HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第59巻　第6号　全1冊
Citation	北大法学論集, 59(6)
Issue Date	2009-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38361
Type	journal
File Information	lawreview_vol59no6.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 59 巻　第 6 号

論　説

日中国交正常化後の日本の対中経済外交（1）
——日中長期貿易取決めと稲山嘉寛—— … 邱　麗珍　1
政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（5）
——司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって——
…… 北見宏介　59
被害者の承諾（8）
——各論的考察による再構成—— …… 佐藤陽子　137
ドイツ環境国家論ノート（1）
——クレプファーの所説を中心に—— …… 山下竜一　670[1]
詐害行為取消権の理論的再検討（4）…… 水野吉章　648[23]
インサイダー取引規制に関する研究（3）
——日本・アメリカ・中国の比較を通じて——
…… 葛　愛軍　594[77]

シンポジウム

都市環境法における公私協働
本シンポジウムの趣旨 …… 亘理　格・吉田克己　171
報告1　まちづくりにおける私法と公法の交錯
——私道の通行をめぐる最近の民事裁判例を手がかりにして——
…… 秋山靖浩　175
報告2　産業廃棄物規制における公法的手法と私法的手法
…… 北村喜宣　200
報告3　公共事業紛争における公法と私法の交錯
——都市施設の設置を巡る訴訟を題材に——
…… 越智敏裕　232
質疑応答 …… 265

研究ノート

国際信託統治の歴史的起源（1）
——帝国から国際組織へ—— …… 五十嵐元道　295
非典型担保における買戻（2・完）…… 池田雄二　526[145]
市民による裁判と報道の影響（2・完）
——イギリスの法廷侮辱を素材として——
…… 小浦美保　466[205]

判例研究

民事判例研究 …… 吉田邦彦　327
刑事判例研究 …… 関口和徳　426[245]
民事判例研究 …… 南　健悟　412[259]
民事判例研究 …… 和田美江　384[287]

＊　＊　＊

大塚龍児教授の経歴と業績 …… 山本哲生　339

＊　＊　＊

吉川吉樹准教授の経歴と業績 …… 瀬川信久　355

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）
小木曽　得雄（刑法）
小山　芳太郎（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）
松澤　弘陽（政治思想史）
松村　良之（法社会学）
山畠　正男（民法）

教授

池田　清治（民法）
伊藤　誠一（民事実務）
遠藤　乾（国際政治）＊
大塚　龍児（商法）
岡田　信弘（憲法）
尾崎　一郎（法社会学）
小名木　明宏（刑法）
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）
田村　善之（知的財産法）
辻　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　誠（商法）
稗貫　俊文（経済法）
○人見　剛（行政法）
○藤原　正則（民法）
○藤町　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（行政学）＊
山下　龍一（行政法）
山本　哲生（商法）
吉田　克己（民法）
吉田　邦彦（民法）
亘理　格（行政法）＊

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）
新堂　明子（民法）
鈴木　一人（国際政治経済学）
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）＊
水野　浩二（法史学）
吉田　徹（ヨーロッパ政史）＊
吉田　広志（知的財産法）

助教

板橋　拓己（国際政治）
葛　愛軍（刑法）
河森　二（商法）
北見　宏介（行政法）
黄　詩淳（民法）
坂口　一成（比較法）
菅原　格（法哲学）
關口　和徳（刑事訴訟法）
池炫周・直美（政治学）
宮崎　悠（国際政治）

＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

雑誌編集委員　○印

大塚龍児教授は本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

ここに同教授の肖像を掲げて、多年にわたる本研究科へのご貢献に対し、厚く感謝の意を表します。

北海道大学大学院法学研究科



大塚　龍児　教授

吉川吉樹准教授は、平成二〇年四月、永眠されました。
ここに同教授の肖像を掲げて、本研究科への生前のご貢献に対し、厚く感謝の意を表するとともに、深く哀悼の意をささげます。

北海道大学大学院法学研究科



吉川　吉樹　准教授

論　説

日中国交正常化後の日本の対中経済外交（一）

――日中長期貿易取決めと稲山嘉寛――

邱　麗珍

目　次

序　章　課題と視角
　第一節　問題の所在
　第二節　先行研究と本論の視角

第三節　本論の構成
第一章　稲山嘉寛の人間像――生い立ちと哲学
第一節　稲山嘉寛の生い立ちと価値志向
第二節　「鉄鋼人」としての稲山嘉寛と鉄のカルテル論の形成・展開
第三節　日米・日中関係における稲山嘉寛の基本的な立場
小　括
第二章　「稲山路線」形成の背景
第一節　中国・アジア貿易構造研究センターの設立
第二節　緊迫化した日米経済関係への懸念
小　括
第三章　「稲山路線」の登場
第一節　日中経済協会の設立
第二節　「秩序ある輸出」体制作り
第三節　中曽根・稲山官民合同訪中団
小　括
第四章　「稲山路線」の展開
第一節　日中長期貿易取決めの構想
第二節　日中長期貿易取決めの推進過程
第三節　秩序ある市場の形成
終　章　「稲山路線」の定着と挫折

（以上　本号）

序章　課題と視角

第一節　問題の所在
第二節　先行研究と本論の視角
第三節　本論の構成

第一節　問題の所在

日中国交正常化が実現した一九七二年、日中間の貿易総額は僅か一一億ドルで、中国貿易が日本の対外貿易に占める割合は二・一％に過ぎなかった。[1] それから三二年後の二〇〇四年、日中貿易の総額は一六八〇億ドル、日本の貿易総額に占める対中貿易の割合は一六・五％になった。対香港を含めると、日中貿易の総額は二〇五〇億ドル（合計シェア二〇・一％）となり、日米貿易総額の一八九二億ドルを上回った。[2] 中国は香港を含めれば、アメリカを抜いて日本の最大の貿易相手国となったのである。戦後、対中貿易が対米貿易を上回ったのは、これが初めてであった。日本の対外経済関係において、中国は極めて重要な位置を占めるようになったのである。

今日の日中関係を考察する際、両国の深化しつつある経済関係を無視することはできない。ＯＤＡ（Official Development Assistance、政府開発援助）政策の見直しをはじめ、日中経済関係に関する様々な議論は近年一つのブームとなっている。書店の棚には、中国市場、中国経済、対中投資、対中ＯＤＡ、日中ビジネス摩擦などをテーマにした、日中経済関係に関する数多くの出版物が並んでおり、日中経済関係に対し、日本人が強い関心を持っていることが窺え

る。また、東アジア共同体の議論が盛んになりつつある現在、日中経済関係の動向には東アジア全体の強い関心が向けられている。

だが、これらの議論の多くは現状分析にとどまっており、将来を展望するための充分な材料を提供しているとは言いがたい。議論を深めるためには、現在の日中経済関係がいかなる過程を経て形成されたのかについて、歴史的事実を踏まえた慎重な考察が求められているのではなかろうか。他方、現在の諸問題を踏まえて、過去の歴史を再検討することによって、戦後日中経済関係について新たな認識が可能になる。過去と現在との交錯、こうした関心から、本論は国交正常化後の日中経済関係の形成について一つの解釈を提示することを試みる。

日中経済関係をめぐる近年の議論のなかで、最も関心を集めていることの一つは、中国経済の台頭は日本にとってチャンスなのか、脅威なのかという問題である。最近では、中国からの製品輸入が拡大し、また日本企業の中国への工場移転が進んでいることを背景に、中国への投資が日本産業の空洞化を加速させるとの危惧が現れている。いわゆる「産業空洞化論」である(3)。またこれに対し、こうした恐れの背後には、日本経済自身への不安が潜んでいるのはないかという異論が投げかけられている。さらに、中国からの輸入増加が日本の国内産業にもたらす問題に対し、産業構造の調整を進め、その高度化を図ることによってこれに対応すべきではないかという主張もある(4)。

いずれの立場に立つにせよ、その特徴は、日中経済関係を日本の産業構造の調整・改革に関連づけ、日本経済の将来の中で中国をいかに捉えるべきか、を論じている点にあると言えよう。歴史的にみれば、このような議論は必ずしも目新しいものではない。日中関係史に度々起きる中国ブームにおいて必ず現れる議論の一つである。

今日の議論に繋がるという意味で特に重要なのは、日中国交正常化前後に起きた一九七〇年代の中国ブームである。国交正常化により、経済交流を阻害する政治的な要因はとりあえず取り除かれた。それゆえ、この時期こそ、今日の日

中経済関係の基礎が形成され始めた時期だったのである。中国はこの時期から近代化建設に着手した。一方、日本経済はニクソン・ショックと石油危機の二重の衝撃を受けて、この時期に一つの転換期を迎えた。そして国内の産業構造の調整を背景に、中国の経済発展への関心が次第に高まった。中国の経済発展を日本経済の将来に関連づける、日中経済交流の構想が盛んに論じられ始めたのは、まさにこの時期であった。

一九七八年二月、日中間の貿易拡大を目指して、日中長期貿易取決めが締結された。日中長期貿易取決めは、両国の経済関係およびそれぞれの国内の産業発展に大きな意味を持った。一九七八年二月の調印以来、日中長期貿易取決めは六回更新され、今日までなお継続されている。[5] この取決めが安定的かつ急速な両国の貿易拡大に重要な役割を果たしてきたことは疑いの余地がない。

本論では、この日中長期貿易取決め締結に至る過程を取り上げ、日中国交正常化後の日本の対中経済外交を考察する。その際、本論は取決めの推進において中心的な役割を果たした人物稲山嘉寛の名を借りて「稲山路線」という枠組みを立て、日中長期貿易取決め締結に至る経緯の分析を行う。

第二節　先行研究と本論の視角

日中長期貿易取決め（以下、長期取決めと略記）については、これまであまり研究がない。また先行研究の多くは、日中長期貿易取決めの締結推進を民間経済界の対中国資源外交という視点から解釈している。すなわち、そこでは稲山をはじめとする日本の財界人は、中国の原油資源を獲得するために、中国との長期貿易取決め締結に積極的に取り組んだとされているのである。

戦後日中関係の通史としてよく引用される古川万太郎の『日中戦後関係史』において、長期取決めに対する財界人の動機は次のように説明されている。

「原油、石炭が取決めの具体的な対象にのぼったのは、日本側の事情についていえば、周知のようにオイルショックで苦しい思いをした経済界の、隣国からエネルギー資源を長期にわたり、確実に確保したいという願望によるものであった。[6]」（傍線邱）

また、添谷芳秀は『日本外交と中国　一九四五―一九七二』において、本来中ソの間にあって「等距離資源外交」を推進していた経団連が「日中長期貿易取決めの推進という形で対中国貿易に携わるようになるのは、中国が『資源外交』の現実的対象として登場してきたからに他にならない」と述べ、経団連の動機を資源外交の文脈から説明している。添谷によれば、開発済みの中国原油を輸入した方が簡単で安上がりであるため、経団連はソ連のチュメニ油田開発プロジェクトよりも中国石油の輸入を選んだ。そして石油獲得のために、中国との長期取決めを推進し、中国貿易に携わるようになった。[7]

長期取決めについての最も代表的な先行研究は、日中経済関係史を専門とする中国人研究者、李恩民の研究である。二〇〇一年に出版された『転換期の中国・日本と台湾―一九七〇年代中日民間外交の経緯』の第五章「資源外交と中日経済関係」において、李は稲山ら民間経済人に焦点を合わせ、長期取決めの交渉過程を明らかにした。[8]しかし、古川、添谷と同様に、李も財界の資源外交の文脈から稲山らの行動を解釈している。李は次のように述べている。

「そもそも日本の財界首脳が諸外国と資源外交を積極的に行ったのは、主に日本の経済安全保障のためであった。石油輸入の対中近東依存度の減少、輸入源の多様化による危険分散といったことがその主眼であった。言うまでもなく、中日長期貿易プロジェクトを構想し、対中国資源外交を推進したこともその一環であった。[9]」

「時代が変わったとは言え、一九七〇年代、財界首脳の資源確保、ソース多様化、危険分散といった決断はその時代の情勢に合っていたものと言えるだろう。」[10]

すなわち、日本の経済安全保障のために行われた、資源確保を目的とする資源外交の一環として、財界首脳は長期取決めを構想し、対中資源外交を推進した、と李は主張する。言い換えれば、長期取決めを推進した財界首脳の目的は、中国原油を獲得することによって、日本の中近東原油への依存度を減らすことにあった、とするのである。こうした対中資源外交の視角から李は、「中国原油の輸入が日本の石油輸入源の多様化や危険分散にも一定の役割を果たした」と指摘し[11]、長期取決めの推進を主とする七〇年代民間の財界人の対中経済外交を「その時代の情勢にあっていたもの」と評価する。

しかし、長期取決めに積極的に取り組んだ稲山ら財界人の主要な目的は、本当に中国の原油獲得にあったのであろうか。長期取決めを北京で調印した一ヶ月半後、稲山は日本中国友好協会の中央本部で「日中長期貿易取決めの経過、意義」をテーマに講演を行った。その中で、稲山は次のように述べている。

「日本が（中国）石油の購入をふやせばそれだけ中国との貿易は拡大し、日本のプラント類が中国に売れる。日本の景気を浮揚するのに大きな役割をはたすことができるわけです。そこで私は、どうやったらみなさんが余計に石油を買ってくれるだろうかと、昨年の四月以来色々と努力してきたわけです。」[12]（傍線邱）

以上の稲山談話から分かるように、長期取決めを調印した時点において、対中経済外交を担った財界人の主要な動機は、中国石油の確保ではなく、プラントを中国に輸出することによって日本の景気を浮揚させることにあった。

また、当時の経団連会長土光敏夫は、中国の石油の受け入れに難色を示した石田正実石油連盟会長に対して、取決めの締結は石油の輸入観点からのみ判断すべき問題ではない、と主張した。土光は以下のように述べている。

「これ（中国原油の受け入れ）は単に石油業界だけの問題じゃない。日本のすぐ隣りに、中国という大きな国がある。人口もすでに九億、文化は五千年前から非常に発展した国である。この国が建設（中国経済発展一〇ヶ年計画―邱註）に向かってどんどん、今世紀末には世界最先端に並ぶという周恩来首相の方針を引き継いで、非常に意気込んでやっているわけです。大体ぼくらは、ほぼ四、五年先のことを考えてやるんだけれども、これから一〇年なり、二〇年、三〇年先の将来を考えて、日本としては中国をどう位置づけるのか―ということを考えておかなければいかんでしょうね。」[13]

土光のような日本財界の首脳にとって、取決め締結の目的は、資源問題だけではなく、発展する中国に対して日本がいかに対応していくべきか、という長期的課題に繋がっていたのである。

確かに、「資源外交」は一九七〇年代における日本の対外政策の一つの重点であった。しかし、稲山を中心に展開された対中経済外交は、必ずしもこうした文脈において行われたわけではない。

そもそも、稲山は石油資源問題に対して、それほど危機感を抱いていなかった。稲山は石油危機によって日本経済が一つの転換期に入ったとは認識していたが、「資源・エネルギーはなくなりはしない、まあすくなくとも油はまだまだある。やりようによったらいくらでもまだ掘れる。……いまはまだ深刻な問題ではない」と考えていた。それよりも「労働力が足りないという超完全雇用状態からくる労働意欲の変化というものをほんとうに見つめて、新しい時代に合った政策を重点に考えて、日本経済の将来の発展方向、ビジョンを描き直さなければいけない」[14]と稲山は主張している。このように、稲山は、石油資源問題よりも、完全雇用を達成し、超完全雇用に向かう日本経済への対策を重視していたのである。

また、いわゆる資源派の財界人は中国原油の対日輸出の能力に疑問を持ち、中国を資源外交の対象としての捉えるこ

とに必ずしも積極的ではなかった。一九七三年九月、経団連は第一次訪中団の派遣を実現した。植村甲午郎経団連会長、芦原義重関西経済連合会会長、土光敏夫経団連副会長、中山素平日本興業銀行相談役、河崎邦夫東洋紡績社長、池田芳蔵三井物産社長、五島昇東京急行電鉄社長、水野惣平アラビア石油社長、河合良一小松製作所社長など訪中団の主要なメンバーは中国側といくつかの会談を行った後、上海で「日中経済交流の課題」と題する座談会を行った。その記録によると、訪中団は中国側に石油の話を打診したが、中国側の対応は、資源開発についてはゆっくりやろうというものであった。この座談会において、訪中団のメンバーが中国石油の対日輸出増に期待している様子はそれほど窺えない。(15)

このメンバーの中には、中国と親交があった河合良一のように中国資源の開発に積極的な意見を持っている者もいた。河合は「もしパイプの提供で石油増産が進むならば、パイプを、例えば何年間かの延べ払いで輸出し、見返りに出た石油で決済していく」と主張している。(16)これに対し、資源派財界人の代表である中山素平は、むしろ冷静な態度をとった。座談会において、中山は次のように発言している。

「これからおそらく中国の経済が発展していくと、今度みても自動車がどんどん増産されているから、油の需要も当然増える。日本は欲しいから油送パイプラインを敷いて、一トンでも多く廻してくれと言いたいが、そうなると言いにくいですね。(17)……余りこっちで来年から増やせとか、パイプラインを敷いてやるからとかいう態度は、ぼくはとりたくない。」

このように中山は、経済発展に伴い今後中国国内の石油需要が増加していくことが予想されるため、中国に石油の対日輸出を無理に求めない方が良いと考えていた。こうした考えは中山だけのものではない。水野惣平も中国石油の供給力には限界があると見ていた。水野は、日本に「一〇〇万トンの油を出すのにいまは精一杯なんだという感じを強く出していましたがそれは本当だろうと思います」、「むしろ（中国は）油が欲しいという感じでした」と語っている。(18)

一九七二年九月に出版された、外務省経済局編著の『七〇年代における資源外交』と題する報告書では、中国の石油資源について、次のように述べられている。

「（中国は）現在、年間二〇〇〇万トン強の生産をしていると伝えられている。中国内にはぼうだい大きな石油資源が埋蔵されており、特に渤海湾や東支那海は中東級の有望な地質構造であると信じられている。しかし、現在の生産規模、技術水準、資金・資材力からみて、国内開発が急速に高まり、大量の輸出余力が生じるという期待を近い将来もつことはできそうにない。……現在のような極端に低い石油需給レベルが最大のネックの一つになるおそれがあり、近い将来、中国はかなりの石油輸入国になる可能性をもっている。……仮に将来、大量の輸出余力が生じても、日本などには国際価格水準でしか輸出を行わないものと予想される。」[19]（傍線邱）

中国の石油資源に関して、稲山はこの報告書と同様の考えを持っていた。一九七二年八月の中国訪問の後に、稲山は「中国産の原油の大量輸入には、当分大きな期待をもてないだろう」と述べている。[20]このように、中国が資源外交の対象として期待されていたとは言いがたい。

さらに、石田正実石油連盟会長をはじめとする石油業界は、中国石油の受け入れに猛反対であった。[21]長期取決めが調印された直後に開かれた「安定と発展への跳躍―日中長期貿易取決めと原油の受け入れ―」と題する座談会において、石田は中国原油の受け入れ問題について次のように述べた。

「非常に難しい問題ですね、それ（中国からの原油輸入量の増加―邱註）は。今出ている中国原油をどれだけ日本がいま消費出来るかという問題になると思うんです。……ミナス原油とか大慶原油とか重い原油を分解してやってきている。そうしたつくった重油もトッピングにかけたりしても、結局固いわけですね。その固い油を使うところが大体電力さんと鉄鋼さんぐらいでしてね。……一般小口の消費者にあの重い油を一々持って行くのは大変ですし、

また暖めないと使えないものですから、そういうことはなかなか出来ない。」[22]

石田の談話に示されているように、当時、中国から日本に輸入されていた原油は主に大慶原油であった。大慶原油は重質油で流動点が高く、一般の小口消費者に持っていくことは困難である。日本で重油を使うのは主に電力会社と鉄鋼業者であるが、その需要分は既にインドネシアから輸入したミナス原油によって賄われていた。それに、中国原油の値段は割高であった。そのため、石油業界は中国原油の受け入れに消極的であった。一九七三年に、中国原油が日本に初めて輸入されて以降、一時的に輸入量が増加することはあったが、その後は伸び悩むことになった。中国原油の受け入れに対する石油業界の否定的な態度は一九七四年の長期取決め提案から、一九七八年の長期取決め締結まで一貫していた。[23]

中国原油の取引量拡大には石油業界だけではなく、その受け入れ先として考えられた電力業界も反対であった。一九七五年一二月、電気事業連合会の社長会において、中国原油の長期購入問題が取り上げられた。その際、事務局から一つの報告が提出された。この報告書には、中国側が、①中国原油と日本の鋼材とのバーター取引をしたい、②一九八〇年以降に長期協定をできないか、③過去に日本側の財界人が約束した年間五〇〇〇万トンとか、一億トンという数量にはこだわらない、との姿勢を示したのに対し、電力側としては、中期的な需要想定は無理、との判断から約束は断ったということが記されている。[24] 長期取決めが締結された後、一九七八年一〇月電力業界は政府に対して、中国原油の引取り増に関する事実上の拒否回答を文書で提示した。[25] 河本敏夫通産相の記者会見によれば、電力業界の反対の理由は「新規に石油火力発電所を建設する計画がないため、電力業界の石油需要はあまり増えず中国以外の地域から輸入している原油を中国原油に振り替えることも難しい」からであった。[26]

このように、取決めの締結に向けて、中国原油の受け入れ問題が主要な障害となった。国内で主要な受け入れ先が輸入拡大に反対したので、官民合同の「中国原油輸入懇話会」（一九七五年四月発足、稲山が会長を務めた）では中国原

油の引取り量について合意を得ることが困難であった。[27] そのため、一九七六年の中国原油輸入長期協定草案では、初年度の取引量が明示されず、また五年目の一九八一年の引取り量は一五〇〇万トンという低い水準に設定された。[28] この案をもとに、一九七六年一月に稲山は日本側の提案として七七年に一〇〇〇万トン、八一年に一五〇〇万トンプラスアルファという引取り量を中国側に提示した。これに対し、中国側は「数量そのものが少ないうえに、プラスアルファというあいまいなものでは生産計画が立てられない」という不満を表明し、交渉は失敗に終わった。[29]

このように、取決めの交渉過程において、日本側は中国原油の輸入拡大に消極的であった。取決めの締結によって中国原油を獲得しようとしたというよりも、むしろ取決めを締結するために、中国側の要請に応じて中国原油の輸入量を無理に増やしたと言った方が適切であろう。以上のように資源外交論だけでは、取決めをめぐる財界の対中経済外交を十分に説明できないことは明白である。

本論では、日中国交正常化後の日本の対中経済外交、特に長期取決めをめぐって日本が展開した外交を「稲山路線」という新しい解釈の枠組みを提示することによって説明する。「稲山路線」とは、第一に稲山個人の経歴に基づく製鉄の営業経験による独特の経済哲学および戦後日米経済交流から生まれた「対米協調」の世界観に基礎を置き、第二に業界を単位とした市場的コントロールと政策影響力を政治手段とし、第三に経済人としての経済認識から一九七〇年における数量的拡張から質的向上への転換として「低成長路線」の必然を認識し、第四に財界、通産省等の官界、自民党首脳の協調による政策決定を枠組みとし、第五に、日中間では日中経済協会、アメリカやヨーロッパについては日米欧財界ネットワークなど独特の組織形成を通じて政策実現を図った路線を指す。

本論では次の二つに重点を置いて分析を行う。第一に、日中貿易拡大と日米経済摩擦との連動である。長期取決めと日米経済摩擦の関連について、先行研究は二義的にしか言及していない。しかし、一九六〇年代後半から一九七〇年代

を通じて、日本の対外経済関係の最も重要な課題は、最大の貿易相手国であり、また安全保障上の同盟国であったアメリカとの経済関係の調整であった。特に重大な課題だったのが、日米貿易不均衡をいかにして是正し、円切り上げ・円高を回避するかであった。対米経済関係の調整という視角から長期取決めの推進はどのように位置づけることができるのか。稲山をはじめ日中貿易拡大に携った経済人は、緊迫化した日米経済関係の調整に対しいかなる解決策を構想し、またそれはどのように実現されたのか。これらの問題への回答が本論の第一の課題である。

第二に、政府と民間、あるいは国家と市場の間のダイナミズムを分析する。日米経済摩擦は戦後高度成長路線の行き詰まりを明らかにし、その転換を日本経済に迫った。これに対処するには重化学工業中心、量的拡大の産業構造を変革することが必要とされた。そしてこの変革を推進するためには、業界の自主調整を促進するための官民協調体制が必要だった。これは民間経済界首脳の政治への浸透を深化させ、彼らの政治的影響力を拡大した。一方、日中貿易拡大には、延べ払い輸出金融をはじめとする政府の経済支援が必要であり、民間経済界首脳は政府との関係を強化しなければならなかった。このように、一九七〇年代を通じて政府と民間、あるいは国家と市場は、日米経済摩擦と日中貿易拡大という二つの対外経済問題に直面し、これに対応するために緊密な連携関係にあった。両者を切り離して論じることはできないのである。

第三節　本論の構成

各章の要点は、次の通りである。第一章ではまず、「稲山路線」を担った中心的な人物、稲山嘉寛の人間像を説明する。稲山の戦前戦後の体験から生まれた独特の経済哲学および対米協調の基本的立場を明らかにし、日・米・中関係におけ

る「稲山路線」の位置づけを説明する。第二章では、「稲山路線」形成の端緒となった中国・アジア貿易構造研究センターの設立経緯を探り、「稲山路線」形成の背景を明らかにする。第三章では、「稲山路線」の基盤となった日中経済協会の設立過程を追跡し、「稲山路線」の登場を要請した対外経済状況を説明する。第四章では、「稲山路線」の展開を分析する。日中長期貿易取決めが中国側に正式に提案された一九七四年六月から、同取決めの延長と拡大が日中間で合意される一九七九年三月までの期間に焦点を当て、「稲山路線」が対中経済関係、対米経済関係、国内の生産調整それぞれの側面においていかなる対策を行ったかを検討する。最後に、終章においては、一九八〇年代前半「稲山路線」がある面では定着し、ある面では挫折していくことを簡単に説明し、「稲山路線」を総括する。

（1）笹本武治・嶋倉民生編『日中貿易の展開過程』（アジア経済研究所、一九七七年）六頁。
（2）「二〇〇四年日中貿易」『日本貿易振興機構ホームページ』二〇〇八年一一月二〇日アクセス〈http://www.jetro.go.jp/world/japan/reports/05000896〉。
（3）長岡貞男「中国経済との『競争』と日本産業空洞化の虚実」（伊藤元重編著『日中関係の経済分析』東洋経済新報社、二〇〇三年）を参照。
（4）たとえば、経済産業研究所の上席研究員の関志雄はかかる主張の代表者の一人である（関志雄「中国脅威論に異議あり」『知的資産創造』二〇〇一年一月号）。
（5）第六次日中長期貿易取決めは二〇〇五年一二月五日に調印され、その有効期限は二〇〇六年から二〇一〇年までの五年間とされている（日中長期貿易協議委員会「第六次日中長期貿易取決め」『日中経済協会ホームページ』二〇〇八年一一月二〇日アクセス〈http://www.jc-web.or.jp/JCObj/Cnt/ 第六次日中長期貿易取り決め .pdf〉）。
（6）古川万太郎『日中戦後関係史』（原書房、一九八八年）四三七頁。
（7）添谷芳秀『日本外交と中国　一九四五―一九七二』（慶応義塾大学出版会、一九九五年）二四六―二四七頁。

(8) 李恩民『転換期の中国・日本と台湾』（御茶の水書房、二〇〇一年）一二九―一三一頁。
(9) 同右、一九一頁。
(10) 同右、一九三頁。
(11) 同右、一九一―一九二頁。
(12) 稲山嘉寛「日中貿易の展望　中国との協力で平和が実現」（『日本と中国』復刊五一八号、一九七八年四月二五日）。
(13) 「座談会　安定と発展への跳躍―日中長期貿易取決めと原油の受け入れ―」（『日中経済協会会報』第五九号、一九七八年五月）八―九頁。
(14) 名和太郎『評伝稲山嘉寛』（国際商業出版、一九七六年）六一―六四頁。
(15) 「座談会　日中経済交流の課題」（『日中経済協会会報』第五号、一九七三年一〇月）三八―四一頁。
(16) 同右、三九頁。
(17) 同右、三九頁。
(18) 同右、三九頁
(19) 外務省経済局編『七〇年代における資源外交』（外務省経済局、一九七二年）一七七―一七八頁。
(20) 稲山嘉寛「中国を訪問して」（『経団連月報』一九七二年一〇月号）三三頁。
(21) 「中国原油、石油業界にお荷物」『日本経済新聞』一九七八年二月一七日。
(22) 前掲「座談会　安定と発展への跳躍―日中長期貿易取決めと原油の受け入れ―」八頁。
(23) 「長期契約石連が難色」『朝日新聞』一九七五年一〇月一六日、「中国原油石油業界にお荷物」『日本経済新聞』一九七八年二月一七日、「輸入増受けられぬ」『朝日新聞』一九七八年九月一二日。
(24) 「長期輸入の約束は断る」『朝日新聞』一九七五年一二月一二日。
(25) 「電力業界中国原油増を拒否」『朝日新聞』一九七八年一〇月三日。
(26) 「電力向け増量断念」『朝日新聞』一九七八年一〇月三日夕刊。
(27) 「中国原油の輸入長期見通し困難」『朝日新聞』一九七五年八月二日。
(28) 「五年後に千五百万トン」『朝日新聞』一九七六年一月一三日。

（29）「数量煮詰め再折衝」『朝日新聞』一九七六年一月二三日。

第一章　稲山嘉寛の人間像――生い立ちと哲学

第一節　稲山嘉寛の生い立ちと価値志向
第二節　「鉄鋼人」としての稲山嘉寛と鉄のカルテル論の形成・展開
第三節　日米・日中関係における稲山嘉寛の基本的な立場
小　括

本章では、稲山の口述の自伝、発言記録、著作、回想録、伝記等に基づき、「稲山路線」の中核を担った稲山嘉寛の人間像を提示する。なお、時期的には一九六八年までを設定している。

第一節　稲山嘉寛の生い立ちと価値志向

稲山嘉寛は、一九〇三年に父稲山伝太郎の次男として東京にて生まれた。出生当時、祖父稲山久仙は銀座で稲山銀行を開いており、稲山家の家業は銀行業であった。稲山嘉寛が大学を卒業する直前まで祖父久仙は健在であり、物の考え方について、父と祖父両方から影響を受けたと稲山は語っている。(1)

稲山によれば、祖父久仙は徹底した倹約思想の持ち主であり、稲山は幼少期から「倹約貯蓄」を教えこまれた。また、久仙は大倉喜八郎たちと付き合っていたこともあって[2]、イギリスやアメリカに対し多大の敬意を持っていた「欧米心酔者」であり、生活様式はかなり進歩的であった[3]。『日本経済新聞』に連載された「私の履歴書」において稲山は、「いつか一度、私が『日本もいよいよアメリカと戦争するかもしれない』と話したら、祖父は血相を変えて激高した。『そんなことをしてはいけない。アメリカと戦争するなんてひどい向こう見ずだ』祖父はそう言った」と述べている[4]。こうした祖父を、稲山は、「日露戦争で勝った、勝ったに酔った古い人にしてはめずらしい言」だと回想している。

一方、稲山は父伝太郎からは「一種のプラグマチズムを学んだ」という。稲山の記述によれば、倹約家の久仙に反して伝太郎は「下町の典型的な通人」であり、「物わかりのいい少しも腹を立てることのない人だったし、遊びはごく好きだったが、決してはでではなかった。本当の意味の遊びに徹底した人」であった。稲山は伝太郎の遊びに時々同行し、上手な遊び方を教わったと回想している。それはたとえば、「男は大いに遊べ、だが自分でかせいだ金でだということ」、「遊ぶときは一生懸命遊びなさい。十円の金を払ったら、十円分遊ばなければいけない」こと[5]、また遊ぶ時には急ぐ必要がないので、「円タク」に乗らないこと等の教えである。

稲山は銀行業の家に生まれ、普通の人よりもはるかに裕福な青少年時代を送った。しかし、稲山自身の言葉によると「落第運」が強く、学業に関しては必ずしも順調ではなかった。小学校は泰明小学校であった。小学校を卒業した後、稲山は東京府立第一中学校への入学を志望したが落第し、父の勧めで神田の錦城中学校に進学した。

中学校を修了した後、稲山は水戸高等学校への入学を志望し、入学試験を受けたが落第した。一年の予備校生活を送った後、稲山は仙台の第二高等学校理科甲類に進学した。理科甲類を選んだのは、叔父の高田貞三郎の影響を受けたものだったという。叔父貞三郎は一九〇三年に東京帝国大学を卒業、結城豊太郎、岩崎小弥太、大久保利謙、馬場鍈一、上

杉慎吉、牧野英一、吉野作造、そして日本製鉄の初代社長中井励作等と同期であった。稲山は、叔父貞三郎の日記を読んだことがあると語っている。その日記には「大学を卒業すると皆勤め人になる。が、これからの世の中は政治だ。天下の為に尽くすには代議士にならねばならない。そのために金を作らねばならぬ。金を作るためには事業をやるほかない」と記されていたという。稲山は「叔父はこうした持論から株を売買したり、鉱山を手がけたりしたらしい」と述べたうえで、自分は叔父の影響で採鉱を専攻するつもりだったと回想している。(6)

仙台二高卒業後、稲山は工科ではなく、文科系に進学した。稲山は東京帝国大学法科で勉強していた兄絢太郎に影響を受け、自分も東大で法律を学ぶつもりだった。しかし、高校理科から東大の文系学科に進学できるのは無競争試験の学科に限られていた。そのため、稲山は法科ではなく新設された無試験の商科に進学することとなった。(7)

稲山は「大学時代はよく勉強した」と回想している。一方、大学二年の時、稲山は大けがをし、右手の感覚を失った。親指と人差し指の間の肉が落ち、箸をつかうことも、筆を持つことも困難になったのである。また、この時期稲山家にも大きな変化が起こった。祖父と長姉が相次いで亡くなり、稲山銀行も関東大震災後経営不振に陥った。父伝太郎は叔父貞三郎と図って、神田の「やっちゃば」（青果市場）の焼け跡にアーケードという名で名店街を立てたが、これも長続きしなかった。(8)

大学時代の稲山について特に記しておくべきは、荒木秀朗と親交を結んだことである。荒木は梶井剛の義弟であり、稲山は荒木との交友を通じて梶井とも親交を持つことになった。稲山は梶井家に頻繁に出入りし、稲山の回想によれば、「日曜は必ずといっていいくらい泊り込みのマージャン」であった。(9)稲山は梶井宅で、後に大平内閣で外務大臣を務めることになる大来佐武郎とも係わりを持った。

大来は東大卒業後通信省に入り、ここで梶井の部下になった。その後大来は、興亜院華北連絡部の電力担当官として

中国に派遣された。大来は一九四二年二月に帰国し、大東亜省総務局調査課に籍を置くことになった。そこで大来は物資動員計画（以下、物動計画と略記）に関する調査を任され、「鉄鋼生産力調査」と「大陸資源依存調査」を行った。[10] 物動計画の担当官だった稲葉秀三の説明によれば、「物動計画では、鉄鉱石や製鉄用石炭の輸入枠、スクラップの輸入量などがもっとも重要な計画」であった。稲葉自身は一九三八年から一九三九年後半にかけて、日本と朝鮮、満州及び北支での鉄鋼生産の配分・調整を行う鉄鋼生産力拡充計画の仕事を通じて、稲山と出会い親交を深めた。[11] 物資動員について悲観的な見解を持っていた稲葉は、一九四一年四月の「企画院事件」において治安維持法違反の容疑で逮捕された。大来が中国から帰国し、物動計画の調査に任じられたのは稲葉逮捕の翌年のことだった。その二ヶ月後、大来は梶井の次女寿子と結婚した。[12]

大来と稲山は梶井宅でしばしば顔を合わせたという。[13] 大来が「鉄鋼生産力調査」を担当していた時期、稲山も鉄鋼統制会の生産部次長であり、二人とも戦時の鉄鋼生産に関与していた。このようなことから二人はこの時期から親交を深めていった。

以上大学卒業までの稲山の経歴を、主に「私の履歴書」の記述に基づき説明してきた。「私の履歴書」にはまた、稲山の自我認識や価値志向が明確に表れている。それは次の四点に整理することができる。

第一に、稲山は倹約論者であった。前述したように稲山は祖父久仙から勤倹貯蓄の教育を受けたという。稲山は久仙の倹約のエピソードを回想したうえで、「祖父の徹底した倹約思想は、結局は自分にとってよい教訓であった」と語っている。[14] 稲山が余計な消費や無駄な生産を否定したことから、稲山の経済哲学は「我慢の経済学」と名付けられた。この「我慢の経済学」の原点は久仙から学んだ倹約思想にあったと考えられる。

第二に、西洋文化に対し稲山は親近感を抱いていた。稲山の回想において示されているように、祖父久仙は「欧米心

酔者」であり、クリスマスには必ず一家を連れて帝国ホテルに洋食を食べに行ったという。久仙に強い影響を受けた稲山が、幼い頃から西洋文化に馴染んでいたことは容易に推測できる。稲山は「私の履歴書」の中で、小学生の頃は塩せんべいが好きだったと回想したうえで、「ほんとうにいうと自分はせんべいよりもっと好物がある。それはシュークリームである」と語っている[15]。また、稲山は小学校のころ数寄屋橋にある教会で英語を教わり、そこで「ナショナルリーダーの巻三」まで読み進んだという。稲山が通った錦城中学校は前身が英語学校だったこともあって、英語の授業に重点が置かれており、英語の授業が全課目の半分近くを占めていた[16]。

第三に、稲山は実利主義者であった。前述したように、稲山は通人の父伝太郎から一種のプラグマチズムを学んだという。また、稲山は自分の性格を次のように分析している。「人間には、過去を振り返って、憧れや郷愁を感じて楽しむ人と、つねに将来に向かって生きている人があると思う。私はどちらかというと懐古趣味にほど遠い部類に属するようだ[17]。」ここに稲山の実利主義者としての自我認識が見られる。対中経済援助を積極的に推進した稲山の行動は、中国への贖罪意識に由来するとしばしば論じられる。たとえば、中嶋嶺雄は「新日鐵の稲山嘉寛氏をはじめとする多くの財界人が親中的である原点が贖罪意識なのですね。でも、それは彼らの時代の問題です。私が終戦を迎えたのは小学校三年生のときで、その贖罪感を次の世代の対中政策や外交に持ち込むことはおかしいと考えます」と述べている[18]。しかし、稲山の実利主義向きの性格にしてみれば、こうした贖罪論は成立し難い。

第四に、稲山は経済人というよりも、むしろ政治を志向する。前述したように、稲山は自分が仙台二高で理科甲類を選択したのは叔父貞三郎の影響を受けたからだと説明している。稲山によれば、叔父貞三郎の日記を読んで、貞三郎が株を売買したり、鉱山を手がけたりしたのは金もうけのためではなく、政治参加に必要なお金を作るためだったということを知って感激し、大学で採鉱を専攻しようと考えたのだという。ここには、稲山が持っていたある種の政治志向が

窺われる。

企業や財界の政治献金を政治と経済の癒着と批判する議論に対し、稲山は企業や財界が政治に資金を提供するのは当然だと主張した[19]。彼は経団連会長在任中には新たな政策懇談会を作り、これを経団連の寄付金集め機関にしようと考えた[20]。稲山にとって経済活動の主要な目的は、個人の富の増加ではなく政治参加にあった。こうした稲山の政治志向は、彼と濃密な付き合いを持っていた同時代の財界人の証言にも示されている。関西経済団体連合会会長を務めた日向方齊は、『稲山嘉寛回想録』において「稲山さんのお考えは『協調哲学』あるいは『我慢の哲学』といわれるが[21]、これは一面であると思う。稲山さんの根本は『国家・社会に尽くす』ということであった」と述べている。また、日米繊維摩擦の時期に駐米大使を務めた下田武三も、『評伝稲山嘉寛』の作者名和太郎に対して「あの人は愛国者」と語っている[22]。

第二節　「鉄鋼人」としての稲山嘉寛と鉄のカルテル論の形成・展開

一　「鉄鋼人」としての稲山嘉寛

稲山が大学を卒業した一九二七年は金融恐慌の時期であり、彼は就職難に遭遇した。いくつか就職試験を受けた中で商工省だけ一次試験に通り、口頭試験を受ける運びになった。しかし、口頭試験後も採用通知がなかなか来なかったので、稲山は父伝太郎を通じて鈴木英雄に取り計らいを依頼した。

鈴木英雄は、叔父貞三郎と東大の同期生であり、父伝三郎とも親交があった。稲山によれば、当時鈴木は水産局長をやめて小田原の水産漁業の仕事に関係していた。稲山自身の推測によれば、鈴木から製鉄所長官の中井励作に連絡が行

き、文官高等試験合格の条件付きで商工省入りが決まった。[23] 同年一二月、稲山は文官高等試験行政科に合格し、一九二八年五月に商工省判任官として八幡製鉄所に赴任した。[24] ここから鉄鋼事業に関わる稲山の生涯が始まった。八幡製鉄所で、稲山は想像を絶する巨大な製鉄工場を初めて見て、強い印象を受けた。当時の心境について稲山は、「日本にもこんな製鉄所があるなら、も少し教科書へのせ、国民一般に誇りをもたせ、知識と関心を工業に向けさせなければいけないのにと憤慨した」と回想している。[25] ここには稲山のナショナリズムと工業中心の産業観がよく表れている。

八幡製鉄所入所後、稲山は予算決算課、購買課の機械掛を経て、販売部の東京出張所に赴任した。一九三四年に八幡製鉄所は民間鉄鋼企業と合併して日本製鉄（以下、日鉄と略記）が成立した。これにより日鉄が商工省から制度的に分離し、稲山は商工省本省に戻らず日鉄の販売課に残った。

稲山は、日中戦争期以降、下記の役職を歴任した。

一九三八年　日鉄本店第四販売課課長。
一九四〇年　日本鉄鋼連合会部会理事。
一九四一年　鉄鋼統制会配給部第一課長。
一九四二年　同会生産部次長。
一九四四年　同会普通鋼部長。
一九四五年　軍需省日本熔接鋼管統制組合理事長、同省銑鉄統制組合理事長、鉄鋼統制会九州支部長。

戦後、稲山は日鉄に復帰し、下記の役職を歴任した。

一九四六年　日鉄本社営業部副長。
　　同年五月営業部長。

一九四七年　鋼材懇話会会長、鋼材倶楽部理事長。
一九五〇年　日鉄分割後、八幡製鉄常務取締役本社営業部長。
一九五三年　日本鉄鋼輸出組合理事長、東京鉄鋼埠頭（株）取締役。
一九五八年　日本鉄板（株）取締役。
一九五九年　日新製鋼（株）取締役。
一九六〇年　八幡製鉄（株）代表取締役副社長。
一九六一年　（株）鉄鋼会館代表取締役社長。
一九六二年　八幡製鉄（株）代表取締役社長。
一九六三年　社団法人日本鉄鋼連盟理事。
一九六五年　同連盟会長。
一九六六年　鋼構造協会会長。
一九六七年　国際鉄鋼協会執行委員。
一九六九年　同協会副会長。
一九七〇年　新日本製鉄（株）（以下、新日鉄と略記）代表取締役社長。
一九七一年　国際鉄鋼協会会長。
一九七三年　新日鉄代表取締役会長。
一九八一年　同社取締役相談役名誉会長。(26)

稲山の経済哲学は、こうした戦前から戦後にかけての鉄一筋の実務経歴に基づくものだと考えられる。いわば、鉄を

中心とした経済学と表現すべきものである。稲山の経済哲学では、現代の世界において鉄があらゆる産業の基礎であることが強調される。「私の履歴書」の冒頭において、稲山は次のように述べている。

「鉄はあらゆる産業の基礎である。われわれはもはや鉄なくしては、一日たりともいきてゆけない。……現在、世界で生産されている全金属製品のうち、鉄はほぼ九五．五パーセントを占めているのだ。が、そんなことはまだまだ平面的な観測の一断面にすぎない。鉄は機械の主原料である。……機械は労働のかん詰めである。もともと人間の労働力はたくわえることはできない。だからこそ『時は金なり』といわれているのである。その労働が機械の姿において貯蓄できることを人間は発明した。将来の生産力の巨大なソースとして、現在の余力労働を機械設備の形にしておく。こうした魔力を持つ幸福の泉ともいうべき機械は、すべて鉄を主材料にして造られるのだ。」(27)

このように、稲山は、「労働のかん詰め」としての機械の魔力を説き、機械の主材料である鉄の重要性を強調した。現代は鉄と機械の時代であるというのが、稲山の一貫した主張であった。その信念は、その後情報エレクトロニクス産業が隆盛を迎えるようになっても変わらなかった。たとえば一九八六年に出版された稲山の口述記録『私の鉄鋼昭和史』の「あとがき」において、次のような信念が表明されている。

「人間の営みにとって絶対的に必要な衣、食、住を生産するためには、今後とも機械に頼らざるをえず、重工業時代が過去のものになると考えるのは、あまりにも早計である。今もてはやされているエレクトロニクスに代表される先端産業は、従来の重工業にとって代わるものではなく、それを補う役割をになうものである。その意味で、これからの時代は、情報産業時代というよりも、『超重工業時代』と呼ぶほうが適切ではないかと考える。産業の基本は今後とも素材産業、なかんずく〝産業のコメ〟といわれる鉄鋼業にあると思う。いくらエレクトロニクス産業が発展しても、その基礎に鉄鋼などの素材産業が成熟していなければ、それは砂上の楼閣にすぎないのではなかろ

うか。言い換えると、しっかりした素材産業があり、それによって作られるハードウェアに、エレクトロニクスというソフトの技術が付加されることではじめて経済の発展があると考えていいだろう。」（傍線邱）

稲山は脱工業時代や情報時代という時代風潮を俗説として退け、現代社会において産業の中心はあくまで素材産業、とりわけ鉄鋼にあると強調したのであった。(28)

このような鉄中心の産業観に基づき、稲山は自らの経済安定論を説いた。

「現代の世界はアイアン・エージと呼ばれる。もう一つの意味は鉄をコントロールすることによって、自由主義経済の景気変動の波を、より平坦なものにすることができるということである。つまり、鉄の価格をできるだけ安定した状態におくのである。そのためには鉄の需要が減少した場合、価格を動かさないで、生産量を減らすのであるし、需要が増加したときは量をふやせばいいのである。もちろんこうした仕組みは自由主義経済を土台として考えられねばならない。自分の製品の価格と生産量を決定する立場にある鉄屋が、自分たちの企業活動が、いかに経済全体に影響を持っているかを認識して、無用の競争を排除し、価格安定に努力することである。鉄の価格が安定していれば、産業界に部分的に起こる好・不況が、経済全般に波及することをくいとめることができるからである。鉄は産業の米なのだ。工業国家で成熟すればするほど、鉄の経済に占める地位は重きを増してゆく。現在の世界は『米』と『金』のほかには『鉄』を加えて、経済の安定をはかっていかなければならなくなったのである。日本経済は国際収支の壁が低いといわれる。たしかにたかくはないに違いない。……だがつねに問題になるのは、壁の高低ではなくて、輸出入の均衡、つまりバランスである。このアンバランスを解決するのに、これまできまったようにとられた処置は、金融操作一本槍であった。そのために急激な金融引き締めから生ずる不必要な経済の混乱が巻き起こり、産業界の利潤の喪失、不渡り、倒産等々、数限りない不況の爪あとを、経済界に残したのではないだろ

うか。こうした場合『鉄』のコントロールを通して、輸出入のバランスをはかるくふうが考えられてもいいはずである。そうすれば経済を全体に悪影響を与えずにスムーズに経済成長を押さえることもできるし、貿易改善の実を収めることができると思う。」[29]（傍線邱）

これは一九六五年四月に『日本経済新聞』に掲載された「私の履歴書」からの引用である。周知のように、日本経済は一九六四年末から一二ヶ月に及ぶ不況に見舞われた。六四年暮れの山一証券の実質的な倒産により、全国証券会社の決済が大幅の赤字となり、深刻な証券不況が表面化した。景気は下り坂をたどり、六五年二月には特殊鋼トップメーカーの山陽特殊鋼が史上最大の負債を抱えて倒産し、新たな経済危機に入った。当時産業界では六〇年から毎年四兆円規模の設備投資が続き、設備過剰に陥っていた。各社とも供給過剰が表面化し、金利負担も増大していた。[30]一九六五年四月に稲山が以上の主張を述べた背景には、こうした経済危機が存在した。[31]稲山は経済危機の中、マスメディアを通じて自らの鉄中心の経済安定論を唱えようとしたのである。稲山は内外経済の安定を図るには、鉄をコントロールすれば良いと主張している。つまり、鉄の価格をできるだけ安定状態におく。そのためには、需要にあわせて生産量を調整する。要するに、生産調整によって鉄鋼の価格を安定させ、これを通じて内外経済を安定させるというのである。いわば、鉄という特別な位置を占める素材のカルテルによる経済安定論であった。

この鉄のカルテル論こそ、稲山の経済活動の全体を貫く哲学であった。[32]こうしたカルテルの経済論は「官営製鉄所に入社して間もない頃からの主張なんです」と稲山は述べている。この稲山の経済哲学は、一九三〇年代初期の経済恐慌における鉄鋼の乱売合戦という体験から形成されたものであった。次項においてその経緯を説明する。

二　鉄のカルテル論の形成と展開

稲山は、商工省八幡製鉄所に入所して間もなくの一九二九年一月、東京出張所に転勤になり、販売部（営業部に相当）に配属された。[33]そこで、鈴木武志（田中角栄首相の娘婿の田中直紀の叔父）第一課長に出会い、彼の指導のもとに販売の道を歩み始めた。

稲山の最初の仕事は鉄鋼の半製品の契約書作り、看貫（商品の計量の監視）の立会い、品物のクレーム対応であった。しばらく経って鉄鋼販売の様子が少し分かってからは、市況調査のために問屋回りをするようになった。当時、世界大恐慌の波及により、国内経済は深刻な不況に陥り、鉄鋼業界は激しい乱売合戦を繰り広げていた。こうしたなか最初の鉄鋼販売を体験した稲山は、生涯を貫く信念となるカルテルの経済哲学を形成していくことになる。

稲山が東京に転勤した半年後の一九二九年七月、民政党の浜口雄幸内閣が成立した。浜口内閣の大蔵大臣に就任した井上準之助は、旧平価による金解禁政策を遂行するために、引き締め政策を取った。これは、国内の物価を抑制するために、意図的に不景気を作り出す政策であった。そして一九三〇年一月、予定通り金解禁が実施された。しかし、一九二九年一〇月のニューヨーク市場の株式暴落を発端に世界大恐慌が起こっており、金解禁政策により日本経済は世界恐慌の影響を直接受けることになった。こうして、引き締め政策と世界恐慌の二重の打撃を受け、不景気が深刻化した。農産物と工業製品の価格が一斉に暴落し、経済恐慌が起こった。[34]経済恐慌のなかで生き延びるために、企業は利益を度外視して生産量を増やし、値下げ競争に走った。各企業は市場のシェアと一定の現金収入額維持を優先したのである。[35]

鉄鋼業界には当時、官営の八幡製鉄のほか、釜石製鉄、輪西製鉄、三菱製鉄、富士製鉄、九州製鋼、浅野造船などがあり、値下げ競争の乱売合戦を繰り広げていた。[36]これにインド銑鉄や欧州鋼材の猛烈なダンピングが加わった結果、鉄鋼製品の価格は暴落し、各製鉄所の経営状態は悪化した。[37]無論官営の八幡製鉄所も例外ではなかった。[38]当時の状況について、稲山は「私の履歴書」に「吹きすさむ不況の風にさらされてはきのうの王者もきょうは乞食、追いかけられ

る借銭の催促に、銀行を駈けずり回るくらいの知恵しか出ない」と記している。(39)

この問題の解決策を提案したのが、一九二九年から三〇年にかけて欧州製鉄業を視察して帰国した鈴木武志販売部第一課長であった。それはドイツの鋼材連合会に倣って、共同販売組合を設立し、鉄鋼製品の価格を安定させるというものであった。この案を持ち出した鈴木の様子を、稲山は「その時の彼はあたかも天下の一大事を知って、中国に毛利と和を整え、急遽京都に軍をかえして、明智光秀と対決する決意をした羽柴秀吉を髣髴させるものがあった」と述べている。(40)当時、稲山は鈴木から送られてきた現地報告を整理して、製鉄所の『旬報』に掲載する仕事を担当していた。こうした作業を通じて、稲山はドイツ鉄鋼連合会の組織と国際カルテルの存在を知って強い印象を受け、「日本も早く、そういう連合会を作らなければ」と考えたという。(41)

鈴木の呼びかけで、小型山形鋼の共同販売を皮切りに、一九二九―三一年にかけて八幡を中心に各製品の共同販売の組合が続々と設立された。そして、稲山は「一軍の将」としてこれらの共同販売組合の結成に携わったのであった。(42)

稲山の説明によれば、これらの共同販売組合が目的としたのは、数量協定と価格協定の二つであった。「組合で今月の数量は何トン売り出す、需要は何トンあるだろう、外国から何トンしか入ってこない、だとしたら、このくらい売れば需給バランスがとれるだろうと、需給バランスを考えながら、供給をコントロールしていった。と同時に、それは製品が売れる価格でなければならないから、まず問屋の買う価格を発表する。供給する品種のシェアも一応決まっている。」(43)すなわち、生産者の協調により需要に合わせて生産調整が行われる仕組みであった。これによって、シェアを獲得するための値下げ競争を防ぎ、鉄鋼価格の安定を保とうとしたのである。

稲山にとって特に印象に残ったのは、一九三一年二月に設立された日本厚板共販組合である。厚板共販組合の設立交渉に、稲山は八幡製鉄の代表として関わった。「共販組合を作った当時、厚板が一トン五〇円で売れたといって、みん

なでお祭り騒ぎをした」と稲山は回想している。(44)

このように、一九二九―三一年の共同販売の組合作りを通じて、稲山は鉄鋼業界において頭角を現した。稲山はその後、一九三七年の日本鋼材販売連合会の設立を主導する。一九三一年の満州事変の後、鉄鋼の市況は高騰したため、アウトサイダーの市場参入が続出し、共販組織は統制力を次第に失った。鉄鋼価格を何とかして押さえたい商工省の意を受けて、渋沢正雄日鉄販売常務の指揮の下に新たな日本鋼材販売連合会が組織された。稲山の回想によれば、同連合会の設立は、稲山が日本鋼管常務だった渡辺政人に話を持ちかけたものであり、事実上両者の合作だった。その後、日本鋼材販売会社（一般鋼材類の取り扱い）と第二鋼材販売会社（薄板類やブリキの取り扱い）が設立された。稲山は、日本鋼材販売連合会と第二鋼材販売会社の設立において、自分は初めて主役を演じさせてもらった、自分にとっては「生涯忘れられない思い出」だと記している。(45)同連合会の活動はその後、販売だけではなく生産と原料の面にも拡大し、「日本鋼材連合会」に名称が変更された。さらに一九四〇年には特殊鋼などを含めた「鉄鋼連合会」に発展し、一九四一年四月にはさらに改組されて、「鉄鋼統制会」が誕生した。これに伴い、同年五月に稲山は鉄鋼統制会に異動した。

以上に述べてきたように、稲山は一九二〇年代末の経済恐慌において、価格競争の弊害を強く認識し、ドイツのカルテル論に共感した。また、共同販売組合や日本鋼材販売連合会の結成に実際に携わった。

戦後になってもカルテルに対する稲山の強い主張は一貫していた。戦前の日本と異なり、戦後の日本では市場の自由競争を守るため、「経済の憲法」と呼ばれる独占禁止法（以下、独禁法と略記）がアメリカから移植された。これに抵抗するため、稲山はしばしばカルテル論を展開し、独禁法の改正を唱えた。

たとえば、一九五七年―五八年の景気後退期において、稲山は低落した鉄鋼の販売価格を安定させるため、企業者間の自由なる共同行為、つまり自主的カルテルを認めるべきだと主張した。一九五七年一〇月七日には「『独禁法の改正』

に思う」と題する文章を『東京新聞』に寄稿し、独禁法の改正を世論に訴えた。[46] 一九五七年一二月一三日に行われた第六回独禁法審議会会議に稲山は参考人として出席し、「業者が多数存する競争事業にあってはカルテルを原則として自由に認めるべきである。カルテルの形としては、何か組合のような形が考えられ、この組織の結成については許可制でもよいが、それに基づく活動は一々干渉することなし、ただ消費者並びに公衆に影響を及ぼす行為のみ届出をさせそれを取締れば足りる」と意見を述べた。[47]

一九五八年の不況の最中において、企業の過当競争を避けるため、経済同友会は設備投資の自主調整の提言を行った。これに対して稲山は、「設備の自主調整」と題する文章を『日本経済新聞』に寄稿し、自分は業界の自主調整論には大いに賛成するが、調整は設備投資ではなく、生産と価格の面において行うべきだと述べ、自主カルテル論を展開した。[48]

また一九六三年には、ＩＭＦ（International Monetary Fund、国際通貨基金）八条国への移行、国際的な関税一括引下げ、ＯＥＣＤ（Organization for Economic Cooperation and Development、経済協力開発機構）加盟の実現を控えて、国際競争力の強化や輸出秩序の確立が緊急の課題となり、経団連を中心とする民間経済界から独禁法改正を要請する声が挙がった。稲山はこの問題をめぐる座談会にしばしば参加し、独禁法改正の必要性を繰り返し論じた。たとえば、一九六三年三月一八日に日本工業倶楽部で開かれた「新局面を迎える日本経済と独禁法」と題する座談会では、通産省が作成した特定産業振興法案が議論の焦点となった。稲山はこの場で貿易自由化に対応する新しい産業秩序のあり方について次のように語っている。

「私は新しい産業秩序とは、新しい産業人の協調、つまりカルテルによってうまれるのだと考えているのです。カルテルというと、すぐ独占資本が勝手なことをするためのものだという人があるが、カルテルといっても、いまは昔とは違って、単に生産者だけを擁護するというような考えで運用されるのではなく、現在の企業家はみな、企業

のもつ社会責任というものを十分自覚している。それに商売というものは、なんといっても薄利多売が原則で、高くすれば売れなくなる。ことに自由化後は外国品と年中競争しているわけで、外国品より高くすれば売れなくなるし、また国内でも、この商品はもうかるということになればアウトサイダーが出てくるし、いつも競争にさらされているわけで、勝手なことなど、できるものではありません。……つまり、いまのカルテルは競争企業が協調して手を握ったものであって、それは市場を独占する企業とはまったく違うのです。……さらに、もう一つ、カルテルを考える場合に、見落としてはいけないことは、それによって価格が安定し、市場から思惑をなくして、なだらかな生産ができるようになるということだと思うのです。……基礎物資である鉄の価格が大きく変動したりすれば、どうしても思惑を誘発し、あらゆる生産品の価格が大きく変動することになる。ですから、私は、少なくとも鉄の価格は安定させてゆくべきだという考えを堅くもっているのである。[49]」（傍線邱）

このように、稲山は鉄の価格安定を最大の関心とし、カルテル論を説きつづけた。

この時期に入ると、稲山はこれからの世界経済は大きな景気変動や周期的な景気循環なしに発展していくのではないかと述べるようになる。すなわち、キューバ危機回避に示されたように、世界中の人はもう世界戦争にはならないという自信を持つようになった。したがって「世界大戦になるぞ」というようなことで心理的に商品の値段が暴騰し、これによって景気が急激に良くなることはもはや期待できない。これに加えて、船の大型化により、昔のように船舶不足で鋼鉄が一時期に暴騰することも考えられなくなった。だから、鉄鋼の価格を回復させるには、お互いに競争をやめて安定した値段で売るようにするしかない。稲山はこのように述べ、カルテルの必要性を主張した。[50]

本論の文脈において特に注意を要するのは、稲山が輸出秩序の問題を論じる際にも、カルテルの必要性を強調していることである。すなわち、稲山によれば、輸出の過当競争は国内市場におけるメーカーの過当競争に由来する。輸出秩

序を確立するには、業界の話し合いを通じて製品の価格を安定させるしかない。[51]

以上に述べてきたように、戦後稲山はカルテル結成による鉄鋼の価格安定を主張し、独禁法の改正を強く訴えた。稲山はまた鉄鋼業界の協調体制作りにおいても、リーダーとしての役割を演じた。

一九四七年五月、稲山は鋼材懇話会の委員長に就任した。これは「鉄鋼価格を安定させ、鉄鋼業全体を健全に育て、発展させるために、業界が話し合う場が必要だ」という考えからだった。[52]同年一二月に懇話会が財政難に直面すると、稲山は懇話会を発展的に解消し、鋼材倶楽部を成立させた。また一九五三年四月には、日本鉄鋼輸出組合の理事長に就任した。[53]同組合設立の際に稲山は通産省を説得し、同組合に商社とメーカーが共に参加できるようすることに成功した。さらに一九五八年六月には戦前の鉄鋼の共同販売組織を復活させるべく、鋼材の公開販売協議会の設立に乗り出し、通産省の行政指導のもとでこれを実現した。[54]一九六五年の住友金属事件では、永野重雄が住友金属の鉄鋼連盟から除名を唱えたのに対し、稲山はこれに反対し、住友金属を含めた業界全体の話し合いを通じて問題の解決を図った。[55]同年、稲山は日本鉄鋼連盟の会長に就任し、八幡製鉄と富士製鉄の合併を模索し始めた。[56]稲山が八幡製鉄の副社長、さらに社長に就任して以降、八幡製鉄の業界シェアは四〇％から三〇％へと減っており、[57]この事実は稲山が自社のシェア拡大より業界協調を重視していたことを裏付けている。

第三節　日米・日中関係における稲山嘉寛の基本的な立場

稲山は一九七二年に日中経済協会会長の初代会長に就任し、一九七八年の日中長期貿易取決めの締結において中心的な役割を果たした。稲山は、『評伝稲山嘉寛』の言葉を借りれば「日中貿易正常化の生みの親」だったのであり、その

ため、一般の人々から「親中派」というイメージを抱かれる傾向が強い。このイメージをさらに拡大させ、日中長期貿易取決めを推進した、稲山をはじめとする財界首脳の政治的な戦略は、日米安保だけを頼りにせず、長期的な視野に立って日中関係を日米関係に劣らぬ強固なものにし、日本の安全を永遠に保障することにあったと分析する研究もある(58)。

しかし、稲山は、どのような意味から「親中派」と言えるのであろうか。ここでは、「親中派」をどう定義するかが問題となる。高碕達之助、岡崎嘉平太らの財界人はしばしば「親中派」と呼ばれる。高碕らは、戦前戦後を通じ一貫して中国に親しみを抱き、また経済活動の場としてどこよりも中国を優先してきた。稲山も彼らと同様の意味で「親中派」と呼ぶことができるのであろうか。また、稲山は、対米関係よりも対中関係を優先したことがあるのであろうか。あるいは、日米関係の文脈から離れて対中関係を考えたことがあるのであろうか。

そこで本節では、日米関係や日中関係をめぐる一九六八年以前の稲山の活動を整理することによって稲山の対外認識を分析し、これまで広く流布してきた「親中派」の稲山像を再検討することとする。

結論を先取りして言えば、稲山は、戦後一貫して対米関係を優先して行動していた。その点から言えば、稲山は何より「親米派」であったのである。対中貿易正常化の活動は日米関係の調整という基本的な枠組みの上に位置づけられていたのであり、対中関係が対米関係に優先したり、取って代わったりするとは考えていなかった。稲山の「親中派」的行動を見る際にも、稲山が対外政策の基礎に日米関係を置いていたことを見逃すことはできない。これが本論の基本的な認識となるものである。

一　一九五八年二月の稲山訪中

稲山が「親中派」というイメージを抱かれる原点となった出来事は、言うまでもなく、一九五八年二月の訪中である。そこで、まずその経緯を見てみよう。

稲山が率いた日本の鉄鋼代表団は、この訪中の成果として、中国側と五年間往復一億ポンドのバーター貿易協定を結んだ。しかしながら、この協定は、同年五月に起きた長崎国旗事件の影響で中断された。ただし三〇年後の一九七八年二月の日中長期貿易取決めの締結に際して、この協定は同取決めの前身としての意味づけを与えられることになる。[59]

この五八年の訪中は、日中両国の関係者に「稲山あり」を強く印象づけた。そして七〇年代に稲山が対中経済外交の主役に押し上げられていく重要な背景になった。一九七一年四月に関西財界を代表する住友グループ首脳と、木川田一隆をはじめとする経済同友会の首脳が、中国の卓球代表団団長で中日友好協会副秘書長の王暁雲と会談するまで、日本財界の主流と目される経済人のなかで、中国と直接的に交渉する経験を持ったことがあるのは稲山ただ一人であった。

一九五八年二月一二日に出発した稲山を団長とする鉄鋼使節団[60]は、中国にほぼ二週間滞在し、二月二六日に中国側と鉄鋼貿易協定を結んだ。当時、不況を背景に日本国内ではそれまで中断していた第四次民間貿易協定の交渉再開への期待が高まりつつあった。こうした状況において、鉄鋼使節団の動きは中断された民間貿易協定の交渉打開の糸口として注目された。

鉄鋼使節団が出発する時点で、岸信介内閣は第四次貿易協定の交渉再開をほぼ決定していた。二六日に鉄鋼使節団が中国側と鉄鋼貿易協定を結んだ直後、池田正之輔を首席とする民間貿易協定の訪中団は中国側と交渉を再開した。そして三月五日に第四次貿易協定が調印された。[61]

日中経済協会の『日中覚書一一年』と題する報告書は、「日本の鉄鋼業が果たしたこの新しい画期的な積み上げの成果は、日中貿易の正常な発展に大勢を方向づけ、拍車をかける牽引車となり、第四次民間貿易協定の交渉は、鉄鋼協定

調印の翌二月二七日から始まって、三月五日に妥結した」として、鉄鋼の長期貿易協定を結ばせる契機となった、と述べている。[62]

このことから明らかなように、稲山は、岸内閣の民間貿易協定打開という方針を前提としたうえで、それを先導する「牽引車」として訪中したのであった。名和太郎はこの点に注目し、『評伝稲山嘉寛』において「稲山は、まさに日中貿易正常化の生みの親ともいえる」と評している。[63]

同協定の公式名称は「日本鉄鋼貿易代表団・中国鉱産公司・中国五金進口公司　長期求償貿易協定書」である。協定書では五年間それぞれ一億英ポンドの輸出金額で鋼材と鉄鉱石・石炭のバーター貿易を規定していた（第一条、第二条）。そして毎年の輸出入の取引額の均衡が保障されている（第六条）。また、その有効期間は一九六二年一二月三一日までとされているが、双方の同意を得てその期限を延長することができる（第八条）。[64]

『朝日新聞』は協定の成立によって日中貿易拡大の機運が高まると報じ、この協定が特に重視される理由として次の四点を挙げた。すなわち、①甲類商品のなかでも特に重要な鉄鋼と鉄鋼原料とのバーター貿易が実現したことで、日中貿易の宿願だった重要商品の貿易構造の結びつきができたことになる、②しかも五年の長期契約は今までの塩、肥料、マグネシアクリンカーなどの長期契約が一年間契約だったのに比べて画期的な進歩であり、これによって一九五八年から始まった中国の第二次五ヵ年計画と密着した貿易をすることができる、③鉄鋼業界がまずこの宿願を達成したことは、国内におけるこの業界の比重からみて他の業界に与える影響も大きい、④契約によると第五年目の鉄鋼貿易は片道で二七〇〇万ポンドとなっているが、これが呼び水となって日中貿易全体も規模も飛躍的に大きくなる。[65]

一方、左派勢力はこの鉄鋼協定の調印に別の政治的意味づけを与えていた。社会党や共産党を中心とする左派の日中貿易推進勢力は、中国の長期経済建設と連結する経済交流や重要商品の貿易構造の結びつきを強く望んでいた。①に述

べられているように、重要商品の貿易構造の結びつきは、彼らが目指す日中貿易の宿願でもあったのである。革新政党は、日中間の長期的経済交流と貿易構造の結びつきによって日本経済の完全自立、すなわち過度の対米依存からの脱却が実現ができると主張していた。一九五九年二月一六日に社会党の中央執行委員会が提出した「日中両国の経済協について（案）」には、こうした社会党の基本的な立場と主張が明白に書かれている。

「日本経済の完全自立―過度の対米依存からの脱却―に資し、あわせて中国の第二次五ヵ年計画の超過完成に寄与し、平等互恵に立場にたって、長期的計画に基づく経済交流が行われるべきである。それには両国の友好関係の増進、両国間によこたわる一切の通商制限の撤廃が前提となるであろう。その上に、鉄鉱石、粘結炭、塩、大豆、綿花、食糧等、日本がアメリカに依存している主要な物資について、輸入先を中国市場に転換し、これと見合って日本から中国に対し、鋼材、船舶、機械類、化学肥料、化学製品等を主とする建設用物資を輸出することが望ましい。両国間の貿易の飛躍的発展は、日本の中小企業の生産する軽工業製品ならびに一部農・水産物の輸出増大を必然的にともなう。中国の長期建設計画にかなった経済協力は、また日本の長期経済計画の一環である。」[66]（傍線邱）

稲山に訪中を早くから働きかけたのは、日中貿易促進会専務理事の鈴木一雄であった。[67] 日中貿易促進会（設立当時は「中日貿易促進会」と呼称）は、一九四九年五月四日に財閥解体で崩壊した各地域の商社が中心となって設立された。また黄廷富ら華僑総会の幹部と日本の関係貿易業者ら十数人も同会に参加していた。[68] 同会は「中日親善協会」（後の日中友好協会）と密接に関連しており、全体として革新色の強い組織であった。一九四九年四月二〇日、「中日親善協会」の幹事会は、日本経済自立のための大方針として日中貿易運動を展開することを決定した。この決定に従い、五月四日に「中日貿易促進懇談会」が開催された。同懇談会の議長を務めたのは平野義太郎であり、呉山貿易社長・内山書店の内山完造や、日本共産党の野坂参三らが出席していた。その席上で「中日貿易促進会」の設立が可決された。[69] このよ

うに、そもそも日中貿易促進会の設立は「中日親善協会」の活動の一環だったのである。日中友好協会が正式に結成された直後の一九五〇年一〇月に、同会は業者組織として改組した。

稲山に訪中を働きかけた鈴木一雄は、財閥解体まで三菱商事の社員だった。鈴木は日中貿易促進会が設立された当初から同会で中心的役割を果たしてきた。鈴木の説明によれば、彼が日中貿易促進運動に身を投じたのは、「日本経済の発展は、やっぱり日本が独自の立場で中国との関係を改善しながら、経済の交流をはかるということが基本になってくる」という信念からである。「これにはどうしてもアメリカの抵抗をはずさなくてはならん」と鈴木は主張した(70)。ここで注意したいのは、鈴木は日本の独自の立場、すなわち対米依存から距離を置いた対中関係改善を主張している点である。

稲山は、これらの革新勢力や鈴木らと同様の認識と立場から訪中したのであろうか。言い換えれば、稲山も彼らと同様に、日本の経済的自立、あるいは対米依存からの脱却の観点から鉄鋼の長期貿易協定を締結したのであろうか。また、日本が独自の立場で、すなわちアメリカから独立して、対中経済交流を進めるべきだ、という鈴木のような信念を稲山も持っていたのであろうか。

確かに、稲山も対中鉄鋼貿易を拡大し、これを通じて日中貿易を軌道に乗せることを望んでいた(71)。その一点では、稲山は革新政党や鈴木と一致していた。しかし、訪中をめぐる稲山の基本的な立場は、日中経済の構造的結びつきや対米依存からの脱却といった社会党や共産党が主張する目的と必ずしも一致していたわけではない。

『私の鉄鋼昭和史』において、稲山はこの五八年訪中の経緯を詳しく説明している。稲山によれば、彼の中国行きが実現したのは鈴木が彼に熱心に勧めたからであり、最初の頃彼は行く気持ちがなかった。しかし、アイゼンハワー大統領が「原子爆弾の発明によって、もはや戦争はできない。平和を築くのである」という「平和声明」を出した後、稲山

は次第に中国に行ってみる気になった。そして、その大きなきっかけになったのが、訪中前年の一九五七年の訪米であった。この訪米中稲山は、アメリカ政府にスクラップの対日輸出と鉄鋼の第二次合理化計画への資金援助を懇願した。帰国後、金融引き締めなど緊縮政策の影響で国内には不況が訪れた。不況の打開という大きな課題に、輸出の伸長と鉄鋼の販売価格の安定によって対応しようとした稲山は、その一環として、懸案だった中国訪問に踏切ったのである。(72)

米中対立のなかで、稲山は、仮に自分が中国へ行けば、今後、アメリカに行けなくなるかもしれないし、下手をすると鉄鋼の対米輸出に支障が出るかもしれないと心配した。稲山はアメリカ大使館にチボドー参事官を訪ね、中国行きを打診した。チボドーは最初は稲山の訪中に否定的だったが、稲山はアイゼンハワー大統領の平和声明を記載した新聞の切り抜きを持ち出して、自分の中国行きもその一環だと主張した。数日後、大使館から連絡があり、同業者が同行することを前提に中国に行っても構わないと伝えられた。(73)

以上、稲山が語った訪中の経過を見ると、一九五八年の稲山訪中の主な目的は、国内不況の打開にあった。前節で述べたように、「鉄鋼人」としての稲山の考えでは、不況の打開には、まず鉄鋼価格の安定が必要になる。対中交渉の過程において、稲山は価格を重視し、儲からなければ無理して協定を結ばなくても良いとの態度を中国側に示した。(74)稲山訪中の目的は、正確に言えば日中貿易の拡大そのものではなく、その先にあった。すなわち、対中鉄鋼貿易の展開を通じて、鉄鋼の価格を安定させ、国内不況を打開しようとしたのである。

また、訪中の前にアメリカ大使館に打診を行ったことも重要である。稲山が対中関係より対米関係を優先していたことはこの点から明らかである。回想の中で稲山は、「どういう結論になるか、やや諦めていたところ、一〇日くらいたってから、大使館から呼び出しがきた。行ってみると……思いかけず許可してくれた」と述べている。(75)この記述からアメリカ大使館の許可を得られなかったら、稲山は訪中をあきらめるつもりだったことが窺える。アメリカへの配慮を稲

山は優先したのであった。

以上に述べてきたように、一九五八年の訪中に至る経緯を見ると、稲山はあくまで対米関係への配慮を優先していた。日中貿易促進会の働きかけによって訪中したからといっても、稲山が同会の幹部たちと同様に対中交流への思い入れと親中国感情を持っていたわけではなかったのである。

二　LT貿易設立における稲山の立場

稲山が日中貿易拡大よりも対米関係を重視していたことを示す一つの例は、一九六二年のLT貿易設立過程における彼の対応である。[76] 中国側や訪中団団長の高碕達之助は、LT貿易交渉の訪中団に、鉄鋼業界の代表、中でも一九五八年の訪中経験を持つ稲山が参加することを望んでいたが、稲山はアメリカへの配慮から高碕訪中団には加わらなかった。

中国側は鉄鋼業界の代表がLT貿易交渉に参加することを強く望んでおり、高碕を通じてその意向が日本側に伝えられた。[77] 対日輸出品において鉄鋼原料関係が大きな比重を占めていたのが原因だと思われた。そのため、高碕訪中団に鉄鋼業界が代表を派遣するかどうか、鉄鋼業界の動向が注目された。とりわけ、一九五八年の訪中経験があった稲山が訪中団に加わるかどうかが問題の焦点となった。

稲山は最初から訪中の可能性を否定していたわけではなかった。松村謙三と高碕の訪中を控えた一九六二年九月七日、通産省の仲介で、鉄鋼、機械、肥料の業界首脳が集まり、松村と高碕から中国訪問について説明が行われた。これがLT貿易交渉に関する業界の最初の会合であった。[78] 五月に八幡製鉄の社長に就任したばかりの稲山も、この会合に参加していた。また、松村訪中の前日の九月一一日、稲山は記者団に対して、「松村氏の訪中結果をみて、具体的な成果がつ

かめる見通しがはっきりすれば、具体的商談のため高碕氏に同行する用意がある」と語り、訪中の可能性を示唆した。(79)

そもそも、稲山と高碕は戦前から懇意な間柄にあった。稲山によれば、高碕との縁は一九三四年頃、稲山がブリキ共同販売組合の理事長をしていたときに、高碕に理事就任を依頼したことがきっかけである。以来、二人は親交を深めた。稲山が終戦処理の任務を終え、本部営業部次長として日鉄に復帰する直前の一九四五年一二月、軍需工業を中心とする重工業施設の過半を賠償として撤去することを勧告する「ポーレー中間報告」が発表された。そのため、稲山が日鉄に復帰した時、日鉄は賠償問題への対応に苦慮していた。こうしたなか、満州から帰ってきた高碕の言葉を聞き、稲山はアメリカが日本から賠償を取ることはないと確信した。すなわち、高碕はアメリカの司令官から「一〇年でこれだけの満州の建設できるのは、日本をおいてほかにない」と言われた、というのである。稲山はこの話を聞き、「アメリカの占領政策はかわったな」と直感した。それに稲山は高碕の「絶対に賠償指定はありえない」という言葉を信じていた。(80)

このように、稲山と高碕は古くから親しい仲であった。五八年の訪中の際、日中貿易促進会を通じて訪中の誘いが来たにもかかわらず、稲山は日中貿易促進会の紹介状ではなく、高碕の紹介状を持って訪中した。(81)中国首脳が高碕を強く信頼していることを稲山は認識していたのである。このような両者の個人的な付き合いからしても、稲山が高碕に同行してLT貿易交渉の訪中団に加わる可能性は高かったと考えられる。

しかし、松村が訪中を終えて帰国した翌日の九月二六日、アメリカのハリマン国務次官補が、日中貿易拡大の動きが中国により政治目的に利用されることに対する懸念を表明した。これ以降、訪中に対する稲山の態度は微妙に変化した。二七日には、「わたし自身が行った方がいいか、代わりにだれが行ってもらった方がいいかはまだ決めていない」と述べ、訪中について、慎重な態度を示した。(82)

一〇月一五日、鉄鋼業界は東京會舘で「日本鉄鋼運営委員会」を開き、高碕訪中について協議したが、結論は見送ら

れた。その際稲山は、①前回の訪中から行動を慎重にしたい、②原料炭を大量に買い付けることが難しい、③政府の態度がはっきりしない、という三つの理由を挙げて説明を行った。[83] 一七日、ライシャワー駐日アメリカ大使は「政経不可分を原則としている共産圏、特に中共との貿易に過度に依存することは危険だ」という見解を明らかにした。[84] 同日、稲山は永野と一緒に高碕に面会し、中共の製鉄原料を引取ることは当面問題があると伝えた。[85] そして一〇月一八日に八幡、富士、日本鋼管、川崎大手四社は社長会議を開き、尼崎製鉄原料部長の米沢治を鉄鋼業界の代表として高碕訪中団に派遣することを最終的に決定した。[86] 結局、稲山の訪中は実現には至らなかった。

訪中の可能性を最初に示唆した際、稲山は二つの条件を提示していた。すなわち、第一に、政府が延べ払い輸出を認めること、第二に、アメリカの了解を取り付けることである。日本政府は延べ払い輸出を一応認めていたので、稲山の訪中を断念させた主要な原因は日中貿易の拡大をアメリカが強く懸念したことにあったと思われる。[87]

LT貿易協定が調印された直後の一九六二年一一月一九―二一日に、稲山はワシントンで開催された第二回日米財界人会議に参加した。会議の席上、稲山は中共との貿易問題に対する日本代表団の立場を説明した。稲山の説明はアメリカ側に非常な感銘を与えたとされる。帰国後の経団連の座談会において、代表団団長の佐藤喜一郎は稲山にその概略を説明するよう求めた。これに対して、稲山は、対中共貿易や共産圏貿易について日米の認識が非常に異なり、この認識の相違から危険な問題を孕んでいると認識していると答えた。そして財界人会議の席上アメリカの経済人に対して、日本国内の日中貿易拡大の動きをアメリカが無理に押さえつけると却って反米運動を引き起こす可能性があると指摘したこと、そのうえで、「手違いがあるといけないから、両国政府の間でよく話し合って、どの程度ならいいとか、誤解のないようにし、その認識を統一してご処置」するよう主張したと語った。[88] また、アメリカの経済人を安心させるために、日中貿易の限界を次のように指摘したとも述べた。

「実際問題としては、たとえば、われわれ鉄鋼業者は、鉄鉱石や石炭をどこからか持ってこなければならないわけだが、それらの買い入れ先は、昔とはまったく一変してしまっていて、中共の資源はわれわれにはもうあまり魅力がない、というのが実情である。その点を日本の国民はまだよく知らないが、われわれ鉄鋼業者はよく知っているし、それを買う限度というものは、非常に限られた、むしろ政策的に買う程度にとどまるのだから、中共貿易の拡大といっても、たいしたことはあり得ないと思う。したがって、その限度はせいぜい六千万ドル程度のもので、日本の貿易総額の二％程度、きわめて比重の小さい問題に過ぎない。また、政府は延べ払いをしようといっているが、その程度は年間二千万ドルか三千万ドルのようだから、三年間でたった一億ドルにもならない。その程度のものを不用意におさえて、もし反米運動を誘発でもするようなことになったのでは、両国のために非常に損だと思うので、実はわれわれはその点を心配しているのだ。(89)」（傍線邱）

稲山は最後に次のように述べた。

「しかし、この問題はこれからが問題で、ここでは了解してくれたといっても、相手では一民間団体にすぎませんし、それで安心できる問題ではないと思っているのです。それにいまダンピングでいろいろ問題を起こしているし、延べ払いにしても、アメリカへ鉄を売った代金を中共へ貸したのだ、そんな鉄はボイコットしろ、ということまで問題を発展させられると、大変なことになりますので、これはよほど慎重にやらなければいけないと思っております。(90)」

稲山はこの問題がアメリカ国内における鉄のボイコットにまで発展することを強く警戒し、対中貿易の延べ払い問題に慎重に対処すべきだと主張したのである。このように、対米関係、特に鉄鋼の対米輸出に支障が出ることに対する懸念から、稲山は高碕訪中団への参加を控えた。それだけでなく、対中貿易の延べ払い問題にさえ慎重な態度を取るようになった。ここでも稲山は、日中貿易の拡大よりも対米関係を重視していたことがわかる。LT貿易交渉におけるこの

ような稲山の対応に松村謙三は失望し、周囲に「やっぱり、稲山もダメだなあー」と漏らしたとされる。松村と親しい関係にあった自民党政治家の田川誠一は、松村は「多分、経済のワクにはまり過ぎていたという」意味で稲山がダメだと言ったのだと説明している(91)。

三　戦後の日米経済交流と稲山

前二項で明らかにしたように、稲山は対米関係を重視し、日米関係の調整という枠組みのもとで対中貿易の拡大を見ていた。その背景として、戦後の日米経済交流において稲山が重要な役割を果たしてきた事実を見逃すことはできない。本項ではこれについて説明しておきたい。

『稲山嘉寛回想録』の「稲山嘉寛略年譜」によれば、一九五七年二月の初訪米以来、一九六八年まで、稲山の訪米数は一〇回に及ぶ（表一を参照）。訪米の中身は、鉄鋼業界の代表としての活動と財界人の活動の二種類に大別することができる。これらの訪米記録は、戦後日米経済交流において稲山が重要な役割を果たしていたことを示している。特に日米財界人会議（一九六一年設立、座長＝石坂泰三経団連会長）、日本カリフォルニア会（一九六四年設立、日本側座長＝岩佐凱実）、日本中西部会（一九六六年設立、日本側座長＝木川田一隆）等、日米民間経済交流の重要な組織に稲山が積極的に参加したことは注意を要する。

表一　稲山の訪米記録一九五七―六八年

一九五七年二月	屑鉄輸入交渉。

一九六〇年九月　鉄鋼市況調査。
一九六一年八月　化学部門の技術協定交渉。
一九六二年一一月　第二回日米財界人会議。
一九六三年六月　全米石炭協会総会。
一九六五年九月　国際産業人会議。
一九六六年五月　米国鉄鋼協会年次総会出席。
一九六七年五月　国際鉄鋼協会発起人会出席　日本米国中西部会。
一九六八年三月　輸入課徴金に関する訪米経済使節団団員。
一九六八年九月　第四回日本カリフォルニア会出席。

（一）一九五七年の「鉄鋼使節団」訪米

まず、一九五七年の訪米経過を見ることにしよう。一九五七年二月、スクラップの輸入を確保するため、稲山は、永野重雄富士製鉄社長、大堀弘通産省重工業局次長とともに「鉄鋼使節団」の一員として訪米した。二月一二日に出発、三月一二日に帰国で、ちょうど一ヶ月間の旅であった。稲山にとってこれは初めての訪米であり、戦後初めての外国旅行でもあった。

まず、ハワイで二泊し、一行は日本に赴任する直前のマッカーサー大使の自宅に招待され、話し合いを行った。続いて、アメリカ製鉄業者の考えを知るべく、ロサンゼルスでカイザー製鉄会社の中心人物だったアシュビーと会談した。また、サンフランシスコではＵＳスチールの子会社であるコロンビア・スチールの社長に会い、日本の買い付けがどう

いう点でアメリカの製鉄業者に迷惑をかけているかを尋ねた。そして、二月一七日にワシントン到着後、一八日から四日間連続でロバートソン国務次官補（極東問題担当）、ウイリアム商務次官、マックレンラン商務次官補、スミス商務長官補代理、その他国務省の関係者二、三名など全部で十人余りのアメリカ政府の要人と会合した。その後、一行はニューヨークに行き、それぞれ視察を行った。三月五、六日にはワシントンに戻り、ランドール対外経済政策審議会委員長、ウイークス商務長官、ホリスターICA長官、アダムス大統領補佐官とそれぞれ会合し、一二日に帰国した。(92)

会見したアメリカ政府首脳に対して、使節団は主に日本の鉄鋼増産の見通しを説明し、二四八万トンのスクラップの対日輸出を要求した。使節団は「日本の経済を安定さすことが、自由国家群の仲間として、日本が他に迷惑をかけない一番いい方法だ。自立経済を達成することは日本自身が努力する。……しかし、なんといっても、その元をなすものは鉄鋼業だ。その鉄鋼業にとって目先一番の隘路はスクラップだ」という基本的な立場から話をした。(93) 政府代表として同行した大堀の話によれば、これらの交渉は主に稲山と永野によって行われ、大堀が二人の発言に補足する必要はほとんどなかった。大堀は、二人は「民間の代表でおいでになったんですが、そのお二人のお話しの仕方が、単に日本の鉄鋼業界の代表というだけではなく、日本経済の代表、むしろ日本の国全体の代表といったような立場で発言された。これが先方に非常にいい印象を与え、……発言は十分に聞いてもらった」と語っている。(94)

稲山自身は帰国後、この初訪米の印象について次のように語っている。

「アメリカの人達が……快活、しかも親切、職務に忠実という感じを受けて、実に感嘆したわけです。この親切とか、あるいは礼儀正しいとか、あるいは職務に忠実であるということが……なにか人世に理想をもっておるというように感じたわけです。……それでは理想というのは何だろう。……要するに、世界主義になって来ておる。よく世界主義というと、征服というような闘争が考えられるんですが、私は、そうじゃなくて、人類全体に何か一つの

新しい、愉快な、豊富な世界をつくろうという理想がみなぎっておるというように考えて、帰ってきたわけです。このことは、要するにアメリカの戦争後、殊に拡大された一つの理想だと思います。……それでは理想というのはなにかということなんですが、簡単にいえばこの世の中から景気、不景気の循環を取り除いて、不景気をなくそう。そして、常に物質的に豊かな世界をつくろうということだと思うんです。……そして全世界の資源の開発、前世界のオートメーション化、全世界の生産性向上ということを考えている。従って、アメリカの今までのやり方をみますと、決して鎖国的でなくて、そして、いわばおチョツカイじゃないかというところまで、他国の面倒をみる。[95]」（傍線邱）

このように、この訪米において稲山はアメリカの「世界主義」に強く印象づけられた。

ところで、使節団の対米交渉はどのような成果を生んだのであろうか。この訪米の後、アメリカ政府から一五〇―一六〇万トンのスクラップの対日輸出が許可された。また、日本の鉄鋼業に対して世界銀行から融資が行われ、アメリカ輸出入銀行の延べ払いも供与された。[96]これによって日本の鉄鋼業は、最新の設備に更新することができ、第二次合理化計画が進められるようになった。さらに、アメリカは日本の鉄鋼輸出の最大の市場になった。アメリカは一九五八年にインドに代わる日本の鉄鋼輸出の第一位の市場になり、以降、日本の鉄鋼輸出は次第にアメリカに集中するようになった。日本の鉄鋼輸出に占める対米輸出の割合は一九五七―六二年には二〇％台だったのが、一九六三―六四年には三〇％台、一九六五年以降は四〇％台に上昇した。[97]

稲山はその後、この訪米の時の経験を挙げて、同盟国日本の繁栄のために惜しまず援助するのが、アメリカの政策だと説くようになる。稲山は一九六五年の「私の履歴書」においてこの訪米の際、アダムス大統領補佐官に次のように言われたと述べている。

「私どもは核兵器の発明によって、世界には今までのような戦争は二度と起こりえないと思います。しかし、貧乏はしばしば、人と人、国と国との間のもめごとの原因となります。私たちは世界から貧乏を追放しなければなりません。……われわれが全世界に平和の日をもたらすためにはまず自由主義国家群の団結と繁栄を作り上げねばなりません。日本は立派な自由主義国家群の一員であります。私たちは日本の繁栄のためになることなら、いかなることでも惜しまず援助致します。……困ったことがあったらいつでも私のところへおいで下さい。」[98]

そして、アメリカは実際その通りに実行したと稲山は述べている。また同年の「私の日本経済論」において、稲山は戦後日本の高度成長の第一要因は、アメリカの経済援助にあったとも述べている。

「現在のアメリカは世界平和の達成にまっしぐらに努力していると、私は判断しています。世界銀行や輸出入銀行の活躍、相手国に金がなければ貸してやる、あるいはアメリカが戦争を通じて開発した技術を金さえだせばどんどん教えてくれる――このような状態は、以前ではとても考えられなかったものです。さらに後進国援助に力を入れて、世界中を貧乏から解放するという平和政策が行われています。……日本は戦争に敗れましたが、アメリカは平和達成のため自由主義経済国を糾合して、共産主義と対決していくという観点から、日本を味方として金と技術と知識を与えてくれたのです。……結局、日本はこのような平和政策時代の受け入れ体制がよかったため、世界にも例のない大きな発展ができたのだと思います。」[99]

このように、稲山は戦後日本の繁栄はアメリカの経済援助のおかげであると説いた。稲山がアメリカの世界政策を高く評価し、アメリカに深く感謝していたことが窺われる。

（二）一九六八年の訪米と輸出自主規制の推進

対米経済外交において、稲山が重要な役割を果たしたことを示す重要な例は、一九六八年三月の輸入課徴金に関する訪米経済使節団への稲山の参加である。

ベトナム戦争に伴う対外軍事・経済援助の増大、民間資本の流出、および貿易黒字幅の縮小により、アメリカの国際収支は一九六七年に急激に悪化し、三五―四〇億ドルの赤字に達したと見込まれた。国際収支赤字の改善を図るために、一九六八年一月一日、ジョンソン大統領は国際収支改善策に関する特別声明（ドル防衛策）を発表し、三〇億ドルの赤字削減をめざす方針を明らかにした[100]。そしてその一環として、輸出戻し税および輸入付加税（以下輸入課徴金）の創設が検討されることになった[101]。

この措置は主にEEC（ヨーロッパ共同市場）の国境税に対抗するためと思われたが[102]、アメリカ政府は日本の輸入だけを除外することは困難だという考えを示し、輸入課徴金からの適用除外を求めた日本政府の要請を否定した[103]。アメリカ政府はイギリスが提案しているケネディ・ラウンド（関税一括引き下げ交渉）の関税引き下げの繰り上げ実施にEECと日本が同調すれば、五億ドルの国際収支改善の目標は容易に達成できるし、あえて輸入課徴金を実施するまでもないと述べた。しかし、関税引き下げの繰り上げにはEECが難色を示し、特にフランスが強く反対していた。そのため、アメリカ国内では輸入課徴金採用の動きが次第に強まった。

当時、日本経済はアメリカ同様、国際収支の不均衡に悩み、金融引締め下にあった。しかも、対米輸出は総輸出の三割を占めており、中でも中小企業関係の輸出品のウェートが非常に高かった。そのため輸出課徴金の採用は日本経済に深刻な影響を与えると憂慮された。こうした中、経団連、日本商工会議所、日本貿易会などから成る対米貿易合同委員会は輸入課徴金採用の再考をアメリカ政府に強く要請し、「万一そのような措置（輸入課徴金―邱註）がとられる場合には、……有効な対抗措置をとるよう日本政府に要求せざるを得ない」とする強硬な見解を表明した[104]。輸入課徴金採

用を阻止するために、日本政府は外交ルートを通じてアメリカ政府に働きかけを行った。しかし、政府特使の派遣は米国議会の動向や課徴金制度の具体的な内容を見極めてからでなくては難しく、椎名悦三郎通産相は植村甲午郎経団連副会長に民間特使を先に送ることを打診した[105]。この要請を受け、経団連は佐藤喜一郎三井銀行会長を団長とする経済人八名から成る訪米経済使節団を派遣することを決定した。財界が特定の交渉目的を持った使節団をアメリカに送るのは、これが初めてであった[106]。

佐藤は対米輸出商品の一位を占めていた鉄鋼の話は必ず出てくると推測し、稲山に訪米団への参加を要請した。稲山はちょうどこの時期「輸出自主規制の必要があると感じていた」ので、この要請に応じ、訪米使節団に加わった[107]。

使節団は三月一七日に出発し、五日間の訪問日程を終えて、二二日にワシントンで解散した。五日間のワシントン滞在中、ラスク国務長官、ファウラー財務長官、スミス商務長官、ロストウ国務次官、ロス大統領通商交渉代表、ミルズ下院歳入委員長、オーカン大統領経済諮問委員長、ソロモン国務次官補ら政府、議会首脳や、農業団体、言論界と会合を持った。これらの場で使節団は、アメリカ側の意向を打診するとともに、輸入課徴金導入に反対する考えを表明した[108]。

これらの接触を通じて、稲山は「米国の輸入課徴金をめぐる事態はきわめて深刻かつ差し迫った段階になっている」という印象を受け、「日本が貿易・資本の自由化の前進にさらに真剣に取り組む必要」を痛切に感じた。稲山は「日本からの鉄鋼、繊維など対米輸出には一段と秩序が望まれる」と主張し、「輸入課徴金は日本だけの問題ではなく、幅の広い自由諸国全体の問題である。われわれはもう一段高い視野に立って、米国と話し合い、協力する必要がある」と述べ、対米協力の必要性を強調した[109]。

訪米中の三月一九日、稲山はミルズ下院歳入委員長、ソロモン国務次官補にそれぞれ会い、鉄鋼の対米輸出自主規制を行う意向を表明した。稲山の回想によれば、アメリカ議会での輸入課徴金審議の鍵を握るミルズに対し、稲山は次の

ように述べた。

「関税障壁を設けるとか、課徴金をかけるとかといった輸入制限措置を採ることは、自由主義のリーダーであるアメリカとして行うべきことではない。私どもはアメリカの世界政策に対して共感しているし、アメリカが困るようなことはすべきでないと思う、それで鉄に関して、私どもは輸出自主規制するのが一番いい方法だと思う。[10]」（傍線邸）

また、ソロモンに対しては、日本鉄鋼業界の対米輸出自主規制がアメリカの独禁法違反にならないように国務省が壁になり、その壁を隔てて日本とアメリカの鉄鋼メーカーが話し合うのが良いと述べた。ヨーロッパがこれに同調するかどうかを問いかけたソロモンに対して、稲山はヨーロッパの鉄鋼首脳には自ら相談してみると答えた。

三月二二日にワシントンで使節団が解散した後、稲山はローマに飛び、国際鉄鋼協会の理事会に出席した。[11]西ドイツ・ティッセン社のゾール会長の協力のもと、輸出自主規制に関する稲山の提案は同理事会を通過した。

しかし、日本国内では繊維産業をはじめとする他の産業が自主規制に強く反対した。「鉄鋼がやるとこっちもやらされる心配」[12]から、繊維業界のリーダーだった宮崎輝旭化成社長は稲山の自宅に電話をして、鉄鋼の輸出自主規制を止めようとした。通産省も鉄鋼の輸出自主規制には反対であった。稲山が輸出自主規制の話を持ち込んだ際、熊谷典文通産事務次官はこれに驚き、「大産業の鉄がそんな模範を示しては困ります」と反対した。しかし、稲山は「鉄は一国にとって必須の産業である。しかるに、日本は米の迷惑も考えず過度に輸出している。ここは自制すべきだ。貴方が反対しても私は断固やります」と主張した。結局、稲山の熱意に押されて、熊谷は鉄鋼の対米輸出自主規制を了解した。[13]

一九六八年一二月二三日、稲山は日本鉄鋼輸出組合理事長の肩書きでラスク国務長官に書簡を送った。この書簡に基づいて、業界ベースによる鉄鋼の第一次対米輸出自主規制が始まった。[14]日、欧鉄鋼業の輸出自主規制は、アメリカ政

府と議会から評価され、議会での鉄鋼輸入制限法案の審議が延期されることになった。その結果、鉄鋼の輸入制限問題は、繊維摩擦のような深刻な対立へ転化することなく収拾された[115]。一方、輸入課徴金の採用も日本とEECがケネディ・ラウンドに基づく関税引き下げの実施の繰り上げを表明したことで回避された。

一九六九年に第一次の対米輸出自主規制が行われた結果、同年の鉄鋼の対米輸出数量は、六八年の輸出実績の約二五％削減された。しかし、輸出価格は大幅に上昇し、対米輸出の平均単価は一九六八年の一〇〇〇トン一二四・四ドルから一三七・二ドルにまで跳ね上がった。またヨーロッパ市場への輸出が好調だったため、対米輸出が減少した分が埋め合わされた。全体的に見れば、一九六九年の日本の鉄鋼輸出は、数量で一六〇一万トン、金額では二二億九七三九万ドルに達した。前年の実績に比べて数量で二一・七％、金額で二六・八％の増加であり、日本の鉄鋼輸出は戦後最高を記録したのである[116]。このように、輸出自主規制は結果として鉄鋼価格の改善、市場の多様化に繋がった。一九七二年に出版された『株式会社日本』は、通産官僚の反対にもかかわらず、輸出自主規制を強行した稲山の動機について、「対米輸出自主規制をきっかけに、値下げ競争して輸出量を拡大していくようなこれまでのやりかたを、価格重視の質的な輸出に転換させようとした」[117]と分析している。

このように、アメリカのドル防衛策に対応して展開された一九六八年の対米経済外交において、稲山は重要な役割を果たした。業界首脳がアメリカの国務長官に書簡を送り、直接経済交渉を行うのは、極めて異例の出来事である。そして対米協力を唱え続けた稲山の姿勢が、アメリカ政府の信頼を獲得したことは間違いない。

小括

本章において明らかにしたように、稲山の基本的価値志向は親米的であり、実利主義的であった。また、稲山の経済観では鉄鋼の価格安定を図ることが経済の安定にとって何より重要であり、それには業界の話し合いによる生産調整、すなわちカルテルの結成が必要であった。戦後の日米関係と日中関係において、稲山は日中貿易拡大よりも対米関係を重視し、対米経済外交において重要な役割を果たした。稲山はアメリカの世界政策に共感を覚え、対米協力の姿勢を取ったのである。一九七〇年代以降、日米貿易摩擦が深刻化する中で、稲山は対中経済外交の展開の中心を担うようになる。それは、鉄鋼の対米輸出自主規制の推進に示されたように、対米経済関係の調整を稲山が早くから主張し、成果を挙げたことと無関係ではない。いわば、日米経済関係の危機こそ「稲山路線」の最大の背景であった。次章では一九六九年以降日米貿易摩擦が深刻化し、日米経済関係が危機的状況に陥る中で、「稲山路線」が形成されていく過程を説明する。

（1）稲山嘉寛「私の履歴書」（日本経済新聞社編『私の履歴書』経済人八、日本経済新聞社、一九八〇年）一九八―二〇〇頁。
（2）前掲『評伝稲山嘉寛』二四三頁。
（3）前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二〇七頁。
（4）同右、二〇七頁。
（5）同右、二〇三―二〇六頁。
（6）同右、二〇九―二一八頁。
（7）同右、二二四―二二五頁。
（8）同右、二二九―二三二頁。
（9）同右、二二六―二二七頁。
（10）小野善邦『わが志は千里に在り』（日本経済新聞社、二〇〇四年）二六―四三頁。

(11) 稲葉秀三「人間性豊かな稲山さん」（「稲山嘉寛回想録」編集委員会『稲山嘉寛回想録』新日本製鐵株式会社、一九八八年）一〇一―一〇二頁。
(12) 前掲『わが志は千里に在り』三六頁。
(13) 大来佐武郎「偉大な先達」（前掲『稲山嘉寛回想録』）一六〇頁。
(14) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二〇二頁。
(15) 同右、二一三頁。
(16) 同右、二一五頁。
(17) 同右、一九三頁。
(18) 中嶋嶺雄・古森義久『中国暴発』（ビジネス社、二〇〇五年）一五九頁。
(19) 田原総一郎「稲山嘉寛が狙う八〇年代政財界連合体制」（『中央公論』第九六巻第一号、一九八一年一月）二二一頁、稲山嘉寛『わかっちゃくれない』（朝日新聞社、一九八七年）一九〇頁。
(20) 前掲『わかっちゃくれない』三一―三二頁。
(21) 日向方齊「稲山さんの思い出」（前掲『稲山嘉寛回想録』）四八九頁。
(22) 前掲『評伝稲山嘉寛』二四七頁。
(23) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二三六―二三七頁。
(24) 「稲山嘉寛略年譜」（前掲『稲山嘉寛回想録』）八三二頁。
(25) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二三八頁。
(26) 前掲「稲山嘉寛略年譜」。
(27) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」一九四―一九五頁。
(28) 稲山嘉寛『私の鉄鋼昭和史』（東洋経済新報社、一九八六年）二二三―二二四頁。
(29) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」一九五―一九七頁。
(30) 矢部洋三・古賀義弘・渡辺広明・飯島正義編著『現代日本経済史年表』（日本経済評論社、一九九六年）一五五頁。
(31) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」一九六―一九七頁。

(32) 前掲『わかっちゃくれない』一一四頁。
(33) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二三八―二四八頁。
(34) 中村隆英『昭和経済史』（岩波書店、一九八六年）四二―四六頁。
(35) 同右、五一―五二頁。
(36) 前掲『評伝稲山嘉寛』三一頁。
(37) 『八幡製鉄所五十年誌』（八幡製鉄株式会社八幡製鉄所、一九五〇年）二四三頁。
(38) 八幡製鉄所所史編さん実行委員会『八幡製鉄所八十年史　総合史』（新日本製鉄株式会社八幡製鉄所、一九八〇年）八六頁。そもそも、八幡製鉄所が販売部を東京出張所に移したのは第一次世界大戦の終了とその後の軍縮条約で軍需が落ち込み、極度に悪化した経営内容を改善するために、民需分野への拡販活動を行うためであった。民需分野における八幡製鉄所と民間製鉄所の激しい競争は、一九三〇年以前からすでに始まっていたのである（同書、五九頁）。
(39) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二四七頁。
(40) 同右、二四七頁。
(41) 前掲『私の鉄鋼昭和史』三二―三三頁、前掲『わかっちゃくれない』一一五―一一六頁。
(42) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二四七―二四八頁。
(43) 前掲『私の鉄鋼昭和史』三七頁。
(44) 同右、三八―三九頁。
(45) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二五六頁、前掲『私の鉄鋼昭和史』四一―四三頁。
(46) 稲山嘉寛「『独禁法の改正』に思う」（『東京新聞』一九五七年一〇月七日）。
(47) 長州雅芳「独禁法の改正はどうなる？―忘れられているカルテル論争」（『財経詳報』第一四一号、一九五八年一月一三日）三六頁。
(48) 稲山嘉寛「設備の自主調整論」（『日本経済新聞』一九五九年四月一三日）。
(49) 「座談会　新局面を迎える日本経済と独禁法」（『経団連月報』一九六三年四月号）二三―二四頁。
(50) 「座談会　輸出秩序の確立をさまたげるもの」（『経団連月報』一九六三年三月号）二九頁。

(51) 同右、一八頁、二九―三一頁、稲山嘉寛「第一回公開販売協議会における挨拶」（前掲『稲山嘉寛回想録』）七六九―七七〇頁。
(52) 前掲『私の鉄鋼昭和史』八二―八三頁。
(53) 同右、八五頁。
(54) 同右、一二二―一二五頁。
(55) 同右、一三三―一三四頁、前掲『評伝稲山嘉寛』一六三頁。
(56) 前掲『私の鉄鋼昭和史』一三五―一三七頁。
(57) 前掲『評伝稲山嘉寛』一四五頁。
(58) 前掲『転換期の中国・日本と台湾』一七四頁。
(59) 日中長期貿易協議委員会『日中長期貿易取決め二〇年』（日中長期貿易協議委員会、一九九六年）一頁。
(60) 同使節団の構成員は次の通り。稲山嘉寛八幡製鉄常務（団長）、岡崎文勲国民経済研究協会理事（秘書長）、中島正保富士製鉄常務、清水芳夫日本鋼管常務、斎藤英四郎八幡製鉄販売部長、安田安次郎日本鋼管原料部部長、中井国臣八幡製鉄購買部副長、太田慶蔵富士製鉄購買部長、塩博川崎製鉄東京支店材料部長（「中共と長期協定交渉」『朝日新聞』一九五八年二月五日夕刊、前掲『私の鉄鋼昭和史』一〇四頁）。
(61) 波多野勝・清水麗『友好の架け橋を夢みて』（学陽書房、二〇〇四年）一四七―一五〇頁。
(62) 日中経済協会編『日中覚書貿易一一年』（日中経済協会、一九七五年）一六頁。
(63) 前掲『評伝稲山嘉寛』一〇六頁。
(64) 石川忠雄・中嶋嶺雄・池井優『戦後資料日中関係』（日本評論社、一九七〇年）二四七頁。
(65) 「鉄鋼協定成立日中貿易拡大の機運」『朝日新聞』一九五八年二月二七日。
(66) 波多野勝・飯森明子・清水麗『日中友好議員連盟関係資料　帆足計・中尾和夫文書―資料編』（現代史料出版、二〇〇二年）五五〇頁。
(67) 前掲『私の鉄鋼昭和史』一〇〇頁。
(68) 波多野勝・清水麗『友好の架け橋を夢みて』（学陽書房、二〇〇四年）三―四頁。

(69) 前掲『日本外交と中国　一九四五―一九七二』六九頁。
(70) 鈴木一雄「貿促運動が歩んだ道（一）―鈴木一雄氏に聞く」（『アジア経済旬報』六一九号、一九六五年八月）一八―一九頁。
(71) 「中共向鉄鋼使節団出発」『朝日新聞』一九五八年二月一三日。
(72) 前掲『私の鉄鋼昭和史』一〇〇―一〇三頁。
(73) 同右、一〇三―一〇四頁。
(74) 同右、一〇六―一〇七頁。
(75) 同右、一〇四頁。
(76) 一九六二年一一月九日に廖承志と高碕達之助の間で署名された「日中総合貿易に関する覚書」を土台に始まった貿易体制。『日中関係資料集　一九四九年―一九九七年』（霞山会、一九九八年）二一五―二一六頁を参照。
(77) 「高碕氏、鉄鋼首脳らに説明」『日本経済新聞』一九六二年九月八日。
(78) 「松村氏一二日出発」『日本経済新聞』一九六二年九月八日。
(79) 「稲山氏も訪中示唆」『日本経済新聞』一九六二年九月一二日。
(80) 前掲『私の鉄鋼昭和史』七七―七八頁。高碕は一九四一年に満州に赴き、満州重工業の副総裁に就任した。彼は終戦後、満州に留まって、日本人会会長として日本人の安全と日本送還に努めていた。高崎の「私の履歴書」によると、彼は、一九四六年一一月に蒋介石政府の張公権経済部長に賠償要求に充てようとする呉の発電所と広畑の製鉄所の調査をするよう命じられ、日本に帰国した。高碕は「終戦後二年中国にいたが」、日本の工業力を極端に抑えようとする「米国の占領方針が変わろうとは当時私の考えの及ばなかったところである」と述べている（高碕達之助「私の履歴書」日本経済新聞社編『私の履歴書』経済人一、日本経済新聞社、一九八〇年、四四五頁、四四九―四五〇頁）。ただし稲山は一九八五年になって「広畑製鉄所の賠償説は、高碕が自分で経営しようと考えたために起こった問題であった」と回想している。このように、広畑製鉄所の問題は蒋介石政府の要請に基づいたものとする高崎の記述と、稲山のこの問題に対する記述は解釈の力点が食い違っている。稲山によれば、一九四七年頃、高碕から「ちょっときてくれないか」との話があったので、会ったことがある。その際に、高碕は「広畑は賠償で取られることはないから、満州からの引き揚げ者用に自分に譲ってもらえ

ないか」との話を稲山に持ち込んだ、という（前掲『私の鉄鋼昭和史』七八頁）。

(81) 前掲『評伝稲山嘉寛』二六二頁。
(82) 「稲山八幡製鉄社長日中貿易拡大で語る」『日本経済新聞』一九六二年九月二八日
(83) 「代表派遣決まらず」『日本経済新聞』一九六二年一〇月一六日。
(84) 「過度の依存危険」『日本経済新聞』一九六二年一〇月一八日。
(85) 「原料輸入一、二年むずかしい」『日本経済新聞』一九六二年一〇月一八日。
(86) 「尼鉄米沢氏が同行」『日本経済新聞』一九六二年一〇月一九日。
(87) 「稲山氏も訪中示唆」『日本経済新聞』一九六二年九月一二日。
(88) 「座談会　世界経済の中の日本」（『経団連月報』一九六三年一月号）二三―二四頁。
(89) 同右、二四―二五頁
(90) 同右、二五頁。
(91) 野村耕作『岡崎嘉平太論』（株式会社ライフ社、一九七八年）二〇四―二〇五頁。
(92) 「鉄鋼使節団『訪米の印象』を語る」（『鉄鋼業』一九五七年四月号）六―一二頁。
(93) 同右、八―九頁。
(94) 同右、二〇頁。
(95) 同右、一五―一六頁。
(96) 前掲『私の鉄鋼昭和史』一〇二―一〇三頁。
(97) 日本鉄鋼連盟鉄鋼一〇年史編集委員会編集『鉄鋼一〇年史』昭和三三年―昭和四二年（日本鉄鋼連盟、一九六九年）二五六頁。
(98) 前掲、稲山嘉寛「私の履歴書」二六三―二六四頁。
(99) 稲山嘉寛「私の日本経済論」（日本経済研究センター編『私の日本経済論』、日本経済新聞社、一九六五年）二四三頁。
(100) 「米、ドル防衛に非常手段」『日本経済新聞』一九六八年一月三日。
(101) 「三％の輸入税新設」『日本経済新聞』一九六八年一月八日。

(102)「輸入税、国境税に対抗」『日本経済新聞』一九六八年一月八日。
(103)「国境税は日本も対象」『日本経済新聞』一九六八年一月二七日。
(104)「輸入附加税採用の再考を強く要請する」(『経団連月報』一九六八年四月号)六九頁。
(105)「課徴金阻止に民間特使を」『日本経済新聞』一九六八年三月七日。
(106)課徴金に関する訪米経済使節団の構成は次の通り。団長＝佐藤喜一郎経団連副会長・三井銀行会長、団員＝関義長三菱電機会長、稲山嘉寛日本鉄鋼連盟会長・八幡製鉄社長、谷口豊三郎日本紡績協会委員長・東洋紡績会長、宮崎輝日本化繊協会会長・旭化成社長、小坂徳三郎信越化学社長、盛田昭夫ソニー副社長、井上清太郎日本輸出雑貨センター理事長(「財界、国際交渉の役」『日本経済新聞』一九六八年三月一三日)。
(107)前掲『私の鉄鋼昭和史』一六一頁。
(108)「長ければ三年間」『日本経済新聞』一九六八年三月二四日。
(109)稲山嘉寛「米の事態は深刻」(『日本経済新聞』一九六八年三月二四日)。
(110)前掲『私の鉄鋼昭和史』一六二頁。
(111)同右、一六三―一六四頁。
(112)同右、一六四頁。
(113)熊谷典文「自己に厳しい自制の人」(前掲『稲山嘉寛回想録』)二四二頁。
(114)行天豊雄・黒田真編『日米経済問題・一〇〇のキーワード』(有斐閣、一九九二年)九四頁。
(115)経団連事務局編『日米経済関係の諸問題』一九六九年版(経済団体連合会、一九六九年)一一七―一二八頁。
(116)「昭和四四年の日本鉄鋼業回顧」(『鉄鋼界』一九七〇年五月号)三六頁、三九頁。
(117)米国商務省編、大原進・吉田豊明訳『株式会社日本』(サイマル出版会、一九七二年)二三〇―二三一頁。

※本稿は、北海道大学審査　博士(法学)学位論文(二〇〇八年六月授与)に補筆したものである。

論　説

政府の訴訟活動における機関利益と公共の利益（五）

――司法省による「合衆国の利益」の実現をめぐって――

北見宏介

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

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

（以上五八巻六号）

（以上五九巻一号）

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

（以上五九巻三号）

一．下級裁判所での政府の勝訴と過誤の自白
二．背景にある思考
三．過誤の自白の問題点
第三款　アミカスキュリエとしての関与
一．アミカスキュリエ
二．政府によるアミカス書面と訟務長官の権限
三．訟務長官によるアミカス書面の使用状況と最高裁判所の評価
四．最高裁判所によるアミカス書面の要求
五．訟務長官のアミカス書面の機能
六．訟務長官の自己認識
第三節　訟務長官の伝統的行動様式と機能
一．「一〇人目の最高裁判所裁判官」
二．各政府機関の利益と「合衆国の利益」
三．各機関からの距離と執行府内での機能
四．濫用の危険性とアドバーサリーシステム
五．小括
第三章　訟務長官と政治性
第一節　大統領の意思と訟務長官
一．訟務長官の独立の「伝統」
二．訟務長官への政治的影響
三．最高裁判所による政治性の把握
四．独立の伝統の脆弱性と訟務長官の政治化
五．訟務長官の新たな行動モデル

（以上五九巻四号）

（以上本号）

第二節　訟務長官と独立機関の訴訟活動権限
終　章　総括とわが国に対する示唆

第三節　訟務長官の伝統的行動様式と機能

一・「一〇人目の最高裁判所裁判官」

本章ではここまで、訟務長官に関する三つの活動場面の検討を行ってきた。ここでの行動の特徴としては、以下の点をあげることができる。

まず訟務長官は、合衆国ないしその機関が当事者となるサーシオレイライの申立ての局面と、過誤の自白を行う局面のいずれにおいても、政府側の勝訴とは対抗的な行動もとっていることが指摘できる。すなわち、下級裁判所で政府側が敗訴している事件について、そのうちの大多数について、訟務長官はサーシオレイライの申立ての要求を拒絶し、事件を最高裁判所に持ち込まない決定を行っている。また訟務長官が行う過誤の自白は、まさに下級裁判所での政府側の勝訴が誤りであったことを、政府側から認めるものである。ここでの訟務長官は、政府機関をクライアントとした弁護士としての位置づけを与えられつつも、通常の弁護士とクライアントの関係に見られるような、クライアントの利益のために行動するというところは見られない。

むしろ訟務長官は、執行府の司法省内の職員であり、各機関の最高裁判所における法廷代理人であるにもかかわらず、その職務における寄与の方向が、勝訴を求めるクライアントたる機関というよりも、最高裁判所に向いている。すなわ

ち上記の活動は、最高裁判所と同様の視点において上告に値する事件の選択を行うことにより、最高裁判所の「門番」となり、また下級裁判所での政府側勝訴の事件に関して、判断が誤りであることの情報を最高裁判所に提示し、さらにはより一般的にアミカス書面によって、最高裁判所に対して冷静な立場から有用な情報を提供する。このように、最高裁判所による適正な判例形成と、それを可能にする判断環境の維持確保の役割を果たすことを自己の職務として意識している。こうした最高裁判所に対する寄与の姿勢を最高裁判所の側が期待している結果が、訟務長官に対してアミカス書面による見解表明を求めるCVSGの運用であるといえよう。

このように訟務長官は、最高裁判所と密接な関係を有している。そして、こうした最高裁判所に向けた訟務長官の活動とその果たす機能から、訟務長官は、「九・五人目の最高裁判所裁判官」（"ninth-and-a-half" member）[1]、あるいは「一〇人目の最高裁判所裁判官」[2]と呼ばれることもある。[3]また、特にアミカス書面の局面においては、その情報提供としての機能の意味合いから、「二八人目のロークラーク」という位置づけが与えられることもある。[4]

こうした訟務長官の行動の特徴には、いかなる思考が背景にあるのであろうか。この点で、本章の冒頭においては、訟務長官を各機関をクライアントとする弁護士になぞらえられるとした。しかし、訟務長官自身の記述を見ると、そもそもクライアントを各機関として捉えていないところもうかがえる。例えば、第二五代訟務長官のビッデル（Francis Biddel）は、訟務長官が利益を代表すべきクライアントとして、以下のように述べている。

「訟務長官はいかなる事件の上訴を行うかを決定し、クライアントはこの問題に何も言うことはない。訟務長官は、自分に弁護士が付いていたら自らに述べるであろうことを行い、クライアントの代理を務める。なぜなら、クライアントはまさに抽象的なものだからである。訟務長官は自らを任命した者に対しても、政権における階層構造にお

ける上位者に対しても責任を負わない。その責任全体は自身に対して向けられるものであり、訟務長官のガイダンスは経験と判断の中で形成された、自己のプロフェッションとしての倫理そのものである。……訟務長官は、この国以外には仕えるべき主を持たない」。(5)

このビッデルの言説は、いささか熱狂的な誇張表現として理解されているようであり、(6)その文言通りに受け止めることはできない。あくまでも訟務長官は司法省内の一ポストであり、大統領や法務総裁から法的に独立しているわけではない。しかしここでは、訟務長官がクライアントの代理を行うとしつつも、それが抽象的なものであるとされ、訟務長官が実現を目指すのは、各機関の勝訴による利益とは考えられていない。むしろ、第二節で引用した一九七七年の司法省の意見書のように、各機関から「独立的」に自己の判断に基づいて、最高裁判所における活動を行うことを任務として捉えている。(7)

では訟務長官は、いったいいかなる役割を果たすべき存在として観念されるのか。これは端的には、訟務長官が法廷において代表する、「合衆国の利益」の理解に関わることになる。

二　各政府機関の利益と「合衆国の利益」

通常の弁護士であれば、その目指すところは訴訟における勝利であろう。すなわち、クライアントの利益の実現である。では訟務長官はどうか。訟務長官は、「合衆国の利益」に関する事件について、最高裁判所で「合衆国の利益」を代表した活動を行う。こうした事件におけるクライアントは、形式的には関連する政府機関ということになる。

しかし、この「合衆国の利益」は、当該事件に関する政府機関の利益とは別個なものとして観念されていることがう

かがえる。すでに見たサーシオレイライに関するProvidence Journal判決について再度触れよう。ここでは、「合衆国の利益」に関わる訴訟に関する規定たる合衆国法典二八編五一八条（a）について、「特定機関の狭量な利益」を意味するのではないことが判示されていた。(8)

また訟務長官の自己認識を見ても、そこでは、訟務長官が代表し、実現すべき利益として観念されているのは、勝訴によって得られる政府機関の利益とは別個の利益であることを述べるものが多い。例えば、すでに見たとおりグリスヴォルドは、まさに勝訴を放棄するという行動である「過誤の自白」に関連して、こうした行動を導く要素の根底には、「合衆国の利益」の理解が存在することをあげていたことが思い起こされる。すなわちグリスヴォルドは、「合衆国の利益」は、単なる財産上の利益や、特定の訴訟における勝訴ではなく、政府として、人民としての長期的な合衆国の利益として理解されてきたことが、過誤の自白の背景にあることを述べていた。(9)

このような訟務長官が、勝訴を希求しない姿勢は、第三五代ボーク（Robert Bork）によっても示されている。ボークは、訟務長官の任務のうち最も重要なものとして、次のように述べている。

「訟務長官の最も重要なミッションであり、私にとっても最も興味深い仕事の局面は、最高裁判所における法理論の発展を助けるという場面（opportunities）である。……訟務長官は、時にはその代理人にとしての効果性を妨げるような知的な公正さを実現する義務を最高裁判所に対して負っている（owe）。最高裁判所と、憲法の下におけるその役割は、あらゆる事件においても、政府の勝訴よりもはるかに重要なものである。私は、この訟務長官事務局のこうした伝統を固守するように努力していくつもりである」。(10)

このように、ボークは個別事件における政府の勝訴よりも、政府の下で最高裁判所が果たす役割の実現に大きな価値を置き、「代理人としての効果性を妨げる」という、勝訴に向けた活動としては不合理ともいえる行動をとることも述べている。ここでは、最高裁判所の適切な判断と適正な判例形成を行うことに寄与すべきとする姿勢が示されている。

こうした最高裁判所の果たす役割と、自己の役割を連結させる思考は、ソベロフも述べている。ソベロフは訟務長官が通常の弁護士と異なり、むしろ裁判官と同様の思慮を行うべきことを、次のように示している。

「弁護士と異なり、裁判官は、法の調和に対する責任と、基本的な原理と伝統の一貫性と一体性を維持しなければならないという自らの義務によって、自制をかけている。……訟務長官もまた、主張を行うものではあるけれども、同じ原理に献身している合衆国政府を、自らのクライアントとしていることを忘れてはならない」[11]。

その上でソベロフは、「合衆国の利益」の実現が、単に勝訴によって得られるものではないことを、以下のように説明していた。

「訟務長官は中立ではない。訟務長官は主張を行うもの（advocate）である。しかし、その主張を行うべきクライアントの目標（chief business）は、単なる目前の事件で勝訴をすることではない。私のクライアントの最大の目標は、勝利を成し遂げることではなく、正義を実現することである」[12]。

このようにソベロフは、政府という当事者の特殊性から、目前の勝訴を志向しない活動を行うことが導かれることを

述べている。

ソベロフと同じく、この訟務長官が代理する政府の特殊性から、勝訴を追い求めないという訟務長官の活動を説明するのが、グリスヴォルドである。グリスヴォルドは訟務長官が勝訴へ向けた活動を行わないことがあり、その根拠を以下のように説明している。

「紛争における（at stake）一層大きな利益、すなわち高次の目標の実現を最終的にゆがめたり、損ねたりする、目前の勝利（a momentary advantage）を譲歩することを正当化するような利益がある。これを認識することにより、訟務長官に良き政治家（statesmanship）としての特徴づけ（indicia）が与えられることがあるように思われる」[13]。

「訟務長官が弁護士であり続ける一方で、良き政治家のように（statesman-like）あるべき特徴的な場合がある。それは、訟務長官の当座の（immediate）クライアントが合衆国やその機関であることに起因している。つまり、［合衆国やその機関という］法の支配がすべてを拘束する憲法体制の下に生きることを決定したこの国のすべての人民に対して責任を負う存在だということである」[14]。

こうした思考からは、具体的な事件において最高裁判所による適正な解決がなされることに、政府側の勝訴よりも高い価値が置かれるべきことが、訟務長官から述べられることになる。これを示すサッチャーの自己認識を見てみることにしよう。

「訟務長官事務室の運営の下で築かれた伝統は、次のような考えによって発展してきた。それは、政府の利益とい

うものは、訴訟に対する完全に正当（candor）で公正（fair）な態度によって最良に実現されるものであり、この態度では、訴訟の結果が合衆国にとって都合がいい（favorable）ものであるか否かという不正な考慮（injustice）は許容され得るものではない。

訟務長官の職には、裁判所に対して、また政府の相手方の当事者（litigants oppose to Government）……に対して責任を負うという関係が存在している。それは、市民として自己の実現しうるべき権利を実現することが妨げられないようにすること……である」[15]。

サッチャーは、合衆国にとって都合がいい訴訟の結果、すなわち勝訴と、政府の利益を別個のものとしている。ここでは、相手方当事者の勝訴による主観的な利益の救済がなされることを政府の利益として捉えており、さらには、勝訴を得ることが「不正な考慮」としてまで表現されている。サッチャーは、最高裁判所において勝訴することとは別個の、実体的に適正な判決が下されることを政府の利益として把握していることを読みとれる。

こうした、市民に対して適正な判決が下されるべく活動を行うことが、訟務長官ひいては司法省の根本的な価値とされていることがうかがえるのが、第一三代訟務長官のレーマン（Frederick Lehmenn）によって書面に記されたとされる、以下のような言葉である。

「合衆国が勝訴したといえるのは、裁判所において市民に対する正義が実現した場合である[16]。（the United States wins its point whenever justice is done its citizens in the courts）」

このレーマンの言葉は、その後の多くの訟務長官の言説や、司法省の意見書において引用されており[17]、また、この言葉は、司法省舎の壁面にも刻まれているという[18]。

このように、訟務長官が実現すべき「合衆国の利益」は、政府の勝訴によって得られる利益とは一致せず、最高裁判所による適正な訴訟の実施と、これにより人民が公正に扱われることとして理解されている。訟務長官の役割像も、この利益の実現に向けたものとなる。

こうした訟務長官の役割像が、これに基づく前節で見たような行動様式を導いているといえる。しかし、こうした行動様式を規定する制定法の規定は存在しない。では、この訟務長官の活動は、法的にはどのような作用としての意味を与えることができるのであろうか。

ここで、序章で引用した司法省の一九八二年の意見書を再度取り上げよう。この意見書では、「法務総裁により弁護される法的な立場は、合衆国に不利益を与えるものであってはならない」と述べられており、この「不利益」を回避することが法務総裁には要求されるとしている。ここで、法務総裁は「クライアント」たる各機関の利益のみならず、合衆国憲法と、法律として示された議会の意思を実施（administer）し、実現することをも義務づけられているとしており、上記の「不利益」の回避がなされる場面の一つに、「法務総裁の「クライアント」たる機関の立場を代理し弁護するという義務よりも、法律が誠実に執行されることに配慮するという高次の義務が優先する状況」をあげている[19]。この意見書は、直接的には法務総裁に関する記述ではあるが、訟務長官を含む司法省全体について当てはまるものである。

意見書では、各政府機関の利益を放棄するという法務総裁の行動を、「法律が誠実に執行されるよう配慮する」作用として見ており、これが、合衆国に不利益を与えることの回避、すなわち「合衆国の利益」として捉えられている。したがって、「合衆国の利益」は、法律の誠実な執行の実現と重なり合うものとして把握されているわけである。

各政府機関の活動についてそれが違法である場合には、法律の誠実な執行に反する事態が生じていることになり、政府活動の違法性が是正されることが必要とされる。ここで訟務長官は、執行府の一員として、「法律の誠実な執行を行うことに配慮する」任務を有しているため、この違法状態の是正に向けた行動をとることが要求されることになる。仮に裁判所が十全な審理を行うことができず、そのことによって政府が勝訴を得ることがあった場合には、違法な状態が存続されることになる。この場合には、法律の誠実な執行の観点からはむしろ、各機関が敗訴して政府活動の適法性が回復されることが望ましいことになる。そこで、訟務長官は「法律が誠実に執行されるよう配慮する」作用の一環として、場面によっては熱心に各機関の利益を擁護しつつ勝訴を求めるのではなく、むしろ各機関の要求ひいては勝訴を志向する意思から独立して、自己の法的知見に基づき、政府活動の適法性に関する判定者たる裁判所に対して寄与しようとする。訟務長官が通常の弁護士とは異なる行動様式を行うことについては、上記のような把握がなされているということができるだろう。

訟務長官事務室のスタッフの経験を有するマコンネル教授（Michael W. McConnell）は、訟務長官の役割とその役割の実現に向けた訟務長官のとるべき方法について検討を行う論文を執筆している。マコンネルは、訟務長官の役割につき、ある前提を設定している。本稿でも後に検討するとおり、この訟務長官の役割の実現に向けたアプローチは複数あるとしつつも、この役割に関する前提自体は終始否定することなく維持している。それは訟務長官の役割を以下のように捉えるものである。

「訟務長官は、合衆国の最高裁判所での代理活動の際に、通常の弁護士（advocate）よりも法の支配に従い、法の支配を促進しなければならない。大統領は「法律が誠実に執行されるよう配慮する」責任を負い、訟務長官は、最

高裁判所における訴訟活動の権限を与えられた執行府内の職員として、この権限の範囲内で「配慮する」責務を行使する」。[20]

引き続いて、訟務長官が執行府内で果たしている機能に関する議論を検証し、訟務長官の活動に対し、同様の認識がなされていることを確認しよう。

三　各機関からの距離と執行府内での機能

上記のように、訟務長官の役割については、一方においては各政府機関にとって執行府内の唯一の最高裁判所における代理人としてとらえれつつも、他方においては、「法律が誠実に執行されるよう配慮する」という任務から、各政府機関の見解を抑制する形での最高裁判所に対する寄与という認識が存在している。

こうした対抗的な二つの役割を果たす際に、訟務長官に求められるところとして、訟務長官事務室でスタッフとして活動した経験のあるヨシュア・シュウォーツ（Joshua I. Schwartz）準教授が述べる、以下の点が興味深い。シュウォーツは、勝訴を求める各機関からのサーシオレイライの申立て要求を拒絶する場面において、訟務長官が行使する能力を、「準司法的（quasi-judicial）[21]として適切に記述されるもの」であり、この場面では訟務長官は「裁判官としての役割を果たしている」とする。そして、この作用を行う際に必要とされる条件として、以下のように述べている。

「訟務長官には、適用される先例、制定法、その他の法ソースに関する理解とともに、一定程度の対立当事者的観点からの距離（a degree of detachment from the adversarial perspective）が必要とされる[22]」

このように訟務長官には、その活動を行う上で、第一に専門性が、そして第二には、第三者的な視点が求められることを述べている。

（1）訟務長官事務室の組織・事務処理様式

シュウォーツによれば、この二つの能力は、訟務長官の下のスタッフ構成と、事件処理の方法によって確保されているとする。シュウォーツが述べる訟務長官事務室の組織と事務処理様式については、以下の通りである。

訟務長官事務室のスタッフは、有名ロースクールの出身で、著名な裁判官のロークラークを経験していたり、有名なローファームの経験がある場合が多い。政府弁護士としての経験を経た者がスタッフとなる場合は上記ほどには一般的ではない。このスタッフの雇用に関しては、支持政党や政治的見解は考慮事項とされてはいない。したがって、政権交替によって訟務長官が代わった際にも、スタッフが辞職することもない。このことに加えて、事務室内に相対的に長期間勤務するスタッフの存在により、訟務長官事務室内に蓄積されたノウハウと方針の一貫性が維持される。

事務室内には、通例四名から五名の訟務長官次官（Deputy Solicitor General）が置かれ、事務室内での経験の長いスタッフが就任する。訟務長官次官には、それぞれに担当する法分野が決められる。しかし通常のスタッフはジェネラリストとして事件を担当し、各次官にスタッフが固定的に従属しているわけではない[23]。

事件の処理に関しては、組織的な責任というよりも、個人が責任を有するという伝統が存在している。スタッフの判断が必ず最終決定になるというわけではないけれども、そのスタッフの見解が反映される[24]。次官がスタッフの見解に追加を行うことはあっても、修正や変更を行うことはない。

シュウォーツによれば、こうした特定分野の専門性よりも一般的な法に関する能力が重視される組織と事務処理の様式によって、知識が蓄積されるとともに、「訟務長官事務室のスタッフが、下級裁判所での視点や、直接的に事件に関

与している政府機関（agency or governmental unit）の要求（need）、目標（objective）、情熱（passion）から距離をとることが可能になるという効果が生じる」という。[25]

こうした観察は、同じく訟務長官事務室のスタッフとしての経験を有するピラード（Cornelia T. L. Pillard）準教授によっても示されている。ピラードは、訟務長官事務室のスタッフ任用では、特定分野の専門性は重視されないこと、スタッフを任用する場面で、各政府機関の法務職員から選ぶことは少ないことを指摘している。また事務室内では事件が通常はボトムアップ型で処理されることも述べている。さらに事件処理においては、各政府機関の職員と訟務長官事務室のスタッフが顔を合わせることも、数回しかないという指摘も行っている。[26]

（2）執行府内で果たす機能

こうした、訟務長官が各機関から距離をとった上で、第三者的な視点でなされる活動は、どのような機能を有するものと意味づけを与えることができるだろうか。この点では、ピラードが行う、訟務長官の活動に係る二つの要素の検討が注目される。

ピラードは、執行府内において訟務長官が果たしうる機能について検討を行い、そこで有効な役割を果たしていることを述べている。ピラードは直接的には憲法レベルの事項を念頭に置いているが、ここでの議論は、憲法レベルにとどまらない示唆を含むと思われるので取り上げることにしたい。

ピラードは、訟務長官と各機関との関係には二つの要素が存在すると説明する。すなわち、第一の要素が「中立的説明者」要素（a neutral-expositor strand）であり、第二の要素が、「クライアント推進」要素（a client-driven strand）である。第一の要素は、訟務長官がクライアントから距離をとり、自己の冷静で中立的な評価を最高裁判所に示すというものである。これに対して第二の要素は、訟務長官がクライアントとなる各機関の利益を最高裁判所に対して主張す

るという要素である。通常の弁護士と共通して訟務長官が有している要素だといえよう。

ピラードは、訟務長官とその下の事務室が、その組織、作用、態度に注目すると、「執行府による憲法違反」に対する執行府内のブレーキとして作用しうると述べる[27]。そして現在の訟務長官（事務室）に対し、次のような認識を示す。

「訟務長官……は、クライアントとなる各機関（client entities）から相対的に分離（disengagement）されており、スタッフのほとんどは法的能力への信頼により選任されたキャリア職員であり、自己の法的文化（legal culture）の中で、政治と法の分離を促進させる傾向を見せてきた。この……職［訟務長官］に中核的な法的責任が配分されることで、広範な理論的専門性を有する法律家の手に憲法に関する分析が集中化され、この作用が日々の政策的な統治の活動（programmatic business of governing）から分離されることになる。このことによって、政策的な活動に従事する職員よりもいっそう第三者的な（arms-length）法的な問題の評価が可能になる。

政府の最高次の法的役割が、政府の政策的、政治的な活動から分離されており、かつ法的役割が……職［訟務長官］に集中化されていることによって、連邦政府では執行府内において、いわば一種のミニ権力分立（mini separation of powers）が築かれている効果が生み出される。ちょうど裁判所が、……他の権力府に責任を負うことなく、「学者的なやり方」（the ways of scholar）で信念を持って見解を示すのと同じように、……訟務長官事務室もまた、法のみに関する特殊性しか有しないジェネラリストをスタッフとして擁している。そのスタッフは政策的な（policy or programmatic）責任を負うことはなく、他の執行府の職員よりも広範で長期的な視野を有することが要求されている[28]。」

このようにピラードは、訟務長官（事務室）が、政策事項を取り扱う各政府機関から距離を有しており、各機関のような政策的な考慮とは異なる法的視点で事件を処理することが可能な環境にあることを指摘する。

その上でピラードは、訟務長官の活動における第一の要素の発現状況を示す。すなわち、訟務長官によるサーシオレイライの申立て要求を拒絶すること、各機関の特定の主張を書面で提出することを拒んだり、過誤の自白を行うことをあげつつ、これらの方法によって、訟務長官は各機関に対する批判的検討と抑制（client-checking）を行っていることから、訟務長官は政府機関にとっての単なる代弁者（mouthpiece）ではないことを述べる。そして、こうした活動や、訟務長官事務室の組織、事件処理の様式は、訟務長官（事務室）が活動を行う際の視点が法的なものであることを示しており、執行府内において各機関の政策に対して法的な統制を働かせていることを反映したものだとしている[29]。こうした訟務長官の組織と作用について、ピラードは、以下のように表現している。

「訟務長官事務室は、その隔絶と、政策や政治から区別される法的分析の強調から、執行府内において、いわば憲法三条上の裁判所の模倣物（mimic）としての性質を一定程度有するものである[30]」。

このようにピラードは、執行府内における訟務長官（事務室）を、各機関の活動に対して法的評価を行い、法的統制を行う機能を有するものとして記述している。そしてピラードは、訟務長官の第二の要素によっては、この機能は実現できないとしている[31]。

上記のようなピラードの見解は、本章の冒頭で引用した、司法省の一九七七年意見書[32]の立場と重なり合うものである。意見書は、訟務長官がクライアントたる各機関の見解に拘束されないことを述べていたが、その直後で意見書は、訟務

長官の独立性について以下のように述べていた。

「訟務長官が独立した地位を保持するものとされてきたのは、以下のような一般的な信念が存在していたからである。それは、（政治的あるいはその他の）狭量で不適切な考慮が、この国における最上級の裁判所における事件での政府の立場を侵すことを防止するために、この独立性が不可欠であるということである。……歴史をまとめてみれば（the burden of history）、正義が実現するのはほとんどの場合、独立かつ非党派的な手によって法が実施されたときである。この国（The Nation）では、司法の独立に価値が置かれるのと同じ理由で、訟務長官の独立にも価値を置いている[33]」。

このように意見書は、訟務長官の非党派的な活動に期待をしており、したがって訟務長官の独立とその有する意義に高い価値を置いている。この意見書の立場は、ピラードの述べるような、訟務長官が執行府内においてクライアントたる各機関に対して法的統制を行う機能を果たすことを期待しているものと読める。この意見書について、ヨシュア・シュウォーツは、「この意見書は訟務長官の独立を、一種の内部的チェックアンドバランスとして、執行府が不合理（unsound）な法的立場をとることを防止することに寄与する、有用な憲法下部の装置（a useful sub-constitutional device）として扱っている[34]」としている。

このように、訟務長官を執行府内における法的統制を果たしうる存在として観念している。ここでは、事件が各政府機関の手を離れて、純粋な法的専門家によって扱われることに意義が見いだされている。

四．濫用の危険性とアドバーサリーシステム

しかしピラードのいう、訟務長官の第二の要素、すなわちクライアントたる各機関の利益を推進する弁護士としての要素を重視する立場によれば、上記のような第一の要素に対しては批判的な議論が生じうる。ピラードは第二の要素を考慮すると、以下のような批判点が出てくるとしている。

「訟務長官の仕事は、裁判所のように行動することではない。制度上のクライアントとしての政府のために弁護活動を行うことが仕事である。結局のところ、政府もまた私的な存在（private entity）と同様に、法廷における主張を行うこと（voice）を必要とする」[35]。

こうした各機関の利益を主張する弁護士としての役割の側面を強調するのが、マコンネルである。マコンネルは、すでに取り上げたように、訟務長官の役割を、法の支配の促進に向けて、法律の誠実な執行に配慮するものだということを前提とする。しかし、この実現方法には複数の様式があることをマコンネルは述べる。

マコンネルは、上記の役割の実現に向けて訟務長官がとるべき行動様式として、まず「独立」アプローチ（"independence" approach）というものをあげる。この行動様式は、訟務長官が、クライアントたる機関の利益に寄与する他の法的主張があり得るとしても、自らが実質的に妥当（substantively valid）だと考える主張のみを行わねばならないとするものである。マコンネルはこれに対する行動様式として、「政府利益」アプローチ（"government interests" approach）を提示する。これは、訟務長官は、自らのクライアントの利益に最も寄与する、すなわち政府活動を支持するのに最も有効な見解を主張しなければならないというものである[36]。

マコンネルによれば、このうち独立アプローチは、訟務長官の通常の弁護士との差異を強調し、訟務長官が「一〇人目の裁判官」として、クライアントたる機関の利益よりも憲法と法律の自己の理解に基づいて主張を行うという「司法型の機能」を果たすものとしてみるものだとする。[37] ここにおいては、訟務長官自身の法の支配に対する忠誠を規範とした独立の判断によって、法の支配が実現されるととらえられる。[38] マコンネルが、「独立」アプローチを取り上げる際に、上記の一九七七年意見書を参照しているところからすると、この「独立」アプローチは、ピラードのいう第一の要素とほぼ同一視することが可能だろう。

これに対して、「政府利益」アプローチは訟務長官の役割を、より「控えめに」（modest）みるものである。[39] ここでの訟務長官は、最高裁判所での対審構造の下の手続による法の支配の実現に寄与するものとされる。ここでは、訟務長官が独立の判断を行うことは、むしろこの法の支配の実現を阻害するものとしての意味を持つことになる。すなわち、政府活動を支持する立場をとることが少なくとも可能（tenable）である場合に、もしも訟務長官がこの立場を可能な限り主張しないとすれば、むしろ、最高裁判所の仕事を難しいものにしてしまい、また最高裁判所の役割と法の支配を結び付けることも、いっそう困難とされることが指摘される。[40]

マコンネルはさらに、「独立」アプローチについての問題を以下のように指摘する。

「弁護士の独立の観念が誇張されると、政府弁護士一般について、またとりわけ訟務長官事務室について、法的判断を装った政策形成の危険性が生み出される。実際には不明確であるにもかかわらず、明確な（sharp）法的判断として示すことで、政府弁護士が政策形成権を有する職員に制約をかけることは、非常にたやすいことである」。[41]

このようにマコンネルは、訟務長官の作用が、政策に係る権力となってしまうことを危惧する。これに対して、「政府利益」アプローチに有用性があることを以下のように述べる。

「訟務長官の役割を、「政府利益」アプローチで捉えることは、こうした誇張された独立性を観念を修正するのに有効である。このアプローチは、政府弁護士が政府の活動や政府の決定について、それを支持する法的主張が存在しうる限りは、擁護するということに賛意を示すものである。弁護士の役割は減少し、政策形成者の役割は増大する。両者の区別は明確に保たれる」[42]。

そしてマコンネルは、訟務長官が、政府利益の擁護のために主張活動を行うべきことを、アドバーサリーシステムの重視と、訟務長官が独立的な判断を行うことの危険性の認識から、以下のように主張する。

「政府利益アプローチは、司法府によって事件が適切に解決されることに必要な、アドバーサリーシステムに寄与するものである。いかに訟務長官が自己の独立の判断として、政府の活動が違法であると確信したとしても、訟務長官は、常にプロフェッションとしての法に対する誠実さ（integrity）と責任に服した上で、政府活動を擁護する一定の（some）責任を有する。もしも訟務長官が政府利益を擁護することを拒絶した場合、すなわち訟務長官が過誤を自白したり、事件を取り下げたりした場合には、その事件は、他の私的当事者が政府活動の擁護のために最高裁判所に参加する適格を有していない限りは、欠席裁判的に（default）失われることになる。結果的に、訟務長官は憲法が何を意味しているかの最終的判定者になるという効果を生んでしまう」[43]。

結論としてマコンネルは、訟務長官が「単なる弁護士」（"mere lawyer"）としての役割を無視して、自らを「一〇人目の最高裁判所裁判官」と見なすことに反対する。このマコンネルの議論は、最高裁判所の判断の機会が奪われることにより、訟務長官の判断が最高裁判所の判断にとって代わられることと、しかもこの訟務長官の判断が政策的な考慮を含む危険性があることを懸念したものだといえる。そして、訟務長官に対する抑制要素として、アドバーサリーシステムを観念しているといえる。

こうしたマコンネルの懸念は、一定程度ピラードも認識している[44]。しかしピラードによれば、この問題は、訟務長官が最高裁判所中心主義（court-centrism）、すなわち最高裁判所の先例に準拠し、最高裁判所に寄与の方向が向いた活動をとることによって減少していることを述べている。

> 「訟務長官……は、自己のクライアントに対して、典型的には最高裁判所の先例を参照することによって「ノー」と言う能力を得ている。クライアントの要求を修正しあるいは形成する場合、訟務長官事務室内の弁護士の「独立」の地位は、実際上は最高裁判所の法理や最高裁判所の法の説明者（expositor of law）としての役割と結びついている（married）[45]」。

このように、訟務長官の活動は最高裁判所の先例に基づいて活動を行うのであり、訟務長官は、自己の完全に独自の判断を行っているわけではないとする。そして実際上は、訟務長官の「独立と最高裁判所の先例への固執が同値（equation）のもの[46]」と扱われているため、各機関の違憲な活動へのブレーキとしての機能を訟務長官が果たすといっても、それは最高裁判所によるものとほとんど同じ（largely on Court's terms）ことになるとする[47]。また、訟務長官の

最高裁判所中心主義による活動は、訟務長官は自己の準司法的な独自の判断を示すことを役割とするのではなく、司法的解決を促進することが任務として観念されるとする。ここではピラードは、マコンネルの議論を受けて、「紛争を最高裁判所の判決へと集約化させる（funnel）こと」が訟務長官の役割になると記述している[48]。このようにピラードも、第一の要素である「中立的説明者」としての要素の有する意義を強調して、裁判所としての性質を一定程度有するものとしつつも、それは裁判官のように、独自の判断を行うものではないことを述べている。

これまでの訟務長官の自己認識においても、自らがクライアントのための弁護士ではないと明言しているものはみられない。例えば、コックスは訟務長官の活動の特殊性について、以下のような述べ方をしている。「……われわれ［訟務長官と事務室内の職員］は本質的に弁護士である。少なくともこれを基礎として［議論を］始めなければならない。しかし、実際上の差異、そして結局のところ本質的には哲学的な差異に行き着く重要な差異が存在している[49]」。また、グリスヴォルドも次のように述べている。「私は、訟務長官が自己の扱う法的問題につき、よき政治家のような立場を顕著なまでに一貫してとってきたことを認める。しかし訟務長官は、自己が正義と考えるものを実現するために自由に立場を変えることができるオンブズマンではない。この現実を無視することは不賢明なことである。訟務長官は、確かに特別の責任を負ってはいるけれども、そのクライアントの利益を誠実に代表するよう奉仕しなければならない弁護士である[50]」。

五．小括

以上のように、訟務長官には異なる二つの行動様式があると理解されている。すなわち第一のものが、通常の弁護士について一般に考えられているものと同様の、クライアントたる機関の利益を法廷において擁護するというものであり、

第二のものが、そのクライアントの特殊性と、「合衆国の利益」を代表するという任務の性格から、通常の弁護士とは異なり、事件において代理する機関の利益を法的観点からむしろ抑制するというものである。

訟務長官の活動は、この行動様式の双方を含むものであろう。リーが述べるように、「特定の事件におけるクライアントに寄与することで、裁判所の職員としての役割を演じ、正義に寄与する」ことが果たされることもあるだろう。[51] そして、グリスヴォルドが「実際のところ、当該事件で勝訴を目指す立場と、より高次の政府の利益が衝突することはめったにない」[52]と述べるように、通常の訟務長官の活動、特に本案の局面においては、各機関の見解に対する抑制的な要素が頻繁に発現してきたわけではないだろう。したがって、訟務長官の活動のうち量的な面でいえば、上記の第一の行動様式によるものが多数を占めることになっていることをうかがうことができよう。

しかし、コックスが述べるように、訟務長官の通常の法廷弁護士としての性格は、様々な訟務長官に特殊的な要素や、「いわゆる最高裁判所へのロイヤリティのセンスによっても和らげられ」ている。[53] そこで、この二つの行動様式について、特にこれまで強調されてきたのは、第二の様式であるといって差し支えないだろう。第一の様式を強く主張するマコンネルにおいても、それはアドバーサリーシステムという、最高裁判所の適切な判断状況の確保を重視したものであり、訟務長官が通常の弁護士よりも最高裁判所に対して公正であるべき存在たることを以下のように述べていた。すなわち、「独立」アプローチと同様に、「「政府利益」アプローチも、……訟務長官は、事件に関する事実や法的背景（facts and legal background）について、綿密精確かつ実直公正に、提示する責任があることを認めるものである。真実を隠し（shading）、潜ませる（hiding）ことに寛容な訟務長官の役割に関する理論は存在しない。むしろ……訟務長官は、他の弁護士よりも、この制約につき強く（keenly）自覚するべきである」[54]と。

そしてこうした訟務長官の第二の行動様式に対しては、各機関の違法な活動に対する抑制的な機能を果たすことが期

待されている。そして、訟務長官自身が述べる訟務長官の行動様式も、「合衆国の利益」の理解に裏打ちされた、この抑制的機能を果たすことに沿うものであった。こうした機能への期待が示されているのが、本稿の序章で引用した司法省の一九八二年意見書であるといえよう。ここでは、クライアントたる機関が脱法的な活動を欲求している場合に、その利益の擁護を放棄すべきことが述べられていた。

アメリカ合衆国での政府訴訟の対応が各機関の手から離れ、訟務長官のような法的専門部局に委ねられるという制度には、このような意義が認められている。また他方、この司法省の一九八二年意見書は、クライアントたる機関の所管領域の利益が、政府全体の利益と対立する場合にも、機関の利益擁護を放棄することが述べられていた。これは、各機関における法解釈の一貫性を確保するなどの法的コーディネートの機能も、特に最高裁判所においてほぼ独占的な権限を有する訟務長官に期待されているものといえるだろう。

本章第一節で取り上げた一九七七年における議会報告書では、この最高裁判所レベルでの訟務長官の独占的状況が今後も維持されるべきことが勧告されていた。一九八二年意見書は、司法省自身による自己言及たる性格を有するものであるけれども、それを差し引いても、訟務長官の果たしうる機能への期待が存在することを是認できると思われる。

しかしこの司法省の一九八二年意見書を、再度注意深く読んでみると、機関の利益擁護を放棄する場合として、クライアントたる機関が、「執行府が賛意を示す……政策的判断から離れようとする場合」[55]にも、その利益擁護を放棄すべきことが述べられていることが目に留まる。本節で見たとおり、訟務長官には政策的視点から離れた法的専門性によって各機関の見解を抑制することが議論されていた。しかしこの一九八二年意見書の記述では、執行府の「政策」に基づく各機関の見解に対する統制が、訟務長官や司法省内の政府弁護士によって行われる状況が念頭に置かれていることになる。こうした状況が想定されるならば、さらに政府訴訟の遂行過程を担う主体と、政策あるいは政治との関係につい

て検討を行うことが必要となろう。そこで、章をあらためて、引き続き訟務長官を取り上げつつ、その政策、政治との関係の検討を行うこととしよう。

（1）Kathryn Mickle Werdegar, *The Solicitor General and Administrative Due Process*, 36 GEO. WASH. L. REV. 481, 482 (1968).

（2）*See* LINCORN CAPLAN, TENTH JUSTICE (1988). こうした把握のされ方は、金原恭子「世論と裁判所とをつなぐもの：米国におけるアミカス・キュリィとロー・クラーク」滝沢正編集代表『大木雅夫先生古稀記念　比較法学の課題と展望』（信山社、二〇〇二年）二五〇頁でもすでに紹介されている。

（3）もっとも、むしろ一人の裁判官以上の影響力を有するともいえる。特にサーシオレイライの申立ての局面においては、訟務長官一人の判断のみによって上告がなされないという結果がもたらされることになる。

（4）Eric Schnapper, *Becket at the Bar - The Conflicting Obligation of the Solicitor General*, 21 LOY. L. A. L. REV. 1187, 1196 (1988).

（5）FRANCIS BIDDEL, IN BRIEF AUTHORITY 97-98 (1962).

（6）Drew S. Days, Ⅲ, *The Solicitor General and the American Legal Ideal*, 49 SMU L. REV. 73, 77 (1995).

（7）事実、一九七七年の司法省の意見書では、このビッデルの言説を、訟務長官の「独立の伝統」の存在を表したものとして引用している。1 Op. Off. Legal Counsel 228, 229-30 (1977).

（8）*See* United States v. Providence Journal Co., 485 U.S. 693, 706 (1987). また、本稿の第二章第二節第一款三も参照。

（9）*See* Ervin N. Griswold, *The Office of the Solicitor General - Representing the Interests of the United States before the Supreme Court*, 34 MO. L. REV. 527, 535 (1969). 本稿の第二章第二節第二款二（1）も参照。

（10）Robert H. Bork, *The Problems and Pleasures of Being Solicitor General*, 42 ANTITRUST L. REV. 701, 705 (1973).

（11）Simon E. Sobeloff, *Attorney for the Government : The Work of the Solicitor General's Office*, 41 A. B. A. J. 229, 230 (1955).

（12）*Id.* at 229.

(13) Griswold, *supra* note 9, at 527.

(14) *Id.* at 527-28.［　］内は筆者による。また、この部分を引用しつつマクリーは、グリスヴォルドは訟務長官の視点が公共の利益（public interest）に向いているとする。そしてマクリー自身も、「訟務長官は特定事件において合衆国の法的立場を形成する際には、視点を公共の利益全体（overall public interest）に置くよう試みていることが、おそらく最も重要である」としている。Wade H. McCree, *The Solicitor General and his Client*, 59 Wash. L. Q. 337, 346-47 (1981).

(15) Thomas H. Thacher, *Genesis and Present Duties of Office of Solicitor General*, 17 A. B. A. J. 519, 521 (1931).

(16) Sobeloff, *supra* note 11, at 229. このレーマンの言葉に対して、先に述べたソベロフの言説では、「この現在よく知られている言葉を、われわれは常に心に留めている」としている。*Id.*

(17) *See, e. g.*, Archibald Cox, *The Government in the Supreme Court*, 5 Chi. B. Rec. 221, 223 (1963) ; McCree, *supra* note 14, at 343 ; Days, *supra* note 6, at 78 ; 1 Op. Off. Legal Counsel 228, 231 (1977).

(18) *See* Brady v. Maryland, 373 U. S. 83, 87 (1963). この言葉は、レーマンが過誤の自白を行う書面で述べたものという。James L. Cooper, *The Solicitor General and the Evolution of Activism*, 65 Ind. L. J. 675, 675 n.8 (1990). しかし、各訟務長官は、刑事事件や過誤の自白の場面に限定的なものとは捉えないで引用しているように読める。

(19) 6 Op. Off. Legal Counsel 47, 62 (1982).

(20) Michael W. McConnell, *The Rule of Law and the Role of the Solicitor General*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1105 (1988).

(21) Joshua I. Schwartz, *Two Perspectives on the Solicitor General's Independence*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1119, 1129 (1988).

(22) *Id.*

(23) 訟務長官事務室のスタッフとして活動した経験のあるウィルキンス（Richard G. Wilkins）準教授も、次官はスタッフに対して事件を配分するが、「私の経験でいえば、特定領域の専門性やスタッフの受け持っている仕事量が若干（some）考慮されることはあっても、比較的ランダムに配分は行われた」とする。Richard G. Wilkins, *An Officer and an Advocate : The Role of the Solicitor General*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1167, 1170 n. 23 (1988).

(24) Schwartz, *supra* note 21, at 1129-32.

(25) *Id.* at 1132.

(26) Cornelia T. L. Pillard, *The Unfulfilled Promise of the Constitution in Executive Hands*, 103 Mich. L. Rev. 676, 708-09 (2005). 訟務長官事務室の組織図については、司法省のホームページ（http://www.usdoj.gov/jmd/mps/manual/osg.htm (last visited Feb. 28, 2009)）で入手可能である。

(27) Pillard, *supra* note 26, at 704. またピラードは、同様の役割を司法省内の法律顧問室にも認めており、訟務長官と法律顧問室の双方について検討を行っている。

(28) *Id.* at 703-04. ［ ］内は筆者による。

(29) *Id.* at 709-10.

(30) *Id.* at 707.

(31) *Id.* at 704.

(32) 1 Op. Off. Legal Counsel 228 (1977).

(33) *Id.* at 231. なお本引用中のかっこ書きは、訳出語を提示するものを除き引用本文にあるものである。

(34) Schwartz, *supra* note 21, at 1122 n11.

(35) Pillard, *supra* note 26, at 719.

(36) McConnell, *supra* note 20, at 1105.

(37) *Id.* at 1106.

(38) *Id.* at 1107.

(39) *Id.* at 1106.

(40) *Id.* at 1107.

(41) *Id.* at 1116.

(42) *Id.*

(43) *Id.* at 1117.

(44) Pillard, *supra* note 26, at 728.

(45) *Id.*

(46) *Id.* at 731.
(47) *Id.* at 733.
(48) *Id.*
(49) Cox, *supra* note 17, at 222. ［　］内は筆者による。
(50) Griswold, *supra* note 9, at 527. そして、「この国の司法制度は、アドバーサリーシステム、つまり対立する両当事者が、相反する議論を衝突させることが、あらゆる活動の適法・違法を決定する最も信頼の置けるプロセスであるということを前提としている」とも述べている。*Id.* at 528.
(51) Rex E. Lee, *Lawyering for the Government: Politics, Polemics & Principle*, 47 Ohio St. L. J. 595, 595 (1986).
(52) Griswold, *supra* note 9, at 528.
(53) Cox, *supra* note 17, at 222.
(54) McConnell, *supra* note 20, at 1107. またマコンネルの「独立」アプローチに反対する議論も、将来に大きな影響を及ぼす重要な争点についてを念頭に置いているようにも思われる。というのは、「私は、もしも一回きりの（one-time）執行府の活動にしか影響が及ばない場合ならば、それほど心配はしていない」とも述べているからである。*Id.* at 1117 n.20.
(55) 6 Op. Off. Legal Counsel 47, 62 (1982).

第三章　訟務長官と政治性

本章でも引き続き、訟務長官に焦点を当て、訟務長官と大統領の関係、そして訟務長官と各機関の関係について考察を行う。

前章で検討した訟務長官の活動も、司法省の内部で行われるものであるが、ここで本論文で検討を行った二つの点が

思い起こされる。

まず第一には、第一章での司法省の歴史的展開に関連して検討した、法務総裁の下の司法省によってなされる政府の訴訟活動が有している憲法上の位置づけである。ウォーターゲート事件以降に燃えさかった司法省の独立機関化へ向けた議論は、政府の訴訟活動が大統領の「法律が誠実に執行されるよう配慮する」という憲法上の任務と密接なものであることが理由となり、実現することはなかった。[1] 司法省の活動に対して大統領のコントロールが働いていなければ、そこには憲法上の疑義が生じるということである。前章に見た訟務長官の行う活動にも、法律が誠実に執行されるよう配慮するという意味が与えられるが、この訟務長官の活動に対して、大統領はいかなる立場にあるのであろうか。

また第二に思い起こされる点は、同じく第一章において示された、司法省による訴訟活動と各機関とりわけ独立機関との関係である。独立委員会の創設から間もない時期においては、議会内では独立機関に独自の訴訟活動を行う権限を付与するか否かに関する議論が見られた。ここでは、訴訟の局面において委員会の手から司法省の手に事案が委ねられてしまうことにより、機関の独立性、自律性が損なわれているという問題の認識があった。[2] この議論をふまえると、各機関の手を離れて、訟務長官の下に訴訟活動に関する権限が集中しているという制度図式に対しても、前章とは別個の評価が下される余地もあるだろう。特に、独立機関の創設期においては、法務総裁が政治的な性格を帯びているという指摘がなされ、政権のスタンスの変化によって委員会の活動に係る事件の扱いが左右されていることが議論されていた。そうすると、上記の第一の点とも相まって、大統領と法務総裁の下に置かれる訟務長官の行う訴訟活動が、その政治性の程度によっては、前章のような訟務長官の果たす機能の意義とは裏腹に、訟務長官が各機関に対する政治的なコントロールの道具としての意味を有することもありうる。

そこで本章では、前章に見た訟務長官の伝統的行動様式をふまえつつ、まず第一節において、訟務長官の活動と大統

領との関係につき、訟務長官が主張する利益と大統領・政権の政策上の利益との関係に焦点を当てて検討する。これを前提とした上で第二節では、訟務長官の活動と各機関の関係について検討する。具体的には、訟務長官の伝統的行動様式の基盤が政治性の前においては脆弱なものであるという認識に基づく、各政府機関に独立の訴訟活動権限を付与することを志向する議論を簡単に紹介する。

第一節　大統領の意思と訟務長官

一．訟務長官の独立の「伝統」

（1）訟務長官の組織上の位置づけ

すでに触れているとおり、訟務長官は上院の助言と承認により大統領が任命することとされている。この点で訟務長官は、法務総裁や他の長官と同じ政治的任用職である。また、訟務長官は司法省内に置かれる職であり[3]、組織的には、法務総裁の下に置かれ、さらには法務総裁次官（Deputy Attorney General）にも服する存在である。したがって訟務長官は、自己の下に置かれる組織たる訟務長官事務室の運営について、「法務総裁の一般的な監督と指揮に服」することとされている[4]。そして訟務長官の行う訴訟活動に対しては、「……法務総裁は……合衆国の裁判所における合衆国の利益に関わるいかなる事件についても、訟務長官……を指揮することができ」ることとされている[5]。さらに、すでに述べているとおり、制定法では、合衆国の利益に関わる訴訟に関する権限は、訟務長官とともに法務総裁自身に対しても付与されているため、法務総裁の意図に反する訴訟活動を訟務長官が行う場合には、法務総裁が自ら訴訟活動を行うことも可能である。このように訟務長官は、組織的には法務総裁に服し、大統領に対して責任を負うべき存在であるとい

える。

（2）訟務長官の独立の「伝統」

しかし、訟務長官の上記のような制定法による規定や組織上の位置づけにもかかわらず、訟務長官は高い政治的独立性を有するものという理念が存在してきた。この理念を示しているのが、本稿でもすでに引用している、司法省自身によって記された一九七七年の意見書[6]である。すでに見たとおりこの意見書は、訟務長官を最高裁判所における政府機関の弁護士として捉えつつも、通常の弁護士―依頼者の関係と異なることを強調し、訟務長官が依頼者たる各政府機関からの独立性を保持することを示したものであり、また同時に、「法務総裁も訟務長官の見解を妨害することがないようにしてきた」と記述していた[7]。この部分に示されているように、訟務長官が圧力を受けることなく職務を行うという、法務総裁からの独立性についても言及されている。実は意見書では、法務総裁を政治的な存在であるとした上での、訟務長官の政治性からの独立性に価値を置いた言辞が、繰り返し述べられている。そこで、今少しこの意見書を追ってみることにしよう。

すでに見たとおり意見書は、訟務長官の独立が必要とされるゆえんにつき、「（政治的あるいはその他の）狭量で不適切な考慮」が最高裁判所に示されることを防止するために、「独立性が不可欠である」ことをあげていた[8]。このように意見書では、政治的な考慮が「正義の実現」にとって不適切なものであるとする観念が存在していた。

意見書によればこの観念は、訟務長官の活動の憲法上の性格づけから導かれるものとしている。意見書においても、訟務長官の活動を、法律が誠実に執行されるよう配慮するという憲法上の文脈で捉えている。意見書においては以下のように述べられる。「憲法は大統領に、したがって法務総裁に対して法律が誠実に執行されるよう配慮することを要求している。このことは大統領と法務総裁に、たとえ政策と対立することがあろうとも、法に従うことを要求している[9]」。

しかし、「政策的事項は時として、法による明確な要求を曇らせるものである」[10]。そして意見書は、大統領はもちろんのこと、法務総裁もまた政策的事項に深く関与していることを指摘する。すなわち、法務総裁は大統領閣議のメンバーとして執行府の重要な政策的決定について大統領に対して助言を行い、また必然的に、他の大統領閣議のメンバーの意見にも恒常的にさらされることになる[11]、と。

こうした法務総裁が大統領の「政策的な助言者」となっている状況の下で、訟務長官の存在とその独立性は、以下のような意義を有するという。「端的に言えば、独立的な訟務長官は、大統領と法務総裁が憲法上の任務を実行することを補助する（assist）。大統領も法務総裁も政策的な事項に関与しているがゆえに、この両者は、政策的事項から自由な、独立的で専門的な法的判断を行うことを許された部下の職員の寄与を受けることになる」[12]。

このように、訟務長官の独立の伝統は、「法を政策に優越させる（put law before policy）」[13]という、憲法が意図する大統領と法務総裁の任務の実行に有効に寄与するものだとしている。つまり、政策的事項に関与している職員は、法により規律されている事項を政策的に取り扱ってしまう危険性があるため、その取り扱いを切り離し、政策的な影響の及ばない「法的見識を備えた職員」である訟務長官の能力」の下に委ねるということである[14]。このような政策的事項に対して法専門家たる訟務長官が価値を有することは、前章で示されたとおり、各機関との関係で指摘されていたことであった。意見書では、同様の価値が、「法務総裁の役割が大統領に対して……政策的な助言を行う者であるという……性格を有していることが、訟務長官の独立の必要性を強めている」として、法務総裁との関係でも認められているわけである[15]。そしてこの理由から、意見書は、「訟務長官の「独立」の伝統は、賢明な伝統である」[16]としている。

この伝統からは、「訟務長官はいかなる事件においても、法務総裁や他の政権内の職員からの干渉なく事件が含む問題について考慮し、当該事項について自己の見解を形成する機会が与えられるべきである」という手続的なルールが導

き出され、[17] ひとたび訴務長官が事件に関する見解を形成したら、ほとんどの事件においては、これが政府の示す立場となるのは当然のことであると[18]意見書は述べている。そして、実際上の法務総裁と訴務長官の関係について、「法務総裁と訴務長官の職に就く個人のパーソナリティにより、政権ごとにより異なってくるものであることは疑いようはない」けれども、伝統的には「不干渉というパターン」が認められ、[19]「大統領も法務総裁も、訴務長官の判断を不可侵（dispositive）なものとすることを通例（normal course）としてきた」[20]とする。

上記に見られるような、訴務長官の政治的独立性に対して置かれる高い価値については、この意見書以外でも、しばしば言及されている。例えばミーダー（Daniel Meador）は、本稿でもすでに複数参照している一九八〇年の著書の中で、訴務長官に係る伝統的な観念について、以下のようなものとして述べている。

「伝統的に、訴務長官は「弁護士の弁護士（“lawyer's Lawyer”）」として見られてきており、「純粋な弁護士（“pure lawyer”）」の理念を体現するものに最も近い政府職員であった。そして訴務長官は、政治的存在（“politician”）として考えられるには最も遠い存在であるとされてきた。訴務長官は高品位の弁護士集団を自己のスタッフとして、書面の作成と事件における弁論を行い、政府職員によく見られるような政治的考慮に引き込まれることとは無縁（impervious）だということが伝承されている。訴務長官は法廷の活動（bench and bar）に高度に特化した典型的な弁護士であり、その地位は法プロフェッションの中でも最も名声高きものである。[21]以上のことはいささか理想化されたところはあるかもしれないが、広く受け入れられている見方を示したものである」。

ミーダーは、訴務長官とその下にある訴務長官事務室のスタッフが、政治的な影響から距離を置いたところに位置し

ていることを述べるとともに、こうした訟務長官の捉えられ方が、一般的に認められていることを述べている。そしてミーダーは、上記のような訟務長官のあり方に賛意を示しつつ、訟務長官とその下のスタッフの活動においては、上記に見たような政権の政策的な関心からの独立性が重要な意義を有することを、以下のように強調している。

「訟務長官とそのスタッフは、最高裁判所において合衆国を代表し、政府に対して不利な下級裁判所の判決について上訴するか否かの決定を行う。これに加えて、あらゆる上訴裁判所において合衆国がアミカス書面を提出すべき事件であるかどうかの決定を行う。この重要な法的事務が、最上のプロフェッションの方式により判断の独立性を備えて政府の代表を行おうとする一流の弁護士の手に置かれているべきことは、絶対的に不可欠（essential）なことである。こうした判断は、伝統と人格の高さをもとに、他のどんな政府部局よりも訟務長官事務室によって、不適切な圧力やホワイトハウスのコントロールを受けることなく、十全に成し遂げられることになろう」[22]。

このように、「政治性は正義にとって有益（play well）ではないという認識が広く受け入れられていた」[23]ために、訟務長官はあからさまな党派的政治性が主張の中に現れることを回避してきたとされている。

二．訟務長官への政治的影響

（1）訟務長官への干渉

もっとも、上記のように訟務長官の独立性に高い価値が伝統的に置かれてきたといっても、訟務長官が法務総裁と何らの接触をすることなく、その職務に従事しているわけではない。訟務長官事務室のスタッフとしての経験を有する、

ある論者によれば、訟務長官は、司法省内の幹部職員の一人として、法務総裁や司法省の他の幹部職員とともに会合に参加するという。[24]そして、この場において訟務長官は、最高裁判所における事件に関する書面を提示することもあるという。したがって、法務総裁や他の司法省内の幹部職員には、訟務長官による事件での主張を知り得る機会が存在している。訟務長官の独立の伝統といっても、それは全くの真空状態で活動を行う状況を示しているわけではない。

さらに、訟務長官が独立の伝統を有してきたといっても、それは法的に存在しているわけではない。すでに述べたとおり、訟務長官は、制定法や規則の下では法務総裁に服し、大統領に対して責任を負うべき存在である。したがって、この訟務長官の独立の伝統は、第二章で見た訟務長官の行動様式と同じく、法による直接的な規律ないし要求とは別個に議論されているものである。

このことは、先に見た意見書においても認識されている。すなわち意見書では、制定法の条文を上げた上で、訟務長官と法務総裁の関係について確認を行っている。[25]この確認を行っているがゆえに、上記の引用部分においても、あくまでも訟務長官は法務総裁と大統領の「部下の職員」だとして記述されており、また、「本意見書では、……法務総裁の指揮権限は決して行使されるべきではない（should never be exercised）とは考えていない」[26]ことや、訟務長官の活動を「法務総裁が個別の事件において行使することが禁じられる制度的な理由は存在しないと考える」[27]ことが述べられている。このように意見書は、訟務長官の独立性に法的な根拠が存在しないことを前提としているからこそ、独立の「伝統」という表現を行っているのだと考えられる。

また各論者も、訟務長官の独立性が法的に存在しているという把握はしておらず、[28]むしろ、制定法によって訟務長官に対する大統領の罷免権を制限するという形で、訟務長官に独立性を付与した場合には、その制定法には違憲の疑いが生じるという議論が一般的である。[29]

意見書でも、法務総裁が「いかなる状況の下において、最高裁判所の訴訟に対する「監督（"conduct"）」権限を行使するべきであろうか？　……法務総裁は、訟務長官の政府全体における独立性を根拠づける重要な原理や機能を侵すことなく、個別の事件について干渉を行うことが可能であるのはいかなる程度までなのであろうか[30]」という問いに対する解答として、「訟務長官の判断が最重要（dispositive）なものとされることを通常とされなければなら」ず、「政府のとる立場が法務総裁により変更されるのは、まれな場合のみに限定されるべきである[31]」と述べており、法務総裁の関与可能性を完全に否定しているわけではない。したがって意見書は、「いくつかの事件においては、この［訟務長官が形成した］立場を政府がとるかどうかを、法務総裁により決定されることが必要とされることもありうる[32]」としている[33]。

このように、訟務長官の独立性の価値を説いた意見書においても、ごく例外的な場合に限られることを強調しているとはいえ、法務総裁が訟務長官に対して指揮権を発動することや、訟務長官がとる見解を否定する余地が存在することを認めている。

では、実際上こうした法務総裁が訟務長官に対して、具体的な事件に関して指揮権を行使したり、見解の修正を求めたことはあるのだろうか。この点の検証は困難ではあるが、これまでの訟務長官に対してなされたインタビューを紹介することとしよう。

チェンバレン（Ronald S. Chamberlain）は、複数の訟務長官の職に就いていた者にインタビューを行っている。このインタビューで、第三八代訟務長官のフリード（Charles Fried）は以下のように述べているという。「法務総裁は、書面の作成等について指示を行う権限を明確に有しており、私の行った決定を覆すことも可能である。しかし、その権限が行使されたことは決してなかった[34]」。これに対して、グリスヴォルドへのインタビューでは、特定の事件で政府側が取るべき立場を提案するという形で、ホワイトハウスや法務総裁から干渉を受けたことが一度だけあったという[35]。また、

ボークに対するインタビューの回答でも、大統領や法務総裁からの事件において政府側が維持する立場について、直接的な提示を受けることがあったことが述べられている。しかしその回数は、せいぜい一ないし二回であったようである。[36]

このチェンバレンによるインタビューに対する回答のうち、グリスヴォルドとボークによるものは、法務総裁や大統領による訟務長官への圧力が存在してきたことを示すものである。先の意見書でも、訟務長官に対して法務総裁や大統領が干渉を行うこと自体は、いちおうは許容しているところであったが、これが実際上も存在していたわけである。しかしながら他方で、このインタビューへの回答は同時に、そうした干渉が行われる頻度が極めて低かったことを示唆するものでもある。

では、こうした政治的な干渉がなされることがこれまでまれにしか見られなかったのは、いかなる要因によるものなのであろうか。要因として考えられるところとしては、先に見た意見書に示されているような、訟務長官の独立性の価値を、法務総裁の側が重視した結果であるというものである。ウォーターゲート事件において、特別検察官の解任の命令を拒絶し、罷免されることとなった第六九代法務総裁のリチャードソン（Elliot Richardson）は、「法に関する政策形成についての政治過程と、政治的圧力による法過程の悪用の区別を強調」する必要があると述べているという。[37]こうした、訟務長官の訴訟に関する活動に対して政治的圧力を行使することを法務総裁が自重してきた、あるいは、訟務長官にとって法務総裁が大統領の政治的圧力からの防波堤となってきたという可能性もあろう。[38]

その一方で、論者の中には、上記の要因に加えて、そもそも訟務長官に対して法務総裁が政治的圧力をかけることが必要となる場面が、そもそも少ないことによるものだという指摘を行う者もある。これによれば、まず、そもそも政府が当事者となる事件のうち、そのほとんどにおいては争点が政治的な重要性を有してはいないものであるということがあげられている。[39]このように、法務総裁や大統領にとって、政治的考慮の下に訟務長官の活動に介入すべき事件が少

ないという要素も指摘されている。[40]

またさらに、より重要な要因として指摘されているのが、そもそも大統領は、訟務長官として、自らと政治的価値観を共有しているものを任命する例が多いということである。[41]そこで本稿でも、訟務長官の任命の場面に検討の視点を広げることにしよう。

（2）訟務長官の任命と党派性の注入

上記に見たように、訟務長官は形式的には他の政治的任命者と同じ位置づけが与えられる。こうした中でも、訟務長官の選出については、他の政治的任用者に比して相対的には政治的同質性への重視の程度は低く、むしろ法律家としての能力を党派的共通性よりも重視する傾向があるという指摘が見られる。[42]しかし他方で、訟務長官の選出は党派性と無関係というわけではなく、やはり概して、大統領には自己の政治哲学との同質性のある者を選出する傾向が存在するとも指摘されている。以下、訟務長官の任命が訟務長官の独立の伝統との関係で有する意味を検討しよう。

通常の政治的任用職、例えば法務総裁や、同じく司法省内の政治的任用職である法務総裁次官（Deputy Attorney General）[43]の任命に関していえば、その大統領との政治的な密接さが存在していることが認識されている。そして時には、その政治的密接さが過度であるがゆえに、議会から問題視されてもきた。これまでの法務総裁の中には、政党内の重要ポストにあった者や、大統領の選挙キャンペーンにおいて中心的な役割を果たした者から任命された例が複数ある。第五五代法務総裁のカミングス（Homer Cummings）や、第六〇代法務総裁のマグレイス（Howard McGrath）は、民主党全国委員会の委員長を努めていた。またアイゼンハワー政権における第六二代法務総裁のブロウネル（Herbert Brownell）は共和党全国委員会の委員長にしてアイゼンハワーの選挙におけるキャンペーンマネージャーであり、ニクソン政権下の第六七代法務総裁ジョン・ミッチェル（John Mitchell）は、ニクソン大統領の選挙でキャンペーンマネージャー

を務めていた。[44] そして、司法省の政治性が強く認識されたウォーターゲート事件後の時期（一九七七年）においては、大統領の選挙活動で主導的な役割を果たした者を法務総裁や法務総裁次官に任命することを禁止する法案が提出され、[45] 結果的には下院を通過することがなかったものの、上院においては法案が可決されるということもみられた。

これに対して、訟務長官の任命に関しては、党派的な性格よりも、その法律事務に関する能力への重視がうかがえることが指摘されている。ここでは、訟務長官の任命時における相対的な党派的な性格の薄さを示す事象として、大統領が政権の対抗政党から候補者を選出する例が見られることがあげられている。共和党のクーリッジ政権においては、民主党員のウィリアム・ミッチェル（William Mitchel）を第一九代訟務長官として任命している。[46] また、民主党のジョンソン政権は、共和党支持者のグリスヴォルドを第三四代訟務長官として任命しており、[47] グリスヴォルドは、次の共和党のニクソン政権においても、そのまま引き続いて訟務長官の任についている。

また特に近年においては、訟務長官には、ロースクールの教員という経歴を有する者が就く割合が高いことも指摘されており、この点ではアカデミックな性格が任命時に考慮されていることが伺える。[48] この傾向は、特に第三四代訟務長官のグリスヴォルド以降においてみられる。グリスヴォルドから、第四四代訟務長官ガレー（Gregory G. Garre）までの任用者一一名のうち、任命時にすでにロースクールの教員の経歴を有していた者が少なくとも五名いる（これに加えて特任教員（adjunct professor）の経歴を有する者が二名いる）。[49]〜[50] このように、訟務長官の任命時においてはその党派的な考慮は相対的に低いという指摘は、一定程度において是認できるものであるように思われる。

しかしながら、歴代の訟務長官には、積極的な政治活動を行っていた者が皆無であったわけではない。例えば、初期の訟務長官には、議員を務めていた経験を有する者や、その候補者であった者も複数見られる。第一五代訟務長官のデービス（John William Davis　在任は一九一三―一八年）が、下院議員の経歴を有していたことなどが例としてあげられる。

また、政党内の要職に就いて、積極的に選挙キャンペーンに関与した者もある。例えば、第一四代訟務長官のバリット（William Marshall Bullitt　在任は一九一二―一三年）は、共和党全国大会の総責任者（Delegate-at-large）であり、タフト大統領の選挙運動にも積極的に関与していた。第三一代のランキン（J. Lee Rankin）もまた、アイゼンハワー大統領のネブラスカ州での選挙運動に積極的に関与し、そのアイゼンハワー政権下で、訟務長官の任務についた。これらの例からは、訟務長官についてもまた、法務総裁などの他の政治的任用職と同様の考慮が存在することをうかがわれる。このことは、法務総裁と同様に、政権の変更に伴って訟務長官も交代するのがほとんどであることからもいえることである。(51)

このようにみると、訟務長官の任命に関しては、一方においては、他の政治的任用職に比して政治的考慮が重視される程度は低いものの、他方では、そうした政治的考慮も完全にゼロというわけではないことがわかる。

こうした政治的な考慮が任命時において存在することによって、具体的な事件において法務総裁や大統領が圧力をかける状況は、自ずから限定的なものとなるだろう。ミーダーは、訟務長官の非党派的な性格に対して賛意を示しつつも、「もしも正義が実現することを見届けるのが訟務長官の任務であるとすれば、そこでいう正義とは、何が正義かという点に関する何らかの哲学にしたがったものとなる」(52)とも述べていた。

このミーダーの言からすると、大統領が自らの政治的信念と衝突しない信条の保持者を訟務長官の候補者として選出し、任命することに成功している場合には、その政治的信念の実現において、訟務長官の活動と摩擦や矛盾を生じさせる可能性は低い(53)。必然的に、大統領が政治的な圧力を、訟務長官の具体的な活動に対して及ぼす場面もそもそも発生しないこととなる。大統領による訟務長官の任命の際に、「法的見識を備え」ているという政治的考慮とは別個の要素を重視する傾向がみられるとしても、少なくとも、自己の政治的信念と両立し得ないことが明確な者を訟務長官として

任命することは回避するであろう。[54]「訟務長官がホワイトハウスの政策的指示から隔離され独立性を享受しているとしても、……それは訟務長官の在職者が政権の政治哲学を共有することを保障する指名手続によって可能になっている」[55]という指摘のとおり、任命の時点においてすでに、訟務長官の活動に政治的性格が注入がなされていることが、大統領や法務総裁が具体的な事件において政治的な干渉を行う例が少ないことの背景的要因といえる。

以上のように、訟務長官と法務総裁や大統領の関係については、一方においては訟務長官に独立性が認められ、その活動が政治的な影響を受けることのないことに高い価値が認められてきたが、しかし他方においては、法務総裁や大統領が、訟務長官に対して政治的に圧力をかけることが法的には禁じられることはない。むしろ、上院の承認を要するとはいえ、制定法によって大統領には、任命時において訟務長官による政府の訴訟活動に政治性を注入することが法的に保障されているということになる。したがって、訟務長官がその活動において、党派的な主張を行うことを回避してきたということも、それを保障する制度的基盤は存在せず、極めて脆弱な条件の下になされているということになる。

三　最高裁判所による政治性の把握

では、最高裁判所の側は、上記に見てきたような大統領や法務総裁との間に見られる政治性をどのように捉えているのであろうか。この点に関して参考になると思われるのが、第二章で取り上げた、一九八六年の United States v. Mendoza 判決[56]での最高裁判所の訟務長官に関する判示である。すでに見たとおり、この事件では、政府に関する事件の中から、真に上訴に値する事件の選択した上で上告を行うという形で、訟務長官は最高裁判所に対して寄与することを述べていた。そして、争点効の法理を政府に対して適用することにより、こうした訟務長官の活動が果たしうる機能が失われてしまうことを理由として、法理が政府に対しては適用されないことを判示していた。[57]

実はこの判決は、訟務長官が最高裁判所に対して果たす寄与を法理の不適用の理由とするのみならず、これとともに、訟務長官の活動が有している政権との関係について示唆を含む判示を行った上で、それをもう一つの法理不適用の根拠としたものとなっている。そこで本論文では、この判決を、訟務長官や政府の訴訟と大統領との関係に視座をおいた上で、再度取り上げることとしよう。

判決では、訟務長官が果たす真に上告に値する事件のみを選択するというスクリーニングの機能に関する言及の後で、さらに以下のように、政府訴訟の有する特質について指摘を行っている。

「こうした、伝統的に訟務長官によって考慮されてきた制度的な事項［上訴するか否かの決定の際に訟務長官が考慮してきた、最高裁判所の負担や政府のリソースの浪費への懸念］に加えて、政府訴訟では多岐に渡る重要な公共的論点（the panoply of important public issues）が生じることがある。このことから、ある特定の論点の解決に関しては、執行府では次続の政権が異なった立場に立つことが適切なことがあるかもしれない。執行府は当然のことながら、憲法上の問題に関する最終的な解決者である司法府の判断に従わねばならない。しかしそれにもかかわらず、執行府は連邦裁判所における政府訴訟の展開をコントロールしている。地区裁判所に訴えを提起するという決定から、控訴裁判所の判決に対してサーシオレイライの申立てを行う決定に至るまでの無数の局面に関して、政府訴訟の遂行が、その方針の選択を行う余地のない完全に機械的な手続であると取り繕うことは、ばかげたことである[58]」。

ここに見られるように、判決は、政府訴訟が「重要な公共的論点」を含むがゆえに、その政府による扱いが政治的な性格を帯びるものとして把握している。そして、こうした政府の訴訟の取り扱いが、特に政権の交替によって変容する

ものであることを前提としている。そこで、政府の訴訟の取り扱いが変容しうるものであることを、本件で争点となっている争点効の法理を政府に適用するか否かという問題と、以下のように結びつけている。

「……ある政権によって訴訟に関する方針の選択がなされ、それがしばしば別の政権によって再検討されることがある。まさにこの理由（very reason）からも、政府訴訟にも争点効の法理から派生するルール（expanding rules of collateral estoppel）を適用すべきであるという主張がなされた場合には、諸裁判所は慎重になるべきである。もちろん、［前訴たる］フィリピン人に関する六八件の地区裁判所の判決に対して上訴しないという決定を行ったことによる帰結を政府が覆すことは、今に至ってはできない。政府は、既判事項の原理（the principles of res judicata）の下で当該判決に拘束される。しかし当裁判所は、政府は、前訴において当事者ではなかった者との訴訟においては拘束を受けることはないと判断する」[59]。

「もちろん既判事項の法理（doctrine of res judicata）により政府は、前判決の当事者だった者に対して同一の訴訟原因で再度の訴訟を行うことが妨げられる。しかしこの点に加えて、争点効の法理は、これまで述べたような［政府の決定する訴訟の］方針に対して道を譲るものである」[60]。

このように最高裁判所は、政府訴訟に関しては、政府の訴訟の取り扱いが政権交替に伴い変更することを理由の一つとして、政府に争点効の法理が適用されないことを判示している。すなわちここでの理由付けは、次のようなものとなっている。政府は控訴裁判所で敗訴した際にも、政治的な観点から上告を行うことを差し控えることがあり得る。ここで、もしも政府に対して法理を適用してしまうと、政権が交替した後に同一の争点に関して、異なる政治的判断から上告を

行うという判断に至った場合にも、前の政権による決定に拘束されてしまい、上告を行うことが妨げられてしまう。このように、前の政権の決定に、後の政権の判断が拘束されてしまうことを回避するために法理を政府には適用すべきではない、という理由付けである。

この理由付けからは、訟務長官の活動に対する最高裁判所の、次のような把握を読みとることができる。

まず第一に、訟務長官に関する検討を行う上での前提として指摘しておくべきこととして、最高裁判所が政府訴訟の政治的な性格に対して、必ずしも否定的な評価を与えているわけではない点がある。選挙結果の反映たる政権交替による政府の態度変更について「適切」であるという評価を与えた上で、政府に対して争点効の法理を適用しないという結論に至っている。この事件に訟務長官事務室のスタッフとして関与したヨシュア・シュウォーツ（Joshua I. Schwartz）準教授によれば、この判示部分には権力分立と民主過程に対する配慮があると指摘されている。すなわち、この判示部分の背景には、裁判所が民主過程に侵害的な作用を及ぼせないという思考が存在しており、この思考から、争点効の法理を政府に適用することによって民主的権力府たる執行府の立場の変更を裁判所が制約してしまうことを回避する判断が導き出されているという。(61)

また第二に、この判示部分は政府訴訟の特殊性に関して判断を示しており、訟務長官について直接に言及を行っていない。しかし判決では、この判示部分に先行して、争点効の法理を政府に適用しないことの理由として訟務長官が果たす役割をあげており、最高裁判所における政府訴訟の追行権限が訟務長官に配分されていることを、充分に自覚しているはずである。そうすると、訟務長官の争点に関する評価や訴訟の取り扱いもまた、政権交替によって変容することが前提とされていることになろう。したがって最高裁判所は、訟務長官は目下の政権によって支持されている見解を示す存在だと理解しており、さらにはそれが適切であると考えているといえる。

またこの判示部分では、訟務長官をはじめとした政府弁護士が政策的事項に対していかなる態度をとるべきかにつき、具体的な説示や要求を行っていない。この点で、判決文のうち、一方では、サーシオレイライの申立ての局面で訟務長官が具体的に考慮してきた事項に言及し、期待を示していたのとは対照的である。そこでこの判示部分は、政権との関係については、訟務長官が大統領によって導かれ、政権に対して応答的であるべきだと最高裁判所が考えていることを強く示唆するものといえるだろう[62]。訟務長官が政権の見解に対して距離を取るべきことや、政治的な干渉に左右されることなく活動を行わなければならないことを要求する文言や、大統領によって導かれることを否定ないし危惧する文言は、直接的には見あたらない。このように最高裁判所は、訟務長官が大統領や政権からの独立性を有することに価値を置くような説示を行っておらず、むしろ、政権の見解に則した活動を行うことをその役割として認識している[63]。

しかしながら第三に、こうした訟務長官の政権の見解に則した活動も、判決は無限定なものとしては捉えていないように読める。判決では、訟務長官が政権の見解を示す存在であることを示唆する一方で、その直前では、訟務長官が上訴の際に自制的であり、法理論を発展させるにふさわしい事件を選択して上訴を行っていることの認識が示されていた[64]。この訟務長官の上訴の際の自制的な活動は、単に政府の勝訴を志向するのではなく、政府のリソース浪費の防止や裁判所が適切な機能を果たすという観点に立つものである。訟務長官の政権の立場を主張するという活動も、この観点と両立的に行われることを最高裁判所は示していることになろう。したがって、訟務長官はこの観点に矛盾しない限りで政権の見解に沿った活動を行うという制約がかかっていることになる[65]。

また判決では、政権が訴訟の取り扱いに関して態度を変更させることがありうる要因として、「重要な公共的論点」が政府訴訟において生じることをあげている[66]。つまり、政権の訴訟に関する態度変更の際は、その関連論点の重要性が考慮されることが前提とされている。このように、単に政権が、前政権のとった立場に同意しないという理由だけでは、

政権の訴訟の取り扱い変更は正当なものとは扱われないということが示唆されているといえよう。(67)

この判決では、片や訟務長官に関する直接的な言及の中で、裁判所の負担軽減や政府のリソースという訟務長官が考慮している事項を具体的に例示している。これに対して政権による態度変更に関連しては、訟務長官の語を用いることなく説示を行い、したがって、訟務長官が政権の立場を考慮事項とするとは明示的には述べていない。この点からすると、最高裁判所は、訟務長官はあくまでも第一次的には、政権の見解とは無関係なものであり、判決が訟務長官に対して政治的な性格を付与することを避けたものと読むこともできるように思われる。

以上のように、Mendoza 判決からは、最高裁判所が一方においては、訟務長官が政権の見解に則した活動を行うものと把握しており、その意味で、訟務長官の独立性に対して消極的な態度を示しているけれども、しかし他方においては、訟務長官の政治的な性格は一定程度に制約されるものであるという立場に立っていることがうかがえる。

四．独立の伝統の脆弱性と訟務長官の政治化

ここまで、訟務長官については、法務総裁や大統領からの独立の「伝統」に価値が置かれてきたことを述べてきた。しかしこれとともに、この独立の「伝統」も、法的に認められているものではない。むしろ法的に見れば、訟務長官は法務総裁ひいては大統領の下に位置している。そして最高裁判所も、訟務長官の活動が政権の見解に沿ったものになるという性質を認めており、法務総裁や大統領は、任命という行為により、あるいは訟務長官に対する指揮監督という形によって、政権の見解に沿った活動を行わせることを可能にさせる手段を、法的に与えられていることも示された。したがって、訟務長官の独立の「伝統」は、極めて脆弱な基盤の上に存在しているものであった。

またさらに、この訟務長官の独立の「伝統」の脆弱さは、第二章に見た訟務長官の行動様式の脆弱さを導くものでも

あるだろう。訟務長官の行動様式も、法的に規律されたものではなく、したがって訟務長官が大統領の意思から独立してこうした行動様式をとり得ることが法的に保障されているわけでもない。そうすると、もしも訟務長官の活動が単なる政権の見解の法廷への発露だということになれば、第二章に見たような訟務長官の果たすべき役割像も、全く異なるものへと転換されることにもなるだろう。

この訟務長官の独立性の観念や、さらには訟務長官の役割像の脆弱さが顕わになったとされているのが、一九八〇年代のレーガン政権の時期である。そして、このレーガン政権期以降、論者からは、旧来の伝統的な訟務長官の行動様式とは異なる新たな行動様式も提唱されるに至っている。そこで、ここではレーガン期におけるいくつかのエピソードについてを簡単に紹介することにしたい。

まず、レーガン政権期において、論者によっては訟務長官事務室の政治化を明確に表しているとされているのが、一九八三年の Bob Jones University v. United States 判決[68]の後の過程である[69]。この事件は、人種差別的な私立大学に対する内国歳入庁（Internal Revenue Service）の租税減免措置の拒絶方針が争われたものであった。訟務長官のリーは、同種の事件で代理人となっていたことから、事件からはずれる。代わって非政治的任用者であるワレス（Lawrence Wallece）がこの事件に関しては訟務長官代行（Acting Solicitor General）となった。ワレス自身の見解は、内国歳入庁による拒絶を支持するものであった。しかしレーガン政権は、大学側の立場を支持する見解を有しており、結局、政府側の提出した書面は妥協的なものとなった。すなわち書面の内容としてはレーガン政権の立場を反映したものとなり、その脚注[70]において、ワレス自身はこの立場を是認するものではないことが記載されることとなった。

このワレスの事件に対する対応を受けて、将来において非政治的任用者と政権が対立することを回避するために、政治的任用者である訟務長官次官を新たに配置されることとなった。この配置がなされるまでは、訟務長官事務室内では

訟務長官自身が唯一の政治的任用者であった。そして、四名から五名置かれる訟務長官次官の中でも、最も経験の長い次官が、「筆頭次官」（“first deputy.”）として訟務長官の代行を果たすというインフォーマルな運用がなされていた。しかし、ここで新たに訟務長官事務室内で二人目の政治的任用職たる訟務長官次官が設置されたわけである。[71] サロカーは、他省等の次官は政治的任用職であることが通例であることから、この変容によって事務室が政治化したと把握することは誤りであるとする。[72] しかし、例えばウィルキンスによれば、訟務長官事務室の法務職員が高い自律性の中で活動してきた理由は、こうした職員が非政治任用職であったことによるとしていることからすれば、[73] この変容が政治化の動きとして敏感に受け止められたことにも理由があるともいえよう。

さらに、この時期の訟務長官の政治化を示す事象として、アミカス書面の積極的な利用がある。フリードは、就任後のはじめの二年間だけで、リーの四年の任期分を上まわるアミカス書面の提出を行っている。[74] また、こうした量的側面ではなく、その内容に関しても、その政治化が指摘された。特にその指摘が批判的に向けられたのは、最高裁判所の判例変更を促すアミカス書面であるといわれる。旧来の訟務長官の行動様式では、訟務長官は最高裁判所に寄与を果たし、最高裁判所の先例に固執するものだと把握されてきた。フリードの提出する書面は、こうした行動様式から逸脱するものだとして非難されたという。[75]

こうした訟務長官の政治化について、当時の観察が示されているのが、ニューヨークロースクールの教授であるヌーボーン（Burt Neuborne）による一九八七年の下院司法委員会におけるヒアリングの証言である。ヌーボーンは以下のように述べている。

「私は、ジョンソン、ニクソン、フォード、カーター、レーガンの各政権期について訟務長官事務室に対して綿密

な観察をしてきた。訟務長官がアービン・グリスヴォルドであれ、アーチバルド・コックスであれ、ウェイド・マクリーであれ、レックス・リーであれ、訟務長官事務室は概して、法をめぐる情勢（state of law）に関する非イデオロギー的かつ卓越した意見を示すものとして機能してきた。時には訟務長官も法の変容を主張することも見られたけれども、訟務長官が提出する書面は、その圧倒的多くは、現在の法（existing law）の分析と、論理、類推（analogy）、制定法の構造に基づく古典的な主張に向けられたものであった。これまでの訟務長官は、とうてい大統領の「代弁者（"mouthpiece"）」として性格づけを行えるものではなかった。訟務長官はイデオロギー的な目標の支持を行ってきたわけでもなかった。

私は、ここ数年において、訟務長官の活動の内容と色調がイデオロギー的な方向に大きく変容したことを感じている。訟務長官事務室を、特定の政治的、イデオロギー的な立場を推進するための手段として見なす方向性である。事実ここ二年間においては、政治的、イデオロギー的な立場の推進を企んだ法分析によって最高裁判所を砲撃するイデオロギー的な組織から……、訟務長官の活動を区別することが困難になっている[76]」。

このように、レーガン政権期、特にフリードの時期において、訟務長官の活動に政権のイデオロギー的な色彩が強まったことが述べられている[77]。

こうしたレーガン政権期に巻き起こった批判から、その後の第四一代ブッシュ（George H. W. Bush）政権期の訟務長官スター（Kenneth Starr）の任命時においては、その政治的な性格への関心と警戒が高まった。この任命時における上院司法委員会におけるヒアリングでは、委員長のバイデン（Joseph Robinette Biden, Jr.）との間で、以下のような質疑があった。

バイデン：「あなたは、訟務長官が最高裁判所において大統領の政策を促進する第一の存在であると考えていますか。それとも、他の論者がいうように、政治的党派的なイデオロギーの影響を除去できないにしても、極小化するべきであると考えていますか？」

スター：「私は、……訟務長官は法の支配に対して誠実でなければならないと考えています。訟務長官は法務職員（law officer）で、憲法の擁護のために戦わねばならない存在です。これが訟務長官の究極的なロイヤリティであるべきです」

……

バイデン：「あなたが訟務長官になったとして、もしも最高裁判所の事件で、大統領が単に政策的な観点から欲求する結論が、法的には擁護され得ないと考える場合には、あなたはどのように行動をとりますか」

スター：「私は、自らの心、意識の下で擁護され得ないと考える立場は、訟務長官としてとらないでしょう。こうした状況において私がとる行為は、――率直に言うと、想定しがたいのですが、この委員会の利益と関心に寄与したいので申し上げますと、――私はそうした擁護され得ない主張の書面にサインをしないでしょう」[78]

結局、このスターが訟務長官を務めた時期のうちに、訟務長官の政治性は沈静化したという指摘がなされている。[79]

もっとも、レーガン政権期、特にフリードが訟務長官を務めた時期に、訟務長官の職が政治化したことを立証することは極めて困難である。例えばフリードもまた、前章に見たような訟務長官の行動様式、役割像に合致するような発言を任命時のヒアリングにおいて行っている。すなわち、フリードは「訟務長官が提出する書面に示される事実や記録に関する陳述は、相手方当事者が喜んで採用することがあり得るものだと考えたい（like to think）」と述べている。[80]

レーガン期に訟務長官の職が政治化したか否かの評価は、ここにおいては不可能であるが、いずれにしろ、訟務長官の独立の「伝統」[81]が政治性の前には極めて脆弱なものであることを各論者たちがレーガン期の経験を経て認識したということは確かである。そして、レーガン政権期以降も、政治的な影響力を排除する立法的な措置等がなされたわけではなく、この訟務長官の基盤の脆弱さは現在も同様に継続している。[82]

このレーガン期以降、訟務長官の役割像そのものに関して新たなモデルも示されるに至っている。こうした議論で特に注目されるのは、訟務長官に対して、その政治的な性格を積極的に評価するものがみられるところである。そこで、引き続いては、この訟務長官の役割像に関する新たな議論についてを見てみることにしよう。

五．訟務長官の新たな行動モデル

上記のように、レーガン政権期における訟務長官に対しては、多くの者がその政治化を指摘した。もっともその一方で、こうした訟務長官のイデオロギー的な活動は、何もレーガン政権期において初めて現れたものではないという指摘も存在している。[83]例えばサロカーは、「疑いようもなく、訟務長官の活動はレーガン政権下において目に見えて政治化した」[84]としつつも、「レーガン政権期に訟務長官事務室が政治化したという観察は、訟務長官事務室は過去においては政治的ではなかったということを含意するものであるけれども、これは真実ではな」[85]く、レーガン期における経験は、「訟務長官の活動が歴史的に非政治的なものであったことを意味するものと解するべきではない」[86]とする。

レーガン政権の以前においても、訟務長官がその活動の際に、政権の政治的な立場から自由ではいられないことが指摘されていた。すでに引用したミーダーの一九八〇年の著作でも、ミーダーは訟務長官の非党派的で独立的な活動に対して賛意を示しつつも、「訟務長官の弁護士活動における法と政治の混在」[87]が不可避なものであることを述べている。

「……訟務長官事務室は、一定の範囲においては、大統領の関心や政権の政策に巻き込まれることから逃れることができない。訟務長官が扱う問題としては、最も高次の国家的（national）重要性を持つものであることが頻繁にある。訟務長官がとる行動は、しばしば大統領のプログラムの核心に至るものであり、一ないし複数の省に関係する事項のうち死活に関わる問題（vital）に触れることがある。訟務長官事務室が行わなければならない多くの決定は、確立した法的ルールによって規律されてもいない。下級裁判所の判決が下された場合には、……［こうした規律のない環境の下で、上訴の決定に当たっては］……訟務長官は何よりも、争点となったプログラムへの実際上の影響と、当該プログラムと政権の政策との関連を考慮しなければならない」[88]。

このように、訟務長官も活動に際しては、政権の方針との関連性を考慮要素とせざるを得ないことを指摘される。その上でミーダーは、「少なくとも、政府側の提出する書面で、政権の重要な政策に対抗的な理論を主張することは奇異（awkward）なものである」[89]とも記述している。もっとも、ここに見るミーダーの記述では、訟務長官の政治的な性格に対する、積極的な評価が明確に示されているわけではない。むしろ、先の引用の際にみた訟務長官の独立性の価値に対する評価と比較すれば、ミーダーは手放しに訟務長官の活動の政治的性格に対し、肯定的な評価を与えているわけではないだろう。むしろ、こうした政治的な活動がなされる場面につき、「最も高次の国家的重要性」などの限定的な場合であることを強調しているようにも思われる。

これに対して、レーガン期以降の議論においては、訟務長官が大統領の政策を主張することにより、その政策を強力に推進する役割を担うべきであることが語られるようになっている。以下、これを検討していこう。

（1）新たなモデルと「大統領の利益」

まず、レーガン政権期の訟務長官事務室でスタッフとして活動した経験のある、クレッグ（Roger Clegg）の主張を取り上げよう。クレッグは、レーガン政権期における訟務長官事務室が政治化したとの批判に対して激しい反論を行う。[90] ここでは、訟務長官が政権の見解に沿った活動を行うべきことを主張して、まず、訟務長官が最高裁判所ではなく大統領の下に存在することを、次のように強調する。すなわち、「どんなに血眼になって（frantically）訟務長官事務室の内外を捜しても、ロナルド・レーガンを除いては訟務長官の主（master）は存在しない。訟務長官は二人の主を持たない。憲法は三つの権力府にのみ権力を付与しており、司法府と大統領の双方のために働く訟務長官事務室という第四の権力を創設してはいない。むしろ訟務長官事務室は、大統領の下の執行府の中に位置していることは確実である」[91]と。その上でクレッグは、訟務長官が最高裁判所に対して正直（honest）でなければならないとして、杜撰な調査を行うこと、不当に先例の引用を行う（miscite）こと、虚偽の陳述を行うこと[92]、政治的なパンフレットにすぎないものを書面として提出することはあってはならないことを述べてはいる。しかし、訟務長官が執行府に位置することから、さらに以下のように述べられる。

「訟務長官が執行府内に位置することは、いかなる事件を最高裁判所に持ち込むほどの重要性を有しているかの決定や、いかなる法原理を最も精力的に擁護しなければならないかを決定する際に、政権内の政策的関心に耳を傾けねばならないことも意味している。また同時に、大統領やその法務職員の筆頭である法務総裁が、誤りを指摘した場合には、訟務長官はそれを聞かなければならないことをも意味している。訟務長官は最高裁判所における一〇人目の裁判官ではないし、三五人目のロークラークですらない。訟務長官は［最高裁判所から］切り離された権力府［＝執行府］のために主張を行う者である」[93]。

こうして、訟務長官が大統領の下の存在であることを根拠に、その活動の基底に政権の政策上の見解が存在することを述べる。ここでは訟務長官の活動が果たすべき役割の方向性は、最高裁判所ではなく完全に大統領に向けられている。こうした訟務長官の役割についてクレッグは、以下のような評価を与えている。

「訟務長官が時々自己のスタッフ以外の者の見解を聞くことを選択することは、悪いことではない。訟務長官が最高裁判所に向けた大統領の「代弁者」（“mouthpiece”）である（*is*）こと、すなわち「政権の道具」（“tool of the administration”）である（*is*）ことは、全くの真実（simple truth）である」[94]。

このようにクレッグは、訟務長官の独立の伝統に価値を与える思考とは逆に、政権の政策的な立場に応答的な活動を行うことを、肯定的に評価している。こうした評価の背景には、クレッグの、大統領の民主的な性格の重視が影響を与えているように思われる。というのはクレッグは、訟務長官が執行府の見解に応答的な活動を行うべきことの根拠として、大統領が最高裁判所との関係で、次のような立場に立つことを述べているからである。

「大統領は、ある分野に関する最高裁判所の方向性に対して、多くの人民が不満を抱いているがゆえに選挙によって選出された面もある。したがって、訟務長官が政権を代表して最高裁判所において述べる内容に関して、執行府が影響力（say）を有し、――必要な場合には大統領と法務総裁が最終決定権（final say）を有するということは――完全に適切なことである」[95]。

ここでの大統領は、最高裁判所の民主的な正統性を持って、最高裁判所に対して自己の見解を示すべき存在として捉えられている。このクレッグの立場によれば、訟務長官は、大統領を通じた人民の意思を、最高裁判所に示す役割を担うことになる。この民主的な意思が大統領とその政権に反映されているという前提が、大統領の「代弁者」としての訟務長官の役割に積極的な価値を与えるクレッグの議論を導いているといえるだろう。

さらに、レーガン政権期以降における、訟務長官は大統領の見解を強力に法廷に示すべきだとする論者の筆頭としてあげられ、しばしば引用されるのが、マクギニス（John O. McGinnis）の見解である。マクギニスは、これまでの訟務長官が最高裁判所との間で密接な関係を築いてきており、特別な伝統と調和（special tradition and accomodation）が存在してきたとする。そして訟務長官には、独立的な地位の下に最高裁判所に対して寄与するという「慣習的な評価」（conventional account）がなされてきたとし、訟務長官も最高裁判所の信頼を傷つけることがないように配慮してきたとする。

しかしこうした評価に対して、マクギニスは、訟務長官には最高裁判所に対して負う義務は存在しないと述べる。その根拠としてマクギニスは、憲法上、こうした義務の規定は存在せず、また訟務長官に最高裁判所に対する寄与を要求するその他の法原理も存在しないことをあげる。そして、この点で訟務長官は、通常の弁護士との差異は存在しないとしている[96]。その上で訟務長官がいかなる主張を行うかについて、以下のように述べる。

「最高裁判所において訴訟活動を行う者（litigator）は、みなクライアントを有している。そしてそのクライアントは、最高裁判所においていかなる見解を表明するかを決定する権能（discretion）を有している[97]。訟務長官もまた例外ではない。訟務長官のクライアントは大統領である」。

このようにマクギニスは、訟務長官のクライアントを大統領として捉えた上で、大統領の見解を最高裁判所に示すことを任務としている。こうした、訟務長官と大統領とを密接に連結させるマクギニスの議論で強調されているのは、「憲法上は、訟務長官は大統領から独立していない（*not*）。そしてそれとともに、最高裁判所から独立している（*is*）」という、訟務長官が執行府の職員として大統領の下に存在している点である[98]。そこでマクギニスによれば、訟務長官の行う作用は、他の政治的任用者と同様のものだとして、以下のように述べる。

「訟務長官の憲法上の組織的な地位（Solicitor General's position in the constitutional hierarchy）は、国務長官（Secretary of State）と同じように明確に定まる。国務長官と同じく、訟務長官は大統領の下の職員である。合衆国の立場の訴訟活動は執行府の固有の作用であるので、訟務長官の権限は、憲法によって執行権が大統領に付与されていることから派生したものである。ちょうど国務長官が大統領によって与えられている範囲内において広範な裁量権を行使するのと同じように、訟務長官は一貫した判例を形成する実質的な裁量権を、直近の上位者たる法務総裁と大統領により与えられた範囲内で行使する」[99]。

こうした訟務長官の作用の把握の下でも、マクギニスは訟務長官に、一定程度の自律性を認めているようであり、したがって、訟務長官は大統領の見解が誤りであると考える場合には、説得を行うことができることは当然であるとしている[100]。しかし同時にマクギニスは、あくまでも、「憲法はあらゆる執行作用についてを単一の個人――大統領に対して付与している」ことから、訟務長官が「大統領の示す輪郭の範囲内で決定を行う裁量を有するとしても、大統領が自己の見解を放棄していると考えるのは適切ではなく、せいぜい距離を置いているものと捉えるべきであ」り、訟務長官は、

大統領の立場に同調的かつ精力的に、その主張活動を行うべきであるとしている。[101]

もっともマクギニスは、訟務長官が通常の弁護士とは異なる性格を有していることも、同時に指摘している。そしてこの指摘される特徴は、上記のような執行作用が大統領に配分されていることを前提としつつ、訟務長官の大統領との関係に起因するものであるとされている。ここにマクギニス自身の訟務長官が果たすべき役割の捉え方が強く示されているように思われる。

「憲法理論的には、訟務長官の役割は通常の最高裁判所における弁護士とは異なる。なぜならそのクライアントたる大統領は、「合衆国憲法を維持し、保持し、擁護する」という宣誓を行っており、「法律が誠実に執行されるよう配慮する」という義務を負っているからである。したがって、訟務長官の大統領との特別な関係と、その自ら行う宣誓によって、訟務長官は通常の弁護士が負うことのない義務を負う。すなわち単に訴訟に勝利するというのではなく、憲法の下で作られる法律と憲法それ自体の大統領による解釈を進展させるというものである」。[102]

このようにマクギニスは、訟務長官は大統領の憲法解釈、制定法解釈を裁判所に示すという役割を担い、これを行うことが憲法に適合的であるという考えを示している。

レーガン政権期における政治化に対する批判としては、訟務長官が最高裁判所の先例を批判し、その変更を促していることがあげられていた。つまり、最高裁判所の先例に対する尊重の姿勢が欠如しているという点であり、これが旧来の訟務長官の伝統的な行動様式である、最高裁判所の判例形成に寄与するというものから逸脱しているということであった。これに対してマクギニスの見解では、訟務長官が最高裁判所に対して寄与すべき存在であるという認識はみら

れない。この点で第二章に見た、伝統的な訟務長官の役割像とは異なる。

このマクギニスの思考は、訟務長官の活動を法律が誠実に執行されるよう配慮する任務と捉えている点で、第二章で取り上げた伝統的な役割像に関する議論と共通する。しかし、マクギニスは、この作用が「大統領に対して配分されている」ことを重視しているように思われる。つまり、憲法によって法律の誠実な執行に配慮する権限を大統領が保持しているのだから、裁判所ではなく、大統領自身の意思に沿うことが憲法適合的であるということである。[103]

このように訟務長官が積極的に政権の見解を最高裁判所に対して示していくべきだとする主張が現れている。こうした主張を受けて、政権の見解に沿った主張を行うということが訟務長官のありうるモデルの一つとして認識されるに至っている。引き続いて、訟務長官の行動様式について複数のモデルをあげて比較検討を行っている二名の論者の議論を取り上げることとしよう。

まず取り上げるのは、カラブレイジ（Steven G. Calabresi）による、政府内の弁護士が果たすべき役割に関する議論[104]である。カラブレイジの議論は、訟務長官の活動に必ずしも限定的ではないけれども、訟務長官の存在も念頭に置かれていることがうかがえ、参照すべきものと考える。[105] カラブレイジは、執行府の政府弁護士の役割像に関する議論状況を受けて、複数の行動モデルを提示する。まず第一が、「所属部門主義」（departmentalist theory）と呼んでいるものである。これは、あらゆる執行府の職員は大統領の下にあり、その作用も大統領の権限に由来するものであるから、執行府の政府弁護士は大統領に従い、執行府の職員の活動を大統領の見解に沿ったものにする役割を負うというものである。[106] これに対して第二のものが、「最高裁判所中心主義」（Court-centered theory）と呼ばれるものである。これは、大統領を含むすべての執行府の職員は法の下に置かれなければならず、したがって執行府のあらゆる活動も司法府の憲法解釈や法解釈に敬意を払ったものでなければならない。[107] 執行府の政府弁護士はこれを実現する役割を負うとされる。この

二つのモデルに加えてカラブレイジが提示しているのが、執行府の政府弁護士が「全権委任大使」（ambassador）的な活動を行うというモデルである。これは、執行府の政府弁護士が、裁判所において大統領を代表するために全権を委任されて選出される存在としてみるもので、ここにおいて執行府の政府弁護士は、裁判所において、政権のアジェンダのうちどの部分について積極的に押し進め、どの部分についてを戦略的な配慮から押し進めることを断念するかについて、独立的かつ創造的に自己の最良の判断を行う、という任務を負うとするものである。[108]

上記のようにカラブレイジは、三つのモデルを政府弁護士に関して提示する。このうち第二の「最高裁判所中心主義」タイプの政府弁護士は、司法省内のスタッフに多いとしており、とりわけ訟務長官事務室を念頭に置いているようにうかがえる。このタイプの政府弁護士は、クライアントを合衆国と捉える傾向があるという。これに対して、第一の「所属部門主義」タイプの政府弁護士は、まさに大統領への従属を強調するものであり、その役割を大統領の政策推進と捉えるものである。特にホワイトハウス内の政府弁護士に多く、自らのクライアントを大統領さらには大統領を選出した有権者ととらえる傾向があるとする。[109] また第三の「全権委任大使」モデルは、確かに一方においては大統領からの独立性を前提とするものではあるけれども、そこにおいて考慮する事項は政権の政策目標である点で、政府弁護士が果たすべき寄与の方向性が、大統領に向けられている点で、第一のタイプと共通している。このようにカラブレイジは、執行府の政府弁護士の活動にとって、政権に対する寄与が一つの要素となりうると認識している。

カラブレイジの最終的な主張は、各タイプの政府弁護士が、ホワイトハウスの法律顧問室や司法省などに分画されるのではなく、接触を持つことにより相互に影響を与えあい、それぞれの要素、特に第一の「所属部門主義」と、第二の「最高裁判所中心主義」の要素を緩和しあうべきというもので、[110] むしろ、三タイプのいずれかが最も優れているはずという前提を置いた議論には決定的な欠陥があるとするものであるが、[111] 注目すべきは、司法省内の政府弁護士と大統

領の関係についての記述である。ここでは、「こうした［最高裁判所中心主義タイプの］職員には、この国には統合参謀本部（Joint Chiefs of Staff）へのシビリアンコントロールが存在するのと同様に、非軍事の事務（Civil Service）においてもシビリアンコントロールが存在するという事実に対しての敵意を持つ傾向が存在する」[112]とした上で、司法省に関連して以下のように述べられている。

「ペンタゴンの軍事職員や、国務省の外交官（striped pants）に対する抑制が維持されるのと同じ理由から、最高裁判所中心主義と全権委任大使のタイプが司法省を支配するような傾向には反対するべきである。政府のシビリアンコントロールの原則はわれわれのデモクラシーにとって重要な原理であり、この原理は外交政策や国防政策と同様に、法政策（legal policy）にも適用される原理である」[113]。

ここであげられている二つの政府弁護士のタイプは、いずれも大統領から独立した判断を行うことが前提とされている。カラブレイジはこの二タイプが司法省を占めることを警戒しているわけである。ここには政府の訴訟過程に民主的な統制を働かせようという思考を見て取ることができる。

そして、「所属部門主義」タイプの政府弁護士が、特に「最高裁判所中心主義」タイプの政府弁護士と接触し、「フレッシュな風」を与えることによってその性格が緩和されることを期待しており、政権が司法省内の職に「所属部門主義」タイプの政府弁護士を配置することを避ける傾向があるとして近年の状況を捉え、これを不幸なこととしている[114]。

もう一人、訟務長官事務室でスタッフとして活動した経験のある、デビッド・シュトラウス（David A. Strauss）の議論についても見てみよう。シュトラウスは、最も共有されている訟務長官の姿は、訟務長官が単なる執行府の職員で

はなく、最高裁判所において「一〇人目の最高裁判所裁判官」として、何が法であるかについて最良の判断を自ら行い、それを訴訟上の立場に反映させるというものであるとする。しかし、この捉え方には、訟務長官が執行府の職員であることと、執行府の職員として、なぜ自己の仕事についてこうした理解をしなければならないのか説明が困難だという問題点が存在するという。[115] また、シュトラウスは、通常の弁護士と異なる特徴的な活動を訟務長官が行うことを述べる。しかしあくまでも、訟務長官の「中心的な仕事はクライアントの立場で主張活動を行うことである」としている。[116]

この上でシュトラウスは、この訟務長官の主張活動がどのように構成されるべきかという点に関して、想定されうるアプローチ（plausible approach）として二つの行動モデルを提示する。すなわち、訟務長官がいかなる政権の下でも、政府全体の利益のために弁護士としての主張活動を行うという「政府機構モデル」（the institutional approach）と、訟務長官は他の執行府の幹部職員と同じように、政権のプログラムの実現のために活動を行うという「政権利益モデル」（the Administrative approach）である。このようにシュトラウスは、訟務長官の行動様式の一方に政権の政策実現に向けた活動を行うというモデル設定の下に検討を行っており、その出発点において訟務長官が執行府内に位置しているということを強く意識している。

以上の論者の議論をみると、訟務長官の役割として大統領の政策を推進すべきとする見解の特徴としては、以下の二点をあげることができるだろう。まず第一には、訟務長官の組織的な位置づけの重視である。すなわち、訟務長官の特徴的な議論としては、その最高裁判所に対する寄与の姿勢があった。これに対して、ここで見ている議論においては、訟務長官が執行府内に位置していることと、その大統領、法務総裁への従属性が強調されている。

第二には、こうした大統領、法務総裁への従属的な位置づけが、肯定的に捉えられていることである。本章においても引用を行った一九七七年の司法省の意見書では、訟務長官の独立の「伝統」に高い価値が与えられていたが、むしろ

大統領に従属することが、民主的なアカウンタビリティに沿うものであるとして価値が置かれている。[117] そして、クレッグが、民主的な支持を背景とした大統領の見解を最高裁判所に示すことで、最高裁判所に影響を与える作用が訟務長官に期待されることを述べていたように、最高裁判所の先例を絶対的なものとはしない思考もうかがえる。

（2）伝統的な役割像との関係

では上記のような、訟務長官の役割を政権の政策を推進するものとする見解に対しては、どのような評価が与えられているのであろうか。訟務長官が果たす役割の中に、こうした大統領の政策上の利益に対する寄与が含まれることを認めつつも、その過度の政治性に対して反対論を唱えるものも複数見られる。例えば、すでに第二章で触れたマコンネルは、訟務長官が大統領の下にあることを意識しつつ、まずは、以下のように述べている。

「訟務長官のプロフェッショナルな法的主張は、憲法の権力の配分の重要な部分を構成する。なぜなら、訟務長官の主張は人民全体を、――大統領を通じての間接的なものではあるが、――最高裁判所に代表させるための唯一の手段だからである。訟務長官は、法解釈の形成を補助することを一次的な役割として選任される政府職員である。訟務長官の主張に同意しようとしまいと、最高裁判所がそうした見解に触れること自体は有効なことである。政権の交替に応じて主張が変化することは、……訟務長官のプロフェッショナリズムの機能障害（embarrassment）として受け止められるべきではない。訟務長官が、人民と独立した司法権とのコミュニケーションに関して重要な役割を果たしていることの反映であると捉えるべきである」。[118]

このように、政権の見解に沿った活動を行うことが民主的な観点から正当なものであるとする。しかしマコンネルは

その直後で、大衆の支持を得るような見解であっても法的説得力を伴わないものについては、その主張を行うことを拒絶すべきことを訟務長官に要求し、以下のように述べている。

「多数者のセンチメントを最高裁判所に届けることは訟務長官の仕事ではない。法に基づいた主張を行うことがその仕事である。……大衆の（popular）支持を得られる妥当な法的主張と、法の支持のない大衆の主張とを区別することは訟務長官の責務である。いかなる訟務長官も、単に、大衆がそれを望んでいるということや、大統領が主張してもらうことを望んでいるという理由のみから、自らが妥当とは考えない主張を行うべきではない[119]」。

こうしてマコンネルは、訟務長官の法的専門家としての地位から、大統領の政治的な見解を主張しない場合があるべきだとする[120]。

訟務長官が政治的な主張を最高裁判所において行うことへの危惧は、デビッド・シュトラウスも述べている。シュトラウスは、その議論の出発点において、訟務長官が執行府の一員であることを強く意識していた。そして一方においては、政府の利益を代表する際に、その利益を「特定の政権の政策から切り離して把握することは不可能である」とする[121]。しかし他方でシュトラウスは、訟務長官の執行府内の位置づけから直ちに、政権の政策実現に向けた行動をとるべきという思考には立っていない。むしろ政治的な主張を行うことを警戒する議論を行っている。すなわち、確かにシビリアンコントロール（軍事を政治から分離すること）は非常に重要であり、この弱いバージョンが、訟務長官事務室という法執行機構にも当てはまることから、訟務長官は大統領に服さなければならないけれども、「このこと［軍事部局の職員が大統領に服さなければならないこと］と、大統領が政治的に軍事部局を利用することが可能ということとは全く別

である」としている。[122] このように、訟務長官が大統領の政治的な道具とされることに強い危惧を示している。

以上のとおり、訟務長官が大統領の政策的な利益の実現を果たすという側面については、その民主的な観点から一定の意義が認められつつも、訟務長官が政治的な主張を行うことに対しては、消極的な議論が見られる。

こうした議論の背景には、前章に見たような訟務長官の行動様式として旧来から強調されていた性格に対する支持が根強いことがあると思われる。例えばある論者は、以下のように述べる。「訟務長官が、政権の政策目標に沿った法的主張を行うよう求める圧力の高まりを感じることがあり得る。もしも訟務長官がこうした圧力に反応する場合には、訟務長官の変容を「注意深い法的な論理的主張」からの逸脱だとする批判者や、最高裁判所にわれわれは期待をする」[123]。

ウィルキンスも訟務長官が政権の利益を主張する性格を有していることを前提とした上で、次のような期待を述べている。すなわち、訟務長官には、政権の主張を行う役割と最高裁判所に寄与を果たすべき職員としての役割が存在している。訟務長官はこのバランスをとらねばならないので、それをめぐり論争が巻き起こるかもしれない。訟務長官の職に就く者は、訟務長官の伝統を基準とした検証がなされ、もしもこのバランスをとることが達成できたならば、その訟務長官はいかなる論争にも耐えることができることになる、と。そしてウィルキンスは、こうした議論が継続的に行われることが望ましいとしている。[124]

このように、伝統的な訟務長官の役割像が強固であるがゆえに、過度の政治化に対して批判が起こる。これを回避するために過度の政治化を自制する動きが生じることが期待されているといえる。[125]

（3）政治性の発現形態

ところで、上記のような政策目標の推進という要素を認識した場合においても、これが訟務長官の活動にどのように反映されるかは一様ではない。確かに、上記のような政権の政策目標を推進するという訟務長官の行動モデルは、前章

に見たような訟務長官の伝統的な行動様式とは対抗的なものとなるだろう。しかし、実際の訟務長官の活動には直接的には表出しないものでもある。

例えば、事件に関連する機関の見解が大統領の見解に親和的なものであれば、訟務長官の大統領に向けられる寄与は、具体的には当該機関の見解を熱心に擁護するという形で現れることになる。この場合には、訟務長官の行動様式として強調されてきた、各機関の見解を法的観点から抑制するというものとは、目に見えて対抗的なものとなる。

これに対して、事件における政府機関の見解が、大統領の立場と対立している場合には、訟務長官の大統領の政策目標を推進する行動が、当該機関の見解を抑制するという形で表出し、訟務長官は「たとえ事件に勝訴する可能性を損ねることがあろうとも、政権のポジションを進めるよう試みるべき」とされることにもなる(126)。この場合には訟務長官は、各政府機関との関係では伝統的に強調されてきた行動様式と表面的には一致した行動をとることになる。しかし、伝統的にはそれは法的な観点によって行われるものであったのに対して、新たな大統領の政策的な目標を推進するモデルでは、訟務長官は大統領の見解によって各政府機関の見解を抑制するという作用を及ぼすということとなる(127)。

（1）本稿の第一章第四節を参照。
（2）本稿の第一章第三節を参照。
（3）司法省の組織図は、司法省のホームページ（http://www.usdoj.gov/dojorg.htm（last visited Feb. 28, 2009））で入手可能である。
（4）28 C.F.R. § 0.135 (2008).
（5）28 U.S.C. § 518 (b) (2006).

(6) 1 Op. Off. Legal Counsel 228 (1977).
(7) 第二章第三節を参照。
(8) 1 Op. Off. Legal Counsel 228, 231 (1977).
(9) *Id.* at 232.
(10) *Id.*
(11) *Id.*
(12) *Id.*
(13) *Id.* at 234.
(14) *Id.* at 232-33.
(15) *Id.* at 232. この記述は、法務総裁が政治的な色彩が強いという認識を示す一方で、こうした性格を帯びつつも法務総裁には法的助言者としての任務がなお存在することを再確認するものでもある。ここでは、訟務長官に求められるような非党派性が、本来であれば法務総裁に対しても、部分的には要求されるべきだという観念が示されているもののようにも思われる。意見書が示された一九七七年が、ウォーターゲート事件から間もない時期であったことも影響しているとも推定される。
(16) *Id.*
(17) *Id.* at 233.
(18) *Id.* at 234.
(19) *Id.* at 233.
(20) *Id.* at 232.
(21) Daniel Meador, The President, The Attorney General, and The Department of Justice 34 (1980).
(22) *Id.*
(23) Rebecca Mae Salokar, The Solicitor General 71 (1992).
(24) Cornelia T. L. Pilliard, *The Unfulfilled Promise of the Constitution in Executive Hands*, 103 Mich. L. Rev. 676, 707 n.94

(2005).

(25) 1 Op. Off. Legal Counsel 228, 228-29 (1977).

(26) *Id.* at 233.

(27) *Id.* at 232.

(28) 例えばピラードは「独立性のオーラ」(aura of independence) という表現を行っている。Pillard, *supra* note 24, at 732.

(29) その論理は、第一章第四節でみた、司法省の独立機関化の案に関するものと同様である。*See, e.g.*, Janene M. Marasciullo, Note, *Removability and the Rule of Law : The Independence of the Solicitor General*, 57 Geo. Wash. L. Rev. 750 (1989) ; Joshua I. Schwartz, *Two Perspectives on the Solicitor General's Independence*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1119, 1165-66 (1988). ; Note, *The Solicitor General and Intragovernmental Conflict*, 76 Mich. L. Rev. 324, 359 (1976).

(30) 1 Op. Off. Legal Counsel 228, 231 (1977).

(31) *Id.* at 234.

(32) *Id.* [ ] 内は筆者による。

(33) 意見書では、この法務総裁が訟務長官の事件の取り扱いに対して干渉を行うことが正当化される「まれな場合」を確定するための完全な基準 (litmus test) を提示することはできない、としつつも、いくつかの所見 (observation) を示している。ここでは、法務総裁が訟務長官の見解に同意していないことだけでは、法務総裁が干渉を行うことの充分な根拠とはならないことが基本的な前提とされている。その上で、①訟務長官の法的分析に重大な誤りが存在しているという場合や、②事件の適切な解決のために、政策的な問題が重要な意味を有する事件が生じており、この政策的な問題に関する指針の必要性が、訟務長官の独立性よりも優先される場合、には法務総裁による指揮権の発動や、法務総裁自身による訴訟の遂行がありうることが示唆されている (*Id.* at 234-35.)。しかし②の場合においても、事件において法務総裁や大統領の政策的指針は、訟務長官の側から求められることが通常であるべきだということが述べられている (*Id.* at 235.)。また①の場合については、そもそも「極めてまれ」(quite rare) であるとされており、以下のようなものが原則的な姿とされている。「もしも訟務長官が過ちに陥っているのであれば、最高裁判所がこの誤りを修正する機会を有しており、このことにより公正な結果という形で政府の究極的な利益は回復されるだろう」(*Id.* at 234.)。この記述からは、政府の違法

が是正されることをもって「政府の利益」とする観念が示されていることを確認することができる。また、訟務長官の判断自体によって違法の是正がなされるという思考ではなく、最高裁判所の是正機能を促進するという思考が存在しているともいえる。前章の訟務長官の「最高裁判所中心主義」の思考に通ずるものであると受け取れよう。

(34) Ronald S. Chamberlain, *Mixing Politics and Justice : The Office of Solicitor General*, 4 J. of Law & Politics 379, 407 n.180 (1987). またフリードの下の訟務長官事務室でスタッフであったクレッグ（Roger Clegg）も、「どんな訟務長官の活動に関しても、ホワイトハウスは感知できるほどの役割は果たしていなかった」としている。Roger Clegg, *The Thirty-Fifth Law Clerk*, 1987 Duke L. J. 964, 967 (1987).

(35) Chamberlain, *supra* note 34, at 407 n.180.

(36) *Id.* at 417. ボークは、「極めて政治的にセンシティブ」（enormally politically sensitive）な事件に関しては、時には法務総裁との間で協議を行い、一度は「フォード大統領との間で、ある事件の方針についてけんかごしになり、大統領執務室の緊張感が高まった」こともあったという。*Id.* at 407 n.180.

(37) Chamberlain, *supra* note 34, at 410, *citing* Elliot Richardson, The Creative Balance 27 (1976).

(38) James L. Cooper, *The Solicitor General and the Evolution of Activism*, 65 Ind. L. J. 675, 681 (1990).

(39) *Id.* またここでクーパーは、訟務長官次官であったフレイ（Andrew L. Frey）の「訟務長官事務室の仕事のうち、およそ九五％は政治的に重要な要素を含んではいない」という言を引用している。*Id.* at 675 n.42. *See also*, Chamberlain, *supra* note 34, at 417. また、訟務長官事務室のスタッフとしての経験を有するウィルキンス（Richard G. Wilkins）も、「訟務長官事務室が扱うほとんどの事件は、政治的な関心を集めるものではない」としている。Richard G. Wilkins, *An Officer and an Advocate : The Role of the Solicitor General*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1167, 1170 (1988).

(40) このほかに、法務総裁が訟務長官に対して直接的な介入を行ってしまうことによって、議会に対して、各機関に訟務長官から独立した訴訟活動の権限を付与する立法へ向けた動きに向かわせる刺激を与えてしまうことから、これを回避するために直接的な介入を行うことが自制されてきたという指摘もある。Neal Devins, *Political Will and the Unitary Executive*, 15 Cardozo L. Rev. 273, 286 (1993).

(41) Cooper, *supra* note 38, at 681.

(42) Cornell W. Clayton, The Politics of Justice 52 (1992).
(43) 28 U.S.C. § 504. (2006).
(44) Clayton, *supra* note 42, at 51.
(45) *Id.* at 51-52. 同時に、こうした法案が提出されたという事実は、司法省が、政府の法律事務、特に訴訟活動を扱う省として、他の省よりも政治性が抑制されるべきであるという観念の存在を示すものであろう。こうした司法省の職員から党派的な性格を排除するべきことを指摘する論者として、司法省内で法務総裁次官の経歴を経て裁判官となった、タイラー（Harold Tyler）をあげることができる。タイラーは、選挙キャンペーンに関与していた者は、司法省内の政治的任用職になることは許容されるべきではないとし、またホワイトハウスの高官が司法省に政治的な圧力をかけることがないように、大統領が自己のスタッフを抑制するべきであるとしている。Harold Tyler, *Attorney General of the United States : Counsel to the President or to the Government?*, 45 Alb. L. Rev. 1, 11 (1980).
(46) グリスヴォルドは、ロースクールの学生であった時期に、大統領の選挙キャンペーンに関与していたという。しかし、この事実を置いても、任命がなされた。Salokar, *supra* note 23, at 40-42.
(47) Clayton, *supra* note 42, at 52-53. なお、一八七〇年の訟務長官の創設以来、政党を越えて複数の政権で訟務長官の座についた例は、これが唯一である。こうした例は、法務総裁についても同じく一例存在するが、この例は、法務総裁の職が未だ大統領との結びつきが強固ではなく、政府内において非常勤的な位置づけにあり、政治的な性格が希薄であった時期の第九代法務総裁ワートにまで遡ることになる。
(48) *See* Clayton, *supra* note 42, at 53.
(49) 歴代の訟務長官の略歴に関しては、司法省のホームページ http://www.usdoj.gov/osg/aboutosg/sglist.html（last visited Feb. 28, 2009）を参照した。もっとも、このホームページの記載は必ずしも訟務長官歴任者の経歴を不足なく記述しているとは限らない。したがって、このロースクールの教員の割合がもっと高い可能性もある。
(50) こうした政治的考慮よりも法務能力を重視する傾向は、ウォーターゲート事件後の法務総裁にも見られた。例えば、フォード政権では第七一代法務総裁として、シカゴロースクールの学長であったリーバイ（Edward Levi）を任命している。また次のカーター政権では、第五巡回区控訴裁判所の裁判官を一五年間にわたって務めた経歴を有するベル（Griffin

Bell）を，第七二代法務総裁として任命した。

(51) *See* Neal Devins, *Unitariness and Independence : Solicitor General Control over Independent Agency Litigation,* 82 CALIF. L.REV. 255, 287 n. 170 (1994).

(52) MEADOR, *supra* note 21, at 34.

(53) 第二章に見た行動様式とも表面上は必ずしも矛盾しない。

(54) Devins, *supra* note 51, at 286-87.

(55) Rebecca Mae Salokar, *Politics, Law, and the Office of the Solicitor Genaral 65, in* GOVERNMENT LAWYERS (CORNELL CLAYTON ed., 1995).

(56) 464 U.S. 154 (1984).

(57) 本稿の，第二章第一節第一款を参照。

(58) 464 U.S. at 161. ［ ］内は筆者による。

(59) *Id.* at 161-62. ［ ］内は，筆者による。

(60) *Id.* at 163. ［ ］内は，筆者による。

(61) Schwartz, *supra* note 29, at 1148.

(62) *Id.*

(63) したがって，この判決を引用した上で，「訟務長官に対して政治的に非党派的であることを要求していると最高裁判所が判示したなどということはない」という指摘がなされることになる。 Todd Lochner, Note, *The Relationship between the Office of Solicitor Genaral and the Independent Agencies : A Reevaluation,* 79 VA. L. REV. 549, 566 (1993).

(64) 参照，第二章第一節第一款。

(65) Schwartz, *supra* note 29, at 1149.

(66) *Id.* at 1148-49.

(67) *Id.* at 1151.

(68) 461 U.S. 574 (1983).

(69) Kristen A. Norman-Major, Note, *The Solicitor General and the Court*, 57 Alb. L. Rev. 1081, 1099 (1994).

(70) Brief for the United States at 1, Bob Jones University v. United States, 461 U.S. 574 (Nos. 81-1 and 81-3). この書面は、第一の争点たる、内国歳入庁が一九五四年内国歳入法典（Internal Revenue Code）の下で本件の拒絶を行うことができるのか、と、第二の争点たる、本件大学の問題となった活動が修正一条により保護されるのか否かに関して提出されたものであったが、ここでは、「訟務長官代行が完全に同意しているのは、争点の第二に関する立場のみである」と記載されることになった。

(71) Schwartz, *supra* note 29, at 1130. また、前章第三節三をも参照。

(72) Salokar, *supra* note 55, at 64.

(73) Wilkins, *supra* note 39, at 1170.

(74) リーは訟務長官在職期において、合計一五本のアミカス書面を提出しているのに対して、フリードは二年間で二七本の提出を行っている。Salokar, *supra* note 23 at 172.

(75) Pillard, *supra* note 28 at 731. こうした非難は、例えば、最高裁判所の Roe v. Wade 判決（410 U.S. 113 (1973)）に対してフリードが批判を行う、Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists 事件におけるアミカス書面（Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of the Appellants, Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists, 476 U. S. 747 (1986)(No. 84-495)）に対してなされている。この事件は中絶規制に関するペンシルバニア州法の合憲性が争われたものであったが、フリードのアミカス書面では、Roe v. Wade 判決を「憲法条文上（textual）の基礎も、歴史的な基礎も、法理論上の基礎も完全に誤っており（so far flawed）、最高裁判所は判例変更を行うべきであ……」るとしていた（*Id.* at 45.）。この書面は、これまで訟務長官が提出した書面の中で、最も論争的なものであるという評価もみられるという。*See* Richard L. Pacelle, Jr, Between Law and Politics 244 (2003). 同書の紹介として、拙稿「最高裁判所における政府の主張と政治的性格」［2007-2］アメリカ法二四九頁。

(76) *Solicitor General's Office: Hearing Before the Subcomm. on Monopolies and Commercial Law of the H. Comm. on the Judiciary*, 100th Cong. 42-43 (1987) (statement of Burt Neuborne, Professor at New York University School of Law).

(77) もっとも、すでに見たチェンバレンのインタビューによれば、フリードは具体的な事件において、政府がとるべき立場

について直接的な指示を法務総裁や大統領から受けたことは一度もないと述べているという。しかし、フリードは他方において、「私はあたかも大統領が何を考えているかを知っているかのように活動を行った」と述べている。Charles Fried, Order and Law 191 (1991). したがって、フリードの活動は、フリード自身が政権の立場を汲み取ったこと、あるいはフリードの見解が政権のものとほぼ同様なものであったことによるものだといえるだろう。

(78) *Confirmation Hearings on Federal Appointments, Pt. 1: Hearings Before S. Comm. on the Judiciary*, 101st Cong. 247 (1989).

(79) David M. Rozenweig, Note, *Confession of Error in the Supreme Court by the Solicitor General*, 82 Geo. L. J. 2079, 2091 (1994). *See also*, Norman-Major, *supra* note 69, at 1106.

(80) *Solicitor General's Office: Hearing Before the Subcomm. on Monopolies and Commercial Law of the H. Comm. on the Judiciary*, 100th Cong. 9 (1987) (statement of Charles Fried, Solicitor General of United States).

(81) クレイトンが、訟務長官の独立性を表現する際に、「独立性の神話」（Myth of Independence）という文言を用いているとも、この訟務長官の独立性が脆弱であることの認識が示されているといえるだろう。*See* Clayton, *supra* note 42 at 54.

(82) Rozenweig, *supra* note 79, at 2091.

(83) *See* Cooper *supra* note 38, at 676.

(84) Salokar, *supra* note 55, at 61.

(85) Salokar, *supra* note 23, at 68.

(86) Salokar, *supra* note 55, at 61.

(87) Meador, *supra* note 21, at 35.

(88) *Id.* at 34-35. ［　］内は筆者による。

(89) *Id.* at 35.

(90) Clegg, *supra* note 34.

(91) *Id.* at 968.

(92) *Id.*

(93) *Id.* [ ] 内は、筆者による。
(94) *Id.* at 967-68.
(95) *Id.* at 968.
(96) John O. McGinnis, *Principle Versus Politics : The Solicitor General's Office in Constitutional and Bureaucratic Theory*, 44 Stan. L. Rev. 799, 802 (1992).
(97) *Id.* at 804.
(98) *Id.*
(99) *Id.* at 802-03.
(100) *Id.* at 804 n.28.
(101) *Id.* at 804. そして、訟務長官が任務を行使する際に、大統領との間で根本的な点について合意に至らなかったならば、訟務長官は辞任するべきであるとしている。*Id.* at 804 n.28.
(102) *Id.* at 804.
(103) このマクギニスの見解には、大統領の任務に関する憲法解釈が根底にあることがうかがわれる。マクギニスは、大統領の任務に関して以下のように述べている。

「訟務長官が特殊であるのは、最高裁判所に対する任務によってではなく、大統領という存在、すなわち憲法上最高裁判所から独立して（*independently*）法解釈を行う責務を負う個人に対する訟務長官の任務によってである。訟務長官は通常の訴訟当事者と本質的に異なる。それは、最高裁判所の先例を単に踏襲するのみならず、敬意を持って精力的に大統領の憲法上の見解（voice）を提示しなければならないという点においてである。」（*Id.* at 802.）

このようにマクギニスは、「憲法を独立的に解釈する任務を、最高裁判所とともに執行府も有して（share）いる」ものととらえている（*Id.* at 805.）。マクギニスは、大統領による「独自の」憲法や制定法の解釈を最高裁判所に示すことを任務とするものと把握している。

上記のように、執行府が独自の解釈権を有するという見解に立つ際には、特に憲法解釈について訟務長官の活動との関連では、次のような問題が生じることになる。それは、執行府が違憲と考える制定法が争われる場合に、訟務長官が制定法の擁護を行うべきか否かということである。この問題は、本稿の考察範囲からはずれるために検討を行わないが、各訟務長官は、制定法を擁護するべきという立場に立っているようである。*See* Dalena Marcott, *The Duty to Defend : What is in the Best Interests of the World's Most Powerful Client?*, 92 Geo. L.J. 1309, 1314-19 (2004). また参照：横大道聡「大統領の憲法解釈―アメリカ合衆国における Signing Statements を巡る論争を中心に―」『研究論文集―教育系・文系の九州地区国立大学間連携論文集―』（二〇〇八年）一頁（http://hdl.handle.net/10232/7378 で入手可能（2009/02/28））

(104) Steven G. Calabresi, *The Supreme Court, and the Constitution: A Brief Positive Account of the Role of Government Lawyers in the Development of Constitutional Law*, 61 Law & Contemp. Prob. 61 (1998).

(105) *See id.* at 62.

(106) *Id.* at 63, 73.

(107) *Id.* at 62, 74.

(108) *Id.* at 63, 77. カラブレイジはこの第三のモデルの説明の際に、フリードが述べる訟務長官としての自己認識をその材料とする。前掲注（77）で触れた、フリードが自著で語る、「私はあたかも大統領が何を考えているかを知っているかのように活動を行った」という行動様式が、この第三のモデルに当てはまるということである。

(109) *Id.* at 72-73.

(110) *Id.* at 80-82.

(111) *Id.* at 80.

(112) *Id.* ［　］内は筆者による。

(113) *Id.* at 80-81.

(114) *Id.* at 80.

(115) David A. Strauss, *The Solicitor General and the Interest of the United States*, 61 Law & Contemp. Prob. 165, 168 (1998).

(116) *Id.* at 168-69.

(117) この点は、法務総裁に対する大統領の罷免権を制約しようとする、ウォーターゲート事件以降の議論に対する司法省の見解の中にも見られる。*See* 1 Op. Off. Legal Counsel 75, 76 (1977).

(118) Michael W. McConnell, *The Rule of Law and the Role of the Solicitor General*, 21 Loy. L. A. L. Rev. 1105, 1115-16 (1988).

(119) *Id.* at 1116.

(120) 前章で取り上げたピラードは、こうした民主的アカウンタビリティの観点からの主張には、特に憲法の権利に関する場面では問題があるとする。それは以下のようなものである。有権者がその時々の憲法上の権利への要求を投票に示し、こうした要求は大統領のアジェンダやプログラムに反映されることになるとしても、憲法上の個人の権利に対する公衆の関心には限りがある。したがって、公衆の支持を最高裁判所に示すという議論も、それは公衆の関心の中心になったわずかな争点に関するものについてしか範囲は及ばない。特に、公衆がその侵害を意識しづらい権利（刑務所における宗教活動の自由など）については、公衆の意思が大統領に対して示されているとはいえない。こうした状況で訟務長官が大統領の見解を積極的に主張することは、執行府の違憲な活動に対するブレーキ作用という寄与を果たすことができない。Pillard, *supra* note 28, at 721-22.

(121) Strauss, *supra* note 115, at 176.

(122) *Id.* at 170. [ ] 内は筆者による。

(123) Cooper, *supra* note 38, at 676.

(124) Wilkins, *supra* note 39, at 1186.

(125) デイズは、「これまでの大統領は、訟務長官の決定過程に大統領が直接的な干渉を行うことは政権の信頼を損ねることになると結論づけてきた」とする。Drew S. Days Ⅲ, *In Search of the Solicitor General's Clients*, 83 Ky. L. J. 485, 496 (1994). むしろ訟務長官に独立性を与えることの効用として、大統領・法務総裁の名声を高めることがあり、この効果をニクソンは意図していたとする指摘も見られる。*See* Devins, *supra* note 51, at 284.

(126) Strauss, *supra* note 115, at 167.

(127) また、この新たなモデルによれば、大統領は各機関との関係のみならず、議会との関係で影響力を行使することも一定程度可能となる。すなわち大統領が反対している制定法の合憲性が争われている場合において、訟務長官がその合憲だと

主張しないという形によってである。*See* Marcott, *supra* note 103.

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

論　説

被害者の承諾（八）

――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、五八巻五号）
第三節　毀棄罪（器物損壊罪）
第四節　盗品等関与罪（以上、五九巻二号）
第五節　小括
第三章　自由に対する罪と被害者の承諾
第一節　はじめに
第二節　住居侵入罪（以上、五九巻三号）
第三節　監禁罪
第四節　小括（以上、五九巻四号）
第四章　生命・身体に対する罪と被害者の承諾について
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（以上、五九巻五号）
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（以上、本号）
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について

第二節　殺人罪（同意殺人罪）

三　同意の真意性について

本稿の立場によれば、被害者の同意は法益侵害性に係る合意とは異なる体系（違法性）に位置している。しかしその違法性減少の基礎にあるのは「自己決定の尊重」であるという点で、また行為態様に係る合意とは異なり同意という「法制度」が問題となっている点で法益侵害性に係る合意と共通の性質を有している。それゆえに、有効な同意のために必要な要件は、法益侵害性に係る合意と多くの点で共通しているということができるだろう。考えられる唯一の差異は同意が正当化事由であるゆえに、その犯罪阻却効果が刑事政策的な考慮から制限されうることである。

そのため、法益侵害性に係る合意と同様に、同意はまず真意でなければならない。なぜなら、被害者の同意は法益放棄に関する自己決定の尊重を根拠としており、そのような根拠を欠く承諾は承諾たりえないからである。ゆえに、あざむれでなされた同意は無効である。しかし、とりわけ「死」という重大な法益を放棄する自己決定は、他罪に比べてデリケートな扱いを要するようである。なぜなら、「死にたい」「殺して欲しい」といった言葉は、生命が、その人の存在そのものを支えるからこそ、比較的容易に表明される傾向にあるからである。それは冗談としてのみならず、ヒロイズム的な精神状態や気の弱み、あるいは同情をひきたいがために真意ではなく表明されうる。それゆえ二〇二条においては、同意の真意性に関する判例が多く存在しているといえよう。参考までに以下ではいくつか真意性が問題となった事

例を紹介していきたい。

たとえば、大審院時代には被害者があざむれに殺して欲しいとのべたり、親元へ勤めが苦しいので殺してくれという冗談の手紙を出したのを真に受けた被告人が、被害者を殺害し自分も死のうと決意し被害者を殺害しようとしたが、被害者が逃げ出したため殺害するにいたらなかったという殺人未遂の事案がある。このような事案において大審院は「被害者曉ノ自己殺害ノ嘱託ハ一時ノ戯言ナルニ拘ハラス被告ハ之ヲ殺害セントシテ遂ケサリシモノナルカ故ニ其所為ハ本来刑法第百九十九条第二百三条ノ適用ヲ受クヘキモノナルモ被告ノ所為タルヤ固ト被害者ノ戯言ヲ以テ真意ノ表白ナリト誤信シタルニ因ルモノナレハ罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサルモノニ該当シ其重キニ従テ処断スルコトヲ得サルカ故ニ同第三十八条第二項第二百二条第二百三条ニ依リ処断スルヲ相当トス」と判示した[17]。ここでは、被害者の嘱託があざむれであったことを根拠に、嘱託の存在が否定されている。確かに当該事案では、あざむれによる承諾は行為者に何の落ち度もなく被害者自身によって表明されているが、同意は客観的に存在すればよいのではなく、それが自己決定の表れとして存在していなければならないので、たとえそれを信じた被告人に何の落ち度がなくとも被害者の承諾は無効ということになるのである。しかし大審院が判示しているように、被告人の同意の存在に関する錯誤は故意の領域で問題となりうる。

また東京高判昭和三三年一月二七日裁特五・一・二一は、脳出血のため左半身不随になり、起居の自由もなく二年余りを経過するも回復の兆しが見えない被告人の義父（被害者）が、しばしば「死にたい」と口走り、あるいは「薬局から毒薬を買って来て飲ませてくれ」といったことから、また本件当日には平常よりも多く「死にたい」と繰り返すのを聞いたことから、嘱託があったと思いこんだ被告人が、被害者に昇汞の水溶液を服用させ殺害したという事案であった。この事案において東京高裁は、被害者には回復の見込みはなかったが尚数年間は生命に異常はない状態であり、本件当

時においても格別悪化の兆候はなく、食欲もあり特に衰弱の状態もみられなかったこと、また同人が死にたいと口にするときは、便を催すときとか食事をするとき又は体を拭かせるなど自分の意のままにならぬのを立腹していうことが多く、毒物の件については冗談めいていう状態であったことをあげて「源吉（被害者・筆者注）が本件当日用便の始末をしていた被告人に対し『死にたい』と云ったと云うのも、これを以て真実被告人に自分を殺してくれることを嘱託した意思表示と認めることはできない。また、源吉が右昇汞の水溶液を服用した後、被告人に毒を飲まされたことを知りながらこれについて被告人に怨み言を述べなかったとしてもこれにより本件行為が遡つて承諾による殺人に当ると解することもできない」として被害者の承諾の存在を否定している。

殺人の承諾の真意性については他にもやくざ社会の不義理を理由として、被害者が複数回制裁を加えられた後に「上からの命令だから死んで貰わねばならぬ、往生してくれ、命日には必ず線香を上げてやる」といわれ「判っております。有難う御座います」などと答えた事例[118]、三角関係に思いあぐねた被害者が「いっそこのまま二人で死んでしまおう」といいだし、それを真意だと信じた被告人が被害者を殺害した事例[119]、シンナーに耽溺し家族に暴力を振るう弟に対して、母親が「あんたが死んでくれれば一番みんなが助かる。シンナーでもかぶって死になさい。火をつけてやるから燃えて死になさい」といったのに対して、弟が反抗的な態度で「よし、シンナーをかぶって死んでやる」などといったりしたため、兄がシンナーをかけて火を放ち火傷を負わせ死亡させた事例[120]などがある。これらの事例ではそれぞれ、被害者の承諾は逃げられないと観念し覚悟のほどを示したにすぎなかった、同棲相手（被告人ではない）に対する義理立てにすぎなかった、いつものうそか冗談であり、いい加減なものであったとして、それぞれ真意性が否定されている[121]。

これらの判例からも分かるように、様々な理由から殺人についての同意はなされうるものであり、だからこそその真意性については、慎重な判断を要するのである。

また比較的最近の事例であるが、承諾の真意性を取り扱った非常に興味深い判例がある。この事例では、嘱託殺人の事例において原審がその真意性を排除したのに対し、高裁で真意性が認められた。それは以下のようなものであった。長年、殴打プレイ、SMプレイにのめりこんでいた被害者が、約八〇〇万円の現金と引き換えることを約して（ただしこの約束は虚偽であって、被告人が被害者を殺害後、指定されたロッカーに現金を取りに行ったところ、それは入っていなかった）被告人に殺害を依頼したというものであった。しかし被害者は勤務先における成績も良好で上司の評価も高く、また趣味のエアロビクスに熱中するなど健康面においてなんら異常な点もなく、殺害依頼の期日より後にも有効である通勤定期券を所持していたなど、公私にわたって真に死ななければならないような特段の事情はなかったことが確認されている。また本件でなされた殺害の依頼は、被害者があらかじめ購入したサバイバルナイフで下腹部をかききって臓器を全部摘出して殺して欲しいといった通常の殺害の嘱託とは著しく異なった形であり、被害者は右の手法にこだわってこれを期待し興奮している言動をみせていたことから、原審は「被害者がナイフで下腹部を刺されれば死亡する蓋然性があることをまったく認識していなかったとはいえないものの、それ以上に、被害者自身が死亡することの意義を熟慮し、死の結果そのものを受容し、意欲していたものではない」から、「被害者の殺害依頼がその真意に基づいてなされたとは認められず、刑法二〇二条後段の『嘱託』に該当しない」と判断した。それに対して、大阪高裁は、「奇妙な方法に執着したからその依頼は真意に基づくものではないとするのは当を得たものでは」なく、また「死の結果を望んでいるか否かは必ずしも嘱託の真意性を決定付けるものではないというべき」である、「勿論、自己が依頼した行為の結果が死に結びつくことを全く意識していない場合は『殺害』を嘱託したことにはならないだろうが、死の結果に結びつくことを認識している場合には、たとえ死を望んでいなくても、真意に基づく殺害の嘱託と解する妨げとはならないとすべきである。（中略）以上、要するに、被害者は、死の結果に結びつくことを十分認識しながら、いわば究極

のSMプレイとして、下腹部をナイフで刺すことを被告人に依頼したものであり、真意に基づいて殺害を嘱託したものと理解する余地が十分にあるといわなければならない」と判示し、被告人に嘱託殺人罪の成立を認めた。[122]

この事案は通常考えられないような動機、そして方法での殺人の嘱託が行われたゆえに、その真意性が問題となったものである。おそらく地裁の判断によれば、被害者は「死」に向かう事前のプロセス、つまりはSMプレイに執着するあまり死の本当の意味を見失っていたと見て同意の真意性を排除したのであろう。それに対して高裁は奇妙な方法に執着したからといって真意性には疑いがないと判断した。この点について佐伯仁志は正当にも、原審の事実認定は、「死の決意が常に一般人に納得できるような動機と態様によってのみ行われるものであることを前提としているようであり、本件のような特殊な事例においては説得的でないように思われる」とし、「いかにその動機・手段が社会常識からはずれたものであっても、被害者本人が死の結果を認識して当該行為を嘱託したのであれば、本人にとっては真意に基づく嘱託とされなければならない」として高裁の判断を支持している。[123]本件において、被害者は、生命をいわば快楽のために犠牲にする決定、あるいは快楽の道具とする決定をしており、彼にとって生命は彼の偏向ゆえにささいな価値しか有していなかったといえるだろう。それはあくまでも尊重すべき彼の価値観であって、被害者が死という現象を理解している以上、死ぬことの意義、生きることの意義といったものは、とりわけ刑法上は本人が決めるべきものである。たとえ一瞬の快楽のために生命を犠牲にさらす決定が不可解なものであっても被害者が死を認識・認容していれば、それは二〇二条における同意の真意性を基礎付けるに十分であろう。

他方で本件において大阪高裁は、「自己が依頼した行為の結果が死に結びつくことを全く意識していない場合は『殺害』を嘱託したことにはならないだろうが、死の結果に結びつくことを認識している場合には、たとえ死を望んでいなくても、真意に基づく殺害の嘱託と解する妨げとはならないというべきである」として、同意においては結果の認識で十分

であるとも表現している。これに対しては「法益保護の『放棄の意思』は、たんに法益侵害を『認識』するだけでは足りず、それに対する何らかの意味における『積極的な是認』が必要である。しかし、同意の意思内容の最小限の要請としては、必ずしも、法益侵害の『意欲』や『受容』が必要なわけではなく、『認識』で足りるという結論は、一定の前提のもとでは正当であると思われる。その前提とは、すでに一定の危険な行為に対する積極的是認が存在する場合である。この場合、そのような危険な行為から一般的に客観的に帰属可能な態様で生じる構成要件的結果については、その『認識』があればよいということである。」として賛意を表する見解もあるが[124]、この点については慎重な議論が必要であろう。そもそも本件においては、「意欲」はなくても「認容」がある（積極的に死にたいわけではなかったが、死んでも構わなかった）ので、大阪高裁はなんの問題もなくこのような表現で被害者の同意の有効性を肯定することができたが、しかし「認識」はあるが「認容」していなかった、いわば認識ある過失の同意型のような状況下でも裁判所が同様の判示でもって同意の有効性を肯定したかは疑問である。危険行為に対する意欲や受容がある場合、その結果として法益侵害が発生する場合は、おそらく結果への「認識・認容」いずれもある場合であろうが、そうではなくて認識はありながらも結果の発生は回避できると思っていた場合においては、やはり同意の存在を認めるべきではないように思われるのである[125]。

なお参考までにドイツでは、要求に基づく殺人罪の成立を認めるためには、同意以上の「要求」が求められており、その上さらにそのような要求が明白で真意であることが条文上必要とされている。ここでいう真意とは、学説によれば、自然的な判断能力・意思能力あるいは年齢的な成熟性を欠いていない者が、一時的な気分（抑うつや麻薬の影響下）ではなく、また強要や偽計（たとえば偽装心中）によって動機付けられていない時に認められる、いわば固い意思とされている[126]。判断能力・意思能力・年齢的な成熟性といったものは、通常被害者の承諾においても要求されるものである

ので特別な要素ではないが、強要や偽計はそのようなものの存在が承諾を無効にするか否かが争われている要素である。それにもかかわらず、要求に基づく殺人罪においてはそれらが要求の真意性を排除することは一致して認められており、この点で本罪では同意に基づく殺人よりも厳しい基準が課されている。また、一時的な気分で軽率に要求が行われた場合にも真意性は否定されるので、この点でも要求は同意よりも厳格な制限がなされているといえるだろう。さらに前記のように、行為者は要求によって殺人を動機付けられなければならないので、同意の不知の場合には二一六条の特権は受けられず、この点でも被害者の承諾とは異なった取り扱いをうけている。

これに対して日本では、殺人に対する同意が被害者の承諾の問題であることに変りはないので、基本的には他の犯罪類型の承諾と同様の取り扱いをすることができると思われる。一時的な衝動からなされた同意であってもそれが同意能力の欠如に基づかない限りでは有効であるし、ドイツの条文とは異なり同意が殺人を動機付ける必要もないので、たとえば遺産を得るために殺害を決意していた行為者に偶然被害者が真意の同意を行った場合はやはり二〇二条の恩恵をうけるべきである。そして理論的には同意が表明されていれば同意を知らない者であっても、同意の不知（法律の錯誤）として取り扱われることになるだろう。とはいえ後述するように同意が条件とともに提示された場合は本質的な部分でそれを満たさなければ同意に基づく行為とはいえないのであり、また殺人の同意の場合は通常同意の名宛人による殺害が条件付けられているものであるから、被害者の予期していなかった第三者による殺人は一般的には二〇二条の範囲外というべきであろう。

四　錯誤・強制に基づく同意

これまでも議論してきたように、被害者の承諾の成立要件の中でもとりわけ問題となるのは錯誤・強制に基づく承諾である。同意の違法性阻却（減少）根拠が法益放棄に関する被害者の自己決定の尊重である以上、本稿の立場でいえば、被害者の自己決定といえる同意のみが有効ということになるのだが、学説では更に、錯誤が決定に重要な影響を及ぼしたか否かを重視する見解、法益関係的錯誤か否かで判断する見解などの説が対立している[127]。

しかしどの見解に基づいても有効な同意を認めるために、まず必要なことは被害者が「死」の結果について認識していることである。ゆえに被害者が死という結果について錯誤していた場合は、欺罔の如何を問わず同意は存在していない（又は無効である）。

判例には、被害者から自殺を装って保険金を詐取することを持ちかけられた被告人が、被害者が愚鈍で自分を信用し意のままになるのを奇貨として、被告人自ら保険金を詐取しようと企て、被告人と情を通じていた被害者の妻を受取人にした生命保険契約を被害者に締結させたうえで、含糖ペプシンを食塩に混ぜた水溶液を、飲めば仮死状態になるが後に蘇生するものと欺罔して、それを服用せしめた後に、被害者が自縊して仮死状態になった後で、他の薬剤を用いて蘇生してやると欺いて、被害者を自縊死亡せしめた事案がある。この事案において大審院は「健太郎（被害者・筆者注）ハ被告人ノ詐言ノ為錯誤ニ陥リ全然自殺スルノ意思ナク自ラ其ノ頸部ヲ縊リテ一時仮死状態ニ陥ルモ再ヒ蘇生シ得ヘキモノト信シ原判示ノ如キ方法ニ拠リ遂ニ死亡スルニ至リタルモノナルヲ以テ被告人ハ健太郎ヲ殺害シタモノト謂ウヘク・・」として殺人罪の成立を認めた[128]。ここでは被害者が、自らの死について認識していない以上、同意は存在していないのであり、当然のこととして、単なる殺人罪が成立することになる。

このように、被害者が自ら生命を放棄する意思がない場合は、殺人に関する同意はそもそも存在しないのであるが、本罪においては「生命」というものの特殊性（未知性）ゆえに、生命を放棄したといいうるのかが問題となりうるケー

スもある。例えばドイツで起きた「シリウス事件」と呼ばれる事件（BGHSt 32, 38）である。これは被告人が、被害者が自らに精神的に依存しているのを利用して自殺を試みさせたという事例であった。被害者に自殺行為をさせるに先んじて被告人は被害者に対し、自分はシリウス星から、価値ある人間が（その中に被害者も含まれる）その肉体が滅びた後に他の星でさらに生き続けられるように世話をする任務を帯びて地球に遣わされてきたのだと信じさせ、被害者が他の星で生きるためには更なる精神的発展がいるという口実でたくみに金銭を騙し取っていた。それでも被害者の信用が揺るがなかったことから、被告人はさらに被害者の信頼を利用して利益を得ようと考え、被害者の今の体では更なる発展は難しいので、それから解き放たれる必要があると信じさせた。そしてレマン湖のほとりに新しい体を用意しており、肉体を離れた被害者の魂は現在の体からそちらに移るにすぎないと思わせ、また新しい体になった後の生活のために必要だとして被害者に被告人名義の生命保険を契約させて、風呂場で事故に見せかけた感電死を行わせようとした（未遂）。BGHは、欺罔によって自殺を動機付けられた場合には、錯誤の種類と効果によって可罰的な殺人の正犯と不可罰の自殺関与の限界は左右されると述べた上で、被害者がさらにこの世で生き続けられると思っていたことを根拠に被告人に殺人未遂の判決を下した。またBGHは、仮に被害者がレマン湖での目覚めに彼女（被害者）の死が先行していなければならない、つまり彼女がその個性を継続せず、他の性質（Wesen）として行き着くことのできる生に入ることを受け入れた場合であっても被告人は有罪であるとした。BGHはその根拠を以下のように示している。「そのように作られた錯誤の場合であっても、被告人が被害者を『具体的な行為の意味』についてだけ欺罔していたか、『単なる動機の錯誤』を惹起していたか、そしてそのような錯誤が彼の正犯性を基礎付けるのに十分かということは重要ではない。『具体的な行為の意味』についての欺罔は、死が新しい生の開始に他ならないという偽装に内在していた。それに由来する錯誤は、死が発生しないことについての錯誤の重要性をもつ」。つまり、被害者が現在の肉体が滅びることに同意

していたとしても、それが新しい生の開始であると欺罔されていたので、それは「死」について認識していないのと同じであると解したのである。

このようにBGHはシリウス事件で、たとえ被害者が「死」について認識していなくても、それと同じような状況であった本件では、同意は無効だと考えた。思うに、BGHが「たとえ」として付け加えた理論の方が、むしろ説得的であり、なぜなら被害者はあらゆる医学的な死の概念の前提を充足する状況、一般的に刑法が「死」と理解する現象の発生については承諾していたからである。被害者は「死」について認識していた。そして、このように考えれば、もはや本件において法益関係的錯誤はないように思われる。しかしおそらく法益関係的錯誤説の論者はそうは考えないであろうし、結論の不当性に鑑れば、そのように解すべきではないだろう。それではなぜ「死」について認識しているにもかかわらず、ここでの錯誤が法益関係的錯誤となりうるのか。それはBGHが確かに意識しており、またシュミッドホイザーがすでに指摘している通り、彼女にとって当該自殺行為はいわば脱皮であって、本来的な意味での「死」を意味する行為ではなかったということであろう。彼女の行為の目的は、被害者と他の世界で再会することではなく、ほとんどはなれていない、そして誰もその存在を疑わない場所で彼と新たに出会うことであった[129]。通常、死の基準としての身体機能の不全は、同時に人の精神的個性の存在の終わりと結びついているが、彼女はそのようには考えていなかったのである。通常人のイメージする「死」は機能と個性の死であるが、彼女にとってはそうではなく、このようなイメージは体が壊れることと、現世での精神的存在の間に存在する繋がりを壊していたのであり、自らの身体の機能が壊れることについてだけ受け入れていた彼女の同意は、ほとんど構成要件的な錯誤（Quasi-Tatbestandsirrtum）に基づいていたのである[130]。

このように解すれば、確かにシリウス事件においても、法益関係的錯誤を認めることができるかもしれない。もしも

「ほとんど構成要件的錯誤」というあいまいな概念を認めるのであれば。しかし私見によれば、この事案はやはり単なる動機の錯誤の問題として取り扱われるべきものであるように思われる。なぜなら彼女は刑法的な意味における「死」の現象の発生自体は認識していたからである。「死」の定義は確かに人によっても宗教的にも様々なものが考えられるが、刑法にとってそれは肉体的な死である。それゆえ「シリウス事件」でなされた同意は錯誤ゆえに存在しないのではなく、錯誤ゆえに無効であって、欺罔者との関係で無効となるにすぎないものといえよう。その帰結として更に導かれるのは、誰に欺罔されたわけでもなく本件のような錯誤に同意者が勝手に陥っている場合には、そのような同意に基づいて被害者を殺害した行為者は殺人罪ではなく同意殺人罪であるということである。このように解することで「機能の停止＋個性の死」を認識していなければ「死」について認識しているとはいえないとした場合には、「個性の死」を錯誤していた通常の殺人犯に構成要件の錯誤が成立し、故意が阻却されてしまうという考えられる批判を回避することができる[131]し、死後の世界で個性を保ったまま幸せになることを夢みて殺害への同意をした場合との区別に悩まされることがなくなるであろう。やはり刑法上の死は、肉体的にあらわれた死（三兆候）というべきである。

このように「死」を認識せずに行われた承諾はそもそも承諾自体が存在せず、それに対して「死」を認識していたが第三者によって不当に導かれた承諾は、存在はするが（欺罔者などとの関係で）無効である。

その他に第三者によって不当に導かれた承諾として同様に問題となるのは、偽装心中の事例である。裁判所は、最高裁レベルにおいても、下級審レベルにおいても、偽装心中を二〇二条ではなく一九九条との関係で処理している。

たとえば最判昭和三三年一一月二一日刑集一二・一五・三五一九は、被害者に心中を申し出られた被告人が、心中する気がないにもかかわらず被害者が自己を熱愛し追死してくれるものと信じているのを奇貨として被害者のみを毒殺しようと企て、真実は追死する意思がないのに追死するものの如く装い、被害者をそのように誤信させて、被告人があら

かじめ買い求めた青化ソーダ致死量を被害者に与えて嚥下せしめ、よって被害者を死亡させたという事例である。このような事例において最高裁は、「被害者は被告人の欺罔の結果被告人の追死を予期して死を決意したものであり、その決意は真意に添わない重大な瑕疵ある意思であることが明らかである。そしてこのように被告人に追死の意思がないに拘らず被害者を欺罔し被告人の追死を誤信させて自殺させた被告人の所為は通常の殺人罪に該当する」と判示している。また、仙台高判昭和二七年九月一五日高刑集五・一一・一八二〇と名古屋高判昭和三四年三月二四日下刑集一・三・五二九は双方とも追死する意図がないにもかかわらず被告人から心中を提案した事例であり、前者はあらかじめ被告人が用意していた硝酸ストリキニーネを被害者の口に差し入れ、ついでコップで水を与えこれを嚥下せしめ、後者は被告人のマフラーを二つに裂き、その半片を被害者の頸部に巻いて絞扼し、もって被害者を死亡させたものである。仙台高裁は「刑法第二百二条後段の犯罪が成立するには其の嘱託又は承諾か被殺者の任意にして且真意に出でたものであることを要すると解すべく、其の嘱託又は承諾と殺害行為とは主要の点において相一致し自殺者又は被殺者において生を絶つことについて責任能力をもち重大なる瑕疵ある意思に基かないものであることを要すると解すべきである。従って然らざる場合には本罪は殺人罪に対し特別罪の関係に立つものであるから普通殺人罪のみが成立するものといわなければならない。よって本件につき是をみるに（中略）被告人が追死の意思がないのに拘らず被害者を欺罔し其の旨誤信せしめてオブラート包入の硝酸ストリキニーネを嚥下せしめ生を絶つに至らしめたものであるから重大な瑕疵ある意思に基き死を決せしめて死亡するに至らしめたものと断ずべきである。従って同意殺人の罪が成立する余地なく殺人罪のみが成立するものと認むべきである」として、また名古屋高裁は「被告人が被害者を殺害しようと決意し、その手段として自分自身自殺する意思が毛頭ないのに、恰かもあるように装い、ことさら自殺する旨虚言を弄したものであること、しかも被告人は右被害者を殺害し、よって同女との関係を清算するとともに、借金の返済その他の用途に費消、利用するた

め、同女の携帯着用している金品を奪取しようとあらかじめ企図していたものであること、右礼子（被害者・筆者注）は本来自殺の意思は全くなかったけれども、原判示のように被告人から方々引きまわされて、気も弱く被告人のいいなりになりかかっていたところへ、被告人から将来の見込みがないからこのまま自殺するといわれたため、その虚言を真実と信じて同死を決意し被告人の手で先に殺してほしい旨申し出たもので、従ってその殺害の嘱託は自由な、真実の意思にもとずいたものではないのであり、被告人もこのことは充分知りながら機を逸せず殺害の所為に出で、所期の目的を遂げたものであることいずれも明らかである。（中略）殺害の嘱託が右認定のとおりのものである以上、これを真実の嘱託ということはできないから、被告人が本件につき強盗殺人罪の刑責を負うべきことやむをえない」として、それぞれ被害者の承諾が無効であることを認めた。

以上のように、判例は、他の犯罪における錯誤に基づく承諾の解決と同様に、決定に重要な影響を与えた錯誤に基づく同意の有効性を否定している。[132] しかし、多くの学説はこのような判例に否定的である。[133] 偽装心中を殺人罪として評価する判例に対しては、追死の有無は周辺的事情に関する錯誤であるとして、あるいは「生きるか死ぬかは、他の条件にかけることはできない性質のものだと考えれば、死ということ自体にほんとうに同意した以上、その動機・条件は問題にならない」[134]として、あるいは「このようなもっぱら『被害者側の事情』に着目し、それが『真意に沿わないものであったかどうか』という基準によるのならば、『通常の心中未遂』の場合であっても追死するはずであった被告人は心変わりして生き延びたのであって、被害者から見れば事象経過に関する錯誤のために、死の決意は『真意に沿わない』ものであったことになるのではないだろうか」[135]というような疑問でもって、また自殺関与罪においては「教唆・幇助」の方法になんら限定をつけていないから、同じく二〇二条の嘱託・同意にもある程度真意に沿わないものまで含む幅の広い概念であるとして批判が向けられている。[136] とりわけ法益関係的錯誤説に依拠すれば、同意の有効性は当然

認められることになるだろう。[137] ここでは、被害者は「死」の意味を理解し、自ら死を選んだ以上、死ぬこと自体に錯誤はないからである。

それに対して最高裁の事案のように、被害者が心中を提案しており被告人の欺罔が与えた影響はわずかであるような場合には二〇二条の成立を認めることができるが、同じ心中の欺罔でも、被害者の意思に決定的な影響を与えた場合には一九九条が問題となりうると解する立場[138]、あるいはもし意思決定に強い影響を与える動機の錯誤を生じさせて死に至らせようとする場合でも同意は有効であると解するのであれば、そのような巧妙な方法による法益侵害をより推奨することになりかねないとして[139]、部分的に又は全面的に判例の見解を肯定する立場もある[140]。

本稿の立場によれば、被害者の死の決定に欺罔が重要な役割を果たしている限りで（そして欺罔者もそれを意図している限りで）当該欺罔者との関係では、同意は無効というべきだろう。最高裁の判決においても、たしかに心中は被害者自身が言い出したことであるが、被告人は積極的に追死を装っており、そのような行為は欺罔として評価されるべきものである。つまり、心中を提案したこと自体は確かに被害者の自己決定によって行われたものであるが、最終的に心中の実行行為は被告人の追死を装うという欺罔によって行われたのであり、被害者の心中の意思はこの段階ではすでに自己決定ではなく他者決定になっているというべきだろう。ゆえにここでの被害者の同意は無効である。

確かに、生命というのはもっとも重大な法益であって、生命は誰にとってもかけがえのない価値をもつのであるから、また生命は「それ自体が自己目的である」[141]から、それは「他の条件にかけることはできない性質」のものであるという反対説の理論はもっともである。しかし、このような生命の性質はあくまでも規範上の話である。つまり刑法上生命は自己目的であるので、あるいはかけがえのない性質を持つので、被害者の意思にかかわりなく「生命」それだけで保護法益となりうる価値を有しているが、それを有する本人にとっては（つまり、自己決定との関係では）それが自己目

的である必要はないのである。人によっては、それは一瞬の快楽のための道具でありうるし、生命保険を入手するための道具でもありうる。規範にとってかけがえのない生命も人によってはささいな仕事上の失敗ゆえに価値がないと思えるものかもしれないし、博打の対象にできるほど卑小なものかもしれない。緊急避難における法益衡量を基準にすれば生命よりも価値が低いものであっても、本人にとってはそうではないかもしれない。自己決定との関係においては、それは「他の条件にかけること」のできるものなのである。そして被害者の同意の違法性減少根拠は、「自己決定」である。被害者の生命を侵害する目的を有した行為者（欺罔者）に大きく狂わされた被害者の決定は、たとえ法益に関係していなくとも、もはや「自己決定」の基盤を失い無効というべきだろう。それは行為者による唐突の侵害と同価値である。確かに刑法は人間の生命の価値それ自体を保護していて、生命を他との連関において持つ価値、重要さにおいて保護しているわけではないが、それは同意殺人罪の法益が「生命」そのものであると解される根拠であって、そのようなものの錯誤が重要でないことを意味しない。さもなければ最も重要な価値をもつ生命は、それが何にも替えられない重要性を持つがゆえに欺罔・強制に対して最もささやかな保護しか受けられない法益になってしまうだろう。

また片方だけ失敗した心中の際に生き残った者が殺人罪として処罰されないのは、行為時では「心中」という状況は欺罔されていないからである。結果として心中は失敗に終わったが、それは行為時の同意になんら影響を及ぼさないであろう。行為者の行為は唐突の侵害と同視することはできず、また被害者の承諾も将来の出来事は常に不確定であるので、それが行為者によって法益侵害に向けて操作された承諾でない限り、結果としてそれに齟齬が生じたとしても全知全能でない人間の自己決定の一部であると解することができるのである。

なお本稿は法益関係的錯誤説に依拠しないが、本稿が各論における被害者の承諾を詳細に検討する性質のものである以上、本罪においても法益関係的錯誤説が何を「法益関係的錯誤」であると解しているのかを理解・検討しておく必要

があるだろう。

殺人罪の「法益関係的」なものは論者ごとに様々であるが、中でも有力なのは、①生命の喪失自体についての欺罔と②余命についての欺罔をあげる立場である。[142] また、他罪と同様に法益関係的錯誤の外でそれを補充する要素として③緊急状況の欺罔も同意を無効とする要素として取り上げられる。上記①～③のうち、①は、なんら問題がないが、疑問視されているのは②である。②においては、被害者は生命を喪失すること自体についてはなんら錯誤していないからである。[143] しかし生命というのは抽象的に有か無かのものではなく、具体的な量的広がりをもったものであると観念されているので、ここでは法益関係的錯誤が認められることになる。このような法益関係的錯誤説の見解に対しては、残りの生命についての錯誤・欺罔を法益関係的錯誤・欺罔とすることは同一人物の中ではあっても生命のあいだに差を認めることであるとの批判がなされているが、[144] これに対しては「人の生命の長短により、人の取扱いに区別・差別を認めることには問題が生じるが、ここではそうしたことが問題になっているわけではなく、差別禁止という規範的考慮は妥当しないから、『余命の長さ』について『法益関係性』を肯定してよいと思われる」という反論がなされている。[145]

しかしこのような反論は、法益関係的錯誤説からの主張としては、説得力を欠くもののように思われる。というのも、そもそも法益関係的錯誤説というのは「法益」という規範的なものとの関係で錯誤に基づく承諾の有効性を通説よりも広く認めようとする見解だからである。確かに本人にとっては寿命の長短は生命の価値を左右するものでありうるが、刑法の「法益」にとってそれは価値を左右する要素ではないのである。余命一日の者も余命一〇〇年の者も、殺人罪の法益としては同じ価値を有するものと考えるべきである。「法益」としての生命は余命にかかわらず絶対的な価値を有するものであり、法益関係的錯誤説が「法益」を重視するものである以上、余命の錯誤には法益関係的錯誤はないというべきであろう。

最後に③に関係しては、福岡高裁宮崎支部判平成元年三月二四日高刑集四二・二・一〇三が例として挙げられている。この事例は、当時六六歳の一人暮らしの女性（被害者）から金員を借り受けていた被告人が、その返済の目途がたたなかったことから、同女をして自殺するよう仕向けることを企て、同女が第三者に金員を貸していたことを種にして、それが出資法という法律に違反しており、罪になると三、四ヵ月は刑務所に入ることになるなどと虚偽の事実を述べて脅迫し、不安と恐怖におののく被害者を警察の追求から逃がすためという口実で連れ出して、一七日間にわたり諸所を連れまわるなどして、またもはや逃げ隠れする場所がないという状況にあるとの錯覚に陥らせたうえで、身内に迷惑がかかるのを避けるためにも自殺する以外に方法はないと執拗に慫通して同女を心理的に追い詰め、犯行当日には、警察の追求が間近に迫っていることを告げて恐怖心を煽り、被告人もこれ以上庇護することはできないと突き放すことによって、被害者をしてもはやこれ以上逃れる方途はないと誤信させて自殺を決意させ、被害者自ら農薬を嚥下させて死亡させたという事案であった。福岡高裁宮崎支部はこのような事実につき「出資法違反の犯人として厳しい追求を受ける旨の被告人の作出した虚構の事実に基づく欺罔威迫の結果、被害者ミキは警察に追われているとの錯誤に陥り、更に、被告人によって諸所を連れ回られて長期間の逃避行をしたあげく、その間に被告人から執拗な自殺慫慂を受けるなどして、更に状況認識についての錯誤を重ねたすえ、もはやどこにも逃れる場所はなく、現状から逃れるためには自殺する以外途はないと誤信して、死を決したものであり、同女が自己の客観的状況について正しい認識を持つことができたのならば、およそ自殺の決定をする事情にあったものは認められないのであるから、その自殺の決意は真意に添わない重大な瑕疵のある意思であるというべきであって、それが同女の自由な意思に基づくものとは到底いえない。したがって、被害者を右のように誤信させて自殺させた被告人の本件所為は、単なる自殺教唆行為に過ぎないものということは到底できないのであって、被害者の行為を利用した殺人罪に該当するものである」と判示した。法益関係的錯誤説によれば、

ここで重要なのは錯誤の性質ではなく意思の抑圧の程度であるので[146]、本件のように被害者が心理的に追い詰められているような場合には同意の無効は十分に認められることになる[147]。

③に関しては、法益関係的錯誤説の立場からも（法益関係的錯誤の例外ではあるが）十分に説明することができる。また私見においてもこの判決には賛成である。なお、確かに本稿の議論は、同意の有効性を同意が第三者によって導かれたか否かで判断するものであるが、とりわけ自殺関与の類型においては、自殺関与者の殺人間接正犯を認めるためには欺罔だけではなく意思の抑圧が必要であると解する。なぜならば同意殺人の場合とは異なって[148]、ここで行為者が間接正犯として正犯的な地位を獲得するために、殺人罪としての定型性が必要となるからである。

たとえば、脅迫による自殺教唆の事例において、一九九条ではなく二〇二条を認めた判例に以下のようなものがある。被告人は、妻である被害者が、被告人の姉婿と不倫な関係をもったと邪推し、三ヶ月以上にわたり連日のように被害者を詰問し、外出逃避を監視しつつ、「死ぬる方法を教えてやる」といいながら首を絞めるなどの虐待を行い、また被害者を強要して姦通の事実を承認する書類や「自殺します」といった書面をつくらせるなどしていた。被害者は、被告人からの肉体的・精神的圧迫に心身ともに疲労させられ、実家にも帰れず、また警察署に保護を求めても取り上げてもらえなかったために、これ以上被告人の圧迫をうけるよりは死んだ方がよいと決意し、山林の中で縊死を遂げた。このような事例に対して広島高裁は「自殺とは自己の自由な意思決定に基いて自己の死を惹起することであり、自殺の教唆は自殺者をして自殺の決意を生ぜしめる一切の行為であって、その方法を問わないと解する、従って犯人が威迫によって他人を自殺するに至らしめた場合、自殺の決意が自殺者の自由意思によるときは自殺教唆罪を構成し進んで自殺者の意思決定の自由を阻却する程度の威迫を加えて自殺せしめたときは、もはや自殺関与罪ではなく殺人罪を以て論ずべきである」と判断したうえで、本件においては、被告人の暴行、脅迫が被害者の自殺の決意をなすにつき「意思の自由を失

わしめる程度のものであったと認むべき確証がない」とし、被告人に自殺教唆罪の成立をみとめた。[149] ここでは、被告人は直接的な殺人行為を行っておらず、それゆえ被害者の「自殺」が被告人の「殺人行為」[150]と評価するためには、被害者の当該自殺行為を被告人が支配していたというに値する事情が必要だったのである。自殺関与罪[151]に際しては単なる脅迫では不十分で、その意思決定の自由を奪うに足りる相当程度の威迫を必要とするのである。

しかし、注意しておかねばならないことは、一定程度の脅迫・欺罔があっても自殺関与罪は成立しないということからは、同意殺人罪においても同じ基準を用いるという帰結にたどり着くことはできない。[152] 確かに、同一条文下で被害者の意思の有効性の要件が異なると解するのは困難であるし、両形態の区別は問題の解決を一層困難にするという批判[153]にも納得がいく。しかしここで問題となっているのは同意の有効性ではなく正犯性の問題であって、同意殺人罪では明らかに行為者が正犯であるが自殺関与罪の場合にはそうではないし、また両者の区別は確かに困難だが、だからといってその本質の差に目をつぶりなかったことにはできないように思われる。むしろ、二〇二条[154]が自発的で完全に任意な意思で死を希望した場合だけを規定したものと考えなければならない理由はないと解した場合に生じる、被害者の承諾論との食い違いの方がとりわけ本稿の立場からは避けなければならないように思われるのである。

なお参考までに外見的には自殺関与という形態であったが、欺罔に基づいて行為がなされており、また行為支配もあったために殺人の間接正犯が認められた例として、BGH, NStZ1987, 474 を挙げることができる。これは、数ヶ月不倫関係を続けていた被告人が被害者である夫から解放されたいと考え毒物を入手し、また被告人はそれを秘密裏にのませるのではなく被害者に心中をもちかけることで自ら飲ませようと計画して被害者に自ら心中を持ちかけ、被害者がこれを承諾したのでその直後人気のない公園まで車を走らせ、被害者をして毒物を嚥下させたという事例であった。BGHはここで、被告人が自ら追死の意思がないにもかかわらずそれを装ったことのみならずに、毒物の入手、被告人が被害者

を現場まで連れて行ったこと、また被害者が死を決意してから決行までの時間が短期間であったことなどを挙げて、被告人は計画した事象の経過についての支配を掌握していたことを理由に、被告人への殺人罪適用を認めた。ドイツにおいては、自殺関与罪は不可罰なので、不当な不可罰の間隙を埋めるために、欺罔に基づく自殺意思でなされた自殺への関与は殺人の間接正犯であると簡単に説明されることが多いが[155]、より詳細な検討の際には、やはり正犯として被害者の行為のコントロールが要請されている[156]。日本においても自殺関与類型に殺人罪の間接正犯を認めるためには、単なる自殺意思が欺罔・脅迫によって生ぜしめられただけではなく、欺罔・脅迫によって被害者の意思が完全に支配されていた、あるいは欺罔・脅迫に基づいて行われた被害者の自殺行為が行為者に支配されていたといった、行為者の実行行為性を肯定する事実が存在しなければならないのである。

以上のことを要するに、本稿の立場によれば錯誤に基づく承諾の有効性は、それが被害者の自己決定の表れといえるかどうかに左右され、それが自己決定の表れでなくなるのは、法益侵害の目的でなされた欺罔により承諾が不正に手にいれられた場合である[157]。しかし自殺関与の類型において殺人罪の間接正犯を認めるためには、自殺意思に瑕疵があったという事実だけでは十分ではなく、さらに行為者の正犯性が必要とされるべきである。

同様のことが、強制状況に基づく同意に関しても言うことができる。つまり実際の強制状況から生じた同意は有効であるが、同意を得るために強制状況が作出された場合、あるいは自然的に発生した強制状況であっても[158]、そのような状況を離脱する手段を有していて、それを被害者に提示する義務があったにもかかわらずそれを怠った場合には[159]、意図的に強制状況を作った者、あるいは義務を怠った者との関係で同意は無効となる。

五　その他の要件

生命侵害への「同意」の際に重要なのは、自己の財を自由に処分するという意味での自己決定である。ゆえに、有効な同意というためには、それに応じた要件が必要である。まず、生命は一身専属的な法益であるので、法益の所有者は生命の所有者たる本人であり、承諾権者は本人のみである。また同意者には放棄する財の重要性・程度を認識する能力と、それに基づき自己の価値観に従って利益得失を判断する能力、その判断により自己をコントロールする能力が必要である。[160] そのような判断は個別具体的になされなければならないが判例によれば、五歳児の承諾、[161] 重度の精神病者の承諾は無効であり、[162] 一六歳のそれは有効でありうる。[163] なお日本ではドイツと異なり殺人罪を減軽する同意殺人罪成立のためには、「要求」でなく「同意」が必要であるにすぎないので、一時的な気分であっても、抑うつ状態であっても、その者が一般の同意能力の要件を満たしている以上は、同意は有効である。[164]

また同意は構成要件メルクマールに該当した行為の不法を排除するための刑法上の制度であるので、社会現象としての表明が必要であるが、それは、明示的にも黙示的にもなされうる。たとえば、新潟地判昭和四六年一一月一二日月報三・一一・一四七五では、母子心中をするために、母（被告人）が用意した殺虫剤を自ら飲んだ娘（被害者）が、その後意識不明のまま苦しんでいる姿を見て、ひと思いに死なせてやろうと被告人がその頸部を両手で締めて窒息死させたという事例において、新潟地裁は被害者がこのように被告人に殺される明示的な嘱託ないし承諾をした証拠はないとしながらも、被害者は「被告人と一緒に死ぬことについては堅い決意があったが、その具体的なやり方については全面的に被告人の為すがままに委ねていたものと認めるのが相当であり、このことからすれば、もし殺虫剤を飲んでも死に切れなかったときには、そこで中止するのではなく、他の適当な方法で（常識的に見て奇異な、あるいは残虐な方法でない限り）被告人の手で殺されることにつき、遅くとも殺虫剤を受け取って、飲んだ時点で、黙示の承諾を与えたものと認めるのが相当である」として、被告人に二〇二条の適用をみとめている。ドイツにおいては、「もしも自殺に失敗し

たら、殺してくれるだろうか」といった条件付あるいは質問といった形でも、さらにジェスチャーであっても明白で真意な要求は受け入れられると解されているので[165]、同意の場合にはなおさらこのような形式は認められるべきであろう[166]。

さらに、同意は条件に基づきうる。薬物での安楽な死を望む者を、射殺した場合は、同意に基づく行為ではないし、その逆もありうる。快楽のための死を望んだ者に彼が望まない安楽な死を与えた者は、同意に基づく行為を行っていない。ただし被害者の同意した行為と実際の行為との差異が、同意に付け加えられた条件との根本的な相違ゆえに、もはやその死を選択した本来的な意味が失われるという程度にまで及んでいない場合には、同意は違法性阻却の効果を持ったままである。ゆえに、真意性の項で例として挙げた平成一〇年の大阪高裁判決（究極のSMプレイ事件）において、被告人が故意に下腹部でなく胸部を刺して被害者を死亡させたという場合にも、それが被害者が望んだ快楽の死と認められるような性質であれば、法益関係的錯誤説の危惧に反して[167]、二〇二条の成立は認められる。それに対して、睡眠中に、苦痛なくひっそりと殺すような場合は、同意に基づく行為とはいえないだろう。同様に、同意者が医師や親族に対して特別に殺害を依頼した場合、全く関係のない第三者による殺害は同意に基づく殺害行為ではないが、たとえば安楽死などの場合、家族に自分を殺させるのは不憫だという理由で被害者が医師に殺害を依頼し、しかし彼の意に反して家族が彼を殺したといった場合には、二〇二条の適用範囲内ということができるだろう。なぜなら、ここでは同意の要件は、「死の要件」ではないので、つまり「家族に殺されるくらいならば死を選択しない」というわけではないので、家族に殺されるという事実によっては、彼の「死」の決定は覆されないとみるべきである。

最後に同意殺人罪においても撤回は常時可能であり、引き返せないところまで経過が進んでいた場合は当然別として例外はない。ここでは「死」の契約というものは考えられない。また撤回能力は不要であり、撤回の表明も同じである。

六　まとめ

同意殺人罪における法益は、自己決定とは一線を画した（ヒトとしての）「生命」そのものである。しかし生命はあくまでも個人のものであるし、あらゆる自己決定は近代国家においては尊重に値するものであるので、それを軽視することはできない。それゆえ被害者の同意は、行為者の法益侵害行為に対して違法性減少の効果を持つことになる。ここで被害者の同意が違法性減少の効果しか有さないのは、生命という法益の価値の重要性ゆえであり、また殺人罪における自己決定を犯罪阻却という形で認めてしまうことが公共の利益に反するからである。ここでいう公共の利益とは人の生命を尊重する秩序を維持することで安易な殺人を防止し、結果的に国民の生命を保護することである（他人の生命のタブー化）。なお、このような利益はあくまでも被害者の同意の効果を制限する「利益」であって、「法益」そのものではない。

同意の違法性減少効果の根拠は自己決定であるので、その要件は法益侵害性に係る合意と概ね同じである。同意者は法益の所有者、すなわち今現在その生命を享受している者であって、その者には同意の結果、すなわち「死」の意味を理解し、それに基づいて利益得失を判断し、自らをコントロールする能力が備わっていなければならない。また同意は明示的あるいは黙示的に表明されなければならず、欺罔・脅迫によって自己決定に重大な影響を与えられた場合、それを欺罔者・脅迫者が意図していた場合には承諾はそれらの者との関係で無効である。同意が条件とともに提示されたにもかかわらず、行為と条件の食い違いが同意の本質にかかわる程度にまで及んだ場合には、それは同意に基づく行為ということはできない。また同意殺人罪においては、「死にたい」という言葉がアピール的に用いられることが多いので、同意の真意性はとりわけ慎重に判断しなければならないが、仮に一般人からみれば異常な殺人の同意であったとしても、

それがその者の価値観に合致し、実際に死を認容している場合には、それは真意な同意というべきである。さらに、撤回は常時可能であり、撤回能力、撤回の表明は不要である。

(117) 大判明治四三年四月二八日刑録一六・七六〇。
(118) 広島地判昭和三四年四月七日下刑集一・四・九五四。
(119) 東京高判昭和五三年一一月一五日判時九二八号一二一頁。ただし、本件では被害者の承諾は、同棲相手に対する義理立てから出たもの、つまりは真意ではない疑いがあるとしつつも、これを真意に基づく殺害の依頼と信じたことも通常人の立場から十分ありうるとして、真意性の判断を回避し、行為者の故意の問題として嘱託殺人罪の適用を認めている。
(120) 東京高判昭和六一年五月一日判時一二二一号一四〇頁。
(121) なお東京高判昭和六一年の判例は、被害者が被告人にシンナーをかけられてもみむきもせず逃げようとしなかったことが認められているが、これも死に至る危険を切実に感じなかったものか、又は点火されることはあるまいとたかをくくっていたものであるとして、承諾の真意性を根拠付けないとしている。
(122) 大阪高判平成一〇年七月一六日判時一六四七号一五六頁。評釈として佐伯仁志「判批」ジュリスト一一五七号（一九九九）一五二頁、山中敬一「判批」現代刑事法六号（一九九九）七六頁。
(123) 佐伯・前掲論文（注(122)）一五二頁。
(124) 山中・前掲論文（注(122)）七九頁。
(125) 小林・前掲論文（注(67)）一五四頁以下、前田・前掲書（注(78)）二五頁、佐伯・前掲論文（注(122)）一五二頁参照。
(126) *Fischer*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7 ff.; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 2; *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)) § 216, Rdn. 4 ff.; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 3 ff.; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 8.
Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (4)), § 2, Rdn. 62; *Ricarda Brandts/Horst Schlehofer*, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, JZ 1987, S. 443 ff.

(127) 拙稿「被害者の承諾（四）―各論的考察による再構成―」北大法学論集五九巻二号（二〇〇八）二三二頁以下参照。
(128) 大判昭和八年四月一九日刑集一二・四七一。
(129) *Schmidhäuser*, JZ 1984, 196.
(130) *Ulfrid Neumann*, Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft-BGH St 32, 38, JuS 1985, 681.
(131) Vgl. *Neumann*, a.a.O. (Anm. (130)), 681.
つまり、肉体の消滅と魂のそれは別物であり、肉体が消滅しても魂は用意した人形（あるいは死体）の中で行き続けると考えていた行為者が、魂を別の器に移し替えようとして殺人行為を行った場合、行為者の価値観によれば法益侵害を意味する「死」は「機能の停止＋個性の死」であり、行為者は自らの行為によって個性の死を生じさせていない、つまり殺人行為（法益侵害）を行っていないと考えているのだから、事実の錯誤であるという主張がなされうるのである。なお、ノイマンは通常の殺人正犯の場合はこのような誤ったイメージは故意の範囲ではなくて責任能力の問題であると解しているが、責任能力が最終的な犯罪阻止事由であることに鑑みれば、先行する構成要件の判断を避けるべきではないように思われる。
(132) 川端博『刑法各論講義』（二〇〇七、成文堂）一七頁以下、木村光江『刑法』（第二版、二〇〇四、東京大学出版会）二〇九頁、曽根威彦『刑法各論』（第三版補正版、二〇〇三、弘文堂）一四頁、山口厚「『法益関係的錯誤』説の解釈論的意義」司法研修所論集一一一号（二〇〇三）一〇四頁、林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『内藤謙先生古稀祝賀・刑事法学の現代的状況』（一九九四、有斐閣）四四頁以下、木村静子「殺人罪と自殺関与罪の限界」阿部純二ほか編『刑法基本講座第六巻・各論の諸問題』（一九九三、法学書院）二八頁以下、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号（一九八五）六七頁以下、平野龍一『犯罪論の諸問題（下・各論）』（一九八二、有斐閣）二九六頁以下、塩谷・前掲論文（注（74））一〇〇頁以下、西田・前掲書（注（90））一六頁、町野・前掲書（注（90））一九一頁以下。
(133) 前田雅英「殺人・自殺関与罪と事実の錯誤」警察学論集四七巻一号（一九九四）一一八頁。
(134) 平野・前掲書（注（132））二九七頁。また木村（静）・前掲書（注（132））二八頁参照。
(135) 塩谷・前掲論文（注（74））一〇一頁。また松尾浩也「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』（第四版、一九九七、精興社）五

頁参照。

(136) 須之内克彦『刑法における被害者の同意』（二〇〇四、成文堂）一四七頁、塩谷・前掲論文（注（74））一〇六頁、町野・前掲書（注（90））一九二頁。

(137) 西田・前掲書（注（90））一六頁、山口・前掲論文（注（132））一〇四頁、林（美）・前掲書（注（132））四五頁、佐伯・前掲論文（注（132））六七頁。また、山口厚『新判例から見た刑法』（第二版、二〇〇八、有斐閣）二三頁以下も参照。

(138) 上嶌一高「被害者の同意（下）」法学教室二七二号（二〇〇三）八一頁、林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（一九九八、有斐閣）二五三頁。

(139) 井田・前掲論文（注（83））一四一頁。

(140) また判例を肯定する立場としては、大塚仁『刑法概説各論』（第三版補訂版、二〇〇五、有斐閣）二〇頁、岡野光雄『刑法要説各論』（第四版、二〇〇三、成文堂）一一頁、斎藤信治『刑法各論』（第二版、二〇〇三、有斐閣）一四頁、平川宗信『刑法各論』（一九九五、有斐閣）四九頁、斉藤誠二「欺罔にもとづく承諾」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集・刑事法学の歴史と課題』（一九九四、法律文化社）一八二頁、谷口正孝「最高裁判所の裁判について」刑法雑誌三三巻一号（一九九三）四一頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第三版、一九九〇、創文社）四〇〇頁以下、但木敬一「嘱託・承諾殺人の成否」Law School 四〇号（一九八二）八八頁がある。

(141) 山口・前掲論文（注（132））一〇四頁。

(142) 佐伯・前掲論文（注（132））六七頁。また、山口・前掲論文（注（132））一〇二頁参照。

(143) 佐伯・前掲論文（注（132））六七頁。

(144) 林（美）・前掲書（注（132））四六頁。なお、林（美）説によれば、癌で不治であり残りの生命についてもすぐに激痛に苦しめられるであろうと欺罔する場合は、死が前提とされ、被害者の存在を危険にする事実が偽られているので、このような場合は同意の無効性が認められることになる。

(145) 山口・前掲論文（注（132））一〇二頁。

(146) 佐伯仁志「被害者の同意とその周辺（二）」法学教室二九六号（二〇〇五）八五頁。

(147) また前田・前掲論文（注（133））一二〇頁、上嶌・前掲論文（注（138））八一頁、林（幹）・前掲書（注（138））二五三

頁参照。なお林（美）・前掲書（注（132））四七頁は、「本件では、欺罔の内容が真実であったとしても、取調べと公判の後、三、四ヶ月刑務所に入るだけである。生命を犠牲にするのがやむを得ない状況とは考えにくい」として、本判決の理論に疑問を呈している。また、塩谷・前掲論文（注（74））一〇八頁も参照。

(148) 曽根威彦『刑法の重要問題各論』（補訂版、一九九六、成文堂）二五頁、角田正紀「殺人と自殺関与との限界」研修四九五号（一九八八）五六頁、中野次雄「殺人罪と自殺関与罪との限界」法律のひろば一二巻二号（一九五九）一六頁、前田・前掲書（注（78））二六頁、町野・前掲書（注（90））一八八頁以下、松尾・前掲論文（注（135））五頁、平川・前掲書（注（140））四九頁。また前田・前掲論文（注（133））一二〇頁参照。

(149) 広島高判昭和二九年六月三〇日高刑集七・六・九四四。

(150) 井田・前掲論文（注（83））一三八頁以下、木村（静）・前掲書（注（132））二八頁。反対は、平川・前掲書（注（140））二頁以下。

(151) 振津隆行「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』（第四版、一九九七、精興社）七頁、曽根・前掲書（注（148））二〇頁。

(152) 町野・前掲書（注（90））一八九頁。

(153) 木村（静）・前掲書（注（132））二八頁。

(154) 町野・前掲書（注（90））一九一頁以下、木村（静）・前掲書（注（132））二九頁、曽根・前掲書（注（148））二五頁。また中野・前掲論文（注（148））一六頁参照。

(155) *Maurach/Schroeder/Maiwald*, a.a.O. (Anm. (4)), § 1, Rdn. 20; *Arzt/Weber*, a.a.O. (Anm. (4)), § 3, Rdn. 29; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 212, Rdn. 10; *Brandts/Schlehofer*, a.a.O. (Anm. (126)), 445 ff.

(156) *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)), Vor§ 211 ff., Rdn. 37; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), Vor§ 211, Rdn. 25; *Bottke*, a.a.O. (Anm. (18)), 32. Abw. *Brandts/Schlehofer*, a.a.O. (Anm. (126)), 443.

(157) ただし当然のことながら、そのような欺罔は意思決定に重要な役割を果たしていなければならない（横浜地判平成一七年四月七日判例タイムズ一一九二号（二〇〇六）二九九頁以下参照）。

(158) たとえばある人がアフリカ滞在中にウィルスに感染し、それは血清を注射しなければ苦しみやがて死にいたる病気であった場合、その者の自殺意思あるいは殺人の嘱託は、その血清を持っている人にとっても無効ではない。しかし行為者

が医師であり、あるいはウィルス感染自体が彼の被害者を自殺せしめるための計画だった場合には、行為者には血清を被告人に渡すべき義務があり、ゆえにこのような人に対しては承諾は無効であるというべきである。

(159) Vgl. *Mitsch*, Grundfälle zu den Tötungsdelikten, JuS 1996, 313.

(160) 塩谷・前掲論文（注（74））九八頁以下参照。Vgl. *Fischer*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 8.

自殺に関しては *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), Vor§ 211, Rdn. 26.

(161) 大判昭和九年八月二七日刑集一三・一〇八六。

(162) 大阪高判昭和二九年七月三〇日裁特一・六・二一八。また最決昭和二七年二月二一日刑集六・二・二七五頁参照。

(163) BGHSt19, 135. いわゆる「ギーゼラ（Gisela）事件」と呼ばれ、一方だけ失敗に終わった心中事件において、正犯的に心中行為を行った行為者に要求に基づく殺人罪が認められた。

(164) なお *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7 は、要求の場合においても、同意能力に影響を及ぼさない抑うつ状態は顧慮する必要はないと解しているようである。

(165) Vgl. BGH, NJW 1987, 1092 ff.; *Fischer*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 2; *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7; *Jähnke*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 6; *Horn*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 7.

(166) *Eser*, a.a.O. (Anm. (4)), § 216, Rdn. 6.

(167) 佐伯・前掲論文（注（122））一五三頁。なお、法益関係的錯誤説の中にも、承諾に付けられた条件は有効とする見解はある（*Sternberg-Lieben*, a.a.O. (Anm. (30)), S. 531 ff.）。さもなければ被害者の承諾は法益を放棄するか否か、どの程度放棄するかといったことしか決定できなくなり、非常に空虚な法制度となってしまうだろう。このような見解に基づけば、たとえ法益関係的錯誤説であっても殺人罪の成立は問題となりうる。

〔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、平成一九年・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

都市環境法における公私協働

主　催

「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働――《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト

目　次

本シンポジウムの趣旨　亘理　格・吉田　克己
報告一　まちづくりにおける私法と公法の交錯
――私道の通行をめぐる最近の民事裁判例を手がかりにして――　秋山靖浩
報告二　産業廃棄物規制における公法的手法と私法的手法　北村喜宣
報告三　公共事業紛争における公法と私法の交錯――都市施設の設置を巡る訴訟を題材に――　越智敏裕
質疑応答

本シンポジウムの趣旨

亘理格
吉田克己

本シンポジウムは、科学研究費・基盤研究（A）「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働」（代表者・吉田克己教授）に基づく研究活動の一環として、二〇〇八年三月四日（火）、「都市環境法における公私協働」と題して北海道大学において開催されたものである。

シンポジウムでは、まず、早稲田大学准教授で民法学が専門の秋山靖浩氏、上智大学教授で行政法・環境法が専門の北村喜宣氏、同じく上智大学教授で行政法・環境法が専門の越智敏裕氏に、それぞれご報告をお願いした。ご報告のテーマとして「まちづくり法」、「産業廃棄物法」、「公共事業法」という三分野を選び、それぞれ公私協働との関係という視点からのご報告をお願いした。これに対し、三名のご報告者からは、以下のような論題によるご報告を頂戴することができた。

秋山靖浩氏「まちづくりにおける私法と公法の交錯――私道の通行をめぐる最近の民事裁判例を手がかりにして――」

北村喜宣氏「産業廃棄物規制における公法的手法と私法的手法」

越智敏裕氏「公共事業紛争における公法と私法の交錯――都市施設の設置を巡る訴訟を題材に――」

以上のご報告を踏まえ、後半では、報告者及び参加者の相互間で活発な質疑応答が繰り広げられた。

司会・亘理格

予定の時刻がまいりましたので、シンポジウム「都市環境法における公私協働」を開始させて頂きます。私は、司会を務めさせて頂きます北海道大学の亘理です。

本日は、環境法の中から三つの分野を取り上げておりまして、秋山先生にはまちづくり法、北村先生には産業廃棄物法、越智先生には公共事業法という各テーマについてご報告をお願いしています。その三つの環境法分野を取り上げる中で、環境法における公私協働について考えていきたいという趣向です。ここで公私協働というのは、公的主体と私的主体との協働という意味だけではなく、環境法における公法と私法の交錯という意味も含めたかなり広い意味で、この研究会では使っております。そのような広い意味での公私協働が、三つの環境法の諸分野においてどのような形で現れ、顕在化しているかといったようなことを本日のシンポジウムの中で検討していきたいと考えています。

そこで、最初に、この研究会の代表者であります北海道大学の吉田克己先生から、開会のご挨拶を頂戴したいと思います。

吉田克己

北海道大学の吉田克己でございます。本日（二〇〇八年三月四日）は、私どもの科研基盤A研究会のためにお集まりいただき、どうもありがとうございます。私どもの研究会は、「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働」

をテーマにしています。このテーマが示していますように、本研究会の研究対象は、大別しますと、市場環境――この中心は競争ということになりましょう――の問題と生活環境の問題の二つです。これらの領域を想定して、現代における公私協働のあり方を考えようというわけです。

ここで本年度一年間の私どもの研究活動を振り返ってみますと、この二つの研究領域のうちではどちらかといいますと市場環境、つまり競争の問題に重点を置いてきたように思います。といいますのも、昨年一〇月に日本私法学会がございまして、そのシンポジウムのテーマが「競争秩序と民法」で、その中心を私どもの研究会が担ったからです。私が企画責任者となり、報告者についても六名中の五名を科研研究会のメンバーから出しました。このシンポジウムの報告の基になりました論文は『ＮＢＬ』八六三号（二〇〇七年）に掲載されています。また、報告に基づくシンポジウムの議論は、間もなく公刊される『私法』第七〇号に掲載されます（後日の追記：同誌は、二〇〇八年四月三〇日に刊行された）。シンポジウムの内容については、これらを参照していただければ幸いです。私は、この私法学会シンポジウムが市場環境に関する私たちの研究活動の一つの集約点になったのではないかと思っております。

という次第で、今度は、生活環境についての研究活動の推進が課題となってきたわけです。実は、環境に関しましては、二〇〇五年三月に私どもの科研基盤Ａ研究会、正確には本研究会の前身になりますが、その主催でシンポジウムを開催しています。テーマは、「環境秩序への多元的アプローチ―実定法学のクロスロード」というものでした。報告者は、行政法学者であり本日の司会を務められている亘理格先生、刑法学者である慶應義塾大学の伊東研祐先生、民法学者である学習院大学の水野謙先生、同じく民法を専攻する私・吉田克己の四名でございました。この報告内容と議論状況は、北大法学研究科の紀要である『北大法学論集』第五六巻三号～四号（二〇〇五年）に掲載されています。

このシンポジウムは、人数だけで比べるのは問題ですが、報告者四名中二名が民法専攻ということで、どちらかとい

うと民法からのアプローチに重点があったという印象があります。そこで、環境に関する二回目のシンポジウムになる今回は、行政法に重点を置いて環境法とりわけ都市環境法にアプローチしてみようと考えたわけです。そのような次第で、オーガナイズを亘理先生にお願いし、亘理先生のご尽力で行政法からの報告者として環境法の分野での第一人者である上智大学の北村喜宣、越智敏裕両先生をお招きすることができました。両先生には、私どもの依頼をご快諾いただきましたことに心から御礼申し上げる次第でございます。

また、私たちのシンポジウムは、複数の実定法領域から報告者を立ててその観点をぶつけるということを目的のひとつとしています。そこで、行政法だけではなくて民法からも報告者を立てようということで、私どもの科研のメンバーである早稲田大学の秋山靖浩先生に民法からの報告をお願いした次第です。秋山先生は、都市環境法における公私の交錯という問題の第一人者でありますので、今回のシンポのテーマからして最適任と考えた次第です。

このように、報告者の構成においてすでに公私協働あるいは公私交錯の観点が出ていますが、各報告のテーマとしても、それぞれ公私協働ないし公私交錯を論じることが予定されています。本日の全体テーマである「都市環境法における公私協働」が大いに深まることを確信しております。このシンポジウムが、ご参加の皆様の活発なご議論を誘発する機会となれば大変幸いと思っております。なお、本日の報告と議論は、『北大法学論集』に掲載して学界の共有財産にしたいと思っております。ご参加の皆様にはその点に対してもどうかよろしくお願いする次第でございます。ありがとうございました。

報告一

まちづくりにおける私法と公法の交錯

――私道の通行をめぐる最近の民事裁判例を手がかりにして――

秋山靖浩

一　問題の所在

（一）まちづくりにおける建築基準法上の道路の意義

タイトルが「まちづくりにおける」となっています。まちづくりが重要な課題であるということは、一般的な認識としてそれほど異論はないだろうと思います。そのまちづくりと民法との関係を考えたときに、いろいろなところで接点ないし交錯がありそうです。大きくとらえれば、民法というのがまちづくりにどのようにかかわり合っているのか、あるいは今後かかわり合っていくべきなのか、ということでしょう。あるいは、逆にかかわり合うべきではないという発想もあるかもしれません。

もっとも、まちづくりといってもあまりにも広いですから、今回はこれを特に道路の局面、しかも建築基準法上の道路である私道の局面からとらえて、そこにおける民法の意義を検討することにします。

建築基準法上の道路というのは、まちづくりにとって重要な役割を果たしているということができます。まず、特に重要だと思われるのは、建築基準法四三条が都市計画区域および準都市計画区域内において、建築物の敷地は原則として建築基準法所定の道路に二メートル以上接していなければならないと規定していることです。その趣旨は、建築物が建築基準法上の道路に接道していることは、通行を確保することだけでなく、防災や避難、あるいは通風や日照など、市街地の環境の整備にとって重要であるからだということです。

次に、建築基準法の道路というのは、建築基準法の集団規定ともつながりがあります。一例を挙げれば、容積率の算定をするときに、その建物の前面道路の幅員がどれくらいかということによって容積率の規制が決まってくるという規制があります（建築基準法五二条二項等参照）。

このように見ますと、建築基準法上の道路は、安全で良好な都市生活を確保するために重要な機能を担っているということを確認することができるかと思います。そのような重要な機能を担っているため、建築基準法上の道路というのは一定の基準を満たす必要があります。そのための定義・要件が建築基準法四二条にあります。細かいところは省略し

ますが、基本的には、幅員が原則として四メートル必要であるというような規定が設けられています。

（二）建築基準法上の道路とされた私道の意義

以上は建築基準法上の道路一般についての話ですが、今回の報告では、その中でも建築基準法上の道路とされている私道を取り上げることにします。と申しますのは、建築基準法上の道路たる私道をめぐる法律関係においてまさに、私法と公法が複雑に交錯していると考えられるからです。

私道ということは、その私道の敷地は私人が所有しています。しかし、一定の場合には、私道であっても建築基準法上の道路として扱われる場合があります。民法の裁判例で頻繁に登場するのは、いわゆる位置指定道路と呼ばれているものと、二項道路と呼ばれているものの二つです。

まず、位置指定道路とは、建築基準法四二条一項五号に規定された道路です。私道の場合ですと、基本的には、一定の基準を充足している場合にその敷地の所有者等が特定行政庁に申請し、特定行政庁が位置指定するという仕組みになっています。それによって建築基準法の道路として扱われるということになるわけです。

もう一つの二項道路は、建築基準法四二条二項に規定されているものです。こちらは、私道の幅員が四メートル未満であるという状況において、特定行政庁が指定したものを指します。建築基準法上の道路は本来四メートルが原則と先ほど申しましたが、そうでない場合であっても例外的に建築基準法上の道路とみなされます。ですから、みなし道路と呼ばれることもあります。その道路の中心線から左右に二メートルの線が道路境界線とされます。二項道路の場合、指定された当初は四メートルの幅員が確保されておらず、建物や塀等がまだ道路の上に建っている状態が通常です。しかし、その後、建物を改築したり新築したりするときにセットバックしないといけませんので（後ほど述べるように建築

基準法四四条により道路内の建築が制限されています）、それによって四メートルの道路が徐々に整備されていくわけです。その点で、私益としての既存建築物の所有者の既得権と公益上の要請とを、いわば調整して妥協させたんだというような説明がされることがあります。

なお、二項道路は、位置指定道路と異なり、特定行政庁の職権によって指定されます。指定の方法には、個々の道路について個別に指定する方式と、一定の告示・規則を設けてその基準を満たしているものを包括して指定する方式とがあります。

このようにして私道が建築基準法上の道路となると、さまざまな規制がかかります。本来は私道ですから、例えばその敷地の所有者は自己の所有権の自由な行使ができるはずです。それにもかかわらず、建築基準法上の道路になると、その公共的な役割ゆえに各種の制約がかかってくるわけです。特に重要なものを二つ挙げておきます。一つは、建築基準法四四条により、道路内の建築は原則として制限されます。これに違反すれば、特定行政庁が違反是正のための必要な措置を講ずることができることになっています（建築基準法九条）。もう一つは、建築基準法四五条により、私道の敷地の所有者等は、一定の場合には勝手に私道の変更・廃止をすることができません。そこを通行している人やその敷地の権利者等が全員同意していたとしても、公益上の必要性がある場合、特定行政庁は、私道の変更・廃止を禁止または制限することができると解されています。

ところで、このような建築基準法上の道路とされた私道はどのくらいの数が存在しているのでしょうか。東京都の場合、特に二項道路は相当な数にのぼるといわれています。東京都の住宅の総戸数のうち三分の一は幅員四メートル未満の道路にしか接していないか、あるいはまったく道路に接していない状況である、二三区の中の一部の区では、半分ぐらいが幅員四メートル未満の道路にしか接していない、というようなデータもあるようです（内山忠明「私道の廃止」

日法六六巻四号（二〇〇一）九〇頁以下）。このような現状から見ても、建築基準法上の道路とされた私道、特に二項道路の存在というのは、まちづくりにとってかなり重要な影響を及ぼしているといえます。

以下では、建築基準法上の道路として扱われる私道のことを、単に「建築基準法上の私道」と呼ぶことにします。

（三）建築基準法上の私道における私法と公法の交錯

さて、このような建築基準法上の私道においては、私法と公法との興味深い交錯が見られます。

まず、私道の敷地は私人が所有していますから、基本的には敷地所有者の利益がそこに密接に関係しているわけです。しかし他方で、建築基準法上の道路であることによって、既に見たように、行政との関係でさまざまな制約に服することになります。

注意するべきなのは、この場面では、行政庁と私道敷地の所有者との関係だけではなく、もう一ついわば横の関係も存在していることです。つまり、私道の敷地の所有者と、その私道を通行する者やその私道の沿接土地の所有者との関係です。私道を通行する者や私道の沿接土地の所有者は、例えば、その私道を普段通行して出入りしたり、火事が起きれば避難する通路として使うというような形で、当該私道についてさまざまな利益を有しています。そうしますと、このようないわば横の関係も無視することができません。

このように考えますと、建築基準法上の私道の場面においては、行政庁、私道敷地の所有者、私道の通行者や私道沿接土地の所有者、という三者が登場するといえそうです。そして、民法学からの関心としては、この三者が描かれた図式の中で、民法の規律に果たしてどのような位置付けが与えられるのか、つまり、この三者間の法律関係のどういう部分を民法が規律し、その民法の規律が三者間の法律関係全体の中でどのような意義を有しているのか、また今後有する

べきなのか、ということになるでしょう。

伝統的には、民法は、私人間の関係、つまり、私道敷地の所有者と私道の通行者ないし私道沿接土地の所有者との法律関係を規律するものだ、と理解されてきたといえるでしょう。しかし、建築基準法上の私道をめぐる法律関係がこのような三面的な関係から構成されている以上、横の関係（つまり、私道敷地の所有者と私道の通行者ないし私道沿接土地の所有者との法律関係）を民法が適切に規律するためには、縦の関係（つまり、行政庁と私道敷地の所有者との法律関係、さらに、行政庁と私道の通行者ないし私道沿接土地の所有者との法律関係）にも十分に注意を払わなければならないはずです。

（四）検討の対象

以上のような基本的な問題意識に基づいて、本報告では、建築基準法上の私道の通行をめぐる最近の三つの民事裁判例を取り上げたいと思います。すなわち、

・位置指定道路の通行妨害に対する民法上の妨害排除請求の成否が争われた最判平成九年一二月一八日（民集五一巻一〇号四二四一頁）

・二項道路の通行妨害に対する民法上の妨害排除請求の成否が争われた最判平成一二年一月二七日（判時一七〇三号一三一頁）

・同じく二項道路の通行妨害に対する民法上の妨害排除請求の事例ですが、やや異なる論点が扱われた最判平成一八年三月二三日（判時一九三二号八五頁）

の三つです。以下、「平成九年判決」「平成一二年判決」「平成一八年判決」と略して述べることもあります。

なお、本報告は私法と公法との交錯という観点からの報告ですので、各判決の細かい事実関係については必要最小限触れるにとどめ、理論の部分を特に取り上げることを、あらかじめお断り申し上げます。

二　判例のこれまでの到達点と問題点

（一）平成九年判決および平成一二年判決

まず、平成九年判決は、建築基準法四二条一項五号による道路位置指定を受けた私道の通行妨害の事例です。大規模な住宅団地を開発したときに、各分譲地に至る通路として幅員四メートルの私道が開設され、道路位置の指定を受け、その後三〇年以上にわたって、近隣の住民がその私道を徒歩および自動車によって通行していました。しかしその後、私道の敷地を所有していたある者が、車両の通行等を禁止する趣旨のビラをまいたり、看板を立てたり、簡易ゲートを設置するという形で通行の妨害を行うようになりました。そこで、そこを通行していた者たちが原告となり、その敷地の所有者に対し、通行の支障になっている簡易ゲートの撤去などを求めたというような事案です。

原審は原告の請求を認容し、被告が上告したところ、最高裁は、位置の指定を受けて現実に開設されている道路を通行するについて日常生活上不可欠の利益を有する者は、その通行を妨害されまたは妨害されるおそれがあるときは、敷地所有者が通行を受忍することによって通行者の通行利益を上回る著しい損害を被るなどの特段の事情がない限り、敷地所有者に対して妨害行為の排除および将来の妨害行為の禁止を求める権利（人格権的権利）を有するとして、このような権利に基づく原告の通行妨害の排除を認めるという結論に至りました。

次に、平成一二年判決は、二項道路に関する事案ですが、先ほどの平成九年判決の述べたことが基本的に二項道路に

も当てはまると判示しています。つまり、平成九年判決を引用した上で、このことは建築基準法四二条二項の規定による指定を受け現実に開設されている道路の場合であっても何ら異なるものではない、と判示したものです。

ただ、平成一二年判決の事案では、原告は本件の二項道路を自動車で通行することが妨害されたとして妨害排除請求をしたのですが、結論的にはその請求は認められませんでした。本件の二項道路は従来もっぱら徒歩または二輪車による通行のみに供されていたこと、また、原告は、本件の二項道路に沿接している土地を所有していたわけですが、現在はそこに住んでおらず、自己の土地を賃貸駐車場として使用する目的しか有していなかったこと、などの事実関係がありました。そこで、最高裁は、原告は「本件私道を自動車で通行することについて日常生活上不可欠の利益を有しているとはいえない」として、原告の請求を否定したのです。

もっとも、後ほどまた触れますが、本件では以下のような事実関係もありました。すなわち、本件は二項道路の事案ですので、二項道路に指定された時点では既存の建築物等が私道上にあったわけですが、被告はその後、私道上にあった既存の塀を撤去し、道路の中心線から二メートル後退した位置にフェンスを設置しています。つまり、自己の所有する二項道路たる敷地を、道路として拡幅・整備したわけです。ところが、その後五年ぐらいして、そのように整備された私道上に金属製のポールを立てて、再び私道を狭くしてしまったのです。このような被告の行動をどのように評価するかが、民法上の議論において一つのポイントになっています。

（二）判例の到達点

平成九年判決・平成一二年判決の出発点は、建築基準法上の私道を通行することは道路位置指定という行政上の処分の反射的な利益にすぎないというところにあります。反射的利益にすぎないのであって、私道通行者の民法上の権利を

ストレートに根拠付けるものではないとするのです。

ただし、反射的利益にとどまらない場合もあり、一定の要件を満たしていれば、個人に帰属する権利として通行妨害を排除する権利が認められるとしています。その要件とは、建築基準法上の私道であって現実に開設されていること、および、その私道を通行するについて日常生活上不可欠の利益を有することとされています。そのような場合は、特段の事情がない限り、通行妨害行為の排除・禁止を求める権利が当該私道の通行者に個人的に帰属するとしています。

このようにして、判例は、先に述べた反射的利益論を克服したといえるでしょう。つまり、建築基準法上の私道の通行をめぐる法律関係の中から、個人に帰属して民法上の保護に値する通行利益を抽出し、それを一定の要件の下で人格権的権利という法律構成で保護している、というようにまとめることができるかと思います。

このことは、私道通行者の側から見れば、基本的な生活利益のうち日常生活上不可欠になった通行利益であれば、反射的利益にとどまらず、私法上も保護されるということを意味します。しかし他方で、私道敷地の所有者の側から見れば、その私道が建築基準法上の道路になった場合、建築基準法上の各種の制限に服するだけでは済まされないことをも意味しています。つまり、一定の要件の下では、私道通行者との関係で、私法上の通行受忍義務を負うことも正当化されることになるわけです。ここには、先ほど述べた、横の関係と縦の関係が複雑に絡み合っている様子を見て取れるかと思います。

（三）判例の問題点

しかし、以上の判例に対しては、その考えには基本的に賛成するけれども、果たしてこれで十分なのか、もっと広く通行妨害の排除を民法上認めるべきではないか、という議論も有力です。

このような議論は、建築基準法上の道路が実現しようとしている公共的な利益というものにもっと着目するべきだ、という基本的な発想に支えられているように思われます。そして、その背景には、建築基準法上の道路の場合、先に述べた建築基準法違反の状態があれば特定行政庁が一定の措置を講じることになっているけれども、そのような任務を特定行政庁は十分に尽くしているとは到底いえないではないか、つまり建築基準法が機能不全を起こしているから、そのような状況では民法上の手段がもっと役割を果たすべきである、という基本的な認識があります。

そのような認識から出発しますと、平成九年判決・平成一二年判決が確立した要件は厳しすぎるようにも思われます。例えば、日常生活上不可欠の利益まで要求しなくてもよいのではないか。その心配が表面化したのが、平成一二年判決でした。確かに、賃貸駐車場として使用する目的だったため、原告にとっては日常生活上の通行利益があまり濃厚ではなかった事案でした。しかし、被告によって二項道路の通行が妨げられていることには変わりがなく、その結果、建築基準法上の道路が果たすべき機能にも支障が生じうるのであれば、原告の通行利益が濃厚でなかったとしても、原告による通行妨害の排除・禁止の請求がもう少し広く認められてもよいのではないか、という反論が考えられます。

あるいは、判例は建築基準法上の私道が現実に開設されていることを要件としていますが、この要件も必要でしょうか。この要件を厳格に要求すると、特に二項道路の場合に困ったことになります。先に述べたように、二項道路というのは当初は幅員が四メートルなくて、徐々に四メートルの幅員が整備されていく私道です。当初は、私道上に既存の建築物等が存在するなどして、現況は例えば三メートルの幅員の道路しかなく、現実には開設されていない一メートルの道路部分があるわけです。この部分が、その後のセットバック等によって徐々に広がっていくわけです。そうすると、現実に道路が開設されているという要件を厳格に要求すると、二項道路の場合、まだセットバックしていない部分があることを理由に、この要件を充足していないと判断されるおそれがあります。

平成一二年判決はまさにそのような事案でした。一度は中心線から二メートルバックさせたにもかかわらず、被告がまた元へ戻してしまったわけです。そのセットバックした部分はそれまでは道路として開設されていなかったわけですから、道路が現実に開設されているという要件を充足していない、したがって妨害排除請求は認められない、という結論になることもありうるわけです。しかし、このような結論は、二項道路の制度の趣旨からすれば妥当ではありません。二項道路は本来だんだんと整備されていくわけですから、一度広がったものをまた狭くしても妨害排除請求が認められないというのでは、二項道路の制度の趣旨を没却してしまうことになりかねないからです（石田剛「判批（最判平成一二年一月二七日）」判評五〇一号（二〇〇〇）二四頁、金子正史「判批（最判平成一八年三月二八日）」自研八三巻九号（二〇〇七）一四二頁以下等）。

さらに、このような要件レベルでの批判を超えて、建築基準法と民法との関係をもっと根本的にとらえ直して、建築基準法も民法の秩序を形成しているという議論も展開されています（吉田克己「判批（最判平成九年一二月一八日）」民商一二〇巻六号（一九九九）一〇六四頁以下、池田恒男「判批（最判平成九年一二月一八日）」判タ九八三号（一九九八）六九頁以下等）。詳細は省略しますが、例えば、建築法規・都市計画法規は、衛生・防災・アメニティーなどの良好な都市生活を確保することを目的とする法律である以上、「都市という公共空間に居住しこれを諸活動の舞台とする人々の間を規律する秩序を国会制定法として表現したものでなければなら」ない。そのことからすれば、これらの（適法に成立した）建築法規・都市計画法規は、「原則として土地利用に関する地域（近隣者間ないしコミュニティーを指す）的公序を形成し、民事法秩序の要素をなす」、とされます（池田・前掲六九頁）。そして、このような考えをベースに、民法の解釈論においても、建築基準法上の道路が実現しようとする公共的な利益を積極的に取り込んで、建築基準法上の私道の通行妨害に対する妨害排除請求を広く認めようとしています。

三　考察の視点

さて、建築基準法上の私道の通行妨害という事態を、土地の利用という観点からとらえ直してみるとどうなるでしょうか。

これは結局、私道敷地とその周辺の土地（そのような土地を所有すると同時に私道を通行していることが多いわけですが）との間で、土地の利用をめぐる対立・衝突が起きている場面としてとらえることができそうです。そうすると、そのような土地利用相互間の対立をどのように調整するかが、ここでの重要な課題であるといえるでしょう。

民法はそもそも、相隣関係の規定に典型的に見られるように、私人間の関係を規律するという形で、そのような土地利用相互間の対立を調整しています。その意味では、民法は、土地利用の調整のための規範として位置づけることが可能です。そして、ここでは、建築基準法上の私道の通行妨害という土地利用相互間の対立の事態に直面して、民法の土地利用の調整規範がいったいどのような意義を有するかが問われていることになります。

もっとも、土地の利用をどのように調整するかという問題は、何も民法の専売特許ではありません。建築基準法でもまさに、例えば前述の建築基準法四三条や四四条において、この点に関する調整が行われているわけです。そうしますと、民法の土地利用の調整規範の意義を検討するにあたっては、建築基準法における同様の規範の意義を抜きにして考えることはできないといえるでしょう。例えば、建築基準法の各種の規律によって、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる土地利用の対立がうまく調整されているのであれば、民法の出番はないとも考えられるでしょう。

そこで、建築基準法との関係で民法の土地利用の調整規範の意義を検討しなければならないということを、考察における第一の視点にしたいと思います。

その上で、第一の視点において、やはり民法が土地利用の調整のために機能するべき場所があるといえたとしても、そもそも、民法の土地利用の調整規範とはどのようなものなのか、そして、土地利用に関するさまざまな利益についてどのような調整をするべきなのかは、必ずしも自明のことではありません。言い換えれば、民法の土地利用の調整規範がどのような構造を有し、いかなる仕組みを通じて具体的な調整を図っているのかを、解明しなければなりません。民法の土地利用の調整規範の構造や仕組みを検討しなければならないということを、考察における第二の視点とします。

本報告において、以上の二つの視点のすべてに答えを出すことはできません。しかし、先の判例の到達点と問題点を踏まえるならば、それぞれの視点について以下のことをいえるように思われます。

四　第一の視点：民法の土地利用の調整規範に期待される意義

まず、建築基準法における土地利用の調整を念頭に置きながら、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係において、民法の土地利用の調整規範にどのような意義が期待されているかを考えてみましょう。

ここで指摘しておく必要があるのは、建築基準法上の私道の維持・確保において特定行政庁が是正命令等を出せるとはいっても、そこには既に構造的な問題が潜んでいることです。つまり、特定行政庁は是正命令等を出せるけれども、一般的な説明によれば、これは特定行政庁の専門技術的な裁量に委ねられているわけです。したがって、命令が出るときもあるし出ないときもある。また、特定行政庁の判断を司法審査するときにも、基本的には行政庁の裁量があるので行政庁の判断が優先されることになります（金子・前掲一三九頁以下）。

そして、現実にも、例えば道路内に建築しているからそれを除去しろという命令が出るかというと、実際には相当に

重大な違反でないとこの種の命令は出ないといわれています。それゆえに、建築基準法による通行妨害排除の仕組みがなかなか機能していないという認識が生まれ、先ほどの平成九年判決や平成一二年判決のところで紹介したような有力な学説が出ているのです（二（三）参照）。関連して、建築基準法全般について、建築規制の実効性確保がうまくいっていないという問題点がさまざまな形で指摘されていることも、付け加えておいてよいでしょう（大橋洋一『対話型行政法学の創造』（弘文堂、一九九九）一九八頁以下等参照）。

このように建築基準法は構造的な問題点を抱えていること、そして実際にも建築基準法上の諸手段が機能不全を起こしていることからしますと、民法の土地利用の調整規範に対しては、この場面において建築基準法上の私道が実現しようとしている趣旨・目的（つまり公共的利益）の実現をサポートする役割が要請されているといえるでしょう。

五　第二の視点：民法の土地利用の調整規範における調整のあり方

建築基準法上の私道が実現しようとしている趣旨・目的の実現をサポートすることが期待されているといってみても、果たして、民法の土地利用の調整規範は、そのような期待に応えられるだけの構造や仕組みを備えているのでしょうか。そもそも、民法の土地利用の調整規範とはどのようなものなのでしょうか。

（一）私的利益と公共的利益との交錯

既に述べましたように、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係において、民法は、私道敷地の所有者と私道通行者（ないし私道沿接土地の所有者）との法律関係を規律しています。利益のレベルで見た場合、そこで調整の対

象になっているのは、私道敷地の所有者の私的利益と私道通行者の私的利益であることは間違いありません。

しかし、これらの私的利益の背後にある、建築基準法が実現しようとしている公共的な利益、具体的には通行・衛生・防火・避難等の維持・確保という利益も無視することはできません。しかも、そのような公共的な利益は、今日しばしば指摘されているように、私人の私的利益から独立して存在しているというよりは、私人の私的利益とも重なり合っているものとしてとらえることができます。つまり、建築基準法上の道路が妨害されずに維持されることは、私人の生命・身体・財産に対する利益の維持・確保とも密接にかかわり合っているといえます。例えば建築基準法四四条の道路内建築の制限で考えてみれば、建築基準法上の道路に障害物等がなくなることで、通行や避難や安全が図られ、その結果、具体的にその道路を使っている利用者等の諸利益も維持・確保されることになるわけです。

そうすると、公共的な利益というのは、そのような私的利益と重なり合うものとしてとらえられなければなりません。行政法における議論に目を向けると、例えば行政法で今まで公益と呼ばれてきたものが、実は私益と私益との関係としてとらえるべきだというような指摘が有力になされています（山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇年）三二二頁以下）。このような発想は、民法にとっても重要な指摘であろうと考えられます。つまり、公共的な利益だから民法とは無関係なわけではなくて、公益とか公共的利益とか呼ばれているものは実は個々の市民の私的利益とも密接に関係している。そして、個々の市民の私的利益の問題であるからこそ、民法の問題として積極的に取り上げていく必要があるのだ、ということになるでしょう（宮澤俊昭「環境法における私法の役割（後篇）（一）」近法五一巻三＝四号（二〇〇四）二二一頁以下参照）。

このように、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係においては、私的利益と公共的な利益がいわば複合的に交錯している状況があると分析することが可能です。つまり、建築基準法上の私道が目的とする公共的な利益を実現

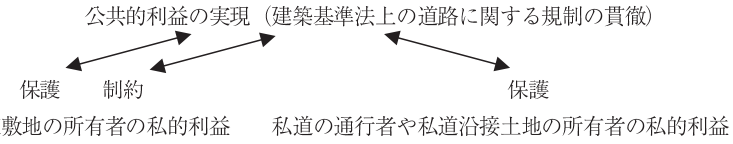
することは、私道の通行者や私道沿接土地の所有者の私的利益の保護にもつながります。他方で、そのような公共的な利益の実現のために、私道敷地の所有者は、私道部分を自由には使えないなど、私的利益の側面においてさまざまな制約を受けることになります。ただ、私道敷地の所有者は、私的利益の制約のみを受けるかというと、必ずしもそうではないようにも思われます。なぜなら、私道が建築基準法上の道路として維持・確保されることで、防火や避難等の面ではむしろ利益を受けるとも考えられるからです。したがって、私道敷地の所有者は、単純に私的利益の制約を受けるだけではなくて、私的利益の保護を受ける側面もあるし制約を受ける側面もあると考えられそうです（図参照）。

従いまして、民法の土地利用の調整規範にとっては、私的利益と公共的利益とのこのような複合的な交錯状況を踏まえ、そこにおいて具体的にどのような調整を施していくかが問われているといえるでしょう。ただ、具体的な調整のあり方というのは、何らかの理論からストレートに結論を出せるわけではないと思われます。土地利用の調整規範といっても、それぞれの規範ごとに固有の構造と仕組みを備えています。人格権的権利の構成による土地利用の調整と、最後に若干述べます通行地役権に基づく土地利用の調整とでは、調整の構造や仕組みはやはり異なるでしょう。それぞれの規範ごとに個別具体的に考察していくしかないと考えられます。

（二）私道敷地の所有者に課された制約をいかに正当化するか

そこで、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる法律関係に絞って、さらに考察を加えていきます。先ほど述べた私的利益と公共的利益との交錯を踏まえると、私道の通行者の私的利益を保護するこ

〈図〉



とは、建築基準法上の道路が果たす公共的利益の実現につながります。そして、そのことは、私道敷地の所有者にとっても、私的利益の保護になる側面があります。どちらの当事者にとっても私的利益の保護につながるのであれば、建築基準法上の私道の通行妨害の事例では、これらの私的利益とその背後にある公共的利益の実現を志向して、もっと積極的に私道通行者の妨害排除請求を認めるべきであるとの議論ができるのではないでしょうか。要件面でいえば、平成九年判決・平成一二年判決のような厳格な要件を求めるべきではないということになるでしょう。先ほど紹介した学説も、基本的にはこのような発想に立っています。

もっとも、以上の解釈論に説得力を持たせるには、さらに別の点もクリアーする必要があるように思われます。確かに、私道通行者の妨害排除請求を認めて建築基準法上の私道を確保することで、公共的利益の実現が図られ、私道通行者の私的利益が保護されるだけでなく、私道敷地の所有者の私的利益を保護することにもつながりえます。しかし、それでも依然として、私道敷地の所有者の私的利益を大きく制約する側面があることは否定できません。そこで、私道敷地の所有者の私的利益が制約されてもやむをえないということを、民法上の観点から正当化することができるかどうか、そのような調整が民法上うまくできるかどうかが、上記の解釈論を成り立たせるための一つの鍵になると考えられます。そのことを考える上での手がかりになりそうなのが、平成一八年判決です。

（三）平成一八年判決の意義

本件の私道は、二項道路の要件を満たしているかどうかが必ずしも明らかでない道路でした。もっとも、被告は、この本件道路が二項道路であるということを前提に建築基準法四三条一項の接道義務を満たしたとして、自己の所有地上の建物について建築基準法上の建築確認を受けていました。さらにその後、本件私道のうち自己の所有する敷地部分を

セットバックして、幅員四メートルの道路として整備するなどの行動もとっていました。他方、原告も、建物を建築する際、本件私道が二項道路であることを前提として建築確認を取得しています。ところがその後、被告が本件私道の通行妨害をするに至り、原告が被告に対し妨害排除請求をしたという事案です。被告は、本件私道が二項道路でないなどと反論しています。原審では、本件私道が二項道路の要件を満たしていたことの立証がない、したがって二項道路と認められないので人格権的権利に基づく妨害排除請求権がそもそも成立しない、とされました。

しかし、最高裁は、原審の判断を破棄して差し戻しています。被告が二項道路であることを前提に建築確認を取得していたことから、建築基準法四三条一項の接道義務の趣旨に照らすと、本件私道は被告の建物のみならずその周辺に存する建物やその居住者の安全等にも寄与することが求められているものというべきである。そして、被告は二項道路であることを前提に建物を所有してきたし、本件私道に税金が掛かっていないことなども考慮すると、本件私道が二項道路であることを否定することは正義に反する。そうすると、被告が、本件訴訟において、原告に対し、本件私道が二項道路であることを否定する趣旨の主張をすることは信義則上許されない、と判示したのです。

平成一八年判決の意義は以下の点にあると考えられます。

二項道路は、先にも触れたように、一定の基準を満たしている場合に特定行政庁が職権で指定するものです。本件では、一括して指定する方式がとられていました。つまり、建築基準法第三章の規定が適用された時点等の基準時に要件を満たしていれば、自動的に二項道路に指定されるわけです。この場合、その時点では、ある私道が二項道路に指定されたのかどうかは、住んでいる人も特定行政庁も必ずしもよく分からないわけです。ところが、その後、例えば建築確認を受ける必要が出てきたり、あるいは通行妨害などの事態が生じたときに初めて、その私道が二項道路であるかどうかという問題が顕在化してくることになります。つまり、二項道路指定の時点から相当年月日が経って、目の前の私道

が二項道路かどうかが問題になるわけですが、年月が経っているので二項道路の要件の立証は難しくなります。

そうすると、二項道路とはいえない、したがって妨害排除請求の要件を満たさない、という結論になってしまいそうです。原審はまさにそう判断しましたが、最高裁は、二項道路ではないという被告の主張を信義則の適用によって封じたわけです。

ここで信義則が援用されたのは、もともと被告は二項道路であることを前提とした行動をとっていたのに、後になってそれを否定するという矛盾した態度は許されない、というところにあると思われます。つまり、被告の過去の行為は、建築基準法四三条の接道義務との関係で建築基準法上重要な意味を持っていたのですが、被告がその後これと矛盾する行為をとることによって、近隣住民の生命・身体・財産等を侵害する危険性を高めています。そのような危険性をもたらす行為は、まずもって正義に反するといえるでしょう。また、近隣住民も、被告の行為を見て本件私道が二項道路であると信頼して行動をとっていたのに、被告がその信頼を裏切るという状況も発生しているわけです。これらの点から、信義則違反という裁判所の判断が導かれたものと理解することができます。

そのように理解すると、平成一八年判決からの示唆として、以下の点が挙げられそうです。

第一に、土地利用の調整をめぐる紛争においては信義則の活用が適していることを、改めて確認した点です。

土地利用の調整をめぐる紛争では、信義則の適用によって衡平な解決が図られるべきであるということが、これまでもよく指摘されてきました。つまり、特別な社会的接触の関係にある者同士の間では信義則の適用が重要である、土地利用の調整をめぐる紛争、特に相隣関係的な紛争というのはまさにそういう場面であって、信義則はそのような紛争の解決規準として適している、ということです。そうすると、本判決のように信義則を活用することは、従来から期待されていたわけです。

第二に、本判決における信義則の適用の仕方を見ると、私道敷地の所有者が建築基準法上の私道の維持・確保という制約を負わされてもやむをえない、ということを正当化する理由として信義則をさらに広く用いることができるのではないでしょうか。この点は、先ほど述べた、私道敷地の所有者に課された制約をいかに正当化するかという観点（上記（二））から見て、重要であるように思われます。

位置指定道路の場合、指定を受けるにあたって道路敷地の所有者が自らその申請をしています。したがって、その点に、建築基準法上の私道の維持・確保という負担を引き受けるという意思を見出すことができます。あるいは、そのような負担を引き受けた人から、負担が課されていることを認識ないし認識可能な状況の下で、その土地を譲り受けたわけですから、同様に負担の引受けという契機があるでしょう。そうすると、位置指定道路の場合には、負担の引受けという意思があることを理由に、私道敷地の所有者に対する制約が私道の通行者との関係でも正当化されてもよいと考えられます。

これに対して、二項道路の場合はどうでしょうか。二項道路は職権で指定されるため、通常は私道敷地の所有者の知らないうちに、建築基準法上の道路に関する諸制約に服していることが多いといえます。したがって、位置指定道路の場合と同じように、制約を正当化する理由を、負担を引き受ける意思に求めるのは難しいことになります。そのため、従来から、位置指定道路の場合には、私道敷地の所有者に対する制約を正当化することができるから、私道通行者の妨害排除請求権の要件を緩和してもよいが、二項道路の場合には、そのような正当化理由が認められないから、要件の緩和には慎重であるべきだ、という議論もあったのです。

しかしながら、本判決が用いた信義則という論拠は、二項道路の場合において、私道敷地の所有者に対する制約を正当化するための一つの有力な理由になるのではないでしょうか。なぜなら、信義則を媒介とすることで、二項道路の指

定時（二項道路の場合、位置指定道路の場合とは異なり、この時点のみに負担の引受けという意思ないし契機を見出すことは困難です）から現在までの私道敷地の所有者の行為全体に目を向けて、建築基準法上の私道の維持・確保という負担を引き受ける旨の意思ないし契機があったかどうかを柔軟かつ実質的に判断することができると考えられるからです。本判決が用いた信義則には、以上のような議論の可能性が秘められていると考えられ、建築基準法上の私道の通行妨害に対する妨害排除請求の可否をめぐる議論（さらには、民法の土地利用の調整規範における調整の構造や仕組みを考える上でも）に重要な示唆を与えるものであるといえるでしょう。

六　今後の課題

本報告では十分に取り上げることができなかった点をいくつか指摘して、本報告を終えることにします。

（一）民法上保護に値する権利・利益のより広範な抽出

まず、建築基準法における議論から示唆を受けて、民法学としては、民法上保護に値する権利・利益をより広範に抽出することが考えられそうです。

従来の判例は、建築基準法上の私道を通行するについて日常生活上不可欠の利益というように、通行利益に焦点を当てていました。しかし、建築基準法上の私道というのは、通行を保護するだけではなく、その他にも近隣住民の生命・身体・財産等の利益を保護する面もあります。例えば、東京高決平成一一年八月二日（判時一七〇六号三頁）は、ある敷地の建築計画について、建築基準法四三条一項の接道義務を満たしていないにもかかわらず建築確認がされてしまっ

たので、近隣住民がその建築確認の取消しを求めた事件です。近隣住民に原告適格があるかどうかが問題になったわけですが、その中では、接道義務の趣旨は個々の近隣住民の生命・身体・財産の保護につながっていることを丁寧に論じています。

こういう議論を参考にすることで、民法上でも、建築基準法上の私道の通行妨害という事態において、通行利益だけにとどまらずに、例えば私道沿接土地の所有者の生命・身体・財産に焦点を当てることもありえます。そして、それらの権利・利益を保護するという形をとりながら、建築基準法上の私道の公共的利益の実現を図っていくことが考えられるでしょう。

（二）建築基準法における土地利用の調整の構造・仕組みからの示唆

また、建築基準法における議論からの示唆としては、以下の点もあります。

建築基準法上の道路に関する規律は、私道敷地の所有者と私道沿接土地の所有者（ないし私道通行者）との利益を調整するものとしてとらえることができるのは、先に述べたとおりです（五（一））。他方で、民法の土地利用の調整規範も、まさにこの両者間における諸利益の調整を行おうとするものです。そうすると、この両者は、土地利用の調整規範という点で同じ土俵にのっているわけです。

もちろん、民法の土地利用の調整規範においては、民法独自の観点から調整の構造や仕組みを検討することが必要です。しかしそれでも、建築基準法による調整の構造や仕組みは、利益調整の一つのあり方を示すものとして、民法の土地利用の調整規範を検討する上で有用であり、大いに参考にされるべきでしょう。

（三）民法におけるその他の土地利用の調整規範への着目

さらに、土地利用の調整規範という同じ土俵にのっている点からいえば、民法におけるその他の土地利用の調整規範に着目することも必要でしょう。

建築基準法上の私道の通行妨害を民法上で排除するには、判例のいうような人格権的権利という構成による妨害排除請求だけが考えられるわけではありません。例えば、当該私道について通行地役権の設定があったと認定できるのではあれば、当該私道の沿接土地（＝要役地）の所有者は、通行地役権に基づいて、私道敷地（＝承役地）の所有者に対し妨害排除請求をすることも考えられるわけです（通行地役権に基づく妨害排除請求を認めた近時の判例として、最判平成一七年三月二九日判時一八九五号五六頁があります）。

既に述べたように、建築基準法上の私道の通行妨害をめぐる対立・衝突は、基本的には、私道敷地とその周辺土地の利用とをどのように調整するかという問題としてとらえることができます。そうすると、人格権的権利という構成による妨害排除請求権も通行地役権に基づく妨害排除請求権も、この場面において土地利用を調整するためのツールとして位置づけられることになるでしょう。そのように考えると、さらに以下のような議論ができそうです。

まず、そもそも建築基準法上の私道の通行妨害を排除するために、果たして人格権的権利という構成がふさわしいのかどうかです。この点については、この問題はむしろ私道敷地をめぐる物的な争いであるから、いわば地役関係がここにあると考えて、通行地役権の方に引き付けて議論されるべきだ、という問題認識が従来から示されているところです（岡本詔治「建築基準法上の私道と通行の自由権（私権）」島法三五巻四号（一九九二）一一頁、二八頁以下）。本報告のように土地利用の調整規範という土俵を設定すると、このような問題認識に注意を払うべきことになるでしょう。

次に、通行地役権の構成の方が公共的利益の実現にとってむしろメリットがあるのではないか、という議論の可能性

です。一例を申し上げれば、ドイツ法の議論では、例えば都市計画法等で法律上所有権の制限が課されている場合であっても、重ねて地役権を設定しておくことがあります。その土地に対する公法上の規制を、地役権の設定によって私人間の間でも継続的・安定的に維持・運用し、かつ、規制違反が生じた場合には、地役権に基づいて妨害排除等の請求をすることで速やかに規制違反の状態を除去することができるからです。このような点に地役権の意義があるとされています（拙稿「ドイツにおける都市計画と並存する地役権」早法八一巻一号（二〇〇五）二九頁以下）。

このように考えていきますと、通行地役権の解釈論を今後さらに鍛えていくことも、重要な課題といえるでしょう。

（四）おわりに

本報告では、民法における土地利用の調整ということを盛んに強調してきましたが、これは、すべてを民法でやろうという意味ではありません。行政法における土地利用の調整といわば相互補完して、全体としてうまくやっていければよい、全体としてはそのようなイメージを考えています。そのためには、行政法で土地利用の調整がどのように行われているのかをまずはしっかり見た上で、そこに欠陥や不備があるとすれば、民法がそこを補充する意義ないし役割を担わなければなりません。

もっとも、もう一つ付け加えておくべきは、仮に不備や欠陥が行政法の側で克服されるとしたら、民法には土地利用の調整に関してもはや何の意義もないのかというと、そのようにも考えていません。民法の側ではむしろ、先ほど挙げた個人の権利・利益の方に着目して、その権利・利益をどのように保護するかという観点からアプローチすることは依然としてあり、それはまさに民法に期待されている本来的な意義であろうと思います。そして、その結果が公共的な利益の実現と密接につながることもあるわけです。そのような場合に、私的利益と私的利益、そして私的利益と重なり合

う公共的利益との絡み合いをどのように調整するか。このことは、民法学に突き付けられた課題として今後も議論される必要があります。

いずれにしましても、私法と公法の交錯には民法学発展のための重要な手がかりが含まれていることは、間違いありません。この後の議論において、いろいろとご批判、ご意見等をいただければ幸いに存じます。

【付記】

本稿は、シンポジウム当日の報告原稿に加筆修正したものです。そのため、判例や参考文献等の引用は必要最小限にとどめています。なお、本稿のテーマについては、後日、別のところで論考を公表する予定です。

報告二

産業廃棄物規制における公法的手法と私法的手法

北村喜宣

一．環境法における「公法的手法」と「私法的手法」

環境法の発展の歴史は、事後的・個別的・当事者主義的性格を有する民事的対応から、事前的・一般的・公共政策的性格を有する行政法的対応への展開の歴史といえます。(1) 手法論の観点からは、私法的手法に対する公法的手法の優位

を指摘することができます。しかし、実定法が制定され、そこに行政法的手法が規定されたとしても、それは万能薬ではなく、問題のすべてを解決するわけではありません。事前的・一般的・公共政策的という行政法的対応の特徴は、その長所ではありますが、限界もまた有しています。その限界を克服するには、私法的対応が必要な場合があります。また、そうした一時的対応としてのみならず、行政法的対応を効果的にするための「伴走者」として、私法的対応が重要な意味を持つこともあります。

行政も、「義務づけ→違反執行」という伝統的な権力的対応だけではなく、行政目的の達成のために、積極的に私法的手法を用いることがあります。その利用の仕方も、対応すべき事象の性質に応じて、多様になってきています。そこで、「私法的手法が現実にどのように利用されているか。それはなぜか。」という観点から行政規制システムの実施過程をいわば「裏側から」みることは、制度改善への実証的証拠を得ることにつながるように思われます。

もっとも、本報告は、そのような本格的実証研究をするものではありません。もっぱら報告者の能力の限界ゆえに、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」（廃棄物処理法）の産業廃棄物法の制度と実施を素材にして、公法的手法と私法的手法の利用の実情と意義などについて、いくつかのコメントを述べるにとどまることをお許しいただければと存じます。

二．典型的警察規制法としての廃棄物処理法

（一）警察規制法

行政法学においては、行政作用法をいくつかの類型に分けることがあります。そのひとつが、警察規制法という分類です。このタイプの法律は、社会公共の安全・秩序を維持するという消極的観点から経済活動を制御する機能を持つ点

に特徴があります。こうした性質を持つ法律は、本来私人の自由に属する活動を社会公共への悪影響を防止するために一般的に禁止し、個別の申請にもとづいて、不適切なところがなければその禁止を解除するという構造を持っています。そこでは、許可制、あるいは、計画変更命令付き届出制が、中心的に規定されています。

理論的には、不適切かどうかをチェックする基準、すなわち、許可基準や命令基準が厳しく、かつ、それにもとづく審査も厳格であれば、結果的に私人の自由の制約は大きくなります。これは、行政領域によりますが、とりわけ公衆衛生的観点からの規制は、国家権力の介入からの市民的自由の確保という基本思想にもとづいていたために、私人の経済活動の自由が比較的尊重される内容となっていました[2]。結果的に、基準はそれほどクリアが困難ではなく、公共の秩序に支障がないかぎりは不許可とすることはできないといわれていました[3]。少なくとも一九七〇年に制定された当時の廃棄物処理法は、公衆衛生的観点からの規制の典型例と考えられていました[4]。生活環境の保全と公衆衛生の向上という目的の観点から、一般的な制度を設けて、その実施を通じて、国民福祉の向上を図ろうとしたのでした。

（二）産業廃棄物処理業許可の考え方

廃棄物処理法の前身は、一九五四年制定の清掃法です。清掃法のもとでは、主として一般家庭から排出されるごみの処理が市町村の事務とされていました。市町村が直営的に処理するほか、それで不十分な場合には、汚物取扱業許可を持った業者が対応することになっていたのです。事業許可制が採用されていました。工場の製造工程からは、現在でいう産業廃棄物が発生していましたが、それを正面から受けとめた制度は清掃法には規定されていなかったのです。その結果、高度経済成長期のなかで、「産業廃棄物の排出が膨大なる量にのぼっておること、またそれがいまのような清掃法の処理体系のもとにおいてはとうてい処理し得ないような状況[5]」が現出しました。そこで、廃棄物処理法は、家庭

系ごみである一般廃棄物とは別に産業廃棄物というカテゴリーを設け、その処理責任が排出事業者にあることを明確にするとともに、新たに産業廃棄物処理業を許可制にして、民間による産業廃棄物処理サービスの供給を図ったのです。

処理責任の観点からは、一般廃棄物は「公」といえます。すなわち、廃棄物処理法六条の二第一項は、「市町村は、一般廃棄物処理計画に従つて、その区域内における一般廃棄物を生活環境保全上支障が生じないうちに収集し、これを運搬し、及び処分……しなければならない。」と規定しています。一般廃棄物処理は、法律によって市町村の責任とされているのです。これに対して、産業廃棄物は「私」と整理できるように思います。すなわち、同法一一条一項は、「事業者は、その産業廃棄物を自ら処理しなければならない。」と規定しています。自ら処理、あるいは、自社処理が原則なのです。

およそ許可制の場合、法律のなかで、許可を与える基準（要件）と許可を与える判断（効果）についての規定が設けられるのが通例です。それぞれには行政裁量が存在しますが、それがどの程度であるかは、規定の文言、制度の趣旨目的、規制対象となる行為の性質などにより決まってきます。[6] 廃棄物処理法は、産業廃棄物処理業の許可に関して、「都道府県知事は、……許可の申請が次の各号に適合していると認めるときでなければ、……許可をしてはならない」（一四条五項、一〇項）と規定しています。

処理業許可にあたっての行政裁量は、どのように解されてきたのでしょうか。まず、学説上、産業廃棄物処理業の許可は、「警察許可」と考えられてきたことを指摘しておく必要があります。[7] 警察許可とは、学問的には、「すでに法令または行政行為によって課されている一般的禁止を、特定の場合に解除する行為をいう。」とされています。[8] 警察許可の例としては、公衆浴場や食堂などの許可制があげられることが多いようです。[9] これらと産業廃棄物処理業との事業としての性質にどのような異同があるのかは興味深い分析対象なのですが、そうした点には必ずしも十分な関心が払わ

れずに公衆衛生規制という共通点を重視しての分類であるように思われます。

行政実務においても、ほぼ同様の認識が示されています。すなわち、「申請者が技術上の基準に適合する施設及び能力を有し、かつ欠格要件に該当しない場合には、必ず許可をしなければならないものと解されており、法の定める要件に適合する場合においても、なお都道府県知事に対して、許可を与えるか否かの裁量権を与えられているものではない」とされているのです[10]。裁判例も同様であり、「効果裁量がなく、所定要件に適合する場合は許可をしなければならないとの羈束裁量であるするのが確立された解釈（福岡高判昭和五九年五月一六日行裁集三五巻五号六〇〇頁、名古屋地判平成三年一一月二九日判例時報一四四三号三八頁、東京地判昭和五三年七月一七日判例時報九〇八号六二頁等）」とするものがあります（札幌地判平成九年二月一三日判例自治一六七号六四頁）[11]。

羈束裁量説をとるとしても、要件の認定には裁量があります。それをかなり厳格に審査すれば、結果的に、許可は出されにくくなります。しかし、廃棄物処理法の立案関係者は、「廃棄物の処理体制が未成熟の現状においては、規制を強化するよりもまず、廃棄物の処理体制の整備を促進することが急務」と認識していたことからも明らかなように[12]、要件の充足、すなわち、許可の取得はかなり容易と考えられていたのです。行政職員や産業廃棄物処理業者からも、とりわけ収集運搬業についてはそうした実態にあることを、私は幾度となく耳にしています。申請者の能力としての「処分を的確に行うに足りる知識」（施行規則一〇条の五第二号ロ（一））は、実際には、収集運搬二日間、中間処理・最終処分五日間の講習会の受講修了証をもって判断されます。講習の最後には試験もあり、最近では少し難しくなったといわれますが、それでも合格率は九〇％程度です[13]。許可審査にあたっては、知識に関する口頭試問がされるわけでもなく、審査はそれほど厳しくはないのが実態です。一般的禁止によって抑えられている自由をできるかぎり回復するという警察許可のモデルに、産業廃棄物処理業許可制度の運用はよく適合しているということができるでしょう。

（三）産業廃棄物処理施設許可の考え方

それでは、産業廃棄物処理施設についてはどうでしょうか。一九七〇年の制定時には、中間処理施設のみが届出制で規制されていました。最終処分場が届出制の対象になるのは、一九七六年改正によってであり、それが、一九九一年改正で、ようやく許可制のもとに置かれることになります。このことからも明らかなように、最終処分場の抱える問題性を十分に認識せずにスタートしたのが廃棄物処理法なのです。

廃棄物処理法は、「都道府県知事は、……許可の申請が次の各号のいずれにも適合していると認めるときでなければ、同項の許可をしてはならない。」と規定しています（一五条の二）。産業廃棄物処理業許可と同じような規定の仕方です。横並び立法の典型であり、処分場がもたらす環境リスクなどへの関心や配慮は、条文からは感じられません。行政裁量に関しては、裁判例（札幌地判平成九年二月一三日判例自治一六七号六四頁）も行政実務[14]も、羈束裁量説をとっています。大きな環境リスクをはらむ最終処分場がそもそも規制対象外であったのは驚くべきことですが、施設に対する規制を強化したとされる許可制のもとでも、処理業の許可と同じ性質と捉えていることが印象的です。現場の実態に疎い学説や裁判例がそのように解するのはわかるとしても、行政実務もそうであったという点が興味深いですね。

三　産業廃棄物処理業の特徴と法制度の限界

（一）通常の事業許可：「良貨が悪貨を駆逐する」

産業廃棄物処理業許可が市場への参入障壁の低い警察許可であるとして、立法者は、生活環境の保全と公衆衛生の向上という廃棄物処理法の目的実現に向けて、この許可制度がどのように機能すると考えたのでしょうか。同様に警察許

可とされる食品衛生法の飲食店営業許可について考えてみましょう。

食品衛生法は、「都道府県知事は、その営業の施設が前条の規定による基準に合うと認めるときは、許可をしなければならない。」（五二条二項）と規定しています。典型的な羈束裁量規定です。食品衛生法の基準は、公衆衛生的観点からするナショナル・ミニマム的基準ですが、より清潔な環境で食品を提供しようと考える飲食店は、基準以上の設備を整えるでしょう。飲食店は市場において他店と競争していますから、より清潔な店舗がより利益を上げるということになれば、最低基準に安住していたのでは競争に敗れてしまいます。そこで、法律による強制などなくても、より厳格な基準を自らつくってその達成に努めるインセンティブが存在しています。そのようにしてレベルアップしたことは、おそらくは宣伝を通じて積極的にマーケットに知らせようとするでしょう。結果的に、「良貨が悪貨を駆逐する」というマーケットメカニズムが機能するのです。食中毒を出した店舗に対して営業停止処分をするというような行政の監督活動は必要ですが、日常的には、いわば消費者が、言い換えればマーケットが監視をしてくれているといえます。

（二）産業廃棄物処理業許可：「悪貨が良貨を駆逐する」

一方、産業廃棄物処理業はどうでしょうか。同じく警察許可にもとづく営業なのですが、歴史的にみれば、そこには「悪貨が良貨を駆逐する」というメカニズムが働いていました。適正処理を実現するために投資をすれば、当然に費用がかかります。ところが、そうはせずに、最低の設備で安い価格を提示していても、それなりに仕事はきます。排出事業者との間に提携する委託契約は、委託基準に適合していなければなりませんが、長らく、そこには価格に関する規定がありませんでしたから、たとえ、受注ほしさに提示したダンピング気味の料金であっても、また、ディスカウントを迫られて泣く泣く提示した料金であっても、それは両当事者が合意したものであり、公法的にも問題はなかったのです。

契約自由の原則が尊重されていました。不法投棄しかできないような料金で請け負ってやはり不法投棄をした場合であっても、委託基準に形式的に適合していれば、排出事業者は行政法的責任を負いませんでした。現在も、処理価格それ自体についての規制はありません。決定した価格を契約書に記載する義務があるだけです。

また、産業廃棄物処理業と飲食店営業とでは、提供される「サービス」の内容に大きな違いがあります。おいしい料理をリーズナブルな料金で提供してくれるレストランは繁盛するでしょう。支払いをする側からみれば、購入したサービスを自分が楽しむことができるのです。これは、飲食店営業に限りません。クリーニング店でもデパートでもそうです。それゆえに、サービスの内容には関心があります、お店選びにも真剣になります。グルメガイドブックは売れるのです。

ところが、産業廃棄物処理業の場合、提供されるサービスは、「目の前から産業廃棄物を持ってゆく」こと「だけ」です。支払者に対してリターンがくるわけではありません。高い料金を払おうと安い料金を払おうと、目の前からなくしてくれることについては同様であって、それゆえにサービスの質について、排出事業者の関心はきわめて低かったのでした。現在も、基本的にはそうであり、状況に変化はありません。産業廃棄物処理は、グッズに関するサービスではなくバッズに関するサービスなのです(15)。処理業者ガイドブックなどは存在しません。そうしたせいか、処理業者の側も、積極的に宣伝をして顧客を獲得しようと競争することがそれほどなかったといわれています。

廃棄物処理法は、このような産業廃棄物処理業のサービスの特徴を十分に理解して制度設計されたわけではありません。おそらくは、食品衛生法などと同様の発想であっただろうと思われます。あるいは、市町村が事業主体となった家庭系ごみ処理を規定していた清掃法を参考にして制度設計されたのでしょう。しかし、産業廃棄物処理業については、消費者たる排出事業者による監視は機能しにくいのです。行政が事業主体になるわけでもありません。「良貨が悪貨を

駆逐する」というマーケットメカニズムが機能しにくい状況がありました。そうであるにもかかわらず、警察許可だとされ、羈束裁量という理解のもとで、多くの事業許可が出されたのでした。

四．産業廃棄物処理施設の特徴と法制度の限界

（一）よくわからない実態

ここでは、廃水をする工場との対比で、最終処分場について考えてみましょう。水質汚濁防止法のもとで規制される特定事業場は、排水基準を遵守する義務を課されています。生産工程で発生した廃水は、パイプを通して浄化施設に集められてそこで中和剤を投入したりバクテリアによる処理をしたりして、排水基準に適合した状態にして公共用水域に排水されます。その浄化施設が適切に機能するかどうかは、届出に際して提出される図面などで確認されますし、操業後に立入検査で機能不全が発見されれば改善命令などで対応されます。

一方、最終処分場は、「産業廃棄物処理施設」とはいうものの、中間処理施設や特定事業場といった陸上の建築物・工作物とは異なって、「自然のなかに廃棄物を埋め込む」ものです。許可にあたっては、技術上の基準に適合していることや生活環境保全上の配慮がされていることが求められますが（一五条の二第一項）、実際には、生活環境の保全や公衆衛生の向上の観点からは、「わからない部分」がかなり多くあります[16]。埋立が進行し時間が経過するにつれビニールシートの遮水工が劣化・破断することがあることはよく知られていますし、岩盤を遮水工として用いたとしても透水地層の存在を申請者も行政も見落としていたためにそこから汚水が浸出することもあります。これらは改善命令の対象になる基準違反なのですが、埋立がかなり進行した時点でそうしたことがわかったとしても、的確な対策を講ずること

ができるかどうかは疑問です。廃棄物処理法のもとで公法的規制システムはそれなりに整備されているのですが、それが予測する範囲外の事態に立ち至った場合に、公法的システムは無力となります。

最終処分場には、毎日、大量の産業廃棄物が搬入されます。許可を受けた品目についてのみ適法に処分することができるのですが、現実には、許可品目以外の廃棄物が混入することは不可避です。それが周辺環境を汚染する原因になるのですが、処理業者の自己モニタリングと行政の立入検査でそうした事態を排除することは、現実には不可能です。公法的システムはあるものの、機能しません。特定事業場の排水は河川や海という表流水にされますから、発見もまだ容易です。また、希釈もそれなりに期待できます。ところが、最終処分場の場合には、地下水が汚染され、その流速は遅いこともあって、ストック汚染として長くその周辺環境に負荷を与え続けることになるのです。

（二）民事裁判における認識

このような公法的システムの限界は、民事訴訟によって明らかになっています。すなわち、基準に適合しているがゆえに問題はないとして知事の許可を得た最終処分場の建設や操業が、仮処分や差止訴訟によって止められているのです[17]。

たとえば、「これまで他の安定型処分場では、法令上健康を損なう物質とされている物質を含んだり、……中には異常な臭気を伴ったりもしている水が排出された例が複数〔ある〕」というように、現実の操業は廃棄物処理法が予定したシナリオ通りにはいかないことが、実例を踏まえて認定されています（仙台地判平成四年二月二八日判時一四二九号一〇九頁）。また、管理型処分場に関する最近の裁判例においては、許可の審査において経理的基礎があるとされたにもかかわらず、「行政による設置許可を受けたということは設置のための一定の基準を満たしたということにすぎない。」とされ、「有害物質が地下水に浸透することがないように万全の措置が講じられなければならない……が、そのために

は経済的な裏付けが必要であるところ、営利を目的とする私企業である被告には本件処分場の操業につき適切な維持管理を継続するだけの経済的な基盤を認めることができない。」とされています（千葉地判平成一九年一月三一日判時一九八八号六六頁）。廃棄物処理法の規制が万全ではないことは、民事訴訟の世界では、もはや「常識」といってよいでしょう。

五．私法的手法による公法的システムの補完の必要性と困難性

（一）環境保全協定

（a）処理施設立地と環境保全協定

地域の環境保全のために、協定という契約手法が用いられることがあります[18]。これは、私法的手法です。協定は、住民と処分場設置業者の間で締結される場合と、市町村と処分場設置業者との間で締結される場合があります。その意義や機能は、協定を必要とする法的状況・社会的状況により多様です。法的規制が前提にある場合には、それだけでは不十分な個別的事情があり、それに対して法的拘束力を持った対応をする必要があると感じる側からの申し出を事業者側が受け入れて成立します。行政法的規制には一律的という特徴がありますが、それが個別具体的場合にベストフィットしないという事情があります。端的にいえば、「緩すぎる」のです。

こうした協定は、建築協定、緑地協定、景観協定のように、まちづくり行政においても多く用いられていますが、廃棄物処理施設のような「迷惑施設」に関しても用いられることがあります。環境省によれば、二〇〇五年度において締結された行政を一方当事者とする協定二，三九四件のうち一二七件（約五％）が廃棄物関係の協定となっています。か

つてはもっと多くの割合を占めていました。協定の締結には特段の法的根拠を要しませんが、条例に規定のある場合もありますし、要綱に根拠を有する場合もあります。

協定が求められる理由は何でしょうか。一般には、以下のように整理されます。第一は、廃棄物処理法システムでは不十分な規制を強化する必要があるからです。許可の内容にもよりますが、協定には、搬入時間の制限、処理水データの開示、公害防止担当者の配置、損害賠償、義務違反に対する違約金などが規定されています。第二は、廃棄物処理法システムが解決できない「不安」への対応でしょう[19]。許可が与えられた処分場の遮水工が破断して地下水汚染を発生させたとか、処理能力以上の廃棄物を搬入して不法投棄状態になったという例も少なくありません。民事訴訟が明らかにしているように、都道府県の行政権限だけでは防止しえないのです。もちろん、住民の力で完璧に対応できるわけではありませんが、住民を当事者とした協定においては、住民の立入権限を規定したり、質問に対して誠実に回答する旨を規定したりする協定もあります。第三は、権限を有する都道府県では小回りがきかず腰も重いために、地元市町村として一定の権限を持つ必要があると考えられることです。もっとも、事務処理特例条例を通じた権限移譲（地方自治法二五二条の一七の二）を受けるというのは、市町村にとっては現実には重すぎるでしょう。また、自主条例による規制も、廃棄物処理法との関係で二重行政と批判されかねません（徳島地判平成一四年九月三日判自二四〇号六四頁）。合意にもとづき法的拘束力を有する個別措置は、市町村にとっては都合がよいといえます。

（b）産業廃棄物処理に関する協定の機能

協定が求められる理由と重なる部分もありますが、ここでは、［表二］に掲げた裁判例のなかで取り上げられている現実の協定を素材にして、その機能について考えてみましょう。協定には、行政の関与がなく住民と処理業者のみで締

結されたもの（タイプA）、行政の個別的関与を踏まえて住民と処理業者で締結されたもの（タイプB）、締結を予定する一般的枠組みのもとで締結されたものがあります（タイプC）。タイプCの枠組みには、紛争調整条例と廃棄物処理法の許可に何らかの意味でリンクする条例・要綱とがあります。「行政」「枠組み」は、廃棄物処理法の権限を有する都道府県・政令市の場合とそれ以外の市町村の場合があります。

協定のなかでは、操業に関する条件が規定されます。廃棄物処理法との関係でいえば、上乗せ・横出し的な内容が規定されるのです。

［表一］協定と同意制に触れる裁判例

① 福岡高裁平成一九年三月二二日判決（判自三〇四号三五頁）
② 奈良地裁五條支部平成一〇年一〇月二〇日判決（判時一七〇一号一二八頁）
③ 千葉地裁平成一九年一月三一日判決（判時一九八八号六六頁）
④ 千葉地裁木更津支部平成一七年五月一二日判決（判タ一一九八号二三〇頁）
⑤ 大阪高裁平成一六年五月二八日判決（判時一九〇一号二八頁）
⑥ 新潟地裁平成一〇年一一月二七日判決（LEX/DB #二五四〇〇〇九）
⑦ 札幌地裁平成九年二月一三日判決（判例自治一六七号六四頁）
⑧ 津地裁平成一四年一〇月三一日判決（LEX/DB #二八〇八〇七五）
⑨ 福島地裁平成一四年五月二一日判決（訟務月報四九巻三号一〇六一頁）

（ア）補完的上乗せ・横出し規制

①判決では、「福岡県産業廃棄物処理施設の設置に係る紛争の予防及び調整に関する条例」のもとで締結された町と処理業者との協定の効力が争点となっていますが、その内容のひとつに、産業廃棄物最終処分場の施設使用期限条項がありました。最終処分場許可においては、その期限は規定されず、許可を受けた処分場の営業をどのようにするかは許可業者の裁量ですが、それに枠をはめる内容となっていました。これは、法的規制との関係では、上乗せということができます。許可業者にとっては不利な内容ではあるもののそれに合意をしたかぎりは拘束されると原審は判断したのですが、①判決は、そうした内容は知事の専権事項であるとして、協定自体の法的拘束力は認めつつも、施設使用期限条項を無効と解しました。処理施設の使用期限に関する決定は私的自治に委ねることができない事項というわけです。一般に、公法的規制を緩める協定は強行法規に違反して無効であるとされますが、上乗せが無効とされたのは興味深いですね[20]。なお、①判決は、福岡県条例のもとでの協定の意義について、「生活環境の保全という目的のために，あたかも許可条件と同じか，あるいはこれに準ずる役割を果たすことになる」としています。法律を補完する機能を持つという認識は正当であると思われます。

⑥判決では、周辺住民と処分場の間に締結されている協定の内容が問題になりました。「求めに応じて報告をする。調査を受忍し費用は負担する。」という規定を遵守しない処分業者に対する仮処分が認められた事案です。報告や調査は廃棄物処理法のもとで県に授権され、処理業者はそれを受忍する法的義務がありますが、住民に対する関係でも同様の制約を任意で引き受けたことになります。横出し的な制約といえます。

廃棄物処理法のタテマエ性については、先にみました。さらに付け加えると、①判決のように、「そもそも法令や維持管理基準を遵守していても，安定型処分場に安定型産業廃棄物以外の有害物質が混入することが不可避」としたり、「安

定型産業廃棄物のみの埋設が許可されている安定型最終処分場であっても、その操業によって水資源等が汚染される危険があるということは、いまや否定できない事実」（前橋地決平成一三年一〇月二三日判時一七八三号一三一頁）とまで認定するものがあります。廃棄物処理法の規制システムに対する信頼性は、裁判所によっても否定されているといってよいでしょう。こうした現実のなかで、「生活環境の保全および公衆衛生の向上」という廃棄物処理法の目的を達成するために協定が用いられているように思われます。

（イ）許可との個別的統合

②判決のなかでは、安定型処分場と周辺住民との間の協定（第一次協定、第二次協定）が問題となっています。第一次協定は、知事の許可処分の前に締結されていますが、許可処分の附款のひとつとして、「事業の運営にあたっては、法令及び第一次協定を遵守すること」が含まれていることが興味深いところです。私法的手法の公法システムへの取り込みと評することができるでしょう。附款の条件に違反すれば許可取消もありえますから、結果的に、公害防止協定の実効性確保を廃棄物処理法で担保することになっています。行政法学的には、第一次協定による負担の内容が附款の限界を超えていないかが問題になります。第一次協定と第二次協定のいずれにおいても、安定五品目以外の持ち込みを厳禁する規定があります。これ自体は、廃棄物処理法の規定する処理基準であって、協定に規定してはじめて効果を持つような内容ではありません。安定五品目以外の処理があれば改善命令の対象になりますが、知事の命令がタイムリーに出される保障はありません。第一次協定には、「違反行為が継続していると甲が認めた時は、甲はこれに対し直ちに、搬入及び埋立行為の中止を命令することができる」という規定がありますが、これは、まさに、私人である周辺住民が廃棄物処理法の権限を実質的に行使するものといえます。一般に、民事差止訴訟においては、被害発生の高度の蓋然性

が証明されてはじめて操業停止などの請求が認容されます。この点で、協定のなかで、従うべき基準などが明確に規定されていれば、その違反事実だけを理由にして差止訴訟によって操業を止めることも可能になってきます。[21]

まちづくり系の協定は、法律の規定が遵守されることを当然の前提としたうえで、協定締結を通じて、「よりよいまち」をつくることが目的とされていますが、産廃系の協定は、法律が十分には実施されないことを前提にして、協定によって何とか法律目的を達成しようとしている点が特徴的です。比喩的にいえば、まちづくり系の協定が「〇をプラス一〇にする」ためのものであるとすれば、最終処分場に関する協定は「マイナス一〇をせめて〇にする」ためのものといえるでしょう。廃棄物処理法の実施責任を持つ都道府県は、同法だけではその目的を達成することが困難と判断して、補充的に協定を利用しているのです。そして、その一方当事者は、都道府県自身ではなく市町村であることが注目されます。

協定の締結を知事の許可の附款に含める実務もあります。③判決の事実認定のなかには、「銚子市，東庄町及び海上町との間において，一市二町からの要請に基づき，環境保全対策等について協定を結ぶこと。」を条件として千葉県知事が許可をした旨の記述があります。協定が締結されれば許可が発効するという趣旨であれば、形式的にみれば、附款のなかの「条件（停止条件）」に該当しますが、相手方の任意による契約締結を条件とすることは比例原則違反の疑いがあります。「正当の理由なく協定締結を拒否してはならない」というような義務は相手方にはありませんから、不可能を強いる結果になるからです。訓示規定と理解せざるをえない内容でしょう。

（ウ）要綱を通じての廃棄物処理法システムへの制度的取込み

契約的手法である協定は、当然のことながら、相手方の任意の同意がなければ締結されません。ところが、自治体の

運用のなかには、周辺住民や地元市町村との協定締結をあたかも許可条件のひとつであるかのごとく制度的に位置づけているものがあります。そのように扱う条文上の根拠はありませんが、協定書を申請必要書類と解しているのです。

③判決で触れられた行政運用の背景には、「千葉県廃棄物処理施設の設置及び維持管理に関する指導要綱」があり、制度的取込みの一例となります。④判決は先に引用しましたが、そこにおいても、そうした千葉県の運用が記述されています。⑤判決の事件においては、「滋賀県廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行事務取扱要領」のもとで、許可申請に際して、「予定地先の地元住民の同意あるいは公害防止協定締結を必要とする。」とされています。[22]これは、「産業廃棄物処理業者が円滑に廃棄物処理施設を設置し、その事業を継続していく」ためのものとされています。⑦判決が触れる「北海道産業廃棄物の処理に係る指導指針」も、関係市町村との公害防止協定締結を求めています。なお、これらの運用は、要綱にもとづくものであり、条例で求める例は参照しえませんでした。

（二）同意制

（a）処理施設立地と同意書

同意制とは、「施設の立地にあたり、事業者に対して、隣地の土地所有者や地元自治体など特定の者の「同意」を証する書面を行政に提出することを求める制度」です。[23]私人間で一定事項について合意をした結果が、「同意書」に表現されます。同意書の前提となるのが、当事者間の「合意」です。私人間の行為を公法的システムのなかで利用するのです。公法的システムには、法律や条例のように法的拘束力を有するものもあれば、要綱のように行政指導としてしか機能しないものもあります。

同意は、本質的には、協定と同じですが、協定の場合には、事業者がなすべき義務がそのなかに規定されます。一方、

同意の場合には、一定事項を受け入れるかどうかであり、少なくとも表面的には、協定よりも単純です。

環境省が取りまとめた『都道府県・政令市における産業廃棄物の処理施設設置等に係る行政指導等の実態調査』（二〇〇二年）は、産業廃棄物処理施設立地にあたって同意制が用いられる理由として、（ア）住民と設置者との間の設置前後の紛争防止・回避、（イ）地域調和型施設の実現、（ウ）不十分な許可制への対応、（エ）悪徳業者のふるいわけ、（オ）早期の情報提供をあげています[24]。これは、自治体行政側の回答ですが、結果的に、廃棄物処理法の法システムのもとでは、上記五つの機能が果たされていないという認識が示されているように思われます。

（b）廃棄物処理法との関係

廃棄物処理法の最終処分場設置許可にあたって、同意制を設ける自治体は多くあります。その根拠は条例でなく要綱・要領です。⑤判決では、「滋賀県廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行事務取扱要領」のもとで協定とともに地元自治会の同意書を求める行政運用が記述されていました。⑧判決、⑨判決では、それぞれ地元住民の同意取得を求める三重県産業廃棄物指導要綱と福島県産業廃棄物処理指導要綱の手続が記述されています。

要綱のもとでは、許可申請に先立って同意を取得することが求められています。しかし、行政法的にみれば、これはあくまで行政指導にすぎず、同意書を欠く申請が不適式になるわけではありません。公法的システムとの関係では、同意には法的意味はありません（名古屋高判平成一〇年一一月一二日判タ一〇二五号二八六頁参照）。協定についてもそう考えられます（⑦判決）。両者は別の世界であって、法的にリンクするものではないのです。

（c）産業廃棄物処理における同意の機能

協定においては、最終処分場の構造や操業方法について具体的な記述がされます。有効期間が決められているものもそうでないものもありますが、いずれにせよ、協定は、将来に向かってその内容が遵守されることを意味します。契約としての内実があれば、②判決のように、その部分については、民事訴訟を通じて執行も可能です（そのほか、高知地判昭和五六年一二月二三日判時一〇五六号二三三頁参照）[25]。これに対して、同意は、基本的に、その瞬間だけのものです。この点で、協定と大いに異なっています。それが意味を持つのは、同意書の添付を踏まえてなされる許可処分までです。そのようなものをなぜ行政は求めるのでしょうか。

第一には、トラブルを回避したい行政の心理を指摘できます。同意がされているということは、地元反対がないことを意味します。最終処分場設置許可申請に対して、行政は「安心して」許可をすることができるのです。第二は、現行法が不十分であることについての行政の「諦め」です。行政法システムが適切に作動すれば、産業廃棄物最終処分場から大きな環境負荷は発生しないはずです。しかし、現実には、先にみた裁判例が指摘するように、汚染が不可避といってよい状況にあります。そうであることを行政は知っているがゆえに、それをも含んで地元住民に納得してもらいたいのでしょう。もちろん、廃棄物処理法が不十分だなどということは、行政の口からはいえるはずもありません。

同意をする住民の側からみれば、同意は、計画されている最終処分場に対する賛意でも支持でもなく、「諦め」の表現ではないでしょうか。同意しないという自由が確保されているにもかかわらず同意をするという理由は多様です。いずれにせよ、結果的には、そこに継続して居住することを前提にすれば、当該産業廃棄物最終処分場に起因する環境リスクを受容することを意味することになります。

（三）私法的手法の過重負担

一般に、公法的システムのなかで私法的手法が用いられる場合、それは、補完的であって、公法的システムの目的をよりよく発揮するためであることが通例です。ところが、産業廃棄物最終処分場をめぐる私法的手法の場合は、事情が大いに異なります。「生活環境の保全および公衆衛生の向上」という法目的が、廃棄物処理法の規制システムだけでは達成できないという異常な状況にあります。そうした事情に対応するために必要とされている面があるといえるでしょう。

そうなると、すべての許可施設について協定なり同意が必要ということになりますが、それはおかしいといわざるをえません。協定締結にせよ同意取得にせよ、関係住民は処理業者との交渉をしなければなりません。住民にそのようなコストを支払わせなければ維持できない廃棄物処理法の規制システムは、破綻しているということになるのかもしれません。

六．私法契約領域への公法的手法の拡大

（一）「契約自由」の修正と規制強化

（a）委託基準

先にみたように、廃棄物処理法上、産業廃棄物の処理責任は、排出事業者にあります（一一条一項）。しかし、多くの場合、排出事業者自らが処理をするのではなく、許可業者に委託して処理をさせています（一二条三項）。委託を受けた許可業者は、処理基準を遵守して処理をしなければなりません（一四条一二項）。さらに、廃棄物処理法は、委託に関して、排出事業者に対して、委託基準の遵守を義務づけています（一二条四項）。委託基準違反の契約の結果、許

可業者が不法投棄をした場合には、投棄者に加えて排出事業者も原状回復命令の対象となりました。

排出事業者は、その産業廃棄物の処理にあたって、収集運搬業者および処分業者とそれぞれ契約を締結することになります。先にみたように、委託にあたって少なからぬ数の排出事業者の関心事は、「いかに良質の適正処理ができる業者を選択するか」ではなく「いかに安価に処理できる業者を選択するか」です。排出される廃棄物の品目を扱うことができる許可を持っている処理業者であれば、それ以上のことは詮索しないのが通例でした。

不適正処理や不法投棄の大きな原因となるのは、委託料金です。十分な額の処理料金が支払われないことが、許可業者をして不適正処理や不法投棄に走らせることになります（料金のいかんにかかわらず不適正処理や不法投棄をする者もいるでしょうが、ここでは検討の対象とはしません）。したがって、適正処理の観点からは、適正料金が支払われることが重要な関心事になります。ところが、委託料金に関しては、排出事業者と処理業者が自由に決めるものであって、たとえ安価な委託料金を両当事者が合意した結果として不法投棄が発生しても、委託した側は行政法的責任を負わないという仕組みになっていました（二〇〇〇年改正法以前の一九条の四参照）[26]。委託基準は、料金について何も決めていません。これは、産業廃棄物処理にかぎらないことであり、事業許可は一般にそうなっています。

独立対等な契約主体モデルを前提にすれば、料金をどうするかは契約当事者の問題であるといえるでしょう。不法投棄しかできない価格で契約を締結するのは処理業者の任意であって、不法投棄をした責任は処理業者が全面的に負うのが合理的と考えられていたのです。国会答弁において、政府側は、「相手方がいわゆる正規の許可業者であり、そうした資格のある者に契約をいたした。そして、その人間の資格を信じ、その者が正当にやってくれるということを信じてやったものについて、そうでなかった場合に、もとの委託業者〔正確には、「委託者」と思われる。引用者註。〕にまでいろいろと規制をする、処罰をするということについては、やはり法律のたてまえ上無理があろう[27]」、「委託基準に従

い許可を受けた専門業者に処理を委託しました場合においても、当該業者が不法行為を行いました場合について排出事業者が責任を負うこととすることは、排出事業者の法的地位を極めて不安定なものにすることになり、かつ、自己の管理責任外の独立した第三者の行為について責任を負担させることとなり、現行法の体系になじみにくい[28]」と主張していたのです。一般的にはたしかにそうなのですが、ここには、産業廃棄物処理というサービスの特徴をそれ以外のサービスのそれと対比して理解する視点はみられません。

（b）二〇〇〇年改正法の決断

しかし、産業廃棄物処理契約の世界では、そうした独立対応の契約主体モデルが妥当しないことが、ようやく認識されるようになりました。先にみたように、交渉上弱い立場にある処理業者（とりわけ収集運搬業者）がとても適正処理できないような料金で受託して結果的に不法投棄をした場合、その原状回復をするだけの資力はないことが多いのです。行政代執行は、費用回収ができずに、結局は公費の持ち出しになります。そうした状況のもとで、排出事業者に何の行政法的責任を問えないのは合理的ではないということが理解されたのです。

そこで、適正な委託料金が適正な処理を実現するとすれば、適正料金を支払わないという選択をした排出事業者にそれに起因する不適正処理や不法投棄の原状回復責任を負わせることが妥当であるという法政策が、二〇〇〇年の廃棄物処理法改正によって導入されることになりました[29]。排出事業者と処理業者の契約交渉力の差を踏まえた場合、料金の決定を排出事業者の自由にさせない仕組みが規定されました。

廃棄物処理法一九条の六は、処理業者が不法投棄をした場合において、処分者の資力では原状回復が困難で、かつ、排出事業者が適正対価を負担していないか不法投棄がされることを知りえた場合には、原状回復の措置命令対象になる

と規定したのです。委託料金決定という私的自治領域への公法的介入ということができます。見方を変えれば、産業廃棄物処理業者を「一人前の大人」とみなさない仕組みです。適正対価での契約が可能になるように法律が「後見」しているともいえます。もっとも、料金認可制などによる料金統制をするわけではありません。適正料金がいくらであるかは、あくまで市場において決定されることが前提となっています。

（c）制度の期待と現実

行政規制システムを構築する際に考えるべきポイントのひとつに、「問題とされる現象を抑えるためには誰に対して法的にアプローチするのが妥当か」ということがあります。効果的規制・効率的規制の観点からは、「問題とされる現象に関して最も影響を持ちうる者、最も安価にそれを回避できる者」を対象にすべきです。産業廃棄物処理については、それは排出事業者です。契約自由の状態がもたらす構造的問題に対して公法的介入をした二〇〇〇年法改正は、一般に、適切なものと受けとめられています。

価格を優先する傾向のある排出事業者に警告を発するためには、法改正をしただけではなく、現実に措置命令を発する必要があります。権限を有するのは都道府県・政令市ですが、環境省は、『行政処分の指針』という技術的助言を出して、条文の解釈を示しています[30]。たとえば、「適正な対価」については、一般的な処理料金の半値かそれを下回るような料金でありその合理性を排出事業者において示すことができない場合としています。また、不適正処理・不法投棄がされると「知ることができた」とは、委託業者が行政処分や訴訟に関係している場合には問い合わせや現場確認といった調査行動をすることがあげられています。契約内容やその履行管理といった私的自治領域に対して公的介入が行われています。委託した廃棄物が適正に処理されているかどうかを委託者側で確認する法的義務があるということは、通常

の民事契約では考えられません。ポストに投函した手紙が本当に届けられるかを、相手の家の郵便受けの前に立って確認する人はいません。ここにも産業廃棄物処理の特殊性をみることができるでしょう。

ただ、自治体の行政担当者にうかがいますと、こうした基準に該当しているかどうかの判定がきわめて困難であるようで、改正法施行から八年を経過したにもかかわらず、一九条の六命令の発出はゼロという状況です。そうしたこともあってか、産業廃棄物処理関係者によれば、価格を最優先する排出事業者の意識には大した変化はみられないようです。

（二）情報提供による「優良」処理業者の選別：適合認定制度

（a）排出事業者の無関心

「良貨が悪貨を駆逐する」という正常なマーケットメカニズムのもとでは、事業者は自己努力をしてより多くの利益をあげようと活動します。好不況の影響を受けることがあるとはいえ、広告宣伝は、事業者にとって重要な要素です。したがって、放っておいても事業者は自らの売り込みに積極的になるのであって、公法的システムが介入する必要はないというのが常識といってもよいでしょう。しかし、常識があてはまらないのが、産業廃棄物処理の世界です。従来、産業廃棄物処理業者は、積極的に宣伝をして事業を拡大することはなかったといわれています。(31)

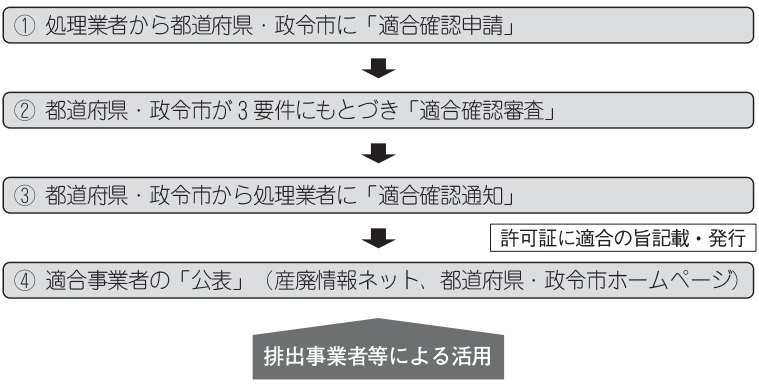
一方、排出事業者の側にも、信頼できる産業廃棄物処理業者を「草の根を分けてでも探し出す」という意識が欠けていました。産業廃棄物処理業者についての情報を売るビジネスの社会的必要性は指摘されてはいたものの、現実には、そのような需要はなかったのです。強化された排出事業者責任のもとでの措置命令の発出が結局はされずにいることもあってか、排出事業者は、相変わらず鈍感なままであり、先にみたように、意識にも変化はみられないのです。

（b）公的情報提供制度

そこで、環境省は、公的な情報提供制度をつくることになります。二〇〇五年四月一日施行の廃棄物処理法施行規則一部改正によって導入された「評価基準適合認定制度」がそれです。[32]「良貨が悪貨を駆逐する」という正常なマーケットメカニズムを機能させるための措置といえます（［図1］参照）。環境省は、当初は、民間の格付け制度が発達することを期待していたのですが、そのようにはならなかったために、自ら乗り出したのです。

産業廃棄物処理業許可（とりわけ収集運搬業許可）の基準はそれほど厳しくないために、「許可業者」といえどもその質は多様なのが現状です。この制度は、そうした許可業者を「差別化」する機能を有しています。制度を利用するかどうかは許可業者の任意ですが、「三要件」、すなわち、「遵法性」（直近五年間業の実績があり、不利益処分を受けていないこと）、「情報公開性」（インターネットにより定められた項目を五年間公開し決められた頻度で情報更新すること）、「環境保全への取組み」（ＩＳＯ一四〇〇一、エコアクション二一およびこれと相互認証された環境認証規格を取得していること）の三つの分野について所定の情報を開示したこと（情報の内容は問われない）を都道府県知事・政令市長が確認した

［図1］適合確認申請等の流れ



［出典］財団法人産業廃棄物処理事業振興財団資料より作成。

うえで具体的基準への適合性を認定し、認定されればその旨が許可証に記載されます。認定の事実を処理業者はＰＲすることできるし、それを排出事業者は重視して委託先を選定するというのがシナリオです。

もっとも、こうした制度を整備しても、排出事業者が利用しなければ、何の意味もありません。そこで、前出の『行政処分の指針』は、「評価制度に従って公開された情報を十分に比較・吟味した上で委託先を選定している場合には、排出事業者としての注意義務が果たされていることを示す一つの要素として考慮できること。逆に、これらの措置を行わず委託先の選定を行う場合には、その分、他の手段を講ずることにより排出事業者としての注意義務を果たすべきことが求められること。」としています。残念ながら、二〇〇八年一二月現在、全国で約二六〇業者しか認定されていないために、十分な情報が提供されているとはいえません。このために、排出事業者責任を厳格に追及できない一因となっています。適合性認定を受けていることを公共入札などの条件とするなど、行政においても、処理業者がこの制度に積極的に参加できるようなインセンティブを用意すべきでしょう。

七．私人の活動の公法システムへの取込み

（一）第三者たる私人の関与

一般に、規制対象施設に対するモニタリングは、行政の責務です。立入検査や報告徴収によって実態を把握して、違反が確認されれば行政指導や改善命令などで対応することになります。しかし、仮処分決定のなかでもしばしば裁判所が述べるように、違反は不可避的に発生し、それが迅速に是正されないままに環境汚染につながってしまいます。決定打がないのが実情ですが、第三者たる私人のイニシアティブを取りこんで処理業者や行政の注意を少しでも喚起する仕

組みが設けられています。

（二）住民の記録閲覧請求権

廃棄物処理法は、一般廃棄物および産業廃棄物の焼却施設と最終処分場に関して、維持管理記録（処分記録やガス・水質の検査結果など）を「生活環境の保全上利害関係を有する者の求めに応じ、閲覧させなければならない。」と規定しています（八条の四、一五条の二の三）。この措置は、処理施設許可にあたっての生活環境影響調査制度とともに、廃棄物処理法一九九七年改正によって導入されたものです。「焼却施設及び最終処分場について、当該施設から排出される排ガスや排水等による周辺地域の生活環境への影響に関し周辺に居住する者等の不安が極めて大き〔い〕[33]」ことが、立法事実となっています。

そうした不安は、本来ならば焼却施設や最終処分場に対する規制強化で対応されるべきものでしょう。しかし、住民自身のコミットメントを認めるこの行政手続については、二通りの理解が可能です。第一は、規制をいくら強化しても完璧を期しえないがゆえに施設に最も関心を持つ周辺住民の「外部の眼」に期待したという理解です。第二は、規制自体は完璧であるがそうであってもなお残る住民の不安に対応したという理解です。

（三）行政権限発動促進権：神奈川県廃棄物不適正処理防止条例

廃棄物処理法には規定されていませんが、同法にもとづく知事の違反対応権限の行使を促す仕組みを条例で設ける例があります。二〇〇六年に制定された「神奈川県廃棄物の不適正処理の防止等に関する条例」一三条は、「県民は、県の区域内において不適正処理が行われ、又は行われるおそれがあると思料するときは、知事に対し、当該不適正処理に

関する調査及び検討を求めることができる。」（一項）、「前項の規定による求めがあったときは、知事は、速やかに、その内容について必要な調査及び検討をしなければならない。」（二項）と規定しています。[34]

求めることができるのは「県民」であり、不適正処理との利害関係は不問とされています。不適正処理や不法投棄の早期発見のために、行政が企業やＮＰＯと協定を締結して情報提供を求める例は多くありますが、もう一歩踏み込んで、市民の側に措置請求をさせるのはめずらしいといえます。産業廃棄物行政の透明性とアカウンタビリティを高めるとともに、市民の力を借りて実効的な権限行使を促す仕組みとして注目されます。実施初年度の二〇〇七年度においては、一〇〇件以上の通報があり、制度の思惑通りに早期解決に至った例もありました。

八．産業廃棄物規制の将来

公法的規制の世界は、タテマエの世界でもあります。法律が立法者の意図通りに運用されていない「執行の欠缺」は、行政法一般にみられるところです。[35] とりわけ産業廃棄物規制においては、その傾向が顕著です。都市環境法とは異なって、その理由は、産業廃棄物の特性を十分に理解しないままに制度設計され実施されたことにあります。その結果、不適正処理や不法投棄という形で、日本社会に大きな環境負荷がもたらされたのです。遅まきながらそれに気づいた現在では、伝統的な発想から脱却した法システムが導入されています。ただ、その効果は十分には発揮されているとはいえません。産業廃棄物法制をどのように発展させるべきかについても、残念ながら、明確な見通しがないのが実情です。

本報告では、私法的手法や私人のイニシアティブを利用することにより法目的を達成しようという取組みについて検討してきました。本来は、公共が対応すべきところ、種々の限界があるために、私人の力を借りているという実態をお

伝えできたかと思います。都市環境法やまちづくり法とは随分異なった背景を持つ産業廃棄物処理ですが、全体討議にいくつかの素材を提供できていれば幸いに存じます。

（1）北村喜宣『プレップ環境法』（弘文堂、二〇〇六年）一二～一七頁参照。

（2）こうした自由主義的発想の影響は、公衆衛生規制のほかにも広く観察することができる。土地利用規制に関しては、藤田宙靖「必要最小限規制原則とそのもたらしたもの」藤田宙靖＝磯部力＝小林重敬（編集代表）『土地利用規制立法に見られる公共性』（土地総合研究所、二〇〇二年）七頁以下参照。

（3）小高剛ほか『行政法総論』（ぎょうせい、二〇〇六年）七四頁、櫻井敬子＝橋本博之『行政法』（弘文堂、二〇〇七年）七九頁、柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』（有斐閣、一九六九年）二〇二頁参照。

（4）北村喜宣「廃棄物処理法の法制度的特徴」『産業廃棄物法改革の到達点』（グリニッシュ・ビレッジ、二〇〇七年）二頁以下参照。

（5）第六四回国会衆議院社会労働委員会議録三号（一九七〇年一二月八日）二一頁［内田常雄・厚生大臣答弁］参照。同参議院社会労働委員会会議録五号（一九七〇年一二月一七日）三頁［浦田純一・厚生省環境衛生局長答弁］も参照。

（6）許可制規定の分析として、北村喜宣「許可制いろいろ、規定もいろいろ」『自治力の冒険』（信山社出版、二〇〇三年）六四頁以下参照。

（7）阿部泰隆「廃棄物法制の課題（下）」ジュリスト九四六号（一九八九年）一〇七頁以下・一一〇頁参照。

（8）原田尚彦『行政法要論〔全訂第六版〕』（学陽書房、二〇〇五年）一七三頁参照。

（9）原田・前註（8）書一六二頁、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、一九九九年）一九七頁参照。

（10）厚生省生活衛生局水道環境部環境整備課産業廃棄物対策室長通知「産業廃棄物処理業及び特別管理産業廃棄物処理業並びに産業廃棄物処理施設の許可事務の取扱いについて」（平成一二年九月二九日衛産七九号）（以下「室長通知」として引用）参照。

(11) 私は、条文解釈として羈束裁量説を導出することは無理であると考えている。北村・前註(6)論文、同「判例解説」『平成九年度重要判例解説』(一九九八年)四八頁参照。

(12) 榊孝悌「都市・産業廃棄物による汚染の防止:廃棄物の処理及び清掃に関する法律」商事法務研究会(編)『新公害一四法の解説』(商事法務研究会、一九七一年)二九九頁以下・三〇九頁参照。

(13) そうしたなかで、許可基準としての「経理的基礎」について、きわめて厳格な審査を求めた千葉地判平成一九年八月二一日判時二〇〇四号六二頁は、注目される。私のコメントとして、北村喜宣「裁量に踏み込んだ判断」環境新聞二〇〇七年一〇月一〇日四面参照。

(14) 前註(10)室長通知参照。

(15) 細田衛士『グッズとバッズの経済学:循環型社会の基本原理』(東洋経済新報社、一九九九年)参照。

(16) 大手の産業廃物処理業者である太平興産の処分場から高濃度の塩化物イオンが出た事件について、当該処理業者は、最終処分場の「よくわからなさ」を嘆いている。楡井久=山上毅「〔対談〕最終処分場の塩化物イオン濃度問題:大塚山処分場の教訓」環境新聞二〇〇八年二月一三日六~七面参照。

(17) 決定・判決については、北村喜宣(編)『産廃判例を読む』(環境新聞社、二〇〇五年)、「〔特集〕産廃判例の展開」いんだすと二二巻八号(二〇〇七年)参照。

(18) 大橋洋一『行政法:現代行政過程論〔第二版〕』(有斐閣、二〇〇四年)三三九頁以下、北村喜宣『自治体環境行政法〔第四版〕』(第一法規、二〇〇六年)五六頁以下参照。

(19) 産業廃棄物処理施設と住民の不安に関しては、千葉実「産業廃棄物処理施設設置における周辺住民の安心度の向上と設置手続(一)~(四・完)」いんだすと二二巻九号六一頁以下、同一〇号四二頁以下、同一一号五六頁以下、同一二号三六頁以下(二〇〇七年)参照。

(20) 裁判所は、福岡県条例のもとで施設変更許可を得ようと思えば協定を締結するしかなかったというが、事実問題としてはそうであっても、法的には協定の締結を強制すれば違法なのであるから、判断の前提認識に問題があるといえる。また、締結するしかないというのは一種の強迫下での意思表示であるから知事の専権かどうかを判断するまでもなく取り消すことが可能ということになろう。なお、一般的には、許可の附款として操業期限を付すことはできないと思われる。

(21) 大橋洋一「リスクをめぐる環境行政の課題と手法」長谷部恭男（編）『法律からみたリスク』（岩波書店、二〇〇七年）五七頁以下・八〇頁参照。

(22) 要綱の場合には法的には意味のない議論であるが、同意書や協定締結を「必要とする」と規定するものと「努めるものとする」と規定するものとがある。後者の例が問題となった事例として、津地判平成一四年一〇月三一日 LEX/DB #二八〇八七五一参照。

(23) 北村喜宣「同意制条例」『行政法の実効性確保』（有斐閣、二〇〇八年）三五頁以下参照。

(24) 北村喜宣「なぜするなぜある同意制？」北村喜宣＝福士明＝下井康史『産廃法談：法学者のウラ読み廃棄物処理法』（環境新聞社、二〇〇四年）八頁以下参照。

(25) 北村喜宣「瞬間最大満足？：同意制と行政の責務」『自治力の情熱』（信山社出版、二〇〇四年）六二頁以下参照。

(26) 北村喜宣「産業廃棄物処理行政における規制のあり方」『産業廃棄物への法政策対応』（第一法規出版、一九九八年）三三頁以下・三六～三八頁参照。

(27) 第七七回国会参議院社会労働委員会会議録三号（一九七六年五月一一日）八頁［田中正巳・厚生大臣答弁］参照。

(28) 第一二一回国会参議院厚生委員会会議録八号（一九九一年九月二六日）一六～一七頁［小林康彦・厚生省生活衛生局水道環境部長答弁］参照。

(29) 北村喜宣「産業廃棄物法政策と市場原理」『揺れ動く産業廃棄物法制』（第一法規、二〇〇三年）二四頁以下・三〇～三五頁参照。

(30) 環境省大臣官房廃棄物・リサイクル対策部産業廃棄物課長「行政処分の指針について（通知）」（二〇〇五年八月一二日環廃産発〇五〇八一二〇〇〇三号）。

(31) 「なぜそうなのか」は興味深い点である。善意に解すれば、産業廃棄物という「不確実なもの」を扱う事業は法律違反をする可能性がきわめて高いために、迷惑を掛ける範囲を広げない方がよいと処理業者の側が考えていたという推論も成り立つ。上場企業が少ないのは、そのためかもしれない。

(32) 北村喜宣「産業廃棄物処理業の優良性基準適合認定制度」北村・前註（4）書一五〇頁以下参照。

(33) 廃棄物処理法研究会（編）『廃棄物処理法の解説（平成一七年改正法対応）』（日本環境衛生センター、二〇〇六年）解

説編一一三頁参照。

(34) 北村喜宣「さすが議会！：神奈川県廃棄物不適正処理防止条例」『自治力の達人』（慈学社出版、二〇〇八年）五〇頁以下参照。

(35) 北村・前註（23）書、同『行政執行過程と自治体』（日本評論社、一九九七年）参照。

報告三

公共事業紛争における公法と私法の交錯

――都市施設の設置を巡る訴訟を題材に[1]――

越智敏裕

序、問題意識

この度は貴重な報告の機会を頂戴致しまして、誠にありがとうございます。私は前報告者お二人とは違いまして、法

曹実務をやって参りました。この三月で弁護士登録満一二年になりますが、六～七年前から環境行政事件に特化してやって参りました。ですが、なかなか勝てませんで疲れて参りまして、今は実務家教員ですが、四月からは上智大学の学部の方に移らせて頂くことになっております。

実務をやっておりますと、どうしても「裁判所に受け入れられるか」という観点から考えてしまいがちですが、今日のテーマであります公共事業に関して申しますと、結論的なスタンスを最初に言えば、「環境民事訴訟に絶望しており、環境行政訴訟にかすかに期待を持っている」ということになろうかと思います。それもかなり早期に訴訟提起をして迅速な訴訟活動をしない限り、既成事実が形成されてしまいますので、環境破壊を現在の裁判所で差し止めることはかなり難しいのではないかと感じております。

このテーマは非常にたくさんの論文などがございますが、もともと不勉強で能力も乏しく、ちょっと勉強し切れませんで、理論的に新しいことが申し上げられないものですから、実務経験から現場の感覚なりを多少なりともお伝えできればと考えております。もともと私が与えられました課題は、「都市開発法における公法と私法の交錯」というものでございましたが、そのような巨大なテーマはとても手に負えませんで、亘理先生から助け舟がございまして、小田急や圏央道あきる野判決を念頭に置いてというご示唆がありましたものですから、それで限定したテーマとさせて頂きました。

さて、都市開発とまちづくりを大雑把に同じようなものとして捉えますと、まちづくりにおける公法と私法が交錯する場面としましては、国立マンション事件を中心として念頭に置かれております民民間の紛争、民間開発の場面があるわけですが、これについてはすでにたくさんの議論がされてきました。しかし、公共事業もまちづくりにおいて紛争を引き起こすことがあり、そこでも公法と私法の交錯が見られます。本日は二件の訴訟実務経験も多少ご紹介しながら、

公共事業紛争の場面における公法と私法の交錯状況[2]について、民間開発の場合との対比を意識しつつ若干の整理をさせて頂きたいと思います。

一、場面設定と例示

一．場面設定

まず場面設定でございますが、道路建設や鉄道敷設という公共事業は、まちづくりにおけるインフラ整備として重要な役割を果たしてきました。しかし他方で、供用関連瑕疵としての騒音、大気汚染被害等を理由とする紛争がかねてから生じており、計画段階、事業実施段階、供用開始後など様々な段階で多様な訴訟が提起されてきました。近時は建設の事前差止めを求める民事訴訟、行政訴訟がしばしば提起され、中には景観利益の侵害[3]を理由とするものも見られます。

本日は典型的な事例といたしまして、都市施設（都計一一）のうち道路や鉄道に関する都市計画決定を経て都市計画事業認可や事業認定などの行政処分[4]がされ、公共事業がされる場合に、これを差し止める場面を念頭に置くこととといたします[5]。その場合、建設行為を差し止める民事訴訟や行政処分を争う行政訴訟が提起されることになります。まず私が受任しております二つの公共事業紛争について冒頭で簡単にご紹介できればと思います。圏央道と鞆の浦という二件をご紹介いたします。

二．訴訟実務経験から

（一）圏央道訴訟における民事訴訟と行政訴訟の違い

まず圏央道につきましてはすでに判例集等で公表されておりますのでご高承かと思いますけれども、主に民事訴訟と行政訴訟が現場でどういうふうに違っているのかといったあたりを若干申し上げたいと思います。首都圏中央連絡自動車道といいます約三〇〇kmの環状道路を造るという計画がかねてからございます。その西側の部分について私が訴訟を担当して参りましたけれども、事業区間としては三つございます。あきる野、八王子、高尾という順番で事業が進んでおりまして、あきる野、八王子はもうすでに完成しております。私は八王子、高尾の弁護団ですけれども、あきる野弁護団と相互に連携しながら準備書面や証拠の融通などもして参りました。

八王子、高尾部分につきましては民事の差止訴訟が提起されています。原告団は一、〇〇〇名を越えておりますが、その請求の趣旨はレジュメに書かせていただいておりますけれども、(6)道路を造るなということで、大きなジャンクションがあるものですから、それらを造るなという形で請求の趣旨を立てております。他方、行政訴訟の方は事業認定が三本されておりまして、八王子、高尾は現在も訴訟係属中でございます。

その圏央道訴訟においてどのような民事的利益の主張をしてきたのかということですが、あきる野とは違いまして八王子、高尾は国の史跡とか国定公園あるいは自然的な景観ですとかそういったものも問題になっておりますので、やや多様な内容になっております。資料を適宜ご覧いただければと思いますが、末尾資料の東京地裁八王子支部による平成一九年六月一五日の判決ですが、これは、裁判所のホームページにもデータベース等にも出ておりませんでしたので、該当部分だけ抜粋しておきました。民事的な請求はほとんど認められていない、ほとんどというか完全に認められていないわけですが、こういったような主張をいたしております。

実務的な話になりますけれども、訴額は実は民事訴訟の方が高くなっております。人格権侵害ということで、当時一

三〇万円ですから今ですと一六〇万円、一人一六〇万円の訴額が積み重なって参りますので、相当な金額になります。それに対しまして事業認定取消しの行政訴訟の方は立木トラストなどをしますと、立木が一本一円という形で訴額が安く上がったりいたしますので、訴額としては行政訴訟の方がやりやすいわけです。この八王子、高尾の民事差止訴訟は請求棄却判決（末尾資料）が出て、現在東京高裁に行っておりますが、お金が払えませんので一、〇〇〇人の原告が三〇〇名ぐらいに絞り込まれております。

管轄につきましては、民事訴訟は支部でも係属するわけですけれども、行政訴訟は本庁だけということで東京地裁の本庁に係属しております。民事訴訟は訴訟提起の時期が自由ですので、まず提起されたのがこの民事訴訟であります。その後、事業認定が出され、取消訴訟を提起したということになります。最後の高尾の事業認定につきましては、差止訴訟を提起しておりましたが、第一回口頭弁論期日前に処分がされましたので、取消訴訟に切り替えたということになります。

事業との関係では、行政訴訟では事業区間ごとに細切れになるわけですけれども、民事訴訟ではそれにとらわれず総合的に、八王子、高尾部分の両方を争っています。ですが裁判所の審理は、民事訴訟におきましてはやはり人格権侵害が中心となります。原告が訴訟上主張するのは自由ですけれども、裁判所の関心が人格権侵害にしかないということは、訴訟指揮ですぐに分かる話でございまして、例えば人格権侵害に関係の薄い証人は基本的に採用されないということになります。

これに対しまして、行政訴訟は事業認定取消訴訟ですので、その処分要件として公共性を直接問題としうるものですから、正面から広く公共性を争うことができます。私は弁護団ではこの公共性批判を担当して参りましたけれども、環境経済学の寺西俊一先生に東京地裁の大法廷にお越しいただいて、パワーポイントを使いながら証人尋問するといった

ようなこともやりました。また、先日、八王子部分の事業認定について高裁で結審されました。判決は追って指定で、期日は決まっておりませんけれども、夏までには出るかと思います。[7] その大法廷の最後の弁論では、裏高尾というところにございます巨大なジャンクションを建設している日本の写真と、あの韓国の有名な清渓川で高架道路を取り去って復元された川の写真を対比して裁判所に訴えたり致しました。そういったものは行政訴訟では正面から訴えられるのですが、民事訴訟では裁判所の関心から言うと、どうしても騒音、大気汚染とかいったものが中心になります。

（二）鞆の浦埋立架橋事件で民事訴訟を提起しなかった理由

この二つ目の鞆の浦というのは、先週の金曜日にようやく一本目の決定[8]が出まして、これが、ちらっと報告しますがかなり画期的な決定であると思っております。これは、まだメジャーな事件ではございませんが、長くなりますので手短に申し上げます。広島県福山市に鞆の浦という小さな漁港がございまして、これは万葉集にもうたわれ、足利尊氏が行き、坂本竜馬が行き、歴史上の主だった人物は必ずといっていいほどここに立ち寄っています。潮待ちの港といわれまして、ここで瀬戸内海の潮の流れが変わるものですから、偉い人も貧しい人もそこで必ず足止めを食らっていろいろな歴史のドラマが生まれたわけです。ところが、その湾を一部埋め立てて橋を架けるという埋立架橋計画が二四年前からございまして、三回凍結をされましたが、ついに事業化に向けて進みだし、公有水面埋立法に基づく埋立免許の出願がされました。出願がされそうだという時点で平成一九年一月ごろですが、関係者がご相談に見えまして、これまで私が弁護団の事務局長として訴訟をやって参りました。

原告の中心は歴史的景観の修復活動に長年携わってきた人たちです。歴史的景観は放っておきますと、特に民家などはそうですが維持できなくなって売られてしまいます。そういったもう維持できなくなった民家なりを買い取ったり、

再生したり、維持したりと。例えば、坂本竜馬が紀州藩といろは丸事件で直談判をしたという場所があるんですが、それを買い取ってお金を掛けて修復して、あるいは若い夫婦とかを連れてきて喫茶店を開かせたりとか、そういった形で歴史的景観を再生してきた人たちが中心になっています。また、ＩＣＯＭＯＳという専門家組織があります。世界遺産について登録するしないといったときに専門的な意見を出す世界遺産条約上の組織ですが、日本ＩＣＯＭＯＳも世界遺産の価値があるとして埋立てに反対しています。

ご依頼を受けたときにどういう訴訟方法を取るのかということですが、民事訴訟、行政訴訟、場合によっては住民訴訟といったようなルートがあるわけであります。本件におきましては、民事的利益としましていくつかのものがあり得たわけですが、まず江戸時代から続く慣習排水権というものがあります。また、これまで海だったところに橋ができますと、当然一日あたり数千台の交通量がございますので、騒音や大気汚染の被害も生じるというようなこともあります。観光地がつぶれて駐車場になりますので、観光業への打撃があるというようなこともあります。

ですが、慣習排水権といいましても、昔からある排水溝をそのまま長く延ばしてこれまでどおり排水できるということですと、それだけで本当に事業を止められるのか心もとない面もあります。また人格権侵害といいましても、大都会で一日あたり五万台走っていても差止めはなかなか認められないにもかかわらず、空気のきれいなところで数千台新たに走ったところで、環境基準を超えるとは言いがたい。五〇点が三〇点になる場合には差止めがあり得るとしても、一〇〇点が五〇点になるというのでは差止めまでは無理かも知れない。

そこで注目すべきはやはり景観利益の破壊だということですが、国立マンション判決の理解として本当に民事差止めまで裁判所が認めてくれるのか疑問がありました。そもそも本件の主たる争点は、公共性の欠如、すなわち本当に埋立架橋なるものが必要なのかどうかということでした。つまり、埋立架橋ではなくて山側にトンネルを造れば、交通混雑

を回避しながら、鞆の歴史的景観を守ることができるではないかという主張です。こちらの公共性の欠如はかなり言っていけるんじゃないか。それで最終的には、この点を正面から争える行政訴訟を選んだわけです。

通常、取消訴訟を提起してみましても一年、二年平気でかかるわけですが、新設された差止訴訟を使って、一年半ぐらい早めに訴訟提起をし、免許がされた時点で取消訴訟に切り換えて執行停止を勝ち取ろうという目標でございました。被告は広島県知事が属する公共団体としての広島県、事業者は広島県と福山市で、出来レースを内部でおやりになっているわけですけれども、その広島県は、被告としてはまだ免許について審査中なので本案については一切答弁しないという訴訟戦略で出てきました。

そこで、我々が仮の差止めを申立てましたところ、態度を急変させ一〇本もの準備書面をまじめに書いて主張立証して参りましたので、かなり審理ペースを速めることができました。その中での民事的利益の主張としては、原告適格と執行停止の重大な損害要件、あるいは差止訴訟にも重大な損害要件がありますが、そういったところで民事的利益およびその毀損のおそれというものを主張していったわけです。また失われる利益との比較衡量ということが公有水面埋立法の処分要件の中で解釈として登場しうるわけですけれども、そういった失われる利益の一つとして景観利益の破壊や人格権侵害とそのおそれを主張しております。

私どもが悩みましたのが、国立マンションの最高裁判決が「良好な景観」と言っているだけで、どういう基準でどういう範囲のものを良好な景観と言っているのか分からなかったことです。これはもうたくさん主張して裁判所の好きなものを選んでもらうしかないということで、かなりたくさんのものを出しました。昨日送達されました決定では、原告が歴史的景観について景観利益を有するとして、原告適格を認めますと。いろいろなまたご質問があればお答えいたしますけれども、我々は五九〇ヘクタールの広さの歴史的街並みを設定して、ほかにも一応限定したものを出しておいた

んですが、その広い五九〇ヘクタールもの歴史的景観に住んでいる居住者は全員原告適格を認めるということで、一六〇名ぐらいですかね、原告適格を認めてもらいました。

この決定は、国立マンション最高裁判決を引用した上で、公水法のほか瀬戸内法の関係規定を引用して原告適格を認めました。国立マンションが歴史的景観まで射程に含んでいたかどうかは一つの問題ではありますけれども、法的保護に値する利益として認めたわけです。

ただし、これは予測されたことですが、「償うことのできない損害を避けるため緊急な必要があるとき」という仮の差止めの要件は満たさないとして却下しました。その理由というのは、埋立てがされると景観利益は破壊され、もはや回復することはできない。しかし、この事案では取消訴訟を提起してから執行停止をとれば救済としては足りると判断された。もうすでに多数回期日を重ね、主張立証がほぼ尽きているので、このまま取消訴訟に切り替えて執行停止をするだけで足りるんだとまで書いてくれておりますので、合議体が変わらなければ、かなり期待できる判決や決定がいただけるのかなと思っています。そういった事案をやっています。

（三）その他現場の感覚など

現場の感覚ですけれども、訴訟方法の選択として民事訴訟、行政訴訟、迷わず両方やればいいじゃないかと思われるかもしれません。しかし、それは非常に大変でありまして、環境派の限られたリソースという意味で、持続可能な訴訟活動をするためには、費用対効果を考えてどちらか一本に絞るべきだというのが私の考え方でございます。あれもこれもやったのでは保たないと。鞆の浦なども交通費は一部払ってもらっていますが、ボランティアでやっておりますので、非常に大変でございますから、行政訴訟一本に絞ったということになります。ただ、訴訟要件の充足におきましてはと

りわけ民事的発想というものが重要でございまして、重大な損害、原告適格といったあたりでは民事的な利益を一生懸命主張するわけですが、ひとたび本案に入りますと公共性批判ということでその埋立架橋道路の不必要性を訴えるということをやっています。これは圏央道でも基本的に同じです。

私は民間開発紛争も何件かやっておりますが、それとの違いは、通常、原告はこの公共事業紛争では地元の少数派になることが多いということです。住民合意ないしは地域的ルールとしては公共事業を推進する、それに伴って環境破壊が生じても仕方がない、という前提で動いておりまして、これに反対する少数派がやむなく訴訟を提起するという場面になっております。黙っている人は賛成派に分類されますので、実際にはそれほど少数でもないとも思うのですが。もちろん、例えば西表島でリゾート開発、リゾートホテルの差止訴訟とかをやりましたけれども、その場面でも地元にはお金が落ちますので、地元の方は賛否両論分かれて、むしろ少数派が訴訟を起こしたというような場面がございますが。公共事業では原告はだいたい少数派になります。

二、現状に関する若干の検討

一．公共事業による民事的利益の侵害可能性

以上の二事例は報告の中で随時触れますが、次に、現状に関する一般的な検討を若干させていただきます。公共事業によってその侵害が主張される、民事上保護され（う）る権利ないし利益を民事的利益と言うとしますと、大別してAからDの四つのようなものがあるのかなと思います。

Aの財産権は、林試の森事件[9]、伊東市都市計画道路事件[10]がその例ですが、例えば圏央道でもこれを利用して立木トラストなどをして、事業認定という処分をさせて抗告訴訟の可能性を開くとともに、原告適格を得ることでB以下の利益を守るという目的の場合もあります。

Bの人格権につきましては、騒音（例えば小田急事件[11]、圏央道あきる野事件[12]）や大気汚染、日照権侵害などが問題となるものです。

Cの景観利益などは[13]、例えば歴史的景観、自然景観、風俗環境など（圏央道八王子・高尾事件[14]、名古屋都市計画道路事件[15]、鞆の浦事件）が問題となるものです。先ほどご紹介した二つの事件でもこれが問題になったわけです。

Dの自然環境を享受する利益については、圏央道高尾、徳山ダム訴訟[16]、八ツ場ダム住民訴訟などで問題とされてきましたが、今の裁判所はまず相手にしてくれませんので扱いません。この報告ではB、Cを中心にお話しできればと思います。

二　民事訴訟による救済可能性

（一）差止請求の可否と判断基準

まずA（例えば所有権）につきましては、妨害排除請求権があるわけですが、実際には民事訴訟ではあまり問題とならない。収用手続で補償されるわけですが、公共事業紛争では考慮済みであろうと思います[17]。周辺の地価下落なども反射的な利益として保護されません。

むしろよく問題とされるのがBの人格権でして、これは国道四三号線などを参照致しますと、受忍限度論の下で民事

差止めが理論上可能だろうと思いますが[18]、公共事業における事前差止めの認容例はないようです[19]。損害賠償との対比で違法性段階説等の説があろうかと思いますが[20]、判例では公共性が重視されていますので、通常は公共性故に請求が棄却されていると思います。

Cの景観利益[21]につきましては、損害賠償止まりで差止めまではできないという理解もあるのかもしれませんが、最高裁判決[22]は所有権との対等な衡量を否定しただけで、差止めは否定されないのではないかと私は考えております。

（二）行政規制・規制違反の位置づけ

こういった差止めの是非の判断に当たって、行政規制なりその規制違反というものがどのように位置付けられるかということですが、受忍限度判断の一要素を構成しているというのが今の判例の一般的な理解だろうと思います。民民間では、工場騒音被害の事案[23]ですが、悪質な法令違反がある場合であっても受忍限度を超えないと判断したものもございます。ですが、違法な公共事業といいますものは、その公共性が必要だという要請からしますと、違法な民間開発と比べれば民事的利益の毀損を正当化しにくいのではないかと思います。公共性のハードルが高い分、公共性さえ否定できれば差止めが認められやすいと言えるかも知れません。例として行政訴訟ですが林試の森事件や伊東市の事件があります。

平成一六年の行訴法改正で原告適格が拡大されたわけですけれども、これが行政過程に影響して、事業化の判断に当たって要考慮要素が拡大された、ないし明確化されたと言えないだろうか。例えば小田急判決の事案なら少なくとも原告適格を基礎付ける利益たるBの人格権はもはや反射的利益ではございませんので、要考慮利益に対する侵害がないようにするという要請が従前よりも高まったと言えるのではないかと思います。

国賠ですが、国道四三号線事件では環境基準が受忍限度の基準値として用いられました。もちろん環境基準は厳密な法的拘束力を持つわけではありませんが、少なくとも公共事業においては重視されているし、されるべき要素であろうと思います。通常、公共事業のために人格権侵害は生じないだろうか、騒音、大気汚染はどうかといったときに、それが本当かどうかはともかく、環境基準の範囲内に収まるようにされているわけでして、原告も環境基準を超えることを主張立証していくわけです。圏央道でも鞆の浦でもそこが争点の一つになっています。

環境アセスメントにおける評価内容の誤り、騒音ですとか大気汚染の評価、そういったものについて予測が誤っている、評価方法が不十分ないし不適切である、ということがあった場合には、被害の蓋然性が推定されるという見解もありますけれども[24]、民民間はともかくとして行政の説明責任からいたしますと、民間開発よりもそういった見解をより強く主張し得るのが公共事業紛争の場面ではないのかなと思います。

（三）行訴四四条の解釈ないし公定力を通じた民事的救済の制限

都市計画事業認可や事業認定は、公共事業の周辺住民に対して、例えば人格権侵害を受忍せよという義務を課すわけではありませんので、民事差止訴訟は不適法とはなりません[25]。この点につきましては、必ずしも大阪国際空港判決をはじめ判例を一貫して説明できない部分があり、かつ最近行政側がこれを主張してくる傾向が見られますけれども、差し当たり私はそのように理解しています。

三．行政訴訟における民事的利益の位置づけ

次に、こういった民事的に把握される権利利益（の毀損）が行政訴訟においてどのように位置づけられるかを見てみたいと思います。

（一）訴訟要件において問題とされうる場面[26]

① 原告適格

まず訴訟要件では原告適格で当然問題になります。例えば自然環境を享受する利益のように、民事上保護に値しないとされ、原告個人に帰属する個別的利益とは言いがたいような利益（共同利益ないし集団的拡散的利益）では、原告適格を基礎付けられないと現在の判例は考えているかと思います。もっとも微妙な事案もあり、判例に変化の兆しも見られますが[27]。他方で、民事上保護される個別的利益を有していたとしても、ただちに原告適格が肯定されるわけではない。それは、個別規定に依存した判断枠組みで原告適格が判断されるためです。

例えば地権者の財産権（A）は、公共事業紛争ではコアの権利として位置付けられるわけですが、周辺住民の財産権（A）についてはそうとは限りません[28]。小田急判決で、周辺住民の人格権（B）は都市計画事業認可取消訴訟の原告適格を基礎付け得るものとされました。しかし、道路建設のために土地収用法のもとでされた事業認定の取消訴訟では、同法は周辺住民の人格権を個別的に保護する趣旨を含まないとして、都市計画法の場合と区別して、圏央道八王子の行政訴訟第一審判決[29]は適格を否定したりしております。

同じ利益侵害であっても、都市計画事業ルートか土地収用ルートかという違いだけで原告適格の判断が異なるのは不合理だと考えますけれども、個別規定に着目して原告適格を処理するためにそのような違いが生じうるわけです。また、国立上告審判決を受けて原告適格を基礎付ける利益として景観利益（C）が主張され始めておりまして、先ほどご紹介

した鞆の浦決定は景観利益を持つ者の原告適格を認めたものでございます。若干広がりを見せておりますけれども、基本的に個別的な利益を要求するというこの枠組みを変えない限りは、共同利益ないし集団的、拡散的利益というものが原告適格を基礎付け得るものだと裁判所は判断しないのではないのかと考えています。

② 差止訴訟における「重大な損害」

差止訴訟は、公共事業紛争において訴訟提起の時点を早め、既成事実の形成を防ぐために重要な救済方法です。重大な損害は、少なくとも原告適格を基礎付ける利益についてのそれである必要があり、やはり個別的利益であることが前提とされています。この重大な損害要件におきましては、解釈上、民事的利益の毀損の重大性が直接問われているわけではございません。事後的な訴訟である取消訴訟との役割分担の観点から、取消訴訟を提起して執行停止を得たのでは救済できない性質の損害でなければならないと解釈されております[30]。これに対しては、せめて容易に救済できる場合に限定して重大な損害にあたらないと理解すべきだなどと私は主張しておりますけれども、この考え方は、司法審査のタイミングを調節する観点から、民事的利益の毀損のおそれを検討するもので、ちょっとほかとは違う民事的利益のとらえ方だと思います。

③ 仮の差止めにおける「償うことのできない損害」

次に、仮の差止めの「償うことのできない損害」要件では、下級審で幾つか解釈が出ていますが、タイミングではなくむしろ民事的利益の毀損がそのまま問題とされるようです[31]。仮の差止めには差止訴訟の提起が必要とされるため、重大な損害要件を満たさない訴えは、それだけで却下可能ですから、理論的には重大な損害要件を満たす場合に「償うことのできない損害」が判断されることになります[32]。人格権のコアの部分では認められる可能性がありますが、現在の運用では、差止訴訟、仮の差止めのいずれも公共事業紛争では否定される可能性があります。

④　執行停止の「重大な損害」

執行停止の「重大な損害」について、従来は金銭賠償が可能であれば、通常、執行停止は認められなかったかと思います。あきる野の執行停止事件で第一審は「終のすみか」を奪われるという損害が回復困難な損害に当たるとしましたが、上級審で覆されました。これは旧法下の判断でしたが、いろいろな決定が出始めております。改正後は、重大な損害という形で要件が緩和されました。建築確認執行停止申立事件[33]で東京地裁が認容して高裁が覆した事案がございますけれども、そこでは日照権侵害が重大であれば執行停止を認める、ただし本件では重大でないという判断がされているわけです。日照権侵害は日照を奪われるという重大な不利益なはずですが、従来はまず執行停止が認められることはなかったわけでありまして、実務家もあきらめていたところがございますが、今後、活用が期待されるところでございます。

⑤　公法上の当事者訴訟としての確認訴訟における確認の利益

最近注目されております公法上の当事者訴訟としての確認訴訟がございますが、その確認の利益につきましては、民事的利益が関係してくるのではないかと思われます。在外投票に関する大法廷判決でも権利利益の重要性が指摘されておりますので、少なくとも法律関係を形成し得るようなレベルの民事的利益である必要があるのではないかと思います。ちょっとこれでは狭いということで、もう少し活用できるような考え方があるのかもしれませんが、裁判所が認めてくれるかという観点から、やや安全側に考えております。

公共事業紛争では、都市計画決定がされた時点でもう紛争が顕在化していると言えるかと思いますが、例えば○○県がしたこれこれの都市計画決定に基づく道路の建設および供用により生ずる健康被害（人格権侵害）を受忍する義務がないことを確認するといったような形で、訴えを提起できないだろうかというようなことを書いたことがございますが、

私もやっていませんし、まだ実例はないようです。このような確認訴訟を提起する意義といいますのは、言うまでもなく訴訟提起の時点を早めるということでございまして、都市計画決定の段階で司法審査を求めるという可能性があり得るのではないかと考えております。ただ、景観利益につきましてはここまでできるのかどうか多少不安もございます。

（二）本案審理において問題とされる場面

① 個別法の処分要件充足性（例）

次に、本案審理において民事的利益が問題とされる場面です。当然個別法におきまして、処分要件の中で民事的利益を考慮しているものがあればその要件の充足性の争いの中で民事的利益の侵害が問題とされ得るわけです。ただ、個別性を欠くような利益は、民事的利益とはいえず反射的利益にとどまり、その毀損は公共性の攻撃材料となるにとどまるのかなと思います。都市計画事業認可の前提となる都市計画決定の裁量統制におきましては、例えば原告適格が拡大したことで人格権侵害が生じないか、大気汚染、騒音による人格権侵害が生じないかということをきちんと吟味しなければいけなかったんだという要考慮要素の形で、民事的利益が登場するということがありうるかと思います。

また、土地収用法二〇条三項の土地の適正かつ合理的な利用という要件については、日光太郎杉判決で得られる利益と失われる利益の比較衡量がされておりますので、その失われる利益の中で民事的利益を主張していくことになります。

さらに、これは残念ながら高裁で覆されましたけれども[34]、圏央道あきる野訴訟の藤山判決におきまして、黙示的前提要件論が提示されました。これは、供用後に供用関連瑕疵となるような道路であれば最初から造れないんだという考え方で、ほかにも応用できる考え方かと思いますけれども、その瑕疵においては民事的利益が考慮されていると言えるかと思います。また鉄道事業法の要件として騒音被害が起こらないようにするといったような要件が設けられていれば、

そこで民事的利益が考慮されるわけです。[35]

② 行訴法一〇条一項による利益の分類

行訴法一〇条一項による利益の分類が本案でも一つの問題になりまして、これはまた原告適格が広がったこととの関係もあるかと思いますが、被告行政側が主張し始めています。一〇条一項については、（a）処分の本来的効果として原告の権利利益が侵害される場合（例えば事業認定により権利制限を受ける権利者）には、原告とは異なる立場の第三者の利益のみを保護する趣旨の規定違反以外は主張可能である。これに対し、（b）（a）以外の場合には原告適格を基礎付ける根拠規定以外の違法主張はできない、とする考え方があります。[36] これは（a）のような場合にはほぼすべての意味で適法である処分であって初めて権利利益の侵害を受忍させられると考え、他方（b）の場合はそのような処分である必要はないと考えるものです。

この考え方によりますと、公共事業紛争で言えば、財産権（A）を根拠として原告適格が認められる地権者は一〇条一項による違法主張の制限を基本的に受けないわけですけれども、人格権（B）侵害を根拠とする周辺住民につきましては、原告適格を基礎付けた民事的利益、すなわち人格権を保護する趣旨の規定違反しか主張できないというのが、今の裁判所のオーソドックスな考え方の一つだろうと思います。[37] ただこの点はあまり議論がされておりませんで、私はこのような考え方はおかしい、第三者原告の場合でも第三者固有の利益を保護する趣旨の規定違反以外は主張しうると解釈すべきだと主張しておりますが、このような考え方によりますと、民事的利益の種類によって、本案における違法主張の範囲が決まるというような形で民事的利益が影響してくるということになるのかなと思います。

四．一実務家の感覚としての民事訴訟・行政訴訟の位置づけ：行政訴訟へのシフト

一実務家の感覚としての民事訴訟、行政訴訟の位置付けということでございますが、一言で言いますと「行政訴訟へのシフト」と言えるのかなと思います。国立マンション最高裁判決において非常に高いハードルが設定され、行政法規違反までが必要というような形になっておりますし、場合によっては損害賠償止まりかもしれないということですので、そうならば行政訴訟ができるなら行政訴訟の方がいいんじゃないかという感覚を持っております。民事的利益の毀損のおそれは立証困難な場合があります。まだ人格権侵害なりが実際に生じていない段階で原告側がそのおそれを具体的に主張立証することはなかなか難しいところがございます。これは公共性批判にも絡んできますので、行政訴訟でも簡単ではないわけですが。

ということで、頑張って民事訴訟をやらなければいけませんけれども、また分野によって、例えば廃棄物紛争などではむしろ民事訴訟の方が有効であるといった分野もございますが、公共事業紛争におきましては、行政訴訟の方がコストパフォーマンスがいいのかなという感覚を持っております。

五．民間開発と比較した場合の公共事業紛争の特徴

以上、公共事業紛争の場面を念頭において、民事的利益が民事訴訟、行政訴訟でどのように位置づけられているかを見てきました。最後に、民間開発と比較した場合に、公共事業紛争及びその司法審査がどのような特徴を持っているのか、三つほど挙げさせていただきます。

① 情報取得（形成・収集・公開）・参加（合意形成）のあり方

公共事業は、税金を投下する公共性（社会的有用性）の高い事業でなければなりませんので、所有権の行使による利

潤追求が正当化される（必ずしも社会的有用性が要求されない）民間開発よりも、本来、法律による実体面、手続面の規制が強いはずです。[38] 公共事業は、内容が合理的であり、かつそれが然るべき手続を経て定められたものであることの説明ができるものでなければならないはずです。レジュメの「本来」、「はず」というところにわざわざ傍点をしつこく付けておりますのは、現実は必ずしもそうなっていないということでございます。

まず公共性から、公的主体による情報の形成・収集・公開が求められます。[39] 民間開発とは異なり、本来的には、合意形成により事業化する以上、空間的価値の認識可能性の問題は小さいと思われます。都市計画決定のための基礎調査、都市計画決定手続と併せてされる環境影響評価等に基づき、情報が形成・収集・公開されます。Bへの影響は環境影響評価における評価項目であり、Cへの影響も不十分ないし部分的ではありますが一応評価されます。通常、環境影響評価では「影響は少ない」とされますが、法令上要求される影響の評価・予測において民事的利益[40]に対する侵害の認識が不十分である場合には、裁量権の逸脱濫用として違法となる余地があるのではないでしょうか。

また、公共事業では、都市計画決定手続や事業認定における説明会等により利害調整、合意形成がされる建前です。[41] 都市計画決定などの装置が用意されている場合には、民間開発と比べますと、公共性から利害関係者は事業化の判断における参加（環境権の手続的側面）をより強く主張しうるように思われます。

そのため、民間開発の場合とは異なり、公共事業では、地域的なルールないし共同体的な規制の公示や取引の安全などを考慮する必要に乏しいわけです。[42] むしろ、もともと住民合意（地域的ルール）を形成して公共事業手続に移ることが予定されており、行政には事業化にあたり地域的ルールの尊重義務があり、これを全く無視して事業が進められることは通常ないはずです。公共事業紛争では、通常、公共事業の推進という住民合意が「擬制」され、それに伴う環境破壊もその合意にすでに織り込まれているわけです。冒頭申し上げましたが、環境破壊を理由とする公共事業の差止め

を求めるのは通常は行政過程なり政治レベルで破れた少数者でありまして、圏央道、鞆の浦いずれもそうであります。もし多数者であれば、公共事業は手続レベルで先に進展していないはずでして、裁判に訴える必要はないはずです。[43]「合意形成」に反対する少数者が求める最後の手段が訴訟であるというわけです。

② 司法審査（違法判断）における公共性の重視

民間開発では、所有権等の行使としての開発行為について、公共性（社会的有用性）が、少なくとも直接には要求されません。[44]場外車券場、パチンコ店、ラブホテルなどは公共性に乏しいとしても、公共性の欠如は受忍限度の判断において決定的な要素ではないと思います。

これに対し、公共事業は、本来、常に公共性を有するはずであり、公共性の有無・程度が重視されます。そして、訴訟となっても、公共性が主たる争点となります。公共性の判断の中で、利害関係者の民事的利益への影響がすでに（ある程度）考慮済みであり、人格権（B）に対する侵害も受忍限度内である（供用関連瑕疵とはならない）という予測（アセスメント）を前提として事業が進められます。訴訟も権利救済訴訟としての側面だけでなく、当初から政策形成訴訟としての側面を強く有しているわけです。

そのために、公共事業の差止めは、公共性の攻撃に成功しない限り、（民間開発の場合に比べてさらに）困難であるといえます。[45]しかも民間開発の場合と比べて、規模や影響も大きく、公共性の予測（例えば交通需要・交通量予測）や被害予測が困難であることが通常です（しかも専門家は原告側には原則として協力しません）から、被害立証が難しく裁判所も差止めまで認めない傾向があります。[46]

供用開始後の国家賠償請求が認められることはありますが、[47]これは未然防止をすることなく、事後的な利益調整をするものであり、本来あるべき姿ではないと考えます。これに一石を投じたのが藤山判決の黙示的前提要件論であった

と思います。

この問題の根底には、政策形成訴訟における司法と行政の役割分担論（司法消極主義）があるように思います。

③　訴訟対象が存在しない場合

三つ目の特徴でありますけれども、公共事業には、規制が省略されたり、処分が予定されない場合（事業認定が不要な場合など）があります。公共事業の場合には開発許可がいらないとされるのが通常かと思います。反対する地権者がいない場合ですとか、山奥で公共事業をされますと、もう物理的行為としての公共事業しか存在しないということで、行政訴訟もできない。その場合、訴訟対象とすべき行為が存在しませんから、物理的行為としての公共工事を争うしかない。長野でダム決壊のおそれがあるとして人格権侵害を理由にダム建設工事禁止の仮処分が申し立てられた例がございますが、そういう構成ができない場合には、自然環境破壊の問題になりますけれども、住民訴訟に移行したりせざるを得ません。訴訟対象が存在しない場合や人格権侵害と結び付けにくい場合には、民事訴訟、行政訴訟いずれも機能しにくいため、しばしば住民訴訟に移行する例が見られます。[48] 首都圏では今、八ツ場ダム訴訟というものが係属していますが、これは事業認定もされないし民事訴訟もできないので住民訴訟を提起したものです。

三、方向性～公共事業における公私協働

もう時間が来ておりますが、最後に方向性として、民間開発と対比しながら公共事業のあるべき方向性について、すでに生じている法現象も含めて一言申し上げたいと思います。

一．情報取得・参加

民間開発では、事業自体は利潤追求のためにされ、事業計画の策定において公私協働は必ずしも予定されていません。事業の前提となる規制の有無・程度を民主的に決めるという段階での協働が中心です。そして通常は、空間的価値の認識が事前に十分にされるとは限りませんので、有効な公私協働ができるとは限りません。

これに対し、公共事業では、事業自体に公共性が要求されますので、計画策定自体における合意形成が重視され、事業計画の策定段階で公私協働を予定しうるわけです。そして、その前提となる情報の形成・収集・公開も十分にされる必要があります。

しかし、現状では、公共事業の事業化においては、情報提供型参加の色彩が強く、いずれも必ずしも十分であるとはいえません。例えば、環境影響評価でも事業に対する批判的な評価がされませんし、合理的な判断を導くはずの代替案の検討も義務付けられていませんし、[49] 公私協働の前提となる十分な情報取得と参加が認められているとはいいがたい状況です。合意形成の手続を充実させ、遅くとも合意形成の最終時点で行政決定を入れて、訴訟対象を創出すべきかと考えます。

この点については、事業計画が固まる前に環境影響評価を行い事業計画の決定に反映させる戦略的環境アセスメント（ＳＥＡ）が東京都で部分的に採用されていますし、また、環境省の戦略的環境アセスメント総合研究会による報告書（平成一九年三月）において共通ガイドラインが示され、積極的な導入が期待されています。環境影響評価法も改正が予定されています。

公共事業手続の整備は、行政手続法の制定前から議論があるところで、今あまりホットな議論はございませんけれど

も、例えば圏央道の内側にあります外郭環状線におけるパブリック・インボルブメント（ＰＩ）や、河川ですが淀川水系流域委員会等における試みがあります。不十分だという批判はもちろんございますが。また、この報告では主体の問題に全然入りませんでしたけれども、さらにいえば、霞ヶ浦のアサザ基金など市民型公共事業の取り組みも注目されたところです。

二　司法審査

情報取得と参加による公共事業に関する合理的な合意形成を担保するものとして司法審査が重要であると考えておりますが、必ずしも十分に機能しておりません。個別的利益に拘る現在の判例の立場を前提とする限り、客観訴訟としての団体訴訟制度の導入が近道ではないでしょうか。その場合、民事的利益は団体適格要件に昇華し、個別的利益として求められることはなくなるでしょう。団体訴訟を認める領域如何では、主観訴訟としての民事訴訟、行政訴訟と重なり合う場面もあるでしょうが、それでよいと思います。

その他、公共事業紛争における司法審査に変化を及ぼしうる予兆としては、大法廷判決による青写真判決の見直しがありますし、都市計画争訟制度研究会報告書の提言があり、さらに行訴法改正附則五〇条による施行後五年見直しがあるところで、今後の改革にも期待しております。拙い報告でございましたが、以上でございます。

以上

【資料】東京地八王子支判平成一九年六月一五日（抜粋）

（二）差止請求の根拠

ア　環境権

原告らは、高尾山及び八王子城跡が歴史的価値を有し、特に高尾山は、豊かな自然生態系とすぐれた景観を有し、多くの人々に安らぎの場を提供するとともに、信仰の霊場となっていることを前提に、このような良好な自然環境を享受し得る権利を環境権として、その侵害に対して差止めという形での法的保護を求めていると解される。

差止めが相手方に作為又は不作為を命じて、その権利の行使を直接制約するという強力な手段であることにかんがみれば、憲法一三条及び二五条の規定や、社会規範たる条理又は慣習に基づいて、環境権を私法上の権利として認めることはできないというべきである。すなわち、憲法一三条及び二五条の規定は、いずれも国の国民一般に対する責務を宣言した綱領的規定であって、個々の国民に対して直接に具体的権利を付与したものと解することはできない。また、原告らは、環境権は社会規範たる条理又は慣習に基づく民事法上の権利として存在するとし、その環境権の客体を明確化すべく、環境を、大気、水、土ないし地盤という個々の環境要素を意味する場合と、それらを総合した全体的な環境を意味する場合とに分類し、さらに、大気、水、土ないし地盤を総合した全体的な環境を自然公物と貴重な自然環境たる私的所有地に分類し、それぞれに対応する権利として、生活環境利用権、自然公物利用権、特定自然環境利用権とに類型化した上で、本件では、生活環境利用権と自然公物利用権が問題になると主張する。このように環境権の対象たる環境の内容を分類し、具体化しようという試みは評価できるが、上記分類の中で最も具体的であると思われる大気、水、土ないし地盤という個々の環境要素をとってみても、いまだ、不確定かつ流動的なもので、それが現にある状態を指すものか、それともあるべき状態を指すものか、更に、その環境要素に対する認識及び評価についても個々人に差異があ

るのが普通であり、これを普遍的に一定の質を持ったものとして捉えることは困難である。したがって、現時点においては、裁判所が法を適用するに当たり、環境権を、私法上の権利といい得るような明確な実体を持ったものとして、認識し解釈することについては、勝曙せざるを得ない。したがって、原告らが主張する自然公物利用権、生活環境利用権というような環境権を、差止請求権の根拠と解することはできない。以上によれば、環境権を差止請求権の根拠と解することはできない。

イ　自然景観権

原告らは、環境権の内容の一つである自然公物利用権の一側面として、自然景観権を、差止請求の根拠として主張しているが、前述のとおり環境権は私法上の権利といい得るような明確な実体を持ったものということはできず、したがって、その一側面としての自然景観権も、私法上の権利として、差止請求権の根拠となるということはできない。なお、原告らは、最高裁平成一八年三月三〇日第一小法廷判決（民集第六〇巻三号九四八頁）（以下「国立マンション最高裁判決」という。）を挙げ、景観利益が法律上保護に値する利益として、差止請求の根拠となると主張する。

国立マンション最高裁判決では、最高裁は、良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（景観利益）は、法律上保護に値するものと判示したが、景観利益の内容が現時点においては景観利益を超えた「景観権」という権利性を有するものであることを否定しているのであって、原告らが主張するように景観権を差止請求の根拠となすことを認めていない。上記判決に従えば、差止請求をなす者は良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有することが必要であるところ、本件において、原告らは、高尾山又は八王子城跡の良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受しているとまでは認めが

たく、したがって、これらの良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するとは認めがたい。

ウ　自然享有権

原告らは、環境権の内容の一つある自然公物利用権の一側面として、自然享有権を、差止請求の根拠として主張しているが、前記アのとおり、環境権は私法上の権利といい得るような明確な実体を持ったものということはできず、したがって、その一側面としての自然享有権も、私法上の権利として、差止請求権の根拠となるということはできない。

エ　人格権ないし人格的権利（豊かな自然環境の享受によって、精神の解放感など人間としての豊かさを受ける権利）

原告らは、人格権を構成する人格的利益には、生命、身体、精神の安全や自由を享受する権利だけでなく、豊かな自然環境の享受によって、精神の解放感など人間としての豊かさを受ける権利も含まれると主張する。

しかしながら、原告らが主張する豊かな自然環境の享受によって、精神の解放感など人間としての豊かさを受ける権利は、原告ら各人の生命やその基盤となる身体の健康状態及び精神的自由という個別具体的な権利と離れた一般的、抽象的なものであり、結局のところ、原告らが主張する環境権等と実質を同じくするものと解される。

したがって、これを私法上の権利として承認し、差止請求権の根拠とすることはできない。

オ　原告らの主張するその他の権利

原告らは、上記の各権利のほか、差止請求の根拠を自然の水を享受する権利、慣行による引き水の利用権、自由権に基づく水の利用権等と縷々主張するが、いずれについても、私法上の権利といい得るような明確な実体を持ったものでないか、又は、具体的な権利といえても、大気汚染、騒音等の人格権侵害に基づく差止請求の当否において論じたのと同様に、その権利の性質や内容、本件事業の公共性ないし公益上の必要性等を総合的に考察すると、差止めが認められるとはいえない。

（三）結論

本件道路の建設によって、前記（一）のような高尾山や八王子城跡の環境に生じる影響は、自然環境の保護を目指す原告らにとっては、ゆゆしき事態であって、本件訴訟に到った動機は十分に理解できるものではあるけれども、前記（二）の理由により、原告らが主張する環境権等を根拠に、本件道路の建設の差止めを認めることはできない。

なお、地下水位の低下により、井戸涸れ等の被害が現実に発生した場合には、井戸の所有者等は、このような損害の発生について金銭賠償を請求することはできるが、前記一（三）のとおりの本件事業の公共性、公益上の必要に照らして、差止請求をすることはできないと解するのが相当である。

（1）本稿は、本研究会における筆者の報告をほぼ再現したものであり、当日の反訳を多少修正し、当日のレジュメや資料を適宜引用したものである。

（2）本報告が扱うのは、亘理格「環境行政法における公益、個別的利益、共同利益」（北大法学五六巻一二七七頁（二〇〇五年））の二分類にいう「公益への個別的利益の組み込み」と「公益達成のための手段としての個別的利益の法的保護利益性」のうち、前者の場面である。

（3）周知のとおり、空港施設については大阪国際空港判決以来の問題があるが、ここでは扱わない。

（4）地権者がいない場合には事業認定はされないが、大規模な場合には都市計画事業認可をするのが普通である。もっとも、その場合でも道路区域の決定など必要な手続をすれば、都市計画事業認可は不可欠の手続ではない。

（5）ここでは、公共事業における公私協働として、公共サービスの主体という観点からの検討はしない。ＰＦＩ、公共工事契約、行政契約を巡る問題等も扱わない。

（6）民事訴訟の請求の趣旨は「被告らは、原告らに対し、東京都八王子市下恩方町北浅川橋橋梁工事部分から同市南浅川町地内インターチェンジ工事部分までの一般国道四六八号（一般有料道路首都圏中央連絡自動車道）（以下「圏央道」という。）

新設工事及びこれに伴う付帯工事（八王子ジャンクション及び八王子南インターチェンジを含む。）をしてはならない」というものである。

（7）本報告後、控訴を棄却する東京高判平成二〇年六月一九日判例集未登載が出された。

（8）広島地決平成二〇年二月二九日LEX/DB二五四〇〇三六三。大久保規子「本件解説」法学セミナー六四三号一一九頁。北村喜宣「本件評釈」速報判例解説ＴＫＣローライブラリー環境法No四。

（9）最判平成一八年九月四日判時一九四八号二六頁。

（10）東京高判平成一七年一〇月二〇日判例時報一九一四号四三頁。

（11）最大判平成一七年一二月七日判時一九二〇号一三頁、最判平成一八年一一月二日判時一九五三号三頁。

（12）東京地判平成一六年四月二二日判時一八五六号三二頁、東京高判平成一八年二月二三日判例時報一九五〇号二七頁。

（13）生活利益秩序ないし環境秩序を念頭。

（14）圏央道八王子事業認定取消訴訟第一審判決（東京地判平成一七年五月三一日訟務月報五三巻七号一九三七頁）、東京地八王子支判平成一九年六月一五日判例集未登載。

（15）名古屋地判平成一八年一〇月一三日判例地方自治二八九号八五頁、名古屋高判平成一九年六月一五日LEX/DB二八一三一九二〇。

（16）名古屋高判平成一八年七月六日LEX/DB二八一一一九三九。

（17）ここでは人格権に整理したが、日照権も補償により考慮済みであり、差止請求は困難かも知れない。

（18）国道四三号線訴訟判決・最判平成七年七月七日民集四九巻七号一八七〇頁。

（19）判例は見当たらないが、Ａの妨害排除請求権でも無条件で差止めが認容されるはずはなく、受忍限度に類似した議論をすることになろう。したがって、ＡＢの救済レベルはほぼ同じと考えてよいと思われる。大塚直「生活妨害の差止めに関する基礎的考察（七）」法学協会雑誌一〇七巻三号四七八頁（一九九〇）以下。

（20）大塚直「環境法第二版」（有斐閣、二〇〇六年）五五八頁以下。

（21）理論状況について、大塚直「環境訴訟と差止の法理」能見善久ほか編『民法学における法と政策』（二〇〇七年）七〇一頁。

(22) 最判平成一八年三月三〇日判時一九三一号三頁。
(23) 最判平成六年三月二四日判時一五〇一号九六頁。
(24) 井口博「環境影響評価法と民事訴訟」畠山武道・井口博編『環境影響評価法実務』(信山社、二〇〇〇年)一九四頁以下。
(25) 名古屋高判平成一九年六月一五日裁判所HP。これに対し、起業地の地権者の財産権については、処分において考慮し尽くされている権利であり、処分がまさに財産権の制限を課すものであることからすれば、地権者の財産権に基づく差止請求は公定力に反することになるのではないか。
(26) 非申請型義務付け訴訟の重大な損害においても問題とされうるが、公共事業紛争では余り利用されておらず、例も少ないのでここでは取り上げない。
(27) 民事的利益として民事訴訟により救済を得られない場合でも行政訴訟の原告適格を基礎付けうる場合もある。例えば、風俗環境について原告適格を肯定する余地を認めたものとして、大阪地判平成一八年一〇月二六日判タ一二二六号八二頁がある。
(28) 山岡町林地開発許可事件(最判平成一三年三月一三日民集五五巻二号二八三頁)は「林地開発許可の要件を定める森林法一〇条の二第二項一号及び一号の二は、周辺住民の生命、身体の安全等の保護に加えて、周辺土地の所有権等の財産権までを個々人の個別的利益として保護する趣旨を含まず、また、同項二号及び三号は、水の確保や良好な環境の保全という公益的な見地から開発許可の審査を行うことを予定しており、周辺住民等の個々人の個別的利益を保護する趣旨を含まないから、開発区域内又はその周辺に所在する土地上に立木を所有するにすぎない者及び開発区域が上流地域に当たる川から取水して農業を営む者は、開発許可の取消しを求める原告適格を有しない。」と判断した。
(29) 圏央道八王子事業認定取消訴訟第一審判決(東京地判平成一七年五月三一日訟務月報五三巻七号一九三七頁)。前掲注七の東京高判も同様である。
(30) 大阪地判平成一八年二月二二日判タ一二二一号二三八頁ほか、小林久起『行政事件訴訟法』一八九頁(商事法務、二〇〇四年)。
(31) 例えば東京地決平成一七年一二月二〇日LEX/DB二八一一八九八は、「償うことのできない損害」とは、行訴法三七条の四第一項の差止訴訟の要件である「一定の処分又は裁決がされることにより重大な損害を生ずるおそれがある場合」

よりも損害の回復の困難の程度が著しい場合をいうものと解すべきであり、金銭賠償が不可能な損害が発生する場合のほか、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるような場合を指すとする。

(32) 神戸地決平成一九年二月二七日（保育園民間委託条例）LEX/DB 二八一三〇七七七、大阪高決平成一九年三月一日 LEX/DB 二八一三二一一六（住民票消除）、名古屋地判平成一八年八月一〇日判例タイムズ一二四〇号二〇三頁（調髪差止め）。

(33) 東京高判平成一九年三月一四日裁判所HP。

(34) 前掲東京高判平成一八年二月二三日。

(35) もぐれ阪神事件第一審判決（大阪地判平成一八年三月三〇日判夕一二三〇号一一五頁）。鉄道事業法八条二項の「国土交通省令で定める規程」である鉄道に関する技術上の基準を定める省令（平成一三年国土交通省令第一五一号。）六条（著しい騒音の防止）に適合しないという違法が主張されたが、その中で原告の民事的利益が考慮されている。

(36) 中込秀樹ほか「改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究」（法曹会、二〇〇〇年）一八八頁以下。

(37) ただし、実際には公共事業紛争で行訴法一〇条一項は大きな問題とはならない。処分がされるのは反対する地権者がいるためであり、通常は一〇条一項の制限を受けない地権者が原告となっているはずだからである。

(38) しかし、現実には公共事業に対する規制はきわめて不十分である。例えば、山田洋「道路環境の計画法理論」（信山社、二〇〇四年）二三〇頁以下。さらに、公的主体が行為者であるという理由で規制が省略される傾向もある（例えば都計二九条一項四号など）。このために、行政訴訟との関係では、対象とすべき処分が存在しなくなるという問題がある。その場合、民事訴訟も抗告訴訟も機能しないため、訴訟は、しばしば住民訴訟にシフトする。

(39) 角松生史「『公私協働』の位相と行政法理論への示唆」公法研究六五号二〇〇頁。

(40) もぐれ阪神事件判決・前掲注（35）は、「…鉄道騒音の予測については、D式を用いて科学的、客観的に実施することが可能であること、環境影響評価書の写しが工事施行認可を行う者に送付されること（評価条例一二条二項）、環境影響評価法三三条は、免許等を行う者に対し、環境影響評価書の記載事項等に基づいて環境の保全についての適正な配慮がされるものであるかどうかを審査する義務を課しており、同条の趣旨は、事業区間の距離が短いために同法が直接には適用されない本件認可に際しても活かされるべきであること、被告においても、本件認可の際本件評価書を参考にしているこ

と…からすれば、本件評価書における環境影響評価の判断の過程に看過し難い過誤等があり、被告の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告の上記判断は不合理であり、裁量権の逸脱があるものとして違法と解すべきである。」とする。

(41) 財産権の侵害については収用委員会における審理が予定されているが、公共事業を所与として補償価格のみが問題とされる。

(42) 地方分権の関係で、地元市町村が公共事業に反対の立場をとることもあるが、稀である。

(43) 「景観を害する加害者とされる者が土地所有権を行使する権利者であることからその権利を景観を理由に制限することは一般的には許容されないと考えているが、その主体が、本来景観を守ることを自らの方針としている行政主体が、自らの歴史的な景観を阻害する場合（たとえば和歌の浦訴訟、和歌山地判平成六年一月三〇日判例自治一四五号三六頁）には当てはまらない」（阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されるか（上）」自治研究八一巻二号一四頁）。行政が景観保全を方針とする場合でも、景観利益を保護すべき具体的な行政規制に至らない限り、裁判所は民事訴訟、行政訴訟のいずれでも重視しないように思われる。実際には、都市マスタープランなども公共事業を織り込んだものとされたり、公共事業との関係で不整合が生じないように方針が抽象化されている場合がほとんどであると思われる。もっとも、景観保全方針などの存在は、公益を実現すべき行政の責務（義務）として捉え、また、民事的利益としての景観利益の法的保護性をやや具体的に主張するのに役立つ可能性がある。

(44) もっとも、都計法三四条一号など、公共性があることを理由に規制が緩和されることはある。

(45) 圏央道の事案とは異なり、例えば永源寺第二ダム訴訟控訴審判決東京高判平成一七年一二月八日裁判所ＨＰ、栗東新駅訴訟（大津地判平成一八年九月二五日判タ一二二八号一六四頁、大阪高判平成一九年三月一日判タ一二三六号一九〇頁）は、高い公共性が認められなかった事案といえるのではないか。

(46) 被害予測の精度を上げる意味でも、公共事業手続における情報の形成・収集が重要となる。

(47) 尼崎大気汚染訴訟判決（神戸地判平成一二年一月三一日判時一七二六号二〇頁）など多数。

(48) 民間開発の場合には、例えば開発許可不要の判断を周辺住民が争う場合がある。開発許可不要の判断を違法として建築確認を取り消したものとして、横浜地判平成一七年二月二三日判例地方自治二六五号八三頁。

（49）本来は、ＴＤＭ（交通需要管理）などソフトな管理手法も含めた政策判断として、道路建設自体が必要かということも検討される必要がある。

〈質疑応答〉

司会・亘理　格（北海道大学）　シンポジウムを再開したいと思います。本日は三名の先生方のご報告を通して、環境法という共通の領域において公法と私法が複雑に絡み合っているということがよく理解できたのではないかと考えます。秋山先生のご報告あるいは北村先生のご報告の中では、私法的な枠組みの中に公法的な発想とか、とりわけ公益性や公共性といったような観念が非常に重要な役割を果たしているといったことが取り上げられましたし、さらに越智先生のご報告におきましては、逆に行政訴訟のような公法的な制度の中に民事的な利益の問題というのが非常に重要な役割を果たしてきていることが明らかにされました。

　ということで、同じ環境法の中でまちづくりあるいは私道における公共性の問題とか、あるいは産業廃棄物処理の問題、さらには公共事業の問題という形で、それぞれ独立した分野ではありますが、公私協働あるいは公法と私法の交錯という側面から、かなり共通の問題が浮かび上がってきているのではないかと思いますので、本日の議論の中ではそういった面を深めていくことができればと念願をしております。他方で、本日のシンポジウムは、公法を専門とする者と私法を専門とする者という、専門を異にした研究者の出会いの場でもありまして、なかなか相互に普段十分な相互理解ができていない面もあります。そこで、今日は公法、私法の交錯するあるいは融合した問題についての非常に充実した報告を頂きましたので、議論を進めるに当たってはそれぞれ異なった分野の概念とか用語とか問題状況などについて、相互理解を図っていく必要もあるのではないかと思います。

　従いまして、全体の進め方としては、本日のご報告者の発言の真意を確かめるとか、あるいは異なった分野の概念や用語とか問題状況についてまず説明して頂くというようなところを、最初の方で触れて頂き、なるべく後の方になると先ほど言いました公益性とか公共性の問題といった根本的な問題を深く掘り下げていくような、そういう議論ができればと考えています。

ただもちろんこれは、あくまでも傾向としてでありますので、必ずしもそこに拘泥する必要はないかと存じます。ということで、公法、私法それぞれの分野の相互理解の場でもありますので、ぜひ活発なご議論をいただきたいと思います。

それでは早速、参加者の皆様方からご発言いただきたいと思います。

山本寛英　秋山先生に伺いたいと思います。大きくは二点ほどございます。まず、差止め請求をする際の根拠となる権利について、判例の流れを教えていただいた限りでは、人格権を根拠とする流れが定着しつつあると理解させていただきましたが、一方で、いわゆる通行の自由権で根拠づけたほうが保護される対象がより広がるのではないかという議論があったかと記憶しております。ただ、それは、ご紹介していただいた判例等を見る限りは一切出てきませんし、あくまでも学界の中でも少数にとどまるものであるのかというところを伺いたいと思います。また、もし通行の自由権を根拠にすべきとの主張が有力と位置づけられるのであれば、それは今後裁判を通じてどの程度認められていく見通しがあるのか、あるいは現在定着しつつある人格権によって基礎づける場合と比べ、利益保護の面についてどのように拡大し得るのかというようなところを教えていただければと存じます。それがまず第一点でございます。

それから二点目としまして、三つめの判例で信義則を用いることによって一定の問題の解決が図られているということをご紹介いただきました。ご紹介いただいた事例については、土地所有者自身が自らの所有に係る建築物を建築する際に二項道路であることを前提に建築確認申請しておきながら、後の訴訟においてその二項道路であることを否定する主張をするのは許されないという文脈で、信義則が出てきたわけです。そうであるとすると、逆に、二項道路でないことを前提として建築確認申請があった場合には、確認申請を審査する行政庁の側で、ここは二項道路だから道路にはみ出して建築できませんよということでおそらく確認拒否処分になるものと思いますが、その場合は、行政庁の側が二項道路であることを高権的に確認することになるため信義則が登場する余地がなく、その意味では、信義則が登場する場面は、土地所有者がそこが本来二項道路であると認識している場合に限られることになろうかと思われます。そうでなく、もともとそこは二項道路ではないと思っていた場合には、二項道路であるかどうかを判定する責任が本来の行政庁に戻ることになるのだと思うのですが、そういう理解でよろ

しいのかということでございます。また、信義則に関する判例のご紹介の最後で、信義則の法理をいっそう活用する余地があろう、として、いくつか具体的な例を挙げていただきました。ご報告の中でもご説明があったかと思いますが、これらの場面で信義則を具体的にどのように活用してどのような進展が得られるのかという展望について、もう少し詳しく教えていただければと存じております。以上でございます。

秋山靖浩（早稲田大学）　ご質問、どうもありがとうございました。まず一番目の点ですが、かつての最高裁判決（最判昭和三九年一月一六日民集一八巻一号一頁）に、村道の通行妨害に関する事案において、通行の自由権の表現を用いたものがありました。通行の自由権は、公法関係に由来するものであって、そこから民法上の妨害排除請求等が直ちに導かれるわけではないけれども、日常生活上諸般の権利を行使する上で欠くことのできないものでもあるから民法上の保護が与えられるとして、不法行為による妨害排除を認めております。

　他方で、私が報告で取り上げた近時の判例は、通行の自由権の表現を用いておらず、道路敷地所有者に対する通行妨害行為の排除・禁止を求める権利を人格権的権利と構成しています。そして、近時の裁判例では、人格権として構成するものが多数になっているように思います。ただ、人格権的権利という構成が通行の自由権という概念とどのような関係に立つのか、なぜ人格権的権利という構成に移行してきたのかについては、大変申し訳ありませんが、今回はあまり調べておりません。

　二番目のご質問ですが、二項道路でないということを前提として建築確認を受けるという場面は、あまり想定できないように思います。建築確認を受けるには、敷地が道路に二メートル以上接していなければいけません。例えば、自分の所有地の中の一部分を位置指定道路として申請するとか、何かそういう手段を取らないとならないでしょう。ですから、ある道路が二項道路でないことを前提として振舞っていたけれども建築確認を取得した場合というのは、別の形で接道義務を充足していたからでしょう。そして、その際に、当該道路が二項道路ではないことを行政庁が決定したということにはならないと思います。逆に言うと、やはり平成一八年判決のように、二項道路であることを前提にして建築確認を受けたというつながりが重要になるかと思います。

　二番目のご質問の中で、二項道路であるかないかを誰が決めるのかということがありましたが、それは結局、基準時におい

て二項道路の要件を満たしているかどうかによります。二項道路に該当するかどうかが実際に問題になるのは、例えばその後、その道路に接する土地について建築確認の申請が出された場合です。そして、建築確認をする建築主事が、この道路は二項道路であるなどと判断して、建築確認をしています。しかし、建築主事の判断で二項道路該当性が決まるわけではありませんから、それが後になって争われることはもちろんあります。実際にもそのような紛争を扱った裁判例があります。

三番目のご質問の、信義則の一層の活用について。例えば、平成一二年判決の事案に見られるように、二項道路内にあった塀を除去して道路部分の幅員を広くし、二項道路の趣旨に沿った行動をとったのに、その後、再びポールを立てるなどして幅員を狭めてしまう行為は、矛盾行為として信義則の観点から許されないと評価される可能性があります。要件レベルでいえば、道路が現実に開設されていなければならないという要件あたりを、信義則を活用することによって緩やかに解することができそうです。

司会　よろしいでしょうか。では、今の問題に関連してでも、あるいはほかでも構いませんがいかがでしょうか。

根本尚徳・北海道大学（当時）　今の点に関連して、秋山先生に質問がございます。その前提として、まず、秋山先生がご紹介下さった平成九年の最高裁判決の説示をどのように理解すべきか、或いは秋山先生がどのように理解されているのか、という点について確認の質問をさせていただければ、と存じます。

一般に、「人格権に基づく差止請求権」とは、人格権或いはその背後にある人格的利益をいわば保護の客体（保護法益）として、それらを違法な侵害から保護するために発生する法的保護手段である。このように考えられているものと思われます。そして、そのような理解を前提としてこの最高裁判決の判示を読んでみますと、そこで言われている「敷地所有者に対して右妨害行為の排除および将来の妨害行為の禁止を求める権利」とは、まさしく法的保護手段としての差止請求権そのものを指す。これに対して、最高裁が言うところの「建築基準法の位置の指定を受けて現実に開設されている道路を通行することについての日常生活上不可欠な利益」、これがすなわち差止請求権によって保護されるべき人格権或いは人格的利益の核心に当る。そのように理解することができる、と私は考えました。

そこで、このような理解が妥当であるかどうか、或いは先生もそのように理解されるかどうか、について、まずお教え下さ

い。

秋山　お答えしますと、基本的な理解は同じであると思います。つまり、通行するについて日常生活上不可欠の利益を有していることを保護する、それが保護法益だと思います。ただ、この場面では、通行するについて日常不可欠の利益だけではなくて、ほかの利益というのも、今日の報告で申し上げましたがあり得るんではないかとも思います。ただ、少なくともこの判決では、通行するについて日常生活上不可欠な利益が守られるべきであると考えています。

根本　そう致しますと、この点に関する最高裁の判断について私が良く分からず、秋山先生にご教示いただきたいと思いますことは、この「建築基準法に基づく位置指定」が民法上の「人格権に基づく差止請求権」の成否に関して持つ意味です。

私の疑問を具体的に申し上げますと、要するに、そのような建築基準法に基づく位置指定が為されることによって初めて、差止請求権の保護客体となりうる「日常生活上不可欠な利益」が民法上、基礎付けられるのか。或いは、この最高裁判決において問題となった事案とは異なって、位置指定を何ら受けていない他人の私道を、例えばある者がその日常生活において、無権限で一九年と一一ヶ月（この私道に対する通行地役権を時効取得しうる寸前まで）一応平穏に継続して利用している、という場合であっても、場合によりその利用は、法的保護に値するものとして差止請求権によって保護されうるのか。つまり、「建築基準法に基づく位置指定」がなくとも、民法上、差止請求権により保護されるべき人格権、或いは人格的利益としての「通行することについての日常生活上不可欠な利益」が生じうるのか。この点について、平成九年の最高裁判決の説示の意味或いはその射程をどのように理解するのが妥当か、ということです。

この点について先生がお示しになられた分析では、「建築基準法上の道路であることは、道路位置指定に伴う建築基準法上の制限を受けるに至った道路敷地所有者の通行受忍義務を正当化する」、とされています。ですから、建築基準法に基づく位置指定は、差止請求権の保護法益を基礎付けるものというよりも、むしろ保護法益に対する侵害の違法性を推定する、或いは違法性をいわば高めるものとして機能する。先生ご自身は、そのようなお考えをお持ちなのではないか、と私は理解致しましたが、そのような理解でよろしいでしょうか。

秋山　ありがとうございます。例えば、指定も何も受けていない純粋な私道についても、理論的には、通行するについて日常生活上不可欠な利益が発生することも考えられるのではないでしょうか。そして、それが保護に値するということも理論的にはありうるのでしょう。ただ、普通に考えると、建築基準法上の私道になれば、そこが道路としての体裁も整い、さまざまな規制の結果として通行がしやすくなるわけで、それによって日常生活上不可欠の通行利益が発生しやすくなると考えられます。

ただ、そう言っておきながら反対のことも言いますが、やはり純粋な私道の場合だと、建築基準法上の道路指定の反射的な利益すらそもそもないというふうに考えられます。そうだとすると、先ほど、純粋な私道でも通行利益というのはありうると言いましたが、反射的な利益すら発生しないところに日常生活上不可欠な利益も発生しないということになりそうです。そこはちょっと整理が付いていないかもしれません。

それから、「建築基準法上の道路であることは、道路位置指定に伴う建築基準法上の制限を受けるに至った道路敷地所有者の通行受忍義務を正当化する」という分析ですが、私の報告では、これは、土地利用の対立の調整という観点から、私道敷地所有者の私的利益に対する制約を私道通行者との関係でも正当化する理由になるものと考えています。信義則は、平成一八年判決の示唆によれば、この理由を補うものとして機能することになるでしょう。しかし、ご指摘のように、妨害排除請求権の成否という観点からは、通行利益に対する侵害の違法性を基礎づける理由ととらえられますね。

吉田克己（北海道大学）　今の根本さんと秋山さんとのご議論あるいは質疑応答に関連して、補足的に私の理解を申しあげておきたいと思います。私の理解では、私道に関しては、それが道路位置指定を受けたかどうかで問題の性格が違ってきます。その点を少し申し上げたいと思います。

まず、通行の自由権についての確認です。通行の自由権が最初に出てきたのは、かなり以前のことですよね。最初に判例で認められたのは、村道ケースだったと記憶しています。先ほど秋山さんも引かれた最判昭和三九年一月一六日民集一八巻一号一頁です。ですから、まずもって公道について通行の自由権が承認され、この権利を妨害されたときは民法上不法行為の問題が生じるとされて、妨害排除請求が認められたわけです。公道についてどうして通行の自由権が認められたかというと、この

判例が明示的に述べているわけではないのですが、公道については公衆の通行が可能であり、そうであればそのような公衆の通行を妨げてはならないという理解があったものと考えます。ただ、そのように考えますと、私人が公道の通行について有する権利ないし利益は反射的利益にすぎないという議論もありえます。実際に、伝統的見解はそうでしたし、この事件の原審もそのような考え方を採用しています。そのような考え方を一方前進させたというか、乗り越えて、私人の差止めを認める論拠として出てきたのが通行の自由権だと私は理解しています。

その上で、次の問題は、私道についてどうかです。私道の場合には、最初に申し上げましたように、二つの種類を区別する必要があります。つまり、道路位置指定を受けた私道と受けていない私道です。道路位置指定を受けていない純粋の私道については、そもそも一般公衆の通行を想定していないわけですから、通行の自由権は問題になりえません。これに対して、道路位置指定を受けた私道は、状況が異なります。それは、法律的には、公道と同じ扱いになるからです。ですから、所有レベルはあくまで私的な所有権の対象だけれども、公衆の自由な通行が認められ、たとえ所有者でもそれを妨げてはならないということになります。道路位置指定を受けた私道は、建築基準法上の道路として扱われ、接道義務もこの道路との関係で判断されるということになりますが、それは、道路位置指定のこのような性格によります。

このようにして、道路位置指定を受けた私道についてのみ、通行の自由権に基づく差止めが可能かという問題を立てることが可能になります。下級審でこれをめぐる多くの判決がありますが、基本的にはそれは認められるようになっていたと評価してよいでしょう。その上で、先ほどから問題になっている最高裁平成九年判決が出てきます。この判決は、通行の自由権という表現を用いていません。どのような文言を用いているかというと、「人格権的権利」です。ただ、私の理解では、これは通行の自由権をさらに具体化しているもので、通行の自由権と別物というわけではないと思います。

このように見てきますと、通行の自由権は、たしかに人格権あるいは人格的利益に基礎づけられる権利ですが、その根底には、公衆の通行を可能にするという公共的利益が存在する、というのが私の見方です。したがって、差止請求権も、私人の人格的利益を擁護するとともに、私人による法の実現という性格を帯びていることになります。最高裁平成九年判決は、たしかに「日常生活上不可欠の利益」というような言い方をしていま

すが、それもこの公共的利益との関係で捉えておくのがよいのではないでしょうか。

これに対して、純粋の私道については、その通行を継続する者に「日常生活上不可欠の利益」が発生することがありえますが、これは公共的利益とは関係がありません。それが法律上保護されることはあるでしょうが、それは通行地役権の時効取得などの問題で、通行の自由権の話にはならない、というのが私の理解です。

司会　今の問題と異なる点、あるいはそれを引き継ぐ形のご質問・ご意見でも構いませんが、いかがでしょうか。

吉田　それでは、ひとつ別の質問を出させて下さい。私は、秋山報告には基本的に賛成といいますか、だいたい同じようなことを考えていますし、また議論の機会も沢山ありますので、質問は別の機会にしたいと思います。ここでは、せっかくの機会ですので、公法にかかわる問題について、北村先生に質問をさせて下さい。

北村先生の報告に警察規制という考え方が出てきました。日本での警察規制の考え方は、原則的には一方での自由とか権利があり、警察規制はそれを規制するものだから例外的でなければいけないと、そのようなものだろうと思います。しかし、比較法的に見ますと、警察規制というのは本当にそういうものなのだろうか。日本のこの考えは、ひょっとして特殊ではないかという感じがしないでもありません。

私は、フランスをやっているわけですが、フランス的な仕分けの仕方だと、プライベートな領域とパブリックな領域をまず二つに分けて、パブリックな領域において私人の自由を規制するのがポリス規制ということになります。この仕分けの基準は、特定の人にだけかかわる領域がプライベートな領域、全市民に関係する領域がパブリックな領域です。プライベートな領域は、自由の領域あるいは今はやりの表現を使えば自己決定権が支配する領域ですが、パブリックな領域はそうではありません。そこは、公衆の衛生だとか公衆の平穏だとかを確保するために、むしろ私的自由が制約される領域です。ですから、ポリス規制すなわち警察規制は最低限の規制とか、原則は自由だけれども例外的に規制するという考えはあまりないような気がいたします。そうだとしますと、フランスとの関係で日本は特殊なのかなという気もしますけれども、むしろ日本の方が比較法的には一般的なので、フランスの方が特殊なのかどうか、その辺がお

聞きしたいところです。

北村喜宣（上智大学）　私はアメリカ法を少し勉強したことがございますので、その観点から申し上げます。もちろんアメリカ法にもこうした規制はあります。しかし、法的性質として警察規制であるからこのように解するというカテゴリカルな議論はしないように思います。あくまで、条文がどのように規定されているか、立法者意思はどのようなものかということを実証的に検討するでしょう。

日本の行政判例は、あまり学説の影響は受けていないと思いますが、産廃許可については、許可の性質に関する行政法学上の分類論になぜか忠実です。その背景には、霞が関の解釈があります。釧路市で発生しました産業廃棄物処理場の事件につきましても、札幌地裁は「本来は自由であるはずの私権（財産権）の行使を、公共の福祉の観点から制限するものであるから、…要件に適合すると認められるときは、必ず許可しなければならない」としています（札幌地判平成九年二月一三日判自一六七号六四頁）。高裁もこの判断を維持しています（札幌高判平成九年一〇月七日判自一七二号三四頁）。こうした行政法学の議論は、おそらくドイツ法の影響を受けていると思われますので、ご専門の先生にコメントをいただければ幸いに存じます。

山下龍一（北海道大学）　北村先生がおっしゃったように、警察規制という考え方はドイツ法的発想によると思いますので、ドイツでも日本と同じような考え方がなされていると思います。ただ、ドイツでは、越智先生のご報告にも関連しますが、空港や原子力発電所といった大規模施設の場合には、許可の前に住民参加を丁寧にやって、そこで十分に文句を言ってください、しかし、決定後は、行政訴訟は認めるが民事差止訴訟は認めません、あるいは、事前手続に参加しなかった人は行政訴訟も認めませんといった制度が用意されているかと思います。

人見　剛（北海道大学）　北村さんがおっしゃったように、ドイツの場合、営業・事業活動の自由をベースに公共の安全・秩序の維持のために事前チェックする営業・事業の許可制度を導入しているわけですから、許可要件を充足した場合には許可しなければいけない、裁量の余地はない、と考えるのは、一般的なところであろうと思われます。おそらくフランスの場合よりもドイツの方が、こうした警察規制などについて完全に裁量を認めない傾向にあるのは伝統的にそうだと思います。

北村　許可制の要件・効果規定について、立法者が熟慮した上で規定しているかといえば、かなり疑わしいのではないか、立案に当たって参考にした法律の規定振りの影響を受けているのではないかと思っています。しかし、解釈に当たって、規定振りは、とりあえずは重要です。この「要件・効果」のパターンと申しますのは、実際には、実に多様です。実定法には、いくつかのパターンが観察できます。

第一は、「……であるときは、許可を与えなければならない。」型です。要件が充足されていれば効果裁量はないということになります（消防法一一条二項、道路交通法七七条二項など）。第二は、「……と認めるときでなければ、許可をしてはならない。」型です（火薬類取締法七条、浄化槽法三六条など）。第三は、「……の場合においては、許可をしてはならない。」型です（自然環境保全法二五条六項、宅地建物取引業法五条一項など）。第四は、「……の場合に限り、許可を与えることができる。」型です（道路法三三条一項など）。第五は、「……に該当するときは、許可を与えないことができる。」型です（薬事法六条、あへん法一四条など）。

廃棄物処理法は、第二のパターンなのですね。第一のパターンとの違いは明らかです。それなのに、裁判所は「警察許可」という学問的分類にあてはめて、第一のパターンのように解してしまう。自由主義的な裁量観になっているのは、非常に興味深いと思います。

解釈にあたっては、許可の法的性質もひとつの判断要素にはなりますが、それ以外にも、規定振りや法律の趣旨目的などに対する目配りも必要です。産業廃棄物処理業の許可と産業廃棄物処理施設の許可は、実は同じ規定振りです。しかし、トラック一台でできる収集運搬業とかなりの環境影響を与える最終処分場とを「自由」という点で同じに考えてよいかとなると、私は、そうは思えません。ところが、裁判例においては、非常にカテゴリカルな整理がされているのです。

司会　今の問題はよろしいでしょうか。では他にいかがでしょうか。

瀬川信久（北海道大学）　消費者行政を見ていますと、例えば、マルチ商法をしている事業者を公表する場合に、行政は、営業活動の自由を侵害してはいけないと考えて慎重になるように思います。しかし、行政の中にも警察のようにむしろ摘発活動を任務とするものもあります。消費者行政の中に積極的に摘

発活動をする部門があっていいと思うんですが、そういう部門は考えられないのでしょうか。今、適格消費者団体などが、いわば行政の一部を分担しようとしているわけですが、今の話の行政機能の位置付けとか、日本における行政の中立性という観念と関連しているんでしょうか。民間団体の活用とか団体訴訟の導入などを強調する最近の傾向の背景には、逆に、営業の自由を考えて行政の役割を限定してきたという背景があるんでしょうか。

司会　民間団体の活用とか団体訴訟の導入という問題は、行政の機能や役割に関する理論的な前提と関連しているかというと、それはいま一つ次元が違ったところで問題化したものであって、むしろ、必要に迫られてあるいはそれをやらないと十分な消費者保護ができないとか、あるいは、これはあくまでも将来の立法課題ですが、それなくしては環境保護が十分にできないということが認識されてきたということなのではないかと思います。ただ、考えようによっては、確かに、従来の規制とか制度では不十分であったという問題の背景には、やはり行政が十分な環境保護とか消費者保護の役割を果たしてこなかったという認識もあるわけですから、そのどうして果たせなかったのか、どうして十分な役割を果たせなかったのかということを考えると、確かに本来行政に期待してよい役割をむしろ果たさせない、障害となるような理論的な観念というのがあったのでないかと思います。その理論的な観念が、結局は瀬川先生が御指摘されたような警察行政法的な考え方であり、警察消極主義の原理とかということだったのではないか、という気が致します。

ただ、民間団体の活用や団体訴訟の導入問題が行政の機能や役割に関する観念と論理的、理論的につながっているかと言いますと、私はそれは必ずしもそうではないのではないかという気がしています。どなたか別のコメントをいかがでしょうか。

北村　瀬川先生のコメントをうかがっていて、次のようなことを考えました。日本では、法律案の起案を官僚が担当します。その前提には、「自分たちは間違わない」という発想があります。行政無謬論ですね。法律目的実現のために、あるいは、違反是正のためには、必要かつ十分な装置が準備してあると考えます。しかし、亘理先生のコメントにありますように、現実にはその仕組みが必ずしも上手く機能しないことがある。食品衛生のように伝統的な警察行政といわれるものでもそうですし、環境行

政のように新しい積極行政といわれるものでもそうです。そこで、最近では、行政だけでは無理だから、私人のイニシアティブに期待しましょうということで、消費者契約法のもとでの適格消費者団体による差止訴訟や独占禁止法のもとでの私訴が制度化されているのです。

規制のタイプにかかわらず、日本では、行政法規違反に対してなかなか命令が出されません。そのひとつの理由は、違反者の経済的事情に対する配慮です。もちろん、騒音規制法のように中小企業に配慮せよと明文で規定している法律もあるにはありますが、非常に稀です。権限行使にブレーキをかけるような要件は一般に規定されていないにもかかわらず、経済的事情を考慮する。まるで、不文の法規範のようです。

これは、経済的自由に対する配慮というようなレベルではなく、おそらくは、命令のような公式的対応をするのは面倒くさいという行政の感覚、コトを荒立てるのはまずいという行政の感覚、そして、環境行政でいえば「環境のことだけを考えて仕事をしているわけではない」という感覚にもとづいています。こうした権限の不行使が適法なのかどうかは、訴訟にならなければわかりませんが、少なくとも、行政は、裁量の範囲と整理しているのでしょう。

人見　先ほど申しましたように許可制の場合は、相手方の経済活動の自由、営業の自由がベースにありますから、許可要件を充足したら許可しなければならないということで裁量が行政には与えられていない。しかし規制権限の発動の場合は、法律上「これこれの場合には改善を命ずることができる」という形で、基本的に裁量が与えられているのが原則だと思います。それを、ドイツではよく行政便宜主義と呼んでいます。従って、自由な活動をしている事業者に対して規制権限を発動する場合には、行政に裁量があるのが原則です。

ですから、規制要件を満たしても規制をしない自由が行政には法律で認められているという前提があると思います。事業者に過度の打撃を与えないように、改善命令は出さず行政指導するにとどめておくことは、原則として法律上容認されていると考えるのが通常であろうと思います。そうした背景が、法制度上あると思いますけれども。

北村　行政法の一般原則である比例原則は、違反に対する行政権限行使の場面にも適用されます。違反しているからといって必ず命令をしなければならないわけではありません。行政指導で対応できるならば、それで十分と考えられています。

瀬川　公私の協働というときに、今までの行政のイメージではなくて、例えば先ほどの消費者適格団体などを見ていると、京都や関西では活動が活発で、積極的に書面による事前請求をしています。事前請求すると事業者の方も引っ込むことがあるようです。これまでは、検察が起訴して裁判所で負けたらまずいという意識があったように思うんですけれども、行政だけども当事者的なものを行政の中に組み入れれば、つまり間違っていたら間違ったでいいんだという考え方を行政の中に組み入れてもいいように思ったものですから、先ほどのような質問をしました。

司会　先ほどの瀬川先生のご発言について、先生方のご発言を聞いてそれなりに私の考え方を整理して言いますと、次のようになるのではないかと思います。もともと二つの観念が行政にはあると思うんですね。何かというと、公共の分野とか公益性とか公共にかかわることは、国あるいは行政庁が責任を持って行わなければならないし、行う権限もあるという、これが一つの観念だと思います。もう一つは、その上でしかし、実際にそれを権限として行使するかどうかについては、いわば必要最小限といいますか、要するに営業活動とか自由な国民の活動というものを前提にした上で、それを過剰に妨げないような範囲で最小限の規制をしていく必要がある、という考え方があるのだと思います。

そういう必要最小限の権限行使の要請を強調しますと、よほど重大な問題が生じて生命、健康に対する被害等の形で生じてこない限りは、法律上認められた変更命令とか是正命令などを発出すべきではないという発想に一方でなってくるわけです。他方、しかし、それについては実は最近は一定の条件を満たせば権限行使もしなければならないという考え方が理論上・学説上唱えられていますし、判例も徐々にそのような考え方を取り入れる傾向にあるわけです。

他方、最初に言った一番目の公共の利益にかかわる事柄は行政がいわば本来すべて専属的に責任を負っているという考え方については、近年ではそのような行政の役割が十分には果たされないという実態が次第に分かってきたといいますか、消費者保護とかあるいは環境保護の分野でそのような機能不全の実態が判明してきたという側面があるのだと思います。国や行政もそれを自ら認めるようになってきており、そこから、団体訴訟であるとか認定団体とかなどのいわゆる民間団体を使って公益実現を図って行こうという発想につながっているのではないか

と思います。もちろんそれ自体がいろいろな不十分な面は含んでいるわけですけれども、少なくとも国家がその公益を独占するといったような思考は少しずつ崩れてきているように思います。以上のような二つの異なった意味合いとの関連で、今日、いろいろな状況が生じてきているのではないかと思っています。

さてそこで、この問題をさらに続けること自体は面白いのですけれども、ほかに何かご意見などございましたら、いかがでしょうか。

山下　基本的な用語について質問します。秋山先生のご報告の中で「反射的利益論」という言葉が出てきました。この議論は行政法ではよく出てくるものですが、この議論は民法でもなされているのでしょうか。また、ここでいう反射的利益とは、行政法規では保護されているけれども、私法上の利益にはならないというような意味なのでしょうか。

合わせて、越智先生に質問します。ご報告の中では「民事的利益」というものが強調されているように思いました。先生は、行政訴訟の場合には必ずこの民事的利益が侵害されなければ請求が認められないとお考えなのでしょうか、それとも民事法的な利益とは別に行政法的な利益というのがあって、それが侵害されれば行政訴訟が認められるとお考えなのでしょうか。

秋山　反射的利益という言葉ですけれども、民法でこれが頻繁に使われるということはないと思います。ですから、やはりこれは行政法の概念が使われているということだと思います。つまり反射的利益というのは、結局は個々人に帰属する権利ではない、あるいは個々人の利益として保護されるものではないと、そういう意味付けです。行政法規との関係でいえば、行政法規によるならば行政庁の介入などによって私人は保護を受けられるかもしれないけれど、民法上で私人が妨害排除等の請求権を有しているわけではない、という意味になるかと思います。

越智敏裕（上智大学）　ちょっとレジュメの書き方がまずかったかもしれません。民事的利益でなければ行政訴訟の原告適格を基礎付けられないのかというご質問ですが、私はそのようには理解しておりませんし、そうあるべきではないと思っております。例えば、最近の大阪地裁の判決で、風営法のパチンコ営業許可について、営業所から一〇〇メートル以内の居住者については原告適格がある。ただし本件では一〇〇メートル以内で

はないので適格を否定するというものがございます。

例えばそのような場合に、風俗環境というもので民事的利益があるんだ、それで差止めなりが求められるかというと必ずしもそうでもないように存じます。その他すぐには頭に浮かびませんが、民事的利益とまでは言えない行政法的な利益でも原告適格を認めた例はあるかと思います。

ただ、公共事業紛争に関して申しますとこれはほぼ重なり合うのかなと。よくも悪くもといいますか、個別的な民事的利益でなくても裁判所が積極的に原告適格を認めてくれればよろしいんですが、まだそこまでは判例が行っていないのかなと考えております。例えばこの景観はまだよろしいわけですけれども、自然景観などになりますと民事的利益としてはさらに厳しいのかもしれません。ですが、行政法的な利益としては反射的利益ではなく保護されるんだという議論があればよろしいのかと思いますが、なかなかその辺まで裁判所は簡単には認めてくれないのかなと思っています。以上でございます。

司会　今の問題につきまして関連して何かございますでしょうか。

山本　秋山先生に、反射的利益論に関連してご質問させていただきます。これまでの判例の到達点としては、日常的にそこを通行している人が人格権に基づいて妨害排除請求できるというところにあろうかと思いますが、それに対して秋山先生は、その法理をもう少し広く適用する余地があるのではないかというご提案をされました。これは、具体的には、おそらく指定道路の沿線住民の何らかの利益をもう少し高める方向で考えておられるものと存じますが、これをもう少し具体的に考えていくとどうなるのだろうかと思うわけです。すなわち、反射的利益論という行政法の考え方に縛られているのかもしれませんが、建基法上の集団規定であれば近隣の所有者に対する日照、通風についても考慮するわけですが、道路法上の認定にしても建基法上の指定にしても、道路位置を定める処分の際に果たしてそこまで考慮しているのであろうかと思うわけです。事実上そういった利益が生じるということはあり得るわけですが、あくまでも接道義務を果たすための便宜としての私道路の指定について、日照、通風という事実上の利益が生じている沿道住民に、果たしてどこまでの権利が認められるのかということを若干疑問に思いましたもので、その点について少し詳しくお話を伺えればと存じます。

秋山　どうもありがとうございます。まず、後半部分のご質問ですが、例えば、道路位置指定がされた後、道路敷地の所有者がブロック塀を作って通行を妨害した場合を考えてみますと、その道路に沿接する土地の所有者は、その道路が維持確保されないことにより、通行・避難・防災等についてやはり具体的な不利益を受けると観念できるのではないでしょうか。建築基準法上の道路に関するさまざまな規律の目的や趣旨を考えますと、建築基準法上の道路に指定されるということは、道路敷地の所有者の利益と道路に沿接する土地の所有者の利益とをいろいろと調整した上で、道路に沿接する土地の所有者には、反射的ではなくて個別具体的な利益が割り振られているように思います。報告で取り上げた判例は、建築基準法におけるそのような考えを民法にも反映させたといえるかもしれません。

それから、前半部分のご質問ですが、今のところ、二つのレベルで考えております。一つは、例えば、ある事案において、具体的に避難が困難になってしまったとか風が通りにくくなったとか、通行利益ではない利益が侵害されている場合も、今回取り扱った通行利益になぞらえて、それらの利益を保護するために妨害排除請求を認めるということです。

もう一つは、そのような具体的な利益の侵害がない場合であっても、建築基準法上の道路に関する規制に違反していること（のみ）を理由として、民法上の妨害排除請求権等を認めることです。先ほども述べましたが、建築基準法の規制というのは、道路敷地の所有者の利益と道路に沿接する土地の所有者の利益とを調整して、道路に沿接する土地の所有者の利益およびそれと重なり合う公共的な利益を実現しようとしているわけです。ここで建築基準法上の規制に違反するということは、たとえそのような利益の具体的な侵害がないとしても、そのような利益の実現をいわば定型的・観念的な形で妨げているといえそうです。そこで、このような利益のいわば定型的・観念的な侵害を根拠として民法上の請求を認める方向性も、ありうるのではないでしょうか。今後の宿題として考えさせていただければと思います。

山本　ありがとうございました。越智先生に、先ほどの山下先生のご質問と関連する質問をさせていただきます。ご報告のいちばん最後の、民間開発と比較した場合の公共事業紛争の特徴というところで三点挙げられておりますうちの二番目、公共性が民間開発と比べると公共工事では重視されるであろう、というご提示でございますが、これは、処分の取消しや処分の差

止めを求める局面ではなくて、あくまでも民事の差止訴訟の中でのご議論と理解してよろしいのでしょうか。つまり、処分の取消しないし差止めにおいては、個別法で定められた処分要件を充足しているか否かということが争点になるわけで、一般的には公共事業には当然公共性が必要だということは言えても、個別法に落としてきた局面では必ずしも公共性が要請されるわけではないとも考えられるわけです。したがって、このご議論は主として民事差止めを念頭におかれているのかと思ったわけですが、この点ご確認させていただければと存じます。

越智　ご質問ありがとうございます。少し大ざっぱな議論かもしれませんが、民事訴訟でも行政訴訟でも公共性が重視されるという趣旨で申し上げております。山本先生が言われましたように、民事訴訟で公共性が重視されるというのはそのままストレートにくるわけですが、当然行政訴訟では個別法においてより具体化された公共性が問題となるわけでございまして、その意味で、圏央道の事案で言いますと、土地収用法二〇条三号の「土地の適正かつ合理的な利用」というところがまさに争点となって参ります。そこでは公共性というのは抽象的な言葉ではございませんで、公共性を具体化する個々の規定の充足性ということになるかと存じます。

司会　よろしいでしょうか。では、私から越智先生への質問として、二点申し上げたいことがあります。一つは、特に原告適格やその他の訴訟要件のところで、あるいは法律上の利益とか損害とかの側面で、民事法的な利益ということが強調されるというのは、ある意味で日本のむしろ裁判官の訴訟についての考え方がその原因としては大きいのではないかという気がしています。一言で言うと、「司法権」とか「法律上の争訟」とかというものを具体的な権利義務関係をベースにして考えないといけないという、そういう日本の裁判官の、もっと言えば従来からどちらかといえば民事・刑事の事件に慣れ親しんできた裁判官に特有の発想から来ているのではないかという気がしています。

あえていえば、戦後日本の行政裁判が司法権の下で統一的に扱われることになった際の「司法権」の観念の中に、そういう権利義務関係あるいは権利義務に関する争いというものを大前提にするような考え方があったのであり、この観念がやっぱり大きいのではないかという気がしています。そうした関連で言いますと、私法上の権利利益というのが真っ先に重視すべきも

のとして出てきて、それ以外の利益をどう扱うかについてはかなり慎重になっていると、そういう基本的な発想方向があるのではないかと私は思っています。この点、越智先生のご意見を伺いたいというのが第一の質問です。

もう一つの質問は、本案との関係でいわゆる公共性の判断の問題です。私は、近年になって下された幾つかの判例、特に小田急訴訟第一審や圏央道第一審の藤山判決の特徴は、公共性を強調するということそれ自体よりも、公共性の中に騒音とか大気汚染という利益を十分考慮すべきであるという、そういう考え方を投入したところにむしろ特徴があるのではないかと考えています。もっと具体的に言いますと、要するに日本の場合は公害裁判の伝統があるのでありまして、生命・健康に対する危害を何とか食い止めなきゃならないという、それをいかに救済するかということについておそらく一般の民事事件を従来やってきた裁判官にもその点は確信があるのだろうと思います。そうした日本の公害裁判の伝統を踏まえていくと、公共事業の違法性を判断する際の公共性のところに生命、健康、さらには騒音問題とか大気汚染問題の根本的解決が入ってくるというのは、ごく自然な発展的な思考方法なのではないかという気が致します。

おそらくこれはあまり外国では、とりわけ独仏英米あたりで公共事業の違法性を判断する際には、騒音とかそういった問題を公共性の要素として組み込む判断をするということはあまりないような気がしています。そういう意味で、公害訴訟の伝統を持つ日本の公共事業訴訟の一つの特徴なのではないかと理解しています。むしろ、公共性を強調することそれ自体よりも、むしろそこにそういった騒音問題とか大気汚染といった要素を投入した理解をしているということ自体に、特徴があるのではないかという理解をしています。

越智　非常に含蓄のある二点ご指摘いただきまして、私もまったくその通りだと思っています。まず一点目でございますが、最初にお断り申し上げましたように、実務家は、裁判所に受け入れてもらえるかという感覚でどうしてもものを考えてしまいますものですから、私の思考もそうなってしまっているのかもしれません。実務家サイドも何かほぼ確実に適格が認められるような権利利益さえあれば本案に入れるということで、それがあるときにあまりそれ以上に広げようという努力を必ずしもしない傾向が、特に公共事業ではあったのかなという気もいたします。

多少かじっているだけですが、アメリカなどですと審美的な利益、自然環境を親しむ、楽しむという利益だけで適格を認めてもらえるということになりますと、もう個別的利益とか民事的利益とかから全く離れて、行政法的な利益を観念していけるわけですが、日本の裁判官は行政法を勉強しなくても裁判官になってきたわけですので、亘理先生が言われる通りの頭で裁判所も判断しがちである。主として民事的利益を念頭に置いた個別的利益がなければ適格を基礎付けてはいけないんだという頭がどうもあったのではないかと。それが今回の平成一六年改正で多少変わっていくという傾向でいけばと思っております。ロースクールを出る方たちが新たに裁判官になっていけば、変わっていくのではないかと期待しております。

二点目でございますが、これも藤山判決は非常に素晴らしいものが多いわけで、東京高裁に戻ってきていただきたいなと思っております。確かに、あの方はそういう形で被害を公共性の中に組み入れて判断してくださる珍しい方であったわけですが、それ以外はやっぱり公共性を崩して初めて違法とされる余地が出てくる、日光太郎杉など例外はございますが、公共性を攻撃して、公共性をある程度否定してからでないとなかなか差し止めというようなことは難しいのではないかと感じています。

圏央道に関して藤山さんの判決は、三環状九放射といわれますけれども、内側に環状線があと二本できるわけでありまして、そのうち中央環状というのがもうだいぶ完成していて、昨年の一二月に一部開通しましたが、それならあえて圏央道を造る必要はないとして公共性も否定した、否定といいますかむしろ圏央道に人と金を使うんであれば中央環状をもっと早く完成させろというようなことまで言っておりますので、公共性が低いとした上で騒音という被害の方に着目して認めてくれたんだろうと思います。

公共性は非常に高い、と同時に騒音被害が非常に大きいという理由で一審勝訴判決を書きましても、現在の相場からあまりにもかけ離れているものですから、高裁でおそらく覆される。むしろそういった意味から藤山さんは公共性にも配慮をされて、小田急で言えば地下化という選択肢、代替案の問題も入れながら書かれたのかなと認識しております。まとまりがございませんがコメントさせて頂きました。

司会　どうもありがとうございました。まだ時間が一〇分から一五分ほどあるかと思いますが、いかがでしょうか。

藤谷武史（北海道大学）　越智先生のご報告、さらに今の亘理先生と越智先生とのやり取りに関連する質問です。行政訴訟では特に、公共性の有無の審査が重要だと思うのですが、そこで公共性を問題にする場合には、当然判断されるべきものが判断されていないのではないかという判断過程統制的なチェックと、公共性に関する判断材料として、例えば単なる地場の産業振興だけではなく、騒音や健康被害さらには景観利益といったものは一応出揃っているのだが、その上で最終的にそれらをどう比較考慮してどれを優先するか、という実体判断的なチェックという、二つの側面があるように思います。

前者の判断過程のチェックのように、考慮すべきものをしていないとか、アセスメントが欠けているという話であれば裁判所も踏み込みやすくなるような気がします。他方、後者の場合、結局のところ、越智先生のご報告の中にも言及があったように思いますが、「敗者復活戦」をどう考えるかという問題があるように思います。政治行政過程での決定と、政治レベルで破れた少数者の意見とで何が食い違っているかといったときに、行政が事実を認識していないのではなくて、価値判断が異なっているという場合には、残念ながら環境利益というものをあまり評価しない、あるいはそこに橋ができる方がいいと考える人たちがたくさんいるということを考えたときには、裁判所が積極的に踏み込むことはなかなか難しいのかもしれないと思います。

そこで越智先生のご報告でも駆け足になられたところですが、客観訴訟として団体訴訟制度を導入することで公共性審査の第二ステージなり敗者復活戦の回路を開くという基本的な考え方には私も賛成ですが、その場合にも、裁判官が、判断過程の瑕疵の問題を越えてさらに何か言おうとしたときには、結局「民主的政治過程」と称するプロセスにおいてはある種の比較衡量に基づく決定がなされたことを前提とせざるを得ず、それをひっくり返すだけの個別的利益や人格権侵害等、個別的、民事的あるいは主観的利益というものに縋ってしまう傾向というのはやはり避けられないような気がしております。

その点、例えば主観的利益の保護とは別の公共性審査回路としての住民訴訟においても、財務会計行為に係る違法に限定されていますし、先に後者の問題と申し上げた、価値評価のレベルで裁判所による審査がどこまで踏み込めるのか、あるいは藤山判事の一連の判決というのは前者のみならず後者の側面もあるとお考えでしょうか、というのが質問です。以上です。

越智　ありがとうございます、今おっしゃいました、きちんと考えるべきことを考えているか、材料を出して検討しているかということと、材料が出た上で評価をどうするかというその二つの問題でございますが、基本的にはやっぱりリンクするんだろうとは思っていますけれども、それでは内容もありませんので、ちょっとコメントさせていただきます。まず一つ目の材料が出そろっているかというと、まず出そろっていることは余りないのではないかと思います。それはどういう意味で出そろっていないかということですが、例えば代替案の検討がされていなかったり不十分であったりします。きちんとした情報が提供されて合意形成がされているのかと言えば、代替案検討義務があるわけでもございませんで、圏央道ではしておりません。最近は多少するようになっていて、鞆の浦のケースではしておりますが。例えば、代替案が検討されない限りきちんとした判断自体ができないという、その最初の方を攻撃する方がたぶん原告側としてはやりやすいんだろうと思います。

　これはアセスメントも同じでありまして、アセスのやり方が不十分であるとか、調査結果が信用できないとかいうことが言えれば、それはそれでよろしいのかと思います。そこでよく議論になりますのが、確かに原告側はアセスメントの問題を攻撃しているけれども、じゃあ実際はどうなんだ、その人格権侵害が具体的にはどういうふうに生じるんだといわれます。この調査方法をこういうふうに変えればその結果はどうなるのか立証してみろという形で評価が議論になるわけです。数千万円掛けてアセスがやられているわけですが、こちらとしてはそれができない。ですので、きちんとした行政過程で情報をそろえていただいて、きちんとした判断をしていただくという、判断の材料を提供していただくということ、これが第一レベルで問題になることだと思います。

　ですが、二つ目もやはり重要だと思っておりまして。材料が出そろったとしてどっちを取るかといった場合に、鞆の浦のケースで申しますと、これは内部的にいわれていることですが、なぜ埋立架橋に地元がこだわり続けるのかといえば、トンネル案でいきますとどうも日本で数社しか受注できる会社がない、工期も短く安上がりになってしまうものですから、地元にお金が落ちないということで、どうしても埋立架橋にしなきゃいけないという事情があるようです。

　短期的な視点で事業の必要性なり合理性なりを見るのか、長期的な視点で見るのかでたぶん違ってきていると思うんです。それはケース・バイ・ケースでありまして、私は政策の合理性

としてもこちらに分があると思えるような事件を基本的に受任してまいりましたけれども、中にはこの公共事業はやっぱり必要だとかいうケースはあり得ると思います。例えば圏央道の事案ですと、こんなことを言うと原告の方に怒られますが、道路がじゃあ、本当に一切いらないかといいますとそうもいえない。圏央道まではいらないけれどもう少し短い半径の環状線はあっても便利かも知れないと政策的には思っております。

圏央道はいらないと主張してきましたし、これはたぶん五〇年もしないうちに正しいことが分かってもらえる話だと思うんですが。仮に短期的に必要だという判断が合理性を持つとしても、何も、問題になっている高尾山の中腹にトンネルを二本通す必要はない。地下化をしてくれとか、あるいは迂回してくれという議論、代替案の議論をしておりますが、それも裁判所にけられてしまっております。

利益衡量につきましては、政策判断として民主過程を経たものはある程度尊重しなければいけないものもあるかもしれませんが、きちんと材料が出てされた判断としても、なお裁判所が法の、それは裁判所の価値観を含んだ判断にならざるを得ませんけれども、適合性を考えてみてもいい。いろいろ申しますが鞆の浦の件では百数十通の文化人の方からA四で一～二枚の意見書をいただいておりますが、実は日光太郎杉の判決にも文化人の意見が言及されたりしていますが、そういった政策形成の場として裁判所が、もう一度厳密に法適合性を考えてみる場としてあってもいいのかなと。

また、団体訴訟ということに多少こだわっておりますのは、奇特な国民に頼り続けるのは持続可能でないと考えるからです。地元の方々は日々自分の生活を抱えながらこのような訴訟をやっておられるわけです。この訴訟をやって何かもうかるわけでもありませんし、そういう奇特な人たちばかりに依存し続けるのはちょっと無理があるわけです。専門性を持つ民間公益団体を育成して、行政過程にそのような団体、専門性を持つ専従を入れることできちんとした情報が提供される、最後に訴訟が控えていますのでいいかげんな行政過程にはできないという意味で緊張感が生じ、情報がそろい、かつ合意形成もされるということが理想ではないのかなと思っています。長くなりましてどうもすみません。

司会　どうもありがとうございました。今の問題についてはよろしいでしょうか。では、時間もだんだん迫ってまいりましたが、さらにお一人ぐらいは発言いただけるのではないかと思

います。いかがでしょうか。

いらっしゃらないようですので、私から北村先生にお伺いします。先ほどの廃棄物処理の問題あるいは産廃規制の問題は、伝統的に警察規制で必要最小限の制限規制にとどまっていたと言えるわけですが、他方、処理業者に委託する契約について、近年はかなりそれが価格の適正さに関する間接的なコントロールとか適合認定制度という形で次第に変わってきているということですが、しかし、それでもやはり不十分ではないかというふうにも言えるかと思います。そうだとしますと、処理業者への委託契約における契約条件をある程度類型化して定めるとか、あるいは一定の客観的な評価を経た業者としか契約できないようにする、等という方向へ行かなければならないのではないかという気が致します。適正な廃棄物処理を厳格に実現しようと思ったらおそらくそっちの方に徹底して行かなければならないということになるかと思うのですが、例えばアメリカの場合は、そのような排出事業者と処理業者との間の契約あるいは委託の関係をもっと厳格にコントロールするような制度というのは存在しないのでしょうか。

北村　米国において産業廃棄物の不法投棄が問題視されているか。これは興味深い問題なのですが、私はほとんど聞いたことがありません。もちろん、有名なラブ・カナル事件のように、多くの人体被害を発生させた化学物質の不法投棄事件はあります。しかし、日本で一番不法投棄量が多い建設廃材が米国でも問題になっているかといえば、それほどではないと思います。やはり広大な土地のせいでしょうか。

亘理先生のご指摘のように、許可のハードルを高めることは、ひとつの方向性です。現在の産業廃棄物処理業優良性基準適合認定制度のもとではいくつかの基準が用いられていますが、環境省は、これらをいずれは許可基準にバージョンアップしたいと考えているようです。

ただ、そのためには、現在の許可業者の相当部分がそのレベルまでには到達してもらわないといけない。既得権でも何でもないのですが、既存不適格がたくさん発生するような制度はなかなかつくりにくいのが実情でしょう。しかし、機が熟せば基準強化に向かうと思います。

排出事業者自らが不法投棄をする場合もありますが、その委託を受けた処理業者が不法投棄をすることも少なくありません。そこで、排出事業者の監督責任を強化することを目的に、委託した処理業者の不法投棄に関して排出事業者に原状回復の

無過失責任を課せばどうかという議論があります。特に自治体行政に強い。しかし、十分に監督したとしても処理業者が出来心で不法投棄した場合にまで責任を負わせるのかとなると難しい。無過失の抗弁を認めた上で厳格責任を課すという法政策もあるかもしれませんが、まだそこまではいっていません。

司会　関連して一つだけ質問したいんですが。廃棄物処理業者のレベルの維持とかレベル向上の問題との関係で、業界団体の自主規制とかあるいは自主的・教育的な作用とかというのは、これは現在日本でもかなり進んできていると理解してよろしいでしょうか。

北村　これは、悩ましい問題です。産業廃棄物処理業者の関係団体として、全国産業廃棄物連合会があります。これは、都道府県の単位協会の連合組織ですが、許可業者の組織率が高くないのです。自主規制は重要なのですが、あまり厳しく締め付けると、単位会を退会する許可業者もいるのです。退会させないためには、協会員であることに十分な魅力がなければならないのですが、残念ながら、必ずしもそうとばかりは認識されていない。連合会としてのスタンスの取り方には難しい面があります。セルフ・レギュレーションというのはひとつの方向ではありますけれども。

だいたい会員になる人は、それなりに意識が高いのです。報告でも申し上げた環境省の優良性基準適合認定制度のもとでの認定を受けているのは、やはり協会員が多い。問題はそうはなっていない人なのですが、そうした許可業者への対応が難しいですね。

司会　どうもありがとうございました。本日は、三名の先生方の非常に充実したご報告に加えまして、参加された先生方からもいろいろ活発なご意見、ご質問などをいただきまして大変有意義なシンポジウムになったのではないかと思います。最後に研究会の代表者であります吉田先生に、まとめのご発言をいただければと思います。

吉田　最後ということですので、十分なものにはなりませんが、多少のまとめをしてみたいと思います。

今日のテーマは、亘理先生に設定していただきました。「都市環境法における公私協働」がそのテーマですが、このテーマのもとで三本のご報告をいただき、それをめぐって活発で刺激

的なご議論をいただきました。

公私協働を考える場合には、どのような法益が問題となっているかという法益論と、その法益侵害があった場合にどのようなエンフォースメントを図るのか、その主体をどう考えるのかという主体論と、この二つの問題の組み合わせが重要だと思います。法益論に関しましては、公私協働を語る際に基本的に問題になるのは、公益あるいは公共的法益であると考えるべきでしょう。したがって、まずもってここで登場するのは、公法的な法システムということになります。それを前提として、公私協働を考えるということです。そのような視角から見ますと、今日議論された問題は、三つに整理できるだろうと思います。第一は、北村報告のタームを借用いたしますと、公法システムへの私人の取り込みです。第二は、これも北村報告に出てきましたが、公法システムの私法的手法による補完の可能性と必要性です。第三は、そのような補完の可能性と必要性はあっても、実はそれは困難だという話、つまり補完の困難性です。このように三つに整理した形で、多少のことを申し上げていきたいと思います。

まず第一点、公法システムへの私人の取り込みです。先ほど申し上げた法益とそのエンフォースメントの主体という視角から整理しますと、公益については、公共団体が公法システムを用いて実現するというのが原則です。それを前提とした上で、ここに私人を関与させる。これがここで問題となっているわけです。そこで主体となっているのはあくまで行政です。行政を主体としながらそこに私人も関与させるというのがここでの問題ですので、それが可能であること自体については、大きな理論的問題はないのだと思います。言ってみればこれは政策判断の問題で、私人を関与させた方がいいという話になれば関与させるというだけのことでしょう。

ただ、現実の意味合いあるいは評価という点から見ますと、これには二つの性格がありうるように思います。ひとつは、行政のリソースが不足しているので私人をうまく利用していく、つまり行政の方から見る評価です。それから、そうではなくて、むしろ私人の方が積極的に行政過程に参加していくのだという見方です。これは、同じことを別の角度から見ているだけに過ぎないような気もしますけれども、「私人の取り込み」の制度設計によってこのいずれかが前面に出てくるということもありましょう。このいずれが前面に出るかによって、評価としてはかなり異なってくる可能性があります。そのあたりをどう考えるかが課題なのかな、という気がいたしました。

次に、第二点である公法システムの私法的手法による補完の可能性と必要性という問題です。補完の役割を果たしうる私法的制度としては、二つの制度を挙げることができるでしょう。ひとつは契約であり、もうひとつは環境侵害行為がある場合の差止めまたは不法行為責任の追及です。

まず契約ですが、北村報告において、契約的手法の例として、環境保全協定が検討されました。そのお話しを聞きながら、公私協働あるいは公私の交錯というところで語られる契約の機能については、いくつかを区別する必要がありそうだということを考えていました。

公法システムと契約という場合に、私のように民法をやっています者がまず想起するのは、内田貴先生が最近展開されている「制度的契約論」における契約です。そこで何が問題になっているかといいますと、今まで公共団体が担ってきた公共的なサービスとかそういうものの提供を、民間に降ろしていきましょうということですね。典型的には、従来、措置ということで行政的な上からの決定に基づいて提供されていた介護サービスについて、契約で提供するようにすることなどです。介護の契約による提供については、介護保険のリンクが重要ですが、重要なのは、そのように契約化はするけれども、やはり公共的な性格があるものですから、完全には契約化し切れない、契約の自由に任せられない部分が残るということです。制度的契約論は、新たな契約現象のそのような側面を捉まえる理論といってよいでしょう。ともあれ、ここでは行政的なもの、公的領域に属すると考えられてきたものを緩和していく、あるいはその性格を変えていく手段として契約が用いられる、そのような問題領域がひとつあるのだろうと思います。

それでは、今日のお話しで出てきた産業廃棄物処理の問題を今申し上げたような捉まえ方で捉まえることができるだろうか。それは何か違うのではないか、というのが今日得た印象です。問題の構造が違う。どういうことかといいますと、産廃の話は、本来は非常に公共性が高い問題領域です。産業廃棄物の処理には、環境を汚染する危険があり、人間の生活、アメニティーや健康に非常に大きな影響があるわけですから、そのあり方をどうするかは、きわめて公共的な問題です。にもかかわらず、日本の場合にはそれが基本的には自由な行為、つまり私的な領域に属する行為と見られてきたのではないか。そのような問題意識があったものですから、さきほど、ポリス規制との関係で日本の警察規制には緩過ぎるという特徴があるのではないか、ということをお聞きしたわけです。

となりますと、今日の北村報告にあった環境保全協定などで上乗せ的にやっていくというのは、本来は公共的規制のところでやるべきことを契約で代替的にやっていくということになります。ここでは、契約が公共的なものを補完する機能を果たしているわけです。これは、公共的規制が不十分なところでは、きわめて真っ当な方向でしょう。

ともあれ、公法システムと契約との関係については、このようにいろいろなあり方が想定されるように思いますので、その理論的整理が今後求められることになるでしょう。

もうひとつの問題領域は、環境侵害行為があった場合の差止めまたは不法行為責任の追及です。秋山報告は、私道を中心としつつ、まちづくりにおける公私の交錯を扱うものでしたが、その根底には、この論点に関する問題意識があったように思います。そこでの問題構造は、わりと押さえやすいと思います。つまり、一方に私的利益があって、他方でこれに対抗するものとして公共的利益がある。原則は、この公共的利益を行政が確保すべきなんだけれども、行政がきちんとしないことがありうる。その場合に、私人が公共的利益の担い手として登場して、もう一方の私人と対抗する。つまり、私人対私人の紛争なのですが、その背後には私的利益対公共的利益という対抗軸がある。このような問題構造です。それは、たとえば、国立の景観訴訟を念頭に置きますと、すぐに了解できるでしょう。あの事件で住民が提起したマンション建築差止めさらに完成したマンションの撤去請求は、単に私的利益を主張したというのではなくて、当該地域の景観という公共的利益を主張するものであったわけです。

秋山報告において展開されたご議論については、基本的に共感するところが多いといいますか、私も大体は同じようなことを考えています。つまり、この問題領域で公私協働を志向する場合に、根本的には行政の機能不全を踏まえること、つまり、本来行政がやるべきことをやっていないが故に、民法が関与していく必要があるということ、ただそれだけでは法理論になりにくいという面はありますので、公共的利益と私的利益との複合的な交錯という点を根拠にしていくということなどで、これらについて私は特に異論はございません。

その上で、今日の秋山報告で特徴的だと思った点が二点あります。

ひとつは、多元的な法的構成を考えていってよいのではないか、という点です。ですから、一方では人格権的権利で請求する場合もあるし、他方では通行地役権でいくのもあるだろう。

これは私もまったくその通りだと思っております。問題の出方といいますかその問題領域によって、適切な法的救済は違っても差し支えありません。これは当然だと思います。

もう一点は、信義則の強調です。秋山報告の特徴としては、このほうが顕著だったかもしれません。これは大変面白いと思いました。今まで道路位置指定と一般的に語ってきましたが、道路位置指定にも、私道所有者の申請に基づいてなされるもの（建築基準法四二条一項五号）と、既存の四メートル未満の道について特定行政庁が指定したもの（同条二項）との二種類があります。前者について、指定に私道所有者の意思がかかわってきますから、その権利行使を制約するのは比較的容易です。これに対して、後者、いわゆる二項道路については、私人の意思とは無関係に指定されますから、私権との緊張関係が大きいわけです。これについて私人の一定の行動の積み重ねを根拠に信義則を介して所有者の権利主張を封じ、通行を確保するというのが、判例を引きつつ秋山報告で示された方向です。これは、説得的な方向だと思いました。

この議論を牽強付会的に私の議論に関連づけますと、私は、この問題領域で、地域的ルールを前面に出す方向を志向しています。通行に関するルールについても、私人が関与する地域的ルールが形成されることが重要で、そのルールが上から押しつけられるというのは、必ずしも望ましくないということになるわけです。上からの押しつけでは、保護法益としての公共的利益としては十分ではなくて、私人が絡んでこそ法的保護に値するルールになるということです。二項道路は、もともとは私人が絡んでいませんが、一定の行動の積み重ねという形で私人が絡んでくることによって、二項道路の公衆の通行の要保護性も増す。秋山報告の議論をそのように捉えることも可能ではないだろうか。これが、私の問題関心に引きつけた形での理解です。

最後に第三点として、民事救済の限界です。越智報告においてこの問題が扱われました。そこで具体的に取り上げられたのは、公共事業紛争です。公共事業は、建前としては公共的利益、公共性を体現しているわけです。それを私人がどのように攻撃しましょうか、というのがここでの問題ですから、これはある意味で難しい、限界があるのが当然でしょう。まとめの第二点までで取り上げてきましたのは、公共性が絡んでも私人対私人の紛争でしたが、それとここでの問題構図は違うのだと思います。

それでは、難しいにせよ何かやりようがあるのかといいますと、三つくらいの可能性を考えることができるだろうと思いま

す。第一は、手続的な問題があった場合にそこをつついていくという可能性です。第二は、公共性で押しつぶすべきではない私的な権利があるんだという主張をする可能性です。第三は、公共性の存在自体を争っていくという可能性です。

第一の可能性については、先ほどの藤谷さんの質問でも触れられていました。藤谷質問の表現をお借りすれば、判断過程統制という側面です。判断すべき事項をすべてきちんと判断しているか、手続的に必要とされるアセスメントを尽くしているか、このような点を問題にしていくわけです。これは、司法審査にもなじみやすいわけで、ひとつの可能性として十分にありうると思いますが、ただこれだけで全部うまくいくかというと、たぶん難しいでしょう。

次に、第二の可能性、つまり公共性で押しつぶすべきではない私的権利があるんだという主張の可能性ですが、これも、実際にはなかなか難しいだろうと思います。というのは、保護に値する権利が存在するのであれば、公共事業を仕組む事前手続きで処理しておくべきだというのが建前だと思うんですね。これはあくまでも建前でしょうが、ともあれ、事前手続きで処理していないのであれば、それは法的保護に値しないのだと、そういうことになってしまうのだろうと思います。

そうしますと、第三の可能性である公共性の存在自体を争うという可能性が浮上することになるでしょう。実際に、これがメーンになっていると伺いました。ここでは、先ほどの藤谷さんとの応答でも触れられていましたが、公共性の内容が問題になります。公共事業には一応公共性が備わっているという建前でしょうから、私人がそれを問題にしていくというのは、それと別の公共性を掲げてそちらの優越性を主張していくことになります。つまり、ここでは、公共性を多元化していくことが前提になっているわけです。もうひとつの公共性としてよく引かれるのは、生活の快適性、アメニティなどです。このように公共性を多元化していくことは、誠に正当な方向だろうと思います。ただ、ここで難しいのは、これも先ほどの質疑応答にありましたが、政治的には少数者の掲げている公共性が、一応建前の世界では多数者が掲げる公共性よりも優越するのだという、その正当性をどのように論証するかです。

よく分かりませんが、あり得るとすれば、公共性にも二種類あるというような議論になるのでしょうか。つまり、公共性には、相対的公共性と絶対的公共性という二種類があるというような話です。相対的公共性というのはプロセス、一定の手続きを経てこれが公共性だよと決める公共性で、これは多数者が決

めればしょうがないねということになりましょう。これに対して、絶対的公共性というのは、要するに民主的プロセスを仮に経たとしても、それによっては押しつぶせない価値があるのだという意味での公共性です。それが何かは難しいですが、それが存在すると想定することによって、手続には解消されない公共性を問題にするわけです。

ただ、このように言ってきますと、絶対的公共性というのは、結局、人権的な権利の話になってくるのかなという気もします。そうしますと、第二の可能性として指摘した押しつぶせない権利という話にまた帰ってくるのかもしれない。そのようなことをあれこれ思いながら、やはり非常に難しい問題だなということを改めて強く感じました。

このようなことで、あまりまとまらない発言で、時間もオーバーしてしまいましたが、これで終わります。

司会　どうもありがとうございました。では、本日のシンポジウムはこれにて終了いたします。

研究ノート

国際信託統治の歴史的起源（一）

――帝国から国際組織へ――

五十嵐　元道

目　次

序章：問題の所在
第一章　国際信託統治史の確立：国際信託統治学説史
　第一節　論争点と語義の定義

第二節　破綻国家と信託統治復活論：一九九〇年代前半の論争
第三節　正統性とカテゴリーの論争
第四節　ワイルドによる歴史的検討：国際信託統治史の展開
第五節　国際信託統治史の課題：起源の探求
第六節　分析枠組みの設定：理念型としての国際信託統治
第七節　分析対象の具体化
第二章　アフリカをめぐる国際信託統治構想の展開：J・A・ホブソンを中心に
第一節　実現しなかった国際信託統治
第二節　帝国主義のアンチテーゼとしての国際信託統治
第三節　国際政府の一機能としての国際信託統治
第四節　アフリカをめぐる国際信託統治構想の特質
第三章　王朝・家産帝国をめぐる国際信託統治構想：J・C・スマッツの委任統治論
第一節　ふたつの帝国と国際組織：スマッツの委任統治論の文脈
第二節　スマッツの委任統治論の構造
第三節　スマッツの委任統治論の特質
第四章　国際信託統治構想の制度化
第一節　第一次大戦期のイギリスの国際信託統治構想
第二節　委任統治制度の成立
第三節　スマッツの広義の委任統治の制度化
第四節　小括
終章　国際信託統治の起源と正統性
第一節　国際信託統治の起源
第二節　国際信託統治の正統性

（以上、本号）

（以上、第六〇巻一号予定）

（以上、第六〇巻二号予定）

序章：問題の所在

国際信託統治は植民地支配とは異なる。いずれも他国に介入し統治に関わるため、主権国家システムの下では正統性の問題を抱えるが、この二つは機能および目的において相違が認められる。植民地支配が宗主国の権力の拡大と分かちがたく結びつき、しばしば他国との関係で紛争を惹き起こすのに対して、国際信託統治は国際組織を主体とし、主権国家システム全体を安定させ、再生産するものである。本稿は、このテーゼを歴史的な角度から弁証したい。

「国際信託統治」（international trusteeship）とは、国際組織による特定地域の統治の総称である。この言葉を第二次大戦後、国連がアフリカや太平洋で行った「信託統治制度」（trusteeship system）と混同してはならない。「国際信託統治」は国際組織による統治一般を指すものであって、そのなかには国連の信託統治制度（trusteeship system）をはじめ、多様な国際組織による統治制度が含まれる。例えば、第一次大戦後、国際連盟がアジアやアフリカなどで行った委任統治制度（mandate system）は「国際信託統治」の一種である。この制度で国際連盟（および、その下部組織である常設委任統治委員会）は、旧ドイツ植民地やオスマン帝国のトルコ以外の地域の統治を先進国（戦勝国）に委任した。そして、常設委任統治委員会は、受任国に課した年一回の報告書の提出、アンケート調査、地域住民からの請願、および委任統治委員会のメンバーの人的なネットワークを通じて統治に関する情報を得て、国際世論にそうした情報を公開することで、受任国による統治を管理した。[1] これはいわば、国際連盟による間接的な統治だった。国連の信託統治制度はこの委任統治制度の後継の制度で、同じように国際組織による間接的な統治制度だった。また国際連盟が戦間期にザールやダンチヒといった自由市において行った直接統治も「国際信託統治」である。そして、冷戦後、国連がコソボや東チモールなどで行ってきた大規模な国家建設の活動も「国際信託統治」に当てはまる（本稿はそうした国家建設活動を平和構築活動（peace-building operations）と呼ぶ）。

「国際信託統治」は他国に介入し統治に関わるという点で、植民地統治に類似している。それは国連による平和構築活動も例外ではない。一九九九年から実施されてきたコソボ、および東チモールでの平和構築活動などにおいて、国際組織は介入した地域の司法、立法、行政機能を担った。だが、その国際組織の下で統治活動に従事している人々は、被統治地域の住民から

直接選ばれて統治を行っているわけではない。国際組織は国民の意志に基づいて設立された政府とは違う。ゆえに国際組織によって統治された領域は、その主権を一時的に停止したかのようであり、あたかも国際組織の「植民地」のようである。だとすれば、近年国連が行っている平和構築活動は新たな植民地統治なのだろうか。(2)

もし、国連による平和構築活動がある種の植民地統治だとすれば、それは国際社会での正統性に問題を抱えることになる。なぜなら一九六〇年代に脱植民地化を経験した国際社会では、いかなる植民地統治も原則、禁止されているからである。一九六〇年一二月に国連総会の場で採択された植民地独立付与宣言（総会決議一五一四（XV））は次のように謳う。「外国による人民の征服、支配および搾取は、基本的人権を否認するものであり、国際連合憲章に違反し、世界の平和と協力の促進に対する障害となる。」そして、「すべての国家は、平等、すべての国家の国内事項への不介入ならびにすべての人民の主権的権利および領土保全の尊重を基礎とする、国際連合憲章、世界人権宣言および本宣言の諸条項を、誠実かつ厳格に順守しなければならない。」このように国際社会はいかなる植民地統治も否定する。

特筆すべきことに、植民地独立付与宣言は、植民地はもちろんのこと、国連の信託統治制度（trusteeship system）の対象地域についても、「地域人民が完全な独立と自由を共有できるようにするため、いかなる条件または留保もなしに、これらの地域人民の自由に表明する意志および希望に従い、…すべての権力をこれらの地域人民に委譲する」ことを定めた。つまり、植民地独立付与宣言は国連の信託統治制度もすでにその役割を終えたとした。だとすると、いよいよ国連による平和構築活動の正統性は怪しくなる。

国連による平和構築活動を含め、「国際信託統治」は果たして植民地統治とどのような関係にあるのだろうか。そしてその正統性に問題はないのだろうか。この問題に答えるために、本稿は「国際信託統治」の起源にまでさかのぼる。いつ、どのように、なぜ「国際信託統治」は出現したのか。言い換えれば、いつ、どのように、なぜ国際組織は特定の地域の「統治」という主権国家の排他的な権限領域に関与するようになったのか。「国際信託統治」の起源の探究は、「国際信託統治」の本来の性質を明らかにし、植民地統治との関係を明確にする。

では、「国際信託統治」の起源はどこにあるのか。国際組織が統治に関与するようになったのは、丁度、第一次大戦が終結

してからだった。第一次大戦以前に開かれたコンゴ・ベルリン会議（一八八四－一八八五年）では、コンゴ川での自由航行を保障する国際監視委員会の構想が出されたものの、実現には至らなかった。また、そもそもこの国際監視委員会構想は統治に直接関係したものではなかった。はじめて国際組織が統治に関与することになるのは、冒頭で言及した国際連盟の委任統治制度においてである。委任統治制度は第一次大戦後に行われたパリ平和会議で成立した。では、委任統治制度の起源はどこに求められるのか。本稿が第二章以降で論じるように、委任統治制度は第一次大戦の前後の時期に提案された幾つかの「国際信託統治」構想が基になった。そこで本稿は「国際信託統治」の起源を、第一次大戦前後の時期に唱えられ、委任統治制度成立の母胎となった「国際信託統治」構想に見出す。

本稿の結論を前もって述べておきたい。国際信託統治は、植民地帝国秩序および王朝・家産帝国秩序の代替案として第一次大戦の前後の時期に立案された。これは現在から振り返ってみれば、国際政治上の大きな転換点であった。ヨーロッパに限って大雑把に言えば、統治という行為はウェストファリア体制が成立してしばらくたった一八世紀から一九世紀にかけて、主権国家の排他的な権限領域となった。その結果、ヨーロッパでは主権国家システムが成立したと一般にされる。[3] このヨーロッパに始まった主権国家システムはその後、徐々に世界へと拡大していく。[4] その過程で、一部の非ヨーロッパ地域はこの主権国家システムに主権国家として参入することができたものの、アジア・アフリカなど多くの非ヨーロッパ地域はヨーロッパの主権国家の植民地として取り込まれた。ヨーロッパの主権国家の多くが植民地帝国（山室信一の表現を借りれば「国民帝国」[5]）となったのである。しかし一九世紀末、その植民地帝国の正統性に陰りが出始める。アフリカなどを支配する植民地帝国はその内部で非人道的な統治を行っているうえに、植民地獲得競争によってヨーロッパに戦争をもたらすと批判されたのである。興味深いことに、当時存在したもうひとつの帝国である王朝・家産帝国もまた、その正統性が衰退の一途をたどっていた。当時の代表的な王朝・家産帝国のひとつであるハプスブルク帝国は、その内部のナショナリズムを抑え切れず、もはやその秩序を維持できないうえに、それがヨーロッパ全体を不安定にする契機とされた。そこで、より安定した新しい国際秩序構想が必要となったのである。後に詳しく検討するように、その新しい国際秩序構想こそ国際信託統治だった。国際信託統治は、非人道的で国際社会を不安定にする帝国による統治を、人道的で安定した国

際組織による統治に取って代えるという、それまでにない全く新しい国際秩序構想だったのである。

本稿ではこれらの潮流を明らかにするために、まず第二章で、アフリカでの植民地帝国秩序が限界を露呈し、それに応じて国際信託統治構想が展開される過程を検討する。特にその契機となったのが、一九世紀末に起きたコンゴ自由国でのアフリカ人虐待のスキャンダルと、南アフリカ戦争、そして第一次大戦である。こうした一連の歴史的事件を通じて、植民地帝国はその正統性を少しずつ失うとともに、国際信託統治は構想として成熟し、そして制度化にまで至る。この時期に出されたアフリカをめぐる国際信託統治構想は幾つかあるが、とりわけ早い時期に体系的に立案されたのが、J・A・ホブソン（J. A. Hobson）の国際信託統治構想であった。ホブソンは南ア戦争での経験を通じて植民地帝国の構造とその問題点を分析し、その代替構想として国際信託統治を提案した。さらに第一次大戦期には国際政府の一機能として、国際信託統治構想を展開した。けれども、ホブソンは、アフリカに住む人々が文明化する可能性のほとんどない、怠惰な人間であるという本質論を議論の前提にしていた。こうした人種主義的な傾向は、ホブソンに限られたものではなかった。アフリカ固有の文化・経済活動を尊重し、当時としては稀有な相対主義に近い視点を持っていたイギリスのジャーナリスト（後に政治家）E・D・モレル（E. D. Morel）ですら、アフリカを本質論的に捉え、語り手であるヨーロッパ白人が一方的に作った枠のなかに他者であるアフリカ人を押し込めてしまうE・サイード（E. Said）が批判したところのオリエンタリズムを脱することはできなかった(6)。

けれども、興味深いことに、こうしたアフリカをめぐる国際信託統治構想とは全く別の文脈で登場した国際信託統治構想が存在した。それが南アフリカの政治家ヤン・スマッツ（J. C. Smuts）による委任統治論である。スマッツは明白に人種主義者であり、アフリカを潜在的な国民国家たりえるとは夢にも思っていなかった。だが、彼の国際信託統治構想の対象はアフリカではなく、第一次大戦で荒廃した旧帝国地域すなわちハプスブルク帝国、オスマン帝国、さらにロシア帝国の周辺地域だった。旧帝国もまた、もはや国際社会のなかで存続する力を失いつつあった。しかし、第一次大戦で明らかになったように、当該地域の不安定化はヨーロッパ全体にとって非常に危険なものだと思われた。そこでスマッツはそうした地域の秩序を再建しようと、彼が「コモンウェルス」（commonwealth）と呼んだイギリス帝国の構造を基に、独自の委任統治論を組み立てたので

ある。彼の委任統治論が革新的であったのは、それが他の国際信託統治構想と異なり、人種主義などを背景に民族自決権を否定するものではなく、むしろ自決権を履行することを目的にしていた点である。こうした彼の委任統治論の特質は、本稿が以下で論じるように、現在の国際信託統治に先んじたものだった。しかし、これまでこのスマッツの国際信託統治構想は十分に理解されず、他の国際信託統治構想とともに、ひとまとめに扱われてしまっていた。そこで本稿はこのスマッツの国際信託統治構想を改めて分析し、その全体像を明らかにする（第三章）。

こうしたホブソンとスマッツによる二つの国際信託統治構想は単なる「構想」に終わらず、実際に国際連盟の枠内で制度化に至った（もちろん、構想がそのまま実現したわけではなかったが）。そこで本稿第四章は、二つの国際信託統治構想が実際の政治の場において、どのように扱われ、いかなるかたちで制度として結実したかをパリ平和会議の交渉過程および成立した一連の制度の分析から明らかにする。

そして本稿終章では、こうしたホブソンとスマッツの国際信託統治構想が出現し、制度化された後、国際信託統治が今日までどのような歴史を経て、継続してきたかを検討する。そして、ホブソンとスマッツの国際信託統治構想を、現在まで続く国際組織による統治（国際信託統治）の起源として位置付ける。また、ホブソンとスマッツの国際信託統治構想と植民地統治との関係を分析し、国際信託統治の正統性について考察する。

第一章　国際信託統治史の確立：国際信託統治学説史

第一節　論争点と語義の定義

これまで、コソボ、東チモール、あるいはアフガニスタンなどでの国際組織を中心とした特定地域の統治をどのように分析するか、それらがどのような性質であるかをめぐっては大きな論争、あるいは混乱が巻き起こってきた。その混乱の主要な原因は、それと類似した制度が歴史的にいくつもあり、それらを一体どのように区分するべきか、研究者あるいは実務家の間で全く一致を見ていなかったことによる(7)。近年行われてきた国連などの域外勢力による統治に対しては、おおよそ以下の制度がそれと類似していると議論されている。①植民地独立以前、世界中で実施されてきた植民地統治、②戦間期、国際連盟の監視の下で第一次大戦の戦勝国が一部のアジア・アフリカ地域にお

いて統治を行った委任統治制度、③さらに第二次大戦後、委任統治制度の後継として、それとほぼ同様の制度構造を与えられた信託統治制度、④また戦間期、ダンチヒやザールなど一部の地域を国際連盟が直接管理した国際自由市、あるいは⑤第二次大戦後、ドイツや日本で実施された戦後占領、である。

こうした類似制度の区分をめぐる論争について検討する前に、まず Trusteeship, trusteeship という言葉の意味を明確にしておかねばならない。というのも、これがそもそもの議論の混乱の原因の一翼を担っているからである。一般的には、大文字の Trusteeship や trusteeship system という言葉は、第二次大戦後、国際連合の下で行われた「信託統治制度」を指すものと解されてきた。けれども、trusteeship という言葉は単に制度のみを指すものではない。trusteeship とは文字通り、受託者（trustee）の精神（ship）のことである。

では、受託者は何を信託（trust）されるのか。ここでの信託（trust）は元をたどれば、ジョン・ロック（John Locke）の『統治二論』の信託概念に行きつく[8]。ロックは『統治二論』のなかで、統治は人々の生命、自由、資産（プロパティ）の保護を目的として社会から信託を受けたのであり、もし統治がその目的から外れた場合、その統治は解体するとした[9]。

このロックの信託概念はその後、植民地統治に転用されるが、そのきっかけとなったのがエドマンド・バーク（Edmund Burke）の「フォックスのインド法案についての演説」だった。バークはここで「民衆に対して行使されるあらゆる政治権力、同胞を排除して要求され行使されるあらゆる特権は…民衆の利益のために行使されるべきで」あり、「かかる権利や特権は、…厳密な意味では信託であり、…報告責任の義務を負い、…〔その〕目的から大幅に逸脱する場合には完全に停止されるべきである」とした。そして、東インド会社の特権はこの信託にあたり、インドでの善き統治という目的を大きく逸脱している現状に鑑みると、その特権は制限されるべきだと主張した[10]。だが、このバークの信託論は、ロックのそれとは大いに異なっていた。バークによれば、東インド会社はイギリス議会に報告責任の義務を負うので、その信託は「従属的派生的な信託[11]」（あるいは、「外部的連合的な信託[12]」、「外交的権限の信託[13]」）だった。他方、東インド会社の統治の対象はインドの民衆である。したがって、信託の主体（この場合、それはイギリス議会であり、イギリス議会の信託はイギリスの人々から寄せられたものである）が統治の対象（インドの民衆）と一致しない。この点でバークの議論はロックの議論と決定的に相違する。

この信託論はその後、イギリスの植民地官僚、ならびに多くの思想家に受容され、「文明化のための信託」（trust for civilization）（あるいは「神聖なる信託」（sacred trust））としてイギリス帝国の植民地統治の原理となった[14]。その結果、小文字のtrusteeshipは、被統治地域住民の福祉あるいは国際社会の発展という目標を履行するという、植民地統治の（建前上の）本義を示す言葉となった。ここでのtrusteeshipは、木畑洋一が指摘するように「帝国意識」に基づいた「『文明化の使命』論の延長に他ならなかった[15]。」

その一方で、trusteeshipは植民地統治のみならず、一般的に域外の勢力が特定地域の住民の福祉を発展させるために、また、国際社会全体の発展のために、特定の領域を統治することを指して使用されるようになる。つまり、trusteeshipには一種の統治形式としての意味がある。実際、今日の多くの学者が国際組織などによる国家建設（平和構築）をtrusteeshipと呼んでいる[16]。

このようにtrusteeshipには、①「帝国意識」の延長線上で、被統治者の福祉のために本人に代わって統治することを正当なものとする意識およびその言説という意味と、②域外の勢力が特定の地域をその地域住民に代わって行うという統治形式一般の意味がある。このふたつの意味は、脱植民地化以前の世界では区別する必要がなかった。なぜなら、「帝国意識」そのものがまだ批判の対象ではなかったからである。けれども、脱植民地化後の世界では、パターナリズムを含む「帝国意識」は批判の対象である。その一方、域外勢力による統治は、国連による平和構築活動のようなかたちで継続し、その正統性をめぐって論争になっている。両者を区別しなければ、国連による平和構築などの国際信託統治の正統性を判断することはできない。そこで本稿は前者（①）の「帝国意識」を意味するtrustee-ship（便宜上、ハイフンを使用する）を「受託者意識」と訳す。また、後者（②）の統治形式を指すtrusteeshipは、「信託統治」と訳す。

③そして、第二次大戦後、国連の監視下において行われた、先進国によるアジア・アフリカの一部地域の統治を指すTrusteeshipおよびtrusteeship systemには、「信託統治制度」という言葉を当てる。④また、被統治地域住民の福祉、および国際社会の発展という目標を意味するtrustは「信託」と訳する。⑤さらに、本稿では「信託統治」が国際的な取り決めを基に、国際組織を主体として実施される場合を「国際信託統治」（international trusteeship）と呼ぶ（この「国際信託統治」の

歴史的展開については後述）。

他方、trustと類似した言葉に、「委任」（mandate）というものがあるが、こちらについてもその語義を明確にしておく必要がある。このmandateとは、元々ローマ法で使われていた言葉mandatumが語源である。このmandatumは、一方の当事者が相手に対して、無償で何か特定の行為を行うことを約束することで成立する契約のことを指した[17]。英語のmandateも基本的にそのような無償の奉仕契約のことを意味している。この小文字のmandateは、無償の奉仕契約の意味が転じて、国際政治上、信託（trust）同様に住民の福祉あるいは国際社会の発展という目標を示すものとしても使用された。その点において、mandateとtrustはほぼ同義である。mandateの代表的な使用例がF・ルガード卿（F. Lugard）の「二重の委任」（dual mandate）である[18]。彼はそこで、植民地統治が被統治地域住民の福祉と、国際社会の発展という二重の目標の履行が要請されているものとして、定義したのであった。これに対して、大文字のMandateおよびmandate systemは、一般的に戦間期に国際連盟の監視の下で第一次大戦の戦勝国が、一部のアジア・アフリカ地域を統治した委任統治制度を指すものである。ただし、現在ではtrusteeshipと異なり、mandateの語は、域外の勢力が特定の地域をその地域住民のために統治するという意味では使われない。

第二節　破綻国家と信託統治復活論：一九九〇年代前半の論争

信託統治（trusteeship）という言葉は、委任（mandate）と異なり、国際政治上で一般的に使用される地位を得たものの、植民地独立運動の時期を経て、その正統性の大部分を失った。植民地統治の正統化のための主要なイデオロギーが信託（trust）だったからである。

けれども、一九九〇年代から、信託統治（trusteeship）の復活をめぐる議論が急速に盛んになる。その嚆矢となったのが、一九九〇年に発表されたロバート・ジャクソンの『準国家』（*Quasi-States*）である[19]。この著書のなかでジャクソンは、植民地独立後のアジア・アフリカの一部の国々が自らの市民の福祉あるいは人権を十分に守ることができない状態にあることを指摘し、そうした地域を国家に満たない国家、すなわち「準国家」であるとした。ジャクソンは、そうした準国家が、植民地独立に伴って国際社会そのものの構造が変化した結果生み出さ

れたと分析する。植民地独立以前の国際社会は、主権国家となる要件として、一定の軍事力や経済力、あるいは文明化されたことを示す法制度、あるいは文化制度を要求していたが、植民地独立以後は、もはや国際社会はそうした国家の能力を主権獲得の基準とはしなくなった、というのである。実際、植民地独立運動によって国際社会は、いかなる理由による植民地独立の遅滞も許さなくなり、国連の監視下で先進国がアジア・アフリカの一部の地域を統治する信託統治制度までも廃止することになった。その結果、一切の信託統治はもはや許されなくなった。そのため、アジア・アフリカの一部の地域は、十分な国家運営能力もないまま独立を達成し、外国からの介入を拒絶できるという意味での主権（ジャクソンの表現では、消極的主権）を盾にしながら、先進国の経済的援助だけを要求し、ようやく国家を維持している、とジャクソンは指摘したのである。

ジャクソンはこの一九九〇年当時、こうした植民地独立後の国際社会規範は冷戦崩壊によって変わるかもしれないとしつつも、信託統治が復活する可能性はおそらく低いだろうとした。そうした予測のもとに、彼はこの著書の最後で、「国際信託統治などの、押し付けがましさを含む非常に多様な国際的地位は、…一次元的な消極的主権体制〔すなわち、脱植民地化後に出現した、介入から自由な主権国家のみによって構成された国際社会〕よりも、脱植民地化後の状況を満足のいくものにしたかもしれない」と皮肉をこめて述べている。[20]

このジャクソンの著作が発表された後、とりわけアフリカでは、「破綻国家」あるいは「失敗国家」といった概念によって映し出されるような、悲惨な内戦が激化した。[21] この背景には長年世界を支配してきた冷戦構造の崩壊があった。というのも、冷戦下で東西対立を利用しながら援助を積極的に引き出し、その資源によって国内の対立する政治勢力を押さえ込んでいたアフリカ諸国は、冷戦の終結に伴って、もはや冷戦期のような強力な政治・経済的援助を受けられなくなったのである。[22] こうした資源の縮小は、アフリカの脆弱な国民国家基盤の正統性を脅かすようになり、一部においては激しい内戦を招来した。

こうした破綻国家の登場によって、植民地独立以降、その正統性を喪失していた信託統治論は蘇った。まず、一九九二年G・B・ヘルマンとS・R・ラトナー（Gerald B. Helman and Steven R. Ratner）が「破綻国家を救う」と題した論文のなかで、「国連による保護」（U.N. Conservatorship）という構想を提起し、そのなかで「ガバナンスの補助」「統治権者の派遣」に加えて、「国連による直接の信託統治」の必要性を主張した。[23]

その後、同年一〇月にはC・クラウサマー（Charles Krauthammer）が同様に国連による信託統治の必要性を訴え[24]、さらに翌九三年にはP・リヨン（P. Lyon）が「国連の信託統治は、世界が現在直面している幾つかの準国家の無秩序な状況に対する、おおよそ確かな解決策である」と主張した[25]。また興味深いことに、こうした議論の方向に沿う形で九四年にはケニヤのA・A・マズルイ（Ali A. Mazrui）が、国連に指名を受けたアジア・アフリカなどの国家がアフリカ国家の理事会の指導のもとで信託統治を行うという提案を行った[26]。他方、こうした国連などによる直接、間接の信託統治を有効ではないとして、一九九五年、W・ファフ（William Pfaff）が大胆にも旧宗主国、あるいはEUによる再植民地化を提起した[27]。

こうした一連の信託統治復活論に共通することは、破綻国家はもはや放置すべきものではなく、そこには国連あるいは何らかの域外勢力が介入し、統治しなくてはならないとしている点である。同時にこれらの議論は共通して、国際社会の社会科学的な分析というよりはむしろ政策提言的な性質を帯びていた。それというのも、まだこのとき一九九九年以降に出現するような国連による大規模な統治活動は現存しておらず、それらに比べれば限定的な規模であったカンボジア、ナミビアあるいはボスニアとヘルツェゴビナでの国連やそのほかの国際的な組織による統治活動が実際にあったのみだったからである。そのため、大規模な国際信託統治活動が登場する一九九九年以降、論争はまた大きく変質した。

第三節　正統性とカテゴリーの論争

一九九九年に実施されたコソボと東チモールにおける国連の統治活動は、破綻国家と同様、研究者ならびに実務家の間での論争を一層激しく、また複雑にした。この二つの国連の活動によって、信託統治の復活がいよいよ現実化したとする見方が強まり、論争は政策の実務上の有効性・効率性をめぐるものから、その政策の正統性そのものを問う方向に進んだ。

正統性について真っ先に疑問を投げかけたのが、そもそもこの論争の火付け役となったロバート・ジャクソンであった。彼は、植民地独立によって生じた国際社会構造、またそれを支える国際社会の規範は今なお依然として強固であり、政治的な介入および信託統治が復活することは許されないとして、コソボなどの事例を批判したのであった[28]。

こうしたジャクソンの主張を歴史的な分析から敷衍したの

が、W・ベイン（W. Bain）である。彼はその二〇〇三年に発表した著書『アナーキーと社会の間』（*Between Anarchy and Society: Trusteeship and the Obligations of Power*）で、植民地統治期から続く、信託および信託統治の歴史を検討し、冷戦後、F・フクヤマ（F. Fukuyama）の『歴史の終わり』が指摘するように[29]、人権、民主主義、自由市場といった西洋的価値規範が国際社会のなかで優越的な地位を得たことを認めつつも、コソボの事例を含む一連の信託統治の歴史において、一貫して、他者が相手の善を一方的に決定し、それが自身によって決定する場合よりも優れているとするパターナリズムが通底していたことを明らかにした。その上で、信託統治は「主権国家を主権国家たらしめるもの、すなわち自由、他者との平等、個別的な自身の善を追求する権利を否定する」と断じ、コソボの事例をそれに当てはまるものとして、批判の対象としたのであった（ただし、彼は、ボスニアとヘルツェゴビナの事例は、デイトン合意に基づいて実施された以上、十分に住民の意思に基づいていたとし、東チモールの事例も、植民地独立の延長に過ぎないとして肯定している[30]）。

信託統治の正統性が問われるなか、信託統治が過去の、あるいは現在の類似の事例とどのような関係にあるのか、また、どのようなカテゴリーに区分すべきなのか、という議論もまた盛んになっていった。例えば、二〇〇一年に国際法学者ラルフ・ワイルド（Ralph Wilde）は、その論文の中で国際領域管理（International Territorial Administration: ITA）という概念を提示しながら、国際連盟によるダンチヒなどの国際自由市の直接管理を、東チモールの国際領域管理の淵源として位置づけた。他方で、彼は委任統治制度、あるいはその後継の信託統治制度については、統治主体があくまで単一の国家であり、その正統性は植民地独立で喪失されたとして、それらを国際領域管理から区別した。これに対して、先に言及したW・ベインは、委任統治制度および信託統治制度と現在の信託統治が、パターナリズムという点で連続していることを指摘し、ワイルドとは反対の立場に立った[31]。

一方、二〇〇四年、国際法学者S・チェスターマン（S. Chesterman）は、その著書の中で、国際自由市、委任統治、信託統治、第二次大戦後のドイツの戦後占領、さらに一九六〇年代のコンゴ（旧ザイール）、西イリアンに始まるPKOから近年の国連による統治活動、およびアメリカなどによるイラク占領政策を取り上げ、それらの関係を包括的に検討しようとした。彼は、ワイルドのように多様な国際信託統治の事例のなか

から「国際領域管理」のようなカテゴリーを括りだすことに懐疑的で、そうした多様な事例それぞれの機能や目的に着目することで、一連の制度に存在する「共鳴」（resonance）を探ったのであった[32]。チェスターマンの問題意識は非常にプラグマティックなものである。彼は、国際信託統治が「その性質上、植民地主義であることが問題なのではなく、むしろ、ときどき十分に植民地的でないということが問題である」と述べているように、一体どのような具体的政策が国際信託統治の実際的な成功に必要なのかを植民地統治を含めた過去の事例から大胆に引き出そうとしているのであって、植民地統治をめぐる規範的な批判はほとんど問題としない[33]。

だが、チェスターマンが指摘するように、国連のなかでは現在の国際信託統治を植民地統治と比較することは忌避されている[34]。それはすなわち、正統性をめぐる論争が実務に少なからぬ影響を与えるからである。近年の国家建設活動について検討したドミニク・ザウム（Dominik Zaum）が明らかにしたように、正統性の有無は単に学問上の問題ではなく、実務上の成功と密接に関わる問題なのである[35]。現在の国際的な信託統治活動と植民地統治との連続性を強調すれば、現在の国際的な信託統治活動の正統性には疑義が呈され、反対に現在の国際的な信託統治活動と植民地との断絶を強調するならば、現在の国際的な信託統治活動の正統性は一定程度、確保される。そして、正統性の確保は国際信託統治の成功につながるのである。そのため、機能的側面だけで比較を行おうとするチェスターマンの議論は、国際信託統治をめぐる論争の解決においても、実務的な視点からも不十分だった。むしろ、国際信託統治の機能あるいは目的という横軸だけでなく、その歴史的な起源や変遷という縦軸もまた国際信託統治の分析においては極めて重要である。すなわち、植民地統治から近年のコソボや東チモールなどの統治事例を含めた長期的なパースペクティブのなかで国際信託統治を歴史的に検討する必要性が残ったのである。

第四節　ワイルドによる歴史的検討：国際信託統治史の展開

こうした論争に終止符を打つべく、信託統治の歴史的な検討を行ったのが、先に言及したラルフ・ワイルドであった。彼は象徴的な副題を冠した『国際的領域管理：信託統治と文明化の使命はいかにして消えなかったか』（*International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never*

Went Away）という大部な著作において、国際領域管理（ＩＴＡ）概念を基にしながら、この概念を国際的な制度として理論的に精緻化するとともに、その歴史的な淵源や変遷を徹底して検討したのである[36]。

ここではこのワイルドの著作の中のおおよそ三分の一ほどを占める、国際信託統治の歴史的検討を論じた部分を概観したい。ワイルドはまず、信託に基づいた植民地統治、委任統治制度（mandate system）、信託統治制度（trusteeship system）、軍事占領、さらに国際自由市に淵源を持つ国際領域管理をすべて包含する概念として、国際信託統治（international trusteeship）を提示し、その上で、その概念を「域外のアクターが領域と住民のために行動する活動」として定義づけた[37]。

歴史的には、信託統治はベルリン会議において国際化され、その後、国際連盟下での委任統治制度、さらには国際連合下での信託統治制度へと展開された。ただし、委任統治制度や信託統治制度は、国際機関が直接植民地統治を肩代わりするものではなかった。国際連盟（および、その下部組織の常設委任統治委員会）は、統治を先進国（戦勝国）に委任し、受任国の統治行為を監査する役割を担った。すなわち、委任統治制度は国際組織による間接的な統治の仕組みだった。ワイルドによれば、近年東チモールやコソボなどで行われてきた統治活動は、国際組織が主体となって一時的に特定の地域を管理する国際領域管理であり、その直接の淵源は委任統治制度、信託統治制度にではなく、むしろザールなどの自由市での国際連盟による直接管理にあったとされる。しかし、国際信託統治の歴史として考えれば、国際領域管理もまた委任統治制度などと同じく国際信託統治史に属するのであり、その歴史的起源は、信託（trust）の国際化が初めて試みられたベルリン会議にあるとワイルドは考えた[38]。ただし、ベルリン会議では、信託（trust）がヨーロッパ列国の共通規範として認められたものの、国際的な監視制度も直接統治の制度も実現することはなかった。

第一次大戦を経て、国際連盟の委任統治制度、および自由市の直接管理として制度化された国際信託統治は、その後、植民地独立の結果、民族自決権を根拠にその正統性を失うことになった。けれども、一九六〇年代を経てもなお、植民地は宗主国の抵抗に遭うなどして、容易には主権国家として独立できなかった。そのため、南西アフリカ（ナミビア）や東チモールなどで、民族自決の履行のためにＰＫＯの枠組みによる国際信託統治が国連によって実施されたのである。Ｐ・リヨンが指摘しているように、一九八九―一九九〇年に行われたナミビアでの

ＰＫＯは、一九六〇年代に終了が決まった信託統治制度（trusteeship system）と実質的には同じものだった。[39] すなわち、脱植民地化を経てもなお、信託統治（trusteeship）そのものは消えなかったのである。

他方、破綻国家の登場もまた、国際信託統治を生き延びさせる重要な要因となった。ワイルドの指摘によれば、破綻国家が登場した肝心のアフリカで国際信託統治はほとんど実施されていないものの、同じように国家機能を崩壊させたカンボジア、東スラヴォニア、モスタル、ボスニア、コソボ、東チモールなど、そのほかの様々な地域で、国際信託統治が（主にＰＫＯの枠組みによって）引き続き実施されることになった。これを評してワイルドは、「信託統治（trusteeship）は終わった、されど信託統治（trusteeship）は続いている」と述べている。[40]

けれども、ワイルドによれば、国際信託統治はただ長期間継続したのではない。そうではなくて、その性質を国際社会の規範の変化に合わせて変えることで、生き延びたのである。そうすることで、国際信託統治はその正統性を確立した。この国際信託統治の適応化をワイルドは以下の四点にまとめている。

第一に、現在の国際信託統治は、国際法の制度に十分に依拠している。植民地統治、あるいは委任統治制度（mandate system）、信託統治制度（trusteeship system）が植民地独立付与宣言（総会決議一五一四（ＸＶ））などの国連決議で否定されたことに鑑みれば、これは重要な点である。現在の国際信託統治が依拠する国際法制度とは、人権・人道法であり、当事国の同意原則であり、安全保障理事会の決議である。

第二に、ワイルドによれば、現在の国際信託統治は、国際法に内在する原理のひとつである人権規範や人道的介入論、あるいは「保護する責任」論に基づいているという。これもまた国際法により否定された植民地統治、委任統治制度、信託統治制度とは大きく異なる。

第三に、現在の国際信託統治を実施しているアクターは、国際法によって基礎付けられた国際組織であり、これは植民地帝国と異なり、不偏的で非利己的な主体である。また委任統治制度や信託統治制度では、国際組織は監査役として受任国による統治に関与したが、現在の国際信託統治では、国際組織は統治の主体である。

第四に、現在の国際信託統治は、植民地統治と異なってあくまで一時的なものである、とされる。こうした一時性は自決権の履行を担保するものであり、そのため、国際信託統治は植民地統治と違い、自決権とは調和的である。[41]

以上のような性質の変化によって正統性を維持してきた国際信託統治は、結果として現在まで生き残ることができた、とワイルドは主張する。国際信託統治に通底するパターナリズムを根拠に国際信託統治の正統性を否定したベインと対比して言えば、ワイルドはむしろ、そのパターナリズムにも関わらず、国際信託統治がなぜ実施されてきたのか、という点を説明してきたと言えよう。ベインやジャクソンは、コソボなどの事例を規範的な議論に基づいて分析し、その正統性を否定したが、実際に国際法に基づいて国連を中心に実施されてきた国際信託統治が、一体いかなる正統性のもとに実施されたのか、というワイルドの現状分析的な立場は、その正統性を問い直す上できわめて重要なものである。

このように植民地統治から現在のコソボや東チモールなどの事例までを包括的に論じたワイルドの国際信託統治史は、これまでの論争、そしてこれからの論争にひとつの礎石を据えることになった。ただし、ワイルドはベインが信託統治を批判した根本的な論点に答えてはいない。ベインが信託統治に問うたのは、ある特定の共同体の善が国際社会によって決定されうるか、あるいは、信託統治を正統化する共通の善が国際社会に存在しているのか、ということであった。そして、ベインは植民地独立を契機にそうした共通の善、あるいは国際社会による善の決定は許容されないものとなったと主張したのである。ワイルドはこうした善の決定をめぐる問いには直接答えず、国際法あるいは人権などの規範を信託統治の正統性の基盤として、何の留保もなく受け入れることになった。もちろん、ワイルド自身、現在の国際信託統治活動が正統なものであると決め付けていたわけではないし、国際法がもつ権力性に全く無自覚だったわけではない。けれども、彼は国際信託統治における正統性と権力性をめぐる論点をまだ十分に論じきってはいない。自身が指摘するように、彼のこれまでの研究は、国際信託統治の正統性そのものを問うというより、その議論の前提となる用語、概念などを整理することに重きを置いてきた。また、『国際領域管理』の最後でジェンダーをポストコロニアルに代わる重要な論点として位置づけるなど、議論に決着をつけたというよりは新しい論争の方向を指し示すにとどまっている(42)。

第五節　国際信託統治史の課題：起源の探究

（一）国際信託統治の起源の措定

こうした先行研究から、次なる課題が明確となった。ワイル

ドは、現在の論争に答えるべく、国際信託統治の歴史を大まかに概観することに成功したが、残念ながら、歴史上度々生じてきた国際信託統治の性質の変化を詳細に分析することはなかった。その結果、国際信託統治のそもそもの起源、あるいは国際信託統治における重要な歴史的変化、その転換点を詳細に分析することこそが、現在の国際信託統治研究において取り組むべき課題として残されたのである。しかし、国際信託統治の起源、そして、その後の幾つかの転換点すべてを本稿の射程に収めることはできない。そこで、本稿はこれらの課題のなかでも最も重要な国際信託統治の起源に焦点を絞る。本稿の研究成果は、国際信託統治の歴史的な分析の基礎を提供するだろう。

国際組織がそれまで帝国の排他的な管轄事項だった植民地統治活動に初めて介入するようになったのは、一九一九年のパリ平和会議以降である。歴史的に見れば、この第一次大戦前後の時期は国際信託統治の実質的な起源なのであり、その起源をめぐる力学の解明は国際信託統治史全体の解明の一助となる。

もちろん、パリ平和会議以前にも、国際的な植民地統治の監視組織設立の試みは存在した。一八八四－一八八五年のベルリン会議では、コンゴ川での航行の自由を保障する国際委員会の設立が条文として組み込まれていた。しかも、それは条文全体の四分の一以上を占めるものだった（それに対して、ネイティブの福祉に関する条項はわずかに一つに過ぎなかった）。しかし、このベルリン会議を国際信託統治の起源とするのは適切ではない。第一に、この国際委員会は、航行の自由を保障するというきわめて限定的な役割しか与えられておらず、ほとんど植民地の統治と関わりがなかった。そうである以上、信託統治の国際化と言うには十分ではない。第二に、この条文は決して履行されることはなかった。すなわち、国際委員会は一切現実のものとはならなかったのである。そして第三に、肝心の人道主義的な主張も自由貿易もまた、一切実行に移されることはなかった[43]。すなわち、アフリカにおける信託統治の正統性の根拠がほとんど失われてしまったのである。このようにベルリン会議において流産したこの構想は、国際信託統治の萌芽的な構想と言うことはできるだろうが、その起源とするには十分ではない。

実際に国際信託統治が限定的にせよ実現に至ったのは、パリ平和会議においてである。そこで委任統治制度が成立したのである。では、その委任統治制度を生み出したものは何か。委任統治制度は、ベルリン会議からパリ平和会議までの時期（一八八四－一九一九）に案出された幾つかの国際信託統治構想を基盤にして成立した。したがって、国際信託統治の本当の起源は、

委任統治制度成立の基盤となった国際信託統治構想なのである。

ベルリン会議からパリ平和会議の間に案出された国際信託統治構想は、ベルリン会議で失敗した国際信託統治の制度化が、なぜパリ平和会議では成功したのか、という点を明らかにするだろう。ベルリン会議での失敗を含め、一九世紀末以降、世界では国際信託統治構想の正統性を基礎づける幾つかの事件があった。国際信託統治構想は、こうした幾つかの歴史的事件とその解釈から生み出された。第一次大戦の前後の時期に案出された国際信託統治構想を分析することで、国際信託統治の来歴と正統性の基礎がはじめて明らかになるだろう。そこで本稿は、第一次大戦前後の時期に出現した国際信託統治構想を国際信託統治の起源として措定し、その歴史的背景との関係を明らかにしながら分析する。

（二）委任統治制度に関する先行研究

国際組織の植民地統治への介入が実現されることになった委任統治制度の成立過程に関する研究は、すでに国際法とイギリス帝国史において膨大な蓄積がある。だが、興味深いことに、それらは『ローマ帝国衰亡史』を描いたギボンが大英帝国の衰退を念頭においたように、いずれも執筆された時代の国際社会の状況、あるいは規範に大きな影響を受けていた。たとえば、委任統治制度について最初に体系的な研究を打ち立てた国際法学者Q・ライト（Q. Wright）は、一九二九年の時点で委任統治成立までの歴史的過程をすでに相当な程度明らかにしたが[44]、その一方で、彼の研究は本稿でこれから検討する戦間期に特徴的な人種主義をはらんだ信託（trust）という価値規範に少なからぬ影響を受けていた。彼を含めた戦間期のほぼ全ての研究者が、植民地の廃止ではなく国際信託統治という概念に希望を見出したのである[45]。

これに対して、植民地独立を経た今日のわれわれは、国際信託統治に対して十二分に慎重な態度で接することが求められている。すなわち、われわれは分析の前提として、植民地統治をイデオロギー的に支えてきた人種主義を否定し、近年のポストコロニアリズムによる研究成果を参照することが必要である。そして、植民地化によって原則的に国際社会規範となった主権平等原則を考慮し、国際信託統治を分析しなくてはならない[46]。この点において、われわれの出発点は自ずと戦間期とは違う。

他方、一九六〇年代にイギリス帝国史の立場から、委任統治研究（とりわけその成立史）を成熟させたウィリアム・ルイス

（Wm. R. Louis）は、当時公開されたばかりの関連一次資料を徹底的に渉猟し、委任統治成立までの事実関係をほとんど明らかにしている。その一方で、彼は執筆当時、アジア・アフリカで事実上達成されようとしていた植民地独立に少なからぬ影響を受けていたようだった。ルイスは、アーサー・バルフォア（Arthur Balfour）の言葉を借りて、「第一次大戦は地図を赤く塗った」と述べている[47]。すなわち、イギリスはその戦争によって領土を増加させたのであり、委任統治制度は確かに植民地における露骨な利益追求を抑止するようにはなったけれども、帝国に打撃を与えるよりはむしろ、植民地統治を正当化するための「覆い」になったにすぎないと結論した[48]。この結論は、裏を返せば、まだ委任統治制度の成立では植民地帝国は終焉に向かわなかったということであり、最終的には植民地帝国は終焉する、という歴史的な結論がそこには前提とされている。ルイスによれば、帝国が「追い詰められた」のは、信託統治制度（trusteeship system）が成立する第二次大戦後のことであった[49]。

確かにルイスらイギリス帝国史研究者が示してきたように、植民地帝国は二つの世界大戦を経た後、植民地での独立運動、宗主国内での植民地統治反対の世論の隆盛、冷戦構造の圧力、そして国連で台頭し始めた第三世界諸国からの圧力などに曝され、追い詰められ、解体されることになった[50]。しかし、すでに本稿で指摘したように信託統治（trusteeship）が国際政治の舞台から消え去ることはなかった。要するに、植民地帝国が解体したにもかかわらず、信託統治が依然として存続してきたということが現代の国際社会にとって最も重要な論点なのである。植民地帝国の解体に着目した研究に意義がなくなったわけではない。しかし、信託統治の歴史、あるいは信託統治の生命力に注目した研究がこれまで十分になされてこなかったことは問題である。国際信託統治という視点から委任統治制度を見直せば、それが単なる植民地主義を守るための「覆い」ではなく、それまで支配的だった植民地帝国秩序に対する代替的な秩序という側面があったことが明らかになるだろう。本稿による国際信託統治の起源の探究の試みは、こうしたイギリス帝国史研究の穴を埋めることになる。

第六節　分析枠組みの設定：理念型としての国際信託統治

ここまで国際信託統治史をめぐる学説史、そして、その課題の所在を検討してきた。本稿は国際信託統治の起源として、委

任統治制度を生み出す母胎となった国際信託統治構想を措定し、それを分析する。では、どのような枠組みで第一次大戦前後の時期の国際信託統治構想を分析するべきか。本稿は現在の国際信託統治の正統性をめぐる問いから出発した。われわれの念頭にあるのは現在の国際信託統治である。そこで現在の国際信託統治から理念型を導き出し、その理念型との比較によって、第一次大戦前後の時期の国際信託統治構想の特質を明らかにする。[51]

国際信託統治とは、本稿冒頭で述べたように、国際組織による特定地域の統治を指す。この定義に加えて、以下の四点を理念型としての国際信託統治の要素とする。

第一に、理念型の国際信託統治は、不安定地域において国家を（再）建設する、もしくは補強をするものである。こうした活動によって、理念型の国際信託統治は、国際社会の主権国家システムを再生産する。ワイルドが指摘するように、国際信託統治の最終的な目的は、植民地帝国と異なり、永続的な政治的支配構造の確立ではない。[52] 脱植民地化後の信託統治の特徴は、その統治が一時的なものであること、また被統治側の民族自決権の履行を補助することである。すなわち、脱植民地化後の信託統治は、被統治側が最終的に主権国家として独立するか、あるいは他の主権国家の一部となることを最終的な目標としている。したがって、ローランド・パリス（Roland Paris）が指摘するように、そうした国際信託統治は「世界大の政治空間がウェストファリア的な国家群に分割されるべきであるという概念」をその行動原理としているのである。パリスはさらに進んで、そこで形成される国家があくまで自由市場、民主主義という西洋型の国民国家であることを指摘した。そして、こうした機能を持った国際信託統治を含む平和構築活動全体をして、「現代の文明化の使命」と評した。[53] 重要な点は、理念型の国際信託統治が主権国家の（再）建設もしくは補強によって不安定地域を安定させるとともに、主権国家システムを再生産するということである。

こうした主権国家システムを再生産する国際信託統治が登場してきたのは、比較的最近のことである。第一次大戦の前後、地球上の八割以上が植民地だったのであり、主権国家そのものとして存在している地域は数えるほどだった。ほとんどの地域は西欧の国民国家による植民地帝国の統治下にある植民地、あるいは保護領だった。すなわち、西欧より外の世界では、主権国家、あるいはその候補として比較的自律的に存在できなければ、植民地、あるいは保護領として西欧などの国民国家に半ば一方的に公式あるいは非公式に支配されるしかなかった。植民

地、あるいは保護領は、主権国家への過渡的な政体ではなく、恒久的なものだった。

第二に、理念型の国際信託統治は、国際組織を主体とする。ワイルドによれば、現代の国際信託統治は国際組織が直接、統治を行うものであり、ここでの国際組織は中立な主体としてイメージされている。また、カタリーナ・P・コールマン（Katharina P. Coleman）は、国際組織が平和活動にとっての「国際社会の正統性の門番」であると述べている[54]。このように国際組織には規範的に利点が存在していると解されている。他方、リチャード・カプラン（Richard Caplan）が指摘するように、国家が単独で国際信託統治を行うのは資源の点でも非常に困難である[55]。その意味で、国際組織は参加国の負担を軽減し、実効性を高める効果がある。

では国際組織とはそもそも一体何であるか、という問いはここで扱うには過大なものだが、少なくとも指摘しなくてはならないのは、国際組織が植民地帝国やハプスブルク帝国などの王朝・家産帝国と違って、主権国家群によって構成されているということ、そして、その主権国家は一定程度（完全にではないとしても）平等な権利を各自、保持しているということである。したがって、国際信託統治の対象となる地域を保有する国家は、その国際組織による国際信託統治を拒絶する権利を基本的には有しているのであり、国際組織がそうした国家の権利を超越して、その地域を国際信託統治下に置くこと場合には、なんらかの正当化事由が必要となる。

第三に、理念型の国際信託統治は、その対象地域に実質的な統治能力を持った主権国家を設立することを目的としているが、その際、その対象地域の領有権を侵害せざるを得ない。ロバート・ジャクソンの表現を使って言えば、理念型の国際信託統治は「積極的主権」をその原理として内在している。積極的主権とは、ロバート・ジャクソンが案出した概念で、国家が自律的な統治能力を保持している状態、あるいはそうした能力を獲得した結果、得られる権利を指す[56]。ジャクソンによれば、それは「自分が自分の主人であること」であり、その具体的な内容は歴史的に常に変化してきた。たとえば、第二次大戦以前、主権承認の要件は、西洋の基準で文明化が達成されているか否かであった。G・W・ゴング（G. W. Gong）によれば、その基準とは、①基本的人権を保障できること、②自衛能力および組織化された政治的官僚制を持つ国家であること、③戦時法規を含む国際法の遵守、および法の支配が達成されていること、④外交システムに適応可能であること、⑤文明化された国際社会

の規範を遵守すること、言い換えれば、サティ、一夫多妻制、奴隷制など「非文明的」とされる制度をもたないこと、の五点であった。[57] こうした要件を備えていない地域は主権国家とは看做されず、植民地化されるか、不平等な条約の締結に甘んじることになった。

こうした文明化の基準は、冷戦の終結を経て変化した。D・フィルダー（D. Filder）によれば、冷戦後の文明化の基準は、①基本的人権の尊重、②市民社会の重要性の尊重、③民主政府へのコミットメント、④国際・国内の法の支配へのコミットメント、⑤国内の自由市場、国際的自由貿易へのコミットメント、⑥科学技術の適用と発展へのコミットメント、であるとされる。[58] けれども、仮にこうした要件を全て備えていないからといって、脱植民地化後の世界で植民地化されるということはない。ロバート・ジャクソンの指摘によれば、主権の承認は文明化の基準を要しなくなり、脱植民地化した第三世界の国々はたとえ十分な国家運営能力を備えていなくても、国家として外部からの干渉あるいは介入を拒絶できるようになった。ジャクソンはこうした介入からの自由を享受する権利を「消極的主権」と呼び、実質的な統治能力（積極的主権）の有無に関わらず（あるいは、それに先立ち）、そうした消極的主権を認める国際社会体制を「消極的主権体制」と呼んだ。[59] この体制においては、実質的統治能力を欠いた国家は、消極的主権の獲得後、外部からの経済的援助などを通じてその実質的統治能力（積極的主権）を得ることになる。

冷戦後の焦点は、住民の基本的人権、とりわけ生存権が大規模に侵害されているとき、介入が許容されるかどうかである。「介入と国家主権に関する国際委員会」（the International Commission on Intervention and State Sovereignty: ICISS）の「保護する責任」（Responsibility to Protect）論は、市民の保護がもはや国家によってなされず、基本的人権が侵害されているとき、その国家の保護する責任は国際社会に移転され、介入が可能になると論じた。[60] このように、主権承認の要件に基本的人権の尊重が組み込まれるのかどうか、同時に、介入に際して、基本的人権の保護は介入を正統化するのかが争われている。もし、主権承認の要件に人権理念が組み込まれているとすれば、それはもはや実質的運営能力を問わないで介入からの自由を保障する、脱植民地化後の消極的主権体制とはおよそ状況が違ってくる。それはジャクソンが脱植民地化後の国際社会に見出した消極的主権体制ではなく、むしろ脱植民地化以前の積極的主権体制に近い（それゆえにジャクソンは冷戦後の国際信託統治を否

定した）。

どのような要件が主権承認に組み込まれるにしても、理念的な国際信託統治は、少なからず、特定の地域の国家に対して実質的な統治能力（積極的主権、ＩＣＩＳＳによればそれは国民の保護能力）、あるいはそれに伴う特定の国家制度（Ｒ・パリスの見解に従えば、それは自由民主主義の諸制度）を供給しようとするものであり、その供給に際して、必然的に介入が伴う（消極的主権の侵害）ことを前提としている。ドミニク・ザウムの表現を借りれば、国際信託統治は（積極的）主権を供給するために（消極的）主権を侵害するという「主権のパラドクス」を内在している[61]。これは国際信託統治特有の問題である。軍事占領は国際法で制度化され、これまで主権の移転はないと解釈されてきた。ゆえに主権のパラドクスはもとより生じない。その代り、軍事占領では占領地域の政治制度の変更が原則的に禁止されるなど、占領国による統治に規制がかかる[62]。

第四に、脱植民地化後の国際信託統治では、こうしたパラドクスをできるだけ軽減するために、非介入地域の同意原則、安保理あるいは国連総会の決議、さらには保護する責任論などのイデオロギーを総動員している。この主権のパラドクスを軽減するイデオロギーこそが理念型における最後の特徴である。それは脱植民地化を含む様々な闘争の結果否定された人種主義と断絶したものでなければならず、同時に、国際法あるいは人権規範に依拠したものでなければならない[63]。だが、そうしたパラドクス軽減のイデオロギーは、共同体の善がどのように決定されるべきか、というベインが提起してきた論点と常に向き合わなくてはならない。主権のパラドクスを軽減するイデオロギーはいずれも、国際社会に共通の善が存在していることを主張し、それによって主権を相対化しようとしてきた。だが、果たしてそれは本当なのか。共同体の善は一体誰が決定すべきなのか。信託統治が過去の人種主義を乗り越えたとしても、その正統性が完全に確保されるわけではない。

以上をまとめると、本稿における理念型としての国際信託統治は、①主権国家の（再）建設および強化を通じて、主権国家体制の再生産を担うものであり、②国際組織がその活動主体となるのであり、③それは特定地域に実質的統治能力（積極的主権）を与えるために、その領有権に付随する介入からの自由の権利（消極的主権）を侵害するものである（主権のパラドクス）。そして、④この主権のパラドクスを軽減するために、国際信託統治は人種主義と決別しつつ、国際法、あるいは人権規範に依拠したイデオロギーを掲げ、主権を相対化する共通の善（good）

の存在を主張する。

第七節　分析対象の具体化

ではこの理念型によって、いかなる国際信託統治構想を分析するか。本章第一節では、国際信託統治とは「域外の勢力が特定の地域をその地域住民のために統治する」信託統治（trusteeship）が「国際的な取り決めなどを基に、国際組織によって履行される」ケースと定義した。そして、本章第五節で、委任統治制度が国際組織による植民地統治への介入の最初の事例であり、信託の国際化の起点であったことを指摘した。つまり、第一次大戦の前後の時期を分析する上で重要なのは、国際組織が信託統治にどのようにして関与するようになったかである。そこで本稿はその分析対象を、国際組織によって特定地域をその住民の福祉および国際社会のために統治することを論じた構想に絞る。H・D・ホール（H. D. Hall）が指摘したところでは、この当時、国際信託統治構想は様々な人々によって語られ、議論に上っていた（もちろん、ライトが指摘したように、あくまでそれは知識人に限られてはいたが）[64]。本稿はそうした議論のなかでも、何らかの著作として残っている構想を扱う。

これまでの先行研究に従えば、こうした国際組織による信託統治構想は、主にイギリスにおいて積極的に語られていた[65]。そのため、本稿はイギリスの知識人および政治家の分析に重きが置かれることになる。彼らは相互の著作を参照しあっていて、相互に影響しあっていた。そのため、彼らの著作は相互に類似した点が多い。だが、そのなかでもそうした思想的営みを各所で牽引する人間がいたこともまた事実である。第一次大戦前後、国際信託統治を積極的に論じていたのは、イギリス左派（自由党左派、独立労働党）、イギリスの帝国連邦主義グループであるラウンド・テーブル（Round Table）、さらには、帝国戦時内閣に参加していた閣僚らであった。本稿はこうした人々が第一次大戦前後に立案した国際信託統治構想を分析対象とする。

そのなかでも最も体系的に論じられた国際信託統治構想が、イギリス左派のJ・A・ホブソンと、南アフリカの政治家J・C・スマッツの国際信託統治構想であった。ホブソンの国際信託統治構想は、同時代にホブソンと同じくイギリス左派に属していたH・N・ブレイルズフォード（H. N. Brailsford）が言うように、一九一九年のパリ平和会議において成立する委任統治制度に先駆けた国際信託統治構想だった[66]。もちろん、同時期に様々な国際信託統治構想は出されていたが、ホブソンほど早い

時期に出された、ホブソンほど体系的な構想はひとつとしてなかった。他方、スマッツの国際信託統治構想は、この時期のものとしては異色の存在である。まず、同時代のほとんどの国際信託統治構想の対象地域がアフリカであったのに対して、スマッツの構想の対象地域は、崩壊しつつあったハプスブルク帝国とオスマントルコ帝国、さらにロシア帝国の周辺地域であった。さらに本論（第三章）で詳しく論じるように、スマッツの構想は、その目的・機能においても他の国際信託統治構想と一線を画していた。このスマッツの国際信託統治構想は、第一次大戦前後の時期の構想のなかで最も冷戦後の国際信託統治に近い構想である。ゆえに本稿はとりわけこのJ・A・ホブソンとJ・C・スマッツの構想を中心に、当時の国際信託統治をめぐる思想を検討する。

※本稿は平成二〇年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

（1）Michael D. Callahan, *Mandates and Empire: the League of Nations and Africa, 1914-1931* (Brighton: Sussex Academic Press, 1999).

（2）「国際組織による統治活動（国際信託統治）」と言った場合、果たしてそこにイラクでの占領統治が含まれるかどうかは論争的な問題である。イラクでの占領統治は安保理決議一四八三によって「占領」とされ、国連は統治そのものにはほとんど関与していない。その点では、イラクでの占領統治は「国際信託統治」には含まれないと考えられる。ただし、イラクでの占領統治は、伝統的な軍事占領と国家建設活動が奇妙に混ざり合ったものであり、その性質をめぐっては論争になっている。例えば、D. Scheffer はイラクの統治が従来の占領法の適用を受けていることを批判している（D. Scheffer, "Beyond Occupation Law," *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 842-860）。他方、新井京はイラク統治への占領法の適用を評価する一方、規定からの逸脱の承認には慎重でなければならないとする（新井京「イラクにおける占領法規の適用について」『同志社法学』第五八巻二号（二〇〇六年））。

（3）H・ブル『国際社会論：アナーキカル・ソサイエティ』（二〇〇〇年、岩波書店）、四一－四七頁。

（4）主権国家システムの拡大に関する研究として、Gerrit W. Gong, *The Standard of 'Civilization' in International Society* (Oxford: Oxford University Press, 1984); H. Bull and A. Watson (eds.), *The Expansion of International Socie-*

ty (Oxford: Clarendon Press, 1984).

（5）山室信一「『国民帝国』論の射程」山本有造編『帝国の研究：原理・類型・関係』（名古屋大出版会、二〇〇三年）。

（6）E・W・サイード（今沢紀子訳）『オリエンタリズム』（平凡社、一九九三年）。オリエンタリズムを、アフリカをめぐる言説に適用した著作として、V. Y. Mudimbe, *The Invention of Africa* (Indiana University Press, 1988)。ただし、この著作において、第一次大戦前後の時期のイギリス左派のアフリカをめぐる言説は分析対象とはされていない。

（7）W. Bain は植民地統治から委任統治制度、およびその後継の信託統治制度、さらに脱植民地化後の平和構築までを連続したものとして捉えた（William Bain, *Between Anarchy and Society: Trusteeship and the Obligations of Power* (Oxford: Oxford University Press, 2003)）。M・イグナチエフに至っては、近年の大規模な国家建設活動を「新しい形式の植民地主義的な指導」と呼んだ（M・イグナチエフ（中山俊宏訳）『軽い帝国―ボスニア、コソボ、アフガニスタンにおける国家建設―』、一五五頁）。これに対して、R. Wilde は国際連盟の自由市と近年の平和構築活動を同じカテゴリーに分類し、植民地制度と区別するのはもちろんのこと、委任統治制度や信託統治制度とも別のカテゴリーとした（Ralph Wilde, "From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration," *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 3. (Jul., 2001), pp. 583-606.）。D. Zaum もこの分類に従って、近年の平和構築活動を分析している（Dominik Zaum, *The Sovereignty Paradox: The Norms and Politics of International Statebuilding* (Oxford: Oxford University Press, 2007).）。他方、Steven R. Ratner は占領と国際組織による領域管理を別のものとして捉えてきた従来の分類を批判し、それらが共通の法的枠組みで実施され、共通の政治的課題に直面しているものとして、同一カテゴリーに属するものとしてみることを提案した（Steven R. Ratner, "Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence," *European Journal of International Law* 2005 16(4), pp. 695-719.）。

（8）さらに遡れば、英語の trust はローマ法の *fideicommissum* などの言葉に行きつく。*fideicommisum* とは、遺言人が遺産相続人に対してその遺産を第三者の福利に使用するよう要求することを指す言葉だった（J. A. C. Thomas, *Textbook of Roman Law* (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1976), Ch. XLIX を参照）。

（9）ジョン・ロック（加藤節訳）『統治二論』（岩波書店、

二〇〇七年）、第一九章。

（10）エドマンド・バーク「フォックスのインド法案についての演説」（中野好之編訳）『バーク政治経済学論集：保守主義の精神』（法政大学出版局、二〇〇〇年）、四六二―四六三頁。ちょうどこの時期にイギリスの地歩がインドで確立されることになった。

（11）同上、四六三頁。

（12）同上、四六九頁。

（13）同上、四七五頁。

（14）J. A. Hobson, *Imperialism: A Study* (Michigan: University of Michigan Press, 1965), p. 238.

（15）木畑洋一『イギリス帝国と帝国主義：比較関係の視座』（有志舎、二〇〇七年）、四八頁。

（16）international trusteeship をめぐる研究史については本章第二節で検討するが、さしあたりこの用例を幾つか挙げておく。Richard Caplan, *A New Trusteeship? International Governance of War-Torn Territories*, Adelphi Paper No. 341 (OUP, 2002); William Bain, *Between Anarchy and Society: Trusteeship and the Obligations of Power*; Ralph Wilde, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away* (Oxford: Oxford University Press, 2008). また、近年の信託統治をめぐる論争をまとめた研究として、山田哲也「領域管理と国際秩序――「新信託統治」が問いかけること」大芝亮・古城佳子・石田淳編『国境なき国際政治』（有斐閣、二〇〇九年）。

（17）泉哲『植民地統治』（有斐閣、一九二一年）、一五六―一六三頁。

（18）F. Lugard, *The Dual Mandate of Africa* (London: William Blackwood, 1922), p. 617.

（19）Robert H. Jackson, *Quasi-States: sovereignty, international relations and the Third World* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

（20）*Ibid.*, p. 202. ジャクソンの思想の変遷とその特質を検討した論文として、拙稿「ロバート・H・ジャクソン、その業績と思想の検討――*The Global Covenant: Human Conduct in a World of States* (2000) の射程――」北大法学論集五七巻六号、二三一―二五二頁（二〇〇七年三月）。

（21）破綻国家（collapsed states）については、I. William Zartman, "Introduction: Posing the Problem of State Collapse," I. William Zartman ed., *Collapsed States : The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority*. (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1995).

（22）William Reno, *Warlord politics and African states* (London: Lynne Rienner, 1999).

（23）Gerald B. Helman and Steven R. Ratner, "Saving Failed

States," *Foreign Policy,* Winter 93 Issue 89, pp. 3-18.

(24) Charles Krauthammer, "Trsuteeship for Somalia; An old -- colonial -- idea whose time has come again," *The Washington Post,* Oct 9, 1992, Final Edition.

(25) Peter Lyon, "The Rise and Fall and Possible Revival of International Trsuteeship," *Journal of Commonwealth & Comparative Politics,* Vol. 31, No. 1 (March 1993), pp. 96-110.

(26) Ali A. Mazrui, "Decaying Parts of Africa need Benighn Colinization," *International Herald Tribune,* 4 August 1994.

(27) William Pfaff, "A New Colonialism? Europe Must Go Back into Africa," *Foreign Affairs,* vol. 74 no. 1 Jan/Feb 1995.

(28) Robert H. Jackson, *The Global Covenant: Human Conduct in a World of States* (Oxford: Oxford University Press, 2000), Ch. 11.

(29) フランシス・フクヤマ（渡部昇一訳）『歴史の終わり』（三笠書房、一九九二年）

(30) William Bain, *Between Anarchy and Society,* Ch. 6, p. 169.

(31) Ralph Wilde, "From Danzig to East Timor and Beyond."

(32) Simon Chesterman, *You, The People: The United Nations, Transitional Administration, and State-Building* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

(33) *Ibid.,* p. 12.

(34) *Ibid.,* p. 11.

(35) Zaum, *The Sovereignty Paradox.*

(36) Wilde, *International Territorial Administration.*

(37) *Ibid.,* pp. 362-363.

(38) *Ibid.,* Ch. 8, section 3.

(39) Lyon, "The Rise and Fall and Possible Revival of International Trsuteeship," p. 105. これまであまり指摘されてこなかったが、ナミビアでのPKO以前に、一九六〇年のコンゴ（旧ザイール）紛争に対応したPKOは、早くも破綻国家の国家建設の問題に直面した事例であった。コンゴ紛争の詳細については、C・ホスキンズ（土屋哲訳）『コンゴ独立史』（みすず書房、一九六六年）に詳しい。

(40) *Ibid.,* p. 383.

(41) *Ibid.,* pp. 409-422.

(42) *Ibid.,* pp. 441-459.

(43) ベルリン会議の限界については、本稿第二章第一節で改めて論じる。

(44) Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*

(Chicago: University of Chicago Press, 1930).

(45) 植民地独立以前に出された，国際信託統治および委任統治に関する著作はあまりにも膨大にある。ここでは代表的な著作のみ列挙する。早くもパリ平和会議に際して，アメリカ代表団の委任統治の手引きのために書かれた国際信託統治に関する著作として，A. H. Snow, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations: Including a Collection of Authorities and Documents Written at the Request of the Department of State* (New York: G.P. Putnam, 1921); また，制度成立以前の諸構想に着目した本稿に直結する論文として，P. B. Potter, "Origin of the System of Mandates under the League of Nations," The American Political Science Review, Vol. 16, No. 4 (Nov., 1922), pp. 563-583; 第二次大戦中にアメリカの信託統治制度の立案に携わった Benjamin Gerig の委任統治研究として，*The Open Door and the Mandates System* (London: G. Allen & Unwin ltd., 1930); 英領コモンウェルスの研究で著名な H. D. Hall による委任統治および信託統治研究として，*Mandates, Dependencies and Trusteeship* (Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1948); また，初期の重要な邦語文献として，田岡良一『委任統治の本質』(有斐閣，一九四一年)。

(46) 国際法の分野で，ポストコロニアリズムの研究を取り入れて委任統治制度を分析した著作として，Antony Anghie, *Imperialism, sovereignty and the making of international law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

(47) Wm. R. Louis, "Great Britain and the African Peace Settlement of 1919." *The American Historical Review,* Vol. 71, No. 3 (Apr, 1966), p. 892; "African Origins of the Mandates Idea." *International Organization,* Vol. 19, No. 1 (Winter, 1965), pp. 20-36; "The United Kingdom and the Beginning of the Mandates System, 1919-1922." *International Organization,* Vol. 23, No. 1. (Winter, 1969), pp. 73-96; *Great Britain and Germany's lost colonies, 1914-1919* (Oxford: Clarendon Press, 1967); "The Era of the Mandates System and Non-European World," H. Bull and A. Watson (eds.), *The Expansion of International Society* (Oxford: Clarendon Press, 1984).

(48) こうしたこれまでの委任統治制度の消極的評価に対抗するかたちで，M. D. Callahan は委任統治制度の積極的評価を試みている。Callahan, *Mandates and Empire*; 続編として Michael D. Callahan, *A Sacred Trust: The League of Nations and Africa, 1929-1946* (Sussex Academic Press, 2004).

(49) Wm Roger Louis, *Imperialism at bay 1941-1945: the*

United States and the decolonization of the British Empire (Oxford: Clarendon Press, 1977).

(50) Wm Roger Louis, "The United States and the Liquidation of British Empire in Tropical Africa, 1941-1951," P. Gifford and Wm. Roger Louis (eds.), *The Transfer of power in Africa: decolonization, 1940-1960* (New Haven: Yale University Press, 1982). 植民地独立における国連ファクターの分析として、Yassin El-Ayouty, *The United Nations and Decolonization: the Role of Afro-Asia* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1971); 半澤朝彦「国連とイギリス帝国の消滅」『国際政治』一一六号（一〇〇一年）、八一―一〇一頁。

(51) ただし、理念型としての国際信託統治から区別される植民地統治や軍事占領、あるいは植民地なき帝国といった統治形態については本稿の射程を大きく超えるものであり、それぞれの理念型を設定して分析することはしない。けれども、国際信託統治の要素を明らかにするなかで、隣接した統治形態との差異が明らかになるだろう。

(52) Wilde, *International Territorial Administration*, p. 414.

(53) Roland Paris, "International Peacebuilding and the 'Mission Civilisatrice'," *Review of International Studies* (2002), 28, p. 655.

(54) Katharina P. Coleman, *International Organizations and Peace Enforcement* (Cambridge University Press, 2007), p. 2.

(55) Caplan, *A New Trusteeship?*

(56) Jackson, *Quasi-States*, p. 27.

(57) Gong, *The Standard of 'Civilization'*, Ch. 1.

(58) David Filder, "A Kinder, Gentler System of Capitulation? International Law, Structural Adjustment Policies, and the Standard of Liberal, Globalized Civilization," *Texas International Law Journal*, Vol., 35, No. 3, 2000, p. 409.

(59) Jackson, Quasi-States, p. 27.

(60) Report on the International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect* (Ottawa: International Development Research Centre, 2001).

(61) Zaum, *The Sovereignty Paradox.*

(62) Doris Appel Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation 1863-1914: a Historical Survey* (New York: Columbia Univ. Press, 1949), pp. 65-69. また、占領の分類については、Adam Roberts, "What is a Military Occupation?" *British Yearbook of International Law*, vol. 55 (1984), p. 249-305 を参照。第二次大戦後のドイツや日本などでの占領統治において、占領地の政治制

度や司法制度の変更が実施され、従来の占領概念に変化が生まれた。この問題が再び出現したのが二〇〇三年以降のイラクの占領統治である。イラクでの占領統治をめぐる論争については本稿注一を参照。

(63) Wilde, *International Territorial Administration,* pp. 404-405.

(64) H. D. Hall, *Mandates, dependencies and trusteeship,* p. 108; Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations,* pp. 66-86.

(65) イギリスのみならず、仏独の委任統治に関する資料を徹底的に渉猟したM. D. Callahnも委任統治のアイディアが主にイギリスのなかで論じられていたと考えている（Michael D. Callahan, *Mandates and Empire,* Ch. 1）。

(66) H. N. Brailsford, *The Life-work of J. A. Hobson,* L. T. Hobhouse Memorial Lecture, 15 May 1947 (London: London School of economics, 1948), p. 25 quoted in David Long, *Towards a New Liberal Internationalism: The International Theory of J. A. Hobson* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 110.

判例研究

民事判例研究

吉田邦彦

間接損害（企業損害）の賠償請求

（最高裁昭和四三年一一月一五日第二小法廷判決（昭和四〇年（オ）六七九号、慰謝料並に損害賠償請求事件）民集二二巻一二号二六一四頁）

一．事実関係

Y（被告、被控訴人、上告人）は、昭和三五年三月に、スクーターをX_1（原告）（当時四五歳）に追突・転倒させる交通事故を起こし、顔面挫傷（眼上部骨折、左顔陥没）、左眼失明（し

かし、その後視力は若干回復したが、視野狭窄が残った）の損害を与えた。ところで、X_2（原告、控訴人、被上告人）（有限会社真明堂薬局）は、もとX_1が個人的に営業していたものを一旦合資会社に組織替えした後解散し、再度個人営業を納税との関係で昭和三三年一〇月に有限会社としたものであり、今も実質個人営業であるが（社員は本人と妻だけで、X_1が唯一の取締役（代表取締役）兼唯一の薬剤師であり、余人をもって代えられない不可欠の存在であった）、X_1の本件受傷により、その薬剤師としての営業能力は低下して、X_2社の売り上げも低下したとして、その逸失利益の内一二〇万円及び遅延損害金の損害賠償（自賠法三条）を請求したのが本訴訟である。なお、X_1は、診療費・医薬費、慰謝料三〇万円などを請求していた。

控訴審からは、X_2とYとの訴訟となっているが、原審（福岡高判昭和四〇年三月一九日下民集一六巻三号四五八頁、民集二六二一頁以下にも掲載されている）は、「ある人に対し、直接加えられた加害行為の結果、（それ以外の）第三者に損害が生じた場合でも、加害行為とこの損害との間に相当因果関係が存するかぎり、不法行為者は第三者〔の損害の賠償義務がある〕」と述べて、X_2社について、実質はX_1の個人企業であり、同人は必要不可欠で余人をもって代えられないとし（なお、X_1には、月三万五千円の給与を支払っているが、もし同人程度の営業能力のある薬剤師を雇い入れるならば、月四万円の給与が必要であり、他の薬剤師を雇い入れず、本訴の請求をすることは妨げられないとする）、同社の逸失利益（向こう一五年間、年一二万円の得べかりし利益〔一三二万七七〇〇余円〕）との間に相当因果関係があるとし、その内の一二〇万円及び遅延損害金のX_2の請求を認容した（一審取消）。

Yは、上告し、X_2社（雇主）が、X_1に対する加害者に直接損害賠償請求権を取得せず、また、Yは、X_1がX_2社の代表取締役であることを知らなかったなどと述べる。

二・判旨

上告棄却。「X_2社は法人とは名ばかりの、俗にいう個人会社であり、その実権は従前同様X_1個人に集中して、同人にはX_2社の機関としての代替性がなく、経済的に同人とX_2とは一体をなす関係にあるものと認められるのであって、かかる…事実関係の下においては、原審がYのX_1に対する加害行為と同人の受傷によるX_2の利益の逸失との間に相当因果関係の存することを認め、形式上間接の被害者たるX_2社の本訴請求を認容すべきもの

とした判断は、正当である。」

三．評釈

三－一　判例法上の位置づけ

（一）最高裁

本判決は、いわゆる企業損害に関する最初の最高裁判決であり、事例判決ではあるが、その影響力は大きい。またその後の最高裁のものとして、最判昭和五四・一二・一三交民集一二巻六号一四六三頁（医薬品の配置販売特有の販売技術を有する者の受傷につき、会社の営業上の損害賠償が求められたもの。非代替性だけでは足りないとした原審を支持する）がある。

本件の請求類型として、本件企業は、直接被害者に対して給与の支払いをしていたわけだが、その支払い分の請求といういわゆる「反射損害」的な請求ではなく、企業の固有損害たる営業上の逸失損害の形で請求され、請求額がそのまま認められたという点でも注目され（しかし事実に示したように、報酬額分の請求の方式と比較してさして多額ではないことにも留意しておきたい）、また事案の特色づけの仕方として、原審では、直接被害者の非代替性のみがピックアップされた如くだが、最高裁では、①個人会社、②非代替性、③経済的一体関係の三点によって特徴づけられ、その後の昭和五四年最判では、非代替性だけでは足りないと宣明され、下級審実務の多数の立場は、昭和四三年最判が摘示する三つの特色を必要要件とするかのごとくである（この点は次に見る）。

（二）下級審の状況

下級審は多数ある（昭和年間のものは、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一）六二六頁以下参照。平成年間のものについては、平野裕之・後掲書が詳細である）。注意すべきなのは、近時の下級審裁判例には、企業損害の賠償につき限定的傾向があることである。

どのように限定的かというと、第一に、従来よりも、多様性は薄れ、昭和四三年最判の基準である、(i) 個人会社、(ii) 非代替性、(iii) 経済的一体関係を厳格に運用し、企業の固有損害（営業損害等）を認めるものは、少なくなっている。企業損害が認められるにしても、せいぜい支払い給与分などに限られることが多い（最近ではさらにそれを絞る）。

例えば、――①大津地判昭和五四・一〇・一判時九四三号二

八頁（慰安旅行中の落石転落事故。送電線工事請負業者の従業員一五名中一〇名が死傷したという事例。直接的企業損害があったという）（しかし、控訴審大阪高判昭和五六・二・一八交民集一四巻一号六一頁では、「個人会社ではないから会社の固有損害賠償を認めるべきではない」とされた）。②名古屋地判昭和五五・九・二六交民集一三巻五号一二〇三頁（運転手付きクレーン車賃貸業者で、運転手の受傷。非代替性から休業損害の賠償を認めた）（しかし、控訴審名古屋高判昭和五六・一二・二三交民集一四巻六号一三二〇頁は、経済的一体性がないとして賠償を否定した）。③東京地判平成四・九・一一交民集二五巻五号一一二三頁（ロックバンド会社の取締役（バンドメンバー）の受傷。コンサート公演による得べかりし利益の賠償請求は、棄却され、他方で、公演中止に伴う費用賠償（キャンセル代など）は肯定する）。④大阪地判平成五・五・三一交民集二六巻三号六九九頁（建築の設計・監理、土地の売買・仲介会社。個人会社性を認めたが、支払い報酬分の賠償にとどまる）。⑤東京地判平成七・一二・二〇交民集二八巻六号一七九五頁（土木建築工事の請負・計画・設計・監督などの会社。その代表取締役の死亡。報酬分の賠償は肯定するが、営業上の損害については、賠償否定。代表取締役のみではなく、共同体で売上げを上げ、非代替性はなく、経済的一体関係があったと言えないとする）。⑥大阪地判平成八・一二・二六交民集二九巻六号一八八二頁（機械工具の製作販売会社の代表取締役の死亡。個人会社で、代替性がないとまで言えず、経済的一体関係は認められないとし、休業中の支払い給与、葬祭費分の賠償を認めるにとどまる）。⑦札幌地判平成九・一二・二二交民集三〇巻六号一八一〇頁（衣料品会社（五～六人の役員、二七～二八名の従業員）。給与支給分の賠償は認めるが、会社と代表取締役とを同視できる特別の関係・経済的一体性は認められないとし、減収分の賠償を否定する）。⑧東京地判平成一〇・一・二八交民集三一巻一号一一一頁（印刷機械輸出会社で、その人脈・経験により海外進出の基礎作りをする代表取締役の死亡。機関としての代替性はなく、個人会社で、経済的一体をなすとし、逸失利益の賠償を認める（ただし、七割の過失相殺、既払いの自賠責保険金を考慮して最終的な賠償は認めていない））。⑨大阪地判平成一〇・四・七交民集三一巻二号五五三頁（水門鉄扉の据え付け工事施工会社（従業員二名、パート一名）。個人会社で、代表取締役の個人的能力に負い、機関としての代替性はなく、経済的一体関係があるとし、営業損一五〇万円余の賠償を認めた）。⑩東京地判平成一四・一・一六交民集三五巻一号九頁（建

設用重機械賃貸会社の代表取締役の頚椎捻挫。代表取締役への支払い分の七割の賠償を肯定)。⑪東京地判平成一四・六・二五交民集三五巻三号八八〇頁(コンピューター・ソフトウェアの規格・制作・販売会社(社員一一人)の固有損害としての外注費についての請求を棄却(取締役との間での経済的一体性、非代替性が否定されるとする)。反射損害だけ賠償を肯定する)。⑫東京地判平成一五・三・一二交民集三六巻二号三一三頁(中古車販売業の代表取締役への報酬分の賠償につき、平均賃金分(実通院日数四日分)を会社の損害とする)。⑬東京地八王子支判平成一六・六・三〇交民集三七巻三号八五九頁(板金溶接業の会社が、(被害者の休業損害、逸失利益を考慮して)稼働の対価以上の報酬を支払った場合に、その賠償を認める。但し、減収分については、確定的な額の根拠がないとして認めない)。⑭大阪地判平成一六・八・三一交民集三七巻四号一一六三頁(人工透析患者の送迎業務の請負会社の従業員の受傷。代行運転者派遣費用につき肯定する(短期的にその業務の代替性はなく、緊急やむを得ない措置だとする)。やや柔軟か)。⑮名古屋地判平成一六・七・九交民集三七巻四号九二七頁(中国料理店調理師(台湾出身)の死亡による店舗閉鎖損害の賠償請求。経済的一体関係はないから、相当因果関係ある損害とするのは困難だとする。不慮の災害の場合に営業に支障のない対応を講ずるべきで、とりわけ代替性困難な業務に従事する場合についてはそうであるとする。⑭と比べても、厳しいことがわかる)。⑯東京地判平成一七・六・二一交民集三八巻三号八一八頁(古文書の専門的知識・教養のある者の死亡により、その影響で次女の関連仕事が減り、それを受領する法人の企業損害。原則的に間接損害者の損害は賠償対象にならないが、葬儀への出席・関与などの事情から延期・中止せざるを得ない部分だけ相当因果関係があるとする)。

また第二に、直接被害者と和解がなされた場合に、企業損害の賠償を否定する傾向がある(しかし、例えば、「営業損から給与支払い分を控除する」(両者は合致しないはずである)とすればよいわけであり、実務の扱いには、論理的に説明できないところがあり、暗黙裡に、反射損害しか認めないという発想があるように思われる)。

例えば、――⑰横浜地判平成八・二・二六交民集二九巻一号二七二頁(個人会社で、経済的一体関係がある代表取締役の受傷。被害者本人との和解(そこでは、治療費、慰謝料のほかに休業損害も含めた損害賠償の調停がなされた)がなされたことを理由として、企業への賠償否定)。⑱東京高判平成一三・一・

三一判時一七四三号七三頁（水戸地土浦支判平成一二・七・三一判例集未登載の取消）（土木工事、上下水道工事を行う会社の代表取締役の受傷。両者に経済的一体関係があれば、会社は請求できるが、代表者の個人訴訟で加害者との間に和解がなされているから、もはや請求できないとする。個人の収入金額を基礎に代表者の得べかりし利益が算定されて和解が成立し、そこには、営業利益喪失も反映されているとする）。

なお、和解事例ではないが、参考になるものとして、⑲東京地判昭和五八・一一・一四交民集一六巻六号一六〇三頁（建築請負及び土地付き建売住宅販売会社の代表取締役の受傷。会社の休業損害につき、間接損害として、昭和四三年最判の要件でのみ相当因果関係が認められるが、その場合の請求権者は、代表者個人とすべきであるとする。両者は連帯債権関係類似の関係にあり、代表者の請求が認められれば、予備的請求の解除条件は成就するとして、会社の請求に応じない）がある。

さらに第三に、（企業損害事例ではないが）近親者のショックによる間接損害の事例について、直接被害者しか請求できないとするものが出ている（これなどは、後述する如く、わが民法が採らないドイツ的立場である。もっとも、ショックを受けた近親者の慰謝料請求が認められることには問題はない）。⑳東京地判平成一五・一一・一八交民集三六巻六号一六二三頁（男児の轢過死を目撃した母親が精神的打撃から就労できなくなり、その休業損害を求めたもの。二次的・間接的損害だとして、賠償を否定する）。

三―二　学説（実務家の見解）の動向

（一）従来学説の多数説（関連文献の引用の詳細は、吉田・前掲書六四六頁以下参照）。

従来学説の多数説（好美、西原、徳本、潮海の各教授ほか）は、限定的立場をとっており、反射損害以外の賠償を間接被害者たる企業には、認めないとするもので、これは、原則として、直接被害者しか損害賠償権者としないドイツ損害賠償法の立場の「学説継受」である。

実務家も、この立場を支持するものが多く（倉田、田邨、浜崎の各実務家）、そうした立場からは、昭和四三年最判は、原則的否定説だとされたりしたのである（可部・後掲解説一四二頁〔倉田説の採用だとする〕。同旨、後藤判事（当時））。

（二）構造的批判とその影響力の小ささ

これに対して、わが不法行為法による間接損害の処理の仕方は、むしろフランス法的に、賠償範囲の問題として捉え、間接被害者だからと言ってそれだけで排除するべきではないとする見解が出された（星野英一・民法概論Ⅲ（良書普及会、一九七八）一二五頁以下が嚆矢である。吉田・前掲書四八一頁以下、五五二頁、六四五頁以下は、その比較法的拡充である。しばしば批判的見解の筆頭としてあげられる平井教授（債権各論Ⅱ不法行為（弘文堂、一九九二）一八五―一八六頁は、改説によるフランス法的理解への）賛同である）。

しかし、こうした見解に呼応する見解は必ずしも多くない（例外は、故栗田教授など）（その人的設備と物的設備との比較検討は、注目すべきである。後述する）（例えば、村田・後掲五九頁は結局伝統的立場に立つし、平野・後掲書一三六頁も、会社の営業の故意的侵害事例でないと不法行為は成立せず、すべて個人の利益に還元して、直接被害者が賠償できるというのが正しいとする。また、潮見佳男・不法行為法（信山社、一九九九）一八五頁も直接被害者構成を支持されるし、さらに、内田貴・民法Ⅱ債権各論（東大出版会、一九九七）四三四頁などもフランス的アプローチを支持しつつも、その実質基準は、消極的多数説に近く、ＶＩＰ保険などを説く）。

さらに、実務家による論考も上記批判的見解が出て以降もコンスタントに出されているが、――東京地裁交通部（民事二七部）の裁判官も含めて――従前どおりに消極的であり、しかもやや理解に苦しむのは、批判的見解の引用もなく、消極論者内部だけの自己満足的な書き方になっており、さらに絞りをかける勢いがあることである（例えば、湯川・後掲二一頁、二三頁〔法人成りをしておきながら、法人格を否定して固有損害を求めるのは好ましくなく、「経済的一体関係」に絞りをかけようとする。しかしそこには、間接被害者からの請求否定説の前提がある〕、児玉・後掲三一〇頁〔批判的見解を引用せずに、「論じ尽くされている」と言う〕、松本・後掲三一八頁など）。そんな中で、夏目判事のものは、企業損害の賠償に関して積極的であり、異彩を放っており、後に検討する。

三―三　現時点での再考

（一）はじめに――状況認識の甘さ

間接損害に関する私見を発表してから、二〇年余り経過したが、再度現時点で再考を加えておきたい。まず痛感するのは、間接損害の賠償に関するドイツ法的理解の実務家における影響

力の大きさである（実務家へは、学界よりワンテンポ遅れて、――近親者損害の相続構成とか、民七一二四条後段の除斥期間論のように――ドイツ法学の影響が強いと言うことか）。この点で、私はかつて、少なくとも「相当因果関係」の問題として捉える判例の立場の枠組み自体は、当時の学界よりもフランス法的だとして架橋を試みたが、状況認識がやや甘かったようだ（もっとも、学説批判との関係でも、昭和四三年最判のメルクマールを金科玉条視しないようにと釘を刺しておいたつもりであるが（吉田・前掲書六四七頁）、下級審実務は、前述のごとくむしろ硬直化・更なる限定化の方向に進んだようである（ドイツ法的分析を行う、伊藤・後掲一五七頁でも、「下級審実務は、不当な制約をかしている」と言う）（やや実務に譲ったためか、平野・後掲書一三二―一三三頁では、私見につき比較法的に原則的賠償否定を根拠づけたとまとめられるが、私には、ヨリ積極的な企業損害の賠償の方向性がある）。

（二）本判決の三条件（個人会社、非代替性、経済的一体関係）の再検討

本判決では、企業損害の賠償請求の要件として、三要件を課している（しかし前述したように本判決は本件事案の特徴としてこの三つを挙げただけのことであり、それらを必要的要件とする趣旨なのかどうかは明らかではない）が、それは――本件の事案的特徴を超えて――間接損害賠償要件として、論理必然的かを考えてみたい。この点で、既に見たように、かつては、損害規模が大きかったりした場合は、「直接的企業損害」という別構成で（①）、また時には、非代替性という要件だけで企業賠償を認めたこともあり（②③⑭）、ある程度の基準の多様性を窺わせたが、それらは、否定される傾向があり、本判決の基準に統一化、画一化される方向性がある。しかし、先例墨守ではなくて、その合理性があるかという検討は、必要だろう。

すなわち、間接損害ないし企業損害の場合には、二次的損害であるし、どこかで限界を引かねばならないし、あまり賠償範囲が広がらないようにする（あまり広がり過ぎると、企業経営者のモラル・ハザードの問題も出る）との考量はわからなくもない。しかし上記基準との関係で、第一に、なぜ非代替性要件だけではいけないのか。代替性があるならば、会社経営として損害なしに代用労働者を調達しやすいから、その点を要件とすることは了解しやすいが、それ以上の要件をなぜ課すかが問題となる。

また第二に、小規模の個人会社ならば、中心人物の事故の死

傷により、打撃も大きいと言うことはいえるが、だからと言って、中規模の企業でもそれなりの影響は出て、それがどうして填補されないのかの理由は、よくわからないところがある。さらにそれに関連して第三に、「経済的一体関係」の有無の認定のために、財布共通の原則や、個人・会社の財産の行動の状況や、個人保証の有無などの認定を行う裁判例を見ると、なぜそのことが、会社の損害の大きさという本来の問題に繋がるのか、やや論理が転倒しているのではないか（つまり、経済的一体性がなくとも、また、財産混同がなくとも、重大な損害を企業が被ることは考えられるからである）。

見方を替えると、これは、企業損害のように、企業の人的施設の問題になると、その損害の填補が、物的設備の損害の場合と比べて、どうして消極的になるのかという問題であり、――賠償限定の必要性を踏まえたとしても――この点は一義的に明らかではなくて疑問を出しうるのである（この点の指摘の嚆矢は、栗田。さらに、次述の点も含めて、夏目・後掲二二一頁以下が示唆に富む）。確かに人材を事故で失えばその分の給与の支払いも免れて（ノーワーク・ノーペイの原則）差し引き大差ないのではないかという反論もあり得ようが、逸材をその受傷により失うと、それにより企業が被るダメージは、当人の報酬以上になることもままあり、それを一律受忍せよとする立場は硬直に過ぎて、やや乱暴でもあろう。

（三）ヨリ実質的・政策的な考察

①（企業のモラル・ハザードを避ける道〔損害抑止義務〕）

ヨリ実質的・政策的に考えてみるならば、近時の判例の動向によれば、間接被害者（企業）に、人的打撃による営業損害につき賠償請求させたくないということであるが、それは、一つに、そうした場合には、被害者たる企業の自己責任、つまり、自助努力・経営努力に委ねるということになろうが、加害者の損害填補の要請（矯正的正義）との関係で、どうしてアプリオリに被害者負担となるのか自明ではない。

この点で確かに、前述のモラル・ハザードを避けるためにも、企業側の損害抑止義務を課することは合理的であろう。しかしそれは、前述三要件の賦課による企業損害の全面否定ということは導かれず、同義務違反の場合の過失相殺という中間的解決（この点も、夏目後掲論文）、ないしは、本件のような逸失利益の請求における一定の期間制限を付すという法律構成も考えられよう。直ちに損害賠償の否定ということにはならないのである。

②（常時代替要員を備えることの現実とのギャップ――企業の人的設備の損害賠償の必要性）

また二つに、損害抑止義務に違反していないときにまでも、自己責任による経営努力を強いることには、無理はないか。昨今の構造不況の折には、過労も覚悟で、コスト減らしのために、ぎりぎりの人的設備の下で行うのが、巷間の中小企業の経営実態であろう。そうした場合に、交通事故の被害者側の企業に負担を強いるのは、上記正義に反するのではないか。

その意味で、従来ともすれば暗黙裡に存在した企業損害の中で、人的設備と物的設備とで区別して、後者だけを賠償対象とするのは、割り切りすぎであり、例えば、近時下級審実務でも定着してきた「引抜き型の債権侵害」事例の賠償積極論なども、人的設備損害に関する積極論に他ならず、従来の割り切りの問題性を示す傍証といえよう（なお、引抜きの場合には、意図的不法行為とされるのは、その取引的不法行為という侵害態様の相違ないし当該労働者の職業選択の自由という基本的人権への配慮のゆえなのである）。

③（保険との関係）

三つめに保険との関係である。ＶＩＰ保険などという理屈も、大企業などの論理であり、その論理が妥当しない状況下で、一律に説くのは、非現実的なところはないか。さらに、ＶＩＰ受傷による企業の損害という不確実性のリスクの高い保険が本当に普及しうるのかということも検討しなければいけないだろう。さらに、付保されるから企業損害は賠償対象にないというのも飛躍があり、企業損害が賠償範囲内か否かは、保険とは別途検討しなければいけない問題であり、もし賠償可能ということならば、保険で支払われても、保険代位（商六六二条）で、保険会社が賠償請求するだけのことであり、問題解決になっていないことにも留意しておきたい。

さらに、保険実務との関係で、基準が明確で裁量性が高い方が、保険会社には確実性が増して、好都合だということはいえるかもしれないが、それだからと言ってドイツ的解決を志向するのは、本末転倒の嫌いがあり、やはり、企業損害（人的施設）の要保護性という見地から考えていくべきであろう。

④（司法政策的考慮との関係）

最後に、判例のような解釈論の行為義務への跳ね返りとして、間接被害者（被害会社）には、賠償請求の提訴をさせるべきではないという、gate keeper 的な政策的配慮があるということも考えられる。しかし、賠償の過度の広がりに繋がるような濫訴は、避けるべきだとしても、権利濫用か否かは、入口のとこ

ろではなく、損害の認定のところで判定すべきだということになるように思われる。

以上の考察からは、やや窮屈に裁量を狭めて、その分やや硬直な結論を導き、実質的結論に異論を投じうるドイツ法の立場ではなく、わが不法行為法の構造にも親和的な、賠償範囲論として、より多面的に、そして企業損害の救済に目下の実務以上に積極的な解決が求められるのである。再度の再考をお願いする次第である。

（参考文献）

本件の評釈・解説としては、可部恒雄・昭和四三年度最高裁判例解説（下）一四六事件、川井健・民商法雑誌六一巻一号、好美清光・判タ二三四号、徳本伸一・民法判例百選Ⅱ（三版）（四版）（五版）、田中隆・交通事故判例百選（二版）、副田隆重・同（四版）がある。

吉田邦彦・前掲書（有斐閣、一九九一）の刊行以後の間接損害（企業損害）に関するものとして、実務家のものとして、湯川浩昭「企業損害に関する諸問題」判タ八四二号（一九九四）、児玉康夫「企業損害・間接損害」現代裁判法大系⑥（新日本法規、一九九八）、松本利幸「間接損害――直接被害者の近親者の損害（東京地裁民事二七部損害賠償額の算定について）」民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準付録自賠責保険の支払い基準三三版（二〇〇四）があり、とくに、夏目明徳「間接被害者の損害」新・裁判実務大系交通損害訴訟法（青林書院、二〇〇三）が注目に値する。

また研究者による近時のものとして、村田輝夫「間接被害者の損害賠償に関する一考察――『個人企業』の損害について」文経論叢（弘前大学）三二巻二号（一九九七）、加藤雅之「規範的損害概念への展望――間接被害者論を契機として」法学政治学論究（慶応大学）六一号（二〇〇四）、伊藤雄司「間接被害者の賠償請求に関する覚え書き――代表者の受傷による個人会社の損害を念頭に」専修法学論集九八号（二〇〇六）があり、そして、平野裕之・間接被害者の判例総合解説（信山社、二〇〇五）が詳細な裁判例の検討を行っている。

大塚龍児教授の経歴と業績

山本哲生

大塚龍児教授は、平成二一年三月三一日をもって北海道大学大学院法学研究科を定年退職される。大塚教授は、昭和四四年六月に東京大学法学部を卒業後、昭和四四年七月に東京大学法学部助手に採用され、昭和四七年八月に北海道大学法学部に助教授として赴任された。昭和五五年一二月には同教授に昇任、平成一二年四月に北海道大学の組織替えに伴って大学院法学研究科教授となられた。

この間、法学部・法学研究科、全学の各種委員を務められ、平成六年一二月から平成八年一二月までは北海道大学法学部長・北海道大学大学院法学研究科長を務められるなど、法学部・法学研究科の運営に多大な尽力をされてこられている。

また、教育面では、学部においては、商法ⅠⅡⅢ（会社法、総則・商行為、手形小切手法）、海商法、保険法、商法演習など、大学院法学研究科（法科大学院を含む）においては、商法特殊講義、現代商取引法、商事法事例問題研究などの講義や演習を担当されてきた。さらに、長年、法律相談室顧問を務められており、また、司法試験受験生に対しても非常に熱心に指導されるなど、教育活動にも多大な尽力をされてこられている。

この他、学会では、日本私法学会理事（平成四年まで）、日本海法学会理事、日本空法学会理事を務められている。さらに司法試験考査委員も務められていた。

大塚教授の研究業績については、その特色は民商法を初めとする私法全般に対する深い理解に裏打ちされた、的確な法解釈にあるといえよう。すなわち、具体的な問題の解決にあたり、

その問題を法体系上どのように位置づけることができるかを的確に判断することにより、既存の法規定を駆使し、法体系に適した法解釈として妥当な結論を導くものである。ここでは、純粋に形式的に法体系との整合性をはかることが目的とされているわけではない。法律がどのような状況を想定し、どのような利益を保護することを意図しているかについての正確な理解をもとにして法解釈が展開されているのであり、そのことにより実質的には恣意的に結論を出すというようなことは排除される。また、それだけではなく、後述のように、そのような理解を背景として、法体系に適合した解釈がそれ自体として妥当な解決をもたらすことについても十分な意が払われているものといえよう。私法全般に対する深い理解があるからこそ、法体系から離れた新規な理論を用いることなく、従来の法律の枠組みを用いる形で、適切な法解釈を展開することが可能となっているのである。

大塚教授の研究業績では商取引法、商法総則、有価証券法、会社法の商法全般が扱われており、さらには、民法、破産法に関わる業績もあり、ここでも私法全般についての幅広い理解が示されている。また、数多くの判例評釈を書かれているが、限られた紙数において非常に含蓄のある指摘がなされていることがしばしばである。

なお、大塚教授の研究業績においては、直接にはわが国における法解釈が課題とされているため、ドイツ法の状況を詳述するというような部分は必ずしも多くはない。しかし、各所でドイツ法が参照されている内容から、ドイツ法に対する造詣の深さが伺えるものとなっている。

以下では、大塚教授の研究業績につき、対象とする分野ごとにまとめて、簡潔にみていくこととする。まず、商取引法、商法総則に関する業績がある。教授の研究は問屋の委託実行行為から生じる法律関係についての研究から始まっているようである。ここでは委託者の保護が問題となるが、問屋について特殊な法理を認めることはわが国の法解釈としては困難であるとしつつ、先行的占有改定等を認めることにより委託者が一定程度保護されることを指摘したうえで、委託者と問屋の関係を請負契約とみることにより委託者の保護をはかることができることを示唆されている。法体系から離れた新規な理論を用いることなく、既存の枠組みを利用した法解釈として適切な解決を提示するというあり方がここでも顕著に現れているものといえよう。

この分野におけるこの他の業績としては、たとえば、約款の

拘束力に関する論稿がある。分量的には決して長いものではないが、その内容は非常に含蓄に富むものとなっている。契約という枠組みに基づき、意思解釈、合意の拘束力という視角から、不合理な内容の約款については拘束力を否定するという、後に先端的と評される結論を導かれている。

次に、有価証券法についての一連の業績がある。この中で、手形行為の無因性に関連する業績として、後者の抗弁・二重無権の抗弁に関する研究、原因関係の時効消滅が人的抗弁となるかについての研究などがある。これらの研究においては、手形行為が無因であるとは何を意味するかについての深い理解が示され、無因性を認めたことの反面として不当利得の抗弁が認められることが指摘されている。ここでは無因であることを理論的につきつめればどのような構成になるかということが論じられていると同時に、そのような結論が妥当性を有していることが示されている。たとえば、原因関係の時効消滅が人的抗弁になるかについては、判例、通説はこれを認めるのに対して、原因債権が無効であったり、消滅したりする場合には手形債権自体が不当利得となるのであるが、原因債権が時効消滅した場合には手形債権は不当利得とはならないことを示される。そして、手形債権と原因債権が並存するように手形を支払のために授受したとされる場合に、原因債権が時効消滅することで手形債権も行使できなくなるという結果は、当事者の合理的意思にも反するのではないかということを指摘されるのである。

最後に、会社法についての業績としては、たとえば、人的会社における退社員の持分払戻、株主全員出席総会の効力などに関する研究がある。後者においては、少なくとも招集権者による召集行為がなければ株主総会とはいえず、株式会社の意思決定とはいえないことを指摘される一方で、全員出席総会を認めないと事実上株主総会を開いていない小規模会社では妥当な結果にならないという批判につき、招集権者による招集行為があれば、後の違反は決議取消の原因になると解することができ、また、明示の招集行為がなくても全員出席総会で招集権者が同席して異議を述べないときには黙示の招集行為があったと解することができることを指摘したうえで、取消であると、取消の訴えが確定するまでは決議は有効であり、訴え提起期間も限られていることから、それほど不当な結果にはならないことを示される。ここでも、理論的に突き詰めたうえで、巧みな法解釈により妥当ではない結果は避けられることが示されている。

以上のように、北海道大学に赴任されて以来三六年間に亘り大塚教授は教育活動においては非常に熱心に学生の指導にあた

られ、また、研究活動においては顕著な学術的意義が認められる業績を数多く残してこられた。本研究科を退職された後も、教育・研究活動において益々ご活躍されることを祈念してやまない。

大塚龍児教授の経歴

昭和二〇年　四月　北海道札幌市に生れる。
昭和四三年一〇月　司法試験合格
昭和四四年　六月　東京大学法学部卒業
昭和四四年　七月　東京大学法学部助手
昭和四七年　八月　北海道大学法学部助教授
昭和五五年一二月　北海道大学法学部教授
平成　元年一〇月　日本海法学会理事
平成　二年一〇月　日本私法学会理事（平成四年九月まで）
平成　三年　三月　ミュンヘン大学法学部、コロンビア大学ロースクールにて在外研究（一二月まで）
平成　五年　五月　日本空法学会理事
平成　六年　一月　司法試験第二次試験考査委員（平成一五年一一月まで）
平成　六年一二月　北海道大学法学部長・北海道大学大学院法学研究科長（平成八年一二月まで）
平成　九年一一月　札幌市人事委員会委員
平成一二年　二月　北海道建設紛争審査会会長（平成一八年一月まで）
平成一二年　四月　北海道大学大学院法学研究科教授

大塚龍児教授の業績

【著書】

一九七七（昭和五二）年
『手形・小切手の法律入門』（有斐閣）（田村諄之輔・前田重行・倉澤康一郎氏と共著）

一九八八（昭和六三）年
『商法（一）総則・商行為』（有斐閣）（落合誠一・山下友信氏と共著）

一九八九（平成元）年

『商法（三）手形・小切手』（有斐閣）（林竝・福瀧博之氏と共著）

一九九三（平成五）年

『手形・小切手の法律入門（新版）』（有斐閣）（田村諄之輔・前田重行・倉澤康一郎氏と共著）

『商法（一）総則・商行為（第二版）』（有斐閣）（落合誠一・山下友信氏と共著）

一九九八（平成一〇）年

『商法（三）手形・小切手（第二版）』（有斐閣）（林竝・福瀧博之氏と共著）

二〇〇一（平成一三）年

『商法（三）手形・小切手（第二版補訂）』（有斐閣）（林竝・福瀧博之氏と共著）

『商法（一）総則・商行為（全訂版）』（有斐閣）（落合誠一・山下友信氏と共著）

二〇〇五（平成一七）年

『商法（三）手形・小切手（第二版補訂二版）』（有斐閣）（林竝・福瀧博之氏と共著）

二〇〇六（平成一八）年

『商法（一）総則・商行為（第三版）』（有斐閣）（落合誠一・山下友信氏と共著）

『商法（三）手形・小切手（第三版）』（有斐閣）（林竝・福瀧博之氏と共著）

二〇〇七（平成一九）年

『商法（一）総則・商行為（第三版補訂版）』（有斐閣）（落合誠一・山下友信氏と共著）

【論説】

一九七四（昭和四九）年

「介入権を行使した問屋が破産した場合の法律関係」法学教室〔第二期〕五号

「裏書の原因関係が無効・消滅の場合の被裏書人の地位」鴻常夫編集代表『商事法の諸問題（石井照久先生追悼論文集）』（有斐閣）

「問屋営業」『体系商法辞典』（青林書院新社）

「手形・小切手とその原因関係」鈴木竹雄ほか編『新商法演習3　手形・小切手』（有斐閣）

一九七五（昭和五〇）年

「取締役」長浜洋一、平出慶道編『会社法を学ぶ』（有斐閣）

「普通取引約款の拘束力」法学教室〔第二期〕八号

「問屋の委託実行行為により生ずる法律関係の観点から見たagencyの法理」竹内昭夫編『現代商法学の課題下（鈴木竹雄先生古稀記念）』（有斐閣）

一九七六（昭和五一）年

「手形能力」菅原菊志、前田庸編『手形・小切手を学ぶ』（有斐閣）

一九七七（昭和五二）年

「商法五八二条～五八九条」大隅健一郎ほか編『判例コンメンタール　13上　商法Ⅲ　上』（三省堂）

一九七八（昭和五三）年

「これからの商法学（これからの法律学）」〈座談会　大塚龍児・落合誠一・神崎克郎・渋谷光子・前田重行・竹内昭夫〉ジュリスト六五五号

「法人格否認の法理」日本弁護士連合会特別研修叢書五二年度

「問屋の委託実行行為から生ずる法律関係について」私法四〇号

「約款の解釈方法」『民法の争点』

「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法の争点』

一九七九（昭和五四）年
「営業譲渡と取引の安全」金融・商事判例五六五号

「手形行為の瑕疵と手形抗弁」Law School 八号

「手形の時効・利得償還請求権」別冊法学セミナー四一号

「株主総会決議の瑕疵」鴻常夫ほか編『会社法律全書』（第一法規）

一九八〇（昭和五五）年
「原因関係と人的抗弁―手形の無因性と直接の当事者間における人的抗弁の基礎。人的抗弁の個別性、権利濫用の抗弁、二重無権の抗弁等の理解のために」Law School 一八号

「問屋営業」上柳克郎ほか編『商法総則・商行為法』商法講義（1）（有斐閣）

「手形利得償還請求権―特にその利得について」北大法学論集三一巻二号

「有価証券の除権判決〈争点の現況〉」Law School 二七号

一九八一（昭和五六）年
「有価証券の除権判決について」北大法学論集三一巻三・四号下巻（小山教授退官記念特集）

一九八三（昭和五八）年
「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法の争点（第二版）』

「預金取引と事故」鈴木禄弥、竹内昭夫編『金融取引法大系〔二〕預金取引』（有斐閣）

一九八四（昭和五九）年
「抱合せ増資」上柳克郎ほか編『会社法演習〔三〕株式会社〔計算ほか〕・有限会社等』（有斐閣）

一九八五（昭和六〇）年
「委託販売契約」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系〔四〕商品売買・消費者契約・区分所有建物』（有斐閣）

「商業登記（および公告）の対抗力について」江頭憲治郎編『八〇年代商事法の諸相（鴻常夫先生還暦記念）』（有斐閣）
「約款の解釈方法」『民法の争点Ⅱ債権総論・債権各論』
「有価証券の偽造・変造」竹内昭夫、龍田節編『有価証券（現代企業法講座五）』（東京大学出版会）
「商法八〇条（社員の責任）～八三条（自称社員の責任）」上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（一）総則・合名会社・合資会社』（有斐閣）
一九八八（昭和六三）年
「原因関係の時効消滅は人的手形抗弁となりうるか」北大法学論集三八巻五・六号下巻（山畠教授退官記念特集）
一九八九（平成元）年
「人的会社社員の出資義務と退社員の持分払戻」北大法学論集三九巻五・六号上巻（五十嵐教授・藪教授退官記念特集）
一九九〇（平成二）年
「ケースによる手形法入門――白地手形の除権判決」法学教室一二二号
一九九三（平成五）年
「演習」法学教室一五一号
「演習」法学教室一五二号
「演習」法学教室一五三号
「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法の争点Ⅱ商行為・保険・海商・手形・小切手』
「演習」法学教室一五四号
「演習」法学教室一五五号
「演習」法学教室一五六号

「演習」法学教室一五七号
「演習」法学教室一五八号
「演習」法学教室一五九号
一九九四（平成六）年
「演習」法学教室一六〇号
「演習」法学教室一六一号
「演習」法学教室一六二号
「持分の承継と訴訟の承継―最大判昭四五・七・一五」奥島孝康、宮島司編『商法の判例と論理―昭和四〇年代の最高裁判例をめぐって（倉澤康一郎教授還暦記念論文集）』（日本評論社）
「商業登記の一般的効力について―代表権、代理権の登記を中心にして」登記研究五六〇号
一九九五（平成七）年
「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常夫先生古稀記念）』（商事法務研究会）
一九九八（平成一〇）年
「株主全員出席総会の効力」岩原紳作、神田秀樹編『商事法の展望―新しい企業法を求めて（竹内昭夫先生追悼論文集）』（商事法務研究会）
一九九九（平成一一）年
「手形の満期は振出日より前であってはならないか」瀬川信久編『私法学の再構築（北海道大学法学部ライブラリー二）』（北海道大学図書刊行会）
「弁済による代位と破産法二四条・二六条・二七条、和議法四五条（上）（下）」法曹時報五一巻一〇号、五一巻一一号
二〇〇八（平成二〇）年
「会社法第六条（会社の商号）～第一五条（会社の使用人）」酒巻俊雄、龍田節編集代表『逐条解説会社法（第一巻）総則・

設立　会社法の沿革・会社法の性格・第一条～第一〇三条』（中央経済社）

【判例研究等】

一九七〇（昭和四五）年
「他人名義で約束手形を振り出した者に手形振出人としての責任が認められた事例」法学協会雑誌八七巻五号

一九七一（昭和四六）年
「商法四九四条にいう「不正の請託」の意義―いわゆる東洋電機カラーテレビ事件」ジュリスト四七九号

一九七二（昭和四七）年
「運送人の留置権または商人間の留置権と留置物の所有権との関係―東京電気化学工業事件」ジュリスト五一三号

「銀行の手形印影照合の際の注意義務の程度等」経済法（経済法学会誌）一五号

一九七三（昭和四八）年
「主務大臣の認可をえない海上保険約款の変更の効力」『海事判例百選（増補版）』

一九七五（昭和五〇）年
「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法（総則・商行為）判例百選』

一九七六（昭和五一）年
「振出・裏書の原因関係がともに消滅した場合と人的抗弁の対抗」『手形小切手判例百選（新版・増補）』

「問屋の破産と取戻権」『倒産判例百選』

一九七七（昭和五二）年
「盗取された約束手形に振出人として署名していた者の責任」『商法の判例（第三版）』

「（一）電気供給規程の性質と消費者に対する拘束力、（二）本来の債務に一円の不足のある弁済の提供の適否―東京電力電気料金一円不払事件第一審判決」判例時報八五〇号（判例

評論二二一号）

「保険金受領の際の誓約文言」『商法（保険・海商）判例百選』

一九七八（昭和五三）年

「手形に保証の趣旨で裏書をした場合に原因債務についての民事保証を推認することの可否」判例時報八八九号（判例評論二三四号）

一九七九（昭和五四）年

「手形授受の当事者間において仮執行宣言付支払命令により手形債権が確定した場合と原因債権の消滅時効」民商法雑誌七九巻六号

「表見代表取締役と第三者の過失」『会社判例百選（第三版）』

「要素の錯誤による裏書の効力―悪意の抗弁が認められた事例」『昭和五十三年度重要判例解説』（ジュリスト六九三号）

「他人の普通預金通帳と届出印鑑を窃取した者に対してなした預金払戻につき、銀行に過失を認め債権の準占有者に対する弁済としての効力を否定した事例」ジュリスト六九八号

「（一）会社資金による新株の払込は無効であるとされた事例（二）引受欠缺のある新株につき共同引受を擬制された取締役の一人が全額の払込みをなした場合と右新株の帰属関係（三）株主総会で右取締役が右新株全部について議決権を行使したのは違法であり、その議決権を除くと、右株主総会の決議は不存在であるとされた事例」判例時報九三五号（判例評論二四八号）

一九八〇（昭和五五）年

「生命保険約款の効力」『生命保険判例百選』

「保険料の不払による契約の失効」『生命保険判例百選』

「手形による保険料の支払」『損害保険判例百選』

一九八一（昭和五六）年

「商品取引員の外務員が顧客との間で受託契約準則違反の商

品取引委託契約をした場合に、商品取引員は契約上の義務ありとしつつ、顧客にも過失ありとして、七割の過失相殺をした事例」ジュリスト七三二号

「振出・裏書の原因関係がともに消滅した場合と人的抗弁の対抗」『手形小切手判例百選（第三版）』

「株主総会召集の手続に瑕疵がある場合であっても決議取消を棄却するのが相当であるとされた事例」代行リポート五六号

「株主のなした株主総会決議無効確認の訴の提起が、悪意にでたものとして、原告たる株主に対し担保提供を命じた事例」ジュリスト七五四号

一九八二（昭和五七）年

「取締役会の無効な決議により選任された代表取締役がした行為と商法二六二条の類推適用」判例時報一〇四〇号（判例評論二八一号）

「振出の日付に先だつ日付の裏書の効力」ジュリスト七七四号

一九八三（昭和五八）年

「表見代表取締役と第三者の過失」『会社判例百選（第四版）』

「株券を盗取された運送人（国鉄）からその株券の悪意、重過失ある取得者に対してなされた返還請求につき、民法一九三条の適用を否定し、商法二二九条、小切手法二一条に基づき請求を認容した事例」判例時報一〇六七号（判例評論二九〇号）

「所有権留保をした自動車の売主の転買者に対する引渡請求が権利濫用とされた事例」ジュリスト七九四号

「約束手形の裏書人が振出人の手形金支払義務の時効による消滅に伴い自己の所持人に対する償還義務も消滅したとしてその履行を免れようとすることが信義則に反し許されないとされた事例」民商法雑誌八九巻一号

一九八四（昭和五九）年
「新株発行無効についての一考察」代行リポート六九号

一九八五（昭和六〇）年
「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法〔総則・商行為〕判例百選（第二版）』

「営業譲渡と労働契約関係」『商法〔総則・商行為〕判例百選（第二版）』

一九八六（昭和六一）年
「株主による額面株式と無額面株式との間の転換の請求と株券の提出の要否」判例時報一一七〇号（判例評論三二三号）

「銀行の自己宛小切手と債務の本旨に従った弁済の提供」ジュリスト八五六号

一九八七（昭和六二）年
「（一）役員選任の株主総会決議取消しの訴えの係属中に当該役員が退任した場合に、訴えの利益が失われない特別の事情があるとされた事例（二）取締役会の招集につき一部の取締役に対する通知もれがあっても、当該取締役会の決議を有効とする特段の事情があるとされた事例」判例時報一二二一号（判例評論三三八号）

「（1）株式会社のいわゆる全員出席総会における決議の効力（2）株主の代理人の出席を含むいわゆる全員出席総会における決議が有効となる場合」代行リポート七七号

「会社とその株主との間の株券不発行の合意は、当該株主が株券の所持を望んでいない場合にのみ有効であるとされた事例」判例時報一二三九号（判例評論三四三号）

一九八八（昭和六三）年
「手形金請求の訴えの定義と原因債権の消滅時効の中断」月刊法学教室九一号

「いわゆる二重無権の抗弁」『法学ガイド一四―商法Ⅲ』（別冊法学セミナー八七）

「生命保険約款の効力」『生命保険判例百選（増補版）』
「保険料の不払による契約の失効」『生命保険判例百選（増補版）』
「会社の合併と株式の買取請求価格」『新証券・商品取引判例百選』

一九八九（平成元）年
「既に廃止した営業に関する権利または地位の譲渡契約が商法二四五条一項一号の営業の重要な一部の譲渡に当らないとしながらも、右契約中の競業避止契約について商法二四五条一項一号の類推適用を肯定した例」判例時報一三一八号（判例評論三六八号）

一九九〇（平成二）年
「振出・裏書の原因関係がともに消滅した場合と人的抗弁の対抗」『手形小切手判例百選（第四版）』
「商法四三条における使用人の代理権」商事法務一二一五号

一九九一（平成三）年
「株主兼取締役に対し商法二九四条所定の検査役選任請求権を認めた事例」私法判例リマークス二

一九九二（平成四）年
「表見代表取締役と第三者の過失」『会社判例百選（第五版）』
「親会社が取得した自己株式をその取得価額で完全子会社に譲渡し、完全子会社がそれを第三者にその取得価額未満でさらに譲渡した場合に、これに関与した親会社の取締役の商法二一〇条違反による親会社の損害を、親会社が自己株式取得代金支払いのために借り入れた借入金の利息相当額ならびに完全子会社による取得価額と売却価額との差損および完全子会社が債務引受した親会社の借入金利息の支払いにより、親会社の有する完全子会社の株式に生じた株式評価損として、親会社株主による代表訴訟において右取締役に親会社への賠償を認めた事例」判例時報一四二七号（判例評論四〇四号）

一九九三（平成五）年
「普通保険約款の拘束力」『商法（保険・海商）判例百選（第

二版）』

「代表取締役の退任等の登記と商法一二条・民法一一二条の適用」『商業登記先例判例百選』

一九九四（平成六）年

「約束手形の振出人に対する満期前の提起と遡求権保全のための支払呈示の有無」法学教室一六四号

「白地手形の満期が補充された場合とその他の手形要件の白地補充権の消滅時効」『平成五年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊一〇四六号）

「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法（総則・商行為）判例百選（第三版）』

一九九六（平成八）年

「普通保険約款の拘束力」『損害保険判例百選（第二版）』

「合併・営業譲渡、解散・清算、罰則、有限会社」倉沢康一郎、奥島孝康編『判例ハンドブック〔商法総則・会社法〕』（日本評論社）

一九九七（平成九）年

「署名後意思によらずに流通した手形と署名者の責任」『手形小切手判例百選（第五版）』

一九九八（平成一〇）年

「新株発行不存在確認の訴えとその被告適格」私法判例リマークス一六

「満期の日として振出日より前の日が記載されている確定日払の約束手形の効力」判例時報一六二五号（判例評論四六九号）

「表見代表取締役と第三者の過失」『会社判例百選（第六版）』

一九九九（平成一一）年

「判例解説（善意取得、取立委任、手形保証）」河本一郎、奥島孝康編『新判例マニュアル　商法Ⅲ（手形法・小切手法）』

（三省堂）

二〇〇二（平成一四）年
「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法（総則・商行為）判例百選（第四版）』

二〇〇四（平成一六）年
「信義則上株主総会決議のないことを理由に取締役への退職金の支払いを拒めないとされた事例」私法判例リマークス二八

「他人の氏名による署名」『手形小切手判例百選（第六版）』

二〇〇六（平成一八）年
「表見代表取締役と第三者の過失」『会社法判例百選』

二〇〇八（平成二〇）年
「改正前商法二九四条一項に定める検査役選任の申請要件である総株主の議決権の一〇〇分の三以上を有する株主の意味」私法判例リマークス三六

「問屋の破産と委託者の取戻権」『商法（総則・商行為）判例百選（第五版）』

吉川吉樹准教授の経歴と業績

瀬川信久

吉川吉樹准教授は、平成一二年三月に東京大学法学部を卒業され、平成一四年三月に同大学大学院法学政治学研究科民刑事法専攻修士課程を修了され、平成一七年三月に同研究科同専攻博士課程を満期退学されると同時に、学位（博士（法学））を取得された。平成一六年四月より平成一七年八月まで、日本学術振興会特別研究員に採用されていたが、平成一七年九月一日に北海道大学大学院法学研究科助教授として着任された。平成一九年四月一日には同研究科准教授に就任されている。着任以来、同准教授は、本研究科・学部において研究・教育に邁進されていたが、平成二〇年四月一五日に不慮の事故により急逝された。

一　研究上の業績

吉川准教授は、大学院修士課程の時から判例研究、書評論文を発表されていたが、最も大きな研究は、修士論文以来一貫して探究されてきた「履行期前の履行拒絶」に関するものである。

「履行期前の履行拒絶」は、わが国の判例・学説では長い間、等閑に付されていた問題である。債務者が債務を履行しないときに債権者は解除や損害賠償を請求できるが、わが国では、それはあくまで履行期が到来した後のことと考えられてきた。しかし、英米法では、履行期が到来する前でも、債務者が不履行の意向を示したときには、その時点で債権者から損害賠償を請求することができ、また、ドイツの判例によると、その時点で

債権者は解除や損害賠償を請求できる。吉川准教授は、日本法にないこの制度に大きな関心をもち、これを認める英米法、ドイツ法、さらに国際売買条約を詳細に研究することにより、わが国の契約法の考え方を再検討し、契約の新しいとらえ方を提示しようとされた。

この問題の法理論上の核心は、履行請求権と損害賠償請求権の関係、なかでも「代価請求」による現実的履行の強制という救済の位置づけであるが、吉川准教授は、それを、イギリス法とアメリカ法の対抗、英米法とドイツ法の対抗、さらには、ハーグ統一売買法と国際物品売買ウィーン条約の対抗の中で検討された。その結果、「履行期前の履行拒絶」の問題がいくつかの論点からなることを明らかにされた。すなわち、①履行期前の履行拒絶の場合に、相手方の契約離脱を認めるか、拒絶者側の契約離脱を認めるか、②契約離脱が認められる場合に、それを履行拒絶という事実自体によって認めるか、相手方からの解除の意思表示を要求するか、③相手方が履行請求を望む場合には履行請求できるか、④契約が履行されない場合の損害賠償について、債権者の損害軽減義務を理由に賠償額を軽減するべきか、どのような場合に損害軽減義務を課すべきかという問題である。しかも、これらの問題が絡み合っていることに注意された。すなわち、②が①の問題の一方の解決を前提にしていることのほかに、②で解除の意思表示によるとする場合には、③で履行請求を認める考えに結びつくこと、③で履行請求を認める場合には、④で損害軽減義務を課さない考えに結びつくことなどである。

同准教授は、博士論文提出後も、持続的に調査を拡げ考察を深め、上記の各問題の意味を分析された。例えば、②の問題は、投機的行動を抑止するために事実自体による契約離脱を考えるか、契約違反に際して当事者の意思表示により権利義務を明確化するために解除構成を採るかという、制度設計の問題であると結論づけられている。このように、一見したところでは契約法の小さな問題が、契約の履行過程が破綻した場合の契約関係の再構築という契約法の中心的な問題であることを明らかにされた。

商品的な動産、不動産、サービスの中でも単純労働から専門的な委任まで、契約内容が多様化する中で、契約の実現過程の再検討が重要になっている。履行請求権と損害賠償請求権の関係は、現在進められている民法債権法の改正検討作業でも一つの焦点である。イギリス、アメリカ、ドイツだけでなく、国際売買条約に及ぶ広い分野にわたり、網羅的に資料を渉猟して丹

念に分析された研究は、今後この問題を考えるときに必ず参考にされるであろう。

二　教育上の業績

吉川准教授は、北海道大学に赴任された翌年の平成一八年度から二年間、学部では、民法Ⅲの講義を担当され、ご自身が最も研究されていた契約法を中心に丁寧な教育をされた。授業では、パワーポイントを駆使し、レジュメを配布するなどして、わかりやすい授業を心がけるべく十分な準備と工夫をされていた。その熱意が学生にも伝わり、その授業は高く評価されていた。演習でも、ご自身の研究関心を学生にかみ砕いて説明され、学生の研究（卒業論文執筆）意欲をかき立てるような授業をされていた。大学院では、平成一八年度に民法学特殊演習を、平成一九年度に比較私法制度論を担当され、契約法に関する最新英語論文の輪読を指導された。大学院留学生の指導も熱心にされ、日本人も含めて院生からの信頼も厚かったと伺っている。本研究科・学部に在職された期間は二年半であったが、全力で教育に取り組まれた。

同准教授は、平成二〇年度には、物権・担保物権を内容とする民法Ⅰの講義を担当し、研究分野を拡げようとされていた。また、上に述べた研究との関連で、国際物品売買ウィーン条約草案の公式注釈書の翻訳作業を進め、さらにこの分野の研究を深めるために、平成二〇年八月よりフルブライト奨学生としてコーネル大学ロースクールへの留学を準備されていたところであった。本研究科・学部の将来を担う同僚、これからという民法学の仲間を突如として失ったことは、誠に残念である。ここに吉川准教授の生前のご業績を偲ぶとともに、ご冥福を心からお祈り申し上げる次第である。

吉川吉樹准教授の経歴

昭和五一年　六月　静岡県で生まれる
平成一二年　三月　東京大学法学部卒業
平成一四年　三月　東京大学大学院法学政治学研究科民刑事法専攻修士課程修了
平成一七年　三月　東京大学大学院法学政治学研究科民刑事法専攻博士課程満期退学

平成一七年一〇月　博士（法学）の学位取得（東京大学博法一九一号）
平成一七年　九月　北海道大学大学院法学研究科助教授
平成一九年　四月　北海道大学大学院法学研究科准教授
平成二〇年　四月一五日　逝去

吉川吉樹准教授の研究業績

平成一三年（二〇〇一年）
「商事判例研究（平成一〇年度三〇）　取締役の会社に対する責任における過失相殺の法理の類推適用――横浜地判平成一〇・七・三一」ジュリスト一二一〇号二一一頁

平成一四年（二〇〇二年）
「損害軽減としての『履行停止義務』に関する一考察――履行期前の履行拒絶による契約の拘束力からの離脱に関する歴史的展開を背景として」（修士論文）

「論文紹介　『履行期前の履行拒絶』法理の歴史的展開――Keith A. Rowley, *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law*, 69 U. Cin. L. Rev. 565-639 (2001)」アメリカ法二〇〇二―二号三七九頁

平成一五年（二〇〇三年）
「最高裁判所民事判例研究（民集五五巻六号）二六　瑕疵担保による損害賠償請求権と消滅時効の規定の適用――平成一三年一一月二七日民集五五巻六号一三一一頁」法学協会雑誌一二〇巻九号一八三頁

平成一七年（二〇〇五年）
「履行期前の履行拒絶に関する一考察――契約の拘束力からの離脱と損害の軽減の観点から」（博士論文）

平成一八年（二〇〇六年）
「ＣＩＳＧ-ＡＣ意見第四号「製造または生産される物品の売買契約および混合契約（ＣＩＳＧ第三条）」（共訳）民商法雑誌一三五巻一号二六三頁

平成一九年（二〇〇七年）
「最新判例批評　協働事業化に関する基本合意に基づく独占

交渉義務等の違反と損害賠償――ＵＦＪ信託銀行協働事業化事件第一審判決（東京地判平成一八・二・一三）」判例時報一九四七号一七二頁（判例評論五七五号二頁）

「損害軽減義務と履行請求権」ジュリスト増刊・民法の争点一七四頁

「履行期前の履行拒絶に関する一考察（一）（二）（三）――損害軽減義務と履行請求権――」法学協会雑誌一二四巻一〇号二二二三頁、一二四巻一一号二四四〇頁、一二四巻一二号二七三二頁

平成二〇年（二〇〇八年）

「履行期前の履行拒絶に関する一考察（四）（五）――損害軽減義務と履行請求権――」法学協会雑誌一二五巻一号一三五頁、一二五巻二号三一八頁

平成二一年（二〇〇九年）

『国際物品売買契約に関する国連条約一九七八年草案ＵＮＣＩＴＲＡＬ事務局注釈』（翻訳、商事法務、刊行予定）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 59 No. 6 (2009)
SUMMARY OF CONTENTS

The Origin of International Trusteeship (1): From Empires to International Organizations

Motomichi IGARASHI*

The purpose of this article is to examine the origin of "international trusteeship," which is defined as territorial administration by international organizations on behalf of a territory and its people. This includes the Mandates System of the League of Nations, the Trusteeship System of the United Nations, and peace-building operations (state-building operations) by the United Nations and other international organizations. By tracing the origin of international trusteeship, this article tries to reveal the nature of these peace-building operations. This article locates the origin of "international trusteeship" to a number of international trusteeship plans that were proposed around the time of WW I. **Chapter 1** summarizes the controversy over "international trusteeship," and suggests my own approach to "international trusteeship." **Chapter 2** examines the international trusteeship plans for the African colonies, especially J. A. Hobson's plan, and concludes that these plans were innovative in that they assumed an international organization (the League of Nations) as the executor of territorial administration, while at the same time being racialistic and paternalistic. **Chapter 3** analyses Jan Smuts' international trusteeship plan for the Austro-Hungarian, Ottoman and also parts of the Russian Empire, and concludes that

*Ph. D. Student, Hokkaido University
JSPS Research Fellowship

we should conceive Smuts' international trusteeship plan for rearing newly-independent nation-states in the former Empires, while at the same time, maintaining a stable and peaceful order by intervening in the relations of the newly independent countries through an international organization (the League of Nations). **Chapter 4** explores to what extent international trusteeship plans were institutionalized at the Paris Peace Conference. **The last chapter** concludes that international trusteeship plans were created as the antitheses of empire (not only the colonial empires, but also the Austro-Hungarian, Ottoman and Russian Empire), and therefore we should distinguish "international trusteeship" from colonial and imperial administration. Also, it can be pointed out that empire contributed toward legitimating the international trusteeship plans, because the international trusteeship plans were assumed as a *panacea* for flaws of empire; accordingly, international organizations carrying out "international trusteeship" inevitably faced difficulties legitimating themselves after empire disappeared.

論　　説

ドイツ環境国家論ノート(1)

―― クレプファーの所説を中心に ――

山　下　竜　一

目　　次

はじめに
第１章　クレプファーの環境国家論
　第１節　概要
　第２節　環境国家の概念
　第３節　他の国家目的・原則との関係
　第４節　実定法との関係
　第５節　検討

はじめに

(1)　環境問題は現代社会にとって容易に解決できない問題であり、国、地方公共団体、事業者、国民さらには国際社会が協力しながら取り組んでいかなければ解決できない問題であろう。第一次環境基本計画（1994年）が環境政策の長期的な目標の一つとして「公平な役割分担の下でのすべての主体の参加の実現」をあげたのは、そのような意識からではないかと思われる。しかし問題は、協力のあり方、参加のあり方である。例えば、宮本憲一は、「環境基本法では住民参加が明確でなく、国民は環境権がなく責務だけがきめられていた。ＮＧＯからこの点について、きびしい批判があったためか、『[第一次環境基本] 計画』では、参加を強調している。しかし、ここでいう参加は住民参加ではない。国、地方

公共団体、事業者、国民、民間団体すべてが横ならびに役割分担によって参加することとなっている。つまり、環境基本法における責務をより詳しく規定したにすぎない。国民が主権者として国家社会の主人公であり、環境権をもち、環境という公共財を政府が保全するように参加して働きかけるというのではない。この『計画』では、国民も事業者も同じように加害者であって、ＰＰＰによってその汚染の程度に応じて負担せよという『一億総ザンゲ論』に立っている。これは新古典派流の消費者主権論である。つまり、公害を出し、環境破壊がおこるのも、消費者がそういう財をえらび大量消費を好むためであるというのである。」と批判する[1]。筆者も「日本の環境政策の問題は、一言でいえば、国家・企業の責任のあいあいまい化にある。これに対して法律学がなすべきことは、国家・企業の（法的）責任の明確化であ」り[2]、住民（国民）や地方公共団体が環境保護の主体となるような環境法制度を構築すべきであると考えている[3]。

しかしながら、国にのみ立法、行政、司法の三権を認める現行憲法を前提とするなら、環境法を制定し、それに基づき環境汚染活動を規制し、環境汚染による被害を救済するのは、一次的には国である。つまり、(環境）法の世界では国の役割を無視することはできない。では、市民と国はどのような関係にあるのであろうか。一つの考え方は、市民が環境権を持ち、国には環境保護義務があるというように市民の権利と国家の義務が対応しているというものであろう。しかし、現行憲法・法律は環境権を明文で認めていないし、判例も環境権を認めていない。また、国家の環境保護義務も、一部で積極的に主張されているものの[4]、判例・学

[1] 宮本憲一『環境政策の国際化』(1995年）190頁以下。なお、以下では、[…]は筆者による補足を、〈…〉は原文の要旨を示す。

[2] 拙稿「環境問題のグローバル化と日本の環境政策の変容」行財政研究33号（1997年）23頁。

[3] 拙稿「環境保護の主体」吉村良一・水野武夫・藤原猛爾編『新・環境法入門』(2007年）58頁以下、同「循環型社会の形成とまちづくり」芝池義一・見上崇洋・曽和俊文編著『まちづくり・環境行政の法的課題』(2007年）290頁以下参照。

[4] 早くから国家の環境保護義務を積極的に主張したものとして、桑原勇進「国家の環境保全義務序説（１）～（４・完）－基本権との関係を中心に」自治研究71巻５号108頁以下、６号81頁以下、７号87頁以下、８号100頁以下（1995年）

説で広く認められているわけではない。環境法において市民と国はどのような関係にあるか（あるいは、どのような関係にあるべきか）という問題は、課題として残されている[5]。

（2）　ここで、ドイツに目を向けると、1980年代末から法学者が中心となって環境国家をめぐる議論が行われていることが注目される。環境国家に関する主な研究として、ミヒャエル・クレプファーによる環境国家プロジェクト（1988―1993年）[6]、クラウス・ボッセルマン「エコロジー法治国家」[7]（1994年）、ルドルフ・シュタインベルク『エコロジー立憲国家』（1998年）[8]、クリスティアン・カリエス『法治国家と環境国家』（2001年）[9]といったものがある。確かに、これらの研究の間には、「環境」の代わりに「エコロジー」という言葉が使われたり、国家に「環境」だけでなく「法治」あるいは「立憲」という修飾語もつけられたり、相違点も見られるが、環境保護と国家との関係を検討している点で共通しているように思われる[10]。

がある。また、大塚直他「特集・憲法における環境規定のあり方」ジュリスト1325号（2006年）72頁以下は、当時の憲法改正の動きの中で、環境に関する規定の追加の議論があることを踏まえて、憲法・環境法研究者が行ったシンポジウムをまとめたものであるが、憲法に国家の環境保護義務の規定や環境参加権の規定をおくことで意見の一致をみた点（119頁）が注目される。

5　拙稿「環境保護の主体」（前掲注３）59頁は「環境を保護すべきであるという住民の意思が立法に反映してはじめて、環境法が制定されるのではないか。…また、住民が事業活動を監視し、事業活動を規制する環境行政を監視してはじめて、現実に環境汚染活動が是正されると考えられる。」と述べた。しかし、筆者もこれで環境法における市民と国の関係がうまく説明できたと考えているわけではない。

6　Michael Kloepfer (Hrsg.), Umweltstaat, 1989 (Kloepfer, Auf dem Weg zum Umweltstaat?, H. Hofmann, Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz); ders., Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats, DVBl. 1994, 12; ders. (Hrsg.), Umweltstaat als Zukunft, 1994.

7　Klaus Bosselmann, Der Ökologische Rechtsstaat, in: Hubertus Baumeister (Hrsg.), Wege zum Ökologischen Rechtsstaat, 1994.

8　Rudolf Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998.

9　Christian Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001.

10　カリエスも、各研究の共通点として、①国家に環境保護の責任 [Verantwortung]

筆者がこれらの研究に関心をもったのは、先に述べたように、①環境国家において市民がどのように位置づけられているかを知りたいと思ったからである。もう一つの理由は、②ドイツで環境国家が議論される法的社会的背景を知りたいと思ったからである。最近、ドイツは環境先進国であるとよく言われるが[11]、これは厳密に法的な意味で言われているわけではない。これに対し、法学者が環境国家なるものを論じるからには、そこに何らかの規範的意味が含まれているのではないかと考えたわけである[12]。このような素朴な関心・疑問から、環境国家に関する論文

を課す点、②憲法の枠内で、つまり他の憲法原則と合致するように議論をする点をあげる（Calliess,（前掲注８） S. 30)。

11 例えば、大阪・神戸ドイツ連邦共和国総領事館は、「環境先進国　ドイツ」というHPを作っている（http://www.german-consulate.or.jp/jp/umwelt/index.html)。また、日本においても、中央環境審議会「21世紀環境立国戦略特別部会」の提言を踏まえて、2007年６月「21世紀環境立国戦略」が閣議決定された。そこでは、「官民協調による取組が着実な経済成長に寄与していたことにみられるように、幅広い関係者の参加と協働の下、一致協力して目標達成を目指す文化や価値観も、我が国の強みの一つである。」とうたわれているように、主体ごとの役割を明確にするというよりもいわゆる各主体の協働（パートナーシップ）が強調されている。

12 林知更「国家論の時代の終焉？―戦後ドイツ憲法学史に関する若干の覚え書き」法時77巻10号（2005年）113頁以下、11号（2005年）61頁以下は、ドイツ憲法学では、1970年代初めには、国家論は法解釈にはあまり役に立たないと考えられるようになったとする。一方、栗城壽夫「ドイツ国家目的論史小考」『19世紀ドイツの憲法理論の研究』（1997年、初出は1979年）357頁以下、358頁は、国家国的に代えて国家任務や国家目的という語が用いられることがあるものの、1960年代後半以降、「国家目的」に関する議論が再び盛んになってきたとする（なお、林・前掲法時77巻11号64頁は、1980年代以降の国家論の復権を指摘する)。また、日本では近年、小山剛「国家目標規定」『基本権の内容形成－立法による憲法価値の実現』（2004年）262頁以下や浅川千尋『国家目標規定と社会権』（2008年）といった研究が発表されている。これらの一般国家論の動向に環境国家論も関連していると考えられるが、どのように関連しているかについて、ここで説明するだけの資料を筆者は持っていない。しかし、環境国家論が環境法解釈論や立法論にいかなる影響を及ぼすか(あるいは及ぼさないか)は、逆に、現代における一般国家論の評価に一定の影響を与えるであろう。

をいくつか読んでみたが、各論者が相異なる多様な論点を扱っているため、環境国家に対する筆者のイメージはなお明確にはなっていない。しかし、各論者が扱う論点自体に興味深いものも含まれているし、多様な論点を総合化すれば、環境国家のイメージが浮かび上がってくるのではないかと考えている。

以下では、環境国家論を論者ごとに取り上げながら、その中で扱われるいくつかの論点を紹介・検討する。その際、先に述べた２つの視角①環境国家における市民の位置づけ、②環境国家論の法的社会的背景に加えて③環境国家論の法的意味、そして最終的には④ドイツの環境国家論が日本の環境法学に対して何らかの意味をもつか、もつとするなら、どのような意味かといった視角から環境国家論を検討してみたい。

環境国家論の法的社会的背景あるいは法的意味についてここで若干敷衍しておくと、まず頭に浮かぶのが、1990年ドイツ基本法改正により環境保護を国家目標とする規定（20a 条）[13]が追加されたが、それをめぐる議論が環境国家論の法的社会的背景ではないかということである（以下、基本法20a 条追加をめぐる議論を「基本法20a 条論」という）。かりに環境国家論と基本法20a 条論の目的が一致しているのであれば、基本法20a 条追加によって環境国家論はその使命を終えたことになる。しかし、基本法20a 条追加後も環境国家論が続いていることからすると（もちろん、各論者で環境国家論の内容が異なっていることに注意する必要があるが）、環境国家論には基本法20a 条論とは異なる法的意味が含まれているのではないかと予想される。

最後になったが、ドイツ環境国家論に関する日本の先行業績としては、竹下賢と松本和彦の研究が最も重要である。竹下は、法哲学の観点からクレプファーやハッソー・ホフマン［Hasso Hofmann］の環境国家論を[14]、松本は、クレプファー、シュタインベルク、カリエスの環境国家論をと

[13] 基本法20a 条は次のような規定である。「国家は、将来世代に対する責任にためにも、憲法適合的秩序の枠内で立法により、また、法律と法に基づいて執行権および裁判により、自然的生存基盤及び動物を保護する。」

[14] 竹下賢「環境国家論の現代的意義―環境基本法をてがかりとして―」関法44巻４・５号（1995年）131頁以下、同「リスク社会と環境国家－法哲学の視点から－」関法56巻１号（2006年）135頁以下。

りあげている[15]。とりわけ松本は、これらの議論を手掛かりにして環境国家の基本デザインを描き出している。すなわち、環境国家は事前配慮国家と保証国家という２つの性格を有し、法の具体化と法の手続化という２つの法的戦略を有しているというものである。環境国家のイメージをこれから具体化しようとする本稿は、結果として、松本の研究の屋上屋を架するにすぎないおそれがあるが、まずは検討を先にすすめることにする。

第１章　クレプファーの環境国家論

第１節　概要

環境国家という概念を初めて示したのは、おそらくトリア大学（現、ベルリン・フンボルト大学）教授ミヒャエル・クレプファーであろう。そこでまず、クレプファーの環境国家論を取り上げることにする。クレプファーは、1988年から1992年にかけてダイムラー・ベンツ財団からの助成を受け、環境国家プロジェクトをすすめた。このプロジェクトには、法学、経済学、政治学、哲学の分野から次のような研究者が参加した。

・フランクフルト大学教授ハンスーペーター・ベネーア［Hans-Peter Benöhr］
・ボーフム大学教授ハンスーD・ヤラス［Hans D. Jarass］
・トリア大学教授ペーター・マルブルガー［Peter Marburger］
・フライブルク大学教授ディートリッヒ・ムルスヴィーク［Dietrich Murswiek］
・フランクフルト大学教授エッカルト・レービンダー［Eckard Rehbinder］

[15] 松本和彦「予防原則と環境国家」石田眞・大塚直編著『労働と環境』（2008年）200頁以下。その他、環境国家に関する論文の翻訳として、ハッソー・ホフマン（高橋明男訳）「国家の任務としての環境保護」環境技術21巻３号（1992年）18頁以下、ルドルフ・シュタインベルク（小野寺邦広訳）「環境立憲国家について」ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境―日独共同研究シンポジウム―』（1999年）235頁以下がある。

・フライブルク大学教授ライナー・ヴァール［Rainer Wahl］
・ヴュルツブルク大学（後、ベルリン・フンボルト大学）教授ハッソー・ホフマン（以上、法学専攻）
・テュービンゲン大学教授ディーター・カンシーア［Dieter Cansier］
・ハーゲン大学教授アルフレッド・エンドレス［Alfred Endres］
・マールブルク大学教授ホルスト・ツィンマーマン［Horst Zimmermann］（以上、経済学専攻）
・ボーフム大学教授ロタールーＦ・ノイマン［Lothar F. Neumann］
・シュパイヤー大学教授カール・ベーレット［Carl Böhret］（以上、政治学専攻）
・エッセン大学教授カールーフリードリッヒ・ゲスマン［Carl Friedrich Gethmann］（哲学専攻）

彼らはいくつかの研究グループに分かれ、環境国家の下で生じる次のような問題を検討した。

① 国家の環境責任
② 社会の環境責任
③ 社会による環境保護規範の定立
④ 環境国家に向かう連邦・国民国家
⑤ 環境保護とＥＵ
⑥ 環境国家における民主的構造
⑦ 環境保護における自由と法治国家
⑧ 19世紀ドイツの環境法
⑨ 環境課徴金－基本問題と廃棄物経済への適用
⑩ 地球環境問題の国際的解決―地球温暖化を例にして

この環境国家論プロジェクトは、1993年ベルリン・フンボルト大学で開催された会議において終了した。そして、その成果として現在まで環境国家に関する本が19冊出版されているが[16]、そのうち、クレプファー自身が編集・執筆したものとして『環境国家』（1989年）[17]、『将来とし

[16] http://www.daimler-benz-stiftung.de/home/service/publications/de/center.html
[17] Kloepfer（Hrsg.）, Umweltstaat, 1989（以下、「Umweltstaat」と引用する）。なお、本書は上記19冊の中には含まれていない。

ての環境国家』(1994年)[18]等がある。その他、環境国家に関してクレプファーが執筆したものとして、「環境国家の学際的な［interdisziplinär］諸側面」[19]や「権威主義的なエコロジー国家の恐れはあるか？」[20]という題名の論文がある。以下では、これらの論文を中心に、クレプファーの環境国家論の論点をいくつか紹介・検討する[21]。

第2節　環境国家の概念

(1)　定義

クレプファーは環境国家を「環境が損なわれないようにすること［Unversehrtheit］を任務とし、それを決定の基準および手続目標とする国家制度」(Umweltstaat, S. 43.)、「自らの目的［Zweck］を基本的に環境保護とする国家」(Umweltstaat als Zukunft, S. 103) あるいは「自

---

[18] Ders. (Hrsg.), Umweltstaat als Zukunft, 1994（以下、「Umweltstaat als Zukunft」と引用する）

[19] Ders., Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats, DVBl., 1994, 12（以下、「DVBl., 1994」と引用する).

[20] Ders., Droht der autoritäre ökologische Staat?, Hubertus Baumeister (Hrsg.), Wege zum Ökologischen Rechtsstaat, 1994, 42（以下、「Der autoritäre ökologische Staat」と引用する)。その他、環境国家研究シリーズの中で、クレプファーが執筆したものとして、M. Kloepfer (Hrsg.), Instrumente des Umweltrechts der früheren DDR, 1991; C. F. Gethmann/M. Kloepfer, Handeln unter Risiko im Umweltstaat, 1993; C. F. Gethmann/M. Kloepfer/H. G. Nutzinger, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993; C. F. Gethmann/M. Kloepfer/S. Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995; M. Kloepfer (Hrsg.), Anthropozentrik, Freiheit und Umweltschutz in rechtlicher Sicht, 1995; M. Kloepfer (Hrsg.), Schübe des Umweltbewußtseins und der Umweltrechtsentwicklung, 1995がある。この中で、Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993, Schübe des Umweltbewußtseins und der Umweltrechtsentwicklung, 1995及びVerteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995は、未見である。

[21] なお、環境国家論プロジェクトは共同研究であるため、以下で引用するクレプファーの「見解」も必ずしもクレプファー個人の見解とはいえない部分もあろうが、以下ではクレプファーの見解として引用する。

らを環境保護という目標［Zielen］と一体化し、これを優越的な任務とする国家」（DVBl. 1994, 12.）と定義する。一方、彼は①環境国家という概念が多義的［schillernd］であること、②国家を環境保護と一体化することから生じる様々な問題が環境国家という集約概念［Sammelbegriff］のもとに包摂されること（DVBl. 1994, 12.）、③環境国家という概念ができる限り価値中立的に用いられるべきであるが、肯定的に社会国家的なものを連想させる場合もあれば、否定的に警察国家的なものを連想させる場合もあること（Umweltstaat, S. 43.）を指摘する。

⑵　国家目的

クレプファーは、国家論［Staatstheorie］という表題のもとで、まず、環境保護が新しい国家目的となるかどうかを検討し、平和、自由、法治国家、社会国家といった今までの国家目的に環境保護という新たな国家目的が追加されるべきであるとする。

〈環境保護は、国家論的に考えると、新しい国家目的［Staatszweck］といえるか。国家目的とは、国家の正当化根拠であり、二次的な国家任務［Staatsaufgaben］と違って、より高次の目的からもはや導出することができない。国家目的は、そのときどきの国家の歴史的状況の中で変化しうる。近代的な国家目的論において当初、国家目的とされたのは、平和と自由だけであったが、その後、国家が新しい社会的緊張に脅かされたとき、法治国家と社会国家が国家目的に追加された。これらの国家目的は、新しい危険状態に基づいて国家論に導入された。国家の自由機能は環境保護の一部を含んでいるが、環境媒体の侵害や資源枯渇が問題となる場合には、それ［自由機能］を超える保護が求められている。個人に対する環境の間接的ではあるが存在論的な意味に基づいて、環境保護を独自の国家目的と考えるのが合理的である。21世紀の国家が環境国家に（も）なるだろうことは明らかである。〉（DVBl. 1994, S. 13 f.）[22]

[22] Vgl. auch Umweltstaat als Zukunft, S. 8 ff.

(3) 国家任務から国家義務へ？

次に、クレプファーは、環境保護という国家任務から国家義務が生じるかという問題を検討する。第１に、国家任務に関して、クレプファーは次のように述べる。

〈自然的生存基盤［Natürliche Lebensgrundlagen］の保護は共同体［Gemeinwesen］の任務［Aufgabe］となる。自然的生存基盤は共同利益［Gemeinschaftsgüter］となり、その維持や将来的な利用可能性については共同体に属するあらゆる個人が利害関係を有する。人々の法益に対する危険防除が問題にならないところでは、社会的な規律メカニズムが機能しない限りで、上位の規律権力である国家が必要となる。国家は、自然的生存基盤の維持という公益が他の利益よりも重要な場合には、それを具体化し実現しなければならない。権力を独占しているため、結局、国家だけが公益を実現するために必要な手段や権力を自由に使える。しかし、国家による環境保護は、個々の市民や社会集団の協力に頼らざるを得ないことに注意すべきである。利害関係人の意思に逆らって有効な環境保護をしようとするなら、抑制的な手段を使うしかない。これが多用されると自由制限につながるだろう。自然的生存基盤の保護は、（共同体にかかわるという意味で）原則として、公的任務［öffentliche Aufgabe］であるが、すべて国家の任務に属するとは言えない。〉（Umweltstaat, S. 44-46）

ここでは、環境保護は共同体の任務であり、すべてが国家の任務となるわけではないという指摘が重要である。第２に、国家義務に関して、クレプファーは次のように述べる。

〈国家がしてもよいこと［Dürfen］、つまり、環境保護活動を行う権限から当然に環境を保護する義務［Pflicht］は生じない。そのような義務は、憲法から導出すべきであろう。

基本権、特に、生命・身体を害されない権利や所有権（基本法２条２項、14条）からは、人々の健康や所有権に影響を及ぼすような重大な環境汚染がある場合にしか、国家の環境保護義務は生じない。

社会国家原則からは、エコロジー的な最低限度の生存保障［ökologisches

Existenminimum］が問題となる場合にしか、国家の環境保護義務は生じない。

国家の環境保護義務は、基本法の客観法的価値決定［objektivrechtliche Wertentscheidung］から生じる。〉（Umweltstaat, S. 46-48）

以上のように、クレプファーは、国家義務を国家任務からではなく、憲法しかも基本法の客観法的価値決定から導出している。では、このようにして導出された国家の環境保護義務をクレプファーはどのようなものとして描いているか。

「現行の基本法は、［現在の］市民と将来世代の生命・身体・財産に対する重大な危険を防除することだけを国家に義務づけている。この中核領域では、環境保護は、国家が自らの責任で直接果たすべき任務であり、履行を市民に任せてはならない。今述べた任務領域の外であるが、リスク状態がいつでも危険状態に変化しうるところでも、国家は、環境影響を広範に観察し監督する義務を負う。国家が、中核領域に属さないそれ以外の任務を自らの責任で果たすか、非国家的な環境保護の形式をとるかは、原則として、国家特に立法の形成自由に留保されている。」（Umweltstaat, S. 50）

ここでは、国家の環境保護義務が中核領域とそれ以外の領域（以下、「外郭領域」という）に分けられている点、国家義務が現在の世代だけでなく将来の世代に対しても及ぶ点に注意すべきである。

第３節　他の国家目的・原則との関係

⑴　自由との関係（エコ独裁への警鐘）

クレプファーが考えるように、環境保護が新たな国家目的となるにしても、環境保護は伝統的な国家目的や国家原則と矛盾しないのであろうか。ここで、クレプファーが最も危惧するのが、環境保護を理由とする自由の過度の制限である。1993年ブレーメンで開催された「エコロジー法治国家への道」というテーマのシンポジウムにおいて、クレプファーは「権威主義的エコロジー国家の恐れはあるか？」という報告を行った。そこでクレプファーは、〈環境状態の悪化や市民の高い環境意識によっ

て、国家による環境保護措置は多くの社会的コンセンサスによって支えられている。環境という目的があらゆる手段を正当化するような印象さえ与えている。しかし、ここには自由主義社会への脅威も存在する。なぜなら環境保護は他の法益の犠牲の下でのみ可能であるからである。〉と述べた後、以下のように、エコファシズム、エコ社会主義、エコロジーエリートそして自由主義的公共団体のエコロジー的リニューアルの4つの環境国家のシナリオを示した[23]。

「環境危機によって人々は新しいエコロジー的枠組み条件に適応する必要が生じた。このような適応は、中央集権的に指揮され計画経済的に組織された強力な国家によってのみ可能である。広範な権限を授かった計画配分国家だけが、環境への多くの要求を規律する機関として機能しうるといわれている。その場合考えられるのは、国家が今までの所有関係を維持したままで独裁的体制にとって必要な決定を独占するか（そのためこの国家形態は時にー必ずしも明確ではないがーエコファシズム［Ökofaschismus］と表現される)、国家権力の独占が環境とって重要な利益に関する私的処分権を廃棄して行われるかである（これはー留保つきだがーエコ社会主義［Ökosozialismus］と呼ぶのがふさわしいだろう)。いずれの変種も政治的に望ましくない。」(Der autoritäre ökologische Staat, S. 46 f.)

「…中期的には例えば官僚主義的テクノクラート体制『エコロジーエリート［ökologische Eliten］』が考え得る。彼らはとりわけその代表者のエコロジー意識や専門性あるいは彼らが主張するエコロジー志向の政治に正当性を見出しうるが、当然ながら国民の多数意思に［正当性を］見出すことができないだろう。それによってー現行憲法上の国家構造を表面的には維持しつつもーいずれの場合も一部が権威主義的で中央集権的に組織され指揮される国家制度が創設されうるだろう。さらに詳しく見ると、すでに現在、実際には政治的責任をとらない（し、おそらく民主的に統制できない）専門家支配の傾向が、ドイツにおける環境に重要な決定過程の際にも認められうるだろう。民主的な構造を持つ社会から民主主義から遠いエコロジーエリートの支配体制へのさらなる発展は、環境汚染の進行―とそれから帰結する、環境に重要な活動

[23] Der autoritäre ökologische Staat ff. S. 42.

を国家が規律する必要性の増大―の中でいつも考えられる。」（Der autoritäre ökologische Staat, S. 48 f.）

「さらに自由主義的公共団体のエコロジー的リニューアル［ökologische Erneuerung eines freiheitlichen Gemeinwesens］もありうるだろう。基本法に環境保護という国家目標規定が取り入れられたことは、そのような出発を予告しうるものであろうが、それ以上のものではない。必要だと思われるのは、ドイツの政治的、法的、経済的そして社会的決定システムへのエコロジー的側面のより強い組み入れである。現代の憲法国家のエコロジー的リニューアルになるか、むしろエコロジー的権威主義的支配構造になるかは、とりわけ環境危機が（国際的にも地域的にも）克服されうるかどうか、そして、場合によっては、いかに早く克服されうるかに左右される。」（Der autoritäre ökologische Staat, S. 49）

クレプファーはまた、他の論文で、エコロジーを志向する国家の将来的イメージとして、①全体主義的国家モデル［Totalitäre Staatsmodelle］（エコ独裁［Ökodiktatur］）、②ひそやかな自由喪失［Schleichender Freiheitsverlust］（エコロジーエリート）、③環境保護の社会化［Vergesellschaftung］、④協働的環境国家［Der kooperative Umweltstaat］といったものを示している（Umweltstaat, S. 68 ff.）。おそらく、①全体主義的国家モデル（エコ独裁）には、エコファシズムとエコ社会主義が、②ひそやかな自由喪失には、エコロジーエリートが、④協働的環境国家には、自由主義的公共団体のエコロジー的リニューアルが対応していると考えられる[24]。

では、環境国家において自由が制限・圧殺されるおそれがあるというクレプファーの考えは、ドイツにおいて一般的なのであろうか。クレプ

[24] ③環境保護の社会化とは、エコ独裁の対極に位置するもので、国家の役割を強く制限し社会的諸力がそれにとってかわるというものである。環境保護の社会化は、さらに市場経済的アプローチ、オルタナティブアプローチ、規制緩和に分かれる。市場経済アプローチとは環境保護に市場メカニズムを用いるものであり、オルタナティブ［Alternativ］アプローチとは地方分権的な環境保護を行うものであり、規制緩和とは市場経済的自由主義的な立場から国家規制を制限しようとするものである（Umweltstaat, S. 70 ff.）。

ファー報告の後に行われた討論のまとめによると、クレプファーが主張したような過度の環境保護による危険性という問題は、シンポジウム参加者の関心の外にあったようで、参加者の多くは逆に、環境保護の過少を問題としていた（Der autoritäre ökologische Staat, S. 51）。しかしながら他方で、クレプファー以降環境国家を扱う論者が、環境国家におけるエコ独裁やエコエリート支配という考え方を取り入れていることにも注意すべきであろう[25]。

(2) 民主主義との関係

クレプファーは、環境保護と民主主義との関係についても検討するが、ここでは、民主主義の限界を強調し、将来世代の利益を代表しうる新たな組織の設置をとなえる。

〈代表制民主主義においては、支配する者と支配される者を一致させるという考えが民主主義原則の基礎にある。民主主義は、国民の利益代表をできるだけ包括的で等しく考慮する手続を形成している。このような決定者と決定利害関係者の一致は、将来の存在を左右するような決定の際には、困難となる。その点で、効果がもっぱら将来に発生し、不可逆的に存在を左右するほど将来を変更するような決定をする権限や正当性を民主主義には認めないことも考えられないわけではない。…しかし、憲法から将来に対する保護義務は生じうる。この問題に対処するには、将来世界の利益の信託的主張が考えられるだろう。そのため、将来世界の信託委員会［treuhänderischer Rat der Nachwelt］の設置が民主主義の中で正当化される。〉（DVBl. 1994, 18）。

「将来世界の信託委員会」のように長期的な視野での決定ができる新たな組織の必要性は、エコロジー委員会［Ökologischer Rat］のように

[25] シュタイベルクは国家の将来的な３つのシナリオとして、彼が望ましいと考えるエコロジー立憲国家と並んで、予防国家［Präventionsstaat］（クレプファーのエコ独裁に相当する）、テクノストラクチャー［Technostruktur］（クレプファーのエコエリートに相当する）をあげているし（Steinberg,（前掲注７） S. 378 ff.）、カリエスはエコ独裁の危険性から議論を始めている（Calliess,（前掲注８） S. 12 ff.）。

異なる名称が使われる場合もあるものの、ドイツでは広く認識されているようである[26]。

第4節　実定法との関係

分析視角の一つである環境国家論の法的意味を考える場合、環境国家論が立法論や法解釈論に与えた影響の有無、内容に注目することにする。そこで、以下では、憲法や個別法との関係について検討する。

⑴　憲法（特に基本法20a条）との関係

第3節で扱った自由や民主主義との関係は、憲法との関係として位置づけることもできるが、ここでは、基本法20a条との関係について簡単に見ておこう。「はじめに」で触れたように、基本法20a条との関係は、環境国家論の法的社会的背景あるいは法的意味を明らかにする上で重要な論点であるからである。また、クレプファーの環境国家論プロジェクト（1988年～1992年）と基本法20a条論（1990年基本法20a条追加）は時期的に重なっているため、クレプファーの環境国家論が、基本法20a条を追加することを目的とした可能性もある。

これに関し、基本法20a条に関するクレプファーの見解は、すでに高橋明男訳により紹介されているため[27]、詳しくはそれに譲ることとするが、環境国家論との関係では「[基本法20a条によって] 法秩序全体が（広い意味の）環境国家に完全に衣替えすることは起こらないでしょう。…環境保護の国家目標規定を受け入れたことは、ドイツ連邦共和国の『環境国家』へと（も）向かう発展におけるいわば『不可逆点［point of no return］』をなします。」というクレプファーの主張が重要である。つまり、クレプファーは、基本法20a条によって環境国家が実現したのでは

[26] Vgl. Steinberg, （前掲注７） S. 339; Calliess, （前掲注８） S. 515 ff.

[27] ミヒャエル・クレップファー（高橋明男訳）「国家目標としての環境保護―基本法新20条のａについて―」阪大法学46号（1996年）405頁以下（引用部分は，423頁以下）。なお、この講演内容は、Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG, DVBl. 1996, 73 ff. に対応している。

なく、基本法20a 条は、環境国家に至る通過点であると考えているようである。

(2) 個別法（特に環境法典草案）との関係

では、環境国家を実現するためには、基本法改正を踏まえ、さらにいかなる作業が必要であるとクレプファーは考えているのであろうか。クレプファーは、その手段として、環境法典の制定、環境アセスメント制度・団体訴訟の導入、市民の閲覧権・参加権の拡大、国民経済計算への環境コストの導入、エコロジー税制改革、環境計画法の発展、環境責任法の強化をあげている（Umweltstaat, S. 57 ff.）。そこで、次に、クレプファーが、環境国家プロジェクトとほぼ時期を同じくして取り組んでいた環境法典化作業との関係を検討する。

クレプファーは、レービンダー（前掲）、ハイデルベルク大学教授エバーハルト・シュミットーアスマン、ベルリン自由大学教授フィリップ・クーニッヒと共に連邦環境庁の委託を受け、法典化作業に取り組み、その結果、1990年連邦環境庁報告書の一つとして「環境法典―総論」を公表した（以下、環境法典草案を「草案」といい、連邦環境庁報告書を「報告書」という）[28]。もっとも、草案については、すでに藤田宙靖がその日本語訳とともに紹介しているため[29]、詳しくはそれに譲ることとし、ここでは、環境国家論との関係で重要な部分のみを見ておこう。

４人は、草案・報告書作成に当たり任務分担を行っており、クレプファーは、序論、第１章（総則）、第６章第１節第２節（環境賦課金、環境助成）、11章（組織、権限、公的機関の環境義務）そして全体の調整を担当している（S. V）。そして、クレプファーの担当部分において環境国家論の影響が明確に認められるのは、序論と第１章６条（協働原則）である。

まず、報告書序論とは、草案の紹介や解説を行う前に、草案の概要が

---

[28] Umweltbundesamt, Berichte 7/90 Umweltgesetzbuch-Allgemeiner Teil-.

[29] 藤田宙靖「ドイツ環境法典草案について」自研68巻10号（1992年）３頁以下、藤田・K・F・レンツ訳「ドイツ環境法典―総論編（案）（１）（２・完）」自研68巻10号116頁以下、68巻11号（1992年）105頁以下。

説明されている部分であり、特に、第２節「憲法上の出発点」では、①「国家任務としての環境保護」②「国家義務としての環境保護？」③「基本法における『環境保護』という国家任務規定［Staatsaufgabenbestimmung］」④「環境保護法典に関する連邦の立法権限について」といったテーマが扱われている（S. 6 ff.）。このうち、①と②は環境国家プロジェクトでクレプファーが述べていたテーマと重なり（第２節⑶参照）、内容的にもほぼ一致する。では、これらの議論が草案に具体的な影響を与えたのであろうか。

クレプファーは、序論第２節②で、中核領域と外郭領域の違いについて説明した後、「本草案は、以上の点を考慮して、国家による環境保護を上述の中核領域に限定し、社会による環境保護を強化するという一つのモデルから出発している（特に草案６条を参照）。」（S. 9）と述べる。つまり、環境国家論は具体的に草案６条につながっているというのである。では、草案６条とは何を規定しているのであろうか。草案６条は、以下のように、いわゆる協働原則［Kooperationsprinzip］を定めている（藤田・Ｋ・Ｆ・レンツ訳による）。

「６条　協働原則

⑴　環境の保護は、市民および国家に委ねられる。行政庁は、憲法、法律、または法律の根拠に基づき課せられた責務を果たすよう義務付けられる。行政庁は、環境の充分な保護が市民によっては行われ得ないかあるいは行われない場合にのみ、行動すべきものとする。その場合、とりわけ環境の保護のための協定の可能性が考慮されなければならない。

⑵　第１項第２文にいう責務を果たすため、行政庁および当事者は、それぞれの法令の規定が定める基準に従い協働しなければならない。

⑶　禁止または下命の措置に対し、市民をして自己責任に基づく決定の可能性を残すような措置は、それによって環境の等価値の保護が達せられかつ当人により強度の負担を負わせるものでない場合には、優先して適用されるものとする。

⑷　行政庁は、以下で掲げる場合には、第１項第２文に定める責務の実行を国家以外の者に委託するものとする。

１　法律により命ぜられた場合、または、

2　国家による責務の実行が関係者に不当な負担を負わしめる恐れがあり、また、その事案において、国家以外の者であってもその責務を何ら問題なく実行し得ることが確実であるとき。

国家以外の者が第1文によって責務の委託を受けた場合、これらの者はこの責務を自己の責任において実行しなければならない。立法者は、この場合の責務の実行についての国家による監督措置について定めるべきものとする。」

そして、この6条に関し、報告書は次のように興味深い解説を行っている。

「一般的に述べると、協働原則の中心は、環境保護の際に国家と社会が協力すること、特に、原則として環境保護について国家、特に行政に責任があることに注意しながら、環境政策上の意思形成および決定プロセスへ社会の各勢力が参加することにある。環境保護は原則として公的任務であるが、例外なく国家的任務であるというわけでないから、国家と社会は、環境責任をお互いに押しつけあうことはできない。にもかかわらず、国家には公共の福祉の確保がゆだねられており、統制する任務が留保されているから、国家には国内的な優先権が与えられ、その権力手段により、環境保護目的の実現に際し国家は事実上明らかに優位に立つ。」(S. 155.)。

また、6条の指導理念として、「環境保護が国家だけの任務ではなく市民と国家に信託されていること」「国家が率先して果たすべき任務領域は立法者によって確定される（中核）領域に限られること」があげられている点も重要である（S. 157)。

ここで引用した部分が、クレプファー一人の見解によるものかどうかは明らかでないが、クレプファーの環境国家論が基礎になっていることは否定できない。つまり、草案の協働原則論には、環境保護に関するクレプファーの国家任務・国家義務論に基づいて、国家による環境保護を中核領域に限定するという考え方が基礎にあるのである。

⑶　クレプファー著『環境法』との関係

クレプファー著『環境法』は、ドイツ環境法の基本書の一つである。同書初版が出版されたのが1989年、同書第２版が出版されたのが1998年であり、1988年から1992年にかけて行われた環境国家プロジェクトの成果が同書第２版に影響を与えた可能性がある。そこで、『環境法』との関係も簡単に見ておくことにしよう。

『環境法』の総論部分における初版と２版の違いで目につくのは、①環境法の歴史の章が追加された点（第２章）、②「環境憲法と環境行政」という章に「環境保護に関する国家任務」に代えて「国家目標としての環境保護（基本法20a 条）」の記述が追加された点（第３章Ｂ節Ⅱ）、③初版では「間接的活動規制の手段」の中で扱われていた補助金、課徴金等が「経済的手段」としてまとめられた点（第５章Ｄ節Ⅳ）、④環境責任法［Umwelthaftungsrecht。1990年制定］の記述の追加で環境私法の部分が、特別環境刑法の記述の追加で環境刑法の部分が充実した点（第６章、第７章）である。

ここで注目されるのは②の部分である[30]。というのは、その部分で「環境国家」に触れているからである。「⑵個別法（特に環境法典草案）との関係」で述べたことと若干重なるが、クレプファーは以下のように、他の国家目的は環境国家実現の障害となるのではなく、逆に他の国家目的との調和を図ることによって、環境国家が実現する可能性が増すと考えているのである。

「環境保護という国家目標を受け入れたことは、総じてドイツ連邦共和国が環境国家に（も）発展するにあたって重要な憲法上の転機［Markstein］となる。この場合、環境国家とは、環境が損なわれないことをその諸決定の重要な目標および基準とする国家と理解されるべきである。環境国家が基本法の下で法治国家的、民主主義的、連邦・社会国家的な構造を持たなければならないことは、その際、自明なことである。これは、環境国家の理念を弱め

[30] なお、①は、Kloepfer, Zur Geschichte des deutschen Umweltrecht, 1994の成果を取り入れたものと考えられるが、同書は環境国家プロジェクトとは直接には関係していない。

るものとして理解されるべきでなく、反対に、ドイツ連邦共和国の政治システムの中で環境国家の現実的規範的な力を保障するものとして理解されるべきである。」[31]

第5節　検討

最後にクレプファーの環境国家論の特徴をまとめておこう。

(1)　環境国家の多様なイメージ

クレプファーは、環境国家を定義しながらも、より具体的なレベルでは、環境国家を様々なイメージで描いている。クレプファーが望ましいと考えている環境国家のイメージは「自由主義的公共団体のエコロジー的リニューアル」あるいは「協働的環境国家」というものであるが、その内容は必ずしも明らかでない。むしろ、クレプファーが強調するのは、望ましくない環境国家のイメージ(「エコファシズム」「エコ社会主義」「エコロジーエリート」による自由の制限・圧殺）の方である。

環境国家の否定的側面を強調しすぎると、環境国家自体が否定されるおそれがあるように思われるが、環境国家には多様なイメージ（シナリオ）があると考えることで、環境国家自体が否定されることを回避しようとしているように思われる。また、より積極的に、『環境法』（第4節(3)）で述べているように、環境保護目的の独自性を強調するのではなく、他の国家目的との調和を探ることで（望ましい）環境国家の実現可能性を高めようと考えているのかもしれない。

いずれにせよ、クレプファーが環境国家概念は価値中立的に用いるべきだと述べたことには重要な意味があるように思われる。つまり、21世紀国家が環境国家になることは所与のことであり、我々が選択できるのは、どのイメージの環境国家かということだけであるとクレプファーは考えているのではないか。

---

[31] Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, §3 Rn. 47. なお、『環境法』第3版にも同様に記述がある（ders., Umweltrecht, 3. Aufl., 2004, §3 Rn. 34.）

⑵　環境国家論の法的意味

クレプファーの環境国家論が立法論、法解釈論にいかなる影響を与えたかについては、扱った素材が少なかったためか、十分には明らかにできなかった。しかし、この議論が草案６条の協働原則に影響を与えたことは明白であろう。つまり、協働原則とは単に国家と社会が協力するというものではなく、国家が自ら果たすべき任務（中核領域）を明確にした上で、社会が環境政策上の国家の決定に参加するというものである。この考え方の基礎には、中核領域と周辺領域をわける「国家義務論」、また、環境保護は公的任務であるがすべて国家任務であるわけではないという「国家任務論」がある（国家任務と国家義務は直接には結びつかないことは第２節⑶参照）。国家義務・任務を限定し、社会による環境保護を強化しようとするクレプファーの考えをさらにさかのぼると、環境国家による自由の制限・圧殺のおそれを強調するという考えとつながっているように思われる。このように考えると、クレプファーの環境国家論は、自由主義的環境国家論ということができるかもしれない。

⑶　環境国家における市民の位置づけ

クレプファーが理想と考える環境国家が、環境保護のために全面的に活動するというよりも、国家は限られた領域（中核領域）で活動し、他の領域（外郭領域）では、国家と社会が協力して、あるいは社会が中心となって活動するというものであるなら、クレプファーが考える「社会による環境保護」とはどのようなものであるか。そこでは、市民はどのように位置づけられているのであろうか。

前述のように、環境国家プロジェクトには、「社会の環境責任」というテーマが立てられているし、環境国家実現の手段の一つに、環境アセスメント制度・団体訴訟の導入や市民の閲覧権・参加権の拡大があげられている。また、クレプファー自身も論文で「社会的な環境保護［Gesellschaftlicher Umweltschutz］」について論じている。しかし、そこで主になされているのは、社会における規範定立［Gesellschaftliche Regelsetzung］あるいはインフォーマルな行政活動（申し合わせ［Absprachen］や任意の自己拘束［freiwillige Selbstbindung］）に関する手法論であり、主体の役割に関しては、社会における規範定立にも公

衆参加が必要であると主張されている程度である（DVBl. 1994，20 f. ; Umweltstaat als Zukunft, S. 27 ff.）。

そもそも、クレプファーは環境基本権を認めているわけでないし（Umweltstaat als Zukunft, S. 10）、前述の「エコロジー法治国家への道」シンポジウムでの討論では、先ほどの主張とは逆に、クレプファーは市民・公衆参加に大きな役割を与えることをはっきりと拒否しないまでも慎重な態度を示したとされる（Der autoritäre ökologische Staat, S. 51）。

以上のように、クレプファーの環境国家論における市民は主として、環境保護の主体というよりも環境保護を目的とする過度の国家規制により自由を制限・圧殺されるおそれのある客体としてとらえられていると考えられる。

クレプファーの環境国家論の議論の法的社会的背景については、基本法20a 条論や環境法典草案化作業がその一つであると考えられるが、その他の背景については、今後の課題としたい。最後になったが、学際的で包括的な共同研究がなされたことは、他の環境国家論にはない特徴であることも指摘しておく。

＊本稿は、平成17年度～平成19年度科学研究費補助金（基盤研究（C））「国家政策および国家組織の融合システムとしての環境法の構築に関する研究」の成果の一部である。また、本稿は、2008年３月28日民主主義科学者協会法律部会春合宿行政法分科会および同年５月29日北海道大学環境法政策研究会での報告に基づくもので、報告後になされた質疑応答の内容も一部、本稿にとり入れている。研究会に参加された方には改めてお礼申し上げます。

論　　説

詐害行為取消権の理論的再検討(4)

水　野　吉　章

目　　次

第1章　序論
第2章　アメリカ詐害取引法理の展開
第3章　詐害取引法の存在意義 —— 機能的分析の視点から
　1　現代取引と LBO
　　1.1　訴訟が提起される状況と当事者の主張
　　1.2　Baird & Jackson の議論（「法定詐害」を狭く解釈すべし）
　2　詐害取引法の存在意義に関する議論
　　2.1　Clark 論文（1977）における議論
　　2.2　McCoid 論文（1983）における議論
　　3.2.1　詐害取引法の目的（債権者保護・損失分担）
　　3.2.2　損失負担能力を調査するために必要な視点
　　3.2.3　当事者の損失負担能力
　　3.2.4　小括 ——「ずれの程度」を決定する当事者の負担能力
　　2.3　Baird & Jackson 論文（1985）における議論
　　2.3.1　詐害取引法の目的
　　2.3.1.1　「債権者－債務者（株主）間のエージェンシー問題」
　　2.3.1.2　「債権者」と「株主」の異なるインセンティブ
　　2.3.1.3　健全時における企業の行動（合理的行動 —— rational and reasonable behavior）
　　2.3.1.4　危機時における企業の行動（機会主義 —— rational and unreasonable behavior）
　　2.3.1.5　無関心経営
　　2.3.1.6　小括（「債務超過」と「企業価値の減少」）

2.3.2　詐害取引法の「正当化理由」と詐害取引法の存在意義
2.3.3　取消しの基準と悩ましい問題（「後付け」・「不確実性」の問題）
2.3.4　小括 —— Baird & Jackson 論文の前提にある契約の完全性（万能性）　（以下、本号）
2.4　Baird 論文（1990、1991）における議論
2.5　Zaretsky 論文（1995）における議論
2.5.1　詐害取引法の目的
2.5.2　正当化理由
2.5.3　LBO について
2.5.4　小括 —— Baird & Jackson 論文の限定 ——「ずれ」の容認
2.6　Reilly 論文（1997）における議論
2.6.1　詐害取引法の目的
2.6.2　正当化理由
2.6.2.1　過剰なリスクテイキングによる契約の不完全性
2.6.2.2　詐害取引法のあり方 —— 要件論へ
2.6.3　MBO について
2.7　整理
2.7.1　詐害取引法の目的
2.7.2　詐害取引法の正当化理由（契約と制度）
2.7.3　詐害取引法の存在意義に関する議論（目的・正当化理由）
2.7.4　債務者の行動規制に関する仮定的な交渉におけるフレームワーク
2.7.5　詐害取引法（「法定詐害」）の機能
2.7.6　ルールの持つ社会的な機能
2.7.7　詐害取引法の限界
2.8　理論的示唆 —— 合理的な監視の分担 ——「取引相手」の監視能力と選択
2.8.1　「通常の取引相手」
2.8.2　「融資の取引相手」—— 商業銀行・投資銀行
2.8.3　「取引相手」の選択 —— transferee or conduit
3　要件論
4　詐害取引法と周辺の法理・倒産法制との接続
4.1　詐害取引法と周辺の法理
4.2　詐害取引法と倒産法制
5　総括　（以上、本号）

第４章　現代取引 —— Leveraged Buy-Out （LBO）を中心として
第５章　日本法の史的考察 —— 存在意義に関する議論の視点から
第６章　日本法の分析と日本法への示唆
第７章　結論とその他の示唆
　課題
参考文献

2.3.4　⑤［小括］　ともかくも、Baird & Jackson は、新しい取引である MBO に対する詐害取引法の適用を論じるために、McCoid の議論をさらに進め、「制度の存在しない世界」を出発点として、法定詐害 —— 債権者保護法としての詐害取引法（「ずれ」） —— の存在意義に関する議論を行った。この議論は、具体的には、十分なリスク回避の手法を備えた金融「債権者」の性質に着目して、「法定詐害（債権者保護法制としての詐害取引法）」が存在しなくても、彼らの行動によって、詐害の損害は回避されるのではないか（個々の債権者のための保護は不要なのではないか）、そうであるとすれば詐害取引法が債権者保護として行っていることには如何なる意義があるのかを問う。その結果、彼らは、詐害を「エージェンシー問題によるガバナンスの低下、それによる非効率」とし、詐害取引法の存在意義を「エージェンシー問題の抑止（ガバナンスの回復）をその典型とするところの『仮定的な債権者』『債務者』達が望む『債務者』の行動についての、安価な半強行的・仮定的な契約条項[1]（効率性回復のための集合的・制度的な契約条項）の提供」である

[1] Baird & Jackson のように、詐害取引法の規制の本質を説明するならば、すなわち、「時間と費用・契約に関する知識が十分に備わっていたならば、債権者達と債務者達が望み、したがって債権者―債務者間で結ばれるであろう契約条項が詐害取引規制である」と説明するならば、このような契約条項（詐害取引法の規制）は自ずと半強行的な性質を帯びることになろう。すなわち、債権者達と債務者達が望むであろう契約条項であるという点から、一債権者と債務者との合意によって当該条項（詐害取引法の規制）を取り去ることができないという意味において強行的であり、他方、この条項（詐害取引法の規制）が債権者達と債務者達が望むものであるという性質を持つ故に彼ら全員の合意が調達できれば取り去ることができるという意味において任意規定の性質を持つと

とした。

こうして、エージェンシー理論による債務者の行動の変化に起因する詐害の発生のメカニズムが記述され、それを防止するための制度として法定詐害が位置付けられることになる。債権者保護法としての法定詐害は、その存在意義のレベルで洗練されることとなる。要するに、債務超過という場面にて生じる債務者の行動の変化が詐害取消理論に取り込まれることになった。その結果、理論上は、物の取引ではない、債務者の投資決定（リスクの取引）を詐害取引法によって規整する素地 —— 問題行動が起こっているか否かを判断すれば良い —— が構築された。

しかし、彼らは、実際のところ（問題行動をどのように判断するのかという段階に至って、その評価の困難さから）債務者のリスクテイクが問題になる企業取引に対する同制度の適用には謙抑的であった。すなわち、「債権者」にエージェンシー問題を抑制するに足る契約能力が存在し、裁判所の能力の問題を原因とするところの取引相手に思わぬ取消しによる損失が生じかねない場面においては、強力な推定的な要件である「法定詐害」は適用されずに、詐害取引法の適用は例外的に「債務者が債権者を害する主観的な意図を持つ場合」（エリザベス法における詐害の意図が存在する場合）に限られるべきであると主張することになる。如何にして問題行動を把握するかのレベルで生じる「評価の困難性の問題」により、規制は謙抑的でなければならないというわけである。

こうして、彼らによれば、企業取引に対しては、「法定詐害」の要件は適用されるべきではないということになる。そうであっても、「現実の詐害」の審査を受けることになるわけだが、その審査の際には、エリザベス法以来の「債権者を害する意図を債務者が有しているか」が再び問題となる。その審査においては、「債務者は債権者を害そうとしていたのか」という点についての総合判断が再び行われることになり、彼が

いうことになる。ただし、Baird & Jackson は、詐害取引法の規定を排除することについて、全利害関係者の合意が調達できたにも拘らず倒産裁判所によってこれが否定され管財人による取り消しが認められた事例 —— Kindom Uranium Corp. v. Vande, 269 F. 2d 104 (10th Cir. 1959) —— を引用して、問題を提起するに留める（Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain,* 38 VAND. L. REV. 829 (1985), p. 835, n19)。

先にあげた考慮要素がそのままこの総合判断における考慮要素として採用されることになるだろう。そうであるならば、彼は、「現実の詐害」についても、その適用には謙抑的な態度を採ることになろう（なぜならば、彼らの危惧する債務者企業や取引相手の萎縮は、企業取引が法定詐害によって取り消されることによって生じるのではなく、企業取引が同法によって取り消されることによって生じるものであるから）。しかし、彼らの「現実の詐害」による審査を一般的に否定しないという帰結 —— 「現実の詐害」の適用の可能性を否定しないこと —— こそが、この議論の場（詐害取引法理）の特徴を現している点であることも忘れてはならない[2]。この点は後に5章において再論することにする。ここにおいては、ともかくも、企業取引に対しては詐害取引法の適用が謙抑的であるべしという価値判断と、その価値判断が債権者による契約の完全性の仮定によって基礎付けられていることを確認しておこう[3]。

以上の分析から、企業の投資決定の一つであるLBOに対する法定詐害の適用は、否定されることになる。ここにおいては、後の議論を踏まえた上で振り返ってみると、債務者の取引としての単なる企業の投資決定とMBOの差異 —— 後者が金融債権者の全面的な支配によって実行に移される金融取引であること —— に関しては、まだ焦点が当たっていない（ここに焦点があたると、また結論が逆転することになる。後の議論を参照）。

このように、様々な経済的、且つ、実質的な利益分析を経て、「企業取引」の事案に限ってではあるが「法定詐害；債権者保護法としての詐害取引法」の創設により追認された「ずれ」の程度を再びエリザベス法

---

[2] Baird & Jacksonのような議論をするのであれば、「現実の詐害」についても審査されず、適用もされないのが望ましいはずである。

[3] これを裏から見れば、論者は、私人間における交渉によって決定された「取引（の対価やそれによる債務者価値の増減）」について、裁判所がその合理性を判断することはかえって問題を悪化させると考えているようである。ここには、「効率的な資源の配分を実現するために必要な唯一絶対の条件である“市場によって自由に決定されるべき価格”を、公共部門である裁判所が、評価・操作することによって生じるところの資源分配・配分の歪み」に対する危機意識が感じられる。この評価については、ここでは深く立ち入らないでおく。

の「詐害の意図」のレベルまで戻そう（すなわち、債務者が主観的な詐害の意図を持ち合わせているような状況でなければ、詐害取消しは認められるべきではない）という解釈が有力に主張されることになる。

しかし、ここにおいて再確認しておかなければならないのは、単に、その要件がもともと「詐害の意図」であったのだからという素朴な形式論的考慮は、もはや本質的なものではないということである。なぜならば、そこにおいてなされている考慮は、「債権者の性質に着目した債権者保護法としての詐害取引法の存在意義に関する理論」によって演繹される要素（「債権者の契約の能力」「取引相手の能力」「裁判所の能力」）を、現実の社会経済状況に照らした上、問題となる取引類型における「取消しの程度」が、信用（取引）の萎縮を起こさないか否かについての判断に基づいて、詐害取引法の合理的な適用範囲を決定するというものだからである。その結果、「現実の詐害」（エリザベス法の「詐害の意図」）の適用の際に検討されるべき「意図」も、心情の現われという「意図」の意味ではなく、制度の役割に基礎付けられた規範的な評価 —— 法的な評価 —— を帯びたものとなっている。

これは、先に述べたところの、「担保権実行 foreclosure」についての裁判例における②判決（Abramson v. Lakewood Bank & Trust Co.）反対意見が、「信用（取引）の萎縮」を理由として、詐害取消しの否定を主張したことを想起させる。ここにも、議論は、もはや条文の「言葉とそこから与えられる直感」ではなく、制度の存在意義を導きとして、制度を構成する言葉の「背後にあるべき要素」を明らかにし、それと現実を照らし合わせることによって行われていると説明できよう。

そして、後述するように、この Baird & Jackson の狭い取消し説 —— LBO に対する法定詐害の適用否定 —— は、当初は、実際の裁判例においても採用されてゆくこととなる。

2.4　Baird 論文（1990、1991）における議論

Baird 論文（1990）[4]（1991）[5]は、Baird & Jackson 論文と、ほぼ同様の

[4] Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyance Law and Leveraged Buyouts*, 546 PLI/Comm 101(1990).

[5] Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyances, Agency Costs, and Leveraged*

議論の枠を採用して議論を展開している。しかし、その結果、取消し否定という結論がやや軟化しているように思われる。

この論文の議論（特に、1991）において、先の論文と異なる点は、MBOについて、ファイナンス理論や、コーポレートガバナンスにおける理論を導入し、詳細な検討を行っていることである。そして、そこにおいて、特に着目されているのは、MBOが帯びるところの単なる企業の投資決定とは異なる性質――金融取引の部分――である。すなわち、先の議論においては、企業の投資決定とMBOを同じものであると評価した上で結論を導いていたが、ここにおいては、企業の投資決定とMBOの異なる点――「取引相手」も金融債権者であること、且つ、その「取引相手」が取引全体を支配、アレンジしていること――に焦点が当てられていることにより、以前とは異なる判断が下されているように評価し得る[6]。この企業の投資決定とMBOとの区別（取引相手の性質論）の意味については、後述する以後の議論の説明の中で明らかになろう。そして、更なるMBOについての説明は、4章にて紹介する。

2.5　Zaretsky論文（1995）における議論

Zaretsky論文[7]も、Baird & Jackson論文と、ほぼ同様の議論の枠を採用して議論を展開していると評価しても良いであろう。すなわち、Zaretskyは、エリザベス法からの「ずれ」を問題にし、「ずれ」の程度について議論を行い、Baird & Jackson論文を前提に、それを限定することによって、「ずれ」をやや広く容認している。ただし、議論の積み上げによって、既存の結論とは逆の帰結を導いていることが注目される。

2.5.1　詐害取引法の目的

Buyouts, 20. J. LEG. STUD. 1(1991).

[6] 実際の原因は、批判を受けてのことかもしれないし、1985年論文において既に示唆されていた理論的な要素の変化、すなわち、1985年以来の企業価値の評価方法、したがって、裁判所の能力の向上等を受けてのことかもしれない。更に言うと、単に記述が詳しくなっただけのことかもしれない。

[7] Barry L. **Zaretsky**, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk,* 46 S.C.L. REV. 1165(1995).

Zaretsky 論文も、目的については、Baird & Jackson 論文と大差はない。Zaretsky は、詐害取引法を、「債務者」企業の不合理な程度のリスクテイク[8]を規制するための道具であるとする。

Zaretsky は、大略して、以下のように述べる。(《 》内は引用である。)

『エリザベス法以来の「詐害の意図」の趣旨は、「債権者」にとって(予想できない)「債務者」の不合理な行動を禁じるものである。そして、Twyne's Case 以来発達した「法定詐害」も「債権者」を不合理なリスクに晒すものである、と理解されている。そして、「不合理」とは、「債務超過」の「債務者」が、「債権者」の引当資産を減らすというような「典型的なもの」が念頭に置かれている。

しかし、現代取引は、そこにおいては念頭に置かれていない取引である。すなわち、現代取引においては、大きな投資の“一部”として“物の譲渡”や、“義務の引き受け”のみならず、“ビジネスリスクの引受け”等も行われる。これらのリスクの選択(リスクテイク)は、ビジネスの

[8] この発想自体は、既に、Zaretsky の過去の発言に見て取れる。そのことは、Barry L. **Zaretsky** & Prudence B. **Abram**, *Commentary on Mr. Whites Paper : Leveraged Buyouts* (Proceedings and Papers of a Bankruptcy Law Symposium Held at the New York University School of Law April 12, 1991), 1991 ANN. SURV. AM. L. 433(1991), at 434において、以下のように発言している。(この議論は、Robert J. **White**, *Leveraged Buyouts and Fraudulent Conveyance Laws under the Bankruptcy Code--Like Oil and Water, They Just Don't Mix,* 1991 ANN. SURV. AM. L. 357(1992) に対するものである。)

> 債務者は債権者の金銭をリスクにさらす権利を有するが、不合理な程度のリスクにさらす権利は有していない。すなわち、債務者が、単なるリスクテイクではなく、不合理なリスクテイクの地点に到達すると、債務者と不合理な程度のリスク投資に参加した関係者は、(詐害取引法に)暴露される。詐害取引法が、債務者に取引や義務の負担が生じただけではそれらを取り消させず、取引を不合理にする現実の詐害 actual fraud や債務者を支払不能や過少資本になった時に、それらを取り消させると述べているのは、このことを言っているのである。

世界においては、不適切でも異常でもない場合もある。

このリスクテイクについて、過去に、McCoid は、《「債務者」は「債権者」に対する弁済を行い得ないにもかかわらず、彼ら「債権者」の積み立てた（引当）資産をギャンブル的な投資に使用する事例であったとしても、「エリザベス法以来の詐害の意図」が存在しないといえる場合がある》と、議論したことがある。彼によれば、その「場合」とは、例えば、《流動性不足を補うために、資産を安価にて売却する》というような場合である[9]。また、Baird & Jackson は、《「債権者」は「債務者」の能力を活用するために、融資を行うので、「債権者」にとっては、“債務者がリスクを取らなければ”融資の意味が無くなってしまう》と議論する[10]。

結局、詐害取引法は、「債務者」よるリスクの選択を全て禁止しているわけではない。「債務者」によるリスクテイクの《範囲》を制限しているのである。すなわち、詐害取引法は、「債務者」による「不合理 unreasonable」なリスクテイクを制限する暗黙の契約条項を、「債権者」「債務者」間の契約に挿入する法理なのである。』

ここに、如何なる程度のリスクを禁じるかが問題となっていることが窺える。この問題意識に至る過程で、Zaretsky は、以下のことを確認しているといえるであろう。

①「ずれ」が生まれているということ。②エリザベス法時代から、詐害取引法は、債務者の選択するリスクの範囲を決定しており、エリザベス法の念頭においていたものはその典型例であること[11]。③ Baird & Jackson 論文、McCoid 論文は、リスクが増加する取引でも取り消し得

---

[9] John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration,* 62 TEX. L. REV. 639 (1983) を引用している。この議論は、本稿においても紹介した。

[10] Baird & Jackson, *supra* note 1を引用している。この議論は、本稿においても紹介した。

[11] Zaretsky は、不合理なリスクという判断基準は、エリザベス法の説明も可能とする、すなわち、「債権者を害する意図がある」とは、「不合理なリスクに債権者をさらすこと」である、と説明している。

ない場合があると述べることによりリスクの範囲が問題になることを示していること。

このZaretsky論文は、学説史の中には、こう位置付けることができるだろう。すなわち、Baird & Jackson論文によって説明された現代における「法定詐害」の存在意義に関する理論は、その一般性から、エリザベス法以来問題となってきた伝統的な詐害の類型の多くを包摂できることを確認したと。

以上の学説の積み上げによれば、「望ましい債務者のリスクテイク」の程度 —— 禁止されるべき不合理なリスクテイクの程度 —— は、取引類型毎（物の取引・金融取引）に決定されることになる。また、取引当事者の類型によっても影響されることになる[12]。すなわち、当該取引類型において、債務者が選択できるリスクの範囲は如何なる程度かを問題にすることになる。

2.5.2 正当化理由

この理解を前提に、Zaretskyは、法定詐害が法制度として何故必要であるかについて言及している。そして、その説明によって、先のBaird & Jackson論文の主張する具体的帰結 ——「債務者」の行動に対する制限は、「債権者」の契約[13]による規律付けに委ねるのが合理的であり、したがって、法定詐害は狭く適用されるべきである —— に対して、異論を唱えることになる。ポイントは、Baird & Jackson論文の理論を前提に、そこにおける具体的帰結の前提にあった「契約の完全性の仮定」を修正することにある。以下、紹介しよう。（小見出しは筆者）

---

[12] Zaretsky, *supra* note 8, p435-437において、現に、Zaretskyは、「債権者」が取引債権者の場合に、彼らによって詐害取引法を行使し得るかについて論じている。その結果、White, *supra* note 8による、「債権者」としての、取引債権者と金融債権者の能力の違いから（取引債権者は掛売りの期限を短く設定することによって、めまぐるしく取引を回転させており、ほとんどLBOの後の取引債権者であると言えることや、十分LBOの発生を織り込むべきであると言えることから）、取引債権者は詐害取引法による取消権を行使できないとする議論に対して、異を唱える。

[13] 「債権者」「債務者」間で締結される融資契約における特約条項。

[新しい取引に対する契約の不完全性]

『「債務者」によるリスクテイクに対する制限を、「債権者」の契約による規律付けに委ねた場合には、「債権者」は契約書に禁止されるリスクテイクを記述しなければならなくなる。しかし、（次々と出てくる）最新の取引スキームについて全てを予測して契約書に記述することは不可能であり、「債権者」はその負担を負わされてしまう。』

[契約によって得られる利益による契約の不完全性]

『さらに、「債権者」は、「債務者」の行動が制限されることを望むにもかかわらず、契約による利益が少ないことにより、わざわざ交渉費用を捻出してまで、その制限を実現することができない場合もある[14] [15]。』

[債務者の処分権限による契約の不完全性]

『また、「債務超過」の「債務者」によってリスクテイクが行われた場合においては、その時点で、既に、引当資産は“第三者”に渡ってしまっている可能性があり、「債権者」が、契約不履行による強制執行を実行したとしても、救済が得られない場合がある[16]。この状況下においては、「債権者」は「債務者」のリスクテイクに対する制限を望んだとしても、それを契約によって実現（強制）する事はできない。したがって、その場合、「債権者」の契約能力の不備を補うための（第三者効を有する）詐害取引法が必要となる。』

詐害取消しを基礎付ける「契約コスト」について、Baird & Jackson 論文は契約を締結するのに要する交渉コストを念頭に置いたのに対して、Zaretsky 論文は、契約当事者が契約の締結を望むのにそれができ

[14] それについては、Baird & Jackson, *supra* note 1は、大口債権者が代わりに合理的な契約を結んでくれるはずであると説明している。

[15] できたとしても、執行できないという問題もある（**金本**良嗣＝**藤田**友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』191頁（東京大学出版会、1998），203頁）。

[16] 契約違反により、期限の利益を喪失させ、強制執行（融資・利息の全額回収）を行ったとしても、債務超過である債務者の下には既に引当資産が存在しない。

ない場合があるとを指摘する[17] [18]によって、ヨリ積極的に、このコストの存在を認めている。

それは、①債務者の取引行動を契約に書ききれないこと、②債務者にのみ資産の処分権限が与えられていることにより発生する。この場面において、債権者の契約によって規律させるのは、彼らにとって過大な負担となる[19]というわけである。

こうして、この議論を行う Zaretsky 論文においては、必然的に法定詐害の適用を、ヨリ積極的に容認することになる。以下に、その議論を紹介しよう。

2.5.3 LBO について

Zaretsky の自身の理論とその帰結は、LBO に対する、彼の議論に現われる。

『Baird & Jackson 論文は、《LBO は「(オリジナルな) 詐害の意図」もなく、企業利益を増大させる取引である》としている。そして、「法定詐害」の LBO に対する適用に関しては、《LBO は、エリザベス時代の羊の取引とは異なる》として、狭い(「詐害の意図」に限る) 適用を主張している。そして、実際の幾つかの裁判例もこの議論に賛同している[20]。Baird & Jackson は、「法定詐害 constructive fraud」は、全ての

---

[17] 広い意味においては、莫大な契約コストが必要となるという議論ともいえる。

[18] 金本＝藤田・前掲書注15, 225頁は、「契約による債権者保護がどの程度有効であるかについては詳細な検討が必要である」と述べる。そして、「債権者」の契約に委ねる方式が機能するためには、契約に関する知的の蓄積が前提として必要であるとする。

[19] 実際においては、債権者達はそのことを織り込むので、過大な負担とはならない。寧ろ、債権者の折込によって生じるところの、債務者の資金調達コスト増加や信用市場の縮小がその本体的な問題である。すなわち、債権者にとって酷というのは、法学的な比喩である。

[20] **4章**において取り上げるが、Baird & Jackson, *supra* note 1を引用し、オリジナルな意味における「現実の詐害 actual fraud」によってのみ、LBO は取り消され得る、とする裁判例が幾つか存在する。これらの裁判例は、Baird &

LBO を阻害し得るという前提にて議論をしているが、そうはならない。

不合理なレベルのレバレッジ（負債）を「債務者」が背負うことになる LBO は、取り消され、阻害されることになるのである[21]。』

2.5.4　小括 —— Baird & Jackson 論文の限定 ——「ずれ」の容認

以上の紹介より、Zaretsky の議論の意義をまとめておく。

① Baird & Jackson の議論 —— 法定詐害は、一般的には、債権者達の望む債務者の行動を実現させるものであり、典型的には、債務者の過剰なリスクテイクを規制する —— を確認し、さらにその他の詐害の類型も、正当にこの理論に包摂されるものがあることをも確認した。

② Baird & Jackson の主張である、「債務者」のリスクテイクに対する制限は、「債権者」の契約に委ねるべきである（したがって、「法定詐害」は狭く解釈されなければならない）という議論に対して、債権者の契約能力も万能ではないことを指摘して、彼らの議論を限定した。

③その結果、Zaretsky は、理論的にも、実際的にも、「ずれ」に関しては容認し、さらに、「法定詐害」がオリジナルな意味における「詐害の意図」を超える範囲で積極的に機能するべきであると主張することになった。この議論は、後にまとめる。

2.6　Reilly 論文（1997）における議論

Reilly 論文[22]は、ヨリ記述的な形で、契約の完全性を限定することに

Jackson, *supra* note 1が主張する、狭い取消しルールを採用しているといえる。

[21] ただし、Baird & Jackson, *supra* note 1の主張は、たとえ適切なレベルの取消しを行ったとしても、「後知恵 second guess」によって、予期せぬ取消しが起こることを恐れた取引相手が取引の時点で萎縮してしまうという議論であることに注意が必要である。すなわち、Baird & Jackson は、一般論としては、債務者の過剰なリスクテイク —— Zaretsky のいう不合理な程度のリスクテイク —— を禁止するのが詐害取引法の役割であるという点については否定していないといえる。しかし Zaretsky の批判は、Baird & Jackson が主張する結論に向けられていることから、結論においては、両者は異なる意見に立っていることは明らかである。すなわち、結論において、Zaretsky は Baird & Jackson よりも広く取消しを認めるべきことを主張していることになる。

[22] Marie T. **Reilly**, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law,* 57 La. L.

より、Baird & Jackson 論文を限定する。ここにおいては、既存の議論への積みあげにより、存在意義に関する議論が精密化してゆく様子が描かれている。以下に、紹介しよう。

2.6.1　詐害取引法の目的

Reilly は、大略して、以下のように主張する。その骨子は、既存の議論 —— McCoid, Baird & Jackson, Zaretsky の議論 —— を確認したものといえるだろう。

『「法定詐害」は、「債務超過」企業の過剰なリスクテイク[23]を禁じるために、それによる損失を、最も安価に回避できる者に分配する法理である。』

2.6.2　正当化理由

そして、ここにおいてのポイントは、やはり、Zaretsky 論文と同様に、Baird & Jackson の議論の仮定である「契約の完全性」を緩めることにある。Reilly は正当化理由 —— 債権者の契約による規律付けでは不十分であり詐害取引法が必要であること —— について、以下のように述べる。(小見出し、筆者)

[エージェンシー問題による契約の不完全性]

『「債権者」の契約能力は（Baird & Jackson が考える程）完全なものではない。エージェンシー問題こそ、「債権者」の融資時の契約による規律付け（リスクテイク制限条項）の意味を失わせる原因となる。』

2.6.2.1　過剰なリスクテイキングによる契約の不完全性

これは、Zaretsky 論文の、資産の処分権を持つ「債務超過」企業がもしリスクテイクを行った場合には、資産は“第三者”に渡ってしまい、

Rev. 1213(1997).

[23] エージェンシー問題により、債務者企業が自らの企業価値を下落させる取引を行うこと。

「債権者」が、「債務者」に対して契約不履行による強制執行によったとしても、救済が十分ではない場合があるという発言と、同趣旨である。

以下に、この Reilly の議論の意味を説明する[24]。

「債権者」の契約によってのみ「債務者」の行動が規律されている世界において、「債務者」が債務超過になった事例を想定する。この時、「債務超過」の企業の舵取り役である株主は、既に、自己の取り分は０になっているので（企業に残る資産は全て他の債権者の引当てとなっている）、企業を契約違反に導いたとしても、自らの懐は痛まないことになる。

そして、この状況が所与である時に、当初の「債権者－債務者」間の融資契約時の交渉が如何なるものとなるかが問題である。この時、たとえ、「債務者」が「債務超過」時に自らの行動を制限することを約する見返りとして低い利率を希望し、「債権者」も同じくそれを希望したとしても、その行動制限に関する「債務者」の合意（約束）を「債権者」は信じることができない。なぜならば、「債務者」が今資金調達コストを下げるために行った約束について、彼が債務超過になってしまえばその合意（約束）を破ったとしても債務者（株主）の懐は痛まないので、いざとなったら、簡単に破ってしまうだろうということを、債権者は予測してしまうからである。

こうして、債務者の「債務超過」時には、債務者への契約による規律が機能しなくなるので、事前の融資契約においての、「債務超過債務者」の行動制限に関する契約条項は「あってないようなもの」となる。そして、その原因は、契約違反による損失の全てが違反の意思決定者（債務者＝株主）に、内部化[25]されない「債務超過」という状態そのものにあ

---

[24] J. B. **Heaton**, *Financial Contracts and Non-contractual Legal Rules : The Case of Debt Capacity and Fraudulent Conveyance Law,* SSRN（1998）も契約の不完備によって説明している。Heaton は、債務超過に近づけば近づくほど、流動性のある資産がエージェンシー問題によって流出・消費されやすくなるというメカニズムを説明している。この結果、流動性の高い資産を有する企業の企業価値が一般的に低く見積もられてしまうパラドックスが発生するという。

[25] Ａが、Ｂに、100円の対価で、ＣＤを売るとする。この合意が成立するということは、Ｂは、ＣＤの価値について100円以上の利益があると考えているといえる。他方で、Ａは、このＣＤの価値を、100円以下の価値であると考えて

る[26]。

いるので、ＣＤを売ることに合意している。この場合、契約履行によって、ＣＤが、Ｂに移転することにより、Ｂは、「Ｂが思うＣＤの価値－100円」を手に入れることになる。また、Ａは、「100円－Ａが思うＣＤの価値」を手に入れることになる。こうして、この契約の履行によりＡ,Ｂ双方が、“儲かる”ことになる。しかし、契約締結後、履行前に、Ａが思い直して、自分にとってＣＤの価値は、もっと高いということに気付いた場合を考える。その際に、Ａは、「Ｃが思っている価値－100円」を賠償しても、そのＣＤを持っておきたいと思うのならば、そのＣＤはＡが持つ方が効率的であるといえる。というのは、Ｃは、「自分にとってのそのＣＤの価値」が手に入ればそれで十分であるし、Ａは、Ｃの得られるであろう利益を補填しても、まだ自分に利益があるということであるので、この契約違反は、当初の契約が実行されるよりも望ましい状態を生み出すと一応いえるからである。契約における損害賠償は、一応このような機能を持つ。このような望ましい契約違反が起こる条件は、契約違反の損失が、違反の決定者に“内部化（損失補填）”されることである。

問題を戻すと、債務者のリスクテイクによって、債権者に生じる「損失」を、債務者が全て「補填」できるのであれば、その違反行動はこの視点からは、「契約による規律付けができている状態においての望ましい違反であり、許されるべきものである」といえる。本文における問題では、“債権者の損を、債務者が補填しない（債務超過）”状況にある。この状況において、債務者の契約違反は、社会効率を担保せず、債務者に対する契約による規律付けは全くうまくいかないわけである。

[26] 本文においては、大枠を示すために細かい点を省略したが、この「最も悩ましいエージェンシー問題の場合」に関するReilly, *supra* note 22, at 1227の説明は、大略して、以下のようなものである。

『具体例①―ピアノ投資

まず、債務者は10000ドルを債権者から借りる。債権者は、債務者が、ピアノに投資して、それを磨きなおしてから、売り払い年末に債権者に返済する計画を有していることがわかっている。そのピアノ磨きのプロジェクトは、50％で18000、そして、50％で9000ドルになる。このピアノプロジェクトの期待的利益は13500ドルとなる。債権者は事前の期待的利益が10000ドルになるように、債務者に利息を課す。（利息なしだと、債権者の期待的利益は0.5×10000＋0.5×9000なので9500となってしまう。そこで、債務者が成功した時に、1100を返してもらうことで期待的利益を10000にする。）その時、債務者は、剰余請求権者として、債権者に返済した後のピアノプロジェクトの期待を計算すると3500

となる（債務者の期待的利益は、0.5×（18000－11000）＋0.5×０なので3500となる。）。
注；債務者は、株主と同じ意味で使われている。

具体例②―ピアノ投資とリスキーなロトくじ（エージェンシー問題からロトくじをとってしまう。）

ここで、債務者が、このピアノ復活プロジェクトを、ロトチケットと交換できるとする。ロトチケットは、ピアノプロジェクトよりリスキーである。ロトチケットは、10％で、252000ドル、90％で０ドルになる。このロトに交換プロジェクトの期待的利益は、13050である。故に、このロトチケットを買うと、ピアノプロジェクトの資産13500より450少なくなってしまう。(90％の確率で、13500のピアノプロジェクトの期待的利益がゼロになるのでその時の収益は－13500ということになる）（したがって、この時、債務者の期待的利益は13050となる（計算式；0.1×（252000）＋0.9×（－13500）。）

しかし、企業の債務者（株主）にとっては、ピアノプロジェクトを維持し続けるよりも、このプロジェクトをロトチケットに交換した方が利益となる。なぜならば、債務者の期待的利益は、ピアノ復活プロジェクトにおいては、3500（計算式；0.5×（18000－11000）＋0.5×（０）＝3500)、ロトチケットへの交換においては、21050となる（計算式；0.1×（252000－10000）＋0.9×（－3500））。すなわち、ピアノプロジェクトをロトチケットにすることにより債務者は剰余価値を17550（3500⇒21050）増やすことができる。他方で、この時、債権者の期待的利益は、利息が再調整できない結果、9000下落することになる。なぜならば、ロトチケットだと、10％の確率で、10000帰ってくるだけで、90％の確率で、回収不能となってしまうからである。

具体例③―契約による規律（契約により、再び損失を株主に内部化させる）

債権者は、融資契約時に、その契約に、債務者（株主）が選択し得るリスクの範囲を制限する条項を付けることにより、この問題に一定程度、対処し得る。例えば、先の例で、債務者は債権者にピアノプロジェクト以外には投資しないと約束したとする。もし、債務者がロトくじを買うことでその約束を破ったとしたら、債権者は融資契約（ローン）の債務不履行（デフォルト）を宣言して、ロトくじを強制売却（foreclosure）して自分の債権の満足を得るだろう。この場合、債務者の資産は、ロトチケット13050ドルである。13050の価格で売れると考えると、そこから10000を回収して、Debtor は3050ドルが残ることになる。このように、デフォルトの時に、債権者は債務者資産を売り払うことができるので、債務者はピアノプロジェクトをロトに変えるインセンティブを減じられる。債務者は、ロトに変えてしまった時は、ピアノプロジェクトを行うより、

こうして、契約による規律は、エージェンシー問題の発生する状況(「債務超過」)においては —— 少なくとも、債務者が健全な状態にその規律が機能するようには —— 機能しないということになる[27]。その結果、

450少ない利益しか手に入れられないことになる。債務者が権限外のリスキー投資を行った時に、債権者によって「強制執行 foreclosure」が行え、債権者が完全に満足される限りにおいて、行動違反による損失が株主に内部化され、債務者の行動は適切に規制される。(このようにして、損は再び株主に内部化される。)

具体例④—契約によって規律できない

だが、この契約による規制が効果を有するのは、債務者(株主)により外部化された損失が、債権者の強制執行によって再び株主に内部化される範囲においてのみである。株式の価値が減れば減るほど(債務超過(insolvency)に近づくほど)、デフォルト(リスキー投資制限契約の不履行)及び、損失を内部化させる手段としての foreclosure という脅しは、意味のない手段になってゆく。

というのは、株主は、株式価値が0に近いとき(企業に資産が残ってない場合)は、有限責任により、契約違反(foreclosure 実行)による損失を全て受けることはないからである。

結果、株主は、契約違反を起こしても損をしないことになる。こうして、株主は、企業に非効率な投資を行わせたとしても、非効率投資の損を被ることはない。』

債権者は、株主(債務者)のテイクするリスクを望んだ程度に保っておくことは契約によっては達成し得ない。このようにして、債権者の行う「契約による規律付け」は万全でないことが示されるわけである。

また、この事例における定式は、“foreclosure によって、株主にその行動の責任が内部化されない場合に、契約の不完全性は発生する”というものであるから、例えば、未来のリスクテイクを伴うスキームを特定して、言葉によって契約に書き入れることが困難である場合や、裁判によって当該リスクテイクの禁止条項が有効と認められない場合、モニタリング費用・裁判費用・執行費用が掛かる場合、市場でロトくじを換金できない場合等(金本=藤田・前掲書注15, 203頁)も、同じくこの定式の範疇となろう。これらの場合も、株主に責任が内部化されることはないからである。

[27] もっとも、融資者達とは継続的な契約関係を結んでいかなければならないであろうから、後々のことを考えて(後の融資を断られるのを恐れて)、エージェ

融資を行う「債権者」は、「債務者」が「債務超過」になった場合においては、彼に対する契約による規律付けが弱くなることを見越し[28]、その「債務者」を縛ることができない部分について、予め利率を上昇させることによって自衛を行う（利率を下げる契約には応じない）。

こうして、「債権者」「債務者」が望むかもしれないところの、融資契約（リスクテイクの制限・低い利率）は達成できなくなってしまう。すなわち、債権者が債務者との契約ができずに適正なレベル以上の自衛をしてしまうことこそが問題なのである。

このように、「債権者」「債務者」間の契約に委ねた場合、望ましい「債務者」によるリスクテイクの程度は達成できないことになる。ここに、債権者の予測や、彼らの契約に委ねれば万事うまくゆくという Baird & Jackson の議論が限定されることになる。したがって、法制度による支援が必要ということになる。

2.6.2.2　詐害取引法のあり方 —— 要件論へ

そして、如何なる形の法による支援（詐害取消しルール；望ましいレベルのリスクテイクの制限）が妥当であるか、が、次の問題となる。この問題について、Reilly は、Baird & Jackson の議論であった「債権者達－債務者間の交渉モデル creditors' bargain model」を「取引相手」に拡張することによって対処する。すなわち、利害関係者（「債権者達」・「債務者」・「取引相手」）間において、機会と時間と費用が十分にあったならば行われたであろう交渉によって結ばれたであろう、契約を「詐害取引法として」再現することが望ましいと考える[29]。

ンシー問題を起こさないというメカニズムも一方においては、存在するだろう。しかし、“背に腹は代えられない状況”においては、やはりリスクテイクを契約によって規制することには限界がある。

[28] 実際に、債務者が過剰なリスクテイクをするかは問題ではない、潜在的に契約違反のインセンティブが存在するということを債権者が認識することにより、この問題は発生してしまうのである。

[29] Reilly, *supra* note 22は、Baird & Jackson, *supra* note 1の creditors' bargain model（債権者達－債務者の交渉モデル）を拡張して、「債権者」・「債務者」・「取引相手」の交渉モデルを、考えるべきであると説明し Baird & Jackson の

そこにおいては、McCoid と同様に、それぞれの関係当事者の、損失負担能力が重要であり、その能力を反映した契約が結ばれることになる。すなわち、こうである。

『通常、「債権者」は、契約を結ぶことができるので、損失負担能力は高い。だが、「債務者」による過剰なリスクテイクについては、「債権者」は契約によって制限することが不可能であるので（先述）、損失の負担能力は低くなる。よって、この点についてのみは「取引相手」に損失を分配するのが望ましい[30]。すなわち、「債務者」による過剰なリスクテイクが発生しているといえる場面（「債務超過」「企業価値の下落」[31]）においては、そのリスクテイクを取り消し得るとすることにより、「取

議論を批判している。また、この点について、David Gray **Carlson**, *Leveraged Buyouts in Bankruptcy,* 20 GA. L. REV. 73(1985), n95も同じような説明により、これを批判している。

しかし、Baird & Jackson の議論は、債権者は、債務者に取引（リスクテイク）をさせるために、融資を行い契約の交渉をする場面を想定しており、そこにおいては、債務者と債権者の交渉を通じて「取引相手」にとっても望ましい契約が書かれると考えているのであるから、本質的には、Baird & Jackson の議論と Reilly の議論は同じものである。したがって、Reilly, Carlson の批判は当たっていないことになる。

[30] 融資契約交渉に取引相手も参加できたなら、取引相手もそのように望む。これは、「債務者」の特定の行動を規律することが三者にとってヨリ大きな余剰をもたらすことを前提に、「取引相手」が、「債務者」の行動を「債権者」よりも安価に規律できるならば、債権者に取消権という保険（この場面での対債務者の監視役の免除）を与えて、自らが監視を行ない、「債権者」から、その手数料を徴収するという交渉が成立するということを意味する。拡張された「creditors' bargain model」は、このような説明をヨリ簡易に行い得るというメリットがある（ただし、「取引相手」による保険の提供アプローチは、既に、Zaretsky & Abram, *supra* note 8(1992) において述べられている）。

[31] 株主の、債権者への損失外部化能力が発生する「債務超過」の時に限って、「対価の支払われていない（企業価値の下落する）」取引を禁止することになる。株主が、企業価値下落による損失を全て吸収できる健全時の場合は、債務者企業にとって合理的な行動であるといえるし、債権者がその行動を禁止したければ、契約によって規律し得るといえる（Reilly, *supra* note 22, at 1236-1238）。

引相手」へ損失を分配することになる。』

このようにして、Reilly は、存在意義から、現行法定詐害の要件論を説明する。そして、これに加えて、先に見た、Zaretsky の議論が Baird & Jackson 論文を全ての詐害を包摂し得る理論として確認したことによって、この要件論は、学説体系からすれば、債権者の保護を念頭においた詐害取引法の要件一般にあてはまるものとなっているということができよう[32]。

2.6.3　MBO について

MBO については若干述べられているが、他の論者と同様、「後知恵の問題」について指摘している。

2.7　整理

以上に、代表的な学説（ただし、機能的な分析を行うものに限る）を要約しながら、紹介してきた。ここに、存在意義の精密化に伴って、そのフレームワークの精密化が見て取れる。

その結果、存在意義に関する学説は、詐害取引法の「目的」・「正当化」の議論という二つの柱によって成り立っていると整理しても差し支えないだろう[33]。

すなわち、「目的」の議論とは、詐害取引法が“如何なる目的（必要）”のために存在しているのか、という問題に関するもの（例えば、詐害取引法は債務者に道徳的義務を遵守させるため、または「債務者」による過剰なリスクテイクを制限するために必要であるという議論[34]）であり、

---

[32] ただし、全ての詐害を包摂するかについてはなお疑問の余地がある。が、しかし、ある特定の観点からの詐害取引の説明が提供されており、この観点から説明され得る詐害取引とそうでないものとを識別することは可能となったとはいえよう。

[33] この視点を提示していると評価し得るのは、Baird & Jackson, *supra* note 1 である。機能的な分析を行う学説を紹介しているので、本稿にいう「目的」「正当化」が議論されているのは、当たり前であるかもしれない。

[34] 学説上は、前者から後者へ展開された。ただし、社会認識のレベルにおいて、

「正当化」の議論とは、その目的は、法規制以外の手段、例えば「債権者」による「契約による規律付け」によっては達成され得ないのか、すなわち、何故法制度としての詐害取引法が必要であるのかという問題に関するもの（例えば、「契約による規律付け」に委ねた場合には、契約コストがかかるので、そのコストを節約するために法規制が必要であるという議論）である。

この二つの柱が、「法定詐害」の“存在意義に関する問いに答える説明となり、したがって、その射程（すなわち、要件・効果）を決定する”といえる。以下においては、先に述べてきた議論を再整理しよう。

2.7.1　詐害取引法の目的

前者の「目的」に関して、詐害取引法は、MacCoid[35]以来、「債務者」のリスクテイク（「債権者」のリスク負担）を制限するために存在していると考えられている。リスクテイクの適切な制限は、信用社会（債権者－債務者－取引相手）にとっては必要なものとされる。

2.7.2　詐害取引法の正当化理由（契約と制度）

そうであるとしても、「債権者」達にとって必要なリスクテイクの制限は、契約によって達成されるべきか、制度によって達成されるべきかが問題となる（「正当化理由」）。これについても、論者間において、さ

債務者に要求される道徳的行動が、債権者を意図的に妨害することをしないことから、債権者に迷惑をかけるようなことをしないことへと、変化したという説明も可能である。そして、その背後においては、株式会社である債務者による大規模な企業取引の増加がある。すなわち、企業取引を行う債務者に融資を行うという場面が増加し、従来の詐害取引法を基礎付ける考え方によっては捉えきれない事例が増加していることが考えられる。

[35] McCoid は（詐害取引法はかくあるべきであるという）規範を提示はしていないが、「法定詐害 constructive fraud」が伝統的な「現実の詐害 actual fraud」と「ずれ」、債権者を保護するためのものと解釈され機能していると分析している。すなわち、詐害取引法は、債務者の道徳違反のための制度から、債権者の保護のための制度にシフトしているということは認めて議論しているということになる（先述）。

ほど見解の相異はない。すなわち、契約コストを削減するために、制度によらなければならないというものである。このコストを法制度によって削減しながら、「時間と場所と機会があったら実現されるであろう仮定的な交渉において利害関係者[36]が望む[37]」契約条項を黙示的に提供するのが詐害取引法（「法定詐害」）であるということになる（creditors' bargain model）。

ただし、契約コストの内容については、論者間にて積み上げが見られる。まず、Baird & Jackson 論文は、契約を締結するコストの節約のために、一律の規制として詐害取引法（「法定詐害」）が存在していると説明している。次に、Zaretsky 論文、Reilly 論文は、契約を書くことができない領域が存在するという構造的な問題を指摘して[38]、Baird & Jackson よりも、積極的に詐害取引法（「法定詐害」）の存在を正当化している。ここに、契約によっては不十分であるので、ヨリ積極的な詐害取引法による制度的な支援が必要となる。

ここから、集合的な契約としての内実を持つ詐害取引法制度は、仮定的な債権者達の望むもの、すなわち、信用社会にとって望ましいものでなければならないこと（先述、2.7.1　詐害取引法の目的）を意味する。

2.7.3　詐害取引法の存在意義に関する議論（目的・正当化理由）

そうであるならば、如何なる程度のリスクテイクの制限を皆が望むのか――または、信用社会にとって望ましいのか――が次の問題となる。これについても論者は共通している。

---

[36] Baird & Jackson, *supra* note 1によると、「債務者」に融資を行う、現在・将来の全ての「債権者」と、「債務者」のことを意味し、また、Reilly, *supra* note 22によれば、全ての「債権者」「債務者」「取引相手」のことを意味する。しかし、両者の議論は、全く同じものと理解して差し支えないことは、前注29において、先述した。

[37] もし、十分な資金と時間、機会があったのならば、利害関係者の交渉を通じて結ばれる、当事者の利益を最もよく反映した契約。また、Baird, *supra* note 1, at 10も参照されたい。

[38] これも、「債権者」の契約コストを高める要因なので、理論上は、Baird & Jackson, *supra* note 1と変わらない。

すなわち、Baird & Jackson 論文、Baird 論文、Zaretsky 論文、Reilly 論文は、債権者達は、少なくとも契約によっては規律できないエージェンシー問題による「債務者」企業の過剰なリスクテイクの制限を望み、したがって、詐害取引法は、それらの過剰なリスクテイクから、「債権者」を保護するために存在する制度であると考えているといえる[39]。

---

[39] Baird & Jackson による「債権者ー債務者間の交渉モデル」を「取引相手」に明示的に拡張する Reilly の議論によって、以下のような示唆を、ヨリ簡単に、得ることができる。すなわち、詐害取引法による取消しは、取引の失敗時において「取引相手」の利益に対して「債権者」の利益が優先させることに他ならないのであるから、「取引相手」が「債権者」に対して“債権保護の保険”を与えていることを意味する。そうであるなら、取引相手が、取引失敗時に債権者に債権回収の優先権という保険を与えることが取引相手にとっても有利な場合（それでも取引が行なわれ続けることが社会に存在する取引相手全体にとって望ましい場合）においては、積極的に、債権者に債権回収についての優先権が与えられるべきということになる。

この視点によって、今度は、「債権者」側のヨリ緻密な利益の分析が可能となる。そして、この分析の緻密化は、取消権を行使し得る「債権者」に取引債権者は含まれるか否かという論点に現われる。それは以下のような議論である。取引債権者は、取引の期間を細分化しており、大抵は、債務者が MBO などを行なうと宣言したすぐ後に、取引相手は自然に売掛債権を回収しており、MBO の失敗によって被害を受けたかに見える取引相手は既に MBO が行われることを知って、自己の取引を行っている取引相手であるのだから、この者に取消権を与える必要がないというものである（Robert J. **White**, *Leveraged Buyouts and Fraudulent Conveyance Laws under the Bankruptcy Code--Like Oil and Water, They Just Don't Mix,* 1991 Ann. Surv. Am. L. 357(1992)。これに対して、Zaretsky は、この議論を否定する（Zaretsky, *supra* note 8, at 435-437)。その理由は以下の通りである。White の主張する“取引債権者が保護されないルール”によっては、取引相手は MBO が生じた後に取引を行うのであれば、保護されないことになってしまうが、実際、MBO はその実行後も継続的に取引債権者が債務者との取引を継続する（すなわち、債務者が事業を継続している）ことを前提として行なわれるものである。そうであるならば、一般的に、LBO レンダーは、取引債権者に保護を与えても、債務者と取引を継続してもらうことを望むのであるから、取引相手に対しては、その債権回収の保険を与えることになるだろう。したがって、取引債権者は、取消権を行使することを基礎付けられる。

以下においては、それらの要素の相関関係に気を配りながら、この適切な詐害取引法は如何なる考慮によって決まるのか（仮定的な交渉の中身）、について、若干、分析的に、まとめてみよう。

2.7.4　債務者の行動規制に関する仮定的な交渉におけるフレームワーク

仮定的な交渉（時間と機会と費用があれば行われる交渉）において、如何なる契約を利害関係者が望むか、について考えるにあたっては、問題となる行動による損失を誰が安価に負担できるのかという McCoid が指摘した考慮が重要となる[40]。というのは、契約交渉過程においては、通常、最も損失負担能力が高い者（したがって、損失回避能力が高い者）に損失を移転させる合意が行われるからである[41]。その損失負担能力とは、具体的には、特定の取引に関しての、「債権者」の“契約による規律付け能力”と「取引相手」の取引を“監視する能力”である。

「債権者」の契約による規律付け能力が高ければ、「債権者」は、融資時の契約により「債務者」のリスクテイクを安価に制限・予防できる。この時、その特定の取引は取り消されるべきではない。また、「取引相手」の取引監視能力が高ければ、「取引相手」は「債務者」と取引を行う前に、その契約の内容をチェックして、取り消され得る取引を安価に、回避・予防することができる。この時、その特定の取引は取り消されるべきである。

実際の判断は、下図１の何処かに、問題となる取引を位置付けるという思考により行われることになるといえる（下図１参照）。

そして、例えば、企業取引に沿って考えると、Baird & Jackson 論文は、「債権者」の負担する契約コストはあまり高いものではない（契約

[40] Reilly, *supra* note 22も同旨である。

[41] 仮定的契約交渉においては、リスクの負担能力が低い者にリスクを転嫁すると契約者全員の余剰利益は最大化しないので、そのような契約は結ばれない。そこにおいては、リスク負担能力の高い者が損失を負担し、リスク負担能力の低い者は、（リスク負担をしてもらうことの対価として）手数料を支払うことにより契約者全員の利益は最大化するので、そのような契約が結ばれることになる。この理論は、「合意」と「効率性」を接続する理論である。

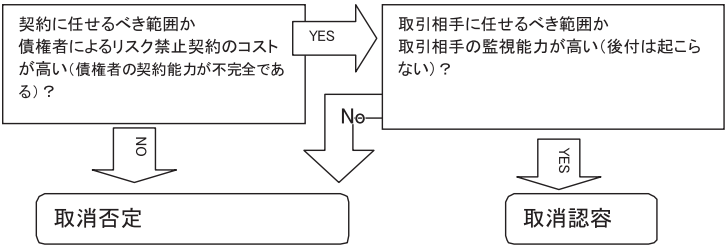


図1:特定のリスクテイク(取引類型)に対する取消し判断における思考過程

は完全である)[42]にもかかわらず、詐害取引法の規制(取消し)により「取引相手」に生じる損失(「後知恵[43]」)が大きい、と考えている。すなわち、彼らは、「債権者」の契約による規律付け能力は“かなり高い”(契約コストは低い)ものであるのに対して、「取引相手」の取引監視能力は、“かなり低い”(監視コストは高い)ものであるという評価しているわけである。故に、彼らの議論においては、「債権者」に「債務者」のリスクテイクを制限する役割を全て委ねることによって事足りるので、「法定詐害」を企業取引へ適用することは否定されるべきであるという結論になる[44](下図2参照)。この場面において、詐害取引法の存在はあま

[42] 債権者は、契約によって、債務者の行動規制を追加し得るので、詐害取引法によって債権者が望む以上の行動規制を行うべきではないとする。

[43] 一般的に「後知恵 second-guess」と呼ばれる場合には、本稿にて紹介した、「後知恵」「不確実性の問題」「正確性の問題」(後注47も参照)が渾然となって主張されているように思われる。本稿においては、これらの関係を詰めることは目的としてはいないが、それぞれ、異なるメカニズムによって発生しており、したがって、それぞれの問題の作用や、それを除去する方法も異なると考えられるので注意を要する。

[44] Baird & Jackson, *supra* note 1, Baird, *supra* note 5は、「後知恵」があるので、事後的な取消権ではなく、事前の段階において問題が解決する方法を模索している。Baird & Jackson は、「取引相手」が取引の前に債権者に通知をすることを義務付ける UCC6編の BULK SALE(動産の包括譲渡)に関するルール(包括譲渡を実行する前に、既存の一般債権者に対してその旨を通知しなければならない)を、当事者が望むであろう役割分担を反映しているルールの一例であるとして評価する。また、Baird, *supra* note 5は、詐害取消訴訟を、「債務者」

り正当化されないというわけである。（**狭い取消しルール**）

他方、企業取引に関して、Zaretsky 論文、Reilly 論文は、契約の不完全性を指摘する分析を行うことになる。すなわち、「債権者」は契約を締結できない領域（債権者は詐害の類型を予測して契約を締結できない等）というものがあり、すなわち、その領域においては、契約コスト[45]はかなり大きなものになる（契約は不完全である）と考えて議論を展開している[46]。その結果、少なくとも、「債権者」による契約によって規律付けできないところの、エージェンシー問題を原因とする「債務者」の過剰なリスクテイクに関しては、「取引相手」による事前の契約内容の監視によって防止する方が安価であると考えている。すなわち、少なくとも、「債権者」は、「債務者」の「債務超過」「企業価値下落」（過剰なリスクテイク）の場合においては、「取消権」を手に入れるということになる（下図２参照）。詐害取引法の存在はより積極的に正当化されるというわけである。（**広い取消しルール**）

以上の二つのルールに加えて考慮されるべきところの「企業の投資決定について詐害取引法を適用する際に問題となる『後知恵』の原因となる裁判所の審査能力の限界」（先述）は、各論考において指摘されている。

しかし、逆に、このことは、この問題が緩和されるならば、ヨリ積極的に取消権が基礎付けられることをも意味している。例えば、企業価値に関する評価手法の発達（または客観化）[47]により、裁判所においても

が取引を実行する時に提起させるルールや、「債権者」が取引時に期限の利益を喪失させることができるというルールを提案する。

[45] 契約を結べないことで発生する取引の喪失コスト（先述）も含む。

[46] Baird & Jackson, *supra* note 1は、近時のものではないので、この理論を織り込んでいなかったということになれば、両者の差はますます近接してゆくだろう。

[47] 企業価値評価の理論は、企業価値を正確に評価することをそのテーマとしていると考えられるが、企業価値を正確に評価する手法は同時に、企業価値を客観的に評価する手法でもある。その意味で、企業価値評価の手法の発達は、裁判所による判断を、「取引相手」が予測できないことにより発生する「不確実性」の問題を緩和するといえる。ただ、「不確実性」の問題が発生する原因は、「不確実であること」にあるのだから、必ずしも、「正確性」は要求されない。

企業価値の評価が正確に（または客観的に）行われるようになった場合、且つ、「取引相手」の負担能力（対債務者・裁判所監視能力）が高い場合には、「取引相手」は、事前に裁判所の判断を予測し、「取り消されるリスクのあるあぶない取引」を回避することができる[48]。（下図２参照）

こうして論者の議論を参照してゆくと、論者らは、「法定詐害」を考える上での理論枠組み（フレームワーク）については、ほぼ同じものを採用していることがわかる。すなわち、全ての論者は、「債権者」と「取引相手」の能力を現実の取引類型に照らした上で、当該取引類型における債務者の行動の規整を、如何なる範囲で「債権者」の契約に委ね、如何なる範囲で、「取引相手」の監視に委ねるべきか、という判断を行っているということができよう。さらに、「債権者」の候補として「金銭

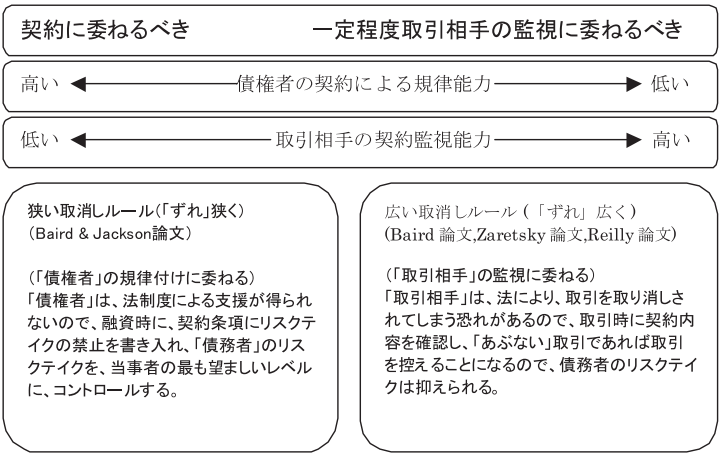


図２：企業取引（過剰なリスクテイク）に関する論者の評価と望ましいルールについての結論

[48] このことについて、注目すべき変化が、紹介した議論の中においても見て取れる。Baird & Jackson 論文（1985）は、MBO の詐害性についての審査過程においては、裁判所が、ビジネスに関する判断を行わなければならないので、「後知恵」が決定的に発生してしまうと説明するが、その後、Baird 論文（1991）においては、MBO の分析を進め、その取引を構成する「取引相手」の性質・能力を勘案し、取消しに関して容認する方向に動いているように見える。

を融資した債権者」「取引信用を融資した債権者」が、「取引相手」の候補として「物の取引相手」「金銭を融資した取引相手」「取引信用を融資した取引相手」などが、この枠組みの下で検討されることになる。本稿においては、それぞれについての細かい分析は後の課題として、「取引相手」についてのみ検討の対象にする[49]。

2.7.5　詐害取引法（「法定詐害」）の機能

以上の詐害取引法は、次のように機能する。エージェンシー問題が発生する状態においては、「債権者」の契約による規律付けのみでは、「債務者」の行動を制限することはできなかった。そこで、「法定詐害」は、「債権者」が契約によって規律できない「債務者」の過剰なリスクテイクによる損失を、取消権を認めることによって「取引相手」に負担させる。このようなルールが所与である世界においては、「取引相手」は、取引の事前に、「債務者」の行おうとする取引を監視し、取り消され得る取引であるならば、取引を回避するようになる[50]。「取引相手」に付き合ってもらえない結果、「債務者」企業は、債務超過時においても、過剰なリスクテイクを行えないことになる。

また、「法定詐害」は、「債権者」の契約による規律付けに委ねられるべき範囲においては、取消権の発動を否定することによって、「債権者」に、契約を行わなかったことによる損失を負担させる。これにより、「債権者」が、その範囲においては、契約による規律付けを行うように仕向ける役割をも担っているといえる[51]。（上図２参照）

こうして、「債務超過」の「債務者」企業における、失われた“株主によるガバナンス”は、「法定詐害」が“行為規範”として機能することによって、債務超過時においても、そのガバナンスの役割が「取引相手」に分担されることにより、回復することになる（その結果、企業は、

[49] 「債権者」については、注39における White と Zaretsky とのやり取りを参照されたい。

[50] 取引相手（受益者）の合意を要さない債務者の利他的な行為については、取引相手に後の取消権の行使を覚悟させることになる。

[51] Reilly, *supra* note 22, at 1249.

過剰なリスクテイクを行うことができない)。実際には、債務者が債務超過になったとしても、ガバナンスが低下して一気に破産 —— 解体清算（piecemeal liquidation） —— に向かうということが抑制されるという風に機能するかもしれない[52]。

ここに、規範理論として、債務者がリスク中立的であるならば採らないような過剰なリスクテイクを行ったならば、速やかに取消権が行使されるように、要件、効果を設定することが至当となる。この点は、後に述べる日本法の分析において得に重要になるので留意されたい。

2.7.6 ルールの持つ社会的な機能

本稿にて紹介してきたアメリカにおける議論（機能的分析）は、特定のルールについて考える際に、そのルールが存在しない世界との比較において、当該ルールによって実現される社会を念頭におきながら、議論を行っていることには留意が必要である。そこにおいては、人々が、特定のルールに反応して行動した結果、社会が望ましいものになっているのか、が重要視されている。このことの意味を、詐害取引法との関係において説明しておこう。

例えば、「債務者」の「債務超過」時には、その「債権者」を保護せずに「債務者」の自由に任せるというルールの下においては、「債権者」は融資時に利息を上昇させることによって対応する。この時、事後的な「債務者」の行動の尊重によって生じる「債務者」「取引相手」の利益は、事前のレベルにおける「債務者」の資金調達コストの上昇と、「取引相手」が行える取引の減少によって、調整（相殺）される。このように、事後的に「債権者」に生じる損失が、事前のレベルにおける「債権者」の利息収入の上昇によって、また、「取引」の減少によって相殺されるのであれば、このルールによって社会に何らかの幸せがもたらせたとは言い難い。他方、事後的に、「債権者」を保護し、「債務者」の自由を制限す

[52] この点については、さらなる積み上げが必要である。すなわち、「債務者」の金融状態の段階に応じて、倒産政策上望ましい債務者の行動を考え、それに資するように詐害取引規制を仕組むということが必要になろう。そのためには、望ましい倒産政策についての議論・詐害取引法によって、特定の行動に仕向けるための要件効果論の更なる深化が必要となる。

るというルールの下においては、「債権者」は融資時の利息を低下させることになる。事後的な「債務者」の行動に対する制限によって生じる損失は、事前のレベルにおける「債務者」の資金調達コストの低下という利益により相殺され、事後的な「債権者」の保護による「債権者」の利益が、事前のレベルにおける「債権者」の利息の低下によって相殺されるのであれば社会においての変化はないように見える。すなわち、事後的に、特定の地位にあるものを保護することが、かかるメカニズムまで考慮すれば、真にそのものの保護になっているとは限らないのである。さらに、事後的な分配のみを取り上げても、「債権者」に取消権を与えることによって、事後的に彼を保護したことにより、「取引相手」がその利益と同じだけの損失を蒙るのであれば何の意味も無い。

すなわち、事後的な分配のされ方（取消しの範囲）を変更した――事後的には誰かが保護されたことによってその者に利益が生じるように見える――としても、利害関係者の事前の行動によって調整が行われた結果、社会的利益の総和が何も変わらないのであれば、そのルールの持つ社会的な意味はあまり大きなものではない[53] [54]。したがって、「債権者」を一定の範囲で保護することにより（あるいは「債権者」に「詐害」は起こらないという信頼を生ぜしめることによって）、社会的な利益の総和にプラスの変化が現れるということを説明することにこそ意味があるといえよう[55]。

ここに、「債権者」を保護することによって如何なる社会的なメリッ

[53] ある種の考え方によれば、パイの大きさが問題である場合には、パイの切り分け方によって、パイの大きさが変わることの説明が無ければ、パイの切り分け方について議論する意味はあまり無い。ただ、そういう問題であることを発見することには重要な意義があると思われる。

[54] McCoid の議論は、事後的にではあるが、この種の考慮を行っている。すなわち、こうである。「債権者」を保護した分、「取引相手」に損失が移転されているのであるから、社会的な総和は変わらないことを前提にして、さらに、その損失負担能力について「取引相手」が「債権者」に劣るものであるのならば、事後的な、社会的利益の総和はマイナスになってしまうのであるから、詐害取引法の存在の合理性は疑わしいものになってしまう、と。

[55] Baird & Jackson, *supra* note 1は、プラスにはならないと論じた（先述）。

トが生じるか、が説明されなければならないことになる。

本稿に紹介した議論によれば、少なくとも「債務者」の過剰なリスクテイクについては、「債権者」を「取引相手」の損失において保護することが、したがって、「債権者」に過剰なリスクテイキングは起こりにくいという「信頼」を与えて契約に当たらせることが、社会的利益の総和を大きくするということになる。なぜならば、事後的に「債務者」に自由を与え過ぎる（過剰なリスクテイクを許容する）ルールは、債務者の価値を下落させ、そして、関係当事者達ならば望むであろうその下落の制限は、当事者の融資時における契約によっては実現され得ないからである。その関係当事者の望みを、詐害取引法という法制度が実現するわけである。「債権者」は、それが社会にとって望ましいと評価される範囲において「債務者」を信頼することができ、自らがそれ以上の債務者の行動の制限を望むならば、「債務者」を規律しなければならないことになる。これによって、事前のレベルにおいては信用調達コストが低下する――信用が拡大する――ことになる。

こうして、詐害取引法は、「債権者」による契約と「債務者」の所有権という「債権者」「債務者」「取引相手」間の社会的分業を実現させるための法技術――「債権者」が「債務者」の資産に対して優先権を持ちつつもその利用法については、タッチできない――によって生じる費用を、「取引相手」の協力によって安価にし、それによって、それによって成り立つ社会的分業を社会にとって有意義なものとして機能させることになる。

2.7.7　詐害取引法の限界

ただし、先に述べた、株主（または、債務者）によるガバナンスを回復させる詐害取引法の役割は完全なものではない。

まず、「取引相手」の損失負担能力は、十分とはいえないので、「債権者」が監視できないリスクの全てを、「取引相手」に移転するというルールは、関係者が望む合理的な詐害取消しルールとはいえないことになる。「債権者」が負担できず、「取引相手」にも負担し得ない損失は、「債権者」に負担させるしかないであろう（取消権の否定）（上図１参照）。なぜならば、「債権者」は、様々な「債務者」に融資を行っているのが通

常であるから、その損失を分散する能力があるといえるからである（先述）。

また、詐害取引法は、「債務者」を、関係者の監視下に置くことにより、「債務者」の過剰なリスクテイクを予防するだけであり、「債務者」の悩ましいリスクテイクを引き起こす原因となる「債務超過」を解消させるわけではない。したがって、「債務超過」の「債務者」の持つ過剰なリスクテイクを行うインセンティブを完全に取り去るわけではない。この状況において、「債権者」は、逐一詐害取引を発見し、取り消してゆかなければならない。「債権者」が、あらゆる詐害取引を発見し証明することや、裁判所があらゆる詐害取引を正確に認定することは不可能であるので、完全に債務者の問題行動を抑止することは不可能となる。

これらの理由により、株主によるガバナンス、すなわち、健全時における債務者企業の意思決定を、完全に、再現することは不可能であり、あくまでも、可及的に健全時における債務者の意思決定を再現するにとどまる。詐害取引法の限界はここにあるということができる。

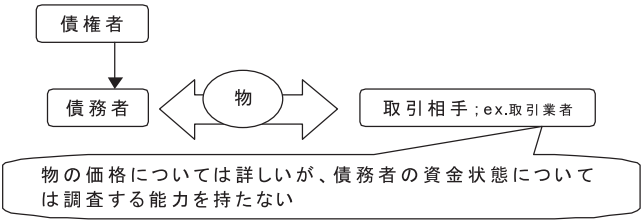
2.8　理論的示唆 —— 合理的な監視の分担 ——「取引相手」の監視能力と選択

先の議論によれば、「債務超過」・「企業価値の下落する取引」である場合においては、「債権者」の契約による規律付けが弱くなるので、「取引相手」に損失を分担させた方が合理的となる。しかし、その命題の妥当性も、「取引相手」の損失分担の能力によることになる（先述）。

そこで、以下においては、「取引相手」の損失負担能力を考えてゆく。今までは、「取引相手」として一律に議論してきたが、取引（ヨリ具体的には、「債務者」企業・「取引」そのもの）に対する「取引相手」の監視能力（取消しによる損失負担能力）も様々であろう。以下においては、企業資産の譲渡を受けるような「通常の取引相手」と、投資銀行のような「債務者」企業のプロジェクトに対して融資を行う「融資の取引相手」を分けて考えることにする。この両者の有する性質の違いは、本稿における議論に本質的な影響を及ぼすからである。

2.8.1 「通常の取引相手」

まず、「通常の取引相手」は、物の取引を生業とするものである。



この者は、相手（「債務者」企業）の「債務超過」という資金状態を調査する能力を有していないのかもしれない。そうであるならば、この者に「債務者」企業の「資金状態」を調査させることは却ってコスト高になってしまう。また、この者は、自己の行う取引が「債務者」企業価値を下落させるか、については、評価する能力を持ち合わせていないであろう。故に、この者は「対価が支払われていること」についてのみ、監視能力があるといえる。この者は、取引を業とする者であるから、取引対象物の価格[56]についてのみ、監視する能力があるといえるからである。しかし、それも、物の市場価格が明らかである取引類型に限ってである。物の市場価格が明らかとならないような場合は、Durrett's Case がそうであったように、バッファを設定する —— 市場価格の70％を下回る対価によって取引されたならば違法とする —— などの工夫が必要であろう。

さらに、「通常の取引相手」は、その監視能力の限界から、「債務者」企業の「債務超過」且つ、「債務者」企業に「対価が支払われていないこと」を「知っていた場合」においてのみ、これを監視・予防し得るといえる。したがって、「知らなかった場合」（「善意 good faith」の場合）においては、この者には、保護を与える必要がある。アメリカ詐害取引法は、このような場合であっても、取引は取り消されるとしながらも、

[56] John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration,* 62 TEX. L. REV. 639(1983)は、「価格」に対する「取引相手」の監視能力は低いので、注意が必要であるとする（先述）。

他方で、取引相手には、取引前の自己の状態に“巻き戻す権利”を与えている[57]。

---

[57] この点は、日本法と異なる点である。日本法においては、取引が詐害取引であることを知らない取引相手は、保護され、その取引は完全に有効になる（民法424条但）。これらのルールの違いは、以下のようなところに現れると思われる。

通常の詐害取引により、資産が流出する場合は、「対価の支払われていない」取引により、その差額が「債務者」の企業価値から失われるのと同時に、流出した資産とその他の債務者企業資産が結びついて生まれていたシナジーまで失われる。このシナジーを取り戻させるためには、取引したものを取り戻せる（原状回復を認める）というルールは合理的であるかもしれない。原状に巻き戻された場合、「取引相手」は、支払った対価については返還される一方、企業は流出の価値のみならず、資産流出によって減少した企業価値までも取り戻せることになる。

例えば、町工場が、その事業にとって重要な機械を二束三文で流出させてしまったような場合を想定すればわかりやすい。この時、工場は、重要な資産である機械を流出させることになるので、その継続企業価値を失ってしまうことになる（工場としての価値が失われ、ただの、土地と建物と、それぞれの資材の価値が存在するのみである）。この場合は、資産の流出行為の取消しを認め、「取引相手」には損失補償として、彼が従前の取引において支払った対価を取り戻すことを認めるというルールは、喪失された継続企業価値を復活させることができる（工場としての価値が復活する）という意味において、合理的であるといえるのである。

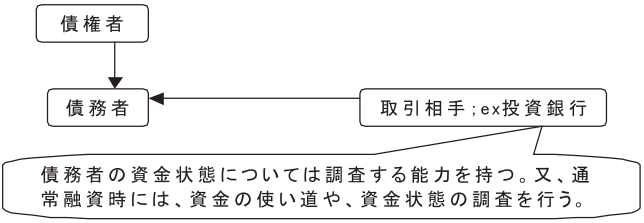
しかし、この補償ルールは、「取引相手」にとっては、不十分である可能性もある。なぜなら、「取引相手」は、支払った対価を取り戻せたとしても、得られたであろう取引対象物を利用した更なる投資機会や、他の機械を購入できたという機会を失っていることになるからである。（その機会費用の補償がなされなければ）完全に取引前の状態に巻き戻す権利を与えられているとはいえないというわけである。（機会費用については、例えば、**太田**勝造（訳）『Robert D. Cooter, Thomas S. Ulen 法と経済学』（商事法務、1997）、**林田**清明『法と経済学（第２版）』at 16（信山社、2002、初出 1997）に詳しい。）

そこで、McCoid, *supra* note 56は、その機会の喪失による損失を補償するために、「取引相手」が「債務者」に支払った対価に対する利息が、「取引相手」に支払われることが必要であると主張する。

しかし、たとえ、「取引相手」は利息を得られるとしてもまだ十分ではない。なぜなら、購入した資産に投資することにより得られる利益（機会の喪失による損失）が、機会費用の補償（取引相手が債務者に払った対価についての利息）以

2.8.2 「融資の取引相手」 —— 商業銀行・投資銀行

それに対して、「融資の取引相手」は、一般的に商業銀行や投資銀行である。



これらの「取引相手」は通常、企業の資金状態について調査することを業としている者である。そして、これらの者は“債権者”としての性質を併せ持つ。すなわち、これらの者の業務は、融資先である「債務者」企業の資金状態を適切に判断することによって成り立っている。これらの者に債務者の監視役を任せれば良いのであるから、したがって、法的には、「知るべきである者」と評価できよう。

さらに、これらの者は、「企業価値の下落」についても安価に監視し得る者であるかが問題にされなければならない。例えば、「融資の取引相手」とされる中でも、商業銀行と、取引全体を支配する投資銀行とではその監視能力に違いがあるやもしれない。

先に紹介したMcCoid論文は、「取引相手」について、一般的に、取消しによる損失負担能力が劣る（あるいは、取引に対する監視能力が劣

上になる場合には、「取引相手」は、取り消された取引によって得られたであろう利益を失っているといえるからである。そうであるとすると、利息程度の損失補償によっては、取引の萎縮効果は取り去れないかもしれない。この点については、日本法は、“取消しの要件”として、「取引相手」（受益者）の悪意を要求しており、「取引相手」が詐害取引について認識していなかった場合においては、取引は完全に有効である（取消しが否定される）としている。これは、この萎縮効果防止効の方がヨリ重視されているルールであると評価できる。ただし、同時に、「債務者」企業の継続企業価値（シナジー）は犠牲になってはいる。

る)、と論じるが、彼の分析の対象となった「取引相手」とは、ここにおける「通常の取引相手」のこと――すなわち、想定されている事案類型は、物の取引――であることには注意を要する。確かに、この者が監視し得るのは「取引そのもの」のみであり、「債務者」の「資金状態」等を調査する能力を有していない。他方、McCoid は、ここにおける「債権者」に関して、損失の負担能力が高い（先述）とし、「債権者」は自己が融資する「債務者」が融資契約を結ぶ“前”に如何なる状況にあるのかについて、その資金状態等を含めて、事前に知っておくのが当然であると論じる[58]。この議論が逆に、この「取引相手」が「金融債権者」である場合における「取引相手」の分析に応用できよう。なぜなら、ここにおける「融資の取引相手（特に、投資銀行)」はまさに、McCoid の議論における「債権者」の性質を有する者である故に、「債務者」の資金状態を監視するノウハウを一般的に有し、且つ、「債務者」がこれから従事しようとするリスクテイクを調査しそのリスクに対して融資を行う者であるとさえいえるからである。

したがって、McCoid の議論によっても「融資の取引相手」は、「債務者」企業の「取引」に対する高い監視能力（損失回避能力）を有しているので、融資の前に、その融資先（「債務者」）が如何なる状態にあるかについて、調査するのが望ましいといえよう。

この能力の差異は、以下のように、その解釈的帰結に現れるかもしれない。「融資の取引相手」は、「債務者」の過剰なリスクテイク（「債務超過」「融資時の企業価値の変動」）について、監視能力があり、また、監視すべきであるといえるので、この者に監視を行わせるという趣旨を実効化させるために、この者は「悪意 bad faith」であると解される余地が、相対的に多いと言い得るかもしれない。この取引相手の側の主観

[58] さらに、McCoid は、「債権者」は、「利息」によって分散するという損失回避手段を有しているのであるから、彼は、「取引相手」ではなく、「債権者」に債務者のリスクテイクの損失を負わすべき（取消権を狭く解釈すべし）と主張する。もっとも、取消しが認容された後、取引相手が善意であれば、取引前の状態への原状回復が認められ、支払った対価の回収を認められるという現行の補償ルールがあるならば、「債権者」に広い取消権を付与しても問題はないとも論じている。

要件である「good faith」も、その事案類型を構成する間接事実 —— すなわち、取引類型 —— により、その射程距離が異なることになるわけである。

2.8.3 「取引相手」の選択 —— transferee or conduit

以上によれば、債務者の行動の監視を、問題となる行動の項目毎に、「債権者」「取引相手」の関係者に、合理的に分担することによって、信用を維持するというのが現代における詐害取引法の役割であった。ここにおいての思考の手順は、「取引相手」「債権者」の存在を前提に、各当事者を分析し、取り消し得るか否かを判断するというものである。

しかし、「現代取引」（ストラクチャード・ファイナンス）の場合においては、この理論を応用する必要がある。なぜならば、「取引」に多様な「取引相手」の候補が参加しているので、そもそも、如何なるものが「取引相手」であるかが不明であるからである。そこで、先の理論を導きとして、「取引相手」の候補に法的評価を加えて、「取引相手」として選択することになる。この文脈において、存在意義に関する議論を、理論化すれば、詐害取消法理は、取引類型における債務者のリスクテイクについて、債権者達が望むようなものか否か —— 典型的には、過剰なリスクテイク（経営的に無関心な行動）ではないか —— について、最安価な監視者を探し出す法理であるということになる。すなわち、最も取引全体を監視し易い者を「取引相手」として決定することになるわけである。そこにおいては、「債務者」と「取引相手」の間に入り込む法形式上の関係当事者は、詐害取引との関係においては導管体 conduit として、無視されることになろう[59]。ただし、現代取引においては、更なる問題が残されている。すなわち、複数の取引相手が選択される場合においては、その関係が問題となる[60]。この問題は、残された問題として

[59] アメリカの判例においては、詐害取引法を、形式ではなく実質を見る法理であると評価する言説が繰り返されるわけであるが、日本においても、古くから、同様の議論が行われている（後述、石坂論文）と評価できる。

[60] Baird, *supra* 5において、未だに解決されていない問題として、指摘されている。

おく。

ともかくも、この「取引相手の選択」理論は、詐害取引法が、古来より新しい取引に対して、法の網を拡張し規整する役割を担ってきていることによっても基礎付けられるかもしれない。詐害取引法は、伝統的に、客観性をある意味犠牲にして、「現実の詐害 actual fraud」を残し、新しい取引に対する威圧の機能を維持してきた。また、先の詐害取引法を基礎付ける理論においても、次々に生まれる新しい取引によって生じる費用を債権者の契約（自己責任）に委ねさせないように誘導することにこそ意味があった[61]。この観点からすれば、詐害取引法は、明確性を後退させても、当時、社会が予測していない新しい取引に対して、一般的に法の網を拡張してゆく旨を宣言することによって、取引社会を威圧し、発展する取引社会を規整していると評価できよう。この結果、取引社会は、取引を複雑化することによっては法の網からは逃れられないことを悟り、その複雑化に要する費用（社会的費用）を省くことができる[62]。

---

[61] Zaretsky は、債権者が、次々と生まれ来る新しいスキームを全て予測できないことが、詐害取引法を基礎付ける一つの理由であることを明示している。そこには、そのような、新しいスキームについて、債権者が予測し契約しなかったから、取り消し得ないと判断するのではなく、新しいスキームについて「取引相手」がその採算性を監視し得たか否かについて、一度判断するという思想が見て取れる。

[62] Baird, *supra* 5, at 22にも同趣旨と見られる記述がある。 Baird は取引の形式のみに焦点を当てるルールは、単に、利害関係者をして、その形式の変更をもたらしめるだけであると述べる。この取引スキームの複雑化は、社会にとってコストそのものであるといえよう。したがって、コストをかけて取引を複雑化することによって「債権者」から利益の移転を狙う行動を、“一律に禁じる”ほうが社会にとっては望ましい。このことは、日本法を分析する**金本**良嗣＝**藤田**友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』191頁（東京大学出版会、1998）224頁において、事前規制によると「規制を回避する手段を工夫することが比較的容易になってしまう」と述べる趣旨と同じであろう（あらかじめ違法の形式が特定されているとそれを抜けることも容易になるということを述べるのであろうから）。

3　要件論

詐害取引法（「法定詐害」）の重要な目的の一つは、典型的にはエージェンシー問題による過剰なリスクテイク（企業価値の下落）を監視・予防するという役割を合理的に、利害関係者（「債権者」「債務者」）に分担させることにより、この問題に対処をすることであるといえる。そして、この存在意義を実効化するように各要件（効果も）は解釈されなければならない。以上の存在意義に関する議論を要件論に引きなおすと、こうである。

① 「transfer」については、債務者の意思決定による行動の全てである。債権者の保護に着目した場合、詐害取引法の存在意義は、債権者と債務者の仮定的な契約を再現することにあるので、この契約になじむ債務者の意思の現われは、詐害取引法の規整に服することになる。したがって、債務者の意思の現われであるリスクの引受けについては、問題なく、審査の対象になる。

② 「insolvent」は、債務者の意思の歪みが発生する状況である。すなわち、理論上は、「債務超過、または、債務超過に近い状態（確率的に債務超過になる場合[63]）」であり、「取引時点」の「債務者」

[63] ただし、Douglas G. **Baird**, Elements of Bankruptcy, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 159. は「債務者企業が健全であっても、株主が過剰なリスクテイクのインセンティブを有することがある」としながらも、その場合には債務超過の基準を満たさないので取り消し得ないとする（もし、債権者は、取り消したいと考えるならば、契約によって規律しなければならないとする）。例えば、「企業が債権者に対して10ドルの負債を負っているとする。ある資産は10ドルの現金で、他の資産は10分の１の確率で101ドルが当たる宝くじ（期待的利益は10ドル以上）である。」というような場合である。続けて、「もし、この時、企業が現金を10ドルの配当に利用することを決定したならば、企業はまだ健全である」とする。

他方、Delaware 州が、債務者企業の経営者が株主に対する忠実義務を、債権者のために拡張する要件として定めている「債務超過に近い状態 vicinity of insolvency」の基準について、Schwarcz は、「忠実義務の拡張法理」を、エージェンシー問題を解決する手段であると位置付けた上で（後述）、厳密に言えば、「結果的に債務超過になる contingent Insolvency」場合に、過剰なリスクテイキングは発生するのであるから、この時点において忠実義務は拡張すると議論

の「期待的な」資金状態が問題にされなければならない。この状況があれば、「債務者」（株主）は、損失を「債権者」に対して「外部化」する能力を有する（ガバナンスが失われる）ので（引当資産の価値を下落させるような）行動を行う可能性が高まる[64]。

注目すべきことは、理論上、「債務超過」の解釈として、その時期を一歩前にずらすべきことが示唆されることである。その理論に基づいて、実際の適用上の利便性から「債務超過」を考えることになる[65]。アメリカ詐害取引法において、債務超過は、資産と責任の差（バランスシート・テスト）によって判断されるが、その作業は継続企業価値に基づいて柔軟に判断されることになっている[66]。このように債務超過は、詐害取消法理の存在意義によっ

している（Steven L. **Schwarcz**, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors,* 17 CARDOZO L. REV. 647 (1996)）。ただし、Schwarcz は、経営判断原則の適用を主張し、経営者の責任追及については（濫用の場合にのみ責任を負うというように）謙抑的である。

こうしてみると、両者共に、「後知恵」的なルールによる、行動の萎縮を恐れて、法制度の適用についての権抑的であろうとするが、その心配を解消するための法的構成については若干の差異があるようである。（Baird は、債務超過を厳密に理解するが、Schwarcz は債務超過を拡張的・規範的に捕らえる。ただし、Baird は、如何なる取引に対しても「現実の詐害 actual fraud」の適用は肯定し、その伝統的な要件の適用によって「法定詐害」の不備を補うことを示唆する一方で（*Ibid,* at 162においては、「現実の詐害」によって一般的に債務者の望む規整が具現化される旨が示唆されている）、Schwarcz は債務超過の基準は緩めても経営判断原則の適用によって法制度の実際の発動に絞りをかけるので、結果的には、両者の論者の見解は、結論において均衡が取れているといえる。）

[64] Reilly, *supra* note 22; **Baird**, *supra* note 63, at 158-159は、「対価の要件に、債務超過 Insolvency の要件を付け加えることによって、債権者に、株主が彼らの意思決定が自己に内部化されない取引だけを取り消させることを確保できる」とする。

[65] 結果、「債務超過の時期」をずらさないという結論が採用されることもあるだろう。なぜならば、実際、この時期の判別は非常に難しいものになるからである。

[66] BRIAN A. **BLUM**, BANKRUPTCY AND DEBTOR/CREDITOR, Fourth Edition（ASPEN,

て解釈されるべき規範的な概念となっている[67]。さらに、この前倒しの思想の現われとして、企業債務者については、不合理に少ない資本 unreasonable small capital（４条(a)(2)(i)）という先の「債務超過」に関する考え方を具現化した要件が存在する。

当初の資本充実が緩められている社会に置いては、資本維持規制として機能する詐害取引法の活動が盛んになることが示唆され

2006), at 78, Baird, *supra* note 63, at 158.

Insolvency は、UFTA の２条に規定される。そして、Insolvency の意味は、責任 liability が資産 asset を超えることである（balance sheet test）。ちなみに、資産には差押え禁止資産は入らない（１条(2)）。そして、資産の算定には公正な評価が必要とされる。

他方、債権者が、先の意味における債務超過を証明できない時には、債務者がその満期時に自己の負債を支払わないであろうことを証明すれば良いとされる（２条(b)；equitable test）。（以上、Blum, *Ibid*, at 78）

そして、公正な評価の基準であるについて、Baird は、以下の問い――「健全な買い手が、適切な時期に企業の資産と責任を全てひっくるめてプラスの価値を支払うか？（Covey v. Commercial National Bank, 960 F. 2d 657（7th Cir. 1992））」――に答えなければならないという。

[67] ただし、前注63において既に先述したように、Baird, *supra* note 63が主張するような「債務超過」を厳密に理解した上で、そこから漏れる債務者の問題行動を「現実の詐害」によってカバーするという解釈は十分にあり得る。本稿においては、差し当たり、結果的に、何れかの要件が適用され規整されることが確認されれば、何れの要件によって処理されるかについては、あまり重要視しない。それは、本稿が日本法への解釈を導くために分析を行っていることによって正当化される。日本法においては、後に述べるように、「詐害」要件について、解釈によって導かれた「債務超過」「対価の不均衡」という「法定詐害」と類似の要件と、それを緩める総合考量説という「現実の詐害」と似た機能を持つ要件とが存在する。これは、「法定詐害」と「現実の詐害」に対応するものであり、且つ、日本における解釈においては、アメリカにおけるようにその法的効果について差異がない（アメリカにおいては「法定詐害」の成立は強力な「詐害」の推定をもたらす）。したがって、アメリカにおいて「法定詐害」「現実の詐害」何れかの要件で処理をしているならば、日本法にとっては示唆があることになる。ただし、日本においても、今まで「債務超過」「対価の不均衡」の要件のみで処理してきた解釈的な路線に対して、反省を迫るという意味において、この問題はさらなる検討を要することになろう。本稿においては、この問題を残された問題とする。

る。

③　「公正な対価 fair consideration」、「合理的に均等な対価 reasonably equivalent value[68]」については、こうである。「通常の取引相手」に対しては、「取引時」に「取引の対価が支払われていること」である。他方、「融資の取引相手」に関しては、「融資時に」「期待的な利益」の基準にて、「当該融資が利用されるプロジェクト」により「債務者価値が下落していないこと」である。ただし、取消権を基礎付けるためには「融資の取引相手」が当該「取引」を支配できる立場になければならない。

④　①②③より、「債務者」健全時における、「債務者」に対して「対価が支払われていない」取引は、それによる損失を「債務者」（株主）が全て吸収するので経済的には望ましい取引である（株主は損失外部化能力を有さない）。この取引によるリスクは、「債権者」の契約によって規律し得る。したがって、この場合、意思の歪みが生じているとはいえず[69]、したがって、「債権者」に取消権を付与する必要はない。

⑤　「取引相手」の抗弁である「good faith」についてであるが、「通常の取引相手」に関しては、「知らなかったこと」である。

「融資の取引相手」については、「知るべきであるのに知らなかった場合」には、「bad faith」と解釈されるべきである[70]。後者の取引相手に関しては、ヨリ良く債権者達が望む債務者の行動について監視し得るからである。そして、現代的には、後者の類型 —— 債務者が取引相手から金融を受ける —— の重要性が増していることも確認しておかなければならない。また、「裁判所」の能力も関係してくる。

⑥　複数の関係者が参加する現代取引においては、「取引相手」は、

---

[68] 「fair consideration」は UFCA、「reasonably equivalent value」は UFTA である。

[69] ただし、前注63。

[70] 主観要件は、間接事実の評価によって認定されるので、ここでも規範的な判断が行われて、「知るべきだったのに知らなかったので bad faith である」と解釈され得る。

現代取引に関与した関係者の中から、上記の趣旨を最も体現し易いものを「取引相手」として選択することになる。ただし、その際の関係者間の調整については問題が残されている。

⑦　詐害取引法は、現在・将来の債権者達が望む仮定的契約の現われであった。ここから、その強行法規性が導かれる。すなわち、集合的契約である故に、簡単に解除できず、その取消しの程度についてデリケートにならなければならなくなる。しかし、逆に言えば、以上の理由は、強行性を解除する理由も与えてくれる。すなわち、現在・将来に債権者が入れ替わることもなく、債権者達が同意を与えるのならば、個別的に詐害取引法の解除が許されるのかもしれない。

また、仮定的な「契約」になじまないような行為（債務者の意思によらないもの）については、詐害取引法の適用が排除される余地がある。

4　詐害取引法と周辺の法理・倒産法制との接続

4.1　詐害取引法と周辺の法理

以上に、アメリカにおいて、機能的に分析を行う学説を、学説史的に紹介しつつ「法定詐害」の存在意義に関する議論を分析してきた。それによると、詐害取引法は、債権者が望むように債務者の行動を規整 —— 現代においてその典型は過剰なリスクテイクの防止であろう —— し、信用社会を維持するための制度として位置付けられていることが確認された。

しかし、過剰なリスクテイクに対して、手当てを行っているとみることができる法理は詐害取引法のみではない（下図参照）。例えば、「法人格否認の法理 piercing the corporate veil」は、株主が過剰なリスクテイクを行った場合、その限りにおいて、「有限責任」を、「無限責任」に切り替えることによりこの問題を緩和する。すなわち、エージェンシー問題とは、株主が有限責任制度に守られ責任を負わないこと[71]を原因とし

[71] Frank H. **Easterbrook** and Daniel R. **Fischel**, The Economic Structure of Corporate Law (1991); Reilly, *supra* note 22はモラルハザードの一種として説明をする。また、**宍戸**善一＝**常木**淳『法と経済学』（有斐閣、2004）60頁も同じ。

て発生するものであった（先述）ので、過剰なリスクテイクが起こった場合、この法理により、有限責任制度を部分的に解除して、株主が責任を負うとすればこの問題を緩和することができる、というわけである[72]。また、「忠実義務 fiduciary duty 拡張の法理」[73] [74] [75]は、取締役が通常株

---

[72] 金本＝藤田・前掲書注62，**小林**秀之・**神田**秀樹『法と経済学入門』（弘文堂、1986）170頁，**藤田**友敬「株主の有限責任と債権者保護」法学教室223号（1999）24頁等

[73] 直接企業の意思決定を行う取締役は、健全時には（会社法の規律により）、株主の利益を最大化する義務を負わされている（忠実義務）。しかし、エージェンシー問題は、株主の利益を最大化する決定を取締役が実行することによって起こる問題であり（先述）、この株主に対する忠実義務もエージェンシー問題を加速させてしまう。そこで、債務超過企業の取締役は、この「忠実義務」を債権者に対しても負うという形に拡張すべきであるという議論がなされることになる。取締役に債権者に対しても配慮を行わせることによって、企業価値の最大化に向かわせる（エージェンシー問題を緩和に導く）ことができるというわけである。（Laura **Lin**, *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors's Duty to Creditors,* 46 VAND. L. REV. 1485（1993）; Schwarcz, *supra* note 68; Thomas A. **Smith**, *The Efficient Norm For Corporate Law : A Neo Traditional Interpretation of Fiduciary* 98 Mich. L. Rev. 214（1999）; Frederick **Tung**, *Limited Liability and Creditor's Rights : The Limits of Risk Shifting to Creditors,* 34 GA. L. REV. 547（2000）; Alon **Chaver** and Jesse M. **Fried**, *Managers's Fiduciary Duty Upon the Firm's Insolvency : Accounting for Performance Creditors,* 55 VAND. L. REV. 1813（2002）等。なお Smith はこの問題を前提にしながら、経営者は株主や債権者に対してではなく企業に対して忠実義務を負うべきであると主張する。）

[74] Schwarcz, *supra* note 68, at 669-677は、経営者の「忠実義務 fiduciary duty」を債務超過の前の段階（vicinity of insolvency）で、債権者に対しても負うとして拡張した代表的事例である Delaware 州の判例；Credit Lyonnais Bank Nederland, N. V. v. Pathe Communications Corp., Del. Ch., C. A. No. 12150（1991）の解説と批判を行っている。彼は、忠実義務の拡張を認容した Delaware 州裁判例に対して、拡張の一般論は是認しながらも、「後知恵」が起こってしまうルールになっていることを指摘し、経営判断原則の適用を主張する。

[75] 金本＝藤田・前掲書注62，200頁，藤田・前掲注72，24頁は、日本法においても、商法266条ノ3（現行429条）は、解釈の仕方によってはこのような（忠実義務拡張）機能を果たすとしている。

主に対して負っている忠実義務を、「債務超過」の状態に限って「債権者」に対してまで負うという風に拡張する法理である[76]。さらに、いわゆる「倒産法における（株主への）再分配」[77]も、エージェンシー問題を弱める力を有する。しかし、何れの法理も完全ではない[78]。

---

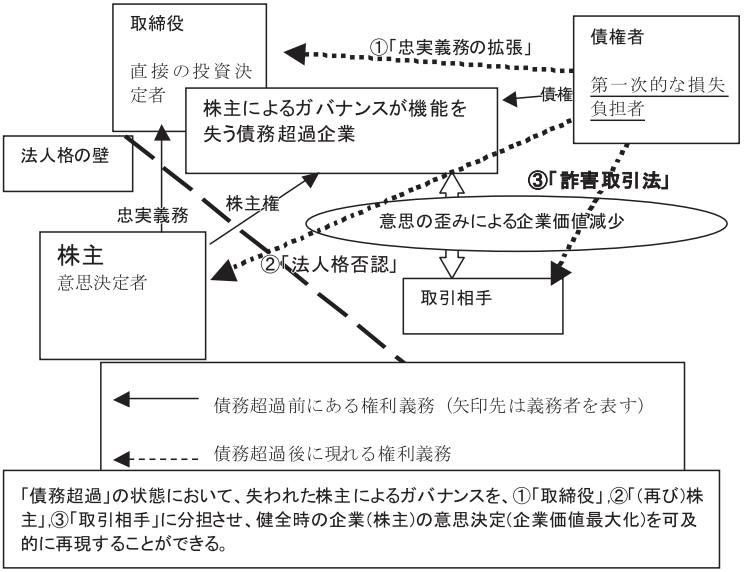
[76] また、取締役は、取締役市場における自己の商品価値を高めるために、自ずと、「債権者」に対して気を配る行動を取ることも考えられる。

企業は、企業価値を最も高めることができる取締役を取締役市場から調達し、取締役会を構成しようとする。その際に、企業が、「債務超過になった場合は、株主を優遇する（過去に優遇したことのある）人間」を取締役に選任した場合には、その企業に融資を行おうとする「債権者」は、融資先が債務超過になった場合の回収が見込めなくなるので、利率を高く設定する可能性がある。こうして、企業にとって、そのような取締役を選任すれば、資金調達コストが上昇することになるので、このような“過去のある”取締役を選任することを控えることになるかもしれない。そうであれば、取締役は、市場における評判 reputation を気にして行動することになり、市場によって“過去がある”と評価されないように、特別な法規制を設けずとも、関わっている企業が債務超過になった場合においても、「債権者」に対して気を配る行動を行う可能性がある。

[77] 倒産手続における分配は、基本的に、絶対優先ルール（absolute priority rule）という分配ルールにしたがって行われる。このルールによれば、自己より優先権が上位の者が完全に弁済されるか、その者が合意するかしなければ、分配を受けることができない。この絶対優先ルールを歪め、このルールの下においては上位の債権者に分配されるはずの利益を、下位の株主に対して再分配することを「倒産法における再分配」という。その他にも、実体法における権利が忠実に執行された場合には与えられるはずもない利益を、倒産手続において、株主に与えることも「再分配」には含まれる。例えば、非効率ではあるかもしれないが企業を継続させることを認めること等がその例である。現行の連邦倒産法においても「再分配」が行われていると評価されている。

この「再分配」は、株主に、過剰なリスクテイクを控えさせ、早期に倒産手続を申立てさせる機能を持つ（Michele J. **White**, *The corporate bankruptcy decision,* 3 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES (1989)）。なぜならば、株主は、倒産手続において認められるはずの「分配」を減らさないように、倒産前において慎重に行動し、その分配が確保されてあるのであれば、倒産申立てに対して臆病にならずに済むからである。

[78] まず、「法人格否認 piercing the corporate veil」は、有限責任制度を破壊しかねないので、制限的な適用が望まれている。有限責任制度のうまみに関しては、金本＝藤田・前掲書注62を参照されたい。また、この法理については、株



図：「エージェンシー問題」と「詐害取引法、及び周辺の法理」

主の有する資産が有限である以上、株主の過剰なリスクテイクによって（債権者に対して）外部化された損失を再び（株主に）内部化させる機能にも限界がある。

そして、忠実義務に関しても、取締役の資産が有限である以上、限界があるといえる。忠実義務に関しては、Schwarcz, *supra* note 68に詳しい。また、取締役の市場に任せる方法も、取締役が大株主であるような場合があり、十分に機能しない（Barry E. **Adler**, *Bankruptcy and risk allocation,* 77 CORNELL. L. REV. 439(1992), at 449-450, n34)。さらには、倒産法における「再分配」も完全にエージェンシー問題を取り去るわけではないし、「再分配」を過度に認めると、債務超過より以前の段階において、株主の過剰なリスクテイクが見られるようになる（Adler, *ibid,* at 463; Michael **Bradley** & Michael **Rosenzweig**, *The Untenable Case for Chapter* 11, 101 Yale L. J. 1043(1992)。すなわち、直感的に説明するならば、「再分配」ルールの下における株主は、「万が一倒産したとしても、倒産手続内で保護されるのであるから、緩慢な経営を行っても問題は無いであろう」という意識を持ち経営に携わってしまうわけである。Adler や Bradley & Rosenzweig らは、倒産の多くは、現行倒産手続における「再分配ルール」すなわち、倒産法によって引き起こされていると指摘して、それらを改善する倒産手続（chameleon equity model, contingent equity model）を提案する。

詐害取引法は、これらの周辺の法理と協働しながら「債務超過」の「債務者」による過剰なリスクテイクを規整しているとみることができる。本稿においては、詳しくは述べることができないが、これらの法理について、エージェンシー問題を解決するためのものとして位置付けた上で、日本法の分析を行っているものもある[79]。このように、詐害取引法を含めた様々な制度が、同じ目的 —— 社会的分業の規整 —— を有する法理として接続されることになる（下図参照）。この議論については、2章において詐害取消法理が担ってきた「社会の変容」を規整するという役割から、さらに一定の積み上げを行うことができると考える（4章）[80]。

4.2 詐害取引法と倒産法制

本稿においては、その問題解決法として、「債務超過」の「債務者」企業の行動を、「債権者」・「取引相手」に監視させ、健全時における（ガバナンスの効いた）企業行動を再現させるアプローチ[81]を紹介し、それにしたがって「法定詐害」の各要件を解釈するという要件論を紹介した。

ただし、詐害取引法の持つ、典型例として債務者の意思の歪みの解決という目的自体は正当なものだとしても、本稿にて紹介したような形によって ——「健全状態の企業の意思決定を再現するアプローチ」やそれに従った詐害取引法の要件論によって —— 企業価値の最大化を目指すことが真に望ましいことであるかは、なお倒産法や実体法政策（信用秩序）に関する議論として詰めなければならない[82]。

---

79 金本＝藤田・前掲書注62。

80 それを加味するならば、本文図のようにはならずに、これらの応用領域における法理を詐害取引法理が背後から支えていると評価し得る。

81 債務者企業価値最大化アプローチと同義。

82 この観点に立てば、本稿において紹介した「企業価値の最大化」ではなく、理論的には、「債権者価値の最大化（債権者の期待的回収額最大化（Lin, *supra* note 73参照））」を目指すルールの設定もあり得る。ここにいう「債権者の価値最大化アプローチ」とは、「合理的な対価 reasonably equivalent value が支払われているという」要件の判断基準を債務者企業の価値の上昇に置くというものである。これは、健全時における企業株主が行うであろう投資決定（企業価値を上昇させる投資決定）を、その企業が債務超過になった場合においても

再現させるものである。

債権者の価値最大化を目的とする取消権の行使をみとめると、企業価値最大化を目的とする場合よりは、取消の範囲は大きくなる。例えば、以下の例を考えるとわかりやすい。企業に50の資産があり、負債は60であるとする。企業の眼前には、50の資産を、1％の確率で6000にし、99％の確率で0にするプロジェクトがある。このプロジェクトの期待的利益は、60（計算式；0.01×6000）である。この時、債権者にとっての期待的利益は0.6（計算式；0.01×60）である。企業価値を最大化させるためにはこのプロジェクトを行うべきである（債権者がリスクを制限したければ融資時に契約により規律しなければならない）が、債権者価値を最大化させるためにはこのプロジェクトは行うべきではない（取引が行われなければ、債権者は50の利益を確保できる）。よって、このプロジェクトは、企業価値最大化アプローチを採った場合の詐害取引法によっては、取り消され得ない（リスクの制限は契約にゆだねられる）、一方、債権者価値最大化アプローチをとった場合には、取り消され得ることになる。このように、債権者価値最大化アプローチをとると理論上、取消権の射程は広くなる可能性がある。

この「債権者の期待的利益最大化」アプローチは、一見すると、文字通りの「債務者企業」の価値最大化はもたらさない。だが、「債権者の期待的利益を下落させる」取引を禁ずるアプローチを採用したとしても、倒産処理を通すことにより最終的には、「企業価値の結果的な上昇」に繋がるかもしれない。なぜなら、「債権者の利益の最大化」を目指し、広く取引を取り消す詐害取消しルールによっても、株主が、もしプロジェクトを続けたいのであれば、利害関係者（「債権者」と「融資の取引相手」）間で、交渉し、そのプロジェクトが合理的なものであるならば、実行されるかもしれないからである（その再交渉の結果、「債権者」はプロジェクトの実効を許可することと引換えに新たにプロジェクトの成果から利益を配当される合意をするかもしれない）。もっとも、Baird & Jackson, *supra* note 1の指摘したような、広い取消しルールによる問題（取引を行うことができなくなる）を解決しなければならないであろう。例えば、詐害取引法によるリスクテイク制限を部分的に解除する仕組みが必要なのかもしれないが、こうして、債権者に強力な交渉決裂オプションを与えておけば、事後において望ましい交渉が促進されるかもしれないし、事前においては信用調達コストを低下させることができるかもしれない。（その際には、私的整理や、私的整理と法的倒産手続を組み合わせたものが重要な役割を果たすであろう。私的整理の現代的な重要性については、**高木**新二郎「私的整理の過去・現在・未来」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』（2006）29頁参照。）ともかくも、結果、「債権者の利益最大化」によっても、契約や企業の再編（再交渉）

以上に、「法定詐害」の適用の可否についての議論において現われた「債権者保護法としての詐害取引法の存在意義」の分析により、①「詐害取引法」と「周辺の法理」が、社会的分業における問題を解決する法理であるとして接続され、さらに、②「詐害取引法」と「倒産法制」が、その問題を如何に解決するのが望ましいのか、という視点により接続されることを見てきた[83]。

5　総括

3章においては、存在意義に関する議論と、それが要件・効果論を導く様子を概観した。ここにおいて、まず、重要なのは、その具体的な帰

を通して企業価値の上昇に繋げることができる可能性がある。

また、「債権者の利益最大化」により（「債務超過」企業の取引を広く制限することにより）、「債務者」企業の追加的取引を防止し、倒産や私的整理等の企業再編に向かわせ、「債務者」による問題行動を引き起こす構造的な原因となる「債務超過 insolvent を解消」する方が合理的であるかもしれない。先に説明した再交渉は、それを早期にもたらすかもしれない。その方が、エージェンシー問題による悩ましいインセンティブを根本から消滅させることができる上に、企業の構造の再編により、「企業価値最大化」にも向かわせることができるかもしれない。一例を挙げれば、「債務者」に対する追加的な融資を断つことにより、法的倒産手続を申し立てさせ、「債権者」を株主に再編（Debt-Equity-Swap）することにより、「債権者」の利益が元本と利息に限られていることによって発生する、“債権者が企業価値の最大化に関心を示さない問題”も解決できる。

このような解決が可能かどうかは、倒産法の問題として、さらに議論されなければならないだろう。ここにおいては、問題の指摘のみにとどめる。また、White, *supra* note 76のモデルは、融資を行う者の担保融資を認めることにより、いつまでも非効率な経営が継続してしまうことを示している（融資者は、融資先が非効率な経営を行っている“法的に倒産すべき”企業であったとしても、担保権の設定を受ければ貸し付けてしまうからである）。担保権の詐害取引法による否定や、この融資者に高度な注意義務を課すことにより、債務者の倒産手続開始申立てに関する意思決定に影響を与えることができることを示しているといえるだろう。もっとも、この論文は詐害取引法についての論文ではないのでこの論文の意味付けは本稿筆者の解釈によるものである。

[83] 同様の視点は、**森田**修「債権回収法講義」法学教室 No285, 66, No286, 88 (2004) にもみられる。

結というよりも、詐害取引法の要件・効果についての解釈論が、“詐害取引法の存在を基礎付ける信用にとっての望ましさ”に沿って行なわれなければならないことである。以下に、本章における到達点と、残されている問題を確認しておこう。

①詐害取引法は何故存在するのか、という問いに対する答えはこうである。契約によっては対処できない債務者の行動（典型的には、分業によって生じる債務者の意思の歪み）に対して、信用社会が望む制度的な手当て（仮定的な契約を与える）を行い、信用秩序 —— それは融資前の債権者達の利益によって代弁される —— を維持するために詐害取引法理は存在する。

②存在意義を実行化たらしめるための手段として、「債権者」に取消権を与えることになる。これにより、債権者の契約による規律付けに委ねられないことによる債権者の損失を、取引相手に負担させることになる。その結果、債務者に対する取引前の監視を行わせ、債務超過債務者において構造的に発生するガバナンスの低下を回復させることになる。実際上は、債務者の資金状態が悪化した際に、そのガバナンスが低下し、解体清算に向かってしまうことを阻止できるかもしれない。

③その規制の程度も、以上の存在意義 —— 理論 —— よって決まることになる。

まず、詐害取引規制の合意による解除は難しいので、適切な程度の規制でなければならない。そこで、規制されるべき債務者の行動とは、信用社会（債権者・債務者・取引相手）が規制を望むであろうものであり、典型的には、過剰なリスクテイキングであった。ただし、それは債権者達が望む債務者の行動規制であるのだから、エージェンシー問題の規制のみに留まらないことには留意が必要である。そして、新しい取引に対しても、以上の理論によって規整し得ることになる[84]。

④次に、理論の実行、すなわち、実際の詐害取引法の適用に際しては、事後的に取引を審査するという制度の仕組み上、「取引相手」・「裁判所」の能力を考えなければならなかった。その要素に関係のある、「取引類型」

[84] ただし、先述したように、「法定詐害」によってその規整を行うのか、「現実の詐害」によってその規整を行うのかについては議論が分かれている。

や、「企業価値の評価基準の開発状況」、「裁判所のビジネス判断の仕組み」等が影響してこよう。

⑤それによれば、取引相手の監視能力が強力な場合(「融資の取引相手」のような場合)においては、取消しを積極的に基礎付けることができ、逆に、取引相手の監視能力がさほどでもない場合(物の取引相手のような場合)には、取消しは許容されない。以上の理論をさらに進めて、詐害取引法は、債権者達が事前に「債務者」に望む行動 —— その典型は、債務者のリスク中立的な行動である —— からの逸脱を最も合理的に監視できる者を「取引相手」として、その者に対して、「債権者」をして、取消権を行使せしめることになる。

これによれば、当初の MBO をはじめとした現代取引に対して詐害取引法を適用する際の法的問題である、誰を相手に取り消しを行使し得るか、如何なる場合に取り消し得るかに対して答えることができる。

まず、取消しの相手方についてであるが、最も詐害取引を監視し易い者を「取引相手」として、その者に対して取消権を行使させれば良い。次に、如何なる場合に取引を取り消し得るかであるが、それは、債務者が過剰なリスクテイキングをはじめとした債権者達が望まない債務者の問題行動を行った場合である。要件論については、既に述べたが、さらなる検討が必要であろう(「債務超過」を規範化するか、現実の詐害により対処するかである)。

⑥他方、裁判所の判断能力の不十分さは取引の萎縮を生む。これは、適切な取引まで取り消してしまう恐れもあり、取消し否定の方向に働く。ただし、これらの要素を改善するメカニズムがあるならばこの限りではない。

⑦以上の議論は、債務者が企業と自然人とにかかわらずに応用可能である。3章において見てきたものは、企業の構造に典型的に生じる「債権者－株主間のエージェンシー問題」を念頭においた説明であるが、ここにおいて問題となっている債務者による「意思の歪み」は、その「場面」が「企業」でなくても起こり得るということには留意しておかなければならない。すなわち、企業における株主でなくても、債務者が債務超過でその資産が既に潜在的には「債権者」のものになっている状態においては、過剰なリスクテイキングや経営無関心を行なうことが合理的

である場合が多い[85]。こうして、企業債務者における説明は、そのまま自然人の債務者においてもあてはまることになる。

この債務者による詐害の問題は、ヨリ一般化するならば、「債務者」に所有権（使用・収益・処分権）を与えることによって、物や資金についての運用を委ね、「債権者」はその債務者の能力に対して融資をすることができるが債務者の処分にはタッチできないというような、「債権者」「債務者」「取引相手」間における社会的分業を可能とする法技術によって必然的に生じる問題である。この問題を、純粋に債権者の契約のみによって規律させ、放置するならば、債権者によって規律することができない部分についてまで債権者の負担に委ねることになることから、かかる分業のメリットを相殺してしまいかねないことになる。ここに、詐害取引法の存在が正当化されることになる。エリザベス法以来の詐害の類型の多くは――少なくとも、「債権者」として金融債権者を念頭に置く限りは――この理論に包摂されることになろう。

企業債務者や、株主というものは、単に、その古典的な分業の問題のヨリ現代的な現われに過ぎないことになる（ただし、問題となる債務者の行為――債務者のリスクの選択――が企業債務者との関係において生じる故に、企業の文脈において、ヨリ問題が生じるということになる）。

⑧そして、信用秩序を統括する倒産法制の影響を受ける。これは、倒産外の段階から、倒産時にかけて、連続的に、債務超過の債務者をコン

[85] 自然人について、この分析が応用できる旨を明示するものに、金本＝藤田・前掲書注62，193頁，藤田・前掲注72，22-23頁がある。例えば、債務者が、債権者により資金調達を受けているような場合、破産免責や民事再生上の債務の再編を背景にしてリスクテイク（ギャンブルを行って一発逆転を狙う行動等）が発生する。これが自然人によるエージェンシー問題である。ただし、自然人の債務者を念頭におく場合は、そこに加えて、別の考慮も必要となる。例えば、債務超過の債務者による教会への寄付や、楽しみとしてのギャンブル等は、自然人の場合に、ヨリ許容されるであろう。これについて、Reilly, *supra* note 22, at 1247は宗教上の寄付やギャンブルを（対価が十分に与えられているとして）許容する判断をしているケース（In re Chomakos, 69 F. 3d 769 (6th Cir. 1995)）を例に挙げて説明している（ただし、日本においてこのような感覚は存在しないかもしれない）。これは、後に、５章で扱う。

トロールする詐害取消しルールが望まれていることと、そこにおける議論が信用によって基礎付けられていなければならないことを意味する。以上が債権者保護法制としての詐害取引法、すなわち、法定詐害の存在意義に関する説明とその示唆である。

論　　説

インサイダー取引規制に関する研究(3)

―― 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、59巻5号）
第四章　中国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　旧中国時代の証券法制（1949年まで）
第二款　新中国時代の証券法制（1949年から）
第一項　証券法におけるインサイダー取引規制の立法

第二項　刑法におけるインサイダー取引規制の立法
第三款　小括
第二節　インサイダー取引の規制目的
第一款　証券法の目的規定
第二款　刑法の犯罪客体論
第三款　民事責任に関する特別規定
第四款　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　証監会
第二項　行政罰
第三款　刑事規制
第四款　小括　（以上、本号）
第五章　検討
第六章　おわりに
参考資料

第四章　中国におけるインサイダー取引規制

「改革開放」の国策とグローバル経済の潮流とがあいまって、中国経済は計画経済から市場経済へと急激に変化してきている。同時に、「経済犯罪を中心とする犯罪が激増し，また新たな犯罪類型も登場している」[1]。インサイダー取引がその一例である。

[1] 野村稔＝張凌「中華人民共和国新刑法（1997年）について」比較法学32巻2号（1999）189頁。

第一節　インサイダー取引規制の歴史的展開

近代中国史における証券の誕生および証券法制の状況・背景などについて、建国（1949年10月1日）を境に、「旧中国時代」と「新中国時代」に分けて見ることにする。前者について、さらに「清王朝時代」（1644年～1912年）[1]と「民国時代」（1912年～1949年）[2]に細分化する。

第一款　旧中国時代の証券法制（1949年まで）

古い中国では、「重農軽商」[3]の思想が長期にわたって受け入れられてきた。それゆえ、商事立法においては、極めて遅れていた[4]。

（1）近代中国史における最初の証券取引活動は、駐中する外国企業により率先して行われた。アヘン戦争[5]における清王朝の敗北により、五

---

1 「清王朝時代」について、その全体を扱わず、主に19世紀中葉以降を中心とする。

2 民国とは、中華民国の年号である。その初期の政府は、中国北部を拠点とする「軍閥」らによりコントロールされていた北京政府（1912年～1928年、北洋政府ともいう）である。北京政府の時期におけるトップ争いが激しく、事実上混乱状態であった。1926年８月から1928年12月にかけて、蒋介石が主導する「北伐」により北京政府が崩壊され、代わりに国民党により、南京で南京政府（1928年～1949年、南京国民政府ともいう）が樹立された。その後、蒋介石が率いる国民党は毛沢東が率いる共産党との内戦（1927年～）で敗れ、台湾に渡り現在に至る。

3 「重農軽商」とは、字義通り、農業を重んずる一方、商業を軽んずるという儒教思想である。しかし、1840年のアヘン戦争勃発から、19世紀末にかけて「重商」の思想は高まり、欧米諸国と商取引を行うべきであると提唱する有識者まで現れ、商業を根本とする社会思想が主流になった。

4 徐学鹿．商法――公司、股票、債券的基礎理論与実務［M］．北京農業大学出版社，1991．21．徐学鹿．改革開放中的商法理論与実践［M］．中国法制出版社，1991．１．趙万一主編．証券法学［M］．北京：中国法制出版社，1999．27［汪世虎］．

5 「アヘン戦争」とは、1840年から1842年にかけて、清王朝によるアヘン輸入禁止に対して、イギリスがしかけた侵略戦争である。この戦争では、清王朝が敗れ、1842年８月29日、広州・福州・廈門・寧波・上海の開港および香港の割

つの港が開港させられ、中国に進出した外国企業とともに、株式制度やその取引も順次に中国に伝わり、外資によってさまざまな株式企業が設立され、西洋の企業形態が持ち込まれた。株式会社はいわば「舶来品」である[6]。その後、「洋務運動」[7]が推進される中、1872年、北洋通商大臣[8]命令で立ち上げられた上海輪船招商局[9]は、近代中国史上中国人により設立される株式会社の第一号ならびに中国人により発行される株式の最初の一枚の誕生を象徴するものであった。その後、1878年に開平鉱務局と上海機器織布局、1882年に中国電報局と上海機器造紙総局などが相次ぎ設立された[10]。そして、1910年には、学識者兼政治家の梁啓超が論文を発表し、世間に株式会社の必要性を力説した[11]。

株式会社の設立は保険、鉱業、紡績、通信などの分野にも波及し、華商の参入も相継ぎ、19世紀80年代初頭になると、華商による証券の発行は相当な規模になっていた。しかし、証券の取引は特定な場所で行われることもなければ、取引に関する取り決めもなかった、主に親戚や友人・知人同士などの間で行われていた。証券の発行数の増加や証券を所持する者の増加につれて、常時かつ効率的な取引形態の必要性が顕著になり、証券会社の誕生は必然な趨勢となった[12]。1882年９月27日・28日、二日

譲などを内容とする「南京条約」がイギリスとの間に締結させられた。

6 張春廷．中国証券市場発展簡史・清朝晩期［J］．証券市場導報，2001，４月号：37．鄒進文．近代中国的股份制［J］．歴史档案，1995，第３期：100．

7 「洋務運動」とは、清王朝がアヘン戦争の敗戦から教訓を得て、19世紀60年代、70年代に行われた近代化運動で、有力な漢民族官僚である曾国藩・李鴻章・左宗棠・張之洞らが運動の推進者として知られている。「洋務運動」の趣旨として、西洋から進んだ科学技術（軍隊組織・機械工業）を導入することによって、清王朝衰退の回復および国力の増強を図るものであった。

8 当時の通商大臣は李鴻章（1823年～1901年）であった。

9 上海輪船招商局は、「洋務運動」の推進派である李鴻章が、欧米列強による中国海運業界の支配を打破するため、清王朝の融資を受け上海を本拠地とする船舶運輸を業とする官営事業である。

10 匡家在．旧中国証券市場初探［J］．中国経済史研究，1994，４期：27．

11 梁啓超．敬告国中之談実業者［A］．新會梁啓超任公．飲氷室合集：文集第７冊［C］．上海中華書局印行，1941．113－122．

12 張春廷．中国証券市場発展簡史・清朝晩期［J］．証券市場導報，2001，４月号：37－38．

にわたって申報[13]において、「上海平準証券会社告知」[14]および「後続・平準証券会社規約18項目」[15]が掲載されたことは、近代中国史における中国人による最初の証券会社の設立を意味するものであった。

1891年、イギリスの証券商人により、上海股份公所（1905年、上海衆業公所に改称）が設立され、これは最初の証券取引所であった[16]。1904年に梁啓超による証券取引所構想、1907年に上海の商人である袁子壮・周舜卿・周金箴などによる日本式証券取引所の創設が提唱されたが、いずれも清王朝に重視されず却下された[17]。そして、1914年、上海の商人らは自ら資金を出し合い、北京政府農商部の承認を得て、上海にて股票商業公会を創設し、取引市場も設けた。これは中国人による最初の証券取引商の組織であった[18]。

1904年１月21日、清王朝は商事立法を行い、欽定大清商律を施行させた。本法では、合資会社や株式会社などの設立や運営などのほかに、株式に関する規定も置かれたが、もっぱら発行市場に関するものであった。

このように、中国にける証券および取引は「無」から「有」へと変貌を遂げたが、それを規律する専門な証券法規の制定はなされていなかったようである。

(2) 清王朝時代に取って代わり民国時代に入ると、証券取引活動が一段と活発になり、法整備も積極的に行われた。

中華民国の樹立後、北京政府（1912年～1928年）は民間投資による新規事業を促進し、商工を保護・奨励する一連の法規定を打ち出した。時期に

---

13 申報とは、1872年、上海で中国茶の貿易を営むイギリス人商人の F. Majer が、本業の不況からの脱却を図るため創刊されたもので、第二次世界大戦中に日本軍部に接収されたが、1949年５月27日、上海解放に伴い停刊となった。創刊当初、地方紙にすぎなかったが、1880年には中国全土をカバーするようになり、中国を代表する新聞の一つとなった。

14 上海平準股票公司叙 [N]. 申報, 1882-9-27.

15 接録平準公司章程十八則 [N]. 申報, 1882-9-28.

16 趙万一主編. 証券法学 [M]. 北京：中国法制出版社, 1999. 27 [汪世虎].

17 張春廷. 中国証券市場発展簡史・清朝晩期 [J]. 証券市場導報, 2001, 4月号：40.

18 趙万一主編. 証券法学 [M]. 北京：中国法制出版社, 1999. 27－28 [汪世虎].

して、第一次世界大戦（1914年８月～1918年11月）が勃発し、西洋諸国は戦争に明け暮れ、対中輸出が減少する一方、中国の商工業界に商品の輸出を求めるようになり、これが北京政府の方針と合致し、多くの新規事業を誕生させた。このような社会背景は、証券市場の形成と発展にとって大きな契機となった[19]。

実業家の張謇が農商大臣となると、積極的に証券取引所の設立を推し進め、1914年12月29日、近代中国史上最初の国家レベルの証券法規として、証券交易所法が制定された。翌年５月25日、証券交易所法施行細則も制定された。証券交易所法は簡素なものにすぎなかったが、何十年の証券取引の実践と経験を総まとめしたものとして、それ以降の証券法制にとって大きな意味を有していた[20]。地方では、1949年４月に中国人民銀行天津支店による管理証券交易暫行弁法の公布や、同年５月に証券交易所営業簡則などの公布があった[21]。

1918年６月５日に北京証券交易所が設立され、1920年７月１日に上海証券物品交易所、同年11月に上海華商証券交易所が相次ぎ設立された。三つの取引所の設立は、中国における証券取引が、昔の相対取引の時代から、組織化された証券取引市場取引の時代に突入したことを意味する。上海証券物品交易所の高い収益率に誘われ、取引所および取引所と綿密に関係する信託会社の設立も相次ぎ、1921年の終わり頃には、上海だけでも、設立された取引所が140社あまり、信託会社も12社ほどがあった。その破竹の勢いで、地方でも、漢口・天津・広州・南京・蘇州など、取引所52社ほどが設立された[22]。

その後、南京政府（1928年～1949年）は証券交易所法を改正し、交易所法に改題したのちに、1929年10月３日に公布翌年６月１日に施行させ、同年に交易所法施行細則も公布させた。1935年４月27日、交易所法が再度改正されたが、インサイダー取引に関する処罰規定は依然としてなかっ

---

19 張春廷．中国証券市場発展簡史・民国時期［J］．証券市場導報，2001，５月号：45.

20 符啓林主編．中国証券交易法律制度研究［M］．北京：法律出版社，2000．15.

21 趙万一主編．証券法学［M］．北京：中国法制出版社，1999．30［汪世虎］.

22 顧肖栄主編．証券交易法教程［M］．法律出版社，1995．23－24．張春廷．中国証券市場発展簡史・民国時期［J］．証券市場導報，2001，５月号：46－47.

た[23]。

1930年に施行された交易所法により、上海証券物品交易所の証券部門が上海華商証券交易所に吸収合併され、のちに国際的にも有数の大規模な証券取引所となった。しかし、抗日戦争（1937年７月～1945年８月）の勃発により、各地で証券取引所の廃業が相継ぎ、北京証券交易所から改称した北平証券交易所も、1939年に廃業となった[24]。こうして、中国における証券取引の最初の繁栄期に幕が閉じた[25]。

第二款　新中国時代の証券法制（1949年から）

インサイダー取引[26]に関する法整備は、最初から法律の形で打ち出されておらず、まず暫定条例や規定または弁法[27]で試行させ、一定のノウハウや経験が蓄積されてから、総まとめを行い、下位法から上位法への格上げを経て、法律として施行された。そうした手法は経済立法においてよく採られている。

インサイダー取引の規制には、行政法規としての証券法および刑事法規としての刑法の二方面から行われ、「二段構え」の規制構造が構築されている。以下では、それぞれの立法過程や背景を概略する。

第一項　証券法におけるインサイダー取引規制の立法

建国後40年間あまり、証券に関する法整備は皆無であった。その理由について、①国債の発行は久しく中断されていた[28]こと、②当時の中国

---

[23] 祝二軍．証券犯罪的認定与処理［M］．北京：人民法院出版社，2000．391－392.

[24] 張春廷．中国証券市場発展簡史・民国時期［J］．証券市場導報，2001，５月号：49.

[25] 張舫．証券上的権利［M］．北京：中国社会科学出版社，1999．13.

[26] 中国では、内幕交易というが、内部者交易・内部人交易・内幕人交易または知情交易ともいう。

[27] 「弁法」とは、規定・規則の意味である。

[28] 中国では、「国債」のことを「国庫券」と呼ぶのが一般的である。その発行

では、国有企業や公的な団体所有の企業形態が殆どであり、運転資金はすべて国家予算などのよって賄われていたこと、③1980年、「改革開放」の国策が打ち出されるまで、私企業の経営が禁止されていたこと（私企業の経営が労働者に対する搾取行為であると受け止められていた）、が考えられる。

1986年８月、瀋陽市信託投資会社は率先して債券の店頭取引業務を開始した。同年９月、中国工商銀行上海信託投資会社は株式の委託取引を始め、これは中国における最初の株取引の仲介機構であった。そして、1990年12月、全国証券取引自動相場システム（略称STAQ）が正式に運用され始め、同年12月19日と翌年７月３日に、上海証券取引所および深圳証券取引所は設立された。こうして、新中国における証券市場は形成された。そして、証券市場の形成と発展において、法による規律が強く待ち望まれた[29]。

1990年10月12日、新中国における最初の証券法規として、証券会社の管理に関する暫定弁法〔証券公司管理暫行弁法〕（以下「90年暫定弁法」という）が中国人民銀行[30]により施行された[31]。90年暫定弁法では、初めてインサ

について、中国政府が「対内債務を有せず、対外債務を有しない〔既無内債又無外債〕」の政策を提唱していたため、1981年７月の発行再開までは、22年間も途絶えていた。

[29] 趙万一主編．証券法学［M］．北京：中国法制出版社，1999．30［汪世虎］．

[30] 中国の中央銀行である。

[31] 90年暫定弁法の立法根拠について、本法１条に「証券経営機構の管理を強化するため、『中国人民共和国銀行管理暫行条例』に基づき、本法を制定する」と規定されているように、その立法根拠は、「中国人民共和国銀行管理暫行条例」（1986年１月７日に公布・施行され、2001年10月６日に失効（「中華人民共和国人民銀行法」・「中華人民共和国商業銀行法」・「違法金融機構および違法金融業務活動取締弁法」に取って代われている）。以下「86年暫定条例」という）に基づかれている。立法権限に関して、86年暫定条例５条では、次のように規定されている。

86年暫定条例５条：中国人民銀行は、国務院が指導・管理する全国金融事業の国家的機関であり、国家の中央銀行であり、以下の職責を全面的に履行すべきである。

(1)　全国の金融事業の方針・政策を研究・草案し、採択された後にそれを施行すること、

イダー取引に関する規定が設けた。本法17条では、「証券会社は、相場操縦、インサイダー取引、詐欺その他の株価に影響を与え利益を受ける行為をしてはならない」とする禁止規定が置かれたが、インサイダー取引に関する行為概念や構成要件もなく、極めて抽象的なものにすぎなかった。

それから、1992年頃に、証券法の立法に向けての作業が開始された[32]。1992年８月、全国人民代表大会（以下「全人代」という）[33]において、「経済立法の作業ペース加速」の決定に基づき、第８期全人代財経委員会等は証券法起草部会を設立し、証券法の起案作業に着手した。当部会設立後、証券取引に関する海外の法規を研究するとともに、上海、深圳、香港等の証券市場の現地調査も行った。「証券法は、詳細に規定すべき、ザル法であってはならない」とする立法方針は、第３稿において議論されたものである。そして、第５稿において、①投資家および債権者の適法な権益を保護するとともに、社会経済秩序を維持し、社会主義市場経済の健全な発展を促進することを証券法の目的とすること、②株式、社債お

⑵　金融法規を草案すること、
⑶　金融業務の基本ルールを制定すること、
⑷　貨幣の発行をコントロールし、流通を調整し、安定を維持すること、
⑸　貯蓄・貸借の利息を管理し、人民元対外貨の為替レートを制定すること、
⑹　国家の信託計画を編成し、信託資金を集中管理し、国有企業の流動資金を統一的に管理すること、
⑺　外貨・金銀を管理することおおび外貨・金を備蓄すること、
⑻　専業銀行およびその他の金融機関の設立・撤廃合併を審査・批准すること、
⑼　専業銀行およびその他の金融機関の業務を指導・管理・協力・監督・検査すること、
⑽　国庫を運営管理し、国債の発行を代理すること、
⑾　企業の株式・債券などの有価証券を管理し、金融市場を管理すること、
⑿　国家を代表し、関係する国際的な金融活動に従事すること。

[32] そのきっかけは、1992年初頭に、いわゆる「南巡講話」において、鄧小平元国家主席が、株式制を実験的に社会主義経済（とりわけ国有企業改革）に導入すると提唱したことにある。同年６月に開催された全人代常務委員会委員長会議において、正式に証券法の制定に着手することが決定された。

[33] 日本の国会に相当する。

よび国務院が法令に基づき認可されたその他の有価証券を、証券法の適用範囲とすること、③監督管理機関に関して、国務院証券監督管理機構（証監会）は、証券市場に対し集中かつ統一的な監督管理を行うこと、が話し合われた。1998年12月、第９期全人代第５回会議において、再度の改訂が加えられ、同年12月29日、八つの基本原則[34]に立脚する証券法が可決・公布され、翌年７月１日に施行された[35]。その後、2004年８月28日に改正が加えられ、さらに、2005年10月27日に大改正を経た証券法が改めて公布され、翌年１月１日に施行された[36]。

90年暫定弁法の後、1993年４月22日国務院による公布・施行された株

---

[34] 李飛「中国の証券法」奥島孝康教授還暦記念論文集編集委員会編『比較会社法研究――奥島孝康教授還暦記念・第１巻――』（成文堂、1999）739～740頁は、「証券法はその一連の規定のもとで以下に記す重要な原則を確立している。第一に、証券の発行および取引活動は、公開、公平、公正および誠実信用の原則を実行する。第二に、証券活動の主体は法律上の平等な地位をもち、自由意思、有償原則により取引を行う。第三に、証券の発行および取引活動は、法律および法規を遵守し、法による運営を原則とする。第四に、投資者の合法的利益を保護し、特に中小投資者に対する保護を重視する。同時に、投資者が自ら投資リスクを負担すべき原則を堅持する。これにより広汎な投資者にリスク意識を確立させ、慎重に投資を行わせる。第五に、インサイダー取引、証券市場価格操作および投資者の欺罔などの違法行為を禁止する。第六に、法律に従い証券市場に対する監督管理の原則を堅持する。同時に、監督管理部門も法により運営し、法律執行の透明度を高め、大衆による監督を受けさせるようにする。第七に、証券市場の各分野において、各関係機関および各部門はそれぞれ法定職責を厳格に履行しなければならず、各自が責任を負う原則を堅持する。第八に、厳しく違法行為を懲罰し、市場の秩序を維持し、金融市場のリスクを防止する原則を堅持する」とする。

[35] 岩原紳作（監修）＝張紅「中国証券法の公布について（上）」国際商事法務27巻３号（1999）254～256頁。

[36] 大改正の理由について、「経済および金融体制の改革の深化，市場経済の発展，とりわけWTO加盟が実現したことによって，中国の証券市場それ自体に大きな変化が起き，証券の発行・取引およびそのガバナンスに関して数多くの新しい問題が生じたため，証券法はもはやこうした変化や問題に対応できなくなったのである」（周劍龍「証券市場の健全化を目指す　中国証券法の大改正」ビジネス法務６巻３号（2006）77頁）とされる。

式発行および取引管理に関する暫定条例〔股票発行与交易管理暫行条例〕(以下「93年暫定条例」という)において、初めてインサイダー取引の定義などが明確にされ、行政責任規定も設けられた。

93年暫定条例72条では、「①内部者または不法な手段を用いて内部情報を取得したその他の者は、内部情報を漏洩し、内部情報に基づき証券を取引し、または他人に証券の取引を勧奨した場合、情状に応じて、不法に取得した証券と不法利得を行政的没収[37]するほか、5万元以上50万元以下の過料を併科する。②証券業従事者、証券業管理者または国家によって証券の取引が禁止されているその他の者[38]、本法に違反し、直接あるいは間接的に所持または取引した場合、法により所持する証券を期限内に売り出すように命ずる以外、情状に応じて、警告、不法利得の行政的没収、5千元以上5万元以下の過料を単科するあるいは併科する」と規定されている。

93年暫定条例には、概括的にすぎるという欠陥があり、それを補完し、なおかつ規制力を強化させるため、1993年9月2日、国務院証券委員会(以下「証券委」という)により、証券詐欺行為を禁止する暫定弁法〔禁止証券欺詐行為暫行弁法〕(以下「93年暫定弁法」という)が公布・施行された[39]。

アメリカ法の不正流用理論が参考された[40]93年暫定弁法4条では、「①内部者が内部情報を利用し証券を売買する行為、あるいは内部情報に基づき他人に取引することを勧める行為、②内部者が他人に内部情報を漏

---

37 中国法では、行政法および刑法にそれぞれの没収制度が存在し、違法行為や犯罪行為の財物を執行対象にしている。行政法上の没収は「財産罰」であるのに対し、刑法上の没収は「財産刑」の一種であり、付加刑として科される。規定上、単に「没収」としか記されていないが、本稿では、明瞭性を考えて、それぞれを「行政的没収」と「刑事的没収」と記することにする。

38 ここでいう「国家によって証券の取引が禁止されているその他の者」について、93年暫定条例より後に制定された「証券市場禁入暫行規定」(1997年3月3日、証監会が公布・施行、現在失効。後続法として、新たな「証券市場禁入暫行規定」が、2006年6月7日に証監会により公布され、同年7月10日施行されている)に規定する証券市場への参入が、一時的あるいは永久的に禁止されている者のことと同視できるものか否かは、定かではない。

39 馬松建. 証券期貨犯罪研究 [M]. 鄭州:鄭州大学出版社, 2003. 141.

40 鄭順炎. 証券内幕交易規制的本土化研究[M]. 北京:北京大学出版社, 2002. 56.

洩し、他人に当該情報を利用させ取引させる行為、③非内部者が正当でない手段あるいはその他の方法を用いて内部情報を取得し、当該情報に基づき証券を売買する行為、若しくは他人に証券の取引を勧める行為、④その他のインサイダー取引行為」との四つに類型化されている。インサイダー取引行為における三つの構成要素、すなわち、ⅰ）行為主体の範囲（93年暫定弁法６条）[41]、ⅱ）内部情報の範囲（同法５条）[42]、ⅲ）行為の態

[41] 93年暫定弁法６条：この弁法にいう内部者とは、発行人の証券を保有し、若しくは発行人あるいは発行人と密接な関係を持つ会社における取締役、監査役、高級管理職員を担当することにより、またはその会員としての地位、管理上の地位、監督上の地位および職業上の地位により、若しくは被雇用者、専門顧問として職務を履行することにより、内部情報に接触し、あるいはそれを取得することができる者をいい、次の各号に掲げる者が含まれる。

⑴　発行人の取締役、監査役、高級管理職員、秘書、タイピストおよびその他の職務の履行を通じて内部情報に接触し、あるいはそれを取得することが出来る者、

⑵　発行人が招聘する弁護士、会計士、資産評価者、投資顧問などの専門家、証券経営機構の管理者、営業者およびその他の業務により内部情報に接触し、あるいはそれを取得する可能性のある者、

⑶　法律または法規の規定に基づき、発行人に対して一定の管理権および監督権の行使が認められる者、これには、証券監督管理部門および証券取引所の職員、発行人の主管部門および審査認可機構の職員ならびに商工、税務などの関係する経済管理機構の職員などが含まれる、

⑷　本人の職務上の地位、発行人との契約関係あるいは業務上の連絡により内部情報に接触し、あるいはおれを取得する可能性のある者、これには、新聞記者、刊行物編集者、ラジオ局の司会者および編集印刷者などが含まれる、

⑸　その他、合法なルートを通じて内部情報に接触する可能性のある者。

[42] 93年暫定弁法５条：①この弁法にいう内部情報とは、内部者が知悉し、いまだ公開されていない、かつ、証券市場価格に影響を及ぼす可能性のある重大な情報をいう。

②前項の重大な情報には、次の各号に掲げるものが含まれる。

⑴　証券発行人（以下「発行人」という）が重要契約を締結し、当該契約が会社の資産、負債、権益および経営成果の中の１項目または複数の項目に対して顕著な影響を生ずる可能性があるもの、

⑵　発行人の経営政策または経営範囲に重大な変化が生ずるもの、

⑶　発行人に重大な投資行為または金額が比較的に大きい長期資産購入行為が生ずるもの、
⑷　発行人に重大な債務が生ずるもの、
⑸　発行人が期限の到来した重大債務を償還することはできない違約状況、
⑹　発行人に重大な経営上の、または非経営上の欠損が生ずるもの、
⑺　発行人の資産が重大な損失を被るもの、
⑻　発行人の生産経営環境に重大な変化が生ずるもの、
⑼　証券市場価格に対して顕著な影響をもたらす可能性のある国家政策の変化、
⑽　発行人の取締役会長、３分の１以上の取締役または代表取締役社長に変動が生ずるもの、
⑾　発行人の在外で発行された普通株の100分の５以上を保有する株主について、当該銘柄の保有の増減変化が１回につき当該銘柄の株券の在外発行総額の100分の２以上に達する事実、
⑿　発行人の配当、株式利息分配または増資・株式拡大計画、
⒀　発行人に係わる重大な訴訟事項、
⒁　発行人が破産または清算の状態に入るもの、
⒂　発行人の定款、登録資本および登録住所の変更、
⒃　発行人に支払能力がないため、支払いが拒否された者の流動資金の100分の５以上に相当する大口の銀行不渡りが生ずるもの、
⒄　発行人がその会計監査を行う会計士事務所を変更するもの、
⒅　発行人の債務担保の重大な変更、
⒆　株券の２次発行、
⒇　発行人の経営用主要資産の抵当、売却または廃棄が１回につき当該資産の100分の30を超えるもの、
(21)　発行人の取締役、監査役または高級管理職員の行為が法により重大な損害賠償責任を負う可能性があるもの、
(22)　発行人の株主総会、取締役会または監査役会の決定が法により取り消されるもの、
(23)　証券監督管理部門が発行人の支配株式権を有する大株主がその株式を譲渡することを禁止する旨の決定をするもの、
(24)　発行人による買収または吸収合併、
(25)　発行人の合併または分割、
(26)　その他の重大な情報。

③内部情報には、公開された情報および資料を運用して、証券市場について行う予測および分析が含まれない。

様（同法４条）のうち、特に、iii）行為の態様に関しては、内部情報の漏洩行為および勧奨行為も規制対象とされている。行政責任規定について、自然人主体は同法13条[43]、法人主体（発行者に限る）は同法14条[44]にそれぞれ設けられた。

1998年12月29日、93年暫定弁法４条の体裁や内容が引き継がれた上で、同法13条および同法14条を吸収した形で、証券法202条が制定された。

第二項　刑法におけるインサイダー取引規制の立法

旧刑法（1979年７月６日公布・翌年１月１日施行、現在失効）には、インサイダー取引に関する刑事責任規定がなかった。1990年代半ば、新たな経済犯罪が顕著になるにつれて、インサイダー取引罪の新設も学会の議題として取り上げられるようになり[45]、ほぼ同時期に、新刑法の制定作業も進められていた。

改正刑法草案第２稿（1995年８月８日）では、「第十二章　有価証券の管理を危害する罪」が新設され、その中にインサイダー取引の禁止規定が初めて設けられ、インサイダー取引行為・内部情報漏洩行為・勧奨行為の三つの類型が規制対象とされた。第３稿（1996年８月31日）において、法人主体に関する条項が加えられ、二段階の法定刑（「犯情が重大である場合」とその前段階の場合）も制定された。一方、第４稿（1996年10月10日）では、勧

---

[43] 93年暫定弁法13条：①内部者および正当でない手段あるいはその他の方法を用いて内部情報を取得したその他の者は本法に違反し、内部情報を漏洩しあるいは内部情報に基づき証券取引を行い若しくは他人に証券の取引を勧奨する場合には、状況に応じて、不法に取得した金員およびその他の不法利得を行政的没収し、かつ５万元以上50万元以下の過料に処する。

②内部者は内部情報を漏洩した場合には、前項の規定に基づき処罰されるほか、国家の他の関係規定による責任追及がなされるべきである。

[44] 93年暫定弁法14条：発行者は証券の発行においてインサイダー取引を行った場合には、状況に応じて、警告を与える、不法に調達した金員の返還を命ずる、不法利得を行政的没収する、罰金、停止または証券発行資格の取り消しに処し、若しくはこれを併科する。

[45] 高銘暄，趙秉志編．新中国刑法立法文献資料総覧［M］．北京：中国人民公安大学出版社，1998．3039，3048．

奨行為が削除され、それ以降、インサイダー取引行為と内部情報漏洩行為の二つの類型だけが規制対象とされた。第５稿（1996年12月20日）では、内部情報および内部者の定義（但し、「内部情報を知る者」についてのみ）が提示されたが、第６稿（1997年２月17日）では、それらが他の法源に準拠するとなり、また、二段階の法定刑の対象も「犯情が重大である場合」および「犯情が特に重大である場合」に改められた（法定刑は据え置き）。当初（第３稿・第４稿・第５稿・第６稿）において起草されていた法人に対する明確な罰金額の算定方式が最終案（第７稿、1997年３月１日）になると、抽象的な規定に変更された[46]。

新刑法が施行される（1997年10月１日）まで、インサイダー取引･内部情報漏洩・勧奨行為について、いくつかの行政法規や地方条例に制定されていたことは前述の通りである。「しかし、それらのものは、行政法規や地方条例であったため、インサイダー取引・内部情報漏洩に対する刑事責任を規定できず、それゆえに、講ずるべき制裁ができなかった」[47]。また、「中国経済の改革開放につれて、多くの新たな経済犯罪が現れた。旧法の経済犯罪に関する規定は、すでに発展した社会の求めに適応しなくなっている」[48]ため、旧刑法の改正が何よりも急務とされた[49]。

---

[46] 各改正刑法草案（第１稿～第７稿）について、趙秉志主編．新刑法全書［M］．北京：中国人民公安大学出版社，1997．1682－1850を参照されたい。第２稿から第７稿までの関係条文の邦訳について、参考資料を参照されたい。

[47] 馬克昌．論内幕交易、泄露内幕信息罪［J］．中国刑事法雑誌，1998，第１期：26.

他方、趙秉志主編．新刑法全書［M］．北京：中国人民公安大学出版社，1997．682にも同旨の見解が見られる。

[48] 張和伏「中国における刑法の改正」国際商事法務25巻５号（1997）504頁。

他方、周振想．中国新刑法修改：進歩与規範（下）［J］．中国律師，1997，第７期：26にも同旨の見解が見られる。

[49] 新刑法各論に新設された「第三章　社会主義市場経済秩序を破壊する罪」において、①不良品や偽造品の製造および販売の罪、②密輸の罪、③企業、会社の管理秩序に対する妨害の罪、④金融管理秩序に対する破壊の罪（インサイダー取引、内部情報漏洩が含む）、⑤金融詐欺の罪、⑥税金徴収に対する妨害の罪、⑦知的財産権に対する侵害の罪、⑧市場秩序に対する混乱の罪、の八つの「節」に分かれて規定が置かれている。

1997年の法改正では、個別の法規・条例を「大刑法典」に吸収させ[50]、インサイダー取引に関しても、新しい罪として刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］において、明確に規定された。こうして、中国では、行政規制としての証券法と刑事規制としての刑法の二方面から、インサイダー取引に対する「二段構え」の規制構造が構築された。さらに、証券法76条［内部情報利用の禁止］３項[51]において、インサイダーの賠償責任が明記され、また同法232条［民事賠償責任の優先］[52]において、損害賠償請

第三章の立法背景について、異なった二つの背景があるとされている。第一の背景として、①市場経済への変貌につれて、計画経済体制を基礎とする旧刑法規範の機能が失われていること、②市場経済の新体制において、経済の主体は国有企業から私企業へ変化し、私企業に対する営業活動の妨害や企業固有財産の侵害などの行為に対し、旧刑法では対応できないこと、③旧刑法の遅滞によって、制度上一定の真空状態が生じ、犯罪者に一定の空間やチャンスを与えたこと、が挙げられている。第二の背景として、①市場経済には通常存在する市場主体がほぼ登場し、さまざまな問題点も明るみとなり、こうした状況が、行為に対する是非・善悪の判断や非難程度の裁定などについて、客観的基準を示してくれたこと、②改革開放につれて、立法機関は、常に、特別刑法あるいは附属刑法の形式で、旧刑法の不備を補ってきており、刑法改正のための立法および司法上の経験・ノウハウが蓄積できたこと、が挙げられている。第三章が新たに立法されたことによって、遅れていた刑事立法が、改革された経済に追いついただけでなく、市場秩序の全面法制化の重要な契機となった（何秉松，呉学艇．市場秩序全面法制化的一個重要契機――簡評新刑法破壊社会主義市場経済秩序罪――［J］．中国工商管理研究，1997，第７期：12）。

他方、旧刑法全体の改正理由について、小口彦太は、「1979年刑法を改正する理由として，①79年刑法典制定以降の大量の単行刑法の新刑法典への組み込み，②抽象的で原則的内容にとどまっていた規定の明確化，③外国の先進的立法経験にもとづき，人権保障機能をも兼備するといったことが挙げられているが，計画経済から市場経済への移行にともなう犯罪類型の変化という事情も，このたびの刑法改正の重要な要因をなしたことはいうまでもない」（小口彦太「中国における刑法改正について――罪刑法定原則の採用を中心にして――」比較法研究60号（1998）181頁）と分析している。

[50] 王雲海「中国刑法改正の到達点およびその問題点」法律時報69巻７号（1997）45頁。

[51] 条文について、本章第四節第一款を参照されたい。

[52] 条文について、本章第四節第一款を参照されたい。

求に寄与する「民事賠償責任最優先の原則」が打ち出されるなど、最終的には、三方面による制裁体系が完備されることとなった。

新刑法では、当初、インサイダー取引罪の構成要件に関して、例えば、インサイダー取引、内部情報、公開等について、具体的に示されていなかった。そのため、証券法が施行されるまでの２年近くは、運用にあたって、93年暫定条例および93年暫定弁法に頼らざるを得なかった[53]。その後、刑法における解釈の具体化作業を担った証券法[54]が、1999年７月１日に施行された。このように、インサイダー取引を規制する刑法規定および証券法規定は、いずれも異なる時期に93年暫定条例や93年暫定弁法などの行政法規を基礎として立法化されたものであり、相互に緊密に関連しているといえる。

旧刑法を大改正する当時では、中国の先物取引市場がまだ模索の段階にあり、国策も明確ではなければ、先物取引に対する行政管理規則もなかった諸事情から、先物に係わるインサイダー取引の刑事規制が新刑法に盛り込まれなかった[55]。1999年６月２日公布・同年９月１日施行された先物取引管理に関する暫定条例〔期貨交易管理暫行条例〕（以下「99年先物暫定条例」という、現在失効。後続法として、2007年３月６日公布・同年４月15日に先物取引管理に関する条例〔期物交易管理条例〕が施行されている。以下「07年先物条例」という）において、先物に係わるインサイダー取引の行政規制について、同法11条[56]に禁止規定が置かれ、同法61条[57]（07年先物条例73条[58]）に行政責任規定が

---

[53] 王占州，林葦．関于内幕交易、泄露内幕信息罪的幾個問題［J］．貴州省政法管理幹部学院学報，2000，第２期：21.

[54] 例えば、改正刑法草案第２稿（1995年８月８日）では、「第十二章　有価証券の管理を危害する罪」が新設された際、本章の新設は主に証券法草案および実務における司法解釈などに基づいていると、特別に冒頭で明記された。

[55] 郎勝主編．中華人民共和国刑法新注［M］．北京：中国法制出版社，2002．228－229.

[56] 99年先物暫定条例11条：先物取引所に勤務する者は、忠実に職務を履行すべき、仕方の如何を問わず、自己のため先物取引に従事してはならず、かつ、内部情報を漏洩し、または内部情報を利用して不法な利益を得てはならない。

[57] 99年先物暫定条例61条：先物取引の内部情報を知る者または不法に先物取引の内部情報を取得した者は、先物取引価格に重大な影響を及ぼす情報が公開される前に、内部情報を利用し先物取引に従事し、または他人に内部情報を漏

設けられた。刑事責任規定について、同法61条後段には、「犯罪を構成する場合には、法により刑事責任を追及する」と規定されたが、実際、その時点では、刑法責任規定がまだ制定されていなかった。1999年６月22日から28日にかけて行われた国務院第９届全国人大常務委員会第10次会議において、先物犯罪の処罰に関する決定（草案）〔関于懲治期貨犯罪的決定（草案）〕が提出され、先物取引が犯罪を構成する場合の刑事立法に関する意見が募られた。その結果、刑法における証券に関する規定との体裁上の類似性から、全国人代常務委員会委員および専門家の意見により、全人代法律委員会は刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］に改正を加えることを提案した[59]。他方、犯罪の構成および社会にもたらす危害の面では、先物犯罪と証券犯罪は基本的に同様であることも改正理由として挙げられた[60]。そして、同年12月25日、新刑法の最初の改正では、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］に「先物」とする内容が加えられた[61]。

洩し、他人に内部情報を利用させ先物取引をさせた場合には、違法利得を行政的没収し、かつ、不法利得の１倍以上５倍以下の過料を併科する。不法利得がなくあるいは不法利得の額が10万元未満の場合には、10万元以上50万元以下の過料に処する。犯罪を構成する場合には、法により刑事責任を追及する。

[58] 07年先物条例73条：①先物取引の内部情報を知る者または不法に先物取引の内部情報を取得した者は、先物取引価格に重大な影響を及ぼす情報が公開される前に、内部情報を利用し先物取引に従事し、または他人に内部情報を漏洩し、他人に内部情報を利用させ先物取引をさせた場合には、違法利得を行政的没収し、かつ、不法利得の１倍以上５倍以下の過料を併科する。不法利得がなくあるいは不法利得の額が10万元未満の場合には、10万元以上50万元以下の過料に処するものとする。法人が内部者取引を行った場合には、その直接責任を負う主管者およびその他の直接責任者に、警告を与え、かつ、３万元以上30万元以下の過料に処すべきである。

②国務院証券監督管理機構、先物取引所および先物保証金預託監督管理機構の職員がインサイダー取引を行った場合には、重きに従い処罰する。

ちなみに、本条では、法人犯罪および加重類型が新設されたものである。

[59] 呉孟栓，羅慶東．刑法立法修正適用通解［M］．北京：中国検察出版社，2002．76．

[60] 郎勝主編．中華人民共和国刑法新注［M］．北京：中国法制出版社，2002．229．

[61] 本稿では、証券に係わるインサイダー取引を中心とし、先物に係わるインサイダー取引について、詳しく考察しない。必要に応じて提起する程度にとど

最近の改正（2009年２月28日公布・施行）では、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］[62]に、勧奨行為の類型も加えられ、新設された第４項では、証券取引所・先物取引所・証券会社などの関連機関が職務上の便宜を利用し、取得した内部情報以外の未公開情報と関連する証券・先物の取引行為に従事し、若しくは明示ないし暗示により他人に関連する取引行為に従事させた場合の刑事責任も規定された。

第三款　小括

アヘン戦争でイギリスに敗北を喫した清王朝は、列強による証券システムの中国への持ち込みを、傍観するしか方法はなかった。しかし、証券取引に関する知識の習得やノウハウの蓄積は、近代中国史において、とりわけ、社会主義市場経済に舵を切った現在において、有益な参考になっていると評価できよう。一方、建国してから40年間あまり、証券法規が皆無であったことは、のちに推進される市場経済にとって、無益な空白であったと言わざるを得ない。

現行法では、証券取引に関する当該内部情報を知っているすべての自然人ないし法人は、内部情報が未公開[63]の段階において、①当該証券を取引する行為、②他人にその内部情報を漏洩する行為、③他人にその取引をすることを勧める行為を行った場合に、証券法202条［インサイダー取引］に基づく行政規制を受ける。また、①および②の行為類型について、経済犯罪事案の訴追基準に関する最高人民検察院・公安部の規定〔最高人民検察院公安部関于経済犯罪案件追訴標準的規定〕（以下「訴追基準」という）[64]29項［インサイダー取引・内部情報漏洩の案件］[65]の要件を満たし＝証券法231条［犯罪を構

めることにする。

62　罪名に関する改正はまだ見られないため、以下では、引き続き「インサイダー取引・内部情報漏洩の罪」の表記を用いることとする。

63　「未公開とは、情報がまだ会社によって一定の手順に従って公開され、一般に知れわたっていないことをいう」（祝二軍．証券犯罪的認定与処理［M］．北京：人民法院出版社，2000．400）。

64　本法は、2001年４月18日に最高人民検察院と公安部が連名で打ち出されたものである。

65　訴追基準第29項［インサイダー取引・内部情報漏洩の案件］：証券取引・

成する場合][66]に該当する場合には、刑法180条に［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］に基づき、インサイダー取引・内部情報漏洩の罪が成立する（③の行為類型について、最近の刑法180条の改正（2009年２月28日公布・施行）と連動した改正はまだ見られないため、現段階での訴追基準は不明である）。先物の場合も同様である。

このように、中国法では、インサイダー取引に対し、軽重に応じて段階を踏んだ漸進的・重複的[67]な基本規制構造が構築されており、民事規制も加えれば、最終的には、行政・刑事・民事の三方面からの規制を受ける。

第二節　インサイダー取引の規制目的

損害賠償請求は事後の救済を通して、ダイレクトに投資者の保護につながるが、証券法および刑法では、一体何を規制目的としているかについて、十分な議論が重ねられてきたとは言い難いように思われる。以下では、行政規制（証券法）の目的規定・刑事規制（刑法）の犯罪客体論・民事責任の特別規定の三つの観点から考察することにする。

先物取引の内部情報を知る者、または不法に証券取引・先物取引の内部情報を取得した者は、当該証券の発行、証券取引・先物取引若しくはその他の証券価格・先物価格に重大な影響のある情報が公開される前に、当該証券を買い付け若しくは売り付け、または当該情報に関係する先物を取引し、または当該情報を漏洩した場合には、以下のいずれかに該当する場合において、訴追すべきである。

⑴　インサイダー取引額が20万元以上の場合、

⑵　インサイダー取引、内部情報漏洩を繰り返して行った場合、

⑶　取引価格と取引量に異常な変動をもたらした場合、

⑷　著しく悪影響を及ぼした場合。

[66] 本条は、旧証券法「第11章　法律責任」における各条（本章のすべての条文ではないが）の後ろに点在する規定を、2006年１月１日に新たに施行された新証券法において、一つの条文に集約したものである。その以前に、同様な内容で、93年暫定条例78条に規定されていた。

証券法231条［犯罪を構成する場合］：本法の規定に違反し、犯罪を構成する場合は、法により刑事責任を追及する。

[67] 漸進的・重複的な関係について、本章第四節の⑵を参照されたい。

第一款　証券法の目的規定

証券法１条［目的］には、「証券の発行および取引行為を規範化し、投資者の適法な権益を保護し、社会の経済秩序および社会公共の利益を維持・保護し、かつ、社会主義市場経済の発展を促進するため、本法を制定する」とする立法目的が明記されている。すなわち、証券法の規制目的は、①証券市場（「証券の発行および取引行為」）、②一般投資者の権益、③社会経済秩序、④公共の利益、さらに、⑤社会主義市場経済の促進であるとする理解が可能である。しかし、いわゆる③④⑤は、概念的には大きすぎていて、（日本）証券取引法１条［目的］に規定する「国民経済の適切な運営」と同様、単なる法規定上の慣用語にすぎないとも見受けられる。したがって、本条から規制目的を読み取れろうとすれば、やはり証券市場と一般投資者という限定的な理解になろう。

第二款　刑法の犯罪客体論

犯罪が作用する客体について、犯罪の物質客体（犯罪対象）と犯罪の法律客体（犯罪客体[1]）に分けられる。前者は犯罪行為が直接に作用する人や物を指し、後者は刑法によって保護される国家や個人などの利益を指す。犯罪行為が物質客体に作用することにより、法律客体が侵害されるという関係は一般的である（すべての犯罪には、法律客体および物質客体が同時存在するとは限らない。例えば刑法316条［脱走、護送者奪還の罪］１項や同法322条［越境の罪］には、法律客体のみである）。犯罪客体とは、刑法に保護されて犯罪行為に侵害される社会関係をいう。

さらに、犯罪客体論を上から下へ順次、（一）犯罪の一般客体（一切の犯罪が共同に侵害する客体、つまり、刑法によって、保護される社会主義社会関係の全体である[2]。刑法総論にあたる）、（二）犯罪の同類客体（ある同類の犯罪が、共同に侵害する客体、つまり、刑法によって、保護される社会主義社会関係のある部分またはある方面を

[1] 犯罪客体の概念は、旧ソ連法から移植されたもので、現在に至っても殆ど進化していない（丁後盾. 刑法法益原理［M］. 北京：中国方正出版社, 2000. 145）。
[2] 趙秉志主編. 中国刑法［M］. 北京：法律出版社, 1999. 20.

指す[3]。刑法各論の「章」や「節」にあたる)、(三) 犯罪の直接客体（ある具体的な犯罪が、直接に侵害する具体的な社会主義社会関係、つまり、刑法によって、保護されるある具体的な社会主義社会関係である[4]。刑法各論の「節」以下の具体的な「罪」にあたる)[5]との三つのレベルに分類することができ、三者間は、「一般と特殊、普遍と個性、抽象と具体、全体と部分」[6]という関係を併せ持つ。

インサイダー取引が、如何なる社会関係を侵害するかについて、具体化してみる。

インサイダー取引の犯罪客体について、①本罪の犯罪客体は、国家の金融管理秩序であるとする説[7]、②本罪の犯罪客体は多重客体であり、a）証券・先物市場の管理秩序を破壊すると同時に、b）証券・先物の投資者の適法な権益も侵害するとする説（a）が主要な客体で、b）が副次的な客体[8])[9]、③本罪の犯罪客体は多重客体であり、i）証券・先物市場における情報の秘密保持制度を侵害すると同時に、ii）投資者の適法な権益も侵害す

---

[3] 趙秉志主編. 中国刑法 [M]. 北京：法律出版社, 1999. 20.

[4] 趙秉志主編. 中国刑法 [M]. 北京：法律出版社, 1999. 20.

[5] なお、直接客体において、一個の犯罪は、直接に一つの具体的な社会関係しか侵害しない場合には、簡単客体（または単一客体）といい、直接に二個以上の具体的な社会関係を侵害する場合には、複雑客体（または多重客体）という。用語として、簡単客体と複雑客体がよく用いられるが、本稿では、明瞭性を考えて、単一客体と多重客体を用いることにする。

[6] 高銘暄主編. 新編中国刑法学：上冊 [M]. 北京：中国人民大学出版社,1998. 98 [趙秉志].

[7] 陳明華主編. 刑法学 [M]. 北京：中国政法大学出版社,1999. 490 [曲新久].

[8] ここでいう、「副次的」とは、従属・付随の意味ではなく、重要さが劣って、「二番目」や「その次」の意味である。

[9] 馬松建. 証券期貨犯罪研究 [M]. 鄭州：鄭州大学出版社, 2003. 144. 劉家琛主編. 新刑法条文釈義：上冊 [M]. 北京：人民法院出版社, 2002, 第2版：784－785. 劉家琛主編. 新刑法新問題新罪名通釈 [M]. 北京：人民法院出版社, 2002, 第2版：525.

他方、インサイダー取引の犯罪客体について、a）証券・先物市場の管理秩序を破壊すると同時に、b）証券・先物の投資者の適法な権益、および、c）社会の公共的利益も侵害するとする見解も見られる（張世琦. 中国新刑法433個罪名例解 [M]. 瀋陽：遼寧大学出版社・人民法院出版社, 2006, 第5版：294－295)。

るとする説（ⅰ）が主要な客体で、ⅱ）が副次的な客体）[10]、④本罪の犯罪客体は多重客体であり、α）証券・先物市場の管理秩序を侵害すると同時に、β）証券・先物における投資者の公平に取引する権利も侵害するとする説（優先順位なし）[11]、がある[12]。

①の見解は、明らかに直接客体レベルの見解ではなく、同類客体レベルの抽象論の展開にとどまっている。②の見解について、まず、「ａ）証券・先物市場の管理秩序を破壊する」理由について、インサイダー取引が証券・先物市場における「公開・公平・公正の原則」[13]に反し、よって、国家の証券・先物市場に対する管理秩序を侵害する、次に、「ｂ）証券・先物の投資者の適法な権益」について、それを情報に対する平等な知る権利であると解釈し、インサイダーによる内部情報の利用が、一般投資者との取引過程において、誤った投資判断または機会を逸する結果をもたらし、よって、投資者の適法な権益を侵害すると解されている[14]。「投資者の適法な権益」に含まれる知る権利・平等に参加する権利・自由に取引する権利・投資収益する権利の中に、もっとも重要かつ他の権利の前提および基礎となっているのは、知る権利であるとされている[15]。③

---

[10] 張軍主編. 破壊金融管理秩序罪 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 2003. 239 [于志剛].

[11] 方明. 内幕交易、泄漏内幕信息罪研究 [A]. 趙秉志主編. 新千年刑法熱点問題研究与適用：下冊 [C]. 北京：中国検察出版社, 2001. 834. 陸敏主編. 刑法原理与案例解析 [M]. 北京：人民法院出版社, 2001. 420.

[12] インサイダー取引の犯罪客体に関する多くの説は、刑法の第１次改正（1999年12月25日公布・施行）前のものであるため、「先物」まで言及していない。したがって、本稿では、それらの学説を割愛し、なるべく「証券」と「先物」の両方が言及されている学説を取り上げることにした。

他方、2009年２月28日の改正では、刑事責任規定である刑法180条に、新たに勧奨行為の行為類型が加えられたが、それに関する学説はいまの段階ではまだ窺えない。

[13] 証券法３条［公開・公平・公正の原則］：証券の発行および取引活動は、公開・公平・公正の原則を実行しなければならない。

[14] 馬松建. 証券期貨犯罪研究 [M]. 鄭州：鄭州大学出版社, 2003. 144.

[15] 劉家琛主編. 新刑法条文釈義：上冊 [M]. 北京：人民法院出版社, 2002, 第２版：784.

の見解に関する解説が見当たらない。まず、「ⅰ）証券・先物市場における〔圏点は筆者〕情報の秘密保持制度」とは、如何なる意味をなすかは明らかではない。単に未公開内部情報を利用した取引行為や未公開内部情報の告知が伴わなかった勧奨行為のような場合、いわゆる秘密保持制度に抵触しないのではないかと疑問が残る。また、情報の秘密保持が義務者に課せられるもので、「不法に内部情報を取得した者」にも、秘密保持義務の遵守を求めうるのだろうか。次に、「ⅱ）投資者の適法な権益」に関しては、恐らく上記②－ｂと同様な理解でも、差し支えないだろう。④の見解について、まず、「α）証券・先物市場の管理秩序を侵害する」理由として、インサイダー取引行為が、証券・先物市場において遵守されるべき「公開・公平・公正の原則」および誠実信用の原則を破壊し、証券の発行や証券・先物の取引の秩序的・効率的かつ正常な運営に支障をきたし、よって、証券・先物市場に対する国家の管理秩序を破壊する、次、「β）証券・先物市場における投資者の公平な取引する権利も侵害する」について、インサイダー取引が、証券・先物市場における投資者の平等に知る権利を侵害し、ならびに投資者の公平に取引する権利も害すると解されている[16]。

第三款　民事責任に関する特別規定

民事責任が行政責任・刑事責任より優先される旨は、証券法232条〔民事賠償責任の優先〕[17]において明記されている。

「民事賠償責任最優先の原則」とは、行為者の財産が同時に以下の三つの支払いを賄えない場合、賠償金の支払いが行政規制上の過料および刑事規制上の罰金より優先されるという（犯罪に至っていない場合には、過料より賠償金が優先される）。もちろん、インサイダー取引に対する損害賠償請求が提起され、かつ勝訴していることは前提である。

この原則の必要性について、「損害賠償責任・過料・罰金が同時に支

[16] 方明．内幕交易、泄漏内幕信息罪研究［A］．趙秉志主編．新千年刑法熱点問題研究与適用：下冊［C］．北京：中国検察出版社，2001．834.

[17] 条文について、本章第四節第一款を参照されたい。

払わなければならないとき、損害賠償が保障されない事態を防ぐためのものである」[18]とされているが、では、なぜこのような特別規定が中国法に必要であろうか。これに関する議論が見当たらない。

発展途上の中国では、多くの者は大した経済力を持たず、潤沢な資金が前提とする経済犯罪に及ぶには無理がある。そのため、判例[19]の如く、インサイダー取引を企てる者は、借金をして犯行に及ぶことが考えられる。それは、犯行発覚後における多額の過料・罰金[20]・民事賠償金の支払いに、十分に賄えるほどの財産がないことを意味する。せっかく民事訴訟で勝訴したのに、実際に救済されないのであれば、民事規制の機能が無に帰されてしまうことになる。

---

[18] 劉淑強．≪証券法≫釈解［M］．人民法院出版社，1999．355.

[19] 深深房株事件第一審判決2003・3・10（2003）深羅法刑初字第115号（http://law.chinalawinfo.com/fnl_case/Show_CaseText.aspx?gid=2699）。

【事実概要】被告人Xは広東省深圳市にある国有不動産開発グループ（以下「F社」という）の取締役会長、被告人YはF社の子会社の取締役兼副代表取締役社長である。Xは、YがF社の他の子会社が発足されるとの未公開内部情報を利用して、F社株式（市場では「深深房株」と称されるが、以下「本件株式」という）を取引しようとしていたことを知りながら、第三者から1000万元の取引資金の融資を斡旋するなど積極的に加担した。Yは、当該未公開内部情報が公表される前に本件株式を買い付け、公表後に売り付けたこと（以下「本件行為」という）により、78万元余りの不法利得を得ていた。

【判決趣旨】裁判所は、①子会社が発足されるとの情報は、本件株式の取引価格に重大な影響を及ぼす可能性があるため、重大事件に該当し、当該情報が2008年6月19日に中国証券時報にて公表される前においては、内部情報にあたる、②XおよびYは、知った内部情報を利用して、共同にして株取引を完結したため、共同でインサイダー取引の罪を構成する、③他方、得ていた不法利得総額（78万元あまり）から、インサイダー取引を行う為に借り入れた取引資金の利息分の控除が行われず、そのままの額で不法利得額として認定された。

本件では、XおよびYの行為は共同犯罪の故意に基づく共同犯罪に該当し、中には、Xは上場会社の取締役会長として、会社発足の内部情報を知る者に該当し、本件行為に用いられる取引資金の斡旋や株取引の具体的な遂行方法において、決定的な役割を果たしたため、主犯となる、Yは副次的な役割を果たしたため、従犯に該当すると判示された。

[20] 過料と罰金の法定額は、いすれも「不法利得の1倍以上5倍以下」である。

ところが、民事法では、行政法上の延期納付や刑事法上の追納などの手段[21]と同様の執行補助措置＝強制執行があり、法制度上の最大限の配慮がなされている。したがって、被告の財力不足による救済不能のおそれがあることが、特別規定を設けてまで、民事規制を行政規制ないし刑事規制より格上げする理由にはならないようにも思われる。なぜなら、民事規制の機能が保全される反面、行政規制ないし刑事規制が逆に機能不全に陥るからである。

にもかかわらず、この原則が立法された根本的な趣旨は、やはり個人の財産権の尊重ということにしか落ち着くところがないのではないかと思われる（とはいえ、この原則に関しては、理論面および運用面での問題点があり、それらについて、本章第四節第四款の(1)で検討する）。

第四款　小括

インサイダー取引により侵害される犯罪客体を多重客体として論ずるものが圧倒的に多く、それらは、もっぱら証券・先物の市場および投資者に主眼が置かれている。中では、証券・先物市場の管理秩序などの保護が、投資者の権益や利益の保護より優先される。しかし、特別規定では、投資者（個人）がもっとも重んじられることが手に取るようにはっきりしている。

第三節　インサイダー取引の法的規制の現状

一言インサイダー取引といっても、証券のみならず、先物に係わるインサイダー取引の類型もある。その他、内部情報漏洩および勧奨行為も規制範囲に含まれる。

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。

[21] 後掲【本章第四節】注（35・52）。

第一款　インサイダーの定義

インサイダー取引の主体には、自然人と法人が含まれる。

(1)　まず、自然人主体についてである。証券法では、自然人主体について、「内部情報を知る者」および「不法に内部情報を取得した者」の概念で分類されている[1]。前者について、証券法74条［内部情報を知る者の範囲］に基づくが、後者については、明文化されていない。その定義は主に学説や法解釈によって補完されている。

イ　「内部情報を知る者」の意義（証券法74条［内部情報を知る者の範囲］）

「内部情報を知る者」について、証券法74条［内部情報を知る者の範囲］では、以下のように規定されている。「証券取引の内部情報を知る者には、次の各号に掲げる者を含む。(1)発行者の取締役、監査役、および高級管理職員、(2)会社の100分の５以上の株式を保有する株主および取締役、監査役、高級管理職員、会社の実質的支配者およびその取締役、監査役、高級管理職員、(3)発行者が支配する会社およびその取締役、監査役、高級管理職員、(4)担当する会社の職務により、会社の内部情報の取得が認められる者、(5)証券監督管理機構の職員および法定の職責により証券の発行・取引に関して管理をするその他の者、(6)保証推薦人、元引受証券会社、証券取引所、証券登録決算機構または証券取引サービス機構の関係職員、(7)国務院証券監督管理機構が規定するその他の者」が、「内部情報を知る者」としている。

(7)については、例えば、職業柄から内部情報へのアクセス・取得が可能な立場にある新聞記者、新聞編集者および印刷関係者などが含まれる。本号は、いわゆるバスケット条項の役割を果している。

[1] 他方、二分類に対し、三分類とする見解も見られる。叶林は、「合法に内部情報を知る者」と「違法に内部情報を知った者」のほか、第三のタイプとして「正当に内部情報を知る者」が挙げられている。例えば、「合法に内部情報を知る者」が内部情報の話をしていた時に、偶然にそれを聞いて取得した社員は、「正当に内部情報を知る者」になる。この場合、その者が故意にあるいは不法に内部情報を取得したわけではないため、非難可能性がなく、「正当に内部情報を知る者」として認められるべきであるという（叶林．証券法［M］．北京：中国人民大学出版社，2000．292－293．叶林．中国証券法［M］．北京：中国審計出版社，1999．411）。

ロ　「不法に内部情報を取得した者」の意義（学説・法解釈）

「不法に内部情報を取得した者」に関して、証券法による明確な規定はないが、学説では、「これらの者が内部情報を取得する方法は、違法、ときに犯罪の場合もあり、例えば、詐取・盗聴・贈賄・強盗・強奪・窃盗などによる場合がある。もっとも、必ずしも内部情報を取得する目的でなくとも、『不法に内部情報を取得した者』に該当しうる。例えば、ある上場会社の理事宅であることを知らずに盗みに入った窃盗犯が、理事の鞄にある資料から、この会社の重大な買収計画が近いうちに公開されることを知った場合、このとき、この窃盗犯が故意に不法に内部情報を取得したわけではないが、当該情報を利用し証券市場において取引を行えば、インサイダー取引の罪を構成する」[2]とされている。つまり、情報取得の段階において、故意によるものではなくとも、情報利用の段階において、故意をもって取引を行えば、インサイダー取引に該当するという。以上の結論から、例えば、喫茶店で「内部情報を知る者」が電話で話している内容（未公開重要情報）を隣の席で偶然にも聞いてしまった場合であっても、のちに故意をもって当該情報を取引に利用した場合、違法となると推理できる。しかし、この場合、当該行為者の情報取得には、「不法」の要素が存在せず、いわゆる「不法に内部情報を取得した者」の枠に当てはまらない。このような者も、インサイダーの範囲に含まれるとされている[3]。

ハ　他方、07年先物条例73条[4]および刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］から、イおよびロと類似するイ′（先物に係わる「内部情報を知る者」）およびロ′（先物に係わる「不法に内部情報を取得した者」）という別タイプの自然人主体概念も析出できる。先物に係わるインサイダーの定義について、「内部情報を知る者」に関する定義が07年先物条例85条12号[5]に設けら

[2] 祝二軍. 証券犯罪的認定与処理 [M]. 北京：人民法院出版社, 2000. 405－406.
また、肖揚主編. 中国新刑法学 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 1997. 405にも同旨の見解が見られる。

[3] 「合法若しくは正当な方法により内部情報を取得し、あるいは接触するすべての者は、インサイダーに該当する」（宣炳昭主編. 刑法各罪的法理与実用 [M]. 北京：中国政法大学出版社, 2002. 106）。

[4] 前掲【本章第一節】注（58）。

[5] 07年先物条例85条：本法における用語の意義について、

れているが、「不法に内部情報を取得した者」に関する定義が明文化されていない。

(2) 次に、法人〔単位〕[6]主体についてである。証券法202条［インサイダー取引］および刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］には、法人の責任規定が設けられている。

司法実務において、ここでいう法人に該当するものは、証券発行・取引およびその他の関連活動に従事する組織体とされており、例えば、証券取引所、証券会社、株式発起人、証券サービス仲介機構等があてはまる。法人が、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］の主体に該当するためには、二つの要件を満たしていなければならない。すなわち、①法人自体が内部情報を掌握している法人でなければならないこと、②法人自体は内部情報および職責において関係せず、法人の従業員が内部情報を知りつつも、法人を通じて取引を行うことが要件とされている[7]。

先物の場合にも、同様に考えられる。

⑿ 内部情報を知る者とは、その管理または監督若しくは職業的な地位により、あるいは被使用者または専門顧問として職務を履行し、内部情報に接触または取得することができる人員をいい、先物取引所の管理職員およびその他の在職により内部情報を取得することができる従業員、国務院先物監督管理機構およびその他の関係部門の従業員ならびに国務院先物監督管理機構が規定するその他の人員を含む。

[6] 中国における「単位」とは、広義的に、法人・組織体または政府行政機関などが含まれている。法律用語としては、刑法30条［法人の刑事責任範囲］では、「会社、企業、事業単位、機関および団体」とされている。厳格な概念について、法人犯罪案件の審理における具体的な法律適用問題に関する最高人民法院の解釈〔最高人民法院関于審理単位犯罪案件具体応用法律有関問題的解釈〕（1999年６月18日最高人民法院審判委員会第1069次会通過、1999年７月３日施行）１条によれば、「刑法30条所定の『会社、企業、事業単位、機関および団体』とは、国有または団体所有する会社、企業、事業単位を含むのみならず、法により設立された共同出資経営または共同経営する企業および独自資本または個人経営する会社、企業、事業単位も含まれる」と定義されている。

[7] 宣炳昭主編. 刑法各罪的法理与実用［M］. 北京：中国政法大学出版社, 2002. 105.

第二款　情報等の定義

第一項　内部情報

証券の取引市場にける内部情報の範囲について、証券法75条［インサイダー情報］において、次のように規定されている。「①証券取引活動において、会社の経営、財務に関わりまたは当該会社の証券の市場価格に対して重大な影響を及ぼす未公開の情報は、これを内部情報とする。②次の各号に掲げる情報は、いずれも内部情報に属するものとする。⑴本法67条２項に掲げる重大な事件[8]、⑵会社の配当金または増資の計画、⑶

[8] 証券法67条［臨時報告書］：①上場会社の株式取引価格に比較的に大きな影響を及ぼす可能性がある重大な事件、投資者が未だに知らない場合、上場会社は直ちに当該重大な事件の関連状況につき、国務院証券監督管理機構および証券取引所に臨時報告書を提出し、かつ公告を行い、事件の起因、目下の状態および生じうる法律責任を説明しなければならない。

②次の各号に掲げる事由は、これを前項にいう重大な事件とする。

⑴　会社の経営方針および営業範囲の重大な変化、

⑵　会社の重大な投資行為および重大な財産購入の決定、

⑶　会社が重要な契約を締結し、当該契約が会社の資産、負債、権益および経営成果に対し重大な影響を生じさせる可能性がある場合、

⑷　会社に重大な債務、または未弁済かつ期限到来済の重大な債務に関して違約状況が発生した場合、

⑸　会社に重大な欠損が発生し、または重大な損失を被った場合、

⑹　会社の生産経営の外部条件に重大な変化が生じた場合、

⑺　会社の代表取締役、３分の１以上の監査役、または社長に変動が生じた場合、

⑻　会社の100分の５以上の株式を保有する株主、または実質的支配者の株式保有状況、若しくは会社支配状況に比較的大きな変化が生じた場合、

⑼　会社の減資、合併、分割、若しくは解散、または破産申立の決定、

⑽　会社に係わる重大な訴訟により、株主総会若しくは取締役会決議が法により取り消され、または無効宣告された場合、

⑾　会社に犯罪の嫌疑があり、司法機関による立件調査が行われた場合、または会社の取締役、監査役、高級管理職員に犯罪の嫌疑があり、司法機関による強制措置が執られた場合、

⑿　国務院証券監督管理機構が規定するその他の事由。

会社の株式権構成の重大な変化、(4)会社の債務担保の重大な変更、(5)会社の営業用主要資産の抵当権設定、売却または廃棄処分が１回につき資産の100分の30を超えるもの、(6)会社の取締役、監査役、高級管理職員の行為が法により重大な損害賠償責任を引き受ける可能性のあるもの、(7)上場会社の買収に関する方案、(8)国務院証券監督管理機構が認定する証券取引価格に顕著な影響を与えるその他の重要な情報」としている。

バスケット条項（証券法67条２項12号および同法75条２項８号）も考えれば、かなりのものが内部情報の範囲に包摂されると考えられるが、列挙が十分でないとする見解も見られる[9]。

これらの内部情報は、①当該上場会社を源泉とすること、②当該上場会社の株価に重大な影響を及ぼすこと、③未公開であることの特徴を具備し、三つの要素が同時に満たされれば、内部情報の範囲に属するとされている[10]。いうまでもなく、すでに公開された情報や関係資料を用いて得た証券市場に関する予測や分析成果は内部情報の範囲に含まれない（93年暫定弁法５条３項）[11]。

②の「重大な影響」とは、当該情報が公開されれば、当該上場会社の株価に比較に大きな影響をもたらす可能性を指しており、公開後の市場で起きている実際の影響を基準としないとされる[12]。したがって、「情報公開後の株価変動がなかったとしても、当該情報が『重要な情報』ではないとは必ずしも表していない」[13]。ほかにも、「重大な影響とは、単なる一つの可能性である以外に何でもなくて、必然性を意味するものではない」[14]ともいわれている。実務[15]においても、学説に同調している。このように、「予めの立法により『重大性』の基準が設けられ、それをもっ

---

[9] 胡光志. 内幕交易及其法律控制研究 [M]. 北京：法律出版社, 2002. 306。

[10] 祝二軍. 証券犯罪的認定与処理 [M]. 北京：人民法院出版社, 2000. 399－400.

[11] 前掲【本章第一節】注 (42)。

[12] 祝二軍. 証券犯罪的認定与処理 [M]. 北京：人民法院出版社, 2000. 400.

[13] 蕭灼基主編. 中華人民共和国証券法実務全書：下冊 [M]. 北京：中国民主法制出版社, 1999. 2387.

[14] 張秀全,黄新.我国証券市場内幕交易的法律透視 [J]. 河南省政法管理幹部学院学報, 2002, 第５期：25.

[15] 前掲【本章第二節】注 (19)。

て市場にもたらされる影響を推定することはできない」[16]から、ある情報が「市場価格に対して重大な影響を及ぼす」かどうかの判断については、裁判官の自由裁量に任せてよいと主張されている[17]。

中国法も日本と同様、具体的な条項を挙げることによって、一定の客観的な外見が示されている（これも「客観基準」と呼ぶことができよう）。

先物の場合、07年先物条例85条11号[18]に規定されている。

第二項　情報公開

内部情報の公開制度に関する規定は、証券法70条［公告の媒体］[19]および93年暫定条例63条[20]、または、証監会が制定し、1993年６月12日に公布・施行した株式公開発行する会社の情報開示に関する実施細則（試行）〔公開発行股票公司信息披露実施細則（試行）〕（以下「93年実施細則」という、現在失効）26条[21]・

---

[16] 張金海．内幕交易与相関交易的刑事司法認定［J］．人民検察，2002，第８期：６．

[17] 張秀全，黄新．我国証券市場内幕交易的法律透視［J］．河南省政法管理幹部学院学報，2002，第５期：25．

[18] 07年先物条例85条：本条例における用語の意義について、

⑾　内部情報とは、先物市場の価格に対し重大な影響を及ぼす可能性のある未公開の情報をいい、国務院先物監督管理機構およびその他の関係部門が制定する先物取引の取引価格に対し重大な影響を生ずる可能性のある政策、先物取引所が打ち出す先物取引価格に対し重大な影響を生ずる可能性のある決定、先物取引所会員または顧客の資金および取引動向ならびに国務院先物監督管理機構が認定する先物取引価格に対し顕著な影響を有するその他の重要な情報を含む。

[19] 証券法70条［公告の媒体］：法により必ず開示しなければならない情報は、国務院証券監督管理機構が指定するメディアにおいて公表されるべき、同時に、これを社会公衆の縦覧に供するため、会社の所在地と証券取引所に備え置く。

[20] 93年暫定条例63条：①上場会社は、公開を要する情報を証券監督管理委員会の指定する全国紙である新聞・刊行物に掲載すべきである。

②上場会社は、前項の規定により情報公開をする同時に、証券取引所が指定する地方の新聞・刊行物に関係する情報を公開することができる。

[21] 93年実施細則26条：①会社は、「株式発行および取引管理に関する暫定条例」63条の規定に基づき、自主的に証券監督管理委員会の指定する全国紙である新

27条[22]がある。2007年１月30日、証監会が93年実施細則を廃止し、新たに上場会社における情報公開の管理弁法〔上市公司信息披露管理弁法〕（以下「07年管理弁法」という）を公布・施行し、本法によれば、情報公開の義務者が正確・完全・即時（２日取引日以内〔07年管理弁法71条２号[23]〕）に情報公開をし、虚偽・誤導記載や重大な省略してはならず、国内外上場発行している場合、内外同時に公開を行うべき（同法２条）[24]、情報公開が証監会指定する媒体において（同法６条）[25]、中国語を用いて公開すべき、同時に外国語も用いた場合、両書体の内容の一致を保たせ、齟齬が生じた場合、中国語版を基準とする（同法８条）[26]。

聞・刊行物の中から少なくとも一つを選択し、それにおいて情報を公開する。あらゆる機構または個人はそれを干渉してはならない。

②会社は、証券監督管理委員会の指定する全国紙である新聞・刊行物に情報を公開するほか、需要に応じて他の新聞・刊行物に情報を公開することもできる。但し、以下のことを保証しなければならない：

(1) 指定された新聞・刊行物における情報の公開は、指定されていない新聞・刊行物における情報の公開より遅くならないこと、

(2) 異なる新聞・刊行物における同一の情報の公開は、字句が一致すること。

[22] 93年実施細則27条：会社が公開する情報の関係書類は英訳された場合、英訳を少なくとも証券監督管理委員会の指定する英字の新聞・刊行物の一つに掲載すべきである。

[23] 07年管理弁法71条２号：本法における用語の意義について、

(2) 即時とは、起算した日または公開に接した日から２日取引日以内を指す。

[24] 07年管理弁法２条：①情報公開義務者は、正確・完全・即時に情報を公開し、虚偽記載・誤導記載あるいは重大な省略をしてはならない。

②情報公開義務者は、同時にすべての株主に情報を公開すべきである。

③国内外において、証券およびデリバィブを発行し上場する会社は、海外市場で情報公開をすると同時に、国内市場においても、情報公開すべきである。

[25] 07年管理弁法６条：①上場会社およびその他の情報公開義務者は法により、公開予定の広告文および関係する備考の資料を証券取引所に届出・登録をし、なお、中国証券監督管理委員会が指定する媒体において公開する。

②情報公開義務者は、会社のウェブ・サイトおよびその他の媒体において情報公開する場合、公開時刻が指定された媒体より早めてはならず、記者会見または記者質問に応答する形式で報告・広告義務を代替してはならず、定時報告をもって臨時報告の義務を代替してはならない。

[26] 07年管理弁法８条：情報公開書類は中国語を用いるべきである。同時に外

「証監会指定する媒体」とは、証監会が指定する新聞・週刊誌およびウェブ・サイトを指す（07年管理弁法71条４号[27]）。証監会が指定する新聞・週刊誌とは、中国証券報・証券時報・経済日報・金融時報・中国改革報・CHINA DAILY・上海証券報・証券市場週刊とする「七報一刊」を指しており[28]、指定するウェブ・サイトとは、各証券取引所のホームページを指すものであると考えられる。

以上のように、中国法では、情報公開のルートと方法のみを規定しており、証券発行における専門機関等に対する取引制限[29]以外に、公開後における時間的制約が設けられていない（このような公開は「形式的公開」と呼ぶことができよう）。

第三款　禁止行為

(1)　証券法には、インサイダー取引の禁止規定が置かれ、責任規定が証券法および刑法の双方に設けられている。

証券法73条［インサイダー取引の禁止］において、「証券取引の内部情報を知る者および不法に内部情報を取得した者が、内部情報を利用し証券取引活動に従事することは、これを禁ずる」とする禁止規定が置かれ、同法202条［インサイダー取引］では、証券の発行ないし取引に係わるインサイダー取引・内部情報漏洩・勧奨の行政責任が規定され、刑法180条［イ

国語も用いた場合、情報公開義務者は両書体の内容の一致を保証すべきである。両書体の間に齟齬が生じた場合、中国語版を基準とする。

[27] 07年管理弁法71条４号：本法における用語の意義について、

(4)　指定する媒体とは、中国証券監督監管理員会が指定する新聞・週刊誌およびウェブ・サイトを指す。

[28] 祝二軍．証券犯罪的認定与処理［M］．北京：人民法院出版社，2000．400．

[29] 本条項は、証券法第三章［証券取引］第1節［一般規定］に置かれているものの、実際には、証券の取引ではなく、証券の発行に関する条文である（張金海．内幕交易与相関交易的刑事司法認定［J］．人民検察，2002，第８期：６）。

証券法45条［専門機関等の取引制限］２項：前項で規定する以外に、上場会社のために会計監査報告書、資産評価報告書または法律意見書等の文書を発行する証券サービス機構および職員は、上場会社の委託を受けた日から上記文書の公開後５日以内において当該種類の株式を取引してはならない。

ンサイダー取引・内部情報漏洩の罪］では、証券の発行ないし取引、または先物の取引に係わるインサイダー取引・内部情報漏洩・勧奨の刑事責任が規定されている。

証券法202条［インサイダー取引］および刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］では、法人責任規定も置かれており、法人によるこれらの行為も禁止されている。

(2) ところで、インサイダー取引を構成するには、内部情報を利用したことが必要かどうか、また、内部情報の漏洩について、刑法を中心とする議論が絶えなかった。

① 内部情報を利用したことが必要とする見解は、その理由として、「法がインサイダー取引を禁ずる主な目的は、人々が不公平な方法で富を築くことを防止することにあるから、行為者が内部情報を利用して初めて不法かつ不公平となり、処罰を受けることとなる」[30]。つまり、不公平が生ずるといえるためには、その内部情報が利用されることが前提とされている。また、内部情報の利用が本罪構成の必須条件の一つとし、その認定が売買される証券と知った内場情報との関連性によって決定される。要するに、行為者が知っている内部情報に係わる証券と取引された証券が同一銘柄であれば、当該内部情報が利用されたという[31]。確かに、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］において、「内部情報を利用する」ことは強調されていないが、だからといって、条文を機械的に理解すべきではない[32]。

一方、不要論の見解は、「法がインサイダー取引を処罰する理由として、主に、行為者は取引行為において自己が持っている内部情報を取引相手に告知していないことが挙げられる。行為者が内部情報を知り、かつ取引を行った以上、その行為自体が違法であり、内部情報を利用したか否

---

[30] 宣炳昭主編. 刑法各罪的法理与実用 [M]. 北京：中国政法大学出版社, 2002. 105.

[31] 周道鸞, 単長宗, 張泗漢主編. 刑法的修改与適用 [M]. 人民法院出版社, 1997. 396－397 [張軍].

[32] 董麗静, 龔衛. 証券内幕交易、泄露内部信息罪的司法認定 [A]. 趙秉志主編. 新千年刑法熱点問題研究与適用：下冊 [C]. 北京：中国検察出版社, 2001. 863－864.

かを問う必要はない」[33]。また、内部情報の利用は本罪の要件ではなく、内部情報とインサイダー取引行為との関連性・因果関係は要求されていないとし、行為者が内部情報を知った上で取引をすれば、その行為が犯罪を構成し、内部情報を利用したか否かは問わないともされている[34]。

学説上、不要論が通説であるように見受られる。しかし、一連の禁止規定を見る限り、93年暫定条例72条では「基づき」の文言が用いられ、93年暫定弁法４条では「利用し」および「基づき」の文言が併用され、証券法73条［インサイダー取引の禁止］では、「利用し」の文言が明記されている。文理を忠実に解釈すれば、「内部情報の利用」がインサイダー取引行為の要件であると、少なくとも条文では明らかである。判例[35]においても、明確に「利用した」との表現が使われ、必要論が採用されたと見られる。

②　内部情報の漏洩とは、ⅰ）内部情報を知るべきでない者、あるいは知る権利のない者への伝達、ⅱ）内部情報の機密保持期限が到来される前に、それを公開する行為である[36]。これについて、ⅰ）を「空間的」、ⅱ）を「時間的」とする捉え方もできる[37]。漏洩の方法について、口頭や書面、あるいは明示や黙示を問わず、行為者が内部情報を他人に漏らしたのであれば、内部情報漏洩の罪に該当する[38]。但し、「明示の方法で内部情報を他人に漏らした場合、知能が正常な人であれば、内部情報を理解するのに何の問題もない。一方、行為者が暗示の方法による場合には、二つの状況がありうる。その一、内部情報を受領した者が行為者

---

[33] 宣炳昭主編．刑法各罪的法理与実用［M］．北京：中国政法大学出版社,2002．105.

[34] 庞良程．証券内幕交易罪的構成及認定［J］．国家検察官学院学報，1998，第１期：22.

[35] 前掲【本章第二節】注（19）。

[36] 陳正雲，黄河，銭舫．中国刑法通論［M］．北京：中国方正出版社，1997．380－381［陳正雲］．方明．内幕交易、泄漏内幕信息罪研究［A］．趙秉志主編．新千年刑法熱点問題研究与適用：下冊［C］．北京：中国検察出版社，2001．835.

[37] 張穹主編．刑法各罪司法精要［M］．北京：中国検察出版社，2002．245.

[38] 王作富主編．刑法分則実務研究：上冊［M］．北京：中国方正出版社，2001．454.

の意思を理解した場合と、その二、内部情報を受領した者が行為者の意思を理解しなかった、あるいは間違って理解した場合がある。このとき、前者の場合に、内部情報漏洩の罪が成立するが、後者の場合には成立しない」[39]とされている。

このように、漏洩行為とは内部情報を漏らすことであり、「内部情報を知る者」からの情報漏洩が一般的である。しかし、「不法に内部情報を取得した者」からの漏洩について、これをどう扱うべきかは明らかでない。

③　他方、内部情報の漏洩行為について、利用行為や勧奨行為より重視されるべきとする見解がある。その理由は、「利用、勧奨、漏洩の三つの行為のうち、漏洩行為がもっとも甚大な危害をもたらすおそれのある行為である。というのも、インサイダーが内部情報を利用して取引を行うとき、通常は少人数で、財力にも限界があるため、一般投資者や関係企業にもたらす損害はそれほど大きくない。しかし、漏洩行為は、不特定多数の者に内部情報を与え、取引に参加させることになるため、莫大な財力をインサイダー取引に注ぎ込み、甚大な損害がもたらされる」[40]というものである。

第四款　小括

(1)　主体範囲について、「不法に内部情報を取得した者」には、「内部情報を知る者」のように、情報源若しくは当該上場会社との間に何らかの関係を持っているわけではない。情報を取得すべきでない地位あるいは取得する正当な権利がないのに、それを手に入れれば、「不法に」情報を得た者になる。

内部情報について、具体例が示され、その内部情報が市場に如何なる

---

[39] 王作富主編. 刑法分則実務研究：上冊 [M]. 北京：中国方正出版社, 2001. 454－455.

[40] 謝非. 禁止証券内幕交易立法若干問題的探討 [J]. 当代財経, 1998, 第7期：56.

また、陳正雲. 内幕交易罪及其認定 [J]. 中国刑法雑誌, 1998, 第2期：24にも同旨の見解が見られる。

重大な影響を及ぼすかが求められる。いわゆる「重大な影響」とは、単なる可能性であり、実際の証券価格の顕著な変動を指すものではない。アメリカ法の場合、情報の重要性の判断は理性の一般投資者の主観が基準となるが、中国では、裁判所の判断に委ねると提唱されている。

公開後すぐにも、予め内部情報を知っている者が当該情報に基づく取引を行いうるなら、行為者の情報上の優位が実質的に是正されたとはいえず、形ばかりの公開制度にすぎないと言わなければならない。

禁止行為について、①刑事規制では、証券の発行ないし取引のみならず、先物の取引に係わるインサイダー取引・内部情報の漏洩・勧奨行為も禁止されており、②行政規制では、証券の発行ないし取引に係わるインサイダー取引・内部情報の漏洩・勧奨行為が規制対象である。

先物が証券とまったく異なる性質を持つため、それを無視してまで、単なる体裁上の類似性などから、証券と同一の規定で同様な規制を行うことは、適切ではないと思われる。なぜなら、ⅰ）先物には、将来性の意味合いが極めて強く、ⅱ）その取引においても、もっぱらその商品の将来性に対する予測や調査研究などに基づかれており、証券の取引のように、ある会社の機関決定によって決定された決定事実や自然発生した発生事実などの事実に基づかれているのではない、ⅲ）その予測や調査研究などに影響を及ぼす要素として、国際政治や気候変動または工業・産業の動向、さらに戦争など多種多様であり、そのような予測や調査研究などによって得られた結論＝情報には、大いに不確実性を帯びている。それゆえに、仮にそのような情報が公表されたとしても、当該先物の市場価格に重大な影響をもたらすか否かは不明確であり、一方、証券取引の場合、それが決定的であるからである。

⑵　現行公開制度の弊害に関する議論は十分ではない。

内部情報の公開制度として、「七報一刊」または証券取引所による公開を基準にしている。理論的には、内部情報が公開後、直ちにすべての者とって利用可能になるため、予め内部情報を知っていたインサイダーなどは、常に一般投資者より一足早く取引できるという弊害が生じると考えられる。結局のところ、このような公開制度が彼らの「免罪符」となってしまう。実際、深圳・上海両取引所では、上場会社による重大な情報の発表がある場合、当該株式の取引を１日停止する慣例が執られて

いる[41]が、店頭取引を中心に発展してきた中国証券市場[42]では、多くの店頭取引での防御策は明らかではない。

このように、予め内部情報を知っているインサイダーの取引行為に法的正当性を与えることになれば、法規制自体に致命的な抜け穴ができてしまう。内部情報を知っている者は、一般的に会社の管理職や専門職にある者が多く、彼らが公開制度の弊害を利用した計画を立て、随時に内部情報の公開時期を監視し、公開後直ちに取引に取り掛かることができる。こうして、内部情報が公開されたとはいえ、当該内部情報を予め知っていたインサイダーにしてみれば、依然として「情報上の優位性」[43]を有している。したがって、公開された直後の取引行為が、依然として証券市場におけるすべての投資者間の地位平等および機会均等の基本理念[44]に反している。

インサイダー取引の本質は内部情報の公開の時間差を利用した利得行為であるため、内部情報が公開されたか否かに関する判定は極めて重要である。もし、インサイダーが取引に利用した内部情報は、当該内部情報が公開された後、株価の変動を引き起こす唯一の原因となるような場合、公開から市場での消化・分析さらに株価が変動するまでの間、当該内部情報がいまだに公開されていないとして見るべきであるとされる[45]。筆者としても、内部情報の公開制度の合理化を図るには、公開された内部情報が証券市場において知れ渡らせるための一定の明確な時間的制約が設けられるべきであると思われ、具体的には、「24時間」とする提案を提示したい。理由としては、ⅰ）大陸法である以上、明確な成文法を

---

41 王新．金融刑法導論［M］．北京大学出版社．1998．203.

42 岩原紳作（監修）＝張紅「中国証券法の公布について（上）」国際商事法務27巻３号（1999）258頁。

43 呉暁東．論内幕交易行為及其民事法律責任［A］．梁書文主編．当代民法経済法的熱点問題［C］．人民法院出版社，1995．317－318.

44 陳正雲，張汝傑．内幕交易罪論［J］．政法論壇，1997，第４期：22は、「証券市場は開放・公平・公正な市場であり、すべての投資者が平等な地位および均等な機会の下で、証券取引またはその関連活動に従事すべきである」とする。

45 馬克昌，丁慕英主編．刑法的修改与完善［M］．人民法院出版社，1995．524［曹珍］.

もって規定が行われるべき、また、一般国民にとって客観的に読解可能な明文規定はもっとも予防に役立つこと、ii）社会主義市場経済の成長・拡大するにつれて、多くの企業が海外での買収ないし上場に動き出しているため、世界中の株主ないし投資者にとって、公平な公開制度を構築する必要があること、iii）現代化・多様化された国際通信の現状にかんがみ、24時間の猶予さえ設ければ、時差の障碍が克服でき、仮に投資者らが世界中に分散していても、当該公開情報を知ることが可能であること、がある[46]。市場消化論を提唱しない理由は、実際に市場において当該情報が消化されたか否かの証明ないし判断が極めて困難である点にある。行く末は、証明程度の低減や推定による認定など、極めて曖昧な結論にしかならず、まだ、裁判所が一々認定作業を行わざるを得ないという非効率の問題もある。

内部情報の公開について、馬克昌は市場消化論を提唱し、但し、会社によって知名度にばらつきがあるので、市場に消化されるに必要な時間も異なってくる、そのため、具体的にどれほどの時間的制約が妥当であるかについて、証券法規や司法解釈により確立されるべきであるとされる[47]。一方、王新は、「原則的には、情報の開示から市場に消化されるまで、ひいて株価が変動する期間内において、当該情報がまだ『公開化』に至っていないと見るべき、インサイダーが当該情報を利用し証券取引を行った場合、インサイダー取引の罪が構成される。具体的な制約時間については、統一的な司法運営に便するため、立法や司法解釈などにより規定されるべきである」[48]という。また、胡光志も、予め内部情報を知っ

---

[46] 他方、魏東は、「株価動向の敏感性、現代通信手段の迅速さおよび投資者の証券市場に対する深い関心から、市場における情報の消化能力は極めて強く、しかも迅速、それゆえ、市場での情報の消化について、適当な時間的制約を設けることができる」（魏東．刑法各論若干前沿問題要論［M］．北京：人民法院出版社，2005．262）と述べ、「５日」という具体的な制約時間を提唱している。

しかし、「５日」という制約時間の設定は、現代化された情報通信手段からすれば、あまりにも非効率であると思われる。

[47] 馬克昌主編．経済犯罪新論――破壊社会主義経済秩序罪研究――［M］．武漢：武漢大学出版社，1998．291［馬克昌］．

[48] 王新．金融刑法導論［M］．北京大学出版社．1998．203．

ていた者による公開後の直ぐの利用を防ぐために、市場消化論の立法を提唱している[49]。

反対論として、内部情報が掲載され伝達されれば、内部情報保持者の秘密保持義務が自動的に解除されるべきであり、もし、ここでなお、強引に一定の消化期間を設けるとすれば、理論的には筋が通らないばかりか、実務においても、極めて把握しにくい[50]とする意見が実務家（四川省証券監督管理弁務室）から出されている。

第四節　インサイダー取引の制裁体系

（1）インサイダー取引規制について、典型的なインサイダー取引か、または公開買付に係わるインサイダー取引かが区別されていない。

証券法76条［内部情報利用の禁止］１項では、「証券取引の内部情報を知る者および不法に内部情報を入手した者は、内部情報の公開前において、当該会社の証券を取引し、あるいは情報を漏洩し、または他人に当該証券の取引を勧奨してはならない」と規定されていることから、もし、行為者が取引した証券は、内部情報の発生源である「当該会社」の証券でなければ、取引しても構わないとする文理解釈が成り立つ。例えば、公開買付する会社の従業員は、自社のこの公開買付情報を利用し、当該内部情報の公開前に、「当該会社」の証券ではなく、対象会社の株式を取引した場合、インサイダー取引違反にならないということになる。また、この従業員が買付会社の者ではなく、不法な手段で当社の当該未公開内部情報を取得した第三者、つまり「不法に内部情報を入手した者」に該当する場合も、結論は同じである。すなわち、立法者は、典型的なインサイダー取引の場合のみを意図し、「情報源」と「発行者」が同一でない場面（公開買付）まで考慮に入れられなかったと推測される。

行政責任規定（証券法202条［インサイダー取引］）および刑事責任規定（刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］）においても、「当該証券」と規定されている。かくして、中国法では、公開買付に係わるインサイダー取引

[49] 胡光志．内幕交易及其法律控制研究［M］．北京：法律出版社，2002．311.
[50] 邢懐柱．証券犯罪及其立法評述［J］．刑事法評論，1999，第３巻：119.

が規制できないと考えられる。

2009年２月28日、刑法第７条改正が施され、本法180条に第４項が新設され、証券取引所・先物取引所・証券会社などの関連機関の職員は、職務上の便宜を利用して内部情報以外の未公開情報を取得し、規定に反して当該情報と関連する証券・先物の取引行為に従事し、または明示あるいは暗示により他人に関連する取引行為に従事させた場合の刑事責任が規定された。しかし、本項が如何なる趣旨・目的で創設されたかについて、学説などの議論はまだ出ていない。

(2)　ある行為が、証券法76条［内部情報利用の禁止］１項に違反した場合、国家権力による行政責任、場合によって、刑事責任も追及される。

まず、証券法202条［インサイダー取引］が軽微なインサイダー取引行為を対象としており、情状が重大で、同法231条［犯罪を構成する場合］に該当する、すなわち、訴追基準29項［インサイダー取引・内部情報漏洩の案件］の要件に満たした場合、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］による刑事責任が問われる。こうして、制裁体系上、証券法202条［インサイダー取引］と刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］が漸進的関係にあるといえる。

行政処罰と刑事処罰の併用について、一致した見解に達していないが、国務院法制弁務室副主任の汪永清を初め、賛成派の意見は多く見られる[1]。その中、行政処罰と刑事処罰が併用された際、刑事処罰が優先されるべきであるとする賛成派の見解もある[2]。

次、漸進的関係にある行政責任と刑事責任に加えて、民事責任の追求が可能であり、さらに、証券法232条［民事賠償責任の優先］に規定する「同時に支払う」との文言からも、インサイダー取引に対する行政責任・刑事責任および民事責任が重複的関係にあるといえる。

三つの責任が同時に問われることについて、肯定的見解で統一されて

---

[1] 汪永清．行政処罰法適用手冊［M］．北京：中国方正出版社，1996．117－118．周佑勇，劉艶紅．論行政処罰与刑事処罰的適用銜接［J］．西北政法学院学報，1997，第２期：89．陶緒峰．行政処罰与刑法的競合［J］．江蘇公安専科学校学報，1997，第２期：96．

[2] 陳興良．論行政処罰与刑罰処罰的関係［J］．中国法学，1992，第４期：32．

いるように見受けられる。劉淑強は、「民事賠償責任最優先の原則は、証券法の規定に違反した場合には、損害賠償責任を負うべきであり、またそれと同時に、過料および罰金を支払わなければならないとき、その財産がこれらを同時に支払うことに不足するような場合において、損害賠償責任を優先するものである。経済立法の中、会社法が最初にこのような規定を置き、証券法はさらにこれを肯定したものである」[3]と述べ、また、李東方は、「証券法は特殊な法規として、同時に民事責任、行政責任と刑事責任の三つの責任を規定している。それは、証券法が調整しようとする証券経済関係が極めて複雑であるからである。…三つの責任規定の運用は証券違法行為の性質および証券経済秩序と当事者に対する侵害の程度または具体的な情状によって異なる。単独で一つの責任だけに適用することはもちろん、同時に三つの責任に適用することもできる」[4]と、証券法232条［民事賠償責任の優先］の立法理由および三つの責任の同時追及を肯定している。

(3) ところで、なぜこうした漸進的な規制構造（「二段構え」の規制構造）が中国法に必要だろうか。

まず、中国における経済法の責任制度は行政責任・経済責任[5]および刑事責任により構築される総合的な責任制度となっており、それは、中国における経済立法が調整しようとしている内容・性質および特徴により決定されている。具体的には、国民経済全体における経済に対する行政管理関係および生産営業・業務関係、ならびに社会主義計画経済における計画的経済関係および商品貨幣関係を指す[6]。このような責任制度から（私的な）経済責任を除けば、必然に国家権力により追求される行政責任と刑事責任の二者構造が現れる。

次に、インサイダー取引の刑罰規定に関して、刑法典に設ける体裁（例

---

[3] 劉淑強. ≪証券法≫釈解 [M]. 人民法院出版社, 1999. 355.

[4] 趙万一主編. 証券法学 [M]. 北京：中国法制出版社, 1999. 423 [李東方].

[5] 経済責任とは、経済不法行為につき、公私財産の損失あるいは他人の健康侵害が生じた際に受けなければならない経済的制裁をいう。例えば、経済損失の賠償や妨害排除若しくは違約金の支払いなどがある（夏吉先. 経済犯罪与対策——経済刑法原理 [M]. 世界図書出版社, 1993. 164)。

[6] 夏吉先. 経済犯罪与対策——経済刑法原理 [M]. 世界図書出版社, 1993. 162.

えば、中国）と特別法に設ける体裁（例えば、米国と日本）がある。中国法の場合は、スイスやベルギーまたはオランダと同様、刑法典に刑罰規定が置かれている。（中国）刑法では、ある行為が犯罪を構成するためには、情状が一定の量や程度に達さなければ、犯罪として認められていない[7]。そのため、犯罪一歩手前の軽微な違法行為を規制する役割を果たす担い手が必要となり、それは、行政規制の証券法であったと推論できる[8]。

以下では、民事規制および「二段構え」の規制構造について、考査する。

第一款　民事規制

証券法76条［内部情報利用の禁止］３項には、インサイダー取引の行為者の賠償責任が明記されており[9]、学説上も、行為者の利得は事情の知ら

---

[7] 中国刑法における犯罪の概念について、第13条［犯罪の概念］に規定されている。本条但書では、情状が軽微で危害も大きくない場合には、犯罪ではないとする趣旨の量的・程度的要素が犯罪の定義に盛り込まれている。

刑法13条［犯罪の概念］：国家の主権、領土の完全および安全に危害を及ぼし、国家を分裂し、人民民主専政の政権を転覆し、および社会主義制度を覆し、社会秩序および経済秩序を破壊し、国有財産または労働大衆による集団所有の財産を侵害し、公民の私的所有の財産を侵害し、公民の人身権、民主的権利およびその他の権利を侵害し、ならびにその他社会に危害を及ぼす行為で、法により刑罰を受けるべきものは、いずれも犯罪である。但し、情状が明らかに軽微で危害が大きくないには、犯罪であると認めない。

[8] もとより、中国刑法では、犯罪であっても、軽微なものの場合には、刑罰を科さず非刑罰的措置を執ることが可能である。

刑法37条［非刑罰的処理措置］：犯罪の情状が軽微で刑罰に処する必要のない場合には、刑事罰を免除することができる。但し、事件の状況に応じて訓戒を与え、反省文の作成、謝罪、損害賠償を命じ、または主管部門による行政処罰あるいは行政処分を与えることができる。

[9] 証券法には、相場操縦（証券法77条［相場操縦の禁止２項］）およびその他の詐欺行為（証券法79条［詐欺行為の禁止２項］）に関する民事責任規定も設けられている。

証券法77条［相場操縦の禁止］：①何人も、次の各号に規定する手段により証券市場を操縦してはならない。

ない一般投資者の損失の上に成り立っている[10]と、損害賠償請求する十分な理由が示されている。

インサイダー取引の民事責任に関して、刑法と証券法の両方に特別規定が設けられている[11]。その中、証券法76条［内部情報利用の禁止］３項が

⑴ 単独または共謀して、資金面の優勢、持株の優勢を集結し、または情報面の優勢を利用して、連合若しくは連続して売買を行い、証券取引価格または証券取引量を操縦すること、

⑵ 他人と結託し、事前に約定した時間、価格および方法により相互に証券取引を行い、証券取引価格および証券取引量に影響を与えること、

⑶ 自身が実際に支配する口座間で証券取引を行い、証券取引価格および証券取引量に影響を与えること、

⑷ その他の手段により証券市場を操縦すること。

②相場操縦行為により投資者に損害をもたらした場合には、行為者は法により賠償責任を引き受けるべきである。

証券法79条［詐欺行為の禁止］：①証券会社およびその従業員が、次の各号に規定する顧客の利益を侵害する詐欺行為を行うことを禁止する。

⑴ 顧客の委託に背き、証券を売買すること、

⑵ 所定の時間内に、顧客に対して取引の書面確認書を提出しないこと、

⑶ 顧客から売買を委託された証券または顧客の口座の資金を流用すること、

⑷ 顧客の委託を受けていないにもかかわらず、独断で顧客のために証券を売買し、または顧客の名義を借りたように装い証券を売買すること、

⑸ 手数料収入を得るため、顧客を誘導し不必要な証券売買を行わせること、

⑹ メディアを利用し、またはその他の方法により虚偽若しくは誤導的な情報を提供・伝達すること、

⑺ その他の顧客の真実の意思表示に背き、顧客の利益を侵害すること。

②詐欺行為により投資者に損害をもたらした場合には、行為者は法により賠償責任を引き受けるべきである。

[10] 呉暁東．論内幕交易行為及其民事法律責任［A］．梁書文主編．当代民法経済法的熱点問題［C］．人民法院出版社，1995．316.

[11] 証券法規違反に関する民事責任規定として、最初に規定したのは93年暫定条例77条であった。しかし、本条が理論および実務において、可能な運用立法が示されなかったため、事実上棚上げ状態にあった（陳暁．論対証券内幕交易的法律規制［J］．民商法論叢，1996，第５巻：103）、また、本条が抽象的で、運営性に欠けていた（符啓林主編．中国証券交易法律制度研究［M］．北京：法

インサイダー取引に対する独自なもので、刑法36条［経済損失の賠償および民事賠償責任優先の原則］および証券法232条［民事賠償責任の優先］が他の類型も対象としている。

刑法36条［経済損失の賠償および民事賠償責任優先の原則］：①犯罪行為により被害者に経済損失をもたらした場合には、犯罪者に対して法により刑罰を科するほか、状況に応じて経済損失の賠償を言い渡すべきである。

②　民事損害賠償責任を引き受ける犯罪者が、同時に罰金刑に処せられ、その財産が全部を支払うのに不足するとき、または財産の刑事的没収に処せられたときは、まず被害者に対する民事損害賠償責任を引き受けるべきである[12]。

証券法76条［内部情報利用の禁止］3項：インサイダー取引行為により投資者に損害をもたらした場合には、行為者は法により賠償責任を引き受けるべきである[13]。

証券法232条［民事賠償責任の優先］：本法の規定に違反した場合には、民事損害賠償責任を引き受け、および過料または罰金を納付すべきであるが、その財産が同時に支払うのに不足する場合には、まず民事賠償責任を引き受ける。

(1)　多重にわたる特別規定の制定が、インサイダー取引などの犯罪による損害賠償請求を補佐している。しかし、これら特別規定の加護さえあれば、実務では必ず勝訴できるかというと、因果関係の認定など難関が立ちはだかっているため、簡単にそうともいえない。

証券法232条［民事賠償責任の優先］の規定が他国法（例えば、日本法とアメリカ法）に見られない極めて特徴的なものである。客観的に見て、証券法232

律出版社，2000．355）とも批判されている。

93年暫定条例77条：本法に違反し、他人に損失をもたらす場合には、法により損害賠償責任を引き受けるべきである。

[12] 中国では、付帯私訴が可能である（刑事訴訟法77条・同法78条）。本条がそれに資するものである。

[13] 本項は、2005年改正の際に新設されたものである。

条［民事賠償責任の優先］が、刑法36条［経済損失の賠償および民事賠償責任優先の原則］２項の復唱にすぎないとも考えられるが、それより射程が広い。前者は、民事賠償金・罰金・過料の三者のうち、民事賠償金の執行が最優先される旨であるのに対し、後者は、民事賠償金・罰金の二者のうち、民事賠償金が優先される旨である。この差異は、刑法が施行された時点では、過料を規定する証券法がまだ施行されていなかったことに起因すると考えられる。

(2) インサイダー取引に対する損害賠償請求において、もっとも問題となるのは、因果関係である。

この問題に関して、異なる見解が主張されているが、もっとも多くの賛同を得ているのは、同時取引説である。同時取引説とは、内部者が内部情報を知っていることを告げずに取引を行い、同一の時間にこの取引に応じた反対側の取引相手に損害が発生すれば、発生した損害とインサイダーの取引との間に、因果関係があると推定されるアメリカ法の理論である。同時取引説の特徴は推定的な因果関係にあり、同一の時間に行われたインサイダー取引に応じた反対側の取引相手に損害さえ発生すれば、この損害とこの取引との間に因果関係があることが推定される[14]。

(3) 実務では、因果関係の証明などの問題が浮き彫りとなり、証券紛争における民事裁判の進行に多大な困難をもたらしている。

そこで、2001年９月21日、最高人民法院は全国の各人民法院に対し、人民法院には、インサイダー取引・詐欺・相場操縦などの行為による損害賠償訴訟に対して、いまだ審理できる状態にないことを理由に、暫定的にそれらによる損害賠償請求の提起を受理しない旨の通達[15]を緊急措置として打ち出した。その契機となったのは「銀広夏事件」と「億安科技事件」である[16]。つまり、証券紛争の一種である不実開示を誘因とす

[14] 符啓林主編. 中国証券交易法律制度研究 [M]. 北京：法律出版社, 2000. 354.
[15] 証券紛争における民事損害賠償訴訟につきそれを暫定的に受理しないことに関する最高人民法院通達〔最高人民法院関于涉証券民事賠償案件暫不予受理的通知〕(以下「2001年通達」という) が、2001年９月21日に公布・施行された。
[16] 「銀広夏事件」が、寧夏回族自治区銀川市にある広夏実業股份有限公司による不実開示に起因する損害賠償訴訟であった。不実開示〔虚假陳述〕とは、上場しようとする会社や企業が、上場条件を満たしていると見せかけるため、

る損害賠償訴訟における因果関係証明の不調によって、インサイダー取引を含む証券紛争に関わる損害賠償訴訟の受理にストップがかけられた。その後、2002年１月15日、最高人民法院は、証券市場における不実開示による損害賠償の案件の受理に関する通達〔最高人民法院関于受理証券市場因虚假陳述引発的民事侵権糾紛案件有関問題的通知〕を施行させ、さらに、2003年２月１日に新たな規定〔最高人民法院関于審理証券市場因虚假陳述引発的民事賠償案件的若干規定〕（以下「2003年若干規定」という）を施行させ、不実開示を理由とする損害賠償の提起に関する法整備が整えられた。

インサイダー取引に対する損害賠償訴訟について、2005年10月27日に大改正を経て公布され、翌年１月１日に改めて施行された証券法76条〔内部情報利用の禁止〕３項に、明確にインサイダーの賠償責任が規定され、また、最高人民法院により、2008年２月４日に公布・同年４月１日に施行された新たな民事案件概要規定〔民事案件案由規定〕（以下「2008年民事案件概要規定」という）第285項および第299項においても、それぞれ証券または先物に係わるインサイダー取引に対する損害賠償の規定が置かれ、これで、法律上の整備が整えられた。しかし、実務での運用は未知数である[17]。

第二款　行政規制

証券監督管理の統一化・専門化は効率な証券行政を可能にした。立法権の譲り受けおよび行政処罰権の保持は、証監会の高度な独立性を現わしている。

または、一般投資家に、如何に利益を上げているかということを認識させるために、虚偽の記載を行うことなどをいう。一方、「億安科技事件」が、投資顧問会社４社（広州欣盛投資顧問有限公司・広州中百投資顧問有限公司・広州百源投資顧問有限公司・広州金易投資顧問有限公司）による個人口座を利用した「深錦興（のちに『億安科技』に改称）」株に対する相場操縦事件であったが、損害賠償請求では、億安科技グループが黒幕ともされている。したがって、本件について、当社による不実開示の要素も入っていると考えられる。

[17] 2008年９月４日、インサイダー取引を理由とする最初の損害賠償訴訟が南京市中級人民法院において審理が開始されたが、同月25日、和解により訴訟が取り下げられた。

第一項　証監会

証券行政は三つの段階を経てきている。その一、各地方政府と中国人民銀行による共同管理する時期（1992年10月以前）、その二、証監会と証券委[18]と中国人民銀行による共同管理する時期（1992年10月～1998年４月）、その三、証監会による統一管理する時期（1998年４月以降）に分けられる[19]。

1998年４月、証監会が証券委を吸収合併し、機構設置に関する国務院通達〔国務院関于機構設置的通知〕（以下「98年国務院通達」という）[20]により、国務院直属の独立組織として、新たな船出を迎えた。合併時、証監会は、従来証券委が持つ企画立案などの権限を引き継ぎ、その後、1998年６月、中国人民銀行が持つ証券経営機構の設立・廃止および監督管理の権限も引き受け、よって、全国を対象とする集中かつ統一的な証券監督管理体制が形成された[21]。

「証監会は米国証券取引委員会（SEC）にように、市場制度の企画提案および立法立案などの政策立案の権限と監督・検査および独自の行政処分権[22]を持っている」[23]。①立法権について、証券法179条［職責］１号[24]

---

[18] 証監会と証券委は証券行政を担う機関として同時に設立されたものである。それについて、王東明は、「証券市場を発展させるため、九二年七月、国務院は証券管理弁公会議制度を創設した。この弁公会議制度は国務院を代表して日常的な証券管理を行なう。そして同年一〇月に、より専門的な証券管理の国家機関をつくるため、国務院は弁公会議制度を廃止し、国家証券監督機関としての証券委を設立すると同時に、証券委の監督執行機関として証監会も設立した」（王東明「中国の証券行政――中国版SEC（中国証券監督管理委員会）の誕生――」証研レポート1606号（2002）12頁）とする。

[19] 王・前掲注（18）10頁。

[20] 本通達は、1998年３月29日に国務院によって公布・施行された。2003年３月21日に同じ名称の通達が再度公布・施行されたが、証監会に関する変更はなかった。

[21] 王・前掲注（18）14頁。

[22] 王論文では、「行政処分権」と記されているが、「行政処罰権」のことを指していることがその前文から窺える。

[23] 王・前掲注（18）15頁。

[24] 証券法179条［職責］：国務院証券監督管理機構は証券市場に対し監督管理

および中国証券監督管理委員会の職能配置、内部機構および人員編制に関する規定〔中国証券監督管理委員会職能配置、内設機構和人員編制規定〕（以下「98年規定」という）[25]第２項［主要職責］１号[26]に規定が置かれ、②行政処罰権につ

を実施するにあたり、次の各号に掲げる職責を履行する。

⑴　法により証券市場の監督管理に関する規約・規則を制定し、かつ、法により審査認可または審査確認の権限を行使すること、

⑵　法により証券の発行、上場、取引、登記、預託および決済に対し、監督管理を行うこと、

⑶　法により証券発行人、上場会社、証券取引所、証券会社、証券登記決済機構、証券投資基金管理会社および証券サービス機構の証券業務活動に対し、監督管理を行うこと、

⑷　法により証券業務従事者の資格基準および行為準則を制定し、かつ、実施を監督すること、

⑸　法により証券の発行、上場および取引の情報公開状況を監督検査すること、

⑹　法により証券業協会の活動に対し、指導および監督を行うこと、

⑺　法により証券市場の監督管理に関する法律または行政法規に違反する行為に対し、調査処理を行うこと、

⑻　法律または行政法規に規定するその他の職責。

[25] 本法は、1998年９月28日に、国務院弁務庁によって公布・施行された。

[26] 98年規定第２項［主要職責］：前項の職能調整に基づき、中国証券監督管理委員会の主要職責として、

⑴　証券・先物市場の方針政策および発展企画を研究または立案し、証券・先物市場に係わる法律・法規を起草し、証券・先物市場に係わる規定を制定すること、

⑵　証券・先物市場を統一管理し、規定により証券・先物の監督管理機構に対し、直属の指導を行うこと、

⑶　株券、転換社債および証券投資基金の発行、取引、預託または決済を監督管理し、社債の上場を認可し、上場国債および社債の取引活動を監督管理すること、

⑷　領内における先物デリバティブの上場、取引および決済を監督管理し、規定により領内の機構が行う領外の先物業務を監督管理すること、

⑸　上場会社およびその情報公開義務を負っている株主による証券市場での行為を監督管理すること、

⑹　証券・先物取引所を管理し、規定により証券・先物取引所の高級管理職

いて、証券法184条［規則・処罰結果の公表］２項[27]および98年規定第２項［主要職責］11号[28]に規定されている。特に、①について、職責として規定され、権限より一段と強くその履行が求められている。要するに、することができる権限より、しなければならない職責に義務化したことで、プロフェッショナルな証監会による証券市場に対する規律が強く期待されているわけである。一方、②について、証券法184条［規則・処罰結果の公表］２項では、行政処罰の権限を証監会に付与する旨が明記されていないが、本項に対する文理解釈から、その趣旨が十分窺える。

証監会の人員について、1998年の時点では、中央機関だけの法定人数

員を管理し、証券業協会を剴切に管理すること、

⑺ 証券・先物の経営機構、証券投資基金管理会社、証券登記決算会社、先物決算機構および証券・先物投資諮問機構を監督管理し、基金預託機構の資格を中国人民銀行と共同で審査認可し、かつ、その基金預託業務を監督管理し、上記各機構における高級管理職員の職務資格に関する管理弁法を制定し、かつ、その実施を組織し、証券・先物の従事者の資格管理に対して責任を負うこと、

⑻ 領内企業による直接または間接的な領外での株式発行・上場を監督管理し、領内の機構による領外での証券機構の設立を監督管理し、領外の機構による領内での証券機構の設立、証券業務の従事を監督管理すること、

⑼ 証券・先物の上場公開活動を監督管理し、証券・先物市場の統計および情報資源の管理に対して責任を負うこと、

⑽ 法律事務所、会計事務所、資産評価機構およびその構成員が証券・先物の仲介業務に従事する資格について、他の関係部門と合同で審査認可を行い、かつ、その関連活動を監督管理すること、

⑾ 法により証券・先物市場における不法行為に対し、調査・処罰を行うこと、

⑿ 証券・先物業界の対外往来および国際協力事務を剴切に管理すること、

⒀ 国務院に委任されたその他の事項。

[27] 証券法184条［規則・処罰結果の公表］：①国務院証券監督管理機構が法により制定した規約・規則および監督管理業務の制度は、これを公表すべきである。

②国務院証券監督管理機構が調査結果に基づき、証券違反行為に対して下した処罰決定は、これを公表すべきである。

[28] 前掲注（26）。

が248人（「98年規定」第４項［人員編制］）[29]、2000年末になると、180名あまりの公認会計士や弁護士など専門職員が採用され、そうした専門職が定員の３分の１にも占めた[30]。2006年の時点では、出先機関[31]も含めて、組織全体は1812人の体制となっていた[32]。

加えて、98年国務院通達および98年規定が施行された時点では、証券法（1999年７月１日施行）がまた施行されていなかった。要するに、証券法が施行される前にも、予め証券・先物市場に対する監督管理体制が整えられたのである。

第二項　行政罰

証券法202条［インサイダー取引］では、インサイダー取引のほか、内部情報の漏洩行為および勧奨行為に関する行政責任も規定されている。行為者にして、決定された行政処罰に不服の場合、証券法235条［処罰規定に対する不服申立］[33]の規定により、不服申立することができる。

証券法202条［インサイダー取引］：証券取引の内部情報を知る者、ま

---

[29] 98年規定第４項［人員編制］：中国証券監督管理委員会の機関は248名で編制される。その中、主席１名、副主席４名、局長・副局長52名（秘書官・副秘書官３名、首席弁護士、首席会計士、首席取締官各１名および党委員専門職の副書記が含む）。

中国証券監督管理委員会の出先機構およびその編制については、別個の定めによる。

退官退職幹部の勤務機構、裏方サービス機構およびその編制については、関連規定の定めによる。

[30] 証監会：堅決査処一切違法違規行為［N］．人民日報［海外版］，2000-11-25，(5)．

[31] 全国では、36の証券監督管理局および上海・深圳２カ所に証券監督管理要員事務所、計38の出先機関が設置されている。

[32] 証監会のＨＰ： http://www.csrc.gov.cn/n575458/n575667/n641473/index.html。

[33] 証券法235条［処罰規定に対する不服申立］：当事者は、証券監督管理機構または国務院授権部門の処罰規定に不服の場合、法により行政不服審査を申し立て、または法により直接に人民法院に提訴することができる。

たは不法に証券取引の内部情報を取得した者は、証券の発行若しくは取引に関わり、または証券の価格に重大な影響を及ぼすその他の情報が公開される前に当該証券を売買し、または情報を漏洩し、若しくは他人に当該証券の売買を勧める行為をした場合には、不法に取得した証券を法により処分するよう命じ、不法利得を行政的没収し、かつ、不法利得の１倍以上５倍以下の過料に処する。不法利得がなくあるいは不法利得の額が３万元未満の場合には、３万元以上60万元以下の過料に処するものとする。法人がインサイダー取引を行った場合には、その直接責任を負う主管者およびその他の直接責任者に警告を与え、かつ、３万元以上30万元以下の過料に処すべきである。証券監督管理機構の職員がインサイダー取引を行った場合には、重きに従い処罰する。

インサイダー取引規制の基本をなす本条において、以下の不明点がある。

本条中段では、「法人がインサイダー取引を行った場合には、その直接責任を負う主管者およびその他の直接責任者に警告を与え、かつ、３万元以上30万元以下の過料に処する」と規定され、単なる自然人の違反より軽い行政罰が設けられている。しかし、なぜ自然人に対して行政処罰を講じ、法人の行政責任を問わない理由が不明である。旧刑法では、法人の利益のための犯罪が自然人の犯罪として位置づけられていたため、自然人のみが処罰される法文化があった[34]。その影響ではないかと思われる。

ところで、過料の執行に困難な場合、中華人民共和国行政処罰法（1996年３月17日公布・同年10月１日施行、以下「行政処罰法」という）52条による延期若しくは分割納付が可能である[35]。

[34] 王良順．単位犯罪論［M］．北京：中国人民公安大学出版社，2008．193.

[35] 行政処罰法52条：当事者は確かに経済的に困窮しており、延期あるいは分割による過料の納付が必要な場合、当事者の申請ならびに行政機関の承認により、暫定的に延期するあるいは分割して納付することができる。

第三款　刑事規制

改正（2009年２月28日公布・施行）により、勧奨行為の類型も加えられたが、改正前の刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］には、インサイダー取引および内部情報漏洩だけの刑事責任が規定され、行為者がインサイダー取引を行い、さらに内部情報の漏洩も行ったことにより、本条に違反した場合、それぞれの罪が成立し、併合しない[36]。

刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］：①証券・先物取引の内部情報を知る者、または不法に証券・先物取引の内部情報を取得した者は、証券の発行若しくは証券・先物の取引に関わり、または証券・先物の取引価格に重大な影響を及ぼすその他の情報が公開される前に、当該証券を買い付け若しくは売り付け、あるいは当該内部情報と関係する先物取引を行い、または当該情報を漏洩し、若しくは明示あるいは暗示により他人に上記取引行為に従事させ、犯情が重大である場合には、５年以下の有期懲役若しくは拘役[37]に処し、不法利得の１倍以上５倍以下の罰金を併科し、または単科する。犯情が特別に重大である場合には、５年以上10年以下の有期懲役に処し、不法利得の１倍以上５倍以下の罰金を併科する。

②法人が前項に違反した場合には、法人に対して罰金を科するほか、その直接責任を負う主管者およびその他の直接責任者は、５年以下の有期懲役若しくは拘役に処する。

③内部情報および内部情報を知る者の範囲は、法律または行政法規の規定により確定する。

④証券取引所・先物取引所・証券会社・先物仲介会社・ファンド管理会社・商業銀行・保険会社等の金融機構の職員および関連する監督管理部門ならびに業界協会の職員は、職務上の便宜を利用して内部情

[36] 周道鸞，単長宗，張泗漢主編．刑法的修改与適用［M］．人民法院出版社，1997．397［張軍］．中国検察理論研究所編．刑法新罪名通論［M］．中国法制出版社，1997．86．

[37] 「拘役」とは、中国刑法における刑罰の一種で、主に犯罪行為が比較的軽い場合に適用される。日本刑法の禁固に相当する。

報以外の未公開情報を取得し、規定に反して当該情報と関連する証券・先物の取引行為に従事し、または明示あるいは暗示により他人に関連する取引行為に従事させ、犯情が重大である場合には、第１項の規定に基づき処罰する。

(1)行為態様や主体または犯情の軽重に応じて、多様な法定刑が設けられている本条について、とりわけ本条２項に関しては、以下の不明な点がある。

その一、「法人が前項に違反した場合には」如何に処罰すべきかが規定されているが、いわゆる「前項」とは、「当該証券を買い付け若しくは売り付け、あるいは当該内部情報と関係する先物取引を行」う行為のほかに、「当該情報を漏洩」する行為も、さらに「明示あるいは暗示により他人に上記取引行為に従事させ」る行為も含まれている。しかし、法人が如何にして、情報漏洩若しくは勧奨を行いうるだろうか。また、「法人が前項に違反」する前に、まず、法人が本条犯罪の主体に該当する必要がある。つまり、法人が、①「証券・先物取引の内部情報を知る」法人に該当するか、あるいは、②「不法に証券・先物取引の内部情報を取得した」法人に該当することが必要になる。①に関して、法人が通常の業務遂行を通じて内部情報を知ることができる。例えば、自社の決定事項や契約を締結している関係他社の発生事実等など。しかし、②について、自然人のように動静する能力を持ち得ない法人が、如何にして「不法に証券・先物取引の内部情報を取得した」法人になりうるだろうか、明らかではない。

その二、法人が前項に違反した場合、「法人に対して罰金を科する」と規定されているが、如何にして罰金額を算出するかについて、規定されていない。参考しうるものとして、刑法52条［罰金額の算定］[38]および2000年12月13日に公布・同月19日に施行された財産刑の適用の若干問題に関する最高人民法院の規定〔最高人民法院関于適用財産刑若干問題的規定〕２条[39]が

[38] 刑法52条［罰金額の算定］：罰金に処する場合には、犯情に応じて、罰金額を決定すべきである。

[39] 財産刑の適用の若干問題に関する最高人民法院の規定２条：①人民法院は、

あるが、前者が広く曖昧で、後者が文脈からすれば、もっぱら自然人に適用される趣旨が窺える。

その三、新設された第４項にいう「内部情報以外の未公開情報」とは、如何なる情報を指すものであるかは明らかでなく、もとより、本項に規定される行為がインサイダー取引規制の範疇に包含されるものか否かも明確ではない。

他方、不明な点にはあたらないが、解説を要する点が二点ある。

第一に、「犯情が重大である」および「犯情が特に重大である」とは何を指すだろうか。これらの定義に関しては、実務運用による明確化が期待されることもあった[40]が、訴追基準の施行により、少なくとも「犯情が重大である」の定義について、それが訴追基準29項［インサイダー取引・内部情報漏洩の案件］の要件を満たす場合であると明らかになった。訴追基準が打ち出されるまでは、学説上、インサイダー取引による不法利得額が巨額な場合や投資者の適法な権益が著しく侵害された場合などと説かれていた[41]。

第二に、体裁について、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］１項には、「犯情が重大である場合」または「犯情が特別に重大である場合」の責任規定が置かれるならば、「犯情が重大ではない場合」についても、規定が設けられるべきであろうと疑問が抱かれるかもしれないが、犯情（情状）が重大ではない場合が犯罪ではなく、行政上の不法行

犯情に応じて、例えば、不法利得の額またはもたらした損害の大小など、犯罪者の罰金納付能力と併せて考慮をし、法により罰金刑を決定すべきである。刑法において、罰金額を明確に規定していない場合には、罰金額の最低額は、1000元より少なくなってはならない。

②未成年犯罪者に対して軽きあるいは減軽して罰金刑に処すべき、但し、罰金額の最低額は、500元より少なくなってはならない。

[40] 鄭順炎. 証券内幕交易規制的本土化研究 [M]. 北京：北京大学出版社, 2002. 57.

[41] 周道鸞, 単長宗, 張泗漢主編. 刑法的修改与適用 [M]. 人民法院出版社, 1997. 397［張軍］. 馬克昌, 丁慕英主編. 刑法的修改与完善 [M]. 人民法院出版社, 1995. 526［曹珍］. 肖揚主編. 中国新刑法学 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 1997. 404.

為である[42]。犯罪に量的・質的要件を課している中国刑法の特質からすれば、このような規定ぶりは当然である。

(2)インサイダー取引・内部情報漏洩の罪における主観面について、多くの学説では区分され論じられている[43]。まず、インサイダー取引の罪について、ⅰ）行為者は、内部情報が公開された後に、関連する株式の価格に重大な影響を及ぼすのを知りながら、敢て当該証券を取引するという故意説（直接故意と間接故意の双方が含まれる）[44]、ⅱ）インサイダー取引の主観面における故意が直接故意でなければならず、かつ、自己または他人のために、不法利得を得る目的も持つものであるとする直接故意説[45]がある。次、内部情報漏洩の罪について、ａ）行為者は、内部情報が公開された後に、関連する株式の価格に重大な影響を及ぼすのを知りながら、敢て当該情報を漏洩するという故意説（直接故意と間接故意の双方が含まれる）[46]、ｂ）内部情報漏洩の罪において、故意でも過失でも良いとする故意・過失説[47]がある[48]。

---

[42] 陳忠林「中国刑法における証券犯罪」西原春夫編『日中比較経済犯罪――二十一世紀第三回（通算第九回）日中刑事法学術討論会報告書――』（成文堂、2004）180頁。

[43] 2009年２月28日の改正で、新たに加えられた勧奨行為の行為類型に関する学説は、いまの段階ではまだ窺えない。

[44] 祝二軍．証券犯罪的認定与処理[M]．北京：人民法院出版社，2000．406．馬克昌，丁慕英主編．刑法的修改与完善[M]．人民法院出版社，1995．526[曹珍]．

[45] 高銘暄，馬克昌主編．刑法学［M］．北京：北京大学出版社・高等教育出版社，2007．第３版：456［趙延光］．陳興良主編．罪名指南：上冊［M］．北京：中国政法大学出版社，2000．402．周道鸞，単長宗，張泗漢主編．刑法的修改与適用［M］．人民法院出版社，1997．397［張軍］．馬松建．証券期貨犯罪研究［M］．鄭州：鄭州大学出版社，2003．169．

[46] 祝二軍．証券犯罪的認定与処理［M］．北京：人民法院出版社，2000．406．馬松建．証券期貨犯罪研究［M］．鄭州：鄭州大学出版社，2003．170．高銘暄，馬克昌主編．刑法学［M］．北京：北京大学出版社・高等教育出版社，2007．第３版：456［趙廷光］．肖揚主編．中国新刑法学［M］．北京：中国人民公安大学出版社，1997．404．

[47] 周道鸞，単長宗，張泗漢主編．刑法的修改与適用［M］．人民法院出版社，1997．397［張軍］．

[48] 他方、白建軍は、新刑法が施行される（1997年10月１日）前に行われた先

インサイダー取引罪の認定について、行為者が、まず、内部情報を知り、次、当該内部情報と関係する証券や先物の取引を行い、最後に、当該取引において、当該内部情報を利用したという漸進的な行為を行ってから初めて、本罪が構成される。一方、内部情報漏洩罪の認定において、もっとも重要なポイントは漏洩された当該情報がすでに公開された資料や情報に基づき予測・分析されたものであるか否か点である。もし、予測・分析の結果が偶然にして未公開内部情報を一致したとしても、当該予測・分析結果には十分な正当性・合法性を有し、逆に、予め入手した未公開内部情報に基づいて、予測・分析した場合、得られた結論には正当性・合法性を有しないばかりか、それを漏洩した場合は、本罪が成立する[49]。行為者が実際に利得あるいは損失回避できたか否かの行為結果は、インサイダー取引の罪の成立に影響しない[50]。但し、内部情報漏洩について、行為者の意思以外の原因により、着手した犯行が完結に至らなかった場合には、未遂として論ずべきである[51]。

ところで、罰金の施行が困難な場合について、刑法53条［納付・追納］[52]による減免や追納ができる。

第四款　小括

中国法も日本法と同様、予め重要な未公開内部情報を知っている者に

行研究において、内部情報漏洩については故意でも過失でも良いとし、インサイダー取引および勧奨行為については故意が必要であるとしている（白建軍. 証券詐欺及対策［M］. 中国法制出版社, 1996. 39）。

[49] 陳正雲. 内幕交易罪及其認定［J］. 中国刑法雑誌, 1998, 第２期：27－28.

[50] 陳正雲, 黄河, 銭舫. 中国刑法通論［M］. 北京：中国方正出版社, 1997. 381［陳正雲］.

[51] 中国検察理論研究所編. 刑法新罪名通論［M］. 中国法制出版社, 1997. 86.

[52] 刑法53条［納付・追納］：罰金は、判決が指定する期日内に一括または分割して納付する。期限が到来しても納付しない場合、強制的に納付させる。人民法院は、罰金の全額納付ができない者に対し、被執行人に執行できる財産のあることを発見したとき、速やかに追納を行うべきである。不可抗力の災難のため、確かに納付することが困難な場合、酌量減額または免除することができる。

よる当該未公開情報の公開（開示）が要求されておらず、その情報と関連する取引をしてはならない（断念せよ）という不作為義務のみが課されている。制裁体系について、「わが国では、刑事制裁を偏重する外国と違って、インサイダー取引行為に対して、基本的に行政規制が用いられている」[53]。一方、損害賠償について、「刑罰と同様、証券犯罪に対する予防と懲罰の有効措置の一つである」[54]とされ、規制ツールとしての機能が重視されている。

(1) インサイダー取引に対して、証券法による行政規制および刑法による刑事規制のほか、「中華人民共和国民法通則」（1986年４月12日公布・翌年１月１日施行、以下「民法通則」という）の民事責任引き受け方法[55]に基づき、民事責任を追及することも可能である。さらに、証券法232条［民事賠償責任の優先］における「民事賠償責任最優先の原則」により、民事賠償金

---

[53] 張軍主編. 破壊金融管理秩序罪 [M]. 北京：中国人民公安大学出版社, 2003. 237［于志剛］.

[54] 蕭灼基主編. 中華人民共和国証券法実務全書：下冊［M］. 北京：中国民主法制出版社, 1999. 2310.

[55] 民法通則134条：①民事責任を引き受ける方法には、主として、以下のものがある。

(1) 侵害の停止、
(2) 妨害の排除、
(3) 危険の除去、
(4) 財産の返還、
(5) 原状の回復、
(6) 修理・再製作・交換、
(7) 損害の賠償、
(8) 違約金の支払、
(9) 影響の除去・名誉の回復、
(10) 謝罪。

②以上における民事責任を引き受ける方法として単独で適用することができ、また併合して適用することもできる。

③人民法院は民事事件を審理し、上記の規定を適用する以外に、さらに訓戒を与え、悔悟誓約書の作成を命じ、不法活動に用いた財物および不法の利得を取り上げることができ、併せて法の規定により、罰金・拘留に処することができる。

が行政責任（過料）・刑事責任（罰金）よりも優先される。

インサイダー取引に関する立法について、多くの国では、刑事規制だけに重点を置く傾向にあり[56]、民事責任が行政責任や刑事責任より優先することを明記する中国法は、極めて特徴的であるといえる。とはいえ、「民事賠償責任最優先の原則」は実務および理論上の問題を抱えており、実際には、特定の場面において、この原則が機能していない。以下では、その阻害性について、考査する。

①　民事責任が行政責任や刑事責任の執行を阻害する一面がある。一般的に、インサイダー取引行為の発覚は殆どが国家機関の介入、例えば、行政監査や家宅捜査などによって、マスコミに報道されてから一般社会に知れ渡る。その後、当事者は自己がその被害者であると意識し、損害賠償請求を提起することにいたる。しかし、インサイダー取引の被害者は、能動的に民事損害賠償請求の提起ができない[57]ならば、被害者が先陣を切って、行政規制や刑事規制より、先に法に訴えることも難しい[58]。そうであれば、訴訟自体が時間を要する民事損害賠償は、効率の良い行政訴訟や刑事訴訟より遅れて結審されることが明らかであり、民事訴訟

---

[56] 趙秉志主編．新刑法全書［M］．北京：中国人民公安大学出版社，1997．681．神山敏雄『日本の証券犯罪――証券取引犯罪の実態と対策――』（日本評論社、1999）89～90頁。

[57] 証監会の委託を受けて、上海証券取引所と華東政法学院が行った「証券市場内幕交易認定標準及其行政処罰機制」と題する研究の報告書においても、「実際、インサイダー取引の被害者は自分たちの権益を侵害した違法行為者を発見することが極めて難しく、往々にして、能動的に民事訴訟を提起することができない」（闕波，劉金根，郭洪俊等，証券市場内幕交易認定標準及其行政処罰機制・研究報告［R］．上海證券交易所，2005，222）と、この問題が指南されている。

[58] 同旨の見解として、陳暁．論対証券内幕交易的法律規制［J］．民商法論叢，1996，第５巻：106がある。

また、日本では、アメリカ法を素材に、「民事責任の寄生的性格が指摘されるように、この場合民事責任の制度が機能するためには、行政機関の執行活動が前提となることは認めざるを得ない」（野田博「インサイダー取引の悪性と規制の整合性について――民事責任の当否とその在り方の検討を中心として――」法學新報96巻６号（1990）102頁）とする分析もある。

の結審、さらに執行の完了を持たなければ、政責任（過料）ないし刑事責任（罰金）の執行ができない[59]。訴訟社会の中国では、この問題が一段と顕著に現れよう。但し、付帯私訴が十分に活用された場合、この問題が解消されよう。しかしながら、インサイダー取引行為が犯罪に至らず、行政訴訟にしかならなかった場合には、やはり上記の危惧があり得よう。

② 一律に、民事責任を行政責任や刑事責任より優先させることができない。この原則は民事責任が追及されることを前提にしている。しかし、損害賠償請求が当事者自身により行使される私的権利であり、国家

---

[59] インサイダー取引が理由とする民事損害賠償訴訟が行政訴訟ないし刑事訴訟により遅れるもう一つの側面として、法手続上の問題がある。

最高人民法院は、2003年２月１日に新たに施行させた不実開示を理由とする民事損害賠償訴訟に関する新たな規定（2003年若干規定）第６条において、訴訟を提起するにあたり、すでに出された行政処罰の決定あるいは刑事処罰の判決文に基づいて提訴することが必要であり、その際、行政処罰の決定や公示あるいは裁判所の刑事判決文を付さなければならないと規定されている。

最高人民法院副院長奚暁明は、2007年５月30日の民商事紛争に関する全国会議において、インサイダー取引を理由とする民事損害賠償についても、このモデルが参照されるべきであることを記者に表明した。すなわち、2005年１月１日に大改正を経て改めて施行された証券法76条［内部情報利用の禁止］３項に、明確にインサイダーの賠償責任が設けられ、さらに、2008年４月１日に最高人民法院により、2008年民事案件概要規定第285項・第299項（それぞれは、証券または先物に係わるインサイダー取引に対する損害賠償の規定である）が施行されたとはいえ、運用面では、行政規制や刑事規制による先行した判断が必要であるという。

2003年若干規定６条：①投資者は、自己が不実開示による侵害を受けたことを理由に、関係機関による行政処罰の決定あるいは人民法院による刑事判決文に基づき、不実開示の行為者に対して民事賠償訴訟を提起し、民事訴訟法108条の規定に符号した場合には、人民法院はこれを受理すべきである。

②投資者は不実開示の民事賠償訴訟を提起するにあたり、行政処罰の決定や公示あるいは人民法院の刑事判決文を提出するほか、以下の証拠を提出しなければななならない。

(1) 自然人・法人若しくはその他組織に所属する身分を証明する書類、原本を提出できない場合には、公正証書のコピーを提出すべきである、

(2) 取引を行った証拠等の投資損失の証拠材料。

がその行使を強制することができない。つまり、実際の被害者が、損害賠償請求する意向がなく、あるいは自分が被害者であることすら知らない場合、この原則が如何に運用されるだろうか。このとき、行政責任および刑事責任の追及（執行）を停止させ、損害賠償請求の提起を待つのは明らかに非現実であり、このような局面では、行政責任や刑事責任の執行を先行させざるを得ない[60]。そうであれば、行政責任や刑事責任の執行が完了され、かつ被告にはもう余剰な財産がなく、訴訟時効[61]内に損害賠償請求が提起された場合、如何にして民事責任を行政責任や刑事責任より優先させられるだろうか。すでに国庫に収められた過料や罰金の中から、確定された民事賠償金の分を被害者に譲り渡すことでしかこの原則の趣旨が厳守できないが、それもかなり非現実的であると言わざるを得ない。

このように、この原則を適用するには、大きな技術的な難点があり、うまく機能させるには、インサイダー取引に対する損害賠償訴訟の訴訟時効を特例的に極端に短縮させた上で、行政責任や刑事責任の執行に入る前に、国家が損害賠償請求の提起を呼び掛けるような方策しか考えられないが、それにしても、民事訴訟をスピーディに結審させるには、因果関係の認定などの問題が先決して置かなければならない。

③以上は、民事責任を出発点とした民事規制上の諸問題であった。しかし、被害者にして、民事責任の形でしか救済される方法はないのだろうか。

「民事賠償責任最優先の原則」に関連して、証券法が新たに施行される（1999年７月１日）前に行われた先行研究においては、民事救済が行政責

---

60 実際には、行政処罰の決定が送達されてから15日以内に、過料を証監会の口座に振り込まなければならず、当事者の不服により、行政不服審査を申し立てようが直接に人民法院に提訴しようが、行政処罰の執行が妨げられない（闕波，劉金根，郭洪俊等，証券市場内幕交易認定標準及其行政処罰機制・研究報告［R］．上海證券交易所，2005，222）。

61 民法通則137条：訴訟時効期間は、権利が侵害されたことを知った時あるいは知るべきであった時から計算する。但し、権利が侵害された日から20年を超えた場合、人民法院は保護を与えない。特殊な情況がある場合、人民法院は訴訟時効期間を延長することができる。

任および刑事責任より優先されるべき、仮に、行政処罰や刑事処罰が先に決定されたとしても、没収された不法利得が被害者のために保留されるべきであるという意見[62]があった。この見解は、刑法64条［犯罪物品の処理］[63]前段の規定に基づかれていると思われるが、本条が不法利得の「返還処分」に関する規定であり、すなわち、ⅰ）犯罪者が不法に得た一切の財物について、追徴または返還賠償を命ずるべき、ⅱ）被害者の合法的な財産について、速やかに返還すべきであると規定されている。したがって、インサイダー取引が犯罪に至った場合、不法利得が被害者に返還されることが考えられよう。

総じて、インサイダー取引が犯罪に至った場合には、被害者にとって、付帯私訴ないし刑法64条［犯罪物品の処理］の活用による賠償や損害回復が可能で、もっとも有利である一方、犯罪に至らず行政処分にしかならなかった場合には、単独で損害賠償請求を提起する以外、救済される方策はない。

他方、証券投資者に保護について、2006年１月１日に、大改正を経て施行された新たな証券法において、証券法134条［証券投資者保護基金］[64]に

---

[62] 陳暁．論対証券内幕交易的法律規制［J］．民商法論叢，1996，第５巻：106.

[63] 刑法64条［犯罪物品の処理］：犯罪者が不法に得た一切の財物は、これを追徴または返還賠償を命ずるべきである。被害者の合法的な財産は、これを速やかに返還すべきである。禁制品および犯罪に供されて使用された本人の財物は、これを没収すべきである。没収した財物および罰金は、一律に国庫に納付するものとし、これを流用しまたは無断で処分してはならない。

[64] 証券法134条［証券投資者保護基金］：国家は証券投資者保護基金を設立する。証券投資者保護基金は、証券会社により拠出した資金および他の法律に基づき調達された資金をもって構成され、その資金の調達、管理および運用の具体的方法について、国務院が決定する。

本条は、本改正で新設された条文ではあるが、証監会・財政部および中国人民銀行など連名して、2005年６月30日公布・同年７月１日に施行された証券投資者保護基金管理弁法〔証券投資者保護基金管理弁法〕に対する追認にすぎない。実際には、2005年８月30日に、アメリカの投資者保護基金SIPCをモデルに、中国証券投資者保護基金有限会社は、63億元を登録資本として、証券会社の倒産・廃業などによる一般投資者の保護を営業範囲とする法人として発足された。設立当初の運用可能な資本は、少なくとも163億元にもあった。

基づいて、証券投資者保護基金制度が創設され[65]、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)　行政罰（過料）について、上限倍率（アメリカ法では3倍を超えない、中国法では5倍以下）を見れば、かなり厳しいものになっている。

不法利得額の「1倍以上5倍以下」を行政罰として賦課することについて、上限に着目すれば、過度ではないかとする批判もありうるが、将来的に、行政罰が増額される必要が出た場合、法改正しなくても、実務運用の調整で達成できるメリットがあると思われる。また、利ざやを稼ぐことがインサイダー取引の最大の目的であり、それが確実に剥奪されることになれば、彼らの努力が無駄に終わる。したがって、不法利得額に照準を合わせ、それを最低限度とする算出方法は、もっとも合理的であると思われる。

(3)　内部情報の漏洩行為ないし取引の勧奨行為について、それらを真正なインサイダー取引と同一の規定で規制する体裁は、ＥＵ主要加盟国と同様である[66]。しかし、漏洩行為と勧奨行為には、基本的な構成要件

---

65 周劍龍「証券市場の健全化を目指す　中国証券法の大改正」ビジネス法務6巻3号（2006）83頁。

66 例えば、イギリスでは禁止される行為として、「内部者として情報を有する者が、情報によって価格に影響を受ける証券の取引を行うこと、そのような証券の取引を推奨すること、そして他者に情報を開示することの三つである（一九九三刑事司法法五二条）」（川口恭弘ほか「インサイダー取引規制の比較法研究」民商法雑誌125巻4・5号（2002）516頁［川濱昇］）。ドイツでは、「『一　内部事実を知っていることを利用して、自己もしくは他人の計算で、または他人のため内部証券を売買すること、二　権限なく内部事実を他人に知らせまたはアクセス可能にすること、三　内部事実を知っていることに基づき内部証券の売買を他人に推奨すること』」（同前、523頁［洲崎博史］）が禁止されている。フランスでは、勧奨行為こそ禁止していないものの、真正なインサイダー取引行為を禁止しているほか、「『その職業または職務の執行にあたり（dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions）』内部情報を有する者」（同前、498頁［山田純子］）が、「内部情報を『その職業もしくは職務の通常の範囲外において第三者に伝達すること』（同条二項）を〔も〕禁止している」（同前、532頁［山田純子］）。

要素はもちろん、行為態様もだいぶ異なるため、同じ規定で規制することは、果たして法文理上妥当だろうか。さらに、先物も加えれば、なおさらそのように思われる。

ところで、行政規制および刑事規制に規定されている「不法利得」には、回避された損害が含むか否かについて、条文上から確認できないが、合理的に考えれば、当然含まれるべきであると思われる[67]。他方、「不法利得額」とは、犯行過程においてかかったコストが控除されない額を指す[68]。刑事規制における罰金規定（不法利得の１倍以上５倍以下）について、違反者には不法利得がない場合、如何して罰金刑を科すだろうか、この算出方法が投機行為の成功例のみを意図している[69]と指摘されているが、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］には、罰金刑のほかに自由刑も用意されているので、仮に行為者には不法利得がなかったとしても、規制上、窮境に陥ることはないと思われる（もちろん、妥当性に関する異論があろう）。

(4) 行政法規（証券法202条［インサイダー取引］）と刑事法規（刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］）が制裁体系上漸進的な関係になっている以上、二つの条文は整合した関係がもっとも望ましいと考えられる[70]。というのは、インサイダー取引行為が、訴追基準29項［インサイダー取引・内部情報漏洩の案件］の要件を満たしたとき、その行為がより悪質であると見られ、行政規制より威嚇効果の大きい刑事規制にも規制に参加してもらおうとする構造になっているから、両者間が整合性を有すべきである。

証券法202条［インサイダー取引］の後段に、加重類型（「証券監督管理機構の

---

[67] 刑事規制におけるこの問題について、楊亮．内幕交易論［M］．北京：北京大学出版社，2001．300－301にも指摘されている。

[68] 前掲【本章第二節】注（19）．

[69] 白建軍．証券犯罪与新刑法［J］．中国法学，1998，第３期：114．

[70] 大きな視野での証券法と他の法律との関係について、羅培新は、証券法は証券市場を規律する主たる法律であると同時に、会社法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、股票発行与交易管理暫行条例などの関係法規と連携して作用を発揮すべき、相互における不協調な関係は証券法の作用発揮を阻害するおそれがあると危惧している（羅培新．関于≪証券法≫修改的若干建議［J］．証券市場導報，2003，10月号：40－41）。

職員がインサイダー取引を行った場合には、重きに従い処罰する」）が置かれているが、刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］には、かかる加重類型が設けられていない。すなわち、証券行政を監督管理する立場にある者が、インサイダー取引行為を行い、犯情が訴追基準29項［インサイダー取引・内部情報漏洩の案件］の要件を満たしたとしても、彼らを裁く加重刑事規定がなく、せいぜい一般規定レベルでの刑事責任しか追及できないのである。

先物に係わるインサイダー取引に関しても、07年先物条例73条[71]と刑法180条［インサイダー取引・内部情報漏洩の罪］との間にも、同様な不整合が見られる。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2008年３月25日授与）に補筆したものである。

[71] 前掲【本章第一節】注（58）。

研究ノート

非典型担保における買戻（２・完）

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　（以上第59巻第５号）
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
　（以下本号）
　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　買戻特約付真正売買における清算の要否
結

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章では買戻の歴史を考察し、現代までの買戻の理解をえた。更にここでえた理解における買戻と他の非典型担保とを比較すると、買戻には他とは違う特性が多くあることに気がつく。その特性を見極めた上で買戻を利用した非典型担保である売渡担保と真正な買戻との区別を試みる。この区別をした上で残る問題である真正な買戻における清算の問題に関しても言及する。そしてこれら各問題でえられた結論は買戻のどのような特性に根源をもつものなのかについて意見を述べることが本章の目的である。

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

譲渡担保（広義では狭義の譲渡担保と売渡担保を含む。ここでは広義）[1]には、

[1] 譲渡担保と売渡担保との主な相違点は、譲渡担保が既存債権を消滅させずに、目的物の所有権を債権者に移転する一方、売渡担保は、売買名義で所有権を移転し、売買代金は既存債権と相殺するので、売主買主に債権債務関係が残らないことである。この理解が通説とされる（柚木・第１章第２節・注１・299－300頁、内田『民法Ⅲ〔第２版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2004年）538頁）。この理論は前田直之助判事によって提唱され、それを我妻博士が採用した（前田・第１章第８節・注18。そのまとめは同・前田・（三）・41頁表。我妻・第１章第８節・注18・124－126頁。その他の譲渡担保と売渡担保との相違点は上記文献を参照せよ。ただし現代ではあてはまらないものもあるように

目的物の占有に関して占有移転型と占有留保型があるが、通常は後者である。買戻特約付売買は、伝統的には占有移転型が原則だが、明治初期頃から留保型もみられる（前章第４節で前述）。この他民法典第579条以下の買戻には目的物、買戻代金、期間面等に厳格な制限があるが、譲渡担保にはない。

その譲渡担保の法的構成の歴史について、当初の判例は懐疑的であった（第３節二で後述）。下級審では所有権が当事者の内部外部で移転する原則をとり（強い譲渡担保。東京地判明治44年（ワ）516新聞803号23頁、大阪地判新聞829号23頁他多数）、その後、外部のみ移転する原則を採用した（弱い譲渡担保。東京控判明治44年５月27日新聞743号、東京控判新聞743号17頁、東京控判明治44年12月19日判例集未登載他多数。そして前掲東京控判明治44年５月27日判決の上告審、大判明治45年７月８日民録18輯691頁が採用した。大判大正５年11月８日民録22輯2193頁も同旨）。その後、内外部移転原則に戻ったが（大連判大正13年12月24日民集３巻555頁）、何れにせよ所有権構成を採用していた[2]。

思う）。だが我妻・第１章第８節・注18・136－138頁は、売渡担保とされていても多くは譲渡担保と解すべきだと論じる（他に内田・前掲・538頁）。その後、売渡担保も譲渡担保と同一に処理されるべきだと解され、裁判所も売渡担保の文言を使わなくなり、広義ではどちらも譲渡担保といわれるようになった（道垣内・第１章第８節・注21・291－292頁、生熊長幸・重判・平成18年度・72－73頁）。特に第１章第８節前掲・最判平成18年２月７日は、ある買戻特約付売買を譲渡担保と認定し、清算義務を認めている。

[2] この辺りの変遷は松本烝治「賣渡抵當及動産抵當論」（法協31巻４号591頁（1914年））595頁以下に詳しい。当初の内外部移転説は、松本博士により強く支持された（同・597－603頁）。ところが、東京控訴院は、強い譲渡担保だと債権者破産の場合、取戻権行使が不能となるのに債務は履行しなければならない不都合があると考え、外部移転説を採り、大審院はこの理論を採った。同・604頁は、この見解はドイツの少数説で、これを岡松博士が紹介し、更に鳩山博士が通説と紹介したので東京控訴院が採用し、大審院も採用したと説明する。弱い譲渡担保に賛成する一部学説を除いて（末弘厳太郎「債權總論（四）」（同編『現代法學全集』（日本評論社、1928年）20頁）、我妻「集合動産の譲渡担保に關するエルトマンの提案」（法協48巻４号465頁（1930年））497頁－500頁、我妻「判例賣渡抵當法」（『松波先生還暦祝賀論文集』（有斐閣、1928年）435－436頁）は、これを原則とする判例を批判した（松本・前掲・597－603頁）。ゆえに大審院は立場を改め、当事者の意思が明確でない場合、強い譲渡担保と推定するようになった。

今の判例は所有権構成を完全には崩さないが、担保権構成に傾きつつある[3]。現在の通説は担保権構成である（米倉明、近江、宮川不可止、高木多喜男、月岡利男等。所有権構成は鈴木禄弥、内田、道垣内、古積。伊藤進は何れも不採用）[4]。これと比較して買戻は、債権説と停止条件付所有権説の何れを採るにしても、買主は完全な所有権者である。いわば所有権構成である。譲渡担保の法的構成は債権者（買主）の地位が所有権者か担保権者かを問題とし、担保権構成は債権者を担保権者と解することによって債務者保護を図る。一方、買戻における法的構成の争いは、融資を受ける売主の地位を問題とする。買主の地位が解除条件付の所有権者であることに争いはみられない。売主の地位に関する論点は主に買戻権譲渡の方法であるが、それだけではない。かつての学者は、停止条件付所有権説ならば、売主が、売主に残る停止条件付所有権に抵当権を

[3] 最判昭和41年４月28日民集20巻４号900頁は会社更生手続で、譲渡担保権を更正担保権とした。最判昭和57年９月28日判時1062号81号は「完全な所有権」を回復しうる設定者の地位より、不法占拠者への物権的請求権を認めた。最判平成11年５月17日民集53巻５号863頁は譲渡担保権者に物上代位権行使を認めた。最判平成18年７月20日民集60巻６号2499頁は集合動産譲渡担保で後順位譲渡担保権の設定を認めている。最判平成18年10月20日民集60巻８号3098頁は担保権者の債権者が弁済期後に目的物を差押え、登記をし、その後、設定者が受戻権を行使した上で第三者異議を主張した事件における傍論部分で、弁済期前の担保権者の所有権を債権担保目的に限定し、処分権限がないことを理由に設定者の受渡権行使を認める。総じて判例の立場は徐々に担保権的構成に傾斜しているといえる（古積健三郎「譲渡担保の法的構成と効力」（『民法の争点』（有斐閣、2007年）151－152頁は契約の目的が債権担保であることを重視しつつも、所有権構成をとる）。

[4] 担保権構成にも①抵当権説、②一種の制限物権と考え、具体的内容は適切な処理という観点から決める説等がある。①は米倉明『譲渡担保の研究』（有斐閣、1976年）109頁、近江・第１章第４節・注８・282－283頁、宮川不可止・金法1751号41頁（2005年）。②は高木多喜男『担保物権法〔第３版〕』（有斐閣、2002年）341－342頁、月岡利男『物権法講義』（法律文化社、2004年）269頁等。古積・前注３・152頁は所有権構成を採る。内田・前注１・548頁はその内、物権的期待権説。鈴木禄弥『物権法講義改訂版』（創文社、1972年）279頁、道垣内・第１章第８節・注21・293－294頁は設定者留保権説。伊藤進『担保法概説』５版（啓文社、1996年）212頁は何れも採らない。

設定できると主張した[5]。買戻において存在した抵当権設定の可否の問題に関しては、動産譲渡担保でも後順位譲渡担保権を設定できるかという似た議論がある。担保権構成からはこれを有効とし、所有権構成ならば、これを無効とする[6]。買戻のこの議論は異種の担保権の重複設定の問題で、譲渡担保の議論は同種の担保権の重複設定の問題といえる。だが買戻では買戻特約を重複してできるかという議論はされない。だがありえないかどうかは別問題であり、この問題は他の非典型担保とも併せて総合的に考察する。

こうした両制度の法的構成から第三者との関係をみてみる。譲渡担保で所有権構成を採るならば、所有権は担保権者にあるので、担保権者からの第三者は所有権を取得できる。担保権構成を採ると、担保権者は所有権者ではないから、不動産の転得者は民法第94条第２項の要件が認められる場合に所有権を取得できる。そうでない場合は、譲渡担保権のみを取得する。何れにせよ担保権者側の第三者が所有権を取得した場合、担保権設定者は目的物を取り戻せない。大判大正９年９月25日（民録26輯1389頁）は、担保権者側の悪意の第三者の事例で、内部関係の特約は悪意第三者にも対抗できないとしている。そうだとすると受戻権は物権的権利とはいえない。ただ譲渡担保には広義と狭義があり、広義に含まれる売渡担保は買戻や再売買を利用する。大正９年判決の譲渡担保は、買戻を用いた事実を認定していない。したがって、受戻権が物権的権利ではないという結論は買戻を用いない狭義の譲渡担保に限るべきであって、形式的に買戻を用いているときは、真正な買戻特有の効果である完全な所有権移転や期限経過による失権（再売買を除く）等は認められないが、真正な買戻と比べて、

---

[5] 第１章第５節三・注６。フランスの判例（詳しくは木村他・第１章第５節一・注２・87頁）ではこれを否定したので、旧民法時代の梅・日本賣買法・第１章第５節・序文・注１・438－439頁は批判した。

[6] 占有改定の順序による多数説と競合関係とする説がある。前注３・最判平成18年７月20日は前説を採用した。学説では、広中俊雄『物権法上巻』（青林書院新社、1979年）192頁、近江・第１章第４節・注８・297頁、同『民法講義Ⅱ〔物権法〕』（成文堂、1990年）157頁、内田・前注１・526頁、高木・前注４・361－362頁、山野目章夫『物権法〔第３版〕』（日本評論社、2005年）306頁、月岡・前注４・275頁等、前説が多数説である。競合説は、槇悌次（星野英一編『民法講座第２巻』（有斐閣、1982年））325頁、同『物権法概論』（有斐閣、1984年）126－128頁。道垣内・第１章第８節・注21・306頁は設定者留保権を担保目的として取得するとする。

売渡担保における不真正な買戻の債務者を不利益に扱う必要はないので、約定の受戻期限までは物権的権利である買戻権的受戻権ないし再売買予約権的受戻権として扱うべきである。こう考えるならば、権利行使の期限経過後は、このような物権的効果のある受戻権ではない受戻権が残ることになり、買戻を用いた売渡担保での受戻権は期限前と期限後で効果を分けることになる[7]。

譲渡担保権設定者が第三者に目的物を譲渡した場合、所有権構成なら、二重譲渡の問題となる。担保権構成なら、第三者は所有権を取得するが、譲渡担保権者は追及ができる。

買戻では、買主は完全な所有権を持つから、買主側の第三者は解除条件付ではあるが、完全な所有権を取得する。一方、売主が目的物を譲渡した場合、債権説では買戻権という債権を譲渡したことになり、停止条件付所有権説では停止条件付所有権を譲渡したことになる。

以上の議論は、民法典における買戻は不動産しか規定していないので不動産を前提にした。だが動産買戻も禁止されていない。そこで登記ができる動産は、不動産と同様に考えて良いから、そうでない動産についても検討する。問題となるのは即時取得である。動産譲渡担保で目的物の占有を移転した場合、担保権構成なら担保権者側の第三者の即時取得が問題になる。これに対し、占有を留保したなら、担保権者が占有していないので即時取得の問題は生じない。一方、買戻の場合で占有移転をした場合、買主側の第三者が即時取得をすると、買戻権の付着しない完全な所有権を取得する。売主に占有留保をした場合、第三者は即時取得をできないが、買戻権の付着した所有権を取得する。何れの場

[7] 大判大正５年11月８日民録22輯2193頁は外部移転型の場合、弁済して返還請求をする権利は「物上請求權」であり、消滅時効にかからないとする。我妻・前注２・492－494頁は、外部移転型なら売主は所有権者だから受戻権は時効にかからず、内外部移転型ならば、20年の時効にかかるとする（民法第167条第２項）。買戻を用いた売渡担保において、受戻権を弁済期限前と期限後で分ける本稿の立場からすると、期限前の受戻権は期限があるから時効はまず問題とならない。問題となるのは期限後の受戻権の問題である。また我妻・前注２・490頁は受戻権行使による名義変更は抹消登記でも移転でもよいとするが、抹消登記による場合は、買戻を利用した売渡担保において弁済期限前に受戻権を行使した場合に限るべきではないか。抹消登記によるべき場合は既存契約の遡及的解除をする場合（買戻権行使の効果）ではないかと考えるからである。

合も所有権を取得できる。譲渡担保権設定者または売主側の第三者との比較で占有を移転した場合、譲渡担保なら、第三者は即時取得をしない。買戻の場合は即時取得をしないが、買戻権か停止条件付所有権を取得する。占有留保型の場合、譲渡担保でも買戻でも即時取得はありうる[8]。

債務の弁済期限（買戻なら買戻期限）を経過するとどうなるか。譲渡担保であれば、法的構成を問わず、帰属清算型なら設定者は、担保権者が清算義務を履行するまで元利金を弁済して受戻権を行使できる。処分清算型なら担保権者が第三者に処分するまで受戻権を行使できる。だが判例によるならば、どちらにせよ第三者に処分されれば受戻権行使はできないとされている（最判平成６年２月22日民集48巻２号414頁。登記原因を「贈与」とする譲渡担保において、設定者が弁済期限までに支払いをせず、担保権者が清算未了前に第三者に贈与した事件）。帰属清算型で未清算の状態でも処分されると受戻権を失うならば、第三者対抗力がないことになるので受戻権は物権的権利ではない[9]。一方、買

---

[8] 何れの場合も、明認方法を施すことで即時取得を防げるだろう。譲渡担保の実務で明認方法を施すか否かはまちまちである。堀内仁『債権・動産担保』（金融財政事情研究会、1970年）171－172頁によると、しばしば明認方法を施す。だが態様は一定しない。債務者倒産の場合に即時取得防止目的で施す場合もあれば（「今後の非典型担保」（ジュリ733号70頁以下（1981年））87頁鈴木正和）、契約時から施すことを励行する者もある（同・森井英雄）。明認方法の特約を入れても施さないこともある（同・安田與一）。実務では取得者の過失推定材料にする意識のようだ（同・森井、米倉明「動産の担保」（私法45巻24頁（1982年））24－25頁は記載内容にも検討を加える）。なお、集合動産譲渡担保に関する前注３・最判平成18年７月20日における訴外銀行に電話調査を行った。法務部によると、「一般論では、標識等を付け、公示になるようにしている。〔･･･〕ただ、はがされないようにはしているが、はがされることもある。明認方法をするかは場合によるが、相手の信用状態に不安がある場合は初めから施す。明認方法は物の大きさにより、プレートや看板等を使用することもあり、小さな動産ではシールを使うこともある。〔･･･〕明認方法には事実上の効果、つまり相手の過失推定材料になることを期待している。相手の明認方法と競合する場合、先に行って明認方法があったなら、融資を見直すので、明認方法が競合することはないだろう」、という。

[9] 道垣内「日本民法の展開（３）判例の法形成－譲渡担保」（広中俊雄、星野英一編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、1998年）311頁）326－331頁も、受戻権は物権的権利（「物権レベル」）ではないとする。

戻の場合、期限経過で買戻権を喪失する。なお清算義務について考えると、譲渡担保なら必要とされるが、買戻ではこれまで問題とされたことがほとんどない（第３節で後述する）[10]。

二　所有権留保との比較

所有権留保は譲渡担保と似ている。譲渡担保と異なるのは、譲渡担保が、設定者の所有物を担保権者に譲渡するのに対して、所有権留保は、目的物の動きが逆であることである[1]。目的物の移動に関する違いは買戻にとっても同じである。

所有権留保における割賦販売代金は原則として制限がないが、指定商品ごとに主務大臣が割賦販売代金の第一回賦払金の割合、代金支払期間を告示することがあり、また制限することがある（割賦販売法第９条、第10条）。また実際上の問題であるが、目的物の価格と売買代金は均衡することが多いといわれる[2]。所有権留保の目的物に関しては、宅地建物取引業法第43条により宅地建物取扱業者は土地建物の所有権留保ができないので、目的物はほとんどが動産である[3]。

法的構成については譲渡担保と同様に考えてよいといわれる[4]。したがって、法的構成により異なる第三者との関係については、物の動きが逆であることと担保権者に目的物を留保することがありえないことに注意をすれば、譲渡担保と買戻との比較において述べたことをあてはめればよいだけであるから、繰り

---

[10] 議論が全くない訳ではない。近江幸治他「買戻制度と譲渡担保（下）」（Law School 48号）106－110頁が、買戻における清算義務を議論する。ただし、譲渡担保と買戻との区別を占有移転の有無で分けるドイツ法由来の理論を前提とした議論である。

[1] 内田・第１節一・注１・545頁、近江・第１章第４節・注８・302頁、高木・第１節一・注４・383頁。

[2] 高木・第１節一・注４・385頁。

[3] 道垣内・第１章第８節・注21・349頁は不動産所有権留保の例を紹介する。

[4] 内田・第１節一・注１・548頁、近江・第１章第４節・注８・302頁、高木・第１節一・注４・384頁。譲渡担保で所有権的構成をとった学者は所有権留保でも同じである（道垣内・第１章第８節・注21・351－352頁）。

返す必要はないだろう。

譲渡担保と買戻との比較において述べたことと異なるのは、所有権留保の目的物に重ねて担保権を設定する場合である。譲渡担保と異なり、所有権構成と担保権構成の何れを採ろうと、同種の担保権、つまり所有権留保を重ねて設定することはありえない。所有権留保の目的物の売主が複数ということはないからである。買主が別種の担保権を設定することはありえる。

弁済期限後の受戻については譲渡担保と買戻との比較で述べたこととほとんど同じである。ただ動産には減価が伴うことと関連して、清算方法が少し異なる[5]。

三　代物弁済予約との比較

代物弁済予約は、明治中頃には、その例がみられる（大判明治29年12月９日民録２輯11号57頁。土地代物弁済予約事件。判決は、これを流質と判断し、債権者の名義書換請求を認めなかった）。ここでは、主に代物弁済予約が盛んに利用された昭和54年の仮登記担保法前の代物弁済予約と買戻を比較する。

契約の成立面に関していうと、代物弁済予約の目的物の占有や所有権は、代物弁済予約義務者（債務者等）が債務不履行等によって代物弁済をすべき事由が生じるまで設定者に帰属している。買戻では契約時に所有権が買主に移るが、占有は移転する場合と留保する場合がある。代物弁済予約を消滅させるための

[5] 内田・第１節一・注１・546－547頁によると、買主の既払い代金の返還をする場合、目的物の損耗分と差し引きする。したがって、50万円の物で買主が30万円を支払った時点で契約が解除され（解除不要の説もある。道垣内・第１章第８節・注21・355頁）、その時点で物の価値が25万円に低価したなら、30万円と損耗分25万円を差し引き５万円を買主に返す。近江・第１章第４節・注８・304頁によると、上の例だと、返還する物の価格（25万円）と残債務（20万円）との差額を返すとする。結局は同じ５万円が清算金である。何れにせよ、既払い金から損耗分を引くことの表現を変えているだけである。低価した価値を損害賠償と表現する説もあるが（内田・第１節一・注１・547頁、高木・第１節一・注４・387頁）、損害賠償とは必ずしも表現されない（近江・第１章第４節・注８・304頁）。もっとも割賦販売法第６条では「損害賠償」とし、これを制限する。動産は、減価が激しいので、清算を要しないことがほとんどである（内田・第１節一・注１・547頁、高木・第１節一・注４・385頁、道垣内・第１章第８節・注21・355頁）。

費用に制限はない。買戻は厳格に制限されており、特に利息の返還を定めることができない。

法的構成に関していうと、担保権者が予約完結権行使をするまで（停止条件付代物弁済予約では停止条件成就時まで）、設定者に所有権があるので、所有権構成や担保権構成といったことは問題にならない。だが担保権者の予約完結時（担保扱者の予約完結権行使を必要とする真の代物弁済予約と停止条件付代物弁済予約を併せて、このように表現する）から清算義務履行までなら問題になるとされる。それが問題となるのは担保権者の予約完結権行使前後に設定者側の債権者が目的物に強制執行をした場合である（代物弁済予約では、真の代物弁済予約が原則とされる。特に問題が生じるのは、こちらであろう）。例えば、債権者の予約完結権行使前に設定者側の債権者が強制競売を申し立てた場合である。このとき予約権者が第三者異議（旧民訴第549条、民執第38条）を申し立てられるか、あるいは優先弁済の訴え（旧民訴第565条）ができるのみかで争われる。予約権者が第三者異義をできる場合を所有権的構成といい、優先弁済の訴えしかできない場合を担保権構成といった[1]。判例は、初めは担保権構成を採用した（債務者かつ設定者である原告への予約権者による予約完結請求に対する設定者の認諾が設定者の債権者である被告の競売申立に遅れた最判昭和42年11月16日民集21巻９号2430頁。また傍論だが同趣旨のことを述べるものに最判昭和45年３月26日民集24巻３号209頁）[2]。だが代物弁済予約に関する判例の到達点とされる最大判昭和49年10月23日（民集28巻７号1473頁。設定者の債権者である被告による競売手続開始と、代物弁済予約権者である原告および所有権者との別件訴訟との先後関係が不明だった事件）は両説の折衷説である複合的構成を採用した[3]。設定者の債権者による強制競売が予約権者による予約完結権の行使前ならば、代物弁済予約権の私的実行をするにつき、正当な法的利益がない限り、配当要求のみしかできず、設定者の債権者による強制執行の前に、何等か予約完結権行使の手続を開始していれば、第三者異議が可能で

---

[1] 中野貞一郎・重判昭和49年度・129頁。他にこの問題について椿・重判昭和41・42年度・175頁。

[2] 椿・前注１・175頁によると、当時の有力民事訴訟法学説にしたがった判決である。

[3] 中野・前注１・129頁によると、複合構成説は、当時は全くの少数説だった。同判例の評釈には他に玉田弘毅・重判昭和49年度・59頁以下等がある。

あるとした（現行仮登記担保法第13条①は、第三者が強制執行した場合、代物弁済予約権者は、抵当権者として優先弁済を受けるのみで換価処分を認めない）[4]。因みに譲渡担保でもこうした場合に関する議論がある（民事執行法施行前に、動産譲渡担保が設定され、当該動産に第三者が強制執行を開始した最判昭和56年12月17日民集35巻９号1328頁は譲渡担保権者による第三者異議を認めた）[5]。買戻では所有権が買主に帰属しているので、仮に売主側の債権者が強制執行をした場合、買主が第三者異議訴訟を提起できることに問題はない。だがそういうことが問題とされた事例を知らない。

複数の代物弁済予約が成立しうるかについて、動産の場合は複数の債権者と同一目的物に関して代物弁済予約をすることがありうる。不動産でも、第一の代物予約権者に遅れて第二の代物予約権者が仮登記を経由することがある（例えば、大坂高判昭和43年５月24日判時551号51頁は、被告代物弁済予約権者が設定をうけ、仮登記を経由した建物に先順位仮登記権者が存在した事件である）。買戻ではこうしたことは問題とされてこなかった（一で前述した）。

代物弁済予約でも、その実行後の清算義務が問題とされる。清算義務が本格的に争われたのは戦後である（第３節で後述。現在では仮登記担保法第３条①）。清算義務が認められるまでは野放しに近い状態だったが、前掲した昭和42年11月16日の判例から清算義務を認めた。そして弁済期限経過後も債権者が清算義務を履行するか、目的物を第三者に処分するまでは受戻が可能である。このことは、他の非典型担保と同じである（現在では仮登記第11条。なお清算期間満了後、受戻権は、５年の時効にかかる）。こうした期限経過の効果は他の非典型担保と同じで、かつ買戻とは異なる。買戻ならば、買戻権を失う。

四　考察

これまでで三つの非典型担保と買戻とを比較した。これらの非典型担保と買

---

[4] 同判例は譲渡担保権者に第三者異義を認める点で所有権構成に親和的とされる。同判決の背景には、民事執行法による優先弁済の訴え（旧民訴第565条）の廃止がある。民事執行法は配当要求（第133条）ができる者を質権者と先取特権者に限定したので、譲渡担保権者に第三者異議を広く認める必要があった（中野編『民事執行・保全法概説〔第２版増補２版〕』（有斐閣、2004年）131頁）。

[5] 同判決と所有権構成につき、瀬川信久、内田貴、森田宏樹『民法判例集担保物権・債権総論〔第２版〕』（有斐閣、2004年）82頁。

戻が異なる点を挙げると、第一に、被担保債権額（買戻は売買代金）である。他の非典型担保は基本的にその被担保債権額に制限がないのに対して、買戻は元金と契約費用にかぎられ、利息をえることができない。第二に法的構成である。買戻は完全に所有権が買主に移転する。その意味では所有権構成であり、その所有権行使は担保目的であることを理由とする制限を受けない。一方、譲渡担保や所有権留保における担保権構成では債権者が担保権者として扱われる。所有権構成でも担保目的の所有権移転であることを理由に所有権の内容は制限される（代物弁済予約でも予約完結後から清算までは法的構成の議論が生じる）。第三に、契約期間である。買戻以外の非典型担保には基本的には期間制限がない。第四に、買戻権と受戻権の違いである。前者は物権的な遡及的解除権であり、買主が第三者にした処分を全て消滅させる強力な権利である。だが買戻期限を経過した時点で失権する。後者は、弁済期限経過後も受戻権は存続する。だが遡及的解除権ではないし、物権的効力を持たない。少なくとも弁済期限経過後に設定者に残る受戻権はそうである。つまり買戻の買主は、所有権を確定的に買主に帰属するための実行行為を必要としない。他の非典型担保の場合は、担保権者が設定者の受戻権を喪失させる何等かの私的実行行為を必要とする。また弁済期限経過後、特に処分清算型の場合に担保権者に処分権が帰属した後、設定者が受戻権を行使し、そのことを登記する前に、担保権者が第三者に対して何等かの負担を設定した場合には、担保権者には処分権限があったのだから、設定者はその負担を引き受けざるをえない。一方、帰属清算型なら担保権者の清算義務履行まで処分権限はないだろう（だが、－前掲・最判平成６年２月22日の立場はそうではない。譲渡担保の契約類型を問わず、弁済期限後の担保権者の処分権限を認める）。

第一の相違点の理由は、買戻は、買主が買戻の目的物で使用収益することを前提しているのに対して、他の非典型担保ではそのような前提がないことによると考えられる。第二の相違点の理由は、買戻の買主は、その目的物で使用収益処分することが前提されるので、譲渡担保のように所有権行使が担保目的に限られない完全な所有権が買主に帰属する必要があるが、他の非典型担保ではそのような前提がないからだと考えられる。第三の相違点の理由もやはり、買戻では買主の所有権者としての使用収益処分を前提するので、いつまでも所有権の所在を不安定にすることはできない。他の非典型担保では担保権者による使用収益処分を前提しないので、期間を制限する必要が生じない。第四の相違

点の理由は、買戻は買主の目的物の取得を目的とする担保である一方、他の非典型担保は目的物の換価により、価値を実現し、債権の満足をすることを目的とする担保であることによると考えられる。そして他の非典型担保では価値実現のための私的実行手段が必ず必要になる。物の取得ではなく、価値の実現による債権の満足が目的であるから設定者が債務を弁済すれば、私的実行による価値の実現が完了するまで、受戻権が存続するという違いとなって現れてくる。つまり第一から第四の相違点は、目的物の使用収益あるいは取得を目的とするか、そうではなく目的物の価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保であるかに根源をもつと考えられる。

そして買戻と他の非典型担保とのこの根源的な相違点が、各非典型担保で同種の後順位担保権あるいは別種の担保権を設定できる否かに関わると考えられる。

まず同種後順位担保権の設定をみる。これが可能である場合の条件を試みに挙げてみよう。まず①設定時点で所有権移転に関する登記等の公示手段をしない。②所有権が設定者に、あるいは設定者にもある。③初めに担保権者に目的物の占有がない。これは所有権留保だけしか問題とならない。思いつく限りでは、以上が条件である。なお以上に対し、設定者から担保権者への目的物の占有移転を要しないことは必要条件ではない。なぜなら動産質権の重複設定が可能だからである（第355条）。起草者は質権者や代理占有者である第三者が第二順位の質権を認めて第二順位者の代理占有者となる場合を想定していた[1]。

不動産譲渡担保は①を満たさない。所有権構成を採った場合の譲渡担保、所有権留保、それと債権説を採った場合の買戻は②を満たさない。買主の売主は買戻権という債権をもつだけだから、目的物そのものの所有権に担保権を設定することができないからである。また所有権留保は③を満たさない。二人以上の売主が同じ商品に所有権留保をすることは考えられない。残る担保権構成を採った場合の動産譲渡担保、代物弁済予約は①②③を満たし、理論上、重複設定が可能である。停止条件付所有権説を採った場合の買戻では、①を満たさな

[1] 民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・637－642頁、特に640頁梅。地所質入書入規則（明治６年１月17日太政官第18号）第10条は、第一順位の書入質権者が第二順位の書入質の設定を承諾した場合に書入質の重複設定を認めたのだが、これを質入でも認めたのだろう。起草者富井博士はこの法律を知悉していた（民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・649頁富井）。

いが売主が停止条件付所有権を買戻特約付で売ることが理論上は考えられる。他の非典型担保とは、所有権が設定者にもあることが違う。

次に異種の担保権設定の可能性をみる。これは担保権構成を採った場合の動産譲渡担保と所有権留保、そして代物弁済予約[2]、そして停止条件付所有権説をとった場合の買戻ではありえる。所有権留保が含まれる点で同種後順位担保権設定よりも若干広い。以下はこれらにみられる特徴である。①設定時点で所有権移転の登記等の公示手段をしない。②設定者に、あるいは設定者にも所有権がある。以上が挙げられる。

動産譲渡担保、所有権留保、代物弁済予約は①を満たす。②は前二者では担保権的構成をとることが必要である。代物弁済予約は問題なく、②を満たす。これらに関しては①②の条件の具備で十分といえるだろう。

買戻は、①を満たさないが停止条件付所有権説を採った場合、完全な所有権が担保権者にあっても②をみたす。この停止条件付所有権に抵当権等を設定できる[3]。

以上からすると、同種後順位担保権設定でも異種担保権設定でも必ず必要な条件は、担保権設定者に②、つまり何らかの形で所有権があることである。設定者に何らかの所有権があると構成することは、その目的物そのものに後順位担保権を設定する必要条件である。譲渡担保や所有権留保の法的構成には所有権構成と担保権構成があるが、その間には設定者留保権説、物権的期待権説等の所有権構成に分類されても、担保権構成との間のグレーゾーンのような学説がある。だが所有権構成に片足を置くことで、更なる担保権設定ができるという差がある。

このように、必要条件②に注目すると、物に着目する担保でも学説によって

---

[2] 不動産代物弁済予約で別の担保権を設定する例として、予約権者が抵当権を併用した三前掲・最判昭和42年11月16日と代物弁済予約権者と抵当権者が争った三前掲・最判昭和49年10月23日等がある。一債権者が代物弁済予約と抵当権等を併用するのは、有利な担保権を選択的に行使するためである（なお最判昭和43年２月29日民集22巻２号454頁は抵当権実行後の予約完結権行使を認めない。賛成・川井・第１章第８節・注10・204頁）。

[3] 梅・日本賣買法・第１章第５節・序文・注１・439頁。その抵当権は停止条件付抵当権である。もっとも法概念上は可能でも、現行法では停止条件付所有権に抵当権設定をすることが技術上、可能かは解らない。

は重複担保設定が可能である。すると物に着目し、その使用収益、取得を目的とするか、あるいは価値を実現し、債権を満足することを目的とするかは、重複担保権設定の可能性に決定的な影響をあたえないことになる。しかし後者における後順位者の地位と前者における後順位者の地位は同じではない。そして通常の意味の後順位担保権者の地位は、後者における後順位者の地位である。

後者の担保、つまり非典型担保における重複担保設定では、物を換価した金銭を順位にしたがって配当すればよいが[4]、二番目の買戻特約付売買における買主の地位は、解除条件付停止条件付所有権者である。つまり売主が買戻権を行使すれば、解除条件付停止条件付所有権は解除条件付所有権になり、初めの買主と同じ地位になる。異種の担保権（抵当権等）を設定した場合、後順位者の地位は、売主が買戻権を行使すれば、停止条件付の担保権が通常の担保権に昇格する。これは流質契約がある目的物に第二順位の担保権を設定することと似た話である。設定者が受け戻せば、二番目の担保権者がその質物から配当がえられる。二番目の担保も流質だったならば、質物の取得の順位が上昇することになり、二重に買戻をした場合と非常に似た状態になる。流質契約は物の取得を目的とするという意味で買戻と性質が同じだといえる。何れにせよ、先順位者によって、目的物が取得されてしまうと後順位者の地位は実現されない[5]。

このように、重複担保設定自体はどちらでも可能だが、担保権の重複設定に関する買戻と他の非典型担保とは実現面で違う。その違いは、物の取得を目的とする担保か価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保かの違い

---

[4] 最判平成18年７月20日民集60巻６号2499頁は、集合動産に重複して譲渡担保権が設定された事案で、後順位譲渡担保権の設定を認めた上で、後順位者の私的実行を配当手続の不備を理由に認めなかった。譲渡担保は価値の実現を目的とする担保であるから、手続が整備されていれば、実現された価値を順位に従って、配分する筈である。だが代物弁済予約（仮登記担保）のように手続が整備されていないので、このような判断をしたと考えられる。

[5] 通常の質が価値の実現を目的とし、流質が物の取得を目的とするという着眼点については、すでに民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・614頁穂積、615頁富井が指摘していた。また同・639－640頁梅は、流質契約がある質物に重ねて質権を設定した場合の第二順位者の地位については、設定者が受け戻せば、先順位の流質が消滅し、第二順位者の地位が上昇するという、本文で述べたことと同様のことを述べる。

に根源をもつといえる。そして重複担保設定の意義を担保権者間の価値の分配に限定するならば、それは、価値を実現し、債権の満足を目的とする担保だけが可能である。

総括すると、買戻と他の非典型担保との比較では次の面で相違点がみられた。目的物の取り戻し代金、法的構成、期間、買戻期限または弁済期限経過後の効果、そして目的物に重複して担保権を設定する場合の実現方法である。そして何れも目的物の使用収益そして取得を目的とする担保なのか価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保かの違いに根源をもつといえる。また担保権の重複設定には、設定者に何等かの所有権が残らなければならないということもわかった。

買戻と非典型担保とを比較した場合の買戻の特性を以上の通り、理解したならば、買戻を利用した非典型担保である売渡担保と真正の買戻をどのように区別するかも解明されるだろう[6]。

---

[6] 買戻と不動産質との比較も、物に着目する担保か価値を実現し、債権を満足させることを目的とする担保かという観点から重要である（不動産質は後者）。だが本稿は、買戻以外の非典型担保と買戻との比較であるから、詳細は省いた。現時点の所見をのべるなら、こうである。本文でのべた第１点は被担保債権額についてである。不動産質も利息をとれない（第358条）。しかし特約が可能である（第359条）。つまり、直接の使用収益だけでなく、利息による収益も考えられている。第２点は買戻だけが完全に所有権が移転する点である。その理由は、買戻が目的物を使用収益処分するから所有権原が必要なのだとのべた。だが不動産質も使用収益が可能である（第357条）。だが所有権が移転しないので、使用収益は、「目的である不動産の用途」という制約をうけ、また処分はできない。第３点は契約期間制限についてである。制限の理由は、買戻が解除条件付所有権移転であり、所有権の所在を不安定化させるからだとのべた。だが買戻も、不動産質も期間は10年である（第360条①）。だが不動産質は所有権やそれに基づく法律関係を買戻程、不安定にはしない。だからこそ更新が認められる（同②、民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・691頁富井は、不動産質が財産の融通、改良を妨げるとのべる。同じことは買戻でものべられるが、買戻程とは考えないだろう）。第４点は、本文でのべた以上のことはない。以上からすると、不動産質は、第１点から第３点につき、先にのべた担保の中間型態といえる。今後、買戻と他の非典型担保を両極端として理論をつめる必要がある。ただ買戻は処分まで前提されたことが不動産質との違いに大きく関わっているだろう。

第２節　買戻特約付真正売買と売渡担保

形式において買戻（広義）を利用するけれども[1]、買戻特約付真正売買か売渡抵当ないし売渡担保（同義である。特別の場合を除き、売渡担保に統一する）[2]か争われる場合がある。この場合、買主は真正買戻であると主張し、売主は売渡担保であると主張するが、売渡担保と判断されることが極めて多い。そこで本節では、こうした事例における判例・判決を網羅的にみることで、裁判所はどのような基準で真正な買戻か売渡担保かを区別しているのかを見極め、そうして抽出された基準を、今までの考察をふまえて、更に検討する。学説では我妻博士が両者の区別の必要を感じていたのだが[3]、そのことに触れた論文の目的は譲渡担保と売渡担保との区別であり、両者の区別が主目的ではなかった。

こうした事例研究に入る前に裁判所によるどのような事実認定に注目するかを定めることが必要である。参考として米国にも類似の議論がある。日本で争われる場面とは違うようで、債務者破産の場合で譲渡担保か真正売買かが争われるという。そこでの判断基準も参考にして、仮にではあるが、次の考慮要素

---

[1] 広義の買戻に含まれる再売買予約には、買戻のような制限がないので、学説は、再売買が広義の買戻の大半を占めるという（我妻・第１章第４節・注７・326頁、柚木・第１章第２節・注１・301頁、川井・第１章第８節・注10・213頁、石川＝尾中・第１章第８節・注１・113頁、近江・第１章第４節・注８・278頁、内田・第１章第８節・注１・155頁）。だが、そのように言い切ることはできない。詳細に調査する必要があるが、本稿で扱った買戻事件は約80件である。研究対象に偏りがあるのかもしれないが、特に戦前では買戻事件が相当に多い。理由は考えうる。戦前は大地主の買占めが横行した。そして買占めのために買戻は有効であったと考えられる。なぜなら売主にとって買戻権は強力かつ一方的権利であるから、買主は何も得をしない。だから低価で目的物を買い受ける。買戻権が行使されなければ、実に低価で土地を取得できる。一方、再売買は制限がないので、色々と買主に有利な条件を加える分、買戻よりも高価で買い受けることが多かったのではないか。こう考えると、買占めには、買戻の方が費用が少なくてすむ。

[2] 明治中頃までの「抵当」の意義は、現代の抵当権の意味ではなく、単に借金の引当、つまり担保の意味しかない。

[3] 我妻・第１章第８節・注18・129頁。

を挙げてみよう。無論、それらを判断基準とするかは事例研究をしたうえで最終的に決定する。まず①譲渡担保であることの合意、②清算義務の存在、③債権の存在、④買戻・再売買特約の存在（広義の買戻）、⑤売主への占有留保、⑥利息相当額の授受、⑦売主の信用不安の場合に目的物を第三者に売却する特約、⑧売却価格が低い、⑨譲渡資産の特定性が弱い、⑩買戻期間の長短、⑪税金の負担者等を挙げてみる[4]。本節では、売買の内、主に狭義の買戻特約付売買と、広義の譲渡担保の内、④がある売渡担保との判断基準を述べる。真正な④に、何が加わると真正買戻特約付売買契約ではなくなるのか。

以下、①と②は順番通りに述べるが、③以下は、これまでみた④との関係で検討した方が適当なので、順番に拘らない。

一　当事者の合意

譲渡担保または売渡担保である合意（①）が契約文に明記されているなら、真正な買戻かどうかの判断は不要である。

清算義務を定めている場合（②）も決定的といえる。非典型担保において、初めから清算義務が認められたわけではない。清算義務は判例法理によって認められた。特に代物弁済予約では債権者の丸取りが野放しだった。譲渡担保における担保権者の狙いは、典型担保における煩瑣な執行手続回避の他に、被担保債権額に比して、過大な担保を取り、その所有権を帰属させるか第三者に処分して、被担保債権額との差額をえるということもある。その利益を放棄して契約で清算義務を定めるなら、売渡担保といったのと同じである。この点につき、最判昭和41年９月29日判決（民集20巻７号1408頁）は既存債権の代物弁済として連帯保証人の不動産の提供を受け、清算をする合意をしていた。判例は、代物弁済契約の形式で担保不動産を債権者に移転し、既存債務を消滅させず、不動産を処分して清算することが行われうるとし、事案の経緯から清算の合意をしているので、原審が本件契約を代物弁済契約と判断したのは疑問だとし、

---

[4] ①から⑤および⑧⑨の点につき瀬川信久「流動化・証券化の法律問題～資産の移転と証券の発行流通」（金融法学会『金融法研究．資料編17』（金融財政事情研究会、2001年）87頁以下）99頁。白石洋一『貸出債権証券化の方法』（東洋経済新報社、2000年）100－105頁）等を参考にしている。⑥⑩⑪は判例の検討をふまえて独自に入れたものである。

原審を破棄し、差し戻した[1]。清算の合意は譲渡担保または売渡担保と判断するための決定的要素である。

二　買戻特約付真正売買か売渡担保か争われる事例

④があり、売渡担保と認定された事例では特に③⑤⑥を伴うことが多い（⑧⑩もよくある）。③⑤⑥⑧⑩は狭義の譲渡担保にも多くみられる。ここではこれらの要素のうちでどの要素が、買戻特約付真正売買と認められないことの決定的な要素であるかを考察する。買戻の歴史から考察した真正な買戻から逸脱するものがある筈である。以下ではまず戦前の事例を（１）で扱い、次に戦後の事例を（２）で扱う。戦前と戦後では現れる事案の数と審級に差があるからである。また戦前には解釈の揺れもみられる。

１　戦前の事例

買戻特約付真正売買か売渡担保か争われる事例の存在は旧民法典前の伺指令（第１章第４節）でも確認できた。判例でも現行民法典施行前から同種の争いが存在したことを確認できる。だが戦前までの事件における争点と戦後の事件におけるそれとが同じとは限らない。以下では戦前の事件を年代順にみてゆく（以下では整理のために判例に番号を付し、冒頭にあげた考慮要素の番号を各判例の要約に付す）。

> **【１】大判明治29年10月30日民録２輯９号119頁**　買戻特約付売買契約事件。主要な争点は期限までの買戻代金供託の要否だが、争点の一つで、売主側は本件契約が借用金の「抵當」に過ぎないと主張し、買主側は買戻条件付の純粋な売買だと主張している箇所がある。判決は、原審が買戻条件付売買と認定したことを是認した。

買戻特約付真正売買における権利行使に供託を要するとした場合、供託しなければ、買戻期限経過で買戻権を失う。だから買戻権行使における供託の要否が争われる。だが買戻特約付売買ではなく売渡担保であるなら、所有権移転が

[1] 代物弁済なら、完全に所有権が移転し、譲渡担保と判断されれば、受戻が可能であることが争点だったのだろう。

ないので、買い戻すための供託は必要ない。だから売主は本件契約を「抵當」と主張したのだろう。

【２】大判明治30年12月８日民録３輯11号36頁　売主は所有する海産干場と付属海面建物を買戻特約付で買主に105円で売り渡した。元々、売主は同額の債務を負担していた（③）。買戻期限は、明治23年６月である。この契約文書には本件契約を売買とする証書と「ソノ實抵當ナル旨ノ證書」があり、買戻権行使をしなかったなら、後者の証書が無効になる契約が存在した（⑦）。売主がこれ等の不動産の取戻を請求した事件である。原審は、この契約は期限までに買戻をしない場合には後者の証書が無効となり、仮装的売買を真実の売買とする契約と認定した。売主上告。売主は次の主張をした。「抵當」すなわち貸借関係と判断したなら、売買ではない。売買とする合意の事実がなく、遡及して事実を変更することはできない。表向きは売買だが「貸金抵當」であり、売戻文言も仮装であり、事実、「抵當受出シ」である。原審の趣旨が債務不履行を停止条件とする売買予約ならば、直ちに代金と債務が相殺される等と主張し、そうなら抵當直流れであって、抵当原理に抵触する。買主は、本件契約を売買と主張した。判決は、本件契約が「抵當貸金」であること認め、期限到来の一事で、貸借を売買とし、抵当直流とする合意は条理上許されないとし、原判決を破毀し、差し戻した。

売買か担保かを争う理由は、明治29年判決と同じである。注目すべきは「貸金抵當」と言う売主の主張で、大審院がこれを採用したことである。要するに、所有権を失いたくない売主側が「貸金抵當」、「売渡担保」、「売渡抵当」等の様々な用語をつくりだしたことが推測できる（流抵当禁止については第３節で後述する）。

【３】大判明治31年10月12日民録４輯９号25頁　不動産買戻特約付売買契約事件。目的物は売主の所有地であり、売買代金は130円である。買戻代金は130円に月一歩３朱の利息を足した額である（⑥）。同地は売主に占有留保され（⑤）、売主が耕作していた。また租税は売主が負担した（⑪）。小作米の取り決めもなかった。買主が同地を売主に無断で第三者に譲渡し

たので、売主が買主に対して損害賠償請求をした。原審は本件売買を抵当契約とし、売主の請求を認容した。買主上告。買主の上告理由は次の通りである。売主が本件契約を「抵當契約」と主張した事実はない。買主は、抵当契約は存在しないと証明したのに、原審は理由なく、抵当契約とした。大審院は、原審の認定事実より、売買の事態に反する事実があることを認め、売買は仮装で、「貸金ノ抵當」であるとした。上告棄却。

売主は、担保と主張することで所有権移転の事実を否定し、それを前提に買主の転売行為が不法行為であると主張している。判旨では明確に真正な買戻特約付売買か担保かを区別しており、幾つかの要素を挙げている。利息（⑥）、租税負担（⑪）、占有主体（⑤）、地代の有無である。これらを認定し、通常の売買と乖離しているとした。⑪につき、旧政府法では、質権設定者に租税を負担させることは違法だった（徳川百ケ条第31条）。また当時の地租条例（明治17年３月15日布告第７号）でも地租負担者は、土地台帳記載者である所有者であり、かつ質権を設定した場合は質権者であった（第12条、土地台帳規則１条）。第１章第４節でみた伺・指令でも売主が所有権を買主に移しつつ、売主が租税を負担しており、売主が買主との紛争において所有権移転の事実を否定する例を確認できた。そして、三重裁判所はこれを担保として処理して良いかの伺をし、政府は、売買の可能性を残しつつも基本的には伺の通りとしていた。同じ処理をしている。

【４】大判明治34年12月20日民録７輯11号65頁　宅地買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治25年４月29日。買主の売主に対する120円の既存貸金債権がある（③）。所有宅地を売買代金49円で売渡し、残債務71円については宅地上の建物に抵当権を設定した。利息は月240円（⑥。月200%になる。誤記か）。前訴において、買主が当該売買契約は事実の売買と主張し、宅地の地代を売主に請求した（⑤）。売主は、当該売買は売渡担保に過ぎないと主張し、宅地代金に利子をつけて弁済するので、宅地所有権の名義を売主名義へ書き替かえることを請求する反訴を提起した。前訴の宮城控訴院は、当該契約は金銭貸借であるから、売買は仮装とし、買主の地代請求を棄却した。売主の反訴については、金銭消費貸借で借りた49円と71円を分割弁済しようとするのは不法と判断し、棄却した。上告審で控

訴審の事実認定は確定した。その後、売主は120円と年２割４分の利子等諸費用を全額弁済し、宅地名義の書替および建物抵当権の登記抹消を求める本訴を提起した。原審で売主は、前訴の事実認定に基づき、本件売買契約は仮装であって、金銭貸借だと主張した。だが原審は、⑴本件契約を売買と認定した。また⑵仮に本件売買を金銭貸借の抵当としても、期限経過までに売主が約款（弁済）を満たさないときは、約款は無効になり、売買は真正なものと確定する合意があり、売買は有効だとして、請求を棄却した。売主上告。上告理由において売主は次の主張した。⑴につき、前訴で確定した事実認定を認めないことは不法である。⑵につき、売買が仮装で無効あるなら、解除権である買戻権も無効であるのに、原審は売買を仮装としつつ、本件契約は有効とすることは理由が抵触する。判決は、前訴で確定した事実は主文に包含されるものであり、この事実は覆されないとし、⑴の不法の主張を認め、これを基礎に該契約は「抵當貸借」であるので貸借の規定を適用すべきとし、期限に弁済できないときは「抵當物件」を弁済に充てる契約は、裁判上、有効としない慣習と判断し、原審を破毀し、東京控訴院に移送した。

買主は真正売買を主張し、売主は、売買の実質は「抵当」であるから売買は仮装で無効であり、売買が無効なので買戻特約も無効と主張している。恐らく、「抵当」と主張することで、買戻期限を経過しても目的物を取り戻せるといいたいのだろう。買戻期限経過後に債務を弁済し、受戻を求めている。この前提には、真正な買戻特約付売買契約でなく、実質が担保なら、受戻権を喪失しないという考えがあるのだと思われる。原審はこれを否定したが、大審院は、前訴における確定事実を前提としつつ、当該契約は買戻特約付売買契約ではなく、売渡担保（「抵當貸借」）としている。

【５】大判明治35年５月24日新聞91号16頁　事実は原審（東京控判明治34年10月18日新聞59号６頁）の「理由」から総合する。売主はその所有家屋の所有権を買戻条件付もしくは再売買予約権付で売却した。買主が該家屋を転売し、代金を受領したので、売主は本件契約は売渡抵当であって、真正に売買をしたのではないと主張し、所有権に基づいて、買主に不当利得返還請求をした。また債務の弁済も主張した（その他の事実は不明）。判

決は売渡抵当が債権担保目的であって、抵当権の執行手続を免れる目的であるとしつつも、売買であることを否定すれば、買主は抹消登記に応じねばならず、また抵当権の登記もないので第三者に対抗する手段がなくなる。それは当事者の意思に反することを理由に「眞正の賣買」と判断した原審判決を是認した。

所有権移転の有無を争う点は、明治29年以来の判例と同じである。本判例における争点を敷衍すると、売渡担保なら建物の所有権は売主に残り、買主はその建物を処分できない。したがって不当利得返還請求の根拠となる。売買なら買主のした売却は処分権限に基づくものであるから、不当利得にはならないということだろう。これまでの真正な買戻と売渡担保を区別する判例によれば、売主が勝訴する筈だが、この判決では両者を区別せず、売主を敗訴させている。買戻が担保目的をもつ売買であることと、更にそれを売渡担保と認定することは違うのだが、両者を区別しなかった。当事者がそうした区別を主張しなかったからかもしれない。この判決は公式判例集には登載されていない。

【６】東京地判明治44（ワ）516新聞803号23頁　建物買戻特約付売買契約事件。明治42年12月22日、売主（Ｙ１）は所有建物を買主（Ｘ）に500円で売却し、引き渡したが、明治43年３月31日までＹ１にその保管を委託した（⑤）。同日が買戻期限である。そしてＹ１はＹ２より地所を借り、建物を保管した。期限が到来しても、Ｙ１は買戻代金を支払えず、５月31日まで保管を延期された。その後、Ｙ１はＹ２に所有権を移転したのでＸはＹ１Ｙ２間の売買の無効を主張した。これに対し、Ｙ２の主張は次の通りである。明治41年12月27日、Ｙ２は訴外人より当該建物建築を請け負い、Ｙ１に建築を下請した。Ｙ２は資金が乏しいので出来高に応じ、報酬をＹ１に払い、その都度所有権を移転することにしていた。明治42年12月30日までにＹ２はＹ１に2400円を支払った。明治43年３月14日、注文者より注文取消の通知を受け、下請を中止した。以来、Ｙ２が建物を占有し、所有権を持つ。Ｙ１は次の主張をした。Ｙ１が材木代金500円の支払いが滞っていたので本件物件をＸとの売買名義で担保に供した（③）。所有権を移転する意思はなかった。それは当該建物が2000円以上なのに売買代金500円であることからも明らかである（⑧）。またＸとの売買は虚偽表示であり、

無効である。判決は次の通りである。Ｙ２主張の所有権移転は認められない。また信託的に売買行為をしたときは、第三者関係でも当事者関係でも所有権は移転する。だが売主と買主相互の関係では担保目的に制限され、債務の弁済期、買戻期限までは建物を処分できない。期限が経過しても売主が債務を弁済するときは、物件を返還せねばならない。買主が処分した場合、買主はその代金から債務額を控除した額を返還せねばならない債務を売主に対して負担するに過ぎない。本件物件の所有権は買主Ｘにある。ＸＹ１間売買は虚偽表示ではない。Ｙ２の占有は権原がないのでＸに建物を引き渡すべきである。

買主Ｘは売買契約が真正売買だと主張し、売主Ｙ１は担保目的だと主張し、所有権移転の事実を否定する。争点は今までとかわらない。だがこの判決は、【５】判決と同じく、買戻特約付売買契約の特約を含む内外部移転型の売渡担保と判断し、同判決と同じく、真正な買戻と売渡担保を区別しない。

またこの判決は、所有権が内外部共に移転するとしつつ、期限経過後の受戻権と清算義務を認めている。当時、売渡担保における担保権者の清算義務を認める判決がではじめていたのだが、そのことについては第３節で後述する。

【７】東京控判大正２年８月９日新聞898号21頁　買戻特約付売買契約事件。原告は８村に散在する17人の地主である。売買名義で１買主に地所を売り渡した。各契約はその全てが同じではない。契約１は、明治26年６月28日に締結された。地主は６人である。契約２は、地主が13人（契約１の地主と一部重複する）で、買戻期間は明治29年12月１日から20日までででであり、期限後は失権すると定められていた。更に元地主は小作人になることが定められ、小作料（⑥）遅滞の場合も失権すると定められていた。これ等の地所を買主が転売したので、地主等は、所有権侵害を理由に損害賠償請求をした。売主は、本件売買は虚偽表示であって、実際は抵当流を約した「抵當權」の設定であると主張した。買主は次の主張をした。本件土地を「眞正に且つ單純に買受けた」。本件売買は「買戻特約付の眞正なる賣買」かそうでなくとも「信託行爲」により所有権を譲り受けた。判決は次の理由で売主等の請求を棄却した。契約１は金員借用の「擔保」として地所を信託的に譲り渡したが、別証拠により買戻特約のない売買を結び、かつ小作

の文言もない契約を明治27年10月３日に結んでいる。それにより担保関係を離脱したと判示した。契約２も、「眞實なる賣買契約及び賣買契約」ではない。売買代金と同額の金銭を借り受け、小作料を利息とする「賣渡抵當」である。買戻特約付売買契約としたのは、法律生活に慣熟しなかったからである。買主への信託譲渡であったとする点は認めることができ、虚偽表示ではなく、「抵當權設定並に流抵當の契約」ではない。この場合において、所有権移転は内部的には所有権者に残る場合と内外共に移転する場合があり、前者なら目的物を担保目的に反して処分できず、後者なら担保目的以外に所有権を行使しない契約を結ぶことがある。また括弧書きで目的物を処分した場合は残金を返還すべきとし、本件は後者だったとした。それは次の理由による。買戻特約と賃貸借が存在しているが、買戻は所有権復帰を意味するのに、賃貸借契約をしているので、自己の物の賃借はない。以上により、所有権は買主に移転しているので、売主の権利侵害にはならない。

大量の土地買占めと思われる事件だが、判決は、先例通り、真正買戻と売渡担保を区別している。そして本件契約を売渡担保と認定した。だが売渡担保と判断した上で更に所有権が内外部的に担保権者に移転するかどうかを判断している。当時の判例は売渡担保を含む譲渡担保において所有権構成をとっているから、当然、なされうる判断である。

他に本判決では流抵当契約であることを否定し、また売渡担保における清算義務を認めているが、これらについては第３節で後述する。

【８】大判大正５年11月８日民録22輯2193頁　土地建物買戻特約付売買契約事件。契約締結時は明治18年。買戻期限は大正４年７月19日。売主が買主より金銭を借り受けており(③)、これを担保するために土地を売り渡し、登記を経由した。買戻代金は60円。その内35円を明治26年に弁済済みである。売主は、所有権移転が仮装であり、売渡抵当であると主張し、所有権確認と登記抹消を請求をした。原審は次の通り、売主の請求を認容した。本件売買は担保目的であり、真に所有権を移す意図がなかったので、所有権は売主に属し、債務を弁済すれば所有名義を回復できる。また本物返は買戻特約付売買のことであって売渡担保とは異なる。売渡担保を本物返と

同視することは誤りである。買主上告。買主の上告理由は主に次の通りである。(1)売渡担保だから所有権が移転しないとはいえない。所有権が移転する買戻あるいは再売買も共に売渡担保である。(2)買戻特約付売買（「本物返」）も売渡担保である。売渡担保という一定の法律行為があるのではない。この区別の理由を明らかにしないことは不法である。(3)所有権が内部では売主に外部には買主に帰属する関係的所有権概念は日本法にはない。(4)売渡担保には次の二つがある。第一に、所有権を移転する物権契約。第二に、売主の債務弁済と共に権利を返還するか、あるいは債権者が目的物を処分し、余剰を債務者に返還する。したがって、売渡担保では所有権が移転する。大審院は次の通り判断し、上告を棄却した。(1)につき、原審は、当事者には所有権を移転する意思がなく、売渡担保だとしたのであって、売渡担保だから所有権が移転しないと判断したのではない。(2)につき、売渡抵当は当事者間では所有権を移転しない信託行為であって買戻条件付売買である本物返とは性質が違う。(3)につき、所有権移転に関する内部外部の区別は所有権の本質を害するものではない。(4)につき、売渡抵当では所有権を移転する意思はあり、そのような表示もされるが所有権行使は担保目的に制限され、絶対的に所有権を移す意思ではない。

買主が売渡担保であることを争わない点がいままでの買主の主張とは異なる。売主は、従来通り、本件売買を売渡担保であると主張し、所有権移転を否定している。一方、買主は買戻特約付真正売買を売渡担保に含める主張をし、売渡担保における所有権の移転を主張した。買戻を使った売渡担保で所有権が移転するのかしないのかを争っている。原審は売渡担保と買戻特約付真正売買とを区別しており、大審院も売渡担保では所有権が移転しない、あるいは絶対的には移転しないとし、従来の先例に従った。

【９】大判大正10年３月５日民録27輯475頁　宅地買戻特約付売買契約事件。明治40年12月27日、訴外売主は本件宅地を訴外人より2431円で購入した。だが訴外売主は売買代金が不足したので、本件買主に宅地を1430円で売却した。買戻代金は売買代金と年１割８分の利息を上乗せした額である（⑥）。買戻期限は５年後である。契約と同時に売主は宅地を買主から賃借した（⑤）。賃料は160円（利息制限法違反）である（⑥）。訴外売主は、期限

に代金を弁済せず、大正２年３月26日、買戻権放棄の意思表示をした。その後、買主は本件宅地を第三者に9000円で売却した（⑧）。売主は第三者に残額返還請求権を譲渡し、同債権の譲受人（X）が買主に返還請求した。Xは本件売買が売渡担保であることを主張した。一方、買主は買戻特約付売買契約であると主張した。原審は次の通り判断した。本件契約は、買戻ではなく、信託担保であり、所有権は訴外売主に留保されている。買戻を前提にする抗弁は採用できない。弁済期限後は買主が目的物を自由に処分し、自己の債権に充当できる契約であり、余剰があるときは売主に余剰金を返還する義務がある。売主の債務は売却代金の債務への充当で消滅した。また本件契約における賃料を利息と認定している。買主上告。上告理由は次の通りである。買戻期限後は所有権が永久的に買主に帰属する。期限までに弁済がなければ、目的物を第三者へ処分するのも自由であり、残金を売主に支払う必要はない。仮に「賣切擔保」だとしても売主の債務は存続するから、残金の返還義務はない。また売主は債権譲渡手続に違反している。大審院は次のように判示した。「永代賣切」の事実はない。信託担保には外的移転と内外部移転があり、どちらでも目的を越えて所有権を行使できない。債務者が債務を弁済したときは物を返還すべきである。物を売却し、残金があるなら返還すべきである。特約がなければ代物弁済として目的物の所有権を取得しても、債務者が残金の返還請求権を失うことはない。債権譲渡には買主の同意を要しない。上告棄却。

売主の清算金債権の譲受人と買主の争いである。買主の転売代金から売主の債務を控除した清算金の帰属が争われている。清算金債権の譲受人は本件売買が売渡担保であることを主張し、買主は買戻特約付真正売買であると主張するのは従来と同じである。大審院は両者の区別に関する先例に従っており、本件売買を売渡担保とした上で、特約を認めるが、所有権移転に関する内部外部の区別に拘らず、清算義務を認めた。売渡担保における清算義務は、既に権利買戻特約付真正売買が問題になった大審院大正８年７月９日判決（民録25輯1373頁）で認められている。

【10】大判大正11年６月30日新聞2023号20頁　土地買戻特約付売買事件。

買戻代金に一定利息相当額を上乗せしていた（⑥）。事実がよく解らないが、

売主は本件売買を売渡担保と主張し、買主は買戻特約付売買と主張した。原審が買主の主張を認容したので売主が上告した。その理由は次の通りである。売渡担保は買戻特約付売買を包含する。売渡担保であるのに原審が買戻特約付売買と売渡担保を別種のものとしたことは違法である。判決ではまず、売渡担保の定義を述べた。売渡担保は物上担保権の方法によらずに金銭取得の目的を達するものであり、後日、売買代金と利息を付した額を返還して財産を売主に復帰させるものであり、返還のない場合は既に買主の手中にある財産を売却する。こうして消費貸借を締結し、担保を設定するのと同じ効果を挙げるものだとした。その方法としては買戻や再売買が用いることが通常であり、買戻と売渡担保は相容れないものではない。以上の通りに判断して、両者を別のものと解した原審を破棄し、差戻した。

先の【８】判決では、買主が所有権移転の効果を認めさせるために、売渡担保に真正買戻を包含しようとした。ところが、今度は売主側が同じ主張をしている。これは従来通り、売渡担保は買戻を用いるが、それは売渡担保であることに変わりはなく、売買でないとする趣旨だったのだろう。これに対して、原審は両者を区別した。だが上告審では、売主が主張した通り、売渡担保に買戻特約付真正売買を包含した。だが判決の意図は、このように判断することで、所有権移転の効果を否定したかったのかもしれない。しかし従来積み重なってきた先例と抵触している。だから公式判例集には登載しなかったのではないだろうか。仮にそうであるなら、本判決は積極的に先例に抵触するような自信のあるものではなかったことになる。

【11】大判昭和６年11月20日新聞3345号７頁　土地建物買戻特約付売買契約事件。昭和３年５月29日、既存債権14245円（③）と同額を本件不動産の売買代金とし、両債権を相殺した。買戻期限は昭和８年５月29日。買戻代金は売買代金と年１割の利息を合わせた額である（⑥）。建物は売主に賃貸している（⑤）。賃料は月142円50銭（売主側の主張では相場より高額。またほとんど１月分の利息に等しい）。賃料は利息から控除する。その他、修繕費、公租公課、火災保険料を全て売主負担としていた（⑪）。その後、買主が賃貸借契約に基いて売主側に賃料請求をした。買主は、本件売買が内外部共に所有権を移転する売渡担保であると主張した。売主は、外部に

のみ所有権が移転する売渡担保であり、内部的には所有権が移転していないので賃貸借契約は成立しないと主張した。一審は既存債権の存在や現金授受のない点、売主の負担する費用等から所有権が外部的にのみ移転されていると認定し、売主を勝訴させた。原審は買戻約款付売買による内外部移転型の売渡担保であると認定し、買主側を勝訴させた。売主上告。売主は上告理由で次のように主張した。(1)買戻と売渡担保は別であり、買戻特約付売買なら債権と代金は相殺され、債権の担保はありえない。本件契約は売渡担保であり、所有権は売主に留保されている。(2)予備的に契約内容等を挙げ、買戻特約付売買を利用した売渡担保を認めるとしても外部移転型の売渡担保であるから、所有権は内部的には売主に残っている。よって買主から建物を借り受ける契約は成立しない。賃貸借契約は仮装である。大審院は(1)につき、大正５年７月12日の判決を引用し、売主の主張を退けた。(2)につき、本件契約を内外部移転型の売渡担保と判断し、この場合の賃料は時価で定まるのでなく、利息等を考慮して決定されるので、時価に比べ賃料が高価でも仮装の賃貸借ではないと判示し、上告を棄却した。

売主の上告理由では、買戻特約付真正売買か売渡担保かを争っている。これに対して、大審院は、公式判例にならなかった【10】判決と同様に両者を区別していない。これも公式判例集に登載された判例ではない。

【12】大判昭和８年４月26日民集12集767頁　不動産買戻特約付売買契約事件。大正５年２月２日、売主が買主に所有不動産を900円で売却し、登記を経由した。買戻期限は大正５年８月末日である。買戻代金は売買代金に月１分２厘の利息を上乗せした元利合計975円60銭である（⑥）。売主は、期限までに権利行使ができず、その後は買戻代金に対して月１分２厘の割合による賃料で目的物を借りることにした（⑤）。売主は、本件の所有権移転は担保目的であることを主張すると共に、昭和３年９月13日に元利金を弁済したと主張し、所有権移転登記を請求した。買主は「賣渡擔保」ではなく、「眞實〔･･･〕買受ケタルモノ」であり、売主が期限までに買戻権を行使しなかったので、買戻権を失ったと主張した。これに対して売主は、買戻期限経過後も買主は利息を受領しており、暗黙に買戻期限を延長したと主張した。一審は売主の請求を棄却した。売主控訴。売主は、真実の売

買でない理由として売買価格が低廉であること（⑧）、買戻期間が短いこと（⑩）、買戻代金の内、75円60銭は貸金の利息であること等も主張した。原審は次の理由で控訴を棄却した。本件契約は「賣渡擔保」ではなく、「賣戻特約付」で売渡したもので、売主は期限経過によって「買戻權」を喪失し、買主が完全な所有権者になった。大審院は売渡担保と譲渡担保を厳密に区別した上で次のように判断した。当事者や原審が、売渡担保か買戻権留保の売買かの弁論を闘わすのは「聊カ奇異ノ感」がある。売渡担保は担保供与の「方面」の用語で、買戻特約付売買契約は「担保銷除」の「方面」の用語であり、この二つの取引は「相容レ相俟チテ以テ首尾善ク取引ノ全局ヲ収メムトスル一個ノ手段」である。よって、両者の争いは問題となりえない。問題は、期限経過で失権するのか否かである。このように一般論を述べた上で、買戻代金の75円60銭は利息であり、また期間が短いことを指摘し、本件契約を売渡担保とした。これに加えて、買戻期限後の賃料も利息相当だとし、次のように判示した。これを支払う理由は、内部的には依然、消費貸借関係が存続しているからである。したがって、期限徒過で直ちに買戻権を喪失するものではない。また売買代金が廉価であること、買戻期間が短いことも取引上の実験則において有り得るか疑問を呈する。そして原審が買戻と売渡担保を「截然ト二物ト爲」し、期間経過で一切を清算しようとしたことを審理不尽とし、破毀差戻した。

主要な争点は、真正な買戻か売渡担保かの違いに基づく買戻期限経過による買戻権の喪失の有無ではなく、買戻期限後の利息の授受が買戻期限の延長に当るかであるが（また本件判例は、前田判事の論文（第１章第８節・注18）の説を採用して、売渡担保と譲渡担保の区別を採用したことで語られることが多い[1]）、この事件では当事者と原審判決が売渡担保と真正な買戻を区別している。だが大審院はこうした区別を退けた。しかも本判決は公式判例集に登載されている。本判決が両者の区別をしなかった点を我妻博士は批判していた[2]。ただ本判決は、⑥⑩の存在等を根拠に売渡担保と判断する基準とし、⑧の存在にもふれた点には注目できる。

[1] 我妻・第１章第８節・注18・124頁。
[2] 我妻・第１章第８節・注18・129頁。

【13】大判昭和９年８月３日新判例体系民８巻218ノ22頁（搭載判例集不明）　船舶買戻特約付売買契約事件。売主が訴外船舶所有者から船舶を購入するために買主より船舶代金の800円、その他357円を借り受けた。その貸し金を担保する目的で800円で当該船舶を買主に買戻特約付で売り渡した（③。事案の経緯から⑤の事実もあるだろう）。買戻期限は大正15年10月５日。買戻代金は100円につき月１銭１厘の利息を上乗せした額である（⑥）。買戻期限までに買戻権は行使されなかった。当事者の主張は不明だが、原審は次のように判示した。売渡担保は買戻特約付売買であり、債務は存続しない。買戻期限経過で売主は買戻権を失った。大審院も原審の判断を是認した。

買戻と売渡担保を区別しない【12】判決までの先例に従ったのだろう。債務の存続と買戻権の喪失について言及しているところから推測すると、売主は売買後も債務が存続することを前提に、買戻期限経過後も債務を弁済して取り戻せるというようなことを主張したのではないか。そうだとすると、今までにはない争い方である。こうした争いは戦後に買戻期限経過による買戻権の喪失か、あるいは売渡担保における弁済期限後の清算義務履行までの受戻権の存続か、という形で現れてくる。

清算義務や受戻権に関しては、すでにこれを認める大審院判例がでていた（前掲・大審院大正８年７月９日は権利買戻特約付売買契約事件で清算義務を認め、かつ弁済期限後、清算義務履行まで受戻権行使を認めた。但し特約を許した。この判例については後述する）。これ等が影響し、売渡担保であるなら期限を経過しても受戻権を喪失しないと主張したのかもしれない。

【14】大判昭和14年８月16日新判例体系民８巻218ノ22頁（搭載判例集不明）　不動産買戻特約付売買事件。債権担保目的で売主所有の不動産を買主に売却し、買戻期限を経過した（他の事実は不明）。大審院は買戻期限経過で買戻権は消滅するが、必ずそうなるものでなく、その後も債務が存続し、買主の所有権は担保目的の範囲内で所有権移転の効果をもつか否かは、各場合における契約の趣旨を解釈して決すとした。

恐らく、【13】判決で推測されるのと同じような主張がなされたのだろう。【13】

判決は買戻期限経過で失権するとしたが、そうではなく、契約の趣旨によっては買戻権を喪失しないとした。

この判例については、多少の説明を必要とするように思う。弁済期限後の受戻権を認めた大判大正８年７月９日（民録25輯1373頁）は、売渡担保における所有権移転の構成が、外部のみ移転される構成が原則だった時代（本章第１節一前掲・大判明治45年７月８日）の判例である。だが大連判大正13年12月24日（本章第１節一前掲）が、所有権が内外部共に移転する構成を原則とし、今までの判例を変更した。大正８年判決は、所有権が外部的にしか移転しないことを前提にした判例だったので、所有権の内外部移転が原則になると、同判例が先例的価値を失う可能性があると指摘されていた。現に【13】判決等、売渡担保と判断しながら、買戻期限経過で失権させており、指摘された通りの判断したことが窺える。そこで我妻博士は、大連判大正13年の射程の拡大を防ぐため、昭和３年に「判例賣渡抵當法」という論文を執筆した[3]。そこでは、次のように論じた。

大判大正８年７月９日の法理が「彼の聯合部判決によつて顛倒せしめらるゝ虞が甚だ多い。」。同判決の法理は所有権の「内外部的態様と關係なく、獨立に決定せらるべく、即ち特約なき限りは辨濟期以後も債權者の処分する以前は尚ほ元利を辨濟して擔保物の返還を請求し得る。」[4]。

そしてこれは大体においてその後の判例により守られたと後の我妻博士自身が述べている[5]。この昭和14年の判例は、この我妻博士の提言に影響されて、判断しようとしたのかもしれない。またこの判例は買戻特約付真正売買と売渡担保を混同した形跡もない。これも前述したが、我妻博士が、昭和９年に両者の区別の必要性に触れていた。もっとも、事実がほとんど解らないので、どれも推測に過ぎない。

以上が戦前に買戻特約付真正売買か売渡担保かが争われた事例である。総括すると、大審院におけるこの種類の争いは、明治29年には存在し、数も多い。

---

[3] 我妻・第１章第８節・注18を収録する文献の別論文、「判例賣渡抵當法」119頁〔追記〕で論文執筆の動機が語られている。

[4] 我妻・松波還暦・第１節一・注２・488－489頁。

[5] 我妻・前注３の追記。

ただ争う理由は売渡担保であるなら、担保であるから所有権は移転しないことを前提に争うものだった。そして【9】判例までは両者の区別をしていた（例外は【5】）。ところが、【10】判例以後、両者の区別を廃してしまい、【13】判例までこの状態が続く。その後、少なくとも【14】判例の頃までには、【9】判例までの立場に復したのではないかと思われる。もしそうであるなら、我妻博士が昭和9年の論文で両者の区別の必要を説いたことが影響したのかもしれない（本節・序文）。また戦前は両者の区別を争う理由が一貫して同じだったとはいえないのではないかと思われる事例もあった（【13】【14】）[6]。

戦前の判例は事実が詳しく解らないことが多いが、それでも真正買戻と売渡担保を区別した判例の考慮要素を見ると、③が【2】【4】【8】、⑤が【3】【4】【9】、⑥が【3】【4】【7】【9】、⑧が【9】。⑪が【3】である。両者の区別を廃止した判例の事実認定も担保目的と認定するために参考になる。そこでこれ等も含めてみると、③が【2】【4】【6】【8】【11】【13】、⑤が【3】【6】【9】【11】【12】【13】、⑥が【3】【4】【7】【9】【10】【11】【12】【13】、⑧が【6】【9】、⑩が【12】、⑪が【3】【11】である。⑥が最も多い。それに次いで③⑤が多い。裁判所は担保目的を判断するに当り、⑥を特に重視し、次いで③⑤を重視しているといえる。

【14】以後、戦後になるまでほとんど買戻事件は現れない（調査した範囲で知る最後の例は、不動産返還移転登記請求における代金返還の要否に関する大判昭和16年5月2日新判例体系民8巻224ノ16頁である）。なぜ昭和10年代半ば以降、買戻事件が以前と比べて少なくなるのか。それは恐らく、戦前の買戻は、その多くが土地の買占めが目的であったと考えられるところ、漸次、地税が引き上げられ、大土地所有による利益が少なくなってきたことが関係すると思われるが、それは後日の機会に考察を加えることにしよう。

戦後も買戻事件は起こるが、数は減少し、最高裁判例が少ない。何等か重大な変化があったと思われるので、戦前戦後を分けた。次は戦後の事例を考察する。

---

[6] 我妻・第1章第8節・注18・128－129頁が民法典における買戻と売渡担保との期限経過による効果の差異を指摘したことが影響したのかもしれない。

２　戦後の事例

戦後は、戦前と異なり、下級審が圧倒的多数で、また多くは売主が売渡担保であることを前提にして、受戻権の存続を争っている。売渡担保なら買主の清算義務の履行まで受戻が可能だからである。一方、買戻特約付真正売買なら、買戻期限が経過した時点で買戻権を喪失する。以下では戦後の事件をみる。

【15】盛岡地判昭和29年３月15日行裁例集５巻３号466頁　畑地宅地買戻特約付売買契約事件。昭和17年３月26日、売主所有の畑地宅地を買主（Ｘ）に700円で売り渡した。買戻期間は３年、買戻代金は650円（実際の契約書は1001円）、約定利息は月１分５厘だった（⑥）。買戻権は買戻期限の経過で失うことが定められ、買戻特約を登記した。同時に目的物を賃貸した（⑤）。賃料は年105円。売主は買戻権行使ができず、買戻期限後も売主は賃料を払わず、Ｘに無断で地上の立木を伐採し、利用した。そこでＸは、Ｘに所有権が帰属していることを前提に、昭和22年６月17日、知事（Ｙ）に賃貸借契約解約許可申請をした。９月６日、ＹはＸの自作を相当とする場合（旧農地調整法第９条①）に該当しないとし、不許可とした。そこでＸがＹを相手に、行政処分の取消を請求した。Ｘは売主の方が経済的に優位である等とし、処分取消を求めた。Ｙは所有権が売主にあるものとして賃貸借契約を否認した。判決は、以上の事実を認定し、次のように判断した。本件契約が「譲渡担保設定契約」とし、その趣旨に基き、前記内容の「買戻約款付売買」を原因とする所有権移転登記をした。Ｘ主張の売買金額が700円なのに、代金1001円の契約書を作成していることは担保の趣旨を窺わせる（⑧）。Ｘの所有権は確定しておらず、「弱き譲渡担保」である。したがって、内部的に所有権が売主に留保されていたので、売主はＸの担保権を害しないように使用収益が可能だった。だが買戻期限経過でＸは所有権を内外部的に取得したとし、特段の合意がない限り、元利金を控除して残額があるときは、差額を弁済すべき清算手続が残るに過ぎない。その後に売主が弁済提供をしても効力がない。以上より、売主はＸが清算手続をして引渡請求をするまで物件を使用収益できる。その使用は譲渡担保権者が容認する間だけ許されるので、単なる賃貸借関係ではなく旧農地調整法第９条第１項が保護するものではない。ＸはＹに賃貸借契約解除の許可申請をしたが、賃貸借契約は存在していなかったのだから、Ｙの処分は違

法である。処分取消。

今までの事件と比べて特殊な事件であるが、争点は戦前とそれほど変わっていない。買主は買戻特約付真正売買であることを主張し、Yは売渡担保であることを前提に、Xへの所有権の内部的移転を否定し、売主とX間の賃貸借契約の不成立を主張している。判決は、Yの主張を容れ、弱い「譲渡担保」と認定しつつ、その趣旨で「買戻約款付売買」をしたとした。だが売渡担保ならば、弁済期限後も清算義務が履行されるまで受戻権が存続する筈だが、期限経過で所有権は内部的にもXに移転したとし、その後の弁済提供の効力を否定している。買戻期限の経過で買戻権を失うことが、売渡担保における受戻権とは異なる買戻の特性であるが、この判決は真正買戻と売渡担保を混同している（またこの契約は売渡担保なのだが、その文言を使用していない）。

以下の判例判決では、買戻特約付真正売買か売渡担保かの判別を巡って、清算義務の存在、それが履行されるまでの受戻権の存在が争われる。以下ではあえて解説はせず、事実と判旨の要約を列挙する。

【16】東京地判昭和37年12月24日判時323号22頁　土地建物再売買予約権付売買契約事件。契約時は昭和28年８月５日、予約完結権の行使期限は同29年２月４日である。契約締結の動機は、訴外人から本件物件になされた競売を免れるためである。そのため時価よりも低く売却した（⑧）。同時に賃貸借契約を締結している（⑤）。売買代金は250万円。再売買価額は300万円と賃料名義の利息月５分相当の15万円を上乗せした額（利息制限法違反）（⑥）。期限経過後の昭和29年10月頃、再売買の交渉を始め、売主は予約完結権を行使したが、買主が履行を拒んだので所有権確認請求をした。買主は本件契約を買戻特約付売買契約と主張した。判決は売買代金との差額50万円は利息であり、売買契約の締結費用とする証拠はなく、別途に利息相当の賃料の支払いを約していることに照らして、再売買代金の一部であるとした。認定した事実から本件契約を譲渡担保であると判断した。そして売主の予約完結権行使を認めて、売主を勝訴させた。

【17】東京地判昭和45年５月25日判時617号68頁　土地建物再売買予約権付売買契約事件。契約締結時は昭和40年10月13日。弁済期限は昭和41年１

月12日。売主が買主に第三者に賃貸中の当該物件を2410万円で売り渡し、当該賃料は売主が収受できると定めた。占有移転の事実はない（⑤）。再売買代金は2840万円であり、売買代金を越える420万円は期間中の利息に相当する（⑥。天引されている）。買戻期限を過ぎた場合、遅延損害金を月140万円払うことで買戻期限を猶予する特約がある。土地の売買代金は時価との差が大きかった（⑧）。結局、売主は300万円を支払い、猶予を受けたが予約権行使ができず、土地建物は強制執行された。売主は土地建物所有権が留保されていると主張し、買主への所有権移転登記の抹消を請求した。買主は本件売買契約の代金は、債権とは関係がないと主張した。判決はこれらの上記の事実を認定し、本件契約は金銭消費貸借を隠蔽した「譲渡担保」契約であるとした。そして土地建物の時価は約5225万円とし、特段の事情のない限り、常に清算を要するとした。だが売主の受戻権行使の事実を認めなかったので、売主が敗訴した。

【18】東京高判昭和51年９月29日判時836号51頁　土地再売買予約権付売買契約事件。昭和43年１月頃、売主は銀行の抵当権が設定されている借地上の建物を取り壊し、借地の所有権を購入し、その上に建物を建築し、それを賃貸経営し、銀行に対する債務を返済する計画をした。そこで買主に融資を申込み、２月１日に500万円を借り受け（③）、訴外前所有権者より土地を購入した。続く３月５日、650万円の融資を受け（③）、銀行に対する抵当権を放棄させた。昭和44年２月１日、土地と旧建物を買主に再売買予約権付で売り渡し、引き渡した。予約完結権の行使期限は昭和44年９月末日である。しかし買戻代金の定めはなかった。登記は前所有権者から買主に中間省略登記をし、上記計画通りの契約をした。売主は元の建物を取り壊したが、新築資金が不足して計画は実現できなかった。そして再売買もされないで現在に至った。売主が（譲渡担保であるから）売り渡していないと主張し、買主への登記の抹消を請求し、予備的に融資金の元利等の弁済と引き換えに所有権移転登記の抹消を請求した。買主は、真実の売買であることと、予備的に本件契約が担保目的であっても売主が計画を実現せず、また買戻もしないで期限を過ぎたので、所有権は確定的に買主に帰属したと主張した。判決は次のように判断した。売主が契約をするに至った動機は銀行に対する債務弁済のためである。その売買価格が時価の３分

の１である（⑧）。そして取り壊す予定の建物の代金が高額である。以上から売買代金は融資金と推測され、売買契約は買主の投下資金を確保するために締結された。以上より土地を「買い切り」にする趣旨ではない。不相当な売買価格は法定金利以上の利益をあげるためである（⑥）。買主が、本件土地と新築予定建物の買取を辞退した場合、土地全部を売却し、一定価額を控除し、残金を売主に贈与する約束をしている（②⑦）。以上より契約の目的は債権担保目的で目的物を処分し、清算するものであり、「売渡担保」ではなく、処分清算型「譲渡担保」であり、清算を要するとした。売主の主位的請求は退けられ、予備的請求を認めた。

清算義務を取り決めているので、売渡担保と認めたも同然の事案ともいえる（一前掲・最判昭和41年９月29日）。この頃は、まだ売渡担保ならば、清算不要との認識があり、売渡担保であるのだが、「譲渡担保」と認定する必要があった。

【19】東京高判昭和52年９月13日判時870号70頁　不動産再売買予約権付売買契約事件。売買代金は6000万円。再売買代金は7260万円（⑥）。また買主が転売し、売主は買主にそのことに関する「協力謝金」を支払う旨の念書および、再売買期限前に再売買代金を支払うときは、日割計算で再売買代金を減額する念書があった（⑥）。占有の移転はない（⑤）。恐らく、買戻期限の経過を理由として、買主が売主に対して本件不動産に対する仮処分申請をしたのだと思われる。原審がこれを認容したので売主が控訴した。控訴理由は次の通りである。本件売買は担保目的であり、また6000万円を越える部分は利息制限法違反であり、また不動産の時価は１億8000万円である。買主側が清算義務を履行するまで所有権が移転しないので引渡義務はない。買主は本件が売買であると主張した。判決は上記認定事実を理由に本件契約を6000万円の貸金担保（③）を目的とする趣旨と認定した。仮処分取消。なお売主の主張する時価は認定しなかった。

【20】東京地判昭和56年５月25日判時1022号77頁　不動産買戻特約付売買事件。契約締結時は昭和48年４月19日。買戻期限は同年７月22日である。売主は建売住宅分譲事業のために当該不動産を購入するに際して、代金を

自己調達できないので、Ｘが他から融資を受けた（③）。融資額は23,500,000円である。Ｘが金融機関から融資を受けるために当該不動産はＸに買戻特約付で売却され、所有権移転登記を経由した。買戻代金は融資額に加え、利息1.5％（⑥）その他9,000,000円である。その後、売主側の事業が成功しないので、Ｘの登記を抹消して売主に登記を戻し、当該不動産を売却して融資額の弁済をすることにした。その後、売主の債権者Ｙが当該不動産を差し押さえたのでＸが第三者異議の訴えをした。その前提としてＸは次の主張をした。第一に、本件不動産の所有権は本件買戻特約付売買契約でＸに帰属している。第二に、第一の主張が認められず、「譲渡担保」だとしても債務者が期日までに弁済しなかったので所有権はＸに帰属した。Ｙは本件契約は清算を要する「譲渡担保」であると反論した。判決はＸ主張の第一の点につき、売買がされた事情から本件売買を「譲渡担保」と認定した。第二の点につき、本件契約が「譲渡担保」だとしても清算を要する譲渡担保であるので期限経過で当然に所有権がＸに帰属することはないとした。

【21】東京高判平成元年７月25日判時1320号99頁　土地建物買戻特約付売買契約事件。契約締結時は昭和58年２月20日。売主が買主より1000万円を借り（③）、同時に建物１棟および土地の所有権を買主に移転した。利息は天引きされている（⑥）。債務の弁済期である買戻期限は５月20日である。売主は買戻権行使ができなかったが、期限後も利息を払った。売主は元利金を弁済し、「譲渡担保」の受戻権を行使したと主張し、所有権移転登記抹消請求をした。買主側は次のように主張した。本件契約が買戻期間３ヶ月の約定である買戻特約付売買であり、「譲渡担保」ではない。ただし、期間中は売主に賃貸することとし（⑤）、３ヶ月間の賃料105万円を受領した。仮に「譲渡担保」でも弁済期限を過ぎており、担保権の実行により売主の受戻権は消滅した。判決は次のように判断した。売主は、本件物件が競売にかけられ、競売申立を取り下げて貰う必要から、買主に融資を求め、当初は抵当権を設定するつもりだったが、先順位抵当権者がいたので買主が買戻特約付売買の形式を取ることを求めた経緯、それと上記契約内容から本件契約は帰属清算型譲渡担保設定契約である。なお買主の担保権実行により、売主の受戻権は失われたとし、売主の請求は棄却された。

【22】東京高判平成10年７月29日判タ1042号156頁　土地建物買戻特約付売買契約事件。買戻期間は３ヶ月間。売主が買主に対して1600万円の債務を負担しており（③）、売主所有の不動産を同額で買主に売却した。買戻代金は2000万円である（⑥）。売主は債務完済を理由に買主に対して所有権移転登記抹消請求をした（甲事件）。一方、買主は売主の買戻権行使の事実を争ったらしく、買戻権喪失を理由に明渡請求をした（乙事件。⑤）。第一審は売主の請求を認容した。買主控訴。買主は、本件は「譲渡担保」ではなく、将来の値上がりを考えて締結した買戻特約付売買契約であると主張した。売主は、本件契約は「譲渡担保」であり、債務は完済したと主張した。これに対し、買主は、その債権の消滅を争い、また利息を取らずに1600万円の弁済で済ますことは考えられない等と主張した。判決は、生活拠点を３ヶ月の買戻期間で売却することは通常では考え難いこと（⑩）、上乗せされた400万円が実質、利息であること等を理由に本件契約を「譲渡担保」と認定した。だが売主の債務弁済の事実を否定した。一方の買主も確定的に所有権を取得してないとし、甲事件乙事件共に請求棄却された。

【23】最判平成18年２月７日民集60巻２号480頁　土地建物買戻特約付売買契約事件。買主が売主に貸金債権1000万円を有していたが（③）、売主は150万円を支払ったのみだった。そこで売主はその所有する土地建物を計750万円で買主に売り渡した。その際、月3分の利息相当額67万5000円を買戻権付与の対価として売買代金から控除した（⑥）。更に別件貸付金の利息270万円他の諸経費合計378万5000円を控除した。買主への占有移転は行われなかった。買主は買戻期限を経過したとして売主に対して建物明渡請求をした。売主は、本件は買戻特約付売買契約ではなく「譲渡担保」契約であり、買主が「真正な」買戻特約付売買契約によって所有権を取得したとは主張できないと主張した。一審は買主の請求を認容。原審は利息相当額を買戻権付与の対価と解すべきであり、また売主が本件土地建物の価格は1700万円を下らないというが、それを認めるに足りる証拠はないとした。最高裁は次のように判断した。「真正な」買戻特約付売買契約では買戻期限経過で買戻権を失い、清算義務も負わない。だが当該契約が債権担保目的ならば、そのことを認めることはできない。そして本件契約は「譲渡担保」である。占有移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債

権担保目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約であると判示した。また本件契約が別件貸付金の利息回収の目的があり、実際別件貸付金1000万円の利息９か月分の額を売買代金から控除していることも指摘した。なお売買代金が低額であるという主張は退けられた。

この判例は売渡担保を譲渡担保と区別して扱わないことを最高裁として初めて判断したことで意義を有するとされているが（第１節一注１）、戦前はされていた買戻特約付真正売買と売渡担保を区別し、期限経過後の効果や清算義務の要否などの差を最高裁としてもう一度、確認したことにも意義がある。

【24】最判平成18年７月20日民集60巻６号2499頁　集合動産再売買予約権付売買契約事件。契約締結時は平成15年４月30日。予約権行使期間を同年10月１日から翌年４月30日と設定した。売主の所有する養殖魚を既存債権（③）担保のために買主に譲渡した。売買代金は既存債権と相殺された。買主は養殖魚の飼育を委託しており、占有は移転しなかった（⑤）。買い戻した場合、売主が養殖魚を加工し、買主に引渡し、買主は第三者に転売することになっていた。再売買代金は元金に買主支出の飼料費等を加えた額である。売主の民事再生手続が開始されたので、買主は本件契約により所有権を取得したとして、別除権行使の趣旨で目的物の引渡を求めた。売主側は、本件売買は譲渡担保と主張し、先行する譲渡担保権者の存在を理由に引渡を拒んだ。最高裁は次のように判断した。本件契約では占有移転がなく、現実の代金授受もなく、売り戻す際の契約内容からして、それまでの買主の債権と加工販売代金を相殺して実質、担保の効果を挙げる契約であり、「譲渡担保契約と解するのが相当である」。買主の請求棄却（なお本件事件には契約２があり、それは売買契約と認定された）。

以上、買戻特約付真正売買もしくは再売買予約権付真正売買か売渡担保か争われた事件を年代順に見た。

【15】【24】を除いて、買主の清算義務履行までの売主の受戻権の存否を争っていることは明らかである[1]。特に【23】は最高裁として売渡担保でも譲渡担

[1] 平井・第１章第７節・注１・155頁も同様の分析をする。もっとも、前述したが、再売買（第556条）の場合、必ずしも期限経過で失権しないとするのが

保と同じに扱い、清算義務を認めた点に意義がある。

各事件でみられる考慮要素をみると、②が【18】、③が【18】から【24】にある（7例）、⑤が【15】【16】【17】【19】【21】【22】【23】【24】にある。⑥は【24】を除いた9例にある。⑦が【18】、⑧が【15】から【18】にある（4例）、⑨は流動集合物と言うことで【24】にある。⑩が【22】にある。

⑥⑤③が圧倒的に多い。特に⑥が最も多く、次いで⑤③が多い。この結果は戦前と同じである。

以上の結果からどのようなことがいえるか。それにつき、どう考えるのかについて次に述べる。

三　結論

これまでの歴史的考察において買戻の機能とその特性をみてきた。それによると買戻は、その起源から近世までは土地売買質入禁制の潜脱と担保の二機能を併せもっていた。このうち後者の機能が現代に受け継がれており、そのことは立法者等によっても理解されている。そうだとすると、単に担保目的か否かを判断するだけなら、買戻ないし再売買は、本節の冒頭にあげた考慮要素に注意を払うまでもなく、担保目的である[1]。そうでないなら、買主がそのことを立証すべきである。したがって、担保目的か否かの判断以外に役立つとは思われない③⑦⑧⑨⑩の要素は重要ではない。

しかし担保目的であることと売渡担保であることは別である。今までの買戻特約付真正売買（または再売買予約権付真正売買）か売渡担保かの議論は単に担保目的かそれとも売渡担保かの区別をしないために混乱が生じていたといえる。そこで、両者を区別するには今までに考察した買戻の特性から考える必要がある。

以上の考察を経て残る考慮要素は、⑤⑥⑪で、⑤⑥が圧倒的に重要である。

判例である（第1章第6節）。ただ買主が催告し、相当期間を経過すれば失権する（第556条②）。

[1] 近江他「買戻制度と譲渡担保（上）」（Law School47号86頁）86頁要旨、90－94頁は、ドイツ法に由来する区別であるが、占有を留保する買戻が譲渡担保、移すのが買戻であり、どちらも担保だとする。

そして判例には⑤を判定基準にするものがあり（【23】）[2]、戦前戦後を通じて、多くの判例判決で⑤の事実は確認できた。そして起草者も占有移転を前提に果実と利息を相殺させる（第579条但書）。だが⑤は買戻特約付真正売買の必要条件ではない。まず起草者は慣習を熟知した上で占有移転を前提にしたのではない。明治初年には既に占有留保型の買戻が存在し、現行民法典までには占有留保型の事件は存在していた。そして戦前の売渡担保の事例をみても、⑤の存在が圧倒的多数である。だが占有移転を前提とする根拠である第579条但書の利息と果実の相殺は特約で変えられる。もちろん利息返還の特約は、売主に有利な特約も許さない強行規定である本文に抵触するので、許されない。だから但書の「別段の意思」とは果実に関する特約が許されるだけといえるだろう。例えば、占有移転をした場合も果実を売主に返す特約は問題ない。だがそれでは買主に何の利益もないので、そういう特約はまずされないだろう。他に占有留保をした場合に、売主が収取した果実は売主の所有とするが、買主側が何等かの手段によって収取した果実は、買戻期間中は売主に保管させるが、買戻時には買主に返還する特約も考えられないではない。無論、それは売主の出損を要するものであってはならない。つまり、占有留保をしても第579条但書における利息・果実相殺に関する特約が意味のある場合もあるし、また条文上も占有留保型の買戻を禁止している訳ではないので、契約に⑤があることは、買戻特約付真正売買か否かの決定的考慮要素ではない。

そうすると残るは⑥である。買戻代金を売買代金と契約費用に限っているかである（第579条本文）。第１節で考察した通り、買戻か譲渡担保との相違点には⑥があった。それは買戻が物の使用収益、取得を目的とするのに対し、譲渡担保等の非典型担保は価値の実現を目的とする担保という違いからくるというのが、結論であった。また第1章で考察した通り、伝統的にも、買主の使用収益が前提されるので買戻代金は元金のみと定められてきた。そして、現行民法典においても買戻代金は売買代金と契約費用に限定されている。この⑥だけが売渡担保と決定的に異なる。したがって⑥が決定的考慮要素である。

再売買の場合も真正のそれと売渡担保との区別は必要である。伝統的には売ったものを取り返すことを総じて買戻といってきたのであり、再売買も広義

[2] 近江・第１章第４節・注８・261頁のように占有の有無をメルクマールにする学説もある。

で買戻である。その経済機能は買戻と異ならないのであるから、期間の定めは自由でよいが、やはり⑥を決定的要素と考えてよい。

そうすると【23】判決が、占有留保をする買戻特約付売買契約は、特段の事情のないかぎり、担保目的であり、売渡担保（「譲渡担保」）であると認定したことには問題がある。⑥の事実があったのだから、⑥を真正な買戻との区別の決定的要素とすべきだった。【24】は、⑥の事実もないのに売渡担保（「譲渡担保」）と認定したことは問題である[3]。利息の授受すらないなら真正な再売買と認めてよかった。⑥を決定的要素とせずに、買戻や再売買予約を、担保目的であることを理由にその真正であることを否定してしまうと、担保目的であることを承知で明治以前より存続し、現行民法典でもあえて売買として残した規定であるのに、担保目的であるがゆえに適用されないという矛盾をきたし、ほとんど死文と化してしまう[4]。

以上で買戻特約付真正売買か売渡担保かの判断基準に関する結論をえた。

⑥もない場合、買戻特約付真正売買であるから、期限経過で買戻権は失われ、所有権は確定的に買主に帰属する。だが、そのことと、なお売買代金と目的物の価値との差額を丸取して良いか、つまり清算を要しないかは別問題である。それを次に考察しておく必要がある。」

第３節　買戻特約付真正売買における清算義務

買戻では買戻期限経過により売主は所有権を確定的に喪失する。そうだとすると売買代金と目的物の価値との差額を買主が丸取りする結果になる。だが清算問題が論じられたことはない。だが何時の日か、何者かが予想しなかった方法でこれまでに述べた真正な買戻の特性を理解して買戻を利用するかもしれない。そのとき、清算の要否が必ず問題になるだろう[1]。

---

[3] 渡辺晃・【24】判例評釈・金法1794号39－40頁も⑥に注目する。

[4] 同趣旨のことを、拙稿「民事判例研究（最判平成18年７月20日民集60巻６号2499頁）」（北法59巻３号405頁）411－412頁でのべた。

[1] 第２節二２【24】事件の売主には、買主に先行する３人の譲渡担保権者がいた。したがって買主の順位は４番目である。この事件で、もしも第一順位者と買主が手を組むとどうだろう。例えば、第一順位者が買主に売主の所有財産を

この問題を論じるには、まず清算義務の形成過程を理解しなければならない。そのためには流担保の禁止と流担保と同じ結果になる非典型担保との関係、非典型担保が認容されることと清算義務の関係、そして清算義務が認められるということは、担保法においてどのような意義をもつのか明らかにする必要がある。そしてそこで示された清算義務のもつ意義が買戻特約付真正売買にもあてはまるものなのかについて結論をのべる。以下では、流担保の禁止からそれを解禁する過程をみて、この過程が担保法においてもつ意義を解明する。そして最後に結論をのべる。

一　流担保禁止時代

流担保禁止の歴史は、明治６年に遡る。まずはここに至る過程を一瞥する。

流担保禁止は利息制限の歴史と無関係ではないので、利息制限の歴史を考察する。まず1742年（寛保２年）法が利息の上限を15％（１割半）としていた[1]。

必ず真正買戻と判断され、否認されないような取引をさせる。後に売主の民事再生手続が開始されたとする。このままでは、第一順位者は第二、第三順位者と一緒に倒産手続に巻き込まれる可能性がある（民事再生法第31条の担保権中止命令や同第148条の担保権消滅請求等）。だが買主が買戻特約付真正売買をしている。ならば真の所有権者はこの買主である。そこで第一順位者は買主に執行する。両者は結託しているので、買主は争わずに執行を受ける。そして目的物を第一順位者に帰属させる。売主側が買戻権を行使しなければこれで第一順位者の所有権が確定的になる。売主側から買戻権を行使された場合、売主と買主との法律行為は全て遡及的に無効になる。したがって、第一順位者の買主に対する執行も遡及無効となる。そこで売主側は第一順位者に目的物の返還請求する。だが、売主が買戻権を行使しても、売主と四番目の買主との売買前の法律行為は遡及無効の対象ではない。そこで第一順位の担保権者は、一番目の譲渡担保権を主張して返還に応じない。こうすれば一種の倒産隔離にならないだろうか。例えばではあるが、こうした使われ方が執行法上、成立しうるかもしれない。これは売主と買主が通常売買をしても同じ結果になる。だが実際は少し違う効果になるだろう。買戻権は売主にだけ、一方的に有利かつ強力な権利なので、その分、時価より低廉な価格で売買される。そこで第一順位者が買主の費用に加えて買主に被担保債権額と時価との差額の幾らかを協力した買主に支払う等の利用の仕方があるかもしれない。

[1] 『日本社會事彙下巻』第３版（国書刊行会、1908年）「リシ」2156頁参照。

次いで1842年（天保13年）９月法は、1742年法の利率を金25両につき１分に引き下げた[2]。だが、この利率では1868年頃の物価高騰に影響され、金銭の融通に支障をきたしたので、1868年（慶応４年）２月22日、大政奉還後の幕府は、1842年法による利息制限を撤廃する御触書を発布した[3]。ただし格外の高利を戒めている。だがこの法は大政奉還後であったから施行されなかった。

維新直後、利息制限について議論されたが、結局は存置され、1842年（天保13年）９月法のままとされた[4]。だが利息制限は明治４年１月18日の布告第31号で廃止された。利息制限撤廃の理由は当時、流行していた自由主義思想によるとされる。つまり借主と貸主の需要と供給、担保の価値の高低などで自然に適当な金利に定まると考えられた[5]。ところが、こうした思惑を外れて巷の利率は高利の一途をたどった[6]。こうして明治10年９月11日、利息制限法（太政官布告第66号）が復活した。

この間にも政府の利息に対する政策は動いている。明治６年３月３日の貸付金穀取立法則（太政官布告第81号）第１条は、旧藩より貸し出された貸付金穀の金利を、今後は全て無利息とした。同月７日の太政官布告（第92号）は、利息に関する特約がない金銭消費貸借の利息を６分と法定した。更に明治９年８月１日の太政官布告第106号は、国立銀行条例（明治５年11月太政官布告第349号）を全面改正し、その第56条は、同法を遵守する銀行の貸付金に対する利息の上限を１割と定めた。この意図は銀行がこのように利息の上限を定めれば、低利の銀行に金銭の融通をもとめ、結果として全国的に金利が引き下げられる

なお利息制限の歴史については元老院會議筆記・４巻・第１章第４節・注２・210頁に簡潔にまとめられている。

[2] 御触書は石井良助、服藤弘司編『幕末御触書集成第五巻』（岩波書店、1994年）の通し番号4953に収録。

[3] 幕末御触書集成・第５巻・前注２・5004。なお、日本社會事彙・下・前注１は、1842年法の利率では金銭を貸す者がいなくなったとする。

[4] 日本社會事彙・下・前注１。

[5] 東京日日新聞明治10年９月15日、同・10月２日。また渋谷隆一「サラリーマン金融の源流と高利貸政策」（同編『サラリーマン金融の実証的研究』（日本経済評論社、1979年）５頁以下）27頁も同様の分析をする。

[6] 東京日日新聞明治10年９月13日。とくに小額の金銭消費貸借では売主が充分な担保を用意ができなかったので弊害が大きかった。

と考えたのだといわれる[7]。

流担保を禁止した明治６年２月14日法（２月14日布告第51号）はこうした流れの中で定められた法である。利息自由から利息制限への巻き返しと思われる明治６年３月の二法の一月前である。そこで流担保禁止法をみてみる。その書き出しには「壬申〔明治５年〕二月十五日第五十号布告の通り、地所売買差し許され候上には」質地より起こる訴訟は競売手続をもって済ませと命じている。明治５年法とは田畑永代売買等の土地売買禁止を解禁した法である。第１章第４節で考察した通り、この法により、本物返は売買禁制潜脱と担保の機能を有していたところ、後者の機能のみが存続することになった。また質も担保機能以外に、土地売買禁制下の禁制潜脱手段として利用されていたが（第１章第３節・注５）、同法により質のこの機能も必要なくなった。こうして質も担保に純化された。そして専ら担保であるなら、明治４年の利息制限撤廃以来、高利化の一途をたどっていて、利息制限への巻き返しが進行中であったから、その一環として、債権額に対し、高額な土地を取得するなどで、高利を取得する手段として利用されがちな流担保を禁止する法が制定されたと推測できる。実際、当時は様々な名義で高利がとられた[8]。流担保も高利取得の手段とされたので規制されたのだろう。

その後、この流担保禁止法を受けて同年３月27日、司法省は第46号達を発令する。そこでは次のように命じた。従前の質地に関する訴訟では、質入期間に受け戻さねば流地にする特約がある場合、その期限から２ヶ月の間に債務者が受戻の訴訟を提起すれば受理し、そうした特約の無い場合には、10年間、同様の訴訟を受理してきた。だが今後は流地文言の有無に拘らず、競売をさせると達した。こうした一連の法で流質を禁止した[9]。

だがこれらの法で流担保を完全に禁止したわけではない。明治６年１月17日の地所質入書入規則（太政官第18号）第５条は、「質入又ハ書入ノ地所期限ニ至リ、貸主借主相談ノ上金穀ヲ返サスシテ地所を引渡候節ハ旧地主ヨリ金主へ可引渡旨別紙ニ認メ其地ノ戸長加印ノ上金主ヨリ地券相添へ確認ノ証ヲ可願出事」、と定めている。期限後の約定による流担保を認めている。しかも同条は

---

7 東京日日新聞明治９年８月16日。

8 東京日日・前注６。

9 市岡・第１章第４節・注３・62頁・地所質入書入規則第５条上の頭注。

１月後の流担保禁止法でも廃止されていない。さらに、明治16年７月18日内務省番外達では同条を前提にして不動産譲渡「質・書入」についての後見人の権限を定めている。

そうすると、流担保禁止法も流担保を容認する法もどちらも有効だったことになる。これについては次のような説明が可能である。流担保禁止法は訴訟になれば、競売させるべき旨を定める。一方、流担保を容認する法は当事者が流担保について合意している場合を定めている。つまり当時は、当事者が流担保について合意している場合は、役所限りの手続で済ませ、裁判所は介入せず、容認する。一方、当事者が争えば、裁判所が介入し、競売をさせる。このように当時の流担保に関する法制は二階建てだったと理解できる。

このような状態は、少なくとも明治中期までは存続する。だがその後に進む前に、この頃までの「質」の意義を正確に知る必要がある。

この頃の「質」は、現代とはその意味する範囲が違う。現代の質権は目的物を質権者が直接占有せねばならない（民法第342条）。質権設定者が占有してはならない（同第345条）。目的物を担保権設定者に留保する担保は、現代では抵当権だが（同第369条）、当時は現代でいう抵当権という概念はない。「抵当」という文言は存在した。だがその意味は引当という意味であり、引当とは、借金の担保である[10]。「売渡抵当」の「抵当」は、この時代の言葉であり、占有留保、占有移転といった区別を伴わない[11]。つまり抵当には債務者に占有を留保するという現代の意味がなかった。旧民法典編纂者であるボアソナード博士も「以前ニ在リテハ抵當ハ不動産質ノ如ク抵當物ヲ債權者ニ引渡スヲ要シタリ」と述べている[12]（もっとも、「抵当」は担保の意味であるから、必ず引渡を要

[10] 宮川・第１章第５節三・債權擔保編123頁、日本經濟史辭典・第１章第１節・注２・1362頁「引當」、前田・二・第１章第８節・21頁。

[11] 末弘『民法講話下巻』（岩波書店、1927年）84－85頁は占有移転型を売渡質、占有留保型を売渡抵当と区別したが、我妻・松波還暦・第２章第１節一・注２・433頁はこの区別を採用しなかった。こうした議論からも「売渡抵当」に占有移転型と留保型があったことを知ることができる。

[12] ボアソナード・第１章第４節・注５・438－439頁。抵当といいつつ、占有を移す次のような例がある。明治16年１月22日と７月３日、鹿児島県より大蔵省に出した伺いに現れている事件である。明治14年５月、鹿児島県内で、X等３名が融資を受けるために券面額3405円の公債証書をYに「抵當」に渡した。

した訳ではないので理解に混乱がある）。

このように当時は抵当権という概念はない。だが占有留保型の担保として書入質といわれるものがあった。これは質の一種である。したがって、この頃の質権は今よりも広かった。明治６年の流質禁止の布告、司法省達等は、これらも含めて質と表現していた。地所質入書入規則は、両者を明確に区別している。第１条は、地所の質入は貸金返済の証拠として、地所と証文を貸主に渡し、作徳米を利息に充てるものと定める。第２条第３条は、書入は貸金返済の証拠として「地所引当」の証文のみを渡し、作徳米、米、金銭を利息として払うものと定める。このように書入質は、現代の抵当権に相当し、当時の西洋法翻訳書では抵当権と訳されるべきものに「書入質」の訳語を当てている[13]。

恐らく、Ｙの世評、つまり財産状況が悪いという世評だろうが、それを聞いたＸ等は、この公債証書が第三者に売り渡されるようなことになり、役所に検印を求めることがあれば、留めて置くように届出をした。役所の方では公債課にて処理を見合わせた。ところが、検印押捺の権限のない等外１等の役人が、Ｙの依頼により課長の印を密かに押し、Ｙの使用人に渡してしまった。Ｙはこの後、行方不明になったが、該証書は大阪府の者に売り渡された。これを後日知ったＸ等は、鹿児島県裁判所へ訴訟を提起し、検印の取消を求めた。このことは、鹿児島県の方で大阪府に通知し、照会した。取消の判決があったのだろう、そこで大阪府に、検印取消を依頼した。ところが、大阪府の買主がこれを承諾しなかった（市岡・第１章第４節・注３・639－640頁「抵當公債證書不正ノ検印ノ儀ニ付鹿兒島縣ヨリ大蔵省へ伺」、「前件ノ儀ニ付鹿兒島縣ヨリ大蔵省ニ伺」）。同事件から、公債証書が「抵當」として渡されていること、つまり、担保権者に手渡されていることがわかる。

13 箕作麟祥『仏蘭西法律書』（自由閣、1887年）356頁2114条以下「第三章書入質ノ權」、オランダ旧民法典（1838年。戦後の全面改正について森島昭夫・民商109巻４＝５号２－３頁（1994年））の翻訳書であるアントワーヌ・ド・サンチョゼフ『荷蘭國民法』司法省訳（司法省、1882年）14頁目次「第二十巻書入質ノ權」。ただ同時期に訳された司法省『伊太利王國民法完』（司法省、1882年）目30頁は「券記抵當權」と訳す。なぜイタリア民法典だけ違う訳を当てたか。単に訳者が違うからかもしれないが、一応、「第四節券記抵當權ノ公示」第一款「證記」第1992条をみると、「證記」は貸付を明記した証券中に確定金額を書いて「證記」請求することが条件付けられている。そして第1988条では「證記」後、券記抵当管理員が証券と二通の明細書の内、一通を申請者に返し、明細書の下に「證記」した券記抵当管理員が「證記」をしたこと、証券期日、

このように流担保に関する法制は二階建てだったのだが、転機は明治23年の旧民法典制定において訪れる。フランス民法典とイタリア民法典に影響された同法は、質権（債権担保編第97条以下）と抵当権（債権担保編第195条以下）[14]を規定した。伝統的には質入・書入質といい、同じ質という概念で包括されていたものを分離し、抵当権という別概念に書入質を分離してしまった。そして質権は質入だけになった（第102条、122条）。そして質流れだけを禁止した（第113条、第130条）。起草者ボアソナード博士はその理由の中で、無制限の契約自由論に反駁し、暴利防止、利息制限潜脱防止の理由を熱心に語るが[15]、フランス民法典、イタリア旧民法典に流抵当禁止の規定がないせいか、流抵当を禁止しなかった。しかも明治20年「以前ニ在リテハ流質ノ約款ハ當然有効ナリシ」といっており[16]、明治６年の流担保禁止法を見逃しており、当時の法制度の認

番号を書き記し、返す。どうも役所でも明細書を持つが、券に「證記」して公示するように読める。当時の書入質とも違うと考えられたのかもしれない。ちなみに現行イタリア民法典の抵当権は ipoteca と言う（風間鶴寿『全訳イタリア民法典』（法律文化社、1974年）事項索引３頁）。

[14] 旧民法典債権担保編第195条は「抵当ハ法律又ハ人意ニ因リテ或ル義務ヲ他ノ義務ニ先タチテ弁償スル為メニ充テタル不動産ノ上ノ物権ナリ」と規定する。ここでは抵当権は必ず占有留保するのか明らかでない。ボアソナードは「不動産質ト異ナリ引渡スヲ要セズ」とするがはっきりしない（ボアソナード・第１章第４節・注５・439頁）。母法であるフランス民法典旧第2114条も明記しないが、占有留保は自明とされている（川上他・第１章第５節二・注７・240頁）。他にも旧イタリア民法典第1964条（現行2808条も同じ）、オランダ旧民法典第1208、第1209条、オーストリア民法典第447、448条（珍しいことに質権と抵当権を分けて規定しない）も占有留保を明記しない。後の法典でも例えばドイツ民法典第1113条（東季彦訳『全譯獨逸民法』（有斐閣、1930年）等の訳書がある）、スイス民法典第824条（辰巳訳、穂積重遠校閲『瑞西民法』（法學新報社、1911年）がある）は明記しない。これを明確にする法典は、日本民法典第369条と中国物権法第179条（鈴木賢他訳『中国物権法』（成文堂、2007年）がある）を知るのみである。日本民法典起草過程でこの理由が述べられている。民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・784頁梅は「占有ヲ移サナイト云フコトヲ言ツテナイ此百九十五條ノ如クデアリマスト總テノ優先權ニ嵌マル様ニ見ヘル〔･･･〕占有ヲ移サズシテト書イテ置ケバ是レデ質權抔ト違ウ所ガ明カニ分ル」と述べる。

[15] ボアソナード・第１章第４節・注５・422－424頁。

[16] ボアソナード・第１章第４節・注５・424頁。

識としては誤っている。恐らく、流担保禁止の緩和になるとは思わず、流質を禁止すれば、より流担保禁止が強化されると誤解をしたのだろう。抵当権に関する起草理由でも流抵当には全く触れていない[17]。旧民法典起草後の明治21年の法律取調委員会における議事でも流抵当を前提にした一言の言及があるだけである[18]。流抵当容認の素地はこのときにできたといえる。だがこうした誤解はある意味、仕方がなかった。なぜならば当時の流担保に関する法制は二階建てであったからである。また当事者の合意による流担保を許した地所質入書入規則と比べて、流担保を禁止した法は単行法であり、前者のように広く認識されていた訳ではなかった。

このような流担保に関する認識の混乱は現行民法典起草においても表れる[19]。だが最終的には、契約自由思想に影響された現行民法典起草者は、「無能力者デモナイ者ノ行爲ニハ、成ベク法律ガ干渉シテ其自由ヲ拘束シナイガ宜イト云フ考へ」で流質を禁止しなかった[20]。ところが第九帝国議会では谷澤龍蔵議員の発議により、流質禁止の第349条が挿入された。起草者が禁止しなかった理由は従来から許しており、弊害がないと認識したからである[21]。だが、谷澤議員を筆頭に従来から法律上も慣習上も許してないという多くの批判がだされた[22]。

---

17 星野英一編『ボワソナード民法典資料集成　後期Ⅰ－Ⅱ』718－1020頁では全く流抵当に触れない。

18 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書10』（商事法務研究会、1988年）１－96頁の中で、流抵当に言及するのは16頁の委員長発言のみである。その後の議論も流抵当の禁止を全く考慮しない議論が続く。

19 民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・652頁長谷川は、明治６年の法に言及して、流質は禁止されてきたとする一方、同・655頁梅は同じく明治６年の法を援用しつつ、流質は許されていたという。なお、両者の議論の内容からして、恐らく法の正確な発布年月日を把握していないと思われる。

20 民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・579－584頁または612頁以下に議論がある。この頃は利息制限法を廃止することを前提にしていた。その後の帝国議会での議事は第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・110頁。政府提出法案は廣中・第１章第７節・注15・259頁以下に収録。上下で提出時と修正後を対比している。他に三浦大之介編集『第九帝國議会提出修正民法艸案』（法學新報社、1896年）でも提出法案のみを閲覧できる。

21 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・110頁谷澤参照。

22 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・110頁、111頁谷澤。

これに対して政府委員の富井委員は、慣習上、許されていると反論するが[23]、谷澤議員はそれを否定し、更に流質を許す国があるかと質問した[24]。富井委員はよく調べなかったというが、明治６年の法では有効としていたと述べた[25]。ここでいう明治６年の法は地所質入書入規則を指すようであり、一月後の流担保を禁じた単行法ではないようだ。そして外国法はどうかと委員長に尋ねられ、大抵は禁止していたと思うと答える[26]。谷澤議員は、先の「質入書入規則」の運用についても裁判上、流していないと主張した[27]。次いで中島又五郎議員も谷澤議員に同調し、地所質入書入規則について同じ見解を採る[28]。やはりここでも流担保禁止法との混乱がある。

流質禁止には山田泰三議員も同調し[29]、段々と不利になったところで梅委員が、「流質ノ慣習ノコトハ吾々ニ於テ取調ガ疎漏デアツタ」ことを認める[30]。その後も流質禁止に同調する議員が増え[31]、結局、現行第349条の挿入が多数で決定された。

一方、抵当権に関する審議では流抵当に関して何の議論もされない[32]。その原因の一つは、恐らく、明治６年以来、現代の抵当権に相当する書入質も含めて流担保に関する法制を形成していたにも拘らず、旧民法典が書入質を抵当権という別概念に分離してしまったので、流抵当は従来から許されているという認識が広まり、議論すらされなかったことによるのだろう。

以上を総括すると、明治６年までは容認されていた流担保は、明治６年以降、当事者が合意をしていれば放任し、訴訟になれば競売させるという二階建ての

---

[23] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・110－111頁富井。許されてきたという理解を前提に、急激に禁止しなかったと言う。
[24] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・111頁谷澤。
[25] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・111頁富井。
[26] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・111頁星亨、富井。
[27] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・112頁谷澤。
[28] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・112頁中島。
[29] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・112頁山田。
[30] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・112頁梅。ただ、特約までは禁止していないと発言し、それも違うなら自分の解釈が間違っているという。
[31] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・113頁守屋此助。
[32] 第九回帝国議会速記録・第１章第７節・注15・115－120、134頁。

法制になった。そしてこの状態は現行民法典起草時点までも存続し、流担保は容認されているのか禁止されているのかの混乱があった。流担保の内、流抵当の方は、書入質が抵当権という概念で規定され、質から分離してしまった関係で流担保に関する法制も質権に関してだけ議論され、流質は禁止されたが、議論されなくなった。

現在では流抵当を認める説が通説であるが[33]、流抵当容認はボアソナード博士の誤解が一因をなしており、本来は帝国議会で禁止されるべきだったと考える[34]。法源が必要なら、民法典に流抵当を容認する規定がないのだから、明治６年の流担保禁止法を援用してもよい。同布告は明治17年法令全書巻末法令改廃表でも廃止されていないし[35]、民法施行法第９条でも廃止されていない。そ

---

33 近江・第１章第４節・注８・158－159頁参照。近江教授は流抵当禁止を主張する。

34 現在、流抵当はドイツ民法典第1149条、スイス民法典第816条第２項、中国物権法第186条、イタリア民法典第2744条で禁止する。オランダ旧民法典（1838年）第1223条も禁止している。フランス、旧イタリア民法典は流質禁止のみである。オーストリア民法典は、少なくとも法典中には流質すら禁止する規定がみられない。債権満期後を定める第461条は「担保権者は一定期間経過後に満足しない場合、その経過は、裁判上、担保物を売却する権限を与える」と定める。

35 明治６年太政官布告第51号は明治23年法律第28号、すなわち旧民法典「参看」とあり、「廃止」にはされていないし、同法典自体が施行されなかった。同改廃表の法的効力は意外に問題となり得る。同改廃表では有名な明治８年太政官布告103号裁判事務心得を廃止しているからである（この点に触れるものとして廣中俊雄『民法綱要』（創文社、1989年）41頁注１）。改廃表に法的権威があるとすると裁判事務心得は有効でない。ここで詳論しないが、政府や裁判所は有効と解している。主に当時の大審院判事が編集した『新體綜合註釋大六法全書』（法文社、1941年）は旧憲法第57条の「参照」で「法律ニ依リ＝明治八太政官布告裁判事務心得三」と記す。政府も現行法と解している。国立国会図書館HP内の「現行法令」で「裁判事務心得」と打つと、「１．裁判事務心得（明治８年６月８日太政官布告第103号）」とでてくる。「廃止法令」というページで「裁判事務心得」と打つと、「入力条件に適合する検索結果は０件です」となる。更に「〈現行法令（総務省行政管理局）〉」というページの検索画面に「裁判事務心得」と打つと、「明治八年太政官布告第百三号（裁判事務心得）」とでてくる（調査は2005年12月29日時点）。法令改廃表は参考程度にしかならないだろう。

うであるなら、少なくとも、設定者が争えば、流抵当禁止の部分を有効とする運用もありえるのではないか。

ともあれ流抵当に関する議論はされなくなった。だがそれは立法過程においてであって、裁判で争われる場合も全く同様であった訳ではなかった。

二　流担保禁止解体過程

これまでで考察した通り、流質は禁止されたが流抵当は禁止されなかった。だが流抵当に関しても立法者が議論しなかっただけで一度も明文で許したことはなく、流抵当を許さない明治６年の法律は有効であるから、訴訟になった場合には裁判所はこれを取り上げた。以下、幾つか例を挙げる。

大判明治29年12月９日（民録２輯11号57頁）は、債務者が債権者に代物弁済した事例で明治６年法を直接、援用して、流地処分を許さなかった。大判明治30年12月８日（第２節二１前掲・【２】判例）は土地を買戻条件付で売り渡した事件で抵当直流は条理上、許されないとした（同旨・大判明治44年４月15日民録17輯221頁）。大判明治31年10月12日（第２節二１前掲・【３】判例）は、買戻特約付売買契約を「貸金ノ抵當」として流地の効力を認めなかった。大判明治34年12月20日（第２節二１前掲・【４】判例）は宅地買戻特約付売買事件において、当該売買（利息付だった）を「抵當貸借」とし、「抵當物件」を弁済に充てる契約は、裁判上、有効としない慣習とした。こうして少なくとも明治44年頃までは売渡担保を流担保禁止法により許さなかった[1]。

この頃の判例は、流担保を容認する明治６年の地所質入書入規則第５条と反対に、当事者が流担保を争い、訴訟を提起した場合にこれを禁止する単行法に従ったのだろう。また実際上も明治６年以前は流担保が一般に容認されており、明治６年の単行法が突然に流担保を禁止しても実効性がほとんどないので、当事者が明確に流担保の禁止を主張しない限り、単行法に基づいて判決をしなかったのだろう[2]。それでも主張があれば、上記のように積極的に流担保を否

[1] 我妻・松波還暦・第１節一・注２・448－449頁。我妻博士が引用する判例で、実際に明治６年法を援用するのは明治29年判決のみである。

[2] 民法議事速記録・２巻・第１章第７節・注２・653頁富井は、明治初期には確かに立法者は流質を禁止する精神だっただろうが、それまで世間で行われてきた慣習に打ち勝つことはできず、起草時点でも流質を許す慣習であるとのべている。

定する判決をした。

ところが、大判明治41年３月20日（民録14輯313頁）は、流抵当契約が設定されている地所に対して抵当権者がその引渡を請求した事件において、設定者が、流質を禁止している第349条は抵当権にも及び、流抵当の特約は抵当直流の禁止違反であると主張したが、大審院はこの主張を退け、抵当権に関する第372条が第349条を準用していないことを理由に流抵当を容認した。だが、３年後の大判明治44年４月15日は、買戻を利用した売渡担保の目的物を担保権者が転売したので、設主者が担保権者に損害賠償請求をした事件で流担保禁止を理由に、売渡担保の効力を否定した。これは明治41年判決と矛盾するようにみえるが、矛盾はしない。大審院は次のように考えたのだろう。暴利の結果を認容したくはないが、条文上は、禁止していないので、流抵当は認めざるをえない。だが、条文上に流担保認容の根拠をもたない売渡担保は認めたくないので、明治44年判決ではその有効性を否定した。つまりできるだけ、流担保容認の拡大を防ぎたかったのだろう。

だが翌年の大判明治45年７月８日（民録18輯691頁）は、売渡担保における所有権移転の意思表示は当事者の意思に合致するとし、これを有効とした（「売切担保」の二重譲渡事件で詐偽が問われた大判大正３年７月７日刑録20輯1431頁も売渡担保の有効性を認める）。

こうして非典型担保が認められるならば、担保物件が流れる。そうなると、直ちに清算問題が現れることは容易に想像がつく。そして明治45年判決直後から下級審で清算義務が問題になり、これを認めてきた（東京地判明治44（ワ）516新聞803号23頁は建物買戻特約付売買契約事件で清算義務および同義務履行までの受戻権を認めた。明治45年（ワ）第438号大阪地判判決年月日不詳新聞829号23頁も家屋・家屋内動産売渡担保事件で清算義務を認める。地所買戻特約付売買契約事件である東京控判大正２年８月９日新聞898号21頁も同旨）。そして大判大正８年７月９日（民録25輯1373頁）は、電話使用権買戻特約付売買事件で特約がない限り、清算義務および受戻権を認めた（同旨・第２節二１前掲・【９】判例）。だがその後、売渡担保につき、内外部移転原則を採用した大連判大正13年12月24日（第１節一前掲）により、売渡担保では原則、清算は不要と考えられて行ったことは前述した（第２節二１）。戦後も清算不要を前提にした下級審判決があった（第２節二２前掲・【18】判決）。この傾向はその後も続いた。

一方、狭義の譲渡担保に関しては、最判昭和46年３月25日（民集25巻２号208頁）が、譲渡担保に常に清算義務を認めた（ただし、所有権移転の名義が売買だった。だが、譲渡担保として扱っている）。

売渡担保に関しての清算義務に関しては、議論が分かれていたが、最判平成18年２月７日（第２節二２前掲・【23】判例）が、同様の立場を明らかにした。これにより、買主にとっては、あえて売渡担保を利用する意味はなくなった。

代物弁済予約も当初は流担保禁止を理由にその効力を否定されたが（第１節三前掲・大判明治29年12月９日）、流担保が解禁された後は、やはり同様に清算問題がでてきた。清算義務を認めた下級審判決が昭和15年に出ているが（電話使用権に関する東京区判昭和15年８月６日新聞4630号11頁は流質禁止規定の趣旨より清算義務を認めた）、本格的に清算義務が議論されるのは戦後である。当初は公序良俗が問題となり、４倍程度でも暴利としなかったが（最１小判昭和35年６月２日民集14巻７号1192頁は土地代物弁済予約事件において、「いささかバランスのとれない観がないでもない」としつつも、結論的には４倍でも無効としなかった）、最１小判昭和42年11月16日（民集21巻９号2430頁）が処分清算型を原則として清算義務を認め、同判決を踏襲する判例が相次いだ（最１小判昭和43年２月29日民集22巻２号454頁、最１小判昭和43年３月７日民集22巻３号509頁、最１小判昭和43年３月８日判時525号48頁、最１小判昭和44年10月16日民集23巻10号1759頁）。以後、帰属清算型原則説が有力化して行き、帰属清算か処分清算か言及しない判例が出され（最１小判昭和45年３月26日民集24巻３号209頁）[3]、仮登記担保法制定前の代物弁済予約における集大成といわれる最大判昭和49年10月23日（民集28巻７号1473頁）が出て、帰属清算原則説が採用された。そして1979年に仮登記担保法が制定された。

所有権留保の場合も、この流れの例外ではなく、前述したように清算は当然とされている。

このように、非典型担保全てにおいて清算義務を課すことが圧倒的な趨勢である。担保と目されるものには全て清算義務を課すことが趨勢ともいえる。

流抵当に関しては、これが認められて以後、清算義務に関する判断はない。だが学説は、清算を要する説が多数である[4]。

---

[3] ここまでの判例の整理は椿・重判・昭和45年度・45頁以下に詳しい。

[4] 近江・第１章第４節・注８・158頁は流抵当自体を認めるべきではないとす

ここまでを流担保に関する司法の関与という観点から総括すると、裁判所はまず当事者が争わない限りで流担保を認め、その後、禁止されなかった流抵当に関しては裁判上もこれを認め、非典型担保でもこれを認めた。だが非典型担保では物の取得を目的とする流担保としてはこれを認めず、清算義務を課し、質・抵当と同様な価値を実現し、債権の満足をする担保であることを司法の介入によって強制した。

三　買戻特約付真正売買における清算の要否

非典型担保においては、担保権者に清算義務を課すことが圧倒的趨勢である。そして判例が流抵当を条文上の根拠から認めたにも拘らず、清算義務を要するとする学説が趨勢であることからすれば、民法典上に根拠をもつ買戻特約付真正売買においても、買戻期限経過により所有権が買主に確定的に帰属しても、清算義務を認める方向になりそうである。だが買戻は、その特殊性ゆえにそう問題は単純ではない。

買戻の特性をもう一度よく考えてみる。買戻は担保に利用されるが利息をとらない。それは伝統的に買主による目的物の使用収益を前提してきたからである。またその使用収益処分権の付与が売買代金という名の融資金の使用に対する対価（利息）をもかねているといえる。この前提のゆえに所有権原を買主に完全に移転する。そして期間制限がある。それは買戻が物の取得を目的とする担保であることに由来するといえる。買戻では売主が期限までに定められた代金を提供して目的物を取り戻す。この買戻権は遡及的解除効をもつ非常に強力な権利である。だからこそ長期間の買戻を認めては買主の物の利用や処分が妨げられ、買主または第三者の地位を非常に不安定にする。そこで目的物が確定的に買主に帰属するのかしないのかを明確にしなければならない。また目的物が何等か売主の責に帰することができない事由で滅失したとき（不動産でも流失等の危険はある）[1]、買戻権は義務ではないので、売主は買戻権を行使しないだ

る。因みに、上杉晴一郎『代物弁済とその予約に関する判例の研究』（法曹会、1974年）108－109頁によると、流抵当契約は登記できない。だから実際は、ほとんど利用されていないだろう。

[1] 明治６年の地所質入書入規則第12条は天災により地所が流亡その他全形を失った場合、地券は消滅すると定めており、つまり土地の滅失を想定していた。

ろう。この場合、買主は当該目的物の取得を目的として担保にとったので、目的物が滅失しても代替物を売主に要求することができない。したがって、売主は売買代金を受領し、買主は代金を回収できず、かつ目的物も取得できないということになる。買主はこうした危険を常に負担している[2]。買主はこのような買戻権の特性を計算にいれて、売買価格を低く設定する。そして買戻期限までに買戻権が行使されなかった場合は、何等の私的実行をせずに買主の所有権は確定的なものとなる。それは買戻が、目的物の売買代金に対して、高くとも安くともその目的物の取得で満足する担保だからといえる。

一方、清算を必要とする非典型担保は利息を収取する。それは目的物の使用収益を前提しない価値の把握・実現を目的とする担保だからといえる。だから利益をえる手段として利息をとるし、またそれは許される。また利息で利益をえるので目的物の使用収益処分権を付与するために所有権を移す必要もない。ここから非典型担保では所有権を担保権者に移すとしても、その所有権は担保権と理解されたり、所有権だとされてもその所有権は担保目的に限定される。また他の非典型担保は、物の価値に関係なく、目的物の取得を当てにした担保ではなく、価値を実現し、債権を満足することを目的とするものであるから、弁済期限の経過で担保権者の目的物の取得を確定的にする必要はないし、また目的物が債権額に比して高額の場合、債権額以上の利益を与える必要もない。非典型担保には買戻とは逆にこのように価値の実現を目的とするゆえの特性がある。それゆえにこれまでにみた判例は、物の取得を目的とする流担保と同じ結果になる非典型担保をそのままでは認めずに、強制的に、価値を実現し、債権を満足することを目的とする担保として受戻権や清算義務を認めていったといえる。そうだとすると、物の取得を目的とする買戻においては清算義務は問題とならないと思われる。

また理論だけでなく、実質的に考えても、買戻では清算義務を問題とすべき

また現代でも中国物権法第154条は宅地使用権を設定した土地の自然災害による「滅失」を規定しており、その場合、宅地使用権が消滅する。現代では汚染に因り使用できなくなったり、法律上、消滅することも考えられるだろう。

[2] この危険を旧民法典時代の本野、森、城・第１章第５節三・注５・338頁は「受戻權能ノ行使以前ニ生シタル物件ノ滅失ハ買主ノ負擔ニ帰ス」として、この危険を認識していた。そして我妻・第１章第８節・注18・127頁も同様のことを指摘する。

ではない。買戻で清算を要すると、清算金額は時価と初めの売買価額との差額になる。これを払うと、結局は時価で買ったことと同じになる。他の非典型担保の場合は利息をとるのだから、利益をえることができる。買戻ではこれができない。そうすると、売主に占有を留保した場合、買主は果実収取もしないので、売主による買戻権行使の有無にかかわらず、全く収益の見込みがなくなる。買主は占有して果実収取をするしかなくなり、結局は買主への占有移転を強制することになる。だがそれは売主への占有留保を禁止していないことと矛盾する。また物が滅失した場合に買主は大損をする。売渡担保を除く他の非典型担保ならば、債権債務関係は存続しているので、買主の債権は影響を受けない。売渡担保の場合でも、利息や期間等、契約内容に関する制限がないのだから、様々な方法でリスク調整が可能だろう[3]。他にも買主は様々な危険を負担している。買主は占有しているなら果実を収取すればよいが、収益している途中で権利行使をされると果実をえられない。つまり目的物の経済的利用が妨げられている。このように買戻特約付真正売買における買主の負担を考慮せずに清算義務を課すと、実際上も公平な結果にならない。

このように買戻は物の使用収益や取得を目的とする担保であるという理論上の帰結からも、実際上の帰結からも、買戻において清算義務を認める必要はない[4]。

---

[3] 譲渡担保で債務者が保険金等を受け取る場合は、物上代位も考えられる（最判平成11年５月17日民集53巻５号863頁は譲渡担保権者に物上代位権の行使を認めた）。売渡担保でも譲渡担保と同じに扱うなら、同様に考えられる（我妻・松波還暦・第１節一・注２・494頁参照）。

[4] 他にも次のような説明も考えられる。売主が金融の必要を感じる場合、その手段として質権か抵当権を利用することが考えられる。しかし、その財産を手放したくない場合、その高利のために受戻は困難となる。そこで利息を払わずに当事者が合意で定めた買戻可能と考える価額で買戻特約付売買契約を締結し、買主の負担の大きい、強力な買戻権をえる（ボアソナード・再閲修正民法草案註釋・第１章第５節・序文・注１・465頁参照）。ところが、目論見が外れて、買い戻すことができず、買主が確定的に所有権をえることになったとする。しかし、通常の売買契約ではより高額で売れる筈であったのに、それをせずに物への情を捨てず、買戻を選択し、買主にも負担をかけたのであるから、それは売主の判断の誤りである。したがって公平の観点からも清算の必要はない。

結

第１章では買戻の形成過程について考察し、買戻の内容の把握に努めた。第２章ではそこからえた知見をもとに、他の非典型担保との比較を試みた。そこでみいだされる買戻の特性の存在理由は、買戻が物の使用収益、取得を目的とする担保であること、つまり物に着目する担保であることから説明可能なものであった。売渡担保との区別においては、第１章からえた買戻に関する知見も各考慮要素の取捨選択に大きく貢献したが、利息の授受を決定的要素とする点においては、歴史的解釈だけでなく、買戻が物に着目する担保であることからも説明された。買戻における清算の要否に関しては、利益衡量も欠かせなかったが、基本的には同様の観点から説明が可能であった。このように他の非典型担保を価値を実現し、債権を満足することを目的とする担保と位置付け、買戻を物に着目する担保と位置づけることで、買戻の多くの特性の説明が可能となった。また逆に価値に着目する担保が物に着目する担保とどこが違うのかという点で他の非典型担保の特性も幾分、明確になったと思われる。

ところで、非典型担保における買戻に関する考察を終えてみると、いくつかの疑問が生じた。最後にそれらを今後の課題として提示しておこう。第一に、買戻に関して使用した判例・判決は80件程度であるが、これ等の内、戦前は個人同士の事件しかない。一方、戦後は法人も当事者になる。第二に、戦前の事件が圧倒的に多く、戦後は少ない。最上級審の判例は、この傾向がより著しい。つまり急激に買戻は利用されなくなったということである。こうした現象はなぜ生じたのか。第二の点に関しては、買戻が非典型担保の中で唯一、清算なしに低価での目的物の取得を許されることと無関係ではないと思われる。これらの原因の究明は今後の研究の中で明らかにしてゆこうと思う。

それと非典型担保は、そのままでは流担保の結果になり、物の取得を目的とする担保であるところ、判例によって、価値の実現を目的とする担保に修正されている。だが、その価値の実現に裁判所は関与せず、市場に委ねられている。つまり非典型担保は裁判所と市場の協働によって構築されてきた制度だといえる。そこにおける在り方について考察を深めることも今後の検討課題である。

研究ノート

市民による裁判と報道の影響（２・完）

―― 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３章　法廷侮辱罪　（以上前号）
第４章　裁判所と法廷侮辱
　第１節　公表が裁判所に与える影響
　第２節　影響を生ぜしめる公表の内容
　第３節　小括
第５章　法廷侮辱の抱える問題
　第１節　判例の見解
　第２節　緩やかな転換
　第３節　代替手段の可能性
　第４節　小括
第６章　報道規制の問題
　第１節　裁判員制度と報道の影響
　第２節　結びにかえて

第４章　裁判所と法廷侮辱

第１節　公表が裁判所に与える影響

前章までに述べたように、法廷侮辱原則の目的は、適正な司法運営ないし公

正な裁判の保護である。イギリスにおいて、刑事事件の場合、司法運営と裁判を任う裁判所を構成するのは、陪審、職業裁判官および治安判事である。これらの構成員に対して予断等の危険が生じた場合、公表は侮辱となる。ただし、判例上、裁判所の構成員が侮辱による影響を受けるか否か、およびその程度の如何は、陪審・職業裁判官・治安判事により異なると解されてきた。

第１款　陪審・治安判事

公表により、刑事手続に対する妨害の危険が生じたと判断されたほとんどの事例は、陪審の関与する事例であるといわれている[1]。一般的に、陪審は、法的な訓練を受けておらず、また法的知識を有してもいない。それゆえ、陪審は、事実認定に当たり、公表による影響を受けやすいと考えられている。このような性質は、陪審の「弱点」であるといわれており[2]、この陪審の「弱点」の存在は、侮辱原則の発動が正当化される根拠のひとつである。また、素人が公表による影響を受けやすいという指摘は、治安判事についても当てはまる[3]。

判例においても、古くから、陪審の「弱点」は指摘されており[4]、近年の判例においても、陪審の能力について、同様の指摘がみられる。1980年のBBC事件[5]において、サーモン判事（Lord Salmon）は、以下のように述べた。

> 「…ある人が訴追された場合に、プレスが彼の過去の悪い素行を公表し、または彼に関する妨害的な記事を書き表すことは、重大な法廷侮辱である。そのような行為には、当該被告人の公正な裁判を阻止する甚大な危険が存在する。なぜなら、陪審は、時に、彼らが読んだり聞いたりしたものによって、著しい妨害を受けるからである」[6]。

このように、陪審は予断を生じさせる公表の影響を排除できないという認識がある[7]。そして、陪審の内心に及ぼされるであろう影響の危険は、侮辱原則

---

[1] Lowe and Sufrin, *the Law of Contempt,* (3rd edn., Butterworth, 1996), 127.

[2] Miller, *Contempt of Court,* (3rd edn., Oxford, 2000), 306.

[3] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 126. See also, *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 72, per Lord Diplock.

[4] *R v Fisher* (1811) 170 ER 1253 at 1255, per Lord Ellenborough, *R v Fleet* (1818) 1 B & Ald 379, per Abbott J.

[5] *A-G v BBC* [1980] 3 All ER 161.

[6] *Ibid.*, at 169, per Lord Salmon.

[7] See, *e. g. R v Kray* (1969) 53 Cr App R 412 at 414, *R v Fleet* (1818) 1 B &

を適用することによって排除され、裁判は予断の危険から保護されると考えられているのである。

他方、比較的近年では、陪審が公表等によって得た情報を内心から排除する能力について、疑問視しない見解もみられる。1986年のニューズ・グループ・ニューズペーパーズ社事件[8]において、ジョン・ドナルドソン判事（Sir John Donaldson MR）は、以下のように述べた。

> 「裁判官が、[陪審が影響を受けやすいという―引用者注] 誇張された信念を有していることについて、私は完全に容認する。それにもかかわらず、どういうわけか、裁判が、他ならぬその性質によって、関与するすべての者を、訴訟の動向をより重視し、提示された証拠を注意深く観察し、そして他の論拠を除外させるように次第に導いていくことは、事実なのである」[9]。

同判事は、裁判官の経験によれば、裁判そのもののインパクトにより、陪審としての職務を遂行するうえでの適切な態度が生み出されることがある、という[10]。ただし、このような発言は、陪審がいかなる場合にも予断に対する免疫を有していることを示すものではなく、予断のない裁判を真に確保するためには、やはり何らかの手立てが必要とされるであろう。また、近年の研究によれば、裁判中に行われる説示等の効果により、陪審が公表の影響を排除できることを一定程度認めながらも、動機などの犯罪の経緯を語る公表であって、感情に訴え易いものについては、陪審は、なおその影響を排除し難いと指摘する見解もある[11]。

このように、近年においては、予断を生じさせる公表が行われた場合に、陪審が必ずしもその影響を受けるわけではないとする見解がみられる一方で、陪審が予断に対する免疫を有していないとする見解も、なお根強い。陪審は、無作為に選ばれた市民の集合体であり、各々の陪審員が公表から受ける影響は多様であろう。陪審の「弱点」、すなわち公表による影響を受けやすい性質を推定しておくことは、予断のない裁判を確保するための保護手段を導く前提に

ALD 379.

[8] *A-G v News Group Newspapers* [1986] 2 All ER 833.

[9] *Ibid.,* at 842, per Sir John Donaldson MR.

[10] See also, *R v Kray* (1969) 53 Cr App R 412 at 415, per Lawton J.

[11] T. M. Honess, S. Barker, E. A. Charman and M. Levi, "Empirical and Legal Perspectives on the Impact of Pre-Trial Publicity" [2002] Crim LR 719.

なっているものと思われる。

第2款　職業裁判官

陪審や治安判事が、公表による影響を受け易いと理解されている一方で、一般的に、職業裁判官は、公表による影響に対して免疫を有しているといわれている[12]。この点につき、1989年のロンロー事件[13]において、ブリッジ判事（Lord Bridge）は、以下のように述べた。

> 「…陪審による審理が予定されている場合、陪審が判断を下すべき論点に関する事前の公表により、妨害の生じる可能性は、明白である。他方、職業裁判官が審理する予定となっている事案の論点について、職業裁判官が読んだもの［(報道等）――引用者注］によって、彼自身が影響を受ける可能性は、非常に間接的である。職業裁判官は、証拠および法廷で彼に対して提示された主張以外のものを考慮することを、意識的に許容しないだろう」[14]。

このような見解は、公表による侮辱行為の影響に対して職業裁判官が強い免疫を有することへの認識または信念の存在を示している[15]。

他方、この認識または信念に対しては、批判的な見解もある。1945年のデルバート・エヴァンス事件[16]において、ハンフリー判事（Humphreys J）は、以下のような意見を述べた。

> 「裁判長が外的な情報によって影響を受けない人であると述べたり、そのように仮定したりすることは、誤っている。…また、あえて考えるとするならば、刑事事件を扱う熟練の裁判官は、判断という仕事を極端に困難にするような影響が及ぼされた例を、必ず思い出すことができる」[17]。

ハンフリー判事は、職業裁判官が外的な情報によって影響を受けることを懸念していたようである[18]。また、職業裁判官の公表に対する免疫について確信

---

[12] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 124.

[13] *Re Lonrho Plc* [1989] 2 All ER 1100.

[14] *Ibid.,* at 1116, per Lord Bridge.

[15] See also, *A-G v BBC* [1980] 3 All ER 161 at 169, per Lord Salmon.

[16] *Delbert-Evans v Davies and Watson* [1945] 2 All ER 167.

[17] *Ibid.,* at 172, per Humphreys J.

[18] これと同趣旨の見解として、See, *A-G v BBC* [1980] 3 All ER 161 at

的な信頼を有しているのが、裁判官自身である点に注意を促し、判例に見られるそのような見解が過信であることを指摘する見解もある[19]。

以上のように、実務上、公表との関係で、法廷侮辱原則の適用される場面は、前款で述べた陪審・治安判事の関与する事例に限られており[20]、職業裁判官は、公表による影響を受けにくいとされているが、上述のように、職業裁判官の公表による影響に対する免疫の存在について、疑問視する見解も少なからずみられる。

第3款　小括

以上のように、一般的・伝統的理解としては、素人である陪審や治安判事は、公表等による外的影響を排除する能力に乏しく、他方、職業裁判官は、そのような影響に対する免疫を有していると考えられている。しかし、陪審については、必ずしも公表の影響を受けるわけではないとする見解がみられ、また、職業裁判官については、その免疫力を疑問視する見解がみられる。公表に対する制限の必要性を検討する場合、こうした陪審等の予断排除能力そのものについての議論に到達することになろうが、公表による内心への影響を測ることは、現実的には非常に困難であり、このことは、このような見解の相違が生じる一因ともなっているであろう。このように、裁判官や陪審等によって構成される裁判所が、公表に受ける影響を受けるか否かは、結局のところ、争いのある問題である。このような争いがあるにもかかわらず、公表を制限する法廷侮辱原則は、現在もなお、予断排除のための保護手段として、重大な意義を有している。このことからは、公表によって発生する予断・偏見の問題を非常に厳格に捉えようとするイギリスの姿勢が窺えるように思われる。

第2節　影響を生ぜしめる公表の内容

繰り返し述べているように、公表による侮辱行為が問題となるのは、主に、

163-164, per Viscount Dilhorme. ハンフリー判事の見解に対する批判として、See, *R v Duffy, ex p Nash* [1960] 2 All ER 891 at 896, per Lord Parker CJ.

[19] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 125.

[20] See, *R v Duffy, ex p Nash* [1960] 2 All ER 891.

公表によって、裁判所に予断の危険が生じる場合である。1901年のチビッツ事件[21]において、アルバーストン判事（Lord Alberstone CJ）は、以下のように述べた。

> 「この国において、訴追されている者は、裁判所において法的に許容され、かつ法的形式にそった裁判の中で提示された証拠のみにもとづいてのみ、適切に有罪判決を受けうる。被告人が、訴追の対象となっている犯罪を、現に行っていたと仮定しよう。その場合であっても、この国の法により証拠としての許容性を斥けられている主張、つまり彼が有罪であるとの主張または彼の生活や性格に対する批判的な主張を公表することによって、彼を審理しなければならない人々が、偏見のしみこんだ考えをもって彼の有罪無罪の問題に着手させられようとしたならば、適正な法および司法の過程は、誤った方向に導かれ、妨害されるのである」[22]。

このような司法の過程を誤った方向に導く公表とは、いかなる内容のものであろうか。本節では、判例をもとに、侮辱と判断される公表内容と、そのように判断される理由につき検討する。

第１款　被告人の性格・経歴に関する公表

被告人に対する「反感」または「嫌悪感」を惹起させるような公表は、当該被告人が有罪であるとの予断を生ぜしめる傾向を有するので、侮辱に当たるとされる[23]。では、判例上、いかなる公表が侮辱と判断されてきたのであろうか。ここでは、被告人の性格および経歴についての公表および被告人の過去の犯罪記録の公表について、事例を示したあと、この類型の公表が侮辱と判断される根拠について、検討を加える。

（ｉ）被告人の性格および経歴に関する批判　被告人の性格および経歴について批判する公表は、侮辱に該当すると考えられている。

●1968年のトムソン・ニューズペーパーズ社事件[24]

---

[21] *R v Tibbits and Windust* [1900-3] All ER Rep 896.

[22] *Ibid.,* at 901, per Lord Alberstone CJ.

[23] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 132.

[24] *R v Thomson Newspapers Ltd, ex p A-G* [1968] 1 All ER 268.

①公表の内容

「マイケル・アブドラ・マリック…売春宿の管理者、売春仲介人および暴力団員として経歴を汚した後に、政治を好むようになった。異様な考えの人物だが、自己の売り込みに関しては天賦の才能をもっていた」との意見を公表

②裁判所の判断

「特定の場面を除いて、陪審が被告人の粗暴な性格に関する何らかのことを知る資格を有さないことを誰もが認めているのだから、その新聞［による公表―引用者注］が重大な法廷侮辱に当たることは、誰が見ても明らかであるに違いない」[25]。（侮辱罪成立）

●1983年のいわゆるファーガン事件（Fagan Case）[26]

①公表の内容

被告人と当時の王室ボディーガードとの間の同性愛関係について言及し、被告人を「救いようのない、根無し草のノイローゼ」と称した

②裁判所の判断

「その言明は、内心にとどまりやすい傾向を有する描写を作り出すものであり、それを忘れることは容易ではない」。

（ただし、1981年法（1981年法廷侮辱に関する法（the Contempt of Court Act 1981））５条の公衆の関心事に関する議論の抗弁が認められ、侮辱罪不成立）

（ⅱ）前科に関する公表　被告人の性格や経歴に対する批判が、前科の公表によって行われた場合もまた、侮辱と判断される。

●1903年のパーク事件[27]

①公表の内容

被告人が、文書偽造罪につき過去に有罪判決を受け、重労働を伴う12月

---

[25] *Ibid.*, at 269, per Lord Parker CJ.

[26] *A-G v Times Newspapers Ltd*（1983） *Times,* 12 February. ファーガン事件とは、バッキンガム宮殿の女王の寝室に侵入した男性に関する記事を、５社の全国紙が公表し、それぞれが侮辱罪で訴追された一連の事件の通称である。

[27] *R v Parke, ex p Dougal* ［1900-03］ All ER Rep 721.

の収監を受けたことを公表

②裁判所の判断

「当該記事が…被告人が悪質で放縦な性格を有するという印象を作り出すことが意図されていたことには、疑いの余地がない」[28]。（侮辱罪成立）

●1992年のスポート・ニューズペーパーズ社事件[29]

①公表の内容

「逃走中の男は、残酷な強姦犯である」という巻頭言を付して、被告人の前科に関する詳細な情報と彼の写真を公表

②裁判所の判断

「とくに裁判が地方で行われる場合には、そのような悪名高い公表が、少女の失踪および後の警察の捜索に伴って行われたものであったため、陪審員候補者は、このような公表に含まれる情報を記憶する」[30]。

（ただし、公表の時点で、公表の対象となった男性に対する手続は、1981年法2条3項および附則にいう「進行中（active）」ではなかったので、この公表はコモン・ローにより扱われた[31]。スポート紙の手続妨害の意図が立証されなかったので、侮辱罪不成立）

●1995年のインディペンデント・テレビジョン・ニューズ社事件[32]

①公表の内容

テロリストである被告人の前科を公表

②侮辱罪の成否に関する裁判所の判断

「［前科に関する――引用者注］情報が、放送や記事などにより陪審の知るところとなれば、手続における司法の過程が、著しく妨害されたであろうことに、疑いはない」[33]。

---

[28] *R v Parke, ex p Dougal* [1900-03] All ER Rep 721 at 722, per Wills J. 前科に関する公表を侮辱と判断した同時期の事例として、See also, *R v Davies* [1904-7] All ER Rep 60.

[29] *A-G v Sport Newspapers Ltd* [1992] 1 All ER 503.

[30] *Ibid.,* at 516, per Bingham LJ.

[31] 1981年法は、厳格責任原則の適用を、手続が「進行中」の場面に限定している。厳格責任原則については、第3章第1節参照、公表の時期については、第3章第2節参照。

[32] *A-G v Independent Television News Ltd* [1995] 2 All ER 370.

[33] *Ibid.,* at 381, per Leggatt LJ.

（ただし、公表の時点から裁判が開始されるまでの間に９ヶ月が経過する見込みであり、IRA に関する非常に頻繁な報道によって、個別的な報道が重視されることもなかったため、被告人の手続に対して当該公表が与える妨害の危険は実質的ではなかった。また裁判が行われる見込みのあったロンドンにおいては、公表を行った新聞がほとんど流通していなかったので、陪審員候補者が当該記事を読み、記憶を保持する可能性が低いと考えられた。侮辱罪不成立）

（ⅲ）小括　以上のように、被告人の性格や経歴を批判する公表や、前科に関する公表は、侮辱行為とみなされる。前科の公表、または、悪性格や経歴を批判する公表は、被告人に対する嫌悪感を引き起こすものであり[34]、それによって当該被告人の手続に妨害の危険を生ぜしめると考えられている。公表の時期や新聞の流通範囲、抗弁などの事情により、侮辱罪が認定されなかった事例についても、前科や悪性格に関する公表が、妨害の危険を生ぜしめる性質を有するものであることが示されている。また、前科の公表は、被告人に対する反感を生ぜしめることが問題とされるから、前科の公表が侮辱と判断されるのは、被告人が現に問われている罪と同種前科が公表された場合のみに限られるのではないことにも、注意が必要である[35]。

このような公表が妨害的と判断されるのは、証拠法則とも密接な関係を有するものと思われる。証拠に関する一般原則によれば、被告人が現在訴追されている犯罪とは別の何らかの犯罪について過去に有罪とされ、または有罪であると申し立てられていたとしても、訴追側は、その事実を証拠とすることができない[36]。さらに、被告人の悪性格に関する証拠も、一般的には排除される。そして、これらの内容について、被告人や被告人側の証人に対して訴追側が尋問することも許容されない。また、例外的に被告人の過去の有罪判決が証拠とし

---

[34] *R v Parke, ex p Dougal* [1900-03] All ER Rep 721 at 722, per Wills J.

[35] *R v Davies* [1904-7] All ER Rep 60．また、1979年のボーダー・テレビジョン社事件（*R v Border Television Ltd* (1979) 68 Cr App R 375）では、被告人が他の犯罪を行ったことにつき認めたことを公表する危険についても、指摘されている。

[36] Michael Zander, *Cases and Materials on the English Legal System,* (10th ed., Cambridge, 2007), 435.

て認められる場合[37]であっても、その証明方法は1984年警察および刑事証拠法（the Police and Criminal Evidence Act 1984）73条以下で厳格に定められている。これらの証拠が、刑事手続において原則的に許容されない理論的根拠は、以下の点にある。第一に、被告人の過去の犯罪歴や悪質な性格は、それ自体、現在被告人が訴追されている犯罪を彼が現に行ったか否かを立証するものではないこと[38]、第二に、それらの情報は、事例を審理する裁判官または陪審の内心に妨害的な影響を不公正に及ぼしうると考えられていることである。特に、陪審は、そのような妨害に影響されやすく[39]、不適切にも、そのような証拠の証明力を過大に評価してしまうともいわれている[40]。

このように、被告人の前科や悪性格などに関する公表は、被告人に対する嫌悪感の惹起を回避し、手続妨害の危険を排除するために、侮辱と判断される。そして、また、現在の手続との非関連性および事実認定者に対する予断の排除の必要性を根拠として、これらの内容を表すものを証拠として許容しない証拠法則とも連関して、侮辱原則は、審理にその影響が持ち込まれないよう作用するのである。

第２款　被告人が有罪であることまたは無罪であることを主張する公表

前款で述べたように、被告人に対する反感や嫌悪感を惹起させる公表は、侮辱と判断される。さらに、被告人の有罪や無罪を断定して主張したり、それらを暗示したりすることによっても、陪審等の心証形成に影響が及び、裁判所の判断の公正さは侵害されうる。そのような主張や暗示は、何の根拠もなくなされることもあれば、なんらかの根拠に基づいてなされることもある。その場合の根拠となるものが、侮辱行為の対象となった手続内で証拠として許容されていようがいまいが、それに基づいてそのような主張をすることも侮辱に当たる。

本款では、事実認定者に対する予断や偏見の危険が問題となる局面で、被告

---

[37] 例えば1968年窃盗法（the Theft Act 1968）27条(3)による盗品の売買に関する訴追の場合には、盗品所持につき被告人が過去に有罪判決を受けていた事実を立証することによって、当該物品が盗品であったことを被告人が知っていた事実を立証することができる。

[38] Zander, *supra note* 36, 435.

[39] Hirst, *Andrews & Hirst on Criminal Evidence,* (4th edn., Jordan, 2001), 407.

[40] Zander, *supra note* 36, 435.

人が有罪であること、または無罪であることを主張する公表について考察する。以下では、まず、そのような公表の行われた例をいくつか挙げておくことにする。

●1956年のオドハム・プレス社事件[41]

①公表の内容

被告人が売春宿を経営していることを非難し、実際に罪を犯しているかのように表現し、さらに彼を逮捕すべきと主張する公表が行われた。ただし、この公表の時点ですでに被告人が逮捕および訴追されていたにもかかわらず、公表人は、その事情を知らなかった[42]。

②裁判所の評価

「公表内容の信憑性は別としても、本件のように、被告人を逮捕すべきと主張することによって被告人の有罪を断定する記事は、公正な裁判に対する妨害に他ならない」[43]。(侮辱罪成立)

●1990年のマッキャン事件[44]

①公表の内容

被告人らは、殺人の共謀につき訴追されたが、裁判中、各々黙秘権を行使した。被告人のうち一人の弁護人が最終弁論をした日に、庶民院では、黙秘権に関する法を改正する議会の意向が表明された。この意向表明は、テレビニュースの主要な内容となった。当該被告人による共謀の被害者であった、当時の北アイルランドの国務長官自身も、テレビ番組の中で、黙秘権に解する法改正が「現に罪を犯した者に対して有罪判決を下す助けとなるものである」と述べた。

②裁判所の評価

有罪判決を受けた被告人らは、このような見解が公表された結果、手続が公正に行われなかったことを理由として、上訴した。上訴裁判所は、

---

41 *R v Odham's Press Ltd, ex p A-G* [1956] 3 All ER 494.

42 この判例は批判され、後に、無罪の公表の抗弁が成立した。第3章第3節参照。

43 *R v Odham's Press Ltd, ex p A-G* [1956] 3 All ER 494 at 496, per Lord Goddard CJ.

44 *R v McCann* (1990) 92 Cr App R 239.

この被告人らの意見に賛同した。そして、正義が全うされる方法、または正義が全うされるように思われる唯一の方法は、新たな裁判によるものであると述べた[45]。（被告人らに対する当該有罪判決破棄）[46]

●1936年のハッチソン事件[47]

①公表の内容

火器の不法所持の罪で逮捕および訴追された男性について、「国王の命を奪おうとした企て」という字幕を付して、男性が逮捕される様子が公表された。この公表は、男性が火器の不法所持で訴追されていたにもかかわらず、彼が実際に申し立てられている罪よりも重大な罪を犯したかのように示されていた。

②裁判所の評価

「誤解を生ぜしめ易く、当該男性の裁判に対する妨害の『雰囲気』を醸成した」[48]。（侮辱罪成立）

●1982年のイングリッシュ事件[49]

①公表の内容

議員選挙において人工妊娠中絶合法化反対を訴える候補者（候補者自身が身体障害者であった）を支持する以下のような記事が公表された。

「今日、そのような新生児が生き残る機会は、実際に、非常に少なくなっている。たしかに、新生児を餓死させること、またはいずれにせよその新生児を処分することを推奨する人もいる…。人間は家畜のように間引かれなければならないのか？…新生児は、生まれる前または後に、破壊するために引っ掻き回されてはならない…」。

この記事の公表される２日前に、ある小児科医がダウン症の新生児に薬物を投与した殺人の罪で訴追され、その裁判が開始されていた。上述の

---

45 *R v McCann* (1990) 92 Cr App R 239 at 253, per Beldam LJ.

46 この事件において、侮辱行為に対する刑罰を決定する手続は行われなかったが、当該有罪判決の破棄は、黙秘権に関する改正法案についての意向表明や、北アイルランド国務長官等による上述のような意見の公表が手続を妨害していたことを示すものであった。

47 *R v Hutchison, ex p McMahon* [1936] 2 All ER 1514.

48 *Ibid.*, at 1515, per Swift J.

49 *A-G v English* [1982] 2 All ER 903.

記事が、この医師について直接的に言及していたわけではなかったにもかかわらず、医師の裁判は、当時、非常に注目されており、この記事が、医師の裁判に言及していることが想像される状況にあった。

②裁判所の評価

本件公表は、明示的ではないが、当時の世論の状況下においては、医師の裁判に対する重大な妨害の実質的危険を当該記事が作り出したと認定した[50]。（ただし、1981年法５条の抗弁[51]が認められたため、侮辱罪不成立）

●1873年のカストロ事件[52]

①公表の内容

ある権利主張者（claimant）が、偽証および偽造の罪で訴追され、その裁判のために待機している間に、裁判の資金を集めることを目的として、権利主張者とその友人が出席した集会が開催された。その集会の中で、被告人が無罪であること、および被告人が巨大な陰謀の被害者であることにつき、ある者が申し立てた。

②裁判所の評価

「集会において、当該訴追に関する被告人の利益となるような実体的事項を議論することが被告人の味方に対して許されるとしたら、当事者である被告人の有罪ならびに当該訴追の妥当性を信じている者、および司法の目的に照らし有罪判決が必要であると信じている者に対しても同様に、集会を招集し逆の［被告人が有罪であるとの――引用者注］傾向のある文言を述べることを許さなければならないのは明らかである。したがって…最終的にはその議論は裁判所の中での手続に影響を与えるに違いないのである」[53]。（侮辱罪成立）

このように、被告人が有罪であることまたは無罪であることを断定し、または、それを暗示するような意見の公表は、「誤解を招きやすく」[54]、「公正な裁

---

[50] *Ibid.*, at 919, per Lord Diplock.

[51] 1981年法５条の抗弁については、第３章第３節第２款参照。

[52] *R v Castro, Onslow's and Walley's Case* (1873) LR 9 QB 219.

[53] *Ibid.*, at 226-227, per Cockburn CJ.

[54] *R v Hutchson, ex p McMahon* [1936] 2 All ER 1514 at 1515.

判を妨害しようと意図する」[55]ものとして、侮辱とみなされる。判例上、このような主張は、断定的になされるものから、より間接的なものまで、幅広く侮辱と判断されている。

そもそも、刑事手続上、合理的な説明なくして、単に自らの意見の主張をなすことは禁止されている[56]。ここでいう意見とは、証人が知っている事実から引き出される推論である。たとえば、専門的証人に対して裁判所が特定の見解を求める場合を除き、証人は、自らの意見を述べることはできない。そのような発言は推論であるがゆえに、証拠法上禁止されている関連性を欠く証拠として扱われうる。このことに照らすと、本款で述べたような類型の公表は、刑事証拠法上も許容されない内容を包含するものであり、ここでもまた、侮辱原則は、証拠法則を補完し、手続外での影響を排除するために作用しているのである。

第3款　証拠に関する公表

刑事裁判において、事実認定の根拠となるものは、手続内で適正に提示された証拠である。何らかの資料が証拠として事実認定に供されるためには、まず、証拠能力が認められていなければならない。したがって、証拠とはなりえない資料または証拠能力のいまだ認められていない資料が、事実認定者の面前に提示され、事実認定者が当該資料に基づいて審理を行うことは、許されない。それゆえ、そのような資料が公表されることは、手続妨害の危険を生ぜしめるものとして、侮辱に当たると判断される。特定の資料の証拠能力が認められると、それに関する公表が、手続の報告のために正確かつ公正に善意で行われた場合には、侮辱に当たらないが[57]、証拠能力の認められた後であっても、当該証拠

---

[55] *R v Odham's Press Ltd, ex p A-G* [1956] 3 All ER 494 at 496, per Lord Goddard CJ.

[56] Tapper, *Cross & Tapper on Evidence,* (11th edn., Oxford, 2007), 566.

[57] 1981年法4条(1)による。1981年法4条は、以下のように規定されている。「(1)本条に規定のある場合を除いて、公開で行われた法手続について、手続と同時に、かつ善意で公表された公正で正確な報告については、何人も厳格責任原則の下で法廷侮辱として刑罰を科されない。(2)そのような法手続において、それらの手続または係争中もしくは差し迫っている他のあらゆる手続における司法運営を妨害する実質的危険を回避する必要があると思料される場合には、裁判

にもとづき、被告人の有罪・無罪等を推論する公表は、侮辱と判断される可能性があることにも注意が必要である。

（ｉ）自白　自白が、裁判の中で証拠として採用されるためには、まず当該自白自体の証拠能力が認められなければならず、さらに補強証拠が必要とされる。自白もまた、このような観点からその証拠としての許容性が認められるまで、陪審に対して提示されてはならない[58]。以下では、自白に関する侮辱行為の例として、リーディング・ケースと比較的近年の事例を挙げる。

●1910年のクラーク・クリッペン事件[59]

①公表の内容

被告人がカナダで逮捕された後、通信員によって新聞社に伝えられた以下のような記事が公表された。（ただし、公表の時点で、被告人は訴追手続のためにイギリスに連行される途中であり、被告人に対する手続は開始されていなかった）

「私が昨夜伝えた情報の情報源について、私は信頼を寄せている。また、私は同様の情報源から以下のことを聞いた。すなわち本日、［被告人―引用者注］が、証人の面前で彼の妻を殺害したことを認め、その行為が謀殺であることを否定するということである」。

②裁判所の評価

「［当該新聞が―引用者注］被告人を妨害する意図を有すること以上には、何も想像されえない」[60]。（侮辱罪成立）

●1998年のアンガー事件[61]

①公表の内容

家政婦が窃盗におよんでいる場面を、その家の居住者がビデオ録画し、その一場面を新聞社が公表した。その写真には、家政婦が窃盗について

所は、その目的のために必要と思料する期間まで、手続についての報告の公表または手続の一部についての報告の公表を延期するよう命じることができる」。

58　1984年警察および刑事証拠法76条による。

59　*R v Clarke, ex p Crippen* [1908-10] All ER Rep 915.

60　*Ibid.,* at 919, per Darling J.

61　*A-G v Unger* [1998] 1 Cr App Rep 308.

認めた旨の記事が添えられていた。

②裁判所の評価

（侮辱を認定する手続の中で、新聞社は、家政婦が自白をし、犯罪行為をビデオに録画されていたことを理由として、家政婦が有罪答弁をする可能性が極めて高く、それゆえ陪審による裁判が行われる可能性が極めて低いがゆえに、いかなる妨害の危険も存在しないことを主張した。）

「私は、このアプローチ［新聞社の主張――引用者注］を、完全に誤りで、実際に有害であるとみなす。ある人が、ある犯罪につき『自白』をしたがゆえに、その人がその犯罪につき必然的に有罪答弁をなすこと、または実際に、その人がその犯罪につき必然的に有罪であることを想定すべきではない。いわんや、ある被告人に不利な証拠の強度を新聞が評価し、また陪審の評決―『［当該家政婦－引用者注］が行う無罪の主張が成功する』見込み―を新聞が評価することは、なされるべきではないのである」[62]。（ただし、公表と陪審裁判との間の時間経過が９ヶ月であったがゆえに、妨害の実質的危険が消失したとして、侮辱罪不成立）

このように、自白に関する公表は、侮辱とみなされる。被告人が申立てられている自白をなしたという事実の公表は、予断や偏見を生ぜしめやすい傾向がある。また、そのような公表は、証拠能力の認められていない自白が陪審等をはじめとする事実認定者に知らされてはならないという証拠法則の要請にも反する[63]。そして、被告人が自白を行ったことが事実であるとしても、そのことは公表人の抗弁とはならない[64]。さらに、そのような自白を用いて、前款で述べたような被告人の有罪・無罪に関する意見を述べることも、侮辱に当たる。

（ⅱ）証人に対する影響の問題　他方、証人に対し影響を及ぼしうる公表もまた、侮辱となる場合がある。

素人の証人は、訴訟に関与する他の素人と同様に、法的知識を有さないがゆえに、公表による影響を受けやすいと考えられているので[65]、証言内容に影響

---

62 *A-G v Unger* [1998] 1 Cr App R 308 at 316, per Simon Brown LJ.

63 Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 141.

64 *R v Clarke, ex p Crippen* (1910) 103 LT 636.

65 ただし、医師のような専門的証人は、公表による影響を受けないとされて

を及ぼしうる公表は、侮辱とみなされる。

刑事手続との関係上、証人に対する公表の影響は、多くは被告人の同一性確認の場面で見られる。この点に関する事例としては、1927年のデイリー・ミラー・スミス事件[66]が挙げられる。

●デイリー・ミラー・スミス事件

①公表の内容

謀殺未遂の罪で逮捕され、その後訴追された被告人が同一性確認のための手続に付される前に、ある新聞が、当該被告人が訴追されたとの情報を付して、彼の写真を公表した。ただし、同一性確認の手続に参加した証人の中で、その写真を実際に見た証人はおらず、また、当該被告人に対する裁判の中で、同一性に関する争いは生じなかった。

②裁判所の評価

「…証人らが同一性確認を求められている対象者の写真を、当該証人らに見せた場合に、そのことを許容できる人はいないだろう。なぜなら、…当該証人らは、特定の人物が逮捕されたとの知識をもって同一性確認を行うという重要かつおそらく決定的な任務に直面しているからである」[67]。（侮辱罪成立）

そもそも目撃証人による同一性確認は、誤判を生じさせやすいものとして、その危険性が指摘されている[68]。したがって、そのような証言を根拠とする事実認定が合理的に許される場合であっても、裁判官は、その危険につき陪審に説示をすべきであると解されており、そのような説示がなされなかった場合に

いる。これは、専門的証人は、専門的な内容の証言を行うがゆえに、客観的な立場から供述を行うことが可能であると考えられているからである。See, *Vine Products v Green* [1966] Ch 484 at 496, *A-G v Associated Newspaper Group plc* [1989] 1 All ER 604 at 612, per Mann LJ, *Pickering v Liverpool Daily Post and Echo* [1991] 1 All ER 622 at 637, per Lord Bridge.

66 *Daily Mirror, ex p Smith* [1927] All ER Rep 503. See, *Beaverbrook Newspapers Ltd* [1962] NI 15.

67 *R v Daily Mirror, ex p Smith* [1927] All ER Rep 503 at 505.

68 Zander, *supra note* 36, 459, Tapper, *supra note* 56, 747-748.

は、同一性に関する証言に基づいて下された有罪判決は、破棄される。このように、刑事手続の場面で、証人の供述を証拠として採用することについて、裁判所は、非常に慎重な態度をとっている。そして、さらにそのような証言の正当性を担保するためには、証言に影響を及ぼしかねない資料の公表を排除する必要があり、それらの資料の公表は、侮辱原則により排除されるのである[69]。

他方で、証人に証拠の提示を思いとどまらせるために圧力をかけることによって、侮辱行為が行われることも少なくない。この形態の侮辱は、主に、民事手続に関連する場面で生じる。この場合、証人に対する圧力が侮辱と考えられるのは、証言内容の正確さが失われるという理由だけではない。圧力をかけられた証人が証言を拒むことや、人々が、将来の事例で証人となることに対して恐怖感を持つようになることもまた、問題とされる[70]。このような圧力は、通常は脅迫や強制といった形態で現れる。ただし、たとえば、訴訟当事者に対する同情を得ようとするキャンペーン等を新聞が行うような場合には、公表によっても、侮辱が成立しうる。

（ⅲ）私的調査をもとにした資料　メディア等が私的な調査を行った結果得た資料を公表することも、侮辱にあたる。なぜならば、そのような資料が、裁判において許容される適正な証拠であるか否かは不明であって、そのような資料の公表は、適正に提示された証拠のみに基づいて裁判が行われるべきという要請を危険に晒すものと考えられるからである[71]。また、当該資料が手続内で

---

[69] ただし、被疑者の逃亡中に、市民に危険を知らせたり、被疑者の逮捕を手助けしたりする目的のために、被疑者の写真を公表する場合には、問題が生じる。前章で述べたように、このような場合の必要性を理由とする抗弁は、1981年法とコモン・ローのいずれによっても認められていない。したがって、写真の公表は、いかなる理由であっても、法廷侮辱罪を構成する。しかしながら1981年法7条によれば、法廷侮辱の手続は、法務総裁の申立てによって開始されるので、このような公表について、公表人が訴追を免れることは考えられる。See, Miller, *supra note* 2, 335.

[70] さらに、そのような影響を受けた証人が出廷したとしても、事実認定者がその証人を信頼性の低い人物とみなす傾向のあることも指摘されている（Eady and Smith, *Arlidge, Eady and Smith on Contempt,* (3rd edn., Sweet & Maxwell, 2003), 264.）。

[71] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 156.

認められた証拠と合致するとしても、このような資料を用いて、被告人の有罪や無罪等を主張することは、侮辱に当たる。このような資料を用いた主張に関するリーディング・ケースは、1924年のイブニング・スタンダード事件[72]である。

●1924年のイブニング・スタンダード事件

①侮辱罪について訴追された新聞社の主張

私的な調査が真実解明という新聞の義務であったことを理由として、抗弁を申し立てた

②①の主張に対する裁判所の見解

「警察または犯罪捜査部（Criminal Investigation Department）が、本来、訴追側の観点または…被告人側の観点から、裁判を妨害するようなことを何も言わないよう注意に、沈黙し、公言することなく彼らの捜査を遂行すべきであるにもかかわらず、[新聞社側の主張によれば――引用者注]、証拠に関する法を知らないがゆえに、訴追側または被告人側の利益を完全に無視するような素人の調査員を独自の職員として雇うことは、どういうわけか新聞の義務にまでなってしまう。素人の調査員は、束縛されずに彼らの調査を行うことができ、彼らがその調査を結果的に成功するものと考えていようが、成功しないものと考えていようが、[その調査内容は――引用者注] いつであろうとも、世の中にむけて公表されうる。そうすることによって、義務と表現されたものを履行することができるのである…」[73]。

③裁判所の判断

「裁判所の見解として、内密調査実務についての考えが完全に誤りであることを今日の手続が示していることが、望まれる」[74]。（侮辱罪成立）

私的な調査によって得られた資料は、尋問の機会または証拠の補強をする機会が存在しないため、そのような資料が、真実を示す保障はない。また、その

---

72 *R v Evening Standard, ex p DPP* (1924) 40 TLR 833.

73 *Ibid.,* at 835, per Lord Hewart CJ.

74 *Ibid.,* at 836, per Lord Hewart CJ.

ような資料が事実に基づくものであるとしても、裁判において証拠として許容されるとは限らない。さらにたとえ資料が証拠として許容されたとしても、それを用いて手続の実体的事項について推論を行うような公表は、侮辱となる場合がある[75]。このように、イギリスにおいては、報道機関による私的調査に基づいた公表に対しても、侮辱原則の適用される場合がある。

第4款　小括

侮辱に関する多くの事例においては、被告人にとって不利となるような公表がなされている。そのような公表は、たとえば前科の公表であり、有罪を暗示したり、断定したりする公表であり、自白や証拠に関する公表である。これらの公表は、被告人に対する嫌悪感や予断を生ぜしめ、被告人を有罪方向に導きやすいと考えられており、このように、裁判所の判断を誤らせうる公表は、侮辱と判断される。

また、そもそも、刑事手続においては、許容性の認められた証拠のみが、陪審の面前に提出されなければならない。さらに、それらの証拠については、尋問・反証の機会が与えられなければならない。自白に限っていえば、自白自体の証拠能力が認められ、補強証拠が提示されない限り、その自白は排除される。また、陪審は原則として法律問題を判断しない[76]。裁判の中で証拠として許容されない事柄が、公表によって陪審に知らされるとなれば、それは、刑事手続

---

[75] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 156.

[76] 陪審が関与しない「証拠決定手続（voir dire）」によって、証拠能力は判断される。証拠決定手続とは、当事者が特定の資料を法廷に提示しようとした場合に、その資料が証拠能力を有するか否かを判断する手続である。陪審裁判の場合には、その判断は、陪審不在の状態で裁判官が行う。法律問題である証拠能力判断は、裁判官の任務であるので、この手続に陪審が関わることはない。この手続によって当該資料の証拠能力が認められた場合、それは証拠として陪審に提示される。他方で、当該資料の証拠能力が認められなかった場合、陪審は、そのような資料の存在自体を知らされない。証拠決定手続は、'trial within trial' とも呼ばれている。証拠決定手続に関しては、稲田隆司「イギリスにおける自白の証拠決定手続」（法政理論35巻4号（2003年）114頁）等を参照。See, S Augustine Paul, *Trial within a trial,* (Old Bailey Press, 1994), Keane, Wolchover and Heaton-Armstrong, *Wolchover and Heaton-Armstrong on Confession Evidence,* (Sweet & Maxwell, 1996), 585ff, Hirst, *supra note* 39, 26ff.

にいう証拠法則の根幹に対する妨害となる。陪審が証拠能力の認められた資料以外から得る情報が、少なければ少ないほど、証拠法則の実効性は、高まるのである。

以上のように、侮辱原則は、被告人に対する反感・嫌悪感や有罪の印象を引き起こし、予断の影響を生ぜしめやすい公表を排除する。これらの公表内容は、証拠法則の要請により、陪審等に知らされることが適切でない内容を含むという意味でも、手続内外での排除が相当と考えられるのである。

第3節　小括

本章では、妨害的な公表が手続における判断者に対して予断を生ぜしめるか否かという点、およびいかなる公表内容が予断を生ぜしめるかという点につき検討した。

裁判所において審理を行なう役割を担っている構成員の中でも、とくに、法的な訓練を受けておらず、または法的知識を有さない陪審員または素人の治安判事に対して公表が惹起せしめる予断や偏見が懸念されている。陪審や素人の治安判事などが、実際に予断や偏見を抱きやすいか否か、また、職業裁判官が、真に公表による影響を受けないのかという点については、イギリスにおいても争いのあるところではある。しかしながら、予断のない公正な裁判の確保のために、保護手段として侮辱原則が運用されている点に鑑みるならば、イギリスでは、報道などの外部的影響による裁判の汚染が、非常に警戒されていることがわかる。

他方、侮辱と判断されうる公表内容としては、以下のようなものがある。

①　被告人の性格や経歴に対する批判、前科に関する公表
②　被告人の有罪・無罪に関する主張
③　自白や他の証拠に関わる公表

これらの公表内容は、裁判所において審理を行う判断者に対し、不当な影響を及ぼすことによって予断や偏見を生ぜしめることを理由として排除されている。

①の被告人の性格・経歴・前科等に対する批判は、被告人に対する嫌悪感を生ぜしめ、不当な偏見を引き起こし、②の被告人が有罪であることや無罪であることに関する主張を公表することは、誤解や予断を生じさせやすいものと考

えられている。また、これらの公表類型は、刑事手続上の証拠法則により、手続内で証拠として提示することを禁止され、または制限される証拠類型でもある。被告人の過去の犯罪歴や悪性格に関する資料は、現在の手続で立証しようとする事柄とは無関係であり、そもそも証拠となりえない。この資料が事実認定に反映されてはならないことは、証拠決定手続を経ずとも明らかである。そして、被告人が有罪であることまたは無罪であることに関する主張は、推論に過ぎず、証拠として関連性のないものとして扱われており、これも、事実認定に反映されてはならない。このように刑事手続の一般原則に照らしても、①や②の類型の公表内容は、陪審をはじめとする事実認定者に触れさせるべきでないものと理解されている。

③の自白や他の証拠にかかわる公表は、いわば手続の先取りであり、証拠能力判断の行われていない時点で、これらを公表することは、侮辱に当たる。そもそも、自白等の資料は、一定の要件が整えば、証拠として許容される。たとえば自白の場合には、その証拠能力が認められ、補強証拠が提示されれば、当該自白は証拠としての許容性を有することになる。ただし、すべての資料は、裁判官による証拠決定手続の中でその証拠能力を認められない限り、陪審に提示されてはならない。ある資料の証拠能力が認められる前に、それが陪審の知るところとなれば、陪審は、後にその証拠が排除されようとも、事実認定に反映させてしまうおそれがある。

さらに、裁判所は、証言を証拠として許容する場合には、非常に慎重な態度をとっている。とくに目撃証人による証言に関しては、一定の配慮のもとでそれを採用している。このように、そもそも正確さが要求される証言に影響を及ぼすおそれのある公表もまた、侮辱と判断されている。

このように、判例上、法廷侮辱に当たると判断された公表内容は、それが刑事手続内で提示された場合には、そもそも証拠となりえず、またはいずれにせよ証拠決定手続の中で証拠能力が認められなければ、事実認定者に知らされてはならない事柄である。この意味で、公表行為との関係においては、侮辱原則は、証拠法則を一定程度補完する役割を担うものと見ることができる。

第５章　法廷侮辱の抱える問題

これまでに述べてきたように、イギリスにおいて、刑事事件に関する報道等

の公表行為は、法廷侮辱原則によって、一定程度制限される。しかしながら、法廷侮辱の制度は、報道等の公表行為を抑制するという点で、表現の自由を侵害するおそれがあり、問題となりうる。

第3章で述べたように、法廷侮辱原則が保護しようとする適正な司法運営および公正な裁判の利益と、表現の自由の利益との関係は、1981年法の制定にあたって、調和が図られるべき重要な論点とされた。そして、1981年法により、公表による法廷侮辱罪の認定基準の明確化や、抗弁規定の充実化が図られ、これらの点においては、表現の自由に配慮する傾向がみられるようになった。他方で、現在でも、法廷侮辱原則が適用され続けている事実に鑑みるならば、適正な司法運営の保護は、表現の自由の保護よりも重視されているとも言えるだろう。この点に関して、イギリスでは、係争中の手続、とりわけ刑事手続に関する公表が一定程度制限されることには、一般的な承認があるといわれている[77]。しかしながら、表現の自由の保護を重視する立場からは、このような姿勢を批判する見解がないわけではない[78]。

第6章で述べるように、わが国の裁判員制度の立案段階においても、報道に対する規制は、慎重な議論を要する問題であると考えられていた。本章では、イギリスにおいて、この問題についていかなる理解がなされてきたかを検討することにする。

第1節　判例の見解

法廷侮辱原則が、適正な司法運営ないし公正な裁判の保護という目的を達成するために、公表を制限しているという側面に着目すると、イギリスにおいては、表現の自由が軽視される傾向にあるかのように思われる。しかし、侮辱原則に関する判例によれば、表現の自由が国民および国家にとって重要な利益で

---

[77] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 5. See also, Stephen J, Krause, "Punishing the Press : Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial" (1996) 76 BULR 537.

[78] See, Eric Barendt, *Freedom of Speech,* (2nd edn., Oxford, 2005), 312ff, Colin R. Munro, "Prior Restraint of the Media and Human Rights Law" (2002) 3 Judicial R 1, Sally Walker, "Freedom of Speech and Contempt of Court : the English and Australian Approaches Compared" [1991] 40 ICLQ 583.

あることは、一応、認めてられてきた。

新聞報道に対する事前規制が認められた1974年のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件の中でも、表現の自由は、重要な公衆の利益であるとされた[79]。この1981年法制定以前の判例においても、公正な裁判と表現の自由という２つの利益のジレンマは、理解されていたようである。同事件の中で、サイモン判事（Lord Simon）は、従来の判例の傾向を踏まえたうえで、以下のように述べた。

「公正な裁判と言論の自由は、それぞれが社会における真の利益であり、それぞれが片方の利益を超えて普遍的に最重要であるとは判断され得ないのである」[80]。

この見解に見られるように、1981年法制定以前の段階から、表現の自由は、公正な裁判と同じく、重要な利益であると考えられていた。しかしながら、他方で、侮辱原則の適用が必要とされる状況下では、裁判所はこの姿勢を一転させる。この点は、前出のタイムズ・ニューズペーパーズ社事件（貴族院）におけるレイド判事（Lord Reid）の以下のような見解の中に見られる。

「侮辱原則は、司法運営に対する妨害を阻止するために存在しており、またそれは、私見によれば、その目的にとって合理的に必要なものに制限されるべきである。…言論の自由は、必要を超えて大いに制限されるべきではないが、司法運営に対する現実的な妨害が生じる場合には、言論の自由は許容されない」[81]。

つまり、公正な裁判を保護する必要性の生じた場合には、表現の自由に対する制限が、合理的に必要な範囲内で許容されると解されるのである。このような見解の背景には、公表によって公正な裁判が妨害されることに対する危機感が存在している。たとえば、イギリスでは、新聞やテレビで事件の詳細な内容を知った市民が、陪審として出廷した場合、彼らはもはや公正な評決を下すことができないと考えられている[82]。それゆえ、裁判所は、そのような危険から公正な裁判を保護するために、公表行為に対して制限を行う。このように、公正な裁判の保護を重視する傾向は、イギリスの裁判所においては一般的である

---

79 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 81, per Lord Simon.

80 *Ibid.*

81 *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 60, per Lord Reid.

82 第４章第１節参照。

といわれている[83]。以上のように、とりわけコモン・ロー上は、表現の自由の重要性は、一応認められているけれども、公正な裁判の利益は、更にそれに勝る重要性のあるものと解されてきたのである[84]。

第2節　緩やかな転換

前節で述べたように、公正な裁判の保護を重視する見解は、法廷侮辱に関する判例の主流であった。しかし、ヨーロッパ人権裁判所で審理されたサンデー・タイムズ事件[85]、そしてこれを契機の一つとする1981年法[86]の制定を経て、この見解は、少しずつ変化していくことになる。

1981年法以降の判例においては、表現の担い手としてのメディアの役割が、重視されるようになる[87]。1988年のガーディアン・ニューズペーパーズ社事件[88]において、ジョン・ドナルドソン判事（John Donaldson MR）は、メディアの出版の自由について、以下のように述べた。

> 「議会制民主主義を維持するにあたって、…出版の自由の存在は、本質的な要素である。…ただし、なぜプレスがこのような主要な地位を占めているのかを銘記することは重要である。…それは、メディアが市民の目であり耳であることに由来する。メディアは、市民のために行動する。メディアの知る権利と出版の権利は、まさに市民の知る権利と出版の権利といえる。実際にそれらの権利は、プレスが受託者となっている市民のためのものなのである」。[89]

---

[83] Lowe and Sufrin, *supra note* 1, 71．同事件のクロス判事もまた、公正な裁判の確保に当たって、合理的に必要な限りで、言論の自由を抑制することができると述べている。See, *A-G v Times Newspapers Ltd* [1973] 3 All ER 54 at 83, per Lord Cross.

[84] See, Miller, *supra note* 2, 20．

[85] サンデー・タイムズ事件については、第2章第2節参照。

[86] 1981年法による侮辱原則の修正については、第3章参照。

[87] 従来の判例上、メディアは、一般通常人と同等程度の権限しか有さないと理解されていた。See, *e. g. Ambard v A-G* [1936] AC 322. See also, *Re Crook* (*Tim*) (1989) 93 Cr App R 17 at 24, per Lord Lane CJ.

[88] *A-G v Guardian Newspapers Ltd* (*No. 2*) [1988] 3 All ER 545．

[89] *Ibid.,* at 600, per Sir John Donaldson MR.

この見解の出された前後から、メディアの表現の自由に対する消極的見解は、少しずつ変化し始めることになり、判例の中で、メディアの役割が認識されるようになった[90]。メディアの役割を重視する判例の見解は、ヨーロッパ人権裁判所の見解[91]と軌を一にするものであり、判例の中には、ヨーロッパ人権条約10条の解釈を直接的に採用するものもみられるようになった[92]。

以上のように、法廷侮辱に関する判例においても、緩やかではあるが、表現の自由に対する見解は、変化してきている。ヨーロッパ人権裁判所による判断を受けたサンデー・タイムズ事件は、表現の自由の保護と公正な裁判の保護との二つのバランスを変化させる契機となり[93]、また、第３章で述べたように、厳格責任原則の適用範囲を縮小するなどの修正がなされた1981年法は、表現の自由の保護に重点を置くよう、判例の態度を変更させる法的根拠となった。そして、1981年法の適用上、一定の公表を法廷侮辱として取り扱わないことにより[94]、実質的に表現の自由を保護する立場を示した判例は、多数見られる[95]。この点、裁判所は、1981年法の限度内で、表現の自由を保持しようとしているということができる。

しかしながら、1981年法や、それを運用する裁判所により、表現の自由の保護が、コモン・ローに比して重視されるようになったといえども、侮辱原則が表現に対する制約を行うという点では、根本的にその立場は変わっていない。表現の自由に対する制約について、慎重な立場をとるわが国やアメリカ合衆国[96]

---

[90] See, *Secretary of State for Defence v Guardian Newspapers Ltd* [1985] AC 339, at 361, per Lord Scarman. See, *A-G v Guardian Newspapers* (*no. 3*) [1992] 3 All ER 38, *McKerry v Teesdale and Wear Valley Justices* [2001] EMLR 127.

[91] See, *e. g. Sunday Times v UK* (*No. 2*) (1991) EHRR 229, *Lingens v Austria* (1986) 8 EHRR 407.

[92] *Lord Advocate v Scotman Publications Ltd* [1989] 2 All ER 852 at 858, per Lord Temleman, *A-G v Guardian Newspapers Ltd* [1987] 1 WLR 1248 at 1296F-G, per Lord Templeman, and at 1307, per Lord Ackner.

[93] F. A. Mann on commentary in *Sunday Times v UK* (1979) 95 LQR 348 at 352.

[94] 厳格責任原則の適用範囲の縮小、抗弁規定の充実化などである。第３章参照。

[95] 第４章で挙げた1981年法以降の判例等を参照。

[96] アメリカ合衆国においては、1976年のネブラスカ・プレス事件（*Nebraska Press Association v Stuart,* 427 US 539）以降、報道の事前規制や、公表を行っ

などに比して、イギリスのこの立場は、特殊なもののように見えるだろう、イギリスは、結局のところ、法廷侮辱との関係では、表現の自由の保護に対して消極的な、独自の道を歩んでいると思われる。

第3節　代替手段の可能性

上述のように、法廷侮辱の判例上、イギリスでは、表現の自由の保護は、1981年法の限度内で、緩やかにしか行われてこなかった。このような状況は、侮辱原則よる公表の制約に代わる手段の検討が、行き詰まりを見せていることにも関係しているように思われる[97]。

公表に対する制約に代わりうるものとして考えられる第一の手段は、裁判の延期である。公表による影響を最低限にするため、公表の対象となった事件に関する裁判の開始を延期する手法である。しかしながら、裁判の遅延は、迅速な裁判の要請に反するものであり、この点は、ヨーロッパ人権条約6条(1)にいう「合理的な時間内に公正な公開裁判を受ける権利」にも抵触する。被告人に負担を強い、また、時間の経過による証拠の散逸などの危険を孕むこの手法は、判例においても支持を得られていない[98]。

第二に、裁判地の変更である。影響を及ぼした新聞等が、比較的限られた地域でのみ流通し、その地域外で陪審を選出することが可能な場合に、有効な手法であるといわれている[99]。公表による影響に汚染されていない陪審を確保することができるとすれば、報道規制によらずに、公正な裁判を維持できるようにも思われる。ただし、本来、被告人の裁判は、犯罪の行われた場所でおこなわれるべきであり[100]、裁判地の移転は、証人等の裁判関与者の利便性を失わ

た者に対する処罰などが極めて困難と考えられており、次款で述べる陪審の忌避、管轄移転、陪審の隔離等が実践されている。See, Miller, *supra note* 2, 283ff, Eady and Smith, *supra note* 70, 99-105.

97 See, Eady and Smith, *supra note* 70, 98ff, Miller, *supra note* 2, 284ff.

98 See, *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex p. DPP* (1992) 95 Cr App R 9, *R v Telford Justices ex p. Badhan* [1991] 2 QB 78.

99 N. Vidmar and J. W. T. Judson, "The Use of Social Science Date in a Change of Venue Application : A Case Study" (1981) 59 Can Bar R 76.

100 See, *R v Vincent* [1968] Crim LR 405, *R v Harris* (1762) 97 ER 858 at 860, per Wilmot J.

せるという実質的問題もある。

第三に、陪審の隔離である。裁判の期間中、陪審の見聞きする情報を管理し、影響を及ぼしうる情報に触れさせないようにする手法である。しかしながら、このような物理的遮断は、陪審が召喚される前に、事件報道に触れていたとしたら、十分な効果は得られないであろうし[101]、陪審の精神的な重圧になりうるため、この方法も、決定的な打開策とは考えられていない[102]。

第四に、裁判官による説示である。陪審が裁判官の説示に従い、事案を審理することができるという見解は、従来から存在していた[103]。しかしながら、非常にインパクトの強い事案に関して扇情的な報道が行われたような場合に、説示が有効に機能するかどうかについては、否定的な見解がある[104]。

最後に、陪審の解任および審理のやり直しである。裁判官の説示によっても、陪審の予断が払拭できないことを理由として、最終手段として、陪審の解任および審理のやり直しが行われた事例もある[105]。ただし、他方では、このような手段が、訴訟経済的にも、被告人の迅速な裁判の要請という観点からも、可能な限り避けられるべきことは、判例の中でも指摘されている[106]。

以上のように、裁判地の移転や裁判の延期、陪審の隔離などの手段に対しては、それらによる権利侵害の発生や、訴訟の煩雑さの増加など、それぞれ問題が多く指摘されており、イギリスでは、代替手段をもって、侮辱原則による公正な裁判の保護を補うことは困難であると考えられている。裁判官の説示は、最も簡易な手段ではあるが、その有効性の点で、必ずしも支持されてはいない。

第4節　小括

以上のように、報道等の公表行為を制限する法廷侮辱原則に関連する判例の

---

101 See, *R v Twiss* [1918] 2 KB 853, *R v Ketteridge* [1915] KB 467, *R v Neal* [1949] 2 All ER 438.

102 Eady and Smith, *supra note* 70, 102.

103 *R v Kray* (1969) 53 Cr App R 412 at 415.

104 Miller, *supra note* 2, 287-288, T. M. Honess, *supra note* 11.

105 See, e. g. *A-G v Guardian Newspapers Ltd* [1992] 3 All ER 38, *A-G v Associated Newspapers Ltd., Independent,* 6 Nov. 1997.

106 *A-G v Guardian Newspapers Ltd* [1992] 3 All ER 38 at 42.

中では、公正な裁判の保護と表現の自由の保護は、衝突する利益として理解されてきた。イギリスにおける法廷侮辱原則は、第２章で述べたように、歴史的にも非常に古いものであり、法制度に深く根ざしているからこそ、表現の自由に対する制約も一定程度容認されているのであろう。また、前章で述べたとおり、侮辱原則が証拠法則の補完という重大な役割を担っている点も、公表に対する制限が正当化される理由となっている[107]。このような理解は、ヨーロッパ人権裁判所の判断や、侮辱原則初の成文法である1981年法の制定を経ても、大きく変化することはなかった。この点に関するイギリスの姿勢は、特殊なものであるように思われる。

イギリスにおいて、公表の制限という手段が残存している理由として、侮辱原則の適用に代わる他の有効な手立てがないことが考えられる。イギリスにおいては、公正な裁判が非常に重要な利益として認識されており、変わりうる手段がない限り、報道に対する制約を行わなければ、公正な裁判の保護は実現しないと考えられているのである。このような見解に立つならば、第３章でのべた1981年法を軸とする表現の自由を「重視」する方向への侮辱原則の転換は、公正な裁判を保護しつつ実現できる最大の譲歩であったように思われる。

第６章　報道規制の問題

第１節　裁判員制度と報道の影響

第１款　裁判員制度・刑事検討会での議論

わが国において、犯罪報道に関する規制に目が向けられた近年の例は、裁判員制度・刑事検討会の議論の中に見られる。裁判員制度の制度設計を行う初期の段階では、裁判員が報道による影響を受けるのではないか、との懸念が存在していた。

裁判員制度の「たたき台」では、「８　裁判員の保護及び出頭確保等に関する措置」において、「⑴裁判員等の個人情報の保護」、および「⑵裁判員等に対する接触の規制」とともに、「⑶裁判の公正を妨げる行為の禁止」が置かれていた。

---

[107] Barendt, *supra note* 78, at 337.

「(3)裁判の公正を妨げる行為の禁止」は、以下のように提案された。

「ア　何人も、裁判員、補充裁判員または裁判員候補者に事件に関する偏見を生ぜしめる行為その他の裁判の公正を妨げるおそれのある行為を行ってはならないものとする。

イ　報道機関は、アの義務を踏まえ、事件に関する報道を行うに当たっては、裁判員、補充裁判員または裁判員候補者に事件に関する偏見を生ぜしめないように配慮しなければならないものとする」。[108]

検討会は、事件に関する報道が、国民の知る権利の観点等からして重要な役割を担う一方、「そのあり方によっては、事件に関する偏見を生ぜしめる可能性があることも否定できないところである」[109]との見解に立ち、偏見報道禁止の規定を置いた。なお、これは、罰則のない訓示規定にとどめられた。

しかし、この訓示規定については、その後の検討会で、賛成派・反対派からの鋭い議論が交わされることになった。

第17回検討会では、日本新聞協会・日本雑誌協会・日本民間放送連盟の説明者のヒアリングが行われた。ここでは、おおむね以下のような点から、禁止規定の削除が強く求められた。

・裁判員制度が「開かれた司法」あるいは「市民のための司法」をめざす以上、報道の役割の重要性は、さらに増大する
・メディアの取材・報道には、国民の「知る権利」に応えるという重大な使命があり、裁判員制度が対象とする重大事件に関する報道は、国民の関心が強く、そしてその関心は自然なものである。新たな裁判員制度によって、これまで国民に提供されてきた国民の生命・財産を守る情報が国民から遮断されてはならない
・すでに事件報道に関する自主的な努力を重ねている
・「偏見」が何を意味するのか、極めて不分明である
・偏見・予断は、裁判官の説示で取り除くべき問題である

以上のような報道機関の見解を踏まえて、検討会において、議論が行われた。

第18回検討会での議論によれば、まず本田守弘委員・高井康行委員は、裁判員制度が国民の信頼を得るためには、それが公正・中立な立場に立って予断・

108　裁判員制度・刑事検討会第13回配布資料「裁判員制度について」。
109　裁判員制度・刑事検討会第13回配布資料「『裁判員制度について』の説明」。

偏見のない裁判員によって事実認定が行われ、量刑が決められることが必須・当然の条件であり、これを前提として、アのような規定を置くことに賛成した。高井委員、酒巻匡委員は、原案に賛成した。これに対し、土屋美明委員・四宮啓委員は、アの意味する内容自体には理解を示しながらも、これを法律により規定することには、疑問を呈した。土屋委員は、自主的なルールを策定することにより、報道による影響が懸念される事態は回避でき、また「偏見」の意味内容が抽象的であることを理由に、イの規定について、反対を示した。四宮委員は、メディア側での自主的な努力がまだ形になって見えていないからと言って、性急にこういった訓示的な規定を法律で設けることには大きな躊躇を覚える、とし、また、公正な裁判と偏見との関係は、裁判システムの外に何か仕組みを設けるのではなくて、裁判システムの中にこういうものを防ぐ仕組みを設けるべきと述べ、削除を求めた。他方、本田委員は、偏見を生ぜしめないように配慮するためには、イは必要な規定であり、また最低限の宣誓として法律で規定すること自体に意味があるとし、賛成した。第18回検討会では、報道機関の自主的なルールによる解決に反対する声はなく、むしろそのような努力を歓迎する見解が多かったが、なお、法律による規定の是非については、見解がはっきりと分かれた。

第25回検討会では、高井委員は、報道による「非常に強いすり込み」が実際に行われているという懸念を表明し、予断・偏見の発生がないとは到底考えられない、との見解を述べた。清原慶子委員は、高井委員が述べたような報道の傾向があることは一応認めたうえで、あくまでも、表現の自由、報道の自由を守りつつ、報道機関が自主的に規律することに期待し、裁判員が、裁判期間中、自ら偏った報道のみに触れることがないように配慮すべきと述べたが、訓示規定自体には反対しなかった。四宮委員は、報道・表現の自由も、公正な裁判も、どちらも大事な憲法上の価値であるから、なるべくそれらが両立するようにぎりぎりまで工夫をすべきであるとし、ア、イともに削除を求めた。酒巻委員は、報道の自由が極めて高い憲法上の価値を持ち、保障されており、できる限り報道機関が自主的な形で理性的な対応をすることが、国による法的規制を回避する最も適切な道ではないか、と述べたうえで、ア、イの規定は、公正な裁判の価値を保障するために、特別の制裁効果は持たないが、法による宣誓としては必要である、とし、また、訓示規定の性質に鑑みて、同規定が報道の自由等を具体的に制約するものではないと理解できるとの理由に基づき、原案に賛成し

た。本田委員は、裁判の公正を妨げるおそれのある行為を行ってはいけないことが、裁判員制度をうまく機能させていくためには当然であり、これは国民の義務である、と述べ、アの規定に賛成した。大出良知委員は、報道機関によるガイドライン策定に委ねることに賛成し、訓示規定であってもできれば無い方がよい、と述べた。平良木登規男委員は、自主規制にも期待するけれども、注意的な訓示規定をも設けることは悪いことではない、とし、原案に賛成した。樋口建史委員は、「偏見」を生ぜしめたかどうかの判断は大変難しいとしながらも、訓示規定は重要で、必要であるとの見解に立った。第25回検討会では、表現の自由の保障をめぐって、訓示規定の是非について意見が分かれた。他方で、報道機関による自主規制に期待を寄せる見解も多くみられた。

第28回検討会では、いわゆる「座長ペーパー」[110]が配布され、その中では、以下のような案が出された。

> 「イ［の規定――引用者注］については、報道機関において自主的ルールを策定しつつあることを踏まえ、さらに検討するものとする」。

この点について、「説明」では、「検討会の議論では、たたき台のような定めを置くのが相当であるとのご意見、報道機関の自主規制に委ねるのが相当であるとのご意見、報道機関による自主規制の策定状況をみたうえで規定を設けるかどうかを決めるべきとのご意見などが述べられましたが、この問題は、報道の自由や国民の知る権利の保障に直接かかわる微妙かつ重要な問題でありますし、９月の検討会の場でも、報道機関による自主ルールの策定が進められている状況が報告されているところでありますので、その状況をも踏まえながら、さらに慎重かつ十分な検討を行ったうえで結論を出すのが適切であると思われましたので、このような案とさせていただいた次第です」とされている。

これを踏まえ、第29回検討会では、さらに議論が行われた。議論の対象となったのは、報道機関による自主ルールが具体的にどのようなものであるかという点であったが、実は、この自主ルールに関しては、検討会では必ずしも明らかにされなかったし、他の論点との混同がみられ、ア・イの規定の是非については、座長ペーパー以前の議論から発展することは、ほぼなかった。

以上の検討会の内容を整理すると、以下のようになる。

---

[110] 裁判員制度・刑事検討会第28回配布資料「考えられる裁判員制度の概要について」。

規定賛成の見解

・報道による予断・偏見の危険は存在し、その排除のためには、禁止規定を置くべきである

・訓示規定は、報道機関への制裁・義務付けの効果はなく、法の宣誓として必要である

規定反対の見解

・「偏見」の意味内容が不明瞭である

・あくまで報道機関による自主規制に委ねるべきである

・公正な裁判の保護は、裁判システムの中で行われるべきである

・報道・表現の自由は、憲法上の重要な価値である

結局のところ、検討会においては、報道機関の自主規制に委ねることに重点が置かれ、訓示規定の是非についての検討は、詳細になされることなく終わってしまった。また、議論が、公正な裁判の保護と表現・報道の自由の保護との調整に終始したことで、いかなる報道が偏見を生ぜしめるのか、いかなる報道から裁判員を守らねばならないか、という点についての具体的検討は、検討会の中ではなされなかった。

このような議論の結果、裁判員制度の下での、報道による予断の排除は、報道機関の自主規制に一応委ねられた。報道により公正な裁判に対していかなる危険が及ぶのか、その危険の察知と排除の重責を、報道機関自身が担うことになったのである。

第２款　その後の展開

上で述べたように、裁判員制度下における偏見報道の抑制は、マスコミの自主的なルール作りに委ねられることになったが、この点については、現段階において、到達されたとは言い難い。

平成20年１月、日本新聞協会と日本民間放送連盟の両者は、裁判員制度下における事件報道についての指針を公表した[111]。両者ともに、事件報道の必要

[111] 日本新聞協会「裁判員制度開始にあたっての取材・報道指針」（平成20年１月16日）（http://www.pressnet.or.jp）、および日本民間放送連盟「裁判員制度下における事件報道について」（平成20年１月17日）（http://nab.or.jp/index.php）。これらについて検討を加えたものとして、田島泰彦「表現・メディア規制の中の裁判員制度」世界779号134頁（2008年）がある。

性を論じたうえで、報道の注意点や方向性を示している[112]。しかしながら、両指針ともに、非常にコンパクトで、かつ、あくまで、努力する・配慮するという内容であり、十分なルールが完成しているとまでは言うことができない。

この自主ルールについて、新聞協会の人権・個人情報問題検討会幹事である朝日新聞社の森純一氏は、報道機関側と検討会との間には、根本的に、意見の相違があったことを明らかにしている[113]。平成19年に新聞協会と最高裁、日弁連の会合が行われた。その中で、最高裁、日弁連の両者から、「新聞協会は自主ルールを作るはずだったのではないか」と指摘され、新聞協会としては、その時に初めて、「偏見報道をしないための自主ルール」を新聞協会が作ることを条件に、偏見報道禁止規定が削除されたと認識されていることがわかったという。その後、新聞協会は、先に述べた「指針」を作成したが、「①指針は外部からの求めによって策定するものではなく、報道の質をより高め、国民の信頼を得ることを目指し、自主的に策定するものであ［り］」、「②指針は国民に示すもので、法曹界への回答書ではない」[114]との見解のもと、動いていると

---

[112] 新聞協会による指針は、おおむね以下のような内容である。①捜査段階の供述に関して、内容のすべてがそのまま真実であるとの印象を読者等に与えることのないよう十分配慮する、②被疑者の対人関係や生育歴等は、事件の本質や背景を理解する上で必要な範囲内で報じ、前科・前歴については、これまで同様、慎重に取り扱う、③事件に関する識者のコメントや分析は、被疑者が犯人であるとの印象を読者等に植え付けることのないよう十分留意する。また、民間放送連盟の指針は、おおむね以下のような内容である。①被疑者・被告人の主張に耳を傾ける、②一方的に社会的制裁を加えるような報道は避ける、③事件の本質・背景を理解する上で欠かせないと判断される情報を報じる際は、当事者の名誉・プライバシーを尊重する、④多様な意見を考慮し、多角的な報道を心がける、⑤予断を廃止、事実をありのままに伝え、情報源秘匿の原則に反しない範囲で、情報の発信元を明らかにする。⑥裁判員法の趣旨を踏まえ、取材・報道に当たる。検討すべき問題が生じた場合は、裁判所と十分に協議する、⑦刑事裁判への国民の理解を深めるために、刑事手続の原則について報道することに努める、⑧公正で開かれた裁判であるかどうかの視点を常に意識し、取材・報道に当たる。

[113] 森純一「公正な裁判と報道の自由の調和――取材・報道指針策定の経緯と狙い」新聞研究679号10頁（2008年）。

[114] 森・前掲論文、12頁。

いう。

前款で述べた裁判員制度・刑事検討会の議論内容をみれば、偏見報道の問題解決に当たっては、報道機関による自主ルールの策定が大前提であり、それが作られることを条件に禁止規定が削除されたことは明らかであるように思われる。報道機関側と検討会との間の「意見の相違」が、偏見報道を排除し、公正な裁判員裁判を作り上げようとした検討会の成果を不十分なものとし、また、このことが、予断・偏見のない裁判員制度実現の根幹にかかわる重大な問題であることを、指摘しておかなければならない。

他方、平成19年９月に開かれた「マスコミ倫理懇談会全国協議会」の全国大会では、最高裁判所の参事官が、あくまで個人的な意見としたうえで、裁判員制度下にあっては裁判員に予断を与える報道をしないようにと、報道機関に配慮を求める意見を出した[115]。これによれば、以下のような６項目を含む報道が、問題のある報道であり、公正な裁判のために一定の配慮が必要だという。

・被疑者が自白していることやその内容
・被疑者の弁解の不合理性を指摘すること
・犯人かどうかにかかわる情況証拠
・前科や前歴
・被疑者の生い立ち
・事件に関する有識者のコメント

これらの項目は、第４章で述べた法廷侮辱原則が適用される公表類型（前科の報道、経歴・悪性格の批判、被告人の有罪・無罪についての主張、自白をはじめとする証拠についての報道）にほぼ符合するものである。イギリスの法廷侮辱の制度に照らすと、参事官がこれらの項目を挙げたことは、合理的であるように思われる。この意味で、６項目についての報道に一定の配慮がなされるとすれば、予断・偏見の問題は、回避することができるかもしれない。いわゆる自主ルールの策定が進んでおらず、いかなる報道を慎むかについて、報道機関側の明確な姿勢が明らかでない以上、このような意見が出されることは、一定の指針になるであろう。ただし、刑事検討会において、犯罪報道規制の中心の議論は、あくまで報道機関の自主規制によるべきことに集中していたし、法

115 この意見については、以下で紹介されている。箕輪幸人「裁判員制度と報道(1)、(2)」研修713号63頁、714号77頁（2008年）。

による規定をすれば、表現の自由・報道の自由の保障が脅かされることが懸念されていた。この参事官の見解が、最高裁の考えとして受け止められるとすれば、検討会の議論は画餅に帰すことになろう。この６項目に関しては、大会に出席した報道各社の代表からも、反発の声が上がったという。報道機関側のこの反発の声は、一方では参事官による見解が出されたことによって報道機関が義務を課され、報道の自由が脅かされるかもしれないという懸念に基づくものであろうし、他方では６項目の内容については、現在の事件報道においても中心的なものであり、今後も報道の対象とすることを、報道機関が前提と考えていたことに基づくものであろう。

そうであるとするならば、法廷侮辱原則を通してみてきたような、犯罪報道の問題点とその規制の可能性は、なお、表現の自由の壁を打ち破ることができないかもしれない。検討会において、禁止規定の是非そのものについて、そして、具体的な偏見報道の内容について、より深い議論がされていたならば、表現の自由を前にいかなる手立てもないという現状は、少しは異なっていたようにも思われる。

第２節　結びにかえて

本稿では、イギリスにおける法廷侮辱原則を中心に、刑事裁判と犯罪報道の影響の問題について検討した。

侮辱原則は、適正な司法運営の保護および公正な裁判の保護を目的とする。適正な司法運営の保護および公正な裁判の保護とは、予断がなく、適正に提示された証拠のみにもとづいて審理を行う裁判所の確保や、そのような裁判所に対する市民の信頼の確保を意味すると解される。侮辱原則は、これらの確保を実現するために、とくに陪審をはじめとする事実認定者に対し、予断を惹起せしめる公表の排除を目的として、手続に対する妨害の危険を生ぜしめる公表を行った者に対し、刑罰等の制裁を予定している。ただし、この刑罰は、侮辱行為を犯した人物に対する責任の追及のためだけでなく、潜在的な公表人を含めた公表人らに対して威嚇作用を及ぼすことにより、手続に対する妨害の抑止を期待して行われるものである。

他方、侮辱原則が公表による侮辱に対し制裁を予定しているにもかかわらず、コモン・ロー上の法廷侮辱罪の認定基準が不明確なものであった点は、表現の

自由を擁護する立場から批判された。この批判を受けて1981年法が制定されたことにより、コモン・ロー上の侮辱原則は、要件の明確化や抗弁の新設という点で修正された。

1981年法は、厳格責任原則の適用を公表行為に限定し（２条１項）、厳格責任原則の適用される侮辱の客観的成立要件を「進行中の特定の手続における司法の過程を深刻に妨害する実質的危険」と定めた（１条、２条２項および２条３項）。この要件に当てはまらない行為であっても、コモン・ロー上の侮辱原則によって刑罰を科すことが可能ではあるが（６条(c)）、その際には、訴追側が、当該行為が妨害の意図に基づいてなされたことを立証せねばならない。これらにより、コモン・ロー上、厳格責任原則の適用される行為の幅は、狭められることになったのである。

また、1981年法は、コモン・ローに比して、侮辱罪成立に対する抗弁を充実化させた。まず、1981年法は、1960年司法運営法（the Administration of Justice Act 1960）11条によって一足早く規定されていた「無罪の公表・頒布の抗弁」を踏襲した（３条）。３条は、公表または頒布を行った者が、当該行為により手続に対する妨害の生じることにつき知りえなかった場合に、そのような主観的要素の主張を抗弁として認めるものである。この抗弁は、公表人の主観的要件を考慮しないことにつき宣言する厳格責任原則の例外である。また、公衆の関心事たる事柄についての議論の継続が、偶発的に手続に対する妨害に至ったに過ぎない場合には、当該議論に関わる公表を侮辱としないとする抗弁も、1981年法５条に規定された。これは、コモン・ロー上も徐々に認められつつあった抗弁であり、言論の自由と公衆の知る権利の両方の充足を図るものである。

このように、1981年法は、要件の明確化と抗弁の新設を詳細に規定しているが、他方で、報道機関による公表に対しては、なお厳格責任原則の適用を維持している。1981年法制定に当たって多くの勧告をなしたフィリモア委員会が指摘していたように[116]、このことからは、報道がとりわけ陪審による裁判に対して重大な予断・偏見の影響を及ぼすことについて、大きな危機感が存在することがわかる。

このような法廷侮辱原則に関する判例上、裁判所に影響を及ぼしうるとされ

[116] *Report of the Committee on Contempt of Court,* (1974), Cmnd. 5794, at para 20.

ている公表内容は、おおむね以下のようなものである。

① 被告人の性格および経歴を批判する公表

② 被告人の有罪または無罪を主張する公表

③ 証拠に関する公表

①の被告人の性格や前科を含めた経歴について批判する公表は、事実認定者等に対して被告人が有罪であるとの印象や、偏見を生ぜしめることを理由として、排除される。また、②の有罪または無罪を断定し、または暗示して主張する公表も、そのような主張を真実であると誤信させ、事実認定者等に予断を生ぜしめることを理由として、侮辱と判断される。③の証拠に関する公表については、いまだ証拠能力の認められていない資料や、そもそも証拠となりえない資料が事実認定者の面前に提示されると、事実認定者がそれらの資料から得た心証を排除することなく、事実認定に反映させてしまうおそれがあるため、侮辱に当たると考えられる。ただし、そもそも①および②にいう公表もまた、証拠法則によれば、排除の対象となる資料であることには、注意が必要である。

被告人の悪性格や前科を含めた経歴に関する資料は、被告人が訴追された犯罪の事実を立証するものではないから、関連性のない証拠として証拠法則により排除される類型に当たる。また、被告人の有罪または無罪を主張することは、単なる推論に過ぎず、これも関連性のない証拠として扱われる。これらの資料は、そもそも証拠とはなり得ないがゆえに、証拠法則によって排除される資料に該当する。したがって、たとえ手続外で行われる公表行為に起因するとしても、これらの資料が事実認定者に提供されることは許されないと理解されているのである。

他方、これらの資料とは別に、証拠決定手続を経た後に証拠として認められる可能性のある資料であっても、証拠能力の認められていない段階では、それらは、公表されてはならない。また、証拠能力がすでに認められた資料であっても、当該資料の公表が正当化されるのは、公表延期命令の発布されていない場合であって（４条２項）、さらに問題の公表が公正かつ正確に行われる場合に限られる（４条１項）。また、そのような資料を用いて②のような主張を公表することはできない。このように、侮辱原則によって排除される公表内容は、証拠法則によっても排除を予定されている証拠類型に当たる。手続内では、事実認定の根拠となる証拠は、証拠法則によって、厳密にコントロールされているのに比して、報道等の公表行為は、無秩序に行われうる。それゆえ、手続外

から影響や予断の惹起される場面では、侮辱原則が適用されるのである。この意味で、侮辱原則は、証拠法則の機能を補完し、その実効性を確保する機能を有しているといえる。

このように、侮辱原則は、予断・偏見といった影響を排除し、公正な裁判を確保するために重要な役割を果たしているが、侮辱原則による報道等の公表の制限は、表現の自由の保護との関係で、問題となりうる。

報道等の公表行為を制限する法廷侮辱に関連する場面では、公正な裁判の保護と表現の自由の保護は、衝突する利益として理解されてきた。しかしながら、表現の自由よりも公正な裁判の保護を重視する姿勢は、ヨーロッパ人権裁判所の判断や、侮辱原則初の成文法である1981年法の制定を経ても、大きく変化することはなかった。イギリスにおいて公表制限が容認される大きな理由の一つに、侮辱原則に代わる他の有効な手立てがないことが考えられる。イギリスでは、公正な裁判が非常に重要な利益として認識されており、代わりうる手段がない限り、報道に対する制約を行わなければ、公正な裁判の保護は、実現しないと理解されているのである。このイギリスの姿勢は、特殊であり、表現の自由が憲法上定められているわが国においては、受け入れがたいものと考えられるだろう。しかしながら、わが国においても、裁判員制度・刑事検討会で、市民である裁判員が報道によって影響を受けるのではないかという点が問題視され、偏見報道禁止規定の是非が議論された経緯がある。市民の参加する裁判の中で、報道による影響の問題が認識され、これに対する何らかの手立てが求められるとすれば、わが国は、犯罪報道による影響と表現の自由の問題に関して、イギリスよりも大きなジレンマを抱えることになるかもしれない。この点、今後、犯罪報道の扱いに関する議論が深められるとき、イギリスの法廷侮辱の制度およびその発展について理解しておくことは、いくばくか参考になるように思われる。

では、わが国では、裁判員制度の開始が迫った現在、市民による裁判と報道の影響の問題に対して、いかなる方策がとられているのだろうか。

裁判員制度・刑事検討会では、偏見報道禁止規定の是非が議論された。この議論の根底には、現在行われているような報道が、裁判員に影響を及ぼし、公正な裁判が期待できないのではないか、という懸念が存在する。検討会では、表現の自由を保護する立場からの批判があり、結局、偏見報道禁止規定は結実しなかった。ただし、その前提条件として、報道機関が「自主ルール」を策定

し、自ら偏見報道を行わないよう努めることが要請された。

しかし、前節で述べたように、その後の報道機関の対応は、遅れていた。また、偏見報道禁止規定削除の前提であった自主ルール作りについての、報道機関の認識も、検討会の意図したものとは違っていた。裁判員制度と偏見報道の問題において、頼み綱であった「自主ルール」の策定は、裁判員制度開始までに、重要な局面を向かえることになるであろう。

このような現状の中、平成19年には最高裁参事官によるいわゆる６項目に関する見解が出された。この６項目は、上で述べた法廷侮辱原則が適用される公表類型にほぼ符合し、イギリスの例に照らすならば、市民による裁判に対して危険を及ぼし得るものとして理解できるものである。しかしながら、報道機関側は、この６項目には、批判的な態度を見せており、偏見の生じる危険が懸念される内容が、裁判員制度下においても報道される可能性は、否定できないようである。

市民の参加する刑事裁判との関係で、いかなる報道が問題視されるのか、そして、仮にそのような報道を排除するとするならば、どのような制度設計が必要かという点は、わが国においては、これまで、必ずしも十分には議論されてこなかった。報道機関が裁判員制度下においていかなる報道を行うのか、まだまだ先が見えないところであるが、市民に対する報道の影響が絶大であることは、イギリスの例から述べたところである。

間もなく裁判員制度が始まる。裁判員の予断に対する懸念から、裁判員制度自体の適正さが危機に陥らないためには、まずは、刑事検討会の求めた「自主ルール」策定が報道機関により実現され、かつ、有効に活用されることが、必須の課題になると思われる。

※脱稿後、平成21年２月20日付産経新聞紙上で公表された、「産経新聞ガイドライン」（事件、裁判報道に関するもの）に触れた。他の新聞各社にも、同様の動きがあることを付言しておく。

判例研究

刑事判例研究

関口和徳

刑訴法321条１項の「署名」と刑訴規則61条

最決平18・12・８（平成18年（あ）第1038号、窃盗被告事件）

刑集60巻10号837頁、判時1956号167頁、判タ1230号104頁

【事案】

本件は、被告人が、土木作業場や倉庫等から４回にわたり多数の工具類を窃取したという窃盗被告事件である。

被告人は、１審公判において、いずれの窃盗も行っていないとして無罪を主張し、被害者４名の供述録取書を不同意としたため、そのうち３名については証人尋問が行われたが、残りの１名であるＡについては、脳梗塞の後遺症によって公判段階で供述不能となったため、本件で問題となった検察官調書が刑訴法321条１項２号前段によって証拠採用された。しかし、同条項によって供述録取書が証拠能力を備えるためには、供述者の署名もしくは押印を備えていることが必要であるが、Ａは、供述録取の段階においても病状が悪く、供述はできたものの署名押印ができる状態ではなかったため、録取に立ち会った供述者の二男であるＢがこれを代行して行っていた。

原判決（名古屋高判平18・４・25刑集60巻10号850頁）は、本件検察官調書について、「供述調書が作成された……当時、Ａは自宅療養中で、自宅内で検察官からの事情聴取を受けたものの、病状から起立や自署ができない状況であり、そのためにやむなく取調べに立ち会った二男が署名押印を代行したというのであって、そのような場合、立会人の代行署名及び押印をもって供述者本人の自署押印と同視し得ると解される。したがって、所定の証拠調べを経た上で

上記検察官調書を刑訴法321条１項２号前段により採用した原審の訴訟手続には法令違反は存しない」として証拠能力を認めた。

これに対し、被告人側は、Ａは、「[本件検察官調書―筆者注] 作成当時自宅療養中であったが、供述調書記載のとおりの供述が可能だったのであれば、自署押印を行うべきであり、立会人の代行署名及び押印をもって供述者本人の自署押印と同視し得るとの原判決は支持されるものではなく、適正手続に違反している」などとして上告した。

【判示】

上告棄却。

「関係証拠によれば、⑴ 本件検察官調書（第１審甲第87号証）は、Ａを供述者とするものであるが、末尾には、同調書作成者による「以上のとおり録取して読み聞かせたところ、誤りのないことを申し立てたが、体調不調であると述べ、署名ができない旨申し立てたことから、立会人である供述人の次男のＢをして代署させた。」との記載があり、供述者署名欄には、Ｂが代署したと認められる署名と同人がＡの印を押なつしたものと認められる印影があり、その後の立会人欄にＢの署名及び押印があること、⑵ Ａは、脳こうそくで入院し、退院の約１か月半後の自宅療養中に本件検察官調書の作成に応じたものであって、当時自ら署名押印をすることができない状態にあったこと、⑶ 第1審裁判所は、公判段階においてＡが供述不能であったため、刑訴法321条１項２号前段により本件検察官調書を証拠として採用したことが認められる。

供述録取書についての刑訴法321条１項にいう『署名』には、刑訴規則61条の適用があり、代署の場合には、代署した者が代署の理由を記載する必要がある。しかし、本件検察官調書末尾の上記のような調書作成者による記載を見れば、代署の理由が分かり、また、代署した者は、そのような調書上の記載を見た上で、自己の署名押印をしたものと認められるから、本件検察官調書は、実質上、刑訴規則61条の代署方式を履践したのに等しいということができる。したがって、本件の代署をもって、刑訴法321条１項にいう供述者の『署名』があるのと同視することができるというべきである」。

【検討】

１　刑訴法321条１項が署名・押印を要求している趣旨

刑訴法321条本文は、供述録取書の証拠能力が認められるためには、供述者の署名もしくは押印が必要であると規定している。このように、法が供述録取書に署名・押印を要求している趣旨は次のように解されている。供述録取書はすでに書面であるという点で伝聞であるだけでなく、録取者が供述者から聞いたことを書面で報告するものであることから、二重の伝聞ということになる。そこで法は、供述者の署名又は押印がある場合に限って証拠能力を認めることとした。供述録取書に署名もしくは押印があることによって、録取の点の伝聞性が払拭され、一重の伝聞（書面であるという点のみについての伝聞）となる。すなわち、供述録取書は、供述者の署名・押印によって、供述者が自ら書いた供述書と同格となるわけである[1][2]。

ところで、署名・押印が実質的に果たしている機能については、供述者の署名・押印によって、供述録取書の記載の正確性が担保されることになるという理解が一般的といえる[3]。そこで、学説においては、このように供述録取書に供述者の署名・押印が必要とされる根拠が供述者の供述であることと記載の正確性の担保に求められるとすれば、署名・押印を絶対的な要件とする必要性は乏しいとして、たとえ署名・押印を欠く供述録取書であっても、署名・押印が存在しているのと同程度に正確性を担保しうる他の事情のある場合には許容される場合がありうるものと解されている[4]。

この点、本決定の約１か月前にだされた、最判平18・11・７刑集60巻９号561頁[5]は、刑訴法328条の証明力を争う証拠としての供述録取書の許容性につき、「本件書証は、前記Ａの供述を録取した書面であるが、同書面には同人の署名押印がないから上記の供述を録取した書面に当たらず、これと同視し得る事情

---

[1] 光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）［補訂版］』（成文堂、2005年）216頁。

[2] なお、最決昭29・11・25刑集８巻11号1888頁が、供述録取書についてのみ供述者の署名押印が要求されるとしているのも、このような理解にもとづくものと解されている。

[3] 石井一正『刑事実務証拠法［第４版］』（判例タイムズ社、2007年）206頁。

[4] 伊藤栄樹他『注釈刑事訴訟法［新版］第５巻』（立花書房、1998年）375頁〔香城敏麿執筆〕、松尾浩也編『条解刑事訴訟法［第３版増補版］』（弘文堂、2006年）755頁、石井・前掲（注３）書206頁。

[5] さしあたり、拙稿「刑事判例研究」北大法学論集58巻４号（2007年）384頁参照。

もないから、刑訴法328条が許容する証拠には当たらないというべきである」と判示している。ここから、判例も、署名・押印を欠く供述録取書であったとしても、署名もしくは押印がなされているのと「同視しうる事情」があれば、署名・押印のある供述録取書と「同視しうる証拠」として許容されるという立場に立っているものと解される。

そこで、具体的にどのような場合であれば、供述者の署名・押印を欠く供述録取書が、署名・押印を備えた供述録取書と同視しうるといえるのかが問題となる。とりわけ、供述録取書に関して実務上最も激しく争われているのは、捜査機関によって作成された供述録取書の証拠能力であることから、捜査機関によって取調べが行われたものの、供述者が事情により供述録取書に署名・押印することができない場合に、取調べに立ち会った第三者が代署したという場合に、その供述録取書は、供述者の署名・押印がある場合と同視しうる状況に当たるといえるのかが重要な問題として浮上することとなるが、本決定は、この点について、最高裁として初めての判断を示したものである[6]。

2　署名・押印を欠いた供述録取書の証拠能力

(1)　本決定は、供述者の署名・押印を欠いた供述録取書について、刑訴規則61条を適用することで、その証拠能力を認めたものである。

従来の判例をみると、供述者の署名・押印を欠いた供述録取書の証拠能力について判断したものとしては、次のものを挙げることができる。ただし、いずれの判例も、被告人側の証拠とすることの同意（刑訴法326条）がなされていた点には注意を要する。

まず、【1】福岡高判昭29・1・25判特26号65頁は、供述者Aが瀕死の重傷のため署名・押印することができなかったため、立会人B（Aとどのような関係にある者かは不明）が代署し、かつ立会人としてB自身の署名・指印をした供述録取書の証拠能力につき、次のように判示している。「供述者が受傷等の事故により供述調書に自ら署名押印（指印を含む。以下同じ）をなし得ない場合、該供述に立会った第三者において供述者の氏名を代書し、且つ自己の署名

[6] 本決定の研究として、岩瀬徹「刑訴法321条1項にいう『署名』と刑訴規則61条」平成19年度重要判例解説（2008年）214頁、安村勉「判批」刑事法ジャーナル10号（2008年）134頁がある。

押印をなしたときは該書面は被告人以外の当該供述者の供述を録取した書面と同一視し得べきものと解するを相当とする。従つて該書面を当事者において証拠とすることに同意した場合、該書面の作成された時の情況を考慮し相当と認めるときは、右書面は証拠能力を有するものといわなければならない」と判示している。ただ、この判決はむしろ刑訴法326条の文脈に重点を置いた検討がなされており、刑訴法321条１項の署名・押印の解釈における参考価値は必ずしも大きくはないものと解される。

刑訴法321条１項の署名・押印の解釈については、同じ年に同じ福岡高裁でだされた、【２】福岡高判昭29・５・７高刑集７巻５号680頁が参考になる[7]。この判決は、供述者Ａが重症のため署名・押印できなかったため、実父であるＢが代署し、さらに「右の通り録取し読み聞かせた処誤りなき旨申立てたが本人重傷であつたので立会人実父Ｂが記名し押印した」という記載のある供述録取書の証拠能力につき、次のように判示している。「同条［321条］１項が供述者の署名若しくは押印の存することを条件としているのはこれにより該供述調書の正確性を保障するにあるものと解すべきであるから供述調書に当該供述者において署名若しくは押印（指印を含む）することのできないことにつき正当の事由があるときはたとい該書面に供述者の署名若しくは押印がなくても同条第１項第１号乃至第３号所定の爾余の条件を具備するときは同条項所定の条件を具備するものと同一視し、同条項により証拠能力を有するものと解するのを相当とする」。

ここから明らかとなるのは、判例は、㈠供述者の署名・押印を欠いた供述録取書であったとしても、取調べに立会った第三者による代署が存在する場合には、証拠能力が認められる場合がありうるという立場にたっていること、㈢刑訴規則61条を正面から取り上げずに、供述録取書に署名・押印が存在している

[7] この判決は、たしかに被告人側の同意のある事案ではあるが、本文に引用した判示に引き続き、「仮りに同書面が右法条所定の条件を具備するものでないとしても原審第２回公判調書によれば被告人側において同書面を証拠とすることに同意しているのであるから同書面は刑事訴訟法第326条によりこれが作成されたときの情況を考慮し相当と認めるときは同法第321条の規定にかかわらずこれを証拠とすることができるのであるから……」としていることからしても、本文引用の判示部分は、刑訴法321条１項の署名・押印を欠く供述録取書の証拠能力を考える上で参考に値するものと解される。

のと同視しうるだけの正確性の確保がなされているかという文脈から供述録取書の許容性を判断してきた、ということである。

この点、本件の原審判決である、名古屋高判平18・４・25刑集60巻10号850頁も「供述録取書が作成された……当時、Ａは自宅療養中で、自宅内で検察官からの事情聴取を受けたものの、病状から起立や自署ができない状況であり、そのためにやむなく取調べに立ち会った二男が署名押印を代行したというのであって、そのような場合、立会人の代行署名及び押印をもって供述者本人の自署押印と同一視し得ると解される。したがって、所定の証拠調べを経た上で上記検察官調書を刑訴法321条１項２号前段により採用した原審の訴訟手続には法令違反は存しない」として、従来の判例と同様に、刑訴規則61条を持ち出すことなく、刑訴法321条１項本文が要求している供述者本人の署名押印と同視しうる状況が認められることを根拠に、本件供述録取書の証拠能力を判断している。

他方、学説に目を転じてみても、刑訴法321条１項本文によって要求されている「署名」に刑訴規則61条が適用されるのかについては、必ずしも意識的に取り上げられてはこなかったというのが実情である[8]。学説においては、先にも述べたように、供述者の署名・押印を欠く供述録取書であっても、署名・押印があるのと同視しうる状況が存在するのであれば証拠能力が認められる場合のありうることについてはほぼ一致をみているが[9]、どのような場合であれば証拠能力が認められるのかについては、㈠「供述者が録取の正確性を承認しない、あるいは署名押印を拒絶するというような事情がないのに、署名押印ができない特別の理由があり、他に録取の正確性を保障するに足りる状況が認められるような場合」[10]であるとか、㈡「本人の肯定確認があったといえる場合」[11]などが、証拠能力が認められる場合にあたるといった見解が存在しているもの

---

8 注釈書などにおいても、刑訴規則61条に関連した記述はみられない（藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（５）Ⅰ』［青林書院、1999年］245頁〔中山善房執筆〕参照）。

9 前注４参照。

10 田尾勇「供述者の署名押印を欠く調書」『証拠法大系Ⅲ』（日本評論社、1970年）93頁。同旨、石井・前掲（注３）書206頁。

11 平場安治他『注解刑事訴訟法（中）［全訂新版］』（青林書院新社、1982年）737頁〔鈴木茂嗣執筆〕。

の、刑訴法321条１項にいう署名・押印と刑訴規則61条との関係についてはほとんど論じられてこなかったといってよい[12]。

もっとも、刑訴法321条１項にいう「署名」に刑訴規則61条が適用されるということが、これまで全く認識されてこなかったのかといえば必ずしもそういうわけではない。たとえば、【３】名古屋高判昭25・７・26判特11号96頁は、「尚職権を以て原裁判所が為した訴訟手続の当否に付いて調査すると、原判決が原判示事実を認定するに際〔し〕て、Ａ被告人の検察事務官に対する供述調書を援用していることは前叙の如くであるが、同Ａの検察事務官に対する供述録取書中には、之が供述者であるＡの署名は勿論之を代書した旨の記載も存しないこと並びに右被告人の検察事務官に対する供述調書は之が作成者である検察事務官の署名押印を欠き、僅かに記名押印の存する事実を認め得るに過ぎないことが、本件訴訟記録に編綴されている右各供述調書により明らかであるから、前者に付いては刑事訴訟規則61条、後者に付いては同規則58条に夫々違背して作成されたものと謂うべく……」としているが、これは、まさに刑訴法321条１項にいう「署名」に刑訴規則61条の適用があることを前提にした判断であるといえよう。また、学説においても、田中和夫教授が、刑訴法321条１項本文の「署名」に刑訴規則61条の適用があることを明確に述べられている[13] [14]。

---

[12] なお、学説においては、供述者が署名・押印できないのであれば、刑訴法324条により、供述に立ち会った者を証人尋問すればよいとして、立会人に代署させることで供述録取書を用いることについて疑問を呈する見解もある（松尾監修・前掲（注４）書692頁。小野清一郎他『ポケット註釈全書　刑事訴訟法（下）［新版］』［有斐閣、1986年］878頁〔横井大三執筆〕も同旨か）。

[13] もっとも、「署名又は押印できない場合について、刑訴規則61条には『官吏その他の公務員以外の者が署名押印すべき場合に、署名することができないときは、他人に代書させ、押印することができないときは指印しなければならない』（１項）、『他人に代書させた場合には、代書した者が、その事由を記載して署名押印しなければならない』（２項）と規定している」とするのみで、刑訴法321条１項と刑訴規則61条との関係について掘り下げた検討はなされていない。田中和夫『新版証拠法［増補第３版］』（有斐閣、1971年）135頁参照。

[14] なお、従来の判例・学説の大勢が、刑訴法321条１項のいう「署名」に刑訴規則61条の適用可能性について検討してこなかったことについては、「前の60条に私人が作成する書類への署名押印の必要性を定めた規定があり、とりわけ平成４年に60条の２が追加されるまでは、一見すると、61条は、60条の規定を

(2) 本決定は、「供述録取書についての刑訴法321条１項にいう『署名』には、刑訴規則61条の適用があ［る］」とした。すなわち、本決定は、刑訴法321条１項の要求している「署名」は必ずしも本人のものである必要はなく取調べに立ち会った第三者の代署によるものでもよいということを確認し、その上で、「本件の代署をもって、刑訴法321条１項にいう供述者の『署名』があるのと同視することができるというべきである」としているのである。

従来の判例・学説によれば、供述者以外の第三者による代署の存在は、供述者による署名・押印のある場合と同視することができる状況が認められるかどうかを判断する上での１つの要素であると解されてきたわけであるが[15]、本決定は、刑訴法321条１項の「署名」に刑訴規則61条の適用があり、刑訴規則61条の要件を満たす代署が存在する限り、それをもって刑訴法321条１項にいう供述者の「署名」があるのと同視することができるとしたものであり、この点に、従来の判例・学説と本決定との本質的な相違点を見出すことができるように思われる。すなわち、本決定は、従来、第三者による代署が供述者本人の署名と同視しうる状況にあるというためにはどのような形式に則るべきなのかについて、統一的な解釈を欠いていたように思われるが、本決定は、刑訴法321条１項にいう「署名」に、刑訴規則61条を適用することで、供述に立ち会った第三者の代署が有効性を認めるための形式・要件について、統一的な解釈を示した点に重要な意義が認められるのである。

3 具体的検討

(1) 本件代署は刑訴規則61条の形式を満たしているか

(1) ところで、刑訴規則61条１項は、「官吏その他の公務員以外の者が署名押印すべき場合に、署名することができないときは他人に代書させ、押印することができないときは指印しなければならない」とし、同条２項では、「他人

受けて、私人が自ら作成する書類への署名押印の方法について規定したものであるようにも見えたため、捜査機関が作成する供述録取書に認証の意味で行う署名押印は性質が異なり、本来の適用対象ではないという見方がされる傾向があったのではないかと推測される」という指摘がある（判時1956号169頁、判タ1230号105頁の匿名解説参照）。なお、この指摘に対して批判を加えるものとして、安村・前掲（注６）論文137頁。

15 本件原判決も同様である。

に代書させた場合には、代書した者が、その事由を記載して署名押印しなければならない」とし、代署の形式を定めている。そこで、本件の代署の形式を見ますと、本件の代署の形式は、本件検察官調書の末尾部分に、その作成者による「以上のとおり録取して読み聞かせたところ、誤りのないことを申し立てたが、体調不良であると述べ、署名ができない旨申し立てたことから、立会人である供述人の次男のＢをして代署させた」という記載があり、それにＢの署名・押印があるのみである。そこで、本件の代署の形式は、刑訴規則61条の規定する代書の形式を満たしたものであるといえるのかが問題となる。

⑵　この点、本決定は、「本件検察官調書末尾の上記のような調書作成者による記載を見れば、代署の理由が分かり、また、代署した者は、そのような調書上の記載を見た上で、自己の署名押印をしたものと認められるから、本件検察官調書は、実質上、刑訴規則61条の代署方式を履践したのに等しいということができる」としている。刑訴規則61条２項は、「代書した者が、その事由を記載して署名押印しなければならない」としているのに対し、本件検察官調書においては、代署の理由が代署したＢによって記載されていないものの、本件検察官調書末尾部分の記載内容は刑訴規則61条２項が要求している代署の理由にあたるものであり、その代署の理由についても、㈠供述者であるＡが「誤りのないことを申し立てた」こと、㈡「体調不良であると述べ、署名ができない旨申し立てた」こと、㈢そのためにＢが代署することになった、という本件検察官調書にＢが代署をするにいたった経緯が具体的に記載されており、そのような記載の後に、代署をしたＢが署名をしていることから、Ｂ自身が、予め記載されていた代署の理由を確認した後に、それを肯認していることが窺われ、実質的にみてＢ自身が自筆で代署理由を記載したのと同視しうるという判断にいたったものと解される[16]。

---

[16] 旧刑訴法や旧刑訴法下での判例を参照しつつ、「現行の規則61条の解釈としても、その違背が直ちにその効力に結び付くものではないとしてよいであろう。まして本件は方式違背とはいえ代署そのものはあったのであるから、供述者の署名があると同視できるとした判断は容易に是認できると思われる」（岩瀬・前掲（注６）論文215頁）という指摘もある。確かに、刑訴規則61条については、旧刑訴法74条を引き継いだものであると解されているが（最高裁判所事務局刑事部『刑事裁判資料14号　刑事訴訟規則説明書』［1948年］36頁参照）、被告人に対し証人審問権を保障している憲法37条２項の趣旨に鑑みれば、刑訴規則61

⑵ 代署しうる者に限定を付すべきか

⑴ ところで、本決定は、「本件の代書」すなわち刑訴規則61条１項の規定による代署によって、「刑訴法321条１項にいう供述者の『署名』があるのと同視することができる」としている。しかし、刑訴規則61条をみると、そこには、「他人に代書させ」とあるのみであり、どのような「他人」であれば代署が許されるのかについて明示されていない。また、刑訴規則61条２項をみると、代署の理由について記載することを要求してはいるものの、どのような事情に該当すれば代署が許されるのかが明確ではない。この点については、刑訴規則は特に限定を付していないという理解も成立しうる。しかし、刑訴法321条本文に照らしても明らかなように、署名・押印は、供述者本人がこれをすることが原則である。したがって、代署しうる者や、代署が許される場合については、一定の限定を付す必要がある。この点、本決定は、刑訴法321条１項にいう「署名」に刑訴規則61条を適用し、供述に立ち会った第三者の代書を、刑訴法321条１項にいう「署名」と同視しうるという立場に立つわけであるから（すなわち、第三者の代署が直接に供述録取書の成立に結びつくのであるから）、代署しうる者や代書の許される場合については、なおさら一定の絞りをかける必要があるように思われる。

先にも述べたように、刑訴法321条１項によって、供述録取書に供述者の署名・押印が要求されているのは、供述録取書はすでに書面であるという点で伝聞であるだけでなく、録取者が供述者から聞いたことを書面で報告するものであることから、二重の伝聞に当たるため、供述者の署名押印によって録取の点の伝聞性が払拭して一重の伝聞（書面であるという点だけでの伝聞）とするためである。そうであるとするならば、刑訴規則61条による代署を行いうる者は、「供述者本人の依頼」のあった者に限るべきではないかという疑問が生じてくるのではなかろうか。

このような疑問を先駆的に提起されたのが平野龍一博士である。平野博士は、先に紹介した【２】福岡高判昭29・５・７を取り上げつつ、次のように述べられた。「供述者が瀕死の重態で署名も押印もできないときは、親が本人の氏名を記載して押印した場合でもよいとした判例があるが、本人の依頼があった場合でなければならないであろう」[17]。すなわち、繰り返しになるが刑訴法321条

条についてもより実質的な解釈が求められているように思われる。

[17] 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）211頁。

１項が供述録取書に供述者の署名・押印を要求している主眼が、供述録取書に署名・押印を要求することによって、供述録取書に存在している二重の伝聞性のうちの一つを払拭し、供述書と同格にすることにあるとすれば、かりに代署が許されるとしても、それには供述者の主体的な関与が必要であるというわけである。また、学説においては、【２】福岡高判昭29・５・７につき、鈴木茂嗣教授が、「署名・押印を欠くことにつき正当な理由があるというだけでは足りないが、さらに本人の肯定確認があったことが証明されれば証拠能力を認めてよい」[18]として支持されているが、この鈴木教授の見解には、供述者本人が供述内容を確認したかどうか重視する視点、すなわち仮に供述者本人が署名・押印をすることができないとしても、供述録取書の内容確認に本人自身が関与すべきという、平野博士と同様の問題認識が横たわっているものと解される。また、先にみた田尾勇判事（当時）の見解[19]や、「原供述者の肯定確認があることが証明されているので、父親の代署・押印を本人の署名・押印と同一視して差し支えない」[20]とする中山善房元判事の見解にも同様の問題認識を窺うことができるように思われる。

⑵　本決定は、供述者Ａが、Ａの署名を代書したＢに対して代署を依頼した事実（すなわち、代署に供述者であるＡ本人が関与した事実）を具体的に認定していないことから、刑訴規則61条によって代署しうる者を限定する立場にたつものではないという考え方も成り立ちうる[21]。たしかに、本決定においては、刑訴規則61条の代署の有効性を判断する上で、供述者と代署者との間に依頼関係があったかどうかばかりでなく、供述者と代署者とがどのような関係にあるのかについてさえも決定文中では具体的に検討されているわけではない。このような点に着目するならば、本決定は、刑訴規則61条にいう代書の有効性を判断するにあたって、供述者本人の依頼を不要とする立場にたっているというように解することも不可能ではない。

しかし、かりに決定文の中で具体的に取り上げて検討がなされていないとしても、いうまでもなく判例が個々の事案に対する裁判所の判断である以上、本

18　平場ほか・前掲（注11）書736頁〔鈴木執筆〕。
19　前掲注10参照。
20　藤永ほか・前掲（注８）書245頁〔中山執筆〕。
21　岩瀬・前掲（注６）論文215頁。

件の事案の性格を見過ごすべきではないのではなかろうか。そこで本件の事案をみると、本件は、「当時、Aは自宅療養中で、自宅内で検察官からの事情聴取を受けたものの、病状から起立や自署ができない状況であり、そのためにやむなく取調べに立ち会った二男［B］が署名押印を代行した」というものである。本件供述録取書の供述者Aと代署したBとが親子の関係にあることや、Bが自宅での事情聴取に立ち会っていることなどに鑑みれば、AとBとの間には、暗黙の依頼関係が存在していたとみることも可能であるように思われる。このように、本決定と本件の事案とを併せて考えるならば、本決定の射程は、さしあたり、親子間であるとか、兄弟姉妹であるとか、あるいは同居の親族など、供述者の意思を的確に反映することのできる者についてのみ及ぶと解しておくのが妥当なのではなかろうか。この点、代署によって供述録取書の成立が認められた【2】福岡高判昭29・5・7も、代署をした者が供述者の実父であったことは銘記しておくべきであろう。

また、実質的にみても、本決定は、刑訴規則61条による代署をもって、供述者本人の署名がある場合と同視することができるとするものであるから、刑訴規則61条によって代書しうる者に一定の限定を施さないとすれば、供述者の署名・押印を供述録取書の証拠能力の要件としている刑訴法321項1条本文は、空文化することになってしまう。このような立場を、最高裁が是認しているとは、到底解することはできないように思われる。

さらに、先にも述べたように、刑訴法321条1項が供述録取書に署名・押印を要求している趣旨は、供述録取書は、二重の伝聞証拠であることから、それに本人が署名若しくは押印をすることで、二重の伝聞性を解除することにある。そうであるとするならば、もし刑訴規則61条の代署が供述者本人の関与しない代署であるのならば、それは二重の伝聞性を解除したことにはならないのではないか。たしかに、刑訴法321条1項が供述録取書に供述者の署名・押印を要求している趣旨が、録取の内容の正確性を担保するためであるにすぎないと解するのであれば、供述に立ち会った第三者が代署することについて供述者本人の関与を要しないという考え方も成り立ちうる[22]。また、このような理解にた

[22] 記載内容の正確性を供述者自身が確認していないことを理由に、画一的に供述録取書の証拠能力を否定することに対し、疑問を投げかけるものとして、石井・前掲（注3）書206頁。

てば、代署しうる者や代署が許される場合について、特段の制約を設ける必要性は乏しいといえるのかもしれない。しかし、刑訴法321条１項が供述録取書に供述者の署名・押印を要求している趣旨は、供述者の供述であることや録取の正確性を担保することに尽きるといえるのであろうか。この点、供述者が署名・押印をすることを拒否した場合（刑訴法198条５項、同223条２項）には、その拒否の理由がいかなるものであるかにかかわらず供述録取書の証拠能力は認められないが[23]、このことは、供述録取書における署名・押印は、供述者の意思に基づくものでなければならないことを示唆している。そうであるとすれば、刑訴規則61条によって代署が許されるとしても、その代署は供述者の意思に基づく代署でなければならないと解すべきではなかろうか。

もっとも、このような考え方に対しては、判例が、供述を録音・録画した記憶媒体の証拠能力については、録音・録画機器の正確性をもって署名・押印がある場合と同視しうるとしていること[24]との整合が失われはしないかという批判がありうるかもしれない。しかし、記憶媒体と供述録取書とを比較すると、記録の正確性という点について供述録取書は格段に劣っているといわなければならない。供述録取書は、供述者の供述内容を、録取者を介して記録したものだからである。さらに、供述録取の方法について、録取者が要約して記録をすることも認められていることが[25]、供述内容の正確性という点での供述録取書の脆弱性を増幅させているように思われる。供述者自身が録取の内容を確認しない、すなわち、供述者自身の関与しない「単なる署名・押印は無意味である」[26]といわれる理由の１つはこのような点にあるものとも解される。

このように考えてくると、刑訴規則61条によって供述録取書に代署しうる者にはやはり限定を付すべきであり、代署しうる者は、供述者本人の依頼があった場合であるとか[27]、明確な依頼が認められない場合については、本件事案の

---

23 さしあたり、石井・前掲（注３）書206頁参照。

24 最近のものとして、大阪高判平17・6・28判タ1192号186頁（和歌山毒入りカレー事件）。なお、白取祐司「『ビデオ裁判』への危惧は払拭されたか？」季刊刑事弁護31号（2002年）14頁も参照。

25 池上政幸「調書の作成」河上和雄編『刑事裁判実務大系　犯罪捜査』（青林書院、1991年）544頁等参照。

26 平場ほか・前掲（注11）書737頁〔鈴木執筆〕。

27 平野・前掲（注17）書211頁。

ように供述者本人と暗黙的な依頼関係をみとめることのできる人物に限られるとすべきであろう。なお、いずれの場合も、供述者本人が供述録取書に記録されている内容に誤りのないことを確認していることが前提である。本件の事案に鑑みれば、このような考え方と本決定はとは必ずしも矛盾するものではないように思われる。

＊本稿脱稿後、芦澤政治「時の判例」ジュリスト1368号（2008年）126頁、同「判解」法曹時報60巻12号（2008年）260頁に接した。

判例研究

民　事　判　例　研　究

南　　健悟

北海道拓殖銀行責任追及訴訟（カブトデコムルート）最高裁判決

最高裁平成20年１月28日第二小法廷判決（平成17（受）第1440号、損害賠償請求事件、破棄自判）

裁判所時報1452号８頁、判時1997号148頁、判タ1262号69頁、金法1838号55頁、金商1291号38頁

〔参照条文〕民法644条、平成17年改正前商法254条、254条の３、266条、会社法423条

【事実の要旨】

被上告人Ｙ１～Ｙ４（以下、「Ｙら」という。）は北海道拓殖銀行（以下、「拓銀」という。）の元取締役であり、他方、上告人Ｘ（株式会社整理回収機構）は拓銀から、役職員に対する損害賠償請求権等を含む資産を譲り受けた者である。

拓銀は、昭和60年ころから道内における中小の成長企業を主体に経営情報サービスの提供を通して企業の成長と拓銀の利益を拡大することなどを目標として掲げ、道内の若手経営者を中心に企業育成を行う戦略を採用していた。ところで、カブトデコムの代表者だった訴外Ａは自社開発プロジェクトを説明した上で、拓銀に主力銀行となることを要請した。そこで、拓銀第１支店部は、上記要請を受け、調査を行ったが、訴外Ａの手腕・実績には評価できる面もあるが、財務内容の不透明性、依頼資料の不提出等、とても主力銀行として永続的な取引関係を維持することはできない状況にあり、当面は従来通り保全重視でプロジェクトごとの個別対応にすべきであるとした。しかし、当時の頭取の

訴外ＢとＹ３は昭和60年５月、子会社の財務諸表を公開することなどを要請した上で主力銀行になることを了承した。ただし、昭和63年、融資部事業調査室による調査では、カブトデコムの売上げ及び収益は順調だが、それは子会社との仕組み取引[*1]を含む自社開発プロジェクトによるものが相当額認められ、借入金が過大で資金繰りは多忙であり、不健全資産比重も高いなど財務内容は良好とはいえず、今後取引する場合には、プロジェクトごとに貸付金の使途を管理すること、グループ全体の業況について定期的に調査し、担保の管理を行うこと、カブトデコムに関する情報を充実させることなどに留意すべきことが指摘された。

昭和63年、カブトデコムの関連会社であるエイペックスを事業主体とし、カブトデコムが建設工事を受注する形で、総工費515億円のリゾート開発（エイペックス事業）を計画した。そこで、拓銀は、エイペックスの会員権の販売が終了するまでのつなぎ資金を融資するとともに、自らも会員権の一部を販売するなどしてエイペックス事業を支援することとした。

⑴ 第１融資

カブトデコムは、平成２年２月、東証２部上場及びプロジェクト資金の調達を目的として、発行価額１株当たり１万5500円で350万株、総額542億5000万円の第三者割当増資を行うことを計画し、拓銀に対して、このうち109万5000株、総額169億7350万円を引き受ける予定のカブトデコムの関連企業12社にその資金を融資するよう要請した。そこで、拓銀では投融資会議で本融資について審議された。上記会議では、カブトデコムの売上げ及び経常利益の急伸、同社の保有土地の値下がりが考えられないこと、拓銀の指導力を保持すれば、業績悪化を回避できること、融資することで新たなビジネスチャンスが拡大することを理由に融資を決定した。なお、債権保全のため引受株式に担保を設定し、ほ

[*1] カブトデコムの仕組み取引は、原告の民事提訴の要旨によると、カブトデコム自らの子会社、関連会社等に地上げをさせたうえで、当該子会社、関連会社等からカブトデコムに対し地上げ土地上の建物の建築工事を発注させ、工事が完成した段階で、カブトデコムが土地・建物を買い取り、これをさらに子会社、関連会社等に売却したり、あるいは賃貸するというものであったとされる（北海道新聞社編「拓銀はなぜ消滅したか」（北海道新聞社、1999年）311～312頁参照）。

かは訴外Aの個人保証であった。しかし、その後、札幌市周辺地価は下落し、またエイペックス会員権も販売不振で、カブトデコムの現預金資産は大幅に減少した。また、カブトデコム株の株価も低迷し、最終的には担保株式だけでは保全不足の状態になり、最終的には同社への貸付金のうち192億1798万3951円が未回収となった。

(2) 第2融資

平成3年12月に日銀考査が行われ、カブトデコムに対する債権の一部がS分類に相当する懸念があると指摘された。拓銀総合開発部は経営会議において、カブトデコムが初めて減収減益となったことを報告した上、カブトグループは借入金に見合う資産を有しているなどとして、カブトデコムの同年度中の資金需要に対し、500億円を限度として融資に応じたい旨の意見を具申した。同経営会議では、カブトグループ全体の財務状況を明らかにすることなどを求め、いったん貸出については未了承とした。そして、Y1及びY3が出席した平成4年4月3日の経営会議で、連結貸借対照表等の資料の提出を受け、プロジェクト資金160億円を融資することが決定され、実行された。その後も、平成4年度中に500億円を限度に融資を行うとの方針に基づき経営会議の決裁を経て、380億円を融資した。なお、第2融資の際には、カブトデコム所有不動産に根抵当権が設定されたが、その実効担保価格は、合計164億1200万円であった。最終的に、第2融資については、融資額のうち308億9450万円が回収困難となった。

(3) 第3融資

当時の頭取であったY1の指示によって総合開発部が行った調査の結果、平成4年9月までに、エイペックス会員権は販売が停滞してキャンセルが相次いでおり、会員権売上げが約334億円のうち約153億円をカブトデコムが流用していた事実が判明したこと、不動産市況が現状のまま推移すれば平成6年3月期において不動産及びその他の資産についてカブトグループ全体で2032億円の含み損が発生し、899億円の債務超過になること、拓銀等からの融資残高は同4年9月30日現在で2597億円であり、時価評価で1940億円の保全不足になっているが、この保全不足はエイペックス事業の完成に伴う担保物件価値の増加によって417億円減少することが見込まれていることが報告された。また、エイ

ペックス事業については、第２次正会員権が全く売れない場合には、カブトデコムが流用資金を返還したとしても、事業の完成には更に307億円が必要となる一方で、第１次正会員権が完売できたと仮定した場合、第２次正会員権を販売せずに必要な事業費を全額借入で賄ったとしても、金利逓減等の措置を用いれば10年後には単年度決算が黒字に転換するので事業化が可能であるとの報告がされたが、ホテル稼働率や収益予測等について具体的な検討はなかった。

上記調査結果を踏まえ、被上告人Ｙ１及びＹ３が出席した平成４年10月26日の経営会議で善後策が協議され、その中で、カブトデコムはもはや存続不可能と判断される一方、拓銀はエイペックス事業に深く関与しておりこれを完成させる責任があること、同５年３月までにカブトデコムによる合計約389億円の手形決済が予定されており、拓銀は道内のリーディングバンクとして企業の連鎖倒産を避ける必要があること、カブトグループに総額368億円を貸し出している共同信用組合が破たんするおそれがあり、その場合は拓銀に支援要請が来ると考えられることなどの指摘があった。

協議の結果、エイペックス事業に係るホテルが開業する予定の平成５年６月までカブトデコムの延命に最低限必要な資金を融資しながら、その間に、①カブトデコムの保有物件を拓銀の関連会社に購入させ、売却代金を拓銀に対する返済に充てさせること、②未登記の担保権について正式に担保設定登記をし、担保に入っていない物件に追加担保を設定し、海外部門の物件を売却して債権回収に当てること、③エイペックス等の自立して収益可能な企業を分離独立させることなどが提案され、これが了承された。

上記基本方針に基づき、拓銀はカブトデコムに合計409億円を融資した。なお、その際、エイペックス会員権の在庫や海外物件の売却代金から回収されることが予定され、新たに不動産や株式に担保が設定されたが、その実効担保価格は約110億円で、同年６月までに未登記の担保権について登記手続がなされたが、その実効担保価格は合計約53億円であった。

その後、訴外Ａがカブトデコムの関連会社に手形を発行させて自己の債務の弁済に充てたことが判明するなどしたため、平成５年10月26日の取締役会で同社への支援を打ち切ることを決定した。そして、エイペックスはホテルの運営を第三者に委託して再建を試みたが、拓銀が破たんしたため、平成10年３月にエイペックスも破産した。

そして、最終的には第３融資のうち、374億9557万7000円が回収困難となっ

ている。

以上の事実により、拓銀から債権譲渡を受けたＸ（株式会社整理回収機構）がＹらのした各融資につき善管注意義務、忠実義務違反があったとして損害賠償請求をしたものである。

【第一審及び原審の判断】

⑴ 第一審：札幌地判平成14年12月25日（LEX/DB28080956）

Ｘの請求すべてを正当と認め、全部認容した。

⑵ 原審：札幌高判平成17年３月25日（判タ1261号258頁、資料版商事法務256号85頁）

「⑴ 第１融資について

（拓銀による企業育成路線が違法・不当であったとは認められないとした上で）第１融資は、当該融資そのものによる金利等の収益を目的とする通常の銀行融資とはその性質を異にするもので、相当期間の長期にわたる融資先の育成及びエイペックス事業の成就を見据えた拓銀としての将来における長期的な営業戦略の一環としての性格が強く認められ、業務態様としては、拓銀にとっての単純な貸付（融資）ではなく、また、もっぱら融資先の需要に基づいて融資先の計算において実行された融資でもなく、拓銀にとっては、融資元本の回収及び利息にによる収益を超える利益を目指したもの、あるいは、当該融資先の営業拡大に伴うさらなる融資及び融資利益の拡大を目指した投資的性格が色濃く認められるものであった。こうした投資的性格に鑑みるならば、融資先に既存の物的かつ確実な担保提供を求めること自体が不可能を強いるものであり、発展途上の企業を育成するという目的にそぐわない…。

…第１融資当時の金融取引の実情として、資金需要者企業の発行する新株と引当てとする融資の相当性も承認されていたと認められるのであるから、第１融資がカブトデコムの新株を引当てとしたことを捉えて、第１融資が不相当であったというべきではない。

…本件においては、…投融資会議に参加した控訴人Ｙらによる第１融資を相当とした判断に、拓銀の取締役として尽くすべき注意義務違反があったとは認められない。」

「(2)　第２融資について

…第２融資は、客観的には、既に資産状況が危殆に瀕したカブトデコムに対する融資であって、もはや投資的融資としての合理性を失っていたにもかかわらず、融資そのものの相当性や必要性について、カブトデコムの変調の上記徴候に基づいて改めて必要とされる客観的調査やそれに基づく検討を経ることなく、第２融資の実施を了承した上記各経営会議に参加した控訴人Ｙらには、取締役としての注意義務違反が認められる。

…第２融資は、そもそも、カブトデコム及び関連会社の企業継続価値になおも依拠していた点で、判断の前提において相当性を欠いていたと認められるのみならず、実際に徴求された担保の実効担保価格は、第２融資の額である540億円を大幅に下回る164億1200万円にとどまるものであったから、第２融資を決定した上記（平成４年３月23日開催の）経営会議に参加した控訴人Ｙらには、取締役としての注意義務違反が認められる。」

「(3)　第３融資について

…カブトデコムの即時の倒産を回避して、従前からの拓銀の取引先企業等を含む関連倒産を防止し、リーディングバンクを標榜する拓銀として北海道内の金融秩序を維持するほか、その他の経済的混乱を回避するとともに、拓銀が全面的に支援し、関与してきたエイペックス事業の独立と継続を図り、もって、拓銀の銀行としての対外的信用を維持するという目的のもとに実施された融資として、その相当性を肯定する余地がある…。

…拓銀としては、それまでにエイペックス事業に深く関与しており、これを完成させるべき社会的責任や道内リーディングバンクとして、道内企業の連鎖倒産を避ける必要性（略）を無視することはできず、平成４年10月26日に開催された経営会議において、道内経済混乱回避策及び拓銀のリスクウェイト軽減措置をとるためには数ヶ月を要するとの予測のもとに、その間におけるカブトデコムの倒産を回避するための延命に最低限必要な資金を融資しながら、エイペックス事業のカブトデコムからの分離方策及びカブトデコム破綻に備えた拓銀の負担軽減措置をとることとして、第３融資が決裁されたものと認められるところ、こうした選択は、拓銀とカブトデコム及びエイペックス事業とのそれまでの関わりに照らして、必ずしも不合理とはいえず、また、拓銀にとって、エイペックス事業をカブトデコムから分離させた上で完成させることにより、エイペックス事業についての社会的責任を果たせるだけでなく、エイペックス

を含む担保物件の完成によってエイペックスを含む担保対象物件の価値が約417億円増加することが見込まれるなどエイペックス関連債権の不良債権化が大幅に回避できるメリットもあったことに鑑みると、第３融資については、その相当性を認めることができ」る。

「…拓銀としては、関連倒産の回避及びエイペックスの存続を真実の目的として第３融資を実施したと認めるのが相当である。また、…道内経済の混乱回避等の観点からすれば、拓銀自体の破綻こそ回避されるべきであった旨の主張については、平成９年11月の拓銀破綻という事実に照らし、首肯しうるものがあるが、それは、第１融資以前からの拓銀の企業育成路線の採用や育成先企業としてカブトデコムを選択したこと並びに第１ないし第３融資の実行及び各融資の回収状況を事後的に評価した上でのものであって、第３融資当時の客観的予測として、拓銀の破綻を現実に想定すべきであったとか、そのためには、不良債権化したカブトデコムに対する債権の即時の回収のみが必須の選択であったとか、エイペックス事業の存続にはメリットがないことが明らかであったとまではいえない。

…したがって、平成４年10月26日開催の上記経営会議に参加した控訴人Ｙらには、商法266条１項５号に基づく、第３融資による回収不能相当額についての損害賠償責任はない。」

第１融資及び第３融資の部分についてＸが上告。

【判旨】

破棄自判。

「(1)　第１融資について

…第１融資に係る債権の回収は専らカブトデコムの業績及び株価に依存するものであったということができる。株式は…価格の変動幅が大きく、景気動向や企業の業績に依存する度合いが極めて高いものであることに加えて、融資先はいずれもカブトデコムの業績が悪化した場合には、カブトデコムの株価すなわち担保価値の下落と融資先の業績悪化とが同時に生じ、たちまち債権の回収が困難となるおそれがあるから、…銀行が融資先の関連企業の業績及び株価のみに依存する形で195億7000万円もの巨額の融資を行うことは、そのリスクの高さにかんがみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。しかも、…融資先が弁済期に担保株式を一斉に売却すれば、それによって株価が暴落する

おそれがあることは容易に推測できたはずであるが、その危険性及びそれを回避する方策等について検討された形跡はない。…カブトデコムについては、第１融資を決定する以前の昭和60年調査及び昭和63年調査において、その財務内容がきわめて不透明であるとか、借入金が過大で財務内容は良好とはいえないなどの報告がされていたもので、このような調査結果に照らせば、拓銀が当時採用していた企業育成路線の対象としてカブトデコムを選択した判断自体に疑問があるといわざるを得ないし、カブトデコムを企業育成路線の対象とした場合でも、個別のプロジェクトごとに融資の可否を検討するなどその支援方法を選択する余地は十分にあったものと考えられ、あえて第１融資のようなリスクの高い融資を行ってカブトデコムを支援するとの判断に合理性があったとはいい難い。

そうすると、第１融資を行うことを決定した被上告人らの判断は、…当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人らには銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。…（損害について）第１融資により、回収困難となっている貸付残高相当額192億1798万円の損害が拓銀に生じたことが明らかである。」

「(3)　第３融資について

…第３融資は、大幅な債務超過となっては単に瀕したカブトデコムに対し、もはや同社の存続は不可能であるとの認識を前提に、エイペックス事業が完成する予定の平成５年６月まで同社を延命させることを目的として行われたものである。第３融資に際し、カブトデコムの所有する不動産等に新たに担保が設定されたが、その実効担保価格は約110億円にすぎず、また、同月までの間に未登記の担保権について登記手続がされたが、その実効担保価格も合計約53億円であって、これらを合わせても、第３融資の額である409億円に到底見合うものではなく、第３融資はその大部分につき当初から回収の見込みがなかったことは明らかである。

…前記認定事実によれば、経営会議において第３融資を行うとの方針を決定した時点では、既にエイペックス会員権の販売不振や相次ぐキャンセルに加え、エイペックス会員権の売上金約334億円のうち約153億円をカブトデコムが流用していた事実が判明していた上、カブトデコムがその流用資金を返還したとしても、エイペックス事業の完成には更に307億円が必要となると報告されてい

たというのであって、それらの事実に照らせば、エイペックス事業自体の採算性について大きな疑問があり、中長期的にも、エイペックス事業を独立して継続させることにより第３融資に見合う額の債権の回収が期待できたということはできない。（総合開発部調査による報告）内容が十分な資料の検討に基づく合理的なものといえないことは明らかである。

…（連鎖倒産防止、共同信用組合破たんのおそれを考慮したとの主張に対して）第３融資は、カブトデコムを再建、存続させるためのものではなく、もはや同社は存続不可能との前提でその破たんの時期を数ヶ月遅らせるためのものにすぎなかったというのであるから、第３融資を実行してカブトデコムを数ヶ月間延命させたとしても、それにより関連企業の連鎖倒産を回避できたとも、共同信用組合の破たん及び拓銀に対する支援要請を回避することができたとも考え難い。したがって、関連企業の連鎖倒産のおそれや共同信用組合の破たんにより拓銀にその支援要請が来るおそれがあったことをもって、第３融資を行うとの判断に合理性があるということはできない。

そうすると、第３融資を行うことを決定した被上告人Ｙ１及びＹ３の判断は、当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得ず、被上告人Ｙ１及びＹ３の判断には銀行の取締役としての忠実義務、善管注意義務違反があったというべきである。…（損害について）第３融資により、回収困難となっている貸付残高相当額374億9557万7000円の損害が拓銀に生じたことが明らかである。」（以上の括弧及び下線は筆者による）

【検討】

Ⅰ．本判決の意義

バブル経済崩壊後、数多くの金融機関が破綻し、株主代表訴訟または整理回収機構による責任追及訴訟がいくつも提起され、下級審において多くの判断が出されているが、本判決は、金融機関取締役の融資判断につき善管注意義務・忠実義務違反が争われた事例に関して、事例判決とはいえ、最高裁として判断を示したものとして意義を有する[*2]。

[*2] なお、北海道拓殖銀行の破綻の経緯等について、前掲註１・北海道新聞社編、北海道新聞社編「検証拓銀破たん10年」（北海道新聞社、2008年）が、カブト

Ⅱ．銀行取締役の融資判断に関する裁判例の概観

ここ数年で、バブル崩壊後の経済不況により数多くの金融機関が破綻したことで、融資判断につき取締役の善管注意義務・忠実義務違反が争われた事例が噴出した。そして、その多くは、整理回収機構が破綻した金融機関から取締役への損害賠償債権を譲り受けて訴訟を提起したものである[*3]。そこで、本判決を検討する前に、金融機関特に銀行取締役の融資判断について善管注意義務・忠実義務違反が争われた事案を概観し、下級審においては、どのような場合に責任が肯定されるのかをみていくこととする。

⑴ 具体的法規違反の融資決定

主な銀行取締役の責任追及事例をみてみると、まず、具体的法規に違反した形で融資決定がなされたものと、そうではないものの２種類に大別することができると思われる。銀行取締役の融資決定について問題となる具体的法規違反のほとんどは銀行法13条の同一人に対する信用の供与等違反（いわゆる大口融資規制）である。主な責任追及事例の中で、大口融資規制違反の融資を行った取締役につき損害賠償責任が問われたものが目立つ[*4]。そのうち、大阪地判平成13年５月28日金商1125号30頁（大和信用組合責任追及訴訟）を除き、基本的に大口融資規制違反の融資を行ったことだけで取締役の責任が肯定されている。その例外である大和信用組合責任追及訴訟は、大口融資規制には多数の政令委任事項が含まれ、通達により解釈変更がなされることも多く、違反した際の罰則が設けられていないことを理由に、その実質は、行政指導を一般化・明

デコムによるリゾート開発について、窪山哲雄「ウィンザーホテル洞爺　夢のホテル―破綻、再生、そして世界標準へ―」（小学館、2008年）が詳しい。

*3 整理回収機構が金融機関取締役への責任追及訴訟を提起又は承継した事件は86金融機関、122件あり、本件もその一つである。なお、整理回収機構は平成16年９月の相互信用金庫を最後に新たな訴訟は提起していない（整理回収機構編「債権回収と企業再生―整理回収機構10年の軌跡」（金融財政事情研究会、2007年）158頁～159頁）。

*4 大阪地判平成13年３月30日判タ1072号242頁、東京地判平成13年５月31日判時1759号131頁、大阪地判平成14年３月13日判時1792号137頁、札幌地判平成14年12月25日 LEX/DB28080956（本件第一審）、和歌山地判平成14年12月27日 LEX/DB28080679、仙台地判平成16年１月９日 LEX/DB28091975。

確化したものというべきであるとして、大口融資規制に違反したことだけをもって善管注意義務違反になると解すべきではないと判断している。しかし、その後、同事件の控訴審判決（大阪高判平成14年３月29日金商1143号16頁）によって、争われていた全ての融資につき、大口融資規制に違反していることをもって善管注意義務違反が肯定された。これら、大口融資規制違反の融資を行った銀行取締役は、大口融資規制違反を理由に（唯一の理由としていないものもあるが、最大の責任認定の要素となっている[*5]）、善管注意義務違反が肯定されている[*6]。

他方、大口融資規制違反以外の法令違反が認定されているものとして、札幌高判平成18年３月２日判時1946号128頁の北海道拓殖銀行責任追及訴訟エスコリースルート控訴審判決があるが、これは、第１融資は担保不足、それ以外の融資は無担保でなされ、エスコリースには返済財源もなかったということから、当該融資は実質的に贈与であると認定され、多額の贈与には、重要な財産の処分として取締役会決議が必要であったにもかかわらず、当該決議がなかったから、平成17年改正前商法（以下、「旧商法」という。）260条２項に違反すると判断している。しかし、これで善管注意義務違反を認定しているのではなく、その融資は任意整理を目的とし、ただし、任意整理の目的の融資によって得られる利益と拡大する損失を比較衡量すべきであったとして、そのような比較考慮がなされていないことを理由に責任が肯定されている。ここでは、旧商法260条２項の違反が取締役の責任にどのように結びつくのかは明らかにされていないが、同項違反の認定は、取締役らの判断に過程における不当性を示すための一要因に過ぎないと思われる[*7]。

⑵ 具体的法規に違反していない融資決定

一方、具体的法規に違反している場合とは異なり、具体的法規には違反していない経営判断が合理的であったか否かが争われた事案の場合、銀行取締役の

[*5] 前掲大阪地判平成13年３月30日、前掲大阪地判平成13年５月28日、前掲札幌地判平成14年12月25日及び前掲仙台地判平成16年１月９日。

[*6] 大口融資規制違反と銀行取締役の責任の関連につき、神吉正三「大口信用供与規制の遵守と銀行取締役の責任（二）」流経法学２巻１号（2002年）17頁。

[*7] 北村雅史「判批」判評590号（2008年）198頁。

責任の肯否は分かれている。ここで、いわゆる経営判断原則が取締役の責任を免責させる機能を有しているのではないか、という指摘がなされることもあるが、主な責任追及事例においては、必ずしもそうとは言えない状況であると言える[*8]。逆に、責任を肯定している事例において経営判断原則の適用がなく、銀行取締役の責任を重くしているのではないかということも言えない。実際、経営判断原則に触れなかった判例をみると、違法ないし、ずさんな融資決定で、そもそも経営判断原則が問題となり得ないような事件が多いことが指摘できる[*9]。その意味で、融資判断に経営判断原則の一般論を述べることで結論に何らかの影響を与えているとは言えないであろう。すなわち、経営判断原則について触れたり、逆に触れなかったりしたからといって、結論がそれによって変わることはないことが指摘できる。

ところで、具体的法規に違反してはいないが、銀行取締役の責任が認められた事例を概観すると、責任が認められる要素をいくつか指摘できる。もちろん、銀行取締役の融資決定についてその責任が争われる事例は、千差万別であり、同じ状況にあることはないから一概に比べることはできない。しかし、どのような場合に責任が認められやすいのか、という傾向を捉えることができると考える。

まず一つ目として、担保審査や融資する際の審査がほとんど行われていないような場合には責任が認められやすい傾向にある[*10]。ただし、どのような内容の審査が必要なのかは区々に分かれており一概には言えない。あえて挙げる

---

*8 大阪地判平成14年３月27日判タ1119号194頁、東京地判平成14年４月25日判時1793号140頁、札幌地判平成14年９月３日判時1801号119頁、東京地判平成14年10月31日判時1810号110頁、前掲札幌地判平成14年12月25日、25札幌地判平成16年３月26日判タ1158号196頁、大阪地判平成16年７月28日判タ1167号208頁。

*9 岩原紳作「金融機関取締役の注意義務」小塚荘一郎＝高橋美加編『商事法への提言』（商事法務、2004年）206頁。

*10 大阪地判平成12年５月24日判時1734号127頁、大阪地判平成12年９月８日判時1756号151頁、前掲大阪地判平成14年３月13日、前掲東京地判平成14年４月25日、前掲東京地判平成14年10月31日、前掲札幌地判平成14年12月25日、福岡地判平成15年２月28日 LEX/DB28081441、前掲札幌地判平成16年３月26日、大阪地判平成16年７月28日判タ1167号208頁、札幌高判平成18年３月２日判タ1257号239頁。

ならば、担保目的物、回収可能性、救済融資の場合の再建可能性等があろう。

次に、二つ目として、大幅な担保不足が挙げられる[*11]。

また、二つ目と類似するが、三つ目として、担保目的物の不適格性が挙げられる[*12]。すなわち、担保目的物としてふさわしくないものを担保として融資した場合であるが、一つは、宅地に転用することができない農地を担保として融資した事案（そもそも担保価値が非常に低いため、二つ目の場合と類似する）と、本件第１融資の担保である大量の新株である。

そして、四つ目として、融資目的の不当性を挙げるものがある[*13]。例えば、小豆等の先物取引の原資として融資した事案で、札幌高判平成18年３月２日は「一企業が数億円ないし数十億円という単位で行う相場取引は、その企業の損得及び市場における相手方の損得に帰結するに過ぎず、国民経済の発展に資するところはなく、少なくとも、銀行法の目的たる国民経済の健全な発展に資するところはな」く、「公共性の観点から是認され」ないと判断している。

学説においても、金融機関が顧客に融資を行う場合に考慮すべき原則として、⑴今後の経済情勢、⑵申込者（債務者）の状況、⑶融資原則に適合するか、が重要であると指摘される。そして、より具体的には、⑵申込者の状況に関して、申込者の信用状況をよく把握し、①融資の必要性、②質・量の妥当性、③返済意思・可能性を考慮すべきであるとし、⑶融資原則とは、当該融資を、融資の公共性、取引先の成長性、回収における安全・確実性、収益性及び流動性の観点から検討し、銀行融資にふさわしいかどうかを検討すべきであるとされる[*14]。以上の裁判例を概観するに、そもそも融資審査がほとんど行われていない場合は別として、基本的に同様の要素を責任認定で用いていると思われる。

以上の裁判例の概観からわかることは、まず第一に具体的法令違反（特に銀行の場合は大口融資規制違反）の場合には、基本的に、法令違反による善管注

---

*11 前掲大阪地判平成13年３月30日、津地判平成13年10月３日判時1781号156頁、前掲東京地判平成14年10月31日、前掲福岡地判平成15年２月28日。

*12 大阪地判平成14年10月30日判タ1163号304頁、前掲札幌地判平成14年12月25日。

*13 前掲札幌地判平成14年９月３日、前掲札幌高判平成18年３月２日―いずれも同じ事案の第一審と控訴審。

*14 山田剛志「金融機関の破綻と銀行取締役の注意義務」ジュリ1237号（2003年）223頁。

意義務違反が認められることである。次に、具体的法令違反ではない場合でも、融資・担保審査がほとんどなされていない場合、担保目的物の不適格性、融資目的の不当性を理由に責任が肯定されている。

Ⅲ．銀行取締役の注意義務と経営判断原則

⑴ 銀行取締役の注意義務

ところで、Ⅱで概観した裁判例のうち多くの裁判例において、いわゆる経営判断原則と銀行取締役の注意義務について一般論を述べている。本件原審においても、「取締役は、会社との関係については民法の委任の規定が適用されるから、会社に対して善管注意義務（商法254条３項、民法644条）を負い、また、商法254条ノ３の規定により忠実義務を負う。また、銀行は、銀行法その他関連法令の下に業務をすべきであるから、その取締役は、銀行法その他関連法令を順守する義務があり、これに反する業務執行は善管注意義務違反となり得る。／そして、銀行は、広く国民一般から預金を受け入れるとともに、企業・個人・公共部門等に対し必要な資金を供給することにより、経済活動の中枢を占める資金仲介機能を果たし、もって国民経済の健全な発展に資するべき使命を負っている（銀行法１条参照）したがって、銀行は、私企業形態で経営され、創意工夫を発揮しつつ、自己責任の原則の下に、その営業展開をするものであるが、銀行の公共性に鑑みて、全国銀行協会金融調査部編「図説わが国の銀行」と題する図書（甲184）によれば、従来から、その重要業務の一つである融資（貸付）は、公共性の原則（利害関係に立脚した情実融資の禁止等）、収益性の原則（銀行にとって収益のある融資の実行）、流動性の原則（自行の特性、経済情勢に応じた融資の実行）等の下に行われるべきであるとされており、拓銀における貸出業務取扱規程等の内規も、以上の４原則に従った融資の励行がなされるように定められたものと解され、このことは、拓銀の投融資会議や経営会議のように取締役による審議により融資の可否・金額・融資条件等が判断される際にも妥当する。／もとより、取締役の経営上の判断には一定の裁量が認められるけれども、融資について確実性と収益性があるとした取締役の判断が、その過程、内容等の客観的諸事情からみて著しく合理性を欠くと認められる場合には、その判断は、裁量を逸脱したものとして善管注意義務違反になると解され、取締役は、商法266条１項５号に基づき、当該融資により銀行に被らせた損害を賠償する責任を負うというべきである。」という一般論を展開する。

裁判例[*15]及び学説においては、一般事業会社の取締役と銀行など金融機関の取締役とでは、注意義務の水準が異なっており、前者よりも後者の方が厳格であり、その裁量の幅が狭いという指摘がなされている[*16]。確かに、銀行業における公共性（銀行法１条参照）の見地、株主の経営モニタリング機能を制限され（同法23条）、それを補完するために金融機関自らによる自己規制を厳格に図るべきとされること、そして、金融機関においては、預金保険制度等により預金者が保護され、預金者が金融機関の取締役・執行役をモニターするインセンティブが薄れているために、金融機関が過度のリスクテークを行うことを誘発するおそれがあること、この３点から、銀行取締役について責任が争われる場合には一般事業会社とは異なった判断がなされる可能性がある[*17]。

会社と取締役との関係は委任関係であり（旧商法254条３項、会社法330条）、その結果、会社に対して善管注意義務を負う（民法644条）。そして、善管注意義務とは、「善良な管理者の注意」という基準によって具体的に定まった委任事務処理義務の内容に、受任者が違反している場合のことであり、「委任事務処理義務違反」を指す[*18]。そうすると、取締役に要求される注意の程度や取

[*15] 例えば、前掲大阪地判平成14年３月13日、前掲大阪地判平成14年３月27日、前掲大阪高判平成14年３月29日、東京地判平成14年７月18日判時1794号131頁、前掲東京地判平成14年10月31日、前掲札幌地判平成16年３月26日、前掲大阪地判平成16年７月28日、前掲札幌高判平成18年３月２日が挙げられる。逆に「通常の企業人」と同様の注意義務を基準としているものとして、名古屋地判平成９年１月20日判時1600号144頁、水戸地裁下妻支判平成15年２月５日判時1816号141頁が挙げられる。

[*16] 神吉正三「銀行取締役の注意義務」筑波法政28号（2000年）102頁、青竹正一「新会社法（第２版）」（信山社、2008年）271頁、なお、前掲註９・岩原214頁は「金融監督法上の具体的な規制のほかに、金融監督法的観点が会社法に反映され、金融機関の経営者は、融資等の業務執行における判断に当たって、一般の事業会社の経営者に比べよりリスクを避けることが、会社法上の法令遵守義務や善管注意義務の内容として求められていると考えられる。」とする。逆に、一般事業会社における取締役と銀行取締役とで、その注意義務の水準は異ならないということを示唆するものとして、シンポジウム「金融機関の健全性維持および破綻処理について」〔宍戸善一、前田重行発言〕金融法研究13号（1997年）52頁～54頁。

[*17] 前掲註16・神吉107頁～108頁、前掲註９・岩原212頁。

[*18] 道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法教305号（2006年）40頁。

締役に残される裁量の幅は契約類型ごとに確定されるべきことであり[*19]、単純に銀行から委任事務を託された取締役に要求される注意の程度や裁量の幅は、結果として一般事業会社とは異なり得るということだけであって、一般事業会社と比べることにあまり意味はないと考える。他方、取締役は、法令遵守義務（会社355条、旧商法254条ノ３）を負っており、また、同条についての「法令」については特段制限はないから[*20]、具体的には、銀行取締役の場合は、銀行法を遵守すべきことになる。そうすると、少なくとも銀行取締役の場合は、その遵守すべき法令等が他の一般事業会社と異なると考えられる。そして、会社法355条（旧商法254条ノ３）の規定は、善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるとする最大判昭和45年６月24日民集24巻６号625頁と併せて考えれば、銀行法の視点が会社法355条を介して善管注意義務にビルト・インされ、一般の事業会社とは異なる注意義務を要求されることになるのである[*21]。また、取締役の善管注意義務違反の認定基準の一つを、龍田教授は「同様の立場にある人が同じ状況の下で考えてもおかしくない判断であること」とされるが[*22]、前述のように銀行取締役の場合、「同様の立場にある人」＝「銀行の取締役」という形で考えれば良いだけであると思われる[*23]。したがって、責任が厳格であるとか、裁量の幅が狭くなるというよりも、銀行取締役として何をすべきであったか、ということを考えるという意味で、銀行取締役の注意義務を考えるべきである[*24]。

[*19] 潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事1740号（2005年）35頁～36頁。

[*20] 吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」黒沼悦郎＝藤田友敬編『企業法の理論（上巻）』（商事法務、2007年）534頁参照。

[*21] 同旨、前掲註９・岩原214頁。

[*22] 龍田節「会社法大要」（有斐閣、2007年）93頁。

[*23] 山田剛志「判批」判タ1209号（2006年）52頁。なお、前掲札幌地判平成15年９月16日参照。この点、神吉教授は「銀行取締役が取締役への就任に際して、銀行との間で詳細な条項を含む委任契約を締結しているケースはないように思われる。委任の本旨と契約内容を確定するためには、やはり銀行取締役の注意義務に関する解釈が必要である。」とされる（神吉正三「融資決裁における銀行取締役の注意義務」塩崎勤ほか編『新・裁判実務大系　銀行関係訴訟法』（青林書院、2007年）109頁）。

[*24] なお、銀行の取締役の場合、銀行法７条の２第１項において、銀行の経営

(2) 経営判断原則

本件原審では、「各取締役について、その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において杜撰であったとか、あるいは、当該案件について取締役が会社と利益相反する客観的事情があったというような著しく不合理なものが認められ、当該取締役の予測や判断そのものが不誠実であったと認められるような場合であれば格別、そうした不誠実性が認められないような場合には、各取締役の予測や判断と結果との不一致を捉えて注意義務違反を認め、商法266条1項5号に基づく損害賠償責任を課すのは相当ではない」と判示されている。このように取締役に一定の裁量を認めるような判示は、いわゆる経営判断原則とされ[*25]、銀行取締役に限らず、一般事業会社の取締役においても、多くの裁判例で取り上げられている。

一方、学説上、経営判断原則自体の内容について区々に分かれている[*26]。現在のところ、大別して、アメリカのALIのコーポレート・ガバナンス原理[*27]等から示唆を受けて、経営判断について、その過程と内容とを区別して、経営判断の合理性を判断する立場[*28]と、経営判断が、その当時の状況にかんがみ、取締役として会社の業務執行を行う能力及び識見を有する者の立場からみて、明らかに不合理でなければ、善管注意義務違反の責任を負わないとする立場[*29]

管理を的確、構成かつ効率的に遂行することができる知識及び経験を有し、かつ、十分な社会的信用を有する者でなければならない、という形で甚だ抽象的ではあるが、一応の適格性が要求されていることは想起されてもよいと思われる。

*25 ただし、原審の経営判断原則は、一般的な学説や判例における経営判断原則を緩和したものであると指摘されているが（岩原紳作「銀行融資における取締役の注意義務〔下〕」商事1742号（2005年）6頁）、この点は後述する。

*26 経営判断原則について概観するものとして、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002年）90頁以下、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、1995年）71頁以下参照。

*27 American Law Institute, “Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations” §4.01(c)(1994).

*28 前掲註26・吉原96頁、高木康衣「判批」法学新報110巻11／12号（2004年）264頁。

*29 神崎克郎「取締役制度論」（中央経済社、1981年）68頁。なお、前掲註26・大塚74頁は、そもそも経営判断原則自体、日本法解釈においては必要がないとされているが、あえて定式化すれば、この立場であると述べられている。

がある。

銀行取締役に特化して言えば、過去の裁判例においては、「取締役が右の善管注意義務、忠実義務に違反したとされるかどうかは、当該取締役が職務の執行に当たってした判断につき、その基礎となる事実の認定又は意思決定の過程に通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落があるために、それが取締役に付与された裁量権の範囲を逸脱したものとされるかどうかによって決定すべきである」[*30]として、経営判断の過程とその内容を区別して審査する傾向にある。ただし、アメリカ法におけるのと異なり、内容審査を全くしないのではなく、名古屋地判平成９年１月20日のように、それに続けて「右判断に通常の企業人として看過し難い過誤、欠落があるかどうかを、貸付けの条件、内容、返済計画、担保の有無、内容、借主の財産及び経営の状況等の諸事情に照らして判定すべき」とされ、実質において内容審査にも踏み込む傾向にある[*31]。

Ⅳ．本判決の具体的検討

⑴　銀行取締役の注意義務に関する一般論

前述した今までの銀行取締役に関する下級審裁判例及び学説の状況を踏まえたうえで、本件最高裁判決はどのように位置付けられるのか検討することとする。

まず、従来の下級審裁判例の多くは、銀行取締役は銀行の公共性、銀行法等の金融監督法制を踏まえ、一般の事業会社の取締役とは異なった注意義務が課されている旨を一般論として判示する傾向にある。それらと同様に、本件第一審及び原審においても、銀行取締役は一般の事業会社と異なる注意義務が課される可能性を述べている[*32]。

[*30] 前掲名古屋地判平成９年１月20日。銀行取締役の注意義務の点は別として、同旨の裁判例として、松山地判平成11年４月28日判タ1046号232頁、前掲大阪地判平成14年３月13日、前掲大阪地判平成14年３月27日、前掲東京地判平成14年４月25日、前掲東京地判平成14年10月31日、前掲札幌地判平成14年12月25日、前掲水戸地裁下妻支判平成15年２月５日、札幌地判平成15年９月16日判時1842号130頁、東京地判平成16年３月25日判時1851号21頁、前掲札幌地判平成16年３月26日、前掲札幌高判平成18年３月２日が挙げられよう。

[*31] 江頭憲治郎「株式会社法（第２版）」（有斐閣、2008年）429頁参照。

[*32] 原審につき、判タ1261号293頁参照。

しかし、本件最高裁は、銀行取締役の注意義務についての一般論を展開することなく、すぐに第１融資及び第３融資の相当性を判断している。これについて、Ⅲ⑴で述べたとおり、銀行取締役は金融監督法上の規制等から判断して一般の事業会社とは注意義務が異なる可能性があるだけで、当該経営内容を審査するに当たっては「善良な管理者」を「銀行取締役」と考え、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らして判断すれば良いのであるから、その意味で、一般論を展開する必要はなかったと考えられる。したがって、本最高裁が各融資の判断の最後に「当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし」ということで充分であったと考える[*33]。

次に、いわゆる経営判断原則についてである。本件原審は、「各取締役について、その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において杜撰であったとか、あるいは、当該案件について取締役が会社と利益相反する客観的事情があったというような著しく不合理なものが認められ、当該取締役の予測や判断そのものが不誠実であったと認められるような場合であれば格別、そうした不誠実性が認められない場合には、各取締役の予測や判断と結果との不一致を捉えて注意義務違反を認め、商法266条１項５号に基づく損害賠償責任を課すのは相当でない（なお、結果として予測や判断を誤ったと評価される取締役に対し、降格・減俸あるいは解任等の方法で問責することまでをも否定するものではない）。」と判示した。前述したように、第一審及び原審は少なくとも、取締役の経営判断につき、その過程と内容とを区別した上で、取締役の経営判断の相当性を判断しているという点では共通している。しかし、この原審の経営判断原則の捉え方に対して、岩原教授は、経営判断過程と経営判断内容の両面において、大幅に注意義務の内容を緩和したものであり、本件原審は「不誠実性」という新たな基準で経営判断原則を理解して、取締役はよほど悪意に近い事情でもない限り責任を負わないかのような考え方を採用したものであると述べる[*34]。

確かに、「各取締役について、その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において『杜撰』であったとか、あるいは、当該案件について取締役が『会

[*33] 同旨、黒田直之「本件判批」JA 金融法務444号（2008年）50頁。

[*34] 前掲註25・岩原６頁、同旨、中原利明「本件判批」金法1844号（2008年）20頁。吉井敦子「本件判批」民商139巻１号（2008年）87頁は、原審の善管注意義務の基準について重過失基準を採用したものであると評価する。

社と利益相反する客観的事情』があった（―二重カギ括弧は筆者）」という表現からすれば、経営判断過程における注意義務の基準は、従来の「合理性」の基準に比して緩和されたものといえるかもしれない。しかし、原審判決は、上記の表現をする一方で、銀行の取締役の注意義務について「融資について確実性と収益性があるとした取締役の判断が、その過程、内容等の客観的事情からみて著しく合理性を欠くと認められる場合には、その判断は、裁量を逸脱したものとして善管注意義務違反になると解され」るとしている。この表現について、従来の学説から見て、注意義務の基準が緩和されたものと一概に言うことはできないと思われる[*35]。また、経営判断内容についても、「当該取締役の予測や判断そのものが『不誠実』であったと認められるような場合であれば格別、そうした不誠実性が認められない場合には」責任が課せられないとし、加えて、具体的に、第１融資に関する部分でも、「上記（企業育成―筆者）路線の対象企業の選択や育成方法の選択・実行過程における取締役としての不誠実な職務執行又は注意義務違反が認められることを要するというべきである」としている。上述の原審の取締役の注意義務についての一般論の部分と第１融資に関する注意義務の一般論の部分では、「誠実性」の有無が問題となっているが、近時、アメリカ法において議論されている取締役の誠実義務を日本法においても承認するのであれば格別[*36]、そのように解さないのであれば誠実性の基準により注意義務の基準が緩和されたものであるとは考えられない。したがって、経営判断原則について、本件原審判決が従来の注意義務の基準を緩和したものであ

[*35] 前掲註26・吉原93頁、96頁参照。

[*36] See., Hillary A. Sale, “Delaware’s Good Faith”, 89 Cornell L. Rev. 456 (2004), Melvin A. Eisenberg, “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, 31 Del. J. Corp. L. 1 (2006). Eisenberg 教授によれば、誠実義務には４つの包括的な基礎となる概念が含まれるとし、それは、①主観的誠実性、②事業経営に適用されうる一般的に受け入れられた品位の基準に反していないこと、③一般的に受け入れられている会社の規範に反していないこと、④当該職務への忠誠であるとする。そして、その中でも特に基本となる義務として、会社に違法な行為を意図的にさせない義務や自己利益が存在しない場合でも、公平性を図る義務があるとする。Id. at 5．近藤光男「市場化社会と会社法制」齋藤彰編『市場と適応』（法律文化社、2007年）179頁～180頁参照。近藤教授は、日本法においても誠実義務を積極的に認めていく立場から本件原審判決を批判する。

ると解することはできないと思われる。

一方、最高裁は、各融資についての相当性判断の最後で「第１融資（第３融資―筆者註）を行うことを決定した被上告人らの判断は、…当時の状況下において、銀行の取締役に一般的に期待される水準に照らし、著しく不合理なものといわざるを得」ない、と判示している。これは、一見すると判断過程と判断内容とを区別せずに融資判断の内容の不合理性で判断しているように読める。しかし、融資判断自体を問題にしているというよりかは、融資決定する過程で、どのような情報を得て、どのような情報に基づき、どのくらい検討を重ねていたのか、ということに着目しているものと思われる。すなわち、第１融資については、本件融資のリスクは高いということを認定した上で、担保株式の危険性及びそれを回避する方策等について検討していないということを述べている[*37]。また、第３融資についても、融資決定の際に、既にエイペックス事業自体の採算性に疑問が呈され、エイペックス事業の継続により第３融資相当額の債権回収は見込めず、また、総合開発部の調査結果についてもその内容が充分な資料の検討に基づく合理的なものといえないと認定し、融資判断の内容よりもそこに至る経緯に着目している。ただし、第１融資においては、企業育成路線の対象の判断自体が不合理であるとしているし、第３融資においても、たとえカブトデコムを延命していたとしても、関連企業の連鎖倒産のおそれ、共同信用組合の破綻による支援要請は不可避であったことから、判断内容自体不合理であるとしている。そうすると、最高裁としては判断過程と判断内容の両方について審査をしていることが分かる[*38]。

以上のことからすると、本件原審判決及び最高裁判決ともに、従来の裁判例及び学説において考えられているように、経営判断原則について、少なくとも取締役の経営判断を経営判断過程と経営判断内容とに区別した上で、情報収集や資料検討における合理性や判断内容の合理性（誠実性）を考えているという点で一致しているものと考えられる[*39]。また、注意義務の基準についても、

---

*37 松山昇平「本件判批」金法1833号（2008年）29頁～30頁。

*38 本件最高裁判決は、判断過程と判断内容の両方を審査しているものの、内容の妥当性に重点を置いていると指摘するものとして、志谷匡史「本件判批」判評597号（2008年）196頁。

*39 この点、経営判断の過程と内容とを区別することの必要性については議論

本件原審判決は従来の取締役の注意義務の基準を緩和したものと捉えるべきではなく、最高裁と同様の基準で一般論を展開しているものと考えられる。

⑵ 第１融資判断

次に、より具体的に、それぞれの融資を検討する。まず、最高裁の第１融資判断について。第１融資の問題点としては、その担保の適格性が挙げられるであろう。この点について、原審判決は本件融資を投資的融資として認定した上で、「融資先に既存の物的かつ確実な担保提供を求めること自体が不可能を強いるものであり、発展途上の企業を育成するという目的にそぐわない」とし、「投資（融資）の引当てについて、必ず融資額に見合った強固な物的担保（不動産・拘束性の預金等）を求めることは、少なくとも本件における前記第１融資の性格に照らし、過大かつ不相当な要求であるというべきであるし、第１融資当時の金融取引の実情として、新株を引当てとする融資の相当性も承認されていたと認められるのであるから、第１融資がカブトデコムの新株を引当てとしたことを捉えて、第１融資が不相当であったというべきではない。」として、注意義務違反はないとしている。一方、最高裁判決は「株式は不動産等と比較して価格の変動幅が大きく、景気動向や企業の業績に依存する度合いが極めて高いものであることに加えて、融資先はいずれもカブトデコムの関連企業であり、いったんカブトデコムの業績が悪化した場合には、カブトデコムの株価すなわち担保価値の下落と融資先の業績悪化とが同時に生じ、たちまち債権の回収が困難となるおそれがあるから、…特にそのリスクの高さにかんがみ、特に慎重な検討を要するものというべきである。」とし、加えて、「融資先が弁済期に担

の余地があろう。アメリカ法で論じられているのとは異なり、日本の判例においては、過程も内容も審査の対象とされるならば、区別することの意味がないのではないかとの疑問も生じてくるのではないか。また、判断内容と判断過程とを区別して審査して、その審査基準を異ならせると考えても、ある内容の経営判断を下すに至る判断過程というような時間的区別は可能であっても、判断過程として一括して判断内容に対する審査と異なる審査が可能であるというようなことは一概に言えないとする有力な批判もあるところである（三浦治「取締役の経営判断に対する不履行評価」高窪利一先生還暦記念論文集刊行委員会編『現代企業法の理論と実務』（経済法令研究会、1993年）109頁）。一方で、区別することの理由につき、前掲註26・吉原96頁～97頁参照。

保株式を一斉に売却すれば、それによって株価が暴落する恐れがあることは容易に推測できたはずであるが、その危険性及びそれを回避する方策等について検討された形跡はない。」とする。以上からすると、少なくとも原審判決、最高裁判決ともに新株を引当てとする融資自体は否定していないことがわかる。最高裁判決の判示を読めば、もしも指摘されたリスク等を検討していることが認められれば、必ずしも不合理ではない可能性もあった。ここでは、原審判決と最高裁判決の着目する対象、すなわち、エクイティファイナンスのバックファイナンスという手法そのものか、それを検討したか否かという点が異っている。

次の問題点として、企業育成路線の対象としての適格性である。原審判決は、融資を決定するに当たっての利益状況の検討等に特段の問題があるとはいえないとして、対象としての適格性について不合理ではないとしている点がある。一方、最高裁判決は、企業育成路線自体は不合理ではなくとも[*40]、「企業育成路線の対象としてカブトデコムを選択した判断自体に疑問がある」としている。

これらの点について、原審判決に対して、投融資会議は、法人部が提出したカブトデコムの売上高、経常利益、純利益の推移および見通し等を記載した簡単な資料に基づいてのみ第１融資を決定した同投融資会議のためのカブトデコムに関する綿密な企業調査、エイペックス事業の見通しに関する調査、融資回収のために不可欠な担保となるカブトデコムの株式の売却方法や実際の売却可能性の具体的検討等は、そもそもなされておらず、情報の収集・検討といった経営判断の過程が合理的とはいえず[*41]、また、本件第１融資を投資的性格であるとした上で、融資先に既存の物的かつ確実な担保提供を求めること自体不可能を強いるもので、企業を育成するという目的にそぐわないとする点についても、銀行法的観点から許容される投資を超え、企業育成路線によりサウンドバンキングの原則を否定する内容であるとの批判もある[*42]。

しかしながら、少なくとも原審は「何らの客観的な引当てや合理的な見込みもないままに多額の投資（融資）を実行することは、銀行融資の健全性に反し、許されないものというべきであるが、…第１融資当時の金融取引の実情として、資金需要者企業の発行する新株を引当てとする融資の相当性も承認されていた

*40 前掲註38・志谷196頁参照。
*41 前掲註25・岩原６頁～７頁。同旨、前掲註37・松山30頁。
*42 前掲註25・岩原５頁。

と認められる」と述べており、当時の状況において客観的な引当てはなくとも融資先の新株を引当てとする融資に相応の相当性を認めているのみで、サウンドバンキングの原則を否定する内容とまでいうことはできないと思われる。ただし、本件融資決定前の２度の調査（昭和60年調査、昭和63年度調査）により、融資担当部門や調査部門がカブトデコムに対して否定的な評価を下しているという事情からすれば、少なくとも、より詳細な調査と融資の検討が必要であったようにも思われる。

一方で、最高裁が２度の調査で否定的な内容が出されていたことだけをもって企業育成路線の対象として不適格であったと断定した点にも疑問が残る。確かに、ここから最高裁としては企業育成路線自体を否定しないまでも、サウンドバンキングの原則という観点から本件第１融資に対してかなり否定的な評価を下していることが伺われる。しかし、この点について、企業育成路線の対象としてカブトデコムを選んだ際の平成２年２月13日の投融資会議に提出された法人部の資料によると、同社の収支状況について、平成３年３月期で売上高700億円、経常利益85億円、純利益40億円、平成４年３月期には、売上高1000億円、経常利益110億円、純利益50億円となる見込みで、自社開発以外での受注も増加傾向で業績が進展する十分な見込みがあるとし、かつ同年１月末時点で株価も２万円近くを付けていると報告されている点を、少なくとも最高裁はどのように評価するのか明らかにすべきであったと考える[*43]。

⑶ 第３融資判断

第３融資は、当時不良債権処理の方策として、多くの都市銀行で行われていたとされている「不良債権の事業化推進」の一種であった。すなわち、融資先企業が行っていた建設途上の事業をそのまま凍結すれば、そこにつぎ込んだ融

[*43] なお、第１融資について、財務内容等の検討がなされていないという義務違反と担保株式の売却方法の検討がなされていないという義務違反の２つの義務違反がなければ第１融資についての責任が認められないというものではなく、仮にどちらか一方が欠けても第１融資についての融資についての融資判断が著しく不合理という結論には変わりはないとの指摘もある（前掲註37・松山30頁）。しかし、前者についてはそもそも企業育成路線の対象としての不適格性の判断それ自体の合理性を問題としているのであって、財務内容等の検討不足を問題としているのではないと思われる。

資額はすべて不良債権として公表しなければならないので、不良債権の公表額を過少にみせるべく、その事業を完成させ、その上で営業するか処分するかを決定するといったものであった[*44]。

第３融資につき、まず原審判決は、①エイペックス事業を完成させる社会的責任や道内企業の連鎖倒産を避ける必要性、道内経済混乱回避策及び拓銀のリスクウェイト軽減措置をとるためには数ヶ月を要するということから、最低限の融資を行い、エイペックス事業のカブトデコムからの分離方策及びカブトデコムの破綻に備えた拓銀の負担軽減措置をとることとして決裁されたと認定している。また、②エイペックス関連融資の担保対象物件の価値が約417億円増加することが見込まれ、不良債権化が大幅に回避できるメリットもあったと認定し[*45]、以上より、第３融資は相当であると判断している。

一方、最高裁判決は、まず、①エイペックス事業自体の採算性について問題があり、第３融資に見合う債権の回収は期待できなかったと認定している。加えて、②エイペックス関連融資の担保対象物件の価値が増加する事で保全不足が417億円減少するとか、10年後には単年度決算が黒字化するとの報告があったが、そのような報告内容が十分な資料の検討に基づく合理的なものとはいえないと認定する。そして、原審判決の①については、③第３融資はカブトデコムの再建・存続のためではなく、カブトデコムを数ヶ月間延命したとしても、それより関連企業の連鎖倒産や共同信用組合の破綻とその支援は不可避であったとして、結論として、第３融資は不合理な経営判断であったとした。

まず問題となる点として挙げられるのは、最高裁はエイペックス事業の採算性の検討に関し、これを十分な資料の検討によってなされたものではないと認定し、原審判決の②と判断を異にしている。これは、エイペックス会員権の販売が停滞していると報告されているにもかかわらず、第１次正会員権が完売できた場合という状況を仮定し、そのような場合であれば10年後には単年度決算が黒字に転換するとしている点、およびホテルの稼働率やそれを前提とした将来の収益予測等についての具体的検討がなされていない点から認定されている。このような認定手法は、少なくとも過去の裁判例の多数を占めており、経

[*44] 服部泰彦「拓銀の経営破綻とコーポレート・ガバナンス」立命館経営学41巻５号（2003年）19頁。

[*45] 前掲註44・服部19頁はこのような経営判断の背景として、「そのうち景気はよくなり地価は上昇するといった根拠のない楽観論があった」と指摘する。

営判断の内容の合理性を考慮するのではなく、そこにいたるまでの検討の状況を捉える点で多くの先例に沿うものであると考える。その意味で、取締役が融資判断において行うべき情報収集等が行われたかどうかが問題とされている[*46]。この点は、原審よりも最高裁の方が説得的であろう。原審判決は、一般論として「その予測や判断の基礎となった資料の収集・検討において杜撰であったとか、…著しく不合理なものが認められ」れば注意義務違反となり得るとしているにもかかわらず、第３融資については経営判断の元となった資料等及びその検討をあまり考慮しておらず、一般論と具体的なあてはめ部分との間に論理の一貫性が見られない。

次に、問題となるのが、道内経済の混乱回避や連鎖倒産の防止のための融資が正当化されるかである。この点について、原審判決では、銀行の取締役の「裁量は、あくまでも、銀行の利益（公共性や公益性も含む。）をよりどころとして行使されるべきものではある」と述べ、銀行の利益には公共性や公益性（ここでは、道内経済の混乱回避や連鎖倒産の防止という公共性・公益性）も含めて考えているようである。他方、岩原教授及び松山判事はともに一私企業である拓銀が関連倒産を防いだり、金融秩序維持等について責任を持つ必要性はないとして、原審判決を批判する[*47]。特に、岩原教授は、銀行法１条の公共性は、あくまで個々の銀行にとっては自らの健全性の維持であって、金融秩序の維持等は含まれないとされる[*48]。

では、連鎖倒産を防ぐべく救済融資を行うことはどうか。本件は、カブトデコムへの融資が問題となっており、そのカブトデコムについては倒産することが見込まれていたから、その意味で救済融資とは言いにくい。しかし、本件融資は原審が指摘している通り、カブトデコムよりもエイペックス存続のための救済融資であるとも考えられる。これに関して、系列ノンバンクである融資先

[*46] 前掲註37・松山31頁。

[*47] 前掲註37・松山31頁、前掲註25・岩原13頁。また、前掲註38・志谷34頁も「社会的責任といった数量化しえないあいまいな要素を考慮に入れることは、結果として取締役に対し過大な裁量を与えかねない危険性をはらむものであり、賛成し難い。」と述べる。そして、前掲註34・吉井96頁～97頁も「金融秩序の維持や地域の経済的安定等は、金融機能発揮の主体である当該銀行の利益が確された上で充足されるものである。」と指摘する。

[*48] 前掲註25・岩原13頁。

が経営危機に陥っていたときに追加融資（救済融資）を行ったとして問題となった東京地判平成16年３月25日では「本年当時のように母体行主義の考え方が支配的な状況下においては、母体行責任を果たさないことにより想定される影響は、グループ企業全体さらには親銀行の信用不安に直結するものであり、極めて甚大であることから、親銀行の取締役としては、このような事態を極力回避する義務があるものというべきである」とし、ただし、母体行責任[*49]の下で親銀行の体力を超える支援を行うことは許されないとしている。また、いわゆる救済融資においては、一般的に、犠牲となる短期的利益と救済融資の実行によって実現される中長期的利益のバランスにかかっているとされ、救済融資の実行によって経営再建が十分に可能であるという見込みがあることが必要とされている[*50]。これは東京地判平成16年３月25日に限らず、大阪地判平成14年３月27日や札幌地判平成16年３月26日、大阪地判平成16年７月28日、札幌高判平成18年３月２日も同様の判断枠組みを採用している。もし、そのような救済融資の枠組みで判断すると、エイペックス事業の経営再建が十分に可能であるという見込みが要求されることになる。しかし、前述の通り、そもそも第３融資における検討の際の資料等に問題があったということからすれば、通常の融資の判断枠組みにおいても結局のところ同じ結論になるのではないかと考える[*51]。

ところで、第１審の認定等事実関係から見て、第３融資は大口融資規制違反の可能性が考えられる[*52]。しかし、原審及び最高裁のいずれも第３融資について、大口融資規制違反であるとは認定せず、最高裁では融資過程における検討の不備等を理由に不合理な判断であるとしている。第一審判決は、「平成４年10月26日当時、カブトグループに対しては銀行法による大口融資規制を越える融資がなされており、そのままで第３融資をすることは同規制違反の程度がさらに顕著となるおそれがあった」と認定している。原審判決においても、X

---

*49 一般的に、母体行責任とは、銀行の系列ノンバンクの経営が悪化した場合には、その親銀行が体力の許す限り全面的に責任を持って単独支援を行うことにより、そのノンバンクの破綻を極力回避し、当該ノンバンクに融資している他の金融機関に迷惑をかけないようにするという考え方をいう。

*50 青竹正一「判批」判評552号（2005年）199頁参照。

*51 少なくとも、控訴審判決においては、第３融資を実行しなかったことによって、どのような損失や不利益が発生するのか明確にすべきであったであろう。

*52 前掲註25・岩原14頁参照。

は「物件シフトの真の目的は、拓銀の保全強化ではなく、…大口融資規制を回避してカブトデコムに対する融資枠をあけるための手段であったといえる。…大口融資規制は、銀行資産の危険分散を図り、銀行信用の広く適正な配分に資するための規制であり、これを潜脱するような物件シフトの手法を安易に認めることは許されない」と主張している。前述したとおり、大口融資規制違反は、基本的に銀行取締役の善管注意義務違反を構成するとされ、また最判平成12年７月７日民集54巻６号1767頁に照らしても、大口融資規制に違反する第３融資という形で判断すれば、それだけで善管注意義務違反ということができたとも思われる。

Ⅴ．結びに代えて

本判決は、銀行取締役の融資判断について最高裁として判断した事案である。原審判決に対しては、バブル期における融資の相当性判断について、責任を問うべきではないという考え方が見えるという指摘[*53]もある。特に、第３融資については銀行法上違法と判断されるような内容であった。しかしながら、本件最高裁は、第１融資に関して、融資先の問題点だけを挙げ、それだけで融資は相当ではないとした判断には、やや疑問が残る。その意味で、原審判決における判断の方がより説得的ではないか。少なくとも、最高裁は融資の相当性を考える上で、取締役は何を検討しており、何を検討していなかったのか、融資先の当時の状況はどのように評価されるのかを明らかにすべきであったと考える。

［付記］

脱稿後、和田宗久「本件判批」金商1304号（2008年）20頁及び、澤口実「最近の最高裁判決にみる経営陣の責任と判断の基準」ファイナンシャルコンプライアンス2008年11月号42頁に接した。

[*53] 前掲註25・岩原16頁。

（後註）本判決を紹介・検討するものとして、既に引用したもののほか、本田広和・ファイナンシャルコンプライアンス2008年５月号55頁、浅井弘章・銀行法務21　688号（2008年）50頁、荒井正児・会計・監査ジャーナル638号（2008年）93頁がある。

判例研究

民事判例研究

和田美江

暴力団組長の使用者責任

最高裁平成16年11月12日第二小法廷判決
（平成16年（受）第230号損害賠償請求事件）
（民集58巻8号2078頁、判時1882号21頁、判タ1170号134頁）

〈事実〉

大規模指定暴力団である山口組は、同じく大規模指定暴力団である会津小鉄との間で、縄張りの維持拡大をめぐり緊張対立が続いており、平成７年６月には、連続銃撃事件（14連発抗争事件）が発生していた。京都府警察では、下部組織同士の対立抗争に発展するのを警戒し、京都市内等の発砲事件に対し厳重な警備をしていたところ、同年８月24日午後11時19分ころ、山口組の３次組織である暴力団山下組の組員であるＡＢらが、会津小鉄系の暴力団組長ＣＤＥ等の山下組に対する侮辱発言に憤激して諍い、Ｂが拳銃をＣ組長に向けて発射し左腕に命中させ、続いてＤ組長に向けて発射したところ、これを制止したＡの右腕に命中した。同人らは、警察警戒中の発砲をやめて直ちに逃走した（祇園事件）。ＡＢは、逃走途中に相手の報復を恐れ、Ａが負傷したことは山下組事務所に連絡したが、Ｂの発砲により負傷したことは告げなかった。事務所当番は、山下組組長Ｙ３に連絡を取り、その指示を受けて山下組組員らに上記事実を連絡した。翌25日午前０時ころ、山下組組員であるＹ１は、Ａが会津小鉄の関係者に負傷させられたものと誤信して憤慨し、会津小鉄の構成員を殺害して山下組及び山口組への貢献をしようと考えた。そして、Ｙ１は、Ｙ２を呼び出し、拳銃を所持してＹ２運転の車で同日午前４時13分ころ、Ｃ組事務所前で警

戒配備の職務に就いていた警察官甲をＣ組組員と誤認し、拳銃で弾丸３発を発射し、その場で死亡させた（以下、これを「本件殺害行為」という）。Ｙ１及びＹ２は、山口組総本部の緊急幹部会の決定を受けて、同日午後に山口組の直系組長Ｆらに付き添われて出頭し、山口組総本部と会津小鉄の間はＦの破門を条件として和解が成立した。

そこで、甲警察官の妻子であるＸらが、本件殺害行為について、実行犯Ｙ１Ｙ２および直属の組長Ｙ３と、系列最上位の暴力団組長であるＹ４に対し、共同不法行為又は使用者責任に基づく損害賠償を求めた。そして、実行犯Ｙ１Ｙ２およびＹ３については第一審（京都地判平成14年９月11日判時1820号100頁）、原審（大阪高判平成15年10月30日民集58巻８号2166頁）で共同不法行為責任が認められた。Ｙ４に関しては、第一審はＹ４の使用者責任を否定した。その理由は、組長と組員の支配・監督関係は、組員の直属の組長を通じて成立した、階層的・間接的なものにすぎないから、傘下組織固有の原因で生じる傘下組織間固有の抗争は、組長の事業ないし事業密接関連行為に当たらないとするものである。さらに、具体的な関与はなかったとして共同不法行為も否定された。

原審はＹ４に対し使用者責任に基づく損害賠償を認めた。その理由として、①民法715条の使用者責任は、公序良俗に反しない合法的な事業を前提としているので、本来、暴力団のような不法・不当な利益追求を目的とする団体の非合法な利益追求活動は公序良俗に反するものであるから、暴力団について事業を観念し、使用者責任を論じることが適当であるか疑問がないわけでもないとしながら、使用者責任を基礎付ける報償責任、危険責任の法理から、使用者責任もしくはその類推適用により、その責任を問うことが相当な場合もあると考えられるとした。それで、②下部組織は一定の独立性を有するが、序列的・擬制的血縁関係の連鎖により、組長の意思決定は末端構成員にまで及ぶ構造であるから、対立抗争を現実に指揮監督することができる地位にあると認めることができ、組長と組員には実質的な指揮監督関係があった。③暴力団組織は、威力を背景に合法・非合法の経済活動による利益取得を目的とする生計維持活動をしている社会的実在である以上、利益を得るためのシノギと呼ばれる活動は暴力団の事業ということができる。また、暴力団組織は、暴力を組織化する上で形成される威力を背景とする点に本質があるから、縄張り（資金源）の維持拡大と外的イメージ（暴力の恐怖）の維持・拡大を目的とする対立抗争は、組織の本質から必然のものであり、暴力団組織の事業ないしは事業に密接に関連

する行為である。④下部組織の対立抗争は、上部組織の重大関心事であり、上部組織や組織全体の威力・威信の維持拡大と密接に関連するときは、暴力団上部組織の事業ないし密接関連行為となりうる。そして、暴力団上部組織の法律効果は全て組長に帰属する。⑤本件殺害行為は、行為の性格を客観的外形的に見て、私的なものではなく暴力団特有の原理に基づく行動であり、一般社会から見て暴力団同士の対立抗争と評価され、組長の指揮監督下にあったと評価される。ゆえに下部組織の対立抗争に係る行為は、組長の事業に密接に関連する行為である、などが挙げられた。

それで、Ｙ４は原審がＹ４の使用者性を認めた点、及び暴力団抗争における殺傷行為に事業執行性を認めた点について、民法715条１項の解釈適用の誤り、最高裁判例違反（最二小判昭和37・12・14民集16巻12号2368頁）、高裁判例違反（福岡高那覇支判平成９・12・９判時1636号68頁、福岡高那覇支判平成14・12・５判時1814号104頁）などを理由として上告受理を申し立てた。

〈判旨〉

上告棄却。

「①山口組は、その威力をその暴力団員に利用させ、又はその威力をその暴力団員が利用することを容認することを実質上の目的とし、下部組織の構成員に対しても、山口組の名称、代紋を使用するなど、その威力を利用して資金獲得活動をすることを容認していたこと、②Ｙ４は、山口組の１次組織の構成員から、また、山口組の２次組織以下の組長は、それぞれの所属組員から、毎月上納金を受け取り、上記資金獲得活動による収益がＹ４に取り込まれる体制が採られていたこと、③Ｙ４は、ピラミッド型の階層的組織を形成する山口組の頂点に立ち、構成員を擬制的血縁関係に基づく服従統制下に置き、Ｙ４の意向が末端組織の構成員に至るまで伝達徹底される体制が採られていたことが明らかである。」〈判旨１〉

「以上の諸点に照らすと、Ｙ４は、山口組の下部組織の構成員を、その直接間接の指揮監督の下、山口組の威力を利用しての資金獲得活動に係る事業に従事させていたということができるから、Ｙ４と山口組の下部組織の構成員との間には、同事業につき、民法715条１項所定の使用者と被用者の関係が成立していたと解するのが相当である。」〈判旨２〉

「上記の諸点及び①暴力団にとって、縄張や威力、威信の維持は、その資金

獲得活動に不可欠のものであるから、他の暴力団との間に緊張対立が生じたときには、これに対する組織的対応として暴力行為を伴った対立抗争が生ずることが不可避であること、②山口組においては、下部組織を含む山口組の構成員全体を対象とする慶弔規定を設け、他の暴力団との対立抗争に参加して服役した者のうち、功績のあった者を表彰するなど、その資金獲得活動に伴い発生する対立抗争における暴力行為を賞揚していたことに照らすと、山口組の下部組織における対立抗争においてその構成員がした殺傷行為は、山口組の威力を利用しての資金獲得活動に係る事業の執行と密接に関連する行為というべきであり、山口組の下部組織の構成員がした殺傷行為についてＹ４は、民法715条１項による使用者責任を負うものと解するのが相当である。

そして、前記事実関係等に照らせば、Ｙ１の本件殺害行為は、山口組の下部組織である山下組と会津小鉄系の暴力団との間に対立が生じた中で、山口組の威力、威信を維持回復するための対立抗争行為として行われたと見ることができるから、Ｙ４の事業の執行と密接に関連する行為として、Ｙ４が使用者責任を負うものというべきである。」〈判旨３〉

なお、北川弘治裁判官の補足意見は以下の通りである。

「法廷意見の指摘するとおり、暴力団にとって、縄張や威力、威信の維持拡大がその資金獲得活動に不可欠なものであり、このため、同様の活動を行っている他の暴力団との対立抗争が必然的な現象とならざるを得ない。この対立抗争において、自己の組織の威力、威信を維持しなければ、組織の自壊を招きかねないことからすれば、対立抗争行為自体を暴力団組長の事業そのものと見ることも可能である（原審のこの点の判断も、支持することができる。）。そして、山口組において、Ｙ４の意向が抗争の指示を含め末端組織の構成員にまで伝達徹底される体制が採られていたことなどに照らすと、下部組織の抗争についても、Ｙ４が直接間接に指揮監督をすることができる地位にあったということができる。そうすると、本件殺害行為は、Ｙ４の指揮監督の下、その事業の執行として行われたものということができるのであり、このような見方も十分可能である。」

〈評釈〉

１．はじめに

本判決は、最高裁で初めて暴力団活動の事業性を肯定し、組長の使用者責任

を認めており、意義がある。しかし、理由付けにおいて暴力団活動の事業およびその執行関連性の捉え方に関し、北川補足意見も含め、なお曖昧である。そこで、民法715条（使用者責任）の要件をさらに検討する必要があると思われる。

本判決は暴力団下部組織同士の対立抗争における際の本件殺害行為について、最上部の組長の使用者責任を認める点を明確にした。これまでは、大規模暴力団の下部組織から不法行為を受けても、暴力団組織全体の目的遂行との関わりが希薄な個別の不法行為と考えられ、組員による法益侵害に基づく最上部組織の責任を追及することは困難であった。昨今、暴力団の組織的活動に巻き込まれる市民被害のリスクは高まっている[1]が、暴力団組織内部の密行性ゆえに組織不法行為を認定するだけの客観的な証拠に乏しく[2]、原告には暴力団の組織性・使用者性を裁判で立証する手段が著しく限定されていた[3]。そのため、構成組員の不法行為を帰属暴力団の最上位の組長に対して責任追及する訴訟（以下「組長責任追及訴訟」という）の提訴は、下級審判決では、民法715条もしくは民法719条（共同不法行為）構成に二分されていた。構成判断の分かれ目は、既存の法的枠組みに暴力団組織の構造及び活動実態をどのように反映させるかの理論構成の違いにあったといえよう。

民法719条に基づく場合、組長及び幹部の責任は、下部組員の不法行為への具体的な関与が要件とされる。従って、原告側が組長と実行行為者との共謀・教唆・幇助等の主観的関連共同を立証できるときには構成可能である。しかし、一般に暴力団組織は、各活動の独自性・裁量性が比較的高いと考えられてきたため、組員独自の判断に基づいた行動であると評価されると、組織の関与も否定され、帰属組織の組長にすら責任追及ができない。

---

[1] 朝日新聞「暴力団根絶へ対策急務」2008年７月29日４面記事参照。犯罪組織化する暴力団への対処を訴えている。

[2] 堀誠司「指定暴力団の代表等に係る無過失損害賠償責任制度について」法律のひろば57巻５号（2004年）11頁で「指定暴力団は一個の団体として指定されているとはいえ、個々における指定の性質はその効果が及ぶ構成員の枠を画するに過ぎず、指定暴力団内部においては一定の独立した組織実態を持つ傘下組織が階層的に構成されていることが通例である」また同13頁では「代表者等は配下指定暴力団員をその統制の下に置くとはいえ、指定暴力団の密行性からその統制の内容は必ずしも明らかではない」という記述がある。

[3] 土橋博孝「本件判批」捜査研究644号（2005年）25頁で指摘されている。

他方、民法715条の責任構成に基づく場合は、原告側には民法719条のような組織の具体的関与の立証は不要であるが、使用者責任の要件を明確にさせる必要が出てくる[4]。その要件とは、①暴力団の活動が民法715条の「事業」となりうるか、②組員の不法行為が、同条「事業の執行につき」という要件（以下「事業執行性」という）に関係するか、③組員と組長の間に「使用者」及び「被用者」に相当する関係が存在するか、などである。すなわち、民法715条１項の使用者責任の要件〔一般に使用関係の存在、被用者の不法行為、事業の執行性、免責事由の不存在（選任・監督の注意等）[5]〕に照らし、①大規模暴力団組長と組員の使用－被用者関係の成否、②暴力団活動の事業該当性の問題、③対立抗争及び殺傷行為の事業関連性、などの法構成を検討し、さらに、使用者責任制度と同様に機能する他の法律構成の可能性を考察する。

２．民法715条適用の問題

被用者の加害行為に対し、使用者が責任を負わなければならない使用者責任の法的根拠ないし法的性質は、学説の考え方に変遷がある。民法起草者および初期学説は、民法715条の使用者責任を、被用者の不法行為の責任ではなく、被用者の選任及び事業の監督を怠った使用者自身の過失責任に根拠を置き、同条１項但書から、自己の無過失が立証できれば免責される中間責任と捉えていた[6]。

---

[4] 組長責任追及訴訟に関しての詳細は、淺田敏一・菅原英博「暴力団組長に対する損害賠償責任追及訴訟と山口組組長の使用者責任を認めた最高裁判決について（上・中・下）」警察学論集58巻５号・７号・８号（2005年）、田上富信「違法な事業活動と使用者責任（上・中・下）―暴力団関連事件を素材として」判例評論477号・478号・479号（1999年）および日本弁護士連合会・民事介入暴力対策委員会編『暴力団の不法行為責任―組長と使用者責任法理―』（有斐閣、1994年）を参照。

[5] 幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』（有斐閣、1993年）196-210頁参照。

[6] 田上富信「使用者責任」星野英一ほか編『民法講座６　事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）468頁によると、当時は、使用者に免責を認めないフランス民法の立場を支持する学派と免責を認めるパンデクテン法学派が論争を展開したが、結局、使用者に免責を認めないと産業の育成を阻害するというドイツの経済後進性を反映する考えが、わが国の経済状況に合致したという。また、大塚直「民法715条・717条（使用者責任・工作物責任）」広中俊雄・星

しかし、今日では、近代の大企業組織の運営実態に鑑みて、使用者責任の法的性質は被用者の不法行為の責任を使用者が代わって負担する代位責任[7]であると捉えられている。法的根拠としては、報償責任[8]（「利益の帰する者に損失が帰する」）や、危険責任[9]（「危険の支配する者が責任も負う」）があげられる。そして、同条１項但書は、判例・学説で事実上空文化され、無過失責任に近い運用がなされている。被用者の加害行為は使用関係の成立故のものであり、資力の乏しい被用者よりも経済力のある使用者に賠償責任を認めるほうが被害者を速やかに救済できるという政策的面からの正当化と、使用者は消費者への価格転嫁や保険加入でリスクを分散できる地位にあり、「損害の公平な負担」の理に適うと説明される。

他方、不法行為の一般原則は過失主義に基づく責任[10]であると説明されるため、結果責任としての企業の無過失責任が、例外的な政策決定に過ぎないもの[11]、企業の代位責任は被用者の不法行為を前提とする間接的な過失責任主義であるとも説明されている。代位責任と捉えられながら、使用者被用者間の内部求償の可否が議論され、英米法の「代位責任（vicarious liability[12]）」とはやや趣を

野英一編『民法典の百年Ⅲ　個別的観察（２）債権編』（有斐閣、1998年）682頁においても、旧民法は faute に由来する使用者責任だったが、現行民法はドイツ法の影響の下に使用者の過失責任が認められたと指摘している。

7 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1918年）1008頁以下、鳩山秀夫『〔増訂〕日本債権法（各論下）』（岩波書店、1924年）914頁参照。

8 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）163頁。

9 川島武宜「判批」判例民事法［昭和11年度］63事件（1939年）238頁、柚木馨「被用者の過失に対する使用者の不法行為上の責任」国民経済雑誌43巻５号（1927年）107頁参照。

10 我妻栄「損害賠償理論における『具体的衡平主義』」『民法研究Ⅵ』（有斐閣、1969年）［初出は法学志林24巻３－５号（1922年）］198-201頁参照。19世紀以降、ヨーロッパの「個人の自由」なる観念は、過失を限界として個人の活動が保障されていると説明する。

11 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（有斐閣、1916年、1953年復刊）が古典的論文である。

12 田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）によると英米法の使用者責任は「使用者は被用者が業務の執行中に不法行為により第三者に加えた損害について、使用者の過失の有無を問わず賠償責任を負う」とする原則であ

異にしている。

無過失責任論の影響下に、判例は使用者責任の要件適用を漸次緩やかにした。使用関係は実質的な「指揮監督をすべき地位」で良く、「事業」は広い意味の「仕事」である。特に、近年の判例・学説の双方において、事業と被用者の加害行為との関連を客観的抽象的に捉える傾向が強くなり、被用者の加害行為を容易に「事業執行性」に取り込んでいる。その結果、①使用者責任の加重が正当化され、被用者の故意・過失責任が相対的に後退している、②また、被用者の権限の濫用や逸脱を「事業執行性」に含める解釈の拡張が推進され、使用者責任が広範に肯定される、①②の相関は、民法715条の使用者責任適用を拡張する傾向である[13]。特に、②の「事業執行性」の拡張は、被害者を救済しなければならない時代の要請[14]に促されている。

そして本判決はまず、大規模暴力団内部のピラミッド型階層組織に強い序列的・間接的な指揮命令の存在を認め、暴力団内部の相対的独立性・裁量性を否定して組長と下部組織組員の実質的な使用－被用関係を肯定した。つまり〈判旨1〉によると、①山口組の名称、代紋などを暴力団員が使用し、その威力を利用して資金獲得活動をすることを容認していた、②ピラミッド型階層的組織を形成し①の収益を上納金としてＹ４に取り込む体制である、③構成員は擬制的血縁関係に基づく服従統制下に置かれ、Ｙ４の意向が末端組織の構成員に至るまで徹底して伝達されていた、などの事実を認定し、暴力団が「システム化された暴力装置[15]」であり、資力は末端の組員ほど乏しく、上位者には集中す

る。日本民法715条と異なり、被用者の選任・監督について使用者に過失があるか否かは、そもそも要件ではない反面、事業の執行の範囲については日本よりも狭いと記述されている。

13 國井和郎「事業の執行」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座４』（日本評論社、1997年）38頁によると、判例は初め事業執行性の意義と判断基準において、「一体不可分説」を採用し使用者責任制限の方向に傾いていたが、大（連）判大正15年10月13日民集５巻12号785頁において、事業執行性を広義に解し、これを契機に拡張的解釈が押し進められ、現在の外形標準説（外形理論）の理論として定着したと記述する。

14 大判昭和14年１月26日民集18巻1418頁（有価証券の流用処分の事案）では、第三者保護を説き、被害者救済を民法715条の趣旨とする理解があった。

15 淺田・菅原・前掲注４・58巻７号163頁参照。

るという実態を肯認した。

要するに、大規模暴力団の組長は、管理や指示、渉外などが主な仕事で、資金獲得活動や対立抗争に実際に参加することはせず、下部組織の組員に代紋ブランドを使用させて、違法な資金獲得活動や対立抗争へ積極的に参加させる。その結果、組長は独占的に利益・支配の範囲を拡張させている。このように本判決は、物的・人的な組織活動を実質的に支配する者としての地位に着目し、営利目的活動を行う企業形態に類比した組織理解を示していると思われる。

ところで、暴力団組織は、法人でも権利能力なき社団でもなく、もちろん組合でもなく、事実上の組織体にしかすぎず、既存の法的団体の枠組みに収めるには不都合な、いわば組長の絶対的支配の特殊な家父長的擬似血縁団体である。このような暴力団に民法715条を適用して組長に賠償責任を認める使用者責任法理、および「事業執行性」の拡張による無過失責任化促進の意義を、従来の民法715条解釈に接合させて明らかにしようと思う。そこで、以下順に、事業の適法性の要否（３）、対立抗争の事業性（４）、他の法律構成の可能性（５）、組長責任追及の可能性（６）、組長責任追及訴訟の社会的機能（７）、を考察し、最後にまとめとする。

３．事業の適法性の要否

暴力団組織に対して民法715条の使用者責任が適用できるか否かは、立法当時から、起草者は勿論、学説においてもほとんど議論されてきていない。平井宜雄教授が民法715条の「事業」は「違法であっても本条の適用を妨げない」と明示し[16]、神田孝夫教授が「事業の適法性」を項目立てて検討した[17]以外は、特に目立った言及はなく、通説は、民法715条の「事業」には合法的活動を暗黙裡に想定していたにすぎないようである[18]。しかし、近年、日弁連民事介入

---

16 平井宜雄『債権各論Ⅱ』（弘文堂、1992年）228頁参照。ただし、当時はこの点の議論が希薄であったと考えられる。

17 神田孝夫『使用者責任〔新版〕』（一粒社、1998年）２頁参照。

18 加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣、1965年）285頁「厳密に言えば不法行為を目的とする事業はないわけだから、被用者の行為が使用者の『事業』の範囲に包含されるわけはない」、幾代・前掲注５・203頁「不法行為をなすことをもって職務の内容（したがって事業の内容）とすることは、ありうべからざることだからである（90条参照）。」など。

暴力対策委員会が、民法709条や719条に基づいて組長に責任追及することの立証上の限界を理由に、民法715条適用論を掲げ、組長責任追及訴訟を推進したため、改めて同条「事業」には、不法な事業も含みうるのかという議論が活発になった[19]。

「事業」に非合法なものも含むことが許される理由としては、今日の事業活動実態の合法・非合法の境界の曖昧さが挙がる。表向きの合法的設立状況とは裏腹に、実質は非合法行為で利益を上げる詐欺商法や客殺し商法の存在は近時の判決例からも明らかである。たとえば豊田商事事件は実質的に詐欺目的で設立された企業であったし、最初から客殺しを狙う原野商法や先物取引のように、会社ぐるみの組織的不法行為が認められる事案[20]もあり、非合法な事業活動を行う社会的実態としての事業体に対し、民法715条を適用しないことのほうが寧ろ妥当性を欠き、合理的根拠が見出し難いと指摘される。被害者保護に配慮するなら、同条「事業」の目的の合法・非合法を不問とするべきであると指摘される[21]。また、企業の使用者責任は、報償責任あるいは危険責任を根拠とするのが通説であることから、暴力団組織においても、経済的利得と犯罪の恒常的危殆化がそれらに対応し、かつ非合法的事業の行為規制目的にも適うので、暴力団の組織的活動を「事業」適用外にする理由はないと指摘するものがある[22]。

他方、非合法行為を民法715条の「事業」に該当させることに消極的な立場の学説もある[23]。理論構成に無理があることを指摘し、むしろ、民法719条の

---

19 日弁連・民暴対委編・前掲注４・219-226頁参照。

20 たとえば大阪地判昭和63年２月26日判時1292号113頁（原野商法）、名古屋地判平成元年８月15日判時1345号106頁・東京地判平成２年７月27日判時1394号105頁・札幌高判平成３年10月21日判タ783号223頁・名古屋地判平成４年３月13日判時1464号97頁（商品先物取引）など。勿論、暴力団が組織の威力を使って相手の恐怖心を利用しているのに対し、悪徳商法は相手の投機心を利用して欺網行為を行うという違いはある。

21 菅野直樹「組長訴訟の現状と課題」自由と正義55巻７号（2004年）82頁参照。窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007年）187頁も同趣旨。

22 田上・前掲注４・判評479号2-3頁参照。

23 澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為〔第３版〕』（有斐閣、2001年）302頁で「事業」を原則的に合法なものとみなし「暴力団でない限り不法行為を為すことを職務とすることは考えられない」と述べる。

共同不法行為あるいは競合的不法行為として処理するのがより適切だと述べる[24]。また、「事業」を非合法行為にまで広く適用することに賛意を示しても、構成員の私的活動には使用者責任の免責余地を認める説もある[25]。

以上をまとめると、民法715条の「事業」に暴力団の非合法な活動を含めることに対して、学説には積極的な立場と消極的な立場があり、民法715条１項但書が事実上空文化されているにも拘らず、いずれも組長の免責の余地を確保する。

本件以前の暴力団関係の訴訟は、一般に「シノギ型」と「抗争型」に類型化されてきた。シノギ活動に伴う不法行為と抗争上の不法行為に二分する所以は、暴力団の活動に、事業に擬え得る経済的目的が存するか否かの点にあった。シノギ活動には経済的目的が存するということから、かろうじて暴力団の事業とみなされ、組長の使用者責任を肯定するという法律構成が採られた[26]。そのリーディング・ケースが、宇都宮地栃木支判平成８年１月23日判例時報1569号91頁である。その後、シノギ型訴訟では民法715条構成による使用者責任を肯定したものが続く。

その後、暴力団の階層的指揮監督関係は実質的な使用－被用関係であると肯定された。したがって、大規模であっても暴力団は一体的な組織であると評価され、組織一丸となる対立抗争は暴力団の事業であると肯定されたのが、那覇地判平成８年10月23日判時1605号114頁である。また、那覇地沖縄支判平成14年３月14日判時1803号43頁では、暴力団組織は経済的実体であると把握したう

---

[24] 潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999年）356頁、佐々木宗啓「平成11年度主要民事判例解説」判タ1036号（2000年）137頁参照。

[25] 吉村良一『不法行為法〔第３版〕』（有斐閣・2005年）193頁によると、実質的指揮・監督関係として①行為者の独立性、自由裁量の強さ②現実の具体的な指揮監督の点および監督をなしうる地位の規範的な判断、などの二点が重要であるとする。加藤雅信『新民法体系Ⅴ〔第２版〕』（有斐閣、2005年）337-338頁参照。使用関係が認定されるのは、組長から生活費等の支給を受けている場合や抗争事件に伴う殺人事件に報奨金が支払われる場合に限り、組長からの金銭支給はなく逆に組員から上納金の納付のみが行われている場合には使用関係の認定が難しいと考察し、その場合は、民法719条２項の教唆・幇助に基づく共同不法行為構成を求める。

[26] 田上・前掲注４・判評477号３頁参照。

えで、対立抗争は経済的利益の獲得を有利にするものであり、事業に密接に関連する行為であるとされた。その後「抗争型」にも組長の使用者責任が肯定される。

ところが、社会的に容認されない生命・身体の侵害を目的とする対立抗争は、そもそも民法715条の「事業」には含まれないことが自明であるという理由で、対立抗争における不法行為に使用者責任を否定した福岡高那覇支平成９年12月９日判時1636号68頁や福岡高那覇支判平成14年12月５日判時1814号104頁が現れた。いずれも原審の肯定した民法715条の責任構成をわざわざ否定して、民法719条の責任構成に振り替えている。この民法715条と民法719条の責任構成競合を否定する運用は、民法715条の責任を基礎付ける「事業」は合法的活動に限り適用され、非合法な活動は事業に含めることが許されず、むしろ、共同不法行為構成として処理されるべきであるという、暗黙裡に承認されてきた想定に基づくものである。

しかし、本判決は、まず、非合法な「威力利用を利用しての資金獲得活動」に民法715条の「事業」を適用し、合法的活動目的に制限しないで「事業」の適用を認めることを明確にした。そして、暴力団の対立抗争は「威力利用を利用しての資金獲得活動」に必然的に発生するものとして事業との客観的・抽象的関連性も認めた。すなわち、対立抗争事例における使用者責任の適用制限を否定して、組長の使用者責任加重を明確にするものであり、下級審の相反した判断に決着を与えた。生命・身体の侵害活動が「事業執行性」に取り込まれる点で、従来の「事業執行性」拡張化の延長上に位置する判決である[27]。使用者責任制度が事業執行上の被害者救済を目的とする運用であることを明確にしたと考えられる。

４．対立抗争を事業とするか否か

本判決は、暴力行為・殺傷行為目的である対立抗争を「事業」であると断定することを避け、「事業の執行と密接に関連する行為」（以下「密接関連性」という）基準を用いて組長の使用者責任を認めた〈判旨３〉。「密接関連性」基準

[27] 淺田・菅原・前掲注４・58巻７号181頁で、判例は従来から、被用者の暴力行為の事業執行性に関する判断基準が緩和傾向であったが、本判決で被害者救済の可能性を飛躍的に拡大させたと指摘している。

とは、「外形理論」とともに「事業執行性」を拡張する判例理論である。そして、「密接関連性」基準で民法715条の責任を認める本判決は妥当であると評価されている[28]が、抗争自体を直截に「事業」に含める北川補足意見のほうを支持する意見もある[29]。また、本判決の結論を支持しながら、身体殺傷目的の抗争行為と経済的利益追求の事業とは関係が希薄である由を強調する説[30]などもある。

北川補足意見は原審支持を表明し、対立抗争を暴力団の事業に含める可能性を認めた上で、本件殺傷行為の事業執行性を認める構成である。原審によると、抗争中の殺傷行為がたとえ誤射殺であっても、客観的外形的に見て暴力団特有の原理に基づく行動であり、対立抗争自体が威力・威信回復を目的とするので、暴力団の事業であると述べている。つまり、組員の銃撃行為は決して個人的な動機から行われるのではなく、組織の強い影響の下に駆り立てられたものであり、対立抗争自体が組織目的の活動であると判断する。

北川補足意見が法廷意見との違いを強調する意義は以下にあると考える。

法廷意見は、事業の性質をあくまでも資金獲得活動という経済的側面に基礎付ける。対立抗争および殺傷行為は直接生命・身体の侵害を目的とする非経済

---

28 原田剛「本件判批」法学セミナー604号（2005年）144頁、大塚和成「本件判批」銀行法務21（2006年）658号108頁参照。内藤和道「本件判批」判タ1215号（2006年）101頁、松並重雄「本件判批」法曹時報59巻１号246頁、飯塚和之「本件判批」法の支配137号（2005年）87頁、大塚直「本件判批」法学教室306号（2005年）判例セレクト24頁、浦川道太郎「本件判批」ジュリスト1291号（2005年）83頁、土橋・前掲注４・25頁参照。

29 瀬川信久「本件判批」判タ1187号（2005年）112・114頁、鈴木清貴「本件判批」法学教室297号（2005年）119頁、浅野直人「本件判批」私法判例リマークス32号（2006年）63頁、中村哲也「本件判批」判例評論561号（2005年）35-36頁参照。

30 田上・前掲注４・判評479号３頁も同旨である。「報償責任あるいは危険責任の原理が帰責の根拠であるとしても、組長が民事責任を負わされる範囲は無限ではない。…一応、暴力団組長の責任範囲は、組織関連性の基準でもって決すべきことを提案したい。」と記す。宮本幸裕「本件判批」法律時報77巻６号（2005年）121頁参照。上納金を受ける報償的責任論からすなわち、責任主義を掘り崩さないように個別の不法行為が実質的に使用者の利益になる客観的把握を要件とする。

的行為であり、「外形理論」における事実的不法行為（暴力行為）の評価に馴染むと考え、「密接関連性」基準を用いて使用者責任を成立させている。

他方、北川補足意見および原審は、暴力団の資金獲得活動が、一般企業とは違って、特に「威力を利用」する点（暴力・威力が資源となっている点）を重視し、対立抗争がやはり「威力を利用」して組織の維持拡大を図るという組織原理を目的化した活動と捉え、使用－被用関係の成立した組織事業すなわち組長の事業と判断する。すなわち、暴力団の事業の利益を「資金獲得活動」という経済的側面に限定せず、「威力を利用して」暴力団活動の維持拡大を図る活動全般を広く事業であると捉える。

対立抗争を暴力団組長の事業と認定した判決（那覇地判平成８年10月23日判例時報1605号114頁）は、「敵対する暴力団組織と抗争することは、存立目的上必要不可欠な自己の組織の威力の維持、防衛、拡大につながるのであって、組織の存立及び事業の遂行を行う上で必要な行為であり、事業に該当」すると述べ、組織の威力維持・拡大が暴力団存立上重要なものであると捉える。当該事件も、一連の抗争事件の最中にやはり相手組員と誤認してアルバイト中の学生を誤射殺した事件である。判決は、階層的組織体を一体的に捉え、組長の地位が「指示を出すことのできる立場」にあるという理由で使用－被用関係を肯定した上で、組員が報奨金や組織内の地位上昇の報奨を期待して殺人に及ぶのは、暴力団組織の事業遂行上必要であり、相手の弱体化と自己の威力の維持・防衛・拡大を図る対立抗争自体が暴力団の事業であると評価した。

しかし、本判決の法廷意見は、あくまでも「事業」適用に際して経済的側面の理解に限定し、組織の対外的威力イメージを拡大することまでは、暴力団活動の本質とはしなかった。本判決の画期的な点は、違法な経済活動をも抽象的な「組織の利欲性」として捉え、民法715条の「事業」の適用を緩和する立場（積極的立場）を採り（判旨２）、市民社会に存在する非合法な営利活動を法的評価に組み込む契機を与え、より現実的な法秩序を構築した点である。しかし、対立抗争上の生命・身体の攻撃に「密接関連性」基準（判旨３）が用いられるのは、不法行為発生の契機と原因を区別しようとする現れである。発生契機が事業の執行に関連付けられても、発生原因が当該組員の故意・過失に還元され、組織的な「暴力性」という抽象的理解は後退し曖昧になっている。判決では暴力団の「組織的利欲性」に着目するために、その「組織的暴力性」の評価が閑却されているように私には思われる。暴力団は「組織性」「暴力性」「利欲性」

の三側面で自己増殖する存在であると思われるが、抽象的な組織の暴力性を事業に概念化することに、最高裁はなお慎重な態度であることが窺える。

「密接関連性」基準という「事業執行性」拡張化の法技術で、公平妥当な使用者責任を加重構成する法廷意見よりも、使用－被用関係によって抽象的に把握される活動を暴力団の本質的事業であると構想する北川補足意見のほうが、非合法組織自体の暴力性に脅かされている市民社会を前提とした現実的な法秩序を構想するように思われ、支持したい。

5．他の法律構成の可能性

学説・判例が民法715条の「事業の執行性」要件の拡張化に努めたのは、企業のような高度な組織体の使用者責任を無過失的に構築するためであった[31]。被害者救済と損害の公平分担の理念に基づき、加害行為と本来的事業との時間的・場所的接近性や状況等を総合評価し、具体的事案に沿って事業との客観的関連性を検討することで、企業の社会的機能に見合う損害賠償責任を負わせる政策的目的があった。

ところで、本件のように当該組員の本件殺害行為が誤射殺である点に拘ると、ともすると組員の心理的過失を持ち出し、事業との関連が具体的レベルの評価となる可能性もある[32]。組員の心理的な過失を強調することは、以下の二点に

---

[31] 國井和郎「使用者責任とその周辺問題―他人を使用する者への帰責をめぐる法的構成」法律時報48巻12号（1976年）41頁では、民法715条の解釈拡大化が誕生した理由は以下の二つと見ている。一つは、企業活動からする損害惹起が多発する現在、被害者救済を可能にするシステムが要請されたこと、もうひとつは、過失責任主義が被害者救済の適切な責任原理として機能していないことを挙げる。

[32] 中村・前掲注29・判評561号（2005年）37-38頁で、本件警察官殺害行為は対立行為中の誤認行為であって、誤認殺害を北川意見のように「事業の執行」というのは無理がある、と指摘する。法廷意見の表現である「A組の威力、威信を維持回復するための対立抗争行為」として行われた行為が誤ったものであるから、建設現場の作業員が作業中に金槌を落としてそれが通行人に当たったという場合に相当し、そのような場合は、「事業の執行」中に過失行為があったために「事業の執行につき」身体侵害が生じたと説明される。これと同様に、本件殺害は、行為は予定されたとおりの事業の執行（法廷意見では事業に密接に関連した行為）が行われなかったというタイプであると説明する。

おいて正当化されない。一つは、不法行為の結果を組員自身の不注意に帰責させる点である。これは、近年の一般的注意義務という客観的過失概念[33]に反する。二つ目は、組員個人を原子的に独立した存在として扱う点である。組員は構成員の地位として行動をとるよう義務付けられており、組織的論理から離れて合理的判断を維持できる独立した立場ではない。むしろ、組織原理に忠実である。

民法715条の使用－被用関係という要件は、仕事上は被用者が使用者と法的に不平等な地位であることを前提にして、使用者に法的責任が課せられていると考えられる。企業の不法行為の場合、個々の構成員の故意・過失よりも、組織全体の目的的活動が損害を惹起したと考えて、組織体自身を法的に一つの独立主体とみなし、組織自体の過失として直接の不法行為責任を構成する組織論的構想[34]があって、企業の不法行為責任[35]と呼ばれる。近年の大企業がもたらす危険な機能（欠陥製品や公害など）に対処させるため、企業活動そのものの損害として、被用者の責任を後退させ、直截に企業不法行為の成否を問題にし

---

[33] 前田達明『不法行為』（青林書院、1980年）35頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992年）27頁、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為　中巻・下巻）《現代法律学全集10》』（青林書院、1985年）303頁参照。

[34] 既に大正時代から存在する。政策上の無過失責任を認めようとした岡松・前掲注11、清水金次郎「使用者賠償責任の基礎」法学論叢38巻５号（1938年）170頁、過失責任の究極として無過失責任を位置づける牧野英一「無過失責任」『法律における進化と進歩』（有斐閣、1924年）207頁以下、あるいは民法717条類推適用論を主張した我妻栄「“Negligence without Fault”―アメリカ法における一つの無過失責任論―」『民法研究Ⅵ　債権各論』（有斐閣、1969年）［初出は『（末川還暦）民事法の諸問題』（有斐閣、1953年）］278頁の具体的衡平主義、または石本雅男『民事責任の研究』（日本評論社、1948年）194頁以下の団体主義的民事責任論等の企業責任の無過失化の議論などの存在がある。

[35] 神田孝夫『不法行為責任の研究―責任主体論を中心に―』（一粒社、1988年）で「企業の不法行為」論として詳細に考察している。同「『企業ないし組織体の不法行為』の法理」『新・現代損害賠償法講座　第４巻　使用者責任ほか』（日本評論社、1997年）12-16頁参照。企業労働者を組織原理から独立した不法行為責任者として捉えることに妥当性はないとし、企業活動全般をコントロールする、より高次の法的主体・法的団体として企業自体を観念し、直接民法709条に基づく「組織体自体の過失責任」構成が主張されている。幾代・前掲注５・219頁、四宮・前掲注33・295-297頁も同旨である。

ようとするものである。判例も、企業組織を一個の有機的組織体と見做し、予見義務違反や高度な結果回避義務等、過失の擬制[36]と拡充[37]によって企業の抽象的過失を肯定し、企業責任を加重させることで被害者救済を前進させてきた。

本件も暴力団の組織としての独自性に目配りしている。本判決の認定した事実によると、本件山口組は構成員全員の行動規範として「山口組綱領」を定め、総本部における決定、指示等は、抗争に関する指示から構成員の生活に関する事項に至るまで事細かに行われ、「通達」「告」等と題する文書により全国の構成員に伝達徹底されている。その決定、指示等に反した場合は、指詰めなどの制裁を受ける。さらに、内部規範で暴力行使奨励の態勢が整っており、殺傷目的の武器も組織が供与する。しかし、警察の検挙が組織中枢に及ばないようにと、組員には徹底して犯罪を個人化するように教育している[38]。組員は、企業の従業員とは異なり、ほぼ24時間体制で全人格的に組長から支配されているに等しく[39]、個々の組員は組織体に埋没しており、組織自体の不法行為責任構成で損害賠償責任を追及し、速やかな被害者救済に対応させることも十分可能であろう。

団体の組織原理や構造に着目して不法行為責任を追及する場合、民法715条や民法717条類推適用等にとどまっていては、個人の身分や地位に着目する点でなお個人的責任構成としての限界が指摘されるため[40]、「組織自体」の利益活動から生じる不法行為の公平な損失分担としての責任を追及するには、やはり組織論に基づく民法709条の責任構成の可能性を推進するほうが、事態適合

---

36 個々の被用者の具体的加害行為の特定およびその過失の立証を不要にしたまま使用者の代位責任を肯定した事案として、福岡地判昭和52年10月５日判時866号21頁、熊本地判昭和54年３月28日判時927号15頁など。

37 加害行為が特定されても上意下命のようにその被用者に損害の発生を回避する権限や期待性がなく、被用者の故意・過失を前提とせずに企業責任を認める。ただし、田上富信「被用者の有責性と民法715条（その１）―代位責任克服のための一試論―」鹿児島大学法学論集８号２号（1973年）91-93頁は、「手放しの被害者保護論」の批判に向けて、一般的監督義務において被用者の行為が職務上要求される相当な行為であったことの主張・立証責任を、使用者の違法性阻却事由（免責）とする。

38 日弁連・民暴対委編・前掲注４・７頁参照。

39 日弁連・民暴対委編・前掲注４・13頁参照。

40 神田・前掲注35・33-34頁参照。

的であると思われる。

6．組長責任追及の可能性

原審の認定するところによると、山口組の「告」では対立抗争を奨励する一方、内部抗争は一切厳禁されている。組織原理では対立抗争と内部抗争には厳格な区別がされているが、内部・対立いずれの抗争でも、市民の巻き添えが生じている[41]。市民の被害は暴力団の抗争発端の事情に無関係である。ところが、民法715条の使用者責任構成では、その効果に違いが出てくる可能性がある。すなわち、多数意見の論理では、「対立抗争」は組織の経済的利欲活動・資金活動に結び付き「事業」と関連付けられるが、他方、内部抗争は組織内部の明示的（あるいは黙示的）厳禁規定に反する点で、組長の事業性とは関わらないからである。

組長の使用者責任の追及には、暴力団組員の行動類型をおよそ３つのパターンに分けて考えることができる[42]。①組織の維持・拡大活動（抗争行為等）、②定型的威力利用活動（社会通念上、威力の利用が不可欠要素の活動、シノギ等）③非定型的威力利用活動（社会通念上、威力利用の予定されていない活動、単発的、突発的形態）、である。従来①および②が組長責任追及訴訟として浮上しており、本件は①の類型に属するものである。組織の威力イメージと密接な活動である①②は、民法715条の使用者責任構成において容易に事業執行性が肯定されることになろう。

問題は③の場合の使用者責任の成否である。つまり、単に組員の不平不満が高じて一般市民に危害を与えるような、私的日常生活上の暴力などである。道で肩が触れたというだけで通行人をいきなり殴るとか、ガンをつけたといって暴行するとか、脅迫や恐喝を行う組員の所作などは一般にもよく知られている。たまたま何等かの事情を契機に言いがかりをつける組員の暴行に市民は悩まされている。しかし、組員の日常生活において偶発的に発生する行為でも、組長の名前や名刺を提示し、刺青や指の欠損等暴力団特有の形態を示すなどで恐喝などを行うのであれば、「暴力団の威力の利用」が具体化され金銭の要求があ

41 那覇地判平成８年10月23日判時1605号114頁は内部抗争が高じて後に分裂抗争に発展したものである。

42 日弁連・民暴対委編・前掲注４・100頁参照。

るという点から、組長の容認する威力利用行為による資金獲得活動と評価され、事業執行性が肯定される可能性はある。

しかし、そのような具体的表現が示されず、恐喝もなされない場合においてもなお、組長に法的帰責が可能であろうか。まず、暴力団特有の擬似血縁関係によって生活全域での組長と組員の使用－被用関係は成立しているとみなせるので、組員は常時組員としての地位利用行為を行うことが可能であるといえる。そして、組員の偶発的暴行の際に、特に明示的な組員としての地位の誇示もなく、たまたま金銭の要求はなくとも、一般に組員と接触があった後の、背後の組織の関与や報復が恐ろしいというイメージが市民に伝播している現実では、日常生活上でも黙示的に威力イメージを後ろ盾にしているといえるだろう。このような黙示的な組織の威力イメージを考慮せずに、組員の個人的動機を強調すると、単発的、突発的な不法行為には、民法715条における使用者責任が否定される可能性が大きい。学説には、そのような趣旨の説明も多い[43]。

しかし、一般市民への威圧的態度は、組織の威力イメージを高める組長の利益であるとも評価できる。つまり、組員が一般市民に対する威圧や威嚇の姿勢で闊歩することは、そのまま暴力団の縄張りアピールの表徴となり、組長の地位も高め、かつ暴力団組織の評価に寄与する。組員の単発的に見える暴行も、暴力団イメージの後ろ盾があってこその示威行動であるから、いわば、組織的行動に吸収可能なものであり、それらは組長の利益につながる行為である。それを、組員の個人的動機を強調して組長の使用者責任を容易に免れさせるのは不合理であろう。

暴力団という団体類型は、市民の生活利益を危険に曝し、市民と暴力団との間に相互受益性を欠く点で、一般の企業とは明確に区別される。そうした、暴力団の威力を後ろ盾にした、組員の暴力に由来する不法行為への問責はどのように法的構成したらよいのか？被害者の側から厳格責任的な構成が求められるのであろうが、民法715条構成には限界があるのならば、組織自体から生じた損害として、民法709条に基づく不法行為責任構成により正当化されると思われる[44]。

---

[43] 田上・前掲注37・91-93頁の「手放しの被害者保護論」、宮本・前掲注30・121頁「責任主義を掘り崩さないように」など参照。

[44] 危険性を孕む組織体の活動により生じる損害からの速やかな被害者救済と

7．組長責任追及訴訟の社会的機能

民法709条に基づく不法行為の団体的構成を可能にさせているのは、通説の過失概念が社会的信頼に対する注意義務違反を示す「客観的過失」とされるからである。しかし、暴力団組織は、社会的信頼に対する注意義務を形成する倫理的発想（損害の未然防止）が著しく低い。近年の広域暴力団の系列化・巨大化は、一般市民や企業を標的として巨額の収益を上げる経済団体的態様である[45]。一般市民は、社会的信頼をルール化して守り育てた市民秩序が暴力団活動によって破壊されても、損害を自己負担して泣き寝入りしているのが現実である[46]。

他方、通説の不法行為法の主要目的は、帰責者に損害賠償責任を負わせ、速やかな損害の事後的回復（原状回復措置）を図ることである[47]とされているが、組長の責任追及訴訟の目的は、被害者救済以上に、損害の発生抑止・事業縮小という先制規制の効果を期待している[48]。つまり、損害発生回避の契機が、暴力団組織の行動規範にはほとんど期待できないので、暴力団外部からの不法行為抑止が期待されている。

しかし、反社会的行為の抑止や防止は刑事罰で規制すべきで、民事責任法（不法行為法）の果たすべき役割ではないという反論があるだろう。確かに、民事と刑事の峻別を前提にして、刑事が制裁機能、民事は損害填補機能と一般に理解されている。しかし、刑事罰は民事規制とは目的も手続きも異なる。上述したように、現代の複雑で高度な社会状況では、民事刑事の峻別では対処不全な不法行為が多発しており、刑事と民事を峻別する意義が減少している[49]。事業

いう視点に立ち、個々の構成員の過失を問題とせずに、組織の直接的責任を規定する立法が存在する。たとえば、原子力損害の賠償に関する法律（３条）、鉱業法（109条）、大気汚染防止法（25条）、水質汚濁防止法（19条）など。

45 尾方広義「公共事業からの暴力団排除」法律のひろば61巻４号（2008年）13頁以下、堀主邦「企業活動からの暴力団排除」同21頁以下参照。

46 淺田・菅原・前掲注４・58巻５号48-49頁参照。

47 加藤一郎『不法行為法〔増補版〕』（有斐閣、1974年）４頁参照。

48 後藤孝典『現代損害賠償論』（日本評論社、1982年）158頁参照。高度産業発達の結果危険が充満する現代社会においては、被害発生防止を狙うべきで、加害行為抑制を理念とする不法行為法の理論形成を積極的に推進する。

49 窪田充見「不法行為と制裁」『（石田（喜）古稀）民法学の課題と展望』磯村保ほか編（成文堂、2000年）699頁参照。

内容が合法性をもち得ない（公序良俗に反する）場合には、使用者責任を積極的に認めて事業の萎縮を誘発させるほうが、実は多くの人にとってプラスとなり合理的である。暴力団に対する使用者責任の拡張的適用の積極的活用は、無過失責任化の政策目的である予防機能を意識していると考えられる[50]。使用者責任が加重されて賠償金負担が過重になれば、組長が組員に事業活動の際に他害行為を避けるように命令するであろう[51]。

平成３（1991）年に制定された「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」（以下「暴対法」という。）が平成16（2004）年に15条の２第１項の新設によって、指定暴力団については、対立抗争時の生命・身体・財産の損害に対する組長の無過失責任を認め、被害の救済と抑止に配慮した。その後平成19（2007）年12月には、警察庁の暴対法改正検討案骨子が公表された。そこには組長責任追及訴訟の拡大強化が盛られていた[52]。すなわち、改正案では、指定暴力団組長の損害賠償責任範囲を定型的威力利用のシノギ活動全般に拡大し、さらに、訴訟妨害行為を規制して、一般市民が組長責任追及訴訟を提起しやすいように配慮する。警察庁の洞察としては、組長への賠償命令判決を増やせば、抑止効果が見込めるとしており、さらに資金獲得活動の抑止が組織の弱体化につながることを期待しているという。

暴対法自体が暴力団の存在を否定しておらず、指定が逆に「権威」を与えているというジレンマもあるが、近年は、組長に巨額が集中する反面、下部組織が慢性的資金不足に陥ることで、不満分子組員が供与されている武器を用いて鬱憤の矛先を対外に向けているとの事情が窺われる[53]。2007年の長崎市長射殺事件[54]は、そのような鬱憤晴らしの典型らしい。

---

[50] 加藤・前掲注47・22頁で「無過失責任は、個人の自由を脅かす危険を内包している。」と指摘しつつも、「もしその危険を冒しても、なおかつ無過失責任を認めることが、公平・正義の見地から妥当であれば、無過失責任を認めることを躊躇してはならないであろう」とも述べている。

[51] 河合潔「近年の暴力団をめぐる情勢と対策」法律のひろば61巻４号（2008年）６頁では、平成10年以降の対立抗争発生件数が一桁だったが、平成18年は０件になっているため、本判決が抗争事件の発生の抑止につながっていると考えられると指摘している。

[52] 北海道新聞2007年12月21日夕刊記事参照。

[53] 朝日新聞・前掲注１参照。

[54] 2007年４月17日当時の長崎市長が銃撃され死亡した事件。長崎地判平成20

この事案で、被害者から組長責任追及訴訟が起こされたと仮定すると、民法715条の適用に対する抗弁として個人的動機が強力に主張されるだろう。しかし、組織からの武器の供与が前提にあり、加害行為の動機が組織内部の昇格および示威目的など組織原理に基づいているため、加害行為の具体的状況においては組織活動との客観的関連性があり、事業執行性の要件を満すことが可能であると思われる。しかし、直截に民法709条による組織自体の過失に基づく不法行為構成を採用するのが立証も容易であり、被害者の速やかな救済が実現する。

組長責任追及訴訟の法理は、実効的被害者救済もさることながら、同時に不法取得資金を組長から吐き出させ、かつ、組織脆弱化を期待させるものであり、不法行為の抑止・防止という現実的な社会的機能を発揮している。暴力団の不法行為抑止・防止機能は、市民の監視と責任追及による司法的制裁で初めて作動させることが可能となる。すなわち、故意の非合法活動を司法的に規制するには外圧が必要であり、市民秩序は市民社会のイニシィアティヴなくして達成されない[55]。

8．おわりに

組長責任追及訴訟は、不法行為を助長する暴力団組織の構造を解明し、ならびに、暴力団は組長の指揮統制下の犯罪組織であるという認識を司法判断に反映させ[56]、被害の救済と実質的な不法行為予防が目的である。特に、被害の救済以上に、暴力団組織による非合法な犯罪活動の抑止・防止が、健全な市民社会からの切実な要請である。被害者救済の要請により、民法715条の使用者責任を基礎付ける「事業」はその合法不法を問うことよりも、使用－被用関係の影響力や組織原理の拘束性などが重要である。事業目的の有益性及び事業執行の合法性を前提とする民法715条の使用者責任適用の拡張を懸念する伝統的な議論は、現代社会においてはその意義の小さいことが理解されたと思う。暴力

年５月27日では、山口組組織幹部が降格と上納金工面に困窮するなか、市に対する不当な金銭要求を断られたことが動機とされた。

[55] 田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987年）176頁以下参照。

[56] 菅野・前掲注21・79頁参照。

団組織内部規律の非合法性を強調し、組織内の社会的倫理性の欠如を重視し、不法行為抑止という機能面から民法715条の使用者責任、又は組織自体の民法709条責任の適用が正当化されるであろう。そして、不法原因取得の事業利益を損害賠償として吐き出させ、不法な事業を萎縮させうる社会的行為規制を期待する。このように、組長責任追及訴訟は紛争志向型ではなく、政策志向型[57]の不法行為訴訟である。しかも、このような政策志向型不法行為訴訟には、公序良俗違反に抵抗する市民自身のイニシアティヴが必要である。民法715条さらには民法709条の不法行為責任を積極的に展開・活用し、非合法な社会活動の抑止機能を高める司法機能を期待したい。

本件事案からは少し離れるが、暴力団組織同志の対立抗争の継続は、一般市民の平穏な日常を脅かすある種の共同不法行為を形成する。事案によっては、双方の暴力団組織に不真正連帯の不法行為責任を構成させる余地もあり[58]、今後の暴力団の使用者責任法理の課題である。また、暴力団相手の訴訟は、原告の身辺擁護や証拠収集に並々ならぬ苦労があることから、弁護士費用の高額賠償を積極的に請求させるのも一計である[59]。暴力団の犠牲者の泣き寝入りを減少させるには、司法の積極的な関与が必須であり、弁護士費用請求には、慰謝料と同様な制裁的機能を認め、裁判官の裁量による相当額の認定（民訴248条）を期待したい。

また、マルチ商法や詐欺商法・宗教商法など、巨大化した組織の不法行為類型において、組織体としての一体性を根拠に、犯罪的組織に対する使用者責任追及の議論を発展・応用させ、不法事業の賠償責任の追及と被害者救済の可能性に期待する向きもある[60]。しかし、民法715条の責任構成は、個々の過失の立証は課されずとも、組織の一体性の立証責任が原告に課せられる。犯罪組織を対象にするとしても、必ずしも被害者有利ではない。結局、犯罪組織に対する使用者責任追及の議論は、民法719条の共同不法行為責任と競合させるか、

---

57 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』（一粒社、1980年）66頁以下参照。

58 淺田・菅原・前掲注４・58巻８号188頁にそのような趣旨の示唆がある。

59 佐賀地判平成６年３月23日判例タイムズ860号207頁は弁護士費用を損害の一部として認め交通事故の２倍額を請求したと、田上・前掲注４・判評477号４頁、および淺田・菅原・前掲注４・58巻５号63頁が指摘している。

60 浅野・前掲注29・63頁参照。

あるいは、やはり団体論的に民法709条に基づく組織体不法行為責任を追及する選択肢を広げるしかないだろう。今後も巨大組織の不法行為に対する責任を追及するには、多角的・精力的な証拠集めによる実態解明を基礎に、それを法的構成に反映させることが重要である。地道な市民の倫理的努力（監視と情報の通報）、警察や行政の責務遂行による検分資料集積、そしてそれらのデータ蓄積を活用する法構成が重要になるであろう。

執筆者紹介（掲載順）

邱　麗珍　北海道大学大学院法学研究科協力研究員

北見　宏介　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教

佐藤　陽子　札幌学院大学法学部講師

水野　吉章　関西大学法学部専任講師

山下　竜一　北海道大学大学院法学研究科教授

葛　愛軍　北海道大学大学院法学研究科助教

亘　理格　北海道大学大学院公共政策学連携研究部教授

吉田　克己　北海道大学大学院法学研究科教授

秋山　靖浩　早稲田大学法学部教授

北村　喜宣　上智大学法学部教授

越智　敏裕　北海道大学大学院法学研究科博士課程

五十嵐　元道　北海道大学大学院法学研究科博士課程日本学術振興会特別研究員

池田　雄二　北海道大学大学院法学研究科博士課程

小浦　美保　北海道大学大学院法学研究科博士課程

吉田　邦彦　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

南　健悟　日本学術振興会特別研究員法学研究科博士課程

和田　美江　北海道大学大学院法学研究科博士課程

山本　哲生　北海道大学大学院法学研究科教授

瀬川　信久　北海道大学大学院法学研究科教授

平成21年３月24日　印　刷
平成21年３月31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
常　本　照　樹

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 March 2009 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Japan's Economic Diplomacy to China after the Normalization of Sino-Japanese Diplomatic Relations (1) : Yoshihiro Inayama and the Japan-China Long-Term Trade Agreement ···· Lichen CHIU 1

The Agency's Interests and the Public Interests in Government Litigation (5) ——— What it Means to Represent "the Interests of the United States" ——— ····· Kosuke KITAMI 59

Die Einwilligung des Verletzten (8) ——— Rekonstruktion mit Rücksicht auf den besonderen Teil ——— ····· Youko SATO 137

Umweltstaat in der Bundesrepublik Deutschland (1) ——— Zum Umweltstaat bei Kloepfer ——— ····· Ryuichi YAMASHITA 670[1]

Reexamination of the Grounds for Fraudulent Transfer Law (4) ——— From the theoretical perspective ——— ····· Yoshiaki MIZUNO 648[23]

A Study on Insider Trading Regulation (3) ——— Comparative Study on Japan, U.S., and China ——— ····· Aijun GE 594[77]

SYMPOSIUM

Public-Private Partnership in the Urban Environmental Law

Introduction ····· Tadasu WATARI/Katsumi YOSHIDA 171

Intersection of Public Law and Civil Law in the Field of Urban Planning ····· Yasuhiro AKIYAMA 175

Public Regulation and Private Initiative for the Industrial Solid Waste Management ····· Yoshinobu KITAMURA 200

Intersection of Public Law and Civil Law in the Field of Public Works Litigation ····· Toshihiro OCHI 232

Discussion ····· 265

NOTES

The Origin of International Trusteeship (1) : From Empires to International Organizations ☆ ····· Motomichi IGARASHI 295

The Buying Back in Non-typical Securities (2) ····· Yuji IKEDA 526[145]

Criminal Trial and the Influence of "Publication" (2) ——— In Consideration of Contempt of Court ——— ····· Miho KOURA 466[205]

CASE NOTES

Notes on Civil Cases of the Japanese Supreme Court ····· Kunihiko YOSHIDA 327

Note on Criminal Law Case ····· Kazunori SEKIGUCHI 426[245]

Note on Civil Law Case ····· Kengo MINAMI 412[259]

Notes on Civil Cases of the Japanese Supreme Court ····· Yoshie WADA 384[287]

* * *

Prof. Ryuhji OHTSUKA's Career and Writings ····· Tetsuo YAMAMOTO 339

* * *

Prof. Yoshiki YOSHIKAWA's Career and Writings ····· Nobuhisa SEGAWA 355

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆···Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan