HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第61巻　第2号　全1冊
Citation	北大法学論集, 61(2)
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43653
Type	journal
File Information	lawreview_vol61no2.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 61 巻　第 2 号

論　説

司法権の構造的理解と新たな「裁判」解釈
…… 笹 田 栄 司　1
国際海洋法裁判所の暫定措置命令における予防概念の意義（1）
…… 堀 口 健 夫　272[1]
政府の言論と人権理論（2）…… 金 澤 誠　236[37]

研究ノート

John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開（2・完）
…… 黒 澤 修一郎　61
断定的判断の提供法理について（2・完）
——投資取引をめぐる我が国裁判例を素材として——
…… 牧 佐智代　190[83]

判 例 研 究

民事判例研究（一）…… 得 津 晶　103
民事判例研究（二）…… 得 津 晶　148[125]

2010（平成22）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）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
實方謙二（経済法）
杉原邦彦（民法）
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）
稗貫俊文（経済法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）

教授

松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）
池田清治（民法）
遠藤乾（国際政治）
岡田信弘（憲法）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
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）
寺川祐一（経済法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）＊
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
藤原正則（民法）
町村泰貴（民事訴訟法）
松久三四彦（民法）
松浦正孝（政治史）＊
○宮本太郎（比較政治経済学）
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）

准教授

松阿彌隆（民事実務）
佐藤岩昭（刑事実務）
舛田雅彦（法実務基礎）
川上有二（刑事実務）
太田賢一（民事実務）
伊藤誠（法実務基礎）
会澤恒（比較法）
郭舜（法制度論）

特任教授

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）
○中川晶比兒（経済法）
根本尚徳（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（ヨーロッパ政治）
吉田広志（知的財産法）＊
米田雅宏（行政法）＊

助教

大島梨沙（民法）
金澤誠（憲法）
坂口一成（比較法）
下村太一（政治史）
徐行（比較法）
宋峻（憲法）
所浩代（労働法）
板東雄介（憲法）
松原和彦（刑法）
孟根巴根（比較法）

雑誌編集委員　○印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論説

司法権の構造的理解と新たな「裁判」解釈

笹田栄司

一　問題の所在
　1　最高裁による四位一体的判例理論の形成
　2　本稿の検討課題
二　二つの最高裁決定
　1　平成二〇年五月八日第三小法廷決定

2　平成二一年一月二七日第三小法廷決定
三　ドイツにおける裁判権概念の混迷
1　比較の対象としてのドイツ
2　連邦憲法裁判所一九六七年決定
3　ベッターマンによる「実質的意味の裁判」概念の構築
4　行政訴訟及び民事訴訟における仮の救済の憲法上の基礎づけ
5　出訴保障と「裁判」（ボン基本法九二条）
6　非訟事件と「裁判」（ボン基本法九二条）
四　司法権の構造的理解と新たな解釈の可能性
1　裁判権（ボン基本法九二条）と裁判（日本国憲法三二条・八二条）
2　憲法化された仮処分手続
3　仮の救済・非訟事件と四位一体的判例理論の整合性
4　「裁判」の二層的理解と司法権の「コア」

一　問題の所在

1　最高裁による四位一体的判例理論の形成

（一）二〇〇八年施行の、「特定フィブリノゲン製剤及び特定血液凝固第Ⅸ因子製剤によるC型肝炎感染被害者を救済するための給付金の支給に関する特別措置法」（以下、C型肝炎救済特措法とする）、及び、「児童虐待の防止等に関する法

律及び児童福祉法の一部を改正する法律」（以下、改正児童虐待防止法とする）は、司法権を考えるうえで興味深い。

C型肝炎救済特措法によると、特定C型肝炎ウイルス感染者からの請求に基づき、独立行政法人医薬品医療機器総合機構が給付金の支払いを行なうが、給付金の支給を請求するには、「国に対して損害賠償を求める訴訟を提起するか、調停等の申立てをし、裁判所における手続の中で、和解等により、対象製剤の投与の事実、因果関係の有無及び症状を確認する必要がある」[1]。同法四条は、有資格者の認定のためには「確定判決又は和解、調停その他確定判決と同一の効力を有するもの」が必要とするが、ポイントは訴訟上の和解が成立するかどうかであろう[2]。確かに、薬害事件に見られるように、行政による認定は厳しいことも多く、さらに、それを裁判で争うとすると、患者の救済に著しい遅れがでることも多々あった。そこで、C型肝炎特措法は、「対象製剤の投与の事実、因果関係の有無及び症状の確認」が裁判所における手続で行われることを定めたのである。

改正児童虐待防止法によって、児童虐待が行なわれているおそれがある事案について、保護者の拒否や抵抗により児童の安全確認を行なうことができなかった場合に、児童相談所が、「裁判官の許可状を得た上で解錠等の実力手段をもって保護者の住居内に立ち入ることができる臨検・捜索制度が導入」[3]された。立入調査が拒否された後に、臨検・捜索を講ずることは、「犯罪捜査や公正取引委員会等の犯則調査以外にはなかった」[4]もので、住居の不可侵を保障する憲法三五条との関係もあり「裁判官の許可状発付」が組み込まれている。

これら二法について、最高裁判所長官代理者（高橋利文最高裁総務局総務局長）は、衆議院法務委員会において、「従来は行政の分野に属すると思われてきた事柄も裁判所で担当してはどうかということで立法」が行われたとの認識を示し、さらに、「社会構造が行政による事前規制型社会から事後救済型社会へと転換しつつある」ことを背景に、「さまざまな裁判所の関与が求められてきておる」が、それは、「司法の本質」に適合することが前提とする趣旨の見解を示している。

ここでは、「公正かつ透明な手続を通じて事実関係を確定し、法律を適用して、具体的な紛争を解決する司法作用を行うこと」が、裁判所の本質的な役割と解されているのである[5]。

（二）確かに、裁判所の「本質的な役割」に符合する判例理論を最高裁は展開してきた。それは、憲法規定にはない「法律上の争訟」を中心とした考え方である。芦部信喜は次のように説明している。「かつて最高裁判所事務総局総務局『裁判所法逐条解説』は、裁判所法第三条に言う「一切の法律上の争訟を裁判」する権限（「裁判権」と呼ばれ裁判所に憲法七六条一項により付与されたもの）について、「裁判」とは、「権利主体のあいだで具体的な法律効果の存否に関する争がある場合において、法規の定める法律要件を構成する法律事実に該当する具体的事実に、法規を適用し、その法規の定めている法律効果の具体的存否を判断、確定することにより、争を解決する作用」で、国民の「裁判を受ける権利」と表裏の関係にあり、「法律上の争訟」とは、「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であって、法律の適用により終局的に解決しうべきものをいう」（したがって「非訟事件」は争訟に属さない）と説いた。この考え方は、判例にそのまま踏襲されている（最大決昭和三五・七・六民集一四巻九号一六五七頁、最判昭和五六・四・七民集三五巻三号四四三頁）[6]」。

このように、憲法七六条一項と憲法三二条が「法律上の争訟」（裁判所法三条一項）を媒介にして強く結びつく「構図」は、近時、「司法権＝法律上の争訟＝主観訴訟のトリアーデ」[7]として描かれている。

（三）このトリアーデに、憲法八二条一項が結びつく。昭和三五年最高裁大法廷決定（最大決昭和三五・七・六民集一四巻九号一六五七頁）は、金銭債務臨時調停法七条の「調停に代わる裁判」を正当とした東京地裁及び東京高裁の判断は、憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れないとするが、同決定の中心となる判示部分は、「若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するよ

うな裁判が、……公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない」とするところである。

さらに、上記決定から三八年経過した「裁判官分限事件」において、最高裁は、以下のような判示を行う。「憲法八二条一項は、裁判の対審及び判決は公開の法廷で行わなければならない旨を規定しているが、右規定にいう『裁判』とは、現行法が裁判所の権限に属するものとしている事件について裁判所が裁判という形式をもってする判断作用ないし法律行為のすべてを指すのではなく、そのうちの固有の意味における司法権の作用に属するもの、すなわち、裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判のみを指すものと解すべきである」（最大決平成一〇年一二月一日民集五二巻九号一七六一頁）。

最高裁判例は、憲法三二条の「裁判」と八二条一項の「裁判」とを「一体として解する」[8]。そして、現行法が裁判という形式でもって裁判所の権限に属せしめている判断作用ないし法律行為のすべてではなく、「固有の意味における司法権の作用に属するもの」を「裁判」と解するのである[9]。換言すれば、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」である。最高裁は憲法三二条・八二条の「裁判」とは「固有の意味における司法権の作用」と解しており、最高裁判例についても、「日本国憲法の解釈に関するかぎり、両者（司法と裁判－笹田）をとくに区別する必要はない」[10]ということが当てはまる。

憲法三二条と八二条一項の「裁判」が同一視され、さらに、それが「法律上の争訟」とも重なることで、憲法七六条一項＝裁判所法三条一項＝憲法三二条というトリアーデに憲法八二条一項がつらなる四位一体的判例理論が形作られ

た。換言すれば、「公開・対審等の手続的適正保障を中核概念とした『司法』概念」が形成され、「民事訴訟こそが概念形成の鋳型としての役割を果たしてきた」[11]のである。そうすると、民衆訴訟や機関訴訟は、「法規の適用の適正または一般公共の利益の保護を目的とする訴訟であって、本来は司法裁判権の対象たる法律上の争訟ではな」い[12]。「そうだとすると、本来司法権を行使すべき裁判所に、かかる特別の権限を、法律をもって付与しうるとすることの根拠が問われてしかるべきであろう」[13]。近時の憲法学説は、この客観訴訟の合憲性を弁証することに腐心してきたのである[14]。

2　本稿の検討課題

（一）これまで、司法権については、上記のように、客観訴訟が主たるテーマであった。これに対し、本稿は、憲法八二条一項を加えた四位一体的判例理論を前提にして、仮の救済、及び非訟事件を素材にして、司法権について検討を加えようとするものである[15]。近時、民事訴訟における仮の救済は、出版・放映などの差止めに見られるように、憲法上も重要な意味を持つし、行政事件においても権利保護におけるその重要性は否定されないだろう。しかし、仮の救済と司法権（憲法七六条一項）の関係については、仮の救済の法的性質は司法か行政かといった議論を除けば検討はなされてこなかったように思われる。そこで、まず、この点について確認しておきたい。

（二）仮の救済及び非訟事件は、兼子一及び田中二郎によって、固有の司法権の作用ではなく行政と位置づけられた[16]。兼子一は、行政処分の執行停止の制限[17]を合憲とした昭和二七年最高裁大法廷判決（最大決昭和二七・一〇・一五民集六巻九号八二七頁）を支持する評釈のなかで、「確定判決によって行政処分の違法を確定してこれを取消すことだけが固有の司法権の作用であって、それ以外の方法で行政権に介入することは本来の司法権に認められたものではな」いとする[18]。この

思考方法は最高裁判例にたびたび登場し、例えば、昭和三五年七月六日の最高裁大法廷決定（民集一四巻九号一六五七頁）では、「性質上純然たる訴訟事件」に終局的に事実を確定し権利義務の存否を確定する裁判が結び付き、それとは異なるものとして非訟事件が観念される。

兼子一は、行政は、「公共の目的や政府の政策を実現するための意思活動であって、その結果を積極的に意欲するもの」であるのに対し、司法は、「具体的事件に対して、法を適用して、適法違法や権利関係を確定する冷静な判断作用」[19]との基本的考え方から、裁判所が法を適用して権利関係を確定する「固有の司法権の作用」と、「専ら後見監督的な目的で具体的措置を命じるためにする裁判」を峻別する。後者は、「本来は司法作用ではなく、むしろ行政であるが、政策的又沿革的に裁判所の権限とされている」のである。そして、家事審判や非訟事件などは後者であり、「紛争関係についてその解決に至るまでの仮の地位を定める仮処分（民訴法七六〇条）もこの意味で非訟事件的といわれる」[20]。

また、田中二郎も、「裁判所は、一定の裁判的手続で審理をし、その結果、法律的な判断として、処分の適法か違法かについて判決をするという権限をもっているわけですが、そのことから、これも一種の裁判といえるのかもしれないけれども、普通の裁判の手続を経ないでする仮処分決定とか、執行停止とかのような一種の行政処分的な性質をもっている行為をする権限をも当然にもっているものとは言えないのではないか」[21]と述べていた。四位一体的構成を採る最高裁判例と兼子＝田中学説は、行政事件については整合的であったと言ってよい[22]。

（三）仮の救済について、民事訴訟と行政訴訟では、兼子＝田中理論の影響は大きく異なっている。即ち、民事訴訟における仮処分は、「手続的にみると、民事保全は、ア対立した当事者間における当事者主義の手続であること、イ最終的には私権の確定手続である本案に結び付くことが予定されており、これを前提とする手続であること、から訴訟手続であることは明らか」[23]とされている。兼子理論はその影響力を失っているのである。もっとも、民事訴訟における仮処

分については、仮処分が本案手続に最終的に結びつくことが予定され、またそれは本案手続の枠内であることから、訴訟手続と解されるのだが、訴訟手続の理由づけとしては大変緩かやなものと思われる。民事保全法によれば、審理の迅速性と合理性を求めて、すべて決定の形式で裁判が行われ、また口頭弁論を開くかどうかは裁判所の裁量に委ねられ、さらに、保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性の立証は疎明で十分であり（一三条）、決定は簡略化された理由で足りる（一六条）。このような手続が、四位一体的判例理論の「固有の意味における司法権の作用」と整合的かどうかは検討の余地があろう。

ところで、行政訴訟では執行停止の申立てが本案訴訟が適法に係属されていることが要件なのであるから、先の民事訴訟における「訴訟手続」の理解は行政訴訟においても当然に妥当するであろう。しかし、そういう議論は行政法学では見られない。仮の救済を行政作用とみない根拠は、司法と行政の対比、及び仮の救済の憲法上の基礎づけに見て取るのである。即ち、司法を消極的な法の認識ないし判断の作用、行政を積極的な意思による活動と定式化したうえで、仮の救済を行政作用と兼子一が性格づけたことに対し、「行政は裁量を認められる場合も含めて、法の適用・具体化と捉えることができる」し、また、「仮の救済は、裁判所が適時性を考慮して（実体）法を解釈適用し権利を保護する作用であり、憲法上保障される（適時に）裁判を受ける権利（憲法三二条）、司法権（憲法七六条）に含まれる[24]」と主張されている。

行政訴訟における「仮の救済」、及び民事訴訟における「仮処分」は、その重要な権利救済機能にもかかわらず、憲法上の基礎づけは定まっているとは言えない。仮の救済と仮処分が共通の基盤を持つべきとすれば、仮の地位を定める仮処分を非訟ではなく「訴訟」と解することで十分なのか、あるいは、仮の救済が裁判を受ける権利、司法権に含まれるとする場合、四位一体的判例理論のもとでの裁判及び司法権概念と整合的かなど、検討すべき問題があるように思わ

れる。

（四）非訟事件については、兼子一の見解と最高裁判例は整合的である。しかし、四位一体的な最高裁の判例理論からは、非訟事件について、憲法上の手続保障はまったく保障されないことになってしまう。非訟事件にも争訟性の強いものが存在していることに鑑みるなら、非訟事件の当事者に見解（あるいは反論）表明の機会を与えることさえ法律に委ね、あるいは（場合によっては）裁判所の裁量事項とすることは憲法上問題はないのであろうか。一方、学説では（判例と異なり）、「憲法三二条の『裁判』は、広く非訟事件の裁判をも含み、八二条の原則を『指導原理』としてそれぞれの事件の性質・内容に相応した適正な手続の保障を伴うものでなければならない」[25]とする見解は広く受け入れられている。しかし、「八二条の原則を『指導原理』としてそれぞれの事件の性質・内容に相応した適正な手続」も抽象的であって、憲法三二条と八二条の「裁判」の関係は今ひとつ明らかでない。この点の解明は重要なテーマである。

また、最高裁判例（最大決昭和四一・一二・二七民集二〇巻一二七九頁）によれば、非訟事件の処理は固有の司法権の作用ではなく、行政権の作用である。「かりにそうだとすれば、行政作用に属する事項をなぜ裁判所の権限に取り込んでよいのであろうか。最大公約数的な説明は、いまだないように思われる」[26]。一方、従来、訴訟事件とされていたものを、立法によって非訟事件とすることに限界はあるのか、という問題もある。その場合の判断は、最高裁判例に依拠するなら、「固有の意味における司法権の作用」あるいは「純然たる訴訟事件」の解釈がポイントになる。

（五）近時、非訟事件及び民事訴訟における仮処分について、従来の最高裁判例を再検討するうえで興味深い事例が現れた。いずれも最高裁判所第三小法廷の決定であるが、それを次の二で検討しよう。さらに、三では、ドイツの議論を検討する。ボン基本法が、具体的規範統制、抽象的規範統制、さらに機関訴訟を明定していることから、客観訴訟について、わが国のような議論の立て方には関心は寄せられていないが、「裁判（権）」（基本法九二条）[27]の定義を巡る論争

にはわが国の議論にも参考になる点が多い。一方、仮の救済や非訟事件に関し、それが基本法九二条の裁判権の作用に含まれるか否かについて一定の議論の蓄積がある。とくに仮の救済の性質を巡って、既述のように、わが国の民訴法学と行政法学の間に興味深い相違が存在しており、この点を検討するについては、わが国の民事訴訟法及び行政法に影響を及ぼしてきたドイツの理論状況を見ておくことは意味のあることであろう。最後に、四で、憲法三二条と七六条を「法律上の争訟」（裁判所法三条一項）で結びつけ、それに憲法八二条がリンクする最高裁判所判例の枠組みを俎上に載せる。その際、裁判（憲法三二、七六条）及び司法権（憲法七六条）について、ドイツとの比較を踏まえて検討を行ないたい。

（1）笠松珠美「法令解説　特定の血液製剤によるC型肝炎感染被害者の救済」時の法令一八〇八号（二〇〇八年）四一頁。

（2）二〇〇九年一一月三〇日現在、和解成立者は一四〇一人で、調停が成立した四人を含む（二〇一〇年二月一二日公表の厚生労働省Press Release「C型肝炎訴訟の和解について」）。

（3）（4）仁田山義明「法令解説　虐待防止のため、立入り調査等を強化し、面会・通信等の制限を強化」時の法令一八〇三号（二〇〇八年）二五頁。

（5）第一六九回国会衆議院法務委員会会議録第四号二頁。

（6）芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、一九九四年）三六頁。この関連で、大貫裕之「行政訴訟による国民の〝権利保護〟」公法研究五九号（一九九七年）二〇七頁以下も参照されたい。

（7）亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、二〇〇八年）四頁以下。さらに、石川健治「トポスとしての権利侵害論」法学教室三二七号（二〇〇七年）四九頁も参照。

（8）芦部信喜「裁判を受ける権利」芦部編『憲法Ⅲ人権（二）』（有斐閣、一九八一年）三〇七頁。この点について、「判例理論は確立したといってよい」と芦部信喜は評している（芦部前掲）。非訟事件についての最高裁判例については、笹田栄司

『司法の変容と憲法』（有斐閣、二〇〇八年）二三七頁以下で検討を行なっている。

（9）裁判官分限事件で最高裁は一応の「裁判」の定義を行なっている（さらに、最大決昭和四五・六・二四民集二四巻六号六一〇）。その意味で、「非訟事件では憲法三二条および八二条が争点となりうるにもかかわらず、『裁判』を憲法上定義づけるという筋道を最高裁は採らなかった」との記述（笹田・前掲注（8）二五一頁）は適切さを欠いている。本稿で修正しておきたい。

（10）芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法　第四版』（岩波書店、二〇〇七年）三二一頁。

（11）亘理・前掲注（7）一九頁。さらに、大貫・前掲注（6）二一二頁以下も参照されたい。

（12）最高裁判所事務総局総務局『裁判所法逐条解説　上巻』（一九六七年）二四頁。

（13）野坂泰司「憲法と司法権」法学教室二四六号（二〇〇一年）四三頁。さらに、土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望』（有斐閣、一九九八年）八四頁以下も参照されたい。

（14）参照、宍戸常寿「司法のプラグマティク」法学教室（二〇〇七年）三三二号二六頁。

（15）本稿は、最高裁判例を主たる検討の対象とする。学説の唱える様々な「司法権」概念についての検討は本稿では行なわない。今後の課題としたい。この点については、最新のものとして、川岸令和「司法権の概念の再構成に向けて」法律時報八一巻五号（二〇〇九年）六九頁以下、人見剛「行政権の主体としての地方公共団体の出訴資格」同六五頁以下、及び、南野森「司法権の概念」安西他『憲法学の現代的論点　第二版』（有斐閣、二〇〇九年）一四九頁以下がある。

（16）四位一体的な最高裁の判例理論は一九五〇年代にはその骨格を固めたが、それについては兼子一及び田中二郎の研究が支えとなっている（この点については、笹田栄司『裁判制度』（信山社、一九九七年）五六頁以下、及び、笹田・前掲注（8）一三四頁以下で論じている。）。

（17）行政事件訴訟特例法一〇条二項は「処分の執行に因り生ずべき償うことのできない損害」を要件としていた。

（18）兼子一「行政事件訴訟特例法一〇条二項の合憲性」法協七三巻二号（一九五六年）二〇二頁。したがって、「判決前に処分の執行停止を命じることは、法律によって特に裁判所に与えられた権能に過ぎないから、これについての要件をどう定めても司法権を害する点での違憲にはならない」（兼子前掲）。

（19）兼子一「新行政訴訟の基礎理論」『民事法研究第二巻』（酒井書店、一九五四年）七四頁。兼子説については、高柳信一

「行政国家制より司法国家制へ」雄川一郎編『公法の理論下Ⅱ（田中二郎先生古稀記念）』（有斐閣、一九七六年）二三一二頁以下が詳細な分析を行なっている。

（20）兼子一「司法権の本質と限界」『民事法研究第二巻』（酒井書店、一九五四年）一六四頁。

（21）雄川一郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』（有斐閣、一九五七年）三四一頁。この時期の研究で、注目されるのが今村成和である。今村は、内閣総理大臣に異議権を認めた行政事件訴訟特例法一〇条二項の違憲性を論ずるなかで、執行停止が、「その性質上、行政処分であるから、本来行政処分に属する」とい考え方はナンセンスとしたうえで以下のように述べている。「問題は、執行停止の権限が、憲法七六条三項によって、独立的行使を保障された裁判官の『職権』に含まれるかどうかにあるわけで、この点から見れば、執行停止は、仮処分や非訟事件などと同様、紛争の法的解決という、厳密な意味での司法作用には該当しないとしても、広い意味での裁判の作用に属し、やはり、憲法七六条にいう『裁判官の職権』の中に含まれると解するのが穏当であるように思われる」（今村「行政処分の執行停止」法学セミナー四〇号（一九五九年）二九頁）。裁判官の「職権」に依拠する考え方は後の議論に影響を及ぼすものではなかったが、執行停止を「広い意味での裁判の作用」とする今村の見解は先駆的なものと評価してよい。

（22）兼子一の見解が、後の行政事件訴訟の展開に大きな影響を与えたことについては、笹田・前掲注（8）一三五頁を参照されたい。

（23）瀬木比呂志『民事保全法　第三版』（判例タイムズ社、二〇〇九年）六八頁。

（24）山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論（上）」自治研究八五巻一二号（第一法規、二〇一〇）三二頁。さらに、参照、村上裕章「執行停止と内閣総理大臣の異議」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点　第三版』（有斐閣、二〇〇四年）一二二頁、野呂充「仮の救済」園部逸夫／芝池義一編『改正　行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、二〇〇六年）二二一頁以下。

（25）芦部・前掲注（8）三一六頁。なお、この関連で、長谷部由紀子「民事訴訟手続の基本原則と憲法」法律時報八一巻五号（二〇〇九年）四八頁以下、長谷部恭男「憲法から見た裁判手続原則」同五二頁以下も参照されたい（両論文とも、長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、二〇〇九年）第八章及び第九章として収録されている。）。

（26）安念潤司「司法権の概念」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、二〇〇八年）二五一頁。また、渋谷秀樹「裁判

を受ける権利と非訟事件」大石眞・石川健治編前掲書二六八頁以下も参照。

(27) 基本法九二条「裁判権は、裁判官に委ねられており、連邦憲法裁判所、この基本法で予め定められている連邦裁判所、及びラントの裁判所によって行使される」（石川健治訳「ドイツ」高橋和之編『新版　世界憲法集』（岩波書店、二〇〇七年）二三二頁）。

二　二つの最高裁決定

1　最高裁平成二〇年五月八日第三小法廷決定(1)

（一）妻（原々審の申立人、即時抗告の抗告人）が、夫（原々審の相手方、即時抗告の相手方）に対し、家事審判手続において婚姻費用の分担金の支払いを求めたところ、原々審（横浜家裁小田原支部）は、夫の婚姻費用負担額を一か月一二万円及び未払い分を九五万円とするのが相当との審判をした。これに対し妻は即時抗告し、東京高裁（原審）は、婚姻費用負担額を月額一六万円に変更する決定を行った（したがって、未払い分も一六七万円に変更されている）。ところが、原審は即時抗告の相手方たる夫に対して、原々審審判に対し即時抗告がされていることを知らせず、また、即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを送付していなかった。夫は、原審が抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが憲法三二条に反するとして、特別抗告に及んだ（あわせて、憲法三一条違反も主張している。）。なお、夫は、原審決定までの間に未払分の一部を妻に支払った旨の主張をしている。

最高裁は、「憲法三二条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものであることは、当裁判所の判例の趣旨とするところ」としたうえで、最高裁昭和三五年七月六日大法廷決定（民集一四巻九号一六五七頁）及び最高裁昭和四〇年六月三〇日大法廷決定（民集一九巻四号一一四頁参照）の趣旨に照らせば、「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、抗告人（原審における相手方）に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したものであるということはでき」ない、と判示している。

最高裁は違憲とはしなかったが、「原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強い」とは見ている。つまり、「本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であった」とするのである。もっとも、最高裁は憲法三二条の問題とは認めていないから、上記の点は特別抗告の理由には当たらない。

（二）これに対し、那須反対意見は、「婚姻費用の分担」についての審判に関しては、「憲法三二条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき相当の理由がある」とし、「このような当事者の利益はいわゆる審問請求権（当事者が裁判所に対して自己の見解を表明し、かつ、聴取される機会を与えられることを要求することができる権利）の核心部分を成すものであり、純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法三二条による『裁判を受ける権利』の保障の対象になる場合がある」と主張する。

ここで問題になるのは、多数意見が引く昭和三五年及び昭和四〇年最高裁大法廷決定との関係である。那須反対意見は、これらの判例と本件との違いを次のように説明している。上記大法廷決定は、「いずれも手続が当時の法律の定めに従い非公開で行われたことを問題とするものであるのに対し、本件は、即時抗告により不利益変更を受けた当審抗告人に即時抗告の抗告状等の送付・送達がなく反論の機会も与えられなかったことが問題とされている案件であって、真の争点は憲法八二条の公開原則の問題とは直接の関係を有しない」。そのうえで、「憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（同条二項では、裁判官の全員一致で非公開とする例外的処理の途も認められている）と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない」として、憲法八二条が関係しない憲法三二条独自の領域の存在を主張している。那須反対意見は、「『純然たる訴訟事件』以外にも乙類審判事件を中心にして憲法三二条の審問請求権ないし手続保障の対象となるべき類型のものが存在することは否定しがたく、この点に関するかぎり、昭和三五年最高裁決定はいずれ当審において変更されるべき」と明言している。

（三）憲法七六条一項＝裁判所法三条一項＝憲法三二条に憲法八二条一項を接続させる四位一体的な判例理論からは、非訟事件について憲法上の手続保障はまったく保障されないことになるが、それで問題はないのであろうか。[2] 法廷意見も原審の手続に問題があったことは認めるが、それは審理不尽、裁量権の逸脱による手続の違法の問題であって、[3] 憲法上の問題ではないから、特別抗告の理由にならないと見ている。職権主義、裁量主義を基調とする家事審判手続にあっては、審問請求権（法的聴聞権）は認められないのだろうか。しかし、本件事案のように、非訟事件にも争訟性の強いものがあることに鑑みるなら、審問請求権（法的聴聞権）が憲法三二条によって保障されていると解する余地はあると思う。権利論的構成を採らず裁判所側の裁量をもっぱら重視することは、家事審判手続を利用する側の視点を十分に汲むものではないだろう。[4] いずれにしろ、四位一体的構成を採る最高裁判例に遡って、検討を行なう必要がある。

2　最高裁平成二一年一月二七日第三小法廷決定[5]

（一）特許法一〇五条の四第一項は、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟」において、営業秘密を含む準備書面や証拠について、当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用し、又は訴訟関係人以外の者に開示してはならない旨を裁判所が命ずることができると、規定する[6]。そして、裁判所による上記秘密保持命令を受けた者がそれに違反した場合は、五年以下の懲役又は五〇〇万円以下の罰金の刑罰が科せられるのである（特許法一〇〇条の二等）。

A社（債権者）は、Xによる液晶テレビ及び液晶モニターの輸入、販売等がA社の特許権を侵害するとしてその差止め等を求めた（以下、「本件仮処分事件」という）。本件仮処分事件において、Xは、A社の代理人であるY_1らが提出することを予定している準備書面等にXの保有する営業秘密が記載されているとして、Y_1ら五名を相手方として秘密保持命令の申立てを行った。本件では、特許権等の侵害差止めを求める仮処分事件において、特許法一〇五条の四第一項に基づく秘密保持命令の申立てが認められるか否か、が争われたのである。

（二）東京地裁は、「特許権侵害差止等請求訴訟を本案とする仮の地位を定める仮処分の発令に関する手続であるから」と言って、特許権の侵害に係る『訴訟』と同視しうる手続であると直ちにいうことはできない」のであり、また、「本件の基本事件において、申立人主張の本件各情報につき秘密保持命令を認めなければ、著しく不合理な結果を招くことになるなどの特段の事情も認められない[7]」として、Xの秘密保持命令の申立てを認めなかった。

知財高裁もXの申立てを認めなかった[8]。知財高裁は、「特許法一〇五条の四第一項にいう『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』に本件特許権仮処分命令申立事件が含まれるのであれば秘密保持命令を発することができるが、含まれないのであれば秘密保持命令を発することはできないことは明らか」としたうえで、「特許権又は専用実施権の侵害

に係る訴訟」とは本案訴訟のみであって特許権仮処分命令事件は含まれないと判示する。その理由は次の通りである。

特許法一〇五条の四第一項は「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟」という表現を用いており、「これに民事保全法という、民事訴訟法とは別個の手続法で運営される仮処分手続を含むと解することは、法の名宛人である国民の立場からすると、相当の困難を伴うと考えられる」。つまり、「民事保全法の適用される民事保全手続においては、訴訟のように公開の法廷で審理されることが必須の要件ではなく（任意的口頭弁論、民事保全法三条）、非公開で審理されるのが通例であり、また本件のような仮地位仮処分事件である重大な事案であっても、債務者審尋の手続を経ることが絶対的な条件ではなく、仮処分申立ての目的を達することができない特段の事情があるときは、債務者を審尋することなく仮処分命令を発することさえできること（二三四条四項）、仮処分における証拠方法及び心証の程度は疎明であって（一三条）、裁判所は、即時に取り調べることができる証拠調べしかすることができないこと（七条、民訴法一八八条）、仮処分命令は暫定的な命令であることを前提に、裁判所は債権者に担保を立てさせて命令を発することを通例としていること等の、本案訴訟とは異なる事情がある」。

加えて、知財高裁は、「立法者において秘密保持命令の制度を本件のような仮処分手続にも適用があると考えたのであれば」、そのための規定をもうけることが十分に可能であったこと、さらに、秘密保持命令制度は、懲役刑を含む刑罰による抑止力をもって秘密保持の実効性を担保するものであるが、「民事保全手続にも特許法一〇五条の四の適用を肯定することは、これを否定した場合に比し処罰範囲の拡大を招来することになるところ、刑罰法規の謙抑性及び明確性の趣旨に鑑みれば、実質的に処罰範囲の拡大を招来する法解釈は差し控えるべき」と判示している。

（三）これに対し、最高裁は、特許権等の侵害差止めを求める仮処分事件においても秘密保持命令の申立てが許される[9]、と判示する。

まず、秘密保持命令の趣旨について、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、提出を予定している準備書面や証拠の内容に営業秘密が含まれる場合には、当該営業秘密を保有する当事者が、相手方当事者によりこれを訴訟の追行の目的以外の目的で使用され、又は第三者に開示されることによって、これに基づく事業活動に支障を生ずるおそれがあることを危ぐして、当該営業秘密を訴訟に顕出することを差し控え、十分な主張立証を尽くすことができないという事態が生じ得る」のであって、このような事態を回避するために保持命令は設けられた。そして、「特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、仮処分命令の必要性の有無という本案訴訟とは異なる争点が存するが、その他の点では本案訴訟と争点を共通にするものであるから、当該営業秘密を保有する当事者について、上記のような事態が生じ得ることは本案訴訟の場合と異なるところはなく、秘密保持命令の制度がこれを容認していると解することはできない」。

さらに、「特許法においては、『訴訟』という文言が、本案訴訟のみならず、民事保全事件を含むものとして用いられる場合もあり（同法五四条二項、一六八条二項）、上記のような秘密保持命令の制度の趣旨に照らせば、特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、特許法一〇五条の四第一項柱書き本文に規定する『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』に該当し、上記仮処分事件においても、秘密保持命令の申立てをすることが許される」。

（四）最高裁は、①仮処分事件でも秘密保持命令の必要性が存在すること、及び、②特許法においては「訴訟」という文言が民事保全事件を含むものとして用いられる場合のあることを、根拠とする。もっとも、①について知財高裁が見落としたわけではない。知財高裁は、「特許権仮処分命令手続にも特許法一〇五条の四等の定める秘密保持命令制度の適用がある旨及びそれが適用されない場合の不都合」を抗告人は強く主張するが、「立法論」としてならともかく法解釈としては困難と判示している。手続保障や刑罰法規の謙抑性や明確性の趣旨に鑑み、仮処分手続と本案手続の構造的

差違は大きいと知財高裁は解したのであろう。

②については、確かに、特許法五四条二項は、「訴えの提起又は仮差押命令若しくは仮処分命令の申立てがあった場合において、必要があると認めるときは、裁判所は、査定が確定するまでその訴訟手続を中止することができる」とするから、訴訟手続には「仮処分命令の申立てがあった場合」が含まれる。しかし、特許法五四条二項の「訴訟」規定の存在を東京地裁及び知財高裁は承知していなかったのであろうか。東京地裁知財部のプラクティスは、「訴訟」（特許法一〇五条の四）とあることから、文言上、仮処分には適用されないとするものであり、本件東京地裁決定は、「そのようなプラクティスを採用することを初めて明らかにした決定」であった[10]。また本件知財高裁決定についての解説も、特許法にもとづく「秘密保護の制度は『訴訟』（公開が憲法上の原則とされている。憲法八二条一項）を前提とし、文言上も『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』においてとして『訴訟』を前提とする規定振りとなっていることからすると、少なくとも立法者としては本規定が訴訟事件について適用されることを想定しており、民事保全事件について適用されることを予定していなかったであろうことが窺われる」と述べている[11]。

民事保全法は、民事保全に関する裁判について「決定主義」を採用し、口頭弁論または審尋の期日を開くかどうかを裁判所の裁量に委ねている（三条）。また、訴訟事件について公開・対審・判決が憲法三二条及び八二条の要求するところと最高裁判例は解している。つまり、従来の最高裁判例からすると、東京地裁及び知財高裁決定も理由がないわけではないと思われる。一方、②についての最高裁の判示は形式的であって、従来の最高裁判例にまったく触れていない点は、説明不足の感が拭えない[12]。

3　射程の限定された判例理論と自由な立法

四位一体的判例理論によれば、憲法規定が登場する場面は限定的である。非訟事件において裁判を受ける権利の保障がないとなれば、立法は憲法規定の直接の縛りを気にすることなく、裁判所側の裁量権の行使の場面で、当事者らの意見表明について一定の配慮をすることを命じる規定を設ければ足りるであろう。

また、民事訴訟における仮処分が「訴訟事件」ということであれば、仮処分における手続保障も「訴訟事件」として原則的に考えるべきではないのか。しかし、知財高裁決定が指摘するように、「民事保全法の適用される民事保全手続においては、訴訟のように公開の法廷で審理されることが必須の要件ではなく（任意的口頭弁論、民事保全法三条）、非公開で審理されるのが通例」であり、訴訟事件にとっては「例外」である手続保障が原則とされている。さらに、知財高裁があげる、「仮処分申立ての目的を達することができない特段の事情があるときは、債務者を審尋することなく仮処分命令を発することさえできること（二三四条四項）、仮処分における証拠方法及び心証の程度は疎明であって（一三条）、裁判所は、即時に取り調べることができる証拠調べしかすることができないこと（七条、民訴法一八八条）」などの本案訴訟との違いは、訴訟事件の概念を維持することを難しくさせるものであろう。

このように見てくるなら、憲法が規定する「司法権」（七六条一項）、及び「裁判」（三二、八二条など）に立ち返って検討を進める必要性に思い至る。憲法七六条一項と三二条の表裏一体的構成や訴訟非訟の二元的把握などを提示してきた最高裁判例の批判的検討こそが、もつれた糸を解く鍵と考えるからである。

（1）判例時報二〇一一号一一六頁。判例評釈として、宍戸常寿「非訟事件における審尋請求権と憲法三二条」判例セレクト二〇〇八（法学教室三四二号別冊）（二〇〇九年）一一頁、垣内秀介「抗告審における手続保障と憲法三二条」『平成二〇

年度重要判例解説』（ジュリスト一三七六号）（二〇〇九年）一五頁以下がある。

（2）破産法における破産者の免責に関する裁判手続について、山本弘が、最高裁判決の採る訴訟非訟二分論によるのではなく、「現行法の決定手続が破産債権者に裁判を受ける権利を実質的に保障したものといえるか否かを直截に考察することにより、判断すべき」と、注目すべき見解を述べている（山本弘「時の判例　破産法における破産者の免責の裁判と憲法三二条」法学教室一三四号（一九九一年）七七頁。

（3）「判例解説」判例時報二〇一一号一一七頁。

（4）司法制度が「国民にとって身近なものとなるよう、国民の視点から、これを抜本的に見直し、司法の機能を充実強化することが不可欠」とする「司法制度改革推進計画」の「基本的な考え方」が改めて思い返される必要がある（参照、笹田・前掲一注（8）二九六頁）

（5）判例時報二〇三五号一二七頁。

（6）参照、近藤昌昭・齋藤友嘉『知的財産関係二法／労働審判法』（商事法務、二〇〇四年）三八頁以下。

（7）判例時報二〇一五号一三二頁。

（8）判例時報二〇一五号一二七頁。

（9）判例時報二〇三五号一二七頁。

（10）（11）判例時報二〇一五号一二七頁。

（12）本件最高裁決定について、最高裁があげた②は「説得力を欠く」が、「①の実質的理由に基づいて条文の文理を超えた法創造を行った」とする見方もだされている（安達栄司「民事判例研究　特許権等の侵害差止仮処分事件における秘密保持命令（特許法一〇五条の四）の申立ての許否」金融・商事判例一三二六号（二〇〇九年）一九頁）。そのうえで、最高裁が詳述する実質的理由は説得力があり、また「特許紛争における仮処分命令の重大な影響力に鑑みても、仮処分事件の審尋において秘密保持命令の必要性を否定するような積極的理由も見あたらない」として、「本決定の結論は妥当」とする（安達前掲）。

三　ドイツにおける裁判権概念の混迷

1　比較の対象としてのドイツ

（一）わが国における訴訟事件と非訟事件の併置は、「明治期における近代裁判制度の構築に際してドイツ法制を継受したものである」[1]。また、わが国の民事訴訟制度はドイツのそれを継受したものであり（一八九〇年民事訴訟法）、仮差押え及び仮処分は当初、民事訴訟法典に規定されていたが、一九九一年に、民事訴訟法とは別に民事保全法において一体的に整備された[2]。さらに、行政訴訟についてもドイツの一定の影響は認められる。したがって、本稿にとり、ドイツにおいて裁判権がどのように理解されているか、そのなかで仮の救済や非訟事件がどう位置づけられているか、を検討することは、一つの視点を与えてくれるだろう。もっとも、日本国憲法七六条一項の規定する「司法権」が（ボン）基本法九二条「裁判（Rechtsprechung）」と同一視されないことは、基本法九三条が抽象的規範統制をも連邦憲法裁判所の権限としていることから明らかである[3]。ドイツを比較検討の対象とするについては、したがって、一定の抑制が求められる（この点は、アメリカの司法権を対照する場合も程度の差こそあれ同様であろう。）。

ドイツにおける「裁判（権）」（基本法九二条）と仮の救済及び非訟事件の検討に先立ち、裁判概念についての判例・学説の状況を概観しておくことが便宜であろう。基本法九二条の規定する「裁判」概念について、連邦憲法裁判所は、一九六七年の決定[4]で、「学説では、〝裁判権〟の概念がどのように解されうるかについて議論がなされているが、それはまったく収束していない」とする。そして、トーマ、フリーゼンハーン、ゴールドシュミット、アルントといった公法および民訴法の名だたる研究者の学説を取り上げ、「これらの学説は確かに、実質的意味の裁判概念の本質的諸要素を明ら

かにしているが、この概念の全内容を包含していないし、非裁判的な国家活動に対する明確な限界を示してもいない」と断ずるのである。そのうえで、連邦憲法裁判所は、「実質的意味の裁判」として、出訴保障や裁判官留保、「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法および刑事裁判権」をあげることで済ませた。その後、連邦憲法裁判所は二〇〇一年決定においても、「裁判権の概念は憲法裁判によって終局的に解明されていない」とするが、一方で、立法による裁判権限の創出に憲法的意味を与える「機能的意味の裁判」を展開するに至っている。即ち、「本来実質的な裁判概念には属していない事項領域に対して立法者が機能的に見て裁判権にのみ帰属しうる形態を与えた場合」[5]も、それは基本法九二条の裁判に含まれると判示している。

ところで、アハターベルクによって、一九八五年の論文「『実質的意味における裁判』概念」[6]のなかで、基本法下で主張されている定義としてあげられた一五の学説はいずれも通説的地位を占めるに至っていない。また、「実質的意味の裁判」概念を規定する際に、多くの学説が採っていた係争決定あるいは決定の拘束性のファクター[7]から離脱し、「法の実効性のために広範に制度的に保障された公正さの下での法の統制」と裁判を定義する「機能的－組織的裁判概念」[8]も、有力説にとどまっている。基本法が憲法裁判所を設け、抽象的規範統制や機関争訟など司法の担う役割が多種多様であることも一因であろうが、「裁判」概念の混迷は収束する気配はない。

2　連邦憲法裁判所一九六七年決定

（一）本件事案では、税法違反の際に財政官庁が罰金刑を科すことができると定めていた一九一九年九月一三日のライヒ公課令が基本法九二条に反するのではないかが争点となった。連邦憲法裁判所は、刑罰を科することは基本法九二条

の意味における裁判権の行使と判示し、ライヒ公課令は基本法と合致せず無効としている。[9] この決定で興味深いのは、連邦憲法裁判所が学説による「裁判権」の定義について次のような評価を行っていることである。

「学説では、〝裁判権〟の概念がどのように解されうるかについて議論がなされているが、それはまったく収束していない。ゴールドシュミットは、訴訟とは、既判力の惹起に向けられた手続であると唱えるが（Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S.151ff.）、それは、いかなる法律上の事件が既判力が付与されることを必要とするか、それゆえ、いかなる法律上の事件が裁判権に属するか、という問題を引き起こす。裁判権は確証を得るために事実及び法についての審査を通じて既判力を生み出す決定である、とするアルントの見解（Festgabe für Carlo Schmidt, S.5 [10bis15]）もゴールドシュミット説に連なるが、いかなる事案でこの審査が必要かという問いには答えていない。トーマは、裁判とは、〝個別的事案で具体的事実に現行法を適用することで何が法であるかを、国家的権威が独立して言渡すこと〟と定義づけるが（Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.2 S.108 [129]）、それは、法治国において、行政も法律に拘束されているとの異論に逢着する。……裁判は権威的権力をもった独立の第三者による法律上の係争を決定するための法適用である、とするフリーゼンハーンの主張（Festschrift für Thoma, S.21f.）は、刑事裁判権、非訟裁判権の一部、規範統制のような、伝統的に裁判に数えられているすべての領域を包含していない。他方で、行政庁によって決定される法律上の争いも存在する。[10]」。

（二）連邦憲法裁判所は、基本法九二条は裁判官に〝裁判権〟として何を委ねているのかという問題について、以上の学説は何ら解答を示していないという。「これらの学説は確かに、実質的意味の裁判概念の本質的諸要素を明らかにしているが、この概念の全内容を包含していないし、非裁判的な国家活動に対する明確な限界を示してもいない[11]」と判示する。それでは、いかなる解答を連邦憲法裁判所は提示したのであろうか。それは、憲法構造のなかで基本法九二条が持つ意味、あるいは基本法九二条と他の憲法規定との関連に検討対象を広げることに打開策を求めた。具体的には、基

本法が様々な条文で定める裁判所の管轄権に注目している。そのようなものとして、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所の管轄権（基本法九三、九九、一〇〇ならびに一八、二一条二項、四一条二文、八四条四項、九八、一二六条）、公権力による侵害に際しての、裁判所による例外なき事後の匡正的権利保護（基本法一九条四項）、および、自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄（基本法一〇四条二項及び三項）をあげ、さらに、住居捜索命令（基本法一三条二項）、公用収用に係る補償（基本法一四条三項四文）、社会化（Sozialisierung）のための補償（基本法一五条二文）、職務責任（基本法三四条三項）、連邦における最高裁判所（基本法九五条）などの基本法所定の個別的指示をあげている。こういった規定にもとづく裁判所の作用は、裁判所にのみ留保されており、「実質的意味の裁判」と特徴づけられる。「伝統的に、裁判所の最も重要な任務、換言すれば、侵害の重大さの故に、そして国民の法的地位に対するその意義の故に、裁判手続の保障を最も真剣に必要とする任務は、それゆえすでに、他の箇所で憲法により裁判権に配分されている」[12]というのである。

このような「憲法で明示的にあげられている任務」の範囲を超えて、連邦憲法裁判所は、「基本法九二条によると、なお別の任務が裁判に属する」と判示する。それが、基本法は明示的に規定していないが、「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法および刑事裁判権」である。確かに個別事案において核心領域の正確な確定は困難かもしれないが、憲法制定者が民事司法および刑事裁判権を裁判権に算入していることは疑われえない、と判示している[13]。

3　ベッターマンによる「実質的意味の裁判」概念の構築

（一）連邦憲法裁判所による裁判所管轄のリストアップは、裁判権概念についての従来の理論に存在していた欠陥を何ら修復するものではない、とベッターマンは一九六七年決定を批判する。というのも、連邦憲法裁判所は、「列記され

ている諸機能のなかで共通となるものを取り出すことを試みていない」[14]からである。ベッターマンも、連邦憲法裁判所と同様、基本法九二条を、「独立してではなく、九章の文脈のなかで、そして司法に関わる基本法の数多くの他の条項のなかで解読されねばならず、それが組み込まれている基本法の権力分立のなかで理解されねばならない」[15]とする。そして、基本法九七条一項が規定する「裁判官の独立」に注目している。ベッターマンは、基本法九二条一項の意味における裁判とは、「法律上の争いについての、係争対象に関与していない者による、あらゆる国家的決定」[16]とする。「法律上の争い」についての「決定」の他に、「係争対象に関与していない」ことがポイントである。「係争対象に関与していない」ことは、裁判権の行使に際し裁判官が中立的な第三者を務めることを意味する[17]。ベッターマンは、中立性を、「裁判官の本質であるのみならず、裁判の本質でもある」[18]と指摘しているが、この「裁判の中立性からその受動性が帰結する。職権によってではなく、関係人の申立によってのみ裁判権は活動する」[19]。そして、裁判権及びその行使者の中立性を保障するための第一の手段が、基本法九七条一項にもとづく裁判官の独立なのである[20]。

（二）一方、ベッターマンは、民事訴訟における仮処分を実質的意味の「裁判」から切り離している。「民事あるいは労働裁判所による、仮の差し押さえや仮処分は、請求権及びその危殆化について、立証まで必要とされず疎明で足りる簡略な審査にもとづき出される。こういった簡略な仮差押え手続は、判決手続ではない。その手続では、裁判ではなく、警察作用（Rechtspolizei）あるいは予防的な民事司法が行われている」[21]。ベッターマンの見解は、仮処分は争いのある法関係を暫定的に規律するもので、その手続も簡略であることを強調する。ベッターマンは、行政と裁判を区別する際に、裁判所の「決定」には、中心的機能として法状態についての最終的に拘束力を持った解明が〝委ねられている〟と述べており、（前者の）仮処分の暫定性と一線を画しているのである。また、後者の「手続の簡略さ」については、裁判官のあらゆる活動が裁判なのではなく、裁判官が自らに課された任務を処理しなければならないところの方式（die Art und

Weise)、換言すれば手続の具体的内容こそが決定的[22]との理解が背景にある。これは、行政による任務の遂行方法とは異なった「裁判にとって特有のもの」[23]なのである。

最後に、非訟事件について、ベッターマンは、「非訟裁判権の典型的事項」は裁判（基本法九二条）に含まれておらず、憲法は、非訟事件を裁判官及び裁判所に留保することを求めていない[24]、とする。ベッターマンは一九六七年の論文で、初期の連邦憲法裁判所判例を引きつつ、「裁判所に、裁判とは異なる任務を立法者が委ねることを、基本法九二条も、また権力分立原則も何ら妨げるものではない」のであり、非訟事件（BVerfGE21, S144）、そして、民事訴訟における仮処分や行政訴訟における仮の救済（BVerfGE9, S97）は、裁判とは異なる任務なのである[25]、と述べている。ここに、ベッターマンの基本的立場を見て取ることができよう。

ベッターマンによる仮処分や仮の救済の憲法的評価は、現在の連邦憲法裁判所判例や多数説の採るところではない。しかし、「裁判」（基本法九二条）と仮処分・仮の救済や非訟事件の関係を示す一つのモデルとして有用であり、わが国の判例理論や学説を検討するうえで重要な示唆を与えるものである。

4　行政訴訟における仮の救済及び民事訴訟における仮処分の憲法上の基礎づけ

（一）ベッターマンは民事訴訟における仮処分を「裁判」から切り離す主張をする際に、「この点については争いがある」と留保していた。ところで、行政訴訟における仮の救済については、基本法一九条四項が出訴保障のみならず実効的権利保護をも保障するとの解釈が連邦憲法裁判所一九七三年決定[26]によって採られ、仮の権利保護が実効的権利保護の保障から引き出されたのである[27]。しかし、この連邦憲法裁判所決定以前は、基本法一九条四項が事後の阻止的な権利保護に

加えて、予防的（あるいは仮の）権利保護を保障するかどうかについては争いがあった。換言すれば、「仮の権利保護あるいは予防的権利保護を与える裁判官のあらゆる活動が実質的意味の裁判である」[28]のか否かが争われていたのである。

先にあげた連邦憲法裁判所一九六七年決定は、公権力による侵害に際しての裁判所による権利保護（基本法一九条四項）を実質的意味の裁判と解した。この決定を正面から誤りとする例外的見解[29]を別にしても、基本法一九条四項が（事後的な）阻止的権利保護だけでなく、予防的あるいは仮の権利保護をも保障しているのかどうかは一九六七年連邦憲法裁判所決定からは明らかではない（連邦憲法裁判所は、基本法一九条四項については、事後の阻止的権利保護のみをあげていた。）。事後の権利保護だけを保障すると解する学説として、ローレンツはコップ及びエッテルを紹介している[30]。即ち、コップは、基本法一九条四項の出訴保障からの帰結について論ずるなかで、「裁判的権利保護は、その本質によれば、阻止的なものにすぎない[31]」と述べていたし、エッテルも、「行政裁判権は、その本質によれば、行政行為の抑制と匡正である[32]」としていた。これらの説によれば、仮の権利保護は「実質的意味の裁判」ではなく、仮の権利保護を認めるか否かは立法者の判断に委ねられることになる。一方、レルヒェは夙に、「基本法一九条四項は、（事後の――笹田）阻止的な権利保護のみならず、実効性及び適時性の観点から、予防的な権利保護をも保障する[33]」と主張していた。そして、このレルヒェの見解を引きつつ、ローレンツは、仮の権利保護ならびに予防的権利保護を保障するためのすべての裁判官の活動は、実質的意味の裁判であると主張している[34]。

連邦憲法裁判所は、一九七三年決定で、基本法一九条四項が出訴の理論的可能性のみならなず、権利保護の実効性を保障しているとしたうえで、仮の権利保護の要請を引き出している。「裁判所が行政処分の違法性の審査を終える前に、行政庁が回復不可能な処分を行なうならば、基本法一九条四項で保障されている包括的かつ実効的裁判保護は空虚なものとなろう[35]」ということである。仮の権利保護がなければ、行政により既成事実が創出され、もはや本案判決による事

後的な権利救済は不可能になる。先ほどの問題に戻れば、連邦憲法裁判所が基本法一九条四項から仮の権利保護を引き出したことで、仮の権利保護は「裁判」（基本法九二条）に含まれることが明確になった。

（二）一方で、民事訴訟における仮処分はどうだろうか。一部には、連邦憲法裁判所の一九七七年決定[36]が認めたとするものもあるが[37]、これは、社会裁判所法に仮命令の規定が存在しないことから、行政裁判所法一二三条の準用によって仮命令を社会裁判所が発することができるかどうかについて、基本法一九条四項に依拠した解釈を連邦憲法裁判所が行なった事案である[38]。基本法一九条四項は民事訴訟を対象としないから、民事訴訟における仮処分について直接触れるものではないだろう。

行政訴訟において、基本法一九条四項は出訴を、さらに実効的権利保護を保障するが、民事訴訟における出訴を明文で保障した規定は基本法には存在しない。したがって、基本法一九条四項に比しうる憲法上の根拠が求められるが、そのようなものとして司法行為請求権が妥当しよう。もっとも、これは民事訴訟法学に固有のものというより、「手続及び組織による基本権の実現」に関する連邦憲法裁判所判例[39]の集積を経て、一九九〇年代前後に主張されてきたのである。この点については既に論じているので[40]、詳細は省くが、「基本権に内在する実効的権利保護の原則の構成要素」と司法行為請求権を理解するものと、「法治国家原理と結びついて基本法二条一項（一般的自由権――笹田）から明らかになる法治国家的手続形成の要請」に司法行為請求権の根拠を求めるものが、連邦憲法裁判所及び学説には併存している。いずれにしろ、このように憲法化された司法行為請求権が、基本法一九条四項と同様の役割を民事訴訟で果たすのである[41]。近時では、時間の経過により生じる債権者の保護という仮の権利保護の機能は、直接に司法行為請求権から生じると説明されている。また、債務者が対抗手段をとることにより執行から免れることで生じる危険から債権者を保護することも、仮の権利保護の存在理由とされているが、それは法治国家原理から直接明らかと説明されている[42]。

（三）以上見たように、ベッターマンの主張と異なり、民事訴訟における仮処分や行政訴訟における仮の権利保護（仮の救済）は「裁判」（基本法九二条）に含まれると解されよう[43]。しかし、その一方で、ベッターマンの指摘に従えば、仮処分や仮の権利保護を含む「裁判」概念が可能かどうかが問題となる。

5　出訴保障と「裁判」（基本法九二条）

（一）現在においても、「連邦憲法裁判所及び学説は、一般的に承認され、異議のない、裁判権概念の定義を見いだすことに成功していない[44]」との評価は揺るがないだろう。連邦憲法裁判所自身も、二〇〇一年の決定で、「裁判権の概念は、憲法裁判によって最終的に解明されていない[45]」としていたのである。そこで、連邦憲法裁判所が示したのが、先にあげた、基本法が定める裁判所の管轄権（出訴保障と裁判官留保）と「裁判の伝統的な核心領域」を、「実質的な意味の裁判」とするものであった。これは、基本法の権限配分と裁判の歴史的形成に配慮したものである。

まず出訴保障として、基本法一四条三項四文（公用収用に係る補償）、一五条二文（社会化（Sozialisierung）のための補償）、基本法一九条四項（公権力による侵害に際しての裁判所による権利保護）、および、三四条三項（職務責任）、四一条二項（連邦議会の選挙審査決定に対する連邦憲法裁判所への異議申立て）、そして、九三条（抽象的規範統制、機関争訟、憲法異議の訴等による連邦憲法裁判所への出訴）が規定されている。次に、裁判官だけが特定の国家的処分の許容性について決定することができる「裁判官留保」として、基本法一三条二項（住居捜索命令）、一〇四条二項及び三項（自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄）の他、連邦憲法裁判所の管轄権（基本法一八、二一条二項、八四条四項）がある[46]。

このような基本法が定める出訴保障や裁判官留保が、基本法九二条の「裁判」概念に含まれることは、現在では広く

受け入れられているが、これらを「実質的意味での裁判」に含めるかどうかは争いがある。アハターベルグは、「憲法上の権限配分は、実質的意味の裁判として把握されうる領域をなんら指し示さない」とする。これは、「裁判所および裁判官は、裁判と異なる任務についても取り組むことが許されるが故に、裁判所および裁判官への憲法による割り当ては裁判概念に関しなんら示すことができない」が故にである[47]。このことは、裁判官留保にとくにあてはまる[48]。そこで、出訴保障や裁判官留保に含まれない事柄については、「どのような場合に、憲法上一義的に配分されていない任務が、裁判官か、あるいは他の機関に属する者によって履行されねばならないかについての基準を含む、固有の（実質的）概念が必要である」[49]。近時は、このように、出訴保障や裁判官留保を実質的意味の裁判とわけて検討する方向が学説では優勢と思われる。「裁判」（基本法九二条）について、基本法上の出訴保障（基本法一九条四項、「憲法化された」司法行為請求権）と「実質的意味における裁判」を別立てに検討するのであれば、仮の権利保護や仮処分が出訴保障から導かれる以上、実質的意味の裁判概念と平仄を合わせる必要はない。つまり、出訴保障や裁判官留保を含めた「実質的意味の裁判概念」を探る必要はないのである。

（二）「実質的意味の裁判概念」をどのように定義するかは難問であり、既述のように、連邦憲法裁判所も「最終的に解明されていない」と控えめな見解を述べ、また、通説というべきものも形成されていない。本稿の観点からは、これ以上、この問題に深入りする必要はないが、最後に、連邦憲法裁判所判例の現在について簡単に触れておきたい。

連邦憲法裁判所は一九六七年の決定（BVerfGE22, 49）において、「憲法で明示的にあげられている任務」の範囲を超えて、「基本法九二条によると、なお別の任務が裁判に属する」とする。それが「裁判の伝統的な核心領域」であり、民事司法（bürgerliche Rechtspflege）と刑事裁判権が含まれている、とする（基本法はこれらについて何ら規定していない。）。したがって、連邦憲法裁判所は、「裁判を定義するにあたって理論的構成を放棄し、（実質的に）歴史的観点で満足している」[50]と

の批判がだされるのである。

さらに、連邦憲法裁判所は二〇〇一年の決定（BVerfGE103, 111）で、以下のような「機能的意味の裁判概念」を明らかにした。「本来実質的な裁判概念には属していない事項領域に対して立法者が機能的に見て裁判権にのみ帰属しうる形態を与えた場合にも、それを基本法九二条の意味における裁判権と見ることができる。機能的見地においては、立法者が紛争の高権的解決のために裁判形式の手続を定め、そこで下される決定に対して独立の裁判所のみが発生させ得る法律的効果を付与している場合、それは―それぞれの対象事項のいかんにかかわらず―裁判である」。連邦憲法裁判所は、「この意味での裁判の本質的な概念メルクマールに属する」ものとして、「具体的なケースにおいて何が法であるかについて決定するという要素」、つまり、「そのことについて終局的な拘束力をもって、即ち、既判力をもって確定し、宣言するという要素」[51]をあげている。もっとも、この「機能的意味の裁判」については、学説上は賛否が分かれている[52]。

6　非訟事件と「裁判」（基本法九二条）

（一）非訟裁判権が「実質的な意味における裁判」に含まれるかどうかは、長きにわたって争われている。この点について、アハターベルクは、「裁判の領域から、少なくとも非訟裁判権は、その大部分が除外されている」のであって、「裁判官の権限に代わりに、今日では広範に、司法補助官の権限が規定されていることがこのことに対応する」[53]とする。「非訟裁判権の枠内での裁判官による任務行使は、実質的意味の裁判と解する見解は、ずっと以前から優勢である」[54]とするシェンケの見解は、憲法学では少数派であろう[55]。「非訟裁判権の対象とする一部の事項だけが、裁判権に含まれる」[56]の

であり、ヴィルケも、先に取り上げたベッターマンを引きつつ、「非訟裁判権の典型的事項は裁判に算入されるべきではないことに呼応して、憲法によって、それらについて、裁判官あるいは裁判所への留保は存在しない[57]」と述べている。

（二）ここでの問題は二点である。まず、「裁判権」（基本法九二条）の対象とされていた事項の一部を立法によって非訟裁判権の対象事項とすることは認められるか、仮に認められるとしてその限界の設定は可能かということである。この問題は、わが国でも意識されており、安念潤司は、非訟事件の処理は固有の司法権の作用ではなく、行政権の作用であるとすれば、「行政作用に属する事項をなぜ裁判所の権限に取り込んでよいのであろうか[58]」と述べている。連邦憲法裁判所の見解が、「基本法九二条も、また権力分立原則も、立法者が、実質的な裁判の活動に関係づけられない任務を裁判所に委ねることを妨げていない[59]」としても、「裁判権」の対象とする事項をすべて立法者に委ねるとすれば、基本法九二条が空洞化しその意味を喪失するのは明らかであろう。ただし、非訟裁判権と基本法九二条の規定する裁判権との間の境界を包括的に設定することは困難であり、これまでも成功していない[60]。

基本法によれば、裁判と行政の間は截然と分けられず、一定の重複は認められるから、ただちに裁判所の典型的任務に属さない事項は、基本法が当該事項の処理を他の権力に留保していないかぎりで、立法者は、裁判官に委ねることができる[61]。その場合、立法者は、「裁判官が、裁判特有の形式、係争的裁判権で事案を処理すべきか、あるいは、行政庁と同一、はたまた類似の方法で処理すべきかどうかを定めうるし、また定めねばならない。即ち、裁判官は当該事案を〝制御する〟べきか、あるいは、こういった事案で何が正しいかを決定するべきかどうか、である[62]」。

ただし、裁判所の典型的任務に属するか否か、換言すれば「裁判の伝統的核心領域」（BVerfGE 22, 49[77]）に属するか否かの検討は、決して簡単なものではない点は留意する必要がある。ベッターマンは、連邦憲法裁判所が、「不法行為を犯罪行為と評価するかあるいは秩序違反と評価するかは、〝さほど重要ではない不法行為構成要件〟については立法

者に帰属すべきもの」とすることから、「立法者が〝一定の範囲で実質的裁判の領域を変更しうる〟ことを、連邦憲法裁判所も認めている」とする。連邦憲法裁判所は、立法によって裁判から奪うことのできない、〝すべての重要な不法行為の構成要件〟を含む〝刑法の核心領域〟を言うが（参照：BVerfGE22, 81）、「現代の、流動的で、多元的な社会において、法益及びその侵害の評価ほどに揺れ動くものがあろうか」としたうえで、「〝重要な〟という基準が役に立たないことに鑑み、連邦憲法裁判所の〝刑法－理論〟は結果において、基本法九二条の裁判官留保を刑事司法の領域で広範に法律の留保のもとに置く[63]」と断じている。

（三）わが国においては、最高裁判例に従うかぎり、非訟事件における憲法上の手続保障は考慮されない。ドイツにおいては、非訟事件法は法的聴聞（審尋）についての規定を含まないが、「今日では、法的聴聞の原則が非訟裁判権の手続においても妥当することが認められている[64]」。いわば、「実質的意味の裁判」（基本法九二条）に含まれるかどうかとは関係なく、非訟事件において法的聴聞権が保障されるのである。その際、事案解明のための関係人の聴聞（非訟事件法一二条）と、法的聴聞の保障のための関係人の聴聞が区別されねばならない。前者においては、「事案の解明のため、関係人の聴聞を用いるかどうか、用いるとしてどの範囲で行うかは、裁判所の義務的裁量である[65]」。一方、後者は、基本法一〇三条一項から直接引き出される。この点については、既に詳細に検討しているので[66]、連邦憲法裁判所決定の一節を引くにとどめる。「基本法一〇三条一項は、裁判手続に関係する者に、彼が手続において発言する機会を持つことについての権利を与える。その内容は、とりわけ、裁判所の決定の基礎となっている事実及び法状態について見解を表明し、申立てを行いそして詳述する機会を持つことである。このことに、訴訟関係人の詳述を承知し、そしてそれを考慮のうちに入れる裁判所の義務が対応する[67]」。さらに、連邦憲法裁判所判例では、これまでの法的聴聞権の理解に比べ、法的聴聞権の効果的な行使に力点をおいている。「裁判所に存在する情報が裁判所の決定に用いられるべき場合、当該

情報へのアクセスを訴訟関係人に広範囲で可能にするという任務が裁判所に課される」[68]と連邦憲法裁判所は判示しているのである。

（1）高田裕成「訴訟と非訟」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一二頁。

（2）瀬木・前掲一注（23）一頁以下。吉野正三郎・安達栄司「ドイツにおける民事保全」中野貞一郎・原井龍一郎・鈴木正裕編『民事保全講座一　基本理論と法比較』（法律文化社、一九九六年）一一三頁以下。吉野・安達論文は、「一九九一年の日本の民事保全法は、ドイツ法を継受した規定の下で発展してきた従来の実務を十分考慮して、日本社会の要請に応えるために制定された。それゆえに、わが国において現行の保全法規定の沿革を調べたり、制度趣旨を探求する目的で、ドイツ法を研究することは従来ほど要求されないかもしれない」としたうえで、「諸国家の民事保全制度に共通する問題」である、「仮処分の本案化、当事者の手続権または法的審問権の保障、そして国際的な保全手続の問題に関して、ドイツ法を参照することは依然として有意義であろう」（一一五頁）と述べている。

（3）参照、工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、二〇〇九年）一二四頁。

（4）BVerfGE 22, 49[75]. なお、この関連で、長尾一紘「司法権の現代的課題」法学教室二五三号（二〇〇一年）八頁以下を参照されたい。

（5）BVerfGE 103, 111[136f.]. この判例については、栗城壽夫「ヘッセンにおける選挙審査」（ドイツ憲法判例研究一一一）自治研究七九巻二号（第一法規、二〇〇三年）一三四頁以下が詳細な検討を行なっており、本判例の訳もそれによっている。

（6）Norbert Achterberg, Der Begriff《Rechtsprechung im materiellen Sinne》, in:Erichsen(Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtschutzes, FS für Menger, 1985, S.125ff. [131f.].

（7）Heinrich Amadeus Wolff, Artikel 92 [Gerichtsorganisation] , Umbach/Clemens, Grundgesetz Band 2, 2002, S.981, Anm.31.

（8）Manfred Wolf, Richter und Rechtspfleger im Zivilprozeß, ZZP 99. Bd.4, 1986, S.371. その背後にあるのは、「権力分立原則に基礎付けられた機関適合的な機能秩序の考え方」である。それは、中立的第三者としての裁判官、あるいは、武器平等原則や公正手続原則、法的聴聞権にしたがった「決定発見過程」に注目する（Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S.675）。なお、「機関適合的な機能秩序」については、村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学九〇号（二〇〇五年）二六四頁以下、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（日本評論社、二〇〇五年）二三六頁以下を参照されたい。

（9）BVerfGE 22, 49. なお、財務官庁による決定に対し、上級財政官庁への異議申立て、あるいは裁判所の決定を求める申立てが認められる。

（10）BVerfGE 22, 49[75f.].

（11）BVerfGE 22, 49[76].

（12）BVerfGE 22, 49[77].

（13）BVerfGE 22, 49[77f.].

（14）Karl August Bettermann, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92(1967), S.499. 彼は、連邦憲法裁判所が「民事司法」をあげていることも批判する。というのは、民事司法と裁判は区別されねばならないからである（参照、四２（三））。この点は、非訟事件について特に議論になろう。なお、ベッターマンは、民事訴訟法の研究から出発した後（彼の教授資格論文は、「Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft」である。）、ベルリン自由大学で公法の教授、その後、ハンブルグ大学で民事訴訟法及び一般訴訟理論の教授を勤めた。一方で、ベッターマンは、ハンブルグにおいて上級行政裁判所裁判官を八年、そしてハンブルグ州の憲法裁判所裁判官を一五年あまり勤めている（Karl August Bettermann の論文集『Staatsrecht－Verfahrensrecht－Zivilrecht』（一九八八年）における編者（D.Merten, H.J. Papier, K.Schmidt, A.Zeuner）の序文を参照）。「ベッターマンの理論は、すべての訴訟法とその実際の取り扱いについてのたぐいまれな知識によって刻印されている」（Dieter Willke, Die rechtsprechende Gewalt, in: Handbuch des Staatsrechts V, 3.Aul. 2007, §112 Rn.59.）と評されるゆえんである。

（15）Karl August Bettermann, Die rechtsprechende Gewalt, in: Handbuch des Staatsrechts Ⅲ, 1988, §73 Rn.17.

（16）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.43.
（17）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.31.
（18）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.34.
（19）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.35.
（20）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.34. 実質的な裁判概念を提示するベッターマンは、基本法九二条の「裁判」を形式的概念と解するヘルツォーク（Roman Herzog, Maunz/Dürig, GG, Art. 92, 1971, Rdnr.43-46）に対し、次のように厳しい評価を下している。「基本法九二条は、独自のあるいは固有の裁判官留保を規定するのではなく、単に基本法によって個別に規定されている出訴の指示及び裁判官留保を裁判権の概念に要約しているとするヘルツォークの理論」は、「すべての（真の）民事裁判権－そして、基本法一〇四条によって特典を付与された自由刑を除いて刑事裁判権－を、憲法上の裁判官留保がないままにして置かねばならないのである」（K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.19）。
（21）K. A. Bettermann, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt,in:Evangelisches Staatslexikon, Bd. II , 3.Aufl. , 1987 , S.2790. もっとも、ベッターマンはこの点については争いがあると留保している。また、ここでの主張は、仮処分のみならず行政訴訟における仮の救済にも基本的に妥当する、とベッターマンは言う（S.2790）。
（22）（23）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.25.
（24）K. A. Bettermann・前掲注（15）Rn.47.
（25）K. A. Bettermann・前掲注（14）S.505.
（26）BVerfGE35, 263[274]; 35, 382[401]. 後者の判例については、参照、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、一九九三年）一七三頁以下を参照されたい。なお、基本法一九条四項「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴することができる」（石川・前掲一注（24）一八〇頁）。
（27）笹田・前掲注（26）二七四頁以下。ドイツを対象とした「行政訴訟における仮の救済」についての最近の論稿として、ヴォルフ＝リューディガー・シェンケ（村上裕章訳）「実効的権利保護論の現代的課題－仮の権利救済を中心として－」北大法学論集五九巻一号（二〇〇八年）一一三頁以下、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造（一）（二・完）」民商法雑誌一三四巻四・五号（二〇〇六年）六四〇頁以下、一三四巻六号（二〇〇六年）九六九頁以下がある。

(28) Dieter Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S.195.
(29) Franz Cordier, Inhalt und Tragweite des Begriffs „rechtsprechende Gewalt", NJW1967, S.2142.
(30) D.Lorenz・前掲注（28）S.138.
(31) Ferdinand Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, 1971, S.149.
(32) Gerhard Oettl, Grenzen der Gerichtsbarkeit in sozialen Rechtsstaat, 1971, S.36.
(33) Peter Lerche, Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78(1965), S.16. レルヒェについては、笹田・前掲注（26）一六五頁以下参照。
(34) D.Lorenz・前掲注（28）S.195. ローレンツは、裁判官による住居捜索命令の発給を定める基本法一三条二項、及び自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄を定める基本法一〇四条二項も根拠として引いている。
(35) BVerfGE35, 382[402]. 参照、笹田・前掲注（26）一七三、二八一頁。さらに、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ（下）」ジュリ一二三九号（二〇〇三年）一一七頁以下も参照されたい。
(36) BVerfGE46, 166[178f.].
(37) Peter Schlosser, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß, Jura1984, S.360.
(38) 山本・前掲注（35）一一七頁以下参照。
(39) 参照、笹田・前掲注（26）一七〇頁以下。
(40) 参照、笹田・前掲一注（8）三一四頁以下。
(41) Winfried Schuschke/Wolf-Dietrich Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4.Aufl. 2008, S.1499.[Walker] 連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起する場合、公権力により基本権または基本法二〇条四項、三三条、三八条、一〇一条、一〇三条および一〇四条に規定された権利を侵害されたことを主張する必要がある（基本法九三条四ａ）。民訴法学は、「裁判所へのアクセスの憲法的保障」を確立する必要が、理論的のみならず実践的にもあった。
(42) Schuschke/Walker・前掲注（41）1499ff.[Walker]
(43) 司法行為請求権及び基本法一九条四項は、「基本法九二条及び九七条の諸原則を充たす国家の裁判所へのアクセスを、そして、基本法九二条にしたがって裁判権の行使が留保されている裁判官へのアクセス」を保障している（Christian

Hillgruber, Art.92, Maunz/Durig, Grundgesetz-Kommentar, 2007, Rn.14.)。

(44) D.Wilke・前掲注(14) Rn.58. また、ヒルグリューバーも、「『裁判権』の定義は基本法九二条の中心課題であるが、その理論的意義は、広い範囲でなお不明確である」(C. Hillgruber, 前掲注(43) Rn.18)とする。宍戸・前掲注(8)一四九頁は、「基本法の『裁判』一般について争訟裁決の要件は必須のものとは解されていない」とするが、依然として、学説のなかには、「係争決定」のファクターをあげるものも目につく。この点については、H.A.Wolff・前掲注(7) S.981, Anm.31. を参照されたい。

(45) BVerfGE101, 111[136].

(46) なお、基本法一三条二項(住居捜索命令)のように、出訴保障と裁判官留保のいずれに配分するかが論者によって異なることがある。

(47) N.Achterberg・前掲注(6) S.130.

(48) Wolffは、出訴保障(基本法一九条四項など)について、基本法九二条との関連を指摘する(H.A.Wolff・前掲注(7) S.983.)

(49) Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter , 1993, S.67ff. フォスクーレは、二〇一〇年三月、連邦憲法裁判所長官に選出された。彼は一九六三年一二月生まれであるから、四六歳の連邦憲法裁判所長官の誕生である。

(50) A.Voßkuhle・前掲注(49) S.82.

(51) 栗城・前掲注(5)一三八頁。

(52) D.Wilke・前掲注(14) Rn.75は、裁判権の機能的領域は、付加的な任務を裁判官及び裁判所に委ねることについての、自由で、かつ憲法上許容された立法者の決定に依拠することになるから、裁判権の独占としての基本法九二条の意義と合致しないと、厳しく批判する。一方、実質的裁判概念と機能的裁判概念を組み合わせた基本法九二条の適用を主張する論者(Hillgruber・前掲注(43) Rn.46.)もいる。

(53) N.Achterberg・前掲注(6) S.138.

(54) Wolf-Rüdiger Schenke, Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte? , JZ2005, S.124.

(55) ただし、民訴法学の文献に目を転ずるなら、シェンケの見解もあながち誤りとは言えない(Vgl. Walther J.Habscheid,

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7.Aufl. 1983, S.30; Wolfgang Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1988 ,S42)。ハプシャイドは、「ベテッヒャーやフリーゼンハーンの（裁判概念の）意味で「係争」ではない非訟裁判権の対象事項」も、連邦憲法裁判所が夙に主張していた「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法」を踏まえて、「伝統にもとづく裁判事項」であると述べている（S.30.）。

（56）Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG, 10.Aufl. 2009, Art.92, Rn.3.

（57）D.Wilke・前掲注（14）Rn.65.

（58）安念・前掲一注（26）二五一頁。

（59）A.Voßkuhle・前掲注（49）S.56.

（60）Franz-Ludwig Knemeyer, Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Handbuch des Staatsrechts VI, 2001, §155 Rn.55.

（61）H.A.Wolff・前掲注（7）Rn.33.

（62）K.A.Bettermann・前掲注（15）Rn.25.

（63）K.A.Bettermann・前掲注（15）Rn.21.

（64）（65）F.-L.Knemeyer・前掲注（60）Rn.55. 職権遂行（Amtsbetrieb）が非訟裁判権の手続では広く行き渡っている。参照、高田裕成「家事審判手続における手続保障論の輪郭」判例タイムズ一二三七号（二〇〇七年）三六頁。なお、民事訴訟では当事者であるが、非訟裁判権では関係人が用いられる。

（66）参照、笹田・前掲注（26）第一章。基本法一〇三条一項「裁判所の前では、何人も、法的聴聞を請求する権利を有する」（石川・前掲一注（27）二三九頁）。

（67）（68）BVerfGE64, 135[143f]. 参照、笹田・前掲注（26）一六頁以下。

四　司法権の構造的理解と新たな解釈の可能性

1　裁判権（ボン基本法九二条）と裁判（日本国憲法三二条・八二条）

（一）一九六七年連邦憲法裁判所決定が指し示すように、基本法上、裁判権に委ねられた権限は多種多様であり、日本国憲法が司法権に委ねた権限と比べるならば、その違いは大きい。出訴保障として、基本法一四条三項四文（公用収用に係る補償）、一五条二文（社会化（Sozialisierung）のための補償）、一九条四項（公権力による侵害に際しての裁判所による権利保護）、三四条三項（国家に対する損害賠償請求）、四一条二項（連邦議会の選挙審査決定に対する連邦憲法裁判所への異議申立て）、さらに、九三条（抽象的規範統制、機関争訟、憲法異議の訴等による連邦憲法裁判所への出訴）がある。次に、「裁判官留保」として、基本法一三条二項（住居捜索命令）、一〇四条二項及び三項（自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄）の他、連邦憲法裁判所の決定権限を定める、基本法一八条（基本権の喪失）、二一条二項（政党の禁止）、八四条（連邦大統領の訴追）、九八条五項（裁判官の訴追）などがある。

したがって、実質的な定義を断念し、「憲法及び法律によって裁判所に割り当てられたものが裁判」[1]とする形式的裁判概念が主張されたりもするのである。しかし、これについては、「基本法九二条は、当該条項で具体化されている権力分立が指示する任務に鑑み、あり得ないはずの一般的法律の留保に服することになろう」[2]との批判がだされる。そして、（法律を除いて）憲法だけが裁判所に割り当てたものと裁判を構成すると、民事及び刑事裁判は基本法に明示されていないがゆえに、これらの憲法上の根拠に苦しむことになる[3]。この関連で注目されるのが、アハターベルクの見解である。彼は、実質的意味における裁判の考察にあたり、「概念に関連した限定的視点ではなく、（裁判の――笹田）構造に関連した広範な視点から検討されねばならない」とする。そして「裁判の様々な機能領域で、相異なる裁判概念が妥当することを最初から排除しえない」のだから、「司法権の全領域に、実質的意味の裁判についての唯一の概念が基礎に置

かれる必要はない」[4]ということもありうる、と述べている。このアハターベルクの見解は、連邦憲法裁判所をはじめとする裁判所の多様な権限を踏まえてのことだが、わが国においても参考になる。

（二）わが国の最高裁判所も形式的意味の裁判概念を採用していない。即ち、寺西判事補事件（最大決平成一〇・一二・一民集五二巻九号一七六一頁）において、最高裁判所は、現行法が裁判という形式でもって裁判所の権限に属せしめている判断作用ないし法律行為のすべてではなく、「固有の意味における司法権の作用に属するもの」を憲法八二条一項の「裁判」とする。それは、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」と判示する。最高裁判所は、一で示したように、憲法三二条と八二条一項の「裁判」を同一視し、さらに、それが「法律上の争訟」とも重なることで、憲法七六条一項＝裁判所法三条一項＝憲法三二条というトリアーデに憲法八二条一項がつらなる四位一体的判例理論を形成した。したがって、固有の意味の司法権の作用は相当に狭いものとなり、それに含まれない領域は立法者の政策的判断に委ねられるのである。

一方、連邦憲法裁判所は一九六七年決定において、出訴保障及び裁判官留保、及び「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法および刑事裁判権」を「実質的な意味の裁判」とするが[5]、最高裁判所判例とは異なり、連邦憲法裁判所は「実質的な意味の裁判」を定義しようとはしていない。連邦憲法裁判所は、「裁判を定義するにあたって理論的構成を放棄し、（実質的に）歴史的観点で満足している[6]」と批判されるゆえんである。

なお、日独の憲法を比較する場合、裁判の公開を日本国憲法は厳格に規定しているのに対し、ボン基本法は裁判の公開についての規定を置いていない点は重要である。ドイツにおいては裁判手続の公開は、「法治国家上の基本的な制度に属するが、基本法上の憲法原則ではない[7]」と解されていたが、連邦憲法裁判所第一部は二〇〇一年一月二四日決定に

おいて、裁判の公開を法治国家原理と民主主義に基礎づけられた憲法上の保障と見るに至っている。[8] もっとも、裁判を公開する要件、ならびにその態様については立法者の裁量が認められている。[9]

2　憲法化された仮処分手続

（一）民事保全法が制定される前は、民事訴訟法に仮処分は規定されていたが、仮処分を訴訟と解する実務家の見解として、以下のような構成を採るものがあった。矢代利則は、仮処分の本質が訴訟か非訟かについて検討を加え、「わが民訴法の建前としては、仮処分の裁判は原則として口頭弁論に基づいてなされるものであり（民訴七五七条二項。もっとも実務の実際は、この原則と例外が逆になっている観があるが）、さらに、口頭弁論を経ずしてなされた仮処分決定に対し、債務者から異議の申立てがなされたときは、改めて口頭弁論に基づいて、債権者の仮処分の申立ての当否を判断することとされている（民訴七五六、七四五条）ことなどから、本稿において訴訟説に従う[10]」とする。同じく、非訟事件の専門家として高名であった鈴木忠一は、「審問を求める権利は各種の手続に於いて緊急の必要性に応じて爾前審問を経ないで為す裁判手続を否定するものではない。例へば民事に於いて口頭弁論を経ない仮差押・仮処分・支払命令を違法とするものでないことは言ふを俟たない。蓋し此等の場合は異議申立によって夫々口頭弁論に移行されることが保障されているからである[11]」と述べている。

旧民訴法七五七条二項によれば、「仮処分訴訟は、口頭弁論を開いて審理するのが原則であり、急迫なる場合に限って口頭弁論を開かないで審理する」ことが建前であったが、「当事者の訴訟準備の現状」及び「争点が複雑で判断に困難が伴うことの多い差止仮処分の性質」からして、口頭弁論を条文どおりに運用することは不可能に近いという

のが、担当する裁判官の実感であったようである。そして、審尋手続による審理方法の活用が「法の建前と現実とのギャップ」[12]を補っていたのである。

これに対して、木川統一郎が、「表現の自由」が深く関わっている事案で、口頭弁論を開かずに仮処分申請を認容した下級審判例を批判し[13]、また、阪本昌成も、アメリカの比較法的知見をもとに、「わが国の仮処分手続は、表現の自由に対する鋭敏さに欠ける」として、対審手続の不十分さと仮処分の証明が疎明で足りることを批判していた[14]。そして、このような批判は研究者だけではなく、実務家にも見られたのである[15]。

（二）仮の救済にとって、北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決（最大判昭和六一・六・一一民集四〇巻四号八七二頁）は重要な意味を持つ。というのも、「民事保全法二三条四項は、仮の地位を定める仮処分について、この判例（北方ジャーナル事件最大判――笹田）の基礎とする手続保障の理念に基づき、口頭弁論または債務者審尋を制度的に保障した[16]」と解されるからである。

右大法廷判決は、「雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止め」が検閲に当たることは否定したが、「裁判の形式によるとはいえ、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要的とせず、立証についても疎明で足りるとされているなど簡略な手続によるものであり、また、いわゆる満足的仮処分として争いのある権利関係を暫定的に規律するものであつて、非訟的な要素を有することを否定することはできない」と判示している[17]。それでは、仮処分手続は司法の作用のなかでどのように位置づけられるのだろう。伊藤補足意見によれば、「裁判所の仮処分は、多数意見も説示するとおり、網羅的一般的な審査を行うものではなく、当事者の申請に基づいて司法的な手続によつて審理判断がされるもので、理由を付して発せられ、さらにそれが発せられたときにも、法的な手続で争う手段が認められているのであって、単に担当の機関を異にするというだけではなく、その実質もまた「検閲」と異なる」。とはいっても、

多数意見が認めるように、仮処分手続は、「口頭弁論ないし債務者の審尋を必要的とせず、立証についても疎明で足りる」など簡略な手続によっており、また暫定的に規律するものであって、「非訟的な要素」を持っている。そうすると、この仮処分手続を「固有の意味における司法権の作用」に位置づけるのは難しい。というのも、最高裁判例によれば、それは、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」であり、公開の法廷における対審及び判決が保障されねばならないからである。

ところで、多数意見は、「公共の利害に関する事項についての表現行為」に対し、その事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、「口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当」とする。大橋補足意見が指摘するように、本件のごとき事案では、「実定法の規定（民訴法七五六条、七四一条一項）にかかわらず、発令にあたり口頭弁論又は債務者審尋を経ることを原則とすべき」なのである[18]。最高裁判所は、通常の仮処分手続とは異なる類型のものを認め、それについて法律が定めていない手続保障を備えるべきことを明示したのである。法律上の「明文の定めがなくとも、憲法上、口頭弁論を開くかまたは特定の者を審尋しなければならないと解される場合」[19]が想定されているのである。これは、表現の自由の保障に配慮する「憲法化された仮処分手続」と見ることができよう[20]。

（三）「憲法化された仮処分手続」を最高裁判所が認めたことは重要である。これについては、「固有の意味における司法権の作用」とは解されなくとも、憲法上、司法権の作用としての位置づけが求められるのではなかろうか。

ここで、三で紹介したベッターマンの議論を想起してみたい。彼は、仮の差し押さえや仮処分は、「立証まで必要とされず疎明で足りる簡略な審査にもとづき出され」、こういった手続では、「裁判ではなく、警察作用（Rechtspolizei）あ

るいは予防的な民事司法が行われている」と述べている。仮処分は争いのある法関係を暫定的に規律するもので、その手続も簡略であることを強調している。ベッターマンは、行政と裁判を区別する際に、裁判の中心的機能として、法状態についての最終的に拘束力を持った解明が裁判所の「決定」に〝委ねられている〟と解しているのである。また、裁判官のあらゆる活動が裁判ではなく、裁判官がその任務を果たす際の処理手続にこそ裁判の特質があると見ていた。したがって、仮処分は裁判ではなく、非訟事件や執行制度等が含まれる民事司法である。ベッターマンによれば、裁判と民事司法は区別されねばならず、「民事司法は裁判の上位概念であって、裁判は民事司法のなかで最も重要な形式であるとしても、そのなかの一つにすぎない。民事司法は定義され得ず、描写されるにとどまる」[21]のである。

最高裁は、憲法三二条・八二条の「裁判」とは「固有の意味における司法権の作用」であり、それは、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」であるとする（最大決平成一〇年一二月一日民集五二巻九号一七六一頁）。この「固有の意味における司法権」とベッターマンの主張は類似性があるが、仮処分の位置づけは大きく異なる。ここで、ベッターマンの所説を引いたのは、仮処分についてベッターマン的理解を最高裁が採らなかったことの意味を明確にするためである。さらに、公開及び対審と「固有の意味における司法権」との結び付きが最高裁判例では前提とされている。そうすると、仮処分は「裁判」（基本法九二条）ではないとのベッターマンの主張は、わが国の「司法権」にいっそう当てはまるのではなかろうか。裁判の公開を明文で規定していないボン基本法と異なり、日本国憲法八二条は、裁判の公開を厳格に規定しているのである。

3　仮の救済・非訟事件と四位一体的判例理論の整合性

（一）一般に、仮処分（民事保全）について、以下のような説明がされている。「手続的にみると、民事保全は、ア対立した当事者間における当事者主義の手続であること、イ最終的には私権の確定手続である本案に結び付くことが予定されており、これを前提とする手続であること、から訴訟手続であることは明らかである」[22]。また、「内容的にみても、仮の地位を定める仮処分を含む民事保全は、……本案の範囲内で、これと結び付いて行われるものであり、申立ての目的を達するためになされうる（法二四条）仮処分の内容にもおのずから限界があることを考えると、仮の地位を定める仮処分が現在の権利関係の危険を除去することを目的としていることを理由に保全命令の三種類中この仮処分のみについて本質的に非訟的な性格を有するとみることは、難しい」[23]。二で取り上げた最高裁平成二一年一月二七日決定も、「特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、仮処分命令の必要性の有無という本案訴訟とは異なる争点が存するが、その他の点では本案訴訟と争点を共通にするもの」とし、「特許法においては、『訴訟』という文言が、本案訴訟のみならず、民事保全事件を含むものとして用いられる場合もあり（同法五四条二項、一六八条二項）、上記のような秘密保持命令の制度の趣旨に照らせば、特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、特許法一〇五条の四第一項柱書き本文に規定する『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』に該当[24]」する、と判示している。

これまでの検討から明らかなように、民事訴訟における仮処分（行政訴訟における仮の救済）を非訟手続とみる見解は、その重要な権利保護機能に鑑みても、もはや採ることはできない。また、ドイツの判例・学説の分析から、仮の救済が「憲法上の実効的権利保護の保障」に定礎されることによって、それが裁判（基本法九二条）に含まれるとする見解が主流となったことが示されたが、これは、「憲法化された仮処分手続」を最高裁判所が認めたと解される北方ジャーナル事件についても、ある程度当てはまるところがある。表現の自由に鑑み、実定法の規定（旧民訴法七五六条、七四一条一項）が定めていない手続保障（口頭弁論又は債務者の審尋）を最高裁は必要とみたのであり、換言すれば、法律上の「明文の

定めがなくとも、憲法上、口頭弁論を開くかまたは特定の者を審尋しなければならないと解される場合」[25]はあるのである。これは、表現の自由の保障に配慮した結果と言うこともできる。したがって、「民事保全法二三条四項は、仮の地位を定める仮処分について、この判例（北方ジャーナル事件最大判――笹田）の基礎とする手続保障の理念に基づき、口頭弁論または債務者審尋を制度的に保障した」[26]というのであれば、非訟手続か訴訟手続かという問題設定自体が意味をなくすであろう。

そうすると、このような憲法化された仮処分手続は憲法上どのように位置づけられるのかが、次の問題である。

（二）ドイツにおいては、三で検討したように、一九七〇年代前半には、行政訴訟における仮の救済が基本法一九条四項に基礎付けられることにより「裁判」（基本法九二条）に含まれると解された。一方、民事訴訟における仮の救済は、基本法一九条四項に比すべき出訴保障規定が基本法になかったため、その理論的基礎づけに手間取り、一九九〇年代になって憲法化された司法行為請求権が判例及び学説に認められるまで、裁判（基本法九二条）に含めるかどうかは議論があったのである（参照、三（四））。

これに対し、わが国は事情が異なる。民事訴訟における仮の救済は非訟ではないとの見解が民訴学説の主流となり、北方ジャーナル事件で最高裁は憲法化された仮処分手続を提示したのである。兼子一も、一九六五年の論文で、仮の地位を定める仮処分は「非訟事件的な性格をもつ」が、「訴訟制度全体から見れば、……通常手続による解決までの時差から生じる必要悪を軽減するための手続として、これに付随するものであるから、そのわく内にあるものであるという点からは、これを訴訟的と呼ぶこともまた差支えないであろう」[27]と述べていた。これは、従来の見解の変更とみることができよう。

一で取り上げた兼子一及び田中二郎の影響が、なにゆえ行政訴訟における仮の救済について残ったかはここで検討す

る余裕はないが、「内閣総理大臣の異議」合憲論との結びつきは否定できない[28]。つまり、執行停止はそもそも行政であり、したがって、裁判所に執行停止許否の判断権を与えるか否かは立法政策の問題であるから、裁判所による執行停止の決定を覆す権限を内閣総理大臣に認めても司法権を侵害するものではない、という論法[29]である。この点に関わる最高裁判例は今のところ、見あたらないが、学説上は、仮の救済を行政と見る見解は姿を消している。「仮の救済は、裁判所が適時性を考慮して（実体）法を解釈適用し権利を保護する作用であり、憲法上保障される（適時に）裁判を受ける権利（憲法三二条）、司法権（憲法七六条）に含まれる[30]」と考えられているのである。執行停止決定は疎明に基づき（行政事件訴訟法二五条五項）、また口頭弁論を経ないですることができ（同法二五条六項）、「口頭弁論の申立てがあった場合、その開催は裁判所の裁量判断によって決せられる[31]」。そうであるなら、ここには、民事訴訟における仮の救済と同様の問題がある。行政訴訟における仮の救済は、憲法七六条一項＝裁判所法三条一項＝憲法三二条に憲法八二条一項がつらなる四位一体的判例理論と整合するのであろうか。

（三）二で取り上げたもう一つの最高裁判所決定は非訟事件に関わる。四位一体的判例理論のポイントは、憲法三二条「裁判」と八二条「裁判」とを「一体として解する[32]」点にあるが、上記決定における那須反対意見は、憲法八二条が関係しない憲法三二条独自の領域の存在を主張している。つまり、「憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（同条二項では、裁判官の全員一致で非公開とする例外的処理の途も認められている）と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない」とするのである。そして、「『純然たる訴訟事件』以外にも乙類審判事件を中心にして憲法三二条の審問請求権ないし手続保障の対象となるべき類型のものが存在することは否定しがたく、この点に関するかぎり、昭和三五年最高裁決定はいずれ当審において変更されるべき」と断じている。那須反対意見とともに、憲法三二条と八二条の「裁判」を一体として解しないとすれば、この両者の関係はいかに構成

されるべきかが、次に検討されねばならない。

先に検討したドイツでは、「非訟裁判権の対象とする一部の事項だけが、裁判権に含まれる[33]」と解されているようである。もっとも、非訟事件法は法的聴聞（審尋）についての規定を含まないが、「今日では、法的聴聞の原則が非訟裁判権の手続においても妥当することが認められている[34]」。「裁判」（基本法九二条）に含まれるかどうかとは関係なく、非訟事件において基本法一〇三条一項の規定する法的聴聞権が保障されるのである（出訴保障規定とは別に基本法一〇三条一項が規定されている。）。法的聴聞権（審問請求権）を憲法三二条が保障するとの主張を行なううえで留意すべき点であろう[35]。

4　「裁判」の二層的理解と司法権の「コア」

（一）三で提示した問題を考えるにあたっては、憲法三二条の「裁判」と八二条一項の「裁判」とを「一体として解する」のではなく、憲法三二条「裁判」は憲法八二条「裁判」よりも広い概念と捉える方向を検討すべきである[36]。憲法三二条「裁判」は、憲法八二条一項「裁判」の予定する公開・対審・判決を〝標準装備〟した訴訟＝判決手続に限定されず、他の権力から独立した中立的な裁判官が（法的聴聞や武器平等を核心とする）手続的公正に則って審理を行うという特徴を持つ司法作用をも含むものと考えるのである。口頭弁論または審尋の期日を開くかどうかを裁判所の裁量に委ねる「仮の救済」はここに含まれる。

また、（最高裁平成二〇年五月八日決定が対象としたような）乙類審判事件の中にあって争訟性の強い非訟事件は、憲法三二条「裁判」に含まれる事件である。北方ジャーナル事件で、最高裁は、口頭弁論又は債務者審尋についての明文の規定がなかったにもかかわらず、公共の利害に関する事項についての差止めの仮処分については、原則的に口頭弁論を開く

かまたは特定の者を審尋することが、憲法上求められるとした。この手法を参考にすれば、「本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべき」と最高裁平成二〇年五月八日決定も認めるところであり、また、この種の争訟的非訟事件にあっては攻撃防御の機会を保障するのは憲法三二条と解すべきであるから[37]、裁判所には、当事者の審尋（聴聞）を明定していない家事審判法や非訟事件手続法の規定にかかわらず、審尋（聴聞）を経ることが憲法三二条によって求められるのである。上記最高裁決定と異なり、抗告審裁判所は、婚姻費用分担について不利益変更を受けた当事者に、憲法三二条に基づいて反論の機会を与えねばならなかったと解すべきであろう。

（二）このような憲法三二条及び八二条一項の「裁判」についての主張は、司法権（憲法七六条一項）とどのように関連づけられるであろうか。以下、試論的に論じてみたい。憲法は、司法権については憲法七六条一項だけが規定しているが、「裁判」について多様な規定をおいている。即ち、①行政機関による裁判（憲法七六条二項）、②両議院による議員の資格争訟の裁判（憲法五五条）、③国会議員からなる裁判官弾劾裁判所による裁判（憲法六四、七八条）、④裁判官の分限裁判（憲法七八条）、⑤裁判所において裁判を受ける権利（憲法三二条）、⑥（刑事被告人の）公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利（憲法三七条）そして⑦裁判の公開（憲法八二条）である。ここで挙げられている「裁判」は、主体、対象とも多様であり、ここから共通項を括りだすことは難しい。憲法七六条一項を念頭におくなら、議院及び国会議員が主体となる②と③が除かれる。①も行政機関が主体であるから外され[38]、④⑤⑥⑦が残る。そして、裁判官分限事件では、分限裁判が訴訟事件か非訟事件かが争われたので、最高裁は憲法八二条及び三二条の「裁判」について「固有の意味における司法権の作用」を提示し、それが、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」であるとした（最大決

平成一〇年一二月一日民集五二巻九号一七六一頁）。そのうえで、最高裁は、「裁判官に懲戒を課する作用は、固有の意味における司法権の作用」ではないとする。ここでは、「固有の意味における司法権の作用」は憲法七六条一項から明示的に引き出されていないが、両者の結び付きは明らかであろう。

しかし、憲法七六条一項は「固有の意味における司法権の作用」に尽きるとは考えにくい。憲法が裁判官に権限を留保している逮捕令状の発給（憲法三三条）及び捜索・押収令状の発給（憲法三五条）も、それが上記内容の「固有の意味における司法権の作用」に含まれないとしても、憲法七六条一項の「司法権」には含まれるのではなかろうか（この関連で、憲法三四条後段も検討の必要がある。）。さらに、裁判官の分限「裁判」（憲法七八条）も、「司法権」の内実を構成すると思われる。立法、行政、司法を定義することの目的がそれぞれの憲法上の守備範囲を確定することにあるとすれば、憲法が司法に配分した権限も視野に入れる必要がある（憲法七七条・八〇条もこの関連で検討されねばならない）。

（三）中川丈久は「『司法権』の概念の構造」を問い、「一定の幅をもって伸縮しうる概念」[39]と司法権を捉える。そして、「『司法権』の概念は、その外周（最大領域）とコア（最小領域）の間に中間領域が広がるという、いわばドーナツ（同心円）構造をとると考えられないであろうか」と述べ、また、「中間領域において裁判所がどう行動するかは、裁判所自身の見識と、法律による立法政策的介入が交錯するなかで形成されると考えるほかない」[40]とする。

このコア・中間領域・外周という構成を参考にするなら、コアには、憲法三二条と八二条を一体として捉える「固有の意味における司法権の作用」と、その外側に憲法三二条「裁判」の保障する領域（仮の救済、非訟事件の一部など）が含まれる[41]。いうならば、コアは二層から成っているが、両方とも憲法七六条一項「司法権」に含まれる[42]。また、外周としては「具体的な法的争い」の存在が考えられる[43]。次に、判決・決定という司法の判断とは異なるが、憲法が裁判官に留保している事項（逮捕令状の発給（憲法三三条）及び捜索・押収令状の発給（憲法三五条）など）がある。これらも司法権の一部

を構成し、法律をもってしても司法から奪うことは許されないのである。これらが「もう一つのドーナツ（同心円）」を形成し[44]、憲法三三条・三五条はそのコアと考えられる。詳細な検討はこれからだが、国民の権利義務に対する重大な侵害の可能性が高いことから、コアの外延を広く解するべきではない。

（四）一の冒頭であげたC型肝炎救済特措法及び改正児童虐待防止法のような、（議員）立法による司法の任務の創出は、今後も増える可能性がある。これらの法律は司法権の構造のなかでどのように位置づけられるだろうか。まず、C型肝炎救済特措法は形式的に見れば、憲法三二条と八二条を一体として捉える「固有の意味における司法権の作用」に含まれそうであるが、その役割は「対象製剤の投与の事実、因果関係の有無及び症状を確認」することであり、また、訴訟上の和解の成立がポイントであるから、機能的にはコアの外側に位置すると言えなくもない。また、改正児童虐待防止法第九条の三第一項は、裁判官の許可を得た上で、児童相談所職員をして「当該児童の住所若しくは居所に臨検させ、又は当該児童を捜索させる」ことを定める。立入調査が拒否された後に、臨検・捜索を講ずることは、「犯罪捜査や公正取引委員会等の犯則調査以外にはなかった[45]」もので、児童相談所職員を主体とする点で、憲法三三条・三五条を中心としたもう一つのドーナツのコアの外側に位置づけられよう。

問題は、立法による司法の任務創出の限界である。上記二つの法律を例にとって、最高裁判所長官代理者（高橋利文最高裁判所事務総局総務局長）は、「司法の本質にそぐわないようなものについては、やはり裁判所がそれを担当するのは適当ではない[46]」と、衆院法務委員会（平成二〇年三月二五日）で語っている。具体的には二つのドーナツを基準にして司法の判断形式・手法に適合的かどうかを検討することになるが、裁判所の過大な負担とならない点も看過してはならないポイントである。

（1）M.Wolf・前掲三注（8）S.366.
（2）A.Voßkuhle・前掲三注（49）S.70.
（3）A.Voßkuhle・前掲三注（49）S.71. フォスクーレは、「基本法一〇四条二項及びそれと結び付いた「潜在的な自由の剥奪」の助けを借りて、刑事裁判を裁判官に割り当てる憲法上の根拠はおそらく引き出されうるとしても、民事裁判権についての留保の問題は残る」（S.71.）、とする。
（4）N.Achterberg・前掲三注（6）S.126.
（5）三で検討したように、近時の学説は出訴保障及び裁判官留保を実質的意味の裁判と分けて検討するものが目につく。例えば、デターベック（Steffen Detterbeck）は、裁判権の概念を、「出訴保障と裁判官留保」、「基本法九二条の実質的意義」、そして「基本法九二条の機能的意義」の三点から検討している（S. Detterbeck, inSachs, GG, 5.Auflage. Art.92 Rn.4ff.）。このようなアプローチは、日本国憲法のもとでの司法権の構造を考える上で、重要な示唆を含んでいる。
（6）A.Voßkuhle・前掲三注（49）S.82.
（7）Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 5.Auflage, 2008, ss169, Rn.4, 10. 二〇〇八年版でも、連邦憲法裁判所の二〇〇一年決定は参照されていない。
（8）BVerfGE103, 44[63]. Jarass/Pieroth・前掲三（56）Art.20, Rn.14. によると、「確かに、裁判の公開は例外なく保障されていないが（BVerfGE 103, 44/63）、その制約は、特定された対立する利害によって正当化されねばならない」。
（9）BVerfGE103, 44[64].
（10）矢代利則『公法上の債権と仮処分に関する研究』司法研究報告第一七集第七号（司法研修所、一九七一年）二八頁以下。
（11）鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』（有斐閣、一九七一年）三一〇頁。
（12）竹田稔「差止請求仮処分の概況と審理手続」法律時報四七巻四号（一九七五年）二二頁。
（13）木川統一郎「新聞・雑誌等配布禁止仮処分について」判例評論一八三号（一九七四年）一二四頁。
（14）阪本昌成『情報公開と表現の自由』（成文堂、一九八三年）一八四頁以下。阪本昌成は、「表現の自由から流れ出る手続的要請を基点に、（仮処分が――笹田）根本から再検討されるべき」であって、それは、「特にわが国の仮処分がアメリカのインジャンクションとちがって、本訴を前提としない独立の訴訟であることに思いをいたすと、ますますその感を強く

する」と述べている（一八五頁）。

(15) 矢崎秀一は、選挙用文書の配布禁止等を求める仮処分における審理のあり方について、「数個の裁判例が、口頭弁論を開かずに差止めという満足的仮処分を出したことに著しい疑問を感ずる」としたうえで、「憲法の表現の自由という重要な問題についての配慮が不足している」と述べている（矢崎秀一「出版の事前差止めを求める仮処分の今日的課題」鈴木忠一・三ヶ月章編『保全訴訟　新・実務民事訴訟講座一四』（日本評論社、一九八二年）二六七頁）。

(16) 加藤新太郎「民事保全の審理方式」中野貞一郎・原井龍一郎・鈴木正裕編『民事保全講座二　審理手続と効力』（法律文化社、一九九六年）二六頁。加藤新太郎は現在、東京高裁部総括判事の職にある。代表的著作として、『弁護士役割論』（弘文堂、一九九二年）、手続裁量論（弘文堂、一九九六年）の他、近時の著作として、伊藤眞及び山本和彦との共著になる『民事訴訟法の論争』（有斐閣、二〇〇七年）、加藤雅信との共著になる『現代民法学と実務　気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く（上）（中）（下）』（日本評論社、二〇〇八年）がある。学説と実務の架橋を志向するタイプの裁判官と言えよう。

(17) この点について、伊藤補足意見も、「仮の地位を定める仮処分の手続は、司法手続とはいっても非訟的な要素を帯びる手続で、ある意味で行政手続に近似した性格をもっており、またその手続も簡易で、とくに不利益を受ける債務者の意見が聞かれる機会のないこともある点も注意しなければならない」とする。

(18) もっとも、奥平康弘は、このような原則に対して無審尋の一般手続でやってもよい例外を最高裁は即座に提示している点を疑問視する（奥平康弘「『北方ジャーナル』事件上告審判決」法学セミナー三八〇号（一九八六年）一六頁）。

(19) 竹下守夫「§125［口頭弁論の必要性］」竹下守夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法(三)口頭弁論』（有斐閣、一九九三年）八二頁。さらに、笹田・前掲一注（8）二七三頁も参照されたい。

(20) 北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決についての調査官解説において、加藤和夫は、「この種の仮処分の手続的保障については、確かに、表現行為に対して事前差止めという強い抑制効果を認めるものであるから、適正手続の観点からすれば（但し、憲法三一条の問題ではなく、憲法二一条の表現の自由を実質的に保障するための手続保障という意味である）、口頭弁論又は債務者の審尋等を行って、相手方に告知と弁明の機会を与え、また、高度の疎明を要求するのが望ましいことはいうまでもない」（加藤「北方ジャーナル差止国賠事件最高裁大法廷判決」ジュリスト八六七号（一九八六年）五七頁）とする。もっとも、差止めの実効性を顧慮して、「公的人物に対する批評等公共的事項に関する差止めの仮処分」については、

口頭弁論又は債務者審尋を経る必要がある場合を原則とし、そうでない場合を例外としたのである（加藤前掲五七頁）。

「憲法二一条の表現の自由を実質的に保障するための手続保障」からは、実体的人権の保障と手続との密接な関係が見て取れる。この関連で、第三者所有物没収事件についての松井茂記の見解が注目される。松井は、最高裁は、「適正手続の欠如を憲法三一条違反だけでなく憲法二九条の財産権侵害と認めている」が、「それは、個々の基本的人権がそれに応じた手続的保障をも要求していると示唆するものであり、憲法三一条の手続的要求に加え個々の憲法的基本的人権がそれ以上の手続を要求する可能性を示唆している」と述べている（松井茂記「第三者所有物の没収事件と告知・聴聞」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅱ』（有斐閣、二〇〇七年）二五一頁）。この問題については、一九六〇年代以降、ドイツの連邦憲法裁判所判例・学説が緻密な議論を行なっている。詳細は、笹田・前掲三注（26）一五三頁以下を参照されたい。

（21）K. A. Bettermann・前掲三注（21）S.2788.

（22）（23）瀬木・前掲一注（23）六八頁。

（24）最決平成二一・一・二七判例時報二〇三五号一二七頁。

（25）竹下・前掲注（19）八二頁。

（26）加藤・前掲注（16）二六頁。

（27）兼子一「保全訴訟の性格」吉川大二郎還暦記念『保全処分の体系　上巻』（法律文化社、一九六五年）一二頁。

（28）「司法権の限界論」も理由として考えられる。この点については、笹田栄司「憲法裁判の在り方」ジュリスト一一三三号（一九九八年）一四六頁以下を参照されたい。

（29）行政訴訟検討会第一二回の参考資料「執行停止・仮の救済に関する検討資料」が引用する、平成一二年一二月一九日付けの政府の答弁書（内閣参質一五〇号第一三号）で出された見解である（参照、笹田・前掲一注（8）一三二頁以下、一五七頁以下）。

（30）山本・前掲一注（21）三二頁。

（31）南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法　第三版』（弘文堂、二〇〇六年）四七七頁（金子正史）。

（32）芦部・前掲一注（8）三〇七頁。

（33）Jarass/Pieroth・前掲三注（56）Art.92 Rn.3.
（34）F.L.Knemeyer・前掲三注（60）S.1295.
（35）最高裁平成二〇年五月八日決定（参照、二1）における田原補足意見は、「憲法三二条、三一条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障」について述べている。また、学説では、紺谷浩司が、憲法一三条、三一条、三二条を根拠とし（「審問請求権の保障とその問題点」民事訴訟雑誌一八号（一九七二年）一六三頁）、また、中野貞一郎が、憲法三二条、一三条一項、七六条三項をあげ（『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、一九八九年）一四頁）、さらに、片山智彦が憲法一三条、三一条を根拠規定とする（『裁判を受ける権利と司法制度』（大阪大学出版会、二〇〇七年）五〇頁）。この関連で、宍戸常寿「裁判を受ける権利」法学セミナー六五七号（二〇〇九年）六八頁も参照されたい。
　争訟性の強くない非訟事件を考慮にいれれば、法的聴聞権（審問請求権）の根拠として憲法三二条が検討されねばならないが、この点は、今後の検討課題である。
（36）参照、笹田・前掲一注（8）二五二頁、同「裁判の公開」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、二〇〇八年）二六九頁。
（37）参照、宍戸・前掲二注（1）一一頁。ところで、行政文書の不開示決定処分取消訴訟における「インカメラ審理」を認めなかった最高裁平成二一・一・一五決定（民集六三巻一号四六頁）は、「訴訟で用いられる証拠は当事者の吟味、弾劾の機会を経たものに限られるということは、民事訴訟の基本原則である」とする。「民事訴訟の基本原則」とされるところは、当事者の側からすれば、法的聴聞権（審尋請求権）の主張と重なる。そのうえで、最高裁は、「情報公開訴訟において裁判所が不開示事由該当性を判断するために証拠調べとしてのインカメラ審理を行った場合、裁判所は不開示とされた文書を直接見分して本案の判断をするにもかかわらず、原告は、当該文書の内容を確認した上で弁論を行うことができず、被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行うことができない。また、裁判所がインカメラ審理の結果に基づき判決をした場合、当事者が上訴理由を的確に主張することが困難となる上、上級審も原審の判断の根拠を直接確認することができないまま原判決の審査をしなければならない」と判示する。本決定が、「原告は、当該文書の内容を確認した上で弁論を行うことができず、被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行うことができない」とし、あるいは、「裁判所がインカメラ審理の結果に基づき判決をした場合、当事者が上訴理由を的確に主張することが困難となる」としたところを考え合わせると、当事者に証拠の吟味、弾劾の機会が与えられるべきとする基本的思考は、（最高裁平成二〇年五月八日

決定が対象とする）争訟的非訟事件においても原則的に妥当すべきものであろう。なお、最高裁は、「民事裁判の基本原則」とするが、それを裁判を受ける権利等の憲法上の基礎づけに高めることをしない。当事者の「権利」としての構成より、裁判所の裁量の枠内で事案を処理することが適切と見たのであろうか。このような「事案解決にあたり、憲法規範を用いない最高裁の手法」については、笹田・前掲一注（8）二九一頁以下で検討している。

（38）「固有の意味における司法権の作用」は、行政機関による裁判（憲法七六条項）と区別されるとの意味が込められているのではないか。

（39）中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究六三号（二〇〇一年）一二七頁。さらに、曽和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト一二一九号（二〇〇二年）六四頁以下も参照されたい。

（40）中川・前掲注（39）一二七頁以下。客観訴訟はこの中間領域に位置づけられる。また、「中間領域において裁判所がどのような行動をすべきかについて、憲法上一義的に決まっているかのような解釈論を述べることは、誤りと考えざるを得ない」（一二八頁）とする。

（41）仮の救済については、北方ジャーナル事件最大判は、既述のように、表現の自由から基礎付けている。

（42）この関連で、二つのコアを主張する常岡孝好「自治体による住基ネット接続義務確認訴訟と司法権」判例評論五八〇号（二〇〇七年）一七〇頁以下が興味深い。常岡孝好によると、「私人の権利を保護することを主眼とする訴訟」と「行政主体の統治権・準主権的利益を保護することを主眼とする訴訟」が二つのコアである。ただ、後者の重要性は認めるとしても、それを憲法七六条一項の司法権のコアとまで構成できるかについては疑問が残る。なお、アメリカと同じく連邦制を採るドイツは、連邦とラントとの間の係争について、連邦参議院がまず決定を下し、これに対して連邦憲法裁判所への出訴を基本法八四条四項が認めている。この場合は、基本法九二条の裁判（権）に含まれる。

（43）参照、野坂・前掲一註（13）四八頁。

（44）本稿は民事及び行政裁判を念頭においているが、刑事裁判をどう位置づけるかも問題になろう。それについては、憲法三二条と八二条を一体として捉える「固有の意味における司法権の作用」に含まれると解する。一方、民事及び行政裁判のように、その外側に憲法三二条「裁判」の保障する領域を置く必要はない。ここで提示する二層のコアは、外層について非公開審理を含むものを想定するが、これは、以下の理由により、刑事裁判については当てはまらないのである。即ち、

憲法八二条一項は公開裁判の原則を定め、同条二項が「対審」について「裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した」ときは公開しないで行うことができると「例外」を定めている。そのうえで、同条二項但書は、「憲法第三章で保障する国民の権利が問題になってゐる事件」は常に公開しなければならないとするが、上記「事件」は刑事事件を指すと考えられる。これは、明治憲法下における非公開で行われた刑事裁判の反省から、日本国憲法は、裁判の「非公開は公正さの保障を破るとの立場をより一層明確にした」（三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三年）三四七頁）のである。加えて、憲法三七条一項が、刑事裁判にのみ関わる「刑事被告人の公開裁判を受ける権利」を規定する。この条項は刑事裁判において「裁判の公開」が手続の核心をなすことを示すもので、かりに被告人が非公開を希望しても、許されないと解される。このように、憲法八二条二項但書、及び憲法三七条一項に鑑み、刑事裁判の「公開原則」は民事及び行政裁判におけるそれと区別される。

（45）仁田山・前掲一註（3）二五頁。

（46）第一六九回国会衆議院法務委員会会議録第四号二頁。

〈付記〉脱稿後、長谷部恭男「司法権の概念」、佐々木雅寿「訴訟と非訟」（いずれもジュリスト一四〇〇号）、及び、渋谷秀樹「司法の概念についての覚書き」（立教法務研究三号）に接した。

研究ノート

John Hart Ely の動機審査理論の生成と展開（二・完）

黒澤修一郎

目次

序章　問題設定
　第一節　見過ごされた知見？
　第二節　Ely の動機審査理論を研究する意義
第一章　動機審査理論の誕生―一九七〇年論文
　第一節　背景と問題意識

第二節　動機モデルの描出
第三節　一九七〇年論文の意義と難点
小括
第二章　動機審査理論の展開―一九八〇年『民主主義と不信』までの道程
第一節　動機審査としての疑わしい区別の法理の彫琢
第二節　合理性審査理解の改鋳
小括
終章　総括と展望

（以上、六一巻一号）

第二章　動機審査理論の展開―一九八〇年『民主主義と不信』までの道程

第一節　動機審査としての疑わしい区別の法理の彫琢

一．一九七四年論文まで―利益衡量なき疑わしい区別の法理

一九七〇年論文が公表された翌年の春、Elyは一つの論考を執筆した。論考の表題は、「疑わしい区別の法理における司法審査―人種による区別がなぜ疑わしいのか、そして性による区別も同様に非通常審査に服せしめられるべきか？[109]」である（以下、「一九七一年論文」と称する）。その表題が示す通り、この一九七一年論文は、疑わしい区別の法理に関する考究を進展させたものである。すなわち、一九七〇年論文の公表から間も無くして、Elyは、同論文の課題の一つであった疑わしい区別の法理の考察に取り組んだのである。しかしながら、この一九七一年論文は未公表のままに終わってしまう。それゆえ、同論文の原典に接することは、現在のところ一般には不可能である。

ただし、幾つかの二次文献を手掛かりにして、一九七一年論文の内容を推知することは可能である。その二次文献の第一は、Elyが一九七四年に公表した論文、「人種的逆差別の憲法適合性[110]」である（以下、「一九七四年逆差別論文」と称する）。

（以上、本号）

この論文には、手短なものではあるが、一九七一年論文に関する Ely 自身の手による言及文を見ることができる。また第二に、一九七四年のイェール・ロー・ジャーナルに掲載された匿名ノート、「精神疾患―疑わしい区別？」[111]が有益である（以下、「一九七四年イェール匿名ノート」と称する）。このノートは Ely の一九七一年論文に大きく依拠しながら論を運んでおり、当の Ely も、自身の一九七一年論文の大要を示すものとして、このノートにお墨付きを与えている[112]。更に、第三に、Ely が一九七三年に公表した Roe v. Wade[113]についての批判的評釈[114]（以下、「一九七三年 Roe 判決評釈」と称する）も、一九七一年論文に直接言及するものではないが、Ely の非通常審査観を知る上で見過ごし得ない手掛かりを提供している。

以下では、主としてこの三つの文献に基づき、この時期の Ely が疑わしい区別の法理をいかに理解していたかにつき探ってゆくこととする。

（一）利益衡量を排した疑わしい区別の法理観

この時期の Ely の問題意識は、連邦最高裁も憲法学界も、疑わしい区別の法理の下で発動される非通常審査の態様を克明に描ききれていないというところにあった[115]。確かに、この時期までの裁判例は、疑わしい区別の法理の下における審査に関して、「最も精密な審査」であるとか[116]、「やむにやまれぬ」正当化の審査であるとか[117]、「優越的目標」の審査であるとか[118]、或いは手段の「必要」性の審査であるというように[119]、必ずしも一貫しない語り口を以て表現してきた[120]。こうした混沌とした概念用法に対して、Ely の一九七一年未公表論文は、疑わしい区別の法理を一貫した形で、具体的に描出することを試みたのであった。

この一九七一年未公表論文の内容に関して、Ely 自身の手に成る筆致は、次のように表現している。

> 「正反対のレトリックにもかかわらず、疑わしい区別の文脈における特別の審査の本質は、目的の重みを計量する（weighing ends）のではなく、争われた区別が憲法上認容可能な国家目標（permissible state goal）といかなる利用可能な代替案にも勝る厳密性を以て適合することを要請するところに存してきたということを、私は論じたことがある。」[121]

ここでは、疑わしい区別の法理の下における非通常審査につき、同定された政府目標が認容可能かを査定し、かつ当該目標と争われた手段との適合性をいわゆる LRA テスト（less

restrictive alternatives test）を以て査定するものとして、描き出されている。刮目すべきは、ここにおいて、目標の重みの査定が全く行われないものとされている点である。すなわち、この非通常審査観は、争われた区別が同定された政府目標との関連で過大包摂あるいは過小包摂に当たらないか否かを、代替的手段に照らして厳密に審査することに主眼を置くものである。ここでは、政府目標の審査については、通常の合理性審査と同じく、正統で認容可能なものであるか否かを問えば足りるとされているのである。

かような目標の重みの査定に踏み込まない疑わしい区別の法理理解につき、一九七四年イェール匿名ノートは、Elyの一九七一年論文を引照しながら、次のように言い表している。

「区別が資する目標は、単に認容可能であれば足り、やむにやまれぬものである必要はない、ということをこの時点で強調しておくべきだろう。要するに、もし区別が完全なものであるか、あるいは不完全でも正当化可能である場合は、審査を行う裁判所は、主張された国家利益がいかにやむにやまれぬものであるかに関する吟味に、踏み込むべきではないのである。かような実質的検査を望ましいと考える者がいるかもしれないが、連邦最高裁は、その判示部分において、やむにやまれぬ国家利益を検査することにコミットしてきたようには見えない。実に、そうされてきた如く、疑わしい区別の事案における連邦最高裁の関心事が、（第一修正やその他の『基本的』権利の剥奪が問題となっている事案のように）特定の実質的利益ではなく、プロセスの清廉性に在るのならば、連邦最高裁がやむにやまれぬ国家利益の有無を検査することは、不適切なものと映るのである。」(12)

ここにおいて行われているのは、疑わしい区別の法理の下における非通常審査と、第一修正ないし基本的権利の法理の下における非通常審査とを、截然と差異化するということである。まず、疑わしい区別の法理は「プロセスの清廉性」を維持することを眼目とするのに対して、第一修正ないし基本的権利の法理は「特定の実質的利益」の保障を眼目とするものとされる。そして、この差異が「やむにやまれぬ利益」の審査に踏み込むか否かの差異として、違憲審査基準へと反映されるよう概念定義がなされているのである。すなわち、決定プロセスの査定を主眼に置く非通常審査においては、「連邦最高裁が政府によって主張された立法目的のヴェールを見透かし、不法な目的のみ

を認定し得る場合を除いては、争われた制定法は、認容し得る国家利益のテストを生き残るであろう」[123]とされる。つまり、疑わしい区別の法理は、政治的決定プロセスにおいて違憲な目的が勘案されたか否か、すなわち政治プロセスに違憲な動機が看取されるか否かを問うものとして位置づけられるようになったのである。そして、そこでは、政府利益が「やむにやまれぬ」ものであるかという「実質的検査」は行われてはならない、とされるのである[124]。他方、「第一修正やその他の『基本的』権利の剥奪が問題となっている事案」に妥当する「特定の実質的利益」の保障を主眼に置く非通常審査は、政府行為の目標と手段とが完全に適合することが認められる場合であっても、当該目標が「十分にやむにやまれぬ」ものと認められない限り、当該政府行為を違憲とするよう指示するものと定義されるのである[125]。

かくして、疑わしい区別の法理に、違憲な政府動機を洗い出す機能が付与されるに至ったのである。

（二）基本的権利の法理の彫琢と疑わしい区別の法理への照射

かように、Ely は、疑わしい区別の法理と基本的権利の法理との間の審査態様を峻別するようになった。その Ely の基本的権利の法理観は、一九七三年 Roe 判決評釈に色濃く現れている。

Roe 判決は、母体の健康への危機を回避するためにしか病院における中絶を認めないテキサス州法につき、デュー・プロセス条項に反し違憲と判じたものであるが、その思考枠組は次のように纏められる[126]。まず、母親の中絶の権利は「基本的」なものであり、それを制約するには「やむにやまれぬ」政府利益が必要である。次に、州による規制がもたらす利益は、母体の保護と胎児の生存の保護の二点である。この二点は共に「重要かつ正統な」政府利益であるが、常に「やむにやまれぬ」政府利益と看做し得るわけではない。すなわち、妊娠の進行に応じて政府利益の重みは変化すると理解すべきである。それゆえ、女性の妊娠期間を三分割し、最初の第一期においては、州の利益は「やむにやまれぬ」ものとは言えないため、中絶規制は絶対に許されないと考えるべきである。だが、第二期にあっては、胎児の保護は「やむにやまれぬ」利益とは言えないが、中絶を行うことよる母体への危険性が高まるため、母体の保護は「やむにやまれぬ」利益となる。それゆえ、母体保護に合理的に観連する中絶規制は認容されるべきである。そして、第三期にあっては、胎児が生育可能な状態となるため、胎児を保護する利益は「やむにやまれぬ」ものに達し、州は中絶を一般的に禁止し

得る正当化事由を取得する。ただし、第三期にあっても、母体の健康保護を理由とする中絶は認められなければならない。

かようなRoe判決の思考枠組に対して、Elyは次のように評言する。

「立法府の判断に対するRoe判決の『反論』は、…明らかに間違っているというわけではない。なぜなら、母親が自ら計画した人生を生きる機会や胎児の兎にも角にも生きる機会の相対的重要性に関するひとつの判断を、反合理的な（nonrational）判断を以て置換することは、間違っているとも正しいとも看做され得ないからである。Roe判決の誤りは、自らが設定した問題に下手に解答したということではなく、むしろ、憲法典が裁判所の任務としていない問題を自ら設定したということにある。[127]」

ここで言われていることは、女性の自己決定の保護と胎児の生存の保護のどちらが優越するかという問いは、判断者の価値選好に拠ってのみ判断され得る、「反合理的」な問いであるということである。すなわち、衝突する諸価値の調整に係る政治行政部門の判断に対し、裁判所が独自の判断を対置することは「反合理的」であり、少なくともRoe判決はこれに踏み込むべきではなかったとされるのである。[128]

ここで、この「反合理性」の概念が、一九七〇年論文において既に登場していたことを想起されたい（参照、本稿第一章第二節一・（二）②）。すなわち、司法審査における「合理性の査定」は、裁判所による独自の価値判断の対置に踏み込まないことを条件としていたのであった。しかし、一九七〇年論文では、この理が通常の合理性審査に及ぶことは明記されていたが、疑わしい区別の法理に及ぶかどうかは不分明であった（参照、本稿第一章第三節二・（二））。しかし、先に見た如く、Elyの一九七一年論文は、疑わしい区別の法理が「やむにやまれぬ」利益の審査を含まないことを論じていたと推される。ここで、「やむにやまれぬ」利益の審査の典型は、上記のRoe判決の思考枠組であると看做して差し支えないであろう。すなわち、Roe判決の思考枠組は、疑わしい区別の法理の問題領域に妥当してはならない、とElyは考えているのである。Roe判決の思考枠組が妥当するのは、第一修正や基本的権利の問題領域であり、平等保護の問題領域ではないのである。[129]而して、司法判断対置禁止原理が疑わしい区別の法理に妥当することが明らかにされたのである。

（三）裁判例による例証―読み替え？

疑わしい区別の法理に関する以上のような理解につき、Ely は、諸裁判例に照らした例証を試みている[130]。ここで注目すべきは、前掲の一九六九年ハーヴァード・ディヴェロップメンツが示した判例理解から、Ely がはっきりと乖離していったということである。

例えば、Korematsu v. United States[131] に関して、一九六九年ハーヴァード・ディヴェロップメンツは、利益衡量に踏み込んだものと理解し、これを以て疑わしい区別の法理には利益衡量が含まれるという分析を裏付けていた（参照、本稿第一章第三節二（二）③-i）。そして、このハーヴァード・ディヴェロップメンツを Ely の一九七〇年論文が参照していたということも、先に見た。これに対して、一九七四年イェール匿名ノートは、Korematsu 判決を、争われた区別が所与の条件の下における最も精密な区別であったか否かの審査に焦点を当てたものと理解する。すなわち、同判決は、政府に対して不忠な者とそうでない者を正確に区分することが即座には不可能であることを一つの根拠として、日系人集団のみに対する隔離措置は戦時中の国家の安全確保のために正当化され得ることを論じていた。確かに、ここでは代替的手段の利用可能性が査定されている。そして、かような理解は、政府行為の目的の重みを計量する利益衡量と対比されるのである[132]。

また、一九六七年の Loving v. Virginia[133] についても同様である。同判決では、異人種間の婚姻を禁ずる州法が違憲と判ぜられた。その推論においては、疑わしい区別の法理が適用され、そこでは、「認容可能な州目標の達成に必要」であるか否かが査定されるものと述べられたが、ただし、その基準が事実に適用され平等保護条項違反の結論が言い渡される際には、当該州法には不公平な人種差別から離れた「正統な優越的目的」が何ら認定されない、とも論じられた[134]。この Loving 判決の言い回しは、一九六四年の McLaughlin v. Florida[135] 多数意見と重なるものである。その McLaughlin 判決について、一九六九年ハーヴァード・ディヴェロップメンツは、利益衡量を行ったものと理解していたのであった。これに対して、一九七四年イェール匿名ノートは、Loving 判決における審査の焦点は、政府行為の目標が認容し得るか否かであり、目標の重みの査定ではない、との理解を提示する。そして同匿名ノートは、同判決で「優越的目的」の観念が述べられた一節を上辺だけのものと扱い、「やむにやまれぬ」利益の審査には踏み込まれていない、と解するのである[136]。かような Loving 判決の読解は、McLaughlin 判決

の読解にも、もちろん影響を与えずにはいられないであろう。

もっとも、一九七〇年論文における Ely が一九六九年ハーヴァード・ディヴェロップメンツの論旨を全面的に受け入れていたと言い切ることはできないため（参照、本稿第一章第三節二（二）③ii）、Ely がここで変説したと言い切ることもできない。ただし、一九七一年未公表論文以後の Ely が、疑わしい区別の法理に関する考察を深め、その理解を固めていったということは断言できるのではなかろうか。

（四）動機審査の理論的基礎の深まり—Carolene Products footnote 4

では、疑わしい区別の法理につき、Ely はなぜかような理解を採るに至ったのか。その一つの要因は、動機審査を正当化する理論的根拠に関する考察が深められたことに在るものと推される。

すなわち、一九七〇年論文では、専ら動機審査の法理に関して論じられており、その理論に関しては、ほとんど論じられていなかった。実際、同論文においては、違憲な動機として具体的にいかなるものが該当するかは、憲法規定に関する各々の論者の理解によって異なるとすら語られていたのであった。[137]

しかし、Ely は、一九七三年 Roe 判決評釈や一九七四年逆差別論文に至り、United States v. Carolene Products Co. の footnote 4 への着眼を示し始める。[138][139] Stone 裁判官の手による著名なこの footnote 4は、合憲性推定の原則が妥当しない状況として、次の三つを指示した。第一が、立法が、憲法典で明文を以て禁止されている権利に対して制限を加える場合（paragraph 1）、第二が、不当な立法を破棄すると通常期待される政治過程を制約する立法、すなわち選挙権や表現の自由を制約する立法が問題となる場合（paragraph 2）、第三が、立法が「切り離され孤立した少数者に対する偏見（prejudice against discrete and insular minorities）」に囚われている場合（paragraph 3）である。

このうち、動機審査は、第三の偏見アプローチに係る。すなわち、footnote 4 paragraph 3によれば、政治的決定の形成過程が少数者に対する偏見に囚われたものである場合、通常の立法過程であれば果たし得る少数者保護機能を期待し得ず、これに代わって司法審査が少数者保護機能を果たすことが期待され、それゆえ合憲性の推定を排した「より綿密な司法審査」が求められるのである。

かような footnote 4 paragraph 3の発想に基づき、この時期

の Ely は、次のような仮説を提示している。[140] 立法政策は、何らかの一般化を含むのが常である。例えば、Williamson v. Lee Optical Co.[141] の事案を以て示し得るように、検眼士以外の者による眼鏡レンズの複製を禁止するという立法政策は、検眼士が眼鏡商に比して眼鏡の複製におよそ長けているという一般化を前提としている。かような一般化は、検眼士よりも上手にレンズの複製をなし得る眼鏡商の存在（反証例）を容易に指摘し得るため、不完全な一般化と看做し得る。この不完全な一般化は、ステレオタイプ（stereotype）と呼ぶべきものである。しかし、当該立法政策にヨリ精緻な一般化を求めるとなれば、立法目的の達成度が減ぜられる或いは眼鏡複製資格の個別的な判定を政府に求めることとなる等の、追加的費用を伴うのが常である。すなわち、何ら追加的費用を伴うことなく、争われた区別と同じ程度に政府目的を達成し得るような代替的手段（すなわち LRA）は、現実にはおよそ存在しない。[142] 立法府はかような追加的費用を踏まえた利益衡量の上に、当該立法政策を制定した筈である。そして、少なくとも通常の合理性審査が適用される問題領域にあっては、司法部は立法府に比してかような費用便益分析を公平に行う見込みがあるとは言えない。それゆえ、かような問題領域においては、司法が独自の費用便益分析を立法府のそれに対置することは禁忌である。しかしながら、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチによれば、「切り離され孤立した少数者に対する偏見」が立法過程を支配している可能性が高い場合、立法府による費用便益分析が公平に行われ得るという想定は崩壊する。かような場合には、疑わしい区別の法理の下において、非通常審査が適用されねばならない。では、具体的にいかなる場面において偏見の存在を疑うべきであるのか。Ely によれば、正統性を欠く理由に基づいて法的不利益を被ってきた黒人や女性等の伝統的少数者集団を不利に遇し、かつ立法者の多くの者を有利に遇するような立法政策に対しては、偏見の存在を疑うべきである。なぜなら、かような立法政策は、「我々」（多数者）を優遇し「彼（女）ら」（少数者）を不利に遇する「『我々－彼（女）ら型の』一般化（"we-they" generalization）」に基づいており、この『我々－彼（女）ら型の』一般化がなされる際には、心理学的見地から言って、一方では「彼（女）ら」を「我々」と同様に遇する際の費用を過大に計算する可能性が高く、また他方では立法政策の目的－手段適合性を過大に評価する可能性も高いからである。かくして伝統的少数者集団を不利に遇する『我々－彼（女）ら型の』一般化に対しては、疑わしい区別の法理を適用し、非通常審査に服せし

めるべきである。これに対して、例えばアファーマティヴ・アクションは、伝統的少数者を有利に遇し、かつ「我々」を不利に遇するものであるため、「我々-彼（女）ら型の一般化」には該当せず、疑わしい区別の法理も発動されないこととなる[143]。ただし、この疑わしい区別の法理における非通常審査は、裁判官による独自の判断の対置であってはならない。なぜなら、裁判官も、そのほとんどが白人の男性であり、黒人や女性に対する偏見を有しているおそれが、議員と同様に高いからである。それゆえ、高められた審査が発動されるとしても、「立法府の費用便益衡量に対して、衡量をやり直す途ではなく、また独自の判断を対置する（second-guessing）途でもなく、むしろ区別と目標との間の可能な限り完全な適合性を要求する途[144]」が採られるべきなのである。

以上の如くに、疑わしい区別の法理の下における非通常審査を、司法による利益衡量のやり直しないし司法判断の対置でなく、政治的決定作成過程の公正確保と理解するための理論的礎石が、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチに見出されたのである。

（五）footnote 4の影響―動機概念の意味内容の変容、及び疑わしい区別の法理の適用範囲の変容

以上のように、この時期のElyは、疑わしい区別の法理を違憲な政府動機を洗い出す手法として描き出した。そして、そこには、Carolene Products footnote 4に着眼し、政治的プロセス理論の礎を築き、また動機審査の基礎理論として偏見アプローチを導入したという、背景的経緯が存したのであった。

しかし、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチへの着眼は、疑わしい区別の法理を動機審査の間接的手法として理解することと関連して、従前のElyの論旨に変容をもたらすものであったと言うべきである。

それは、第一に、違憲な動機概念の意味内容に関する変容をもたらした。すなわち、Elyの一九七〇年論文は、動機概念につき、潜在的区別徴表と現実の理由の両者を包含するものと定義していた（参照、本稿第一章第三節二（一））。しかし、Elyは、footnote 4にインスピレーションを受けた後においては、違憲とされるべき動機の観念につき、政府行為の現実の理由ないし目的のみを意味するものとして使用するようになった。なぜなら、footnote 4 paragraph 3の偏見アプローチが問うのは、行為者の心理状態、すなわち行為目的に他ならないからである。この変化は、人種的アファーマティヴ・アクションに関

する Ely の立場に、明瞭な形で映し出されている。つまり、Ely の一九七〇年論文には、当時の連邦最高裁は政治行政部門が区別徴表として人種を採用することを禁じる立場を採っていた、という記述が存在した[145]。そして、この記述は、政府行為の目的を問うことなく、人種的徴表の使用それ自体を禁ずべきとの主張を含意するようにも読まれ得るものであった[146]。しかし、footnote 4にインスパイアされた後の Ely は、人種的アファーマティヴ・アクションの認容可能性を認めるに至る。すなわち、社会の人種的偏見を除去するためには、放任政策のみでは十分でないとの立場を採るようになったのである[147]。ここにおいて、政府による人種的徴表の使用それ自体を禁ずるという従前の立場は、変化を受けざるを得ない。そして、この変化は、自らの動機審査理論にも影響を及ぼしたように思われる。すなわち、違憲とされるべき動機とは、政府行為の潜在的区別徴表ではなく、行為の理由ないし目的である、と理解されるようになったのである。実に、以後の Ely は、違憲とされるべき動機を偏見として理解し、行為者の目的を探索する司法審査の法理を探究してゆくのである。

また、第二に、footnote 4は、疑わしい区別の法理の適用範囲に関しても影響を及ぼすことになる。すなわち、Ely の一九七〇年論文は、疑わしい区別の法理が適用されるのは、人種等の疑わしい区別徴表が法の文面上明記されている場合に限られると論じていた（参照、本稿第一章第二節一（一）及び二（二））。しかし、footnote 4 paragraph 3を読むと、疑わしい徴表が文面上明示されていない区別に関する裁判例も、「より綿密な司法審査」を発動すべき事案として引照されていることが分かる[148]。それゆえ、footnote 4 paragraph 3に平等保護理論の礎石を求める Ely は、疑わしい区別の法理の適用範囲に関する従前の立場を変更せざるを得ない。すなわち、疑わしい徴表が文面上明記されていない場合にも、同法理を適用すべきことを認めざるを得なくなったのである。それゆえ、Ely は、一九七四年逆差別論文以降、次の如く述べるようになっている。

「誰も合理的に擁護し得ない方途を通じてある集団が繰り返し不利益を被ってきたという事実は、われわれの疑いの目を、当該集団を不利益付与の対象として選び出すあらゆる立法に対して向けさせる。過去の時代の明白に不合理な立法を生み出した偏見が、今日における文面上ヨリ口当たりのよい区別の部分的な要因ともなっていると疑うことには、理由があるのである[149]。」

かように、footnote 4にインスパイアされたElyは、一九七〇年論文における従前の動機審査理論を、footnote 4に整合するように改変していったのである。

二　一九七八年論文及び一九八〇年『民主主義と不信』―疑わしい区別の法理における利益衡量の再定位

一九七八年のサンディエゴ・ロー・レヴューに、一つのシンポジウムの模様が掲載された。その主題は、司法審査における政治部門の動機の位置づけである。

この時期に動機審査をめぐるシンポジウムが開催された背景には、動機審査に関する連邦最高裁の立場が変化し、学界の注目を浴びたということがあった。すなわち、Elyが一九七〇年論文を著した時点の判例においては、前述のように動機審査に対してアンビヴァレントな立場が示されていたが、どちらかと言えばO'Brien判決に代表される動機審査否定論が優勢であった（参照、本稿第一章第一節一・）。そして、Elyの一九七〇年論文発表後も、連邦最高裁はO'Brien判決の論旨を引き継いだ。[150] しかしながら、一九七六年に至り、連邦最高裁は、Washington v. Davis[151]において、動機審査に肯定的な立場を展開した。同事件では、コロンビア特別区の警察官採用試験において採用されていた言語能力テストが黒人合格者を白人合格者の四分の一の数しか生み出していなかったことにつき、平等保護条項違反が認められるかが争われた。ここにおいて、連邦最高裁は、「人種差別的な意図（intent）を反映しているか否かに拘わらず、人種的に不均衡な効果（impact）を有することのみを以て、法律その他の公式の行為は違憲であるという命題を、われわれの判例は受け容れてきていない[152]」と述べ、平等保護条項違反が認定されるためには、差別的効果のみならず、政府の差別的動機が認定される必要があることを論じたのであった。かくして判例は一種の動機審査肯定論に転じたのである。[153] かような判例の変化は学界において注目を集め、動機審査に関する多くの論考が発表され、議論が活況を呈するようになった。[154]

かくして開催された動機審査シンポジウムにおいて、Elyは手短な論考（以下、「一九七八年論文」と称する）を発表した[155]が、この論考は、先に見た自身の疑わしい区別の法理観に、変更を加えるものであった。それは、主として、疑わしい区別の法理の下での政府目的の審査に係るものであった。そして、この変化は、一九八〇年に公刊される主著、『民主主義と不信』においても引き継がれた。かつ、同書においては、疑わしい区別の法理の下における手段審査の理解に、更なる洗練が加えら

れることとなったのであった。

以下は、一九七八年論文を経由し、『民主主義と不信』において完成された Ely の疑わしい区別の法理観につき、読解を試みるものである。

（一）目的審査について―一定の利益衡量の導入

① Brest の指摘

一九七八年論文における Ely の変説の直接的原因となったのは、Paul Brest が一九七五年に公刊したケース・ブックの中で述べた指摘であるように思われる[156]。まず、Brest は、疑わしい区別の法理に係る二つの裁判例を対比する。その裁判例とは Korematsu 判決と McLaughlin 判決であり、両者とも Ely が利益衡量を排する非通常審査観を例証するために依拠していた裁判例であった（参照、本節一（三））。まず、Brest によれば、確かに McLaughlin 判決は、手段審査に重点を置き、「認容可能な」政府目的の存否を査定するものであった。しかしながら、Brest によれば、他方の Korematsu 判決は、争われた政府行為の目標の「重要性」に審査の焦点を当てたものであり、目的と手段の適合性審査に重点を置くものではない。確かに、Korematsu 判決は、政府行為の「切迫した必要性」を審査するという思考枠組を採っていたのであった[157]。それゆえ、Korematsu 判決は、疑わしい区別の法理から目標の重みを計量する営為を排するものではない。すなわち、Brest は、疑わしい区別の法理を適用した裁判例の中には、一定の利益衡量に踏み込む例も存在したということを指摘するのである[158]。その上で、Brest は、一九七四年イェール匿名ノートの論旨を検討する。先述の如く、Ely の一九七一年未公表論文に大きく依拠した同ノートは、疑わしい区別の法理の下における政府目的の審査につき、単に「認容し得る」政府目的の審査であれば足り、「やむにやまれぬ」政府目的を求める必要はないと論じていた。それは、疑わしい区別の法理の機能を、「特定の実体的利益」の保護ではなく、政治的決定の「プロセスの清廉性」を審査すること求めたが故の帰結であった。これに対して、Brest は、もし「プロセスの清廉性」のみが疑わしい区別の法理の関心事であるとしても、そこにおける目的審査は、単なる「認容し得る」目的の審査でよいのか、と反問する。ここで、Brest は一つの例を挙げる。曰く、「卒業式において、美学にのみ基づき黒人と白人の生徒をステージの両側に座らせる校長の決定を、裁判所はどのように扱うべきか[159]」。Brest がこの設例を通じて論じようとしたことは、正統な政府目標（Ely の一九七〇年論

文が美学的目標を正統な政府目標と論じていたことを想起されたい。参照、本稿第一章第二節一（二）②）が認定されるにも拘わらず、その目標があまりに軽微なものであるがゆえ、疑わしい区別の法理の下での目的審査をパスしない場合がある、ということである。

② Ely の変説

かようなBrest の指摘を受けたEly は、一九七八年論文及び『民主主義と不信』において、次のように論ずるに至る[160]。

まず、疑わしい区別の法理の役割は、政府の違憲な動機を燻し出すことであり、それゆえ、争われた区別が正統な政府目的に適合するか否かが厳密に審査されねばならない。それゆえ、争われた区別が最も近接する目的が違憲な目的である場合には、当該区別は違憲無効とされることとなる。ここまでは Ely の従来の所論に変化はない。

しかし、その上で、Ely は、以上の厳密な適合性審査のみでは判断不能に陥る場合があることを指摘する。それは、正統な目的が、違憲な目的と同じ程度に、争われた区別に適合する場合である。かような場合、疑わしい区別の法理の下で審査を行う裁判官はいかに思考すべきか。ここにおいて、Ely は、正統な政府目的に「ある程度の実質性（some degree of substantiality）」ないし「実質的重み（substantive weight）」ないし「重要性（importance）」が認められるか否かを、裁判官は査定すべきである、と論ずる。そして、Ely は、この目的の「実質性」要求は、疑わしい区別の法理の下において、厳密な適合性とともに、連邦最高裁が実際に要求してきた要素である、と言うのである。

かように、Ely は、疑わしい区別の法理の中に、政府目標の「実質的重み」の査定を組み込むに至ったのである。これは、従来の立場からの変説である。これを裏付けるのが、Ely の以下の如き行論である。すなわち、Ely は、政府目標の「実質性」を査定する立場について投げかけられてきた批判として、次の二点を検討している。その第一が、目的がどれほど「実質的」ないし「重要」であれば合憲とされるのかが不明確であるという批判であり、その第二が、疑わしい区別の法理の下における審査において問われるのは違憲な政府動機の認否であり、この問いは政府利益の重みの査定と関連するものではないという批判である。ここで注目すべきは、第一の批判を提唱する例として、Ely の一九七四年逆差別論文が挙げられ、かつ第二の批判を提唱する例として、一九七四年のイェール匿名ノートが挙げられ

ていることである。このことは、目標の「実質性」ないし「重要性」の査定に対する上記の二つの批判は、従来の Ely が採るところであったことを示唆する。そして、かような自らの従来の立場を克服すべく、一九七八年以降の Ely は、疑わしい区別の法理に関して、次のように述べるのである。

「そうした関連性（目標の『実質性』要求と動機審査との関連性―筆者注）がいったん付与されるのならば、当該要求（目標の『実質性』要求―筆者注）は十分に意義を有するのであり、かつ基準を明確に示唆するのである。なぜなら、州の主張する目標があまりに重要でないため、当該目標は、選択を実際に生み出したものではなく、単に言い訳として援用されているに過ぎない、と疑わざるを得ない場合にあっては、区別と当該目標の完全なる適合性すら、最初の疑いを晴らすに足りないからである。[161]」

かくして、Ely は、自己批判の上に、疑わしい区別の法理の構成要素として、政府目的の「重要性」ないし「実質性」の査定を組み込むに至るのである。[162] そして、この目的の「重要性」の査定の在り様を具体的に描き出すに際し、Ely は、先述の Brest の指摘に目を配る。すなわち、Brest は、卒業式において黒人と白人を別離化させて座らせる決定を校長が下した場合、疑わしい区別の法理の下で裁判官はいかに判断すべきか、という問いを投げかけていたのであった。この問いに対して、Ely は、次のように回答する。同設例においては、美学的理由という正統な目標と当該決定との適合性は完全なものである。しかし、当該目標は、あまりにも「些末（trivial）」であるがゆえに、実際の動機は単なる人種差別に他ならない、と。[163] かように、疑わしい区別の法理における政府目的の「重要性」の査定は、些末な政府目的を切り落とす役割を担わされるのである。

③　裁判例による例証―読み替え?

なお、かような変説に応じて、諸裁判例についての Ely の従前の理解も変化を遂げているということも、見過ごされてはならない。

例えば、Korematsu 判決に関して、一九七四年イェール匿名ノートは、手段の適合性審査を強調する裁判例として理解していたのであった。これに対して、『民主主義と不信』においては、同判決につき、「より近接的に適合する代替的区分の利用可能性に十分に着眼することなく、主として目標の否定し得

ない重要性への参照を通じて、日系人への強制収容プログラムを合憲としたもの」[164]との理解が提示されている。ここにおいて、同判決の理解に際して力点が置かれる位置は、目的の重要性の審査へと明らかに変化しており、それはあたかも、同判決に関する上述の Brest の指摘を受け容れたが如くである。

また、一九六八年の Lee v. Washington[165] に関しても同様のことが言える。事案は、監獄における人種分離を定めたアラバマ州法の合憲性が争われたものである。連邦最高裁は、同法を違憲と判じた下級審の判断を是認したが、三名の裁判官による同意意見が付された。この同意意見は、監獄内の安全や秩序を維持するために、特定の状況においては人種別離が正当化され得ることを示唆していた。この論旨につき、一九七四年イェール匿名ノートは、原則的には手段の完全な正確性を求めながらも、例外的状況にあってはここからの逸脱が許されることを認めたものと理解する。すなわち、手段の適合性審査に重点が置かれているとの理解である。[166] しかし、Ely は、一九七八年に至ると、同事案につき、行為時における手段の完全な適合性が認められるとともに、「それにもまして、生命及び身体を保護するという目標は、やむにやまれぬとわれわれが看做し得るものである――今われわれは、それが現実の動機であったという主張が信用に足るか否かという観点から、これを機能的に定義する位置にいる」[167]と述べるのである。かように、Ely は、同事案においては「やむにやまれぬ」程の重みを有する政府利益が認定されるとしており、やはり目標の重みの査定へと踏み込んでいる。

④ 疑わしい区別の法理における「衡量」

かくして、疑わしい区別の法理の下における政府目的審査には、政府目的の重みを査定する視角が組み込まれるようになったのである。

しかし、Ely は、先程言及した Lee 判決に関する論評において「やむにやまれぬ」政府利益の語を持ち出していたとはいえ、それが違憲な動機の存否を審査するものであることを念入りに付言していた。この付言は、ここで言う「やむにやまれぬ」利益概念の意味を、慎重に限定するものに他ならない。なぜなら、Ely の動機審査理論にとって、この「やむにやまれぬ」利益は、Roe 判決で語られたような「やむにやまれぬ」利益と同義であってはならないからである。すなわち、争われた法が資する社会目標が「重要」であることを超えて、同じく「重要」とされるような個人的利益を上回る社会目標が同法に認められることを、裁判官が独自の見地から判断し、立法府の判断に対

置するという Roe 判決の思考は、Ely の動機審査理論にとって禁忌なのである。それゆえ、動機審査理論の文脈で「やむにやまれぬ」利益概念が語られているとしても、それは、あくまで、違憲な動機を審査する文脈において、政府目的が些末なものでないか否かを問うものに他ならないのである。そうであるからこそ、Ely は、疑わしい区別の法理の下における非通常審査を評して、次のように言うのである。

「確かにそれは衡量に不可避的に係わるであろう。しかし、それは、州が現在主張している事が本当にその動機で起こり得たかどうかという、基準を伴った衡量である」[168]。

疑わしい区別の法理に関するかような Ely の理解は、例えば Brest の見解と対比すると、その特徴が浮かび上がってくるように思われる。すなわち、Brest は、差別事案を司法が解決するための指導原理として「反差別原理（antidiscrimination principle）」を提唱する[169]。この反差別原理は、一方では差別的政策の決定プロセスにおける欠陥を除去するとともに、他方では差別的政策による害悪的帰結をも除去するものである。ここで、前者の決定プロセスにおける欠陥とは、人格的価値を否定するような違憲な理由が政策決定者に考慮されることを指し、そして後者の害悪的帰結とは、差別的政策によって少数者に付与されるスティグマや、特定の差別的政策が他の差別的政策の温床となるという累積的害悪を指す。では、かような反差別原理の見地からは、疑わしい区別の法理はいかに理解されるであろうか。これに関して、Brest は、疑わしい区別の法理は「やむにやまれぬ」政府目的の審査を含むものでなければならないことを論じている[170]。なぜなら、「やむにやまれぬ」政府目的要求は、反差別原理に照らして違憲な政府行為に対する「予防（prophylactic）」として機能するからである。すなわち、「やむにやまれぬ」政府目的要求は、違憲な理由に基づいて差別的政府行為が行われる可能性を縮減させ、かつ害悪的帰結に対する防壁ともなるのである。確かに、かような Brest の疑わしい区別の法理観は、差別的政策の決定プロセスとともに、その一定の帰結の審査を裁判所に要請する反差別原理を基底に置くものであるがゆえ、Ely の同法理理解とは、その背景的理論を異にする。しかし、Brest は、例え疑わしい区別の法理の機能を政策決定プロセスにおける欠陥の除去に限定するとしても、「やむにやまれぬ」政府目的の要求は、不当になされる決定を「予防」する機能を果たすがゆえ、保持されるべきであると論じて

いるように思われる。[171] かようなBrestの疑わしい区別の法理観は、Elyが同法理に「やむにやまれぬ」政府目的の審査を導入することに極めて慎重であったことと対照的であり、その「やむにやまれぬ」利益概念の意味内容もElyのそれと異なる可能性を孕むようにも思われる。

また、疑わしい区別の法理の理解に関して、Elyとの比較でヨリ対照的であるのは、Owen Fissの所説である。[172] Fissは、平等保護条項の基底的原理は、特定の社会集団の平等な地位(status)の保護であると理解する。この平等な地位の保護とは、法がある社会集団に対して不利益を付与し、他の社会集団に従属させるような帰結を生み出すことを禁ずるものである(anti-subordination)。そして、とりわけ黒人集団は、社会経済的ないし政治的に劣位に置かれ続けてきた集団であり、司法による特別な配慮を受ける資格を有するとされる。それゆえ、法が黒人集団に害悪を付与する効果を有するような場合には、特別の司法審査が発動されるべきであるとされるのである。では、その特別の司法審査とは、いかなる態様のものか。Fissによれば、そこにおいて、司法は、争われた行為の目標と手段の適合性を審査するのみならず、政府目的の重みの査定にも踏み込むべきである。しかも、そこにおける司法による政府目的の審査の焦点は、黒人集団の地位に対する害悪を正当化するに足りる「やむにやまれぬ」便益が認められるか否かでなければならない。すなわち、採られるべき政策目標に関して裁判官が独自に判断を下し、それを立法府の判断に置換することが求められるのである。[173] なぜなら、司法こそが、かような特別な少数者集団の利益を体現するのに、最も適した機関だからである。かくして、Fissは黒人集団に対して不利益を付与する効果を有する法に対して非通常審査を発動させ、裁判所が「やむにやまれぬ」便益の審査に踏み込み、司法判断対置型の審査を行うことを求めるのである。かようなFissの黒人集団保護理論は、疑わしい区別の法理の下においても司法判断対置型の審査をあくまで警戒するElyの動機審査理論の対極に在ると評すべきものである。

かように、Elyの所説にあっては、疑わしい区別の法理の下における政府目的の審査は、違憲な動機を燻し出すという見地から、目的の「実質性」ないし「重要性」が問われるに止まるのであり、Roe判決の如き「やむにやまれぬ」政府利益の審査は回避されるのである。Elyの提唱する疑わしい区別の法理が中間審査に等しいとも評される所以である。[174]

(二) 手段審査について—第一級の偏見、第二級の偏見

また、Ely は、疑わしい区別の法理の下における手段審査に関しても、一九八〇年の『民主主義と不信』において、再考を加えた。

この再考を促した要因は、Ely 自身の思索の深まりにあると思われる。その思索の主題は、やはり、疑わしい区別の法理の下で衡量を回避する審査が本当に可能なのか、という問いであった。この問いは、目的審査の次元における再考を促し、結果として一定の利益衡量の導入に至らしめたことは先述の通りである。そして、この問いは、手段審査の次元においては、完全な適合性要求への懐疑を深めさせた。すなわち、LRA 審査を以て違憲と判ぜられる状況は稀有であり、およそ有りそうにないとの懐疑である。ただし、一九七四年逆差別論文は、この懐疑を既に抱いていた。しかし、同論文は、それでもなお、疑わしい区別の法理の下における完全な適合性審査を志向したのであった（参照、本節一・（四））。そうであるとすると、疑わしい区別の法理の下における非通常審査の役割は、かなりの程度縮減されたものとなってしまうであろう。

これに対して、一九八〇年の Ely は、疑わしい区別の法理における手段審査をより複雑なものに改変し、手段審査の機能拡大を図ったものと思われる。

まず、Ely は、Carolene Products footnote 4の偏見アプローチを、ヨリ精緻に理論化する[175]。すなわち、Ely によれば、偏見とは、現実に対する人々の正しい理解を歪めるレンズである。偏見に基づいてある集団に不利益を与える政府行為は、当該集団の平等の配慮と尊重を求める権利を否定するものであり、司法審査はこれを容認してはならない。そして、Ely は、かような偏見を、第一級の偏見（first degree prejudice）と、第二級の偏見（second degree prejudice）とに分類する[176]。第一級の偏見とは、ある集団に対する敵意や嫌悪に基づいて当該集団に不利益を与えるような場合に、看取されるものである。他方、第二級の偏見とは、許容し得ないステレオタイプを指す。

そして、Ely は、かような偏見を燻り出すものとされる疑わしい区別の法理につき、第一級の偏見と第二級の偏見との間で、司法審査の態様を別異化させる。

まず、第一級の偏見、すなわち特定の者に対する敵意の燻し出しは、手段の完全な適合性の査定と、政府目的の「実質性」ないし「重要性」の査定とによって行われるものとされる。この点は、疑わしい区別の法理における目的審査の改変との関連で、先程述べた通りである。

他方、第二級の偏見、すなわち許されないステレオタイプの

燻し出しにあっては、より複雑な思考が求められる。そして、ここにおいて、手段審査の改変が行われるのである。

先述のように、ステレオタイプとは、政治行政部門が何らかの類別化に一般化に基づく正当化を行う際に、その一般化には個々の逸脱例が存在するにも拘わらず、かような逸脱例による反証を受け容れずに、不完全な一般化を支持するような場合に認められるものである（参照、本節一（四））。かような一般化は大概の立法につきものであるが、footnote 4の偏見アプローチによれば、「切り離され孤立した少数者に対する偏見」が立法過程を支配している可能性が高い場合には、立法府が一般化を適切に拵えるとの想定は崩壊する。それゆえ、疑わしい区別の法理の適用を通じた司法的介入が正当化されるわけであるが、しかし一九七四年までのElyは、そこにおける司法審査は完全な適合性の審査に止まらねばならないと論じていた。この完全な適合性要求は、いわゆるLRAの査定を行うものであるが、しかしながら、LRAが認定されるような状況は、あまりに稀有である。一九八〇年のElyも、やはりこの点を確認している。曰く、

「何ら費用を伴うことなく、区別と目標の適合性をヨリ密接なものとなし得るのならば、裁判所は、その区別に『非合理的（irrational）』というラベルを貼り、その区別がより繊細なものとされるよう要求するかもしれない。しかし、現実の立法に係るほとんど全ての事件におけるように、より完全な適合性が、何らかの更なる費用…を伴うであろう場合には、最高裁は、通常、そして正当にも、立法府の負担と便益の衡量に対して、実体的判断を対置することを拒否している。…そもそも、一般化は、それがもたらす偽陽性（false-positives）のパーセンテージの数値の観点のみから、安易に評価されてはならない。…容認し得る反証例発生率に関する決定は、少なくとも、『誤って』排除ないし包摂された者に対する費用と、その残りの者に対して当該システムをより良く調整するよう試みることがもたらす費用とを、時には時間や金銭の観点から、そしてしばしば増加するリスクの観点から、比較することを伴わざるを得ないのである。[17]」

すなわち、何ら追加的費用を伴うことなく、争われた区別と同じ程度に政府目的を達成し得るような代替的手段は、やはり現実にはおよそ存しないのである。かような状況において、争われた区別において採られた一般化よりも精密な一般化を政治

部門に求めることは、裁判所による独自の費用便益分析の対置となりかねない。もはや言うまでもなく、この裁判所による独自の判断の対置は、Ely の動機審査理論が最も忌み嫌うアナセマである。そして、争われた区別が採用する一般化の反証例発生確率が高いことを以て司法が違憲判断を行うとしても、やはりそれは政治部門の費用便益分析に対する介入に他ならないのである。

しかし、それでもなお、一九八〇年の『民主主義と不信』において、Ely は次のように述べる。

「われわれが疑わしく思うべき事案は、反証例の発生率が『あまりに高い』一般化が関係する事案ではなく、反証例の発生率が、立法当局が見積もっていたと推されるものよりも、はるかに高いような一般化が関係する事案である。どれほど多くの思慮が費用と便益の衡量に関係していようと、反証例の発生率（或いはついでに言えば個別的な決定の費用）に関する誤解は、全体の決定を歪めていることになるのである」[178]。

すなわち、Ely によれば、争われた区別の現実の動機となったと推される一般化の妥当性が、その反証例の発生率の数値に照らして著しく疑われるような場合には、司法は違憲判断を下すべきである。ここにおいて、裁判所は、認容し得ないステレオタイプが看取されることを以て、争われた区別を違憲と判じ得るのである。ここでは一般化の反証例発生確率の数値に着眼されているが、それは決定プロセスの欠陥、すなわち違憲な動機の審査の一環であり、裁判所による独自の実体的判断の対置には至らないのである。これが第二級の偏見審査である[179]。

では、かような第二級の偏見につき、なぜ裁判所は認容してはならないのであろうか。これに関連して、第二級の偏見が認定される例として、Ely は次の如く論じている。仮に、立法府が、何らかの社会目標の達成に資するという理解に基づき、何らかの区別を行って、その結果、千人に不利益を与えたとする。他方、より個別的な（しかしより費用が高い）検査や手続が採られていたならば、五百人のみに不利益が限定されたであろうとする。かような状況においては、立法府は、五百人の者の利益をゼロと計算することを通じて、その者たちの平等な配慮と尊重を求める権利を否定しているのである、と[180]。すなわち、一般化を想定するに際して政治部門がどれほど複雑な利益衡量を行っていたとしても、上記の反証例発生確率の見地から第二級の偏見が認定される場合にあっては、不利益を被る少数者の利

益があまりに不正確に計算されているのである。Ely のかような行論の背後には、もし自己の利益を保護すべく民主的政治過程に参加する伝統的マイノリティ構成員の声が、争われた区別によって便益を受ける他集団と同等の社会的配慮を受けていたならば、政治部門による過度の一般化は為されなかったのではないか、という想定が在るように思われる。すなわち、第二級の偏見審査は、Ely がいわゆる利益集団多元主義的政治プロセス理論を採用するに至ったこと[181]に由来する、特殊な帰結であると解される。

第二節　合理性審査理解の改鋳

上述の如く、一九七〇年論文以降の Ely が力を注いだ問題の一つは、疑わしい区別の法理を動機審査に重ね合わせて描き出すことであった。かくして、幾つかの曲折を経て、Ely の疑わしい区別の法理観は変化を遂げたのであったが、この変化は、非通常審査の外部に位置する領域へも影響を及ぼさずにはいられなかった。単なる合理性審査の領域である。

前述の通り、一九七〇年論文において、Ely は、不利益付与的区分モデルの適用射程と動機モデルの適用射程とを、截然と切り離したのであった。すなわち、同論文は、動機モデルが適用される問題領域を、不利益付与的区分モデルによる審査が不能な問題領域に限局した。そして、ここから、不利益付与的区分モデルによる審査をパスする事案にあっては、動機審査は全くイレレヴァントなものとなることが帰結されたのであった。つまり、目標が正統かつ具体的であり、手段の合理的関連性も認められるような場合においては、違憲の動機は決して認定され得ないとされていたのであった。そして、この立論は、「反合理的」目標と具体的目標の二分法によって支えられていた。すなわち、動機モデルの下において違憲な動機を以て法を無効化し得るのは、法が具体的目標の見地から正当化され得ない場合に限られるとされていた。(参照、本稿第一章第二節二(二))。

しかし、疑わしい区別の法理が動機審査の一環として位置づけられるようになったということは、不利益付与的区分モデルと動機モデルとの間の截然とした境界が消失したということを、必然的に含意する。そして、この境界消失は、単なる合理性審査にも、その射程を及ぼすものであった。

(一)　一九七〇年論文の矛盾?

そもそも、一九七〇年論文における不利益付与的区分モデ

ルと動機モデルの境界線は、截然としたものでなかったとも評されている。すなわち、Theodore Eisenberg によれば、Ely の一九七〇年論文は両モデルの分離を貫徹し得ていない[182]。Eisenberg によれば、不利益付与的区分モデルの下において何らかの合理的正当化が可能な場合にも違憲の動機が認定され得る余地を、Ely の一九七〇年論文は認めている。かような首尾一貫性の欠如は、Grosjean v. American Press Co.[183] に関する Ely の論評に映し出されている。Grosjean 判決は、ルイジアナ州が、週間発行部数が二万部を超える新聞ないし定期刊行物に対して総収入の二パーセントの額に及ぶ特別の出版許可税を課す州法を定立したことにつき、第一修正に反し無効と判示したものである。Ely の理解によれば、租税政策の分野では立法府の裁量が認められるべきであり、同事案はそのような場合に当たる。それゆえ、同事案への不利益付与的区分モデルの適用は不能となる。しかし、争われた州法の下では、一六三紙の定期刊行物のうちの一三紙が出版許可税賦課対象となり、この一三紙のうちの一二紙は、当時のルイジアナ州政権に対して批判的な論調を敷く新聞ないし季刊誌であった。ここにおいて、反政府的論調を抑圧しようという立法府の潜在的動機の存在が疑われる。そうであるとすると、問われるべきは、二万部という数値設定がなぜ為されたのかである。Ely によれば、もし二万部という数値が無作為に選択されたものであれば、それは正当化可能である。しかし、同法に関連する記録を調査すれば、二万部という数値が無作為に選択されたものではないことが判明する。すなわち、同法の法定化を主導した者は、反政府的論調の新聞を抑圧しようという意思を明言していたのであった。かような立法者の言明に照らして、当該出版許可税が、政府に批判的な論調を敷く新聞社を抑圧する動機に駆り立てられて制定されたものであることが認定されるべきなのである、と Ely は結論づける[184]。

しかしながら、Eisenberg によれば、そもそも当該課税は合理的に正当化され得る。つまり、発行部数の多い新聞社は当該課税を支払う能力があるといった点から、二万部という数値設定を正当化することは可能なのである[185]。仮に Eisenberg の指摘が正しいとすると、Grosjean 事件は、裁量が認められるべき事案というよりは、むしろ不利益付与的区分モデルによる合理性審査が可能な事案であったということになる。そうであるとすると、Ely は、不利益付与的区分モデルによる審査が可能な事案領域にあっても、違憲な動機を認定しているということになる。このことは、一九七〇年論文が不利益付与的区分モデル

の下で合理性審査をパスする事案にあっては違憲な動機の審査はイレレヴァントであると論じていたことと、矛盾する可能性がある。

（二）「反合理的」目標／具体的目標二分法の限界

また、不利益付与的区分モデルと動機モデルの境界消失は、「反合理的」目標／具体的目標二分法に対する批判学説からも要請されるところであった。この点につき、一九七二年のイェール・ロー・ジャーナルに掲載された匿名ノート「立法目的、合理性、平等保護」は、以下のような批判を提示している[186]。

Ely は、「趣味の良さ」や「一般的福祉」のように、目標を達成する手段の選択に際して決定作成者の実体的価値判断を不可避的に伴う目標に、「反合理的」目標の名を着せていた。他方、具体的目標として位置づけられていたのは、「健康の増進」や「公共の安全」などであった。しかし、第一に、そもそも「健康の増進」や「公共の安全」といった目標にあっても、手段との適合性審査は、裁判官の価値判断を対置することなくして行われ得るのだろうか。「健康の増進」や「公共の安全」という目標も多分に抽象的であり、合理的関連性の査定において裁判官の価値判断が入り込む程度は、「反合理的」目標と大差無いのではないか。また、第二に、仮に「公共の安全」を具体性を有する目標であると看做すとしても、大抵の政府行為は、その他の多様な政策的顧慮を経て決定されるものである。ここで、一九四九年の Railway Express Agency v. New York[187] を例に採ろう。事案は、自動車の側面に広告を掲載することを一般的に禁止しながらも、営業経営者の自動車に関してはこの禁止を免除したニューヨーク市条例の合憲性が争われたものである。連邦最高裁はこの事案につき、車両運転者の注意力を散漫にせしめる広告を排除することを通じて「公共の安全」を増進させることを、当該条例の目標として認定した。その上で、自己宣伝的な広告はそうでない広告に比して「公共の安全」を害しない、と政治部門が判断したかもしれないという理由を以て、当該条例を合憲と判じた。これは、「公共の安全」という具体的目標に係る事案であるにも拘わらず、政治部門に裁量が認められたということに他ならない。ここに裁量が認められた理由の一つは、「公共の安全」の増進という政府目標にはコスト（商業への制約や市の金銭的負担等）が必然的に附帯し、ここにおいて政治部門による費用便益分析が行われるからである。かような費用便益分析に基づいて、市は、道路に面した商業的看板のすべてを禁止するのではなく、禁止される広告の種類を限定する

政策を選択したのである。それゆえ、かような費用便益分析に基づいて策定された政策がどれほど公益に資するかを、「公共の安全」という目的に適合するか否かの観点のみから査定し尽くすことはできない。公益は様々な要素を勘案した費用便益分析を通じて初めて把握し得るものであるため、裁判所が政策の公益増進性を査定しようとするのならば、政治部門の費用便益分析に立ち入って査定するほかないのである。

しかし他方で、立法に対する価値判断ないしは費用便益分析の対置を回避しようとする場合にも、司法審査は困難に直面する。なぜなら、司法が争われた区別の合理的関連性を査定しようとする場合、司法は立法目的の抽象性を操作することを通じて、あらゆる事案において合理的関連性を認定し得るからである。合理性審査がかような無審査に帰着するとすれば、それは悲劇である。それゆえ、Ely の動機審査モデルは、かような悲劇を避けるためにも、「反合理的」目標と具体的目標の二分法を破棄し、合理性審査を満たす場合においても違憲な動機が認定される余地を認めるべきである、と同ノートは結論付ける。

（三）『民主主義と不信』における合理性審査観

以上のような諸批判を受けてか、Ely は、自らの一九七〇年時の合理性審査理解に、後に修正を施す。

① 違憲な動機の直接的同定

『民主主義と不信』において、Ely は次のように述べる。

「確かに、おこなわれた行為についてもっともらしい正統な説明を発することが可能である場合には、ある決定が違憲の動機に影響されていたと裁判所が責任を持って結論付けることは、およそ不可能（next to impossible）であろう。[188]」

この一文において着眼すべきは、「完全に不可能である」とは言わず、「およそ不可能」という言い回しを用いている点である。これは、一九七〇年論文からの変化に他ならない。Ely 曰く、

「一斉批判に教えられて、私は、代替的説明の可能性が違法な動機の証明を完全にイレレヴァントとすると一九七〇年に示唆したことが、この点を過度に拡張したものであったと納得させられた。[189]」

かように、Elyは、何らかの「正統な説明」が認められる状況にあっても、動機を以て違憲判断を下すことを妥当とする立場を採るに至った。すなわち、合理性審査をパスする場合にあっても違憲な動機が認定される余地が開かれたのである。これは、不利益付与的区分モデルと動機モデルの間の境界消失が、単なる合理性審査の次元にも及んだということに他ならない。しかも、『民主主義と不信』には、一九七〇年論文において肝腎な位置を占めていた「反合理的」目標と具体的目標の二分法が、全く登場しない。このことは、不利益付与的区分モデルの下において、争われた区別と具体的目標との合理的関連性が認められる場合にあっても、違憲な動機を以て当該区別を無効化することは、必ずしも妨げられない、と考えられるようになったことを意味するのではなかろうか。「反合理的」目標／具体的目標の二分法は、一九八〇年において破棄されたように思われる。

なお、合理性審査をパスする場合においてもなお違憲な動機が認定される状況とは、具体的には、先述のGrosjean事件のような、立法史などに照らして違憲な動機が証明される状況を指すものと解される。では、そのようにして違憲な動機が認定されるには、いかなる要件が必要となるのか。Elyは次のように述べている。

「動機をレレヴァントなものとする思慮は、…違憲な動機が選択に著しく（materially）影響を与えたと見えるか否かを問うことに賛成の論を唱える。[190]」

かように、立法史等から違憲な動機を直接的に認定し得る要件は、「違憲な動機が選択に著しく影響を与えたと見える」ことであるとされる。

しかし、かような不明確な要件の下では、直接的に違憲な動機が認定される事態が頻発する虞がある。そもそも、立法者が必ずしも単一の人格でなく、かつ立法者の内心を推し量ることが困難であるという事実に徴し、違憲な動機を立法史に照らして直接的に同定することが困難であるということは、伝統的な動機審査否定論の要点であった。しかも、Elyは、一九七〇年論文において、動機審査否定論の論旨に配慮し、穏健な動機審査肯定論を採っていた筈である。右の如くに違憲な動機の直接的認定の要件を不明確化することは、かような基本的立場にも反することとなろう。

それゆえ、Elyは、違憲な動機が直接的に認定されるような状況を、非常に例外的なものとして位置づけようとする。[191] Elyは曰く、立法動機を探求する際の最も重要な要素は、「問題となっ

ている法ないし規定の現実の文言でなければならず、それをその予見可能な効果と健全な良識に照らして読むということであって、たとえそれが時折助けになるにしても、その立法史ではないのである」[192]。そうであるがゆえに、合理性審査をパスする事案においてそれでもなお違憲な動機を認定することは、「およそ不可能」と言い表されていたのである。

② 間接的動機審査としての合理性審査

しかし、そもそも合理性審査をパスしないような事案にあっては、話は別である。

すなわち、平等保護の領域においては偏見の除去が司法審査の眼目となるのであり、これは単なる合理性審査が適用される事案にも、同様に妥当する筈である。それゆえ、Ely は、疑わしい区別の法理と同じく、単なる合理性審査についても動機審査の間接的手法として位置づけるようになる。すなわち、直接的な立法動機の同定は困難でありできるだけ回避されるべきであるため、合理性審査を通じて違憲な政府動機を間接的に洗い出そうとするのである。かくして、合理性審査は、政府動機に到達するための穏当で巧妙な手法とされるのである[193]。

しかし、疑わしい区別の法理が適用される事案領域に比して、合理性審査が適用される事案領域においては、政府が偏見に基づいて行動している蓋然性が低いため、裁判所が介入する際には極度の慎重さが求められる。しかも、『民主主義と不信』において、Ely は、合理性概念の柔軟性を警戒する。すなわち、合理性の概念は多様な意味内容を柔軟に含み得るのであり、警戒されるべきは、単なる合理性審査の下で裁判官が実体的判断対置を行うことである。このような考察に基づいて、Ely は、単なる合理性審査につき、争われた区別が何らかの正統な目標と合理的関連性を有することを要求するに過ぎないものと定義付ける。つまり、Ely は、合理性審査に対して、違憲な動機を燻し出す実際上の機能をほとんど期待しないのである。Ely は、かような微弱な機能しか有しない合理性審査をそれでも保持する理由は、裁判所がこれを全く使用しなくなる望みが薄いからに過ぎない、と述べている[194]。

そうであるとすると、違憲な動機同定の主たる手法は、立法史等に照らした直接的な動機探索にではなく、或いは単なる合理性審査による間接的探索にでもなく、むしろ疑わしい区別の法理の下での非通常審査による間接的探索に求められることとなろう[195]。いわば、一九七〇年論文では専ら合理性審査と関係づけられた動機審査モデルが、一九八〇年には専ら疑わしい区別

の法理と関係づけられるようになったのである。直接的動機審査と間接的動機審査のあり方につき、一九八〇年のElyは、斯くの如き結論に到達したものと推される。

小括

以上の第二章が紐解いてきたところのElyの動機審査理論の展開を約すれば、次の如くである。一九七〇年論文執筆後、Elyは自らの思索を深め、Carolene Products footnote 4にインスピレーションを受け、疑わしい区別の法理を動機審査の一手法として描き出した。すなわち、一九七一年未公表論文から一九七四年逆差別論文までの時期においては、Elyは疑わしい区別の法理を、専ら目的手段適合性の厳密な査定を行うものとして描き出した。そこにおいて、Elyは、政府目的の重みの査定を完全に排除することを想定していたものと推される。しかし、諸学説の批判を受けたこと等を契機に、Elyは、一九七八年論文と一九八〇年の『民主主義と不信』において、疑わしい区別の法理理解に改変を加えた。そこでは、政府目的の「実質性」ないし「重要性」を審査するというかたちで、政府目的の重みの査定に一定のかたちで踏み込むこととされた。また、手段審査の次元においては、立法府が認容し得ないステレオタイプに基づいていることを手段審査の見地から同定する、いわゆる第二級の偏見審査が導入された。更に、Elyは、通常の合理性審査理解に関しても考察を進展させた。すなわち、一九七〇年論文における合理性審査理解を改変し、専ら疑わしい区別の法理の下における非通常審査を通じて違憲な動機の審査が行われるべきとの立場を採るに至った。そして、いずれの審査を描き出す際にも、Elyは、裁判官による判断対置型の審査を回避するよう、違憲審査基準につき周到な概念定義を行っていた。

終章　総括と展望

以上の如くに、本稿はElyの動機審査理論の生成と展開を読解してきた。

一．Elyの司法審査理論における動機審査理論の位置

ここで、『民主主義と不信』において完成されたElyの司法審査理論を纏めておきたい。その全体像を纏めるに当たっては、Elyが Robert Nozick から借用した「最終結果（end result）」アプローチと「歴史的（historical）」アプローチの対比が有益

である。[196]「最終結果」アプローチとは、Ely の言う「憲法上の実体的権益（substantive constitutional entitlement）」[197]に係る問題領域において妥当するアプローチである。ここで「憲法上の実体的権益」に係る問題領域とは、第一に、憲法典に明文を以て保障されており、その意味内容が文言に照らして明確に同定し得る権利であり（Carolene Products footnote 4 paragraph 1―参照、本稿第二章第一節一（四））、第二に、政治参加に不可欠な権利、すなわち言論の自由や投票権等に係る問題領域である（footnote 4 paragraph 2）。これらの領域において、司法は、当該権利に対する制約が「やむにやまれぬ」政府利益に基づき正当化されるか否かを審査し、規制を行った政府の現実の動機は勘案しないものとされる。[198]これに対して、「歴史的」アプローチとは、「憲法上の実体的権益」に関わらない問題領域、並びに「憲法上の実体的権益」に係るとしても政府が単に中立性保持義務を負うに止まる問題領域において妥当するアプローチである。[199]かような問題領域における政府による財の分配については、司法は、その分配に影響を与えた過程の見地から、その機能不全を審査すべきである。そして、かような「歴史的」アプローチとは、前章までに見てきた動機審査理論に他ならない。すなわち、Ely の動機審査理論の下では、裁判官が自らの実体的判断を、立法府の判断に対置させるような司法審査が行われてはならないとされる。動機審査理論は、政治的決定過程に偏見が付き纏っていないかを審査するに止まるのである。偏見は、第一級の偏見たる敵意と、第二級の偏見たる許されざるステレオタイプとに大別される。これらの偏見は、立法史から直接に認定されることもあり得るが、政治行政部門の動機を直接的に同定することは困難であるため、その際は慎重でなくてはならない。むしろ、かような難点を回避する形で、いわゆる単なる合理性審査や疑わしい区別の法理を適用することを通じて、間接的に政府動機を燻し出すことに重点が置かれるべきである。すなわち、単なる合理性審査は、争われた区別に対し、政府目標が正統であることと、その目標と区別とが合理的に関連することを要求するものである。この単なる合理性審査には、偏見を燻し出す機能を与えられるものの、その機能の強度は微弱である。これに対して、疑わしい区別の法理は、偏見を燻し出す強力な機能を有する。この疑わしい区別の法理は、政府が偏見に基づいて行動している蓋然性が高い事案領域に適用される（footnote 4 paragraph 3）。そうした事案領域のメルクマールは、第一に、争われた政府行為が合衆国における伝統的マイノリティを別扱いするものであることであり、第二に、同政府

行為が立法府の多数者に便益を供しマイノリティに不利益を付与するという「我々－彼（女）ら型の」ものであることである。そして、かような「引き金」を備えた疑わしい区別の法理につき、Elyは、その発動される司法審査の態様に関しても、独特な形で描き出していた。すなわち、まず、第一級の偏見審査の文脈では、疑わしい区別の法理は、争われた区別の完全な適合性と、その政府目的の「実質性」ないし「重要性」を要求するものと定義される。そして、それに後続する第二級の偏見審査の文脈では、疑わしい区別の法理は、争われた区別の決定過程において依拠された一般化の反証例発生確率の数値が、あまりに高いものでないことを要求するものと定義される。

以上がElyの動機審査理論の位置づけと内容に関する鳥瞰である。そして、かようなElyの動機審査理論には、その生成においても、その展開においても、司法判断対置型審査への警戒という通奏低音が響き渡っていたのであった。かくしてElyの動機審査理論は、政治行政部門の判断に対して司法が自らの判断を対置するという司法審査を、断固として拒絶するのである。

二　動機審査理論と実体的価値判断―実体的価値理論者からの批判に抗して

ところで、Elyの政治的プロセス理論に対しては、数多くの批判が投げかけられてきた。そして、そのうちとりわけ顕著な批判は、Elyの所論が実体的価値判断を回避し得ていないというものであった[200]。そして、この批判は、Elyの動機審査理論に対しても同様に投げかけられてきた[201]。

この批判が教える如く、Elyが、動機審査理論の下における司法審査につき、実体的価値判断から全く解放されたものと吹聴し、その意味で客観的であることを標榜しているのならば、それは虚偽表示であると言わざるを得ないであろう。そして、確かにElyはそのような趣旨ととれる言明を発していた。すなわち、Elyは、動機審査理論が、第一級の偏見たる敵意を探索することをその役割の一つとすることを論じた後、次のように語っていた。

「かように提示される探索は、争われた公的行為によって不利益を付与された集団に対して正当化されない広汎な敵意が存在しているか否かを問うものではなく―そうであるならば、立法の判断に対する判断対置（second-guess）を直裁に招いてしまうこととなろう―、単に広汎な敵意が存在しているか否かを問うものである[202]。」

このEly の言明は、第一級の偏見審査において問われるのは敵意の存否であり、敵意の正当化ではないことを述べている。多くの論者は、この言明を以て、Ely は動機審査において実体的価値判断を回避しようとしていると看做した。そして、Ely の動機審査は、実体的価値判断から解放されていないという批判を浴びることとなった。なぜなら、Ely は、この言明の後に、強盗を処罰する法は、強盗に対する社会的敵意に基づくものであるにも拘わらず、動機審査をパスすることを語っていたからである。Ely によれば、仮に疑わしい区別の法理が適用されるとしても、強盗を処罰する法には、われわれの家財を保護するという「実質的な目標」が認められ、かつ当該目標と法の採用する区別との間には近接した適合性が認められるために、偏見の疑いは晴らされる。しかし、Ely のこの行論は、社会的敵意が正当化されるか否かの査定に踏みこんでおり、右に引用したEly の言明と矛盾するものとも解される。多くの論者はこの矛盾を攻撃したのである。また、Ely は、政府が真摯な道徳観や美的見地に基づき規制を行うことを正当なものと認めてきた（参照、本稿第一章第二節一・（二）②[203]）。この点に関しても、これらの規制と単なる敵意に基づく規制を弁別するには、それらの正当化可能性の査定に踏み込まなければならず、Ely は実体的価値判断から解放されていない、と指摘されてきた。批判者によるこれらの指摘は適切であり、Ely の動機審査理論は実体的判断から全く解放されたものであるとは言えないであろう。

しかし、Ely の動機審査理論が真に回避したかったものとは何であったか。本稿はその生成と展開を辿ってきたが、そこにおいて判明したのは、Ely の動機審査理論のアナセマは、裁判官による判断対置型の審査である、ということだった（この点は、前示の引用文にも判然と表れている）。そして、かような司法判断対置型審査の典型は、Roe 判決型の「やむにやまれぬ」利益の審査である。すなわち、それは、政府による規制の目的が正統であるとともに些末でなく、しかも目的と手段の厳密な適合性も認定されるにもかかわらず、合憲判断を下さずに、政府利益と個人的利益の衡量に踏み込み、裁判官独自の衡量判断によって政府行為の合憲性を決するような思考法である[204]。かような司法判断対置型審査は、Ely の所論においては、「憲法上の実体的権益」に係る問題領域にのみ、その妥当性が限局される。そして、それ以外の問題領域において妥当するとされる動機審査理論の要諦は、司法判断対置型審査を回避するところにあるのであった。そうであるからこそ、動機審査理論における最も厳格な司法審査たる疑わしい区別の法理も、その目的審査

プロングにおいては、政府目的の「実質性」ないし「重要性」を求めるに止まるものとされていたのである。右の強盗を処罰する法の例を用いれば、Ely の動機審査理論の下では、たとえ当該法に疑わしい区別の法理が適用されるとしても、当該法が正統な目的を有し、かつその目的が些末でなく、更に目的手段適合性が厳密なものであれば、当該法は司法審査をパスするのである。そして、そこから更に進んで、当該法が達成する便益とそれに伴う費用につき、裁判官が直に衡量を行うことを、Ely の動機審査理論は固辞するのである。

むしろ、批判者たちには、実体的価値判断の不可避性を攻撃する余りに、Ely が司法判断対置型審査に対する警戒に基づき構築した動機審査理論の意義を、捉え損ねてきた傾向があるのではなかろうか[265]。本稿が今まで見てきたように、Ely の動機審査理論は、抽象度の高い基礎理論的問題次元から、具象度の高い裁判法理的問題次元にまで及ぶ意義を有し、かつ考え抜かれた完成度を誇るものと思われる。基礎理論的問題次元に関して、確かに Ely の動機審査理論は司法が実体的公益を追求すべきことを認めているが、それは政治過程に存在する偏見の除去という見地から行われるのであり、そこには司法判断対置型審査の禁止という限界が設置されているのである。また、より具体的な違憲審査基準の概念定義という問題次元に関して、Ely の動機審査理論が採用する違憲審査基準論は、現在の合衆国憲法学の通説たる、厳格審査・中間審査・合理性審査から成る三重の審査（three-tiered scrutiny）とは、およそ様相を異にするものである。そして、それは、審査の「引き金」において異色であるのはもとより、発動される審査の態様においても異色である。その出色の違憲審査基準論には、司法判断対置型審査との格闘の軌跡が、概念定義の微妙なニュアンスを伴って結晶しているように思われる。それにもかかわらず、Ely の批判者たちには、司法判断対置型の審査を安易に招き入れる傾向がなかっただろうか。そして、それは、如上の Ely の思考の歩みを、十分に理解していなかったからではなかろうか。

三　展望

かように、Ely の動機審査理論は、今なお再考に値する有益な知見を含んでいる。

かつまた、近時の合衆国憲法学においては、連邦最高裁が政府目的の審査に傾倒する傾向にあることが指摘されている。Richard Fallon によれば、司法が政治行政部門の目的の審査に重点を置くべきとの命題は、その基礎を異にする様々な司法審

査理論が特定の経験的な点において一致する「不完全に理論化された合意（incompletely theorized agreement）」を成す[206]。斯くの如くに目的審査のレレヴァンスが現在の司法審査において高まっているとすれば、Ely の動機審査理論には、政府行為の目的に対する司法審査の手法を解明し嚮導するという、現代的意義を期待し得る筈である。この点においても、Ely の動機審査理論は大いに学ばれるべきである。

また、かような Ely の動機審査理論の知見は、違憲審査基準論の再考が進められている昨今の日本憲法学においては、時機に適った意義を有するようにも思われる。とりわけ、現在の日本の最高裁は、その思考枠組として利益衡量法を採用し、多くの違憲審査基準論についても利益衡量の一手法として理解している[207]。かような最高裁の思考に対して、本稿が読解してきた Ely の動機審査理論は、一種の警鐘として響くのではなかろうか。

もちろん、Ely の動機審査理論につき、批判的視座の下に検討されるべき点は、多々存在する。ここで幾つかを例示すれば、以下の如くである。司法審査が敵視すべき動機とは、敵意やステレオタイプだけでよいのか[208]。違憲と判ぜられるべき偏見の認定手法が見直されるべきではないか[209]。直接的に違憲な動機が認定される要件は具体的には何か[210]。疑わしい区別の法理の適用範囲を導出する原理が見直されるべきではないか[211]。単なる合理性審査についての理解は適切か[212]。動機審査理論は平等保護の問題領域を超えては妥当しないのか[213]。これらの諸点につき深く検討され、Ely の所論の現代的意義を考察してゆくことを通じて、あるべき動機審査の理論と手法が探究されてゆくべきものと思われる。筆者におけるその用意は、未だ十分でない。他日における研究の進展を期し、擱筆する。

(109) John Hart Ely, *Judicial Review of Suspicious Classifications: Why is Classification by Race Suspect and Should Classification by Sex Similarly be Subjected to Extraordinary Scrutiny?* (Spring, 1971) (unpublished manuscript).

(110) John Hart Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, 41 U. Chi. L. Rev. 723 (1974). (以下、Ely [1974] と引用する。)

(111) Note, *Mental Illness: A Suspect Classification?*, 83 Yale L. J. 1237 (1974). (以下、Note [1974] と引用する。)

(112) See Ely [1974], *supra* note 110, at 727 n. 26.

(113) 410 U.S. 113 (1973).
(114) Ely [1973], *supra* note 77.
(115) Ely [1974], *supra* note 110, at 727.
(116) *See e.g.* Korematsu v. United States, *supra* note 99, at 216.
(117) *See e.g.* Graham v. Richardson, 403 U.S. 365, 375 (1971).
(118) *See e.g.* McLaughlin v. Florida, *supra* note 102, at 192.
(119) *Ibid.*
(120) なお、In re Griffiths（413 U.S. 717 (1973)）は、かような言い回しの差異につき何ら特殊な意義を認めないことを明言していた（*See id.* at 722 n. 9.）。
(121) Ely [1974], *supra* note 110, at 727 n. 26.
(122) Note [1974], *supra* note 111, at 1251.
(123) *Id.* at 1246 n. 40.
(124) *Id.* at 1245-52.
(125) なお、同時期における類似の指摘として、参照、Note, *Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection*, 82 YALE L. J. 123, 146-49 (1972)。
(126) *See* Ely [1973], *supra* note 77, at 920-21.
(127) *Id.* at 943.
(128) ただし、後にElyは、Roe判決は誤って下されたものに他ならないが、同判決は変更されるべきではないとの立場を唱えるに至る。その理由としては、同判決以後の米国社会が同判決に従って動いていること、同判決が女性の地位向上という憲法上の関心事に貢献したこと等が挙げられている。*See* John Hart Ely, *Letter to Justices Kennedy, O'Connor, and Souter Concerning Planned Parenthood v. Casey*, (in ELY, ON CONSTITUTIONAL GROUND, *supra* note 22, at 304-06).
(129) なお、表現の自由の法理に関するこの時期のElyの理解については、John Hart Ely, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis,* 88 HARV. L. REV. 1482 (1975)を参照されたい。
(130) 本文で以下に挙げる裁判例の他にも、Elyの一九七一年論文は、Hirabayashi v. United States（320 U.S. 81 (1943)）、Brown v. Board of Education（347 U.S. 483 (1954)）、Tancil v. Woolls（379 U.S. 19 (1964)）に依拠して、疑わしい区別の法理の下における非通常審査に関する自らの理解を裏付けたとされている。*See* Note [1974], *supra* note 111, at 1245 n.38.
(131) *Supra* note 99.
(132) *See* Note [1974], *supra* note 111, at 1246-47.
(133) 388 U.S. 1 (1967).
(134) *Id.* at 11.

（135）*Supra* note 102.
（136）*See* Note [1974], *supra* note 111, at 1246, 1252.
（137）*See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1266.
（138）*Supra* note 36.
（139）*See* Ely [1973], *supra* note 77, at 933-37; Ely [1974] at 729-33. *Cf.* Note [1974], *supra* note 111, at 1254-58.
（140）*See* Ely [1974], *supra* note 110, at 728-33. *Also see*, Note [1974], *supra* note 111, at 1250-51.
（141）348 U.S. 483 (1955).
（142）*Also see e.g.* Paul Brest, Processes of Constitutional Decisionmaking 1st ed., 990-94 (1975); Richard H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 Ucla L. Rev. 1267, 1330-32 (2007).
（143）*See* Ely [1974], *supra* note 110, at 727; Ely [1980], *supra* note 2, at 170-72. *Compare e.g.* Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200, 235 (1995).
（144）Ely [1973], *supra* note 77, at 733 n.85. 但し、Stone 裁判官は paragraph 3 において Ely と同様の動機審査を企図していたならばの指摘もある。*See e.g.* T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 Yale L. J. 943, 962-63 n. 116, 984 n. 243 (1987).
（145）*See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1258-61.
（146）Ely の一九七〇年論文は、政府に人種的徴表の使用を許せば、第一に、それが不適切な目標のために使用されることを防止することが困難となるとともに、第二に、人間の評価にその者の人種は無関係であるという命題の教育的作用が減ぜられてしまう、と論じていた（*See id.* 738-39）。その後、Ely は、そこでの行論を振り返って、次のように述べている。「同論文は、連邦最高裁は、州に対して、様々な線引きを行う際に人種を強制的に考慮させてはならない、ということを提唱する限度までは、自らの主張を押し進めていた。しかし、そこでの主張は、州はそのようなことをしてはならないという結論へと、更に押し進められていたかもしれない」（Ely [1974], *supra* note 110, 738 n. 54.）。*Also see* John Kaplan, *Equal Justice in an Unequal World*, 61 Nw. U. L. Rev. 363 (1966).
（147）*See* Ely [1974], *supra* note 110, at 736-39. なお、前注81も参照されたい。
（148）その裁判例とは、Meyer v. Nebraska（262 U.S. 390 (1923)）とPierce v. Society of Sisters（268 U.S. 510 (1925)）である。前者の Mayer 事件は、英語以外の現代語を八年生以下の生徒に教えてはならないと定めるネブラスカ州法の合憲性が争われたものであり、後者の Pierce 事件は、全ての親に対して子息を公立学校に通学させることを義務として課し、教区学校や私立学校に子息

を通学させる途を閉ざしたオレゴン州法の合憲性が争われたものである。両判決とも、各州法は親や教師の教育の自由を侵害し、ひいては財産権をも侵害するものであり、デュー・プロセス条項に違反すると判じた。両判決に関して、現在の通説は、いわゆる実体的デュー・プロセス理論の系譜に属するものと理解している（*See e.g.* Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, Constitutional Law 16th ed. 414 (2007).）。これに対して、Carolene Products footnote 4は、両判決を、外国人性や信教に基づく潜在的差別の事案として理解するのである。*See* Ely [1980], *supra* note 2, at 243-44 n. 17. *Also see* Rebecca L. Brown, Liberty, the New Equality, 77 N. Y. U. L. Rev. 1491, 1508 (2002).

(149) Ely [1974], *supra* note 110, at 731. *Also see* Ely [1980], *supra* note 2, at 162, 250 n. 64.

(150) *See* Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (1971).

(151) 426 U.S. 229 (1976).

(152) *Id.* at 239. ただし、Davis 判決は、Palmer 判決を判例変更するわけではないとの自己理解を示している。*See id.* at 242-43.

(153) *Also see* Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Co., 429 U.S. 252, 264-265 (1977); Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256, 275 (1979). *Also see* Nelson, *supra* note 38, at 1850-52.

(154) この時期の議論状況に関して、さしあたり、参照、安西文雄「法の下の平等について（三）」国家学会雑誌一一〇巻七・八号一頁以下［一九九七］四二－五六頁。

(155) John Hart Ely, *The Centrality and Limits of Motivation Analysis*, 15 San Diego L. Rev. 1155 (1978).（以下、Ely [1978] と引用する。）

(156) *See* Brest, *supra* note 142, at 488-89.

(157) *See supra* note 99, at 192.

(158) なお、Kent Greenawalt も、同時期に同様の指摘を行っていた。*See* Kent Greenawalt, *Judicial Scrutiny of "Benign" Racial Preference in Law School Admissions*, 75 Colum L. Rev. 559, 565 n.41 (1975).

(159) Brest, *supra* note 142, at 489.

(160) See Ely [1978], *supra* note 155, at 1156-60; Ely [1980], *supra* note 2, at 145-48.

(161) Ely [1978], *supra* note 155, at 1159; Ely [1980], *supra* note 2, at 147-48.

(162) また、一九九六年公刊の Ely の論文集『憲法の基礎について』には、一九七四年逆差別論文が再録されているが、同逆差別論文が利益衡量を含まない疑わしい区別の法理観を語った箇所は、再録の際には削除されて

いる（*Compare* Ely, On Contitutional Ground, *supra* note 22, at 269, *with* Ely [1974], *supra* note 110, at 727 n. 26.）。この点もElyの変説を裏付ける証拠となろう。

(163) 同様に些末であるがゆえに疑わしい区別の法理をパスしない政府目的の例として、Elyは、Kenneth Karstの設例を借りている（*See* Ely [1980], *supra* note 2, at 246-47 n. 46.）。すなわち、Karstは、選挙人登録を行う際に申請者の人種の明記を求める法につき、詐欺防止目的という些末な目的によっては正当化され得ないことを論じていた。*See* Kenneth L. Karst, *"A Discrimination So Trivial": A Note on Law and The Symbolism of Women's Dependency,* 35 Ohio St. L. J. 546, 549-54 (1974).

(164) Ely [1980], *supra* note 2, at 246 n. 45.

(165) 390 U.S. 333 (1968).

(166) Note [1974], *supra* note 111, at 1247-48.

(167) Ely [1978], *supra* note 155, at 1159; Ely [1980], *supra* note 2, at 148.

(168) Ely [1978], *supra* note 155, at 1159-60 n.18; Ely [1980], *supra* note 2, at 246-47 n. 46. なお、Elyの一九七八年論文が発表されたのと同一のシンポジウムにおいては、他の論者によって類似の指摘がなされていた。参照、Clark, *supra* note 85, at 980-81（Clarkは、疑わしい区別の法理の下における審査が偏見審査であれ効果審査であれ、そこには利益衡量が関連するが、偏見の審査は一定の原理に基づいて行われるがゆえ、偏見審査と効果審査の差異は直観や共通感覚に照らして明らかであることを論じていた。）、Larry G. Simon, *Racially Prejudiced Governmental Actions,* 15 San Diego L. Rev. 1041, 1071 (1978)（Simonは、疑わしい区別の法理に含まれる「やむにやまれぬ」政府利益要求の意味に関して、偏見に害されていない合理的な決定作成者は争われた区別と同様の区別を採用するであろう、と確信を以て推論し得るほど、政府利益が重要であることを要求するものと理解していた。）。*Also see* Michael Klarman, *An Interpretive History of Equal Protection,* 90 Mich. L. Rev. 213, 296 n. 379 (1991).

(169) *See* Paul Brest, *Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle,* 90 Harv. L. Rev. 1, 5-12 (1976).

(170) *See id.* at 15.

(171) *See id.* at 15 n.65. *Also see* David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules,* 55 U. Chi. L. Rev. 190, 204-05 (1988).

(172) *See* Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause,* Phil. & Pub. Aff. 107, 147-70 (1976).

(173) Fiss 曰く、「当該（黒人―筆者注）集団の政治的地位は、一定の機関の割り当てを正当化する―すなわち、彼（女）らのために『九人の者』が自らの判断（手段と同様に目的に関する判断）を『人民』の判断に置換することに、われわれは快諾するのである」（*Id.* at 154.）。

(174) *See* Siegel, *supra* note 96, at 399-400. *Cf.* 阪口・前注32・七六－七七頁（曰く「『厳格審査の基準』を違憲な政府の動機を燻り出す手法だと考えれば、そうした手法は何も『厳格審査の基準』に限られるわけではない。『中間審査の基準』であっても、目的・手段審査を、ある程度厳格な形で行う限り、同様な機能を果たすことができるはずである。『中間審査の基準』と『厳格審査の基準』とでは、違憲な政府の目的を燻り出す機能自体に質的な違いがあるわけではなく、燻り出す程度の違いがあるに過ぎないと考えられる」。）

なお、中間審査は、一九七六年の Craig v. Boren（429 U.S. 190 (1976)）において、判例上明示的に定立された。すなわち、同判決によれば、性別に基づく区別は、「重要な政府目標に仕えるものであり、かつかような目標に実質的に関連するものでなければならない」のであった（*Id.* at 197.）。なお、疑わしい区別の法理の適用範囲に関する Ely の立場については、Ely [1980], *supra* note 2, at 161-68を参照されたい。また、同法理の適用に関する Ely の立場と連邦最高裁の立場の重合と異同につき、さしあたり、参照、Michael J. Klarman, *The Puzzling Resistance to Political Process Theory*, 77 Va. L. Rev. 747, 750-53 (1991); Brian Boynton, *Democracy and Distrust after Twenty Years: Ely's Process Theory and Constitutional Law from 1990 to 2000*, 53 Stan. L. Rev. 397, 439-445 (2000); David A. Strauss, *Modernization and Representation Reinforcement: An Essay in Memory of John Hart Ely*, 57 Stan. L. Rev. 761, 763-769 (2004).

(175) *See* Ely [1980], *supra* note 2, at 151-61.

(176) なお、厳密には、Ely は「第二級の偏見」の語を使用しておらず、「第一級の偏見」の語のみを明言しているに止まる（*See id.* at 157.）。ただし、Ely の偏見理論を批評する文献においては、「第一級の偏見」概念との対比で「第二級の偏見」の概念も広く使用されている。*See e.g.* Lawrence G. Sager, *Rights Skepticism and Process-Based Responses*, 56 N. Y. U. L. Rev. 417, 426-27 (1981); Paul Brest et al., Processes of Constitutional Decisionmaking 5th ed. 984-85 (2006). 邦語文献として、参照、阪口・前注17・一四〇頁。

(177) Ely [1980], *supra* note 2, at 156. なお、引用文中の「偽陽性」とは、元来医学用語であり、実際には健常な患者が誤って病気と診断される場合を指す。他方、実際には

病気の患者が誤って健常と診断される場合は、「偽陰性（false-negatives）」と言い表される。これらの概念は、人間が犯す過誤のタイプを指示するものとして、経済学において広く使用されている。さしあたり、参照、ロバート・G・ボウン（細野敦訳）『民事訴訟法の法と経済学』［二〇〇四］一一九頁。

(178) Ely [1980], *supra* note 2, at 156-157.

(179) なお、Michael Klarman は、上記の Ely の偏見に関する論述を、疑わしい区別の法理を発動させる「引き金」の問題に係るものと理解する（*See* Klarman, *supra* note 174, at 782-788）。しかし、本文にて論じたように、Ely の「第二級の偏見」論は、疑わしい区別の法理の下における手段審査の態様を描き出すために導入されたものと解すべきである。そうであるからこそ、LRA 審査の難点や、政治行政部門の費用便益分析に対して司法独自の費用便益分析を対置することの難点が、「第二級の偏見」論の文脈で語られているのである。*Cf.* Klarman, *supra* note 168, at 217 n. 6, 284.

(180) *See* Ely [1980], *supra* note 2, at 157.

(181) *See id.* at 73-104. *Also see*, Ely, *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 Md. L. Rev. 451 (1978).

(182) Eisenberg, *supra* note 85, at 124-25.

(183) *Supra* note 82.

(184) *See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1330-34.

(185) *Also see* Ely [1980], *supra* note 2, at 244-45 n. 31.

(186) Note, *supra* note 125, at 141-46.

(187) *Supra* note 49.

(188) Ely [1980], *supra* note 2, at 138.

(189) *Id.* at 243 n.15.

(190) *Id.* at 138.

(191) Ely は、Grosjean 事件において立法史の記録に照らして違憲な動機が認定されることにつき、正当であるとしながらも、「珍しい事案」ないし「通常とは異なる事案」であると評している。これは一九七〇年論文においても同様であった。*See* Ely [1970], *supra* note 34, at 1333; Ely [1980], *supra* note 2, at 144.

(192) Ely [1980], *supra* note 2, at 130.

(193) *Also see* Kenneth L. Karst, *The Costs of Motive-Centered Inquiry*, 15 San Diego L. Rev. 1163, 1164-65 (1978).

(194) *See* Ely [1980], *supra* note 2, at 251-52 n. 69. なお、Ely は、合理性審査に「切れ味（bite）」を付与することを通じて立法目的の顕示性を高めようとする Gerald Gunther のアプローチへも応答している。Gunther は、単なる合理性審査が適用される事案領域において、政

府に立法目的をできる限り明示させ、有権者への政治的アカウンタビリティを高めることを志向した。かような立法目的の明示は、法令に明記されることや訴訟の場で政府弁護人によって主張されること等を通じてなされるものとされていた。そして、裁判所は明示された立法目的と手段との適合性を実質的に審査するものとされ、かような司法審査を通じて政治過程における公的討議が促進されるのだ、とGuntherは論じたのであった（*See* Gerald Gunther, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 Harv. L. Rev. 1, 20-24, 43-48 (1972)）。しかし、Elyによれば、如上のGuntherのアプローチに、真の立法目的を顕示化させる機能は、ほとんど期待し得ない。なぜなら、立法府や政府弁護人は、争われた区別を最もよく正当化するような目的を提示するに違いないからであり、違憲な立法動機が提示されるようなことはおよそ起こり得ないからである。また、本文で述べた通り、ただでさえElyの動機審査理論が忌避する裁判官の実体的判断対置が、単なる合理性審査が適用される問題領域において生じることは、尚更警戒されねばならない。なお、Guntherも、自らのアプローチが、立法手段の実質的関連性審査という適切な領分を超えて、司法による立法目的の価値的評価というアナセマへ到達する虞があることを認めていた（*See id.* at 48）。しかし、Elyは、かような虞をヨリ重く見積もり、伝統的な合理性審査に「切れ味」が付与されることを、あくまで固辞するのである。*See* Ely [1980], *supra* note 2, at 125-31, 251-52 n.69.

(195) *Also see*, Clark, *supra* note 85, at 973-78; Karst, *supra* note 193, at 1164-66.

(196) *See* Ely [1980], *supra* note 2, at 136 (*quoting* Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia 153-55 (1974)). *Also see* Ely, *Commentary*, 56 N. Y. U. L. Rev. 525, 539 (1981).

(197) *See* Ely [1980], *supra* note 2, at 145.

(198) *See id.* at 136. 妥当すべきとされる裁判法理につき、より詳しくは、*Id.* at 88-101, 105-25, 172-79を参照。

(199) *See id.* at 136, 141, 145.

(200) *See e.g.* C. Edwin Baker, *Neutrality, Process, and Rationality: Flawed Interpretations of Equal Protection*, 58 Tex. L. Rev. 1029, 1041-49 (1980); Paul Brest, *The Substance of Process*, Ohio St L. J. 131, 134-142 (1981); Sager, *supra* note 176, at 425-432; Terrance Sandalow, *The Distrust of Politics*, 56 N. Y. U. L. Rev. 446, 461-68 (1981); Samuel Estreicher, *Platonic Guardians of Democracy*, 56 N. Y. U. L. Rev. 547, 563-67 (1981);

Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products,* 98 Harv. L. Rev. 713, 737-40 (1985); Ronald Dworkin, A Matter Of Principle 59-69 (1985); Laurence H. Tribe, Constitutional Choices 14-17 (1985); David Lyons, *Substance, Process, and Outcome in Constitutional Theory,* 72 Cornell L. Rev. 745, 751-56 (1987); Daniel R. Ortiz, *Pursuing A Parfect Politics; The Allure and Failure of Process Theory,* 77 Vir. L. Rev. 721 (1991).

(201) *See e.g.* Baker, *supra* note 200, at 1047-49; Brest, *supra* note 200, at 134-37, 139-40; Sager, *supra* note 176, at 427-32; Sandalow, *supra* note 200, at 461-68; Estreicher, *supra* note 200, at 566-67; Tribe, *supra* note 200, at 16-17; Dworkin, *supra* note 200, at 66-67; Ortiz, *supra* note 200, at 730-41.

(202) Ely [1980], *supra* note 2, at 153-54.

(203) *Also see id.* at 255-56 n. 92; *do, Professor Dworkin's External/Personal Preference Distinction, supra* note 22, 965-81.

(204) *Cf.* 木村・前注32・一四二頁（木村は、絶対的な評価に基づき判断される〈立法目的の正当性〉概念と、他の利益との比較のなかでの相対的評価に基づき判断される〈立法目的の重要性〉概念とを峻別している）。

(205) 実に、James Fleming は、Ely が「実体」の語を他の論者よりも限定的な意味で使用していることを指摘する（*See* James E. Fleming, Securing Constitutional Democracy 24-29 (2006).）。*Also see* Larry A. Alexander, *Modern Equal Protection Theories: A Theoretical Taxonomy and Critique,* 42 Ohio St. L. J. 3, 39-51 (1981); Richard Davis Parker, *The Past of Constitutional Theory—And Its Future,* 42 Ohio. St. L. J. 223, 237-39 (1981). 併せて参照、松井・前注5・三三三－三四頁、阪口・前注21・一五八－五九頁、淺野・前注27・一八－一九頁。

(206) Richard H. Fallon, Jr., Implementing the Constitution 89-95 (2001).「不完全に理論化された合意」の観念について、参照、Cass R. Sunstein, Legal Reasoning and Political Conflict 35-61 (1996)。

(207) さしあたり、参照、最高裁昭和四九年一一月六日大法廷判決「猿払事件最高裁判決」（刑集二八巻九号三九三頁）、最高裁昭和五〇年四月三〇日大法廷判決「薬事法事件最高裁判決」（民集二九巻四号五七二頁）、最高裁昭和六二年四月二二日大法廷判決「森林法事件最高裁判決」（民集四一巻三号四〇八頁）。学説における指摘として、さしあたり、参照、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」曹時六一巻一一号一頁以下［二〇〇九］。

(208) *See e.g.* Cass R. Sunstein, The Partial Constitution 24-39, 144 (1993); Neil K. Komesar, Imperfect

ALTERNATIVES 213-31 (1994).

(209) *See e.g.* Charles R. Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection,* 39 STAN. L. REV. 317, 355-81 (1987); Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories,* 47 STAN L. REV. 1161, 1186-1217 (1995).

(210) *See e.g.* Brest, *supra* note 85, at 130-31; Eisenberg, *supra* note 85, at 57-62, 69.

(211) *See e.g.* Ackerman, *supra* note 200, at 742; William N. Eskridge, Jr., *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics,* 114 Yale L. J. 1279 (2005).

(212) *See e.g.* Robert W. Bennett, *"Mere" Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory,* 67 CAL. L. REV. 1049 (1979); Scott H. Bice, *Rationality Analysis in Constitutional Law,* 65 MINN. L. REV. 1 (1980). 併せて参照：常本照樹「『経済・社会立法』と司法審査（四・完）―アメリカにおける『合理性の基準』に関する一考察―」北大法学論集四三巻六号七三頁以下（一九九二）一一七－一一七頁。

(213) *See e.g.* Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose,* 63 U. CHI. L. REV. 413, 423-64 (1996); Calvin Massey, *The Role of Governmental Purpose in Constitutional Judicial Review,* 59 S. C. L. REV. 1 (2007).

判例研究

民事判例研究（一）

公正なる会計慣行の認定手法
―特に民事判決（東京地判平成一七年五月一九日判時一九〇〇号三頁）との対比から

得津　晶

平成一〇年三月期において大蔵省による資産査定通達等の定める基準が唯一の「公正なる会計慣行」であり、従来の税法基準に従い関連ノンバンクへの貸出金については実際の取立不能にかかわらず償却・引当を行わないという会計処理は「公正なる

会計慣行」に従ったものとはいえず、有価証券報告書虚偽記載罪（証券取引法一九七条一号〔平一〇法一〇七号による改正前のもの。金融商品取引法一九七条一項一号に相当〕）及び違法配当罪（商法四八九条三号〔平一七法八七号改正前のもの。会社法九六三条五項二号に相当〕）が成立するとした事例

東京高判平成一七年六月二一日判時一九一二号一三五頁〔長銀粉飾決算事件控訴審判決〕

高等裁判所刑事裁判速報集（平一七）号一四六頁、最高裁判所刑事判例集六二巻七号二六四三頁

〔事案〕

本件は、A銀行（旧長銀）が、平成一〇年三月期に取立不能が見込まれる貸出金が合計三一三〇億円あったのに償却・引当をしなかったことに関し、①当期未処理損失を過少に圧縮して計上した貸借対照表、損益計算書、利益処分計算書を掲載した平成九年四月一日から平成一〇年三月三一日までの事業年度の有価証券報告書を提出したことが、有価証券報告書虚偽記載として改正前証券取引法一九七条一号、二〇七条一項一号に違反し、②償却・引当をすれば株主への配当可能な剰余金は存在しなかったにもかかわらず株主に配当金合計七一億六六六〇万円の配当をしたことが、改正前商法四八九条三号に違反したとして起訴された。

本件でA銀行は、貸出金の取立不能額の償却・引当については、不良債権償却証明制度により行っていた。この不良債権償却証明制度とは、金融機関の不良債権の無税償却・引当について、国税庁との協議に基づいて金融証券調査官がⅣ分類「回収不可能又は無価値と判定される資産」及びこれに準ずるものとして証明した不良債権の金額のみ、法人税法上の損金算入を認めるものであり、税法基準に従って不良債権の償却・引当を行うものである。この不良債権償却制度の下では、関連ノンバンクへの貸出金について、関連ノンバンクに対して債権放棄などの支援を行った場合であれば、「支援」とは対象となる関連ノンバンクが破綻しないことを目的に行われることであるということを理由に、支援として放棄した分以外の貸出金については一切、償却・引当を認めないという扱いになり、本件A銀行もこの扱いにしたがって会計処理をしていた。

他方、平成七年ごろから大蔵省などを中心に日本の金融システム改革が進められ、金融機関経営の健全性確保のための早期是正措置制度の導入が進められていた。この中で、平成九年には、「資産査定通達」、「全銀協Q＆A」、「四号実務指針」、「九

年事務連絡」などが相次いで出され、平成九年七月四日に不良債権償却証明制度は廃止され、貸出金の償却・引当を自己査定で行うこととされ、自己査定基準は回収不能や損失発生の見込みなどから償却、債権償却特別勘定、貸倒引当金を設けることを内容とする決算経理基準の改正がなされた。

これらの資産査定通達等および改正決算経理基準が示す基準によれば、支援先の関連ノンバンクへの貸出金にも実際の取立不能見込みに応じて償却・引当を行わなくてはならないことになるが、本件では、平成一〇年三月期決算において、従来の不良債権償却証明制度と同様、支援先の関連ノンバンクへの貸出金については引当・償却を行わなかったA銀行の会計処理が、当時の商法三二条二項の「公正なる会計慣行を斟酌」したといえるのか否かが争われた。

原審（東京地判平成一四年九月一〇日刑集六二巻七号二四六九頁）は、決算経理基準が公正なる会計慣行であり、資産査定通達等の指示する基準が決算経理基準を補充して公正なる会計慣行となるので、これに反して償却・引当を行わないことは許されないと判示し、A銀行の元取締役Yらを有罪とした。これに対して、Yらが控訴したのが本件である。

［判旨］控訴棄却

「『資産査定通達』、『四号実務指針』、『九年事務連絡』（この三つを併せて『資産査定通達等』という）及び改正決算経理基準は、金融機関の健全性を確保する目的で平成一〇年四月一日から導入される早期是正措置制度を有効に機能させるために必要な金融機関の資産内容の査定方法や適正な償却・引当の方法を明らかにし、それにより資産内容の実態を正確かつ客観的に反映した財務諸表を作成することを目指して策定されたものといえる（『資産査定Q＆A』及び『追加Q＆A』（この二つを併せて『Q＆A』という）も、同様の趣旨で作成されたものである）。しかも、『資産査定通達等』は、金融機関の監督官庁である大蔵省銀行局や金融検査部を中心に、日本公認会計士協会関係者、日本銀行関係者、金融機関の代表者等金融機関の会計処理や決算処理に関わっている関係者等が参加して検討した結果を公表した『中間とりまとめ』の考え方を基礎にし、その内容を明確にしたものである上、いずれも全国銀行協会連合会等を通じて金融機関にその内容が公表、送付され、周知徹底が図られてきたといえること、さらに、資産査定の方法として用いられた資産分類の概念等は、それまでの金融検査部による金融検査の時に使用されてきた資産分類の方法等が踏襲され、大きく

変わるものではないことなどに照らすと、『資産査定通達等』が示す資産査定の方法、償却・引当の方法等は、金融機関の貸出金等の償却・引当に関する合理的な基準であり、基準としても明確なものであると認めることができ、同様の趣旨・目的の下に発せられた『基本事項通達』の改正に伴う改正決算経理基準の内容を補充するものとみることができる。

もっとも、『資産査定通達』及び『九年事務連絡』は、金融検査官等宛てに発せられた検査の基準であり、また、『四号実務指針』は、会計監査法人等が監査をするに当たっての指針であるから、それ自体は法規範性を有するものでないし、これらが、それ自体として直ちに本件当時（平成一〇年三月期決算時）における『公正なる会計慣行』そのものであるということはできず、これらは、当時の『公正なる会計慣行』が何なのかを推知するための有力な判断資料ともいうべき性格のものと考えられる。しかるところ、金融検査官は、『資産査定通達』、『九年事務連絡』に従って検査をするものであるし、また、会計監査法人は、『四号実務指針』に沿って監査をすることになるのであり、これを受けて金融機関側でも、『資産査定Q&A』及び『追加Q&A』を作成して金融機関に周知を図っているのである。しかも、『資産査定通達』は平成九年三月に、『九年事務連絡』、『四号実務指針』は同年四月に発せられたり、公表されたりしているのであって、平成一〇年三月の決算時までに約一年あって周知の期間も確保されているといえる上、本件当時、金融機関においては、従来に比してより透明性の高い明確な資産査定等による会計処理が求められるに至っていたことに照らしても、『資産査定通達等』に定める基準から大きく逸脱するような自己査定基準の作成やこれによる自己査定はもはや許されない事態に至っていることは、金融機関の共通の認識になっていたと認められるのである。したがって、『資産査定通達等』の定める基準に基本的に従うことが『公正なる会計慣行』となっていたというべきであり、その反面、『資産査定通達等』の趣旨に反し、その定める基準から大きく逸脱する会計処理は、もはや『公正なる会計慣行』に従ったものとはいえず（補足すると、自己査定制度の趣旨・性格からして、『資産査定通達等』の定める基準に少しでも反していれば、違法となるわけではなく、同基準に反していたとしても、その程度が大きく逸脱するに至らない会計処理については、直ちに違法となるものではない。それ故、最も厳しい基準で自己査定した金融機関以外の金融機関の会計処理がすべて違法であるということには全くならない）、従前『公正なる会計慣行』として容認されていた税法基準（貸付金

のうち、法人税基本通達九―六―四等の要件を満たす額については貸倒償却・引当をする義務があるとするもの）による会計処理や、関連ノンバンク等についての段階的処理等を容認していた従来の会計処理・・・はもはや『公正なる会計慣行』に従ったものではなくなった、言い換えると、『資産査定通達等』の示す基準に基本的に従うことが唯一の『公正なる会計慣行』であり、この二つの基準の併存はあり得ないというべきである。そして、このように判断しても、新基準への改正は適正になされていること、新基準の内容は銀行の資産及び損益の状況を明らかにするという目的に照らしても合理的なものであること、基準としても明確なものといえること、平成一〇年三月期の決算から適用されることが周知されていること、会計慣行の変更に伴う企業会計の継続性の観点からみて問題がないわけではないが（特に平成一〇年三月期においてはいわゆる税法上の手当てがされておらず、翌平成一一年三月期決算においていわゆる税効果会計の前倒し適用が認められて手当てがなされた）、周知期間が『資産査定通達等』の発出等から約一年（決算経理基準の改正通知からでも約八か月）あり、それだけの期間があれば金融機関としても、対策を講じることができると思われることなどに照らして、金融機関に過酷な結果を招来するとはいえないと考えられる。原判決の説示中には、以上の判断と異なるかのような部分もないわけではないが、『資産査定通達等』の趣旨に反し、その定める基準から大きく逸脱するような会計処理はもはや許されず、『資産査定通達等』の定める基準に基本的に従うことが『公正なる会計慣行』となっていたとする点においては同旨であるから、この点は判決に影響を及ぼさない。」

［評釈］判旨疑問

一．本判決の意義

本判決は、旧長銀が平成一〇年三月に行った関連ノンバンクへの貸出金について破綻・貸倒に備えて償却・引当をしなかったことが有価証券報告書虚偽記載による証券取引法違反及びそれに伴う違法配当に関する取締役の民事および刑事の責任が追及された事件の刑事控訴審である。本件については、新聞報道等で周知の通り、一審・控訴審まで刑事では責任を肯定して有罪（①東京地判平成一四年九月一〇日刑集六二巻七号二四六九頁[1]、本件）、民事は責任を否定（②東京地判平成一七年五月一九日判時一九〇〇号三頁[2]、③東京高判平成一八年

一一月二九日判タ一二七五号二四五頁[3]）と結論の分かれた「ねじれ判決」であったところ、最高裁では、本件刑事事件の上告審（④最判平成二〇年七月一八日六二巻七号二一〇一頁[4]）が破棄自判して、責任を否定し無罪としたことで、上告棄却となった民事（⑤最決平成二〇年七月一八日未公刊）と結論が統一されることとなった。旧長銀については他に旧長銀の取締役・監査法人に対する証券訴訟（証券取引法二四条ノ五第五項、二二条、二一条一項一号）も提起された（⑥大阪地判平成一九年四月一三日判時一九九四号九四頁〔請求棄却〕）。

また、本件同様に、貸出金の評価（償却・引当の要否）について銀行取締役に対する有価証券報告書虚偽記載の民事・刑事責任が問題となったものとして日債銀事件が存在する。日債銀事件でも高裁までは刑事が有罪（⑦東京地判平成一六年五月二八日LEX/DB28105091[5]、⑧東京高判平成一九年三月一四日高等裁判所刑事裁判速報集（平一九）一四九頁）、民事では責任否定（⑨京都地判平成一五年九月二四日判時一八六三号一一九頁、⑩大阪高判平成一六年五月二五日判時一八六三号一一五頁[6]）と「ねじれ判決」であったが、刑事最高裁（⑪最判平成二一年一二月七日金法一八九一号四三頁[7]）が公正なる会計慣行の判断について本件刑事上告審判決（④判決）と同様の一般論を採用し、破棄差戻した[8]。

上告審の既になされた下級審判決の意義を考えるという作業にどれほど意味を認めるかは考え方が分かれうるところではあるが、さしあたり、評釈の対象の画定として本判決の意義をまとめると、「A銀行（旧長銀）が関連ノンバンク等（関連ノンバンクの子会社も含めているため『等』と表現する）への貸出金の引当・償却、を税法基準によって支援として債務免除した部分を除いて一切、行わない会計処理は、公正なる会計慣行に反する」と判示した点にあろう。この点を分解すると以下の三点に分けられる。

まず、第一に、大蔵省の資産査定通達等に定める基準に基本的に従うことが「公正なる会計慣行」となっていたと判示した。この第一の点は、若干の考察の余地はありうるが[9]、ほぼ民事判決でも認められ、異論のないものと思われる。

第二に、第一の点を超えて「資産査定通達等」の定める基準が唯一の「公正なる会計慣行」であると判示した点が本判決の特徴として挙げられる。「資産査定通達等」から大きく逸脱する会計処理は「公正なる会計慣行」に従ったものとはいえないとした点である。

第三に、当時のA銀行の関連ノンバンク等への債権の評価基

準を「資産査定通達等」に反しているとした点である。

そのほか、刑事法にかかわる論点として、罪刑法定主義の問題、さらに明示はされていないが違法性の意識可能性に関する論点もあるが、紙幅と評釈者の能力の限界を理由とする無秩序な問題意識の拡散を防止するため、大幅に省略する。

二　同様の事案の裁判例について

本件刑事判決（本件、①④判決）は、平成九年度有価証券報告書に掲載されている平成一〇年度三月の貸借対照表、損益計算書等において関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題となった事案である。本件と同様、長銀の関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題になった民事事件（②③判決、⑤決定）は平成一〇年三月期の決算配当のほかに平成九年九月の中間配当も問題となった事案で、違法配当（平成一七年改正前商法二九〇条一項、中間配当二九三条ノ五第三項）として取締役に平成一七年改正前商法二六六条一項一号の責任を追及した事件である。他方、証券訴訟（⑥判決）については平成九年九月の中間配当のみが問題となっており、平成九年三月の貸借対照表等における関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題となっている。このように、対象時期が微妙に異なるものの、刑事上告審（④判決）と全民事判決（②③⑤⑥）が取締役の（民事又は刑事）責任を否定したのは、本件の貸出金の評価について公正なる会計慣行違反はないと判断し、他方、本件及び原審は本件の評価が平成一〇年三月における公正なる会計慣行に反すると判断しており、この点の評価が食い違うことが結論の違いの理由となっている。

他方、株主が証券取引法二四条ノ二に基づく責任を求めた日債銀民事事件では、問題となったのは平成一〇年三月期における貸出金の評価（償却・引当の要否）である点は本件はじめ長銀刑事事件と同様であるが、貸出先が関連ノンバンクではないとされている[10]点で本件と異なり、また、別途、ヘッジ目的でオプション取引（プット・オプション）をして当該プット・オプションを資産計上している場合のヘッジ対象となる保有株式の評価を時価より高い簿価で計上することが公正なる会計慣行に反するか否かという論点も取り扱っている点も本件と異なる。そして、責任を否定した民事判決（⑨⑩判決）は公正なる会計慣行違反はないとしたのに対し、責任を肯定した刑事一審・控訴審判決（⑦⑧判決）は貸出金の評価の点について公正なる会計慣行違反を認めた。差戻した刑事上告審（⑪判決）は従前の税法

基準を採用したとしても違反の余地があるとしてその判断を留保しているが、従前の税法基準を公正なる会計慣行に反しないとしている。他にも、同じ会計ルールが問題になったものとして、なみはや銀行の監査法人に対する責任追及の事件（⑫東京地判平成一八年九月二七日資料版商事法務二七五号二四一頁）[11]があるところ、公正なる会計慣行違反を否定して責任を否定した。

このようにみると、長銀に限らず一連の裁判例において、貸出金の評価（償却・引当の要否）において償却・引当を行わないという処理が公正なる会計慣行に反するか否かが結論を分けるポイントであることが分かる。そこで、本評釈では、本判決が、公正なる会計慣行に反すると判断した手法が、他の一連の裁判例との関係でどのような特色があるのかに焦点を合わせることにする。

三　公正なる会計慣行の認定手法

（一）本判決の特徴

本判決は、資産査定通達等の定める基準を唯一の公正なる会計慣行と認めた点に特徴がある。この判断の根拠として、資産査定通達等の基準から大きく逸脱することが「もはや許されない事態に至っていることは、金融機関の共通の認識になっていた」（判時一三九頁三段）ことのみを挙げているように読める。だが、公正なる会計慣行と認められるためには、一般に、「公正」であることと、「慣行」であることの両方が求められ、金融機関の認識のみでは慣行性に対する応答にしかなっていないと思われるところ、金融機関が守らなくてはならないと思っていたという認識のみで「公正なる会計慣行」と認める判断には疑問が残る[12]。

ただし、本件および先の紹介した一連の銀行の貸倒引当金の事案を離れ、公正なる会計慣行と認めた従来の裁判例の中で、公正なる会計慣行を「公正性」および「慣行性」に分けて論じる裁判例は評者の探した範囲では存在しない。だが、従来、公正なる会計慣行が問題になったのは、多くの場合が「企業会計原則」であり、企業会計原則が公正なる会計慣行に「原則として」該当するという結論は、公正なる会計慣行の条文が導入された立法当時から議論が蓄積されていた帰結であったため、「公正性」や「慣行性」に分けて議論する必要がなかっただけではなかろうか。評釈の中にも、本判決に対して、正面から公正なる会計慣行の一般論を論じるべきであったと指摘するものがあ

る（弥永・前掲注（1）文献二七頁）。

（二）原審との対比

本判決は、以上のような公正なる会計慣行性の判断の最後に「原判決の説示中には、以上の判断と異なるかのような部分もないわけではないが」と判示しており、原審（①判決）の判示とは微妙な差異の存在がうかがわれる。

原審は大蔵省通達の中にある「決算経理基準」を「公正なる会計慣行」に当たると判断した。この根拠は、当時の銀行法が、大蔵大臣に銀行への監督権限を有することを規定していたこと（銀行法二四条一項、二五条一項、二六条）から、大蔵大臣が銀行への監督権限に基づき通達の中で銀行の決算の基準となるべき決算経理基準を定め、この決算経理基準に長銀その他の金融機関が従っていたこと、および、日本公認会計士協会の銀行監査特別委員会も決算経理基準を商法三二条二項にいう公正なる会計慣行に合致しているものとして取り扱うとしたことを挙げている。

このように原審は、大蔵省通達の決算経理基準が公正なる会計慣行であることを前提とした上で、資産査定通達等による基準が、その成立プロセス等から合理性を判断して決算経理基準を補充するものであるという論理構成によって、公正なる会計慣行となるとした。原審には、本判決と比較して、決算経理基準一般が公正なる会計慣行に該当するという大きな枠組みによる議論を採用している点に相違が見られる。そして、その前提として銀行法という通常の会社とは異なる会社法・商法の特別法としての金融法的な考察が含まれているように読める。このように金融法的な考慮が銀行など金融機関の計算書類のような商法的規制・会社法的規制にも読み込まれるという立場（Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara, *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review April 2003, 93, 97, 102）は、融資の際の取締役の責任について、銀行など金融機関の取締役はシステミック・リスク防止の観点から[13]、安全性の高い経営に裁量が狭まるという解釈[14]（岩原紳作「金融機関取締役の注意義務」落合還暦・商事法への展望［二〇〇六年・商事法務］二一一頁）と同方向に捉えることができる。

このように見ると、控訴審である本判決は金融機関の認識のみを根拠に公正なる会計慣行と認定されたかのようにも読めるが、「これらの通達や事務連絡は、金融機関の監督官庁が、その検査等に当たっての要点について一定の枠組みを定めたもの

であるから、その検査等を受ける金融機関の側にも、これに沿った対応が求められるのは当然のことであ」ると判示している点（判時一四一頁一段目）に、原審を引き継ぎ、金融機関の特殊性を認めたものと読み込むこともできよう。そして、現在の感覚からすればやや雑ではあるが、健全性確保やシステミック・リスクの防止の観点まで降りて具体的に検討するのではなく、[15]大蔵省の通達に従うということだけで金融法的考慮を満たしたと評価するのであれば、[16]このような金融法的考慮によって「当然」と判示した前掲判文より、公正性の要件も満たしたと判断したと読むことができよう。

日債銀の刑事一審判決（⑦判決）においても、金融機関の特殊性、監視・監督の必要性から、通達等に反することは公正なる会計慣行違反と判示されており、単に慣行でありさえすればよいというのはなく、金融法的特殊考慮をもって公正性の要件の充足を判断したと読むことができる点で本件及び原審と共通する。

（三）民事事件判決との対比

以上のような刑事判決に対して、民事判決は、公正なる会計慣行を否定したが、その際の判断枠組みは、刑事事件とは異なる。

まず、民事事件においては、公正なる会計慣行の一般論を提示している点が刑事事件との大きな相違である。「公正」とは会社の「財産及び損益の状況を明らかにすること」と明言し、慣行については「民法九二条における『事実たる慣習』と同義に解すべき」とし、[17]「斟酌」については、「特段の事情がない限り、それに従わなければならない」と解釈した。

民事事件では、従来の税法基準が少なくとも以前は公正なる会計慣行であったという判断を前提にして、既に通達等に基づいた会計処理が公正なる会計慣行となっている場合に、その根拠となっていた通達の内容の変更がなされると、どのような場合に新しい通達の基準が公正なる会計慣行となるのか、という問題の立て方をしている。

厳密に言えば、一審判決（②判決）は、従来の公正なる会計慣行の根拠となっていた通達の変更・改正によって新基準が公正なる会計慣行となるかどうか、という問いの立て方をしているようにも読める。だが、従来の裁判例に拠れば、公正なる会計慣行というものは複数併存しうるとされているため⑨判決、最判平成五年一一月二九日民集四七巻九号五二七八頁）、新基準が公正なる会計慣行であることを示したからといって旧基準が公正なる会計慣行でないことを示すことにはならない。

そこで、控訴審判決（③判決）は、このあたりのことにも配慮して、従来の公正なる会計慣行の根拠となっていた通達の内容の変更によって、新基準が「唯一の」公正なる会計慣行になる場合というように、原審よりも「唯一性」を強調した。

このように問題把握をした上で、一審、控訴審ともに、新基準が公正なる会計慣行になる場合、ないし、唯一の公正なる会計慣行になる場合を要件に立てている。

一審（②判決）は、①内容の公正、②企業会計の継続性の確保の観点から支障が生ずるような場合の手当て、③改正手続の適正、④新たに法規により企業会計の基準が定められた場合と同程度に一義的で明確であること、⑤規範として拘束性があることの周知徹底、の五つを要件にしている。

他方、控訴審判決（③判決）は、①「公正性の要件」として、「当該銀行の利害関係人らに対し、営業上の財産および損益の状況を明らかにするという目的に照らし、社会通念上合理的なものであること」、②「慣行性の要件」として、「その基準時点とされる時点以後、ある業種の商人の実務において広く反復継続して実施されることがほぼ確実であると認められること」、③「慣行性の要件を兼ねた唯一性の要件」として「抵触する従前の慣行に従った会計処理を廃止し、暫定的限時的にも例外的な取扱いを許容しないことが一義的に明確であること」、「基準として整備されるべき内容が明確であること」、「基準の変更に伴い関係者に対する不意打ちとなる場合には必要な手当てがなされること」、「関係者に対する周知徹底が図られていること」の三要件を立てた。そして、一義的に明確であることや周知徹底性の点から、要件の充足を否定した。

（四）刑事下級審と民事の違い

このように、刑事下級審判決と民事判決を比較すると、①問題把握の違い、②公正なる会計慣行の一般論の有無、③唯一性への無頓着（ただし民事一審も）、④当時の金融機関の認識、の四点で違いが見られる。

問題把握の方法が違うという点は、先述の通り、資産査定通達等が公正なる会計慣行と言えるか、という問題枠組みの刑事事件に対して、民事では、通達の内容の変更によって公正なる会計慣行も変更されたか、という問題の立て方であるという違いがある。

このような問題把握に違いが生じた理由としては、さしあたり以下の四つが考えられる。まず、①民事と刑事の事案の相違として、刑事では平成一〇年三月の決算配当のみが問題となっ

ているので平成一〇年三月の公正なる会計慣行を問題にすればよかった。他方、長銀民事事件は平成一〇年三月の決算配当のほかに平成九年九月の中間配当も問題になっていたため、平成九年九月時点での公正なる会計慣行と平成一〇年三月時点の公正なる会計慣行の二つが問題になった。しかも、平成九年九月時点では従来の税法基準でも公正なる会計慣行を満たすのがほぼ明らかなのに対して、平成一〇年三月時点では刑事下級審が公正なる会計慣行ではないと判示しているように意見が分かれうる。よって、この平成九年九月から平成一〇年三月までの時間経過によってどのように公正なる会計慣行が変わったのかという形で問題把握を行いやすかったということもできる。この意味では、単に事案との関係で判断しやすい形で問題を切り出したというに過ぎず、理論的に重要な差異ではない。

だが、それ以上に、刑事と民事の問題把握を分けたのは、②公正なる会計慣行というものは複数存在しうるという点への配慮の程度のように思われる。本判決も、公正なる会計慣行が複数存在しうることを認める判示は一部なされているものの、新基準が唯一の公正なる会計慣行であることを認める根拠は明示されていない。他方、民事事件では、とりわけ控訴審判決では、公正なる会計慣行が唯一決まる場合というものをかなり限定して読み込んでいる。

さらに、③刑事、とくに原審は、大蔵省通達による規範形成を、企業会計原則のような、一種の立法委任のように捉えている点も問題把握の仕方に影響を与えているように思われる。原審では、決算経理基準を一般論として公正なる会計慣行としてしまうことで、ある種の白地委任を認めているとも読める。

これに対して、民事では、見方によっては通達の内容の変更によって公正なる会計慣行が変更されたか否かという意味で立法委任（白地委任[18]）を前提としているようにも読めるが、単純に通達の内容の変更をそのまま会計慣行の変更と認定するのではなく、そのための要件を課すことで、要件の中で、公正なる会計慣行であること、唯一の公正なる会計慣行であることの判断がなされていることが確認しやすくなっている。

このような問題把握の差異をどのように評価するか。まず、刑事の原審に見られるような、決算経理基準一般を公正なる会計慣行と見た上で、資産査定通達などが決算経理基準に補充されるか否かという形で問題を把握していくことは、本来論じるべき個別具体的な基準の公正なる会計慣行該当性の問題を直接に論じずに、間接に論じることになり迂遠と評価できる。他方、民事のように、通達内容の変更が公正なる会計慣行へ与え

る影響という形で検討する必要は必ずしもなく、平成一〇年三月当時の公正なる会計慣行違反か否かを直接論じることができれば、それに越したことはない。この意味で、民事の問題把握にも迂遠なところがある。

このように刑事・民事どちらもが迂遠である理由は、本件は、通達とは異なる会計処理をしている事案で、それが公正なる会計慣行違反か否かを論じているのだから、公正なる会計慣行は複数存在しうるという従来の裁判例・学説の立場を前提にするならば、通達が公正なる会計慣行であるといっても、通達以外の会計処理が公正なる会計慣行違反になるかどうかには、直接影響しないにもかかわらず、刑事下級審・民事判決ともに、通達と公正なる会計慣行との関係という形で問題把握をしていることによる。このような長銀の事案に対して、日債銀の民事一審判決（⑨判決）が、公正なる会計慣行違反を否定する際に、「原告の主張する会計基準が、唯一絶対のものであることを認めるに足りる証拠はな」いという簡単な理由のみ判示して済ませた点は非常に参考になる。公正なる会計慣行違反の証明責任は責任追及側（株主、検察官）にあるのだから、追及側がある会計基準を公正なる会計慣行と主張するだけでは証明責任を果たしていないとして、責任を否定するのも、裁判官の適切な訴訟運営がなされるのであれば、肯定されて良いと思われる。[19]

そして問題把握方法の違いは、公正なる会計慣行が複数存在することへの配慮の程度の差異にもつながる。刑事下級審では、一審・高裁ともあっさりと唯一性を認めてしまったのに対して、民事では、とりわけ控訴審では、唯一といえるための要件として一義的明確性を課すなど、相当の配慮が見られる。民事判決にもやや迂遠な点は見られるものの、唯一の公正なる会計慣行と認定するための reasoning として、一義的明確性を要求することで、本件で問題になっているのは「公正なる会計慣行に該当する基準は何か」[20]ではなく「当該会計基準が公正なる会計慣行に合致するのか否か」であるという問題点が明白になっている限りでは、民事判決の理論構成を支持しうる。

以上のような、法律論の違いのほかに、民事と刑事下級審では、金融機関が新基準を遵守すべきと認識していたかどうかの事実認定に違いが見られる。刑事では、Yらの自白があることも相まって、金融機関一般が新基準を遵守しなくてはならないと認識していたことを認定しているが、民事事件では、自白の任意性を否定するかのような判示までして、金融機関の認識を否定している。この事実認定の違いは、税効果会計制度の導入の遅れと並べて、民事判決が一義的明確性や周知徹底性といっ

た要件充足を否定する根拠としてあげたものであり、他方、刑事下級審判決では、金融機関が認識していることが公正なる会計慣行性を肯定する論拠のようになっている。刑事下級審と民事の結論の違いの理由には、法律論のほかに、この事実認定の違いによるところも大きいと思われる。

（五）刑事上告審との対比

このような刑事下級審と民事判決の差異を経て出されたのが刑事上告審判決（④⑪判決）である。本件上告審は、本件会計処理を公正なる会計慣行に反しないとの結論を採用した。その根拠として「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、金融機関がその判断において的確な資産査定を行うべきことが強調されたこともあって、・・・大枠の指針を示す定性的なもので、その具体的適用は必ずしも明確となっておらず、取り分け、別途九年事務連絡が発出されたことなどからもうかがえるように、いわゆる母体行主義を背景として、一般取引先とは異なる会計処理が認められていた関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、具体性や定量性に乏しく、実際の資産査定が容易ではないと認められる上、資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準が関連ノンバンク等に対する貸出金についてまで同基準に従った資産査定を厳格に求めるものであるか否か自体も明確ではなかったことが認められる」として、明確性が欠ける点を強調している。このように、明確性がない場合は「公正なる会計慣行」として法的拘束力を持つことを否定した（岸田・前掲注（4）商事法務一八四五号二九頁）[21]。

刑事上告審は、厳格に償却・引当を要求する新基準が当時の「公正なる会計慣行」ではないという形で解決した。民事判決や刑事下級審判決が、新基準が公正なる会計慣行であることを前提として、旧基準（税法基準）で会計処理をすることも「公正なる会計慣行」に反してないかどうかという形で（迂遠な）問題把握をしてきたのとは異なる。刑事上告審の法律構成は当時の公正なる会計慣行を検討することのみで直接に問題を解決している。だが、この一般論を過度に抽象化すると、平成一〇年三月当時に厳格に関連ノンバンク向け貸出金の償却・引当を行った場合には「公正なる会計慣行」に反することになるというやや疑問の残る結論になりかねない[22]。このような過度の抽象化を行うべきでないとすると、刑事上告審の提示した厳格な新基準が「公正なる会計慣行」ではないという命題は、当時の「公正なる会計慣行」は、厳格な償却・引当まで義務付けていると

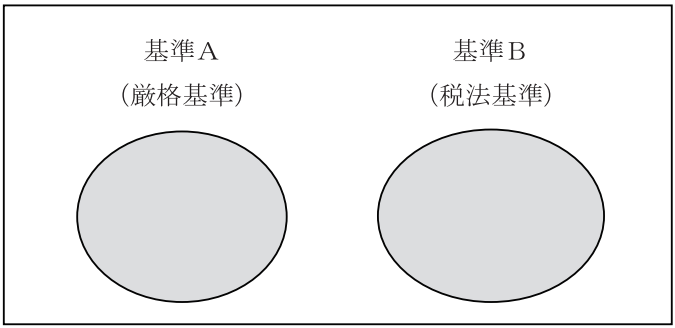
解釈するものではないということにすぎず、論拠として明確性に欠けることを強調している点からも、償却・引当の可否については幅をもったものと判断したと解するべきである。

このような上告審の判断枠組は、従前の民事・刑事下級審判決と判断枠組みが異なる。従前の民事・刑事下級審判決は「貸出金に厳格に償却・引当を義務付ける新基準」（「基準A」とする）と「税法基準として関連ノンバンク（または支援先）には貸出金に償却・引当をしない旧基準」（「基準B」とする）の二つの基準のうち「公正なる会計慣行」と認められるのはどれか、基準Aのみなのか、基準Bも含むのかという形で議論を進め、民事判決は基準Aのほか基準Bも含むと判断し[23]、刑事は基準Aだけと判断して結論が分かれたのである。対して、上告審は、基準Aとの比較として「貸出金に償却・引当を義務付けるかどうかは解釈・適用に相当の幅が生じており一定の裁量に任せられている」という基準A'を考え、この基準AとA'と比較して、基準A'を採用したのである[24]。

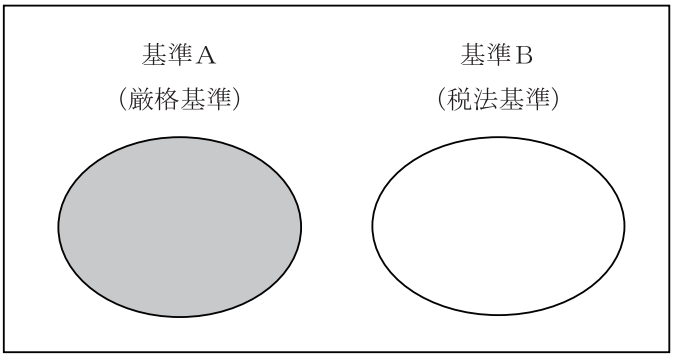
また、上告審においては、本判決と微妙に事実認定が異なっているとも読める点にも留意が必要である。本判決は、「『資産査定通達等』に定める基準から大きく逸脱するような自己査定基準の作成やこれによる自己査定はもはや許されない事態に至っていることは、金融機関の共通の認識になっていた」とするのに対し、上告審では「平成一〇年三月期の決算に関して、多くの銀行では、少なくとも関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関して、厳格に資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準によるべきものとは認識しておらず、現に長銀以外の同期の各銀行の会計処理の状況をみても、大手行一八行のうち一四行は、長銀と同様、関連ノンバンク等に対する将来の支援予定額については、引当金を計上しておらず、これを引当金として計上した銀行は四行に過ぎなかった」と判示した。この上告審の事実認定は民事判決と共通するものであり、本判決その他刑事下級審の事実認定とは異なる。上告審判決の判文からすれば、形式上、明確性に欠けるという点と金融機関の認識の問題とは分けて書いており、その上で、前者の判断の理由は主に資産査定通達の文言等のみに求めており、明確性に欠ける点のみで上告審判決の結論を導けるとすれば、金融機関の認識は傍論とも整理でき、取り立てて問題にするべきことでないのかもしれないが、実質論としては、資産査定通達等の金融機関の認識が、通達自体が明確でないとの判断の背後に入り込んでいる可能性は否定できない。

仮に、この点での事実認定に齟齬がないと理解するのであ

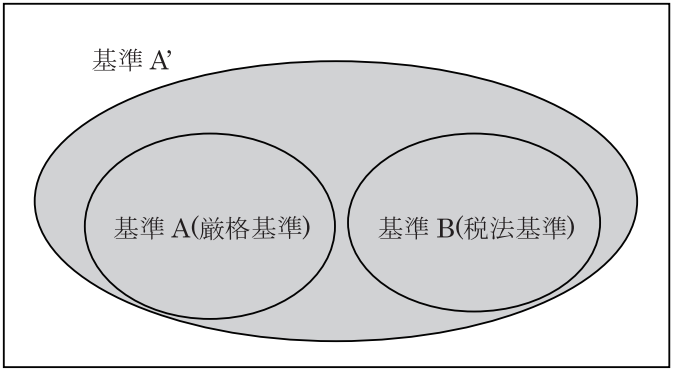
民事判決（②③⑨⑩判決）



刑事下級審判決（本判決、①⑦⑧判決）



刑事上告審判決（④判決）



れば、[25] 本判決が、当時の「金融機関の共通の認識」となっていたことは『資産査定通達等』に定める基準から大きく逸脱する」ことが許されないということであり、他方、上告審判決も「資産査定通達等に定める基準」から大きく逸脱することが許されないのが共通の認識というレベルでは判断は一致しており、「多くの銀行」が「認識して」いなかったものは、資産査定通達等に定める内容を「厳格に」適用した基準、すなわち「厳格基準」にすぎないということになろう。つまり、上告審判決では、遵守するのが共通認識となっている「資産査定通達等に定める基準」の内容の解釈が本判決と異なるのであり、その内容は、関連ノンバンクにまで厳格に適用するものではないと判断したと読むことになろう。[26]

（六）見落とされた事実

なお、本件で引当金・償却の必要性の認識まであったかどうかは別にして、実体的に不良債権である債権が大量にあることを知りながらも配当を実施した理由について、裁判所は必ずしも断定してはいないところ、スイス銀行を引受人とする増資の計画を実施する目的があったようである（判時一九一二号一五五頁二段目等）。長銀は、バーゼル規制の自己資本比率八％を維持するためには、スイス銀行に新株発行をする必要があり、スイス銀行に新株発行を引き受けてもらうためには、配当を続ける必要があったことから、配当の実施にこだわったものと推察される。そして、違法か否かはともかく、配当を実施するために不良債権処理を行ったものと推察されている。この事情はある種の故意の利益操作に近い意図を強くうかがわせるものであるが、刑事・民事の一連の判決において強調されていない。

有罪であるためこの事情への言及がそもそも不要であった刑事下級審は別にして、責任を否定した民事事件においては、新株発行の株価を維持するために配当が可能になるように計算処理をすることが認められるのか否か、また、継続性の原則という問題は検討してもよかったのではないかと思われる（得津・前掲注（2）判批一一七頁）。

四．若干の論点

最後に、刑事法の論点として二点ほど注目される点があるため簡単に言及する。まず、本件のような違法性の認識可能性と会社法での取締役の違法配当責任の任務懈怠責任化・過失責任化（会社法四六二条二項）の関係についてである。本件の刑事

下級審と刑事上告審、民事判決は、事実認定と法律解釈論の両方が異なるため比較が難しいが、刑事下級審においては、Yらは決算経理基準ないし資産査定通達等に反するという認識があるという認定はなされたものの、決算経理基準違反・資産査定通知等違反が公正なる会計慣行違反・商法違反になるという認識まではなかった。ここでは、違法性の認識可能性の問題となり、単に違法性の認識がないだけでは犯罪の成立は阻却されないということになる。

反面、民事において刑事のような公正なる会計慣行解釈が採用された場合、会社法による過失責任化・任務懈怠責任化との関係で、刑事では責任の否定を直接には導けない違法性の錯誤が、会社法の任務懈怠の存否の場面では否定する方向に働く可能性もある。会社法の取締役の任務懈怠責任は、刑法の違法性と責任のように二分論が採用されている保障はなく（潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事法務一七四〇号三八頁）、仮に二分論を採用したとしても、任務懈怠責任の中での責任概念が刑法の責任概念のように主観的要素に特化した概念とは限らない。この違いによって、本件がそうであるか否かはともかくとして、今後、刑事では責任を肯定し、民事では責任を否定するという「ねじれ判決」が発生することはありうる。(27)

また、本件のような公正なる会計慣行違反が刑事責任と結び付く場面では罪刑法定主義についても論点となっている。罪刑法定主義には、国民の予測可能性の問題と、何が刑罰の対象なのかは民主的決定の下で決すべきという法律主義の問題という異なる問題が含まれていると指摘されている（佐伯仁志「罪刑法定主義」法学教室二八四号〔二〇〇四年〕五二頁）。本判決は、国民の予測可能性のみを問題にしているようだが、そもそも「公正なる会計慣行」という条文を用いた時点で民主主義・法律主義の要請はクリアしていると見るべきなのかどうかは今なお検討すべき問題である（久保大作「商法上の会計規範の決定に関する一考察（一）」法学協会雑誌一二四巻一二号二六三一頁、原田大樹・自主規制の公法学的研究〔二〇〇七年・有斐閣〕二五三頁）。

※本件の先行評釈として野村稔・研修六九五号三頁、河津博・銀法六五九号五一七頁（銀法六七二号一〇一頁）、論文として弥永真生・判時一九一一号二五頁、片木晴彦・広島法科大学院論集三号一七七頁がある。

〔本稿は平成二二年度科学研究費若手研究（B）（課題番号：

二二七三〇〇六七）の研究成果の一部である〕

（1）評釈として船繁夫・税経新報五四三号三九頁、論文として弥永真生「会計基準の設定と『公正ナル会計慣行』」判時一九一一号（二〇〇六年）二五頁、片木晴彦「公正な会計慣行と取締役の責任：日本長期信用銀行事件の考察」広島法科大学院論集三号（二〇〇七年）一七七頁がある。

（2）評釈として船繁夫・税経新報五四三号三九頁、大塚和成・銀行法務二一六五八号九二頁、片木晴彦・ジュリスト一三一三号〔平成一七年度重判〕一〇四頁、太田剛彦・判タ一二一五号〔平成一七年度主要民事判例解説〕一七八頁、得津晶・ジュリスト一三六九号一一四頁がある。論文として弥永・前掲注（1）文献、片木・前掲注（1）文献がある。

（3）評釈として西田祥平・別冊判タ二五号一六四頁、論文として片木・前掲注（1）文献がある。なお、片木・前掲注（1）文献一八〇頁には「控訴審である東京高判平成一八年七月二四日（判例集未登載）である」とあるが、平成一八年七月二四日は口頭弁論終結日であり、判決日は平成一八年一一月二九日である（なお、片木前掲注（1）文献公刊時には③判決は公刊されていなかった）。

（4）評釈として岸田雅雄・商事法務一八四五号二六頁、岸田雅雄・私法判例リマークス〔別冊法時〕三九号七〇頁、弥永真生・ジュリスト一三七一号四六頁、弥永真生・経理情報一一九二号二六頁、渡部晃・金法一八五七号二〇頁、一八五八号二四頁、一八五九号四〇頁、津田尊弘・研修七三三号一九頁、野村稔・判評六〇七号二二頁（判時二〇四五号一六八頁）、大和正治・TKC税研情報一八巻五号五六頁、河津博史・銀行法務二一六九八号六四頁、岩倉正和＝石川智也・ビジネス法務九巻一号三三頁、韓敬新・早稲田大学大学院法研論集一三〇号二九五頁、一三二号三一三頁〔未完〕、論文として岸田雅雄「会計基準違反に対する刑事罰と公正会計慣行」早稲田法学八五巻三－Ⅰ号（二〇一〇年）二〇七頁がある。そのほか、スクランブル・商事法務一八四一号六六頁、大森泰人・金法一八九〇号四頁、一八九一号八頁、一八九二号六二頁、西崎哲郎＝野村修也＝松尾直彦＝森公高「〈座談会〉長銀・日債銀取締役証券取引法違反事件の考察」金法一八九一号一〇頁、藤田和之・民研六一六号三六頁、澤口実・ファイナンシャルコンプライアンス三八巻一一号四二頁、ローファーム・法セ六四六号一三四頁、ニュース・商事一八四〇号一二七頁等も参照。

（5）論文として弥永・前掲注（1）文献がある。

（6）評釈として大塚和成・銀行法務二一六三九号四九頁

（同・銀行法務二一増刊六四四号一〇六頁）、出口正義・判例評論五五五号（判時一八八五号二一〇頁）、岸田雅雄・ジュリスト一二九一号（平成一六年重判）一〇八頁、齋藤毅・判タ一一八四号（平成一六年度主要民事判例解説）一五八頁、片木晴彦・会社法判例百選〔別冊ジュリスト一八〇号〕一七〇頁、久保大作・法学新報一一五巻五＝六号三三三頁がある。

（7）評釈として、弥永真生・ジュリスト一三九五号八二頁、渡部晃・商事法務一八九四号四頁、一八九五号一三頁、一八九六号四八頁がある。関連してニュース一八八六号五五頁、スクランブル・商事法務一八八九号六六頁、大森・前掲注（4）文献、西崎ほか・前掲注（4）座談会参照。

（8）ただし、本件では関連ノンバンクへの貸出金の評価が問題となっていたのに対し、日債銀事件では、独立系ノンバンクないし不良債権受皿会社への貸出が問題となっており、税法基準を適用した場合に償却・引当が不要となる「支援先」に該当するか否かについて問題があることから差戻した。なお、日債銀の破棄差戻判断に反対し、無罪とすべきであったとするものとして渡部・前掲注（4）商事一八九六号五三頁。

（9）民事第一審判決（②判決）は、通達等の平成一〇年三月当時における解釈として、新基準が公正なる会計慣行ではないと認定した判示とも評価し得る（得津・前掲注（2）判批一一七頁）。

（10）刑事上告審（⑪判決）の評価に従った。ただし、日債銀事件において問題となった貸出金の融資先は日債銀もしくは関連ノンバンクの不良資産の受皿会社等も含まれており、貸出業務を行っていることが認定されていないため「関連ノンバンク」とは評価できないのかもしれないが、関連ノンバンクとどこまで別異に考えてよいかは議論の余地があろう。前注（8）も参照。

（11）評釈として滿井美江・早稲田法学八四巻二号二八三頁がある。

（12）さらに言えば、守らなくてはならないという認識のみで「慣行」と認めてしまってよいかという問題もある。慣行性として、「事実たる慣習」（民法九二条）と同様、繰り返し行われることまで要求する見解（矢沢惇・商法改正の諸問題〔一九七〇年・商事法務研究会〕一七頁、矢沢惇「商法改正要綱における商法と企業会計原則」産業経理三〇巻六号〔一九七一年〕七六頁、味村治ほか・改正商法及び監査特例法等の解説〔一九七七年・法曹会〕一一九頁、大隅健一郎・商法総則新版〔一九七八年・有斐閣〕二一九頁、矢沢惇・企業会計法講義改訂版〔一九七三年・有斐閣〕一一頁など）・裁判例（②判決）も存在する。

（13）ほかにも預金保険の存在によってdebt holderによる規律付けが機能しないということも理由に挙げられ

る。*See*, Jonathan R. Macey, *The Political Science of Regulating Bank Risk*, 49 Ohio St. L. J. 1277, *esp. in* 1280, (1989) 近時は、決済システム機能を果たす制度のうち銀行にのみシステミックリスクの問題を強調することはおかしいとする見解も有力である。*See*, Daniel R. Fischel, Andrew M. Rosenfield, and Robert S. Stillman, *The Regulation of Banks and Bank Holding Companies*, 73 Va. L. Rev. 301, *esp. in* 310 (1987). ただし、そのような見解に立ったとしても、預金の預入業務と貸付業務とを兼業する銀行業の特質（銀行法二条二項一号）から、銀行は、通常、一覧払の流動性預金債務と弁済期が固定される貸付債権を保有することになり、大きな流動性のミスマッチが発生することから預金保険を正当化でき、さらには、銀行に対して法規制により健全性確保を求めていくことを正当化できるとされている。銀行業は資産と負債の流動性比率に大きな差があるため、流動性預金者（債権者）は、他の債権者が支払いを求めないのであれば銀行業務が継続され支払を即座に求めない方が利息等を得ることができ合理的である場合であっても、他の債権者が支払いを求めるならば流動性不足により支払不能に陥るので仮に銀行業を継続させて利息を受け取ったほうが利益になるとしても自らも支払を求めにいくほうが合理的となり、しかもこのようなことを全債権者が考えれば、本来は継続したほうが預金者にとって利益となるような銀行であっても預金者が支払いを求め銀行業が停止するといういわば囚人のジレンマ状況に陥っている。このような囚人のジレンマ状況を回避するために預金保険制度が正当化される。そして、先述の通り、預金保険があるため、預金者は銀行の経営の健全性確保のためにモニタリングをするインセンティヴに欠けることから、かわりに、預金保険の保険者である国家が、債権者が適切なモニタリングをすればつけたであろう銀行の財務状況の健全性を確保するためのコベナンツの内容を、銀行規制として課していくことが正当化される（Macey, *supra*, 1280.; Fischel et al, *supra* 307. はこの点も反対）。

（14）銀行における計算書類等の適切な情報開示を重視する Jonathan R. Macey and Maureen O'Hara, *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review April 2003, 93. は、適切な情報開示が懈怠によりなされなかった場合に取締役への個人責任を課すべきとするが（id. 103）、他方、一般論としての銀行取締役の注意義務については近時の裁判例（*Antherton v. FDIC*, 519 U.S. 213 (1997)）の動向も受けて、高度化するのではなく広範になるとしている。

（15）もし仮に銀行の通常の事業会社と比較した場合の特殊性であるシステミック・リスク防止の観点や健全性確保

の観点という具体的レベルにまで降りて検討するならば、むしろ、保有債券の貸倒可能性は早く認識すべきということになり、本件や日債銀事件のように貸倒リスクの認識を遅らせた処理をする場面では、通常事業会社に比して、責任を厳格化すべきということになりかねない（得津・前掲注（2）判批一一六頁）。

（16）本件の問題となっている平成一〇年当時の状況ではこのような評価もあながち不当とはいえないのであろう。

（17）ただし、慣行性については反対説のほうが有力である。前注（12）に掲げられた文献及び弥永・前掲注（1）文献二八頁など参照。

（18）「公正なる会計慣行」概念を通じて白地委任となることに反対する見解として矢沢惇「商法改正要綱における商法と企業会計原則」産業経理三〇巻六号（一九七一年）七五頁、服部栄三「会計の慣行と法律」企業会計二三巻二号（一九七一年）四－五頁、弥永・前掲注（1）文献三五頁注（27）などがある。

（19）この点に関連して、久保・前掲注（6）判批三三八頁以下は、公正なる会計慣行の問題は立証責任を認めることのできる事実問題ではなく、従来の事実たる慣習（民法九二条）と同様、法律問題として厳格な意味での主張・立証責任を課すべきではないという方向性を示唆する。ただし、久保判批が法律問題とする意図は厳格な証明を要求すべきではなく「自由な立証で足りる」という点にあり（久保・前掲注（6）判批三三九頁）、争点形成責任まで否定するものではあるまい。本件並びに一連の訴訟では、貸出金の償却・引当に関する会計処理が公正なる会計慣行に反しているか否かが問題であって、本件会計処理とは異なる会計基準が公正なる会計慣行であることを主張するだけでは争点形成責任すら果たせていない。

（20）もちろん「公正なる会計慣行に該当する基準は何か」という問いに、該当する会計基準は複数あると回答するのであれば問題はない。だが、このような問いのたて方をすると、当時、最も望ましいないし普及していた会計基準は何かという形で認定を進め、一つの基準のみを求める思考方式に陥りがちな点を指摘したものである。

（21）岸田・前掲注（4）商事法務一八四五号の記述について、西崎ほか・前掲注（4）座談会一八頁〔野村修也発言〕は、「岸田先生はいかなる基準であっても『公正なる会計慣行』になり得るのだということを前提に、問題は『唯一性』に収斂してくるのだという形で、判決の立場を整理されたのではないか」と評しているが、岸田・前掲注（4）商事法務一八四五号の整理は、三〇頁で唯一性の問題を立てるのとは別に二九頁において適用範囲の明確性が「公正なる会計慣行」となるための要件であることを論じていることからすれば、野村修也の説く「まず考

えなければならないのは『公正なる会計慣行』になり得ない基準があるのかどうかを議論しなければならないと思います。その上で、具体的な基準が『公正なる会計慣行』になり得ることを前提に、それが『公正なる会計慣行』であると認定できたとしても、はたしてそれが唯一の『公正なる会計慣行』だったのかどうかが問題となる」（西崎ほか・前掲注（4）座談会一七頁〔野村修也発言〕）るという「二段構え」での問題把握と共通している。岸田・前掲注（4）早法二二一頁以下も一）明確性の要件と二）唯一性の要件とを区分している。

なお、明確性の問題を唯一性の要件の中で読みこむという野村の分析に近いのは、むしろ渡部・前掲注（4）金法一八五八号三〇頁、渡部・前掲注（7）商事一八九五号一六頁である。

（22）西崎ほか・前掲注（4）座談会一〇頁〔西崎哲郎発言〕。そのほか前注（9）参照。

（23）このように民事判決の枠組みを捉えた上で、基準Aが曖昧であることをもって基準Aと並んで基準B（税法基準）が「公正なる会計慣行」となる理由にはならないことを指摘するものとして片木・前掲注（1）文献一九五頁がある。反対からいえば、刑事上告審判決は、公正なる会計慣行に関して民事判決と同一の結論を取るに際し、既になされていた片木の批判に応接するべく、新基準の内容としてAもBも包摂する緩やかな基準（A'）が「公正なる会計慣行」であるという枠組みを示したものと思われる。

（24）本文の様に考えると、明確性の要件は、「公正なる会計慣行」として求められる基準の内容がいかなるものであるのか、当該基準の内容として厳格な基準が求められているのかという問題となる。明確であれば、「公正なる会計慣行」の内容として厳格な基準がその内容たりうるが、明確でなければ、「公正なる会計慣行」の内容として厳格な基準となることはありえず、裁量（幅）のある基準、すなわち緩やかな基準が内容となるということである。岸田・前掲注（4）商事法務一八四五号二九頁、岸田・前掲注（4）早法二二一頁以下、西崎ほか・前掲注（四）座談会一七頁〔野村修也発言〕の明確性の位置づけも実質的には同じものであると解する。前注（21）も参照。

（25）ただし、民事事件（民事訴訟法三一一条一項）と異なり、刑事事件では上告審が原審の事実認定に完全に拘束されるわけではないので（刑事訴訟法四一一条四号参照。最判昭和二八年一一月二七日刑集七巻一一号二三〇三頁、最大判昭和三四年八月一〇日刑集一三巻九号一四一九頁等）、事実認定に齟齬があるか否かを殊更強調する必要はないのかもしれない。

すぎないと整理できることについて得津・前掲注（2）判批一一七頁参照。そのほか前注（24）参照。

（26）民事一審判決（②判決）の判断も通達等を解釈したに

（27）ただし、このような違いによって「ねじれ判決」が発生しかねないことが規範的に望ましくないといえるかどうかは別問題である。

論　　説

国際海洋法裁判所の暫定措置命令における予防概念の意義（1）

堀　口　健　夫

目　次

序　問題の所在
第1節　予防概念の法的地位をめぐる学説の展開
　第1款　「予防概念＝国際慣習法」否定論
　第2款　「予防概念＝国際慣習法」肯定論
　第3款　近年の新たな動向：Boyle の「予防原則＝国際法の原則」論
第2節　ITLOS の暫定措置命令の検討
　第1款　国連海洋法条約における暫定措置制度
　第2款　ITLOS の暫定措置命令における予防概念の機能
　　①　みなみまぐろ事件暫定措置命令（1999年8月27日）〈以上本号〉
　　②　MOX 工場事件暫定措置命令（2001年12月3日）
　　③　ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令（2003年9月10日）
　　④　小括
　第3款　海洋法条約の解釈における予防概念の考慮の正当性
　　①　法的安定性の問題
　　②　予防概念の権威の問題
　　③　具体的条文と予防概念との関係
　　④　小括
結び

序　問題の所在

国際環境紛争においては、そもそも原因活動の悪影響に関する科学的知見が必ずしも確立しておらず、この点に関する当事国の見解の対立が紛争の基礎にある場合が少なくないが、国連海洋法条約のもとでは、同条約のもとで認められた裁判手続を利用して、こうした紛争が国際裁判所に付託される事例がみられるようになっている。そしてこれらの事件の注目すべき特徴は、原告国側が相手国の問題活動の停止を意図して、裁判所の暫定措置命令も合わせて要請している点である。例えば国際海洋法裁判所（以下 ITLOS）みなみまぐろ事件においては、オーストラリア・ニュージーランドが、日本が一方的に実施しているみなみまぐろの調査漁業の停止等を要求したほか、MOX 工場事件では、アイルランドがイギリスの MOX 工場の操業等の停止を、ジョホール海峡等埋立事件では、マレーシアがシンガポールの埋立事業の停止を求めた（なおいずれも本案の判断には至っていない。）。このように、当事国間で科学的認識が対立する状況において、相手国の行為を停止させるための一種の差し止めに近い効果を期待して、暫定措置命令の制度が活用される事例がみられる。

このような命令の要請に対して、裁判所としては、問題活動の悪影響について科学的不確実性が存在する状況において、当該活動を実質的に差し止めることが妥当であるかどうかの判断を迫られることになる。この点につき、問題活動の停止を求める側の当事国が一般に援用するのが、国際環境法分野で発展してきている予防（precaution）の概念である。同概念の定式としてしばしば引用される環境と開発に関するリオ宣言第15原則によれば、「深刻なまたは回復し難い損害のおそれが存在する場合には、完全な科学的確実性の欠如を、環境悪化を防止するうえで費用対効果の大きい措置を延期する理由として用いてはならない」とされる。このように同概念は、科学的に不確実な環境リスクへの対応を正当化或いは要請する規範であると考えられることから、リスクに関する科学的知見が十分に確立していない段階において、問題活動を規律するための根拠として援用されるのである。

しかしこの予防概念は、当初よりその法的地位や意味内容をめぐって

相当に論争のある概念である。近年の多くの環境条約とは異なり、1982年に締結された国連海洋法条約には、予防概念を定めた明文規定が存在しない。そのためそれを援用する当事国は、それを国際慣習法上の規範として援用することが一般的である。つまりここでは、一般国際法規範[1]としての予防概念が問題となるわけだが、同概念がそのような法的地位をもつか否かは学説上の１つの主たる論点を構成してきた。そしてこの論点をめぐっては、端的に国際慣習法の成立要件（一般慣行／法的確信）の充足の有無が争われてきたわけではなく、そもそも予防概念に規範的な意味内容が見出せるかどうかという観点から主に論争が展開されてきた。そこでは、あくまで一般国際法規範としての意味内容が問題とされているため、予防概念を定める個別の環境条約の条文についての精緻な解釈論が展開されるというよりは、それらの条文や関連する国家実行等に共通する要素を抽出し、一般国際法規範としての内容を明らかにすることに力点がおかれてきたのである。なかでも、潜在的に環境に悪影響を与えうる活動について、事前の無害証明がなされるまで禁止するという効果が、予防概念の独自の効果としてしばしば指摘される（本稿ではこれを「事前の無害証明」と呼ぶこととする）[2]。しかしこの法的地位をめぐる論争に終息の見込みはなく、肯定説と否定説の対立がいわば膠着した状態が続いている。

そうした理論状況を背景に、上述のITLOSの一連の事件は、それが暫定措置命令の段階にとどまるにも関わらず、予防概念の発展という観点から学説上も実務上も大きな関心を集めてきたといえる。しかしITLOS自体は、一見したところ、この概念に対してきわめて慎重な態度を示してきた。たしかにITLOSは、上述の各事件において、環境へ

[1] 本稿では、「一般国際法規範」の語を「地理的に効力範囲が限定されていない国際法上の規範」の意味で用いる。ここでの「一般」は、問題領域の横断性という意味での一般性を含意しない。

[2] こうした予防概念の効果は、学説上「立証責任の転換」といわれることがあるが、そうした議論において具体的に例示される実例をみるかぎり、そこで論じられているものは、環境損害の賠償や義務違反の追及における立証責任とは次元を異にしていることが多い。この点については、堀口健夫、「予防原則の規範的意義」『国際関係論研究』（2002年）、60頁を参照。

のリスクに関して科学的不確実性が残る状況であったにも関わらず、一定の暫定措置を当事国に命令してきたことは事実である。しかし他方では、自身の推論を展開するにあたって、予防概念に明示的に依拠することは一貫して回避してきたのである。

その結果、こうした一連の暫定措置命令については様々な評価が生まれることとなった。すなわち、それらは予防概念の法的地位については依然として不明確であるとの主張の根拠を提供する一方、予防概念がITLOSの判断に何らかの形で実質的に関与したとの評価もみられ、それらの命令は国際慣習法としての地位の証拠として参照されることすらある[3]。さらに、予防概念の関与が肯定される場合もその表現は多様であり、例えばみなみまぐろ事件暫定措置命令に対しては、「裁判所は予防アプローチを採用した」[4]、「（予防概念に関する）一定の興味深い一般的・実践的意見を示した」[5]、「事実上の予防的措置を命じた」[6]、等といった評価がみられる。またそうした肯定的な評価はみなみまぐろ事件の暫定措置命令については比較的多いが、同じように科学的に不確実な環境リスクが問題となっていたMOX工場事件やジョホール海峡等埋立事件における命令については慎重な見解も少なからずみられる。こうしたことから、ITLOSによる予防概念の基本的な扱いについても、３事件において一貫性があるとみる見解と、一貫性の欠如を示唆する見解がある[7]。結

[3] 予防概念の国際慣習法としての地位を論証・指摘する文脈で、例えばみなみまぐろ事件暫定措置命令を参照したものとして、A.Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (2002), p.172; and R.Coone, “Summary of the Workshop on `The Precautionary Principle in Wildlife Conservation” (2000), http://www.trafic.org/briefings/precautionary.html, p.2.

[4] P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd p.276.

[5] M. Fitzmaurice, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, 2009. P.11.

[6] D. Freestone, “Caution and Precaution: “A Rose by Any Other Name…”?”, Yearbook of International Environmental Law, vol.10 (2000), p.30.

[7] 前者の例としてFizmauriceは、ITLOSは一貫して予防概念に依拠したとみる。M.Fitzmaurice, *supra* note 5 . これに対して、例えばStephenは、MOX工場事件においてITLOSは、みなみまぐろ事件において示した予防概念に対す

局のところ、これらの暫定措置命令は、予防概念に関する論点を明示的に扱ってこなかったがゆえに、各々の論者が前提とし、或いは主張しようとする予防概念の法的地位やその意味内容に都合の良いように多様に評価されてきたとすらいえるかもしれない。

無論そうであるからといって、予防概念に対するITLOSのこうした慎重な対応自体は単純に非難されるべきものではない。暫定措置は、制度上緊急に判断が要求されるものであり、また本案を予断するものであってはならないことから、議論の余地のある論点を明示的に扱うこと回避するのも致し方ない面がある。そうした論点については、裁判官の間で一定のコンセンサスを形成することは時間的にも困難であり、またそれは賢明でもないと判断されることは十分に理解できることである。他方、暫定措置命令にすぎないITLOSの判断に、予防概念の展開を見出そうとする学説の姿勢自体に、直ちに問題があるともいえない。多くの論者が様々な表現で指摘しているように、上記の各暫定措置命令、或いは少なくともその一部の命令について、裁判所の判断に予防概念が関与しているとの評価の余地があることもまた確かなのである。

むしろここで問題とされるべきは、ITLOSのかかる対応の背景にある膠着した学説の対立状況であり、またITLOSの暫定措置命令の評価にあたって、かかる基本的な対立構造がいわば無批判的に維持される傾向がみられる点にあるように思われる。実際のところ、上記の一連の暫定措置命令の後も予防概念の国際慣習法としての地位をめぐる論争は継続しており、国際紛争処理機関もこの点の判断を回避する状況が続いている[8]。ITLOSの判断に関して、これほどまでに予防概念の実質的関与が指摘されていることに鑑みると、今日のこのような学説の状況は、むしろ従来の理論が必ずしも予防概念の性質や機能を十全に把握するもの

る好意的態度からは一定程度後退した可能性があると指摘する。T. Stephen, *International Courts and Environmental Protection* (2009), p.236.

[8] 近年の国際紛争処理事例をみても、例えば2006年に採択されたECバイオ技術産品事件小委員会報告は、予防概念の一般国際法としての地位をめぐる論争は依然として継続しており、その地位は不確定であることを指摘したうえで、自らもその判断を回避している。EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, paras. 7.88－7.89.

でなかったのではないかとの疑念を生じさせる。ITLOSの判断における予防概念の関与に関して、前述のような多様でかつ微妙なニュアンスの表現が与えられてきていることは、この点を示唆するものであるといえよう。

実際学説においても、近年そのような問題意識から新たな理論の動向も生まれている。その代表的な論者が英国の国際法学者であるBoyleである。彼はかつて、予防概念の意味内容の不明確さを根拠に、その国際慣習法としての地位については否定的であった。しかし近年では、専ら国際慣習法であるか否かを問題としてきた従来の学説のあり方に疑念を提起し、むしろ予防概念は、法の解釈発展において効果を発揮する「国際法の原則（principle of international law）」であると主張するようになっており、そのような予防概念の機能が伺える実例として、上述のみなみまぐろ事件暫定措置命令を挙げるのである[9]。このように、ITLOSの暫定措置命令の事例を1つの契機として、法解釈の局面を通じて間接的に国家行動に指針を与えるという、一般国際法規範としての予防概念の機能とその存在形式の特質が指摘され、従来の論争軸を問い直す動きも実際に現れるようになっているのである。

本稿の目的は、このように一般国際法としての予防概念の性質を問い直すという観点から、ITLOSの一連の暫定措置命令に改めて分析を加え、それらの命令における予防概念の意義を検討することにある。まず第1に、一般国際法規範としての予防概念をめぐる学説の展開を整理し、上述のような論争の膠着状況の要因を検討するとともに、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論に代表される学説の新たな動向の意味をまず明らかにする。そのうえで第2に、上述したITLOSの各暫定措置命令

[9] この点が比較的詳しく論じられているのは、BirnieやRedgwellとの共著である以下の国際環境法の体系書においてである。A. Boyle and P. Birnie, *International Law and the Environment,* 2nd ed. (2002), p.120. また同書の第3版（2009）も参照。これらの共著者のうちこうした予防概念の性格を単著においても指摘しているのは、管見の限り、Boyleに限られることから、以下ではBoyleの「予防概念＝国際法の原則」論という言葉を用いるが、これはあくまで便宜上のことであり、他の共著者が同様の立場にあることを勿論否定するものではない。

において、Boyle が指摘するような機能の展開が果たして見いだせるのかどうかについて、判事の個別意見や学説も手がかりとしつつ詳しい検討を加える。そして第３に、ITLOS が予防概念に依拠することの正当性の問題に焦点をあて、同概念の機能の射程と論点を明らかにする。最後にこれらの検討結果をまとめるとともに、ITLOS の暫定措置命令における予防概念の意義とその一般性を考察し、今後の課題を示して結びとする。

ここで本論に入るまえに、本稿の用語法について１点確認しておく。条約や国際文書、学説においては、「予防原則（precautionary principle）」或いは「予防アプローチ（precautionary approach）」という文言がみられるが、これらの概念の区別について論者の理解は一様ではなく、互換的に理解する者もいれば異なる概念として認識する者もいる[10]。また区別される場合も、その区別の基準は必ずしも一様ではない[11]。そこで本稿では、理解の混乱や予断を防ぐために、「予防原則」・「予防アプローチ」を総称して「予防概念」と呼ぶこととする。ここでいう予防概念はその最低限の意味として、「環境に対する悪影響について科学的不確実性が存在することを、防止措置をとらない理由としてはならない」という内容を含む。この程度のきわめて抽象的な内容であれば、それが「予防原則」・「予防アプローチ」の共通要素であることに異論は

[10] 互換的に理解するものとして、例えば N. de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* (2004), p.92; and D. Freestone, "The Road from Rio: International Environmental Law after the Earth Summit", Journal of Environmental Law, vol.6 (1994), pp.210-213.

[11] 例えば Segger らは、「アプローチ」が技術あるいは手続の態様であるのに対して、「原則」はアクターに対して法的に拘束力を持ちうる点を強調する。M.C.Segger and M. W. Gehring "Precaution, Health and the World Trade Organization：Moving toward Sustainable Development", Queen's Law Journal, vol.29 (2003/4), note.16. 他方、後述するように、漁業分野においては、柔軟な利益衡量を許容するか否かという観点から両者の区別が論じられることが多い。この点については例えば、S. Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in International Law* (2002), pp.17f.

少ないといってよいだろう。勿論こうした定義は便宜上のものであり、それ以上に内容を洗練化させる必要性を否定するものではない。また本稿での予防概念という言葉は、その法的地位についても一定の理解を含意しないものとする。なお学説や判決等を引用する際には、原文に即して「予防原則」・「予防アプローチ」という言葉に言及することとする。

第1節　予防概念の法的地位をめぐる学説の展開

第1款　「予防概念＝国際慣習法」否定論

予防概念が国際法学における本格的な研究対象となり始めるのは、1990年代に入ってからのことである。当初は予防概念のそもそもの法規範性を否定する理解が支配的であったが、予防への国際的支持を表明した1992年の環境と開発に関するリオ会議以降、環境保護に関わる条約や国際文書の多くが「予防原則」或いは「予防アプローチ」を明文化するようになり、学説においても国際慣習法の規範であるとする理解が近年有力に主張されるようになっている。こうして予防概念が国際慣習法上の規範であるか否かという法的地位をめぐる問題は、これまで学説上の主たる論点を構成してきた。しかし今日においてもなおこの論争の終息の見込みは乏しく、ITLOSをはじめとする国際紛争処理機関も、この点については明確な判断を下すことを一貫して回避してきている状況にある。

かかる理解の対立と膠着状況は何に起因するのか。環境条約における予防概念の実定規則化や条約実践の集積、国内立法の進展等に鑑みたとき、もし論争の核心が単純に国際慣習法の成立要件（一般慣行・法的確信）の充足の問題にあるのであれば、この論争も近い将来決着をみるようにも思われる。しかし当初より一貫して問題視されてきたのは、予防概念のもつより根本的な特性であった。すなわち、その意味内容の抽象性・曖昧さこそが、国際慣習法としての地位の承認をしばしば妨げてきたのである。

当初から予防概念の法規範性を否定してきた論者も、一般慣行や法的確信の要件の充足の問題を論じる以前に、同概念の曖昧さを繰り返し問

題としてきた。例えばBodanskyは、「予防原則は環境問題に対する一般的アプローチを提供するが、それは規制の基準として機能するにはあまりに曖昧である。なぜならそれは、どれだけ慎重であるべきかを特定しないためである」と述べ、予防行動の前提となる環境危険のレベルや、要求される措置の厳格さなど、その要件や効果が不明確であることを理由に、予防概念の法規範性を否定している[12]。またHandlも、予防概念の意味内容が明確ではない点を挙げ、「予防原則」は国際法上の用語としては確立していないと結論する[13]。そして前述のBoyleも1992年の段階においては、「予防原則には非常に様々な解釈があり、いくつかの適用における新規で広範囲な効果が、予防原則がまだ国際法上の原則ではないことを示している」との結論を示していた[14]。

たしかにこうした否定論が支配的であったのは、予防概念を規定する条約や国家実行等の集積がまだ乏しい時期のことであり、そうした時代状況がその意味内容の明確な理解を困難にしていたことは否定できない。しかしこのような否定的評価は、今日においてもなお根強い。例えばWTO小委員会も、ECバイオ技術産品事件（2006）において、「予防原則の明確な定義と内容に関しては問題が残されている」と述べ、そのことが一般国際法の規範としての性格づけを困難としている主たる理由と考えられていることを示唆している[15]。また同事件では、当事国たる米国が以下のように述べ、予防概念は国際慣習法の規範とはいえないとの主張を展開している。「米国は、以下の理由により、予防が国際慣習法の準則（rule）となるためのいかなる要件も充たしていないと主張する。①それは明確な内容をもたず、ゆえに国家の行動に対して権威的な指針を提供するとはいえないので、準則であると考えることはできない。②予防を支持する者によっても一様に定義すらできないことから、

---

[12] D. Bodansky, *ASIL Proceedings* (1991), p.415

[13] G. Handl, "Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law", in W. Lang, *et al.* (eds.), *Environmental Protection and International Law* (1991), p.78.

[14] P.Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment,* 1st ed. (1992), p.98.

[15] EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 7.88.

それは国家の実行を反映するものとはいえない。③予防は定義しえず、ゆえに法的な規範とはいえないので、国家が法的義務であるとの意思でそれに従っているとは主張しえない。」[16]このように、予防概念の国際慣習法としての地位を否定する議論をみてみると、そこでは端的に一般慣行と法的確信という２要件の充足が問題とされていたというよりは、そもそも一般国際法規範としては規範としての明確な意味内容が見出しがたいという点が、その主たる根拠とされてきたのである[17]。

このように、今日においても依然として予防概念の曖昧さが問題とされる背景には、以下のような事情があると考えられる。まず第１に、条約やその他の国際文書における予防の定式のあり方が多様である[18]。大雑把に分類しても、予防概念には、①「科学的不確実性は環境保護措置をとらないことを正当化しない」とするもの、②「科学的不確実性は環境保護措置をとることを正当化する」とするもの、そして③事前の無害証明（立証責任の転換）を求めるヴァージョンの存在が指摘されており[19]、さらに細かく見ていけば、損害のおそれの程度等の適用条件について、定式は統一されていない。こうしたことから、個別の条約上の規範としてはともかく、一般国際法規範としての具体的な意味内容を見出

---

[16] *Id.,* para. 7.82.

[17] もっとも、端的に国際慣習法の成立要件の充足の観点から、そうした法的地位を否定する議論がみられないわけではない。例えば Atapattu は、学説で指摘される国家実行は西欧先進国の実行に偏っている点を指摘する。S. Atapattu, “Book Reviews: Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law. By Arie Trouwborst”, American Journal of International Law, vol.96 (2002), pp.1017f. また高村は、1992年の気候変動枠組条約での予防概念の条文化の際に、その一般国際法規範としての地位を否定する文言がわざわざ挿入された例に言及し、法的確信が十分成熟していないことを指摘する。高村ゆかり「国際環境法におけるリスクと予防原則」思想963号（2004年）、70頁。しかし予防概念の国際慣習法としての地位を否定する多くの見解は、そもそもの意味内容の曖昧さに言及する。

[18] この点については、例えば、UNU-IAS Report, *Trading Precaution: The Precautionary Principle and the WTO* (2005), pp.6f などを参照。

[19] J.B. Wiener, “Precaution”, in D. Boadansky, et.al., (eds.) *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007), pp. 602-607.

すことは容易ではない。また第２に、予防概念の適用の帰結は、文脈により相当に異なるという現実がある。例えば海洋投棄の分野では投棄の原則禁止をもたらしたと考えられるが、一般に漁業分野では科学的不確実性を考慮した慎重な漁獲基準等の設定にとどまる[20]。特に後者の漁業分野においては、「予防原則」ではなく「予防アプローチ」であることが強調される傾向があるが、後でも詳しく述べるように、その趣旨は、予防が予め特定の具体的行動を指示するような一般国際法規範ではなく、文脈に応じて柔軟な利益衡量を予定する指針にすぎないことを強調することにある。同様の観点から予防概念が「原則」ではなく「アプローチ」と性格づけられた事例として、例えばWTO・ECホルモン事件における米国の主張を挙げることができる[21]。

国家実行等が相当に集積しつつある今日においてもなお、国際慣習法としての地位の承認がしばしば妨げられてきた背景には、このような予防概念の特性があると考えられる。予防概念の本質は、cautionやvigilance、prudenceといった言葉によって端的に表現されることがあるが[22]、少なくともこうした概念はそれ自体国家に特定の行動を指示す

---

[20] 海洋投棄分野における予防概念の発展については、例えば、堀口健夫「国際環境法における予防原則の起源：北海（北東大西洋）汚染の国際規制の検討」『国際関係論研究』15号（2000年）を参照。また漁業分野における予防概念の展開については、例えば、T.Henriksen, “The Precautionary Approach and Fisheries: A Nordic Perspective”, in N. de Sadeleer, *Implementing the Precautionary Principle:Approaches from the Nordic Countries, EU and USA* (2007) を参照。

[21] United State appellee’s submission, para.92.

[22] 例えば、後でも触れるように、ITLOSみなみまぐろ事件（暫定措置命令）において、オーストラリア・ニュージーランドは、「予防原則は、このような不確実性に直面するなかで、決定における用心（caution）と警戒（vigilance）を求める」と主張していた。Separate Opinion of Judge Laing, para.12. また2001年ITLOSMOX工場事件暫定措置命令においても、アイルランドが「予防原則は政策決定者、並びに‥裁判所に対して、不確実性に直面している際には、賢慮（prudence）と用心（caution）を行使することを指示する。」と主張している。ITLOS/PV.01/06/REV.1, p.12f. 学説においても、例えばSandsは、「最も一般的なレベルにおいては、予防原則は、環境に悪影響を与えるかもし

るような規範的命題であるとは考えにくい。「予防概念＝国際慣習法」否定論の大半は、まさしくその点を問題としてきたのである。

第２款　「予防概念＝国際慣習法」肯定論

以上の否定論に対して、1992年のリオ会議以降の時期には肯定論も有力に主張されるようになる。そしてそれらの議論の多くは、国際慣習法の成立要件の充足を論ずる前提として、否定論が強調した意味内容の問題に理論的に対応を試みてきている。その主たる対応は、予防概念の定式や適用の帰結に多様性があるという現実を認めたうえで、そうした特性をもった概念を規範として構成すべく、国際法規範の性質分類の検討を深めるというものであった。一言でいえば、それは「準則（rule）」と「原則（principle）」との区分論であり[23]、予防概念は準則ではなく原則なのだから、内容の抽象性や曖昧さはその規範性を損なうものではなく、むしろその本質であるといった反論がなされてきた。例えばFreestoneは、「原則は具体的な義務を課すよりむしろ、指針として役に立つ。予防原則は予防にむけた議論の根拠を明らかにするが、完全な保護を保証するような特定の１つの決定を求めるわけではない」との見解に言及したうえで、「その適用、さらには内容についてすら曖昧さが残るのは、原則の本質である」と述べる[24]。こうした議論は、「予防概念＝国際慣習法」肯定論者に広く認められる[25]。そうした規範類型の区別

れない活動に関する決定を行う際に、用心しつつ慎重に行動すること（to act carefully and with foresight）につき、国家が合意していることを意味する。」と述べる。P.Sands, *supra* note 4, p.272.

[23] 法哲学や憲法等の分野では、ruleと対比されるprincipleは「原理」と訳されることが比較的多いが、国際法学、或いは少なくとも国際環境法学においては「原則」という訳が一般的であるため、本稿ではそれに従うこととする。

[24] D. Freestone, “International Fisheries Law since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle”, in A.E. Boyle and D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (1999), p.136.

[25] 例えば、H.Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principle of Modern International Law: The Precautionary Principle: International Environmental*

を前提としたうえで、条約や国際文書等で様々に定式されている予防概念の中から、典型的な定式や、ほぼ異論なく認められる共通要素を抽出し、少なくとも原則として機能するには十分な意味内容が認められると主張するのである。例えばSandsは、予防概念の核心はリオ宣言第15原則に現れているとする[26]。またCameronとAbouchar は、１）規制をしないことで無視できない損害のおそれがあること、２）因果関係に関して科学的確実性を欠くこと、３）１・２の状況において規制をしないことは正当化されないこと、の３点に予防概念の本質を見出している[27]。

このような「準則」／「原則」の分類論を展開する論者のほとんどが参照するのが、Dworkinによる以下の区別である[28]。「法準則は、白か黒かはっきりした形で適用される。つまり法準則に規定された事実が存在するとき、当該法準則が効力のあるものであれば、法準則が指示する解決はそのまま受容されるべきであり、逆に法準則が効力なきものであれば判定に何の寄与もしない。…だが原則は、…そのようには機能しない。きわめて準則に近いと思われる原則であっても、それが提供する要件が充足された場合に自動的に導かれるような法的帰結を提示するわけではない。…原則は論証を１つの方向に導く根拠を提供するが、（準則のように）特定の判断を必然的に生み出すものではない。…ある特定の原則が我々の法原則であると述べるとき、そこで意味されていることは、当

Law between Exploitation and Protection (1994), p.344.; Trouwborst, *supra* note 3, p.52.

[26] 例えばP.Sands, Principles of International Environmental Law, 1st ed. (1994), p.202.

[27] J.Cameron and J. Anouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996), p.45.

[28] 上で引用したFreestoneは、たしかに自身の論文ではDworkinの議論を直接参照していない。しかし彼は、Nollkaemperの論文における準則と原則の区分を参照しているが、そのNollkaemperはDworkinの議論を明示的に参照している。A.Nollkaemper, ""What You Risk Reveals what you value", and Other Dilemmas Encountered in the Legal Assault on Risks", D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996), p.80.

該原則につき、もし（事件と）関連性があるのであれば、何らかの方向へと論証を導く１つの考慮として、公務担当者はそれを斟酌しなければならないということである。…以上の相違には次のような相違が含まれている。原則には法準則には無い特性、つまり重みとか重要性といった特性がみられる。複数の原則が抵触しあうとき、この抵触を解決すべき者は両者の相対的なウエイトを考慮に入れる必要がある。…法準則一般にはこの特性が無い。２つの法準則が抵触すれば、どちら一方は妥当する法準則ではありえない。」[29]

要するに Dworkin によれば、準則が一義的に法的問題への回答を提供する規範であるのに対して、原則は法的問題に対する推論を一定の方向に導くにとどまる。また、準則とは異なり、原則については対立する規範が同時に妥当する可能性があり、その間では比較衡量がなされる余地がある。以上の点で準則と原則とは「質的に」区別されている。亀本によれば、準則と原則を区別する論者の立場は大きく３つに整理される[30]。第１に、両者の分類は困難であるとして下位の規範の間でみられる類似性・非類似性に着目すべきであるとする立場（類似テーゼ）、第２に、準則と原則の分類は容認するが、両者の相違は程度問題にすぎないとする立場（程度による区別テーゼ）、そして第３に、両者の間には質的な相違があるとする立場 (質的区別テーゼ) がある。そしてこの区別によれば、Dworkin は第３の立場に分類されることになる。

だが Dworkin の議論を参照する国際環境法学者の実際の議論をみてみると、結局のところ準則と原則の区別も、実質的には単なる程度問題に還元されてしまう場合も少なくない。例えば Freestone や Hohmann といった論者も、基本的には原則の本来的な抽象性を端的に指摘するにとどまり、そのことで否定論者の問題提起にいわば消極的に対処しているにすぎないように思われる[31]。つまり、内容が曖昧で抽象的であって

[29] R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978), pp.24f

[30] ここでの亀本の整理は、Robert Alexy による分類に従っている。亀本洋「法におけるルールと原理（一）ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に」『法学論叢』122巻２号（1987年）、25頁を参照。

[31] 他にも例えば Nollkaemper は、Dworkin の議論を参照しつつ越境水汚染の

も原則としての予防概念の規範性は損なわれないと反論するにとどまっており、準則とは異質な原則としての予防概念の機能の展開をより積極的に実証しているとは言い難い。

たしかにSandsのように、原則の機能をより積極的に検討する論者も見られる。彼は準則とは異なる原則の機能として、①準則の解釈の指針の提供、②将来的な義務のあり方に関する交渉・明確化の基礎の提供、③検証や遵守に関する手続規則の解釈への作用、の３点を挙げている。しかしそうした原則の機能は、原則という法規範のカテゴリー一般について学説や判例等を手がかりに列挙されているにすぎず、予防概念がそうした機能を実際に果たしているということが十分に実証されているわけではない[32]。

他方国際環境法における予防概念の発展を比較的詳細に検討した著作では、むしろDworkinによる準則と原則との区別が曖昧にされる傾向がみられる。例えばTrouwborstは、一般国際法上の予防的権利・予防

条約体制における原則の機能を列挙するが、少なくともそこでの著述では、準則と原則を質的に区別しているかは疑わしい。例えば彼は、「原則の‥カテゴリーは、一般的に定式された準則を含む」と述べており、原則の定義に準則の概念が入りこんでいる。該当箇所の節の表題（「特定性の程度（Degrees of Specificity）」）にもあるように、実質的には程度問題として処理してしまっているように思われる。A.Nollkaemper, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint* (1993), pp.20f.

[32] P.Sands, “International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles”, in W. Lang, ed., *Sustainable Development and International Law* (1995), pp.56f. を見よ。Sandsの議論のスタイルは、学説や判例に基づいて準則と原則の区別をまず一般論として提示し、その後国際環境法の諸規範を順に列挙し、発展史や意味内容を順に概説していくというもので、個々の規範の原則としての機能の展開を綿密に実証したものであるとは言い難い。この点については、他にSands, *supra* note 4 も参照。またそのために、結局のところSandsは、列挙された諸規範が準則であるか原則であるかを明示しなかったとの評価も可能である。この点についてはU.Beyerlyn, “Different Types of Norms in International Environmental Law: Policies, Principles and Rules” in D. Bodansky, J. Brunee and E. Hey, (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007), p.430.

的義務の定式を試みているが、そうした権利義務を導く予防概念が、Dworkin のいうところの準則なのか原則なのかは判然としない。たしかに Trouwborst は、予防概念を終始予防「原則」と表現し、予防概念の適用が単純にイエスかノーかの答えを必ずしももたらすわけではないと指摘している。しかしあくまで「必ずしも」であって、「これらの本来的な限界にも関わらず、具体的事案において国家の行動に指示を与えるのに、予防原則はしばしば十分具体的であった」とも述べている[33]。このように Trouwborst は、予防概念を「原則」と性格づけ、その際に Dworkin の区別に依拠する論者の著作を参照しているにも関わらず、準則との質的な区別をどこまで意識しているのは明確ではない。他方 de Sadeleer のように、Dworkin による準則と原則の質的区別をはっきりと意識したうえで、積極的にその区別の相対化を論じる者もいる。彼は Dworkin による区別の中間に位置するものとして、「不確定な内容の準則」なるカテゴリーを提唱し、予防概念はそのような性質の規範として把握しうるとする[34]。その結果、少なくとも Dworkin の指摘する準則との規範としての差異は、内容の明確さに関する程度問題に帰結する[35]。

このように予防概念が国際慣習法の規範であることに肯定的な論者は、ほぼ一様に前述の Dworkin の区別を参照して原則としての性質を強調してきたが、そうした性質をもつ予防概念の機能の展開を十分実証してきたわけではなく、またそれが比較的実証される場合も準則と原則の質的相違は、意識的に或いは無意識に、曖昧にされる傾向がみられた。勿論、両者を質的に区別するとしても、その区別に意味内容の抽象性の程度が全く無関係とはいえない以上は、両者の区別が常に一定の曖昧さを伴うことは避け難く、準則と原則の区別を端的に程度問題に還元するというのも 1 つのありうる立場である。だがここで問題なのは、そうし

[33] A. Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States* (2006), P.296.

[34] De Sadeleer, *supra* note 10, P.368.

[35] 他に Dworkin の準則・原則の区別の相対性を強調するものとして、J. Verschuuren, *Principles of Environmental Law: The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European and National Environmental Law* (2003), p.38.

た立場に立つことが前述のような「予防概念＝国際慣習法」否定論に対する自身の反論の説得力を少なからず損なってしまう点にある。なぜならそうした否定論の主たる論者は、予防概念を Dworikin のいうところの準則として定式化することの困難を指摘していたと理解できるからである。例えば Handl や1992年当時の Boyle らは、伝統的な重大損害禁止規範との関わりで、この点を問うていた。彼らはたしかに予防概念の法規範性を否定したが、科学的不確実性を伴う環境リスクに対して一般国際法が全く無力であると主張していたわけでは決してない。例えば Handl は、科学的不確実性が伴うリスクに関しては、伝統的な重大損害禁止規範（ここで Handl は「防止義務」との言葉を用いている）によって、ある程度対応が可能であることを示していた。まずこの伝統的な法規範については、トレイル溶鉱所仲裁判決（1941年）にまで起源をさかのぼる相当の注意義務であり、重大な危険を伴う行為を控えることを国家に義務づける法規範であるとする[36]。そのうえで、そのような環境への危険が重大であればあるほど、求められる証明の基準は低下する（つまりより一層の科学的不確実性の余地が認められる）という点は、今日では自明であるとの議論を展開しているのである[37]。また Boyle も、温暖化等の地球環境損害の事前防止の局面においては、伝統的な注意義務との関連で立証基準を緩和することが、不確実性の余地を認めない考え方よりも、現実的なアプローチであると述べていた[38]。このように、既存の重大損害禁止規範の要件を合理的な範囲で操作することで、科学的に不確実な環境リスクへの一定の対処が可能であることは否定されていなかったのである。

ここで重要な点は、学説上、重大損害禁止規範は、越境汚染により生じた損害について、国家責任法を援用する根拠として理論化されてきたということであり、Handl や Boyle らもこの点をふまえて論じているという点である。つまりその機能は、相当な注意を伴って行動することを国家にそれ自体で直接義務付けることにあり（防止義務の設定）、その

[36] Handl, *supra* note 13, P.76.

[37] *Id.*, P.77.

[38] Birnie and Boyle, *supra* note 14 , P.97.

義務違反を根拠に越境汚染損害の国家責任を問うことを可能とすることを目的としていた。そこでは相当の注意を欠けば自動的に国家の義務違反が認定されるのであり、かかる規範は、少なくとも Dworkin による区別に従えば、実はむしろ準則としての性格をもつ規範であるといえる[39]。そうすると、少なくとも Dworkin の質的区別を前提とするのであれば、上記の Handl らの議論は、準則としての性質をもつ重大損害禁止規範の厳格化ということ以上に、別途予防概念なる一般国際法規範を認めることは困難である、という主張として理解されるはずである。つまりそこでは、重大損害禁止規範とは別個の規範としてあえて予防概念を定式することの意味が問われていた。そして今日においても、前述の WTO・EC バイオ技術産品事件における米国の主張のように、準則と原則の区別を前提としたうえで、国際慣習法の準則としての意味内容が見出しがたいとの主張がみられる。

---

[39] Dworkin の区別に依拠しつつ、重大損害禁止規範を準則として明確に性格づける議論として、Beyerlin, *supra* note 32, p.439. また Winter は、Dworkin を直接参照しないが、Robert Alexy の準則・原則の区別を手がかりに、準大損害禁止規範は実は準則であることを指摘する。G.Winter, “The Legal Nature of Environmental Principles in International, EU and Exemplary National Law”, Winter (ed.), *Multilevel Governance of Global Environmental Change* (2005), p.595. Dworkin と Alexy の議論には相違点があるが、少なくとも Winter は、Alexy の区別として「原則は他の原則との衡量に開かれているのに対して、準則はいかなる場合においても適用されるべきものである」という点を念頭に置いており、Dworkin の議論とほぼ類似の区別を前提に論じていることはたしかである。

もっとも、相当の注意を欠いたと裁判所が判断すれば必ず国家の義務違反が認定されなければならないという意味では、重大損害禁止規範はたしかに準則といえるが、ある行動が相当の注意を欠いたかどうかの判断においては、他の原則も考慮されうるのであり、実際には原則と類似の機能を果たしうるとの評価もありうる。この点につき Dworkin も、「合理的な」或いは「不注意な」といった文言を含む準則の適用が、準則に外在する他の原則等に依存する可能性を認めているが、それでも準則は原則へと完全に変化するわけではないとする。その場合、当該準則が依存しうる他の原則の種類は限定されるからだという。Dworkin, *supra* note 29, p.28.

このような指摘に対して、予防概念の法規範性を肯定するための反論の仕方は、少なくとも２つ考えられる。１つは、重大損害禁止規範とは別個の準則としての定式が可能であることを示すことであり、もう１つは、準則とは異質な規範的性格を明らかにすることである。予防概念独自の効果としてしばしば指摘されるのが事前の無害証明であるが、「予防概念＝国際慣習法」肯定説のほとんどの論者は、それを予防概念の適用の自動的な帰結とはとらえていない[40]。Dworkin の区別に依拠している以上、彼らは後者の立場、すなわち重大損害禁止規範との内容の違いではなく、規範としての異質性を主張する立場をとったはずである[41]。しかしながら、予防概念を原則として性格づけてきた論者の大半は、予防概念の基礎はこの重大損害禁止規範にあることを自明のごとく指摘するか[42]、或いは、両規範の関係についてはほとんど関心を寄せてこなかったのである[43]。まさしくこうした扱いに、従来の学説における、準則と

[40] 例えば、Trouwborst, *supra* note 33,p.227. 他方 Marr は、事前の無害証明を予防概念の適用の自動的な帰結とみているようであるが、実質的には環境影響評価義務とほぼ同一視しており、必ずしも予防概念の独自の内容を論ずるものではない。S. Marr, *supra* note 11, p.17. もっとも Marr は、Dworkin の区分に依拠しつつ、予防概念を原則と性格づけている。

[41] 無論全ての論者が、Dworkin がいうところの原則として予防概念を性格づけているわけではない。例えば Beyerlin は、予防概念は原則ではなく準則であるとする。Beyerlin, *supra* note 32, p.440. を参照。また前述のように De Sadeleer は、いわば中間的なカテゴリーとして「意味内容の不明確な準則（rules of indeterminate content）」を論じ、予防概念はそうした規範の出現を示すものであると指摘する。De Sadeleer, *supra* note 10, pp.306-310. を参照。

[42] 例えば Cameron らは、ストックホルム人間環境宣言第21原則を科学的不確実性の状況に拡張したものとして、予防概念を理解する。Camron and Abouchar, *supra* note 27, p.45. を参照。また Freestone も、予防概念は、科学的不確実性の残る状況でも防止措置を求めるという点が革新的なのであって、重大損害禁止規範以上の内容を含むものの、既存の概念や義務から完全に逸脱するものではなく、あくまでその延長上にあるとする。D.Freestone, “International Fisheries Law since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle”, in A.E. Boyle and D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (1999), p.139.

[43] 例えば Sands は、予防概念と従前のストックホルム第21原則・防止原則の

原則との質的区別の論証の不十分さが象徴されているといえよう。そしてこのような議論のあり方が、否定論による基本的な問題提起を繰り返し許容し、国際慣習法としての予防概念の法的地位をめぐる論争が一種の膠着状況に陥っている大きな要因となってきたことは否定しがたいのである。

以上のように、予防概念を明文化する条約や国家実行が比較的集積している今日においても、否定論と肯定論との対立状況が継続している基本的な要因は、まず第1に、同概念をめぐる抽象的かつ多様な定式と、文脈に依存した様々な効果の存在に由来する、その意味内容の曖昧さの問題であり、また第2に、学説における準則／原則の区別の理論的・実証的検討の不徹底にあるといえる。他方、以上の検討からうかがえるように、こうした対立状況を打開するための1つの手がかりは、伝統的な重大損害禁止規範との異質性を改めて問い直すことにあり、近年そのような方向をより徹底する試みが当初否定的見解を示していたBoyleによって展開されるようになっている。それが次にみる、「予防原則＝国際法の原則」論である。

第3款　近年の新たな動向：Boyleの「予防原則＝国際法の原則」論

前述のように、かつてBirnieと共著の体系書International Law and the Environmentの第1版（1992）においては、Boyleは予防概念の法規範性を否定する見解を示していたが、同書の第2版（2002）以降では

もとでの義務との関係については特段に論じることなく、国際環境法の一般原則・準則のカテゴリーとして、それらを並列に指摘するにとどまる。この点については、Sands, *supra* note 4, p.235-249 and p.266-279. また、重大損害禁止規範に基づく損害の事前防止義務と予防概念の差違として、防止対象となる危険の科学的確実性・不確実性の区別を指摘するにとどまり、さらにそこから、確実性・不確実性という区別の相対性を根拠に、重大損害禁止規範と予防概念との間の関係の理論的検討の有益性に疑問を提起するような議論も見られる。例えば、Hohmann, *supra* note 25, pp.334f. を参照。また、やはり両規範の対象とする環境危険の相対性を指摘するにとどまるものとして、Trouwborst, *supra* note 3, p.38. を参照。

その見解に変化がみられる。まずBoyleは、「予防原則或いはアプローチの意味、適用、含意に関する不確定性は、それが国際慣習法である、或いはそうではないといった主張があまりに単純であることを示している。」と述べ[44]、専ら国際慣習法としての法的地位を主たる論点としてきた従来の学説のあり方自体に疑問を投げかける。そのうえで、予防原則については国際的なコンセンサスが認められる法的に意味のある核となる内容が存在するとし、政策決定者や裁判所が依拠しうる「国際法の原則」であると主張する[45]。Boyleによれば、その核となる内容とは、「環境保護や天然資源の持続可能な利用に関わる義務を実施する際には、国家は、損害の証明がまだ存在しない場合であっても、深刻な損害のリスクの可能性を示す十分な証拠がある時には、不行動を正当化するために科学的不確実性に依拠することはできない」というものである[46]。そのうえでBoyleは、こうした「国際法の原則」は、「法的効果を有するために慣習法の準則を創出する必要はなく、むしろその意義は、他の法準則の解釈・適用・発展に対して発揮しうる効果に主に由来するものである」とする[47]。

Boyleが実際に自身の著作において参照しているように、彼のこうした主張とほぼ趣旨を同じくするものとして、「持続可能な開発（sustainable development）」概念の規範性に関するLoweの議論がある。Loweは、「特定の行動を命令・禁止・許容する規則」を国際法の「一次規範（primary norm）」として性格づけるが、持続可能な開発の概念はそのような通常の規範とは異質であると主張する。むしろ同概念は、そうした「一次規範」の規範的効果を修正するように作用する規範であり、Loweはこのような規範を「修正規範（modifying norm）」或いは「規範間規範（interstitial norms）」と呼ぶ[48]。つまり「修正規範」とは、「一

[44] Boyle and Birnie, *supra* note 9, p.120.

[45] *Id.*

[46] *Id.*

[47] A. Boyle, "Soft Law in International Law-Making", in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed., (2003), P.151.

[48] V. Lowe, "The Politics of Law-making：Are the Method and Character of Norm Creation Changing?" in M. Byers (ed.), *The Role of Law in International*

次規範」のように法主体の行動を直接規律するものではないが、「一次規範」の効果に関わる決定に作用する形で、間接的に規律に関与する規範を意味する。Lowe によれば、それは「司法的推論の過程の一要素」であり、条約や慣習法で形成される伝統的な規範（＝「一次規範」）に作用する、いわば「メタ原則」である。Boyle は、「一次規範」・「修正規範」という区分自体には直接言及していないものの、予防概念は Lowe の指摘するところの持続可能な開発概念と同様な形で効果を発揮する規範であると指摘する[49]。

それでは以上のような「予防概念＝国際法の原則」説の特質は、前述した「予防概念＝国際慣習法」肯定説と対比してどのような点に見出せるだろうか。前述のように、「予防概念＝国際慣習法」肯定説においては、Dworkin の区別に依拠して予防概念を原則と性格づけることが一般的であるが、Boyle もまた、彼が述べるような予防概念の機能は、Dworkin の指摘する憲法原則と類似の機能であると近年明言するようになっており、一見したところこの点において異なるところはない[50]。また法の適用解釈の指針という機能そのものについても、例えば前述の Sands の議論にみられるように、原則の機能の１つとして既に指摘はされていた。

しかし Boyle は、「予防概念＝国際慣習法」肯定説の多くが自明視し、或いは曖昧にしてきた伝統的な重大損害禁止規範と予防概念の関係について、１つの明確な回答を示したといいうる。すなわち、重大損害禁止規範が国家の行為を直接規律する規範（Lowe のいう「一次規範」）としての性質をもつのに対して、そうした「一次規範」の解釈適用の局面で作用しうる点に予防概念の固有の意義を見出している。ここで彼は、予防概念が国家の行為を規律する規範としての性質をもたないとまで明

Politics: Essays in International Relations and International Law (2000), P.213.

[49] Boyle and Birnie, *supra* note 9, p.120. ただし本論で指摘するように、Boyle と Lowe の理解には相違点もあるように思われる。少なくとも Boyle は、「修正規範」や「規範間規範」といった言葉は明示的に用いていない。

[50] P. Birnie, A.Boyle and C.Redgewell, *International Law and the Environment,* 3rd ed., (2009), p.28.

確に断言しているわけではないが、仮にそうした性質が見出しがたいとしても、もう１つメタなレベルで機能する規範としての意義が見出せるのであって、少なくとも一般国際法規範としてみる限り、それが予防概念の機能の適切な理解であると考えているようである[51]。このようにしてBoyleは、かつての自分自身を含む「予防概念＝国際慣習法」否定説が提起してきた問題について、予防概念を重大損害禁止規範と別個の準則として定式することは困難であると指摘する部分は誤りではないが、だからといって法的意義はないとする理解はあまりに単純であると主張するに至ったものと理解できる。またそこでの原則としての予防概念は、あくまでLoweのいう「一次規範」と協働して作用する（つまり特定の「一次規範」を離れて独自に機能することはない）ものと性格づけられており、この点も「予防概念＝国際慣習法」肯定説では必ずしも明確に論じられていなかった点である。このようにBoyleの「予防概念＝国際法の原則」論の１つの特色は、伝統的な重大損害禁止規範との異質性をより明確に打ち出している点にある。

そしてさらに「予防概念＝国際慣習法」肯定説とはっきりと異なるのは、彼がこのような性質をもつ予防概念を国際慣習法の規範としてではなく、法の一般原則として位置づけている点である。つまり、一般国際法規範としての予防概念の存在形式の理解に第２の特色がある。Boyleは、まず法の一般原則について以下のように述べている。「ICJ規程38条１ｃにより、ICJは法の一般原則に言及することができる。これは多くの場合国内法の共通要素からの類推であり、本質的に裁判官により創設される法であった。しかし国家は、裁判所や国家により適用されるべきであるとの意図を伴って、国内法に由来しない一般原則を採用することもできる。そうした一般原則は慣習法の準則を創出するわけではなく、むしろその意義は他の準則の解釈・適用・発展への影響から引き出される」という[52]。また予防概念を含むリオ宣言の一般原則の意義について

[51] 前に引用した部分に示されていたように、予防概念の定式や適用の帰結が多様であるとの現実認識が、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論の１つの背景となっている。Boyle and Birnie, *supra* note 9, p.120.

[52] Boyle, *supra* note 47, p.141.

の最近の論述においては、以下のように述べている。「そうした一般原則は、法的効果を有する慣習法の準則を生成しなくてもよく、また条約において採用されまた国内法に反映される必要もない。…その意義は、条約法条約31条３項にしたがって条約の解釈、適用、発展に行使しうるその影響力に主に由来する。これらの一般原則に権威と正統性を付与するのは、端的に国家による支持、言い換えれば法的確信である。…それらは「準則」或いは「義務」といったよりハードなエッジを欠く可能性があるが、非拘束的な或いは現れつつある法と混同されるべきではない」と述べている[53]。こうしたBoyleの理論の要点は以下のように整理できよう。第１に、前述のような性質をもつ予防概念もあくまで一般国際法上の法規範であるとしており、その存在形式を国際慣習法とは異なる「法の一般原則」であるとしている。第２に、そのような規範の権威は国家の法的確信、つまりここでは国際社会のコンセンサスに見出されており、国家実行の論証そのものは不要であると考えている。そして第３に、そうした規範を条約解釈において考慮することは条約の解釈規則（条約法条約31条３項）で正当化されるとしている。

このように予防概念を国際慣習法としてではなく「国際法の原則」として位置づけることの実際上の１つの意義は、結局のところ国家実行の論証が不要となる点にある。もっともHohmannのように、「予防概念＝国際慣習法」肯定説の論者の中にもいわゆる即時慣習法論等を参照する者もあり、実質的に国家実行の要件を重視しない立場もみられた[54]。このような立場とBoyleの「国際法の原則」論は、少なくとも予防概念の権威の根拠を諸国家の支持、より正確にいえば国際社会のコンセンサスに見出している点では共通する。しかし国家実行の要件が不要とされる根拠については、即時慣習法論の場合はそれが結局法的確信の証拠にすぎないという点に求められていた。したがって即時慣習法論の場合は、国際法の準則・原則といった規範類型に関わらず、国家実行という要件一般の独自の存在意義が否定的に解されることになる。これに対してBoyleの「国際法の原則」論では、結局のところ原則という性質上、国

[53] Birnie, Boyle and Redgwell, *supra* note 50, p,28.

[54] Hohmann, *supra* note 25, pp.168f.

家実行の立証は不要であると述べているにすぎないように思われる。つまりは、上述のような原則としての予防概念の規範的特性にその根拠をみているというほかない。法的確信のみで一般国際法規範を認めるというその実際上の意義にのみに着目するのであれば、対象となる規範の性質をきわめて限定したうえでの（つまり原則に限定された）、実質的な即時慣習法論といえなくもない。

他方こうしたBoyleの理論は、彼が参照しているLoweの「修正規範」に関する議論と微妙なずれも生み出している。Loweの場合、「修正規範」である「持続可能な開発」のような概念は非法（non-law）として明確に位置づけられており[55]、一般国際法規範として性格づけられているわけではない。これに対してBoyleは、予防概念をあくまで「法の一般原則」として把握しており、それは「ソフト」ではあるかもしれないが、あくまで法規範として位置づけようとしている。また裁判所がそうした概念を考慮することの正当性についても、Loweは合理的な判決を行う裁判官の権限に見出しており、国家実行はおろか法的確信の論証も不要であると考えているようにも理解できる[56]。これに対してBoyleは、そうした考慮の正当性を予防概念への諸国家のコンセンサスと条約の解釈規則に求めている。さらにいえばBoyleは、条約法条約31条３項を明文の根拠に、そうした「国際法の原則」は条約解釈において「考慮されなければならない」とも述べている[57]。つまり、「国際法の原則」としての予防概念を関連性のある条約の解釈において考慮することは、端的に正当化されるだけではなく、義務でもあると考えている。

以上のように、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論の特色は、伝統的な重大損害禁止規範との異質性をより明確にするとともに、それを国際慣習法とは別個の形式（「法の一般原則」）で存在する一般国際法規

[55] V. Lowe, *International Law* (2007), pp.97-99. なおLowe自身は、予防概念については法の解釈において依拠されうる「ソフトロー」であるとしている。しかし彼が指摘している「予防原則」の機能自体は、「持続可能な開発」のそれと同様である。*Id*.p.96.

[56] Boyleらはそのように評価している。Birnie, Boyle and Redgwell, *supra* note 50, p.28.

[57] Boyle, *supra* note 47, p.52.

として把握する点にある。つまり、その機能把握と存在形式の理解に特色があり、しかも前者の理解が後者の理解の前提を成すという関係にある。こうしたBoyleの議論に対しては、「予防概念＝国際慣習法」否定説をより徹底して克服する形で、一般国際法規範としての機能と法的地位を論ずるための理論的試みとして評価することが可能である。第1に、そうした否定説の主たる根拠となってきた予防概念の曖昧さの問題、特に重大損害禁止規範と別個の規範として定式することの困難について、法規範の解釈・発展において作用する一種のメタ規範として予防概念を性格づけることで対応している。また第2に、それを法の一般原則と位置付けることで、国際慣習法の成立要件、並びにその論証をめぐる厄介な問題の回避を試みている。

このように、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論は、一般国際法規範としての予防概念をめぐる従来の膠着した論争の克服に向けた、1つの理論の方向性を示したものである。しかし、そこに様々な検討すべき論点が含まれることは言うまでもない。さしあたりここで注目すべきは、「予防概念＝国際慣習法」否定説からの彼の立場の変更を支えている法実践の1つが、ITLOSのみなみまぐろ事件暫定措置命令であったという点である。もっとも、Boyleの議論は、主に彼の体系書において展開されたこともあって、この点についてすらも、かなり基本的な検討課題を残したままである。まず第1に、彼が論ずるような予防概念の機能の展開の実証が十分ではない。みなみまぐろ事件暫定措置命令についても、「国際法の原則」としての予防概念の機能を見出しうる先例として言及されるものの、具体的にその機能が十分に実証されているわけではない。また、同様に予防概念が当事国により援用されたMOX工場事件やジョホール海峡等埋立事件について、Boyleは予防概念が考慮されなかったと評価しているようだが、その理由も明確ではない[58]。そして第2に、そうした機能の展開が実際に認められるとしても、海洋法条約の解釈において予防概念を考慮することがいかに正当化されるのかとい

[58] A.Boyle, “The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea”, International Journal of Marine and Coastal Law, vol.22, no.3 (2007), p.373.

う問題については、より詳しい検討の余地が残されたままである。

そこで次節では、以上のような検討課題をふまえつつ、こうした「予防概念＝国際法の原則」論の妥当性を吟味するという観点から、予防概念の適用が問題となったITLOSの一連の暫定措置命令に検討を加えていきたいと思う。

第２節　ITLOSの暫定措置命令の検討

第１款　国連海洋法条約における暫定措置制度

具体的な命令の分析に入るまえに、国連海洋法条約のもとでの暫定措置制度の概要について簡単に確認しておく。まず国連海洋法条約では、当該条約の解釈適用に関する紛争解決手続が第15部において規定されている。その１つの特色は、紛争当事国による自主的解決がうまくいかない場合に原則として適用される、強制的な裁判の手続を予定していることである。締約国は、ITLOS、国際司法裁判所（ICJ）、仲裁裁判所、特別仲裁裁判所から、裁判機関を１つまたは複数選択することができ、紛争の両当事国が同一の裁判機関を選択する場合には当該裁判機関に紛争が付託されることになる。他方、選択された機関が異なる場合や、紛争時に選択がなされていない場合には仲裁裁判所に付託されることになる。なおこの紛争処理手続における適用法規については海洋法条約293条に定めがあり、１項によれば「この条約及びこの条約に反しない国際法の他の規則」が適用されうる。

そしてこれらの裁判機関は、暫定措置を命令する権限を付与されている。暫定措置はICJで認められてきた制度であり、本来的には、裁判の主題たる紛争当事国の権利の保全を目的として、つまりは本案判決の実効性の確保を目的に、最終判決までの間に指示される仮の措置を意味する。海洋法条約における裁判手続においても、基本的にこの制度が採用されており、海洋法条約290条１項は以下のように定めている。「紛争が裁判所に適正に付託され、当該裁判所が…管轄権を有すると推定する場合には、当該裁判所は、終局裁判を行うまでの間、紛争当事者のそれぞれの権利を保全し、又は海洋環境に対して生ずる重大な害を防止するた

め、状況に応じて適当と認める暫定措置を定めることができる。」さらに290条５項は以下のように定める。「…仲裁裁判所が構成されるまでの間、紛争当事国が合意する裁判所、又は暫定措置に対する要請が行われた日から２週間以内に紛争当事者が合意しない場合には国際海洋法裁判所…は、構成される仲裁裁判所が紛争について管轄権を有すると推定し、かつ、事態の緊急性により必要と認める場合には、この条の規定に基づき暫定措置を定め、修正し、または取り消すことができる。…」１項は本案を管轄する裁判所による暫定措置について、５項は本案を管轄する裁判所とは別の裁判所による暫定措置について定めたものであるが、１項で定められた暫定措置の目的や条件は暫定措置一般に妥当するものであり、５項が適用されるケースでもその規律は及ぶとの理解が支持されつつある[59]。これらが暫定措置に関する裁判機関の権限を定めた主要な規定であるが、その権限の行使にあたっては裁判所に広い裁量が認められる。措置の内容についても、当事国の要請とは異なる措置を命ずることも認められている（国際海洋法裁判所規則89条５項）。ただし暫定措置は、本案について予断を与えるものであってはならない。

このような海洋法条約のもとにおける暫定措置制度は、環境保護の観点からも注目すべき性格をもつ。まず第１に、そもそも一定の強制的な裁判手続が整備されていることに加えて、暫定措置を要請するにあたっては本案裁判所の「一応の（prima facie）」管轄権で足るとされていることから、環境紛争に関連して当事国によって広く活用される可能性がある。たしかにこれらの手続を利用するには、海洋法条約の解釈適用をめぐる紛争として構成する必要があるが、海洋法条約の環境関連規定は総じて一般的な権利義務関係を包括的に定める内容となっており、紛争当事国により広く援用される可能性をもつ。また第２に、海洋法条約のもとでの暫定措置制度では、従来 ICJ で認められてきた紛争当事国の権利保全に加えて、海洋環境に対する深刻な損害の防止が暫定措置の目的として明文化されている。このことは、暫定措置制度が締約国の個別的利益のみならず、国際社会の共通利益の保護をも目的としていることを

[59] 例えば、MOX Plant Case (Provisional Measures), paras. 63-64. を参照

意味していると理解できる[60]。そして第３に、ICJ では従来判然としていなかった暫定措置の履行義務が海洋法条約では明文化されており、その法的拘束力については疑いの少ないものとなっている。

確かに暫定措置はあくまで仮の例外的な措置であるが、以上のような性質からして一種の差止にも似た効果をもちうるのであり、とりわけ損害発生の事前防止の側面が強調される環境法分野においては少なからぬ意義をもつ。実際のところ ITLOS には、みなみまぐろ事件、MOX 工場事件、ジョホール海峡等埋立事件と立て続けに裁判に環境関連紛争が付託され、それに合わせて暫定措置命令が要請されてきた（なおいずれの事件も、それぞれの理由から、本案の判決には至っていない）。それでは、それらの命令における裁判所の判断において予防概念が何らかの機能を果たしたと評価できるのか、詳しく分析していくこととしよう。

第２款　ITLOS の暫定措置命令における予防概念の機能

具体的な検討に入る前に、本款での検討方法について確認しておく。前にも述べたように、これまで ITLOS は、少なくともその多数意見において、「予防原則」或いは「予防アプローチ」に明示的に依拠したことはなく、またそれに関わる論点の検討も一貫して回避してきた。また暫定措置という性格上、それらの多数意見においては詳細な推論が展開されているわけでは必ずしもない。そこで本款では、多数意見の推論のほか、個別意見や、命令に対する学説の評価も手がかりとしながら、裁判所が条約解釈において予防概念に依拠したと評価しうるのかどうか、慎重に分析を進めていくこととする。

①　みなみまぐろ事件暫定措置命令（1999年８月27日）

同事件は、1998年・1999年に南太平洋海域のみなみまぐろに関して日本が一方的に行った調査漁業に関連して、オーストラリア・ニュージー

[60] R. Wolfrum, “Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea” in P. C. Rao and R. Khan (eds.) *The International Tribunal for the Law of the Sea*, (2001), p.176.

ランドが国連海洋法条約の諸規定の違反を主張し、1999年７月15日に紛争を国連海洋法条約付属書Ⅶにおける仲裁裁判に付託し、さらにその後、国連海洋法条約第290条５項に基づいて、調査漁業の即時停止などを内容とする暫定措置をITLOSに求めたという事件である。より具体的には、仲裁裁判への申立てにおいては、①119条で要求されている最大持続生産量（MSY）を産出するレベルにみなみまぐろの資源を維持・回復するために必要な、公海上の自国民の漁業に対する保全措置を採用せず、またそうして自国民に対する必要な保全措置をとることを求める117条に反した行動をとったこと、②過去に当事国間で合意された国家割当量を越える漁獲をもたらし、或いはもたらすであろう一方的な調査漁業を実施したこと、③116条ｂ号で承認された沿岸国としてのオーストラリア並びにニュージーランドの権利と利益に反する一方的な行為を行うことにより、また119条３項に反して両国の漁民を差別する方法で調査漁業を行い、またその結果割当量に追加的なみなみまぐろの漁獲を許容したこと、④64条で要求されている、みなみまぐろ保全を目的とした誠実な協力行動を怠ったこと、そして最後に⑤「さもなければ、予防原則の諸要求を考慮しつつ、みなみまぐろの保全・管理に関する条約上の諸義務を実施しなかった」ことで、日本は海洋法条約64条、並び116条から119条の諸義務に違反すると主張された[61]。そして暫定措置については、①一方的な日本の調査漁業の即時停止、②最も近い年に合意された国家割当量に調査漁業を含めた漁獲量を制限すること等とともに、③「当事国は、紛争の最終的処理までの間、みなみまぐろの漁業において予防原則に従って行動する」との内容の措置を要請した[62]。オーストラリアとニュージーランドによれば、「（予防原則は）、環境に対する深刻な或いは不可逆的な損害の脅威を伴う行為について決定を下すに際して、当該行為の影響について科学的不確実性が存在する場合に適用されなければならない。そうした不確実性に直面するなかで、同原則は決定に際して用心（caution）と警戒（vigilance）を要請する」ものであり、

[61] Southern Bluefin Tuna Cases (Provisonal Measures), paras. 28-29.
[62] *Id.* Para. 34.

またそれは国際慣習法の規範であると主張された[63]。これに対して日本側は、ITLOS が暫定措置を命令するための要件が充たされていないことなどを最終的に主張したが、口頭手続においては、予防概念が国際慣習法であるといえるかは疑問であるとし、また海洋法条約も同概念を採用していないことを指摘したうえで、原告の求めるような措置を命ずることは科学的調査に基づく資源保全を損ないうる等と主張していた[64]。

これに対して、前述のとおり ITLOS の多数意見は、予防概念への明示的な言及とその検討は回避している。しかし ITLOS は、みなみまぐろによる環境リスクについて不確実性が存在することを認めつつも、最後に紛争当事国間で合意された漁獲可能量（TAC）を越えないよう年間漁獲量を制限すること、また調査漁業も、別段の合意がない限りは、当該 TAC の算定外で実施することは控えること、そして保全措置の合意に向けた交渉に直ちに入ること、等を内容とする暫定措置を当事国に命じたのである。裁判所は、こうした暫定措置の命令に至る過程において、以下のような当事国の規律の指針を明らかにしている。「…このような状況においては、みなみまぐろのストックへの深刻な損害を防止するための効果的な保全措置の採用が確保されるよう、当事国は賢慮（prudence）と用心 (caution) をもって行動しなければならない」（para. 77）。このパラグラフの直前では、海洋生物資源の保全が海洋環境保護の一要素であること（para. 70）、みなみまぐろのストックが深刻な状況にあり、そのことが深刻な生物学上の懸念の原因であることについて、当事国の間に見解の違いはないこと（para. 71）、しかし、日本の計画す

[63] 確かに両国が仲裁に付託した声明書においては、予防原則は「一般国際法」であると表現されており、両国が国際慣習法と考えていたかどうか疑問の余地がないわけではない。Award of Southern Bluefin Tuna Arbitration, para.31. だが両国の日本に対する通告では予防原則を国際慣習法として位置づけていること、また日本側もそれが国際慣習法としての地位を有するといえるかは疑わしいとの主張をしていること、また一般国際法といえば通常は国際慣習法が想定されていることなどから、オーストラリア・ニュージーランド両国は予防概念を国際慣習法の規範として主張していたとみてよいだろう。*Id.,* para.34 and 41.

[64] E99/23/Rev.2, p.13.

る調査漁業がストックへの深刻な脅威となるかについては当事国の見解が分かれていること（para. 73 and74）、さらに当事国による商業漁業の継続や（para. 75）、第三国の漁獲の増加（para. 76）の事実が確認されている。つまり、ストックの状況や第三国の漁獲状況等を考慮すると、みなみまぐろの漁獲が当該資源、ひいては海洋環境に深刻な影響を与える可能性は否定できないが、調査漁業の悪影響については見解が分かれているという状況において、みなみまぐろへの損害を効果的に防止すべく当事国は「賢慮と用心」をもって行動すべきことを指摘している。オーストラリアやニュージーランドは「用心と警戒（vigilance）」の要請という表現をしていたが、こうした論理は両国が主張していた上述のような予防概念の基本的発想に合致するものである。1995年に採択されていた国連公海漁業実施協定においても、予防概念を規定した第６条２項において、「いずれの国も、情報が不確実、不正確、または不十分である場合には、一層用心する（be more cautious）」との文言がみられることも、上記のパラグラフ77の言明が、少なくとも上のような抽象的内容の予防概念を念頭に置くものであったとの理解に一定の支持を与える。また同じく1995年に採択されていたFAO「漁業に対する予防アプローチに関するガイドライン」のように、当時漁業分野における予防概念の発展に影響を与えた国際文書においては、予防概念の本質を表すために「賢明な予見（prudent foresight）」といった表現も用いられていた[65]。このようなことからも、ここでの「賢慮と用心」という表現が予防概念を連想させると考えることは不自然なことではない。

以上のように当事国の規律の指針を明らかにしたうえで裁判所は、資源保全の効果に関して科学的不確実性が存在することを確認し（para. 79）、「…当事国の示した科学的証拠につき決定的な評価を下すことはできないが、当事国の権利を保全し、みなみまぐろの資源量のさらなる悪

[65] *FAO, Precautionary Approach to Fisheries. Part I :Guidelines on the Precautionary Approach to Capture Fisheries and Species Introduction,* FAO Fisheries Technical Paper 350/1, p.6. なお同文書においては、「賢明な予見」という言葉は、漁業管理計画による社会経済的影響の考慮を強調する文脈で用いられている。

化を回避するために、緊急に措置がとられるべきであることと認定する…」（para. 80）と判断している。ここでは少なくとも、科学的不確実性の存在が裁判所による暫定措置の命令を妨げるものではないことが明らかにされており、そのような解釈を示すにあたって、裁判所が上述のような意味での予防概念を考慮したといいうる。海洋法条約における生物資源の保全に関する関連規定や裁判所の権限規定においては、科学的不確実性の存在が義務の履行や権限の行使を妨げるのかどうか、少なくとも明文化されていない。この点につき裁判所は、海洋環境保護における規律の指針として、科学的に不確実な状況における「賢慮と用心」の要請を明らかにしたうえで、暫定措置に関する自身の権限行使において、その指針を考慮した判断を示したとの評価が十分に可能である。

本命令に付された個別意見においては、命令された措置の具体的内容については異論も提起されているが、上述の「賢慮と用心」の要請という指針そのものを不当とするような意見は見当たらない。そして本件では、数人の判事が、裁判所による予防概念の採用を明確に指摘している。特にLaing、Treves判事は、命じられた暫定措置の内容、或いは裁判所が措置を命じたこと自体が予防概念に合致するものであったとする。例えばLaing判事は、「状況に応じて適当と認める暫定措置」をとる裁判所の権限を認めた海洋法条約290条1項の「適当」の文言につき、裁判所は予防概念に照らして解釈したことを示唆している[66]。またTreves判事は、ストックの改善状況につき科学的不確実性が存在することから、290条5項にある「緊急性」の要件は「賢慮と用心」に照らして評価しなければならないとしたうえで、本件で裁判所は予防概念に照らして「緊急性」の要件を解釈することで、はじめて暫定措置をとることが可能であったとしている[67]。このように裁判所の権限に関わる条文の解釈において予防概念が考慮され、そのことにより科学的不確実性の状況で暫定措置を命令することが正当化されたとの意見が付されている。

ここで注目すべきは、いずれの判事も予防概念を「予防原則」ではなく「予防アプローチ」と表現している点である。この表現は意図的なも

[66] Separate Opinion of Judge Laing, para. 4 and 19.

[67] Separate Opinion of Judge Treves, para. 8.

のであり、その1つの含意は、同概念は社会・経済的な利益の柔軟な考慮を許容する指針であるという点である。例えばShearer判事が説明するように、「予防原則」は元来海洋汚染分野で発展し、対象活動のモラトリアムといった具体的措置を命ずる規範として考えられているのに対して、漁業分野では社会的・経済的利益をより柔軟に考慮することを許容する「予防アプローチ」が支持されており、公海実施協定においてもこの点は確認できるとする[68]。Laing判事も、「原則ではなくアプローチを採用することは、適切に一定の柔軟さを導入するもの」であると指摘しており、また同概念が伴う義務が不確定であることに言及している[69]。Treves判事はこのような「予防アプローチ」の特性を必ずしも明示していないが、やはりcautionという極めて抽象的な概念を手がかりに、「予防アプローチ」と暫定措置制度との整合性を論じている[70]。このように上記の個別意見においては、「アプローチ」としての予防概念の考慮が一定の法的帰結（例：漁業の停止・モラトリアム）に必然的に帰結するものとは考えられておらず、むしろ同概念が文脈に依存して柔軟に機能する点が強調されている。こうした柔軟性は意味内容の曖昧さや、その適用の帰結の予見が困難であることを示唆するが、そうした性質は法解釈における同概念への依拠を妨げるものではなく、また同命令においては実際にそのような抽象的な指針として依拠されたと考えられている。

以上のような3判事の個別意見は、上で検討したような多数意見の推論について1つの明確な説明を与えるものであるといえよう。なお学説においては、裁判所が予防概念を実質的に考慮したことに肯定的な見解が比較的多いが、否定的に解する論者も一部にみられる。しかしそうした否定的見解は、予防概念が事前の無害証明の要求に必然的に帰結する規範であるとの理解を前提にしているように思われる。例えば林は、裁判所が予防概念を採用しなかったと判断する理由として、「予防原則と合致するように、そして申し立て国が要求したように、調査漁業の即時

[68] Separate Opinion of Judge Shearer, P.5.
[69] Separate Opinion of Judge Laing, para. 19 and 15.
[70] Separate Opinion of Judge Treves, para. 9.

の停止も、或いは当事国の行動も禁止しなかった」点を挙げている[71]。多数意見の推論や個別意見の検討からも伺えるように、予防概念をそのような規範として理解する限り、裁判所が同概念に依拠したと考えることはたしかに困難である。しかし上述のような抽象的指針として同概念を理解するならば、こうした否定的見解も説得的な根拠を示しているわけではない[72]。

以上のようなことから、本命令における裁判所の推論や判事の個別意見、並びに学説の検討は、少なくとも裁判所の権限規定に関わる海洋法条約の解釈において、予防概念が考慮されたとする主張に十分な支持を与えるものであると結論できる。ただしここでいう予防概念は、事前の無害証明を許可条件とする活動の禁止といった特定の行動を自動的に指示するような規範ではない。本命令で考慮された予防概念は、多数意見のパラグラフ77に示されているように、「科学的に不確実な環境リスクに直面している状況では、保全のための効果的な措置を確保するよう「賢慮と用心」が要請される」、というせいぜい抽象的な内容にとどまる。このような内容から理解できるように、同概念は、防止行動をとるタイミングに指針を与えるとともに（つまり、科学的不確実性は行動をとらない理由とはならない）、予防的措置の厳格さについても指針を付与するが（つまり、効果的な措置をとらなければならない）が、その主たる意義は前者にあるといえよう。（以下（２）に続く）

（本稿の内容の一部には、平成19年度～ 20年度科学研究費補助金（若手Ｂ：課題番号19730087）並びに平成22年度科学研究費補助金（若手Ｂ：課題番号22730102）の成果が含まれている）

---

[71] 例えば M.Hayashi, “The Southern Bluefin Tuna Cases: Prescription of Provisional Measures by the International Tribunal for the Law of the Sea”, Tuline Environmental Law Journal, vol.13 (2000), p.385.

[72] 前述のような見解を示した林も、裁判所の命令した措置が「予防アプローチに由来する諸考慮に基づく」とした Shearer 判事の意見が、本件での裁判所の実際の思考を説明しているかもしれない、と続けて述べている。*Id.*

論　　説

政府の言論と人権理論(2)

金　澤　　誠

目　次

はじめに
⑴　問題の所在
⑵　本稿の目的
⑶　政府言論の諸相
①　言論助成
②　思想の自由市場
③　小括
序章　問題提起
第１節　現象
⑴　放送の自由
⑵　文化助成
⑶　差別的言論
⑷　小括
第２節　学説
⑴　表現の自由論
⑵　国家の役割論
⑶　アメリカ型表現の自由論
⑷　国家による自由論
⑸　小括
第３節　課題
⑴　思想の自由市場
⑵　表現的結社の自由
⑶　言論助成

第４節　本稿の構成
(1)　政府言論の理論
(2)　表現的結社の自由
(3)　給付行政
(4)　政府言論の現代的諸相　（以上60巻５号）
第１章　政府言論の理論
第１節　政府言論とは何か
(1)　政府言論
(2)　思想の自由市場
(3)　本稿の視点
第２節　Yudof
(1)　定義
①　前提条件
②　問題の所在
③　歪み
(2)　諸相
①　地方政府
②　福祉国家批判
③　問題点
(3)　各論
①　祈祷行事
②　アカデミック・フリーダム
③　ニュース・レター
④　準パブリック・フォーラム
⑤　親の教育権？
⑥　国旗敬礼行事
⑦　結社の自由
(4)　統制
第３節　Emerson
(1)　問題の所在
(2)　国旗敬礼行事
(3)　政府機能モデル　（以上本号）
第４節　Shiffrin
第５節　小括
第６節　若干の検討
第２章　アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克
第１節　問題提起

第２節　若干の検討
第３節　先例
第４節　小括
第３章　給付作用
第１節　違憲な条件の法理
第２節　学説
第３節　言論助成
第４節　学説
第４章　政府言論の総括
第１節　思想の自由市場
第２節　政府言論の類型
第３節　総括――統合と分散――
第４節　結語
おわりに
⑴　総括
⑵　展望

第１章　政府言論の理論

第１章では、1970-1980年代という比較的初期の段階で提示された、Yudof（第２節）、Emerson（第３節）、Shiffrin（第４節）らの政府言論の理論を紹介したい。この作業は、すでに提示したように、政府言論の理論の射程を暫定的に広げるという本稿の趣旨によるものである[1]。

すなわち、政府言論の理論は、論者によって多彩なアプローチがある。第１章は、比較的初期の政府言論の理論を提示することで、政府言論の射程を暫定的に拡張し、第２章以下での政府言論の理論の再構築のための準備作業をおこなうものとする。

第１節　政府言論とは何か

[1] 詳しくは、拙稿「政府の言論と人権理論（１）」北大法学論集60巻5号（2010年）218頁以下を参照。第１章は、Yudofらの政府言論の多義的な理解をベースとして、それに最近の判例や学説の動向を補うかたちで構成されている。

(1) 政府言論

それでは、政府言論とは何か。政府言論の理論は、序章で確認したように、包括的・多義的な性格を有するというべきである。ただし、議論の筋道を明瞭にするためには、暫定的な定義を採用することがよいであろう。そこで、以下では、政府言論の定義に関する先行研究を振り返ることにより、簡単な定義付けをおこないたい[2]。

まず、先行研究によると、政府言論に関する現象を捉えた定義として、次のようなものがある。すなわち、国家によって財政援助を受けて表現行為（subsidized speech）を行う場合の、国家に対する憲法上の制約原理として、「こうした場合に生じる憲法問題を捕捉すべくアメリカ憲法学が用意している視座が、いわゆる政府言論（government speech）」[3]という指摘がある。

---

[2] 序章で確認したように、本稿は、政府言論の理論を再構築することを目的とする。そのために、わが国の政府言論の理論の定義を若干振り返りたい。

[3] たとえば、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報74巻１号（2003年）31頁の表現。政府言論という概念に触れるものとして、池端忠司「米国における公的文化助成と表現の自由――『政府言論』の憲法的統制に積極的な三つの見解――」香川大学法学会編『香川大学法学部創立二十周年記念論文集』（成文堂・2003年）１頁以下。森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻１号（2003年）113頁以下。森脇敦史「発言する政府、設計する政府」松井茂記・渡辺武達編『メディアの法理と社会的責任』（ミネルヴァ書房・2004年）127頁以下。築山欣央「表現に対する政府の補助をめぐる憲法問題――アメリカの事例を中心に――」法学政治学論究53号（2002年）105頁以下。藤井樹也「政府の言論と個人の自律――思想の自由・教科書検定・教育の自由――」法学教室212号（1998年）39頁以下。蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座　現代の法１　現代国家と法』（岩波書店・1997年）105頁以下。小林伸一「表現の自由の『理論』における原理基底論の現状」法学研究78巻５号（2005年）341頁以下。その他、序章で挙げた論文のほか、とりわけ、中林暁生「給付と人権」西原博史責任編集『岩波講座　憲法２　人権論の新展開』（岩波書店・2007年）263頁以下。横大道聡「公的言論助成と表現の自由――Rust 判決以降の連邦最高裁判決の展開を中心に――」法学政治学論究63号（2005年）391頁以下。

これに対して、より抽象的な次元から定義づけたものとして、政府言論とは、「圧倒的な潜勢力をもつ政府が、特定の viewpoint にもとづいて強力に表現活動を遂行する」ことであり、その結果として、「国民の同意獲得過程を政府に有利な方向で操作すること」[4]であるという指摘もある。

しかし、政府言論の理論の混迷を率直に提示するものがある。より具体的にいえば、政府言論という言葉は、「給付的（Allocative）な文脈における政府の文化支援が government speech 問題に論争的素材を提供して以降、『規制者としての政府（government as regulator)』の概念と『検閲者としての政府（government as censor)』の概念が、相互の異同・関係を充分吟味されぬまま――錯綜的に――用いられるようになっている」[5]という指摘である。

こうした指摘は、少なくとも、政府言論の理論の範囲が、給付という問題文脈に限られないことを認めており、むしろ給付のみにこだわり観察することが、政府言論の理論を混乱させているとさえ読めるように思われる[6]。

以上のことから、いかなる場合に、政府言論の理論を援用すべきかに

---

[4] 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト1244号（2003年）93-94頁の表現。

[5] 蟻川・前掲注（４）92頁の表現。

[6] たとえば、最近の論文でも、「国家活動はすべて価値中立ではあり得ないため、中立性義務をめぐる議論は、国民に特定の信条を受け入れさせることそれ自体を目的とする国家行為がどの程度まで禁止の対象となるのか、という国家目的の中立性に関して争われることになる。……強制の要素を伴った弾圧を行わなくても、国家としては、様々な政府言論を組織的に組み立てることにより、特定の信条を受け入れる以外の選択肢が選択可能でない状況を作り上げ、それによって信条の強制と同じ効果をあげることが可能である（傍点は引用者)」という指摘がなされている。杉原泰雄編『新版　体系憲法事典』(青林書院・2008年）473頁（西原博史執筆）また、内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂・2010年）154頁を参照。後掲注（107）も参照。

ついては、やはり複数の回答があるといえる[7]。

すでに述べたように、本稿は、政府言論の多義的性格の提示を目的とすることから、以下では、さしあたりは、政府言論に関する具体的な問題現象を多くとりあげたい。そこで、第1章では、次のような政府言論の多義的な理解を暫定的に採用しておきたい。

すなわち、政府言論の理論は、(後述するように、国民の権利を直接侵害する場合を問題化しているというよりも)政府が話す(government speaks)(メッセージを発する)ことによって、「思想の自由市場」(という社会的「環境」)が、歪曲化(distort)されるかというような、より抽象的な危険性を問題化する枠組みである[8]。

これに対して、わが国では、給付にまつわる問題を解決する理論として、政府言論が提示される傾向がある。しかし、序章で提示したように、これ以外の政府言論の理論的な問題関心があるというべきである。

(2) 思想の自由市場

---

[7] 蟻川・前掲注(4)94頁は、政府言論という場合、政府が「捉われの聴衆」に向けて発する言論と、(政府が自らの存在を伏して)「腹話術師」として言論をする場合という類型を示している。これについては、第4章で確認することにしたい。

[8] もっとも、歪曲化という言葉は、抽象的なものである。小泉論文は、Razの卓越主義を批判する文脈で「操作」という概念を定義している。小泉論文によれば、「操作」とは、「ある選択肢を選択すること・しないことそれ自体を不利益の威嚇によって直接命ずることはせずに、利益と不利益の提供(offer)によって、意図された選択行動へ向けて人を誘導する行為」と定義される。小泉良幸『リベラルな共同体――ドゥオーキンの政治・道徳理論――』(剄草書房・2002年)175頁の表現。

なお、「思想の自由市場」の歪みという政府言論の理解については、序章を参照のこと。政府言論の理論の中核には、少なくとも、「思想の自由市場」を歪ませるとか、公共討論を歪ませるという観念があるようである。*See* David Cole, *Beyond Unconstitutional Conditions: Charting Spheres of Neutrality in Government-Funded Speech,* 67 N. Y. U. L. Rev. 675, 704 (1992); Randall P. Bezanson & William G.Buss, *The Many Faces of Government Speech,* 86 Iowa L. Rev.1377, 1384 (2001).

そこで、うえで見たような、政府言論の理論が前提とする「思想の自由市場」を簡単に振り返っておきたい。というのは、「思想の自由市場」の概念を（ひとまず）確定させないと、「思想の自由市場」の歪み、すなわち、政府言論の内容もまた確定しないからである。

まず、「思想の自由市場」とは、1919年のアメリカ連邦最高裁のAbrams判決で、Homes裁判官による反対意見が、「真理を決める最良のテストは、市場の競争において承認を勝ち取る思想の力である」[9]と述べたことに起源があるとされている。

これを踏まえたうえで、「思想の自由市場」論とは、「自由な市場における商品の交換が最も万人の利益に合するという自由放任主義の経済理論にモデルを見出しつつ、思想表現の自由の保障の根拠を強力に主張」[10]するものであると定義されることがある。

また、このような定義をさらに敷衍するものとして、「いかなる思想であれ、それが覆される可能性を常に残しておくべき〔とする考え方で――引用者〕……裁判所を含む政府の諸機関に表現が真理かどうかを委ねること（傍点は引用者）」[11]を危険視する発想とか、さらには、「現実の言論市場には深刻な弊害が生じ、現状に対する是正策としての政府規制の必要性が繰り返し唱えられても」[12]、なお、国家介入を認めないこと――要するに、言論作用については、基本的に私的秩序に委ねること――と定義づける論者もいる。

次に、「思想の自由市場」論に対する（わが国の）学説の評価が多様であることを確認しておきたい[13]。

---

[9] Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919). ここでも、わが国における「思想の自由市場」に関する学説を中心的に振り返っておきたい。

[10] 伊藤正巳『言論・出版の自由』（岩波書店・1959年）36頁の表現。

[11] 松井茂記『マス・メディア法入門（第4版）』（有斐閣・2008年）32頁の表現。

[12] 山口いつ子「デフォルトとしての『思想の自由市場』」法律時報74巻1号（2002年）17頁の表現。

[13] たとえば、「思想の自由市場」が抽象的な概念であるとすると、政府言論の理論も抽象度の強い理論となる。その意味で、当該概念を使う際には注意する必要がある。政府言論の多義的アプローチは、誤解を恐れずにいえば、後述す

まず、「思想の自由市場」について、実はこの法理そのものを自覚的に取り扱った文献は意外に少なく、「同法理の内容も十分には詰められてはいない」[14]という評価があるだけではなく、「思想の自由市場を観念することが有用であるとしても、それが経済的自由に優越する地位をもつことの根拠にはなりえない。表現の自由の優越性を認めるためには、何らかの形で、思想の規制と経済的な規制との質的差異を認めるなどの補完的な原理が必要である」[15]という評価がある。

これに対して、「思想の自由市場」論にはさまざまな賛否があるものの、少なくとも、アメリカにおいては、「思想の自由市場」の原則は、もはや否定できないとしたうえで、「思想の自由市場」に関する論争は、「古典的な『思想の自由市場』理論という基礎土台の上に、その土台の『歪み』を多彩なアプローチによって修正しながら、築き上げられようとしている」[16]という分析的な議論も存在する。

るように、どのような文脈にも応用可能であるという意味で、トランプのジョーカーのようなものといえるかもしれない。そして、その分だけ射程が長く（緩く）なるおそれがある。しかし、本稿はすでに提示した課題を解決するために、多義的アプローチを採用する。これに関連して、本論の(3)本稿の視点を参照。

[14] 最近の「思想の自由市場」に関する研究として、駒村圭吾「思想の自由市場と情報新時代」堀部政男編『放送・新時代の制度デザイン』（日本評論社・1994年）91頁の表現。駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』――『優越的地位論』・『思想の自由市場論』の再検討に向けての序論的考察」慶応義塾大学　新聞研究所年報 No. 37（1991年）99頁。駒村圭吾「表現の自由の経済学的分析――いわゆる『法と経済学』的手法の憲法学的領域への応用可能性」慶應義塾大学　新聞研究所年報 No. 40（1993年）73頁以下。金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム――＜思想の自由市場＞論における調和の霊感――』（風行社・2006年）。

これに対して、伝統的な議論との対比として、浜田純一「表現の自由論への経済学的アプローチ覚書――コスト・ベネフィット分析から公共選択理論まで――」石坂悦男・桂敬一・杉山光信編『メディアの情報化と現在』（日本評論社・1993年）317頁。井上嘉仁「市場と表現の自由理論（一）――経済学的分析導入のための基礎的考察――」広島法学27巻３号（2004年）35頁以下。

[15] 伊藤・前掲注（10）38頁の表現。

[16] 山口いつ子「『思想の自由市場』理論の再構築――『言論の害悪』及び『言論と行為の区別』を分析視座として――」マス・コミュニケーション研究43巻

以上のことを踏まえるならば、（とりわけ、最後の学説が指摘するように）学説においては、判例法によって形成されてきた、国家を介入させないという「思想の自由市場」論を原則にしつつ[17]、むしろ個別具体的な問題文脈において、「思想の自由市場」論を、どのようにして、修正ないし再構成していくかに、関心があるというべきである。

実際において、ある論者は、「思想の自由市場」を、「20世紀初頭という時代に特有の背景と結びついており……それゆえに、現代からみれば再考を要する部分も含んでいる」[18]と評価したうえで、「思想の自由市場」論に関する議論の対象が、もともと、「主に、扇動罪、すなわち、違法行為の唱導をめぐるものであり、しかも、当時の表現の自由論の最大の焦点は、表現の自由が、国の安全や公の秩序といった重要な国家的・社会的価値と衝突したときに、どの程度表現の自由に重きがおかれるべきか、という点にあった（傍点は引用者）」ことに着目して、「思想の自由市場」の原則が、今日においては、より相対化される可能性をさし示している。

このようにして、「思想の自由市場」の歪みに関する議論が、国家介入の是非と共に語られることからすると、政府言論に関する理論を提示する際にも、少なくとも、「国家からの自由」と「国家による自由」の

（1993年）156頁の表現。

[17] たとえば、阪本論文は、「思想の自由市場」の根拠に関して、「自由市場において真理が勝ち残るという理論は楽観主義的にすぎる。これに代えて、自由市場の機能を＜人間の共有知を支え、合理的知識を増進するプロセスを提供する＞と説明する事が妥当であろう」としている。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1995年）19頁の表現。阪本昌成「『思想の自由市場』論の組み直しに向けて」立教法学60号（2010年）63頁以下。

[18] 山口・前掲注（16）156頁の表現。これに関連して、消極的自由という言葉については、I・バーリン（小川晃一ほか訳）『自由論』（みすず書房・1971年）295頁以下。消極的自由観に関連して、キャサリン・マッキノンらのポルノ規制法案を扱った、ロナルド・ドゥオーキン（石山文彦訳）『自由の法――米国憲法の道徳的解釈――』（木鐸社・1999年）278頁以下。右崎正博「現代メディアと市民的公共圏」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性――比較憲法学的研究をふまえて――』（日本評論社・2003年）468頁以下。

対立に関する問題状況を踏まえておく必要がある[19]。

そして、重要なことは、表現の自由論の領域における伝統的な思考である、国家権力の濫用を危険視する発想――あるいは、精神的自由の領域での国家性悪説の考え方――を、それぞれ、個別的な問題文脈において、どのように評価できるか――あるいは、それをどこまで相対化できるか――であるように思われる[20]。

(3) 本稿の視点

以上のような観点からすると、政府言論に関する議論の一部分は、明示的ではないにせよ、これまでの「思想の自由市場」論として検討されたものとかかわるといえる。その意味において、「思想の自由市場」論と、政府言論の議論は、ある程度の結びつきがある[21]。

---

[19] 序章の問題提起のほか、主なものとして、長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト1244号（2003年）31頁以下。樋口陽一「二つの自由観の対抗――『自由』と『国家』の順・逆接続」同『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会・1994年）101頁以下。

[20] アメリカの傾向として、序章でも触れたように、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊の国家』――合衆国における表現の自由法理の動揺と含意――」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム５　国家の多様性と市場』（東京大学出版会・1998年）13頁以下。阪口正二郎「表現の自由・市場・国家――表現の自由と国家の役割をめぐる最近の合衆国の議論から――」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）27頁以下。阪口正二郎「『国家・規制・市場』再考――ニューディール再考と憲法学の可能性――」法律時報71巻６号（2001年）112頁以下。阪口正二郎「合衆国表現の自由理論の現在（二）――表現の自由の20世紀システムの動揺？――」社会科学研究47巻１号（1995年）201頁以下。

[21] 結局のところ、政府言論の理論は、国家活動の中から、「何か規制で、何が規制ではないか」をより鮮明にする理論装置であると思われる。序章で提示した、本稿の検討課題１は、まさにこのことに関わるものである。第３章の違憲な条件の法理の文脈に関するベースライン論については、長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣・2006年）198頁。したがって、本稿は、政府言論という理論を提示するとともに、個別具体的な事件の特質を同時に明らかにするという作業を行うものとする。とりわけ、国家助成（言論助成）という政府言論の両義的性格を指摘することが重要となる。

かつて学説においては、「思想の自由市場」の問題点として、「マス・メディアが少数者の手に集中し、市場の機能が歪められているという観察など、思想の自由市場の作用に対し、市場の機構上のレヴェルで疑問を投ずる意見」[22]と、「より根本的な問題として、自由な討論が真理に達するという主張は立証できない」[23]という意見が提示され、「言論の自由に対する制約の諸原則は、いかに精巧なものであっても、抽象的に構成されてはならない……。いかなる社会的状況のもとで、いかなる国家機関により、通常どのような形で、自由に対する制限が執行され、それがいかなる影響を及ぼすのか、という実態が考慮に入れられなければならない」[24]と指摘されていた。

このことは、おおむね政府言論にもあてはまるのではないか。すなわち、いかなる時代にあっても、「思想の自由市場」に対して、国家は介入している。重要なことは、「いかなる社会状況のもとで、いかなる国家機関により、通常どのような形で、『政府言論』が執行され、それがいかなる影響を及ぼすのか、という実態が考慮に入れられなければならない」とはいえないだろうか。

以上のことを踏まえて、ようやく序章の問題提起を改めて提示したい。

---

[22] 芦部信喜『現代人権論――違憲判断の基準――』（有斐閣・1974年）133頁の表現。芦部論文によると、「二〇世紀の初期までのアメリカでは、言論に対する事前の抑制だけを禁止するものと解され」ていたが、その後、事後の処罰に対象が広がったとされる。そして、芦部論文は、いくつかの判例が、「事後の処罰も、その制止的効果により、事前の検閲と同じ結果をもたらすことがありうるので、それもまた言論の自由を保障した修正一条によって、禁止される、という趣旨を明らかにした」ことを高く評価している。

また、結社に関わる情報の「強制露顕は、事実、このような言論・結社を制止する事態――NAACP v. Alabama (357 U.S. 449 (1958))――の表現を借りれば、『経済的報復・職場の喪失・肉体的強制の脅威〔または〕その他の公衆の敵意の表明』」など――を多かれ少なかれ招来した」（138頁）ことを提示して、表現の自由の領域における規制態様の変遷を確認している。ここで触れられたAlabama 判決は、第２章で触れる予定である。

[23] 芦部・前掲注（22）133頁の表現。

[24] 芦部・前掲注（22）144頁の表現。

すなわち、表現の自由の領域で、国家を介入させないという「思想の自由市場」を観念することは、重要である。しかし、今日の行政国家においては、国家による「思想の自由市場」に対する何らかの介入は不可避である。

その意味において、現実の「思想の自由市場」は、国家が全く介入しないという意味での自然な市場では決してなく、人工的なものにすぎない。そうすると、憲法学は、そうした点を強く留意したうえで、「思想の自由市場」に対する諸々の国家介入の中から、適切な国家介入と、そうではない国家介入とを区別する必要がある。

そして、その際に、政府言論の理論が有効に機能する場合があるというべきである。

第２節　Yudof

第２節では、Yudof の政府言論の理論を提示したい。より具体的にいえば、Texas Law Review に発表された彼の政府言論に関する論文を中心に検討し、それに、『政府が話をする時（When Government Speaks)』[25]という著書の該当部分を若干補いたい。

⑴　定義

①　前提条件

まず、Texas Law Review に発表された Yudof の論文を検討する前

[25] 彼の議論は、『政府が話をする時』という著書に集約されており、多種多様な政府言論の現象があげられている。後掲注（32）も参照。しかし、本稿は、便宜上、著書のエッセンスが凝縮されている、Texas Law Review の論文を中心に検討する。なお、彼の著書に触れた最近の論文として、青野篤「アメリカ公教育における価値の教え込みと生徒の修正一条の権利（一)」大阪市立大学法学雑誌51巻１号（2004年）45頁以下。長峯信彦「『権力化』したメディアと表現の自由――＜権力によるメディアからの市民の自由＞と＜メディアによる市民からの権力の自由＞――」法律時報79号８巻（2007年）77頁以下など。Mark G. Yudof, *When Governments Speak: Toward a Theory of Government Expression and the First Amendment,* 57 Tex. L. Rev, 863 (1979).

に、Shiffrin による彼の著書に対する書評[26]を用いて、政府言論の理論の全体の流れを概観したい。

すなわち、書評によると、政府言論の理論を提示する際には、次のような前提条件を踏まえるべきという。それは、立憲政治が予定する多数決ルールや代議制政治の根底には、統治に関する説明責任があることである[27]。いいかえれば、国民から同意を獲得するための過程を保護することと、政府言論の理論が密接に関わることを再確認している。

そのうえで、われわれ国民は、国家による「教化（indoctrination）」活動に警戒しなければならないという。国家による教化活動を監視する役割として、プレスを含むマスコミの存在が重要である。マスコミは、国家による教化活動からの防御壁である[28]。

また、政府言論に関する具体的な問題現象が提示されている。より具体的にいえば、政権与党に有利（そして、野党には不利）になる選挙システムを構築するという選挙プロセスにおける政府言論、連邦議会議員の郵便物無料特権（franking privilege）という政府言論などである。これと同様の問題として、公立学校、刑務所、病院、軍隊などで国家権力が不当なかたちで発動される政府言論があるという[29]。

彼は、これらをすべて政府言論と捉えたうえで、政府言論に関する問題を検討する際には、連邦主義、権力分立、行政庁に対する統制などの一般的な理論が重要であるとして、それを補強するものとして政府言論

---

[26] Steven H. Shiffrin, Book Review: *Government Speech and the Falsification of Consent. When Government Speaks: Politics, Law, and Government Expression in America. By Mark G. Yudof,* 96 Harv. L. Rev. 1745, (1983) (book review).

[27] *Id.,* at 1746.

[28] *Id.,* at 1747.

[29] *Id.,* at 1746. たとえば、国公立病院の患者や国公立学校の学生や生徒と国家の関係が問題となる。というのは、そこに存在している国民に対して（ほぼ強制的に）国家によるメッセージが伝達されるからである。これは、わが国の議論でいえば、特別権力関係論に近い関係であろう。なお、その際には、公務員が上位機関からのメッセージを伝達する道具として使われるという問題も同時に発生する。これらは、政府言論の問題関心である。竹中勲「とらわれの聴衆」ジュリスト1037号（1994年）146頁以下。

アプローチが重要であるとしている[30]。

次に、やや繰り返しになるが、民主主義過程においては、対話が重要であるという。政府と国民のあいだでも、対話は行われるべきである。政府と国民のあいだのコミュニケーションは、それが適切になされる限りでは要請される。ただし、適切とはいえない政府コミュニケーションは、憲法学的な観点から認められない。ここで、政府言論という場合、説得（persuasion）と、教化（indoctrination）という類型を指摘できる。われわれは、このふたつ――いいかえれば、適切な政府言論と、不適切な政府言論――を明確に区別する必要がある[31]。

しかし、この区別は決して一義的にできるものではない。なぜならば、彼自身が、適切な政府言論と、不適切な政府言論を区別しようとする際に、その判断基準として、市場の多様性、個人の尊厳、自律、平等、民主主義社会における適切な政府機能の考慮という多種多様なものをあげているからである[32]。

そして、政府言論に関する問題に裁判所が介入することも一定程度警戒する必要がある。それは、裁判所による政府言論のコントロールが、場合によっては、同意過程を歪曲する可能性があるからである[33]。ここでは、国家と国民による同意過程は、より多くの方法によりチェックする必要があり、同意過程に関する問題は、ひとつの法理論や判例法によっては解決されないことが示されている。

また、美術館や図書館などは、諸々の思想を国民に対して提供している。これもまた、ひとつの政府言論といえる。ただし、われわれは、図書館の機能そのものに対して警戒する必要がない。そうではなくて、われわれは、党派的な戦略に基づいた選書活動に警戒すべきである。図書

[30] *Id.,* at 1747. 要するに、表現の自由という人権固有の問題に還元されないことを提示しているといえよう。

[31] *Id.,* at 1747.

[32] *Id.,* at 1749. なお、著書では、政府言論の非司法的な救済の方法が具体的に提示されている。MARK G. YUDOF, WHEN GOVERNMENT SPEAKS 111-140 (1983).

[33] *Id.,* at 1748.

館の選書をよりクリアーにするためには、権力分立アプローチ――いいかえれば、選書を政治的機関から離れたかたちで行うこと――が、より適切である[34]。

以上のようにして、政府言論の理論は、コミュニケーション・ネットワークに「参加」する政府を一般的に問題化する枠組みである。このように定義づける場合、政府の地位を高めるために虚偽の事実を開示するという情報公開、これとは反対に、政府が情報を公表しないことが政府言論の理論の対象となるだろう[35]。

ここで、一般的にいえば、民主的な自己統治を実現するためには、情報公開という政府言論はまったく否定されるべきものではない。というよりも、政府言論の理論は、政府が情報を意図的に隠すとか、不当に「思想の自由市場」を操作することを問題視する。

このように、政府言論の発想は、国家介入ないし国家活動をめぐる問題を認識するツールしては有効であるといえるが、政府言論を「いかに」統制するかという個別的問題の解決を一義的に導くものではない。以下では、このことを可能な限りにおいて、敷衍していきたい。

---

[34] *Id.,* at 1750-1751. なお、彼は、単なる言論者に対する補助と、公務員による党派的な補助を区別する。そして、公務員による党派的な補助が行われた場合には、違憲と解すべきとしている。

[35] Yudof, *supra* note 32, at 5-19 (1983). 彼は、国家機関が有している国家秘密が、国民に与えられた情報に基づく討論を困難にすることを一般的に問題化している。*Cf.* Gia B. Lee, *Persuasion, Transparency, and Government Speech,* 56 Hastings. L. J. 983, 1045-1049 (2006).

もっとも、情報公開というものは、民主主義過程にとって重要なものであるが、同時に個人に対しても重要であることがある。たとえば、「情報公開は何をさておいてもまず、個人の人格の自由な発展に有用であり、民主主義の実効化という目的は情報公開の本来的な目的の一部しか捉えていない……。『知る権利』、あるいは、その母体である表現の自由には、民主主義の一手段であるという面と同時に、人権本来の機能である、個人の自律を支えるという側面がある」という指摘が示唆的であろう。棟居快行「情報公開法一条――法律の目的――」ジュリスト1156号（1999年）33頁の表現。

② 問題の所在

アメリカ合衆国もまた20世紀に入ってから、行政国家化が進んでいる。そのことを背景として、憲法学の関心もまた、コミュニケーションや公的意見を形成していく政府に向けられていく。公的な意見を形成する政府機関には、学校や刑務所、病院や軍事施設も含まれる。

こうした政府機関は、一般的にいえば、正当な政府の目的（legitimate government purposes）を達成するために、重要な役割を果たすものである。しかし、注意すべきは、こうした機関は、依然として、授権機関によって与えられた権限の範囲内でしか活動ができないことである[36]。

そして、先行学説は、政府言論の現代的文脈をまったく無視してきた。政府のコミュニケーションという問題を検討することは、従来から議論されてきた（国家がある私人の表現を規制するという）文脈とは異なるかたちで、現代のコミュニケ―ション・ネットワークへの政府自身の関与を承認することであり、リベラル・デモクラシーにおける表現に関する理論や概念を（新たに）要求するものである[37]。こうした問題関心は、およそ次のように評価できるだろう。

> 「現代のコミュニケーション・ネットワークにおける政府の表現には、計り知れない実践的な重要さがあるにもかかわらず、学説は、第１修正の枠組みでしか、政府言論の役割を検討してこなかった。すべてのレベルで、政府は、情報を知らせる権限を有していて、各組織体を主導し、こうして、民主的同意の発展に貢献するものである。しかし、そうした権力は、潜在的に市民の独立した判断を破壊的なものにしたり、民主的同意の過程に脅威を生じさせるかもしれない。Yudofは、こうした政府言論の二重の性質（dual nature of government speech）を考察し、第１修正の領域における、過度な政府言論という問題関心に関する適切な役割を提案する。（傍点は引用者）」[38]

---

[36] Yudof, *supra* note 25, at 864.

[37] *Id.,* at 864-865.

[38] *Id.,* at 863. この表現は、論文冒頭に掲載されている要約である。ここでも

③　歪み

すでに確認したように、政府言論は、民主的国家の活動において、重要なものである。ただし、政府言論が同時に破壊的な威力を有していることが問題となる。より具体的にいえば、教育し、情報を知らせ、誘導する国家権力は、国民を教化し、判断（力）を歪め、現在の権力を永続化させるものだからである。

また、政府による「強制」とは異なり、「説得」という手段は、より受けいれやすい。そこで、「説得」という政府言論は、場合によっては、有用なものとも評価できる。こうした政府言論の逆説的な性格が、政府言論に関する課題を複雑にする[39]。

まず、政府言論の積極的意義を認める学説を次のように批判する。政府言論を積極的に肯定する学説は、私的な言論者（国民）と同様にして、政府にも「言論者としての地位」を認めるべきと主張する。これに対しては、（当時における）著名な判決である、Bellotti 判決[40]を引用することで、次のような批判をしている。

ここで、Bellotti 判決とは、人民投票の際に、銀行や企業が金銭を支出すること――あるいは、意見広告をすること――を禁止した州法が違憲とされた事例である。彼の観点からすると、Bellotti 判決で争われた州法は、銀行や企業が、人民投票に際して、自身に有利な情報を「思想の自由市場」に付け加えることを規制する法律であると評価される。それゆえに、政府言論を否定的に解する彼のような立場からは、次のように評価される[41]。

政府言論の理論が、表現の自由という個人的権利の問題に還元されないことを提示している。

[39] *Id.,* at 865.

[40] First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

[41] 木下智史『人権総論の再検討――私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社・2007年）261頁によると、プレスや表現目的の自発的結社というものではない、営利法人たる会社の表現活動と第１修正の保護の関係は、比較的最近までは否定されていたという。しかし、この Bellotti 判決で、法人が表現の自由の享有しうることが、合衆国最高裁の先例からしても正当であるとされた

すなわち、銀行や企業による言論は、直接的には、人間の尊厳や自己実現に奉仕しないけれども、銀行や企業から放射されるコミュニケーションが、(政治的問題や政治家に関する)市民的判断をする際に不可欠な情報を提供するだろう。

このようにして、彼は、たとえ銀行や企業が、「思想の自由市場」に対して自身に有利な情報を提供したとしても、それを必ずしも否定的に解すべきではない――むしろ、国家による規制の弊害こそを警戒すべきである――としている。いいかえれば、「思想の自由市場」に対して、結果的にいえば、ある情報や表現が増えることを歓迎している[42]。

次に、政府言論を肯定的に理解する学説を次のように批判する。これらの学説は、たとえば、プレスや営利企業、利益団体によって、「思想の自由市場」が「支配」されている現実を直視して、再び「個人」の声を復活させるために、国家介入――要するに、弱者の声を、再び「思想の自由市場」に参加させるという「国家による自由」――が、有用であるという主張をしている[43]。

しかし、こうした議論は、コミュニケーション・ネットワークに参加する企業などの(社会的)権力をチェックするという役割を国家に付与することを意味している。それは、端的にいえば、政府権力に新たな権能を付与することである。こうしたモデルに依拠すると、行き過ぎた政府言論を抑制するという観念を諦めることになる[44]。

したがって、政府が言論をする権利を、憲法に組み込むことは、説得的でも魅力的でもない。第1修正の目的は、歴史的にいえば、政府の権力を制限することである。それは、政府が話す権利を認める根拠とはなり得ない。

という。また、蟻川恒正「会社の言論」長谷部恭男・中島徹編『憲法理論を求めて――奥平憲法学の継承と展開――』(日本評論社・2009年)121頁以下。

[42] Yudof, *supra* note 25, at 866-867.

[43] *See, e.g.,* OWEN M. FISS, THE IRONY OF FREE SPEECH (1996).

[44] Yudof, *supra* note 25, at 867.

すなわち、政府の言論は、企業や労働組合の言論よりも、コミュニケーション・システムを脅かすものである。企業という法人に表現の自由を認めることと同様にして、政府という主体に対して、表現の自由を憲法的に認めることは、表現の自由システムを歪める（distort）というべきである。

むしろ、政府言論が認められるのは、話し手としての政府の権利（the rights of government as a speaker）にあるわけではなく、国民が公的なことに関して情報を受け取る権利（the right of the public to receive information）、または、国民が情報を知らされる権利、すなわち、知る権利にある[45]。

以上のように、彼は、政府言論とインフォームド・コンセントの観念を接合させている。たしかに、政府は、「思想の自由市場」に対して、多種多様な情報を提供している。ただし、そうした情報は、特定の観点によるもので一方的に偏った情報である。ここで、政策的な観点からいえば、正当な選挙により選ばれた多数派は、話す権利を持っているといえるだろう。しかし、それは、憲法的な観点からの議論ではない。政府に話す権利を認めることは、政府の権力を制限するという――伝統的な第１修正の原則的な――議論を混乱させるものである[46]。

このようにして、やや繰り返しになるが、Bellotti 判決においては、政府の言論と銀行や企業による言論が、少なくとも対立していたにも関わらず、彼は、政府の言論こそを警戒すべきという立場を採用している。その意味で、彼の理論は非常に明確である。

しかし、こうした立場は、社会的権力である銀行や企業の（有害な）言論に対しては、「寛容」を貫いているといえる。こうした議論から分かるように、彼は、「国家からの自由」を基調とした「思想の自由市場」により忠実な――あるいは、多元主義に近い――立場にあるように思われる。

より具体的にいえば、何が真に公益なるものかどうかの判断を国家が

[45] *Id.,* at 868.
[46] *Id.,* at 869.

することは認められない。それは、討論によってなされるべきである。そこで、彼は、現状をベースラインとして、国家がある表現を禁止ないし統御することは、「思想の自由市場」の原則から禁止されるべきと考えている。

(2) 諸相

① 地方政府

政府の言論は、連邦政府だけで起こるわけではない。地方政府においても、それは起こりうる。しかし、地方政府においては、構造的にいえば、地方政府による言論（声）が、唯一の言論となることは少ない。それゆえに、地方政府における政府言論は、より安全であると評価できる。それは、どういうことであろうか。

というのは、地方政府は、連邦政府とは異なる地方政治の運営に関する多種多様な独自のルールを有しており、立法過程においても、強固で独立した支柱をいくつも有している。その結果として、地方政府は、より自然なかたちで、ロビイングや公共広告の影響を受ける。したがって、地方政府の声（だけ）が、他のさまざまな言論を「掻き消す（drown out）」という状況は、通常起こりにくい。それゆえに、政府言論に関する問題は、連邦政府よりも生じにくい[47]。

そこで、地方政治における司法権のひとつの役割は、地方政府による（私人に対する）公共広告の規制を監視することであると考えることができる。それは、政府言論の観点からすると、政府が、コミュニケーション・ネットワークを独占（monopolizes）したり、政治的プロセスを歪めることが危険であるからである[48]。

以上のことからも、政府言論の理論は、本稿が暫定的に定義づけたように、国民の権利を直接的に侵害するというよりも、「思想の自由市場」を歪ませたかどうかというな、抽象的ないし構造的な問題であるともいえる。

---

[47] *Id.*, at 869. 要するに、多種多様な言論が地方政治レベルでは存在していて、それが（より大きな連邦政府に較べると）法制度上も政府に反映されやすいといえることから、政府言論が唯一の声となることは少ないといえる。

[48] *Id.*, at 870.

② 福祉国家批判

まず、政府言論の類型を指摘できる[49]。

第１の類型は、政府が、より直接的に国民に対して（強力に、反立憲主義的に）コミュニケーションしようとする場合である。それは、より具体的にいえば、国民の思考を歪めたりする場合とか、反憲法的価値を押しつけたりする――いわば、立憲主義を根底から覆すような、非常に稀有で、露骨な――政府言論である。こうした政府言論は、自由主義国家においては危険である（また、こうした状況は、非常に例外的なものである）。そこで、国民が、政府と国民のあいだの同意過程を政府に支配されないように常に監視していて、あるいは、国民は、憲法条文の背後にある原理や、先例や法律、憲法テキストや政府構造などを考えることで、そうした国家活動を常に監視している[50]。

第２の類型は、政府言論（の行使）が、ある人の表現の自由や表現的結社の自由に抵触する場合である。この場面には、第１修正を用いて問題を解決できる。たとえば、裁判所は、保護された言論が州の行為によって「侵害」されたかどうか、州側に「やむにやまれぬ」利益があるか、「明白かつ現在の危険」があるか、それに関わるような利益が「現に存在するか」を判断すべきである。

ただし、重要なことは、すべての国民が、情報と意見の自由な流れという利益（an interest in the free flow of information and opinions）を有するという前提である。なぜならば、こうした思想や表現の「流れ」が、民主的プロセスの導管となるからである。したがって、もし、市民の私的なコミュニケーションを促進させたいならば、（裁判所としては）同意過程を歪曲する政府権力を監視する必要がある[51]。

---

[49] *Id.,* at 871. 本稿は、政府言論の類型をいくつか提示する予定であり、この類型が最初の類型である。

[50] *Id.,* at 871-872. とはいえ、第１類型も訴訟が可能である（ある人の権利を侵害している）ことから、第２類型に較べて、そもそも立憲主義との抵触の具合がより大きいことを意味しているように思われる。

[51] *Id.,* at 872. ここでも、「思想の自由市場」論により近い立場に立っていることがわかる。

次に、表現の自由システムの脅威とは、国家による福祉国家であり、マス・メディアや労働団体等の声ではない。こうした議論は、現状をベースラインとした、「国家からの自由」論に依拠したものであり、社会的な権力よりも、政府の拡大を警戒するものである。

もっとも、彼自身も、このような理解の問題点を認識している。すなわち、「思想の自由市場」に参加する人々のあいだには、同等の力が存在しないではないか。これに対して、彼は、次のように応答している。政府は、強い声や重要な声を「恣意」的に選択して沈黙させようとする傾向がある。こうした（選択を恣意的におこなう）政府言論は、表現的結社の自由、情報を集め出版をしたりする自由に対して、非常に大きな影響を及ぼすことから、制限する必要がある[52]。

以上のことからすると、政府言論の問題関心は、次のようになる。彼の政府言論の理論は、主として、「国家からの自由」の観点に依拠しつつ議論が構成されている。そして、このことは、政府言論と「思想の自由市場」の問題関心に結びつきがあることを証明している（命題１）[53]。

③　問題点

それでは、政府言論の問題点とは何か。それは、裁判においては、侵害された権利利益（損害）を原告が立証する必要があることに関わるものである。そもそも法的救済とは、個人や組織に対して、直接的に行われる。これに対して、これまでも確認してきたように、政府言論（の効果）は、すべての人に対して間接的に表出される点に特徴がある。こうした政府言論は、本質的にいえば、「抽象」的で「観念」的なものであり、権利侵害を伴わないものであることが多い[54]。

---

[52] *Id.,* at 873.

[53] 序章で提示した、本稿の検討課題（命題１）は、「国家からの自由」ないし「思想の自由市場」の原則と国家規制の連関を指摘することである。このような問題関心については、拙稿「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克――政府言論の理論との関わり――」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂・2008年）96-97頁も参照。Yudof, *supra* note 32, at 90-110.

[54] Yudof, *supra* note 25, at 873-874. 序章で触れたように、権利侵害を伴わない政府言論をどのようにコントロールしていくかという問題は、政府言論の大き

たとえば、政府言論の中には、情報公開という政府言論がある。このような政府言論は、ある特定の権利自由を直接的に侵害するものではない。その結果として、情報公開という政府言論は、裁判による救済にはなじまない部分がある。

⑶　各論

これまでの議論を簡単に振り返っておきたい。

まず、政府言論には、ふたつの類型がある。ひとつは、政府言論（の行使）によって個人の権利利益が侵害される場合である。もうひとつは、典型的には情報公開のように、権利侵害を伴わない場合である。

たとえば、前者に関する問題に公立学校において、国旗敬礼行事に参加・強制させられる生徒という問題類型がある。この政府言論は、非常に重大な問題である。なぜならば、こうした政府言論は、学校という国家によって創設された空間に存在する生徒――それは、「捉われの聴衆」――に直接的に向けられるからである。こういう場合、生徒は、宗教的結社の自由や国教樹立禁止条項を用いることで、（政府言論の理論の用語を用いると）「教化活動」の不当性を訴えることになる[55]。

以上のことから、政府言論を検討することは、既存の判例理論の分析と重なる部分もあるといえる。重要なことは、政府言論の発想（こそ）が、（見えにくい）国家関与の問題を顕在化させることである[56]。

な課題である。これを、彼は、救済の困難さ（remedial quandaries）という概念で説明する。*Cf.* Gia, *supra* note 35, at 1045-1049 (2006).

[55] *Id.,* at 874-875. *See* West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943). 石埼学ほか編『リアル憲法学』（法律文化社・2009年）53-54頁（石埼学執筆）も参照。

[56] 若干議論が逸れるが、本来、政府言論という理論は、見えにくい国家関与の問題点を明らかにする理論であった。そして、審査基準を場合によっては、より厳格にしようというアプローチであったにもかかわらず、最近の判例では、政府言論の法理というものが、政府言論という言葉を用いることで、審査基準の緩めているという皮肉がある。Pleasant Grove City v. Summum, ---U.S.---, 129 S. Ct. 1125 (2009). 拙稿「ある宗教団体が、十戒のモニュメントがすでに展示されている公園に、同宗教団体の格言のモニュメントの展示を求めたこと

以下においては、政府言論がどのように行使され、それをどのように統制すべきかという各論を概観する[57]。

① 祈祷行事

公立学校でおこなわれる聖書の祈祷行事という問題がある[58]。こうした問題に対しては、国教樹立禁止条項や信教の自由を用いることができる。生徒という存在は、学校という権力によって管理された空間に存在する「捉われの聴衆」といえる。

そうした「捉われの聴衆」に向けて、国家が宗教的メッセージをコミュニケートすることは、危険な政府言論である。それらは「教化活動」というべきである。

② アカデミック・フリーダム

アカデミック・フリーダムという問題がある[59]。アカデミック・フリーダムは、アメリカ合衆国憲法には規定されていない権利であり、もともとは、19世紀のドイツで発達した――とりわけ、大学における学問的な――自由であるが、次のような問題にも部分的に援用できる。

まず、公教育における教師の（教育の）自由である。このことを考える場合には、次のことを念頭におく必要がある。すなわち、教育に関する権限分配に関する問題提起として、学校のクラスでなされることを「全て」コントロールする（より上位の）組織があれば、その分だけ、「捉われの聴衆（生徒）」に対して、政府の公式のメッセージを伝達する可能性が高まる。こうした傾向が、高まるほど、教師は、単なるロボット

に対して、市がそれを拒否したことが第1修正に違反しないとされた事例」アメリカ法〔2010-1〕掲載予定。

[57] ただし、以下にとりあげる内容は、本稿の問題関心との関係から若干偏りがある。より具体的には、項目立てを若干修正しているのに加え、祈祷行事やニュース・レターやアカデミック・フリーダムの記述に若干の省略部分がある。

[58] Yudof, *supra* note 25, at 875-876. *See* Engel v. Vitale, 370 U.S. 421(1962). すでに確認したように、本稿の論述は、簡略化したので、国旗敬礼行事については、Emerson などの論者を参照のこと。また、後掲注（107）参照。

[59] *Id.,* at 876.

（automatons）――それは、腹話術師――としてしか機能しなくなる。

しかし、教師は、上位機関から指示された内容を、ただ単に機械的に伝えるロボットとは捉えるべきではない。それを認めてしまうと、結果的にいえば、国家による「教化活動」が増えるからである。

そこで、教育に関する責任の所在を、できるだけ「分散化・小国化（balkanization of responsibility）」させることが重要である。なぜならば、責任の所在の分散化は、国家による教化活動の潜在的な可能性を縮減させるからである[60]。このようにして、責任の所在をできるだけ分散化・小国化させること――いいかえれば、政府言論の理論で用いられる用語を使うと、文化（？）専門職の一定の裁量を容認することこそ――が重要となる。

もっとも、もともとアカデミック・フリーダムという用語は、繰り返すように、主として、大学の教師の自由として語られた、非常に狭い特殊な自由であるから、あらゆる文脈に対しても援用できるわけではない[61]。

---

[60] *Id.,* at 877.

[61] *Id.,* at 878. たとえば、教師がカリキュラムをすべてつくることまでは認められないだろう。なお、「英米の憲法理論でも、アカデミック・フリーダムは、大学における研究・教育の自由に限定されるのか、大学以外の初等中等教育機関の教師・研究者にも推及される自由であるのか、については、ほとんどコンセンサスがない状態にある。」という指摘がある。

なお、アカデミック・フリーダムとは、教育の自由、言論の自由、プライバシーと個人のライフスタイルの権利、手続き的公正、団体交渉、生徒・学生の権利などを総称する考え方とされる。芦部信喜『憲法学Ⅲ　人権各論（１）　増補版』（有斐閣・2000年）205頁の表現。

これに関連して、松元忠士「公立学校教師のアカデミック・フリーダム」ジュリスト946号（1989年）92頁以下が、「新しい学校教育制度の下での最も有力な考え方は、学校の目的は批判的探求と創造的思考力の育成にあるとし、学校の性格を『思想の市場』理論で捉えている。ここでは、伝統的社会的価値の注入にも、既存の知識の権威的教化に対しても懐疑的である。学校が教師と生徒、生徒間の自由な思想の交換と批判的討論を通じての、広い意味での真理探究の程度に差異があるとしても、大学教授と同様アカデミック・フリーダムの権利保護が要求される」としている。これは、「思想の自由市場」論のアナロジーから、

たとえば、教師が教育活動の「すべて」において自身の信条を反映させること――つまり、教師自身がカリキュラムを自身で決定すること――は認めるべきではないし、同様にして、教育に関する決定権を、より上位機関に白紙委任することもまた認めるべきではない[62]。その意味において、教育に関する権限は、折衷的（権限分配的）なものである。

また、教師の雇用の自由の問題については、外国人が州立学校で、教師をおこなうことを禁止した州法が合憲とされた Ambach v. Norwick 判決[63]が提示されている。Powell 裁判官による法廷意見によると、公立学校の任務は、アメリカにおける民主的な価値を教えることであることから、州はそのような目的を達成するために、「適切に」人選を行うことができるとし、それを前提として、外国人の教員採用を否定できるとした。

しかし、（ちょうど原告が主張しているように）外国人の教師を否定することは、多様な観点の創造という契機を縮減させることから、上位機関による党派的な政府言論に対抗するためには、教師集団の多様性を築きあげることが重要となる[64]。

そうであれば、裁判所としては、（公立学校の教師になる自由が憲法上の自由であるかを問うよりも）外国人が公立学校で教育を行う利益を踏まえたうえで、教員選任のプロセスが、教師集団を築きあげるという

政府言論の問題を検討している本稿にとって、注目すべき見解である。

[62] *Id.,* at 878. *See also* Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968). 公立学校で進化論を教えることを禁止した州法が違憲とされた事例である。これに関連して、鈴木慎太郎「アメリカの公立学校における進化論教育と信仰の自由」法と宗教をめぐる現代的諸問題（二）紀要第50号（2010年）51頁以下。

[63] *Id.,* at 879-881. この判決では、外国人が州立学校の教師になれるかが議論された。法廷意見と反対意見の違いは、アメリカにおける民主的な価値を教える人間として、外国人がふさわしいかどうかであるといえる。Ambach v. Norwick, 441 U.S. 68 (1979).

[64] *Id.,* at 881-882. これに対して、Blackmun 裁判官による反対意見は、外国人をアメリカに帰化させることによって、はじめて教員採用試験の受験資格を得るとすること――つまり、外国人には、教師の資格を認めないこと――は、まったく外国人の教師としての能力には関係がないことであると批判した。

州の権限の（裁量の）範囲を超えたかどうかを問うべきである。

③　ニュース・レター

公立学校におけるニュース・レターという問題がある[65]。一般的にいえば、学校におけるニュース・レターの作成、それに対する学校による金銭補助は、学校の監督に服さなければならないだろう。

しかし、ニュース・レターは、コミュニケーションのツールとして、もっとも重要なものである。そこで、学校当局から「捉われの聴衆」に向けられた強力なコミュニケーションを縮減させるためには、表現の自由を援用することが重要となる。

④　準パブリック・フォーラム

---

[65] *Id.,* at 882-884. すでに確認したように、この部分の論述は、簡略化した。若干補足すると、彼の構成では、学校における生徒や学生という「捉われの聴衆」に対する強力な政府言論（学校当局による介入）が極力避けるように構成される。しかも、興味深いことに、たとえば、人種差別主義的な学生団体に対する金銭補助の拒否やニュース・レターに対する学校当局の介入も否定的に解されている。

これに対して、いかなる評価をするかはともかくとして、本稿のように、政府言論を多義的に理解する場合には、公立大学や公立高校の運営方針も、ひとまず政府言論の対象となるだろう（第４章）。それは、学校による政府言論が、（学生の）思想･信条の自由と抵触する可能性を否定できないからである。*See* Nan D. Hunter, *Expressive Identity: Recuperating Dissent for Equality,* 35 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1, 54 (2000).

ここでは、学校当局による規制が否定的に解されている最近の事例（や、それに対する研究）を指摘するに留めておく。*See also* Note, *Recent Case: Constitutional Law -- First Amendment -- Seventh Circuit Holds that Public University Cannot Refuse To Recognize Student Group Based on Group's Violation of School Nondiscrimination Policy,* 120 Harv. L. Rev. 1112, 1112 n.1 (2006); David E. Bernstein, *Antidiscrimination Laws and the First Amendment,* 66 Mo. L. Rev 83, 101 (2001); Laura K. Klein, *Rights Clash: How Conflicts Between Gay Rights and Religious Freedoms Challenge the Legal System,* 98 Geo. L. J. 505 (2009).

準パブリック・フォーラムという問題がある[66]。公立学校という環境において、生徒という存在は、コミュニケーションがしにくい存在である。生徒という存在は、学校の設立者などの上位機関から発せられる政府言論の権威に較べると、非常に小さい存在である。

そこで、上位機関からの政府言論を踏まえ、政府言論に対抗するために、ニュース・レターを作成すること、クラブを組織することを広く認めていくべきである[67]。要するに、政府言論に対抗する、生徒という主体の自由を強く観念すべきである。

たとえば、Tinker v. Des Moines School District 判決[68]がある。同判決では、ベトナム戦争に反対の意思表示をするために、学校に黒い腕章を装着して、登校したことが問題とされた。連邦最高裁は、子どもに対して、そのような表現を行うことを広く認めたが、これは高く評価されるべきである[69]。

同判決が示したように、政府言論の問題関心からすると、「我々のシステムにおいては、州に操作された学校が、全体主義の包領（state-operated schools may not be enclaves of totalitarianism）にされてはなら」[70]ず、学校というフォーラムでは、できるだけ、生徒の利益（表現の自由）をより広く認めることが重要である。ただし、このことは、生徒の主張をすべて認めるべきことまでを意味しない[71]。

⑤ 親の教育権？

親の教育権という問題がある[72]。親の教育権という問題は、わかりや

---

[66] Id., at 884. 学校という場所（たとえば、教室や講堂）は、準パブリック・フォーラムとされることがある。

[67] *Id.,* at 885.

[68] Tinker v. Des Moines School District, 393 U.S. 503 (1969).

[69] Yudof, *supra* note 25, at 886.

[70] Tinker, *supra* note 68, 393 U.S. 503, 511 (1969).

[71] Yudof, *supra* note 25, at 885-886.

[72] *Id.,* at 888. 彼の項目立てでは、「捉われの聴衆から逃れること（Freeing the captive audience）」とある。しかし、そこで扱われている判例は、Pierce 判決がメインであるから、本稿は、あえて「親の教育の自由？」とした。それは、

すくいえば、公立学校に子どもを通わせると、「捉われの聴衆」になることから、「公教育からいかに『自由』に生きられるか」を観念するという問題設定である。

ひとつの例として、私立学校の観念を否定して、公立学校での教育を義務付けた州法が違憲とされたPierce v. Society of Sisters判決[73]がある。Pierce判決のひとつの特徴は、実体的デュープロセスという観念を採用して、当該法律を違憲としたことである。

重要なことは、（とりわけ経済的自由を中心として）実体的デュープロセス論に敵対する判決でさえ、この判決を否定的に解していないことである[74]。実際において、学説（や裁判官たち）によっても、Pierce判決は、信教の自由に関する事例として注目され、または、第14修正のデュープロセスから派生する親の権利として注目されてきた。そして、

親の教育の自由をはじめとする、私的自由の観念の意義を探ることが、本稿のひとつの課題であり、これらを政府言論の観点から再構成することが重要と考えるからである。

いうまでもなく、これらの自由は、実体的デュープロセス論として検討されてきたものである。Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925); Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

なお、Pierce判決は、第２章の「アメリカにおける市民権法と表現的結社の自由との相克」を検討する補助線として重要である。本稿は、国家に妨害されない自由を、政府言論という観点から検討している。義務教育の強制の是非が争われた本件は、子どもの教育に関する「国家からの自由」を観念する際に、非常に重要な事例といえる。関連して、中川律「合衆国の公教育における政府権限の限界――ロックナー判決期の親の教育の自由判例　マイヤー判決とピアース判決に関する考察――」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』（敬文堂・2009年）117頁以下。

[73] Pierce, *supra* note 72, 268 U.S. 510 (1925).

[74] Yudof, *supra* note 25, at 888 n 96. *Cf.* Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Runyon v. McCrary, 427 U.S. 160 (1976); Norwood v. Harrison, 413 U.S. 455 (1972); Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). なお、Pierce判決が支持されているひとつの理由は、デュープロセス論を検討する際に重要なCalolene Products事件の脚注４で、Pierce判決が違憲とされるべき例とあることだろう。United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144. 153 n 4 (1938).

それを覆すことについては、今日でも否定的に解されてきた[75]。

なお、同判決では、私立学校における教育を禁止する法律の違憲性が争われたが、私立学校は、たしかに教育内容に関するカリキュラムを編成する権利を有している。それは、州によって妨害されない自由である。ただし、同様にして、歴史的にいえば、親は、子どもに対して、どのような教育を行うかに関する権利を有してきた。

ここで、公立学校における強制教育に関する法律（だけ）が、なぜ親の権利を侵害しているかを説明できなくなる。なぜならば、公立学校での就学を義務付ける法律よりも、私立学校を含むような義務教育を規定する法律のほうが、より大きく親の権利を侵害するからである。いいかえれば、私立学校に対する就学義務も、場合によっては、親の権利を侵害するといえる[76]。

これらのことを踏まえると、Pierce 判決は、若者たちに対する教育を（公立学校でおいてのみ）おこなう（という法律を制定した）政府の権力を制限するという観点から理解できるだろう。

⑥ 国旗敬礼行事

国旗敬礼行事に強制・参加させられる生徒という問題がある[77]。これは、日常的におこなわれる公教育（のカリキュラムの構築）という問題とは若干異なった問題類型といえる。

---

[75] *Id.,* at 889.

[76] *Id.,* at 889-890. 本件においては、（州内の）子どもの教育を公立学校で「すべて」しようとした――その意味で、私立学校の自由を否定した――法律が問題となった。しかし、彼は、私立学校の自由を否定することはせず、子どもの社会化において、私立学校や家庭を重要なものと位置付けている。たとえば、学校は、家族内の事項と思われる事柄にも関心を持つことがある。すなわち、子どもに対するポルノグラフィーの売買、たばこの売買などを禁止することがある。その意味でいえば、学校の権限と親の権利という公私区分は相対的なものである。

[77] *Id.,* at 891. 彼は、これまで扱った現象を、公立学校における「捉われの聴衆」の問題とする。これとは異なるモデルとして、国旗敬礼行事の問題や、結社の自由の問題を挙げる。これに関連して、後掲注（111）（112）を参照。

まず、自己の信念に反するようなコミュニケーションを国家に強いられるという状況は、連邦最高裁でも何度か議論されている。

より具体的にいえば、国旗敬礼行事に強制・参加させられた子どもが訴えたBarnette判決[78]は、国家と話さないこと（コミュニケーションしないこと）を選択する権利を、第1修正上の権利として承認し、国旗敬礼行事に参加する義務がないことを明確に承認した。法廷意見を書いたJackson裁判官は、クラスルームで、国家が愛国主義を教えること自体は禁止できないとしつつも、――いいかえれば、特定のメッセージを伝達すること自体を認めつつも――ある特定の不快な方法により、それを伝達することを禁止している。

このことから、Barnette判決の法廷意見は、愛国主義を教えることを認めつつも、特定の場面、特定の方法によるそれを問題視した判決といえる。そうすると、どのような場面において、政府コミュニケーションが許されるかを明らかにすることが重要となる[79]。

これに関連して、Wooley v. Maynard判決[80]が提示されている[81]。Wooley判決とは、州のモットーである「自由に生きるか、死ぬか」というメッセージを、車のナンバー・プレートに強制的に装着させる州法の合憲性が争われた事例である。この事例では、ナンバー・プレートという手段で、イデオロギー・メッセージを普及させられるかが問題となった。連邦最高裁は、Barnette判決を引用して――「表現する権利」と「表現しないでいる権利」は、第1修正の補完的構成要素であるとして――当該法律を違憲とした。

もっとも、Wooley判決もまた、ナンバー・プレートを用いて、何らかのメッセージを普及させること自体を禁止してないため、この判決も特定の内容のメッセージのみを普及させることを禁止したといえる[82]。

---

[78] Barnette, *supra* note 62, 319 U.S. 624 (1943).

[79] Yudof, *supra* note 25, at 891. ただし、彼によると、そもそも非強制的な手法による国旗敬礼行事の開催が、「より制限的でない方法」といえるかについても議論の余地がある。

[80] Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

[81] Yudof, *supra* note 25, at 891-892.

[82] *Id.*, at 892-893. Wooley判決のRehnquist裁判官による反対意見は、本件に

さらに、Linmark Association v. Township of Willingboro 判決[83]が提示されている。同判決では、空き住宅地での「売却済（sold)」とか「募集中（for sale)」の看板の掲示が禁止されたことの違憲性が争われた[84]。条例の規制目的は、人種間で安定的な近所を作るためとされている。というのは、こうした規制をしないと、白人だけの居住区ができるからとされている。

これに対して、不動産を所有するものが、この法律に異議を唱えて、訴訟を提起した。連邦最高裁は、このようなメッセージを禁止することは、どこに住むかに関する情報の流れを否定することであるとして、違憲であるとした。私的な言論である「売却済み」とか「募集中」の看板の規制が違憲とされたのは、ナンバー・プレートが問題となったWooley 判決の枠組みと共通しており、その差異は、「人種の統合か、愛国心か」という点にある[85]。

⑦　結社の自由

結社の自由という問題がある[86]。結社という手段は、今日において、

は、Barnette 判決のように、ある特定の信念を強制させるような契機が存在しないと反論している。こうした評価の差異は、政府言論をどの範囲で違憲とするかという判断の難しさを示している。

また、そもそも、Rehnquist 裁判官は、納税者の観点から、公金の支出を自らの信念に反するという理由で、取り戻す訴訟に否定的である。たしかに、国民から集められた公金が、自身の信念に反するかたちで支出されることは、信念に対する強制と同様の問題が生じるといえる。しかし、これと同様な構造の現象は、社会の諸々の領域で生じている。自らが所属する団体（国家）の運営資金の支出に関して、そうした金銭支出に貢献されない自由を観念することは、「どのような支出が強制的な貢献なのか」という微妙な判断を要求することになる。*See also* H. Shiffrin, *Government Speech,* 27 UCLA L. Rev. 565, 588 (1980). *Cf.* Abood v. Detroit Board of education, 431 U.S. 209 (1977).

[83] Linmark Association v. Township of Willingboro, 431 U.S. 85 (1977).

[84] Yudof, *supra* note 25, at 893.

[85] *Id.,* at 894. 確認しておくと、Wooley 判決で問題となったメッセージは、州のモットーであり、必ずしも「愛国」ではないといえるかもしれない。

[86] *Id.,* at 894-896. 彼は、結社という場合、本論にあるように、２人以上の人間

私的なコミュニケーションをする方法として非常に有効である。連邦最高裁は、実体的デュープロセス論という構成を用いて、私的あるいは親密な関係に参加する権利を論じてきた。より具体的にいえば、結婚する権利、同性愛結婚、結婚した夫婦の避妊の権利、子どもを設ける権利、成人した２人の性交に関する権利などの自由である。

また、政治的表現のための結社の自由が争われた、NAACP v. Alabama 判決[87]が挙げられている。Alabama 判決とは、州法によって定められた法人認定の手続きの際に、州最高裁判所が、法人構成員の名前が記入されたリストを要求したことの違憲性が争われた事例である。連邦最高裁は、そのようなリストを提出することが、NAACP という団体の結社の自由を侵害するとして、違憲判断を示している。この事例は、人と親密な結合をする自由ではなく、表現的な結社の自由（expressive association）が問題となった事例というべきである[88]。

さらに、Moore v. City of East Cleveland 判決[89]が挙げられている。同判決では、ゾーンニング規制により、祖父母と孫の同居を禁止した州法の違憲性が問題となった。同判決によると、結社の自由は、歴史的にいえば、第1修正の問題として議論されてきたが、その範囲はイデオロギーに関する自由に限定されるものではないとした。そのうえで、本件で問題となった自由は、表現、集会、プレス、信教の自由などではなく、祖父母と居住を共にする自由であるが、それも結社の自由として保護する必要があるとして、違憲判断を示した。

以上の判例を前提とすると、福祉国家化に伴って政府権力が拡張するにつれて、コミュニケーションの方法が非常に拡散している。このような中で、私的存在は、政府権力に対抗するために、団結することが要求

が「結合」する場合を広く意味しているように思われる。その結果として、歴史的にいえば、会社という結社の自由などは、ある程度の制約を受けてきたと評価しつつも、判例法上認められてきた、それ以外の結社の自由を高く評価している。これに関連して、佐藤幸治「『私的なるもの』と『公共的なるもの』とのバランスを求めて」法律時報82巻５号（2010年）40頁以下。

[87] NAACP v. Alabama, 357 U.S. 498 (1958).

[88] Yudof, *supra* note 25, at 896-897.

[89] Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494, 535-536 (1977).

される。結社の自由は、コミュニケーション・チャンネルの政府支配に対抗するものであると理解できる[90]。

(4) 統制

以上において、政府言論の理論で提示された各論的問題を概観してきた。これまでの議論を簡単に振り返りつつ、政府言論の統制のありかたを検討してみたい。

まず、本稿の目的からすると、政府言論の理論の対象が非常に広いことが注目される。

そこでは、すでに確認したように、「捉われの聴衆」という概念が、ひとつの重要な概念となっており、国旗敬礼行事に参加させられる生徒や教師、あるいは、(生徒という「捉われの聴衆」に対して日々なされる)学校におけるカリキュラムのなどの問題が提示されていた[91]。

そこで、政府言論をどのように法的に統制していくかが問題となる。まず、政府言論の行使が、個人の権利利益に影響を与えるという場面類型がある。こういう場面では、既存の憲法条文や判例法を用いることで、救済がある程度可能となる。

---

[90] Yudof, *supra* note 25, at 897. 本稿の議論からすると、表現的結社(と、それに密接に関連している、宗教的結社)に対する規制や助成の問題が、今日もっとも華々しく論じられている、政府言論に関する問題であることが注目される。*See* Martha Minow, *Should Religious Groups Be Exempt From Civil Rights Laws?,* 48 B. C. L. Rev. 781 (2007). Johnny Rex Buckles, *Does the Constitutional Norm of Separation of Church and State Justify the Denial of Tax Exemption to Churches that Engage in Partisan Political Speech?,* 84 Ind. L.J. 447 (2009).

[91] なお、結社の自由なども、政府言論であることに注意する必要がある。結社の自由という問題もまた、「捉われの聴衆」という観点から説明できるからである。後掲注(102)も参照。なぜならば、結社の方針に、国家が口出しをしようとした場合、その結社に属している人間は、必然的に(国家介入によって)行動に変化がもたらされるからである。その意味でいえば、国家が強制的に結社に介入した場合、「捉われの聴衆」と同様の問題構造が生じるといえる。また、宗教的結社の自由という問題もまた、「捉われの聴衆」と捉えることができる。これについては、藤井・前掲注(3)39頁以下。

これに対して、政府言論を、憲法典の人権条項に拠らずに、「直接」的なかたちで制限できるかという問題がある。こうした問題を解決するためには、その前提条件として、「政府の公務員や政治組織とコミュニケートすることや、それに対して独立した判断を行う権力（power）を行使する能力を、自由な国民が有していること」[92]、さらには、「表現の自由や結社の自由は、デモクラシーにおける政府を正当化する同意のプロセスにとって、重要であること」[93]を観念することが、ひとまず重要であるとしている。

そして、アメリカ合衆国の憲法典、治者と被治者に関する憲法上の歴史的な想定は、直接的に権利侵害を伴わない政府言論を制約するという解釈を、場合によっては、正当化するとしている[94]。

この点について、彼は、より分析的・組織的な観点から、より慎重な検討を行っている。たしかに、治者と被治者の同意過程が歪むことは危険である。しかし、同様にして、政府の教育する権能や情報を公開する権能を「完全」に封じ込めてしまうことも危険である[95]。

そのうえで、政府言論の直接的な制約の（より具体的な）方法として、「当該活動が政府機能といえるか」という視点が重要となるとしている（政府機能モデル）。

より具体的にいえば、政府機能モデルを前提として、「政府の宣伝活動」と「政府の教化活動」を区別すること、「民主的な価値」と「反民主的な価値」を区別すること、「党派的（partisan）なコミュニケーション」

---

[92] Yudof, *supra* note 25, at 897.

[93] *Id.,* at 898.

[94] *Id.,* at 897 .

[95] *Id.,* at 898. ここで、司法権という国家権力にも目が向けられる。彼によると、連邦最高裁は、公平な観察者（disinterested observers）ではないし、政府言論の仲裁者（arbitrators）ではない。司法権力も三権という権力の中で機能するものである。したがって、司法もまた、憲法的な制限に服すと考えられる。

とはいえ、連邦最高裁をはじめとする司法権による介入がまったく認められないとするものではない。重要なことは、「思想の自由市場」を歪める存在として、司法府と立法府のどちらが、より危険かということであるだろう。

と、「そうではないコミュニケーション」を区別すること、あるいは、「政府の言論によって、国民の思考プロセス（thinking process）を歪めてしまう場合」を認定することが重要である[96]。

こうした基準を示すことで、具体的な現象を検討していく。たとえば、学校の教師や軍隊隊員の活動には、「特定の政治的な観点の教化」という項目は含まれない。したがって、そうした活動を行ったといえる場合には、党派的なコミュニケーションと理解して、憲法的に許されない活動をおこなった――要するに、不適切な政府言論である――と認定できるだろう。

しかし、「党派的＝非党派的」という区別に関する両義性（ambiguities）は、もうひとつの困難な問題を提起する[97]。

それは、公務員個人が、第1修正の権利を有することとの相克である。あるいは、「憲法理論は、政府の言論と公務員による私的な言論を区別する」[98]ことを求めている。

より具体的な例に即していえば、レファレンダム運動が生じた場合には、たしかに政府（公務員）はレファレンダム活動に反対する権利を持つ。ただし、そうした活動に対して、公務員を動員し、税金によって裏付けられた反対広告のキャンペーンを実施したりすることには、問題がある。

政府言論の両義性（ambiguities）は、このような政府機能を判別する際にも表れることになる。

以上のことから、政府言論の直接的な制限は、最高な方法ではなく、政府言論の制約方法としては、間接的な方法――要するに、個人の権利の侵害型アプローチによる政府言論の統制――のほうが、より明確であ

[96] *Id.,* at 899-905. とりわけ、「党派的なコミュニケーション」と「そうではないコミュニケーションの区別」は有用であるとされる。ただし、こうしたアプローチでどのような問題が、どのような方法で解決されるかについては、分からない部分があるように思われる。政府言論の理論が認識のツールたるゆえんであろう。これに関連して、後掲注（100）も参照。

[97] *Id.,* at 904.

[98] *Id.,* at 905.

る[99]。

彼は、不適切な過度の政府言論を、（その組織に与えられた）「権限の喩越（the ultra vires technique）」という法理から、統制を試みようとしている。ただし、そうした直接的な政府言論の統制は、「休眠状態の州際通商条項（dormant commerce clause）」[100]にたとえているように、非常にその判断が難しいものとなる。

以下のくだりは、政府言論の両義性を正面から承認した学説である。

> 「一般的に、政府言論には危険性と同時に積極的なメリットもあり、そのことは、政府言論の危険性が問題となる、表現行為に対する国家の選別的な形での援助（国家における広い意味での『政府言論』の行使――引用者）についても、リバータリアニズムの立場を徹底させて、およそ国家は表現行為に対して財政的援助をなすべきではないという立場をとるのではない限り、少なくとも部分的にはあてはまるからである。それが、いわゆる『政府言論のディレンマ』ないし『政府言論のパラドックス』と呼ばれる問題である。（傍点は引用者）」[101]

---

[99] とはいえ、救済方法の別とすると、政府言論の対象は非常に広がる。本稿は、政府言論の射程を暫定的に広げたうえで、表現的結社の自由に対する助成の判断枠組みを獲得するものである（第４章）。

[100] Yudof, *supra* note 25, at 914-917. これは、結局のところ、国家組織の権限を問題とすることから、政府機能モデルに近いものかもしれない。なお、論文後半では、レファレンダムや政治的キャンペーンを行う際の公金使用の違憲性が論じられている。これに関連して、毛利透『民主政の規範理論――憲法パトリオティズムは可能か』（勁草書房・2003年）153頁以下。川岸令和「言論の自由と熟慮に基づく討議デモクラシー――その予備的考察――」早稲田政治経済学雑誌324号（1995年）242頁以下。

[101] 阪口・前掲注（２）33頁の表現。なお、本稿は、「リバータリアニズムの立場を徹底させて、およそ国家は表現行為に対して財政的援助をなすべきではないという立場をとるのではない限り」という部分をとりあげて、差別的な主義主張を有する団体に対する規制や給付の問題を、（リバタリアニズムを含む）国家の役割論を視野に入れたうえで、検討する予定である（第４章）。

第３節　Emerson

(1)　問題の所在

第３節では、Emerson の政府言論の理論を提示したい。それは、彼の『表現の自由システム』[102]という著書が、政府言論の問題構造をより明晰に提示するからである。第３節は、Yudof と Shiffrin の議論を「接合」するための理論として、議論の焦点を絞って、Emerson の政府言論の理論を紹介したい。

第１に、政府言論の位置づけが問題となる。まず、彼は、政府言論を、表現の自由の領域に留まらないものとして描写する。というのは、彼は、思想信条の自由（freedom of belief）を挙げることから議論するからである[103]。

すなわち、思想信条の自由は、表現の自由そのものではないけれども、表現プロセスの第１ステージであり、表現の自由を発展させるものである。思想信条の自由を保護することは、表現の自由システムにとって、非常に重要であるとしている[104]。

こうした条件を示したうえで、彼は、信条を強制することが、封建社会や全体主義国家（の証明）につながるという注意を喚起している[105]。そして、こうした問題は、検閲や、表現の処罰には限られないとして、次のような幅広い問題提起をしている。はたして国家は、教育や宣伝活

---

[102] THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF SPEECH 697-716 (1970). なお、Emerson は、著書の最終章で「表現の自由システムへの参加」という項目を立て、表現の自由システムの歪みや「捉われの聴衆」という問題類型を提示している。

[103] *Id.,* at 21-41.

[104] *Id.,* at 21-41. Emerson は、思想信条の自由という項目において、Barnette 判決や Sherbert 判決を提示する。Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).

[105] これは、後述する Shiffrin の「私的リソースの掻き消しモデル」に重なるものである（第１章第４節）。Shiffrin によると、全体主義国家においては、このような「私的リソースを掻き消す」ことが頻繁に行われるとされ、それは、表現の自由にとっての脅威であるとされる。Shiffrin, *supra* note 82, at 607 (1980).

動、あるいは、その他の説得の手法を用いることによって、信条に影響をもたらすような、いかなる権力を有しているといえるか[106]。

> 「説得と強制の間のラインを引くことは、たやすくない。しかし、この区別は、基本的なものである。表現の自由システムは、その性質上――実際、そのようになされることが想定されているが――説得に関わるものである。政府は、このシステムに参加する資格がある。しかし、強制による教化は、表現の自由システムを破壊させる。同じことが、信念についてもあてはまる。（傍点は引用者）」[107]

以上のような議論は、Emerson と Yudof の若干の差異を示す箇所である。なぜならば、Emerson が、説得という手法を通して、政府が、ある思想・信条を「推進」することは、明示的には禁止されないとしたのに対して、Yudof は、それをやや消極に解したからである。

ただし、Yudof も、政府による教育する権能や情報を公開する権能をすべて否定していない――さらには、説得という手法そのものを禁止したわけではない――ことから、いかなる問題において、憲法解釈に差異が生じるかについては、議論の余地もあろう。

しかし、Emerson が、教育をし、情報を知らせ、共同体の連帯を結束させるという、積極的な政府言論が正当な利益であるだけではなく、表現の自由システムにとって不可欠であると表明していることは、（行政国家化が進む）今日の時点からしても留意すべき事項であるだろう[108]。

---

[106] Emerson, *supra* note 102, at 21-22.

[107] *Id.*, at 22. これに関連して、「『思想及び良心』は、それが人の内心にとどまっている限り、性質上法的規制の対象とはなりえないが、公権力が人の内心を強制的に告白させもしくは推知するとき、または特定の内心の形成を狙って特定の思想を大規模かつ組織・継続的に宣伝するとき、『思想及び良心の自由』は重大な危機にさらされることになる。したがって、『思想及び良心の自由』を法的に保障することの意義は、公権力のこの種の行為を禁止し、人の内心を保護することにあると解される（傍点は引用者）」という指摘がある。佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院・1995年）486頁の表現。

[108] 同様にして、後述するような Shiffrin も、国家の積極的で多様な役割を肯定

また、(公)教育という政府言論が容易に避けられないことも指摘する必要がある。すなわち、Shiffrin の評価によれば、教育に関する政府言論についての問題提起は、かつて Mill が提起した『自由論』の「政府は、強制的なかたちにおいて教育をする権能を持っているが、全体あるいは、多くの部分において(whole or any large part)その機能を許容することにはならない」[109]と分析した議論に重なるとされる。

このことは、少なくとも教育という領域においては、歴史的にいっても、政府言論を完全には否定できないこと、そこで、憲法典が前提とする政治理論によりつつ、個別具体的なケースで政府言論を制約すべき場面類型を検討することが重要であることを示している。

(2) 国旗敬礼行事

第2に、国旗敬礼行事に強制させられる子どもという政府言論が問題となる。

そこでの主要な問題は、国旗敬礼行事に関する Barnette 判決を検討する際において、政府は、(たとえば、信仰上の理由から)国旗敬礼を拒否するものに対して、国旗敬礼を「強制」する権能を有するか否かという問いと、国旗敬礼行事をそもそも設営する権能を有するかという問いが異なることである[110]。

している。したがって、図式としては、具体的な結論に差異が生じるかはともかくとして、Yudof に対抗するところの Shiffrin や Emerson という理論状況にある。

たとえば、Emerson の表現の自由論については、「エマーソンは……現代的問題状況を認識しながら、『修正一条の理論における最も興味ある問題は、今日、表現の自由の体系のより効果的な機能を積極的に促進するための法を利用するという見通しのなかにある』と問題を把握し、言論の自由の領域における国家の役割を肯定する議論を展開している」という分析がある。堀部正男『アクセス権』(東京大学出版会・1977年)47頁の表現。

[109] Shiffrin, *supra* note 82, at 566 n 3 (1980). なお、Shiffrin によれば、Mill も、政府言論の危険性を認識しつつも、「検閲者としての政府」と「言論者としての政府」を二分することが重要であることを認識しているとされる。邦訳の該当箇所と思われるのが、J. S. ミル『自由論』(岩波書店・1972年)210頁以下。

[110] 小泉良幸「『知識』としての『個人』に近代立憲主義の普遍性をみる」長谷

このことは、国旗敬礼行事に関するBarnette判決をどのように評価し、あるいは、同判決の射程をどのように理解するかという実際上の問題にも関わっている。

まず、Barnette判決は、特定の方法による（あるいは、特定の人に対する[111]）国旗敬礼行事の強制を考察の対象にしたという理解がある。このような理解によれば、Barnettte判決の射程は、狭いものとなるだろう。すでに確認したBarnette判決の法廷意見には、そのような箇所を――ちょうど、Yudofが、Barnette判決をそのように理解したのと同様に[112]――発見できる。

部恭男編『憲法本　41』（平凡社・2001年）251頁の表現を参考にした。

[111] 問題提起として、大島佳代子「公教育と親の教育権――アメリカ合衆国におけるその保障と制約原理――」北大法学論集43巻1号（1992年）156頁は、「連邦最高裁が、Barnette判決の中で、国旗敬礼を拒否する権利が修正一条の言論の自由によって保障されていると明言しているわけではない。むしろ、非常に曖昧な表現を用いて国旗敬礼拒否を認めているために、国旗敬礼拒否は信教の自由に関わる問題なのか、それとも言論の自由に関わる問題なのかという点について混乱が生じている。例えば、信教の自由の問題だと捉えると、無神論者国旗敬礼を拒否した場合はどのように処理するのかという疑問が生じてくる」としている。詳しくは、西原博史・小島慎司・長谷部恭男・大沢秀介・川岸令和・宍戸常寿「〔座談会〕思想・良心の自由」ジュリスト1395号（2010年）122頁以下。

[112] Yudof, *supra* note 25, at 891. Yudofの議論については、本論の該当箇所を参照のこと。これに対して、蟻川論文は、少なくともBarnette判決のJacksonによる法廷意見につき、Barnette判決は、ユードフの理解とは異なり、国旗敬礼行事一般の妥当性に迫ることがないわけではなく、それどころか、強制的と非強制的とを問わず、およそ国旗敬礼行事の存在そのものに対し、徹底して原理的な討究を向けてさえいると分析している。

そして、Jacksonの思考とBarnette判決の多数意見に参加したほかの裁判官の思考との異質性を発見することこそがBarnette判決を読む際に重要であり、そのひとつが、「個人の自由かMinorityの自由かという違い」（81頁）であるとする。さらに、蟻川論文は、多数意見と反対意見の異同という問題につき、「ジャクソンとフランクファータの対立の真の位相は、一般に流布しているminorityの権利を保護する（前者）か否（後者）かの対立である以上

「官吏が、説得と実例とを介して涵養する目標としての国民統合は、ここでの問題ではない。ここでの問題は、我々の憲法の下で、本件で用いられた如き強制が、右の目標の達成のために許容され得る手段であるか否かである（傍点は引用者）」[113]

これに対して、Jackson 裁判官による法廷意見を、国旗敬礼行事そのものの一般的な禁止を提示したと理解する可能性もある。たとえば、「国旗宣誓・敬礼の拒否の問題は、特定の宗教的見解またはそれが保持されている真摯さが主題ではなく、個人の憲法上の自由すなわち『知性と精神の領域』」の自由が主題であり、この領域は修正１条によって、あらゆる公的統制から保護される」[114]。

あるいは、「知性と精神の領域は、公権力や世論が干渉するものであってはならず、また議会の投票や投票結果に任せられてはならない。知性と精神の自由が侵害される時は、裁判所の審査権が発動される」[115]。

に、minority 性を剥ぎ取った抽象的な個人に立脚するという等質の思考前提にたった二人が、そこから如何なる相違に導かれて違憲と合憲の相反する結論へと分かれたかという点にある」（273頁）、および、「ジャクソンの individual が、国家の symbolism への原理的批判の拠点たりえたとすれば、フランクファータの citizen は、国家の symbolism に、むしろ進んで身を投ずる存在として措定されていたといえよう」（274頁）という指摘をしている。蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社・1994年）。

[113] Barnette, *supra* note 62, 319 U.S. 624, 640 (1943). 訳語は、蟻川論文を参照した。蟻川・前掲注（112）37頁。

[114] 土屋英雄『「日の丸・君が代裁判」と思想・良心の自由』（現代人文社・2007年）157頁の表現。

[115] 土屋・前掲注（114）157頁の表現。また、「同意を拒否した者たちが宗教的理由に基づいて拒否していることは、ここでの問題の決定を左右するものではない。そして、彼らの見解の真摯さを問うことは重要ではない」とする指摘がある。笹川紀勝「良心の自由の解釈」吉田善明先生古稀記念論文集刊行委員会編『憲法諸相と改憲論』（敬文堂・2007年）175頁の表現。関連文献として、内野正幸「学校教育問題への憲法的接近――心の問題を中心として」ジュリスト1334号（2007年）174頁以下。渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』法政研究73巻１号（2006年）１頁以下。佐々木弘道「思想良心の自

こうした議論が示すように、政府言論の統制のありようは、その射程の調整が重要となる。なぜならば、政府言論の対象には、（国旗敬礼行事の実施のみならず、より典型的には、公教育のカリキュラムの構築などように）あるべき公的領域に対抗するところの、私的領域をどのように観念するかという問題が含まれているからである。

⑶　政府機能モデル

第３に、政府言論の統制の仕方に関する理論が問題となる。まず、彼の問題意識は次の通りである。現代国家では、新たなテクノロジーが開発され、憲法起草者が想定しなかっただろう事態――すなわち、政府が他人の言論を征服させる（overpower）という事態――が生じている。

> 「ある時、ある領域において……政府権力は、（「思想の自由市場」に存在している――引用者）表現に圧力を加え、独占あるいは独占に近い状態を作りだすことがあり、その他の考え方を封印させる（closed off）ことがある。こうした状態は、表現の自由システムのアンチテーゼである。」[116]

このような部分は、政府言論の統制の困難を提示している箇所である。それでは、Emerson は、いかにして政府言論の問題が解決されると考えているだろうか。

> 「政府の表現する権利は、いかなる場合にも政府機能の外側の領域までは拡張されない。……政府の機能は、たしかに、より多くの領域に及んでいる。しかし、この原理は、いくつかの制限を課すとい

由と国歌斉唱」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社・2005年）287頁以下。戸波江二「『君が代』ピアノ伴奏拒否に対する戒告処分をめぐる憲法上の問題点」早稲田法学80巻３号（2005年）105頁。土屋英雄『自由と忠誠――「靖国」「日の丸・君が代」そして「星条旗」――』（尚学社・2002年）。阪口正二郎「立憲主義の展望――改憲論はどのような選択を迫っているのか？――」全国憲法研究会編『憲法改正問題』（日本評論社・2005年）302頁以下などを参照。

[116] Emerson, *supra* note 102, at 698.

うべきである。……政府には、公職に関して、特定の候補者を直接的に支持するような表現を行う権限を与えられていない。再選を得ることは、政府の機能ではないからである。(傍点は引用者)」[117]。

以上のくだりからも、彼がまた政府機能モデルを提示していることがわかる[118]。

最後に、政府機能モデルを敷衍するために、政府言論に関する記述の他の部分を確認したい。すなわち、「政府の任務は決して、私的な個人や集団による自由な表現活動を規制することに限定されるものではな」い。

そうではなくて、「政府それ自身が、常に思想の交換市場に参加してきた」[119]と評価している。その危険に対する解決方法として、第1に、「政府の表現が、独占的ないしは半ば独占的に作用する場合」には、「バランスのとれた〔見解の〕提示」[120]が重要となる。第2に、「その表現が、捉われの聴衆〔否応なしに聞かされる聴衆〕に向けられている場合には、政府は、政治的表現に携わってはならない」[121]ことが重要となる。

一方で、こうした議論は、政府による記者会見や広報活動などの、よ

---

[117] *Id.,* at 699.

[118] とはいえ、政府機能モデルは、まったく無意味とまではいえないだろう。たとえば、国家が、「思想の自由市場」に介入するという場面類型に文化助成がある。文化助成について、ある論者は、「助成プログラムの目的の解明が必要になろう。どのような政府の責務に対応する給付行政なのか。特定の人権の保障責務に対応しているのか。一般的な公共財の提供として行われているのか。どのような公共性解釈が前提となっているのか」が重要であるとするが、この議論は、文化助成の目的や責務を問題視している点で、政府機能モデルに部分的に重なるものがあり、一定程度の制約理論として機能するだろう。駒村圭吾「国家助成と憲法」小山剛・駒村圭吾編『論点探求　憲法』(弘文堂・2006年)176頁の表現。

[119] Emerson, *supra* note 102, at 715. T. I. エマーソン(小林直樹・横田耕一訳)『表現の自由』(東京大学出版会・1972年)206頁。

[120] エマーソン・前掲注(119)206頁の表現。Emerson, *supra* note 102, at 715.

[121] エマーソン・前掲注(119)206頁の表現。Emerson, *supra* note 102, at 715.

り直接的な政府言論を対象とした議論というべきである。それは、いいかえれば、「現実の」政府広報活動をいかに制限するかに向けられたアプローチといえる[122]。こうしたアプローチは、繰り返すまでもなく、政府言論の問題が、民主主義の適正な実施という観念に密接に結びついている――あるいは、政府言論が、本来的にいえば、民主政治に奉仕するという「理由」によりおこなわれる――からである。

他方で、彼は政府機能モデルを採用しつつも、記者会見などを含む政府言論をいかにしてコントロールしていくかなどの個別的基準ないし個別的方法にはそれほど触れていない[123]。その意味においては、政府活動に対する要請やあるべき姿というような、抽象的な理念の提示という側面が依然として強いように思われる[124]。

［付記］

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2008年12月25日授与）「政府の言論と人権理論――アメリカ表現の自由論の後景――」に、補筆したものである。

---

[122] ただし、民主主義という観点を強調して、憲法的に許されない記者会見を認定したとしても、そのことにどのような法的意味があるのか（たとえば、どのような法的救済措置がありうるのか）は判然としない部分がある。そこで、Greene は、政府言論に関する問題の多くが法的問題ではなくて、政策問題であることを表明している。*See* Abner S. Greene, *Government of the Good,* 53 Vand. L. Rev. 1 (2000).

[123] また、やや極端にいえば、ある記者会見が党派的であったとしても、有徳な市民さえ存在していれば、そうした記者会見は何ら恐れる必要はない。そのことから、こうした政府言論が、本当に法的問題なのかが問題となる余地がある。関連して、阪口・前掲注（３）31頁以下。

[124] そこで、第１章後半では、Shiffrin による政府言論の理論を用いて、個別的な救済モデルを提示することになる。

研究ノート

断定的判断の提供法理について（２・完）

―― 投資取引をめぐる我が国裁判例を素材として ――

牧　　佐智代

目　次

はじめに――本稿の目的と問題視角
第一章　これまでの議論状況
（一）商法・金融商品取引法学からの提言
（二）民法学における応答
第二章　裁判例
第一節　分析の視点
第二節　裁判例
判例〔１〕～〔25〕　（以上、61巻１号）
判例〔26〕～〔43〕
第三章　分析
（一）民事責任法理としての判断枠組み
（二）具体的考慮要素の析出
（三）問題提起
おわりに――今後の課題　（以上、本号）

第二章　裁判例

第二節　裁判例　（承前）

〔26〕最一小判平成９年９月４日民集51巻８号3619頁[41]：破棄差戻

【事案】

本件は、いわゆる山一證券損失保証履行請求事件に関する最高裁判決であり、損失保証契約を刑罰をもって禁止する平成３年改正証取法の施行前に締結された損失保証契約においても公序良俗に反し無効であるとの判示事項が一般的に知られているが、Ｘから予備的請求として断定的判断の提供を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求が為されていた。

原審（大阪高判平成５年８月26日民集51巻８号3636頁以下）は、証券会社Ｙの支店長Ａが、「本州製紙株については仕手筋からの確実な情報があり8000円まで上がる旨」および「日本軽金属株についても2000円くらいまでは上がる旨」の断定的判断の提供を為して本件買付を勧誘したとの事実を認定しながらも、Ｘが、Ａの同言辞を必ずしも信用できなかったために「蹴り込んだら穴埋めをしてくれ」と損失保証契約を要求した事実を捉えて、Ｘが本件買付を為したのは上記断定的判断の提供を信じたためでなくＡが損失保証の約束をしたためであって、断定的判断の提供と本件買付との因果関係が存しないとしてＸの請求を棄却した。

これに対し、最高裁は、断定的判断の提供と損失保証の合意とは「株式買付の動機を形成する面において相互に排斥し合う関係にはなく」、かえって「特別の事情の存しない限り、断定的判断の提供と損失保証の双方が顧客の株式買付の意思決定に影響を及ぼしたものと推認するのが相当であ」るところ、特別の事情の存することについて認定説示することなしに因果関係がないと即断した原審の判断には経験則違反ないし採証法則違反があるとし、「支店長Ａの断定的判断の提供が社会通念上許された限度を超えるものであるかなど不法行為の成否についてさらに審理を尽くさせる必要がある」として差し戻した。

しかしながら、差戻し後の第二次控訴審（大阪高判平成10年11月13日金法1536号35頁）は、第一次控訴審の事実認定と異なり、そもそも断定的判断の提供をして勧誘した事実が証拠上認められないとし、また、仮にかような事実が

[41] 評釈として、河内隆史・判評472号（1998年）194頁、黒沼悦郎・金法1506号（1998年）６頁、森田章・金法1524号（1998年）72頁、早川勝・法教211号（1998年）140頁、尾崎安央・ジュリ臨増1135号（1998年）103頁、滝沢昌彦・リマークス18号（1999年）10頁、松村弓彦・NBL681号（2000年）75頁がある。また、調査官解説として、河邉義典『最高裁判所判例解説民事篇平成９年度』1058頁参照。

あったとしても、「社会通念に照らし、未だ違法性があるとはいえない」とした。Xは同判決を不服として上告受理申し立てを為したが、最二小決平成11年９月17日により上告不受理の決定が為された。

【考察】

本件は、差戻し後の第二次控訴審において事実認定が覆され、そもそも断定的な言辞の事実がなかったことになるという特異な経過を辿った事案であり[42]、また、最高裁判決においては、本件株式取引と断定的判断の提供との因果関係の問題に焦点が当てられているため、業法違反の断定的判断の提供行為が民事上違法性を有するか否かという論点は正面からは採り上げられていない。しかしながら、不法行為法上の因果関係の問題を論じる前提問題として、断定的判断の提供による勧誘行為につき民事責任が発生し得ることを認めたものと言えよう。

また、最高裁判決は、他の部分において、「株価高騰の情報が既に一般に伝わっていた」としても、「支店長の地位にあるAが重ねて特定の株式の価格が騰貴する旨を断定的に述べることは、顧客に対して利益を生ずることが確実であるとの認識を強めさせる結果をもたらすものであ」ると述べており、これは、〔24〕〔25〕と同様に、情報が内部情報か一般に流布されたものであるかという情報の性質の相違についての視点、さらに、〔４〕と同様に、情報提供者の地位に着目する視点を看取でき、この点においても重要な指摘を為すものである。

〔27〕名古屋地岡崎支判平成９年９月18日セレクト10巻１頁：肯定

【事案】

本判決は、国債など投機性の少ない商品の投資取引をしていたXに対してY証券会社従業員の為した信用取引への勧誘行為は、ａ）株の方が利益があり、年利15ないし20％、少なくとも10％の利益は間違いない旨の虚偽ないしは誇大な情報の提供をし、高い利益が必ず得られるとXを誤信させるものであったこと、ｂ）とりわけタテホ化学株について、値上がりが確実である旨の断定的判断の提供を為したこと、そして、そもそもｃ）信用取引の仕組み・内容・危険性等について十分に説明をしたか疑わしいこと、さらに、ｄ）取引回数の異常なまでの多さ等、これらを総合すると、本件取引は、「法規、社会通念に照らし、

[42] この点の訴訟法上の問題については、河邉・前掲注(41)「判解」1083頁参照。

全体として」、「違法・不当な取引」であったとした。ただし、XにおいてもYに任せっぱなしにして多くの利益を上げようと安易に考えていたとして７割の過失相殺を行った。

【考察】

本判決は、断定的判断の提供、説明義務違反、過当取引、一任勘定取引を併せて考慮した結果、不法行為を認めた。

〔28〕広島高松江支判平成10年３月27日セレクト７巻244頁：肯定

【事案】

外貨建てワラント取引において損失を被ったXが、適合性原則違反、説明義務違反、断定的判断の提供、損失補塡の約束をするなどの違法勧誘による不法行為責任と、仕切拒否による不法行為責任を追及した。

一審（松江地判平成７年11月29日セレクト７巻249頁）は、Xの請求を全て棄却したが、本判決は、説明義務違反と断定的判断の提供による違法勧誘の不法行為責任を認め、また、仕切拒否による不法行為の主張も認めた。断定的判断の提供については、損失補塡の主張と併せて判断し、「『責任を持つ』という言辞は、損失が出た場合にそれを補塡するという意味にまでは解されないが、『必ず儲かる』という言葉と相まって、証券取引法50条１項１号で禁じられている断定的判断の提供にあたる」とした。そして、説明義務を尽くさず断定的言動により、Xを惑わせてワラントを購入させ損害を与えたのであるから不法行為が成立するとした。ただし、５割の過失相殺を行った。

なお、原告被告双方が上告したが、上告は棄却され、本判決の判断が維持されている（最判平成10年10月27日平成10年(受)第1356号セレクト12巻339頁および最判平成10年10月27日平成10年(受)第1357号セレクト12巻348頁）。

【考察】

本判決は、説明義務違反、断定的判断の提供、さらには仕切拒否による不法行為を認めたが、それらを併せて取引全体として違法であるといった構成は採らず、個別に違法性を認め、不法行為の成立を導いた。また、断定的判断の提供については、損失補塡の主張と併せて判断することで、「責任を持つ」という言辞と「必ず儲かる」という言辞とが相俟って断定的判断の提供にあたるとした。

〔29〕奈良地判平成11年１月22日判時1704号126頁：肯定・控訴

【事案】

Ｘは恒常的収入としては年金しか得ていない主婦であり、亡夫の遺産管理として証券取引を行っていた。そのため手堅い投資を行うとの意向をＹ証券会社従業員に明示していたが、Ｙ社従業員は、Ｘの有していた投資信託や転換社債を売却させて、その代金でＹが主幹事会社を務める二部銘柄のマルコ株を購入するよう勧誘した。Ｙ社従業員は、マルコ株の新規上場にあたっての電話勧誘においては、マルコ株が「１万3000円ぐらいになるのでそのときに手放すから思い切って買ってはどうか、絶対大丈夫である。責任を持つ、三割の無償増資がある」などマルコ株の有利性のみを強調したリスクの告知のない勧誘を行い、株価が上昇するや、「更に必ず上がる」と述べてさらなる買付を勧誘し、さらにその後の価格下落時においては、「今が一番底でこれから必ず上昇する」と述べ、単価が平均して安くなるよう買い増しを勧めた。Ｘは、適合性原則違反および断定的判断の提供による違法勧誘を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求を為した。

判決は、まず、「誠実公正義務」を定めた旧証取法49条（現行金商法36条）を参照条文として掲げて「証券会社が、投資者に取引を勧誘するにあたっては、顧客に対し、誠実かつ公正にその業務を遂行しなければならない」と述べた後、断定的判断の提供についての一般説示を次のように為した。すなわち、証券取引は自己の判断と責任において行うべきものであるが、そのためには証券会社が不適当な勧誘を行ってはならず、自己責任の原則を損ねるような断定的判断が提供されてはならないとした。続いて、具体的当てはめ部分において、本件取引においては、ａ）Ｘは堅実な投資意向をＹに明示していたこと、ｂ）本件株式取引は、Ｘがこれまで行っていた転換社債や投資信託との比較において投機性が高い商品であること、ｃ）Ｙの勧誘は全て電話によるものであり、資料の交付もないこと、ｄ）Ｙの勧誘は、本件株式の有利性のみを強調したリスクの告知のないものであったことなどから、本件勧誘は、「いわゆる適合性の原則に反し、かつ、断定的判断の提供をしたものとして、違法であるというほかはな」く、「社会的相当性を欠き、違法なものであって不法行為を構成する」とした。

なお、Ｙによる控訴を受けた控訴審（大阪高判平成11年10月12日セレクト14巻55頁）は、Ｘが株式取引に関して相応の経験があることから適合性原則違反

を認めず、また、断定的判断の提供による不法行為責任は認めたが３割の過失相殺を行い、この範囲で本判決を変更した。

【考察】

本件勧誘の文言・言辞・態様については、具体的な数値を出して価格騰貴を告げており、「絶対」などの断定的表現も見られる。しかし、Ｙ社従業員がかかる主観的評価を下す際に基礎とした情報、すなわち、なぜ値上がりが見込まれるかについての根拠となる情報は、具体的には告げられていないようであり、よって、この情報の性質についての判断は直接には言及されていない。ただし、Ｙ社従業員による断定的判断の基礎とした情報に関連して、次のような事実がある。Ｙは会社四季報や野村総合研究所のレポートを基礎としてかかる判断に至ったと主張しており、これは、一般に公開されているＸにおいても入手可能な情報であるから、Ｘが独自で調査判断する機会があったとしてＹの責任を否定する方向に働き得たが、判決はかかる事情はＹの勧誘の違法性を左右しないと述べた。他方で、「無償増資がある」との情報は、Ｙ社が主幹事会社であるからこそ公表前に知り得た情報であるとの事実認定が為されており、内部情報とまでは言えないにせよＹ社従業員の判断予測に対するＸの信憑性を高めるものであったとの見方は成り立ち得るのであり、Ｙ社が主幹事会社であるという点は、Ｙの責任を肯定する方向に働く要素となったのではなかろうか。

ところで、本件買付勧誘は、新規上場前、価格上昇後、価格下落後の３度にわたって為されているが、判決は、各局面における勧誘態様を評価し断定的判断の提供を認めた。証券取引を、一回きりの取引として契約締結前のみを分断して扱うのではなく、と言って、いわゆる「全体として違法」構成を採るのでもなく、各局面における具体的態様に着目した点において興味深い。

〔30〕広島地判平成11年１月28日セレクト11巻277頁：肯定

【事案】

外貨建てワラントを購入したＸらが、説明義務違反、断定的判断の提供、虚偽表示・誤導表示の禁止、適合性原則違反によるＹ証券会社従業員の違法勧誘を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求を為した。

X_1、X_2、X_4、X_5については説明義務違反のみ認められ、X_3については、説明義務違反と断定的判断の提供が認められた。断定的判断の提供に関する判断部分を採り上げると、X_1、X_2、X_4については、そもそも断定的な発言、勧

誘をした事実を認めるに足りる証拠はないとされ、X_5については、「短期間で売却すれば問題はなく、絶対に迷惑をかけない、損はさせない、任せて欲しい」と告げた事実が認定されたものの、X_5は上記言を全面的に信じて本件取引を為したものではないとして違法性のある断定的判断の提供とまでは言えないとされた。X_3については、ワラントが無価値になることは実際上はあり得ない旨告げた他、転換社債の取引によってX_3に生じていた約400万円の損失分程度の利益が確実に得られるかのような勧誘をしたことが、断定的判断にあたるとされ、ただし、６割の過失相殺が為された。

〔31〕福岡地判平成11年３月29日平成10年（ワ）第1056号セレクト12巻12頁：肯定

【事案】

Ｘは、山一證券（Ｙ）の自主廃業３日前に為された自社株取引について、詐欺取消並びに錯誤無効を理由とした不当利得返還請求権に基づき、代用証券として留置されている株式の引渡請求、および、自社株の価格騰貴が確実であるとの断定的判断提供によるＹ社従業員の違法勧誘を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求を為した。

詐欺については、Ｙに欺罔の意思がないこと、錯誤については、要素の錯誤なしとして、Ｘの請求は斥けられた。違法勧誘については、次のように述べて請求が認められた。

本件勧誘の態様について、Ｙ社従業員は、自社株式の価格が騰貴する要因として、山一證券が連休明けに外資系の証券会社と提携することになっていることを告げ、したがって連休明けには株価は買い気配となって値段が付かない状況で取引が始まるので今買わないとこれまでの損失回復のチャンスを失うとの説明を行って、買付けを強く勧めたことが認められており、これは証取法50条１項１号（当時）の断定的判断の提供行為にあたるとされた。続けて、Ｙ社従業員が自社株式の価格の騰貴要因として告げた情報は、ａ）「本件株式がＹの自社株であることを考えれば、Ｘが、右情報を単なる一つの判断材料の提供としてではなく、極めて有力かつ確実な内部情報として受け止めたとしても何ら不思議ではない」こと、および、ｂ）「右情報自体、本件契約時点において、実体とは異なる不正確なものであった」という事情があること、これらに加えて、Ｙ社従業員が担当になった後のＸの取引内容の変遷（堅実な銘柄の現物取

引しか経験のなかったＸが信用取引を多数回にわたり行う）、および、Ｘの職業等を併せて勘案すれば、右勧誘行為は、「社会的相当性を逸脱し、私法上も違法性を有する」とし、不法行為責任を認めた。なお、過失相殺は行っていない。

【考察】

証券会社の従業員が、価格騰貴の根拠として告げた情報、換言すれば、従業員の主観的かつ断定的判断を為すにあたっての基礎とした情報が、内部情報であるために顧客にはその情報の検証・精査が困難であること、および、そもそも情報が不正確なものであったことの２点が主な理由として、断定的判断の提供行為としての違法性を強めていると理解される。勧誘文言や言辞の具体性や断定的表現についてはほとんど問題とされていない。

内部情報が断定的判断の提供行為の違法性判断にとっていかなる意味を持つか、換言すれば、顧客の意思形成にどのような影響を及ぼすかについての論理構造はこれまでの判決において明らかとなっているのに対し（〔24〕〔25〕）、情報が不正確あるいは虚偽であることが証券会社の責任にどのように結びつくのかについては、明快でないように思える。とりわけ、Ｙ社従業員は、山一證券が自主廃業することを勧誘時および契約締結時知らなかったのであり、また、提携が虚偽あるいは噂の域を出ないことを認識して為したといった事情も窺われない本件において、契約時における情報の不正確さを問責することは、裏返せば調査義務を課すことにつながる。このことと断定的判断の提供行為の違法性とがどのような関係に立つのか論理は必ずしも明快ではないように思われる。

〔32〕福岡地判平成11年３月29日平成８年（ワ）第1293号判タ1026号227頁[43]：肯定・控訴

【事案】

Ｘは、株の現物取引および信用取引について、①適合性原則違反②説明義務違反③利益保証ないし断定的判断の提供④無断売買⑤過当取引などの数々の違法行為が随伴するものであり、一連の行為が全体として債務不履行ないし不法行為を構成すると主張し損害賠償請求を為した。

[43] 評釈として、黒沼悦郎・商事1642号（2002年）60頁がある。ただし、過当取引の争点を主に論じるものである。

判決は、まず、取締法規ないし営業準則に違反した証券会社の勧誘行為は直ちに私法上の違法性を構成するものではないが、「虚偽の情報又は断定的情報等を提供するなどして投資家が当該取引に伴う危険性について正しい認識を形成することを妨げるようなことを回避すべく、また、投資家の投資目的、財産状態及び投資経験等に照らして明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなどして、社会的に相当性を欠く手段又は方法によって不当に当該取引への投資を勧誘することを回避すべき注意義務がある」のであり、かかる注意義務に違反したときは、「当該取引の一般的な危険性の程度及びその周知度、投資家の職業、年齢、財産状態及び投資経験、その他の当該取引がされた具体的状況のいかんによっては、私法上も違法となる」のであり、「債務不履行又は不法行為」による損害賠償責任を負うとの一般説示を為した。そして、これらを本件についてみると、当該取引状況、Xの職業、投資経験等から、①適合性原則違反②説明義務違反④無断売買はないとしたが、③利益保証ないし断定的判断の提供および④過当取引についてYの責任を認めた。③利益保証ないし断定的判断の提供行為についての判断は次の通りである。

まず、本件勧誘の具体的態様について、全協研株式については、「わが社が主幹事会社で、11月には取引銀行三行が買いにくることが決まっているので、必ず上がります。大丈夫です。」と述べ、Y社が同様に主幹事会社であるニコニコ堂株式については、「ニコニコ会のメンバーが近く買うことになっており、株が不足するので、必ず上がります。」と述べ、不動建設株式については、「逆日歩（信用取引で、個別銘柄の売買の取組みが、買いよりも売りが上回って、証券金融会社の段階で株不足となり、その株を調達する際に支払う品借り料）がついたので反騰の兆しがあります。」と述べたことがそれぞれ認められている。かかる勧誘行為は、ａ）「確実に値上がりする株式という話をして売り込んだ勧誘であることは明らか」であり、しかもｂ）「右提供情報は、いずれも顧客独自で判断する余地の少ない特別な情報」とされるものである上に、ｃ）全協研とニコニコ堂についてはYが主幹事会社であることも述べて勧誘しているのであるから、断定的判断の提供による勧誘であるとした。さらに、Yの個人的な意見を具申したに過ぎないとの主張を斥け、Xにおいては「値上がりに直結する特別な内部情報と受け取られるもの」であって、また噂として述べたに過ぎないとのYの主張についても、噂として情報を伝えることは、「話の流れの中で」は「その情報に、より一層の秘密性を持たせ、かえって信頼できる

情報であると受け取られる危険性もある」と述べた。他方で、五洋建設株式の勧誘の際の、「大丈夫です。」、「上がります。」といった文言については、「いずれも具体性を伴わない抽象的なもので、一種のキャッチセールスの類とみられる余地のあるものであるから」、Xの投資経験と併せて考えると、この程度の文言で「投資判断を誤るとも考えられ」ないので、これは断定的判断の提供とまでは認められないとした。よって、前記三銘柄についての勧誘には違法性ありとし、Xの請求を一部認容した。

【考察】

本判決は、過当取引の判例として採り上げられることが多いが、断定的判断の提供についても、次の二点において興味深い判断を示している。

第一に、断定的判断の提供行為の民事上の違法性を判断する際に、これまでも、Yの主観的・断定的判断の根拠として提供された情報の性質に着眼し、顧客の判断の余地の少ない内部情報である点に、顧客の判断形成を妨げた問題性を見出す判決は見られた（〔24〕〔25〕〔31〕）が、本判決は、Yが主幹事会社である株式については、特別な内部情報であることの信憑性を高めるものとして、より一層の責任肯定へとつながることが示されている。証券会社による勧誘の違法性を判断する際に、断定的表現・勧誘言辞といった行為態様のみならず、かかる断定的判断の基礎ないし根拠として提供される情報の性質という事実の問題に着眼することは、判例として集積を見ていることが窺われる。

第二に、本判決は、Yの主張を斥ける形で、個人的な意見および噂と、断定的判断の提供との線引きについて見解が示されている点においても目新しいものを含んでいる。とりわけ興味深いのが、「噂」であるとして告げたからといって、必ずしも提供情報が不正確であっても許されるわけではなく、「話の流れの中で」は、かえって情報に「一層の秘密性」を持たせ信憑性が高められるという指摘である。かかる指摘の実証可能性は置くとして、経験的に納得し得るものがあり、現実の取引過程における、セールストークと違法性を構成する言辞との境の危うさを鮮やかに描き出しているように思える。

なお、一般説示で示した判断枠組みについては、〔２〕とほぼ文言が同じであり、ここでもまた適合性原則についての判断枠組みと一体となっているため、適合性原則や説明義務に見られるような注意義務構成が断定的判断提供についても直ちに妥当するかについては疑問なしとしない。

〔33〕名古屋高判平成11年９月16日セレクト14巻73頁：肯定

【事案】

Ｘ（不動産管理会社X_1、X_2が原告となっているが、実質的には双方の会社の代表者であるＡが会社名義で本件取引を行っているので、Ｘで統一する）が、本件各ワラント取引において、Ｙ証券会社従業員の説明義務違反および断定的判断の提供による違法な勧誘があったとして、不法行為に基づく損害賠償請求を為した。

一審（名古屋地判平成10年６月５日セレクト14巻87頁）は、Ｘはワラントに関し既に十分な知識と実績を有していたとして説明義務違反を否定し、また、断定的判断の提供については、Ｙ社従業員の勧誘行為によってＸの本件取引に伴う危険性について誤った認識が形成されたということはできないとして、Ｘの請求を全て棄却した。これに対し、本判決は、ブラザー販売ワラントの買付勧誘についてのみ、断定的判断の提供を認め、Ｘの請求を一部認容した。

ブラザー販売ワラントの具体的な勧誘態様について、Ｙ社従業員が「日興證券が転促（転換促進）のために買い支える、ブラザー販売の発行済み株式数からすれば50万株も買い占めたら、すぐに800円になる、現在24％まで買い支えをやっている、大蔵省の規制で30％を超えることはできないが、他社から手を廻す、日興證券が30ビット持っていくことは100％間違いない、このことは日興店内でも数人しか知らないことである、こういう会社の情報を客に伝えるのはインサイダー取引だから絶対言ってはだめだ」などと述べて勧誘し、それでもＸが渋っていると、「これで損を取り返せる、秋口には30ビット間違いない、6000万（購入価格）で3000万円（利益）はとれる、これまで長きにわたった泥沼が整理できる、１億出して下さい、インサイダーが絡みますから親戚とかには言えないんですが、結婚しないで一人暮らしの叔母にはちょっと買っとけと手を回した」などと買い支え情報を繰り返して相当執拗に述べたことが認められている。判決は、かかる説明は、ブラザー販売ワラントの発行引受会社である日興證券が、同株式を買い支えることにより上記ワラントの価格を釣り上げ、秋口には30ビットまで持って行くから、購入金額の約５割の利益獲得が確実であるという「具体的」なものであり、「少しでも有利な情報の提供を求めて損害の回復を図ろうとしていた者にとっては魅力のある高度の内部情報」であり、しかも、買付を渋るＸに対し、その反対動機付けとして買い支え情報を繰り返し執拗に述べたものであり、上記説明は、「ワラント取引に伴う危険性につい

ての認識を誤らせる行為」であるとした。また、一審がXの投資経験から、上記言辞によっても、Xの判断は歪められないものであったと判断したのに対し、本判決は、Y社従業員は「利益が確実視される理由をインサイダー情報と称して具体的かつ詳細に述べており、なかでも、幹事会社による買い支えなどという一般に知られていない内部情報」は、相当程度の取引経験を有する者にとっても投資判断を歪めることが明らかであるとした。よって、本件勧誘は、証取法に違反するのみならず、「社会的相当性をも逸脱して私法上も違法な侵害行為であったといわざるをえない」とした。

ただし、Xの投資経験および損害の回復を図ろうと自己にのみ有利な情報の提供を求めていたXの言動等から、５割の過失相殺を行った。

【考察】

本判決は、〔24〕〔25〕〔31〕〔32〕と同様に、断定的判断の根拠として内部情報が提供されたことに着目したものであるが、さらに、内部情報の場合には、相当程度の投資経験がある顧客でも判断が歪められることがあるとした。また、本件は、勧誘言辞・態様としては、値上げ幅について具体的であるし、かつ、〔25〕と同様にインサイダー情報であるから他言無用と口止めも為されている。

〔34〕大阪地判平成12年６月28日セレクト16巻27頁：肯定

【事案】

Xは、山一證券（Y）の自主廃業が大々的に新聞報道される前日に為された自社株の信用取引について、Y社従業員の断定的判断の提供による違法勧誘が為されたとして不法行為に基づく損害賠償請求を為した。なお、具体的な勧誘態様として、Y社従業員は、「現在株価は91円だが、夕方には政府の金融支援が発表されることになり、株価は140円まで高騰し、ストップ高となる。利益に対する確定申告のことも考えておかなければいけない。」、「実は、私も数日前に社内融資を受けて購入した。」、「140円のところに『マド』があり、10万株の方が効果は大きいので、10万株買っておいた方が良い」などと述べたことが認められている。

判決は、まず、証券取引は自己責任の下に行われるべきものであるが、証券会社の専門性等に鑑み、証券会社には「投資家が当該取引に伴う危険性等について正当な認識を妨げるようなことをすることを回避すべき注意義務がある」のであり、かかる注意義務に違反したときは、「投資家の職業、投資経験等、

その他当該取引の具体的状況の如何によっては、違法に投資勧誘を行ったものとして私法上も違法となり、債務不履行又は不法行為を構成する」との一般説示を為した。

そして、本件勧誘は、ａ）政府の金融支援が発表されるとの「真実に反する事実」を述べていること、ｂ）金融支援は「株価の高騰を予測させる大きな要因」であり「非常に誘惑的な価値を有する」情報であること、ｃ）株価の動向につき「マド」という専門用語を使用して根拠を示して140円という具体的な金額をあげていること、ｄ）利益に対する確定申告の必要性を告げるなど、株価の高騰が確実であると思わせる文言を用い、さらに、ｅ）勧誘者自身が社内融資を受けて購入したとしてＸの不安を和らげることも述べたものであり、かかる勧誘は、「Ｘの自由な投資判断の形成を妨げる断定的判断の提供に当たるものであって、社会的相当性を逸脱した違法なもの」であるとした。

ただし、Ｘも高騰についての情報を得ながらもより一層の高騰を目論み決済を行わなかったのであって、その段階で決済していれば損失を被ることはなかったということからして、Ｘにもある程度の過失があったとして、３割の過失相殺を行った。

【考察】

本件と同様に山一證券の自主廃業前の自社株取引について断定的判断の提供が争われた〔31〕においても、騰貴の根拠として提供された情報の真実性が、判断要素の一つとして挙げられていた。

〔35〕大阪地判平成12年７月28日セレクト16巻50頁：肯定・控訴（棄却）

【事案】

Ｘは、DDI 株の信用取引について、断定的判断の提供によるＹ証券会社従業員の違法勧誘が為されたものであり、また、DDI 株の損失を埋めるために勧められた京成電鉄株および三井不動産株取引について、先行する DDI 株の違法勧誘と一連・一体のものであり、全体として違法性を帯び不法行為を構成するとして、損害賠償請求を為した。

DDI 株、京成電鉄株、三井不動産株の取引の具体的態様は次の通りである。

Ｙの従業員Ａは、「DDI 株は、子会社である関西セルラーの上場で値上がり確実との情報があるので、是非買っておいてください。」、「Ｙ社は DDI の主幹事であるから特別の情報が入ります。DDI の60％子会社である関西セルラー

の上場が近くあります。株価の値上がりは間違いありません。」、「自分でこの情報を確かめに行って来ましたが、やはり確かなものでした。」、「僕がこんなに勧めるということは、絶対確実な話なんです。」などと述べてDDI株式の買付勧誘した。

その後、DDI株が決算期限月に大損を出すことが予測されるため、Aに代わり上司Bが、Xに対し挽回策として京成電鉄株と三井不動産株への乗り換えを次のように提案した。Bは､DDI株は大分損が出るが､その代わりに東京ディズニーランドの運営会社であるオリエンタルランドの上場により値上がりが期待できるのでオリエンタルランドの大株主である京成電鉄株を購入すれば、「DDI株の損の半分くらいは取り返せる」として購入を勧めた。また、オリエンタルランドのもう一つの大株主である三井不動産も購入すれば、「DDIの損失の穴埋めができる見通しがあります」として、購入を勧めた。

判決は、上記勧誘態様を捉えて、DDI株取引について、従業員AはXの「当該取引に伴う危険性を的確に認識するのを妨げるような虚偽情報又は断定的な情報を提供したものというべきであり、その行為は、証券会社の従業員としての義務に違反して断定的判断を提供して取引を勧誘したものであって、違法勧誘行為に当たる」とした。京成電鉄株、三井不動産株取引については、DDI株取引から大きな損失が生ずることを知らせるとともに、京成電鉄株、三井不動産株取引についての不安要素や損失拡大の危険性に特に触れず、むしろこれらを購入すれば損失回復が可能であるとして勧めたものであり、Bによる「勧誘文言が断定的なものとまではいえないとしても」、「先行するDDI株の違法勧誘行為に起因して生じた右状態の中で、右のような態様で京成電鉄株及び三井不動産株の購入を勧誘した行為は、先行行為と一体的・全体的にみてなお違法の瑕疵を帯びることを否定することはできず、京成電鉄株及び三井不動産株の取引によって生じた損失も先行違法勧誘行為からの一連の行為に起因して生じた（拡大した）損害というべきである」とした。ただし、DDI株取引については、５割の過失相殺を、京成電鉄株・三井不動産株については、７割の過失相殺を行った。

なお、双方が控訴したが、いずれの控訴も棄却された（大阪高判平成13年２月２日セレクト17巻253頁）。

【考察】

断定的判断の提供が端的に認められたDDI株取引については、どのように

違法性を帯びるかについて詳細な検討はないが、これまでの判例の流れからすると、当該株式の主幹事会社であること、値上がりの根拠として具体的な情報を告げていることにより、顧客にあたかも特別な情報が入手可能であるかのように信じさせるに足りる言辞が為されていたこと、および、「絶対に」「確実」などの断定的表現が為されていることなどが責任を肯定する要素として働いたと思われる。本判決の特色は、断定的判断の提供による違法勧誘によって引き起こされたDDI株式の損失を回復するために勧誘の為された、京成電鉄株および三井不動産株取引について、断定的とまでは言えないが、先行するDDI株式から損失が生ずることを知らされたXが、当該取引についてのリスクについて顕在化させられることもなく、損失回復手段として当該取引を勧められた場合には、Xが当該取引の危険性について冷静に判断することを困難にすることを認め[44]、先行行為と一体的にみて不法行為責任を認めた点にある。

〔36〕東京地判平成13年3月22日セレクト17巻258頁：肯定

【事案】

Xは、Y証券会社が幹事会社を務める三共およびトーセの株式について、Y社従業員Aが、両社が株式分割の発表を行うことから株価が値上がりするとの予測および株式分割発表の時期を具体的に示し、「この話は、日興ソロモンブラザース証券とY社以外には一切漏れていない」、「120％の情報に基づいてやる」などと断定的判断の提供をした違法な勧誘であるとして不法行為に基づく損害賠償請求を為した。

判決は、a）株式分割の発表についての具体的かつ断定的説明には、合理的、客観的な根拠はなかったこと、b）「株式分割は、株式の発行の意思決定があればほぼ間違いなく実施されるものであり、確実な情報をつかんでいれば、か

[44] Xは、損失が生じたことによるショックで冷静な判断が困難であると考えられるとはいえ、損失回復という上司Bの甘い誘惑になぜすがってしまったのか、それも、一度DDI株で「痛い目を見た」にもかかわらず、なぜ京成電鉄株および三井不動産株取引にも同様のリスクが存しているかもしれないと冷静あるいは慎重な判断ができなかったのか、かような疑問については、近時隆盛を見ている行動経済学・実験心理学における「プロスペクト理論」がその回答の一つを与えてくれる。山本顯治「投資行動の消費者心理と民法学《覚書》」同編『法動態学叢書 水平的秩序4 紛争と対話』（法律文化社・2007年）77頁以下参照。

なりの確度で予想することができるものであり、この点で株価動向の予測とは情報の性質が異なっている」ことなどにより、Ａによる「具体的かつ断定的な説明は、相当な範囲を超えた違法」なものであったとした。ただし、５割の過失相殺を行った。

【考察】

判決は、値上がりの具体的根拠を示したこと、そして根拠として提供された株式分割発表の情報はかなりの確度で値上がりを推測させること、他方で、値上がりの根拠として示した株式分割発表の情報には合理的・客観的な根拠がなかったことを責任発生の考慮要素とした。後者の点は、合理性根拠論の発想が窺われるが、判決は、値上がりの具体的合理的な根拠を要求しているのではなく、値上がりの根拠として示した「情報」の客観性・合理性を要求しており、提供した情報全ての正確性が求められるかのように読める。〔31〕〔34〕と同様に、断定的判断の提供と合理性根拠論とがいかなる関係に立つのかという問題が存している。

〔37〕名古屋地判平成13年４月27日セレクト19巻297頁：肯定・控訴

【事案】

本件は、投資信託の一種であるブルベアセレクト取引については、無断売買、利益保証による勧誘を理由としたＸの主張を認めなかったが、店頭登録株であるオリジナル設計株の取引について、断定的判断の提供および適合性原則違反の違法勧誘があったとして、不法行為に基づく損害賠償請求を認めたものである。

オリジナル設計株の取引において、副幹事会社であるＹ証券会社の従業員が「３割無償がついて、7000円は堅い株です。」などと述べて勧誘したことが認められており、かかる言辞は、「利益保証を約束したというものではない」が、「登録店頭株は、上場株式と違い、投資家の立場からは、その流通性、売買方法、投資リスク等の判断材料が少ないものであり、その分、証券会社の担当者への信頼に基づいて売買の判断をすることが多いこと」を考慮すると、「Ｘにおいて、株式を買うかどうかの自己判断をするための前提となる情報提供にとどまらず、株価の上昇について断定的判断を提供したといえる」とした。また、適合性原則については、店頭登録株は株式の市場性が薄く、値下がりの危険性も高いことなど投資リスクが大きいという商品特質を持っていること、および、Ｘ

はこれまで店頭登録株取引の経験がないことなどを考慮し、適合性原則違反があるとした。そして、断定的判断の提供および適合性原則に合致しない本件勧誘行為は、「社会的相当性を逸脱するものであり、不法行為に該当する」とした。ただし、６割の過失相殺を行った。

なお、控訴審（名古屋高判平成14年２月14日セレクト19巻325頁）は、一審判決をほぼそのまま支持し、ただし、オリジナル設計株の取引をするに至ったのは、ブルベアセレクトで被った損失塡補の趣旨があったこと、それも追認したとは言えブルベアセレクトの無断売買に起因する損害の発生にあるとして、Ｘの過失割合を６割から５割に変更した。

【考察】

本判決は、店頭登録株の商品の性質、すなわち、上場株式と異なり判断材料が少ないことから、顧客が証券会社従業員の情報提供に依存しやすいことを考慮して、断定的判断の提供を肯定した。控訴審が過失相殺の際に、無断売買という違法性を帯びた取引によって生じた損失に起因してオリジナル設計株取引の損害が発生したことを考慮しているが、〔35〕に類似の判断が見られる。

〔38〕東京地判平成13年11月30日金判1156号39頁[45]：肯定・控訴（棄却・原判決取消・確定）

【事案】

日経平均株価オプション取引について、適合性原則違反および説明義務違反はないとしたが、断定的判断の提供による違法勧誘があったとして不法行為の成立を認めた。なお、本件オプション取引は、これに先行して為されていた信用取引の損失を取り戻すための方策としてＹ証券会社従業員より勧められたものであった。本件において、Ｘは、上記信用取引についても、適合性原則違反、説明義務違反、一任勘定取引、助言・指導の誤りによる不法行為を主張し、判決は助言・指導義務違反があったとして損害賠償請求を認めたが、ここでは、断定的判断の提供が争われたオプション取引に焦点を当て、この判断に影響を及ぼす限りにおいて信用取引については言及する。

判決は、オプション取引の仕組みの複雑さ、リスクの高さを考慮しても、Ｘが投機目的であったこと、財産状態、年齢、職歴、オプション取引の経験があ

[45] 評釈として、牛丸興志夫・リマークス28号（2004年）86頁がある。

ることなどに鑑みると、適合性原則違反および説明義務違反は認められないとした。断定的判断の提供については、まず、一般説示として、断定的判断の提供行為は、「投資に関する顧客の自由かつ自主的判断を妨げる」から許されないとし、「誤った断定的判断の提供が決定的要因となり、顧客が投資意思を決定し、それにより顧客が損害を被った場合は、不法行為ないし債務不履行を構成する」と述べた。続いて、本件オプション取引の具体的勧誘態様として、信用取引の成果が悪化しつつある状態で、今後損失が拡大していく見込みである旨を説明した上で、かかる損失を取り戻す一つの方法としてオプション取引が提案され、その際に、Y社従業員が「リスクが高いオプション取引であっても、私に任せれば絶対に大丈夫です。必ずプラスになります。」、「株価はこれから必ず上がります。」などと述べたことが認められるとした。そして、かかる断言があったからこそ、Xは過去に別の証券会社でのオプション取引で損失を被った経験があるにもかかわらず、本件オプション取引を決断したとみられることに鑑みれば、上記勧誘文言は「セールストークの範囲内のものであるとは到底解され」ず、「取引結果及び株価の動向に関する断定的判断を提供して勧誘したものであり、Xの自由かつ自主的判断を妨げたものというべきであって、不法行為を構成する」とした。

ただし、Xにおいても商品の性格、リスク等について慎重に検討することもなく軽率かつ安易な態度があったとし、６割の過失相殺を行った。

これに対し、控訴審（東京高判平成14年10月17日金判1174号２頁）は、Xの請求を全て棄却し、原判決を取消した（確定）。断定的判断の提供について、Xのそれまでの豊富な投資経験からすると、XがY社従業員の「言辞をそのまま受け取ったかははなはだ疑問」であり、「無条件に受け入れたわけではなく」、Y社従業員の「説明や意見を基に自らの判断でオプション取引をすることを決断」したと認めるのが相当であるとし、Xの主張を斥けた。

【考察】

一審判決では、先に損失が出ていてこれを取り戻すための方法であるとして勧誘する場合、その勧誘方法および提供情報は、よりXの判断に影響を及ぼしやすく、契約締結の誘因となりやすいとの判断が働いていることが窺われる（〔35〕判決と同様）。とりわけ、先の取引が終了し損失が既に確定している状態よりも、損失が今後出る、あるいは、拡大することを告げられ、そのときに、損失回復の手段として新たな投資方法を勧められた場合には、顧客の判断には

より大きな影響を及ぼし得るのではなかろうか。顧客の判断は、一回的な投資取引ごとに為されるのではなく、先に為された投資の結果にひきずられる側面があるという、人間のバイアスについての一定の理解ないし配慮が一審判決では為されていたように思われる。

控訴審判決は、断定的な言辞であっても、それを顧客がどう受け止めたかという点から発言の有する意味、価値が捉え直される必要性を論じた。

〔39〕大阪高判平成14年11月29日セレクト21巻102頁：肯定

【事案】

Xは、Y証券会社従業員が「噂によれば、光通信が今日株式分割の発表をするボルテージが一番高い、グッドウィル株が20分割した時は、値が吹いて分割の翌日は買えない状況になった、光通信株も次の月曜日には値が吹いて購入できないかもしれない。」などと述べて勧誘した光通信株取引について、適合性原則違反、断定的判断の提供などによる違法勧誘があったとして、不法行為に基づく損害賠償請求を為した。

一審（大阪地判平成13年９月17日セレクト21巻82頁）は、Xの投資経験から適合性原則違反はないとし、断定的判断の提供については、Y社従業員による勧誘は、「噂であって不確実な情報にすぎないことが示されており」、Xの投資経験や能力に照らすと、Xの自主的判断、自己責任による取引を不可能ならしめるものであるとは言えないとして、Xの請求を棄却した。

これに対し、本判決は、断定的判断の提供による不法行為を認めた。まず、一般説示として、断定的判断の提供と不法行為との関係について、「顧客の年齢性別、知識経験、社会的地位、当該取引の危険度、勧誘文言の具体性の程度など諸般の事情を総合して、当該勧誘行為が取引の危険性につき顧客が正しい認識を形成することを妨げるものであれば、社会的相当性を逸脱し違法というべきであり、不法行為が成立する」と述べた。そして、ａ）Xは投機的志向は乏しかったこと、ｂ）XはY社従業員の勧誘行為によって光通信株の買付を決断したとみられること、ｃ）本件取引におけるY社従業員の勧誘は、噂を前提とするものではあるが「次の取引日には購入することは最早不可能になるなど具体的情報を告げてXに早期の決断を迫ったもの」であること、以上の点からすれば、投機的取引の経験の乏しいXにとっては、Y社従業員が「確実な内部情報であるとまでは告げていないにしても、Xがこれを信じたのも無理からぬ

状況にあった」とし、上記勧誘行為は、断定的判断の提供によって「Ｘの自由かつ自主的な判断を妨げた違法なもの」であるとした。ただし、Ｘも具体的根拠が乏しいにもかかわらずＹ社従業員の言を安易に信用したなどの落ち度もあるとして、５割の過失相殺を行った。

【考察】

一審と控訴審とで結論を異にした一つの理由は、Ｘの投資経験をどう捉えるかについての態度の相違に拠ると考えられる。すなわち、一審は、Ｘはインターネット取引口座を開設し、Ｙ社従業員の言を鵜呑みにすることなく自らの投資判断によって購入売却を決定したこともあることから一定の経験を有する者であると評価したのに対し、控訴審は、Ｘの株式取引の経験値のみならず、Ｘの取引志向を容れて、過去の取引経験が本件取引にどのような意味を持つかという視点に立っている。すなわち、Ｘはこれまで株の現物取引を行っており長期保有による資産形成を志向していると言え、かようなＸが、光通信株のような新規ＩＴ関連銘柄を短期で売却して転売差益を得るという投機的要素の多分に含まれる本件取引を決断したのは、まさにＹ社従業員による勧誘言辞に因るものとみられること、そして、投機的取引の乏しいＸがＹ社従業員の言を信じたのも無理からぬとの評価に至っている。断定的判断の提供行為の違法評価においては、従業員の為した言辞が、顧客にどのように受け止められるか、理解されるかという、受け手の側に立って評価されていること、そして、その際、顧客属性をどのように設定するかという点が非常に重要な位置を占めていることが本判決からは窺われる。

〔40〕大阪地判平成15年４月11日セレクト21巻411頁：肯定

【事案】

本件は、日経平均株価オプション取引において、説明義務違反、断定的判断の提供による不法行為に基づく損害賠償責任は認めたが、過当取引にはあたらないとした事案である。

断定的判断の提供について、判決は、「オプション取引は、その仕組みが複雑なハイリスク・ハイリターンの金融商品であるから、証券会社の担当者には、顧客にその取引を勧誘するに際して、取引をしても損失を被ることはないなどという断定的判断の提供をしてはならない注意義務がある」との一般説示を為した。続けて、本件におけるＹ社従業員による「株式を少ししか預けていない

なら危険だが、たくさん預けていれば上と下と両方できるから安全であり、損はしない。」との言辞による勧誘は、上記「注意義務に違反した過失がある」とした。ただし、Xは株式の現物取引については豊富な経験があることなどから5割の過失相殺を行った。

【考察】

本件において断定的判断の提供行為とされた勧誘言辞および態様が、旧証取法に定める断定的判断の提供行為と言えるのか疑問なしとしない。本判決は、「取引をしても損失を被ることはないなどという断定的判断の提供をしてはならない」、すなわち、当該取引が安全であるないし危険はないなどと断定的に述べてはならないとしている。しかし、証取法の定める断定的判断の提供行為とは、「有価証券の売買その他の取引又は有価証券オプション取引若しくは有価証券店頭オプション取引に関連し、有価証券の価格又はオプションの対価の額が騰貴し、又は下落することの断定的判断を提供して勧誘する行為」（本件取引の為された平成14年5月20日当時の証取法42条1項1号）であり、具体的な価格騰貴又は下落についての断定的判断の提供を禁止するものであって、抽象的に、当該取引の安全性ないし危険性についての言明が対象とされているのではない。本件と同様に日経平均株価オプション取引のものとして〔38〕があるが、そこでの勧誘言辞は、「必ずプラスになります。」、「株価はこれから必ず上がります。」などであり、「オプションの対価の額が騰貴」することについての断定的判断の提供行為に該当すると言えるだろう。本件は、断定的判断の提供行為ではなく、取引の良いところばかりを説明し、リスクについての説明をしなかった点を捉えて、単純に説明義務違反のみで処理すればよかったのではないかとも思われる。

〔41〕大阪高判平成15年6月19日セレクト22巻29頁：肯定

【事案】

本件は、Xが、以下の3つの取引について、Y証券会社従業員による断定的判断の提供による違法勧誘があったとして、不法行為に基づく損害賠償請求を為したものである。

①第一取引（京セラ株とローム株）：証券取引所大納会の前日に、左記2銘柄について、「お年玉」という言葉も交えながら、2000年問題による混乱が発生しなければ年明けには暴騰すると自信満々に述べ、かつ、ローム株について

は、額面50円の１株当たり500円の利益を出しているという客観的な情報も告げて勧誘した。

②第二取引（トーセ株）：第一取引で損を出した後、Ｙ社従業員は自宅を訪れ、内部情報に通じているかのように、「自分はインサイダーであるから、知っていても、露骨には言えない。」、「しかし、今日、後場が引けた午後３時以降、トーセが凄い材料を発表する。」、「その発表は、翌日のトーセの株価をストップ高にするような材料である。」と、当時噂されていた株式分割が公表されることを間接的に告げた。なお、この後実際に株式分割は発表されたが、価格は下落した。

③第三取引（サイバーエージェント株）：「自信がある。100％ではないが、99％大丈夫だと思う。」などと説明し、また、800万円値上がりして2300万円にはなるかのような予想も示した。

一審（京都地判平成14年12月５日セレクト22巻１頁）は、Ｘの請求を全て棄却したが、本判決は、下記の通り、第一取引は否定したが、第二取引および第三取引については肯定し、Ｘの請求を一部認容した。

まず一般説示として、断定的判断の提供行為が禁止される理由は、「自己責任の原則に実質的に裏付けられた健全な証券市場の発展が期待できないし、投資家の保護にも欠けることになる」ためであるとし、「個々の顧客の能力、知識や経験、取引の具体的な経過に照らし、投資の有利性・危険性に関する顧客の判断を誤らせる危険が大きく、営業活動としての社会的相当性を逸脱して行われた勧誘は、断定的な判断の提供による勧誘として違法なものとなる」と述べた。

続いて、第一取引について、本件勧誘は、いわゆる2000年問題による混乱が発生しなければ２銘柄が暴騰するという条件付きのものであり、なぜ2000年問題による混乱がなければ２銘柄が暴騰するのかについての理由をＹ社従業員は示していない。そのため、Ｘは、2000年問題による混乱は生じないだろうという「独自の判断を介在させて」第一取引を行うに至ったのであり、投資リスクがないと誤解させるような誘惑的・煽動的な勧誘とはいえないとされた。

第二取引について、本件勧誘は、「Ｙの幹部社員しか知り得ない内部情報の漏洩を匂わせて」行われたものであり、かつ、この勧誘が為された「時期及び勧誘の言辞に照らせば」、第一取引での損失を埋め合わせるために、副支店長であるＹ社従業員が内部情報の漏洩のそしりを敢えて犯してまでも、第二取引

を勧めに来たのだという認識をＸに抱かせるものであり、Ｘに第二取引には投機リスクがなく株価の騰貴によって確実に利益があるとの誤解を与えるものであったとして、違法性を認めた。ただし、３割の過失相殺を行った。

第三取引について、本件勧誘は、「99％大丈夫」というような株価騰貴がほぼ確実である旨の説明が為されていること、勧誘時既に第一取引および第二取引によって大きな損失を被っていたことなどから、「損失の拡大を防ぐことも大切ではないかという冷静な判断がしにくい状況になっていた」のであり、このような状況下でのＹの言辞は、第三取引で儲けたいと願うＸにとって、実際の買付を決断させるための「大きな後押し」となったとし、違法な勧誘とした。ただし、３割の過失相殺を行った。

【考察】

各取引時の状況下におけるＸの心理状態を考慮し、Ｘが勧誘言辞をどのように受け止めたかという観点で、取引ごとに個別に審査している点で非常に興味深い（前記〔35〕〔38〕にも同様の考察が見られる）。

〔42〕和歌山地新宮支判平成15年６月30日セレクト22巻82頁：肯定・控訴

【事案】

本件は、X_1ないしX_4が、ツムラ株と不動建設株の信用取引（空売り）について、説明義務違反および断定的判断の提供による違法勧誘を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求を為した本訴と、Ｙ証券会社によるX_3に対する代金立替金支払請求の反訴とで成り立っている。

判決は、本件取引が信用取引であり、しかも空売りであることから、当該取引は一般的にリスクの高い取引であること、そして、Ｘらの投資経験等を考慮すると、Ｙ社従業員による本件勧誘は、信用取引の仕組みについての十分な説明が為されていないことに加え、適切な措置方法を適切な時期に助言し指導すべき義務を怠ったとした。また、断定的判断の提供については、Ｙ社従業員は、Ｘらに対して、「この会社（ツムラ）は、内紛で経営状態がめちゃくちゃで何時潰れてもおかしくない会社で、この株式は、もう紙屑同然になってしまう。直ぐ空売りした方がいい。絶対儲けさせる。」、「今、株をやって儲かるのは売りだけで、買いの方は大損します。今年の株で儲かるのは不動建設です。不動建設株は、700円から800円で、1400円のところから下がってきています。実際500円から400円の株だからあぷあぷと溺れて沈んでいる状態で、舟を出して足

で踏んづけて沈めてしまわないと駄目です。最低でも200円から300円は取れます。」、「７月には400円からもっと下がる。」などと述べて勧誘したことが認められている。判決は、かかる言辞は、本件株式の値下がりを予告した断定的判断を提供したものであること、および、Ｘらは空売りをするか否かの判断をする日時的な余裕もなく勧誘に従った空売りをしていることに鑑みると、断定的判断と高圧的勧誘があったと評価でき、違法であるとした。ただし、Ｘらの投資経験等に鑑み、それぞれ、２割、４割、５割、６割５分の過失相殺を行った。また、ＹのX_3に対する反訴請求は本件株式についての立替金債権は信義則に反し行使できないとされたが、本件以外の株式の立替金債権については認容した。

なお、Ｙが控訴したが、控訴審（大阪高判平成15年12月26日セレクト23巻210頁）[46]は、ＹのＸらに対する不法行為について一審判決を支持した。

〔43〕名古屋高判平成15年10月28日セレクト23巻３頁：肯定・上告（不受理）

【事案】

本件は、同和鉱業株式の信用取引について、Ｙ証券会社従業員による違法勧誘を理由とした債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償請求を為したＸの本訴請求と、上記取引の買付代金の貸付残元金請求を為したＹの反訴請求とが主として争われた。

一審（名古屋地判平成13年３月30日セレクト17巻279頁）は、Ｘの本訴請求を一部認容し７億3900万余の損害賠償請求を認め、他方でＹの反訴請求を全て認め18億余の貸金請求を認めた。本判決は、違法勧誘を理由とした損害賠償請求に関しては一審と同様の判断を下し、賠償額も同一としたが、Ｙの反訴請求たる貸金債権額および相殺の点で判断を異にし、Ｘの損害賠償請求権とＹの貸金請求権が相殺された結果、双方の債権は消滅した。なお、共に上告受理申立を為したが、それぞれ上告不受理の決定が為された（最決平成17年12月15日平成16年(受)第327号、同第313号セレクト27巻１頁および最決平成17年12月15日平成16年(受)第314号セレクト27巻４頁）。以下では、一審、原審ともに同一の

[46] この控訴審判決は、改正金融商品販売法の立案担当者が例示として唯一挙げた判決である。池田・前掲注(3)金法51頁〔注５〕、同・前掲注(3)商事23頁〔注５〕、松尾＝池田・前掲注(3)27頁〔注４〕参照。

判断を下した、Yの違法勧誘を理由とした不法行為責任について見ていく。

本件同和鉱業株式の買付勧誘の具体的態様として、Y社従業員が「今度オール大和で同和山をやるので、是非参戦してほしい。これは絶対儲かります。」、「資本金を上回る資金で買注文の入る銘柄は大相場になるので、絶対に間違いありません。」、「命をかけて2000円にきちっと着地させますので、Xは何も言わずに金だけ出して、あとのことは任せてほしい。」などと述べたことが認められている。これらの言辞は、同和鉱業の株で仕手戦を行おうとしたものであり、「単に市場原理に基づく値上がりの見込みが確実であることを強調したものではなく、日本を代表する大手証券会社の一つであるYが、全社を挙げて同和鉱業株式の投機的買付を行うなど、需給関係の人為的な操作による株価の上昇も想定させるような言い回しによって、同株式の値上がりは確実である旨を述べた」ものであるから、証取法の禁止する断定的判断の提供に該当することは明らかであるとした。また、実際に大量買付をした証拠がないので、「オール大和で同和山をやる」などの表現は、虚偽の表示または重要事項について誤解を生じさせるべき表示であり、証取法上の不実表示・誤認表示に該当するとした。そして、これら証取法違反の勧誘行為は、「Xの有する株式投資の知識や経験、勧誘当時の社会情勢や経済情勢を考慮しても、有価証券取引における通念に照らし、勧誘の方法として社会的に許容される範囲を逸脱している」とし、株式売買委託契約の債務不履行責任ないし不法行為責任に基づく損害賠償責任を認めた。もっとも、仕手戦という不正な株価操作によって生じる好機を生かして利益を図ろうとしたXの株価購入の動機には非難されてもやむを得ない面があるなどとして、8割の過失相殺が為された。

【考察】

断定的判断の提供行為の前提として、仕手戦を仕掛けるという証券会社として許し難い行為を為していることにそもそも非難可能性があった。そもそも市場操作に繋がるために証取法上違法とされる行為を計画し、それを前提とした価格騰貴情報および価格騰貴の予測評価を顧客にもたらしたというような場合において、前者の違法性をテコに後者の違法性を導くという方策が採られている。仕手株取引の場合にまま見られる構成である（〔9〕〔10〕）。

【別表２】検討判例一覧

	判決日時	商品の種類	結論	審級関係
1	大阪地判昭和59年11月29日	株式（信用取引）	肯定・控訴	
2	東京地判平成５年５月12日	ワラント	否定・確定	
3	東京地判平成５年５月25日	株式	否定・確定	
4	大阪地判平成５年10月13日	株式	肯定・控訴	
5	東京地判平成５年12月20日	株式（信用取引）	否定・確定	
6	福岡地直方支判平成６年１月11日（ワ）６号	ワラント	肯定	
7	福岡地直方支判平成６年１月11日（ワ）22号	投資信託	肯定	
8	東京地判平成６年２月４日	ワラント	肯定・控訴	東京高判平成７年３月30日（否定）
9	東京地判平成６年２月15日	株式	肯定・控訴	
10	大阪高判平成６年２月18日	株式（信用取引）	肯定・上告	最判平成９年12月18日（否定）
11	大阪地判平成６年４月12日	ワラント	肯定・控訴	
12	大阪地判平成６年４月15日	ワラント	肯定・確定	
13	横浜地判平成６年12月９日	株式	肯定・控訴	東京高判平成７年７月12日（肯定）
14	大阪地判平成６年12月20日	ワラント	肯定・確定	
15	高知地判平成７年２月２日	株式（店頭株）	肯定・確定	
16	大阪地判平成７年２月23日	ワラント	肯定・控訴	
17	富山地判平成７年３月15日	株式	肯定・控訴	
18	奈良地判平成７年７月７日	ワラント	肯定・控訴	大阪高判平成８年６月４日（肯定）
19	大阪地判平成７年９月８日	株式（信用取引）	肯定	
20	名古屋地判平成７年９月12日	ワラント	肯定	
21	大分地判平成８年１月30日	株式（信用取引）	否定・控訴	福岡高判平成９年１月27日（否定）
22	大阪地判平成８年３月25日	ワラント	肯定・控訴	
23	大阪高判平成８年11月６日	株式（信用取引）	肯定	大阪地判平成６年９月29日（否定）
24	千葉地判平成９年３月26日	株式	肯定	
25	東京高判平成９年５月22日	株式（店頭株）	肯定・上告	東京地判平成８年７月26日（否定）
26	最判平成９年９月４日	株式	肯定・破棄差戻し	差戻し審の大阪高判平成10年11月13日（否定）
27	名古屋地岡崎支判平成９年９月18日	株式（信用取引）	肯定	
28	広島高松江支判平成10年３月27日	ワラント	肯定・上告（棄却）	最判平成10年10月27日
29	奈良地判平成11年１月22日	株式	肯定・控訴	大阪高判平成11年10月12日（肯定）
30	広島地判平成11年１月28日	ワラント	肯定	
31	福岡地判平成11年３月29日（ワ）1056号	株式	肯定	

32	福岡地判平成11年３月29日（ワ）1293号	株式（現物および信用取引）	肯定・控訴	
33	名古屋高判平成11年９月16日	ワラント	肯定	名古屋地判平成10年６月５日（肯定）
34	大阪地判平成12年６月28日	株式（信用取引）	肯定	
35	大阪地判平成12年７月28日	株式（信用取引）	肯定・控訴（棄却）	大阪高判平成13年２月２日
36	東京地判平成13年３月22日	株式	肯定	
37	名古屋地判平成13年４月27日	株式（店頭株）	肯定・控訴	名古屋高判平成14年２月14日（肯定）
38	東京地判平成13年11月30日	オプション取引	肯定・控訴	東京高判平成14年10月17日（否定）
39	大阪高判平成14年11月29日	株式	肯定	大阪地判平成13年９月17日（否定）
40	大阪地判平成15年４月11日	オプション取引	肯定	
41	大阪高判平成15年６月19日	株式	肯定	京都地判平成14年12月５日（肯定）
42	和歌山地新宮支判平成15年６月30日	株式（信用取引）	肯定・控訴	大阪高判平成15年12月26日（肯定）
43	名古屋高判平成15年10月28日	株式（信用取引）	肯定・上告（不受理）	名古屋地判平成13年３月30日（肯定）

第三章　分析

ここまで、証券取引において断定的判断の提供行為について民事責任が争われた判決を概観したが、そこには一定の蓄積が見られる。すなわち、第一に、上記判決群は、断定的判断の提供行為が民事責任をいかに構成するかについての法的論理構造を徐々に明確化し、判断枠組みを確立しつつある。第二に、判断枠組みの構築と共に、民事責任を導くための具体的な考慮要素を様々に呈示しており、一定の蓄積を見ている。以下では、これら民事責任法理としての判断枠組みの導出、および、具体的考慮要素の析出を試みたい。

（一）民事責任法理としての判断枠組み

⑴まず、判例は、断定的判断の提供による勧誘の民事上の不当性を、業法上の規定（現行金融商品取引法38条１項２号）に足かがりを求めることから出発した。しかし、あくまで同法はいわゆる取締法規であるから、同法違反の行為は、登録取消、認可業務の取消ないし６ヶ月以内の業務停止（金商法52条１項６号）の行政処分を帰結するに過ぎず、それによって直ちに私法上も違法となるのではない。そのため、判例は、同法違反に加えて、勧誘態様が「社会通念上外務活動一般に許された域を超え」た場合には、私法上も違法となるとの判断枠組みを示した（〔１〕〔３〕）。しかし、「社会通念上許された域を超えたか否か」という基準は、例えば、他に、「社会的相当性の範囲を逸脱」（〔６〕〔７〕〔12〕〔18〕〔20〕〔23〕〔29〕〔31〕〔37〕〔39〕〔41〕）、「私法秩序を著しく逸脱」（〔23〕）、「社会的に許容される範囲を逸脱」（〔43〕）など表現を変えても見られるところではあるが、かかる命題が判決の一般説示および具体的当てはめの各結論部分でお題目のように唱えられていることに象徴されるように、ある種の枕詞でありそして結果論に過ぎず、いかなる場合に業法違反の勧誘が社会通念を逸脱するのか、そして何をもって社会通念ないし社会的に相当と言うのか、法的構成としては何も語っていない。

⑵そこで、業法においてそもそもなぜ断定的判断の提供が禁止されるのかについて、業法の規定の趣旨に立ち返ることで、かかる勧誘の不当性がどの点に存しており、ひいては私法上も違法となるのかを明らかにしようとする判決が現れた（〔４〕）。すなわち、業法において断定的判断の提供が禁じられるのは

次のことによるという。そもそも証券取引市場においては、「自己責任の原則」が妥当する。しかし、情報量、経験、能力において顧客より優位にある証券会社およびその従業員が、価格の騰貴あるいは下落などの不確実な事項について断定的判断を提供することは、顧客の当該取引の危険性についての冷静な判断を誤らせるものであり、「自己責任の基礎を損なう」ために禁止される。そして、かかる趣旨に鑑みれば、断定的判断の提供によって、顧客の「自由な意思決定、自主的な判断が妨げられた」とき、「もはや自己責任を問い得ない」のであって、翻って右勧誘は私法上も違法となる、とする。

断定的判断の提供による勧誘の不当性を民事責任として構築しようとする判例の試みは、かかる顧客の「自己決定が妨げられた」点に違法性を求める論理に拠って初めて、私的自治の原則の下に個人の私法関係の自律的形成を規律する民法の世界での帰責根拠としての基盤を得たと言える。そして、かかる顧客の「自由かつ自主的判断」が阻害される点に民事責任を基礎付ける論理は、それを端的に法的根拠とする判決もあるが（〔4〕〔38〕）、その多くは、さらに次の二つの構成へと発展を見た。

⑶第一に、上記「社会通念上許された域を越えた」ことをもって違法となるという結論部分と組み合わされた構成である（〔13〕〔15〕〔29〕〔39〕）。すなわち、証券取引は自己責任の原則が妥当するものであるが、業法や各種規則において断定的判断の提供を伴った勧誘行為が禁止されているのは顧客の当該取引の危険性についての冷静な判断を誤らせるためであり、翻って当該勧誘によって「顧客の自由かつ自主的判断が妨げられた」ときには、もはや顧客の自己責任を問うことはできず、「具体的事情によって」は、右勧誘は、「社会通念上許された域を越えた」、「社会的相当性の範囲を逸脱」、ないし「私法秩序を著しく逸脱」したとして私法上も違法となる、とする。

第二に、顧客の自由かつ自主的判断を妨げるような方法での勧誘が許されないことを、注意義務として明示するもの、すなわち、顧客の「正しい認識の形成を妨げることを回避すべき注意義務」なる民事上の注意義務を設定する判断枠組みである（〔5〕〔6〕〔7〕〔23〕〔32〕〔34〕〔40〕）。すなわち、証券取引においては自己責任の原則が妥当するが、各種法令および規則の趣旨に鑑みると、証券会社には、顧客の当該取引に伴う危険性について「正しい認識を形成することを妨げるようなことを回避すべき注意義務」を負うのであり、かかる注意義務に違反したときは、「具体的状況の如何によって」は、私法上も違法

性を帯びる、とする。

⑷かような二つの構成が見られる理由は、断定的判断提供行為の民事責任の法的性質は何かという問題に関わってくると考えられる。判例の多くは、顧客の法的主張に左右されるとは言え、これを不法行為責任と位置づけている（〔１〕〔３〕〔４〕〔５〕〔10〕〔12〕〔13〕〔17〕〔18〕〔20〕〔23〕〔24〕〔25〕〔28〕〔29〕〔31〕〔37〕〔39〕〔42〕）。しかし、これをもって直ちに、判例上、不法行為責任として確立したと言うのは性急ではなかろうか。

第一に、一般説示の部分において「債務不履行又は不法行為による損害賠償責任」と述べる判決も見られるところであり（〔２〕〔６〕〔７〕〔32〕〔34〕〔38〕〔43〕）、また上記注意義務構成を採るものはこの中に包含される傾向にある（〔６〕〔７〕〔32〕〔34〕）。これらのことから導き得ることは、「社会的相当性」等の枕詞を含んだ構成を採っているものは不法行為責任へと結びつけられる傾向があるのに対し、注意義務構成を採っているものは、債務不履行責任構成を意識ないしその余地を残そうとする意図が窺われる。

第二に、判例は確かに「違法性」という概念を用いているが、その意味が問題となる。ここまで見たように、判例は、断定的判断の提供による勧誘を民事上問責しようとするとき、かかる勧誘が「違法性を帯びる」ないし「違法となる」といった表現を用いているが、ここでの「違法」という表現が、不法行為の成立要件の一つとしての「違法性」、すなわち、「故意・過失」と対置されたそれを意味していると断定することは早計に過ぎる。と言うのも、第一に、債務不履行構成においても「違法」という表現が用いられていること、第二に、不法行為責任とする判決において、不法行為成立の要件としての「違法性」であると明言するもの（〔１〕〔３〕〔10〕）、もしくは「違法」という表現とは別に故意･過失を改めて判断するもの（〔20〕〔23〕）は少数である。このことから、判例の、「私法上も違法性を帯びる」、「民事上も違法となる」といった表現は、民事責任を課すことができるという結論を表現するのと同じ意味で用いられているに過ぎず、「一般的な用語法の文脈において」、「法律上の何らかのサンクションの要件一般を『違法』と呼」[47]んでいると解され、「違法」ないし「違法性」という表現が見られるからと言って、それが直ちに「不法行為責任」を帰結す

[47] 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971年）397頁。本稿においても、特に「不法行為法上の違法性」など断りのない限り、この意味で用いる。

ると考えることは適切でない。

⑸以上、判例は、不法行為責任と親和性のある第一の判断枠組み、および、債務不履行もしくは不法行為と幅を持たせた注意義務構成による第二の判断枠組みの二つを同時並行で発展させており、いずれの枠組みが妥当かについては未だ決していないと言うべきであろう。

第一の判断枠組みは、「社会的相当性」というふくらみのある枕詞を有する点において、メリットとデメリットの双方を有している。すなわち、具体的行為・発言の一つ一つを採り上げたときには民事責任を導くとまでは言えないが、そのような不当な行為を積み上げることにより、「全体として社会的相当性を欠く」あるいは「全体として違法」などの結論を導くことを可能としている（〔10〕〔12〕〔14〕〔16〕〔19〕〔27〕）。その反面、かような行為態様の「積み上げ方式」は、直感的・感覚的な落とし処を模索することによって結論が導かれている面があり、行為態様の集積が、過失や違法性等の不法行為の要件面のいずれにおいて考慮されているのか、されていくべきなのか等、理論として詰めるべきところが少なくない。

第二の注意義務構成による判断枠組みは、説明義務や適合性原則の判例にも同様の構成が見られるところであるが[48]、ここで言う「注意義務」が、不法行為構成と債務不履行構成とのそれぞれにおいて、いかなる意味を持つのかについては、不分明なところがある。すなわち、「信義則上の行為義務違反（過失）」[49]と解する考えや、投資勧誘被害の問題は、「違法性一元論になじむ類型（過失が違法性に吸収される態様）」[50]であるとして、行為不法を基礎付けるものとし

[48] 例えば、東京地判平成15年５月14日金法1700号116頁等。

[49] 谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法⑬〔補訂版〕』（有斐閣・2006年）171頁〔潮見佳男〕、潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第２版〕』（信山社・2009年）165頁。

[50] 清水俊彦「改正金販法と取引の仕組みの説明義務⑴」金法1776号（2006年）10頁。清水弁護士は、次のように述べて、違法性一元論になじむとの立場を採っている。「一般に、不法行為の領域においては、違法性と過失の二元的な要件になじむ類型、違法性一元論になじむ類型（過失が違法性に吸収される態様）、過失一元論になじむ類型（その逆）があるとされる中、説明義務違反に関する事件を含め、投資勧誘事件は違法性一元論になじむようであり、故意過失の認定は違法性の認定とほぼ一体としてなされ、独立に問題になることはまずない」。

ての注意義務の側面をより推し進める見解も示されている[51]。

以上、いずれの判断枠組みにせよ、各枠組みの下での理論構成は、なお検討せねばならない課題として残されていると言えよう。しかしながら、両者の枠組みに共通していることは、証券取引においては本来「自己決定－自己責任の原則」が妥当するが、断定的判断の提供を伴う勧誘によって、顧客の自由かつ自主的な判断が阻害された、すなわち、自己決定が妨げられたという点に、民事責任の根拠を見出す構成である。よって、この点については、判例上、ほぼ確立していると言ってよいだろう。

このように、判例は、あくまで証券取引業者の業務監督を目的とする業法上の断定的判断の提供の禁止「規定」から、徐々に独立し、民事上の固有の帰責根拠を見出し、そして、その民事責任の法的性質は何かという問題に収斂しつつあり、まさに民事責任「法理」へと発展を遂げていったのである。

（二）具体的考慮要素の析出

⑴さて、顧客の自由な意思決定ないし自主的な判断を阻害したことに民事上の帰責根拠を見出す判断枠組みが確立したとは言え、いかなる勧誘態様によって自由な意思決定、自主的な判断が妨げられたと言えるのかという問題は依然として残されている。また、判例は、勧誘によって顧客の自己決定が妨げられたとしても、なお「具体的事情に」よって、勧誘が私法上も違法となるか否かが検討されるとしている。そこで、いかなる勧誘が顧客の意思決定を妨げたと言えるか、そしていかなる「事情」が具体的に考慮されて私法上違法であると評価されるか、具体的な指針の策定が次に求められることとなる。判例は、事案の具体的当てはめの中で、かかる具体的考慮要素を様々に呈示している。以下では、判例の挙げる具体的考慮要素を、「顧客の自由かつ自主的判断を妨げ

[51] なお、金融商品販売法立法時の立案担当者は、同法に定める重要事項の説明を怠ることは「権利侵害（違法性）の要件を充たす」としている。牧田宗孝「金融商品の販売等に関する法律の概要」NBL691号（2000年）12頁、大前恵一朗「金融商品の販売等に関する法律の概要」金法1582号（2000年）25頁、岡田則之＝高橋康文編『逐条解説金融商品販売法』（金融財政事情研究会・2001年）114頁等参照。

たか否か」という「自己決定－自己責任原則」に裏付けられた上記判断枠組みとの関連で考察することによって整理ないし位置づけを行う。

⑵判例はまず、①勧誘文言、表現の「断定性」および「具体性」に着目する。例えば、「絶対に」、「100％」などの断定的表現、そして、「3000円程度にまで騰貴」などの具体的数値を挙げた表現である。そのような断定的に自信に満ちた態度で為される勧誘や、値上がり幅について数値を挙げて為される具体性を持った勧誘は、断定的判断の信憑性を高める他、時として威圧的な側面も併せ持ち、顧客の冷静な判断を阻害し得るためと考えられる。ただし、判例は、これをもって端的に民事上の違法性を導いているのではなく、また逆にこれらの表現がなければ責任が否定されるわけでもない（〔４〕）。よって、これら勧誘文言、言辞が断定的表現ないし具体的表現を伴っているか否かという基準は、明快であり一定程度の意義を有しているが、この要素は決定的ではないと考えられる[52]。

次に、同じく勧誘文言、表現を手がかりとするものではあるが、勧誘言辞の表象にとどまらず、その言葉の有する「意味」に着目したものがある。例えば、「責任を持つ」という言葉について、それは利益保証契約の締結を意味するものではないが、「必ず儲かる」という言葉と「相まって」違法性を帯びるとする判決がある（〔28〕）。また、「噂である」として告げた勧誘について、「話の流れの中」によってはかえってより一層の秘密性を持たせ信頼を高めることがあり得るとした判決がある（〔32〕）。これらは、勧誘時の言葉を一つ一つ分断して採り上げるのではなく、勧誘とは相手とのやりとりの中で為されるものであるから、会話全体の中でその言葉の有している意味合いを確定するという視点を有していると言えよう。そして、このような、言葉とは、「文脈」の中に

[52] 同旨のものとして、神崎克郎『証券取引の法理』（商事法務研究会・1987年）443頁、日弁連消費者問題対策委員会編・前掲注㉘196頁、神崎克郎＝志谷匡史＝川口恭弘『証券取引法』（青林書院・2006年）478頁、日野正晴『詳解金融商品取引法』（中央経済社・2008年）527頁、岸田雅雄監修『注釈金融商品取引法 第２巻 業者規制』（金融財政事情研究会・2009年）321頁〔澤飯敦＝大越有人〕。また、消費者契約法４条１項２号の断定的判断提供についての消費者庁の解説「『絶対に』『必ず』のようなフレーズを伴うか否かは問わない」とも符号する。消費者庁企画課編『逐条解説消費者契約法〔第２版〕』（商事法務・2010年）116頁参照。

おいてこそ、その意味を捉えることが可能となるという視点は、判例の挙げる次の様々な考慮要素にも見てとれる。ここでは、それらを、②人的要素と③時的要素とに分類して考察することによって、判例の整合的理解に努める。まず、「人的要素」として、勧誘者の地位、例えば「営業部次長という要職」、「常務取締役近畿四国本部長」、「幹部社員（副支店長）」であることに言及する判決がある（〔４〕〔25〕〔41〕）。これは、役職にある者によって為される断定的判断の提供は、情報の入手可能性と投資予測の専門性とにおいて、一従業員に増して、勧誘言辞の信憑性を高める性質を有しているからであると考えられる。続いて、「時的要素」として、例えば、大納会前日や株式分割発表直前など「直ちに対処することが求められる状況」での勧誘や（〔３〕〔10〕〔24〕〔31〕〔39〕）、前の取引での損失発生後（〔20〕〔37〕〔41〕）若しくは損失発生を知らされた直後（〔35〕〔38〕）に勧誘が為されたことに着目する判決がある。前者は、考慮する時間を与えない、判断を猶予ないし保留する機会を与えないという点で、自由かつ自主的な判断を阻害するからであり、後者は、損失が出ていることにより精神的動揺を受けており冷静な判断力を欠いている時点での勧誘は顧客の自由かつ自主的判断を阻害しやすいために考慮要素として挙げられていると思われる[53] [54]。

⑶以上は、いつ、誰が、どのような表現を用いて勧誘したかという行為態様すなわち断定的判断の提供行為そのものに関する要素であるが、判例は、他方で、

---

[53] 損失発生後に投資家のリスク評価にバイアスが生じることについて、行動経済学におけるプロスペクト理論の知見を商品先物取引における判例分析に応用したものとして、山本・前掲注⑷および同「投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」新世代法政策学研究５号（2010年）201頁参照。

[54] なお、説明義務違反を肯定した判決においても、かような損失発生後の勧誘の問題性の指摘を為すものがある。すなわち、オプション取引について説明の内容が不十分であったことに加えて、他社における取引で生じた2000万円の損失をカバーするために始めた被告における株式およびワラント取引においても1億5000万円を超える評価損を上積みしてしまった時点で本件オプション取引を勧めたことを捉えて、「巨額の損失に動揺していた時期にある原告は、損失を取り戻すための賭ともいうべき行動に出たと評すべきであって、それを勧めて行わせた被告の責任は否定し難い」とした（東京地判平成６年６月30日金判977号32頁）。

断定的判断の「前提ないし基礎にある情報」に関する考慮要素を挙げている[55]。

判例が、断定的判断の提供行為そのものではなく、その基礎にある「情報」へと視線を転ずる理由は次のことにあると考えられる。勧誘者の断定的ないし主観的な評価の呈示だけでなく、それら断定的ないし主観的評価を下すにあたっての基礎となる情報、すなわち、価格騰落の要因となる事実に関する情報が同時に提供されるとき、それら提供情報は、勧誘者の断定的判断の「根拠」を示すものであるため、勧誘言辞の信憑性を高めると言えよう。例えば、単に「絶対に3000円程度にまで騰貴する。」と言って勧誘するのみならず、「某大手信託銀行が買いに入る。」という価格騰貴の根拠についての情報提供を同時に為すとき、かかる断定的判断は、一定の根拠となる事実に基づいた「予測」ないし「評価」であると顧客に推認せしめ、もって、断定的判断に対する信頼性を高めるのである。もっとも、断定的判断の提供行為と、根拠となる情報の提供が併せて為されることによって、断定的判断に対する顧客の信頼が高められ得るとは言え、その信頼が妥当なものであるか、翻って、勧誘が顧客の判断を歪めるものとまで言い得るかどうかは、さらに検討される必要がある。そこで、判例は、単に断定的判断の根拠となる情報の提供があったことのみならず、その「提供情報の性質・種類」に着眼した、次の具体的考慮要素を挙げている。例えば、④提供情報が虚偽であるか否かという要素を挙げる判決がある（〔３〕〔31〕〔34〕）。また、これに関連して、⑤それなりの調査の上での判断であったか否かという要素が挙げられることがある（〔３〕）。そして、最も多くの判決において採り上げられている考慮要素は、⑥提供情報が、内部情報であるか、それとも、一般に公開されている情報であるかである（〔４〕〔５〕〔13〕〔24〕〔25〕〔31〕〔32〕〔33〕〔39〕〔41〕）。内部情報は、その情報の正しさを顧客が独自に調査して検証することが困難であり、それ故当該情報が価格形成にいかなる影響を及ぼすかについて顧客が自身で評価ないし判断を下すことについても困難とするという二点において、顧客の自由かつ自主的な「判断の機会を奪う」ため、違法性を強く肯定し得るものと考えられよう。これに対し、提供情報が一般に公開されている場合には、その情報が正しいか否かを顧客は検証することができ、よって、当該情報の価格形成への影響についても顧客が自身で判断

[55] 同様の指摘を為すものとして、証券取引法研究会・前掲注(16)「（１）」〔川濱報告〕43頁参照。

することができるため、顧客の判断形成への介入の度合いが内部情報に比べて小さいと言えよう。判例は、これら内部情報であるか否かに関連して、⑦証券会社と当該株式発行会社との関係を示す要素、例えば、幹事会社（〔29〕〔32〕〔33〕〔35〕〔36〕〔37〕）、関連・系列会社（〔25〕）、自社株（〔31〕〔34〕）などに触れる。証券会社が幹事会社などである場合には、価格形成に影響を及ぼす根拠となる内部情報の入手が可能、かつ、当該情報の確度が高いと顧客に誤解せしめる性質を有しているからであると考えられる。

⑷以上、判例は考慮要素として様々なものを挙げているが、本稿は、指針の定立を睨み、考慮要素の羅列ではなく、民事責任を導くための判断枠組みとの関連において、すなわち、顧客の自由かつ自主的判断を妨げたか否かという基準から、考慮要素の整理と位置づけを行った。それにより、判例は、行為態様に関する評価軸と、断定的判断の基礎にある情報に関する評価軸の二つを有しており、それらを総合考慮することによって、違法性判断を為している、ないしは、そのように解すれば判例の整合的理解が可能となると思われる。もちろん、この分析にはなお検討せねばならない点も多い。第一に、この二つの評価軸の区別は必ずしも分離独立したものではない。例えば、内部情報を提供したという要素は、上記では情報の性質に関する要素として位置づけたが、同時に、勧誘の「方法」としての問題も含んでいる。すなわち、内部情報を告げる勧誘方法は、顧客に、自分は有利な情報を供される特別な存在であるという優越感を抱かせると共に、勧誘者と顧客との間で秘密を共有しているという一体感を持たせることによって、勧誘者に対する信頼を高めるという性質を有していると考えることができるからである[56]。このように内部情報を提供したという要素は、行為態様に関する評価軸においても考慮され得る要素であると言える。第二に、二つの評価軸にそもそもあてはまらない要素も十分に考えられる。例えば、⑧顧客に損害を与える、あるいは、自己の利益を図る動機などの、「勧誘者側の意図」を問題とする判決がある（〔３〕〔21〕）。ただし、この判決は、免責へと働く要素として、そのような意図ないし動機が勧誘者になかったことを挙げたものであり、普遍化し得るかについては検討を要する。第三に、考慮

[56] 判例の中にも、内部情報であるとして告げた上、さらに、他に口外しないように口止めするという勧誘方法は、「極めて魅力的で誘惑的な勧誘方法」であるとするものがある（前記〔25〕判決）。

要素の総合的な判断といっても、二つの評価軸が相関関係的に考慮されるのか、それとも、両者の要素を兼ね備えてはじめて違法となるのか等、考量の方法については明快でない。今後の判例の集積と考慮要素についての一層の蓄積を待って、それらをより整合的に具体的指針の定立へと収斂させていくことは今後の課題である。

（三）問題提起

⑴さて、民事責任法理としての断定的判断提供法理の構築には、なお多くの問題が残されているところではあるが、以上の裁判例の分析から、投資勧誘の民事規制に関する基礎理論的考察に関わる問題提起が為されていることを指摘して本章の結びとしたい。

⑵第一に、断定的判断の提供による勧誘の違法性を具体的に評価するにあたっては、顧客が当該勧誘言辞をどのように受け止めるかという顧客の視点へと転換が図られつつあるということである。もちろん、上述の通り具体的考慮要素として勧誘者の意図を挙げる判例もあるなど、勧誘者がどのような意図で当該勧誘言辞を為したか、発言にはどのような趣旨が込められていたかという勧誘者の視点は全く無視されているわけではない。また、顧客の視点を採用するとは言っても、一方的にそれが顧客に有利に働くのではなく、例えば、「原告も自らの相場観を有していた」のだから勧誘言辞が「証券業界における常套句であり、そのような意味合いのものに過ぎないことを原告も十分に理解していた」など、顧客の投資経験や学歴、職歴、年齢などの属性を考慮することで、かえって証券会社を免責するための表現として用いられる面もある。しかし、不当勧誘規制法理としての最も古典的法理たる詐欺法が、詐欺者の二段の故意を要件とし、詐欺者すなわち勧誘者の意図をメルクマールとした違法評価を為してきたのに対し、断定的判断の提供法理の有している違法性評価軸は、顧客の視点により重きを置いたものと言えよう[57]。なお、かような顧客の視点への

[57] もっとも、詐欺法を、不当勧誘規制法理として捉える現代的な試みにおいては、二段の故意要件を厳格に適用することに対する反論が多く試みられている。しかしながら、判例はかような見解を採用するには至っておらず、裁判上詐欺が認められることは依然として困難を伴う。

転換は、説明義務、適合性原則などにも見られるところであり、現代の投資勧誘の民事規制法理における一つの重要な転換点となりつつある。すなわち、説明義務は、当初、商品特性や仕組みといった客観的・基本的内容が課されていたのに対し、近時においては、顧客の投資目的・資産状況や勧誘時の経済状況等の具体的事実関係を踏まえた上で説明義務の内容・範囲が確定されるなど、当該顧客属性に応じた説明義務が問題とされ[58]、さらには「指導助言義務」が論じられることもある[59]。かような流れの中で、説明義務の実質化をもたらすべく、広義の適合性原則を説明義務の解釈基準として運用することを目的とした立法や改正が為されたところである[60]。

しかしながら、かような顧客の主観面へのシフトは、一見、投資家・消費者保護にかなうものであるように見えるところ、解釈基準としての不透明さから、業者のコスト負担増による投資市場への過少投資と、顧客のモラルハザードによる過剰投資とを招き得ることを看過してはならない[61]。現代の民法学においては、業者と顧客（一般投資家）との間の「情報収集力、判断力の構造的格差」

ところで、詐欺法理も、断定的判断提供法理と同様に、意思表示者の意思決定が妨げられたという点が、意思表示の瑕疵として取消をもたらす根拠となっているにもかかわらず、詐欺法理は二段の故意要件により詐欺者の意図を問題としていることは興味深い。これは、詐欺法理は、意思表示者の意思の瑕疵を問題とする側面のみならず、詐欺を働いた者へのサンクションという社会的側面をも重視していることに拠ると思われる。

58 例えば、村本・前掲注(27)姫路法学43号49頁は、「具体的説明義務」と「抽象的説明義務」の区分を用いる他、山本・前掲注(25)72 ～ 73頁は、「具体的説明義務あるいは加重された説明義務」と呼んで、一般的な商品特性、商品の仕組みについての説明義務と区別する。

59 適合性原則違反の民事責任に関して初めて最高裁としての判断を下した最一小判平成17年７月14日民集59巻６号1323頁において、才口千春裁判官が補足意見として、指導助言義務違反の有無を差戻し審において検討すべしとした。なお、助言義務に関する先駆的研究として、潮見・前掲注(24)「（４・完）」民商118巻３号378頁以下参照。

60 平成18年の金融商品販売法の改正と金融商品取引法の立法により、金融商品販売法３条２項、金融商品取引法38条７号（金融商品取引業等に関する内閣府令117条１項１号を援用する。）が設けられた。

61 拙稿・前掲注(2) NBL926号122頁および929号64頁以下参照。

という抽象的な理念に基づいた救済の必要性を論ずる段階は既に過ぎ、顧客の自己決定に当該勧誘言辞がいかなる働きかけを為し、いかなる意味で自己決定侵害と言えるのか、「顧客の主観的理解を客観化」する解釈基準の定立が喫緊の課題であると言える。本稿における、具体的考慮要素の析出は、かような目的意識から出たささやかな試みである。

⑶第二に、断定的判断の基礎にある情報に着目するという評価軸が析出されたことは、次のインパクトを有している。これまで、断定的判断の提供は「評価の言明」の問題であり、「事実の言明」たる説明義務法理とは異なるという二分法を採る見解が見られることは既に述べた通りである[62]。しかし、本稿における判例分析からは、断定的判断の提供による勧誘とは、勧誘者の判断した結果を伝える「評価の言明」と、判断の基礎となる情報を提供する「事実の言明」との両面を併せ持っていることが明らかとなった。断定的判断の提供法理を、事実の言明に関する説明義務法理と対置し、事実に関する情報提供と異なり評価・判断は自らの責任において行うべきことであるから、あくまで、「事業者－消費者」・「投資勧誘業者－投資家」といった構造的な格差を埋めるために例外的に救済を認める、一般民法の外に置かれた例外的な救済法理であるといった考えに対し、その前提に疑義を唱えるものである。断定的判断の提供法理を評価的言明という視点からのみ捉えることは一面的と言えよう。

さらに、情報に関する違法性評価軸は、断定的判断提供法理が、評価と事実の両面を併せ持っていることを明らかにしただけでなく、そもそも評価的言明自体、その評価の前提として事実たる情報を基礎にしているという点で事実の問題を内包していることを明らかにした。これは、事実と評価の二分法に対する疑義を呈するものであり、「評価とは真偽を問うことのできない言明であるから、不当性評価になじまない」とする素朴な、暗黙の了解に反省を迫るものである。そして、かかる事実と評価の二分法に対する反省は、翻って、説明義務法理を事実の言明と捉えることについても疑問を抱かせる。すなわち、事実についての情報提供に問題があったとされる説明義務違反が争われた判例において、それが真に「事実の言明」の「不作為」を問責したものであるのかという問題を提起することになるのである[63]。

---

[62] 本稿第一章（二）・北大法学61巻１号286頁参照。

[63] 例えば、上で述べた「具体的説明義務」のように、顧客の投資目的・資産状

おわりに――今後の課題

残された課題は多い。本稿の考察により、断定的判断の提供法理においては提供情報の性質についても考慮されていることが明らかとなったが、判断の根拠となる提供情報の正しさ・性質という視点は、いわゆる合理的根拠論ともつながるところであり、断定的判断の提供法理と合理的根拠論との関係についての考察が必要となる[64]。また、事実と評価の二分法に対する問題提起は、説明義務法理の射程を正しく画定することへ向けられたものでもあるが、これについて検討を行うことができなかった。これら断定的判断の提供法理と周辺の法理との関係整理については、今後の検討課題としたい。また、本稿における判例の考察は、投資取引の判例に限定したことにより、もっぱら損害賠償責任が問題となっているが、消費者契約法に基づいて契約取消を争うことも理論上可能である。これら効果論からの同法理に関する考察は今後の課題としたい。

投資市場においては、刻々と新たな商品が生まれ、それに伴い、その被害態様もまた刻々と変化していくという「現実」がある。これまで、「断定的判断

況等、具体的な事実関係に応じて説明義務の内容・範囲が異なり得るとされるとき、業者側は当該顧客の資産状況、家族構成、投資目的等を調べ、それに応じて、何についてどの程度説明をすべきか適宜判断することが求められることとなる。ここでの説明義務の内容および説明義務違反の態様は、ある事実について説明をしなかったことが問責されているのではもはやない。

[64] 合理的根拠論（reasonable basis rule）ないし合理的根拠の法理とは、米国においていわゆる看板理論(shingle theory)の拡張として展開されたものである。看板理論とは、「証券会社はいやしくもブローカー・ディーラーとしてのその看板を掲げて営業を行う以上、専門家として顧客と公正に取引を為すことを黙示に表示している」とする理論であるところ、ＳＥＣは、この看板理論を用いて「証券会社は顧客に証券を推奨するに際しては、推奨するだけの十分な根拠を有していなければならない」という原則の理由付けを為したと言われる。

看板理論ないし合理的根拠論については、神崎・前掲注(11)５頁、山下・前掲注(17)321頁、森田章「証券業者の投資勧誘上の義務」岸田雅雄＝森田章＝森本滋編『河本一郎先生古稀祝賀：現代企業と有価証券の法理』（有斐閣・1994年）239頁、潮見・前掲注(24)「（２）」民商118巻１号（1998年）４頁、黒沼悦郎「アメリカ証券取引法〔第２版〕」（弘文堂・2004年）214頁、芳賀・前掲注(27)693頁、日弁連消費者問題対策委員会編・前掲注(28)189頁等参照。

の提供」をめぐっては、今直面している投資勧誘被害の実態に対応する手立ての一つとしての地位以上のものが与えられてこず、根拠論、判断構造ないし解釈基準につき立ち入った検討を加えるところにまでは至っていなかった。本稿のささやかな試みが、民事帰責法理としての断定的判断の提供法理構築への足がかりとなり、また、現実に生起する紛争事案を前にして、救済の道具立てとして活用できるだけの素地を整えることができたのであれば望外の喜びである。

＊本稿は、財団法人日本法制学会「2010年度財政・金融・金融法制研究基金研究助成（イ）」による研究成果の一部である。

判例研究

民事判例研究（2）

―― デート商法におけるクレジット契約の失効 ――

得津　晶

いわゆる「デート商法」による宝飾品の購入者が既払の割賦金の返還を斡旋業者に求めることができるとされた事例

名古屋高裁平成21年２月19日民事第一部判決（平成20（ネ）747号、債務不存在確認等、参加各請求控訴事件）

判時2047号122頁

事案

独身男性Ｘ（昭和55年生、教員）は、平成15年３月中旬、Ａ社従業員である女性Ｂから携帯電話に「ジュエリーに興味・関心がないか、商品を買わせることはないので意見を聞かせてほしい」等の連絡を受け、29日に待合せ場所で別の女性Ｃと会った。ＣはＸを抱き寄せるようにしてタクシーでファミリーレストランに連れて行き、Ｃは歓心を得るように名前で呼び、ＣとＸとが交際・結婚したら等の話を続けた。その後、Ｃは、Ｘの手を握り、半ば抱き寄せるような仕草などをしながら、８時間程度、貴金属や宝飾品の説明をした。その間、Ｘ、Ｃのテーブルの間にＣの仲間であるＤら３、４名が集まり、ＤはＸの指のサイズを測るなどして購入を迫り、Ｘが買いたくない等を告げると、Ｄらは、逆に、こんなに親身になっているのにその対応はまずいだろうなどと威圧的な態度でさらに購入を迫った。Ｘは怖くなり同レストランから帰宅したかったが、Ｄらが近くに着席していたため改めて帰宅を言い出すこともできず、Ａ社から宝飾品３点を157万5000円で購入することを申し込むとともに、Ｃの準備したＹ社宛のクレジット契約の申込書に署名押印して、Ｙ社に対してＹ社がＡ社に

立替払し、ＸがＹ社に分割払手数料を含めた218万9250円を平成15年５月から平成20年４月まで毎月３万6400円ずつ支払う旨のクレジット契約を締結した。なお、当該宝飾品は、Ｘが平成18年４月ごろ複数の宝石・貴金属取扱店で査定を受けたところ、併せて10万円程度であった。

同年同月30日にＹ社担当者からＸに電話で本件クレジット契約の申込につき申込意思、申込金額等契約内容の確認がされたが、Ｘは特段の苦情を述べることなくこれに回答した。

Ｘは平成15年５月ごろＡ社から宝飾品を受け取り、平成17年９月までの間は自動引き落としの方法によりＹ社に支払をした。その後、ＸはＣから時折電話やメールなどを受けていたがしばらくするとＣからの連絡はなくなり、平成17年（もしくは15年か？）秋ごろには電話もつながらなくなった。平成17年10月７日ころＸはＹ社に対して本件売買契約に至る経緯・勧誘態様や解約を強く祈願する旨を記載した抗弁書を送付し、平成18年１月15日にはＹ社に商品を返すので貸倒にしてほしい旨を伝えた。

その後、ＸがＹ社に対して加盟店管理調査義務の懈怠による不法行為責任、公序良俗違反無効または消費者契約法上の取消（消費者契約法５条・４条３項２号〔退去妨害〕及び１項１号〔不実告知〕）に基づく割賦既払金相当額の不当利得返還請求（および民法所定の遅延損害金）を請求し、他方、Ｙ社はＸに対して割賦未払金及び商事法定利息による遅延損害金を請求した。

なお、本件においてＹ社は平成16年５月24日に個品割賦購入あっせん事業をＹ’社に譲渡し、６月28日にＸに対して債権譲渡の通知書を送付し、本件訴訟の被告はＹ’社である。

原審は、Ｘの請求をいずれも棄却し、Ｙ社の請求を認容。Ｘが控訴。

判旨　Ｘの請求認容

Ⅰ.「・・・Ａは、独身男性であるＸに対し、若い女性の販売員をあてがい、同女との今後の交際等を匂わせるような思わせぶりな言動をとらせ、好意を抱かせて勧誘に乗ってしまいやすい状況を作出した上で宝飾品の購入を勧め、更に複数名の販売員とともに長時間にわたり購入を勧誘し続け、Ｘが購入をためらうと、威圧的な態度さえ示してその場から立ち去って帰宅することを困難にするとともに、Ｘの貴金属等に対する知識の乏しさに乗じて市場価格ではそれ程でもない宝飾品を高額な価格で購入させるために、その当日に売買契約及び

クレジット契約の各申込書に署名押印させて、申し込みの意思表示をさせ、帰り際に・・・女性販売員がXに頬を寄せるようにして写真を撮る等して、翻意をしないようにさせ、翌日にクレジット会社（脱退被告のY社）から契約意思の確認をさせ、これに同意するようにさせ、さらにその後も相当期間・・・女性販売員から電話やメールをさせ、契約の維持継続を強固にさせ（解消を抑制させ）たのであるから、これら一連の販売方法や契約内容（販売価格が本件宝飾品の市場価格に照らして不均衡である。）等に鑑みると、本件売買契約は、Xの軽率、窮迫、無知等につけ込んで契約させ、女性販売員との交際が実現するような錯覚を抱かせ、契約の存続を図るという著しく不公正な方法による取引であり、公序良俗に反して無効であるというべきである。」

「したがって、Xは、Y'社の本件クレジット契約に基づく未払金請求につき、割賦販売法30条の４第１項に基づき、本件売買契約が公序良俗違反により無効であることをもって、その支払を拒むことができる。Y社の未払金請求は理由がない。」

Ⅱ.「・・・本来売買が購入者と販売業者の二者取引であったものを、個品割賦購入斡旋は、斡旋業者を加えて三者契約としたものであり、販売業者は代金につき立替払をしてもらう点に一番の利益があり（本件でも履行済みと窺われる。）、購入者は代金を分割返済すればよい点（本件は、宝石３個で代金合計150万円を60回の分割）に大きな利益があり、斡旋業者は代金に手数料を上乗せして入手できる（本件では手数料が約61万円である。）点に大きな利益を見出すことのできる仕組みである。そのために、販売業者と購入者との本来の売買契約以外に、販売業者と斡旋業者とは加盟店契約を、斡旋業者と購入者とはクレジット契約をそれぞれ締結する。また、クレジット契約の手続のための申込書の交付なども販売業者において行うのが通例である。このような仕組みは格別の障害が生じなければ、三者それぞれにとって利益であることはいうまでもない。」

「・・・個品割賦購入斡旋の制度的仕組み、背景等を検討すると、本件のように売買契約が公序良俗に反して無効となる場合には、三当事者の利害状況は一変する。販売業者と斡旋業者とは、立替金の授受が当初から終了しているために、事後的な調整を望まない傾向があり、斡旋業者と購入者との関係においても、斡旋業者は事後的な調整を望まない傾向があると推認される。これに対

し、購入者だけは、売買契約が無効であるから、目的物は返還し、割賦代金については、支払っていればその返還を求めたいし、それが未払いなら支払を拒否したい状況にあると推認される。このように、公序良俗違反で売買契約が無効という場合には、三者の利害状況は前二者の販売業者及び斡旋業者が現状不変更希望、購入者のみ現状変更希望という対立関係になると窺われる。しかし、本来は、一体的な関係にあったのであるから、売買が無効等になる場合には、できる限りそのことを反映して、代金支払のための制度であるクレジット契約の効力が扱われるべきは当然である。

まず、購入契約が公序良俗違反で無効であるようなときに、購入者が販売業者に売買の無効を主張できるのは当然であるが、同時にこのような事由をもって、当該支払の請求をする割賦購入あっせん業者に対抗することができる旨の規定（割賦販売法30条の４第１項）が昭和59年に設けられた。斡旋業者としては、上記の無効事由を知らなくてもその対抗を受けるというものであり、少なくとも、購入者は、未払いの割賦金については、斡旋業者からの支払請求を拒絶することができるようになったと認められる。このような立法は、上記のあるべき利害状況と現実の利害状況との不一致に１つの調整的な解決を図ったということができる。

そこで、この規定により、購入者が既払いの割賦金の返還を斡旋業者に求められるかを見るに、この点については、なお議論があり、結論として否定的な見解が多いようである。これによれば、本件のＸのように購入者が公序良俗違反等の支払を拒絶できる事由があるにもかかわらず、誤って割賦金の一部を支払った場合に、その返還を支払先の斡旋業者に求めることができないことになるが、そのような結果は、同じ当事者間で未払請求であれば上記の規定を根拠にこれを拒絶できることに対比して、購入者にとっては不均衡な感を否めない。斡旋業者も、購入者が当初から支払拒絶を主張してくれれば取得できなかった割賦金を、偶々取得している状況にあるということができる。」

「そうすると、①・・・本件売買契約が公序良俗違反で無効であるところ、上記・・・のとおりの個品割賦購入斡旋の制度的背景・仕組み等に関する事実によれば、上記の売買の無効を是正するためには、代金の支払のための法律関係にも売買の無効をできる限り反映させるべき要請があるというべきこと、②上記の場合に、割賦販売法30条の４第１項の規定により未払金の支払請求はできない（売買の無効に沿う）こととされたが、購入者からの既払金の返還請求

の可否に関する明示の規定はなく、上記の規定によって返還可能であるとまでの結論を導けない（売買の無効に沿わない）可能性も高いこと、③ところで、この場合において、斡旋業者が販売業者の不公正な販売方法に関する事情を知らず、かつ、知らないことに責任がなく、単なる支払のための信用供与により手数料を得るだけであれば、斡旋業者が売買の無効の影響を受けないことにも相当の理由があると考えられること、④しかし、・・・、元々クレジット契約が存在することが売買契約を支えるために不可欠であり、本件においても、Aは、Y社のためにクレジット契約締結の準備行為（申込手続）を代行していること、しかも、・・・、本件の斡旋業者Y社は、販売業者Aについて消費生活センターからクレームが付いていることを、本件クレジット契約締結当時、全く窺えないわけではなかったこと、⑤本件の無効事由がAとXとの個別的な事由ではなく、デート商法という販売業者Aによる本件の目的物の売買の方法全般に関わる事由であること、⑥Y社（あるいはY'社）は、通常であれば本件の仕組みの中で手数料収入により利益を得る仕組みであり、既に一定の利益は得ていると見込まれること、⑦Aが現在休廃業状況にあり、Aから既払金相当額の回収を図ることは実際上できないこと、以上の事実・事情が認められる。

これらの背景事実、制度の仕組等を総合すると、本件売買契約の公序良俗違反の無効により、売買代金返還債務が発生したところ、本件の事情の下では、本件クレジット契約は目的を失って失効し、Xは、不当利得返還請求権に基づき、既払金の返還をその支払の相手先である斡旋業者（Y社を承継したY'社）に対して求めることができるというべきであり、これを斡旋業者側からいえば、斡旋業者は、この仕組みに具体的に一定程度関わりを持っていたのであるから、それにもかかわらず、売買契約の無効には無関係であるとか、本件クレジット契約は本件売買契約に原則として左右されない等として、既払金の返還請求を拒否することは本件の事情の下では理由のないことであるといわなければならない。」

Ⅲ.「クレジット契約自体は購入者と斡旋業者間の契約であるが、斡旋業者が、販売業者の社会的に著しく不相当な販売行為を知り、あるいは容易に知り得ながら、漫然と与信を行い、その結果、購入者に対する被害が発生・拡大したというような特別の場合には、販売業者の不法行為を助長したものとして、不法行為責任（Xの主張によれば加盟店管理調査責任）を負う場合があるというべきである。」

「Ｙ社は、平成15年１月23日ころ、直接、Ａと加盟店契約を締結し、同年６月20日ころまで約５か月間、Ａとの間で、179件の取引があったところ、このうち、顧客から支払停止の申出を受けたのは本件を含め17件であったが、初めてその申出を受けたのは本件クレジット契約締結（同年３月29日）後の同年４月15日であって、本件クレジット契約締結以前に支払停止の申出を受けたことはなかった。」

「平成14年には各地の消費生活センターに、Ａのデート商法により宝飾品をクレジットで買わされたといった相談がＹ社分を含め全体で年間70件ほど寄せられていたところ、このことに照らすと、Ｙ社が平成15年４月15日まで購入者から支払停止の申出を受けたことがなかったことについては若干疑問がないわけではないが、Ａにとって斡旋業者との間の取引に占めるＹ社のシェアは約10％から20％にとどまっていたこと・・・や、Ｙ社がそれまでに契約解除・取消等を巡って消費生活センター等からＡの販売行為に対する苦情・相談を受けたことを窺わせる証拠がないことに鑑みると、上記・・・の認定事実を覆すには至らないというべきである。」

「・・・Ｙ社が、本件クレジット契約締結までの間、・・・認定説示したＡの社会的相当性を逸脱した販売行為を知り、あるいは容易に知り得ながら漫然と与信を行っていたということはできない。」

評釈　結論に賛成

Ⅰ．本判決の意義

近時、デート商法が社会問題になっているところ[1]、本判決は、①本件デート

[1] デート商法については国民生活センターのサイト（http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/date.html）参照。特に、国民生活センター「相談件数が増加し契約金額が高額化したデート商法」2004年１月８日（*available at,* http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20040108_1.pdf）。そのほか、森一矢「スペシャル・レポート『架空請求』『出会い系デート商法』『情報漏洩』―あなたも狙われている ご用心！『ネット詐欺』の巧妙な手口」プレジデント42巻14号（2004年）、御木礼二「交際を装い宝石を売りつける恋愛感情を利用した“デート商法”」政界往来68巻８号（2002年）、岡本哲「キャッチセールス・デート商法の法律相談」法学セミナー 502号（1996年）131頁以下参照。

なお、PIO－NET に寄せられた相談件数の推移は以下の通りである（2010年

商法について公序良俗無効としたこと、及び、②信販会社に対してクレジット契約を失効したとして既払金返還請求を認めた点に意義がある[2]。なお、本判決後にデート商法に関連して信販会社に既払金返還を命じた判決として大津地裁長浜支判平成21年10月２日消費者法ニュース82号206頁[3]がある。

Ⅱ．デート商法の公序良俗違反性

本件はデート商法による宝飾品の売買契約を公序良俗違反無効としたものであるが、デート商法については既に仙台地判平成平成16年10月14日判時1873号143頁[4]が不法行為責任を肯定している。だが、本件と平成16年仙台地判とは認定事実ないし裁判所の挙げる判断要素を異にする。仙台地判の事案は、原告の主張する監禁・脅迫の事実の存在を否定し、「20歳程度の女性従業員が研修資料どおり親しげに話すことによって、本件各商品を買わせたもの」であり、「女性従業員が親しげに話すことにより、Ａが良い気分や見栄を張ったりして契約を締結してしまう雰囲気に飲み込まれ、本件各商品の購入を断れなくなったもの」（判時1873号151頁）としているのに対し、本件では、女性の販売員がＸに好意を抱かせる勧誘方法をとったことのほか、複数名の販売員が８時間という長時間に渡り勧誘を続けたこと、威圧的な態度をとったことといった意思表示のプロセスの瑕疵を伺わせるような事情、並びに、購入商品の価格が市場価格

２月16日現在）。

年度	2004	2005	2006	2007	2008	2009
相談件数	1,548	1,447	1,286	903	736	375*

（*前年同期　562）

[2] 本判決の社会的反響がうかがえるものとして本判決を取り扱ったブログ等は、酔うぞの遠めがね「デート商法は公序良俗に反する、との判決」2009年２月24日（http://youzo.cocolog-nifty.com/data/2009/02/post-d360.html）、弁護士紀藤正樹のLINC TOP NEWS「デート商法は公序良俗違反：クレジット会社の責任」2009年２月24日（http://kito.cocolog-nifty.com/topnews/2009/02/post-65aa.html）、井上直行弁護士ブログ関西合同法律事務所デッセイ「デート商法」2009年２月24日（http://kansaigodo.blog42.fc2.com/blog-entry-304.html）などがある。

[3] 平成21年長浜支判の事案については**Ⅲ**．で後述する。

[4] 解説として野口敬三・判批NBL803号（2004年）64頁がある。

と比べて高額であるという対価の不均衡をうかがわせる事情が指摘されている点に違いがある。デート商法とは「勧誘時に言葉巧みな話術で異性に行為を抱かせ、それに付け込んで商品等を販売する商法[5]」とされていることからすると、平成16年仙台地判の事案は純粋にデート商法的要素のみを理由に[6]不法行為を認めた事件であるのに対して、本件は、複数人で囲い込んだという点に消費者契約法４条３項２号により取消の認められる消費者への退去妨害的要素、また、威圧的な態度の点も絡めると強迫など意思表示の瑕疵・不存在的要素、対価の不均衡からは暴利行為論的要素がそれぞれ見受けられ、純粋なデート商法の事案と比して、意思表示の効力を否定（無効･取消）しやすかった事案といえる。このように整理すると、本件の公序良俗無効の判断は、意思表示の不存在・瑕疵及び消費者契約法４条の取消権等と連続的に理解されるものであると思われる。

反面、平成16年仙台地判は、被害者が当時25歳の男性ながら同年代の者や通常人と比して判断能力に乏しい人間であり、かつ販売業者側もこのことを認識していたことが認定されており、さらに、多重債務となりそのことを叱責されたことなどから精神的に追い詰められ自殺にまで至ったという被害の重大性という点で、被害者保護に傾きやすい事案であったのに対し、本件の被害者は、学校の教師であり通常の判断能力を有している事案であった点で異なる。このように考えると、デート商法的要素以外の意思表示の問題性を示す要素がなく、かつ、被害者の判断力に取り立てて問題がない場合に不法行為責任等を認めるのかという問題は本判決を含めてもいまだ裁判例がない領域ということになろう。

Ⅲ．信販会社との関係

本判決は、売買契約の公序良俗違反無効によってクレジット契約の効力（割賦金支払債務）について「目的を失って失効」したとして、既払金返還請求を

---

[5] 国民生活センター（2004）前掲注（１）１頁。

[6] ただし、平成16年仙台地判も単にデート商法的要素のみならず、被害者の給与所得と比較した場合の債務の過大性、対象財産である宝飾品が被害者にとってまったくもって不用のものである点、過量販売である点も認定されており、これらの点が判示に影響を与えたものと推測される。

認めた。売買契約が無効である以上、割賦販売法30条の４第１項によって未払いの割賦金の支払いを拒絶できることは明文で定められているが、既払金の返還まで認めるものではないため「目的を失って失効」として既払金の返還を認めたものである。本判決の採用する「目的を失って失効」という法律構成は、近時、フランスのコオズ論の影響などを受けて学説によって採用されているところの「契約の失効」（La caducité du contrat）論[7]と近接するものであるが、裁判例としてここまで明確に採用したのは本判決がおそらく初めてではないかと思われる。だが、契約の失効論は要件・効果も含めて議論が収束しておらず、また、フランス法がその前提とするコオズ論[8]は、その目指す実質[9]はともかく、少なくとも形式的には法律構成として日本法が採用するところではない[10]。そこで、本判決が契約の失効という枠組みを用いたことで、従前の裁判例・学説の採用する考え方と要件としてどのような違いがあるのかを検討する。

---

[7] 都筑満雄「複合契約中の契約の消滅の判断枠組みと法的根拠に関する一考察―複合契約論考・その二―」南山法学33巻１号８頁以下、特に17頁以下（2009年）、小林和子「複数の契約と相互依存関係の再構成―契約アプローチと全体アプローチの相違を中心に―」一橋法学８巻１号167、208頁（2009年）など参照。両文献ともフランス法を素材としている。特に、都筑（2009）前掲28頁以下は複合契約において一方の契約の消滅によって他方の契約の存在意義が失われた場面（の中で当事者に二つの契約を不可分とする意思を認めることができない場面）を「コーズを消失した場合」と整理し、その効果として契約の失効という法律構成を提唱しており、「目的を失って失効」という本判決の論理構成と近似している。

[8] コオズ論については小粥太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早稲田法学70巻３号（1995年）、竹中悟人「契約の成立とコーズ」法協126巻12号2367頁以下（2009年）、127巻１号１頁以下、２号189頁以下、３号371頁以下、４号576頁以下、５号613頁以下（2010年）〔未完〕等参照。

[9] 小粥（1995）前掲注（８）文献133－134頁、141頁によれば、フランスのコーズ論は、契約法における形式主義的な法体系に対して、生活における法の比重が高まるにつれて、法体系の外側にあった事情（当事者の動機、給付の均衡、双務契約の牽連性、その他の違法性）を実質的観点から契約法の体系の中に取り込む機能をもつ一般条項的なものであり、特に、債務者の立場から債務負担に実質的理由を要求し、相互性が確保されていない場合には債務の拘束力を制限する機能をもつと整理されている。

[10] 小粥（1995）前掲注（８）文献160頁。

本件のような場合にクレジット契約の既払金返還を認めるため従前用いられてきた法理としては、①無効の伝播と②信義則（不履行の結果をあっせん業者に帰せしめるのを信義則上相当とする）の２つの法律構成があった。

無効の伝播論[11]は、著名な芸娼妓判決以来、公序良俗違反の契約と密接不可分な契約は無効になると理解されていることから導かれている（最判昭和30年10月７日民集９巻11号1616頁）。芸娼妓判決では、同時になされる消費貸借契約（前借金契約）が芸娼妓契約の拘束性を事実上強化している点が不可分一体と評価される根拠となっていたところ[12]、本判決はクレジット契約が売買契約を支えるために不可欠であると述べており（判時127頁第２段）[13]、不可分一体として無効となることも当然に考えられる（名古屋高裁金沢支判昭和62年８月31日判時1254号76頁[14]、東京地判平成16年８月27日判時1886号60頁[15]）。ただし、従前の学説は、無効の伝播の要件として第三者が公序良俗違反事実について現

---

[11] 川島武宜＝平井宜雄編・新版注釈民法（３）総則（３）（2003年・有斐閣）§90Ⅷ210頁〔森田修〕、中田裕康「提携住宅ローンにおける抗弁権の対抗」金法1304号（1991年）32頁、川地宏行「第三者与信型販売における抗弁の接続と与信業者に対する既払金請求」クレジット研究40号別冊（2008年）71頁、都筑満雄「複合契約と公序良俗－無効判断枠組みの解明に関する一考察－（下）」国民生活研究47巻３号（2007年）32、34頁。なお、ドイツ法の示唆から公序良俗違反の場合の抗弁の接続においては既払金の返還まで認めることを示唆する神作裕之「割賦購入あっせんにおける抗弁権の接続と既払金の返還」クレジット研究23号（2000年）84、85頁も参照。他に、千葉恵美子「第三者与信型消費者信用取引と契約関係者の清算（上）」北大法学論集39巻５－６号Ⅰ88頁以下。

[12] 前掲注（11）新版注釈民法（３）212頁〔森田修〕。他方、割賦購入あっせん一般に不可分一体性から抗弁の接続を常に認めることをためらう見解では、信販会社加盟店であることが売買契約締結の理由でないことが挙げられている（山下友信・判批ジュリ1038号155頁）。

[13] 前掲注（11）新版注釈民法（３）210頁以下〔森田修〕の整理によれば、①公序良俗違反について知っていること、②目的・手段、原因・結果といった何らかの客観的な関係という２つの要件の相関関係によって初めて無効が認められる「無効の伝播」類型ではなく、複合的公序良俗違反ということになろう。

[14] 同日の名古屋高裁金沢支判昭和62年８月31日判時1279号22頁は、一般論として、立替払契約の公序良俗違反無効の余地を認めた。

[15] 偽ブランド品等のマルチまがい商法の事案。

実の認識を要求するものや[16]、第三者の認識の要素と密接関連性の要素とを相関関係で判断するというものがあり、本件Y社のように認識していなかった場合とは差異がある[17]。そして、従来問題になった事案は、芸娼妓契約のほか、無限連鎖講取引などといった取引当事者の利益のみならず社会全体への害悪が問題となるような類型の事案であった。これに対し、本件のデート商法はとりわけ本件の退去妨害類似、強迫類似の事案においては意思表示の瑕疵・不存在と連続的に捉えられるような当事者の利益を第一に問題とするような類型であるといい得るため、同じ公序良俗違反とされても、無効の伝播を認める根拠は従来よりも弱いといえよう。

これに対して、信義則による処理は、最判平成２年２月20日判時1354号76頁が、特段の事情として、特別の合意が存在する場合または信販会社が不履行に至る事由を知っているもしくは知りうべきでありながら立替払いを実行した場合には、「不履行の結果をあっせん業者に帰せしめる」ことを認めていることによる[18]。平成２年最判は抗弁の対抗が問題になった事案だが、判示の文言は抗弁の対抗にとどまらず債務不履行責任としての既払金返還にも親和的な文言となっている[19]。平成２年最判によれば、この場合の要件は、本件のように特別の合意がない事案においては、公序良俗無効となる事由を知っていること、

---

[16] 都筑（2007）前掲注（11）文献25頁（最終的には動機の不法性の程度や不法な動機との牽連性の程度との相関判断であるとはするが、最低でも不法の動機の認識を相手方の認識の程度のスタートラインとしている）、34頁。これに対して、前掲注（11）新版注釈民法（３）§90Ⅷ210頁〔森田修〕は、「乙契約のみの当事者乙が、甲契約の公序良俗違反について知っていること」が「密接不可分の関係」を基礎づける第１の要素であるとしているが、他方、第２の要素（乙契約が甲契約の内容上、目的・手段、原因・結果といった何らかの客観的な関係に立つこと）との相関関係で判断するとしており（森田修・新版注釈民法（３）§90Ⅷ211頁）、かならずしも認識を要求するものではない。

[17] 前掲注（11）新版注釈民法（３）211頁〔森田修〕。

[18] 平成２年最判については、空クレジットの疑いのある事案であることが指摘されており、射程を限定的に解釈すべきという意見もある（石川正美「クレジット取引に関する最高裁判決の問題点（中）」NBL470号［1991年］54頁）。

[19] 江頭憲治郎・商取引法〔第６版〕（2010年・弘文堂）134頁注５、鹿野・後掲本件判批160頁。これに対して大阪地判平成18年９月29日 LEX/DB 25420797は効果を抗弁の対抗に限定している。

もしくは知りうべきでありながら立替払いを実行したこととなりそうである。そして、いかなる場合が知りうべき場合に当たるのかといえば、加盟店管理調査義務違反がある場合という言い換えがなされている[20]。

以上の２つの法律構成の具体的結論に違いがあるかどうかは、両者を連続的に捉えることができるのかそれとも断絶して理解するのかという問題とつながる[21]。無効の伝播論か複合契約論（信義則）か、さらには加盟店管理調査義務

[20] 山下友信〔判批〕ジュリスト1038号（1994年）156頁。

[21] 都筑満雄・複合取引の法的構造（2007年・成文堂）294頁は最判平成８年11月12日民集50号10巻2673頁〔予定されていた屋内プール完成遅延によりスポーツクラブ会員契約と同時に販売されたリゾートマンションの区分所有権の売買契約の解除まで認めた事案〕に代表される複合契約論と平成２年最判（最判平成２年２月20日判時1354号76頁）に代表される消費者保護法理としての抗弁の接続を別物として理解する。さらに都筑満雄「モニター商法と抗弁の接続―抗弁の接続の新たな限界について―」三重大学法経論叢24巻１号（2006年）165頁は、平成８年最判に代表される複合契約間の消滅影響如何のアプローチと芸娼妓契約に代表される公序良俗無効の伝播とを別物とみている（裁判例が平成８年最判を引用しているところ引用すべきは芸娼妓判決とする）。このように、都筑は、①消費者保護法理としての抗弁の接続法理（平成２年最判に代表）、②複合契約の消滅の影響法理（平成８年最判に代表）、③公序良俗違反無効の伝播（芸娼妓判決に代表）をすべて別の法理として断絶させて理解している。また、都筑の整理に既存の判例法理を当てはめると、消費者保護の要請のある①アプローチのほうが、②アプローチよりも顧客保護の範囲が狭くなるので、この分類法（類型論）が本当に妥当か疑問も残る。

これに対して、神作裕之「割賦購入あっせんにおける抗弁権の接続と既払金の返還」クレジット研究23号（2000年）85頁は、割賦購入あっせんにおける売買契約の消滅が与信契約等の消滅等を導く場合の類型化として、売買契約が公序良俗に反していた場合、意思表示の瑕疵により無効または取消の場合に無効・取消の効力が与信契約等にまで及ぶ場合（都筑の整理では③のアプローチ）と並べて、売買契約と与信契約等との間の牽連性が強く両者を経済的・法的に一体と評価すべき例外的場合に割販法30条の４（当時。抗弁の接続のみ規定）適用の結果、既払金の返還を認める類型（都筑の整理では①、②のアプローチ）を提唱しており、少なくとも①と②のアプローチは統合して理解するようであるし、また同列に並べることで③のアプローチも統一的に理解する方向を示唆していることがうかがえる（「類型論」というのは、類型同士が断絶するというニュアンスよりも、売買契約が公序良俗違反無効・意思表示の瑕疵であれば

違反をもって不法行為を成立させるかという法律構成の差異によって保護要件が異なるとする[22]のは疑問がある[23]。試論ではあるが、契約の正当化根拠を、単に当事者の意思や私的自治のみに求めるのではなく、社会的有用性[24]（効率性）などといった（当事者の意思以外の）客観的な契約正義[25]に求めるという理解

与信等契約も消滅させるのに対して、瑕疵担保や通常の債務不履行である場合には与信契約等は消滅させない、といった形で、予見可能性・法的安定性確保の観点から結論を類型的に提示すべきという意味であろう）。

[22] 都筑（2007）前掲注（21）文献327頁によれば、特定の取引についてのリスクの転嫁までを含む消費者保護法理としての抗弁の接続と広く複合契約における契約間の影響関係一般を扱う複合契約を「別」のものとして両法理の共存を図ることを示唆する。

[23] 山本敬三・公序良俗論の再構成（2000年・有斐閣）289頁は、基本権保護型公序良俗の問題と不法行為法上の「違法性」ないし「過失」の問題は、いずれも基本権をその侵害から保護すべきかどうかが問題となっている点で変わりはないとして、保護の内容が同じである限り、両者で判断を異にすることは許されないとする。潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（２）」奥田昌道編・取引関係における違法行為とその法的処理－制度間競合論の視点から（1996年・有斐閣）23頁、松岡久和「原状回復法と損害賠償法」奥田編・前掲書59頁以下、潮見佳男・契約法理の現代化（2004年・有斐閣）３頁以下、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢138巻1=2=3号（1996年）208頁以下参照。

[24] 都筑（2007）前掲注（21）文献161頁は「契約というものは社会に生きる個人の本質的欲求を満たしうる財産とサービスの交換の仲介というその社会的有用性によって拘束力を与えるものである。そしてこの契約の機能は、拘束力によって秩序と安定が与えられることで将来の予見が可能になり、ここで生ずる信頼の土壌の元で始めて（ママ。筆者注）発揮されるものなのである」としており、非常に功利主義・帰結主義に親和的なニュアンスで社会的有用性概念を用いている（参照。山田八千子･自由の契約法理論［2008年･弘文堂］４頁以下、山本［2000］前掲注（23）文献30－31頁）。ただし、都筑自身は契約の拘束力の根拠を単純に意思のみに求めるのではないという根拠論のパラダイム転換については「現代契約法学の展開全体を受け止めたものでなければならず、この問題は今後の課題として残される」（185頁）としてこの議論にコミットすることなく結論を留保している。

[25] 大村敦志・公序良俗と契約正義（1995年・有斐閣）370頁。ただし、同書はそのタイトルと異なり、かならずしも「契約正義」による契約の効力の正当化

の下、契約正義（社会的有用性）実現の手段として暴利行為論という法律構成と契約の性質決定[26]という法律構成とがあると位置付け、さらに後者は複合契約規制の契約形式の組み換え[27]と共通し、契約形式の組み換えの実例として複合契約論の信義則による処理があると捉えれば、これらの法律構成は、すべて同一の法益保護を目的とするものであることになるので、規範評価は矛盾すべきでないことになろう。このように理解すれば、法律構成の違いによって結論に差が生じるべきではないことになろう。

これに対して、新たに「契約の失効論」を採用したかにみえる本判決は、与信業者Ｙが公序良俗違反事実について「販売業者Ａについて消費生活センターからクレームが付いていることを、本件クレジット契約締結当時、全く窺えないわけではなかった」との判断がなされているものの、他方、不法行為責任を否定する判示において、加盟店管理調査義務違反を否定し、その際に、「斡旋業者が、販売業者の社会的に著しく不相当な販売行為を知り、あるいは容易に知り得」る場合ではなかったことを認定している。それにもかかわらず契約の失効を用いて信販会社に既払金返還を認めた本判決は、この意味で、従来の裁判例・学説よりも要件を緩めて保護を強化した判決ということができる。それでは、このように本判決が保護を拡大した理由を「契約の失効」論それ自体に求めることができるかというと定かではない。「契約の失効」論が保護を図る利益が、社会的有用性等の様に、暴利行為論（無効の伝播）や契約の性質決定と同一であるならば、保護の範囲はむしろ従然の法律構成と同一であるべきであろう。本判決が、保護を強めた理由として本判決自身が述べているところでは、本件クレジット契約による三者間取引に対して本判決が「本来売買が購入者と販売業者の二者間取引であったもの」（判時126頁第３段）、「本来は、一体的な関係にあったのであるから、売買が無効等になる場合には、できる限りそ

を詰め切れておらず（同書・370頁には「現時点では後者（＝契約正義。本稿筆者注）の一般論に結論を出すわけにはいかない」とある）、契約正義概念に本格的に取り組むのは「『脱法行為』と強行規定の適用」、「典型契約論」（大村敦志『典型契約と性質決定』で単行本化）の二つの論文に展開され、公序良俗と契約正義は「研究の出発点」にすぎないとされている（大村敦志・公序良俗と契約正義［1995年・有斐閣］ii頁）。

[26] 大村敦志・典型契約と性質決定（1997年・有斐閣）352頁。

[27] 山田誠一「『複合契約取引』についての覚書（２・完）」NBL486号（1991年）52頁。

のことを反映して、代金支払いのための制度であるクレジット契約の効力が扱われるべきは当然である」(判時126頁第４段)、「売買の無効を是正するためには、代金支払いのための法律関係にも売買の無効をできる限り反映させるべき要請が存在するというべき」というように、二当事者間の売買契約において認められる救済方法をベースラインとして強く意識している点がうかがえる。このような判示は、少なくとも平成２年最判以降には採用されておらず、このような思考を背景に本判決が従前の裁判例よりも保護を強めたということができる。

このように考えると、契約の失効論といった法律構成はあまり関係なく、むしろ、二当事者をベースラインにするか否かこそが問題であり、この点こそ本判決が先例と異なった結論を採用した第一の理由であると考えられる。そして、売買契約の当事者の利益を考えれば本判決の一般論は支持し得るが、信販会社の利益も考えると、信販会社の与信によって売買契約の当事者にとっても従前では実現できない売買契約の達成という形で利益を受けている以上、売買契約のみを基準に考えるわけにはいかない。そして、まさにこの点について判断した平成２年最判の採用した利害調整のラインを積極的に変更すべき追加的理由も見出しがたい[28]。このように考えると、本判決の理由付けの当否は平成２年

[28] 平成２年最判に対しては保護要件が狭すぎることが批判されている（執行秀幸「判批」リマークス1991（下）75頁以下、千葉恵美子「判批」民商103巻６号124頁以下、同「判批」セレクト90年24頁、本田純一「判批」法セ435号114頁、吉川栄一・商法〔総則・商行為〕判例百選（第３版）124頁以下、長尾治助「商品購入代金の立替金払契約上の抗弁問題と信義則」ジュリスト973号50頁以下）。石川（1991）前掲注（18）文献54頁以下によると平成２年最判の事案は空クレジットの疑いの非常に強い事案であり、判決の一般論も、このような空クレジットの疑いの非常に強い事案に限って適用すべきと射程をかなり限定して理解する。ただし、平成２年最判は、「あっせん業者において販売業者の不履行に至るべき事情を・・・知りうべき場合」において購入者の保護を認める判決であり、多くの論者が主張する加盟店管理調査義務も、この「知りうべき場合」として観念することもできる（山下［1994］前掲注（20）文献156頁）。仮に、判例の立場に対して批判があるとすれば、この「知りうべき場合」の認定が厳格すぎること（最判平成13年11月22日判時1811号76頁等参照）に向けらるべきであり、判例の一般論に対してではないのではなかろうか。とすれば、本判決においても、最判平成２年の枠組みを積極的に変更するよりも、「知りうべき場合」の柔軟な認定で解決すべき問題だったのではあるまいか。

最判の一般論の当否という従前から検討されてきた問題を蒸し返しているだけではなかろうか。肯定的な表現をすれば、批判の強い平成２年最判に対して、判例違反となる正面からの批判は避け、裏口から平成２年最判を取り崩そうとしたのが本判決の「契約の失効」論ということになろう。

さらに言えば、本事案の解決として、このように先例と異なる一般論を採用する必要があったのか疑問がある。本判決は加盟店管理調査義務違反の認定の際に、知りうべきであることを否定したが、実際の認定は微妙である。むしろ、消費生活センターへの苦情等の情報を確認すべきであったとの形で過失（加盟店管理調査義務違反）を認定してしまってよかったのではあるまいか。加盟店管理調査義務違反を不法行為と捉えれば、本判決の公序良俗違反無効との間には、弁護士費用の負担の有無に違いがあり、本判決はこの微妙な差異に配慮して判決を下したのであろうが[29]、説得力にはやや疑問がある[30]。

---

[29] ただし、不法行為を認定することは、単に損害賠償額の問題ではなく、「贖罪（償い）」の意味、転じて加害者にスティグマを課すという意義もありえ（潮見佳男・不法行為法［1999年・信山社］263頁以下、吉田邦彦・不法行為等講義録［2008年・信山社］13頁以下）、被害者への経済的救済は認めるべきであるが、加害者に「贖罪」まで課すべきではないとの判断によれば、加盟店管理義務違反の認定に謙抑的であることは理解できる。

他にも「贖罪」とはやや異なるが、不法行為に正義論の視覚を取りこんだものとして棚瀬孝雄「不法行為法の道徳的基礎」同編著・現代の不法行為訴訟（1994年）３頁以下、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」同・民法解釈と揺れ動く所有論（2000年・有斐閣）220頁以下［初出：ジュリスト997号58頁以下、998号87頁以下、999号87頁以下（1992年）］、浅野有紀「不法行為法と矯正的正義（１）（２）」法学論叢136巻１号（1994年）32頁以下、137巻４号（1995年）42頁以下等がある。

しかし、正義論や矯正的正義を強調する見解は、不法行為法（ないし不法行為「訴訟」）の目的として単に抑止の観点にとどまらないものがあることを指摘はしているものの、本判決のように、公序良俗違反と比較しても不法行為には「贖罪」の意義が強いといえるのか、公序良俗違反を認定された方がスティグマは強いのではないか、等を考えると、やはり、本判決で公序良俗違反を認定するのに不法行為を否定する理由として「贖罪」・スティグマの観点で説明がつくかどうかは疑問である。

他にも、不法行為と公序良俗違反無効との差異として、①不法行為であれば販売会社の不法行為責任と信販会社の不法行為責任を共同不法行為と構成する

なお、本判決後にデート商法に関連する信販会社への立替払金債務が問題となった大津地裁長浜支判平成21年10月２日消費者法ニュース82号206頁では、既払金返還を認める際に、加盟店（正確には加盟店が信販会社との加盟店契約に違反した信販会社の承認のない加盟店の代理店）を消費者契約法５条１項の媒介の委託を受けた者として、消費者法４条の適用を認め、加盟店の店員によるデート商法上の発言を「重要事項」（消費者契約法４条）について事実と異なる説明をしたとして意思表示の取消を認めた。このように、加盟店を信販会

ことで信販会社の責任の範囲（因果関係〔相当因果関係の用語を嫌う平井宜雄・債権各論Ⅱ〔1992年・弘文堂〕201頁の用語法によれば関連共同性〕）を信販会社の入る以前の取引損害にまで拡大させることができるという点、②立替金債務支払のために商品を転売した場合に無効であれば同時履行の抗弁権によって救済が阻害されるおそれ、③将来の事案に慰謝料・拡大損害の責任肯定の余地を残しておく点等の違いもある（得津晶・判批ジュリスト1379号〔2009年〕128頁）。

しかし、①の点については、共同不法行為であるとしても加盟店管理調査義務違反という過失類型に第三者与信契約が必要になる以前の販売業者と購入者との間の純粋な二当事者間の売買契約の無効の責任についてまで事後に関与した与信業者に責任を課すことがそもそも妥当なのかという疑問がある。②については、すでに引き渡した商品については不法原因給付（民法708条）として（他方、当然、既払金については不法原因給付性を否定する。最判昭和29年８月31日民集８巻８号1557頁は民法708条を無効主張者と受益者との悪性の比較の問題としており、一方に不法原因給付が認められれば、反対債務は不法原因給付に該当しないということになろう）、同時履行の抗弁権はそもそも発生しないと考えることも可能である。③の点については、本判決のほか、大阪地判平成20年１月30日判時2013号94頁〔呉服過量販売〕、倉敷簡判平成20年４月25日消費者法ニュース76号213頁〔健康食品販売〕で問題になっているが、不法行為責任であることから慰謝料請求を常に認めなくてはならないわけではなく、不法行為の成立を肯定した上で慰謝料を否定するという解決をとればよく、不法行為責任を頭ごなしに否定する必要はない（大阪地判平成20年４月23日判時2019号39頁参照）。

[30] 大阪地判平成20年４月23日判時2019号39頁は公序良俗違反無効に加えて不法行為責任を肯定している。ただし、本判決のように公序良俗違反無効を認定したことで、もはや損害は存在しないという（やや概念法学的な）理解をするのであれば、不法行為責任は民法709条の要件を満たさない以上成立しないという理解も十分に成り立つ。

社の「媒介」（消費者契約法５条）とし、デート商法上の発言を消費者契約法４条違反とする[31]法律構成が、今後のデート商法事件に用いられる法律構成の一つに加わるものと思われる。加盟店を信販会社の媒介委託（消費者契約法５条１項）として加盟店の行為態様を基準に立替払契約に直接消費者契約法４条を適用していくという手法はデート商法以外の事案において近時の裁判例でもみられるところである（東京地判平成21年６月19日判時2058号69頁[32]）。このような手法であれば、複合契約における無効の伝播論、信義則論や本判決の契約の失効論といった法律構成に頼ることなく、広く消費者保護を図ることができるように見える。だが、加盟店を媒介と見ることができる場合には一定の限界があるであろうし[33]、消費者契約法４条の「重要事項」は売買契約ではなく立替払契約を基準に認定することから、売買契約における販売態様の問題性が立替払契約の重要事項と認定できるのは、従前の法律構成において要求されてきた密接不可分性や信販会社の認識などが要求されることとなり実質的な判断基準はやはり変わらないのではあるまいか。仮に、販売契約の行為態様の問題性がすべてそのまま信販会社との立替払契約に及ぶとすれば、加盟店管理調査義務を無過失責任とするに等しく、そこまでの政策判断を消費者契約法に読み

---

[31] ただし、平成21年長浜支判では、問題となった立替払金契約は、以前の別会社に対する立替払金契約の解約に必要である、ないし、以前の別会社との立替払金契約を解約するとの虚偽の説明を行っており、重要事項の不実告知（消費者契約法４条１項１号）を認定しやすかったという事情があり、長浜支判以外のデート商法の事案でどこまで単純な恋愛関係内部の問題にとどまらない契約法・法律行為法的な要件事実への認定が容易な事情を裁判所が認定できるかは今後の課題であろう。

[32] 包茎手術等における医療機関担当者が医学的に一般に承認されていない術式（亀頭コラーゲン注入術）をその旨の告知をしなかったことが不利益事実の不告知（消費者契約法４条２項）に該当するとした事案。ただし、当該事実の不告知が、手術の医療契約にとどまらず、立替払金契約にとってまで「重要事実」ないし「不利益事実」に該当するのかは判断に疑問の余地がある（判時2058号71頁匿名コメント参照）。

[33] 例えば、寝具や着物の展示会取引においては信販会社から従業員が出張し、加盟店の販売契約とは別に信販会社従業員の待機する場所に消費者が赴いて立替払契約を締結するのが通常であり、このような場合に、加盟店を信販会社の媒介とみることはできないであろう。

込むことができるのかは問題である[34]。

Ⅳ．今後の課題

平成20年６月割賦販売法改正により、訪問販売など特定商取引に該当するような場合に限って[35]、過量販売、一定の事実の不告知等について意思表示の撤回権・既払金返還制度（割販法35条の３の13－16）などが導入された[36]。本件

---

[34] 信販会社の加盟店管理調査義務を無過失責任とした場合、信販会社は加盟店の債務について保証人となることになり、信販会社は立替払金債務に含まれる手数料に保険料まで含むこととなり、加盟店が非常に限定されるもしくは信販会社の手数料が増大することから第三者与信を用いた売買契約（信用購入あっせん）を利用する機会を消費者から奪うことになりかねない。このような結果が社会的に望ましいか否かは判断の分かれるところである上、このような結果まで割賦販売法が定めているということは現在の割賦販売法からはできないのではあるまいか。

[35] 特定商取引に限定されていることは批判が強く、政治的妥協と評価されているが（島川勝「特定商取引法・割賦販売法改正法案の問題点―特に共同責任について―」消費者法ニュース76号［2008年］208頁）、本件のような展示会取引が店舗取引として適用除外であるとしても、消費者契約法５条、４条の解釈による対応が示唆されている（池本誠司・消費者法ニュース76号207頁）。

[36] 改正の経緯は、2007年12月10日に産業構造審議会割賦販売分科会基本問題小委員会報告書が〈既払金の返還ルール〉の必要性を提唱（報告書９－10頁）し、その後、2008年６月の割賦販売法改正で与信契約の取消権（共同責任規定）を創設した（割販法35条ノ３ノ13～35条ノ３ノ16。特に35条ノ３ノ13第４項）（松田洋平＝乃田昌幸＝戸塚悠二＝小山綾子「法令解説・悪質商法への抜本的対策」時の法令1824号（2008年）26－27頁、池本誠司「特定商取引法・割賦販売法改正が実現！」消費者法ニュース76号（2008年）207頁、島川勝「特定商取引法・割賦販売法改正法案の問題点―特に共同責任について―」消費者法ニュース76号（2008年）208頁以下）。

産業構造審議会割賦販売分科会基本問題小委員会は、委員長が山本豊で委員は全17名。うち、学者８名（法律学７名〔民法・消費者法３名、情報法〈公法〉２名、商法１名、刑法１名〕、経済学１名）、業界団体５名（信販会社４名、販売業者１名）、消費者団体３名、弁護士１名（日弁連消費者問題対策委員会委員）。報告書は *available at*, http://www.meti.go.jp/report/data/g71210aj.html.

また、割賦販売報告書と同日に特定商取引小委員会報告書（産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会報告書（平成19年12月10日））も公表され、

のようなデート商法においてはファミリーレストラン（本件）や事務所内（平成21年長浜支判）に同行して取引する等、訪問販売（特定商取引法２条１項２号）に該当することから、今後は、平成21年12月１日から施行された改正割賦販売法が活用されることとなろう。この場合にも、どのような事実の不実告知が「購入者・・・の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」（割賦販売法35条の３の13第１項６号等）に該当するのかという問題が残り、この認定には従前の法律構成による密接関連性等の議論が参考になろう。

また、「債権法改正の基本方針」は、一方では複数の法律行為の無効【1.5.50】、契約の解除【3.1.1.81】を、他方では第三者型与信契約における抗弁の接続【3.2.6.D】【3.2.6.10】を提案している、本稿でも提示した、無効の伝播論と信義則論さらには同一当事者間の複合契約の解除の要件及び効力の範囲の関係は今後の課題となる[37]。

債権法改正の基本方針によれば、複数の法律行為の無効【1.5.50】は「法律行為の無効」に限定されており、債務不履行解除のような場合には及ばない。他方、契約の解除【3.1.1.81】は当事者が同一である場合に限定され、本件のような第三者与信型取引には及ばない[38]。第三者型与信契約における抗弁の接続【3.2.6.D】【3.2.6.10】については、そもそも規定を民法中に置くか否かの点で争いがある上[39]、効果が抗弁にとどまり、既払金の返還には及ばない。

このような仕分けはカテゴリカルに過ぎるとも感じるが、「債権法改正の基本方針」によれば、従来の説明義務違反の類型の多くが消費者契約法を経ずに民法の法律行為無効に関連して扱われることから[40]、【1.5.50】の「無効」が「取

そこでは訪問販売であるが〈過量販売の取消〉が提案され、平成20年改正特定商取引法・割賦販売法によって導入された（特定商取引法９条の２、割賦販売法35条の３の12）。

[37] 民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」NBL904号（2009年）344頁【3.2.6.D】〔提案要旨〕参照。

[38] 民法（債権法）改正検討委員会編・詳解債権法改正の基本方針Ⅱ－契約および債権一般（１）（2009年・商事法務）323頁。

[39] 民法（債権法）改正検討委員会（2009）前掲注（37）344頁【3.2.6.D】〔提案要旨〕、民法（債権法）改正検討委員会編・詳解債権法改正の基本方針Ⅳ－各種の契約（１）（2010年・商事法務）403頁。

[40] 債権法改正の基本方針【1.5.15】、【1.5.18】【1.5.19】等参照。

消」も含むと解釈し、後は「密接な関連性」及び「当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるとき」を柔軟に認定できるのであれば、【1.5.50】のカバーする範囲は相当に広く、これのみで本件のような事例の解決には足りる。反面、効果が抗弁の接続にとどまる【3.2.6.D】【3.2.6.10】は、特別法のように判断の容易な類型的要件が置かれないかぎり、取り立てて存在意義は乏しいと思われる[41]。

また、第三者与信契約の事例における販売業者の資力（無資力）の問題等は法律行為論の【1.5.50】では拾いきれないのではないか[42]とも思われるが、そもそも販売業者の通常の資力・支払能力の問題まで信販会社に保証させるとなると、信販会社との与信契約には常に保険（Credit default swap 類似の保険）とセット販売・購入を強制されることになり、このような立法政策が社会的に望ましいとも、広く消費者の利益に適うともいえないのではないか（前注（34）参照）。

※本判決の先行評釈として鹿野菜穂子・金判1336号158頁がある。

---

[41] 【3.2.6.D】は抗弁の接続の一般規定を考える際に前述した平成２年最判との関係を強調するようであるが（民法（債権法）改正検討委員会［2010］前掲注（39）文献403頁）、前述したように平成２年最判は「不履行の結果をあっせん業者に帰せしめる」ことを認めているものであり、既払金返還をも認めるものと読めるものである（江頭［2010］前掲注（19）文献134頁注５、鹿野・後掲本件判批160頁）。【3.2.6.D】は、平成２年最判のみならず、割賦販売法に置かれている抗弁の接続の特別規定の基礎となる考え方を示すものでもあることから（民法（債権法）改正検討委員会［2010］前掲注（39）文献405頁）一概には言えないが、抗弁の接続に効果を限定する立法が一般規定としてなされることは、最判平成２年の解釈・射程を不当に抗弁の接続に効果を狭めることにつながりかねないという懸念がある。慎重な配慮が期待されるところであるが、そもそも抗弁の接続に限定した一般規定の創設自体に疑問がある。

[42] ただし、呉服のモニター商法の事案で破綻必至の販売形態を採用している販売業者の将来における破綻の確実性を要素の錯誤とした裁判例として東京地判平成21年10月26日消費者法ニュース82号179頁がある。ただし、破綻必至のモニター商法はマルチまがい商法と同様、公序良俗に反するものとして信販会社への既払金返還については無効の伝播論で処理すべきであり、【1.5.50】で処理可能な事案であったと解される。

〔本稿は平成22年度科学研究費若手研究（Ｂ）（課題番号：22730067）の研究成果の一部である〕

執筆者紹介（掲載順）

笹田栄司　北海道大学大学院法学研究科教授

堀口健夫　北海道大学大学院法学研究科准教授

金澤誠　北海道大学大学院法学研究科助教

黒澤修一郎　北海道大学大学院法学研究科博士課程

牧佐智代　北海道大学大学院法学研究科グローバルCOE研究員

得津晶　北海道大学大学院法学研究科准教授

平成22年７月22日　印　刷
平成22年７月30日　発　行

編集人　白取祐司

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. 61 July 2010 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Structural Understanding of Judicial Power and a New Interpretation of "trial" ····· Eiji SASADA 1
Precautionary Concept in the Orders of Provisional Measures of the ITLOS ····· Takeo HORIGUCHI 272[1]
Government Speech and Human Rights Theories in United States (2) ····· Makoto KANAZAWA 236[37]

NOTES

The Birth and Development of John Hart Ely's Motivation Analysis Theory (2) ····· Shuichiro KUROSAWA 61
Liability for Providing Conclusive Evaluations in Financial Transaction (2): Case law Developments and its Implications ····· Sachiyo MAKI 190[83]

CASE NOTE

Note on Civil Law Case (1) ····· Akira TOKUTSU 103
Note on Civil Law Case (2) ····· Akira TOKUTSU 148[125]

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan