HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第64巻　第3号　全1冊
Citation	北大法学論集, 64(3)
Issue Date	2013-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53407
Type	journal
File Information	lawreview_vol64no3.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 64 巻　第 3 号

論　説

ヨーロッパ不法行為法の一断面
—— 共通参照枠草案（DCFR）第Ⅵ編の検討 ——
…… 山　本　周　平　1
中世後期ドイツにおけるライン宮中伯の領邦支配とヘゲモニー（1）
…… 田　口　正　樹　71
近松門左衛門『大経師昔暦』をめぐって（2・完）
—— 貞享改暦前後の日本の社会構造 —— …… 桑　原　朝　子　125
現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（5・完）
—— 司法解釈と指導性案例を中心に —— …… 徐　　行　504[1]
税理士制度と納税環境整備（6）
—— 税理士法33条の2の機能 —— …… 川　股　修　二　480[25]
政府の言論と人権理論（4）…… 金　澤　　誠　442[63]
司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（5）
—— 日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に ——
…… 鄭　　明　政　386[119]
民事詐欺の違法性と責任（7）…… 岩　本　尚　禧　322[183]

講　演

不法行為改革の影響の実証研究 …… セオドア・アイゼンバーグ　276[229]
会沢　恒（訳）
SRU法以降のフランス都市計画法をいかに性格づけるか
—— 現代都市計画法の歴史的分析 ——
…… ノルベール・フルキエ　214[291]
津田　智成（訳）

判 例 研 究

刑事判例研究 …… 関　口　和　徳　188[317]

2013（平成25）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）
笹田　栄司（憲法）
實方　謙二（経済法）
東海林　邦彦（民法）
杉原　高嶺（国際法）
瀬川　信久（民法）
曽野　和明（比較法）
高見　勝利（憲法）
高見　進（民事訴訟法）
道幸　哲也（労働法）
中村　睦男（憲法）
中村　研一（国際政治）
長井　長信（刑法）
畠山　武道（行政法）
林　貢一（経済法）
稗貫　俊文（商法）

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）
松澤　弘陽（政治思想史）
松村　良之（法社会学）
宮本　太郎（比較政治経済学）
山畠　正男（民法）
吉田　克己（民法）

教授

會澤　恒（比較法）
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）
岸本　太樹（行政法）＊
児矢野　マリ（国際法）
権左　武志（政治思想史）
○佐々木　雅寿（憲法）
嶋　拓哉（国際私法）
常　凱（労働法）
白取　祐司（刑事訴訟法）
新堂　明子（民法）
鈴木　一人（国際政治経済学）
鈴木　賢（比較法）
曽野　裕夫（民法）
空井　護（現代政治分析）
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）
長谷川　晃（法哲学）
林田　清明（法社会学）
藤原　正則（民法）
眞壁　仁（日本政治思想史）＊
町村　泰貴（民事訴訟法）
松久　三四彦（民法）
宮脇　淳（行政学）＊
山口　二郎（行政学）＊
山崎　幹根（行政学）＊
山下　竜一（行政法）
山本　哲生（商法）
吉田　邦彦（民法）
吉田　広志（知的財産法）
林　素鳳（行政法）
亘理　格（行政法）

特任教授

薄木　一（法実務基礎）
榎本　光宏（民事実務）
大川　哲也（法実務基礎）
大野　雅祥（刑事実務）
木下　尊氏（民事実務）
岸田　洋輔（刑事実務）

准教授

池田　悠（労働法）
郭　舜（法制度論）
川村　力（商法）
櫛橋　明香（民法）
栗原　伸輔（民事訴訟法）

○桑原　朝子（日本法制史）
小濵　祥子（アメリカ政治史）＊
○得津　晶（商法）
中川　晶比兒（経済法）
中川　寛子（経済法）
中島　岳志（アジア政治論）
西村　裕一（憲法）
根本　尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
堀口　健夫（国際法）＊
水野　浩二（法史学）
○緑　大輔（刑事訴訟法）
三宅　新（商法）
山木戸　勇一郎（民事訴訟法）
山本　周平（民法）
吉田　徹（ヨーロッパ政治）＊
米田　雅宏（行政法）

講師

高　影娥（民法）
徐　行（比較法）

助教

五十嵐　元道（国際政治）
石神　圭子（アメリカ政治史）
王　旭（商法）
川久保　寛（社会保障法）
小嶋　崇弘（知的財産法）
千田　航（比較政治学）
戸井　健太郎（租税法）
朴　鍾碩（国際政治）
李　妍淑（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

ヨーロッパ不法行為法の一断面

――共通参照枠草案（ＤＣＦＲ）第Ⅵ編の検討――

山本周平

目　次

第一章　はじめに
Ⅰ．ＤＣＦＲとは
Ⅱ．ＤＣＦＲ第Ⅵ編――他人に生じた損害に基づく契約外責任

Ⅲ. 分析の視点
Ⅳ. 検討の順序
第二章　ＤＣＦＲ第Ⅵ編の構造と内容
Ⅰ. 全体構造
Ⅱ. 基本準則
Ⅲ. 法的に重要な損害
Ⅳ. 帰責
Ⅴ. 因果関係
Ⅵ. 救済手段
第三章　ヨーロッパ不法行為法原則（ＰＥＴＬ）との比較
Ⅰ. 全体構造と基本準則
Ⅱ. 損害（保護される利益）
Ⅲ. 帰責根拠
Ⅳ. 規律方法
第四章　結びに代えて
Ⅰ. 不法行為法の基本規定のあり方
Ⅱ. 責任の厳格化

第一章　はじめに

本稿は、共通参照枠草案（ＤＣＦＲ）第Ⅵ編の紹介・分析を行うことにより、わが国で不法行為法の改正が問題とさ

れる場合の検討課題について、一定の手がかりを得ようとするものである。

Ⅰ．ＤＣＦＲとは

ＤＣＦＲとは、Draft Common Frame of Reference の略称で、「共通参照枠草案」と訳出されるのが一般的である。

1　ヨーロッパ民法典スタディー・グループの活動

ＤＣＦＲの作成にあたって最も重要な役割を果たしたのは、ヨーロッパ民法典スタディー・グループ（Study Group on a European Civil Code）である。[1]

ヨーロッパ民法典スタディー・グループは、ヨーロッパ契約法委員会（The Commission on European Contract Law）――いわゆるランドー委員会――を前身とする組織である。ランドー委員会は、ヨーロッパ契約法原則（ＰＥＣＬ）の作成を終えて散会したが、契約法以外の領域についても対象とすべきであるとされ、一九九八年に、後継組織として、オスナブリュック大学のフォン・バール（Christian von Bar）を中心とするヨーロッパ民法典スタディー・グループが結成されたのである。

スタディー・グループの研究対象は、契約法のほか、契約外債務や、動産物権変動、信託など、財産法のさまざまな領域を含む。そして、ヨーロッパにおいて共通に妥当すべき原則とモデル準則を定め、その成果を「ヨーロッパ法原則（Principles of European Law〔PEL〕）」シリーズとして公表している。

2　PELからDCFRへ

こうしたスタディー・グループの活動は、DCFRとの関係で重要な意味を持っている。ヨーロッパ委員会によって二〇〇三年に発表された行動計画は、ヨーロッパの現行共同体法の質と一貫性を確保し、共同体における将来の法改正や新たな立法の際に立法者が参照するための「道具箱」の作成を提案した。これが共通参照枠（CFR）であり、その草案がDCFRである。

DCFRの作成の準備作業を委託されたのは、一二の研究グループを統括した「ヨーロッパ私法に関するジョイント・ネットワーク（Joint Network on European Private Law［CoPECL］）」であるが、その中でも中心的な役割を果たしたのが、ヨーロッパ民法典スタディー・グループおよび「現行ヨーロッパ私法に関する研究グループ（European Research Group on Existing EC Private Law）」（いわゆるアキ・グループ）という二つの研究グループである。

CFRは、政治過程に載せられることが想定されたものであり、EUの立法権限が限定されていることを考慮して、その対象を契約法に限っているが、DCFRは、そのような事情を度外視し、純粋に学術的な観点から、契約法に限らず財産法の諸領域を広く対象として作成されたものである。

DCFRは、基本原則・定義・モデル準則から構成されているが、これらを掲載した概要版（Outline Edition）が二〇〇九年二月に公刊された[2]。さらに、モデル準則ごとにコメント（モデル準則の解説）とノート（それぞれのモデル準則に関するヨーロッパ諸国における法状況の比較法的整理）を掲載した完全版（Full Edition）が全六巻で二〇〇九年一〇月に公刊されている[3]。

DCFRは全部で一〇編から構成されている。そこでは、契約（個別の契約類型に関する規律を含む）のほか、不法行為、事務管理、不当利得のような契約に基づかない債務、動産所有権や信託などについても規定されており、財産法

のさまざまな領域を広く対象としている。

Ⅱ．ＤＣＦＲ第Ⅵ編――他人に生じた損害に基づく契約外責任

本稿が対象とするのは、ＤＣＦＲの第Ⅵ編である[4]。これは不法行為法に関する部分で、「他人に生じた損害に基づく契約外責任(Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another)」という表題になっている。ここでは、「不法行為」という言葉は使われておらず、「契約外責任」と呼ばれている[5]。ＤＣＦＲ第Ⅵ編は、契約外責任について、その成立要件から効果に至るまで、広く規定を置くものである[6]。

Ⅲ．分析の視点

本稿は、このＤＣＦＲ第Ⅵ編の内容を紹介・分析するものであるが、分析の視点としては、不法行為制度の構想にあたって基本的な態度決定が要求される点について、どのような選択肢がありうるかということを意識しながら論述を進めたい。というのは、このような視点から分析をする場合には、わが国の不法行為法について立法論を念頭に置いた検討をするときに、ＤＣＦＲ第Ⅵ編が一つの重要な資料になると考えられるからである。

現在のところ、不法行為法の改正は、政治的な課題としては取り上げられていない。しかし、わが国では、目下、契約法を中心とする債権法の大規模な改正作業が進められているところ、同じく債権法の一部である不法行為法も、将来的に法改正から無縁であり続けるわけにはいかないであろう[7]。したがって、不法行為法の立法論的な再検討に向けた基

礎研究が必要であり、ＤＣＦＲ第Ⅵ編にも、そのような観点から批判的に検討する価値が認められるのである。

Ⅳ．検討の順序

検討の順序は以下のとおりである。まず、第二章では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編のモデル準則の内容を紹介する。それに続いて、第三章では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編とヨーロッパ不法行為法原則（ＰＥＴＬ）――ヨーロッパにおける不法行為法の統一の基礎資料として作成されたもう一つの草案――を比較することにより、それらの異同を分析する。最後に、第四章では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編およびＰＥＴＬの検討を通じて、わが国における不法行為制度の改正にとってどのような示唆が得られるかということに言及して、まとめに代える。

第二章　ＤＣＦＲ第Ⅵ編の構造と内容

本章では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の概要を説明する。まず、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の全体構造を確認しておこう。

Ⅰ．全体構造

ＤＣＦＲ第Ⅵ編の全体構造を目次の形で示すと、次のとおりである。まずはこの順に沿って、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の規律内容をあらかじめ概観しておきたい。

第一章　総則
第二章　法的に重要な損害
第三章　帰責
第四章　因果関係
第五章　抗弁
第六章　救済手段
第七章　附則

1　総則（第一章）――基本準則と三つの基本的要件

まず、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の冒頭には、第一章「総則（fundamental provisions）」があるが、ここに「基本準則（basic rule）」が置かれている（Ⅵ－一：一〇一条）。この基本準則が責任の根拠規定になるわけであるが、それと同時に、この基本準則の中に、三つの基本的な責任成立要件が規定されている。その三つの要件とは、「法的に重要な損害」、帰責根拠、因果関係の三つである。そして、これらの要件はさらに、第二章から第四章までの規定によって具体化されている。

なお、総則の中には「差止め（prevention）」を認める規定もある。それによると、法的に重要な損害が差し迫っているときに、その損害を受けるであろう者は、第Ⅵ編の規定により、その差止めを請求できる（Ⅵ－一：一〇二条）。ただし、差止めについては、本稿ではこれ以上取り上げない。

2　「法的に重要な損害」（第二章）――各則と受け皿規定の組合せ

まず、「損害」が発生したことは当然要求されるが、ＤＣＦＲでは、単なる損害ではなく、「法的に重要な損害（legally relevant damage）」という要件が設定されている。これについては、第二章に規定されている。

第二章は、第一節「総則」と第二節「法的に重要な損害についての各則」に分かれる。第一節では、法的に重要な損害の意義について規定されている。第二節では、どのような場合に「法的に重要な損害」が認められるかということについて、事例類型ごとに規定が置かれている。ただし、その各則の規定にあたらない場合であっても、受け皿規定が用意されているため、これによって各則の規定が補完されることになる。

3　帰責（第三章）――過失責任と無過失責任

次に、損害を加害者に帰責するためには何らかの帰責根拠が必要であるが、これについては、第三章「帰責（accountability）」が定める。これはさらに、第一節「故意および過失」と、第二節「故意または過失を伴わない責任」に分かれ、それぞれ過失責任と無過失責任について規定している。

(1)　故意・過失の定義

過失責任については、第三章第一節に、故意・過失の定義規定が置かれている。また、ここには、子どもまたは被監督者が生じさせた損害についての責任も規定されている。

(2)　無過失責任の個別規定

さらに、第三章第二節には、無過失責任に関する規定が置かれている。

ＤＣＦＲのテクストでは、節の表題にあるように「故意または過失を伴わない責任（accountability without intention or negligence）」という言葉が使われているが、本稿では無過失責任と呼んでおきたい。

これについては、事例類型ごとに個別的な規定が置かれている。

4　因果関係（第四章）

因果関係（causation）については、因果関係の定義や、複数行為者の責任に関する規定がある（第四章）。

5　その他

そのほか、第五章には抗弁（defences）に関する規定があり、損害賠償責任の減免事由が定められている[8]。第六章は救済手段（remedies）に関する規定で、契約外責任の効果としての損害賠償と差止めについて定めている[9]。最後に、第七章に、附則として、若干の付随的な規定が置かれている。

ＤＣＦＲ第Ⅵ編には全部で五七か条もの条文があるが、本稿では、責任成立要件の中心部分として、基本準則・法的に重要な損害・帰責について重点的に取り上げ、因果関係と救済手段については簡単に言及するにとどめる。

Ⅱ．基本準則

第Ⅵ編冒頭にあるVI.－一：一〇一条が基本準則とされている。

同条一項によると、「法的に重要な損害を受けた者は、当該損害を故意もしくは過失によって生じさせた者または当該損害の発生について帰責されるその他の者に対し、損害賠償を請求することができる」。これが責任の根拠規定であり、

請求の基礎となる。(10)

さらに、この規定から、ＤＣＦＲの契約外責任が認められるために、①「法的に重要な損害」、②帰責根拠、③因果関係という三つの要件が必要であることが分かる。

帰責根拠については、同条一項によると、損害を帰責されるのは、「当該損害を故意または過失によって生じさせた者」と、「当該損害の発生について帰責されるその他の者」である。後者が無過失責任を意味するが、さらに同条二項では、「法的に重要な損害を故意または過失により生じさせたのでない者は、第三章の規定がその旨を定める場合に限り、法的に重要な損害の発生について帰責される」とされている。

そして、この三つの要件がそれぞれ、第二章から第四章までにおいて具体化されることになる。以下、これらの要件について見ていこう。

Ⅲ．法的に重要な損害

第一の要件は、「法的に重要な損害」である。(11)

法的に重要な損害については、第二章に定められており、その冒頭にあるのがⅥ－二：一〇一条である。同条一項によると、「損失（経済的なものであるか非経済的なものであるかを問わない）または侵害は、次に掲げるいずれかの場合には、法的に重要な損害とする」とされている。

ここでは、①「損害」とは何かということと、②「法的に重要な損害」が認められるのはどのような場合かという二つの問題がある。

1 「損害」――「損失」と「侵害」

まず、DCFR第Ⅵ編における「損害」の概念について整理しておこう。

実は「損害」にも定義があり、これは、モデル準則ではなく、DCFRの一部をなす定義集（Definitions）に定められたものである。それによると、損害とは、「利益を害するすべての種類の効果（any type of detrimental effect）」とされている。さらに、Ⅵ.-二：一〇一条一項を見ると、「損失（loss）」または「侵害（injury）」は法的に重要な損害とするとされており、損害には「損失」と「侵害」の両方が含まれることが分かる。

そのうち、損失は、経済的なものであるか非経済的なものであるかを問わないとされている。そして、経済的損失と非経済的損失の概念については、さらに規定があり、Ⅵ.-二：一〇一条四項a号において、「経済的損失は、収入または収益の喪失、負担の発生および財産価値の減少を含む」とされ、同b号では、「非経済的損失は、苦痛および生活の質の低下を含む」とされている。

また、損失のほかに、「侵害」が「損害」にあたる場合があるとされている。「侵害それ自体」が賠償されうることは、第二章第二節（各則）の規定にも現れている（Ⅵ.-二：二〇一条一項、Ⅵ.-二：二〇三条一項）。さらに、Ⅵ.-六：二〇四条では、「侵害それ自体は、経済的損失または非経済的損失についての金銭賠償とは別個に賠償しなければならない」とされている。したがって、この「侵害それ自体」は、経済的損失・非経済的損失と並ぶ第三の損害のカテゴリーであり、経済的損失・非経済的損失とは別個に、しかもそれに加えて賠償されることになる。

この「侵害それ自体」の賠償を認めたことは、イタリア法における生物学的損害（danno biologico）[12]という概念に由来するものだと言われている[13]。つまり、イタリア法では、非財産的損害の賠償が認められるのは刑罰法規違反の場合に限られているようであるが、それでは狭すぎるので、そのような制限を回避するために、財産的損害でも非財産的損害

でもない第三のカテゴリーとして判例により創設されたのが、生物学的損害というカテゴリーである。そして、ＤＣＦＲにおける「侵害それ自体」も、その影響があることが指摘されている。

2　「法的に重要な損害」の意義

次に、そのような損害は「法的に重要な損害」でなければならない。

(1)　「法的に重要な損害」概念の出自

「法的に重要な損害」というのは、あまり聞き慣れない概念であるが、これは、損害の要件も、帰責根拠や因果関係といった他の要件と密接に関連しあっていることを表すものとされている。[14] 例えば、損害が重大であればあるほど帰責要件は緩和されうるし、逆に、故意による侵害の場合にのみ、不法行為により賠償される損害もある。そのような関連性を表すのに適切な言葉として、「法的に重要な損害」という概念が採用された。

もとをたどれば、この概念は、イタリア法の「不法な損害（danno ingiusto）」という概念に由来している。ただ、これをそのまま翻訳して用いるのは適切でないという理由で、それをもう少し洗練させたものとして、「法的に重要な損害」という概念が採用されたのである。[15]

(2)　「法的に重要な損害」が認められる場合

どのような場合に「法的に重要な損害」が認められるかは、VI-二：一〇一条一項の各号に規定されている。

VI-二：一〇一条一項ａ号からｃ号までによると、法的に重要な損害があるといえる場合には、次の三つがある。第一に、第二章第二節の準則がその旨を規定する場合（ａ号）、第二に、損失または侵害が、その他の法律上認められた権利の侵害によって生じた場合（ｂ号）、第三に、損失または侵害が、法的保護に値する利益の侵害によって生じた場合（ｃ

号）である。

(a)　各則（VI.－二：一〇一条一項a号、VI.－二：二〇一条以下）

したがって、まずはa号に従い、第二章第二節の各則の規定に該当するかどうかを検討することになる。つまり、VI.－二：二〇一条からVI.－二：二一一条までのいずれかに該当すれば、法的に重要な損害があるといえる（個別の規定内容については後述）。

(b)　受け皿規定（VI.－二：一〇一条一項b号・c号）

(ア)　「その他の法律上認められた権利」または「法的保護に値する利益」の侵害

次に、各則の規定のいずれにも該当しない場合は、b号またはc号に該当するかどうかが問題になる（この点において、b号とc号は、各則の規定に該当しない場合の受け皿規定であるということができる）。それによると、当該損失または侵害が、その他の法律上認められた権利の侵害によって生じたこと（b号）または法的保護に値する利益の侵害によって生じたこと（c号）が必要になる(16)。

b号の「その他の法律上認められた権利」は、契約外責任以外の法領域においてすでに原告に割り当てられた権利だとされている。b号にいう「法律上認められた権利」の例としては、社員権や親の監護権などが挙げられている(17)。国内法により「絶対権」として認められているものはすべてここにいう「権利」に含まれる。また、私法上の権利に限定されるものでもなく、例えば選挙における投票権などもこの「権利」にあたるとされている(18)。

c号の「法的保護に値する利益」は、b号と異なり、契約外責任法が独自にある利益の要保護性を決定するもので、契約外責任法の継続形成の余地を意識的に作り出すものだとされている(19)。例えば、冷凍保存された精子を誤って廃棄された場合に、ここにいう「法的保護に値する利益の侵害」があるという具体例が挙げられている(20)。

(イ)　付加的要件――「公平かつ合理的」（VI-二：一〇一条二項・三項）

ただ、b号またはc号の場合は、付加的に、VI-二：一〇一条二項の要件を充たすかどうかを検討する必要がある。それによると、損失または侵害は、損害賠償請求権を認めることが「公平かつ合理的」であるときに限って、法的に重要な損害とされる(21)。

さらに、公平かつ合理的であるかどうかを決定するためには、VI-二：一〇一条三項に列挙された事情を考慮すべきだとされている。そこでは、①帰責の根拠、②損害または差し迫った損害の性質と近因性（proximity）、③損害を受けまたは受けるであろう者の合理的期待、④公序（considerations of public policy）を考慮しなければならないとされている(22)。

①帰責の根拠については、損害を生じさせた行為の性質が問題になる。とりわけ、侵害が故意によるものか、単なる過失によるものかが重要であり、故意による場合にのみ法的に重要な損害が認められる場合があるとされる(23)。

②損害または差し迫った損害の性質が考慮されるというのは、軽微な不利益の場合には、被害者が損害を甘受しなければならないということを意味している(24)。また、ある種の環境汚染のように、全体としての集団にのみ割り当てられた利益であって、その侵害が特定個人との関係では法的に重要な損害となりえない場合があるが、そのような事情もこの要素において考慮される。

また、近因性という要素が挙げられているのは、法的に重要な損害の概念が因果関係と密接に関連することを表すものとされる。例えば、医師の診断に誤りがあったが、仮に正しい診断をしたとしても病気の進行は阻止しえなかったという場合には、因果関係がないということもできるが、責任法の見地からは、そもそも法的に重要な損害が存在しないということもできる。

③損害を受けまたは受けるであろう者の合理的期待という要素は、いわゆる「機会の喪失」の場合を念頭に置くものであるとされる。

④公序については、その定義が特に述べられているわけではない。一つの具体例として挙げられているのは、事故によりある者の身体の外観が損なわれたために、その者の配偶者が婚姻生活を継続することに耐えられず離婚に至った場合である。この場合に、離婚により生じた経済的または非経済的な不利益が、事故の直接被害者とその配偶者にとって法的に重要な損害になるかどうかという問題にとって決定的であるのは、その時代の考え方によれば、婚姻生活において甘受されることが期待される負担はどこまでかということであるとされる。これは、一種の社会通念を基準とするものだということができる。その他の例としては、不当な訴訟提起の事例が挙げられている。すなわち、原告が多少なりとも注意して調査すれば勝訴の見込みがないことが分かる場合においても、訴訟を提起された被告は、法的に重要な損害を受けたと評価されない。なぜなら、さもなければ原告の裁判制度の利用に対する権利が保障されないからである。(25)

(3) 小括

以上をまとめると、「法的に重要な損害」の判断にあたっては、まずはVI.-二：一〇一条一項a号により、第二章第二節の各則の規定に該当するかどうかを検討し、そのいずれにも該当しなければ、同b号またはc号の適用が問題となる。後者の場合には、損害賠償を認めることが公平かつ合理的であるかどうかがさらに審査されることになる。

3 各則

各則における規定それぞれの内容についても簡単に見ておきたい。各則には一一か条の規定があるが、これはおおむね次の五つに分類することができる。(26)

(1)　人身侵害（VI-二：二〇一条、VI-二：二〇二条）

まず、VI-二：二〇一条とVI-二：二〇二条は、人身侵害の場合についての規定である。ここには、直接の被害者の請求権と、第三者の請求権の両方が規定されている。(27)

(a)　人身侵害とそれにより生じた損失（VI-二：二〇一条）

VI-二：二〇一条一項によると、自然人の身体または健康に対する侵害によってその者に生じた損失および侵害それ自体は、法的に重要な損害となる。ここでは、人身の侵害により生じた損失だけでなく、その侵害それ自体が「損害」にあたるとされている。しかもそれは、経済的または非経済的な損失に加えて、それと別個に賠償されうる。(28)

同条二項は、この局面における損失と侵害の意味について規定する。まず、一項にいう損失は、被害者の世話のためにその近親者が負担した合理的費用を含む健康管理の費用を含む（二項a号）。また、精神的健康に対する侵害は、それが医学的に病気と評価される場合に限り、人身侵害に含まれる（二項b号）。

(b)　人身侵害または死亡により第三者に生じた損失（VI-二：二〇二条）

次に、VI-二：二〇二条は、人身侵害または死亡により第三者に生じた損失が、その第三者にとって法的に重要な損害となる場合について定める。すなわち、同条一項によると、人身侵害または死亡により他の自然人に生じた非経済的損失は、侵害の時点において、その自然人と侵害された者とが特に密接な人的関係にあったときに、法的に重要な損害となる。

また、同条二項は、生命侵害の場合に関連して、侵害によって死亡した者に死亡の時点までに生じた法的に重要な損害（a号）、合理的な葬儀費用（b号）および扶養の喪失（c号）が法的に重要な損害になることを規定する。(29)

(2)　人格的利益の侵害（VI-二：二〇三条、VI-二：二〇四条、VI-二：二〇五条）

次に、VI.－二：二〇三条からVI.－二：二〇五条までにおいて、人格的利益が侵害された場合について規定されている。[30]

(a) 尊厳・自由・プライバシーの侵害（VI.－二：二〇三条）

VI.－二：二〇三条一項によると、自由、プライバシーの権利その他自己の尊厳に関する権利の侵害によって自然人に生じた損失および侵害それ自体は、法的に重要な損害となる。

この規定の目的は、人間の尊厳の侵害によって生じた損害が法的に重要な損害となり、契約外責任に基づく損害賠償義務を生じさせることを明らかにする点にある。同条においては、人間の尊厳として、自由とプライバシー権が明記されている。ここでの自由は、身体的な移動の自由を意味する。[31]また、プライバシー権は、私的領域の保護に対する権利であり、不可侵の個人的生活領域を保障するものであるとされる。[32]

なお、名誉毀損について直接に責任を認める規定は存在しない。その理由は、名誉の保護を政策的に受容可能な形で定式化することがきわめて困難だという点にあるとされている。[33]ＤＣＦＲでは、名誉毀損によって生じた損失または侵害それ自体は、国内法が規定する場合に法的に重要な損害となるということが定められているにすぎない（同条二項）。

(b) 他人に関する真実でない情報の伝達による損失（VI.－二：二〇四条）

VI.－二：二〇四条によると、他人に関する真実でない情報の伝達によってその者に生じた損失は、伝達者が、その情報が真実でないことを知り、または知ることを合理的に期待されるときに、法的に重要な損害となる。これは、名誉毀損についての規定が置かれなかったことの反面として、真実でない情報の伝達についての責任を定めたものである。

なお、帰責との関係では、この規定によると、情報が真実でないことを知るべきであったことが要求されるが、それに加えて、情報を伝達したことについてVI.－三：一〇二条の過失が必要だとされている。[34]このように、各則の規定では、

加害行為者の主観または行為態様も考慮されていることがあるが、これはあくまで「法的に重要な損害」についての判断であり、帰責の要件は別途問題になると考えられている。[35]

(c)　秘匿される情報の伝達による損失（VI-二：二〇五条）

VI-二：二〇五条によると、情報の伝達により生じた損失は、情報の性質またはそれが取得された状況に照らして、損失を受けた者にとってその情報が秘匿されるものであることを、伝達者が知り、または知ることを合理的に期待されるときは、法的に重要な損害となる。

なお、ここでも、情報が秘匿されるものであることを知るべきであったことに加えて、その情報の伝達が故意（VI-三：一〇一条）または過失（VI-三：一〇二条）によるものであることが必要とされている。[36]

(3)　財産権侵害（VI-二：二〇六条）

VI-二：二〇六条は、財産権および適法な占有が侵害された場合に関する規定である。

同条一項によると、動産または不動産についての財産権または適法な占有の侵害（infringement）によって生じた損失は、法的に重要な損害となる。

さらに、二項a号およびb号では、財産の「損失」と「侵害」の意味が説明されている。まず、損失は、財産の利用の剥奪を含むとされている（a号）。ここでは、利用の剥奪が財産権の「侵害」によって生じた「損失」であるとされているため、前提として別途何らかの「侵害」が要求される。また、財産権の侵害は、権利の目的物の破壊または物理的損傷（財産の損傷）[37]、権利の処分、利用妨害その他の権利行使の妨害を含むとされている（b号）。ただし、「含む」とあることから分かるように、これは限定的に列挙されたものではない。

(4)　純粋経済損失（VI-二：二〇七条、VI-二：二〇八条、VI-二：二一〇条、VI-二：二一一条）

いわゆる純粋経済損失[38]にあたるような場合についても、次の四か条の規定が用意されている。

(a)　誤った助言または情報の信頼（VI－二：二〇七条）

VI－二：二〇七条によると、誤った情報を合理的に信頼して意思決定をしたことによって生じた損失は、当該助言または情報が、専門家としての職務の遂行において、または取引の過程で提供され（a号）、かつ、助言または情報を提供した者が、意思決定をする際に情報受領者が当該助言または情報を信頼するであろうことを知り、または知っていたことを合理的に期待される（b号）場合に、法的に重要な損害となる。

これは、誤った助言や情報について一般的に責任を課すとすれば、日常的な対人的コミュニケーションにおける責任リスクが耐えがたいものになることから、情報の受け手が情報の正しさを信頼する特別の理由がある場合に限り、誤った情報や助言を信頼したことにより生じた損失を法的に重要な損害と評価するものである[39]。

(b)　事業の違法な妨害（VI－二：二〇八条）

VI－二：二〇八条一項によると、専門家としての職務の遂行または取引行為に対する違法な妨害によって生じた損失は、法的に重要な損害とされる。

この規定は、ドイツの判例法上認められている「設立されかつ稼働している営業上の権利（Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）」の考え方に影響を受けたものでもあるが、カルテルなどの競争法違反行為によって生じた損失も含みうる点で、より広い適用範囲を有する[40]。また、ここで「違法」というのは、法律の規定または確立した慣行に反することを意味するとされる[41]。

なお、同条二項では、不正な競争によって消費者に生じた損失が、EU法または国内法が規定する場合に法的に重要な損害となることも定められている。

(c)　詐欺的不実表示（VI-二‥二一〇条）

VI-二‥二一〇条一項によると、詐欺的な不実表示によって生じた損失は、言葉によるものか挙動によるものかを問わず、法的に重要な損害とされる。また、同条二項は、不実表示が詐欺的とされるのは、それが虚偽であることを認識または確信しながら行われ、かつ、相手方を誤らせることが意図されていたときであるとする。

この規定は、詐欺的不実表示により生じた損失が賠償されるべきことは、あらゆる契約外責任法の体系にとって自明のことであるという考え方に基づいている。ここでの損害は、純粋経済損失であることが多いとされるが、それだけでなく、非経済的損失をも含む(42)。

なお、二項にいう認識または確信は、帰責における故意（VI-三‥一〇一条）と重なる場合がほとんどであるが、両者は一応区別すべきものとされている。すなわち、帰責において問題になる故意は、損害を生じさせることについてのものであるが、ここにいう認識または確信は、不実表示が虚偽であることについてのものであり、この点において両者は異なる。その意味で、この規定はあくまで「法的に重要な損害」について判断するものであり、帰責は別途問題になる(43)(44)。

(d)　債務不履行の誘発（VI-二‥二一一条）

VI-二‥二一一条によると、第三者の債務不履行を誘発したことによって生じた損失は、損失を受けた者に対する債務が存在し（a号）、かつ、不履行を誘発した者が、その第三者に債務を履行させないことを意図し（b号（i））、誘発者自身の利益を正当に保護するための行為したのでない（b号（ii））場合に、法的に重要な損害となる。

これは、相対権は権利保持者に対して義務を負う者によってのみ違反されうるのが原則であることから、義務者以外の者が債務不履行を誘発した場合は、故意による場合に限り、それによって生じた損失を法的に重要な損害とするもの

である。[45]

なお、義務の不履行の誘発を意図していたことが要求されているのであって、損失の発生を意図したことが要件とされているわけではない。この点において、帰責における故意と区別されていることは、VI.－二：二一〇条と同様である。ただ、義務の履行を妨げようとする者は、それが債権者を害するという事実をも常に意識しているから、この区別はほとんど意味を持たないとされている。[46]

(5) 環境侵害（VI.－二：二〇九条）

VI.－二：二〇九条は、環境侵害について規定を置いている。それによると、空気、水、土壌、植物相、動物相その他の環境を構成する自然的要素に対する重大な侵害があったとき、それを回復するために国家または権限を有する機関に生じた負担は、その国家または機関の法的に重要な損害とされる。

規定の文言から分かるように、この規定で請求権の主体とされているのは、私人ではなく、国家または権限を有する機関である。この点において、この準則は私法と公法の境界線上にあるとされる。[47]

Ⅳ. 帰責

第三章は、第一節「故意および過失」と、第二節「故意または過失を伴わない責任」の二つの部分に分かれている。

1 過失責任

まず、過失責任に関しては、第三章第一節には、故意と過失の意味が定義されている。

(1)　故意（VI-三‥一〇一条）

故意の意味については、VI-三‥一〇一条に規定されている。それによると、故意が認められるのは、同種の損害を生じさせることを意図しつつ当該損害を生じさせたとき（a号）、または、当該損害若しくは同種の損害が生じることまたはほとんど確実に生じるであろうことを知りながら、自己の意図した行為によって当該損害を生じさせたとき（b号）である。a号の場合は、損害の発生それ自体を意図していたことが必要であるのに対し、b号の場合は、自己の行為それ自体について意図していたことが必要であるが、損害の発生については認識で足りる。

(2)　過失（VI-三‥一〇二条）

過失の意味を定めるのは、VI-三‥一〇二条である。それによると、「次の各号のいずれかの行為によって法的に重要な損害を生じさせた者は、過失によって当該損害を生じさせたものとする」とされている。

(a)　法律により要求される注意義務（VI-三‥一〇二条a号）

まず、同条a号によると、「被害者をその損害から保護することを目的とする法律の規定により定められた一定の注意の水準を満たさない行為」は、過失によるものとされる(48)。

(b)　一般的注意義務（VI-三‥一〇二条b号）

次に、同条b号によると、「当該事案の事情のもとで合理的な注意深さを備えた者に期待される注意に達しない行為」は、過失によるものとされる（いわゆる合理人基準）。

b号において過失を判断する際には、いくつかの要素が考慮される。すなわち、どのような行動がとられるべきであったかは、究極的には予防の費用と便益の衡量にかかっている。その際、差し迫った損害の種類と程度、行為者と被害者の間の特別の関係といった事情が特に考慮される。

他方で、結局のところ、考えられる状況は無数に存在するため、考慮されるべき要素を完結的に挙げることはできず、最終的には裁判所に委ねられざるをえないとされている。ただ、それと同時に、注意基準が必要以上に高度化することのないよう留意すべきだともされている。これは、行動の自由の尊重と、厳格責任との区別のためである。[49]

(3) 子どもまたは被監督者が生じさせた損害についての責任（VI－三：一〇四条）

故意および過失の節には、子どもまたは被監督者が損害を生じさせた場合について、過失の証明責任の転換を定める規定がある。

すなわち、一四歳未満の者が、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたときは、その父母またはその監護を法律上義務づけられた者が、法的に重要な損害の発生について責任を負う（VI－三：一〇四条一項）。ただし、責任を負う者が、損害を生じさせた者に対する監督の懈怠がなかったことを証明したときは、責任を免れる（三項）。また、ある者を監督することを義務づけられた施設その他の団体も、その監督義務に服する者が故意または過失によって損害を生じさせた場合に、一定の要件のもとで[50]同様の責任を負う（二項）。[51]

2 無過失責任

(1) 概要

無過失責任については、最初に述べたとおり、VI－一：一〇一条二項で、第三章の規定が定める場合に限り責任が生じるとされている。

そして、第三章第二節では、「故意または過失を伴わない責任」という表題のもとで、八か条の規定が列挙されている。ここでは、無過失責任に関する一般的な規定を置くのではなく、事例類型ごとに個別的な規定を置くという方法がとら

れている。

そこに規定されているのは、二つのタイプのものがある。一つは、物や施設のような危険源によって損害が生じた場合の危険責任にあたるものである（VI.－三：二〇二条からVI.－三：二〇六条まで）。もう一つは、他人の行為によって損害が生じた場合についての代位責任の規定である（VI.－三：二〇一条）[52]。

(2)　個別ルールの列挙

ＤＣＦＲは、無過失責任の個別的な規定を列挙する方法をとり、一般条項的な規定は用意していない。ＤＣＦＲがなぜこのような方法をとったかということについては、公式の解説の中では言及されていないため、推測によるしかない。これについては、一つには、ヨーロッパ諸国における妥協の結果という事情もあるだろう。すなわち、過失責任とは異なり、厳格責任については、ヨーロッパ諸国の法状況は著しく多様である。フランスのように物についての危険責任をかなり広く認めている法体系もあれば、イギリスのように厳格責任をかなり限定的にしか認めないところもある。このような対立があるために、一般的な厳格責任のルールとしてはひとまず限定的に規定するしかなかったのではないかという推測が可能である。

しかし、より根本的な理由があるとすれば、それは、一般条項を採用すると、法的安定性が損なわれるおそれがあるという点であろう[53]。すなわち、一般条項による場合は、事案ごとにそのつど裁判所が責任の射程を確定することになるため、責任を課されるリスクがどの程度かということの予測が難しい。これに対して、個別ルールを置く方法によると、立法者が事前に責任の成立する範囲を明確に記述することになるから、予測可能性が高まり、法的安定性が確保されやすくなるというメリットがある[54]。したがって、ＤＣＦＲが危険責任の一般条項を採用しなかったのも、法的安定性に配慮したものと見るべきであろう。

(3) 個別の規定内容

DCFR第Ⅵ編における無過失責任の規定内容を、ごく簡単に紹介しておこう。

(a) 被用者または法人の代表者による加害（Ⅵ-三：二〇一条）

Ⅵ-三：二〇一条一項によると、他人を雇用またはそれに準じた形で使用する者は、雇用または使用されている者が雇用または使用の過程で損害を生じさせ（a号）、かつ、その者が故意もしくは過失によって損害を生じさせたか、その他の理由により損害の発生について帰責される（b号）場合に、法的に重要な損害の発生について責任を負う。

また、同条二項によると、法人は、その代表者が職務の過程で損害を生じさせた場合に、同様の要件のもとで責任を負う。

(b) 不動産の安全性の欠如（Ⅵ-三：二〇二条）

Ⅵ-三：二〇二条一項一文によると、不動産の管理者は、不動産またはその近隣にいる者が正当に期待できる安全性を備えていない不動産の状態によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、Ⅵ-二：二〇二条の定める損失および財産の損傷によって生じた損失（不動産それ自体に生じた損失を除く）について責任を負う[55]。また、いかなる安全性を期待することが正当かを判断するにあたっては、不動産の性質（a号）、不動産への接近方法（b号）、不動産の安全性の欠如を回避するための費用（c号）を含む諸事情を考慮するとされている（同二文）。

また、二項および三項は、責任主体である不動産の管理者にあたるのはどのような者かということを定めている。

(c) 動物による加害（Ⅵ-三：二〇三条）

Ⅵ-三：二〇三条によると、動物の保有者は、当該動物によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、Ⅵ-二：二〇二条の定める損失および財産の損傷によって生じた損失について責任を負う。

(d)　製造物の欠陥（VI-三：二〇四条）

VI-三：二〇四条は、製造物責任に関する規定である[56]。それによると、製造物の製造者は、製造物の欠陥によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、VI-二：二〇二条の定める損失、および消費者との関係においては、財産の損傷によって生じた損失（製造物それ自体に生じた損失を除く）について責任を負う（同条一項）。また、製造物の輸入者および供給者も同様の責任を負う場合がある（二項・三項）。

また、四項は免責事由を定めている[57]。そのほか、「製造者」および「製造物」の定義、欠陥の判断基準についても規定がある（五項から七項まで）。

(e)　自動車の利用による交通事故（VI-三：二〇五条）

VI-三：二〇五条は、自動車事故における自動車保有者の責任を定める規定である。同条一項によると、自動車の保有者は、当該自動車の利用によって交通事故が生じた場合に、人身侵害とそれにより生じた損失、VI-二：二〇二条の定める損失および財産の損傷によって生じた損失（自動車およびその貨物に生じた損失を除く）の発生について責任を負う。

なお、同条二項は「自動車」の定義を置いている。

(f)　危険な物質または放出（VI-三：二〇六条）

VI-三：二〇六条一項によると、物質の保有者または設備の管理者は、放出の時点（放出がない場合は物質との接触の時点）において、物質または放出の量と特質を考慮して、適切に制御されなければ当該物質または放出が損害を生じさせる蓋然性がきわめて高く（a号）、かつ、当該危険の現実化により損害が生じた（b号）場合に、当該物質または放出によって生じた人身侵害とそれにより生じた損失、VI-二：二〇二条の定める損失、財産の損傷によって生じた損

失およびVI.－二：二〇九条の定める負担の発生について責任を負う。

同条五項は免責事由の規定で、自己の取引、事業または職業に関連する目的で物質を保有し、または設備を管理していたのではない場合（a号）、または、物質の制御または設備の管理について法律上の基準を遵守した場合（b号）には、この規定による責任は生じないとする。

なお、「物質」、「放出」、「設備」の定義規定がある（二項から四項まで）。

V. 因果関係

DCFRは、因果関係についても定義規定を置いている。すなわち、VI.－四：一〇一条一項によると、因果関係が認められるのは、法的に重要な損害が、ある者の行為またはその者が責任を負う危険源の結果とみなされるときである。ここでは、因果関係の起点は、人の行為と危険源の両方が想定されている。また、因果関係の終点は、「法的に重要な損害」である。

ここでは、因果関係に関するルールを厳密に定めるのは困難であるため、VI.－四：一〇一条における定式化も、因果関係に関するすべての法学的考察が前提とする基本原理を定めたものにすぎないとされている。また、事実的因果関係と法的因果関係も特に区別されていないが、これは、事実的因果関係と法的因果関係の区別を否定するという態度決定を積極的におこなったものではなく、その点は今後の議論に委ねるという趣旨で、あえてこのような広い定式を採用したものである(58)。

また、因果関係の判断にあたっては、「法的に重要な損害」や帰責根拠との関連性が重要であるとされている。例えば、

故意による不法行為の場合や、生命・身体の侵害の場合には、因果関係を認めやすいとされている。[59] この意味で、因果関係の判断は規範的なものである。

因果関係の判断基準としては、「あれなければこれなし」の基準は採用されていない。その理由は、因果関係の判断は規範的なものであって、不可欠条件公式によってはそれを適切に行うことができないという点にある。[60]

Ⅵ. 救済手段

最後に、「救済手段」に関する規定のうち、ごく基本的なもののみを簡単に紹介しておきたい。

「救済手段」に関する章の冒頭にあるのは、損害賠償の目的と方式について定めるⅥ-六：一〇一条である。それによると、損害賠償（reparation）とは、法的に重要な損害を受けた者を、当該法的に重要な損害が生じなければ置かれていたであろう状態に回復することをいう（同条一項）。この損害賠償は、金銭によることができる（金銭賠償）ほか、受けた損害の種類および程度その他当該事案における一切の事情を考慮して最も適切と認められるときは、その他の方式によることもできる（同条二項）。さらに、一項の例外として、有体物が損傷された場合に、修補費用が減価分を不合理に超えるときは、修補費用に代えて減価分と同等の金銭賠償を認めること（同条三項）、および、合理的と認められる場合には、原状回復に代えて、不法行為によって獲得された利得の返還を認めること（同条四項）が定められている。

そのほかに注目される規定としては、些細な損害は賠償されないと定めるⅥ-六：一〇二条、一定の要件のもとで損害賠償責任の全部または一部の免除を認めるⅥ-六：二〇二条、「侵害それ自体」が経済的・非経済的損失とは別個に賠償されることを定めるⅥ-六：二〇四条、[61] 差止めの要件を定めるⅥ-六：三〇一条などがある。

第三章　ヨーロッパ不法行為法原則（ＰＥＴＬ）との比較

前章では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の規律内容の整理をおこなった。

ところで、ヨーロッパにおける不法行為法の統一に向けた基礎研究をおこなっている研究グループは、ヨーロッパ民法典スタディー・グループだけではない。そのようなグループとして、ヘルムート・コツィオール（Helmut Koziol）の指揮するヨーロッパ不法行為法グループ（European Group on Tort Law）が存在する。そして、ヨーロッパ不法行為法グループが、不法行為法の統一に向けた将来的な作業の基礎とすべく二〇〇五年に作成したのが、ヨーロッパ不法行為法原則（Principles of European Tort Law［以下ではＰＥＴＬと略称］）である。(62)

ＰＥＴＬは、法的拘束力を持つものではないが、不法行為責任の成立要件から効果に至るまで、広く規定を置くものである。この点において、具体的な規定の形をとって、ヨーロッパレベルにおける不法行為法の共通原則を定立することを試みたものとして、ＤＣＦＲ第Ⅵ編とＰＥＴＬが並び立っていることになる。(63)

ただし、基本的な作業方針の点で、ＰＥＴＬとＤＣＦＲには違いがないわけではない。すなわち、ＤＣＦＲは、そのモデル準則においてかなり詳細な個別ルールを定めているが、これに対し、ＰＥＴＬは、個別のルールというよりは、ヨーロッパの不法行為法において共通する「原理」を明らかにしようとしたものであるという性格が強い(64)と言われることがある。したがって、両者を単純に比較することには一定の留保が必要である。しかし、そうはいっても、両者とも具体的な規定の形をとり、全体として不法行為法の体系を示そうとするものであるから、この限りで、両者の規定を同一平面において比較することも許されるであろう。

以下では、ＰＥＴＬの規律を紹介しつつ、ＤＣＦＲ第Ⅵ編との比較を試みたい(65)。論述の順序としては、まず全体構造

と基本準則の異同を確認した後、損害および帰責根拠について検討し[66]、最後に規律方法の異同を取り上げることにする。

Ⅰ．全体構造と基本準則

1　PETLの規律

PETLの全体構造を目次の形で示すと、以下のとおりである（章は全編を通じた通し番号になっている）。

第一編　基本規範
　第一章　基本規範
第二編　責任の一般要件
　第二章　損害
　第三章　因果関係
第三編　責任の根拠
　第四章　過失責任
　第五章　厳格責任
　第六章　他人についての責任

第四編　抗弁
　第七章　抗弁一般
　第八章　寄与的な行為または活動

第五編　複数の不法行為者
　第九章　複数の不法行為者

第六編　救済手段
　第一〇章　損害賠償

ＰＥＴＬは、その冒頭に基本規範（basic norm）を置いている（一：一〇一条）。同条一項によると、他人に対する損害を法的に帰責される（attributed）者は、その損害を賠償する責任を負う。そのうえで、損害がどのような者に帰責されるかを定めるのが、同条二項である。それによると、損害が帰責されうるのは、①自己の過失行為によって損害を発生させた者（ａ号）、②自己の異常に危険な活動によって損害を発生させた者（ｂ号）、③自己の補助者がその職務の範囲内において損害を発生させた者（ｃ号）である。

この規定から、不法行為責任の成立要件として、損害・帰責根拠・因果関係の三つが必要とされ、さらに帰責根拠が認められる場合として、過失責任・危険責任・使用者責任の三つが定められていることが分かる。

2　ＤＣＦＲとの比較

それでは、全体構造と基本準則について、ＤＣＦＲ第Ⅵ編とＰＥＴＬにはどのような違いが認められるであろうか。まず、冒頭に基本準則を置いている点では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編とＰＥＴＬは共通している。また、基本準則において損害・帰責根拠・因果関係という三つの責任成立要件を定め、それを後続の規定によって具体化するという構造をとっている点でも、両者には共通性が認められる。

ただし、ＤＣＦＲ第Ⅵ編は、「法的に重要な損害」・「帰責」・「因果関係」の三つを第二章から第四章までに並立させているが、それに対し、ＰＥＴＬは「責任の一般要件」（第二編）という編の中に「損害」（第二章）と「因果関係」（第三章）を並立させ、それとは別に「責任の根拠」（第三編）という編を置いている。ＰＥＴＬがそのような編成をとったのは、損害と因果関係に関する規定がいずれの責任根拠にも妥当するため、両者を一つの編にまとめたことによるものである。ただし、ＤＣＦＲ第Ⅵ編においても、帰責に関する規定は、法的に重要な損害と因果関係のいずれにも妥当するから、この点において実質的な違いはない。

より重要な違いは、ＰＥＴＬの基本規範が、過失責任・危険責任・使用者責任という三つの責任根拠を同順位のものとして掲げ、それによって責任根拠の全体構想を明示しているのに対し、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の基本準則はそのような形になっておらず、過失責任以外の責任根拠を明示していない（ＤＣＦＲ第Ⅵ編第三章の規定が参照指示されているにすぎない）点である。(67)

Ⅱ．損害（保護される利益）

1　PETLの規律

PETLの「損害」に関する規定は、PETL第二章にあるが、その冒頭にある二：一〇一条は、「損害（damage）は、法的に保護される利益に対する財産的または非財産的な被害（harm）であることを要する」と定める。

そのうえで、ある利益がどのような場合に「法的に保護される」かについて基準を定めるのが二：一〇二条である。同条一項によると、「利益の保護領域（the scope of protection of an interest）は、その性質に応じて決定される。すなわち、利益の価値、その範囲の明確性、公知性が高くなればなるほど、その保護も広くなる」。これに続いて、同条二項から四項までにおいて、「利益の価値」の要素に関してさらに具体化が行われている。すなわち、生命、身体または精神の完全性、人間の尊厳および自由は、最も広く保護される（二項）。また、無体財産権を含む財産権にも、広範な保護が認められる（三項）。さらに、純粋経済利益（pure economic interests）または契約関係の保護は、より限定的となりうる。その場合には特に、行為者と被害者との近接性、または、行為者の利益が被害者の利益よりも低く評価されることが確実であるにもかかわらず損害を生じさせるであろうことを行為者が認識していたことが考慮される（四項）。ただし、以上の規定は保護される利益の完結的なリストを定めるものではないし、利益を絶対的に序列化しようとするものでもない。利益の保護領域は、あくまで諸要素の衡量によって決定される。

また、利益の保護領域は、利益の性質だけでなく、責任の性質（五項）、行為者の利益（特に、行動の自由および権利行使に関する利益）および公共の利益（六項）によっても左右される。

2　DCFRとの比較

(1)　「損害」要件の意味

ＰＥＴＬとＤＣＦＲは、被害者に生じた不利益を表す要件として「損害」を挙げ、わが国でいう権利・法益侵害の要件を独立に挙げていない点で共通する。ただし、いずれも、権利・法益侵害をまったく問題にしないものではない。ＰＥＴＬにおいては、損害は「法的に保護される利益に対する財産的または非財産的な被害」であるとされ（Ⅱ‥一〇一条）、利益の保護領域の画定が問題とされている。ＤＣＦＲについても、「法律上認められた権利の侵害」や「法的保護に値する利益の侵害」が問題となる（Ⅵ‐二‥一〇一条一項ｂ号・ｃ号）。また、「法的に重要な損害」についての各則（Ⅵ‐二‥二〇一条以下）の機能は、不法行為法の保護領域を画定する点にあり、その意味でドイツ民法八二三条一項が法益を列挙しているのと同じ機能を有するという指摘もある[68]（ただ、ドイツ不法行為法とは異なり、絶対権とそれ以外の利益を二分する立場はいずれにおいてもとられていない）。

特徴的なのは、ＤＣＦＲにおいて、損害に「損失」と「侵害」の二つが含まれる点である。ただ、これについては、問題が多い。第一に、責任設定の問題と賠償範囲の問題が混同され、理論構造が不明確になるおそれがある[69]。第二に、第一点とも関連するが、「損失」と「侵害」を同列に並べた結果、各則において異なる性質の規定が混在してしまっているように思われる[70]。第三に、「侵害それ自体」の賠償を独立に認めていることに対する批判がある。すなわち、ＤＣＦＲは、（イタリア法と異なり）非財産的損害の賠償を広く認めているため、「侵害それ自体」の賠償をそれと別個に認める必要はなく、むしろ、これを認めると、非財産的損害について二重の賠償を与えることになりかねない[71][72]。

(2)　各則の規定、要素の列挙、法益の序列

規律方法の面で最も大きな違いが見られるのは、ＤＣＦＲが「法的に重要な損害」についての各則の規定を置いているのに対し、ＰＥＴＬにはそのようなものがないという点である。このＤＣＦＲの各則は、法的に重要な損害が明らかに認められる（または認められない）事実状況を取り出すことで、法適用の準備作業をするものだということがで

きる。[73]

これに対し、ＤＣＦＲにはないＰＥＴＬの特徴としては、①ＰＥＴＬでは、二：一〇二条において、利益の保護領域を判断するための考慮要素が列挙されていることと、②ＰＥＴＬでは、生命・身体から純粋経済利益まで、利益の価値について一応の序列が定められていることが挙げられる。

このうち、第一の点については、ＤＣＦＲも、Ⅵ.－二：一〇一条三項において、いくつかの考慮要素を列挙しており、挙げられた要素には共通するところもある。ただし、ＤＣＦＲで要素が列挙されているのは、各則が適用されない場合の受け皿規定であるから、この点において両者がまったく同じ機能を果たすわけではない。

第二の点については、ＤＣＦＲにおいても、各則を利益の性質に応じてグルーピングすることは可能であり、そこでは、身体、財産権、純粋財産利益といった区別を見出すことができる。そして、身体・健康や財産権の場合は、原則として、特段の限定要件を要求することなく法的に重要な損害にあたることが認められているのに対し[74]、純粋経済損失にあたるような場合については、特別の要件が要求されている[75]。したがって、ＤＣＦＲも、法益の価値に一応の序列があることを認め、それに応じて保護の程度に差を設けているといえるであろう[76]。

Ⅲ．帰責根拠

ＰＥＴＬでは、「責任の根拠」の編に、「過失責任」、「厳格責任」、「他人の行為についての責任」という三つの章があり、「過失責任」の章は、「過失責任の要件」と「過失の証明責任の転換」の二つの節に分かれている。以下、ＰＥＴＬの規定の順に沿ってその規律内容を紹介しつつ、ＤＣＦＲとの比較を試みたい。

1　過失責任

(1)　PETLの規律

過失責任について、PETLは、「故意または過失（negligent）によって、必要とされる行為基準に違反した者は、過失（fault）に基づく責任を負う」と定めている（四：一〇一条）。さらに、「必要とされる行為基準は、当該状況における合理人の行為基準である」としたうえで、それを判断するために考慮されるべき要素が列挙されている（四：一〇二条一項）。そこに挙げられている要素は、保護される利益の性質および価値、活動の危険性、専門的活動に従事する者に期待される専門性、損害の予見可能性、当事者間における近接関係または特別の信頼、予防手段または代替手段の利用可能性と費用である。ただし、これらの要素が「特に（in particular）」考慮されるというにすぎず、これ以外の要素が考慮に入れられる余地がないわけではない。

また、行為基準の確定にあたって、一定の行為を命令または禁止する規範が考慮されるべきことが定められている（三項）。ただし、そのような規範に違反したことが直ちに過失を基礎づけるわけではないし、逆に、それに違反していなかったとしても、それだけで過失がなかったということにはならない(77)。

そのほか、異例の事情（年齢、精神的・身体的障害など）のために客観的基準に従うことを行為者に期待できない場合は、その基準を修正することが許される（二項）。

(2)　DCFRとの比較

(a)　故意と過失の区別

DCFRは、Ⅵ－三：一〇一条およびⅥ－三：一〇二条で、故意および過失を定義している。これに対し、PETLは、「故意または過失によって、必要とされる行為基準に違反した」ことを要求し、「必要とされる行為基準は、当該状

況における合理人の基準である」とするが、厳密にいえば、「故意」または「過失」それ自体については定義規定がない。ただ、必要とされる行為基準の違反が、意図的に行われた（故意の場合）か、必要とされる注意の懈怠による（過失の場合）かを問わないとされるのみである。[78] この点において、故意と過失はいずれも「必要とされる行為基準の違反」の一形態として連続的に捉えられている。

(b) 合理人基準

ＤＣＦＲ第Ⅵ編とＰＥＴＬに共通するのは、過失の意義として、いずれも合理人基準を中心に置いているということである（ＤＣＦＲ Ⅵ.-三：一〇二条b号、ＰＥＴＬ四：一〇二条一項）。

ただ、ＰＥＴＬが行為基準の設定にあたって考慮されるべき要素を列挙しているのに対し、ＤＣＦＲ第Ⅵ編ではそのような要素は挙げられていないという違いはある。この点は、ＰＥＴＬの側からは批判の対象になっている。その批判によれば、ＤＣＦＲの規定は、合理的な注意深さがどのようにして確定されるのか、どのような事情が重要になるのかといった点について何も述べておらず、これは「すべての主要な問題を答えずに残しているに等しい」[79]。

ただし、前述のように、ＤＣＦＲにおいても、Ⅵ.-三：一〇二条b号における過失の判断は、予防の費用と便益の衡量を中心として、差し迫った損害の種類と程度、行為者と被害者の間の特別の関係といった事情が考慮されるべきだとされている。そうすると、確かに規定そのものに書かれているかどうかというのは重要な相違であるが、想定されている判断の実質には共通する面があるといってよい。しかも、ＰＥＴＬ四：一〇二条における考慮要素が限定列挙ではないことを考慮すれば、両者の違いはいっそう相対化される。

(c) 行為規範の考慮

ＰＥＴＬにおいては、「必要とされる行為基準」を合理人基準に一元化したうえで、四：一〇二条三項が、その行為

基準を確定するにあたって、一定の行為を命令または禁止する規範が考慮されうることを定めている。

これに対し、ＤＣＦＲでは、過失の定義として、合理人基準のほかに、被害者をその損害から保護することを目的とする法律の規定により定められた一定の注意水準を充たさない行為が、過失と評価されることを定めている（Ⅵ－三：一〇二条ａ号）。この点において、二元的な過失基準を採用しているということができる。これによると、そのような法律の規定を遵守していたことが過失ありとの評価を否定するとは限らないが、逆に、その違反があれば、合理人基準にかかわらず過失が基礎づけられることになる。(80)

2　過失の証明責任の転換

(1)　ＰＥＴＬの規律

(a)　一般規定

過失の証明責任の転換に関する一般規定によると、ある活動から生じる危険の大きさを考慮して、過失の証明責任を転換することができる（四：二〇一条一項）。そして、この危険の大きさは、生じうる損害の重大性と損害発生の蓋然性に応じて決定される（同条二項）。

ここで問題になる危険性は、「あらゆる人間の活動に内在する『通常の』リスクと、厳格責任の引き金となる『異常に』高度のリスクの中間にある、中程度の危険性である」とされている。(81)

(b)　事業者の場合

以上の一般規定のほか、事業活動の瑕疵に由来する損害についての事業者の責任に関して、一般的に過失の証明責任が転換されている。それによると、経済的または職業的目的のために継続的な事業に従事し、補助者または技術的設備

を使用する者は、事業または生産活動の瑕疵によって生じた損害について、必要とされる行為基準に従っていたことを自ら証明しない限り、責任を負う（四：二〇二条）。

ここで過失の証明責任が転換され、責任が厳格化されているのは、具体的な瑕疵の存在により、危険の高度化が基礎づけられるという点にある。また、利益と危険は同じところに帰属すべきであり、したがって事業者に集中すべきだということも挙げられている。さらに、事業者の責任コストは、価格を通じて買い手に転嫁することができ、それによって事業者は自らの責任リスクを社会化することができる（「リスク共同体（Risikogemeinschaft）」の考え方）。そのほか、事業内で生じた注意義務違反を被害者が証明することが困難であることも指摘されている。[82]

(2) ＤＣＦＲとの比較

以上のように、ＰＥＴＬにおいては、危険性の観点から、かなり広い範囲で過失の証明責任の転換が認められている。このように、推定された過失に基づく責任が重要な位置を占めているのは、ＰＥＴＬにおいて、過失責任と危険責任は厳格に区別されるものではなく、両者の区別は流動的であると考えられていることの現れである。つまり、危険の大きさを理由に、過失の証明責任が不法行為者に転換されることによって、通常の過失責任が厳格化され、過失責任と危険責任の中間領域に位置づけられているのである。[83]

他方で、ＤＣＦＲにおいては、そのような発想が示されていないこともあって、過失の証明責任は、子どもまたは被監督者が生じさせた損害についての責任において規定されているにすぎず（Ⅵ－三：一〇四条）、推定された過失に基づく責任は、ＰＥＴＬほど重要視されていない。[84]

3 厳格責任（危険責任）

(1)　ＰＥＴＬの規律

ＰＥＴＬにおいて、厳格責任の規定は五：一〇一条に置かれている。ここでは、「厳格責任（strict liability）」という用語が用いられているが、そこで定められているのは、過失に基づかない責任のすべてではなく、危険責任に相当するもののみである。したがって、代位責任は、責任負担者の過失を要件とする責任ではないが、ここにいう厳格責任には含まれない（これについては、「他人の行為についての責任」として、別途規定されている[85]）。

同条一項によると、「異常に危険な活動を遂行する者は、その活動によってもたらされるリスクに固有のものであり、かつ、それによって生じた損害について、厳格責任を負う」。ここにいう「活動」は、物を保有することのみならず、人の危険な行為を広く含む[86]。そのうえで、この「異常な危険」が認められるためには、次の二つの要件がともに充たされることが必要である。第一に、その活動を遂行する際にあらゆる相当な注意が尽くされても、なおその活動が予見可能かつきわめて重大な損害リスクを作出するものであることが必要である（五：一〇一条二項ａ号）。この損害リスクは、損害の重大性と蓋然性という二つの要素に照らして評価される（五：一〇一条三項）。第二に、その活動が一般的慣行にあたらないこと（not a matter of common usage）が必要である（五：一〇一条二項ｂ号）。これは、相互性の観点から、社会において多くの者が遂行している活動については、それによって生じるリスクも相互に負担すべきであるという考え方に基づくものである。この要件によって、例えば自動車事故の場合は厳格責任から除外される。

ＰＥＴＬの厳格責任は、事例類型ごとに個別的な規定を置くのではなく、「異常に危険な活動」についての責任を一般的に規定するものである。したがって、これは一般条項にあたるということができる[87][88]。ここで一般条項が採用されたのは、危険責任を個別に定めると、ある危険な物や施設について危険責任が定められているのに、同等の危険性を有する他の物や施設については定められていないという事態を招き、規定の欠缺や評価矛盾が生じるからである[89]。

(2)　ＤＣＦＲとの比較

前述のように、ＤＣＦＲ第Ⅵ編は、無過失責任について個別的な規定を置くにとどまり、ＰＥＴＬのような一般条項を採用していない。これは、損害要件に関するのと同様、ＤＣＦＲが一般条項よりも個別的なルールを指向していることの現れと見ることができる。

ただし、ＰＥＴＬが一般条項を採用しているからといって、実際の適用範囲がＤＣＦＲより広いかというと、一概にそう言い切れない面もある。例えば、ＰＥＴＬ五：一〇一条では、活動が一般的慣行にあたらないことが要件とされているために、自動車事故は厳格責任から除外されるが、ＤＣＦＲでは、自動車の利用による交通事故の場合に、自動車の保有者に無過失責任を負わせている（Ⅵ.－三：二〇五条）。このように、ＰＥＴＬにおける厳格責任が比較的限定的な要件を採用しているために、ＤＣＦＲの無過失責任がＰＥＴＬの厳格責任には含まれない類型を適用対象とする場合がある。

さらに重要な違いとして、ＤＣＦＲの危険責任が物や施設といった有形的な危険源の保有または管理を根拠とするものであるのに対し、ＰＥＴＬの危険責任は、危険な活動一般を対象とするものであるという点を挙げることができる。この点については、「異常に危険」な行為であることが要求されるとはいえ、人の行為一般を危険責任における帰責の基礎とすることには、疑問もありうるだろう(90)。

4　他人の行為についての責任

(1)　ＰＥＴＬの規律

ＰＥＴＬでは、「他人の行為についての責任」として、未成年者または精神障害者についての責任と、補助者につい

ての責任が定められている。

(a)　未成年者または精神障害者についての責任

まず、未成年者または精神障害者が損害を生じさせた場合に、それらの者を監護すべき者（person in charge）は、監督において必要とされる行為基準を遵守したことを自ら証明しない限り、その損害について責任を負う（六：一〇一条）。

(b)　補助者についての責任――使用者責任

また、ＰＥＴＬにおいては、使用者は、自己の補助者がその職務の範囲内の行為によって生じさせた損害について、当該補助者が必要とされる行為基準に違反していた場合に責任を負うとされている（六：一〇二条一項）。これは、自己の領域内にある過誤について責任を負うべきであるという考え方に基づく。また、使用者が自己の利益を追求する中で補助者を利用していることと、使用者が補助者を自己の領域に取り込んでいることも重要だとされている[91]。

(2)　ＤＣＦＲとの比較

ＤＣＦＲにおいて子どもについての責任を定めるのは、Ⅵ－三：一〇四条である。それによると、一四歳未満の者が、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたときは、その父母またはその監護を法律上義務づけられた者は、法的に重要な損害の発生について責任を負うが、損害を生じさせた者に対する監督の懈怠がなかったことを証明したときは責任を免れる。

これは、監督についての過失の証明責任を転換する点で、ＰＥＴＬ六：一〇一条と共通であるが、両者には違いも見られる[92]。第一に、ＤＣＦＲは、子どもが一四歳未満であることを要件とし、特定の年齢で明確な線引きをしているが、ＰＥＴＬでは特定の年齢は示されておらず、この点は国内法によるとされている[93]。第二に、ＤＣＦＲでは、一四歳未満の者が、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたことが要求されているが、ＰＥＴＬに

はそのような要件はなく、単に未成年者が損害を生じさせたことが要求されているにすぎない。

精神障害者については、ＰＥＴＬは未成年者と同様に扱っているが、ＤＣＦＲにおいて精神障害者の行為について責任を負うのは、監督を義務づけられた施設その他の団体に限られ、Ⅵ－三：一〇四条二項に掲げられた要件を充たす必要がある。

使用者責任については、ＤＣＦＲにおける同種の規定は、Ⅵ－三：二〇一条にある。そこでは、雇用または使用されている者が、雇用または使用の過程で、故意もしくは過失によって、またはその他の理由で損害の発生について帰責される場合に、使用者が無過失責任を負うものとされる。

補助者ないし被用者の行為について、使用者自身の過失にかかわらず責任を認める点では、ＰＥＴＬとＤＣＦＲは共通のルールを定めている。ただ、ＰＥＴＬは、補助者が必要とされる行為基準違反に違反したことを要件とするが、ＤＣＦＲは、被用者に故意・過失がある場合のみならず、被用者がその他の理由により損害の発生について帰責される場合（被用者自身が無過失責任の規定により帰責される場合）をも含む点で、ＰＥＴＬと異なる規定ぶりになっている。(94) また、体系面での違いとしては、ＤＣＦＲでは、使用者責任は無過失責任の一つとしてあげられているにすぎないが、ＰＥＴＬにおいては、この使用者責任が、基本規範において、主要な帰責根拠の一つとして挙げられ、過失責任・危険責任と並ぶ独立の責任類型とされている（一：一〇一条二項ｃ号）点が特徴的である。

Ⅳ．規律方法

最後に、以上の検討を踏まえて、ＤＣＦＲおよびＰＥＴＬのそれぞれが採用している規律方法の特徴を比較のうえ整

理しておこう。

1　PETLにおける「動的システム」

(1)　動的システムとは

PETLは、「動的システム(bewegliches System)」[95]を方法論的なモデルとしている点に特徴がある。「動的システム」とは、オーストリアのヴィルブルク（Walter Wilburg）によって提唱された方法である。[96]これは、「一定の法領域においてはたらきうる諸『要素』を特定し、それらの『要素の数と強さに応じた協働作用』から法規範あるいは法律効果を説明ないし正当化する」という基本構想をもった考え方であり、「諸要素の協働作用という観点から評価の枠組みを形成し、それによって実生活の必要にこたえる可能性を開くとともに、そこになお一定の原則性を確保しようとした」[97]ものだということができる。また、PETLの逐条解説によると、「厳格かつ固定的な規範がうまく機能しない場合に、一連の考慮されるべき重要な要素を挙げる」方法であるとされている。[98]

動的システムの基本的な考え方は、次の二点にまとめることができる。[99]

第一に、動的システムは、個々の法領域で作用する相互に独立した基本的な評価と目的の多元性を認める。すなわち、個々の法領域は、通常、ただ一つの中心的な基本思想から成り立つものではなく、複数の基本的評価が、具体的な協働作用の中で考慮される。このような基本的評価は「要素（Element）」と呼ばれる。

第二に、個々の「要素」は段階化可能であり、したがって、個々の事例における法律効果は、諸要素の協働作用を通じて決定される。つまり、個々の「要素」は「あるかないか」というオール・オア・ナッシングの構造を持つものではなく、「どれだけ充足されるか」が問題になるという意味で、程度を観念できるものである。そして、それぞれ一定の

充足度を有する複数の「要素」が協働することによって、一定の法律効果が導かれる。

このようにして、動的システムは、法的評価ないし価値判断に一定の方向づけを与え、その合理的なコントロールを目指しているのである。

(2) 立法の方法としての動的システム

動的システムは、第一義的には法解釈の方法として提唱されたものであるが、それは立法の方法としても意味を持つとされる。論者によれば、動的システムが立法の方法として採用されるべき理由は、以下の点にある(100)。

通常、立法の方法としては、詳細で固定的な規範を定める方法と、具体化を要する一般的な規範を定める方法の二つがある。しかし、このいずれも適切なものとはいえない。一方では、私法の多層性と規律されるべき事実関係の多様性から、固定的な規範によっては、個々のすべての事例において適切な判断を導くことは不可能である。他方では、具体化を要する一般的な規範を定めるだけでは、立法者は評価の方向づけという役割を果たしたことにはならず、法適用の予測可能性が害される。

したがって、固定的な規律を避けるとともに、具体化を要する一般条項を定めるだけにとどめないという、対立する要請が可能な限りともに充たされなければならず、動的システムはそのために適した方法である。すなわち、動的システムによれば、裁判官の考慮すべき基準となるファクターを挙げることによって、大幅な具体化が達成され、裁判官の裁量が制約されてその判断が予測可能なものになるとともに、多様な生活事実の考慮を方向づけることが可能になるのである。この意味において、動的システムは、一般条項と固定的ルールの「中間の道」を開くものであるということができる。

(3) ＰＥＴＬにおける動的システムの現れ

それでは、以上のような動的システムの考え方は、ＰＥＴＬにおいてどのような形で現れているであろうか。これは、次の二点に見出すことができる。[101]

第一に、個別の要件の判断にあたって考慮されるべき要素を挙げ、それらの協働作用を通じて判断をおこなっている点である。例えば、すでに述べたように、ＰＥＴＬ二：一〇二条では、利益の保護領域を判断するにあたって、利益の性質（利益の価値、範囲の明確性、公知性）、責任の性質、行為者の利益、公共の利益という考慮要素が挙げられている。そして、利益の保護領域は、これらの要素の協働作用によって決定される。つまり、ここでは、それぞれの要素がどの程度充足され、その充足度の総計がどの程度かということによって、利益の保護領域が決定されるのである。

第二に、ＰＥＴＬにおいて、複数の原理が協働することによって、責任法の体系が構成されている点である。すなわち、有責性原理[102]と危険性原理の二つを軸に、一方の極にあるのがＰＥＴＬ一：一〇一条一項ａ号の過失責任、もう一方の極にあるのが同ｂ号の危険責任で、その中間にあるのが過失の証明責任の転換（あくまで有責性原理を基礎に置くが、危険の大きさを考慮して過失の証明責任を転換している点で、危険性原理が協働している）ということができる。[103]このように、ある法領域において妥当する複数の異なる原理から法体系が構成され、それらがそれぞれ異なる強さを持って協働作用するというのが、動的システムの根本にある考え方である（「原理の内的体系」としての動的システム）。[104]

２　ＤＣＦＲにおける個別ルール重視の体系

(1)　ＤＣＦＲと動的システム？

他方で、ＤＣＦＲは、少なくとも明示的にはこのような構想を打ち出していない。

確かに、ＤＣＦＲにおいても、要素を列挙する方法がとられていることはある。例えば、Ⅵ－二：一〇一条三項は、

「法的に重要な損害」に関連して、「公平かつ合理的」かどうかの判断にあたって考慮されるべき要素を列挙している。しかも、列挙された要素を見ると、ＰＥＴＬ二：一〇二条に挙げられたものと共通性が見られる点もある。したがって、ＤＣＦＲの方法に動的システムとの共通性がまったくないわけではない[105]。

しかし、ＰＥＴＬと異なるのは、ＤＣＦＲ Ⅵ.－二：一〇一条三項は、Ⅵ.－二：二〇一条以下の各則規定が適用されない場合の受け皿として用意されているものにすぎないということである。そうすると、ＤＣＦＲは、諸要素の協働作用により評価の方向づけを行うという動的システムの構想を基礎に置くものではない。むしろ、ＤＣＦＲにおいては、利益の種類や事例類型ごとに個別的なルールを定めることにより、法的安定性を確保することに重点が置かれているというべきであろう。

また、ＰＥＴＬが厳格責任の一般条項を採用しているのに対し、ＤＣＦＲの無過失責任の規定においては、事例類型ごとの個別ルールが採用されており、この点でも、ＤＣＦＲは個別ルールを定めることに重点を置いているということができる。

(2) 問題点

このようなＤＣＦＲの規律方法によれば、法的安定性と柔軟性という二つの要請をともに実現できる可能性もある。つまり、一方では、各則の規定で事例類型ごとに要件が記述されているため、法的安定性が確保されやすい。他方では、受け皿規定によって、必要な場合に保護を拡張できるという点で、柔軟性もあるというわけである。そうすると、各則規定と受け皿規定を組み合わせるという方法には、一定の合理性があるようにも見える[106]。

しかし、問題は、ＤＣＦＲの規定が、法的安定性と柔軟性を両立させるという目的を本当に達成できているかどうかである。つまり、各則と受け皿規定を組み合わせるといっても、その具体化の仕方はさまざまであるから、その具体化

の方法が適切かどうかが問題になる。ここで批判されうるのは、受け皿規定が存在することによって、各則の存在意義が希薄化してしまうのではないかという点である。つまり、個別の各則規定に該当しない場合であっても、さらに受け皿規定の適用可能性があるため、最終的に決め手になるのは、受け皿規定が適用されるかどうかである。そうすると、各則規定の解釈・適用を真剣に検討することなく、受け皿規定の適用が問題にされるおそれがある。その結果、各則規定の解釈を真剣に考えることにはあまり意味がないのではないかという疑問さえ出てきかねない[107]。

さらに、どのような場合に受け皿規定が出てくるかが不明確だという批判もある。すなわち、固定的構成要件を基礎としつつ、それを一般条項により補完するという方法によっても、どのような場合に固定的構成要件により判断され、どのような場合に一般条項により判断されるかが予測できないため、結局のところ、法的安定性が実現されることはない[108]というのである。

3　小括

以上のように、PETLが動的システムにより評価の方向づけを図るという方法を中心に据えているのに対し、DCFRは、個別的なルールを重視しているということができる。

確かに、不法行為法においては、非常に多種多様な事案が問題になることから、動的システムに依拠した立法が特にその有用性を発揮しうる領域だということはできそうである。ただ、仮にそうだとしても、法的評価の方向づけは、判例・学説に委ねられた任務であるということもでき、必ずしも動的システムを立法の方法として採用すべきだということは直結しない。ここでは、立法においてどこまでのことができるのかが問われているといえる[109]。現に、PETLの動的システムは不法行為法における法律問題を分析するための道具としては有用であると認めつつ、立法として採用す

るのに適しているのは、やはりＤＣＦＲの具体的なルールであるという指摘もある。[110]

他方で、ＤＣＦＲの採用している方法についても、前述のような批判はある。ただ、これは見方を変えれば、各則規定に定められた限度においては保護が認められ、これによって保護の最小限度が画されているということであるから、この点に積極的な意義を認めることもできる。また、各則におけるそれぞれの規定が想定するのと同種の事案で、当該の規定に定められた要件を充たさないにもかかわらず、なお受け皿規定により責任を認めるのは困難であろうし、そうでない事案でも、個別の規定で認められていない保護を認めようというのであれば、それ相応の理由が必要になると考えるのが自然である。そうだとすると、その限りで受け皿規定の解釈が方向づけられ、予測可能性が確保されやすいという利点が認められる。

付言すると、ＰＥＴＬが動的システムを中心に据え、ＤＣＦＲが個別ルールを重視しているといっても、それはいずれも「保護される利益」ないし「法的に重要な損害」や、「必要とされる行為基準」といった個別の要件の判断におけるものであって、不法行為の成立要件をすべて定めた独立の規定としてのものではないという点には、留意が必要である。[111]

第四章　結びに代えて

最後に、以上の検討のまとめも兼ねて、これらの議論が日本法との関係でどのような意味を持ちうるかという点に言及して、本稿の結びに代えることとしたい。

本稿では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編の規定内容について、ＰＥＴＬと比較しつつ検討をおこなってきた。しかし、ＤＣＦＲや

ＰＥＴＬは、それ自体膨大な比較法的検討の所産であるところ、本稿で参照したのが主としてドイツにおける議論であることから、分析に一定の偏りが生じている可能性は否定できない[112]。また、ＤＣＦＲとＰＥＴＬの比較については、規律方法の異同に重点を置いたため、個別の規定内容については表層的な比較にとどまった部分も少なくない。さらに、ＤＣＦＲおよびＰＥＴＬの規律に対する批判が少なくないことも考え合わせると、本稿でおこなったＤＣＦＲおよびＰＥＴＬの検討から、直ちに個別具体的な提言をすることはできない。

しかしながら、以上の検討から、わが国の不法行為法の改正を考えるにあたって態度決定が必要とされる基本的な問題について、一定の手がかりを見出せる点もある。ここでは、次の二点のみに触れておく。

Ⅰ．不法行為法の基本規定のあり方

第一に、不法行為法の基本規定として、一般条項的な規定を中心とするか、個別的なルールを用意するかという問題がある。

わが国の民法七〇九条は、「比較法的にも稀な一般条項」[113]と評されることもあるが、それは、時代の要請に柔軟に対応できる規定として、基本的には高く評価されてきたと思われる[114]。ただ他方で、個別的なルールには、直観的に分かりやすく、法適用者にとっても扱いやすいというメリットがある[115]。

ただ、不法行為法において個別ルールを規定するにあたっては、次のような困難を伴うおそれがある。不法行為として問題になる事例類型には非常に多種多様なものがあることを考えると、何を明文規定として取り上げるかという取捨選択は必ずしも容易でない。また、明文規定をできるだけ多く定めようということになると、かえって法典の見通しが

悪くなるおそれもある。[116] さらに、判例・学説において方向性の定まっていない問題については、いずれにしても明文で規定するのは時期尚早ということになるであろう。そうすると、一般条項を前提として、個別ルールの形成はその解釈・適用ということで判例・学説に委ねるという――まさに今行われている――方法で満足すべきだという立場も十分ありうる。[117]

他方で、個別ルールを明文化することは、法的安定性の確保に役立ち、法適用が簡明になりうるという利点を有する。また、現在進行中の債権法改正においては、国民に分かりやすい民法の実現のため、確立した判例法理を明文化すべきだということがよく言われるが、[118] このことは不法行為法についてもあてはまる。むしろ、「不法行為に関しては膨大な判決例の蓄積があるが、これに関する民法の規定は僅か十数箇条にすぎず、したがって判決例または判例によって創造された準則が民法の規定と等しいほどの重要な地位を占めるに至っている」[119]ということを考えれば、不法行為法においては判例法理の明文化がいっそう重要な課題になるというべきであろう。

これに対し、あくまで一般条項を中心に置いたうえで、そこにおいて考慮されるべき要素を挙げ、それによって評価の方向づけを図るという方法もありうる（これを動的システムと呼ぶかどうかは二次的な問題である）。現に、借地借家法における更新拒絶の正当事由判断（同法六条・二八条）のように、現行法にそのような例もある。ただ、不法行為法の場合、問題になる事例類型の多様性から、あまり抽象度の高い要素を列挙しても、実際にはうまく機能しないおそれがある。この意味で、ＰＥＴＬで採用されている規律方法が望ましいものかどうかは、疑問の余地がある。逆に、ある程度適用範囲の限定された規定の中で、そこにおいて考慮される要素を挙げるという方法ならば、検討に値するであろう。[120]

さらに、一般条項と個別ルールを一定の形で組み合わせる方法もありうる。その際の方向性としては、ＤＣＦＲが「法

的に重要な損害」について規定していたように、まず個別ルールを置いて、それを一般的な受け皿規定によって補完するという方法[121]と、逆に、一般条項を基本に据えて、それを個別ルールによって具体化していくという方法[122]の二つが考えられる。一概にどちらがよいとは言えないが、日本の現行法をベースラインとして考えるのであれば、一般条項を基礎としつつ、それを具体化するための個別ルールを置くという後者の方向性のほうが受け入れられやすいであろう[123]。

Ⅱ．責任の厳格化

第二に、責任の厳格化をどのようにして図るかという問題がある。現代においては、純粋な過失責任だけでは適切な解決が図れない場合があり、そのような場合に責任の厳格化が必要であるという認識は、広く共有されているといってよい。その際の厳格化の方法としては、無過失責任の規定を設ける方法と、過失責任の枠内で、過失の証明責任を転換する方法（中間責任）がありうる[124]。

とりわけ、無過失責任については、危険責任の一般条項を採用すべきかどうかが議論されている。前述のように、ＰＥＴＬは、「異常に危険な活動」について、厳格責任の一般条項を定めている。これに対し、ＤＣＦＲは、事例類型ごとの個別ルールを置いている。この点に関しては、法的安定性や予測可能性を重視すれば、個別的なルールを置くべきだという方向に傾くであろう[125]。もとより、個別ルールの形で必要な準則を整備できるかどうかは問題であるが、ＤＣＦＲの無過失責任に関する限り、納得のいかない点はあるにせよ、重要な事例群をカバーしている点では承認できるという指摘もある[126]。

他方で、具体的な危険源ごとに規定を置くＤＣＦＲとは異なり、より抽象度の高い類型化を図る可能性もある。その

ような類型化の視点としては、例えば、①保護法益の重要性（生命・身体の場合）、②活動の性質（危険な活動の場合）、③責任主体（事業者が責任を負う場合）といったものが考えられる[127]。このような方法をとる場合には、これらの視点を組み合わせながら、どのような場合にどのような根拠から責任の厳格化が正当化されるのかを考慮して、ルールの定式化を試みることになるであろう[128]。

以上のように、ＤＣＦＲ第Ⅵ編やＰＥＴＬにおいて提案されている制度・準則は、手放しで賛成できるものではないとしても、そこには、不法行為制度の構想にあたって態度決定が必要となる重要な論点が示されているように思われる。したがって、これらに批判的な考察を加えることは、不法行為法のあり方を多角的に検討するにあたって有用であり、将来における不法行為法の改正作業にとっても重要な参考資料となるであろう。その意味で、本稿で示した内容が、ヨーロッパ不法行為法の現況を理解する一助となるだけでなく、わが国における不法行為法の改革にとっての基礎資料となれば幸いである。

（1）以下の経緯については、松岡久和「ヨーロッパ民法典構想の現在」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』（日本評論社、二〇一一年〔初出二〇一〇年〕）三二六頁以下も参照。

（2）Christian von Bar/ Eric Clive/ Hans Schulte-Nölke (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law－Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009). これについては、ヨーロッパ委員会のウェブサイトで閲覧可能である。(http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/DCFR_outline_edition_en.pdf)。

（3）Christian von Bar/ Eric Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law－Draft Common

Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009)（契約外責任の部分は第四巻所収。以下では Full Edition として引用）。なお、ヨーロッパ委員会のウェブサイトに、これとほぼ同内容の資料が掲載されている（http://ec.europa.eu/justice/contract/background/index_en.htm の、"Draft Common Frame of Reference" という小見出しのついた部分にリンクがある）。

（4）ＤＣＦＲ第Ⅵ編について言及した論稿としては、以下のものがある（なお、筆者の研究領域との関連で、本稿で参照されるのが主としてドイツにおける議論であることを、あらかじめお断りしておきたい）。Horst Eidenmüller/ Florian Faust/ Hans Christoph Grigoleit/ Nils Jansen/ Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529; Gerhard Wagner, Deliktsrecht, in: Schulze/v. Bar/Schulte-Nölke, Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (2008) S.161（以下では Deliktsrecht として引用）; ders., The Law of Torts in the DCFR, in: Wagner (ed.), The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics (2009) S.225（以下では Law of Torts として引用）; Gert Brüggemeier, Gemeinsamer Referenzrahmen (Entwurf), Buch VI: „Außervertragliche Haftung für die Schädigung anderer" – eine kritische Stellungnahme, FS Deutsch (2009) S.749; Helmut Koziol, Außervertragliche Schuldverhältnisse im CFR, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung (2009) S.93（以下では CFR として引用）; Bernhard A. Koch, Die österreichische Schadenersatzreform im europäischen Kontext – Nationale und internationale Entwürfe im Vergleich, FS Koziol (2010) S.721.

なお、アキ・グループの作業が契約法に限られていたため、ＤＣＦＲ第Ⅵ編は、スタディー・グループの草案（ＰＥＬ）の契約外責任の部分（PEL Liab. Dam. と略称される）と同じ内容になっている。PEL Liab. Dam. に言及するものとして、Christian von Bar, Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht, ZEuP 2001, 515; クリスチァン・フォン・バール（角田光隆訳）「契約外損害賠償責任に関するヨーロッパ基本原則への道」ペーター・シュレヒトリーム編（半田吉信ほか訳）『ヨーロッパ債務法の変遷』（信山社、二〇〇七年）一七九頁（これは、「ヨーロッパにおける債務法の変遷」というテーマで二〇〇一年にドイツで開催された大会における諸報告の翻訳である。以下では「契約外損害賠償責任」として引用）; Ulrich Magnus, Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht, ZEuP 2004, 562; Martin Schmidt-Kessel, Reform des Schadenersatzrechts I – Europäische

Vorgaben und Vorbilder (2006)（以下ではReform Iとして引用）がある。これらの文献が書かれた時点のPEL Liab. Dam.には、その最終版ないしＤＣＦＲ第Ⅵ編に至る過程で変更された部分もあるが、以下では、共通する範囲において、ＤＣＦＲ第Ⅵ編に対する批評として引用する。

その他の邦語文献では、ＤＣＦＲ第Ⅵ編をめぐる議論状況を「法的に重要な損害」要件に焦点を当てて紹介したものとして、若林三奈「共通参照枠草案における『損害』要件の概観――ドイツ法圏におけるヨーロッパ不法行為法原則をめぐる議論状況」川角ほか編・前掲注（1）（初出二〇一〇年）四四九頁がある。

（5）ＤＣＦＲが「不法行為（tort/Delikt）」という言葉を用いなかったのは、特定の歴史的経緯を有し、特定の法体系を連想させるような言葉は避け、なるべく中立的で記述的な言葉を用いるべきだという考慮によるものである（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3083f.）。

（6）以下、本稿で単に「ＤＣＦＲ」というときは、ＤＣＦＲ第Ⅵ編のことを指すものとする。

（7）内田貴『民法改正――契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房、二〇一一年）二二三頁以下および大村敦志『民法改正を考える』（岩波書店、二〇一一年）一六八頁以下も、それぞれ異なる観点からではあるが、不法行為法の改正の必要性を指摘している。また、研究グループによる改正提案もすでに行われている（民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『民法改正 国民・法曹・学会有志案――仮案の提示』法律時報増刊（二〇〇九年））。

（8）第五章は、第一節「被害者の同意または行為」、第二節「帰責される者または第三者の利益」、第三節「制御の不可能」、第四節「契約による責任の免除および制限」、第五節「Ⅵ.-二:二〇二条（人身侵害または死亡により第三者に生じた損失）の定める損失」の五つの節に分かれる。

（9）第六章は、第一節「損害賠償総則」、第二節「金銭賠償」、第三節「差止め」の三つの節に分かれる。

（10）なお、この規定は、「法的に重要な損害を受けた者は……損害賠償を請求することができる」というように、被害者の視点から定式化されている点に一つの特徴がある。この点において、他の多くの立法例とは異なる（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3084）。

（11）「法的に重要な損害」の概念の由来については、von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 522; フォン・バール・前掲注（4）「契約外損害賠償責任」も参照。

(12) Eidenmüller, u.a., aaO. (Fn.4) JZ 2008, 540および Wagner, aaO. (Fn.4) S.175は、「純粋健康損害（reiner Gesundheitsschaden）」とも呼んでいる。
(13) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3157f., 3197.
(14) このことは、VI-二：一〇一条三項に「帰責の根拠」という要素が挙げられていることにも現れている。
(15) 以上につき、Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3151のほか、von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 522; フォン・バール・前掲注（4）「契約外損害賠償責任」一八八頁以下を参照。
(16) なお、この規定は、絶対権とそれ以外の利益で判断枠組みを異ならせるという考え方をとっているわけではない。VI-二：一〇一条一項のb号とc号を見ると、権利とそれ以外の利益を区別しているように見えるが、b号の「権利」とc号の「法的保護に値する利益」のいずれについても二項および三項が適用されるため、判断枠組みが異なるわけではなく、この点において両者を区別する実践的な意義は乏しい。ただ、副次的な意義として、c号のみに該当する場合は、「法的に重要な損害」を認定することに慎重な態度がとられる可能性があり、この意味で、一定の段階づけが行われるともされている（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3143. この点については、Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.87, 111も参照）。
(17) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3142f.
(18) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3143f.
(19) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3144.
(20) Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3144.
(21) VI-二：一〇一条一項c号にあたる場合については、規定のうえでは、まず「法的保護に値する利益の侵害」があったかどうかを判断し、それが肯定される場合に、さらに「公平かつ合理的」かどうかを決定するという二段階の判断枠組みがとられているようにも見え、VI-二：一〇一条三項の考慮要素は、後者の「公平かつ合理的」かどうかの判断において問題になる。しかし、この二つの段階を明確に区別すべきかどうかは、定かでない。
(22) これらの要素に関する以下の説明は、Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3146ff.
(23) このことは各則の規定にも現れている（VI-二：二一〇条、VI-二：二一一条）。
(24) このことが現れている各則の規定として、VI-二：二一〇一条二項b号がある。なお、「救済手段」の章には、「些細な損害は、

賠償されない」という規定もある（VI－六：一〇二条）。

（25）以上のように、ここで社会通念や他の制度の目的などが広く考慮されることからすると、“considerations of public policy”の訳は「政策的評価」などとしてもよいかもしれない。

（26）それぞれの規定に関する個別の問題点については、若林・前掲注（4）四六一頁以下およびそこに掲げられた文献を参照。

（27）なお、生命侵害それ自体は「法的に重要な損害」とされていない。この場合に損害を受けるのは主に近親者であり、しかも、その損害は生命侵害それ自体ではなく、それによって生じた損失だからである（フォン・バール・前掲注（4）「契約外損害賠償責任」一八九頁）。また、死者の損害賠償請求権の相続も認められていない。

（28）ただし、賠償額の算定にあたっては、他の関連する損害項目とのバランスを考慮しつつ、それらを総計して評価すべきだともされている（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3197）。

（29）a号の場合は相続人の、b号の場合は費用を負担した者の、C号の場合は①死亡した者に扶養されていた自然人、②その者が死亡しなければ法律の規定により扶養されていたであろう自然人または③死亡した者から監護もしくは経済的援助を受けていた自然人の法的に重要な損害となるとされている。

（30）von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 524は、これらの規定を「無形の人格的法益」に関するものとしている。また、Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.115も、これらの規定を「人格権および私的領域の保護」の項目に位置づけている。これに対し、Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.170は、VI－二：二〇四条およびVI－二：二〇五条を「純粋財産損害」という項目に位置づけるが、不実のまたは秘匿される情報の流布により人格的利益が侵害される場合と捉えるほうがより適切であろう。そのように考えないと、純粋経済損失に関する規定が財産権侵害に関するVI－二：二〇六条を挟んで分断されることになり、体系的な位置づけとしても不自然であることになる。もっとも、このことはVI－二：二一〇条とVI－二：二一一条についてもあてはまりそうである（環境侵害に関するVI－二：二〇九条を挟んで後ろに分断されている）が、この二つの規定については、故意による侵害に対してのみ「法的に重要な損害」となる――その意味で例外的な――場合であるために最後に置かれているという説明が可能である。

（31）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3256.

（32）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3257. なお、ここでは具体的な事例類型を列挙するような方法は回避された。これは、人間の

尊厳の侵害にあたる事例を網羅的に列挙するのは不可能であることと、継続形成の余地を残すべきであることによる（Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3255ff.）。

（33）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3259.

（34）Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3281.

（35）von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 525f. このことは、他の各則規定でも問題となりうる。注（111）も参照。

（36）Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3302.

（37）「財産の損傷（property damage）」とは、財産権の目的物の破壊または損傷を意味するが、これは第三章第二節の無過失責任の規定においても参照されている（VI.－三：二〇二条一項、VI.－三：二〇四条一項、VI.－三：二〇六条一項）。そこでは、賠償される損害が、人身侵害に関わる損失のほか、財産の損傷によって生じた損失に限定されており、あらゆる種類の財産権侵害が無過失責任の規定によって賠償されるわけではないことが明らかにされている。この点については、第二章Ⅳ．2(3)も参照。

（38）純粋経済損失とは、人身・財産権その他の権利の侵害とは無関係に生じる経済的損失のことをいうとされる（Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3373）。

（39）Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3345.

（40）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3354f.

（41）Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3356.

（42）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3373.

（43）Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3373.

（44）なお、この規定は、VI.－二：二〇七条と適用範囲が重なる可能性があるため、両者の関係が問題となりうる。VI.－二：二一〇条は、職務の遂行や取引の過程において不実表示が行われたことは要件とされていないが、その代わり、虚偽であることの認識または確信と、相手方を誤らせる故意が要求されている点で、VI.－二：二〇七条と異なる。これは、私的生活における誤った情報の提供は、それが詐欺的と評価されない限り責任を生じさせないということを意味する（Full Edition, aa.O. (Fn.3) S.3372）。なお、VI.－二：二〇四条との関係も問題となりうるが、VI.－二：二〇四条は、被害者自身に

関する情報が第三者に伝達された場合を扱うものであり、VI－二：二一〇条との重複が生じることは考えにくい。

（45）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3380.

（46）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3381.

（47）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3363.

（48）ただし、ドイツ民法八二三条二項とは異なり、法規違反についてさらに過失を要求しているわけではない。Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.182f. によれば、むしろこれは、アメリカ法における「行為自体で成立する過失（negligence per se）」に対応する。

（49）以上につき、Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3406f.

（50）この場合には、次の三つの要件をすべて充たすことが必要である。すなわち、①第三者の受けた損害が、人身侵害、VI－二：二〇二条の規定の対象とされる損失または財産の損傷であること（VI－三：一〇四条二項ａ号）、②施設その他の団体の監督義務に服する者が、故意または過失によって損害を生じさせたこと、または、その者が一八歳未満である場合には、成年者であれば故意または過失とされる行為によって損害を生じさせたこと（ｂ号）、③施設その他の団体の監督義務に服する者が、同種の損害を生じさせるおそれがあること（ｃ号）である。

（51）なお、未成年者自身の責任については、一八歳未満の者は、合理的な注意深さを備えた同年齢の者に期待される注意を尽くさなかった場合に限り責任を負い（VI－三：一〇三条一項）、七歳未満の者はまったく責任を負わない（二項）とされているが、VI－三：一〇四条一項は、これらの規定とは無関係に適用される（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3437）。

（52）なお、VI－三：二〇七条は、国内法による厳格責任の拡充を認める規定であり、VI－三：二〇八条は、危険源の所有権を放棄しても、それだけでは責任を免れられないことを定める。

（53）Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.192; ders., a.a.O. (Fn.4) Law of Torts, S.245.

（54）Wagner, a.a.O. (Fn.4) Law of Torts, S.245.

（55）このように、ＤＣＦＲにおける無過失責任規定では、VI－三：二〇一条を除き、賠償される損害が、主として、人身侵害により生じた損失および財産の損傷により生じた損失に限定されている。

（56）これは、製造物責任に関するＥＣ指令を取り込んだものである（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3508）。

（57）開発危険の抗弁も認められている（e号）。ただし、国内法が開発危険の抗弁を認めない旨を規定するときは、それによる（VI.-三：二〇七条c号）。
（58）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3570.
（59）Full Edition, aaO. (Fn.3) S.3569.
（60）Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3570. また、von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 528も参照。
（61）これについては、第二章Ⅲ．1も参照。
（62）ＰＥＴＬの条文は、ヨーロッパ不法行為法グループのウェブサイトで閲覧可能である（http://www.egtl.org/）。ヨーロッパ不法行為法グループによるＰＥＴＬの逐条解説として、European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law – Text and Commentary（2005）（以下ではEGTL, Commentaryとして引用）がある。また、ＰＥＴＬの規律を動的システム論の基本構想に照らして分析したものとして、山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法（一）～（五・完）――ヨーロッパ不法行為法原則（ＰＥＴＬ）と動的システム論を手がかりとして」法学論叢一六九巻二号二六頁・三号二五頁・四号四五頁・五号三六頁・六号三六頁（二〇一一年）（以下では「ヨーロッパ不法行為法原則」として引用）。その他の文献としては、さしあたり、ヘルムート・コツィオール（山本周平訳）「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅰ（一）・（二・完）――立法の方法と過誤行為の帰責要素」民商一四三巻四＝五号一頁・六号一頁（二〇一一年）（以下では「改革Ⅰ」として引用）、ヘルムート・コツィオール（若林三奈訳）「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅱ（一）・（二・完）――各論」民商一四四巻四＝五号一頁・六号一頁（二〇一一年）（以下では、「改革Ⅱ」として引用）を参照。そのほか、コツィオールによるＰＥＴＬの概説として、Helmut Koziol, Die „Principles of European Tort Law" der „European Group on Tort Law", ZEuP 2004, 234（邦訳として、ヘルムート・コツィオル（若林三奈訳）「『ヨーロッパ不法行為法グループ』による『ヨーロッパ不法行為法原則』」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展開と課題』（日本評論社、二〇〇八年）八五頁）。
（63）ＤＣＦＲ第Ⅵ編は、ＣＦＲに取り込まれることは予定されておらず、したがって、政治的な意味合いを持たなかったため、純粋に学術的な観点に出たものだとされていた。この点においても、ＤＣＦＲ第Ⅵ編とＰＥＴＬは共通している。
（64）Koch, a.a.O. (Fn.4) S.724.
（65）ＰＥＴＬの規律内容（特に、基本規範、損害、帰責根拠）について、詳しくは、山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不

法行為法原則（二）」法学論叢一六九巻三号二六頁以下を参照。また、Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform Iは、ＰＥＴＬとPEL Liab. Damの全体を比較対象として包括的な分析を加えている。

（66）ここでは、規律方法の比較分析に重点を置くこととの関係で、個別の問題としては、損害と帰責根拠に比較対象を限定する。なお、ＰＥＴＬの因果関係および救済手段に関する規律を重要な部分に限って紹介しておくと、以下のとおりである。

因果関係については、「あれなければこれなし」の定式が採用されている。すなわち、ある活動がなければ被害者に損害が発生しなかった場合には、その活動はその損害の原因である（三：一〇一条）。ただし、ある活動を損害との間にこのような関係が認められる場合であっても、直ちに後続損害を含むあらゆる損害が賠償されるべきであるということにはならない。その次に、責任の範囲がどこまで及ぶかという問題が生じる。この責任の範囲は、①活動の時点における合理人にとっての損害の予見可能性、②保護される利益の性質と価値、③責任の根拠、④通常の生活リスクの程度、⑤違反された規範の保護目的などの要素によって決定される（三：二〇一条）。

救済手段の規定においては、まず、損害賠償の性質と目的に関する規定がある。それによると、損害賠償は、金銭によって可能な限りで、当該の不法行為がなかったならば置かれていたであろう地位に被害者を回復するための金銭の支払であるとされるが、それと同時に、損害賠償は予防目的にも資すると定められている（一〇：一〇一条）。そのうえで、財産的損害と非財産的損害の算定についてそれぞれ規定されている。財産的損害については、加害事件によって生じた被害者の財産の減少であるとされ、それは原則として具体的に算定されるが、適切な場合には抽象的な算定も許される（一〇：二〇一条）。さらに、人身損害と物損について、具体的な規定を置いている（それぞれ一〇：二〇二条および一〇：二〇三条）。非財産的損害については、利益の保護領域（二：一〇二条）を考慮して、ある利益の侵害が非財産的損害の賠償を正当化する可能性があるとしたうえで、その算定にあたって考慮されるべき要素などを定めている（一〇：三〇一条）。

（67）この点について、コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（一）」民商一四三巻四＝五号二〇頁は、ＤＣＦＲは、「過失責任を原則的な責任類型ととらえた上で、多くの例外を挙げ、帰責根拠の全体構想を示唆すらしていない」と批判する。

（68）Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.165.

（69）Brüggemeier, a.a.O. (Fn.4) S.762.

（70）とりわけ、VI－二：二〇二条は、間接被害者の問題をも含んでいる。この点については、Koziol, a.a.O. (Fn.4) CFR, S.96も参照。

(71) Eidenmüller, u.a., a.a.O. (Fn.4) JZ 2008, 540; Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.178; Koziol, a.a.O. (Fn.4) CFR, S.99f. さらに、Wagner, aa.O. (Fn.4) Law of Torts, S.239f. は、法と経済学の視点から、非財産的損害を二重に算定することが潜在的加害者に対する過剰な抑止となることを指摘する。

(72) このように、ＤＣＦＲでは、まず「権利・利益の侵害」があって、それによって「損害」が生じるというような区別はされておらず、「損害」の中に「損失」と「侵害」が同列に並べられている。このような構造をどのように理解すべきかは難しい問題である。しかし、これについては、一つの理解として、やはり基本的には、まず権利・利益の「侵害」があって、それによって生じた「損失」が賠償されるという枠組みがとられていると見ることも不可能ではないように思われる。

①まず、権利・利益の侵害という判断が一応行われていることは、Ⅵ.－二：一〇一条一項ｂ号・ｃ号において、「法律上認められた権利」または「法的保護に値する利益」の侵害があるかどうかの判断が行われていることと、各則の規定の中に、「侵害」と、それによって生じた「損失」を区別していると見られる規定があること（例えば、財産権侵害に関するⅥ.－二：二〇六条は、「侵害によって生じた損失は」という文言になっている。Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3313も参照）から推測される。仮にこのように言えるとすると、権利・利益の侵害についての判断もなお意味を持っており、ＤＣＦＲは、権利・利益の侵害をひとまず認定して、そのうえで、それによって生じた経済的または非経済的損失が賠償の対象となるという枠組みをとっていると見ることができる（この点については、Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.164も参照）。

②仮にそうだとすると、次に問題になるのは、「侵害それ自体」について賠償が認められるということをどのように理解するかである。これについても、各則の規定が手がかりになる。各則の規定の中で「侵害それ自体」の賠償可能性を明示的に認める規定は、Ⅵ.－二：二〇一条一項およびⅥ.－二：二〇三条一項であるが、これらはそれぞれ、人身侵害の場合と、人間の尊厳に関する権利の侵害の場合である。このことからは、「侵害それ自体」の賠償を認めるというのは、特に重要な人格的利益が侵害された場合に、具体的な損失の証明を要することなく賠償を認めるものではないかという推測が成り立つ。

以上より、原則的には、権利・利益の「侵害」がある場合に、それによって生じた「損失」が賠償の対象となるが、例外的に、特に重要な人格的利益の場合に、「侵害それ自体」を賠償の対象とするというのが、ＤＣＦＲの採用した枠組みだと考えることができる。

③ただ、このような解釈にも問題は残る。第一に、ＤＣＦＲでは、非経済的損失についての賠償が広く認められる可能

性がある以上、それと別個に「侵害それ自体」の賠償を認める必要はなく、この点に対する批判はやはり当たっているといわざるをえない。第二に、VI.－二：一〇一条一項の規定のうえではやはり損失と侵害は同列にあるというほかなく、ＤＣＦＲの規定の解釈としては、上記のように考えるのは自然とはいいがたい。

結局、この点の理論構造には不明確な点が残るといわざるをえない。ヨーロッパの法体系の中には、非財産的損害について限定的にしか賠償を認めなかったり、人身侵害の場合に具体的な金銭的損失の証明をしなくても賠償を認めたりする制度をとっている国もあるようである（Christian von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II (1999) S.7ff. を参照）。そして、「侵害それ自体」について賠償を認めるのは、そのような法体系にとっては理解できるし、実践的にも意味を持つ可能性がある。しかし、そうでない法体系にとっては、「侵害それ自体」という概念は、本来不要なはずであり、無視すべきものだということであろうか。

（73）von Bar, a.a.O. (Fn4) ZEuP 2001, 524.

（74）ただし、第三者に生じた損失（VI.－二：二〇二条）などは別論である。

（75）ただ、純粋経済損失については、ＰＥＴＬとＤＣＦＲは基本的な態度を異にすると見られる面がある。ＰＥＴＬでは、純粋経済損失の賠償を広く認めると責任リスクが過大なものになるという理由で、その包括的な保護は否定されている（もとより、ＰＥＴＬ二：一〇二条四項を見れば分かるように、まったく保護を認めないわけではない。コッィオール（若林訳）・前掲注（62）「改革Ⅱ（一）」民商一四四巻四＝五号一五頁以下も参照）。これに対し、ＤＣＦＲの立場では、純粋経済損失という独立のカテゴリーを設ける必要はなく、責任の制限は、その他の事例にあてはまるのと同じ手法によれば足りるとされている（von Bar, a.a.O. (Fn4) ZEuP 2001, 523）。

（76）以上の点に関連して、コッィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（二・完）」民商一四三巻六号一二頁は、ＤＣＦＲが、VI.－二：一〇一条一項ｃ号において、損害が「法的保護に値する利益の侵害によって生じた」かどうかに着目しているにすぎず、「どのような利益が保護に値するかということをくわしく述べることも、保護の段階化可能性を考慮に入れることもしていない」ことを批判している。しかし、ＤＣＦＲ VI.－二：一〇一条一項ｃ号は、各則規定が適用されない場合の受け皿として補完的に適用されるにすぎないし、本文で述べたように、各則の中で保護の段階化可能性は考慮に入れられていると見ることもできるから、この点は留保が必要であろう。

(77) EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.82.
(78) EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.69f.
(79) コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（二・完）」民商一四三巻六号一四頁以下。
(80) ただ、ＤＣＦＲ Ⅵ－三：一〇二条a号にいう「法律」は、狭義の法律には限られないが、公的機関により制定されたものを想定している（Full Edition, a.a.O. (Fn.3) S.3403）。これに対し、ＰＥＴＬでは、より広く、私的団体や専門機関によるものでもよいとされている（EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.82）。この違いは、ＤＣＦＲでは法律に規定された注意水準を充たさない行為が過失によるものとされるのに対し、ＰＥＴＬではその行為規範の違反が直ちに過失を基礎づけるものではないということに由来すると考えられる。
(81) EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.91
(82) コツィオール（若林訳）・前掲注（62）「改革Ⅱ（二・完）」民商一四四巻六号七頁以下のほか、Koziol, a.a.O. (Fn.62) ZEuP 2004, 250を参照。
(83) コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（一）」民商一四三巻四＝五号一九頁。これは、有責性と危険性という二つの帰責原理の協働作用によって責任法の体系が形成されているという考えに基づく（本章第三章Ⅳ．1(3)を参照）。また、過失責任と危険責任の流動性は、過失責任における行為基準の判断の際に、行為の危険性が考慮されるという点にも現れているとされる。
(84) なお、無過失責任の節の規定ではあるが、危険な物質または放出によって生じた損害についての責任の場合に、物質の保有者または設備の管理者が、物質の制御または設備の管理について法律上の基準を遵守したことを証明したときは責任を負わないとする規定もある（Ⅵ－三：二〇六条五項ｂ号）。
(85) EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.101f.
(86) EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.106.
(87) ただし、「異常な危険」の場合に限定されている点で、「小さな一般条項」といわれている（Koziol, a.a.O. (Fn.62) ZEuP 2004, 252）
(88) なお、ＤＣＦＲと同様、ＰＥＴＬの厳格責任も、国内法による補完を許容する（五：一〇二条）。

（89）コツィオール（若林訳）・前掲注（62）「改革Ⅱ（二・完）」民商一四四巻六号九頁。また、Koziol, a.a.O. (Fn.4) CFR, S.97f. も参照。

（90）Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.192は、施設の操業や物の保有を伴わない場合をも対象とする一般条項を定めるのは、法的安定性を害する程度が大きいことを指摘する。また、少なくともドイツの危険責任論においては、物や施設といった有体的危険源に対する支配が必要とされている（この点については、橋本佳幸「環境危険責任の基本構造――公害無過失責任の再構成へ向けて」同『責任法の多元的構造――不作為不法行為・危険責任をめぐって』（有斐閣、二〇〇六年〔初出二〇〇二年〕）一七九頁以下）。

（91）コツィオール（若林訳）・前掲注（62）「改革Ⅱ（二・完）」民商一四四巻六号一頁以下。

（92）Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.138f. を参照。

（93）EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.114.

（94）Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.104, 129は、この欠缺は類推によって埋められるべきだとする。

（95）わが国で動的システム論について包括的な検討を加えた文献として、山本敬三「民法における動的システム論の検討――法的評価の構造と方法に関する序章的考察」法学論叢一三八巻一＝二＝三号二〇八頁（一九九五年）。また、山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（三）」法学論叢一六九巻四号五三頁以下も参照。

（96）ヴィルブルク自身の論稿として、Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941); ders., Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); ders., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346などがある。

（97）山本敬三・前掲注（95）二一三頁。

（98）EGTL, a.a.O. (Fn.62) Commentary, S.15.

（99）動的システムの理解については、論者によって少なからず異なる部分があるが、ここではさしあたり、コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（一）」民商一四三巻四＝五号一二頁以下の説明に依拠する。

（100）コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（一）」民商一四三巻四＝五号六頁以下。この点については、山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（三）」法学論叢一六九巻四号六二頁以下も参照。

(101) 動的システムにおける「要素」には、「ファクター」と「原理」の二種類を観念できる（山本敬三・前掲注（95）二四四頁以下）ところ、本文の第一点ではファクターとしての要素を、第二点では原理としての要素を念頭に置いている。この点については、山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（四）」一六九巻五号三八頁以下も参照。

(102) 山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（四）」法学論叢一六九巻五号四三頁以下では、ヴィルブルクに倣い、「瑕疵非難の原理」と呼んでいる。また、コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ」のサブタイトルにある「過誤行為の帰責要素」というのも、これと同じものを指すと見てよいであろう。

(103) 山本周平・前掲注（62）「ヨーロッパ不法行為法原則（四）」法学論叢一六九巻五号四一頁以下。ただ、この協働作用の結果として形成されたこれらの規定は、「あるかないか」というオール・オア・ナッシングの構造を持つ要件から構成される固定的ルールともいえる（Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.83f.）。

(104) 山本敬三・前掲注（95）二五一頁以下。

(105) von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 518も、スタディー・グループの草案は、「全体として、『立法的な』準備作業と裁判所の自律的判断権を調和させようとする、一種の動的システムということができるかもしれない」とする。

(106) Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.166は、個別的構成要件のカタログと一般条項を組み合わせるという基本構想は正当であるとしつつ、ＤＣＦＲによるその具体的な実現の仕方を批判している。

(107) Wagner, a.a.O. (Fn.4) Law of Torts, S.240.

(108) コツィオール（山本訳）・前掲注（62）「改革Ⅰ（一）」民商一四三巻四＝五号九頁。

(109) 山本周平「『ヨーロッパにおける損害賠償法の改革Ⅰ』をめぐる議論の概要」民商一四三巻六号二五頁〔山本敬三コメント〕（二〇一一年）。また、山本周平・前掲注(62)「ヨーロッパ不法行為法原則(五・完)」法学論叢一六九巻六号四三頁以下も参照。

(110) Schmidt-Kessel, a.a.O. (Fn.4) Reform I, S.194.

(111) なお、すでに述べたこと（第二章Ⅲ．３(2)(b)）の繰り返しになるが、ＤＣＦＲの「法的に重要な損害」についての各則規定は、加害行為者の主観や行為態様をも広く取り込んだものとなっているところ、これはあくまで「法的に重要な損害」について判断するものにすぎず、責任の成立のためには、それに加えて、帰責要件を含め、基本準則に定められた要件がすべて充たされることが必要だとされている（von Bar, a.a.O. (Fn.4) ZEuP 2001, 525f.）。ただし、このような区別が本当に

可能かどうかは、疑問の余地がある。また、損害の要件が帰責根拠や因果関係の要件と密接に関連しあうとされていること（第二章Ⅲ．2(1)を参照）との整合性も問題となりうる。これは、わが国における議論で、「相関的な権利の場合は、権利侵害要件と過失要件が融合してくる」（山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号一三七頁（二〇〇八年））とされることとの関係でも問題となる。

(112) ドイツ、フランス、イギリスその他ヨーロッパ諸国における不法行為制度の違いを考慮すると、どの法体系に視座を置くかによって、まったく異なる見方がなされる可能性がある。

(113) 窪田充見「要件事実から考える安全配慮義務の法的性質」大塚直ほか編著『要件事実論と民法学の対話』（商事法務、二〇〇五年）三九四頁。

(114) 例えば、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、合本版、一九八七年〔中巻一九八三年、下巻一九八五年〕）二七四頁。

(115) 一般条項と、それに対置されるカズイスティクの意義については、さしあたり、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、二〇〇七年）五一八頁以下を参照。

(116) 内田・前掲注（7）一一九頁以下も、「判例ルールの明文化と言っても、ありとあらゆる判例ルールを条文に書き込んだのでは、かえって煩わしく、わかりにくくなります。条文化するのに適したルールを選択しつつ、適切な表現を考えていく必要があります」と言う。

(117) 吉村良一「不法行為法の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』法律時報増刊三三八頁（二〇〇八年）は、「社会の変化の中で多様に変化する不法行為規範に求められるルール群を、個別の規定で受け止めることは不可能であり、むしろ、一般的な規定を置いた上で、その解釈・運用の中で多様なルール群を見出していくことの方がベター」であるとする。

(118) 例えば、内田・前掲注（7）一一九頁以下。

(119) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、一九九二年）はしがき二頁。

(120) Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.179f. は、DCFR VI.-二：一〇一条三項に挙げられた要素があまりに曖昧であるのは、それがあらゆる種類の利益を規律対象としていることの帰結だとしたうえで、純粋財産損害の場合に対象を限定し

た一般条項を定めることを提言する。

(121) このように、仮に個別ルールを中心に据えるとしても、純粋に個別ルールのみで完結する体系を目指すわけではなく、実際には、一般条項的な規定と組み合わせることになるであろう。

(122) 浦川道太郎「一般的不法行為責任の成立要件の見直しは必要か」椿寿夫ほか編・前掲注(117)三四二頁以下は、訴訟において立証活動の対象になる実体法的要件の明確化のため、「一般的不法行為責任を補充する下位的な責任ルールを設けることも考えてよい」として、「七〇九条の要件の具体的な展開として判例法の中で事故（事件）類型ごとに形成されてきた訴訟上の現実的争点になる要件事実を条文の形に書き表すこと」を提案する。この見解は、検討に値する補充的ルールの例として、①名誉毀損に関する補充的ルール（免責要件）、②専門家責任（過失の基準）、③公害・環境に関する責任（受忍限度論）、④企業に関する補充的ルール（法人の過失、推定された過失責任）を挙げている。

(123) なお、一般条項か個別ルールかという問題は、不法行為法の背後にある基本思想にも影響されうる。この問題については、ＤＣＦＲ第Ⅵ編に批判的な立場から、ＤＣＦＲ第Ⅵ編は、「過剰な一般条項と不確定法概念によって裁判官の権限を拡大するＤＣＦＲの傾向の確証」となっており、「ＤＣＦＲの不法行為法の理想像は、自己責任を負う主体ではなく、望ましい結果を自らの判断によって実現しようとするパターナリスティックな裁判官である」という指摘がなされている(Eidenmüller, u.a., a.a.O. (Fn.4) JZ 2008, 541)。

このことは、規律方法の問題にも関係している。つまり、今の言葉を借りると、「自己責任を負う主体」と「パターナリスティックな裁判官」のいずれを念頭に置くかによって、それを実現するためにどのようなタイプの規定を用意するか――個別性を重視したルールか、裁判官が裁量権を発揮できる一般性の高い規定か――という態度決定に影響する可能性がある。

もとより、不法行為制度の基本思想としては、種々の考え方がありうるし、対立軸もさまざまである。仮に、前述のような「自己責任を負う主体」と「パターナリスティックな裁判官」という対立軸で考えるとしても、前者なら個別ルール、後者なら一般条項というような単純な対応関係があるわけではない（一般条項があるからといって、裁判官がその裁量を最大限に発揮して自由な判断を行おうとするとは限らない。この点については、小粥太郎「民法上の一般条項と要件事実論――裁判官の法的思考」大塚ほか編・前掲(113)一〇四頁以下を参照）。しかし、不法行為制度の設計にあたって、規律

方法の問題の背後にそのような思想面での対立がありうるということは意識されてよいであろう。

(124) いずれにしても、この種の規定を特別法で定めるか、民法典の中に取り込むかという問題もある。規定相互の体系的整合性や全体の見通しの良さを考慮すれば、種々の規定がさまざまな特別法に分散している状況は望ましくないと思われるが、自賠法のように、賠償責任保険と結びついているものを民法に取り込めるかどうかは、問題が残る。

(125) これに対し、浦川・前掲注(122)三四三頁は、危険責任の一般条項を導入する可能性を示唆する。

(126) Wagner, a.a.O. (Fn.4) Deliktsrecht, S.192.

(127) 吉村・前掲注(117)三三八頁も参照。

(128) このように考えると、個別ルールといっても、その抽象度によっては一般条項に接近することが分かる。青井・前掲注(115)五二〇頁以下は、「カズイスティクと一般条項の作成法の相違は、絶対的ではなく、相対的なものにすぎない」としたうえで、それとは別に、不確定概念と確定的概念、規範的概念と記述的概念といった異なるレベルの対立項があるとするが、ここでの問題も、青井の指摘の枠内で理解することができる。

※本稿は、北海道大学および京都大学でおこなった研究報告に、大幅な加筆・修正を施したものである。研究会の席上でご教示をくださった諸先生方に、この場を借りてお礼申し上げたい。

なお、本研究は、日本学術振興会科学研究費助成事業(学術研究助成基金助成金)・若手研究(B)「ヨーロッパ不法行為法に関する方法論的分析」(研究課題番号:二四七三〇〇六五、研究代表者:山本周平)の成果の一部である。

論　説

中世後期ドイツにおける ライン宮中伯の領邦支配とヘゲモニー（一）

田口正樹

目　次

はじめに
一．中世後期プファルツ政治史
二．王権および帝国国制との関係

（一）帝国国制上の特殊な地位
（二）国王領の質入れとプファルツ領邦の形成
三. 君主家門の意義
（一）相続関係の規制（分割相続と長子相続）
（二）婚姻関係
（三）墓所の選択
四. 領邦支配の諸手段
五. 領邦諸身分とプファルツ意識
六. 地方の秩序とヘゲモニー
おわりに

（以上本号）

略号表

BDLG Blätter für deutsche Landesgeschichte
HRG Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HZ Historische Zeitschrift
MGH Const. Monumenta Germaniae Historica. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum
MHVP Mitteilungen des Historischen Vereins der Pfalz
MIÖG Mitteilungen des Instituts für österreichischen Geschichtsforschung
RhVjbll Rheinische Vierteljahrsblätter

RPR Regesten der Pfalzgrafen am Rhein
ZGO Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins
ZHF Zeitschrift für historische Forschung

はじめに

ドイツの国制発展における領邦の重要性については、今日に至るまでの研究において疑いを見ない。一九七〇年代以来の、中世後期および近世の帝国史に関する研究の進展にもかかわらず、ドイツ国制史を考える場合、領邦はやはり無視できないファクターであり続けている。

中世以来の領邦の特質を考えるうえで、オットー・ブルンナーの『ラントとヘルシャフト』[1]が研究史上画期的意義を持ったことは、既に我が国でもよく知られている。領邦君主の有する支配権にではなく、君主と諸身分（とりわけ領邦貴族）をともに含む法・平和共同体に領邦（ラント）の本質を見るブルンナーの領邦理解は、近代国家と鋭いコントラストをなす領邦の重要な特徴をとらえたものである。しかし、中世・近世ドイツにおける領邦の多様性をも背景として、ブルンナー説に対しても、その後多くの疑問・批判が呈されたこともまた、よく知られているところである[2]。近年までの研究の進展は、ドイツにおける領邦形成と発展の著しい多様性を、ますます強く印象づけている。領邦に関して、「典型例」は存在しないとしばしば言われるのである[3]。

このような研究状況をうけて、本稿は、ドイツ西部における領邦形成の例としてライン宮中伯の領邦（プファルツ）[4]

を取り上げて、先行研究および基本史料によりつつ、その像を素描しようとするものである。[5] ドイツ西部で多く見られた、近隣の領邦・小貴族・都市が錯綜する中での領邦形成においては、オットー・ブルンナーが検討したオーストリアなどの比較的完結的な大領邦とは異なり、何らかの領域的枠組みが先行するのではなく、領邦君主の活動によって個々の権利が集積されていった結果として領邦が形成されるという側面がより強くあらわれる。[6] 従来、我が国の領邦史研究がドイツ東部の大領邦を主な研究対象としてきたのに対して、[7] ドイツ西部の領邦[8]の中でも政治的に大きな意味を持った領邦の一つであるプファルツ領邦の形成史を描く本稿は、ドイツ国制史における領邦発展の幅の広さを重要な具体的事例の提示を伴って明らかにすることとなろう。中世後期のプファルツ領邦は、プファルツの軍制史を扱った皆川卓氏の論考において概観されているが、[9] 本稿はプファルツの領邦支配とヘゲモニーの諸相について、より詳しい像を得ようとするものである。

ライン宮中伯のもとでの領邦形成には更に、ドイツ西部における領邦発展一般に尽きない特徴が見られる。第一に、ライン宮中伯の領邦支配は、王権および帝国国制との非常に密接な関係を伴って進展した。その支配形成は、ライン宮中伯が帝国国制において占めていた特殊な地位と、それに伴う王権への近さに、重要な部分を負っていたのである。この特質とも関連して、第二に、中世後期のライン宮中伯は、狭義の領邦支配にとどまらず、ドイツ西部の中ライン・上ライン地方におけるヘゲモニーを主張し、自己の領邦を越えて広い範囲に影響力を及ぼしていた。このような現象は、中世後期ドイツにおける、政治システムとしての地方秩序の成熟と表裏一体をなしているが、本稿は、間領邦的システム[10]とも言うべきこの部分をもあわせて考慮して、領邦支配展開のより広い文脈に注意を喚起したい。

更に、ドイツ学界における研究関心の移動を反映して、以下の論述においては、最近の「文化史的」な領邦研究の成果もまた、関係する局面で参照されるはずである。

一．中世後期プファルツ政治史

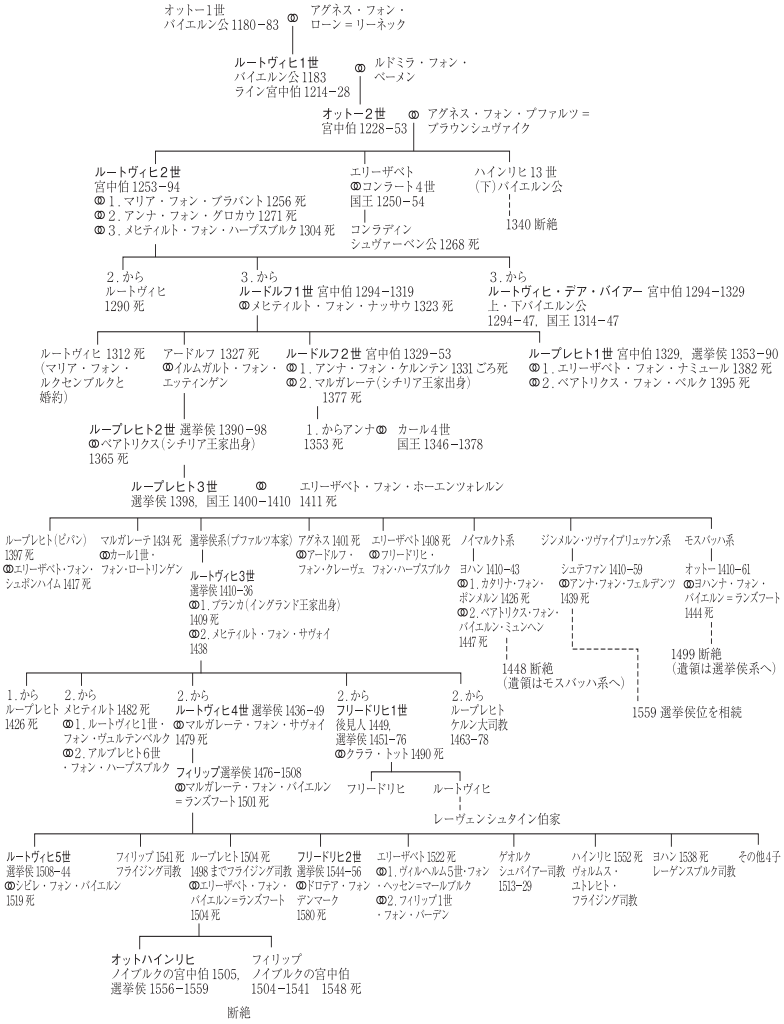
以下の行論の前提として、まず中世後期のプファルツ政治史の流れを簡単に確認しておこう。(11)

元来、ライン宮中伯はロートリンゲンの宮中伯であった。しかし、ケルン大司教、トリーア大司教などとの勢力争いの過程で、中世中期の間に宮中伯は下ライン・モーゼル方面の所領と権利を次第に失って、ライン中流・ネッカー下流地域に支配の中心を移していき、バッハラッハ Bacharach、アルツァイ Alzey、ノイシュタット Neustadt、ハイデルベルク Heidelberg などを主な拠点とするようになった。

一二一四年に、シュタウフェンの国王フリードリヒ二世は、ライン宮中伯の地位をヴィッテルスバッハ家のルートヴィヒ一世に授与した。ヴィッテルスバッハ家は既に一二世紀末以来バイエルン公であったが、これにより約一〇〇年の間、ライン宮中伯の地位とバイエルン公の地位が結び付くこととなった。(12) その際、一三世紀のヴィッテルスバッハ家の君主たちはバイエルンに滞在することが多く、その点ではプファルツは副次的領邦 Nebenland であった。一三世紀前半にも支配権の集積が進められたが、宮中伯たちは、とりわけ帝国修道院ロルシュ Lorsch の所領およびフォークタイをめぐって、マインツ大司教と対立した。この争いは、中世後期まで、プファルツとマインツの領邦政治上の対立関係を規定する要因の一つとなった。

ルートヴィヒ一世の子オットー二世の死後、一二五五年にヴィッテルスバッハ家の所領は分割され、オットー二世の子ルートヴィヒ二世が上バイエルンとライン宮中伯領を、その弟ハインリヒが下バイエルンを支配することとなった。

ルートヴィヒ二世の子ルードルフ一世とルートヴィヒは、後者の成人後いったんは父が遺した所領を共同統治するが、両者の関係は安定せず、繰り返し不和に陥った。特に、一三一四年の国王選挙でルートヴィヒが国王（ルートヴィヒ四



中世後期ライン宮中伯の系図

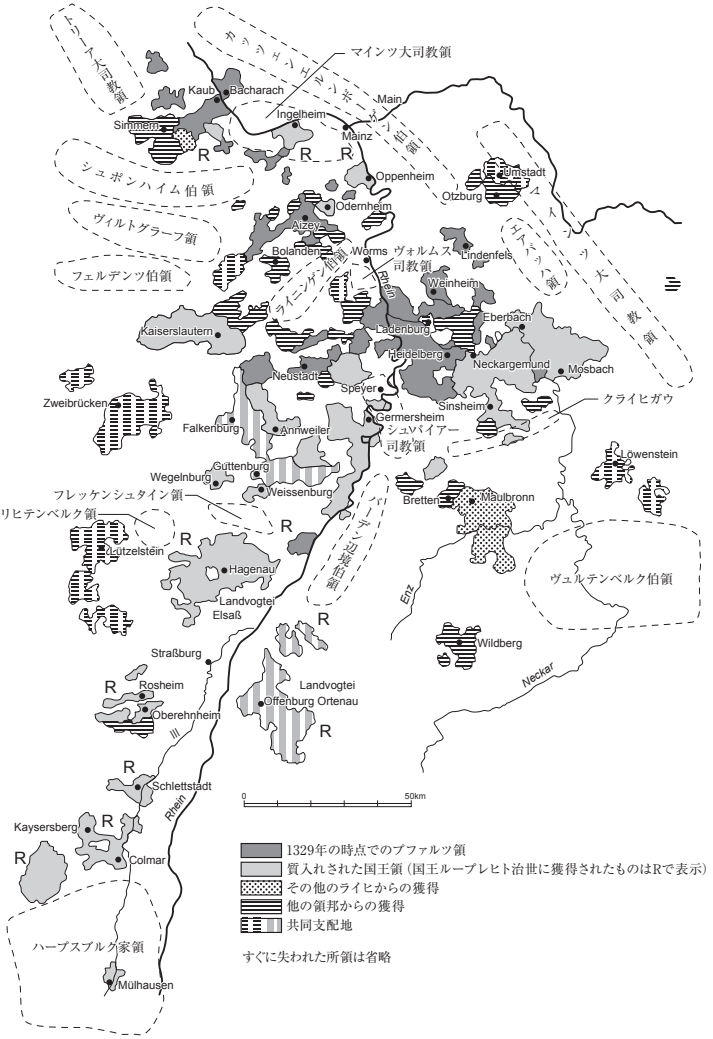
Meinrad Schaab, Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1 : Mittelalter, Stuttgart u. a. 1988, S.223f. の系図をもとに作成。
太字は宮中伯領の統治者を示す。

世）に選出された際、ルードルフ一世は、ルートヴィヒの兄であるにもかかわらず、そのライヴァルとなったハープスブルク家のフリードリヒの国王選出に参加した。それに続く王位争いの中で、ルートヴィヒはルードルフ一世の所領の大半を支配下に置いたが、一三一九年にルードルフ一世が死んだ後も、その寡婦メヒティルト（国王アードルフ・フォン・ナッサウの娘）とルードルフ一世の子らはルートヴィヒに対する抵抗を続けた。

この対立は、一三二九年、ルートヴィヒのイタリア遠征中にパヴィアで結ばれた協定（パヴィアの Hausvertrag）によって解決されることとなった。これにより、ルートヴィヒとその子らは上バイエルンを、ルードルフ一世の子孫はライン宮中伯領を得た。なお、この協定により、バイエルンのノルトガウ Nordgau 北部（後に上プファルツ Oberpfalz と呼ばれる地方）もルードルフ系統に割り当てられたが、ここはライン地方とは別の地方政治的環境にあるため、本稿における検討からは基本的に除外することとする[13]。しかし、ノルトガウの一部が常にルードルフ系の支配下にとどまったこともあって、ルードルフ系の君主達は、証書などで、ライン宮中伯のタイトルに続いてバイエルン公のタイトルをも掲げ続けた。例えば、一五世紀前半の宮中伯ルートヴィヒ三世も、なおみずからを「バイエルン家 Haus Bayern」の一員として意識していたのである[14]。

ルードルフ一世の子のルードルフ二世とループレヒト一世、および早逝したアードルフの子（ルードルフ二世らにとっては甥にあたる）ループレヒト二世は、当初共同統治を試みたが、一三三八年にやはり所領を分割するに至る。しかし、彼らの中ではループレヒト一世が、実際にはプファルツの政策を主導した[15]。彼とカール四世との関係には曲折があったが[16]、彼のもとで、国王領の質入れや他の貴族からの所領購入などを通じて、プファルツの支配は拡大・強化されていった。ループレヒト一世が一三九〇年に死んだ後は、ループレヒト二世がその政策を継続した。

ループレヒト二世が一三九九年に死んだ後、その子ループレヒト三世は、一四〇〇年にラインの大司教たちとともに



プファルツ領邦の発展（1329 － 1410 年）

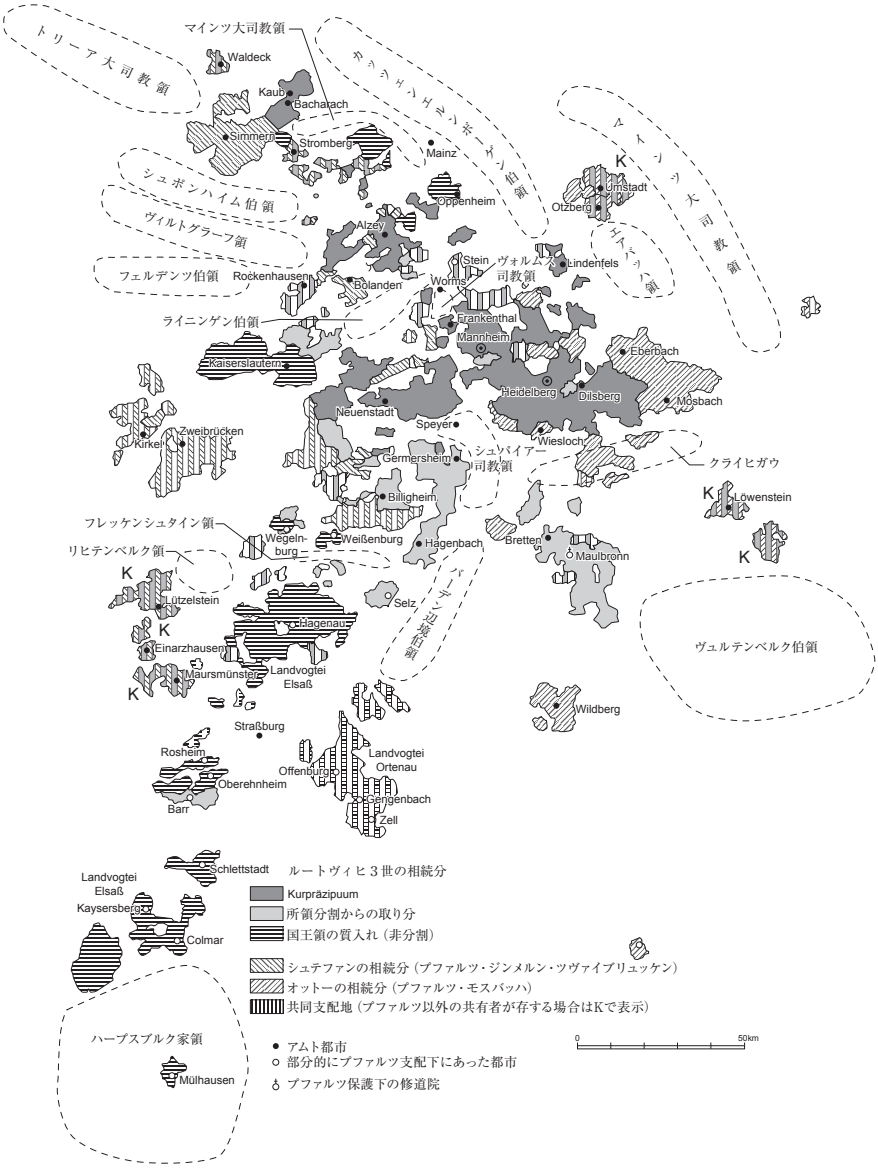
Meinrad Schaab, Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1 : Mittelalter, Stuttgart u. a. 1988, S.105 の地図をもとに作成。
なお、プファルツ以外の勢力圏は概略の位置を示す（以下の地図でも同様）。

国王ヴェンツェルを廃位し、みずから国王に選ばれた[17]。彼が一四一〇年に死ぬまでの一〇年間、プファルツの君主がドイツの国王となった。ループレヒトの国王統治は、プファルツ領邦の王権の基盤としての狭隘さや、マインツ大司教との伝統的な領邦政治上の対立などに妨げられて、多くの限界に直面することとなったが、それでもこの国王のもとでプファルツは、エルザスの帝国ラントフォークタイなど、エルザス・オルテナウを中心に多くの国王領の質入れを得て、上ライン方面で支配を更に拡大した。

国王ループレヒトの死後、その遺言に従い、一四一〇年に改めて所領の分割が行われた。宮中伯支配の中核部分で、後述のように不可分と定められたいわゆるKurpräzipuumと、直近の国王領質入れなどは、最年長のルートヴィヒ三世が継承した。一方、その弟ヨハンは上プファルツなどを（プファルツ・ノイマルクトPfalz-Neumarkt系）、シュテファンはジンメルンSimmernなどの地点とライン左岸のツヴァイブリュッケンZweibrücken伯領への期待権などを（プファルツ・ジンメルン・ツヴァイブリュッケン系）[18]、オットーはネッカー流域のモスバッハMosbachなどを（プファルツ・モスバッハ系）得た。一四世紀の所領分割に比して、この分割は持続的な影響を残し、全体としてのプファルツの勢力はやや弱められることとなった[19]。

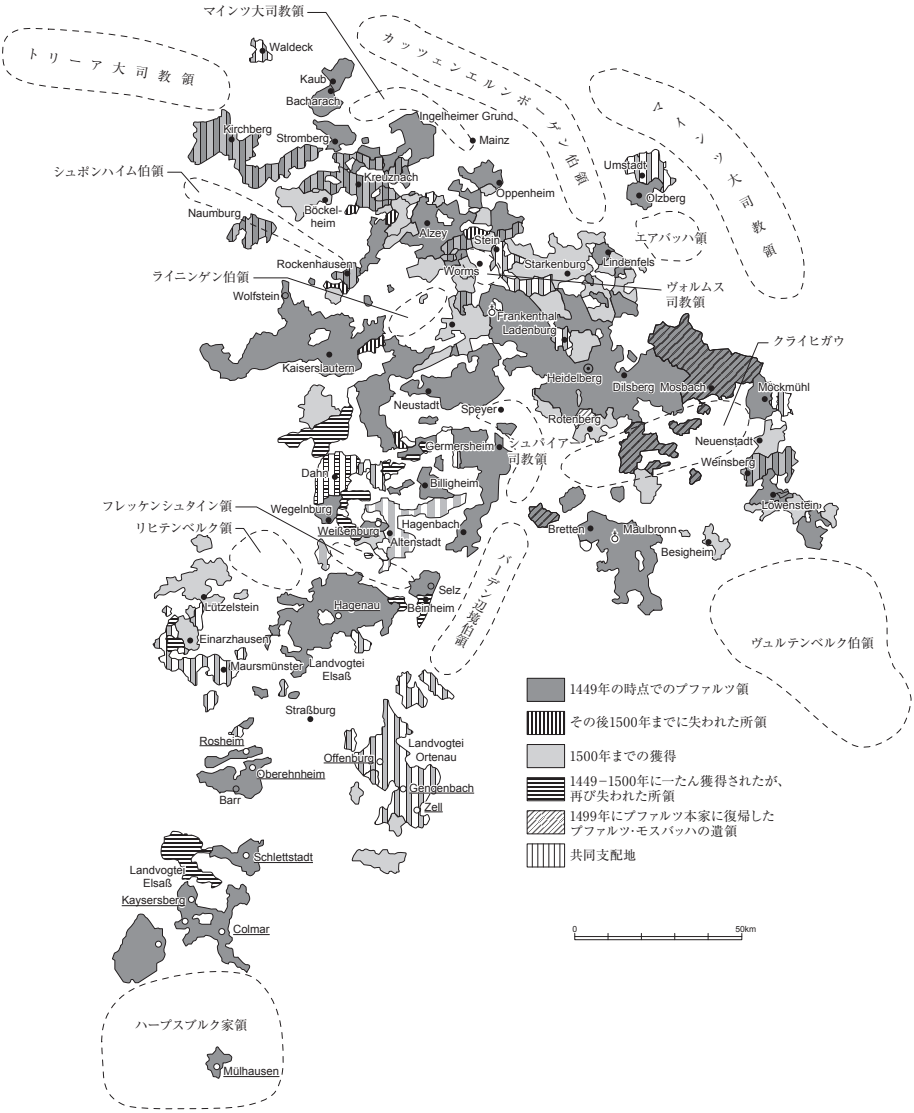
ルートヴィヒ三世も、帝国およびヨーロッパの政治上（例えばコンスタンツ公会議などで）重要な役割を果たしつつ[20]、領邦支配の拡大にもつとめた。後述のように、ライン宮中伯の支配拡大にとって、国王領の質入れが非常に重要な意味を持っていたが、この時期には既にライン地方やエルザスの国王領は大半が質入れされてしまったため、以後は地方の競争相手、特にマインツ大司教との競合が一層激しくなっていく。もっとも、ルートヴィヒ三世は一四二〇年代末以降、病気のため次第に統治能力を失っていった。

一四三六年にルートヴィヒ三世が死ぬと、その弟でプファルツ・モスバッハ系のオットーが、年若い甥のルートヴィ



1410 年の所領分割

Meinrad Schaab, Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1 : Mittelalter, Stuttgart u. a. 1988, S.147 の地図をもとに作成。



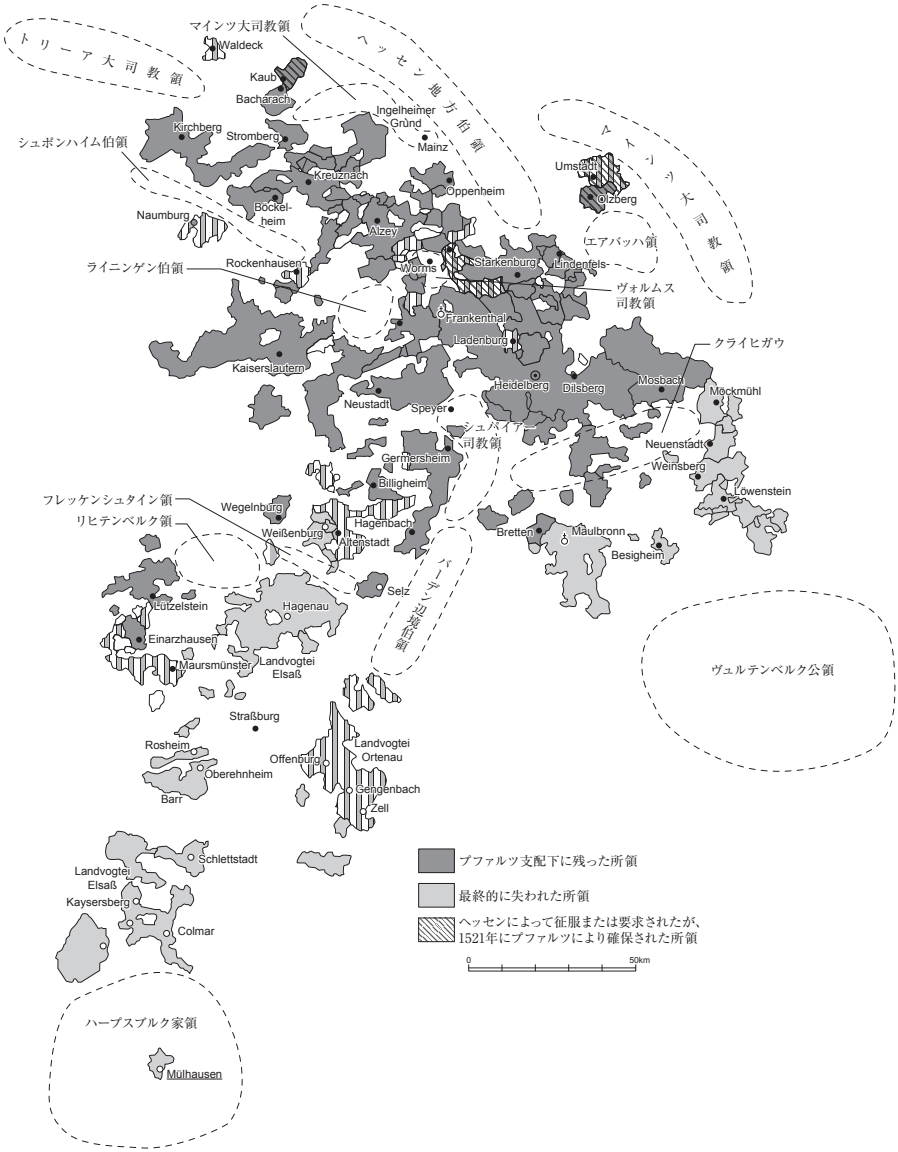
宮中伯フリードリヒ１世およびフィリップのもとでの
プファルツ領邦の発展（1449 － 1500 年）

Meinrad SCHAAB, Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1 : Mittelalter, Stuttgart u. a. 1988, S.188 の地図をもとに作成。

ヒ四世のために後見人をつとめた。一四四二年には、ルートヴィヒ四世が成年に達して統治を開始し、フランスから侵入した「アルマニャック」傭兵団の撃退などにつとめたが、早くも一四四九年に死去した。

このときルートヴィヒ四世の遺児フィリップはわずか一歳であったが、ここでルートヴィヒ四世の弟フリードリヒ一世が統治を掌握することとなった[21]。フリードリヒ一世には、元来独自の所領が割り当てられていたが、彼はみずからの諸侯領を創設する道を選ばず、一四五一年にフィリップを養子とし、みずからプファルツ本領の支配者となった。その際彼は、生涯結婚せず自分の死後はフィリップに支配権を継承させることを約束した。（もっとも、後述のように、フリードリヒは後にアウクスブルクの女性クララ・トット（デット）Clara Tott (Dett) との内縁関係を正式の結婚とし、その子らにはいくらかの所領が与えられた）。この異例の措置は、教皇や他の選挙侯からは承認されたが、皇帝フリードリヒ三世の承認を得られず、皇帝との対立関係はその後も続くこととなった。このフリードリヒのもとで、プファルツの政治的地位は更に上昇し。中世における最盛期に近づいた。彼は歴代の宮中伯の中では異例なことに、軍事的成功を通じて領邦支配を拡大し、ヘゲモニーを強化した（それゆえ Friedrich der Siegreiche と呼ばれる）。とりわけ一四六〇年にプフェッダースハイム Pfeddersheim 近傍でマインツ大司教とその同盟者たちを破り、また一四六二年にはゼッケンハイム Seckenheim でバーデン、ヴュルテンベルクなどの軍を破り、君主たち自身をはじめ多くの敵を捕虜にした。その他、エルザス方面などでもリュッツェルシュタイン Lützelstein 城を包囲攻略するなどして、更に支配を拡大していった。

一四七六年にフリードリヒ一世が死ぬと、フィリップがみずから統治を行った。彼も領邦拡大政策を継続する。彼のもとで、一四九九年にノイマルクトとモスバッハの分家の支配が、断絶によりプファルツ本家の手中に帰した。しかしフィリップは、その子ループレヒトとバイエルン・ランズフート公ゲオルクの相続娘エリーザベトの夫妻に、ゲオルク



ランズフート戦争による喪失（1504 ／ 09 年）

Meinrad Schaab, Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1 : Mittelalter, Stuttgart u. a. 1988, S.218 の地図をもとに作成。

の遺産を確保させようとして、皇帝、バイエルン・ミュンヘン公、ヘッセン、ヴュルテンベルク、ニュルンベルク市などと対立関係に入ることとなった。一五〇四年から始まったいわゆるランズフート継承戦争は、一五〇五年にはプファルツ側の敗北で終わった。ループレヒトとエリーザベトの夫妻は既に一五〇四年に死去しており、バイエルン・ランズフート公領はバイエルン・ミュンヘン公の支配に統合された。プファルツ領邦の中核部は維持されたが、エルザスなど周辺部の所領が数多く失われ、ヘゲモニーと影響力の喪失も含めて、ライン宮中伯にとっては大きな打撃となった。このような失墜を経て、プファルツは近世に入っていくことになったのである。

二　王権および帝国国制との関係

ライン宮中伯の領邦支配形成は、「はじめに」においても触れたように、王権および帝国国制との密接な関係のもとで遂行された点に、大きな特徴がある。以下この特徴を、いくつかの側面について敷衍してみよう。

（一）帝国国制上の特殊な地位[22]

ライン宮中伯が、中世後期の帝国において七人の選挙侯の一角を占めていたことは、よく知られている。ヴィッテルスバッハ家内部で誰が選挙権を行使するかは、当初未確定の部分が大きかった。前述の一三二九年のパヴィア協定は、この点をも規定して、プファルツ系（ルードルフ一世の系統）とバイエルン系（国王ルートヴィヒ四世の系統）が交互に国王選挙権を行使するものと定めた[23]。しかし、皇帝カール四世のもとで、一三五六年に成立した金印勅書は、プファ

ルツ系のみに国王選挙権を認め[24]、結果としては以後この定めが貫徹した。ライン宮中伯は、世俗選挙侯の一人として、帝国の大トゥルッフゼス Erztruchsess のタイトルを、やはり金印勅書で正式に認められ[25]、例えば一五世紀前半のルートヴィヒ三世は、ほとんどの証書でこのタイトルを用いた[26]。

ライン宮中伯は更に、他の選挙侯と同様の国王選挙権以外にも、いくつか特別な地位を持った。一つは、国王に対する裁判官の職であるが、既に一三世紀前半の法書ザクセンシュピーゲルでも言及されていた地位[27]で、やはり金印勅書の中で認められた[28]。もっとも、実際にライン宮中伯が、国王が当事者となった事件について裁判官として登場した例は乏しい。確実に伝わるケースとしては、一二七四年に国王ルードルフ・フォン・ハープスブルクがベーメン（ボヘミア）王オットカール二世を訴えた際に、ライン宮中伯ルートヴィヒ二世が裁判官となった例があるが、このときには、皇帝ないし国王が帝国諸侯を訴える場合、裁判官としての権限が古来よりライン宮中伯に属することが、判決により確認されている[29]。その他には、一三〇〇年にラインの選挙侯たちと国王アルブレヒト一世が対立した際に、宮中伯ルードルフ一世が、国王について裁判しうるゆえに、他の選挙侯たちによってライン地方へ呼び寄せられたことが叙述史料により伝えられている[30]。

更に、国王死去後の帝国代理職 Reichsvikariat が[31]、ライン宮中伯に認められた。この権限がなにゆえライン宮中伯に属するのかも明確ではないが[32]、既にいわゆる大空位時代に、宮中伯が国王不在と見なした状況の中で封の授与などを行ったケースが知られており[33]、国王が死去して不在の間はライン宮中伯により帝国レーンの授与がなされることは、一三世紀後半の法書シュヴァーベンシュピーゲルにも現れる[34]。一二七六年ごろには国王ルードルフ一世が、ライン宮中伯が古来よりこの権限を有することを認めており[35]、教皇庁との対立の中で一三二四年に国王ルートヴィヒ四世によって公表されたいわゆるザクセンハウゼン上訴の中でも、ライン宮中伯の帝国代理としての権限が教皇に対抗して主張され

ている。[36] この帝国代理職も、やはり金印勅書において、ライン地方・シュヴァーベン地方およびフランク法圏についてライン宮中伯に承認され、宮中伯は、裁判の開催、聖職禄の提案、帝国収入の徴収、帝国レーンの授与、宣誓の受領などをなしうることとされた。[37] 一五世紀の間に、この権限はライン宮中伯によって何度か実際に主張・行使された他、[38] 更に国王がドイツに不在の時や、何らかの事由で統治を妨げられた際の帝国代理の地位も要求されることがあった。例えば、ルートヴィヒ三世は、一四一〇年の父の死後すぐに帝国代理の地位を主張している。また彼は、一四三一年から一四三三年まで、国王ジギスムントのイタリア遠征中にも、帝国代理として振る舞った。[39]

ライン宮中伯のこのような帝国国制上の特別な地位は、後述の婚姻関係などからうかがわれるように、宮中伯とその家門にドイツ内外で高い権威が認められる基礎となったと考えられる。[40] しかし宮中伯が帝国国制上高い地位を占めたことの意義は、そうした権威と名声の分野にとどまらない。とりわけ宮中伯の選挙侯としての地位と、それに伴う政治的重要性は、ライン宮中伯と王権との関係に大きな影響を与えたと考えられる。宮中伯は、既に一三世紀後半以来、常に帝国レベルの政治で活発に行動したラインの選挙侯の一角を占める存在であった。[41] 代々の国王にとっては、ライン宮中伯をみずからの政治的路線に引き付け、宮中伯を敵対陣営にまわらせないために、手厚い配慮を行うことが必要となったのである。その端的なあらわれが、以下で述べる国王領の質入れであった。

（二）国王領の質入れとプファルツ領邦の形成

中世後期ドイツにおいて、支配下の所領・城・都市・権利・収入などを質入れすることは、とりわけ一四世紀に、王権および諸侯・貴族によって広く行われた。[42] その際、王権によるそれは、質入れといっても、現金を借り入れるのでな

く、奉仕に対する報酬としてなされることが多かった。ライン宮中伯は、中世後期において国王領の質入れを最も多く受けた勢力の一つであった[43]。

そのような国王領の質入れは、とりわけ一四世紀から一五世紀初めに、ライン宮中伯の領邦支配の拡大にとって、非常に大きな意味を持った[44]。重要な質入れに限って時代順にあげれば、一三三〇年に皇帝ルートヴィヒ四世は、ネッカー川流域のネッカーグミュント Neckargmünd、エーバーバッハ Eberbach、モスバッハ Mosbach、ジンスハイム Sinsheim およびライン左岸のアンヴァイラー Annweiler、ゲルマースハイム Germersheim、トリーフェルス Trifels などを宮中伯ルードルフ二世、ループレヒト一世、ループレヒト二世に質入れした[45]。一三七五年には皇帝カール四世が、宮中伯に、中ラインのオッペンハイム Oppenheim、オーデルンハイム Odernheim、シュヴァープスベルク Schwabsberg、オーバーインゲルハイム Oberingelheim、ニーダーインゲルハイム Niederingelheim、ヴィンターハイム Winterheim、ニアシュタイン Nierstein を質入れから請け出して保持することを認めた[46]。また既にカール四世が一三六五年に、宮中伯ループレヒト一世に対して、シュトラースブルク司教に質入れされていた上ラインのオッフェンブルク Offenburg、ゲンゲンバッハ Gengenbach、ツェル Zell、オルテンベルク Ortenberg を請け出す権利を与えていたが[47]、一四〇九年に国王ループレヒトは、これらの地点とゼルツ Selz を息子のルートヴィヒ三世に質入れした[48]。一四一三年には、国王ジギスムントによる、エルザスの帝国ラントフォークタイの質入れが続く[49]。このような処分の結果、プファルツ領邦のかなりの部分は、質入れされた国王領に由来することになったのである。

このような数多くの質入れの背景には、ライン宮中伯の本拠地であったライン地方に伝統的に数多くの国王領が存在していたという事情があるが、とりわけライン宮中伯の政治的重要性とその国王選挙権を考慮して、宮中伯への利益供与として質入れが行われたのであった[50]。

ある都市や村落全体が質入れされた場合、質請け主は、役人の任免や収入の徴収などの点で本来の領主とほぼ同じ権能を獲得し、臣民の服従宣誓を受け、彼らを保護することになった(51)。また、王権によるライン宮中伯への国王領の質入れが解除されて、当該の所領・権利が国王支配に復帰することは、現実にはほとんどなかった。とりわけ、最初に質入れがなされた後、質入れ解除に要する金額が増額されていくことがしばしばあり、そのような場合、質入れの解除は当然困難になった。このような状況は、宮中伯の側でも意識されており、例えば、後述する一三五六年の筆写文書集 Kopialbuch では、ルートヴィヒ四世による質入れに関係した証書は、永続的効力を有すべき証書のグループに分類されている(52)。しかしそれにもかかわらず、理論的には質入れ解除の可能性が残っていたのは確かであり、また王権が質入れ解除権を第三者（近隣の諸侯など）に譲渡することもあり得た。質入れされた国王領に対するライン宮中伯の支配には、このような独特の不安定さが内包されていたのである。こうした事情は、宮中伯の側から見ても、彼らが王権と密接な政治的関係を保ち、ライヒ政治に関与し続けたことの、一つの要因であったと思われる。例えば、皇帝ルートヴィヒ四世死後のヴィッテルスバッハ派とルクセンブルク家のカール四世との間の王位争いにおいて、一三四九年にプファルツがヴィッテルスバッハ陣営からルクセンブルク陣営に移った背景には、ルートヴィヒ四世時代に獲得された質入れを確保するという考慮があったものと推測される(53)。逆に王権の側からは、質入れ解除金額の増額が、ライン宮中伯との政治的関係を調整する手段として、しばしば用いられた。国王領の質入れ解除の可能性は、近世にはカール五世以降の約束によって最終的に排除されることになるが(54)、それまでは以上のような形で王権と宮中伯とを結びつける要素となっていたのである。

このように、帝国国制上の高い地位を背景に、ライン宮中伯は、王権から数多くの所領・権利の質入れを受け、それを通じて支配拡大をすすめていった。ライン宮中伯はそのような形で、ライン地方に散在する国王直轄支配の遺産を受

け継ぎつつ、漸進的に領邦支配を構築していったのである。

三　君主家門の意義

ライン宮中伯が帝国国制において占めた特別な地位と、国王領の質入れに端的に現れた王権との近さは、宮中伯の家門のあり方にも、さまざまな影響を及ぼした。中世後期ドイツの国制史を考える際に、国家からでなく家門から出発すべきことは、一九七〇年代以来指摘され、後述のような宮廷に関する研究の活発化にも現れているように、現在基本的に学界の了解を得ているように思われる(55)。ライン宮中伯の家門について、以下、いくつかの問題領域を論述しよう。

（一）相続関係の規制（分割相続と長子相続(56)）

中世後期のプファルツ系ヴィッテルスバッハ家の歴史においては、他の多くの家門と同様に、伝統的な分割相続と家門勢力の細分化を回避しようする考慮とのせめぎあいが見られる(57)。二つの要素はせりあいつつ、時とともに次第に後者が優越していくが、その過程は決して一直線ではなかった。

ヴィッテルスバッハ家では、前述のように、一二五三年にオットー二世が死んだ後、一二五五年にその子のルートヴィヒ二世とハインリヒの兄弟で分割相続が行われた(58)。前者はバイエルン南西部（いわゆる上バイエルン）およびノルトガウ（後の上プファルツ）と並んでライン宮中伯領と宮中伯のタイトルを得た。一方、ハインリヒの方は、バイエルン東部（いわゆる下バイエルン）を獲得し、以後一三四〇年まで彼の子孫がそこを統治した。

一二九四年にルートヴィヒ二世が死去した後、その子のルードルフ一世とルートヴィヒ（後の国王ルートヴィヒ四世）の間では、父の遺産をいかに統治するかをめぐって対立が続いた[59]。当初は、年長のルードルフが、ルートヴィヒの後見人として単独で統治したものの、ルートヴィヒ側からの反発があり、両陣営はいったん戦争状態に陥った。一三一〇年に両者は、顧問たちの参画を得て協定を結び、支配権を分割した[60]。しかし、これはうまく機能せず、一三一三年には、再度協定が結び直されて、共同統治が試みられた[61]。その後、王位争いも絡んで今度はルートヴィヒが、プファルツも含めてほぼすべての支配を事実上掌握する[62]。しかしそれに対して、一三一九年に死んだルードルフ一世の寡婦メヒティルトと遺児らが抵抗し[63]、この対立は、一三二九年になって、ようやく解決を見たのであった。

一三二九年のパヴィアの協定 Hausvertrag は、ヴィッテルスバッハ家の歴史にとって大きな意味を持つことになった[64]。この協定により、ルードルフ一世の子孫たち（彼の子のルードルフ二世とループレヒト一世、彼らの兄で早世したアードルフの子のループレヒト二世）がライン宮中伯領を、一方皇帝ルートヴィヒ四世とその子らが上バイエルンを得た。一方の家系が断絶した場合には他方の家系に相続権があるものとされ、また国王選挙権は前述のようにプファルツ系とバイエルン系が交代で行使するものとされたが、この取り決めにより結果として、プファルツ系とバイエルン系は分離することとなったのである。

その後、一三三八年に、今度は、プファルツ系の三人の間で支配権が分割されたが[65]、しかし一三五三年のルードルフ二世の死後、ループレヒト二世は結局実質的に統治権をほとんど行使しない状況になり[66]、事実上ループレヒト一世の単独支配に近い状態が出現した。

一三五六年の金印勅書は、国王選挙権者を確定するため、世俗選挙侯について選挙権の長子相続を規定するとともに[67]、世俗選挙侯領の分割を禁止した[68]。また、金印勅書前半部の成立直前、一三五五年一二月に、ループレヒト二世は

国王選挙権をループレヒト一世にゆだね、ループレヒト一世の存命中は彼が選挙権を行使することが、皇帝カール四世および他の選挙侯の前で決定された[69]。

一三五七年にループレヒト一世とループレヒト二世は、相続契約に合意した[70]。ループレヒト一世が息子なくして死んだ場合、ループレヒト二世とその子孫が、ループレヒト一世が遺した全支配を継承することが宣言された。その際、ループレヒト二世の系統は長子単独で支配権を継承するものとされた[71]。プファルツの歴史において、ここではじめて、長子単独相続が登場したのである。分割相続を排するこの措置は、前年の金印勅書の内容と符合するものであったが、金印勅書への明示的言及がなされているわけではない。また、ループレヒト一世の支配下の封臣、ブルクマン、市民、アムトマンは、ループレヒト二世の長子以外の者に服従してはならないとされた[72]。長子単独相続制を、こうした形で補強しようとしたのである。

この後注目すべき措置として、一三六八年には、ループレヒト一世と二世によって、いわゆるKurprăzipuumが設定された[73]。これは、不可分かつ常にプファルツ支配下にとどまるべきものとされた所領で、具体的には、シュターレックStahleck城、バッハラッハBachrach市と周囲の所領（いわゆるVierträlergemeinde）、シュタールベルクStahlberg城、カウプKaubの城と都市およびライン川中のプファルツグラーフェンシュタインPfalzgrafenstein、フュルステンベルクFuerstenberg城、アルツァイAlzeyの城と都市、ノイシュタットNeustadt (an der Haardt)市とヴォルフェンベルクWolfenberg城、ラインのマンハイムMannheim城、ヴァインハイムWeinheimの城と都市、ハイデルベルクHeidelbergの両城と都市、ディルスベルクDilsbergの城と都市、リンデンフェルスLindenfelsの城と都市が、これに属するものとしてあげられている。これらはライン地方における宮中伯の支配の中核的拠点であって、多くは既に一二、一三世紀からライン宮中伯の支配下にあった。今後宮中伯は、これらを売却、質入れ、譲渡、交換、寄進したり、

寡婦産や持参金などとして譲渡したりしてはならず、これらは永久にプファルツにとどまり、かつ一人の宮中伯のもとにとどまる（したがって分割相続の対象にもならない）こととされた[74]。ここで「プファルツ Pfalz」概念が、君主とその家門のメンバーから区別されて所領の帰属先として登場していることは注目される。また上記のプファルツ所領の役職保持者と臣民も、この取り決めの遵守を誓約するべきであり、この取り決めを確認しない宮中伯に服従してはならないとされた[75]。「プファルツ」概念とセットになって、役職保持者と臣民も、君主個人とは区別された政治体の要素として現れ、役割を与えられることとなったのである。ただし、Kurprăzipuum はライン宮中伯支配の中核部分に限定されていたのであるから、このような「プファルツ」と宮中伯の支配全体との間には、ずれがあることにも注意する必要がある。更に、ここで言う一人の宮中伯が長子であるという規定はなく、長子相続は明示されていない。前述のずれを考慮すれば、このときの決定は、分割相続を完全に排除するものでもなかった。また、金印勅書に対する言及はなく、国王選挙権もまったく登場しない。その限りでは、選挙と関係した Kurprăzipuum という表現をこの時点で用いるのはミスリーディングであるとも言える[76]。むしろ、これ以外の財産は分割しうると読むならば、このときの協定は、金印勅書の分割相続禁止を空洞化するものと見ることもできるのである。

一三七八年には、Kurprăzipuum は更に拡大され[77]、今や上プファルツの所領も含まれることになった。具体的には、アムベルク Amberg の城と都市、ヴァルデック Waldeck 城、ケムナート Kemnath 市、ヘルフェンシュタイン Helfenstein、ヘムスベルク Hemsberg、ムーラッハ Murach の諸城、ナブブルク Nabburg 市、リューデン Rüden 城があげられている。いずれも上プファルツにおける重要な支配拠点である。あとは、ほぼ一三六八年の規定が繰り返されており、「プファルツ」では一人の宮中伯が支配すべきものとされている。しかし、それが長子であるとはやはり書かれていない。

一三九五年には、ループレヒト二世とループレヒト三世（当時、ループレヒト、フリードリヒ、ルートヴィヒ、ヨハン、シュテファン、オットーの六人の男子を持っていた）が、いわゆる「ループレヒトの定め Rupertinische Konstitution」によって、相続問題など国制上の重要事項を規定した[78]。この文書は、後述のように結局発効することがなかったとはいえ、非常に興味深い内容を含んでおり、この時点での宮中伯の支配観念を知るうえで重要である。それゆえ以下、詳しく内容に立ち入ってみよう。

このとき宮中伯たちは、まず従来の取り決めと Kurprärogativum を確認した。しかしその際、長子が全所領の単独支配者となるとされていることは、注目される[79]。上述のように、このことは一三六八年および一三七八年の決定では明言されていなかったのである。一三九五年時点ではループレヒト一世の死（一三九〇年）によって、プファルツの支配権はループレヒト二世の系統に集中されており、ここで長子単独支配が登場するのは、こうした家門事情が原因であろう。この状況がそれ以前に設定された Kurprärogativum にいわばさかのぼって適用されているのである。

更に、宮中伯の支配の形容として「選挙侯領 kurfürstendum」が、このときになって使われているのも目を引く。これも従来の決定にはなかった表現である。また、プファルツ支配に属するレーンは、もっぱら長子が授封すべきものとされた[80]。宮中伯たちは、従来の Kurprärogativum に、更にオッツベルク Otsberg、ヘリング Hering、ウムシュタット Umstadt、シュタインベルク Steinberg、ヒルスバッハ Hilsbach、ジンメルン Simmern の城と都市、シュトロムベルク Stromberg を付け加えた[81]。

宮中伯の全所領は、基本的にループレヒト三世の長子ループレヒト＝ピパン（ループレヒト四世）が相続するものとされたが、次子フリードリヒにも一〇〇〇〇グルデンの年金が約束され、それに対応する城などが割り当てられることとされた。一方それ以外の子については長子ループレヒト四世がしかるべき配慮をすることだけが規定された。また次

子以下の系統が断絶した場合、その所領は長子の系統に復帰するべきものとされた。[82] もっとも、次子以下の系統が婚姻等を通じて現在のプファルツ支配以外の別の所領を獲得した場合には、それらはその系統とその相続人のもとにとどまる。[83]

相続人たちの間での紛争は、後述の一三人委員会の決定にゆだねられる。[84] この一三人委員会は、ライン右岸での問題に関してはハイデルベルクに、ライン左岸での問題に関してはノイシュタットかアルツァイに集まり、調停ないし仲裁判決によって、プファルツ家門メンバー間の争いを解決する。[85]

次子以下の系統は、攻撃されたり不法を被ったりした場合は別として、長子系統の同意がなければ戦争を行うことができない。一方長子系統も、相続人および一三人委員会の同意がなければ、自己のための、または不注意からの戦争を、自分と同等かより強力な相手に対して行うことはできない。[86]

長子系統の成人年齢は二〇歳とされたが、国王選挙権の行使は例外とされた。[87] この点については、金印勅書への明示的言及はなされていないとはいえ、国王選挙権に関して一八歳をもって成年とする金印勅書の規定[88]が意識されたのであろうと思われる。

また宮中伯は、一三人委員会の助言と同意なしに臨時の租税 groß ungewonlich sture oder scheczunge を徴収することができないとされたが、毎年通常支払われる租税 gewonlich clein sture は問題なく徴収しうるものとされた。[89]

宮中伯の支配全体にかかわる重要事案とライン地方の事案を管轄する一三人委員会が設置されるが、そのメンバーは、シュポンハイム（・フィアンデン）Sponheim-Vyanden 伯ジーモン、ライニンゲン Leiningen 伯フリードリヒという中ライン左岸地方に宮中伯の支配とあい接して根拠地を持つ二人の伯と、宮中伯の dinere である、エーバーハルト・シェンク・フォン・エアバッハ（大）Ebirhart Schenck von Erpach der Aeltere、ヴィプレヒト・フォン・ヘルムシュタッ

ト Wyprecht von Helmstat、アルブレヒト・フォン・フェニンゲン Albrecht von Venigen、ヨハン・ケメラー・フォン・ダルベルク Johan Kemerer gen. von Dalburg（宮廷長官 Hofmeister）、ブレンナー・フォム・シュタイン Brenner vom Stein、タン・クネーベル Tame Knebel、ルードルフ・フォン・ツァイスカム Rudolff von Zeißikem、ハンス・フォン・ヒルシュホルン Hansen von Hirczhorn、ヘネマン・フォン・ジッキンゲン Henneman von Sickingen（ノイシュタットのヴィッツトゥーム Vitztum）、ディーター・フォン・ハントシュースハイム Dyther von Hentzusheim、クンツ・ラントシャート・フォン・シュタイナッハ Conczen Lantschaden von Steinach であり、彼らが上述のようにプファルツ家門メンバー間の争いの解決にあたることとされた。委員会は永続的な機関として構想され、将来メンバーが欠けた場合は、単独支配する宮中伯によって補充されるべきものとされた(90)。伯以外のメンバーは、いずれも中ライン地方の下級貴族で、プファルツの役職を占めていた者がいることからもわかるように、また後述するライン宮中伯宮廷の構成においても詳しく示されることになるように、宮中伯と緊密な関係にあり、その支配を支えていた者たちであった。

一方、上プファルツに関しては別に七人委員会が設置され、プファルツ家門間で上プファルツの所領に関して争いが起きた場合、アムベルクに集まって調停ないし仲裁にあたるものとされた。ただし、問題が重大な場合は、七人委員会はそれを一三人委員会に送り、一三人委員会が最終的判断を下すものとされた。七人委員会の具体的メンバーは、カステル Castel 修道院長オットー、ウルリヒ・デア・シュタウファー Ulrich der Stauffer、ハンス・デア・ヘッケル Hans der Heckel、アルトマン・デア・ケムナーテ Altman der Kemnater、カスパー・デア・シュヴェプファーマン Caspar der Swepferman、オルトリープ・デア・ヴォルフェ Ortlib der Wolffe、アムベルクのラントシュライバー Landschreiber コンラートであった(91)。

その他、ハイデルベルク大学は将来にわたって維持・振興されるべきこと、聖職者は宗教的職務に集中するために世

俗役職を兼ねるべきでないこと、ユダヤ人と高利貸しは追放されるべきこと、などが規定された[92]。

また、今後書かれた法がまとめられ、それにしたがって裁判がなされるべきこととされているのも注目される。この規定は、もっぱらライン地方の所領が対象となっている。現状認識として、皇帝法と書かれた法がラインの所領では廃れているとされており、それゆえ書かれた法が再び書かれ、まとめられるべきものとされる。ただし、こうしてまとめられた法が、慣習等を考慮して修正される可能性も、許容されている[93]。

取り決めの周知と実効性に関しても注目すべき配慮がなされた。すなわち、取り決めの証書は合計一〇通作成されることとされ、長子系統、次子以下の系統、一三人委員会、七人委員会、ハイデルベルク、アルツァイ、ノイシュタット、バッハラッハ、カウプ、アムベルクおよびハイデルベルク大学がそれぞれ一通を持つこととされた。各都市では年一回（六月二四日の洗礼者聖ヨハネの祝日に）取り決めが公開の場で読み上げられるものとされた。宮中伯もその役職者たちも、今後、取り決めを遵守することを誓約する。宮中伯がそれを怠る場合は、一三人委員会および七人委員会がそうするように促す。取り決めの証書は、宮中伯たちだけでなく、一三人委員会、七人委員会および上述の諸都市によっても印章を付されることとされ、加えてループレヒト三世の義父にあたるニュルンベルクのブルクグラーフ、フリードリヒが、いわば取り決めの保証者として印章を付すものとされた[94]。

この取り決めは結局発効しなかったが[95]、この時点での長子相続制の進展を示す注目すべき文書である。またこの取り決めは相続関係規定を中心としつつも、上述のように、法・教会・経済・大学政策にかかわる条項をも持っており、後に領邦の政策分野として展開していく要素を萌芽的に含んでいる。これらの要素が、相続という君主家門の重大案件に付随する形で登場していることも注目されるのである。

この一三九五年の取り決めのかなりの部分は、一四〇一年の国王ループレヒトの遺言に取り入れられたが[96]、しかしそ

の一方で、この遺言は既により強く分割相続への志向を示していた。遺言はその後実行され、結局一四一〇年に分割相続が行われた[97]。このときの措置は、金印勅書の規定を念頭に置きつつなされたと思われる。いまや狭義の「プファルツ」ととらえられたKurpräzipuumは、国王選挙権とともに、分割されずに存命中の最年長子であったルートヴィヒ三世に割り当てられた[98]。その他の所領については、四人の子の間で分割が行われた。このようにして、金印勅書の分割禁止規定と分割相続との両立がはかられたのである。このときの分割が、全体としてのライン宮中伯の勢力を弱めたことは前述のとおりであったが、他方で、金印勅書の規定およびプファルツ家門の政治的利害と分割相続とをおりあわせる妥協点が見出されたことの意味は小さくなかった。

すなわち一四一〇年の方式は、基本的にその後も踏襲されることとなったのである[99]。一四二六年のルートヴィヒ三世の遺言、および一四三六年の彼の死後のその実行は、いずれも長子が国王選挙権・Kurpräzipuum・その他の支配権を継承し、次子にもある程度の所領を割り当てるという形をとったのであった。

一四四七年のルートヴィヒ四世の死後、その弟のフリードリヒ一世が兄の子フィリップの後見人となった[100]。これは、金印勅書の規定どおりの対応である[101]。しかし、フリードリヒは更に進んで、一四五一年に、フィリップと養子縁組（いわゆるArrogation）を行った[102]。ところが、フリードリヒ一世は結婚しないと約束していたにもかかわらず、実際はアウクスブルクの市民家系出身の愛人クララ・トット（デット）Klara Tott (Dett)と一四七一年に密かに結婚する。二人の関係は以前からのもので、間には子どもも生まれていた[103]。一四七二年には、フリードリヒはフィリップに、結婚の権利と子どもたちへの所領分与を認めさせた[104]。中核部以外の所領を分割相続するという対応は、ここでもなお生き続けていたわけである。もっとも、一四七六年にフリードリヒが死ぬと[105]、フィリップはただちにその子ルートヴィヒに所領放棄を行わせ、所領の分散に歯止めをかけた[106]。一五世紀後半以降のプファルツ選挙侯家は、分割相続による勢力の弱体化

を回避するという要請と、家門の男子にふさわしい生活環境を与えるという要請とを両立させるために、相続に与らない男子を大司教・司教のポストに就けるという政策をすすめていく。[107]

以上のようにプファルツでは、おおよそ一四〇〇年前後の試みにより、深刻な支配分割を回避しつつ家門メンバーをしかるべく養うという体制が成立することになった。中世後期プファルツ家門の相続をめぐる展開は、一方で、伝統的な分割相続を克服して家門の勢力を維持しようとする傾向が次第に前面にあらわれてくることを示すとともに、他方で、家門のメンバーにそれにふさわしい地位と基盤を保証するという家門的配慮が根強く存続したことをも示している。結果として分割相続は行われなくなり、そのことは領邦の安定化にとって大きな意味を有したのではあるが、それは必ずしも君主家門から独立した、抽象的な国家の成立を意味したわけではなかった。そして、この帰結には、やはり金印勅書の分割禁止規定が大きな影響を及ぼしたと思われるのであり、国王選挙権という分割できない権利との関係で、不可分の支配が析出されてきたのであった。

（二）婚姻関係[108]

君主家門において、メンバーの婚姻は、相続と並んできわめて重要なイシューである。君主家門の婚姻関係と婚姻政策は、当該家門の狭義の領邦支配を越えて、広い範囲で展開される要素であった。

プファルツの婚姻関係を確認してみると、当時のライヒおよびヨーロッパの君侯社会の中で、国王に匹敵する高い威信がこの家門に認められていたということがわかる。[109]

ライン宮中伯は、一三世紀後半から一四世紀にかけて、多くのドイツ国王と姻戚関係を結んだ。ルートヴィヒ二世は、

一二七四年に後妻として、国王ルードルフ・フォン・ハープスブルクの娘メヒティルトを迎えた。ルードルフ一世とルートヴィヒの兄弟は彼女から生まれた。ルードルフ一世は、国王アードルフ・フォン・ナッサウの娘メヒティルトを妻とした。その子で一三一二年に早世したルートヴィヒは、国王ハインリヒ七世の娘マリアと婚約していた。ルードルフ二世の娘アンナは国王カール四世と結婚するが、彼女が生んだヴェンツェルは一三五一年に夭折し、彼女自身も一三五三年に死去した。

ルードルフ二世・ループレヒト一世以後の宮中伯の配偶者選びを見ると、ルードルフ二世の最初の妻はケルンテン公家のアンナ、二番目の妻はシチリア王家のマルガレーテであった。また、ループレヒト一世の最初の妻は、フランドル・ナミュール伯ヨハン一世の娘エリーザベト、後妻はユーリヒ・ベルク公ヴィルヘルムの娘ベアトリクスであった。ループレヒト二世は、シチリア王ペーター二世の娘ベアトリクスを妻に迎えた。ループレヒト三世（国王ループレヒト）はニュルンベルクのブルクグラーフ、フリードリヒ五世の娘エリーザベトと結婚した。彼の息子ルートヴィヒ三世はイングランド王ヘンリー四世の娘ブランカと結婚し[110]、彼女の死後は、サヴォイ公家のマティルデを妻に迎えた。ルートヴィヒ四世は、サヴォイ公アマデウス八世の娘マルガレーテと結婚するが、彼女はナポリ王であったアンジュー家のルイの寡婦であった[111]。彼の養子フィリップの結婚相手として、宮中伯フリードリヒ一世は当初、中ライン地方に富裕な支配を誇ったカッツェンエルンボーゲン Katzenelnbogen 伯の娘オッティーリエや、ブルゴーニュ公シャルルの娘マリアなどの相続娘との結婚を策したが実現せず、最終的にフィリップは、バイエルン・ランズフート公ルートヴィヒ（富裕公）の娘であったマルガレーテと結婚した。

それ以外の家門メンバーの結婚相手も、具体的な所領政策が関係しない場合は、概して諸侯家門であった。ループレヒト三世（国王ループレヒト）の多くの子どもたちのうち、早世したループレヒト・ピパンは中ライン地方でプファル

ツの支配に接して所領を有したシュポンハイム伯家のエリーザベトと結婚した。娘マルガレーテは、ロートリンゲン公カール一世に、アグネスはクレーヴェ公アードルフに、エリーザベトはオーストリア（・ティロール）公フリードリヒに嫁いだ。ヨハンの最初の妻は、ポンメルン公家のカタリナ、二番目の妻はバイエルン・ミュンヘン公家のベアトリクスであった。シュテファンは、やはり中ライン地方で宮中伯支配の近くに所領を有したフェルデンツ伯の相続娘であったアンナを妻とし、オットーはバイエルン・ランズフート公家のヨハンナを娶った。ルートヴィヒ三世の娘メヒティルトは、最初の結婚でヴュルテンベルク伯ルートヴィヒ一世に、二度目の結婚で皇帝フリードリヒ三世の弟のオーストリア公アルブレヒト六世に嫁いでいる。

以上のようなプファルツの婚姻関係は、家門の占めた高い地位とドイツ王権との密接な関係を確認するものであるとともに、この家門がドイツ内部にとどまらないヨーロッパの君侯社会の中で活動していたことに、改めて注意を促すものでもある。君主家門の意義を重視することは、このような側面を前景に引き出すことでもあるのである。

（三）墓所の選択

貴族家門の確立と家門意識のあり方にとって、墓所が重要な意味を持ったことは、よく知られている[112]。ライン宮中伯の墓所は、中世後期の間に興味深い変遷を経験した[113]。墓所選択には、そのときどきの支配観と領邦の構造に加えて、政治的状況やその人物の家門内部での位置も影響したものと思われる[114]。

まずハイデルベルク東方のシトー派修道院シェーナウ Schönau[115] が墓所となり、ルードルフ一世の息子で一三二七年に早逝したアードルフが、ここに葬られた。この修道院は、ヴィッテルスバッハ家以前の、シュタウフェン家やヴェル

フェン家の宮中伯が葬られていた場所でもあり、この選択には宮中伯としての伝統に結びつこうとする意思が示されていると見てよいであろう。それまでのヴィッテルスバッハ家のメンバーはおおむねバイエルンの修道院に葬られていたが、それに対してアードルフの墓所の選定は、当時なお宮中伯領を争っていた皇帝ルートヴィヒ四世などのバイエルン系ヴィッテルスバッハ家に対して、支配権を主張するルードルフ系（プファルツ系）ヴィッテルスバッハ家の姿勢をあらわすものと考えられる[116]。

次に墓所として選ばれたのは、ノイシュタット Neustadt (an der Haardt ないし an der Weinstraße) の聖エギディウス参事会教会 St.Aegidien Stiftskirche であった。ノイシュタットは、早くからプファルツ支配の拠点の一つであり、宮中伯ルードルフ二世がその晩年の大半を過ごした都市でもあったが、一三五三年にルードルフ二世が死去した際に、彼はここの教区教会 Pfarrkirche であった聖エギディウス教会を共住聖職者教会 Kollegiatstift 化するよう遺言し、一三五六年にループレヒト一世がこの遺言を実行した[117]。その後、教会は大規模に増築され、この二人の宮中伯がここに墓所を得ることとなった[118]。この選択の背景には、外界との接触が制限され、また独自の修道会組織に属するシトー派修道院に対して、領邦の重要都市の一つに、より接近しやすく、また君主の意向がより反映しやすい墓所教会を設立するという宮中伯の意向が想定されうるであろう。実際、ノイシュタットの教会は、リンブルク Limburg 修道院のザーリア墓所、ミュンヘンのリープフラウエン Liebfrauen 教会、プラハのファイト Veit 大聖堂などの国王墓所の他、パリのサントシャペルをも参看しつつ増築されたが、そこには一三五六年の金印勅書で認められた選挙侯としての地位を表現し、他の有力家門に匹敵する威信を示そうとするループレヒト一世の意図を見ることができるかもしれない[119]。ループレヒト一世はまた、一三七九年と一三八三年の二度にわたって、ノイシュタット教会に多くの聖遺物を寄進して、自身の魂の救いに配慮するとともに、この墓所教会の聖性と影響力を高めるようつとめた[120]。

一三九八年に死去したループレヒト二世は、再び父アードルフと同じシェーナウに葬られ、プファルツ家門の内部でのこの系統の独自性を示したが[121]、その子ループレヒト三世が国王位を得ることによって、プファルツの墓所選択は画期的な変化を見せる。今や領邦の「首都」ハイデルベルクの教会が、聖霊参事会教会 Heiliggeiststift[122]へと拡充され、君主家門の祈念と記憶における中心となる。教会は、ザーリア以来多くの国王が葬られていたシュパイアー Speyer の大聖堂を手本として増築され、いわば国王礼拝堂 capella regia として構想された[123]。この聖霊参事会教会の整備とともに決定的な墓所教会が出現し、国王ループレヒト夫妻がここに墓所を持ったのに続いて、以後の宮中伯や家門メンバーは、基本的にこの教会に葬られることとなったのである[124]。もっとも、著しい例外は宮中伯フリードリヒ一世で、彼は家門内部での傍系的地位を反映して、ハイデルベルクのフランチェスコ会修道院に墓所を得たが、彼がそこに当時ドイツではまだ珍しかった二層式墓碑を設置させたことは、この君主の権勢と自己意識をよく示すものであろう[125]。

これら宮中伯たちの墓碑は、多くの場合、教会内では一般信徒の近づけない場所にあり、したがってそこで行われる儀式についても広い範囲の人間に達する作用を期待することはできなかった[126]。しかしそれでも、ループレヒト一世以後、宮中伯の命日の周年祈祷が導入され、そのための寄進がプファルツ各地の教会になされたことは、家門と結びついたプファルツ意識の醸成を考えるうえで、興味深い展開である[127]。更に、プファルツ系ヴィッテルスバッハ家の埋葬・祈念上の構想にバイエルンのヴィッテルスバッハ家からの影響が見られることは、領邦国家史としては別々に論じられてきたプファルツとバイエルンの間に家門を通じた相互関係が存したことを想定させ、やはり興味深い点である[128]。

（1）Otto Brunner, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 1.

Aufl. 1939, 3. Aufl. 1943, 4. Aufl. 1959.

（2）さしあたり、Ernst Schubert, Fürstliche Herrschaft und Territorium im späten Mittelalter (Enzyklopädie Deutscher Geschichte, Bd. 35), München 1996, S. 52 ff. 日本語文献として、服部良久「ドイツにおける領邦形成と貴族社会」『岩波講座　世界歴史　八　ヨーロッパの成長　一一―一五世紀』（一九九八年　岩波書店）二〇一―二二〇頁。また、ブルンナー学説の学問史的背景と位置については、西川洋一「Volksgeschichte と Verfassungsgeschichte」『国家学会雑誌』一〇九巻九・一〇号（一九九六年）一三〇―一七一頁および同「オットー・ブルンナーの「ラント」論をめぐるいくつかの問題」『国家学会雑誌』一一三巻一一・一二号（二〇一〇年）一〇八―一五八頁を参照。

（3）Peter Moraw, Die Entfaltung der deutschen Territorien im 14. und 15. Jahrhundert, in: Gabriel Silagi (Hg.), Landesherrliche Kanzleien im Spätmittelalter, Bd. 1, München 1984, S. 61-108, S. 74; E. Schubert, a. a. O.(注2), S. 52; Hartmut Boockmann, Heinrich Dormeier, Konzilien, Kirchen- und Reichsreform (1410-1495). (Gebhardt. Handbuch der deutschen Geschichte, 10. Aufl., Bd. 8), Stuttgart 2005, S. 155. 中世後期ドイツの諸侯領邦についての新しい概観として、Werner Paravicini (Hg.), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Ein dynastisch-topographisches Handbuch. Teilbd. 1: Dynastien und Höfe, (Residenzenforschung, Bd. 15. 1), Ostfildern 2003, S. 418-915. 諸侯身分に属さないグラーフ・くルの領邦支配についての網羅的なハンドブックとして、Werner Paravicini (Hg), Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Grafen und Herren. 2 Teilbde., (Residenzenforschung, Bd. 15. 4), Ostfildern 2012. 諸侯領邦の研究状況については、Karl-Heinz Spiess, Research on the Secular Princes of the Holy Roman Empire: State-of-the-Art and Perspectives, in: Thorsten Huthwelker et al. (eds.), Princely Rank in Late Medieval Europe. Trodden Paths and Promising Avenues, (Rank, Politisch-soziale Ordnungen im mittelalterlichen Europa, Bd. 1), S. 27-47 および Andreas Bihrer, Research on the Ecclesiastical Princes in the Later Middle Ages: State-of-the-Art and Perspectives, in: Ebenda, S. 49-70 も参照。なお、日本語文献で、領邦の多様性を指摘するものとして、服部良久、前掲（注2）、一一五―一一八頁。

（4）本稿では、ライン宮中伯の地位およびその領邦支配をプファルツと呼ぶ。歴史上のプファルツ概念の多様性については、Hansjörg Probst, Die Pfalz. Als historischer Begriff. Mannheim 1984 および Franz Staab (Hg.), Die Pfalz. Probleme einer Begriffsgeschichte vom Kaiserpalast auf dem Palatin bis zum heutigen Regierungsbezirk, (Veröffentlichungen der

Pfälzischen Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften in Speyer, Bd. 81), Speyer 1990 を参照。

（5）中世後期のライン宮中伯領（プファルツ）の歴史にとって基本的な史料要録として、Regesten der Pfalzgrafen am Rhein 1214-1508, Bd. 1: Regesten der Pfalzgrafen am Rhein 1214-1400, bearb. v. Adolf Koch und Jakob Wille, Innsbruck 1894, Bd. 2: Regesten König Ruprechts, bearb. v. Graf L. v. Oberndorff, Nachträge, Ergänzungen und Berichtigungen zum I. und II. Band, Namen-und Sachregister zum II. Band, bearb. v. Manfred Krebs, Innsbruck 1939. 網羅的な証書集は刊行されておらず、以下の史料集で重要な証書を参看しうるにとどまる。Franz Michael Wittmann (Hg.), Monumenta Wittelsbacensia. Urkundenbuch zur Geschichte des Hauses Wittelsbach, 2 Bde., (Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Alte Folge, Bd. 5, 6), München 1857, 1861, (ND Aalen 1969); Hans Rall (Hg.), Wittelsbacher Hausverträge des späten Mittelalters. Die haus- und staatsrechtlichen Urkunden der Wittelsbacher von 1310, 1329, 1392/93, 1410 und 1472, (Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte, Bd. 71), München 1987; Meinrad Schaab (Hg.), Rüdiger Lenz (Bearb.), Ausgewählte Urkunden zur Territorialgeschichte der Kurpfalz 1156-1505, (Veröffentlichungen der Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden-Württemberg, Reihe A: Quellen, Bd. 41), Stuttgart 1998. その他、宮中伯フリードリヒ一世の時代についての叙述史料と重要な証書史料の要録が以下の史料集に収められている。Konrad Hofmann (Hg.), Quellen zur Geschichte Friedrichs I. des Siegreichen, Kurfürsten von der Pfalz, 2 Bde., (Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Alte Folge, Bd. 2, 3), München 1862, 1863, (ND Aalen 1969). これらの叙述史料については、Georg Herzog, Friedrich I. der Siegreiche, Kurfürst von der Pfalz, nach zeitgenössischen Schriften. Drei Quellenwerke zu seiner Geschichte, in: MHVP 37/38 (1918), S. 89-128 も参照。また、ヴァティカンに残る一五世紀後半のプファルツ（シュパイアー司教区）関係史料の要録として、Theodor J. Scherg, Palatina aus dem Vatikan (1464-1484), in: MHVP 32 (1912), S. 109-190. このようにプファルツに関して史料の刊行状況が良好とは言えないのは、近世の戦乱と神聖ローマ帝国消滅時の支配変動によって、元来ハイデルベルクに保存されていた史料が消失ないし各所に分散したことにも影響されている。プファルツの文書類の変転について、Franz X. Glasschröder, Über die Schicksale rheinpfälzischer Archive, in: Archivalische Zeitschrift 38 (1929), S. 1-22, S. 1-4. プファルツに関する一八世紀までの歴史研究の諸潮流については、Peter Fuchs, Palatinatus Illustratus. Die historische Forschung an der kurpfälzischen

Akademie der Wissenschaften, (Forschungen zur Geschichte Mannheims und der Pfalz, NF Bd. 1), Mannheim 1963 を参照。プファルツの領邦史に関する一九世紀以来の文献の中では、とりわけ、Ludwig Häusser, Geschichte der Rheinischen Pfalz nach ihren politischen, kirchlichen und literarischen Verhältnissen, 2 Bde., Heidelberg 1845; Franz Schnabel, Die Stellung der rheinischen Pfalz in der deutschen Geschichte, in: Mannheimer Geschichtsblätter 35 (1934), Sp.59-100; Eduard Ziehen, Mittelrhein und Reich im Zeitalter der Reichsreform 1356-1504, 2 Bde., Frankfurt a. M. 1934; Ludwig Petry, Das politische Kräftespiel im pfälzischen Raum vom Interregnum bis zur französischen Revolution. Anliegen und Ansätze der heutigen Forschung, in: RhVjbll 20 (1950), S. 80-111.

（6）エルンスト・シューバートは、一四二八年のライン宮中伯ルートヴィヒ三世による認識を引用しつつ、そのような支配権の錯綜・係争状態が近世の法学によって「非閉鎖領邦 territorium non clausum」と呼ばれたことを指摘している。E. Schubert, a. a. O.(注2), S. 6. もっとも、近世ドイツの帝国国法論における「非閉鎖領邦」と「閉鎖領邦 territorium clausum」の概念は論者によって差があり、本稿で取りあげるプファルツ領邦が常に「非閉鎖領邦」に分類されていたわけではない。神寶秀夫『近世ドイツ絶対主義の構造』（一九九四年　創文社）二一一－二一九頁を参照。また、「非閉鎖領邦」の概念について、神寶秀夫「近世ドイツ領邦絶対主義をめぐる諸問題」『法制史研究』四八号（一九九九年）九三－一一八頁、一〇一－一〇二頁（同『中・近世ドイツ統治構造史論』（二〇一三年　創文社）一一三－一一四頁）も参照。

（7）中世中期・後期ドイツ東部の領邦に関する、我が国の主な研究としては、バイエルンを対象とした和田卓朗「中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法研究序説（平和・ポリツァイ・憲法）（一）－（五・完）」『北大法学論集』三三巻三号（一九八二年）八三－一九四頁、三四巻二号（一九八三年）七五－一一九頁、三四巻六号（一九八四年）一－七二頁、三五巻一・二号（一九八四年）一五五－二一二頁、三七巻三号（一九八七年）一－七〇頁、および小野善彦「一三一一年のオットーの特権状付与について」『史学雑誌』八九巻一一号（一九八〇年）一－三八頁、同「大公領と部分ラント――中世末期のバイエルン――」『西洋史研究』新輯九号（一九八〇年）八一－一〇一頁、同「下バイエルンの租税委員会（一三五八年）について」『西洋史学』一三三号（一九八四年）三六－五六頁、同「上バイエルンの租税令（一三九六）について」『文化論叢』（岩手大）一号（一九八四年）三五－六一頁、同「中世末期バイエルンのシュテンデの権利領域の展開とラント税特権（一）」『アルテス・リベラレス』（岩手大）三六号（一九八五年）七七－九六頁、辻泰一郎「中世末―近世初頭バイエルン・

ラント議会における立法審議　狩猟問題を中心に」渡辺節夫編『ヨーロッパ中世社会における統合と調整』（二〇一一年　創文社）八五－一二九頁、オーストリアの領邦形成を論じた服部良久『ドイツ中世の領邦と貴族』（一九九八年　創文社）、研究案内として、同「領邦君主から皇帝へ」大津留厚他編『ハプスブルク史研究入門』（二〇一三年　昭和堂）一六－二四頁、ティロールを対象とした若曽根健治「伯領フィンチュガウにおけるラント法的構造――領邦ティロール成立史序説（一）―（二・完）」『熊本法学』一二号（一九七四年）四六－九九頁、一三号（一九七四年）六九－一七六頁、同「領邦ティロール農村部における租税制度」『法制史研究』二五号（一九七六年）八九－一三三頁、同「領邦ティロール都市部における租税制度」『社会経済史学』四二巻一号（一九七六年）一―二五頁、同「伯領ティロール一四、五世紀における官職譲与（一）」『熊本法学』二五号（一九七六年）一〇九－一四一頁、同「ティロール森林令雑考――領邦立法史研究覚書――」『熊本法学』二七号（一九七八年）一－四四頁、および服部良久『アルプスの農民紛争　中・近世の地域公共性と国家』（二〇〇九年　京都大学学術出版会）、ザクセン・テューリンゲンのヴェッティン家領邦を扱った早川良弥「中独東部における領域支配権の展開」清水盛光・会田雄次編『封建国家の権力構造』（一九六七年　創文社）四五五－五一二頁、中村賢二郎「身分制領邦国家論――ザクセンを中心にして――」同書五一三－五六九頁、千葉徳夫「中東ドイツのラントディング――ヴェッティーン家領邦国家の形成に関する一考察」『法制史研究』二六号（一九七六年）八七－一三〇頁、同「中世後期テューリンゲンにおけるラント平和」『史観』九九号（一九七八年）一八－三〇頁、同「中世後期におけるヴェッティーン家のランデスヘルシャフトの展開」『西洋史論叢』二号（一九八〇年）三一－六四頁、同「一四四六年テューリンゲンのラント條令――領邦身分制と行政立法――」『社会経済史学』四七巻一号（一九八一年）六五－八六頁、同「中世後期―近世初期における領邦の財政と領邦等族」『法律論叢』五七巻六号（一九八五年）一二五－一七一頁、同「中世後期テューリンゲンにおける建設都市について――ヴァイマルを中心として――」『法律論叢』五九巻五・六号（一九八七年）五一－九六頁、同「中世末―近世の宮廷所在都市ヴァイマル」『社会科学研究』（明治大）二八巻二号（一九九〇年）一九五－二一九頁などがある。また、中世後期において神聖ローマ帝国に属していたチェコについては、薩摩秀登『王権と貴族　中世チェコにみる中欧の国家』（一九九一年　日本エディタースクール出版部）、同『プラハの異端者たち』（一九九八年　現代書館）、同「一五～一六世紀のチェコの貴族層と王権」渡辺節夫編『ヨーロッパ中世社会における統合と調整』（二〇一一年　創文社）二六二－二八一頁、藤井真生「一三世紀チェコにおける貴族共同体の展開と王権」『史林』八三巻四号（二〇〇〇年）七一－

一〇三頁、同「中世チェコにおける王国共同体概念――『ダリミル年代記』の検討を中心に」『史林』八五巻一号（二〇〇二年）八八－一〇六頁、同「中世チェコ貴族の台頭と君主――教会統治を巡って」『西洋史学』二〇九号（二〇〇三年）一－二二頁、同「一三世紀チェコ王権の政策における都市の役割」『史林』八七巻三号（二〇〇四年）八六－一〇五頁。

（8）ドイツ西部の領邦に関する近年の研究としては、出口裕子「中世後期及び近世初頭期における領邦国家と諸身分　ライン下流域ユーリヒ＝ベルク公領を事例として」『西洋史論叢』一九号（一九九七年）七三－八八頁、拙稿「中世後期ドイツの領邦と家門――Levold von Northof の『マルク伯年代記』を素材として」小川浩三編『複数の近代』（二〇〇〇年　北海道大学図書刊行会）六九－一〇六頁、田中史高「一四世紀後半ホラント伯領諸都市の「会合行動」（dagvaarten）」小倉欣一編『ヨーロッパの分化と統合－国家・民族・社会の史的考察―』（二〇〇四年　太陽出版）一三一－一四九頁、同「一四世紀半ばホラント伯領における釣針・鱈党争」『西洋史論叢』三三号（二〇一一年）五九－七三頁、藤井美男「一五世紀ブラバント顧問院の成立について」『経済学研究』（九州大）七六巻六号（二〇一〇年）八一－九八頁など。大司教や司教などを君主とする聖界領邦は、非閉鎖領邦としての性格を備えるものが多いが、中世中期・後期ドイツの聖界領邦についての我が国における研究としては、ヒルデスハイム司教領を扱った山田欣吾「ヒルデスハイム司教コンラート（二世）の領国形成政策（一二二一－一二四六年）」『経済学研究』（一橋大）一八号（一九七四年）一二九－二〇二頁（同『国家そして社会』（一九九二年　創文社）八一－一四六頁にも収録）、同「一三世紀中葉におけるヒルデスハイム司教領国」『人文科学研究』（一橋大）一七号（一九七七年）二七－八八頁（同書一四七－二〇〇頁にも収録）、同「ヒルデスハイム司教座聖堂参事会の人的構成」『一橋論叢』八三巻三号（一九八〇年）二一－四四頁、ミュンスター司教領を扱った倉塚平「領邦身分制国家から領邦絶対主義へ――ミュンスター司教とミュンスター全ギルド会議の対決――」『社会科学研究』（明治大）二八巻二号（一九九〇年）一四三－一九四頁、トリーア大司教領邦を扱った櫻井利夫『中世ドイツの領邦国家と城塞』（二〇〇〇年　創文社）、バンベルク司教領を対象とした名城邦夫『中世ドイツ・バムベルク司教領の研究　貨幣経済化と地代』（二〇〇〇年　ミネルヴァ書房）、ケルン大司教領を対象とした宮坂康寿「一四世紀ケルン大司教領におけるアムトの質入れと領域政策」『史林』八五巻四号（二〇〇二年）一一〇－一四〇頁、マインツ大司教領の成立を論じた小山寛之「聖界領邦の形成と聖堂参事会制――マインツ大司教コンラート一世の治世（一一八三－一二〇〇）を中心として」『西洋史論叢』二四号（二〇〇二年）一－二一頁などがある。

（9）皆川卓「ドイツ諸侯軍の近世的変容――プファルツ選帝侯の軍事権力を例に――」『歴史学研究』八一一号（二〇〇六年）六〇－七四頁，六一－六四頁。

（10）E. Schubert, a. a. O.（注2）, S. 101f.; Alois Gerlich, Interterritoriale Systembildungen zwischen Mittelrhein und Saar in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts, in: BDLG 111(1975), S. 103-137 (Ders., Territorium, Reich und Kirche. Ausgewählte Beiträge zur mittelrheinischen Landesgeschichte. Festgabe zum 80. Geburtstag, (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Nassau 74), Wiesbaden 2005, S. 365-400 にも収録）; Ders., Geschichtliche Landeskunde des Mittelalters. Genese und Probleme, Darmstadt 1986, S. 303-311.

（11）以下の記述は，Meinrad Schaab und Peter Moraw, Territoriale Entwicklung der Kurpfalz (von 1156 bis 1792), in: Willi Alter (Hg.), Pfalzatlas, Textband 1, Speyer 1970, S. 393-428; Meinrad Schaab, Die Festigung der pfälzischen Territorialmacht im 14. Jahrhundert, in: Hans Patze (Hg.), Der deutsche Territorialstaat im 14. Jahrhundert, Bd.2, (Vorträge und Forschungen, Bd. 14), Sigmaringen 1971, S. 171-197, S. 172-178; Ders., Geschichte der Kurpfalz, Bd. 1: Mittelalter, Stuttgart 1988, S. 18-219; Ders., Höhepunkt und Sturz der kurpfälzischen Macht 1449-1508, in: Pfalzatlas. Textband 4, Speyer 1990, S. 1838-1846; Ders., Kurpfalz, in: Ders und Hansmartin Schwarzmaier (Hg.), Handbuch der Baden-Württembergischen Geschichte, Bd. 2: Die Territorien im alten Reich, Stuttgart 1995, S. 247-333, S. 247-285; Ders., Zeitstufen und Eigenart der pfälzischen Territorialentwicklung im Mittelalter, in: Volker Rödel (Red.), Mittelalter. Der Griff nach der Krone. Die Pfalzgrafschaft bei Rhein im Mittelalter, Regensburg 2000, S. 15-36による。なお，V. Rödel, a. a. O., 所収の諸論文は，Volker Rödel (Red.), Mittelalter. Schloss Heidelberg und die Pfalzgrafschaft bei Rhein bis zur Reformationszeit, Regensburg 2000にも収録されている。地方史地図として，Willi Alter (Hg.), Pfalzatlas, Speyer 1963 ff., Nr. 62-65, 140 も参照。

（12）ヴィッテルスバッハ家の君主たちは，ライン宮中伯の地位をバイエルン公のそれよりも高貴なものと見なし，証書などでは，ライン宮中伯のタイトルを先に記載した。M. Schaab, Kurpfalz（注11）, S. 256; Siegfried Hofmann, Urkundenwesen, Kanzlei und Regierungssystem der Herzöge von Bayern und Pfalzgrafen bei Rhein von 1180 bzw. 1214 bis 1255 bzw. 1294, (Münchener Historische Studien, Abteilung Geschichtliche Hilfswissenschaften, Bd. 3), Kallmünz 1967, S. 45.

（13）ただし、上プファルツの所領はプファルツ系ヴィッテルスバッハ家の政治的活動を全体として見た場合、無視できない意味を持っていた。例えば、同家出身の国王ループレヒトの統治にとって、上プファルツに近いニュルンベルクが重要な都市となったことについて、P. Moraw, Die kurfürstliche Politik（注22）, S. 78 ff.

（14）Christoph Freiherr von Brandenstein, Urkundenwesen und Kanzlei, Rat und Regierungssystem des Pfälzer Kurfürsten Ludwig III. (1410-1436), (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 71), Göttingen 1983, S. 35 ff.

（15）一四世紀ドイツにおいて最も成功した領邦君主の一人である、このループレヒト一世については、Ernst Bock, Kurfürst Ruprecht I. von der Pfalz 1309-1390, in: Kurt von Raumer und Kurt Baumann (Hg.), Deutsche Westen-Deutsches Reich. Saarpfälzische Lebensbilder, Bd. 1, Kaiserslautern 1938, S. 27-44; Jürgen Miethke, Ruprecht I., der Erbauer der Stiftskirche in Neustadt a. d. W. und Gründer der Universität Heidelberg, in: Neustadt und die Kurpfalz. Die Universität Heidelberg und ihre Beziehungen zur linksrheinischen Pfalz. Katalog der Jubiläumsausstellung Heidelberg, 31. Juli 1986-29. August 1986, S. 23-37 も参照。

（16）ライン宮中伯とカール四世との関係については、Hubert Röhrenbeck, Karl IV. und die Pfalzgrafen bei Rhein, in: BDLG 114 (1978), S. 613-643.

（17）国王ループレヒトに関しては、Alois Gerlich, König Ruprecht von der Pfalz (1352-1410), in: Hartmut Harthausen (Hg.), Pfälzer Lebensbilder, Bd. 4, Speyer 1987, S. 9-60 も参照。

（18）一五世紀にはこの系統の一部（プファルツ・ツヴァイブリュッケン・フェルデンツ Veldenz）のみが、プファルツ本家としばしば政治的に対立した。後年この系統の子孫が、プファルツ本家断絶後はプファルツ本領を、更にバイエルンのヴィッテルスバッハ家断絶後はバイエルン公領をも相続することになる。

（19）このうち、プファルツ・モスバッハ系統の歴史については、Günther Wüst, Pfalz-Mosbach (1410-1499). Geschichte einer pfälzischen Seitenlinie des 15. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung der Territorialpolitik, (Diss. phil. Heidelberg), Bamberg 1976 を参照。またプファルツ・ツヴァイブリュッケン系統については、Kurt Baumann, Territoriale Entwicklung des Herzogtums Pfalz-Zweibrücken von 1444 bis 1793, in: Willi Alter (Hg.), Pfalzatlas. Textband 2, Speyer 1980, S. 1213-1224. また、W. Alter, a. a. O.（注11）, Nr. 66 の地図も参照。

(20) ルートヴィヒ三世と帝国政治・教会政治との関係については，Wilhelm Eberhard, Ludwig III. Kurfürst von der Pfalz und das Reich 1410-1427. Ein Beitrag zur deutschen Reichsgeschichte unter König Sigmund, Giessen 1896.

(21) プファルツ領邦史上の盛期を実現し，一五世紀後半の帝国政治においても最重要アクターの一人であった，このフリードリヒ一世については，Jakob Wille, Friedrich der Siegreiche. Kurfürst von der Pfalz, Heidelberg 1904; Fritz Ernst, Kurfürst Friedrich I. der Siegreiche von der Pfalz 1425-1476, in: K. v. Raumer und K.Baumann (Hg.), a. a. O.(注15), S. 45-59; Bernhard Rolf, Kurpfalz, Südwestdeutschland und das Reich 1449-1476. Die Politik des Pfalzgrafen und Kurfürsten Friedrich des Siegreichen, (Diss. phil., Heidelberg), Heidelberg 1981; Eberhard Holtz, Friedrich I., Kurfürst von der Pfalz (1449-1476), in: Ders., und Wolfgang Huschner (Hg.), Deutsche Fürsten des Mittelalters. Fünfundzwanzig Lebensbilder, Leipzig 1995, S. 370-382 も参照。また，フリードリヒ一世期の戦争については，皆川卓，前掲論文（注9），六六－六八頁。

(22) Peter Moraw, Die kurfürstliche Politik der Pfalzgrafschaft im Spätmittelalter, vornehmlich im späten 14. und frühen 15. Jahrhundert, in: Jahrbuch für westdeutsche Landesgeschichte 9 (1983), S. 75-97, S. 82 f.; M. Schaab, Geschichte(注11), S. 64 ff.

(23) Jacob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 6, P. 1, Hannover 1914-1927, Nr. 628, Art. 7; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 48, Art. 7.

(24) Wolfgang D. Fritz (Bearb.), MGH Const., T. 11, 7. Lieferung, Weimar 1988, Die Goldene Bulle vom 10. Januar und 25. Dezember 1356, S. 584 ff., Cap. 7, Art. 1, „... comitem palatinum Reni, ... in electione regis Romanorum in cesarem promovendi ... ius, vocem et locum habere et una cum ipsis censeri et esse veros et legitimos sacri imperii principes electores."; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 66, Cap. 7, Art. 1. 後に帝国の基本法の一つとしての地位を認められていく金印勅書の内容と伝承状況については，横川大輔「一四世紀後半における「金印勅書」（一三五六年）の認識――カール四世の治世（一三七八年まで）を中心に――」『北大法学論集』六三巻二号（二〇一二年）一－五六頁も参照。

(25) W. D. Fritz, a. a. O.(注24), S. 582, Cap. 5, Art. 1, "… illustris comes palatinus Reni sacri imperii archidapifer …". 国王選定者としてのライン宮中伯がトゥルッフゼス druzte であることは，既に一三世紀前半のザクセンシュピーゲルに登場していた。Sachsenspiegel Landrecht III 57. 2. Karl August Eckhardt (Hg.), Sachsenspiegel Landrecht, 3. Aufl., (Monumenta

Germaniae Historica. Fontes iuris Germanici antiqui, Nova series, Tomi I, Pars I), Göttingen 1973, S. 243. 久保正幡・石川武・直居淳訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』（一九七七年　創文社）二〇四頁。

（26）Ch. Frhr. v. Brandenstein, a. a. O.（注14）, S. 38 f.

（27）Sachsenspiegel Landrecht III 52. 3. K. A. Eckhardt (Hg.), a. a. O.（注25）, S. 237 f. 久保正幡他、前掲書（注25）、二九七頁。

（28）W. D. Fritz, a. a. O.（注24）, S. 582 ff., Cap. 5, Art. 2, „Et quamvis imperator sive rex Romanorum super causis, pro quibus impetitus fuerit, habeat, sicut ex consuetudine introductum dicitur, coram comite palatino Reni Sacri Imperii archidapifero electore principe respondere, illud tamen iudicium comes ipse palatinus non alibi preterquam in imperiali curia, ubi imperator seu Romanorum rex presens extiterit, poterit exercere."

（29）Jakob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 3, Hannover und Leipzig 1904-1906, Nr. 72, Art. 1.

（30）Hermanni Althahensis continuatio tertia, in: Monumenta Germaniae Historica. Scriptorum, Tomus 24, Hannover 1879 (ND Stuttgart/New York 1964), S. 53-57, S. 56 f.

（31）Wolfgang Hermkes, Das Reichsvikariat in Deutschland. Reichsvikare nach dem Tode des Kaisers von der Goldenen Bulle bis zum Ende des Reiches, (Studien und Quellen zur Geschichte des deutschen Verfassungsrechts, Reihe A: Studien, Bd. 2), Karlsruhe 1968.

（32）ライン宮中伯の帝国代理職の起源については、W. Hermkes, a. a. O.（注31）, S. 6 ff.

（33）Ludwig Weiland (Hg.), MGH Const., T. 2, Hannover 1896 (ND Hannover 1963), Nr. 464, (1267. 5. 28).

（34）Karl August Eckhardt (Bearb.), Studia iuris Suevici I. Urschwabenspiegel, (Bibliotheca rerum historicarum, Studia 4, Ius Suevicum I), Aalen 1975, S. 611, Lehnrecht 147 a, b.

（35）J. Schwalm (Hg.), a. a. O.（注29）, Nr. 121.

（36）Jakob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 5, Hannover-Leipzig, 1909-13, Nr. 909, Art. 25.

（37）W. D. Fritz, a. a. O.（注24）, S. 582 ff., Cap. 5, Art. 1, „Quotiens insuper, ut premittitur, Sacrum vacare continget Imperium, illustris comes palatinus Reni Sacri Imperii archidapifer ad manus futuri regis Romanorum in partibus Reni et Svevie et in iure Franconico ratione principatus seu comitatus Palatini privilegio esse debet provisor ipsius Imperii cum

potestate iudicia exercendi, ad beneficia ecclesiastica presentandi, recolligendi redditus et proventus et investiendi de feudis, iuramenta fidelitatis vice et nomine Sacri Imperii recipiendi, …". ザクセン法圏についての帝国代理はザクセン公の職務とされた。

(38) W. Hermkes, a. a. O.(注31), S. 27 ff. なお、一五世紀の間、ザクセン公が帝国代理としての権利を実際に行使することはなかった。

(39) Ch. Frhr. v. Brandenstein, a. a. O.(注14), S. 39 ff.

(40) 本文であげた地位と権利から派生した、二次的なそれとして、ドイツ騎士団に対する保護権能、公会議における国王代理、世俗諸侯中の最高位などが数えられうる。P. Moraw, Die kurfürstliche Politik(注22), S. 83.

(41) ラインの選挙侯たちのライヒ政治への積極的な関与について、具体的には、Alois Gerlich, Rheinische Kurfürsten und deutsches Königtum im Interregnum, in: Geschichtliche Landeskunde 3, 2(1967), S. 271-344 (Ders., Territorium(注10), S. 271-344 にも収録); Ders., Rheinische Kurfürsten im Gefüge der Reichspolitik des 14. Jahrhunderts, in: Hans Patze (Hg), a. a. O.(注11), S. 149-169 (Ders., Territorium(注10), S. 345-364 にも収録).

(42) 中世後期ドイツにおける国王領の質入れ全般については、Götz Landwehr, Die Verpfändung der deutschen Reichsstädte im Mittelalter (Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 5), Köln/Graz 1967; Ders., Die rechtshistorische Einordnung der Reichspfandschaften, in: Hans Patze (Hg), Der deutsche Territorialstaat im 14. Jahrhundert, Bd. 1, (Vorträge und Forschungen, Bd. 13), Sigmaringen 1970, S. 97-116. 質入れなど、中世後期ドイツにおける支配権の商業化について、E. Schubert, a. a. O.(注2), S. 19 ff. 我が国における研究として、宮坂康寿、前掲（注8）。

(43) P. Moraw, Die kurfürstliche Politik(注22), S. 83.

(44) Götz Landwehr, Die Bedeutung der Reichs- und Territorialpfandschaften für den Aufbau des kurpfälzischen Territoriums, in: MHVP 66 (1968), S. 155-196; Ders., Verpfändung(注42), S. 47 ff.; M. Schaab, Festigung(注11), S. 181 ff.; Ders., Geschichte(注11), S. 104-109; Volker Rödel, Die Reichspfandschaften der Pfalzgrafen, in: Ders.,(Red.), a. a. O.(注11), S. 85-96. なお、宮中伯は、王権以外に他の貴族等からも質入れを受けて領邦を拡大した。一方、宮中伯が支配権を周囲の諸侯・貴族等に質入れすることもあったが、後述するようなライン流通税からの収入などによりプファルツの財政は比較的良好

であったため、宮中伯の支配建設が質入れによって大きく妨げられることはなかった。G. Landwehr, Bedeutung, S. 165 ff., 180 ff.; M. Schaab, Geschichte(注11), S. 107 ff.

(45) MGH Const., 6(注23), Nr. 675; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注15), Nr. 49; RPR, 1, Nr. 2074. また MGH Const., 6, Nr. 638-641; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O., Nr. 52 も参照。

(46) M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注15), Nr. 72. Ebenda, Nr. 73, 74も参照。このとき、カイザースラウテルン Kaiserslautern もループレヒト一世の手に委ねられた。

(47) RPR, 1, Nr. 3579.

(48) RPR, 2, Nr. 5938, 6028.

(49) Wilhelm Altmann, Regesta Imperii XI. Die Urkunden Kaiser Sigmunds (1410-1437), Innsbruck 1896, Nr. 718. また、Nr. 804, 819 も参照。

(50) V. Rödel, a. a. O.(注44), S. 93 f.

(51) G. Landwehr, Bedeutung(注44), S. 175 ff.; Ders., Verpfändung(注42), S. 315 ff.

(52) なお、宮中伯から王位に就いた国王ループレヒトは、上述のように自分の息子のために質入れを行ったが、これは国王領を犠牲にして自家を富ませたというわけではなく、国王が自家の所領・財産を帝国政策のために投入したことへの、補償として見るべきであろう V. Rödel, a. a. O.(注44), S. 95.

(53) V. Rödel, a. a. O.(注44), S. 89.

(54) G. Landwehr, Bedeutung(注44), S. 179; Ders., Verpfändung(注42), S. 337.

(55) このような観点を特に明確に打ち出したのはペーター・モーラフである。プファルツ史との関係では、P. Moraw, Die kurfürstliche Politik(注22), S. 76 f. を参照。君主家門 Dynastie に関する近年の研究としては、例えば、Karl-Heinz Spiess, Familie und Verwandtschaft im deutschen Hochadel des Spätmittelalters. 13. bis Anfang des 16. Jahrhunderts, (Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 111), Stuttgart 1993; Cordula Nolte u. a. (Hg.), Principes. Dynastien und Höfe im späten Mittelalter, (Residenzenforschung, Bd. 14), Stuttgart 2002; Jörg Rogge, Herrschaftsweitergab, Konfliktregelung und Familienorganisation im fürstlichen Hochadel. Das Beispiel der

Wettiner von der Mitte des 13. bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts, (Monographien zur Geschichte des Mittelalters, Bd. 49), Stuttgart 2002; Cordula Nolte, Familie, Hof und Herrschaft. Das verwandtschaftliche Beziehungs- und Kommunikationsnetz der Reichsfürsten am Beispiel der Markgrafen von Brandenburg-Ansbach (1440-1530), (Mittelalter-Forschungen, Bd. 11), Ostfildern 2005. この文脈で，また，Jörg Rogge (Hg.), Fürstin und Fürst. Familienbeziehungen und Handlungsmöglichkeiten von hochadeligen Frauen im Mittelalter, (Mittelalter-Forschungen, Bd. 15), Ostfildern 2004 も参照。中世後期ドイツの諸侯家門および関係する外国家門の概観として，W. Paravicini (Hg.), Höfe(注3), Teilbd. 1, S. 17-234. 諸侯身分に属さないグラーフ・ハルの家門については，W. Paravicini (Hg.), Höfe ... Grafen und Herren. 2 Teilbde(注3).

(56) 中世後期ドイツにおける分割相続と所領分割について，全般的には，E. Schubert, a. a. O.(注2), S. 19 ff.

(57) Alois Gerlich, Seelenheil und Territorium. Testamentsrecht von Fürsten und Grafen im Spätmittelalter, in: Andreas Kraus (Hg.), Land und Reich, Stamm und Nation. Probleme und Perspektiven bayerischer Geschichte. Festgabe für Max Spindler zum 90. Geburtstag, Bd. 1: Forschungsberichte, Antike und Mittelalter, (Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte, Bd. 78), München 1984, S. 395-411 (Ders., Territorium(注10), S. 476-494 にも収録) ; Karl-Heinz Spiess, Erbteilung, dynastische Räson und transpersonale Herrschaftsvorstellung. Die Pfalzgrafen bei Rhein und die Pfalz im späten Mittelalter, in: Franz Staab (Hg.), a. a. O.(注4), S. 159-181; Heinz-Dieter Heimann, Hausordnung und Staatsordnung. Innerdynastische Konflikte als Wirkungsfaktoren der Herrschaftsverfestigung bei den wittelsbachischen Rheinpfalzgrafen und den Herzögen von Bayern. Ein Beitrag zum Normwandel in der Krise des Spätmittelalters, (Quellen und Forschungen aus dem Gebiet der Geschichte, Neue Folge, H. 16), Paderborn u. a. 1993. また，Franz Fuchs, Das »Haus Bayern« im 15. Jahrhundert. Formen und Strategien einer dynastischen »Integration«, in: Werner Maleczek (Hg.), Fragen der politischen Integration im mittelalterlichen Europa, (Vorträge und Forschungen, Bd. 63), Ostfildern 2005, S. 303-324 も参照。

(58) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 160 ff.; H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 25 ff. 分割証書自体は，一六世紀以来失われて残っていない。

(59) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 162 ff.; H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 41 ff.

(60) H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 50 ff. 主要協定の古いテクストとして, F. M. Wittmann, a. a. O.(注5), 2, Nr. 233. より新しい刊本として, H. Rall, Hausverträge(注5), S. 120 ff. 付属協定のテクストは, H. Rall, ebenda, S. 156 ff.

(61) H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 58 ff.; F. M. Wittmann, a. a. O.(注5), 2, Nr. 248.

(62) H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 61 ff. 一三一五年にルードルフ一世と国王ルートヴィヒはいったん和解するが, また対立が再燃し, 一三一七年にはルードルフが統治権を放棄した。F. M. Wittmann, a. a. O.(注5), 2, Nr. 253, 255, 256, 257.

(63) H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 70 ff.

(64) H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 93 ff.; H. Rall, Hausverträge(注5), S. 42 ff. テクストは, F. M. Wittmann, a. a. O.(注5), 2, Nr. 277; MGH Const., 6(注23), Nr. 628; H. Rall, ebenda, S. 81 ff. テクストの伝承等については, H. Rall, ebenda, S. 64 ff. 直前の一三一八年四月に皇帝とルードルフ二世らとの間では同盟が結ばれた。F. M. Wittmann, a. a. O.(注5), 2, Nr. 271.

(65) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 164 f.; H.-D.Heimann, a. a. O.(注57), S. 129 ff.

(66) H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 183 ff.

(67) F. D. Fritz (Hg.), a. a. O.(注24), S. 584 ff., Cap. 7, Art. 1, „... postquam iidem principes electores seculares et eorum quilibet esse desierit, ius, vox et potestas electionis huiusmodi ad filium suum primogenitum legitimum laicum, ... devolvatur." K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 165 f.

(68) Ebenda, S. 610 f., Cap. 20, "… unumquemque principatuum predictorum cum iure et voce electionis ac officio ceterisque omnibus dignitatibus, iuribus et pertinentiis ad ipsum spectantibus ita perseverare et esse debere unitum perpetuis temporibus indisibiliter et coniunctum, …".

(69) M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 65; RPR, 1, Nr. 2900.

(70) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 166; H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 193 ff. ルプレヒト二世が出した証書が伝わる。M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 68.

(71) M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 68, Art. 1, „... so hat er uns und unsers leibeslehenserben zů sinen erben gemacht aller siner land und lude, lehen und eÿgen, mit sůlichem underscheide, daz unser elste sůn nach unserm tode, der sůmig und sinez leibez vermǒgig ist, sol alleyn sein herreschaft besitzen, die er lesset an der Pfalntze und zů Beyrn."

(72) Ebenda, Art. 2, „... und sol ouch dez vorgenananten unsers liben vetern herschaft, land und lute, man und bůrgman, bůrger und amptlůde nỹmand anders gehorsam seỹn danne allwegen dem eltsten sun von dez vater stame, ...“

(73) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 166; H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 229 ff.; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 70.

(74) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 1, „ ... ewiclichen by der Pfaltz verliben sollen, und wir noch dheyne pfaltzgrave nach uns ensollen der obg[enant] vesten, stede oder dele nummer keyne von der Pfalcz verkauffen, verpfenden, versetzen, verwechseln, enweg geben oder vor unser selenheil versetzen, noch in dheynen andern weg von der Pfaltz weder mit wiedem, morgengaben, mit zugelde, mit dochtern oder mit wiben oder mit dheinen andern sachen nů oder hernach von derselben Pfaltz empfremden, noch schaffen, gestaden oder verhengen, daz sie samentlichen oder ire eynige besunder von der Pfaltz empfremdet werde, sunder ewiclichen unverrucket sollen sie verliben by der Pfaltze und an eyme pfaltzgraven.“

(75) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 2, „Und daz daz alles also ewiclichen stede und veste gehalden werde und unverrucket blibe, so wollen wir, daz unser burgraven, amptlude, unsere lude und gemeynde, arm und riche der obg [enant] unsere vesten, burge, stede und dele, die nu sint oder hernach werden, disen brief allezit, so dicke deß not tud, sweren zu den heiligen, veste und stete zu halten, und daz sie keyme pfaltzgraven hulden oder sweren, er spreche, glob und geheiße yn dann, ee sie yme hulden oder sweren, daz er yn daz stede halde und verbriefe, daz in disem brief stet geschriben, und daz sal geschehen ewiclichen, so dicke deß not geschiet.“

(76) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 176.

(77) ぶんけつについては、H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 229 ff.

(78) K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 167 ff.; H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 248 ff.; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 93; RPR, 1, Nr. 5611.

(79) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 1, „..., daz furbas allezyt von unsern erben, daz sone sin, ein eyniger herre unsers kurfurstendums an der Pfalncze und auch unsers kurfurstendums und landes in Beyern samentlichen sin sol, der dann der eldest son ist und in vermogen sins libs und guten sinnen ist, ...“.

（80）M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 2, „... ein einiger herre von unsern erben, daz sone sin, unsir obgen [ant] beider lande sin sol und manlehin und andere lehin, werntlich und geistlich, lihen sol, die zum kurfurstendume der Pfalncz und auch zum furstendume unsers landes zu Beyern gehorent, ...“. こうした規定は当時のドイツにおけるレーン関係では異例であり、一三九三年にルプレヒト三世の娘と結婚していたロートリンゲン公カール一世を経由したフランスからの影響が想定される。K.-H. Spiess, Erbteilung（注57）, S. 170.

（81）M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 3.

（82）M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 4-7. これらの規定のうち、第三子以降の子どもが聖界入りする可能性が予定されているのは、一五世紀中頃まで諸侯家門では子どもを聖職者にすることが避けられていたことを考えると、一五世紀後半以降の展開を先取りするものとして興味深い。K.-H. Spiess, Erbteilung（注57）, S. 170 f. なお、年金額が次子フリードリヒについてしか定められていないのは、この取り決めの問題点であった。K.-H. Spiess, Erbteilung（注57）, S. 172.

（83）M. Schaab-R.Lenz, ebenda, Art. 14.

（84）M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 9.

（85）M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 10, „... nach ansprach und entwurte von beden syten richtent gutlich mit beder parthien wißen und willen, ob sie mogen oder mit eyme fruntlichem rechten off ir eyde, als sich daz heischt, daz sollen sie von beiden syten veste und stete halten mit gesworen eiden, daby zu bliben ane alle geverde, widerrede und hindernisse.“

（86）M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 12, „Item wir seczen auch, daz der jungern bruder keiner odir ir erben eynichen krig anheben oder ymans helffen werden odir krigen sollen, davon versehenlich were, verderplich schade unsir herschafft darobe zu komen, ane unsers elsten sons oder siner erben, der unsir herschafft besiczet, willen und verhencknisse, es were dann, daz dieselben jungern brudere oder ir erben von yman angriffen oder verunrecht wurden; so sie daz selbir anginge, so mogent sie sich des weren. So sal auch der eldest unsir son oder sin erben, der unsir herschafft besiczt, von syme eigenen willen und unfursichtikeit keinen krig anheben oder tun gen eynichem, der großer oder yme glicher were, oder sust, der große macht hete, er tu ez dann oder sin erben mit gutem wolbedachtem rat, verhengnisse, und willen

siner miterben und der dryzehen unserer reten, graven, herren, rittern und knehten oder des merernteils undir yn hernachgeschr [iben] nach der ordenunge als hernachgeschr [iben] stet.“

(87) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 13.

(88) F. D. Fritz (Hg.), a. a. O.(注24), S. 584 ff., Cap. 7, Art. 1. なお、この規定については、古川誠之「年少者は一八歳をもって選帝侯とみなされる―金印勅書七条一項における相続年齢の意味―」『早稲田大学大学院文学研究科紀要』第四分冊五一輯（二〇〇五年）四九－五六頁も参照。

(89) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 17.

(90) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 21-23.

(91) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 24-25.

(92) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 18-19.

(93) M. Schaab-R. Lenz, ebenda, Art. 20, „Wann wir auch kontlichen wol mercken, daz dem lande und luden gemeinlich großer schade und irrunge offerstanden ist und teglichen mercklichen offerstet umb daz keisers recht und beschriben recht in disen landen als gar vergangen ist, darumb, got zu lobe und unsern landen und luten und rittern und knechten in unserm lande an dem Rin zu friden, seczen wir zu rechtem selegerede fur uns und unsere erben, daz wir und unsere erben bestellen sollen und wollen nach rate der dryzehen unsir rete vorgen [ant] oder des merernteils, daz die beschriben recht unsern obgen [ant] landen am Rin wider sollen beschriben geben werden in buchern, daz sich unsere stete und dorffere darnach gerichten mogen und recht darnach sprechen sollen und daz sich unsere rittere und knechte darnach gerichten mogen, doch yglichem lande nach siner geleginheit und guter gewonheit daz zu beßern, und wo wir selbir daz nit teten odir schaffen, so sollent ez doch unser erben zu stunt dun mit rate der dryzehen oder dez merenteils, daz ez unverzogenlich geschee.“ なお、この規定が、ローマ法に対抗して独自のプファルツの法を記録することを意味するものでないことについては、Hermann Krause, Kaiserrecht und Rezeption, (Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1952, 1. Abhandlung), Heidelberg 1952, S. 84 f. を見よ。

(94) M. Schaab- R. Lenz, ebenda, Art. 26- 30.

（95）伝存する証書には、宮中伯たちの印章と何人かの顧問の印章が付されているのみである。発効しなかった原因に関しては、さまざまに論じられているが、定説と言えるものはない。A. Gerlich, Seelenheil(注57), S. 404 f., Anm. 36; K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 172 ff; H. -D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 267 f.

（96）H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 269 ff.

（97）K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 175 ff; H.-D. Heimann, a. a. O.(注57), S. 277 ff.; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 109; H. Rall, Hausverträge(注5), S. 219 ff.

（98）K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 176 f. の解釈である。

（99）K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 177 f.

（100）K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 178.

（101）F. D. Fritz, (Hg), a. a. O.(注24), S. 584 ff., Cap. 7, Art. 1.

（102）M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 113-116.

（103）二人の関係とその子らについて、詳しくは、Volker Rödel, Pfalzgraf Friedrich der Siegreiche und Klara Tott. Eine nicht ebenbürtige Ehe mit Nachwirkungen, in: ZGO 152 (2004), S. 97-144. また、Ellen Widder, Konkubinen und Bastarde. Günstlinge oder Außenseiter an Höfen des Spätmittelalters? in : Jan Hirschbiegel und Werner Paravicini (Hg), Der Fall des Günstlings. Hofparteien in Europa vom 13. bis zum 17. Jahrhundert, (Residenzenforschung, Bd.17), Ostfildern 2004, S. 417-480, S. 452 ff. 二人の子のうちルートヴィヒは近世のレーヴェンシュタイン Löwenstein 伯家の祖となった。Hermann Ehmer, Löwenstein-Wertheim, in: M. Schaab u. H. Schwarzmaier (Hg), a. a. O.(注11), S. 389-394, S. 392. より広く、中世後期・近世の君主の婚外関係については、Paul Joachim Heinig, »Omnia vincit amor« -Das fürstliche Konkubinat im 15./16. Jahrhundert, in: C. Nolte u. a. (Hg), a. a. O.(注55), S. 277-314.

（104）K.-H. Spiess, Erbteilung(注57), S. 178 f.; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 134.

（105）死の前、一四七六年一月に、先の一四七二年の約束は修正され、フリードリヒ一世の子孫に割り当てられるべき所領はかなり縮小されていた。M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 137.

（106）V. Rödel, Klara(注103), S. 112 f.; M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 138.

（107）K.-H. Spiess, Erbteilung（注57）, S. 171. 宮中伯ルートヴィヒ四世・フリードリヒ一世の弟ルプレヒトはケルン大司教、宮中伯フィリップの子のフィリップとルプレヒトはフライジング司教、ゲオルクはシュパイアー司教、ハインリヒはヴォルムス・ユトレヒト・フライジング司教、ヨハンはレーゲンスブルク司教となった。本稿七六頁の系図を参照。

（108）中世後期ドイツ諸侯の婚姻関係については、具体例の図示とともに、Karl-Heinz SPIESS, Fürsten und Höfe im Mittelalter, Darmstadt 2008, S. 50 ff.

（109）以下に述べるプファルツ・ヴィッテルスバッハ家の婚姻関係については、M. Schaab, Geschichte（注11）, S. 223-225 および本稿七六頁の系図を参照。

（110）この縁組の成立過程については、Walther Holtzmann, Die englische Heirat Pfalzgraf Ludwigs III., in: ZGO 82 (1930), S. 1-38.

（111）この結婚の成立過程と関係史料については、Ernest Cornaz, Le mariage palatin de Marguerite de Savoie (1445-1449), (Mémoires et documents publiés par la société d'histoire de la suisse romande, seconde série, t. 15), Lausanne u. a. 1932.

（112）君主の死、埋葬、墓所に関しては、最近多くの研究が発表されている。いくつかの例をあげれば、Michael Viktor Schwarz (Hg.), Grabmäler der Luxemburger. Image und Memoria eines Kaiserhauses, (Publications de CLUDEM, 13), Luxemburg 1997; Lothar Kolmer (Hg.), Der Tod des Mächtigen. Kult und Kultur des Todes spätmittelaterlicher Herrscher, Paderborn u.a. 1997; Wilhelm Maier u. a. (Hg.), Grabmäler. Tendenzen der Forschung an Beispielen aus Mittelalter und früher Neuzeit, Berlin 2000; Rudolf J. Meyer, Königs- und Kaiserbegräbnisse im Spätmittelalter. Von Rudolf von Habsburg bis zu Friedrich III., (Forschungen zur Kaiser- und Papstgeschichte des Mittelalters, Beihefte zu J. F. Böhmer, Regesta Imperii, Bd. 19), Köln u. a. 2000; Carola Fey, Die Begräbnisse der Grafen von Sponheim. Untersuchungen zur Sepulkralkultur des mittelalterlichen Adels, (Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte, Bd. 107), Mainz 2003; Martin Kintzinger und Jörg Rogge (Hg.), Königliche Gewalt - Gewalt gegen Könige. Macht und Mord im spätmittelalterlichen Europa, (ZHF Beiheft 33), Berlin 2004; Helga Czerny, Der Tod der bayerischen Herzöge im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit 1347-1579. Vorbereitungen-Sterben-Trauerfeierlichkeiten-Grablegen-Memoria, (Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte, Bd. 146), München 2005; Michel Margue (éd.), Sépulture,

mort et représentation du pouvoir au moyen âge/ Tod, Grabmal und Herrschaftsrepräsentation im Mittelalter. Actes des 11es journées Lotharingiennes, 26-29 septembre 2000, Centre Universitaire de Luxembourg, (Publications du CLUDEM, t.18), Luxembourg 2006; Cornell Babendererde, Sterben, Tod, Begräbnis und liturgisches Gedächtnis bei weltlichen Reichsfürsten des Spätmittelalters, (Residenzenforschung, Bd. 19), Ostfildern 2006. より一般読者向けのものとして，Olaf B. Rader, Grab und Herrschaft. Politischer Totenkult von Alexander dem Grossen bis Lenin, München 2003. この盛況の背後には，いわゆるメモリア研究と寄進 Stiftung 研究からの刺激がある。

(113) Ellen Widder, Kirche, Dynastie und Landesherrschaft. Die Kurpfalz im Spätmittelalter, in: V. Rödel (Red.), a. a. O.(注11), S. 75-84; Anneliese Seeliger-Zeiss, Die Pfalzgrafschaft als Kunstlandschaft der Spätgotik, in: V. Rödel (Red.), a. a. O., S. 127-153, S. 131-145; Carola Fey, Vom Kloster zur Residenz. Neue Begräbnisorte und individualisierte Frauenbestattungen bei den Pfalzgrafen bei Rhein und den Grafen von Sponheim im Spätmittelalter, in: Nathalie Kruppa (Hg.), Adlige-Stifter-Mönche. Zum Verhältnis zwischen Klöstern und mittelalterlichen Adel, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 227, Studien zur Germania Sacra, Bd. 30), Göttingen 2007, S. 261-290; Thorsten Huthwelker, Tod und Grablege der Pfalzgrafen bei Rhein im Spätmittelalter (1327-1508), (Heidelberger Veröffentlichungen zur Landesgeschichte und Landeskunde, Bd. 14), Heidelberg 2009.

(114) 全般的に，Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 222 ff.

(115) シェーナウ修道院の歴史，特にその所領史については，Meinrad Schaab, Die Zisterzienserabtei Schönau im Odenwald, (Heidelberger Veröffentlichungen zur Landesgeschichte und Landeskunde, 8), Heidelberg 1963. ヴィッテルスバッハ家の宮中伯が同修道院を保護下に置いたことについては，Ebenda, S. 28 ff. 既にヴィッテルスバッハ家以前の宮中伯たちが同修道院に対する保護支配を及ぼしており，それが彼らの領邦支配建設の重要な足がかりの一つであったことについては，Ders., Die Entstehung des pfalzgräflichen Territoriums am unteren Neckar und die Anfänge der Stadt Heidelberg, in : ZGO 106 (1958), S. 233-276, S. 247 ff. また，同修道院と一三世紀末までのヴィッテルスバッハ家の宮中伯との関係，特に宮中伯によって修道院のためになされた多くの特権付与と寄進については，Gerhard Schwertl, Die Beziehungen der Herzöge von Bayern und Pfalzgrafen bei Rhein zur Kirche (1180-1294), (Miscellanea Bavarica Monacensia, H. 9), München

1968, S. 427 ff.

(116) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 37 ff., 224 ff.; E. Widder, a. a. O.(注113), S. 76 f. なお、アードルフらの父ルードルフ一世の墓所は不明である。

(117) Th. Huthewelker, a. a. O.(注113), S. 43 ff., 227. Kollegiatstift の設立文書は、M. Schaab-R. Lenz, a. a. O.(注5), Nr. 62. また、Friedrich Burkhardt u. a. (Bearb.), Das Seelbuch des Liebfrauenstifts zu Neustadt. Text, (Schriftenreihe der Bezirksgruppe Neustadt im Historischen Verein der Pfalz, 11/1), Speyer 1993, S. 460-469にもラテン語原文と現代ドイツ語訳がある。それによれば、全部で一〇の Kanonikat が設定され、Dekan 一人と八人の Priester が任命されるべきものとされた（Dekan が二つの聖職禄を保有する）。一三六三年には更に二つの Kanonikat が追加された。J.Miethke, a. a. O.(注15), S. 32 ff. も参照。ノイシュタットの Stiftskirche に関しては、Andreas Peiter, Die Stiftskirche *Unserer Lieben Frau und St. Ägidien* in Neustadt a. d. Weinstraße, (Studies in european culture, 4), Weimar 2005 および Paul Habermehl (Hg.), Stift und Stadt. Beiträge zum Seelbuch des Liebfrauenstifts zu Neustadt. Erläuterungen, (Schriftenreihe der Bezirksgruppe Neustadt im Historischen Verein der Pfalz, 11/3), Neustadt an der Weinstraße 2006, S. 251 ff. 所収の諸論文を参照。

(118) ループレヒト一世は、一三七一年の遺言で、ノイシュタットの教会を正式にみずからの墓所と定めた。その際、更に二つの Kanonikat が増設されるなど、大規模な寄進が行われた。

(119) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 50 ff.; E. Widder, a. a. O.(注113), S. 77 f.; A. Seeliger-Zeiss, a. a. O.(注113), S. 131 ff.

(120) Carola Fey, Die Reliquienstiftung Kurfürst Ruprechts I. von der Pfalz als Spiegel fürstlicher Frömmigkeit und materieller Kultur im späten Mittelalter, in: Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte 58 (2006), S. 131-147. 一三七九年の寄進証書によれば、聖遺物を持ち出すための六つの鍵は、ノイシュタット教会の Dekan などの役職者、ノイシュタットのシュルトハイス、市長、によって分有されることになっており、聖遺物がノイシュタット教会から散逸することがないよう、配慮されている。また聖遺物が定期的に信者に公開されるべきことも規定されている。Ebenda, S. 136 f. 聖遺物の中にはフランス王シャルル五世やハンガリー王ラヨシュ一世から送られたものも含まれており、ループレヒト一世がドイツ国外の君主とも関係を結んでいたことが示されている。Ebenda, S. 137 ff. ハンガリー王による聖遺物贈与については、また、Dies, König Ludwig I. von Ungarn und das Tischtuch vom Letzten Abendmahl. Reliquiengeschenke als Zeugnisse

des höfischen Austauschs im religiösen Bereich, in: Werner Paravicini und Jörg Wettlaufer (Hg.), Vorbild-Austausch-Konkurrenz. Höfe und Residenzen in der gegenseitigen Wahrnehmung, (Residenzenforschung, Bd. 23), Ostfildern 2010, S. 345-361 も参照。

(121) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 70 ff., 227 f. また、A. Gerlich, Seelenheil(注57), S. 406. ルプレヒト二世の遺言のテクストは、Ebenda, S. 412 ff.

(122) ハイデルベルクの聖霊参事会教会については、その歴史と建築史に関して、Eberhard Zahn, Die Heiliggeistkirche zu Heidelberg. Geschichte und Gestalt, (Veröffentlichungen des Vereins für Kirchengeschichte in der evang. Landeskirche Badens, 19), Karlsruhe 1960.

(123) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 86 ff., 228 f.; E. Widder, a. a. O.(注113), S. 79 f.; A. Seeliger-Zeiss, a. a. O.(注113), S. 139 ff.

(124) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 106 ff., 125 ff., 168 ff., 229 ff. なお、国王ルプレヒトの死、埋葬、墓所教会と墓碑については、R. J. Meyer, a. a. O.(注112), S. 119-126 も参照。

(125) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 138 ff.; Thorsten Huthwelker, Das Heidelberger Franziskanerkloster als Grablege der Pfalzgrafen bei Rhein und ihres Hofes, in: ZGO 160 (2012), S. 165-182, S. 174 ff.

(126) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 186 ff., 241 ff.

(127) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 52 ff., 190.

(128) Th. Huthwelker, a. a. O.(注113), S. 190 ff.

論　説

近松門左衛門『大経師昔暦』をめぐって（二・完）

――貞享改暦前後の日本の社会構造――

桑原朝子

目　次

序、
一、『大経師昔暦』の特徴――関連テクストとの比較を通して
1、実説と関連文芸作品

2、『大経師昔暦』の梗概と特徴
二、『大経師昔暦』の背景――貞享改暦を切り口として
1、改暦の必要性と国際関係上の意義
2、貞享改暦をめぐる朝幕関係
3、渋川春海の人脈と土御門家の事情
4、大経師浜岡家の孤立
5、浜岡家の断絶をめぐる疑い
6、道頓堀における浄瑠璃競演と安井家
三、『大経師昔暦』に表れた近松の認識と抵抗
1、支配権力と町人の関係
2、町人社会の構造と信用問題
（1）町人のコミュニティーの性質とその変容
（2）町人の経済活動と信用問題
3、近松の抵抗
（1）道順夫妻と玉の意義
（2）仏教による救済
結、

（以上六四巻二号）

三、『大経師昔暦』に表れた近松の認識と抵抗

1、支配権力と町人の関係

（以上本号）

近松が改暦に関心を寄せるとともに、その最中に起きた大経師浜岡家の密通事件に注目していたことは、これを共同で一旦歌舞伎に仕立てた後、時間をかけて今度は浄瑠璃に作り変えたことからも窺える。以下では、近松が、この事件を通して背後の社会構造の問題をいかに認識し、それに対していかなる態度をとったかについて、一で述べた『大経師昔暦』のテクストの特徴を手掛りとしつつ考察することとしたい。

まず、このテクストにおいて、近松が事件の実態をそのまま描こうとしたわけではないことは明らかである。それは、本テクストの第二の特徴として挙げたように、近松が、密通事件を起こしたおさんと茂兵衛の間に不義の意思が一貫して存在しないという、事実とすれば不可解にさえ見える設定を敢えてとったことに最もよく表れている。

近松は、『大経師昔暦』に限らず姦通を扱った作品においては、いずれも姦通は初めから意図したものではなかったとしており、その背後に、姦通は厳罰に処されて当然という当時の通念やその中で苦しんだであろう事件関係者への配慮があることは否めないと思われる。しかし、この設定は、それだけのためではなく、近松が描こうとした対象との関係で意図的にとられたものと考えられる。この設定によって、おさんと茂兵衛は、不義について主観的には責めを負う理由がないにもかかわらず、「天下の法」（五六三頁）に象徴される、自らには太刀打ちできない大きな権力によって押し潰されてゆく、ということになる。このようなおさんと茂兵衛の立場は、現実の改暦をめぐる権益争いの中で、改易に値するほどの重大な「不届」があったとは言い難いにもかかわらず、ただ京都所司代の不興を買ったがために一気に家を取り潰された、大経師浜岡権之助の置かれた立場を想起させる。もっとも、『大経師昔暦』において、浜岡権之助に対応する以春が、むしろおさんや玉らを踏付けにする人物として描かれ、ほとんど顧みられることもないことから明らかであるように、近松は権之助や浜岡家という特定の個人や家に同情を寄せてその悲劇を描こうとしているわけでは決してない。現実に大経師権之助が置かれた立場は、当時の誰もが置かれ得る立場であると考えたがゆえに、これをお

さんや茂兵衛、さらには玉に重ねて、彼らを追い詰める構造自体を描き出そうとしたものと思われる。換言すれば、近松は、大経師浜岡家における密通事件とその後の浜岡家断絶の背後に、支配権力と町人ら民衆の関係一般の構造を読み取り、不義の意思の否定という設定を敢えてとることによって、そこに表れた権力の理不尽さを浮き彫りにしている。

よって、テクストにおいては、現実の大経師浜岡家を追い込み、断絶へと向かわせる直接の要因になった、暦に関する権益争いについては、具体的に語られることはない(1)。しかし、近松は、改暦を機に暦にまつわる大きな権益が動こうとしている状況や、その中で浜岡家が孤立し断絶に追い込まれていった事情などに関しても、かなり詳細かつ正確に認識していたのではないかと推測される。そのことを窺わせるのが、おさん達が身分を偽り丹波に隠れている場面で、おさんを見破る存在として「万歳」を登場させていることである。万歳とは、年頭に禁裏や諸家を回って祝いの言葉や舞等の芸を行う人を指し、京都やその近郊に住む被差別民がその主体であったというが(2)、実説においておさん達が捕らえられたのは正月ではなく八月であり、万歳は関連の文芸作品においても一切現れない。よって、近松が、何らかの理由に基づいて登場させ、これに合わせて時節も正月に設定したものと考えられる。そして、この理由との関連で注目されるのが、万歳が年頭以外は陰陽師としての活動を行っていた(3)ことである。

土御門家が全国の陰陽師に対する支配権を正式に得たのは、大経師家の密通事件が起きた天和三年（一六八三）であったが、京やその周辺の陰陽師については、室町時代頃より配下に組み入れていたと見られる(4)。したがって、密通事件当時において既に陰陽師と土御門家の繋がりは存在した上、『大経師昔暦』が上演された十八世紀初頭においては、その繋がりは広く知られていたはずである。そのような状況下で、近松は、おさんを裏切り通報するかも知れない存在、すなわちおさんを心理的に追い詰める役割を持つ者として、万歳を敢えて登場させたといえるが、それは、大経師を追い詰めてゆくのに土御門家が手を貸したと見ていたからではないかと思われる。

改暦に際して、土御門家は、長年その指示を受けて大過なく暦の版行・販売を行ってきた大経師を庇護すべき、と周囲からは見られる立場にあったといえる。実際、『暦道一式』の記述によれば、土御門家から、改暦を機に大経師浜岡権之助に暦の版行を独占させるように推挙する書付が一旦は所司代に出されていたのであり、恐らくその見返りとして、土御門家は大経師から少なからぬ利益を得ていたと推測される[5]。しかし結局、土御門家の当主泰福は幕府との関係を重視し、所司代の意向を優先して大経師を見捨てた。全国の陰陽師の支配権を得るために幕府との繋がりを強固にしたかった泰福にとっては、それは合理的な選択であったといえるが、大経師の側から見れば、唐突で裏切りに等しい行為と映ったに相違ない。近松は、土御門家の名前を出すことや、これに対する批判と明らかに分かる書き方をすることを避けており、特定の家を攻撃する意図は感じられないが、万歳を登場させるという選択は、偶然的であるとはやはり考え難い。改暦をめぐり様々な利害関係が錯綜し、下位の立場にあるほど一層その関係が見えにくくなる不透明な構造の中で、上位の勢力の利益のために下位の者が憂き目を見るという状況を、はっきりと認識したがゆえの選択と思われる。

但し、同時に、近松は、ただ上の者が下の者を犠牲にするというのではなく、追い詰められた下の者と同等の立場にある者が、それを助けるどころか積極的に追い詰める側に回りやすいという、より難しい問題があることも理解していたといえる。それは、おさんや茂兵衛を熱心に捜索し捕まえようとするのが、役人ではなく茂兵衛と同じ奉公人である助右衛門であり、彼が玉を捕らえて縛り上げ、また従兄弟の助作と協力しておさんと茂兵衛の居場所を通報する、という描き方をしていることによく表れている。改暦をめぐる問題が、主に縦の関係ないし上からの圧力を示すのに対し、いわばこの横からの圧力、及びこれと上からの圧力との関係は、町人同士のコミュニティーである「町」を中心とした町人社会内部の問題に、最も明確に表れる。よって、続いてテクストの分析に必要な限りにおいて当時の町人社会の内部の構造について述べ[6]、あわせてこれに関する近松の叙述について検討したい。

2、町人社会の構造と信用問題[7]

（1）町人のコミュニティーの性質とその変容

『大経師昔暦』の主たる舞台となった京都は、全国に先駆けて町人のコミュニティーが発達した都市であった。「町」、すなわち通りを挟んで両側に店を出す商工業者が区画ごとに形成した地縁的・自治的共同体が、室町時代末期に既に出現し、江戸時代初期には、洛中の「町」の数は約千六百に上ったという[8]。

朝廷の所在地で多くの勢力の盛衰をまのあたりにしてきた京都の町人達は、時の権力者に真っ向から歯向かうことは少ないものの、町とその連合体を通じて団結すれば相当の勢力になることを利用し、権力者と巧みに駆引きをしながら、自治や自由を獲得していった。徳川幕府も、京都町人が手強い相手であり、町を基盤とする町人のコミュニティーをただ抑圧しても思い通りの支配はできない、と認識しており、京都所司代を通じて、これらを支配機構に組み込んで積極的に利用する政策をとる[9]。中でも十七世紀初期から半ばにかけて所司代の職にあった板倉勝重・重宗父子は、こうした政策を推進した。その一つが、既に存在する町人間の地縁的関係を基にしつつこれを若干組み替え、十戸を一組として相互に監視させ連帯責任を負わせることを目的に創設された、十人組[10]の活用であった。京都では、十人組は慶長八年（一六〇三）から施行され、寛永二〇年（一六四三）には五人組に変更されるものの、その基本的性格に変わりはない[11]。

京都は町も十人組も全国的に見て最も早く発達したといってよいが、幕府がこれらを利用して支配を進めていったことは、町人に宛てて出された法令である町触に端的に示されている。町触の伝達システム自体が、奉行所の与力から町の連合体である町組の代表者に触を指示し、町の力を利用して末端の町人にまで情報を伝えるというものであった[12]が、内容の面でも、特に板倉父子の所司代在任中に出された町触の中には、町内で何か問題が起きた時に、十人組ないし五

人組、及び町の代表者である「町年寄」や家屋敷の所有者で町の運営に関わる「町中」に、連帯責任を問う規定が多く見られる[13]。そして、こうした町触が町人の間に確実に浸透していったことは、例えば延宝五年（一六七七）に、町の側から、出所の知れない者を隠し置いて他所より露顕したら、宿主はもちろん年寄・五人組・町中についても共に処罰する、という趣旨の町触を遵守する旨の一札が入れられていること[14]からも窺える。『大経師昔暦』においても関連作品においても、実説と同様、おさん達が丹波の方へ落ち延びているのは、このような町触がある以上、京の町内に隠れるのは難しい、という認識が、当時の町人の間に共有されていたためでもあろう。こうした町触は、町の構成員の一人が、支配権力にとって不都合な問題を起こしたり、あるいは問題を起こした者を助けたりすると、町内の皆に迷惑がかかる、という仕組みが確かに存在したことを示しており、本来は権力者の横暴に対抗する町人の連帯という性格を持っていた町が、幕府の政策によって、町人間の相互監視・連帯責任のための制度という面を強めていることが窺える。

もっとも、このような形で町を取り込もうとする幕府の政策が功を奏したのは、町の側に相互監視や連帯責任の目的に利用されやすい性質が元から存在したためでもある。例えば、多くの町において、町の構成員、特に町中になるための条件が自主的な規則で決められており、町の他の構成員の既得権益を損なわないように注意が払われていたり[15]、町内の者が他町の住民の請人（一種の保証人）になることを厳しく制限して他町のトラブルを引き受けるのを未然に防いだりしていること[16]にも示されているように、町には、結束を乱すような競争や抜け駆け行為を許さず、窮屈で閉鎖的な面もあった[17]。こうした一面が連帯を維持するための相互監視に繋がりやすいことは確かであり、そこに幕府によって支配のための機構として利用される隙があったということもできよう。

また、幕府は、町人間の相互監視・連帯責任制度として、町や十人組のような地縁的関係ばかりでなく、広義の血縁的関係、すなわち養子のような擬制的関係や姻戚なども含む広義の親族関係をも利用しようとした。町人の場合、親族

同士が比較的狭い範囲に集住していることも珍しくないため、町と血縁的共同体とがある程度重なり合うこともあるが、敢えて言えば隣人以上に親族が利用される局面としては、請人制度が挙げられる。近世前期においては、家を借りたり奉公したりする際には、通常、親族が請人となり、その身元を保証した[18]。但し、親族といっても親や兄弟は近すぎるため、通常はかえって請人にはなり得なかったようであり[19]、近松が赤松梅龍について「玉がためには伯父ながら．奉公の請に立ち、他人向きにて暮しけり．」（五五〇頁）と記しているのは、玉の奉公の請人に立ったため、奉公に差し支えないように疎遠なふりをしているが、親のない玉にとって本当は親のような存在である、という梅龍の立場を表しているものと思われる。

奉公の請人は、基本的に奉公人の人物を保証することが目的であるが、奉公人が逃げた場合には、自ら捜索せねばならず、もし見つからなければ過料を負わなくてはならない。大経師家の事件より少し後の規定になるが、『科条類典』には、享保四年（一七一九）および寛保元年（一七四一）の取決めとして、失踪した奉公人については、請人に三十日を期限として捜索を申しつけ、原則としてその後九十日を経ても尋ね出すことができなければ過料、と記されている[20]。所司代の記録によれば、大経師家の事件においても、茂兵衛の請人治右衛門・九郎兵衛が、茂兵衛を尋ね出した功により御構いなし、となっていたことから、事件当時の京都においても既にこうした規定ないし慣行が存在したと推測される。このことと上述の町のあり方を合わせ鑑みると、当時の町人社会には、いかなる事情であれ一旦負のレッテルを貼られてしまった人間に対しては、助けたいと願う親戚や隣人でさえなかなか手を差し伸べにくく、かえって彼らがそうした人間を追い詰めてゆくように仕向ける構造があったといえる。

（2）町人の経済活動と信用問題

右のような町人社会が有する問題点は、何よりも町人の経済活動に表れる。近松は、特に大経師家と岐阜屋の経済活動を丹念に描くことで、これを浮き彫りにしている。

まず、大経師家が現実に手にしていた、町人としては破格といえる地位と財力は、『大経師昔暦』の設定においてもそのまま生かされている。すなわち、京の中心地四条烏丸に家を構え、町人に課される諸役も免除されており、「禁裏、院中、親王家、五摂家、清華の御所方」へ暦を献上していて（五三一～五三二頁）、以春が「大経師は禁中の御役人、侍同事の町人」（五四三頁）と豪語するのも強ち不当とは言えないほどの格式を誇る町家とされる。また、財政の豊かさは、商売で扱う金額が通常の町人とは桁違いに多いことに端的に示されている。おさんに金策を頼まれた茂兵衛が、銀一貫目の調達など容易いことと引き受け、「旦那の印判一つ、問屋へ持つて参れば、江戸為替二貫目や三貫目、常住取り遣りいたします。」（五三九頁）と言っているが、銀一貫目といえば、一日五十銭の席料で露命を繋ぐ素浪人の赤松梅竜（五五二頁）であれば三年かかっても稼げない額である[21]。

もっとも、扱う金額の大きさは桁違いでも、テクストの中では、大経師家の財務のあり方は特異ではなく、特別な取引などは大経師本人が行うが、日常の商売で生じる金銭の遣り取りや家計については手代に任せているとする。ただ、ここで注目に値するのは、重手代の助右衛門が茂兵衛を主人の印判を盗んだ廉で訴えた時に、以春が、「総じて所帯方、商ひ事、二人にまかせ置くからは、事によつて、主の印判押すまいものではなけれども、助右衛門にも知らさぬは、私欲あるに極まつた。」（五四一頁）と述べているように、手代の助右衛門と茂兵衛に一定の権限を与える一方で、基本的に単独行動を許さず少なくとも互いの承認を要するとして、この両者を相互に監視させ、牽制させる体制がとられていることである。茂兵衛とほぼ同じ境遇にありながら、茂兵衛やおさん、玉らを積極的に糾弾する助右衛門の行動は、その個人的な性格やおさんへの横恋慕（五五三～五五四頁）とも結び付けられているが、それとともに、この体制により

彼が置かれた立場とも関係しているように思われる。その立場にある限り、仮に助右衛門が、白紙に主人の印判を押すという茂兵衛の行為に目を瞑り、それが後に発覚すれば、彼自身も罪に問われる。また一方で彼の行為は常に茂兵衛の監視の対象となっているのであって、自分一人の意思でできることは極めて限られており、窮屈な思いをし続けなければならない。自由に行動できる範囲を広げるには、茂兵衛との間に強い信頼関係を築き水平的に連帯することが必要であるが、これは茂兵衛の裏切りというリスクも伴うため、必ずしも容易ではない。根本的な解決にならないとしても、目先の打算を働かせると、主人の威を借りて茂兵衛よりは明らかに優位に立つということの方がリスクは乏しく、一時的であっても横からの圧力を逃れられるため、これを追い詰める側に回りやすくなると考えられる。

この構造的な問題点は、助右衛門が、役人でないにもかかわらず公の罪人を縛る時に使う「本縄」で玉を縛って赤松梅竜のもとに連れてゆき、これに憤る梅竜と言い争う場面（五五四～五五五頁）にもよく表れている。町人の分際で本縄で縛ったことを咎める梅竜に対し、助右衛門は「たゞの町人と違うて、禁中のお役をすれば、本縄にかけても大事ない。」と言い放つ。つまり、「たゞの町人」のなし得ないことができるのは大経師家の人間だからであり、大経師家の人間が特別であるのは朝廷の用を勤めるからである、と上へ上へと縦に繋がってその権力を借りることで、何とか相手より優位に立とうとするのである。むろんこのような助右衛門の論理は空虚であり、梅竜に「禁中の御用を聞く町人は、本縄かけても大事ないとは、どこから出た掟ぢや、上を軽しめた慮外者。」と喝破され、棒で打ちのめされて縄を解く。しかし、すぐに大人しく引き下がるのではなく、最後の脅しとして、玉を預けたことを「所の庄屋」にも断って帰る、と今度は地縁的な関係、いわば横からの圧力を使う。助右衛門は、自分自身を縛っている上からの圧力と横からの圧力に苦しみつつも、その構造に搦めとられ、さらにはそれを、より弱い立場の者に押し付ける形で助長しているといえる。

一方、岐阜屋をめぐる記述も、町人社会の構造的問題点を別の角度から映し出す。岐阜屋の商売は不明であるが、「昔

の株の家」（五三七頁）との記述が見られ、京都の中でも特に家柄が良く富裕な町人の屋敷や京一番の両替屋などがあった下立売[22]に屋敷を構えているという設定から、代々続いてきた格の高い商家として想定されているといえる。しかし、道順が「近年諸国の銀（かね）も済まず．家屋敷をも人手に預ける逼塞の身」（五五九頁）というごとく、その財政は逼迫している。家質、すなわち屋敷地とその上の建物一切を質入れすることは、当時において最も確実で低利な金融の手段として、町人の間で広く行われており[23]、それだけでは危機的な状況とまではいえない。だが、そうして得た金銭でもまだ足りず、道順がとった窮余の策が、彼にとって大事なものを失わせかねない非常な危機を、かえって招く結果となった。

その策の第一は、娘のおさんを大経師に嫁がせたことである。本来なら一人娘のおさんに婿をとって継がせるほどの家であったが、娘にこの借金を継がせるのが不憫であり、また、大経師に「道順が娘ならば．拵（こしら）へいらぬ、土産もいらぬ．」（五五九頁）とまで言われて、道順は、おさんを十分な嫁入り支度も持参金もなしに嫁がせたのである。しかし、近世前期の上方において、由緒ある商家がそうした形で娘を嫁がせるというのは、現実には相当異例なことであったと思われる。例えば、貞享五年（一六八八）の正月に三都の書林の連名で刊行された井原西鶴の『日本永代蔵』には、「近代の縁組は、相性・形にもかまはず、付けておこす金性（かねしやう）の娘を好む事、世の習ひ」となり、「今時の仲人」は「まづ敷銀の穿鑿」をするとの記述[24]さえあり、また、「嫁取り時分のむす子」をもつ人が、まだする必要のない家屋の修繕や建増しなどをして「富貴に見せかけ、嫁の敷銀を望み、商の手だてにする」ケース[25]や、大津の商人「池の川の針屋[26]」が娘の京への縁組に「銀二千枚」、すなわち銀八十六貫目を持参金に付けようとしたケース[27]も描かれている。『日本永代蔵』は当時の実在のモデルを多く使っており、多少の誇張はあったとしても、持参金の多い嫁を望む風潮が存在したことは事実であろう。そうした風潮に反しておさんを持参金もなく嫁入りさせた岐阜屋は、その時点で既に大経師家に対し大きな負い目ができてしまったといえる。岐阜屋が、大経師にとっては端金にすぎない銀一貫目が整えられずに困っても、

「婿に無心言ひかけては．大事の娘にひけがつく」（五三八頁）、と大経師を頼ろうとしないのは、質物同然になっているおさんがさらに苦境に立つことを、何とか避けたいからである。

実際、大経師家と岐阜屋の金銭上の関係は、以春とおさんの関係に決定的な影響を与えている。そもそも以春にとって、おさんは、格式はあるが困窮している町家の娘であるがゆえに、妻とするのに好都合であったとさえいえる。大経師は商売の上で高位の公家との付き合いがあるため、その妻は、公家との交際にも慣れ、一定の礼儀作法や教養、少々の遊芸[28]などを身につけていることが望ましい。この点、岐阜屋道順は、「花の本の連歌の会」や「風早宰相[29]様の朝茶の湯」に参加しており（五三六頁）、その娘であるおさんも、町人ながら公家との付き合い方や礼儀作法を一通り弁えているはずである。その一方で、裕福な大経師は持参金をあてにする必要は全くない。多額の持参金付きの娘を娶れば、妻やその実家の意向を無下にすることはできないが、おさんの場合、道順の大経師家に対する金銭的な負い目があるために以春に対して強く出られず、以春が玉に手を出しておさんを蔑ろにするのも、それを見通しているからとも考えられる。道順は、おさんに苦労をかけまいとして大経師に嫁がせたにもかかわらず、結果的には逆に窮地に陥れてしまったのである。

さらに、道順は、窮余の策の第二として家の二重質入れを行った。「下立売の居屋敷を．町衆の加判で．一昨年三十貫目の家質に入れた」が（五三七頁）、物入りが続き、今春、町へは隠して八貫目の質に入れたのである。ところが、最初の債権者がこれを嗅ぎ付け、十一月三日限りで家を渡すか金を返すか、返事次第では五日には訴状を出す、と俄に町に届け出たという。三日までに利息の二貫百目を払うということで債権者とは何とか話をつけたが、この時、道順が最も気にするのは、家を取られることでも訴訟を起こされることでもなく、二重質入れが町の人々に知られてしまうことである。最初の質入れに「町衆の加判」があったように、家質の設定には町年寄・五人組等の立会・加判が必要とさ

れていたが[30]、その他に相続や金銭貸借などの際にも町の関係者による立会や保証が行われており、町は町人の経済活動を支える役割を果たしていたといえる。よって、二重質入れが露顕して町における信用を失うことは、商売はもちろん生活にも支障を来す可能性があるが、道順が恐れているのは、そうした経済的困難よりも「一分がすたる」（五三八頁）ことであり、道順にとって、それはもはや町内では生きてゆけなくなるほどの痛手として意識されているといえる。

板倉父子が所司代を務めていた十七世紀前期から中頃の京都をモデルにしたと思われる、元禄二年（一六八九）刊行の井原西鶴の裁判物『本朝桜陰比事』にも、町における信用を失うことは金銭的損害として容易には量れないほどの大きな痛手であるという意識を持った町人達が描かれており[31]、こうした意識は、当時の京都町人の間にはかなり共有されていたものと考えられる。但し、十七世紀末から享保期（一七一六～三六）にかけて、上方では、同業者仲間の結成や大商人による町を超えた経済活動の活発化が進み、町人の信用保証において町が果たす役割は相対的に低下してゆく[32]。よって、『大経師昔暦』が上演された正徳五年（一七一五）の観客の目には、道順の考え方はやや古いと映った可能性も高い。

実際、道順が、社会の変化に柔軟に対応できずに没落の途を辿る古いタイプの商人であることは、公家に対する融資の問題に、より明確に表れている。おさんが茂兵衛に金策を頼む際、「この月末には、さるお公家衆の御知行納り、三十両[33]戻る金がある」（五三八頁）と述べるごとく、道順は、財政的に苦しい状況にありながら公家に対してその知行収入をあてにした融資を行っている。町人が公家に対して融資することは、当時、現実によく見られたが、同時に、その債権を回収できなくなるという問題も、少なからず発生していた。近世において、公家領の多くは、山城国北部に相給知行、すなわち一村を複数の領主で分割知行する、という形で散在しており、各領主の知行高はあまり多くなかった。延宝二年（一六七四）の史料によれば、中でも二百石に及ばぬ知行高で「少身」といわれる公家達は、もともと十分な

生活費すらない状況であったが、同年に山城国で大洪水があったためにさらに困窮し、町人への支払いも滞り、町人が公家の用を請けなくなることすらあったという[34]。それでも概して京都の町人、殊に大商人は、以前から公家や武家との繋がりも強く、寛文期（一六六一～七三）以降問屋商人のために信用を供与することで発展を遂げる大坂の両替屋などとは異なり、基本的には公家や武家に対する融資への依存を続け、とりわけ大名貸しは、明暦・万治（一六五五～六一）より天和・貞享期（一六八一～八八）にかけて最盛期を迎えた[35]。だが、大名貸しは投機的要素が強く、近世前期における京都町人の没落の最大の原因が、大名貸しの失敗による破産であったことは、京都の豪商三井高房の著書『町人考見録』が示す通りである[36]。岐阜屋道順の融資先は武家でなく公家であり、融資の規模は大名貸しに比すれば小さいが、土地からの収入を担保にしており、債務者の社会的地位が債権者よりも高いために融資を断り難く、条件等の面でも債務者の言いなりになりやすい、という点では大名貸しと同様である。

また、『町人考見録』によれば、大名貸しに次ぐ京都町人の没落原因は奢侈、特に過度の遊芸による散財であったが、道順はこちらの原因も兼ね備えてしまっていたといえる。道順は、身代が傾いても「昔の株の家」（五三七頁）という意識が抜け切らず、連歌や茶の湯といった遊芸を通じた公家との交際などを相変わらず続けており、そのことは岐阜屋の財政をますます窮迫させたと思われる。

このように没落町人の典型ともいえる岐阜屋と異なり、大経師は、その莫大な利益の大半を暦の版行・販売によって得ており、間接的にも土地からの収入には依存していない。しかし、暦の版行・販売については、岐阜屋の場合以上に、公家や武家、すなわち支配権力から十分な距離がとれない、という問題を抱えている。そして、先述の通り、現実の大経師浜岡家は、まさにこの問題ゆえに、公家と武家の間を走り回り、これに頼ることで改暦という節目を乗り切ろうとした結果、不透明な利害関係に巻き込まれ、潰されていったのである。

しかし、大経師が、支配権力との関係において大きな限界があったとはいえ、土地の関係から離れ、商業の世界だけで自立的に、より自由に経済活動を行おうとする新しい志向を持っていたことも確かであり、この点には西鶴も近松も着目した。特に西鶴は、この志向を高く評価する観点から、土地との直接的な繋がり、とりわけ土着的で現物に依存する意識が支配している世界としての在地社会を、徹底的に切り捨てる態度をとる。西鶴が、在地社会については、小判を知らない者や、おさんの持参金が多いと聞いて俄にこれを嫁にしようとする強欲な伯母と「むくつげなる」その息子などの粗野な田舎者、すなわち現物に執着し、知識も才覚もなく金銭も現物をつかむように得ようとする者達ばかりを描き、嘲笑の対象とすることは、そのことをよく示している。

これと対照的に、大経師や、商品流通経済の中で自らの才覚を頼りに利潤の追求を目指す寛文期（一六六一～七三）以降の新興商人に対しては、少なくとも『好色五人女』や『日本永代蔵』を執筆した頃には、基本的に強い共感を持っていたと思われる。特に『日本永代蔵』では、自らの才覚による商法を駆使し、時に「始末」といった心がけや幸運も手伝って致富に至った様々な商人達の姿が、生き生きと映し出されている[37]。その一方で、西鶴は、こうした商人達に見られがちであった、商業の世界で私利を追求するためには手段を選ばないという側面の問題性については、必ずしも十分な注意を払っていないように見える。『日本永代蔵』には、茶殻を飲料用の茶に混ぜて売るという偽装商法で利益を得た商人が天の咎めか俄に発狂してしまう話[38]なども含まれてはいるものの、全体として見れば、他人を出し抜き、あるいは外聞の悪い商法で利益を得ることが、特に非難されているわけではない。また、『好色五人女』では、恋愛をめぐる町人の女性の新しい意識が主たる対象であり、経済をめぐる意識は正面からは取り上げられないが、茂右衛門を慕うりんや夫のことなど全く顧みず、周囲の目を欺いてまでも茂右衛門と生き延び不義の関係を続けようとするおさんの姿は、右に述べた側面を持つ大経師や新興商人と通じるものがある。だが、西鶴はこうしたおさんを肯定し、霊夢の無視

に示されるように、これを道徳的見地などから批判する側の方を突き放す。

しかし、大経師らのこうした側面の問題性は無視しうるほど小さなものではなかった。西鶴とは対照的に、そのことを強く訴えるのが、先述の丹波に伝わる説話である。在地側の視点に立つこの説話によれば、在地社会は確かに物的な関係に規定されてはいるものの、その長期的な安定を崩さないように、かえってその上に、おさんと茂兵衛のあり方に表されるような一見強い信義に基づく関係が成立する可能性を持っていた。在地側から見れば、むしろ「京師屋」の当主に代表される都市の大商人の方が、財力に物を言わせて在地社会の物的基盤に介入し、さらにはその上の信義の関係までも破壊するのであり、安心して取引の相手としうるような信頼性に欠けるということになる。

実際、自らの才覚を頼りに手段を選ばず私利の追求を目指すという商人が必ずしも成功するわけではなく、彼らに任せていては商業の基盤となる安定的な信頼関係も築けないということは、その後、現実の変化の観察を通して、西鶴も認識したものと思われる。『日本永代蔵』にも、商人が資本もなく才覚だけで成功するのは難しくなりつつある、という時代の変化に触れた部分は既に見られるが[39]、その続編として構想され、西鶴没後の元禄七年（一六九四）に弟子の北条団水の手によって刊行された『西鶴織留』[40]の中の一話「千貫目の時心得た」（巻六―四）には、以前と違って今は「銀（かね）が銀もうけする世」であり、「利発才覚ものよりは常体（つねてい）の者の、質（もとで）を持たる人の利徳を得る時代」、と一層明確に記されている。しかし、ここで興味深いのは、西鶴のそうした時代の変化の認識というよりは、それをもとに彼が商業に対して示す態度の変化である。西鶴があくまで自立的な商業の世界の構築を目指すならば、時代の変化に合わせ、特に利発ではないが資本を持った者を主体にして新たな商業のあり方を試みる話を書くこともできたはずであるが、彼はそうはしなかった。右の一話では、商売を発展させて銀千貫目を貯めた商人が、病を得て死期が迫った時、十九歳になる一子に、「我相果（はて）ての跡にて、何によらず商ひ事やむべし。此銀なく成（なる）事、十ヶ年はたもつまじ。十貫目より上の家

質より外に、何方（いづかた）へも借（か）す事なかれ」と言い置き、手代達にそれぞれの銀子をとらせ、商売をやめてこの子に財産を譲る。そして、その時には繁盛している最中に商売をやめることを惜しまれたものの、結局、子の代には「金銀の置所なきたのし屋」、すなわち大金持ちになったというのである。

「商ひ事」の世界で致富を目指し、土着的関係を嫌い、これを徹底して切り捨てようとしたはずの西鶴が、「商ひ事」から手を引き、在地社会でなく都市内部とはいえ、屋敷地と建物を質にとることによって利益を得ようとする町人を、肯定的に描き出すように変わってゆく[41]のは、皮肉というほかない。この変化は、手段を問わず自らの思うままに利益を追求するという西鶴の商人像の限界と、当時の町人にとって土地との関係を断ち切ることがいかに難しかったかを、如実に映し出しているといえよう。

一方、近松も、商業の世界で自立的に経済活動を行い、土地の関係から距離をとることを目指すが、西鶴とは異なるあり方を模索した。その際、近松は、新しい経済活動のあり方自体というよりは、それを支える前提となる広義の信用の問題、中でも水平的な連帯の構築の必要性に目を向ける。そして、この連帯を希求する意識を、おさんと茂兵衛を通じて描き出すのである。

おさんと茂兵衛が、大経師や、西鶴の描くおさん・茂右衛門と決定的に異なるのは、私利の追求のために弱者を利用するようなやり方はとらないということである。この点は、何よりも玉の扱いに表れている。そして、玉のような存在さえも対等に尊重される連帯の関係が築かれているところであれば、丹波の説話に強く表れていた、都市町人の商業の世界に足を踏み入れたら何もかも奪われてしまうのではないかという在地側の恐怖も取り除かれるため、一旦距離をとった在地社会とも新たな関係を築ける可能性が生まれる。

但し、丹波の説話と違って、近松は、基本的に物的紐帯に規定された関係には懐疑的であり、在地社会を描く際には、

西鶴と同様に、領主層よりも庶民に着目し、意識の面での町人との相違を浮き彫りにする。この点は、おさんと茂兵衛が丹波の家主助作に寄託した銀八百目の取り戻しをめぐる問題に最もよく表れている。道順から受け取った大事な銀を助作に寄託したのは、日頃から江戸と為替のやりとりなどを行っていた茂兵衛にとって、自分で抱えているよりもその方が安全であるという発想があったためであろう。しかし、「土百姓」（五七三頁）の助作は、実物の交換が中心で物理的に対象を把握していなければ安心できないという世界に生きており、その発想が全く理解できない。助作は、茂兵衛から返還を求められると、他へ融通してしまったと言い訳し、返還を待つ間に捕らえられたおさんに責められると、今度は寄託されたこと自体を否定する。寄託するには相手に信用に値する資質があることが前提となるが、物的・土着的な思考に縛られている助作は、それをおよそ欠いているものとして描かれている。

よって、近松は、おさん・茂兵衛が体現する水平的な連帯の関係は都市町人の間に求めるほかないと考えているといえるが、この点についても決して楽観的なわけではない。都市町人の間でもそうした連帯を築くのは容易ではないこと、換言すれば町人社会の側の問題点をもはっきりと描き出す。力に物を言わせる大経師以春もその一例であるが、大経師の威を借りる重手代の助右衛門は、それ以上に問題点を例解する存在に見える。おさん達の悲劇の始まりは岐阜屋を救うための金策の失敗であったが、これは、大経師の妻でありながら一人では銀一貫目の調達もままならぬおさんが茂兵衛の協力を仰いでその調達を図ろうとしたものの、まさに茂兵衛との連帯を拒否した助右衛門の告発によって失敗に終わったのであった。助右衛門はその後もおさん達を積極的に追い詰めるが、自力では二人を捕まえることができず、従兄弟の「土百姓」の助作と通謀してその手を借りることで、漸く目的を達成する。家主の助作が助右衛門の従兄弟であったという設定はいかにも不自然であるが、ここを敢えて親戚関係にして繋げたのは、町人社会と在地社会との癒着を明確に示すためとも考えられる。すなわち、助右衛門は、大経師を通じて支配権力と繋がるか、さもなくば土地基盤に頼

るかしなければ存立できず、そのために町人仲間との横の連帯を犠牲にしてしまう存在として描かれているのであり、その姿には、支配権力からも土着の関係からも距離をとろうとする意識が芽生えていても、なかなかその双方への依存から脱却できず、内部で安定した水平的な連帯関係を築けないという、当時の町人社会の脆弱さが表れているように思われる。

3、近松の抵抗

（1）道順夫妻と玉の意義

以上の検討から、近松は、大経師家の事件を表面的になぞるのではなく、その一部を大胆に変更し、人物や金銭に関する詳細な設定を新たに加えることによって、町人社会が支配権力とも在地社会とも十分な距離を保てず、町人同士で水平的な連帯関係を構築できていないために、何か些細なきっかけがあると、その内部の個人に対し、不透明で複雑に絡み合った大きな権力が上からも横からも伸し掛かってきてこれを押し潰すという、事件の背後にある構造を、広い視野のもとに捉えようとした、ということができる。しかし、彼はただその構造を客観的に描こうとしたのではなく、これに対して能う限りの抵抗を示している。この雁字搦めの構造を突き破ろうとする強い衝動が存在する、ということを突き付けて見せるからである。そのことを何よりも表しているのは、先行作品のいずれにも存在しない、道順夫婦とおさんの再会の場面であり、この場面は、何としてでも絶望的な状況を突破して子を助けようとする親の愛情[42]が溢れ出る、作品中の山場となっている[43]。家を二重質入れしたのが人々に知られたら「一分がすたる」（五三八頁）、と町での信用を失うことを非常に恐れ、何とか取り繕おうとしていた道順が、おさんが大経師家を出てからは、「娘が置目にあふなら

ば．この苦しみを百千万重ねても、物の数かは」、と総身の凍るのに堪えて毎朝水垢離を取り、必死で神仏に願を懸け、もはや「世間張つて何にせん」、と全てを捨ておさんを助けようとする（五六四頁）。おさんの母も、「天にも地にもたつた一人の大事の娘．見つけらるゝと殺さるゝ、手放してやられうか．ござれ、翁媼（をぢうば）つきそうて、死なば親子一時に」、と気も狂ったように訴える（五六三頁）。

おさんを結果的に窮地に陥れた親ではあるが、全てを擲って子を救いたいというその愛情に偽りはなく、近松は、そこに人々の心を動かす最も強い力を見出したのであろう。だが、そのことは、こうした親の愛情がない場合、すなわち身を捨てて自分を守ってくれる親さえいない子であれば犠牲にしてよい、ということを全く意味しない。そのような孤立して救いのない立場の者を潰そうとすることに対しては、むしろ一層頑強に抵抗する。この点は、玉に重大な役割を与えるという、テクストの第四の特徴に明確に示されている。

おさんと違って玉には親や兄弟はなく[44]、唯一の親族が伯父の赤松梅竜である。『太平記』講釈で生計を立て、その道理で玉に説教する一方、助右衛門の無法に真っ向から立ち向かう梅竜は、時流に乗れぬ不器用さを見せ、やや滑稽味を醸し出すものの、基本的に正義感が強く人情に篤い人物として描かれている。しかし、近松はこの梅竜が、主人であるおさん達を救うためにその罪を玉に被せて殺すという設定を敢えてとり、その上で、おさん達が捕まったところに玉の首を持ってやって来た梅竜に対し、役人から、「京都において、中立の女．その玉を証拠に詮議あらば、事の次第明らかに顕れ．両三人ともに助かることもあるべきものを．」（五七五頁）、という冷ややかな言葉を浴びせるのである。この言葉は、玉を殺すことは、おさん達を助けるどころか、その最後の救済の可能性すら潰すものであるということを示しており、それは直接的には玉がおさん達の容疑を晴らす証人だからとされる。だが、ここで重要であるのは、そうした理由付けよりも、主人を助けるために下の者を犠牲にすることを厭わない、という梅竜の考え方を否定することであっ

たと思われる。主人のために身代わりとなって命を投げ出すことは、確かに当時の武家社会、あるいは梅竜が慣れ親しんでいる『太平記』の世界においては、賞賛の的となる行為である。[45] しかし、近松は、玉の死を敢えて無駄死にと位置付け、梅竜をも苦しませることで、そうした武士の論理の残酷さと無意味さを強調する。玉は誰かの身代わりではなく、自身がかけがえのない存在なのであり、おさんと茂兵衛は玉を尊重することで、商業の世界をも支える新しい連帯の構築を目指した。よって、最も弱い立場にあるからといって玉を犠牲にすることは、他の者を救うどころか、このような連帯の可能性を潰し、これに支えられるべき社会全体を揺るがすことを意味するのであり、親のない子のような、最後の砦すら持たない者を、皆が親代わりになって守れるか否かに、まさに当該社会のあり方がかかっている、ということになる。

（２）仏教による救済

右に述べたように、近松は、自分の身がどうなろうと子だけは救いたいという親の強い愛情を極めて重視した。しかし、彼が最終的に選んだ結末は、道順夫妻の必死の命乞いが直接聞き届けられておさん達が許される、というものではなく、一見唐突にも思われる、僧侶の介入による救済であった。

このデウス・エクス・マキナの登場による解決は、現代の目から見れば、筋書の構成に難があると言えるが、当時の社会構造に鑑みると、決して理のないものではない。押し潰そうとする力があまりに大きく、しかもその構造が見通せない場合、その内部だけで何とか抵抗しようとすることは非常に困難であり、その中に完全には組み込まれていない勢力に縋るという方が、救済手段としては実効的に見える。そして、そうした勢力として、ここで宗教権力、しかも仏教が選ばれたということも、現実の大経師家の事件をめぐる動きや当時の宗教権力のあり方、仏教に内在する思想などを

考慮すると、極めて妥当であるように思われる。大経師浜岡家の密通事件を厳しく処罰し、副次的とはいえ、この件も恐らく理由の一つに用いつつ浜岡家を断絶に追い込んだのは、幕府権力の一翼を担う京都所司代であり、土御門家をはじめ朝廷方の者もこれに加担した。幕府も朝廷も決して一枚岩ではないとはいえ、相互に絡み合って下の者を押し潰す、という構造ができていた以上、そこから相対的に距離があり、かつこれに異を唱えるだけの力を持つものとなると、やはり宗教権力しかない。

もっとも、近世においては、宗教権力も、世俗権力から独立していたとは言い難く、幕藩体制に組み込まれ、これを支える役割を果たすことが少なくなかった。そうした中で、特に注目に値するのは、十七世紀以降、儒家、特に朱子学者の中に、神道に傾斜し神儒一致の立場をとる一方で仏教を排除してゆく、という動きが現れ[46]、幕府の有力者達にも大きな影響を与えることである。この神儒一致の思想、言い換えれば儒教の学説により体系化された神道が、保科正之、山崎闇斎、渋川春海、土御門泰福といった、改暦に深く関わった者達を結び付けるためにも大きな役割を果たしたことは、先述のとおりである。よって、仏教勢力は、当時、世俗権力、中でも改暦を推進する朝幕の勢力と、最も強い緊張関係にあった宗教権力であるといえる。

しかし、仏教は、思想的な面では世俗権力との緊張関係を保ちつつも、制度的な面では、かえって他の宗教以上に、幕藩体制に深く組み込まれていた。この点は、近世仏教の最大の特色とされ、それを端的に示しているのが本末制度と檀家制度であるが[47]、近松がとった救済策との関係で特に問題になるのが後者である。この制度は、表向きはキリシタン禁制のため、全ての者に檀那寺を持つことを義務付け、檀那寺に檀家の証明をさせるというものであったが、幕府にとっては、自らの力だけでは貫徹しにくい民衆の把握を寺院の力を借りて達成できるという大きなメリットを齎した。但し、これは必ずしも幕府が一方的に押し付けた制度ではなく、檀家からの収入を経済的基盤に組み込みたい寺院側や、さら

には家の存続を支える仏式先祖祭を寺院で行うことを望む民衆の側の需要にも合う面があったため[48]に、広く受け入れられた。そして、この制度のゆえに檀那寺と檀家の間に密接な結び付きが成立し、檀那寺が檀家の信仰心までつかんだとは限らないものの、その日常生活全般について影響を及ぼすようになった[49]ことは、それが幕府の当初の意図とは異なる形で機能する可能性をも生み出した。近松の救済策は、まさしくこの可能性を最大限に活用したものであったともいえる。黒谷の寺、すなわち浄土宗の本寺である金戒光明寺は、金策に窮した岐阜屋に融資をしていることからもその檀那寺であると考えられ、その黒谷の僧に岐阜屋の娘を救済させるということは、檀那寺と檀家との強い結合を見事に逆手にとり、幕府の支配に資するようにではなく、檀那寺が幕府の横暴から檀家を救済する、という方向に用いようとするものだからである[50]。檀那寺は檀家から経済的利益を受け、またこれを監督せねばならない一方で、その身元を保証[51]し、極楽往生を請け合う義務を負う[52]。この最後の点に、仏教思想の内容や社会的位置付けが関わってくる。極楽往生、言い換えれば死後の問題は、近世を通じて仏教批判を強めてゆく儒教の立場からも、切り崩すことのできない仏教の牙城だったからである[53]。

浄瑠璃というジャンルも、そもそも仏教思想の色濃い説教節や謡曲の影響を強く受けているが、中でも近松のいくつかの作品の詞章には、仏教、特に観無量寿経を中心とする法然の浄土教思想が詳細に表れており[54]、この思想によると、人間の中で最低の下品下生者であっても、臨終の際に善知識、すなわち仏道に導いてくれる指導者にめぐりあい、南無阿弥陀仏と唱えれば、その罪は消えて極楽浄土に往生できるという[55]。浄土宗の寺である黒谷の僧侶が罪人とされた檀家を救おうとすることは、この思想に合致するものといえる。

但し、黒谷の東岸和尚も「愚僧が念願相叶ひ、二人が命下さるれば．これ現世を助かる衣の徳．もしまた罪に沈んでも．愚僧が弟子になすからは、未来を助かる衣の徳．」（五八〇頁）と述べているように、極楽往生を保証するのは最後の最

低限の救済であり、本来は助命を願っている。そして、このように僧侶が僧衣をかけて罪人の助命を乞うという方法は、近世社会において実際に行われていたものであった。おさんと茂兵衛の処刑に関しても、信憑性に欠ける後代の史料ではあるが、僧が命乞いをしたという記述を含むものが存在する[56]。もっとも、こうした僧による罪人の助命は、東岸和尚に対して役人が「罪科極つたる囚人を助くるとは．上を軽しめたる御坊の仕方、叶はぬ〳〵．」（五八〇頁）と述べるごとく、罪人の処刑を決めた世俗権力を蔑ろにすることを意味するため、これを禁じる藩法も存在し[57]、また、例えば山崎闇斎門下の藤井懶斎は、僧が自らの「法威」を輝かし「国政」と対抗するために罪人を助けることを、「国政」を害するものとして強く非難している[58]。よって、このような助命が頻繁に行われ、認められたとは考えがたく、確認できる実例も江戸藩邸近くにおける軽輩処分や一部の藩におけるもので、京都の粟田口のような大都市の刑場では例がない[59]という。しかし、おさん達のケースにおいては事実に反するとしても、実例やそれを支える思想が存在した以上、当時の雁字搦めの構造の中で潰されてゆく者を守る最後の砦として、親が子を守るように檀家を守るべき檀那寺の僧侶を持ち出すというのは、決して唐突ではなく、最もあり得べき僅かな可能性であったとも思われる。それは、一見超越的ではあるが、実は全てを併呑するような構造の内部に取り込まれている鋭い緊張関係を利用し、皆から見放された者の最も近くに立って、内側からの突破を図ろうとする解決であったとも言えよう。

結、

近松は、主観的な責任はないにもかかわらず窮地に陥れられたおさんと茂兵衛、及び彼らの救済を願う道順夫妻や玉の苦しみを描くことにより、彼らを追い詰めた当時の社会構造に対して強い抵抗を示しつつも、テクストの結末として

は、仏教の力により来世における救済をはかることに止めた。このことは、裏から言えば、おさん達が現世で救われて穏やかに暮らして行けるという結末は空々しく見えてしまうほど当時の現実が厳しかった、ということも示していよう。だが、東岸和尚によるおさんと茂兵衛の救済に諸人が歓声を上げるという末尾の一節は、町人を中心とする当時の観客の意識を代弁したものであり、現実が厳しければこそ、その犠牲となったおさんや茂兵衛、さらには玉の運命を、他人事ではないと感じ、これを何とか救済したいという思いが、彼らの間に広く共有されていたことを窺わせる。

そして、この作品がその後必ずしも頻繁には上演されていないもの[60]の、少なくともそのテクストが現在まで絶えることなく読み継がれてきたということは、ここに表れた構造的問題が克服されず、その犠牲となる者を救いたいという思いが消えてなくならなかった、ということを示唆している。もっとも、表面的なレヴェルにおいては、当時の上方都市の変化は著しく、大経師家の密通事件が起きた天和三年（一六八三）から『大経師昔暦』が上演された正徳五年（一七一五）の間においてさえも、先に触れたように、同業者仲間の形成や町を超えた経済活動の活発化により、町人にとっての町の重要性が相対化されるといった変化は起きつつあった。しかし、そうして町の結束が弱まったからといって、町人個々人が、より自由に独り立ちできたわけではなかった。享保の改革で幕府の側から積極的に株仲間結成が命じられたり、株仲間には冥加金の上納が課せられたりしたことからも分かるように、同業者仲間は、経済的な面では町以上に幕府の支配体制に組み込まれるようになってゆき、その内部における相互監視・連帯責任の関係も強かった[61]。その一方で、町にも行政単位としての機能は残るため、町人は、基本的に町と仲間の双方を通じ、より確実に支配権力によって掌握されることになった。すなわち、町人は水平的な連帯の可能性を持ちながらも、それを上からの支配権力に対抗する形では働かせなくなっており、横の関係が縦の支配と結び付いて双方から町人を束縛するという構造は、かえって一層強まったと考えられる。

こうした中で、『大経師昔暦』の初演の頃、すなわち正徳（一七一一～一六）後半を境として、近松の作品においても変化が現れ始め、やや表面的に当時の政との関連をほのめかし、五代将軍綱吉時代の政務を批判する反面、新井白石の正徳の治への称賛をはっきりと示す作品なども見られるようになる。[62] それでも近松は、同時に、海外との関係にまで視野を広げつつ、社会構造の問題に批判的に深く切り込む作品も書き続けるが、十八世紀半ば以降に活躍する浄瑠璃・歌舞伎作家の作品には、そうしたものは極めて乏しくなる。『大経師昔暦』は、初演当時において、熱狂を以て迎えられることこそなかったが、まさに確立しつつあった社会構造を鋭く捉えると共に、特に上方町人の間に、それに対して強力に抗おうとする意識が存在したことを鮮やかに伝える、稀少なテクストであると思われる。

（1）この点に関連して、『大経師昔暦』と西鶴の『好色五人女』を基にしつつもそこに決定的な変改を加えた、溝口健二監督・依田義賢脚本の映画『近松物語』（一九五四）が、近松も西鶴も明示的には描かなかった、暦の版行・販売をめぐる大経師と院経師の争いを、はっきりと描き出していることは注目に値する。本作品の原作とされる川口松太郎「おさん茂兵衛」（『川口松太郎全集』一四、講談社、一九六八、初出は一九五四）にも院経師や商売がらみの争いは描かれておらず、依田氏による脚本化の際にこの部分が付加されたものと思われる。

（2）山路興造「萬歳の成立」（村山修一ほか編『陰陽道叢書3近世』、名著出版、一九九二、初出は一九八八）二七〇～二七七頁。

（3）〔山路一九九二〕二七一～二七二頁。

（4）山本尚友「民間陰陽師の発生とその展開」（〔村山ほか一九九二〕）一九〇～一九一頁。

（5）『暦道一式』によれば、幸徳井家と親しかった院経師菊沢家は、土御門家とは交流が格段に少ないものの、その昇進祝いなどの際には参上している。よって、大経師浜岡家も、平生から土御門家との間に少なくとも同様の付き合いはあったと考えられる上、暦の販売数等から判断する限り、浜岡家の財政は非常に豊かであったと思われるため、改暦に際して自ら

の利益を守るべく、土御門家に対して相当な贈与をなしたのではないかと推測される。

（6）町人社会内部の構造の問題点は、近松の別のテクストや同時代の他の史料に一層明確に表れているため、より詳細な分析は別稿で行うこととする。

（7）ここにおける信用問題とは、信用取引などに関する狭義の信用をめぐる問題のみならず、その基盤となる人間相互間の信頼関係の構築といった広義の信用の問題も含むものとする。

（8）杉森哲也『近世京都の都市と社会』（東京大学出版会、二〇〇八）二〜四頁。

（9）このような京都町人に対する幕府の認識と政策、及び町人のコミュニティーとそれを支える意識については、拙稿「近世前期の裁判物にみる上方都市の社会構造――「民事裁判」をめぐって」（長谷川晃編『法のクレオール序説――異法融合の秩序学』、北海道大学出版会、二〇一二）二二〇頁以下参照。

（10）十人組については、煎本増夫「十人組の成立」（北島正元編『近世の支配体制と社会構造』、吉川弘文館、一九八三）参照。

（11）〔煎本―一九八三〕一九四頁。

（12）朝尾直弘「近世京都の「町」と町触――願触について――」（『朝尾直弘著作集　第六巻　近世都市論』、岩波書店、二〇〇四）三七〇頁。

（13）〔桑原―二〇一二〕二二一頁。

（14）『京都町触集成』別巻二・触番号五四七の蛸薬師町文書に以下のようにある。

延宝五年巳九月廿六日
指上ケ申一札之事
一男女ニ不限、然と出所知さるうさん成者預り置宿仕間敷候、若右之類男女共ニ隠置、以来他所より露顕仕候者、宿主之義ハ不申及、年寄五人組町中共ニ曲事ニ可被為仰付候事
（中略）
右之趣今度重々御触ニ付、組中年寄行事一紙ニ連判仕差上申候、此上者町内之儀ハ不申及、隣町相互ニ少ニ而も不審成もの御座候ハヽ、急度穿鑿仕可申上候、若右之段々乍存知隠置、他所より訴人御座候者、此連判之者共如何様とも曲事ニ可被為仰付候、為後日仍而如件

御奉行様

(15) 鎌田道隆「町の成立と町規則」（京都町触研究会編『京都町触の研究』、岩波書店、一九九六）二九五～二九七頁。

(16) 塚本明「近世中期京都の都市構造の転換」（『史林』七〇―五、一九八七）六頁。

(17) この点に関連して、当時町人間で流行し町を支える意識の醸成にも深く関わったと考えられる連句にも、全体の調和を乱すほどの強い個性の突出を避ける傾向があったことは注目される。詳しくは〔桑原―二〇一二〕二三〇頁以下参照。

(18) 但し、西村和江「近世大坂三郷家請人仲間の展開過程――借屋請の側面を中心として――」（都市史研究会編『年報　都市史研究10　伝統都市と身分的周縁』、山川出版社、二〇〇二）によれば、例えば大坂三郷では、借屋人の請人は元来借主の親類や知人であったが、次第にこれを商売として引き受ける者が現れ、享保十七年（一七三二）には大坂町奉行所の認可を受けて「家請人仲間」となり、親類請が可能であってもこちらに依頼するケースも見られるようになるという。

(19) 借屋請人については、通常本人の親・兄弟はなり得ず（塚本明「借屋請人」、高橋康夫・吉田伸之編『日本都市史入門Ⅲ　人』所収、東京大学出版会、一九九〇）、奉公の請人についてもこの点は同様であったと推測される。

(20) 『科条類典』巻十九「奉公人請人御仕置之事」に、「享保四年・寛保元年極」として「一欠落奉公人　請人江三十日限尋申付、三切日延之上、於不尋出ハ、過料」とある。もっとも、奉公人が取り逃げをした場合には、「但、取逃いたし候ものハ、六切日延尋可申付事」という但し書が適用され、捜索の義務を課せられる期間が延びる。

(21) 堀切実「解説」（井原西鶴『日本永代蔵』、角川学芸出版、二〇〇九）によれば、慶長十四年（一六〇九）の幕令では、金・銀・銭の三貨幣の交換比率は、金一両と銀六十匁と銭四貫文とを等価とするものであり、これに基づき計算した。但し、民間では、この交換比率を基準として日々少しずつの変動があったという。なお、物価の変動のあり方が品物によって異なることから、現在の貨幣価値との比較は単純には行えないが、仮に二〇〇七年の米価を基準にして換算すると、銀一貫は約二百二十万円、銭一文（＝一銭）は約三十三円であるという。

(22) 『泰重卿記』寛永六年（一六二九）四月四日条には、「下立買（ママ）〔＝下立売〕二十間許火事、富祐〔＝富裕〕町人共也」との記事が見られ、この頃には下立売が既に富裕な町人の多い地域であったことが窺えるが、元禄初期の京都の状況を記載した『京都覚書』によれば、「京都筋目有町人」として挙げられた三十三名のうち十名の屋敷が下立売通に面した町内かそ

の直近の町にあった。また、享保年間に著された『町人考見録』には、大名貸しなどで没落した京都の著名な町人の名が記されているが、その中にも下立売やその直近に屋敷を持っていた者は少なからず見られる。例えば、十七世紀中頃に「京一番の両替有徳者」と言われた両替善六は「下立売烏丸西へ入ル町」に、延宝期（一六七三～八一）頃に「京・大坂にて一番の大両替屋」と言われた両替善五郎は「室町通下立売上ル町」に、それぞれ屋敷を構えていたという。なお、近世京都の地点表記において、前に置かれる通り名が町の位置を表記する重要な意味を持っていることについては、〔杉森一二〇〇八〕一三四～一三八頁参照。

(23) 中田薫『徳川時代の文学に見えたる私法』（岩波書店、一九八四、初出は一九一四）三三～四一頁、石井良助「家質の研究」（『国家学会雑誌』七三―三、一九五九）二一八頁。

(24) 巻五―五「三匁五分曙のかね」。

(25) 巻一―五「世は欲の入札に仕合せ」。

(26) 谷脇理史氏の頭注（六二頁）によれば、「池の川の針屋」は現大津市追分町にあった、池の川針元祖大黒屋森越清兵衛を指すという。

(27) 巻二―二「怪我の冬神鳴」。

(28) 詩歌・管弦・鞠・茶の湯といった遊芸が、近世都市での社会的な交際において重要な機能をもったことについては、守屋毅『元禄文化　遊芸・悪所・芝居』（講談社、二〇一一、初出は一九八七）三六～四五頁参照。当時、遊芸を身につけていたのは基本的に男性であったが、女性も多少の嗜みがあれば、遊芸に通じた男性との交際に役立てることができたと考えられる。

(29) 宰相は四位以上の公家から任ぜられる参議の唐名であり、道順は高位の公家とも交流があるという設定であることが分かる。大橋正叔氏の頭注にあるごとく、「風早」の名は「風邪気」から引き出された洒落であろうが、現実に風早家は大納言・中納言・参議にまで昇進できる羽林家の一つであり、当時の聴衆は、その名からも岐阜屋の交流相手の格式を具体的に感じ取ることができたと思われる。

(30) 〔中田―一九八四〕三八頁。

(31) 〔桑原―二〇一二〕二二五～二二六頁。

(32) 宇佐美英機『近世京都の金銀出入と社会慣習』（清文堂、二〇〇八）二一八～二二八頁。
(33) 前掲の慶長十四年の幕令によれば、三十両は銀に換算すると一貫八百目となるが、大橋正叔氏の頭注によれば、『大経師昔暦』の上演前年の正徳四年（一七一四）当時は金一両が銀八十匁であったため、こちらで計算すると二貫四百目となる。
(34) 野村玄「延宝期の公家領主と幕府上方支配機構」（『論集きんせい』三二、二〇一〇）六～七頁。『中院通茂日記』延宝二年九月七日条に、「水損之事、少身之領分故、不依多少難儀仕候事、年々諸町人台所雑用代物大分遅滞故、用事不承、少身別而指当難調候」とある。
(35) 宮本又次「京都の両替屋」（『宮本又次著作集　第三巻　近世商業経営の研究』、講談社、一九七七、初出は一九六七）三六三～三六七頁。
(36) 京都町人の没落原因については、〔守屋―二〇一一〕五六～五九頁も参照。
(37) 西鶴が捉えた、寛文期から元禄期にかけて台頭してきた新興商人の思想については、和泉清司『近世の流通経済と経済思想』（岩田書院、一九九八）第一章も参照。
(38) 『日本永代蔵』巻四―四「茶の十徳も一度に皆」。
(39) 例えば、『日本永代蔵』巻二―三「才覚を笠に着る大黒」には、「ただ銀が銀をためる世の中」という記述がある。
(40) 野間光辰による解説（『日本古典文学大系四八　西鶴集下』、岩波書店、一九六〇）参照。これによれば、『西鶴織留』は、『町人鑑』と『世の人心』として構想されていた二つの草稿の半ばずつを取り合わせて一書となしたものであり、巻三～六にあたる『世の人心』には、元禄四、五年頃の世相を反映していると見られる部分がある。
(41) 但し、元禄五年（一六九二）の正月に三都の書肆の連名で出版された『世間胸算用』の巻一―一「問屋の寃闘女」では、破産を見越してこっそり田舎に田地を買い置いた息子に対し、そのような隠匿財産も結局は利発な債権者に見つけられて取り上げられてしまうものであるから、「よしなき悪事をたくまんよりは、何とぞ今一たび商売仕返せ」、と亡父が意見しており、本文中の『西鶴織留』の事例とは違って、商人はあくまで商売の世界で生き抜くべきだとの考え方も窺える。『西鶴織留』の事例の方が後に書かれたのではないかと推測されるため、この間に西鶴の考え方が完全に切り替わったと見ることも可能ではあるが、こうした揺れが見られるのは、恐らくこの変化が西鶴にとって妥協的なものであり、晩年においても商業の世界に対する未練が残っていたためではないかと思われる。

（42）松崎仁「親と子のドラマ――近松・海音の作をめぐって――」（近松研究所十周年記念論文集編集委員会編『近松の三百年』、和泉書院、一九九九）は、近松が、天下国家のためでも道義や論理のためでもなく、ただわが子を救いたい、という親の恩愛の情を繰り返し描いていることを指摘し、これを、親の側の「義」といった親の論理のためだけの子殺しに葛藤を見出し、それをよく描いた同時代の浄瑠璃作家紀海音の作劇法と対置している。親子関係は、その後の浄瑠璃や歌舞伎でもしばしばテーマとなるが、十八世紀半ば以降、『菅原伝授手習鑑』や『伽羅先代萩』をはじめ子殺しを描くものが増えて人気を博しており、この間に大きな社会構造の変化があったことを推測させる。

（43）道順夫妻とおさんの再会の場面が作品中の山場であることは、テクストからも十分に読み取れるが、上演された場合、より際立って感じられたのではないかと思われる。人形浄瑠璃の演出については、近松の時代と現代では異なる点も多く、単純な類推はできないが、二〇一〇年二月に東京の国立劇場で行われた公演の演出では、この場面を、最も格の高い太夫がたっぷりと時間をかけて語っており、その重要性が一層顕著に窺われた。

（44）梅竜が玉について「二親もないやつ」（五五二頁）とはっきりと述べており、この点、以春が玉に言ったという「余所にそつと囲うて、在所の親も養はう。」という言葉（五四六頁）は、奉公人の身元を主人が知らないとは考え難い当時の状況に鑑みると矛盾があるといえる。

（45）例えば、『太平記』巻五では、大塔宮を守るために敵方の捕虜となることを買って出た赤松則祐が、『論語』（子張第十九）の一節をもとにして、主君の危機に際し自らの命を差し出すことは士卒の守るべき道である（「危ふきを見て命を致すは、士卒の守るところ」）と述べ、大塔宮にその忠義を称えられており、巻七では、同じく大塔宮の臣下である村上義光が、立て籠っていた吉野城から大塔宮を落ち延びさせるために、偽って大塔宮と名乗り身代わりとなって皆の前で壮烈な自害を遂げている。水府明徳会彰考館蔵天正本を底本とする『新編日本古典文学全集五四　太平記①』（小学館、一九九四）には、この後に「村上なくば、宮の御命も危ふくぞ見えたりける。誠に、義を見て為ざるは勇なきなりといふとも、かやうの忠貞は誠にありがたかりし振る舞ひなり。」と村上の行為を称賛する評言まで付いているが、この評言については、慶長八年古活字本を底本とする『日本古典文学大系三四　太平記一』（岩波書店、一九六〇）をはじめ、含まないヴァージョンもある。

（46）阿部秋生「儒家神道と国学」（平重道・阿部秋生校注『日本思想大系三九　近世神道論　前期国学』、岩波書店、一九七二）、柏原祐泉「近世の排仏思想」（柏原祐泉・藤井学校注『日本思想大系五七　近世仏教の思想』、岩波書店、一九七三）

五一九～五二二頁。

(47)〔柏原―一九七三〕五一七頁、藤井学「近世仏教の特色」(〔柏原・藤井―一九七三〕)五八五頁。

(48)竹田聴洲「近世社会と仏教」(『岩波講座　日本歴史9　近世1』、岩波書店、一九七五)二七五～二七八頁。

(49)圭室文雄『日本仏教史　近世』(吉川弘文館、一九八七)四～五頁。檀家制度によって、江戸時代には全国民が仏教徒になったが、同時に生まれてくる前から葬式を行う寺が決められている、すなわち個人が宗教あるいは宗派に対する選択権がないままに檀那寺と契約を結ぶ、という世界に例のない信仰構造が作り出された(〔圭室―一九八七〕三四三頁)。よって、近世における仏教の浸透については、単純には評価しえない。

(50)おさんの檀那寺は、制度的には嫁ぎ先の大経師家の檀那寺であるが、大経師家を出た以上これに頼ることはできず、またおさんが救済されなければ道順夫妻も心穏やかに往生することはできないため、その極楽往生を請け合っている黒谷の僧が救済に乗り出すのは当然であるともいえる。

(51)例えば、大坂三郷では、家を借りる際に、借家の請人が親類・知人でなければ檀那寺から宗旨寺手形をとるという慣行があった(〔西村―二〇〇二〕一〇四～一一〇頁)。このことは、檀那寺が親類の機能を一部代行していることを示している。

(52)〔圭室―一九八七〕三四三頁。

(53)土田健次郎「近世儒教と仏教――闇斎学派を中心に」(日本仏教研究会編『仏教と出会った日本』、法藏館、一九九八)一二三頁。

(54)長岡道賢「近松の古浄瑠璃に現れたる仏教思想」(『龍谷大学論叢』三〇〇・三〇一、一九三一・三二)五二～五七頁。長岡氏によれば、近松の古浄瑠璃には至るところに仏語が使用され、多岐豊饒な仏教思想が盛られているが、その内容は、謡曲や物語といった彼以前の文学作品の仏教思想を踏襲するに止まっている。

(55)〔福永―一九六五〕六～八頁。

(56)〔野間光辰―一九八三〕三一九頁に既に指摘があるが、十九世紀半ばの成立と見られる『西陣天狗筆記』に、以下のような記述が見られる。

「一　恵比須屋上ノ店、是ハ撰糸店也。浄福寺通元誓願寺上ル町。此地、以前大経師住居旧地由。おさん・茂兵衛の浮名ハ、此地の事なり。貞享元甲子年なり。おさん出生ハ、丹州樋(ママ)原〔＝柏原〕のものにて、拙家の下女なり。大経師方へ嫁付、

十九才也。手代茂兵衛の出生、不聞。廿五才の（ママ）し〔＝廿五才のよし〕。御仕置の時に、肩に鷺の模様の着ものといふ。此時に、金山天王寺住職道心和尚とハ魂意〔＝懇意〕ニて、両人の命をこわれたれとも、大経師強訴依而不叶よし、先代より聞伝ふ。」

但し、他の史料に鑑みると、このテクストは、大経師の住所やおさん達の処刑の年といった点で誤っており、一方でおさんの着物や年齢などが『大経師昔暦』に一致することから、『大経師昔暦』の刊行後に、その記述によって書かれたものと考えられ、信憑性は低い（〔諏訪―一九八一〕八～九頁）。

また、安政六年（一八五九）刊行の京都の見聞録『及瓜漫筆』にも、「烏丸通仏光寺南に大経師意春といふ者あり、其手代茂兵衛と意春の妻おさんと密通の科顕れて、正徳四年甲午召捕となり、定刑に行はれ、下女お玉といふもの取持せし罪によりて死罪に行はる、茂兵衛と旧来入魂の老僧、不便のことにおもひ、命乞に出られしかども叶はざりけり」とあり、この老僧の木像が金山天王寺に納められていて、「お三茂兵衛命乞の仏」として人々が参詣しているとの記述が見られる。しかし、こちらも十九世紀半ば以降の著作であり、処刑の年にも大幅な誤りが見られ、信憑性の高い記述とはいえない。

(57) 氏家幹人『江戸藩邸物語　戦場から街角へ』（中央公論社、一九八八）一六七頁。

(58) 藤井懶斎の著『閑際筆記』巻之中は、「今ノ浮屠ハ例ノ悪人ヲ宥ルヲ以己（ヲノレ）ガ任トス。故ニ国政ニ害有。若夫（モシソノ）哀矜惻怛ノ直情ニ出トキハ、猶可ナリ。但己ガ法威ヲ耀（カヾヤカ）シ、国政ト相抗衡セント欲。疾（ニクマ）ザルベケンヤ」、と述べた上、「往歳摂ノ大坂ニ、僕夫ノ其主ヲ鴆殺スル有リ。此是其（コレコノ）項（ウナジ）ニ鋸（ノコギリ）シテ、以天下ニ徇（トナフ）ベシト。僕夫ガ父、僧鉄眼ニ謀（ハカル）。鉄眼、罪ノ軽重ヲ不問シテ、奇計ヲ出シ、其刑ヲ免（マヌガレ）シム。眼何人ヤ。黄檗隠元ガ徒ニシテ、略（ホヾ）見所有者ナリ。安（ナンゾ）彼罪人ノ不可宥コトヲ知ザラン哉。只是ワタクシニ徇（ジュンシ）テ、恩ヲ市（ウル）而已。」、と主殺しの犯人を助けた僧鉄眼の行為につき、自らのために恩を売る行為だと非難している。

(59) 小山一成「『大経師昔暦』について――東岸和尚登場に関する問題――」（『近松浄瑠璃の研究』、双文社出版、二〇〇〇）一〇一頁所引の竹内誠氏の見解による。僧侶の僧衣による助命の実例については、〔氏家―一九八八〕一六一～一八九頁参照。なお、実例を見る限り、助命を行う主体は檀那寺の僧とは限らないが、将軍家や藩主ゆかりの僧尼などの世俗権力に近い者か檀那寺の僧であることが多いようである。

(60)『大経師昔暦』は、元文五年（一七四〇）十一月の大坂竹本座における近松十七回忌興行の際に『恋八卦柱暦』と改題され、以後こちらの名で上演されることもあったが、それを合わせても上演回数は多くない。『大経師昔暦』には、後に別の

名で改作も現れるが、『恋八卦柱暦』は、現存するテクストを調べた限り本文に違いは見られず、題のみの変更であったといえる。

（61）近松が世話浄瑠璃を作り出すのは十八世紀以降であるため、その中には、町よりも同業者仲間の関係の方が多く現れるように見える。例えば『冥途の飛脚』では、飛脚屋仲間の結束の強さと窮屈さが窺える。

（62）〔内山―一九八九〕六五～六七頁。正徳四年（一七一四）の初演と見られる『相模入道千疋犬』はその典型である。

引用文献一覧

【一次史料】

『町人考見録』（三井高房著、中村幸彦校注『日本思想大系五九　近世町人思想』、岩波書店、一九七五）
『大経師昔暦』（大橋正叔校注・訳、『新編日本古典文学全集七五　近松門左衛門集②』、小学館、一九九八）
『大経師おさん茂兵衛』（高野辰之編『日本歌謡集成　巻八　近世編』、東京堂出版、一九六〇）
『大経師おさん歌祭文上下』（同右所収）
『土芥寇讐記』（金井圓校注、新人物往来社、一九八五）
『元禄御法式』（石井良助編『近世法制史料叢書1』、創文社、一九五九）
『御当代記』（戸田茂睡著、塚本学校注『御当代記――将軍綱吉の時代』、平凡社、一九九八）
『堯暦序』（日本古典学会編『山崎闇斎全集』上巻、日本古典学会、一九三六）
『春海先生実記』（渋川敬也著、文部省編『日本教育史資料』九、冨山房、一八九二）
『本朝桜陰比事』（井原西鶴著、徳田武編『本朝桜陰比事〈翻刻〉』、おうふう、一九九六）
『今昔操年代記』（西沢一風全集刊行会編『西沢一風全集　第六巻』、汲古書院、二〇〇五）
『科条類典』（司法省蔵版、石井良助校訂『徳川禁令考　後集第一～第四』、創文社、一九五九～六〇）
『金子一高日記』（和田修翻刻、鳥越文蔵編『歌舞伎の狂言――言語表現の追究――』、八木書店、一九九二）
『兼輝公記』（一条兼輝著、東京大学史料編纂所所蔵、請求記号二〇七三―一二九）

『閑際筆記』（藤井懶斎著、『日本随筆大成〈第一期〉十七』、吉川弘文館、一九七六）
『賢女の手習並新暦』（木谷蓬吟編『大近松全集』第一巻、大近松全集刊行会、一九二六）
『恋八卦柱暦』（近松門左衛門著、国立国会図書館近代デジタルライブラリー、http://kindai.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/992831、武蔵屋叢書閣、一八九〇）
『好色五人女』（東明雅校注・訳、『新編日本古典文学全集六六　井原西鶴集①』、小学館、一九九六）
『暦』（暉峻康隆校注、『定本西鶴全集』第九巻、中央公論社、一九五一）
『口三味線返答役者舌鼓』（『歌舞伎評判記集成』第二巻、岩波書店、一九七三）
『京都町触集成』（京都町触研究会編、岩波書店、一九八三～八九）
『京都覚書』（鎌田道隆校注、原田伴彦編『日本都市生活史料集成一　三都篇Ⅰ』、学習研究社、一九七七）
『京都御役所向大概覚書』上・下（岩生成一監修、清文堂、一九七三）
『及瓜漫筆』（原田光風著、三田村鳶魚編『未刊随筆百種　第五巻』、中央公論社、一九七七）
『明時館叢書』（東北大学附属図書館和算資料データベース、http://dbr.library.tohoku.ac.jp/infolib/meta_pub/CsvSearch.cgi）
『基熙公記』（近衛基熙著、東京大学史料編纂所蔵、請求記号二〇七三―一七五）
『中院通茂日記』（東京大学史料編纂所蔵、請求記号貴〇六―六）
『日本長暦』（渋川春海著、国立国会図書館デジタル化資料、http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/2566603）
『日本書紀』（坂本太郎・家永三郎・井上光貞・大野晋校注『日本古典文学大系六七・六八　日本書紀上・下』、岩波書店、一九六五～六七）
『日本永代蔵』（谷脇理史校注・訳、『新編日本古典文学全集六八　井原西鶴集③』、小学館、一九九六）
『西陣天狗筆記』（聖機館著、原田伴彦・立川洋校注、原田伴彦編『日本都市生活史料集成一　三都篇Ⅰ』、学習研究社、一九七七）
『御仕置裁許帳』（石井良助編『近世法制史料叢書1』、創文社、一九五九）
『暦道一式』（東京大学史料編纂所蔵、請求記号六一六一―二一、原本は桃文行氏所蔵）
『暦林問答集』（賀茂在方編、中村璋八「暦林問答集本文とその校訂」、『駒澤大学外国語部研究紀要』七所収、一九七八）
『西鶴織留』（野間光辰校注『日本古典文学大系四八　西鶴集下』、岩波書店、一九六〇）

『三国役者舞台鏡』（『歌舞伎評判記集成』第二巻、岩波書店、一九七三）
『世事見聞録』（武陽隠士著、本庄栄治郎校訂、瀧川政次郎解説、青蛙房、二〇〇一）
『世間咄風聞集』（長谷川強校注『元禄世間咄風聞集』、岩波書店、一九九四）
『世間胸算用』（神保五彌校注・訳、『新編日本古典文学全集六八　井原西鶴集③』、小学館、一九九六）
『神道大系論説編十二　垂加神道（上）』（近藤啓吾校注、神道大系編纂会、一九八四）
『秦山集』（谷重遠著、谷干城発行、一九一〇）
『諸式留帳』（原田伴彦・中沢巷一・小林宏編『日本庶民生活史料集成　第十四巻　部落』、三一書房、一九七一）
『太平記』（長谷川端校注・訳『新編日本古典文学全集五四～五七　太平記①～④』、小学館、一九九四～九八）。但し比較のために、後藤丹治・釜田喜三郎校注『日本古典文学大系三四　太平記二』（岩波書店、一九六〇）も参照した。
『天文方代々記』（大崎正次編『天文方関係史料』、私家版、一九七一）
『野良立役舞台大鏡』（東京大学総合図書館霞亭文庫、請求記号F七〇―八二九、私家複製版、一九八九）
『安井家文書』（大阪市史編纂所編『大阪市史史料』二〇、一九八七）
『泰重卿記』（土御門泰重著、武部敏夫・川田貞夫・本田慧子校訂、続群書類従完成会、一九九三・九八・二〇〇四）
『泰福卿記』（土御門泰福著、宮内庁書陵部所蔵、函号土―一〇一）

【二次文献】

阿部秋生「儒家神道と国学」（平重道・阿部秋生校注『日本思想大系三九　近世神道論　前期国学』、岩波書店、一九七二）
朝尾直弘「近世京都の「町」と町触――願触について――」（『朝尾直弘著作集　第六巻　近世都市論』、岩波書店、二〇〇四）
芦田確次編『丹波叢書第三集　由緒を尋ねて』（丹波新聞社、一九五五）
遠藤克己「江戸期における陰陽道と暦道――土御門家と幸徳井家――」（『史叢』三五、一九八五）
藤井学「近世仏教の特色」（柏原祐泉・藤井学校注『日本思想大系五七　近世仏教の思想』、岩波書店、一九七三）
藤野義雄「大経師昔暦」（『近松名作事典』、桜楓社、一九八八）
福永静哉「大経師昔暦の幕切れと下品下生往生」（『女子大国文』三七、一九六五）

春蘿生「おさん茂兵衛の事実に就いて　附　堀川浪之皷の事実」（『趣味』四―三、一九〇九）
林淳「陰陽師の活動」（林淳・小池淳一編著『陰陽道の講義』、嵯峨野書院、二〇〇二）
林淳『近世陰陽道の研究』（吉川弘文館、二〇〇五）
林淳『天文方と陰陽道』（山川出版社、二〇〇六）
広瀬秀雄「宝暦の改暦について」（『蘭学資料研究会研究報告』一二七、一九六三）
廣末保『廣末保著作集　第二巻　近松序説』（影書房、一九九八、初出は一九五七）
本庄柏声『ふるさとの民謡』（私家版、一九八七）
堀切実「解説」（井原西鶴『日本永代蔵』、角川学芸出版、二〇〇九）
細井浩志「古代・中世における暦道の技術水準について――朝廷の暦制定権の前提――」（『史淵』一三二、一九九五）
市川通雄「『好色五人女』と歌祭文との関連について」（『文学研究』六三、一九八六）
池田雪雄「垂加神道と正親町公通」（『神道研究』三―二、一九四二）
煎本増夫「十人組の成立」（北島正元編『近世の支配体制と社会構造』、吉川弘文館、一九八三）
石井良助「家質の研究」（『国家学会雑誌』七三―三、一九五九）
石井良助『第四江戸時代漫筆　人殺・密通』（明石書店、一九九〇、初出は一九六四）
岩佐貫三「日本陰陽道の暦学への回帰――渋川春海思想にみる肯定と否定――」（『東洋学研究』七、一九七三）
和泉清司『近世の流通経済と経済思想』（岩田書院、一九九八）
鎌田道隆「町の成立と町規則」（京都町触研究会編『京都町触の研究』、岩波書店、一九九六）
柏原祐泉「近世の排仏思想」（柏原祐泉・藤井学校注『日本思想大系五七　近世仏教の思想』、岩波書店、一九七三）
勝倉壽一「『大経師昔暦』の問題」（『福島大学教育学部論集』六〇、一九九六）
川口松太郎「おさん茂兵衛」（『川口松太郎全集』一四、講談社、一九六八、初出は一九五四）
川和田晶子「元禄時代に於ける天文暦学伝授――渋川春海・谷秦山往復書簡の研究――」（『科学史研究』第Ⅱ期三九（二一五号）、二〇〇〇）
木場明志「暦道賀茂家断絶の事――永禄～文禄期宮廷陰陽道の動向――」（北西弘先生還暦記念会編『中世社会と一向一揆』、

吉川弘文館、一九八五）
木谷蓬吟「賢女の手習並新暦　解説」（木谷蓬吟編『大近松全集』第一巻、大近松全集刊行会、一九二六）
小山一成「『大経師昔暦』について――東岸和尚登場に関する問題――」（『近松浄瑠璃の研究』、双文社出版、二〇〇〇）
久保貴子『近世の朝廷運営――朝幕関係の展開――』（岩田書院、一九九八）
桑原朝子『平安朝の漢詩と「法」　文人貴族の貴族制構想の成立と挫折』（東京大学出版会、二〇〇五）
桑原朝子「近世前期の裁判物にみる上方都市の社会構造――「民事裁判」をめぐって」（長谷川晃編『法のクレオール序説――異法融合の秩序学』、北海道大学出版会、二〇一二）
牧英正『道頓堀裁判』（岩波書店、一九八一）
松井拳堂編『柏原町志』（町志編纂委員会、一九五五）
松崎仁「「大経師昔暦」の再吟味」（『国語と国文学』四九―七、一九七二）
松崎仁「親と子のドラマ――近松・海音の作をめぐって――」（近松研究所十周年記念論文集編集委員会編『近松の三百年』、和泉書院、一九九九）
宮本又次「京都の両替屋」（『宮本又次著作集　第三巻　近世商業経営の研究』、講談社、一九七七、初出は一九六七）
溝口健二監督・依田義賢脚本『近松物語』（一九五四、大映株式会社、テクストは佐藤忠男編『脚本　日本映画の名作・第2巻』所収、風濤社、一九七五）
水谷弓彦「おさん茂兵衛大経師昔暦解題」（『近松傑作全集』第四、早稲田大学出版部、一九一〇）
桃裕行「日本長暦」（『桃裕行著作集　第八巻　暦法の研究（下）』（思文閣出版、一九九〇、初出は一九八六）
守屋毅『元禄文化　遊芸・悪所・芝居』（講談社、二〇一一、初出は一九八七）
村田穆「西鶴と近松――文学論以前のこと――」（『女子大国文』七、一九五七）
長岡道賢「近松の古浄瑠璃に現れたる仏教思想」（『龍谷大学論叢』三〇〇・三〇一、一九三一・三二）
中田薫『徳川時代の文学に見えたる私法』（岩波書店、一九八四、初出は一九一四）
西村和江「近世大坂三郷家請人仲間の展開過程――借屋請の側面を中心として――」（都市史研究会編『年報　都市史研究10　伝統都市と身分的周縁』、山川出版社、二〇〇二）

西内雅『渋川春海の研究』（至文堂、一九四〇）
野間光辰『刪補　西鶴年譜考証』（中央公論社、一九八三、刪補前の初版は一九五二）
野村玄「延宝期の公家領主と幕府上方支配機構」（『論集きんせい』三二、二〇一〇）
大橋正叔「浄瑠璃史における貞享二年」（近松研究所十周年記念論文集編集委員会編『近松の三百年』、和泉書院、一九九九）
岡部長章「特に貞享甲子の改元改暦と元禄三大家の関連表現試論」（『近世文芸』二二、一九七三）
岡田芳朗編『日本の暦――旧暦と新暦がわかる本』（新人物往来社、二〇〇九）
阪口弘之「竹本義太夫――道頓堀興行界の戦略」（『国文学　解釈と教材の研究』四七―六、二〇〇二）
坂梨隆三「敬語の運用に注目して古典を解釈する――近松と西鶴――『好色五人女』と『大経師昔暦』」（『国文学　解釈と教材の研究』三九―一〇、一九九四）
重友毅「大経師昔暦――附、いわゆる姦通曲について」（『文学研究』二〇、一九六四）
信多純一「大橋正叔氏「浄瑠璃史における貞享二年」批判」（近松研究所十周年記念論文集編集委員会編『近松の三百年』、和泉書院、一九九九）
白方勝『近松浄瑠璃の研究』（風間書房、一九九三）
白倉一由「『好色五人女』の主題」（『日本文芸論集』二一、一九九〇）
杉森哲也『近世京都の都市と社会』（東京大学出版会、二〇〇八）
諏訪春雄『近松世話浄瑠璃の研究』（笠間書院、一九七四）
諏訪春雄「近世文学とアジール」（『近世の文学と信仰』、毎日新聞社、一九八一）
諏訪春雄「『金子一高日記』にみる近松の創作の秘密は何か」（『国文学　解釈と教材の研究』三八―二、一九九三）
高埜利彦『近世日本の国家権力と宗教』（東京大学出版会、一九八九）
高埜利彦「元禄の社会と文化」（高埜利彦編『日本の時代史十五　元禄の社会と文化』、吉川弘文館、二〇〇三）
武部敏夫「貞享度大嘗会の再興について」（『書陵部紀要』四、一九五四）
竹田聴洲「近世社会と仏教」（『岩波講座　日本歴史９　近世１』、岩波書店、一九七五）
圭室文雄『日本仏教史　近世』（吉川弘文館、一九八七）

田中暁龍『近世前期朝幕関係の研究』（吉川弘文館、二〇一一）
丹波史談会編『丹波氷上郡志』上・下（丹波史談会、一九二七）
暉峻康隆『西鶴研究ノート』（中央公論社、一九五三）
鳥越文蔵『虚実の慰み　近松門左衛門』（新典社、一九八九）
土田健次郎「近世儒教と仏教――闇斎学派を中心に」（日本仏教研究会編『仏教と出会った日本』、法蔵館、一九九八）
塚本明「近世中期京都の都市構造の転換」（『史林』七〇―五、一九八七）
塚本明「借屋請人」（高橋康夫・吉田伸之編『日本都市史入門Ⅲ　人』、東京大学出版会、一九九〇）
内山美樹子『浄瑠璃史の十八世紀』（勉誠出版、一九八九）
氏家幹人『江戸藩邸物語　戦場から街角へ』（中央公論社、一九八八）
宇佐美英機『近世京都の金銀出入と社会慣習』（清文堂、二〇〇八）
和田光俊・林淳「渋川春海年譜」（『神道宗教』一八四・一八五合併号、二〇〇二）
渡邊敏夫『日本の暦』（雄山閣、一九九三）
藪内清『中国の天文暦法』（平凡社、一九六九）
山路興造「萬歳の成立」（村山修一ほか編『陰陽道叢書3近世』、名著出版、一九九二、初出は一九八八）
山本尚友「民間陰陽師の発生とその展開」（村山修一ほか編『陰陽道叢書3近世』、名著出版、一九九二）
山根為雄「「おさん茂兵衛こよみ歌」の一齣」（『芸能史研究』一二六、一九九四）
山下克明「頒暦制度の崩壊と暦家賀茂氏」（『日本歴史』四五二、一九八六）

〔追記〕

脱稿後の二〇一三年六月十六日に、法制史学会第六五回総会において本稿の一部を報告し、様々な御指摘・御教示を頂いた。記して御礼申し上げるとともに、その内容は今後の研究に生かすことを試みたい。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 64 No. 3 (2013)
SUMMARY OF CONTENTS

Territoriale Herrschaft und Hegemonie der Pfalzgrafen bei Rhein im deutschen Spätmittelalter (Teil I)

Masaki TAGUCHI

Die Abhandlung überblickt die Aspekte der territorialen Herrschaft und Hegemonie der Pfalzgrafen bei Rhein während des Spätmittelalters, um damit jenem Typ von dem Territorienaufbau mehr Aufmerksamkeit zu geben, der in der Gemengelage der rivalisierenden kleineren Herrschaften von den Territorialherren langsam durchgeführt wurde. Der vorliegende erste Teil beschreibt zuerst die Grundzüge der pfälzischen politischen Geschichte im Spätmittelalter und weist dann auf die besondere hohe Stellung der Pfalzgrafen in der Reichsverfassung sowie die Verpfändung der Königsgüter als ihre Folge hin. Es ist zu zeigen, dass diese Umstände die Herrscher und Pfalzgrafen in der Reichspolitik eng verknüpft haben. Die große Bedeutung der Dynastie für die Entwicklung der Pfalzgrafschaft ist ebenfalls herauszustellen, indem die Erbfolgeregelungen, die Ehebeziehungen und die Auswahl der Begräbnisstätte eingehend dargestellt wird. Die Maßnahmen für die Erbfolge zeigen einen langen Weg zur Primogenitur und die beharrende Kraft der dynastischen Fürsorge für die jüngeren Söhne. Die Eheschließungen und die Bestattungsorte verdeutlichen das hohe Ansehen und das stolze Selbstbewusstsein der pfälzischen Wittelsbacher in der deutschen und europäischen Fürstenwelt.

* Professor of School of Law, Hokkaido University

論　　説

現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス（５・完）

―― 司法解釈と指導性案例を中心に ――

徐　　行

目　次

序章
（一）問題意識および課題
（二）本稿の構成
（三）先行研究の整理
（四）本稿の意義
第１章　概念と用語の整理
第１節　法の解釈に関して
第２節　案例に関連する用語
第３節　司法による法形成の担い手
第２章　司法による法形成の発展史
第１節　司法解釈の発展史
第２節　案例の発展史　（以上、62巻４号）
第３章　司法解釈による法形成の仕組
第１節　規範レベルからみる司法解釈の形成過程
第２節　現実における司法解釈の役割と問題点
第３節　その他の司法解釈性文書　（以上、62巻６号）
第４章　案例を取り巻く現状
第１節　司法における案例の位置づけ
第２節　現実における案例の役割　（以上、63巻６号）
第３節　案例による法形成の未確立の原因
第５章　司法による法形成の制度転換を目指す改革の試み

第１節　改革に関する議論
第２節　案例指導制度の導入をめぐる試み　（以上、64巻２号）
第３節　改革の到達点
1　案例指導制度の概要と位置づけ
2　案例指導制度の運用状況
終章
（一）総括
（二）残された課題　（以上、本号）

第５章　司法による法形成の制度転換を目指す改革の試み

第３節　改革の到達点

最高法院と地方法院の実験的な試みを踏まえて、「人民法院第二次五カ年改革綱要」13条に基づき、最高法院が2010年11月26日に「案例指導業務に関する規定」を公布した[1]。当該規定は指導性案例の推薦、審査、選定、公布、編纂といった基本的な手続きについて、簡単な規定を設けた。なお、繰り返しになるが、当該規定にもとづいて最初に「指導性案例」が公布されたのは、2011年12月20日のことである。それまで、通し番号が振られた指導性案例が存在していなかった。そのため、通し番号付きの「厳格な意味における指導性案例」[2]はまだ誕生して１年半しか

[1] なお、最高人民検察院と公安部は、最高法院よりも早く、それぞれ「案例指導業務に関する規定」（高検発研字［2010］３号、2010年７月30日）と「案例指導制度の確立に関連する問題に関する通知」（公法［2010］661号、2010年９月10日）を公布した。また、最高検察院は2013年５月29日までに、３回にわたって、計11件の指導性案例を公布した。本稿は最高法院の案例指導制度に焦点を絞っているため、制度間の比較は別の機会に譲ることにする。

[2] 最高法院研究室主任の主張によると、「案例指導規定」が公布されて以降、「指導性案例」という呼称は、当該規定の手続きに従って公布された裁判例を指す専門用語となった。それ以外の手続きで公布される案例と以前に公布された案例（「規定」の手続きに従って再公布されるものを除く）は、「指導性案例」と呼称してはならない。張先明「用好用活指導性案例努力実現司法公正――最高人民法院研究室負責人就案例指導制度答記者問」人民法院報2011年12月21日３

経っていない。中国の学界・実務界で議論されてきた「指導性案例」、または本稿で取り上げられた「指導性案例」とも定義が違うが、ここでは、通し番号付きの指導性案例に限定して、「案例指導規定」に基づいて、その制度設計を概観し、制度の位置づけと運用状況を検討する。

1　案例指導制度の概要と位置づけ[3]

「案例指導規定」は、条文数がわずか10条の短い司法文書であるが、案例指導制度の基礎を構成する「基本的な規範」としての性格を有していると思われる。その根拠は人民法院組織法29条（「最高人民法院は国家の最高裁判機関である。最高人民法院は地方各級人民法院および専門人民法院の裁判活動を監督する」）、および「第二次五カ年改革綱要」13条だとされている[4]。後者は政策であるため、法的根拠は前者の人民法院組織法29条となる（案例指導規定の前文にも「『中華人民共和国人民法院組織法』等の法規定に基づき」という文言が書かれている）。つまり、案例指導制度は下級法院と専門法院に対する最高法院による監督の一環だと位置づけられている。

また、案例指導規定の前文によると、案例指導制度を推進する目的は「裁判の経験を総括し、法の適用を統一し、裁判の質を高め、司法の公正を維持する」ことである。ここで注目すべきなのは、「法の適用を統一（する）」という機能である。「第二次五カ年改革綱要」13条の中でそれが強調されたほか、2009年２月に中国共産党中央政法委員会が下達した「科学発展観を深く学習・実践し、政法業務における突出した問題を解決することに関する意見」の中にも、「法の統一的な適用のメカニズ

面参照。

[3] 日本国内（特に実務界）でも案例指導制度の内容と運用状況に対する関心が高く、制度を紹介する論文も公表されている。翁道達「中国の『案例指導制度』について」国際商事法務40巻12号（2012年）1910 ～ 1911頁、王健「中国の案例指導制度について」第一東京弁護士会会報478号（2013年）47頁、但見亮＝御手洗大輔＝蔡芸琦＝暁琢也「最高人民法院指導性案例１～８」比較法学46巻３号（2013年）340 ～ 342頁参照。

[4] 胡雲騰主編『最高人民法院指導性案例参照与適用』（人民法院出版社、2012年）137頁参照。

ムを確立･完全化し､自由裁量権をさらに規制する。中央の政法機関は、地域性、階層性、手続性を有し、中国の国情に合致する案例指導制度の構築を加速させ、自由裁量権の規制、法制の統一性と地域間の差に対する調整における指導性案例の作用を十分に発揮させ、裁量の過程における恣意性を減少させる」[5]ことが要求された。さらに、中央政法委員会書記（当時）である周永康も、「法の執行における間違いが生じやすく、群衆による批判が比較的に強い幾つかの種類の事件について、案例指導制度を確立し、自由裁量権の行使を規制しなければならない」と述べている[6]。

以上をまとめると、案例指導制度は最高法院による下級法院に対する監督の一環として正当化されており、その最大な役割は法の適用を統一し､裁判官による自由裁量権の行使を規制することだと認識されている。そして、最高法院が2012年２月28日に公布した「裁判・執行業務における自由裁量権の行使を確実に規制し、法適用の統一を保障することに関する指導意見」15条によると、「…各級人民法院の内部で同一類型の事件に対して自由裁量権を行使する場合、厳格かつ正確に法律と司法解釈を適用し、指導性案例を参照し、類似する事件に対して類似する処理を行うように努めなければならない」。つまり、最高法院による正式な通達によって、（本稿第４章で指摘したように）指導性案例は法適用の統一という役割を担わされ、司法解釈と一緒に重層的な説明・指示体制を形成し、しかも司法解釈の下位に位置づけられた。

次は、「案例指導規定」の具体的な内容を見てみよう（表5.3参照）。

表5.3　案例指導制度の概要

選出・公布の主体	最高人民法院（１条）

[5] 孫春英「中政委出台意見､六方面解決政法工作中突出問題」(2009年２月12日) http://news.xinhuanet.com/legal/2009-02/12/content_10805527.htm（最終訪問日、2013年５月31日）

[6] 周永康「深入推進社会矛盾化解、社会管理創新、公正廉潔執法、為経済社会又好又快発展提供更加有力的法治保障」求是2010年４期３頁以下参照。

対象となる案例の要件	Ⅰ法的効力が発生した判決、かつ Ⅱ以下のいずれかの条件に当てはまるもの ①社会で広く注目されているもの ②法規定が比較的に原則的であるもの ③典型性を有するもの ④難解・複雑または新しい類型のもの ⑤その他指導的作用を有するもの（２条）
推薦（建議）権を持つ主体	各級人民法院、一般市民（４条、５条）
選抜・審査・編纂の部署	案例指導業務辦公室（３条、８条）
審議・採択の機関	最高法院裁判委員会（６条１項）
公表の手段	最高人民法院公報、最高法院のホームページ、人民法院報（６条２項）
指導性案例の効力	類似する事件の裁判において参照すべき（７条）

案例指導規定３条にしたがって、指導性案例の選抜、審査と編纂を行う専門の部署として、最高法院案例指導業務辦公室（以下「案例辦公室」と略す）が新設された。当該辦公室を中心に、指導性案例の選出活動が行われている。具体的な過程は以下の通りである。まず、推薦権を持つ主体が案例辦公室に２条の要件に適合すると思われる案例を推薦する[7]。そして、案例辦公室がこれらの案例に対して、審査意見を提出し、２条に該当する案例を院長・担当副院長に報告し、裁判委員会による審議に付すよう要請する。最後に、裁判委員会の審議を経て採択された指導性案例を指定されたメディアで公布する。また、案例辦公室には、毎年公布された指導性案例を編纂するという責務もある。なお、案例指導規定が施行される前に最高法院によって公布された「指導的意義を有する」案例は、規定にしたがって整理・編纂されたのち、指導性案例として（再）公布することもできる（９条）。

指導性案例の形成手続は総じて単純明快である。問題は、指導性案例

[7] 最高法院の各業務部門は、直接に案例辦公室に案例を推薦することができる（４条１項）。各高級法院と解放軍軍事法院は、自分の管轄範囲内の案例について、裁判委員会の審議を経て、案例辦公室に推薦することができる（４条２項）。中級法院と基層法院は、自身が担当した案例について、裁判委員会の審議を経て、高級法院まで逐級報告し、案例辦公室に推薦するよう建議することができる（４条３項）。人大の代表、政治協商会議の代表、専門家・学者、弁護士とその他の市民は、原審法院に対して推薦を行うことができる（５条）。

の効力についてどう理解すべきかである。一部の学者と実務家はそれが後続事例に対する強い拘束力だと理解している。例えば、７条の規定が「『指導性案例』を実質的に拘束力のある判例として位置付けることとしています」[8]と主張する人もいれば、第７条により、「…事件の状況などが同じであれば、指導案例（ママ）に従い、判決をしなければならない」[9]と考えている人もいる。なお、以上の考え方にはそれなりの根拠がある。最高法院研究室主任である胡雲騰氏は、「個人の見解」として発表した意見[10]によると、「参照すべき」の「すべき」は「しなければならない」を意味する。つまり、「裁判官が類似の事件の審理において、参照すべきであるのにもかかわらず、参照しなかった場合、人を信服させるだけの理由がなくてはならない。さもなくば、…裁判と指導性案例との間に大きな隔たりを作ってしまい、明らかに司法の公正さを失わせたら、それが不公正な判決になりうるし、当事者には上訴や「申訴」を提起する権利がある」。一方、指導性案例の効力に対する控えめな評価として、「各級の人民法院が類似事件を判断するにあたって、一定の指標になると解される」[11]という主張も見られる。

最高法院研究室の公式見解によると、「…指導性案例自身が有する『正確で決定的な判決理由』と『最高裁判組織による確定・認可を経たという手続き上の取り決め』は、ともに司法の運用における指導性案例の説得力と指導作用を構成する。その拘束力は内在的で事実上の作用であって、それを直接に根拠として援用し、裁判の根拠として適用してはならない」[12]。したがって、案例指導規定７条における「参照」は、行政訴訟法53条における「参照」（裁判の根拠として行政規則を引用することができる）とは意味が違う。「裁判の根拠として引用できない」という点

[8] 翁道逵・前掲注（３）1910頁。

[9] 王健・前掲注（３）47頁。王利明「我国案例指導制度若干問題研究」法学2012年１期73頁の主張も同旨。

[10] 蒋安傑「最高人民法院研究室主任胡雲騰――人民法院案例指導制度的構建」法制日報2011年１月５日11面参照。

[11] 麦志明「最高人民法院『第１期指導性案例の発布に関する通知』の紹介と若干の検討（上）」国際商事法務40巻４号（2012年）614頁。

[12] 胡雲騰・前掲注（４）141頁。

に着目すると、指導性案例の拘束力はさほど強いものではないとも考えられる。ただし、「裁判官が同類または類似の事件を審理するとき、…十分な理由もなく指導規則から背離する場合、裁判官は上級法院による裁判監督と所属法院による裁判管理という二重の制約に直面する可能性がある。したがって、指導性案例には事実上の拘束力がある」[13]とも言われているし、学界でも、「指導性案例には事実上の拘束力がある」という主張は有力だと思われる[14]。それに対して、それが「単なる規範的な観点（一つの構想――作者）に過ぎず、事実ではない」[15]と批判する学者もいる。案例指導制度の運用状況を鑑みると、筆者も全く同感である。

2　案例指導制度の運用状況

最高法院は2011年12月20日、2012年４月９日、2012年９月18日と2013年１月31日に４回にわたって計16件の指導性案例を公布した。その内訳は、民事事件８件（商法５件、民法１件、民訴２件）、刑事事件６件と行政事件２件である。案例指導規定が公布されてから３年近く経ったこと、とりわけ最初の指導性案例が公布されるまで約１年の時間を要したことを鑑みると、指導性案例の選出と公布について、最高法院は極めて慎重な態度をとっていると言わざるを得ないだろう[16]。同時期に最高法院によって公布された司法解釈の数と比べても、指導性案例の数が圧倒的に少ないと言える（2012年だけで、21件もの司法解釈が公布された）。

---

[13] 胡雲騰・前掲注（４）140頁。

[14] 陳興良「案例指導制度的規範考察」法学評論2012年３期123頁、夏錦文「指導制度語境下司法判例的実践邏輯」蘇州大学学報2011年４期62頁参照。裁判官、弁護士、当事者を対象とするアンケート調査も、「事実上の拘束力がある」という認識が主流であることを裏付けている。唐守東「指導性案例在法院審判適用中的現実考察――以対湖北省高級人民法院的調研分析為例」中南財経政法大学研究生学報2013年２期149 ～ 150頁参照。

[15] 張騏「再論指導性案例効力的性質与保証」法制与社会発展2013年１期92頁。

[16] 案例指導規定の９条にしたがって再公布された指導性案例がまだ１件もないことも、最高法院の慎重な態度を示していると思われる。但見亮＝御手洗大輔＝蔡芸琦＝曉琢也・前掲注（３）341頁も同旨。

指導性案例の長所の一つとして、「指導案例（ママ）は個別の案件に対する判断であり、司法解釈よりも即時に司法実務上の新しい問題を反映させることができる」[17]と言われているが、少なくとも今の段階では、まだそのような「長所」が生かされているとは思えない。

また、最高法院研究室主任が「我々が構築しようとしている案例指導制度は、司法民主の要求を十分に体現し、社会各界に対して開放し、公衆による積極的な参加を歓迎する司法制度である」[18]と述べて、案例指導制度の「民主的な側面」をアピールしたことがある。しかしながら、今まで公布された指導性案例の内訳を見てみると、事件類型における偏りが顕著で、公衆が刑事事件と商事事件にばかり興味を示すとは考え難いため、恐らく今までの指導性案例の選出には公衆がほとんど関与しなかったと推測される[19]。そうすると、結局のところ、指導性案例は「上意下達」の道具として形成され、ボトムアップ式の法形成過程の生成には何ら貢献していないということになる。「指導性案例の形成過程における民衆の参加、特に一般民衆の参加はとても重要である」と主張する学者に批判されるのも頷けるだろう[20]。

そして、最高法院が公布した「厳格な意味における指導性案例」の中身を具体的に見てみると、幾つかの特徴を見出すことができる[21]。①指導性案例は一定のルールに基づいて編纂されていて、統一された書式（様式）を採用している。それは、最高法院研究室が2012年１月にわざわざ「編纂・上申における指導性案例の書式に関する意見」と「指導性案例の様式」（法研［2012］２号）を下達し、指導性案例の様式を統一したためである（使うフォントやプライバシー保護の指針なども詳しく決められている）。指導性案例は「タイトル」、「キーワード」、「裁判要旨」［裁判要点］、「関連条文」、「基本的事実」、「裁判結果」と「裁判理由」の７

[17] 王健・前掲注（３）47頁、王利明・前掲注（９）74頁も同旨。
[18] 張先明・前掲注（２）参照。
[19] 現在の制度設計では、公衆による参加を保障するにはまだまだ不十分だと主張されている。段陸平「指導性案例社会推薦模式初論――以『最高人民法院関於案例指導工作的規定』為例」社会科学研究2012年５期105頁以下参照。
[20] 呉英姿「謹防案例指導制度可能的『瓶頸』」法学2011年９期50頁参照。
[21] 但見亮＝御手洗大輔＝蔡芸琦＝暁琢也・前掲注（３）341頁～342頁参照。

つの部分によって構成され、通し番号も振られている[22]。

②編纂者は「裁判要旨」を示すことで、裁判官に代わって裁判文書から抽象的なルールを抽出する作業を行っている。これをどう評価すべきかは意見の分かれるところである。条文化された法規則に依拠して裁判を行うことに慣れている中国の裁判官の思考パターンに合致するため、それを高く評価し、「司法解釈との接続にも有利」だと主張する裁判官もいれば[23]、このような作業は「無意味」だと断言し、具体的な事件の審理と結び付けて、担当裁判官に先例となる指導性案例のルールを抽出させなければ、これらのルールは誤用または濫用される危険性さえあると主張する学者もいる[24]。確かに後者の指摘には一理あると筆者も感じているが、案例指導制度の位置づけ、および最高法院が今までやってきた改革の試みを見れば、このやり方は一貫していて、学者たちが考えてきた「判例制度」とは根本的な違いが存在していることは、もはや言うまでもないだろう。③いずれの指導性案例の「基本的事実」と「裁判理由」も判決書の原文と比べると大きく省略されている。ただし、「裁判要旨」の方こそ重要だと考えている（と思われる）最高法院の立場からすると、それも当たり前のことであろう[25]。

最後に、指導性案例が裁判で参照されているかどうかを検証してみたい。それを判断するもっとも直観的な材料は、判決文における指導性案

---

[22] 通し番号の書式を決める際に、使用の利便性も考慮されたと言われている。胡雲騰・前掲注（４）149頁参照。そのためか、指導性案例を引用する際は、タイトルと番号を書けば十分だと主張する学者もいる。於同志「論指導性案例的参照適用」人民司法2013年７期65頁参照。しかし、通し番号は「指導案例ｎ号」という単純な形で表記されており、公布の順番を示しているが、判決が下された年や事件の類型を示すものではない。公布件数が少ない現在ならまだしも、件数が増えると、検索と引用にとって不便になるのではないかと思われる。羅四維「判例編号的結構与功能――以最高法院公布的指導性案例為主要素材」法制博覧2013年１期90頁参照。

[23] 胡雲騰・前掲注（４）169頁（於同志）参照。

[24] 呉英姿・前掲注（20）49頁参照。

[25] 判決書を省略して、その一部だけを抽出するやり方や、「裁判要旨」だけを重要視する考え方の危険性（指導性案例が「司法解釈」、ひいては成文法になってしまう可能性）を指摘したものとして、張骐・前掲注（15）102頁参照。

例の引用の状況である。しかし、残念ながら、今のところ筆者はまだ指導性案例が引用された実例をたったの一例も確認できていない[26]。となると、本当に裁判官が指導性案例を参照しているかについて、やはり大いに疑問を感じざるを得ない[27]。引用できるのに引用しないということは、指導性案例がまだほとんど浸透していないことを意味しているかもしれない（類似する事件がまだ起きていないという解釈も可能だが、そうなると、指導性案例を選定する最高法院のセンスが疑われる）[28]。当然ながら、下級法院の裁判官には、最高法院が公布した指導性案例を参照する十分なインセンティブが与えられていないことも、理由の１つと考えられる[29]。案例指導制度の利点と欠点、および裁判官の自由裁量権を制限し、統一的な裁判基準を作ることの効果と功罪を評価する前に、ま

---

[26]「指導性案例」、指導性案例の通し番号、指導性案例の中で示された判決書・裁定書の文書番号をキーワードに、二つの案例データベースで検索した結果である。二つの案例データベースはそれぞれ「北大法意」（http://www.lawyee.net/Case/Case.asp）と「WestLaw（万律）」（http://www.westlawchina.com/index_cn.html）である（最終訪問日、いずれも2013年５月31日）。

[27] ちなみに、四川省高級法院が238件の案例を評価の対象として選出し、４か月にわたって10か所の基層法院の裁判官によるこれらの案例の参照状況を調査した結果、参照が行われたのは裁判官たちが審理した13,099件の事件の内のわずか94件に過ぎず、0.72％しかなかった。さらに、238件の案例の内、参照されたのはわずか12件で、全体の5.02％に過ぎなかった。このような調査結果を鑑みると、16件の指導性案例もほとんど参照されていないと推測するのが妥当であろう。四川省高級人民法院課題組「指導性案例的応用障碍及克服――四川法院案例応用試点工作的初歩分析」法律適用2012年５期67頁以下参照。

[28] なお、そもそも中国の裁判官には裁判例を引用するという習慣がないかもしれない。上記の２つの案例データベースで「案例」をキーワードに指導性案例以外の案例の引用状況を検索したところ、引用の実例がないに等しいという結果が出た。裁判理由の中で最高法院の判決を引用した極めて珍しい例として、（2011）浙商提字第55号（2011年10月14日）案例（WestLaw 掲載）をご参照ください。ただし、指導性案例を参照したら、積極的にそれを引用すべきだと主張する最高法院の幹部もいる。劉樹徳「案例指導制度中『応当参照』的詮釈及展開（下）」中国法律2011年４期25頁参照。

[29] 第４章第２節参照。宋曉「判例生成与中国案例指導制度」法学研究2011年４期63頁も同旨。

ず指導性案例が裁判官に読まれているのかを判断する必要があると思われるが、現時点での判断材料はまだ少なすぎる。指導性案例がより頻繁に、より大量に公布されるようになり、引用の実例も見られるようになったら、その役割と問題点について、もう一度詳しく検討する必要があると思われるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

ちなみに、第４章では、判例評釈の未発達が指導性案例の先例拘束性と法形成機能の発揮に悪い影響を与えていると指摘したが、最高法院が公布したこの16件の「厳格な意味における指導性案例」に関する評釈は多く見られる[30]。日本国内でも、「中国裁判事例研究会」（早稲田大学比較法研究所）[31]や実務家[32]による翻訳と評釈が見られる。これらの論文も参照されたい。

終章

（一）総括

本稿は、①（司法解釈性文書といった通達を含む）司法文書と案例がそれぞれ規範形成の面で如何なる役割を果たしてきたかを明らかにすること、②案例指導制度の導入で司法による法形成のあり方に変化が生じているのか（あるいは生じていないのか）を明らかにし、その背後にある原因を解明することを課題とし、現実に起きている訴訟で形成されたルールが、同様な裁判例によって繰り返し確認され、裁判規範として定

[30] 代表的なものとして、陳興良「新型受賄罪的司法認定：以刑事指導案例（潘玉梅、陳寧受賄案）為視角」南京師大学報（社会科学版）2013年１期48頁以下、姚宝華「行政処罰中的正当程序：６号指導案例解析」舒国瀅主編『法学方法論論叢（第一巻）』（中国法制出版社、2012年）347頁以下、李浩「処分原則与審判監督――対第７号指導性案例的解読」法学評論2012年６期145頁以下。

[31] 但見亮＝御手洗大輔＝蔡芸琦＝曉琢也・前掲注（３）339頁以下参照。

[32] 麦志明・前掲注（11）614頁以下、麦志明「最高人民法院『第１期指導性案例の発布に関する通知』の紹介と若干の検討（下）」国際商事法務40巻５号（2012年）779頁以下、高槻史「最高人民法院による第三次指導性案例の公布について」JCA ジャーナル59巻11号（2012年）63頁以下、加藤文人「法人格の混同についての指導性案例（第四次15号）」JCA ジャーナル60巻４号74頁以下参照。

着する現象が現れつつも、法院は依然として法解釈・法適用における上意下達の体制を崩しておらず、最近になって、むしろ「案例指導制度」を導入することでそれを維持しようとしている様子を浮き彫りにした。

第１章は論述の便を図るため、混同しやすい基本概念と用語の整理を行った。まず、司法解釈以外の立法解釈と行政解釈を紹介し、法律・法規に対応する解釈体制における司法解釈の位置づけを明らかにした。そして、司法解釈の定義と法院によるその他の通達との間の違いを示し、それぞれの範囲を示した。さらに、中国法の文脈における案例や指導性案例、判例、判例制度などの用語の意味を明らかにした。最後に、司法による法形成の担い手、すなわち司法解釈と指導性案例の形成に係わる法院の各部門と裁判官の活動の概要を説明した。

第２章は司法解釈と指導性案例のそれぞれの発展史を紹介した。前者は中華人民共和国の建国から本日に至るまで、事件処理の根拠として使われてきた。法整備が進んでいなかった時代は法の代替物として、法整備が進むのにつれて、法規定の具体化を図り、その不足を補う補充物として機能してきた。当初は機密文書として扱われてきたが、1980年代以降、次第に公開されるようになり、90年代半ば以降は裁判文書で引用できるようになった。しかも、その規範化を図るために、1997年と2007年に２度にわたって、効力や制定・公布の手続などを規定した司法文書が下達され、司法解釈は内容と形式の両面からますます立法に近づいたのである。

後者が広く認識されるようになったのは、1985年に最高人民法院公報が創刊され、案例が掲載されるようになってからである。それ以前にも、案例は司法実務を知るための材料として、法院内部の調査研究の対象とされており、その一部は下級法院の裁判活動の「参考に供する」ために下達されていたが、一般的に公開されていなかった。それが公開されるようになって以降、最高法院と高級法院の審査を受けて公布された案例は、その他の案例と区別され、本稿でいう指導性案例として注目されるようになった。ただし、その位置づけや効力、選出の基準・手続はずっと曖昧のままであった。これらの問題を解決するために、最高法院は2004年に案例指導制度の確立という改革の目標を打ち出した。現在、指導性案例にかかる改革はまさに現在進行形で進められている。

両者の発展史を見れば分かるように、司法解釈は建国初期から重要な法源の一つであって、今も裁判の根拠として機能しているが、指導性案例は同じく下級法院の裁判活動を指導するために公布されているものの、事件処理の根拠として機能した歴史が見られない上、その規範化を図る試みもまだ行われている最中である。そのため、指導性案例の影響力は、司法解釈のそれには到底及ばない。その発展史を見るだけなら、指導性案例は（事実上の）法源とは言えないのである。

第３章は司法解釈を中心とする司法文書（通達）によるトップダウン式の法形成の現状と問題点を説明した。司法解釈の法的根拠、制定手続を検討し、実例を通じてそれが法の不足を補っていて、法解釈・法適用の統一を図っていることを示した。それと同時に、多くの場合に司法解釈は事実上の立法であることや、実際の形式にかかわらず、それは上級法院が下級法院を監督･指揮するための通達であり､行政的な性格を持っていることを明らかにした。

また、司法解釈性文書に関する効力・手続規定がないため、司法解釈と比べて、その規範化が進んでいないのは現状である。最高法院を含む各級法院はそこに付け込んで､法の具体化と法の不足の補完に限定せず、党・国家の政策の具現化や、司法解釈に対する再解釈を行うために、司法解釈性文書を利用している。そういう意味では、司法解釈性文書を通じて行われるルール形成は､司法解釈よりもダイナミックである。また、実例が示した通り、司法解釈と比べたら、司法解釈性文書は直に政策を下達するために使われている分、その上意下達の道具としての性格も一層強いと言える。

歴史的に見ると、内部文書として機密扱いされ、裁判文書における引用も否定されていた頃の司法解釈は行政的な通達としての性格がもっとも強かった。現在の司法解釈はその一部（法解釈としての外形が整っているものと裁判業務に関する制度や手続を規定するもの）を抽出し、規範化を図って、一般的に公表したに過ぎない。残りの部分は規範化改革に取り残された残滓となって、司法解釈性文書としてそのまま残っている。なお、いくら内容と外見の面で「立法化」が進んでいようとも、司法解釈の拘束力が裁判官にしか及ばず、その実効性が上級法院による下級法院に対する監督によって保障されている以上、その本質が通達であ

ることは誰も否定できないのであろう。司法解釈性文書についても、同様なことが言えよう。また、司法解釈と司法解釈性文書の効力が上級法院による下級法院に対する監督によって保障されていることは、実質的に裁判統制システムによってその効力が保障されていることを意味する。

第４章は指導性案例が実際に果たしている役割を示し、制度とそれに対する法意識の両面から、案例による法形成が未だに確立されていない理由を明らかにした。実例から見ると、創意を持って裁判に取り組み、判決の中で法解釈を行って新しいルールを導き出す裁判官もいれば、指導性案例に従って判決を下す裁判官もいる。同種の裁判例の蓄積によって、指導性案例の中のルールが定着し、後に立法によって追認される例もある。そういう意味では、案例による法形成の萌芽とも呼べる現象がすでに現れたと言える。

しかし、最高法院が指導性案例に期待している役割はあくまで司法の統一を実現させることである。そこで、指導性案例は司法解釈、司法解釈性文書、個別の問い合わせに対する回答という重層的な説明・指示システムに組み込まれて、トップダウン式の法形成の一環として位置づけられてきた。そういう意味では、外見こそ異なるが、指導性案例も司法解釈や司法解釈性文書と同様に、一種の通達と観念することができる。裁判活動を指揮・統制するために用いられる指導性案例は、そもそも裁判官に法形成に参加させるインセンティブを与えることができない。つまり、行政的な性格を持つ裁判統制システムの中に置かれている裁判官にとって、先例に従う必要があっても、上訴で覆されて不利益を被るリスクを背負ってまで創造的に判決を書く必要はないわけである。

この点に関して、指導性案例を掲載している雑誌や案例集、データベースなどのハードウェアが整備されつつあることと、裁判統制システムによって裁判官に上級法院の指示に従わせることを保障できる現実を考えれば、上級法院が意図さえすれば、下級法院の裁判官に先例に従って裁判を行うよう強制することは可能である。また、裁判官の資質の不足や判決書の質の低さ、法学教育と裁判官の職業訓練における案例軽視という伝統などの問題点も改善される見込みがあると思われるが、これらの問題点は、およそボトムアップ式の法形成を積極的に推進しようとする場合に限って、障害になると考えられる。そもそも法院が裁判官に対し

て単に先例に従って判断を下すことを期待しているなら、現状のままでも（従来の司法解釈が機能してきたように）指導性案例は十分機能できると推測される。

なお、中国における審級制度は裁判の統一を図る役割を果たせていないし、案例による法形成のルートを形成しているわけでもない。つまり、事件が最終的に単一の最高裁判所に移されることによって、裁判の統一がなされる事後統制は不可能である。それゆえ、司法解釈を代表とする通達や指導性案例を公布し、裁判統制システムによってその効力を保障し、裁判に対する事前統制が行われている[33]。審級制度は裁判官が直接に判決でルール形成を行い、その後最高法院による裁判を経て先例を形成するというルートを塞いだ分、ボトムアップ式の法形成の可能性を削っている。裁判統制システムを意図的に運用しなければ、最高法院による裁判を通じて指導性案例の拘束力を保障することもできない。しかし、指導性案例が事前統制の一環として位置づけられていることから、そもそもボトムアップ式の法形成が想定されていないことが窺える。裁判統制システムによって、その拘束力を保障することは可能であるため、審級制度の問題も最高法院の意図からすれば、大した問題ではないかもしれない。

その他、裁判官が機械的に法を適用する傾向（それを是とする法院の態度）、先例を調べる意欲を裁判官から奪ってしまうような裁判統制システムを経由した事件処理の現実、個々の事件の処理に一々社会の承認と人民の支持を調達しなければならないとする裁判官の意識が総合的に

---

[33] 中野次雄は人による違いを一つに統一する方法について、事前統制と事後統制の二種類を挙げて、行政事務の場合は前者、裁判（司法）の場合は後者を採用すると説明している。司法解釈などの通達や指導性案例、個別の問い合わせに対する回答などは、まさに彼が指摘した「上級機関による事前の一般的もしくは個別的な指揮命令によって統一が図られている」ところの行政事務における事前統制に当たる。また、日本の場合、「裁判官の独立の原則があって事前の指揮による統一は許されない」が、中国では裁判官の独立はもとより、法に規定されている法院の独立も事実上保障されていないため、事前統制が自由に行われているわけである。この点からも中国の裁判の行政的な性格が窺えよう。中野次雄『判例とその読み方（三訂版）』（有斐閣、2009年）19 ～ 20頁参照。

作用すれば、裁判官が積極的に案例による法形成に参加するインセンティブが減殺されるし、指導性案例の先例としての価値を真正面から否定することにも繋がりかねない。以上の制度面と意識面の要素を考慮すれば、指導性案例に事実上の拘束力を与える基礎は形成されているが、実際にそれを機能させるかどうかは上級法院の意思と人民の支持を調達する必要性によって左右されるだろう。また、現在の指導性案例の形成体制には、裁判官に積極的に法形成に取り組むよう、インセンティブを与える要素が組み込まれていない。そのため、指導性案例が事実上の「判例」として機能しているとも言える実例が現れたが、先例に従って判決を下す慣行は未だに形成されておらず、指導性案例による法形成もまだ例外的な事象にすぎない。

第５章は案例指導制度の導入をめぐる議論と実践の試みを検討した。最高法院を含む各地法院の実践は、あくまで裁判官に細かいガイドラインを示し、法解釈・法適用の統一を図りつつ、裁判官の裁量権を小さく制限することを目的としたものである。実際には案例集の編纂が中心的な活動となっている。裁判要旨を示すといった編纂技術における進歩や、公開される裁判例の数が増えたことなどは評価に値するが、案例指導制度も従来の通達による上意下達の体制に組み込まれている以上、それがボトムアップ式の法形成への契機にはならないと思われる。この点に関しては、学者の議論における期待と現実との間に、大きなギャップがある。

ただし、一部の地方の高級法院は指導性案例と認定された判決を書いた裁判官に報酬を出したり、業務評定において優遇する措置を講じたりして、裁判官にインセンティブを与えようとする措置を導入している。ボトムアップ式の法形成を正面から肯定したわけではないし、実際の効果もなお検証を要するが、裁判官に創意を持って裁判に取り組むよう促すという意味はあると考えられる。ただし、これらの措置によって、裁判官が敢えて先例を無視して、独創的な判決を書くようになれば、裁判官の自由裁量権の規制を意図している案例指導制度の目的との間に、矛盾が生じる可能性もある。ルール形成的な判決が「誤判」として処罰される可能性がある以上、優遇措置の効果も限定的なものにならざるを得ないと思われる[34]。

なお、「厳格な意味における」指導性案例が公布されるようになったが、それを引用する実例が見られないばかりか、制度設計におけるいろいろな問題点が指摘されていて、効力に関する統一的な見解さえもまだ形成されていない。指導性案例を通じて、法解釈・法適用の統一を図ろうとする最高法院の思惑が一人歩きしているような印象を受ける。ただ、中国の裁判例に関する評釈を促す効果など、評価できる側面もあるため、今後の展開を見守る必要がある。

以上の検討を経て、２つの課題に対する筆者なりの答えは以下の通りである。課題①について言えば、司法解釈も指導性案例も上意下達の一環として機能している。司法解釈性文書と個別の問い合わせに対する回答も合わせて、重層的な説明・指示体制が形作られている。ただし、司法解釈と比べたら、指導性案例（定義にかかわらず）が実際に果たしている役割は小さい。司法解釈は「法律効力」を持っていて、事実上の法源として機能している。それに対して、指導性案例の場合、後続の法的判断を事実上拘束する案例はあるものの、それが法源として機能しているとは言い難いのである。また、今のところ、最高法院もその効力を「法律効力」にまで高めるつもりはないと思われる。

課題②について言えば、案例指導制度の位置づけ、制度設計と実際の運用状況を見る限り、司法による法形成は未だにトップダウンモデルを

---

[34] 最高法院は2010年１月27日に111カ条からなる「人民法院職員［工作人員］処罰条例」（法発［2009］61号、2010年１月27日施行）を公布した。今までの懲戒規定の集大成とも言える当該条例の公布・施行は、裁判官に対する規制を強化する動きとして見ることができる。「誤判」について、83条は過失により裁判の誤りをもたらし、良くない結果を惹起した場合、警告・過誤の記録・大過の記録という処分に処し、重大な結果を惹起した場合、降級・職務取り消し［撤職］・懲戒免職という処分に処すると規定している。「人民法院裁判人員違法裁判責任追及辦法（試行）」14条２項が「重大な結果を惹起した場合」に限定して、懲戒処分の対象としていることや、22条に免責の情況を規定していることと比べれば、明らかに「過失による誤判」に対する懲戒処分の適用の条件を緩和したと言えよう。言い換えれば、裁判官が「誤判」によって処分されるリスクが増大したのである。条例が厳格に適用されれば、ルール形成的な判決を書く裁判官の意欲は著しく損なわれると推測するが、逆にそれが指導性案例に従って判決を下すためのインセンティブになる可能性もある。

維持している。案例指導制度の導入には、学者が期待したような、裁判官に積極的に法形成に参加するようインセンティブを与える意図が込められていない。そのため、ボトムアップ式の法形成へと繋がる可能性もほとんどないと思われる。指導性案例による司法の統一と裁判官の自由裁量権の規制はなお事前統制の域から脱却しておらず、逆に従来の通達による事前統制体制の維持と強化を意味している。それは同時に中国における裁判の行政的な性格を物語っている。結局のところ、名ばかりの改革では、ボトムアップ式の法形成を生む土壌を形成することができないのである。

もう少し敷衍すると、個々の裁判官に法解釈の権限を与えてしまえば、同類の事件であっても異なる判断が下される可能性がある。それに対して、上級法院が唯一の正解として司法解釈や司法解釈性文書を制定し、裁判官に従わせるというやり方を採用すれば、そのようなリスクを高い確率で回避できる。つまり、「同案同判」（法解釈と法適用の統一）を保障するためには、裁判官に細かいガイドラインを示し、その裁量権を小さく制限した方がいいと考えたからこそ、最高法院は司法解釈、司法解釈性文書、指導性案例、個別的な問い合わせに対する回答という重層的な説明・指示システムを作って、裁判官による法解釈・法適用を制限した。

ところが、全人大常務委員会による授権のある司法解釈とそうでない司法解釈性文書がうまく機能しているのに対して、指導性案例が安定して機能していない。その結果、従来の体制は二つの意味において限界を迎えつつある。①どんなに細かく規定していても、（司法解釈を含む）通達だけでは、あらゆる現実問題に対応する法解釈をすべて予め示すことができない。②問い合せ制度は裁判官からの法解釈・法適用に関する質問に対応しきれない。そのため、裁判官による法解釈・法適用の余地（いわゆる自由裁量の範囲）が大いに残されたのである。実際に［同案不同判］の事例がよく起きるのは、裁判官による恣意的な裁量の結果だと言われている。それを制限するために、新たに案例指導制度が打ち出された。つまり、案例指導制度の根本的な目的は、裁判官に法解釈の権限を与えて、訴訟にルール形成の機能を持たせるのではなく、従来のシ

ステムの弱点を補強することである。そういう意味では、改革というより、改善というべきである。つまり、細かくてもなお抽象的である通達（司法文書）を補完し、抽象的なルールを説明するために具体的な案例を用いるという手法が重視されるようになったわけである。

ボトムアップ式の法形成を想定していないからこそ、法院側の多くの論者は指導性案例に拘束力を与えることに反対してきた[35]。彼らのロジックからすると、指導性案例に拘束力を与えれば、それが新しい法源として機能し、法律や司法解釈と衝突する可能性をもたらす。法の不足は立法または司法解釈の制定によって補うことができるため、矛盾を生じさせるまで指導性案例に同様な役割を担わせる必要がない。つまり、指導性案例はボトムアップ式の法形成の源泉ではなく、トップダウン式に形成された法（司法解釈も含まれる）の説明材料として位置づけられている。そうなると、指導性案例を法源として承認する必要がないという考えも理解できよう。

全人大が法律の具体的な適用問題に関する解釈を行う権限を最高法院に与えたのは、一種の分業だと考えればいい。つまり、抽象的な法の適用において、どうしても解釈が必要であるが、個々の裁判官にそれをやらせるのは司法の不統一をもたらすリスクがあって、適切ではない。裁判官個人ではなく、法院の独立を規定した憲法126条の規定と矛盾する恐れもある。したがって、最高法院はすべての裁判官に代わって法解釈を行い、司法解釈を出す。裁判官はその解釈に従って、法の適用に専念すればいい。司法解釈をさらに解釈する必要がある場合、司法解釈性文書といった通達を出して再解釈を行えばいいし、裁判官からの質問に対応するための問い合わせ制度も用意されている。それでも裁判官による裁量（勝手な解釈）を無くすことができないから、今度は模範解答として指導性案例を出して裁判官を指導するわけである。

裁判官にしてみれば、最高法院がご丁寧に法の公式解釈を出してくれるなら、それに従って法を適用すればいい。わざわざ自分で法解釈を行

[35] 代表的な意見として、沈徳咏（最高法院副院長）「以求真務実和改革創新精神探索建立中国特色案例指導制度」沈徳咏『中国特色案例指導制度研究』（人民法院出版社、2009年）代序５頁参照。

う必要がない。自分の判断が誤判責任制において誤判と認定されるリスクがあって、人大による監督の下で誤判として追及される可能性もあることを考えたら、尚更である。これは実務において、法よりも司法解釈が優先的に適用されると言われている所以である[36]。問い合せ制度を多用してリスクを回避しようとする裁判官の選択も同じ発想に基づいていると思われる。案例指導制度が確立されても、裁判官にとっては、ただ最高法院の法解釈に合致する模範的な適用例が提供されたのにすぎない。となると、それに従わない場合、誤判として責任が追及されるリスク（あるいは、他の裁判統制システムに引っかかるリスク）があれば、それに従えばいいし、誤判にならなければ、それに従わなくてもいいと考えるだろう。いずれにせよ、同じリスク考量から推測すると、自ら法解釈を行って、それを反映した指導性案例を一から作成していくというインセンティブは弱いと思われる。

個々の裁判官による法解釈が司法の不統一をもたらす危惧から、法解釈は最高法院に一元化され、その適用は現場の裁判官によって行われるという分業体制が形成された。法解釈の統一を保障する重層的な説明・指示システムと法院内部の縦軸の裁判統制システムはそのような分業体制の実効性を担保し、今日に至っている。案例指導制度もそれに組み込まれて、裁判官の裁量をさらに制限する役割を果たすことが期待されている。このような体制は裁判官が自ら法解釈を行うというインセンティブをはく奪してしまうため、ボトムアップ式の法形成に適合しない。司法実務において、訴訟を通じて裁判規範が形成される「判例の萌芽」とも言えるものが個別的に現れていても、指導性案例を通じてのボトムアップ式の法形成がなお確立されていないのはそのためだと思われる。

（二）残された課題

本稿は中国における司法による法形成の２つの形式、すなわち司法解釈を代表とする通達と指導性案例の現状を検討し、両者はいずれも行政的な事前統制の一環として機能しており、上意下達の道具（手段）であることと、訴訟を通じての裁判規範の形成はボトムアップ式ではないこ

[36] 鄧修明「論我国司法解釈模式的重塑」社会科学研究2007年１期88頁参照。

とを明らかにした。また、新たに導入された案例指導制度は法形成のモデルを変えるものではないことも検討した通りである。ただし、裁判官が判決の中で新しいルールを示す例もあれば、それが指導性案例となって、後に先例として従われるようになることもある。しかし、指導性案例に拘束力を与える制度的な条件があるものの、まだ最高法院にはそれを利用して裁判官に先例に従うよう強制する意図が見られない。本稿に残された一つ目の課題は、必ずしも指導性案例に従う必要がないのにもかかわらず、一部の裁判官がすでに先例に従って裁判を行うようになった動機と理由を解明することである。

先述の通り、法学教育と裁判官の職業訓練には、指導性案例（先例）を尊重する意識を裁判官に植えつける内容が欠けている。伝統法の時代から、「法を解釈適用する行為すなわち司法も、王朝が天下を治める行為――天下の管理――すなわち行政の一環でしかなかった」と位置づけられているように[37]、現在の裁判統制システムによって効力が保障されている通達による事前統制も行政的な性格を持っているため、中国法には先例に従って判決を下す伝統があるとはあまり考えられない[38]。むしろ、現在の問い合わせ制度を利用して、一々上位者の指示を仰ぐことが、伝統法から受け継がれてきたやり方である[39]。

そこで、裁判官が先例に従って判決を下す理由として、考えられるのは２つあると思う。①裁判官が裁判統制システムに置かれているため、２審法院や上位者のチェックを想定して、自分の判断を正当化するために指導性案例に従うことを選択した。この推測を裏付ける証拠として、基層法院の裁判官が中級法院の判決を意識して裁判業務を遂行していることを示すアンケート調査がある。

---

[37] 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、1984年）80頁。

[38] なお、清代の刑事裁判において、必要的覆審制にかかる事件の判決の原案の作成に当たって、量刑を正当化するために、先例を援用することはよくあるが、判決の中で（事件の民事的処理を巡って）先例を引用することは絶無に近いと言われている。滋賀秀三・前掲注（37）263 ～ 265、271 ～ 272頁参照。

[39] 小口彦太『現代中国の裁判と法』（成文堂、2003年）65頁参照。

表6.1　基層法院の裁判官が先例を参照する情況[40]

２審法院の先例	同法院の他の裁判官の先例	その他の先例
70%	20%	10%

当該基層法院の40人の裁判官に対するアンケート調査によると、先例を参照する場合（2002年から2005年まで、平均にして20 ～ 30％の事件について、先例を参照して裁判を行ったという調査結果がある）、２審法院、つまり中級法院の先例を参照する割合が圧倒的に多いのである。以上の調査結果を見る限り、裁判官は上訴審で自分の判決が覆されないよう、２審法院の先例を重視する傾向があると言えよう。しかし、逆に言うと、裁判官にとって、２審以外の法院が自分の判決の内容を審査することはまずないので、それらの法院の先例を重視する必要がないという結論になる。実際の調査においても、指導性案例を含む「その他の先例」が参照される割合はわずか10％に過ぎず、裁判統制システムが指導性案例に対する参照を強制していないという結果を示した。現状からすると、２審法院による先例が最高法院の指導性案例に従って下された判断である場合、または２審法院が最高法院である場合に限って、１審法院の裁判官が最高法院による指導性案例を参照して判決を下す可能性が比較的に高いと言えよう。したがって、裁判官が先例に従う理由はこれだけで説明できるとは考えられない。

②４章でも示唆したように、裁判官は自分の価値判断に従って、指導性案例に示されたルールが妥当だと判断し、先例に従って判決を下すことも考えられる（４章の案例３と案例４はその可能性を示している）。逆に、指導性案例のルールが妥当ではないと判断した場合、それに反する判決を出すか、調停などを利用して、先例によって確立されたルールの適用を避けることを選択する（４章のケース２はその典型例として挙げることができる）[41]。この仮説が正しければ、裁判官は裁判統制システ

[40] 饒莉莉＝廖雲倩「関於実行案例指導制度的調研報告」沈徳咏『中国特色案例指導制度研究』（人民法院出版社、2009年）117頁を元に作成。

[41] これこそが、指導性案例が機能する理想的な形だと考えている学者もいる。呉英姿・前掲注（20）51頁。

ムによるプレッシャーではなく、何の強制も受けずに、自らの良心に基づいて、自主的に指導性案例のルールの適用を選択することになる。

実例を見る限り、以上の仮説はある程度の説得力を持っているように思われるが、それだけで、裁判官が先例に従う理由を説明できるとは考えにくい。裁判統制システムと裁判官の法意識の共同作用が先例に従う実例を形成したという説明も可能であるが、筆者としては、伝統法や外国法からの影響といった要素も考慮に入れて、検討する事例の数を増やして、総合的に考察する必要がまだあると考えている。

二つ目の課題は、法源論の視点から、実際の訴訟の場において、何が裁判の根拠とされているのかを、事例研究を通じて明らかにすることである。本稿では、司法解釈が「法律効力」を持つとされていること、裁判の根拠として裁判文書でそれを引用すべきであることを説明したが、実際に司法解釈がどれだけ一般的に引用されているかを解明したわけではない。ただし、司法解釈を引用する例が多数あることを検証した学者はいるため[42]、司法解釈が事実上の重要な法源であることは確かであろう。問題は、裁判の根拠として引用できないとされている[43]司法解釈性文書や行政解釈、地方性法規に関する解釈といった規範的文書が実際に法源として機能しているかどうかである。

例えば、判決の根拠として引用するのではなく、判決理由の中で司法解釈性文書を引用する実例がある[44]。当該指導性案例は判決理由の中で、「最高人民法院（2002）144号通知も本件の処理における法的根拠の一つとすべきである」とした上で、通知の１条を引用して、上訴人（１審原告）の訴訟請求を認めたのである[45]。ところが、判決の根拠において、

---

[42] 紀誠『最高人民法院司法解釈一個初歩的考察』（中国政法大学出版社、2007年）276頁参照。

[43]「裁判文書における法律、法規などの規範性法律文書の引用に関する規定」２条によると、引用できる規範性法律文書は法律と法律解釈（立法解釈）、行政法規、地方性法規、自治条例または単行条例、および司法解釈である。

[44] 最高人民法院公報2006年３期21頁以下掲載、2006年１月18日最高人民法院（2005）民二終字第200号判決参照。

[45] ここでいう144号通知は、最高法院「担保法が発効する前に発生した保証行為の保証期間の問題の処理に関する通知」（法［2002］144号、2002年８月１日

当該通知の１条が引用されておらず、判決理由に示されたその他の法律と司法解釈が引用されただけである。この例を見れば分かるように、判決の根拠として引用されなくても、判決理由において、司法解釈性文書の事実上の法源性が認められると考えられる場合もある。ただし、この例に示されたようなやり方が一般的に行われているかどうかは明らかではない。

そこで、裁判の根拠として引用できない規範的文書がどれだけ引用されており、如何なる場面で事実上の法源として機能しているかを検証することで、中国における裁判規範の全体像をよりはっきりと示すことができると思われる。規範的文書全般の運用状況に関する検討は、訴訟による規範形成や司法による法形成といったテーマからやや離れるが、訴訟における裁判規範の実態を解明するためには、それも避けて通れない課題だと言えよう。そういう意味では、これが本稿に残された第２の課題となる。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「現代中国における訴訟と裁判規範のダイナミックス――司法解釈と指導性案例を中心に――」（2010年６月30日学位授与）を加除・修正したものである。本稿に先行して公表した拙稿「現代中国における司法解釈と案例」（社会体制と法11号33 ～ 48頁）は、博士論文の作成中に得られた知見も取り入れているため、本稿と一部重複する内容を有する。なお、加除・修正にあたって、科学研究費・若手研究（B）（研究課題番号：24730001）の援助を受けている。

公布・発行）を指す。通知自体は最高法院「『中華人民共和国担保法』の適用の若干問題に関する解釈」という司法解釈の不足を補う司法解釈性文書である。通知１条は時効の中断に関する規定である。

論　　説

税理士制度と納税環境整備（6）

―― 税理士法 33 条の 2 の機能 ――

川　股　修　二

目　　次

はじめに

第１章　税理士制度の問題点
　第１節　税理士法第１条の沿革
　第２節　税理士の責任　（第63巻４号掲載）
　第３節　税理士制度の内部構造の問題
　第４節　まとめ　（第63巻５号掲載）

第２章　諸外国の税理士制度・他の専門家制度
　第１節　ドイツ・韓国の税理士制度　（第63巻６号掲載）
　第２節　日本の他の専門家制度　（第64巻１号掲載）
　第３節　まとめ　（第64巻２号掲載）

第３章　税理士制度と納税環境整備
　第１節　真の納税環境整備
　　第１款　税理士の立ち位置
　　第１項　税理士法第１条の意義
　　第２項　申告納税制度
　　第３項　税理士法第１条の本質
　　第２款　国側か納税者側か
　　第１項 「保護者」である税理士
　　第２項 「法の監視者」である税理士
　　第３項 「権利救済者」である税理士

第３款　真の納税環境整備　（以上本号掲載）
第２節　納税環境整備の現状と改革
第３節　真の納税環境整備に何が必要か
第４節　まとめ

第４章　税理士法33条の２（書面添付制度）の役割
第１節　税理士法33条の２（書面添付制度）の沿革
第２節　書面添付制度の意義
第３節　ドイツ・韓国の類似制度
第４節　書面添付制度の活用による功能
第５節　まとめ

結びに代えて

第３章　税理士制度と納税環境整備

本論文は、まず第１章において、税理士の置かれた苦境の原因を、「国と納税者の間でいずれに対しても適切な距離を取れない」という現象であるととらえた上で（第２節）、本来税理士の職責を全うさせるための下支えとなるべき税理士制度がうまく機能していないことを明らかにして（第３節）、問題意識を明確にした。そして、問題解決の手がかりを求めて、第２章で広く「専門家責任論」を立てて、外国の税理士制度、および日本国内の他の専門家制度を比較し、日本の税理士制度の改善への示唆を導き出した。そこでは、税理士集団と国家・納税者（顧客）との間の関係のあり方に関わる独立性の問題と、そのような独立が独善にならないための（納税者の信頼を勝ち取り、公器として公益に奉仕するための）専門性ないし品質の確保の問題とが、重要な視座として明らかにされた。

そして、その両者をともに実現するための方向性として、「国家・納税者との間に等距離を保つ（どちらか一方に偏するのではなく、単に足して二で割るでもない、専門家として固有の価値と地位を追求する）税理士という「正三角形」のイメージ」を第２章の最後で簡単に述べたが、これを具体化する方策として、何が必要か（メルクマールは何か）を考

える必要がある。本章では、そうした諸方策の総体を「真の納税環境整備」と呼び、以下に詳述する。

第１節　真の納税環境整備

真の納税環境整備とは、国家、税理士、納税者の三者の不安定な関係を改善するために必要な環境整備である。先に述べたように、国家との関係において、その環境整備がなされないままの国家権力の行使は、納税者の法令遵守精神を挫折させ、税理士に対する期待感を損なわせる。その結果、税理士と納税者の信頼関係は破壊されることになる。また、納税者との関係において、依頼者の税理士に対する責任追及は、その射程範囲が拡張し、税理士が委縮するような状況を招いている。そして、これらは、依頼者（納税者）と税理士の信頼関係をさらに不安定にしている。真の納税環境整備は、このような不安定な関係を是正するために、その三者がお互いに牽制し合う関係を基盤として、税理士が「自治権」を獲得し、税理士が「公器」として課税庁と協業することで、納税者にとって、信頼できる租税制度を構築することにある。また、これにより国家は、財政を確実に確保し、行政事務効率を高め、課税を公平にすることができる。さらに、専門家である税理士は、独立性をもって、かつ、経済的に自立できることになる。

第１款　税理士の立ち位置

現行の税理士法第１条に規定される「税理士の使命」についての解釈を試みることにより、その使命から導き出される、納税者、税理士、国（課税庁）との関係、税理士の職務段階での納税者、国との位置関係を探る。

第１項　税理士法第１条の意義

税理士法１条は「税理士は、税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図るこ

とを使命とする」と規定している。この税理士の使命に関する条文につき、すべての修飾語を除去して、理論的に分析すると、最小限の使命とは、税理士は、「納税義務の適正な実現を図ることを使命とする。」ということになる[1]。次に、それぞれの修飾語を分析していくことにする。まず、「税務に関する専門家として」とはいかなる意味であろうか。ここで「税務」とは、租税に関する「法律の解釈」、「事実の認定」、「法律の適用」という三要素を抽出する事務をいう。すなわち、実定租税法律に定められてある租税に関する法律要件の内容を特定する作業、実定租税法律の解釈をする作業、その内容を特定した実定租税法律に定められてある租税に関する法律要件にあてはめるべき事実を認定する作業、そして、その認定した事実をその内容を特定した実定租税法律に定められてある租税に関する法律要件にあてはめる作業にかかる事務を指す。したがって、これらの作業をおこなう専門的な知識と技術を有するものが「税務に関する専門家」ということになる。続いて、「独立した公正な立場において」とは、いかなる意味かを検討する。この「独立した公正な立場」は、「公正な立場」と「独立した立場」に分解される。そして、「公正な立場」とは、「『公正』とは、合理的でかつ正当であることを内容とするという積極的な性質のものであって、いずれにも偏らない中立などということを内容とするという消極的な性質のものではない[2]」という立場である。さらに、「独立した立場」とは、自由業に従事するものとしての独立性であり、職業上の意思決定の自由を有する立場である[3]。そして、「独立の業務遂行は、職業上の意思決定の自由を危うくするような拘束が存在しない場合に、はじめて可能になる[4]」。それゆえ、税務当局からの職業監督、税理士自身の整然とした経済関係の欠如、被雇用者に

[1] 税理士の使命に関して、新井隆一「税理士の基本理念」日税研論集№24『税理士制度』日本税務研究センター、1996年、北野弘久『税理士制度の研究』税務経理研究会、1995年、松沢智『税理士の職務と責任』中央経済社、1997年、新井隆一『税理士業務と責任』ぎょうせい、1997年がある。

[2] 新井隆一『税理士業務と責任』ぎょうせい、1997年、23頁。

[3] 飯塚毅「職業会計人の独立性」『TKC』昭和56年３月号巻頭。

[4] ホルスト・ゲーレ（飯塚毅訳）「ドイツ税理士法解説」第一法規、1991年、298 ～ 299頁。

類する位置に就くこと等の職業上の意思決定の自由が制約される場合は、独立性が保たれていないことになる[5]。つまり、税理士は、職業的、個人的、経済的に独立した立場で、自らの責任において決定する者として存在する。さらに、重要なことは、この「公正」ないし「公正な立場」の確認は、「独立した立場」においてされなければならない。したがって、「独立した公正な立場」とは、何人によっても拘束されることのない状況の下で、主体的に合理的でかつ正当な判断をする立場であり、そのことが納税義務の実現を図るために不可欠な税理士の立場である[6]。

さらに、検討をすすめると、「申告納税制度の理念にそって」という文言は、納税義務の実現を図るための目的を意味しているとされる。そして、この文言は、当初の衆議院のおける「税理士法の一部を改正する法律案」には改正提案されていなかった。その後、この法案が参議院に送付され、法案に質疑終局後に「一部を修正する案」が再提出され、挿入されたものである[7]。すなわち、当時の大蔵省を中心とする立法に関わ

---

[5] ドイツ連邦税理士会編（武田隆二訳）『税理士業務における品質保証と品質管理』TKC 出版、2007年、46頁。

[6] 松沢智氏は、『独立した公正な立場』と結びつくことによって、税理士は、主観的には良心に従って通達に捉われず、いずれにも偏せず税務官庁のみならず、委嘱者からも間を置いて自ら正しいと信ずる法解釈に従って、納税義務者の納税義務を適正に実現させねばならない。そして、税理士は、決して、税務署長の補助機関ではないのであり、このことは、さらに、委嘱者からも、一歩間を置いた関係が求められるのである。そこに独立した公正な立場の意義が現われ、その結果として、「法律家」としての性格が強く表明されるのであるとされる。「以上のことから、税理士は、税法に関する法律家、ロイヤーであるということができる。」と説かれる。（松沢智『税理士の職務と責任』中央経済社、1997年、57頁。）

[7] 昭和55年３月の参議院大蔵委員会にて、日本社会党、公明党及び民社党共同提案による税理士法の一部を改正する法律案の一部を修正する案が提出された。片岡勝治委員は、修正案の提案理由について、次のように述べた。「修正案は、法案第一条の税理士の使命のうち、『税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、』の次に、『申告納税制度の理念にそって』を挿入するものであります。さて、申告納税制度とは、納付すべき税額が原則として納税者の申告により確定される方式です。すなわち、納税者が自主的に課税標準、税額

る政府関係者が、想定していなかった文言が挿入されたのである。そして、この文言は、税理士の使命の解釈に深く影響を与える結果となった。今日においては、「税理士制度は、税務に関する専門家としての能力、識見を有する者即ち税理士が納税義務者を援助することを通じて、納税義務者が自己の負う納税義務を適正に実現し、これによって、申告納税制度の円滑、適正な運営に資することを期待して設けられたものであり、この点において、税理士制度と申告納税制度とは形影相ともなう一体のものとして捉える必要がある。第一条における『申告納税制度の理念にそって』との表現はこの趣旨をさしたものである」として通説とされ、そして、税理士の使命を理解する場合に重要な意味を有し、税理士制度

等を計算し、これを申告書に記載して提出すれば、その時点で納付税額が確定する制度で、税務関係当局による申告書の調査、審査等は行わず、もちろん税務署等の承認、認定などの行政措置など一切なしという制度であります。ただ、例外として、未申告や違法の内容があった場合に限り、税務当局の処分により税額が決定されることになっています。これがいわゆる賦課課税方式です。この申告課税方式の理念は、わが国の課税方式の変遷を見れば明らかなように、明治以来、国家権力の象徴としての意義を持っていた賦課課税方式が、新憲法発足による民主改革の一環として、民主的な納税制度として逐次切りかえてきたことにあらわれています。税理士制度のあり方もこの納税方式の切りかえ、すなわち、申告納税制の採用の拡大によりおのずから明確になってきたと思います。前述のように、申告納税制度は、国民主権の政治原理に立って主権者たる納税者にみずから租税債務を確定する権能を認めたものです。したがって、税理士に課せられるべき社会的任務は、必然的にこの納税者の自主申告権である税法上の行為を援助するとともに、税法上の権益を擁護することになるわけであります。また、租税法規がますます複雑多岐にわたってきている今日、申告納税制度のもとにおいては、納税者の後見的な役割を税理士が担うことになることは当然であり、このことが税理士制度の存在の意義を一層高めています。こうした申告納税制度下の税理士制度のあり方は、税理士のみならず、納税者を含めての共通の理解となっています。この基本的な理念が、税理士制度とこの税理士法の運用に貫かれていけば、主権者たる納税者の期待と信頼は一段と強まるに違いありません。このことが、納税義務の適正な実現に通ずることは、言うまでもありません。この考え方を第一条の税理士の使命の中に明確にし、税理士法全体に及ぼそうとするのが、この修正案の理由であります。」とその理由を述べている。

の目指す目的でもあるとされている[8]。したがって、「申告納税制度の意義」については、税理士の使命を考察するうえでは詳細な検討を加える必要がある。そのため、別項で詳しく述べることにする。

引き続き分析を加えると、「納税義務者の信頼にこたえ」とは、納税義務の実現を図るための税理士責務を意味する。すなわち、税理士が「税理士の使命」を果たすにあたっては、「納税者の信頼にこたえ」ることが要請され、納税者に対して、真正にして適法な納税義務の過不足のない履行を実現する。つまり、税理士を信頼して委嘱した納税義務者の負託に応えるように、納税者が正当な納税義務のみを履行し、不必要な納税義務を履行することはないように努めるべきであるということである。

最後に、「租税に関する法令に規定された納税義務」について検討をする。租税法律主義は、「換言すれば、法律の根拠に基づくことなしには、国家は租税を賦課、徴収することはできず、国民は租税の納付を要求されることはない[9]。」という原則、いわば、「納税者の権利」を規定しているとされている。つまり、法律の定めがなければ、何人も納税の義務を負わないということである。

憲法は、租税法律主義について、憲法30条「納税の義務」と84条「租税法律主義」の２ヶ所で規定している。この憲法30条と84条の関係について、そもそも、憲法30条につき、美濃部と宮沢の見解[10]によれば「納

---

[8] 日本税理士会連合会編『新税理士法（３訂版)』税務経理協会、2008年、51～52頁。

[9] 金子宏『租税法（第16版)』弘文堂、2011年、69頁。

[10] 憲法第30条の「納税の義務」について、美濃部達吉は、「衆議院の修正により追補せられた条文で、規定がなくとも実際上は異なるところはないが、国民が国家の構成員として国費を分担すべきことは国民として当然の本分でなければならぬから、旧憲法に臣民の義務として規定していたもののうち、兵役義務については軍備の解消とともにこれを撤廃したけれども、納税義務については国民の重要な本分として旧憲法と同じく憲法中にとくにこれを宣言することとしたのである」と述べている（美濃部達吉著･宮沢俊義増補『新憲法逐條解説』新日本評論社、1956年、96頁。）また、宮沢俊義も「納税の義務は、・・・納税によって、国民が主権者として支配する国の財政を維持することは、なにより『国民』の責任」であり、「本条は、内閣草案にはなく、衆議院の修正で加えられた。第84条があれば、本条はいらないとも考えられるが、国民の重大な義務

税の義務」は、国民としての当然の本分（責任）であるから、本来規定する必要はないが､種々の本分 （義務）のなかでも特に重要な本分（義務）であるという理由から第30条で規定したとしている。また、その経緯を出発点としながら、さまざまな見解が存在する。その一つとして、その租税法律主義（第84条）の内容は、主として、財政法律主義（第83条）に由来し、国家の財政権、課税権を行使する側の視点からの租税法律主義であり、納税義務（第30条）は、国民の納税義務が法律によって具体化されるという面から規定しているとする見解[11]がある。また、租税の賦課徴収は法律又は法律の定める条件によるべきことは、84条で規定されており、これがなくとも、いっさいの義務付けは法律を要するとの体制が採用されているから、憲法において30条は特に必要ないとする見解[12]や「財政における国会中心主義をうたう83条がある以上、それからの直接の帰結といってよい。しかし、日本国憲法は、30条において、国民の義務の面から納税に関する規定のうちに租税が法律で定められるべきことを示し、さらに84条において重ねて課税権の側面から同じことを再言している。これは『代表なくして課税なし』という近代憲法の基礎となった租税民主制の原則が現代国家においてもなお重要なものであることを明らかにするとともに、国民の負担する租税のもつ意味の重要性を示唆するもの」であるとする見解が見られる[13]。さらに、憲法第30

として、ほかの義務とならべて、権利宣言で宣言するのが妥当とされたのであろう」と述べている（宮沢俊義・芦部信喜『全訂日本国憲法』日本評論社、1978年、293頁。）

[11] 佐藤功『日本国憲法概説（全訂第２版）』学陽書房､1980年､247頁。阿部照哉『憲法（第４版）』青林書院新社、1982年、176頁。

[12] 小嶋和司『憲法概説』良書普及会、1987年、291頁。

[13] 伊藤正巳『憲法（第３版）』弘文堂、1995年、475頁。なお、北野弘久名誉教授は、日本国憲法は立憲民主制憲法として三権分立と国民代表の原理を確立しているので、租税法律主義を規定した84条、30条は法理論的には不必要であるはずである。法においては、行為規範にしろ裁判規範にしろ同じことを二度規定する必要はない。日本国憲法のもとでは41条の、国会は『唯一の立法機関』であるという条項からも租税法律主義の法理をひきだすことが可能である。したがって､ことさら84条､30条を必要としないという見解をとる。（北野弘久『憲法と税財政』三省堂、1983年、116頁。）

条の意義につき、松沢智氏は、「租税とは、国民の利益を享受するためにつくった国家社会の維持・存続に必要な費用ということになる。そうだとすれば、わが国の憲法30条が『納税の義務を負ふ』と規定しているのは、当然の確認規定ということになる。むしろ、納税の権利といってもさしつかえない」との見解を示し、また、「国民主権」が「基本的人権尊重主義」とともに憲法の基本原則と解される以上、30条にもこれら２つの原則が包含されていることを踏まえて現代的な解釈を施す必要があることを指摘した。そして、30条の「『国民は、・・・納税の義務を負ふ』との文言は、民主主義を表明した現行憲法の国民主権主義の原理からすれば、主権者としての国民にとってみれば自己賦課の性質をもち、国家の構成員として当然のことを宣言した文言であるといえる」としている[14]。

以上のように解すると、「租税に関する法令に規定された納税義務」とは、憲法84条の租税は法律又は法律の定める条件により賦課徴収されるとの宣言と憲法30条の国民は申告納税制度で支えられた法律の定めるところにより納税の義務を負ふという規定を根拠とした租税に関する法令に規定された納税義務、すなわち、「納税の権利」ということができる[15]。

第２項　申告納税制度

申告納税制度とは、国税通則法16条１項[16]に規定され、納付すべき税

---

[14] 松沢智『租税法の基本原理』中央経済社、1983年、14、44頁。

[15]「申告納税において、納税者は、『法律の定めるとおりに、納税の義務を果たさなければならない』とともに、同じような立場にある納税者なのに、人によって申告したり、申告しなかったり、納税したり、納税しなかったり、いう申告納税における不公平がないようにしなければならない。納税者による、『法律に定めるとおりの申告納税』と、納税者間の『申告納税における公平』とを確保することが、申告納税制度と税務行政に対する納税者の信頼の基盤である。このように、租税法律主義と租税公平主義は、国側、税務官庁側が守るべき原則であると共に、申告納税の義務を負う納税者側が守るべき原則でもあるといえる。」（澤田正「申告納税制度におけるもう一つの『租税法律主義と租税公平主義』」山口経済学雑誌　第57巻　第２号、59頁。）。

[16] 申告納税方式とは、納付すべき税額が納税者のする申告により確定するこ

額が納税者のする申告により確定することを原則とし、申告がない場合、または、申告が不相当と認められる場合に限って、租税行政庁の更正または決定によって税額を確定する方式である[17]。

この「申告納税」という税務用語は、昭和20年の税制改正[18]で「申告により法人税を納付せしめる制度」として存在していた。しかし、この制度は、昭和22年[19]に導入された現行の「申告納税制度」とは異なり「申告前納制度」とでも呼ぶべきものであった。さらに、申告納税制度は、一般に、昭和24年のシャウプ勧告に基づいて導入されたものとの誤解があるが[20]、実際はその以前から存在するのである[21]。一方、この制度の性

とを原則とし、その申告がない場合又はその申告に係る税額の計算が国税に関する法律の規定に従っていなかった場合、その他当該税額が税務署長等の調査したところと異なる場合に限り、税務署長等の処分により確定する方式をいう（通則法16①一）。

17 金子宏『租税法（第16版）』弘文堂、2011年、701頁。

18 忠佐市氏によれば、昭和21年11月に公布された財産税から、本格的な申告納税制度は、始まったとしている。また、昭和20年に類似の制度が存在していたとしつつも、この申告納税制度が戦後 GHQ の押しつけによる導入であることを明確に否定していない。（忠佐市「申告納税制度の発足」ファイナンス、1975年11月号、76頁。）

19 加藤義幸氏によれば、昭和20年の日本の経済状態からは、従前の賦課課税方式では、①税務職員の手が不足し、②事業年度終了から少なくとも４から６ヵ月以上経ないと税を充足できない状況であつた。としている（加藤義幸「我が国の申告納税制度の導入について」税法学564号、2010年11月、３頁。）

20 武田昌輔教授は、申告納税制度が、なぜ、昭和22年から開始だったのかといえば、その年は、労働組合によるゼネラル・ストライキ（二・一ゼネスト）突入への機運が高まり、税務署の労働組合もこれに参加することを企画していたため、税務機構が麻痺することに危機感をもったからであると述べている。つまり、賦課課税方式では、税額の確定に時間がかかり過ぎるという問題を抱えていた。（武田昌輔『法人税回顧六〇年』TKC 出版、2009年、11頁。）

21 日本を占領した米軍は、その占領費用を日本政府に調達するよう要求した。それが「終戦処理費」であり、昭和23年度（1948年度）で国家予算全体の353％にも達していた。その徴税攻勢はすさまじく、税務署員を督励して、滞納者の自宅にＭＰがジープで乗りつけ、差押えや競売を強行するなどがざらにあった。このような社会背景で、占領軍から、脱税者に刑罰を科すよう強い要

求があり、これを受けて当時の事情を、忠佐市氏は次のように語っている。

「昭和21年の臨時財産調査令のときに罰則を入れることについて大蔵省から法務府の方へ相談することになって、・・・そういうことから始まって、そのあとは直接国税の罰則に懲役刑を導入する問題と間接国税犯則者処分法の憲法上の問題について、法律改正案をまとめる形で接触が始まりました。・・・その頃、私たちの方にはGHQの方から脱税をした者を処罰するように、それを促進しろと強調してくるわけです。それについて、最初は法務府とは相談していません。大蔵省として答えたのは、その当時の賦課課税時代の所得税、法人税では、政府が課税標準を決定し、徴収することになっているので、納税者に対してはそれほどの責任は負わしてないはずで、脱税を罰するには　それだけの要件をたしかめなければならない。徴税の大部分は政府の責任として考えているので、簡単に納税者を処罰するわけにはいかないと突っぱねていたのです。それでは申告納税になったらやるのかと言うので、申告納税になれば、納税者の責任が考えやすくなるのでやりますよ、という返事をしていたわけです。そこで、22年の秋ごろになって、１税務署で１件告発することにしてその報告を持ってこいという注文を受けたわけです。そのころ同じようなことを法務府の方へ注文されたのではないかと思います。そして、財務局からの報告をまとめて告発案件何件かを10月末か11月はじめにGHQに報告して、その告発が検察庁に受理される。検察庁に告発されると、法務府に情報がまとめられて司令部に伝わる。起訴されたという情報が司令部にとどくと、裁判所にも司令部からなんらかの挨拶があったのではないかと思われます。」（平田敬一郎＝忠佐市＝泉美之松『昭和税制の回顧と展望』下巻、大蔵財務協会、1979年、128頁～129頁）。日本国憲法の施行に伴い、後になって申告納税制度は、国民主権主義の税法的な表現であるという解釈論が確立されるようになったが、所得税や法人税について申告納税制度が導入された契機となったのは、実は、憲法の施行後にGHQの命令で脱税犯を処罰することを目的にしたものであったことが、以上の経緯によって明らかである。このような経緯から発足した申告納税制度であるので、その後の税務行政によって、納税申告書は、単なる課税資料の提出制度程度のものと認識されていた。事実、申告納税制度が導入された昭和22年（1947年）のあと、東京国税局では昭和24年（1949年）分から、他の局では昭和25年（1950年）分から、「お知らせ」といわれる方式がとられ、税務署が「課税見込額をあらかじめ通知した。わが方の調査によりますと、大体これぐらいになります、・・・本人を呼び出して通知する」（村山達雄元主税局長談、平田敬一郎＝忠佐市＝泉美之松『昭和税制の回顧と展望』下巻220頁）という課税方式がとられた。これは、それまで、大量の更正決定で不服申立てがなされ、税務署の事務負担が大変だったことが主な原因だったようである。この「お知らせ」方式になってから更正決定が70％から一挙に５％以下に減った（村山談、

質[22]および意義は、「申告納税方式は、納税者が自ら進んで、納付すべき租税の課税標準及び税額を計算し、自己の納税義務の具体的内容を確認したうえ、その結果に基づいてこれらを政府に申告することによって、その申告に係る納税義務の実現を企図するものである[23]。」であり、「申告納税方式は課税庁の介入なしに納税義務を確定するものであるから、それが円滑に機能するためには、納税者の税に対する高い意識と自発的な協力が不可欠である。また納税者は申告を通じて自己の税負担を認識し、その内容を分析し、さらに税の使われ方や歳入歳出の決定機構のあり方にまで自己の関心を高めてゆくことができる。申告納税方式こそ、国民主権のもとにおける税額確定方式として最も望ましいものといえよう。このような観点から、シャウプ勧告は申告納税方式を広く採用すべ

同前）といわれている。したがって、最初から目標額がきめられていて、それに基づいて不足すれば更正決定を乱発するという、賦課課税制度と変わらない徴税行政が続いていたことになる。それゆえ、申告納税制度が法定されたからといって、それが、当初から憲法の国民主権主義を税制面で支えるというようなしろものではなかったことが明らかである。（税経新報2009年５月566号、３頁以下）。

[22] 国税通則法制定当時における税制調査会の答申では、申告納税制度について、「種々事情の異なる納税義務者について適正公平な課税が行われるためには，その内容を最もよく熟知する納税義務者による課税標準等の申告が第一義的に要請されることは当然というべきであるが、さらに、納税義務の履行を国民自ら進んで遂行すべき義務と観念することによって、その申告をできるだけ正しいものとし、同時に、その申告行為自体に納税義務確定の効果を付与せしめるということが、民主主義国家における課税方式としてふさわしいものということができる」としている（昭和36年７月国税通則法の制定に関する答申の説明　第４章第１節）。

[23] 田中二郎「租税法（新版）」有斐閣、1981年、186 ～ 187頁。申告納税制度の下における、納税者の納税義務の成立と、納税者の申告に関しては、「納税義務は法律の規定する課税要件事実の存在によって当然に発生するものであるところ、申告は、納税義務が生じた状態を前提として、納税者自らが進んで自己の納税義務の具体的内容を確認したうえ、課税標準及び税額を計算し、右計算に基づき申告書を提出することによって、その申告に係る納税義務の実現を企図するものである」とされる。（仙台地裁昭和63年６月29日判決、税資164号989頁）

きことを主張したのである[24]。」とされる。他方、今日において、その機能は、「申告納税方式においては、納税義務の確定について納税義務者に第一次的な役割が与えられ、納税義務者がこの第一次的な役割を遂行しない場合にはじめて税務官庁が納税義務の確定について第二次的・補充的な役割を果たすのである。この場合、納税義務者に申告により納税義務を確定すべき義務が課されていると同時に、納税義務者に対して納税義務の確定について第一次的確定権ないし第一次的判断権が与えられているということができる」と述べられている[25]。このように、申告納税制度は、二重の構造を持つといえる。一つは、第一次的な役割としての自主申告及び修正申告による税額確定という構造である。他方は、第二次的・補充的な役割としての税務官庁の課税処分による税額確定という構造である。この申告納税制度の二重構造によって、税務官庁は、納税者との位置関係を変えることになる。その一つは、第一次的な役割としての自主申告及び修正申告による税額確定という構造における立場は、納税者に対する「行政支援サービス」である。また、第二次的・補充的な役割としての税務官庁の課税処分による税額確定という他方の構造では、課税規範に従い権力的な立場をとることになる。このように申告納税制度の二重構造の下で、納税者は、「申告の主体」と「課税処分の客体」という二つの地位を有し、税務官庁は、「納税者の支援者」及び「課税処分の主体」という二つの地位を有する。そして、税理士は、この二つの位置関係の変化に取り込まれていくことになる[26]。すなわち、

[24] 畠山武道「租税法」青林書院、1989年、293頁。

[25] 清永敬次「税法（第７版）」ミネルヴァ書房、2007年、220頁。

[26] 税理士は以下のような納税者に対する事実認定の段階でも、納税者の立場に応じて、それぞれの立場をとる。「申告納税制度の下では，納税者に課税要件事実が生じているかどうかの認定は、次の四つの段階からなっている。①第一段階は､納税者(その代理人を含む)が自ら行う認定である。申告納税制度は、自己賦課制度（self-assessment system）とも呼ばれるが、この制度の下では、納税者は、自ら、法の解釈と、課税要件事実の認定を行うことされる。自己の租税事案について、自ら課税標準と税額を確定し、その確定したところにしたがって租税を申告し納付する。②第二段階は、更正・決定等の確定処分の一環として、税務署長等が行う認定である。③第三段階は、不服申立て（異議申立

第一次的な役割においては、納税者に対する「保護者」であり、第二次的・補充的な役割においては、「法の監視者」となるのである。

昭和55年税理士法改正によって、「申告納税制度の理念」が最終局面において税理士法１条に挿入されたことは、税理士の立ち位置との関係でどのような意味を持つのであろうか。税理士を税務官庁の補助者的機構と考える立場の「国庫主義的租税観[27]」によれば、「税理士は依頼者たる納税者との関係では民法上の契約から代理となっているとおもわれるが、代理の関係は、租税債務の関係から代理以上の範囲のものを含み、単なる依頼関係、民法上の代理関係以上の使命というものが必要になるわけである[28]」との前提に立ち、税という公共的な仕事を独占するうえは、民事上の委任契約を超えて、特別の使命が存在するとする。つまり、このような「国庫主義的租税観」は、税理士という職業につき、独占の形で業務を保障する以上は、租税債務の関係から単なる依頼関係、民法上の代理関係以上の使命が必要となるとし、税理士は、税務行政の一翼を担う者として、国家目的と共通の基盤に立って行動すべきことを命じているとする。すなわち、税理士を徴税機関たる税務署長の補助機構ととらえ、もって、不正に税を免れようとする納税者から、それを防止する責任が税理士にあるとするのである。これに対し、「人民主権主義的

て、審査請求）に対する決定または裁決の一環として、原処分庁または国税不服審判所の行なう認定である。④第四段階は、訴訟において裁判所が行う認定である。」（金子宏「租税法と事実認定」２頁、税経通信1988年８月特集号）。

[27] 松沢智氏は、税理士を税務官庁の補助者的機構と考える立場を「国庫主義的租税観」とし、これに対立する考え方、つまり、申告納税制度をとる以上は主権者たる納税者の申告によって税額は直ちに確定するから、税務署長は原則として更正できない。税を決めるのは主権者たる国民である。そして、国民主権の税法的表現が申告納税制度である。従って、税法は国民の財産権を擁護することにあり、租税法律主義は課税行政庁に対し課税権の制限規定として理解するという立場を「人民主権主義的租税観」と分類した。この、「人民主権主義的租税観」からは、税理士は、納税者の権利擁護が使命であるとされる。（松沢智「税理士の職務と責任（第３版）」中央経済社、1996年、33、47頁。

[28] 松沢智氏は、国税当局出身者の申告納税制度に対する意識に関して、その例を示すものとして「租税法研究９号121頁以下の発言」をあげている。（『税理士の職務と責任（第３版）』中央経済社、1996年、49頁。）

租税観」によれば、国家を代表する税務署長という権力に抵抗し、専ら納税者の権利を擁護することのみに行動することに使命があるとする立場をとる。その立場からは、納税者のみの利益を考え、自主申告の意義を不当に拡張し、税理士は人民の「弁護士」という考えで行動することになる。この二つの見解は、鋭く対立し、税理士の使命論に深く影響していた[29]。

しかしながら、主権者である納税者たる国民は、代表者によって制定された租税法に基づき自発的な納税申告、すなわち、申告納税制度によって、自らのために、その福利の享受する国又は地方公共団体という団体の維持・存続並びに活動に必要な費用を支弁するのであり、国家の使命によって税を負担させられるのではない。民主主義政治体制の国家のもとでは、自費は自弁すると考えるのが本質である。このように、申告納税制度の確立の理念は、国民主権主義と深く結びついているという、「国民主権主義的租税観[30]」の下では、税理士の使命を公共的使命に画された納税者の権利擁護を中心として理解されるのではなく、適正な納税義務の実現という公共的な目的に画された、納税者に対する「支援者」であり、「保護者」であると理解されるのである。

以上のように税理士法１条の税理士の使命における「申告納税制度の理念にそって」という意味は、上述のような租税観が醸成される基礎とされるものであり、今日的な申告納税制度の意義との関係からは、税理

[29] この二つの見解の衝突のなかで、1972年４月に日税連の「税理士法改正に関する基本要綱」が税理士の使命に納税者の権利擁護を掲げたが、結果として採用されなかったという事実がある。しかし、「人民主権主義的租税観」が淘汰されたわけではない。それは、立法過程の最終局面において、「申告納税制度の理念にそって」を差し込んだことにより、今日においても、その租税観は存在することとなったといえる。

[30] 松沢智氏は、自説として、そもそも憲法は国民が主権者であり、国政は国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民が享受すること言しているのであるという（憲法前文）の考え方からの租税観を「国民主権主義的租税観」と呼ぶとしている。（松沢智「税理士の職務と責任（第３版）」中央経済社、1996年、47頁。

士の立ち位置を第一次的な自己賦課としての申告納税方式においては、納税者の「保護者」とし、第二次的・補充的に税務官庁が納税義務の確定について役割を果たす場合には、納税者とともに「法の監視者」とするのである。

第３項　税理士法第１条の本質

上述のように、税理士法の１条は、「税務に関する専門家制度に立脚し、憲法30条で支える申告納税制度を基盤として、あらゆるものから独立した立場で公正な立場を設定し、法令により実現することのできる納税義務者のための利益を守り、信頼にこたえ、納税義務の適正な実現を図ること」と解釈することができる。そして、このような解釈から税理士の基本的な性格とはいかなるものであるということが検討されなければならない。もっとも、その性格についての論争として、税理士法１条の使命と申告納税制度の下では、税理士は、適正な納税を実現することを追求するから、納税者の財産権を守ることのみを目的とせず、租税法上の申告手続、行政手続、不服争訟という局面において、それぞれ、納税者の「保護者」、「法の監視者」、「権利救済者」としての役割があるとする考え方がある[31]。他方、納税者の権利を擁護することが税理士の中心的役割であるとし、税理士の究極的使命は、「平和・福祉」の日本国憲法の「憲法保障」装置である。したがって、税理士の本質は、あくまで基本的人権を擁護すべき法律家・弁護士でなければならないとする考え方がある[32]。いずれにしても、税理士の基本的な性格を確定するうえで、重要なことは、税理士の性格の二面性を考慮しなければならないということである。その二面性とは、一方において、「納税義務者の信頼にこたえる」ことによって納税者の利益を擁護するが、他方において、「納税義務の適正な実現を図る」という公共的使命も有するということである。そして、この二つは、相互に牽制することで均衡を保つ関係にある。さらに、納税者の利益は、公共的使命で画されるといえる。このような

[31] 松沢智『税理士の職務と責任』中央経済社、1997年127頁以下。

[32] 北野弘久『税理士制度の研究』税務経理研究会、1995年、82頁以下、「中立な立場」に対する批判として中川一郎、税法学156号２頁以下。

背景の下で、税理士の基本的性格は、租税法の執行、適用と税理士業務との関係をどのように捉えるか、また、申告納税制度における納税者、税理士、課税庁の三者の関係をどのように位置づけ、そこでの税理士の位置をどう捉えるかが重要であり、その税理士の位置により税理士の使命の本質が明確になるのである。

第２款　国側か納税者側か

わが国の申告納税制度のもとにおいては、「能率的な租税制度は、税務当局において納税者を代理する資格のある専門家の存在を必要とする。このような代理は、個人納税者にその個々の事件において、税務行政上の誤謬に対し必要な保護を与えるものである。加えるに、この専門家は、行政制度について見識のある批判を加える能力があるから、このような制度は、行政事務全般にわたる牽制として役立つ」といわれる[33]。したがって、税理士は、法令に基づく適正な納税義務の実現を図ることにより、税務行政上の誤謬に対し必要な保護を納税者に与え、納税者の正当な利益を擁護する保護者である。とりわけ、「租税申告手続」では、複雑な税法の適用に関して納税者を保護するという役割を負う。行政の場面である申告納税制度の下では、憲法上の納税義務を負担する納税者は、自らの義務の行為として租税行政庁に納税申告するのであるから、それは、対等な租税債権債務関係であって権力関係ではない。つまり、税理士は、債権債務関係上の「保護者」としての地位を有する。他方、租税行政手続における「税務調査（質問検査権）」のような公権力行使が伴う場合では、権力関係としての性質上、法の「監視者」としての役割を持つ。さらに、更正処分を受けた後の異議申立て、損害賠償請求や争訟の段階では、「権利救済者」としての地位を持つことになる。これが税理士の職務の各階層につき、税理士の使命から誘導される今日的な

[33] 社団法人　神戸都市問題研究所地方行財制度資料刊行会編「シャープ使節団日本税制報告書　附録巻第４編Ｅ節附帯問題第４巻　納税者の代理」『戦後地方行財政資料　別巻１シャープ使節団日本税制報告書』勤草書房，1983年、287頁以下。

税理士の立場である。

前述の税理士法１条の使命と申告納税制度から、導き出された、適正な納税義務を実現するための三つの段階、すなわち、「申告」の段階、「調査」の段階、そして、異議申立、審査請求などの「権利救済」の三つの段階は、それぞれ、租税申告手続法上で税務行政上の誤謬に対し必要な保護を納税者に与え、納税者の正当な利益を擁護する「保護者」である税理士の立場、租税行政手続法における税務調査（質問検査権）のような公権力の行使が伴う場合に、権力関係としての性質上、「法の監視者」としての役割を持つという税理士の立場、さらに、更正処分を受けた後の異議申立て、損害賠償請求や争訟の段階では、「権利救済者」としての地位を持つ税理士の立場を創設することは、すでに述べたとおりである。そして、本論文においては、狭い意味での税理士制度（その多くは税理士法上の問題に収斂される。）に関する問題につきこの三つのフェーズを分析の枠組みとして活用して行くことにする。

第１項　「保護者」である税理士

租税申告手続法上で税務行政上の誤謬に対し必要な保護を納税者に与え、納税者の正当な利益を擁護する「保護者」である税理士の立場において、税理士はいかなる位置に置かれているか。申告納税制度のもとでは、租税法に関する第一義的解釈権を国民に与えている。税制が賦課課税方式を採るか、それとも申告納税方式を採るかによっては、税理士の置かれている位置は大きく変ってくる。歴史的に租税制度が進化する過程において、当初に採用された賦課課税制度のもとでは、納税者は自らの所得を算定して貰うための資料を提供するという形で申告をし、税務署長が調査し課税すべき税額を確定してきた。この場合、税理士は税務行政の円滑化のための税務署長の補助機関として税務の一翼を担うものと、一般的に位置づけられてきた[34]。これに対し、申告納税制度は、納税者の申告によって租税債権債務が確定するために、納税者自身が租税

[34] しかし、近代的租税制度では、ドイツのように賦課課税制度を採用している国も多く存在し、このことが、すぐに税理士の課税庁の補助機関化を意味するものではないと思われる。

法の規定に従い適正な納税義務を実現しなければならない。さりとて、租税法の規定が複雑、難解なところから、納税者は税の専門家である税理士の援助とその保護のもとに申告を行うことになる。そのため、税理士は納税者をして適正な納税義務を実現する使命を負う。

他方、税理士制度を有する先進国のうち、韓国では、近年、民主主義的要請から、租税制度においても自主納税の性格が強まった。それゆえ、税務士の役割も、基本的には、政府の行政補助者の立場から、納税者の自主納税の支援者へと変化を遂げている。現行の税務士制度は、税務士の税務調整計算書[35]に関する業務により、法人税や所得税の申告においても申告納税制度が維持されている。したがって、税務士の使命は、納税者の権利の保護をその基本的な目的とするものといってよい[36]。一方、ドイツで採用されている近代的租税制度としての賦課課税制度は、複数税目で存在する。所得税、法人税、営業税の納税者は、申告期限経過後に所得税法25条１項、法人税法31条１項、営業税法14a 条等により租税申告義務を負う。これは、申告納税制度でいう「申告」ではない。したがって、納税者側で税額の計算をするのではない。つまり、課税標準を定める資料を提出することが「申告」なのである。その後、提出された申告書は税務署の査定部門でシステムによるリスク審査等を経て、問題がなければ査定通知書が計算センターから納税者に送付されて税額が決定することになる[37]。納税者がその税額査定に合意ができない場合又は

---

[35] いわば、日本の税理士法33条の２にあたる「計算事項、審査事項等を記載した書面」と法人税の別表とをまとめたものに相当する

[36] 韓国税務士制度に関しては、筆者が2010年、2011年に韓国へ意見交換に行った折に、ソウル市立大学税務専門大学院にて、Jeong Foon 税務士、李相信教授、Cheun Gyu Choi 先生、原山道崇先生、Hyejung Byun 教授からのご指導によるものが多い。

[37] 賦課課税方式

(1) 賦課課税方式の具体的手続き

①予納申告　予納命令書により前々年度を基準として賦課される。この額に不服があった場合には異議を申し立てることができる。異議を申し立てない限り、当該賦課処分には公定力が伴うことになる。

②確定申告　申告期限は原則５月31日であるが、通達により、税理士関与の

自己の申告に問題があった場合には「異議申立て」をすることになる。日本と異なりドイツの「異議申立」は、単なる税額査定書に対する不合意程度の意思表示にすぎない[38]。ドイツの税理士は、賦課課税にかかる申告も適正におこなう努力をしているが、第一義的な課税権は、課税庁が行使するのである。そうすると、賦課申告手続においては、税理士は、納税者側でも国側でもないといえる。その後の課税庁の賦課課税に対しての不服は、租税争訟に関する代理権を行使し、自由業としての独立性を維持しながら税理士の業務を遂行する[39]。このドイツ税理士に対する強い独立性の要求は、権利救済の場面でも、税理士に「完全中立」の立場を迫ることになるといえる。このように、その国で採用される申告形式により、税理士の置かれる位置はさまざまである。

場合には12月31日に延長される。なお、さらに翌２月末まで実務的延長がありえるが、税額査定書が発行された時までに15ヶ月を超えると期限内申告とみなされず利子税が賦課される。よって実質的には14ヶ月以内に提出しないと期限内申告とならない。また、賦課課税方式であるが、非公開企業法人でも、企業法人側で確定申告資料の作成のタイミングで、バランスシートに未払法人税を計上する。

③税額査定　申告書を提出後に数週間で税務署から査定決定書が送られてくる。納税に関しては、予納によって納税の大半がすでに納付されている。

④税額清算　税額査定書が到着し、納税者が合意した場合には、到着から４週間以内に納付または還付が行われる。

[38] また、異議申し立ては簡易な手続きであり、当該異議申し立ての審議は、税務署内の審議部署において行われることになっている。ドイツ国民は、自己に対する不利益には抵抗すべしという国民意識も相まって、申立数も多く、申立に対する容認率も７割近くと高いのである。

[39] ドイツにおいては、財政裁判所への提訴が多い理由について尋ねたところ、「１つは税制改正が毎年あるため調査官が新しい法律を知らないことが原因している。もう１つは、納税者は提訴する権利をもっているのだから、どんどん裁判で争うべきだという考え方があるのではないか」という答えをドイツ納税連盟のリーベン氏から得ている。湖東京至編「世界の納税者権利憲章」中小商工業研究所　2002年　83頁。また、筆者が2011年にドイツのハンブルグ税理士会にておこなったヒアリングにおいても、課税庁の賦課課税による税額査定がやや粗く（つまり、やや税額が高め）であるので不服申立を前提に税理士は業務を行っている旨の発言があった。

他方で、日本の租税制度の現状に目を向けると、税制の基本は、通常は、公平、中立、簡素にある。しかし、現行の租税法が納税者の解釈を困難ならしめるほど複雑であり、租税特別措置法を中心として、納税者の有利な効果をもたらす租税制度につき、自らの選択が申告要件となる場合が多い。このような法体系は、改められるべきであり、また、納税者の選択誤りにかかる救済制度も必要である。これらの背景から、申告納税制度の申告手続においては、「保護者」である日本の税理士の置かれる位置はやや納税者よりにあるといえる。

第２項　「法の監視者」である税理士

租税行政手続法における税務調査（質問検査権）のような公権力の行使が伴う場合では、権力関係としての性質上、税理士は「法の監視者」としての役割を持つ。その場合の税理士の置かれる位置はどうであろうか。現在のところ、質問検査権の行使の場合、すなわち、一般的に税務調査をさすが、この職務における税理士の置かれる位置は大きく納税者よりである。それは、税務調査に関する根拠法は存在するものの、税務調査に係る規定の整備が不充分であるからである[40]。

そもそも、租税が公共サービスの資金の調達手段として強い公共性をもっており、租税債権者である国家の手に私法上の債権者には、見られない種々の特権が留保されていることは、その結果として、租税法律関係において、債権者である国家が優位性をもち、その限りで租税法律関係は不平等な関係として現われることを意味する[41]。

したがって、国家という強い権力の下では、納税者は、反射的に弱い立場に追い込まれる。このような、国家と納税者の租税債権債務関係を平等な地点（バランスの合う位置）まで税理士が調整する役割を負うと

[40] 昭和49年に国税庁が発遣した「税務調査の法律的知識」や昭和51年の国税庁長官が訓示した「税務運営方針」、平成９年の「今後の税務行政運営について」、さらに平成11年の「現況調査法」等の内部資料、平成17年に東京国税局法人課税課が発行した「税務調査の法律的知識」の研修資料をもとにして税務調査が行われているのが実態である。また、平成23年度の納税環境整備にて、若干の改訂がおこなわれたが、詳細は後ほど述べる。

[41] 金子宏『租税法（第16版）』弘文堂、2011年、28頁。

考えられる。そこには、「法の支配」があるから、税理士は、法の監視者としての役割を持つのである。

ドイツの税務調査の基本原則は、租税基本法において、AO193条からAO207条まで記載されている。この規定を受けて税務当局が調査を行う際の詳細を定めた税務調査省令がある。また、ドイツ納税者連盟[42]は、税務調査に関して「調査が来たとき」という冊子を発行して、納税者の権利義務をやさしく解説している[43]。さらに、税務調査は、給与に

---

[42] ドイツ納税者連盟の組織・ドイツには16の州に納税者連盟支部がある。会員は主に小さな会社と士業の者であり、構成員は30万人を超え、維持費は会費により、年会費は会員の収入により60～120ユーロ、日本円に換算すると約7,000円から14,000円位となっている。ドイツ納税者連盟の主な目的は、①税の使途についての監視活動、②税務システムを納税者にわかりやすくするための学術研究と実現に向けての運動である。以上の目的達成のため、ベルリンに研究所を設け、研究所は現在、有給の12人の研究員で構成されている。研究所の研究、調査に基づき、①に関しては、「公共の浪費」という税金無駄遣い調査リストを小冊子にして発表し、②に関しては、公聴会等での発言、政府への提言を行っている。

[43] この冊子には、調査官の思考、行動、法的根拠、調査を受ける側のとるべき対応等がわかりやすく解説されており、大変興味深い内容であることから目次と前書きの一部を掲載する。

「税務調査」2009年（第9新版）前書きの一部（鵜沢和彦氏の訳による。）

「調査官が来訪したとき、真面目な納税者が戸惑うのも無理はないのである。私はこのパンフレットでそういった人々の手助けをしたいと思う。そういった人々が納税者としての権利と義務について理解できるようにし、また、調査の過程―オフィシャルな言い方で言えば「臨場調査」の過程―を描写し、調査の際に調査官が則っている法的な諸規則を示したい。このパンフレットは、著者の30年に渡る実務経験、および連邦納税者連盟によって主催された数多くのゼミナールの成果が結実したものである。当たり前のことではあるが、このパンフレットは税理士の仕事に取って代わりうるものでもなければ、税理士の代わりになりうるようなものでもないし、そのような意図もない。」

目次1．調査官は私のところに来てもよいか。2．調査は毎年おこなわれるのか。3．何が調査されるのか。4．こんにちは、調査官です。5．納税者には義務がある。6．調査官にも義務がある。7．心理学を少々。8．慎重さを要するテーマ：税務調査における租税刑法。9．ちょっと待ってくれ - 調査官が私の貯金通帳を持っていこうとしているじゃないか！ 10. 好んで用いられ

対する税務調査、売上税の税務調査、企業の税務調査の三種類に区分することができる。税務調査の事前通知は必ず行われ、日本のような無通知調査はあり得ない。調査場所は、原則として納税者の店舗や事務所で行わなければならないが、顧問税理士の事務所で行われる場合も多い。また、帳簿、書類の留置権はない。さらに、AO173条では、納税者が不利になる場合、再調査を行うことを明確に禁止している。とりわけ、AO201条（終結話し合い）は、「調査によって更正処分が行われる場合、納税者は調査官と最終協議を行う権利を有する。最終協議の場において、納税者は調査の結果明らかになった個々の事項に関して再度総括的に説明するチャンスが与えられる」と規定している。ドイツでは、日本のように調査官が修正申告を慫慂することは、実務的にも法概念としてもない。

したがって、この終結話し合いにおいて、調査による更正処分に合意するか否かが重要となり、合意すると不服申立を行うことができない。このように、公権力である質問検査権の行使については、法律の整備がなされている。

一方、韓国では、1997年１月から施行された改正「国税基本法」において、その第７章の２に「納税者の権利」の章が設けられ、納税者の権利に関する明文規定が制定された。また、これを受け「納税者権利憲章」が制定公布された。さらに、2007年に改正された国税基本法は、81条の２から81条の12まで詳細に税務調査等に関する規定を置いている[44]。「納

る追求理由。11. さて肝心な点が残っている：最終協議だ。12. 調査官と納税者双方の為の記録：調査報告書。13. 最終手続き：評価。

（ドイツ納税者連盟ノルトライン・ベストファーレン州支部は、税理士クラウス・シェレ博士著による。）

[44] やや長くなるが、韓国の税務調査に関する条文の訳文を掲載する。

第７章の２　　納税者の権利

第81条の２（納税者権利憲章の制定及び交付）

①国税庁長は第81条の３から第81条の16までに規定された事項とその他に納税者の権利保護に関する事項を含む納税者権利憲章を制定して告示しなければならない。

②税務公務員は、次の各号のいずれかに該当する場合には、第１項による納

税者権利憲章」の制定理由は、国税基本法おける納税者の権利を分かり

税者権利憲章の内容が収録された文書を納税者に渡さなければならない。改訂　2011.12.31

１．国税の課税標準と税額を決定または更正するために質問をし、該当の帳簿、書類またはその他の品物を検査、調査をしてその提出を命ずる場合（「租税犯処罰法」による租税犯則調査を含む。以下この章で「税務調査」と言う）

２．削除　2011.12.31

３．事業者登録証を発給する場合

４．その他に大統領令で定める場合

［全文改訂　2010. １. １］

第81条の３（納税者の誠実性推定）　税務公務員は、納税者が第81条の６第２項各号のいずれか一つにあたる場合を除き、納税者が誠実で、納税者が提出した申告書などが真実であると推定しなければならない。

［本条新設　2006.12.30］

［以前の第81条の３は、第81条の４に移動　2006.12.30］

第81条の４（税務調査権濫用禁止）

①税務公務員は、適正で公平な課税を実現するために必要な最小限の範囲で税務調査をしなければならない、また、他の目的などのために調査権を濫用してはならない。

②税務公務員は次の各号のいずれか一つにあたる場合でなければ、同じ税目及び同じ課税期間に対して再調査ができない。

１．租税脱漏の疑いを認めるに値する明白な資料がある場合

２．取引業者の相手に対する調査が必要な場合

３．２個以上の事業年度と係わって過ちがある場合

４．第65条第１項第３号（第66条第６項と第81条で準用する場合を含む）による必要な処分の決定によって調査をする場合

５．その他に第１号から第４号までと類似した場合として大統領令で定める場合

［全文改訂　2010. １. １］

第81条の５（税務調査の時、助力を受ける権利）

納税者は、税務調査を受ける場合に弁護士、公認会計士、税務士に調査に参加するようにする等意見を述べることができる。改訂　2011.12.31

［全文改訂　2010. １. １］

第81条の６（税務調査対象者選定）

①税務公務員は次の各号のいずれか一つにあたる場合に定期的に申告の適正性を検証するために対象を選定（以下　"定期選定"という）して税務調査

易く表記することにより、租税手続の適正化・透明化の内容が理解され、

ができる。この場合、税務公務員は客観的基準によって公正にその対象を選定しなければならない。
１．国税庁長が納税者の申告内容に対して定期的に誠実度を分析した結果、不誠実だという疑いがあると認める場合
２．最近４課税期間（または４事業年度）以上同じ税目の税務調査を受けていない納税者に対して、業種、規模などを考慮して大統領令で定めるところによって申告内容が適正なのかを検証する必要がある場合
３．無作為抽出方式で標本調査をしようとする場合
②税務公務員は第１項による定期選定による調査以外に次の各号のいずれか一つにあたる場合には、税務調査ができる。改訂　2011．５．２
１．納税者が税法で定める申告、誠実申告確認書の提出、税金計算書または勘定書の作成・交付・提出、支給明細書の作成・提出などの納税協力義務を履行しない場合
２．無資料取引、偽装・架空取引など、取引内容が事実と違う疑いがある場合
３．納税者に対する具体的な脱税情報提供がある場合
４．申告内容に脱漏や誤謬の疑いを認めるに値する明白な資料がある場合
③税務公務員は、課税官庁の調査決定によって課税標準と税額が確定される税目の場合、課税標準と税額を決めるために税務調査ができる。
④税務公務員は次の各号の要件のすべてを満たす者に対しては、第１項による税務調査をしないことがある。ただし、客観的な証拠資料によって過少申告したことが明白な場合を除く。
１．業種別収入金額が大統領令で定める金額以下の事業者
２．帳簿記録などが大統領令で定める要件を満たす事業者
［全文改訂　2010．１．１］
第81条の７（税務調査の事前通知と延期申請）
①税務公務員は、税務調査（「租税犯処罰節次法」による租税犯則調査は除く）をする場合には、調査を受ける納税者（納税者が第82条によって納税管理人を決めて管轄税務署長に届けた場合には納税管理人を言う。以下この条で同じ）に調査を始める10日前に調査対象税目、調査期間及び調査事由、その他に大統領令で定める事項を通知しなければならない。ただし、前もって通知すれば証拠いん滅などと調査目的を果たすことができないと認められる場合を除く。改訂　2011.12.31
②第１項による通知を受けた納税者が天災地変やその他に大統領令で定める事由で調査を受けにくい場合には、大統領令で定めるところによって管轄税

納税者の権益が保護されているということを周知し、それにより税務行

務官署の長に調査を延期してくれることを申し込むことができる。
③第２項によって延期申請を受けた管轄税務官署の長は、延期申請承認の可否を決めて、その結果を調査開始の前まで通知しなければならない。
［全文改訂　2010. 1 . 1］
第81条の８（税務調査期間）
①税務公務員は、調査対象税目・業種・規模、調査難易度などを考慮して、税務調査期間が最小限になるようにしなければならない。ただし、次の各号のいずれか一つにあたる場合には、税務調査期間を延ばすことができる。改訂　2010. 1 . 1 、2011.12.31
１．納税者が帳簿・書類などを隠匿するとか提出を引き延ばし、または、拒否するなど調査を忌避する行為が明白な場合
２．取引先の調査、取引先現地確認または金融取引の現地確認が必要な場合
３．税金脱漏の疑いが捕捉されるとか調査過程で調査類型が「租税犯処罰節次法」による租税犯則調査に転換される場合
４．天災地変や労働争議で調査が中断される場合
５．その他に第１号から第４号までと類似の場合として大統領令で定める事由にあたる場合
②税務公務員は、第１項によって税務調査期間を決める場合、調査対象課税期間中で年間収入金額または譲渡価額が最大の課税期間の年間収入金額または譲渡価額が100億ウォン未満の納税者に対する税務調査期間は20日以内にする。新設　2010. 1 . 1
③第２項によって期間を決めた税務調査を第１項但し書きによって延ばす場合として最初に延ばす場合には、管轄税務官署の長の承認を受けなければならない、また、２回以後延長の場合には、管轄上級税務官署の長の承認を受けて、それぞれ20日以内で延ばすことができる。ただし、税金計算書に対する追跡調査が必要な場合など、大統領令で定める場合には、第２項の税務調査期間の制限及びこの項本文の税務調査延長期間の制限を受けない。新設　2010. 1 . 1
④税務公務員は、納税者が資料の提出を引き延ばすなど、大統領令で定める事由で税務調査を進行しにくい場合には､税務調査を中止することができる。この場合、その中止期間は第１項から第３項までの税務調査期間及び税務調査延長期間に算入しない。新設　2010. 1 . 1
⑤税務公務員は、第４項によって税務調査を中止した場合にはその中止事由が消滅するようになれば、直ちに調査を再開しなければならない。ただし、租税債権の確保など緊急に調査を再開しなければならない必要がある場合に

政の信頼性を確保するためであるといわれている。さらに、納税者権利憲章の実践を目指すために、1999年９月１日から韓国国税庁は「第２の開庁」と名付け、これまでの徴税便宜中心の税務行政を納税者向けのサービス中心に大きく転換した。とりわけ、重要な点は、納税者権利憲章に

は、税務調査を再開することができる。新設　2010. 1. 1
⑥税務公務員は、第１項但し書きによって税務調査期間を延ばす場合には、その事由と期間を納税者に文書で通知しなければならないし、第４項及び第５項によって税務調査を中止または再開する場合には、その事由を文書で通知しなければならない。改訂　2010. 1. 1
［本条新設　2006.12.30］［以前の第81条の８は、第81条の10に移動　2006.12.30］
第81条の９（税務調査範囲拡大の制限）
①税務公務員は、具体的な税金脱漏の疑いが複数の課税期間または他の税目まで係わると確認される場合など、大統領令で定める場合を除き、調査進行中で税務調査の範囲を拡大することができない。
②税務公務員は、第１項によって税務調査の範囲を拡大する場合には、その事由と範囲を納税者に文書で通知しなければならない。
［本条新設　2010. 1. 1］
第81条の10（帳簿・書類保管禁止）
①税務公務員は、税務調査の目的に納税者の帳簿または書類などを税務官署に任意に保管することができない。ただし、納税者の同意がある場合には、税務調査期間中一時保管することができる。
②第１項但し書きによって一時保管している帳簿または書類などに対して納税者が返還を要請した場合には、調査に差し支えがない限り、直ちに返還しなければならない。この場合、税務公務員は帳簿または書類などの写本を保管することができ、その写本が原本と違いないという事実を確認する納税者の署名または捺印を要求することができる。
［本条新設　2010. 1. 1］
第81条の11（統合調査の原則）　税務調査は特定の税目のみを調査する必要があるなど大統領令で定める場合を除き、納税者の事業と係わる税法によって申告・納付義務がある税目を統合して実施することを原則にする。
［本条新設　2010. 1. 1］
第81条の12（税務調査の結果通知）　税務公務員は、税務調査を終えた時には、その調査結果を書面で納税者に通知しなければならない。ただし、閉業など大統領令で定める場合にはそうではない。改訂　2011.12.31
［全文改訂　2010. 1. 1］［第81条の９から移動　2010. 1. 1］

対応して、税務公務員の具体的な行動の履行基準を「税務行政サービス憲章」として定めたことであり、さらに、国税庁の内規で「納税者権利憲章」を実効あらしめるための、いわば権利保障制度として「納税者保護担当官」制度を導入したことである[45]。このように韓国では、税務士の使命において強調されているように納税者の権益擁護を中心として、課税行政庁も多様な納税者のための制度設計がなされている。このような税務行政の納税者の権益擁護という方向性が税務士の使命の解釈に大きく影響していると思われる。

今日、先進国において、わが国のように納税者の財産権を侵害するおそれのある税務調査手続に関して法律による規定が不充分である国は少ない。いずれにしろ、早急な法整備と運用が望まれるところである。

第３項　「権利救済者」である税理士

税理士法１条は税理士の使命を謳い上げ、そのなかで「独立した公正な立場において」と規定し、続けて「申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ」と規定している。この「独立した公正な立場において」とは、米独でいう自由業に従事するものとしての独立性であるとされる[46]。また、申告納税制度は、租税制度の民主主義における国民主権の表れであり、租税法に関する第一義的解釈権は納税者にある。

---

[45] この「納税者保護担当官」制度は、その権限が強く。①税務調査中止命令権：重複調査、調査権濫用等により納税者の権利が不当に侵害されたと判断できる場合には、調査を中止させることができる。②課税処分中止命令権：税法適用の誤り、事実認定の錯誤等により不当な課税が予想できる場合には、課税処分を中止させることができる。③職権是正要求権：違法不当な課税処分が確認された場合には、職権でその是正を要求することができる。④書類閲覧権：税務署内の租税の賦課・徴収に関するすべての書類の閲覧ができる。担当官は、国税庁の内部から選抜され、この部署において納税者保護の実績を上げることで人事上の優遇措置がある。その後、2008年には、この制度の独立化を図るため「納税者保護委員会」が創設された。そのメンバーは、税法及び会計の分野における専門的知識を有する外部の民間委員の数が内部の委員より多く登用することにより納税者の権益を代弁できるようになるようなっている。租税訴訟学会横浜支部「韓国の納税者権利救済制度の実情視察報告書」2010年、10頁。

[46] 飯塚毅「職業会計人の独立性」TKC 会報　巻頭言　1981年３月号。

さらに、主権者である納税者は、納税者が自ら課した国家を運営する自費を負担する義務を適正に実現しなければならない。したがって、申告納税制度においては、その意味の限りにおいて、納税者の権益は擁護されるべきである。このような申告納税制度の下での更正処分を受けた後の異議申立て、損害賠償請求や争訟の段階で、税理士は、権利救済者としての地位を持つ。そして、その立場における税理士の役割につき、税理士の置かれる位置はいかなるものかという問題がある。ドイツや日本の税理士は、税務争訟において訴訟代理権や出廷陳述権を有する。税理士がこの代理権を行使する場合は、国と納税者との位置関係において「完全中立」な立場でなければならない。なぜなら、税理士の役割は、納税者の信頼にこたえ、適正な納税義務の履行を実現することを目的とするが、それは、税理士の公益的使命の枠組みのなかで実現されるべきであるからである。たとえば、納税者が「適正な納税を実現している」にもかかわらず、税理士に争訟の提起を求めることが考えられる。そのとき、税理士はどうすべきであろうか。思うに、税理士はその争訟を引受けるべきではない。それは、税理士の使命から争訟の前置主義に準ずる「整理役」の役割があるからである。それは、とりもなおさず、税理士に「完全中立」の立場を要求するといえる。このことは、依頼人の利益や人権を擁護のために働く弁護士とはその立場を異にすると思われる。

一方で、日本における不服がある場合の争訟に係る納税環境整備も重要な課題である。たとえば、韓国においては、納税者の行政による権利救済手続は、課税処分の事前と事後に分けて制度設計されている。まず、事前救済手続として、「課税処分前適否審査」がある。これは、税務調査の結果通知内容に不服がある納税者の手続きである。また、事後救済手続として、処分後に原処分庁等にする「異議申請」、上級庁の国税庁にする「審査請求」[47]および租税審判院にする「審判請求」、さらに監査院にする「監査院審査請求」の３つの行政審判がある。「課税処分前適否審査」は、1999年に国税基本法81条の12として追加された[48]。この規

[47] 租税審判院設立後も国税庁への不服申立は残っている。

[48] この制度が導入される前は、1981年９月から1996年４月まで、国税庁の訓令で、「告知前審査規定」として実施され、1996年４月からは「課税前適否審査

定により、課税庁が課税前に当該納税者へ課税予告通知をし、その課税予告書を受け取った納税者は、課税処分前にその適否の審査を請求することができることになった。これがいわゆる課税前適否審査制度である。課税官庁は、税務調査結果通知書を送付してから、納税者からの課税前適否審査請求が出された場合、課税前適否審査委員会[49]で協議をする。そして、①請求の理由がないと認定される場合には採択しないとする決定、②請求に理由があると認定される場合に採択するとする決定、③請求期間を経過し補正期間内に補正をしない場合に審査しないとする決定を行う。これらの結果は、請求のあった日から30日以内に請求者に通知しなければならない。また、審理は原則として書面審理であるが、代理人である税務士等の意見陳述があれば、それも参考にされ議決される。当然のことながら、この請求が出されなければ、課税庁は更正処分をすることになる。その後、不服があれば、事後救済手続に移行する。このように、韓国では行政庁における納税者権利救済の納税環境整備が進んでいる。

一方、ドイツでは、税務争訟の発生件数が多い[50]。これらの税務訴訟は特別な行政裁判権を有する財政裁判所が担当する。この裁判所の特長を三つ挙げるとすれば、市民裁判官（名誉職裁判官）を含む参審員が審理に加わる参審制の裁判であること、また、話し合いによる合意が認められていること、および、救済率が高いということである。とりわけ、ドイツにおいて、特徴があるのは、「事実の合意（和解）」である[51]。担当裁判官が事件を調査している過程で、事実関係の争いが中心で当事者双方に問題があると思われるときには、口頭弁論前に「話し合い」を開くことができる（FGO79条１項）。話し合いで合意に達すれば、本案が解決したので担当裁判官は判決等を書くことなく訴訟費用の決定

事務処理規定」に改められて運営されていたという背景及び実績があった。

[49] 公務員の中から税務署長などが任命する３人と法律と会計に関する学識と経験が豊富な人の中から税務署長等が委嘱する４人で構成される。

[50] ドイツ全国の財政裁判所に係属する訴訟事件数は約６万件で、年間に提起される事件数は約５万件、うち処理される件数は約５万件といわれている。

[51] 筆者は、2011年３月22日にドイツ・ハンブルグ財政裁判所を訪問し財政裁判所について説明を受けた。

（FGO138条）だけを行うことになる。これは実質的に納税者の一部勝訴を意味している[52]。例えば、役員の報酬が過大かどうか、土地の評価など事実認定に係る事案では話し合いによる合意により解決されている。「事実の合意（和解）」すなわち、「話し合い（交渉）」は、財政裁判所にとっても必要であり、納税者にとっても早期解決ということで受け入れられている[53]。税理士は訴訟代理人として、この和解に深くかかわっている。このように、ドイツの税理士は、「完全中立」な立場を常に要求されているのである。

他方、日本の租税制度においては、和解は認められない。つまり、当事者の意思によって、納税義務の内容及び履行方法を左右することは許されない。それは、租税法は原則として強行法の性格をもつからである。しかし、現実の税務行政では、当事者の便宜や能率的な課税等のため「和解」に類似する行為が見られる[54]。

上記のような納税者権利救済に関しても、その国の租税制度の向かうべき方向と法整備等の環境整備によって、税理士と国家及び納税者との関係、そして、税理士の使命の本質は変化するものであると思われる。

---

[52] クアー財政裁判所長によると、ドイツ行政裁判所法106条には「当事者が訴えの対象を処分できる場合に限り・・調書に記載させる方法により」和解をすることができるという規定があり、また、連邦行政手続法55条にも「事実関係または法律状況を適正に評価して存在する不確実性を相互の互譲によって除去する公法上の契約は、官庁が不確実性の除去のために和解契約を締結することが義務にかなった裁量により適正と判断する場合には、締結することができる」という規定があるが、財政裁判所法（FGO）には和解の規定はない。しかし、連邦財政裁判所は、財政裁判所での「事実に関する合意」について、信義則を根拠にその拘束力を認めている。」とのことである。

[53] ハンブルグ財政裁判所では、数年前からかなりの事案で話し合い・合意の後、課税処分が取消し又は変更されている。また、口頭弁論までは訴えの取り下げもできるが、話し合いによって行われる場合が多い。2009年に処理された事件数は1,586件で、525件（33％）は訴訟費用の決定（FGO138条）による合意で終了している。2010年では、処理事件数1,242件のうち35％が合意により終了している（ハンブルグ財政裁判所2010/1、2011/1のニュースレター参照）。

[54] 金子宏『租税法（第16版）』弘文堂、2011年、77頁。また、筆者も実務において、和解の類似する行為を用いている。

第３款　真の納税環境整備

税理士は、国家、税理士、納税者の三者の不安定な関係を改善するために必要な環境整備を求めている。先に述べたように、税理士が納税者（顧客）との関係において、法令遵守を励行できないこと（法令遵守を納税者に啓蒙しているのに、税理士が国家の法令逸脱を看過するようなこと）で納税者に失望を与えたり、また、国家との関係で、国家が税理士集団を信頼していないため、国家が税理士と信頼関係を構築するのではなく、税理士を規制しようとすることがある。それゆえ、これらを解消するためには、制度を再構築しなければならない。そのためには、本稿が主張するところの「真の納税環境整備」が必要である。さらに、納税環境整備は、従前の法制度の改革にとどまらず、租税教育のような根本的、かつ、哲学的な環境整備もその視野に入れるべきであると思われる。そして、納税環境は、税務行政・納税者・税理士のそれぞれが協力し、または、対峙しつつ、整備をする必要がある。

この度、平成23年度税制改正大綱では、その第２章で平成23年度に取組むべき主要課題として、納税環境整備が掲げられ[55]、その第３章において、具体的な改正案が策定され掲げられた。これらの具体的な項目を、それぞれ、本稿における整理（本章、第１節、第２款、前文）に沿って、申告納税手続、税務調査手続、権利救済手続に区分すると、申告納税手続（申告）に関するものとして、納税者権利憲章の策定、とりわけ納税者の権利と義務、租税教育の充実、更正の請求、社会保障・税に関わる

[55] １．納税環境整備、納税者の立場に立って納税者権利憲章を策定するとともに、税務調査手続の明確化、更正の請求期間の延長、処分の理由附記の実施等の措置を講じることとし、国税通則法について昭和37年の制定以来、最大の見直しを行います。国税不服審判所の改革については、納税者の簡易・迅速な権利救済を図り、審理の中立性・公正性を高める観点から、行政不服審査制度全体の見直しの方向を勘案しつつ、不服申立ての手続、審判所の組織や人事のあり方について見直しを進めていきます。社会保障・税に関わる番号制度については、早期の制度導入に向け、「社会保障・税に関わる番号制度に関する実務検討会」を中心に速やかに検討を進めるとともに、税務面においても積極的な検討を行います。

番号制度がある。次に、税務調査手続（調査）に関するものとして、国税通則法の改正、税務調査手続の明確化、理由附記がある。さらに、権利救済手続（訴訟）として、国税不服審判所の改革、理由附記がある。ここでは、まず、納税環境整備に係るそれぞれの項目の現状を検討する。そして、この度の税制改正における納税環境整備を整理する。さらに、この納税環境整備は、税理士にとって、どのような意味を持つのかを考えたい。

０．総論

「申告」・「調査」・「権利救済」の場面での税理士の立ち位置をそれぞれ、現行制度にあっては、「申告」では、やや納税者寄り、「調査」では、かなり納税者寄り、「権利救済」は、完全な中立と分析してきた（本章、第１節、第２款、第１項、第２項、第３項を参照）。しかし、税理士が求める真の納税環境整備における求められる立ち位置は、それぞれの三つフェーズにおいて、完全な中立に位置する必要があると思われる。それは、国と納税者の間において、納税者に寄ることもなく、国に寄ることもない立ち位置が税理士にとって「独立性」を確保する最も適正な位置であるからである。そこで、税理士にとっての真の納税環境整備は、国ないし納税者に偏りがちな税理士の立ち位置を完全な中立に是正する効果のある納税環境整備である。いいかえれば、「調査」の場面で納税者に大きく傾斜している税理士を、中央に引き戻す効果のある制度改革を意味する。真の納税環境整備では、国家、税理士、納税者の三者が相互に作用し合い協力しながらその基盤を整備しなければならない。さらに、それは、税理士が専門家として単に一直線の両端に位置する国と納税者両者の「中間点」に位置するのではなく、それぞれが固有の極として頂点に位置したときに正三角形として完成しなければならない。すなわち、税理士が正三角形の頂点に位置（頂点にリフトするときの作用は「税理士の地位向上」）するとき、税理士と国家との関係では、税理士が国家に向けて作用（税理士→国家）するものは、税理士の使命から導かれる適正な納税義務を実現するための「公器」としての役割を担うことにより公益的使命を遂行することであり、その反対（国家→税理士）は、国家が税理士に向けて、税理士の地位向上として、自己完結権（後述す

る第４章、第４節、第３款を参照）を付与し、税理士を信頼する作用が働く、また、税理士が納税者との関係において、税理士が納税者に作用（税理士→納税者）することは、すでに述べた三つのフェーズおける立場で適正な納税義務を履行することを支援する作用が働く。また、納税者は、税理士に対して適正な報酬を支払うこと、および、確立された専門家として認知することが作用（納税者→税理士）として働くのである。さらに、国家と納税者との関係は、一直線上の関係になり、納税者は国に対して、自費を自弁する意味での税金を支払うのが作用（納税者→国家）であり、国家は、その自費で国家を運営することが作用（国家→納税者）である。このように、税理士を頂点として他の二つの極に対して、一方では「職業倫理」と専門性に、他方では「ビジネスとして成り立つ」という実践性という辺で結ばれるのである。

他方、納税者が正三角形の頂点に位置するとき（頂点にリフトするときの作用は「納税者の権利擁護」）は、国家との関係においては、納税者からの国家に対する作用は、納税された税の使途を監視することであり、国から納税者には、課税捕捉のための、いわいる、「マイナンバー制度」の受け入れなどの作用が働く、つまり、権利と義務が同時に発生する。また、納税者と税理士の関係においては、納税者から税理士に対する作用として、納税者の権利を擁護するめの三つのフェーズにおける立場で支援する作用があり、税理士から納税者に対しては、納税者の満足を引き出すビジネスモデルの構築する作用が働くのである。このように、専門家と依頼者と国が作るトライアングル、すなわち、三位一体の三角形は、三者がそれぞれにおいて、常に緊張状態を保つことでその制度の基盤を維持する。たとえば、それは、納税者がそのバランスが崩れるほどに強く引くとき、それぞれの相手方である税理士と課税庁がそれに反応するように引き戻すということである。そして、その三者の緊張状態が均衡して保たれた状態である正三角形を描くとき、すなわち、税理士業がビジネスとして成立することを前提としたその公共性と営利性という相克が三位一体でバランスをとっていくための課税庁と税理士と納税者の正三角形の構図として描かれたとき、真の納税環境整備は実現されるのだと思われる。

専門家としての税理士は、納税者の適正な納税義務の履行を支援する

ことが使命である。また、税理士は、その公共的使命から、国家のために「公器」としての役割を負う。しかしながら、納税者、国との関係において、そのどちら側に拠るのではなく独立して公正な立場、すなわち、「完全な中立」の立場を貫かなくてはならない。ここにいう、「完全中立」とは、納税者の権利擁護のために全力を尽くさない、あるいは、税務行政機関の支援を全く行わないということではない。税務が抱える、それぞれの行政行為プロセス、つまり、租税申告、課税庁の質問検査権の行使、納税者の権利救済において、納税者と国家との関係が「真ん中でバランス」がとれるように、税理士がその機能を果たすということである。そして、その「真ん中でバランス」を均衡させるときに、税理士は「独立して公正な立場、すなわち、完全な中立」でその機能を行使するのである。

1．納税申告の局面

租税申告手続において、税理士は納税者の保護者として、やや、納税者拠りに立ち位置を構えなければならない。それは、申告納税制度をもつ、わが国では、納税者が自身で法令による申告義務を果たさなければならないからである。もっとも、現行の租税法体系では、納税者が税理士の支援と保護の下でなければ、納税の権利を履行することができない。それほどまでに、租税法は複雑になってしまったのである。しかしながら、そのような状況では、納税者が不利益を被ることになる。そこで、申告納税手続において、納税者の租税法における解釈権をより確実なものにしなければならない。そして、課税庁もこの複雑な租税制度の法体系に関して、税理士をして、納税者がより税法を的確に解釈し、適用すべきで環境整備に協力すべきである。その意味で、たとえば、申告後の審査がすべからく調査の段階におこなわれるのではなく、申告時において、不安定な事項は予め解決できる制度を構築することも必要である。さりとて、税務行政は、継続して大量な行為が行われるから、事前審査制度は実際のところ機能しないということも頷けるところである。それならば、申告時において、解釈に微妙なところを事前に申請し、それにつき、課税庁が判断し、その判断が行われなれた場合は、是認とみなす制度が導入できないであろうか。いいかえれば、不安定な租税法の解釈

があれば、申告納税手続において、それを顕在化させ、不確実さを払拭する制度を創設する必要であるということである。仮にその制度の創設が実現されると、租税申告手続における納税者と国の均衡が実現される一助になり、税理士の立ち位置が中立になるように作用するといえる。他方、納税者が適正な納税義務を履行して、申告納税手続を終了したことを高らかの宣言するのであれば、それを認めることも差し支えない。そこでは、税理士の「ピアレビュー[56]」、すなわち、専門家の業務を専門家がチェックし評価すること、により適正な納税義務を担保することもあり得る。そして、これに係る費用は、たとえば、税制による税額控除を利用し備えることも考えられる。

２．税務調査の局面

課税庁の質問検査権の行使の場面で、税理士は、「法の監視者」としての役割をもつ。そして、税理士は、大きく、納税者拠りの立ち位置を執らなければならない。それは、質問検査権という国家権力が発動されるとき、納税者と課税庁には、厳しい緊張関係が生まれ、相互に鋭く対立することも、しばしばであるからである。もっとも、納税環境整備改革において､質問検査権の行使における手続規定が整備された。しかし、まだ、それは充分とはいえない。そもそも、国が納税者の誠実な申告の推定をせず、ほとんどの場合に納税者は、適正な納税義務を履行しないと考える必然性はどこにあるのであろうか。一方、納税者側も、国が時折、納税者の誠実性を検査するのであるから、検査を受けるまでは、強

[56] 再度、紹介するが、外資系の会社（建築主）などは今でも実践している。ある設計者が設計したものを他の設計者に見せ、意見を聞き、ディスカッションする。これは法の外でやっているので、割に自由に物が言えるというメリットがある。また、職業的地位に対する社会の信頼に関する問題として「信頼水準が低い場合には、その監査業務の質について追加的な検査を行うことによって、その水準は高められる。これに対して、信頼水準が高い場合は、追加的検査を行うという事実によって、むしろ社会的不信感をもたらすことにより、かえって信頼水準を低める結果になる。」（内藤文雄「監査人による監査人の監査―ピア・レビューに対する西ドイツ経営監査士の反応―」産業経理46巻２号、1986、82頁。

い法令遵守の必要がないという倫理観（税務調査がなければ納税の適正さを欠くこと）が納税者の「こころ」を支配するはなぜであろうか。日本人の租税倫理観が、仮に、欧米でいう「教会税」のような相互扶助のための会費という租税倫理観に近いとするならば、おおよその納税者は、納税の権利を遂行するはずである。それよりも、問題の核心は、国家権力がその権力行使のプロセスで、納税者間の公平を維持することができないため、納税者を失望させていることにある。それゆえ、国家権力が一部の納税者の行為に対して強硬な態度をとる結果、「正直者は馬鹿をみる」として、納税者の不適切な行為を助長させている。国は納税者を信頼するところから始めなければならない。そして、申告納税制度の下で真摯に納税義務を履行する納税者にやみくもに租税法上の制裁規定を発動すべきではない。人間には誰しも「過ちはある。」のである。そのような租税倫理観を尊重する制度の構築に税理士が寄与する必要がある。

３．権利救済の局面

納税者の権利救済において、税理士は、「権利救済者」としての役割をもつ。そして、税理士は、納税者や国との関係においては、「真ん中」の立ち位置にある。大量に継続、反復して処分が行われる税務行政の分野では、税理士は「完全中立」な状態において、「公器」としての役割を果たさなければならない。すなわち、納税者の権利救済に関して、救済機関における「前置」として機能するということである。それゆえ、弁護士とは、やや、おもむきを異にすることになる。それでは、税理士は、権利救済者としてどのような納税環境整備を求めるべきであろうか。そもそも、租税法は強制法規であるから、合法性の原則に支配され、租税法規を適用したときは、同様の結果が生じるとされる。いいかえれば、同じ条件のもとでは、１円の誤差もなく納税義務は確定するということである。そこに、行政庁の裁量権は存在しない。しかしながら、経済行為は経済環境が複雑に変化し、新種のハイブリッド的な取引行為が誕生するなかで、租税法はすべてをカバーすることはできない。また、従前から採用してきた慣習法規もなじまないことがある。そして、納税者が納得し得ない、また、違和感を覚える法令の適用を国が権利救済の場面で貫いたとき、納税者に大きな失望をあたえることになる。たとえば、

市場の経済論理から理解できないような行政通達の適用や一般常識から相当離れている役員給与の認定などで税務争訟を追行した結果、その判決が下され、税務行政に対する失望が納税倫理に暗い影響を落とすのである。そうであれば、納税者の意を汲んだ「話し会い」を税理士が納税者の代理として課税庁とおこなうということも納税環境整備として必要ではないだろうか。納税者は、長い時間をかけて、自身の法令解釈が正しいということを獲得することのみを望んでいるわけではない。納税者の主張が受け入れられた早期の決着を望んでいるのである。納税者は基本的に誠実であり、納税者が提出した申告書は真実であると推定すること、すなわち、納税者の誠実性の推定が重要である。そして、納税者は、その期待に応える国や税理士を望んでいるのである。それを支えるのが「真の納税環境整備」である。

論　　説

政府の言論と人権理論(4)

金　澤　　誠

目　次

はじめに
序章　問題提起
　第１節　現象
　第２節　学説
　第３節　課題
　第４節　本稿の構成　（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
　第２節　Yudof
　第３節　Emerson　（以上61巻２号）
　第４節　Shiffrin
　第５節　小括
　第６節　政府言論の多義性　（以上61巻５号）
第２章　アメリカにおける市民権法と表現のための結社の自由との相克
　第１節　問題提起
　　⑴　市民権法と表現のための結社の自由との相克
　　①　Boy Scouts of America v. Dale 判決
　　②　法廷意見
　　③　反対意見
　　⑵　問題の整理
　　①　表現のための結社の自由アプローチ
　　②　市民権法アプローチ
　第２節　若干の検討

(1) 言論行為二分論
(2) 裁判所の審査手法
(3) Tribe の見解
(4) 一応の結論 (以上本号)
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
(1) 総括
(2) 展望

第２章 アメリカにおける市民権法と表現のための結社の自由との相克

第１章は、政府言論という理論を提示することで、国家による社会に対する介入の両義的な性格を描写した。そして、国家による社会に対する関与が、「思想の自由市場」を歪めることを確認してきた[1]。

先行研究による政府言論に関する議論は、その多くは、非強制的な介入を問題化しようとする試みであった。たしかに、政府言論の典型はそ

[1] 以下の内容は、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) 89頁以下に重なる部分がある。本稿は、政府言論に関する問題関心を、より具体的に検討する試みである。

ういえるかもしれない。しかし、第１章で提示したように、国家による関与は、非強制な手法のみに限られない。

やや視点を変えていえば、公権力の側からすると、公権力が、「言論」作用を容易に規制できないからこそ、非権力的な介入手法が効果的となることもある。その是非をすぐには結論付けることができないとしても、少なくとも、国家による助成の問題を、より正面から問題化する必要があるはずである[2]。

そこで、本稿は、第１章で提示したように、政府言論にまつわる諸々の問題を解決する際には、個別的な人権（の価値に）関する検討だけではなく、平等という価値、権力分立や政府機能をも考えていく必要があるという立場をとる[3]。

第１節　問題提起

⑴　市民権法と表現のための結社の自由との相克

第２章は、「アメリカにおける市民権法と表現のための結社との自由との相克」という具体的な現象を検討する。その理由は、後述するように、表現の自由や政府言論にまつわる諸問題のなかでも、表現のための結社の自由に関する事例が、最近の判例や学説でよく注目されるからである。

本稿は、ある団体に対して、市民権法ないし差別禁止法[4]を「適用」す

---

[2] 政府言論の両義性については、拙稿「政府の言論と人権理論（２）」北大法学論集61巻５号（2011年）236頁を参照。これについては、後掲注（153）も参照。

[3] 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）201頁以下を参照。

[4] 本稿は、さしあたりは、Civil Rights Act を市民権法と訳したい。それは、「『公民権』という訳については、日本で公民権とは、元来、地方公共団体の公務に参与する資格ないし（やや広く）参政権を意味することに注意」する必要があるからである。田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）148頁の表現。

もっとも、第２章は、「公共施設における差別を禁止する法律」を議論することから、場合によっては、差別禁止法と表記することがある。なお、判例法

ることが、いかなる条件において許されるかという視点から検討する。これにより、差別禁止法の意義を再確認すると同時に、その限界を提示したい。

第1章の表現を用いるならば、「国家による自由」の意義ないし限界を探るものであり、政府言論の両義性の認識にかんする議論である。

① Boy Scouts of America v. Dale 判決

まず、Boy Scouts of America v. Dale 判決[5]（以下、Dale 判決、ある

上認められている freedom of expressive association は、「表現のための結社の自由」と訳すことにした。

[5] Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000). 関連する文献として、井上聡「同性愛者を排除したボーイスカウトに対し、州の差別禁止法に基づき資格回復を強要する事の合憲性」法律のひろば2000年11月号（2000年）72頁以下、岡田順太「アメリカ合衆国における『表現的結社の自由』――Freedom of Expressive Association の憲法上の価値について」法学政治学論究54号（2002年）119頁以下、井上聡「判批」藤倉皓一郎『衆議のかたち　アメリカ連邦最高裁判所判例研究（1993－2005）』（東京大学出版会・2007年）26頁以下、篠原光児「最近の判例」アメリカ法〔2001-2〕213頁以下、高井裕之「同性愛者差別の禁止と結社の自由」ジュリスト1192号（2000年）239頁以下。

ただし、最近の判例では、Dale 判決と異なるような判決が提示されている。差別主義的な思想を有する団体に差別禁止法を適用することの「限界」という問題設定は、本稿がすでに第1章のなかで提示した問題でもある。詳しくは、紙谷雅子「最近の判例」アメリカ法〔2011-2〕552頁以下も参照。後掲注（153）も参照。

なお、本件に関連する主な文献として、以下を参照のこと。この一覧は、Marc R. Porier 論文にあるリストの中から取捨選択して作成した。Marc R. Poirier, *Hastening the Kulturkampf : Boy Scouts of America v. Dale and the Politics of American Masculinity,* 12 Law & Sex. 271 (2003). David E. Bernstein, *The Right of Expressive Association and Private Universities' Racial Preferences and Speech Codes,* 9 Wm. & Mary Bill Rts. J. 619 (2001); Dale Carpenter, E*xpressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, 85 Minn. L. Rev. 1515 (2001); Erwin Chemerinsky & Catherine Fisk, *The Expressive Interest of Associations,* 9 Wm. & Mary Bill Rts. J. 585 (2001); Richard A. Epstein, *The Constitutional Perils of Moderation:*

いは、本件とする。）という事案を提示する。

本件は、原告（被上告人）である James Dale 氏（以下、Dale とする。）が、所属していた（私的な団体である）Boy Scouts of America（以下、ボーイスカウトとする。）に対して、資格の剥奪処分の取り消しを求めて出訴した事例である。

Dale は、1978年、ボーイスカウトの地方組織である Monmouth Council に加入した（当時８歳）。1981年から正会員となり、ボーイスカウトとして18歳まで在籍した。1988年には、イーグル・スカウトという、もっとも名誉ある地位にまでたどり着いている。1989年からは、指

The Case of the Boy Scouts, 74 S. Cal. L. Rev. 119 (2000); Daniel A. Farber, *Speaking in the First Person Plural: Expressive Association and the First Amendment,* 85 Minn. L. Rev. 1483 (2001); Nan D. Hunter, *Accommodating the Public Sphere: Beyond the Market Model,* 85 Min *supra* note 72, 85 Minn. L. Rev. 1591 (2001); Nan D. Hunter, *Expressive Identity: Recuperating Dissent for Equality,* 35 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1 (2000); Steffen N. Johnson, *Expressive Association and Organizational Autonomy,* 85 Minn. L. Rev. 1639 (2001; Andrew Koppelman, *Signs of the Times: Dale v. Boy Scouts of America and the Changing Meaning of Nondiscrimination,* 23 Cardozo L. Rev. 1819 (2002); James P. Madigan, *Questioning the Coercive Effect of Self-Identifying Speech,* 87 Iowa L. Rev. 75 (2001); John O. McGinnis, *Reviving Tocqueville's America: The Rehnquist Court's Jurisprudence of Social Discovery,* 90 Cal. L. Rev. 485 (2002); David McGowan, *Making Sense of Dale,* 18 Const. Comm. 121 (2001); Michael Stokes Paulsen, *Scouts, Families, and Schools,* 85 Minn. L. Rev. 1917 (2001); Martin H. Redish & Christopher R. McFadden, *HUAC, the Hollywood Ten, and the First Amendment Right of Non-Association,* 85 Minn. L. Rev. 1669 (2001); Jed Rubenfeld, *The Anti-Antidiscrimination Agenda,* 111 Yale L.J. 1141 (2002); Jed Rubenfeld, The First Amendment's Purpose, 53 Stan. L. Rev. 767 (2001); *Madhavi Sunder, Cultural Dissent,* 54 Stan. L. Rev. 495 (2001); Mark Tushnet, *The Redundant Free Exercise Clause?,* 33 Loy. U. Chi. L.J. 71 (2001). Laurence H. Tribe, *Disentangling Symmetries: Speech, Association, Parenthood,* 28 Pepp. L. Rev. 641 (2001). Randall P. Bezanson & William G.Buss, *The Many Faces of Government Speech,* 86 Iowa L. Rev. 1377 (2001). Katherine A. Moerke & David W. Selden, *Introduction Associations Are People Too,* 85 Minn. L. Rev. 1475 (2001).

導者としてのボーイスカウトメンバーとして活躍していた[6]。

しかし、デイルは、Rutgers 大学に通いはじめる頃から、自身がゲイないし同性愛者であることを自覚するようになった。1990年、デイルは、Rutgers 大学のゲイとレズビアンの会合に参加し、同グループの共同代表（copresident of, the Rutgers University Lesbian/Gay Alliance）になった。しかし、同性愛者に関する運動に関わったことが発覚したから、大人のボーイスカウトとしての地位を剥奪されることとなった[7]。

そこで、1992年、Dale は、大人のボーイスカウトとしての地位の剥奪処分が、New Jersey 州の公共施設における差別を禁止する法律（New Jersey's Law Against Discrimination）（以下、差別禁止法とする。）に違反していると主張して、ボーイスカウトに対して、その取消を求めて訴訟を提起した。

まず、New Jersey 州の第１審の裁判所（New Jersey Superior Court's Chancery Division）は、ボーイスカウトが、根拠条文である（公共施設における）差別を禁止する法律の「公共施設」には該当しないとして、Dale の請求を棄却した。

これに対して、第２審裁判所（New Jersey Superior Court's Appellate Division）は、ボーイスカウトが「公共施設」に該当するとして、ボーイスカウトの地位の剥奪処分は、同州の差別禁止法に違反するとした[8]。

New Jersey 州最高裁判所（New Jersey Supreme Court）も、Dale 側の請求を認めた[9]。ボーイスカウトが主張した（連邦最高裁がすでに認めている権利である）「親密な結社の自由（freedom of intimate association）」に対して、州最高裁判所は、ボーイスカウトの規模や、団体の非排他性などを挙げて、それを認めなかった[10]。

---

[6] *Id.,* at 644.

[7] *Id.,* at 645.

[8] *Id.,* at 646. *Citing* 308 N. J. Super. 516, 706 A. 2d 270 (1998). ボーイスカウトからの憲法を用いた要求についても、退けている。

[9] *Ibid*. *Citing* 160 N. J. 562, 734 A. 2d. 1196 (1999).

[10] *Id.,* at 646.

より具体的にいえば、(州最高裁判所によると) ボーイスカウトは、「同性愛者が非道徳的である」という観点を維持するために結社を組織した、というボーイスカウト側の主張は説得的ではないとした。

また、ボーイスカウトに対して、差別禁止法を適用することは、ボーイスカウト (の活動) に対して「重大な影響」を与えないとした。そして、New Jersey 州には、社会における差別を是正するという、やむにやまれぬ利益があるとした[11]。

そこで、事案は連邦最高裁に移送された。州最高裁判所とは異なり、連邦最高裁は、Dale の請求を棄却して、ボーイスカウトに対して、差別禁止法を「適用」することが違憲であるとした。以下、法廷意見と、反対意見を見ていく。

② 法廷意見

法廷意見は、Rehnquist 首席裁判官が執筆している (Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas)。州の差別禁止法をボーイスカウトに適用すること (すなわち、差別禁止法によって、Dale をボーイスカウトに強制的に留まらせること) は、ボーイスカウトの表現のための結社の自由を侵害するとした。

まず、連邦最高裁は、判例を引用することで、ある団体のメンバーシップに公権力が介入することは、憲法の観点から許されない、とした (Roberts 判決[12]) (以下、Roberts 判決とする)。判例によれば、メンバーシップの強制は、団体の公的あるいは私的な立場を表明する能力に「重大な影響」を及ぼす場合には、違憲である (New York State Club Association Inc. v. City of New York 判決[13])。

ただ、表現のための結社の自由といえども、絶対的なものではない。

---

[11] *Id.,* at 647.

[12] Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 647 (2000). *Citing* Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609, 623 (1984).

[13] *Id.,* at 648. *Citing* New York State Club Association Inc. v. City of New York, 487 U.S. 1, 13 (1988).

公権力による規制が、やむにやまれぬ利益を実現するためのもので、思想の弾圧に関わらないものであり、より制限的ではない他に選びうる手段であれば、そうした規制は許される。

そこで、裁判所としては、ある団体が保護を受けるかどうかを判断するために、表現のための結社であるかを検討する必要があるとした。

本件の記録によれば、ボーイスカウトは、私的な非営利団体（a private, nonprofit organization）である[14]。ボーイスカウトの組織内において、若い人々に対して価値を教え込む（instill values in young people）という活動をおこなっていることから、ボーイスカウトは、表現のための結社といえる。

そこで、裁判所は、差別禁止法を適用して、Dale をボーイスカウトに留まらせることが、ボーイスカウトの表現する能力に「重大な影響」を与えるかどうかを判断する[15]。そのために、裁判所は、ある一定の制限された程度において（to a limited extent）、（同性愛に対して）ボーイスカウトが表明した観点というものを、検証しなければならない。

まず、ボーイスカウトによると、同性愛の行為は、ボーイスカウトの公式な文書である『スカウトとしての誓い』や『スカウトとしての道』（Scout Oath and Law）の中に規定がある、「道徳的にまっすぐな（morally straight）」あるいは、「きれいな（clean）」（存在であるべきである）という規定に違反しているという[16]。

加えて、ボーイスカウトは、同性愛行為は、正当な行為ではないと考えている、と併せて主張している。ボーイスカウトは、常にスカウトの家族からの期待を背負っている（expectations that Scouting families）。われわれは、同性愛者をスカウトに参加させることが、そうした期待には、そぐわないものであると考えている[17]。

---

[14] *Id.,* at 649.

[15] *Id.,* at 650.

[16] *Id.,* at 651. もっとも、これについては、多様な解釈が可能であるとする。

[17] *Id.,* at 652. このあたりは、判決文と若干順序が異なっていることに注意さ

さらに、1978年のボーイスカウトの代表（the President of Boy Scouts）と執行委員長（the Chief Scout Executive）が署名したQ & A方式の文書によると、「同性愛者であることを公然と表明した人が、ボランティア・スカウト・マスターの地位になることができるか」という問いに、Noと答えている。

そこでは、「ボーイスカウトは、私的なメンバーシップの団体であり、そのようなことから、リーダーシップは特権であって、権利ではない。同性愛者は、リーダーには適さない」としている[18]。

このような立場は、その後の文書で何度か書き直されているが、その核心部分は、まったく改正されていないといえる。

これらを踏まえて、連邦最高裁は、（表現に関する）ボーイスカウトの主張を基本的には尊重しなければならない（give deference to an association's assertions regarding the nature of its expression）とした[19]。

Daleをボーイスカウトに（強制的に）留まらせることは、ボーイスカウトの表現する能力に「重大な影響」を与えるとした。つまり、Daleは、ゲイのスカウトとしての共同代表の地位にあり、自身の性的指向を率直に表明している。Daleがスカウト・マスターとしてボーイスカウトに残るということは、（ある団体が）信念に反するようなことを提示しなくてもよいとする一般的原則と矛盾するとした。

これに対して、New Jersey州最高裁判所は、差別禁止法を適用しても、ボーイスカウトの表現する能力に「重大な影響」を与えないと判断した。同州の最高裁判所によると、ボーイスカウト（の構成員）は、同

れたい。

[18] *Ibid.*

[19] *Id.,* at 653. *Citing* Democratic Party of United States v. Wisconsin, 450 U.S. 107 (1981). もっとも、団体は、差別禁止法を（自分の団体に）適用されることを（いつでも）違憲といえるわけではないとしている。ただ、本件では、Daleが同性愛者であることを公言しているという事実があるから争点となる。

性愛者が不道徳だということを普及させるために結社しているわけではないからである[20]。

しかし、連邦最高裁は、こうした議論を否定している。まず、結社というものは、あるメッセージを普及させることを目的としている必要はない。そのような目的がなくても、結社としての保護を受けられる。

また、ボーイスカウトが、(そもそも)性的事項に関するメッセージを発することを(リーダーたちに)禁止することも認められる[21]。

そして、表現のための結社が、ある方針を提示する際には、団体構成員すべての人からあらかじめ同意を得ておく必要はない。

そもそも差別禁止法は、公共の宿や列車など伝統的な公共施設における差別を禁止するために制定されてきた。しかし、時が経過するにつれて、より多くの場所をカバーするようになってきた[22]。

そして、New Jersey 州法の place of public accommodation は、非常に広いものである。条文にあるように、その用語は、50タイプもの場所を含むものとされる。たとえば、居酒屋、レストラン、小売店、公共の図書館などのほか、公開性を伴わないような、サマーキャンプや、屋上レストランを含むものとされている[23]。

このことを踏まえて、原審である New Jersey 州最高裁判所は、場所という概念を、物理的な立地(physical location)と結びつけることなく、拡張した。

しかし、公共施設の概念の拡張は、私的団体の自由との相克という問題を生じさせる。これまでのところ、連邦最高裁は、Roberts 判決において、公的な場所での女性差別を撤廃することが、やむにやまれぬ利益

---

[20] *Id.,* at 654. *Citing* 160 N. J. 562, 612, 734 A. 2d. 1196. 1223 (1999).

[21] *Id.,* at 655. あるパレードの主催者は、同性愛に対して特定の立場を表明していなかったとしても、そのこととは別に、参加者を決定ないし排除することができる。

[22] *Id.,* at 656.

[23] *Id.,* at 657. *See* N. J. Stat. Ann. § 10:5-5 (1).

であると認定している。

とはいえ、Roberts 判決では、こうした規制が、団体の表現をする能力に「抵触」する可能性を認めていた。Roberts 判決では、「ロータリー・クラブに女性の加入を認めることは、重大な具合に（in significant way）、既存のメンバーの多様な目的を遂行する能力に影響を与えることが立証されていない」[24]としていた。このことは、「重大な影響」を与えるような介入がある場合には、差別禁止法の適用が違憲になることを示している。

また、Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston 判決[25]（以下、Hurley 判決とする。）でも、差別禁止法の適用領域についての議論をおこなっていた。差別禁止法は、「その法律の差別の焦点に、……合理性がある場合には、州の立法権限の範囲内にあるといえる。しかし、そのような場合ではないならば、第 1 修正か第14修正違反となる」[26]としていた。

このように、連邦最高裁の判断枠組みは、「重大な影響」を与えるかである。これに対して、本件の被上告人である Dale は、象徴的な言論にかんする（より緩やかな基準である）O'Brien 基準[27]を用いるべきことを主張した。

---

[24] *Id.,* at 658. *Citing* Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609, 548 (1984).

[25] Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, 515 U.S. 557, 572 (1995).

[26] *Id.,* at 659. *Citing* Hurley, *supra* note 25, 515 U.S. 557, 572 (1995).

[27] *Ibid.* いうまでもなく、表現的行為を規制する際の合憲性判断枠組みであり、中間的な審査がなされる。より具体的にいえば、言論と非言論がひとつの行為に結合している場合、その制約が、政府の憲法上の権限の範囲内にあり、重要な利益を促進して、言論抑圧のためではなく、制約が必要な限度を超えていなければ、合憲とされる。

そうだとすれば、本件でなぜこの基準が採用されなかったか。連邦最高裁は、そのことを効果ないし団体に対する影響から判定（逆算？）しているが、少なくとも、このことは、理論的にいえば、さらに検討されるべき問題であろう。United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

しかし、連邦最高裁は、この基準を用いたベトナム戦争の徴兵登録証明書の「焼却」という表現的な行為が問題となった事例と、本件を区別した。本件では、より直接的に表現のための結社の自由に影響を与えるから（緩やかな基準を用いることができない）である。

以上のことを踏まえて、連邦最高裁は、（前述した）Hurley 判決で提示された伝統的な第１修正に関する議論に触れながら、次のように述べている。

裁判所としては、ボーイスカウトによる同性愛の教えが、「正しい」か「間違っている」かどうか（whether the Boy Scout's teachings with respect to homosexual conduct are right or wrong）という判断はできない。

それは、ある団体の表現が誤っているという理由によって、公権力が介入することは、憲法の観点から許されないからである[28]。

本件において、Dale は、大学でのゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、今もゲイの人々の権利活動家である。

Dale がボーイスカウトのメンバーにいることは、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、メンバーの若者に対しても一般社会に対しても送ることを（ボーイスカウトに）強いている[29]。

③　反対意見

反対意見は、Stevens 裁判官が執筆している[30]。New Jersey 州の差別禁止法は、同じような差別禁止法を制定している州に較べて、差別禁止

[28] *Id.,* at 660-661. 同性愛者の社会的地位が向上していることを、どのように評価するかという問題がある。法廷意見は、そのことと表現のための結社の自由（の価値）とは関係ないとしている。第２章の後半で検討する予定である。*Cf.* Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

[29] *Id.,* at 653. なお、メッセージに関する議論は、法廷意見の最後の部分にあるわけではない。本稿の問題関心の関係から、メッセージに関する議論に焦点をあてるために、最後に組み込むことにした。

[30] *Id.,* at 663. Stevens, Souter, Ginsberg, Breyer らによる。

法が規定する“place of public accommodation”（の定義）が、より広く設定されている（more expansive coverage than most similar state statute）[31]。

また、同州の差別禁止法は、1991年の修正で、差別対象として、性的指向を含む規定に改められている。法廷意見の考え方は、このような州の権限行使の姿勢を尊重していない。法廷意見は、ボーイスカウトの表現のための結社の自由を侵害したという。しかし、本件は、ボーイスカウトに対して「重大な負担」を与えていなければ、コミュニケーションを強いてもいない[32]。

まず、ボーイスカウトのスカウト・マスターのハンドブックを読むと、（法廷意見が提示した）「道徳的にまっすぐな」という規定がある。それが何を意味しているか、あるいは、ボーイスカウトが、実際に何を教えているか「精査」する必要がある[33]。

ボーイスカウトの内部文書によると、ボーイスカウトの活動ないし使命とは、ボーイスカウトの組織で協働すること、スカウトの技術を学ぶこと、パトリオティズムを促進すること、血縁の価値を促進すること、勇気を促進すること、とされている。そのことを達成するための方法は、ボーイスカウトのハンドブックに書かれてある。

ハンドブックによると、「スカウトは素直であるべきである」とある。しかし、その説明では、「スカウトは家族や学校や仲間に対して従順するべき」としか書かれていない[34]。

また、「規則が不公平であると思うときについては、規則にしたがわないではなく、その規則が変わるように（自分が）努力すべき」としか書かれていない[35]。そして、「道徳的にまっすぐな」という項目でも、「強

[31] *Ibid.*
[32] *Id.*, at 664-665.
[33] *Id.*, at 665.
[34] *Id.*, at 666.
[35] *Id.*, at 666-667.

い人間になるためには、正直で、清潔で、かつ正義の存在であるべき」としか書かれていない。「綺麗な（clean)」という項目にも、「自身の体や心を健康で綺麗にすべきである」としか書かれていない。

加えて、「汚れを払い落とすことに恥じるべきではない」。「一生懸命働けば、それが払い落とされる」としか書かれていない。これらの文書からは、ボーイスカウトが、同性愛者に対して、どのような立場を持っているかがわからない[36]。

ボーイスカウトにはハンドブックがあり、家庭や学校での性教育のあり方が書かれている。しかし、これにもまた、性的指向のことは何も書かれていない。さらに、性的事柄を尋ねられた場合にどのように対応するかという説明には、「専門家に聞け！」としか書かれていない[37]。そうすると、やはりボーイスカウトが同性愛者に対して、特定のスタンスを持っていたと判断することは困難である。

さらに、そもそもボーイスカウトが、特定の宗教や道徳に対して、どのような立場を取っているかも明らかではない[38]。というのは、ボーイスカウトは、「何が宗教か」を決定しないとされるからである。実際において、現にいろいろな宗教の人が、ボーイスカウトに参加している事実が、このことを裏付けている[39]。

これに対して、法廷意見は、ボーイスカウトの代表と執行委員長が署名したＱ＆Ａを引用して、ボーイスカウトの排除方針が明確であったと主張する。しかし、この文書もまた、多義的に解釈可能である。この文書は、同性愛者であると「公然と」宣言した人々を解雇できるかという設問に対して、Yes と答えている。

しかし、「州による（差別禁止）法がない場合に（in the absence of any law to the country)」との「限定」があり、「現在において、われわれは、同性愛の観点に基づいて、雇用差別をすることは、合衆国の法

[36] *Id.,* at 668.
[37] *Id.,* at 669.
[38] *Id.,* at 670.
[39] *Id.,* at 671.

律や条例で禁止されていることを知っている。そのような法律がある場合に、ボーイスカウトでは、差別禁止法に従うことが必要不可欠である」と書いてある[40]。

反対意見によれば、1978年のこの文書は、4つの側面があるとされる。

第1は、ボーイスカウトが、文字通りの意味で、排他的な方針を採用していたという考え方である。しかし、この時点では、現実的な問題として明確に意識していなかったというものである。

第2は、この方針は公式の見解ではないという考え方である。これは、ボーイスカウトの掟にあるような「従順さ」を述べたものにすぎないといえないか。

第3は、起草者が、差別禁止法とボーイスカウトの方針が衝突することを予見して書いたとう考え方である[41]。

第4は、同性愛者が、単にボーイスカウトにとって好ましくないことを述べているに過ぎない（規定には効果がない）という考え方である。

こうした点にかんして、法廷意見は、1978年の文書のほかに、1991-1993年の文書を検討していた（もっとも、この文書は、Dale がボーイスカウトを辞めさせられた後の文書であることから、本件ではこれを用いることができない）。1991年の文書は、「道徳的にまっすぐな」という規定から、同性愛行為がふさわしくとされている。

しかし、1993年の文書によると、同性愛者を排除しようとする行為が、「（親を含む）スカウトの家族からの期待（scouting families）」に変化している[42]。

---

[40] *Id.,* at 672.

[41] *Id.,* at 673. ただし、前述したように、ボーイスカウトによると、ルールがおかしいと思うときには、それを変えるように努力すべきということになる。そうだとすると、州による差別禁止法の廃止（裁判所に違憲判決）を求めるというべきか？

[42] *Id.,* at 674. もっとも、スカウトの家族とは、スカウト内の仲間たちを意味する可能性も考えられる。いずれにせよ、この規定は、ボーイスカウトの支援者を含む比較的閉鎖的な範囲で、会の運営がおこなわれていることを意味して

より正確にいえば、ボーイスカウトの活動は、いつもスカウトの家族が組織に対して持っている期待に影響される。われわれは、同性愛者の存在が、このような期待に一致するモデルを提供しないと考える[43]。

そして、この文書は、次のことを意味しているように考えられる[44]。

第１に、ボーイスカウトは、1991年に表明した『ボーイスカウトの掟』や『ボーイスカウトの法』によって、同性愛者を排除するという方針を基礎付けることをやめてしまったということを示してはいないか。

第２に、1991年から1992年にかけて、ボーイスカウトは、『ボーイスカウトの掟』や『ボーイスカウトの法』によって、同性愛者の排除方針を根拠づけようとしたが、そうした根拠づけができなかったことを意味してはいないか。

第３に、ボーイスカウトは、同性愛者に関して、明確かつ一義的な方針を持つことはなかったことを意味していないか。いいかえると、1991年から1992年のあいだのみ、ボーイスカウトは、『ボーイスカウトの掟』や『ボーイスカウトの法』によって、同性愛者を排除していたことにならないか。

第４に、ボーイスカウトの立場は一貫していない。差別的な方針と表現的な利益のあいだに関連性があるとはいえないことを意味していないか[45]。

いる。

このことを踏まえて、(端的に)「親の期待」と表記した。ただし、連邦最高裁は、これが、「親密な結社」に当たるとは考えていないようである。というのも、それが該当するのは、イメージ的にいえば、家族などの閉鎖的な集団とされるのが通例だからであろう。そこで、本稿は後述する Tribe の議論などで、理論的な説明が必要と考えた。後掲注（142)～(147）を参照。

[43] *Ibid.*

[44] *Id.,* at 675.

[45] *Id.,* at 676-677. なお、反対意見は、1990年の本件処分時までに、ボーイスカウトが、差別禁止法とボーイスカウトの方針との相克の問題に対して、amicus briefs を提出していることを議論している。それによると、少なくとも、1984年の段階には、こうした相克の問題に気付いていたことが判明するという。

たしかに、表現のための結社の自由は、第1修正によって保護される[46]。しかし、そうした権利は、絶対的なものではない（Roberts判決[47]）。

すなわち、表現のための結社の自由は、憲法的保護を受ける性質や程度において、比較衡量されるものである。たとえば、表現のための結社による差別的方針の「すべて」が保護されるわけではない。実際において、私立学校[48]、ロー・ファーム[49]、労働団体[50]における差別に関する事例で、表現のための結社の自由の限界が提示されている[51]。

たとえば、前述したRoberts判決[52]では、アメリカニズムと市民的な公共利益の精神をもつ（in spirit of genuine Americanism and civic interest）メンバーを育成する「若い男性」による知的な非営利団体の全国組織が、18歳から35歳までの女性を制限したことが争われた。Roberts判決では、原告側は、Minnesota州人権法（Minnesota's Human Rights Act）を、ジェイシーズという団体に適用することによって、団体の結社の自由を侵害しないかが争われている。

連邦最高裁は、表現のための結社の自由は絶対的ではなく、当該規制がやむにやまれぬ利益を実現するものであれば、合憲となるということを提示した[53]。

Roberts判決は、団体に対して「重大な負担を課すか（imposed any serious burdens）」を問題としている。

同判決は、私的団体であるジェイシーズが、公的にある立場を表明していたとしても、女性の加入を認めることによっては、団体の能力を妨げないと判断している。また、女性差別を撤廃することが州のやむにや

---

[46] *Id.*, at 678.

[47] *Id.*, at 678-679. *Citing* Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609 (1984).

[48] *Id.*, at 679 n 10. *Citing* Runyon v. McCrary, 427 U.S. 160 (1976).

[49] *Id.*, at 679 n 11. *Citing* Hishon v. King & Spalding, 467 U.S. 79 (1984).

[50] *Id.*, at 679 n 12. *Citing* Railway Mail Association v. Corsi, 326 U.S. 88 (1945).

[51] *Id.*, at 679.

[52] *Ibid*. *Citing* Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609 (1984).

[53] *Id.*, at 680.

まれぬ利益であることが認められている[54]。さらに、ある団体が表現のための結社であるという認定に際して、その団体が明確に排除の方針を有しているかなどの審査がなされている[55]。

そこで、本件において、差別禁止法を適用することが、団体の運営方針に対して、重大な影響を与えるかを検討する必要がある[56]。

本件は、ボーイスカウトの活動に際して、同性愛者を排除することは、団体にとって必要不可欠なものとはいえない。すでに明らかなように、ボーイスカウトは、同性愛者に対して何も述べていない[57]。

重要なことは、ボーイスカウトが、同性愛者に対して団体の方針を明確に定めなかった、ないしは、黙っていること（simply silent on homosexuality）である。したがって、州の差別禁止法は、ボーイスカウトで共有された目的に対して「重大な負担」を課していない[58]。

これに対して、法廷意見は、団体の表現に関する性質（の主張）を尊重しなければならない（give deference）としている。しかし、これは驚くような法的な見解（an astounding view of the law）である[59]。

連邦最高裁を含む裁判所は、表現のための結社の自由に関する主張に対して、独自の観点から審査しなければならない。

なぜならば、表現のための結社の自由は、意のままに差別をする自由（not a freedom to discriminate at will）ではないからである。ある団体が、差別禁止法に異議を唱え、表現のための結社の自由の主張をするためには、（その団体に不可欠な）団体による一貫した立場というものを立証しなければならない[60]。

---

[54] *Id.*, at 681.
[55] *Id.*, at 682.
[56] *Id.*, at 683.
[57] *Id.*, at 684.
[58] *Id.*, at 685.
[59] *Id.*, at 685-686.
[60] *Id.*, at 687.

さらに、団体は、（表現のための結社の自由を用いることができなかったとしても）「何を話さないかを決定する権利」を持っている[61]。

実際において、ボーイスカウトは、Dale によって、不道徳なメッセージが運ばれたと主張する。しかし、記録によると、そのような事実はまったく存在しない。それどころか、Dale は、スカウト・マスターの地位を辞めさせられるまで、優秀なメンバーとしてボーイスカウトの中で活躍していた[62]。

Dale は、大学で同性愛者の団体に加入していた。しかし、ボーイスカウトは、宗教団体に加入して、宗教的なメッセージを運ぶことを不適切とは考えていない。政治的もしくは宗教的なメッセージよりも、性的な事柄に関するメッセージを運ぶことが許されないとも想定していない[63]。

法廷意見は、Dale は、大学でのゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、Dale がボーイスカウトのメンバーにいることが、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、そのメンバーの若者に対しても一般社会に対しても送ることを（ボーイスカウトに）強いているとしている[64]。

しかし、Dale のボーイスカウトへの参加は、ボーイスカウトに対しても、世の中に対しても、いかなる認識可能なメッセージ（no cognizable message）を送らない[65]。

---

[61] *Id.,* at 689.

[62] *Ibid.*

[63] *Id.,* at 690-691.

[64] *Id.,* at 692.

[65] *Id.,* at 693-695. 反対意見は、Hurley 判決との区別について、次のように位置付ける。同事件では、パレードに参加したいと考えた（主催者ではない）同性愛者の人々が、パレード「主催者」の意向（言論）に反して、a shamrock-strewn banner を装着することを、特定の時間に、特定の場所で（particular time and place）求めたことが問題となった（事例である）。だとしたら、本件のように、ただボーイスカウトにそこに参加するだけで、（彼を）指標と考えるべきではない、としている。

もし、ある種のメッセージを送るとするならば、それは彼がボーイスカウトに参加すること自体によって、ということになる。

けれども、そのような行為は、象徴的な言論とは構成すべきではない[66]。法廷意見にしたがえば、同性愛者は、ただそこに居るだけで、ほかの社会の人々と違うことになる。しかし、そのようなラベリングは、団体がいつでも同性愛者を排除できることを意味する。それを承認することは、憲法上禁止されている劣位のシンボルを認めることと同等である[67]。

また、Dale が所属していたグループや、彼らの家族の若いスカウトたちが、Dale の性的指向に気付いていたという証拠はない。同性愛者が団体に参加しているという事実は、通常、(女性、黒人、宗教的マイノリティー、それ以外の孤立した集団の加入を認めることよりも)その団体を代表するメッセージを運んでいると解釈すべきではない。

New Jersey 州の差別禁止法は、性的指向を明らかにした人々の雇用その他の場面でのさまざまなアクセスを保障した規定である。実際、いくつものボーイスカウトは、ルールモデルを共有する公的な機関(公立学校や消防署など)と連携することがある。

これを踏まえると、ボーイスカウトの同性愛者の排除行為を是認すべきではない。差別禁止法のボーイスカウトに対する適用が、あるメッセージを運ぶことを理解すべきではない[68]。

なお、反対意見の最後(Ⅵ)では、同性愛者に対する裁判官の考え方が提示されている。同性愛者のソドミー行為を合憲とした Bowers 判決に見られるように、アメリカ社会では、まだ偏見が残っていることが確認されている。

しかし、それが医学的な観点から精神疾患の一種でもあると報告されたこと、にもかかわらず、同性愛者に対する偏見は現在もあり、それに

---

[66] *Id.*, at 695 n 22 (2000).

[67] *Id.*, at 696.

[68] *Id.*, at 698.

よる実害が大きいこと、したがって、こうした偏見を法的な原理に変える必要があることが説かれている[69]。

⑵　問題の整理

以上のような判断をして、Dale 判決（の法廷意見）は、差別禁止法をボーイスカウトに適用することを違憲とした。Dale 判決には、メッセージに関するアプローチの対立がある[70]。それを対比することから始めよう。

まず、差別禁止法（公共施設における差別を禁止する法律）とは、アメリカでは一般的に、市民権法（Civil Rights Act[71]）と呼ばれるものの

---

[69] *Id.,* at 699-700. 同性愛者一般に対する医学的な知見を参照することには、Souter 裁判官と Ginsberg 裁判官と Breyer 裁判官による反対意見がある。

[70] ボーイスカウトは、同性愛者だけではなく、女性や無神論者、宗教などを理由により、差別をしてきたために、諸々の訴訟が提起されている（もっとも、女性差別は、1998年には、廃止されたという）。*See* Stephen Clark, *Judicially Straight? Boy Scouts v. Dale and the Missing Scalia Dissent,* 76 S. Cal. L. Rev. 521, 532 n. 59 (2003).

たとえば、同性愛者に関する訴訟がある。*See* Curran v. Mount Diablo Council of the Boy Scouts of Am., 952 P.2d 218 (Cal. 1998); Boy Scouts of Am. v. D.C. Comm'n on Hum. Rts., 809 A.2d 1192 (D.C. 2002); Chicago Area Council of Boy Scouts of Am. v. Chicago Comm'n on Human Relations, 748 N.E.2d 759 (2001).

女性差別の事例として、Mankes v. Boy Scouts of Am., 137 F.R.D. 409 (S.D. Fla. 1991); Yeaw v. Boy Scouts of Am., 64 Cal. Rptr. 2d 85 (1997); , Schwenk v. Boy Scouts of Am., 551 P.2d 465 (1976) ; Quinnipiac Council, Boy Scouts of Am. v. Comm'n on Hum. Rights & Opportunities., 528 A.2d 352 (1987).

宗教的な観点に関する事例として、Randall v. Orange County Council, Boy Scouts of Am., 952 P.2d 453 (1998); Seabourn v. Coronado Area Council, Boy Scouts of Am., 891 P.2d 385 (1995); Geolas v. Boy Scouts of Am., 23 F. Supp. 2d 1254 (1998).

[71] Civil Right Act については、中窪裕也『アメリカ労働法』（弘文堂・2000年）。藤井樹也「Civil Right Act の一断面（５・完）――§1983訴訟を中心に」三重大学法経論集18巻１号（2000年）65頁を参照。最近のものとして、藤本茂『米

ひとつであり、主に雇用上の差別、州による特等付与の場面における差別、公共施設での差別を禁止する法律のことである。Dale 判決で問題となった New Jersey 州の差別禁止法は、次のように規定していた。

> 「人種や信条、肌の色、民族的出自、家柄、夫婦関係、性的指向、家族関係、疾病、国籍、性別、収入源により……雇用、公共施設での特権や便益を受けることを否定されない」[72]

連邦最高裁の Rehnquist 裁判官が執筆する５人の裁判官による法廷意見は、望まない人（unwanted person）の受け入れを団体に強制することは、団体の表現のための結社の自由を侵害するとした。

法廷意見は、判例である Roberts 判決[73]を引用して、表現のための結社の自由を享受するための３要件を提示している。

それは、ａ）表現のための結社であるか、ｂ）政府の行為が結社の表現をする能力に「重大な影響」を与えるか、ｃ）政府の利益が結社に対する負担を正当化するか、という要件である。そして、同判決が、次のように述べたことが注目される。

> 「Dale は、大学のゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、今もゲイの人々の権利活動家である。Dale がボーイスカウトのメンバーにいることが、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、そのメンバー

国雇用平等法の理念と法理』（かもがわ出版・2007年）。

このような差別禁止法は、多くの州が有している。たとえば、性による差別を明示的に禁止している州は、43州もあるという（District of Columbia を含む）。このうち、11州が性的指向による差別を禁止している。21州（District of Columbia を含む。）が、婚姻関係に基づく差別を禁止している。貸し付けに関する連邦法（Equal Credit Opportunity Act）は、性的差別や、婚姻関係に基づく差別を禁止している。*See* Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1615-1616 (2001). なお、事件当時の議論であることに注意されたい。

[72] N. J. Stat. § 10 : 5-4 (2007).

[73] Roberts, *supra* note 12, 468 U.S. 609 (1984).

の若者に対しても一般社会に対しても送ることを（ボーイスカウトに）強いている。（傍点は引用者）」[74]

これに対して、Stevens 裁判官が執筆する 4 人の裁判官の反対意見が、次のように述べている。

「Dale の（ボーイスカウトへの――引用者）参加は、ボーイスカウトに対しても世の中に対しても、いかなる認識可能なメッセージ（no cognizable message）を送らない。……仮にある種のメッセージを送るとしても……そのような行為は、第 1 修正において象徴的言論とは構成されない。」[75]

以上のように、本件は、メッセージに基づくアプローチ（a message-based approach）について対立を残しつつ、（法廷意見は）差別禁止法をボーイスカウトに適用することを違憲とした。

次に、本件が抱える問題は、「理論」的なものだけではないという。というのは、被上告人を支援する同性愛者の人々の権利を守る「運動」団体が、この判決に対して、次のような非難を示したからである。

Dale 判決は、法的な正義の観念を変形させている（a travesty of justice）[76]。同性愛者であることを理由に、若い団員をいつでも排除できることを認めることは、同性愛者を二級市民（second class citizen）にしたことと同然である。連邦最高裁が、そうした烙印のメッセージを認めたことは、とても恥ずべきである[77]。

そして、被上告人である Dale も、最高裁判決を聞いて、次のように異議を唱えたそうである。

---

[74] Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 653 (2000).

[75] *Id.,* at 695.

[76] *See* Mark Tushnet, A Court Divided 163 (2005).

[77] Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L . Rev. 1515, 1515 (2001).

「(わたしがボーイスカウトにずっと居すわることが、ボーイスカウトに対して、あるメッセージを強いているというが――引用者)わたしはメッセージではない。わたしはシンボルでもない。指標(sign)でもない。わたしは、たまたまゲイになっただけである。」[78]

こうした発言は、連邦最高裁のメッセージに関する議論に「反論」するかたちでなされた点で興味深い。このような批判をどのように受け止めるかをも検討すべきである[79]。

以上のことから、本稿の課題を改めて確認すると、次のとおりである。

第1に、法廷意見が、「Dale(もしくは、差別禁止法)は……メッセージを送る(ことを強いている)」[80]としたことを憲法の観点から評価すべきである。

第2に、本稿は、政府言論の理論の観点から本件を検討している[81]。そのために後述するTribe教授を含むいくつかの学説を提示する予定であるが、彼らは、政府言論の典型とされるBarnette判決などを引用しつつ議論していることから、本稿はその点にとりわけ注目することになる。こうした検討は、第2章の後半まで続くことになる[82]。

第3に、法廷意見のアプローチは、主に平等という観点から批判される余地があることから、表現のための結社の自由(①)と平等(②)の対立を注意深く描写すべきである。

---

[78] *See* MARK TUSHNET, A COURT DIVIDED 163 (2005). これについては、反対意見の注(65)も参照のこと。

[79] Dale判決は、Tribeの議論にあるように、どちらかというと、ボーイスカウトの公的メッセージを改変させていない。むしろ、ボーイスカウトの私的な自由が問題となっているというべきではないか。*See* Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 649-654 (2001).

[80] Dale, *supra* note5, 530 U.S. 640, 653 (2000).

[81] Bezansonは、本件にかんする問題を政府言論であるとした。それは彼がいう属性(attribution)という要素にあるようである。*See* Bezanson & Buss, *supra* note *5*, 86 Iowa L. Rev. 1377, 1495 (2001). 後掲注(142)～(146)も参照。

[82] Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 654 (2001).

①　表現のための結社の自由アプローチ

そこで、ボーイスカウトが主張していた、表現のための結社の自由に関する判例を見ることからはじめる（①）。

まず、合衆国憲法は、実のところ結社の自由を規定していない。そのために、判例は、第１修正の表現の自由条項から、（表現のための）結社にかんする権利を導き出している。表現のための結社の自由に関するリーディング・ケースとして、本件も触れていたNAACP v. Alabama判決[83]（以下、Alabama判決とする。）がある。

Alabama判決とは、Alabama州の州外法人であったNAACP（全米黒人地位向上委員会）が、同州法で認められた活動以外のことを無許可でおこなっていたとして、活動の差し止めが求められた事例とされる。

ただし、より正確にいえば、同事件では、同州司法長官が活動の差し止めを判断する際に不可欠であるとして、州裁判所に対して、「NAACPの構成員の名前や住所が入ったリスト」を（強制的に）提出させることの是非が争われたといえる。

（この請求を州の裁判所が認めたために）NAACPはそれを不服として、訴訟で争うことにした。連邦最高裁に事案が移送された。

連邦最高裁は、NAACP側の主張を認めた。Harlan裁判官が執筆した法廷意見によると、結社は構成員が有する憲法上の権利を援用できるとして、次のように述べている。

> 「公的・私的な立場を表明しようとする場合で、それがとりわけ論争的な主題に関わる場合には、疑いもなく結社が重要な意味を有している。……（その場合に）当然のことだが、結社によって主張されている信念が、政治的なことに関連しているとか、経済的なこと

[83] NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958). Alabama判決については、「協会が構成員のために主張する、州から名簿の調査を受けない権利は、構成員がその適法な私的利益を非公開で、かつ他者と自由に結合しながら追求する権利に関連している」。長谷部恭男「マス・メディアと自由」ジュリスト978号（1991年）99頁を参照。

であるとか、宗教的なことであるかは関係ない。」[84]

この部分は、結社はその内容にかかわりなく、結社できることを意味している。いうまでもなく、(表現のための)結社が、政治的な内容を主張した場合にも、経済的な内容を主張した場合にも、さらには、宗教的な内容を主張した場合にも認められることを示している。

そのうえで、連邦最高裁が、国家介入の方法ないし形態について触れていることが重要である。Alabama 判決では、繰り返しになるが、裁判所による構成員名簿の提出命令が争われている。NAACP の活動そのものが「規制」ないし「処罰」された事例ではない。

「結社の自由、プレスの自由、表現の自由等の欠くことのできない権利に対する国家介入が、……実質的に表現のための結社に対して侵害的であるならば、違憲性を認めるべきである。(傍点は引用者)」[85]

---

[84] *Id.,* at 460-461 (1958).

[85] Alabama, *supra* note 83, 357 U. S. 449, 461 (1958). まず、Alabama 判決においては、Harlan 裁判官がいうように、Alabama 州は、NAACP の行動の自由を「直接」制限するような規制をしていない。それでは、この事例では、何が侵害されたといえるか。

この点について、Alabama 判決自体が引用するいずれの判例も、直接的に集会を禁止しようとした事例ではない。*Id.,* at 461-463 (1958). De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937); Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931); American Communications Association v. Douds, 339 U.S. 382 (1959). *See also* Thomas I. Emerson, The System Of Freedom Of Expression 426-427 (1970).

そこで、Alabama 判決は、憲法的に保護された表現に「抑止」を与えたことが問題化されたという議論がある。つまり、表現の自由条項は、制約されない(uninhibited)、強固な(robust)、そして広く公開された(wide-open)討論を保障するからである。David McGowan, *supra* note 5, 18 Const. Comm. 121, 129-130 (2001).

これを踏まえて、わが国でも、Alabama 判決は、一定の形式でおこなわれる「強制的露顕」を、思想の表現と結社への参加に対して「制止的効果(deterrent

より具体的には、次のように述べている。

> 「当裁判所は、結社の自由と結社におけるプライバシーのあいだには、非常に重要な連関があることを認めてきた。……ある特別の宗教的信念、あるいは、自己の立場を示す腕章をつけている政治的党派に関わるような要求は、まさにこの種の性質のものである。ある特有の信念を持ち合わせる結社の情報開示を強制的に認めることは、これと同様の命令である。（傍点は引用者）」[86]

Alabama 判決（の上記の部分）によると、（活動停止という強固な規制ではないとしても）構成員の名前と住所を強制的に開示すること――結社のプライバシーを暴くこと――は、表現のための結社の自由を侵害する、とされる。

いいかえると、強制開示によって受ける表現のための結社における「萎縮」効果に較べると、州の利益（構成員のリストを強制的に開示するこ

---

effect）」を及ぼすとの理由に基づき、無効と判示した。

そして、この趣旨は、「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ものといってよい」という分析がある。芦部信喜『現代人権論――違憲判断の基準――』（有斐閣・1974年）132-157頁。

その他、最近では、Alabama 判決は、「個々人の私的な領域を保護するという趣旨ではなく、『プライバシー』が特に社会的な少数意見を主張するような結社の自由にとって不可欠であると強調するための論理」を採用したと考えるべきとする解説がある。

「国の開示命令が結社活動の観点からは直接不利益を与えるものではないとしても、それにより個々のメンバーにとって私的・社会的な不利益が生じる以上、やはりそれは厳重な正当化を必要とする」ことを認めた判決とされる。毛利透「表現の自由、結社の自由と公共」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会・2004年）264頁。

いずれにせよ、表現のための結社の活動に「実質」的に侵害となる国家行為がなされた場合に、訴訟で救済される余地があることが重要である。

[86] Alabama, *supra* note 83, 357 U.S. 449, 462 (1958).

と）は、より小さい利益であるとされる。ここにおいて、判例において（はじめて）表現のための結社の自由の意義が確認されている[87]。

そこで、論者によっては、「最高裁は、NAACP の結社の自由を承認し、その活動に憲法的保護を与えたが、本判決の画期性は最高裁の法廷意見が compelling interest という定式を採用した点にある。ここに、マッカーシズムへの対応の中で生まれた萌芽が、公民権運動団体の保護という文脈において自由保護のための法理として展開する場が与えられた（傍点は引用者）」[88]と評価される。

以上のことを踏まえると、本件の法廷意見が、表現のための結社の自由を検討する際に、「ある一定の制限された程度で、ボーイスカウトが表明した観点の性質を検証する必要がある」[89]として、言論内容に立ち入らない抑制的な審査をしていたことが注目される。

つまり、こうした議論こそは、Alabama 判決に由来する「表現のための結社の自由」を敬譲するアプローチ――ある団体にむやみに「萎縮」効果を与えないとする議論――であったというべきであり、それは、ひとことでいうと、厳格審査の基準を意味しているといえる（①）。

もっとも、表現のための結社の自由は、そもそも表現の自由とは異なる性質がある。そのために、後述するように、表現のための結社の自由を、いかなる場合に「制約」できるか――その際に、いかなる「理由」を付けるか（②）――が問題となる[90]。

---

[87] NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 462 (1973). なお、Alabama 判決を、表現のための結社の自由という観点から説明することは、一面的であるともいえる。なぜならば、訴訟当事者である NAACP は、全米の黒人の「地位」向上に関する団体であるからである。実際に、関連する訴訟である Button 判決では、NAACP の訴訟活動が、単なる私的な活動ではないとされているようである。これについては、後掲注（88）を参照。

[88] 塚田哲之「前期ウォーレン・コートにおける表現の自由法理の形成」法政論集213号（2006年）267頁の表現。後掲注（90）も参照。

[89] Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 650 (2000).

[90] すでに述べたように、NAACP という全米黒人地位向上委員会に対する国家介入と、人種差別的な団体である KKK に対する国家介入では、おそらく異なっ

② 市民権法アプローチ

アメリカにおいて、人種や性別などの差別に関する問題を検討する場合、よく指摘されるように、連邦法である1964年の市民権法が重要である（②）[91]。

それは、市民権法の第２編が、人種・宗教・出身国を理由とする公共施設における差別の禁止を定めるからである（Title Ⅱ of Civil Right Act of 1964）。

しかし、市民権法は、それ以外の差別「事由」（たとえば、年齢･障害･性的指向）を明示的に規定していないために、各州は、それを補うような法律を制定している。

すでに提示したような、本件で問題となったNew Jersey州の差別禁止法もまた、「いかなる人も、人種や信条、肌の色、民族的出自、家柄、夫婦関係、性的指向、家族関係、疾病、国籍、性別、収入によって……雇用や、公共施設における特権や便益を受けることを否定されない」と規定して、性的指向による差別を明示的に禁止している。

次に、本件を特集した2001年のMinnesota Law Reviewのシンポジウムは、次のような問題提起をしている[92]。「人民からなる政治権力の適切な制限という問題は、少なくとも1215年にジョン王がマグナ・カルタに署名したときから、現代的で解決されない問題」だが、本件のDale判決で争われた問題は、それよりも難しい問題であって、「20世紀にアメリカだけでなく、現代社会を苦しめてきた問題」[93]とする。

その意味するところは、同性愛者の法的な地位を高めるために、「国

た配慮が必要ともいえるだろう。*See* Carpenter, supra note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1525 (2001). 関連して、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。

[91] このあたりは、拙稿「私的な団体による同性愛者の差別」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』（信山社・2011年）73頁以下の問題提起に重なる。以下、内容的には重なる部分があることに注意されたい。

[92] Moerke & Selden, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1475, 1475 (2001). 同ロー・レビューでは、本件の特集が組まれている。

[93] Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L .Rev. 1515 (2001).

家による自由」を肯定的に位置付けるべきか。それとも、「国家からの自由」の観点から政治権力の制限に力点を置くか、というディレンマである[94]。

まず、この点につき、平等の観点を強調するHunterによると、市民社会を構成する主体は、単に個人と公権力のあいだの調停者ではなく、集合的な討論を奨励する者と位置付けられる。差別禁止法は、(広い意味での)公共空間における主体性を回復するものとして、民主主義の過程において、重要な役割を果たすとしている。

このように指摘したうえで、Hunterは、差別禁止法の適用範囲が、時代的な流れとともに、「拡張」され続けていることを確認する[95]。本件で問題となったNew Jersey州法も、つぎのように「公共施設」を規定している。

> 「公共施設とは、次のようなものを含む。しかし、これらは、制限的なものではない。居酒屋、ロードハウス、ホテル、モーテル、森林公園、サマーキャンプ・デイキャンプ・リゾートキャンプなどの一時的な滞在者の娯楽や健康を増進するための施設、あるいは、生産者、製造業者、卸売業者、リテイルショップ、商店、店舗などの財やサービスを扱う場所、あるいは、レストラン・食堂などの消費するものを販売する建物、アイスクリーム、フルーツを販売する場所、ソーダー水、シロップなどの消費物を販売する建物、駐車場、水陸の公共交通機関、駅やターミナル、浴場、遊歩道、海岸、講堂、会議室、会館、劇場、映画館、音楽ホール、屋上庭園、スケートリンク、スイミングプール、アミューズメントパーク、レクレーションパーク、博覧会、ボーリング場、体育館、射撃場、ビリヤード場、

[94] *See* Andrew Koppelman, Antidiscrimination Law & Social Equality 216 (1996). Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1614 (2001). これとは対照的な論文もある。Epstein, *supra* note 5, 74 S. Cal. L. Rev. 119, 120 (2000).

[95] この市民参加という見方は、共和主義の観点からも正当化できるだろう。*See* Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revial,* 97 Yale. L. J. 1539 (1988).

プールなどの娯楽施設、公衆トイレ、薬局、クリニック、病院、公立図書館、幼稚園、小中学校、職業学校、ビジネススクール、高等学校、専門学校、大学、州の教育委員会の指揮下にある教育機関などを含むものである。（傍点は引用者）」[96]

彼によると、Dale 判決は、これまでの判例（宗教系学校における宗教的な信念に基づく人種差別を禁止した法律を合憲とした Runyon 判決[97]、青年商工会議所による女性の成員資格の制限を禁止した法律の合憲性を認めた Roberts 判決[98]）を無視しているという。

Dale 判決によって、公共施設の「範囲」が狭められることは、時代的な要請に逆行しているとして批判している[99]。

このような発想からすると、そもそも差別禁止法の公共施設「概念」を設定する場合には、物理的な場所（概念）にとらわれる必要はない。

そして、彼の議論は、「多数意見によると、同性愛者は……全ての社会における人々と違うということになる。そのようなラベルは、……憲法上禁止されている劣位のシンボルを認めることと同等である」[100]という反対意見にちょうど重なる興味深いものである。

---

[96] N. J. Stat. Ann. §10: 5-5.

[97] Runyon, *supra* note 48, 427 U.S. 160 (1976).

[98] Roberts, *supra* note 12, 481 U.S. 609 (1984).

[99] Hunter は、Civil Rights Cases 時代からの差別禁止法の変遷過程を検討している。差別禁止法を解釈する際には、その文言に厳格に縛られる必要はまったくないという。Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1616 (2001). この議論では、公的領域の拡張が強調されている。ただし、このような一面的な議論については、異論の余地があるだろう。Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972). *See* Michael W. McConnell, *The New Establishmentarianism,* 75 Chi.- Kent. L. Rev. 453, 454 (2000).

以上のことから、「市民権法と表現のための結社の自由との相克」は、いかなる場所を公的領域に設定するかという問題でもある。Thomas I. Emerson, *Freedom of Association and Freedom of Expression,* 74 Yale L. J. 1, 20 (1964).

[100] Dale, *supra* note 5, 530 U.S. 640, 696 (2000).

次に、Yale Law School の Rubenfeld の議論を参照したい。彼によると、(ボーイスカウトのような)表現のための結社に対しては強い保護を与えるべきではなく、むしろ(第1修正の解釈としては)目的主義(purposivism)の観点を採用すべきであるという。

すなわち、目的主義の観点によると、連邦議会が法律を制定した真なる目的(Congress's real purpose)を探ることが重要である。

本件で問題となった New Jersey 州の差別禁止法は、「平等」という価値を促進している。「市民権法と表現のための結社の自由との相克」に対して、目的主義を用いなければ、諸々の不都合が生じることになる[101]。

たとえば、表現のための意図を有する者が、税金の徴収を拒否したらどうなるか。このような表現のための行為に対しては、租税の免除を認めるべきではない。同じように、高速道路を制限速度以上で、もっぱら表現のために走った場合に、その制限速度違反を憲法の観点から救済すべきか[102]。

---

[101] Rubenfeld, *supra* note 5, 53 Stan. L. Rev. 767, 785 (2001). O'Brien 基準は、ベトナム戦争の徴兵に関する書類を焼却が処罰された表現的な行為に関する事例で用いられてきた。また、象徴的言論に関しては、Spence 基準等が用いられてきた。このように、表現的行為に対しては、表現の自由と比べて、緩やかな(中間的な)審査がおこなわれる。*See also* Rubenfeld, *supra* note 5, 111 Yale L.J. 1141, 1156-63 (2002)

[102] *Id.*, at 767-769. ある論者の表現を借りると、本件の法廷意見のような議論であると、「自動車の速度違反は、『暴走行為は表現的なものである』と主張する違反者の修正一条の自由(言論)を制限する『効果』を持つために、表現の自由の観点から実質的な審査を受け、それにより無効とされうる。また、反政府的見解を有しており、かかる見解を伝える最も効果的な手段として納税を拒否する者も、同様の観点から保護されうる。さらに、差別が高度に表現的な行為であるとすれば――Boy Scouts 判決が示唆するように――人種差別主義者や性差別主義者も、差別禁止が自らの「見解」表明に著しい影響を受けると主張することによって、保護されうる。一夫多妻の禁止ですら、『表現規制』となる。このように、……修正一条を……リバタリアン的規定へと再定義する」ことを批判して、Rubenfeld は目的主義を採用する。「目的主義は、すなわち、ある規制が言論を標的にしたものであれば、その時点で即『違憲』となり、あ

Dale 判決のように、表現のための結社の自由の観点から、差別禁止法の適用除外を認めると、差別禁止法が形骸化してしまう。表現のための結社の自由を認めると、人種や性に関する差別禁止法が台無しになってしまう（②）。

このような立場は、（反対意見が提示したような）「表現のための結社の自由は、意のままに差別をする自由を認めるものではない」という議論に重なる。

以上のことを踏まえて、本件の対立点を改めて確認すると、法廷意見は「国家から自由」を重視したが、反対意見は「国家による」差別禁止法の意義を強調したといえる。

それぞれの意見は、「重大な影響を与えるか」という基準を用いる点で一致が見られるものの、メッセージにかんする議論に対立が残されている。

このような状況を背景にして、アメリカにおいても、大きく分けると、（かつてトクヴィルが指摘したように[103]）市民社会にとって結社の自由は、重要な権利であるとする議論（①）と、団体内部の問題であっても、性的指向を理由に差別することは、二級市民を生むという大きく対立した議論（②）がある。

第２節　若干の検討

そもそも差別禁止法は、これまでの判例がいうように、表現の自由との関係で、一定の地点までは問題が生じない[104]。しかし、本件のような

る規制が言論を標的にしたものでなければ、その実際的帰結がどうあれ、即『合憲』ということになる。かかるアプローチによれば、まず、暴走行為が表現の自由の観点から救済されるということはなくなる。山本龍彦「表現の自由のプラグマティズム」駒村啓吾・鈴木秀美編『表現の自由　Ⅰ――状況へ――』（尚学社・2011年）534頁以下。表現の自由は、絶対主義と較量主義の対立として語られてきた。

[103] McGinnis, *supra* note 5, 90 Cal. L. Rev. 485 (2002).

[104] マーサ・ヌスバウム（河野哲也監訳）『道徳と法　現代アメリカ社会の政治的リベラリズム』（慶應義塾大学出版会・2010年）365頁の表現。とはいえ、差

場合、結論からいえば、表現のための結社の自由との調整が必要とされる（①と②の対立を調整する必要がある）。

そこで、裁判所としては、メンバーを宗教的・人種的・性的・性的指向による差別をするという方針が、団体の活動に「密接」か、あるいは、「言論」と「認定」できるかを審査すべきといわれるようになる。

より具体的なイメージからいえば、たとえば、KKK という人種差別的な団体は、その運営方針が明らかである。要するに、人種差別をすることを目的とする団体である。

また、カトリックという団体の方針は、神を信じることである。キリスト教団内では、伝統的に女性の地位が低いといわれている。キリスト教における聖職者と女性の地位（の低さ）に関しては、（少なくとも、キリスト教の伝統的・歴史的立場からすると）関連があるとされている。

これに対して、（判例で問題となった）ロータリー・クラブという団体の（女性排除の）方針は、必ずしも明らかではない。より正確にいえば、少なくとも、女性差別との「関連性」が明確ではない。

このようにして、ある論者の表現を用いると、裁判所は、団体の主義や主張（group's tenets）までは精査すべきではないが、それとは区別できる（表現的ではない）不快の感情（unexpressed feelings of discomfort）、いとわしさ（disgust）、あるいは、ある特定の階級の人と結合したいという嫌悪の情（aversion to associating with particular class of persons）を精査すべきであるとされる[105]。

そうすると、今後は、団体の「保護される言論」と「保護されない言論」とあいだの「微妙であるが、重要な差異を理解すること」[106]が重要

別禁止法の適用「除外」を容認して、表現のための結社の自由の主張を広く認めてしまうと、団体は、より差別的な方針を明確にするという懸念が提示されている。McGown, *supra* note 5, 18 Const. Commentary 121, 134-175 (2001).

[105] *Id.,* at 135. *See also* Note, *The Ministerial Exception to Title Ⅶ : The Case For a Deferential Primary Duties Test,* 121 Harv. L. Rev. 1776 (2008).

[106] Redish, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev 1688, 1693 (2001).

となってくる。

それでは、本件はどのように分析すべきか。違憲判決が出された理由は何か。あるいは、判例は実質的に変更されたというべきか。

⑴　言論行為二分論

本件において、そもそもボーイスカウトの方針が「表現のための」結社の自由の行使か、それとも、（規制されるべき）単なる行為かが問題となる。

すでに述べたように、合衆国憲法は、結社の自由についての規定がない。そのために、「独自的規定を憲法条文に持たない合衆国憲法上の結社の自由の解釈論は、修正１条の解釈を通じて同自由の保障を生み出す」[107]ことになる。

まず、前述した Alabama 判決では、結社の自由が「表現」としての保護を受けていた。それと同じように、本件で問題となった（結社の）「差別する自由」も、第１修正の保護を受けると評価できるだろうか[108]。実際において、法廷意見は、表現的行為に関する「中間」的な審査基準である O'Brien 基準を用いることを否定して、ボーイスカウトの表現を優先させている。

この点において、まず確認すべきは、反対意見においても、ボーイスカウトの表現の要素を完全には否定していないことである。つまり、反対意見は、ボーイスカウトの活動が、「表現」であることを否定せずに、（排除された）同性愛者の地位を見極めつつ、「重大な影響」という「利益衡量」を中心におこなったからである[109]。

---

[107] 岩浅昌幸「アメリカ合衆国における『表現のための結社の自由』――その構造に関する一考察――」筑波法政第13号（1990年）227頁の表現。

[108] Note, *State Power and Discrimination by Private Clubs: First Amendment Protection for Non Expressive Associations,* 104 Harv. L. Rev. 1835, 1848-1849 (1991).

[109] この判決に関して、行為表現二分論に対する危機を表明したものがある。Redish, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev 1688, 1695 (2001). なお、第４章で検討する Rumsfeld v. FAIR 判決は、ロースクールが学生に提供するキャリア・サービスが表現かどうかを問題としている。連邦最高裁は、キャリア・サービスは、

より具体的にいえば、Stevens 裁判官による反対意見は、「同性愛者が団体に参加しているという事実は、女性、黒人、宗教的マイノリティ、その以外の孤立した集団がメンバーとして団体に参加しているのと同様に、メッセージを運ぶと解釈すべきではない」としていた。

しかし、その注で、象徴的言論とは構成されないとは、スカウトが表現活動に従事していないことを意味しない。(Dale が) スカウトに参加するという行為は、(Hurley 判決のように) パレードで行進するのとは違って一貫して表現的ではない、と述べている。

このことが意味するところは、明確ではないけれども、少なくとも反対意見ですらも、ボーイスカウトがメッセージを発していることを認めているといえる。

つまり、反対意見は、Dale がスカウトに参加することが「重大な影響」を与えないという「利益衡量」――より具体的には、ボーイスカウトの活動に、同性愛者の存在が、何ら悪い影響を与えないという論証――を中心におこなっているといえるだろう。したがって、真の争点は、ここにはないというべきである。

以上のことからすると、反対意見は、(Roberts 判決などにおいて) 女性の加入を認めさせたとしても、団体の表現活動を「実質」的に妨げない――団体の運営方針 (表現) と女性の排除方針には、「実質」的な関連性がない――とした判例の枠組みに重なることになる。

そうすると、「なぜ」法廷意見が違憲としたかとしたかがやはり問題となる[110]。以下では、Dale 判決が、いかにして形成されたかを検討するために、裁判所の審査手法に注目したい。

単に学生が仕事を得るための援助をする作業にすぎず、それが本質的に表現的ではないと位置付けたが、それはいかなる比較衡量ゆえのものか、批判できる。

[110] 結社内部の紛争の司法的解決にあたって、裁判所は内部規範を尊重するように求められるとする理論が注目される。すなわち、「①裁判所は、結社内部に存在する、国家法秩序とは別個の自主的規範 (団体固有の統制権) を尊重しなければならない。裁判所といえども、同規範を尊重することが結社の自由の保障の一内容であるからである (傍点は引用者)」。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂・1995年) 154頁。

⑵　裁判所の審査手法

次に、表現のための結社の自由にかんする、裁判所（とりわけ反対意見）の審査手法を見ていく[111]。

この点につき、反対意見は、差別禁止法をボーイスカウトにも適用すべきという結論を導いているが、その際に、ボーイスカウトが同性愛者に対して一貫した方針を持っていなかったとした。

すなわち、反対意見は、ボーイスカウトが発行した『ボーイスカウトの掟』の文書を参照した。そこでは、その文書の「解釈」をおこなっていた。

まず、「スカウトは素直であるべきである」という規定で、「スカウトは家族や学校や仲間に対して従順するべき」としか書かれていないことを問題視し、「道徳的にまっすぐな」という規定で、「強い人間になるためには、正直で、清潔で、かつ正義の存在であるべき」としか、書かれていないことを問題視した。

さらには、綺麗な（clean）という項目にも、「自身の体や心を健康で綺麗にすべきである」。「汚れを払い落とすことを恥じるべきではない」。「一生懸命働けば、それが払い落とされる」としか書かれていなかったことを批判している。

このことを踏まえて、反対意見は、ボーイスカウトが、同性愛者に対してどのような立場を持っているかは不明であると結論している。

しかし、こうした反対意見の「認定」は、本当に正しいだろうか。Steven N. Johnson によると、反対意見による審査は、団体の自律性を損なうような、（表現のための結社の自由を尊重していない）不当な審査枠組みであるという。

まず、本件に関して、ボーイスカウトの執行委員長は、ボーイスカウトの選挙によって正当に選ばれている。その代表者が、公的に同性愛者

[111] 反対意見の認定には、疑問の余地がある。なぜならば、裁判所がそもそも団体の方針をどこまで認定できるかという問題があるからである。*See* Epstein, *supra* note 5, 74 S. Cal. L. Rev. 119, 131 (2000). 前掲注（110）も参照。

の排除方針を提示した以上、それに対して、裁判所が異議を唱えることは許されないとはいえないか[112]。

いいかえると、ボーイスカウトの運営方針（メッセージ）のもっとも適切な解釈者（best interpreter of its own message）は、裁判所ではない。そうではなくて、ボーイスカウトであるはずである[113]。

この点に関しては、Minnesota Law School の Dale Carpenter が示唆的である。彼は、論文冒頭において、「Dale 判決は、はたして本当に間違った判断だったか？」という問題提起をして、本件（にかんする問題）が、平等論やシティズンシップという観点（のみ）から捉えられることに警戒の姿勢を示している[114]。

彼が議論の対象としたのは、「彼のボーイスカウトへの参加は、ボー

---

[112] 差別禁止法は、「国家による自由」を実現している。裁判所が、差別禁止法を適用するといった場合に、恣意的な審査があってはいけない。しかし、後述するように、反対意見の認定は、そういう側面があると学説によっては否定されることがある。Johnson, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1639, 1653 (2001).

[113] この部分は、本件の法廷意見を参照しながら議論する部分である。彼は、多数意見に賛成しているように思われる。Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1538 (2001).

そして、団体にとって何が重要かの認定にかんする問題は、信教の自由の領域でも生じている（わが国では、たとえば、板まんだら事件などを参照のこと）。これに「付随」する論点として、たとえば、エホバの証人の剣道実技拒否訴訟では、「剣道実技の拒否が真に信仰によるものであることを確認することができるか。またそうすることは必要か」が問題とされることがある。

この問いには、学校がそのような調査を「できる」かという問いと、学校（もしくは裁判所）がそのような認定を「すべき」かというふたつの問題があるように思われる。

そして、いうまでもなく、国家（裁判所を含む。）による私人の信教・思想の「真摯さ」もしくは「真摯でない」に関する認定は、注意を要するだろう。中村睦男・秋山義昭・千葉卓・常本照樹・齊藤正彰編『教材憲法判例（第４版増補版）』（北海道大学図書刊行会・2008年）192頁。前掲注（110）を参照。ただし、会社、労働団体、組合などの設立目的を（裁判所が）認定することは、ある程度において、容易であるといえるかもしれない。

[114] *Id.*, at 1515.

イスカウトに対しても世の中に対しても、メッセージを送らない。……同性愛者がボーイスカウトに属することは、あるメッセージを運んでいると解釈すべきではない」である。

まず、彼は、反対意見のメッセージ・アプローチに対して批判的である。反対意見のメッセージ・アプローチは、「市民権法と表現のための結社の自由との相克」を解決する基準として有用ではない。彼のいくつかの議論を概観したい。

第１に、反対意見は、同性愛者が、「明らかに、疑いもなく（clear and unequivocal）」メッセージを発することを要求する。しかし、そうしたアプローチは、社会的に人気のない意見を処罰ないし規制（to punish unpopular opinion）しがちである。

そもそもこうした少数者の言論こそは、第１修正が歴史的にもっとも保護してきたものであるはずである[115]。社会的に多数派ではない団体は、常に社会に対して何らかの異議を唱えている。ボーイスカウトも絶えずメッセージを発している。

そもそも（団体に対して）「明らかな」メッセージを主張するという反対意見の思考は疑問である。表現というものは、反対意見がいうように、決して文書化されたものに限られるべきではない[116]。たしかに、歴史的にいえば、同性愛者は、アメリカにおいては、汚いもの（dirty）とか、病んでいる（sick）という評価がなされてきた。今日では、こうした偏見が少なくなっているかもしれない。

ボーイスカウトは、この点に関して、伝統的な（差別的な）立場を採用しただけであるから、その判断は「尊重」されなければならない。ボーイスカウトによる同性愛者の排除方針は、すでに20年近くおこなわれて

[115] *Id.,* at 1542-1548.

[116] *Id.,* at 1543. 実際の判例では、ベトナム戦争の反対目的でおこなわれた黒い腕章の装着や、赤い旗を提示することが、表現として憲法上認められている。*See* Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969); Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931). Hurley 判決では、Souter 裁判官がいうように、絵画や音楽芸術なども表現であるとされた。*See* Hurley, *supra* note 25, 515 U.S. 557, 569 (1995).

いる。州最高裁判所は、ボーイスカウトの同性愛者の排除方針が「明白」ではないとしたが、このことは何を意味するだろうか。はたして、成員資格を、国家が決定するという帰結を生んでもよいだろうか[117]。

第２に、「Dale が所属していた集団のスカウトたちが、Dale の性的指向に気付いていた証拠はない」ことから、Dale は、メッセージを何ら発していないという議論である。

この議論は、団体の成員資格そのものが、グループ内外に何かを（常に）話していることを見落としがちである[118]。団体の構成員に関する方針は、それ自体コミュニケーション的な価値を有する。このことは、ボーイスカウトは、日常的に何もメッセージを発していないことを意味しない。これと同様にして、構成員が、「同性愛者であることを公言すること」もまた、グループ内外に対してメッセージを発すると考えられる[119]。

第３に、反対意見のメッセージ・アプローチによると、グループが絶えず何か話すことを要求することになる。しかし、このことは、「何も話さなくてよい」という団体の（沈黙の）自由を無視するものである。団体は、すべての論点について、何らかの方針を事前に明確にする必要に迫られるが、このアプローチは決して中立的なものではない[120]。

---

[117] *Id.,* at 1545-1571.

[118] Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1542-1555 (2001). ちなみに、彼は、同性愛者だけのグループが、それ以外の人を排除するケースを提示して、これも差別禁止法違反になるかと問うている。あらゆる団体は、その成員資格こそが、メッセージを発しているという。

[119] *Id.,* at 1542-1555. 同性愛者であることをカミングアウトすることをどのように捉えていくかについての検討がなされているが、本稿では問題提起にとどめておく。

[120] *Id.,* at 1542-1557. 反対意見によると、ボーイスカウトは、ある時点で排除方針をやめたされるが、Carpenter は批判する。これは、団体としては、「明確な」排除方針を「明記」すべき（そうしないと、排除方針は確立しない）という（反対意見のような）「立証責任を転換するような議論」を批判しているように思われる。同じように、Steven N. Johnson も、団体の表現活動を明確に見定めることが難しい場合には、（裁判所は）団体の性格を無理に認定すべきではないと主張している。Johnson, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1639 (2001). 要するに、反対意見のメッセージ・アプローチは、沈黙を認めないという点で、

第４に、反対意見のメッセージ・アプローチは、州による介入を容易に認めているという点で、Alabama 判決[121]などの判例が形成してきた、表現のための結社の自由を骨抜きにする可能性があるという（前述①）。同判決もまた、表現やメッセージが問題となった事例というより、メンバーシップにかんする問題が争われた事例である。

以上のように、Carpenter による批判は、表現のための結社の自由を「重視」する観点から提示されていて、とりわけ反対意見が、「団体は、排除方針を明確に示さなければならない」としたことに批判的である。

これらのことを踏まえて、彼は、私見として、「営利的な団体」と「表現のための結社」という（O'Connor 裁判官がかつて提唱した）二分論を提示している。

彼によると、この二分論は、第１修正の内容に適合的であるとされる。彼は、Lochner 判決と Griswold 判決を比較して、経済的な規制が緩やかに審査されていること、第４修正の「不合理な探索および逮捕・押収」の判断に際して、家宅よりも会社が認められやすいこと、第５修正による自己負罪に関する保障が、（個人には適用されても）会社には適用されないことを確認して、判例は、営利的な団体（の言論）に対して、より低い保護しか与えていないことを論証する。

こうした理論は、問題解決の指針として、たしかに有用であるかもしれないが、彼自身が指摘するように、その中間（の形態による）活動どのように捉えるかが残された問題となるだろう。たとえば、たばこ会社は営利企業であるが、ロビイング活動をするなど、表現のための活動もする（the association mixes some degree of commercial and expressive

---

中立的ではないとされる。前掲注（110）～（113）も参照。

なお、反対意見は、ボーイスカウトが、「差別禁止法がある場合には、それに従うことが必要不可欠である」と文書で述べていたことをとりあげる。ただ、Carpenter によると、ボーイスカウトに差別禁止法を適用することが違憲であるとしたら、そもそもそれに従う必要がないという反論をしている。

[121] *Id.*, at 1557-1571. Alabama, supra note 85, 357 U.S. 449 (1958). ここで、NAACP という黒人の地位を向上するための組織が問題となった判例を援用することは、ややミス・リーディングとする考え方もある。

activity）とされる[122]。

ところで、反対意見のメッセージ・アプローチを批判する理論――表現のための結社の自由を重視するアプローチ――に対しては、差別禁止法が体現する利益こそは、やむにやまれぬ利益であるとする、これまでの判例（の結論）からの反論がありうる。

本件で問題となったボーイスカウトによる排除行為は、「自由」の範囲を逸脱していないか。むしろ州議会が差別を禁止したという「決断」を尊重すべきである。

それでは、そもそもこのような対立は、いつから生じていただろうか。そのひとつの回答として、Roberts 判決の時点で、すでにやむにやまれぬ利益の基準が「緩和」されていたという可能性を提示できる。

Roberts 判決は、表現のための結社の自由の要件を提示したうえで、Minnesota Human Rights Act が、やむにやまれぬ利益のための、その利益を達成するためのより制限的でない他の選びうる手段である、としていたからである。Roberts 判決は、次のように述べている。

> 「ミネソタ州を含む多くの州では、公共施設における人種的な差別を禁止する法律を採用している。これらの法律は、……歴史的に劣位の立場に従属させられてきたグループの市民的地位を保障する主要な手段である。……公共施設におけるジェンダーに基づく差別を禁止することによって、ミネソタ人権法は、社会的・人的な害悪から市民性（State's citizenry）を保護している。……1964年の市民権法の Title Ⅱは、人種的な差別を禁止するものである。われわれは、その主要な目的が、公共的な施設における平等なアクセスの否定によって生じる人格的尊厳の剥奪を取り戻すことにあると考える。……このような平等なアクセスは、実体的な（tangible）財やサー

[122] *Id.,* at 1571-1576. 木下智史「私的クラブにおける性差別禁止と『結合の自由』」判例タイムズ564号（1985年）53頁を参照。木下毅「最近の判例」〔1987－1〕アメリカ法（1987年）210頁以下も参照。

ビスには限られない。（傍点は引用者）」[123]。

このように提示することによって、連邦最高裁は、差別禁止法をジェイシーズという団体に適用することを合憲としている。

しかし、本来的にいえば、表現の自由を中心とする、やむにやまれぬ利益という基準は、厳格であるはずである。たとえば、Minnesota Law School の Michael Stokes Paulsen は、Dale 判決を肯定的に評価する論文の中で、次のように述べている。

「政府は、コミュニケーションやメッセージの表現を、そのメッセージの内容を理由として、禁止したり、規制したり、処罰したり、あるいは、権利を奪ったりしてはいけない。あるいは、少なくとも、厳格審査基準（やむにやまれぬ利益を実現することを意味するが、それは真にやむにやまれぬものである必要がある。）を満たすような場合や、あるいは、その自由が、特別の類型（カテゴリカルな例外と呼ばれるものであり、それには、わいせつ表現や、喧嘩ことばが含まれる。）として、メッセージ・コミュニケーションに含まれないと歴史的に理解されている場合など、いくつかの原則の例外状況を除いてである。（傍点は引用者）」[124]

これらを加味するならば、連邦最高裁は、すでに Roberts 判決の時点において、やむにやまれぬ利益の基準を用いながらも、その基準を骨抜きにする――少なくとも、「理論上は厳格だが、実際上は緩い」とする――ことで、問題を巧みに回避し、比較的容易に合憲という結論を導き出していたこと（もちろん、これまでの個別的な事案が、たまたま判例にそうさせたという理解も可能である）が明らかになる[125]（前述②）。

---

[123] Roberts, *supra* note 12, 468 U.S. 609, 625 (1984).

[124] Paulzen, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1917, 1921 (2001).

[125] 木下智史「アメリカにおける『結社の自由』の概念――私的クラブによる女性排除をめぐる事例を契機として――」佐藤幸治・初宿正典『人権の現代

しかし、理論的な観点からいえば、Roberts 判決などの判例と、(Alabama 判決がいうような)「最高裁は、NAACP の結社の自由を承認し、その活動に憲法的保護を与えたが、本判決の画期性は最高裁の法廷意見が compelling interest という定式を採用した」[126]ことのあいだには、矛盾が生じることになる(前述①)。

もちろん、「アメリカの歴史は、NAACP のような団体の結成が社会的な少数者の権利保護をはかるうえで不可欠であった」ことを踏まえて、「団体一般を一括りに論ずることが出来ず、それぞれの団体の性格を考慮せざるを得なくなってきている」[127]という指摘にあるように、訴訟で問題となった具体的な文脈を視野に入れる必要がある。

しかし、一方で、Alabama 判決で争われたような、表現のための結社の自由の判例からすると、厳格審査の枠組みは容易に破棄できないというべき(前述①)であり、他方で、Roberts 判決に忠実に思考すると、本件の Dale 事件でも容易に合憲とする余地もあった(前述②)ということを確認しておくことが何より重要である。

以上のことを要約すると、本件を検討する際には、表現に関する裁判所の審査手法の「差異」を検討する必要がある。

的諸相』(有斐閣・1990年)189頁以下を参照。*See* Gerald Gunther, *In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model For a Newer Equal Protection,* 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972).

そして、信教の自由に関する、やむにやまれぬ利益の基準が、Scalia 裁判官執筆による Smith 判決で実質的に放棄されたにも関わらず、Dale 判決では、やむにやまれぬ利益を用いたことの一貫性のなさを批判する興味深い議論があるが、これについては、今後の課題となる。Clark, *supra* note 70, 76 S. Cal. L. Rev. 521 (2003). 後掲注(139)も参照のこと。

[126] 塚田・前掲注(88)267頁の表現。そもそも Roberts 判決からの判例のアプローチを批判する議論もある。Seana Valentine Shiffrin, *What is Really Wrong with Compelled Association?,* 99 Nw. U. L. Rev 839 (2005).

[127] 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)292頁の表現。

この点につき、反対意見は、団体の言論を「精査」している。より具体的にいえば、ボーイスカウトの文書を（消極的に――文書には、少なくとも何も書かれていない――という点から）「解釈」していた。

反対意見は、表現のための結社の自由を主張するには、同性愛者が団体の活動に「重大な影響」を与えることを、団体側が「立証」する必要があるとした。

しかし、この基準によれば、団体はすべての論点に対して、あらかじめ立場を表明することが求められる[128]。これは、団体の「話さない権利」を侵害するとか、「団体独自の『表現』の内容を裁判所が確定する必要が生じ、そのために団体のプライバシーが害される」[129]と批判される（前述①）。

これに対して、法廷意見は、表現のための結社の自由の観点から、表現に関わるボーイスカウトの主張を、基本的に尊重すべきであるとした。しかし、いかにして合憲判決ばかりの判例と異なるような判断をしたかは説明されていない。本件事案の特殊性がそうさせたというべきか。

ともあれ、法廷意見の議論は、差別禁止法を形骸化させる（と批判される）という新たな問題が生じるようになった（前述②）[130]。

⑶　Tribe の見解

そこで、政府言論の理論を検討してきた――前述①と②の調整理論として適切であるとして――本稿がもっとも関心を示すのが、Harvard law School の Tribe の理論である[131]。

---

[128] Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L .Rev. 1515, 1542-1563 (2001).

[129] 毛利透「結社の自由、または『ウォーレン・コート』の終焉と誕生」藤田宙靖＝高橋和之編『憲法論集』（創文社・2004年）111頁の表現。

[130] Rubenfeld, *supra* note 5, 53 Stan. L. Rev. 767, 778-784 (2001).

[131] Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641 (2001). 平地秀哉「ローレンス・H・トライブ」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像　理論家編』（尚学社・2010年）77頁以下も参照。ちなみに、岡田・前掲注（５）119頁は、Dale 判決を、「最高裁が特定の集団に対する差別に無頓着になったのではなく、むしろ国家と意見を異にする表現ないし結社の統制を正当化することに関して、国家がその権力を用いることの限界が強調された」と評価している。

なぜならば、Tribe は、この判決は、「あるメッセージ、とくに国家によるメッセージを公言、伝達、表現あるいは支援することを義務付けられ、国家のイデオロギー的な命令に従うよう利用もしくは徴用されることがない権利を認めたものである」[132]として、「国家からの自由」を基調とした理論を提示しているからである。

しかも、Tribe は、こうした議論をおこなう際に、政府言論にかんする判例――政府がメッセージを発することが禁止されたり、それに徴用されたりしないことを認めた判例（より具体的にいえば、国旗敬礼行事への強制的な参加を違憲とした Barnette 判決[133]、自動車のナンバープレートに州のメッセージを強制的に掲載したことを違憲とした Wooley 判決[134]、差別禁止法によって、民間団体のパレードに同性愛者を強制的に参加させることを違憲とした Hurley 判決[135]）――を引用していることが、何より本稿の視点からは注目される。

まず、Tribe は、Dale 判決を検討するために、Hurley 判決を提示することからはじめている[136]。Hurley 判決とは、（公共施設における）公共施設における差別禁止法を、私的な団体に適用したことが問題となった事例である。

より具体的にいえば、私的な団体が主催するアイルランド系の住民のお祭りであるセント・パトリック・デイのパレードに、（裁判所という公権力が）同性愛者の参加を認めるよう強制的な命令を出したことが違

本稿の試みは、こうした問題関心を受けて、関連する主題を提示しながら、その内容を敷衍するものである。岡田順太「アメリカ合衆国における『親交の自由』――Freedom of Intimate Association の憲法上の価値について――」法学政治学論究49号（2001年）183頁以下も参照。

[132] *Id.,* at 645 (2001).

[133] *Id.,* at 641-643 . *Citing* West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

[134] *Ibid. Citing* Wooley v. Maynard, 430 U.S. 705 (1977).

[135] *Ibid. Citing* Hurley, *supra* note 25, 515 U.S. 557 (1995).

[136] *Id.,* at 649. 同様にして、Hurley 判決と Dale 判決との差異を強調するものとして、Hunter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1591, 1601 (2001).

憲とされた事例である。

Hurley 判決は、（裁判所の判決によって）同性愛者を無理やりパレードに参加させようとしたことが、私的な団体である主催者の表現のための結社の自由――それは、民間の団体が（パレードをすることで）望んでいる公的なメッセージ（desired public message）を発する能力を侵害する――とした。

これに対して、Tribe によれば、Dale 判決は、公的なメッセージを発する能力が争われた事例ではないという[137]。こうした観点から、「Dale は、大学でのゲイとレズビアンに関する団体の共同代表の地位にあり、今もゲイの人々の権利活動家である。Dale がボーイスカウトのメンバーにいることが、ボーイスカウトが同性愛行為を正当な行為として受けいれているというメッセージを、そのメンバーの若者に対しても一般社会に対しても送ることを（ボーイスカウトに）強いている」の部分に少なくとも疑問を提示する。

Dale は、たしかに同性愛者であることを公にしたが、差別禁止法を適用したとしても、スカウトという集合体が遂行している集合的な言論行為（collective speech act）を変えることはしない、としている[138]。

以上を踏まえたうえで、中立的な観点から定められる差別禁止法は、たしかに重要な意味をも有しているという[139]。

---

[137] Hurley 判決は、本文で検討したように、民間団体のパレードの主催という集合的な表現行為（collective speech act）が問題となった事例であるが、ボーイスカウト（の言論）は、それとは異なるものであるとする。Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 649 (2001).

[138] *Id.,* at 650. Tribe は、本件では、公的にメッセージを発する権利が問題となったわけではとしている。

[139] *Ibid.* このような厳格審査から脱出するための方法として、次のようなふたつの方法が考えられる。ひとつの方法は、信教の自由に関する Smith 基準を用いることを主張する方法である。Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872 (1990). もうひとつの方法は、表現行為に関する中間審査を用いることである。O'Brien, *supra* note 27, 391

しかし、Tribe によると、公的に言論をする自由にとどまらず、私的な言論の自由も重要であるとされ、本件では、それを侵害している可能性がある。

本件においては、結論からいうと、差別禁止法ルールは適用すべきではない。なぜならば、ボーイスカウトに対しては、差別禁止法による標準化や一般化（generalization）が馴染まないからである[140]。

ボーイスカウトでされていることは、（彼らの団体内における）よい生き方（good life）に関わるものである。そのうえで、次のように象徴的に述べていることが注目される。

> 「私人が結婚する相手を斟酌するような州のルールは、ちょうど、私人がデートする相手のジェンダーや性的指向を斟酌するような州の介入、あるいは、私人のベビーシッターや、家庭教師、子どもたちのキャンプの案内人のジェンダーや性的指向を斟酌するような州の介入と同様にして違憲であろう。（傍点は引用者）」[141]

U.S. 367 (1968).

そして、前者については、本稿の問題関心に重なる議論である。これは、野坂泰司「公教育の宗教的中立性と信教の自由」立教法学37巻（1992年）１頁以下で提示されたような――エホバの証人の信者に、剣道実技を「免除」させることが、ある宗教を特別扱いないし「有利」に扱っていないかという――問題に繋がるものであるように思われる。後掲注（142）も参照。

[140] *Id.,* at 651. Tribe は、前述した Smith 判決とは区別して議論しているようである。前掲注（139）も参照。

[141] *Id.,* at 654. 序章で触れたように、Tribe は、差別禁止法の問題を、リベラリズムのパラドックスと呼んでいた。中間団体の自由を認めることは、場合によっては、個人が社会的・抑圧的な社会構造に置かれたままにすることを意味する。とはいえ、中間団体の構成員を解放するために、中間団内の権威を破壊することは、個人と国家のあいだの緩衝材を破壊し、専制のリスクを高めるものである。というのは、私的団体が、好ましくない人を排除して、一緒にいたい人と結合するということは、たしかに、プライバシーの権利にとって重要なものであるからである。

このようにして、本稿にとっては、Tribe が、こうした議論を、私的な自由ないしプライバシーという項目で検討していたことが重要となる。Laurence H.

⑷　一応の結論

本件において、先例と異なる結論が示された真の理由は何であるか。これまでの議論を振り返りながら整理してみよう。

法廷意見は、ボーイスカウトに差別禁止法を「適用」することを違憲であると判断している。本件のそれぞれの意見が、判例の基準を踏襲すると明言していることから、本件のそれぞれの意見が、むしろ「重大な影響」という基準を、どのように「適用」したか、あるいは、それぞれの意見の審査手法ないし基本的な姿勢が問題となる。

まず、本件の法廷意見は、ボーイスカウト側の主張を基本的に「尊重」すべきであるという姿勢を示した。法廷意見によると、ボーイスカウトは、（彼らがいうところの）「正しい」人間を育てることを目的とする、「私」的な非営利的団体である。そうした団体が、同性愛者を排除するという方針を「明確」にしている以上、公権力による介入は、許容されないとした。

これに対して、本件の反対意見は、同性愛者の「排除」を合法的に認めることは、憲法上禁止された劣位のシンボルを認めることにほかならないとした。そして、表現のための結社の自由を認めるためには、その団体が、どうしても差別をしなくてはならないことや、これまで一貫して差別的な方針を採用してきたことを、自ら「証明」しなければならないという姿勢を示した。

以上のように、本件の法廷意見と反対意見は、「重大な影響」という同じ基準を用いながら、実質的にいえば、かなり異なる姿勢を提示した。

次に、本件を考える際には、いかなる団体が、私的な自由（私的自治）を主張できるかという論点を提示することが有意義である。そして、これが、Tribe の議論とかかわる部分であるというべきであろう。

まず、イメージを膨らませるために、やや極端な例を提示すると、公

Tribe, American Constitutional Law § 15-4. at 898 (1978). これに触れるものとして、木下智史「私的団体による差別と結社の自由」30巻３号（2000年）655頁。前掲注（85）と、後掲注（142）～（146）も参照。

権力は、今日においても、「宗教」的な結社でなされる「宗教」教育や、「価値」の教え込みに対しては、原則的に介入できない。そのことから、それを実践しているキリスト教団内に役職などに関する女性差別がある場合、差別禁止法を適用できないことが伝統的なリベラリズムの立場から提示されている。

もちろん、キリスト教団内における差別行為に介入すべき（差別禁止法を適用すべき）とする積極的な見解もあるが、（アメリカ）社会における多元性の尊重という観点と矛盾することからも、多数説とまではいい難い状況にある[142]。

このことが示すように、公権力に妨害されない「私」的な自由が重要とされる団体ないし領域が存在する。判例が、「重大な影響」を与えるかどうかという中間的な基準を提示してきたことも、この観点から説明すべきであるし、そもそも多数意見が、ボーイスカウトを検討する際には、このようなイメージがあったというべきであろう。

このようにして、「重大な影響」という基準をめぐって、法廷意見のように、ボーイスカウトの「私的」な「価値」選択とみなして、原則として、それに介入すべきではないという消極的な姿勢を採用するか、それとも、反対意見のように、ボーイスカウトに対して、ある種の「公共性」を認定しつつ、同性愛者に対する「偏見」を取り除くべきという積極的な姿勢を採用するかについて、姿勢が分かれていることになる。

---

[142] 本稿は、比較的初期に展開された政府言論の理論を参考にしつつ、最近の政府言論に関する現象（判例）を補う――両者を繋ぐ――かたちで、構成されている。これについては、序章の議論を参照。*See* Cass R. Sunstein, *Should Sex Equality Law Apply to Religious Institutions?,* in Is Multiculturalism Bad For Women? 85 (Suzan M. Okin ed. 1999).

そうすると、次なる課題は、アメリカ社会における団体の多元性を前提として、国家がいかなる関与ができるかである。関連する現状分析として、「たとえば、ボブ・ジョーンズ大学は、人種間のデータを禁じた学校方針のために税金免除の立場を失った。しかし、宗教大学で、大学校長は特定の宗教的位階に男子メンバーでなければならないという校則上の要件を持っている大学は、税金免除を受け続けている」というものを挙げておく。ヌスバウム・前掲注(104)366頁の表現。後掲注（143）も参照。

なお、結論から推論するならば、ボーイスカウトが前者（宗教的な団体イメージ）に位置付けられたのに対して、青年商工会議所やロータリー・クラブが、後者（これまでの判例のような保護の必要性が低い結社イメージ）に位置付けられたものと評価できる。

そして、Tribe が問題視したのは、（宗教的な結社にも近いという意味で）前者のイメージ、それは、私的な自由アプローチというべきである。Tribe は、差別主義的な思想であるから、表現のための結社として保護を受けないという議論はしない。むしろ Tribe は、「第 1 修正の表現の価値は、明示的（explicit）であることを必要としないし、公的なかたちで広範なものである必要はない」[143]としている。

そのうえで、Tribe は、「（私人の）結婚する相手の人種に介入するような法律は、ちょうど、（私人の）デートする相手のジェンダーや性的指向に介入する法律、あるいは、（私人の）ベビーシッターや、家庭教師、子どものキャンプ案内人のジェンダーや性的指向に介入する法律と同様にして、違憲」[144]という議論を提示した。

重要なことは、本件で問題となったボーイスカウトの差別的な方針が、親からの「選択（parent's selection）」ないし「期待」であったことである。この「親からの期待」という利益は、いうまでもなく、Dale 判

---

[143] Tribe, *supra* note 5, 28 Pepp. L. Rev. 641, 651(2001). *See also* Carpenter, *supra* note 5, 85 Minn. L. Rev. 1515, 1545 (2001). この私的な性格こそが、国家の領域から保護を認めた根拠というべきであろう。それは、「結社のなかには、『表現』という切り口で捉えることができないものがある」ことを受け止めることかもしれない。初宿正典「憲法21条が保障する権利」井上典之・小山剛・山元一『憲法学説に聞く』（日本評論社・2004年）199頁。*See* Nancy L. Rosenblum, Membership & Morals 73 (1998). この議論に触れるものとして、橋本基弘『近代憲法における団体と個人――結社の自由概念の再定義をめぐって―』（不磨書房・2004年）32頁。

本件について、Tribe は、宗教的な結社と同視したわけではないが、本稿はそれにかなり近いものと理解している。後掲注（146）を参照。*See* Erez Reuveni, *On Boy Scouts and Anti-discrimination law: The Associational Rights of Quasi-religious Organizations,* 86 N. U. L. Rev. 109 (2006).

[144] *Id.,* at 654.

決の反対意見が批判したものである[145]。

しかし、この「親」を含む「家族からの期待」論は、憲法上の位置づけが難しいものとはいえないだろうか。

それは、本件が、私人の価値選択を扱っているといえるならば、たとえ私人による価値選択がいかに内容的に不適切であったとしても、私人に対して特定の生き方を強要できないという憲法の一般的原則と、「どのように」折り合いをつけるかが問題となるからである。そして、この「親からの期待」にこそ、ボーイスカウトの表現活動の「源泉」があるというべきである[146]。

---

[145] Dale, *supra* note 5, 530 U. S. 640, 674 (2000). わが国において、親の教育権を議論した数少ない論文として、大島佳代子「公教育と親の教育権（三・完）」北大法学論集44巻１号（1993年）57頁以下がある。そこでは、「義務教育を受けさせる義務以外が我が子の教育については原則的には家族の自律性に任されており、そのような親の教育権は、個人の尊厳に基づく家族関係を要求し過度の国家的介入を排除する憲法24条２項によって憲法上保障されている」という。

また、内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣・1994年）は、若干文脈が異なるが、「仮に公立学校に通う子どもが授業中に先生から、かたよった思想を押しつけられたり宗教教育を受けたりという場合……たしかに、子どもは、『思想の自由』や『信教の自由』という人権を侵害されたといえる。そのさい、あえて教育権などを持ち出す必要はない。だが、親自身については、同じことはいえない。親は、自分の子どもの『思想の自由』や『信教の自由』が学校で侵害されるのはイヤだ、という気持ちをもっている。これは、たんなる気持ちにとどまるものではない。法的に保護された正当な主張・利益である」とする。

このあたりについては、米沢広一『憲法と教育15講（第３版）』（北樹出版・2011年）170頁以下、羽渕雅裕「『親密な結合の自由』に関する一試論――合衆国の議論を参考に――」大阪市立大学法学雑誌48巻４号（2002年）1524頁、小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法（第２版）』（尚学社・2012年）も参照。

[146] もちろん、公立学校での差別が認められないように、親からの期待を理由とした差別の正当化の思考は絶対化できない。しかし、公教育に対する介入と、自律的な団体（たとえば、宗教団体）に対する国家介入とでは、それが許される範囲には違いがある。Tribe が、「親密な」協同の自由を含めた、結社の「規模」に関する議論に触れつつ、「私的」自由の議論をしていたことが注目される。ただし、判例では、保護される領域が非常に狭いように思われる。

そうすると、Dale 判決は、（判決自体は明言していないかもしれないが）宗教的結社モデルに類似するボーイスカウトという私的な団体の活動に国家が干渉しようとした事例であると位置づけることも可能である。

ある論者の言葉を借りると、ボーイスカウトは、準宗教団体（quasi-religious organizations）ともいえる存在である[147]。

宗教的な自由に対する国家介入は、厳格な審査が要求されている。同様にして、ボーイスカウトの「表現」ないし「宗教教育」に対しても簡単には介入すべきではない。

本件は、中間団体の道徳的独立が認められた事例（moral independence of intermediate institutions）と位置付けられる[148]。

学説として、女性だけの団体に男性を排除する自由は認められるべきである。韓国系のアメリカ人が、国際結婚を非難する集団を形成した場合、国際結婚をしている人を加入させない自由はある。同様の権利は、ユダヤ教徒にも認められるとする議論を挙げておく。Eugene Volokh, *Freedom of Expressive Association and Government Subsidies,* 58 Stan. L. Rev. 1919, 1938 (2006). 後掲注（153）と、前掲注（45）も参照。

147 Note, *On Boy Scouts and Anti-Discrimination Law: The Associational Rights of Quasi-Religious Organizations,* 86 B. U. L. Rev. 109 (2006).

また、McConell は、「現代の多様性に関する諸々の実例は、結社の自由との衝突可能性、そして、社会全体の多元主義や多様性を形骸化させることの脅威を提示している。……もし、ある団体が、同じような特徴的な信念を享有していない人を、メンバーとして、団体の代表として、受け入れさせること要求するならば、その特徴的なボイスは、沈黙させられることになろう。もし、政治的な強制という命令手段によって、望まないメンバーを受け入れさせることを可能にしたら、多元主義という刺繍は、重大な改変となるだろう。真なる多元主義は、団体の差異を要求する。そして、ちょうど反対する自由の観念と同様にして、排除する自由という内容の団体の多様性を要求するだろう。リベラルな社会において、結社の自由は、本質的に構造的な権利である」と述べている。McConnell, *supra* note 99, 75 Chi.-Kent. L. Rev. 453, 466 (2000).

148 Yoder, *supra* note 99, 406 U.S. 205 (1971). *See* Laura K. Klein, *Rights Clash: How Conflicts Between Gay Rights and Religious Freedoms Challenge the Legal System,* 98 Geo. L. J. 505 (2009). Richard W. Garnett, *The Story of Henry Adams's Soul: Education and the Expression of Associations,* 85 Minn. L. Rev. 1841, 1863 (2001).

以上のように、ボーイスカウトにおける教育や言論を決める際に、保護者の要請がもっとも重要な要素であるとするならば、法廷意見が採用するような理論的な構成にも一理あるように思われる。

この点については、まさにNew Jersey州法そのものが、「宗教」教育をおこなう団体や子どもの親（結社とはいい難いが、家族のようなイメージ？）など、純粋に私的な性格を有する団体や結社に対しては、差別禁止法を適用しないことを明文で認めていることも、ひとつの根拠として挙げられるだろう[149]。

本件は、Tribeがそうしているように、差別禁止法の否定ではなく例外として位置づけるべき（Anti-discrimination rules, it Seems, furnish exceptions to that generalization）である[150]。

もちろん、団体の規模や排他的方針についての認定は今後も個別に議論となりうるし、そもそも本件ボーイスカウトにしても、差別禁止法を適用しないほうがよいとの実際的な議論（ないし判断）は可能かもしれない。

しかし、本稿には、ちょうど自身が信じていない宗教の教義を（裁判官が）吟味する場合のように、アメリカにおけるボーイスカウトの実態を詳細に検討する能力はない。

ただし、たとえばイメージとしていえば、私立大学は、社会的な役割として、保護者だけではなく、公権力からのコントロールを受けるべき地位にある（たとえば、公権力からの補助金を受けている事実もある）ことから、公権力による介入可能性が、より高まるということができるだろう[151]。

---

[149] N. J. Stat. Ann. § 10 : 5-5. もっとも、躾と教育のあいだを概念上区別できれば、議論は異なった方向に進むだろう。

[150] Dale, *supra* note 5, 530 U. S. 640, 651 (2000).

[151] Runyon, supra note 48, 427 U.S. 160 (1976). なお、「人権を侵害する主体は、政府とは限らない。中間団体による侵害も問題となりうる」としたうえで、大学の（反）差別方針に関する論点を提示し、「ある大学の入学政策を人権侵害と認めるべきか否かは、大学教育がその社会を生きる上でもつ意味や当該政策がどの程度行き渡ったものといえるかなど、様々な経験的論点に依存する」と

そうすると、本稿の次なる課題は、本件の射程を確認することである。それは、Dale 判決と同じ時期の「私的な自由」とされた判例の思考[152]により基礎づけられ、あるいは、比較的最近の判例において、差別主義的な団体による表現のための主張が、表現の自由との関係で、どのように理解されているか――その限界――を探ることにより基礎づけられることになる[153]。

いう議論を、その賛否はともかくとして、問題提起として提示しておきたい。長谷部恭男編『講座　人権論の再定位３　人権の射程』（法律文化社・2010年）Ⅴ頁。

[152]「私的な自由」に関するひとつの素材として、離婚した夫婦の子どもによる面接（面会）交流の問題がある。Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000). 棚瀬孝雄『司法制度の深層――専門性と主権性の葛藤――』（商事法務・2010年）161頁は、家族法の憲法による規律について、本稿が扱ったアメリカの判例と同じ時期の判例を用いつつ論じている。棚瀬孝雄「家族法の権利的構成――自律分散型秩序としての面会交流紛争――」新世代法政策学２号（2009年）27頁以下も参照。そもそも面接交流を、公権力がどこまで「強要」できるかという論点は、わが国でも最近よく議論されるテーマである。

[153] 今後の議論の素材として、注（４）でも述べたように、最近の大学における反差別方針と差別方針の相克を扱った Christian Legal Soc'y v. Martinez, 561 U. S.__, 130 S. Ct. 2971 (2010) を挙げておく。

本稿は、第２章において、差別と反差別、多元性と統合の契機、規制と給付のマトリックスを完成させて、次なる課題に進むことにしたい。これに関連する文献として、横大道聡「チャリティの憲法学――『チャリティ』団体に対する免税と憲法89条後段の解釈――」季刊　企業と法創造５巻５号（2011年）52頁以下、吉田克己「私人による差別の撤廃と民法学」同『市場・人格と民法学』（北海道大学図書刊行会・2012年）67頁以下、藤谷武史「アメリカのアソシエーション法――多元的社会におけるアソシエーションと法の動態――」比較法研究69号（2008年）16頁以下。*See* Note, *supra* note 105, 121 Harv. L. Rev. 1776 (2008). Bernadette Meyler, *The Equal Protection of Free Exercise: Two Approaches and Their History,* 47 B. C. L. Rev 275 (2006). Russell J. Upton, *Bob Jonesing Baden-Powell: fighting the Boy Scouts of America's Discriminatory Practices By Revoking its State-lebel Tax-exempt Status,* 50 Am. U. L. rev 793 (2001).

最後に、本稿の目的は、Dale 判決などの当時の判例のベースラインを確認することであり、本稿で提示した論者の差別禁止法に対する認識に全面的にしたがうというものではない。また、論文執筆時からは、アメリカにおける同性

［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。

愛者などのマイノリティの地位なども変化しているので、注意されたい。さしあたりは、拙稿「大学における同性愛者に対する反差別方針と連邦資金」谷口洋幸・齊藤笑美子・大島梨沙編・前掲注（91）80頁以下も参照。親の教育権と公権力との権限配分アプローチ一般については、拙稿「公立図書館におけるフィルタリング・ソフト導入に関する一考察――機能的『検閲』アプローチをめぐって――」情報ネットワーク・ローレビュー 10巻（2011年）19頁も参照。

論　　説

司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（５）

―― 日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に ――

鄭　　明　政

目　次

はじめに　本稿の目的と構成
第１節　本稿の目的
第２節　本稿の視座及び構成
１．弱者優先保護の憲法理論の必要性
２．社会権の「段階的性質」による生存権規範の多層化
３．立法裁量の「権利実現の促進」機能
４．本稿の構成
第１章　日本、アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題
第１節　日本――柔軟な権利観と極端な司法消極
１．多義的な権利概念
２．権利主体性の回復
３．無干渉の違憲審査基準　（以上、63巻３号）
第２節　アメリカ――権利・義務の二分化と憲法解釈の限界
１．権利・義務の二分化
２．福祉給付の手続的保障
３．司法審査の民主的正当性及び生存権の促進（以上、63巻６号）
４．平等保護と福祉権
第３節　台湾――基本権・基本国策の二重規範と違憲審査基準の模索
１．生存権保障の「二重の規範」

２．社会給付の憲法的基礎
３．違憲審査基準の模索
総括
第２章　社会給付と生存権に関する憲法理論
第１節　生存権概念の形成と実体法化
１．権利概念の形成
２．生存権の実体法化
第２節　日米台における制度の発展
１．日本における発展　（以上、64巻１号）
２．アメリカにおける発展
３．台湾における発展
第３節　社会給付と生存権の憲法理論
１．社会給付における連帯と配分の理念
２．日本における生存権学説の再検討　（以上、64巻２号）
３．台湾における社会給付の憲法構成
４．憲法規範に基づいた権力の統制　（以上、本号）
第３章　生存権に関する判例及び違憲審査基準
第４章　司法による生存権の保障及び権利促進の可能性
おわりに

第２章　社会給付と生存権に関する憲法理論

第３節　社会給付と生存権の憲法理論

３．台湾における社会給付の憲法構成

⑴　憲法における人間尊厳

ａ．憲法価値としての「人間の尊厳」

尊厳の保障が基本権の核心理念であり、憲法の基本原理のひとつであることについては異論がない[1]。しかしながら、尊厳は、正義と同じように抽象的なため、それをどのように具体的に定義し、実体化するかは、

[1] 人間の尊厳は、憲法における基本権であろうと原則であろうと、いずれにしても公法と私法における核心理念である。陳清秀「憲法上人性尊嚴」李鴻禧教教六秩華誕祝賀論文集『現代國家與憲法』（月旦・1997年）120頁。

人権の発展過程において絶えず模索されるべき課題であろう。第２次世界大戦後、一般的に「人間の尊厳」（human dignity, die Würde des Menschen）が、人権保障の基礎概念として使われている。そして、それは、個人の「自己統制」、「自己決定」といった積極的な意味、「客体」・「手段」たる個人の脱人格化、客観化の禁止という消極的な意味によって定義されている[2]。人間の尊厳の保障は、人間の幸福な生存の追求を保障する淵源であり、近代立憲主義国家の存立根拠である。すべての自由権、社会権ないし第三世代の人権は、人間の尊厳の理念を実現するものといっても差し支えないだろう。強いていえば、絶対的な価値を有する人間の尊厳は、実定憲法秩序を超えたところの根本規範であり、各種の基本権の核心として、国家権力を直接に拘束できる[3]。

生存権の淵源は、人間の尊厳という価値理念にある。なぜなら、人間の尊厳は、人間らしい生存にかかわり、個人というかけがえのない独自性に基づき、平等概念を導入するとともに尊厳ある生活を享有するものだからである[4]。生存権は、資本主義による人間の尊厳への侵害を補うために生み出されたものである。したがって、「生存権理念の第一義的意義は、人間の尊厳に対する超法的ないし自然権的な社会正義に由来する。かくてその正当性の認識ないし権利意識が、実定憲法における条項としての制定を促し」[5]、すべての実定法秩序の基礎となる。現在の立憲主義国家の憲法典すべてに生存権条項があるわけではないが、このような人間の尊厳の価値理念は普遍的に認められ、国による最低限度の救助という権利を含み[6]、これを具体化する基本権を創設する根拠になりうる。これにより生存権保障を導き出し、個人の尊厳を保障する目的を達成しうる。例をあげれば、ドイツ基本法１条１項は、「人間の尊厳は不可侵で

---

[2] 李震山「人性尊嚴之憲法意義」『人性尊嚴與人權保障』（元照･2000年）12頁。

[3] 林輝雄「人性尊嚴與自由民主憲法秩關係之跰究」中正大學法研所碩士論文（2002年）146頁。

[4] 田口精一「人権ないしは基本権の存立を支える思考原点としての『人間の尊厳』」栗城壽夫ほか『未来志向の憲法論』（信山社・2001年）49頁。

[5] 貴奥雄『生存権の法的性質論』（新有堂・1985年）213頁。

[6] 楊政憲「社會基本權之研究－以德國法為借鏡」台湾大学法研所碩士論文（1995年）113頁。

ある。これを尊重し、保障することは、すべての国家権力の義務である」と定めている。これによって、一般に国家権力は、一定の給付義務を負っていると解されている。この尊厳条項は、請求権的性質を有し、一定の状況において、国民は、訴訟を通じて救済を求めることができる[7]。こうして、尊厳条項においても、普通の生存権条項と類似した権利内容を備えてきたので、ドイツでは生存権が保障されていないとはいえない。

しかしながら、人間の尊厳の概念が広範かつ抽象なため、人間の尊厳は、基本権条項の上位にある憲法原則として扱われている。したがって、人間の尊厳を明文化した生存権条項と相互に作用して具体的に適合する生存権保障を構築しなければ、各国において人間の尊厳から具体的な権利を導出することが可能なのか疑問がないわけではない。たとえ、その可能性があるとしても、その保護範囲は、最小限度にとどまると考えられる。こうすると、それでは、人間の尊厳条項が有する「最大限度の充実」という積極的機能を看過してしまうように思われる。

今日のグローバル資本主義社会において、ますます強大化する多国籍企業、企業組織、中間層（団体）等の社会勢力による少数者・弱者の圧迫に直面したとき、憲法に生存権条項があれば、国に具体的な請求、保護を求めることができ、人間の尊厳をより確実に保障できる。そのため、現代の憲法では、尊厳ある生活を保障することを示すために、生存権を明確に規定すべきであると思われている。

ｂ．人間の尊厳における生存権保障

台湾憲法にはドイツ基本法１条のような「人間の尊厳」の規定が存在しないし、日本国憲法13条のような「個人の尊重」の規定も存在しないが、憲法増補条文10条５項に「国家は婦女の人格尊厳を保護しなければならない」という規定がある。ただし、憲法増補条文10条は、基本国策

[7] クリスティアン・シュタルク（Christian Starck）は、①基本権の実質的な保障として必要だと認められ、②請求内容が確定されうるもので、③それに必要な財源が確保でき、財政法律主義を侵害しないならば、基本的な生存を確保するための請求権を（立法府における法律の制定を待たずに）国民に直接認めることができるという。陳愛娥「自由―平等―博愛――社會國原則與法治國原則的交互作用」台大法學論叢第26巻第２期（1997年１月）15頁。

とされるから、その規範的効力をめぐり争いがある。憲法１条の「民主国家」および２条の「国民主権」、そして、第２章の人権規定と第13章の基本国策の社会安全規定を総合的に考えると、「人間の尊厳」の原理は、憲法の最も根本的な構成原理であるから、憲法に明文化されていなくても、憲法の全体的な規範からそれを導き出すことができるとするものもある[8]。しかし、人間の尊厳の概念において重視するポイントがそれぞれ異なっている。

李震山によれば、人間の尊厳は、実定法制定の前からすでにあった固有的、根源的な原権（Urrecht）であり、アメリカ憲法のように、明文規定がなくても保障されるべきである[9]。台湾の憲法22条「およそ人民のその他の自由及び権利は、社会秩序及び公共の利益を妨げない限り、均しく憲法の保障を受ける。」という概括条項は、人間の尊厳の憲法上の根拠になりうる[10]。そこで、この尊厳条項を用いて、基本権として基本権保障機能を重視する立場から、主観的機能面では、①消極的に国家の不作為を要求する防禦権、②積極的に国家給付を要求する参加請求権、③国家に保護義務の履行を要求する権利が認められる。また、客観的機能として、①立法、行政、司法の公権力を拘束する客観的価値秩序ないし私人間効力、②制度的（組織）保障、③手続的保障という機能がある[11]。

しかし、これらの諸機能は、そもそも各基本権に内在するはずであるが、人間の尊厳によりそれらがどの程度強化されるのか不明である。李震山によれば、「人間の尊厳は、基本的人権としてほかに類型化された（個別的）基本権と調和する限り、その本質的・核心的な内容（Wesensgehalt）が制限されない。仮に制限される場合であっても、比例原則に合致しなければならない。人間の尊厳の最も重要な内容は、『生命権』が保障・

[8] 周宗憲「我國憲法的基本原則與修憲」許志雄・蔡茂寅・周志宏編『現代憲法的理論與現實――李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照・2007年）166-167頁。
[9] もっとも、人間の尊厳を憲法に明記することにより、自然法と実定法との対立を解消しうる。李・前掲注（2）23頁。
[10] 李震山『多元、寛容與人權保障――以憲法未列舉權之保障為中心』（元照・2005年）131頁。
[11] 同上、138-142頁。

尊重されたうえではじめて積極的な意味があるものである」[12]。したがって、個人の生命が侵害されたときには、国家に保護（作為）を請求する生存権的な意味があるようである。しかし、李震山は、生命権は自由権の核心であるから、受益権たる生存権とは性質が異なると考え、生存権に関しては、経済学、生態学の観点から、「生存の基本条件」または「最低限度の生活権の保障」を強調すべきであるとし、生命権に関しては、生物学、生理学の観点から、その「存在」を強調すべきであると述べた[13]。このように考えると、李震山の考える人間の尊厳の生存権的機能は、「生命の存在が侵害されたことの回復」にとどまることになる。もっとも、憲法における「健康権」の有無を論じる際に、「人間の尊厳に相応しい最低限度の生活は、生存権および国家の保護義務に関係する」と述べており[14]、生存権にも人間の尊厳の要素が含まれているようにも解せる。しかしながら、人間の尊厳に相応しい最低限度の生存保障が具体的にどのようなものであるか、明言していない[15]。

蔡維音は、人間の尊厳の価値の内実を、「社会承認理論」および「最小化保護コンテンツ」によりさらに明確にすることを試みた。すなわち、社会メンバー間の連帯関係から「人間の尊厳」の内実を定義する。蔡維音は、「人民は民主法治国家の社会メンバーとして相互に相手の主体性および自己決定の自由を承諾する。このような基礎的コンセンサスは、人民の基本的権利の保護の享受および法律による拘束を受ける根拠であるし、憲法の基本的な原則である」と述べ[16]、共同体の個々の構成員の平和的共存を確保するために最も基本的な承諾というコンセンサスを必

[12] 李・前掲注（9）22頁。

[13] 李・前掲注（10）138-142頁。

[14] 同上、117頁。

[15] 人間の尊厳に相応しい最低限度の生存保障について、ドイツの連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所は、平均的な家庭収入を基準としている。しかし、社会的、一般的な生活習慣は含まれない。人間の尊厳を実現する具体的な制度は、社会救助である。ドイツの裁判所が示す人間の尊厳は、範囲は狭いけれども規範力が強いものだといえる。謝榮堂「災後重建之社會救濟」月旦民商法第25期（2009年９月）20頁。

[16] 蔡維音『社会国之法理基礎』（正典・2001年）31頁。

要としている。そして、各種の価値体系の承認を得るために、人間の尊厳の規範は、最小化保護コンテンツから出発する。言い換えれば、人間社会の多元的道徳観を整合させるために、ピラミッド的な法律システムの中でも法の規範体系の起点として最も基礎的な共通点から確信を形成することが必要である。しかし、この起点に広汎かつ具体的な内実がなければ、憲法全体の規範的効力を承認することができない。したがって、人間の尊厳の規範の核心は、多様な価値観から形成されたコンセンサスであると同時に法秩序の正当性の根本であるから、すべての国家権力はこの規範の核心に抵触しえない。ここでは、強い規範力を求めるために人間の尊厳の内容を厳格に制限すべきである[17]。つまり、蔡維音は、人間の尊厳の内容を多層化したわけである。具体的には、第１に、国家は、「自己決定権」に基づき権利主体の意思を尊重しなければならない。第２に、権利主体が意思表示することができない場合（たとえば、幼児、行為能力がない者）、国家がその利益のために、パターナリスティックに介入・干渉することが許される。第３に、個人が主観的、客観的な環境に制限されてもやむを得ない決定をしなければならないときに、その客観的な環境と条件を改善できないならば（たとえば、社会福祉を通じて生存の危機に陥っている個人を救うため）、国家には個人の自己決定が歪むことを避けるために一定の保護義務があるという役割がある[18]。このように、蔡維音の人間の尊厳の概念は、相対的、多層的な構造[19]を有している。これを生存権に反映させ、蔡維音は、①生命の侵害に対抗する「生命権」、②生存の基礎のために必要な物質を要求する「原始の

[17] 蔡維音「人性尊嚴作為法概念之出路」法律與生命科學第３卷第３期（2009年７月）13頁。

[18] 同上、14頁。

[19] 人間の尊厳の多層的構造について、江玉林は、人間の尊厳を２層に分けて以下のように説く。すなわち、第１層は、人間の「本質」としての尊厳であり、国家には「絶対的な保護義務」が課せられる。第２層は、個人が現実社会において自らの能力に応じて具体的に人格を発展させる「人格」の尊厳（一般的人格権）であり、これについては、他者との関連に応じた「利益衡量」に基づいて法律による制限が認められる。江玉林「人性尊嚴與人格尊嚴――大法官解釋中有關尊嚴論述的分析」月旦法學教室第20期（2004年６月）116頁。

給付請求権」、③人間の尊厳に相応しい生存条件である「福祉の最大化の要求」、という具体的内容を主張した[20]。そして、②に関して、人民の生存を維持することは、国家任務の核心であるから、困窮に陥り、最低限の生存条件さえ維持できない者には、法律の根拠がなくても、国家に生存の保護を請求する権利が認められる。また、法律が存在しても、国家が手続に拘泥して救援を行わない場合、生存権に違反するため、国家賠償責任を負う[21]。このように、生存の基礎のための「原始の給付請求権」は、強い規範効力を有し、立法不作為による国家賠償訴訟の可能性も認められる。生存権の具体的権利説の立場に近いといえる。

ｃ．人間の尊厳に関する司法院（大法官会議）の憲法解釈

尊厳の理念に関して、台湾の大法官は、司法院釈字第365号解釈（親権の行使を父権優先と定める民法が違憲とされた事件）において、憲法７条の「中華民国の人民は、男女、宗教、種族、階級、党派の別なく法の下に一律に平等である」という平等条項および増補条文10条６項の「国家は女性の人格と尊厳を擁護し、その身体の安全を保障し、性差別をなくし、男女の地位の実質的平等を促進しなければならない」という婦女人格尊厳保障条項を引用し、民法1089条[22]の父権優先規定を違憲と宣告すると同時に、平等と尊厳の内在的な関連を指摘した[23]。

その後、大法官は、司法院釈字第372号解釈において、「人格の尊厳の維持および人身の安全の確保は、世界人権宣言が提示したものであり、そして、わが国の憲法が保障する人民の自由と権利の基本的理念であ

[20] 蔡・前掲注（16）83-86頁。

[21] 同上、85頁。

[22] 1930年に制定された旧民法第1089条には「未成年の子に対する権利義務は法律の特別の定めがある場合を除き、両親により共同でこれを行使または負担する。両親の未成年の子に対する権利の行使に関する意思が不一致の時は、父によりこれを行使する。両親が共同で義務を負担できないとは、能力を有する者がこれを負担する」と父親優位の規定があった。ただし、現在は、両親の意思が不一致の時には、裁判所に未成年の子の最高利益のための審査及び斟酌をもとめられるように修正された。

[23] 李建良「自由平等尊嚴（上）－人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題」月旦法學雜誌第153期（2008年２月）190頁。

る」、司法院釈字第400号解釈において、「財産権が保障すべき規定は……個人の自由を実現し、人格を発展し、人格を維持するためのものである」、司法院釈字第445号解釈において、国家が表現の自由を保障するのは「個人の独立した存在の尊厳を尊重する」ためであると述べた。司法院釈字第485号解釈では、民生福祉原則に基づき、「国家が人間の尊厳に相応しい基本生活の需要を維持するために、経済的弱者である人民に扶助を与え、社会保障制度等の民生福祉措置を設けて、各種の給付を提供しなければならない」とする一方で、司法院釈字第490号解釈では、「兵役の義務は人間の尊厳に反しない、憲法上の価値体系の基礎を動揺させるわけではない」と述べ、エホバの証人の兵役義務を合憲と判断した。ここでは、尊厳と信仰の自由との関係が考えられていないようである[24]。しかし、その逆に「憲法上の義務も人間の尊厳に反しえない」という規範的な意味があるとされている[25]。司法院釈字第550号解釈では、「社会福祉について、国家には国民の享有する尊厳ある生活を実現するために扶養する義務がある」と述べ、この解釈は、司法院釈字第472号解釈にいう「保険費を納付する能力がない者に対して、国家が適切な救助を行うべきであり、恣意的に給付を打ち切ることはできない」、および、司法院釈字第485号解釈の「尊厳ある生活の保障」とあわせて重要な憲法原則として構成されている。つまり、大法官解釈によれば人民は、国家に人間の尊厳に相応しい生活の確保を求める憲法上の給付請求権を有している[26]。

また、大法官は、司法院釈字第567号解釈では、「思想の自由は人民の内在的な精神活動を保障する。人類の文明の根源と言論の自由の基礎であるし、憲法が最も保障すべき基本的な人間の尊厳である。自由の民主政秩序の存続にとって特殊かつ重要な意義がある」と述べた。このように、大法官は、不可侵の概念として人間の尊厳を構築しようとしている。さらに、司法院釈字第589号解釈、第603号解釈、第631号解釈では、憲法が明文で定めていないプライバシー権を人間の尊厳の原則に基づき憲

[24] 同上、195頁。
[25] 周・前掲注（8）167頁。
[26] 李・前掲注（23）196頁。

法22条の包括条項から導き出した。とりわけ、第603号解釈では、大法官は、「人間の尊厳を維持し、自由な人格の発展を尊重することは、自由と民主の憲政秩序の核心的価値である。プライバシーは憲法によって明確に規定された権利ではないが、人間の尊厳の尊重、個人の主体性の維持、人格の完全な発展に配慮し、私生活に対するほかの人の騒擾からの回避および個人情報の自由な管理を保障するために不可欠な基本権であり、憲法22条によって保障されている」と述べ、行政機関が行う指紋押捺の規定は、プライバシー権を侵害するから違憲であると宣告した。

これらの台湾司法院の憲法解釈から、大法官は、「婦女の人格の尊厳」という憲法明文上の文言にこだわらず、人間の尊厳を一般的な人格の尊厳と見なし、それは自由と民主の憲政秩序の核心価値であると解していることがわかる。そして、自由権と社会権のいずれも、人間の尊厳に基づくものとして、多くの事案において違憲と判断した。そこで、人間の尊厳の原理は、憲法上の明文がなくとも台湾憲法の基本的価値たる規範であり[27]、法秩序の最高の価値である[28]。したがって、人間の尊厳は、基本権の上位に位置づけられ、指導的理念であるとして大法官によって認められたが、人間の尊厳から直接に最低限の生活保障の請求権を導き出すことができるかについては、いまだに明確な見解が示されていない。ただし、生存権に内在する人間の尊厳は、生存権の保護の核心となるから、最低限度の生活以下に陥っている人々は、人間の尊厳が侵害されているから、そうした人々の存在を憲法秩序は許容していないといえる。そこで、人間の尊厳の保護原理に基づき、この原理に違反する生存権の立法不作為に対しても違憲審査の対象とすべきであると主張する見解もある[29]。このように人間の尊厳の概念は、具体的な事案を通じてしだいに具体化されていくことが期待される。

⑵　憲法における民生福祉原理と基本国策

---

[27] 李・前掲注（23）200頁。

[28] 周・前掲注（8）167頁。

[29] 周宗憲「立法不作為與違憲審査－以生存權的保障為對象」邱聰智、張昌邦六秩華誕祝壽編集委員会編『融整法學的經驗與見證』（元照・2006年）673頁。

ａ．民生福祉原理（社会国原理）の内容

台湾憲法には、「民生」、「福祉」という言葉があるにもかかわらず、民生福祉原理・原則を論ずる際、少なくない学者はそれを「社会国原則（原理）（Sozialstaatsprinzip）」と称している。「社会国（Sozialsstaat）[30]」、「社会国原則＝社会国原理」という言葉は、ドイツ基本法20条１項の「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」という規定に由来するものである。台湾の中華民国憲法には、ドイツ基本法よりも早くに制定されたものであり、自由権と生存権の他にも、国家目標を設定した基本国策も規定されているが、「社会国」の文言は存在しない。しかし、多くの学者は、台湾憲法前文の「人民の福祉を増進する」、憲法１条の「中華民国は三民主義に基づく民有、民治、民享の民主共和国とする」、憲法142条の「国民経済は、民生主義を基本原則とし、地権の平均化及び資本の節制を実施して国家政策、国民生活の充足を図らなければならない」、憲法143条３項の「土地の価値が労力、資本を施したことによって増加したものでないときは、国家が地価増加税を徴収して人民の共同享受に帰させなければならない」、憲法第13章の多くの基本国策条項（152条、153条、155条、157条など）に照らし、台湾憲法は、孫文の民生主義[31]の福祉国家理念に基づき、強い福祉国家という特定の価値に根ざした綱領（ideological programmatic）を有し、弱者の扶助、富の再分配、社会保障および社会正義を強調する「非中立的憲法」である

[30] 郝鳳鳴は、「福祉国」と「社会国」を区別している。「福祉国」とは、あらゆる社会保障について国家が責任を負い、人民の生存権は、国家の計画と執行によって実現されるという、国家責任が強調された概念であり、後者は、私的自治原則の下で、国家が必ずしもあらゆる社会保障について責任を負うとは限らないというもので、対話と討議を強調する概念である。社会保障の目標が達せられれば、それ以降の運用は社会的団体に委ねても構わない、とされる。郝鳳鳴「社會國原則與社會法制之憲法解釋」司法院大法官釋憲六十週年學術研討會『違憲審査基準與社會國原則』（下冊）48頁。

[31] 孫文の説く民生とは、「人民の生活、社会の生存、国民の生計、群衆の生命」を意味する。民生主義の目的は、「養民」、すなわち人民の生活の面倒をみることである。周宗憲「憲法上人民最低生存權的性質與司法保障」輔仁大學博士論文（2003年）21-22頁。

とする[32]。このような理念は、ドイツの社会国原理と類似し、人間の尊厳の理念にも合致するものであるから、台湾憲法にも社会国原理（社会福祉原則、民生福祉原則とも呼ばれる）が規定されているとされ[33]、憲法制定時の基本的な理念のひとつであるとされている[34]。

しかしながら、社会国原理の具体的な内容については、見解がそれぞれ異なっている。

謝栄堂によれば、社会国原理は、①「最低限度の生活条件の確保」、②「実質的平等の追求」、③「正義に合致した社会秩序の維持」、④「基本的人権としての生存権の普遍性」という４つの内容を含む。すなわち、①困窮に陥っている人民に必要な社会給付を提供すること。「困窮に陥っている」とは、個人に人格上または社会において生活するうえで明白な障害があることを意味し、たとえば、経済的援助の緊急の必要性、身体的または精神的障害などに対して、国家は、人間の尊厳を保持するために最低限の生存条件を確保しなければならない。②機会の平等を保障すること。ドイツ基本法３条にいう平等取扱のことではなく、憲法上の自由権を行使するために、経済的措置によって既存の社会的格差を縮め、実質的平等を追求する。③立法者は、正義に合致する社会秩序を形成するために、社会的差異を均質化させ、解消する義務を有する。④基本権である生存権の対象は、自国民にとどまらず、国内に実際に生活している外国人にもおよぶべきである[35]。

詹鎮栄は、社会国原理には高度の目標性と価値の志向があり、国家の社会形態、発展の程度、価値の認識と関係するから、時代にともなって拡大するような動態的な内容を有しているとする[36]。現行の台湾憲法（中

---

[32] 吳庚『憲法的解釋與適用』（三民・2004年）66頁。

[33] 謝・前掲注（15）21頁。

[34] 林紀東によれば、民主主義、法治主義、福祉主義は、行政法上の基本原理であると同時に、中華民国憲法の基本原理である。林紀東『行政法』（三民・1990年）68頁。吳・前掲注（32）66頁。

[35] 謝榮堂『社會法治國基礎問題與權利救濟』（元照・2008年）８-９頁。謝榮堂「社會法治國之社會安全法制」月旦法學教室第10期（2003年）122-123頁。

[36] 詹鎮栄「社會國原則－起源內涵及規範效力」月旦法學教室第41期（2006年３月）33頁。

華民国憲法）の基本国策規定によれば、次のような内容がある。すなわち、①「人間の尊厳に相応しい基本的生存条件」――国家は経済困窮に陥っている人々を自立させ社会復帰させるために必要な積極的な措置を執らなければならない[37]。そして、このような社会給付は、社会の平均的な生活水準に達するような人間の尊厳に相応しい各種の基本的生存需要を提供しなければならない。つまり、尊厳ある生活が保障されなければならない。②「社会正義＝社会公平の構築」――「国家は公平かつ正義の社会秩序を構築する義務を負う」というドイツ連邦憲法裁判所の見解を援用し[38]、機会の平等の観点から、すべての人は社会生活および経済秩序の中で同じ出発点に立つべきである。したがって、国家は、社会の各階級の間で財産を再分配し、必要な時に積極的に機会の実質的平等を追求しなければならない[39]。つまり、分配の正義と均質化の正義を強調することである[40]。③「社会の安全を維持するための社会給付」――「人民が典型的な社会生活リスク、たとえば、疾病、事故、失業、老齢、死亡、労災に遭遇し、本来の収入が喪失・減少する場合、または、突然に大きな出費を必要とする場合に、国家は金銭給付を行うべき」である[41]。その目的は、社会経済上の不平等を調和することにあり、事故と社会リスクに対して、「所得再分配」の機能を有する「社会給付」を通じて解決しようとする[42]。したがって、国家は、「救済国家」から「保険国家」

---

[37] たとえば、生活扶助、医療補助、急難救助、災難救助等の社会救助があげられる。このような国家の義務の根拠となる規範は、「……人民の老弱者、身障者、生活無能力者および非常災害を受けた者に対して、適当な扶助と救助を与えなければならない」と定めた憲法155条後段である。

[38] 詹・前掲注（36）35頁。

[39] 根拠となる規範は、憲法142条「地権の平均化・資本の節制」、143条「自作農の土地使用扶助」、154条「労資紛争の調停と仲裁」、159条「国民が教育を受ける機会は一律に平等である」、増補条文10条６項「婦女の人格尊厳の擁護」、同条７項「心身障害者の扶助」等である。

[40] 詹・前掲注（36）35-36頁。

[41] 詹・前掲注（36）36頁。

[42] 根拠となる規範は、憲法155条「社会の福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならい」、増補条文10条５項「国家は国民健康保険を推進し……」である。社会の安全を確立する方法として、財源負担の原則から、総合

に変容し、疾病保険、事故保険、年金保険、失業保険、介護保険の五大保険体系[43]を完備すべきであると主張した[44]。

郝鳳鳴は、自由主義が主張する「最小国家」とは異なり、社会国原理に基づく実質的社会正義を強調した。完全な自由放任の競争のもとでは、経済的弱者は再び搾取されてしまう。それを防ぐために、国家は、社会の貧富の差および老齢者や障害者などの社会問題に対して積極的に解決策を講じるべきである。そして、社会全体の調和的発展を追求するために、すべての人の尊厳にふさわしい生活条件を保障すべきであると述べた[45]。郝鳳鳴は、社会国原理の核心的目標は人民の「基本生活の保障」であると述べた。社会国原理は憲法の基本原則のひとつとして、立法であろうが、行政であろうが、司法であろうがすべての国家権力が従うべき憲法価値であり、社会保障制度に関する司法審査審査における重点は「人民の基本生活の保障」にあると述べた。もっとも、「基本生活がどこまで保障されるべきかについては、社会発展および人権保障の状況によって定められる」[46]と述べ、社会国原理の段階的な特徴を示している。

董保城は、「社会福祉原則」という用語を使い、それには①社会の安全・安心（soziale Sicherheit）と②社会の正義・公正（soziale Gerechtigkeit）の二大内容が含まれるとする。すなわち、社会の安全については、国は人民の経済的困窮を減少させ、人間の尊厳に相応しい生存条件を保障しなければならないから、社会救助、社会保険制度、補償制度、重要な公共施設（道路、病院、住宅地）を提供する必要がある。②社会の正義については、権利と富の分配および教育格差による対立と矛盾を国家が調

性のある社会保険を優先させるべきだが、社会扶助も重要である。詹・前掲注（36）36頁。

[43] 台湾における現行の社会保険制度には、公務員保険、労働者保険、農民保険、国民健康保険、国民年金保険がある。その保障水準はともかく、形式的には介護保険を欠いている。

[44] 詹・前掲注（36）33-37頁。

[45] 郝鳳鳴「以生存權為例論新興社會權之保障」中央研究院法律所主催「新興人權之研究」（2006年）３頁。

[46] 郝・前掲注（30）48頁。

和するように努めなければならない[47]。

周宗憲は、「民生福祉原則」は台湾憲法の基本原則であるとする。その概念は、社会国原理と類似するもので、国家には人民の生活福祉に対する積極的な給付の提供などの作為義務が課せられる。しかし、民生福祉原則を実現する基本国策の規定は、立法者によって具体化される客観的憲法原則であるから、どの程度実現するのかについて立法府に広汎な立法裁量が認められる。民生福祉原則は、憲法上の人権保障規定ではないから、この原則を根拠にして国家に福祉給付を請求しうるような主観的権利は導き出されない。しかし、憲法解釈、法律の基準として、この原則は、基本国策に関する国家の作為と不作為に対する司法審査において用いられるとする[48]。したがって、周宗憲は、民生福祉原則を生存権と結び付け、最低限度の「基本生存権」について、裁判規範性を強調した[49]。しかしながら、広汎な立法裁量論を承認したうえで民生福祉原則の機能がどの程度発揮されるか疑問がある。

以上のように社会国原理や民生福祉国原則に関する論述には、多少ニュアンスが異なるものの台湾憲法の基本原理のひとつであると認められている。実務上、司法院釈字第485号解釈において、大法官は、「民生福祉を促進することは、憲法の基本原則のひとつである。これは、憲法前文、１条、基本国策および憲法増補条文10条の規定に照らして明白である」と述べ、憲法上の民生福祉原理を認めた。しかし、この原理ないし原則の内実について大法官は述べていない。学者らの共通点によれば、このような社会国原理を人間の尊厳または生存権と（時には平等権と）結び付けた場合、社会保障制度の完備を請求できるようである。少なくとも、最小限度の生活条件を保障しなければならないことは、この原則の最低限度の要求であることが分かる。

ｂ．最低限度の生活保障に関する憲法上の根拠と規範的効力

前述の通り、社会国原理または民生福祉国原則に関する学者の見解によれば、それは、少なくとも国家任務と目標を示す憲法の基本原則とし

[47] 法治斌・董保城『憲法新論』（元照・2010年）83-86頁。
[48] 周・前掲注（8）177-178頁。
[49] 周・前掲注（29）674頁。

て認められている。しかし、この原則の法的効力については不明確である。司法院釈字第485号解釈によれば､民生福祉原則の憲法上の根拠は、①憲法前文､②第１章総則の国体規定（憲法１条）､③第13章の基本国策、④憲法増補条文10条の規定である。したがって、民生福祉原則の効力を検討する際には、それぞれの憲法上の根拠の規範的効力を検討する必要があると思われる。

①憲法前文[50]の裁判規範効力についての学説には否定説と肯定説があるが、日本の議論と同じように、法的効力を持たない政治的方針と見なす否定説は、憲法前文の核心をなす根本的な原理や規範が憲法解釈の準則として国家行為を多かれ少なかれ拘束することを否定するわけではないから、憲法前文を適用すべきと主張する肯定説との間には基本的に大差がない。つまり、両説は共に、直接憲法前文からの具体的な請求権を認めない[51]。一般的に憲法前文には、建国原則、歴史作用、道徳または宗教的な宣言、プログラム規定的な特徴がある[52]。現行の台湾憲法の前文は、歴史的描写のほかに、主に孫文の遺教（三民主義、五権憲法、建国綱領など）を強調している。しかし、憲法本文を見れば、憲法１条の「民生主義」と憲法142条の「地権の平均化と資本の節制」を除いて、孫文の理念と一致するところが多くはない[53]。それゆえ、憲法前文の効力

---

[50] 中華民国憲法前文：「中華民国国民大会は国民全体の付託を受け、孫中山先生の中華民国創立の遺教に依拠して、国権を強固にし、民権を保障し、社会の安寧を確立し、人民の福祉を増進するため、本憲法を制定し、全国に公布し、永遠にこれに遵うことを誓う」。

[51] 野中俊彦･中村睦男･高橋和之･高見勝利『憲法Ⅰ（第四版）』（有斐閣･2006年）69-70頁。周・前掲注（31）。

[52] 陳新民『中華民國憲法釋論』（三民・2002年）48-49頁。

[53] ある人物の思想や理念を憲法の主要原理とすることの是非については、大きく争われてきた。そもそも中国で中華民国憲法制定の段階でも、共産主義を標榜する共産党、国家社会主義を唱える民社党、民族主義を掲げる青年党は、憲法前文に孫文の遺教を記すことに反対していた。現行憲法の前文は、こうした諸政党の反対を押し切った国民党によるものである。とはいえ、孫文が強調した「国民大会」の職権と機能（国民を代表する最高機関）は、憲法制定時には既に弱体化しており、2006年６月７日に憲法改正によって「国民大会」は廃止された。こうした変化もあって、現在の台湾憲法（中華民国憲法）をめぐる

を完全に肯定すれば、現行憲法規範の内在的価値秩序が混乱してしまう[54]。したがって、憲法前文のみを用いて国家に特定の作為または不作為を要求することはできない。憲法前文は他の憲法条項と結び付かなければ最低限度の生活保護さえも導き出すことができない。

②憲法１条[55]にいう三民主義とは、孫文の「民族主義」、「民権主義」、「民生主義」である。そのうちの民生主義は、国民生活の均衡ある発展を保障し、とくに、資本主義の行き過ぎを抑制し、社会的経済的弱者の保護を強調するものであり、基本国策である憲法142条[56]と相応している。したがって、民生主義は、ドイツのワイマール憲法およびドイツ基本法にいう社会国および社会的法治国原理と類似しているとされる[57]。もっとも、孫文は、人権は革命で得られたものであるとして、「革命人権」を主張し、天賦人権のような自然権思想に反対した。このように、人間の尊厳に立脚する生存の保障とは一定の差異が存する。また、憲法１条の「民有、民治、民享」は、リンカーン（Abraham Lincoln）による著名なゲティスバーグ演説（1863年）「人民の、人民による、人民のための政治（government of the people, by the people, for the people）」をそのまま引用して、国体（form of state）の性質が民主体制であること

実情は、孫文の理念に即したものとはいえない。陳、同上57-58頁。

[54] 中華民国憲法増補条文の「前文」には、「国家統一以前の需要に応じるため…」と記されているが、同増補条文の「本文」１条、４条５項では、国民投票によって国家の領土を変更できることになっている。また、大法官も、司法院釈字第499号において「憲法には本質的に重要な内容があり、規範秩序の基礎をなしている部分（たとえば民主原則）」は、憲法改正の限界である、と判示している。このように、本文の規定が前文における「国家統一」を目的とするものであっても、国民の意思によって文言の意味が拘束される。李震山「論憲政改革與基本權利保障」中正大學法學集刊第18期（2005年４月）198-199頁。

[55] 憲法１条は「中華民国は、三民主義に基づき、民有、民治、民享の民主共和国とする」と規定している。

[56] 憲法第142条には「国民経済は、民生主義を基本原則とし、地権の平均化及び資本の節制を実施して国家政策、国民生活の充足を図らなければならない」と規定している。

[57] 陳・前掲注（52）63頁。

を表明している[58]。したがって、憲法１条は、主に国家体制の性質を表明したものであり、基本的人権の保障規定ではないから、最低限度の生活保護に関する裁判規範性も認められがたいだろう。

③および④の規定は、基本国策条項である。基本国策条項において、社会保険給付と最低限度の生活保障に関する給付に最もかかわるのは、憲法155条[59]、憲法増補条文10条５項前段[60]、同条８項[61]である。各条文には、国家による社会救助や社会保険などの設置が明白に定められている。したがって、基本国策がいかなる裁判規範効力を有しているのかが重要な問題となる。

基本国策条項は、基本的人権および統治機構の以外を定める憲法の「第３種構造」であり、比較憲法的にみて極めて特別なものである[62]。一般的に、国家全体の発展の基本的方向と原則を示し、すべての国家権力はこの方向・指針に従う義務があると認識されている[63]。基本国策条項の規範的効力をめぐっては、以下のように考えられている。

① 政策の方向・目標たる「プログラム規定」

現実的に、これらの指針を一国の力のみでは実現するのは困難である

---

[58] 司法院釈字第499号では、憲法１条から「民主国原則」が導き出されている。

[59] 憲法155条は、「国家は社会の福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならない。高齢者、弱者、身体障害者、生活無能力者及び非常災害を受けた者に対して、適切な扶助と救済を与えなければならない」と規定している。

[60] 憲法増補条文10条５項には、「国家は国民健康保険を推進し、近代および伝統的な医薬の研究開発を促進しなければならない」と規定されている。

[61] 憲法増補条文10条８項には、「国家は社会福祉教助、福祉サービス、国民の就業、社会保険および医療保険など社会福祉業務を重視し、社会救助と国民の就業問題など救済的支出については優先的に編成しなければならない」と規定されている。

[62] 陳・前掲注（52）801頁。

[63] 初期の憲法学者である謝瀛洲は、基本国策は立法または行政の目標を示したものにすぎないから法的規範性がない、と説いていたが、現在の学者のほとんどは、基本国策条項それぞれの性質に応じて規範効力がある、と述べている。李炫秋「社會保險權利之憲法保障－以司法院大法官解釋為中心」中正大學法學集刊第24期（2008年５月）314頁。

として、これらの条項は、国家の理想または価値観を示すものであり、法的な意味よりも政治的・道徳的な意味のほうが大きいと考えられるもの[64]。たとえば、憲法141条「国際協力を促進し、国際正義を提唱し、世界の平和を確保する」、憲法152条「労働の能力を有する人民に対して、国家は、適当な労働の機会を与えなければならない」という規定である。これらの規定は、立法政策の方向・目標を示すにすぎないから、規範的効力が認められていない[65]。したがって、一時的に達成されなくとも、違憲とされることはない。

② 憲法解釈の依拠としての「憲法委託」

憲法委託は、明確に立法者を規範対象とし、立法者の広汎な裁量権を認めたうえで、当該権利の具体的な内容と範囲について立法による形成の義務を課すものである。「立法委託」とも呼ばれる[66]。たとえば、憲法137条２項「国防組織は、法律でこれを定める」、憲法153条１項「労働者および農民を保護する政策を実施しなければならない」、憲法154条「労使紛争の調停と仲裁は、法律でこれを定める」、憲法155条「国家は、社会の福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならない」などの条文には、立法を義務づける文言がある[67]。しかし、立法者の広汎な

---

[64] 陳・前掲注（52）112頁。

[65] しかし、このような見解については、憲法原則や基本権概念と基本国策概念とを混同しているとの指摘もある。林明鏘、許育典によれば、基本国策（＝国家目標プログラム）は、憲法から国家への政策の指示であって、国家はその能力に応じてそれを実践する一定の義務を負う。このように、基本国策条項には法的拘束力がある。したがって、基本国策は「内容が具体化された公共利益」である、ともいえる。林明鏘「論基本國策－以環境基本國策為中心」『現代國家與憲法－李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集』（元照・1997年）1468頁。許育典「教育憲法的建構」蘇永欽編『部門憲法』（元照・2006年）541頁。

[66] 楊智傑「從基本國策執行檢討違憲審查模式：兼論財產權與基本國策衝突」中正大學法學集刊第28期（2010年１月）125頁。

[67] 吳・前掲注(32)67頁。陳新民「論社會基本權利」『憲法基本權利之基本理論(上)』（元照・2002年）113頁。

また、許宗力によれば、憲法が立法府に課している立法義務には、①羈束立法義務と②裁量立法義務がある。①では、立法府は立法するか否かの選択権が

裁量権を認めるものであるから、立法裁量の明らかな逸脱濫用があった場合にはじめて違憲と判断される。もっとも、憲法の本文の権利にかかわる憲法委託は、立法の不作為を導きうる。すわなち、救済の観点に基づき、司法府は、立法の不作為に対する「違憲警告判決」を通して、立法者の立法義務を履行させるものである。したがって、司法府には、世論とほかの政治部門を喚起する義務を負うと考えられる[68]。それゆえ、ここに属する基本国策は、一定の規範的効力を有している。

③　公法上の請求権の基礎としての「主観的な権利」

基本国策条項と基本権条項を比較すると、基本権は個人の主観的権利を保障する目的を有し、権利階層の第一層に位置づけられるのに対して、基本国策は権力分立、国家の負担能力に基づいて、概括的・抽象的に単なる客観的な政策を示すものである。したがって、基本国策は、本質上、主観的権利性を欠き、権利階層の第二層に位置づけられる客観的な権利であると思われる。もっとも、基本国策は、ほかの憲法原則（たとえば、平等原則）と結びつくと、派生的（derivative）な請求権を導き出すことができる[69]。つまり、第一層に位置づけられる基本権に対して、基本国策は、客観的権利（第二層的権利）として間接的効力しか認められないが、ほかの憲法条項と結びつくと主観化する可能性がある[70]。

ないから、相当な期間内に立法しないと立法怠惰（立法不作為の違憲状態）となる。②では、立法するかしないかについて、立法府に裁量権（要件裁量、効果裁量）がある。しかし、裁量の行使に瑕疵が存在する場合、立法怠惰になる可能性もないわけではない。許宗力『憲法與法治國行政』（元照･2007年）521頁。

実務上、大法官は司法院釈字第549号解釈（2002. 8．2）において、憲法153条、155条、憲法増補条文第10条などの基本国策を根拠として労働保険法の条文を違憲と判示した。最近、大法官は司法院釈字第683号解釈（2010.12.24）の理由書に憲法第153条、155条、憲法増補条文第10条５項を明白に「憲法委託」であると述べた。

[68] 陳・前掲注（52）838-839頁。

[69] 林明鏘「論基本國策－以環境基本國策為中心」『現代國家與憲法－李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集』（元照・1997年）1469頁。

[70] このような考えは基本的に台湾の「基本国策」をワイマール憲法の「国家目標プログラム」と同視し、客観的機能を強調する一方で、主観化の可能性も

しかしながら、基本国策の規範内容が相当に明確であり、国家の負担能力がある場合に限って、ほかの憲法上の権利と同じような直接的な効力を持つべきであると主張されている。たとえば、憲法160条１項に「６歳から12歳までの学齢児童は、一律に基本教育を受け、学費を免除される。貧困者に対して、政府は書籍を供給する」と規定されているので、６歳から12歳までの児童には明白に「学費納付拒否権」または「無料就学権」があるはずである。したがって、特段の法律が存在しなくても[71]、学費の納付を要求された際には、児童または保護者はそれを拒否することができる[72]。つまり、基本国策である憲法160条は主観的な権利として、裁判所に救済を求める根拠となると考えられる。

このように、ごく少数の明らかに国家の能力を超えた基本国策（たとえば、憲法137条と141条の「世界平和の維持と確保」[73]）を除いて、ほとんどの基本国策は、憲法委託と見なされ、客観的秩序を規範化する機能

唱える。林、同上1469-1470頁。

[71] 1979年５月23日に公布した国民教育法第５条には「国民小学及び中学の学生の学費を免除される。貧困者に対して政府は書籍を提供し、そいて、他の法令に規定された費用の納付も免除される。」と規定している。（1946年に制定された）憲法第160条の具体化した規定と見なされる。許育典・前掲注（65）541頁。

しかし、この文言は憲法第160条の文言とほぼ同じであるから、この条文と基本国策である第160条は共に基本としての教育権（第21条）の具体化条文であると思われる。

[72] 吳庚はこのような規定は「実施する際に最低程度の規定」である。国家が必ず実現する義務を有するだけでなく、国家の情勢に応じて、基本教育年齢を15歳または18歳まで延長しても違憲ではないと述べた。吳・前掲注（32）67頁。実際に台湾現在の基本教育は15歳まで保障されている。最近では18歳まで延長された措置があったが、所得制限によって裕福層を排除するから、義務教育といえるかについて疑問がある。

[73] 基本国策である憲法137条「中華民国の国防は、国家の安全を防衛し、世界の平和を維持することを目的とする。国防の組織は、法律を以て定める」、141条「中華民国の外交は、独立自主の精神、平等互恵の原則に基づき、親睦の厚い国交を行い、条約及び国連憲章を尊重し、以て海外居住国民の権益を保護し、国際協力を促進し、国際正義を提唱し世界の平和を確保しなければならない」と規定している。

を有していると考えられるが、それはあくまでも主観的権利ではないから（憲法160条は例外的に認められるものである）、具体的な請求権を導き出すことはできない[74]。したがって、基本国策のみから最低限度の生活保護を導き出すことはできないようである。

以上のことから、大法官が司法院釈字第485号において、①憲法前文、②民主制の国体規定、③および④の基本国策から構築した「民生福祉原則」は、おそらく最低限度の生活保護さえも導き出すことができないだろう。そのため、民生福祉原則または社会国原則を援用する際には、人間の尊厳の原則と結び付けて最低限度の生活を保障する必要性が唱えられている。しかし、基本権たる憲法15条の生存権条項を無視して、憲法原理・原則ばかりを強調することに対しては、本文の生存権条項の保障機能を看過するものではないかという疑問が残る。

⑶ 基本権の多重的機能論

社会国原理または民生福祉原則から社会給付を請求する主観的な権利を導き出すことができなければ、社会給付はやはり基本権条項に求められるしかないだろう。ドイツの学説を強く継受した結果、台湾の基本権には、個人の基本的「権利」、および、客観規範または客観秩序の「法」という両面性があると一般的に認識されている[75]。基本権理論に関して、社会状況の変化と国家任務の変容に直面し、学説と実務も多重的機能論を形成してきている。一般的には、基本権の機能（作用）をどのように整理したとしても[76]、以下のような法的機能・効果が共通して認められ

---

[74] ただし、憲法委託が立法不作為に対する一定の規範的効果となりうると考えるならば、民生福祉原則は、社会保障制度に関する立法不作為に対して、一定の裁判規範力を有しているといえよう。

[75] ドイツ語の Recht は、法（law）と権利（right）の両方の意味を含んでいる。

[76] 台湾の学説における基本権の機能に関する分類は、ドイツと同様に様々である。呉庚による「防御機能」、「参加機能」、「分与機能（配分請求機能）」、「手続保障機能」、「制度的保障機能」、「合法性機能」という分類や、許宗力による「防御権機能」、「受益権機能」、「保護義務機能」、「手続機能」、「精度保障機能」という分類、許育典による「主観的権利の機能（固有の防御権機能）、「社会基本権の給付機能」、「客観法の機能（客観価値秩序、国家保護義務）」という分類、

ている。

ａ．防御権としての機能

基本権は、人間社会に存在する各種の圧迫状態を解決するために、人々がそれを武器として[77]圧迫状態に対抗し権利保障を要求して形成されてきたものである。したがって、基本権は圧迫状態に対抗する本質を有している[78]。最初に対抗しなければならない対象は国家権力であるから[79]、

李恵宗による「防御権機能」、「分与権機能」、「価値秩序機能」、「制度的保障機能」、「行為授権と憲法委託」、「手続保障機能」、「社会行為規範機能」、「国家保護義務」といった分類が代表的なものである。なお、陳慈陽は、基本権作用論において「伝統的作用」と「客観的内容作用」を区別し、前者には防禦作用、制度的保障作用が、後者には国家機関の権限を制限する消極的作用、法規範の解釈･形成作用があるとし、董保城は、基本権の作用を「消極作用（防御権）」、「積極作用（請求給付権）」、「能動作用（参政権）」、「客観価値決定作用」、「国家保護義務作用」、「組織と手続保障作用」、「制度的保障作用」に分類している。呉･前掲注（32）119-121頁。許宗力「基本権的功能與司法審查」『憲法與法治國行政』（元照・2007年）184頁以下。許育典「基本權功能建構作為大法官解釋的類型化：以教育相關基本權為例」中研院法律所主辦第七屆憲法解釋之理論與實務學術研討會（2009.12.11）９-13頁。李惠宗『憲法要義』（元照･2004年）83-90頁。陳慈陽『憲法學』（元照2004年）333頁以下。法治斌･董保城『憲法新論』（元照･2010年）132-145頁参照。

[77] 許育典『人權、民主與法治－當人民遇到憲法』（元照2009年）51頁。

[78] 許慶雄『憲法講義』（知英文化･1999年）38頁。許慶雄は、人権の本質は「圧迫状態への対抗」にあると考えているのに対して、許育典は、それは「自己実現」だと考えている。すなわち、人々の自己実現を最大化させるため、国家に「自己決定」や「自己展開」しうる空間を提供するよう要求できる、というわけである。人権の本質が圧迫状態への対抗にあろうと自己実現にあろうと、いずれも実質的な自由の確保を意図していることは明らかである。許・前掲注（77）50頁。

[79] まず国家権力に対抗しなければならないという理由としては、以下の２つが考えられる。ひとつは、人間の歴史的経験を振り返れば、人々の自由と財産を侵害した最たるものが国家だったからである。そしてもうひとつは、19世紀のヨーロッパの社会的背景に中産階級の台頭があって、そのような人々が市民社会の一員として、国家に頼らずに自身の幸福を追求するようになったため、国家の機能を最小限度に制限しても差し支えがなかったからである。許・前掲注（76）186頁。

国家からの圧迫に対抗するのは、基本権の最も重要な機能である。そのため、防御機能を主眼とする自由権は基本権理論の原点であり、個人の自由を保障する目的を有している。すなわち、人々の自由または付与された法益が国家によって侵害された場合、人々は直接に基本権を根拠として、国家の制限・侵害の停止を請求できる。つまり、基本権は「侵害停止請求権」の機能を持ち、この機能を通じて、国家行為の限界を構成するものである。基本権には、人々は「国家からの自由」を有するという固有の意味がある[80]。

実務上、基本権に関する大法官解釈は、そのほとんどが防御権的な訴訟である[81]。憲法上の基本的人権が自由権を中心として構成されていることから考えればごく自然なことである。社会権的・受益権的な権利の性質が中心である生存権に対しても、大法官は、その防御権的な機能を認めている。すなわち、司法院釈字第194号解釈[82]、第263号解釈[83]、第476号解釈[84]において、憲法解釈申請者が、死刑が生存権（憲法15条）の保障する生命権に違反すると主張したのに対して、大法官は、はじめて生存権の実体的判断を行った。とくに、第476号解釈において大法官は、生存権の自由権的側面を明言した。つまり、「人民の身体の自由および生存権を保障すべきであることが、憲法８条、15条に明文で定められている。ただし、国家刑罰権を実現するために、特定の事項に対して特別

[80] 許・前掲注（76）184頁。許・前掲注（77）９頁。

[81] たとえば、平等権、人身の自由、軍事審判を受けない自由、結社の自由、財産権、訴訟および訴願権、選挙権、公務就任権、プライバシー権、婚姻および家庭制度等の大法官解釈は、基本的に防御権的なものである。

[82] 司法院釈字第194号解釈（1985年３月22日）は、麻薬を販売した者を死刑とする規定の合憲性が争われた事案に関する判決である。大法官は、同法は「……勘乱時期に、麻薬を一掃し、国家安全及び社会秩序を維持するために制定されたもので、憲法23条（比例原則）に抵触」しないと述べて、同規定を合憲とした。

[83] 司法院釈字第263号解釈（1990年７月19日）は、特別刑法〔懲治盗匪條例〕における身代金目的の誘拐犯の量刑が死刑のみであることの合憲性が争われた事案に関する判決である。大法官は、刑法56条の減刑規定があるから量刑が死刑のみであっても合憲だと判示した。

[84] 司法院釈字第476号解釈（1999年１月29日）は、麻薬条例の死刑・無期懲役の規定の合憲性が争われた事案に関する判決である。

の刑法規定を用いて特別の犯罪を定めることは、憲法23条が求める目的正当性、手段の必要性、制限の妥当性と合致するから、比例原則に反しない。……死刑、無期懲役の刑法規定は、麻薬を厳禁する特別法に基づき、国家の安全、社会秩序および公共の利益のために必要なものである」と述べ、一貫して死刑規定が合憲であると判断した。

死刑の問題を憲法８条の「身体の自由」と憲法15条の「人民の生存権」とあわせて考えている大法官は、明らかに生存権の保障内容に生命権が含まれていると考えている。そのため、生存権には、「生命の尊重」と「生活の持続」という２つの部分があると主張する学説もある[85]。つまり、前者は、死刑、安楽死、堕胎の問題にかかわり、防御権的機能が強調され、後者は、生活権に関する社会権の問題にかかわり、給付的機能が強調される。このように、生存権の防御的機能は、大法官と学説において肯定されているようである。しかし、生命権の根拠を憲法８条（人身の自由規定）以外に憲法15条の生存権に求める必要があるかという疑問がある[86]が、生存権の複合的構造に基づき、生存権の防御的機能を認めるべきであると思われる。ただし、生存権の防御的機能＝「自由権的」効果は、「自由権としての」機能（効果）を直ちに意味するわけではない[87]。むしろ、生存権の防御権的機能に基づき、すでに法律によって具体化された社会給付（最低限度の給付以上でも）を一種の既得権として生存権で保障する権利と見なし、合理的な理由がなければ基本的に社会

[85] 許・前掲注（77）119頁。李・前掲注（76）199頁。

[86] 呉庚は、たとえ憲法に生命権が明記されていなくても、憲法８条の人身の自由から当然に生命の保障が導かれるのだから、生命の自由を生存権によって保障する必要がない、と主張している。このように解することによって、生命権の自由権的、あるいは防御権的性質が維持できるし、生存権の社会基本権的な単純な属性をも維持できる、という。呉・前掲注（67）269-270頁。

[87] 山下健次『人権規定の法的性格』（三省堂・2002年）150-151頁。山下によれば、社会権の法的性格、効果形態、歴史的社会的な位置づけが伝統的自由権と異なることから、自由権的効果（防御権的機能）を主張するにあたっては、歴史的社会的な客観的意義を重視したうえで、国家に対する作為要求、国家からの干渉の排除要求、私人間の効力などの問題を論じるべきである。つまり、あくまでも、社会権が積極的な本質を有している。

給付・社会保障制度の廃止ないし後退を禁ずるべきだろう[88]。生命権が生存権に内在にすると解しても、「生命を積極的に確保する」ことを強調すべきであると思われる。したがって、生存権の防御機能を用いることにより、生命の存続に関する保護を妨害するあらゆる行為が排除されるべきである。

ｂ．給付請求権の機能

社会環境と国家任務の変容にしたがい、防御権のみを有する基本権では、複雑な社会的現実（たとえば、環境問題、貧富の格差）に対応できないから、実効的な基本的人権の保障を追求するために、基本権の給付機能が提示される。いいかえれば、基本権を実現するための条件設備を確保するために、たとえ憲法上に社会権条項がなくても、基本権の給付請求機能によって、国家に何らかの給付を請求することが可能である。この意味において、現代の基本権は、多かれ少なかれ社会権化する傾向にあるといえよう。このような給付請求権の機能は社会的法治国の基本的権利論に基づくものであり、自由を行使するために必要な物質的要件も基本権によって保障されるべきと思われる。したがって、基本権を実効的なものとし、基本権の伝統的な保護領域を拡張する必要がある[89]。しかし、国家による給付を求めることは国家財政と深くかかわるから、どのように実現するか、そして、どこまで保障するのかが問題となりうる。したがって、この給付請求権（受益権）の機能は、以下のように分類されて論じられている[90]。

---

[88] 日本における生存権の「制度後退禁止原則」の自由権的効果。葛西まゆこは、同原則について、これは具体的権利説のもとで初めて成立すると批判する。しかし、抽象的権利説を採る論者からは、憲法が法律によって具体化せよと命じているわけではないにもかかわらず、いったん法律を制定したら、その内容を後退させたり法律そのものを廃止したりすることが憲法によって禁止されるというのは、論理的に飛躍している、との批判もある。葛西まゆこ「生存権の現代的意義」大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓吾編『憲法 .com』（成文堂・2010年）233-234頁。

[89] 許育典「基本權功能建構作為大法官解釋的類型化：以教育相關基本權為例」中研院法律所主辦第七屆憲法解釋之理論與實務學術研討會（2009.12.11）９頁。

[90] 本論では、許育典の分類にしたがう。李建良は、国家給付を①「手続的」

① 派生的給付請求としての分与権（配分請求権）機能

国家資源がすでに（十分に）存在する場合、人々は資源の分与権＝実体的参加権（配分請求権）を有している。すなわち、国家が創設した公共施設または公共資源が基本的人権の実現に役立つならば、人々はこの公共資源または公共資源を享有する権利を有している[91]。この配分請求（分与権）権（Teilhaberecht）の機能は、平等権または平等原則に由来するもので、国家の給付に対する実体的参加や既存の資源の配分がなされていない場合、あるいは、不公平であると思われる場合、配分請求権を根拠として国家に対して給付を要求できるから、派生的請求権とも呼ばれる。しかし、この派生的給付請求は、国家に積極的な給付の創設・提供を要求するものではなく、現存の国家資源を平等に配分し、公共施設を合理的に使用できるようにすることを要求するにとどまるから、個人的・個別の主観的権利に結びつける必要があるかどうかが問題となっている[92]。もっとも、直接給付請求権が現在のように普遍的に認められていない段階においては、配分請求権の意義があるように思われる。すなわち、社会給付の資格要件の設定、給付水準の格差、恣意的な給付の停止に対する司法審査の際には、配分請求権は、平等権または平等原則の審査に有効な概念を提供しうる[93]。

給付またはサービス（訴願権、請願権、訴訟権などの権利保護）と、②「物質的」給付またはサービス（国家設備または公共施設を使用する権利、国家の経済補助、生活救難救助等）、③「情報的」給付またはサービス（国家情報及びマス・メディアに対するアクセス権）に分類している。李建良「基本權利理論體系之構成及其思考層次」『憲法理論與實踐（一）』（新學林・1999年）60-64頁。

[91] 許・前掲注（77）53頁。

[92] 実質的平等を追求することにより、平等原則を主観的な平等権に転換しうるならば、派生的給付請求を何らかの基本権に基礎づける必要はないであろう。

[93] ウェステン（Westen）の指摘するように、「平等から導き出された各種の権利資格は、すべて平等とは異なる実体的権利から生じたものである」。そのために、平等概念を空虚なものにしないためにも、やはり請求権や社会権の概念が必要だといえよう。*See* Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 Harv. L. Rev. 542 (1982)。鄭明政「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（3）－日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に」北大法学論集64巻1号（2013年5月）274-275頁。

② 原始的給付請求としての直接給付請求権機能

平等権あるいは平等原則などの権利・原則に依存することなく、原始的かつ直接にその給付請求権機能を認め、直接に基本権を根拠として国家に物資やサービスの給付を請求しうる権利は、原始的給付請求権と呼ばれる[94]。理論的にすべての基本権が給付請求権機能を有しているとは限らないが、少なくとも教育を受ける権利、生存権、勤労権は、明白に「無産階級」を保障するために作られた基本的権利であるから[95]、給付請求権機能を有するはずである[96]。実際、資源の有限性および権力分立に基づきつつも、原始的給付請求権ないし社会権を認めるべきか否かが議論されている。一般的には、基本権の原始的給付権を認めるとしても最小限度の給付しか承認されていない。したがって、生存権の場合、最低限度の生活保障の給付にとどまるという見解が多い。

大法官がはじめてこの原始的給付請求権機能を認めたのは、司法院釈字第316号解釈である[97]。すなわち、大法官は、「植物人間の大脳病変の治療が中止できるとしても、治療以外の専門的な介護が障害給付より重要であるにもかかわらず、現行の公務員保険には専門介護の規定が欠如しており、速やかに改善すべきである」と述べ、植物人間に対する専門的な介護に関する立法の必要性を説示した。これにより、大法官は、基本権の受益権機能に触れただけでなく、植物人間に対する給付を実質的に「傷害給付」から「介護給付」にまで拡大しようとした。その憲法上の根拠は明示されていないにもかかわらず、一般的には、憲法15条の生存権保障から導き出されたものと評されている。しかし、大法官は、国家に給付義務があることを強調したが、それに対応する給付請求権を人

---

[94] 許・前掲注（77）54頁。

[95] とりわけ中華民国憲法15条の生存権規定は、主に社会的弱者（無産階級）をその享有主体として想定しているが、平等原則に基づき、すべての国民が生存権の（潜在的な）享有主体とみなされるべきである。林俊言「論受益權面向的生存權－以大法官解釋為中心」軍法専刊第47巻第８期（2001年）30頁。

[96] 許宗力「基本権的功能與司法審查」『憲法與法治國行政』（元照・2007年）187頁。

[97] いわゆる基本権の積極的作用としての「給付請求権」は、現代の国家任務である「生存配慮」（Daseinsvorsorge）と深い関係がある。法・董・前掲注（76）133頁。

民が有しているかどうかについては述べていなかった[98]。その後、司法院釈字第422号解釈において、大法官は、農民の「家庭生活および生存の権利が侵害されないように……国家は農民の生存および生活水準の向上を保障する義務を負う」と述べ、国家には（農民の）生存権保障の義務があるとした。また、司法院釈字第464号解釈において、退役軍官が公庫によって支給される公職に再就職した場合にその退職給付金を二重に受領することができないとする規定について、大法官は、「憲法が保障する生存権、財産権に抵触しない」とし、司法院釈字第494号において、労働基準法における労働条件の最低基準の審査について、「憲法が保障する人民の生存権、勤労権を維持し、労働者の生活を改善させるという労働基準法の趣旨に基づき……労働条件の最低基準を制定した」とし、それらの権利の基礎は生存権にあると明言した。これらの裁判例から、大法官は生存権の給付請求機能を肯定しているといえる。もっとも、現在では、生存権としての最低限度の生活を保障するための具体的な社会救助法が制定されているから、生存権の原始的な給付機能がいかなる場合に発揮されるのかが問題である[99]。ここまで、防御権および給付請求権という主観的権利たる基本権機能について検討してきたが、以下では、基本権の客観法的機能に関する学界と大法官解釈の見解を概観する。

ｃ．客観価値秩序の機能

既述のとおり、基本権は、訴訟制度を通じて救済を求めることができる主権的権利であると同時に、一種の客観的な価値秩序を示すものでもある。この客観的な価値は、国家権力ないし各法領域を拘束する客観的規範性を有し、たとえ人々の主観的な請求権が認められないとしても、国家には基本権を実現する義務があるから、国家には、積極的な保護行為が求められる[100]。すなわち、基本権のなかには、客観的な価値決定が

[98] 許・前掲注（96）188頁。

[99] 生存権としての最低限度の生活を保障するための具体的法律が廃止されたとき、あるいは法律の設定している生活保護水準が現実とあまりにそぐわない場合、人々は生存権に基づいて直接国家に適切な給付を請求できる、と解すべきである。

[100] 李惠宗「從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障」『權力分立與基本權保障』（韋伯文化・1999年）246頁。

内在しており、一定の価値秩序が形成されているから、それぞれの基本権は、一種の「権利」であるというだけではなく、一種の「価値体系」または「価値基準」を示すものであり、すべての国家権力ないし人間社会が共同して追求すべき目標であると考えられる[101]。

この価値理論は、ドイツワイマール期のスメント（Rudolf Smend）の「統合理論」に由来するものである。スメントによれば、国家の前提および国家の存続は、制度的な構造と政治力の結合に基づくのみならず、文化的な教養、精神上の共同性、道徳上の価値観念も含まれる。国家が現実に存在し、そして、個人的に日々体験した文化、生活、価値を統合（Integration）するプロセスにおいて、基本権はその価値判断の基準として統合の実体的内実を設定するものである。基本権は個々の政治的な利益を設定し、それに導かれて、国民は憲法上一致団結しようとしている。したがって、基本権は、国民と個人の緊張関係が解消され、国家へと統合するプロセスを通じて共同体価値を確立すると同時に、国民を結びつける共通の価値体系、文化体系を示すものである[102]。しかし、現在の憲法理論においては、ワイマール期とは異なり、憲法を最高法規としてすべての国家権力を拘束する観念が一般的に共有されているから、基本権を憲法の「価値秩序」に引き上げる必要性が問われなければならない[103]。また、基本権を価値実現の道具と把握するならば、先行する価値に適合的な範囲に自由の保障が限定される危険がある。「極端な場合、自由権は価値に奉仕するものとして、国家権力の優遇を受ける行為を選別する装置となり、国家に特定の内容の価値観を義務づける手段となる」[104]という批判もみられる。しかし、ドイツ連邦憲法裁判所は、Luth判決[105]中において、以下のように述べた。すなわち、基本権は、客観的な価値秩序を築き、すべての法領域に適用される。憲法における客観的

---

[101] 李建良「基本權利理論體系之構成及其思考層次」『憲法理論與實踐（一）』（新學林・2003年）64-65頁。

[102] 許・前掲注（89）10頁。西原博史「ドイツにおける社会国家的基本権解釈の源流」『自律と保護』（成文堂・2009年）136頁。

[103] 許、同上11頁。

[104] 西原・前掲注（102）138頁。

[105] Luth 判決：BverfGE 7, 198 (205).

な価値秩序は、憲法の基本権規定によって具体化され、基本権の効力を強化するほかに、憲法上の基本決定として、すべての法領域に適用されるとし、基本権の客観的価値秩序の機能を肯定した[106]。

台湾の実務上、大法官の立場がドイツの判決にいう価値秩序と一致するかどうかはともかくとして、大法官解釈には「価値秩序」を用いて基本権の規範性を強化するものがよくみられる。たとえば、司法院釈字第392号解釈において、「憲法は、静止的概念ではなく、持続および繰り返し更新されうる国家を形成し、国家が成長する過程において、憲法条文の抽象性のゆえに、現在の状況に応じた法の選択を行う際に、時代の変遷に伴う問題を排除できない。歴史から憲法規範性の意義を探ることは必要であるとはいえ、憲法規定自身が機能作用およびその使命を負うのに対して、その価値秩序の決定に合致させるために全体の法秩序からの価値判断を行わざるをえない」と述べた。したがって、大法官の憲法解釈は、原意主義にこだわらず、価値概念を用いて憲法ないし基本権の機能を社会変遷にあわせて、あらたに法の適用方法を探る方法を取っている。最近の司法院釈字第657号における葉百修大法官の補足（協同）意見書においても、「人民の憲法解釈の申請は、人民の基本的権利の保障および憲法価値秩序の維持という二種の意味を有している」と述べている。

また、平等原則に関する司法院釈字第485号解釈、490号解釈、526号解釈、584号解釈、596号解釈、605号解釈、614号解釈、618号解釈において、大法官は、いずれも「憲法７条の平等原則は絶対的、機械的、形式的平等ではなく、人民の法律上の地位の実質的平等を保障するものであり、立法規範は、憲法の価値体系および立法目的に基づき、物事の性質の差異を考量し、合理的な差別取扱を行うことができる」と述べ、「憲法の価値体系」を立法者が追求する実質的平等の正当性の基礎および従うべき規範的な限界に位置づけたことから、いわゆる「価値体系」は、立法者が行う差別取扱の判断基準となる[107]。したがって、生存権にかか

[106] 司法院釈字第656号解釈（2009．４．３）陳春生大法官補足意見書注二

[107] 黄舒芃「價值在憲法解釋中扮演的角色－從司法院釈字第617號解釋談起」廖福特編『憲法解釋之理論與實務第六輯（上冊）』（中研院法律所・2009年）194-

わる平等審査は憲法が設定した価値決定を尊重したうえで行われるべきである。これによって、民生福祉原則（社会国原理）ないし基本国策の規定が、社会正義と財の再分配を重視し、「弱者層を保護する憲法価値」を含め、その規範性を強める機能を有することになる。

許宗力大法官は、司法院釈字第578号解釈の補足意見書において、違憲審査基準の選択について、「いつ厳格審査基準を採用するか、いつ緩やかな審査基準を採用するかについては、多くの要素を考量すべきである……係争対象法律が関係する基本権の種類、基本権の干渉の強度、憲法が提示する価値秩序等は、違憲審査基準の選択に影響する」と述べ[108]、最近の司法院釈字第666号解釈における補足意見では[109]、抽象的な社会善良風俗の内容について、「社会多数者に広汎に認められた社会風俗は、憲法価値体系のチェックを通過するとは限らない」、「善良風俗の内容が何かという認定を行うのは、たしかに立法者のほうが憲法解釈者

195頁。

[108] 李震山大法官は、大法官司法院釈字第639号解釈（2008年３月21日）の補足意見でも、「違憲審査基準の厳格度は、係争の法律にかかわる基本権の種類、基本権の干渉の程度および憲法が人身の自由を保障しているという価値秩序等の要素を考慮しなければならない」と述べている。

[109] 許宗力大法官は、大法官司法院釈字第666号解釈（2009年11月６日）の補足意見において、「社会における善良は風俗の意味は、きわめて抽象的で曖昧なものである。しかし、立法者が保護しようとしている善良な風俗の具体的内容や、それが憲法の価値秩序に適合しているかどうか……を（大法官が）追究しないならば、……立法目的の合憲性を審査しないことと同様である」とし、以下のように述べている。すなわち「多数の人々によって広汎に認められた社会の風俗であっても、憲法の価値秩序に適合しているとは限らない。ある道徳観念が憲法の価値秩序に適合していたとしても、国家が刑罰権を行使してその道徳観念に反する行為を取り締まることが許されるわけではない。そこでは、あくまでも具体的な法益が侵害されたかどうかを審理しなければならない。自由社会は、人々に相互に寛容であることを要求している。その意味において、道徳的価値観が異なる者が隣人になることを受け入れなければならない。たしかに、司法府よりも立法府の方が、現在の善良な風俗の内容が何かを明らかにするのに適切である。しかし、憲法の客観的な価値序列に着目するならば、善良な風俗の道徳的内実が国家権力を行使する正当性の根拠となっているかどうかの弁証は、司法府の避けられない責務である」。

よりも適切である。しかし、憲法の客観秩序に着眼して、善良風俗の内実が国家権力の行使の正当性基礎になるかどうかの弁証については、憲法解釈者に避けられない責務である」と述べ、憲法価値秩序の違憲審査機能を発揮することを試みた。

そのほかにも、大法官は、司法院釈字第585号解釈において、「憲法解釈の目的は、民主憲政（立憲主義）国家の憲法の最高規範たる地位を確保し、人民の基本的権利の保障および自由民主的な憲政秩序などの憲法基本価値の維持に対して、拘束力がある司法判断を行うことにある」とし、また、司法院釈字第603号解釈において、「人間の尊厳および人格の自由な発展を尊重するのは、自由民主憲政秩序の核心価値である」と述べ、憲法価値の説明を通して憲法規範の拘束力を強調し、その内実を具体化した。このように、黄舒芃は、大法官のこのような「価値」にコミットする宣告を通じて憲法条文の規範性と指導的な地位を強化する解釈方法を「規範志向の価値宣告」であると分類した[110]。この「規範志向の価値宣告」により、台湾の大法官は、憲法上の「弱者保護の価値」に基づき、社会的・経済的な基本秩序を拘束するはずである。したがって、生存権領域の司法審査において大法官は安易に無審査的な立法裁量論を持ち出すべきではなく、憲法価値に符合した方向を示すべきであると思われる。

ｄ．国家の保護義務

周知のとおり、基本権の保護義務機能（gurndrechtliche Schutzpflichte）は、ドイツの判例および学説に由来するものである[111]。簡単にいえば、

---

[110] 黄舒芃によれば「規範志向」の価値宣告に対して、立法者が確認した「社会共通価値」＝「立法価値」を着眼した解釈方法（例えば司法院釈字第617号解釈）を「現実志向の価値」宣告と言う。現実志向の価値宣告は常に少数者の価値観を軽視るし、立法裁量論に流れやすいから、憲法・基本権が立法権も拘束する最高規範性の拘束力を避けようで、あやまった解釈方法であると考える。黄・前掲注（107）201-220頁。

[111] ドイツ連邦憲法裁判所は、1958年のリュート事件判決において基本権の客観法的機能について言及して以降、1975年の第１次胎児判決、1993年の第２次胎児判決において「国家の基本権保護義務」という法理を展開した。この法理は、同裁判所裁判官からも批判（たとえば、第１次胎児判決において、ブルネッ

国民は、基本権を根拠として、基本権が保障する法益を国家に請求できる。とりわけ、「他人による侵害」（広義には、自然・人為的な災害ないし国家による危害）に対して、国家は私人領域に介入して保護を求められるから、この保護義務は、主に「私人（基本権の侵害者）―国家（基本権の保護者）―（基本権が侵害された）私人」の三極関係を処理するものである[112]。そのため、この保護義務は、「基本権の私人間効力」に類似しているといえるが、その保護領域を自然災害または国家による危害にまで拡大することが可能であるなら、民事訴訟を通じて基本権を間接に第三者に適用する方法とは異なっている。また、保護義務論は、主に国家権力に保護を請求するから、防御権機能的な「過度禁止原則」または「比例原則」を適用するほか、ドイツ連邦憲法裁判所も「不足禁止原則」という新しい審査基準を発展させてきた。すなわち、立法者は衝突する基本権の法益および侵害された種類と程度を考慮したうえで適切か

ク（Brunneck）裁判官とシモン（Simon）裁判官は、保護義務の主観性を認めるならば基本権の本来の機能を倒錯させることになる、と批判している）されているものの、90年代になって定着してきた。憲法裁判所は、基本的に立法府の形成の自由（立法裁量）を尊重しつつ、人身の自由の核心に関わる場合や、基本権を実現するために具体的立法が必要な場合に限り、国家がその保護義務を履行しなければならない、と考えており、国家がこのような保護義務を履行しない場合に司法審査の対象となる。ドイツの理論について、詳しくは小山剛『基本権保護の法理』（成文堂･1998年）を参照。ドイツのシュタルク（Christian Starck）は、基本権条項または基本権機能から保護義務を導き出せると述べている。すなわち、①ドイツ基本法第１条１項（人間の尊厳）「これを尊重し保護すること、すべての国家権力に義務づけられている」の規定から保護義務を導き出せる。そして、厳格定義された人間の尊厳の範囲内で、その主観的権利の性質を認められる。また､基本法第６条(婚姻､家族､母および子の保護条項）にも、保護義務を導き出せる。②憲法が保障する法益が第三人による侵害を免れるために、国家がそれを保障しなければならない。したがって、基本権の機能や作用から、包括的な国家の保護義務が導き出される。ただし、この義務に対応した主観的な保護請求権はない。Christian Starck「基本権利之保護義務」（1995年10月台湾政治大学での講演）（李建良訳）李建良『憲法理論與實踐（一）』（學林・2003年）132-133頁。

[112] 張嘉尹「違憲審査中之基本權客觀功能」月旦法學雜誌第185期（2010年10月）23頁。

つ有効な保護措置を取らなければならない。司法審査を行う際に「不足禁止原則」を採用すれば、立法者に求められる適当かつ有効な保護措置は、細心の事実調査と支持しうる評価に基づかなければならないことを意味しているから、実際には、中間的審査基準を適用したものであるとされる[113]。

一般的に、保護義務論は、給付請求権機能と同じように国家に積極的な作為を要求するが、国家と私人間の「三極関係」と国家対個人の「二極関係」という差異がある。許育典によれば、給付請求は、現実の生存維持を重視するため、社会国原理に関係するが、保護義務は、社会契約論によって公権力を独占した国家には国民を保護する義務がある、という思想から出発し、国家は相互の利益を衡量するから[114]、危険の防御および（自由的）法治国家原則に関係する[115]。しかし、現代のリスク社会のもとで生存保障を図るためには、なにが社会国原理にかかわり、なにが法治国家にかかわるのかを容易に区別できるわけではない。

大法官は、現在まで解釈文または解釈理由書において「保護義務」を明言していないが、司法院釈字第364号において、「メディアおよびテレビで意見を表現することは、憲法11条が保障する言論の自由の範囲に属する。この自由を保障するために、国家が電波の使用について公平で合理的に配分をすべきである。人民の平等な『マス・メディアにアクセスする』権利に対して、マス・メディアの編集の自由を考慮したうえでそれを尊重し、そして、法律によって定められてはならない」と判示した。学説は、これを言論の自由権「保護義務機能」と「組織と手続保障機能」の意味であると解している[116]。社会給付・生存権について、かつて大法

[113] 張、同上24頁。

[114] 亘理格は、「基本権保護義務は切り札としての優越的機能を果たすことが期待されるのではなく、……比較衡量過程を通して適正に考慮されるべき憲法上の客観的価値として位置づけられるにとどまるように思われる」と述べた。このように、保護義務の内容の具体化について、立法者は広汎な立法裁量を有しているとされる。亘理格「参入規制緩和と生命・健康そして生存権－タクシー事業を題材に」法学教室第335期（2008年８月）46頁。

[115] 許・前掲注（102）を参照。

[116] 張嘉尹「違憲審査中之基本權客觀功能」月旦法學雜誌第185期（2010年10月）

官であった許宗力は、基本国策である憲法153条の「労働者および農民を保護する政策を実施しなければならない」という規定を国家に弱者を保護する義務を課するものであると解した[117]。その後、司法院釈字第596号解釈[118]における許宗力＝許玉秀大法官反対意見は、「差別的取扱が社会政策にかかわる場合、機能最適の考慮に基づき、原則的に緩やかな審査を行うべきであるが、……退職者の生存権の保障にかかわるならば、緩やかな司法審査は許されない。また、憲法153条にも、国家が労働者の生活に対する特別な保護義務を有することが明らかになっているから、この憲法の特別な保護義務に基づき、緩やかな審査ではなく、より厳格な平等審査を行うべきである」と述べ、基本国策の国家保護義務を生存権と結びつけ、平等の違憲審査基準を引き上げることを試みた。

最近では、司法院釈字第655号解釈[119]の反対意見書において、陳新民大法官は、「国家は、『公共の利益または人民の生命、身体、財産等の権利』と密接な関係を有する職業に従事する者がなした業務の品質を監理する義務を負うべきである。これは国家の人民に対する『保護義務』であり、司法院釈字第453号解釈の理由書でもそれは認められている」、「本件解釈を申請した者の職業である記帳士は、本件係争対象法律が制定さ

27頁。

117 許宗力によれば、国家の基本権保護義務の根拠として、社会契約論の他に、「およそ人民のその他の自由及び権利は、社会秩序及び公共の利益を妨げない限り、均しく憲法の保障を受ける」という中華民国憲法22条があげられる。22条は、必要ならば法律によって人民の自由および権利を制約してもよい、というもので、必要な範囲内で自由および権利を制約する権限を国家に授けている、と解されている。また、憲法153条の基本国策条項も、雇用者から労働者、農民、女工および童工等を保護する義務を国家に負わせている。許・前掲注（96）192-193頁。

118 大法官司法院釈字第596号解釈（2005. 5.13）。公務員退職法４条には「退職金を受領する権利を留置、譲渡し、あるいは担保とすることはできない」と規定されているが、労働基準法には同様または類似の規定がないことから、本件では、公務員退職法4条の規定が平等原則に違反するかどうかが争点となった。多数意見は、立法裁量論に基づいて平等原則に反しないと判断した。

119 司法院釈字第655号解釈（2009. 2.20）。本件では、2007年７月11日に修正された記帳士法２条２項が違憲とされた。

れる前からすでに存在し、歴史を有する職業であり、法律により納税もしているから、その資格は国家によって保障されるべきである。仮に、国家が重要な公益の考量に基づき、それを国家試験の範囲にするならば、その後の業務執行者の『生存』および『生計を立てる能力』を適切に計画するのも国家の『保護義務』である」と述べ、生存権保障制度の創設を国家の保護義務であると明示した。また、司法院釈字第683号解釈[120]の陳新民大法官反対意見では、基本国策の憲法委託および国の保護義務に基づき、立法者は最低限の積極的な保護措置を取らなければならないことを説明した。すなわち、陳大法官は、憲法153条１項、憲法155条前段、憲法増補条文10条８項の社会福祉政策に関する規定を憲法委託であると明言した多数意見に同意した。しかし、憲法委託は拘束力があり、立法者に一定の積極的な作為を促す憲法「訓令」として、立法者には当該委託された制度を実現する義務がある。そして、憲法委託の内容が明確な場合に、ドイツの学界が強調したいわゆる「明白の留保」（Evidenz-vorbehalt）があるならば、立法者に立法が義務づけられる。前述の基本国策条項は、労働者保護に関する法律と政策に対して、立法者がそれを軽視したりそれに違反したりしてはならない、という憲法義務があることを明確に肯定した。したがって、この憲法委託条項は、立法者に一定の「行為義務」（Handlungspflicht）を課すとともに、不法行為法上の注意･配慮義務および保護義務（Schutzpflicht）も生じさせる。立法者がこの義務に違反した結果権利が侵害された国民は、憲法解釈規範によって救済を求めることができる。そこで、立法者の不作為ないし「規範不足」のような不完全な作為によって憲法委託が侵害される場合には、憲法解釈機関がそれを是正することができる。本件の「労働保険法は、まさに人民の財産法益を保障する典型的な法律（労働者給付財産権）であり、行政機関は、給付義務を含む保護義務を履行しなければならない」。それゆえ、国が給付義務を履行していない場合、憲法委託の効力を実質に失わせたと同然であるから、憲法解釈機関が何らかの救済

[120] 司法院釈字第683号解釈（2010.12.24）。本件では、労働保険の現金給付が遅延されたにもかかわらず、遅延給付利息が支給されなかったことについて、合憲性が争われた。

を行い、その権利の実現を促進するべきであると考えられる。

現在、基本権の保護義務機能は、「ヨーロッパ憲法学界の公共財」と呼ばれるほど普遍的に受け入れられてきている[121]。しかし、台湾と日本の憲法には、ドイツ憲法と異なり、生存権の規定があるから、ドイツ流の保護義務論を導入するならば、むしろ、戸波江二の指摘する通り、「国家による人権の積極的・実質的な保障」という理論的共通性に基づき、「生存権についても、『人間として生きることができない』という生存権の侵害が生じている場合には、国家はそれを救済する義務を負い、さらには、市民一般が人間らしく生きることできるように、配慮する義務を負うべきである[122]。したがって、基本権の保護義務機能は、台湾における生存権保障のために、少なくとも以下の４点で発展させるべきである。①社会権の地位を引き上げること（自由権と同様に権利の保障と救済の両面性を重視する）、②「国家―一般国民―社会的弱者としての国民」という広い意味での保護義務の三極構造を成り立たせること（たとえば、社会連帯に基づいて、社会保険料や税金から社会保障の財源を有効に集める）、③違憲審査基準を引き上げること（すなわち、立法者の広汎な裁量権を認めたとしても、場合によって「不足禁止原則」のような保護義務論を用いてより厳格な審査基準を適用する類型を探る）、④生存権の実現を促進すること（基本国策を生存権と結び付け、主観的権利とし

[121] ヨーロッパ基本権憲章51条には、「機関、組織または他の連盟組織」は基本権を尊重する義務のみならず、基本権を「促進」する義務も負う、と規定されている。したがって、ヨーロッパでは、基本権を保護するだけでなく促進させることも、基本原則として支持している、といわれる。Klaus Stern（蔡宗珍譯）「基本權保護義務之功能－法學上的一大發現」月旦法學雜誌第175期（2009年12月）50-51頁。

[122] 戸波江二「憲法学における社会権の権利性」芹田健太郎等『国際人権規範の形成と展開』（信山社・2007年）388-389頁。また、日本の小田急線連続立体交差事業認可処分取消の最高裁判決（2005.12. 7 民集59巻10号第2645頁）において、藤田宙靖裁判官は、生命・健康等の憲法によって保障された権利に基づき、国（行政庁）は、今後国民の生命・健康等を侵害する重大なリスクがある場合、そのリスクから国民（周辺住民）を保護すべき義務を負っている、と述べた。このような「リスクからの保護義務」という概念は、現代のリスク社会における「国家の責任」を明らかにするものである。

て司法審査または国賠訴訟を通じて権利の確定ない発展を促す)。

ｅ．拡張された制度的保障

ワイマール憲法期に由来する制度的保障理論は、一般的に、権利・自由の保障と密接にかかわる伝統的な「制度」に対して客観的な保障を与え、立法によってもその核心ないし本質的な内容を侵害することができないとするものである[123]。それは、当時の基本権が立法権を拘束しない「伝統的な法律の留保」の考えのもとで基本権に属する制度（たとえば、婚姻、家族、大学の自治、政教分離、私有財産制度など）が立法者によって恣意的に支配されることを避けるために提示された「過去の制度の存続を保護する理論」であるから、歴史的な背景がある[124]。現在の基本権には、立法権を含む全ての国家権力を拘束することが普遍的に認められている。そこで、現在の制度的保障は、既存の重要な制度の廃止・変更の禁止を立法者に要求するのみならず、立法者が基本権･自由権を保護･実現するための「必要な制度」を作る義務があるという「未来への保護」までに拡張されている[125]。

---

[123] 芦部信喜『憲法』（有斐閣・2007年）84頁。

[124] 周知のとおり、制度的保障を最初に体系化したのは、カール・シュミット（Carl Schmitt）である。シュミットは、「制度」と「基本権（自由）」の区別を強調し、憲法解釈をとおして、憲法によって制度が直接保障されているとし、立法府は基本権に拘束されないという通説を打破しようと試みた。李建良「論學術自由與大學自治之憲法保障」『憲法理論與實踐（一）』（學林・2003年）160-161頁。

[125] たとえばヘーベルレ（Peter Häberle）は、社会的事実の変動に応じるため、個人の権利と制度は基本権全体（Gesamheit der Grundrechte）として保障されるべきで、「基本権と制度の一体化」を主張している。したがって、主観的な個人の権利の他に、実際に生活を保障している客観的な制度（法律上の契約、財産、相続の秩序、現存する婚姻、家庭、結社、集会、労働同盟等）も憲法上の制度として保障されるべきであり、国家が基本権を保護し、法秩序を維持するため、自由権に対しても国家の積極的な厚意が求められる。実務上、ドイツの連邦憲法裁判所は、出版の自由（BverfGE 20,162,175.）、私立学校を設立する権利（BVerfGE 6,309,355）、学術の自由（BVerfGE 35,79,102）、芸術の自由（BVerfGE 30,173,188）等を制度的保障だとしている。陳春生「司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討」『憲法解釋之理論與實務（第二輯）』

大法官解釈ではじめて制度的保障に触れた解釈は、大法官司法院釈字第368号解釈の吳庚大法官の補足意見である。吳大法官の補足意見によれば、「憲法が保障する各種の基本的権利は消極的に公権力を防止する防御権――各種の自由権――であろうが、あるいは、積極的に国家にサービスまたは給付を要求する受益権――社会権がその典型的な権利――であろうが、国家がそれを実現する任務を負う。この任務を達成するために、国家は各権利の性質に応じて、社会生活の現実および国家の全体発展の状況に照らして、適切な制度的保障を提供する。制度保障機能に確認されたもの、および、憲法の権利条項からの体系論的な解釈を通じて、各基本権の保護領域を構成し、この範囲内で保障された事項は基本権構成要件および保障内容といえる」と述べ、制度的保障論を通じて基本権の給付機能を肯定した[126]。そして、この「国家に制度的保障の提供を要求する給付機能」を基本権の保護領域（保障範囲）の画定に結びつけ、各（すべての）基本権に拡大した。つまり、制度的保障が客観的機能とされても、制度の核心・内実が確定できるならば、基本的人権の主観的側面の保障範囲も明らかにされるから、立法者の不十分な制度形成は、基本権の侵害となり、司法審査を通じて是正できると思われる。このように、吳大法官の制度的保障概念は、「限定」された特殊の基本権に対して「立法者」がそれを形成する本来のドイツの制度保障概念を「すべて」の基本権がその制度上の需要があり、そして、その制度の形成について「憲法解釈機関がやむを得ない責任がある」とさらに拡張した[127]。

その後、大法官は、司法院釈字第380号解釈において、「憲法11条の教授の自由〔講学自由〕の規定は、学問の自由〔学術自由〕の制度的保障

291-292頁。吳・前掲注（32）121-122頁。

[126] もっとも、吳大法官は、自由権と社会権の法的性質について、自由権を防御権とし社会権を受益権としているが、許宗力は、「生存権、勤労権、教育を受ける権利等、伝統的に典型的な『受益権』であっても、防御権的機能がないわけではない（司法院釈字第191、206、263号解釈を参照）」として、基本権の法的性質を相対的に把握している。許・前掲注（96）188-189頁。

[127] 程明修「憲法保障之制度與基本權之制度性保障－兼論基本論客觀內涵之主觀化」廖福特等編『憲法解釋之理論與實務（第六輯）』（中研院法律所2009年）351-353頁。

である」、第450号解釈において、「大学の自治は憲法11条の教授の自由〔講学自由〕の保障範囲に属し、教授の自由〔教学自由〕、学習の自由に関する重要な事項はすべて大学の自治の項目である」と述べ、学術の自由を制度的保障と解した。また、司法院釈字第384号解釈（人身の自由）、第386号解釈（財産権）、第396号解釈（審級制度）、第536号解釈（地方自治）、第554号解釈（婚姻制度）、第601号解釈（裁判官の独立）、第620号解釈（婚姻と家庭制度）において、制度的保障の範囲を大幅に拡大した。

大法官は、制度的保障をさかんに引用するが、現在では本来の（ドイツの）制度的保障論をはるかに超えたものとなっており、その内実が判然としないだけでなく、上位規範としての安定性も見られないようである[128]。そこで、制度的保障に対しては学界からの批判が少なくない[129]。生存権に関する制度的保障の解釈はまだ見られない。しかし、憲法解釈の安定性、説得性を強化するために、李建良の言う通り、制度的保障が保護する核心の内実をどのように判断するのかは、最終的に比例原則、利益衡量に戻って判断されるべきであると考えるならば、制度的保障には実際にはなんの機能もない。そして、基本権を実現するために国家に何らかの制度を要求したい場合には、基本権の給付機能を用いるだけで十

[128] 程・同上362頁。

[129] 人権よりも制度の方が優位なのは明らかであるから、制度的保障は、人権保障を弱体化させる危険がある、といった従来からの批判だけでなく、台湾の歴史、文化ないし憲法構造に基づく批判も少なくない。台湾では、1987年に戒厳令が解かれるまで、出版の自由は実質的に保障されていなかったし、大学の自治も1994年に大学法が制定されたことによってようやく実現した。また、ドイツのように制度的保障を基礎づける条文が憲法に明記されていない。台湾における制度的保障の概念は、ほとんどが大法官の解釈によってもたらされたものである。そして、制度的保障の概念には、保護義務といった基本権の客観的法機能と重複するところが多いため、その実益はかなり乏しいともいわれている。陳愛娥「基本權作為客觀法規範－以組織與程序保障功能為例檢討其衍生的問題」李建良・簡資修編『憲法解釋之理論與實務第二輯』（中研院中山所・2000年）252-253頁。張嘉伊「基本權理論基本權功能與基本權客觀面向」『當代公法新論（上）』56-57頁。

分であるから、制度的保障の概念を提示する必要がないだろう[130]。憲法の文言を見れば、生存権に関する基本国策条項を制度的保障と解する余地がないわけではないが、憲法15条の生存権条項については制度的保障であるとはいえないだろう。また、生存権保障の理念として、最低限度の生活保護にとどまらず、尊厳ある生活を常に向上させる義務があることを認めようとするならば、制度的保障理論を引用すれば逆に害があるように思われる。なぜなら、制度的保障の核心が大法官によって確定され「絶対的」な保護となる場合、立法者さえも改正できないようになるからである。つまり、それぞれの解釈の案件自身には影響がないかもしれないが、解釈後の熟議ないし社会改革をもたらす契機を失うという欠点があるからである[131]。このような意味で、制度的保障は、実際には、憲法解釈機関が自ら立法者ないし国民との憲法対話のルートを絶つような理論であるから、生存権保障の向上に有益な理論とは言い難いだろう。

近年、台湾の学者と大法官は、基本権の機能論を活発に議論している。生存権保障の角度から見れば、ドイツ法のように基本権の多重的機能を発展させ、給付機能、保護義務機能などの（場合によっては主観化しうる）客観法を通じて国家に何らかの積極的な行為を求めることができるかもしれない。しかし、それは、現在のドイツ憲法には社会権条項がなく、社会国原理や人間の尊厳を用いて個人の真の自由を実現するための自由の条件と解されてきた。この迂遠な方法は、理論的な構築が複雑で、国民の権利意識を培うのに困難が増すだけでなく、社会権の発展性、すなわち、生存権の向上義務を国家が有していることを強調しにくいよう

---

[130] 李建良基于權的理念變遷與功能體系－從耶林內克身分理論談起（下）憲政時代第29卷第２期、194-196頁。許志雄「制度性保障」月旦法學教室別冊３―公法學篇（元照・2002年）79頁。

[131] 楊智傑は、大法官による制度的保障論について、以下のような問題点を指摘している。すなわち、①大法官は、中華民国憲法に根拠がないにもかかわらず、ドイツの学説・判例を継受して、憲法の本来の意味を大幅に変更した。②制度的保障の概念によって、大法官がある重要な制度の核心的内実を確定してしまうと、立法府がそれを永久的に修正できないということは、方改革を阻害する。楊智傑「制度性保障說理模式對社會改革的阻礙（上）（下）」台灣本土法學第60期（2004年７月）22頁以下、台灣本土法學61期（2004年８月）５頁以下。

に思われる。また、客観法の枠組みにおいては、国家の行為はあくまでも広汎な立法裁量を尊重したうえで要求されるから、その保障はおそらく最低限度にとどまると考えられるだろう。台湾憲法の文言に戻ると、生存権条項および基本国策の規定があるから、上述のような基本権の多重的な機能論を継受して展開させるとしても、憲法15条の生存権条項と結びつけ、台湾憲法の文言、歴史・文化にふさわしい生存権理論を発展させるべきではないだろうか。

⑷　複合的・主観的権利としての生存権

生存権は現在の資本主義社会における個人の尊厳と自由を確保し、社会的法治国ないし福祉国家の重要な憲法上の基本原則のひとつであり、その最も顕著な特徴はその分配機能にある。したがって、このような請求権的側面を正当化するためには、憲法上の根拠が必要となる。

ａ．積極的な生命の保障

最低限の生存保障の原点は、生命の確保（生命権）である。それは超憲法的な自然権概念であるので、憲法に明記されているか否かを問わず、生命への脅威を排除することは当然に基本権の核心概念である。現在の資本主義社会における非個人的な要素、貧困、失業等の社会構造上の問題は、すでに社会的・経済的な弱者の生命を脅かしているので、生存権はこのような脅威に対抗して、個人の自立と尊厳を図るものである。ほかの人権と同様に、生存権は積極面と消極面を持ち、その概念は広義で多様なものであるが[132]、その根本的な核心は、個人の尊厳の価値にある。国家には、個人に対して、「人々が尊厳をもって生存しうる最小限度の前提条件」を保障する義務がある。その義務とは、国家が積極的に介入して保護する意味である。もっとも現在の社会構造の変化、核家族化、少子高齢社会のもとでは、伝統的な社会扶助の功能が以前ほど強くなく

[132] 阪本昌成は、生存権を以下のように区分している。①最広義：人格自由の発展に欠けない社会的、経済的、文化的な権利（例えば余暇権、文化生活権、健康権、環境権等）。②広義：社会保障受給権。③狭義：社会保障及び公的扶助等の所得保障。④再狭義：公共扶助の所得保障。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1996年）310-311頁。

なってきている。この際に福祉が市場化となる傾向を食い止めるために、国家の責任を強調すべきである[133]。このように、いわゆる最低限度の生存を営む権利が、真の基本権であることは疑いことはなく、それ自身は具体的、現実的な権利であるので、人民は具体的な請求権を有する。また、生存の原点たる生命的、生理的なものが脅かされたとき（たとえば、飢餓残弱等により生活ができない）には、その権利の損害は回復しがたいものであり、時間的な緊急性に迫られ、ほかの政治的アプローチを通じて折衝することが難しいことに鑑み、その際の請求権に対しては、さらに強力かつ迅速な司法救済ルートを考えざるをえないであろう。この中には不作為の違憲確認訴訟を含むだけではなく、金銭給付の請求、立法の請求、行政に対する給付請求、立法裁量と行政手続に対する統制もあわせて考えなければならない。とりわけ、生存権の核心における人間に値する「最低限度の生存」の権利を強く保障すべきである。すなわち、生存権の多義性に直面し、その権利が過度に拡散して本来の保障効果が失われることを防ぐために、生存権の核心たる最低限度の生存を営む権利は、最も厳密に保障されなければならない。

ｂ．最低限度の生活保護

生存権には、基本的人権として当然その限界（保障の範囲）がある。日本国憲法25条を例にすると、その保障する「権利」は「健康で文化的な最低限度の生活」という文言が明記しているように、その保障範囲は単に最低限の生存を維持するだけではなく、健康かつ文化的な生活を維持しなければならないことを意味していることになる。その意味は生存権条項が持つべき妥当な保障内容を適切に表現しているといってもよい。しかし、「健康で文化的」な生活とは何であるか、また、「最低限度」の生活はどのような意味をもっているのかという問題に対する解釈の相違によって生存権の法的性質に影響する。

一般的に、最低限度の生活保障は、生存権保障における最も基本的な要求である。これは、原始的な給付請求権であり、人民の生存権から直接導き出せるものである。そして、人々の尊厳ある最低限度の生活を保障するために、国家は必要なときに一定の金銭やサービスを提供しなけ

[133] 大須賀明「福祉裁判と憲法学」法律時報68巻６号（1996年）101頁。

ればならない。それは社会権の積極的な本質に適合するためであるので、国家は最低限度の生活水準を画定すべきである。また、それを人々の生活リスクの最低限の安全措置として、その水準以下に陥った人々に対して救助の義務を負う。すなわち、公的扶助の主要な概念であり、それも生存権の段階的発展の原点である。しかし、問題は生活水準の内容について、「相対的確定説」と「絶対的確定説」という意見の対立があることである。相対確定説によれば、国家財政、低所得層の生活水準、国民感情等の不確定な諸政策的な要素を考える上で、客観的な水準は画定しがたいと認める。それに対して、絶対的確定説によれば、一定の時期において、当時の社会生産能力の水準、国民所得の水準、生活水準、及び社会文化の発達の程度等の要素を総合的に考慮して、この水準は相当の程度確認されうる[134]。後者の説のほうが妥当と思われる。なぜなら、生存権の角度からみれば、社会国を標榜する憲法においては一定の基準に基づき、各種の給付保障を実施することが予定されていると考えられるからである。そして、生活科学の研究、国民の権利意識および福祉文化の深化にともない、客観的な最低生活水準の確定について問題が起こりにくいだろう。したがって、生存権における最低限の生活の保障について、その水準が相当に確定できれば、具体的権利説は確立されうる。ひいては、立法不作為の違憲確認訴訟の際に、国家が立法をなすべきかどうかという判断の基準となる。

ｃ．より快適な生活の追求

国は人間に値する尊厳ある生活という生存権を保障しているが、社会が備える条件と能力によってその保障の範囲は当然に異なる。基本的に、その段階性によって漸進的に目標に達して、さらに、健康権、住宅権等の新しい人権への発展の基礎となる[135]。

---

[134] 朝日訴訟第１審判決は、保護基準の設定を覊束行為だとした。杉村敏正「生存権の性格－朝日訴訟」別冊ジュリスト44号（1974年）181頁。藤井俊夫「憲法二五条の法意」ジュリスト『憲法の争点第３版』（1999年６月）152頁。

[135] 河野正輝は、日本国憲法25条１項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の保障には、自立支援等の福祉サービス保障、住宅保障、教育保障が含まれており、また、第２項にいう「向上増進」の責務には、社会復帰のための自立支援や社会統合含むべきという点に注意する必要があると思われる。河野正輝「社

さて、いわゆる「健康で文化的な最低限度の生活」保障とは、文字どおり、健康な生活、文化的な生活、最低限度の生活を保障することである。もっとも、「健康かつ文化的」という文言は抽象的にすぎ、また、生存権の保障範囲が過度に拡大されると、人権のインフレ化を招く畏れもあると思われるので、本稿では最低限度の生存権保障とより快適な生活保障との保障効力を区別するために、具体的請求権である最低限以上の生存権保障を「より快適な生活保障」と称する。すなわち、健康で文化的な生活を営む権利をより快適な生活保障と見なし、生存権の段階性の発展に基づき、最低限の生存権の保障範囲を次第に充実させ、より快適な生活保障に属する部分を漸進的に具体的権利へ発展させる。

つまり、生存権の概念は流動的なものであり、核心における最低生存権という権利が絶対的に保障される。したがって司法審査を行う際に、厳格な審査基準を適用すべきであるが、健康で文化的な生活を営む権利は、より快適な生活の保障に当該するので、原則に相対的に保障され、時代、能力及び個々事件の状況に照らして厳格な審査基準を適用するとは限らない。

また、健康で文化的な生活を営む権利は、憲法上明記された権利として、国家は、最低限の生存権を向上させる責務を負い、そして、人間らしい尊厳ある生活を達成する目的を実現するために絶えず努めなければならない。したがって、基本的に、制度後退禁止原則を含み、生存権の「自由権効果」により、事後の法律改正（たとえば、所得の制限）によって実施される保障制度の後退に「対抗」する。

このような社会権における「憲法上の既得権の保護効果[136]」に関して、抽象的権利説に立ち、生存権を具体化するような法律制定が憲法上要求される。法律が存在しなければ訴訟を通じた実現が不可能であることに対して、法律はいったん制定されると粛々と憲法に一体化すると考えら

会保障法の目的理念と法体系」日本社会保障法学会編『21世紀の社会保障法（講座社会保障法第１巻）』（法律文化社・2001年）29頁。

[136] 鳥居喜代和「年金訴訟における憲法二五条論の動向」立命館法学159・160号（1981年）710頁。小山剛「生存権――生活保護基準額の見直し」法学セミナー593号（2004年５月）24頁。

れるから、当該法律が賦与した権利は原則的に憲法の地位を持ち、その結果、平等原則によるチェックを受けることになる。したがって、合理的な理由なくその権利が剥奪された場合、当該行為には違憲の評価が与えるべきである[137]。すなわち、たとえ抽象的権利説の下においても、制定された社会保障制度が廃止されることに対しては、司法府は依然として統制力を有している。

既存の法律が改悪ないし廃止されることを防ぐほかに、健康で文化的な生活を営むような「より快適な生活」の保障は、次の段階の国家の保障義務に属する。国民は国に積極的にその保障制度の向上を要求するほかに、健康で文化的な生活の実現に対する国家の妨害行為を阻止しなければならない。つまり、より快適な生活を追求することは、社会権的側面の保障のみならず、自由権的側面の保障も求められる。国は人民の生活における自由の領域に不当に介入することは許されていないことである。そこで、健康で文化的な生活を営む権利は、伝統的な自律、自己決定等の自由権的側面における生存権様態(生存的自由)を看過できない。さもなければ、社会・経済的弱者に対する生存権保障が無力化し、個人が最低限度の生活を選択することもできないことになる[138]。

ここで、生存権の条項を多層化的に理解し、権利および権力を段階的に解釈を試みる。第１のレベルは最低限度の生存権であり、それは、原始的、核心的な権限発動の要求である。その保障範囲は確定可能であり具体化可能であるので、下位の法律が存在するか否かを問わず最低生存権の具体的権利を承認しなければならない。また、健康で文化的な生活を営む権利レベルは国家による不当な侵害を防御するために権力の消極不作為を要求しうる。一方で、保障水準、範囲を向上させることは法律によって具体化する必要があるとはいえ、生存権条項はそもそも一種の憲法委託なので一定の拘束力を持っている。相対的に言えば、生存権の概念は流通的、そして、社会経済発展、人民の意識等の影響を受けて、段階的な違いによって変化していく。その効果はレベルと段階によって異なり、主に具体的な公益を形成するための目的として、一定の立法形

[137] 内野正幸『憲法解釈の理論と体系』(日本評論社・1991年) 376-377頁。
[138] 藤井俊夫「社会権と自由」ジュリスト884号 (1987年５月) 235頁。

成の空間（健康で文化的な生存権）が許されることから、国家権力を直接に拘束する（最低生存権）まで、実情によって強度相違の拘束力があり、開放的な本質を持っている。

４　憲法規範に基づいた権力の統制

基本権が全ての国家権力を拘束することは、法治国家において当然の理解である。そして、社会権は、国家権力によって人々に実質的に自由な生活を享受させるべく登場したものである[139]。生存権の保障が国家をして福祉国家たらしめるのであり、生存権が憲法に明記されている以上、立法府・司法府・行政府がそれに拘束されることはいうまでもない。立法によって具体化された各種の社会保障制度は、生存権の要請する「義務」に基づいてつくられたものである。したがって、生存権は、立法府に一定の裁量を認めるが、その裁量にも一定の限界がある。つまり、立法および行政の積極的な行為が生存権を侵害している場合、それは司法により是正されなければならない。しかし、立法の不作為や不十分な立法により、人々の生存権が保障されいるとはいいがたい消極的な場合、司法によって実質的保障を確立することはできるだろうか。具体的には、司法府（裁判所）は、立法不作為の違憲確認訴訟の他に、立法を義務づけることができるだろうか。この問題ついては、権力分立原理も踏まえて検討する必要がある。

⑴　立法裁量の克服

法治主義の原理によって、国家は、法律に基づいて権力を行使しなければならない。したがって、憲法において抽象的に規定されている生存権は、法律により具体化され、その法律に基づく行政機関の権限行使により、実質的に保障されることになる。そのために、憲法は、生存権の解釈、具体的内容、社会給付の程度や方法等について、立法府に一定の裁量を認めていると解さざるをえない。しかし、生存権の実質的な保障に照らして、立法府にどの程度の裁量を認めているのかが問題となる。

---

[139] 周志宏「社會權（一）－總論、教育權」許志雄等著『現代憲法論』（元照・2000年）180頁。

逆に言うと、生存権は、現代憲法の人権カタログに必要不可欠なものであり、請求権的性質を有するものであるから、司法府が広範な立法裁量を承認するならば、司法審査の責任から逃避していると批判されてしかるべきであり、生存権が憲法に明記されている意義も損なわれる。したがって、立法裁量の範囲をできるだけ明確にすることが、生存権を実質的に保障するために必要不可欠である。

ａ．立法裁量論の形成

立法裁量とは、「立法に関して、憲法上立法府に委ねられた判断の自由」のことである。「立法をすること自体、その時期、その内容に関わる立法の判断」に委ねられている。そもそも、憲法の条文、とりわけ権利保障規定は、抽象的に記されており、その内容については、多かれ少なかれ解釈の余地が残されている。したがって、憲法が立法府に一定の裁量を認めていることについては異論がない[140]。しかし、それぞれの権利保障規定についてどの程度の裁量が認められるかは、やはり問題として残されているだろう。立法裁量は、憲法の限界の画定に関わる問題であり、浦部が指摘するように「実体的な憲法解釈の問題」である[141]。立法府の権限が憲法により付与されている以上、その権限の範囲も憲法により制約されることはいうまでもない。立法の作為にせよ不作為にせよ、その裁量は、憲法が許容する範囲においてのみ認められ、その範囲を逸脱した立法は、違憲無効となる。

他方、立法裁量「論」は、立法の司法審査について、国会の広範な能力と国民主権原理に基づいて、立法府の裁量判断が尊重されるべきだとして、立法目的と目的達成手段の合理性等について、司法府が独自の価値判断を差し挟むことを拒む理論である。しかし、立法裁量論は、そもそも裁判所によって展開された判例法理であり、立法目的および目的達成手段の合理性等について審査することにより、つまり立法府と同様の検討プロセスを繰り返さないようにすることによって、立法府の裁量判

[140] 野中俊彦「立法裁量論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第２巻』（有斐閣1987年）93-94頁。

[141] 浦部法穂『憲法学教室Ⅱ』（日本評論社・1996年）77-78頁。成嶋隆「憲法解釈と立法裁量・立法政策」公法研究66号（2004年）118頁。

断を尊重しつつ司法独自の判断プロセスを確立しようとするものであった。判例法理である以上、裁判所が画定する立法裁量の範囲と、立法府が主張する裁量の範囲とがそもそも異なっていることを前提としているのであって、立法裁量論は、あくまでも裁判所を主体として、立法府の裁量の範囲を確定するための理論である[142]。

しかしながら、裁判所は、実際には立法裁量論により、立法府が裁量権を濫用し、または著しく逸脱したというような「例外的」な場合のみ司法審査をすると判示しているにすぎない。「その例外の存在する可能性がごく小さいことを考えれば、立法裁量事項に対する『司法的統制』はほぼ完全に否定されているということができよう」という批判もあるが、生存権訴訟においても、裁判所がこのような立場を堅持するならば、憲法の生存権条項の裁判規範性が失われてしまうことになろう[143]。

日本国憲法の生存権を具体化する法律の立法過程を例にすると、憲法が施行された当時、生存権を具体化したものとして旧生活保護法が定められ、これにより生存権が保障されると考えられた。しかし、旧生活保護法は、憲法施行前の1946年に定められたもので、内容も国家の義務を認めているものの、その適用条件があまりに厳格で受給内容も不明確であり、近代国家における公的扶助の性質を備えた法律とはいえないものだった。したがって、旧生活保護法によって日本国憲法の新しい生存権概念が実現されるとは到底いえず、むしろ憲法の生存権規定とは緊張関係にあるものであった[144]。

その後、1950年に生活保護法が新たに定めらた。その１条に「この法律は、日本国憲法第25条に規定する理念に基き、国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする」と記されている。この法律によって、ようやく生存権が具体化され

---

142 戸松秀典『立法裁量論（憲法訴訟研究Ⅱ）』（有斐閣・1993年）３-４頁。

143 大須賀明『生存権論』（日本評論社・1987年）265-266頁。大須賀明「生存権のプログラム論と立法裁量論の問題性－堀木訴訟控訴審判決の憲法的問題」法律時報48巻２号（1976年２月）87頁。

144 蕭淑芬「法治国家原理と生存権の保障」台湾図書館所蔵（1997年12月）37頁。

たといえよう。新しい生活保護法が定められてから、生存権と生活保護法は一体として理解され、時代の推移に応じて、立法府は生活保護法を改正している。このように立法府は、社会保障についての法律を立法した以上は、それを適切に維持する一定の責任と権限を有していると理解しうる。したがって、立法裁量が生存権の実質的保障に決定的な影響をおよぼすといえる。

実務上、食糧管理法違反事件において最高裁は、憲法25条の規定について、「国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的発動を『期待する』という性質のもの」という解釈を示した。こうすると、生存権は、期待的権利にとどまり、国家に具体的義務を負わせるものではないとして、広範な立法裁量を認めている[145]。また、堀木訴訟判決においても、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択的決定は、立法府の広い裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」と判示し、立法府の決定を尊重して司法判断を自制している[146]。一般的に、裁判所が広範な立法裁量を認める主な理由は以下の２つである。まず、「最低限度」の基準は抽象的・相対的な概念であって、「健康で文化的な最低限度の生活」に具体的内容を与えるためには、「その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等の相関関係に」おける判断決定が必要である、ということ。そして、国の財政事情を含めた「多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察をそれに基づいた政策判断を必要とする」ということである[147]。

以上の理由は、プログラム規定説が根拠として説くものである。すなわち、立法裁量論は、基本的にプログラム規定説に基づいて、「健康で文化的な最低限度の生活」の程度をすべて立法府の判断に委ねようというものである。立法裁量の司法による統制の程度が生存権理念の実現の

[145] 戸松・前掲注（142）100頁。
[146] 戸松・同上101-102頁。
[147] 戸松・同上103頁。

程度を左右するにもかかわらず、日本の判例に示されている裁判所の姿勢は、生存権についての立法府の判断を追認しているに他ならず、司法統制を放棄しているようなものである[148]。こうして、生存権の具体的請求権を否定するのは、憲法における社会権の具体的効果を否定するも同然ではないか。しかも、プログラム規定説を支えていた当時の社会的経済的事情が既に失われている以上、司法府は、生存権に対する立法裁量を適切に統制する必要がある。

ｂ．立法裁量の限界と収縮

裁判所は、生存権に関する訴訟において、社会福祉行政は多様化・複雑化しており、社会福祉政策の内容や程度については自らの判断能力を超えているとし、立法府の判断を尊重するという立法裁量論を採用して、司法判断を回避している。したがって、立法裁量論の根本的な問題は、立法権と司法権との限界にある。司法府は、果たして立法府の判断を拒否して、自ら貧困者を救済できるだろうか。

立憲主義とは、憲法によって国家権力を制限しつつ、国民に権利を保障し、幸福な生活を営むことを可能ならしめるものである、とするならば、司法府による権利救済に対する積極的行為は、やはり肯定しうるだろう。少なくとも、アメリカの判例において、合衆国最高裁は、立法府の判断にすべて従っているわけではなく、平等保護条項やデュー・プロセス条項等の憲法原理に基づいて、福祉受給者の権利利益を保護するために、個々の事案に応じて厳格な違憲審査基準を適用すると判示している例が少なくない。戸松秀典も指摘するように、「この個別的な厳格な審査のアプローチは、少なくとも日本の社会福祉訴訟に対して採用される余地はある」[149]。しかも、日本国憲法には生存権条項が明記されているのだから、個別的厳格審査アプローチがなおさら採用されるべきである。

このように、広範な立法裁量が認められない理由は、あくまでも憲法による国家権力の拘束という原理である。立法権であれ司法権であれ、その権限はすべて憲法によって賦与されたものであり、当然のことなが

[148] 江橋崇「生存権実現と行政の課題」ジュリスト859号（1986年５月）55-57頁。
[149] 戸松・前掲注（142）94頁。

ら憲法により拘束されている[150]。すべての権限は、憲法規範の「枠」の範囲内で行使されなければならない。たとえ立法府に一定の裁量が認められているとしても、裁量の範囲を踰越した内容の法律を定めれば、その立法は違憲なのであって、必ず憲法規範の「枠」を守らなければならない[151]。つまり、憲法は、立法府に裁量権を賦与している一方で、その裁量権を制限してもいるわけである。法律の司法審査は、人権の内容、種類および立法行為の態様に応じてその審査基準の厳格度を調整すべきであり、立法裁量論に基づいて一律に緩やかな審査基準が適用されることは許されない[152]。また、憲法の抽象的な文言の最終的な有権解釈者は司法府である。したがって、社会福祉立法の司法審査においても、裁判所は立法府による裁量の濫用を防ぐべく、生存権の憲法価値を確認しつつ、自らに課せられた「チェック」機能を果たす他ない[153]。

裁判所は、憲法が「個人の尊厳」に基づいて生存の維持を保障する旨を規定していること、生存権が具体的請求権であることを認め、司法権による立法権の統制機能を果たすべく、不当な立法裁量については是正する必要があるだろう。

さて、立法裁量の統制を生存権の実質的価値に基礎づける他に、「二重の基準論」も立法裁量を統制すべき理由として重要である。憲法に生存権が明記されていないアメリカにおいて、合衆国裁判所は、修正14条

---

[150] 日本国憲法でも、13条の包括的人権の総則規定、31条の人身条項の総則規定、98条の憲法尊重義務規定等をみれば、立法府といえども憲法に拘束されていることは明らかである。したがって、立法府に認められる裁量は、憲法の予定する範囲を逸脱しえない。大須賀・前掲注（143）267頁。

[151] 周・前掲注（31）219-220頁。李惠宗「立法裁量類型化試論」憲政時代第16巻第３期（1991年１月）75頁。

[152] 歐廣南「論「立法裁量」與「司法審查界限」－以日本違憲審查之理論與實務為中心、兼論我國大法官會議有關立法裁量之釋憲問題」憲政時代第24卷第１期（1998年７月）117頁。

[153] 現代における権力分立の本質は、国家権力をその作用に応じて分割して独立させたこと（古典的な権力分立）ばかりでなく、相互に抑制させたことにもある。したがって、権力分立を根拠に便宜的に立法裁量論を用いることは、本来できないはずである。大須賀・前掲注（143）270-271頁。

の平等保護条項等に基づいて、基本的権利理論と疑わしい区分テストを採用し、社会福祉に関する訴訟において、厳格審査を行っている（例えば、Shapiro v. Thompson 判決）。これは、基本権に関する法律の区別に着目して、貧富の差によって区別する法律を厳格に審査することにより立法裁量を統制しようとするもので、「三重の基準」ともいわれる[154]。しかしながら、日本の「二重の基準論」は、自由権を精神的自由権と経済的自由権に区分し、経済的自由権に関係する立法については、精神的自由権に関係する立法よりも緩やかな審査基準を適用すべき、というものであり、生存権は、自由権とは異なるものの、経済的権利であるから、生存権に関係する立法については、やはり経済的自由権と同様に緩やかな審査基準が適用されることになる。したがって、「二重の基準論」という一般的な考えは、立法裁量論と同様に、国家が生存権を保障するための義務を免れる合理性を与える役割を担ってしまっている。

生存権の保障の程度や内容に関する考え方が多岐にわたっていることもあって、生存権を厳格に保障することは不可能だと思われがちである。しかし、社会権の中核的権利として、生存権の法的性質は、受給請求権といる理解に限定されるべきである。とりわけ日本国憲法の生存権条項に明記されている「最低限度の生活保障」という文言は、このような法的性質理解を基礎づけるもっとも重要なものである。憲法に人権を明記するということは、国民に対して諸個人の権利を規定することのみならず、立法府に対して人権保障義務を課すことを意味する[155]。そして、個人の尊厳が認められ、生存が保障されるということは、諸個人にとってきわめて重要な法益である。それは、立憲主義に基づく国家が当然負うべきもっとも基本的な義務であって、立法府が保障するか否かを自由に決定できるような立法裁量事項ではない[156]。したがって、最低限度の生

[154] ここでの立法裁量の制約に限界があることにつき、戸松・前掲注（142）78-79頁。

[155] 奥平康弘『憲法』（弘文堂・1981年）103-104頁。

[156] 周・前掲注（31）223頁。具体的権利説によれば、日本国憲法25条１項に、権利の主体および内容が明確に記されていることから、また、最低限度の生活水準を客観的に確定しうることから、生存権が立法府と司法府を羈束していることは明らかである。したがって、立法裁量の範囲はきわめて限定的である。

活水準の判断も立法裁量事項ではない。その判断における裁量の幅はゼロであって、裁判所による厳格審査が認められなければならないし[157]、立法不作為の違憲確認訴訟あるいは立法義務づけ訴訟等の司法による救済の可能性を拡大しなければならない。

⑵　司法のチェックと救済

「司法は正義の最後の砦である」。司法府は、憲法上の権利についてもっとも慎重に判断する能力を有しており、憲法的価値を維持し国民の権利を実質的に保障する「人権の擁護者」であると同時に、立法府および行政府の権力行使をチェックする「憲法の番人」としての役割を果たさなければならない。一方で、「権利のあるところに救済あり」とは、公法上のもっとも基本的な原則だが、生存権の解釈においては各時代の社会状況等の影響もあって、その原則が軽視され、生存権の主観的権利性が認められず、司法救済の対象とされてこなかった。日本では、生存権の法的性質について具体的権利説が登場したが、立法不作為の違憲確認訴訟ができるというにとどまっており、直接給付請求ができるとしているわけではないため、その実益を検討する必要がある[158]。したがって、生存権を具体的請求権とした場合であっても、立法義務づけ訴訟や行政給付訴訟の可能性を再検討しなければならない。

ａ．司法の立法義務づけ

日本の憲法学説における具体的権利説と抽象的権利説との相違は、立法不作為の違憲確認訴訟を認めているか否かという点に尽き、いずれの説も、三権分立の原理から、司法府が立法府に何らかの立法を義務づける立法義務づけ訴訟は認めていない。したがって、司法は、同様の判決

大須賀明「社会権の法理―生存権を中心として」大須賀明編『生存権』（三省堂・1977年）107頁。

[157] 戸松秀典は、諸判例における立法裁量のあり方を以下のように類型化した。①広汎な立法裁量を認めた判例（サラリーマン税金訴訟）。②狭い立法裁量を認めた判例（衆議院議員定数不均衡訴訟）。③立法裁量論を用いない判例（在宅投票制度廃止違憲訴訟）。司法審査の厳格さについては、当然③がもっとも緩やかで、①がもっとも厳格だということになる。成嶋・前掲注（141）122頁。

[158] 棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）360頁。

を積み重ね、立法府に立法行為を促し続けることで違憲状態の是正を図ることになる。それにもかかわらず立法府が何らの対策も講じないときには、世論による圧力に期待する他なく、さらに国民の権利意識が高まれば、民主的政治プロセスによって立法府に国民の意思を反映させることになる[159]。このように三権分立の原理や国民主権に基づいた民主的政治プロセスを重視して司法審査を慎重に行うという裁判所の態度は、確かに首肯できるものではあるが、社会的・経済的弱者は少数者であることが多く、その意見を政治プロセスに反映させることは、一般的に困難である。また、ひっ迫した窮状にある人々を救済するには、世論の形成や政治プロセスを経た対応を待っていたのでは間に合わない。このように、社会的経済的弱者の政治プロセスにおける劣位性や最低限度の生存保障の緊急性に鑑みれば、司法権の積極的な対応によらなければ、生存権を実質的に保障することはできない。

立憲主義における三権分立の原理は、国家権力の独占が徹底的な人権侵害につながったという歴史的反省に立って、国家権力の濫用を防ぐために採用されたものである。しかしながら、資本主義が拡大するにつれて諸個人間の経済的格差も拡大し、国家と個人との関係のみならず、国家類似の社会的権力と個人あるいは個人と個人との関係においても、人権が侵害されるに等しい多くの問題が生じるようになった。これを受けて、人権保障については国家の権力行使を制約する消極的保障だけでは足りず、国家による保護を請求する積極的保障も必要だとされ、福祉国家化が進んだ。

消極的国家の福祉国家化に即して、すなわち新たに盛り込まれた社会権の保障に対応させるべく三権分立の原理をある程度変更する必要がある。憲法によって権限を付与された３つの権力がそれぞれの権限の濫用を防ぐために相互にチェックしなければならないが、同時に、立法府・行政府・司法府には憲法によってそれぞれに独立かつ独自の義務も課されており、その義務に対する責任を十分に果たしているかどうかも相互にチェックする必要がある。つまり、立法府は憲法によって課された立法義務を果たさねばならず、司法府はそれを果たしているかどうかを

[159] 大須賀・前掲注（143）117頁。

チェックしなければならない。生存権は、国民に対して最低限度の生活を保障するとしているので、最低限度の生活の保障を実施するための立法が憲法によって立法府に義務づけられている。立法府がその憲法義務を果たしていないという訴訟の提起があれば、司法府は憲法によって課されたチェック義務に従って司法審査を行い、違憲と判断したならば違憲を宣告するのみならず、立法府に立法義務を果たすように立法を義務づけても立法権を侵害するとはいえない。違憲状態を是正して憲法秩序を維持するためには、立法義務づけ訴訟が認められるべきである。

生存権条項に「最低限度」の生活の保障が規定されていることは、立法府の裁量空間がないばかりでなく、司法府の裁量空間もないということである。憲法は、その国家が福祉国家であることを明らかにし、生存権の保障を規定しているのであるから、司法の権限も司法消極主義か司法積極主義かに関係なく、立法義務づけ訴訟を認めるとしても、立法府の選択肢を剥奪するわけではない。生存権保障の方法や程度については多様な選択肢があり得る以上、立法府の判断が可能かつ必要である。裁判所はあくまでも立法府が立法義務を果たしているかどうかについて判断するだけで、生存権保障の方法や程度については、その最低限度を明らかにする以外には、ありうる選択肢を提示するに過ぎないので、立法権を侵害することにはならない[160]。

ｂ．司法の行政給付義務づけ

福祉政策の多元化によって、すべての政策を生存権保障の範囲内に入れることはできない。たとえ高度な理想があっても国家の能力の範囲内で行うしかない。しかし、生存権に内在する給付請求権については、国家は即時立法して、制度化する責務がある。立法府の主要な任務はやはり命に関わる最低限度の生活保障の立法である。だが、立法の不作為によって緊急的な生存権が侵害されたときに、生命の救助には、もう冗長な立法過程を持つ時間がない場合には、有効な救済を求めるために、司法は緊急で例外的に直接行政府府に行政給付判決を下す可能性がないわけではないと思われる。

行政府の観点からみれば、法治主義の下で、行政行為は当然に法律の

[160] 棟居・前掲注（158）356頁。周・前掲注（31）234頁。

留保および明確性の授権の原則によってなされるものである。ただし、法律がない場合に（例えば、立法不作為による侵害）、生存の緊急性に鑑み、行政機関は裁判所の判断した憲法の趣旨に照らしてなすべき保護義務を行う余地はあるだろう。たとえ法律がある場合であっても、凡そ国政の運営はそもそも最高法規とする憲法による拘束され、憲法は、立法裁量の限界を示すだけでなく、同時に行政裁量の限界を示している。したがって、最低限度の水準の保障にすでに立法裁量の空間がないだけでなく、その場合に、行政裁量もゼロまでに縮減すべきと思われる[161]。また、憲法解釈の際に、法律は憲法に抵触した場合、行政部門は憲法を優先的に適用すべきであるので、台湾の社会救助法や日本の生活保護法のような最低限度の生存権を保障した法律がない場合に、行政府は、最高法規とする憲法を根拠としてこのような緊急的な請求権を給付すべきである[162]。このようにしてはじめて司法は、最低限度の生活水準の保障の救済ルートを確保しているといえるだろう。

しかしながら、不作為の確認訴訟や国家賠償請求訴訟や給付訴訟などの訴訟は、憲法事件訴訟法のような法律が存在すれば技術性に関する困難を免れなるだろう。ただ、日本現行の法制度では、社会保障給付請求に関する訴訟は多くの場合に行政訴訟の方式を通じて訴訟を提起する。そして、いわゆる不作為の違憲確認訴訟および国家の義務確認訴訟は、主に高田敏が主張する無名抗告訴訟を通じて行われれば、非常に魅力があると思われる[163]。すなわち、人々は一旦生命の存続を営むことができない生活水準に陥ったならば、立法府が極めて重大かつ明白な不作為の（違憲状態）過失があるといえる。このような例外的な場合に、憲法義務に従うために、裁判所は立法機関に代わり、憲法の趣旨に照らして行政給付を義務づけることも考えられるだろう。

---

[161] そもそも行政給付において、「受給資格」、「給付金額」等は、行政機関が個別的に判断すべき事項である（行政裁量）。しかし、最低限度の生活水準の保障は、緊急を要する問題なので、その裁量は認められない。中島徹「社会保障の権利」山田省三編『リーディングス社会保障法』（八千代出版･2002年）292頁。

[162] 周・前掲注（160）243-244頁。

[163] 高田敏『社会的法治国の構成』（信山社・1993年）168頁。

⑶　行政による実践過程

「正義は実践されるべきだけでなく、見えるように実践されなければならない（Justice must not only be done, but also be seen to be done）」という言葉がある。現代法治国家は、既に基本権の保障を核心とする実質的な法治国家として確立されている[164]。実践上、実体法による保障だけでなく、手続法による保障も不可欠である。台湾および日本のような大陸法系の国は、実体法を重視する傾向があるとはいえ、近年次第に手続上の正義の重要性に対する理解が進み、伝統的な「形式的法治」から「手続の法治」を兼ね備えた実質的な法治国家へと変容した。そして、行政手続法などの法律を制定して、人々の行政訴訟の範囲を拡大させ、手続の正義という目標へ向かっている。このことは、人々の権利の利益の保護に非常に役立つと思われる。したがって、生存権の保障についてもこのような考え方を踏まえ、具体的な社会福祉行政に関する手続の統制も必要だろう。

ａ．行政手続の統制

日本の学会では、生存権について、その法的性質をめぐって長く議論されてきた。日本国憲法制定当初のプログラム規定説や抽象的権利説に対して、具体的権利説が反論し続け、次第に同学説の影響力を拡大させてきたわけであり、現在では、生存権の実体的保障を重視する学説が主流となっているといってよい。しかし、いかに実体的な権利といえども、最終的には行政機関により給付等がなされることになる。社会保障としての具体的給付内容等の決定は、すべて行政裁量に属する。憲法の保障する具体的権利として、あるいは法律により確立された権利として、人々が社会保障を享受できるとしても、実際に給付が認められるかどうか、これまでの給付が継続するかどうか等は、行政機関の裁量による決定に左右されざるをえない。つまり、社会権保障は、行政裁量に左右されるわけである。

最低限度の生活水準や生活保護の基準等は、様々な社会科学的検討によりある程度具体化できるため、立法裁量の統制も可能だと思われるが、実際に給付する最終段階で、行政裁量に委ねざるをえない。ただし、宮

[164] 高田・同上94頁。

田三郎が指摘するとおり、「いかなる裁量も全く自由な裁量ではなく、常に一定の法の枠のなかで認められる自由であるにすぎ」[165]ず、どんな裁量でも、それ自身は一種の羈束裁量なので、一定の裁量統制も必要である。福祉行政の裁量に関するアメリカの「権利と特権の区分論」との混同を回避するために、行政裁量の統制について、以下のふたつ方法をあげる[166]。

まず、その裁量決定が基本権と関係する場合に、司法審査の方式を通して、その裁量の統制の密度を高めることが考えられるだろう。前項で述べたように、司法自身は一定の憲法義務を負う。生活保護基準の給付決定は外部効果を持つため、場合によっては、裁判所が行政の裁量を縮減しなければならない。とりわけ最低限度の生活水準の保障に関わるなら、行政裁量はゼロにまで縮減すべきである。

また、社会保障行政における専門的技術の裁量を一定の手続を確率することにより統制することが考えられる。行政機関の決定は常に福祉権利の享有に影響を及ぼすので、行政判断の中立性に注意しなければならない。すなわち、保護基準の設定は行政機関の裁量事項だが、その決定の過程における行政の恣意的裁量は許されず、行政機関側の一方的な評価だけでなく、利害関係の当事者にも意見表明の機会が与えられるべきである。したがって、告知、聴聞などの手続が必要である。最後に司法を通して、福祉行政処分の行政手続が適正か否かの合憲性を審査して、その行政判断の中立性を確保する。このような手続の保障を重視することにより、生存権保障の無力化だけでなく、他の人権侵害も抑止できる。このことは、生活保護法のような公的扶助の法律には、資産調査、健康調査等の資格認定の条件があることからも理解されよう。行政機関はそもそも被保護者の人格の利益ないしプライバシーを傷つけやすいので、実体法上の裁量統制だけでなく、行政裁量権の行使もデュー・プロセスによってチェックする必要がある。法治主義に基づいた手続の統制は、現時点においてきわめて重要なことである[167]。

---

[165] 宮田三郎「行政裁量」公法研究55号（1993年）149頁。
[166] 横山信二「社会権の実現と行政法学」公法研究59号（1997年）327頁。
[167] 山田省三編『リーディングス社会保障法』（八千代出版・2002年）297-298頁。

b．行政義務の履行を確保する手段

日本の社会保障制度は、社会保障の給付主体である行政機関に、給付措置を決定するにあたり、一定の義務を課すとともに様々な権限を付与している。たとえば、保護の実施機関は、要保護者の資産状況、健康状態その他の事項について調査しなければならない。また要保護者に保護の実施機関の指定する医師等の診察を命じることもできる（生活保護法28条１項）。都道府県知事により認可されていない児童福祉施設において、児童の福祉のために必要があるときには、施設を調査し、施設の設置者や管理者に報告書の提出を命じることもできる（児童福祉法59条１項）。他方、被保護者あるいは被保険者にも義務が課されている。保険料の納付義務（年金法88条１項）がその代表的なものであろう。要保護者は、行政機関による命令に応じなければ、また法律による義務を履行していなければ、給付は拒否され、児童福祉施設等においては、福祉事業の停止、施設の閉鎖まで認められる。このような行政機関の権限は、社会保障行政権ともいわれ、主に社会保障制度を成立させるための義務履行を確保するためのものだが、その行使は、しばしば人格的に自律した個人の尊厳やプライバシーと衝突し、調査等により明らかになった要保護者に不利な情報が保護内容の変更や打ち切りに直結するため、慎重な対応が求められる。それにもかかわらず、このような調査およびそれに基づく保護の実施期間の決定については、日本の行政手続法３章の適用が排除されたため（生活保護法29条の２）、国民が不利益処分を受けるケースについて、行政機関の義務履行を確保する法的統制が不十分であるという批判があった[168]。

この原因は、立法機関が生存権をめぐる不利益処分を、国民の権利・利益に関わる行政手続の問題として認識していないことにあろう。すなわち、抽象的権利説またはプログラム規定説に依って、生存権を憲法上の国民の権利ではなく、法律により確立されるものとしているため、生存権に係る手続的保障も当然認められないわけである[169]。これは、立法

[168] 横山・前掲注（166）公法研究59号（1997年）329頁。

[169] 蕭淑芬「從日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）」東海法学研究第十四期（1999年）110-111頁。

府が認めなければ国民がその権利の保障を要求できないことを意味しており、生存権の恩恵的権利観がここにはっきりと見出されるだろう。

具体的権利説を採るならば、生存権は、憲法上の主観的権利として、国民には実体的請求権のみならず、手続上の保障も認められると解釈される。したがって、行政手続法の「適用除外規定」は、憲法におけるデュー・プロセスに違反する可能性があるだろう[170]。

ｃ．国民の行政統制

社会保障給付は、生存権の具体化にとって不可欠な手段といえる。憲法あるいは法律によって、社会保障の主体である行政機関には、被保護（保険）者に対する積極的な給付義務が課される。しかし、公的扶助の給付実態として、一般的にいえば給付の入り口に、保護の必要性と実施要件の判断基準として、ある程度の調査義務の条件が設けられている。したがって、過度な資産調査によって被保護者のプライバシー等の人権を侵害しないように、行政機関は注意しなければならない。そして、現在の行政機関による給付に係る処分は、国民が行政機関に申請してからはじめてなされるものである。それは、国民が申請しなければ、積極的な給付などの積極的な行政処分を受けられないこと意味する。すなわち、「国民が積極的に要求しない限り、国家は何もしてくれないのである」。ならば、生存権の解釈として一般的な「国家の積極的な配慮を求めることのできる権利」あるいは「国家の積極的作為を請求する権利」の本質に適合・合致するといえるか、疑問があるだろう[171]。

それにもかかわらず、生存権の具体的な執行は行政機関の責務であるため、行政の裁量は当然認められなければならない。また、立法と司法の統制と比べて、行政の統制は緩やかであり、行政機関の不当な行為を抑制するため、行政の自己統制の手段として、主に「行政監督」および「行政不服審査」が設けられている。しかし、いわゆる「行政監督」は、同一の機関内の上下関係による監督であり、果たして正当な判断を維持できるか問題がないわけではない。そして、「行政不服審査」は実務上もあまり効果がなさそうである。そこで、1993年に日本は行政手続法を

[170] 蕭・同上111頁。

[171] 蕭・前掲注（144）27頁。

制定した。法律の制定を通じて、行政活動の透明化、手続化に努めたものだが、実際に、その法律効果はなされた行政処分の過程を立法統制の範疇に入れたにすぎず、行政内部の自己統制を完全なものにできたとはいえない[172]。「行政手続法の社会保障行政領域における適用には、行政上の便宜を優先することが前提となっており、必ずしも生存権の実現に資するものになっていない」と批判される所以である[173]。しかし、保障基準の設定過程において、行政機関に対する情報提供や行政指導は、伝統的な行政監察などの内部統制だけでなく、国民の手続への参加、福祉施設運営への参加、あるいは社会保障の管理運営への参加等を認めることにより、福祉使用者の地位を高めることができる[174]。こうして、生存権は、法律の反射的効力として行政裁量により保障されるだけでなく、行政と被保護（保険）者との交渉プロセスも含めることによって具体化され、さらに行政裁量の統制を強化することも可能となる[175]。

現在では、生存権は不可欠な基本的人権のひとつだとされている以上、実体法上の保障だけでなく、手続法上の保障も重要である。ほとんどの諸国において、ある程度の社会保障に関する法律が制定されており、実質的な保障に係る行政処分の具体的内容が今後の検討の焦点になるだろ

---

[172] 蕭・前掲注（169）120頁。

[173] 横山・前掲注（166）328頁。

[174] 竹中勲は、生存権が侵害された際に司法救済を求める他に、高齢者オンブズマンのような、より簡易、便宜、迅速な司法による救済ルート以外の制度を充実させることも重要であると説く。竹中勲「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻５号(2005年５月)23-24頁。菊池馨実は、被保護者の主体性を重視し、「選択」、「参加」の理念を導入して、社会保障制度をともに推進させていくべきだと主張する。笹沼弘志「社会権保障における自立と保護」法律時報75巻８号（2003年７月）58頁。

[175] 江橋崇は、労働基本権を中心に社会権論を構成すべきだと主張する。また、国民を国家政策の受動的な受益者と見なすべきではなく、自律的地位を確保すべきであって、人々が能動的・積極的に福祉政策の形成を推進することが重要だと説く。これは、中村睦男が述べた自由権を軸とする「下から上への社会権」と軌を一にするものだろう。（中村睦男「福祉問題」ジュリスト589号（1975年５月）62頁。中村睦男「権利としての福祉」ジュリスト537号(1973年)43-44頁。）江橋・前掲注（148）57-59頁。

う。したがって、積極的な権利としての生存権保障の趣旨と合致させるため、最低限度の生活水準を判断する立法府の裁量を統制するだけでなく、行政府の裁量についても、行政の自己統制の要求はもちろんのこと、行政府の判断プロセスへの人々の参加を確立する必要があるように思われる。また、生存権を確保するもっとも重要な手段は、いうまでもなく司法による救済だが、積極的な権利としての生存権を実現するためには、具体的権利説に依拠しつつ、立法府および行政府に積極的な対応を義務づけていく必要があろう。

〔付記〕本稿は、北海道大学博（法学）学位論文「社会給付と生存権保障の憲法理論――日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心として――」（2011年６月30日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿を執筆するにあたり、交流協会奨学金（H19002・2007－2010年度）の支援を得た。また、加筆･修正にあたり、日本学術振興会科学研究費補助（研究活動スタート支援・課題番号：23830002）（2011－2012年度）の助成を受けている。さらに、加筆・修正の際には、落合研一氏（北海道大学アイヌ・先住民研究センター助教）、児玉弘氏（北海道大学大学院法学研究科博士課程）のご協力をいただいた。記して謝意を表したい。

論　　説

民事詐欺の違法性と責任（7）

岩　本　尚　禧

目　次

序論
　第１節　本稿の課題
　第２節　本稿の構成　（以上、63巻３号）
第１部　ドイツ法
　第１章　詐欺の前史
　　第１節　ローマ法と自然法　（以上、63巻４号）
　　第２節　19世紀の詐欺論　（以上、63巻５号）
　第２章　詐欺の違法性と責任
　　第１節　転回する自由意思の要保護性　（以上、63巻６号）
　　第２節　保護の範囲と限界　（以上、64巻１号）
第２部　日本法
　第１章　民事詐欺論の展開
　　第１節　日本民法と自然法　（以上、64巻２号）
　　第２節　意思決定自由の要保護性
　　　第１款　意思決定自由の地位
　　　　第１項　「社会本位の法律観」の理論化
　　　　第２項　自由意思の制限
　　　第２款　法律行為法の可能性
　　　　第１項　学説の展開と事案の変化
　　　　第２項　法律行為法の諸問題　（以上、本号）
　第２章　民事詐欺の違法性と責任
　　第１節　比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－
　　第２節　民事詐欺の違法性と責任
結論

第２節　意思決定自由の要保護性

第１款　意思決定自由の地位

第１項　「社会本位の法律観」の理論化

（1）新憲法における自由権

戦前における詐欺論は、意思決定自由という被侵害権利を軽視する時代感覚に依拠した解釈であった。しかし、戦後の新憲法は個人の尊重を唱え、自由の権利を明記している。問題は、最高法規における自由権の規定が、戦後における詐欺解釈に影響を与えたのかどうか、という点である。この点について検討する。

①公共の福祉と公序良俗－我妻と牧野－

人権は、人間の尊厳という理念を法的に表現した言葉である[187]。戦後の日本国憲法において基本的人権が規定され、日本は初めて本当の人権の思想を手に入れる機会を得た。そして、自由権も、憲法によって保障される基本的人権として規定された。憲法13条は次のように宣言する。

> 憲法13条：すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

一方で自由権を肯定し、他方で公共の福祉という制約を付す同条に関して、その解釈は様々に在り得よう[188]。この点について、まずは戦前から影響力を有した民法学者の理解を確認する。例えば、我妻栄は、新憲法における自由権が近代諸国家の憲法において認められている自由権に

---

[187] 宮沢俊義「８ 基本的人権」憲法問題研究会（編）『憲法読本 上』（1965年）106頁。

[188] 同条は個人主義と全体主義の調和を求めた規定として理解され（美濃部達吉『日本國憲法原論』（1948年）167頁）、あるいは同条における公共の福祉は基本的人権を補充する手段として理解される（戒能通孝『市民の自由－基本的人権と公共の福祉－』（1951年）１頁）。

比肩し得る内容を持つことを認めつつ、しかし次のように述べる。「新憲法の『自由権的基本権』は、その性格において、第十九世紀の諸憲法のそれを一歩も出でないものであらうか。否、私はそこに、國家に先行する自然の權利を保障せんとする純粋に個人主義的な思想から蝉脱せんとする氣運を見出し得ると考へるものである」[189]。

我妻は、依然として自由主義より社会主義に賛同し[190]、公共の福祉から「國家協同體理念に推移せんとする氣運」[191]を読み取る[192]。つまり、戦前から説かれた立場は戦後においても維持されている。そして、このことは我妻に限られない。例えば、牧野英一は、公共の福祉と民法の関係について、次のように述べる。「憲法が公共の福祉というのを、民法について考えると、それは公の秩序善良の風俗ということになるのである」[193]。

既に確認したように、個人主義に対する批判ないし反省から公序良俗に基づく法律観が展開され、これに伴い違法性評価の対象は権利侵害から行為態様へ移り、行為態様を示す故意が違法要素化され、その結果として個人的法益たる自由権の要保護性は極めて低く理解されたのであった。同様の発想が憲法13条において語られる限り、やはり詐欺が争われる局面において意思決定自由が持つ意味は僅かであることが予想される。

②自由と詐欺の関係－末川説の検討－

「意志の自由は人間の特權である。自由の體系の中では、それは法的

---

189 我妻栄「基本的人權」国家学会雑誌60巻10号（1946年）281頁。

190 我妻によれば、「自由主義的政治原理と社会主義的政治原理のいずれが人間の幸福にとって一層適切であるかは、主として人生観の問題のように思われる」という（我妻栄『法学概論』（1974年）84頁）。

191 我妻・前掲注189・281-282頁。

192 少なくとも憲法13条は1776年のアメリカ独立宣言書に立脚した規定であって、同条における権利は天賦の権利を意味するから、我妻の理解は憲法起草者の見解と一致しない。このことは我妻も認めている（「新憲法の基本的人權の保障についての、私の右のやうな解釋は、立法者の意思に反して、協同體理念を強く導入するものであるかもしれない」（我妻・前掲注189・285頁））。

193 牧野英一「公共の福祉と公序良俗」法律のひろば８巻７号（1955年）５頁。

自由の保障となつてあらわれる」[194]。その保障の一発露が憲法13条であるなら、詐欺取消制度における意思決定自由の意義も見直されて然るべきではないか。

かつて全体主義を強調した末川も、個人の自由の重要性を説き[195]、そして次のように述べる。「個人の自由の尊重がすなわち個人の意思の尊重だということは、やがて個人の意思の外部えの現われである意思表示と呼ばれる行爲の尊重ということになる」[196]。

憲法によって保障される自由が個人の意思表示における自由を意味するならば、かかる自由から意思決定の自由を除外する理由は存しない。そして、憲法が基本的人権として自由を保障する意義は、民法の法律行為制度を通じて私的生活関係においても、各人の自由意思を尊重する点に帰着するであろう。この点を認める末川は[197]、さらに「基本的人權が新憲法において擴充されたことに關連して・・・（中略）・・・ここに新しい法律觀を確立しなければならなぬ」旨を説く[198]。

問題は、この「新しい法律觀」の内容であり、これが詐欺解釈に如何なる影響を与えたか、という点である。この点に関する末川の理解は戦前から特に変化なく、例えば「權利侵害の代りに違法ということをとり入れて考えるのは、全體としての社會における評價を重んずることになっている」[199]、という。ならば、詐欺に関する理解はどうであろうか。

---

[194] 尾高朝雄『自由の體系』（1950年）５頁。

[195]「本來、自由なるものは、人の意思に關している。從つて私的生活關係で個人の自由を尊重するということは、お互に人の意思を尊重しあうという意味をもつているのであり、またそういふ自由を國家が保障するということは、個人がお互に意思を尊重しあうこと、從つてまたお互の意思の結合によつて私的生活關係を作り出すことに對して、公の立場から干渉せず、且つそうすることに對する障害を除去するという意味である」（末川博「基本的人權と民法」季刊法律学１号（1947年）103頁）。

[196] 末川・前掲注195・104頁。

[197]「憲法上公の關係で自由が保障されている國民は、私的の關係でも、むろん、自由な個人として、それぞれ活動の單位をなしているのであつて、ここでも當然に個人として尊重される」（末川・前掲注195・98頁）。

[198] 末川・前掲注195・116頁。

[199] 末川博「不法行爲の違法と犯罪の違法」民商法雜誌28巻４号（1953年）203頁。

末川は次のように述べる。「人は一般にだまされない権利すなわち精神的に頭のなかでものを自由に考える権利を有しているというふうに考えて、そのだまされない権利の侵害があったのだと説明することもあった。しかし、そんなだまされない権利とか自由にものを考える権利とかいうような権利があるというのは、実におかしなこじつけである」[200]。

これを見る限り、少なくとも詐欺の問題と自由権は依然として結び付けられていない[201]。これは、その結果として詐欺の違法性が個人の権利ないし法益ではなく、全体を意味する社会を通じて判断され、その帰結として行為者の態度が重視され、故意が違法評価の対象たり続ける結論を導く。

しかも、問題は、戦前の法律観（いわば社会本位の法律観）の維持・継承のみではない。戦時期の空白期間を経た日本の刑法学は、ドイツから目的的行為論および同理論と密接に関係する行為無価値論を導入した。行為の違法性を重視し、その反面として法益保護の観点を軽視する立場は法律観から法理論へ昇格（？）し、その影響力を一段と強めた。後述するように、このことは、民事詐欺の解釈にとっても無関係ではない。この点について、引き続き検討する。

（2）詐欺と行為無価値論

①刑法学における行為無価値論

周知の如く、1950年に勃発した朝鮮戦争によって特需が発生し、これを契機として戦後の日本は飛躍的な発展を遂げたが、しかし経済成長は弊害をも生み出した。その典型は確かに消費者問題であるが、しかし当時の消費者問題は、例えばドライミルク事件やサリドマイド事件の如く、

---

[200] 末川博「不法行為法における倫理性」法律時報26巻１号（1954年）９頁。

[201] この意味における日・独の相違の背景を端的に指摘することは容易ではない。しかし、ドイツにおいては近代的な権利意識が浸透し、個人の主体性が確立した後にナチズムが登場したことに対して、日本においては権利本位という考え方それ自体が輸入に過ぎず、個人の主体性を確立し得る近代的な基盤・背景を欠いていた、という相違は考えられるかもしれない（この点について川島武宜（発言）『日本の法学』（1956年）163-164頁、川島武宜『近代社会と法』（1959年）142頁を参照）。

生命侵害あるいは身体侵害が問題の中心であって、詐欺が争われる事案類型は未だ顕著ではなかった[202]。

さらに、消費者問題へ至る原因として大量生産・大量消費が存在し、大量生産・大量消費を支える交通機関の発達あるいは産業・工業の発展に起因する交通事故あるいは公害問題も重大な問題であった。例えば自動車事故の件数は1950年代から上昇し[203]、かかる事態において自動車運転者に対する処罰感情が高まり、大抵の事案において過失の成立が認められていたのであるが[204]、ところが次第に日常生活における自動車交通の必要性が増大し、もはや事故を回避し得る程度の低速運転は耐えられなくなった。ここに、いわゆる許された危険の法理が入り込む余地が生まれた。例えば、「自動車運転者の側にのみ過失を求めようとすれば、しまいには自動車を動けないものにしてしまいはしないか」[205]という疑問を提起する井上正治は、次のように述べる。「われわれの社会生活においては、ある種のばあい、なにほどかの危険をともなうことなくしては、その効果を期待しえない例が少くない。高速度交通機関の運転や危険なる工鉱業などの経営はその代表的なものであ」り、「かかる危険性は、社会的相当性を標準にして決定される。ここに関連して考察しなくては

---

[202] 事件の概要も含めて、及川昭伍「消費者問題の歴史と背景」同・北川善太郎（編）『消費者保護法の基礎（実用編）』（1977年）1頁以下を参照。

[203] 鉄道事故は戦前から既に問題視されていたものの（例えば、舟橋諄一「判例に現れたる鐵道及び電鐵交通事故－企業者の民事責任の立場よりみる－」法政研究5巻2号（1935年）89頁以下）、事件数それ自体は戦前と戦後（少なくとも1950年代まで）において大きな変化は見られない。この点について、戦後の自動車事故の問題も含めて、井上正治『過失犯の構造』（1958年）1頁以下を参照。

[204] 自動車運転者の落ち度が比較的容易に肯定された背景として次のことが指摘されている。「当時は現在ほど自動車の台数が多くなかった。道路は元来歩行者の通るところであり、自動車はたまにそこを例外的に通らしてもらうにすぎない、という昔ながらの観念がそのまま維持されていたから、道路上の危険を回避すべき義務は、もっぱら、道路交通にあとから割りこんでき、しかも一方的に危険をまき散らす自動車運転者のみの負担とされざるをえなかった」（西原春夫『交通事故と信頼の原則』（1980年）4頁）。

[205] 井上・前掲注203・4－5頁。

ならないのは、いわゆる『許された危険』（erlaubtes Risiko）の問題である」[206]。

こうした井上の理解が行為無価値論を展開したヴェルツェルの違法論と類似していることは、明白である[207]。そして、行為無価値論が必ずしも法益侵害と違法性を結び付けず、法益保護を制約する機能を持ち、こうした理解がドイツ民法の詐欺取消制度と結び付いた問題性は既に確認した[208]。これと同様の問題は、日本民法の詐欺取消制度においても生じ得る。

もっとも、行為無価値論の妥当領域が高度に危険な行為に限定されていたならば、問題は少ない。ところが、戦後の日本の刑法学界はドイツから目的的行為論を導入し[209]、行為無価値論が原則化し始めた[210]。目的

---

[206] 井上・前掲注203・67頁。

[207] ヴェルツェルは、次のように述べていた。法が法益侵害を全て客観的違法として禁じるなら、あらゆる社会的生活は直ちに停止せざるを得なくなるから、「社会的相当性（または許された危険）を超え出る行為が初めて違法として考慮される」べきである（本誌63巻６号290-291頁）。なお、井上とヴェルェルの関連性を示唆する文献として、例えば藤木英雄「第Ⅰ編 総論」同（編）『過失犯－新旧過失論争－』（1975年）53頁以下を参照。

[208] この点について、本誌63巻６号301頁以下を参照。

[209] この点について、福田平「目的的行為論とはどんな理論か」法律のひろば８巻８号（1955年）７頁を参照。さらに、目的的行為論に関連する当時の文献として、例えば、平野龍一「故意について（一）（二）」法学協会雑誌67巻３号34頁以下・４号（1949年）63頁以下、平場安治『刑法における行為概念の研究』（1974年。初出は「刑法における行爲概念と行爲論の地位」植松正・木村亀二・団藤重光・平野龍一（編）『小野博士還暦記念 刑事法の理論と現實（一）刑法』33頁以下（1951年））39頁以下、木村亀二「「刑法における目的行爲論－その意義と價値」季刊法律学14号（1953年）３頁以下、同「刑法雑筆（その一一」法律時報25巻２号（1953年）70頁以下、井上正治「目的行爲論の体系上の地位－犯罪論の一つの体系－」法政研究20巻２－４合併号（1953年）197頁以下、斎藤金作・西原春夫「目的的行爲論の一批判－ Nowakowski, Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945（Juristische Blätter 76. Jahrg., Nr. 6-7, 1954）の紹介－」早稲田法学13巻（1955年）245頁以下、竹田直平「目的的行為論と主観的違法説」８巻８号（1955年）11頁以下、内田文昭「H・ヴェルツェル『目的的行爲論の領域に於ける刑法の現実的諸問題』Hans Welzel,

的行為論が導入された帰結として、責任要素から分離された故意は主観的違法要素として理解され、法益の侵害（＝結果無価値）は副次的意味しか有さず、むしろ法益侵害の方法（行為の種類あるいは主観的要素）が重視され[211]、違法性は当該行為が社会倫理的に耐え難い事柄として理解されたのである[212]。

例えば、いわゆる財産犯たる詐欺罪は個別財産に対する罪として理解されるが[213]、しかし社会秩序違反という観点を重視する最高裁判決も見られた。

最高裁判所1950年（昭25）７月４日（最高裁判所刑事判例集４巻1168頁）は統制法規の対象たる錦糸が騙取された事案において、次の理由に基づいて、詐欺罪の処罰を肯定した。すなわち、「かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである。そして社会秩序をみだす点においては所謂闇取引の際に行われた欺罔手段でも通常の取引の場合と何等異るところはない」。

Aktuelle Strafrechtsprobleme im Ramhen (ママ) der finalen Handlungslehre, 1953」法学会論集７巻２号（1956年）119頁以下、吉川経夫「目的的行為論は新しい刑法にどのような影響を及ぼすか－西ドイツの刑法改正資料から」法学志林54巻４号（1957年）129頁以下、井戸田侃「故意の地位－目的的行為論体系についての一考察－」立命館法学20号（1957年）１頁以下、下村康正「ヴェルツェルの行爲論－所謂目的々行為論－」法学新報64巻４号（1957年）27頁以下、ハンス・ヴェルツェル（福田平・大塚仁 訳）『目的的行為論序説－刑法体系の新様相－」（1962年）等が挙げられる。

[210] 例えば、福田平によれば、目的的行為論は以前から暗黙に認められていた行為無価値の考え方を整理・展開したに過ぎず、許された危険の法理も結果無価値から行為無価値へ移行する際の過渡的な理論として理解される、という（福田平「違法要素としての故意・過失－人的違法観の考察－」神戸法学雑誌９巻１・２号（1959年）167頁、同「過失犯の構造について」司法研修所論集（1971-Ⅰ）36頁を参照）。

[211] 福田・前掲注209・８頁および10頁を参照。

[212] 木村・前掲注209・８頁を参照。

[213] 例えば、福田平「§246〔詐欺罪〕」団藤重光（編）『注釈刑法（６）各則（４）』（1966年）156頁を参照。

本判決の如く、社会秩序を乱す欺罔手段という要素も詐欺罪の適用の可否を決する判断基準として採用されるならば、その反面として詐欺罪において占める個人的法益の重要性は低減する[214]。これは社会的相当性ないし行為無価値論の帰結であって、詐欺罪の違法性について福田平は要約的に次のように述べる。「どの程度のかけひき、誇張が行われたら、『欺罔』といえるかは、結局のところ、社会的相当性を規準として判断する他はなく、ここでも、社会的相当性の思想が『欺罔』という構成要件要素の解釈に、規範的原理として働いているのである」[215]。

②民法学における行為無価値論

詐欺罪において妥当する違法論によれば、社会的相当性の名において、個人的法益は軽視される。このことを刑法学者は、行為無価値論の立場から、次のように理解する。「われわれの日常生活において、商人が商品を売買するばあいに、多少のかけひきが行なわれ、また商品の広告宣伝に多少の誇張が伴うものであることは、一般経験的にみとめられ、ある程度、当然のこととして是認され」[216]、「粗悪品を優良品のごとく装つて売りつける行為もいずれも人を欺罔して財物（対価）を交付せしめる欺罔行為である。ただそれが具体的に社会的に相当な行為と認められる場合には違法性を阻却することになる」[217]。

こうした理解は戦前において民事詐欺に妥当した違法論と何ら異ならず、民法学者も承認する。例えば我妻栄は次のように述べる。「社会生活においては、ある程度まで、他人の不知や錯誤を利用することも許容するべきであ」り、「例えば、二等米を一等米だと告げ、粗悪な品を堅牢な品だと告げることも欺罔行為となりうる。しかし、多くの場合、違法性を欠くために、詐欺とならない」[218]。

---

[214] 前述の裁判例と詐欺罪の関係について、福田・前掲注213・166頁も参照。

[215] 福田平「社会的相当性」団藤重光（編）『刑法講座 第２巻』（1963年）124頁。同「詐欺罪の問題点」団藤重光（編）『刑法講座 第６巻』（1964年）90頁の注１も参照。

[216] 福田・前掲注215・124頁。同・前掲注215・90頁の注１も参照。

[217] 藤木英雄「社会的相当行為雑考」警察研究28巻１号（1957年）54頁。

[218] 我妻栄『新訂 民法総則』（1965年）309-310頁。

我妻が詐欺の成否を決する基準として挙げる「多少」・「ある程度」・「信義」等の要素の実質は不明確であるが、しかし詐欺に対する寛容な態度は学説のみならず、裁判例からも窺われる。

長崎地方裁判所1957年（昭32）２月16日（判時115号14頁）[219]は、他人が所有する立木を自己の立木として売却した被告等に対し、原告が詐欺に基づく取消権を主張した事案において、次のように述べた。「被告等に、少なくとも、客観的行為としての欺罔行為があつたことは、之を認めざるを得ない」が、しかし「原告等の右契約締結に関する意思表示は、詐欺による意思表示であると言ふことは出来ないと言はなければならない。何となれば、詐欺による意思表示が成立するためには、相手方に欺罔行為があり、之によつて、表意者が、錯誤の陥り、その意思表示を為したと言ふだけでは足りないのであつて、その外に、更に、相手方に詐欺の故意のあること、及びその欺罔行為に違法性のあることの二要件の存在することを必要とするところ」、「被告等に故意のあつたことは、之を認めるに足りる証拠がない」し、「他人の物の売買は、適法且有効であつて」、「その行為には、違法性がない」からである（なお、本件においては詐欺不法行為に基づく損害賠償も請求されていたが、しかし否定されている）。

裁判所は、一方で被欺罔者の意思決定自由の侵害（＝「前記売買契約を締結するに際し、被告等に、前記の点に於て、欺罔行為があり、之によつて、原告等が、前記の通り誤信し、右売買契約を締結するに至つた

[219] 96条１項の詐欺の成否が争われた戦後の裁判例として、本件の以前に金沢地方裁判所1951年（昭26）１月31日（下民集２巻１号105頁）、新潟地方裁判所長岡支部1951年（昭26）11月19日（下民集２巻1330頁）および東京高等裁判所1952年（昭27）７月22日（判タ28号55頁）が存在するものの、金沢地判は認知に関係し、新潟地判は離婚に伴う財産分与に関係し、東京高判は相続放棄の申述に関係し、いずれも財産法に関係しない（なお、大阪地判1955年（昭30）９月30日（判時66号26頁）および大阪高判1957年（昭32）２月11日（判時121号17頁）も96条１項の詐欺に関連するが、しかし商法189条の関係において同条項の適用それ自体が否定された事案であり、前者は後者の原審である）。

こと」）を認定しつつ、しかし他方で故意の不存在を理由として詐欺の成立を否定する。裁判所の説示だけから行為無価値論の影響を看取することは難しいが[220]、しかし結果的に被欺罔者の意思決定自由よりも加害者の行為自由が優先していることは明白である。

ところで、既に確認したように、ドイツにおいては民法学者のニッパーダイが目的的行為論を民法学へ導入し、その影響によってドイツ民法の詐欺取消制度においても意思決定自由の保護の観点は後退し、結果として欺罔者の行為自由を優先させる解釈が見られた。そして、日本民法の詐欺の問題においてもヴェルツェルの影響が見られるのであり、例えば本吉邦夫はヴェルツェルの理論に基づいて[221]、過失の詐欺が認められるべきではない理由について、次のように述べる。「騙しに掛っている行為は正常な取引とはいえず社会的に容認できず刑罰を課さるべきものであるが、被害者の立場と同時に行為者の立場を総合的に較量し、取引の円滑活発な進行による社会的利益を考慮に入れるとき、行為者自身瑕疵を知らない場合はあくまで取引関係であり、一般的には違法性が低く刑罰を課されないと同時に、個人の活動の自由を過度に制限しないことをも目的の一つとする不法行為法の分野に入ってこず、取引法上の責任しか負わないとすべきではなかろうか」[222]。

既に確認したように、ヴェルツェルが唱える行為無価値論によれば違

---

[220] 裁判所の説示によれば、故意と違法性の要件が区別されているように見えるが、しかし本件における違法性は他人物売買の適法性を確認する意味しか持たず、つまり本件の裁判所が言う違法性の要件は阻却事由の不存在を意味するに過ぎないのであって、それゆえ違法性を満たし得る要素は故意の他は存在せず、ゆえに本件の裁判所においても故意が主たる違法要素として理解されていることが窺われる。このような理解が許されるなら、本件の裁判所の理解は、行為無価値論そのものである。

[221]「今日刑法学では故意は違法性の要素であるとする考え方がヴェルツェル主唱の下に有力になっている。行為の違法性には、それが法益侵害を惹起したことだけでなく、侵害惹起の過程が社会倫理的・道義的見地からみて常規を逸脱し受忍しえないものであることを要する」（本吉邦夫「詐欺」林良平・中務俊昌（編）『判例・不法行為』（1966年）34頁）。

[222] 本吉・前掲注221・34-35頁。取引上の責任として、本吉は例えば債務不履行や瑕疵担保責任を挙げる。

法性の基準は社会的相当性に求められ、被害者の法益と対置される要因として社会的利益が持ち出される。そして、やはり本吉も社会的利益を考慮すべき旨を説く。この理解によれば、個人的な法益に基づく被欺罔者が加害者と対等な保護を受け得ないことは当然の帰結であり、被欺罔者は相手方の過失行為から由来するリスクを負担しなければならないのである。

裁判官たる本吉[223]の理解が当時の法曹界において一定程度において共有され得た内容であったならば、前述の裁判例における判事が「行為無価値」という文言を用いていないとしても、同様の発想を有していた可能性は十分に考えられる[224]。少なくとも、その説示から読み取れる内容は、行為無価値論そのものであった[225]。

以上を要するに、学説および判例において行為無価値の発想が詐欺の解釈に関しても支配的であったのであり、違法根拠の自由意思が十分な保護を受け得る解釈は戦後においても展開されていなかったのである。

第２項　自由意思の制限

（１）私的自治を実現する契機

①責任の制限

故意を違法要素として捉え、これを重視すれば、その反面として法益侵害の側面は軽視され、したがって違法根拠の自由意思という要素も希薄化する。違法根拠の自由意思が軽視されれば、契約を維持する方向へ

---

[223] この当時の本吉の肩書は、東京地方裁判所判事補。

[224]「暗黙のうちに、おそらくドイツ法での構造が脳中にあって、故意のみ罰せられているときは不法行為となるのも故意行為に限られることが承認されているといってよいであろう」（本吉・前掲注221・35頁）。

[225] 既に指摘した点に加えて、行為無価値論によれば故意の違法性と過失の違法性は異なるのであって、そして前述の裁判例においても過失の欺罔行為は認められながら（「被告等は、過失によつて、前記権利が被告等にあるものの様に振舞つたものと認められるから、被告等の前記欺罔行為は、過失によるそれであると言はなければならない」）、故意の不存在を理由として詐欺の成立が否定されていたのである（これに対して、権利侵害を違法性として見る結果無価値論によれば、もちろん故意の違法性と過失の違法性に差異は生じない）。

傾き、その結果として契約を維持する根拠として自己責任が持ち出され、この意味の自由意思として責任根拠の自由意思が強調される[226]。

ところで、既に確認したように、ドイツにおいては、1960年代前後から労働問題や消費者問題を通じて意思決定自由の意義が認識され[227]、ドイツ民法123条１項の規範目的が再確認された[228]。これに加えて、契約締結上の過失の法理に関連する議論も意思決定自由の法益性を向上させる要因として考えられたのであった[229]。

日本においても1960年代から労働問題や消費者問題を通じて従来の私的自治の理解に対する反省が生じ、これに関連して自由意思についても語られる契機が生じた。しかし、そこで語られた自由意思は自己決定の保護ではなく、自己決定の制限という観点から説かれた自由意思であって、つまり違法根拠の自由意思が顧慮されていたわけではなかった。例えば、白羽祐三によれば、資本構造における階級対立が不自由の意識を呼び起こし、「それを克服する運動を通じて、契約の自由に対する法的な『制限』が登場する」[230]のであり、例えば売買に関しては、経済・社

---

[226]「たとえ他人の欺罔行為によって錯誤におちいったとしても、表意者はなお意思表示の決定の自由を保持し、自己の自由な判断によって意思表示をしたわけであり、時としては相手方の欺罔行為を見破ることのできる場合もあるかも知れない」（石本雅男『民法総則』（1962年）243頁）。ここで石本が語る決定の自由は、錯誤に基づいた誤れる意思表示の決定の自由を意味する。しかし、96条１項は、相手方によって誤った意思表示を為さしめられた者を保護する規定なのであるから、石本において違法根拠の自由意思が軽視されていることは明白である。さらに、「相手方の欺罔行為を見破ること」が被欺罔者の負担として理解されているなら、これは責任根拠の自由意思の強調として理解できる。

[227] フルーメが理性に対する意思の重視を指摘した点について、本誌63巻６号309頁を参照。

[228] ヴォルフが違法性の根拠を意思決定自由の侵害に求めた点について、本誌63巻６号310頁を参照。

[229] このことが債務法の改正へ結実した経緯について、本誌63巻６号312頁以下を参照。

[230] 白羽祐三「契約の自由－現代社会における契約の自由の意義（はたして自由があるか）、その機能」契約法大系刊行委員会（編）『契約法大系Ⅰ（契約総論）』（1962年）６頁。

会を支配する私的独占企業・国家独占事業が契約の自由を奪い、ゆえに「ここに契約の自由に対する『制限』すなわち契約関係への国家的干渉・立法的規制がおこなわれる」[231]、という。

もちろん、白羽にとって契約の自由は私的自治の原則の発現であり、ゆえに自由な意思を通じて実現される[232]。白羽は、経済的強者の自由を制限することによって、経済的弱者の不自由が克服される過程を説いている。すなわち、消費者の保護を図る方法として、責任根拠の自由意思の制限が語られている[233]。

②自由意思の地位

自由を制限することによって合理的な契約内容を実現させる、という発想は他の論者においても見られた。例えば、「契約に対する種々の国家的規制を、私的自治によってバック・アップし、これを合理的なものにする努力がなされうるのではないか」という星野英一の指摘は[234]、本来的に私的自治の根源的要素として考えられる責任根拠の自由意思を制限して、そのことによって「合理的な内容」を確保し、契約それ自体を存続させる趣旨であろう。

責任根拠の自由意思を制限する考え方それ自体は不当ではない。例えば、制限行為能力制度は責任根拠の自由意思を制限することによって、特定の行為者の保護を図る。しかし、制限行為能力における自由の制限は契約の拘束力を弱める意味を持つのに対して、白羽・星野の議論における自由の制限は契約の拘束力を弱めず、むしろ契約の存続が前提であ

---

[231] 白羽・前掲注230・10頁。

[232]「契約による諸関係は、人の自由意思の所産であるということを指して、契約の自由とよぶ。換言すれば、それは、われわれの社会生活がわれわれの意思のみによつて形成され、決定されるということの一つの表現である（個人意思自治の原則・私的自治の原則の発現）」（白羽・前掲注230・1頁）。

[233]「労働者や消費者にとって、契約の自由がなく、契約不自由の実態があり、その実態に着目したうえで、形式的な契約自由の原則をいかに制限するかという問題こそが課題とされてい」た（川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判例時報724号（1974年）13頁）。

[234] 星野英一「Ⅵ 現代における契約」『岩波講座 現代法８』（1966年）265頁。

る[235]。問題は、契約の存続を理由づける発想である。

星野によれば、「それは、私的自治の否定のように見えるが、まさにより大きい意味において私的自治の肯定であり、その出発点である、市民の自己規制の原理に立ち戻ったにすぎない」という[236]。これが「私的自治を制限する法的規制は主権者たる国民の意思が根拠であり、国民の意思が『大きい意味において私的自治』の発露を意味するから、責任根拠の自由意思を制限することは私的自治を否定しない」、という趣旨であるならば、これは個々の私的自治が全体の総意に服することを意味し、ここに「普遍が個よりも『高貴であり高度である』」という主知主義[237]的な発想が見られるのである。

主知主義と詐欺解釈については既に述べたように、例えばサヴィニーとボワソナードの理解によれば詐欺取消制度においては欺罔者の行為の違法性や不誠実が強調され[237-a]、その規範目的は制裁的意味を有した。星野も「『意思』から『理性』へ」を説き、詐欺取消制度の趣旨について次のように述べる。「詐欺や強迫の場合は、詐欺者・強迫者の反倫理的・反社会的行為に対する制裁の要素があるがゆえにその契約の効力の否定が認められる」[237-b]。すなわち、責任根拠の自由意思を制限する理解は96条１項の規範目的に対する理解にも関係し、一方で意思決定自由の保護という観点から離れ、他方で制裁的要素を重視する傾向を持つので

---

[235] 加えて、想定されている事例の相違も無視できない。例えば、約款が付された保険契約や不公平な約定が規定された労働契約は問題を抱える契約内容ではあるが、しかし消費者あるいは労働者にとって決して不要な契約ではなく、契約の締結それ自体は必要であり、かつ望まれている。ゆえに、締結された契約の全部を否定するのではなく、むしろ契約自由の原則を制限することによって一部の効力を否定する必要性が存在し、ゆえに、この必要性を正当化する考え方、つまり責任根拠の自由意思を制限する解釈も生まれるのであろう（もちろん、これが正しい解決の仕方であるか否か、は別の問題ではあるが）。

[236] 星野・前掲注234・266頁。

[237] 本誌63巻４号179頁の注86を参照。

[237-a] 本誌63巻５号47頁以下および本誌64巻２号259頁を参照。

[237-b] 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座 基本法学４－契約』（1983年）33頁および49-50頁、同・前掲注92・11頁も参照。

ある。

ところで、星野によれば、「自由と一口にいって、種々の内容を含み、時には、これらが抵触し、一方を捨てて他を採らなければならないことが起る。このさい、自由にも、価値の序列が存するというべきであろう。そして、いかなる場合にも保護されるべき、思想の自由、人身の自由こそ重要であるが、経済活動の自由は、仮にこれを認めるとしても、序列が低いことは否定できないのではないだろうか」[238]。

ここでは、一見すると、精神的自由の優位が説かれている。ならば、被欺罔者の意思決定自由と欺罔者の行動の自由（これは経済活動の自由に属する）が相互の対立する利益として理解されている詐欺取消制度においても、前者が優先するのであろうか。この点について、引き続き検討する。

（2）自由の序列－三菱樹脂事件－

①裁判所の理解

詐欺が争われた最も有名な民事事件として、三菱樹脂事件（一審は東京地判1967年（昭42）7月17日（判時498号66頁）、原審は東京高判1968年（昭43）6月12日（判時523号19頁）、上告審は最大判1973年（昭48）12月12日（判時724号18頁））が挙げられる。同事件は、これから検討するように、単に憲法学的問題としてのみならず、自由の序列における意思決定自由の地位を推し量り得る事案としても、注目に値する。

三菱樹脂事件は、被告会社（三菱樹脂株式会社）の入社試験に際して学生運動に関する経歴を秘匿し、さらに虚偽の事実を申告した原告が試用期間経過後の本採用を拒否され、これに対して原告が雇傭契約の成立を求めた事案である。詐欺に基づく契約の解消を求めた被告会社に対して、原審は憲法14条および19条に基づいて解雇の無効を認め、次のように述べた。「秘匿し、虚偽の申告をしたと主張する事実が第一審原告の政治的思想、信条に関係のある事実であることは明らかであるから、これを入社試験の際秘匿することは許されるべきであり、

[238] 星野・前掲注234・264頁

従って、これを秘匿し、虚偽の申告をしたからといって、詐欺にも該当しない」[239]。

既に確認したように、ドイツにおいても雇用契約の締結に際して、被用者が虚偽の事実を告げ、これに対して使用者が詐欺に基づく同契約の解消を争う事例が存在し、許されない質問に対する欺罔が正当化され得る旨を説く裁判例も存在した[240]。ただし、その詐欺が許容される理論的根拠は必ずしも明確ではなかったのであり、この点に関しては三菱樹脂事件の原審も同様である。しかし、いずれも共通する点は、被用者の要保護性が優先し、詐欺の成立が否定された点である。

ところが、最高裁は、原審の判断に反して憲法の私人間適用を原則として否定し、次のように述べて、本件を差し戻した。

「私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方

[239] この原審の前に、同種の事例として東京地方裁判所1967年（昭42）４月24日（判時482号35頁）が存在していた。幹部要員として被告会社（富士通信機製造株式会社）へ入社した際に共産党員の事実を秘匿した原告が後に被告会社から懲戒解雇の通知を受け、これに対して原告が解雇の無効を求めた事例において、懲戒解雇のみならず、原告の詐欺を理由とする雇用契約の解消をも主張する被告会社に対して、同裁判所は次のように述べた。「政党又は大学内外の諸団体加入の有無及びその活動状況もしくは社会運動に対する関心の程度の如きは労働者の性向の判断に全く関連がないわけではないが、少くとも会社のように物品の製造、販売を目的とする企業の場合には、使用者と労働者との間の労働関係が本来政治的、文化的色彩を帯有するものではなく、その意味で必ずしも全人格的接触を不可欠の条件とはしない以上、大学卒業の幹部要員についてもその性向判断のため、さして重要な事項とはいい難いのであ」り、原告の「経歴詐称をもって懲戒事由とする根拠は乏し」く、さらに「日本国民がその思想、信条を表明することもまた、これを秘匿することも、その自由として憲法一四条、一九条の保障するところであり、この理は国家と国民との間のみならず、国民相互の間にも妥当すると解され、かつ本件においては右自由の制限を許容すべき特別の事情があるとも認め難いから、原告が右契約においてなした政治的思想、信条に関する欺罔行為は違法性がないものというべきである」。

[240] この点について、本誌63巻６号302頁および同頁の注117を参照。

が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり」、さらに「憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」。

最高裁の説示が自由の序列を認めている点は明白である。そして最高裁は、被用者の思想・信条の自由と使用者の経済的自由を対置せしめ、後者の優越を認めたのである。問題は、こうした序列において意思決定自由が置かれるべき位置である。

②経済的自由の優越

本判決は、企業者の雇用の自由が認められるべき理由を次のように説明している。「企業者において、その雇傭する労働者が当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者でないかどうかに大きな関心を抱き、そのために採否決定に先立ってその者の性向、思想等の調査を行なうことは・・・（中略）・・・企業活動としての合理性を欠くものということはできない」。

すなわち、裁判所が認める経済的自由の背景として企業秩序が存在し、企業秩序違反の可能性（「当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者」）を当該企業が感じれば、その要保護性が認められ、その反面として思想・信条の自由に対する侵害も正当化される。このことから、経済的自由の前提を成す企業秩序が個人の精神的自由より優先していることが理解される[241]。

[241] 本来ならば、「企業秩序をみだしたとかみださぬとかいうことは、労働契約によつて労働関係が成立したのちの労働者の債務履行の態度にかかわるものである」（後藤清「労働契約の成立」石井照久・有泉亨（編）『労働法大系 5 労

学説においても、例えば最高裁判決を支持する花見忠は、一方で企業の私的自治を否定した原審の判断に関しては国家と私人を区別しない考え方として批判しつつ、他方で個人の思想・信条の自由に関しては「『社会秩序と個人の自由をいかに両立させるか』」という観点に基づいて原審の判断を「ウソをつく権利を公然と認めるというこれまた非常識な結論」として批判する[242]。すなわち、花見の理解によれば、事業者の自由は貫徹され、これに反して被用者の個人的権利は「社会秩序」と比較考量される。個人的法益が置かれる一方の天秤に対して、他方の天秤に各個人を統合する社会秩序が置かれれば、その衡量の帰結は既に明白であろう。

精神的自由に対する経済的自由の優越は、詐欺の問題に関連して、我妻栄の意見書において見出される[243]。既に確認したように、我妻は96条の詐欺に関して、「社会生活上、多少の欺罔行為は、放任されるべき」であり、「例えば、二等米を一等米だと告げ、粗悪な品を堅牢な品だと告げることも欺罔行為となりうる。しかし、多くの場合、違法性を欠くために、詐欺とならない」という理解を示していた[244]。ところが、我妻は本件の意見書において三菱樹脂の側に与し、次のように述べる。一方で「資本主義経済社会においては、企業もまた、社員、従業員の思想・信条に統一を求め、その能率を高めて経済的競争場裡に活動する自由を保有すべき」であり、他方で「陳述してもそれを理由とすることができないものなら、黙秘しても、偽りを陳述しても支障はない、というのはあまりにも硬直な理論である。黙秘すること、欺くことは、人間として

働契約・就業規則』（1963年）９頁）。

[242] 花見忠「思想の自由と雇用関係」ジュリスト553号（1974年）63頁。なお、ドイツのラーレンツも、妊娠に関する使用者の質問に対して被用者が虚偽の回答を示した事件において、使用者の質問に対して沈黙によって答えることが当該質問内容の実質的な肯定を意味し、被用者の保護にとって十分ではないとしても、嘘をつく権利を認めるべきではない旨を指摘していた（本誌63巻６号302頁の注118を参照）。

[243] 我妻意見書が本判決に与えた影響について、例えば本多淳亮「試用労働関係と思想・信条の自由」労働法律旬報851号（1974年）46頁を参照。

[244] この点について前述９頁を参照。

の信義の裏切りである」[245]。

つまり、我妻によれば、個人に対する欺罔行為は放任され得ても、企業に対する欺罔行為は許されないのであるから、やはり企業の経済的自由は個人の意思決定自由に優先する。このような事業者の優越が我妻の協同体理論の帰結であるか否か、は必ずしも明確ではない[246]。しかし少なくとも、意思決定自由の要保護性を低く理解する点に関する限り、我妻の立場は戦前から一貫している[247]。

第２款　法律行為法の可能性

第１項　学説の展開と事案の変化

（1）学説の展開

①法律行為法における主観化

行為無価値論が説く違法論と戦前から日本において展開されていた違法論は実質的に同一の内容を備え、それによれば違法性の判断基準は社会的相当性ないし社会的妥当性に求められた。そして、問題は、その帰結であった。違法性の判断基準が「社会的」要素に置かれることによって、その反面として個人的権利ないし法益は軽視され、むしろ社会秩序における加害者の態度が重要な意味を持ち、こうして違法性の評価の対象の主観化が導かれたのである。この理解に依拠すれば、民事詐欺の問

---

[245] 我妻栄「意見書」労働判例189号（1974年）29頁。

[246] 既に確認したように、我妻は憲法の起草者の理解に反して憲法に協同体理論を読み込んでいた。前述３頁の注192を参照。

[247] 戦前における我妻の理解について、本誌64巻２号294-295頁を参照。あるいは我妻は、事業者の意思決定自由を重視しているのであろうか。これは否定されるであろう。確かに我妻はサヴィニーの理解する法人擬制説を否定するから、法人の自由意思を認める余地は残されるであろうが（サヴィニーは法人の自由意思を認めない）、しかし他方で我妻は個人意思に擬した団体意思から法人を理解する有機体説をも批判し、むしろ法人の本質を社会的価値の観点から捉え、その実体を社会学・経済学から考察すべき旨を説くのであり（我妻・前掲注218・122頁以下）、ここでは意思決定自由を事業者の法益として理解する余地は乏しく、少なくとも我妻は意見書において事業者側の利益について明確に「経済的競争場裡に活動する自由」という表現を用いている。

題において被害者の意思決定自由は軽視され、むしろ欺罔者の故意が違法根拠として正当化され、その反射的作用として過失のリスクは被欺罔者へ転嫁されるのであった。

確かに、労働問題や消費者問題から経済的弱者を保護する契機も生まれた。しかし、既に確認したように、そこで志向された保護の在り方は責任根拠の自由意思の制限であり、これは表意者の自由意思の保護を意味したわけではなかった。

以上の経緯は、いわば被害者ないし表意者の不在の議論であった[248]。これに対して次第に反動が生じ始めたことは理由のあることである。例えば、意思主義の復権論は、その一例であろう。意思主義の復権が意味する内容は論者によって異なり得るものの、その共通目標は人間性の回復ないし尊重である[249]。例えば、高橋三知雄は、1960年代以降のドイツにおける私的自治論、とりわけ私的自治の保障を基本法から導き出すことによって個人の尊厳や人格の自由を強調するフルーメやヴォルフの見解を援用し[250]、次のように述べる。「契約当事者の力関係の不均衡から生ずる契約自由の形骸化の現象や大量取引からの生起する種々の問題を克服しなければならないことは、わが国のみならずドイツでも同様である。しかしながら、わが国では、強行法によって契約自由を否定し、私的自治の価値を否定することによって問題を処理しようとするのが大勢である」[251]が、しかし「人間の尊厳、個人人格の自由な発展のためには、国家や第三者に干渉されることなく私的法律関係を形成する自由が保障さ

[248] 特に行為無価値論については「行為不法論は被害者の立場ではなくして加害者の立場である、という批判がある」（四宮和夫『不法行為法』（1985年）280頁。なお、四宮自身は行為無価値論を支持する）。

[249] 本稿において取り上げる以外の論者の見解も含めて、安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学８巻１号（1985年）169頁以下、同「《意思主義の復権》という比喩は、どのように理解し評価すればよいか」椿寿夫（編）『講座・現代契約と現代債権の展望 第４巻 代理・約款・契約の基礎的課題』（1994年）305頁以下を参照。

[250] フルーメとヴォルフの見解について、本誌63巻６号309頁以下を参照。

[251] 高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説（一）」法学論集24巻３号（1974年）138頁。

れなければならない。西ドイツにおける最近の私的自治論は、それを主張しているのではなかろうか」[252]。

高橋の理解は、自由の保障によって人間の尊厳の確保を求める点において、責任根拠の自由の制限を説く従来の理解と一線を画する。さらに高橋は、特にヴォルフの見解の紹介として（これを完全に支持するわけではないものの）、法律行為法における意思決定自由の重要性を強調する点に賛意を示している[253]。

ただし、この意味の自由が違法根拠の自由意思を意味するか否か、あるいは詐欺取消制度の関係において如何なる意味を持つのか、という点に関する高橋の見解は必ずしも明確ではない。

②権利論の再生

詐欺と自由に関しては、違法論の問題も含めて、当時の権利論が重要である。例えば、原島重義は、まず目的的行為論に基づく行為無価値の判断が権利保護の可能性を制約している点を疑問視し、そして自由が権利の出発点である旨を述べ、欺罔者の態度から違法性が判断される結果として被欺罔者の自由が顧慮されない我妻の相関関係説に対して異を唱える[254]。

高橋と同様に意思の重要性を説く原島にとって[255]、個人的権利ないし法益を軽視する違法論が批判の対象たり得ることは、当然の帰結であろう。こうした理解は、違法性の判断基準として社会的相当性を持ち出す

---

[252] 高橋・前掲注251・128頁。

[253] 高橋三知雄「ヴォルフ『法律行為における決定の自由と契約による利益調整（1）・（2・完）』法学論集21巻3号・4号（1972年）155頁以下・104頁以下を参照。

[254] 原島・前掲注151・60頁および76頁。

[255] 原島の関心は「法律行為ないし契約規定の性格論を介して古典理論へ立ち返り、あらためて法律行為ないし契約概念の再構成を試みている事実、にある」のであり、原島が理解する古典理論によれば「私法上の法律関係は、自由な人格の意思力（Willensmacht）の流出の結果、形成されるものでなければならない」（原島重義「民法理論の古典的体系とその限界－ひとつの覚え書き－」黒木三郎（代）『近代法と現代法』（1973年）123頁および162頁）。

見解に反対し、むしろ個人の意思ないし権利（主観的権利）に立ち返る意味において、いわば「主観化」として理解され得る。

ところで、原島が批判する目的的行為論は、行為者の意思を基点として構成される行為論であり、その帰結として行為者の故意が重要な意味を持ち、これが違法の対象として捉えられ、違法評価の主観化を招いたのであった。目的的行為論は、行為者ないし表意者の意思を重視する点において、意思主義の復権と同じ方向性を示しているように見える。実際に、例えば、不法行為法において目的的行為論の導入を説く前田達明は[256]、パンデクテン体系を採用する民法典の背後に存在する「意思ドグマ」を指摘し、不法行為法における行為論の展開を背景として、法律行為法における行為論の検討の必要性をも示唆し、次のように述べる。「『意思ドグマ』は、法律行為と不法行為に共通のドグマであり、それは、行為という社会的事実的存在に、利益不利益の帰属（Zurechnung）の契機をもとめるものであ」る[257]。

こうした意思ドグマの存在を肯定するならば、意思を重視する原島が目的的行為論を否定することは一見すると矛盾している。しかし、これは矛盾ではない。不法行為法ないし刑法において行為者の意思を重視する意味と、法律行為法において表意者の意思を重視する意味は同じではないからである。つまり、法律行為法における意思は、いわば当事者間における「法」の根拠であり、この意味において意思の探求は決定的に重要であるが、しかし不法行為者の意思を如何に深く探求しても、これが法を形成するわけではないからである[258]。もちろん、こうした相違は、

---

[256] 前田は、目的的行為論を次のように紹介する。「人間の意思（目的的意思、したがって『故意』）は、行為の背骨（Rückgrat）として行為からは切り離せない要素と捉えられ、この行為が構成要件的行為となると、故意は主観的構成要件要素とされる。さらにこの主観＝客観の統一体たる行為が違法判断の対象とされるゆえ、故意は主観的違法要素でもあるとする」（前田達明『不法行為帰責論』（1978年）７頁）。

[257] 前田・前掲注・256・196-197頁。

[258]「行爲ト意思表示トハ固ヨリ同一義ニアラズ。不法行爲ヲ組成スル行爲ハ意思表示ナルコトヲ妨ゲズト雖モ固ヨリ意思表示ナルコトヲ要スルニアラズ。又其意思表示ナル場合ニ於テモ不法行爲ガ法律行爲タルモノト解スルコトヲ得

不法行為法あるいは刑法において行為者の意思を顧慮しなくて良い、という意味ではない。しかし、不法行為法あるいは刑法において行為者の意思を重視したいなら、責任論という場において主観的要素を考慮することができるのであって、意思を違法論の場において主観化された要素として理解しなければならない必然性は存しない。したがって、法律行為法において意思を重視する立場が目的的行為論を否定することは、矛盾ではない[259]。

確かに原島の理解においても、詐欺の問題に関しては主として不法行為論が念頭に置かれ、詐欺取消制度それ自体と自由の関係は必ずしも詳細に述べられてはいない。しかし、法律行為法と不法行為法・刑法における意思の理解の相違を踏まえつつ、原島がドイツ民法第一草案理由書を引用し[260]、契約締結過程における自由の侵害も言及している点に鑑みれば[261]、原島の立場は詐欺取消制度を自由意思の保護として理解する可能性を認め、ドイツ民法の詐欺取消制度に関する議論と同様の展開を辿り得る余地を開き、さらなる権利論の展開を通じて詐欺取消制度の議論の進展を期待させる内容として理解できるのである。

（2）事案の変化

①投機的取引の経緯と傾向

ズ。蓋シ其意思表示ハ不法行爲ノ効果ニ對スルモノニアラザルノミナラズ不法行爲ノ効果ハ常ニ必ラズ行爲者ノ意思ニ基カズシテ法律之ヲ認ムルモノナレバナリ」（鳩山・前掲注113・852頁）。

259 同様の理由から、一方で詐欺取消制度における意思決定自由の保護という規範目的が主意主義と結び付き（この意味の主意主義は、法律行為法における意思の重視）、他方で故意の厳格性を緩和した表象説あるいは可能性説が主知主義と結び付き（この意味の主知主義は故意を違法要素として捉える理解を弱める）、そして両者を同時に支持したとしても、矛盾ではない。この点について、本誌64巻1号119頁の注250を参照。

260 既に確認したように、この第一草案理由書に基づいて、ドイツ民法の詐欺取消制度は意思決定自由保護の規定として理解されている。この点について、本誌63巻5号68頁の注304を参照。

261 原島重義「法と権利に関するひとつの試論－民法学から－」法哲学年報（1984年）43頁を参照。

本稿にとって、本来ならば、その後の権利論の展開が注目される。ところが、詐欺の問題は、詐欺取消制度の適用が争われる事案類型として投機的取引が増大したことによって、むしろ不法行為法の議論へ移行した[262]。これはドイツ法の状況と異なる点でもあり[263]、重要である。そこで、その経緯について、詐欺と不法行為論の問題へ移る前に、概観する。

日本における先物取引の歴史は古く[264]、例えば米取引は既に江戸時代において堂島帳合米市場として幕府から公認され、これは明治時代から始まる取引所制度の嚆矢であった[265]。明治時代の資本主義化は急激な経済的変化を招き、米価格も高騰し、その原因を米相場に見た明治政府は米相場市場を賭博的市場の幣制として認定し、これを一律に禁じたのであるが[266]、しかし経済界においても影響を及ぼしたボワソナードの意見が斟酌され[267]、ボワソナードが来日した翌年の1874年に株式取引条例が

---

[262] 確かに96条１項の詐欺取消制度が争われた全事案に占める投機的取引の事例の割合は決して大きくないが、しかし投機的取引（とりわけ先物取引・変額保険・ワラント取引）の事例が目立ち始めた1960年代から1990年代に限れば、例えば売買契約が約30件であり、投機的取引は約20件（この内の取消権の肯定例は２件）であり、さらに投機的取引に関連して詐欺的不法行為が争われた事案は1980年代から増加し、その事案数は1980年代と1990年に限定しても約20件であって、次第に不法行為法へ推移している様子が窺われる。なお、その他の類型も含めた裁判例の総合的検討は後述する。

[263] ドイツにおいて契約締結上の過失法理に基づく詐欺概念の拡張が議論された点について、本誌63巻６号312頁以下を参照。そして、ドイツ民法の詐欺取消制度において金融商品事例（とりわけ先物取引）が争われない背景と理由については後述する。

[264] 例えば、宮本又郎『近世日本の市場経済－大坂米市場分析－』（1988年）を参照。とりわけ、投機的な取引が出現し始めた点について、同203頁以下を参照。

[265] 小谷勝重『日本取引所法制史論（再版）』（1956年）84頁および113頁。

[266] この点について、小谷・前掲注265・165-166頁を参照。

[267] 渋沢栄一によれば、「當時大藏省に居つた玉乃世履氏は、斯くの如き空米相場は國民の賭博心を助長し、不健全なる思想を蔓延せしめ、國家に害毒を流すに到るれがあるから、斷然之れを禁止してしまはねばならぬと強硬に主張された」が、しかし、こうした意見に対してボワソナードは次のように述べた。「空米相場即ち延取引の類は單純に考へると賭博に類似して居る様であるが、實際は如何に現在米を買ひ集めて賣る資力の無い者がした賣米の契約に於いても、

制定された[268]。さらに、後に米商会所条例も制定され、この内容は1878年の株式取引所条例へも引き継がれている[269]。本来の目的が何であれ、米商会所条例および株式取引所条例に基づいて設立された米穀あるいは株式の取引所は、結果として、公認の賭博場と化した[270]。確かに戦前・戦後の直後においては一時的に取引所は閉鎖されていたが、しかし1948年に証券取引法が、そして1950年には商品取引所法が制定され[271]、取引所も再始動した。確かに当時の商品取引所における取引の当事者は当該商品の関係業者が中心であって、一般消費者が当該取引に参加することは稀であったが[272]、しかし上場商品たる農産物や工業品の実物の需要が

将又現在は引取るだけの資力を有せない者がした契約に於いても、何日何時其の契約者が之れを實行し得らるゝ實力ある者とならぬとも限らぬ、而も現在は手許に持つて居らないとしても、兎に角世の中に在る物を契約物件として取引するのであるから、決して禁止すべき性質のものではない。從つて賽コロを轉がして勝負を決する賭博とは、全然其の根本の性質を異にする立派な契約であつて、空相場とは云ふものゝ、所謂延取引なのであるから、當然許可して然るべきものである」（渋沢栄一『青淵回顧録 上』（1927年）474-476頁）。野田正穂「ボアソナードと取引所問題」法学志林72巻1号（1974年）123頁も参照。なお、引用文中の玉乃世履は初代大審院長を務め、ボワソナードの民法編纂に際して委員として参画していた（玉乃世履について、手塚豊「玉乃世履《日本の名裁判官・その3》」法学セミナー36号（1959年）50頁以下、吉岡達生『初代大審院長 玉乃世履－年譜－』（2002年）を参照）。

[268] この点について、渋沢・前掲注267・475-476頁、野田・前掲注267・121頁を参照。

[269] この点について、野田・前掲注267・128-129頁および134頁を参照。

[270] この点について、野田・前掲注267・134頁を参照。前述した帳合米取引においては訴訟の提起が禁じられていたようであり、その理由について小谷・前掲注265・139頁によれば、「帳合米取引はその実体が全く賭博的取引に異ならないから、之を公事として公裁するが如きは、博奕禁令の本旨と扞格するところありとみとめたことが其の根幹的理由であると解す」。

[271] 戦前まで同一の旧取引所法において取り締まられていた株式取引と商品取引は、別個の法律によって規律された（向井鹿松「新商品取引所法の下における取引所」法律時報22巻11号（1950年）40頁を参照）。

[272] この点について、横田捷宏「商品取引所法の改正問題」時の法令595号（1967年）27頁を参照。

次第に減少し、それゆえ先物取引業者にとって取引所におけるヘッジのみの経営は困難となり、一般委託者を取引所へ引き込む必要性が生じた[273]。こうして、これまで顧客の来訪を待ち受けていた商品取引員は積極的に顧客の獲得へ乗り出し[274]、第三の利殖という謳い文句に誘われた一般大衆が商品取引へ参入し始め[275]、商品先物取引における紛争の増大を招いたのであった。

商品先物取引において詐欺取消制度の適用が争われた最初の事例として、神戸地方裁判所1965年（昭和40）11月５日判決[276]が挙げられる。

本件は、商品取引所の商品仲買人たる被告が「必ず儲かる」等の甘言を用い、これによって原告に証拠金を提供させて、その取引の一切を委ねさせた後に、原告が詐欺を理由として当該取引を取り消し、証拠金の返還を求めた事例である。裁判所は次のように述べた。「その証拠金を以て仲買人が預け主の具体的な指示を受けることなく勝手に取引を行ういわゆる委せ玉はその弊害の故に禁止されているところであり危険の度合も高いものであるから被告の店員がそれを行うためにはそのことを十分に説明し完全な合意が出来ておるならともかく委せてくれれば必ず儲かるという甘言を用い証拠金のための有価証券を預けさせ、これにより勝手に取引を行うことは相手の無知に乗ずる詐欺に該当すると解する」。

先物取引に携わる者であるなら、先物取引は必ず儲かる保証が存しない取引である点は周知である。ゆえに、「必ず儲かる」旨を述べた勧誘者は、それが事実に反していることを認識しつつ、あえて発言しているはずである。したがって、この勧誘者の詐欺の故意を認めた本判決の結論は当然の帰結である。

---

273 この点について、浅井岩根「先物取引被害の実態と救済」判例タイムズ701号（1989年）81頁を参照。

274 この点について、浅井・前掲注273・78頁を参照。

275 この点について、横田・前掲注272・27頁を参照。

276 判例時報442号50頁。

しかし、本判決は、勧誘員の具体的な言明のみならず、「委せ玉」という取引方法の危険性にも注目していたように思われる。

例えば、「委せ玉」等の危険性が窺われない大阪地方裁判所1972年（昭47）9月12日（判時689号104頁）の事案においては、先物取引に関して「一つ間違えば不測の損害を生ずるもので、過去その無知が原因となって多数の顧客が回収不能の損害を蒙っていることは公知の事実である」旨が説示され、さらに「穀物取引は、現物を持ってやることだし農林省の保護もあることだから株式と違い丸裸になることはない旨」の明白に虚偽の言明に基づく勧誘方法の存在が認定されつつも、他方で詐欺に基づく取消権それ自体は否定されている（過失相殺5割を伴う損害賠償が認容された）。

勧誘員の具体的な虚偽の言明が認定されていても、詐欺の成立は認められていない。これに対して、以下の事例においては、取引形態の危険性が加わり、詐欺が肯定されている。

東京地方裁判所1974年（昭49）4月18日（判時746号93頁）においては、いわゆる「向い玉」（業者が顧客の玉と同種・同量・同限月の反対玉を建て、顧客が預託した資金を手元に留保し、かつ流用しつつ、最終的に業者が証拠金・利益金を全て売買益金として獲得し得る取引方法[277]）の存在が推認され、「商品取引員である被告が顧客である原告に対し、サービスとしての相場情報や意見をこえた虚偽の事実を告げて、原告を錯誤に陥らせ、被告の意図する方向での委託の意思表示をさせることの違法であることは、多言を要しない」旨の説示に基づいて、96条の詐欺の成立が認められた。

向い玉を客殺し商法として捉える見解も存在し[278]、少なくとも向い玉

[277] 例えば、浅井・前掲注273・85頁を参照。
[278] 例えば、神山敏雄『日本の経済犯罪－その実情と法的対応』（1996年）84-85頁を参照。

は客殺し商法を推認せしめる有力な根拠であって[279]、詐欺罪においても成立要件を構成する重要な要素である[280]。しかし、やはり、詐欺における重要な要素として、欺罔者の主観的要素が考慮されている。とりわけ勧誘員の具体的な虚偽の言明が認定されている前述の大阪地判1972年において詐欺の成立が否定されている点に鑑みれば、事業者の側の利得意図に近い主観的態度が認定されない限り、96条の詐欺が肯定されない傾向が窺われる。このことは、他の事例においても妥当する。

大阪地方裁判所1986年（昭61）５月30日（判タ616号91頁）は、いわゆる両建（たとえば、買玉が予想に反して値下がりした場合、仕切りを勧めたり追証拠金を積むように勧めたりはせず、同種・同量・同限月の売玉を建てる取引方法。業者は新規の売建玉について手数料を徴収し、追証拠金よりも多額の資金を引き出すことができる[281]）の事案において、96条の詐欺を否定している（過失相殺３割を伴う損害賠償は肯定された）。

96条１項の詐欺が争われた先物取引事例の全体として、詐欺が認められた事例は上記の神戸地判1965年および東京地判1974年のみであり、このことは96条の詐欺の要件として相当に強度な欺罔者の主観的態度が要求されている反射的帰結として理解できよう[282]。

---

[279] 岩橋義明「商品先物取引におけるいわゆる客殺し商法につき、詐欺罪が認められた事例－最高裁平成４年２月18日第三小法廷決定－」法律のひろば45巻５号（1992年）45-46頁および49頁。

[280] 例えば、本江威憙（監）『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（1995年）361頁を参照。

[281]「顧客にとっては、結局のところ両建時点の損を固定するだけで、将来、売り買いともに有利に仕切ることはほぼ不可能である」（浅井・前掲注273・85頁）。

[282] 被害者の救済が薄い、という点に関しては変額保険事例においても同様の傾向が見られる（変額保険は払込保険料における保険料積立金を独自に運用することによって保険金額と解約返戻金額を変動させる生命保険であり、一方で相続税対策として利用され、他方でバブル経済を背景としても注目を集めた。しかし、バブル経済の崩壊も影響し、変額保険に関連する訴訟が激増した。安彦和子「変額保険訴訟事件」消費者法ニュース15号（1993年）48頁、松本恒雄「変

②投機的取引の事案の問題点

投機的取引の事案において96条の違法性評価として加害者の主観的態度が重視されるとしても、それ自体は戦前から続く伝統的な詐欺解釈と同様である。

こうした解釈伝統に加わる投機的取引の事案における独自の特徴は、被害者の落ち度を取り上げる傾向である。このことは、前述の神戸地判（1965年）の「原告が用心さえすればその実体を更に認識し得た」、大阪地判（1972年）の「利益面だけでなく危険性を有することを知り得た筈であるのに、右準則あるいはパンフレット等の提示を求めることもなく、

額保険の勧誘と説明義務」金法1407号（1995年）20-21頁を参照）。まず、変額保険の事例においては、詐欺に基づく取消権が認められた事例は存在しない。のみならず、約半数の事例において救済の請求（詐欺に基づく取消権または錯誤の基づく無効もしくは不法行為の基づく損害賠償請求）は認められていない（東京地方裁判所1993年（平５）２月10日判決（判タ816号214頁）、東京地方裁判所1994年（平６）３月15日判決（判タ854号74頁）、東京地方裁判所1995年（平７）１月27日判決（金法1420号37頁）、東京地方裁判所1996年（平８）２月21日判決（判時1587号82頁）、東京地方裁判所1999年（平11）２月23日判決（判タ1029号206頁））。不法行為法に依拠した処理は先物取引の諸事例と同様であり、過失相殺として８割の減額を判示する裁判例が存在し（東京地方裁判所1996年（平８）３月26日判決（判時1576号61頁））、さらに借入金の利息に関して過失相殺を認める裁判例も存在する（横浜地方裁判所1996年（平８）９月４日判決（判時1587号82頁）において約３割の過失相殺が認められた）。

変額保険の事案においては、詐欺に基づく取消権と錯誤に基づく無効の両方が主張され、後者のみが認められた事例が存在する（東京地方裁判所1994年（平６）５月30日判決（金法1390号39頁）、東京地方裁判所1996年（平８）７月30日判決（判時1576号61頁）、横浜地方裁判所1996年（平８）９月４日判決（判時1587号82頁）、東京地方裁判所1997年（平９）６月９日判決（判タ972号236頁））。この点は先物取引の事例と異なる。その理由として、変額保険の事例は先物取引に比べて新しい取引類型であり、かつ複雑である点が考えられるであろう（つまり、その内容は必ずしも周知ではなく、被害者の落ち度を問い難い。あるいはバブル経済に対する評価も無視できない。この点について大村敦志「変額生命保険契約の締結の際の虚偽の説明による誤信と要素の錯誤」金法1428号（1995年）70頁）。ただし、こうした事例では、あえて詐欺について触れずに錯誤を認めており、詐欺の成立が明確に否定されているわけでもない。

漫然、右外務員の勧誘に応じた」、大阪地判（1986年）の「被告の勧誘に安易に応じて本件委託契約を締結し、その後も受身の態度に終始し自らの努力で損害の発生を防止しようとする意欲を欠いていた過失があ」る、という説示からも窺われる。

すなわち、加害者の悪質性を重視する詐欺の本来的性格に加えて、被害者の落ち度を暗に示唆する投機的取引の内実が相俟って、詐欺に基づく96条の取消権は被害者の落ち度を差し引いても余ある加害者の悪質的主観的意図が認められて初めて肯定され、その反面として被害者の落ち度は自己責任という形において責任根拠の自由意思を強調する結論を招いている。このことは、契約の効力に影響を及ぼさない不法行為法と整合的であり、さらに被害者の落ち度を加味し得る過失相殺制度とも親和的であり、その後の投機的取引の処理が不法行為法へ推移した理由でもある。

以上の如き裁判例の傾向が詐欺取消制度一般に対して如何なる程度の影響を及ぼしたのか、という点は重要ではあるものの、容易に確認し得る事柄ではない[283]。しかし少なくとも、不法行為法における先物取引に関する裁判例の傾向を、学説は必ずしも否定しない。例えば、故意不法行為における意思の要素に注目する窪田充見は、当該故意が被害者の不注意（過失）の利用を伴う事案における過失相殺の適用を不当として理解し、その具体例として欺罔行為の不法行為を挙げるのであるが[284]、しかし被害者の不注意が必ずしも故意によってのみ利用されるわけではない点は顧慮されていない（被害者にとって、加害者の虚偽の言明が故意に基づこうと過失に基づこうと、結果において何ら異ならない。加害者の過失による虚偽の言明を被害者が納得した時点で、その不注意は惹起

[283] 例えば、本稿において被欺罔者の意思決定自由よりも欺罔者の行為態様を重視する論者として取り上げてきた我妻栄も、96条１項の詐欺取消制度の説明に際して被欺罔者の落ち度を特に強調していない（例えば我妻・前掲注218・308頁以下）。もっとも、我妻以降の文献においては、被欺罔者の落ち度を指摘する記述が見られる（例えば、「詐欺にかかった者にはうかつな点もあるのが通常だから、その者が不利益を被ってもやむをえない」（四宮和夫『民法総則』（1972年）195頁）。

[284] 窪田充見『過失相殺の法理』（1994年）217-218頁。

され、利用されている）。つまり、窪田の理解によれば、故意に含まれる加害者の「意思」が重視され、その反面として加害者の不注意（過失）のリスクは被害者に転嫁されなければならず、この転嫁は過失相殺において可能であり、したがって詐欺取消制度は考慮されず、被害者の意思決定自由も保護されないのである。

以上の如く、加害者の態度を重視する立場によれば、被害者の意思決定自由は十分な保護を受け得ない[285]。そして、このことは被害者の落ち度を重視する立場においても同様である。例えば、故意を要する詐欺取消制度が投機的取引の事例へ介入しない理由を表意者の落ち度に求める橋本佳幸は、過失相殺に基づく意思決定自由の割合的解決を示唆する[286]。しかし、96条１項の詐欺の効果が取消権である理由は意思決定自由という被侵害権利が割合的解決に馴染まないからである。要するに、橋本が取引的不法行為において保護される被侵害権利を意思決定自由に求めていない可能性は否定できず、実際に橋本は次のように述べる。「被侵害法益の把握に際しても（自己決定への干渉という加害形態をとった）純粋財産損害と構成すれば足り、インフォームド・コンセントにおけるごとくに『自己決定権』侵害を論じる法技術的意味は乏しい」[287]。

橋本の指摘は不法行為法に限られ[288]、96条１項の詐欺は別個に理解さ

---

[285] 既に指摘したように、加害行為を重視する態度は日本における伝統的な不法行為論である。すなわち、「それ自体法的非難に値する行為、を判断基準にして、取引当事者の意思形成の自由を保護する領域を画定していくという思考が、機能しているのであ」り、「実例の上でも詐欺的加害ないし害意ある行為がある場合には、不法行為の成立が肯定されやす」く、「不法行為法の伝統的思考からは、自己決定の侵害は、加害行為の態様の中で捉えられているのであって、被侵害利益の中で捉えられていないことの一現象がここに現れている」（錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号（1996年）89頁および92頁の注（13））。

[286] 取引的不法行為の事例における過失相殺は、「いわば、意思表示の効力を割合的にしか破棄しない詐欺取消であ」り、「被害者の意思形成の自由につき割合的保護を付与するものといえよう（割合的な詐欺取消）」（橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリスト1094号（1996年）149頁）。

[287] 橋本・前掲注286・153頁。

[288] 橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164巻１－６号（2009

れる余地が残されているのかもしれない。しかし、過失行為に対しても保護が与えられる詐欺不法行為における被侵害権利を－自己決定の自由それ自体としてではなく－財産権として考える立場は、故意が認められる場合に限り保護される96条１項の被侵害権利たる意思決定自由より財産権が優越することを認める立場であって、そのこと自体が問題である。この立場によれば、被害者は自己の意思決定自由の侵害に気づいても、財産的損害が発生するまで保護を待たなければならず（これを待たずに取消権の主張が可能であるなら、割合的保護の議論が意味を成さない）、辛うじて709条に基づいて保護されても過失相殺を受ける可能性が高く、過失相殺の適用を回避し得たとしても、そもそも96条１項の存在意義は没却せられ、意思決定自由を保護する機会は与えられないのである[289]。

過失相殺制度は確かに一見すると喧嘩両成敗を演出できるのであるが、しかし、このことは裁判官の機械的判断（とりあえず過失相殺を宣言する態度）を助長しかねない。過失相殺を多用する裁判例を見る限り[290]、それは既に常態化しているのではないか、という疑念さえ生じ

年）408頁も参照。

[289]「取引的不法行為における説明義務違反を介しての自己決定権侵害という構想は、取引行為の当事者の自己決定という人格的利益そのものの保護を目指すものではない。財産的利益の処分についての自己決定権の不法行為法上の意味は、少なくとも現状では、財産的利益の保護を実現するという効果を導き出すという枠内で認められる」（錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号（1996年）90頁）。

[290] 確かに、本稿において取り上げた過失相殺事例の数それ自体は必ずしも多くない。しかし、これは96条１項の詐欺が争われた事例という前提が存在するからであって、不法行為の事例も含めれば、過失相殺が適用される事例は少なくない。例えば、東京地判1975年（昭50）１月28日（判時775号165頁。商品先物取引、過失相殺３割）、札幌地判1977年（昭52）２月25日（判時854号109頁。先物取引、過失相殺７割）、札幌地判1980年（昭55）３月28日（判時981号117頁。商品先物取引、過失相殺４割）、長崎地判1986年（昭61）３月17日（判時1202号119頁。商品先物取引、過失相殺３割）、秋田地判1986年（昭61）９月24日（判タ650号223頁。商品先物取引、過失相殺４割）、名古屋地判1986年（昭61）10月31日（判タ639号184頁。商品先物取引、過失相殺４割から７割）、横浜地判1987年（昭62）12月18日（判時1284号118頁。商品先物取引、過失相殺７割）、

る[291]。

こうした不法行為法の弊害に加えて、いわゆる評価矛盾の問題[292]、さ

秋田地判1989年（平１）３月14日（判タ701号210頁。商品先物取引、過失相殺３割５分）、仙台地判1991年（平３）12月９日（判時1460号125頁。商品先物取引、過失相殺４割）、東京地判1993年（平５）８月31日（判時1499号86頁。商品先物取引、過失相殺４割）、東京地判1994年（平６）２月４日（金商967号38頁。ワラント取引、過失相殺８割５分）、東京地判1994年（平６）２月15日（金商967号27頁。株価指数オプション取引、過失相殺７割）、東京地判1994年（平６）３月29日（判タ858号217頁。商品先物取引、過失相殺９割）、東京高判1995年（平７）３月14日（判時1530号58頁。ストラドル先物取引、被害者の落ち度を考慮して損害額を約半分に制限）、東京地判1995年（平７）12月５日（判時1580号120頁。商品先物取引、過失相殺４割）、東京地判1996年（平８）２月23日（判時1576号61頁①。変額保険、過失相殺５割）、東京地判1996年（平８）７月10日（判時1576号61頁④。変額保険、過失相殺７割）、東京地判1996年（平８）６月19日（判時1576号61頁③。変額保険、過失相殺６割）、最二判1996年（平８）10月28日（金法1469号49頁。変額保険、過失相殺６割）、大阪高判1997年（平９）６月24日（判時1620号93頁。ワラント取引、過失相殺１割）、仙台高判1997年（平９）10月29日（判時1647号115頁。ワラント取引、過失相殺３割）、東京地判2008年（平20）６月30日（判タ1283号164頁。商品先物取引、過失相殺４割）。

[291]「判例は安易に過失相殺をしすぎるように思われる」（河内隆史「先物取引に関する判例」判例タイムズ701号76頁（1989年））。同「商品先物取引の被害の救済と判例法理－不当勧誘・一任売買を中心として－」法学新報97巻１・２号331頁（1990年）も参照。「そもそも外務員の勧誘がなければ、このような先物取引の経験・知識のない顧客が先物取引に参入することはまずないと思われるし、一方がルールを違反しているのに、それを見抜けなかった素人に四割、五割、あるいはそれ以上の過失を認定することがはたして公平といえるであろうか」（同332頁）。

[292] 評価矛盾の問題は序論において言及した（本誌63巻３号96頁）。ここでは、評価矛盾という問題設定に対する反論について検討する。ところで、評価矛盾という問題は、論者によって捉え方が異なる。例えば、橋本佳幸によれば、「契約が有効であるにもかかわらず原状回復的（給付利得返還の実質を有する）損害賠償が認められるのは矛盾ではないか」という観点から捉えられている（橋本・前掲注286・153頁）。つまり、有効な契約に基づく財貨移転が損害賠償によって阻止される点を、評価矛盾として捉えている。こうした理解によれば、橋本が唱える過失相殺に基づく割合的な詐欺取消という考え方は、評価矛盾と

らに事業者が提供する情報に基づいて他方当事者の意思が形成される今日の取引状況に鑑みれば、むしろ問題の所在は法律行為法に置かれるべきであり[293]、詐欺概念の拡張を含めた議論が求められるはずである[294]。かかる方向を目指す諸学説は存在するのであるが、しかし詐欺を巡る法律行為法における議論も一様ではなく、種々の問題を含む。この点につい

いう批判を回避し得るように見える。しかし、評価矛盾という問題は、一般に次のように捉えられている。すなわち、「一方で契約の有効な成立を妨げる事情の存在を否定しつつ、他方で契約を成立させるための勧誘行為等を違法と評価するのは、評価レベルでの矛盾ではないか」（道垣内弘人「取引的不法行為－評価矛盾との批判のある一つの局面に限定して」ジュリスト1090号（1996年）137頁）。つまり、社会的に一個の事実を、民法という同一の法体系における或る規範は違法性として評価し、別の規範は違法性の評価を下さない、という点が矛盾として捉えられている。法律行為法においては適用で、不法行為法においては違法であることが矛盾の根本なのであって、過失相殺に基づく割合的詐欺取消が結果として実現され得るとしても（過失相殺は不法行為の成立が前提、つまり不法行為法における違法が前提）、このことは評価矛盾の回避を意味しない。さらに、過失相殺に基づく割合的詐欺取消は、一方で責任根拠の自由意思を貫徹し、他方で違法根拠の自由意思を部分的に保護しているだけであって、たとえ相手方の過失が原因であっても、被害者の自己責任が徹底される結論を正当化し、相手方の過失のリスクを被害者が負担しなければならない結論へ至り、不当である。

[293] 次のような理由も考えられる。「詐欺的商法の被害者の願いは恐らく、交付した金員の返還または求められた金員交付の拒絶であろう。そのためには、公序良俗違反、錯誤等による無効または詐欺等による取消を理由とする当該契約の私法的効力の否定が想起される」からである（國井和郎「民法判例レビュー21（民事責任）」判例タイムズ667号（1988年）64頁）。

[294]「情報や交渉力の面で、一方当事者が劣った立場に立たされている場合（たとえば、消費者が事業者と取引する場合や下請の中小企業が大企業と取引する場合など）には、その者は、自ら主体的に判断して確固たる効果意思を形成するというよりも、相手方の提供する情報に依存して、相手方の積極的な勧誘に応じて、あるいは、相手方の提示する条件に拘束されて、効果意思の形成を迫られるからであ」り、「このような事情を考慮に入れると、詐欺・強迫の概念の拡張がなされるべきであることになろう。不法行為法による損害賠償責任は、詐欺・強迫による取消しに吸収されるべきなのである」（大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論』（2005年）57-58頁）。

て、引き続き検討する。

第２項　法律行為法の諸問題

（１）契約正義から見た詐欺

①情報提供義務論

不法行為法における処理の不都合を回避し、不法行為法へ投げ出された諸問題を再び法律行為法へ取り戻すならば、その前提として法律行為法における制度の拡張あるいは新たな法理の導入が検討されなければならない。本稿の検討対象たる詐欺の問題に関して言えば、詐欺概念の拡張が当然の課題である。ところが、詐欺概念の拡張を語る学説においても、やはり加害者の態様が依然として重要な意味を持つ。その一例として、まず情報提供義務論が挙げられる。

例えば、後藤巻則は、契約の拘束力という観点から展開されているフランスの情報提供義務論として、情報提供義務論が合意の形成過程における信義則の強調と結び付くこと、同義務論が原則として経済的弱者たる消費者と経済的強者たる事業者という枠組に限定されること、意思自律の制限を物語る情報提供義務の承認が契約の基本原理を意思自律の原理から契約正義の実現へ移転せしめたこと、そして合意の瑕疵の判断が（消費者等の）相手方の行為態様を中心として考察されるようになったこと等を紹介し、これを示唆として日本法の解釈としても契約正義の観点に基づいて、個人の意思ではなく、加害者の態度を重視すべき旨を説き、この観点から詐欺と錯誤の接近・統一的把握を論じる[295]。

本稿が注目する点は、意思自律の制限、加害者の態度の重視、そして詐欺と錯誤の接近性である。まず、この意思自律の制限は、60年代の日本において展開された私的自治の制限論と同様であって、責任根拠の自由意思の制限を意味する。そして、既に指摘したように、責任根拠の自

[295] 後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（１）」民商法雑誌102巻２号（1990年）183-185頁、198-200頁、209頁の注（13）、同「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（３・完）」民商法雑誌102巻４号（1990年）456頁の注（９）、460-461頁。同論文は後に『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録。

由意思の制限は、違法根拠の自由意思の尊重ないし保護を意味しない。そもそも、意思決定自由の侵害という観点を重視するなら、加害者の属性（事業者であるか否か）は意味を持たないのである（意思決定自由は、何人によっても害され得る）。

次に加害者の態度を重視する点に関して、後藤によれば日本の伝統的解釈は『「表意者の意思を重視することを基本として相手方の事情を考慮する」という方向で発展してきたもの」として理解されている[296]。しかし、本稿において確認したように、日本においては例えば既に我妻が社会本位の法律観に基づいて欺罔者の行為態様を重視し、96条における詐欺の違法性の基準を信義則に求める議論を展開していたのであった[297]。社会本位の法律観に基づいて行為者の態度を重視し[298]、その根拠として信義則を持ち出す点において、むしろ後藤自身の考え方は、日本の伝統的詐欺解釈と何ら異ならない[299]。

---

[296] 後藤・前掲注295「（３・完）」・461頁。

[297] この点について、本誌64巻２号295-296頁を参照。

[298] 後藤も、「社会的、道義的な正義（契約正義）」という表現を用いる（後藤・前掲注295「（３・完）」・461頁）。

[299] もちろん、詐欺概念の柔軟化という点において、情報提供義務論と日本の伝統的詐欺論は異なる、という指摘は考えられる（後藤も、フランスの議論として、詐欺の故意の推定を紹介している。後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（２）」民商法雑誌102巻３号（1990年）337頁）。ならば、前者は後者に対して、具体的に如何なる程度において、詐欺概念を柔軟化しているのであろうか。

例えば、ある者は次のように述べる。「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したことが明らかになった場合など、情報提供義務違反が当該情報を相手方が保有しないことおよびその情報の相手方にとっての重要性を認識して行われたときには、詐欺の故意を推定できるのではないだろうか」（横山美夏「契約過程における情報提供義務」ジュリスト1094号（1996年）135頁）。

しかし、「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したこと」は、誰が立証するのか。この立証の難易度は、96条における故意の立証の難易度と如何なる程度において異なるのか。あるいは、故意が推定されることによって、96条において問題視された厳格性が如何なる程度に緩和されるのか。仮に緩和

最後に詐欺と錯誤の接近性に関して、後藤は、錯誤においても相手方の悪意が錯誤の認定に影響する点に鑑みて、加害者の態度を重視する結果として詐欺と錯誤が接近する旨を説く[300]。しかし、被欺罔者は欺罔者によって意思決定自由を害された者であるのに対して、錯誤者は自身の落ち度に基づいて意思表示した者である、という点は留意されるべきである。すなわち、「單純ノ錯誤ハ多クハ當事者ノ過失ニ出ツルモノニシテ之ニ因リテ法律行爲ヲ取消サシムルトキハ往往ニシテ過失者ヲ保護シ却テ過失ナキ者ニ損害ヲ加フルノ結果ニ至ルヘシト雖モ他人カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ表意者ハ或ハ毫モ過失ナク又假令過失アルモ他人ノ非行ニ因リテ錯誤ニ陥リタル者ナリ」[301]。錯誤の無効という効果に加えて、後藤によれば錯誤者の相手方に対する損害賠償をも認められ得るから[302]、自ら勝手に錯覚に陥る者が錯誤へ陥らされた者と同等あるいは同等以上の保護を受け得る結論へ至り[303]、不当な帰結を導く可能性がある[304]。

②「合意の瑕疵」の理論

情報提供義務論と同様に、当事者の行為態様を加味し得る点に意義を見出す理論として、合意の瑕疵の理論が挙げられる。すなわち、「情報提供義務の概念を認める理論的な意義の一つは、合意の瑕疵を、意思ではなく当事者の行為態様という新たな視角から検討することを可能にし

されるとして、情報提供義務を導入する代償として、被欺罔者の意思決定自由たる被侵害権利性を軽視することが、果たして民法の解釈として妥当であるのか。疑問が残る。

300 後藤・前掲注295「（3・完）」・460頁以下。

301 梅・前掲注96・202頁。

302 後藤・前掲注299・461頁。

303 かかる差異を考慮するなら、むしろ被欺罔者は単なる錯誤者よりも強く保護されて然るべきである（於保不二雄『民法總則講義』（1956年）187頁以下を参照）。

304 しかも、いわゆる評価矛盾の問題は、さらに拡大する。錯誤と詐欺の評価矛盾の問題について、本誌63巻3号92頁を参照。

たことにある」[305]。このように説く森田宏樹によれば、「『合意の瑕疵』は、理論的には、①表意者の意思の完全性と、②相手方の行為態様の悪性という二つの観点から、これを正当化することがいずれも可能である」[306]、という。

森田も含めた複数の論者によって、詐欺取消制度は被欺罔者の意思の観点から捉える可能性と欺罔者の悪性の観点から捉える可能性が指摘されている[307]。問題は、いずれの観点が如何なる理由に基づいて採用されるか、である。古く主知主義に基づいて詐欺者の行為態様を重視する解釈が展開され（例えばサヴィニーあるいはボワソナード）、20世紀前半においては表示主義あるいは社会本位に基づいて詐欺者の行為態様を重視する解釈が展開され（例えば我妻）、そして20世紀の後半においては契約正義に基づいて詐欺者の行為態様を重視する解釈が展開されている[308]。主知主義によせ、表示主義にせよ、契約正義にせよ、これは意思

---

305 森田・前掲注49・59頁。

306 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（１）」NBL482号（1991年）23頁。

307「詐欺や強迫も、その結果表意者の健全な意思形成が妨げられた故にその効力を否定しうるものとする制度とみることのほか、詐欺者、強迫者の不誠実さを咎める制度とみること、さらには、それにより損害をこうむった者を保護する制度とみること、のどれもまったく可能である」（星野・前掲注90・11頁）。その他に、「詐欺、強迫については、このような行為によって相手方の意思決定を歪める者の悪性に着目することも可能である」（大村敦志「契約内容の司法的規制（１）」NBL473号（1991年）37頁）。

308 前述した後藤（前述36頁）および森田（「信義則や当事者の行為態様等の道徳的な要素（契約正義）」という表現を用いる。森田・前掲注306・24頁）。星野も契約正義を重視し、意思に優越する理性を説き、例えばドイツのフルーメの見解を批判し、次のように述べる「『意思の代わりに理性を（stat ratio pro voluntate）』、正確には『意思の上に理性を（stato ratio super voluntatem）』というべきではないだろうか」（星野・前掲注234・47-50頁）。フルーメが私的自治を承認する意味を、「意思は理性に代わりて立つ（stat pro ratione voluntas）」として理解し、主意主義的な立場に依拠していた点について、本誌63巻６号309頁を参照。なお、大村敦志「契約と消費者保護」星野英一（代）『民法講座　別巻２』（1990年）113頁の注（４）によれば、星野に対するトマス・アクィナスの影響が窺われ、トマスが主知主義であった点については本誌63巻

に優先する何か（例えば理性、社会、正義）を認める立場である。詐欺の解釈の観点が原則として、被欺罔者の意思から捉えるか、欺罔者の悪性から捉えるか、という二方向を前提として考えるなら、前者を認めない限り、後者へ至ることは当然の帰結であろう[309]。

ただし、後者に与する論者は、欺罔者の悪性から詐欺取消制度を捉えなければならない根拠について、必ずしも明確な回答を与えていない。確かに、「契約規範は社会関係の枠組を通して実現されるものである以上、他人の干渉を受けないという意味での『自由な意思』、つまり、外部からの影響を受けない社会から『孤立した自由意思』をあるべき状態として措定することは、あまりに非現実的であろう」という指摘が見られる[310]。しかし、96条1項における詐欺取消制度は、あらゆる外部的影響を問題視しているわけではなく、欺罔者たる相手方の言動に由来する影響を問題視しているのである。

過失の詐欺が認められなくても、欺罔者の過失に起因する虚偽の言明が被欺罔者の錯誤を惹起しているならば、共通錯誤の可能性が検討され得るはずであるが、しかし被欺罔者の自由意思を軽視する立場は共通錯誤も容易に認めない[311]。伝統的通説と同様に、欺罔者の悪性を注目する立場は被欺罔者の自由意思を重視せず、このことは合意の瑕疵論も同様である[312]。欺罔者の行為態容を重視する見解においては、詐欺と故意の

4号179頁の注86を参照。さらに、星野とキリスト教の関係について、星野英一『ときの流れを超えて』（2006年）5頁および53頁以下も参照。

309 そして、こうした理解が行為無価値論へ至ることも既に確認したのであり、つまり「故意があったかどうかは主観の問題であり間接的に認定するほかないが、そうなると、行為の違法性の評価が大きな影響を持ってくる」（大村敦志『消費者法（第2版）』（2003年）79頁）。

310 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（3・完）」NBL484号（1991年）58頁。

311 森田によれば、共通錯誤において表意者の重過失を問わない見解が存在するものの、「しかし、ここで問題とされるべきは錯誤に陥っていたことの正当性であって、右のような場合でも、相手方よりも表意者の方が事実確認ないし情報取得義務を負っていると評価しうる場合がありうるから、重過失要件が一律には排斥されるとはいえない」、という（森田・前掲注306・30頁の注（39））。

312 森田は、詐欺に基づく自由意思の侵害の程度と強迫に基づく自由意思の侵

結合関係が当然の前提として理解され、この点に関してはローマ法から何ら進歩しておらず、これを維持する限り、情報提供義務あるいは合意の瑕疵の理論を検討しても、伝統的詐欺解釈に変容を迫るわけではなく、その結論を左右しないのである[313]。

（2）自己決定権論から見た詐欺

①基本権としての自己決定権

害の程度を区別する。すなわち、「古典的な契約法が保障している『自由な意思決定』とは、強迫による畏怖に比する程度に任意性を欠いた心理状態によるものではないこと」という理解を前提として、自由意思の保護の観点から詐欺を拡張する限界を示し、「相手方の行為態様の悪性に焦点をすえた拡張の方向」を説く（森田・前掲注306・58-59頁）。確かに、詐欺と強迫による自由意思の侵害の程度を区別する理解は在り得る考え方であろう。しかし、そのことから、被欺罔者の意思決定自由の保護の程度を低く見る根拠は、必ずしも引き出すことはできない。例えば、「詐欺は、表意者は、自己のなした意思表示が本来ならなされなかったものであることを表意者が自覚していなかった点では、錯誤と共通であり、強迫は、表意者にこの点の自覚がある点では、心裡留保ないし虚偽表示に近い」（鈴木禄弥『民法総則講義（改訂版）』（1990年）147頁）。つまり、被強迫者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識しているが（強迫は、相手方に当該行為が強迫であることを認識させなければ、強迫の意味を成さないから）、しかし被欺罔者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識していないのであるから（詐欺は、相手方に当該行為が詐欺であることを悟られると、詐欺として意味を成さないから）、被欺罔者が自身の意思決定自由を回復する契機は被強迫者より少なく、したがって被欺罔者の要保護性を被強迫者の要保護性より高く評価することが可能である（96条２項および３項については前述本誌64巻２号272頁の注90も参照）。

313 確かに、後藤および森田の見解は96条１項における詐欺取消制度の活用可能性の限界が前提であり、これを補い得る他の法理論として情報提供義務ないし合意の瑕疵の理論を持ち出しているのであって、96条１項それ自体の可能性を検証している本稿とは土俵が異なる。上記の後藤説および森田説に対する批判も、その限度の内容である。しかし、96条１項に代わる他の法理論を展開するならば、その前提として96条１項の限界を示す論証が必要であるにもかかわらず、この点について上記の後藤説および森田説は十分に示していない。両説に対する上記の批判は、この意味も含む。

詐欺に代わる情報提供義務あるいは合意の瑕疵という新たな法理は欺罔者の行為態様を重視する傾向を帯び、結果として伝統的な詐欺解釈と異ならない結論へ至ることが確認された。少なくとも日本民法の詐欺取消制度に関しては、その立法の前後から一世紀間に亘り、被欺罔者の要保護性あるいは被欺罔者の被侵害権利を基軸に据えた議論が主流を占めることはなかった。

もちろん、既に確認したように、1970年代前後から展開された意思主義の復権あるいは権利論の再生において、被欺罔者の被侵害権利の観点から議論を進展せしめる余地が存在しなかったわけではない。そして、1990年代前後においても、自己決定権論という形において、被欺罔者の被侵害権利の観点から96条１項を解釈する可能性が生じたのである。

確かに、その当初の背景は、いわゆる医療過誤あるいは脳死問題であり[314]、すなわち自己加害の権利の可能性を含む問題（例えば、自殺や喫煙の自由）であって、その自己決定権は生命あるいは身体に関連する内容であった。しかし、自己決定権は、その根拠として挙げられる人間の尊厳ないし幸福の追求という観点から憲法の幸福追求権と結び付けられ[315]、憲法が及ぶ全法領域において語られ得る概念となった。例えば、労働法においても、各労働者の幸福追求という観点から、労働者の生存あるいは経済生活の保障ではなく、むしろ各労働者の精神的自由や自己決定を重視する理解が唱えられ始めたのである[316]。

民法において権利論の立場から自己決定権の意義を説く論者として、山本敬三が挙げられる。山本は「私的自治や契約自由がそのままでは十全に機能せず、それを補うために介入が行われざるをえないが、しかしそれによって逆にまた私的自治や契約自由の基礎が掘り崩されるのではないかというディレンマにどう対処するか」[317]という問題意識から、権

[314] 例えば、山田卓生『私事と自己決定』（1987年）３頁以下を参照。

[315] この点について、山田・前掲注314・342-343頁を参照。

[316] 例えば、西谷敏「労働法における個人・団体・国家－自己決定理念の意義を中心として－」法哲学年報1989年42頁以下、同「労働法における自己決定の理念」法律時報66巻９号（1994年）26頁以下を参照（同『規制が支える自己決定』（2004年）も参照）。

[317] 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治－私法関係における

利論に基づいて権利の観点から、詐欺も含めた諸問題を問い直す。こうした立場は、かつて説かれた自由意思の制限という消極的な保護の在り方(責任根拠の自由意思を制限することによる実質的な契約自由の保障)ではなく[318]、むしろ自由意思の権利性を確認することによる積極的な保護の在り方（違法根拠の自由意思を強調することによる自由意思の被侵害権利性の確立）を求める本稿の立場と基本的に同一の方向として理解できる。

ただし、山本の議論は、憲法の私人間適用の問題を取り扱う点において、その特徴と問題を含む。山本は、私的自治と自己決定権の基礎をリベラリズムの思想に求め、その発露として憲法13条を捉え、さらに詐欺に起因する保護の問題を憲法に基づく保護請求権の問題として理解する[319]。もちろん、如何なる形にせよ、自己決定権が詐欺取消制度において語られるなら、これを欺罔者から論じる従来の議論と異なり、被欺罔者の被侵害権利を基点として96条１項を解釈する余地が生まれ、これは少なからず詐欺の拡張を含意するであろうし、新たな展開が期待される[320]。

ところが、山本は次のように述べる。「詐欺の拡張には、やはり限界

憲法原理の衝突－(１)」法学論叢133巻４号（1993年）６頁。

318　この点について、前述14頁。

319　山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治－私法関係における憲法原理の衝突－（二・完)」法学論叢133巻５号（1993年）５-６頁。

320「民法九六条に直接あたらないことを理由として保護を否定するならば、それは、国家が憲法上みずからに課せられた基本権保護義務を果たさないことを意味する。したがって、かりに民法典が『詐欺』『強迫』の場合に保護を限定する趣旨であったとしても、それを拡張する方向で法創造することが憲法上要請される」のであり（山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年）71頁)、96条１項の詐欺に関連して議論される意思決定自由についても、「この意思決定の自由とは、究極的には、憲法13条の幸福追求権にまでさかのぼる基本的な自由である。このことは､法形成の問題を考えるうえで､非常に大きな意味をもつ。なぜなら、そのような基本的な自由、つまり基本権を他人による侵害から保護することは、国家のもっとも基本的な義務に属するからである」、という（山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論－総括」ジュリスト1097号（1996年）127頁)。

があると言わざるをえない。それは、そうした拡張が、『詐欺』の本来の意味と相容れないからである。つまり、『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である。にもかかわらず、そこから『故意』の要件をはずしてしまうと、詐欺を語りえないところで『詐欺』があると言うことになりかねない」[321]。

憲法レベルにおいて欺罔者の行為自由と対等の地位を占める被欺罔者の自己決定権の保護[322]が民法レベルにおいて否定されるなら、これは基本権保護義務論が「96条1項における詐欺」の解釈を変更せしめる議論ではない旨を示唆するであろう。このことは、96条1項の枠組において伝統的な詐欺の解釈に対して変容を求める本稿の立場においては問題であり、引き続き確認する。

②基本権保護義務論の問題

96条1項の詐欺論へ権利論の視点が導入されるならば、欺罔者の悪性あるいは行為態様に偏した伝統的詐欺解釈と異なり、詐欺取消制度の拡張が支持されるのではないか。なぜ山本は詐欺取消制度の拡張を許さないのか。ここに基本権保護義務論の問題が見出される。

「『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である」という山本の理解は、これまで本稿において検討した諸議論から容易に推察され得るように、欺罔者の側から見た詐欺である。しかし、これを被欺罔者の側から見れば、詐欺を意思決定自由の侵害として定義し得るのであり、この定義において故意は詐欺の必然の要件ではないはずである[323]。

ならば、なぜ山本は後者の意味における詐欺の解釈の可能性を否定するのか。この疑問は、あるいは次のように考えるならば、解消されのか

---

[321] 山本・前掲注320・「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論－総括」128頁。

[322] 欺罔者の側の営業の自由あるいは経済活動の自由も基本権として位置づけられる、という意味である。この点について、山本・前掲注320・『公序良俗論の再構成』67頁以下。

[323]「被欺罔者の救濟の立場からは欺罔者に故意ありしや否やは本質的な問題ではあり得ない」（内田力蔵「英法に於ける善意不實表示に就いて（1）」法学協会雑誌53巻5号（1935年）836頁）。

もしれない。山本は権利論と密接に関連する基本権保護義務論を展開し、これは国家をして基本権保護義務を負わしめ、かかる保護義務の履行を求める方法を正当化する議論である。そして、その履行方法として、例えば裁判所の判決あるいは国会の立法が考えられている[324]。しかし、少なくとも96条の問題に関して、裁判所の役割に期待することはできない。なぜなら、96条における詐欺取消制度に関連する諸問題は、本来的に裁判所の法観的（例えば、違法の判断として行為態容の重視）、偏見的（例えば、「騙された者にも落ち度がある」という理解）かつ場当り的（例えば、評価矛盾の放置）な態度に由来しているからである。それゆえ、次いで国会の立法に基づく基本権の保護が考えられる。立法を通じて96条の問題を解決する方途は十分に考えられ得るであろう。しかし、この意味における基本権保護義務論は一種の（あるいは、まさに）立法論である。すなわち、96条における詐欺取消制度の問題点が理論あるいは解釈によって解決されるならば、この局面における基本権保護義務論は（完全ではないにしても）その意義を失う。したがって、山本の理解によれば、現在の96条の枠組を前提とする限り、詐欺取消制度の拡張を図る方向へ向かないのである。

ならば、山本は、詐欺に関連して、立法論を展開しているのか。山本は消費者契約法の不十分性を説き、立法論として民法における不実表示の導入を示唆している[325]。近時の債権法改正に伴う法律行為法における改正提案においても、不実表示規定の導入が検討されていることは周知であろう[326]。なお、山本は、立法的解決が実現する間の当座の措置として、錯誤法の拡充を唱える[327]。しかし、これは評価矛盾の拡大を意味するのであって[328]、ここにも解釈による解決に期待していない山本の態度が窺

---

[324] 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明（編）『現代法の展望 自己決定の諸相』（2004年）13頁。

[325] 山本・前掲注324・27頁。

[326] この点に関して、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）」民商法雑誌141巻１号（2009年）35頁。民法（債権法）改正検討委員会（編）『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号（2009年）30-31頁も参照。

[327] 山本・前掲注324・27頁。

[328] この点に関して、本誌63巻３号92頁を参照。

われる。

以上を要するに、民法96条1項の詐欺取消制度においては、ついに被欺罔者の意思決定自由は解釈の基軸に置かれず、むしろ故意要件は維持され、その結果として相手方の過失に由来するリスクは被欺罔者が負担しなければならない意味の自己責任が正当化され続けた。すなわち、民法96条1項の詐欺取消制度において語られる自由意思は、違法根拠の自由意思としてではなく、もっぱら責任根拠の自由意思として理解されているのである。

もちろん、立法論は、それ自体として重要である。仮に不実表示法の導入が実現すれば、本稿が想定する96条の詐欺取消制度に関連する諸問題は(少なくとも理論的見地から)一挙に解決される可能性が開かれる。ゆえに、本稿は不実表示法の導入について反対ではない。しかし、不実表示法の導入の検討それ自体が、過失行為から意思決定自由が保護されるべき要請の存在を示唆しているはずである。このような要請に対して現在の民法に如何なる可能性が残されているのか、現在の96条が担う本当の役割は何か、こうした問に答える努力を怠れば、改正後の救済制度においても不当な桎梏が課せられる可能性を残してしまうのではないだろうか。

（未完）

講　　演

不法行為改革の影響の実証研究*

セオドア・アイゼンバーグ
会沢　　恒（訳）

アブストラクト

不法行為改革は、1970年代まで遡る危機の主張への対応として立法化をなしてきており、懲罰的賠償、医療過誤、製造物責任といった極めて華やかな分野が強調されてきた。懲罰的賠償の改革が懲罰的賠償額と填補賠償額の間の比率に影響を及ぼした証拠はほとんど存在しない。このことは、懲罰的賠償が統制不可能となっていることはなく、改革の必要もないことと一貫している。医療過誤分野における不法行為改革の影響の証拠は支持・不支持が入り交じっている。非経済的損害に対する上限設定はコストを削減したが、これにより病院に対する診療の改善へのプレッシャーが減じられた可能性がある。医師の行動や供給に関する一貫した証拠は未だ現れていない。粗悪な質の診療による広範な危害という、よく知られた問題に対応するために不法行為制度の改革が追及されることはほとんどない。製造物責任訴訟の原告は、だんだんと勝訴できなく

* ［訳注］Theodore Eisenberg, *The Empirical Effects of Tort Reform,* in Research Handbook on the Economics of Torts (Jennifer Arlen, ed., forthcoming 2014) からの翻訳。Eisenberg 教授は、北海道大学のグローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の事業の一環として来学し、２件の GCOE 研究会において報告された。本稿はその報告の基礎となった論考を訳出するものである。なお、訳出に当たり飯田高准教授（成蹊大学）の助言を頂戴した。記して感謝する。もちろん残存する誤りは訳者に帰属する。

なってきている。特定の制定法上の改革が被告有利の結果を達成している可能性は排除できないものの、全米的な射程で原告の勝訴率が減退していることは、豊富な資金を有する産業界のグループによる知識の社会的構築に基づく説明を支持する。

Ⅰ．イントロダクション

1970年代まで遡る危機の主張への対応として、不法行為改革は立法化をなしてきた。だが、その影響を評価することを幾つかの要素が複雑にしてきた。考え得る影響としてはさしあたり２つの要素に分けることができる。すなわち、(1) 訴訟提起の件数、事件の結果、懲罰的賠償のパターンといった、法システムの内部で観察可能な影響、及び (2) 法の前提にある人々の行動一般（primary behavior）に対する観察可能な影響、例えば不法行為法の変化に対して産科医がその診療実務を変更するかといったもの、である。これらの影響は異なったデータ及び分析を必要とする。

法システム内部におけるものについて、不法行為改革の影響の信頼できる評価を可能とするようなシステマティックなデータベースは存在しない。根本的な問題として、影響を十全に評価するに際しては、不法行為訴訟の一般的な帰結であるところの和解を考慮に入れることが必要となるということがある。だが、和解に関するシステマティックなデータは存在しない。さらに、トライアルの結果に関する利用可能なデータも限定されている。データはしばしば不完全かバイアスあるソースを通じてフィルターされており、トライアル後の和解や上訴に関するデータを含んでいることは稀である。よって、改革立法の前後における法システムの比較はアドホックな研究に依拠することとなり、既存のデータセットを注視することによって行うことはできない。

法の前提にある人々の行動一般に対する影響の検出はそれにもまして困難である。例えば、仮に産科医による帝王切開の頻度が経時的に変化していたとしても、その原因は、賠償責任ルールの変化によるものかも知れないし、そうした処置を行うことに対する経済的インセンティブの変化や、保険料のトレンドや、保健維持機構（health maintenance organization; HMO）の発達や、医療上の知見の傾向や、地域社会の影響その他の要因によるものかも知れない。同様に、患者予後の質の変化にも数多くの要因があり得る。

不法行為システムについての知見を歪めて伝達している利益団体が、こうした困難を深刻にしている。不完全ないし歪曲された情報の伝播と宣伝を通じて、米国商工会議所（U.S. Chamber of Commerce）やアメリカ医師会（American Medical Association; AMA）といった利益団体は、法システム及びその前提としての人々の一般的な行動の双方の状況を曖昧にした。法システムの歪曲された描写については既に文献の蓄積があり（Haltom and McCann 2004）、しばしば知識の社会的構築として言及される。これにより、法システムの状態を正確に記述すること、そして、変化、あるいは変化の欠如の原因を、かかる歪曲にではなく制定法の変化に帰せしめることが困難になっている。しかしながら、不法行為改革に関する多くの研究は、不法行為法の変化の影響、あるいは影響の欠如、の妥当な評価を提供している。本稿は、不法行為改革の３つの主要な争点、すなわち懲罰的賠償、医療過誤そして製造物責任における改革の影響についての情報に焦点を当てる。

Ⅱ．懲罰的賠償

懲罰的賠償は、不法行為改革として代表的で研究の蓄積のある領域である。州毎のバリエーションは存在するが、懲罰的賠償の賦課を支持する主要な基準は甚だしい不正行為である。明確な言葉遣いをするとすれば、言語道断（outrageous）の、もしくは重過失（gross negligence）による、あるいは故意（willful）の、無慈悲（wanton）な、他者の権利を無謀にも無視した（reckless indiffference）行為、またはさらに遺憾な行動といったことになるであろう（Exxon Shipping Co. v. Baker 合衆国最高裁判決[1]）。

経済界は懲罰的賠償につき、懸念分野として頻繁に言及している（e.g., U.S. Chamber of Commerce 2008）。懲罰的賠償はあまりに問題があると認識されてきたので、合衆国最高裁は、連邦制定法上の限定に加え、異論も多い実体的デュー・プロセスの原理を使った憲法的な制約を課すように至っている（BMW of North America, Inc. v. Gore[2]; State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell[3];

[1] 554 U.S. 471 (2008).
[2] 517 U.S. 559 (1996).
[3] 538 U.S. 408 (2003).

Exxon Shipping Co. v. Baker)。リベラルな情報源でさえ、懲罰的賠償を、陪審が端的に中空から数字を引っ張り出す、常軌を逸したものだと信じている(Washington Post 1996)。

懲罰的賠償の集めている関心は、その現実世界での影響に比して不釣り合いなものである。トライアルの結果に関する信頼し得るデータからの証拠の示唆するところでは、トライアルに到達した事件のほとんどで懲罰的賠償は請求されておらず(Eisenberg et al. 2011)、懲罰的賠償の認められたトライアルは10%をかなり下回る。懲罰的賠償を伴う事件の和解率は、懲罰的賠償の請求を伴わない事件における和解率と異なるとは示されていない(Eaton et al. 2005)。

にもかかわらず、制定法上の規制は、懲罰的賠償額に対する上限の設定、訴答要件の加重、判断基準の厳格化、懲罰的賠償の請求にあたっての裁判所による事前の許可の要求といった形をとってきた。懲罰的賠償をめぐる主要な論点としては、これが認められる場合の状況、認定額、懲罰的賠償の額と填補賠償額との関係といったものがある。

A．懲罰的賠償の賦課の判断

懲罰的賠償の認められる割合は時期を通じて安定している。諸研究は懲罰的賠償の認められる確率についてほぼ同様のものを報告しており、原告有利のトライアル判断の概ね３～５％の範囲にある。司法統計局(Bureau of Justice Statistics; BJS)による、1991年から2005年にかけての４件の州裁判所民事司法調査(BJS 1995, 1996, 2004, 2008)の示すところでは、合計１万6412件の原告有利のトライアル判断をカバーするサンプル中、その4.5%で懲罰的賠償が認められている(Eisenberg and Heise 2011)。これは、RAND 民事司法研究所(RAND Institute of Civil Justice)の研究である1980年から84年のイリノイ州クック・カウンティ及びカリフォルニア州における原告有利陪審評決の4.7%(Peterson et al. 1987)、あるいはアメリカ法曹財団(American Bar Foundation)の研究者による、11州の州第一審裁判所の1981年から85年にかけての２万5627件の陪審評決の4.9%(Daniels and Martin 1990)といった数字と一貫している。

懲罰的賠償の認められる率の安定性により、この率に対する不法行為改革の強い影響を主張したり検出したりすることは困難となる。懲罰的賠償は適切な事件において認められている傾向にあることを示す研究により(Antolini 2004,

210-11; Koenig and Rustad 2001, 1995)、この困難はさらに深刻なものとなる。不法行為改革が改革すべきものは大して存在しなかったのかも知れない。

しかしながら、制定法のあり得べき影響についての若干の洞察は、2005年民事司法調査から得ることができる。懲罰的賠償に関する多くの研究の限界は、懲罰的賠償が請求されたかについての情報の欠如である。2005年民事司法調査（BJS 2008）は、懲罰的賠償が請求されたかを記録する変数を追加した。この追加された変数により、懲罰的賠償が請求された事件においてこれが認められたかどうかに関する研究が可能となった。2005年のデータによれば、8701件のトライアル中､約９％の事件､原告有利の判断となった4546件のトライアル中、10.2％の事件で懲罰的賠償は請求されている。懲罰的賠償が請求されたもののうち、原告有利の事件の35.5％（サンプル・デザインを反映して重み付けすると28.5％）において懲罰的賠償は認められている。

2005年データのサンプルを横断的に見れば、懲罰的賠償へのアクセスを減じることを期待されていたであろう制定法上の規定は、そのような影響を有している。一般的に懲罰的賠償を禁止している州、ルイジアナ、ネブラスカ、ワシントンにおいては（ニューハンプシャーも禁止しているが同州のカウンティはサンプルに含まれていない)、2.3％のトライアルにおいてのみ懲罰的賠償は請求されており、これは他の州における9.1％という数字に比して統計的に有意に小さい（$p<0.001$)。懲罰的賠償を一般的に禁止しているわけではないが限定している州、マサチューセッツとミシガンについては（サウスダコタはデータ中に事件がない)、懲罰的賠償を請求する割合は1.0％であり、他の州における9.6％という数字に比して統計的に有意に小さい（$p<0.001$）(Eisenberg et al. 2011)。イリノイのような、懲罰的賠償の請求について裁判官による事前の承認を要求する州は、請求率の低い傾向がある（Eisenberg et al. 2011)。こうした規定の影響に関する経時的な研究はこれまでのところ行われていない。

B．懲罰的賠償と填補賠償との関係

BMW of North America, Inc. v. Gore 判決（1996年）及び State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell 判決(2003年)において合衆国最高裁は、懲罰的賠償と填補賠償との関係を憲法化した。懲罰的賠償についてのシステマティックな情報を有する容易に利用可能なデータセットの最初期のものは、RAND 民事司法研究所によるイリノイ州クック・カウンティ及びカリフォル

ニアの陪審評決レポーターを利用したものである（Dunworth and Pace 1992）。このデータセットは、填補賠償の認定額と懲罰的賠償の認定額との間の極めて有意な連関を示している。BJS 民事司法調査を利用した場合でも、このパターンは概ね再現された。懲罰的賠償と填補賠償との著しく高い、統計的に有意な関係は、一つの事件における両方の裁定についての情報を含む、ほぼ全てのデータセットにおいて見出される（Eisenberg et al. 2006; Eisenberg et al. 1997; Hyman et al. 2007, table 6, model 2; Karpoff and Lott 1999; Moller, Pace, and Carroll 1999; Schlanger 2003, 1605 & n.136; Choi and Eisenberg 2010）。

2011年のある研究でも、4 件の BJS 調査を跨いだ填補賠償と懲罰的賠償との関連が示されている（Eisenberg and Heise 2011）。この知見は図 1 に示されている。この図では陪審トライアル（J）と裁判官トライアル（B）とが別々に表示されている。

陪審トライアルと裁判官トライアルとを分けて表示することにより、この図は懲罰的賠償の他の様相、すなわち裁判官の行動と陪審の行動との関連についての情報も提供していることに注意されたい。この論点については後述する。

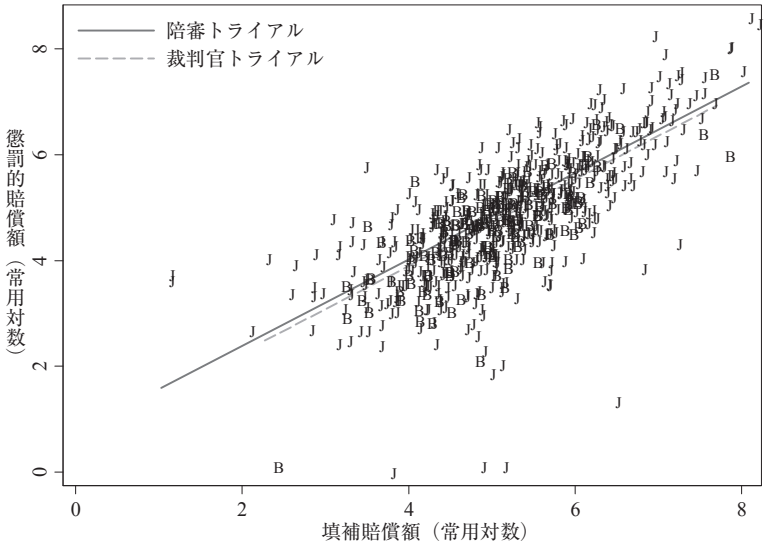


図 1　懲罰的賠償と填補賠償との関係

１．極めて高額な認定額

研究者たちは、「極めて高額な blockbuster」認定額、すなわち１億ドル以上の懲罰的賠償を伴う裁定からなる興味深いデータセットを構築してきた（Hersch and Viscusi 2004; Del Rossi and Viscusi 2010）。その初期の分析は、懲罰的賠償と填補賠償との認定額の間に有意な関連はない、と結論づけていた（Hersch and Viscusi 2004）。タバコ会社に対する事件の特殊な性質を考慮に入れ、より徹底した回帰テクニックを利用した分析においては、統計的に有意な影響の存在が示された（Eisenberg and Wells 2006）。この有意な関連性は、当該データセットの当初の構築者の一人による、後の分析において受け入れられている（Del Rossi and Viscusi 2010）。

不適切な事件においてシステマティックに懲罰的賠償が認められていることを示す研究はない。

２．懲罰的賠償－填補賠償間の比率に対する不法行為改革の影響

重要な問いの一つに、懲罰的賠償に対する上限設定や最高裁判決が懲罰的賠償と填補賠償の関係に影響を及ぼしたか、というものがある。利用可能な証拠の示唆するところでは、適用されるべき制定法や法理の変動は懲罰的賠償と填補賠償との関係に有意な影響をもたらしてはいない。本節で懲罰的賠償と填補賠償の関係の安定性についての証拠を示した後、以下の節では経時的な変化の欠如の理由を示唆する。

10年を超える時間軸でのこの関係の安定性は図２によって示唆されている。この図は、BJS 民事司法調査から、年次と判断者（陪審または裁判官）との参照可能な全ての組み合わせにおける懲罰的賠償と填補賠償の認定額の関係を示したものである。この調査でカバーされているカウンティの主要部分は同一のため、事実上この図は、1991年から2005年まで約５年おきに経時的にコホートとして追跡された諸カウンティの眺望を提供している。同様に、図２で示されている関係は、最初期のシステマティックなデータセットである、前述の RAND データにおける懲罰的賠償と填補賠償の関係と一貫している。

図２の最も衝撃的な特徴は懲罰的賠償と填補賠償の認定額の重大な関連であり、図１のパターンが特定の年の事件や特定の裁定者によって判断された事件の結果ではないことを示している。より厳密にコントロールされた分析も、不法行為改革と関わりない、懲罰的賠償と填補賠償の関係の一貫性を示唆している。

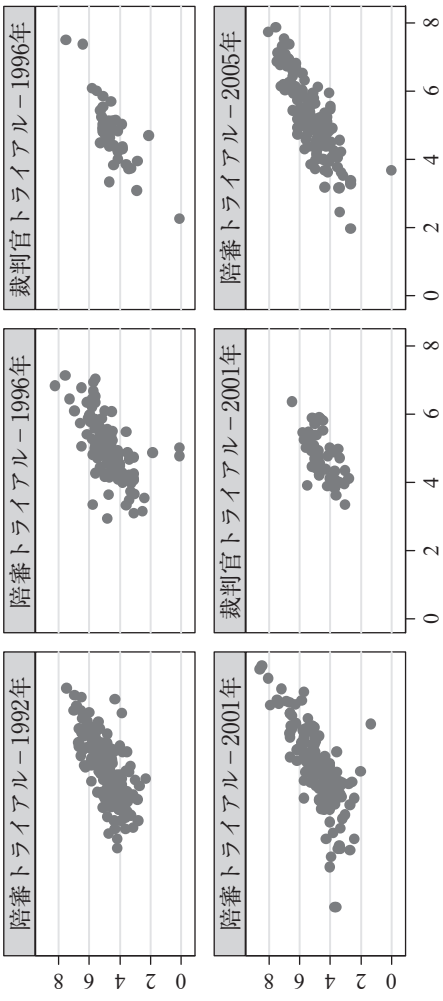


図２　経時的な懲罰的賠償と填補賠償との関係（裁定者別）

現代の懲罰的賠償法の淵源であるBMW of North America, Inc. v. Gore判決（1996年）において、合衆国最高裁は初めて、合衆国憲法第14修正のデュー・プロセス条項を適用し、填補賠償額に比して懲罰的賠償の額があまりに高額であるとしてこれを無効とした。不法行為改革のいかなる側面であれ、事件の帰結に大きく影響することを期待されるとすれば、それはBMW判決であり、この最高裁判決を知っているであろう上訴裁判所によって審理された事件における懲罰的賠償と填補賠償との関係に対する同判決の影響であろう。だが、BMW判決がこの関係を変えたというシステマティックな証拠は存在しない。Eisenberg and Wells (1999) はこのトピックを検討した。図３はBMW判決の前１年と後１年に判断された事件における懲罰的賠償及び填補賠償を示している。図３では、BMW判決前に判断された事件を“B”と、同判決後に判断された事件を“A”と表示して、それぞれの認定額を区別している。

BMW判決前後の填補賠償と懲罰的賠償の間の関係を比較しやすくするために、図３には２本の直線を引いてある。これらの直線は回帰モデルからの結果であり、認定額に関してBMW判決前後のそれぞれについて推定している。回帰分析によれば、この２つの直線が同一であるとの仮説を棄却することはで

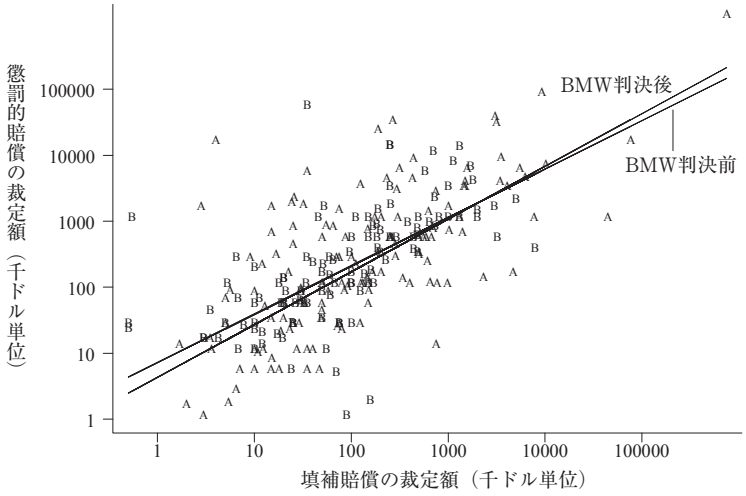


図３　BMW v. Gore判決の前後における懲罰的賠償と填補賠償
（対数スケール）

きない。

他の最高裁判決の影響についての実証的研究は相反する結論に到達しているが、より適切だと考えられる分析は重要な影響を見出していない。2003年のState Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell判決は、懲罰的賠償と填補賠償の間の均衡に対する最高裁の配慮が継続していることを示している。同判決は、デュー・プロセス上の懸念を満足させるためには、通常の場合、填補賠償に対する懲罰的賠償の倍率が一桁を超えるべきではないと注記した。この2003年判決は懲罰的賠償の水準におけるいかなる過剰をも削り取ることを期待されたものであった。

ある論文は、極めて高額な懲罰的賠償を伴う事件における相当な変化について、State Farm判決に原因を求めている（Del Rossi and Viscusi 2010）。別の研究は、より広い範囲の事件においてState Farm判決が認定額に影響を及ぼしているとしている（Goldman and Levin 2006）。前者についていえば、上訴審レベルではなく、この研究で検討された第一審レベルの高額事件において、State Farm判決の機能するであろう因果的メカニズムを見定めることは困難である。ほとんどの不法行為事件と同様、高額事件は圧倒的に陪審を伴うトライアルである。陪審がState Farm判決について説明されることはなく、個々の陪審員がこの判決について以前に聞いたことがあるとは考え難い。State Farm判決が第一審レベルで影響を持つとすれば、裁判官によるトライアルの事件において最も顕著に見出されたであろうと思われる。後者の研究はState Farm判決に先立つ事件を対象に含んでおらず、State Farm判決後の事件にのみ基づいて影響を推測することは方法論的に支持し難いことから、その主張には疑問がある。

トライアルの結果に対するState Farm判決の影響をテストすべく、BJS民事司法調査を、State Farm判決以前に終結したトライアルについてのものと同判決後に終結したトライアルについてのものとに分けることができる。最初の３回の調査はState Farm判決に先立つものであり、2005年調査はState Farm判決後に終結したトライアルのみを含む。また、この調査は全４回の調査で同じカウンティが含まれているという点で魅力的な調査デザイン上の特徴を提供している。図４はこの結果を示している。裁判官と陪審とで異なった影響があり得ることから、裁判官トライアルと陪審トライアルとを区別して結果を示すことが有用である。図４の左側の散布図は裁判官トライアルを示してお

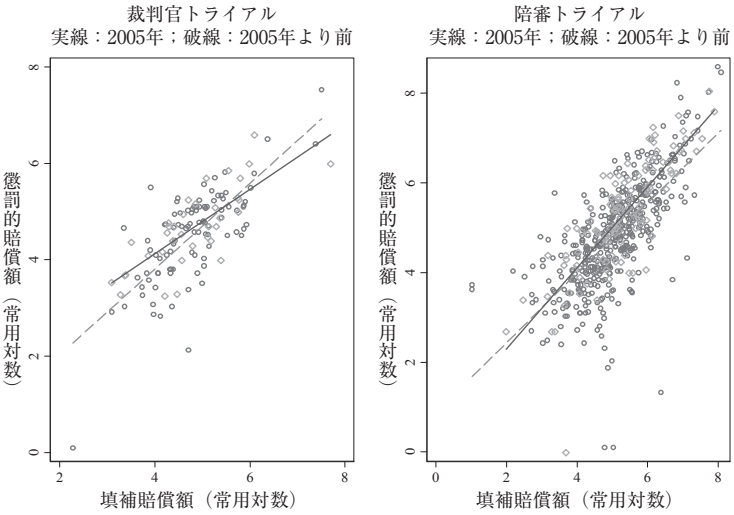


図４　State Farm 判決の前後における懲罰的賠償と填補賠償の関係：裁判官トライアルと陪審トライアル

注：この図は懲罰的賠償額と填補賠償額の関係を、裁判官トライアル（左散布図）と陪審トライアル（右散布図）のそれぞれについて示す。各散布図において、2005年より前のトライアルについてのデータは破線と白丸で、2005年トライアルについてのデータは実線と菱形で示されている。各直線は回帰分析による最適線である。

出典：BJS (1995, 1996, 2004, 2008)

り、2005年のトライアルとより以前のトライアルとについて、線形回帰分析の最適線を表示している。

左側の散布図の示唆するところは、State Farm 判決の影響の証拠はせいぜいのところ支持・不支持の入り交じったものであるということである。10万（10^5）ドル超までの填補賠償の幅広い範囲について、2005年のトライアル（実線）は、それ以前のトライアルに比べて、填補賠償額の一単位に対してヨリ高額の懲罰的賠償が認定されたことを示している。このことは、State Farm 判決に基づいて司法の行動が変化したとの予期を裏切るものである。填補賠償がおおよそ100万ドルを下回る辺りで、２つの時期の線は交差している。回帰モデルによれば、2005年トライアルについてのダミー変数や、このダミー変数と填補賠償額との交互作用項の有意な影響は存在しないことが確認される。

右側の散布図は陪審トライアルについて示しており、再び、2005年トライアルとそれ以前のトライアルとについて別々にプロットし回帰線を引いてある。ここでは、State Farm 判決の影響は、陪審に影響を与えるものと考えられる限りにおいて、積極的に否定されているように見受けられる。10000ドル（10^4）を下回る辺りから始まる、填補賠償額のほとんどの範囲において、2005年のトライアル（実線）は、より以前のトライアルに比して、填補賠償に対して高額の懲罰的賠償が認定されていることが示されている。通常の最小二乗法と、裁判地及び州をランダム効果を伴ったレベルとして扱ったマルチレベル分析の双方において、回帰モデルは2005年トライアルのダミー変数の統計的に極めて有意な影響を確認している。

填補賠償額の一定倍を上限とするような、懲罰的賠償額に対する直接の義務的な上限の設定は、認定額を減少させるだろうと考えられる。上限設定が極端な認定額を減少させるとの証拠も存在する（Del Rossi and Viscusi 2010）。だが、そのような上限設定は限定的な影響しかもたらさないようである。1996年コモンセンス製造物責任改革法（Commonsense Product Liability Reform Act of 1996）案において提案されていた製造物責任事案における懲罰的賠償に対する連邦法上の上限設定についての研究は、そうした影響は些細なものであると結論づけている（Eisenberg et al. 1997, 656）。BJS 民事司法調査第１調査における45の大規模カウンティについて、1996年法案は製造物責任法事案における懲罰的賠償に対し１件も影響を及ぼすようなものではなかった。RAND データのカバーする25年間のカリフォルニア州及びクック・カウンティのデータについて、1996年法案は、６件の製造物責任事案における懲罰的賠償に影響を及ぼし、医療過誤事案での懲罰的賠償について影響を与えるであろう事案はなく、そして１件の懲罰的賠償の裁定のみが填補賠償額との関係で極端である、と考えられた（Eisenberg et al. 1997）。

３．懲罰的賠償と填補賠償との比率における実質的な変化の不存在の含意

懲罰的賠償と填補賠償の関係における変化の欠如は、懲罰的賠償の危機が大体のところ、米国商工会議所のような団体による社会的構築であったとすることと平仄が合っている。こうした社会的構築は、高額認定に関するメディアの無理からぬ注目によって強化された。さらに、1989年の Valdez 号原油流出事故に関連した責任を軽減すべく ExxonMobil 社によって資金が提供されたものの、現実の世界のデータとは決して調和されることのなかった（Eisenberg et

al. 2002）実験的研究（Sunstein et al. 2002）がこれを煽ることとなった。

このことは、懲罰的賠償が統制を失っているとの主張が誇張されたものであるとの合衆国最高裁の認識と一貫している（Exxon Shipping Co. v. Baker 2008）。また、その州司法制度の調査が懲罰的賠償との関連で不正確であると示された際の、米国商工会議所の対応とも一貫している（Eisenberg 2009）。米国商工会議所は、その調査を修正したり、それまでの調査結果がミスリーディングであることを認めるかわりに、調査対象者に対して懲罰的賠償につき回答を求めることを取りやめた（U.S. Chamber of Commerce 2010）。商工会議所の疑わしい行動は、根拠ないままに一定の特色付けをしてみせることに対して自らを守ろうとする、司法部の異例の反応を引き起こした（PRNewswire 2010; The Pop Tort 2010）。

懲罰的賠償額のパターンに対する他の見方としては、法と経済学の文献において顕著なものであるが、懲罰的賠償の役割を抑止に限定しようとするものがある。例えば、Polinsky and Shavell (1998, 889) は、懲罰的賠償の認定額は違法行為の発見確率に関連づけられるべきだと主張した。すなわち、「侵害者に対して課されるべき賠償の総額は、侵害者が責任があると認定されるであろう確率の逆数を危害の額に乗じたものと同額になるべきである」と。Exxon Shipping Co. 事件では、陪審は50億ドルの懲罰的賠償を認定し、最高裁は５億ドルについて認めたが、これに対して彼らは、こうした原油流出は高い確率で発見されるから懲罰的賠償を正当化しない、と主張した。Exxon 社によって資金が提供されていることから、この、あるいは同様の研究について、最高裁は依拠することを差し控えた。裁判官及び陪審に対するガイドラインは、懲罰と抑止の双方という、懲罰的賠償の伝統的機能を奉じる傾向にあることから、法と経済学からの見方を評価するために現実世界の観察から得られたデータを利用することは困難である（Choi and Eisenberg 2010）。

Ⅲ．医療過誤と不法行為改革

医療過誤領域における最も議論の少ない危機は、被害者である患者による過少申告である（e.g., Weiler et al. 1993; Sloan et al. 1995）。だが、この危機はAMA のようなグループの注目の対象とはなってこなかった。彼らの改革の焦点は、実際に請求を持ち出した被害者という相対的に小さな部分についての損

害回復を制限するよう、訴訟提起された医療過誤事件における法システムの機能を変更すべきか、という点にあった。優れた概観として、Studdert et al. (2004) 及び Sloan and Chepke (2008) がある。本節で取り扱うトピックは、法システムが医療過誤事件においてどのように機能しているか、医療支出、医師の行動、医師の供給に対する不法行為改革の影響、保険料及び被害者の受け取る損害賠償に対する賠償制限の影響、その他の改革の影響、である。

A．医療ミスと過少申告の問題

医療過誤の範囲と影響は重度のものである（Baker 2005; Kohn et al. 1999; Weiler et al. 1993）。この問題が時間の経過により大きく軽減しているということはない（Landrigan et al. 2010; National Health Care Quality Report 2007; National Health Care Quality Report 2009）。医療ミスの影響は、患者が病院を離れた後も長期にわたって継続する可能性があるので、患者の安全に関する事象の影響について、入院患者に関する研究では最大20から30％の過小評価がもたらされる可能性がある（Encinosa and Hellinger 2008）。

継続的な高い過誤率に寄与している要素として考えられるものとして、医師が、その過失によって生じた危害の全てのコストを引き受けることを予期していない、ということがある。医療ミスの研究は一貫して、医療ミスによって危害を被った患者の圧倒的多数が被害を申し立てない、ということを見出している（Weiler et al. 1993; Sloan et al. 1995; Andrews, 2006）。訴訟を提起した者もしばしば損害回復を受けていない。さらに、病院は、患者の被る医療ミスのリスクに対して直接ないし間接に影響を及ぼすことができるにもかかわらず、病院内で発生した危害の全てのコストを負担しているわけではない（Mello et al. 2007）。

B．法システムのパフォーマンス

医療界内部の多くの論者が、診療のパフォーマンスのクオリティの低さについての懸念を表明しており（e.g., National Health Care Quality Report 2009）、安全性を改善するための対策を講じたところもある（e.g., Grunebaum et al. 2011）。だが、医療ミスと医療のパフォーマンスを俎上に載せる努力は、問題を弁護士の責任へと帰せしめる、ありきたりの政策言説へと波及した。懲罰的賠償の場合と同様に、不法行為改革の効果を評価するためには、前提となって

いる法システムのパフォーマンスを理解することが必要である。懲罰的賠償における場合と同様、多くの優れた研究から利用可能な情報は、AMA のようなグループによる知識の社会的構築によって目立たないものにされている。

1．根拠薄弱な訴訟

医療過誤の研究からの証拠によれば、根拠薄弱な訴訟が一般的であるとの頑健な証拠は見出せない（Studdert et al. 2006; Greenberg et al. 2010）。医療過誤請求の現実を認めるかわりに、AMA は異なったメッセージを伝達してきた。2006年、「実体なき訴訟が誰もの負担となっている」との見出しの下に、AMA は、法システムに12万5000件の訴訟が継続中であると主張した（AMA 2006）。ここでは、この訴訟の圧倒的多数が証明可能な医療被害を伴うものであったことを諸研究が示唆していることを注記していない。被害者はしばしば、訴訟を提起しなければ、その主張について十分な情報を欠くために不首尾に終わってしまう請求を提出している。また、法システムに係属中の事件数を使用することはいささかミスリーディングである。事件の開始から終結までの平均期間はおよそ３～４年になるため、この数は数年間の訴訟提起件数を累積したものを反映している。

2．提起され、訴訟遂行された請求の結果についての研究

圧倒的な証拠によれば、法システムによる医療過誤請求の処理は、診療のクオリティと強く関連している。「宝くじ訴訟」の主張は支持されない。

表１は、医療過誤請求に関する12の経験的研究の結果を要約している。この内の７件、二重線よりも上で最後の列が“Yes”となっているものは、訴訟段階に到達した請求にのみ焦点を当てているか、訴訟提起前に終結した請求とそうでないものとを区別することのできる情報を含んでいる。二重線より下、他の５件の研究は、医療ミスに対する請求をカバーするが、訴訟についての独立の結果を報告していない。

表１の証拠は２つの主要な論点に関連している。第一に、これらの結果は、医療過誤訴訟がランダムな、あるいは制御不能なシステムであるとの証拠をほとんど提供しない。法システムに到達した事件の研究において、適切な診療がなされた事件での損害回復率が20％を超えることを示唆しているものは２つのみである。適切な診療がなされた事件における高い支払率を示す４つの研究のうち２つは、訴訟段階に進んだ事件とそうでない事件とを区別していない。

第二に、診療における懸念事項は、過失ある事象が高い率で生じることと、

表１　医療過誤の請求の帰結と診療の質

研究	データ	良好な診療の帰結	不明な診療の帰結	悪しき診療の帰結	訴訟上の帰結かの識別可能性
Cheney et al. (1989)	17の保険会社からの、1985年から88年にかけての1004件の麻酔関連訴訟 麻酔医が診療の適切さを査定	支払率47% 良好な診療の事件においては支払額の中央値はきわめて低い（障害を伴わない傷害に対して１万ドル、障害を伴う傷害に対して９万3000ドル、死亡に対して11万5000ドル）		支払率89％	Yes
Cranberg et al. (2007)	Harvard 大学に所属する医療機関に対する、1986年から2006年にかけての42件の終結した医療過誤の請求（訴訟は38件） 脳神経科医による査定	支払率４％		支払率32％	Yes
Farber & White (1991)	ある病院に対する、1977年から89年にかけての、提起され終結した252件の訴訟 専門家が診療の質を評価	支払率24% 平均１万4109ドル	支払率69% 平均14万6160ドル	支払率89% 平均20万3209ドル	Yes
Peeples et al. (2002)	ノースカロライナ州において1991年から95年にかけて提起され、トライアル前の調停へと進んだ81件の医療過誤訴訟 診療〔の質〕については保険会社が専門家から入手した報告書に基づく	支払率11.1％	支払質36.8%	支払率86.2％	Yes
Sloan et al. (1993)	フロリダ州における、1985年10月から1988年３月にかけての187件の終結した請求で、出生時の恒久的傷害を伴うものか救急部門におけるもの（面接を伴う）	支払率43% (a)	支払率75％ (a)	支払率79％ (a)	Yes
Spurr & Howze (2001)	ある病院に対する、1987年から95年にかけての165件の終結した訴訟 診療の質については連続的な指標を採用	和解した事件90件、取り下げられた事件55件につき、唯一の有意な変数は過失の証拠の強さ			Yes
Taragin et al. (1992)	ある保険会社により付保されているニュージャージー州の医師を関する、1977年から92年にかけての終結した事件8231件 医師の診療の質は予め保険会社が査定	擁護可能な診療の事件において、低い支払率（推定25％）(b)	不明な事件においては中間的な支払率	悪しき診療の事件においては高率の支払	Yes
Brennan et al. (1996) (c)	1984年のニューヨーク州における入院から生じた医療過誤の請求の内、1995年12月31日までに終結した46件 医師であるレビュー者が責任の程度を査定	支払率43%（37件中16件） 24.3%（37件中９件）の保険によらない支払（2万5000ドル超）		支払率56％	No
Ogburn et al. (1988)	1980年から82年にかけて提出された St. Paul 海上火災保険会社の終結した請求、周産期の死亡または傷害に関する87件 診療の質は５名の産科医により査定	支払率55%		支払率90％	No
Rosenblatt & Hurst (1989)	1982年から88年にかけて終結した、単一の保険会社に対して、訴訟が提起されまたは訴訟において支払のなされた、産科関連事件33件 過失の査定には筆者が症例報告（clinical abstract）をレビュー	支払率０％		支払率95％	No
Sloan & Hsieh (1990)	1985年10月から88年３月にかけての終結したフロリダ州における請求6612件 保険会社の要約に基づき、医師が回避可能な傷害を分類	回避可能な傷害を伴う事件は支払確率と有意に関連			No
Studdert et al. (2006)	1984年から2004年にかけての、５つの保険会社の終結した医療過誤の請求1452件 医師または最終年度の研修医によるレビュー	支払率28%		支払率73％	No

注記　(a) Sloan et al. (1993) の表8.1 ～ 8.3に基づく筆者の計算
(b) Taragin et al. (1992) の図１に基づく推定
(c) Brennan et al. (1996) は Weiler et al. (1993) のフォローアップ

そうした事象が損害回復へと至るのが低率に留まることである。法システムに到達した請求は、このギャップからの悪影響を受けていない。訴訟が提起されたことを条件とすれば、１つを除いて全ての研究が、不適切な診療が提供された事件における、高い率での支払を示している。よって、医療過誤システムに関するミスリーディングな印象、例えば「医療賠償責任請求の75％が原告への支払なくして終結している」といったAMAの論評（AMA 2006）は、支払を受け取ることのない〔患者から見て〕弱い事件と、AMAの示唆するよりも高い率で支払を受けることを全ての研究が示している強い事件とを区別することに、完全に失敗している。保険会社へ申し立てられた請求は訴訟とは同一ではないから、２つのグループの研究を区別することは重要である。そして、複数の被告に対する請求は、一者のみからの損害回復に至るのが通常であり、過失の証拠なき事件を別にすれば、３つの請求が支払を受けないままとなっている。

診療と支払請求の結果との関係について最も参照されてきた研究は、ハーバード医療過誤研究（Harvard Medical Malpractice Study; HMPS）である（Brennan et al. 1996; Weiler et al. 1993）。しかしながら、HMPSは医療ミスを検討するためにデザインされた研究であり、法システムの有効性を調査するためにデザインされたものではない（Arlen 2010）。説得的な経験的結論を提供するには、この研究は裁判所に提起された請求についてあまりに少ない数しか含んでいない（Arlen 2010）。また、同研究は医療ミスの基準として、不法行為事件よりも高い証明水準を採用している。HMPSは法システムのパフォーマンスに関して最も疑問を呈されている研究でもあり（Arlen 2010; Baker 2005; Peters 2007）、訴訟の結果を、訴訟に帰結していない一般的な請求の結果から区別できるかは明らかではない。[4]

[4] 訴訟提起を、それとは異なる医療過誤請求の主張から区別する研究を同定する可能性は、不正確な語法によって混乱させられている。後者は保険会社が案件を取り上げることに帰結するかも知れないが、必ずしも訴訟提起に至るとは限らない。HMPS (1990) や関連文献はこの点で混乱している。オリジナルの研究は、訴訟が提起されたものであれそうでないものであれ、患者によるあらゆる補償要求を包含するものとして、「請求 claim」という語を利用することにより、この区別に意を払っていた（HMPS 1990. 7-6, 7-7）。この研究は、請求を提出したもののうち医療記録が利用可能な者48名を伴っていた（7-27）。だが、この研究は「訴え litigation」の語を請求を指すものとして使用し、このこと

Baker (2005) や Sacks (1994) の指摘するように、HMPS は、２名のレビュー者の双方が過誤があったと結論付けない限り、当該事件を医療ミスを伴うものとして分類していない。当該医師の行動の性質について彼らの意見が分かれた場合、その事件は賠償責任へと至るべきではないものとして分類されていた。意見の分かれた事件はサンプルの約３分の１を占めており、これらの曖昧な事件の分類のされ方に結論が大きく依存することとなる。過失の有無をレビューされた請求の３分の２超が、２名の内、少なくとも一人のレビュー者によって、過失ある診療を伴うものであると結論づけられていた（Peters 2007, 1800 n.96）。法システムのパフォーマンスに関しての HMPS の例外的なあり方、及び、表１で示されているように、HMPS は、適切な診療と不適切な診療との間での損害回復の率の差が他のどの研究ともかけ離れて最小となっていることの理由を、このことは説明するかも知れない。

表１の諸研究は、被害者が請求を持ち出した場合における、（訴訟を含む）医療過誤請求システムのパフォーマンスを低く見積もっている可能性が高く（Mello et al. 2007a）、医療過誤のリスクについての医師の認識は現実とあまり相関していない（Carrier et al. 2010; Dick et al. 2009; Lawthers et al. 1992; Weiler et al. 1993, 124）。医師が、訴えられるリスクを相当に過大評価しており、そして被害の率を過小評価しているとすれば、彼らは、疑問の余地のある診療を注意水準を満たすものとしてみなす可能性が高い。こうしたもっともな職業内部の傾向は、医師のパフォーマンスの事後的評価における患者の代弁者の不在によって補完されている。

３．陪審のパフォーマンス

諸研究の中には、基礎となる証拠のないままに、陪審のパフォーマンスの低さや賠償を与えることへの意欲を端的に想定しているものがある。Ogburn et al. (1988, 610) は、「陪審は明らかに、診療の評価ではなく感情に駆られて原告

が混乱をもたらした。このデータを利用する後の文献は大雑把なことに「訴え litigation」を「訴訟 lawsuit」を指すものとして取り扱い、ある論文（Brennan et al. 1996）は「医療過誤の訴えの結果 The Outcomes of Medical-Malpractice Litigation」という表題を冠している。この後続研究は「51件の医療過誤訴訟 malpractice suits」（46件は分析時に終結しているもの）をカバーしていると述べるが、訴訟（lawsuit）ではなく請求（claim）から成るオリジナルの研究のデータに基づいているように見受けられる。

側に有利に判断した」と述べている。この言明は、法システムに到達した医療過誤賠償請求と、訴訟が提起される前に終結したものとを区別していない研究の中におけるものである。トライアルの圧倒的多数において医師が勝利しており、インタビュー調査の示唆するところでは、陪審員は当初原告の請求を大きな疑念を伴って見ていると、より多くの情報に基づいた陪審の行動の評価は示している（Vidmar and Hans 2007, 331）。

トライアルの結果のほぼ全ての研究が、陪審がシステマティックに原告有利に認定しているわけではないことを確認している。Cohen (2009) は、1996年、2001年、2005年における、規模の大きな75のカウンティからの大規模サンプルにおける、２万を超える不法行為トライアルの結果の推計に基づいて報告している。トライアル（不法行為事件においては圧倒的に陪審審理）における原告勝利の割合はそれぞれ、48.2％、51.6％、48.6％であった。不法行為における主要な懸念分野である、製造物責任と医療過誤での原告勝利の割合は相当に低く、医療過誤トライアルにおける原告勝利の割合は2005年で19.4％まで落ち込んでいる。

Harris et al. (2006) は、トライアルでの原告勝利の割合が低い理由の候補を提供している。この研究では、1991年から95年の間のノースカロライナ州裁判所に提起された医療過誤事件についての保険会社の一件書類のデータを収集している。そこでは、注意義務の水準とは無関係な、３つの「戦略的変数」が特定されている。すなわち、被告医師側の証人の可能性、原告側の証人の可能性、そして原告側弁護士の評判である。保険会社の査定医が賠償責任が見込まれると査定した場合には、ほとんどの事件において和解がなされていた。賠償責任が不確定あるいは見込みが低いと査定された場合、証人の利用可能性についての認知と原告側弁護士の評判が、事件の帰結を有意に予測した。被告側医師が戦略的な優位を有している事件においては和解の可能性がほとんどない。他方、原告が戦略的な優位を有している事件は和解する可能性が高い。原告の事件をフィルタリングする過程の評価は有用であろうが、この〔被告側による〕事件を分別する過程が、原告のトライアル勝利の割合の低さを説明することができるだろう。

４．経時的な請求のパターン、評決、及び認定額

医療過誤訴訟における請求の荒々しい変動やドラマティックな増加は確認されていない（Black et al. 2005; Vidmar et al. 2005）。しかし、諸研究は、裁定

額が徐々に増加していることを示している。Vidmar et al. (2005) は、1990年から2003年のフロリダ州における３万1521件の終結した事件を検討している。支払のなされた請求における平均支払額は相当程度、増大している。2003年の実質ドル価値に換算すると、平均支払額は1990年の17万7000ドルから2003年の30万ドルへと増加した。支払額の中央値は1990年の４万9000ドルから2003年の15万ドルに増加した。この研究の筆者は、これらの変化の原因を、(1) 請求者の被った被害の重大性のかなりの増大、及び (2) 被害の重大なカテゴリーにおける支払額の増加（恐らくは診療コストの増大による）、に求めている。同研究ではインフレーションの修正のために消費者物価指数が用いられているが、医療コストのインフレ率を利用する可能性は認識されている（Vidmar et al. 2005, 336 n.107）。そのようなインフレーションの修正を実行に移すことが可能であると考えられたならば、支払額の増大はより穏当なものとなったであろう。Black et al. (2005) は、テキサス州における終結した請求のデータを利用しているが、少額事件の数の減少と大規模事件のレベルが一定であることが組み合わされることで、ハイエンドの支払額の増大を伴わずに平均支払額の上昇がもたらされていることを見出している。

トライアルの結果に関する他の研究は、医療過誤事件における陪審認定額の経時的な増加を確認している。Seabury et al. (2004) は、1960年から1999年の時期のイリノイ州クック・カウンティとカリフォルニア州サンフランシスコをカバーする陪審評決レポーターからのデータを報告している。請求されている医療上の損失は、1980年代終わりないし90年代初頭までは期間を通じて一定であるが、この時期に急激に増大している。回帰分析の結果の示唆するところでは、非医療的な経済上の損失の請求と医療上の損失の請求が、これら２つのカウンティにおける不法行為事件の平均認定額の増大のほぼ全てを説明する。Cohen (2009) は、陪審評決レポーター搭載の事件に限定されることによる歪みの可能性のない、陪審審理の最もバイアスのないサンプルを利用している。これは、75の大規模カウンティの内45における州裁判所をカバーしている。ここでも医療過誤事件の認定額の顕著な増大が見出されている。医療過誤事件のトライアルにつき、損害賠償額の中央値は、2005年において、1996年におけるもの（35万4000ドル）のほぼ２倍（67万9000ドル）となっている。

Brown et al. (2010) は、アメリカ医師保険協会（Physician Insurers Association of America; PIAA）から得られたデータを利用して、1985年から2007年の間

の救急部門関連の医療過誤請求１万1529件を検討している。PIAA のメンバーの保険会社は、米国における全ての医療行為に従事している医師の60％に対して保険を提供しているとされる。PIAA のデータに基づく研究は、そのデータの限界（Dhankhar et al. 2007, 167）と同協会のロビイング活動に照らした上で考慮されるべきである。Brown et al. (2010) の見出したところでは、時期を通じて、インフレ調整後の平均の補償支払額及び訴訟費用は２倍以上となっている。この増加は、経時的に増加している医療的損失の請求額と非医療的な経済的損失の増加という、Seabury et al. (2004) の提示する説明と一貫しているかも知れない。だが、Brown et al. (2010) は、救急部門関連の請求の全体の数及び支払のなされた請求の数が、相当の不法行為改革のなされた時期である1985年から2007年の期間を通じて減少していることも見出している。

５．訴訟提起と州のランキングの社会的構築

多くの州裁判所システムでは事件のカテゴリ毎に分類された訴訟提起のデータを欠いているため、医療過誤訴訟の提起に関するデータは限定されている。利用可能なデータで最善のものは、全米州裁判所センター（National Center for State Courts; NCSC）からのものである。NCSC が医療過誤による訴訟提起を特定したデータを報告している７州（アリゾナ、コネチカット、ミシシッピ、ニュージャージー、ニューヨーク、オレゴン、ロードアイランド）についていえば、1999年から2008年の間に、新規の医療過誤事件は15％減少した。増加を示した州はない（NCSC 2008, 8）。訴訟件数を人口や医療活動のレベルで修正した場合はより劇的な減少が示されることとなろう。

だが、医療過誤改革に向けたキャンペーンは訴訟提起件数が減少している州でも根強い（e.g., New York Senate Bill 2011）。自由市場主義のグループであるパシフィック研究所（Pacific Research Institute）は、医療不法行為ランキングにおいて、コネチカットを38位に、ニューヨークを43位に、オレゴンを39位に、ロードアイランドを49位に位置付けている（Graham 2010）。だが前述のように、NCSC データの示すところではこれらの州それぞれにおいて医療過誤の訴訟提起は10年にわたって減少しており、コネチカットの訴訟提起は30％、ニューヨークは１％、オレゴンは42％、ロードアイランドは34％低下している。

訴訟提起率についての間接証拠は、保険請求の申立の研究から得ることができる。Paik et al. (2011) は、不法行為改革は訴訟提起に影響を及ぼしている可

能性が高く、テキサス州における厳格な不法行為改革の後、保険請求（訴訟提起ではない）が58.9％の減少したとの推計を示している、回帰モデルによる証拠を提示している。Danzon (1984, 1986) は、複数の州をカバーする研究において、1970年代に制定された不法行為改革は請求の頻度に影響を及ぼさなかったことを見出した。他の複数の州を対象とする研究では、Durrance (2010) が、標準的な回帰モデルでは、内生性によって、保険請求の頻度に対する非経済的損害への上限設定の影響（そして恐らくは他の不法行為改革の影響）を過大評価することになり得るとする証拠を提供している。非経済的損害に対する上限の設定のように、法を改正した州では、そうしなかった州とは異なった形で影響を及ぼす要因への対応としてこれを行っていることから、不法行為改革は内生的となりやすい。同研究は、非経済的損害への上限設定と医療過誤請求の頻度の減少とを関連づける証拠を見出さなかった。道具的変数を利用することで内生性へと対応しようと試みる多くの研究と異なり、同研究は採用されている変数の性質を査定している。[5]

６．上限設定の、認定額・保険料・損失補填・患者の安全に対する影響

損害賠償額に対する上限設定はしばしば、さもなければ認められていたであろうものの減額を要求する。上限の最も直接的な影響は、陪審認定額を減額するという、トライアルでの損害回復に対するものである。あらゆる医療過誤の改革の中で、最も頑健な証拠は、非経済的損害に対する上限設定が支払額を下げる、ということである。だがここにおいてすら証拠は幾つもの意味にとれる。

1970年代半ばの初期の不法行為改革の研究には、訴訟の頻度に対して上限設定が影響を与えていないとするものがある（Zuckerman et al. 1990）。しかしながら、初期の研究の多数が、医療過誤訴訟の責任を減ずるのに改革が効果的であったと結論している（e.g., Avraham 2007; Danzon 1986）。1993年の議会

[5] 操作変数モデルの仮定として、適切な道具的変数が可能な帰結から独立しているのみならず、いわゆる第１ステージのチャンネルを通じたもの以外の帰結に対する影響を有さない必要がある、ということがある。Durrance のモデルにおいては、州の政治的構成が、立法が成立したかどうかに対する影響を通じて以外では、請求の数に影響を及ぼしてはならないことを、このことは意味する（Angrist and Pischke 2009）。これは事実とは異なるかも知れない。というのも、政治的構成は、改革立法のみならず、請求の頻度に影響を及ぼし得る、保険業界や医療業界の特徴に対しても影響する可能性が高いからである。

技術影響評価局（Office of Technology Assessment）による６つの経験的研究のレビューは、「賠償額に対する上限設定及び賠償金重複回収（collateral source）についての影響のみが、医療過誤のコストの指標の少なくとも一つを一貫して減じている」としている（U.S. Congress 1993, 73）。2004年の議会予算局（Congressional Budget Office; CBO）のレビューの結論は、賠償額への上限設定は訴訟提起の件数・賠償額・保険コストを減ずる方向で概ね一貫している、としている（Holtz-Eakin 2004）。Avraham (2007) は1991年から1998年にかけての医療過誤の和解について検討し、非経済的損害（pain and suffering）に対する上限設定と定期的支払の導入が、平均支払額を減じていると見出している。その効果はさほど高い統計的有意性を有しているわけではないが、非経済的損害に対する上限設定は支払総額を減じている。

上限設定の効果の綿密な研究において、Hyman et al. (2009) は、1988年から2004年までのテキサス州における、1998年時のドル換算で２万5000ドルを超える全ての終結した医療過誤請求のデータを利用している。2003年、テキサス州は、医師その他の個人の診療提供者に対するものについては25万ドル、医療施設もまた責任のある場合には上限にさらに25万ドルまたは50万ドルが追加されるという、非経済的損害に対する上限設定を導入した。訴訟で争われた事件の帰結から、和解における上限の影響を推測するシミュレーションに基づいて、この研究は以下のものを含む知見を見出している：

（1）非経済的損害に対する上限は、非経済的損害の許容可能な認定額の平均値及び中央値について、それぞれ73％、33％減少させた。認められた非経済的損害の認定額の平均は59万7000ドルから15万8000ドルに落ち込んだ。

（2）上限設定は、陪審評決のなされた事件における支払額の予測の平均値・中央値をそれぞれ27％・23％減少させた。平均額の減少は69万6000ドルから51万2000ドルであった。

（3）上限設定は和解で解決した事件の18％に影響し、和解額の平均は31万3000ドルから25万7000ドルへと下落した。

（4）上限設定は原告の人口的グループに応じて異なった影響を及ぼした。大きな割合の減少は、被害者が生存し、職があり、高齢ではない原告と比較して、被害者が死亡し、無職で、（おそらくは）高齢の原告が負担した。

この研究は、いずれの事件が訴訟提起されあるいは和解されるかに対して、非経済的損害に対する上限設定が有する影響を説明することを試みるものであ

る。この研究はまた、インフレーションによる修正を加えない上限の影響についても実証している。その推定するところでは、1975年時点に適用されるとすれば、非経済的損害に対するカリフォルニアの上限設定は35％の非経済的損害と８％の支払を遮断した。2003年までには、79％の非経済的損害と29％の支払に影響していた。

訴訟で争われた事件の結果についてのさらなる証拠も、上限設定がトライアルの認定額を減少させていることを示唆している。Pace et al. (2004) は、カリフォルニア州の1975年医療損害填補改革法（MICRA）の影響を評価するために、陪審評決レポート（California Jury Verdicts Weekly）を利用して、1995年から1999年までの、原告が勝利した医療過誤訴訟のトライアル257件について検討した。この257件の原告有利の評決は、この研究の対象時期のカリフォルニア州における医療過誤訴訟のトライアルの約22％に当たる。MICRA の非経済的損害に対する25万ドルの上限は、原告勝利事件の45％に課されていた。MICRA は、被告の責任額全体の30％、平均して36万6000ドルを減少させていた。

上限設定が医師の利益となっているかは、認定額の期待値の下落が医療過誤責任保険の保険料の低下につながっているかに大きく依存する。改革によって創出された認定額の下落が医療過誤保険の保険料の引き下げにつながっているとの証拠は存在する。Nelson et al. (2007) は、初期の研究に加え、より近時の10の研究をレビューし、比較的に綿密な研究は一貫して、賠償額の上限設定が医療過誤責任保険の保険料を減少させていると示している、と結論した。後の研究もこの知見と一貫している（Born et al. 2009; Ellington et al. 2010）。

しかし、上限設定による保険料の下落はその意図されていた効果を有していない可能性がある。Ellington et al. (2010) の見出したところでは、いずれの改革手法も病院の財務状況の改善に結び付いてない。Sloan and Chepke (2008) は、賠償額の上限設定は保険会社の支払と保険料を減少させたが、安全性を改善してはいない、と結論付けている。彼らは、1974年以来医療過誤改革のレトリックはほとんど変化していないことを注記した上で、肝心な点、すなわち被害の過少申告と過小な損害填補は変化していない、と見出している（Sloan and Chepke 2008, 309-10）。Pace et al. (2004, 51) も同様に、カリフォルニア州の MICRA の規定は医療過誤のコストを被告から原告及びその弁護士へとシフトさせるものとして特徴付けることができる、と述べている。

証拠の示唆するところでは、病院及び保険会社のヨリ大きな節約は、被害者

である患者の負担なくして達成可能である。Grunebaum et al. (2011) は、ニューヨークの Cornell Weill 医療センター（Cornell Weill Medical Center）における安全性改善プログラムが、目に触れる機会が多くリスキーな産婦人科という領域においてさえ、支払のなされた請求を減少させたことを見出している。年当たりの平均補償支払額は、2003 ～ 06年の2760万ドルから2007 ～ 09年の260万ドルへと減少した。監視の必要な事象（死亡や重篤な身体的もしくは精神的危害、またはその危険を伴う突発的な事象）は、2000年の５件から2008年・2009年の０件にまで減少した。容赦ない力により保険料を減少させる上限設定は、安全性を改善するためのもっと骨が折れるが社会的に望ましい努力への試みを妨げる可能性が高い。

上限設定や他の改革の影響は、トライアルに到達した医療過誤事件における認定額の増加を説明するのを助けるかも知れない。NCSC の訴訟提起データに示されているように、訴訟の件数は減少しているが、賠償額上限は弁護士が受任する事件を精選することを要求する。「医療過誤事件において訴訟代理人を最も容易に見つけることのできる依頼人は、医療上の過失に関する最も明快な主張と最も甚大な経済的損失を有する者であろう」(Pace et al. 2004, 51)。この、選別の拡大と、事件を受任するに際してのヨリ大きな損害の必要性は、実際にトライアルに到達した医療過誤事件における認定額の平均値及び中央値の増大に貢献している可能性が高い。Garber et al. (2009) は、非経済的損害に対する上限設定や弁護士費用の制限が医療過誤の被害者の司法へのアクセスに影響を及ぼしているかを評価するための、965名の原告弁護士に対する調査を利用している。その結論するところでは、上限設定や弁護士費用制限は弁護士を雇うことを困難にしている。

C．医療支出に対する影響

不法行為改革が医療支出を減少させるかという問いはこれまでもレビューの対象となっており（CBO 2006; CBO 2009）、ここでは簡単に触れる。不法行為による請求の制限が医療支出を減少させるという研究も、増大させるという研究も、関係がないと見出す研究もある（CBO 2006）。より信頼できる研究は、防衛医療を縮小することを期待して採択された不法行為改革による医療支出の節約分は１～２％の範囲であろうとしている（Hermer and Brody 2010; CBO 2009）。1998年から2006年の最も一般的な不法行為改革の組み合わせは、事業

者提供医療保険の保険料を2.1％減少させた、と Avraham et al. (2010) は報告している。

Kessler and McClellan (2002) の高齢者の心発作及び虚血性心疾患の患者の研究（Kessler and McClellan (1996) の後続研究）は、直接的な不法行為改革が病院の長期的な支出を約４％減少させたと推計している。この研究に続く知見は、その顕著な影響力から、言及するに値する。Sloan and Shadle (2009) は Kessler-McClellan の論文をより長い期間と幅広いコスト指標を含むデータセットを利用して再評価したが、統計的に有意なコストの下落という知見は確認できなかった。Kessler-McClellan 論文を確認はしなかったものの、Sloan and Shadle 論文は Kessler-McClellan 論文の知見を強くは否定しなかった。心発作の患者について、ほぼ有意な費用の下落（$p=0.059$）が見出されたからである（もっとも、他の患者グループについてはそうではなかったが）。議会予算局（CBO 2006, 22）は、非経済的損害に対する上限設定を含め、４つの不法行為改革のいずれについても人口当たりの医療支出全般の有意な低下を見出さなかった。また、人口当たりの入院関連の支出の下落も見出されなかった。非経済的損害に対する上限設定について、受給者当たりのメディケア支出及び入院関連の支出の有意な下落は見出された。Paik et al. (2012) は、テキサス州の不法行為改革の前後におけるカウンティ・レベルのメディケア支出のパターンを利用して、州内部の医療支出のユニークな研究を提供している。その知見によれば、厳格な賠償額の上限を含むテキサス州の不法行為改革が全米的なトレンドと比較してメディケアの支出を減少させたとの証拠は見出されず、またコントロール群の州と比較してテキサスにおいては医師への支出が増加したとの若干の証拠を見出した。

このように、不法行為改革による医療支出の節約の全般的な証拠は曖昧なものである。「ゼロないし小さな効果のみを見出す近時の証拠の蓄積の示唆するところでは、今や、不法行為改革が医療コストのコントロールにおける主要な要素たり得るとの希望を政策担当者は放棄する時である」と、ある近時の要約は結論付けている（Paik et al. 2012, 175）。

D．医師の行動に対する影響

州の不法行為改革立法が医療上の決定に影響を及ぼしているかに関する研究は、混交した結論をもたらしている。２つの最も研究されている分野は、産婦

人科医の行動と、心発作に関する行動である。

1．産婦人科医の行動

Dranove and Watanabe (2010) は、ミクロレベルのデータを利用して、産科医がどのように訴訟に対して反応するかを、本人ないしその同僚が訴訟に巻き込まれた後により多くの帝王切開を実施するかを調査することにより検討した。帝王切開の実施率につき、小幅で短期間の上昇が観察された。この上昇は小規模の医療提供者に集中しているように見受けられた。このことは、病院が診療の手順の再検討の間に採用する、一時的な防衛手法を反映しているかもしれない。約９ヶ月後、特定の医師について帝王切開の実施率のヨリ大きな上昇があった。こうした上昇が短期的で、それ以前に訴訟を経験したことのない産科医に限定されていたという事実は、産科医が初めての訴訟との接触に過剰反応することを示しているかも知れない、と同研究の筆者は示唆する。「例えば、訴訟過程は費用のかかるものでも取り立てて苦痛を伴うものでもないことを、産科医は素早く理解している、ということが考えられる。例えば、医師〔個人〕が金銭的な支払を原告に対して行うことはほとんどないし、訴えられた結果として収入を失うこともありそうにない（Danzon et al. 1990; Zeiler et al. 2008）」（Dranove and Watanabe 2010, 92）。

Baldwin et al. (1995) は、産科医の請求履歴と帝王切開の実施率との間に関連のないことを見出した。同様に、Kim (2007) は、医師当たりの請求件数の医療過誤に対する支払の州毎の差異を利用して、1992年から1998年にかけての帝王切開の実施率に対する州レベルの医療過誤のリスクの影響を調査した。帝王切開の実施率に対する影響は見出されなかった。Gimm (2010) は1992年から2000年のフロリダ州における産科診療実務を研究した。医療過誤請求に対応して帝王切開の実施率を上げることで医師がその診療パターンを変更したという証拠は見出されなかった。医師は、医療過誤請求が終結した３年後に、より少ない件数の分娩を実施していた。Grant and McInnes (2004) の知見では、大規模な医療過誤請求を経験した医師は、リスク修正後の帝王切開の実施率を、約１％と最小限の程度で上昇させており、少額の支払を経験した医師については影響は見られなかった。

Dranove and Watanabe 論文その他の研究での弱い影響は、かなりの蓄積のある知見と一貫している。1981年の国立衛生研究所（National Institutes of Health; NIH）コンセンサス形成会議の報告書は、訴訟の虞が帝王切開の利用

の拡大の主要な原因であるという証拠を付していない。この NIH の報告書は、よく工夫されたコントロール群、すなわち軍病院や公衆衛生局の病院といった、医療過誤に対して個人的な責任に曝されていない環境で診療している医師、を参照している。こうした〔賠償責任に〕曝されていない医師は、民間部門におけるのと同様の、帝王切開のヨリ頻繁な利用を示していた。アメリカの訴訟の懸念とは無関係な海外における帝王切開の実施率の増大への懸念（Lomas 1988）もまた、訴訟の虞以外の他の要素が帝王切開の実施率の増大の原因であることの証拠である。Frakes (2009) は、医療過誤のプレッシャーが帝王切開の利用を促進しているとの証拠を見出さなかったが、会陰切開術の利用の増加と、子の分娩との関連での入院日数の増加を報告している。

Currie and MacLeod (2008) は、連帯責任の改革が、帝王切開、誘発分娩及び分娩出産関連で予防可能な合併症を減少させたと報告している。非経済的損害に対する上限設定が帝王切開及び分娩出産における不要の合併症を増加させたとも見出している。だが、Sloan et al. (1995) は、1992年のフロリダ州の出産の研究において健康上の帰結の指標として新生児の生存率とアプガー指数を採用したものだが、医療過誤訴訟の増大の脅威による出産結果のシステマティックな改善を見出さなかった。しかしながら、この分析のある部分は、訴訟される脅威の増大に応じて、胎児の死亡が減少したと見出している。

Yang et al. (2012) もまた診療の帰結に焦点を合わせ、1991年から2002年の51の法域における235万の出産のランダムサンプルを調査した。そこで見出されたのは、不幸な出産結果の確率は保険料のレベルや不法行為改革とは関連していないということだった。そこでは、賠償責任のプレッシャーは、標準を下回る診療に対して社会的に望ましい抑止効果を持つというよりは、社会的な最適点よりも高い産科医の予防措置のレベルをもたらしているかも知れない、ということが示唆されている。この結論は、賠償責任を限定する改革の採用は結果に対して不都合なインパクトを持つことは考え難い、ということも示唆している。

しかし、他の研究は帝王切開が医療過誤のプレッシャーと正の相関があると見出している。Rock (1988) は、ニューヨーク州及びイリノイ州において医療過誤保険の保険料と帝王切開の実施率とに有意な関連があることを報告している。Tussing and Wojtowycz (1997) の研究は、ニューヨーク市を除くニューヨーク州の5万8441件の出産を検討する際、1975年から1986年にかけてのカウ

ンティ毎の累積的な産科関連医療過誤訴訟を医療過誤のリスクの代替変数として利用した。その報告するところでは、全体の帝王切開の実施率27.6％の内、推計6.6％が医療過誤〔訴訟〕の虞によって説明されるとしている。Localio et al. (1993) は、訴訟を起こされた経験を有する医師について極めて高い帝王切開の実施率を見出しているが、医師の技術水準の効果を検討に含めておらず、また被告＝医師が帝王切開を好む他の理由を有している可能性を排除できていない。Dubay et al. (1999) の知見では、賠償責任のプレッシャーの尺度として医療過誤保険の保険料、及び1990年から1992年にかけての出生証明書のデータを利用したところ、医療過誤のプレッシャーが大きくなるほど帝王切開が実施される確率が高まるが、アプガー指数の有意な改善は見られなかった。Dubay et al. (2001) は、賠償責任のプレッシャーが一部の低所得層の事例において出産前診療の利用を減少させている、と見出している。

賠償責任のプレッシャーに関連した産婦人科医の行動についての諸々の結論を完全に調和させることは困難である。結局の所、利用可能な証拠は賠償責任のプレッシャーと帝王切開の実施率の増加との間の一貫した関連性を支持してはいない。帝王切開の実施率の増加は賠償責任のプレッシャー以外の他の要素に帰せしめることができ、賠償責任のプレッシャーのない医師という合理的なコントロール群を伴う研究はそのような関連を見出さない傾向にある。医療過誤のプレッシャーの指標として、保険料ではなく、医師自身の現実の経験を利用する研究は、帝王切開の実施率の増加を見出さない傾向にある。賠償責任のプレッシャーと実施率の増加の間の関連を見出す研究は、累積的な保険料のプレッシャーや不法行為改革立法を利用し、賠償責任のプレッシャーから隔離された医師というコントロール群を利用しない傾向にある。こうした研究は個別的なプレッシャーとコントロール群を利用した研究よりも説得的とはいえない。

２．急性心筋梗塞の患者

その横断的な研究において、Dhankhar et al. (2007) は、医師の行動及び急性心筋梗塞の患者の健康上の帰結に対する医療過誤の影響を評価するために、2002年の全米入院患者サンプルデータベース（Nationwide Inpatient Sample）及び全米医師データバンク（National Practitioner Data Bank）、そして2000年から2004年までの医療過誤に対する支払額を利用した。州レベルでの医療過誤のリスクの指標として、支払のなされた請求の頻度と請求の重大さが利用された。人口10万人当たり１件という医療過誤請求のリスクの増大が、重篤な急性

心筋梗塞の患者が（より費用のかかり侵襲的な血管形成術ではなく）内科的治療によって処置される可能性の６％の増加と関連づけられた。従って、より侵襲的で費用の高い血管形成術のほうが医師が医療過誤請求に曝されることを限定するであろうから、医療過誤請求のリスクの増大は、防衛的医療の利用の増加には関連づけられなかった。同様の結論は、それほど重篤ではない医学的状態の患者についてのバイパス手術に対する血管形成術についても現れた。

重篤な状態の患者について、医療過誤請求の増大はバイパス手術の利用の増加と関連づけられ、また医療過誤請求のリスクの増大は死亡率の改善とも関連づけられた。医療過誤訴訟の率の増大は、急性心筋梗塞の患者の死亡率の低下と関連づけられ、防衛医療が患者の健康に対して積極的な効果を持たないという見方に反駁している。この研究は、不法行為改革と急性心筋梗塞の処置との関係で、広く参照される Kessler and McClellan (1996, 2002) の前述の知見の一般化可能性を限定する。損害賠償の制限のような「直接的な」不法行為改革の行われた州において、〔医療上の〕帰結の毀損なくして、急性心筋梗塞や虚血性心疾患の患者の処置のコストは低下していることが見出されている。

Ｅ．医師の供給に対する賠償責任の影響

多くの研究が、医師の供給に対する、医療過誤、保険そして不法行為改革の影響を評価している。Yang et al. (2008) は、医療業界の一般的な通念は保険料の急激な上昇は医師の移転や廃業をもたらすというものだ、と記している。関連文献を評価した後、「概ね、全般的な医師の供給の広範な減退の明確な証拠は確立されていない」と結論している（Yang et al. 2008, 22）。これは現在の知見の合理的な要約である。表２は、医師の供給に関する研究を概観すべく、Mello et al. (2007a) にある表を拡張したものである。諸研究は、影響を見出すものと見出さないものとでほぼ拮抗している。本節はこれらの諸研究について論じ、一貫しない結論の原因を示唆する。

重要な論点として、当該研究が実際の診療実務を検討しているのか、医師に対して調査をしているのか、ということがある。実際の診療実務に関する研究は、医師を対象とした調査と比べ、より穏当な影響を報告している（Mello et al. 2007a）。ペンシルバニア州のリスクの高い専門医の43％がその診療実務を限定したと述べる一方で、実際にそうしたと見出されるのは３％のみである。

表２の示すように、医師の全般的な供給と、リスクの高い産婦人科領域の双

表２　医師の供給に対する医療過誤の状況の影響の諸研究

研究	医療過誤のリスクの指標	対象年	分析	知見
Baicker & Chandra (2005)	保険料 請求に対する支払	1993 ～ 2001年	2001年と1993年の医師の数を比較した州レベルの回帰モデル	有意性なし。保険料・支払ともに全般的な医師の供給と関連なし
Donohue & Ho (2007)	賠償額上限設定	1991 ～ 2004年	無作為化推論	有意性なし
Encinosa & Hellinger (2005)	賠償額上限設定	1985 ～ 2000年	賠償額上限設定を導入したカウンティと導入しなかったカウンティを比較するDID 法	有意性あり。25万ドル超の上限設定は人口あたり医師数の２％増加と関連
Erus (2004)	保険料 AMA が危機にあるとする州 請求の数 請求に対する支払	1997 ～ 2000年	州レベルのランダム係数モデル	有意性なし。保険料・支払ともに全般的な医師の供給と関連なし。医師の総数は危機による有意な影響なし。新人医師に対する影響あり
Gius (2000)	保険料	1994 ～ 1996年	給与と医師の供給の間の内生性を統制するための道具変数を利用した州レベルのモデル	有意性あり。医療過誤保険の保険料は医師の供給にネガティブな影響あり
Grumbach (1997)	保険料	1980 ～ 1989年	ニューヨーク州における産科診療の取り止めについての医師レベルのモデル	有意性なし。保険料の上昇の程度と産科診療の取りやめの間に関連なし
Hellinger & Encinosa (2003)	賠償額上限設定	1985 ～ 2000年	州レベルの最小二乗法回帰モデル	有意性あり。賠償額上限のある州は人口あたりの医師数は平均12％多い
Kessler et al. (2005)	賠償額上限設定その他より直接的でない不法行為改革	1985 ～ 2001年	不法行為法を変更した州と変更していない州とを比較する DID 法	有意性あり。賠償額上限設定は３年後において医師の供給の増加３％と関連
Klick & Stratmann (2007)	賠償額上限設定	1980 ～ 2001年	不法行為改革を伴った州と伴わない州における、高リスク専門医と低リスク専門医とを比較する DID 法	有意性あり。賠償額上限設定は、人口10万人あたり、最も高リスクの５つの専門で6.1％多い医師数と関連。10の専門では4.1％
Matsa (2005)	賠償額上限設定	1970 ～ 2000年	全ての州についてのカウンティレベルの回帰モデル	有意性なし。全般的な関連なし。地方部における専門医の増加
Mello et al. (2007a)	保険危機の影響	1993 ～ 2002年	保険危機期間中のペンシルバニア州における医師の供給	高リスクの専門医の供給は低下せず。産婦人科医の供給は８％減；分娩を行った医師の供給は若干上昇
Polsky et al. (2010)	保険料	1998 ～ 2004年	フロリダ・ニューヨーク・ペンシルバニア各州の病院の解雇データとカウンティの保険料	有意性あり。医療過誤保険料の上昇は産科医の供給とネガティブに関連
Silver et al. (2008)	賠償額上限設定	1990 ～ 2007年	テキサス州における直接プライマリケア医の数	賠償額上限は直接プライマリケア医の数に限定的な影響あり
Xu (2009)	保険料 医療過誤請求	2006年	ミシガン州における医療過誤の負担と産科診療の取り止めとのロジスティック回帰	有意性なし。医療過誤の支払は産科診療の取り止めとの関連なし。医療過誤の請求や支払の経験が産婦人科医の診療取り止めの決定に影響した証拠なし
Yang et al. (2008)	保険料 不法行為改革	1992 ～ 2002年	50州における、医療過誤のリスクと産婦人科医の数の相関を査定する混合効果モデル	保険料や不法行為改革と、産婦人科医の供給との間に有意な関連なし

方について、諸研究は首尾一貫した見方を提出していない。若干異なる研究群についてであるが、その要約は次のようなものである：

> 幾つかの長期にわたる変化を扱った計量経済学的研究は、ある州における医師の数を賠償責任の環境の関数としてモデル化している……４件は有意な関連を見出し、３件は有意な関連を見出さず、２件は混交した結論を出

> している。研究の知見のバラツキは容易には説明できない。利用された医療過誤リスクの指標（保険料、請求、支払、不法行為改革）によってシステマティックに結論が変化しているということはない。（Mello et al. 2007a）（脚注省略）

ここでの検討は若干の追加的な研究を含み、利用された医療過誤リスクの指標に基づいて若干強いパターンが見出されている。保険料を利用して医療過誤リスクを測定する研究は、医師の供給についての頑健な影響を見出さない傾向にある。Baicker and Chandra (2005)、Erus (2004)、Grumbach (1997)、Mello et al. (2007a)（保険危機の期間のデータを利用している）、Xu (2009)、Yang et al. (2008) といった諸研究は、一部のグループの医師については影響を見出しているものもあるが、全般的には有意な連関は見出していない。３つの州（内一つは Mello et al. (2007a) が影響を見出さなかった州）のみに限定している Polsky et al. (2010) と Gius (2000) のみが、保険料と医師の供給との間の有意な連関を見出している。Gius (2000) の結論は、多くの州に跨がり、短い時期を包含するデータを利用した後の研究においては観察されてない。

損害賠償の上限設定を利用して医療過誤のリスクを測定する研究は、医師の供給への影響をより見出しやすい傾向にある。Encinosa and Hellinger (2005)、Hellinger and Encinosa (2003)、Kessler et al. (2005) Klick and Stratmann (2007) は賠償の上限設定を少なくとも一部に利用し、医師の供給への影響を見出している。しかしながら、このリスク指標を用いた場合でさえ、混交した結論がもたらされている。Donohue and Ho (2007)、Matsa (2005)、Silver et al. (2008)、Yang et al. (2008) の４件の研究は頑健な影響を見出していない。Kessler et al. (2005) の研究は頻繁に参照されるものであるが、最も研究されている専門分野である産婦人科医との関係では $p=0.10$ でのみ有意（2.3％の増加、標準誤差1.3％）であり、他の専門についてはさらに小さな平均的影響を報告している（Kessler et al. 2005, 2622）。ある意味、この論文の知見は決定的でない。というのも、Yang et al.（2008）が注記するように、間接的な不法行為改革を行った州――成功報酬の制限、分割支払の義務づけ、連帯責任改革、患者補償基金、出訴期限法の変更――では、改革を行わなかった州よりも医師の増加が遅かったのである。

１．医師の供給の研究における方法論的論点

諸々の混交した結論は方法論的な争点の帰結である可能性がある。医師の供

給に関する不法行為改革の多くの研究が州及び年次について固定効果モデルを採用している、と Yang et al. (2008) は指摘している。Anderson and Wells (2010) や Anderson and Wells (2008) に示されているように、そうしたモデルは計算上の不安定性と多重共線性の影響を受け易い。

さらなる方法論的な洞察は異なったアプローチを利用する研究から得られる。Donohue and Ho (2007) は、1991年から2004年にかけて損害賠償額の上限を採択した州と採択しなかった州における医療過誤請求の件数について検討した。この研究では、表２の幾つかの研究で採用されている差分の差分分析（differences-in-differences; DID) 法に言及されている。DID 法による研究では、改革を行わなかった州のグループの場合と比較して、改革を行ったグループの経時的な帰結の差を測定する。Anderson and Wells (2008) において表明された懸念と一致した知見であるが、このコンテクストにおける DID による測定量が重大なモデル感度を示すことが指摘されている。Donohue and Ho (2007) においてはそのかわりに、上限の採用について直接的な情報を組み込んでモデル感度を限定した、ノンパラメトリックな共分散修正を加えたランダム推定を採用した。同研究では、上限設定が医療過誤請求の数に影響を与えたとの証拠は見出されなかった。

他の方法論的懸念として提起されているものは、ケース群における州の数と DID 法の無修正での利用に関連している。検討対象の時期において不法行為改革を採用したり廃止したりした州がわずかに留まる場合、改革について特に動きのなかったコントロール群の州と比較して、ケース群に属する州は少数だということになり、不正確な推計と観察されていない時間依存効果による交絡の可能性がもたらされる。DID 推定を利用する研究は系列相関データを利用することが多いが、系列相関についてのテストを報告したり、これを説明するための標準誤差の修正を行ったりしている例は稀である（Yang et al. 2008, 28; Angrist and Pischke 2009, 315-19)。低く見積もられた標準誤差は有意性のレベルの過大申告につながり得る。この懸念は、DID 法の感度の問題を減じようと試みた Donohue and Ho (2007) のアプローチによって支持される。

医師の供給についての一部の研究に関する他の懸念としては、この時期における保健維持機構（HMO）の浸透及びマネージド・ケアの影響を説明していないという点がある。HMO の浸透は、医師の数、専門医の配置及び引退の決定と関連している（e.g., Yang et al. 2008, 38)。Kessler et al. (2005)、Avraham

(2007) そして Yang et al. (2008) はそのような HMO やマネージド・ケアについて説明を与えている。他の幾つかはそれをしていない。

最後に、医師の供給や他の不法行為改革についての研究は、しばしば複数の従属変数に関して複数の不法行為改革の効果を検討している。改革とその帰結との間の十分な数の比較は統計的に有意な影響を偶然にもたらし得るし、研究者は有意な結果を強調する傾向にある（Benjamin and Hochberg 1995）。このことは、複数の改革や複数の帰結をテストしている研究は、多重比較について有意性のレベルの報告を修正すべきかという問いを提起する。一つずつ検定を行う手続及び指標の無反省な利用は、影響の偽陽性の検出の率を増す可能性がある（e.g, Benjamin and Hochberg 1995）。しかしながら、Rothman (1990) は、結論が真でありそうだと予期することの強い根拠がある場合にのみ統計的テストが実施されるのだとすれば、多重比較についての修正は不要だ、と主張している。いくつかの不法行為改革の分野においては、強力な事前の予期は信頼し難い社会的に構築された知識に基づいており、故に多重比較テストを好んで勧める可能性がある。

２．保険料に動機付けられた行動という説明の仕方についての留保

医師の供給に関する研究における方法論上の論点に加えて、医師が保険料に対する医療過誤改革の影響に基づいて一貫して移転するということはないのはなぜか、他の研究が説明している。保険料の上昇が退出の決定を後押しするのだとすれば、保険料負担を緩和するプログラムが影響を有するはずである。だが、Smits et al. (2009) は、オレゴン州における2002年から2006年の全ての産科診療提供者を調査した。医療過誤保険の保険料のコストが、産科診療を中止する際に最も挙げられる理由であった。地方部の医師に対するオレゴン州の補助金プログラムは、産婦人科医に対して専門家責任保険の保険料の80％を、家庭医及び一般医に対して保険料の60％を支払っている。医療過誤保険に関する補助金の受給は、地方部の医師による産科サービスの継続と関連していなかった。産科診療･サービスを中止する計画を報告する点につき、補助金を受け取っている医師と受け取っていない医師の間に違いはなかった。そして、オレゴン州における医師の懸念というものは、前述の NCSC 調査の知見、すなわちこの時期はオレゴン州における医療過誤訴訟の提起が顕著に減少した時期であるという点に照らして解釈されるべきである。

Polsky et al. (2010) は、医療過誤保険の保険料の上昇と関連づけられたペン

シルバニア州における産科医の減少を見出しているが、このことは、同州が保険料の上昇のインパクトを減殺すべく立法を行った時期に発生している。2002年の診療供給及び医療ミス減少法（Medical Care Availability and Reduction of Error Act）は、急激な保険料の上昇によって最も影響を受ける医師を引き留めるべく、事実上、保険料を引き下げた。このプログラムによる退出行動の引き留めの失敗は、保険以外の力学が医師の供給の減少の原因であることを示唆しているかも知れない。

保険料が医師の退出を促しているという説明に疑問を投げかけるさらなる証拠としては、保険料上昇のコストを誰が引き受けたかを評価する研究がある。Thurston (2001) は、1983年から1985年の医師診療コスト・収入調査（Physicians' Practice Costs and Income Survey）からの医師の報酬と医療過誤保険の保険料についてのデータを参照した。そこで見出されたのは、外科医とそれ以外の医師の双方について、保険料のコストの変動は消費者へと転嫁されているということだった。このことは、10年先行している Danzon et al. (1990) の研究とも一貫している。Pauly et al. (2006) は、1994年、1998年、2002年における、グループ診療の純利益のデータを検討した。高額の、ないし上昇する医療過誤保険の保険料によって、医師の純利益が減じられていることはなかった。1998年から2003年にかけてのニューヨーク州における産婦人科専門医学実習生の退出者507名に対する調査では、産婦人科医が特定の地域に定着することを医療過誤保険の保険料が阻んでいるとの証拠は見出されなかった（Chou and Lo Sasso 2009）。

医師が保険料の上昇を支払者へと転嫁し、保険料を軽減する州の取り組みに反応しないとするならば、損害賠償制度が医師の供給を減少させるという因果関係のメカニズムを理解することは困難である。他の要素、例えば、保険料というよりは訴訟を提起されたこと自体による個人的評判のコストが、医師のリアクションを動かしているのかも知れない（Kim 2007; Currie and MacLeod 2008; Frakes 2009）。そうだとすれば、訴訟への接触についてはヨリ間接的でノイズの多い指標しか提供しない保険料よりは、現実の訴訟の経験に焦点を当てる研究に重点が置かれるべきである。

F．医療過誤改革立法の他の影響

賠償額の上限設定や法的基準の変更以外の不法行為改革の影響もまた研究さ

れている。Jesilow and Ohlander (2010) は、不法行為改革と州医師免許委員会による医師への制裁の間の関係について研究した。医事当局はしばしば、医師について審査する際のシグナルとして医療過誤関連の支払を参照する。連帯責任ルールの変更、根拠薄弱な訴訟に対する制裁の採択、全米医師データバンクの設立といったものは、医師免許委員会による厳格な制裁の利用を増加させていた。他方、仲裁の導入や弁護士報酬の規制はその利用を減少させたようである。

White et al. (2008) は、広く採用されている不法行為改革である診療審査委員会（medical practice review panel）の影響について研究した。この2002年に関する州レベルでの横断的な研究は、各州の診療審査委員会の位置づけ（義務的か、選択か、委員会制度を持たないか）と、医療過誤請求の解決の費用・期間・頻度の指標との間の関係を分析した。同研究によると、社会経済的特徴、司法制度の特徴、他の不法行為改革立法について統制した後では、委員会の位置づけと諸々の従属変数、すなわち保険料と比較した、損害補填支払額及び弁護コストの比率、医師の医療過誤に対する支払額、損失額に対する弁護費用の相対額、内科医・一般外科医・産婦人科医についての医療過誤保険の保険料、医療過誤発生から請求に対する支払までの期間、支払のなされなかった請求件数に対する支払のなされた件数の比率、といったものとの間の有意な関連は見出せなかった。こうした知見は、医療過誤審査委員会は単純に費用を追加しているのみで、結果を改善せずにシステムを遅延させているとの仮説と一致している。

1981年から2007年にかけての医療保険の補償範囲と不法行為改革の連関についてのある研究は、人口動態調査（Current Population Survey）の人口動態ファイルと筆者自身による州不法行為改革データベースを利用している（Avraham and Schanzenbach 2010）。同研究には、賠償額制限、賠償金重複回収ルール（collateral source rule）、連帯責任ルール、その他のマイナーな改革が含まれている。結論として、一部の不法行為改革は、より高齢の、結婚した、他者に雇用されている労働者と比較して、未婚の若者や自営の成人の補償範囲を若干拡大したが、「補償率に対する改革の全般的なインパクトは極めて小さいものであろう」とする。（Avraham and Schanzenbach 2010, 321）

G．医師の教育とシステムの変更

医療過誤改革をめぐる論争の奇妙な側面は、医師が制度を著しく誤解し、これに伴ってこうした誤解に対応すべく制度の変更が推奨されているという認識である。医師に対して現実を教示するよりは、その誤解に対応して制度を変更する提案がなされることもある（Hermer and Brody 2010）。医療水準の行動規範が過小に執行されていると広く認識されている現在の賠償責任システムを切り詰めるよりは、医療過誤事件において法システムがどのように動作するかに焦点を当てた合理的な医学教育上の要求を盛り込むほうが望ましいように思われる。

Ⅳ．製造物責任と不法行為改革

製造物責任分野における〔不法行為改革の〕影響は懲罰的賠償や医療過誤分野における影響よりもさらに評価が難しい。懲罰的賠償額と填補賠償額の比率のような、単純な数値化によって製造物責任訴訟の帰結を有益な形で測定することはできない。さらに、医療過誤の場合と異なり、研究者は、法的責任が正当化されるかどうかを評価するに当たり事後審査委員会に依拠したりはしないし、恐らくそうすることは不可能である。よって、法システムのパフォーマンスやその変化は、より直接的ではない尺度によって測定されなければならない。製造物責任の研究はさらなるハードルに直面する。一部の知見は利益団体の研究や社会的に構築された知識によってあまりに歪曲されているため、実際の安全性や製品の有効性を証明することは困難であり、製造物責任システムとその変動の双方について客観的に評価することを妨げている。製造物責任事件において科学的知識の原告による濫用が起こり得る一方で（In re Silica Products Liability Litigation 2005）、製薬会社（DeAngelis 2000; Drummond 1999）、エネルギー企業（Sunstein et al. 2002）、アスベスト製造業者Egilman et al. 2003）、たばこ会社（Glantz et al. 1996）、溶接棒メーカー（Morris 2008）その他の産業が、ある種の研究を抑圧したり、他の、ミスリーディングであったり不完全であったりする可能性のある研究に対し、しばしば資金の出所の表示ないままに、補助金を給付したりしている。

医療過誤の場合と同様に、不法行為改革の影響は、訴訟システムの観察可能な帰結への影響の分析と、その基礎にある人々の行動一般に対する影響の分析

とに分けることができる。

A．知識の社会的構築と腐敗した科学の問題

科学の装いを被った利益志向の党派的言説が、製造物責任制度が適切に機能しているかを評価することを困難にしている。関連する数量の基礎となる指標が、変化の検出と適切な主張の達成を困難にする、バイアスのかかった研究により歪曲されている可能性がある。そうした研究例は枚挙に暇がない。ジャーナル・オブ・アメリカン・メディカル・アソシエーション（Journal of the American Medical Association）誌の編集者は、資金を得て行う受託研究の既知の影響を次のように要約している。

> 治験責任医師がその研究に対し金銭的利害関係を有していたり、研究関連の行為に対し企業から資金を得ていたりする場合、当該研究は質的に劣っており、資金提供者の製品に好意を示している可能性が高く、公刊される可能性が低く、公刊が遅延する可能性が高い。（DeAngelis 2000）（脚注省略）

こうした懸念は医学分野を超えて製造物責任関連の研究にも拡張できる。医学や他の科学的研究を信頼することができないとすれば、製造物責任システムのパフォーマンスの評価は失敗を運命付けられている。[6]

さらに、知識の社会的構築を通じた、世論を形成する試み（Haltom and McCann 2004; Potter 2010）が、不法行為改革の影響を評価することを混乱さ

[6] 最もよく売れていた２つの処方薬に関連した研究は、こうした懸念のよい例証である。メルク社（Merck & Co., Inc.）が資金を提供していた研究は、その〔成果である〕論文が同社の鎮痛剤・抗炎症剤 Vioxx の被験者の心発作に関する情報を開示していなかった、とニュー・イングランド・ジャーナル・オブ・メディシン（New England Journal of Medicine）誌の編集者によって認定された（Curfman et al. 2005, 2006）。ファイザー社（Pfizer Inc.）は、世界で最も売れた処方薬 Lipitor（アトルバスタチン）を、臨床試験において心臓発作の率を36％減少させるものとして長期間にわたって販売していた。同社は、この36％の減少というのが男性についての心発作率の46％の減少と女性ついての10％の上昇の組み合わせであることを開示していなかった。ファイザー社による女性患者についての追試は有意な便益を示さなかったが、この結果は論文で発表されることもウェブサイト上で医師の参照に供されることもなかった（Eisenberg and Wells 2008）。そのような科学の歪曲と研究公刊の抑圧が標準的な状況であるとすれば、法システムが事件を「正しく」処理することは困難である。

せている。以下で示唆する通り、一見したところ、こうした試みは製造物責任事件における原告の勝利を減ずることに成功している。産業界が、例えば全米製造業者協会（National Association of Manufacturers）の理事会議長〔の発言〕を通じて、製造物責任専門の弁護士とその依頼人は「大発生したイナゴ」であり、「アメリカのビジネスに流血の惨事をもたらして伝統的価値を歪めている」（Henderson and Eisenberg (1990, 481) での引用）と主張しているにもかかわらず、である。

原告の訴訟における勝利の後退という形で不法行為改革の目標が既に達成されつつある限りにおいて、こうした目的の促進における不法行為改革立法の影響を測定することは難しい。製造物責任訴訟における原告の勝利は1980年代の前半から中盤にかけて目に見えて衰えた。司法判断とトライアルの結果は、製造物責任の境界の拡大に背を向け、製造物関連の人身損害の回復を大いに限定する方向へと踏み出していた（Henderson and Eisenberg 1990, 480）。この変動は、被告に有利な法理や結論とのみ関連付いているわけではない。1980年代中葉以降、アスベスト関連を除いた製造物責任訴訟の連邦裁判所への提起は相対的に減少している（Henderson and Eisenberg 1990, 535-36）。

この被告に有利な動きはランダムな出来事ではない。1960年代の不法行為法の拡大は、強力な社会勢力・産業勢力・金融勢力に挑戦を突きつけた。彼らは圧倒的な広報キャンペーンによって応じ（e.g., American International Group 1989）、その内容と影響は広く記録に留められている（e.g., Haltom and McCann 2004; Galanter 1998）。このキャンペーンは、法システム、取り分け製造物責任と陪審についての神話的なホラー・ストーリーを生成し、繰り返していた。このメディア・キャンペーンは、原告の怠慢を大義とする不法行為改革立法と競い合っており、不法行為改革立法の影響を混乱させている。

> 「実社会の」報道を初めとする、エンターテインメント志向のマスメディアを駆動させる制度化された偏向は、法に関する知識の形成の様式と内容を形作った。そのようなものとして、お決まりの通りにドラマ化され人格化されたメディアへの露出は単純化された不法行為物語（tort tales）と並び立ち、道徳主義的な改革のレトリックを強化し、因果的親しさを伴って両者を〔人々に〕染みこませた。（Haltom and McCann 2004, 9）

そのようなものではないと示唆する諸研究の数々にもかかわらず、産業界は法システムを制御不能なものとして描写した（Haltom and McCann 2004, 7-8）。

前述の懲罰的賠償の場合と同様に、改革の影響を測定することが困難であり得る原因の一部は、そもそも改革を必要とするような深刻な問題が存在していなかったことによる。

B．法システムのパフォーマンス

間接的なものであるが、入手可能な証拠によれば、不法行為システムについての知識の社会的構築は、製造物責任事件における原告の勝利の大幅な切り詰めと関連している。

ある研究は諸州を３グループに分けている。(1) 1979年より前に改革立法が施行されていた州、(2) 1979年から1989年の間に改革立法を制定した州、(3) 1989年末の時点で改革立法を行っていない州である。この研究は、上訴裁判所における製造物責任訴訟における原告の勝訴率を経時的に評価した。1979～89年に改革立法を行った州とこの時期に改革立法を行わなかった州の双方において、この時期の原告勝訴率の有意な減少が見られた。知識の社会的構築を含めた不法行為改革の試みは、改革立法を行わなかった州においてすら、原告に対して不利に影響を与えていたようである（Eisenberg and Henderson 1992, 776)。すなわち、法的責任に反対する広報キャンペーンのような不法行為改革の試みは、改革立法それ自体よりも重要であったように思われる。

連邦地方裁判所においては、証拠はより曖昧である。1978年から1983年にかけて、原告は不法行為改革の立法された州においてより大きな勝利を享受していた。だが、遅くとも1985年以降においては、原告の勝訴率は大きく異なってはいない。このことは改革の影響の一定の証拠ではある。しかし、原告勝訴の製造物責任事件における認定賠償額の傾向も、改革立法の制定と関連してはいない（Eisenberg and Henderson 1992, 783)。

製造物責任分野における重要な背景的影響力としての、原告に対して敵対的な知識の社会的構築の有効性は、決定的ではないにせよ、若干の計量的証拠とも一貫している。図５は連邦裁判所の全終局事件に関する合衆国裁判所事務局（Administrative Office of the United States Courts）のデータを利用したものであるが、全製造物関連事件において相当部分を占める連邦裁判所の製造物責任事件でのトライアルの原告勝利率を示したものである。このデータは、原告勝利であれ被告勝利であれ評決の下された全ての事件を包含している。

この図の示す通り、30年を超える期間における製造物責任訴訟のトライアル

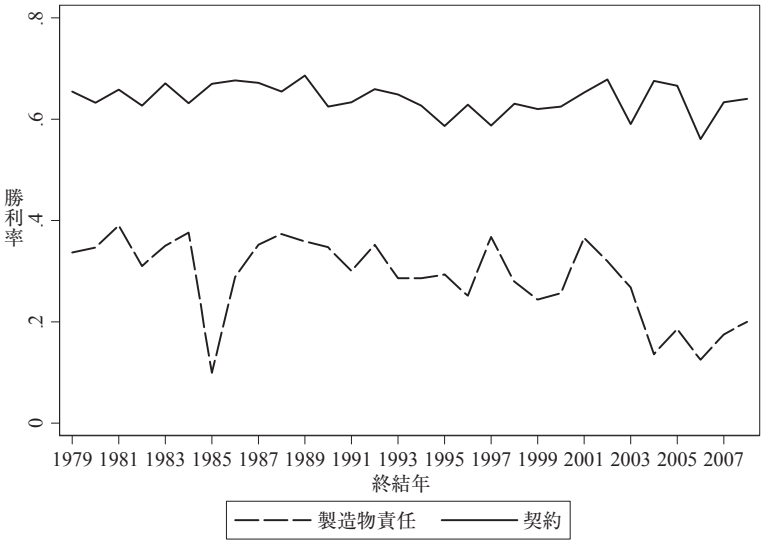


図５　製造物責任事件および契約事件における原告の
トライアル勝利率の推移　1979 ～ 2008年

における原告勝利の割合は、1980年代初期の約35％から、近年の約20％まで、概ね着実に減少している。同様の傾向は契約訴訟や他の不法行為訴訟（この図にはない）については明確ではない。この30年の期間に、「荒々しいほどに原告に友好的な陪審」という主張を支持するような、注目に値する原告勝利率の上昇が見られた時期も、ない。勝利率の減退は、より多くの事件がトライアルへ流れ込んでいるということと関連しているわけでもない。評決にまで至るトライアルの年間の件数は、1980年代初期の300ないし400件から、2000年以降の100件未満にまで落ち込んでいる。

トライアルの認定額の傾向についての信頼しうるデータはBJSの州裁判所でのトライアルの調査から利用可能である。州裁判所の製造物責任訴訟のトライアルにおいて、製造物責任事件におけるトライアルの認定額（インフレーションの修正後）の中央値は、1996年の24万1000ドルから2005年の74万8000ドルへと上昇した（Cohen 2009）。このことは全般的なインフレ率を上回る医療コストの上昇と一貫しているが、むしろ、トライアルに到達する事件をより大きな請求額を伴うものへと限定する、原告側弁護士及びトライアル前の裁定に帰す

るほうがヨリもっともらしい。全ての不法行為事件を合算した場合、同様の上昇は見られないことに注意すべきである。1996年のトライアルの認定額の中央値は３万8000ドルであり、2005年には３万1000ドルに減少した（Cohen 2009）。多くの損害賠償額に対する上限が医療過誤事件にのみ適用されるものであるので、製造物責任事件に対する上限設定の影響はずっと穏当なものであると考えられる。

製造物責任事件における認定額の中央値の相対的な上昇は、これに対する不法行為改革立法の影響に対して疑問を投げかける。明らかに推測上のものではあるが、より可能性の高い影響は、トライアルにおける低い勝利率をもたらす、社会的に構築されたところの、原告に敵対的な態度であろう（もちろん他の要素も働いているだろうが）。改革立法が幾つかの州における製造物責任訴訟の提起を減少させたとの若干の証拠も存在する。NCSC の報告によると、1996年から2005年までの製造物責任事件の提起を追跡している８つの州において、「製造物責任事件の取扱件数の不安定な性質は、８州の内３つにおいてこの間の諸々の時期に採択された改革立法を反映している」（NCSC 2006）。

C．人々の行動一般に対する影響

不法行為改革の、そして不法行為法それ自体の、一般的な、訴訟以外の行動に対する影響を検出することは、製造物責任訴訟に対する不法行為改革立法の影響に比べ、困難である。行為者に対して費用を内部化することを要求する法の変化が行動を変化させ得ることについての証拠は存在する（Moore and Viscusi 1990; Sloan et al. 2000; White 1989）。自動車事故無過失補償システムの研究の示唆するところでは、無過失ルールの採用は自動車事故の致死率の増大と関連している（Cohen and Dehejia 2004）。しかし、学生に対する調査を利用した実験的証拠の示すところでは、刑事責任の場合と対照的に、不法行為責任は個人の行動に対してほとんど影響を持たない（Cardi 2012）。

企業の行動に関する実験的ではない証拠は、概ね一貫して、製造物責任法は抑止効果を持つことを示唆している。1980年代に、産業界のグループ、全国産業審議会（Conference Board）は、製造物責任法の影響についての研究、ウェーバー・レポート（Weber Report）を委託した。この研究は1980年代における製造物責任法の影響に関する懸念によってもたらされたものといえる。この報告書には「年間１億ドル以上の収入を有する…232のアメリカの大企業のリス

ク・マネージャー」の調査が含まれている（Weber 1987）。同報告書は、製造物責任法についての産業界の懸念は現実と合致していないと結論している。収入、市場占有率、労使関係といったヨリ大きな経済的争点に対し、製造物責任のプレッシャーはほとんど影響を有していなかった。訴訟は、典型的には、企業の基準からすれば穏当と考えられる額で裁判外で和解されていることが見出された。

リスク・マネージャーたちの信じるところでは、製造物責任は製品の品質に関する経営的決定に対して大いに影響を及ぼしている。製品はより安全になり、製造過程は改善され、ラベルや取扱説明書はより明確になった、と彼らは報告している。同報告書の知見は、UCLA ロースクール教授 Gary Schwartz によっても概ね再現されている。Schwartz は、法的責任の可能性が安全性に向けた努力に関連しているか、あるいは適切に行動すべきとの欲求によって安全性への努力が動機付けられているか、カリフォルニア州の公的機関と UCLA 医療センターのリスク・マネージャーに対してインタビューを行った。全てのリスク・マネージャーが「その努力は両者の組み合わせによるものであることを強調した。リスク・マネージャーは、事故の回避がそれ自体として望ましいものであるとのアイディアから出発する。だが不法行為責任の見通しが重要な補強を供給する……。」不法行為法が抑止効果を持つかに関する多くの先行研究をレビューした後、Schwartz 教授は次のように結論する（Schwartz 1994, 443）。

> フォーマルな経験的研究、医師や企業のマネージャーの調査、ジャーナリストによる報道、筆者自身のインタビュー調査――情報は多様である。［経済学的モデルが示すほどに完全な抑止効果を不法行為法が有すると考えるような］強い形態の抑止効果の議論は誤っていることを、これらの情報は示唆している。だが、穏当な形態での主張に対する支持は提供されている。各々の分野毎に、抑止を通じて不法行為法は何か重要なものを提供している。

個別の産業分野の計量的な分析もまた、製造物責任が安全性を促進することを示唆している。粗悪な製品に対する市場のリアクションへの虞が賠償責任のプレッシャーよりも重要ではあるが、安全性の改善に当たってはしばしば賠償責任のリスクへと言及される。

Graham (1991) による自動車の安全性に関する製造物責任の〔影響の〕分析の知見によると、自動車の安全性の改善をもたらしている唯一の要因ではないものの、法的賠償責任は触媒として働いて〔改善〕過程を加速し、「時には、

法的責任のなかったであろう場合に比して、より迅速な安全性の改善に帰結している」(Graham 1991, 181)。賠償責任の考慮は少なくとも14の重要な自動車の安全性の改善の十分条件ないし要因であり、これには自動車の不測の発進、燃料タンクのデザイン、乗員の拘束具及びオフロード・カー（ATV）の制限が含まれる。化学産業もまた、賠償責任へ曝されたことの結果として、重要な安全性の改善を果たしたと報告されている。Ashford and Stone (1991) は、賠償責任のプレッシャーが、より安全な製品や製造方法の開発や化学ハザードのリスクを減らす技術革新に拍車をかけたことを見出している（Ashford and Stone 1991, 367-68)。その結論として、顕著な過小抑止が存在する以上、不法行為改革は見当違いのものであるとしている。Johnson (1991, 452) は「製造物責任システムが化学産業を不当に危うくしているとの主張は証拠によってしかるべく支持されてはいない」と結論している。製薬会社の弁護士は、安全性の改善が法的責任のプレッシャーに帰することを認めている。ある企業側弁護士は、「賠償責任の危機」が大体において神話であると考えている。「異端ではあるでしょうが――実際の事件件数のような入手可能な情報を見てみれば、『賠償責任の危機』は大体のところ神話であると、私は信じます」(Swazey 1991, 297)。このビジネス弁護士は、不法行為改革の提案は、制度の欠陥に対応するのに必要かも知れないものを超えている、と結論している。

Ⅴ．結語

不法行為制度の改革は抑止と正確性を改善するために務めるべきものである。だが、厳格な賠償額の上限設定の影響についてのものを別にすると、経験的知見の一般的な主題は、その効果の頑健な証拠の欠如である。懲罰的賠償の改革が懲罰的賠償額と填補賠償額の間の比率に影響を及ぼした証拠はほとんど存在しない。このことは、懲罰的賠償が統制不可能となっていることはなく、改革の必要もないことと一貫している。医療過誤分野における不法行為改革の影響の証拠は支持・不支持が入り交じっている。非経済的損害に対する上限設定はコストを削減したが、これにより病院に対する診療改善へのプレッシャーが減じられた可能性がある。医師の行動や供給に関する一貫した証拠は未だ現れていない。粗悪な質の診療による広範な危害という、よく知られた問題に対応するために不法行為制度の改革が追及されることはほとんどない。製造物責

任訴訟の原告はだんだんと勝訴できなくなっている。特定の制定法上の改革が被告有利の結果を達成している可能性は排除できないものの、全米的な範囲で原告の勝訴率が減退していることは、豊富な資金を有する産業界のグループによる知識の社会的構築に基づく説明を支持する。

参考文献

Agency for Healthcare Research and Quality, Patient Safety & Medical Errors (online database) (Rockville, MD: AHRQ), *available at* http://www.ahrq.gov/qual/errorsix.htm.

American International Group (1989), *The Liability Lottery: We All Lose*, Wall Street Journal, June 15, 1989, at A-4.

Angrist, Joshua D. and Jörn-Steffen Pischke (2009), Mostly Harmless Econometrics: An Empiricist's Companion, (Princeton, NJ: Princeton University Press).

American Medical Association (2006), America's Medical Liability Crisis, *available at* http://www.ama-assn.org/resources/doc/washington/mlr_fastfacts.pdf

Anderson, William and Martin T. Wells (2010), *A Bayesian Hierarchical Regression Approach to Clustered and Longitudinal Data in Empirical Legal Studies*, Journal of Empirical Legal Studies, 7, 634–63.

Anderson, William and Martin T. Wells (2008), *Numerical Analysis in Least Squares Regression with an Application to the Abortion-Crime Debate*, Journal of Empirical Legal Studies, 5, 647–81.

Antolini, Denise E. (2004), *Punitive Damages in Rhetoric and Reality: An Integrated Empirical Analysis of Punitive Damages Judgments in Hawaii, 1985-2001*, Journal of Law & Politics, 20, 143–372.

Arlen, Jennifer, (2010), *Contracting Over Liability: Medical Malpractice and the Cost of Choice*, University of Pennsylvania Law Review, 158, 957–1023.

Ashford, Nicholas A. and Robert F. Stone (1991), *Liability, Innovation, and Safety in the Chemical Industry*, in Peter W. Huber and Robert E. Litan, eds., The Liability Maze: The Impact of Liability Law on Safety and Innovation, (Washington, D.C.: Brookings Institution).

Avraham, Ronen (2007), *An Empirical Study of the Impact of Tort Reforms on Medical Malpractice Settlement Payments*, Journal of Legal Studies, 36, 183–229.

Avraham, Ronen, Leemore Dafny, and Max Schanzenbach (2010), *The Impact of Tort Reform on Employer-Sponsored Health Insurance Premiums*, Journal of Law, Economics, & Organization, Advance Access version published Dec. 30, 2010, 1–30.〔Journal of Law, Economics, & Organization, 28, 657–686.〕

Avraham, Ronen and Max Schanzenbach (2010), *The Impact of Tort Reform on Private Health Insurance Coverage*, American Law & Economics Review, 12, 319–55.

Baicker, Katherine and Amitabh Chandra (2005), *The Effect of Malpractice Liability on the Delivery of Health Care*, Forum for Health Economics & Policy, Vol. 8, Art. 4., *available at* http://www.degruyter.com/view/j/fhep.2005.8.1/fhep.2005.8.1.1010/fhep.2005.8.1.1010.xml?format=INT.

Baker, Tom (2005), The Medical Malpractice Myth, (Chicago: University of Chicago Press).

Baker, Tom (2005), *Reconsidering the Harvard Medical Practice Study Conclusions about the Validity of Medical Malpractice Claims*, Journal of Law, Medicine & Ethics, 33, 501–14.

Baldus, David, John C. MacQueen, and George Woodworth (1995), *Improving Judicial Oversight of Jury Damages Assessments: A Proposal for the Comparative Additur/Remittitur Review of Awards for Nonpecuniary Harms and Punitive Damages*, Iowa Law Review, 80, 1109–1267.

Baldwin, Laura-Mae, L. Gary Hart, Michael Lloyd, Meredith Fordyce, and Roger A. Rosenblatt (1995), *Defensive Medicine and Obstetrics*, Journal of the American Medical Association, 274, 1606–10.

Benjamini, Yoav and Yosef Hochberg (1995), *Controlling the False Discovery Rate: A Practical and Powerful Approach to Multiple Testing*, Journal of the Royal Statistical Society, Series B, 57, 289–300.

Black, Bernard, Charles Silver, David A. Hyman, and William M. Sage (2005), *Stability, Not Crisis: Medical Malpractice Claim Outcomes in Texas, 1988-2002*, Journal of Empirical Legal Studies, 2, 207–59.

BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

Born, Patricia, W. Kip Viscusi, and Tom Baker (2009), *The Effects of Tort Reform on Medical Malpractice Insurers' Ultimate Losses*, Journal of Risk and Insurance, 76, 197–219.

Brennan, Troyen A., Colin M. Sox, and Helen R. Burstin, (1996), *Relation Between Negligent Adverse Events and the Outcomes of Medical-Malpractice Litigation*, New England Journal of Medicine, 335, 1963–67.

Brown, Terrence W., Melissa L. McCarthy, Gabor D. Kelen, and Frederick Levy (2010), *An Epidemiologic Study of Closed Emergency Department Malpractice Claims in a National Database of Physician Malpractice Insurers*, Academic Emergency Medicine, 17, 553–60.

Bureau of Justice Statistics, (1995), Special Report: Civil Justice Survey of State Courts, 1992: Civil Jury Cases and Verdicts in Large Counties, (Washington, DC: Department of Justice).

Bureau of Justice Statistics (1996), Bulletin: Civil Justice Survey of State Courts, 1996: Civil Trial Cases and Verdicts in Large Counties, (Washington, DC: Department of Justice).

Bureau of Justice Statistics (2004), Bulletin: Civil Justice Survey of State Courts, 2001: Civil Trial Cases and Verdicts in Large Counties, 2001, (Washington, DC: Department of Justice).

Bureau of Justice Statistics (2008), Special Report: Civil Justice Survey of State Courts, 2005: Civil Bench and Jury Trials in State Courts, 2005, (Washington, DC: Department of Justice).

Cardi, W. Jonathan, Randy Penfield, and Albert H. Yoon (2012), *Does Tort Law Deter Individuals?: A Behavioral Science Study*, Journal of Empirical Legal Studies, 9, 567-603.

Carrier, Emily R., James D. Reschovsky, Michelle M. Mello, Ralph C. Mayrell, and David Katz (2010), *Physicians' Fear of Malpractice Lawsuits Are Not Assuaged by Tort Reforms*, Health Affairs, 29, 1585–92.

Cheney, Frederick W., Karen Posner, Robert A. Caplan, and Richard J. Ward (1989), *Standard of Care and Anesthesia Liability*, Journal of the American Medical Association, 261, 1599–1608.

Choi, Stephen J. and Theodore Eisenberg (2010), *Punitive Damages in Securities Arbitration: An Empirical Study*, Journal of Legal Studies, 39, 497–546.

Chou, Chiu-Fang and Anthony T. Lo Sasso (2009), *Practice Location Choice by New Physicians: The Importance of Malpractice Premiums, Damage Caps, and Health Professional Shortage Area Designation*, Health Services Research, 44, 1271–89.

Clermont, Kevin M. and Theodore Eisenberg (1992), *Trial by Jury or Judge: Transcending Empiricism*, Cornell Law Review, 77, 1124–77.

Cohen, Alma and Rajeev Dehejia (2004), *The Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Laws on Traffic Fatalities*, Journal of Law and Economics, 47, 357–93.

Cohen, Thomas H. (2009), Tort Bench and Jury Trials in State Courts, 2005, (Washington, D.C.: Department of Justice).

Commonsense Product Liability Reform Act of 1996, H.R. 956, 104th Cong., 2d Sess. §108(b)(l).

Congressional Budget Office (1993), *The Effects of Tort Reform: Evidence from the States*, *available at* http://www.cbo.gov/publication/15731.

Congressional Budget Office (2006), *Medical Malpractice Tort Limit sand Health Care Spending*, *available* http://www.cbo.gov/publication/17748.

Congressional Budget Office (2009), Letter from Douglas W. Elmendorf, Director, to Rep. Bruce L. Braley, December 29, 2009, http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/108xx/doc10872/12-29-tort_reform-braley.pdf.

Cranberg, Lee D., Thomas H. Glick, and Luke Sato (2007), *Do the Claims Hold Up? A Study of Medical Negligence Claims Against Neurologists*, Journal of Empirical Legal Studies, 4, 155–62.

Curfman, Gregory D., Stephen Morrissey, and Jeffrey M. Drazen (2005), *Expression of Concern: Bombardier et al., "Comparison of Upper Gastrointestinal Toxicity of Rofecoxib and Naproxenin Patients with Rheumatoid Arthritis" N Engl J Med 2000; 343:1520–8*, New England Journal of Medicine, 353, 2813–14.

Curfman, Gregory D., Stephen Morrissey, and Jeffrey M. Drazen (2006), *Expression of Concern Reaffirmed*, New England Journal of Medicine, 354, 1193.

Currie, Janet and W. Bentley MacLeod (2008), *First Do No Harm? Tort Reform and Birth Outcomes*, Quarterly Journal of Economics, 123, 795–830.

Dazon, Patricia (1984), *The Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims*, Journal of Law & Economics, 27, 115–48.

Danzon, Patricia (1986), *The Frequency and Severity of Medical Malpractice Claims: New Evidence*, Law and Contemporary Problems, 49, 57–84.

Danzon, Patricia, Mark Pauly, and Raynard Kington (1990), *The Effects of Malpractice Litigation on Physicians' Fees and Incomes*, American Economic Review, 80, 122–27.

DeAngelis, Catherine D. (2000), *Conflict of Interest and the Public Trust*, Journal of the American Medical Association, 284, 2237–38.

Del Rossi, Alison F. and W. Kip Viscusi (2010), *The Changing Landscape of Blockbuster Punitive Damages Awards*, American Law & Economics Review, 12, 116–61.

Dhankhar, Praveen, M. Mahmud Khan, and Shalini Bagga (2007), *Effect of Medical Malpractice on Resource Use and Mortality of AMI Patients*, Journal of Empirical Legal Studies, 4, 163–83.

Dick, John F., III, Thomas H. Gallagher, R. James Brenner, Joyce P. Yi, Lisa M. Reisch, Linn Abraham, Diana L. Miglioretti, Patricia A. Carney, Gary R. Cutter, and Joan G. Elmore (2009), *Predictors of Radiologists' Perceived Risk of Malpractice Lawsuits in Breast Imaging*, American Journal of Roentgenology, 192, 327–33.

Donohue, John J., III and Daniel E. Ho (2007), *The Impact of Damages Caps on Malpractice Claims: Randomization Inference with Difference-in-Differences*, Journal of Empirical Legal Studies, 4, 69–102.

Dranove, David and Anne Gron (2005), *Effects of the Malpractice Crisis on Access to and Incidence of High-Risk Procedures: Evidence from Florida*, Health Affairs, 24, 802–10.

Dranove, David and Yasutora Watanabe (2010), *Influence and Deterrence:*

How Obstetricians Respond to Litigation against Themselves and Their Colleagues, American Law & Economics Review, 12, 69–94.

Drummond, Rennie (1999), *Fair Conduct and Fair Reporting of Clinical Trials*, Journal of the American Medical Association, 282, 1766–68.

Dubay, Lisa, Robert Kaestner, and Timothy Waidmann, (2001), *Medical Malpractice Liability and its Effect on Access to Obstetrical Care and Infant Health*, Journal of Health Economics, 20, 591–611.

Dubay, Lisa, Robert Kaestner, and Timothy Waidmann (1999), *The Impact of Malpractice Fears on Cesarean Section Rates*, Journal of Health Economics, 18, 491–522.

Dunworth, Terence and Nicholas Pace (1992), Jury Verdicts Database for Cook County, Illinois, and All Counties in California, 1960-1984 [Computer file], ICPSR version, (Santa Monica, Cali: RAND Corporation [producer]; Ann Arbor, Mich.: Inter-university Consortium for Political and Social Research [distributor]).

Durrance, Christine Piette (2010), *Noneconomic Damage Caps and Medical Malpractice Claim Frequency: A Policy Endogeneity Approach*, Journal of Law, Economics, & Organization, 26, 569–91.

Eaton, Thomas A. (2007), *Of Frivolous Litigation and Runaway Juries: A View from the Bench*, Georgia Law Review, 41, 431–51.

Eaton, Thomas A., David B. Mustard, and Susette M. Talarico (2005), *The Effects of Seeking Punitive Damages on the Processing of Tort Claims*, Journal of Legal Studies, 34, 343–69.

Egilman, David, Corey Fehnel, and Susanna Rankin Bohme (2003), *Exposing the "Myth" of ABC, "Anything But Chrysotile": A Critique of the Canadian Asbestos Mining Industry and McGill University Chrysotile Studies*, American Journal of Industrial Medicine, 44, 540–57.

Eisenberg, Theodore (2009), *U.S. Chamber of Commerce Liability Survey: Inaccurate, Unfair, and Bad for Business*, Journal of Empirical Legal Studies, 6, 969–1002.

Eisenberg, Theodore, John Goerdt, Brian Ostrom, David Rottman, and Martin T. Wells (1997), *The Predictability of Punitive Damages*, Journal of Legal

Studies, 26, 623–61.

Eisenberg, Theodore, Paula L. Hannaford-Agor, Michael Heise, Neil LaFountain, G. Thomas Munsterman, Brian Ostrom, and Martin T. Wells (2006), *Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data*, Journal of Empirical Legal Studies, 3, 263–95.

Eisenberg, Theodore and Michael Heise (2011), *Judge-Jury Differences in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?*, Journal of Empirical Legal Studies, 8, 325–57.

Eisenberg, Theodore, Michael Heise, Nicole L. Waters, and Martin T. Wells (2011), *The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study*, Journal of Legal Analysis, 2, 577–620.

Eisenberg, Theodore and James A. Henderson (1992), *Inside the Quiet Revolution in Products Liability*, UCLA Law Review, 39, 731–810.

Eisenberg, Theodore, Jeffrey J. Rachlinski, and Martin T. Wells (2002), *Reconciling Experimental Incoherence with Real-World Coherence in Punitive Damages*, Stanford Law Review, 54, 1239–71.

Eisenberg, Theodore and Martin T. Wells (1999), *The Predictability of Punitive Damages Awards in Published Opinions, the Impact of* BMW v. Gore *on Punitive Damages Awards, and Forecasting Which Punitive Damages Awards Will Be Reduced*, Supreme Court Economic Review, 7, 59–86.

Eisenberg, Theodore and Martin T. Wells (2006), *The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer*, Journal of Empirical Legal Studies, 3, 175–95.

Eisenberg, Theodore and Martin T. Wells (2008), *Statins and Adverse Cardiovascular Events in Moderate-Risk Females: A Statistical and Legal Analysis with Implications for FDA Preemption Claims*, Journal of Empirical Legal Studies, 5, 507–50.

Ellington, Charles R., Martey Dodoo, Robert Phillips, Ronald Szabat, Larry Green, and Kim Bullock (2010), *State Tort Reforms and Hospital Malpractice Costs*, Journal of Law, Medicine & Ethics, 38, 127–33.

Encinosa, William E. and Fred J. Hellinger (2005), *Have State Caps on*

Malpractice Awards Increased the Supply of Physicians?, Health Affairs Web Exclusive, http://content.healthaffairs.org/content/early/2005/05/31/hlthaff.w5.250.citation.

Encinosa, William E. and Fred J. Hellinger (2008), *The Impact of Medical Errors on Ninety-Day Costs and Outcomes: An Examination of Surgical Patients*, Health Services Research, 43, 2067–85.

Erus, B. Burcay (2004), *Malpractice Liability Crisis and Physician Location Choice*, Working Paper, Northwestern University.

Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (2008).

Farber, Henry S. and Michelle J. White (1991), *Medical Malpractice: An Empirical Examination of the Litigation Process*, RAND Journal of Economics, 22, 199–217.

Farber, Henry S. and Michelle J. White (1994), *A Comparison of Formal and Informal Dispute Resolution in Medical Malpractice*, Journal of Legal Studies, 23, 777–806.

Frakes, Michael (2012), *Defensive Medicine and Obstetric Practices*, Journal of Empirical Legal Studies, 9, 457-481.

Galanter, Marc (1998), *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends about the Civil Justice System*, Arizona Law Review, 40, 717–52.

Galanter, Marc (2004), *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, Journal of Empirical Legal Studies, 1, 459– 570.

Garber, Steven, Michael D. Greenberg, Hilary Rhodes, Xiaohui Zhuo, and John L. Adams (2009), *Do Noneconomic Damages Caps and Attorney Fee Limits Reduce Access to Justice for Victims of Medical Negligence?*, Journal of Empirical Legal Studies, 6, 637–86.

Gimm, Gilbert W. (2010), *The Impact of Malpractice Liability Claims on Obstetrical Practice Patterns*, Health Services Research, 45, 195–211.

Gius, Mark P. (2000), *Examination of the Determinants of Physician Supply at the State Level*, Journal of Business and Economic Studies, 6, 73–79.

Glantz, Stanton A., John Slade, Lisa A. Bero, Peter Hanauer, and Deborah E. Barnes (1996), The Cigarette Papers, (Berkeley, Calif.: University of California

Press).

Goldman, Lauren R. and Nickolai G. Levin (2006), State Farm *at Three: Lower Courts' Application of the Ratio Guidepost*, N.Y.U. Journal of Law and Business, 2, 509–82.

Graham, John R. (2010), *Medical Tort: Ranking the 50 States*, Pacific Research Institute Health Policy Prescriptions, Vol. 8, No. 7.

Graham, John D. (1991), *Product Liability and Motor Vehicle Safety*, in Peter W. Huber and Robert E. Litan eds., The Liability Maze: The Impact of Liability Law on Safety and Innovation, (Washington, D.C.: Brookings Institution).

Grant, Darren and McIayne Morgan McInnes (2004), *Malpractice Experience and the Incidence of Cesarean Delivery: A Physician-Level Longitudinal Analysis*, Inquiry, 41, 170–88.

Greenberg, Michael D., Amelia M. Haviland, J. Scott Ashwood, and Regan Main (2010), Is Better Patient Safety Associated with Less Malpractice Activity? (Santa Monica, Calif.: RAND Institute for Civil Justice).

Grumbach, Kevin, Karen Vrazanian, Deborah Rennie, and Harold S. Luft (1997), *Charges for Obstetric Liability Insurance and Discontinuation of Obstetric Practice in New York*, Journal of Family Practice, 44, 61–70.

Grunebaum, Amos, Frank Chervenak, and Daniel Skupski (2011), *Effect of a Comprehensive Obstetric Patient Safety Program on Compensation and Sentinel Events*, American Journal of Obstetrics & Gynecology, 204, 97–105.

Haltom, William and Michael McCann (2004), Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis, (Chicago: University of Chicago Press).

Harvard Medical Practice Study (1990), *Patients, Doctors, and Lawyers: Medical Injury, Malpractice Litigation, and Patient Compensation in New York*.

Hayward, Steven F. (1996), The Role of Punitive Damages in Civil Litigation: New Evidence from Lawsuit Filings, (San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy).

Helland, Eric A. and Mark Showalter (2009), *The Impact of Liability on the Physician Labor Market*, Journal of Law & Economics, 52, 635–63.

Hellinger, Fred J. and William E. Encinosa (2003), *The Impact of State Laws Limiting Malpractice Awards on the Geographic Distribution of Physicians*, http://www.ahrq.gov/research/tortcaps/tortcaps.htm.

Henderson, James A., Jr. and Theodore Eisenberg (1990), *The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change*, UCLA Law Review, 37, 479–553.

Hersch, Joni and W. Kip Viscusi (2004), *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, Journal of Legal Studies, 33, 1–36.

Hermer, Laura D. and Howard Brody (2010), *Defensive Medicine, Cost Containment, and Reform*, Journal of General Internal Medicine, 25, 470–73.

Holtz-Eakin, Douglas (2004), The Effects of Torts Reform: Evidence from the States, (Washington, D.C.: Congressional Budget Office).

Hyman, David A., Bernard Black, Kathryn Zeiler, Charles Silver, and William M. Sage (2007), *Do Defendants Pay What Juries Award? Post-Verdict Haircuts in Texas Medical Malpractice Cases, 1988-2003*, Journal of Empirical Legal Studies, 4, 3–68.

Hyman, David A., Bernard Black, Charles Silver, and William M. Sage (2009), *Estimating the Effect of Damages Caps in Medical Malpractice Cases: Evidence from Texas*, Journal of Legal Analysis, 1, 354–409.

In re Silica Products Liability Litigation, 398 F. Supp. 2d 563 (S.D. Texas 2005).

Inter-university Consortium for Political and Social Research (2009), *Codebook, Civil Justice Survey of State Courts, 2005* [United States], Study No. 23862 (Ann Arbor, Mich.: ICPSR).

Jesilow, Paul and Julianne Ohlander (2010), *The Impact of Tort Reforms on the Sanctioning of Physicians by State Licensing Boards*, Journal of Empirical Legal Studies, 7, 117–40.

Johnson, Rollin B. (1991), *The Impact of Liability on Innovation in the Chemical Industry*, in Peter W. Huber & Robert E. Litan, eds., The Liability Maze: The Impact of Liability Law on Safety and Innovation, (Washington, D.C.: Brookings Institution).

Karpoff, Jonathan M. and John R. Lott, Jr. (1999), *On the Determinants and*

Importance of Punitive Damage Awards, Journal of Law and Economics. 42, 527–73.

Keeling, Byron C. (1994), *Toward a Balanced Approach to "Frivolous" Litigation: A Critical Review of Federal Rule 11 and State Sanctions Provisions*, Pepperdine Law Review, 21, 1067–1160.

Kessler, Daniel P., William M. Sage, and David J. Becker (2005), *Impact of Malpractice Reforms on the Supply of Physician Services*, Journal of the American Medical Association, 293, 2618–25.

Kessler, Daniel P. and Mark B. McClellan (1996), *Do Doctors Practice Defensive Medicine?*, Quarterly Journal of Economics, 111, 353–90.

Kessler, Daniel P. (2002), *Malpractice Law and Health Care Reform: Optimal Liability Policy in an Era of Managed Care*, Journal of Public Economics, 84, 175–97.

Kessler, Daniel P. (2011), *Evaluating the Medical Malpractice System and Options for Reform*, Journal of Economic Perspectives, 25, 93–110.

Kim, Beomsoo (2007), *The Impact of Malpractice Risk on the Use of Obstetrics Procedures*, Journal of Legal Studies, 36, 79–119.

Klick, Jonathan and Thomas Stratmann (2007), *Medical Malpractice Reform and Physicians in High-Risk Specialties*, Journal of Legal Studies, 36, 121–42.

Koenig, Thomas H. and Michael L. Rustad (1995), *Reconceptualizing Punitive Damages in Medical Malpractice: Targeting Amoral Corporations, Not "'Moral Monsters"*, Rutgers Law Review, 47, 975–1083.

Koenig, Thomas H. and Michael L. Rustad (2001), In Defense of Tort Law, (New York: New York University Press).

Kohn, Linda T., Janet M. Corrigan, and Molla S. Donaldson, eds. (1999), To Err Is Human: Building a Safer Health System, (Washington, DC: National Academies Press).

Kritzer, Herbert M. and Frances K. Zemans (1998), *The Shadow of Punitives: An Unsuccessful Effort to Bring It into View*, Wisconsin Law Review, 1998, 157–68.

Landrigan, Christopher P., Gareth J. Parry, Catherine B. Bones, Andrew D. Hackbarth, Donald A. Goldmann, and Paul J. Sharek (2010), *Temporal Trends*

in Rates of Patient Harm Resulting from Medical Care, New England Journal of Medicine, 363, 2124–34.

Lawthers, Ann G., Nan M. Laird, Stuart Lipsitz, Liesi Herbert, Troyen A. Brennan, and A. Russell Localio (1992), *Physicians' Perceptions of the Risk of Being Sued*, Journal of Health Politics, Policy and Law, 17, 463–82.

Localio, A. Russell, Ann G. Lawthers, Joan M. Bengtson, Liesi E. Hebert, Susan L. Weaver, Troyen A. Brennan, and Richard J. Landis (1993), *Relationship Between Malpractice Claims and Cesarean Delivery*, Journal of the American Medical Association, 269, 366–73.

Lomas, Jonathan (1988), *Holding Back the Tide of Caesareans*, BMJ, 297, 569–70.

Matsa, David A. (2007), *Does Malpractice Liability Keep the Doctor Away? Evidence from Tort Reform Damage Caps*, Journal of Legal Studies, 36, 143–82.

Mello, Michelle M., David M. Studdert, Jennifer Schumi, Troyen A. Brennan, and William M. Sage (2007a), *Changes in Physician Supply and Scope of Practice During a Malpractice Crisis: Evidence from Pennsylvania*, Health Affairs, 26, 425–35.

Mello, Michelle M., David M. Studdert, Eric J. Thomas, Catherine S. Yoon, and Troyen A. Brennan (2007b), *Who Pays for Medical Errors? An Analysis of Adverse Event Costs, the Medical Liability System, and Incentives for Patient Safety Improvement*, Journal of Empirical Legal Studies, 4, 835–60.

Moller, Erik K., Nicholas M. Pace, and Stephen J. Carroll (1999), *Punitive Damages in Financial Injury Jury Verdicts*, Journal of Legal Studies, 28, 283–339.

Moog, Robert (2009), *Piercing the Veil of Statewide Data: The Case of Vanishing Trials in North Carolina*, Journal of Empirical Legal Studies, 6, 147–76.

Moore, Michael J. and W. Kip Viscusi (1990), Compensation Mechanisms for Job Risks: Wages, Workers' Compensation, and Product Liability, (Princeton, NJ: Princeton University Press).

Morris, Jim (2008), *Toxic Smoke and Mirrors*, Mother Jones, July/August

2008 Issue.

National Center for State Courts (2006), *Examining the Work of State Courts: A National Perspective from the Court Statistics Project*, http://www.ncsconline.org/d_research/csp/2006_files/EWSC-2007WholeDocument.pdf.

National Center for State Courts (2008), *Examining the Work of State Courts: An Analysis of 2008 State Court Caseloads, Trial Courts: Civil Caseloads*, http://www.courtstatistics.org/other-pages/~/media/microsites/files/csp/ewsc-2008-online.ashx.

National Healthcare Quality Report (2007), (Rockville, MD: Agency for Healthcare Research and Quality), *available at* http://archive.ahrq.gov/qual/nhqr07/nhqr07.pdf.

National Healthcare Quality Report (2009), (Rockville, MD: Agency for Healthcare Research and Quality), *available at* http://www.ahrq.gov/research/findings/nhqrdr/nhqr09/nhqr09.pdf.

National Institutes of Health, Department of Health and Human Services (1981), *Cesarean Childbirth*, NIH Publication No. 82-2067.

Nelson, Leonard J., III, Michael A. Morrisey, and Meredith L. Kilgore (2007), *Damages Caps in Medical Malpractice Cases*, Milbank Quarterly, 85, 259–86.

S.B. 3187, 2011 General Assembly, (New York 2011).

Ogburn, Paul L., Jr., Thomas M. Julian, Doris C. Brooker, Marilyn S. Joseph, Julius C. Butler, Preston P. Williams, Mark L. Anderson, Ann C. Shepard, Susan L. Ogburn, William C. Priesler, Jr., and Mark D. Wood (1988), *Perinatal Medical Negligence Closed Claims from the St. Paul Company, 1980-1982*, Journal of Reproductive Medicine, 33, 608–11.

Pace, Nicholas M., Daniela Golinelli, and Laura Zakara (2004), Capping Non-Economic Awards in Medical Malpractice Trials: California Jury Verdicts Under MICRA, (Santa Monica, Calif.: RAND Institute for Civil Justice).

Paik, Myungho, Bernard S. Black, David A. Hyman, William M. Sage, and Charles M. Silver (2011), *How Do the Elderly Fare in Medical Malpractice Litigation, Before and After Tort Reform? Evidence from Texas, 1988-2007*, Working Paper *available at* http://ssrn.com/abstract=1605331.〔American Law & Economics Review, 14, 561-600 (2012).〕

Paik, Myungho, Bernard S. Black, David A. Hyman, William M. Sage, and Charles M. Silver (2012), *Will Tort Reform Bend the Cost Curve? Evidence from Texas*, Journal of Empirical Legal Studies, 9, 173-216.

Pauly, Mark, Christy Thompson, Thomas Abbot, James Margolis, and William Sage (2006), *Who Pays? The Incidence of High Malpractice Premiums*, Forum for Health Economics & Policy, 9, Iss. 1, Art. 2, http://www.degruyter.com/view/j/fhep.2006.9.1/fhep.2006.9.1.1039/fhep.2006.9.1.1039.xml?format=INT.

Peeples, Ralph, Catherine T. Harris, and Thomas B. Metzloff (2002), *The Process of Managing Medical Malpractice Cases: The Role of Standard of Care*, Wake Forest Law Review, 38, 877–902.

Peters, Philip G., Jr. (2007), *What We Know About Malpractice Settlements*, Iowa Law Review, 92, 1783–1833.

Polinsky, A. Mitchell and Steven Shavell (1998), *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, 111, 870–962.

Polsky, Daniel, Steven C. Marcus, and Rachel M. Werner (2010), *Malpractice Premiums and the Supply of Obstetricians*, Inquiry, 47, 48–61.

Potter, Wendell (2010), Deadly Spin (New York: Bloomsbury Press).

Priest, George L. (1996), *Punitive Damages Reform: The Case of Alabama*, Louisiana Law Review, 56, 825–40.

PRNewswire (2010), *Louisiana Supreme Court Committee Challenges Chamber of Commerce's Legal Systems Survey* (March 22, 2010), *available at* http://www.prnewswire.com/news-releases/louisiana-supreme-court-committee-challenges-chamber-of-commerces-legal-systems-survey-88856217.html.

Rock, Stephen M. (1988), *Malpractice Premiums and Primary Cesarean Section Rates in New York and Illinois*, Public Health Reports, 103, 459–63.

Rosenblatt, Roger A. and Andy Hurst (1989), *An Analysis of Closed Obstetric Malpractice Claims*, Obstetrics & Gynecology, 74, 710–14.

Rothman, Kenneth J. (1990), *No Adjustments Are Needed for Multiple Comparisons*, Epidemiology, 1, 43–46.

Saks, Michael J. (1994), *Medical Malpractice: Facing Real Problems and Finding Real Solutions*, William & Mary Law Review, 35, 693–726.

Schlanger, Margo (2003), *Inmate Litigation*, Harvard Law Review, 116, 1555–1706.

Schwartz, Gary T. (1994), *Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?*, UCLA Law Review, 42, 377–444.

Silver, Charles, David A. Hyman, and Bernard S. Black (2008), *The Impact of the 2003 Texas Medical Malpractice Damages Cap on Physician Supply and Insurer Payouts: Separating Facts from Rhetoric*, The Advocate, 44, 25–34.

Sloan, Frank A. and Lindsey M. Chepke (2008), Medical Malpractice, (Cambridge, Mass.: MIT Press).

Sloan, Frank A., Penny B. Githens, Ellen Wright Clayton, Gerald B. Hickson, Douglas A. Gentile, and David F. Partlett (1993), Suing for Medical Malpractice, (Chicago: University of Chicago Press).

Sloan, Frank A., Kathryn Whetten-Goldstein, Penny B. Githens, and Stephen S. Entman (1995), *Effects of the Threat of Medical Malpractice Litigation and Other Factors on Birth Outcomes*, Medical Care, 33, 700–714.

Sloan, Frank A. and Chee Ruey Hsieh (1990), *Variability in Medical Malpractice Payments: Is the Compensation Fair?*, Law & Society Review, 24, 997–1039.

Sloan, Frank, and John H. Shadle (2009), *Is There Empirical Evidence for "Defensive Medicine?" A Reassessment*, Journal of Health Economics, 28, 481–91.

Sloan, Frank A., Emily M. Stout, Kathryn Whetten-Goldstein, and Lan Liang (2000), Drinkers, Drivers, and Bartenders: Balancing Private Choices and Public Accountability, (Chicago: University of Chicago Press).

Smits, Ariel K., Valerie J. King, Rebeca E. Rdesinski, Lisa G. Dodson, and John W. Saultz (2009), *Change in Oregon Maternity Care Workforce after Malpractice Premium Subsidy Implementation*, Health Services Research, 44, 1253-70.

Spurr, Stephen J. and Sandra Howze (2001), *The Effect of Care Quality on Medical Malpractice Litigation*, Quarterly Review of Economics and Finance, 41, 491-513.

Studdert, David M., Michelle M. Mello, Atul A. Gawande, Tejal K. Gandhi,

Allen Kachalia, Catherine Yoon, Ann Louise Puopolo, and Troyen A. Brennan (2006), *Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation*, New England Journal of Medicine, 354, 2024-33.

Studdert, David M., Michelle M. Mello, and Troyen A. Brennan (2004), *Medical Malpractice*, New England Journal of Medicine, 350, 283-92.

Sullivan, John H. (1997), New State Data Confirms Runaway Abuse of Punitive Damages, Washington Legal Foundation.

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

Sunstein, Cass R., Reid Hastie, John W. Payne, David A. Schkade, and W. Kip Viscusi (2002), Punitive Damages: How Juries Decide, (Chicago: University of Chicago Press).

Swazey, Judith P. (1991), *Prescription Drug Safety and Product Liability*, in Peter W. Huber & Robert E. Litan, eds., The Liability Maze: The Impact of Liability Law on Safety and Innovation, 291-333, (Washington, D.C.: Brookings Institution).

Taragin, Mark I., Laura R. Willett, Adam P. Wilczek, Richard Trout, and Jeffrey L. Carson (1992), *The Influence of Standard of Care and Severity of Injury on the Resolution of Medical Malpractice Claims*, Annals of Internal Medicine, 117:780-784.

The PopTort (2010), Louisiana Rips the Mask Off U.S. Chamber of Commerce Smear, *available at* http://www.thepoptort.com/louisiana/page/2/.

Thurston, Norman K. (2001), *Physician Market Power—Evidence from the Allocation of Malpractice Premiums*, Economic Inquiry, 39, 487–98.

Tussing, A. Dale and Martha A. Wojtowycz (1997), *Malpractice, Defensive Medicine, and Obstetric Behavior*, Medical Care, 35, 172-91.

U.S. Chamber of Commerce, Institute for Legal Reform (2008), Lawsuit Climate 2008: Ranking the States.

U.S. Chamber of Commerce, Institute for Legal Reform (2010), Lawsuit Climate 2010: Ranking the States.

U.S. Congress Office of the Technology Assessment (1993), Impact of Legal Reforms on Medical Malpractice Costs, OTA-BP-H-119, (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office).

Vidmar, Neil (1995), Medical Malpractice and the American Jury: Confronting the Myths about Jury Incompetence, Deep Pockets, and Outrageous Damage Awards, (Ann Arbor: University of Michigan Press).

Vidmar, Neil and Valerie P. Hans (2007), American Juries: The Verdict, (Amherst, NY: Prometheus Books).

Vidmar, Neil, Paul Lee, Kara MacKillop, Kieran McCarthy, and Gerald McGwin (2005), *Uncovering the "Invisible" Profile of Medical Malpractice Litigation: Insights from Florida*, DePaul Law Review, 54, 315-356.

Vidmar, Neil, and Mary R. Rose (2001), *Punitive Damages by Juries in Florida: In Terrorem and in Reality*, Harvard Journal of Legislation, 38, 487-513.

Washington Post (1996), Editorial, Trial Lawyers' Triumph, March 19, 1996, WL 3069750.

Weber, Nathan (1987), Product Liability: The Corporate Response (Conference Board Report No. 893).

Weiler, Paul C., Howard H. Hiatt, Jospeh P. Newhouse, William G. Johnson, Troyen A. Brennan, and Lucian L. Leape (1993), A Measure of Malpractice, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

White III, Frederick J., White, Lawrence W. Pettiette, Jr., Rendi B. Wiggins, and Alexander Kiss (2008), *Medical Malpractice Review Panels and Medical Liability System Cost, Timeliness, and Efficiency: A Cross-Sectional Study*, Journal of Empirical Legal Studies, 2, 375–405.

White, Michelle J. (1989), *An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law*, RAND Journal of Economics, 20, 308–30.

Xu, Xiao, Kristine A. Siefert, Peter D. Jacobson, Jody R. Lori, Iana Gueorguleva, and Scott B. Ransom (2009), *Malpractice Burden, Rural Location, and Discontinuation of Obstetric Care: A Study of Obstetric Providers in Michigan*, Journal of Rural Health, 25, 33–42.

Yang, Y. Tony, David M. Studdert, S.V. Subramanian, and Michelle M. Mello (2008), *A Longitudinal Analysis of the Impact of Liability Pressure on the Supply of Obstetrician-Gynecologists*, Journal of Empirical Legal Studies, 5, 21–53.

Yang, Y. Tony, David M. Studdert, S.V. Subramanian, and Michelle M. Mello (2012), *Does Tort Law Improve the Health of Newborns, or Miscarry? A Longitudinal Analysis of the Effect of Liability Pressure on Birth Outcomes*, Journal of Empirical Legal Studies, 9, 217-45.

Zeiler, Kathryn, Charles M. Silver, Bernard S. Black, David A. Hyman, and William M. Sage (2008), *Physicians' Insurance Limits and Malpractice Payments: Evidence from Texas Closed Claims*, 1990–2003, Journal of Legal Studies, 36, 9–45.

Zuckerman, Stephen, Randall R. Bovbjerg, and Frank A. Sloan (1990), *Effects of Tort Reforms and Other Factors on Medical Malpractice Insurance Premiums*, Inquiry, 27, 167–82.

講　　演

SRU 法以降のフランス都市計画法をいかに性格づけるか

—— 現代都市計画法の歴史的分析 ——[i] [ii]

ノルベール・フルキエ
［Norbert Foulquier］[iii]
津田　智成（訳）

イヴ・ジェグゾ［Yves Jégouzo］教授が、2001年に《都市計画法の性質に対する SRU 法のインパクト》(1)と題された論文において既に述べていたように、SRU 法、すなわち、都市の連帯と刷新に関する2000年12月13日の法律［loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains］は、《おそらく、1967年の法律や1983年の法律、すなわち、現代都市計画法の全体的な構成図を描いた、土地利用の方向付けに関する1967年12月30日の法律や、都市計画権限の行使を地方に分権化した、1983年１月７日の法律と同様に、都市計画に関する偉大な諸法律の中にその位置を》占めることとなってしかるべきでありましたし、現にそのようになりました。

この SRU 法は、社会党の議員、エコロジスト派の議員及び共産党の議員で構成された当時の国会によって採択された法律ですが、都市計画に関する諸行為の決定手続の側面においても、フランス都市計画法のまさにその実体に関する側面においても、この法律がさまざまな革新性を有しているということは明

【原注】

(1) Y. Jégouzo, L'impact de la loi SRU sur la nature du droit de l'Urbanisme, *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanism* (BJDU) 2001, n° 4, p. 226.

らかでありました(2)。

SRU 法がさまざまな革新性を有しているということのおそらく最も明白な証拠は、1983年当時の都市計画法典・法律篇121-10条が都市計画文書について定めていた内容と SRU 法以降のこの条文の改正版が都市計画文書について定めた内容との比較から出てきます。1983年当時、都市計画法典・法律篇121-10条は、もっぱら以下のように規定していました。すなわち、《都市計画文書は、一方では、空間の利用を制限し、農業活動を保全し、森林空間、自然又は都市の景勝地及び景観を保護することを、他方では、経済活動及び一般利益に関する諸活動のために割り当てられた区域並びに住居に関する現在及び将来の需要の充足のために建築可能な空間を十分に確保することを、それぞれ可能ならしめるような諸条件を定める》。しかし、この規定の条文番号は、2000年に改正されることとなりました。すなわち、この規定は、都市計画法典・法律篇121-1条となったのです。この規定は、1983年当時は、1つの章の中に埋もれてしまっていましたが、SRU 法が制定された2000年以降は現在に至るまで、都市計画文書に関する章の冒頭に位置し、それ以降の規定を先導するような規定となっています。この条文番号の変更は、同時に、非常に重要な内容の変更をも伴うものでありました。この点は、とりわけ重要な点であったといえます。というのは、それ以来、都市計画法典・法律篇121-1条が、以下のように規定しているからです。すなわち、《広域整合スキーム［SCOT：schémas de cohérence territoriale］[iv]、地域都市計画プラン［PLU：plans locaux d'urbanisme］[v]、及びコミューン土地利用図［CC：cartes communales］[vi]は、以下のことを可能ならしめるような諸条件を定める。

(2) この法律に関する注釈はいくつかあるが、その中でも、P. Hocreitère, La loi SRU, la hiérarchie et la substance des normes d'urbanisme, *Droit administratif* 2001, n° 2, p. 4－V. Le Coq, La loi SRU et les documents d'urbanisme, *Droit administratif* 2001, n° 2, p. 6－P. Le Louarn, La loi SRU et le patrimoine environnemental, *Droit administratif* 2001, n° 2, p. 13－C. Lepage, Modification de la politique des transports urbains à l'issue de la loi S.R.U, *Gazette du Palais* 2001, n° 19, p. 24. を参照。また、この法律に関して特集された諸論文については、*les « Annales des loyers »* 2001, n° 1－*le Bulletin Mensuel Lamy Droit immobilier* 2001, n° 76－*le Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme* 2000, n° 6－*l'Actualité juridique-Droit administratif* (AJDA) 2001, n° 3. を参照。

1°）持続可能な開発の諸目標を尊重しつつ、一方での都市再生、統御された都市開発及び農村空間の開発と、他方での農業活動及び林業活動に割り当てられた空間の保全並びに自然空間及び景観の保護との間の均衡を確保すること
2°）雇用と居住の均衡並びに交通手段及び上下水道の管理に特段の考慮を払いつつ、居住、経済活動、とりわけ商業的活動、スポーツ又は文化的活動、及び一般利益、並びに公共施設に関する現在と将来の需要を差別なく充足するために十分といえるような建設能力及び再活性化の能力を予測することにより、都市及び農村の居住における都市機能の多様性と社会的混住を確保すること
3°）①自然、都市、都市周辺、農村それぞれの地域空間の節約的かつ均衡のとれた利用、②公共輸送及び自動車交通の需要の統御、③良質な大気、水、土壌及び地下の土質、生態系、緑地空間、自然又は都市の環境・景勝地・景観の保全、④騒音公害の軽減、⑤特に優れた都市市街地及び建築遺産の保全、⑥予測可能な自然的リスク、科学技術的リスク、環境汚染、その他ありとあらゆる性質の生活環境侵害［nuisances de toute nature］の防止を保障すること》

都市計画法の内容〔＝対象事項〕は、著しく拡充され、変貌したとすらいえます。1983年当時、都市計画法は、とりわけ土地の利用をその対象としていました。確かに、SRU 法制定以降においても、こうした土地の利用に対する関心が失われたというわけではありませんでした。なぜなら、とりわけ住宅供給のような、1960-70年代、1980年代には既に定められていた諸目標が今日でも存在するからであります。しかしながら、この新たな法律をもって、都市計画法は、《都市の法［droit de la ville］》となったのであり、《都市なるものの法［droit de l'urbain］》[(3)]になったとすらいえるのであります。立法府によって用いられている文言がこのことを裏付けています。というのも、今日もなお、都市的な考慮が前面に置かれているのです。例えば、都市計画法典・法律篇121-1条によれば、探求すべき均衡の諸要素の中で最初に出てくる文言は、《都市再生と統御された都市開発》となっています。農村に関する考慮や田園地域及び自然空間の保全は、その二番目以降にしか出てきません。それらは、市街地化の限

(3) H. Charles, De l'urbanisme au renouvellement urbain, le droit des sols dans la tourmente, p. 69, dans *les Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, éditions Dalloz, 2004.

界及び制限として現れるのです。

SRU 法は、都市計画法を都市の法にしただけでなく、より正確には、この法をグローバルなものとして把握される都市の法［droit d'une ville comprise dans sa globalité］にしました。もはや、単に、所有権者が有する建築に関する権利を規制することのみが問題となるわけではありません。SRU 法制定以降、都市計画文書は、都市を半ば有機的な総合体として把握するように導く、都市の成長と機能についての都市開発プランを包含しなければならなくなったのです。ここでいうグローバルなものとしての都市［globalité de la ville］とは、都市計画法には多元的な目的ないし目標が認められるということを含意しています。都市計画プランは、新たな重要性を獲得したのでありまして、そのことは、とりわけ、都市の PLU 及び都市圏の SCOT の中枢として提示される文書、つまり、整備及び持続可能な開発計画［PADD：projet d'aménagement et de développement durable］[vii]についていえます。この PADD の中では、もはや、もっぱら建物の建設についてのみが問題となるわけではなく、都市の発展、成長、機能、―つまりは、都市の《生命［la vie］》―に関する将来的な展望もまた問題となるのです。国民の生活の質や社会的な一体性を向上させうるような都市基盤施設の整備計画が重要な意味を持ってきているということは、以上のことにより説明されるのであります。

したがって、この SRU 法によって、フランス都市計画法の内容が変質したと断言したとしても、それは大げさではありません。確かに、フランス都市計画法は、今日においても依然として、これらの特徴(4)を維持していますが、2000年以来、いくつもの法改正が採択されることとなりました(5)。経済的、社会的な状況が変容し、公権力が立ち向かうべき困難は、経済的な側面においても(6)、社会的な側

(4) やや観点は異なるが、Y. Jégouzo, Les principes du droit de l'urbanisme, p. 180, dans *les Mélanges en l'honneur d'E. Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011. を比較参照。

(5) loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat.

(6) 経済的な問題を克服するための対策立法として、以下のような不動産事業を支援することにより経済を再復興させることを目的とした法律が挙げられる：loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

面においても[7]、環境的な側面においても[8]、深刻化しました。かくして、フランス都市計画法は、相反する複数の目的ないし目標の間で引き裂かれるような状態にあり、今日、自己を見失っている法［droit qui se cherche］、つまり、その指導的原則がもはや全く明らかではない法として現れているのであります。以上のことは、フランス都市計画法の実体面における特徴及び形態面における特徴を通して明らかになります。

Ⅰ―フランス都市計画法の実体面における特徴

まず、フランス都市計画法の実体面における特徴を検討することによって、この法の内容〔＝対象事項〕を明らかにする必要があります。

SRU 法制定以来、都市計画法典・法律篇121-1条の内容は、繰り返し変更されました。この規定の文言は、段階を追って変化していったのです[9]。立法府は、

---

[7] 社会的な問題を克服するための対策立法として、以下のような住宅の窮乏危機に対応するための諸法律を挙げることができる：loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social－loi n° 2012-955 du 6 août 2012 visant à abroger la loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire－loi n° 2012-376 du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire－loi n° 2011-665 du 15 juin 2011 visant à faciliter la mise en chantier des projets des collectivités locales d'Île-de-France－loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion－loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale－loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

[8] 環境問題を克服するための対策立法の中でも、とりわけ重要な法律として以下の法律を参照：loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement（いわゆるグルネル第２法）. また、パリの公共輸送の改善を目的とした法律として、以下の諸法律を参照：loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris－loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux.

[9]「広域整合スキーム、地域都市計画プラン、及びコミューン土地利用図は、持続可能な開発の諸目標を尊重しつつ、以下のものを確保することを可能ならしめるような諸条件を定める。

2000年当時に定められていた多くの都市計画文書の諸目標に、エネルギー効率をはじめ、雇用、住居、商業及びサービスの間の地理的に均衡のとれた分配、電気通信の発達、移動コストの軽減、温室効果ガスの削減、再生可能資源を原料とするエネルギー生産、並びに生態系の連続性の良好な状態の保全と再生といった項目を付け加えました。確かに、環境のための国の責任引き受けに関する2010年７月12日の法律第2010-788号（いわゆるグルネル第２法）が採択された際には、都市計画法典・法律篇121-1条から特に優れた都市市街地及び建築遺産の保全という項目が削除されました。しかしながら、この改正は、国会が実際に考えたものというよりは、むしろ特定の議員らの圧力に応じた改正であるといえます。事実、この改正は、建築的・都市的・景観的遺産保護地区［ZPPAUP：zones de protection du patrimoine architectural, urbanistique et paysager］に対する非難の延長線上に現れたものであります(10)。当該議員らに

1° 以下の a)、b)、c）の間における均衡

a）都市再生、統御された都市開発、市街地化された空間の再開発、都市及び農村の中心の再活性化

b)自然空間の節約的利用、農業活動及び森林活動に割り当てられた空間の保全、景勝地、自然環境及び自然景観の保全

c）特に優れた都市市街地及び建築遺産の保全

1°-2 都市、建造物、及び都市の入口の景観それぞれの質

2° 雇用、住居、商業及びサービスの間の地理的に均衡のとれた分配、エネルギー効率の向上、電気通信施設の整備、移動コストの軽減、並びに公共輸送施設の開発に関する諸目標に特段の考慮を払いつつ、居住、経済活動、観光活動、スポーツ、文化振興活動、及び一般利益、並びに公共施設や商業施設に関する現在と将来の需要を差別なく充足するために十分といえるような建設能力及び再活性化の能力を予測することによる、都市及び農村の機能の多様性と住居における社会的混住

3° 温室効果ガスの排出削減、エネルギー制御及び再生可能資源を原料とするエネルギーの供給、良質な大気、水、土壌及び地下の土質、天然資源、生物多様性、生態系、緑地空間の保全、生態系の連続性の良好な状態の保全と再生、予測可能な自然的リスク、科学技術的リスク、環境汚染、その他ありとあらゆる性質の生活環境侵害の防止

(10) この ZPPAUP は、AVAP (aires de mise en valeur de l'architecture et du patrimoine)、すなわち、建築・景観活用区域に取って代わられることになりました。この点については、X. Couton, Régime des travaux dans les AVAP,

よれば、このZPPAUPは、コミューンの歴史的街区における都市計画に関する許可の交付を過度に困難にするという欠点を有していたといいます。

このような後退があったにもかかわらず、都市計画法の内容は、2000年当時の状態に立ち返るだけではなく、今や土地の利用と全く関係のない諸要素によって複雑になっています。このことを証明するのは、WIFIにより、もはや土地の利用を媒介とすることすらしない電気通信の発達です。この革新性は、今日、インターネットと電話が都市整備に必要不可欠な要素として考えられているという事実によって説明されます。

以上のことから、グルネル第２法制定以来、環境的な関心事が重要性を持ってきているにもかかわらず、都市計画法は、今日もなお、都市の法のままであるといえるでしょう。そこでは、SRU法が採択された際に期待された意に反して、《拡張志向の［en extension］》都市の法が問題となっているのです。

A－都市の法

フランス都市計画法を性格づけようとするならば、この法は、今日もなお、都市の法のままであるといえるでしょう。もっとも、以下の（1.）において述べるように、この法の内容ないし対象は、ますます流動化しあいまいになっています。さらに、以下の（2.）において述べるように、SRU法は所有権に社会的機能［fonction sociale］を付与したのですが、このような所有権に社会的機能を付与するという考え方は、〔近年の判例において見られる〕私的所有権の復権という流れとは矛盾するものであるといえます。この私的所有権の復権という流れは、都市の公共政策の実施を困難にする性質を有しています。

1.－2000年当時と同じように、2013年現在においても、都市計画法典・法律篇121-1条には都市に関する目標以外の目標も明示されていますが、それらの目標よりも都市に関する目標が優越した地位にあり続けているということは否定しがたい事実であります。つまり、都市計画法は、依然として、まず何よりも都市や都市圏のためのものとして考えられたままなのです。相対的にではありますが、都市計画法典は、田園地域やわずかにしか市街地化されていない土

Construction-urbanisme 2012, n° 7, p. 19－P. Planchet, De la ZPPAUP à l'AVAP, *AJDA*. 2011, p. 1538. を参照。

地に関しては多くを語りません。PLU は、議員が市街地の拡張について積極的な姿勢を採っているコミューンのみが関心を持ちうるような性質のものなのです。演繹的にいえば、農村の小さなコミューンにとっては、PLU は主たる関心事ではないのです。なぜなら、このようなコミューンにとっては、PLU を策定するコストがあまりにも大きいからであります。現に、これらのコミューンは、都市計画全国基準［RNU：règlement national d'urbanisme］[viii]により認められた土地整備事業のみを可能ならしめるコミューン土地利用図で満足するしかありません。この都市計画全国基準は、その原則によれば、既に市街地化された区域の延長線上にしか建築を行うことができないとされる、制限的な建築可能性の原則［principe de la constructibilité limitée］を後ろ盾にしたものであります。

立法府による改正は2000年以来増加しましたが、それが、この点に関して、フランス都市計画法を変容させるということはありませんでした。つまり、フランス都市計画法は、依然として、グローバルなものとして把握される都市の法のままなのです。しかしながら、今日、フランス都市計画法は、自身の過度の膨張に苦しんでいるように見えます。より正確に言えば、立法府が、都市計画法を大多数の新たな公共政策（環境保護、失業対策、零細商店救済政策、電気通信施設の整備等）の集積所とする傾向にあることから、都市計画法の内容ないし対象は、ますます流動化しあいまいになっているのです。したがって、都市計画法が都市の法であると語るだけでは、もはや都市計画法がいかなるものであるのかということを説明するのに十分ではありません！

都市計画法が有する多数の目的ないし目標は、時折、相互に対立します。それは、とりわけ、都市においては地価が極めて高いという状況において、それにもかかわらず、低価格の社会住宅を建設する必要性と環境保護の願望に促されて都市の区域内での建設を優先しようとする意思とが対立するような場合です。その上、これらの様々な目的ないし目標の結合は、行政に非常に広範な裁量権を付与します。この裁量権は、時に、建築主体の法的安定性の必要性に照らすと、過度に広範にすぎる場合があります。結局のところ、都市計画法の内容それ自体や行政が都市計画プランを実現するために保持している特権の輪郭を明確にすることが困難になっているのです。その例として、2012年７月27日にコンセイユ･デタの部会で下されたフランク･ホフマン対カリアン市［Franck

Hoffmann contre Commune de Callian］判決[11]を挙げることができます。この判決で問題となった事案において、Callian 市は、自然区域における市街地の密度を抑制するために、画地分譲における建築のための土地の分割を禁止する決定を行いました。この区域は、未だに多数の居住者を受け入れるために十分な公共施設の整備こそなされていませんでしたが、既に市街地化が始まっている区域でありました。同市は、市街地化が必然的に要求する公共施設に関する投資を抑制することを望んでいたのでしょう。この判決において、コンセイユ・デタは、違法性の抗弁によって［par voie d'exception］、土地占用プラン［POS：plan d'occupation des sols］[ix]を違法であると宣言しました。コンセイユ・デタは、同時に、この解決が PLU にも適用されることを明らかにしました。学説は、コンセイユ・デタが、この判決において、結局のところ、適切にも私的所有権を保護し、また、画地分譲［lotissement］という文言に正確な定義を付与したと解することにより、この判決を称賛しました。このような分析については賛同するとしても、この判決は同時に、《都市計画上の理由［motif d'urbanisme］》[12]及び《土地利用に関する地役［servitude d'utilisation du sol］》[x]の概念自体に極めて重大な曖昧さが存在しているということの徴表としても読むべきものなのであります。事実、都市計画文書において定められるあらゆる所有権行使の制限は、《都市計画上の理由》を追求したものでなければならず、もしそれをしない場合には違法であるとの評価を受けることとなります[xi]。ところが、このコミューン〔＝カリアン市〕が未だに全面的な市街地化によって完全に変容していなかった自然区域の市街地化を制限しようと考えたために追求した理由も、まさにこの《都市計画上の理由》であったということができます。そしてまた、コンセイユ・デタが、この数年来、都市計画法の専門家達の間で盛んに行われていた議論〔＝土地の分割を禁止することの可否についての議論〕に決着をつけることに成功したのは、もっぱら、土地を分割することの禁止が、（土地の分割が建築の前提条件となっているにもかかわらず、）土地の

(11) Conseil d'État, sect., 27 juillet 2012, *Franck Hoffmann contre Commune de Callian*, *revue de droit immobilier* 2012, p. 523, note P. Soler-Couteaux ; *AJDA*. 2012, p. 1851, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

(12) この観点において、Y. Jégouzo, édito dans le complément d'Opérations d'aménagement, décembre 2012, éditions du Moniteur. も参照。

利用の問題ではなく、自身の財産を処分する自由の問題である、という主張を前面に押し出すことによって、なのであります。

2.－フランク・ホフマン対カリアン市判決がそれを示唆しているように、都市計画法は、とりわけ、一般利益を根拠として、自身の不動産である土地を利用する所有者の権利を制限する諸規範を内包しています。それゆえ、都市計画法は、所有権の行使を制限する特別行政警察の仕組みと共通点を有しているといえます。しかしながら、都市計画法を特別行政警察と同一視するということは、この法の特殊性を無視するということであります。現に、SRU 法は、都市計画法の目的ないし目標を増加させることにより、私人の所有権を侵害する結果をもたらしました。つまり、SRU 法は、都市計画法を《社会化し［socialisé］》たのであります。SRU 法は、個人の権利に社会的機能を付け加えました。ワイマール憲法の定式を借りていうならば、都市計画法においては、《所有権は義務を伴う［propriété oblige］》こととなります。事実、所有権者は、PADD において定められた方針やそれを法規命令化したものに自身の事業計画が適合する場合には、それだけいっそう建築許可の取得についてより大きな期待を持つようになるでしょう。2000年当時は、PADD の内容が建築許可の申請に対して法的拘束力を有していただけに、以上のことは、より一層明白であったように思われます。確かに、この法的拘束力は、2003年に廃止されたのですが、それでもなお、都市計画法によってもたらされる所有権の社会的側面が消滅するということはありませんでした。例えば、PLU は、《社会的混住の目標を尊重しつつ、それ〔＝ PLU〕が定める住宅プログラムを実施するための用地を指定〔＝確保〕する》（都市計画法典・法律篇123-2条）ことができます。したがって、所有権者は、自身が所有する土地がこの種の建築のために指定〔＝確保〕された区域内にある場合、その土地に住宅を建築することについて大きな関心を寄せることとなります(13)。行政警察の仕組みとは異なり、都市計画法は、禁止事項を定めるだけではありません。つまり、都市計画法は、それと同時に、

(13) もっとも、この可能性は論争を引き起こしています。というのも、所轄省庁は、住宅用地として指定された土地と、建築許可を得る可能性を所有権者から奪う伝統的な用地、つまり、公共施設等の用地として指定された土地とを同一のものとして扱っているからです。

公共団体に貢献するために行動する義務をもその内容としているのであり、この義務に反した場合には、過度に個人主義的な所有権者であるということで収用の憂き目にあうこととなるのです。

しかしながら、都市計画法における所有権の社会的側面は、ここ数年の内に、限界点に達することになるやもしれません。というのは、判例が、都市計画に関する公共政策の実施を困難にする所有権の個人主義的な側面を回復させているように思われるからであります。憲法院がこのような向きの判決を下しました。例えば、憲法院は、都市計画法典・法律篇332-6-1条の規定が憲法に違反すると宣言しています(14)。この規定は、申請者が所有する土地の区画の譲渡と引き換えに行政が建築許可を付与することを認めるという規定でありました。この判断〔＝憲法院の判断〕は、こうした《交換》の仕組みを詳細に定める権限が行政立法権ではなく立法府に帰属するものであるということに根拠を置くものではありますが、この判例は、所有権を保護することに対する裁判官の配慮を明らかにするものであるといえます。それ以来、憲法院は、他にも同趣旨の判決をいくつか下しています(15)。1998年に、コンセイユ・デタによって下されたビトゥゼ［Bitouzet］判決は、既に、こうした流れの中に組み込まれていたといえるでしょう(16)。なぜなら、この判決は、都市計画地役の無補償の原則［principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme］[xii]に相対的な価値しか認めないと判示していたからであります。この判決以来、コンセイユ・デタは、この相対化をさらに押し進めているように見えます(17)。ところが、都市計画地役の無補償の原則を見直すということは、公的機関による整備及び持続可能な開発計画の実施を財政的に妨げるということであります。そして、フラ

(14) Conseil constitutionnel, 22 novembre 2010, décision numéro 2010-33-QPC, *Société Esso SAF*, *AJDA*. 2010, p. 2384, note F. Rolin ; *Recueil Dalloz* 2011, p. 136, note E. Carpentier.

(15) GRIDAUH, *La question prioritaire de constitutionnalité et l'aménagement du territoire*, Paris, Les cahiers du Gridauh, n° 22, 2011.

(16) Conseil d'État, 3 juillet 1998, *Monsieur Bitouzet*, *Revue française de droit administratif* 1998, p. 1243, concl. R. Abraham.

(17) Conseil d'État, 16 juillet 2010, n° 339342, *Société civile agricole du Château l'Arc et société civile immobilière des Hameaux de Château l'Arc*, *Rev. juridique de l'économie publique* 2011, n° 682, p. 28, concl. J. Boucher.

ンク・ホフマン対カリアン市判決について言うならば、当該行政決定を行った行政庁が所有権者から彼らの権利の全面的な利用を奪う権限を立法府によって授権されていない場合には、いかなる行政決定との関係においても所有権の保護を優先すべきである、という呼びかけが、この判決に存在しないとはいえないでしょう。しかも、このことは、当該行政決定が、政治的に正当である場合でさえそうなのであります。

この《所有権保護主義的な［propriétariste］》判例が今後ますます拡張せずには置かないとするならば、SRU 法制定以降の都市計画法の心臓部に位置する所有権の社会的機能、すなわち、都市の法に仕えるべき所有権の社会的機能が、まさに危殆に瀕することになるでしょう。

B―都市の拡張に関する法

SRU 法制定時に国会が掲げた諸目標に反して、フランス都市計画法は、依然として都市の拡張に関する法のままであるといえます。

1.－SRU 法の確固とした理念の一つは、都市の上に都市を再構築すること［reconstruction de la ville sur la ville］を促すことでありました。二重の関心事が国会を突き動かしたのです。一方の関心事は、荒廃した街区、時にゲットー化さえしつつある街区を再生することであります。もう一方の関心事は、環境を保護することです。いくつかの空間が既に人工化され、電気設備、下水設備、上水道、ガスといった様々な公共サービスのネットワークが既に供給されているにもかかわらず、なぜ自然空間に建築を行う必要があるのでしょうか。この既に人工化されている空間に、再び良好な条件の下で、住宅を必要とする人々を受け入れるべく、当該空間を再生すれば十分なのであります。

この点において、SRU 法を説明するのは、以下のような社会的・経済的な背景です。2000年当時、住宅の建設は、一貫して続けられていました。毎年建設される住宅の数は、もはや栄光の30年［les 30 Glorieuses］[xiii]ほどではありませんでしたが、１年当たりに建設される住宅の数は多いままであったといえます。したがって、住宅問題は、今日ほど深刻ではありませんでした。また、エコロジストは、彼らの専売特許［fonds de commerce］である環境が都市計画法典の改正の犠牲にならないという条件の下で、この改革を支持しました。以上のことは、さまざまな規定によって表明されました。例えば、SRU 法は、

PLU が最低敷地面積［surfaces minimales de terrains à construire］を定めることを禁止しました。この最低敷地面積は、多くの土地占用プランの中で見られるものでありますが、これは、それを策定したコミューンに居住する貧しい人々やあまり裕福ではない人々を排除することを目的としたものであるといえます。この措置は、社会的混住の妨げになると同時に、環境保護の妨げにもなっていました。つまり、この措置は、農地及び自然地域の《人工的改変［artificialisation］》を加速させたのであります。SRU 法は、ここでもまた、環境を保護するために、PLU を備えないコミューンを対象として、既成市街地化区域の延長線上において、制限的な建築可能性の原則を維持しただけでなく、同時に、コミューンが SCOT を備えていなかった場合には、PLU が自然区域又は農業区域の市街地化を開始しえないことを定めたのです。さらに、PLU は、強制的に公共交通機関の近くに最低建築密度［densité minimale de constructions］が課せられる区域を定めることができます。これらの公共交通機関のおかげで、人々は、自家用車を利用することなく、したがって、大気を汚染することなく移動することが可能になったのです。以上のことにより、公共サービスのネットワークの更なる拡張が回避されることとなりました。つまり、こうした都市区域の高密度化は、未だに自然のままの区域や都市施設が整備されていない区域を保全するという結果をもたらしたのであります。

2.－SRU 法がその貢献としてもたらした新たな法制度の主要部分は、時代の流れに抗って存続しています。また、グルネル第２法は、広域整合スキームが《空間の節約的消費及び都市の拡散に対する防止策に関する数値目標》（都市計画法典・法律篇122-1-5条）を設定することまでをも規定しました。しかしながら、それ以来採択された法律の内のいくつかは、都市の上に都市を再構築するという〔SRU 法の〕目的と真っ向から矛盾するものであり、フランス都市計画法を再び都市の拡張に関する法としてしまうものであったのです。

これらの法改正のいくつかは、政治的な原因によって説明されます。2003年、新たな保守派の与党は、PLU による最低敷地面積の設定を禁じた規定を廃止しました。かくして、都市計画法典・法律篇121-1条が、今日もなお都市の再構築を優先すべきであると規定しているにもかかわらず、自然空間が市街地化によってむやみに浸食されるおそれが再び生じているのであります。

戸建ての住居を持つことを望むフランス国民の増加、片親の家族の増加、及

び高齢者の増加に伴う社会的要請や経済的要請もまた、SRU 法が掲げた諸目標の実現を困難にしました。こうした要請は、とりわけ農村において特有の問題を生ぜしめるのですが、これらの問題は、依然として、都市計画法によって十分に考慮されていませんでした。以上の問題に、2008年以来の経済危機に起因する多数の国民の貧困化という問題を付け加えなければなりません。しかし、こうした多数の国民の貧困化にもかかわらず、地価は1995年以来一貫して高騰しており、多数の住宅、とりわけ社会住宅を建設する必要性が生じています。ところが、こうした新たな住宅は、社会的組織［organismes sociaux］[xiv]によっては、都市の中心部から離れた郊外にしか建築されえません。さらに、SRU 法は、コミューンに対して、管轄地域における全住宅戸数の20％を社会住宅にすることを義務づけていましたが[(18)]、2013年１月、立法府は、需要が極めて大きいコミューンについては、この水準を25％に引き上げました[(19)]。かくして、住宅需要に対する圧力は、環境に対する圧力へと形を変えて展開したのであります。

以上のことから、フランス都市計画法は、一種の統合失調症に冒された状態に陥っているといえます。立法府は、フランス都市計画法に《責任あるエコロジスト［écologique responsable］》たることを期待したのですが、諸々の社会的な必要に迫られて、この法は都市の拡張を止めることができずにいます。都市計画法は、せいぜい都市の拡張を枠づけるものでしかなく、そうすることで都市の拡張をほとんど正当化してしまっているのです。つまり、都市計画法は、その実体面において、自己のアイデンティティーを見失った状態にあるのです。

Ⅱ―フランス都市計画法の形態面における特徴

以上に述べたことと同様のこと、つまり、都市計画法がその指導的な理念を

(18) この点については、例えば、P. Derrez, Quelle application de l'article 55 de la loi SRU ? , *revue Opérations immobilières* 2011, n° 11, p. 36－J. P. Brouant, Caractère prescriptif et opposabilité du SCOT en matière d'équilibre social de l'habitat : l'ombre (constitutionnelle) d'un doute, *AJDA*. 2012, p. 391. を参照。

(19) Loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013, relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social : *AJDA*. 2013, (à paraître), commentaire de J.-P. Brouant et N. Foulquier.

見失っているということは、都市計画法という公法のこの一分野の形態面における特徴を分析する場合にもいえることであります。SRU 法制定以降のフランス都市計画法は、国家的法であると同時に、民主的法であり、また、将来展望的な法であり、さらには、不可避的に複雑な法であるということができます。この内、フランス都市計画法が有する複雑性についていえば、これは、実務家にとっては不利益なものでしかないのですが、決して見直されることはありませんでした。これに対して、その他の性質については、2000年以来、それらを体系的に説明することが困難になるほどの変化を経験しました。

A―国家的法

SCOT や PLU のような地域的都市計画文書が有する重要性を考慮するならば、都市計画法が国家的法であると主張することは、驚くべきことであります。もっとも、国が都市計画法に対する支配権を繰り返し自らの手に回復しているとしても、国は、もはや、自己の意志を実現するための実質的な諸手段を有しているわけではありません。

1.－ここで、都市計画法が国家的法であるというのは、地方が策定する都市計画文書の重要性を過小評価することを意味するものではありません。1983年に行われた都市計画に関する地方分権化は、今日まで決して公然と見直されることはありませんでした。立法府は、コミューンに対して、PLU を策定するように、そしてまた、SCOT を策定するためにコミューン間協力公施設法人［EPCI：établissements publics de coopération intercommunale］を創設するように、強く促しています。そのために、立法府は、コミューンに補助金を与えています。というのは、これらの文書の策定には大きなコストがかかるからです。こうした誘因措置は、同時に、管轄権限の面においても現れます。つまり、PLU を備えたコミューンのみが、当該コミューンの管轄地域が SCOT によってカバーされているという条件の下で、将来市街地化区域［zones à urbaniser］での市街地化を開始することができるのです。

2.－しかしながら、1983年の地方分権化に眩惑されてはなりません。なぜなら、国は、少なくとも理論上は都市計画に関して広範な特権を保持し続けているからです。まず、地方長官［préfet］は、地域的都市計画文書に対して強度

の監督権を行使します。地方長官は、コミューンがSCOTを備えていない場合には、PLUに対する拒否権までをも有しているのです。さらにいえば、地方長官は、コミューンにSCOTを策定させること（都市計画法典・法律篇122-5-1条）やその効力の発生を停止させること（都市計画法典･法律篇122-11-1条）もできます[20]。その上、PLUが備えられていない場合であっても、いかなるフランス国土における区画も都市計画に関する諸規範を免れることはありません。なぜなら、この場合においても、コミューンは、政府がその内容を一方的に定める都市計画全国基準（RNU）に服することとなるからです。地方長官はまた、国が、あるコミューンの管轄地域において、《国益事業［opération d'intérêt général］》を実施しようとする場合には、当該コミューンに対してPLUの改定を命じることができます。他方、壊れやすいとされている特定の国土については特別法が定められています。つまり、立法府は、地方議会の議員が有する〔当該国土の市街地化という〕野望から当該国土を保護しようと考えたのであります。例えば、海岸地域の整備、保全及び活用に関する1986年１月３日の法律第86-2号（いわゆる海岸法）によれば、コミューンがPLUを策定しているか否かにかかわらず、まだ市街地化されていない区域においては、当該土地が海に近ければ近いほど、その土地での建築が不可能になるとされています。同様に、山岳地域の開発と保全に関する1985年１月９日の法律第85-30号もまた、環境保護という同一の目的を追求しています。それは、1983年に都市計画についての政策が委任されたコミューンの市街地拡張事業に対抗する形でなされているのです。これらの２つの法律の射程は非常に広範です。なぜなら、フランスにおいては、海岸や山岳地帯が国土の広い範囲を占めているからであります。これらの諸法律に、コミューンの自由を制限する国の文書が加わります。その例として、イル・ドゥ・フランス地方圏指導スキーム［SDRIF：Schéma de Développement Régional de l'Île-de-France］[xv]や、かつての国土整備指針［DTA：directives territoriales d'aménagement］を挙げることができます。この後者の国土整備指針（DTA）は、〔2010年に制定された〕グルネル第２法によって、持続可能な国土整備及び開発指針［DTADD：directives territoriales d'aménagement et de développement durable］に改め

[20] J. P. Strebler, Grenelle 2 et SCOT：des ambitions renforcées et une présence plus forte de l'État, *Rev. de droit de l'immobilier* 2011, p. 78.

られました。

しかし、このDTAからDTADDへの移行の背後には、ある事実が隠されています。それは、国が特定の地方議会の議員に対抗してDTAを採択する政策的な能力を有していないという事実であります。この移行以来、DTADDは、建築許可の申請に対する法的拘束力を失いました[xvi]。したがって、このことは、やはり、国が都市計画に関して常に自らの意思を押し通すような力を有していないということの表れの一つといえるでしょう。また、災害予防プラン［PPR: plans de prévention des risques］（自然災害、産業災害又は科学技術災害に関する予防プラン）に関しても、同じことがいえます。環境法典に規定されたこれらの文書は国の管轄に帰属します。コミューンがこれらの文書を尊重する義務を負っていることから、多くの観察者は、環境法を、国が国土整備に関する支配権を回復するための手段として見ています。とはいえ、このことは、もっぱら理論上の真実にすぎません。実際、地方長官庁がコミューンにこのPPRの内容を尊重するよう強制するための人的及び政治的な諸手段を有していない、ということは稀ではありません。2010年に暴風雨シンシア［Xynthia］によってフランス西海岸に生じた被害がその良い例であります(21)。まさに以上に述べたことが、国の思惑とその政策の実態との間にずれが生じている例なのです。

B―民主的法

都市計画法は、それが規律する諸規範の策定に当たって公衆参加手続を予定していることから、この法を民主的と形容することができます。もっとも、都市計画法が、以前からこのように民主的であったというわけではありません。長い間、都市計画法は、国の技術者の法［droit des ingénieurs de l'État］でありました。1983年の都市計画に関する地方分権化がそれに終わりを告げました。というのは、この地方分権化が、都市計画文書を策定する場面において所轄行政庁と国民とを接近させたからであります。

もっとも、〔この地方分権化に係る改正により〕POSが公開意見聴取手続の後でしか策定することができなくなったにもかかわらず、この民主化は、十分

(21) P. Le Louarn, La tempête Xynthia révélateur des insuffisances du droit, *semaine juridique, édition général* (JCP. G.) 2011, n° 19, p. 940－R. Léost, Loi littoral: tirer les conséquences de la tempête Xynthia, *Droit et tourisme* 2010, n° 121, p. 14.

なものとしては評価されませんでした。そこで、立法府は、1985年に、あらゆる整備事業に先立って事前協議の席を設けることを行政に義務づけました(22)。SRU 法は、事前協議手続を PLU 及び SCOT の策定過程にまで拡張したのですが、この SRU 法やそれ以降の諸法令が、これらの手続を改廃するということはありませんでした。それどころか、2005年に採択された環境憲章や1998年に採択されたオーフス条約は、当該決定が環境に対して確実に何らかの影響を及ぼすものであることを理由に、都市計画に関する諸決定の策定過程における公衆参加手続の義務をさらに増大させることすらしたのであります。ただし、国民に拒否権が付与されるというわけではありません。他方、このような動きにはデメリットも存在します。というのも、こうした動きというのは、公権力に対して国民が有する不信感を白日の下にさらすだけでなく、やや自由主義的にすぎる信念によって行政の正統性を否定する立場に特有の考え方でもあるからです(23)。以上のことは、行政が都市計画に関する活動能力を有しているのか、という問題を提起するのです。

また、都市計画法は、裁判官の前で国民に発言する機会を保障しているという点においても、民主的法であるといえます。法廷は、多くの点で、第二の政策論争の場になっています。これは、以下のような選択に対抗する国民のための手段であるといえます。つまり、その選択とは、国民にとって、都市計画法典・法律篇110条及び121-1条によって定められた都市計画法の基本的な諸原則に反し、不合理で根拠を欠くように見える選択です。

しかし、確かに、行政訴訟は自由主義的なものとして考えられているのですが、近年、この特徴は、都市計画法において薄弱になっています。立法府は、1994年に、原告が違法性の抗弁により都市計画文書の形式的な瑕疵を援用する機会を時間的に限定することによって、国民の訴訟提起の権利を制限しました（都市計画法典･法律篇600-1条）。ところが､その形式が実体を担保するもの［la garantie du fond］であるにもかかわらず、SRU 法も判例もこの立法を見直す

(22) loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la misse en œuvre des principes d'aménagement.

(23) この点については、Y. Jégouzo, Principe et idéologie de la participation, dans *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 577. を参照。

ことをしませんでした。立法府もまた、依然として、法的安定性を考慮して、許可に対する訴訟が提起されたということを行政と許可の名宛人に通知することを義務づけています。さらに、より重大なことには、2006年、立法府は、民間の非営利団体が建築許可の申請の公示の後で設立された場合には、この団体によって提起された越権訴訟を受理不可能なものとする旨を定めた都市計画法典・法律篇600-1-1条を創設したのであります。

以上に述べたような訴訟提起の権利の制限は、概して、都市計画法が有する複雑性に対応するものであるともいえます。この複雑性は、否定しがたいものであり、その程度はというと、都市計画規範の概念そのものが論争の対象になったほどであります(24)。いかなる法律も、法の簡素化と銘打った法ですらも－そういった近年の法のほとんどがそうなのではありますが―、この複雑性を改善することはありませんでした。この複雑性は、都市計画文書に記載される目的ないし目標の多様性によって説明されるのですが、それは、同時に、諸規範の間の相関関係によっても説明されます。両立性の関係［rapport de compatibilité］、及び、時に適合性の関係［rapport de conformité］に、考慮事項の関係［rapports de prise en compte］を付け加えなければなりません(25)。この考慮事項の関係は、上位規範の詳細性に依存することから最も取扱いがデリケートなものであるといえます。〔この考慮事項の関係が要求される場合には、〕当然、建築主体の法的安定性という利益を得るものの、その分、環境保全、都市計画法の民主的性格及び行政による法の尊重が失われることとなります。

都市計画に関する契約関係の発展が事態を改善することはありませんでした。契約手法は、近年、都市計画法の複雑性を解決する手段として、また公的活動の透明性を保障するものとして提示されています。このことから、国土開発に関して契約手法が導入されたのです(26)。しかしながら、都市計画に関する契約手法の発展は、PADD が PLU から分解・離脱［dislocation］してしまう

(24) Gridauh, La règle locale d'urbanisme en question, *BJDU*. 2012, n° 1, p. 12.

(25) Ph. Baffert et O. Bonneau, La « prise en compte » par les SCOT et les PLU des documents de programmation indépendants du droit de l'urbanisme : de la nécessité de bien s'entendre sur les mots…, *BJDU*. 2012, n° 4, p. 260.

(26) O. Ortega, Sécuriser un projet face aux tiers, *revue Opérations immobilières* 2012, n° 48, p. 29－J.-Ph. Brouant, Grand Paris et urbanisme : révolution copernicienne ? , *revue Opérations immobilières* 2012, n° 44, p. 18.

リスクを生ぜしめます。さらに、都市計画に関して契約手法を好む傾向が、ある事実に結び付けられるということを明らかにする必要があります。すなわち、その事実とは、契約裁判官の前での訴訟が、結局、一方的行為に関するそれよりも困難であるという事実です。かくして、契約手法は、むしろ都市計画法の民主的側面を縮小する手段として現れているということができます。

C―将来展望的な法

最後に、都市計画法は、将来展望的な法であると考えられます。SRU 法がそれを強調しているように、都市計画法は、単なる土地利用の規制に関する法ではなく、都市の法であります。つまり、都市が現在どのようにあるかではなく、将来どうあるべきか、ということに関する法なのです。都市計画法が、一定程度幻想的な、さらにはある種の希望観測的な色合いを帯びているということを否定することはできません。SRU 法が PLU 及び SCOT の一部を成す PADD を前面に押し出したことは、この観点からみれば意義深いように思われます。その点で、都市計画法は、伝統的な行政法とは距離を置くものであるといえます。コンセイユ・デタが、長い間、警察規則のような禁止事項というよりはむしろ行動指針、方針及び誘因を内容とする都市計画法のあらゆる独自性を把握するのに苦労したということは、以上のことにより説明されるのです。

しかしながら、現在の都市計画法は、もはや、SRU 法採択当時の都市計画法ではありません。既に指摘したように、SRU 法は、PLU の一部を成す PADD が建築許可の申請に対して法的拘束力を有すると規定していました。したがって、コミューンは、申請者の事業計画が当該コミューンの PLU が定める規則を尊重していないことを理由として、また、当該事業計画が PADD において定められた都市計画に関する方針に反した場合には、建築許可の付与を拒むことができたのです。この法的拘束力は、2003年に、再び法的安定性の名の下に消滅したのですが、この消滅は、都市計画法から将来展望的な側面の一部を奪ったといえます。同様に、PLU 及び SCOT がそれと両立可能でなければならないとされる災害予防プランのような将来展望的な性格を有しない文書の増加もまた、都市計画法からこの将来展望的な側面の一部を削ぎ落とします。環境法は、都市計画法を硬直化させるのです。グルネル第２法もまた、都市計画法のこの側面を縮減するように作用します。実際、SCOT は、2010年までは、都市計画、住宅、交通機関などに関する政策の諸目標（都市計画法・法

律篇122-1-3条）を定めるものであり、本来的には、PLU がそれと両立可能でなければならない方向づけに関する文書であったのですが、それ以後の SCOT は、都市計画の許可申請に対して法的拘束力を有する命令的な措置を含むことができるようになりました。SCOT は、とりわけ、自然的、農業的空間及び区域等の場所を指定し、さらには、公共交通機関が整備されていることを条件に新たな市街地化を可能ならしめるような区域を指定することができるようになっています。特に、《(SCOT の）方針及び目標提起書［document d'orientation et d'objectif］は、地区ごとに、都市の質、建築及び適用可能な自然景観に関する諸規範を規定することができます》(27)。〔ただし、〕これは、《地域都市計画プラン（PLU）又はそれに準ずる都市計画文書がない》（都市計画法・法律篇122-1-6条）場合にしか認められていません。もっとも、以上のことは、様々な都市計画文書の間の役割分担がもはや SRU 法制定当時のような明確性を有していないということの徴表でもあります。このことはまた同時に、都市計画文書がどのような地域レベルに適用可能なものとして解するのが適切かを判断するに当たって、立法府が衝突する障害〔＝困難〕の徴表でもあります。コミューンの領域が効果的な都市計画を可能ならしめるためにはあまりにも狭すぎることや、義務として複数のコミューン間で策定することとなる PLU 及び地域圏の都市計画文書の策定に、多くの者が賛成していることについては、誰もが同意するところではありますが、立法府は、自身の権限を守ろうとする地方議会の議員の抵抗に遭っています。立法府は、SCOT というものを変容させ、かつ、変質化させることを余儀なくされているのであり、PLU についても同様のことがいえるのです。というのも、PLU は、SCOT において定められた様々な方針を転記するだけのものになってしまっているともいえるからです。

以上のことから、今日のフランス都市計画法の特徴を要約すると、我々は、この法が全面的に理解可能でかつ実効的な構造と明確な指導的原則を欠いている状態にあるということができるでしょう。新たな経済的及び社会的な要請に因って、この法は、再構築の局面を迎えているのです。

(27) M. David, Le caractère prescriptif des SCOT, *AJDA*. 2011, p. 483.

【訳注】

[i] 凡例 ≪○○≫：原文ママ、（○○）：原文ママ、［○○］：原語併記、〔○○〕：訳語の補充、〔＝○○〕：訳語の言い換え

[ii] 本稿では、SRU 法制定前後におけるフランス都市計画法の法的性格の変化を明確にするために、［droit de l'urbanisme］に伝統的な訳語である「都市計画法」という訳語をあてた。ただし、SRU 法制定以降のフランス都市計画法においては、交通政策、経済政策、文化政策、環境政策などの様々な政策が都市計画の中に位置づけられ、それらが有機的に関連づけられるようになっている。したがって、現在のフランス都市計画法は、伝統的な都市計画法、すなわち、都市における土地利用の計画的制御を目的とした狭い意味での都市計画法の枠組みを超えたものになっていることから、「都市計画法」というよりはむしろ「都市法」と呼ぶべきものとなっていることに留意が必要である。

[iii] パリ第一（パンテオン＝ソルボンヌ）大学教授―同大学環境法・国土整備法・都市計画法・観光法研究部門共同代表

[iv]「広域整合スキーム（SCOT）」とは、SRU 法によって導入された主要な都市計画文書の一つである。この文書は、関係市町村の集合体である「コミューン間協力公施設法人（EPCI）」によって策定される、当該地域の将来的な展望を定める文書である。具体的にいえば、EPCI は、まず、その適用対象となる地域について事前の診断を行い、次に、持続可能な整備開発事業計画を定め、その上で、かかる事業計画の実施のための諸条件を定める（ジャン・フランソワ・ストゥルイユ / 亘理格（訳）「フランスにおける戦略的都市計画の変容：広域整合スキーム（SCOT）の場合」新世代法政策学研究 14号（2012）185頁以下、原田純孝「フランス都市法の新展開―連帯と参加のある持続可能な都市再生―」原田純孝＝大村謙二郎編『現代都市法の新展開―持続可能な都市発展と住民参加―ドイツ・フランス』所収（東京大学社会科学研究所・2004）109頁以下参照）。

[v]「地域都市計画プラン（PLU）」もまた、広域整合スキーム（SCOT）と同様、SRU 法によって導入された主要な都市計画文書の一つである。この文書は、原則として、コミューンによって策定され、当該地域の全域について土地占用の用途にかかる区域区分を行った上で、開発行為や建築規制その他の土地利用の一般的規則と地役負担を詳細に規定する。ただし、PLU の内容は、SCOT やその他の上位規則及び計画と両立可能なものでなければならない（原田・前掲113頁以下、亘理格＝ジャン・フランソワ・ストゥルイユ「講演録 フランスの土地法及び都市計画法に関する研究講演会」土地総合研究20巻２号（2012）138頁以下参照）。

[vi] 現在のフランスにおいては、多数のコミューンが PLU を策定しているが、コミューンの中には、人的、物的及び財政的能力等を欠くがゆえに PLU を策

定していないコミューンも存在する。そこで、こうしたコミューンにおける建築行為や開発行為などの土地利用を規制すべく定められているのが、「都市計画全国基準（RNU）」である。この RNU は、PLU を策定していない地域に適用される補充的な基準に加え、PLU を策定しているか否かに関わらず、あらゆる地域において一律に適用される強行法規的な基準をも併せ持っている（詳しくは、原田純孝［ほか］編『現代の都市法―ドイツ・フランス・イギリス・アメリカ』（東京大学出版会・1993年）189頁〔吉田克己執筆担当部分〕、亘理格「計画的土地利用原則確立の意味と展望」稲葉馨＝亘理格編『行政法の思考様式―藤田宙靖博士東北大学退職記念』所収（青林書院・2008年）624頁以下参照）。そして、この RNU が適用される地域においては、原則として、制限的な建築可能性の原則により既成市街地以外での市街地化が禁止されることから、当該コミューンがこれを可能ならしめるためには、独自の都市計画文書が必要となる。その際、技術的・財政的な制約を有する小規模のコミューンが複雑な策定手続を要する PLU に代えて策定することができる都市計画文書が、「コミューン土地利用図（CC）」である。この CC は、PLU と比較して相対的に簡潔化された都市計画文書であり、策定機関であるコミューンは、この文書において、上位の規則及び計画の範囲内で建築可能地域や不可能地域などを定めることとなる（Voir, Yves Jégouzo, article « CARTE COMMUNALE », dans *Droit de l'urbanisme : dictionnaire pratique*, sous la direction scientifique de Yves Jégouzo, Paris, Le Moniteur, 2011, pp. 136 et s. – Jean-Bernard Auby, Hugues Périnet-Marquet, Rozen Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2012, pp. 314 et s.）。

[vii]「整備及び持続可能な開発計画（PADD）」とは、SCOT 及び PLU を構成する主要な都市計画文書の１つであり、都市計画政策をはじめ、住宅政策、輸送及び交通政策、観光政策、環境保護政策などの様々な分野における公共政策の目標ないし一般指針を設定するための文書である（ジャン・フランソワ・ストゥルイユ／亘理格（訳）・前掲198頁、亘理格＝ジャン・フランソワ・ストゥルイユ・前掲139頁）。

[viii] 訳注vi参照。

[ix]「土地占用プラン（POS）」とは、PLU の前身にあたる都市計画文書であり、SRU 法の制定により PLU に取って代わられることとなった（詳しくは、原田純孝「フランス都市計画と地方分権化（下）」社会科学研究45巻２号（1993）168頁以下、久保茂樹「フランスの土地占用計画（POS）の法構造―市町村による内容形成の自由度―」青山法学論集43巻１号（2001）９頁以下参照）。

[x]「土地利用に関する地役［servitude d'utilisation du sol］」ないし「都市計画上の地役［servitude d'urbanisme］」とは、簡潔に言えば、それぞれの土地の

位置づけに応じて、土地利用に関する制約を課すことを目的とした概念であり（Jean-François Inserguet, article « SERVITUDE D'URBANISME », dans *Droit de l'urbanisme : dictionnaire pratique*, sous la direction scientifique de Yves Jégouzo, Paris, Le Moniteur, 2011, p. 939.）、我が国で言うところの「都市計画制限」に相当する概念である。

[xi] 例えば、人口移動の統御［contrôle du peuplement］や競争政策上の調整［régulation de la concurrence］といったものは、この「都市計画上の理由」としては認められないという（Yves Jégouzo, Les principes du droit de l'urbanisme, dans *les Mélanges en l'honneur d'E.Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, p. 187.）。

[xii]「都市計画地役の無補償の原則」とは、文字通り、都市計画により地役が課せられる土地の所有者は、原則として、補償を受けることができないとするものである（この原則の成立過程等については、見上崇洋『行政計画の法的統制』（信山社・1996）188頁以下参照）。

[xiii]「栄光の30年」とは、フランスにおける戦後高度経済成長期を指す表現である。

[xiv] フルキエ教授によると、「公施設法人［établissement public］」や「混合経済会社［société d'économie mixte］」（官民出資の第三セクター）といった組織が、ここでいう「社会的組織」に当たるという（なお、フランスの住宅法制については、吉田克己『フランス住宅法の形成：住宅をめぐる国家・契約・所有権』（東京大学出版会・1997）参照）。

[xv] イル・ドゥ・フランス地方圏は、パリを中心としたフランスの首都圏であり、この「イル・ドゥ・フランス地方圏指導スキーム（SDRIF）」とは、その首都圏における都市計画の一般指針を定める文書である。この SDRIF は、SCOT や PLU の上位に位置づけられる都市計画文書であることから、SCOT や PLU の内容は、これと両立可能なものでなければならない（Jean-Philippe Brouant, article « SCHÉMA DIRECTEUR DE LA RÉGION ÎLE-DE-FRANCE », dans *Droit de l'urbanisme : dictionnaire pratique*, sous la direction scientifique de Yves Jégouzo, Paris, Le Moniteur, 2011, pp. 926 et s.）。

[xvi]「国土整備指針（DTA）」と「持続可能な国土整備及び開発指針（DTADD）」との主な違いは、これらの文書の法的効果にあるとされている。つまり、前者の DTA が下位の都市計画文書や場合によっては都市計画に関する許可に対して直接的な法的拘束力を有していたのに対して、DTADD はそのような法的拘束力を有しないのである（Pascal Planchet, article « DIRECTIVES TERRITORIALES D'AMÉNAGEMENT ET DE DÉVELOPPEMENT DURABLES », dans *Ibid.*, pp. 305 et s.）。国は、この DTADD において、都市計画をはじめ、住宅、交通、環境保全といった様々な政策に関する国の目標及び一般指針を定めることができる（都市計画法典・法律篇113-1条）。

【訳者後記】本稿は、ノルベール・フルキエ［Norbert Foulquier］教授（パリ第一大学）が、2013年３月５日に北海道大学で開催された研究会において行った報告の原稿を訳出したものである。本研究会は、科学研究費助成事業基盤研究Ａ「ネットワーク社会における都市空間のガバナンス」（研究課題番号：21243007 / 研究代表者：吉田克己教授）と北海道大学公法研究会との共催により開かれたものである。

今回、訳者に翻訳の機会を与えて下さった吉田克己先生（早稲田大学教授）、報告の前後を通じて多大な御助力を下さった高橋信行先生（國學院大学准教授）、興津征雄先生（神戸大学准教授）、小野寺倫子先生（秋田大学講師）、翻訳に当たって拙訳を補訂し多くの御助言を下さった亘理格先生（北海道大学教授）に、この場を借りて、心より御礼を申し上げる。また、フルキエ教授には、原稿の翻訳や訳注の作成に当たって、報告後も私信を通じて多くの御教示を賜った。改めて深謝申し上げたい。

なお、フルキエ教授は、この報告のほか、同月８日に慶應義塾大学で開催されたフランス行政法研究会・第139回研究会において「フランス行政法における公権論」と題する報告をなされている。その内容は、興津征雄先生の御翻訳により、民商法雑誌147巻６号４頁に公表されている。

判例研究

刑事判例研究

関口和徳

訴因変更の要否――現住建造物等放火被告事件につき、訴因変更を経ることなく訴因と異なる放火方法を認定したことが違法とされた事例

最高裁第二小法廷平成24年２月29日決定
（平成23年（あ）第775号　現住建造物等放火被告事件）
刑集66巻４号589頁、裁時1551号15頁、判時2153号142頁、判タ1373号151頁

【事実】

本件公訴事実は、要旨、「被告人は、借金苦等からガス自殺をしようとして、平成20年12月27日午後６時10分頃から同日午後７時30分頃までの間、長崎市内に所在するＡらが現に住居に使用する木造スレート葺２階建ての当時の被告人方（総床面積約88.2㎡）１階台所において、戸を閉めて同台所を密閉させた上、同台所に設置されたガス元栓とグリル付ガステーブル（以下「本件ガスコンロ」という。）を接続しているガスホースを取り外し、同元栓を開栓して可燃性混合気体であるP13A都市ガスを流出させて同台所に同ガスを充満させたが、同ガスに一酸化炭素が含まれておらず自殺できなかったため、同台所に充満した同ガスに引火、爆発させて爆死しようと企て、同日午後７時30分頃、同ガスに引火させれば爆発し、同被告人方が焼損するとともにその周辺の居宅に延焼し得ることを認識しながら、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放ち、よって、上記Ａらが現に住居に使用する同被告人方を全焼させて焼損させるとともに、Ｂらが現に住居として使用する木造スレート葺２階建て居宅（総床面積約84.93㎡）の軒桁等約8.6㎡等を焼損

させたものである」というものである。

１審判決（長崎地判平22・６・15刑集66巻４号608頁）は、被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法について、被告人の捜査段階の自白に基づき、訴因の範囲内で、被告人が点火スイッチを頭部で押し込み、作動させて点火したと認定した。これに対し、原判決（福岡高判平23・４・13刑集66巻４号631頁、判タ1382号377頁）は、訴因変更手続を経ずに、被告人が「何らかの方法により」上記ガスに引火、爆発させたと認定し、１審判決を破棄した。

被告人は、原判決が訴因変更手続を経ずに上記ガスに引火、爆発させた方法について訴因と異なる認定をしたことは違法であるとして上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するが、例外的に、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為を認定することも違法ではないと解される（最高裁平成11年（あ）第423号同13年４月11日第三小法廷決定・刑集55巻３号127頁参照）」。

「原審において訴因変更手続が行われていないことは前記のとおりであるから、本件が上記の例外的に訴因と異なる実行行為を認定し得る場合であるか否かについて検討する。第１審及び原審において、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が本件ガスコンロの点火スイッチの作動による点火にあるとした上で、被告人が同スイッチを作動させて点火し、上記ガスに引火、爆発させたと主張し、これに対して被告人は、故意に同スイッチを作動させて点火したことはなく、また、上記ガスに引火、爆発した原因は、上記台所に置かれていた冷蔵庫の部品から出る火花その他の火源にある可能性があると主張していた。そして、検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が同スイッチを作動させた行為以外の行為であるとした場合の被告人の刑事責任に関する予備的な主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人

の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていなかったものである。このような審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチを作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく『何らかの方法により』引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を越えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない。そうすると、原判決が訴因変更手続を経ずに上記認定をしたことには違法があるものといわざるを得ない」。

「しかしながら、訴因と原判決の認定事実を比較すると、犯行の日時、場所、目的物、生じた焼損の結果において同一である上、放火の実行行為についても、上記台所に充満したガスに引火、爆発させて火を放ったという点では同一であって、同ガスに引火、爆発させた方法が異なるにすぎない。そして、引火、爆発時に被告人が１人で台所にいたことは明らかであることからすれば、引火、爆発させた方法が、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火する方法である場合とそれをも含め具体的に想定し得る『何らかの方法』である場合とで、被告人の防御は相当程度共通し、上記訴因の下で現実に行われた防御と著しく異なってくることはないものと認められるから、原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない。のみならず、原判決は被告人が意図的な行為により引火、爆発させたと認定している一方、本件ガスコンロの点火スイッチの作動以外の着火原因の存在を特にうかがわせるような証拠は見当たらないことからすれば、訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であったと認められるから、原審において更に審理を尽くさせる必要性が高いともいえない。また、原判決の刑の量定も是認することができる。そうすると、上記の違法をもって、いまだ原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない」。

なお、本決定には、「証拠からうかがわれる本件の内容によれば、私も、原審で更に審理を尽くさせる実質的な必要性が高いといえるかは疑問があり、訴訟経済や当事者の負担の点からすると、理解できる見解ではある。しかし、刑事訴訟手続における審理の基本構造は、訴因を基に検察官と弁護人とが攻撃防御を尽くし、適正な手続に基づいて審理を尽くすというものであるから、訴因の変更の要否についての手続的な過誤は、それが、被告人に不意打ちを与えるものとして、違法とされ、訴因変更手続を経るべきであるとされた以上は、こ

の過誤は刑事裁判における手続的正義に反する重大なものというべきであり、被告人の納得も得られないところである。さらに、前記のとおり、被告人の防御方法、内容が変わりうるものである以上、適正な手続に従った十分な防御がされたということもできない」などとして、原判決を破棄し、差し戻すべきとする千葉勝美裁判官の反対意見が付されている[1]。

【検討】

1　問題の所在と本決定を検討する意義

（1）公訴の提起は、検察官が（刑訴247条）、その所属する検察庁の対応する裁判所に対し（検4条、5条）、起訴状を提出して行う（刑訴法256条1項）。起訴状には、公訴事実を記載しなければならず（刑訴256条2項）、「公訴事実は、訴因を明示してこれを記載しなければならない」（同条3項前段）。日本においては、検察官によって設定されたこの「訴因」こそが審判の対象であり（訴因対象説）[2]、裁判所は訴因に拘束されることになる。そのため、証拠調べ手続の結果得られた裁判所の心証が訴因と食い違った場合、裁判所は心証通りの事実認定をすることは許されず、心証通りの事実認定をするためには訴因変更の手続を経なければならない（刑訴312条1項）。もっとも、裁判所の心証と訴因とのずれが些細なものにすぎない場合には訴因変更は不要とされている[3]。そこ

---

[1] 本決定の解説・研究として、豊崎七絵「訴因変更の要否――実行行為の内容」『法学セミナー』688号（2012年）136頁、前田雅英「訴因変更の要否」『警察学論集』65巻9号（2012年）162頁、岩崎邦生「現住建造物等放火被告事件につき、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる放火方法を認定したことが違法とされた事例」『ジュリスト』1449号（2013年）101頁、宇藤崇「現住建造物等放火における放火方法についての訴因変更の要否」『判例セレクト』2012Ⅱ（2013年）38頁、笹倉宏紀「訴因と異なる放火方法の認定と訴因変更の要否」『平成24年度重要判例解説』（2013年）181頁。なお、石井一正「訴因変更の要否に関する最高裁判例の新基準について―過失犯におけるそれを中心に」『判例タイムズ』1385号（2013年）68頁も本決定を詳細に検討している。

[2] 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）130頁、田宮裕『刑事訴訟法［新版］』（有斐閣、1996年）186頁等参照。

[3] どのような場合にも訴因変更手続を要すると解するならば、訴訟が煩瑣になり、また迅速な裁判の要請も反することになるからである（三井誠『刑事手続法Ⅱ』［有斐閣、2003年］198頁、高田昭正「訴因変更の要否」『三井誠先生古

で、裁判所の心証と訴因との間にどのようなずれが生じた場合に訴因変更が必要なのかが問題となるのである。

（2）訴因変更の要否の基準について、学説は、事実記載説にたち、訴因と裁判所の心証との間に、たとえ罰条や法律構成のずれがなくても、事実面で重要なあるいは実質的なずれが生じた場合に訴因変更が必要であると解する点では一致している[4]。問題は、訴因と裁判所の心証との間に事実面で重要なあるいは実質的なずれが生じたか否かの具体的な基準である。この点について、学説においては、従来、具体的防御説と抽象的防御説とが対立してきた。また、従来の判例についても、学説の議論を基に、具体的防御説と抽象的防御説のいずれの立場から理解することが可能なのかを巡って検討が加えられてきた。要するに、従来の議論においては、訴因変更の要否の基準は、もっぱら被告人の防御の利益という観点から検討すべきものと解されてきたのである。

こうした中現れた最三小決平13・４・11刑集55巻３号127頁（以下、平成13年決定）は、もっぱら被告人の防御の利益という観点から検討すべきものと解されてきた訴因変更の要否の基準について、訴因の機能を踏まえて再構成したものである。もっとも、平成13年決定は、結論として訴因変更を不要とした判例であった。そこで、平成13年決定に示された訴因変更の要否の基準によった場合、具体的にどのような場合に訴因変更が必要とされるのかが、なお不分明な点として残されることとなった。

（3）本決定は、平成13年決定によって示された訴因変更の要否の基準に基づき、現住建造物等放火被告事件について訴因と異なる放火方法を認定するには訴因変更が必要であると判断したものであり、平成13年決定によって示された訴因変更の要否の基準の内容を解き明かす糸口を与えるものと考えられる。この点に、本決定を検討することの重要な意義が認められる。

２　学説の議論――抽象的防御説と具体的防御説

（1）先にみたように、訴因変更の要否の基準について、学説は、罰条や法律構成に変化がなくても事実面で「重要な」あるいは「実質的な」なずれが生

稀祝賀論文集』［有斐閣、2012年］557頁参照）。

[4] 平野・前掲（注２）書136頁、田宮・前掲（注２）書195頁、大澤裕「訴因の機能と訴因変更の要否」『法学教室』256号（2002年）28頁等。

じた場合に訴因変更が必要であると解する点では一致している[5]。問題は、ここにいう事実面での「重要な」あるいは「実質的な」ずれの有無の判断方法であるが、この点については、具体的防御説と抽象的防御説が対立してきた。具体的防御説は、訴訟経過に着目し、具体的に被告人の防御に不利益が生じる場合に訴因変更が必要と解する説である。これに対し、抽象的防御説は、訴訟経過を問わず、抽象的一般的に被告人の防御に不利益が生じる場合には訴因変更が必要と解する説であり、現在は、この抽象的防御説が通説とされている[6]。

もっとも、「抽象的防御」の内容、すなわち抽象的防御説にたって訴因変更の要否を判断する場合に考慮すべき被告人の防御の利益の内容については、論者によって違いがみられ、必ずしも一致をみていない。このような被告人の防御の利益の内容の不一致は、訴因の特定に関する考え方の違い、突き詰めれば訴因の機能の捉え方の違いに起因するものと考えられる[7]。

（２）訴因の機能に関する先例である最大判昭37・11・28刑集16巻11号1633頁（以下、白山丸事件判決）によれば、訴因の機能は、①「裁判訴に対し審判の対象を限定する［こと］」（識別機能）および②「被告人に対し防禦の範囲を示すこと」（防御機能）の２点にあるとされており、この点について学説上異論はみられない。問題は、このような訴因の機能を踏まえて、どのような事項を起訴状に記載すれば訴因が特定された（刑訴256条３項前段）といいうるのかである。訴因の特定について、学説においては、周知のように識別説と防御権説とが対立してきた。識別説は、「罪となるべき事実」（刑訴256条３項後段）が他の犯罪事実と区別（識別）可能な程度に特定されていれば訴因は特定され

[5] 田宮・前掲（注２）書195頁参照。

[6] 大谷直人「判批」『刑事訴訟法判例百選［第７版］』（1998年）100頁、大澤・前掲（注４）論文29頁。なお、基本的に抽象的防御説にたちつつ、「一般的・抽象的視点からは防禦に支障をもたらすおそれがない場合でも、現実の事案・訴訟を前提にすると、具体的な防禦の観点から訴因の変更を必要とすべきケースはある。したがって、第二次的には個別事案に即応した具体的な防禦上の不利益の有無を考慮しなければならない」とする「二段階防御説」も主張されている（三井・前掲［注３］書199頁）。

[7] 訴因変更は、訴因と裁判所の心証との間の審判対象のずれ是正して新たに訴因を設定するものであるから、訴因の特定に関する議論はここでも妥当することになるのである。

ていると解する[8]。これに対し、防御権説は、「罪となるべき事実」が他の犯罪事実と区別可能な程度に特定されているだけでは足りず、それを超えて被告人が防御権を十分に行使しうる程度に特定されていなければならないと解する[9]。

訴因の特定について識別説にたつ場合、訴因変更の要否の基準となる「抽象的防御」の意義は、訴因の識別機能の観点から捉えられることになる。すなわち、「訴因変更の要否を考えるに当たっては、まず審判対象の範囲の確定という見地からその要否を検討することが要請されるべきであり、抽象的防御の観点もここに包含されるべきものである。他方、防御権の保障は、その性質からしてもともと具体的なケースを離れて論じることはできないものであり、審判対象の範囲の確定という観点からはその同一性が肯定される場合について、なお個々の事例に即してその侵害の有無を検討すべき」[10]という理解が導かれることになるのである。識別説にたって「抽象的防御」を捉える場合、そこで考慮される被告人の防御の利益は、訴因の識別機能と表裏の関係にある防御の利益なのである[11]。

もっとも、このように訴因の識別機能の観点から「抽象的防御」を捉えるのであれば、被告人の防御の利益を害するか否かという観点を経由しなくても、端的に訴因の識別機能を害するか否かという観点から訴因変更の要否を論じればよいようにも考えられる。また、訴因の機能には防御機能だけでなく識別機能もある点に立ち返り、「訴因変更の要否の問題も、第一次的には、訴因はそもそも審判の対象であり、検察官の主張である問うことを基本に据え、一般的

---

[8] 松尾浩也『刑事訴訟法（上）［新版］』（弘文堂、1999年）174頁、岩瀬徹「起訴状に関する求釈明」『刑事訴訟法の争点［第３版］』（2002年）118頁、酒巻匡「審理・判決の対象（１）」法教375号（2011年）85頁、田口守一『刑事訴訟法［第６版］』（弘文堂、2012年）209頁等。

[9] 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法（上）』（有斐閣、1987年）136頁、三井・前掲（注３）書164頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、2007年）286頁、上口裕『刑事訴訟法［第３版］』（成文堂、2012年）342頁、白取祐司『刑事訴訟法［第７版］』（日本評論社、2012年）244頁。

[10] 岩瀬徹「訴因変更の要否」『刑事訴訟法判例百選［第６版］』（1992年）88頁。

[11] 大澤・前掲（注４）論文32頁、川出敏裕「訴因の機能」『刑事法ジャーナル』６号（2007年）125頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、2011年）151頁、161頁等参照。

な防禦権の視点はそれといわば裏腹の関係にあるものとして、併せて取り上げるのが相当」ではないか[12]、との指摘もなされていた[13]。学説においては、まさにこのような問題認識にたち、訴因変更の要否の基準を識別説の立場から再構成することを試みる見解も主張されてきた。たとえば、先に挙げた、「訴因変更の要否を考えるに当たっては、まず審判対象の範囲の確定という見地からその要否を検討することが要請されるべきであり、抽象的防御の観点もここに包含されるべき」[14]とする見解はこのような思考に基づくものである。また、このような思考をより徹底する見解、すなわち、訴因を審判対象限定に不可欠な部分とそれ例外の部分とに分け、審判対象限定に不可欠な部分が変動する場合には「つねに」訴因変更を要するが、それ以外の部分が変動するにすぎない場合には「被告人の防禦にとって重要であったかどうかを判断し重要でない場合は変更を要しない」とする見解[15]もつとに主張されてきたところである[16]。

これに対し、訴因の特定について防御権説にたつならば、「抽象的防御」は、文字通り、一般的・抽象的に被告人の防御権を害するか否かという観点から捉えられることになる。先述のように、識別説にたって「抽象的防御」を捉える場合に考慮すべき被告人の防御の利益は訴因の識別機能と表裏の関係にある防御の利益であるのに対し、防御権説の捉える被告人の防御の利益とは、識別説の捉えるそれよりも広い防御の利益なのである[17]。

3　平成13年決定の意義

（1）平成13年決定以前の判例については、先にみた学説における旧来の議

---

[12] 岩瀬・前掲（注10）88頁。

[13] なお、川出・前掲（注11）論文125頁も参照。

[14] 岩瀬・前掲（注10）論文88頁。

[15] 松尾・前掲（注８）書262頁。

[16] 同様の問題認識にたって訴因変更の要否の基準の再構成を試みたものとして、香城敏麿『刑事訴訟法の構造』（信山社、2005年）304頁、堀江慎司「訴因変更の要否について」『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）595頁等。学説の位置づけについて、岩瀬・前掲（注10）論文88頁参照。

[17] なお、加藤克佳「訴因の特定」『法学教室』364号（2011年）17頁、家令和典「訴因の特定と訴因変更の要否」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、2012年）19頁等参照。

論を前提に、具体的防御説、抽象的防御説いずれの立場にたつのかという観点からの検討がなされてきた。このような観点から判例をみると、例えば、最一小判昭29・１・21刑集８巻１号71頁や最三小判昭32・３・26刑集11巻３号1108頁などが具体的防御説にたった判示をしていたのに対し、昭和30年代中頃を境に、最三小判昭36・６・13刑集15巻６号961頁、最大判昭40・４・28刑集19巻３号270頁、最三小判昭41・７・26刑集20巻６号711頁など抽象的防御説にたつと解しうる判例が相次ぐようになったことから、判例は具体的防御説から抽象的防御説へと移行したとの見方が多数を占めていた[18]。

もっとも、抽象的防御説にたつ判例の嚆矢とされる最三小判昭36・６・13については、当初より「本判決が、……訴因罰条の要否を犯罪類型によって一般的に判断しているからといって、それが訴訟の審理経過を考慮することを排斥する趣旨とは必ずしも言えないのである」[19]という指摘がなされていた。また、最三小判昭36・６・13は、たしかに抽象的防御説に親和的とも解しうる判示をしてはいるものの、そもそも小法廷の判断であることからして具体的防御説にたつと解される過去の判例を変更したものとは解しえないし[20]、加えて、後の判例の中には、「道路交通法117条の２第１号の酒酔い運転も同法119条１項７号の２の酒気帯び運転も基本的には同法65条１項違反の行為である点で共通し、前者に対する被告人の防禦は通常の場合後者のそれを包含し、もとよりその法定刑も後者は前者より軽く、しかも本件においては運転開始前の飲酒量、飲酒の状況等ひいて運転当時の身体内のアルコール保有量の点につき被告人の防禦は尽されていることが記録上明らかであるから、前者の訴因に対し原判決が訴因変更の手続を経ずに後者の罪を認定したからといつて、これにより被告

[18] 小泉祐康「訴因の変更」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅱ』（日本評論社、1975年）258頁、田宮・前掲（注２）書199頁、平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅱ』（青林書院、1998年）54頁〔毛利晴光執筆〕、三井・前掲（注３）書202頁、豊崎・前掲（注１）論文136頁等参照。

[19] 堀江一夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　昭和36年度』（法曹会、1985年）155頁。最近においても、同判決は「本件の場合に」と判示しているところ、この「本件の場合に」という判示は具体的な訴訟経過を考慮したことを窺わせるもであって、このように解するならば同判決は具体的防御説を排斥した判例とは解しえないという指摘が存在している（高田・前掲［注３］論文568頁）。

[20] なお、岩瀬・前掲（注10）論文87頁以下も参照。

人の実質的防禦権を不当に制限したものとは認められず、原判決には所論のような違法はない」とした最三小決昭55・３・４刑集34巻３号89頁のように、具体的防御説にたつと評される判例も存在している。こうしたことから、判例がどのような立場にたって訴因変更の要否を判断してきたのかについては明らかになっていたとはいい難い状況にあった[21]。

（２）こうした中、訴因変更の要否の基準について、「訴因の果たすべき機能から理論的反省を迫った」[22]とも評される判例が登場した。それが、平成13年決定である。平成13年決定は、「被告人は、Ａと共謀の上、……殺意をもって、被告人が、Ｂの頸部を絞めつけるなどし、同所付近で窒息死させて殺害した」という訴因に対し、１審判決が訴因変更手続を経ずに、「Ａと共謀の上、……Ａ又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でＢを殺害した」旨の事実を認定し、「罪となるべき事実」としてその旨判示したという事案につき、次のように判示した。

「そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をするとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえない」（判示①）。

「とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する」（判示②）。

「しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利

[21] 中山隆夫「訴因の変更―裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（悠々社、2002年）213頁参照。

[22] 大澤・前掲（注４）論文29頁。

益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではない」（判示③）。

このように判示した上で、判示③に基づいて、「例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定する」ことができるか否かについて検討し、本件については、被告人とＡと間での被害者を殺害する旨の共謀成立の有無、両名のうち殺害行為を行った者が誰かという点が争点となり、多数回公判を重ねて証拠調べが行われたことなどを指摘し、「第１審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をするに当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない」と結論づけた。

（３）平成13年決定は、訴因変更の要否の基準について、白山丸事件判決によって示された訴因の機能を踏まえて[23]、訴因の特定について判例が依拠する識別説と足並みを揃える形で再構成した点に重要な意義がある[24]。また、同決定は、被告人に対する防御の不利益の有無という観点から一元的に判断すべきと考えられてきた訴因変更の要否について、重層的な判断枠組みを示したものであり、この点にも重要な意義が認められる[25]。

平成13年決定が示した訴因変更の要否の基準について、まず問題となるが判示①の「審判対象の画定という見地」の意義である。「審判対象の画定という見地」の意義については、訴因の特定に関して識別説が求めているものと同じ

---

[23] 大澤・前掲（注４）論文29頁、緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社、2012年）231頁。

[24] 池田修「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇　平成13年度』（2004年）69頁、井上弘通「訴因変更の要否」『刑事訴訟法判例百選［第８版］』（2005年）103頁、酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因（３）」『法学教室』300号（2005年）127頁、加藤克佳「訴因変更の要否と判例法理」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、2007年）351頁、三井誠「訴因変更の要否」『刑事訴訟法判例百選［第９版］』（2011年）99頁、家令・前掲（注17）論文20頁等参照。

[25] 大澤・前掲（注４）論文30頁以下、井上・前掲（注24）論文103頁、大澤裕＝植村立郎「共同正犯の訴因と訴因変更の要否」『法学教室』324号（2007年）85頁以下、加藤・前掲（注24）論文356頁等参照。

であると解される[26]。このことは、「審判対象の画定という見地」からは訴因変更手続が不要である理由として、「殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえない」としていることからはっきりと見て取ることができる。すなわち、判示①に基づく判断においては、一般的・抽象的な見地からの（被告人の防御の利益を害するか否かという観点からの）被告人の防御の利益ではなく、訴因の識別機能と表裏の関係にあるものとして、その限りにおいて被告人の防御の利益が考慮されることになるのである。

もっとも、平成13年決定は、訴因変更手続の要否の判断において、識別説の捉える被告人防御の利益、すなわち訴因の識別機能と表裏の関係にある被告人の防御の利益のみを考慮し、防御権説の捉える識別説の捉えるそれよりも広い被告人の防御の利益を軽視しているわけではない[27]。このことを示しているのが、平成13年決定の判示②である。とはいえ、平成13年決定が考慮する被告人の防御の利益は、防御権説の捉える被告人の防御の利益とは性質を異にするものであると考えられる。そのことを示しているのが、判示③である。従来の議論においては、訴因と裁判所の心証との間に生じたずれが、被告人の防御の利益を害するものであるならば、訴因変更手続を要するものと解されてきた。すなわち、被告人の防御の利益の確保は、訴因変更手続を通して（訴因を通して争点を顕在化させることで）実現されるものと解されてきたのである。これに対し、平成13年決定は、訴因変更手続という手段に必ずしもこだわらず、手続の全体を通して被告人の防御の利益が確保されていればよいとの立場にたつものと解される。すなわち、被告人の防御の利益の核心は、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与え［ないこと］」ということになるのである。このことは、判例が、「識別機能は訴因の特定の

[26] 大澤・前掲（注４）論文31頁、池田・前掲（注24）論文69頁、酒巻・前掲（注24）論文127頁、加藤・前掲（注24）論文352頁、松田章「訴因の特定と訴因変更の要否―『刑事訴因事実論』の端緒（訴因の研究Ⅰ）」『慶應法学』７号（2007年）120頁、田口守一『刑事訴訟の目的［増補版］』（成文堂、2010年）213頁等。なお、岩崎・前掲（注１）論文102頁も参照。

[27] 田口・前掲（注26）書213頁等参照。

問題、防御機能は争点の顕在化の問題、という役割分担」[28]を指向していることのあらわれであると考えられる。

4　本決定の検討

（1）本決定と平成13年決定判示①との関係について

（1）本決定は、平成13年決定を参照して、「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するが、例外的に、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為を認定することも違法ではない」と判示している。ここから、本決定が、平成13年決定を踏襲して訴因変更の要否を判断したものであることが見て取れる。

もっとも、先にみたように、平成13年決定の判示①は、訴因変更の要否については、まず、「審判対象の画定という見地」から検討すべきとしている。ところが、本決定は、平成13年決定を参照してはいるものの、平成13年決定の「審判対象の画定という見地」から訴因変更の要否を検討すべきとした判示部分（平成13年決定の判示①）については言及していない。また、原判決の認定した訴因と異なる放火方法が「審判対象の画定という見地」から訴因変更を要するものであったか否かについて具体的に検討・判断することもなく、「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する」として、被告人の防御の利益の観点からの訴因変更の要否の検討（すなわち、平成13年決定の判示②に基づく検討）に進んでいる。本決定のこのような判断を、どのように解すべきであろうか。

（2）先にみたように、平成13年決定の判示①は、訴因の２つの機能のうち識別機能に着目して、すなわち訴因の特定に関する識別説の観点から訴因変更

[28] 緑・前掲（注23）書181頁。

の要否を検討したものである。訴因を特定するためには、起訴状には「六何の原則」に基づき、①犯罪の主体、②犯罪の日時、③犯罪の場所、④犯罪の客体、⑤犯罪の方法、⑥犯罪の行為・結果という６つの事項を記載すべきと解されているが[29]、識別説の立場からは、これらのうち、①犯罪の主体、④犯罪の客体、⑥犯罪の行為・結果が審判対象の画定にとっては不可欠な事項であり、②犯罪の日時、③犯罪の場訴、⑤犯罪の方法については、それが構成要件要素になっている場合を除いて、審判対象の画定にとっては不可欠な事項ではないと解されている（白山丸事件判決参照）[30]。これを、識別説の観点から訴因変更の要否を検討する平成13年決定の判示①に当てはめるならば、訴因と裁判所の心証とのずれが②犯罪の日時、③犯罪の場所、⑤犯罪の方法にとどまる場合には、「審判対象の画定という見地」からは訴因変更は不要ということになる。平成13年決定の事案は、訴因と裁判所の心証との間には、実行行為者が誰であるかについてずれが生じているものの、被告人がＡと共同して被害者Ｂを殺害したという事実、被害者がＢであること、実行行為の内容と結果についてはずれは生じていない事案であった。すなわち、平成13年決定の事案においては、訴因と裁判所の心証との間には、識別説の立場から訴因の特定にとって不可欠な事項と解される①犯罪の主体、④犯罪の客体、⑥犯罪の行為・結果についてずれは生じていないことになる。平成13年決定が、「そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれ

[29] 三井・前掲（注３）書161頁、松田・前掲（注26）論文123頁、小林充「訴因変更の要否の基準―平成13年判例との関係において」『法曹時報』63巻４号（2011年）８頁等参照。

[30] 白山丸事件判決は、「犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になつている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されているのであるから、犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということはできない」と判示している。なお、小林・前掲（注29）論文８頁も参照。

と異なる認定をするとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえない」として、同決定判示①の観点からは訴因変更は不要であると判示したのも、以上に述べたような点を踏まえてのものと解される。

この点、本件訴因と原判決の認定事実とを比較すると、先にみた訴因に記載すべきとされる６つの事項のうち、①犯罪の主体、②犯罪の日時、③犯罪の場所、④犯罪の客体について、ずれは存在していない。⑥犯罪の行為・結果についても、放火の実行行為としてみたとき、「充満したガスに引火、爆発させた」ことにずれは存在していない[31]。本件の訴因と原判決の認定事実との相違点は、上記ガスに引火、爆発させた方法について、本件訴因が「本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し［た］」というものであったのに対し、原判決の認定は「何らかの方法により［点火した］」という点にとどまっている。すなわち、本件訴因と原判決の認定事実とのずれは、⑤犯罪の方法についてのみということになる。先述のように、識別説によれば、⑤犯罪の方法は、それが構成要件要素になっている場合を除いて、審判対象の画定にとって不可欠な事項ではないと解されているところ、本件訴因である現住建造物等放火（刑法108条）の構成要件は、「放火して、現に人が住居に使用し又は現に人がいる建造物、汽車、電車、艦船又は鉱坑を焼損した者は、死刑又は無期若しくは５年以上の懲役に処する」いうものであり、放火の方法（⑤犯罪の方法）は構成要件要素にはなっていない。そうすると、識別説の立場からは、上記ガスに引火、爆発させた方法は、審判対象の画定にとって不可欠な事項には当たらないことになり、したがって、本件のような事案において、上記ガスに引火、爆発させた方法が訴因に明示されていなくてもそのことをもって訴因不特定と解されることはないものと考えられる[32]。すなわち、平成13年決定の判示①によれば、本件において、訴因と異なる放火方法を認定するに際して、訴因変更手続は要しないということになろう。

このようにみてくると、たしかに本決定は、「審判対象の画定という見地」から訴因変更の要否を検討すべきとした平成13年決定の判示①については言及せずに、また、「審判対象の画定という見地」から訴因変更を要するか否かを具体的に検討・判断せずに、被告人の防御の利益の観点から訴因変更を要する

[31] 岩崎・前掲（注１）論文102頁。
[32] 岩崎・前掲（注１）論文102頁以下。

か否かの検討（平成13年決定の判示②の見地からの検討）に進んでいることから、一見すると、もっぱら被告人の防御の利益の観点から訴因変更の要否を検討しているようにみえるが、先の検討を踏まえて考えるならば、本決定と平成13年決定とは整合的に理解することが可能といえるのではなかろうか[33]。

（３）このように、本決定は、明示的に述べてはいないものの、上記ガスに引火、爆発させた方法が審判対象の画定にとって不可欠な事項には当たらず、したがって、平成13年決定の判示①の見地からは訴因変更を要しない、という判断が前提となっていると解されるが、このような判断には問題はないであろうか。たしかに、放火の実行行為としてみたときには（放火の実行行為の大枠としては）、「充満したガスに引火、爆発させた」ことにずれは生じていないといいうる。しかし、本件訴因と裁判所の認定事実との間でずれが生じている放火方法は、放火の実行行為と密接に関連する事項とも考えられる。実際、本決定も、「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすもの」といった表現を用いている。

この点について、石井一正元裁判官は、「放火の方法のいわば大枠は、訴因も控訴審の認定も異ならないのであるが、ガスに引火、爆発させた方法いわば実行行為の細部については、訴因は『ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火した』とするのに対し、控訴審の認定はこれ以外の方法も含めたより広い『何らかの方法によりガスに引火、爆発させた』としたものである。この最高裁判例［本決定］は、これについては、審判対象を画定する事項とは解していないのではないのである」[34]とした上で、本決定が「およそ実行行為の内容が審判対象を画定する事項に当たらないとする趣旨ではなく、『ガスに引火、爆発させた方法』までは、訴因の特定に不可欠な事項ではないと解したからであろう」[35]と断りつつも、本決定からすると「最高裁は審判対象を画定する事項をかなり限定的に考えているのではないかとも推測され［る］」[36]と指摘される。もしこのような理解が正しいとするならば、平成13年決定の判示①の部分は訴因の２つの機能のうちの識別機能に着目して、すなわち、訴因の特定に関する

[33] 岩崎・前掲（注１）論文103頁参照。
[34] 石井・前掲（注１）論文72頁。
[35] 石井・前掲（注１）論文72頁。
[36] 石井・前掲（注１）論文72頁。

識別説の観点から訴因変更の要否を検討するものなのであるから、本決定の判示が訴因の特定に関する議論にどのような影響を与えるのかが問題となりえよう。

もっとも、この点については、訴因変更の要否が問題となるのは証拠調べ手続を経て裁判所の心証が形成された段階に入ってからであり、そのため、訴因変更という形で訴因に明示する方法以外の方法によって争点を明らかにすることで被告人の防御の利益をはかることも可能であるのに対し（たとえば、平成13年決定の判示③の適用部分を参照）、訴因の特定が問題となるのは、手続の初期の段階であり、証拠調べの段階と比べると被告人の防御の利益をはかる手段も限られているのではないかとも考えられる。このように解するならば、本決定の判断はあくまでも訴因変更の要否に関するものと解するのが妥当であり、本決定の射程は訴因の特定に関する議論には直ちには及ばないのではないかと考えられる。

また、本件においては、事実関係についてかなり絞り込みがなされている点にも注意すべきであろう[37]。たしかに、本件訴因においては、放火方法については特定されていないものの、被告人が台所にガスを充満させ、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し､同ガスに引火､爆発させて火を放った、というところまでは特定されているのである。そして、このことを踏まえるならば、放火方法は現住建造物等放火罪の訴因の特定に不可欠な事項には当たらないとの一般論を本決定から導くことは困難であると考えられる[38]。

（2）本決定と平成13年決定判示②・判示③との関係について

（1）本決定は、平成13年決定の判示①の見地からは、すなわち「審判対象の画定という見地」からは本件事案においては訴因変更手続を要しないことを前提に、平成13年決定の判示②の見地からの検討に進み、「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する」として、平成13年決定の判示②の見地からは、訴因変更手続を要すると

[37] 笹倉・前掲（注１）論文182頁。
[38] 笹倉・前掲（注１）論文182頁参照。

の判断を示している。

この点、平成13年決定は、同決定の判示②の見地に基づき、「実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する」と判示している。

本件については、本決定が「被告人が上記ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすもの」としているように、「上記ガスに引火、爆発させた方法」は、そこだけに着目すれば識別説の立場からは審判対象の画定にとっては不可欠な事項とはされていない⑤犯罪の方法にあたると解されるが、「本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすもの」でもある点に着目すれば、識別説の立場から審判対象の確定にとって不可欠な事項とされている⑥犯罪の行為・結果と密接に関連しているものと解される。そうであるとするならば、平成13年決定の判示②の見地からの検討によって、本決定が「一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要する」との結論にいたったことは自然な帰結と考えられる。

（2）こうして、本決定は、平成13年決定の判示②の見地からの検討によって、訴因と異なる放火方法を認定するには「原則として、訴因変更手続を要する」とした。その上で、本決定は、「原審において訴因変更手続が行われていないことは前記のとおりであるから、本件が上記の例外的に訴因と異なる実行行為を認定し得る場合であるか否かについて検討する」として、平成13年決定の判示③に基づく検討に進んでいる。

平成13年決定判示③は、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合」には、同決定判示②の見地からの検討によって「原則として、訴因変更手続を要する」場合であっても例外的に訴因変更手続は要しないとするものである。そして、平成13年決定は、被告人とAと間での被害者を殺害する旨の共謀成立の有無、両名のうち殺害行為を行った者が誰かという点が

争点となり、多数回公判を重ねて証拠調べが行われたことなどを指摘した上で、「第１審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえない」として、訴因変更手続は不要であるとの結論にいたったものである。すなわち、平成13年決定は、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ」るか否かの判断において、審理の経過にてらして被告人側に実質的な防御の不利益が生じていないことを「被告人に不意打ちを与えるものではない」という認定の根拠としているのである[39]。

この点、本決定は、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与え」ないと認められるか否かの判断において、①「検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が本件ガスコンロの点火スイッチの作動による点火にあるとした上で、被告人が同スイッチを作動させて点火し、上記ガスに引火、爆発させたと主張し、これに対して被告人は、故意に同スイッチを作動させて点火したことはなく、また、上記ガスに引火、爆発した原因は、上記台所に置かれていた冷蔵庫の部品から出る火花その他の火源にある可能性があると主張していた」ことおよび②「検察官は、上記ガスに引火、爆発した原因が同スイッチを作動させた行為以外の行為であるとした場合の被告人の刑事責任に関する予備的な主張は行っておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無、内容に関し、求釈明や証拠調べにおける発問等はしていなかった」ことの２点を考慮し、「このような審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチを作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく『何らかの方法により』引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を越えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるもの」であり、「原判決が訴因変更手続を経ずに上記認定をしたことには違法がある」と判示している。この判示から明らかなように、本決定は、「被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与え」ないと認められるか否かの判断において、もっぱら「同スイッチを作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等」が当事者の攻防の対象となり争点として顕在化されていたかのみを問題にして

[39] 笹倉・前掲（注１）論文183頁。なお、石井・前掲（注１）論文74頁も参照。

おり、被告人側に実質的な防御の不利益が生じたか否かは問題にしていないことが窺える[40]。このような本決定の判断によれば、平成13年決定の判示③に基づく検討において問題となる「不意打ち」とは、当事者の攻防の対象となり争点として顕在化されることのなかった事実を認定すること（「当事者の攻防の範囲をこえて無限定な認定をすること」）を意味することになるものと考えられる[41]。

平成13年決定は、先述のように、同決定の判示③の見地に基づく検討によって、「不意打ち」の存在を否定し、訴因変更を不要と判示したものである。そのため、平成13年決定によって示された訴因変更の要否の基準によって、いかなる場合に「不意打ち」となるのかについては、必ずしも明らかとはなっていなかった。この点、本決定は、平成13年決定の判示③に基づく検討によって、「不意打ち」の存在を肯定し、訴因変更を必要と判示したものである。そして、その中で本決定は、攻防の範囲を被告人に示し、被告人に対する「不意打ち」を防止するための手段として、予備的主張、求釈明・証拠調べにおける発問等を具体例として挙げている。そうすると、これらの手段が講じられていないことは、被告人に対する不意打ちの存在を窺わせる要素となりうるともいえ、その意味で本決定は、「不意打ち」の存否の認定方法の客観化を推し進めたものといえ[42]、この点に本決定の重要な意義が存在するものと考えられる。

（3）本決定が原判決を破棄しなかった点について

（1）以上のように、本決定は、原判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる放火方法を認定したことについて違法と判示したものである。ところが、本決定は、原判決にそのような違法が存在することを認めながら、「いまだ原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない」と結論づけている。このような結論にいたった理由として、本決定は次の諸点を挙げている。すなわち、①「訴因と原判決の認定事実を比較すると、犯行の日時、場所、目的物、生じた焼損の結果において同一である上、放火の実行行為についても、上記台所に充満したガスに引火、爆発させて火を放ったという点では同一で

[40] 笹倉・前掲（注1）論文183頁参照。
[41] 豊崎・前掲（注1）論文136頁。
[42] 豊崎・前掲（注1）論文136頁。

あって、同ガスに引火、爆発させた方法が異なるにすぎない」こと、②「引火、爆発時に被告人が１人で台所にいたことは明らかであることからすれば、引火、爆発させた方法が、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火する方法である場合とそれをも含め具体的に想定し得る『何らかの方法』である場合とで、被告人の防御は相当程度共通し、上記訴因の下で現実に行われた防御と著しく異なってくることはないものと認められるから、原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない」こと、③「原判決は被告人が意図的な行為により引火、爆発させたと認定している一方、本件ガスコンロの点火スイッチの作動以外の着火原因の存在を特にうかがわせるような証拠は見当たらないことからすれば、訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であったと認められるから、原審において更に審理を尽くさせる必要性が高いともいえない」こと、④「原判決の刑の量定も是認することができる」ことである。

（２）本決定が、原判決が訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる放火方法を認定したことについて違法としつつ、結論として原判決を破棄しなかった点について、どのように解すべきであろうか。

本決定は、原判決を破棄しなくても著しく正義に反しない理由として、本件訴因と原判決の認定事実とでは、放火方法に関して「被告人の防御」が「相当程度共通している」ことを挙げている。しかし、本決定は、平成13年決定の判示③に基づく「不意打ち」の存否の検討においては、被告人側に実質的な防御の不利益が生じたか否かについて問題にはしなかったはずである。被告人側に実質的な防御の不利益が生じていなくても、当事者の攻防の対象となり争点として顕在化されることのなかった事実を認定すること（「当事者の攻防の範囲をこえて無限定な認定をすること」）は違法であるとしながら、被告人側に実質的な不利益が生じていないことを理由に、そのような違法の存在する原判決を維持するというのは、いささか判断として食い違っているのではないかとも考えられる[43]。

また、平成13年決定については、被告人に「不意打ち」を与えるものである以上訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる事実認定をすることは許されない、すなわち、そのような事実認定に基づく原判決は破棄される、という趣旨

[43] 笹倉・前掲（注１）論文138頁。

が含まれるものと解されていたように考えられる。本決定に付された千葉裁判官の反対意見からも、このような理解が窺える。これに対し、本決定（法廷意見）は、被告人に不意打ちを与え違法な場合であっても、「原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえ」ず、「訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であったと認められ……、原審において更に審理を尽くさせる必要性が高いともいえ［ず］」、「刑の量定も是認することができる」場合には、原判決を維持することが許されると判示したものである。本決定に従えば、平成13年決定の判示①、判示②、判示③の見地から訴因変更手続を要するとの判断にいたったとしても、原判決を破棄すべきか否かについて、本決定の示した基準に基づいてさらに検討することが必要とならざるをえない。このような本決定の判断は、平成13年決定によって示された訴因変更の要否の判断枠組みに事実上の「修正」を加えるものともいえ、少なからぬ疑問が残るところである。

（3）そもそも、本決定の訴因変更の要否の基準に関する判断を前提に考えるならならば、問題の本質は、放火方法に関して「被告人の防御」が「相当程度共通している」か否かなのではなく、放火方法に関して防御の機会が実質的に保障されていたか否かにあるのではなかろうか。

この点、原判決をみると、原判決は、本件火災原因の可能性は、①冷蔵庫の圧縮機始動装置の作動時の火花等による偶発的な事故、②タバコの火の不始末等による失火、③放火に大別できる、とした上で、①および②についてはこれを否定した上で、「被告人は、自殺をしようとしていたのであるから、ガスを吸引することで死ぬことができない以上、ガスに引火、爆発させて死のうとするのは自然な成り行きであり、その動機はあること、上記のとおり、被告人が、明らかな嘘の供述や客観的な事実に反する供述をしていることからして、被告人は、自らの罪を免れるため、本当は知っているはずの真相を隠そうとしているものとしか考えられない。そうすると、本件の出火原因は、被告人の意図的な行為、すなわち、何らかの方法による放火であると推認することができる」としたものである。①および②については原判決の判決文からも、争点が顕在化され被告人側の防御も尽くされた形跡が窺えるが、放火方法についてはそのような形跡を窺うことができない。実際、弁護人も上告趣意において、被告人および弁護人は、控訴審において、そもそもガスコンロが火源ではないこと、頭でガスコンロのスイッチを故意に押すことはあり得ないこと、頭でガスコン

ロのスイッチを故意に押した事を認めていた自白調書の信用性がないことなどを争ってきたとした上で、「控訴審は、これらの被告人、弁護人の主張をほぼ認めた中で、突然、第一審で認定していた事実（起訴状で記載されていた事実）とは異なる『何らかの方法による引火行為』による放火行為を認定したのである」、「被告人、弁護人は、ガスコンロを故意に頭で押した以外の実行行為については、何らの反論もしていない」、「訴因変更がなかったため、この点についての防御の機会を失ったのである」などと述べている。

そうであるとするならば、本件については、原判決を破棄し、差し戻し、被告人に対して防御の機会を実質的に保障する必要があったのではないかとも考えられる。千葉反対意見のいうように、たとえ原審で更に審理を尽くさせる実質的な必要性が高くないとしても、防御の機会を実質的に保障するという手続を履践することの意義は決して小さくはないのではなかろうか。

〔付記〕

脱稿後、池田公博「訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる放火方法を認定したことが違法とされた事例」新・判例解説 Watch 刑事訴訟法 No.88（TKC ローライブラリー文献番号 z18817009-00-080880914）に接した。

執筆者紹介（掲載順）

山本周平	北海道大学大学院法学研究科准教授
田口正樹	北海道大学大学院法学研究科教授
桑原朝子	北海道大学大学院法学研究科准教授
徐行	法学研究科附属高等法政教育研究センター講師
川股修二	北海道大学大学院法学研究科専門研究員
金澤誠	帝京大学法学部専任講師
鄭明政	台湾・国立勤益科技大学通識教育学院（教養学部）助理教授
岩本尚禧	小樽商科大学商学部企業法学科准教授
セオドア・アイゼンバーグ	米国・コーネル大学教授
会沢恒	北海道大学大学院法学研究科教授
ノルベール・フルキエ	フランス・パリ第一大学教授
津田智成	北海道大学大学院法学研究科博士課程
関口和徳	愛媛大学法文学部総合政策学科准教授

平成25年９月24日　印　刷
平成25年９月30日　発　行

編集人　辻　康夫
発行人　北海道大学大学院法学研究科長
亘　理　格
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. 64 September 2013 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Eine Ausschnitt des europäischen Deliktsrechts－Eine Untersuchung über den Entwurf für den Gemeinsamen Referenzrahmen (DCFR) Buch Ⅵ ····· Shuhei YAMAMOTO 1

Territoriale Herrschaft und Hegemonie der Pfalzgrafen bei Rhein im deutschen Spätmittelalter (Teil I) ☆ ····· Masaki TAGUCHI 71

A Reading of Chikamatsu's "*Daikyoji Mukashigoyomi* (The Old Almanac)" : Japanese Social Structures around the time of the *Jokyo* Calendar Reform (2) ····· Asako KUWAHARA 125

The dynamics between litigation and judicial norms in China (5) : An analysis focused on Judicial-interpretations and Guiding Cases ····· XU Xing 504[1]

The Certified Public Tax Accountant System and the Tax Compliance Environment in Japan -- A Functional Analysis of the Art. 33-2 of the Certified Public Tax Accountant Act (6) ····· Shuji KAWAMATA 480[25]

Government Speech and Human Rights Theories in United States (4) ····· Makoto KANAZAWA 442[63]

Judicial Relief and Promotion of the Right to a Decent Life (5) : Focusing on Judicial Review in Japan, United States, and Taiwan ····· Ming-Cheng CHENG 386[119]

Rechtswidrigkeit und Schuld des zivilen Betrugs (7) ····· Naoki IWAMOTO 322[183]

LECTURE

The Empirical Effects of Tort Reform ····· Theodore EISENBERG 276[229]
Translated by Hisashi AIZAWA

Comment caractériser le droit de l'urbanisme français après la loi SRU : Une analyse historique du droit contemporain de l'urbanisme ····· Norbert FOULQUIER 214[291]
Traduit par Tomonari TSUDA

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case ····· Kazunori SEKIGUCHI 188[317]

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan