HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第66巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 66(3)
Issue Date	2015-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/59870
Type	journal
File Information	lawreview_vol66no3.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 66 巻　第 3 号

論　説

医療過誤訴訟における検査結果収集義務
—— 相当程度の可能性論と証明軽減の相克 ——
…… 林　誠司　1

アメリカにおける歴史的環境保全の法的研究（3・完）
…… 小幡宣和　312[1]

法と情報空間（2）
—— 近代日本における法情報の構築と変容 ——
…… 郭　薇　252[61]

社会的排除と法システム（2）
—— システム作動要因としての属人性 ——
…… 橋場典子　188[125]

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（4）
…… 李　妍淑　132[181]

研究ノート

国境を越える公益と課税 …… 田中啓之　77

2015(平成27)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）
伊藤　大一（行政学）
今井　弘道（法哲学）
臼杵　知史（国際法）
岡田　信弘（憲法）
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）
東海林　邦彦（民法）
白取　祐司（刑事訴訟法）
鈴木　賢（比較法）
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）
林田　清明（法社会学）
林　鴻潤（商法）

稗貫　俊文（経済法）
深瀬　忠一（憲法）
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）
松久　三四彦（民法）
宮本　太郎（比較政治経済学）
山口　二郎（行政学）
山畠　正男（民法）
吉田　克己（民法）
亘理　格（行政法）

教授

會澤　恒（比較法）
池田　清治（民法）
上田　信太郎（刑事訴訟法）
遠藤　乾（国際政治）＊
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）
○桑原　朝子（日本法制史）
○児矢野　マリ（国際法）
権左　武志（政治思想史）
○佐々木　雅寿（憲法）
嶋田　拓哉（国際私法）
城下　裕二（刑法）
鈴木　一人（国際政治経済学）
曽野　裕夫（民法）
空井　護（現代政治分析）＊
田口　正樹（法史学）
村　善之（知的財産法）

辻　康夫（政治学）＊
常本　照樹（憲法）
中川　寛子（経済法）
長谷川　晃（法哲学）
林　誠司（民法）
藤原　正則（日本政治思想史）
眞壁　仁（日本政治思想史）
町村　泰貴（民事訴訟法）
水野　浩二（法史学）
宮脇　淳（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）
米田　雅宏（行政法）

特任教授

池田　茂徳（法実務基礎）

准教授

磯部　真士（刑事実務）
榎本　光宏（民事実務）
岡田　信弘（憲法）
木下　尊氏（民事実務）
西村　恵三子（刑事実務）
橋場　弘之（法実務基礎）
林田　清明（法社会学）
○伊藤　一頼（国際法）＊
○池田　悠（労働法）
○郭　舜（法制度論）
川村　明香（商法）
櫛橋　伸輔（民事訴訟法）
栗原　伸輔（民事訴訟法）

○小濵　祥子（アメリカ政治史）＊
○佐藤　陽子（刑法）＊
田中　啓之（行政法）＊
中川　晶比兒（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）
前田　亮介（日本政治史）
三宅　新（商法）
村上　裕一（行政学）＊
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）＊

講師

高　影娥（民法）
白鳥　潤一郎（国際政治）

助教

小幡　宣和（行政法）
郭　薇（法社会学）
川村　行論（社会保障法）
姜　連甲（経済法）
酒巻　修也（民法）
千田　ジョナサン・エドワード（日本政治史）
丁　航（比較政治学）
橋場　文杰（知的財産法）
濱口　典子（法社会学）
李　弘太郎（民法）
　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

医療過誤訴訟における検査結果収集義務

――相当程度の可能性論と証明軽減の相克――

林　誠司

目　次

序
第一章　重大な治療過誤があるときの証明軽減
　第一節　証明軽減に関する議論の背景

第二節　重大な治療過誤があるときの証明軽減
一　証明軽減の要件
二　証明軽減の根拠
三　重大な過誤の認定
四　効果―証明度の引下げか証明責任の転換か
五　判例法理に対する批判
六　証明妨害との相違
第二章　検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht について
第一節　検査結果収集義務違反と生命・身体侵害の因果関係に関する証明軽減の要件・効果
一　検査結果収集義務違反の要件
二　検査結果収集義務違反の効果
三　判例法理に対する批判
第二節　他の証明形態との関係
一　証明妨害との関係
二　診断の過誤との関係
三　資料整備義務 Dokumentationspflicht との関係
第三章　検討―不作為不法行為としての検査結果収集の懈怠の視点から
第一節　検査結果収集義務違反があるときの因果関係認定の判断要素
第二節　他の証明形態との関係について
結語

序

医療過誤訴訟においては、人間の生体のメカニズムと疾患がそれに対して及ぼす影響の複雑さから、具体的な治療経過を裁判時の視点から事後的に明らかにすることに絶えず困難が付きまとう。それゆえ、過誤の認定から直ちに、その過誤が結果を引き起こしたとの認定が導き出されるとは限らない。ここに、患者側が医師の医療過誤責任を追及する際の困難が存在する。

我が国の最高裁は、この困難を克服するための手法の一つとして、「相当程度の可能性」法理を展開してきた(1)。しかし、この法理の射程は必ずしも明らかではない。その具体例の一つが最判平成一一年二月二五日民集五三巻二号二三五頁と大阪地裁堺支判平成一六年一二月二二日判時一九〇二号一二二頁の比較から明らかになる。

前者は、肝硬変患者が約二年八カ月の間に七七一回もの診察を受けたにもかかわらず、医師が定期的検査を行わなかったことから、他の病院で肝細胞癌であることが判明したときには既に、肝細胞癌の進行度に照らして、当時知られていた治療法を実施できない状況であり、その後患者が肝細胞癌等により死亡した事案に関する。後者は、拘置所入所時の診察で慢性肝炎の診断を受けた患者が、二年三カ月余りの間に、数回の血液生化学検査を受けた（最長期の間隔は約一一カ月）ほかは投薬治療を受けたのみで、外部病院での入院精査のため勾留が執行停止となった後、肝硬変を原因とする心不全で死亡した事案に関する。

右の二つの判決の基礎となった事案は類似するにもかかわらず、一方の最判では過誤と患者の死亡との因果関係が認められ、他方の大阪地裁堺支判では「相当程度の延命可能性」が害されたとするに止まる。双方とも医療過誤による法益侵害を認める点は共通するが、前者では差戻審判決において逸失利益の賠償が認容されることが予想されるのに対し、

後者では慰謝料しか認容されていない。したがって、「相当程度の可能性」侵害については慰謝料請求しか認容されない（その結果、認容額が低く抑えられることが少なくない）という裁判例の現状の下では、生命侵害が認められるか可能性侵害が認められるに止まるかは、原告に大きな影響を及ぼしうる。

目を転じて、全か無の原則 Alles-oder-Nichts Prinzip が固持され続けるドイツでは、右のような事案は、どのような形で処理されているのであろうか。より詳しく言えば、医師が検査結果の収集を怠り、その後患者の病態が進行して最終的に何らかの結果が生じた場合に、検査結果収集の懈怠という過誤と最終的な結果との間の因果関係につきいかなる要件の下で証明軽減が認められるのであろうか。この問題の検討は、我が国の右のような事案において、過誤と結果との因果関係が認められるべき場面と相当程度の可能性が用いられるべき場面との区別の基準を明らかにするための一助となろう。

そこで、本稿では、とりわけ右の最判平成一一年二月二五日の事案のように、医師が必要な検査結果の収集を怠ったこととその後の患者の転帰との因果関係の有無が争われる事案につき、過誤と結果との因果関係を認めるにあたって考慮すべき要素を明らかにすることを目的として、ドイツにおける検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht に関わる議論を紹介・検討する。ドイツではこの検査結果収集義務は、契約法に関して、二〇一三年施行のＢＧＢ六三〇ｈ条五項で明文化されたが[2]、本稿ではこの立法の基となった明文化前の議論、特に不法行為法に関する議論を中心に紹介・検討することとする。ただし、ドイツでは、検査結果収集義務の問題は一般に、重大な治療過誤 grober Behandlungsfehler があるときの証明軽減の下位事案と位置付けられることが多い[3]ことから、重大な治療過誤があるときの証明軽減に関する最近の議論も併せて紹介・検討することとする[4]。また、重大な治療過誤があるときの証明軽減及び検査結果収集義務違反と、証明妨害の関係も問題となることから、これらの点についても若干の紹介・検討を加える[5]。

なお、この検査結果収集義務違反による証明軽減に関する議論と、主観的証明責任、事案解明義務に関する議論との関係も問題となりうると考えられるところ、筆者の能力及び紙幅の関係から、これらの問題の検討は他日を期したい。

第一章　重大な治療過誤があるときの証明軽減

第一節　証明軽減に関する議論の背景

ドイツの判例において、客観的証明責任に関する、「当事者はすべて、彼らに有利な法規範の事実要件について証明責任を負う」との基本規範は、医師責任訴訟（医療過誤訴訟）においても妥当する。つまり、患者は、原則として、医師の過誤行為、身体又は健康の侵害、そして医師の過誤行為と第一次侵害との間の因果関係を証明しなければならない(6)。治療の成果が生じないことが医師の過誤を意味するほどに人間の生体を制御することは、最善の医師にもできないことから、原告が医師責任訴訟において契約責任に依拠するときも、過責についての証明責任の転換を定めるＢＧＢ二八〇条一項二文は適用されない(7)。

しかし、患者による立証は現実には困難である。なぜなら、第一に、情報・認識に関して患者は構造的に劣位にある。患者は、例えば全身麻酔時には医師の行為を自ら観察できない。そうでなくとも医師がどのような措置を講じたのかを追試することは、とりわけ専門的知見を持たない患者にとっては困難でしかない。また、患者自らが証拠方法を集める可能性を有していることも稀である。第二に、人間の生体内での経過は様々な原因に基づくことがあり計量不可能だからである(8)。もっとも、他方で、患者について避けられるべきものと同じ証明の窮状に医師が陥らされるほど、証明軽減

が行き過ぎてはならず[9]、また、証明軽減が医師の結果責任や危険責任に至ってもならない[10]。結果責任は、医師の活動力の減退と医学の進歩の麻痺に至り、診療実務を医学的な適応と禁忌ではなく司法上の適応と禁忌により導き（防衛医療）、結局は患者のためにもならない[11]。従って、当事者間の武器対等を生み出し、公正な手続及び効果的な権利保護が医師責任訴訟において保証されるため、一定の証明軽減が不可避となる[12]と共に、医師責任訴訟で妥当する証明責任のルールは双方の当事者（患者と医師）の正当な利益に沿うものでなければならないとされる[13]。

なお、連邦憲法裁判所は、判例により展開された医師責任法における証明法は、多様な利益状況や医師の活動の著しい危険傾向等を考慮して利益調整に役立つ適切な証明ルールを含んでおり、法治国家原則等の現れであり民事訴訟では裁判官の前での平等に限られる「武器対等」からの憲法上の帰結は、この平等取扱いを裁判官が、申立ての可能性を当事者に同じ様に与え、対立する申立てを先入観にとらわれずに評価することや、公正で客観的な訴訟指揮により守ること等の他には存在しないとする[14]。

第二節　重大な治療過誤があるときの証明軽減

以上のような認識の下、裁判例では、右に述べた、医師責任訴訟においても患者が請求権を基礎付けるすべての要件を主張し且つ立証しなければならないとの原則からの様々な逸脱が見られる[15]。カッツェンマイアーは、これを評して「原告と被告の間の証明責任の原則が、医師責任訴訟におけるほど強く打ち破られた法領域はほとんどない」とする[16]。

これらの逸脱（表見証明 Anscheinsbeweis、完全に支配可能なリスク voll beherrschbares Risiko 等）のうち、判例は古くから、医師が患者に不適切な治療を施した事案において、医師の過誤と結果の間の因果関係の証明について証明

軽減を認めてきた。例えば、ライヒ裁判所は、一九四三年に、「医師が患者を不適切な治療によって意識的に又は軽率に、外的諸事情に従えばまさにその後生じたその加害を惹き起しえた危険にさらした」場合に、この因果関係に関する証明責任の転換を認めている[17]。その後、表現の変遷を経て[18]、一九六〇年代半ばから七〇年代初めにかけて、医師の「重大な治療過誤」があるときには過誤と結果の間の因果関係について証明軽減がなされるとの法理が確立され[19]、この法理は医療過誤以外の場面でも、とりわけ他人の生命・身体の保護に向けられた職業上の義務の違反が問題となる場面にも広がりを見せるに至っている[20]。

一　証明軽減の要件

現在のドイツの判例における、この「重大な治療過誤」があるときの証明軽減の要件をまとめると、①重大な治療過誤の存在、②当該重大な治療過誤の損害適性、③過誤と発生した損害の違法性関連の三つとなろう。

1　重大な治療過誤の存在

医師に起きた過誤が重大か否かの判断に際しては、個別の事案の諸事情（患者の状態、疾患の重大さ、治療を急ぐ必要性、他の緊急事態との重なり、及びその他の諸事情）が肝心なものとなる[21]。従って、「重大な治療過誤」という概念の厳密な定義は、事案の多様性に鑑みて不可能であるといえよう[22]。しかし、判例は、「重大な治療過誤」について以下のような一般的な言い回しを確立している。すなわち、医師が、「実証されている医師の治療ルールまたは確保されている医学的知見に明白に違反し、医師に決して起きてはならないことであるがゆえに、客観的視点からもはや理解しえないものと思われる過誤を犯した」とき、その治療過誤は「重大」である（BGHZ138,1,6等）[23]。これは、すなわち、「十

分に能力があり、一般に責任を自覚した医師にとって確かに過失となるが、『起こりうる』失敗では十分ではない」ということを意味する（BGH NJW1983,2080,2081）。

〔1〕ドイツ連邦通常裁判所（ＢＧＨ）一九九八年一月一三日判決 BGHZ138,1.6.

【事実】先天的障害のため右目の視力が悪く、話すことのできないＸは、目を手で触るなどの行為が人目を引いた後、母親と共に眼科医Y_1を訪れたところ、Y_1は瞳孔を散大せずに診察した後に結膜炎と診断して点眼剤を処方した。約五カ月後に、休暇中のY_1の代わりにＸを診察したY_2も、左目の視力の悪化が認められたが、瞳孔を検査した後に点眼剤を処方した。その後網膜剥離を生じて失明したＸから、Y_1及びY_2に対して治療過誤（必要な検査結果の収集をしなかったこと）を理由とする損害賠償請求。原審は、検査結果収集の不作為と視力喪失の因果関係につき「証明責任の転換にまで至り得る証明軽減」を認めて請求認容。

【判旨】破棄差戻。

検査結果収集・確保義務の違反は、それが原因であることにつき、付加的な要件の下でしか証明軽減を正当化しえない。「この限定は、医学的に必要な検査結果の収集又は保管の違反から生じる証明軽減により、患者は原則として、検査結果がきちんと確保され又は収集されていたであろうときにその患者が置かれるであろうよりも良い地位に置かれえない、との考量に基づく」。Ｘは、検査結果収集義務違反の視点の下では、散瞳して目の背後を検査していれば初期の網膜剥離が認識できたであろうとの証明からしか解放されていない。検査結果収集義務の違反と健康損害（失明）との因果関係につき証明軽減を認めるには、検査結果収集をしないことそれ自体が既に重大な過誤であることを要する。しかし、「控訴審裁判所は、そのような証明責任のために必要な、医師の行態が重大な過誤によるという事

実審裁判官による評価をせず、特にこのために必要な、Y_1が彼の負担となる不作為により明らかに、実証されている医師の治療準則或いは保証されている医学的知見に違反して、医師に起きては決してならないことであるがゆえに、客観的視点からもはや理解しがたいものと思われる過誤を犯したのか否かの評価をしなかった」。

〔2〕BGH一九八三年五月一〇日判決NJW1983,2080,2081.

【事実】未熟児網膜症による網膜剥離によって失明したXから病院設置者たる市Y_1及び主任医師Y_2に対して治療過誤（血液中酸素分圧を測定しなかったことによる酸素の過剰投与）等を理由として損害賠償請求。原審は、生命の危険のあるXにつき臍帯動脈カテーテルによる血液採取が困難であるときに毛細血管からの血液採取を行わなかった重大な過誤と失明の因果関係につき証明責任を転換して請求認容。

【判旨】破棄自判。

重大な治療過誤が存在するか否かの評価は、「充分に能力があり、一般的に責任を自覚した医師にとって確かに過責となるが、『起こり得る』失敗では十分ではないということを認識させるものでなければならない」。Xの窒息又はチアノーゼの防止のため酸素の流入を高めることが必要であり、一九七六年の医学の知見水準等に従えば、特に経皮的測定器具がないときに血液中酸素分圧の定期的検査をしないことは小児科医に決して起きてはならない過誤ではなかった。毛細血管の血液測定により得られる結果が血液中への高度の酸素流入を示したとき保育器内の酸素量を直ちに変えることにより、後水晶体線維増殖症（RFL）発生を防ぐことができたか否かは確かではない。その測定によりRFLの発生を防止する蓋然性がむしろ乏しいとY_2が考えたとき、そのことは医師の視点から是認されえた。

ＢＧＨの一般的な言い回しにあるように、過誤が「重大」か否かの判断に際しては、「客観的視点」が重視され、主観的側面は肝心ではない[24]。すなわち、治療過誤が重大か否かの判断は純粋に客観的な基準により、非難可能性の程度によるのではなく[25]、医師に（単なる）過失があればそれで足る[26]。また、重大な治療過誤が認められる限り、現実に生じた損害が当該過誤から生じうることが加害行為時に知られていなかったとしても、証明軽減が排除されるものではない（後述3参照）。

なお、重大な治療過誤がそれだけで損害原因として考えられる必要はなく、重大な治療過誤が共同原因である可能性がある場合[27]、又は単なる過誤が重なり合うことにより重大な治療過誤となり得る場合[28]、それで充分である。

最後に、重大な治療過誤についての証明責任は患者にある（後述三参照）と共に、過責についても患者が証明責任を負うが[29]、重大な治療過誤のある医師は大抵必要な注意をも欠くから、過責の証明は患者に通常、特別な困難をもたらさない[30]。

2　当該重大な治療過誤の損害適性

重大な治療過誤があるときに過誤と患者の生命・身体損害（健康損害を含む）の因果関係について証明軽減が認められるためには、過誤が損害を引き起こすことが自然に想起されることや、過誤が損害を引き起こした蓋然性は必要がなく、過誤が当該損害を引き起こすのに適している geeignet ときにはそれで充分である[31]（BGHZ85,212,216f.）。なぜなら、自然に想起される原因と見ることのできない懈怠も治療経過の解明を困難にし、また、過誤が損害を惹起した蓋然性を要求すると患者にとって立証が著しく困難になるからである[32]。この点は、典型的事象経過を要求する表見証明と大きく異なる[33]。

〔3〕BGH一九八二年九月二一日判決 BGHZ85,212,216f. = NJW1983,333,334 = VersR1982,1193,1195（後出裁判例〔8〕の差戻後上告審）.

【事実】腹痛により運び込まれた病院においてA医師の手術を受けたBはその一〇日後に循環不全により死亡した。Bの尿検査及び血液検査は、検査室が閉じていたことから手術前には行われなかったが、尿の検査結果は、後に裁判所の鑑定人により「高度に病的」とされている。Aはこの検査結果を、Bの死後、手術日に既に存在したかのようにカルテに記載した。Bの遺族Xらから、Aの遺族Yらに対して治療過誤を理由とする損害賠償請求。差戻後原審は、Bの循環不全が生じた後に循環機能の解明のための検査結果収集をしなかった点などにつきAの重大な治療過誤を認めつつ、この過誤がBの死亡の自然に想起される naheliegend 原因ではないことから証明責任の転換は認められないとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

証明責任の転換が考えられうるのは、重大な治療過誤という自然に想起される原因が問題になっているときだけではない。控訴審裁判所が援用する当法廷の判決では、「重大な違反が損害の惹起に適している geeignet のでなければならないという点しか指摘されていない」。それにより表わされているのは単に、重大な治療過誤があるときの証明軽減の余地があるのは、重大な治療過誤によって因果関係の認定が具体的に困難にされた場合だけであり、単に理論的に考えられるだけの関連ではなおそうとは言えないということだけである。「自然に想起される損害原因と見ることのできない治療の懈怠も、事情によっては治療経過の解明を、重大な治療過誤に劣らず困難にすることがある。そのことが特に考えられるのは、医師が異常に、治療経過のための極めて簡単な診断・検査結果を収集せず、それ故特に、治療経過をさらけ出すために必要なデータを用いることができないことについて責めを負う場合である」。その

限りで、治療経過に状態確保のリスクを負わせる点で、資料整備の懈怠と類似する。(34)

反対に、重大な治療過誤が認められるにもかかわらず、過誤と損害の因果関係の蓋然性が完全に、又は極めて存在しないときには、証明軽減が否定される（BGH NJW1995,778,779等）。(35) その背後には、3で述べる、重大な治療過誤があるときでも証明軽減が問題となるのは、「それを顧慮しないことが過誤をして重大と思わせるまさにそのリスク」が実現したときだけであるとの考えが存在するとされる。(36)

〔4〕BGH一九九四年一〇月四日判決 NJW1995,778,779.

【事実】婦人科医Yによる尿道感染等の治療を受けていた母親から早産による超未熟児として出生し、盲目及び運動障害等の残ったXから、Yに対して、早産を理由とする損害賠償請求。原審は、切迫早産の高度の蓋然性を基礎付ける腎盂炎の徴候（背中の痛み、尿の沈殿物の検査結果）が見られた時点で膣の検査をしなかった点に重大な治療過誤を認め請求認容。

【判旨】破棄差戻。

Yに対してなしうる非難は診断についてだけではない。なぜなら、原審は、Yが検査結果を誤って解釈したことではなく、妊婦の苦痛と尿の沈殿物の検査結果に基づいて「明白且つ当然に」必要な膣の検査をしなかったことでYを非難しているからである。すなわち、検査結果の誤った解釈ではなく、検査結果を収集しなかったことが問題となっている。この収集をしなかったことは、疑いなく必要な検査結果については確かに重大な治療過誤でありうる。

妊婦の苦痛と尿の沈殿物の検査結果に基づいて膣検査をしなかったという検査結果収集の懈怠を重大な治療過誤と

評価する、充分な基礎を、鑑定人の供述は提供していない。加えて、控訴審裁判所が存在するとする重大な治療過誤から因果関係に関する証明責任の転換を導き出していることも誤りである。過誤と「損害との因果的な結び付きの蓋然性が非常にないときには、そのことは、適切な証明責任の分配の問題の際に考慮されなければならない」。膣検査により切迫早産の診断がなされた後に陣痛抑制をしていたとしても、Xの早産が回避される蓋然性はなかった。

過誤が損害を惹起する蓋然性が完全にないことにつき医師側が証明責任を負い、この証明がなされると因果関係に関する証明責任の転換が生じないとされる（BGH NJW1988,2949,2950f.）が、この場合、ZPO二八六条の枠組みにおいても過誤が結果の原因ではなかったことが確実であるから、この「例外」は表面的なものでしかないとの指摘がある(37)。

〔5〕BGH一九八八年六月二八日判決 NJW1988,2949 = VersR1989,81.

【事実】Y_1の運営する病院で医師Y_2乃至Y_4により出生したが脳に障害の残ったXから治療過誤（帝王切開による出産の遅れ）を理由としてYらに対して損害賠償請求。原審は、低酸素症の徴候である羊水の異変が観察されてから三時間以上監視を怠ったことを重大な治療過誤とし、Xの脳への加害と低酸素症の因果関係につき証明責任を転換して請求認容。

【判旨】破棄差戻。

治療過誤と発生した健康損害の間の原因関連についての証明軽減は、まさにその失敗について考えられる原因の範囲が過誤の特別な損害傾向の故に広げられ又はずらされたが故に与えられる。「医師の証明責任に属することではあるが、そのような原因関連の蓋然性がなければないほど、治療過誤によって引き起こされた解明の障害も結論におい

て作用しない」。低酸素症が実際には生じていなかったことを複数の事情が示しているとの本件の特殊性が、Yらによる治療とXの脳損傷の因果関係の蓋然性がないと見るのに十分か否かがなお解明されるべきである。

Yらが継続的なCTG（胎児心拍陣痛図）検査をしなかったことは、検査結果の収集・確保がなかったとの視点の下でも、証明責任の転換を正当化しえない。「検査結果収集での医師の懈怠が患者のために証明軽減を基礎付けうるのは、それにより、医師の治療過誤と健康損害の間の少なくとも蓋然性のある原因関連の解明が困難にさせられ又は妨害されるときだけである。」

3　過誤と発生した損害の違法性関連

右2の要件と密接に関連する点であるが、医師に重大な治療過誤があり、患者に死亡または何らかの身体損害が生じたとしても、発生した損害が、それを顧慮しないことが過誤をして重大と思わせるまさにそのリスクが実現したものであることが必要である[38]。換言すれば、過誤のない行態が防止するものとされる損害が生じたことを要する[39]。これは、損害法の一般原則である違法性関連の証明法における現れである[40]。

現実に生じた損害が当該過誤から生じうることが加害行為当時に知られていなかったとしても、そのことから直ちに証明軽減が排除されるのではない。判例は、その理由を、この場合、当時知られていなかった危険についても、医療の失敗について考えられる原因の範囲は、過誤によりずらされるからであるとする[41]。

以上の要件を充たすとき、過誤と患者に生じた生命・身体侵害との因果関係につき証明軽減が生じるが、患者が治療に関する医師の指示を無視するなど、患者の共同過失が、因果関係が不明確であることにつき、過誤と同等であるほど

強力な共同原因を成すとき、この証明軽減は認められない（BGHZ159,48,55）。ただし、患者が、治療しないことのリスクを十分に説明されていなかったときは別である[42]。

〔6〕BGH二〇〇四年四月二七日判決 BGHZ159,48,55 = NJW2004,2011,2013 = VersR2004,909,911.

【事実】Xは、オートバイ事故により腰椎骨折等を負い、Y_1の病院で医師Y_2乃至Y_4の入院治療（ベッドでの絶対安静）を受けたが、骨盤環骨折を見逃されたまま、一カ月後、杖を使わずに可動させられ、退院後、骨折部分の偽関節が確認された。Xから、Yらに対して治療過誤（骨盤環骨折の見落とし、可動の際に負担軽減を指示しなかったこと）を理由とする損害賠償請求。原審は、Xが可動後に苦痛を訴えていたにもかかわらず骨盤のレントゲン撮影をしなかったことを重大な治療過誤としつつ、因果関係についての証明軽減の要件が充たされているとしても必ず証明軽減を患者に認めなければならないわけではなく、本件では骨盤環骨折の認識の遅れが治癒の経過に影響しなかった蓋然性が高い（鑑定人によると九〇％）ことなどから因果関係に関する証明責任の転換は問題とならないとして、慰謝料請求のみを認容。Xから上告。

【判旨】破棄差戻。

当法廷が度々用いてきた、重大な治療過誤が「証明責任の転換にまで至る証明軽減」を生じさせるとの言い回しにおける、「証明軽減」という概念には、証明責任の転換との関係で、独立した意義は認められない。「実際に生じた種類の損害を引き起こすのに適している重大な治療過誤は、原則として、治療過誤と健康損害の間の原因関連についての客観的証明責任の転換を生じさせる」。証明責任の転換が生じないのは、責任設定的因果関係の蓋然性が極めてないとき、それを顧慮しないことが過誤を重大なものと思わせるリスクが実現しなかったとき、「または患者がその行

態により治癒の結果にとっての自明の構成要素を妨害し、それにより医師の重大な治療過誤と同じように、治療事象の経過がもはや解明されえないことに寄与した場合」である。これは、証明責任規範を適用するときの事実審裁判官の「裁量」は法的安定性の要請に反するとの懸念をも考慮するものである。柔軟かつ相当な解決は、個別事案において重大な治療過誤か否かの評価が事実審裁判官に留保されていることにより保証される。

これらの諸原則は、重大な治療過誤と健康損害の因果関係の証明について妥当するだけでなく、「行われなかった解明がされていたとすれば、それを見誤ることが初歩的な過誤によるか又はそれに対応しないことが重大な過誤によるほど明白かつ重大な検査結果が明らかになっていた十分な蓋然性があることから同時に重大な治療過誤が推論されうるときに、検査結果収集の単純な過誤での因果関係の証明について、つまり当法廷により展開された証明軽減の、検査結果収集の単純な過誤の後の証明軽減という第二段階に妥当する。」

二　証明軽減の根拠

1　判例

重大な治療過誤があるときの証明軽減について、学説では、今日までドグマーティク上の理由付けに成功していないとの指摘がある[43]。実際、初期の判例[44]は、証明軽減の根拠を衡平に求めており[45]、最近でも根拠としての衡平に言及する判例[46]が見られるほか、ヴァグナーは、その他の判例の一部に見られる理由付け（後述）を指して、それにより「重大な治療過誤」が「理解しがたい、被害者のための衡平上の手段」となると指摘する[47]。

その後判例は、より厳密な言明に努め、証明軽減の根拠につき概ね以下のような説明をしている。すなわち、医師が、医師の技術の規則に対する重大な違反によって、規則に従った医師による世話をしていたとすればその経過がどの

ようなものであったかを認識させない状況を創り出した以上、その医師は、事案解明についてほとんど寄与することができない患者よりも、証明リスクを負わされるのに「より近い」[48]。もっとも、この証明軽減は過責へのサンクションではなく[49]、原因の範囲が過誤によって広げられ又はずらされたことの補償であり（BGHZ132,47,52）[50]、治療経過の解明が特に困難とさせられた結果、信義則から患者に証明を期待しえないからである（資料整備義務の違反との関連であるがBGHZ72,132,139）。この点は、前述のように、ヴァグナーをして「衡平上の手段」と言わしめた点である[51]。

〔7〕BGH一九九六年二月一三日判決 BGHZ132,47,52＝NJW1996,1589,1590＝VersR1996,633,634.

【事実】Aは、胸の痛みを訴えて内科医Yの診療所を訪れ、心電図検査を受けた後に、さらに検査を受けるため午後に再度来院するよう指示されて診療所を後にしたが、その直後に倒れて心臓発作により死亡した。Aの遺族Xらから、Yに対して、治療過誤（心電図の分析の誤り）を理由とする損害賠償請求。原審は、訴訟において心電図が提出されないことにより、Aの検査時に入院指示を必要とする検査結果が存在したか否かが解明されないことは、心電図の保管義務に違反したYの負担となり、心臓発作を示す症状をYが重大な過誤より見誤ったことを出発点とすべきである、さらにこの過誤と損害の間の因果関係の蓋然性（即座に入院指示していれば患者が生き延びた蓋然性）があることからこの点についての疑いは検査結果確保義務に違反したYの負担となる、として請求認容。

【判旨】上告棄却。

治療経過に関する証拠方法の確保は医師側の任務に属し、そのような証拠方法を利用できないときに患者に証明上の不利益が生じてはならない。確かに、原則として、患者を証明軽減によって、検査結果（心電図）がきちんと確保されていたときより良い立場に置くことはできないが、心電図から早期の心臓発作を認識しえた充分な蓋然性がある

から、Xらは心電図から早期の発作を認識しえたとの証明から解放されている。さらに、控訴審裁判所は、心電図が高い蓋然性をもって早期の心臓発作の徴候を示したことから、Yの分析に重大な過誤があったと評価した。医師の証拠方法保管義務の違反に基づく証明軽減により、「患者には、その加害にとって問題となる原因の範囲がまさにこの過誤により特に広げられ又はずらされたことの補償が与えられる」。証拠方法の欠如の責めを医師が負う場合、事実審裁判官は、少なくとも、その他の根拠が十分な蓋然性をもって重大な過誤を示すときは、「積極的な検査結果が明らかになるだけであり、その誤った分析から医師の負担となる単なる治療過誤以上のことは明らかにならなかったであろう、との考えに止まる必要はない」。

Yの過誤の評価のため、通常は鑑定人による治療経過の医学的評価から明らかになる根拠に依拠しなければならない。しかし、この評価は本件では、鑑定人がこの問題を明らかに避けたとしても、重大な過誤の認定を妨げるものではない。

〔8〕BGH一九七八年六月二七日判決 BGHZ72,132,139 = NJW1978,2337,2339 = VersR1978,1022,1024.

【事実】裁判例〔3〕の【事実】を参照。原審は、Bの入院日の尿の検査結果からAが診断上の結論を導き出さなかったこと等に重大な治療過誤はないとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

手術の翌日ようやく収集された高度に病的な尿の検査結果をAが放置していたことは治療過誤である。Aが医師の技術規則に従い明白な病理学的検査結果に望ましい措置をもって対処しなかったとの非難を和らげる事情がないとき、その過誤を重大な治療過誤と見なければならない。

原判決は、誤った資料整備から証明法上の結論を導き出さない点でも維持できない。患者に対する関係で存在する、規則に従った資料整備義務が及ぶ限り、医師は証明法上も、必要な記録を期待しえないと申し立てることができない。この結論は、重大な過誤が損害原因であることの証明について判例が展開した諸原則に含まれるものではなく、固有の諸原則に従わなければならない。「患者に対して医師の過誤についての（完全な）証明責任を期待することが、医師の責めに帰すべき事案解明の障害に鑑みて、当然にもはやできないときに常に、そしてその限りで、〔証明責任の〕転換にまで至り得る証明軽減が必要である」[52]。

2　学説

学説は、重大な治療過誤があるときの証明軽減について、その理由付けに苦心している。

以前の学説の一部には、判例法理を証拠評価、すなわち因果関係に関する証明度の引下げの問題として捉えるものが見られた。ムズィーラクは、BGH判例の分析から、それらの事案の圧倒的多数において被害者がわりと低い蓋然性をもって治療過誤と発生した損害の因果関係を証明したことがうかがわれるとする[53]。しかし、これに対して、その後現れた裁判例〔6〕は、鑑定によれば過誤が患者の治癒に影響した蓋然性が一〇％しかない事案において、因果関係に関する証明責任の転換を認めており、このことは、単に優越的蓋然性がないだけでは医師側は免責されないことを意味する。つまり、この裁判例により、BGH判例が、重大な治療過誤があるとき証明軽減を単に証明度の引下げの問題として捉えているのではないことが明らかになった。

そこで、この証明軽減を証明責任規範、つまり客観的証明責任の転換の問題として捉える見解に目を転じると、効果としての証明責任の転換をも視野に入れた理由付けとして、次のような見解が見られる。

（a）武器対等の原則

クレマーは、重大な治療過誤があるときの証明軽減を、法治国家原則や法の下の平等（GG三条一項）から導かれる武器対等の原則の現れだとする。すなわち、損害惹起に適する医師の振舞いにより、考えられる損害原因の範囲が広げられ、因果関係の証明が患者にとってもはや期待不可能であるとの状況において、証明軽減は、一方の、原則として証明責任を負う患者の利益と、他方の医師の利益の考量という意味で、武器対等の原則の具体化だとする[54]。しかし、このような見解に対しては、「武器対等」は、裁判官の前での平等にとどまり、裁判官による平等な証明リスクの分配の要請などではないとの、「武器対等」の理解自体に関する批判[55]のほか、今日の高度に分業化された社会では一方当事者の構造的劣位は特別なことではなく、他方、専門家もすべてを知っているわけではない、したがって情報の非対称性は証明軽減を正当化しないとの批判[56]が見られる。

（b）規範目的としての証明の窮状の回避

ハンス・シュトルは、医師の技術規則に従えば必要な治療措置を医師が怠り、患者が現実に助けられえたか否かを確実に認定しえないとき、証明責任が転換されなければならないとしながらも[57]、他方で、この証明責任の転換は、義務に反して創出された侵害リスクが、因果関係の解明不能という証明法上のリスクと典型的に結び付いているとき初めて正当であるとする[58]。つまり、このとき、「違反された行為義務は、一定の身体的危険からの被害者の保護だけを目的とするのではなく、同時に通常そのことと結び付けられている〔患者の〕証明の窮状の回避を目的としている[59]」ことから、言わばこの規範目的を実現するために証明責任の転換が必要だとする。

この見解に対しては、そもそも医師の治療義務の規範目的が証明の窮状の回避をも含むとすることに対する批判[60]のほ

か、どのような義務違反が典型的に証明の窮状をもたらすのかを厳密に確定することができないとの批判[61]がなされる。しかし、規範目的達成のため証明法上の手段を用いるとの発想は、形を変えて後のフォン・バールの見解等に影響を及ぼしている。

（c）禁反言

シュテフェンは、患者の証明の窮状を作り出した医師自身がそれを利用することは矛盾行為禁止の原則に反するとする。シュテフェン曰く、確かに、治療過誤はすべて、他原因がありうるとき、その加害について考えられる原因の範囲をずらしている。しかし、医学水準を著しく顧慮しないことは、責任訴訟において患者にとって、医師・患者間の役割分配の故に患者が甘受すべき程度の負担を期待不可能なほど越える、通常の証明規範による負担を意味する。医師がこの場合にも、医学的水準から著しく逸脱することによって彼が解明不能の主要な原因を設定したにもかかわらず、人間の生体反応の計量不能性の故に原因関連を解明しえないことに依拠しうるとすれば、そのことは、自己の行為に反して行動すること venire contra factum proprium を意味しよう[62]。彼は、このことを端的に、「医師が初歩的な治療規則又は確立された医学的知見に対する違反によって因果関係の認定に持ち込んだ特別な困難から、責任訴訟において利益を引き出すことができるとすれば、それはＢＧＢ二四二条〔信義則〕に反する」と表わす[63]。

この見解に対しては、もはや望ましい帰結の単なる言換え以上のものではない、との批判[64]が見られる。先に見た、治療経過の解明が特に困難とさせられた結果、信義則から患者に証明を期待しえない等との判例の理由付けを、医師の視点から言い換えたに過ぎないものと言える。そのことから、この見解の根底にも、シーマンも述べるように[65]、判例の理由付けの根底にあると見られる「衡平」があるものと見ることができよう（元ＢＧＨ民事六部裁判長であるシュテフェ

ンがこの見解を唱えることは偶然ではなかろう）。

（d）実体法上の視点―危険増加と支配可能性

カッツェンマイアーは、判例（及び右c説）のような「衡平」を基礎とする理解を、関係者の利益状況の考慮に努めるものとして、積極的に評価する。しかし、予測可能性・法的安定性の見地から、支えとなる他の視点が伴わない限り、衡平に基づく考量は証明責任規範を十分に正当化するには弱すぎ、輪郭のない衡平判例に堕すことを防ぐために付加的な論拠が必要だとする[66]。そして、実体的医師責任法と手続法の強い相関関係の洞察、証明軽減と責任厳格化の密接な類似性は、実体法上の義務に即した証明リスクの分配に至るとした上、危険増加及び事象経過の支配可能性の視点は、証明法を介した医師の結果責任が導入されることを防ごうとするとき、放棄しえないとする[67]。

この、証明リスクの分配において危険支配及び危険増加（及びその他）の視点が重要な役割を果たすとの見解は、既にフォン・バールの見解に見られる。そこで、フォン・バールの見解をやや詳しく見て行こう。

社会生活上の義務を介した過失責任と危険責任の接近について論じるフォン・バールは、証明法に関して論じる中で、証明責任の転換は全て同時に、過失責任原則の破壊と原因責任への移動を意味することを指摘した上で[68]以下のように述べる。「証明責任の転換は、過失責任と危険責任が交差する領域への道を示す。過責に関する証明責任の転換について、このことは直ちに明らかである。なぜなら、この場合、被告の行為に有責性がなかったにもかかわらず、有責判決が下されることがあり得るからである[69]」。そして、「因果関係についての転換された証明責任に基づく責任は、因果関係のない責任であることがある。……このような責任は、同様に、責任法の帰責要素の中に立脚する特別な正当化を必要とする[70]」。「一方の証明の緩和及び責任の厳格化と、現代の過失責任を危殆化責任の思考の所産のために柔軟なものとする、

幾つかのタイプの社会生活上の義務の機能との近い親近性は、社会生活上の義務の成立根拠を証明の緩和の問題に伸長させることを自然に想起させる。このことはとくに支配可能性、信頼保護及び危険増加と義務の程度の関連性について言える」[71]。

この社会生活上の義務の成立根拠の証明軽減の問題への伸長につき、フォン・バールが医師責任について述べるところは少ないが、本稿の問題との関連に限ると、以下のように述べている。

人間の素因、身体的・精神的不足を確実に掌握することはできず、証明責任の転換を重大な治療過誤に限定することは、危険の支配可能性の観点から正当である[72]。また、(通常は診断的な性質を有する)一定の基本的方法を用いないことは、支配され、それ故回避されうる危険を冒すことを意味する。診断上の標準的措置を怠るときには、危険増加の原則により支えられる確固たる証明責任規範が明らかになる[73]。

再びカッツェンマイアーに目を戻すと、彼は、最後に掲げたフォン・バールの指摘を敷衍している。カッツェンマイアーによれば、証明責任の転換は、医師責任法においても、患者の損害の重大さや証明の窮状だけでなく加害者の使命及び義務の役割も顧慮しなければならず、危険増加及び事象経過の支配可能性の視点は放棄されえない[74]。証明責任の転換には医師が患者を、治療に通常伴うリスクと比べて高い危険にさらしたことが確実でなければならない。治療に通常伴うリスクは、言わば治療されない疾患の危険に代わるものとして、患者が負担すべきであり、損害原因に関する不明確さは医師側に課されえない。事象経過が初歩的な職業上の義務の遵守により支配されうるときにだけ、それにもかかわらず発生した損害が医師に帰責される[75]。損害惹起の高度の蓋然性、職業責任の思想(一定水準の約束に対する信頼の裏切り)、被保護法益の重大さなどのその他の諸事情は、それだけでは支えとならないが、証明責任の特別規範の正当化のために援用されるべきである[76]。

これに対して、重大な治療過誤があるときにだけ証明責任の転換を認めるとすることに対する（判例法理にも妥当する）批判（後述五参照）のほか、論証が循環している、つまり、損害に至る過程が現実に支配可能であれば因果経過の解明不能という問題はほとんど存在しないであろうとのシーマンの指摘がある。(77)

三　重大な過誤の認定

既に触れた（第二節一1）ように、「重大な治療過誤」の証明責任は患者にある（NJW1989,2330,2331）。(78) ただし、事実審裁判官は、患者による過誤の主張の理由付け Substantiierung に対して高い要請をしてはならない。医学の素人としてどこに過誤があるかを判断しえないことから既に証明の窮状にある患者を、無権利としてはならないからである。(79)

〔9〕BGH一九八九年一月二四日判決 NJW1989,2330,2331.

【事実】医師Yによる右上腕骨骨折の手術による整復（T字プレートの固定）を受けた後にプレートの除去の際に橈骨神経の損傷と右手の一部麻痺を被ったXから、Yに対して、治療過誤を理由とする損害賠償義務の確認請求。原審は、Yが橈骨神経を露出させるためにどのような措置をとったかなどについて手術報告書に言及されていないことにより、過誤及び過誤と健康損害の因果関係につき証明責任が転換されるとして請求認容。

【判旨】破棄差戻。

医師の治療過誤の証明は、原則として患者のなすべきことであるが、資料整備に不備があるか又は不十分であり、それ故、患者にとって事実の解明が期待しえないほど困難にされるとき、証明軽減が考えられる。第一に、メモがないことは、記録義務のある措置が行われなかったことを示す。それに対して、過誤と健康損害の間の因果関係に関す

る証明軽減は、資料整備の欠如と直接には結び付けられていない。ただし、資料整備の欠如は、必要な記録の欠如の故に徴表される治療過誤が重大と評価されうるとき、又は特別な検査結果収集義務に対する医師の違反であり、それについて当法廷により展開された諸原則に従って、その点について因果関係の証明の緩和が認められるべきとき、例外的、間接的に、原因関連の証明にとっても意義を獲得しうる。

Yが橈骨神経を露出しなかったことは争いがない。Yが、橈骨神経の露出をしなかった理由もメモする必要があったのは、これが必要であったが手術の状況から通常の技術から逸脱することが必要であったときだけである。Yが骨合成物質を「ねじからねじへと」探し出して除去する手術方法を選択したのであれば、Yは手術報告書で橈骨神経に言及しないままでいることができた。

治療過誤が重大か否かの判断は、医学的専門家（鑑定人）の認定に基づかなければならない。裁判官は、職業固有の尺度を医学専門家の助けを借りてしか突き止めることができないからである（BGH NJW1998,1782）[80]。しかし、過誤が「重大」か否かの判断はあくまで法的評価であり、事実審裁判官は鑑定人に判断をゆだねてはならず[81]、また鑑定人の評価に拘束もされず（裁判例〔7〕[82]）、むしろこれを批判的に（それぞれの鑑定自体に、或いは複数の鑑定の間に矛盾がないか否かの検討を含めて）評価しなければならない（BGH NJW2004,1871）[83]。ただし、裁判所が鑑定人の鑑定と異なる判断をするときには、理解できるように理由付けることが必要となる（BGH NJW2001,2792,2793）[84]。

〔10〕ＢＧＨ一九九八年一月二七日判決NJW1998,1782 = VersR1998,585,586.

【事実】足の麻痺症状により転倒・骨折したため治療を受けた病院で多発ニューロパチー（多発神経炎）の診断を受

けたXは、その後医師Yの治療を受けるようになった。XがYの指示に基づいて受けた神経科医による検査の結果報告では、末梢性ニューロパチーには異例な両足の弛緩性完全麻痺が中心を占め、頸髄に問題があり、頸椎の核スピン（断層撮影検査）が適当である等とされていた。その約四カ月後、Xは、Yの指示で訪れた病院で、膀胱・直腸障害を伴う痙性麻痺の診断を受け、放射線医による核スピン検査の後、髄膜腫の除去手術を受けた。XからYに対して、検査結果の解明が適時に行われていれば麻痺の発生前に髄膜腫の発見・除去が可能であったとして損害賠償請求（慰謝料及び四カ月の過誤ある治療に基づく財産的損害）。原審は、Yが検査結果報告に基づいて核スピン検査の指示をしなかったことを過誤としつつ過誤とXの健康損害の因果関係をXが証明しなかったとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

事実審裁判官に課される過誤が重大か否かとの法的評価は、事実としての根拠に基づかなければならず、医学鑑定人の評価を無視することはできない。鑑定人は文書による鑑定の中で、Xに確認されるバビンスキー徴候や両足の完全な麻痺等は異常であり、脊髄疾患の疑いを導いたはずであり、核スピン検査が必要であったと指摘している。口頭尋問の際には、彼は明示に、さらなる解明が行われなかったことは理解できないなどと述べた。このような事実の下、必要な検査結果の収集をしないことを重大な過誤と判断することが自然と想起されると上告が主張している点は正当である。

原審が検査結果収集・確保義務違反を理由とする証明軽減を拒絶した点に対して、上告が異議を唱えている点も正当である。検査結果収集をしなかったこと自体を既に重大な過誤と見なければならない場合、重大な治療過誤についての一般に認められている原則に従って証明軽減の余地がありうる。

〔11〕ＢＧＨ二〇〇四年三月二三日判決 NJW2004,1871 = VersR2004,790,791.

【事実】Ｘに装着された心臓ペースメーカーの担当をしていたＹは、Ｘのかかりつけ医が作成した心電図から交換の徴候を読み取り、二日後に交換することをＸとの間で取り決めたが、Ｘは当日交換場所で手術を待っているときに卒倒し、蘇生させられた。その後失外套症候群となったＸから、Ｙに対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。原審は、Ｙは当時の技術水準に従いペースメーカーがまだ一年余の作動期間を有することを前提とすることができ、Ｙに治療過誤はなく、Ｘの卒倒がペースメーカーの停止によるものか、それと無関係に発生した心室細動によるものかをＸが証明しなかったとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

控訴審裁判所は、当事者から提出された私的鑑定 Privatgutachten に取り組み、裁判所の鑑定との対立が明らかになるときには事実のさらなる解明を目指す義務に違反した、と上告が非難している点は正当である。当時の知見によれば、交換の徴候が最初に記録された後一年余の作動期間を前提とすることができ、即座に交換する必要はなかったとの鑑定人の供述は、Ｘに装着されていたタイプのペースメーカーは六年間の名目上の作動期間を有する（そして卒倒時Ｘのペースメーカーはほぼ六年間作動していた）とのＸが書面で提出したＡ医師の意見と矛盾する。この矛盾を控訴審裁判所は、ＺＰＯ四一二条一項[85]により別の鑑定を求める要件は存在しないという理由付けで無視してはならなかった。「当法廷は繰り返し、まさに医師責任訴訟では医学の専門家の供述が追試され、それらの完全性と矛盾のなさを求めて批判的に検討されるべきであると述べた。このことは、同じ専門家の個々の意見の間の矛盾についても、複数の専門家の間の意見の矛盾についても、私的鑑定が問題となっているときにさえ言える。事実審裁判官は、明らかな不明確さと矛盾を追及しなければならず、専門家に対してそれらを責めなければならず、事実を解明するその義

務の中で必要があれば別の鑑定を求めなければならない。」

さらに、ペースメーカーの遅滞のない検査・交換がXの卒倒及び健康損害を避けたことをXが証明しなかったとの原審の見解に対する上告の異議は、正当である。「必要な検査結果収集の—重大ではない—過誤による不作為も、解明をしていれば対処の義務のある結果が明らかになっていた十分な蓋然性があり、この検査結果を見誤ることが初歩的な過誤であるか又はこれに対処しないことが重大な過誤である場合に、治療過誤と発生した健康損害の因果関係に関する証明責任の転換に至る」。

〔12〕BGH二〇〇一年五月二九日判決 NJW2001,2792,2793 = VersR2001,1030.

【事実】Xは、医師Yによるひざ関節手術を受けた後にひざに細菌感染を生じたが、Yは、病原体を特定する措置を講じずに抗生物質による治療を開始した。Yからの退院後も数年の間に三〇回を超える手術を受け、上腿部切断等の手術をも受けたXから、Yに対して、治療過誤（病原体特定の懈怠及び整復手術の遅れ）を理由として損害賠償請求。原審は、Yが病原体を明らかにするための培養計画を立てずに抗生物質による治療を開始したことを重大な治療過誤としたこと及びYの検査結果収集義務違反から、因果関係に関する証明責任の転換を認めて請求認容。

【判旨】破棄差戻。

治療過誤が重大か否かに関する事実審裁判官の判断は、医学の専門家により共有される事実により完全に支えられ、鑑定人による治療経過の医学的評価に依拠しうるものでなければならない。然るべき説明なしに、或いはそれどころか鑑定人の医学的供述に反して重大な治療過誤を自身の評価から肯定することは、事実審裁判官には許されていない。鑑定人は、整復手術の遅れを「正当ではない」とするが、他方で「広く行きわたった態度」であり、「重大な過失による」

ものではないとしており、鑑定人の供述は、Yの過誤が重大であるとの評価を正当化するものではない。このことは病原菌を特定しなかったことについても同様に言える。

対処する義務のある陽性の結果をもたらした十分な蓋然性のある、医学的に必要な検査結果を収集する義務に対する違反が、健康損害と過誤の因果関係についての証明軽減を基礎付けるのは、その検査結果を見誤ることが初歩的な過誤によるものであるとき、又はその検査結果に対処しないことが重大な過誤によるものであるときである。手術後数日間について、鑑定人によれば、病原体の特定に必要なひざの穿刺は、それ自体患者にとっての危険を含むことから性急に行われるべきではなかった。その後傷口に現れた浸出液による細菌培養から、それを見誤ることが初歩的な過誤であるという検査結果が明らかになっていたと考える充分な材料がない。

武器対等の要請は、患者側のための訴訟法の非対称的な取扱いを要求していることから[86]、患者は私的鑑定を提出する権限を有する[87]。裁判所による鑑定と私的鑑定の間の矛盾が排除されないときは、ZPO四一二条により上位鑑定Obergutachtenが求められるべきものとされる（裁判例〔11〕）。

四　効果―証明度の引下げか証明責任の転換か

重大な治療過誤があるときに認められる「証明責任の転換にまで至る証明軽減[88]」が何を意味するのか、特に証明度の引下げを意味するのか、それとも証明責任の転換を意味するのかについては、従来必ずしも明らかではなかった。このような言い回しに対しては、学説からは、証拠評価と証明責任の転換は厳格に区別されるべきであるが、法的根拠とそれぞれの適用要件に関する相違が消し去られ、証拠評価と証明責任問題が不適切にも相互に混同されるとの批判[89]や、証

明責任分配は訴訟開始前に確定していなければならないという法的安定性の要請を適切に顧慮していないとの批判がみられる。[90] カッツェンマイアーは、これを、裁判官が「カタログから救済手段を選び出し、その際、証明責任を転換させることもできるとの印象を呼び覚す」と評する。[91] また、この「証明軽減」の及ぶ範囲についても見解の対立が見られる。

1　証明度の引下げか証明責任の転換か

（a）証明度の引下げ

既に触れたように（第二節二2参照）、裁判例〔6〕が現れる前の学説には、判例法理を証明度の引下げの問題として捉えるものが見られた。裁判例〔6〕も、重大な治療過誤が「原則として」証明責任の転換を生じさせると述べるにとどまることから、BGHの立場を、例外的に証明度の引下げを認めるものと解することもできようが、学説は、この判例が効果としての証明責任の転換を明らかにしたものと捉えている。もっとも、この判決が現れた後も、証明度引下げの方向での判例実務の変更を支持する見解がみられる。そのようなものとして、ヴァグナーは、医師責任訴訟にとって典型的な、注意を尽くして治療していたとしても同じ損害が生じていたであろうということが排除されえない場合でも、補償及び予防の視点から証明軽減が必要であるとする。しかし、全か無かの判断をもたらす証明責任の転換という手段は疑わしく、あらゆる程度の重さの治療過誤において責任設定的因果関係につき証明度を優越的蓋然性に引き下げることが望ましく、少なくとも正しい結論に近い結論が獲得されるであろう、と。[92]

（b）証明責任の転換

裁判例〔6〕は、学説により唱えられてきた、証明責任規範の適用（証明責任の転換の有無）が事実審裁判官の裁量

にゆだねられるとすると法的安定性を害するとの批判を考慮して、重大な治療過誤があるときの「証明軽減」が、原則として証明責任の転換であることを明らかにした。したがって、前述（第二節一）の要件を充たす限り、下級裁判所に証明責任の転換を認めるか否かに関する裁量はなく、原告のために、過誤と患者の生命・身体損害の間の因果関係に関する証明責任が転換される[93]。

2　証明軽減の対象

判例は、重大な治療過誤があるときの証明軽減は、原則として、過誤と第一次侵害の間の責任設定的因果関係だけに及び、第二次侵害以降の責任充足的因果関係には及ばないとする（BGH NJW2008,1381,1382）[94]。その理由を判例は、重大な過誤により引き起こされた特別な解明の困難に応じてしか証明軽減は与えられるべきではないが、責任設定的因果関係を越えたその先では、原則として、加害者が責めを負うべき付加的な証明困難は生じない点に求めている[95]。

〔13〕BGH二〇〇八年二月一二日判決 NJW2008,1381,1382 = VersR2008,644,645.

【事実】ハンマーで指を殴打し、医師Yにより強い腫れとの診断を受けた翌日、転倒して壁に指をついたことから受けた医師Aの診察において、人差し指関節の再骨折と診断を受け、その後ズーデック症を生じたXから、Yに対して、治療過誤（骨折の見落としによるズーデック症の発症）を理由とする損害賠償請求。原審は、骨折を見逃したことを過誤としつつ、レントゲン像の誤った評価は検査結果収集の過誤ではなく診断の過誤であり、重大な治療過誤ではないとして、治療が遅れたことを理由とする慰謝料のみ認容。

【判旨】破棄差戻。

重大な治療過誤があるときの因果関係についての証明責任の転換は、原則として、責任設定的健康侵害にしか適用されない。証明責任の転換が、例外的に、結果損害（第二次損害）との因果関係の証明に適用されるのはその第二次損害が第一次侵害の典型的結果であるときだけである。控訴審裁判所は、ズーデック症が過誤により設定された第一次侵害の典型的結果なのか否かを解明しなければならない。

診断の際の稀ではない不確かさの故に、診断の過誤が医療技術の規則に対する重大な違反と判断される基準値は、高く設けられなければならない。骨折は「厳密な観察」等の下でのみ認識されえたと鑑定人の判断は、厳密に観察をしなかったことを重大な過誤と評価しえないのかとの問題を投げかける。

もっとも、判例には、第一次侵害を「具体的な」身体損害（例えば、注射による身体損害の場合には、注射の際の穿刺それ自体ではなく、その後に生じた痛みなど）とするものが見られ[96]、学説からは、（特に説明義務違反が問題となるときに）侵襲自体が身体損害とされるとの考えとの不整合が指摘されている[97]。学説には、この点に関連して、患者のために、第一次侵害を因果系列の中の早い時点で見出すのではなく、むしろ反対にできるだけ遅く見出す方が、推定が広く及び患者に有利であるとの指摘も見られるが[98]、第二次侵害以降の責任充足的因果関係の認定については、ＺＰＯ二八七条の証明軽減により証明責任の転換を要しないとも言えよう[99]。

判例は、証明軽減が過誤と第一次侵害の間の責任設定的因果関係に限定されるとすることの例外を認める。第一に、重大な治療過誤が第一次侵害の中に既に明白に現れるのではなくその後初めて作用するときであるとして、右の注射の例を挙げる[100]（したがって、この点は右の判例と矛盾する）。第二に、第二次損害が第一次侵害の典型的結果であることから違反された治療規則がまさにこのような損害をも防止するものとされるときである[101]。後者の点については、結果損

害が第一次侵害の典型的な結果である場合、ＺＰＯ二八七条による証明が既に行われているので、証明責任の判断に至らないとの批判がある。[102]

以上のような判例の立場に対しては、注射の例が示すように第一次損害と第二次損害の区別は恣意的に見えるとの批判[103]の他、バウムゲルテルの批判がある。すなわち、医師は、治療過誤の結果の典型性の範囲内で、規則に従って治療していたとすれば生じていたであろう事実経過の解明不能の危険を作り出したのであるから、証明リスクの範囲は、治療過誤の結果の典型性により決定される。しかし、治療過誤の可能性のある結果は、法的カテゴリーにより確かめられるのではなく、医学の知見水準により判断される。それゆえ、ＢＧＨがこの典型性を責任設定的因果関係のような法的カテゴリーを用いて限定しようとするとき、それは適切ではない、と。[104] しかし、このような、両者の区別を否定し、責任充足的因果関係にも証明軽減を及ぼすべきとの批判には、ＢＧＨも第二次損害が治療過誤の典型的結果に対応しているとき証明責任の転換をその第二次損害に及ぼし、他方、学説がその保護範囲の考察に際して非典型的とされる結果損害を排除するとき、両者に大きな相違はないとの指摘がある。[105]

五　判例法理に対する批判

以上のような判例法理は学説では大方の賛同を得たとされるが、[106] 判例法理に対する批判も少なくない。とりわけ判例法理が過誤の重大さにより証明軽減の有無を決することに対しては批判が強い。[107] 過責の程度に応じた段階付けの根拠が実体法にない、[108] 重大な治療過誤という基準により制裁要素が現行法に持ち込まれる、[109] 重大な過誤と単なる過誤は区別が困難であり法的安定性に欠ける、[110] 過誤の重大さは患者の証明の窮状とは関係がなく、重大な過誤の結果はしばしば軽い過誤の有効範囲より良く確認することさえできるのでなおさらである、[111] 義務に違反して治療する医師は解明の障害につ

いて自ら責めを負わなければならないとの考えは（軽）過失が証明されているが、因果関係が否定されるすべての事案に当てはまる[112]、などである。

さらに、証明軽減の根拠を危険の支配可能性に見出す（第二節二2d及び注77参照）シーマンは、その違反が明らかに「重大」として評価されるべきである「初歩的な」水準の遵守だけにより事象経過が現実に支配されうるのではないとする[113]。また、優越的蓋然性への証明度の引下げによる解決を支持するヴァグナーは、立法論として割合的責任を導入することも視野に入れて、軽い過誤は決して健康損害には至らず、重大な過誤が不可避的に損害を引き起こすとすることは非現実的であり、多くの誤った判断を生み出すとする[114]。

しかし、過誤の重大さによる区別を放棄することに対しては、一般的な証明責任の転換は実質的には結果責任に至る[115]、人間の組織は第一にその法益の担い手の領域内にある[116]などの反論がある。

六　証明妨害との相違

重大な治療過誤があるときの証明軽減の法理と証明妨害の法理との区別は、必ずしも明らかではない。バウムゲルテルによれば、事実を解明できない事態が損害惹起事件そのものによって引き起こされたような事例には、「正当にも、圧倒的に、証明妨害の原則は、……適用されるべきではないということが受け容れられている[117]」。近年ではフェルステも、証明妨害は知覚可能な事実についての証拠方法が存在し、または認識しうるが確保されないことを前提とするところ[118]、この前提は、例えば過誤自体は立証されているもののその過誤が当時なお認識しうる何らかの結果を生じさせえなかったときは欠けているとする。この場合、それをおざなりにすることが患者に不利益を与える証拠方法が問題となるのではなく、さらに一歩先に進むことさえしなければならないのであり、社会生活上の義務を負う者は、法益にとっての危

険を制御しなければならないだけでなく、それにより、危険が実現したときに犠牲者となり得る者にとって証明の窮状が生じることを避けもしなければならないということを要求しなければならない、と[119]。しかし、かつての判例の中には、「重度の合併症の場合に細菌学上の検査を行わなかったことを、医師の注意義務違反であると同時に、かつ証明妨害行為であると評価した」ものが存在するとされる[120]。

また他方で、近時の学説には、とりわけ裁判例〔6〕が、「証明軽減」の内容が証明責任の転換であることを明らかにしたことから、両者の法理を効果面から区別しようとするものが見られる。この見解は、個別事案の正義は証明責任の転換よりも証拠評価レベルでの解決により容易に達成されうるとし、証明妨害をした当事者は保護に値しないから、法的安定性の要請は訴訟開始前の確定した証明責任分配を要求しないとする[121]。

判例は、この重大な治療過誤があるときの証明軽減と証明妨害の関係の問題について、態度を明らかにしていない（後出裁判例〔14〕）。

第二章　検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht について

前章までに示したように、重大な治療過誤があるときにはその過誤と生命・身体損害の因果関係に関する証明責任が転換されるとするのが判例法理であるが、その中で今や独立した事案グループを形成するのが検査結果収集義務 Befunderhebungspflicht（又は検査結果確保義務 Befundsicherungspflicht）の違反の事案である。

学説によれば、ＢＧＨは一九八七年に初めて、患者に、検査結果収集義務の違反という独立した形態の下で「証明責任の転換にまで至る証明軽減」を認めた[122]（BGHZ99,391）。

〔14〕BGH一九八七年二月三日判決 BGHZ99,391.

【事実】内科医Yは、一九七八年二月一日に胸の痛みのため診療所を訪れたX_1の心電図及び胸部レントゲン像を作成し、気管支肺炎と診断して抗生物質を処方したところ、二日後にはX_1の状態は著しく改善し、一九七八年四月六日にX_1が診療所を訪れた際には心電図作成の他に検査はしなかった。一九七九年一月五日に強い気管支の痛みのために診療所を訪れたX_1につき、同月一一日に胸部レントゲンを撮影して気管支肺炎の再発と診断し、再度抗生物質で治療した。一九七九年二月八日、Yは、X_1について病的な検査結果を認めなかったが、同月二〇日にX_1の状態が突然悪化したので、肺結核を疑い、同二二日に国立衛生局の検査によりX_1が開放性結核にり患していることが判明した。X_1は数か月以上、療養所で治療を受けたほか、X_1と同居していた二才半のX_2も肺結核にり患していた。Xらから、Yに対して、X_1が最初にYの診療所を訪れた際に肺結核の疑いを除外するための再検査を実施しなかったことなどを理由として慰謝料請求のほか、X_1から財産的損害の賠償請求。原審は、一九七八年二月一日の胸部レントゲン撮影の結果を、X_1が初期の結核にり患したか否か鑑別診断するきっかけとせず、気管支肺炎の鎮静後にさらに検査を行わなかったことを過誤としつつ、鑑定人の供述からは一九七八年春にX_1が既に肺結核にり患していたか否かは未決定のままであり、XはYの治療過誤とXの身体損害の因果関係を証明しなかったとして請求棄却。

【判旨】破棄差戻。

控訴審裁判所は、重大な過誤の法的要件を見誤ることなく、また個別の事案における諸事情の評価に際しての事実審裁判官の判断の自由の余地を超えることなく、重大な過誤を否定した。

しかし、Yは、場合によっては、控訴審裁判所が検討しなかった別の法的視点から原因関連について証明責任を負わされる。「すなわち、本件におけるように、患者の病像を確保することによってのみ得られる、展開する疾病の過

程の性質に関する情報を獲得し、次いでその後の治療に必要な結論を引き出すために、患者の病像を確保する義務を医師が負う場合、患者に対するこの義務の有責な違反は、その違反が同時に患者にとって、さもなければ証拠方法として用いることのできる検査結果がないことからその後の責任訴訟における立証を困難にするか又は妨害するとき、医師にとって訴訟上の不利益をも招来しうる。」

「医師が負う、検査結果を記録する義務の違反のときと同様に（この点につきBGHZ72,132,136ff.〔裁判例〔8〕〕……）、検査結果を確保する際の医師の職業上の義務の違反は、原則として患者により行われるべき、治療過誤と身体損害の間の原因経過についての証明を、後に行う可能性を悪化させる。医師が異常なほど、簡単な診断・検査結果を治療経過のために収集せず、それゆえ、治療経過を明らかにするために必要なデータを用いることができないことについて特に責任を負う事案について、当法廷は、医師の重大な過責により引き起こされた解明不能から既に、責任訴訟における解明の障害が患者の負担となってはならないという結論を引き出した(BGHZ85,212,217〔裁判例〔3〕[123]〕)。まさに予測されるか又は既に進行している訴訟に鑑みて証拠方法を妨害する者だけに、それを理由として証明の不利益が課されるのではない」。「然るべき検査措置により特定の病像を収集する、患者の治療から生じる医師の義務は、確かに第一に治療上の目的を追求するものである。しかし、その義務は、検査結果を記録する義務と同様に、患者の人格権の擁護にも役立ち、患者には医師の治療の経過に関する説明が行われるべきである。確かに、その義務は、将来の責任訴訟に鑑みた直接の保障目的を持つものではない。しかし、実体法上検査結果が確保されるべきであり、それに関して説明が与えられるべき場合、場合によって起きる後の訴訟においてこの義務は度外視されえない。より正確に言えば、証明の負担を負わされた当事者は、解明の確保の義務を負う者に対して、その者が訴訟における証明状況も有責に悪化させ又は妨害したと異議を唱えることができる」。「それが、証明妨害のサンクションとしての証明結

果の擬制か……、それともその結論が、解明を怠った解明義務者が、訴訟において解明の可能性がないことを援用することは、訴訟法においても顧慮されなければならない信義誠実の原則に違反するということから導き出されるのかは、判断のためには、未決定のままでよい」。

もっとも、医師の行態が、過誤と身体損害の因果関係を事後にもはや解明しえないことに寄与するとき、それ故にそれが医師の負担となるとすることは、単に医師が過誤を犯したとの理由から単なる疾病リスクの実現についても医師に責任を負わせることとなる。通常の事例では、患者は治療過誤だけでなく、患者の健康にとってのその過誤の不利益な作用も証明しなければならない。「因果関係の証明を患者のために緩和することが正当なのは、医師の検査措置による検査結果の収集が、患者の症状に鑑みて、状態の解明と確保のために医療上疑いなく必要であり且つ有責に怠られた場合であり、状態確保の義務がまさに患者の主張する経過の高度のリスクの故に負わされていたことから、収集されていたとすれば検査結果の像がそのような経過を解明してもいた蓋然性がある場合だけである」。

鑑定人らは、事後の視点から、一九七八年二月一日のレントゲン撮影が既に肺結核の進行を示していた蓋然性があり、遅くとも一九七八年四月六日の撮影はそのことを明らかにしたか、又は、検査結果が引き続き「不明確」であるときに引き続き検査するきっかけを与えたと考えている。それにより、X_1に有利に、然るべき因果経過が出発点とされなければならないということが自然に想起される(124)。

第一節　検査結果収集義務違反と生命・身体侵害の因果関係に関する証明軽減の要件・効果

一　検査結果収集義務違反の要件

右に見た裁判例〔14〕によれば、患者側は、通常、患者の健康にとっての治療過誤の不利益な作用も証明しなければならない。すなわち、治療過誤としての検査結果収集義務の違反が認められるとしても、そのことにより患者側は、検査結果を収集していれば患者側の主張する検査結果が明らかになっていたとの証明からしか解放されておらず（裁判例〔1〕〔7〕〔12〕も参照）、検査結果を認識・対処していたとすれば損害が生じていなかったであろうとの証明は患者側に課されたままである。患者側が、検査結果収集義務違反と患者の健康侵害の因果関係の証明からも解放される（検査結果を認識・対処していたとしても損害が生じていたであろうとの証明を医師側に課す）には、裁判例〔14〕以降展開された判例法理は、（イ）検査結果収集が医学的に必要であること（要件イ）、（ロ）検査をしていれば対処する義務のある陽性の結果が明らかになった十分な蓋然性のあること（要件ロ）、（ハ）その（検査をしていれば存在したであろう）検査結果を見誤ることが初歩的な過誤によるものであるか、又はその検査結果に対処しないことが重大な過誤によるものであること（要件ハ）という三つの要件を充たすことを要求する（裁判例〔12〕参照[125]）。さらに、判例は、検査結果収集をしないことそれ自体が既に重大な過誤であるときにも、患者側を、検査結果収集義務違反と健康侵害の因果関係の証明から解放する（裁判例〔1〕参照[126]）。以下、前者の要件（イロハ）を「検査結果の蓋然性」要件、後者の要件を「検査結果収集義務違反の重大性」要件と呼ぶこととする。

1　「検査結果の蓋然性」要件とその根拠

学説では、「検査結果の蓋然性」要件の下で過誤と損害の因果関係に関して証明軽減が認められる事案について、重大な治療過誤があるときの証明軽減の下位事案として位置付けるものが少なくないようである[127]。しかし、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減には、その他の重大な治療過誤があるときの証明軽減と比べたとき、二つの特徴が見ら

れる。

第一の特徴は、（重大ではない）単なる過誤による検査結果収集の懈怠のときでも、その他の要件を充たす限り証明軽減が認められる点にある（前出裁判例〔11〕参照）。

この点について学説からは、要件イに関して、裁判例〔14〕が「疑いなく」必要な検査結果収集を怠ったことを要求していることから、そのような検査結果収集を怠ったときは結局、重大な過誤が認められうるとの指摘がなされる[128]。しかし、実際にはこの修辞は、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減を認めるその後の裁判例には見られず（裁判例〔11〕〔12〕参照）、判例はその他の事案でも、「対処の義務のある結果」の蓋然性があれば証明軽減を認める[129]（検査結果収集が「疑いなく」必要であることは、2で後述するように、その後の判例法理では「検査結果収集義務違反の重大性」要件の下での証明軽減において要求される）。また、学説からはさらに、要件ロハに関して、対処する義務のある、すなわち明白かつ重大な検査結果を見誤ること及びこれに対処しないことは通常は重大な治療過誤を意味するとの指摘もなされる[130]が、これに対しては、そのような厳格且つ極端な評価は、とりわけ災害外科部門では、臨床の日常を歪め、また、（必ずしも重過失と同一視されないが）重過失との明白な近さを示す重大な過誤が認められるときの医師に対する使用者からの求償の問題も考慮されるべきとの指摘がある[131]。

「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減と重大な治療過誤があるときの証明軽減が、この第一の特徴（単なる過誤があるとき証明軽減）において区別されるとすれば、「重大な」過誤の基準値に達する前、つまり必要な検査結果の収集の懈怠が「重大」と性質決定されえないときに証明軽減が認められる点に、検査結果収集義務の独立した意義が認められることとなる[132]。

「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減の第二の特徴は、対処する義務のある陽性の結果が明らかになった蓋然

性（要件ロ）が要求される点である。裁判例〔14〕によれば、「状態確保の義務がまさに患者の主張する経過の高度のリスクの故に負わされていたことから、収集されていたとすれば検査結果の像がそのような経過を解明してもいた蓋然性がある場合だけ」、証明軽減が認められることとなる。

この第二の特徴につき、かつての裁判例の中には、検査結果が明らかになった蓋然性（要件ロ）ではなく、原因関連（因果関係）の蓋然性を要求するものが見られた（裁判例〔5〕参照）。ここに判例法理の変遷を見出すことができよう。すなわち、現在の判例法理によれば、原則として患者は証明軽減により、必要な検査結果が得られていたときにその患者が置かれていたであろう地位よりも良い地位に置かれるものではない（裁判例〔1〕参照）。証明軽減は、要件ロが充たされることにより、検査をしていれば対処する義務のある結果が示されていたであろうとの推定に及ぶが、そこまでにしか及ばない。検査結果の評価や対処の誤りが患者の損害の原因であることの推定にまで証明軽減が及ぶには、重大な過誤が推論されうること、つまり要件ハを充たすことが必要である[133]。しかし、重大な過誤が推論されうるとしても、そのことから当然に原因関連の蓋然性（重大な過誤がなければ結果が回避された蓋然性）が認められるのではない。結果回避の可能性が例えば一〇％程度しかなくとも、当該措置を講じないことが重大な過誤と考えられる場合が存在することを、否定しえないからでる。したがって、現在の判例法理は、原因関連の蓋然性がなくとも証明責任の転換を認めるものと言えよう[134]。このような理解は、裁判例〔6〕が、鑑定人が原因関連の蓋然性を一〇％としたにもかかわらず証明軽減を認めたこととも平仄が合う[135]。

以上のような特徴、とりわけ第一の特徴の下で証明軽減が認められることの根拠について、学説からは、患者の病像に関する十分なデータを確保しなければならない医師が、訴訟においてその免責のためにそのデータがないことに依拠

しようとすれば、そのことは信義則に反するなどと説明される[136]。しかし、このような理由付けは、重大な治療過誤があるときの証明軽減の根拠として禁反言を挙げる見解（第一章第二節二2c参照）を超えるものではない。

2　「検査結果収集義務違反の重大性」要件

検査結果収集の懈怠が「重大な」過誤と見られるとき、重大な治療過誤があるときの証明軽減に関する一般原則に従い、同様に証明軽減が認められうる。すなわち、適切な対処を可能とした医学的に必要な検査結果収集をしなかったことに重大な過誤があり、そのことが、一般に、発生した種類の損害を引き起こすのに適するとき、検査結果収集義務の履行が発見するものとされていたリスクが実現したのではないこと、又は過誤と損害の原因関連の蓋然性が極めてないことを医師が証明しない限り、証明責任が転換される[137]。

どのような場合に検査結果収集の懈怠が「重大な」過誤と見られるかとの点については、裁判例はこれを「医学的に疑いなく必要な」検査結果収集を怠った場合としており（裁判例〔1〕[138]〔4〕参照[139]）、下級裁判例には、医学の標準的教科書において勧められ且つ太字で強調される検査結果収集を医師が怠る場合などとするものも見られる[140][141]。

二　検査結果収集義務違反の効果

前述のように、「検査結果の蓋然性」要件、又は「検査結果収集義務違反の重大性」要件の下、検査結果収集の懈怠と患者に生じた生命・身体損害の因果関係に関する証明軽減が認められる。そして、とりわけ重大な治療過誤があるときの証明軽減につきその効果が証明責任の転換であることを明らかにした裁判例〔6〕以後、過誤がなかったとしても現実に生じた損害と同じ損害が生じていたであろうことの証明が医師側に課される。

このような判例法理に対して、学説からは、先に見た重大な治療過誤があるときの証明軽減に関する議論に照らし、証明度引下げの方向で判例実務を変更すべきとの異議が唱えられることが考えられよう。

さらに学説では、懈怠された検査の性質に応じた区別が主張される。すなわち、ニクスドルフは、検査結果収集の懈怠から患者の生命・身体損害にまで至る因果の鎖の中で証明軽減がどの程度広く、つまり鎖のどの構成要素に至るまで与えられねばならないかは、その鎖がどの程度医師により持ち込まれた解明困難により打撃を加えられているかに左右されるとの認識の下、以下の区別をする。確かな輪郭を持った検査結果が蓋然性のあるものとして擬制される（例えば、レントゲン検査により縫合不全が明らかになったであろう）とき、鎖のこの構成要素から後は解明の困難はもはや作用しえない。このとき状況は現に存在する検査結果に鑑みて相当な治療をしない場合と異ならない。その場合、患者は、その検査結果に対する対処の要否、対処の方法、適切な治療が損害を防止していたか否かについて証明責任を負う。それに対して、変動幅の大きい検査結果の蓋然性があり（例えば、伝染病の経過の鍵となるデータ全体が欠けている）、その検査結果に対する医師の対処の必要性が具体的な検査結果に左右されるとき、治療が功を奏しなかったことを医師が証明しなければならない。この場合、検査結果から治療措置を経て患者に生じる結果にまで至る因果の鎖の構成要素においても解明困難について医師が責任を負うことから「さらに先を行く証明軽減」が生じる[142]。

もっとも、このニクスドルフの見解に対しては、判例法理では、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減が認められるために、検査をしていれば存在したであろう検査結果に対処しないことなどが重大な過誤によると見られることが要求される（要件ハ）ことから、判例も、確かな輪郭を持つ検査結果が明らかになっていたであろう事案において直ちに証明軽減を認めるわけではないとの指摘が可能であろう。結局、実際にはニクスドルフの見解と判例法理との間に大差は生じないものと言えよう。

三　判例法理に対する批判

以上のような判例法理に対して、学説では二方向からの批判がなされる。

第一の批判は、検査結果収集が行われなかったことに特別なサンクションを課す根拠は存在しないとして、（重大ではない）単なる過誤による検査結果収集の懈怠があるに過ぎないときに証明軽減を認めることに反対するものである。フェルステは、検査結果が収集されないことは他の過誤より危険をはらむものではなく因果関係の証明をよりひどく困難にするのでもない、どうして証明軽減が、医師が移植組織を定期的に交換するのを忘れたのか（重大な過誤が必要）、それとも再検査し忘れたのか（あらゆる過誤で十分）にも左右され、前者の場合には証明軽減のために重大な過誤が必要であり、後者の場合にはあらゆる過誤で充分とされるのか理解できないなどとする[143]。さらに、フェルステは、過誤は、検査結果が実際に収集されていた場合にだけ起きえたのであり、検査結果収集がなければ検査結果を見逃すことは過誤たりえず、ＢＧＨが擬制された重大な過誤にサンクションを与えることは、現実の治療過誤だけを手掛かりとするその他の裁判例に反すると共に、一般的な因果関係の推定を拒絶した立法者意思[144]に反するとする[145]。

第二の批判は、反対に、検査結果収集の重大な懈怠があるときにだけ証明軽減を認めることは不十分であるとするものである。ギーセンは、判例が証明軽減を、検査結果の収集が「疑いなく」必要であり、収集されていたとすれば病像が患者の主張する原因経過を解明していた蓋然性があることに係らしめているとの前提の下[146]、ＢＧＨは、医師が検査結果確保の義務を、契約からも患者の人格権を守るとの理由からも負わされていることを充分に考慮しておらず、「疑いなく」必要か否かは医師の裁量のみに左右されるものであり肝心ではないとする。さらに、ギーセンは、検査結果が過責により確保されなかった事案で証明責任の転換がなければ、それにより打撃を被る患者は責任訴訟で二重に侵害されるとする。つまり、患者は、過誤と侵害の責任設定的因果関係を証明しなければならないとの伝統的困難に直面するほ

か、彼の責めによらない理由から医師による十分な記録という形での事実基礎を用いることができないと批判する(147)。

このギーセンの批判は、「検査結果収集義務違反の重大性」要件の下での証明軽減（だけを認めること）に関する批判と見られるが、検査結果の収集が懈怠されるとき、それにより打撃を被る患者側は二重に侵害されるとする点は、「検査結果の蓋然性」要件の下での証明軽減が問題となる場面にも妥当しよう。つまり、このギーセンの立場を貫けば、検査結果収集の懈怠が問題となるときには、その検査から、それを見誤ること又は対処しないことが重大な過誤と見られる結果、換言すれば、明白かつ重大な検査結果が生じていた蓋然性があるか否かにかかわらず、患者は二重に侵害されることとなるから、明白かつ重大な検査結果が生じていた蓋然性がなかったとしても、患者には証明軽減が認められるべきこととなろう。

第二節　他の証明形態との関係

一　証明妨害との関係

前述のように（第一章第二節六参照）、かつての判例の中には、「重度の合併症の場合に細菌学上の検査を行わなかったことを、医師の注意義務違反であると同時に、かつ証明妨害行為であると評価した」ものが存在するとされる。しかし、その後の裁判例〔6〕は、検査結果収集の懈怠があるときの証明軽減と証明妨害の関係につき未解決のままとし、学説では、検査結果収集の懈怠と証明妨害の事案を区別すべきとの見解が強いようである。

例えばフェルステは、前述のように（第一章第二節六参照）、重大な治療過誤があるときの証明軽減と証明妨害の関係につき、証明妨害の規範が重大な治療過誤の事案に及ぶことを否定し（重大な治療過誤は、証明責任の転換のような

重大な効果を持つ法の継続形成の十分な根拠ではないとする[148]）、検査結果収集の懈怠にも証明妨害の法理は及ばないとする。その理由につき、フェルステは、検査結果収集の懈怠に証明妨害の法理を及ぼすとき、責任規範が事柄に反して切り詰められる、検査が怠られたのかそれとも治療が怠られたのかは責任法上重要ではない（検査結果収集の懈怠の場合に医師側に軽い過誤しかなくとも証明軽減がなされるのに対して、治療過誤の場合には重大な過誤がないと証明軽減されないことは不均衡）とする[149]。

二　診断の過誤との関係

必要な検査結果が完全に収集されたが、誤って解釈された場合、診断の過誤が認められる。これに対して、誤った診断によりその後の必要な検査結果が収集されない場合、ＯＬＧ（地方上級裁判所）の裁判例は、圧倒的に、診断の過誤の事案として取り扱うものとされ[150]、ＢＧＨもこれを明示的に認める（裁判例〔13〕のほかBGH NJW2011,1672f.）。学説も多くは、このような裁判実務と同様、誤った診断によりその後の必要な検査結果が収集されない場合には、原則として診断の過誤を認める（検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題としない）ようである[151]。

〔15〕BGH二〇一〇年一二月二一日判決 NJW2011,1672f.

【事実】Ａは、Ｙの経営する病院で半月板の手術を受ける準備として麻酔科医Ｂによる指示に基づき肺のレントゲン撮影を受けたが、Ｂはレントゲン写真の読影の際に病巣に気付かなかった。半月板の手術は成功したが、約一年後Ａの右肺に腺癌が確認され、その後Ａは死亡した。Ａ（Ａの死後はＡの相続人Ｘ）から、Ｙに対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。原審は、検査結果収集の過誤を認めて請求認容。

【判旨】破棄差戻。

患者の健康が、医師のあらゆる行為の最上位の要求と指針なので、医学的に必要がないが、例えば特に念のため指示された検査の結果も、職業に特殊な注意義務を医師に負わせる。しかし、「検査結果収集の過誤が存在するのは、医学的に必要な検査結果の収集が行われないときである。それと異なり、医師が収集されたか又はその他に存在する検査結果を誤って解釈し、それゆえ彼の専門領域の職業専門的な視点から―治療上または診断上―必要な措置を講じない場合には、診断の誤りが存在する。……診断の過誤は、客観的に適切な診断をしていればなお別の検査結果が収集されるべきであったことによっては、検査結果収集の過誤とはならない」。

「診断の誤りについて証明責任の転換が考えられるのは、過誤が重大と評価されうるときだけある。……診断の誤りが、その後の原因経過の解明不能のリスクを治療する側に負担させうる、医師の技術準則に対する重大な違反と判断されうるものとする基準値は、診断をする際に稀ではない不確実性のため、高く設定されなければならない」。

診断の過誤が先行する場合に、検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題としないことの背景には、第一に、診断の過誤が重大な過誤か否かを判断する際の基準値の問題がある。すなわち、裁判例及び学説では、診断の過誤について、「それを越えると診断の誤りが、後にその後の原因経過の解明不能のリスクを負わされるに至りうる医師の技術準則に対する重大な違反と判断されるべき基準値は、高く設定され」なければならないことが一般に認められている(152)。なぜなら、適切な検査結果を得るために様々な技術的補助手段を用い得ることを考慮しても、人間の生体組織の多様性の故に同一の病気の徴候も異なる形で現れうるから、疾患の症状は常に明白なわけではなく様々な原因を示唆しうるので、診断の錯誤は、しばしば医師の非難可能な振る舞いの結果ではなく、治療過誤として評価することは慎重にしか

できないからである。[153] 従って、診断の過誤が先行する場合に、検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題として医師側に不利な形で証明軽減をするとすれば、そのことは「正しい診断の難しさの故に存在する責任を免れる特権 Haftungsprivilegierung の裏をかいて効果を失わせ」ることを意味するとされる。[154] このことはまた、患者のために存在する、診断に際しての医師の裁量（例えば、患者にとって負担となる検査を選択しないなど）が狭められることを意味する。[155] その他に、カルマシンは、診断の誤りが存在する場合、医師は（正しくない）診断に基づいて彼の視点からは不必要な措置を避けたのであるから、検査結果収集をしなかったことを診断の過誤に対して独自の又は追加的な過誤と見ることができないとする。[156][157]

もっとも、以上のように、診断の過誤のためにその後の検査結果収集が行われなかったとしても、そもそもその診断の過誤が、検査結果収集が不充分であったことに基づくときには事情は異なる。例えば、ハーガーは、症状が明白ではないときには原因がより良く解明されるまで診断が続けられなければならず、医師には少なくとも診断を早期に中断したことを非難しうるとする。[158]

従って、検査結果収集の懈怠と診断の過誤のいずれが問題とされるべきかの分岐点は、少なくとも理論的には、診断の過誤が先行するのか（検査結果収集が十分に行われていたが、その評価を誤ったときであり、この場合には診断の過誤だけが問題とされる）、それとも検査結果収集の懈怠が先行するのか（検査結果収集が十分に行われていなかったにもかかわらず診断を下し且つその後その診断の再検証をしなかったときであり、この場合には検査結果収集の懈怠が第一に検討される）にあることとなろう。ただし、診断と病像の把握のための検査が、診療実務の中で交互に、或いは並行して行われるのが常であることに照らせば、現実には両者の区別に多大な困難が伴うことが考えられる。[159]

三　資料整備義務 Dokumentationspflicht との関係

かつてBGHは、疾患に関して医師が作成する資料を、単に医師の「記憶の補助手段」に過ぎないとして、患者に対する医師の資料整備義務を否定していた。しかし、その後、裁判例〔8〕が、患者に対する医師の資料整備義務とその違反を理由とする証明軽減を認めるに至り、これらは今日では一般に認められている[160]。

学説では、この資料整備義務と検査結果収集の懈怠の関係につき、とりわけ必要な検査結果を記録した資料が存在しない（医師側から提出されない）事案につき、資料整備に対して時間的に先行する検査結果収集それ自体を怠ることは、資料整備を怠ることとは区別されるとする指摘[161]も見られるが、両者は密接に類似するとされる[162]（裁判例〔3〕も参照）。すなわち、患者は、診察を受けた当時作成されたレントゲン写真や心電図がなくなった場合、それらが作成されていなかったときと同じように、その当時疾患の徴候を医師が認識しえたか否かを事後に解明することができない[163]。

もっとも、判例は、資料整備義務違反それ自体は請求権根拠を成さないとする[164]。つまり、検査結果収集の懈怠の場合と同様、資料整備義務違反があることから直ちに患者に生じた生命・身体侵害との因果関係に関する証明が医師側に課されるのではなく、証明軽減[165]は、記録されなかった措置が行われなかったことにしか及ばない[166]。その過誤が重大と評価されうるか、又は特別な検査結果収集義務の違反であるとき、例外的に、証明軽減が因果関係の証明にも及ぶ（裁判例〔9〕参照[167]）。判例は言わば、資料整備義務違反を理由とする証明軽減の結果として検査結果収集の懈怠を前提とし、これを出発点として検査結果収集義務に関する判例法理を当てはめている。

理論上は以上のように説明される両者の関係であるが、訴訟においては、資料整備の懈怠の事案か、それとも検査結果収集の懈怠の事案かは、とりわけ裁判官及び原告患者側にとっては必ずしも明らかではないであろう。いずれの事案においても、被告医師側が検査結果収集を怠ったことを認めない限り、医師側から、レントゲン写真や心電図などが証

拠資料として提出されないことを端緒として医師側の懈怠が問われるからである。

第三章　検討―不作為不法行為としての検査結果収集の懈怠の視点から―

第一節　検査結果収集義務違反があるときの因果関係認定の判断要素

第一章で見たように、ドイツの医療過誤裁判の実務では、①重大な治療過誤の存在、②当該重大な治療過誤の損害適性、③過誤と発生した損害の違法性関連を要件として、医療過誤と患者に生じた生命・身体侵害の間の因果関係に関する証明軽減、とりわけ証明責任の転換が認められている（第一章第二節一参照）。そして、その根拠につき、ＢＧＨ判例は、衡平、原因の範囲が過誤によって広げられ又はずらされたことの補償、信義則を挙げる（第一章第二節二１参照）ほか、学説にもその根拠として禁反言を強調するものが見られ（第一章第二節二２ｃ参照）、その根底には、判例同様、衡平の思想があると言える。

しかし、それに対して、学説の中には、判例のような「衡平」を基礎とする理解を積極的に評価しつつ、輪郭のない衡平判例に堕すことを防ぐために付加的な論拠が必要だとして、その付加的論拠を、実体法と手続法の相関性・証明軽減と責任厳格化の密接な類似性から、実体法上の義務に即した証明リスクの分配、すなわち危険増加及び事象経過の支配可能性の視点に求める見解も見られた（第一章第二節二２ｄ参照）。このような見解の嚆矢であるフォン・バールは、とりわけ通常は診断的性質を有する基本的方法を用いないことに危険の支配（回避）可能性原理の充足[168]を、診断上の標準的措置を怠ることに危険増加原理の充足を見出し、社会生活上の義務の成立根拠を証明軽減の問題へと伸長すること

を主張する。そして、これを敷衍するカッツェンマイアーは、証明責任の転換には、医師が患者を治療に通常伴うリスクと比べて高い危険にさらしたことが確実でなければならないとして、証明責任の転換の前提として危険増加を要求すると共に、事象経過が初歩的な職業上の義務の遵守により支配されえたにもかかわらず発生した損害が医師に帰責されるとして、危険の支配可能性をも要求する。

本稿が取り扱う検査結果収集の懈怠の事案を、不作為不法行為の視点からとらえるとき、医師の検査結果収集の不作為と患者に生じた生命・身体侵害との間の因果関係は、「仮に作為義務を遵守していれば・何らかの原因から法益侵害に向かう因果系列の進行を阻止しえたであろうかぎりで、肯定すべきものといえよう」[169]。この因果系列の進行阻止という視点は、右に見た、ドイツの学説の一部において因果関係に関する証明責任の転換の要件とされる危険の支配可能性という視点と一致する。このことは偶然ではなかろう。不作為不法行為の因果関係が観念的・評価的なものとならざるを得ないとき、因果関係の立証がなされ因果関係要件が充たされているとの評価を支えるものは、現実に発生した結果を帰責させるに足る事情でなければならない。この、現実に発生した結果を帰責させるに足る事情を要するとする点は、立証の尽きたところに生じるとされる証明責任規範の問題の検討に際しても、斟酌されて何ら不思議はない。これらの、現実に発生した結果を帰責させるに足る事情（危険の支配可能性など）が存在するとき、ドイツの一部の学説では、（因果関係に関する裁判官の心証が得られないとしても）証明責任の転換により、因果関係が充たされていることをさしあたりの出発点として（反対事実の証明は被告医師側がなすべきこととして）事案が処理されるものとされる。このとき、一方を実体法（不作為不法行為の因果関係の存否）の問題、他方を、立証の尽きたところに生じる証明責任規範（検査結果収集義務違反があるときの証明責任の転換）の問題として、つまり両者を局面が異なる問題としてとらえ、後者の場面での考慮要素を無視することは、皮相な見方に過ぎない。後者の場面での考慮要素は、前者の場面で不作為不法行

為の因果関係判断に際し直接に参酌されうるものであり、そして参酌されるべきものであろう。(170)

以上のような見方ができるとすれば、検査結果収集の懈怠のような不作為不法行為において、被告医師側による危険の支配可能性及び危険増加という要素が充足される限り、相当程度の可能性の侵害に止まることなく、過誤と患者に生じた生命・身体侵害の間の因果関係を認めることができ、かつ認めるべきだということができよう。そして、まさに検査結果収集の懈怠という不作為不法行為に限って言えば、危険の支配可能性及び危険増加という要素は、原則として充足されているものと見ることができる。なぜなら、(初歩的なものであれそうでないものであれ)治療上の規則の遵守、つまり検査結果の収集とそれに続く診断・治療が現に生じた生命・身体損害を回避していた可能性がある(規則違反という過誤の損害適性がある)限り、医師側は実現した危険の支配可能性を有していたと言うことができ、また、検査結果収集とそれに続く診断の懈怠は、フェルステの見解とは異なり、それにより、疾患のリスクを覆い隠し、加害者たる医師を信頼する患者から、適切な治療を受ける機会自体を奪うことから、患者を受診前よりも高い危険にさらす(患者の危険を増加させる)と言うことができるからである。すなわち、カッェンマイアーが要求する、医師が患者を治療に通常伴うリスクと比べて高い危険にさらしたとの前提が、検査結果収集の懈怠の事案では原則として充たされているといえる。とりわけ、この危険増加の視点は、過誤と患者に生じた生命・身体侵害の因果関係が必ずしも明らかではない事案において、相当程度の可能性の侵害を認めるにとどまるか、それとも因果関係が証明されたものとして身体・生命侵害を認めるかを決する際の、決定的な視点となるものと考えられる。

なお、ドイツでは、因果関係の証明責任の転換の有無を決するに際して、前述のように支配可能性及び危険増加の視点を重視する見解に対しては、裁判例〔6〕が、鑑定によれば原因関連の蓋然性が一〇%しかない事案について証明責任の転換を認めていることから、証明責任の転換を支配可能性及び危険増加の視点に関連付けることに否定局な見解が

見られる。[171] しかし、ここで問われるべきは、危険の支配（回避）「可能性」であり、回避の蓋然性（そしてさらに、対処する義務のある検査結果が明らかになっていた蓋然性）ではない。もちろん、回避の蓋然性（又は対処する義務のある検査結果が明らかになっていた蓋然性）が高ければ高いほど危険の支配可能性原理の充足度は高く、それだけいっそう容易に証明責任の転換という効果が生じえよう。しかし、原理相互が補完し合うものだとすれば、危険の支配可能性原理の充足度が低くとも、危険増加原理の充足度が高ければ、同様に証明責任の転換という効果は生じうる。[172] 従って、裁判例〔6〕が、過誤がなければ結果が回避されていた蓋然性が一〇％しかない事案でも、検査結果収集義務の違反を理由として証明責任の転換を認めたことと、証明責任の転換を支配可能性及び危険増加の視点に関連付けることは矛盾しない。同様に、原因関連の蓋然性が一〇％程度しかない事案で、危険の支配可能性及び危険増加の視点に基づいて因果関係の認定を行うことは矛盾するものではなかろう。

第二節　他の証明形態との関係について

最後に、他の証明軽減の手法との関係について簡単に触れておくこととする。

まず、検査結果収集義務違反に基づく因果関係の認定と、証明妨害を理由とする証明軽減の関係であるが、フェルステが指摘するように（第一章第二節六）、検査結果収集の懈怠をもって証明妨害と見るとき、そのことは、医師側の注意義務の規範目的として、潜在的犠牲者の証明窮状の回避を措定することとなろう。しかし、その場合、医師としては、将来提起されるおそれのある損害賠償請求訴訟に備えて、その医学的必要性を別として、検査結果収集・資料整備に努めなければならなくなり、診断・治療に際しての医師の裁量を不当に制約するおそれがある。[173] 患者に生じた生命・身体

侵害を、検査結果収集の懈怠を理由として医師へ帰責するには、当該検査結果収集が医学的に見て必要である場合に限られるべきである。

次に、診断の過誤との関係であるが、既に述べたように（第二章第二節三参照）、現実には両者の区別は困難であるとしても、少なくとも理論的には、診断の過誤が先行するのか（この場合には診断の過誤だけが問題とされる）、それとも検査結果収集の懈怠が先行するのか（この場合には検査結果収集の懈怠が第一に検討される）に応じた区別がなされるべきであろう。なお、この点につき、診断の過誤は、多くは病像を十分に把握しえないことから生じるとすれば、多くの場合にその前段階として検査結果収集が不十分であることが考えられるので、診断の過誤だけが問題となる場面はほとんどないとの異論が唱えられるかもしれない。しかし、充分な検査結果を前にして医師が診断を誤る場合が存在しうることは別としても、診断措置の選択等に際しての医師の裁量に鑑みれば、非難しえない不十分な検査結果収集に基づいて診断を誤ることも少なくないと考えられよう。その際、医師は過剰な診断法を用いてはならず、例えば切開を伴うような、患者にとっての重大なリスクと結び付けられている診断措置は、その相当性を注意深く考慮した後にのみ行うことが許されるというように、過剰な診断法の実施はそれ自体治療過誤であるということが顧慮されるべきである[174]。

最後に、資料整備義務との関係であるが、訴訟においては、被告医師側が検査結果収集を怠ったことを認めない限り、医師側から、レントゲン写真や心電図などが証拠方法として提出されないことを端緒として医師側の懈怠が問われることから、資料整備の懈怠の事案か、それとも検査結果収集の懈怠の事案かは、とりわけ裁判官及び原告患者側にとっては必ずしも明らかではなかろう。この場合に、資料整備の懈怠から検査結果収集の懈怠を導きだしうる点に、資料整備義務の検査結果収集義務から独立した、しかしこれと接合する意義を見出すことができよう。

結語

以上に見た、検査結果収集義務違反を理由とする医師側への帰責について、ドイツでは、これが受け皿としての構成要件 Auffangtatbestand として機能することに対する警戒感が見られる[175]。しかし、医学的に見て必要な検査結果収集を怠るとき、医師が、加害者たる医師を信頼する患者から、適切な治療を受ける機会自体を奪うことにより、患者を受診前よりも高い危険にさらすことに鑑みたとき、必要な「受け皿」ということができよう。もっとも、ここで提示した結論は、医療過誤訴訟全般に関するものではなく、あくまで検査結果収集義務違反の事案に関するものである。医療過誤訴訟におけるその他の不作為事案、さらに作為事案についてはなお検討を要しよう。その検討には、「病的状態に関する危険制御力が制約されている場面にまで責任成立を前進させて医師に割合的責任を負わせる[176]」ことの是非も含まれよう。

（1）最判平成一二年九月二二日民集五四巻七号五七八頁、最判平成一五年一一月一一日判タ一一四〇号八六頁、最判平成一六年一月一五日判時一八五三号八五頁、最判平成一七年一二月八日判タ一二〇二号二五九頁参照。

（2）BGBl. I 2013.S.277.

ＢＧＢ六三〇ｈ条五項　重大な治療過誤が存在し、この過誤が原則として、実際に発生した種類の生命、身体又は健康の侵害を引き起こすのに適している場合、治療過誤がこの侵害の原因であったことが推定される。治療する者が、医学的に必要な検査結果を適時に収集し、又は確保することを怠った場合、その検査結果が、別の措置のきっかけを与えた結果をもたらしていた限り、及び、そのような措置の不作為が重大な過誤によるものであった場合にも、同様である。

同条は、直接には契約責任に関わるものであり、不法行為責任を規律対象としていない。連邦政府草案理由書（BT-

Drucksache 17/10488）の紹介・検討を行うWagner,VersR2012,789,801は、この点に関して、契約責任としての医師責任と不法行為責任としての医師責任が併存すると共に、将来、六三〇h条では不可能な証明軽減の継続発展が、同条の規律対象とならない不法行為責任において認められる可能性を指摘する。

他に、新たな医療契約法の紹介・検討を行うものとして、G.Mueller,FS Lorenz, 2014,S.667などがあるが、立法過程とそこにおける議論、及びその後の議論は、別稿で紹介したい。

（3）Vgl.etwa Wagner,in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§705-853, 6.Aufl., 2013（以下 MünchKomm/Wagner）, §823 Rz.847ff., insbes.853.

（4）ドイツにおける重大な治療過誤があるときの証明軽減について我が国では既に、中野貞一郎『過失の推認　増補版』（弘文堂、一九七八年）二二六頁以下、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況（五）」ジュリ五〇一号九〇頁、春日偉知郎「医療過誤訴訟における証明責任」一橋論叢七四巻六号七四頁以下、吉野正三郎（編著）『ドイツ民事訴訟法の新展開』（晃洋書房、一九九一年）九九頁以下、Gottfried Baumgärtel／三上威彦（訳）「民事訴訟における証明妨害」判タ五八五号一八頁以下、同「医師責任追及訴訟における証明責任分配の交錯」民事訴訟法雑誌二七号六四頁以下などに紹介・検討がある。本稿では、これらの先行業績との重複をできるだけ避けるため、裁判例については、検査結果収集義務に関わるものを中心として、基本的に近時のものだけを本文において取り扱うこととした（もっとも、本稿で取り扱う裁判例は必ずしも網羅的なものではない）。

（5）ドイツにおける証明妨害に関する議論について我が国では既に、本間義信「証明妨害」民商六五巻二号三頁以下、春日偉知郎「証明妨害をめぐる近時の動向（上）（中）（下）」判タ四二二号九頁以下、四一三号一七頁以下、四一四号二三頁以下（同『民事証拠法研究』〔有斐閣、一九九一年〕一九一頁以下に所収）、ゴットフリート・バウムゲルテル＝三上威彦（訳）「民事訴訟における証明妨害」判タ五八五号二二頁以下、ペーター・アーレンス＝松本博之（訳）「民事訴訟法の体系における証明妨害について」民商八七巻一号一頁以下などに紹介・検討があるほか、ドイツにおける証明妨害論の沿革については林昭一「戦前期ドイツ法における証明妨害論の生成と展開（一）（二・完）」民商一二六巻三号五八頁以下、一二六巻四・五号二一六頁以下がある。

（6）Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S.420 ; Spickhoff, in : *Bürgerliches Gesetzbuch : Kohlhammer-Kommentar*, §§823-853,

13.Aufl., 2005（以下Soergel/Spickhoff), §823 Anh. I Rz.218 ; Hager, in : *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.* Buch2. §823 E-I, 824, 825, 13.Aufl., 2009（以下Staudinger/Hager), §823 Rz.144 ; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.841 ; Katzenmeier, in : Nomoskommentar *BGB Schuldrecht,* Bd.2/2, 2.Aufl., 2012（以下Dauner-Lieb/Katzenmeier), §823 Rz.420.

（7）Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.38 ; Staudinger/Hager, §823 Rz.145 ; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.843. 反対するものとして、Stoll, FS v.Hippel, 1967, S.554.

連邦通常裁判所（ＢＧＨ）一九八〇年一月二二日判決NJW1980,1333. 悪性腫瘍の疑いで扁桃腺切除術を受けた（その後甲状腺炎であることが判明）後に声帯麻痺が生じたXからY_1病院及び手術を執刀した主任医師Y_2に対して、治療過誤（手術の際の反回神経の損傷）及び説明義務違反を理由とする損害賠償請求。扁桃腺手術の際の反回神経の損傷は医師が確実には回避しえないリスクであり、医師の行為に典型的な、成功の保証を不可能とする事情はＢＧＢ二八二条（現行二八〇条一項二文）の適用又は準用を否定する理由に含まれるとして、原審の請求棄却判決が治療過誤について証明責任の転換を認めなかった点を維持（ただし、Yらの説明義務違反を認めて破棄差戻）。

（8）Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung,* S.421 ; Staudinger/Hager, §823 Rz.143.

（9）Musielak, JuS1983, 611 ; Musielak/Stadler, *Grundfragen des Beweisrechts,* 1984, Rz.263. ゃらに、Laufs/Kern, in : Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts,* 2010（以下Laufs/Kern), §107 Rz.12 は、突発的な出来事が、人間の生体の予測不能性から運命的に生じたということを個別の事案において証明するため、医師が記録又は証人によりその行為の詳細を全て確保しなければならないとすれば、そのことは医師の侵襲の有効性と迅速性を奪うとする。

（10）Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.218 ; Staudinger/Hager, §823 Rz.143.

（11）Laufs/Kern, §107 Rz.8.

（12）Katzenmeier, *Arzthaftung,* S.421 ; Musielak, JuS1983, 611 ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.261.

（13）Musielak, JuS1983, 611 ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.261.Vgl.auch Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.216.

（14）連邦憲法裁判所一九七九年七月二五日決定BVerfGE52, 131, 155, 156f. 悪性腫瘍の疑いで左リンパ腺切除術を受けた（その後良性の嚢胞であることが判明）後に副神経の麻痺による左肩の運動制限が生じたXから病院設置者Y_1及び執刀医Y_2に対して、治療過誤（手術時に副神経を誤って切断したこと）及び説明義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟において、

腫瘍部分の組織に関する詳細な記述が手術報告書にないことを理由とする治療過誤に関する証明責任の転換を否定し、原告による治療過誤の証明を認めなかったＯＬＧ判決につき、原告からなされた憲法異議。四名の裁判官が憲法異議を棄却（ただし、個別の事案の全諸事情から通常の証明責任の分配を患者に期待してよいかが検討されなければならないとし、本件では基本法上も命じられている公正な手続きのルールが遵守されていないとする同数の裁判官の反対意見有）。中野貞一郎「医療過誤について」法教二六号九頁以下に本判決の紹介がある。

（15）Soergel/Spickhoff,§823 Anh. I Rz.223.

（16）Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.423.

（17）ライヒ裁判所一九四三年五月一七日判決 RGZ171, 168, 171. 白内障の手術を受けた後に視力が低下して早期退職したＸから執刀医Ｙに対する治療過誤（通院治療をしたこと）等を理由とする損害賠償請求。治療と失明の間の因果関係に関する証明責任の転換を認めた原審判決を、「適切な利益考量が、個別の事案において、医師の有責性により侵された過誤が原因又は共同原因であることに関してその医師が免責立証しなければならないということを要求することがある」として維持（上告棄却）。吉野・前掲注（4）一〇三頁以下に本判決の紹介がある。

（18）例えばＢＧＨ一九五九年四月二八日判決 NJW1959, 1583. モルヒネの過剰投与による患者の死亡。患者の循環状態の検査の懈怠と死亡の間の因果関係の証明を否定した原審判決を、この懈怠と過剰な薬量の投与を全体として見れば被告に対する有責性非難は重く、「有責に重大な治療過誤を犯し」たときは因果関係についての証明責任が転換されるとする。春日・前掲注（4）七五頁に本判決の紹介がある。

（19）Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.440. カッツェンマイアー曰く、この表現の変遷の裏には「最初の、主観的基準（特別な過責）を考慮の中心に置くことから、今日通常に行われている客観的視点（重大な過誤）を手掛かりとすること〈の展開」がある。Vgl.auch Katzenmeier,FS Laufs,2006,S.911.

（20）Vgl.BGH NJW1962, 959（水泳教師事件）. 中野・前掲注（4）一三七頁に本件の紹介がある。

（21）Staudinger/Hager, §823 RzI60 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.449 ; ders, in : Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6.Aufl., 2009（以下 Laufs/Katzenmeier）, XI Rz.72.

（22）Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.441f. ; Laufs/Katzenmeier, XI Rz60.

（23）Vgl.auch BGH NJW1983, 2080 ; NJW1992, 754=VersR1992,238 ; NJW1995, 778=VersR1995, 46 ; NJW1997, 798 ; NJW1998, 1782=VersR1998, 585 ; NJW1999, 862=VersR1999, 231 ; NJW2001, 2792=VersR2001, 1030 ; NJW2001, 2794=VersR2001, 1115 ; NJW2001, 2795=VersR2001, 1116 ; NJW2011, 3442 ; NJW2012, 227=VersR2012, 362.

（24）G.Müller, NJW1997, 3052 ; Laufs/Kern, §110 Rz.11 ; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.849 ; Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 6.Aufl., 2009（以下 Geiß/Greiner）, Rz.252.

ＢＧＨ二〇一一年一〇月二五日判決NJW2012, 227, 228=VersR2012, 362, 363. 真夜中に胸の痛みを訴えて被告Ｙの運営する病院に搬送され心筋梗塞と診断されたが、翌朝まで繊維素溶解現象 Fibrinolyse 治療を受けなかったＡの相続人Ｘから、治療過誤（繊維素溶解現象治療の遅れ）による心筋組織の不可逆的損傷を理由として損害賠償請求。心電図の変化などから閉塞した血管が自然に再開したとの考えに基づいて医師が治療計画を立てたことを「理解しうる」とした鑑定に依拠して重大な治療過誤を認めなかった原審の棄却判決を、鑑定人は過誤の重さの評価に際して主観的非難可能性の程度を考慮の中心に置いたと見られるが主観的非難可能性は肝心ではなく、治療経過の解明が治療過誤の重みとその治療にとっての意義のために特に困難にさせられ、その結果、医師は信義誠実から患者に対して因果関係の証明を期待することができない等として破棄差戻。Vgl.auch BGH NJW2011, 3442.

（25）ＢＧＨ一九九一年一二月二六日判決NJW1992, 754, 755=VersR1992, 238, 239. 悪性リンパ腫（ホジキン症。ステージⅢ）のために放射線医Ｙの放射線治療を受けた後に再発を生じたＸから、Ｙに対して、治療過誤（部分ごとの照射による放射線の過小照射）及び説明義務違反を理由とする損害賠償請求。照射方法の選択につき過誤を認めつつ、重大な治療過誤を否定して過小照射と再発の因果関係につき証明軽減（証明責任の転換）は認められないとした原審の棄却判決を、過誤が単なる過失によるものではないとしても重大な治療過誤を認める必要はなく、重大な治療過誤があるときの証明軽減は重大な過責のサンクションではないとして維持（上告棄却）。

（26）BGH NJW1983, 2080, 2082.

（27）ＢＧＨ二〇〇〇年二月八日判決NJW2000, 2741, 2742. 出生時に仮死状態に陥り、その後脳障害が残ったＸから、Ｘの出生時に居合わせたが何もしなかった小児科医Ｙなどに対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。他の被告らの過治療誤を認めつつＸの蘇生措置に加わらなかったＹに過誤はないとした原審の棄却判決を、蘇生措置の懈怠につきＹの義務違

反を認め、この義務違反により引き起こされたかもしれない挿管の遅れが重大な治療過誤にあたるか否かを検討する際に、重大な治療過誤による損害の単独惹起は必要がないことが顧慮されるべき、として破棄差戻。Vgl. auch BGH NJW1997,796.

（28）ＢＧＨ二〇〇〇年五月一六日判決BGHZ144, 296, 303f. Y_2の患者Ａを母として出生したが、出産時の合併症により脳麻痺が残ったＸから、Y_2、Y_2の休暇中にＸの出産を引き受けたY_1及びY_1 Y_2の登録病院Belegkrankenhaus であるY_3に対して、治療過誤を理由とする損害賠償請求。Y_1及びY_3（その助産婦）の重大な過誤（ここで問題となるY_1について言えば、病院到着時に直ちにＡの検査やＣＴＧ（胎児心拍陣痛図）の判断をしなかったこと、その後も検査が遅れたこと）とＸの健康状態悪化との因果関係につき証明軽減を認めた原審の一部認容判決に対して、ＸY_1 Y_3双方から上告。本件の諸事情は数時間にわたる出産管理が重大な過誤によるものであったか否かとの問題の全体的評価を必要と思わせるとして、Y_1の上告を棄却（ただし、Ｘからの上告に基づいて破棄差戻）。Vgl.auch BGH NJW1988,2949 ; NJW1998,1782 ; VersR2001, 1030, 1031.

（29）Vgl.Dauner-Lieb/Katzenmeier, §823 Rz.425 ; Katzenmeier, FS Laufs, S.911.

ＢＧＨ一九九〇年一二月一八日判決NJW1991, 1540, 1541．病院看護婦による移動の際に転倒・骨折したＡの治療ため健康保険組合Ｘに生じた費用につきＸから病院設置者Ｙに対して、Ａから移転した権利に基づいて賠償請求。ＢＧＢ二八二条〔現行二八〇条一項二文〕は医師の行為の核心的領域では例外的にしか適用されえないとして、原審の認容判決を維持（上告棄却）。

（30）Vgl.Katzenmeier, FS Laufs, S.911.

（31）Vgl.G.Müller, NJW1997, 3052 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.851 ; vgl.auch BGHZ138, 1 ; 159, 48 ; BGH NJW1986, 1540 ; 1988, 2949 ; 1997, 796.

もっとも、Musielak, JuS1983, 613ff. ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.269ff. は、判例は証明責任の転換の判断の際に損害惹起の具体的可能性を考慮しているとする。

判例の立場に反対するものとして、シーマンは、過誤がリスクに適していないときでさえ（過誤の重さを問わず）責めを負わされるべきとし、患者固有のリスクだけが現実化したことを医師が立証したときにだけ医師は免責されるとする。

Schiemann, FS Canaris, 2007, S.1173f.

反対に、フェルステは、証明責任の転換のような法の継続形成が正当化されるのは、重大な過失により且つ結果の危険を著しく（少なくとも二〇％）高めたときであるとする。Foerste, 2.FS Deutsch, 2009, S.174.

(32) Giesen,JZ1982,453.

(33) BGHZ85, 212, 217 ; BGH NJW1986, 1540 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.851.

(34) 春日・前掲注（5）一九六頁以下に本判決の紹介、石川明「医療過誤訴訟における証明責任の転換」判タ五一〇号八六頁以下に本判決の解説がある。

(35) Vgl.auch BGHZ85, 212 ; BGH NJW1988, 2949 ; 1994, 801 ; 1997, 796.

(36) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.446 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI67.

(37) Spickhoff, NJW2004, 2346.

(38) Vgl.Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232.

BGH一九八一年六月一六日判決NJW1981, 2513. Y_1及びY_2により実施された心臓カテーテル検査の翌日に自らの希望で退院したがその後細菌性敗血症により死亡したAの遺族Xらから、Yらに対して損害賠償請求。合併症が生じたときに治療するための特別な措置を講じずに検査の翌日にAを退院させたことに重大な治療過誤を見出し、感染との因果関係につき証明責任を転換した原審の認容判決を、Y_1が重大な治療過誤の非難を避けるために防止しなければならなかったリスク（心臓・循環器系の合併症）が早期退院により実現したのではなく、現実に生じたのは稀な感染リスクであり、Y_1に対する非難として考えられる懈怠（患者等に対する感染の危険の指摘をしなかったこと）は注意義務に対する重大な違反ではないとして破棄差戻。

この事案から明らかなように、発生した種類の損害の惹起に適する過誤でも直ちに違法性関連が認められるわけではない。

(39) Deutsch, VersR1988, 3.

(40) Giesen, JZ1982 S.454 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.446 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI67.

(41) BGH二〇一二年六月一九日判決NJW2012, 2653, 2654=VersR2012,1176, 1178. Y病院で未熟児として出生し保育器内で酸素投与を受けた後にPVL（脳室周囲白質軟化症）を発症したXから、Yに対して、治療過誤（過剰換気）による後遺

症（四肢不全麻痺、精神障害など）を理由として損害賠償請求。未熟児の肺が圧力により損傷するおそれなどがある過剰換気を重大な治療過誤と認めつつ、それを顧慮しないことが過誤をして重大と思わせるリスクが実現したのではないとして証明軽減（証明責任の転換）を認めなかった原審の棄却判決を、過剰換気がＰＶＬに至るメカニズムを知っていることが当時の医学水準に含まれていなかったことは重要ではないとして破棄差戻。

（42）ＢＧＨ二〇〇九年六月一六日判決NJW2009, 2820=VersR2009, 1267. 下垂体腫瘍のためY_1病院で医師Y_2及びY_3による手術を受けて退院した三日後に体力の衰えから再度病院を訪れたが、Y_3による入院の勧めと点滴を拒絶して帰宅し、翌日卒中発作に遭い、その後労働能力の減少したＸから、Ｙらに対して損害賠償請求。Ｘの再来院時に輸液と診断措置を講じなかったことは、Ｘにその気がなかったことから治療過誤ではない等として、Ｘの健康損害との因果関係に関する証明責任の転換を認めなかった原審の棄却判決を、医師の勧めに従わないことが共同過失として患者の負担とされるのは患者がこの勧めを理解していたときだけであるとして破棄差戻。

（43）Dauner-Lieb/Katzenmeier §823 Rz.437 ; Laufs/Kern §110 Rz.5.

（44）Vgl.RGZ171, 168, 171（前注17参照）.

（45）Vgl.Katzenmeier, FS Laufs, S.919.

（46）ＢＧＨ二〇〇九年一〇月六日判決 NJW-RR2010, 831=VersR2009, 1668. Ｂ病院（後に破産）において医師Ａの出産管理の下で出生したが低酸素虚血性脳症による後遺症の残ったＣ及びその母親Ｄ（出産時の子宮破裂等により子宮摘出）に、Ａが和解に基づいて慰謝料等を支払った後に、Ａの責任保険者ＸからＢの破産管財人Ｙに対して求償の訴え。原審は、連帯債務者間の求償権（ＢＧＢ四二六条一項一文）につき、Ｂ病院の麻酔科医の病院への到着の遅れ（組織編成上の過誤）がＣＤの損害原因であることに関する証明責任の転換を否定して請求棄却。ＢＧＨは、重大な治療過誤があるときの証明軽減は「衡平に基づく理由から」患者に完全な証明を期待しえないことによるものであり、共同加害者間でもこれらの視点が基準となるから、Ａが過誤（ＣＴＧの観察の懈怠等による帝王切開の判断の遅れ）により緊急事態を引き起こした結果、惹起割合につきＢの組織編成上の過失は作用しないとして上告棄却。

（47）MünchKomm/Wagner Rz.859.

（48）BGH NJW1967, 1508f. 中野・前掲注（4）一三三頁以下に本判決の詳細な紹介がある。Vgl.auch Giesen,JZ1982,451.

(49) Vgl. etwa BGH NJW1992, 754, 755（前注25参照）; vgl. auch Staudinger/Hager Rz.I54 ; MünchKomm/Wagner, 4.Aufl., Rz.734 ; G.Mueller, NJW1997, 3052.

反対に、サンクションと解する余地を残すものとして、Deutsch, VersR1988, 3 ; Steffen, FS Brandner, 1996, S.339.

(50) Vgl.auch BGHZ85, 212 ; 132, 47 ; 159, 48 ; BGH NJW1994, 801 ; NJW1988, 2949=VersR1989, 81 ; NJW1992, 754=VersR1992, 238 ; NJW1995, 778=VersR1995, 46 ; NJW1997, 796 ; VersR2003, 1259 ; NJW-RR2010, 831=VersR2009, 1668 ; NJW2011, 2508=VersR2011, 1148 ; NJW2012, 2653=VersR2012, 1176 ; Staudinger/Hager Rz.I54.

(51) Vgl.auch BGH NJW1992, 754=VersR1992, 238 ; NJW1997, 796 ; NJW-RR2010, 831=VersR2009, 1668 ; NJW2011, 3442 ; NJW2012, 227=VersR2012, 362 ; Staudinger/Hager Rz.I54.

(52) 坂原正夫「不十分な医者の診療記録と証明責任の軽減について」判タ四〇六号五二頁以下に本判決の紹介がある。本判決は、記録作成義務に関して事案解明の困難化とそれに基づく患者による証明の期待不能を論じるが、重大な治療過誤の文脈でこれを論じる裁判例は多数存在する。

(53) Musielak, JuS1983, 612ff ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.267ff. ただし、ムズィーラクも、BGHが、治療過誤の他に損害原因としてより高い蓋然性のある他原因のあることが確かな場合に確定責任を「転換」するときには、（客観的）証明責任の判断が問題となっているとする（S.613）。Vgl.auch Nüßgens, FS Hauß, 1978,S.287, 295ff. ; Wagner, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§705-853, 4.Aufl., 2004（以下 MünchKomm/Wagner, 4.Aufl.）, §823 Rz.732. その他に、証明度引下げの方向での判例実務の変更を支持するものとして、Hausch, VersR2002, 671, 676f. ; MünchKomm/Wagner, §823 Rz.860ff.

(54) Kräner,FS G.Hirsch, 2008, S.390. シーマンも、医師責任を含む職業責任につき、職業上の給付の高い水準は、職業を行う者の専門化と知識力に基づくということから、武器対等の欠如は付随的な透明性義務 Transparenzpflichten（医師責任について言えば、医師が注意深い治療する義務と共に負う、治療経過の完全な透明性を守る義務）により埋め合わせられなければならないとする。Schiemann, FS Gernhuber, 1993, S.398 ; Schiemann, in : *Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Bd.II, 13.Aufl., 2011, §823 Rz.142.

(55) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.463 ; Katzenmeier, FS Laufs, S.921f. ; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.216 ; vgl. auch

MünchKomm/Wagner, §823 Rz.840 ; BVerfGE52, 156f（第１節末尾参照）.

（56）Foerste, aaO., S.173.

（57）Stoll, FS v.Hippel, S.551.

（58）Stoll, aaO., S.553.

（59）Stoll, aaO., S.558f.

（60）Vgl. Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 1991, 2.Aufl., §823 Anh.C Ⅱ Rz.34.

（61）Katzenmeier, FS Laufs, S.922.

（62）Steffen, aaO., S.335.

（63）Steffen, aaO., S.334f.

（64）Katzenmeier, FS Laufs, S.922f.

（65）Vgl.Schiemann, FS Canaris, S.1168.

（66）Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.461f ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI86.

（67）Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.464 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI88.

（68）v.Bar, *Verkehrspflichten*, 1980, S.279.

（69）v.Bar, aaO., S.280.

（70）v.Bar, aaO., S.281.

（71）v.Bar, aaO., S.282.

（72）v.Bar, aaO., S.294.

（73）v.Bar, aaO., S.305.

（74）Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.464 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI88.

（75）Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.465f. ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI89.

（76）Laufs/Katzenmeier Rz. XI90 ; vgl.auch Dauner-Lieb/Katzenmeier, §823 Rz.437 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.467 ; ders., FS Laufs, S.923ff. 他に危険増加及び支配可能性の視点を加味することを支持するものとして, vgl.Soergel/Spickhoff §823

Rz.236. なお危険増加論の主唱者であるドイチュは、この理論を効果としての割合的責任と（現行法上は慰謝料及び共同過失が問題となるときに）結び付けることから、証明責任の転換は、正確な割合を認定しえないときの「やむを得ない」手法だとする。Deutsch, FS v.Caemmerer, 1978, S.335.

(77) Schiemann, FS Canaris, S. 1169. しかし、この指摘に対しては、危険支配が可能であるにもかかわらずそれをしなかったことから解明不能が生じているということができよう。シーマンも、五で後述するように、本文の指摘に続けて、危険支配が可能であればそれは初歩的な水準の遵守だけによるのではないとして彼の論証を展開する。

(78) Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I54 ; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.216 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.857.

(79) ＢＧＨ一九八〇年一二月二日判決 NJW1981, 630 = VersR1981, 278. Ｙ市の設置する婦人科病院で卵管凝固 Tubenkoagulation〔卵管閉塞〕による不妊術を受けたがその約一年二カ月後に子どもＢを出産したＡの夫Ｘ（その後Ａと離婚）から、Ｙに対して、治療過誤（卵管凝固の誤った実施）を理由とする損害賠償請求（Ｂのための扶養料の負担等）。原審は、Ｘは侵襲の過誤に関する非難を充分に理由付けていないなどとして請求棄却。ＢＧＨは、既に弱い証明状況にある原告を無権利としてはならないとして破棄差戻。

(80) Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I58 ; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.260 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.882 ; vgl. auch BGH NJW1997, 798 ; VersR2001, 859 ; NJW2001, 2792=VersR2001, 1030 ; NJW2001, 2794=VersR2001, 1115 ; NJW2001, 2795=VersR2001, 1116 ; NJW2002, 2944=VersR2002, 1026 ; NJW2008, 1381=VersR2008, 644.

(81) Vgl.G.Müller, NJW1997, 3053, 3055 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.883f. ; auch ＢＧＨ NJW2012, 227=VersR2012, 362（前注24参照）：原審は、梗塞が自然に再開したとの誤った考えに基づくＹの治療計画を理解しうるとした鑑定に基づき、重大な治療過誤を否定して請求棄却したのに対して、再開の根拠が与えられていないことを鑑定人は指摘したとして破棄差戻。

(82) Vgl.G.Müller, NJW1997, 3053 ; Staudinger/Hager §823 Rz.I58.

(83) Vgl.G.Müller, NJW1997, 3055 ; vgl.auch Staudinger/Hager §823 Rz.I58 ; Soergel/Spickhoff, §823 Anh. I Rz.262 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.884.

(84) Vgl.G.Müller, NJW1997, 3053.

（85）ＺＰＯ四一二条一項　裁判所は、鑑定が不十分であると認めるときは、同一の鑑定人又は別の鑑定人による新たな鑑定を命じることができる。
訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典』（法曹会、二〇一二年）による。

（86）MünchKomm/Wagner §823 Rz.842.

（87）私的鑑定を提出する権限について直接触れるものではないが、これを前提とすると見られるものとして、vgl.BGHZ159, 245.
ＢＧＨ二〇〇四年六月八日判決 BGHZ159, 245. Ｙの設置する病院で右手橈骨骨折の手術による整復と、キルシュナー鋼線等を用いた整復の固定を受けていたが、鋼線の除去後に右手親指の感覚麻痺等を訴え、他の病院で橈骨神経の欠損と診断されたＸから、Ｙに対して、治療過誤（鋼線除去の際の橈骨神経の切断）を理由とする損害賠償請求。原審は、鋼線による治療が選択されるべきではなかったとの原審における原告の主張はＺＰＯ五二九条一項、五三一条二項の要件を充たしていない等として請求棄却。控訴審裁判所は医師責任訴訟における原告の理由付け義務に対する要請を誇張しており、この控えめな要請は鑑定に対する異議についても認められる、当事者は既に一審で鑑定に対する彼の異議を私的鑑定の添付等に依拠させる義務を負わず、そのような助けなしに提出する権限を有する、Ｘの訴訟代理人が自らの医学的調査によって治療に関する追加の情報を得た後にＸの攻撃を具体化する等したときそのことを懈怠と見ることはできないとして破棄。

（88）このような表現を用いる裁判例は、裁判例〔3〕〔8〕のほか BGH NJW1981, 2513等多数に上る。

（89）Vgl. Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.469 ; ders., FS Laufs, S.928 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI92.

（90）Vgl.Laufs/Kern §110 Rz.3 ; Katzenmeier, FS Laufs, S.927f.

（91）Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.469 ; ders., FS Laufs, S.928 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI92.

（92）MünchKomm/Wagner §823 Rz.860f.

（93）賛同するものとして、vgl.Laufs/Kern §110 Rz.3.

（94）Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I57 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.848.
Vgl.auch BGH NJW1994, 801 ; NJW2005, 427=VersR2005, 228 ; VersR2008, 490, 491.

（95）ＢＧＨ一九七八年五月九日判決 NJW1978, 1683. 帝王切開時に使用された消毒用アルコールの汚染を原因とする皮膚の炎

症及び急性じん不全とその治療後に聴力・視力障害を生じ生業能力を喪失したXから、病院設置者Yに対して損害賠償請求。原審は、アルコール汚染及び皮膚炎と腎不全の因果関係につき証明責任を転換して請求認容。証明責任の転換は皮膚の炎症を生じさせた過誤と第二次侵害（じん不全）の間には及ばないとして破棄差戻。

(96) ＢＧＨ二〇〇八年一月八日判決 VersR2008, 490. プロサッカー選手でありひざの疾患の治療のためにYによるひざ関節内への注射を受けたが、その後ひざに痛みを覚えて手術を受けたため長期間サッカー選手として活動できなかったXから、Yに対して、治療過誤及び説明義務違反を理由として損害賠償請求。原審は、Yが注射の際に「衛生上の基本的な当然のこと」に反したことを重過失としつつ証明責任の転換を否定して請求棄却。ＢＧＨは、過誤が健康損害を引き起こした蓋然性は不要であり一般的適性があれば足りるとした上、第一次損害は本件では、運動制限を伴うひざの関節の血腫などとして請求認容。

もっとも、本文で後述するように、注射による穿刺とその後の健康損害のケースについて、以前の判例にはこれを、証明軽減が過誤と「具体的な」健康損害である第一次侵害の間の責任設定的因果関係に限定されるとすることの「例外」とする、矛盾する判例が見られる。

(97) Vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz.848 ; vgl.auch Schiemann, FS Canaris, S.1165f.

(98) Vgl.Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240.

(99) BGH NJW1978, 1684 ; vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I57.

(100) BGH NJW1978, 1684 ; vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I57.

(101) BGH NJW1978, 1683f. ; vgl.auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240 ; Staudinger/Hager §823 Rz.I57 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.848 ; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6.Aufl., 2008, Rz.539 ; NJW2005, 427=VersR2005, 228 ; VersR2008, 644=NJW2008, 1381.

(102) Vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz.848. ヴァグナーはここでＺＰＯ二八七条を挙げるが、同二八六条の方がむしろ適切ではなかろうか。

(103) Vgl.Musielak, JuS1983, 614 ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.270 ; Baumgärtel, aaO., §823 Anh.C II Rz.27 ; Staudinger/Hager §823 Rz.I57. 両者の区別が評価的視点を受け入れるとするものとして、Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.240.

(104) Baumgärtel, aaO., §823 Anh.C II Rz.27.
(105) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.448 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI71.
(106) Vgl.Baumgärtel, aaO., §823 Anh.C II Rz.33.
(107) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.455f. ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI80.
(108) Hanau, NJW1968, 2291.
(109) Fleischer, JZ1999, 773.
(110) Fleischer, JZ1999, 773.
(111) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.462 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI87 ; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.232 ; Staudinger/Hager §823 Rz.159.
(112) Vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz.859 ; Hanau, NJW1968, 2291.
(113) Schiemann, FS Canaris S.1169 ; vgl.auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.236.
(114) Wagner, Verh. 66. DJT, Bd. I , S.A60.
(115) Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.459 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI82.
(116) Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.234.
(117) Baumgärtel／三上・前掲注（4）二一頁。やや古いが、本間・前掲注（5）一七頁も参照。
(118) この様に、証明妨害が問題となる事案を、現に存在する証拠方法を、訴訟ではそれが肝心であることを認識しなければならなかったにも関わらず毀滅する事案と解する見解が一般的なようである。Vgl.Musielak JuS1983, 612 ; Musielak/Stadler, aaO., Rz.265 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.481 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI105.
(119) Foerste, 2FS Deutsch, S.172. フェルステは、立法者がＡＬＲのような因果関係の一般的推定規定の導入を拒否し、自由な証拠評価で十分と考えていたことや、ＺＰＯ二八六条及び二八七条、ＢＧＢ八三〇条一項二文の反対解釈などから、証明の窮状を作り出したことを理由とする解明不能リスクの負担は一般に認められず、一般的な証明責任の転換は反制定法的な法の継続形成であるとし（S.173）、重大な過失による過誤が結果の危険を著しく高めたときにだけ証明責任の転換が正当化されるとする（S.174, 178）。

(120) Baumgärtel／三上・前掲注（4）二一頁参照。
(121) Laufs/Kern §107 Rz.29.
(122) Vgl.Nixdorf, VersR1996, 161 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.478 ; Laufs/Katzenmeier, Rz. XI 100.
(123) この指摘からも分かるように、BGHは既に本判決以前に、検査結果収集の懈怠の事案における証明軽減の必要性を意識していた。ただし、BGHが、検査結果収集の懈怠を独立の証明形態として意識していたか否かは定かではない（例えば、検査結果収集の懈怠も問題となった同一の事案につき、裁判例〔8〕は検査結果記録義務の問題としてとらえ、裁判例〔3〕は治療過誤の損害適性の問題としてとらえている）。
(124) 春日・前掲注（5）二〇〇頁以下に本判決の詳細な紹介がある。
(125) 特に要件ロハを掲げるものとして、裁判例〔6〕〔11〕〔12〕のほか、vgl.4 auch BGH NJW1999, 860=VrsR1999, 60 ; NJW1999, 3408=VersR1999, 1282 ; NJW2001, 2794=VersR2001, 1115 ; NJW2011, 2508=VersR2011, 1148.

これに対して、学説は、判例によれば、①検査結果収集が医学的に疑いなく必要であること、②因果関係の少なくとも蓋然性があること（実際にこのような要件を課すものとして、裁判例〔5〕のほか、vgl.etwa BGH NJW1987, 2293 ; NJW1994, 2419=VersR1994, 984）、③検査結果収集のないことが過誤と健康損害の因果関係の解明を困難にし又は妨害したこと（実際にこのような要件を課すものとして裁判例〔5〕のほか、vgl.etwa BGH NJW1987, 2293）、という三つの要件を充たすことが要求されるとする。Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I57（ただし、ハーガーは、その後判例がこれらの要件を修正したとして、本文で挙げるのと同様の要件にも触れる）; Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.248. 要件②③は裁判例〔12〕などの挙げる要件とニュアンスを異にする。この点をどう解すべきかは、本文で後述する（1参照）。

BGH一九八七年五月一九日判決NJW1987, 2293. 帝王切開による出産後に傷口の周囲に血腫や皮膚の壊死を生じたためY_1を術者、Y_2を麻酔科医とする手術を受けたがその後肝不全のために死亡したAの遺族Xらから、Yらに対して、損害賠償請求。原審は、Aに現れた症状をきっかけとして充分な科学的検査をしなかったことが重大な過誤と同視されるとして請求認容。Y_1につき検査結果収集の懈怠がどれほど事実の解明を困難にしたか、どれほどの蓋然性をもって損害発生が防止されたかが十分に明らかにされていないとして破棄差戻（Y_2については省略）。

BGH一九九四年五月一〇日判決NJW1994, 2419=VersR1994, 984. Aが診療所で慢性盲腸炎の疑いで盲腸摘出術を受け

た後に敗血症性ショックで死亡したことから、Aの遺族Xが、治療過誤により生じたとされる損害賠償請求権の行使を弁護士Yに委任した。その後、XらからYに対して、この賠償請求権を時効消滅させたことを理由として損害賠償請求。原審は、過誤とAの死亡との因果関係が証明されていないとして請求棄却。必要な診断が著しく行われなかったため治療経過の解明のために必要なデータを使えないときに証明軽減が必要なことがあるという上告の指摘は正当であるとして破棄差戻。

ＢＧＨ一九九八年一〇月六日判決 NJW1999, 860=VrsR1999, 60. 交通事故後腎臓部分などに痛みがあり、A病院で腎臓の打撲傷等の診断を受けたほか、顕微鏡的血尿などが確認されたXは、A病院の登録医である泌尿器科医Yの治療を受けた。Yは、膀胱鏡検査を行うなどしたが、血尿の原因を明らかにすることができず、その後、Xは、救急患者として搬送された大学病院で、完全な腎不全を伴うグッドパスチャー症候群にり患していることが確認された。Xから、Yに対して、治療過誤（グッドパスチャー症候群との診断又は専門医への転移の指示の遅れ）を理由とする損害賠償請求。原審は、膀胱鏡検査後さらに解明を行わなかったことを過誤としつつ、検査結果収集をしなかったことが腎不全の原因であることは証明されていないとして請求棄却。Yが例えばクレアチニン値の再検査とそれに続く生検をしていれば対処する義務のある検査結果が存在した蓋然性があるとして破棄差戻。

ＢＧＨ一九九九年七月六日判決 NJW1999, 3408=VersR1999, 1282. 交通事故で下腿部の粉砕骨折を負いY_1の病院で医師Y_2の手術を受け、退院後に通院治療を受けたが骨痛を生じたXから、Yらに対して、治療過誤（骨痛の治療の遅れ等）を理由とする損害賠償請求。原審は、Xが過誤と損害の因果関係を証明していないとして請求棄却。入院中に骨痛が存在した時点で傷口の採取をしていれば病原菌を確認しえた蓋然性があるとして破棄差戻。

ＢＧＨ二〇〇一年六月一九日判決 NJW2001, 2794=VersR2001, 1115. 数年前から背中などの痛みや睡眠障害のためXを治療していたかかりつけ医Yは、Xが診療所を訪れた日の午後、Xの夫Aから、Xが睡眠薬を飲んだとの電話を受けたが、翌朝診療所に来ることを薦め、同日から翌日にかけての夜にXが逃げようとしている旨の電話をAから受けた際にも同様の指示をしたにとどまった。その朝自殺を試みたことにより重傷を負ったXから、Yに対して、治療過誤（自殺の危険を認識して往診をするなどしなかったこと）を理由とする損害賠償請求。原審はYの過誤を重大な過誤として理由に関する判決 Grundurteil により請求権を認めた。Yが往診を行っていれば、その後の経過の防止のために即座の措置が講じられ

なければならないほど、重大な検査結果が明らかになっていた十分な蓋然性を示すものが、何も明らかではないとして破棄差戻。

ＢＧＨ二〇一一年六月七日判決NJW2011, 2508=VersR2011, 1148. Xは、救急患者として意識が朦朧とした状態で大学病院に収容され、そこで心因性又は抑うつ性混迷との診断を受け、その後Yの設置する精神科及び精神療法センターで入院治療を受けたが、さらにその後別の施設での検査により、Yの施設の入所中に視床梗塞に罹っていたことが確認された。言語障害及び嚥下障害の残ったXから、Yに対して、治療過誤（視床梗塞の治療の遅れ）を理由として損害賠償請求。原審は請求棄却。Yの施設への入所間もない期間にＭＲＴ（磁気共鳴断層撮影）検査をしていれば卒中発作が認識された蓋然性があることなどについての認定を原審は充分にしていないなどとして破棄差戻。

(126) 裁判例〔1〕〔10〕のほか、vgl.BGH NJW2003, 2827=VersR2003, 1256.

(127) Vgl.Geiss/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6.Aufl., 2009（以下 Geiss/Greiner）, Rz.B251ff. B266 ; Laufs/Kern §110 Rz.9ff. 17ff. ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI59ff., 74 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.843ff., 857f. これに対してやや異なる位置付けをするものとしてSoergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz. 232ff., 247ff.（一方で両者を区別すると見られるが、他方で、Rz.248において両者の近さを強調する）; Steffen/Pauge, Rz.629ff., 645ff., 681ff.（両者の関係は不明）.

(128) Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I74（ただし、注135参照）; Karmasin VersR2009, 1201（ただし、カルマシン自身も、やや説得力を欠くが、「疑いなく」必要な検査結果を怠った場面と重大な過誤が認められる場面を区別しようとする）.

(129) Vgl.Foerste, 2.FS Deutsch, S.175 ; auch MünchKomm/Wagner §823 Rz.854.0

(130) Vgl.Schulze-Zeu, VersR2008, 901.

(131) Spickhoff, NJW2004, 2346.

(132) Vgl.Nixdorf, VersR1996, 162 ; Geiss/Greiner, Rz.B296 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.478 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI100.

(133) Vgl.G.Müller, NJW1997, 3053f.

(134) 叙述にやや混乱が見られるが、この旨を判示すると見られるものとして、vgl.BGH NJW2011, 2508=VersR2011, 1148.

(135) Staudinger/Hager §823 Rz.I74は、検査結果収集義務の事案が診断義務の下位事案であるとの理解の下、検査結果の蓋然性という要件は、一般原則に従い「適性」という要件に置き換えられるべきであるとする。本文で述べたところから、

このようなハーガーの理解と判例法理は必ずしも対立するものではない。推論されるべき重大な過誤は、損害惹起の適性を有することを必要とし、それで足りると解されるからである。

(136) Vgl.Krämer, FS Hirsch, S.394 ; Steffen, FS Brandner, S.332 ; Gross, FS Geiss, 2000, S.435.

(137) Vgl.Gross, FS Geiss, S.433.

(138) 本稿では、判決の紹介に際して当該部分の判旨を省略した。

(139) Vgl.auch NJW1988, 1513=VersR1988, 293 ; Krämer, FS Hirsch, S.393.

BGH一九八七年一一月一〇日判決NJW1988, 1513=VersR1988, 293. Xは、Y_1の設置する病院で帝王切開による出産後に股関節部の痛みや微熱を生じて鎮痛剤及び抗生物質の処方を受け、退院時の検査では痛みを訴えなかったが、退院後受診した別の病院でのレントゲン検査により、進行した化膿性股関節炎と診断された。炎症による寛骨臼及び股関節の軟骨の表面 Knorpelbelag の完全な破壊のため、手術による股関節の整復を受けたが、股間の硬直と足の短縮による歩行障害が残ったXから、Y_1及びY_1の病院の婦人科医長Y_2に対して、損害賠償請求。原審は、重大な過誤を否定し、Y_1の病院でのさらなる検査により開始された治療が治癒をもたらしたことの立証がないとして請求棄却。鑑定から重大な過誤を認定することが考えられるとして破棄差戻。

(140) OLG Brandenburg VersR2002, 313, 314. サッカーの試合で下腹部に足蹴りを受けた後に睾丸等に痛みを覚え、深夜Y_1病院においてA医師らにより精巣捻転症の疑いがあるとの診断を受けたが、災害外科病棟長Y_2医師の指示により翌朝まで手術を受けることができず、その後不可逆的な捻転のために右睾丸を切除されたXから、Y_1及びY_2に対して、治療過誤を理由とする慰謝料請求等。原審は請求認容。Y_2が睾丸をすぐに手術により露出させなかったことは重大な治療過誤であり、教科書の「太字印刷」は露出させることが少な過ぎるより多過ぎる方が良いとしているなどとして控訴棄却。

(141) 学説には、裁判例は検査結果収集義務違反があるときの証明軽減につき、検査結果収集懈怠のために必要な治療も行われなかったのか否か（検査結果収集の懈怠と必要な治療の懈怠の因果関係）を問わないとするものが見られる。Vgl. MünchKomm/Wagner §823 Rz.853 Fn.3928. しかし、治療の懈怠の原因となりえない検査結果収集の懈怠については損害惹起についての過誤の「適性」が否定されることから、判例法理に従えば証明軽減は否定されよう。

(142) Nixdorf, VesrR1996, 162. なお、ニクスドルフは、原因関連の蓋然性も併せて考慮し、後者の場合には、結果回避の蓋然

性があるときにだけ証明軽減が認められるとする。

(143) Foerste, 2.FS Deutsch, S.176f.

(144) 前注119参照。

(145) Foerste, 2.FS Deutsch, S.177f. 最後の、ＢＧＨが擬制された重大な過誤にサンクションを与えているとの点については、医師は過誤により検査結果収集を怠ったことについて責任を負う、或いは検査結果収集を怠ったことから治療が行われなかったことが評価根拠であるとの指摘がある。Vgl.Geiss/Greiner Rz.B297 ; Gross, FS Geiss, S.435.

(146) 本文で述べた（第二章第一節一１参照）変遷前の判例法理を前提とする理解であろう。注123も参照。

(147) Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 1995, Rz.428 ; auch Katzenmeier, *Arzthaftung*, 479f. ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI102.

(148) Foerste, 2.FS Deutsch, S.175. フェルステの見解については前注145も参照。

(149) Foerste, 2.FS Deutsch, S.176.

(150) Vgl.Laufs/Kern §110 Rz.17.

(151) Vgl.Staudinger/Hager §823 Rz.I73 ; Schiemann, FS Canaris, S.166 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.477 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI73f. ; Dauner-Lieb/Katzenmeier §823 Rz.432f. ; Nixdorf, VersR1996, 160 ; Bischoff, FS Geiss, S.347 ; wohl auch Laufs/Kern §110 Rz.14（ただし、ラウフス＝ケルンは、両者の区別の困難を指摘する。Rz.17）. そのほかに、区別の基準は必ずしも明らかではないが、区別を明言するものとして、vgl.Steffen/Pauge Rz.645.

(152) 裁判例［15］のほか、vgl.BGH NJW2003, 2827=VersR2003, 1256 ; VersR1981, 1033 ; Laufs/Kern, §110 Rz.14 ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.449 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI73 ; Steffen/Pauge Rz.644 ; Geiss/Greiner RzB265. これに対して、このように基準値を高めることに慎重なものとして、vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz. 792.

(153) Vgl.BGH NJW2003, 2827=VersR2003, 1256.

ＢＧＨ二〇〇三年七月八日 NJW2003, 2827=VersR2003, 1256. 転倒後Ｙの病院で入院治療を受けたが胸椎骨折に気付かれないまま打撲傷と診断を受けて退院し、その後受診した医師により骨折を発見され入院治療を受けたＸから、Ｙに対して、損害賠償義務の確認請求等。原審は請求認容。診断の錯誤を治療過誤として評価することは慎重にしかできないとした上、さらに、過誤が損害原因であることにつき証明軽減が患者の助けとなるのは、検査結果収集の重大な過誤が存在する場合

などだけであるが証明責任の転換の要件の認定がないなどとして破棄差戻。

(154) Vgl.Laufs/Kern §110 Rz.17.Deutsch, VersR1988, 2が、判例は診断の領域で比較的素早く重大な治療過誤を認めると述べるときも、そこに挙げられている事案を見ると、いわゆる「純粋な」診断の過誤の事案よりも、検査結果収集の懈怠の事案が多くを占める。

(155) Vgl.Steffen, FS Brandner, S.333 ; auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.42.

(156) Karmasin, VersR2009, 1202.

(157) もっとも、診断の過誤が先行する場合に検査結果収集の懈怠を理由とする証明軽減を問題としない裁判例及び学説の立場に対して、批判がないわけではない。シュルツェ＝ツォイは、医師責任法の目的は専門医の水準からの逸脱のすべてに責任法上サンクションを課すことであるから、医師に検査結果収集の過誤をも非難しうるとするほか、診断の誤りからそれ以上検査結果収集をしない医師が免責されるとすれば、正しい診断をしたが検査結果を収集しなかった医師がより悪い立場に置かれるとする。Schulze-Zeu, VersR2008, 899, 900. 前者の点につきカルマシンは、事前の視点から、医師に対して検査結果を収集しなかったことを非難しうるか否かとの問題であるとして反論する。

(158) Vgl. Staudinger/Hager §823 Rz.I25 ; Bischoff, FS Geiss, S.348. ハーガーは、検査結果収集の懈怠が診断の過誤の下位事案であるとの理解の下、このような場合に医師は「診断の過誤」について責めを負わされるとして、診断の過誤が自動的に治療過誤となるのではない（医師に責任を免れる特権が認められる）とする通説を、「説得力がない」とする。

(159) Vgl.Laufs/Kern §110 Rz.17（不十分な検査結果収集と診断の過誤を区別することは困難とする）.

(160) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.471.

(161) Vgl.Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.477 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI99.

(162) Vgl.Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.248 ; MünchKomm/Wagner §823 Rz.865.

(163) Vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz.865.

(164) 例えば、裁判例［5］。本稿では、判決の紹介に際して当該部分の判旨を省略した。

(165) 資料整備義務違反を理由とする証明軽減の効果について、裁判例はなお、「証明責任の転換にまで至る証明軽減」から明示的に離れておらず、常に客観的証明責任の転換を認めるのか定かでない。Vgl.Laufs/Katzenmeier Rz. XI97 ; Laufs/Kern

§111 Rz.7.

(166) ただし、資料整備義務の範囲は医学的必要性から判断されるため、検査結果が陰性のとき記録しないことが医学的に通常である場合には、記録がないことから検査が行われなかったとの推論はなされえない。Vgl.Laufs/Kern §111 Rz.8.

(167) Vgl.auch Staudiner/Hager §823 Rz.I72 ; Dauner-Lieb/Katzenmeier, §823 Rz.439f. ; Katzenmeier, *Arzthaftung*, S.476 ; Laufs/Katzenmeier Rz. XI97f. ; Laufs/Kern §111 Rz.7 ; Steffen/Pauge Rz.689 ; auch Soergel/Spickhoff §823 Anh. I Rz.247 ; Geiss/Greiner Rz.B250.

(168) フォン・バールの見解と動的システム論における「要素」としての危険支配原理等につき、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・三号二四七頁以下参照。

(169) 橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、二〇〇六年）四六頁以下。ただし、橋本説は、この場合に（因果関係ではなく）「結果帰属」が肯定されるとし、この結果帰属の判断は「因果系列の進行（法益侵害）そのものの阻止を要求する点において」〔傍点筆者〕、不作為と法益侵害の間の条件関係判断と決定的に相違し（四七頁）、そこでは作為義務違反と当該因果系列の進行との間の規範的関連性（違法性関連）が問題となっているとする（四八頁）。

筆者は、不作為不法行為においても因果関係判断に際して違法性関連が問われることを否定するものではないが、結果帰属（因果関係）を肯定するために因果系列それ自体の阻止を要するとする点については、橋本教授が「義務内容たる作為があれば法益が当該時点に侵害されず、より遅れて侵害されたであろう場合」には、「不作為＝作為義務違反への結果帰属が成立する余地はない」とし（四四頁）、あるいは、生命の危機にある患者につき、医師が仮に適切な治療をとっていればその死期を実際の時点よりも遅らせえたであろうけれども、救命まではなしえなかった場合に、不作為＝作為義務違反と生命侵害の間の因果関係を肯定するとき、医師に義務付けられる治療措置は、「傷病の憎悪のために患者の生命が侵害されることそれ自体に対して－侵害の時点が早まったことに対してはともかく－何らの支配操縦力も有していない」から、患者の生命侵害を医師の不作為に帰属させることはその正当化根拠を欠き、医師の不作為には「生命それ自体とは区別される延命利益」を帰属させうるにとどまるとする（七一頁）点との関連で、賛意を留保する。

(170) 本稿の問題を因果関係に関する証明責任の転換の問題としてのみ捉える見方に対しては、新堂教授が間接反証理論に関して行う、「本来法解釈の問題であるものを、立証過程の問題として自由心証の領域内に埋没せしめる危険があり、問題の

所在を曇らせる」との批判（新堂幸司『新民事訴訟法　第五版』（弘文堂、二〇一一年）六一九頁）と同様の批判が可能であろう。

(171) Vgl.MünchKomm/Wagner §823 Rz.859 ; Foerste, 2.FS Deutsch, S.172.

(172) 山本・前掲論文（注168）二五二頁以下参照。

(173) 資料整備義務との関係においてであるが、高度な要請をすることによる弊害を指摘するものとして、Baumgärtel／三上・前掲注（4）六七頁。

(174) Bischoff, FS Gross, S.349.

(175) Kräner, FS Hirsch, S.393.

(176) 橋本・前掲書（注169）一三〇頁。

研究ノート

国境を越える公益と課税

田中啓之

一　問題の所在

日本では、平成二〇年一二月一日、法人格から独立した公益性の認定について、行政庁である内閣総理大臣または都道府県の知事の諮問機関として設置された、公益認定等委員会または合議制の機関が一元的に行う新たな公益法人制度の施行に

伴い[1]、外国公益法人等に対する課税のあり方も大きく変容した。

改正前においては、相互主義の観点から、日本で活動する外国公益法人等のうち内国公益法人等に準ずるものとして財務大臣から指定されたものは、その活動から生じた所得について、内国公益法人等と同様の課税関係とされていた（旧所税一一条二項・別表一第二号、旧法税四条三項・二条五号・別表一第二号、一〇条・二条六号・別表二第二号など[2]）。

これに対し、改正後においては、外国公益法人等の指定の制度は廃止され、新たな公益法人制度のもとで法人格を取得し、その事業の公益性について認定を受けることとされた[3]。これは、外国公益法人等が日本において行う公益活動について、税制上の優遇を受ける余地が消滅したことを意味する。

こうした改正は、内国法人と外国法人の区別を以て優遇の可否の基準とするものであり、簡明な制度として評価することができる。しかし、同じく外国法人に係る優遇を否定していたドイツでは、欧州司法裁判所の判断を受けて、近年、従来の区別を廃止するとともに、構造的内国関連性という新たな要件を付加する税制改正が行われた。その結果、欧州域内の外国法人に係る新たな優遇が創設されるとともに、理論上、内国法人に係る従来の優遇のうち、構造的内国関連性をもたないものは廃止されることとなった[4]。

本稿は、このように、近年、日本とは対照的な税制改正を行ったドイツの現状とその背景を検討することで、国境を越える「公益」とそれに係る課税のあり方を構想するための理論的な諸前提について、いくつかの示唆を得ることを目的とするものである[5]。

二　欧州司法裁判所の諸判決

1　*Stauffer* 判決[6]

本件は、ドイツ国内であるミュンヘンにおける財産管理から生じた賃貸借所得について、イタリアの公益財団に対し、法人税を課することが、ドイツの公益財団との関係で、開業・設立の自由、サービスの自由または資本移動の自由のいずれかに係る平等取扱いの権利を侵害するかどうかが争われた事案である。

二〇〇九年税制改正前のドイツでは、法人税法五条二項二号により、外国公益財団は、内国公益財団に与えられる租税優遇を否定されていた。これに対し、内国公益財団であれば、外国において公益目的を実現していたとしても、租税優遇を否定さ

れることはなかった[7]。なお、ドイツの租税法において外国法人と内国法人を区別する基準は、管理支配地の所在とされていた。

本判決は、以上の事実関係において、外国公益財団を不利に取り扱うドイツの租税法は、資本移動の自由を制限するものであり、そうした制限が正当化されるためには、客観的に比較できるような事情がないか、やむを得ない理由がなければならないと判断した上で、各加盟国は自国が促進すべき一般利益を自由に決定することができるとしつつ、本件では、以下のとおり、客観的に比較できるような事情はあり、また、やむを得ない理由はないと判断したものである。

「ある加盟国において公益性を認められた財団が他の加盟国の法により規定された要件を充たし、かつ、その目的が同じ一般利益の促進であるときは――これは当該他の加盟国の裁判所を含む国家機関が判断すべきものである――、当該他の加盟国の当局は当該財団に対し当該財団が国内に所在していないことのみを理由として平等取扱いの権利を拒むことはできない[8]。」

このように、本判決は、加盟国の公益税制と欧州共同体における基本的自由との抵触を認めた初めてのものであり[9]、その後の判断において、基底的な意義を有するものとなった。

2　*Jundt* 判決[10]

二〇〇九年税制改正前のドイツでは、所得税法三条二六号により、内国公法人のためにした所定の副業から生じた所得のうち、所定の額までは非課税所得とされていた（Übungsleiter-freibetrag）[11]。これに対し、本件は、ドイツの居住者である弁護士がフランスの公法人であるストラスブール大学のためにした教授活動から生じた所得について、同規定の適用を否定することが、サービスの自由を侵害するかどうかが争われた事案である。

本判決は、以上の事実関係において、外国公法人を不利に取り扱うドイツの租税法は、サービスの自由を制限するものであり[12]、そうした制限を正当化するような、やむを得ない理由はないと判断したものである[13]。

3　*Persche* 判決[14]

二〇一〇年改正前のドイツでは、所得税法一〇ｂ条一項によ

り、外国公益法人等に対する寄附に係る所得控除は否定されていた[15]。これに対し、本件は、養老施設および児童施設を運営するポルトガルの社会福祉組織に現物寄附をしたドイツの居住者に対し、所得控除を否定することが、資本移動の自由を侵害するかどうかが争われた事案である。

本判決は、以上の事実関係において、外国公益法人等に対する寄附を不利に取り扱うドイツの租税法は、サービスの自由を制限するものであると判断した上で[16]、*Stauffer* 判決を援用して、各加盟国は租税優遇を付与すべき公益活動を自由に決定することができるとしつつ、内国公益法人等と外国公益法人等との間で異なる取扱いが許されるのは、「外国公益法人等が自国の法令において定められた目的とは異なるものを追求するとき」に限られるとして、客観的に比較できるような事情はあると判断した[17]。

このように、本判決も、寄附者の居住地国において寄附控除が定められ、受寄者である外国公益法人等が寄附控除について内国公益法人等が充足すべき要件のすべてを充足することを求めたものであり、相互主義または欧州共同体全体の公共の福祉を求めたものではない。

また、本判決は、租税監督（Steueraufsicht und -kontrolle）の必要という理由により、所得控除を完全に否定することは、以下のとおり、やむを得ない理由によるものではなく、正当化することができないと判断した。

「確かに寄附者本人は、受寄者と異なり、受寄者が国内法に定める租税優遇の付与の要件を充たしているかどうかを税務官庁が判断するために必要な情報をすべては有していない。特に寄附金の使用の態様に係る情報はそうである。しかし、寄附者が受寄者から……必要書類を得ることは、通常可能である[18]。」

「このような必要書類を用意することで受寄者に生じうる費用については、他の加盟国の居住者であり、当該国において租税優遇を受けることを望む寄附者について定められた、必要書類の作成、発送および場合により翻訳に資金を投入することが、はたして合目的であるかどうかは、当該受寄者が判断すべきであることを確認すれば足りる。

課税国の税務官庁は、他の加盟国に所在する組織への寄附について所得控除を主張する納税義務者に対し、確実な証拠の提出を求めることは、妨げられていないのであるから、課税国は、納税義務者がこのような証明を行うことを完全に否定する国内

法を、実効的な租税監督を確保する必要という理由により、正当化することはできない。」[19]

4　関係判例

その後、同様の判決として、軽減税率に係る優遇を国内の公益組織に対する遺贈に制限していたベルギーの相続税法が資本移動の自由に抵触すると判断したもの[20]、また同じく、所得控除に係る優遇を国内の研究機関に制限していたオーストリアの租税法が資本移動の自由に抵触すると判断したものがある[21]。

三　ドイツにおける立法的対応

以上のような欧州司法裁判所の判断により、公益税制に係る内国法人と外国法人の類型的な区別は、欧州共同体における基本的自由と抵触することが明らかにされた。そこで、ドイツでは、二〇〇九年税制改正[22]および二〇一〇年改正[23]において、以下のような立法的対応が行われることとなった。

1　*Stauffer* 判決への対応

二〇〇九年税制改正において、公益法人等に対し納税義務を課さない法人税法五条一項九号の規定は外国法人について適用されないと定めていた法人税法五条二項二号の規定が改正され、以下のような但書きが追加された。

「第一項及び他の法律に定める課税免除は、第二条第一号に定める制限納税義務者には、適用されない。但し、第一項第九号に定める納税義務者のうち、欧州連合加盟国又は欧州経済領域[参加]国のいずれかの国の法規定に準拠して設立された、欧州共同体設立条約第四八条又は欧州経済領域に関する協定第三四条に定める会社であって、本拠地及び管理支配地がこれらの国のいずれかの国の高権域内にあり、その国との間に職務共助協定が締結されているものについては、この限りでない。」[24]

2　*Jundt* 判決への対応

同じく二〇〇九年税制改正において、内国公法人のためにした所定の副業から生じた所得に限り、所定の額を非課税所得と定めていた所得税法三条二六号および同二六a号の規定が改正され、欧州連合加盟国または欧州経済領域参加国に所在する外

国公法人についてまで、適用範囲が拡張された。[25]

3　構造的内国関連性

同じく二〇〇九年税制改正において、法人税法五条一項九号の規定により法人税の納税義務を負わない公益法人等が実現すべき目的について定めていた租税通則法五一条の規定が改正され、同二項として、以下のような規定が追加された。

「租税優遇目的が外国において実現される場合には、この法律の施行地内に住所若しくは常居所を有する自然人が利益を受け、又は、法人の活動により租税優遇目的が実現され、ドイツ連邦共和国の外国における声価が高められる場合に限り、租税優遇は与えられる。[26]」

同規定に定める要件は、一般的に、「構造的内国関連性（strukturelle Inlandsbezug）」と呼ばれている。これは、各加盟国は「公益」を自由に決定することができるという欧州司法裁判所の判断を受けて、租税優遇目的が外国において実現される場合には、自国との関連性が求められることを、明文において明らかにしたものである。[27]

構造的内国関連性の要件は、ドイツの居住者として無制限納税義務を負う自然人が利益を受けること、または、ドイツの外国における声価（Ansehen）が高められることという択一的なものである。また、ここでは、ドイツの国籍は考慮されていない。したがって、例えば、ドイツ人の留学生が外国の居住者としてドイツの奨学金を受ける場合には、前者の要件は充たされないこととなる。

構造的内国関連性の要件は、連邦議会財政委員会の報告書によれば、以下のとおり説明されている。

「第五一条第二項に定める内国関連性は、租税通則法第三節に定める租税優遇のその他の要件（いわゆる公益性）とは完全に独立したものである。活動が国内または外国のいずれにおいて行われるかに関わらず、その存在は確認されなければならない。租税通則法第三節に定めるその他の要件のすべてが充たされてはじめて……さらに構造的内国関連性が求められるのである。……

これに対し、内国関連性の判断においては、当該組織が第五二条ないし第五四条に定める公益目的、慈善目的または教会目

的を促進しているかどうかをさらに確認する必要はない。内国関連性について、活動の内容に関するさらなる判断は行われない。したがって、当該公益活動が外国において妥当している時として逸脱した価値観に沿うものであり、外国の基準によればドイツの声価を高めるものであるかどうかということも重要でない。第五二条ないし第五四条に定める促進に値する目的がある限り、そうした活動はドイツの声価と対立するものではないと考えればよいのである。

これにより、外国における促進に値する目的の実現が妨げられるわけではない。第五一条第二項の構成要件要素は、租税通則法第三節に定めるその他の要件が現行のままの基準により充たされ、さらに当該法人が外国において（も）活動する場合に限り、求められるにすぎない。ドイツとの関連性がドイツに居住する自然人が――国籍は関係ない――利益を受けることにより充たされない場合でも、『ドイツ連邦共和国の外国における声価が高められる』というもうひとつの要件は、ドイツに所在する組織については、当該組織が、人、資金、計画、立案その他の点で外国における公益目的、慈善目的または教会目的の促進に関与していることにより、特別な証明なく、すでに充たされたものとなる。……

政府案と異なり、現在、もうひとつの要件は、『法人の活動により租税優遇目的が実現され、ドイツ連邦共和国の外国における声価が高められる』というものである。このとき、これまでの定式……の変更は、政府案におけるこれまでの基準を変更したものではなく、外国におけるドイツの声価が知覚できる（spürbar）または測定できる（messbar）程度に高められることは不要であることをより明確にしたものにすぎない。……

これに対し、『内国居住者が利益を受ける』という要件の代わりとなる何らかのものは、必要である。さもなければ、主としてまたは専ら外国において――例えば災害支援または開発支援に――従事する内国法人は、租税優遇を受けられないこととなる。

外国組織は、例えば外国に滞在しているドイツの居住者に利益を与えることによっても、内国関連性の要件を同じく充たすことができる。……

公益性を認定するさらなる要件として内国関連性を導入することで、ドイツ連邦議会が望む、公益行為に対する租税優遇とそれに伴う租税収入の減少は、促進される公益活動、慈善活動または教会活動が――外国組織により行われる場合でも――ドイツとの関連性をもつ場合に限り、正当化されることが明らか

になる。」[28]

このように、連邦議会財政委員会の報告書によれば、後者の要件は、内国公益法人等について、推定されるという（„Indizwirkung“）。その限りにおいて、内国法人と外国法人の類型的な区別は残存しており、EU 法との抵触は解消されていないという批判がある。[29]

なお、以上の改正と併せて、租税通則法六〇条一項二文の規定により公益法人等の定款は別表一に定めるモデル定款に準拠すべきものとされ、同六二条の規定は削除された。

4　*Persche* 判決への対応

これらに後れて、寄附控除について抜本的な税制改正が行われた二〇一〇年改正において、所得税法一〇ｂ条一項二文、法人税法九条一項二号および事業税法九条五号の各規定が整備され、欧州連合加盟国または欧州経済領域参加国に所在する外国法人等のうち、法人税法五条一項九号および同二項二号により法人税の納税義務を負わないものに対する寄附についてまで、情報交換および執行共助を条件として、適用範囲が拡張された。[30]

また、寄附者の信頼保護（Vertrauensschutz）[31]と受寄者の寄附責任（Spendenhaftung）について定める所得税法一〇ｂ条四項、法人税法九条三項および事業税法九条五号の各規定が改正され、以下のとおり、基因者責任（Veranlasserhaftung）を負う受寄者の範囲が内国法人に限られないこととされた。[32]

「納税義務者は、寄附及び会費に関する証明書が適法であることを、当該証明書を不正な手段若しくは虚偽の申立てにより取得した場合又は当該証明書が適法でないことを知っていたか若しくは重過失により知らなかった場合を除き、信頼することができる。故意若しくは重過失により適法でない証明書を交付した者又は証明書に記載された租税優遇目的のために寄附金が使用されない基因となった者は、免れた租税について責任を負う。責任の額は、寄附金の額の百分の三十に相当する額とする。第二文第二例（基因者責任）の場合、まず受寄者が請求を受け、免れた租税が租税通則法第四七条により消滅しておらず、かつ、受寄者に対する執行により弁済が得られない場合に限り、受寄者のために行為する自然人が請求を受ける。……」[33]

なお、外国公益法人等に対する寄附について、所得控除に係る要件が充たされているかどうかは、すべて寄附者の所轄税務官庁が判断すべきこととなる。このとき、寄附者は、租税通則法九〇条二項により、事案を解明し、必要な証拠資料を収集する協力義務を負う。このような所轄税務官庁および寄附者の負担は、外国公益法人等について、公益性の認定および監督を行う統一的な機関が存在しないことの帰結であると評価されている。(34)

5　関係判例

以上の改正後、イタリアのローマに所在するロシア正教会の支部に対する寄附について、租税通則法六一条に定める定款による財産拘束（satzungsmäßige Vermögensbindung）という要件(35)が充たされていないとして、所得控除を否定した連邦財政裁判所の判決がある。(36)

四　総括と示唆

本稿は、国境を越える「公益」とそれに係る課税のあり方をめぐり、欧州共同体という制度的前提のもとで展開されてきた欧州司法裁判所の判断とドイツの立法的対応を、その萌芽的な段階において、概観したものである。そこで確認されたのは、欧州共同体においても、各国は「公益」のあり方を自由に決定することができるという基本原則であり、これを踏まえて、ドイツでは構造的内国関連性という新たな要件が設けられたという事実である。まずは、このような外国における制度の実像を正しく理解することが、翻って、日本における望ましい制度のあり方を構想するためにも、必要であろう。(37)

その上で求められるのは、そのような制度の背景にある社会的な現実と理論的な基礎に対して、批判的に取り組む作業である。これは、構造的内国関連性という要件において、ドイツの居住者である自然人が利益を受けること、または、ドイツの外国における声価が高められることという定式が形成されるに至る議論の蓄積を、その基層にまで降り立ち、批判的に再構成する作業を含むものである。その過程では、もともと法人格の取得と結び付けられてきた「公益」という概念が租税優遇の前提条件として純化されてきた法史的な経緯を踏まえた上で(38)、国家という複層的な構造における法人の意義を、国家の目的および任務との連関において、把握するという視角が必要であろう。(39)

本稿は、このような議論の方向と現在の位置を、ドイツの限られた議論を対象として、改めて確認したものでもある。(40)

（1）「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（平成一八年六月二日法律四八号）、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（同日法律四九号）、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（同日法律五〇号）。

（2）玉木林太郎「非課税外国法人制度の運用について」国際税務一巻三号七頁（一九八一）、渡辺淑夫「日本企業が外国公益団体に献金をする場合の課税関係」国際税務一七巻一〇号六〇頁（一九九七）、同「外国の非営利団体に支払う使用料の源泉徴収」国際税務二四巻一号九二頁（二〇〇四）。

（3）以上について、財務省『平成二〇年度税制改正の解説』五一一頁以下。

（4）Überblick: *R. Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl., Köln 2012, § 1 Rz. 110 ff., § 3 Rz. 9 ff.; *M. Helios*, in: *S. Schauhoff*, Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl., München 2010, § 22.

（5）従来の研究として、石村耕治「国際ＮＧＯ支援税制序説」日本法学六六巻三号四七一頁（二〇〇〇）、同「国際ＮＧＯ支援税制の日米比較」白鴎法学一三巻一号七七頁（二〇〇六）、増井良啓「外国ＮＰＯへの寄付と寄付金控除」税務事例研究七二号三五頁（二〇〇三）、板谷智之「公益活動支援と税制」『租税資料館受賞論文集第一八回（中）』二一一頁（二〇〇九）、後藤和子「グローバル時代のＮＰＯ／寄付税制」日本租税理論学会編『市民公益税制の検討』三頁（法律文化社、二〇一一）。

（6）EuGH vom 14. 9. 2006 - Rs. C-386/04 *Centro di Musicologica Walter Stauffer*, Slg. 2006 I-8203. Dazu *R. Hüttemann/M. Helios*, Anmerkung, DB 2006, S. 2481.

（7）*R. Hüttemann/M. Helios*, a.a.O. (Fn. 6); *R. Hüttemann*, a.a.O. (Fn. 4), § 1 Rz. 130.

（8）EuGH vom 14. 9. 2006 - Rs. C-386/04 *Stauffer*, Slg. 2006 I-8203 Rz. 40.

（9）加盟国の公益税制と欧州連合競争法における国家補助との抵触が争われたものとして、EuGH vom 10. 1. 2006 - Rs. C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze gegen Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, Slg. 2006 I-289.

（10）EuGH vom 18. 12. 2007 - Rs. C-281/06 *Jundt*, Slg. 2007 I-12331. Dazu *R. Hüttemann/M. Helios*, Anmerkung,

IStR 2008, S. 200.

(11) なお、同様の規定として、二〇〇七年改正により、所得税法三条三六a号が追加されている(Ehrenamtsfreibetrag)。Gesetz zur weitern Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. 10. 2007, BGBl. I 2007, S. 2332.

(12) EuGH vom 18. 12. 2007 - Rs. C-281/06 *Jundt*, Slg. 2007 I-12331, Rz. 28 ff..

(13) EuGH vom 18. 12. 2007 - Rs. C-281/06 *Jundt*, Slg. 2007 I-12331, Rz. 55 ff..

(14) EuGH vom 27. 1. 2009 - Rs. C-318/07 *Persche*, Slg. 2009 I-359. Dazu *R. Hüttemann/M. Helios*, Anmerkung, DB 2009, S. 701.

(15) 二〇〇七年改正前は、所得税法施行令四九条により、外国公益法人等に対する寄附に係る所得控除が否定されていた。Gesetz zur weitern Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. 10. 2007, BGBl. I 2007, S. 2332.

(16) EuGH vom 27. 1. 2009 - Rs. C-318/07 *Persche*, Slg. 2009 I-359 Rz. 20 ff..

(17) EuGH vom 27. 1. 2009 - Rs. C-318/07 *Persche*, Slg. 2009 I-359 Rz. 42 ff..

(18) EuGH vom 27. 1. 2009 - Rs. C-318/07 *Persche*, Slg. 2009 I-359 Rz. 57.

(19) EuGH vom 27. 1. 2009 - Rs. C-318/07 *Persche*, Slg. 2009 I-359 Rz. 59 f..

(20) EuGH vom 10. 2. 2011 - Rs. C-25/10 *Missionswerk Werner Heukelbach*, Slg. 2011 I-497.

(21) EuGH vom 16. 6. 2011 - Rs. C-10/10 *Kommission/ Republik Österreich*, Slg. 2011 I-5389.

(22) JStG 2009 vom 19. 12. 2008, BGBl. I 2008, S. 2794.

(23) Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 8. 4. 2010, BGBl. I 2010, S. 836.

(24) § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG n.F.: „(2) Die Befreiungen nach Absatz 1 und nach anderen Gesetzen als dem Körperschaftsteuergesetz gelten nicht

2. für beschränkt Steuerpflichtige im Sinne des § 2 Nr. 1, es sei denn, es handelt sich um Steuerpflichtige im Sinne des Absatzes 1 Nr. 9, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder nach den Rechtsvorschriften eines Staates, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 3. Januar 1994 (ABl. EG Nr. L 1 S. 3), zuletzt geändert durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 91/2007 vom 6. Juli 2007 (ABl. EU Nr. L 328 S. 40), in der jeweiligen Fassung Anwendung findet, gegründete

Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union oder des Artikels 34 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, deren Sitz und Ort der Geschäftsleitung sich innerhalb des Hoheitsgebiets eines dieser Staaten befindet, und mit diesen Staaten ein Amtshilfeabkommen besteht".

(25) § 3 Nr. 26 EStG n.F.: „einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat belegen ist, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet".

(26) § 51 Abs. 2 AO n.F.: „Werden die steuerbegünstigten Zwecke im Ausland verwirklicht, setzt die Steuervergünstigung voraus, dass natürliche Personen, die ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben, gefördert werden oder die Tätigkeit der Körperschaft neben der Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke auch zum Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland beitragen kann.„

(27) 従来からドイツでは、理論上「公益」と「公共の福祉」の関連性が求められることは、広く共有された理解であった。Aus dem Schrifttum statt vieler *J. Isensee*, Gemeinnützigkeit und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in DStJG 26 (2003), S. 93.

(28) BT-Drucks. 16/11108, S 45 f..

(29) Etwa *S. Unger*, Steuerbegünstigung grenzüberschreitender Gemeinnützigkeit im Binnenmarkt－Vorgaben des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts im Lichte der unionalen Grundfreiheiten, DStZ 2010, S. 154; *J. Förster*, Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit－Spenden schwer gemacht?, BB 2011, S. 663.

(30) 連邦政府の法案理由として、BT-Drucks. 17/506, S. 24f., S. 29.

(31) ドイツでは、公益性について税務官庁が行う暫定証明（vorläufige Bescheinigung）は、法的見解の表示にすぎず、その後の課税処分を拘束する効力をもたないものとされていた。*R. Hüttemann*, a.a.O. (Fn. 4), § 7 Rz. 1 ff.; *H. Bott*, in: *S. Schauhoff*, a.a.O. (Fn.4), § 10. そのため、暫定証明を受けた者に対する寄附であっても、所得控除に係る要件が充たされていないと判断され、寄附者が予期していない課税処分を受けることがあった。そこで、善意の寄附者を保護するため、Gesetz zur Verbesserung und Vereinfachung der Vereinsbesteuerung (Vereinsförderungsgesetz) vom 18. 12. 1989, BGBl. I

1989, S. 2212により、本文の規定が導入された。*R. Hüttemann*, a.a.O. (Fn. 4), § 8 Rz. 113 ff. その後、Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz) vom 21. 3. 2013, BGBl. I 2013, S.556により、租税通則法六〇a条の規定が新設され、公益性に係る定款上の要件について、法人の所轄税務官庁が確認処分を行うこととされ、これは行政行為としてその後の課税処分を拘束することとされた。これにより、暫定証明の手続は廃止された。連邦政府の法案理由として、BR-Drucks. 663/12, S. 17 f. 同改正について、*R. Hüttemann*, Bessere Rahmenbedingungen für den Dritten Sektor, DB 2012, S. 2592; *ders.*, Das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts, DB 2013, S. 774. なお、確認処分の必要性はすでに一九八〇年代の委員会答申において提言されていた。Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkomission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, BMF-Schriftenreihe Heft 40, 1988, S. 266.

(32) ただし、その後、所得税法施行令五〇条一項二文の規定が新設され、外国法人について、証明書の交付が不要とされた。これにより、事実上、外国法人に対する寄附について信頼保護の規定が適用される可能性は制限された。

(33) § 10b Abs. 4 EStG n.F.: „(4) Der Steuerpflichtige darf auf die Richtigkeit der Bestätigung über Spenden und Mitgliedsbeiträge vertrauen, es sei denn, dass er die Bestätigung durch unlautere Mittel oder falsche Angaben erwirkt hat oder dass ihm die Unrichtigkeit der Bestätigung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war. Wer vorsätzlich oder grob fahrlässig eine unrichtige Bestätigung ausstellt oder veranlasst, dass Zuwendungen nicht zu den in der Bestätigung angegebenen steuerbegünstigten Zwecken verwendet werden, haftet für die entgangene Steuer. Diese ist mit 30 Prozent des zugewendeten Betrags anzusetzen. In den Fällen des Satzes 2 zweite Alternative (Veranlasserhaftung) ist vorrangig der Zuwendungsempfänger in Anspruch zu nehmen; die in diesen Fällen für den Zuwendungsempfänger handelnden natürlichen Personen sind nur in Anspruch zu nehmen, wenn die entgangene Steuer nicht nach § 47 der Abgabenordnung erloschen ist und Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Zuwendungsempfänger nicht erfolgreich sind."

(34) Dazu kritisch: *R. Hüttemann*, Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Spendenabzugs, IStR 2010, S. 118; *ders.*, Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen

und Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft, FR 2012, S. 241. このような状況は、租税通則法六〇a条の規定が新設された現在においても、外国公益法人等のうち、ドイツにおいて納税義務を負わないものについては、確認処分を行わないという運用になることが明らかにされているため、残存したままである。Nr. 3 des AEAO zu § 60a Abs. 1. Dazu *R. Hüttemann*, Der geänderte Anwendungserlass zur Gemeinnützigkeit, DB 2014, S. 442.

(35) これは、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律五条一七号に定める要件に概ね相当するものである。

(36) BFH vom 17. 9. 2013 I R 16/12, BStBl. II 2014, S. 440.

(37) これに対し、未実現のものとして、「欧州財団」という構想に向けた議論もある。例えば、欧州委員会からの委託に基づく研究成果として、*Universität Heidelberg/Centre for Social Investment/Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Feasibility Study on a European Foundation Statute, 2009.

(38) 例えば、一七九四年プロイセン一般ラント法二章六節二五条においては、「法人格は何らかの継続的な公益目的に拘束されるべきものとして国家が許可した会社にのみ帰属する。(„Die Rechte der Corporationen und Gemeinen kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu,die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben.")」と規定されていた。

(39) このような視角による近年の業績として、*M. Droege*, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, Habil., Tübingen 2010. 同書の紹介として、田中啓之「学界展望(租税法)」国家学会雑誌一一六巻一一＝一二号一一二五頁(二〇一三)。

(40) 同様の作業の成果として、田中啓之「租税法における外国の法形態」北大法学論集六五巻五号六一頁(二〇一五)。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 66 No. 3 (2015)
SUMMARY OF CONTENTS

Der Konflikt zwischen der verlorenen Chance und der Beweislastumkehr

Seiji HAYASHI*

In Deutschland findet die Rechtsprechung den Grund der Beweislastumkehr für den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und den Verletzungen der Leben sowie Körper bei dem groben Behandlungsfehler in der Billigkeit. Aufgrund der Einsichten in den starken wechselseitigen Bezug von materiellem Arzthaftungsrecht sowie Prozeßrecht und der nahen Verwandtschaft zwischen Beweiserleichterungen und Haftungsverschärfung wird in der Literatur die zusätzliche Argmente in einer Beweisrisikozuweisung entsprechend der materiellrechtlichen Pflichtenstellung, also in der Gefahrerhöung und der Beherrschbarkeit des Geschehensablauf gefunden (Gefahrenbeherrschbarkeit. von Bar, Katzenmeier). Katzenmeier sagt, daß der eingetretene Schaden sich dem Arzt zurechnen lässe, nur wenn der Geschehenablauf durch Einhaltung elmentarler Berufspflichten generell beherrscht werden könne. Katzenmeier gilt also neben der Gefahrerhöhung auch Gefahrenbeherrschbarkeit als die Voraussetzung der Beweislastumkehr bei dem groben Behandlungsfehler. In Deutschland werden allgemein die Fälle der Behunderhebungspflicht als den Unterfall der Beweislastumkehr bei dem groben Behandlungsfehler.

Man kann die Unterlassung der Behunderhebung als Unterlassungsdelikt

* Professor, School of Law, Hokkaido University.

gelten. In Japan soll daher der ursächlichen Zusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden bejaht werden, sofern der Kausalverlauf aus irgendeiner Ursache auf die Verletzung des Rechtsgut hin bei Beachtung der Sorgfaltspflicht aufgehalten werden können hätte. Das Aufhalten des Kausalverlauf entspricht der Gefahrenbeherrschbarkeit, die in Deutschland als Voraussetzung der Beweislastumkehr für den ursächlichen Zusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und den Verletzungen der Leben sowie Körper bei dem groben Behandlungsfehler gilt. Das ist nicht ein bloßer Zufall.

Weil der Kausalzusammenhang des Unterlassungsdelikts nur gedacht sein muß, soll die Umstände, die dem Artzt den eingetretenen Gesundheitsschaden zu zurechnen ausreichen, die Schätzung, daß der Nachweis des Kausalzusammenhang erfolgt wird, begründen. Andererseits soll die Umstände auch bei der Beweislastumkehr für den Nachweis des Kausalzusammenhangs berücksichtigt werden. Wenn die Umstände(die Beherrschbarkeit des Geschehensablauf usw.)bestehet, geht die Literatur in Deutschland aus die Erfüllung der Vorsaussetzung des Kausalzusammenhang durch die Beweislastumkehr aus. Dabei ist es oberflächlich, daß man einerseits die Frage des ursächlichen Zusammenhang des Unterlassungsdelikt in Japan als die Frage des materiellen Rechts, andererseits die Beweislastumkehr für den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs in Deutschland als die Frage des Beweisrechts gilt.

Wenn es die Verletzung der Behunderhebungspflicht des Arztes gibt, die Prinzipien der Gefahrerhöhung und der Gefahrenbeherrschbarkeit erfüllt sind, sollen daher nicht die verlorene Chancen, sondern die Verletzungen der Leben und Körper angenommen werden. Und wenn es die Verletzung der Behunderhebungspflicht des Arztes gibt, sind grundsätzlich die Prinzipien der Gefahrerhöhung und der Gefahrenbeherrschbarkeit erfüllt. Denn der Arzt hätte Geschehensablauf beherrschen können, sofern die Behunderhebung und die anschließende Diagnose sowie Maßnahme die eingetretene Verletzungen der Leben und Körper verhindern können hätten, mit anderen Worten es die genereller Eignung des Fehlers gibt.

Namentlich versteckt die Unterlassung der Behunderhebung vor den Patienten, die dem Arzt vertrauen, das Risiko der Krankheit und entzieht ihnen die Chance, daß sie zutreffend behandelt werden. Daher aussetzt der Arzt die Patienten dem größeren Risiko, als sie zu dem Arzt gehen(Der Gesichtspunkt der Gefahrerhöhung). Der Gesichtspunkt der Gefahrerhöhung entscheidet, ob nicht nur die verlorene Chancen, sondern auch die Verletzungen der Leben und Körper angenommen werden, wenn das Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und den Verletzungen der Leben sowie Körper unklar ist.

論　　説

アメリカにおける歴史的環境保全の法的研究（３・完）

小　幡　宣　和

目　　次

序　章　歴史的環境とは何か―多面的かつ発展途上の概念―
第１章　日本における歴史的環境保全の歩み
第２章　アメリカにおける歴史的環境保全
　　―1969年国家歴史保全法の立法史を中心に―
　　（以上65巻５号）
第３章　アメリカにおける歴史的環境保全の法制度
　　―多方面からの保護アプローチ―　　（以上65巻６号）

第４章　歴史的環境保全についての判例の歴史的変遷

第１節　ポリス・パワー論と収用論

4-1-1　前史

（１）ニューサンスによる保護（事後的救済）

ゾーニングが主な土地利用規制の手法となる以前は、不法行為の一類型であるコモン・ロー上のニューサンスが手法として用いられていた。

ニューサンスは、公的ニューサンスと私的ニューサンスとに分類される。公的ニューサンスは、公共一般に対する侵害行為を指し、公の健康、安全、道徳、そして安楽等を侵害する行為[1]や、法律、条例、行政規則

[1] Zoning. 35 HERVARD L. REV. 1025 (1970).

に違反する行為等とされている[2]。公的ニューサンスにあたるとされたものは判例上多数あり、騒音、悪臭、大気汚染、凶暴な犬の保有、不衛生な食品の販売等多岐にわたる。公的ニューサンスに対しては、特定の行為によって被害を受けた私人による損害賠償、公務員や当事者適格を有する者による市民訴訟（citizen's action）による差止が救済として許容され、検察官により刑事責任を問われる場合もある[3]。一方、私的ニューサンスは、土地の占有者が有している、その土地を使用・利用することにより享受している利益を不法に侵害する他者の行為をいう[4]。

ばい煙、騒音、振動を排出するような工場など他者に害を及ぼすような土地の利用については、ゾーニング登場以前には、これら公的ニューサンスに対する救済、また、私的ニューサンスに対しては、コモン・ロー上の「汝の物を使用するに、他人のものを害せざるが如く、これを為すべし」という法諺を引き合いに出して、裁判所は救済してきた。

裁判所は、土地利用におけるニューサンスに対する司法判断の際には、おおよそ、(a) 原告の損害の重さ、(b) 被告の当該行為の有用性の２つの基準[5]によって審査された。前者については、(a1) 損害の重さ、(a2) 妨害された利用の社会的価値、(a3) 妨害された利用の当該地域の特徴に対する適合性を審査し、後者については、(b1) 被告の使用の社会的価値、(b2) 被告の侵害行為の防止または回避の不可避性、(b3) 被告の利用の当該地域における適合性を総合判断した。

裁判所は、ケースごとに柔軟にその違法性を判断してきたが[6]、柔軟がゆえ、統一的に他者に害を及ぼすような土地の利用を禁ずることはできなかった[7]。また、原告が損害を主張する際には、被告の土地利用が不合理であり、原告の財産価値の本質的減少を引き起こしていることを立証しなければならなかった。

---

[2] 田中英夫編『英米法辞典』(有斐閣、1990年) 683頁。

[3] 同上。

[4] 同上。

[5] Restatement of Tort Law 3d, Thomson, 2000, §828, 829.

[6] *Id.*

[7] この点について詳しくは、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の補償（１）」法学協会雑誌100巻２号50頁以下参照。

このことから、本稿の中心課題である歴史的建造物や環境に代表される、景観・美観のような視覚的なニューサンスは、あくまで個人の感覚の問題として捉えられた。また、嗅覚や騒音などの感覚に関する問題と異なり、視覚的な醜悪さにより、土地の価値の本質的減少を立証することは困難とされ、ニューサンスでの救済は、ほとんどの場合「贅沢や道楽の問題」[8]とされ、あくまで個人的な嗜好の問題であり、司法分野において解決すべき問題ではないとされ、認められることはなかった[9]。

（２）制限的約款、ポリス・パワー、公用収用権（予防）

都市化が進み、人口が増加するにつれ、住宅、工業、衛生などに関する多種の土地利用が近接するようになり、日照、平穏な土地利用、清浄な環境などに関する利害が対立するようになった。また、ニューサンス法を用いて裁判所による司法判断による解決に依存することは、問題の事後的救済という面では効果的であるが、紛争の予防という面では、効果的ではなかった。そこで、地方政府がニューサンスにあたると判断した行為について、あらかじめそれを禁止する手法を導入した。それらの中心的なものとして制限的約款（restrictive covenants）、ポリス・パワーによる規制、公用収用権、そしてゾーニングがあげられる。本稿に大きく関係するゾーニングは項を改めて説明することにし、前三者について簡単に触れておくことにする。

制限的約款は、土地の利用方法、建築物の位置、建築方法、建築物の特徴などについて開発業者と購入者、あるいは住民間の間で締結される

---

[8] 視覚的被害はニューサンスに当たると主張する文献につき、Dix W. Noel, “Unaesthetic Sights as Nuisances”, 25 Cornell L.Q. 1 (1939). 以下。

[9] Kenneth H. Young, Anderson’s Anerican law of Zoning 4th edition, vol.1, 760 (1996). また、前掲 Noel 論文では、1937年の Matterial Company v. Barrack 判決を取り上げ、裁判所は、7-8フィートの高さのフェンスで囲んだ倉庫や廃棄物置き場について、住宅街であれば、ニューサンスに該当すると判断したと述べたことから、周囲の状況の要件の適用次第でニューサンスと認められると指摘する。しかし、あくまで廃棄物置き場などの迷惑施設というマイナスの効果をもたらす施設の排除という点についてであり、歴史的環境保全といったプラスの効果をもたらすような問題についてではないことに注意すべきである。

民事法上の契約である[10]。大規模な開発業者が土地を分譲し、購入者に対して一定の土地利用を制限（商店を開業することの禁止やセットバックのラインを定めるなど）することにより、分譲地内の統一的な土地利用を促進したり、ある地区において住民間で、建築物の利用用途の制限や管理方法を統一化したりすることにより、住宅街の特徴を維持し、経済的価値の向上や貧困層の排除等にも役立てるものである[11]。

ゾーニングが普及する以前のポリス・パワーによる土地利用規制は、主として建築条例を制定し、ミニマム・スタンダードの基準を提示することにより、建物の安全性の向上や防災対策を行うものである。また、ある特定の土地利用を住宅地や商業地から排除する条例もこの種の土地利用規制である。ロサンゼルスにおいて、レンガ工場やレンガを焼くための窯を操業することを禁ずる地区を設定した条例を連邦最高裁判所が支持したものである1915年の、Hadacheck v. Sebastian 判決[12]や、商業地内での貸し馬車の営業を禁ずる条例について争われた1915年のReinman v. Little Rock 判決[13]は、当該条例について合憲と判断された。これらがゾーニング登場前のポリス・パワーによる土地利用制限であるが、その他にも、搾乳場や馬小屋、家畜のと場、鉄のスクラップ場の立地規制が、公の健康や安全に関わるポリス・パワーの行使として問題となった。ゾーニング登場以前の裁判例では、これら立法はポリス・パワーによる公的ニューサンスの排除として扱われ、コモン・ロー上ニューサンスと認められていなかったものについて裁判所は、否定的な態度をとっていた。その例として、看板の大きさや立地などに関する美観規制である。裁判所は、このような規制は、ポリス・パワーの範囲外の問題であるとして、当該規制を認めなかった。なぜならば、看板の規制についてはニューサンスの問題ではないと判断したからである[14]。

---

[10] 制限的約款について論じたものとして、前掲・寺尾「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の補償（１）」294頁以下、渡辺・173頁以下を参照のこと。

[11] Kenneth H. Young, Anderson's Anerican law of Zoning 4th edition, vol.1, 86-88 (1996).

[12] 239 U.S. 394 (1915).

[13] 237 U.S. 171 (1915).

[14] Varny v. Green Williams, 155 Cal. 318 (1909).

ニューサンスによる救済や、ポリス・パワーの行使による規制の不完全性を補うために、公用収用権を行使することにより、その弱点を克服しようとした自治体もある。1915年のミネソタ州の授権法では、住宅専用地の設定や無計画な開発を予防するためのゾーニング規制を行い、財産所有者に対して当該ゾーニング規制により発生した損害を補償するという規定を設けた。しかし、ゾーニングに対する補償は、費用が膨大なことや、仕組みや手続が煩雑なことからほとんど普及せず、また専門家からも支持されることなく終わった。

（3）ゾーニング

今日では、ゾーニングとされる手法の最初は、建築物の高さ規制であった。19世紀後半に、マサチューセッツ州でこの手法の立法がなされ、1909年には、連邦最高裁判所で不合理かつ不適切でない限り、この種の立法は妥当であるとの判断が下された[15]。さらに、工業化が進展し、工場が付近住民の平穏な生活と対立することが多くなり、ゾーニングは工場の集中と、特定の地域からの排除という手法を採用した。1909年、ロス・アンゼルス市は、住居地区と７つの工業地域に分割する市内の包括的ゾーニングを行った。また、ニューヨークは、1913年に建築物高度委員会（Heights of Building Commission）が市全体についての詳細な規制一覧を勧告し、1916年に包括的なゾーニング条例が制定された。一般には、この条例が、アメリカにおける最初の包括的ゾーニング条例とされている。このニューヨークの条例により、全国にゾーニング制が広まるところとなり、1921年にフーバー商務長官が標準ゾーニング授権法を公表したことによって、これをモデルとして、全国でゾーニング条例が普及したのである。

①ユークリッド判決

さらに、ゾーニングによる土地利用規制が財産権の侵害に当たるかが争われた、1926年のユークリッド判決[16]がゾーニングについての法的根

[15] Welch v. Swasey, 214 U.S. 91 (1909).

[16] Village of Euclid v. Amber Reality Co., 272 U.S. 365 (1926).

拠を与えた。連邦最高裁判所は、ゾーニングによる土地利用規制は財産権の侵害には当たらないと判断し、これにより、ゾーニングによる土地利用規制が、一気に全国へと広がるきっかけとなった。

（ａ）事件の概要

原告は、オハイオ州クリーヴランド市郊外のユークリッド村西端に68エーカーの土地を持っていた。村の条例では、用途規制を６種類、高さ規制を３種類、面積規制を４種類に分類していた。原告の所有している土地は、３種類（U-2,U-3,U-6）の用途規制に分類された。この規制により、U-2地区では、１家族用住宅、公園、給水塔、旅客駅、個人用菜園及び温室等に加え、２家族用住宅を建設することができた。U-3地区では、それに加え、アパート、ホテル、教会、学校、公共図書館、美術館、私的団体用施設、コミュニティー・センター、病院等の建設が認められている。U-6地区では、U-4で認められた銀行、会社、スタジオ、電話交換所、消防署、警察署、レストラン、劇場等、U-5で認められた広告、看板（許可されたもの）、倉庫、氷およびアイスクリーム工場、冷蔵倉庫、瓶詰め工場、牛乳の瓶詰め及び中央集配所等、加えて、下水処理場、ガス工場、ごみ焼却場、鉄くず等のスクラップ場、紙・廃品のスクラップ場、飛行場、墓地、刑務所および矯正施設、精神病患者のための施設、石油およびガソリンの保存施設（25,000ガロンを超えない範囲）、その他工場やU-1からU-5に定められていない他の公共施設の建設が認められた。

土地の東西両側は住宅用地として発達していた。原告は所有している土地を工業用地として売却・開発を考えていた。しかし、市の条例により、U-2、U-3、U-6に分類されたことにより、所有する土地の一部が、住宅用地としての用途規制がかけられた。工業用地として当該土地を売却すれば１エーカーあたり１万ドルとなるはずであるが、住宅用地として売却すれば、１エーカーあたり2,500ドルとなってしまうと主張した。

原告は、この条例により、土地の自由な利用が制限され、財産の価値の大部分を没収され、同条例は第14修正に反し、デュー・プロセスなしに財産を奪い、法の下の平等（equal protection of law）を否定しているなどとして、当該条例の施行の差し止めを求めて訴えを起こした。

原審であるオハイオ州連邦地方裁判所は、当該条例は違憲・無効であるとした。

（b）判旨

連邦最高裁判所は６対３で、条例は合憲であるとの判決を下した。法廷意見を執筆したサザーランド判事は以下のように判断した。

＜ゾーニング法は、現代に起源を有するものである。最近まで、都市生活は比較的単純なものであったが、人口の増加により種々の問題が生じ、都市コミュニティにおける私人の土地利用に関して、さらなる規制が必要となっている。ゾーニングに関する規制は、今日支持されるものであり、それは、自動車が発達する以前には、交通法規が恣意的かつ弾圧的であったのが、自動車の発達とともに正当化されたことと類似している。そして、憲法上の補償という意味合いは決して変化しないが、その適用範囲は、それが作用する場の、常に生じる、新しくな状況の変化に応じて拡大したり、縮小したりするのである。

本件および類似したゾーニング条例の、ポリス・パワーの面からの正当化理由を見出さなければならないが、それが妥当なものと、妥当でないものかの境界を正確に定義づけることは難しい。なぜならば、それは条件や状況により変化するのであり、あるゾーニング条例が大都市では明白に有効なものであるとしても、それが地方社会では無効となる場合がある。問題の解決においては、コモン・ローにいう、「汝の物を使用するに、他人の物を害せざるが如く、これを為すべし」という格言が役立つ。ある種類の建物の建築を禁じたり、特定の利用を禁じたりすることは、あるものがニューサンスにあたるかどうかという問題と同様に、その状況や地域性により決されるものである。

火災や倒壊、混雑の防止を理由とする、建築物の高さ、建材の材質、建築方法の規制、近接する土地の空地義務、そして住居地域からニューサンスを作り出しそうな危険な商売や工場、そして建築物の排除については当裁判所が認めてきたところであるが（Hadacheck 判決などを引用）、しかし、危険な商業ばかりでなく、安全な商業の排除もそれと同等に排除が正当化されるのであろうか。この問題については、当裁判所は未だかつて述べたことはない。

本件条例は、住居地域の設定および維持のために、住宅地域からアパート、商店、小売店舗等を排除する条例であるが、これは、最近のゾーニング条例の正当化に関する最も中心的な問題であり、地方裁判所では、この件に関して多数の判断がされており、そして判断は対立している。しかし、条例を支持するものが、支持しないものよりも数としては多く、全体の傾向も権限を広く解する傾向にある。

ゾーニング制度に関する問題は、多くの専門家や委員会の中で注目され、その調査結果は総合的な報告書として多く出されている。それらの綿密な検討によれば、商業・工業用建物を住居から分離することは、それぞれの地区の特徴に合った防火組織を用意でき、住居生活の安全性が増加し、交通量を減少させ、その混乱を阻止することにより、特に子どもの交通事故を防止でき、神経、精神を不安定にさせるような騒音などを減少させることができると述べ、ゾーニング制度に賛成している。特にアパートについては、一戸建て住宅の目的を破壊することになる。一戸建て地区にアパートがある場所では、アパートは単に寄生虫であり、一戸建て住宅の作ってきたオープン・スペースや魅力的な周囲の環境といったものを利用しているにすぎない。さらに、一棟のアパートが建つと、それに追随する者が現れ、その大きさや高さにより、日照を受けることや換気が自由に得られなくなる。また、増加する交通量や商業により、騒音被害が発生し、交通量や路上駐車の増加によって、子どもの安全や、子どもたちがオープン・スペースで静かに遊ぶという特権を奪われる。これらの状況の下では、異論なく、さらにアパートの建設が望まれた場所でも、ニューサンスの状態に非常に近くなる。

もし、今まで述べてきた理由が、これらの規制の全ての点において賢明もしくは健全な政策であるということを示していないとしても、少なくとも、これらの条項が明白に恣意的で不合理であり、公の健康、安全、道徳、そして一般福祉に無関係であるとして違憲であると述べることを妨げるのに対して十分に説得力がある。

これらの状況の下では、このように、条例の総合的範囲や主要問題は、ここで関係する条文に限り、有効な権限の行使である。

（ｃ）評価

1920年代に商務省がゾーニングのためのモデル法である標準ゾーニング授権法を起草し、連邦がゾーニング制度を周知させたことと、ユークリッド判決によって、アメリカにおけるゾーニングは、全国的な制度として普及するところとなり、これらの動きによってゾーニングによる歴史的環境地区などの指定が可能になった。

実際にゾーニングを行なう各自治体は、市中をいくつもの区域に分け、ゾーニングを行なっているが、その中で、歴史的地区に指定されている区域も存在する。歴史的地区として指定された地区は、多くの場合、建造物の修理、取り壊し、増築、改築などの行為はゾーニング委員会に申請をし、許可された場合に、申請をした行為を行うことができる。また、個別の建物について、各自治体の歴史的環境保存のための法律などにより何らかの指定を受けていれば、各自治体が設置する保存委員会などに当該行為を行う場合が多い。

わが国では、建築基準法により、全国一律の基準の下で用途規制がなされ、地方自治体の実情に合わせた建築規制を行なうことに一定の限界があると思われるが、アメリカでは、各自治体にゾーニングや建築規制などが授権されているため、各自治体の歴史、商業都市であるか、工業都市であるか、さらに農業を中心とした都市であるかなどの実情に合わせた都市環境づくりが可能といえる。

② Berman v. Parker 事件[17]

続いて、1954年に出された、Berman v. Parker 事件が、歴史的環境保全を目的とするゾーニングの発展に大きな影響を与えるものとなった。この判決は、直接的には歴史的環境保全に関する事件ではないが、いわゆる美観規制に関する事件であり、この判決をきっかけとして、各地でさらに歴史的環境保全のためのゾーニング制度ができるきっかけとなった。

［事案の概要］

1945年のコロンビア特別区再開発法[18]により、ワシントン D.C. 内の荒

[17] 348 U.S. 26 (1954).

[18] District of Colombia Redevelopment Act of 1945, 60 Stat. 790, D.C. Code,

廃地域再開発プロジェクトが私的事業体により進められていた。当時の調査によれば、ワシントン D.C. の南西部の再開発計画 B 区域の状態は、64.3% の住宅が改修では解決しない状態、18.4% が、大規模な改修が必要な状態、17.3% が現状で十分な状態であった。さらに、57.8% の住居についてはトイレが屋外にあり、60.3% は浴室がなく、29.3% に電気が通っておらず、82.2% は洗面台および洗濯槽を所持していなかった。また、B 区域の人口は5012人で、居住者のほとんどがアフリカ系の人々であった。

原告は、B 区域内の荒廃していない、健全な状態にある建物および土地を収用されたデパートの所有者である。原告は、このようなプロジェクトが社会に害悪を及ぼしてはいない正常な状態にある不動産を収用して、別の私人に売却するための収用権の行使であるとみなし、このプロジェクトは、そもそも公的事業ではなく、また、目的も単にコミュニティーをより均整の取れたもの、魅力的にするものにするためであって、荒廃状態の解消ではないと主張した。そして、再開発法は、連邦憲法修正第５条にいう、「公の使用（public use）」の要件およびデュー・プロセスに反するとして、同法の違憲・無効の宣言的判決を求めた。原審は、同法を合憲と判断した。

［判旨］

連邦最高裁は、全員一致で、原審を一部修正した上で条例を支持した。ダグラス裁判官は、次のように法廷意見を執筆した。

＜現在審査されている当該条例およびそれに類した立法及び規則は、これらの権限をポリス・パワーの中に根拠づけられなければならず、それは、公共の福祉のためであると断言できる。この分野において、権限が不法と考えられ、合法とされる場合の境界は、正確にはできない。それは事情や状況により変化する。規制的なゾーニング条例は、大都市において適用される分には明確に有効とされるが、地方のコミュニティに適用されるには無効とされるであろう。それゆえ、ある特定の種類、もしくは特定の使用のための建築物を禁ずるかどうかという問題は、ある特定の事柄がニューサンスに当たるかどうかという問題と同様に、…場

1951, §5-701-5-719.

所や地域性を考慮することにより決される。ニューサンスというものは、正しいものが誤った場所にあることである。例えば、豚が納屋の中ではなく、応接室にいるように。もし、ゾーニングを目的とする立法上の有効性について議論の余地があるならば、立法に対する司法判断が、許されなければならない。＞

「一般的福祉概念は広く、包括的なものである。それがあらわす諸価値は、物理的なものであると同様、精神的なものであり、金銭的なものであると同様、美観的なものである。コミュニティが健康的であると同じく美しいものであり、清潔であると同じく広々とした空間であり、注意深くパトロールされていると同様バランスの取れたコミュニティであるべきと決定することは立法府の権限の範囲内である。本件では、議会および当該機関は、幅広い種類の価値を考慮に入れた決定をしたのであり、我々が再審査するものではない。コロンビア特別区を統治する者が、首都は清潔であると同じく美しくあるべきだと決定したのであれば、修正第５条はそれを妨げるものではない。」

都市再開発プログラムの第一次的背景となっている権限は、ポリス・パワーであり、収用権の行使はポリス・パワーの目的である、一般的福祉実現のための手段である。何が公共の福祉（public interest）であるかは議会の判断が優先されるべきであって、その原則は収用権の行使がそのプログラムに含まれているからといって、変化するわけではない。また、健全、正常な状態にある土地を原告から取り上げ、別の私人に譲り渡すことについては、都市の再開発は、スラム化した部分のみを断片的に改善することによってはとうてい達成しうるものではなく、１つのまとまった地域全体について、スラム化の要因（つまり、不十分な公共施設、余暇施設、オープン・スペースや、街路の不備など）を根本的に取り除くことなくしては、将来におけるスラム化を防止することもできないのであるから、地域一体の再開発のためにはやむをえない。

［評価］

アメリカの各州は、独自に課税権や収用権を有しており、また、国家が本来的に持つものである、ポリス・パワー（公衆の安全・健康・道徳の向上や保護のために立法を行う権限）も、各州政府がこれを有している。

それぞれの地方政府が歴史的環境保全のためにおこなう具体的方法と

しては、ゾーニング、収用、税制優遇、再開発がある。上記のユークリッド判決[19]により、ゾーニングがポリス・パワーの行使によって損失補償なしにそれをおこなえるという正当性を与えられ、この Berman 判決で、美観規制に関する規定をポリス・パワーの範囲内であると判断がされたことにより、歴史的環境保全のためのゾーニングが、後に広まっていく。

（ｄ）ポリス・パワーに基づくゾーニング

とくに、ここでは問題として多く取り上げられてきたゾーニングについて扱うこととする。ゾーニングは、法律による土地利用規制の一種であるが、これは、ポリス・パワーの行使であるかどうかが問題となってきた。特に、このような規制が憲法上、つまり、合衆国憲法第14修正のデュー･プロセスと平等保護条項のもとで有効なものであるならば、ゾーニングの条項が公の目的であるかどうかが問われることとなる。公の目的であるかどうかは、当該規制が、公の健康・福祉または道徳を増進するものであるかどうかが、ユークリッド判決により定立された原則である[20]。歴史的環境保全のためのゾーニング制度が公の健康・福祉・または道徳を増進するものかどうかを考えるに当たっては、上で取り上げたバーマン判決の法廷意見がしばしば引用されている。とりわけ、「コミュニティーが健康的であるのみならず美しく、清潔であるのみならず広々としていること、注意深くパトロールされているのみならず均衡が保たれることを決定するのは立法権のうちに含まれる」という部分である。多くの学説も、純粋な美観目的のゾーニングは、ポリス・パワーの範囲内であるという結論に至っている[21]。また、歴史的環境保全のためのゾーニングを正当化する根拠として、以下の点を上げる説もある[22]。第一点

[19] Euclid v. Ambler Reality Co., 272 U.S. 365 (1926).

[20] *Id.*

[21] *Comment, The Police Power, Eminent domein,and the Preservation of Historic property*, 63 COLUM. L. REV. 708 (1963), *Comment, Aesthetic Zoning: Preservation of Historic Areas*, 29 FORDAM L.Rev. 729 (1961). H. Hamilton, *Regulation of the Land Use by Local Government for Aesthetic Purposes* (1961).

[22] *Comment, Legal Methods of Historic Preservation*, 19 BUFF. L. REV. 611 (1969).

として、裁判所が伝統的に、そして実際の正当化根拠として最も多く利用してきた、「経済的価値の向上」が一般的福祉を向上させるというものである。第二点として、歴史的環境保全のためのゾーニングが、人々の精神的休養（recreation）に寄与する事で人々の健康と福祉を増進するという点である。都市は、公園スペースが少なく、人々の精神的休養をする場所が少ないため、歴史的保全地区が必要であるというものである。また、第一点と第二点は関連しており、人々が休養するために歴史的地区を訪れることにより、経済を活発化させると主張もある[23]。

ゾーニングの技法としては、歴史的地区を設定し、境界を設けることとなる。そして、歴史的地区を指導・管理し、歴史保全のための規則を制定する歴史地区委員会を創設する。基本的に、歴史的地区内での新築・改装・建物の取り壊しや、外観の変更をしようとする場合は、まず、歴史保全委員会などに取り壊しの許可を得なければならない。もし、歴史地区委員会が、当該新築、改築、取り壊しや外観の変更が有害と判断すれば、計画された行為を不許可とする。不許可になった場合の対応については、各自治体で規定が大きく異なるが、不許可になったのにもかかわらず、当該計画行為を続行した場合、刑事訴追されるものや、市に買取りや補償させるもの、また、当該建物の所有者が、建物をそのまま維持することが経済的に困難であると証明し、かつ、市が当該建物を買い取ることをしないと決定した場合は、取り壊しや外観の変更を認めるとする自治体もある。

歴史的環境保全のために設けられた法律やゾーニングにより、歴史的建造物などを所有する者が、建て替えや改装が認められないことは収用に当たると主張し、補償を求めた訴訟は数多く存在するが、収用には当たらないとする判断をしている判例が多い。ここでは、いくつかの歴史的建造物保存に関する裁判例を見てみることとする。先にも触れたが、アメリカでは、ゾーニングは各地方自治体の権限であり、各自治体によって仕組みは異なっているが、基本的には、歴史保存委員会などの専門機関やゾーニング委員会、また建設審査委員会などに、歴史的保存地区内

[23] *Id.*

での建て替えの許可を求める仕組みとなっている[24]。

前章までで述べたように、アメリカでの歴史的環境保全のための手法は、主に歴史地区を指定するゾーニング条例という面的保護と、個別の法律や条例によってとして保護するものの２つに大別される。そして、これらのゾーニングや個別の建築物の保全により、新築、取り壊し、建物の改変を規制された財産所有者に対しては、特別、補償がされない場合が多い。私人の財産の自由な利用が制限されているにもかかわらず、補償がされないことが多いのは何ゆえなのか。歴史的環境保全に関する個別の論点に入っていく前に、アメリカにおける収用問題（taking issue）と警察権能（police power）の問題に触れておくことにする。

4-1-2　ポリス・パワー論と収用論の発展

4-1-2-1　ゾーニングによる規制―ポリス・パワーとの関係

アメリカにおける土地利用規制を概観すると、主として規制の方法は２つに大別される。一つにはゾーニングによる規制であり、もう一方は個別の条例などによる規制である。歴史的環境保全の分野でも規制の状況は同じであり、歴史的ゾーニングにより、歴史的建造物の取り壊し規制や改変規制を行うものもあれば、個別の建物について保全するための条例がある。これら土地利用権の規制は、ポリス・パワーに基づいて行われている。

ポリス・パワーは、公の安全・健康・道徳・一般福祉を向上するための、州に固有の権限であるといわれる。上記の諸価値を保護するため、ポリス・パワーを行使し、住民の財産権の自由な使用に対して干渉する権限が州政府に与えられている。

ポリス・パワーの理論は、判例の中で、時代とともに発展していったものである。連邦最高裁は、「ポリス・パワーの行使は、社会の要求と同様に広く、包括的であると言われるだろう。ポリス・パワーは、静的なものでなく、むしろ、ますます増加する人口とますます複雑化する社

[24] 以下の分類は、Daniel R. Mandulker, Land Use Law, lexisnexis, 2003, Thomas E. Roberts, Land Use Planning anddevelopmentregulation Law, Thomson, 2007 による。

会の要求や必要性に合うよう、憲法の範囲内で進化することができる。ポリス・パワーの範囲は先例に基づいてのみ決められるものではない。というのは、当該時代の必要性や要求に対する正確な先例がないかもしれないからである。しかし、必要性や要求は、ポリス・パワーの範囲の基準を与えうる。」[25]と述べるものや、「当裁判所および各所にてポリス・パワーの定義づけについての様々な試みが行われているが、完全に成功を収めたものはない。ある特定のケースがポリス・パワーの一般的な範囲に含まれるかどうかについて考慮することのほうが、ポリス・パワーのすべての点について正確な定義付けをするよりも容易なことである。」[26]と述べ、ポリス・パワーの定義と範囲の確定の困難さを述べている。このことは、逆から言えば、ポリス・パワーの範囲が不定形なことによって、新たな問題に対応する立法を正当化するための根拠になるともいえるのである。

ポリス・パワーは、従来、最低賃金の規制、酒類販売の許可制などで用いられてきた理論である[27]。土地利用規制の分野では、ゾーニングがポリス･パワーの行使の範囲内であるとした､前述の1926年のユークリッド判決が有名である[28]。また、と蓄場の立地規制や、病気に感染した果樹の伐採などもポリス・パワーの行使に当たる。

ポリス・パワーの概念が成立しつつあった当初は、ブラックストーンの「国民が秩序だった家族の一員のように、よき近所づきあいをし、礼儀正しく、上品であり、勤勉で、各自の身分を害さぬよう行動するよう義務付ける」[29]として、秩序維持のための消極的作用としてのポリス・

---

[25] Farley v. Graney, 119 S.E.2d 833, 843 (1960).

[26] Stone v. Mississippi, 101 U.S. 814, 818 (1880).

[27] ポリス･パワーと土地利用権について詳しく論じたものとして、米沢広一「土地使用権の規制―財産権とポリス･パワー（一）、（二･完）」法学論叢107巻４号、108巻１号がある。また、ポリス･パワーの成立･発展については、高原賢治「アメリカにおける『警察権能』の理論の展開（一）、（二・完）国家学会雑誌第74巻第９・10号、第11・12号（1961年）。

[28] Village of Euclid v. Ambler Reality Co. 272 U.S. 183 (1926).

[29] *Id.*

パワーの行使が主であった[30]。また、ラテン語の法諺である、「汝のものを使用するに、他人のものを害せざるが如く、これをなすべき」もポリス・パワーの理論の基礎となったところから、初期においては、ポリス・パワーの行使は、害悪の排除としての行使の意味合いを有していた。

ポリス・パワーの行使が合憲であり、正当な行使であると裁判所により判断されるには、合理的かつ正当な目的がなければならない。これは、合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項および平等条項の要請である。また、各州の憲法に同様の規定がある場合には、それらの要請でもある[31]。前者の目的については、立法の手段が合理的であり、目的と手段の間に合理性があることを意味する。後者の目的については、ポリス・パワーの要件である、「公の健康・安全・道徳そして公共の福祉」を目的としたものであるかどうかということである。

判例を通して時代とともにポリス・パワーの行使の範囲は変化してきた。連邦最高裁判所は、19世紀前半は、ポリス・パワーの範囲は、公衆の道徳・安全・健康に限られ、しかも、判決に影響を与えるような理論ではなかった。しかし、19世紀後半になり、ポリス・パワーが、州の主権に属するものであると言及されるようになり、判決の中心を占める理論となった。一方で、州裁判所でも同時期に、ポリス・パワーを判決の中心理論として言及するようになった。例として、公の便宜、住民の健康、公共の善の促進が問題となった事例でポリス・パワーの理論を用いて判断した。

その後、公衆の道徳・安全・健康から「一般福祉（general welfare）」をも含むようになった。そして、一般福祉の内容も広がり[32]、その例として、公共の便益、快適さ、繁栄、公の財政的保護などがあげられるようになる[33]。

---

[30] 前掲・高原、国家学会雑誌74巻第９・10号15頁。

[31] Louis H. Masotti, Bruce I. Selfon, "*Aesthetic Zoning and the Police Power*", 46 J. URB. L. 773, 774 (1968). また、前掲寺尾・法学協会雑誌第100巻第２号247頁以下。

[32] 前掲高原・国家学会雑誌74巻第11・12号601-603頁（1961年）。

[33] Clinton Rodda, *The Accomplishment of Aesthetic Purposes Under the Police Power*, 27 S. CAL L. REV. 149, 153 (1953).

このように、ポリス・パワーの合理的な行使の線引きは、不定形であり、時代とともに変化する公衆の、規制を求める声や社会通念の中で「正当な目的」が変化してきたのである。

以上のような流れの中で、「美観」や「歴史的環境」を一般福祉に入れるかどうかについての論争が判例・学説を通して行われることになったが、この点は３節以下で検討する。

4-1-2-2　ポリス・パワーと収用―両者の「相対化」収用論争のおこり

ポリス・パワーの範囲は、「安全・健康・道徳および一般福祉を促進するための権限」であると一般に定義され、その範囲は定まったものでなく、時代とともに変化するものである。また、土地利用規制の面から見ると、有害利用を禁ずる警察目的規制であればポリス・パワーによる規制とされ、財産を失うことがあっても、補償はなされない。また、別目的に転用することができないとされる[34]。

合衆国憲法修正５条は、「何人も正当な補償なしに、私有財産を公共の用のために収用されることはない」と定め、収用権の行使の際は、「公共の用（public use）」および、「正当な補償（just compensation）」がその要件となっている。これは、合衆国政府に与えられた権限であり、州に対しては、合衆国憲法修正14条の、「いかなる州も、法の適正な過程を経ることなく、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない」と定めるデュー･プロセス条項を通して、州の人民に適用される。

時代とともに土地利用規制目的も拡大し、後述の美観規制や、本論文の中心問題である歴史的環境保全のための諸規制もポリス・パワーによる規制の行使とする一方で、政府による財産の占有である物理的収用から、財産の損害に対する補償の意味合いを持つ、結果としての収用が認められるといった収用権概念の拡大をはかる流れなどもあり[35]、ポリス･

---

[34] 中川剛「アメリカの財産権思想と土地収用」広島法学４巻３･４号225頁（1981年）。

[35] この点について詳しくは、由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償―合衆国最高裁判例に基づく日米比較（１）」民商法雑誌107巻３号404頁（2002年）参照。

パワーと収用の境界が曖昧になってきた。

4-1-2-3　Pennsylvania Coal Co. v. Mahon 判決

このような中、1922年の連邦最高裁判所による、Pennsylvania Coal Co. v. Mahon 判決[36]は、ポリス・パワーによる規制が、財産の価値を一定以上減少させるものは、補償が支払われなければならないことと、規制が行き過ぎると収用とされることを判示し、「規制的収用（regulatory taking）」理論のさきがけとなった[37]。1921年に成立したペンシルバニア州法であるコーラー法は、石炭の採掘に当たって、地盤沈下を引き起こすような採掘の方法を禁止していた。採掘地に住む住民は、石炭採掘によって地盤沈下が起こるので、採掘の差止めを求めて訴えを起こした。一方、石炭会社は、当該規制は、有効なポリス・パワーの行使から逸脱すると主張した。州最高裁は、当該州法を合憲とした。これに対し、石炭会社が上告した。連邦最高裁は、当該規制は違憲な収用であると判断した。その法廷意見の中で、ホームズ判事は、（１）「ポリス・パワーの限界を決定するにあたって考慮要素の一つとして、価値の減少の程度がある。それが一定の程度に達している場合には、その全ての事例ではないにしても、大方の場合において、収用権限が行使されて、補償が支払わなければならない。」（２）「財産の規制は一定程度までは許されるが、その規制が行き過ぎた（goes too far）場合には収用とされる」が、程度の問題なので、一般的命題とすることはできないと述べた。この判決では、財産価値が一定程度減少したときに収用となる、いわゆる価値減少基準を打ち立てた判決として知られており[38]、さらにホームズ判事の理論では、ポリス・パワーと公用収用権の差異というものは、完全に別個のものではなく、相対化されたものであるということになる[39]。

---

[36] 260 U.S. 393.

[37] このことについては、石炭採掘の規制について争われた、Keystone Bituminous Coal Association v. De Benedicts, 480 U.S. 470, at 508 (1987) の、レーンキスト裁判官の反対意見中に述べられている。

[38] 一方で、この判決の反対意見を執筆したブランダイス判事は、「本件規制は有害な利用を禁止しているに過ぎない」として当該規制を合憲とした。

[39] ただし、Mahon 判決の問題として、法廷意見は、石炭採掘による住民の危

己の財産権の利用を制限された私人が、その救済を求めて訴訟を提起する際、問題となるのは、どこまでが合理的なポリス・パワーによる規制であり、どこからが度を越えた規制となり、補償が支払われるべきかという点である。これは一般に、「収用問題（taking issue）」と呼ばれ、アメリカでは、19世紀から今日まで問題となってきた[40]。

第２節　ペンセントラル判決[41]―歴史的環境保全の大きな転換点

4-2-1　事案の概要

ペンセントラル鉄道が所有するグラントセントラル駅（1913年に建築）は、1967年８月、ニューヨーク市歴史的建造物保存法（New York City's Landmark preservation Law）によって「歴史的建造物」に指定された。この法律により、建物の所有者には、建物の効果的な保存が義務付けられている。また、建物の外観を改修する際には、史跡保全委員会の承認を受けなければならない。

建物の保存と同時に、ニューヨーク市は、歴史的建造物の持ち主に、固定資産税を免除した上で、移転可能な開発権（Transferable Development Right; TDR）を付与していた。TDR とは、一般には、低密度な開発および低密度のままで保存するようゾーニングされた建物の所有者などに対して、その開発権を他者に売買できる権利のことである[42]。ただし、本件における TDR とは、歴史的建造物の所有者は、許容

険除去という点を軽視し、財産価値の減少に重点を置いて当該規制を違憲とした点や、規制がどの程度「行き過ぎ」た場合に収用となり補償が支払われるべきであるか、その基準が示されなかったことなどがあげられる。

[40] これらの問題について総合的に扱った文献として、全掲・寺尾・法学協会雑誌第100巻第２号、第10号、第101巻第１号、第２号、第３号（1983-1984年）、中嶋章浩「アメリカ合衆国最高裁判例にみる土地利用規制と財産権の補償」本郷法政紀要第７号１頁（1998年）など多数。

[41] J. P. Friedman et al., *Dictionary of Real Estate Terms*, Sixth Edition, 459 (2004).

[42] J. P. Friedman et al., *Dictionary of Real Estate Terms*, Sixth Edition, 459, (2004).

されている最大限度にまで開発していない残りの開発権を自らの所有している近隣の代替地へ上積みさせて開発できる権利のことである。

ところで、ニューヨーク市歴史的建造物保存法は、その目的として、「世界中の旅行者の中心地、世界の商業、文化、政治の中心としてのニューヨークの名声」が脅かされぬように史跡や歴史的環境の破壊から保全する[43]ことを目的として制定され、その保全により、市民にとって以下のような利益があると列挙している。それは、（１）美しく高貴な過去の業績に対しての市民の誇り（２）観光客や訪問者に対する魅力の保護とその増進（３）商工業のサポートと活性化（４）市の経済の強化（５）歴史地区、史跡、建物内部が歴史的建造物になっているもの、景観を市民の教育、鑑賞、福祉に用いることの増進である。

史跡保全委員会は、11人のメンバーからなる委員会で、技術職員により補助され、歴史保全法に関する事務の多くを委任されている。同委員会が「ニューヨーク市、州、および合衆国の発展、遺産、文化的特色としての特色、特別な歴史的または景観的利益または価値」を有すると判断した場合、利害関係者から意見聴取し、「史跡」、「史跡地区」、「歴史的建造物」として指定する。史跡に指定された後は、史跡の所有者は、所有する財産に対して（１）外観について、「良好な修繕」を行い、建物の特徴を保全すること（２）外観の変更を希望する場合は、予め歴史委員会の承認を受けること。その際に、歴史委員会は、保全することによる公益と所有者の利益とを正当に評価することになっている。

グランドセントラル駅の持ち主であるペンセントラル鉄道は1968年１月、収入増をはかるために、駅上をイギリスの企業であるUGP不動産に対して、更新可能な50年の賃貸借契約を設定した。UGP不動産は、ペンセントラル鉄道に対して、建設中は年間100万ドルを、その後は、最低でも年間300万ドルを支払う契約をした。

両社は、工法のそれぞれ異なる地上55階および53階のオフィスタワーの２つの案を委員会に申請した。しかし、1968年９月に委員会は、グランドセントラル駅の歴史的・美観的特徴を損なうことを理由として許可をしなかった。そこで、両者は、「影響があっても適切であるとの許可

[43] N.Y.C. Admin. Code, ch. 8-A, §205-1.0 (1976).

(certificate of appropriateness)」を求めた。４日間にわたり、80人以上の証人への聞き取りの後、委員会は、２案ともに許可をしなかった。

これに対して、ペンセントラル鉄道は、ニューヨーク市歴史的建造物保存条例は、合衆国憲法修正第５条および修正第14条に違反し、正当な補償なく財産を収用するものであり、さらに、第14修正に反して法の適切な手続なしに恣意的に財産を奪うものであることを理由に、宣言的判決、歴史保全条例により指定された日から、それが解除されるまでの「一時的収用」に対する補償を求めて訴えを提起した。一審は原告の訴えを認めた。[44]しかし、二審（Appellate Division）は一審判決を破棄した。二審は、同条例が違憲であると主張するには、規制が当該財産の全ての合理的で有益な使用を奪うものであることを証明するべきだと述べた。しかし、裁判所は、原告が不動産収入に鉄道の事業支出と納税額を誤って算入し、鉄道事業に使われるターミナルの多くの部分の賃料を計算に含めなかったこと、さらに、空きスペースや未使用の空間を、収入を生み出す使用に変化すると主張していないことや、未使用の移転しうる権利（TDR）を他所に移すことにより得る利益を算入していないことを指摘し、訴えを認めなかった。

州最高裁判所は、同条例を合憲とした[45]。判決によると、同条例は、財産をコントロールする権利が市に移転したのではなく、土地所有者の開発利用のみに対して制限を行うものであり、収用には当たらないと判断した上で、第14修正の適正手続に違反する可能性があるとして検討を続けた。そして、（１）同条例は半世紀以上続けてきた現在の利用を続けることを禁じてはいない、（２）原告がターミナル部分の開発のみでは合理的な利益を得ることができないということを証明しなかったこと、（３）もし、ターミナル独自では合理的な収益を得られないとしても、ペンセントラル社が近隣に所有しているホテルやオフィスビルなどの不動産収入をターミナルの収入に加えられること、（４）ターミナル上部の TDR は、近辺に多く移転でき、その中の１、２はオフィス・ビルの建築にふさわしい場所であり、原告にとってはターミナルでの収入の損

[44] 377 N.Y. S. 2d 20 (1975).

[45] 42 N.Y. 2d 324 (1977), 366 N.E. 2d 1271 (1977).

失の「かなりの」、またおそらくは「公平な」補償となりうると判断した。

原告ペンセントラル鉄道社が連邦最高裁判所に上告した。

4-2-2　判旨

最高裁判所は、６対３により、収用ではないと判断し、上告を棄却した。ブレナン裁判官による法廷意見（Opinion）は、次のように述べる。

「過去50年において、アメリカの全50州、そして500以上の地方自治体が、歴史的そして美観の重要性から、建築物や地区の保存を促したり命じたりする法律や条例を制定してきた。これらの全国的な立法の取り組みは２つの関心事から引き起こされた。第一は、近年、多数の歴史的建造物、史跡、そして歴史的地区が、その中に現れている価値や、破壊される建造物の経済的に有用な使用のための利用について十分な考慮なしに取り壊してきたことである。第二は、広く共有されている信念であるが、特に歴史的、文化的、そして建築学的に意義のある建造物はわれわれの生活の質を向上させることにある。これらの建造物や優れた技術は、過去の教訓や遺産の重要な特徴を表すばかりでなく、今日にとっての上質なものの一例としても役立つのである。」

「本件の争点は、（１）当該規制により鉄道会社所有の財産が「収用」されたかどうか、（２）もしそうならば、TDR が正当な補償といえるかどうかである。」

「当裁判所では、収用に関するこれまでの事案において、最高裁判所は、「一定の公式」を作り出すのではなく、事件ごとに個別に３つのポイントをおいて判断してきた。それは、１.政府の活動の性格（the character of the governmental action）、２.規制による経済的な影響（the economic impact）、３.投資の背後にある期待（investment-backed expectations）である。公共善の促進のために経済生活の利益および負担を調整するようなプログラムよりは、政府により、土地の物理的侵害がある場合のほうが、収用はより簡単に認められるであろう。」

「本件の検討に入る前に、争いのない点について確認すると、多くの州や市がその街の特徴や望ましい景観の様相を保護するために規制を設けており、原告もニューヨーク市の特別に歴史的、建築学的、文化的に重要な建築物や地区の保全が、許容される政府の目的であることに争い

はない。そして、そのために個々の土地に規制をかけることが適切であることに争いはない。また、原告は、グランドセントラルターミナル駅は現状のままでも合理的な収益をあげられること、ターミナル上部にビルを建築するのと同等の価値ではないにせよ、TDR は価値のあるものである。」

「原告は、第一に、ターミナルの上部は価値ある財産利益であると主張する。そして、史跡法は原告から、ターミナル上部の有益な利用を奪ったので、市は上方空間を「収用」したこととなり、空中権の公正な市場価格により「正当な補償」をすべきだと主張した。当裁判所は、一つの土地を部分に分け、その個々の部分について権利が侵害されたかどうかを決定するものではない。ある特定の政府の行為が収用にあたるかどうか決定する際は、行為の性質と、土地全体の権利に対しての侵害の本質と範囲について焦点を当てるのである。」

「第二に、原告は、市条例の運用がターミナルの場所の価値を著しく減損するものであると主張する。原告は、合理的に公の福祉の増進を図ることに関連する、裁判所で認められた他の規制は、統一して資産価値の減少のみでは収用にはならないことを示している（ユークリッド判決[46]では、ゾーニング法により75% 価値が減少し、Hadacheck 判決[47]では87.5& の価値が減少した）。「収用」問題はこれらの文脈において、規制許可する利用に焦点を当てることにより解決を見るのである。原告は更に、Maher v. City of New Orleans[48]のような、歴史地区の指定に由来する規制が財産の減少をもたらす場合は「収用」に当たらないということについては争いがないと主張するが、ニューヨーク市の条例は選定された特定の建物について規制するものであり、歴史地区規制やゾーニングとは異なると述べる。そして、選定された財産の所有者は理由なく経済的困難を背負うこととなり、特定の財産の指定は「正当な補償」を必要とする「収用」に当たると主張する。しかし、本条例は包括的計画のないような、いわゆる差別的ゾーニングとは異なり、ニューヨーク市

[46] 272 U.S. 365 (1926).
[47] 239 U.S. 394 (1915).
[48] 516 F.2d 1051 (1975).

条例は、包括的計画を有しており、市中各所に見られる建築学的・歴史的・景観的利益のある400の史跡と31の歴史地区を指定している。」

「さらに、原告は、史跡の指定は、「基本的に好みの問題であるので、必然的に恣意的か、少なくとも、主観的なものになる」と主張する。しかしこの主張は、本件では無意味である。原告は、指定時、また影響があっても適切であるとの許可を求めた際に否定された時に司法審査を求めなかったのみならず、現在でも、委員会のターミナルの史跡指定は恣意的で原則に基づいていないと主張していないのである。」

「第三に、原告は、市条例はゾーニング法や歴史地区条例と異なり、ある特定の地区のすべての建物に同様の規制を強いるものではなく、特定の者に対して不公平に負担を負わせるものであるから、憲法の要求する「正当な補償」が支払われるべきであると主張する。当然ながら、市条例は特定の財産の所有者に他者よりも厳しい影響を与えるが、そのことから「収用」になるわけではない。公共の福祉を促進するような立法は共通してある特定の者に負担を負わせるものである。Hadacheck 判決[49]のレンガ加工業者も、Miller v. Schoene 事件[50]のヒマラヤ杉の所有者も、Goldblatt v. Hempstead 判決の砂利・砂採取場の所有者も、立法により独自の負担を負わされたのである。ゾーニング法も特定の財産所有者に厳しい影響が及ぶが、そのことから違法なものとなるわけではない。Euclid 判決でも、自らの土地を住宅地に利用したいと考える土地所有者よりも、自らの土地を工業利用したいと考えた土地所有者のほうがはるかに重い負担を負ったのである。ともかく、ともかく、原告が繰り返し主張している、原告が単独で負担を負わされ、不利益を被っているという主張は事実として不適切である。この主張は、ニューヨーク市の条例が、ターミナルの他に多くの数の建物に対して適用されており、31の歴史地区と400以上の史跡が指定され、その多くはターミナルの近辺である。ニューヨーク市議会が、史跡の保存によってすべてのニューヨーク市民とすべての建築物に、市全体として経済的および生活の質が向上すると判断したのならば、ターミナルの所有者が条例によって利益

[49] 239 U.S. 394 (1915).

[50] 276 U.S. 272 (1928).

を受けていないと判断することはできない。」

「原告の第四の主張は、United States v. Causby のように、政府が事業体としての立場で、政府の目的のために財産を収用しているというものである。Causby 判決の、養鶏場上空の軍事目的での利用により、養鶏場としての利用が侵害されたという事案とは異なり、ニューヨーク市条例は、少しもターミナルの現在の利用を侵害しておらず、原告の財産を市の目的として使用してはおらず、また促進するのではなく、市が事業体として実施している事業でもない。史跡条例は、単に原告およびその他の者がターミナル上部の利用を禁じている一方で、その他の部分については利益を生み出すような利用が許されているのである。これは、政府による財産の公用使用というよりは、「景観」目的によるゾーニングといえる。」

「Goldbatt 事件、Miller 事件、Causby 事件、Griggs 事件、そして Hadacheck 事件とは異なり、ニューヨーク市条例は、ターミナルの現在の利用に関して干渉しているわけではない。条例による指定は、過去65年間続けてきた、オフィス空間と商業利用を含む駅としての利用を許されるのである。更に重要なのは、記録によると、市条例はペンセントラル鉄道にターミナルから利益を得るばかりではなく、投資により「合理的な収益」をあげることを許しているのである。また、原告はターミナルの地上権について２つの誇大な主張をしている。１つは、原告は、条例がターミナル上部のいかなる部分の占有を禁じていると主張する。ターミナル上空に50階を超える建物を建設するという申請を拒否したのは、工事が建築物に影響があっても適切であるとの申請を拒否したのであり、委員会はターミナル上部にいかなる建物を建設することを禁じたものではない。委員会の報告書には、申請された増築部分を許可するか否かは、「規模、材質、そして特徴がターミナルと調和する」かどうかによると強調している。原告はより小さな構造物の許可については争っていないので、当裁判所はターミナル上部のいかなる利用についての否定については知るところではない。

２点目は、原告がターミナル上部の開発を禁止されたからといって、元から有している空中権のすべてを否定されたという主張は、正確なものではない。それら空中権が消滅したのではなく、少なくともターミナ

ル近辺の８つの土地に権利が移転可能であり、そのうちの１つないしは２つは新たなオフィス・ビルディングの建設に適したものである。原告らは、ニューヨーク市の移転しうる開発権プログラムは理想からは程遠いと主張するが、ニューヨーク裁判所は、少なくとも本件においては、当該権利は価値のあるものであると判断している。もし、「収用」が起こった場合、これらの権利が「正当な補償」とならないにしても、条例が原告に課した規制の経済的負担を軽減するものであることには疑いがなく、その点から規制の影響を判断する際にこれらが考慮されるべきである。」

「当裁判所は、ニューヨーク市史跡条例の適用は、原告の財産の「収用」には当たらないと判断する。原告に課された規制は、本質的には一般福祉と関係性を持ち、史跡の合理的な収益を上げられる利用を許すのみならず、ターミナル及びその他の不動産からさらなる収益を上げることを許しているのである。」

本件には、レーンキスト裁判官による反対意見がある（スティーブンス裁判官も同調）。反対意見の要旨は以下の通りである。

〈ニューヨーク市には100万以上の構造物や建築物があり、そのうち、ニューヨーク市は、400を史跡として指定した。原告は、建築家や歴史家、そして都市計画家らにより選ばれ、史跡指定された当初は喜びを覚えたであろうが、ペンセントラル鉄道株式会社は、指定により相当額のコストが課され、名誉を除いては、それを相殺するような利益はほとんどないであろう。

離れた建物が、それぞれ選ばれ、その周囲の建物と異なった取り扱いを受けるのであり、そこには互恵性は存在しない。また、史跡指定によるコストは、通常のゾーニング規制にから生じるコストに比べると、はるかに大きいものである。史跡指定された財産所有者は、指定されていない者が可能な開発を禁止されるのである。市条例の下で財産所有者は、自らの費用で積極的に史跡として保護していかなければならない。1967年にグランドセントラル駅が史跡として指定された後、史跡の所有者は、罰金や刑罰を背景とした積極的な義務が課される。それは、史跡の「外観」を「良好な手入れ」を義務付けられる。グランドセントラル駅の史跡指

定時、ペンセントラル鉄道株式会社の財務は不安定な状態にあった。収入増を狙い、UGP と契約を締結した。記録からは、計画されたオフィス・ビルディングはニューヨーク市のゾーニング条例と高度規制に合致しているのは明らかである。しかしながら、市史跡条例の下では、史跡保存委員会が「工事が歴史建築としての特質に影響がないとの許可」や、「歴史建築に影響があっても適切であるとの許可」を得ない限り、提案のあったオフィス・ビルディングの建設ができない。原告の計画は、ターミナルの外観を保護するものであったが、しかし、委員会は建設の許可をしなかった。

1887年には、当裁判所は、政府が財産の所有者に対して、補償することなく他者を害するような財産の使用を禁ずることができると判示している。住宅街でレンガ工場を営むことを禁じた Hadacheck 判決、地下水源の採掘および砂の採掘を禁じた Goldblatt 判決は、単に他者に有害な土地の利用を禁止したものであり、特定の財産所有者を選別した本件とは異なるものである。この問題は、禁止された利用が他者の安全・健康・または福祉に危険を及ぼしているかどうかである。本件で問題となっている禁止事項は、悪用や違法な利用の禁止ではなく、所有権に付随した、適法かつ本質的な利用の禁止である。被告はニューサンスを禁止しているのではない。記録から、増築は条例にのっとったものである。それどころか、市は、自分たちが際立ったボザール建築の当該建物を保存させようとしたのである。

土地利用規制と異なり、被告の行為は単にペンセントラル鉄道から財産の利用を禁止されたわけではない。それどころか、保存のための積極的行為をさせる立場においたのである。ペン・セントラル社が現在の設計のまま駅舎を使用しうる間は、被告は土地の表面の完全な支配権を持ち、原告に対して損失分の補償をしなければならない。

政府が有害ではない利用を禁止するとき、当裁判所は、禁止を広く横断的に適用して「平均的互恵性を確保」[51]するならば、収用はおこらないと述べてきた。この理由により、ゾーニングは「収用」を構成しないのである。ゾーニングは、個人の財産価値を損なうことがあるが、その負

[51] Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 415 (1922).

担は相対的にみて平均していることから、ゾーニングにより損害を受けた個人は他者から利益を受けるということになる。

しかし、原告は数百万ドルの損害を強いられることとなり、ニューヨーク市の他の400の「史跡」を保護することによって生じる利益により相殺されるわけではない。被告は、全ての人々の一般福祉のために、ニューヨーク市の１％の10分の１にも満たない建物にかなりのコストを課しているのである。

被告は、グランドセントラルターミナル駅の保全によって全てのニューヨーク市民に利益がもたらされると信じている。このことにより、原告がかなりの利益を享受すると信じる理由はない。もし、グランドセントラル駅の保存にニューヨーク市民すべてがコストを負担したならば、一人当たりの負担は年間数セントになり、生じる利益のために、わずかなコストを負わせうるのである。その代わりに、被告はペンセントラル鉄道に対して、数百万ドルのすべてのコストを負担させている。これはまさに第５修正が禁じる差別である。

被告は、財産のすべての合理的な価値が否定された場合に収用が起こると主張する。当裁判所は、しばしば所有権の侵害が収用を構成しなくとも、所有者が財産から合理的な収益を得られなければ第５修正の下で補償を必要とすると判断してきた。しかし、その逆は真ではない。政府が財産の所有者にいくつかの「合理的」利用を許したという理由のみで収用が補償のいらないポリス・パワーの行使であるということにはならない。過去の判決[52]からも、「収用が起こったかどうかという問題は、侵害が実質的である限り、当該行為から生じた損害の量ではなく、侵害の特色」であると判断している。

TDR についてみてみると、収用条項の「正当な補償」の意味は厳格な意味合いを持っていた。第５修正は単におおよその補償を要求しているのではなく、「収用された財産の十分かつ完全に同等な補償」を要求している。そして、「十分かつ完全に同等」かどうかの決定は、「司法機能」に与えられている。被告が、TDR は完全な補償であると確信している

[52] United States v. Cress, 243 U.S. 316, 328 (1917), United States v. Causby, 328 U.S. 266 (1946) など。

ことは失当である。被告は、もし原告の財産を「収用」したならば、TDR は「正当な補償」となると主張する。原告は当然ながら、TDR は大いに不完全な補償であると主張している。下級裁判所は、「収用」はおこっていないと判断したので、補償が与えられたかどうかについての結論までは導かれてはいない。ニューヨーク上訴裁判所は、TDR の問題については原告を支持している。別の事案で同裁判所は、TDR は「不確定な市場価値」を有し、建物が史跡と指定された場合、失われた価値を「保全するのには不十分である」。一方で、記録中には、ペンセントラル鉄道は、かなりの量の TDR を受けたとある。TDR が補償として十分であったかは、記録が貧弱であるので、疑わしいところである。TDR が、「収用された財産に対して十分かつ完全」であったかどうかについて、控訴裁判所に差戻してその点につき調べるべきである。

ニューヨーク市は、財政的に不安定な市であり、史跡保護のための費用は、ニューヨークの納税者の過度の負担よりも、ペンセントラル鉄道のような企業に負担させたほうが簡単であると信じる者もいる。しかし、このような事柄は、我々に公用収用に関する先例を無視してよいといったのではなく、公共の状態の改善の要求は、対価の支払いの近道よりも、憲法的な手法によって達成されるということを。

いかなる場合について収用が発生するかについては、他者を害するような財産の利用とゾーニング以外は収用に当たる。その上で、本件規制は有害ではない財産の利用を制限している。ある一定の合理的な収益を得ることができなければ、補償が必要であるというのは、先例の示すところである。しかし、補償が必要な場合は、合理的な収益をあげることができない場合であるとはいえない。〉

4-2-3　評価

本判決は、歴史的建造物保存が問題となった最初の連邦最高裁判所の判例であり、その後の歴史的建造物保存について争われた訴訟の先例として引用され続けている。本判決についての意義は、大きく分けて、歴史的環境保全の観点から、そして収用問題の２つの観点から存在する。

（１）前者については、特別な、歴史的・文化的・建築学的に価値のある建築物の保存について、政府の目的として正当として取り扱ったこ

とにより、多くの歴史的環境保全の運動家たちによって歓迎された[53]。最高裁判所は、「当裁判所は、多くの状況において、州や市が、都市の望ましい景観上の性格や特徴を保全するために土地利用規制を立法しうると認めてきた」と Berman 判決などを引用しながら述べ、歴史的環境保全のための立法の合理性については問題としなかった。

また、歴史的環境保全の現場では、ペンセントラル判決の理論を参考にしながら、憲法的問題が生じないような保全のための立法がされ、いわば、歴史的環境保全立法の手本となった判決ともいえる。

また、条例中に維持や修繕の義務がある場合、その維持や修繕に多額の費用を要し、結果として経済的に有用な利用が妨げられると原告は主張したが、法廷意見では、「公共の福祉を促進するような立法は共通してある特定の者に負担を負わせるものである」とし原告の訴えを退けた。つまり、維持修繕により建物の価値を保全することが可能となり、そのことから利益を得られるという点を重視したのである。ペンセントラル判決以降の下級裁判所の判断は、ペンセントラル判決を踏まえながら、維持・修繕の費用が高額となり、経済的に有用な利用が妨げられる結果となった場合、収用となる可能性を示唆したもの[54]があるが、実際は、ほとんどの場合、合憲と判断されている。

しかし、Broadview Apartments Company v. Commission foe Historical and Architectural Preservation[55]事件は、異なる判断を示した。事案は次のようなものである。原告が、1900年代初頭に、ボルティモアで著名な建築家である Laurence Hall Fowler により設計され、建てられた３階建ての住宅を、79,500ドルで購入した。原告は、この建物の取り壊しをボルティモア市歴史・建築保存委員会に申請した。取り壊しが認められなければ、当該家屋を維持するために、改修費が発生するような状況

[53] Robert Melts, Dwight Merriam & Richard M. Frank, THE TAKINGS ISSUE-CONSTITUTIONAL LIMITS ON LAND-USE CONTROL AND ENVIRONMENTAL REGULATION, Island Press, 1988 at 319.

[54] Citizens' Comm'n to Save Historic Rhodes Travern v. District of Columbia, 432 A.2d 710 (D.C. 1981), State v. Erickson, 301 N.W. 2d 324 (Minn. 1981).

[55] 433 A.2d 1244 (1981).

になっており、複数の鑑定人が改修費と改修後の賃料およびその後の維持費を計算したところ、改修費を回収し、さらに賃料から利益を上げることは難しいと判断したが、委員会は取り壊しを認めなかった。そこで原告は、決定の妥当性を司法審査に委ねた。メリーランド特別控訴裁判所は、ペンセントラル判決の判旨を引用し、「規制が財産所有者から全ての合理的な、有益な財産の利用を奪うところでは、補償が支払わなければならない」と述べ、申請の拒否は収用に当たると判断した。建築物が史跡指定され、その維持管理のために多額の費用が発生する場合、収用と判断され、補償が発生する。つまり、公の負担により改修が認められるといえる。

また、史跡に指定された時点で、維持・修繕に多額の費用を要することが判明したとき、所有者は、当該条例中に「経済的に困難な場合の措置」(economic hardship provision) 条項がある場合には、経済的困窮を証明し、取り壊しや大幅改修、そして建て替え等の例外措置を受けることができるであろうし、そのような条項がより必要であると指摘されている。規制が財産所有者に対して、どれだけの経済的インパクトが生じるのかということを見極める必要が出てこよう。

歴史的建造物保存条例の制定直前に建築物を購入し、その後、当該建築物が史跡等に指定された場合の経済的影響について言及されている裁判例がある。後掲する900 G Street Ass'n v. Department of Housing and Community Development 事件[56]は、当該建築物の２か月後に史跡保全条例が改正され、取り壊しの申請に係る手続が厳格化されたという事案である。コロンビア特別区控訴裁判所は、結論としては収用を否定し、原告の購入時には、当該建築物は史跡指定候補リストに存在し、売買契約の交渉時には売主との間で条例が改正され、取り壊しが難しくなるであろうことが話し合われていることが認められており、買主においては条例の厳格化についての自治体の広報に注意しなければならないと述べた。また、Kalorama Heights Ltd. Partnership v. District of Columbia 判決[57]では、史跡指定の７か月前に建物を購入した事案であり、取り壊

[56] 430 A.2d 1387 (D.C.1981)

[57] 655 A. 2d 865 (D.C. 1995)

しの申請が拒否されたものである。この事件でも裁判所は収用を否定した上で、当該地区では強い保全運動が起こっていたことで、取り壊しの例外許可が得られる確率が半分であろうことを原告は知っていたことから、当該建築物の購入は「ギャンブル」であると判示した。新たな規制による、建築物の取り壊し申請拒否の経済的影響をはかる場合には、条例の施施行予定の状況を購入者は調査しなければならないことや、当該地区での歴史的環境保全の動きなどを購入者が知っておくべきことと判断した。これらの判決では、古い建築物の投機目的での購入について一定の歯止めを打ったものと思われる。

次に、収用問題の観点からのペンセントラル判決の意義について触れておこう。土地利用規制分野における憲法判断は、前述した1926年のユークリッド判決[58]でゾーニングについての合憲性が示され、さらに、続く1928年のネクトー判決[59]では、道路に沿って100メートルの細長い住宅地の線引きをした本件ゾーニング規制は不自然であり、「開発のための投資に対し、十分な収益（adequate return）をあげられないであろう」として、「公の健康・安全・道徳・一般福祉に本質的関連性がない場合、そのような規制は認められない」と述べた。そして、本件では修正第14条に違反して、適用において違憲であると述べた。この２判決以降、ペンセントラル判決まで規制的収用について、最高裁判所は新しい判断を示してこなかった。

ペンセントラル判決では、多数意見において、連邦最高裁は、いかなる場合に政府による規制が収用となり、補償が支払われるかについての一定の公式を作り出してこなかったと述べ、これまでの事件では、①政府の活動の性格、②規制の経済的影響、③投資に裏付けられた期待を考慮してきたことを確認した。つまり、事案により規制の目的や規制による経済的損失等から比較衡量して決定する従来からの審査方法、いわゆる「比較衡量基準」について確認されたのである。また、目的によっては、ある一定以上の財産の価値が失われたとしても収用とならない可能性があるということについても確認された。

---

[58] 272 U.S. 365 (1926)

[59] Nectow v. City of Cambridge, 277 U.S. 183 (1928).

さらに、判決のポイントとして、平均的相互性（average reciprocity）があげられる。Hadacheck 判決、Miller 判決、Goldblatt 判決といった有害な利用に対する規制、そして Euclid 判決のゾーニングと同様、歴史的環境保全のための規制においても規制を受けない者と同様に規制を受ける者は便益を同様に受けるという結論をとった。平均的相互性をもたらす規制は、ポリスパワーによる規制と同様に補償なき規制が認められるという理論である[60]。もっとも、反対意見は、ごく少数の者に対して大きな負担を加えるものであり、平均的相互性を欠くと述べ、TDR が正当な補償となるかどうかをより詳しく検討するため原審に差し戻すべきであると主張した。

この判決がリーディングケースとなり、多くの判決で歴史的環境保存の正当性が認められることとなった。ここで、以下の３つの判決をみてゆくことにする。

4-2-4　Figarsky v. Historic district Commission, etc[61]

歴史的地区内に建造物を所有する原告が、建物の老朽化のために建て替えと取り壊しを市の歴史地区委員会に申請した。しかし、委員会が、当該建築物は、補修により対応すべきであるとしたところ、原告は、市の建築審査官に取り壊しの許可を求めた。しかし、建築審査官は、当該建築物は歴史的地区内にあるので、取り壊しには正当性が必要であると返答したので、原告は、歴史地区委員会に公聴会を開催するよう求めた。原告に対する聴聞がなされたが、結局、委員の全員一致で申請が認められなかった。原告は、建物の補修に止まる場合、多額のコストがかかるなどと主張し、委員会の判断は、裁量権の逸脱・濫用であるとし、当該建造物の取り壊しを認めるよう、訴えを提起した。

コネティカット州最高裁判所は、歴史地区委員会に取り壊しの不許可

---

[60] Lynda J. Ozwald, *The Role of the "Harm/Benefit" and "Average Reciprocity of Advantage" Rules in a Comprehensive Taking Analysis*, 50 VAND. L. Rev. 1449 (1997).

[61] 368 A.2d. 163 (1976).

を下す権限を認めた上で、歴史的環境保存は、公共の福祉の増進のため、有効な規制であり、さらに所有者の経済的活動を損ねるものではないとし、合憲であると判断した。

4-2-5　Lafaytte Park Baptest Church v. Scott[62]

原告である協会は、歴史保存地区内で、２階建てアパートを１棟購入した。しかし、建物は激しく傷んでいたため、原告は建て替えのため、市の建築委員会の委員長に取り壊しの申請をした。市の史跡および都市計画委員会による聴聞が行われたが、取り壊しは認められなかった。原告は、取り壊しを認めるよう訴えを提起した。

原審は、取り壊しを認める判決を下したが、ミズーリ州控訴裁判所は、建築規制に関しては、それが所有者に大きな経済的負担を科すものかどうかを検討しなければならないとしたが、アパートを改修して、再び賃貸すれば、協会にとって経済的利益を生み出すことになり、さらに、歴史地区における建物の保存は、公共の利益を増進することなどを理由に、協会の主張を容れなかった。

4-2-6　900 G Street Associates v. Department of Housing and Community Development[63]

原告は、1867年から1869年にかけて建築されたフランス・ルネッサンス様式のビルを購入した。当該ビルは、1974年５月に国家歴史保全法に基づく全国史跡登録され、さらに1964年にはコロンビア特別区史跡目録にも登録され、歴史的にも価値の高い建造物であった。さらに、当該ビルの向かいには、現在は美術館として利用されている旧特許事務所があり、コロンビア特別区内の建築的および景観的一体性を維持している。

原告は、ビルを賃貸し、それにより経済的利益を得ていたが、隣接するビルの所有者とともに当該地区を再開発する計画を立て、そのために、当該ビルを取り壊す申請をコロンビア特別区の長にした。申請の後に、特別区は条例の規定に定めるとおりに、申請者である原告に対し２日間

[62] 533 S.W.2d 856. (1977).

[63] 430 A.2d. 1387. (1980).

にわたって、取り壊しを認めないことが不合理に経済的に困難な事態を生むかどうかの聞き取りを行った。その後、歴史保存審査委員会などが市長に取り壊しを認めないよう助言し、市長は結局取り壊しを認めなかった。原告は、取り壊しを認めるよう求めて、裁判所に訴えを提起した。

コロンビア特別区控訴裁判所は、問題は、規制によって「不合理に経済的困窮」を生み出すことが収用と同義であるかどうかが問題であると述べた。そしてその判断方法として、ペンセントラル判決の基準に沿って判断するとした。つまり、規制による経済的影響があったとしても、当該財産から他に「合理的な収益」があれば収用とはならないという基準を用いると述べた。また、Maher v. City of New Orleans 判決[64]を引用した。同判決では、原告がフレンチ・クオーターの街並みを保全するための Vieux Carre の条例が、行政機関の決定を導くための明確な基準を欠いているためにデュー・プロセスに反すると主張したが、第５連邦巡回裁判所は、行政の裁量による決定の基準の厳格性を否定している。また、同事件において裁判所は、取り壊し申請の拒否が直ちに収用とはならないと判示し、Maher 事件の原告に対し、当該財産の売却が非現実的なものであるとか、賃貸した場合に合理的な収益を上げられないとか、他の利用可能性がないということを立証しなかったことを指摘している。

そこで、原告に他の有用な経済的利益を得る方法があるかどうかを検討し、その基準によれば、建て替えずとも、最小限の改修をして賃貸すれば経済的利益を生み出せること、改修することにより、改修費用とその後の維持管理費用が、建て替えるよりも費用がかさむとする原告の主張は理由がない。また、建て替えなければ市の要求する建築物の安全レヴェルを確保できないとする主張は、近接する同様の歴史的建造物も、改修によって安全レヴェルを確保していることからすれば、理由がないとして、原告の主張を認めなかった。

以上、ペンセントラル判決とその後の３本の判決は、いずれも、建物

[64] 516 F.2d 1051 (5th Cir. 1975), *cert. denied*, 426 U.S. 905 (1976).

の所有者にとって建て替えを認めないことが、経済的利益を生み出すことを妨げるかどうかが判断基準となったといえる。ペンセントラル判決以降、裁判所は歴史的建造物の保存についてこれを認める傾向を示している。

第３節　歴史的環境保全についての裁判例の発展
―ポリス・パワーとの関連性を中心に―

歴史的環境保全のために設けられた法律やゾーニングにより、歴史的建造物などを所有する者が、建て替えや改装が認められないことは収用に当たると主張し、補償を求めた訴訟は数多く存在するが、収用には当たらないとする判断をしている判例が多い。ここでは、いくつかの歴史的建造物保存に関する裁判例を見てみることとする。先にも触れたが、アメリカでは、ゾーニングは各地方自治体の権限であり、各自治体によって仕組みは異なっているが、基本的には、歴史保存委員会などの専門機関やゾーニング委員会、また建設審査委員会などに、歴史的保存地区内での建て替えの許可を求める仕組みとなっている[65]。

前章までで述べたように、アメリカでの歴史的環境保全のための手法は、主に歴史地区を指定するゾーニング条例という面的保護と、個別の法律や条例によってとして保護するものの２つに大別される。そして、これらのゾーニングや個別の建築物の保全により、新築、取り壊し、建物の改変を規制された財産所有者に対しては、特別、補償がされない場合が多い。私人の財産の自由な利用が制限されているにもかかわらず、補償がされないことが多いのは何ゆえなのか。歴史的環境保全に関する個別の論点に入っていく前に、アメリカにおける収用問題（taking issue）と警察権能（police power）の問題に触れておくことにする。

4-3-1　美観問題の誕生の歴史的経緯

[65] 以下の分類は、Daniel R. Mandulker, Land Use Law, lexisnexis, 2003, Thomas E. Roberts, Land Use Planning and Development Regulation Law, Thomson, 2007による。

アメリカ合衆国においては、私有財産の利用は、私人の完全な自由に任されていた。しかし、人口が増加し都市が発展する過程で、大看板、ポスター、巨大建築物などが空き区画に建てられたり、張られたりするようになった。地方自治体は、これらの現象に対して、看板の建築の禁止や、建築物の規制を美観目的から行うようになった。しかし、これらの規制は、公共の安全、健康、道徳、一般福祉を目的とするポリス・パワーから逸脱しないのか、また、収用を構成しないのかという問題が、1800年代終盤から現れた。また、同時に、ポリス・パワー行使の要件である「一般福祉」概念が何を意味するのかという問題があった。しかし、時代ともに、自然環境保護のためや地域性を重視したゾーニング規制がされてきた問題が発生した。これらの問題に対して、裁判所は、徐々にポリス・パワーの範囲を広げ、美観を目的とするゾーニングについてもそれをポリス･パワーの行使と認めるようになってきた。ポリス･パワーの行使の正当な目的が美観にも広がってきたことは、歴史的環境保全のためのゾーニングや、個別法の発展に大きく影響を与えることとなった。本節では、その過程を見ることとする。

4-3-2　美観問題をめぐる裁判所の判断の変遷

美観保護目的のゾーニングがアメリカではどのように発展してきたか、またそれに対して裁判所はどのような態度をとってきたかについて、ここから見ていくことにする。本節では、19世紀終りから1920年代前半にかけての裁判所の判断について検討を加えていく[66]。この時代、美観問題のみ、またはそれを主要な理由とするゾーニングについての判断は、公共の安全、健康、道徳そして一般福祉を目的とするポリス・パワーから逸脱し、無効であるとの判断が下されていた。裁判所はこの時代、美

[66] この問題について広く扱った邦語文献として、荏原明則「アメリカにおける景観保護」『行政法の諸問題　雄川一郎先生献呈論集〈上〉』（有斐閣、1990年）383頁以下、同・「アメリカにおける景観保護」荒秀編『景観』（加除式）（ぎょうせい、1981年）833頁以下。

一方、アメリカでは従来からきわめて多くの論考が出されており、Henry P. Chandler, *The Attitude of the Law Toward Beauty*, 8 A.B.A. L. J. 470 (1922),

観目的を認めることによって、ポリス・パワーの伝統的な概念を、急速に塗り替えられることを嫌っていたのである[67]。

例えば、看板を８フィート以下にすることおよび、少なくとも街路の境界線から10フィート以上後退させて建築するよう定めた条例の妥当性が争われた、The city of Passaic v. Patason Bill Posting 事件[68]では、ニュージャージー州誤審・控訴裁判所が、条例の当該規則部分は、「公の安全に関する考慮というよりも、むしろ美観的考慮を行っている」とした上で、「当裁判所は、ある者の財産の趣が、近隣財産の趣と異なるために奪われるというような判例は引用もされていないし、知るところではない。美観的考慮は必要性があるというよりは、贅沢（luxury）や道楽（indulgence）の問題であり、必要性のみが、ポリス・パワーの行使として補償なしに財産を取得することを正当化するのである」[69]として、同条例を無効とした。また、集合住宅に代表されるような、２階半以上、あるいは35フィート以上の建物の建築を禁じたオハイオ州ヤングスタウン市の条例の妥当性が争われた、City of Youngstown et al v. Kahn Bros Building Co. 事件[70]では、「ポリス・パワーは、無制限なものではなく、また、恣意的に行使されてはならず、ポリス・パワーは純粋に美観的な考慮のみのために行使されてはならず、また個人の快適さや個人の福祉の増進のためだけに行使できない。…ポリス・パワーは、公共の必要性に基づいている。ポリス・パワーの行使を正当化するためには、本質的に、公共の必要性がなければならない。これが美観的考慮のみをポリス・パワーの行使を正当化する根拠には当たらないとする理由である。我々の美観的欲求が満足することは、賞賛に値し、望ましいことではあるが、公的必要性にとっては必須のものではない。」[71]として、

---

[67] Basile J. Uddo, *Land Use Controls: Aesthetics, Past and Future*, 21 Loy. L. Rev. 851, 853 (1975).

[68] 62 A. 267 (1905).

[69] 62 A. 267, at 268.

[70] 148 N.E. 842 (1925).

[71] *Id.* at 843-44. ただし、この事件は、アパートの建設が当然に公共の安全・健康・道徳に悪影響を及ぼすかという観点から裁判所が検討し、騒音の発生、火災のおそれ、アパートが建設されることによって生じる道路の混雑の心配は少ない

美観をポリス・パワーの行使のための要件として用いることを裁判所は拒んできた。

このような判断が出された理由として、当時のポリス・パワーと美観の関係について、次のような背景があったと指摘されている。

（1）本当に必要なもののみについてポリス・パワーの行使が正当化されるのであって、美観のような「贅沢」には、ポリス・パワーの行使は許されないという考えがあったこと。

（2）「美観」は、主観的なものであり、裁判所によって客観的に判断することができない[72]。

この時期の美観問題の特徴としては、看板の規制に関する問題が主であった。裁判所は、これらの問題について正当と判断する場合、一般福祉の観点からのポリス・パワーの行使とするのではなく、公の健康や安全、道徳またはそれらの組み合わせによって判断していた[73]。当時の屋外看板は、脆弱な素材―多くの場合は木材―からできており、強風によって倒壊したり、火事に巻き込まれたりしやすいなどの難点があった[74]。また、これらの看板は、空き地や通りに沿って立てられており、看板の後方は通りから死角となるため、犯罪や浮浪者のたまり場となることがあった。以上の点から、美観というあいまいな基準を用いて屋外看板を規制するよりも、よりはっきりとした公の健康、安全、道徳という基準を用いて救済するほうが合理的であると裁判所は判断したのである。

1800年代後半から、1920年代前半にかけての裁判所の美観規制に対する態度は、看板の規制や高度規制のためのゾーニングを、害悪の排除という点から審査し、美観の向上といった土地の価値を増進する視点からおこない、ポリス・パワーの行使を正当化していない。この時代のポリス・パワーの行使に対する裁判所の考えは、いわゆる公の健康・安全・

と判断し、当該条例は無効であると判断した。

[72] Rohan, Zoning and Land Use Control, 16-78, Mayor and Council of Wilmington v. Turk, 129 A. 512, 518 (1925).

[73] Comment, *The Aesthetic Factor in Zoning*, 11 Duquesne L. Rev, 204, 207 (1972).

[74] *Id.*

福祉に抵触するような有害利用の規制のみに作用とするとし、行使を狭く解するものであった。

4-3-3　1920年代後半以降[75]の流れ

前節では、美観保護という目的がポリス・パワーの行使の正当な根拠を与えるかどうかという問題に対して、その行使の要件である、公の健康・安全・道徳に美観保護目的は含まれないとして、ポリス・パワーの行使が正当化されてこなかったということをみてきた。

時代は1920年代後半に入り、土地利用規制の分野では、前述のユークリッド判決[76]が出された。ユークリッド判決は、先にも述べたように、工業地域の住居地域からの排除等が問題となった事案であるが、害悪の排除としてのゾーニングの正当性を、公の健康･道徳･安全の見地から、連邦最高裁判所がはじめて認めることとなった。一方、美観問題については、それぞれの州や事件ごとに判断が分かれはじめ、美観のみを理由にして規制を設けることは認められないとする判決、美観のみを理由とした規制を完全に否定はしないが、検討の余地があるとして、明言しなかった判決、公の健康・安全・道徳、そして一般福祉に関連した規制として美観規制を認めるもの、経済効果が認められるとして美観規制を認めるものに大別される[77]。

①美観のみを理由とした規制を認めないもの

このタイプの裁判例は、美観のみを理由として土地利用規制を行うことは、ポリス・パワーの下での正当な規制には当らないと判断するもの[78]であり、前節で述べたように、美観は主観的･恣意的なものである、

---

[75] James P. Karp, *The Evolving Meaning of Aesthetics in Land-Use Regulation,* 15 COLUM. J. ENVTL. L. 307, 311 (1990).

[76] Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).

[77] Patrick J. Rohan, *Zoning and Land Use Control*, Matthew Bender, 1990の分類を参考にした。

[78] 例えば、General Outdoor Advertising Co. v. City of Indianapolis, 172 N.E. 309 (Ind. 1930). この判決は、基準不適合の看板を補償なく撤去することを認めなかったものであるが、裁判所は、自治体の発展のためには美観や文化的発展

と判断したもの[79]が代表的である。

②美観を理由とした規制は更なる検討の余地があると判断したもの

このタイプは、美観のみを理由とするポリス・パワーの行使を、完全に否定、あるいは肯定することなく、今後の裁判例に委ねる態度をとっているものである[80]。

③美観を目的とした規制は、公の健康、安全、道徳、一般福祉と関連を持つとしたもの

このタイプの判例は、主に、美観を目的とする規制を正当化するために、ポリス・パワーの行使の要件である、公の健康、安全、道徳、一般福祉のうち、一般福祉概念を拡張することにより規制を認めようとするものである。例えば、美観を保全することが地区やコミュニティの特徴を保全するものであると理由づけるものや、美観を保全することにより、財産価値が上昇し、ひいては観光客が増加し、経済を活性化させるという理由から、一般福祉を向上すると結論付けるものが多い。

本稿の検討対象である歴史的環境の保全をめぐる判例においても、この考え方を基礎として判断したものも多く見られる[81]。この流れは、アメリカの歴史的環境保全が広まっていく過程を見ていく上で重要なポイントとなる。

の面は、ポリス・パワーの行使の現代的に正当性として育んでいかなければならないが、実際に美観を理由とする当該規制が、私人から補償なく財産を奪うことの理由としては十分なものとは言えないと述べたものである。また、同様に、Stoner McCray Sys. v. City of Des Moines, 78 N.W. 2d 843 (Iowa 1956), Wright v. Michaud, 200 A.2d 543 (1964), Montgomery County v. Citizens Bldg. & Loan Assoc. Inc., 316 A. 2d. 322 (1974) など多数に及ぶ。

[79] Campbell v. Hughes, 298 A.2d 690 (1972).

[80] 詳しくは、Samuel Bufford, Beyond the Eye of the Beholder: A New Majority of Jurisdictions Authorize Aesthetic Regulations, 48 UMKC Law Rev. 125, 151 (1980) を参照。

[81] 例えば、この後取り上げる、W.J. Bohannan v. City of San Diego 判決などが代表例として指摘できる。

1900年代初期には、市街地やハイウェイ沿いに多くの看板が立ち並び始め、それが美観に与える影響をめぐる争いが裁判所へと持ち込まれることとなった。これらの問題に対して裁判所は解決を迫られることとなった。上の①、②のように問題を否定的に扱ったり、先送りにしたりする事件も存在したが、増加しつづける事件により、裁判所は一定の対応を求められることとなった。

裁判所は、この年代に美観や美的環境を維持することの重要性は認識しており、一部の判決[82]は、その点についての政府の役割は認めたものの、次のように判示して、看板の建築を制限する条例を補償なき収用にあたるとした。

「景観の促進や美的環境に対する考慮は政府の正当な関心事であることに争いはないであろう。しかし、今のところ、我々は、このような考慮が、ポリス・パワーの行使を単独で正当化する判示はないといわれている…」[83]。

裁判所が、美観保護を目的とした規制を支持するには、ポリス･パワーに関する判例理論が大きく塗り替えられる必要があった。つまり、裁判所は快適な環境の必要性は簡単には退けられないことは認識していた。しかし、同時に裁判所は美観についてそのものを明確に保護することをためらい、従来から存在する理論を活用することによって美観保護についての規制を支持することを選択したのである[84]。この時代は、美観保護という規制目的がポリス・パワーの行使として妥当なのではなく、看板の建築禁止や建物の高さ規制などの規制が、防火や交通の維持など安全の向上につながる、とするものや、かかる規制が観光客を増加させ、経済を促進することで、結果としてポリス・パワーの行使の正当な要件（安全や一般福祉）に適合するという結論をとることで、裁判所が従来からの判例理論を大きく変えることなく規制を支持する方法を模索していった時代である。また、判例の理由付けも、安全・健康・道徳に関連

[82] Varney & Green v. Williams, 155 Cal. 318, 100 P. 867 (1909).

[83] *Id.* at. 155 Cal. 318, 319, 100 P. 863, 868 (1909).

[84] Basile J. Uddo, Land Use Controls: Aesthetics, past and Future, 21 Loy L. Rev. 851, 857, (1979).

して規制を支持したものから、この時代、次第に概念が拡張しつつあった一般福祉に関連して規制を支持するものが増加していった。歴史的環境保全に関する美観規制もこの、一般福祉に関連して支持されたものであるが、他の規制とは少々事情が異なるので、後で検討する。

（1）健康・安全・道徳に関連したもの

このタイプの規制は、従来のポリス・パワーに関する判例理論を変更することなく美観規制を支持するために用いられた手法であり、主に防火や交通の安全を主たる理由として規制が支持されたものである。

防火を理由とするもの[85]は、看板の設置、建築物の高度規制、セットバック規制（後退建築規制）で主に利用された判例理論であり、1950年ごろまで使われ続けた理由付けである[86]。例えば、Murphy v. Town of Westport[87]は、企業が集まる地区での広告看板の掲出を禁止したゾーニング条例を、防火の観点から支持した判決がある。

交通の安全の維持も、従来から自治体が規制を行う目的として合憲とされてきたものであり、広告看板の掲出やガソリンスタンドの立地規制について問題となった[88]。例えば、Village of Larchmont v. Sutton[89]では、看板の設置を規制する条例を、原告が看板を設置しようとしている場所はハイウェイに近接しており、看板が運転者の気を散らす悪影響があり、交通や公の安全に対しての影響を考慮した[90]上で、当該条例を支持した。

（2）経済に対する影響

歴史的環境保全と美観に関する問題では、経済に対する影響から規制について判断したものが多い。このことは、ポリス・パワーの行使の目

---

[85] 初期の代表的なものとして、St. Louis Gunning Advertisement Co. v. City of St, Louis, 235 Mo. 99, 137 S.W. 929, *app. Dism'd*, 231 U.S. 761 (1913) などがある。

[86] Patrick J. Rohan, *Zoning and Land Use Control*, Matthew Bender, (1990), §16.04 [2] [b]

[87] 131 Conn. 292, 40 A. 2d 177 (1944).

[88] *See* note 183 *supra*.

[89] 30 Misc. 2d 245, 217 N.Y.S.2d 929 (1961).

[90] *Id*. at 249, 935.

的である「健康・安全・道徳そして一般福祉」の中の一般福祉概念が拡張されてきたことに呼応する[91]。

土地利用規制に関する初期、特にユークリッド判決以前の判例では、ポリス・パワーの行使の要件として一般福祉概念は独立の要素として扱われておらず、また、一般福祉の意味するところも明らかではなかった。しかし、1926年のユークリッド判決[92]のあたりをさかいに、判決中に一般福祉概念が明示されるようになった[93]。

特に美観の分野では、周囲と調和しない建築物の建設規制により、整った街並みがうまれ、観光客の来訪が増加し、経済を活性化するので一般福祉の向上に寄与するというものや、看板規制や建築物の高度規制を行うことによって地区としての経済的価値が向上し、一般福祉の向上に寄与するというものや規制が支持されることとなった。歴史的環境保全に関する規制に関する訴訟においても、当該規制を支持するためにこのような理由付けがみられる。この理論は、当初、住宅地区での商業利用の禁止や建築規制といったゾーニングの部分で見られ、看板の設置規制や廃品置場の規制に関する問題にも広がっていった。

（３）観光客の増加と経済の活性化―歴史的環境保全の問題を中心に

経済的要素についての判断で、もう一つの判断基準は、観光客の増加による経済の活性化という要素であり、これは、歴史的環境保全に関する問題においてもみられる。例えば、City of Miami Beach v. Ocean & Inland Co.[94]は、観光産業と経済の活性化が一般福祉の増進に結びつくと判断した最初の判決である[95]。マイアミ・ビーチ市のゾーニング条例では、海岸線の土地にホテルやマンションを建設することを制限してお

---

[91] このことについて歴史的に取り扱ったものとして、全掲・寺尾・法学協会雑誌第100巻第10号71頁（1983年）以下参照。

[92] 272 U.S. 365 (1926).

[93] Beverly A. Rowlett, *Aesthetic Regulation Under the Police Power: The New General Welfare and the Presumption of Constitutionality*, 34 VAND. L. REV. 603, 609 (1981).

[94] 147 Fla. 480, 3 So. 2d 364 (1941).

[95] *supra note* 187, at 862.

り、この条例について原告はデュー・プロセスなしに財産を奪うものであると主張していた。Supreme Court of Florida は、健康、安全、道徳的要素について考慮せず、一般福祉の要件のみを検討しながら、「もし、美観的な魅力が無視されながら、マイアミ・ビーチの成功を見続けることは難しいであろう。なぜなら、コミュニティの美しさは冬の観光客の魅力的な誘因となっているからである…。［土地］利用の制限は、経済的な善や繁栄、コミュニティ全体の福祉に公平、公正そして合理的に寄与する」[96]として、条例を支持した。

歴史的環境保全と美観が問題となる事件においても、経済的要素が考慮されながら規制について判断している。つまり、歴史的環境を保全することにより観光産業が繁栄し、経済が活性化するので一般福祉が増進されるというものである[97]。

この問題で取り上げられる判例のひとつである City of New Orleans v. Pergament[98]は、歴史地区内での看板の設置について問題となった事案であるが、「Vieux Carre の保全は、元々はニューオーリンズの住民一般の利益となるものであったが、この名所の感情的価値ばかりでなく、商業的価値も同様に保護する」として、条例を支持した。また、City of New Orleans v. Levy[99]は、被告人が掲示可能範囲外に看板を掲示し、文字を電飾したことおよび、建物をピンク色のプラスチックで覆いをかけたことについて問題となった事案であるが、裁判所は、「おそらく、美観に関する考慮のみでは Vieux Carre Commission 条例に含まれるいくつかの規制を課すことの根拠にはならないであろう。しかし、Pergament 事件で指摘されているように、この立法はニューオーリンズ一般の住民の利益および有益な範囲の中にあり、Vieux Carre 地域の保全は感情的価値ばかりでなく、商業的価値のためにも行うのであり、それゆえ有効なポリス・パワーを構成するのである。付随していうと、［州の―筆者注］修正憲法も条例も保全は、公の福祉のためであると繰

96　147 Fla. 480, 487, 3 So. 2d 364 (1941).
97　Rohan, *Land Use Control*, Matthew Bender (1977).
98　198 La. 852; 5 So.2d 129; 1941 La. LEXIS 1171 (1941).
99　223 La. 14; 64 So. 2d 798; 1953 La. LEXIS 1253 (1953).

り返し述べている」[100]として、条例を支持している。このように、歴史的環境保全も、経済的要素と一般福祉との関係で正当化の動きが広まっていった。

一方で、歴史的環境保全の問題ではさらに特殊な事情が一般福祉の中で考慮されるとする論者もみられる。歴史的環境保全の役割は、美化、財産価値の保全、そして観光客の増加による経済の活性化ばかりではなく、現在および将来の世代を方向付け教育するために国家の文化的・歴史的遺産の一部分たる地区や建造物の保存をしているというのである[101]。

判例でも、歴史的環境保全の持つ教育的意味を述べているものがある。

① W.J. Bohannan v. City of San Diego[102]

＜事案の概要＞

San Diego 市は、1971年６月30日、"Old San Diego Planning District" という条例[103]を制定した。この条例は、'Old Town' と呼ばれる州立公園の周囲の指定されたゾーンにおいて、建物のデザインや、屋外広告物の規制を行うものであった。指定されたゾーンは、カリフォルニアの誕生地とも言える場所で、付近には、1871年以前に建てられた歴史的建造物が多く存在する。

原告は、当該ゾーンにて小売業を営む者であり、（１）当該条例は、平等条項違反、デュー・プロセスや表現の自由に反し、違憲である、（２）当該条例は、Old Town の歴史的・文化的価値を保存するのには合理的に必要な範囲よりも広すぎる、（３）当該条例は、補償なき収用にあたる、（４）広告類の規制条項は、恣意的で、理にかなわぬ差別である、（５）建築管理委員会に授権された権限は、立法権の授権であるとして、条例の無効の宣言的判決を求めて集団で訴訟を提起した。第一審は、原告の訴えを認めなかった[104]。

---

[100] *Id.* at 223 La. 14, 28; 64 So. 2d 798, 802; 1953 La. LEXIS 1253, 13.

[101] *See* Rowlett, *supra note* 196 at 619.

[102] 30 Cal. App. 3d 416, 106 Cal. Rptr. 333, 1973 Cal. App. LEXIS 1170. (1973).

[103] Ordinance No. 10608.

[104] Superior Court of San Diego County, No. 324075.

＜判旨＞

当該条例の目的は、公の利益のために、Old Town の文化的・歴史的側面を保存・促進するものである。この目的を促進するため、条例は、建築を制限する区域を設け、建築監督委員会を設立し、新築・改築・増築・改修・広告の掲出・看板の掲出の際は申請をし、許可を必要とする。また、1871年以前に建てられた建造物を保護するための建物や広告類の許可に対する一般的規定を設けている。

原告は、Old Town の歴史的・文化的価値を保存するのには合理的に必要な範囲よりも広すぎると主張するが、原告の主張する範囲は地図から読み取るに、誤りである。

市議会は、建築がコントロールされるべき範囲を決定する権限を与えられており、それに関して裁判所が干渉することは、明らかに市議会の権限を侵すものである。

原告は、無効なポリス・パワーの行使であると主張しているが、この主張は当てはまらない。ポリス・パワーの行使は、公の利便性や大衆の繁栄のためにも行使される。

原審は、「証拠により示された条例の目的は、公の福祉の意味に合致する」と判断しているが、これを支持する。Old Town の姿の保存は、1871年以前から存在する当該エリアの歴史的建造物を保存するものである。また、サンディエゴの始祖の、目に見える物語であり、カルフォルニアの誕生地であり、これらは教育的意味も持っており、公の福祉に寄与するものである。一般大衆を巻き込む教育的・文化的な促進に当たる。そして、観光に貢献することにより、経済的効果も促進する。よって、条例の目的は、明らかにポリス・パワーの行使の範囲内であるといえる。（下線は引用者による。）

原告は、条例が補償なき収用をし、違憲であると主張する。そして、条例の実際的な効果は、財産を無価値にし、補償なく本質的な価値を減じさせるものであると主張する。しかし、条例は、財産の使用方法や外観を、1871年以前に使用していた方法と同じにしなければならないと定めているわけではない。その代わりに、条例は、「一般的に1871年の古サンディエゴ時代の概観と調和するように用いる」と定めている。現存する建物の改装・修理という外観規制に従うことが、実質的に財産の価

値を減じさせることはない。

原告は、広告類の規制条項は、恣意的で、理にかなわぬ差別であると主張する。しかし、広告類の掲出の規制は、歴史的地区の雰囲気を保つものであり、正当なポリス・パワーの行使の範囲内である。

原告は、建築管理委員会に授権された権限は、立法権の授権であると主張する。委員会は、申請の際に適用される建築・概観基準を、市議会が定めた後にこれを採用すること、申請を許可するか不許可にするかの権限、各種基準の遵守が求められている。申請の際に用いられる基準、具体的には、建築の形式・素材・構造・色・建物の高さは、「議会で承認を経た後で」適用される。広告類に関する規制も同様である。委員会は当該基準を変更することができるが、事前に議会による承認が必要である。

これらのことから、条例は、無効なほどに立法権を委員会に授権しているとはいえない。

② Opinion of the Justices to the Senate[105]

マサチューセッツ州は、"Historic Beacon Hill District" と呼ばれる歴史地区を設け、そして歴史地区内の建築審査に関する Beacon Hill Architectural Commission" を作る立法を行うこととした。これは、Historic Beacon Hill District 内での建物の外観の変更、建築、改築を行う場合は、Architectural Commission による許可を得る必要があるなどというものである。この立法案の中で、立法目的として §1. において、「教育的、文化的、経済的そして公の一般福祉を historic Beacon Hill の保存を通して促進させ、この地区を建築の歴史および州（commonwealth）の初期として存在した、有形の古きボストンの遺産として保存することにある（下線―引用者注）」と述べている。この立法案に対してマサチューセッツ州議会は勧告的意見を求めた。

これに対して裁判所は、「発表された立法の目的は、教育的、文化的、そして公の経済的発展のためにこの歴史地区の保存をすることである。もし、議会（General Court）が、この目的が…達成されると信じるので

[105] 333 Mass. 783; 128 N.E. 2d 563; 1955 Mass. LEXIS 762 (1955).

あれば、裁判所は、このような立法府の決定は、恣意的で不合理につき一般福祉の中には包含されないという判断をすることは難しい。（下線―筆者注）」と述べ、立法目的は正当であるとした。

以上２つの例のように、裁判所は一般福祉要件の中に、教育目的を含め、それを認めている。この教育目的や国民、州の住民、市民等を志向づけるものとしての目的は、美化目的から独立していると述べるものもある[106]。つまり、歴史的遺産が美しいかどうかは別として、当該規制が教育的な目的のための保存であれば、一般福祉向上のために正当化されるというのである。実際に、多くの地方の条例に教育目的を掲げている[107]ことにも注意すべきであろう。

4-3-4　Berman 判決とその後の展開

（１）２章で取り上げた Berman 判決[108]は、美観とポリス・パワーの関係において大きな影響を与えたものである。ここで問題となったのは、公のために公用収用権を用いてスラム化していない財産を取得できるかどうかであった。この事件は公用収用の問題であり、美観的ゾーニングについて直接判断したものではないが、連邦最高裁は次のように述べた。

「一般的福祉概念は広く、包括的なものである。それがあらわす諸価値は、物理的なものであると同様、精神的なものであり、金銭的なものであると同様、美観的なものである。コミュニティが健康的であると同じく美しいものであり、清潔であると同じく広々とした空間であり、注意深くパトロールされていると同様バランスの取れたコミュニティであるべきと決定することは立法府の権限の範囲内である。本件では、議会および当該機関は、幅広い種類の価値を考慮に入れた決定をしたのであ

---

[106] See, Rowlett, *supra* note 197, at 619-20, Stephen F. Williams, Subjectivity, Expression, and Privacy: Problems of Aesthetic Regulation, 62 MINN. L. REV. 1, 34-36 (1977).

[107] 例えば、City of Heyward, CA, ARTICLE 11, SEC. 10-11.010 d., The City of Longview, WA, Chapter 16.12.010 (1) (b), City of Dubuque, IA, Article 10-1 A. など多数に及ぶ。

[108] 348 U.S. 26 (1954).

り、我々が再審査するものではない。コロンビア特別区を統治する者が、首都は清潔であると同じく美しくあるべきだと決定したのであれば、修正第５条はそれを妨げるものではない。」

（２）Berman 判決で、連邦最高裁は、明確に一般福祉概念の広汎性について述べた。これによって、美観保護を強く求める者たちは、判決を歓迎する一方[109]で、各州の裁判所の反応は分かれることとなった。Berman 判決後約５年の間に、少なくとも４つの州裁判所で、美観目的は一般福祉を増進し、正当なポリス・パワーの行使に当たると Berman 判決を引用しながら判断した[110]。一方で、従来からの、美観目的単独ではポリス・パワーの行使には当たらないという立場を取る州もあり、急激ではないものの、ゆっくりと各州の裁判所に Berman 判決の効果が広がっていった。

（３）その後の1963年にニューヨーク控訴裁判所で出された、People v. Stover[111]判決は、Berman 判決の影響を大きく受けたものとして知られている。

被告人の Stover 氏は、Rye 市にある住宅地区に住居を所有していたが、市によって課される高額な税金に不満の意を持っていた。「平穏に抗議」の意思を示すため、物干し用ロープに古い布やぼろきれをかけていた。被告は市の税金に対する不満が収まらないため、毎年１本ずつ物干し用ロープを増やしていった。その結果、1961年までに６本の物干し用ロープとぼろきれなどが自宅前に掲げられた。同年、Rye 市は「布類

[109] Basile J. Uddo, *Land Use Controls: Aesthetics, Past and Future*, 21 Loy. L. Rev. 852, 864 (1975).

[110] William H. Agnor, *Beauty Begins a Comeback: Aesthetic Considerations in Zoning*, 11 J. Pub. L. 260, 280 (1962). 例えば、アリゾナ州では、City of Phoenix v. Fehlner, 90 Ariz. 13, 363 P.2d 607（1961）、ニュー・ハンプシャー州では、Blevens v. City of Manchester, 103 N.H. 284, 170 A.2d 212 (1961) など。ウィスコンシン州では、State ex. rel. Saveland Park Holding Corp. v. Wieland, 269 Wis. 262, 69 N.W. 2d 217 (1955). ペンシルヴァニア州では、Best v. Zoning Board of Adjustment of the City of Pittsburgh, 393 Pa. 106, 141 A.2d 606 (1958).

[111] 12 N. Y. 2d462, 240 N. Y. S.2d 734, 191 N. E. 2d 272, app. dism'd 375 U.S. 42 (1963).

その他の織物をかけるための物干し用ロープやその他のものを、通りに隣接した庭の正面または側面に掲げてはならない」とする条例を制定した。ただし、この条例は、布類を乾燥できるその他の手段がない場合の例外規定を設けている。Stover 氏は市に対してこの例外規定の適用を申請したところ、拒否された。被告は物干し用ロープとそれにかけてある布類の撤去を求められたが、無視視した。その後、Stover 氏は訴追され、有罪判決を受けた。Stover 氏は、当該条例は合衆国憲法修正 1 条の言論の自由を否定するものであり、適切手続なく私有財産を収用するものであると主張した。中間裁判所（intermediate court）は市側の主張を支持した。ニューヨーク控訴裁判所は、修正 1 条の主張については退け、当該条例の正当性について検討した。

ニューヨーク控訴裁判所は、「当該条例は、行動に隣接した庭に、視界をふさぐような物干し用ロープを可能な限りにおいて禁ずることによって、市内の住宅地の外観やその財産価値を保護する試みは支持されるべきであるというのが我々の意見である。言い換えれば、この制定法は、美観的考慮というように定義できうるものを基礎として、美観を損ねたり、コミュニティの質を低下させたりするような行い、そして不動産価値を下落させるような行為を禁止するのである。」と述べた。そして、美観目的のみの規制もポリス・パワーの正当な行使であると主張して判例や学説に大きな影響を与えた Dukeminer 教授の論文[112]や Berman 判決を引用しながら、「我々の眼前にある条例は、広い意味で禁止というよりは規制的である。いかなる財産所有者に過度の困難を引き起こさせるものでもない、なぜならば、他のどこかに布類を乾燥させることに、実際上の難しさや不可欠な困難がある場合のための許可が設けられているからである。さらに、この条例は、コミュニティに対して美しさや快適さに関する恣意的または専断的な基準は強制していない」[113]として、条例の妥当性を認めた。

一般的福祉概念の拡張とともに、現在では25の州の裁判所において、

[112] J. J. Dukeminer, Jr., *Zoning for Aesthetic Objectives: A Reappraisal*, 20 Law & Contemp. Prob. 218 (1955).

[113] 12 N. Y. 2d 462, 468, 240 N. Y. S. 2d 734, 743, 191 N.E. 2d 272, 279.

美観目的の規制は、ポリス・パワーの講師を正当化すると判断している。これらの州においては、歴史的環境保全に関するゾーニングの問題は大きく前進することとなった。

また、連邦最高裁でも、1974年に Village of Belle Terre v. Boraas[114], 1981年の Metromedia, Inc. v. City of San Diego[115]の各判決でも、美観は正当なポリス・パワーの行使の目的に合致すると判断している。以上のように、歴史的環境保全をめぐる法律問題は、美観問題の文脈の中で語られ、また美観問題の発展と共に歴史的環境保全も許容されるようになってきたのである。

第４節　その他の問題

4-4-1 「相互関係」の法理―歴史地区内の非歴史的建造物の規制の問題

歴史地区内において、地区全体が足並みをそろえて統一的に歴史的環境保全を進めるためには、必ずしも歴史的建造物ではない建造物および周囲の環境についても何らかの規制を行うことが必要となる場合がある。裁判所は、歴史的環境保全を認める要素として、「一体的な保全」の必要性を用いている。最初にこの法理を持ち出したのは1941年の以下の判例である。

4-4-1-1　City of New Orleans v. Pergament[116]

①事案の概要

原告は、ニューオーリンズ市の古い市街地である Vieux Carre 地区において、ガソリンスタンドを経営していた。原告は、Vieux Carre 歴史委員会の許可なく大きな看板を立てたことにより、条例[117]違反として起訴された。原告は、妨訴のための抗弁をし、宣誓供述書の破棄をするた

[114] 416 U.S. 1. (1974).

[115] 453 U.S. 490 (1981).

[116] 198 La. 852; 5 So. 2d 129; 1941 La. LEXIS 1171 (La. 1941).

[117] Section 6 of Ordinance No. 14,538 C.C.S, as amended by Ordinance No. 15085 C.C.S.

めに訴えを起こした。裁判所は、Vieux Carre 地区内の歴史的建造物ではないガソリンスタンドに大きな看板を立てることを許可しなかった委員会の決定を支持した。

②判旨

Vieux Carre 地域において、歴史的建造物と同様に、近年できた建物にも店舗に非常に大きいサイズの看板を立てることを当該建物の所有者に禁止するのは恣意的なことでも差別的なことでもない。条例の目的は、古い建物それ自体の保存ばかりでなく、フレンチ・クォーター、スパニッシュ・クォーター全体の古さも保護するものである。いわば一体的になすものであり、この歴史的環境（relic）を破壊主義（iconoclasm or vandalism）から守るものである。このような地方で、目障りなもの（eyesores）を防いだり禁止したりすることは、ポリス・パワーの範囲内であり、このような地方の条例の範囲内である。Vieux Carre の保全は、元々はニューオーリンズの住民一般の利益となるものであったが、この名所の感情的価値ばかりでなく、商業的価値も同様に保護するのである。なぜなら、これはニューオーリンズ市に観光客や会議等を呼び込み、そして事実、アメリカで最もおもしろい都市というスローガンの正当性のために保存しているのである。

4-4-1-2　A-S-P Associates v. city of Raleigh[118]

［事案の概要］

Laleigh 市は1975年、「歴史的地区」に関する２つの条例を制定した。内容は、歴史地区委員会を設立し、建築のガイドラインおよび建物デザインの基準を設け、さらに、違反者には民事的・刑事的な制裁を加えるという内容のものであった。また、市内オークウッド近隣地区98エーカーを「歴史的地区」に指定することも条例に含まれていた（なお、従前から存在するゾーニング条例の規定も当該地域に消滅することなく残っている）。歴史的地区に指定されれば、歴史地区委員会の承認がなければ、建築物の外装の変更、建築物の建設もできないこととなっていた。また、条例に違反すれば、罰則も加えられることが明記されていた。

[118] 298 N.C. 207; 258 S.E. 2d 444; 1979 N.C. LEXIS 1362 (N.C. 1979).

なお、同一街区の一区画下がったところには、病院が４階建ての比較的新しいオフィス・ビルディングを所有しているが、その部分は歴史的地区から除外されている。一方、原告は、所有する空き地に将来オフィス・ビルディングを建設しようと計画し、当該空き地を歴史地区から除外するよう求めたが、退けられた。

歴史的地区に指定された地区内に空き地を持つ者（A-S-P Associates）は、歴史地区に関する２つの条例は、違憲・違法であるとして裁判所に違憲・違法の宣言的判決を求めて訴えを起こした。

一審のウェイク・カウンティ最高裁判所（判決集未収録）は、市の歴史地区指定は違憲・違法ではないとした。住民は控訴した。原審の北カルフォルニア控訴裁判所（247, S.E.2d,800）は、住民側の主張を容認した。市が上告した。

［判旨］

市の勝訴。判決の概要は次のようなものである。

（１）市が条例を制定して、ある地区を歴史的地区に指定することは、ポリス・パワーの範囲内であり、そのような条例の制定は、土地所有者の法の適正手続を奪うものでもない。（２）市条例は、市の歴史委員会に、許容できないほどの権限を委任してはいない。（３）土地所有者の主張によると、市は、歴史的地区の境界の線引きについて、意図的かつ恣意的に行ったとしているが、市の当該行為は、土地所有者の平等取り扱いを否定したものではない。（４）市は、ゾーニングの目的に合った包括的計画を有しており、また、歴史地区を指定する条例の制定は、ゾーニングと合致している。（５）市は、条例の施行による州法違反はしていない。

相互関係の法理に関する部分として、次の判示が重要である。

「歴史的地区内における建造物、構造物、付属設備または屋外の宣伝用看板の建築、改築、改変、修復もしくは移動が、歴史的地区の特徴と不均衡である」という包括的規制は、地区全体の特徴を保全できる唯一のふさわしい方法である。オークウッドの条例が、新築には委員会の承認が必要であるのは不合理である、特に、現在空き地である土地に新たにオフィス・ビルディングを建てるということに対する承認は不合理であるという原告の主張は、認められない。歴史的地区内の、単に歴史的

もしくは建築的特徴を有する建造物の保存よりも地区内の歴史的特徴を保存することのほうが必要とされていることは、広く知られている。…この、「一体的な」という法理は、現在広く用いられているが、効果的な歴史地区保全のための不可欠で合理的な部分をなしている」[119]。

［評価］

２件の事件ともに、歴史的地区内における非歴史的建造物に関する事件であるが、両事件共に歴史的地区を面的に保存するためには、地区内の非歴史的建造物に一定の制限が加えられたり、新築などが制限されたりすることを認めている。そこで登場するのが「一体的」な保全の必要性という理由付けであった。City of New Orleans v. Pergament のケースにおいては、一体的保全が観光にプラスの影響を与えるといった判示もなされ、学説もおおむねこれを支持している[120]。つまり、このような規制が支持されるのは、１件の建築物が解体されたり、新築されたりしても、地区全体には大きな影響を及ぼすものではないが、解体・新築が徐々に何軒もなされると、累積すると地区全体に与える影響が結果として多くなってしまうという、「ドミノ理論」から、一体的保全の必要性を導き出している、としている[121]。

4-4-2　古さの基準

歴史的建造物や史跡の指定に当たり、指定する者は一定の年数を経過した物を歴史的建造物や史跡として指定するのが通常である。また、アメリカでは、建築物のデザインが美しくあれば、必ずしも一定の古さがなくとも、保護の対象となる場合がある。しかし、指定するに当たり、一定年数を基準とすることの妥当性はどこにあるのであろうか。次の裁判例が、興味深い素材を提供している。

---

[119] 258 S.E.2d at 450-451.

[120] Carol M. Rose, *Preservation and Community: New Directions in the law of Historic Preservation*, 33 Stan. L. Rev. 473 (1980), David B Fein, *Historic Districts: Preserving City Neighborhoods for the Previlidged*, 60 N. Y. U. L. Rev. 64 (1985), *Comment: Legal Methods of Historic Preservation*, 19 Buff. L. Rev. 611 (1969).

[121] *Id.*

4-4-2-1 Metropolitan Dade County v. P.J. Birds, Inc.[122]

原告のオウム園である「オウムのジャングルと庭」は、1936年に開業し、以来、観光客の多く訪れる施設として人気を博している。1990年、メトロポリタン・デイド郡は、このオウム園を史跡として指定した。メトロポリタン・デイド郡の条例では、建築物を「50年以内」と「50年以上」の２つの基準に分類している。そして「50年以内」の基準において、「…50年以内の建物でも、総合的な部分で基準に適合すれば、登録を行う」[123]としている。その中で、オウム園は、「特別な重要性（exceptional importance）」を持つ[124]という基準に適合しているとして、史跡に指定された。しかし、園自体は開業後50年を経過しているが、園の中にある円形格闘場やジャングルなど施設の一部は築後50年を経過していない。そこで、オウム園は、郡の指定について、「特別な重要性」の基準はあいまいなものであって、この基準を用いたことは、適正手続を受ける権利に反するとして、当該指定について争ったものである。

一審では、「50年以内」と「50年以上の」どちらかの基準を用いることが妥当かが争われた。一審の判断は、「特別な重要性」の定義が不明確であるとした。しかし、二審では、「50年以内」と「50年以上」のどちらの基準を用いることも可能であるとした。オウム園が地域にもたらす経済効果、開園当時、「世界で唯一の」オウム園の施設であることの希少性、

---

[122] 654 So. 2d 170 (Fla. Dist. Ct. App. 1995). 本件については、Bradford J. White, *Recent Developments in Land Use, Planning and Zoning Law- Historic Preservation and Architectural Control Laws*, 28 URB. LAW 879 (1996), Ronald Benton Brown, Joseph M. Grohman, Manuel R. Valcarcel, IV, *Property Law: 1995 Survey of Florida Law*, 20 NOVA L. REV. 257, Lori A. Tomaselli, *COUNTY DID NOT VIOLATE LANDOWNER'S DUE PROCESS RIGHTS BY FAILING TO DEFINE THE "EXCEPTIONAL IMPORTANCE" HISTORIC SITE DESIGNATION STANDARD*, 25 STETSON L. REV. 954 (1996), George B. Abney, *Florida's Local Historic Preservation Ordinances: Maintaining Flexibility While Avoiding Vagueness Claims*, 25 FLA. ST. U. L. REV. 1017 (1998), John Nivela, *Saving the Spirit of Our Places: A view on Our Built Environment*, 15 UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y 1 (1997).

[123] Ch. 16A, Metropolitan Dade County Code.16A-10 (2).

[124] *id.* (f).

建築様式、景観などを総合的に判断すると、「50年以内」の基準を用いることも妥当であるとし、一審判決を破棄した[125]。

終　章

本稿では、アメリカの歴史的環境保全の法制度、判例を分析した。本稿の課題は①アメリカの法制度の特徴、②アメリカの法的手法の意義、③アメリカの判例理論の特徴であり、以上の課題について検討し、得られた知見の中で、わが国に対する有益な示唆となりうるのは、さしあたり次のような点である。

①アメリカの法制度の特徴面と法的手法の意義の面からは、次の点が指摘できる。アメリカの歴史的環境保全制度は、個人の取り組みや、地方の条例から始まった。一方で、連邦の本格的な取り組みは1960年代から始まり、それまでは、連邦法を拡大的に適用するなど、不完全な中で、歴史的環境保全の取り組みがなされてきた。歴史的環境保全の中心的な連邦法である国家歴史保全法（NHPA）の制定に当たっては、様々なアクターが成立に向けて尽力した。特に、連邦機関が行う、もしくは資金を提供する事業について、歴史的環境に影響がないか調査することを義務付ける、いわゆるセクション106条項を盛り込むかについて、歴史的環境保全運動家と内務省の機関である国立公園局（NPS）の間で駆け引きが繰り広げられた。

歴史保全に関する法制度は、NHPA が中心的法律であるが、アメリカにおける歴史的環境保全制度を捉えるために、NHPA のみならず、他の法律や、州法、地方政府の条例や制度を検討した。NHPA を中心とする連邦法制度のほかに、交通設備建設の際に歴史的環境に特別の考慮を義務付ける交通省法、歴史的環境の取得を促すナショナル・トラスト法、国家環境政策法やその他の法律が、それぞれ歴史的環境を保護するために機能していることを明らかにした。

---

[125] なお、本件には、Barkdull 裁判官の反対意見があり、「特別な重要性」という基準は極めて主観的であり、この基準を用いた委員会は、オウム園の適正手続を受ける権利を侵害したと述べている。P.J.Birds, 654 So. 2d 182.

各州は、連邦がNHPAを執行するにあたって連邦と連携するほかに、州独自の取り組みをしている。地方政府への権限の授権、税金面の優遇、州登録制度といった制度を設けている。地方政府は、人々にとって最も身近な保全主体である。州から権限の委任を受け、ゾーニング規制を行い、さらに歴史的地区では歴史地区ゾーニング規制を行う。歴史地区ゾーニング内での建築物の新築、解体などの審査は歴史地区審査委員会が行うことが多い。

②アメリカの判例理論の特徴からは、次の２点が指摘できる。歴史的環境の保護は、当初ニューサンスによる事後的救済が行われていたが、次第に、主としてポリス・パワーの行使といった予防的解決法が取られるようになった。その中でも、歴史的環境保全の保護に密接に関連しているゾーニングは、1926年のユークリッド判決で、最高裁から正当性を与えられ、1954年のバーマン判決では、美観目的のゾーニングにも影響を与えた。時代とともに土地利用規制目的も拡大し、ポリス・パワーと収用の境界が曖昧になっていく中で、歴史的環境保全の文脈中の収用問題は、ペン・セントラル判決をはじめとして、「土地の全ての有用な利用」を否定されなければ収用と認められない傾向にあった。

③アメリカでは、ポリス・パワーの行使の要件である「一般福祉」要件が時代と共に拡大していった。美観規制は一般福祉要件の拡大の例としてあげられる。裁判所は当初、美観規制は、ポリス・パワーの行使を正当化するものではないとしたが、美観目的の規制は、観光客を増加させ、経済を活性化させるので、一般福祉を増進する効果を持ち、規制は正当なポリス・パワーの行使に当たるという解釈がとられるようになった。最高裁によるバーマン判決がこの理論の後押しをした。歴史的環境保全を目的とした条例が争われた事件においても、同様の結論により、条例の正当性が認められたが、特にこのような条例では、経済的利益のほかに、住民やそこを訪れる観光客に対する教育効果を有するという判断がされていることは注目すべき点である。さらに、最高裁のペンセントラル判決により、歴史的環境保全が大きく前進した。

これらを踏まえ、わが国にもたらされる示唆は、次の点があげられるだろう。

①史跡登録の柔軟性

わが国の立法は、いわゆる景観法や歴史まちづくり法の制定により、大きな発展を見せたが、歴史まちづくり法の重点区域の指定を受けるには、当該地域内に、国の選定による重要伝統的建造物群保存地区や有形文化財などの指定物件がなければならない。アメリカのNHPAは、史跡の登録には、そのような要件は存在せず、柔軟な指定が可能となっている。わが国の歴史的環境保全が、文化財保護行政から出発している点は、このような柔軟な指定を妨げている一因となっており、都市計画制度へ組み込まれることが望ましいであろう。

②経済的インセンティヴの導入

アメリカの歴史的環境保全の手法として、経済的インセンティヴが代表的な手法の一つとしてあげられる。例えば、歴史的建造物の改修や保護のための修理を行った場合には、税金の優遇措置が認められている。一方、日本では、私人が所有する歴史的建造物の経済的優遇措置が不十分である点が指摘できる。

③歴史的環境アセスメント制度の導入

歴史的環境を保護するために、NHPAのいわゆるセクション106条項では、連邦公共事業が、登録された歴史的環境に影響を与えるかどうかの調査が義務付けられている。わが国でもこのような歴史的環境アセスメント制度の必要性や、その基礎となる歴史的物件の登録制度が必要となってくるだろう。

一方、次の点は検討できなかったので、今後の課題としたい。

①歴史的環境保全と公私協働

近年、行政法学や環境法学の分野では、公私協働論が盛んに議論されている。歴史的環境保全の分野においても、様々な非営利団体が州や地方、さらに全国レヴェルで、州政府、地方政府、連邦政府と連携しながら金銭面や技術面での支援、歴史的環境の調査事業を行っている。このような非営利団体がどのように政府と連携しているのか、今後検討すべき問題である。

②ポリス・パワー規制の発展と歴史的環境保全立法の歴史的関連性

1900年代前半は、ポリス・パワー規制が多目的に広がってといった時期であるが、それと同時期に史跡法の制定など、歴史的環境保護が個人単位の活動から行政による保護活動に移行していった時期でもある。ポ

リス・パワー規制の発展と歴史的環境保全立法の歴史的関連性もさらなる研究が必要と思われる。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2013年12月25日授与）「アメリカにおける歴史的環境保全」に補筆したものである。

論　　説

法と情報空間（2）

―― 近代日本における法情報の構築と変容 ――

郭　　薇

目　次

序章　法的コミュニケーションの研究とその意義
第一章　情報としての法－法的コミュニケーションの研究
（以上、66巻２号）
第一部　メデイア主導の法情報
第二章　マスコミにおける法的問題の構築―新聞を素材に
第一節　法の中にある「新聞」
第二節　記事の中にある「法」―刑事訴訟法改正の新聞を素材として
第三章　雑誌における法的問題の構築―『法律時報』の事例研究を兼ねて
第一節　法律雑誌というメディア
（以上、本号）
第四章　法情報の性質―社会性と専門性の間
第二部　ユーザ主導の法情報―2010年公訴時効改正を素材として
第五章　2010年公訴時効改正の法制審議会における世論の役割
第六章　裁判の言説と世論の言説―足立区女性教員殺害事件を素材として
第七章　公訴時効をめぐる各メデイアの言説
第八章　「世論」という情報―ユーザ視点の法情報をめぐる概念
結論　法情報の受容

第一部　メディア主導の法情報

第二章　マス・メディアにおける法的問題の構築
―新聞を素材に

前章では、理論的な側面から法的コミュニケーションと情報との関係を整理した。本章においては、実際に日本社会における法情報の意味空間を探るため、とりわけ新聞というマス・メディアに着目し、報道の形式で現れた法情報のメカニズムを解明する[1]。以下、まずマス・メディア[2]における法的コミュニケーションの性質を簡単に説明しよう。

---

[1] 新聞は大衆向けの法情報ジャンルとして最も伝統かつ影響力の持つマス・メデイアである。まず、歴史的に見れば、法情報の伝達史を検討する都合のよい素材である。新聞も法律と同様に、近代西洋の産物として明治期から日本に現れた。ラジオ（1925年日本で初放送）、テレビ（1940年日本で初放送）さらに携帯、インターネット等ソーシャルメディアに比べて、新聞の記事は明治期の立法から現在まで法制度に関する情報発信を全面に把握できる唯一のマス・メディアである。また、日本における新聞の普及度は著しい高い水準で維持している。情報接触の面から見れば、日本新聞協会による2013年全国メディア接触・評価調査では、成人人口1000人当たりの発行部数は424.5部までのぼり、各国に比較すると最も高い数字であることが分かる（http://www.pressnet.or.jp/data/circulation/circulation04.html）。同調査によると、新聞部数の減少や、ネット・携帯による「新聞離れ」の現象が囁かれたが、日本においては週に一度も新聞を読んでいない30歳以上の世帯がかなり珍しいよう（7.8％）である（http://www.pressnet.or.jp/adarc/data/read/data02.html）。さらに、日本のメディア産業の特徴は、主要な新聞とテレビ局がグループ（系列）として結び付けていることで、各メディアの間に情報源・取材体制の同質化すなわち新聞と放送局の密接な関係が黙認されているとも指摘される（鈴木健二「日米で同時進行する『マスメディア集中排除原則』の見直し」成蹊大学大学文学紀要（39）、53－86頁を参照）。従って、日常生活の主要な情報源としての新聞は、依然として重要な意味を持つと思われる。

[2] インターネットおよびフェイスブック、ツイッターなどSNS媒体の発展と普及と伴に、情報の発信者と受信者との境界線が曖昧になっている。新聞やテレビなど、伝統的なマス・メディアも自ら公式のフェイスブック、ツイッターを作成し、読者とのコミュニケーションを促す手法を導入している。メディア

前章で述べたように、学術上に共通した定義がないものの、ここでの法的コミュニケーションとは、「法に関わるメッセージ」と「受け手と送り手との間の伝達メカニズム」に構成されたプロセスを指す。一定の手段を通して、ある法現象が含んだ情報が新聞の発信者から受信者に伝えられる過程は、マス・メディアによる法に関する報道（以下では法報道と呼ぶ）という点で、一種の法的コミュニケーションとして理解することができるだろう。

そして、報道による法的コミュニケーションの効果に関しては、これまで①秩序の維持、②資料の提供、という二点から論じられてきた。そこで、この点については次のように概観し、検討しておくことにしたい。

第一に、法報道には、人々に対して法システムの知識を獲得し、司法制度に対する信頼を芽生えさせたり、公的刑罰の恐怖を知らせることで違法行為（刑事法の場合は犯罪行為になる）を予防したりするといった民衆への啓蒙・教育効果がある。その効果は、とりわけ法報道と密接の関係にある犯罪報道の歴史において目立つ。イギリスの犯罪報道史を検討した村上直之は、近代犯罪報道の形成が、16世紀に大衆向けの「タブロイド紙」においてから継続的に見られる公開処刑の文化をめぐる犯罪への関心と、その後19世紀にイギリス警察広報によってなされた犯罪者の個人史・動機理解を含む言説と連動していたことを指摘した。村上によると、処刑または裁判の情報を伝えるパンフレットから始まった犯罪報道は、リアルタイムで犯罪者への評価／処罰する公的儀式に参加する感覚を強調し、公的な秩序を維持するような道徳な教戒の効果がある、という[3]。また、日本にも類似した現象が観察される。松永寛明によると、明治政府は、新聞雑誌などのメディアに載せた法令の公開や、新聞記者に（民）刑事裁判の傍聴を早く許可したことによって、法令の公開や犯

の企業規模や受信範囲など、技術的な側面での問題が控えていることから、メディアを定義するのは困難である。そこで、本論で語るマス・メディアとは、法制度など公的な話題をめぐって一般市民に発信し、当該社会で見られる集団意識の形成に一定の影響を与えうるメディアのことを指す。歴史的に見れば、そうしたマス・メディアの代表格として新聞という出版物に至る。

[3] 村上直之『近代ジャーナリズムの誕生―イギリス犯罪報道の社会史から―』（岩波書店、1995）37－41頁、232－234頁を参照。

罪報道を通して当時の司法制度に対する社会の信頼を形成させるという統制手法の使用が論じられた[4]。

第二には、法報道には、社会構成員が持つ法制度への意見や感情を読み取ることによって、制度に対する社会認識（世論と言い換えることも可能）を提供する、という考え方がある。ここでは、資料提供機能と呼ぶこととして詳述は第二部に譲るが、現代の立法が依拠するデモクラシーとは「人々の自由な意見の表明＝理性的な世論の形成＝能動的市民による公的な意思形成」という一連のプロセスであり、マス・メディアの報道には、そうした「理性的世論の形成」に役立つ情報を収集する道具として理解される。現代社会においては、人口の増加や生活領域の拡張によって、人と人との直接的なコミュニケーションを通した情報収集だけでは他の社会構成員の事情を知ることが困難であることから、マス・メディアのような間接的なコミュニケーションが必要とされる。つまり、メディアでの法（立法）報道は、世論の表出を補強する機能が備わっていると考えられている。デモクラシーの立法過程には、そうしたメディアによって遂行される実践的な社会的行為としての一面がある。社会の意識・意見の媒体として、マス・メディアの情報は、立法のような制度設計の過程に反映されることになる。ただ、ここで注意しなければならないのは、「理性的世論の形成」というマス・メディアの機能には、「中立性」や「公共性」という自律的な論理が前提とされていることである。それは、ジャーナリズムとよばれるもので、メディアの機能は国家権力と対峙しつつ、国民に広く、必要な情報を提供するとされる。従って、事実関係を中心に、多様な立場を配慮する記事の構成が求められる[5]。実

[4] 松永寛明『刑罰と観衆―近代日本の刑事司法と犯罪報道―』（昭和堂、2008）112－127頁、163－168頁を参照。

[5] ジャーナリズムの理念に関する基礎的な文献として、Commission on Freedom of press（The Hutchins Commission）*A free and responsible Press:A General Report on Mass Communication: Newspapers, Radio, Motion pictures, Magazines, and Books, Chigago*: University of Chigago. (1974) を参照。また、日本新聞協会がその文献を日本語に訳し、『新聞の自由と責任―新聞、ラジオ、映画、雑誌等大衆通信機関に関する一般報告書』（1948年）として公表している。また、世論とメディアの関係を理解するには、花田達路『メディアと公共圏の

際の効果について議論の余地はあるが、少なくとも記者・報道機関の立場を感じさせないこと、感情的あるいは煽情的な表現を回避するといった事柄が、そうした報道理念の根底には置かれている。前述した教育機能と異なり、資料提供機能を重視する法報道は、特定の価値を伝達することではなく、ある現象を情報の受け手に想起させ、自主的に議論や意見が形成されるようになることを目指している。

法報道には複数な側面が含まれており、従ってそれぞれ異なる法的コミュニケーションが反映されているかのように見える。具体的には、少なくとも上述のような法報道の機能から二つの法的コミュニケーションの類型を抽出しうる。第一に、広く法制度の論拠（argument）を提供する言論活動、つまり「発話者が自らの知識・情報を動員することによって、適用すべき法のあり方を論ずること」という世論形成の面、第二に、「いまここ」で現れている法律や裁判過程において承認された秩序を伝えようとする広報活動、つまり「裁判、立法など法現象の報道記事が法制度の内容や理念を記録することによって、法秩序の再確認を行うこと」という象徴秩序の面もある。報道としての法的コミュニケーションには、その形式の違いから複数の法に対する理解すなわち法意識が、含まれるように思われる[6]。

注意すべきなのは、報道としてのコミュニケーションに含まれた法理解が「衝突」する場合である。その典型例として、裁判の公開原則または公開の裁判を補強する手段として報道機関の取材・報道という公的な情報アクセスの保障と、個人の自主性を重視する権利との関係を挙げることができる。例えば日本の場合、憲法82条１項は裁判公開の原則を定められ、その趣旨は「裁判を一般に公開して裁判が公正に行われることを制度として保障し、ひいては裁判に対する国民の信頼を確保しようとすることにある」とされる（最大判平成元年３月８日民集43巻２号89頁）。

ポリティクス』（東京大学出版会、1999）が示唆に富む。

[6] 当然、法報道に複数な手法が併用されることも推測できる。従って、すべての法報道は教育・啓蒙機能と資料提供機能に当て嵌まるかという問題を提起することもできるだろう。ただ、法報道の形式やメカニズムに含まれた法理解を吟味するという手法は必ずしも上述の機能以外の部分を排除するわけではない。

その情報公開と当事者の情報流通を制約するプライバシーの原理との関係はしばしば競合的であると解されている[7]。とりわけ犯罪報道といった法報道には、当事者およびその関係者の個人情報を扱うことが避けられないため、プライバシーの侵害および名誉毀損の恐れが常に争点となる。その背景には、上述の犯罪報道・法報道によるコミュニケーションの性質も関わっている。それは、犯罪の動機原因論など個人の生活事情を強調するような犯罪・裁判報道の集団維持的な志向がプライバシー権のような個人主義的な発想と相容れないからである。そもそも犯罪や裁判に関する報道は、法現象をめぐる公的議論に対して中立的、理性的な言説を提供するものとして誕生してきたわけではない。既に早期の犯罪報道で見られたが、受信者の感情（「共感」）を喚起させ、新聞の読者を獲得するというメディア側の関心は法報道の出現につながる。それに反して、近代の立法者が期待するのは、社会の意識を認知するためのマス・メディアである。

新聞報道の形成とは、それ以上の複数の意味をも含めた一種の社会行為であると考えられる。それは、単なる記者・取材協力者の意図を伝達するのではなく、法現象をめぐる異なる言説を考慮し、報道する価値のあるものを決定する過程である。以上のような情報公開とプラバシーの権利の調整が、報道の判断基準と制定法や司法過程に定められた理念いわゆるマス・メディアと法といった異なる社会領域の論理に関わっているとも言える。

近年大衆・個人の体験を喚起するような報道形式が立法議論と連動していることが、しばしば問題視されている。1980年代以後、世界範囲で見られるメディアの「タブロイダイゼーション」、すなわち「新聞記事や放送番組において、その内容がビジュアル化、あるいは娯楽化へと急激にシフトしてきたことや、さらに記事やナレーション部分が極端に圧縮されてきた現象」がそれである。また、そのような「タブロイト的な」報道の特徴としては「人物描写中心的」「センセーショナリズム」また「犯罪報道が多い」ことが挙げられる[8]。名称からも分かるように、そうした

[7] 萩屋昌志「裁判公開の現代的課題」龍谷法学31巻1号（1998年）、85－89頁を参照。
[8] 林香里『マスメディアの周縁・ジャーナリズムの核心』（新躍社、2002）38-44

「新たな」報道形式は、もともと公開処刑の文化から始まった犯罪報道の延長線にあると理解され、たとえば視覚的・感情喚起的な側面において法報道の秩序維持機能に親和的であると思われる。序章で述べたように、そうした犯罪報道の「娯楽化」「感情化」は厳罰化運動の高揚によく観察された現象でもあった。近年の日本におけるポピュリズムの背景に関して、テレビニュース等の視覚的手段の導入、複雑な政治状況を分かりやすく工夫するワイドショー的なタイプの流行といった政治報道が情報の操作を通して当該事件(event)の議論を一定の論点へと限定させる、いわゆるメディアの議題設定機能が指摘されてもいる[9]。確かに、こうしたメディア自身は法制度の形成・運営に対して意図的な働きではないかもしれない。だが、報道内容の判断基準によって、法報道としての法的コミュニケーションは一定の社会制御を果したということになる。

これまでの先行研究は例えば少年法など個別の立法過程に関する研究が多く、法改正報道全体の変遷とその効果に関する検討は少ない。報道に値する法現象とは何か、そして法現象はどのように報道されたのか、それとこれまでの法学的立場から論じた法報道像とは同じものなのか、本章はそうした法報道の諸問題を捉え直し、以下のような手順に沿って考察を進めていく。まず、これまでの法学における法報道に関する立場を確認し、法報道の「法的」位置づけを明確化する。そして、具体的に経時的な刑事法立法過程をめぐる記事の変化を整理し、報道特徴の面から法情報構成の変遷を分析する。そうした作業の目的は、日本における法報道による法的コミュニケーションの意義を論じる点にある。

第一節　法の中にある「新聞」

現代社会においては、いかなる報道活動も、国家の情報政策・制度による裏付けなく成立できない。法に関わる報道もその例外ではない。本

頁を参照。また、タブロイダイゼーションの概念形成については、同書第２章の注２（393頁）を参照。

[9] 大嶽秀夫『日本型ポピュリズム―政治への期待と幻滅―』中公新書（2003）、198-208頁を参照。

節は、法・制度における情報発信とりわけ新聞に着目し、日本における法報道の法的地位を整理し、分析を加えようとする。

第一款　原理レベル―表現の自由、情報の多様性と法情報

法学における新聞またはマス・メディアに関する研究においては、概ね表現の自由が保障されるということが前提になっている。日本の最高裁は、博多駅事件において、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。従って、思想の表明の自由と並んで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとになる」と述べ、さらに「このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値する」判示した（最大判昭和44年11月26日刑集23巻141号1490頁）。このように、報道機関としての新聞は、表現の自由の保障手段としての役割を果たすと考えられる[10]。つまり、メディアの報道とは、「知る権利」の行使を国民から負託されていると見なすのである。それゆえ、メディアは「国民の知る権利の代行」とも呼ばれている[11]。

表現の自由を保証する必要性については、法学者がアメリカの憲法理論を参照しながら、次の三つの根拠から論じている[12]。すなわち、①まず、個人の自己実現である。自分にとって「良き生き方」の選択とその実現のためには、自分の意見を表明し、他者と社会と結合していくことが必要とされる。②次に、思想の自由市場（free marketplace of ideas）の形成と維持に表現の自由が欠かせないことが根拠とされる。ここでは、合理的かつ正確な情報を与えられることによって適切な判断ができるとい

[10] 例えば、芦部信喜は報道の自由を「一般に、報道機関が印刷メディア（新聞・雑誌）ないし電子メディア（放送）を通じて、国民に『事実』を伝達する自由」と述べている（『憲法学Ⅲ』（有斐閣、2000）282頁を参照）。

[11] 蒲島郁夫＝竹下俊郎＝芹川洋一『メディアと政治』（有斐閣、2010）66-67頁を参照。

[12] この問題をめぐっては実に膨大な学説の蓄積がある。その問題を全面的に考察する、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』（嵯峨野書院、2001）第1部を参照。

う前提がある。そのような理想的な情報を入手するため、多数の意見の競争を促進し、その競争に勝ち残った意見が社会全体の方向を決めるべきとされる。③そして、自己統治を可能にするために表現の自由が必要であるとされる。これによると、個人の情報空間との接触においては、単なる情報の交換と収集ではなく、自ら理性的討議を行うことが期待されている、その結果、表現の自由は、私的な「欲望」を超えた、公的情報を重視する傾向があるとされる、という三点の内容である。ただし、自己統治といった原理は、思想の自由市場におけるコミュニケーション像を実現するための必要条件のように見えなくもない。それゆえ、自己統治の原理を情報コミュニケーションの主体的要件として理解することもできる。

①の自己実現といった根拠が主に個人の自律に関わるものだとすれば、後の２つは、社会における情報の流通構造とメカニズムと密接に関連しているように思われる。従って、情報活動に関する理解は、表現の自由に関する議論の中で重要な意味を持つことになる。

ここで表現の自由とは、まず情報を自由に表明すること（情報の発信）から、利用可能な情報を自由に活用することを公権力によって妨害されない、いわゆる消極的情報収集の自由を表明するとされる。情報の流通の自由を保障することは、表現の自由に対して制約を迫る他の公益に対して対抗的な作用として働くものと推定される。ここでの情報コミュニケーションとは、自由な情報のやり取りを前提に成立した公的な議論のようなものである。こうした立場に従えば、報道機関の活動は、個人の発信行動の延長として理解されることになる。そうすると、機関の情報活動であれ個人の情報活動であれ、「収集（取材）―発信（編集）―受信（理解）」という情報伝達過程におけるメッセージの内容としては、これを損なわないこと、つまり情報源（例えば取材対象である個人や法人）の意思を重視する傾向があげられる。1997年大阪地裁堺支部は、地方公務員である小学校の校長が地域の新聞社の取材を拒否した事件において、博多駅事件で示された取材の自由を引用した後、「…取材の自由とは、報道機関の取材行為に介入する国家機関の行為からの自由をいうにとどまる。それ以上に、取材を受ける側に法的義務を生ずるような取材の権利をも当然に含むものではない」と判示した（大阪地堺支判平成９年11

月28日判例時報1640号148頁）。そこからも分かるように、メディア機関の報道活動に特別な法的地位が与えられたわけではない。

ただ、言うまでもなく、現代の新聞活動は、個人の自己表現ではなく、印刷メディアを媒介とする企業行為でもある。新聞の情報活動が、個人の情報活動よりもより広い不特定の他者と連動して、事業として情報を生産していくことである。その意味で、新聞の情報には一定の社会性があるということも推測されるだろう。だからこそ、メディアの法的地位は、個人の表現の自由によって基礎づけることはできないという主張もある[13]。それは、マス・メディアが個人ではない以上、人権としての表現の自由ではなく、公共の利益への高い貢献度から保障されるべきという考えである。メディアの役割は社会全体に共有されるに相応しい情報を公平に提供し、情報の多様化を維持し、その結果個人の自律的な生き方を支えるというものである。日本の放送制度における集中排除原則はまさにそうした観点から、情報の独占を防止するように設計されているといえよう[14]。

法情報をめぐっては、「法学専門家」という有力なグループも考察の視野に入れる必要がある。日本の裁判所は、法律専門家に対して、いわゆる発信者の特性による影響をある程度認めている。例えば、裁判官や検察官の情報活動において、彼らが有する公務員という身分には中立・公正の立場や国民の信頼を維持する利益が求められるのであって、従って表現の自由が制限されると解されている。寺田裁判官事件において、最高裁は三権分立の観点から司法権の担い手である裁判官に「外見上にも中立・公正を害さないように自律・自制すべき」を求め、「憲法21条１項の表現の自由は基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、その保障は裁判官にも及び、裁判官も一市民として右自由を有すること

[13] 長谷部恭男『テレビの憲法理論―多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（弘文社、1992）137頁。また「座談会　通信・放送法制」ジュリスト1373号（2009年）を参照。

[14] 鈴木秀美「融合法制における番組編集準則と表現の自由」阪大法学60巻２号（2010年）25頁。曽我部真宏「マスメディア集中排除原則の議論のあり方」法律時報83巻２号（2011年）93－94頁を参照。

は当然である。しかし、右自由も、もとより絶対的なものではなく、憲法上の他の要請により制約を受けることがあるのであって、前記のような憲法上の特別な地位である裁判官の職にある者の言動については、おのずから一定の制約を免れないというべきである」と判示した（最大判平成10年１号民集52巻９号1761頁）。裁判官発言の特殊性が承認されていなければ、そうした判断はそもそも成立しないだろう[15]。

また、弁護士については、職務による特別な制限が認められず、その発言は一般人と同じく表現の自由という原則に保障されている。ただ、最高裁は、マスメディアを通じて他の弁護士を批判し弁護士会への懲戒請求を呼びかけた事件において、被告人である弁護士の言論と番組後の視聴者による懲戒請求との因果関係を認め、「控訴人が本件弁護団の弁護方針、弁護活動に対する批判的見解を述べるのは、表現の自由の範囲内においては何ら咎められるべきものではないが、テレビという大きな影響力をもつメディアの番組において専門家として（強調筆者）発言する以上、発言内容に慎重を期すべきは当然であり、正確かつ客観的な情報を提供した上で、自説を披瀝すべきであったと考える」と付言した（最判平成21年1905号民集65巻５号2478頁）。その立場は、弁護士による情報の提供を一般人の情報発信と一線を画すような、弁護士という専門家の情報が持つ高い伝達効果を肯定したものであるといえる。

以上のように、法報道の質は法律家集団の質によって保障されるべきという考えが日本の司法実践では確認されている。では、法律家集団以外の法情報の発信者は考えられるのか。上述の表現の自由という立場から、法報道も含めるメディアの報道には公的な議論の促進という価値が想定されていることから、多様な意見が反映されることが望ましい。つまり、法情報の発信者を拡大することによって、議論を活性化することになる。仮に、そうした考え方を実現しようとするのであれば、単なる公的機関（行政も司法も）の情報公開ではなく、現在の法律家以外の法情報発信も必要となるだろう。例えば、家庭内、職場・学校や友たちと

[15] 本論の主題と離れるため、詳細は割愛するが、少なくとも判決の反対意見または学者の評釈を見る限り、裁判官は政治立場を超えて通常の職務を行うことから、政治活動（言論）の許容範囲を緩和すべきという意見も多く見られる。

の会話において、裁判や立法のような現象を語る法言説は法律（学）の知識や訓練に基づくものとしては考えにくい。そうした法言説は個人の発信活動である以上、名誉毀損のような私人間の関係を規定する法令に触れない限り「表現の自由」といった法的観点から制限されることもないと思われる。

では、こうした私人間の法規定は法報道のあり方に影響しうるか。名誉毀損の問題における判断基準では、情報の性質を「事実言明」と「意見言明」と区別している。即ち、新聞など報道記事に提示された事実については、その真実性・相当性（人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱したものでないかぎり）が判断されるが、それを基礎に形成された意見表明については、その真偽の判定は議論を通じてなされるため、言論の自由に委ねられる問題とされる。また、事実の判断基準に関しては、単なる発信者の事情のみではなく、伝達過程における「語句の通常理解」、「当該部分の前後の文脈」、「公表当時の一般読者の状況」に照らして、また媒介側における「修辞上の誇張」、「比喩的表現方法」また「伝聞の紹介」と「推論の形式」といった事情により、総合的に「事実」の射程が測定されることになっている（最判平成９年９月９日民集51巻８号3804頁）。

報道などによる法制度の「誤解」の多くは、こうした法に関わる活動の効果・影響をどのように伝えるかという部分にあるからである。裁判などの影響・効果は、判決が下された後、即時に現れるはずのないものである。一般の新聞記事（長期の調査報道を除く）は、時間的な制限のために、当事者の言説を採用する以外はできなくなる。その場合、客観的現象として法の効果・影響を検証することはほぼ不可能である。従って、法専門家以外の法言説の性質を論じる際に、「事実」と「議論」という枠組で報道の質を判断することが必ずしも適切ではないかもしれないといえる。つまり、「感情的」な言説であれ、「理性的」な言説であれ、法報道においてはいずれが法に対する理解として扱われる以上、本質的な区別があるとは考えにくい。

法情報を政府の運用に関わる公的な言論と見なす場合、法に関わる情報は公的な議論の活性化に有意義な情報とある。ただ、日本において、

「よい」法情報と思われるものは、読者の評価による淘汰という思想の自由市場に依拠した考えではなく、裁判官など法律専門家が情報発信側としての自己規制（正しい情報の提供）に寄与する傾向が見られる。そして、専門家以外の法言説は、表現の自由によって保障されているが、その質に関しては既存の法学的アプローチから明確的かつ客観的な判断基準がまだ提示されていない。

第二款　制度レベル―法情報に関する規制

法令では、新聞が直接に法によって定義されることはないにせよ、情報公開の媒介の一形態（発信者）として示される例が多く存在する。新聞は、特定の報道機関や報道活動であり、分野によってその主体資格また報道活動に関する一定の条件を定められる場合もある[16]。いずれにせよ、日本の法制度においては、公的な情報を発表する（公示）場という意味で、最も政治／法的コミュニケーションにおける権威のあるメディ

[16] 新聞に言及した法令としては以下のようなものがある。

まず、新聞の公表機能に言及したものとしては、水防法（1949年）10条１項；気象業務法（1952年）11条、放送法（2010年）31、52条；新聞社の定義（ニュース若しくは情報の頒布を業とする事業者またはこれらの事業者が法人である）放送法（2010年）31・52条、実名報道の禁止規定として少年法（1948年）13、61条、その他、ポルノ禁止法（1999年）第13条；刑事訴訟法453条；刑事補償法24条；宗教法人法12条；地方自治法263条；文部科学省著作教科書の出版権等に関する法律５条；都市借地借家臨時処理法12条；行旅病人及行旅死亡取扱法９条；陪審法109条；労働関係調整法10条の３；労働関係調整施行令10条の３；刑事収容施設及び被収容等の処遇に関する法律（2005年）；犯罪捜査規範（国家公安委員会規則、1957年）；道路運送法第82条；朝鮮総督府交通局共済組合の本邦内にある財産の整理に関する政令の施行に関する総理府令12条、旧日本占領地域に本店を有する会社の本邦内にある財産の整理に関する政令の施行に関する命令15条、等々がある。また、報道形態に言及したものとして、公職選挙法148条３項、郵便法22条の第３種郵便規定、会社法939条、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（2006年）、日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社の株式の譲渡の制限に関する法律、土地区画整理法77条５項、電波法施行規則11条３項１号、電気通信事業法施行規則19条；個人情報の保護に関する法律（2003年）50・35条、等等がある。

アとして新聞を理解しているようである[17]。

ただ、法情報に関する報道は、発信者、報道形式または内容によって規制され、やや複雑な様相になっている。その場合、表現の自由という観点から、新聞などメディアに対する法情報規制の厳しさを批判するような立場が導かれることになる[18]。本論は、情報論の立場から、法規制がいかに報道の作成に影響するか、法情報に関する規制の意味を把握することを試みる。ここで報道の作成という点でみると、一つは新聞がどのような情報源にアクセスできるかということに関する内容的な規制があり、もう一つは新聞がどのような形態で「法」を報道しうるかということに関する形式的な規制がある。以下では、司法（裁判）と立法という２つの側面を分けて、それぞれの情報制度を概要する。

①裁判の公開

司法過程をめぐる報道においては、事件報道また犯罪報道の一環としての裁判以外の場合における当事者の日常生活や警察の捜査活動の状況に対する取材が重要な情報源となるが、法情報に関しては、特に裁判情報へのアクセスが議論の中心となっている[19]。現在日本国憲法は、被告人の権利として「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける」(37条)こと、裁判の対審・判決の公開を定め（82条１項)、実質的公正さを確保するために公開裁判の原則を定めている。ただ、条文としての「公開裁判」にも関わらず、特に海外の研究者（とりわけアメリカの法学者）は法曹集団の閉鎖性、裁判情報の乏しさからその「公開裁判」の実態に対して疑問を投げかけている。もっとも、裁判が公開されている度合いを測定し評価するのは本論の問題関心ではない。ここでは、まず裁判の公開という理念に基づく実践の展開を確認する。以下は時系列に沿って公開裁判の変化を整理する。

---

[17] 前注12・駒村、10-12頁を参照。ただし、新聞における開示の意味は、公法学で議論された公権力に対する情報公開権のことを指す。法分野の違いにも関わらず、広く使われていた開示の手法である。

[18] 山田健太『法とジャーナリズム〔第２版〕』(学陽書房、2010) 62頁以下を参照。

[19] 裁判と刑事報道との関係を言及した研究は、松永寛明『刑罰と観衆―近代日本の刑事司法と犯罪報道』(昭和堂、2008)、宮野彬『刑事裁判のテレビ報道―ガイドラインと実験的試み』(信山社、2001) 等を挙げることができる。

江戸時代には、裁判が非公開である一方、身体刑を中心に刑の執行が公開されていた。明治期に入ると、刑事司法制度の合理化により公開刑が廃止され、代わりに刑事裁判の公開が行われたようになった。国家体制の公正さを示すため、犯罪報道が政策的に導入され、新聞記者の法廷傍聴が許されることになった。ただ、犯罪報道の内容については、太政官布告（1868年）、新聞紙条目（1873年）、新聞紙条例（1875年、1883年）などにより、「刑事司法の正当性を揺るがしかねない要素は排除されて」いた。具体的には、新聞紙条例では予審に関する事項を公判開始以前に掲載したり、傍聴禁止の訴訟についても記載することができないとされている（16条）。

その後、明治憲法では、裁判の公開に関して、安寧秩序・風俗を害するときには非公開とする規定が置かれた（59条）。また、1909年の新聞法においても、予審内容の報道や公開停止の訴訟弁論以外に、検事の差し止めた捜査・予審中の被告事件に関連した事項の報道が禁じられた。ちなみに、刑事法体制において、法廷規則（1870年）、治罪法（1880年布告、1882年施行）、明治刑事訴訟法（1890年）に続く、旧刑事訴訟法296条では、「取り調べの秘密」を理由に非公開とし、「被告人その他の者の名誉棄損」に注意すべきとして例外を広く設けていた。そして、以上のような公的情報に属する裁判報道という考え方は現在まで続いていると思われる。ただ、最高裁は、「刑事事件ないし刑事裁判という社会一般の関心或いは批判対象となるべき事項」に関わる場合、当事者の実名も含めて情報の公表を求める場合があるという認識を示している（最判昭56年４月14日民集35巻３号620頁）。また、現行刑法230条の２の２項では、「公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす」と規定されている。従って、裁判の公開は、被害者の権利としてのみではなく、公的議論にとっても意味があるものとして考えられる[20]。

以上のような報道の内容に関するもののほか、取材対象である裁判の

[20] 裁判・事件報道が公的情報であるべき理由について、駒村は①公権力に対する批判的監視；②緊急の社会防衛上必要な情報；③犯罪が行った環境に対する社会の反省、三点を挙げている。前注12・駒村、231-233頁を参照。

参加者に関する制限もある。例えば、検察審査会法（1948年）では、会議の不公開（26条）を定め、加えて検察審査員、補充員、審査補助員が評議の秘密や職務上知りえた秘密を漏らしたときなどに、六ヶ月以下の懲役または50万円以下の罰金を科する規定を有しており、直接取材を制限する姿勢を示している。

また、情報源に関わるものとしては、訴訟記録に関する取り扱いも関連している。訴訟記録は、情報公開法の対象からはずされているが、具体的なケースに応じて公開する仕組となっている。民事訴訟においては、法廷でメモを取ることは事実上解禁されたが、速記は依然として許可制である。また、記者クラブ所属の報道機関にのみ撮影、記者席における傍聴、書類等の交付が許可されることになっている[21]。そして、刑事訴訟における刑事訴訟記録の閲覧については、刑事訴訟法53条１・２項（訴訟記録の原則的開示と抽象的閲覧禁止事由を定める）に従って、刑事確定訴訟記録法（1987年）で具体的な手続が定められている。それによると、裁判記録の保管は検察官が行うこととされ、また「裁判所若しくは検察庁の事務に支障のあるとき」（４条１項）という司法機関の事情によって閲覧を拒否できることになっている[22]。

形式的規制としては、現在の法廷では裁判報道に一定の制約が課せられている。その中では、写真撮影や放送中継、映像という報道形式が問

---

[21] レペタメモ事件（最大判1964年５月27日民集18巻４号676頁）の解説に関しては、例えば「裁判員裁判における取材・報道の制約とメディアの役割」『表現の自由とメディア』228-229を参照。

[22] 刑事確定訴訟記録法の第４条第２項では、弁論が非公開で行われた事件、終結して３年が経過した被告事件の他に、「３保管記録を閲覧させることが公的秩序または善良の風俗を害することとなるおそれがあると認められるとき」、「４保管記録を閲覧させることが犯人の改善及び再生を著しく妨げることとなるおそれがあると認められるとき」、「５保管記録を閲覧させることが関係者の名誉又は生活の平穏を著しく害することとなるおそれがなると認められるとき」を閲覧不許可事例としている。その条文は、包括的なものであり、メディアの取材に対応するものではないが、判例上では記事取材を目的とするジャーナリストの閲覧請求に対して３、５号該当を理由に不許可処分を下したケースもある（最判平２年２月16日判例時報1340-145頁）。このように、閲覧の運用については、報道・取材に対して厳しく制限されてきたとも言える。

題視されている。現在、法廷での写真撮影を行うには、裁判所の許可が必要だが（民事訴訟規則11条、刑事訴訟規則215条）、事実上、開廷中の写真撮影またはテープレコーダによる録音は禁止状態であるといわれる[23]。

元々は、憲法28条の精神に照らし、法廷では審理中もカメラ撮影が行われていた。戦後の日本の法廷では、「法廷のスタジオ化」が指摘されるほど、取材中の写真・映像使用の普及が著しかったとされる[24]。しかし、一連の公安労働事件に対する裁判報道が過熱したことなどを背景に、1950年代以後、裁判所は写真撮影を規制する姿勢を強めてきた[25]。その後、メディア側の反発[26]にも配慮し、開廷前２分間に限るといった条件の下で、日本全国の裁判所で法廷カメラ取材が限られた範囲において認められることになった[27]。また、法廷のスケッチが写真・映像の代わりに司法報道で使われることもしばしばある。ただ、個人情報の配慮といっ

---

[23] 松井茂記『マス・メディアと法の入門』（弘文堂、1998）254-263頁。

[24] 山田隆司『記者ときどき学者の憲法論』（日本評論社、2012）212-213頁を参照。

[25] 1949年施行の刑事訴訟規則215条「公判廷における写真の撮影、録音又は放送は、裁判所の許可を得なければ、これをすることができない。但し、特別の定のある場合は、この限りでない」；その後、1953年の刑事裁判官合同中央会議で、特に撮影の必要があり、かつ被告人に異議のない場合には、開廷前に限り許可する、という見解が出された。そして、上記のような法廷写真の許可制と憲法25条「裁判の公開」との関係について、最高裁は1985年北海タイムス事件で、法廷での写真撮影について以下の考えを示した。「公開開廷中における写真撮影は、裁判所の許可なく、かつ裁判長の命令に反して行われたもので、法廷等の秩序維持に関する法律２条１項前段に該当する。これに同条の制裁を科した第１審裁判所の決定を維持した源決定は正当であり、憲法の規定に違反するものでないことも明らかである」と判定した（最判昭和33年２月17日刑集12巻２号253頁）。

[26] 前注で述べた北海タイムス事件は、まさに記者側が提訴の方法を使って裁判所の見解に対する抗議として読み取れる。

[27] 日本新聞協会・最高裁判所「『法廷内カメラ取材の標準的な運用基準』に関する了解事項」（1990）http://www.pressnet.or.jp/statement/report/901206_90.html および同じく「法廷内カメラ取材の標準的な運用基準」（1991）http://www.pressnet.or.jp/statement/report/910101_88.html

た理由で、スケッチによる描写も当事者あるいは法廷の模様を精確に表現しないようになっている。

そうした延長線で、法廷の取材・報道では、具体的な対象に関する特定の写真規制も設けられている。裁判員制度を導入した際、裁判員の個人情報の流出を防ぐため、裁判員法101条１項により「個人を特定するに足りる情報を公にしてはならない」と定められた。その結果、「裁判員の顔などが法廷内で撮影され、テレビや新聞で報道されることはありません」と最高裁がホームページで説明することになった。従って、写真の代替として使用される法廷のスケッチでは、裁判官と比べて裁判員の顔をぼかしたりするなどの手法でメデイア側も対応をしている[28]。

以上のように、明治以来原則としての法廷の公開が憲法に定められたが、司法機関側（裁判所または検察）はそれについて一定の裁量を有していると考えられる。個人情報または「審判の秩序」の維持といった理由によって、依然として報道可能の内容や形式に一定の制約を加えられることができるようになっているのである。

②立法の報道

立法の報道とは、裁判のような定着した報道類型ではない。これには、立法過程の複雑性―法廷のような特定しやすい場面が存在してはない―が作用しているのではないかと考えられる。憲法41条は立法権を国会に帰属させているが、国会法・内閣法の規定をみると、議員発議・委員会提案（議員立法）以外に内閣提案（内閣立法）も存在する。そして日本ではこうした内閣立法の数が圧倒的に多く、国会における法案の実質的な修正などが活発になされていないとの指摘もある[29]。立法をめぐる情報には、国会審議以外に、行政側の情報公開、議員活動、または社会団体の活動[30]も含まれることになる。また、提案段階における法的議論は、

---

[28] 前注24・山田、211-216頁を参照。

[29] 福元健太郎『立法の制度と過程』（木鐸社、2007）第２章を参照。

[30] 社会団体の活動を通じて、社会関心を高まり、法改正が起動されるケースである。中でも、行政府が行政施策として取り上げる難い事項の場合、議員立法の形を取ることもある。例えば、被災者生活再建支援法（平成10年法律第66号）がこれにあたる。また、近時の刑事法改正では、内閣立法にも関わらず、社会団体を法制審議会などに参加させ、提案の段階から法的な議論を行っていた。

法律案をめぐる実質的な議論ということもあり、関連する法務省や提案者の動向も立法報道の対象になりうる。従って、国会審議のみではなく、法律案の作成から審議さらに執行の効果まで立法に関する情報には様々な側面がみられる。

これまで、立法報道は選挙・政治報道に属すものが多かった。明治の立法期には、裁判事件の報道と違って、法制度自体に関する議論が情報規制の対象とされた。「新聞紙条例」(1873年) では、「法律」と「政治」を並べて、「妄りに批判」することを禁じ、当時無署名の投稿が多かった新聞体制の中で、政治法律に関しては投稿者氏名を明記するように定められた。こうした体制は戦時の情報規制によって強化されたが、戦後の民主化の下で「国民の知る権利」に反するものとして批判されるようになっている[31]。

まず、行政の立法情報へのアクセス状況を確認しよう。多様な情報の流通を支えるという社会的利益の考え方のもとに[32]、1999年制定され、2001年４月に施行された「情報公開法」は、現在の日本における行政の情報環境の基本を定めた制度である。現在の日本社会において、原理的に立法報道に関しては、司法報道よりも情報へのアクセスがしやすくなる方向に進んできた。実際に、「情報公開法」では、立法に関する審議は情報開示の範囲内とされており、内容的にも形式的にも制限されてはいない。例えば、内閣立法の実質的な審議場面である法制審議会の議事録は、法務省のホームページで無制限に公開されており、ネット上で容易に閲覧できるようになっている。

また、国会の立法審議に関しても、憲法57条では両議院の会議の公開と会議記録の保存・公表・一般公開が規定されている。また、議会・委員会傍聴のみならず、法案資料や議員の政治資金関連の情報も、情報公

従って、こうした社会団体の活動に関する報道も一定の意味での法情報と言えるだろう。ただ、もし社会団体の活動も含めた形で立法の姿を描くとすれば、立法報道の射程が活動の展開に依存することになる。従って、本論での立法報道はあくまでも公的な審議（行政、国会）とその関連の出来事を中心に扱うことにする。

[31] 宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説　第６版』(有斐閣、2014) ７－11頁を参照。

[32] 前注12・駒村、10－11頁を参照。

開同様の開示手続の策定や、開示上のアクセスしやすさが求められる。1991年以後のものに限定されるが、委員会審議の議事録等は「国会会議録検索システム」（www.kokkai.ndl.go.jp）を利用して入手することもできる。

議員の場合には、情報公開以外の論理が導入され、新聞の報道に関する規定が設けられている。法案の公開など具体的な法情報を制限する規定は見当たらないが、議員の発信形式に関しては一定の制限が加えられている。本論が関心対象とする新聞などの活字媒体[33]ということでは、選挙報道･選挙評論に関わる媒体が問題とされる。公職選挙法148条は、選挙の期間中及び選挙の当日には、特別な条件を具えている新聞紙・雑誌だけに、「選挙に関し、報道及び評論を掲載する」ことが許され、それ以外の媒体は選挙の報道・評論ができないことになっている。ここで選挙の報道・評論ができるための条件とは、「イ　新聞紙にあっては毎月三回以上、雑誌にあっては毎月一回以上、号を逐って定期に有償頒布するものであること。ロ　第三種郵便物の承認のあるものであること。ハ　当該選挙の選挙期日の公示又は公示の日前一年（時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙にあっては、六月）以来、イ及びロに当該し、引き続き発行するものであること」（同条三項一号）である。以上の条文の趣旨は、「虚偽の事項を記載し又は事実を歪曲して記載する等表現の自由を濫用して選挙の公正を害してはならない」ことにあるとされる（同条一項）が、その狙いは一定の経営規模の新聞・雑誌を限定することによって、「選挙目当て」[34]の記事の氾濫を防止することにある。従って、マス･メディア企業にとっては、地方また個人の放送媒介（個人ブログ、

[33] 注意すべきなのは、テレビ、ラジオなどのマスコミに関しては、新聞とやや異なる規制が加えられている点である。日本では、放送制度に関してはチャンネル資源の希少性、また社会の影響の広さ等を配慮し、より強い編集規制を行うことが放送に対してのみ認められている。従って、内容の政治的公平性や論点の多元的解明、報道・教養・娯楽・教育などの番組編成上の調和の維持等論理から､メディア外部(倫理委員会など)からの報道介入が可能である。だが、本論は新聞の構成に焦点を当たるため､放送制度の規制に関しては別論に譲る。

[34] ここでの「選挙目当て」とは、「個別・特定の候補者の投票を得しめ、又はその逆に、またはその逆に、得しめない目的をもった」という意味とされる。

映像チャンネルなど、所謂素人の報道者など）よりも、立法過程の法情報扱いが比較的に容易であるといえる。

なお、「報道又は評論」に関して、「当該選挙に関する一切の報道・評論を指すのではなく、特定の候補者の得票について有利または不利に働くおそれがある報道・評論をいうものと解するのが相当である」と最高裁は判示した（最判昭和34年12月20日刑集33巻７号1095頁）。これによれば、選挙報道の規制においては、「選挙目当ての報道・評論」と「公平な選挙報道・評論」とが区別され、後者を促進するが前者を排除するという前提があることがわかる[35]。法に関する発言自体よりも、人の投票行動への影響によって法情報の媒体に対する規制が変わるということである。これは、出来事よりも情報の効果に注目しようという意味も含まれているように見える。もしそうだとすれば、法情報の伝達環境という視点からは、こうした制度の設計は、社会の関心度によって、情報の形式から内容編集まで法分野間の差異を創り維持しているといえるのではないだろうか。

上述のような法に関する情報制度においては、特に現場の広い裁量の余地と特定の規定に構成されているため、法情報の一貫性が見えにくくなる。例えば、裁判と立法審議に関しては、それぞれ異なる情報提供の仕組みが成立させられ、さらに民事と刑事の分類も法情報の規制を反映している。

〔小結〕

表現の自由、あるいは裁判の公開を論じる際に、立法と司法現象をめぐる報道（法報道）が連続した形で取り上げられることは少ない。特に具体的な法規制については、統一的な法報道というカテゴリーはほとんど成立しなかったと言っていいくらいである。本論が提唱する法報道論は、法報道を通した法的コミュニケーションの性質を全体的に捉えようとする試みである。上述の整理の通り、これまでの法報道に関する規制は、裁判、行政または選挙などの政治活動という具体的な対象場面によって異なることがわかる。そうすると、法報道に関する法的な判断は、報

[35] 奥平康弘「理論家の表現実践」鈴木秀美・駒村圭吾編著『表現の自由Ⅱ状況から』尚学社（2011）、17－22頁を参照。

道される側の事情に沿って決められることになるともいえる。つまり、法学における法報道の捉え方は、発信者の視点に立っていると思われる。

法規制というレベルでは、現在の立法報道は司法のそれと比べて、取材の範囲から記事の形式に至るまで報道機関の自由度が高いように思われる。司法報道、すなわち裁判を中心に構成された法情報については、訴訟関係者の個人情報に関する法制度上の配慮が強くみられるが、それに対して、立法報道には、むしろ法的な情報を積極的に発信することで法をめぐる議論を広めることが期待されているようにみえる。

法報道にしても立法報道にしても、新聞における法情報の公表という伝達の機能を有していることは共通している。このことについては、言論の自由の観点からも評価できる。このような考え方の背後には、可能な限り多くの関連情報へのアクセスを拡大することが望ましいとする情報に対する量的な発想を重視する姿勢がある。ただし、形式または取材の制限など、法情報の質に関しては、一貫した根拠から議論を展開するよりも、法廷または立法過程など各自の「場」の秩序（論理）を維持するように柔軟な対応がみられる。当然ながら、そうした「場」の論理を維持する際には、それらの場に精通している人の観点が必要とされる。そこで、こうした判断の枠組は実に各法運用の「場」に関わりやすい法律家の言説を強調するように機能するかもしれない。

しかしながら、個人の情報活動や公的議論を促進するという表現の自由の観点から出発すれば、少なくとも公的議論の参加者と想定される市民の視点がやや欠けていることもまた自明である。現在のメディア産業は受け手への情報サービスという一面もあり、発信より受信する場面から報道のあり方を考えることが推測される。それゆえ、「受信者」あるいは報道者の視点から法報道を考えるには決して無関係ではない。では、「受信者」あるいは報道者の視点から、これまでの法報道に関する法的な考え方は、どのように位置づけることができるのか。

第二節　記事の中にある「法」―刑事訴訟法改正の新聞を素材として

前節では、法における新聞あるいは報道活動への理解を整理した。本節では、新聞における法情報の実態とその意義を検討する。

具体的に、新聞における立法報道（刑事法）を通して、以下の問題を考察する。

第一に、一般向けの発信を担う新聞では、どのように立法を報道してきたかという問いである。その報道形式は、社会環境の変化に影響されるか、あるいはいかなる影響が見られるか。これらについて、通時的な整理によって抽出する。

第二に、新聞における立法報道の変遷を通して、法議論にかかわる「感情的」な言説がなぜ法報道に扱われるようになったのかを検討する。また、情報制度との関連で、公的情報アクセスの拡大が新聞での法議論に与える影響も兼ねて試みる。

第三に、専門家言説と報道言説との関係性についてである。本章では、新聞において両者の相互作用を考察する。いうまでもなく、このような研究は情報の構造に着目したものであり、従来の専門家法情報を中心にするのではなく、一般向けのメディアにおける法律学のイメージに注目する。

これまでの法学研究における新聞報道の使用は、特に以下の２点が一般的であったと思われる。第一に、研究の対象として扱う場合である。すなわち名誉毀損などの権利の侵害に当たる「報道被害」を救済する際に、問題となる報道に関する内容の分析を行うものである。これまでは「事件報道」あるいは「犯罪報道」の形で議論されることが多かった。社会ニュースとして犯罪事件を扱う「事件報道」または「犯罪報道」の場合、捜査または裁判という要素によって法的な議論に関わることになる。また、「事件報道」あるいは「犯罪報道」の中で被害者または加害者の個人情報の扱い方が問題とされ、取材・報道による不法行為（名誉毀損）の構成が検討される[36]。

第二に、事件背景として扱う場合である。例えば、新聞が事件の一般的な背景を知るための情報源となるということは、リーガル・リサーチではしばしばみられる。この点について、法に関する報道は、個人情報の使用というアプローチよりも、公的な意見（世論）の表出という問題

[36] 犯罪報道の特徴に関しては、具体的な事例研究を扱う本論の第２部第７章の紹介に譲る。

に関連している。

以上２点のうち、前者は人権保護の視点から報道の問題点を分析するが、後者は事実確認の観点から報道の情報を扱うものである。本論の立場は以上のいずれにも属しない。法報道を社会における法観念・法意識の現れとしての特徴、いわゆる法の象徴的側面に着目する。法報道は、読者の反応や取材・編集の体制に影響されながら、法をめぐる「リアリティー」を表現するものと思われる。事件のどの側面を選び、如何に表現するかが分かると、それに基づいて発信者が「法」をどう理解しているのかについての検討可能になると考えている。その手法は法報道の構造を検討するいわゆる言説分析の一種である[37]。言説分析については、日本の法社会学分野でも2000年以後理論的かつ実証的な研究の蓄積があり、法現象を分析する有効な手法として使用されている[38]。

なお、立法の報道を政策形成の一環としてみるとすれば、立法報道の分析は政治社会学や世論研究の性質を持つ。とくに世論研究は、有権者の政治行動（例えば投票）の実態を把握するため、受信者の情報収集・認知または情報の伝達効果を解明するものである。立法報道は、政治性の強い法分野に連動しやすい傾向があり、憲法に関する議論が集中するということはまさにその典型である[39]。従って、法をめぐる記事の構成

---

[37] メディア研究における言説分析の応用可能性については、Potter, J/ Wetherell, M (1998) *Social Representations, Discourse Analysis and Racism,* in U.Flick (ed), *Psychology and Social:Representations in Knowledge and language*. Cambridge University Press.pp177-200を参照。

[38] 代表的な分析は例えば棚瀬孝雄（編）『法の言説分析』（ミネルヴァ書房、2001）を参照。理論的な検討として、和田仁孝「言説的秩序と法」『法社会学』（法律文化社、2006）を参照。他に、物語理論も言説分析と共通した点があると思われる。物語理論の研究状況を把握するため、『法社会学』の特集「法―その実践的基盤」（有斐閣、2002）が有用である。また、物語理論に関する方法論的な検討は、北村「物語記号論と法社会学の界面」『東海法学』11号（1993）217－257頁を参照。

[39] 小島武司『調停と法―代替的紛争解決（ADR）の可能性』（中央大学出版部、1989）第４章で座談会記録では、行政事件や刑事事件と比べ、民事事件に関する報道の少さに言及した法学実務家や、その背景の下、例えば大きく注目された隣人訴訟に関して、「中身よりも、新聞があんなふうに取り上げなければ、

に集中するため、以下で扱う立法報道に関連の憲法改正は含まれていない。

本論は朝日新聞の刑事訴訟法改正関連の報道を対象に、法報道の書誌情報[40]や内容の構成を分析し、社会発信における法情報のメカニズムを検討する[41]。本研究は、これまで問題視された立法の政治的な側面ではなく、立法現象をめぐる情報の伝達に目を向けたい。すなわち、立法情報を編集、発信する行為の社会的意義を考察する。

なお、朝日新聞を研究対象にする理由は、次の３点にある。まず、1879年に創刊された朝日新聞は、明治から現在に至るまで、刊行数が日刊紙の上位に維持しており（2014年の刊行部数は710万1074部である[42]）、日本の主流新聞紙として不動の地位を獲得している。次に、法

別に普通の訴訟としてそのまま終わったのではないか」と指摘した棚瀬孝雄もいた。

[40] 書誌情報は、刊行地、刊行年、文体類型、取材対象などの一見単純なデータ要素から構成されているが、メディアの内容分析は、編集者の意図を探るため有用な手がかりとされる。なぜなら、これらのデータの組み合わせによって、編集事情に関する量化された新たな二次情報を生産しうるからである。例えば、報道の頻度は、当該主題に対する編集者の関心度を図る尺度になり、情報源の類型は情報の表現と立場に影響する。また事実報道、提言記事、解説などの異なる文体の特徴は、編集者がそれぞれの情報機能を想定したものである。そうした考察から、法報道を支える読者層あるいは社会的な関心を抽出する。

[41] 管見する限り、法報道の形式からその機能を論じる考察はない。ただ、法学関係者の発言の中には、しばしば法報道の機能と形式について言及される場合もある。例えば、前注39・小島「報道の仕方の是非」を議論したところ、棚瀬孝雄は「新聞がいっさい評価的にものを抑えて、ちょうど判例速報のような形で事実だけを忠実に報告するような形で書くということが、逆に新聞の使命として望ましいかというと、わたくしはやはりそうは思いません」と述べ、「新聞の使命」について、「多少情動的に書いていく」ことを通して、「世論の注意が喚起され、また新聞の評価がきっかけになって、さまざまな世論のリアクションが起きてくる、そういったものをトータルに捉えてみると、やはり新聞の報道には判例集の公刊などとは違った固有の役割が期待されるのではないでしょうか」と新聞の形式的効果を評価している。

[42] 日本ABC協会が発表した2014年度下期（６月～12月）における新聞の発行部数を参照する。その調査方法に関しては http://www.jabc.or.jp/circulation/

律に関する記事のスタイルは、報道・事実を中心に構築され、現在では情報源の所在が比較的に明示されている。『朝日新聞記者行動基準』では「情報の出所は、読者がその記事の信頼性を判断するための重要な要素であり、可能なかぎり明示する」と定められている[43]。さらに、法の関連議題に対する高い関心を持つ読者層が朝日新聞に見られる。官庁の関係者や、弁護士、大学教員の中に朝日新聞を購読している人が多いようである[44]。

第一款　新聞における法情報の使用

日本における現代的意義の新聞の起源は、明治初期まで遡る[45]。最初の新聞は、政府機関紙としての、外国の紹介を中心にした官板バタビアであった。こうした新聞は、確かな情報源を持ち、翻訳能力と表現能力を持った知識人の集団、つまり幕府番書調所など立法調査と同じく政府の調査機関の仕事である。

この時期、公的な議論の場として期待された大新聞、例えば東京日日新聞は、法情報をまず政府（行政機関）あるいは議会報道の一環として、条文の掲載、政治人物の活動などを通じて掲載されてきた[46]。政府の情

---

report を参照する。

[43] http://www.asahi.com/shimbun/company/platform/kisha.html（最終アクセス2015年５月29日）。ただし、その内容は2009年２月６日の改定において新増したものである。以前は、「情報源の秘匿は、報道に携わる者の基本的倫理であり、これを厳守する」という文面であった。2009年前後の報道に対する情報源扱いの相違による影響は下記の検討に見られることを注意すべき。

[44] 朝日新聞の読者状況に関しては The Asahi shinbun MEDIA DATA 2014を参照。

http://adv.asahi.com/common/fckeditor/editor/filemanager/connectors/php/transfer.php?file=/2014/uid000026_636861707465722D322E706466を参照する。

[45] 明治期の新聞産業に関しては、佐藤卓巳『現代メディア史』（岩波書店、1998）第４章を参照。

[46] 法律の条文などを多く掲載した、明治期最も刊行数の多い大新聞（政治、経済などの公的な問題を扱うもの）であった『東京日日新聞』はまさに好い例である。『東京日日新聞』は、創立直後に司法卿になった江藤新平から裁判記事掲載の便利を与えられ、官許新聞として明治期においては法令の公表が当該新

報発表が主な情報源であり、翻訳作業かつ漢字の多いこと[47]が法情報の特徴である。当然のように、こうした政治の動向に注目した法情報には、漢学の素養と横文字を解する能力が求められ、教育レベルの高い記者（編集者）また読者層がその構造を支えていた[48]。

これに対して、社会記事の発展は、法情報の使用に新たな動機を与えてくれた。明治中後期、お茶の間に人気のある事件をめぐって三面記事という形式の報道が現れた。そのような記事の狙いは、「市井無頼の悪事を叙し、陋巷男女の醜行を叙し、かつこれを潤色して以て読者を悦ばす」ことにあるとされる[49]。犯罪事件および裁判はそのような「悪事」「醜行」に関わる領域として取り上げられてきた。そのような犯罪記事について、庶民的正義感が溢れた、かつわかりやすい文章が求められる。論説・政経記事を専門にする「硬派記者」（大記者）とは違って、「世の不正を暴き」監視役を果たす記者には、高い教養と見識は求められないといった報道する容易さがある。明治32年に発行される「中央公論」、その後に出される「改造」が言論人の議論空間になる一方、新聞が報道の中心を政治から社会生活に移し始めたという見方もある[50]。

大正までは、専門家も新聞の記事（論説）を法情報として扱った[51]。法

聞の特徴とされた。

[47] 西村捨也編著『明治時代法律書解題』（酒井書店、1986）289-296頁を参照。

[48] 新聞の購読様態に関して、明治期では政治論説を扱う大新聞の定価が高く、個人講読は広く浸透していなかった。その背景の下、政府も地方の役所も新聞の育成と普及に力を入れた。明治５年３月に、政府「勉強進歩の一端にも相成候に付」と『東京日日』、『新聞雑誌』、『横浜毎日』を、各府県に三部ずつ買い上げたし、郵送料も格安にした。その他、「新聞解話会」という地域集会を毎月開き、公費で買った新聞を教科書にして、和尚と神主に話をさせるような指示が政府から出された。その後、社会の情報に対するニーズから、「新聞茶屋―新聞をダシにした新客引き戦略」のような新たなビジネス形態も生まれた。明治30年頃には各種新聞を揃えた「新聞ミルクホール」の開店が大流行し、「新聞縦覧所」という名の風俗営業が、昭和初期まで続いていたという。前注41・片山、178－179頁。

[49] 片山隆康『明治新聞ものがたり』（大阪経済法科大学出版部、1998）176頁を参照。

[50] 同上178頁を参照。

[51] 「明治、大正、昭和前期雑誌記事索引集成―大正13年～昭和５年」の中に、

情報は主に活字記事であるが、錦絵新聞あるいは写真記事にも、しばしば裁判関連の報道がみられた。内容面では、国会の開会以来、政治記事への関心が高まり、伝統的に公報の役割を果たす大新聞以外にも、本来日常生活の情報や娯楽を中心テーマにした小新聞（朝日新聞、読売新聞など）もその領域に参入してきた。この時期、新聞における法情報は、質的にも量的にも好調な時期を迎えていた。

ただ、その後、戦争を背景に、戦時治安体制が情報伝達を含めた社会生活に影響を与えた。1925年から1945年までは、新聞報道の範囲が縮減され、立法を含めた公的活動に関する報道について厳しい新聞規制と審査が課せられていた。裁判の場面では、公判闘争規制のために、審理公開の停止[52]などによって、取材活動にも影響が及んだと推定される。

戦後、政治・行政活動に関する情報規制は少なくとも80年代まで存続していた中、公害訴訟など日本社会の変化を物語る裁判が読者の関心を引き寄せ、裁判報道が活発に行われるようになった。また、50年代の立法期を除けば議会の大きな立法活動もなく、法に関する新聞報道は、司法の側面を中心に展開していた。

1990年代以後、被害者運動また司法改革の推進に従って、立法の話題が再び新聞に浮上してきた。序章で言及したとおり特に刑事法の報道では、法学者、官僚など立法過程の参与者の他に、被害者関係者（遺族）の意見が重視されている。被害者（遺族）に対する関心の高まり、後の法改正の立法背景（例えば少年法、交通事故に関する刑罰）に位置づけられる場合も少なくない。法情報の形成とその情報接触の形態[53]は、現

当時の法律文献に関する書誌的情報を記録した弁護士が刊行した『法律論題』が法律部分の索引として収録されている（第14巻）。その資料を参考する限り、少なくても大正14年まで「朝日新聞」「毎日新聞（日日新聞）」に法律関連の論説を掲載したことが確認できる。

[52] 小田中聡樹『刑事訴訟法の史的構造』（有斐閣、1986年）第１章を参照。

[53] 新聞以外、ラジオ（1927年）、テレビ（1947年）の誕生と普及と共に、日本社会における情報の媒体が複雑になってきた。法情報は書物以外、音また映像などの表現空間に登場し、情報・報道の放送番組から法の関連話題も現れるようになった。ただ、戦前と比べ、戦後各主流新聞の定期購読率は60 ～ 80年代まで増加した。従って、新聞の講読はこれまで集会、また喫茶店まで社交的なス

在の立法動向を推測する重要な資料となっている。

第二款　考察対象としての刑事訴訟法改正

本論では、刑事訴訟法の立法を考察の主題とする。それは、①近年来立法活動が頻発し、法情報が問題視されている領域であること、②法技術の問題ではなく、刑事事件への道徳評価に結びやすい領域であること、③訴訟法として法制度の象徴的な側面が反映されやすい分野であること、という三つの理由による。

刑事訴訟法の法改正は特別法を含め、複雑且つ断片的であるが、①治罪法及び旧旧刑事訴訟法の制定、②大正刑事訴訟法の成立、③戦時刑事訴訟制度の形成、④戦後現行刑事訴訟法の成立、⑤2000年後の刑事立法期に分けるのが通説である[54]。

①治罪法及び旧旧刑事訴訟法の制定（1880年～ 1890年）

周知のように、治罪法の制定は、司法制度と法律学が極めて未発達であった時期に行われたものである。明治政府は、司法省法学校教授のボワソナードに治罪法の草案（ボワソナード草案）を依頼し、ボワソナードの草案に日本側からの修正を加えたものが、大政官法制部の審査を経て、明治1880年に公布された。従って、その制定過程に参加できたのは政府関係者、また少数の学識者（翻訳者も含む）であり、情報の伝達範囲は極めて限られていた。

その10年後、大日本帝国憲法と裁判所構成法の施行に合わせるため、1890年に法改正は行い、実質的な変化が無いまま刑事訴訟法（旧旧刑事訴訟法）は成立した。治罪法及び旧旧刑事訴訟法の制定は、短い期間に行政府がリードする体制で進められた。

②大正刑事訴訟法の成立（1907年－1923年）

ベースより、家、また職場など読者の個人生活に密接するように空間で行うことが多く見られる。つまり、新聞にしても、メデイアの接触では個人化が進んできたことが分かる。

[54] 以下刑事訴訟法の立法史に関する整理は、小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、1976）、＜座談会＞「刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号（1974年）、松尾こうや「日本における刑事手続の過去、現在、そして未来」『刑事訴訟の理論』（有斐閣、2012）を参照する。

治罪法の場合と比べると、大正刑事訴訟法に関する議論が行った期間は相対的に長かった。改正案の起草は「法律取調委員会」に託され、1913年、1916年、1918年と三回に渡って改正案が作成された。最終的に1921年草案が帝国議会を通過した。大正刑事訴訟法では、明治の刑事訴訟法のシステムを維持しながら、①予審段階から弁護士の介入が可能となる、②弁護事件の範囲（「死刑又ハ無期若ハ短期１年」）、③弁護士の権利の明文化：公訴提起後の記録閲覧、接見制限の禁止など、④被告人の黙秘権などの変化が生じた。こうした刑事裁判における人権保護の諸規定の実効性に関しては議論の余地が残っているが、大正刑事訴訟法で弁護権保護のための諸規定が登場したこと自体は、法律専門家からの評価を得ている[55]。

③戦時刑事訴訟制度（1925年～ 1945年）

ここでの戦時刑事法立法とは、1925年治安維持法による結社行為及びその周辺行為の規制、1941年の治安維持法の改正と国防保安法、1942年制定（1943年改正）戦時刑事特別法および裁判所構成法戦時特例法、1945年戦時刑事特別法などの一連の戦時刑事手続の立法を指す。その特徴としては、①検察官に対する全面的捜査権の付与、②控訴審の廃止、③聴取書の「証拠力」の是認など、検察官及び警察権限の拡張が指摘された[56]。

④昭和立法（1947年～ 1953年）

現行刑事訴訟法は、1949年１月１日から施行されたが、その成立過程については1945年秋頃の司法省の改正検討にまで遡る必要がある。1945年当時の司法省は弁護権の拡大を念頭に置いて改正案を作成した。その後、1947年に、新憲法の内容（31－40条）に対応するための応急措置法（「日本国憲法施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」）が制定された（1947年４月18日公布、同年５月３日施行）。1948年７月10日、「刑事訴訟法を改正する法律」（新刑事訴訟法）が成立し、1949年１月１日から施行された。

新刑事訴訟法に関して、学説では「職権主義から当事者主義へ」とい

[55] 前注52・小田中；また白取祐司『刑事訴訟法〔第三版〕』（日本評論社、2005）21頁。
[56] 小野清一郎『日本刑事手続要綱』（日本法理研究会、1943）を参照。

う好意的な評価が見られる。その理由として、①捜査の適正化のための令状主義・強制処分法定主義により弁護人依頼権の保障、②起訴状一本主義と訴因制度、交互質問などの英米法の当事者主義制度の採用、③事実認定のための自白法則、伝聞法則など証拠能力制度の採用などの制度設計がなされたためである。

しかし、1952年には法廷等の秩序維持に関する法律が成立し、裁判所の処罰を通じた司法官による法廷活動への規制が強められた。1953年の刑事訴訟法の改正に関して、勾留制度の変更が行われ、被疑者・被告人の権利をより制約するものとして法律専門家にしばしば批判されている。

⑤平成の刑事立法期（1990年～）

1990年代以後、日本の社会と統治構造に関する様々な改革が進行し、それに伴って法制度の立法による改革が頻繁に行われてきた。刑事訴訟法をめぐっては、まず国際的な治安関心の高揚に従った組織犯罪またはテロ事件に対応した立法措置が取られ、また被害者運動を背景に犯罪被害者保護法など様々な法改正が行われるようになった。この時期の刑事法改正については、治安政策・治安法という特徴において共通しており、警察機関による社会の統制の強化傾向が指摘される[57]。

以上の区分が、法律専門家側による刑事訴訟法改正に対する認識と評価になるものの、新聞の法報道にそうした認識と評価がどの程度反映されているかという点に注意しつつ、報道の言説分析を進めていく。

第三款　法を報道する新聞

朝日新聞の刑事訴訟法改正報道について、まず立法の関心を考察し、次に立法報道の内容を検討する。具体的に、以下の作業は、記事の頻度、紙面の構成、記事類型、発行元といった側面から記事の特徴を整理し、その上で、主題（立法過程のどの側面に着目すること）、立場（立法に対する態度）などの側面から内容分析を行う。後者の検討は、法とくに立法という現象に対する新聞メディアの扱い方（序章で述べた法情報の編

[57] 小田中聡樹「民主主義刑事法学の課題と方法―『現代的』治安法との対抗状況を中心に」『竹沢哲夫先生古稀記念論文集・誤判の防止と救済』（現代人文社、1998）。また、内田博文「『市民的治安主義』の拡大」法の科学29号（2000年）を参照。

集原理）に当たるものである。

（１）立法報道への関心

図１は、データベース[58]に記録された1879年から2012年まで刑事訴訟法改正に言及した記事を検索した結果であり、総計440件の記事が見つかった[59]。刑事訴訟法改正の関連報道数は、特定の時期に分けることができる。ただ、ここで示した記事数は社会の関心（正確的にいうと、新聞における注目度）を全面に反映するまでには至っておらず、記事に出現したことを示すデータに留まっていると言わざるをえない。また、1897年から2012年の間に440件という記事数は決して多くないものの、そこで新聞産業の発展と伴い記者、編集過程また読者層の変化といった

[58] 新聞に関しては、書誌情報と主題情報の記述の統一や標準化を図る情報のデータベースがある。とくに、新聞社自身が開発したデータベースは、一次情報の表示も出来るシステムが多くみられ、文献の所在そのものでもある。但し、典拠情報と所在情報は、しばしばデータベースの作成者や管理者の関心に左右されるものである。従って、異なる新聞社のデータベースの間に、分類記号の使用に違いが生まれるケースもあるように推測できる。法情報に関する各新聞社のデータベースの違いは確認しなければならないが、その分析に必要とする実証研究はいまだ十分ではない。また、そのような研究は、著者の知識背景と専門能力を超えるため、本論においてデータベースの比較及び複数の新聞紙の比較分析を展開しうる段階にはない。少なくとも、単独のデータベースかつ一種の新聞を素材にすることによって、記事に関する分類規準はある程度統一されているものを対象とする。従って、時間軸に沿って現れる記事構成の変化は、当該メディア機関が想定した法報道のあり方と置かれた取材の外部環境に依存することになる。そこで、本論では朝日新聞の立法報道を検討対象とする。データベース自身のバイアスを解消するため、以下の考察で扱った新聞データはすべて朝日新聞のデータベース（聞蔵）から採集したものであり、使用するカテゴリーも基本的にそのデータベース自身の分類を参照しながら整理するものである。

[59] 記事抽出の方法は、まず「刑事訴訟法」と「法改正」をキーワードとして記事の検索をかけ、その後に検索結果の書誌特徴と具体的内容を確認する作業である。また、陸軍・海軍治罪法、海外の刑事訴訟法に関する内容は、日本の刑事訴訟法の立法過程と異なる文脈にあるため、サンプルから外した。キーワード検索で刑事訴訟法改正の関連記事は、法学の専門性に基づく特殊な表現（専門用語）に着目することで可能となる。

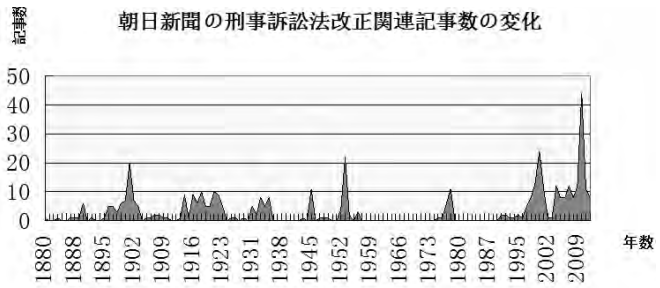


図１

複数な因子による相互影響があったのではないかとも推測される。さらに、速報、社説、解説記事など異なる記事の類型が含まれ、字数や文章の構造も統一していない。そうしたデータの特性を考慮したうえ、本論は朝日新聞データベース（聞蔵）における書誌情報のカデコリーを用いたうえ、記事の内容を踏まえながら検討を進めたい。

まず、図１から、一定の報道数が集中し、且つ一定の記事変動の波が現れたのは、1895年～ 1923年、1945年～ 1953年、1998年以後、４つの期間であることがわかる。先述した刑事訴訟法改正の経緯に照らしてみると、1895年～ 1923年、1931年～ 1935年、1945年～ 1956年と1998年以後の報道は、基本的に大正の立法期、戦時体制、戦後立法期、平成立法期の期間と合致する。そして、新聞における刑事訴訟法改正の記事が、実際の立法機関の活動と連動した形で現れていることが確かめられる。その時期については、基本的に法律専門家による区分と共通しているともいえる。一方、記事の数から見ると、各立法期における新聞報道の相違は、報道の継続期間及び記事の頻度にある。大正立法期では28年間で144件、戦時体制の形成では４年間で28件、戦後立法期では11年間で42件、平成立法期では14年間で181件というように、各時期において報道の集中が続いた期間が異なることが分かる。1895年～ 1923年、また1998年以後という２つの時期においては、相対的に立法報道が頻発しており、新聞における刑事訴訟法改正への関心が長く続いていたように思われる。ただ、例外として報道の集中が目立つ時期もある。それは、1977年～ 1978年で「弁護士なし裁判」をめぐる法改正に関する報道である。

そうした立法から、「外れ」の報道期を説明するため、記事の類型に注目する。朝日新聞における記事の類型は大きく「報道」と論説・解説・意見などの「報道以外」という、二つの部分に分けることができる。ここでの「報道」とは事実関係を中心にした記事であり、それに対して「報道以外」は事実に関する解説、評価を主に扱う記事を指す。刑事訴訟法改正に関するテキストの多くは「報道」という分類に属していたが、報道以外の記事については、1880年～ 2012年の間に以下のような傾向（図２）が見られる。

1880年～ 2012年の間に、朝日新聞で掲載された刑事訴訟法改正の関連記事の中には、412件（94％）が報道、28件（６％）が論説、意見など報道以外の記事というように、２つの大きな類型が見られる。各立法期における報道以外の記事の比率は、1895年～ 1923年で3.5％、1931年～ 1935年で0.0％、1945年～ 1956年で2.2％、1998年～ 2012年で11％となっている。朝日新聞では、刑事訴訟法改正に関して一貫した報道中心の傾向が見られるが、1998年以後は意見を公表することが目立つ。また、1975 ～ 1978年間では、解説１件（1976年）、社説１件（1977年）また論壇記事２件（1978年）が掲載され、報道以外の記事が全体記事（38件）の21％となった。これまでの立法報道と比べれば、この時期に意見の掲載がより重視されていたことが分かる。70年代以後の立法報道では、議会などの立法過程の動きつまり公的な機関を中心した情報源以外の、意見の表明など個人・社会団体の発信が立法報道の構成に加えられてきた。要するに、図１と図２を合わせて検討すれば、そのような新聞自身の編集方針の変化は、立法活動という概念の拡大を意味するかもしれない。

（２）各時期における立法報道の特徴

以上の検討を踏まえて、次に立法期間を分けて、記事の主題及び記事の立場から、より具体的に「朝日新聞」の立法報道を整理する。まずは、以下の分析で用いられる用語を簡単に説明する。第一に、記事の主題とは、記事の類型を問わず、当該記事が如何なる社会現象あるいはメッセージを伝えようとしているかを指す。ここで検討したいのは、立法の報道における「社会性」と「専門性」二つの基準がいかに表現されているかということである。無論、その基準は序章で提示した法情報の編集原理―

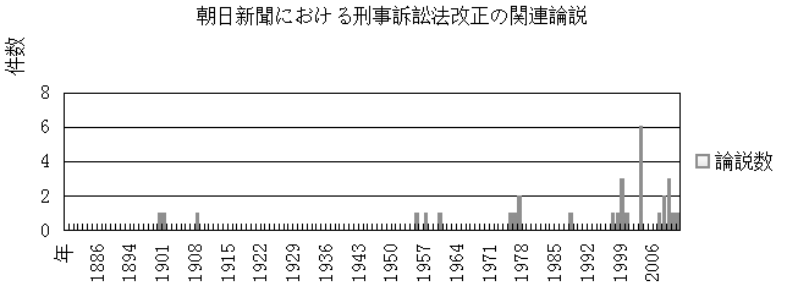


図２

「法的統合の評価」と「法解釈の論理」－を具体化したものである。第二に、記事の立場とは、記事の類型を問わず、当該法改正に対する態度のことを意味する。加えて、記事自体の立場ではなく、取材協力者の立場も視野に入れる。記事の立場を論じる際に、読み手の判断つまり主観的な側面（拙者）が排除されにくい。それに対して、異なる立場にある取材協力者の意見がどのように報道されたか、情報源から客観的に論ずることができると思う。従って、ここでいう「記事の立場」とは通常の理解ではなく、新聞の記事の中に異なる立場の「法的議論」が含まれるかどうかである。そこでの、「中立」とは当該立法に関する肯定的と否定的両方の立場が報道されること、あるいはまったく触れていない状態を指す。それに対して、「賛成」とは肯定的な立場のみあるいは殆ど肯定的な言説、同じように「反対」とは否定的な立場のみあるいは殆ど否定的な言説に構成された場合である。

①明治大正立法期

1880年～ 1922年の間に、刑事訴訟法改正（治罪法改正も含め）に言及した記事は総計114件であり、1900年４月６日朝刊１頁で掲載された「法典調査会の功績如何」の解説記事と1907年２月11日朝刊３頁で掲載された「刑法改正案」の社説以外は、全て報道記事であった。また、刊行地について、1888年以後の記事は全て東京で刊行されていた[60]。そして、

[60] 朝日新聞は1879年大阪に創刊し、その後、1887年東京に進出した事情がある。従って、1880年～ 1886年で掲載した記事は大阪の発行となっていた。また、

社説また人物紹介記事[61]など以外、全ての記事の主題情報は「政治」に分類されている。刑事訴訟法立法報道の主題により２つに分けると、「立法活動」が95件（66％）、「条文内容」が39件（27％）である。ちなみに、その時期の報道には全て漢字のふり仮名がついており、立法記事に漢字の使用が多いためそうしたふり仮名の使用もよく見られる。当時の朝日新聞は市民向けの新聞であり、そうしたふり仮名の使用も読者の状況に応じる対策と考えられる。従って、立法報道に含まれる法情報、特に改正案内容の紹介などなど、当時の読者にとって決して分かりやすいものではないことも分かる。ちなみに、個別の漢字以外、記事全文のふり仮名つきは後の立法報道で見られなかった。

立法活動に関しては、元老院、衆議院などの議会活動、法典調査会などの法務省の動きを中心に報道がなされた。それ以外に、検事、特に弁護士及び弁護士会の活動も少数掲載された。

立法活動の報道の多くは、100字以内に、審議の時間、参加者、また審議事項の名称のみが掲載されている（図３では緑を表示する部分）。例えば、以下のような記事はこうした特徴を示していた。ここから分かるように、記者の署名または取材協力者の情報が表されず、従って法改正に関する関係者の態度を推測するのはほぼ不可能である。また紙面の中に一番下の段に掲載されたことから関心度の高い話題ではないことも分かる。こうした記事は国会（元老院）の動向を読者に紹介する、つまり一方的な情報の公示であった。

> 「治罪法を改正せられるといふ噂い兼て聞き居たりしがいよ～當一月より元老院にて改正案記事を開かる、由」（1883年１月20日大阪朝刊一頁３段）

1880年～1886年における立法報道では「東京通信」の形もしばしば見られる。つまり、当時立法を報道する記事の取材現場は東京にあることがわかる。

[61] 1921年６月10日　東京／朝刊５頁４段「勤続四十七年間の回顧　改善の努力に本望を遂げて　大審院を去るに臨み　横田老院長の述懐」（1880年～1922年まで唯一写真付き）。

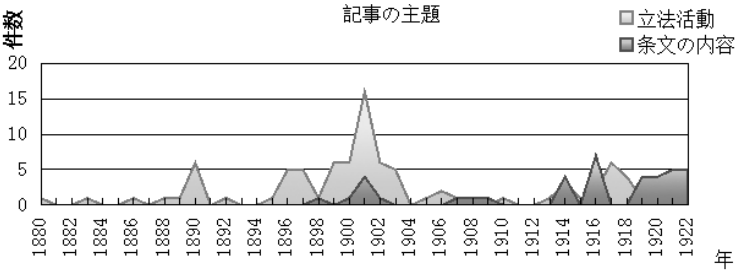


図３

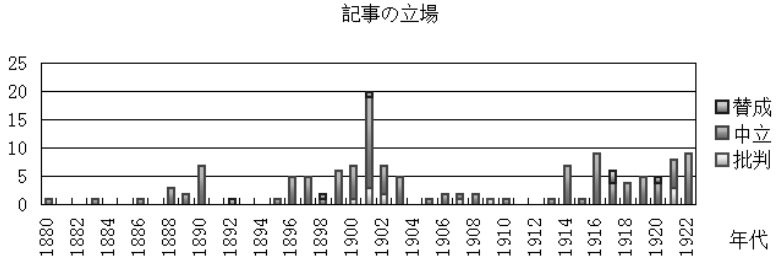


図４

その時期には、条文の内容を紹介、解説した記事も見られ、その中では特に弁護士の発信がしばしば散見される。1890年まで多くの記事は、法務省及び議会を中心とする立法議論を報道したが、会議の開催や人物の出席など活動の模様に報道の重点であった。条文の内容を紹介する記事が集中的に現れたのは、1890年以後であり、それ以後には増加の傾向が見られる。法務省が刑事訴訟法改正法案に着手した1901年、改正案を議会に提出した1913年、1916年、1918年、そして改正案が通過した1922年には、審議論点の提示を兼ねて条文の内容が多く紹介されていた。条文内容への言及は、1901年から1913年になかったが、また1918年から1922年まで見られることから、新聞における条文の紹介は、法務省および法典調査会など立法過程の動向と連動する傾向があったことが分かる。例えば、1916年６－７月における５件の刑事訴訟法改正案の記事では、法律取調委員会の出席者や審議の模様を伝えたほかに、審議の論点についても論じていた。以下は、1916年６月27日東京朝刊に掲載された「国家の誤判責任―法律取調会内の主張」と題した記事である。

「.....　特に法律取調会に於いては刑事訴訟法改正案調査其他の関係上誤判事件に対しても注意を払うもの少からず最近に至り愈々誤判事件に対するに国家の賠償責任を規定せざるをべらずと主張する者出でたりとのことなれば従来閑却せられたる誤判事件が漸く真面目なる研究に上るに至れるを見るべし」（1916年６月27日東京朝刊２頁７段）

また、立場面では、記事の傾向を図４に表示する。図４から見れば、殆どの記事（117件、81％）では特定の立場が示されなかった。立場の面で注意すべきなのは、記事全体が中立である場合に、反対と賛成の意見が併記されているケースもあることである。同じ論点をめぐって異なる立場の配慮するような編集によって記事の中立性が維持された。それに対して、批判的な記事にしても賛同的な記事にしても、当時では単独の情報源から編成した場合が多い。弁護士会、また学者の意見は、こうした形で掲載されていることがしばしば見られる。その中に、立法者の立場も法律専門家の立場でもなく、新聞自身が一定の評価を提示するケースも存在する。1907年２月11日東京朝刊の社説は、刑事訴訟法（治罪法）を含む刑事改正をめぐる議論に言及し、新聞（執筆者）による否定的な立場を明言したものである。

「.....　改正案の要領は既に本紙に詳報したり。名は改正といふと雖も、其実は全く新規の蒔直しといふも或は不可なし。改正委員の仲間に於いては、之を用つて世態人情の転進に応じ、且つ世界最進の学理に適すと稽す。而して傍より之に批判を加ふる者は、寧ろこれを以って過度の改正を為すものなさに非す。適度か、過度か、専門家ならぬ吾人の漫に判断し得る所ならねども、但し今度の改正案を以って、之を八九年前に公けにせられし改正案及三四年前の改正案に比較するに、其異なる所極めて少し.....」（1907年２月11日東京朝刊３頁１段）[62]

[62] また、そこでは、外国法の導入による当時日本の法制度また裁判官（法専門家）の「世間知らず」、つまり法システムと社会大衆の考えの間にあるギャップ

②戦後の立法

第一期　　1945年～ 1956年

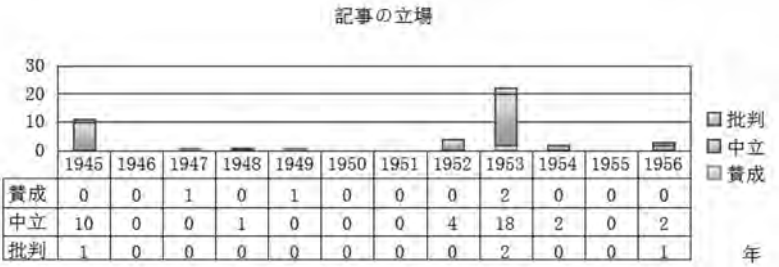


図５

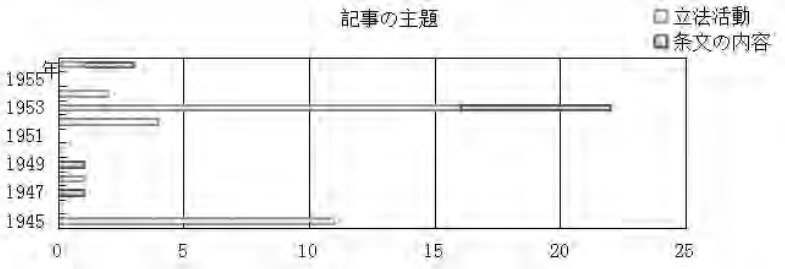


図６

戦後第１期の集中報道は1945年（11件）議員法曹会の提案[63]から始まり、1953年刑事訴訟法の改正でピーク（22件）を迎えており、1956年に評論などの掲載以後、しばらく刑事訴訟法改正の報道は見当たらない。その時期の記事数（図５）によれば、総計45件の記事は、前の大正立法期と同様に、全ての記事は東京の発行で、政治分野に分類され重要なニュースとして掲載されていた（１頁での掲載は34件、76％）。

が問題視されていた。ここで見られた積極的に政治参加の姿勢は当時大正デモクラシーの風潮と関係ないわけではないが、その時期の立法報道はまた審議の報道を中心に展開している点からあくまでも既存の報道体制に維持しつつ、部分的にこうした社会環境を応じた変化が現れたとしかいえないだろう。

[63] 1945年12月１日　朝刊　１頁　４段「刑事訴訟法改正法案　議員法曹会より提案」

大正立法期と比べると、まず報道開始の時点では、大正期の報道が法典調査会[64]の活動からであったのに対して、1945年の報道も1953年の報道も議会の提案から報道に取り込んでいたことが分かる。これは、その時期の立法の緊急性を反映したものと読み解くことができる。さらに各法改正の状況を分けると、1948年の刑事訴訟法改正に関しては、立法活動を「きょうの両院」など100字以内の議会通報[65]以外、1948年５月27日東京朝刊１頁に掲載された「新刑事訴訟法案提出―法案」では法案の内容を詳しく紹介した。また、内容部分に関しては「天声人語」の短評[66]というような形で言及された。前期の立法報道に比べ、国会審議の形式的な過程より、さらに条文の内容に踏み込んだ報道の姿勢が見られる。

図５の中で、立法活動中心の報道は31件（69％）、条文紹介中心の報道は14件（31％）である。ただ、図２に照らせば分かるように、その変化は必ずしも単独の論説また解説の増加によるものではない。それは、報道自身が立法・議員の動向以外に、議題を中心に展開する新たな手法を取り入れた結果である。特に1952年～ 1953年の刑事訴訟法改正の報道では、警察制度、検察権の拡大、訴訟の促進、犯罪捜査などの議題に関しては、単なる審議の結果だけではなく、制度の経緯や各説も紹介していた。そのような記事では、国会での発言以外にも、直接審議に参加していない検察側、警察側、裁判所側または学者の見解を紹介する場面がみられる[67]。以下は、1953年７月８日東京朝刊に掲載され刑事訴訟法

[64] 法典調査会の機能はその時期から法制審議会に引き続けられてきた。

[65] 1945年12月９-14日朝刊　１頁「きょうの両院」；1948年５月27日朝刊　１頁５段　「新刑事訴訟法案提出＿法案」

[66] 1947年８月５日朝刊　１頁「天声人語」

[67] 1953年１月19日　朝刊　１頁「政府、提出法案の検討始む　「占領」の行過ぎ是正　労働、警察制度の改革へ」

1953年２月16日　朝刊　１頁　「検事の指揮権を強化　刑訴法＿刑事訴訟法改正案」

1953年２月24日　朝刊　７頁　「執行猶予を拡張　刑法など改正案国会へ＿刑事訴訟法改正案」

1953年６月４日　朝刊　１頁　「刑訴法三たび国会へ　裁判所側　訴訟促進の再改正要望＿刑訴法」

改正をめぐる記事「『犯罪捜査権』のあり方―四氏の意見」の紙面である。前期の立法報道と比べたら、記事の構成上に最大の特徴は単一の情報源あるいは記事から、複数の取材や解説の組み合わせを通して法改正を報道することである。法実務の意見を紹介する検事・公安とそれに対抗的な言説を提示する学者や弁護士の意見を同時に示される手法、また取材協力者の発言を引用する形で出来る限り新聞自身の立場を隠す意図が読み取れる。

そのような報道の変化が当時の立法過程の議論に如何なる影響力を持ったかということは新聞の記事のみからは検討できない。ただ、法議論の構成においては、少なくとも以下のような意味を持つことになると思われる。

まず、立法報道の主題の拡大は、従来の議会・官庁中心の議論から、憲法との関係性など法条文の整合性に関する内容までを情報として扱うことを可能にした。1953年の刑事訴訟法報道では、法律研究者を含む法曹全般への取材に基づく記事が掲載されたことで、検察権・警察権の強化への警戒など、法学研究の関心テーマと共通した傾向が見られる。

また、従来の報道に解説を加えることによって、記事の評価立場を客観化する効果も得られる。明治大正期の立法報道で条文内容への言及は、特定の人物（議員、弁護士（会）、学者）の発言または編集者自身の立場にともなう場合が多かった。これに対して、解説報道が集中的に現れた1953年の記事（図６参照）を見ると、報道というカテゴリーに従っていずれの解説も無署名であり、制度の紹介に止まり立法への賛成か批判かを明言することがなかった。立法の活動などの行動の記録に見える明治大正期の立法報道に対して、特に50年代の立法報道は、異なる情報源も編集に加え、国会審議以外の議論の進展を整理し、情報の整合を行った。

1953年６月18日　朝刊　１頁　「改正点の追加困難　刑訴法＿刑訴法」
1953年７月６日　朝刊　１頁　「解説＝刑事訴訟法の改正案＿刑訴法改正案」
1953年７月８日　朝刊　３頁　『「犯罪捜査権」の在り方　四氏の意見＿刑訴法改正案』
1953年７月17日　朝刊　２頁　「刑訴法改正案の論点＿刑訴法改正案」
1953年７月18日　朝刊　１頁　「小野元教授が賛成　参院法務委員会＿刑訴法改正案」

1953年７月８日東京朝刊３頁

「犯罪捜査権」の在り方
四氏の意見
刑事訴訟法改正案をめぐって
ふえるデッチ上げ
検事が指示権握れば…
適正指示は当然
検察官には一貫した責任
検察ファッショのおそれ
米国式に弁護士登場

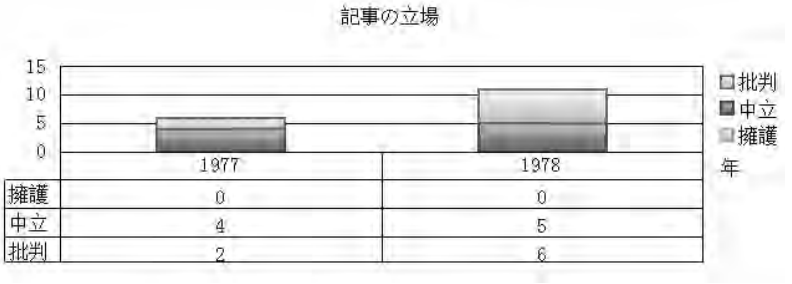
ただし、そうした記事の構成は一見客観的であるが、実際に新聞自身による情報コントロールの強化という意味で理解することができる。なぜなら、そこには情報の選択と編集といった新聞社の作業がより求められるからである。明治･大正時期の場合､情報のバリエーションが少ない、新聞による情報の内容は立法の進展や議員や法務省への取材に依存しているように見える。それに対して、以上のような1953年の検察権また治安維持への新聞報道は、立法活動から条文内容への重心を移行しつつ、編集者の工夫がより刑事法改正の記事に反映されていたことが分かる。

第２期　1977年～ 1978年　「弁護士抜き公判」の法改正

1977年10月から1978年２月まで、朝日新聞では、訴訟促進に関する刑事訴訟法特別改正の報道が集中的（17件）に掲載された。この５ヶ月の法改正報道では、法務省あるいは法制審議会の動向を中心に、これまでの立法報道とは幾つか異なる特徴が見られる。

	1977	1978
社会	4	0
政治	2	11

図７



	1977	1978
擁護	0	0
中立	4	5
批判	2	6

図８

第一には、特定の事件類型が立法報道の背景として言及されていたことである。それ以前の立法報道では、明治大正期も戦後40 ～ 50年代も、法務省または議会の動きを中心にしてきた。これに対して、朝日新聞が注目した1977年～ 1978年の刑事訴訟法改正（案）は、1960年代後半から1970年代までの日本赤軍などの過激派によるハイジャック事件に関する訴訟の長期化を背景にしていた。当時、関連訴訟において、弁護士が訴訟を引き延ばすために、意図的な法廷への欠席、弁護の辞任などを行う現象が頻発したため、その改正案では、訴訟の迅速化を促進するため、弁護士の戦略的な不在または被告人がそれを承知した場合、弁護人が欠

席した場合でも訴訟を行う、所謂「弁護士抜き訴訟」の規定が設けられていた。特定の社会現象を背景とした立法報道は、その報道形式にも影響を及ぼした。図７はその時期に掲載された論説・社説以外の記事を主題類型から整理したものである。これによれば、これまでの立法報道は殆ど「政治」に分類されていたが、1977年～ 1978年の立法記事では「社会」を主題にしたものが現れたことが分かる。ただし、「社会」に分類された記事の内容は、法務省の法制審議会または弁護士会への取材によるものであり[68]、従来政治に分類された素材によるものであった。

第二には、条文の内容に関する解説が強化され、一般の報道記事においても、解説や論点の紹介をより多く取り入れようとしたことである。

戦後第１期に見られた「立法活動から法内容へ」の方向転換は、1977年～ 1978年でさらに一般化され、立法活動と条文紹介の両方を含むような立法報道のスタイルが成立した。記事の構成は、審議の内容を紹介する前に「弁護士なき訴訟」制度の概要が紹介され、また記事の最後には改正案の条文を掲載するような構成がパターン化されていた。そのパターンは、以上の1978年法改正の議会提案に向けた特集記事によく使われている。そのパターンの記事は、中立の立場に立つことが多かった。図８で中立の部分の殆どは、この種の記事である。

第三には、報道以外に、社説や論壇が活用されたことで、立法報道の多様化が促進された。1977年12月18日東京／朝刊に「刑訴法改正案と弁護権」という社説が掲載され、また、1978年１月17日東京／朝刊『「弁護人抜き裁判」への疑問　乗っとり防止とは本来無関係』及び１月19日東

[68] 1977年10月19日　朝刊　１頁
「今国会に特別措置法案　乗っ取り犯に強い措置　政府対策本部決定　旅券発給を厳しく　刑罰、無期か十年以上　刑訴法改正さらに検討」
1977年11月10日　朝刊　３頁　２段
『「弁護人なし」に反対　日弁連声明（刑訴法改正）＿刑訴法改正問題』
1977年11月29日　朝刊　22頁
『「弁護人抜き公判を」 瀬戸山法相が法制審議会総会に諮問　ハイジャック防止　刑訴法改正案＿刑訴法改正問題』
1977年12月20日　朝刊　１頁
「弁護士抜きの裁判　法務省案を了承　法制審部会＿刑訴法改正問題」

1978年２月８日東京朝刊４頁

朝日新聞　1978年(昭53年)2月8日　水曜　12版　(4)

弁護人抜き裁判　是非論　真っ二つ

迅速化めざし歓迎　検察・裁判所

弁護士会は「違憲で有害」

京／朝刊『刑訴法の改正は必要　異常な裁判粉砕闘争への対策』といった弁護士会関係者が執筆した２本の論壇記事も掲載された。これらはいずれも、当時の改正案について、裁判の実態や憲法上保障された被告人の弁護権への侵害などの観点から批判するものであった。このように、社説また投稿記事は、報道記事とは違って、はっきりした立場を示しやすい傾向がある。図８で批判の立場を示した記事の中では、報道以外の記事が重要な地位を占めている（他の批判記事は、弁護士会の活動に関する報道であり、弁護士会関係者の投稿記事は、ある意味それらの活動の立場を代弁したものであった）。

③平成刑事法立法

1998年から2012年までには、総計176件の刑事訴訟法関連の記事が掲載されている。図１から分かるように、1880年から2012年まで全期間の中では、1998年以後の刑事訴訟法改正に関する記事数が最も多く、また報道の集中がより長い期間維持されている。また、記事の類型面では、前述のように報道以外の記事が全体の11％まで上っており、これは今までの立法期の中で一番高い数字である。なぜこの時期に刑事訴訟法改正の報道が盛んになったのかについて、以下いくつかの側面から検討を深めていく。

第一に、情報源の面における、実際の立法審議との関係についてである。1998年以後に集中した報道は、頻繁に行われた刑事訴訟法関係の法改正と連動していた。1998年～ 2012年の間に報道で言及された主な法改正としては、①組織的犯罪対策（1998年―2012年）、②少年法改正（1998年―2012年）、③犯罪被害者保護法案（1998年―2012年）、④裁判員制度（2001年―2012年）、⑤取調の可視化（1998年―2012年）、⑥公訴時効改正（1998年―2012年）がある[69]。この間には、これまでの立法期とは違って、複数の立法の話題が同時期に進行していたのであるが、そのことが報道量の増加に繋がったものと解釈することができる。そして、もう一つ特徴的なのは、1998年以後、各法改正の報道が長期化する傾向があることである。上記の刑事訴訟法に関わる立法報道は、①②④⑥が法務省、内閣政府レベルの審議過程に関する東京発信の報道から開始されてお

[69] 刑事訴訟法関係の部分のみではなく、各特別法の改正をキーワードに検索した結果はより多くの記事が見られた。その内訳は、組織犯罪の法改正に言及した記事が94件、少年法犯罪が723件、犯罪被害者に関連したものが207件、裁判員制度が119件、取調べの可視化についてが879件、そして公訴時効に関するものが92件となっている。刑事訴訟法に言及した場合、特別法の法的な性質を意識しているように読み取ることもできるが、特別法に単独で言及した場合、関連の社会背景に重点を置くといった仮説が成立するかもしれない。従って、単独で特別法に言及した報道が刑事訴訟法関係の報道より多く現れた現象は、むしろ法律学専門の言説と異なる法報道の独自性という本論の主張を支持するものだと思われる。

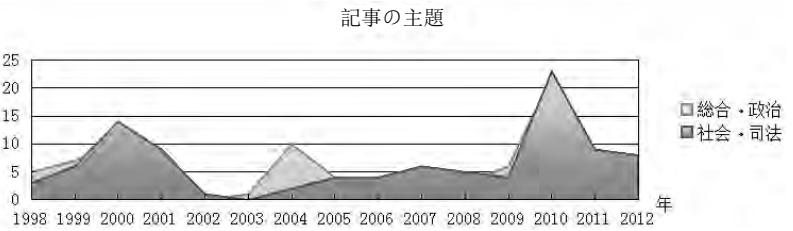


図9

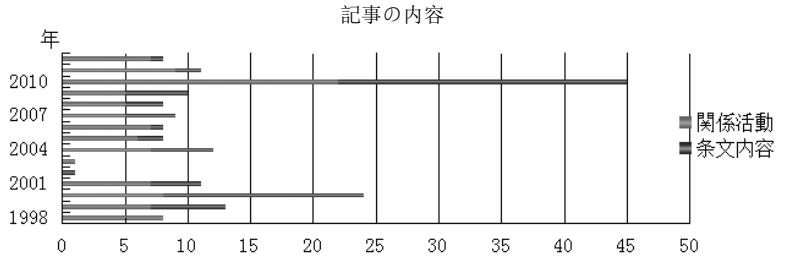


図10

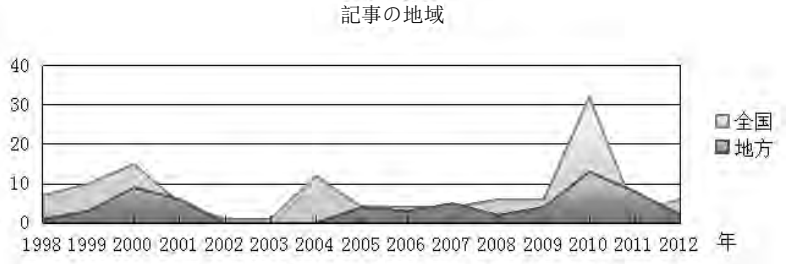


図11

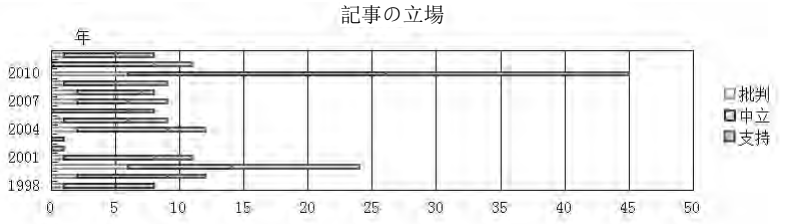


図12

り[70]、③⑤では地方紙の解説記事において初めて言及された[71]。また、議題の領域にかかわらず、立法審議の後にも、制度の影響及び効果を取材する報道の継続が見られる。これまでの立法報道では、法務省または国会の審議が報道のスタートとなっており、審議の終了あるいは改正案が可決・施行された後に継続して記事を掲載する例は少なく、公的な機関における審議の期間が報道の期間とほぼ一致していたといえる。これに対して、1998年以後の刑事訴訟法改正報道の期間（サークル）が長期化しているのは、立法報道が公的な立法審議のみならず、別の情報源を加えた結果である。この時期の記事主題を示した図９では、政治面ではなく社会面の記事が報道を主導していた傾向が見られる。1998年以後、新聞において、刑事訴訟法改正は、日常生活に関わる情報として扱われるようになっているといえる。

第二に、記事の内容面における「立法」の扱い方についてである。【解説】・【オピニオン】・【検証】のような提言記事が増える一方で、事実報道における解説は減少している。図10に示したのは、改正条文の内容を中心に紹介した記事と法改正に言及した記事数である。これによれば、前者の数が相対的に少ないこと、つまり多くの記事には改正条文の詳細が掲載されなかったことが分かる。前述のように、これまで立法報道では、記事の重心は立法機関の活動から法制度の内容に移行しており、例えば70年代では立法活動に条文の内容解説を加える構成が一般的に見られた。これに対して、1998年以後は再び両者が分離し、立法に言及した報道は必ずしも制度の紹介を前提としなくなったことが分かる。

第三に、記事の発行地から見る記事の特徴である。これまでの記事は

---

[70] 1998年05月08日　朝刊　「社民など強い反対、今国会成立困難　組織的犯罪対策法案きょう審議」

1998年06月16日　夕刊　「再審手続き導入盛る　法制審の少年法改正についての諮問事項」

2001年01月31日　朝刊　『司法制度改革審、「参審制」軸に検討　重罪事件の刑事裁判対象』

[71] 1998年12月04日朝刊　【大阪】「性犯罪被害者の人権、日本の立ち遅れ指摘」

1998年７月２日夕刊　【兵庫】「取り調べの可視化　渡辺修（ぎ修先生の刑事裁判ってな～に）」

全て東京から発信されたものであったが、1998年以後は、本紙あるいは東京発行を中心にしつつも（158件、全体の89％）、地方紙でも刑事訴訟法改正に言及されるようになった（18件、全体の11％）。言うまでもなく、法務省または国会の審議に依存した刑事訴訟法改正の報道では、その情報源の所在である東京（つまり東京発行あるいは本紙）で記事が掲載されるのが自然なことである。これに対しては、新たに増えた地方紙の「立法」報道は、社会面の記事として、特定事件の捜査・裁判や、地方の弁護士会、被害者遺族団体の活動などから報道を構成するものであった。そのような記事では、条文内容の整合性よりも、警察、弁護士、被害者遺族などの事件経験（法使用経験）がより前面に現れるようになった。地方紙の記事の中には、前述の②犯罪被害者保護法の制定、③少年法改正、⑥公訴時効改正に関する記事も見られる。これらに関する地方報道の特徴は、各自の法的な問題提起を追うだけでなく、法使用者の法意識・法感情を見せるところである。例えば、以下のような記事が掲載されている。

> *「佐賀県鳥栖市で６年前に起きた殺人未解決事件の遺族は、時効廃止へ前進したことを評価する一方、すでに時効が成立していることで対象から漏れた事件の遺族は、悲痛な胸の内を訴えている。」*
> *－2010年02月11日朝刊『「時効廃止」へ希望の一歩　「一生、罪を償って」　鳥栖の殺人事件遺族訴え』／福岡県*

第四に、法改正に対する立場の変化についての検討である。図12に示されているように、1998年以後の記事のうち、中立の立場は93件（53％）、法改正を支持したのは58件（33％）、法改正に慎重な立場あるいは批判的な立場を採るものは25件（14％）となっている。特定の立場を採る記事が半数近く（47％）となっており、これは刑事訴訟法報道史の中で最も多いものである。このような傾向の背景には、次のような幾つかの変化があると考えることができる。まず、この時期に増加した社会面の記事では、専門家以外の事件の関係者の言説が重視される傾向があり、従って関係者自身の立場が記事に反映されやすい構造となっている。また、情報伝達の企業としての新聞機関には、情報規制にかかわる法の問題に

ついて制度の改正を求める傾向が見られる。この時期に言及された法改正、特に組織的犯罪、裁判員制度、取調の可視化に関する報道の問題意識は、通信統制、報道表現、情報保存などの情報面にあるように見える。これらの記事においては、アクセスの便利さなど情報環境の改善を促進するように、すなわち情報規制の改正を支持する立場がみられる。

結び　法情報の「社会化」

本章では、「新聞」という情報媒体を素材として、そこで現れた法的コミュニケーションの性質を考察した。上述の通り、新聞における情報の発信は既存の法学研究にも言及されていたが、法報道に関する規制では、一方的に法学者・法学的言説を強調する恐れが懸念される。つまり、既存の考えに従えば、法情報の質は法律専門家（研究者・実務家）が担保することになる。もちろん、法情報の担い手として、一般市民より法制度の運用や法律学に関する知識豊富な専門家側が適任であると容易に推測できる。本論は、その考え方を否定するつもりもない。ただし、法律専門家が実際に情報の担い手になれるか。本章の検討から十分に答えることはできないが、少なくとも新聞における法情報は常に法律専門家の発信（理念）と一致するわけではないことが確認された。

本論では、法情報の問題は、主題の設定、情報の処理方法、読者層の構造といったメディアの組織的な側面に繋がることを明らかにした。従来の法学が想定した専門家の法情報モデルから離れつつ、情報として法的コミュニケーションの拡大は、刑事法立法の報道を通じて検証された。表現の自由アプローチにおける情報像は、情報に関する利用を、つまり「集団を構成するメンバーの誰もが参加できる集団的（公共的）合意形成の場合」を目的とする。そういう意味では、こうした新聞報道の変化は法（情報）へのアクセスがより容易にできることを示した現象かもしれない。

だが、観点の多元化とともに、報道された言説の範囲に一定の選択基準が見られるという側面も留意すべきである。新聞研究では報道する価値に関する理論の中で、特に指摘されたのは近接性（proximity）、規模（scope）、差異（Deviance）と社会意義（social significance）である。す

なわち、近接性（proximity）とは事件の現場と新聞機関の所在との間の物理的な距離、規模とは事件の影響力、差異とはこれまでの事件と異なる特性、社会意義とは政治、経済、文化や社会福祉など社会の重要な領域との関係を指す[72]。本章の第二節で見られた立法報道の特徴はいずれも以上の原因にあてはめるように思われる。特に90年代以後、立法報道には地方の弁護士（会）、警察または関連事件の当事者による発信が多く見られ、立法報道は単なる東京のニュースではなく全国規模の事件となったことが分かる。中でも、近接性（proximity）と規模（scope）の関係から考察すると、立法の報道は東京の国会審議との物理的な距離に関わらず、当該地方への意義を強調する心理的な距離（psychological closeness）を強調することによって報道規模の拡大が加速した。また、そうした規模の拡大とともに、公式な立法過程や審理内容は政治領域の課題を超え､被害者権利の保障など社会的な課題へと繋がるようになる。元々日常的な出来事ではない（差異性）立法は、多様な法言説を取り入れることによって、複合的な側面を持つ話題になりつつある。近時の刑事立法に対する報道の関心はそうした報道の変貌からも説明できるかもしれない。

ただ、本論では、そうした報道の変化が単なるメディア自身の特性、いわゆるメディア技術論の結果として考えているわけではない。メディア技術の影響を報道の要因から分離することはできないが、報道の内容は確かに当該社会の法意識（あるいは報道側が想定した法意識）を反映した側面もある。立法という概念の拡大と社会への浸透が、こうした立法の報道を促進するような効果も否定できない。さらに、一部の社会面の記事では、法的問題自身を扱うのではなく、関係者の法認識を通して個人と社会の葛藤という物語を描く。そうすると、少なくとも個人と社

[72] Pamela J.Shoemaker/Jong Hyuk Lee/Ganf (Kevin) Han/Akiba A.Cohen, *Media Studies:Key issues and Debates*, SAGE Publication (2007), pp231-238。その四つの要素ははいずれ新聞報道の形成に影響する要因として、いまでも多くの研究に引用または検証されている。最近の研究として、Shoemaker, Pamela J./ Cohen, Akiba A. *News around the World : Content, Practitioners, and the Public*, Routledge (2006) を参照しよ。

会の関係を再確認するような、法の（象徴的）公示価値を持つ「法的コミュニケーション」は、新聞の記事という形で行われていることになる。

第三章　雑誌における法的問題の構築
―『法律時報』の事例研究を兼ねて

本章は、法律情報誌いわゆる「法律雑誌」の変遷に着目し、法情報の伝達過程を考察することにしたい。法律雑誌では前章の法報道と同様に、著者―編集者―読者という関係の中に法・法現象をめぐる情報としてのコミュニケーションが行われる。司法を中心に形成される法解釈のコミュニケーションと比べて、法律雑誌はメディア産業の一環であり、法学の周辺的なものにみえる。その一方、新聞のような一般向けのメディアにおける法をめぐる議論と比べて、法律雑誌の発信は法律家や法システムの立場を代弁するような位置にある。そういう意味で、法律雑誌における法的コミュニケーションはメディア・システムと法システムとの間に現れた「複合的」なものである、と指摘できる。

そうした法律雑誌の特性を踏まえた上で、本章は、法律雑誌を切り口にして、法律専門家の情報活動とその意義を検討しようとする。ここでの法律専門家の情報活動とは、法律雑誌を通して法律家の発信活動（法学者、法曹、または法律の作成や執行に携わる行政官僚など、法律を生計にする人々を以下では法律家と呼ぶ）を指す。法律専門家の情報活動とその効果を検討する際に、専門家の言説を中心に扱ってきた法律雑誌は良い題材である。情報の発信からはじめ、編集戦略または雑誌の刊行を支える市場状況や読者層まで情報伝達過程の全体を把握することができるからである。法律雑誌において法情報の価値がいかに理解されてきたのか、また社会の動向にどのような対応が可能なのか、という問題に焦点を当てる。

まず、先行研究の状況を敷衍しながら、本報告の立場を明確していくことにする。日本における書誌学的に考察や資料整理の検討が若干見られるが、法律雑誌という社会現象に関する研究は極めて少ない。それらの研究では「法律雑誌」を法学者の情報発信媒体であり、法学教育の資料として位置付けられている。思想史的に特定の法学者による法律雑誌

への投稿を分析すること、法情報の一種としていかに入手しやすくすること、などの検討が見られる。そこでは、雑誌選定や時代設定について研究者によって違うものの、「法律雑誌」は法学者の言説によって生み出され、法律雑誌＝専門誌というイメージが定着していることが言えよう。

しかし、これまでの研究には幾つかの欠けていた点も指摘できる。第一に、先行研究では「法律雑誌」の歴史的変遷が明らかにされていない。「法律雑誌」というジャンルは、時代が下がるにつれて急速な発展を遂げる。このような動向のなかで法律雑誌が語る内容も不変であるとは思えない。また、江戸時代知識人の読書会における蘭学など外書への勉学とその同人誌の内容に法学的議論が見られ、近代的な司法制度の導入よりはるかに早い時期でもある[73]。そういった経緯からみれば、法律雑誌など法情報メディアの変化は日本における法的コミュニケーションの全貌を把握する際に役立つ素材になる。

第二に、「法律雑誌」という情報媒体が生み出され、人々から支持された社会的背景を充分に解き明らかされていない。つまり、「法律雑誌」はどのような人々のどのような要求から生まれ、どのように支持されていたのかということはほとんど明確にされていない。ただ、雑誌というメディアを論じる際に、その点は常に議論の中心にある[74]。

雑誌研究の知見を参照しながら、法律雑誌を分析する際に、公的議論（世論）の活性化と各雑誌内容の細分化、二つのテーゼが求められる。前者はいうまでもなく民主的プロセスの理念、つまり情報の公開や公的議論の活性化に寄与するものである。法学の問題に言い換えると、専門

[73] 前田勉『江戸の読書会―会読の思想史』（平凡社、2012）12－13頁を参照。

[74] 日本における雑誌研究は主に歴史学またメディア史の領域において展開されている。検討の対象は総合雑誌をはじめに、女性誌また教育関係（児童）の雑誌まで及ぶものである。日本における雑誌の本格研究は、まず永嶺重敏の『雑誌と読者の近代』（日本エディタースクール出版部、1997）を無視できない。優れた事例研究として、鈴木貞美＝編『雑誌「太陽」と国民文化の形成』（思文閣出版、2001）、佐藤卓也『「キング」の時代―国民大衆雑誌の公共性』（岩波書店、2002）、または大澤聡『批判メディア論―戦前期日本の論壇と文壇』（岩波書店、2015）を挙げることができる。

家と素人との間に法的コミュニケーションの可能・不可能に関するものであり、法システムの自律性という理論的な問いにも関わる。後者はメディアとしての雑誌を支える読者層の構造に関する。法律雑誌の読者を「法律職業の共同体」の構成員として理解すれば、後者の観点から法律雑誌史を捉え直すことは、表面的なメディアの変遷ではなく、法学内部の分化や変化を把握するという意味も有する。

本章の構成は次のとおりである。第一節では、法律雑誌という基本概念を簡単に解説し、日本における法律雑誌の変遷を追いながら、法律雑誌というメディアの所在を確認する。次に、事例研究の手法を用いて、『法律時報』という法律雑誌の運営と内容構成に着目し、そこで提示した法・法的問題の構築とその背景を検討する。第二節では草創期の『法律時報』を取り上げ、1929－1937年の間における『法律時報』の構成の変化を通して編集方針の形成とその変化を検討する。第三節では、前章との比較を念頭に置きながら、50 ～ 60年代の刑事法改正をめぐる『法律時報』の特集を素材に、法律雑誌の発信と立法過程との関係を明らかにする。最後の結論では、法律雑誌を通して行う法的なコミュニケーションの効果および限界について論ずる。

第一節　法律雑誌というメディア

第一款　法律雑誌の基本概念

法律雑誌を定義するには、いくつかの方法がある。通常、日本におけるリーガル・リサーチや法情報リテラシーでは、発行主体によって、法律雑誌（法学雑誌）を出版社の刊行する商業誌、大学の紀要、行政機関・立法機関・司法機関・政党が発行する雑誌、学会が発行する学会誌など分類を行う。一方、読者の視点から整理すると、実務家向けの情報を掲載する雑誌、研究者向けの研究雑誌、学生や司法試験のための学習雑誌などに分類される。さらに、雑誌の形式を見ると、1990年代以降紙媒体の他に、「法律時報」、「ジュリスト」、「商事法務」の本文がデジタル化され、データベース形式で法律雑誌を読むことも可能になった。以上の整理から分かるように、法律雑誌といった名称の下に、発行主体から対象となる読者とその環境、発信される形式まで、実は様々なファクター

が多く含まれている。

もし内容面から法律雑誌を理解すれば、法律雑誌を次のように紹介することができるだろう。すなわち、法律雑誌とは、法的テーマを論じる記事･論文を中心に掲載し､定期的に刊行される出版物を指す。ただし、法律雑誌における「法的問題」が何を指すのか、その解答によって法律雑誌に対する理解は変わる。法律雑誌という刊行物の性質について、高橋裕は以下のように分析している。すなわち､法テキスト（法情報）を、条文､判例など法源に属する第一次テキスト､と「法源の解釈にあたって、同時に／先行的に／潜在的に理解と解釈との対象となるテキスト群」第二次テキストに分けた上で、「第一次テキスト・第二次テキストは、どのような媒体を通じて生み出され、また社会に提示されていく（か）」という側面から法律雑誌の機能を見ている[75]。この整理が正しいとすれば、司法データつまり法実践で生じた情報（第一次テキスト）、とそれに関する理解（第二次テキスト）の記述両方とも法律雑誌が扱っている「法的問題」に含まれることになる。ただ、ある前提問題がここでは論じられていない。それは、法律雑誌における「法的問題」は誰に、どのように決められているのか、という問題である。高橋の研究は、明治中期の『大阪攻法会雑誌』を対象に、原稿提供者を通して雑誌の位置づけを分析していた。後で述べるように、その時期の法律雑誌は同人誌的な性質を有し、個人運営の編集者（過程）いわゆる編集過程が組織化されてないケースがよく見られる。従って、編集過程の影響が弱く、著者側の意識に収斂される可能性がある。ただ、その後の法律雑誌は、単一の学者発信のフォーラムのみではなく、大学紀要以外の実用雑誌（以下では、法律実用雑誌と呼ぶ）つまり一定の社会ニーズに応じるようなメディアとして発展しきた側面も無視できない。その中に、法情報の掲載価値、つまり「法的問題」をめぐる編集のコミュニケーションは法律雑誌のあり方にとって重要な意味を持つようになる。

また、本論は、雑誌の編集方針あるいは掲載基準に注目する。編集方針または掲載基準は、単なる編集者の気まぐれではなく、原稿取りの状

[75] 高橋裕「明治中期の法律雑誌と大阪攻法会：梅謙次郎『日本民法和解論』に導かれて」法と政治65-１、158-162頁を参照。

況また雑誌の採算性を考慮した上で総合的に判断されているからである。法律家が法律雑誌の主な原稿提供者であるので、原稿取りは法律家の発信活動に依存せざるをえなくなる。従って、原稿取りには、法律家の議論動向が多く反映されるわけである。そして、雑誌の採算性は読者層の反応に関わるため、社会背景との関連づけを分析するよい素材にもなる。それによって、法律雑誌を通じて、社会において法システムないし法学の機能が探ることができると思われる。その前に、なぜ日本の法律雑誌がそうした構造を持っているかについて少し敷衍して説明する必要がある。そのために、次では日本の法律雑誌の歴史について概観する。

第２款　日本における実用法律雑誌の変遷

2.1　萌芽期（～ 1900年）

周知のように、日本における近代法の体系及び法学学問の枠組みは、日本社会自身のものではなく、明治維新以後の立法作業に伴い、政府主導の形で西洋から導入されたものである。そのような背景は、明治期の法律刊行物にも影響を及ぼしていたように見える。西村捨也の『明治時代法律書解題』によると[76]、当時の法情報における社会性（外部性）は、以下の二点に現れていると思われる。

第一に、外国書の翻訳、紹介や解説が、明治期に最も多く見られた法律書の形態であったということである。特に明治前期（明治元年―明治22年）には約350種類の外国書が翻訳され、後期においても外国法の紹介などを含め約300種類の法律書が出版されている。第二に、法律に関する刊行物の大部分は官庁から出版されたということである。外国書翻訳の刊行者は、太政官、元老院、司法省や文部省であり、また法令法規の出版も官庁によるものであった。西村は、こうした現象の背後には、法律雑誌の専門性のためにスポンサーがなければ経営が上手くいかないという難題があったことを指摘している[77]。

---

[76] 前注47・西村、第289－295頁を参照。

[77] 当時から例えば東京大学の『法学協会雑誌』、明治法律学校の『明法雑誌』など大学教育機関の機関誌が幾つかあった。しかし、当時の帝国大学は「国家ノ須要ニ応ズル学術技芸ヲ教授シ、及其蘊奥ヲ研究スルヲ以テ目的トス」（1886

明治中期から、非政府系の出版者は法令の公表以外に、教育、法律相談など生活の側面に目をつけるようになった。そのような法律雑誌は、殆どが主に弁護士関係などの民間出版者によるものであり、１、２年以内に休刊するものが多かった。これらの法律雑誌については、残されている資料が少なく、編集や読者に関する情報はさらに断片的にしか残っていない。その中でも現在まで保存されている一部の法律雑誌を整理することによって、当時の実用法律雑誌を紹介する。

まず、教育関係の法律雑誌があげられる。明治中期には、各法律学校から数多くの法学講義録が出されていた。これらは、当時法律学を学びまた弁護士を志望した学生の教材として提供されたたものと思われる。例えば、1889年の『五大法律学校聯合討論会雑誌』は、大学ではなく博聞社の書店から発行された雑誌である。『五大法律学校聯合討論会雑誌』の編集者には、長崎、鹿児島、大分、福井または兵庫、地方の担当もいた。販売の方法は、東京（神保町）での特売だけではなく、地方の大販売や出版社の発行所も動員された[78]。このことからすると、『五大法律学校聯合討論会雑誌』の販売範囲は日本全国を及んでおり、相当の読者数があったものと推測できる。

当時の法律雑誌では、講義や学校の情報以外に、受験向けの資料掲載も見られる。例えば、1887年に群馬県で創刊された『法律捷径雑誌』は、論説、問答（読者来信）、講義といった通常の内容以外に、試験の問題用紙も掲載していた（1891年４月号）[79]。他にも、1891年に創刊された『政

年の帝國大学令第１条）と定められており、また当時法科大学卒業の学生が文官登用試験を経ずに採用されることもあり、法学に関わる大学教育機関は「官吏養成所」といわれるほどであった。当時、教育機関が出版した法律雑誌には官学の教授や法律立案に関係した官僚の書いたものが多く見られることから、学術雑誌は組織面においても情報面にもいても政府の支えによって成り立っていたといえる。

[78] 発行所は佐賀、埼玉、千葉、大阪、東京と福岡であり、大販売システムを採用したのは、静岡、名古屋、長野、福島、仙台、函館、越後長岡、金沢、伊予松山、備前岡山、広島、熊本と鹿児島である。

[79] 東京法学社の刊行した『法律應用雑誌』（1887年）も試験問題の掲載を設けていた。

法』は、「行政訴訟之判例、政治法律之精神」を掲載するという趣旨の下に、公務員採用試験の問題も掲載する方針であった。

次に、時事解説関係の法律雑誌である。国会の開会を背景として、明治中期頃から法律の解説や時事的な法律問題についての論説が現れた。1888年に創刊された『政法指針』は「国会審議のため法律経済政治三つの学問を通じる」（創刊詞）ことを目的とし、読者に対する質疑解答（「問答」）を中心に記事を構成した。また、1887年に創刊された『法学速成雑誌』は、創刊の目的で「そのような社会に生活するため、法学を従事にしても一般人にしても法律を知るべきものである..... ここでの法は講義の形ではなく、『人身保護の利器』」であるとした。『法学速成雑誌』は20号まで東京大学明治新聞雑誌文庫に保存されており、記事の構成は、研究論説の他に、民法、訴訟法、商法、刑法、治罪法等の法理の解説、民刑事の模擬裁判、大審院の判例評釈、単行法律の条文解説を含むものであった。

萌芽期の法律雑誌には以下のような特徴がある。第一に、学術公表の機能だけではなく、公的情報の公開、法学教育、法律サービスなど多様なニーズに応じるものである。第二に、外国の法情報を紹介するものが中心になり、抽象的な法理を扱うものが多い。それに対して、判例の掲載は断片的であった。

2.2　過渡期（1901 ～ 1936年）[80]

[80] 1936年以後、当時治安維持法の関係で各雑誌の編集スタッフが逮捕され、また出版用紙の規制も拍車となって、通常の雑誌編集や刊行活動は大きな影響を受けた。本論では、1936年から1945年までを法律雑誌の戦中期と理解し、その時期においては、他の出版物と同様に法律雑誌の刊行活動は非常に不安定となり、結局停刊まで追い詰められたと考える（鈴木三男吉『回想日本評論社』（日本評論社、2007）の第２部の「日本評論社の横浜事件」（63－87頁）では当時の状況について記述している）。そうした非常時の法律雑誌は、戦時における法学系知識人の状況を知る点で、重要な資料であるに違いない。ただ、ある法律雑誌の社会機能が戦争の時期において物流、教育、研究など場面に応じた特殊な事情に影響を受けた。従って、前後の時代にある法律雑誌のあり方と戦時期のものとを連続的なものとして考えることは困難なため、本論では戦中期の法律雑誌に関する分析を割愛することにする。

基本の法整備が一段落したことから、その時期に法律雑誌の内容は立法の解説よりも、司法の情報（判例）また法律の解説が重視するようになった。判例については、明治初期から大審院判決録（1872年から）が公表され、1922年代わりに民事・刑事のような各法分野の判例集も出るようになった。その他、裁判所や官報だけでなく、弁護士、研究者も判例の出版に参与した。例えば、高木益太郎弁護士が編集した『法律新聞』は、戦前の下級審の判例掲載誌として有名である。また、私法関係の専門雑誌を目指し、1935年に民法学者の末川博と竹田省が創刊した『民商法雑誌』は判例の収集と研究に重点を置いた。その結果、『民商法雑誌』の創刊当初は、研究者だけではなく、弁護士が判例集の代わりに購読していたということも伝えられている[81]。

一部の判例雑誌は、単なる判例情報の公表媒体ではなく、判例解説及び法解釈を通して法知識の啓蒙・伝達を試みた。弁護士である高窪喜八郎（後に中央大学法学部教授）個人が創刊した1912年に発行された『法律評論』は、「法律制度と実際の生活との乖離、法律解釈とその適用の不統一による著しき弊害は、学者之を慨き、実務家また之を嘆す」ため、「吾人の見聞し得べき論説判例の全部を網羅し、其の大部分対しては判例学説を引用して之に論評を下し、説明を加へ、以て法律解釈の統一を図ると共に、読者に豊富なる解釈の資料を供し、併せて難解なる法理を平易明晰に解剖分析して其の要を示し、以て国民に広く法律思想の普及を図らんと欲す」ものと明言した[82]。

1900年前後、法律相談といった項目が法律雑誌の中に現れた。その相談者は、雑誌の購読者（会員）に限定されており、ある種のサービスとして雑誌側から提供されていた。1906年８月に創刊された『法律顧問』は弁護士の団体である「法律顧問社」の機関誌であり、その目的は、「法律上の実際問題及研究し会員の質疑に解答するを目的とする」（1906年８月号）とされた。相談の範囲は「民、刑、商事其他一切の法律上の諸

[81] 鈴木竹雄＝大隈健一郎『座談会　閑談・法律雑誌あれこれ』商事法務1000号、301頁を参照。

[82] 同じく解釈論を注目した法律雑誌は、1902年創刊した『法律新報』である。ここでは、法解釈は「実業者の目的を達す」道具として理解されていた。

問題」であり、その解答が雑誌に掲載される[83]。『法律顧問』の法律相談はやや費用が高額であった（月金30銭）が、他により手ごろな値段で利用できる法律雑誌の相談サービスもあった。例えば1904年に創刊された「法律案内」では、「法律上の難事を易解し実際の質疑を丁寧に応答す」、「生まれる法律上の難問を平易に解釈せんがためなり」とする同様の会員制サービスが売り出された。「法律案内」は、２年後に「法律日日」に名称変更されたが、その時点までの会員申込は予想以上に多かったようである[84]。

このように、実用法律雑誌への関心は、法制度の整備及び法利用のニーズに支えられたことが分かる。また、その時期に多くの法律雑誌が創刊され、法情報の提供を兼ねた、法をめぐる実務と研究共通のフォーラムが形成された。法学の学習者、司法の担い手（弁護士など）また法制度の利用者それぞれは、共通の法律雑誌を通してある種の読者共同体に統合された。ただ、刊行の主題から一見広い法情報の市場は実際にどのような読者を獲得できたのかについては、第２節の事例研究においてさらに検討する。

2.3　隆盛期（1945年～現在）

日本評論社が運営する法律文献総合 Index（http://www.horitsujiho.jp/hobs/01_sougou.aspx）は、日本で広く使われている法律文献のデータベースの一つである。その中には、1945年以後約1500誌の法律雑誌（書籍）が収録されている。さらに、それらの法律雑誌を２種類の形態にわけることができる。一つは、法律論文の公刊媒介としての法学紀要（ロー・レビュー）、学会誌、機関誌等の法律・法学の学術雑誌である。もう一つは、司法・立法動向を解説し、また法学教育の補助資料を掲載する商業誌である[85]。後者は実用法律雑誌に属しているように思われる。

---

[83] 会員の個別相談の場合、特別料金が発生する。そのうち、法律上の疑問に属するものは金30銭、事実上及び法律上の疑問は金101円、となっていた。

[84] 1906年12月「法律案内」終刊の辞を参照。

[85] 前注82・商事法務を参照。その区別がどの程度意識されているかについてまだ分からないが、例えば、法情報学では、法律雑誌研究に言及する時、多くの場合は法律の学術論文を意識するため、そこでの「雑誌」が学術雑誌を指すことになる。

まず、学術雑誌について少し敷衍していこう。2015年５月の時点で、日本においては、学会誌及び機関誌を含め法学紀要が200誌以上もの数が出版されている[86]。これらの発行元は、いずれも教育機関、研究団体や研究所等の学術組織である。これの学術雑誌においては、刊行母体の構成員（研究者）及び出身者の執筆による論文等が掲載され、それ以外の者による寄稿は基本的に例外としてしか認めない。記事の構成は、「論文」、「判例研究」、「書評」などが中心となっており、時には発行母体である大学や学会自身が主催した学術活動の内容が掲載されることもある。刊行の形式については、伝統的には冊子として大学間で交換寄贈される形式が採られているが、近年では電子化や機関リポジトリの浸透によりオンラインでのアクセスも可能になりつつある。法律雑誌の記事数に関する研究によると、これらの媒体が日本において論文刊行の多数を支えているという[87]。

戦後、法分野の分化や研究活動の充実によって、新たな法律雑誌の中に、分野別の雑誌、また学会誌や大学の紀要はさらなる発展を逐げた。こうした学術雑誌の特徴としては、①記事の評価基準（査読）は各発行元によるものである（すなわち専門家内部の審査による）こと、②読者がほぼ研究者に限定された刊行物であり、社会発信の機能は想定されていないこと、③学術フォーラムとして法学論文を扱い、そこに掲載される論文の質と量が研究者のキャリアに影響することの３点にある。また、商業誌による分担もあり学術雑誌は相対的に発行点数が少ないこと、特に教育機関の紀要が他の分野より安定的に刊行されていることも指摘さ

[86] 法学紀要データベース（https://www.e-japanlaw.jp/HougakuKiyou/h01_index.aspx）には、日本国内の大学で発行された114種の法律雑誌が収録されている。ここで採用した数字は、法学関係の紀要データと日本評論社が運営している法律文献総合 Index（http://www.horitsujiho.jp/hobs/01_sougou.aspx）でのデータとを照合した結果である。また、データベースにおける法律文献の性質について、田島裕『法律情報のデータベース－文献検索とその評価－』（丸善、2003）第２章を参照。

[87] 指宿信『法情報の世界』（第一法規、2010）、第７章「法情報処理論」第５節「法学紀要と法律論文」289-291頁を参照。

れた[88]。

その一方で、法律実用雑誌は、研究機関ではなく、依然として民間の出版社が刊行するものである。講読の発行形態が主流であるが、そのほかたとえば『ジュリスト』『法学教室』などの法律雑誌が一般の店頭販売が行われている。法学部生・司法試験受験者など法律学習者のニーズに応じて、『法学セミナー』（1956年創刊）、『法学教室』（1961年に別冊、1980年に月刊創刊）など法学教育向けの専門誌が現れてきた。こうした販売モデルは、学術あるいは研究活動のためではなく、高等教育市場の拡大によるものと考えられる[89]。

法律実用雑誌の社会性は、社会に対して法制度の運営についての紹介・解説などの法情報を発信する点にある。それを反映するのは、特に判例及び法改正の資料である。1945年以後創刊した民間の判例集あるいは判例雑誌は、裁判所の協力を得て、事実上公式媒体になっている。その典型例は、『判例時報』や『判例タイムズ』である。そこで掲載された判例は編集者（部）独自の選考によるものではなく裁判所のリソースに依存し、また裁判所や弁護士が主な読者層となっている[90]。そうした半公式化の体制は、判例雑誌の経営を安定させるという面も推測できる。それに対して、新法令の内容や解説のような法改正関連の資料は、立法後の法令の理解あるいは普及という役割を意識したものである[91]。各法律雑誌は、しばしば断片的な記事あるいは特集の形で立法の情報を掲載する。立法報道の詳細については、本章の第３節で扱う刑事法改正の報道を通

---

[88] 同上290頁を参照。

[89] 箕輪成男『情報としての出版』（弓立社、1982）237 ～ 239頁を参照。

[90] 1990年に判例タイムズの経営陣は雑誌のサイズを B5から A4判へと変更しが、それに対して弁護士や裁判官から書籍保管の不便という意見が殺到し、売り上げを急落した結果一年も足たないうちに元の B5判に戻っている。そうした事例から、法律専門家という大きな読者集団は判例情報の検索誌として『判例タイムズ』の編集過程に大きな影響を与えていることが分かるだろう。改判事件の経緯について、外山晋吾『「判例タイムズ」四十余年』（判例タイムズ社、1991）、175－186頁を参照。

[91] 比較的に、関心の高い雑誌としては、言及しうるのは戦後の『新法令の研究』である。その中には、立法の制定過程また論点を掲載するものも見られる。

して紹介するが、判例にせよ立法動向にせよ、実用法律雑誌は、学術雑誌以上に時事性が重視し、法・法学の社会環境に応じるようとする姿勢が見られる。

学術雑誌の情報発信が著者の研究キャリアの構築に重要な役割を果たすように、実用法律雑誌がそれに関わる人間にとってどの意味を持つのかという課題も考える必要があるだろう。これまで、法律雑誌の社会発信に関してはまだ十分検討されていないが、少なくとも以下のような効果を指摘できる。

①法律知識・学説の伝達である。それは、まず法に関する情報を公表する意味を有しており（情報提供）、また法律家にとっては自分の専門作業（法解釈）を修正する素材にもなる。上述の高橋の研究にも示したように、法律雑誌には、単なる一方的な情報の公表ではなく、例えば異なる法分野の専門家、研究者と実務者、さらに一般人と法律家という様々なレベルでの交流を実現するようなフォーラム的な効果も期待できるかもしれない。

②出版書物に関するPR効果を狙うことがある。多くの法律雑誌を刊行する出版社では、同時に法律書物の出版も行っている。学術出版の研究によれば、学術書に対する信頼は分野内部の評価によって支えられているとされる。例えば、本論の素材である日本評論社の『法律時報』及び戦後に刊行された法律雑誌の一つである有斐閣の『ジュリスト』では、少なくとも創刊時には法律出版社によってブランド戦略という目的を持たされていたし、法関係書籍のPR雑誌としての性質を有していたといわれている[92]。以上の法律雑誌史からも分かるように、法律雑誌が扱う「法的問題」はそれ自体として固有なものではなく、社会のニーズと調整し合うといった、文脈依存的な側面を持っている。それは、法律雑誌という専門雑誌が想定した職業・学術性の高い法的コミュニケーションでさえ、単なる法学自身の基準で法律雑誌の内容を決めるわけではないことを表している。また、学術誌と商業誌は、完全に切り離せるもので

[92]『ジュリスト』は有斐閣のPR雑誌から発足した、という逸話も座談会の議論に残されている。前注82・鈴木＝大隈、303頁を参照。『法律時報』に関しては第2節の考察に譲る。

はない。両者の著者・編集者層が重なることもあり、論文を掲載する法律実用雑誌も稀ではない。日本の法律雑誌においては、法律専門家（特に研究者）の発信が主流な情報源であるが、学術の研究、公的言論また実務関連の議論という、異なる情報の側面を混在させている状況が少なくても存在し、その三者の相互作用は社会における法情報の役割を示すように思われる。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「法と情報空間―近在日本における法情報の構築と変容」（2014年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、日本学術振興会「特別研究員研究課題『感情立法』の形成とその限界―公訴時効をめぐる法の存在形態をてがかりに（2012 ～ 2013年度）」（課題番号24・5204）の助成を受けた。

〈正誤表〉

本稿（１）（66巻２号［2015年］378頁以下）に誤記･誤植がありました。お詫びの上、次のように訂正致します（筆者）。

・614頁目次16行目　　×2011年公訴時効改正→○2010年公訴時効改正
・614頁目次17行目　　×2011年公訴時効改正→○2010年公訴時効改正

論　　説

社会的排除と法システム（２）

―― システム作動要因としての属人性 ――

橋　場　典　子

目　　次

序章　問題設定と本稿の意義
　第一節　問題の所在
　第二節　本稿の目的・構成

第Ⅰ部　現代社会における排除
第一章　現代日本社会のリアリティ
　第一節　社会的排除状態
　第二節　日本社会の構造転換

第二章　社会的排除と社会的包摂
　第一節　社会的排除概念の発生と背景
　第二節　「貧困」概念と「社会的排除」概念
　第三節　複合的排除状態のリアリティ

（以上、66巻２号）

第Ⅱ部　「法教育」という逆説
第三章　「法教育」の射程
　第一節　「法教育」と「法普及活動」
　第二節　アメリカにおける「法教育」
　第三節　日本における「法教育」
　第四節　「法教育」にみる市民と国家の関係性

第四章　システムが内包する排除性
　第一節　実践の場に由来する排除性と「参加」の強制

第二節　システム自体からの排除と排除状態の内面化
第三節　排除状態の連動性
第四節　学校外「法教育」実践の可能性
小括　現代社会への応答と「法教育」
（以上、本号）
第Ⅲ部　システム・信頼・属人性
第五章　社会的包摂と信頼
第六章　システム作動要因としての属人性（パーソナリティ）
第七章　現代社会における「法」の応答性
終章　現代社会において「法」が果たす役割とは

第Ⅱ部　「法教育」という逆説

第三章　「法教育」の射程

第Ⅱ部では、第三章及び第四章において、法と社会のインターフェースである「法教育」実践の検討を１つの契機として分析していく。第Ⅰ部において考察してきた現代社会における排除性の現実、すなわち法が想定する社会と現代社会のリアリティとのギャップを前にしたとき、「社会参加型」の実践をその理念に置く「法教育」実践は、現代社会のリアリティにどのように応答することができるのだろうか[1]。

[1] 法務省法教育研究会報告書（2004）では、「法教育」を、「法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための教育」であり、「法曹養成のための法学教育などとは異なり、法律専門家ではない一般の人々が対象」であるとされ、「法律の条文や制度を覚える知識型の教育ではなく、法やルールの背景にある価値観や司法制度の機能、意義を考える思考型の教育であること」「社会に参加することの重要性を意義づける社会参加型の教育であること」と捉えている（報告書2004:2）。法教育研究会は、平成15年７月29日に「我が国の学校教育等における司法及び法に関する学習機会を充実させるため、これらに関する教育について調査・研究・検討を行うことを目的」として、法務省に設置された研究会である。法教育研究会は、法学や教育学の研究者、法律実務家、中学校・高等

本章（第三章）ではこの論点について、まず前半部分において、今日展開されている「法教育」実践の現状を分類･整理し、概観を把握する。つぎに後半部分においてはとくに国家と市民との関係性に着目し、「法教育」実践が内包し得る課題について考察する。

はじめに

本章では、社会参加型を目指す教育を一つの理念に置いている「法教育」実践を概観する[2]。後に詳述するように、今日の日本社会で展開されている「法教育」実践は、一連の司法制度改革が行われた前後に、主として法務省や文科省の後押しを受けたことを契機に注目が高まっている状況にある[3]。従来から社会科教育の分野において、法関連学習の蓄積がなされてきたが、今般の司法制度改革前後における各方面にわたる一連の「法教育」関連動向は、そうした従来型の実践をベースに、法律専門家や法務省、民間団体等が独自の理念と方法により展開している状況にあると捉える事ができる。

学校の教諭、有識者らにより構成され、平成15年（2003年）９月22日から平成16年（2004年）10月18日の間に合計16回開催された。（活動状況及び議事録は法務省HP、http://www.moj.go.jp/shingi1/kanbou_houkyo_index.html に掲載されている。2015/7/22最終アクセス）。なお、「法教育」自体がどのような射程を持つものかについては、後述するように様々な立場や捉え方が存在しており、法務省法教育研究会における定義付けもそのうちの１つという位置付けにある。

[2] 司法制度改革の前後において注目を集めてきた文脈にある「法教育」について、各界の研究者が論考を寄せているものに、大村敦志・土井真一（2009）『法教育の目指すもの―その実践に向けて―』商事法務。

[3] 司法制度改革論議が始まって以降、法学及び教育学分野において「法教育」に着目した数々の動向が見られた。例えば、関連雑誌における「法教育」特集企画やイベントの開催、学会の設立などが挙げられる。具体的には、「法教育」について特集が組まれた近年の法律雑誌として、ジュリスト1404号（2010）、法学セミナー662号（2010）、法律のひろば63巻６号（2010）、市民と法63号（2010）。また、幼児教育、初等・中等・高等教育における法教育、大学法学部における法学教育、法科大学院・司法研修所における法曹教育、そして法律専門家に対する研修・教育のあり方について総合的に研究することを目的として、法と教育学会が設立された（法と教育学会設立趣意書より）。

とりわけ、一連の司法制度改革論議の中においては、法システムへのアクセス拡充の文脈に立ち、子ども期から法への関わりを身近に捉える活動が必要だとする分析がなされている。例えば、土井真一は、国民にとって司法が真に身近な存在となるためには、国民自身の意識の中で法への関わりをごく自然なものとして捉えられる必要があると指摘している[4]。佐川孝志は、司法制度改革の理念を実現するという観点、すなわち司法ネット構想との関連で「法教育」を捉えるべきであると主張している[5]。また、山本和彦は、司法制度改革の一つの柱として設立された日本司法支援センターの機能に着目した上で、日本司法支援センター常勤弁護士（スタッフ弁護士）の力を用いながら各地域の「法教育」に法テラスが積極的に関与していくことへ期待を寄せている[6]。一方で、山本克己は、国民の司法参加や司法アクセス向上という枠組みから、「法教育」への関与及び連携に期待する論調に一定の理解を示しつつも、主体となる機関は法テラスのような司法関連機関ではなく、あくまでも教育機関であるべきだと主張している[7]。このように、司法制度改革前後に注目を集めた比較的最近の「法教育」実践についても、様々な見解が存在している。

本稿では、現在展開されている「法教育」実践を各々取り上げ紹介するというスタンスではなく、実践を展開する上で言下に必要とされる条件についての着目を考察の基軸と置き、どのような前提条件のもとに「参加」が促され、どのような意図のもと社会参加型の教育が展開されているのかを考察していく[8]。

---

[4] 土井真一（2004）「求められる法教育のすがた―司法ネットとの連携」『法律のひろば』ぎょうせい、57巻６号、38-40頁。

[5] 佐川孝志（2003）「民事法律扶助の現況と課題」『法律のひろば』ぎょうせい、56巻８号、13頁。

[6] 山本和彦（2006）「総合法律支援法の理念―民事司法の視点から」ジュリスト1305号、14頁。

[7] 山本克己（2004）「司法ネットへの期待」『法律のひろば』ぎょうせい、57巻６号、47頁。

[8] なお、社会的排除状態への応答性を検討するために第三章ではさしあたり社会参加型の教育という法務省が定義する捉え方に考察の基軸を置き検討を進め

以下では、まず「法教育」がどのような導入背景を持ち、どのような実践が展開されてきたのかについて敷衍する。

本章の構成としては、まず第一節で戦前の日本における法普及活動に触れた上で、本稿における「法教育」の射程を明示する。つぎに、第二節において今日における「法教育」実践導入に際して参考にされたとされているアメリカにおける「法教育」の全体像について概観する。第三節においては、現在日本で展開されている「法教育」実践の概観と取り組みにおける主要な潮流を敷衍する。第四節においては、第三節までの議論を踏まえた上で、とくに市民と国家との緊張関係に焦点を当て、消費者教育を展開する日司連の取り組みとイギリスにおける市民性教育に着目した上で、「社会参加型」の実践が内包する課題を導出する。本章全体を通して、今日展開されている「法教育」実践を批判的に検討していく。

第一節　「法教育」と「法普及活動」

（1）はじめに

本稿で「法教育」として取り上げる対象は、特に断りのない場合、戦後の法学者や教育学者らによる研究の蓄積、および司法制度改革前後による法務省、日弁連などによる一連の推進活動、さらには戦後の学校教育現場における実践の展開、をその範疇においている。近年注目を集めている実践を範疇に置いているという意味においては、歴史背景的には、狭義の「法教育」を扱っていると言ってよい。

「法教育」という言葉を用いるときにしばしば混乱が見られるポイントは、「法教育」と「法学教育」の違いについてである。換言するならば、「法教育」の射程についての疑問である。この指摘及び疑問は、現在展開されている「法教育」の根幹部分を再定位するという意味で、非常に重要なものであると考えられる。

したがって、以下では、戦前から日本に存在していた活動に着目し、その歴史背景を概観することにより、本稿で扱う「法教育」の射程を明

ることとする。

らかにする。

（２）戦前における「法普及活動」―法学者による着目―

戦前の日本社会及び学界において市民に対して行われてきた法的知識の啓蒙という側面を見てみると、戦前からの取り組みである「法学教育」や、末弘厳太郎・穂積重遠によるリードのもとに広まっていった法普及活動（関東大震災後の1924年の東大セツルメントの設置や、1929年の法律時報創刊など）がその萌芽として挙げられる。今日の日本社会において「法教育」というと、1990年代後半から本格化した司法制度改革の潮流の中に位置づけられたり、あるいは社会科教育実践の中に位置づけられたりすることが多いが、法的知識を一般市民に対して普及するという活動に焦点を当てて捉えると、その実践は古くから法学者達にとっても一つの重要な論点として位置づけられていたと言えよう。

このような点について大村敦志は、日本における「法教育」が、戦前から民法学と密接な関係を持っていると指摘している[9]。大村は、戦前の法律学全集や法律時報が「法科大学を市民に」というスローガンのもとにスタートしたものであると指摘し、そのイニシアティブには、民法学者である末弘厳太郎が関与していたと分析している。さらに、末弘が関東大震災後に東大セツルメントを開設し、市民のための法律相談所を設けたこと、そしてそれを我妻栄が戦後に引き継いで法の普及活動に熱心であったことなどを根拠に挙げ、大村自身の「法教育」への関心も、こうした一連の「伝統の延長線上にある」と述べている。さらに大村は、穂積重遠が1952年に著した『法律入門』において、「知育・徳育・体育のほかに「法育」が必要であることを明確に指摘」していることを明らかにし、穂積が法学教育の目的を、「①非専門家を専門家にする」ことと同時に、「②専門家を非専門家とすること」としていた点について、「今日、①の側面とともに、②の側面がますます重要になってくると言えよう」と指摘している[10]。

このように、戦前から戦後にかけての日本社会において、著名な法学

[9] 大村敦志（2010）『法と教育―序説』商事法務、２頁。
[10] 前掲大村（2010）、ⅰ-ⅱ頁。

者らによる法普及活動と呼べる実践が広く展開されていた歴史がある。

近年、「法教育」と聞くと司法制度改革前後のそれを想起させる場合が多いが、大村の指摘にあるように、今日の「法教育」の先駆けとも呼べる戦前からの歴史的な取り組みが存在していたことが分かる。

しばしば日本における「法教育」実践は、1990年代後半以降の実践を指すものとして捉えられている。すなわち、先般の司法制度改革の要請に応答する形で盛り上がりを見せ、海外の実践を輸入する形で日本に紹介、導入が行われたと捉える見方である。そこから学び輸入されて初めて日本社会に取り入れられた、という位置づけが前提となり議論が進んでいる側面がある。

しかしながら、上記で見たように、戦前からいわゆる法普及活動が活発に行われていた歴史が存在しており、今日展開されている「法教育」実践の理念が完全に新しい概念として1990年代以降に唐突に登場したというわけではない点に注意をしておく必要がある。「法教育」論を考察する際に、便宜上近年のそれを対象とする場合においても、こうした歴史的潮流を把握したうえで論を進めることは、今日展開されている「法教育」実践について理解を深めるために必要不可欠であると思われる。

以上の歴史的背景を踏まえた上で、本稿では、司法制度改革前後に導入されたまったく新しい取り組みとして「法教育」を限定的に捉えるのではなく、近年の新規性を踏まえつつも、戦前からの歴史背景の延長線上に位置づけられるものであるとして「法教育」を捉えることとする。

第二節　アメリカにおける「法教育」

上記では、近年注目を集めている「法教育」実践について、戦前戦後における先駆的活動の延長線上に位置づけられるという、本稿における捉え方を提示した。

近年の、とくに司法制度改革前後に導入されてきた背景をもつ「法教育」実践は、アメリカにおける取り組みを参考に導入されてきた経緯を持つ。

（1）アメリカにおける「法教育」導入背景

現在日本において展開されている「法教育」実践は、主としてアメリカの社会科で用いられる Law-Related Education（LRE）の訳語として使われ始めた背景を持つ。諸外国における「法教育」実践を日本に紹介した法教育研究の第一人者である江口勇治は、各国において法教育が要請されてきた背景には、一種の予防司法的側面があり、「秩序維持や安心確保を基軸に公共性なるものを考えて、そうした教育の充実を図る」取り組みがあると述べている[11]。

アメリカでは1916年に社会科のカリキュラムが導入され、民主主義を担う市民教育の実践が期待されていた。同時期に、J. デューイは『民主主義と教育』を著し、従来の個性無視型教育への批判と同時に進歩主義的な教育理念が注目を集めていたとされる。伴恒信（2002）によると、当時の社会科カリキュラムの中では「社会的能率の増進」や「市民的資質の育成」が挙げられ、それまでの暗記型、押し付け型教育への反省と社会科創設への模索と同時に、「合衆国の社会科は『善良なる市民』の育成を普段の目的とするべきである」との目的があったことが指摘されている[12]。

こうした一連の社会科カリキュラムを受け、今日でいうところの「法教育」的取り組みを実践し、「法教育」をはじめて意識的に提唱したとされているのがイザドラ・スターである。スターは、1930年代からブルックリンの高校公民科の非常勤講師として憲法や刑法、民法について教え

[11] 江口勇治（2003）『世界の法教育』現代人文社、９頁。この点に関し江口は、アメリカにおける法教育推進団体の１つである Constitution Rights Foundation を訪問した際に、当時の担当者がロサンゼルスの少年犯罪の増加率を示しながら「学校や放課後における少年犯罪を回避するためにも法教育は必要だ」と力説していたと回顧している。この回顧に基づき、日本においても今後治安安定や犯罪予防（防止）の観点からの教育が要請されるであろうと述べた上で、「否定的ないし脅迫的なアプローチ」でのカリキュラム化や、司法イコール裁きというイメージの共有化に危惧を示している（江口2003:10）。この点についてさらに詳しく述べたものに、江口勇治（2001）「法教育の理論―日本型法教育の素描」全国法教育ネットワーク編『法教育の可能性』がある。

[12] 伴恒信（2002）「アメリカの思想の系譜と道徳教育」J. ウィルソン監修、押谷由夫・伴恒信編訳『世界の道徳教育』玉川大学出版会、186頁。

ており、その中では、特に法の制度的側面だけではなく法の機能的側面にも焦点を当て実践を展開していたとされている[13]。具体的には、連邦最高裁判決を授業の中で取り上げ、判決内に記されている法原則について論じたり、法原則の具体化をディスカッション形式で生徒と考えたりという取り組みを展開していた。

こうした経緯を経て、1978年に法教育法が制定された。そこでは、法教育について「法律専門家ではない人々を対象に、法、法形成過程、法制度、これらを基礎づける基本原理と価値に関する知識と技能を身に付けさせる教育」であると定義付けられている。この定義は、法務省法教育研究会（2004）の中でも参考にされている。詳細については本章第三節において詳述するが、そこでは、法教育について「法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための教育」であるとされている。

このような背景のもと、アメリカでは、法律専門家はもちろんのこと多くの法教育関連団体が関与する形で法教育の推進が図られてきた。代表的なものを挙げると、（ⅰ）アメリカ法曹協会（American Bar Association）によるもの、（ⅱ）市民教育センター（Center for Civic Education）によるもの、（ⅲ）Street Law Inc によるもの、が挙げられよう。

以下、順に概観していく。

（2）アメリカ法教育推進団体の主要な取り組み

（ⅰ）アメリカ法曹協会（ABA）の取り組み

ABA（アメリカ法曹協会 American Bar Association）では、組織を挙げて「法教育」の充実に向け取り組んでいる。具体的には、「法教育」で目指す方向性やエッセンスを記したテキストである「法教育のエッセンス（Essentials of Law-Related Education）」を作成したり、専任のスタッフを配置したりしている[14]。

---

[13] 関東弁護士連合会編（2002）『21世紀を生きる子どもたちのために』現代人文社、26頁。

[14] ABA が目指す具体的内容については、ABA の HP（http://www.

組織体制としては、1981年に「法教育」を推進するための公教育部を設置し、16名の専任スタッフの配置や15名の弁護士から構成される常任委員会の設置を通して、組織的基盤の構築に力を注いでいる。同時に、HP で情報発信を常に行い広報を強化するとともに、中高生向けのプログラム（National Civics and Law Academy）の実施や、弁護士が学校で授業を行う際の参考テキストの提供など、実践に向けた具体的な取り組みを展開している。

ABA の活動が全国に与えた影響として特筆すべきは、1971年に設置した「市民的資質のための青少年に関する特別委員会（Special Committee on Youth Education for Citizenship）」の設置と、1978年の法教育法の制定である。ABA は当該委員会を中心として、法教育関係者との会議の開催や「法教育」の充実に関するシンポジウムの定期開催を積極的に行い、一連の活動を契機となり連邦議会でも注目されるに至った。そしてその結果として、法教育関連団体へ政府が補助金を出すことを定めた1978年の法教育法の制定へとつながった。この法教育法の制定により飛躍的にアメリカにおける法教育活動は発展を遂げることになる。

その後も ABA は継続的に活動を展開し、今日にわたって ABA の基本テキストと位置づけられている『I'm the People』を刊行した。

『I'm the People』は、

①ルールと法の制定（Making Rules and Laws）

②紛争処理（Resolving Conflicts）

③地域社会への貢献（Serving the Community）

④公共政策への影響（Influencing Public Policy）

の四部門から構成され、弁護士が学校へ行って法教育実践を行う際のテキストとなっている。教材の開発には弁護士も積極的に関与しており、生徒たちに身近なテーマで議論を行うことに力点が置かれている特徴がある。

また、関係各所との連携が不可欠であるとの考えに立脚し、教員と法曹、裁判所、司法省、教育省、その他の法教育関連団体などのネットワーク構築を目指している点も特徴として挙げられる。ABA は日本におけ

---

americanbar.org/content/dam/aba/publishing/insights_law_society/lre_essentials.authcheckdam.pdf）に詳しい。

る日弁連のような立ち位置の団体であるが、予算規模、スタッフの配置、全組織的取り組みなど、全体にわたって ABA の取り組みは先駆的であると捉える事ができよう。

（ii）市民教育センター（CCE）

アメリカにおいて積極的に法教育活動を展開しているもう一つの主要な団体として、CCE（Center for Civil Education）が挙げられる。CCE もまた、ABA と同様、組織的に法教育普及に向けて取り組みを展開している。

CCE は、カリフォルニア大学に設置された公民教育委員会を前身としており、1985年からは NPO 法人としての活動を開始した。

CCE が目指す市民像とは、知識（knowledge）、技能（skills）、信念（belief）の３つの資質をバランスよく持つ個人であるとされている。

「理想的な民主的市民」[15]

出典：CCE テキストを基に筆者作成

上記の図にもあるように、CCE では、

①立憲民主主義の原則とそれを支える価値の理解の向上

②有能で責任ある市民として社会に参加する技能の習得を促進する

③利害対立の調整と、民主主義の手続きを重視すること

[15] CCE は、その理念に「理想的な民主的市民」を置き、バランスのとれた市民の育成を目指している。

の３点を具体的な目標に掲げ、アメリカのみならず全世界的に民主主義教育の水準向上に向けて活動を展開している。

スタッフは、非常勤のボランティアによって担われているが、財政基盤はアメリカの教育省、国務省などの政府機関、国内外の団体や個人からの寄付で賄っている。

CCE が提案するプログラムとしては、生徒の発達段階に応じてコンセプトが設定された教材（Foundation of democracy）、主に公共政策についての知識向上を目指した教材（Project Citizen）、初等中等教育において立憲民主主義の概念を教える教材（We the people）の３つが代表的なものとして提示されている[16]。

ABA との主な違いとしては、ABA が基本的にはアメリカ内部における法教育実践に関しての提言を行っているのに対して、CCE では、その対象をアメリカ国外の市民教育にも向けている点、また弁護士などの法律専門家だけではなく学校教員に向けた指導用教材も開発している点が挙げられる。

（ⅲ）Street Law

ABA や CCE の他にも、特にアメリカの高校生を主たる対象としたテキストとして、『Street Law』の存在がある。

テキスト Street Law は、Street Law, Inc. の出版物であり、Street Law, Inc. は、民主主義や人権に関して参加型の教育を提供することを主な目的とする NPO 法人である。

Street Law は、プログラムの実践を通じて法や司法制度に積極的に関わることのできる市民を育成することを目指しており、「法教育」を通じて法的知識、批判的能力、社会への参加意欲の涵養等を目的としている。

Street Law は、1972年にジョージタウン大学のローセンタープロジェクトの一環として始まった契機を持つ。当時のロースクール生と担当教員が青少年に対して日常生活で役立つ法知識をどのように提供するべき

[16] 他には、校内暴力防止のプログラム（School Violence Prevention Demonstration Program）も提示されている。

か模索しており、コロンビア特別区の公立高等学校において予防法的アプローチから教育実践を行ったことに端を発する。そこでは生徒が法関連問題に接した際にどのように対処するべきかという事柄が教えられ、その後Street Lawが展開している活動の礎を築いたとされている[17]。

Street Lawの特徴としては、ロースクールの教材としても用いられていることが挙げられる。高校生を対象としたテキストの他に、教育者向けのものやロースクール生向けの教材も出版している。「法教育」実践の担い手として、学校教員だけに限定するのではなく、将来法曹になることが予定されているロースクール生の教育の一環としても位置付けている点が特徴的である。

なお、現在全米では70以上のロースクールでLaw School-Based Programsが設置され、ロースクールの学生が市民に法教育の実践を行っている。このプログラムは正規科目として単位認定も受けることができるため、机上の学習ではないリアルな市民との交流を通して学生自身の法曹としてのスキルや素質の育成にも一役買っている。

この他の特徴としては、「法教育」専門のスタッフが常駐していること、法曹との連携が密である点、が挙げられる。

以上、アメリカにおける「法教育」の導入背景と、主要な法教育推進団体による取り組みを概観してきた。

アメリカの「法教育」について全体像を総括するならば、アメリカという国の根幹をなす民主主義に対する教育実践の長年の蓄積に加え、関連諸団体の取り組み内容が幅広く、規模も大きいことが挙げられる。

内容に関しては、法の価値的側面すなわち自由や権利、正義や責任といった論点について成長段階に応じて考えさせようとする教材が比較的豊富に存在し、実践の場においても双方向による議論に重きを置いているプログラムが多い。さらに、ロースクールと連携して活動を実践して

[17] 村野和子（2003）「日常生活における法関連問題に取り組む市民の育成―アメリカ合衆国“Street Law”の教育内容と方法―」江口勇治編『世界の法教育』現代人文社、26-27頁。

いたり、模擬裁判を実施したりといった課外活動も充実している点も特徴として挙げられよう。

これら、日本が「法教育」を導入する際に参考にしたアメリカ版「法教育」の導入背景及び主要な取り組みの概観を踏まえた上で、第一節で見た民法学の系譜による法普及活動と比較したときに言える近年の「法教育」の新規性とは、民主主義を担う市民性への着目、民間団体を含む複数の団体による実践の多様性、ロースクールにおける実践的取り組みの実施、であると指摘することができよう。

第三節　日本における「法教育」

今日の日本における「法教育」実践導入の潮流としては、大きく分けて三つの潮流に分類することができる。第一に司法制度改革の流れに位置づけられるもの、第二に社会科教育における実践の蓄積、第三に法律専門家による提言、の三つの潮流である[18]。

（1）司法制度改革の潮流によるもの

本章冒頭部分でも述べたように、今日の日本で展開されている「法教育」実践は、司法制度改革の動向が契機となって盛り上がりを見せてきた要素が大きい。もちろん、それ以前においても、戦前における法普及活動や、戦後における社会科教育における実践等においてすでに「法教育」的取り組みが展開されてきたが、やはり今日における「法教育」への注目度が大きく上昇した背景には、司法制度改革の潮流によるところが大きい。今日の日本における「法教育」実践が大きく進展し全国的な取り組みとして普及してきた契機には、近年における司法制度改革の流れが存在しており、それに伴う法務省及び文科省による一連の動向が「法教育」実践の基盤作りを後押ししたと捉える事ができよう。

[18] なお、本稿では便宜上三つの潮流に分類しているが、当然これら三つに全てが明確に区別されるわけではない。例えば、「法律実務家」である弁護士が、「社会科教育分野」の教員と協働して取り組む実践も多く存在しており、実際には各々の領域が重なり合って実践が展開されていると捉える事が大切である。

1999年７月に内閣に設置された司法制度改革審議会は、2001年６月12日に司法制度改革審議会意見書を公表しているが、その中で、「国民的基盤の確立のための条件整備」の１つとして、「司法教育の充実」が掲げられ[19]、「学校教育等における司法に関する学習の機会を充実」させることが提言されており、2002年には学校教育等における司法関連の学習機会を充実させる旨を盛り込んだ司法制度改革推進計画を策定した。さらに、2003年には、「法教育」に関する調査・研究・検討を行うことを目的として法務省に法教育研究会が設置され[20]、その集大成として2004年には法教育研究会報告書である「我が国における法教育の普及・発展を目指して―新たな時代の自由かつ公正な社会の担い手をはぐくむために」が作成されている。

法務省法教育研究会報告書（2004）は、法教育が必要とされる背景について、「行政改革や規制緩和などに示されるように、行政による過剰

[19] 司法制度改革審議会意見書（2001）、112頁。なお、「司法教育」に関する批判言説として、渡邉弘は、「司法教育」が提言された背景に注目し、政府主導による「司法教育」はあくまでも政府が推し進める司法制度改革をいかにして国民に下支えするべきかを考えるという政策的意図から打ち出されたものであると指摘し、用語は同じでも、立憲民主主義を支える市民を育てるという、法律実務家らが提言するそれとは議論の出発点が異なっており、意図する到達点も趣を異にしていると分析している。渡邉弘（2010）「法を学ぶ者のための法教育入門」法学セミナー、第662号、15-16頁。

[20] 2003年７月、「我が国の学校教育等における司法及び法に関する学習機会を充実させるため、これらに関する教育について調査・研究・検討を行うこと」を目的として、法務省に設置された。研究会の構成員は、法曹関係者、教育関係者、その他の有識者によって構成されており、設置当時総勢15名から成っていた。この研究会では、法教育に関する事柄につき多方面から議論され、2003年９月の第一回会議にはじまり、2004年10月の閉会まで月に１～２回のペースで、合計16回の会議が開催された。法教育研究会が閉会した後、具体的な推進に向け活動するものとして法教育推進協議会が新たに設置され、現在（2015年）においても活動が発展的に引き継がれている。法教育研究会報告書は16回の会議の後に作成されたものである。なお、関連して法教育研究会（2005）『はじめての法教育』ぎょうせい、また法教育推進協議会（2007）「法教育推進協議会の協議の状況について」がある。

な事前規制を見直し、社会の内にある多様な活力を積極的に引き出していこうとする点にある」としている（報告書2004:2）。その上で、規制緩和の進展に伴う紛争の発生やその解決に向けた事後的対応の必要性の増大、透明なルールによる紛争解決の要請、そして、「国民が法や司法を利用するだけではなく、司法を支えるために能動的に参加することが求められている」という司法制度改革による要請があるとして（報告書2004:2-3）、「法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎にまっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けさせるための教育」「法律の条文や制度を覚える知識型の教育ではなく、法やルールの背景にある価値観や司法制度の機能、意義を考える思考型の教育であること、社会に参加することの重要性を意識付ける社会参加型の教育である」と定義付けている（報告書2004:2）。

さらに報告書（2004）は、国民一人ひとりが「自ら司法に能動的に参加していく心構えを身に付ける必要がある」（報告書2004:3）として、「法律の条文や制度を知識として暗記するのではなく、法やルールの背景に、どのような目的や価値があるのか」「司法や裁判がどのような役割を担っているかを自ら考えることを通じて学び」「司法制度を正しく利用し、適切に参加する力を身につけておかなければならない」として、「法及び司法に関する学習機会を充実させることが必要とされる」と述べた上で、「思考力、判断力、表現力などを高めることを重視する法教育の基本的な考え方は、これまで積み重ねられてきている教育改革の観点からも求められているといってよい」として、2002年（平成14年）から実施された学習指導要領にある「生きる力」の基本的ねらいと合致するとして、「法教育は、司法制度改革と教育改革の流れに沿う」ものであるとしている（報告書2004:3-4）。

翌2005年には、報告書の内容をより具体的に推進することを目的に、法務省に法教育推進協議会が設置された。そこでは、前身である法教育研究会で行われた議論を基に、より具体的に法教育を推進するために、学校教育における法教育実践事例の調査研究、教育関係者や法律実務家らによる取り組みの収集、裁判員裁判をテーマにした教材の開発等が行われ、現在も継続して法教育の普及と推進に関する議論や教材開発がな

されている[21]。

こうした司法制度改革における一連の動向は、その後学習指導要領に法教育関連の内容が追加される契機となった。

具体的には、2006年の臨時国会において教育基本法が改正され、改正を受けて中央教育審議会は2008年に学習指導要領の改訂に向けた答申を発表している。その答申を受け、文部科学省では学習指導要領改定案を作成し、2008年に小学校と中学校の学習指導要領を、2009年に高等学校の学習指導要領を改訂し、その「目標」項目や「内容」項目において法に関連した教育内容が盛り込まれることになった。

こうして「法教育」の要素が意図して盛り込まれた新学習指導要領は、小学校で2011年度から、中学校で2012年度から、高等学校で2013年度から実施されている[22]。

（2）社会科教育学の分野によるもの

司法制度改革に伴う潮流よりも以前から、社会科教育学の分野における取り組みが存在している。これが法教育動向における第二の潮流である。

社会科教育学の分野においては、社会科における「法教育」の重要性

---

[21] 法教育推進協議会は、2007年５月17日に「法教育推進協議会の協議の状況について」を発表し、これまでの議論の論点整理を行った上で、今後重点的に検討するべき法教育の分野として、「経済、政治や倫理的内容を扱う教育との関係を踏まえた法教育」、「私法分野における法教育」を挙げている（法教育推進協議会の協議の状況について2007:5-8）。

[22] 「法教育」という文言や、「法教育」という新しい分野（単元）が新学習指導要領に導入された、というわけではない。法に関連した内容が、従来から存在していた社会科をはじめ、これまでは特に記載の少なかった生活科や音楽科、情報科など、幅広い教科において教科横断的に法に関する学習内容の記載がなされ、それぞれの教科内容に関連する形で、法に関する内容に関する記載が「目標」や「内容」の項目に追加された、ということである。もちろん、総合学習の時間などに、教員と法律専門家が連携して法教育関連授業を新たに構築する例も多く存在しており、そういった取り組みは新たに作り出したものとして捉えられるが、一方で、「法教育」を新たな単元として誤認識をしている場合、教員の負担感が増す要因となっていると推測される。

について、アメリカの社会科における「法教育」の分析を通して検討が試みられているし[23]、学校現場・法曹界との連携の在り方についても蓄積された議論がなされている[24]。具体的な「法教育」実践としては、社会科や公民科等の既存教科を活用し法や司法の仕組みについて知識の提供がなされてきた。

このように、今日の「法教育」実践が盛り上がりを見せる以前から、初等中等教育において、主に社会科教育の分野の中で法に関する学習が行われてきた。しかしながら、こうした従来の教育実践では、法に関する学習という側面は持っていたものの、特に「法教育」として自覚的に取り組まれていたというわけではない。

今日の実践や研究において注目を集めている「法教育」の背景には、従来の社会科教育における取組みに加えて、先述した司法制度改革の流れと、学習指導要領への位置づけ、そして後述する法律専門家達の取り組みが、相互に影響しあい発展してきたと捉える事ができよう。

（３）法律実務家らによる取り組み

上記二つとは別の枠組みにおけるものとして、第三の潮流である法律実務家らによる取り組みが位置づけられる。

日本弁護士連合会は、「法教育」について、『「法の基礎にある価値や原則」に対する基本的な理解を重視し、法的な考え方や法的参加の技能を身につけることで、「個人が尊重される自由で公正な社会」を構築しようとする態度・意欲を育てようとするもの』として法教育の目標を掲げている（弁護士白書2010年度版:38）。

例えば、日弁連は2003年に設置した「市民のための法教育委員会」を中心に海外視察や教材検討を含め活動を展開している。各単位弁護士会においても独自の取り組みがなされ、専門委員会の設置や教員との連携

[23] 諸外国の学校教育現場における法教育を分析したものとして、前掲江口（2003）。

[24] 公民科分野における法教育の導入としては、磯山（2004）「諸外国の社会系教科における法の教育の展開」ジュリスト1266号、62-69頁。また、今智也（2005）「高等学校公民科教育への『法教育』の導入」公民論集14号、69-88頁に詳しい。

を築き「法教育」実践を積極的に行っている単位弁護士会もある[25]。

日本司法書士会連合会も、1980年代から主に消費者教育の中での司法教育を展開している。当初から全国青年司法書士会や単位司法書士会が高校生に対する出張法律教室活動等をしていた経緯があるが、1999年に初等中等教育推進委員会を設置し、主に高校生を対象として身近な契約や消費者トラブルについて積極的な活動を展開している。

第四節　「法教育」にみる市民と国家の関係性

はじめに

前節までおいては、近年の「法教育」実践を巡る国内外の動向を概観してきた。日本における近年の動向の中で、とくに「法教育としての消費者教育」に重点を置き実践を展開しているのが、日本司法書士会連合会である。市民の多重債務問題やクレサラ問題の顕在化に危機感を抱いた日本司法書士会連合会は、消費者保護のための法的知識の啓蒙と、地域密着型の法律専門家としてのアピールも兼ねて、「法教育としての消費者教育」を展開している。地道な活動が市民にとって法律相談への敷居を低くすることに成功している一方で、市民と国家の関係性を巡る重要な論点も存在している。

そこで、本節では、とくに日司連が推進する「法教育としての消費者教育」について概観した上で、消費者法分野と国家との関係性を巡る議論を敷衍する（（1），（2））。そしてイギリス市民性教育の導入背景と経緯及び課題を分析する（（3））。

本節における一連の考察を経た上で、「法教育」実践が内包する課題について指摘し、「法教育」実践を行う上での注意点及び課題の導出を行う（（4））。

---

[25] 弁護士白書（2010年度版）では法教育に関する取り組みについての特集が組まれている。なお、筆者も属する札幌弁護士会「法教育研究協議会」においては、高校教員、弁護士が連携しジュニアロースクールを開催したり（2013年度で10回目）、中高生向け夏休み法教育イベントとして法カフェを開催したりするなど、積極的な活動を展開している。

（１）「法教育としての消費者教育」概観

日本司法書士会連合会は、「自己責任が前提となる社会では、子供たちに最低限必要な法知識と法的思考力を身に付けさせる必要がある」[26]として、全国の司法書士会及び日本司法書士会連合会が活動主体となり、「法教育」実践を展開している。とくに、2010年（平成22年）から2013年（平成25年）においては、日本司法書士会連合会と近畿司法書士会連合会、国立大学法人大阪教育大学とが協働して、法教育・消費者教育に関する研究事業を展開しており、2013年３月４日に「法教育としての消費者教育に関する研究―社会科（公民科）・家庭科の教材・授業案開発に向けて―」という研究報告書を発表している。その中で、「法教育としての消費者教育」については、「契約が法律行為であるという視点に立ち、日常生活に身近な契約とこれに関連する消費者問題を題材として用いることにより、民法（特に契約法）の原則を理解したうえで、原則から考え行動する力」、つまり「法的な疑問・被害を感じた時に動ける力を養成することを目指す消費者教育」であると定義付けている[27]。この定義付けにより日司連では、とりわけ消費者被害にあわないための法的知識の啓蒙と、被害にあったときに自ら考え相談するなどの行動に移せる力の涵養を目指すという文脈において「法教育」を捉え、実践を展開していると言えよう。

①司法書士を中心とした「法教育」関連実践の経緯

そもそも、司法書士を中心とした「法教育」関連の取り組みは、1980年前後にその萌芽が存在していたとされている[28]。1970年代後半から、司法書士会及び個人会員の有志によって、公民館や商業施設の一角を借りる形で一般市民向けの「市民法律教室」や「出張法律教室活動」などの

---

[26] 日本司法書士会連合会 HP（http://www.shiho-shoshi.or.jp/activity/contribute/education.html 2013/11/29最終アクセス。）

[27] 日本司法書士会連合会・近畿司法書士会連合会・国立大学法人大阪教育大学（2013）「法教育としての消費者教育に関する研究―社会科（公民科）・家庭科の教材・授業案開発に向けて―」『法教育としての消費者教育共同研究会報告書』、７頁。

[28] 髙山完圭（2010）「司法書士会における法教育への取組」『法律のひろば』ぎょうせい、第63巻６号、35-38頁。

活動が展開されていた。これは、日常生活を営む上で生じ得る法的問題や、法的問題のように思える事柄について、市民に相談できる場を提供するという一義的な主旨と、司法書士自身の自己研鑽及び地域生活に密着する司法書士の存在感を示すという副次的な効果への期待もあったとされている[29]。

その後、1980年代に入って、市民の多重債務問題やサラ金問題などに関する相談が急増したことを受け、全国的な活動に拡充していった経緯を持つ。

1980年代前後のこうした動向を受け、1999年には日本司法書士会連合会に「初等中等教育推進委員会」が発足し、消費者保護に重点を置く形で活動を展開していった。その後、2006年に委員会名を「法教育推進委員会」へと改称し、全国にある司法書士会のうち80％を超える41の司法書士会で法教育に関する取組が実施されていった。

上記1980年代から1990年代における市民法律教室では、一般市民を対象とした多重債務問題やクレサラ問題への対応が主たる目的であったのに対し、近年は、若年層による安易な契約に起因する消費者トラブルを予防しようとする主旨から、中学生や高校生を対象とした活動を展開している。そこには、就職などで労働市場に巣立つ前に、必要不可欠となる実践的な法的知識を教えることにより消費者トラブルや労働トラブルを防ごうとする予防教育のねらいが存在している。日本司法書士会が法教育担当委員会の名称を改めたのも、学校教育現場を中心とした「法教育」への重点化が背景にある。こうした流れを背景として、2007年には日司連の定時総会において「市民一人ひとりの立場にたった法教育を実践する決議」が採択され、司法書士による「法教育」活動の実践がより明確に位置づけられるに至った。

②学校への講師派遣の推移

こうした一連の動向に伴い、司法書士を講師として学校へ派遣する数が増加していく（下記図参照）[30]。例えば、1999年度には全国50ある司法

[29] 丸山孝一（2004）「法教育の実践―司法書士に行えるものとは―」月報司法書士、第383号、16頁。

[30] 司法書士が講師として派遣される学校とは、中学校、高等学校、専門学校、

書士会のうち23の司法書士会の参加があり、合計で240校への講師派遣を行ったのに対し、委員会の名称が「法教育推進委員会」へと改称される前後の2006年度には、約８割に当たる41の司法書士会が「法教育」関連事業に参加している。その結果、学校への講師派遣も638校となり、1999年度と比較して約2.5倍となっている。こうした全会を挙げての推進傾向は今日まで続き、2011年度には43の司法書士会の参加があり、617校への派遣が実現している（2012年10月現在。詳細は下記図を参照）。

司法書士を講師として派遣した学校数及び〈法教育〉実施司法書士会数の推移

	実施会数	高校	専門	短大	大学	養護	中学	講演	その他	合計
1999	23	228	4	2	－	2	4	－	－	240
2000	32	248	4	4	1	1	－	－	－	258
2001	37	329	1	4	2	2	1	1	－	340
2002	34	361	1	2	1	1	1	－	－	367
2003	39	474	－	－	－	－	－	－	－	474
2004	40	533	－	－	－	－	－	－	－	533
2005	39	579	3	3	6	3	8	3	－	605
2006	41	583	21	7	10	7	2	8	－	638
2007	40	484	7	5	7	8	5	14	－	530
2008	41	517	10	4	7	6	7	8	－	559
2009	42	542	17	5	7	13	8	4	－	596
2010	42	496	22	5	9	16	7	6	3	564
2011	43	543	24	2	15	17	6	8	2	617

※出典：日本司法書士会公表資料を基に筆者作成。

③日司連における「法教育としての消費者教育」の概要と展開

先述したように、日司連では近年、「法教育としての消費者教育」を掲げ、研究や提言を行っている。そこでは、「自己責任が前提となる社会では、子供たちに最低限必要な法知識と法的思考力を身につけさせる必要がある」との理念のもと、「契約が法律行為であるという視点に立

短期大学、四年制大学、養護学校を指す。

ち、日常生活に身近な契約とこれに関連する消費者問題を題材として用いることにより、民法（特に契約法）の原則を理解したうえで、原則から考え行動する力、つまり「法的な疑問・被害を感じたときに動ける力」を養成することを目指す消費者教育」を、日司連が目指す「法教育としての消費者教育」であると定義付けている（法教育としての消費者教育共同研究報告書2013:7）。

とくに、法務省法教育研究会報告書（2004）の中の教材テーマである「私法と消費者保護」の中で、「私法分野について日常生活における身近な問題を題材として、市民社会における契約の自由と責任、私的自治の原則といった基本的原則を理解させるとともに、企業活動や消費者保護などの問題が、法と深くかかわっていることを認識させることを目指す」と挙げている点、また2012年の「消費者教育の推進に関する法律」（2012年12月13日施行）内で、消費者教育について「消費者の自立を支援するために行われる消費生活に関する教育（消費者が主体的に消費者市民社会の形成に参画することの重要性について理解及び関心を深めるための教育を含む。）及びこれに準ずる啓発活動をいう」（同法２条１項）と定義付けられている点、さらに、消費者市民社会について「消費者が、個々の消費者の特性及び消費生活の多様性を相互に尊重しつつ、自らの消費生活に関する行動が現在及び将来の世代にわたって内外の社会経済情勢及び地球環境に影響を及ぼし得るものであることを自覚して、公正かつ持続可能な社会の形成に積極的に参画する社会」（同法２条２項）としている点を挙げ、「長年消費者教育に取り組んできた司法書士の活動を参考として理論化し」「法教育・消費者教育の目標を相互に効果的に達成することができる教育の方法」が求められるとして、「法教育としての消費者教育」という教育実践の重要性・有効性を示すことが重要であるとして、司法書士会全体をあげて「法教育としての消費者教育」を推進する目的と意図を表明している（共同研究報告書2013:2-3）。

具体的には、「法教育としての消費者教育」を推進するためには、以下の点に留意して教材を作成する必要があるとしている（共同研究報告書2013:7）。

ⅰ）身近な題材：
自らが消費者であり、契約の主体となることに気づかせ、自分の問題として考えていく姿勢を身につけてもらうために、「売買契約」「クレジット契約」等、日常生活に身近な契約とこれに関連する消費者問題を題材として作成すること。

ⅱ）原則学習：
契約の意義・成立、契約成立に伴う効果（当事者の権利義務等）、解除・取消その他、契約に関する基礎的な事項の学習を通じて、契約自由の原則とその前提となる当事者同士の対等性等の民法（特に契約法）の原則を理解させること。

ⅲ）原則からの思考トレーニング：
日常生活に身近な契約締結場面、契約トラブルや被害の発生場面等を疑似体験しながら、民法（特に契約法）の原則から考える練習を取り入れること。

ⅳ）意思決定・行動選択トレーニング：
日常生活に身近な契約締結場面、契約トラブルや被害の発生場面等において法的な疑問や被害を感じたとき（何かおかしい、何かあやういと感じたとき）に、消費者として、自分はどう行動するか考える練習を取り入れること。

ⅴ）到達目標：
以上の学習を通じて「法的な疑問・被害を感じたときに動ける力」を養成することを、到達目標として設定すること。

日司連は、この他に、単位司法書士会や会員が実際に法教育実践を行う上でのマニュアル本として、テキスト「学校へ行こう」や「学校へ行こう２」の発行を行うとともに、DVD 教材「多重債務に陥らないために―安易な借り入れ重い返済―」やパワーポイント教材「青少年のための法律講座」を作成して、会員が実際に学校へ赴く際の教材を積極的に提供している。その他、会員の法教育活動を支える具体的方策としては、司法書士向けの研修の中の「消費者問題実務セミナー」において「法教育分科会」を開催し、全国会員の意見交換を促したり、会員間のネットワークを拡げるためにメーリングリストを立ち上げたりしている。

以上、司法書士を中心として展開される「法教育としての消費者教育」では、「契約」行為に着目し、日常生活と契約との接点を中心に消費者問題を題材として用いた実践を行っている点が特徴的である。とりわけ、近年の実践は、民法（特に契約法）の原則を理解することを重視し、「原則から考え行動する力」、つまり「法的な疑問・被害を感じたときに動ける力を養成することをめざす消費者教育」を「法教育としての消費者教育」と定義付け、日司連全体として活動を推進している姿勢を明確に示している点が特徴的であると分析することができる。

（2）消費者法分野と国家の役割を巡る議論

（1）では、「法教育」としての消費者教育に着目して、日本司法書士会連合会が展開する活動を概観してきた。しかしながら、消費者教育が根拠に置く消費者法分野を巡っては、「消費者像」と「国家」との関係性をどのように捉えるかについて議論の蓄積がなされている一方で、上記でみてきた「法教育としての消費者教育」を概観したところ、国家の役割を巡る緊張関係への言及を見いだすことができなかった。

したがって、以下では、消費者基本法の制定を中心に、「自立する主体としての消費者像」と「国家の役割」との緊張関係を、先行研究の指摘に着想を得て考察していく。

①自立する主体としての消費者像

―消費者基本法に規定された「消費者像」―

IT 技術の発展や規制緩和の流れなどに代表される日本社会の変化に伴い、「消費者の安全の確保」、「消費者の自主的かつ合理的な選択の機会の確保」、「必要な情報及び教育の機会の提供」、「消費者の自立支援」（第二条）等を基本理念として、2004年（平成16年）に消費者基本法が制定された。消費者基本法は、1968年の消費者保護基本法を改正したものであるが、国民の消費生活の安定と向上を確保することを目的としており（第一条）、とりわけ自立した消費者像を強調している点にその特徴があらわれている。例えば、第二条においては、消費者が自らの利益の擁護及び増進のために「自主的かつ合理的に行動すること」ができるようにし、消費者の「自立を支援すること」を基本理念として明記している。また、消費者の「自主的かつ合理的な選択の機会」を確保すると同時に、

消費者に対し「必要な情報及び教育の機会」が提供されることを基本理念として書かれている。同様に、第七条においては、「消費者は、自ら進んで、その消費生活に関して、必要な知識を修得し、及び必要な情報を収集する等自主的かつ合理的に行動するよう努めなければならない」とされ、消費者自身に自主的な判断のもと必要な情報を集め自立する主体としての消費者であるべく努力するよう要請している。

従来の消費者保護基本法が保護すべき客体としての消費者像を前面に押し出していたのに対し、消費者基本法にみられるこれら一連の文言を見ると、消費者基本法においては「自立する主体としての消費者像」が強く前面に押し出されているということができよう。

こうした消費者基本法が理念に掲げる「自立する主体としての消費者像」に対し、潮見佳男は、「『自立した消費者』という言葉の持つ魔力に目を奪われ、『自立した消費者』の権利を実現することが『消費者重視の社会システム』の構築につながるものと捉え、消費者基本法の理念に対する積極的評価を下すのは危うい」として、消費者基本法がうたう理念への無批判な受容についての警鐘を鳴らし、「「保護」＝「弱者」＝「受動的」、「自立」＝「社会システムを担う重要な主体」＝「能動的」という単線的な結合自体がおかしい」と指摘している[31]。この潮見の指摘は、「自立した消費者」としての理念の強調が、「自立できない消費者」を排除する論調へとつながりかねないことを意図したものであると捉える事ができ、本稿第一章で見てきた個人化の論理と通底している論理であると言えよう。

②国家の役割　―応答する国家と消費者の循環構造―

消費者法分野における国家の役割について大村敦志は、消費者支援を

[31] 潮見佳男（2004）「消費者法について」月報司法書士、第393号、46-51頁。潮見は消費者保護基本法から消費者基本法への転換について、「消費者問題の少なからぬ部分を市民個々人の自立と責任に転嫁し、国家・地方公共団体、さらには事業者の免責へと向かわせるおそれがある」とし、消費者基本法の基礎をなす考え方には「情報を与えられ、交渉力を補完された個々の消費者が市民生活においてどのような選択をし、どのような決定をしようが、これは「自立」した個人がおこなった「自己決定」として、個人の責任となる」と指摘している（潮見2004:47）。

行う具体的方策として、情報提供や消費者教育の必要性を挙げるとともに、消費者紛争の処理方法の整備の重要性を指摘している[32]。さらに大村は、ポスト福祉国家において必要とされているのは、市場の機能を活かしながら「消費者・事業者の双方の自発性を尊重しつつ、構造的に必要とされる方策を講ずること」であると指摘し、そうした方策を支える理念を「消費者支援」と呼ばれるべきだと述べている[33]。そして、消費社会を支えるために、国家には国民の様々な要請に対して必要な範囲で「応答できる国家」としての役割が求められると指摘している[34]。

国家と消費者としての国民との間を、どちらかの一方通行ではなく双方向で影響を与え循環する関係性として捉える大村の視点は、消費者教育を展開する実践者の立ち位置に関しても重要な示唆を与えている。すなわち、消費者基本法に理念付けられている「自立した消費者」としての知識の提供や情報の伝達に終始するのか、あるいはそういった知識の提供と同時に、国家と消費者との関係性についても議論し、思考することを促すのかという論点、換言すれば、消費者教育を通して何を伝えるのか、という核心部分についての分岐点に関わる指摘であると言えよう。

このような論点を踏まえて、（１）で挙げた日司連が展開している「法教育としての消費者法教育」の内容を再考したとき、そこでは「契約主体としての消費者像」の伝達や「消費者としての行動様式」についての伝達に重点が置かれており、国家と消費者との関係性についての議論は、管見の限りなされていない。消費者基本法に掲げられている理念を無批

[32] 大村敦志（2011）『消費者法〔第４版〕』有斐閣、63-70頁。

[33] 前掲大村（2011）、30頁。

[34] 前掲大村（2011）、29-30頁。大村は、国家と市場との関連について、1960年代における福祉国家論の台頭により想定されていた国家は「大きな国家」であり国民に対してさまざまな利益を分配する「与える国家」であったと分析し、そのような国家観のもとでは「弱者」である消費者を「保護」する必要が説かれていたと指摘する。その後、1980年代におけるポスト福祉国家の登場により従来の介入主義政策の非合理性の指摘と「国家の失敗」が語られているが、今日の社会において重要なのは、福祉国家の断罪だけを行い国家の役割をゼロにすることではなく「福祉国家の功罪を適性に評価しつつ、直接規制と間接規制のバランスをとることだろう」と指摘している（大村2011:29）。

判に伝え教えるという性格で消費者教育がなされるとき、その消費者教育実践は、「あるべき消費者像の押し付け」につながる危険性を含んでいる。言い換えるならば、消費者教育において何をどのように伝えるのかが、何よりも重要な点であり、消費者教育を展開する実践者は常にこの論点を反芻し実践に向き合う必要性に迫られているといえよう[35]。法的知識を教え、騙されない消費者を育成することについての現代的危機意識が存在し、契約を巡るトラブルを事前に予防するといった意義が消費者教育にはあることを認めつつも、それがひいては「受動的な消費者像の固定化」を意図せずに助長することのないよう、注意深く実践に取り組む必要がある。

（３）主体的な社会参加と市民性
―イギリス市民性教育の導入背景と経緯―

（１）では日司連が展開する「法教育としての消費者教育」の概観を、（２）では消費者法分野における国家の役割を巡る議論を敷衍してきた。消費者教育に内包される課題、すなわち無批判な消費者教育の伝達は「自立した消費者像」の押し付けにつながりかねず、国家と消費者との間に存在する緊張関係をも議論する必要が消費者教育を展開する際には不可欠であるという指摘を行った。

上記一連の考察を踏まえた上で、以下では、消費者教育に内包される課題の後半部分、つまり消費者性と国家との関連性について考察するために、イギリスにおける市民性教育を概観し、「社会参加型」の実践が持つ課題について検討していく。

①イギリス市民性教育の導入背景と課題

イギリスでは、2002年から市民性教育がカリキュラムに位置づけられ

[35] もっとも、日司連が展開している「法教育としての消費者教育」においてはその到達目標に「法的な疑問・被害を感じた時に動ける力」の育成を設定しており、社会資源の１つとして法律専門家を位置づけ、困った時に相談できる具体的方策を伝えている点に重点を置き明記している点は、とりわけ喫緊な法的問題を抱えている場合に司法へのアクセスを促進するという面において有意義であると思われる。

ている[36]。そこでは、11歳から16歳までの間で市民性教育が必修科目とされている。具体的内容としては、「民主主義を支える価値や法の役割」を教えるものや、「選挙の仕組み」について教えるもの、あるいは「民族や宗教への理解」を深めるテーマの教材があり、それぞれについて児童生徒に身近な題材を用いながら学習が進められている。

○導入背景

イギリスにおいて市民性教育が注目を集めるようになった背景には、1980年代におけるナショナル・カリキュラム設置の動きがある。当時の保守党政権は、1988年教育改革法において、地方によって差異が生じていた教育水準を統一するという目標のもと、ナショナル・カリキュラム（全国共通カリキュラム）を設定した。当時のナショナル・カリキュラムの枠組みは、教育の伝統的学術的な内容を強調するものとなっており、中心教科に英語・数学・理科を置き、その他の基礎教科に歴史・地理・科学技術・情報・音楽・美術・体育・現代外国語を加えた11の基本科目から成立していた。これらを基に基礎学力の到達度を測る共通学力試験を実施し、学校評価へとつなげる仕組みを構築されていた。1980年代に導入されたナショナル・カリキュラムは、内容の画一化が問題視され、1990年に一度廃止されている。

ナショナル・カリキュラムの代わりにイギリスの教育政策に導入され

[36] イギリスにおける市民性（citizenship）教育導入背景や経緯については、バーナード・クリック（2011）『シティズンシップ教育論―政治哲学と市民―』関口正司監訳、大河原伸夫・岡崎晴輝・施光恒・竹島博之・大賀哲訳、法政大学出版会、及び讃岐幸治（2000）「英国調査から見えてきた世界」『世界の「市民教育」』日本ボランティア学習協会に詳しい。クリックは、市民性教育で重要なのは「健全な市民」と「能動的な市民」の両方であると述べた上で、「「健全な臣民」の観念と「健全な市民」の観念との混同は、この国（イギリス）に特有なものであり続けてきた。両者は同じではないのにである。」と指摘している。さらに、T.H. マーシャルのシティズンシップ概念（市民的要素、政治的要素、社会的要素）を引き合いに出し、「いずれか一つだけを真の「能動的なシティズンシップ」と誇張しないために、三要素すべての正体をはっきり関連付けなければならない」と述べ、曖昧な概念と認識のもとに市民性教育が推進されることが持つ危険性について指摘している（クリック2011:17-18）。

たのが、クロス・カリキュラムであった。クロス・カリキュラムの特徴としては、従来の教育内容をより発展させた形で、経済産業理解教育・健康教育・職業教育・環境教育・市民性教育の５つのテーマと、多文化教育・ジェンダー問題・特殊教育の必要性の分野を含んでいる点が挙げられる。これらの一連の内容は、子どもの人格及び社会性の発達を目指すPSHE（Personal and Social Health Education）といわれる教育内容となっている。こうした教育改革のもと、イギリスでは具体的な数値目標を掲げ教育内容が遂行されてきた。

○概要　―社会への参加と責任の重点化―

しかしながら、その後の時代の経過とともに、失業や犯罪、また政治的無関心など､教育を取り巻く様々な問題が発生し､徐々にコミュニティへの参加や、政治的リテラシーを身に付けることが教育における喫緊の課題と位置づけられるようになっていく。

その後、保守党サッチャー政権の教育改革の後を受けた労働党ブレア政権のもと、2002年から市民性教育は必修教科として導入された。そこでは、社会への積極的な「参加」と「責任」を促すことが目指された。

市民性教育に関して設置された諮問委員会（クリック委員会）では、その答申において目指される市民像と、市民性教育の主要な学習領域として以下の３点が挙げられている[37]。

１つ目に、学校内及び学校外における市民としての責任の習得を目標にした「社会的・道徳的責任（social and moral responsibility）」が挙げられ、２つ目に、コミュニティ内における生活や社会全般に対する関心及びそれらに関する活動・貢献を通した市民的役割の習得を目標にした「コミュニティ関与（community involvement）」が挙げられている。３つ目に、民主社会への参加に必要不可欠な知識や技能の習得とその活用を目標にした「政治的能力（political literacy）」が挙げられている。

同時に、重要概念・価値と姿勢・技能と適性・知識と理解という４つの概念についても提示されており、参加民主主義（participative democracy）の実現や、能動的な市民（active citizen）の育成を重要な

[37] 川野哲也（2007）「西洋諸国における市民性教育の動向」平田利文編『市民性教育の研究』東信堂、33-36頁。

点として位置づけている点が特徴的である。

②イギリスの市民性教育が内包する問題点

以上、イギリスの市民性教育の背景について簡単に見てきた。そこにはいくつかの重要な論点が存在する。

第１に、イギリスにおける市民性教育がナショナル・カリキュラムの流れのもとに登場した点である。ナショナル・カリキュラムが設定された背景には、教育水準を統一しようとする目標があった。教育水準統一化の一義的な目標が、教育格差を是正するための教育水準の統一化であったとしても、その評価基準をも統一化される結果となった。

すなわち、こうした背景を鑑みると、2002年に中学校で必修化された市民性教育も、「統一的な」市民性が求められていると捉えることが可能になる。もう一歩踏み込んで考えると、この「市民性教育」が結果的には「国家主義的」な性格を帯びる可能性があるという、逆説的な状況も考えられる。

第２に、イギリス市民性教育で挙げられている主要な学習領域の内容である。例えば、学習領域の１つ目にあたる「社会的･道徳的責任」は、固定化された規範意識の押し付けにつながりかねないと捉えることも可能であり、ひいてはこうした規範意識に基づき、社会への「参加」を「強制」する契機となり得る、という指摘ができる。

（４）「社会参加型」の実践は可能か

①イギリス市民性教育からみる日本への示唆

日本において「法教育」実践や、消費者教育実践を考える際には、上記で見てきた市民性教育を巡る様々な論点に常にセンシティブである姿勢が求められる。社会への参加は強制されて成立する性質のものではなく、同様に、強く自律した個人というものも、強制して成り立つものではない。

これまでの考察を踏まえた上で、もう一度「法教育」実践に関して法務省が定義する文言を見てみると、「社会に参加することの重要性を意識付ける社会参加型の教育である」という点に関しては、あるべき市民像の固定化および強制につながる可能性を含んでいると指摘することができよう。もちろん、社会に主体的に参加していくことは重要な論点で

あるが、一方で、社会に参加できない状況を等閑視する危険性を内包している点に注意して実践を展開する必要があると言えよう。具体的に言うならば、何を持って「社会参加」と位置づけるのかという議論や、社会への参加自体に困難が生じている状況に対して、自覚を持った上で実践を行う必要があるという指摘である。

従来の「法教育」実践を見る限り、それはルールを制定したりもめごとを解決するために話し合ったりといった、いわゆる「行動できる自律した市民」像を想定していると推測できる。そうであるならば、「社会参加」=「行動できる自律した市民像」の枠組みに当てはまらない人々は、社会参加を果たせない人々、すなわち社会的に排除された人々であるとラベリングされることにつながる。あるいは、エリート層が作った施策を温情または恩恵として享受する「受動的存在」として位置づけられ固定化される可能性がある。

本稿第Ⅰ部で敷衍したように、社会的排除者の社会参加を促進する背景には、個人を社会に参加させることによって労働力を確保したり経済基盤の強化を目指したりといった政策立案上の理由が存在していた。労働力として社会に参加することを推奨する制度設計は、実際には階層やジェンダーなどの諸要素が制約的に作動しているにもかかわらず、「個人の責任」のみであるような論調が強まり、労働力として社会に参加できる良き市民と、そうではない市民という二項対立を生みだす結果となっている。

このように考えると、「社会参加型の教育」という、いわゆる市民性の向上を意図した「法教育」実践と、国家との役割をめぐる議論には、本来、一定の緊張関係があるはずである。ところが、管見の限り、現状の「法教育」実践および消費者教育実践には、法的知識の啓蒙のみに終始する場合や[38]、ディベートを行う場合においても、現在存在しているルールを所与の前提として議論をするという形式をとっている場合がほ

[38] 知識面の伝達に終始しているという批判が存在する一方で、児童・生徒・学生の理解度及び実践者の理解度や時間的制約などの外在的要因により、市民社会と国家の緊張関係について教えたくても教えられないというジレンマが存在していることもまた事実である。

とんどである[39]。法的知識の啓蒙は、日常生活を生き抜く上で重要な事柄であるが、「社会参加型」という文言の魅力に引き付けられた盲目的な実践の展開は、その裏に隠された政策的意図を見落とすばかりか、エリート教育化に拍車がかかることにより、結果的に「社会参加型」の理念とかけ離れていく危険性を内包している。

②現状肯定型「法教育」への危機感

以上、これまでは法務省法教育研究会報告書内にある「社会参加型の教育」という文言に着目し考察を行ってきた。消費者教育や市民性教育の敷衍と課題の抽出を行うことにより、国家と市民社会との間にある緊張関係を無視したあるべき消費者像・市民像の強制の危険性が潜在的に存在している点を指摘した。

市民と国家との緊張関係という論点に関連して、池田賢市は、司法制度改革審議会意見書にある文言に着目して批判している。すなわち、司法制度改革審議会意見書（2001）が、「国民の一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的でかつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画する」「司法の中核をなす訴訟手続きへの新たな参加制度として、刑事訴訟法の一部を対象に、裁判官と共に責任を分担しつつ協働する」という文言に着目し、司法への参加が、市民としての「権利」ではなく、国家からの「強制」という側面が強く押し出されていると危惧している[40]。また、「法」と「道徳」との区別が曖昧に語られている点や、法教育研究会の提唱する主要内容の一分野である「ルールづくり」の内容についても、子どもたちが「法」を普遍的で絶対的なものだと認識したり、規範意識の強調につながったりするのではないかという考察が行われ、そうした実践の効果が結果的に法

[39] いわゆるルール作りの授業においては、所与の前提としてのルールを教えるだけではなく、ルール自体を主体的に作ろうとする取り組みも行われているが、一方でそうした取り組みは、「ルールを作れば問題が解決する」というルールに対する絶対視を育み、硬直化したルール意識を促進しかねない場合もある。

[40] 池田賢市（2008）『法教育は何を目指すのか―「規範教育」か「主権者教育」か』アドバンテージサーバー、4-6頁。

を所与の前提として捉えるに留まってしまう法認識を醸成してしまうのではないか、という危機感を指摘している。

同様に、現行の「法教育」が、現状肯定型の法認識を助長させ、既存の体制に対する順応性を過度に高めてしまう危険性を指摘するものとして、渡邊弘がある。渡邊は、司法制度改革審議会意見書（2001）による「国民的基盤の確立のための条件整備」としての「司法教育」の位置づけや、それを受けた法教育研究会報告書（2004）が、「行政改革や規制緩和」などにより「今まで以上に透明なルールによる紛争解決が求められ」ているとする見解を出している点、さらに中央教育審議会（2008）の学習指導要領改訂に向けた答申が「事前規制社会から事後チェック社会への転換」が進んでいる社会において「自己責任を果たし、他者と切磋琢磨しつつ一定の役割を果たすためには、基礎的・基本的な知識・技能の習得やそれらを活用して課題を見いだし、解決するための思考力・判断力・表現力等が必要である」と述べている点を挙げ、これら一連の改革路線は、「そのような改革路線を所与の前提としてそこへ主体的に「参加」していく能力を涵養するもの」になっていると分析した上で、「日本社会の実相と日本国憲法の間に厳然として存在する相違を認識」したり、「日本国憲法の理念を基準とした社会形成を担う主権者たる力量を涵養」したりするという観点は、「後景に退いている」と指摘している[41]。

樫澤秀木は、近年の「法教育」について「法化」論の立場から検討を深めている。すなわち、法務省法教育研究会報告書が示す教材のテーマについて、日本の法化現象の問題性[42]に対応した構成となっている点に関して一定の評価を行っている一方で、法教育実践が展開される「教育の

[41] 渡邊弘（2008）「新学習指導要領と法教育」全国民主主義教育研究会編『立憲主義と法教育』、39頁。

[42] 樫澤は論考内で田中成明（1994）の記述を引用しつつ、日本の法化現象にたいして「法の支配や立憲主義の考えを含む普遍主義型法が十分定着しないままに、管理型法と自治型法への拡散傾向を強めている」との認識を示している（樫澤秀木（2009）「「法教育」は可能か―「法化」論の論点から―」法社会学会71号、92頁）。

場の権力性」や、日常生活における「法の限界性」についての無自覚性についての不十分さを指摘している。同時に、「本報告書の教材が、法と日常感覚とのズレについて、生徒に考察を深めさせることを求めずに、日常感覚が間違っているとの印象を与えて終わっている」と指摘し、「日常生活をも法によって規律すべきとの構想をもっているのではないか」という危惧を示している[43]。

具体的には、法務省法教育研究会が示しているルール定立型の教材を例に挙げ、それが「不自然に単純化」されている点に疑義を抱いている。すなわち、ペットの飼育が禁止されていないマンションにおいて、犬や猫の飼育をしている住民と、そうではない住民との間に、ペットのなき声や悪臭等に悩まされ、住民間に対立が生じているという状況にあるとき、教材では、「対立を解消できるルールを創ろう」という単元において解決を図ることを提案している点について、マンション販売業者や管理組合などの関わりを一切度外視して、「ルールをつくればすべて解決」という論調になる危険性が存在している点を指摘している。その上で、「法の固有の意義」を理解しやすくするには、「法による被支配」を回避しながら、「一方では法の意義を教えながらも、他方では法を限界づけ、相対化する教育を行う必要もあるのではなかろうか」との指摘を行っている。

こうした一連の批判言説を踏まえると、「法教育」実践が行われる「場」自体に由来する排除性や、教師と生徒の間にあるパターナリズムの存在が、法学者や法曹関係者が作り上げた教材の「素直な」遂行にどの程度影響しているのかについては、なお継続して注目していく必要があると言えよう。さらに言えば、司法ネット構想において期待されていた「法教育」との関連性については、「法教育」という言葉のイメージに左右されることなく、理念と実態のギャップを直視した上で、改めてどのような取り組みが必要とされ、いかなる内容を射程に置いているのかを検討する必要に迫られていると言えよう。

[43] 前掲樫澤（2009）、97-99頁。

このような現行の「法教育」実践に対する批判的言説に共通しているのは、「法」を所与の前提として捉えていること、既存の改革路線への「参加」が強制されていること、である。「法」をなぜ守るのかという論点の欠如、固定化された規範意識教育への危機感が根底に存在している[44]。

以上、これまでの「法教育」実践は、教育システムから排除されている状態にある人々の存在について無頓着であった点と、とりわけ「法教育」としての消費者教育が法的知識の啓蒙に重点をおいていた点が、社会参加型の教育という理念との乖離を生む要因となっており、また所与の前提としてのルールをもとに騙されない消費者教育を行うことで無意識のうちに受動的な市民像の固定化を促進していたという課題が指摘できる。

日本で展開されている「法教育」実践が真の意味で「社会参加型」の実践であるためには、法的知識の啓蒙に終始するだけではなく、市民性を巡る議論、国家との役割関係論、排除状態にある人々への敏感性、メディア・リテラシーの涵養など、社会と自身とを考える上でのバランス感覚を培うことに重点を置いた取り組みが重要であると言えよう。そうした努力を重ねることによってしか、「社会参加型」実践は成立し得ないと思われる。

第四章　システムが内包する排除性

第三章では、従来の「法教育」実践の現状と課題について概観してきた。とくに国家と市民との関連性につき、社会参加型という理念と実際の展

[44] 一方で、こうした法教育批判言説に対しては、抽象的な理念の教示に終始してしまう点や、法批判概念が不明瞭である点などが指摘されている。例えば、関（2011）は、法教育批判には現状肯定に対するものと規範教育に対するものという二つの批判があると分析した上で、法批判言説が他国の法制度や過去の法制度との比較を契機として議論を展開している点に限界点を見いだし、法批判の思考形式についての検討の必要性を説いている（関良徳（2011）「法教育と法批判」法社会学75号『法の教育』有斐閣、90-104頁）。

開との間に発生し得る方向性の違いを指摘してきた。こうした考察を踏まえて、本章（第四章）では、「法教育」実践が展開される「場」に由来する排除性に着目し、「法教育」が暗黙の前提として見逃していた論点の指摘を行う。

はじめに

「社会参加型」実践を真に可能にするためには、前章で指摘した市民社会と国家との緊張関係への敏感性を持った実践の蓄積が必要不可欠である。こうした避けては通れない論点のほかに、システム自体が内包する排除性をいかに乗り越えるか、という論点が残されている。

すなわち、第Ⅰ部で見てきたように、社会的排除状態の連鎖構造からの脱却を目指すための１つの方策として、各システム間のスムーズな行き来を可能にした「トランポリン型社会」の実現が福祉政治学分野の知見から指摘されていたが、そもそも「トランポリン」の恩恵を享受するには、「システムに問題なくコミットしている状態」を暗黙のうちに要求している。

このように、暗黙の前提としてシステムへの参加を要求している場合、そこでなされる提案は、システム内部にいる人々、すなわち「包摂メカニズム」に乗っている人々にとっては有効性を発揮する一方で、制度メカニズムに乗っていない人々、すなわち「疎外メカニズム」にいる人々にとっては問題の解決策を提示していない。

前章で分析した社会参加型の実践を目指す「法教育」実践においても、同様のことが指摘できる。つまり、すでに包摂メカニズムに組み込まれている人々を対象に展開されている「法教育」実践は、法的知識の啓蒙という部分に関しては有効性を発揮する一方で、「社会参加型」とは遠いところの疎外メカニズムにいる人々にとっては、有効性を発揮しないばかりか、実践の場がほとんど学校に限られていることを見ると、実践そのものが届いていない状況にある。

このように、システム内部で実践される取り組みは、暗黙の前提としてシステムへの参加状態を要求しており、システムから複合的に排除されている状態にある人々に対する排他性を持ち合わせているというリアリティが存在していることが分かる。

社会参加するということの１つの側面に、社会資源を有効に活用することが挙げられるとすれば、社会的排除状態にある人々にこそ必要とされているであろう法的支援や社会保障制度の活用は、システムからの排除状態にある限り届かないという構造になっている。こうした、ニーズのあるところに必要な支援が届かない実態、法的支援を必要とする人のもとに法的サービスの情報提供が届かないという現実は、システム自体が持つ排除性、すなわち、システムを動かしている専門家に付随された権威性に対する忌避意識や、法的情報を提供している行政窓口自体に対する拒絶反応など、当事者の心理的要因がシステムの作動を阻む障壁として厳然と存在している点を浮き彫りにしている。

このような現実を前にした時、従来の「主体性」や「自立」のロジックは機能しない。以上のような問題意識を持ち、本章では「法教育」実践が事実上展開されることの多い学校教育現場に着目し、実践の場が持つ権力性、すなわちシステムが持つ排除性について考察する。排除状態が発生する構造的要因について概観することを通して「社会参加型」を理念におく実践が構造的に直面してしまうジレンマについて明らかにしていく。

第一節　実践の場に由来する排除性と「参加」の強制

従来の「法教育」実践は、そのほとんどが、主として学校教育現場を実践の舞台としてきた。逆説的に言えば、「法教育」実践を享受するためには、その前提として教育システム内部に包摂されていることが要求されている。

しかしながら、関係的側面において社会的排除状態にある子ども、例えばひきこもり状態にあったり、不登校状態にあったりする場合、学校教育システム自体からすでに疎外されている状況にあり、「法教育」実践をはじめあらゆる教育の機会から排除されている状況にある。

このように、「法教育」実践が実際に成立している場面と、暗黙のうちに要求している前提とを概観した上で、本稿の問題意識に照らし合わせてみると、従来の「法教育」実践が無意識に内包している課題として、「法教育」実践校および「法教育」推進側の構成員のほとんどが進学校であり、そうした進学校の教員が「法教育」実践を推進しているという事

実の存在が挙げられる。すなわち、進学校ではない学校において、「法教育」実践は浸透しているとは言えない状況にあり、「社会参加型」の実践は、実際のところ、次世代における社会のリーダーたちを早期に育成する実践にすり替わっていると分析することができる。

このように分析するとき、「社会参加型」をうたう実践の内実は、実際のところエリート教育化しているのではないかという指摘ができよう。

①エリート教育としての「法教育」

「法教育」実践が行われる実践の舞台、すなわち実践が展開される場所に由来する批判としては、「法教育」実践は実際のところ、あらゆる側面におけるリソースに恵まれた学校でしか成立し得ないという批判がある。この批判の背景には、「法教育」実践が成立可能となる前提条件に、生徒の学力と理解力、そして実践を実際に行う教員の力量、及び保護者の理解、管理職や学校全体の実践への理解など、一連のリソースが一定程度以上で充たされている必要があり、「法教育」実践が成立可能となる諸要因を網羅的に満たしている必要があるという現実問題が存在している。

実際のところ、「法教育」実践の研究校はいわゆる各地域での進学校であり、加えて法務省法教育研究会や法教育推進協議会に出席したり、関連する会議に招聘されたりしている参加者たちは、一様に、日本でも有数の進学校の教員たちである。

つまり、そこで展開される「法教育」実践は、結果として法曹の卵を養成するためであるとか、あるいは公民教育の側面が強調されているとか、いわゆる「エリート教育化」しているという批判がなされている[45]。

扱われる内容も、生徒自身が弁護人・検察・裁判官役になって模擬裁

[45] 非公式の場面で、進学校ではない中学校及び高等学校において学校教員をしている者に対し法教育実践について尋ねたところ、意義や理念については共感を覚えるが、実際の現場においては、学校の荒廃や学校運営上の諸業務に忙殺されており、正直なところ法教育どころではないという主旨の複数の発言を得た。それらの現場においては、授業成立の前提としてまず教科書に記載されている感じの読み書きからスタートする例や、食事習慣の欠如により生活習慣を立てなおすという意味でまず家庭科教育が優先される例もあるという。

判を行う事例や、町内会におけるごみ出しのルール作りを考える事例など、事前に一定程度の法的知識を必要とする内容が多い。

また、「法教育」に関する内容自体は、今般の新学習指導要領において様々な教科で触れられているが、一般にはやはり社会科で扱われることが多くを占めている。社会科での授業が成立し得るということは、生徒達に一定の素養がある場合を前提としている。

つまり、第一に、「法教育」実践を展開できるだけの外的要素（教員の能力・理解）が備わっており、それを受容できる環境であること（生徒の理解力）、さらには実践が具体的に成立し展開し得る環境にあること（保護者の理解）、の諸条件が満たされて初めて学校教育現場における「法教育」実践が成立する。逆説的に言うと、そうした諸条件に欠けている学校は、実践展開の機会を逸するばかりか、「場」として不適合という判断をされてしまう。

したがって、今日行われている「法教育」は、「法教育」実践を行う教員、生徒、保護者などの学校現場を取り巻く環境自体が法教育という新たな教育実践に好意的であるという側面と、法教育推進者の中核にそうした進学校の教員らが実務的に参加し協力しているという側面の両面により「構造的に」推進されている、と言えよう[46]。

②教育システムへの「参加」の強制

本稿の問題意識に引き付けたとき、「社会参加型」の実践をうたう「法教育」実践が、実際のところは進学校やそれに類する学校教育現場で展

[46] 一方で、実施校の偏差値上の位置づけを見て、すぐに‘エリート教育’であると断言するのは拙速である。上述したように、日本における近年の法教育導入の歴史は比較的浅い。取り組みの歴史が浅いことと、現状の方向性を肯定することは分けて考えることが重要であるが、とりわけ教育実践の現場においては、まず取り組み先進校を設けて効果を検証し全国へ広める際の検討材料とするという手続きが取られるという事情も念頭に置いて判断する必要がある。したがって手続き上教育実践校に挙げられるのは必然的に法教育の効果が期待されやすい学校や、法教育実践に積極的な教員が在籍している学校に実践の展開が集約されがちであるという背景事情が存在しているという点についても、事実として認識しておく必要がある。

開されており、教育システムから排除されている子どもたちや、教育歴が相対的に短い子どもたちには、それらの実践は届いていないというリアリティが明らかにされた。すなわち、社会的排除リスクが高く、社会への進出が早期であることが予想され、法の制度的側面（法的知識）と法の価値的側面（自由、平等など）の両面が生きていく上で喫緊に必要な状態であるにも関わらず、そうした子どもたちのところには、これまでの「法教育」実践はアプローチできていない実相が存在している。

学校教育システム自体からの排除やつまずきは、①社会生活を営む上で必要不可欠な知識を得るチャンスと、②社会資源に気付きそれを活用するチャンスという、二つの側面におけるチャンスから困難状況にある子どもたちを排除している。

困難状況にある子どもたちは、経済的にも人的にも文化的にも基盤が弱く、周囲からの支えも弱い状態にあることが多い。受験、浪人、進学といったあらゆる進路選択場面において、ただでさえ経済的事情から浪人をしないために志望校レベルを引き下げたり、進学の際に経済的理由により志望校が限定され一回限りでの合格を迫られたりという、「失敗する自由」が奪われている状況にある。中卒後、あるいは高卒後にすぐ社会へと押し出されるという、「急かされた自立」をせざるを得ない状況で、義務教育期間プラスアルファという相対的に短い教育歴を送る彼ら彼女らにとって、その短い学校生活時代こそが、その後の生活基盤を支えるスキルを身に付ける最後の機会と言っても過言ではない。

しかしながら、ひきこもりや不登校、中退などの理由により一度教育システムから排除されてしまった人々は、教育システムへの再度の参加を試みない限り、知識の獲得と社会資源の活用方法の認識と言う、社会を生きていく上で不可欠な機能を確保することから遠ざかったままになっている。

そうした現実を鑑みた時、若年層からの「不利の蓄積」[47]を少しでも断ちきるために、「法教育」実践の「場」を、学校教育現場に限定せず、あ

[47] 子ども期からの不利の蓄積について、虐待問題と家族との関連性について論じたものに、松本伊智朗（2013）『子ども虐待と家族―「重なり合う不利」と社会的支援―』明石書店。

らゆる形態の実践の場へと拡張する必要があると指摘できよう。自主的な判断を推奨する「法教育」実践が、教育システムへの参加の強制をなくしては実践の成立がなし得ないというのであれば、本末転倒である。法的支援や法的知識を現実の問題として必要としている人々にその要素を届けることができない状態は、「社会参加型」とうたいながらも、実際には、参加できない背景を顧みず、恵まれた層が自分たちの後継者を育成するために編み出したエリート養成教育であると批判されても反論ができないと思われる。

こうした状況を鑑みた時、「法教育」の捉え方自体も、法的知識の啓蒙という側面はもちろんのこと、困った時に相談できる人間関係の構築や、「社会資源とつながることのできる力の涵養」という側面にも重点を置いて捉える必要があると指摘できよう。

第二節　システム自体からの排除と排除状態の内面化

（1）前提条件の欠如　―意欲の格差状態―

教育システムからの排除状態は、社会への「参加」に不可欠となる基幹部分を直接揺るがせる可能性が大きい。特に、義務教育段階における排除状態は、その後の人生において、あらゆる基盤の欠如に直結する。

学歴と階層との相関関係は、すでに教育社会学の分野においても研究の蓄積がなされているように[48]、学習機会の剥奪と、それに伴う学歴獲

[48] 代表的なものとして、苅谷剛彦（2001）『階層化日本と教育危機―不平等再生産から意欲格差社会へ―』有信堂高文社。苅谷剛彦（2008）『学力と階層』朝日新聞出版。関連して、いわゆる日本の平等神話、すなわち教育という媒体が入ることにより親世代の格差は子どもには引き継がれない旨の捉え方は、佐藤俊樹（2000）『不平等社会日本』中央公論新社、によって、まさに神話であるという実態が指摘されている。さらに教育福祉学の分野においては、青木紀（1997）は、北海道の小中学生のデータを基に、親の社会階層や生活の水準が、子供の家庭環境や学校との距離などを通じて子供にあらゆる影響（いじめや不登校、非行等の不利状況）を与えていることを指摘している（青木紀（1997）「貧困の世代的再生産―教育との関連で考える」庄司祥子・杉村宏・藤村正之編『貧困・不平等と社会福祉』有斐閣、129-147頁）。

得機会の欠如は、就労における選択機会の多寡に帰結している[49]。また、知識の蓄積以外に、学習過程において身に着くと期待されているものとして、自ら考える力の形成や得た知識の応用という側面が挙げられるが、教育システムからの排除は、このような、生きていく上で最も根幹をなすと思われる力の育成が期待されている場所への参加と、機会自体の喪失を意味している。

○学習資本の欠如

苅谷剛彦（2008）は、自ら学ぶ力の形成や蓄積、それらの応用などを総合的に捉えた「学習資本」の存在を指摘しているが、まさに「学習資本」は学校教育現場のみならず、その後の人生全般において人とコミュニケーションをとり生活を営んでいく上で必要不可欠な資本であると言えよう。そして、人生の初期段階にこうした「学習資本」の獲得機会を逸した子どもは、社会との関わりや人間関係の構築に何らかの支障を抱えてしまう帰結となる場合が容易に予想される。

あらゆる社会的基盤の基礎を形成し得る時期に、経済的資本や人的資本を形成する上でも不可欠である学習資本の欠如を招くことは、複合的な排除状態に、人生初期段階に置いて組み込まれ、継続化・固定化されてしまう可能性を大いに含んでいる。

---

[49] 一方で、親の階層が子どもの階層に継承されるとする格差の継承論に対して盛山和夫（2003）は、1955年から1995年の間における職業的地位による階層分類を用いた上で、階層移動が閉鎖化していないことを明らかにしている。その上で問題なのは「同レベルの学歴であっても、出身階層によって本人階層の分布が異なるという格差」であると指摘している（盛山和夫（2003）「階層再生産の神話」樋口美雄・財務省財務総合政策研究所編著『日本の所得格差と社会階層』日本評論社、99頁）。本稿の問題意識に引き付けた時、たとえ同じ学歴を持っていたとしても、周囲に存在する人的ネットワークやそれに伴う職業に対する意識の違いから、進路選択や職業選択の際に躊躇が生じたり、あるいは特定の職業への道筋を提示されたりという面において差異が生じていると捉える事ができよう。（例えば、同じ大卒資格を持つ者のうち、親が弁護士である者は自分もなってみようと思い弁護士資格の取得を進路選択の１つとして捉える可能性が大きく開かれている一方で、周囲に法曹がいない場合には、法的専門職という職業自体が持つ権威性への忌避意識から別の選択をする可能性があるという場合など）。

第一章でも述べたように、一度構造的な要因に起因して排除状態に陥ってしまうと、複数のシステムからの排除を招きやすくなり、その状況が継続されると、再度社会システムへアクセスしてみようとする意欲が奪われ、結果として教育システムや法システムを、「意図的に」「自らの意志で」拒絶してしまい、表出した拒絶が内面化した不平等状態を隠蔽する構造を作り上げていってしまう。

（2）自己責任論の内面化
―構造的要因に由来する不平等状態への等閑視―

学習資本の欠如が、生徒自身のアイデンティティや進路選択にどのように影響を及ぼしているかについての調査研究に、Maguire（2000）がある。これは、日本で「法教育」を導入する際に参考にされたイギリスの市民性教育もその枠組みに位置づけられていたナショナル・カリキュラム（地域による教育格差の緩和をうたい、カリキュラムをはじめ教授方法や評価基準が統一化されたもの）が、どのように学校文化に変容を引き起こし、生徒のアイデンティティ形成及び進路選択にいかなる影響を及ぼしているのかについて、特に義務教育の終了時における生徒の進路選択と進路選択をした理由について着目した調査である。

それによると、生徒は、自分が行った進路選択を「個人的に行った選択である」と捉える割合が高く、Maguire はそれを、「教育の平等化を目指すナショナル・カリキュラムの提供は、結局のところ、構造的な不平等による格差の隠蔽に寄与している」と分析している[50]。

この現象は、個人に付随する制約的要素、すなわち階層やジェンダー、職業や居住地などが制約的に作動することにより、実際には選択の幅が狭まっているにも関わらず、現象としては「個人化」が進んでおり、また意識的にも個人が選択しているという主観的感覚が存在しているという現象である。

この現象は、まさしくキデンズが言うところの「個人化」であると指

[50] Maguire, M.（2000）中村浩子訳「イギリスの教室をとりまく文脈―構造化されたアイデンティティの役割」藤田英典・志水宏吉編『変動社会の中の教育・知識・権力』新曜社、346-372頁。

摘できよう。また、個々人が行う選択には、実際のところ階層やジェンダーによる個人に付随する制約的要素が強く作用しているにも関わらず、選択という現象面と意識面においては、個人が行っているという主観的感覚が高まるという、構造化された個人化の現象であると分析できる。

こうした、構造的要因に由来する不平等状態がいつしか内面化し、いつの間にか「個人」の問題として帰結しているという現象は、今日の日本社会を取り巻く実相においても散見されている。すなわち、制度面における統一化･画一化は､すでに包摂メカニズムの内部にいる人々にとっては「平等な」評価基準として作用する一方で、包摂メカニズムの外部である疎外メカニズムにいる人々にとっては、「平等に提供された機会」を活かしきれなかった人々として位置づけられる。結果の不平等を個人に由来するこのような構造は、システム活用の前提条件である意欲の多寡やシステムへの親和性が、その人が属する階層や経済状況、生育過程に由来している場合があるにもかかわらず、そうした背景を覆い隠す機能を内包している。

統一化・画一化がもたらす構造は、構造的原因に由来する格差状態を隠蔽する機能を有しており、その機能は人々が自分自身や他者をラベリングするという意味付けにつながっている。このようにして、構造的要因に由来する不平等状態への等閑視は再生産され、当事者たちもまたそのロジックを自己内面化してしまい、なおさら不平等状態の発掘が困難になっている状況を発生させている。

第三節　排除状態の連動性

（1）子ども期からの不利の蓄積

社会構造的制約により構造的に引き起こされる「個人化」の傾向は、不登校児研究や中退問題研究でしばしば言及されている[51]。

---

[51] 例えば、本田由紀（2005）『若者と仕事―「学校経由の就職」を超えて―』東京大学出版会。本田は、努力することを個々人が自由意思に基づいて行う行動であるという通例の理解に対して問い直しが必要であると指摘し、「努力ができるという能力」自体に違いが存在していると指摘する（本田由紀（2005）『多

その１つとして、学校教育システムと雇用システムの硬直化が指摘されている。すなわち、第一章でも触れたように、家庭から学校、学校から労働へ、という従来の日本型社会構造は、雇用形態が多様化し不安定化した現代社会においてはすでに機能不全に陥っているという指摘である。

その背景には、雇用システムと学校教育システムとの連関が、相変わらず単線的で一方通行型であることが要因として存在している。機能不全の象徴的な状態として高学歴ワーキングプアの実態が挙げられ、労働市場の要求と教育現場との乖離を表している[52]。

問題なのは、先に見たような「学習資本」の欠乏を抱えた場合、すなわちコミュニケーション基盤を喪失している場合である。複数の機能システムからの排除は大人に限られた問題ではなく、子ども期の貧困の存在が近年の研究により顕在化している[53]。子ども期からの不利の蓄積は、その後の人生における困難を予想させるばかりか、貧困の再生産を断ちきる契機をも失いかねない状況を暗に示している。

子ども期の不利を蓄積する大きな要因の１つに、上記で挙げた貧困や被虐待経験が位置づけられるが、そのような顕在化した困難状況にない場合においても、例えば不登校や中退などによって学校教育システムからの脱落を加速する場合もある。雇用システムと教育システムとの硬直化したつながりは、一方では教育システムにうまく包摂されている場合にはある程度雇用システムへの移行がスムーズに行われる可能性が高ま

元化する「能力」と日本社会―ハイパー・メリトクラシー化の中で』NTT 出版、84-85頁）。また、従来の日本型社会構造が持つ問題点につき若者の実態に即した論考として、宮本みち子・小杉礼子編著（2011）『二極化する若者と自立支援―「若者問題」への接近―』明石書店。本稿の問題意識との関連で言えば、若者の「自立」問題に着目し社会構造の変化との関連からひきこもり事例を挙げ人的資本の強化の必要性を説いたものに、太郎丸博（2011）「自立困難な若者の研究動向」前掲宮本・小杉編著、79-96頁。

[52] 宮本みち子（2012）『若者が無縁化する』ちくま新書。

[53] 子ども期の不利を複合的かつ具体的に理解するために、例えば、浅井春夫・松本伊智朗・湯澤直美編（2008）『子どもの貧困―子ども時代のしあわせ平等のために』明石書店。

ることを示しているが、もう一方では、教育システムからの排除が雇用システムへの不接合へと容易に結びついてしまう実態を意味している。

ここにも、１つのシステムからの排除がその他の社会システムからの疎外へとつながる構図が見て取れる。

（2）「努力の普遍性」への疑義　―意欲格差社会の現実―

もう１つ重要な論点は、学習への動機づけに対する「格差」の拡大である。

例えば、教育社会学の分野においては、特に欧米を中心として教育達成と出身階層との関連性についての研究が蓄積されている。生得的能力と階層差についての実証的研究の萌芽としてはDavis（1995）が挙げられるし[54]、教育達成と階層との関連について「文化的再生産」という概念を用いたブルデューの研究も、教育学の分野に留まらず広く知られている[55]。

これらの先行研究は、例えば家にある本の冊数や美術館に行く回数、教育に投資できる経済的余裕、親の最終学歴など、家庭内において蓄積されている文化的な要素が、子どもの学校における学習態度に影響を及ぼしているという理論を展開している。同様に、バーンステイン（1975=1980）も、家庭における言語資本が学業達成に及ぼす影響を研究し、学校生活上を有利にするものとして、生得的あるいは後天的な部分に影響を及ぼす階層間格差に着目している[56]。このような欧米における一連の「階層と教育」研究は、主として先天的あるいは後天的に形成される「能力」に重点を置いて研究を進めていると言える。

一方で、日本における階層と教育研究の出発点は、欧米におけるそれ

---

[54] Davis, Allison (1955) “Social Class Influences upon Learning”, Harvard University Press.

[55] 家庭における文化資本の多寡と学業達成との関連に着目した代表的な論考として、ブルデュー、ピエール / ジャン＝クロード・パスロン（1970＝1991）『再生産―教育・社会・文化』（宮島喬訳）藤原書店。

[56] バーンステイン,B.,（1975＝1980）佐藤智美訳「階級と教育方法」、カラベル, J./A.H. ハルゼ―編（1977＝1980）『教育と社会変動（上・下）』潮木守一・天野郁夫・藤田英典編訳、東京大学出版会。

とは別の枠組みで論じられることが多い。すなわち、欧米においては出身階層による格差がある意味で自明のこととして捉えられているのに対して、日本の先行研究では階層による能力の格差にダイレクトに目を向けるのではなく、「個人の努力」により大きな比重を置いて議論を行う「メリトクラシー型議論」[57]が主流であった。

これは、学校における社会的機能の１つとしても捉えられている考え方であり、学校で一生懸命勉強を頑張って偏差値の高い高校へ進学し、一流とよばれる大学へ入学し、よい就職をして、より高い地位を手に入れるという、一連の人生における成功は、「個人の頑張り次第」だという考え方である[58]。

こうした、「ガンバル」ことに主眼を置く日本型メリトクラシー議論は、よりよい人生を送るためにはガンバル必要があり、ガンバッテよりよい人生を切り開いてきた人にはそれ相応の報酬や名誉を与えるべきだとする考えが根底にある。そして、こうした文脈で語られる議論においては、誰もがガンバレるはずであるとする暗黙の前提が存在している。

---

[57] メリトクラシーについてヤング（1982）は、貴族による統治と支配であるアリストクラシー（出身階層に由来する統治と支配の関係）に対して、メリット、すなわち能力のある人々による統治と支配が成立している社会（個人の能力に応じて統治と支配が関係づけられる）であると意味付けている（マイケル・ヤング（1982）『メリトクラシー』窪田鎮夫・山元卯一郎訳、至誠堂、15-16頁）。現代日本においては「業績主義」や「能力主義」という訳語があてられることが多い。

[58] 日本のメリトクラシー型議論について竹内洋（1995）『日本のメリトクラシー―構造と心性―』東京大学出版会は、日本のメリトクラシーが「純化したメリトクラシー」であると捉えられるとし（竹内1995:243）、その背景として欧米では個々人が属する階層が社会的地位に与える影響が大きい一方で、日本社会においては「大衆的競争状況」（竹内1995:2）があり受験や昇進競争による努力の度合いにより獲得できる社会的地位は異なってくると分析している。メリトクラシーの指標として教育達成（学歴）を捉える点について、U. ベックは「よい成績の卒業証書だけでは、ますます不十分でなくなっているが、同時にますます必要不可欠なものになっている」（U. ベック（1986＝1998）『危険社会―新しい近代への道』東廉・伊藤美登里訳、法政大学出版会、303頁）と分析し、社会的地位の決定における無秩序状態を指摘している。

すなわち、個人の自由意思に基づく努力（＝ガンバルこと）は、皆に平等に与えられており、そうした努力を行わない人間は単に怠けているだけだとする考えである。こうした議論の背景には、機会を均等に与えれば、人々はそれに向かって努力をするものであり、したがって、たとえ出身階層が低くとも努力により成功できる可能性が開かれているとする、「機会平等論」の考え方が基本にあると捉えることができよう。こうした考えのもと、ガンバルことができなかった人々は、「機会が均等」に開かれているにも関わらず「個人の自由意思による努力」を放棄した結果として、怠惰な人間という烙印を押されることになる。

このような、「努力の普遍性」を暗黙の前提におく議論は、次章で詳述する生活保護受給者への周囲の視線、すなわち受給者に対するスティグマ的視線にも共通している前提であると言えよう[59]。また、複数の機能システムから排除されている人々が、システムへの包摂を試みる際に障壁となっているであろう心理的要因が生じる背景にも、こうした「努力の普遍性」に関する人々の、あるいは社会全体の暗黙の前提を、社会的弱者とよばれる人々自身が敏感に感じ取っているからこそ生じている、と捉えることもできる。さらに言えば、法システムの存在と現代社会とのリアリティのギャップが存在している原因の多くに、こうした「機会平等論」あるいは「努力の普遍化論」があると言えるのではないだろうか。システムの存在だけでは困窮状態にある人々を救済し得ないとする本稿の問題意識に照らすとすれば、社会全体が暗黙の前提としていると思われる「機会平等論」「努力普遍化論」の存在を、困窮者自身がときに無意識に感じ取るがゆえに、「権利」として「平等」に保障されているはずの法的解決方法の作動を躊躇しているという実態が指摘できる。

こうした、「機会の平等化論」に違和感を抱き、教育達成における「結

[59] 生活保護行政を担当する社会福祉システムが、システムを運用している行政職員の姿勢（いわゆる水際作戦など）により内部から崩壊し、その結果として生活保護の活用自体を阻害している現象を「逆福祉システム」と捉え、とくに北九州市における事例の分析を通して指摘したものに副田義也（2013）『福祉社会学の挑戦―貧困・介護・癒しから考える―』岩波書店、2-48頁。

果の不平等」の背景には能力の差異だけによってもたらされるのではなく、出身階層による「努力の不平等」もそこに大きく介在しているのではないか、という指摘を行う日本の研究者に、苅谷剛彦がいる。苅谷は様々な媒体で階層間格差と学力との関連性について指摘しているが、とりわけ、苅谷（2001）は、高校生の学習時間の階層差について父母の職と学歴との関連につき重回帰分析をした上で、「努力の階層差」について分析している[60]。

先行研究により指摘されてきた努力の階層差とその拡大という研究知見は、メリトクラシーの議論が暗黙のうちに前提としてきた「努力の平等」という言説自体に疑問を生じさせる視座を提示している。とりわけ、日本の教育を対象とした議論は、これまで努力主義を強調し、「だれもが同じように学校での成功に向けてがんばる（がんばらせる）しくみ」（苅谷2001:159）が作動してきたというイメージを巧みに構築してきた。

しかし、本稿第Ⅰ部で敷衍してきたように、外在的要因による社会的排除の進行が次第に内面化し、自己肯定感の低下や意欲の減退に代表される自己疎外状態が加速するというリアリティの発見は、これまでの日本社会が前提としてきた努力主義、すなわち努力＝平等であるという暗黙の前提が、もやはひとつの幻想に過ぎないことを示している。

もちろん、個人が行う努力により、親世代からの貧困の再生産を断ち切ったり、人生における選択の幅を大きく広げたりする場合もある。しかしながら、個人の「失敗」を、各個人の「努力の欠如」のみに理由づけて説明しようとするとき、そこには日本型メリトクラシーの弊害、すなわち「能力」や「意欲」の格差という重要な論点の存在を見逃すことにつながる。

本田や苅谷が指摘するように、「努力＝平等主義を基調とする日本型メリトクラシー」が抱える二重の意味での隠蔽構造は、とりわけ受験競争を突き進み現に社会的地位が高い人々がひそかに抱えている努力への自負に対して、冷静に立ち止まって考える契機を与えていると言えよう。そして、「法」の「教育」を行う際には、ただ単に法の制度的側面、すな

[60] 苅谷剛彦（2001）『階層化日本と教育危機―不平等再生産から意欲格差社会へ―』有信堂高文社、159頁。

わち法的知識のみを伝えるのではなく、法の価値的側面、すなわち人権の保障や平等の考え方を伝える必要があると思われる。さらにはその際に、「努力への自負」に対して冷静に立ち止まって考える契機を与える必要があると指摘できよう。

とくに、これまで第三章において検討してきたように、今日の日本で行われている「法教育」実践の舞台は、日本でも有数の進学校で行われているケースが多く、推進者たちもそれらエリート校の関係者であるという事実が存在している状況を鑑みると、「努力＝平等主義を基調とする日本型メリトクラシー」が持つ二重の意味での隠蔽構造に目を向ける実践の必要性が高いことが指摘できる。

第四節　学校外「法教育」実践の可能性

以上、近年の「法教育」実践を巡る動向を概観し、そこに内包される課題について述べてきた。

整理すると、司法制度改革以後の動向に代表される「法教育」実践がもたらした効果としては、学校教育現場に新しい風を呼び込み、教員と法律専門家達の協働による実践や、模擬裁判等の実践的学習の蓄積がなされていること、が挙げられる[61]。

一方で、日常的に多忙を極めている教員の勤務実態に照らした時、教育制度の変更や新しい教育内容の要請は、しばしば学校教育現場に混乱をもたらし教育内容の深化や子どもへの対応に支障をきたしている場合があることも指摘されている[62]。

さらには、学校教育現場に限定されがちな現状の「法教育」実践では、

---

[61] 日弁連の模擬裁判選手権や、各単位弁護士会によるジュニアロースクールなど。ジェンダー・バイアスに関する学習の集大成として模擬裁判を行い、学生たちに「内なるジェンダー・バイアスへの気付き」を促したものとして、宮園久栄（2005）「法曹養成におけるジェンダー・バイアス克服の試み」自由と正義第56巻３号など。

[62] 例えば、油布佐和子（2007）『転換期の教師』放送大学教育振興会、堀内孜（2001）『学校組織・教職員勤務の実態と改革課題』多賀出版。また、教員の実態調査については、文部科学省 HP「病気休職者数等の推移」。文部科学省（平成18年）「教員勤務実態調査」などに詳しい。

何かしらの事情により教育システムからこぼれおちてしまった子どもについては対応ができない可能性を内包していることを指摘してきた[63]。被虐待経験を持つ子どもや、不登校、中退などで学校教育システムの「外側」で生きている子どもたちには、総じて経済状況や親子関係、友人関係など、あらゆる側面における社会基盤が脆弱である場合が多い。また、義務教育期間を終えた後、あるいは高校卒業と同時に社会へと押し出され、「急かされた自立」を迫られる場合には、十分な自衛のための法的知識や、社会生活を営む上で必要不可欠である他者とのコミュニケーション能力、また困った時に相談できる第三者の大人の存在が、いずれも欠乏している[64]。

これらから、義務教育段階に相当する期間において引き続き「法教育」実践を展開するとともに、教育システムから排除されている子ども・若者に対する「法教育」の提供も必要であると言えるであろう。これまでの「法教育」実践は、主として学校を中心として展開されており、教員と法律専門家による共同実践として模擬裁判型実践を展開する場合にも、基本的には「法教育」実践に熱心な教員が在籍している学校の生徒が主役となることがほとんどである。「法教育」は、前章で見たようにそれぞれの団体（法務省、日弁連、日司連等）の定義を見る限り、展開される場を学校に限定して定義付けしているわけではない。したがって、従来の実践の良さはそれとして残しつつも、これからは学校外における実践の場を開拓し、広く一般に向けた「法教育」実践を行う必要性が生じてくると思われる。とりわけ、社会関係資本の欠乏状態にある場合には、社会資源とつながることのできる力の有無が致命的な事態を回避することにもつながる点を考慮に入れると、本稿で言うところの包摂メカニズム内だけでの実践ではなく、疎外メカニズム内における実践の必要

[63] もちろん、「学校」の存在が唯一の逃げ場のようになっている子ども達（例えば被虐待経験を持つ場合など）にとっては、学校教育現場で展開される実践こそが必要である場合も考えられる。

[64] 急かされた自立を求められる児童養護施設の実態について、子ども達の背景事情を丁寧に追ったルポとして、大久保真紀（2011）『児童養護施設の子どもたち』高文研。

性が求められている。

小括　現代社会への応答と「法教育」

第三章と第四章において考察してきた「法教育」関連の潮流と近年の動向をもう一度整理すると、今日における一種の「法教育ブーム」は、従前から行われてきた既存の教科の教育実践に加え、裁判員制度導入を含む一連の司法制度改革と学習指導要領改訂に伴う強力な後押しがなされたことで到来したものであると捉える事ができる。これまで蓄積されてきた実践で取り扱われる内容や観点には実践主体により多種多様な形態が存在しているが、全体としては市民性向上としての役割が無自覚にもしくは自覚的に内包されていると言えよう。

このように、これまでの日本におけるいわゆる「法教育」実践やそれに関わる数々の研究は、主として法的リテラシーの涵養や、社会への「参加」を目指す、といった文脈で語られることが多かった。

しかしながら、近年の日本社会の現実を見るにつけ、社会的排除や生活困窮状態の顕在化の諸問題など、社会に「参加」したくてもできない状況にある人々も多数存在している。「法教育」が市民性向上としての役割を内包し、社会に「参加」することの重要性を意識づける教育であると捉えるならば、まさに今、「法教育」は現実社会への応答を迫られていると言えよう。同時に、これまでの「法教育」実践には、このような視点が欠けていたと指摘できる。とりわけ第四章における検討では、教育システム自体が持つ排除的要素を取り上げた。そこでは、現在展開されている「社会参加型」の実践であるはずの「法教育」実践は、成立するための前提条件が現在のところ限定的に捉えられているために、ときに無意識に、システムが持つ排他性という構造的ジレンマを強化させている点を明らかにした。社会参加型実践である「法教育」が暗黙の前提として見逃していた論点、すなわち、社会参加型実践である「法教育」がその理念とは逆行して、ときに排除の主体として機能している側面（逆機能）の存在を指摘してきた。

では、いかにして「法教育」は現実社会への応答が可能であるのか。

近年行われた一連の司法制度改革により、法的知識の涵養や法情報の

提供やアクセスポイントの整備などによって人々は司法にアクセスしやすくなった場面も増えてきたと言えよう。また、これまで地域に埋もれ自ら声を挙げられなかった人たちも、例えば司法と福祉の連携による救済に象徴されるように[65]、関係者の工夫と努力、そしてそれを支える制度の維持によってアクセスの確保が可能になっている場面もある。これら一連の諸制度の整備が果たしてきた役割は非常に重要であると同時に、今後もより一層の充実を図ることが期待されている。

しかしながら、近年における司法アクセス拡充施策とその意義を踏まえた上でもなお、残されている課題がある。それは、司法アクセスを整備したり様々な分野における専門家が連携し工夫することで重層的な体制を整備したりしても、それでもなおそれを「自らの意思」で拒絶する人々の存在である。別の言い方をするならば、条件整備や環境整備に「自らの意思」で乗ってこない人々をどうフォローし得るか、という問題である。

そこには、弁護士や教員といった専門職の持つ潜在的権力性の問題と通底する、社会的弱者自身が法的権利者として活用し得るはずの福祉制度自体を、「活用できるもの」として見ていないという問題が存在している。例えば、専門家に相談に行ったということや、トラブルを抱えているという状態自体に対して世間が向けてくるであろう視線や態度という、一種のスティグマを極限まで避け続け、結果として取り返しのつかないほどに疲弊してしまう状況も報告されている[66]。また、そもそも専

[65] 関係諸機関との連携の必要性を述べているものとして、松本三加（2004）「弁護士過疎におけるリーガルサービスの現状と課題」リーガル・エイド研究９号、17-35頁、太田晃弘・長谷川佳予子・吉岡すずか（2012）「常勤弁護士と関係機関との連携―司法ソーシャルワークの可能性」総合法律支援論叢１号、浦崎寛泰（2008）「埋もれた被害は掘り起こさねばならない」自由と正義59巻７号、谷口太規（2008）「隣の人の、暮らしの中に」本林徹他編著『市民と司法の架け橋を目指して』日本評論社、10-23頁、冨田さとこ（2008）「目指せ、隣の弁護士」本林徹他編著『市民と司法の架け橋を目指して』日本評論社、46-60頁、吉岡すずか（2010）「スタッフ弁護士の可能性―関係機関との連携における実践」自由と正義61巻２号、103-110頁、などがある。

[66] 狭い地域で生活保護を受給したり福祉制度を活用したりすることにより受

門家を敵視する当事者の外部認識が、彼ら自身の制度による救済の桎梏になっている、という面も存在している。社会システムが実際に作動するにあたって、そのシステムの稼働者、受益者、当事者とされている人たち自身が保持する認識枠組みが、「システム自体の作動」を阻んでいるというリアリティが存在している。

社会参加型実践をうたう「法教育」が、単なる法的知識の啓蒙や、社会への「参加」を所与の前提として捉え推奨する形に留まらない取り組みとなるためには、第三章及び第四章において指摘した諸問題への応答が必要であることは明らかであろう。

では、具体的に、当事者自身がシステム自体の作動を拒否しているとき、そこにはどのような要因が存在しているのであろうか。法存在と法機能との間にあるギャップが、もはや法の制度的側面の充実のみでは埋められないことはこれまでの考察により示唆されているが、具体的にどのような要因がシステムの作動を阻害しているのだろうか。同時に、その阻害要因を克服するためには、どのような働き掛けが必要不可欠となるのであろうか。

第Ⅲ部では、これらの点につき、考察をすすめる。

（以上、66巻３号）

［付記］　本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「社会的排除と法システム―システム作動要因としての属人性―」（2014年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、日本学術振興

ける周囲からの視線を嫌い、それらから逃れるためにあえて制度活用しない選択をする場合もある。母子世帯の現状に密着し子どもを守るためにあらゆる手段を用いて福祉を「拒絶」し、それによりさらに深みへと滑り落ちていく母親たちの姿を直視したものとして、鈴木大介（2010）『出会い系のシングルマザーたち―欲望と貧困のはざまで―』朝日新聞出版がある。

会「特別研究員奨励費（2011 ～ 2012年度）」（課題番号 :11J56023）およびクラーク記念財団研究助成（2013年度）の交付を受けた。また、加筆・修正にあたって、北海道大学総長室事業推進経費「若手自立支援（A）」（2014年度）および文科省科学研究費補助金「若手研究（B）（2015 ～ 2017年度）」（課題番号 :15K16909）の交付を受けている。

論　　説

中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割（４）

李　　妍淑

目　次

はじめに
第１章　婦女聯合会の全体像　（以上、65巻２号）
第２章　女性の就業問題への取り組み――「自立」を目指して　（以上、65巻６号）
第３章　子ども問題をめぐる活動と家事サービス事業の展開
第４章　婚姻法の制定および改正における婦女聯合会の取り組み
　１　1950年婚姻法の制定について　（以上、66巻２号）
　２　1980年婚姻法改正への参加状況
　（１）制定過程
　（２）主な争点および改正内容
　（３）1980年婚姻法の特徴
　３　2001年改正婚姻法への参加状況
　（１）制定過程
　（２）中華全国婦女聯合会の立法過程への参加
　①　実態調査および座談会の開催
　②　提案内容
　（３）2001年改正婚姻法の特徴
　①　全国婦聯の提案の採択状況
　②　2001年改正婚姻法の特徴　（以上、本号）
第５章　婦女聯合会の役割――法政策にみられるジェンダー秩序
おわりに

２　1980年婚姻法改正への参加状況

（１）制定過程

1976年10月に王洪文、張春橋、江青、姚文元らの四人組が逮捕されたことによって、10年にわたって無法状態をもたらした文革が終焉し、共産党は国家の再建に向けて準備を開始した。党は、先進資本主義国家に比べて経済発展がかなり遅れていることを認識し、1977年８月18日に開催された中国共産党11期全国大会において、革命の継続を堅持するとともに、20世紀末までに農業、工業、国防および科学技術の近代化された社会主義強国を目指す方針を明確にした。また、1978年12月の中国共産党11期３中全会においても、経済を立て直すため「四つの近代化」の実現を強調し、民主と法制の強化路線が提起された[1]。このような情勢の変化を受けて、文革中に活動を全面的に停止していた全国婦聯も再び組織された。中国婦女第４回全国代表大会（1978年９月）において、「四つの近代化は婦女を必要とし、婦女は四つの近代化を必要とする」というスローガンの下で、「四つの近代化」建設への参加を婦聯組織全体の主要な任務として決定した。

また、全国婦聯が中国婦女第４回全国代表大会を準備する過程において地方の女性をめぐる実態調査を行った結果、長い間法秩序が破壊されたこともあって、女性を取り巻く労働状況や権利侵害などの現象が広く存在し、とりわけ婚姻家庭問題における権利侵害が多発していたことが明らかになった[2]。法律上、50年法の成立をもって封建的な婚姻制度は打破されたことになったはずだが、現実にはその残滓と影響が根強く存在し、むしろ文革期間における無法状態の蔓延によって、旧制度の思想や

---

[1] 民主と法制の強化路線への転換は、文革期における社会主義的民主主義の形骸化、「大衆独裁」という名のもとに非司法機関による人身の自由への権利侵害など、社会的に蔓延した法のニヒリズムへの反省によるものであるとされる（木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門（第６版）』（有斐閣、2012年）44 ～ 45頁〔木間正道〕参照）。また、こういった転換は、中国法に新たな立法の風を吹き込んだともいわれる（高見澤磨＝鈴木賢『中国にとって法とは何か』（岩波書店、2010年）78 ～ 79頁参照）。

[2] 編著者不明『羅瓊訪談録』（中国婦女出版社、2000年）180頁参照。

風俗が再び台頭してきた。

たとえば、両親が子の結婚問題に干渉し刑事事件を引き起こすケースや、結婚の先決条件として金品を提供させること、高額で派手な結婚式をすることなどが復活し、一部の地域、とりわけ僻地の山村では女性を虐待することもしばしば発生していたことが報告された[3]。こうした請負婚や売買婚、女性に対する虐待は、女性の解放を大きく阻害しただけでなく、社会の安定と国民経済の建設にも悪影響をもたらした。また、計画出産[4]の不徹底や子どもの教育の不行き届きなども問題として取り上げられるようになり、社会主義に相応しい家庭関係を築くことが急務であると考えられるようになった。そこで、全国婦聯は1978年８月に50年法を改正するよう党中央に求めるに至った[5]。

同年９月に開催された中国婦女第４回全国代表大会においては、「四つの近代化」の実現を主要任務としつつ、「革命の次世代を養成」し、「社会主義思想を以て婚姻家庭関係を処理するべきである」という主張の下で50年法の改正が提起された[6]。そして会議終了後、大会参加者の意見を集約し、全国婦聯主席である康克清の名義で50年法の改正に関する二回目の要請および報告書を党中央宛に送付した[7]。報告書によると、「こう

---

[3] 康克清「反対売買・包辦婚姻、用社会主義思想処理好婚姻家庭関係」中華全国婦女聯合会編『蔡暢・鄧穎超・康克清婦女解放問題文選（1938－1987）』（人民出版社、1988年）351 ～ 355頁参照。これは、康克清が新華社の記者に対して発表したスピーチである。

[4] 中国の人口は、1949年の時点では５億４千万以上であり、1953年になると６億を超え、一時重大な問題として取り上げられ、人口抑制政策を取るべきであると主張したのは馬寅初（当時北京大学学長）が初めてである。その後も人口は着々と増え続け、1979年には９億７千万余（台湾を含む）に達した（周京華「人口学者を訪ねて」北京週報1979年46号21頁；陳慕華「人口を計画的に押えよう」北京週報1979年46号17頁参照）。このような人口増加は、国民経済の発展に釣り合わなかったため、計画出産の実施に向けて1973年に国務院計画出産指導グループが立ち上げられ、政策的な取り組みが始まった。

[5] 楊大文「1980年『婚姻法』的修改与頒行」中国婦運2010年５期26頁参照。

[6] 全国婦聯辦公庁編『中華全国婦女聯合会四十年（1949－1989）』（中国婦女出版社、1991年）198 ～ 199頁参照。

[7] 楊大文・前掲注５）26頁参照。

した（婚姻をめぐる権利侵害）行為は多くの家庭に不幸をもたらしているため、大衆は社会主義婚姻法の公布を切実に望んでいる。依るべき法があることは、社会主義婚姻制度の確立に有利であり、大衆の（経済建設への参加）意欲を引き出すのにも有利である」とした上で、さらに「婚姻法を改正し社会主義婚姻法を公布することは、社会主義における四つの近代化を実現するためであり、上部構造の領域における必要な改革である」ことが示された[8]。

そして同年10月に開催された中央政法グループの座談会において、刑法、民法の制定に向けた準備を進めていく一方で、他方、婚姻法の改正についてもこれに着手することが決定された[9]。その後、11月７日に、党中央は当面新たな問題状況に対応するために婚姻法の改正が必要であるとする全国婦聯の要請を取り入れ、その推進役としての役割を全国婦聯が担うよう指示した。こうして50年法の改正作業は全国婦聯の提言が採用される形でスタートすることになった。

全国婦聯は、最高人民法院、最高人民検察院、民政部、衛生部、計画出産指導グループ、国家民族事務委員会、解放軍総政治部、全国総工会、共青団中央の各部門の責任者が参加する婚姻法改正グループを立ち上げ、その座長には全国婦聯主席である康がみずから就任した[10]。また、本改正グループの下には、楊大文、巫昌禎、馬原などの法律専門家によって構成されたオフィスも設けられた[11]。

同年11月29日、婚姻法改正グループは共同で「婚姻法改正問題に関する通知」を公表し、改正作業は中央政法グループの指導の下で行うことと、各地方に対し婚姻法改正に関する意見を求めることを明確に示した。さらに本通知では、男女の自主的な意思による婚姻が行われるべきであることが宣伝され、晩婚や結婚式に関わる費用の節約を提唱することによって、プロレタリアートの婚姻観や共産主義に見合った道徳的気風を

[8] 楊大文・前掲注５）26 ～ 27頁参照。
[9] 張希坡『中国婚姻立法史』（人民出版社、2004年）229 ～ 230頁参照。
[10] 全国婦聯辦公庁編・前掲注６）200 ～ 201頁参照。
[11] 楊大文・前掲注５）27頁参照。

打ち立てることが求められた[12]。

こうした婚姻法改正に備えて、実態調査と草案作成が同時に推し進められていった。1978年11月から1979年３月までの間に、全国各地において婚姻法改正に関する意見募集が３回行われた。また、河北、遼寧、雲南など11の省（市・自治区）においては、婚姻法改正に関する座談会が開催されており、相当程度に広範囲にわたり、改正作業が進められたことが確認される。募集された意見や座談会などで交わされた議論に基づき、婚姻法改正グループとオフィスの専門家は50年法の改正草案を練り、草案を整えては全国各地の関係部門に送付し、草案に対する意見を求めた。結果、改正グループは合計で６回にわたって、草案を作成しては修正、改善するといった作業を行った。そのうちの４回目以降の草案修正作業については、全国人大の法制委員会にも介入させ、さらなる改良へと努めた。全国人大法制委員会は、改正グループから送られてきた草案をめぐって討論や検討を行い、修正を施すといった作業を繰り返した。そして出来上がった草案は、1980年４月に開催された５期全国人大常務委員会14回会議に上程されたが、さらなる意見募集のために全国各地の関係部門および全国政協宛てに送付され検討されることとした。その後、募集した意見に基づき、全国人大法制委員会と全国婦聯は最後の修正を進め、最終稿は同年９月に開催された５期全国人大３回会議へと送付し審議された。ようやく1980年９月10日に改正案は正式に採択され、1981年１月１日からの施行を公布し、50年法はこれをもって廃止されることになった[13]。

（２）主な争点および改正内容

1980年に採択された新婚姻法（以下、80年法と略す）は、５章37ヵ条から成り、総則、結婚、家庭関係、離婚、附則で構成された。80年法の採択に向けて議論された主要な論点は、婚姻年齢、離婚、夫婦の財産、家庭関係、宣伝教育などをめぐる問題であった。

---

[12] 全国婦聯辦公庁編・前掲注６）200 ～ 201頁参照。

[13] この部分の記述は、楊大文・前掲注５）27頁と張希坡・前掲注９）230頁を参照したものである。

80年法では、総則において「本法は、婚姻家庭関係に関わる基本的な準則である」（１条）という文言が追加されたが、その理由として以下のことが挙げられていた。すなわち、30代以下の多くの若者が婚姻法の存在を知らなかったり、家族紛争において司法部門が婚姻法に準拠しなかったりするなど、法律が重要視されなかった文革期を反省すべきと考えられたからである[14]。こうした背景の下で、国務院は、改正婚姻法の施行を目前に各級政府、とりわけ司法部、民政部に対して法の執行を厳格に行うよう通達を送ったとされる[15]。また２条には、「……高齢者の合法的な権利利益を保護する」（２項）ことと、「計画出産を実行する」（３項）ことが新たに加えられた。ここには、高齢者に敬意を表することが従来から中国社会の道徳として尊重されてきたものの、これを婚姻法に盛り込むことで、婚姻法が単なる法律にとどまるものではなく、広く道徳も含めた家族問題を扱っていることを人々に意識させようとする狙いを窺うことができる。慣習や道徳レベルの問題を法律上の問題として構成することによって、場合によっては国家の強制力が働く余地を残したとも思われる。

また、計画出産については、12条で「夫婦双方はともに計画出産を実行する義務を負う」ことが明記された。この規定は、1973年から推し進められてきた計画出産政策を具体的に法制化したものであり、計画出産政策を推進するための法的根拠として位置づけられるにいたった。むろん、ここで述べられていることは、夫婦に計画出産を遵守するよう法的に求めるという意味であるが、より重要なのは、この規定を根拠とする国家権力が、私的領域においてもきわめて個人的な事柄に属するリプロダクティブ・ライツに対して介入する道を開いたという点である。もっとも、国家の側からみれば、計画出産が今や抜き差しならぬ問題として認識されねばならず、80年法にはこうした理解を広めるとともに、客観的に人口抑制という大きな課題を背負っていたともいえよう。

ほかに、今回の改正に際してもっとも注目されたのは、婚姻年齢の問題であった。80年法は、５条において「結婚年齢は、男は満22歳、女は

[14] 大塚勝美『中国家族法論』（御茶の水書房、1985年）297 ～ 298頁参照。
[15] 同上、298頁参照。

満20歳以上に達しなければならない」とした上で、「晩婚・晩育（婚期と出産を遅らせること）を奨励する」という規定を追加した。これを50年法と比べてみると、婚姻年齢が従来より２歳ずつ引き上げられており、身体的成長はもちろん、勉学を修めて就業し、自立して生活する力といった社会的経験を一定程度で備えている「成人」こそが婚姻に適しているという理解が成り立つ。そして、こうした理解には計画出産政策の推進に役立つといった国家の現状認識が表われている[16]。もっとも、婚姻年齢の制定については、全国から数回にわたって集められた意見とともに、医学分野における専門家の意見も取り入れた上で、農村部と都市部、地方ごとに異なる男女の社会的、生理的特徴も配慮し、計画出産政策の理念を反映させることで、ようやく最終的にはこの形で落ち着いたとされる[17]。

ただ、このような高い法定婚姻年齢は世界的にも稀である。中国においては、まず初めに計画出産政策が先にありき、その上で、政策実現に見合う婚姻適齢期が探られたとみるのが適当であり、婚姻法には、計画出産を意識させるような内容が他にもある。たとえば、６条では婚姻の禁止規定が挙げられているが、50年法における「直系血族および五代（八親等）以内の傍系血族」という部分が、80年法では「直系血族および三代（四親等）以内の傍系血族」へと変更されたような点は、計画出産に起因する優生学的見地が配慮された結果であると考えられる[18]。

ただ、子の氏については、16条で「子は父の氏に従ってもよいし、母

[16] 楊大文・前掲注５）27頁参照。なお、この問題については、全国婦聯の康克清主席は産婦人科の専門家などの意見をも取り入れ、女性の利益に関わるだけに真剣に取り組んでいた、と羅瓊は回顧する（『羅瓊訪談録』・前掲注２）186頁参照）。

[17] 大塚勝美・前掲注14）302 ～ 303頁参照。

[18] ５期全国人大３回会議において行われた改正法案の説明会において武新宇は、「現実には、傍系血族から生まれた子に先天的欠陥を有する場合が多いため、優生学的見地から婚姻法に近親婚を禁止する規定を明確に設けるよう、多くの方面から要望があった」と述べた（武新宇「関於『中華人民共和国婚姻法（修改草案）』和『中華人民共和国国籍法（草案）』的説明（1980年９月２日）」中華人民共和国国務院公報1980年13期392頁参照）。

の氏に従ってもよい」という規定が新設されているものの、この規定をもって子の氏がもっぱら父の氏に従う伝統を否定したことになるとはいえないであろう。むしろ、この規定は、将来的に増加する一人っ子の氏をどうするのかといった夫婦間の間で起こり得る争いを想定し、それを未然に防ぐために設けられたものとして解するのが妥当である。したがって、その意味では、今回の改正において必ずしも男女平等という理念が表現されているわけではないということになるし、この点で全国婦聯のいうところの男女平等の具現化などと評価することはできないばかりか、不適切でさえある[19]。また、このような子の氏に関する規定は、両親が別姓であることを想定して設けられたと考えられるわけだが、50年法においては、11条で夫婦の別姓が認められていたにもかかわらず、子の氏についての言及がない。したがって、この問題が80年法によって明記されるようになった事情としては、計画出産による少子化を強く意識してのことであると考えられる。

次に、修正されたのは、離婚の自由をめぐる問題である。50年法の単意離婚、すなわち「男女の一方が強く離婚を求める場合、区人民政府と司法機関の調停を経ても効果がないときにも離婚を許さなければならない」（17条１項）という無条件離婚の規定は、廃止されることになった。これに取って代わり設けられたのは25条にある次の規定である。すなわち、「男女の一方が離婚を求める場合、関係部門が調停を行うか、あるいは直接人民法院に離婚訴訟を提起することができる。……もし感情がすでに破綻していることが確かで、調停の効果がない場合、離婚を認めなければならない」というものである。50年法との比較でみると、80年法は、「感情の破綻」に関する判断を要するという項目が追加されている点で異なる。

50年法によって単意離婚が認められたことによって、多くの離婚が生

[19] 全国婦聯は、こうした規定は男女平等を具現したものと宣言している。羅瓊「中華全国婦女聯合会副主席の談話」北京週報1981年11号23頁参照。ほかに、家族法学者の巫昌禎も子の氏に関する規定は、男女平等の体現であると主張する（巫昌禎編『婚姻家庭法新論――比較研究与展望』（中国政法大学出版社、2002年）178 ～ 179頁参照）。

じたことは、すでに述べたとおりである。しかし、他方で、人生の一大イベントである結婚、もちろんそれは当事者の望まぬ結婚であったかもしれないけれど、一方の意思をもって容易に離婚が可能であるということから実際に生じた多数の離婚や、さらには離婚に伴い崩壊していく家庭を目の当たりにした地方幹部の多くは、単意離婚を継続することに躊躇したとも考えられる。

また、単意離婚が法的に認められているにも関わらず、なかなか離婚に応じようとしないケースも多く発生し、全国各地において人身事件が多々起きていた。それを受けて、50年法が施行されて間もない頃のことであるが、1950年５月29日の人民日報３面に、「最高人民法院民事法廷第二グループが婚姻法関連の四つの問題について討論」というテーマの記事が掲載されたが、そこには次のように述べられている。

> 裁判離婚を行うにあたっては「……（離婚するには）正当な理由を根拠としなければならず、離婚の自由を濫用したり、これを誤解したりするような者に対しては教育と説得を与え、その誤った思想を糾弾するべきである」。

したがって、法的には単意離婚が可能であるとしても、「正当な理由」がなければ認められない可能性が高く、50年法の下でも当初から婚姻家庭を維持し強化するといった傾向は強くみられる。実際、こうした事情から、司法部門は離婚について厳格に審査を行い、特に妻が最後まで離婚を拒む場合、裁判所は一般的に離婚の判決を下さないことさえあったといわれる[20]。

こうしてみると、80年法において「感情の破綻」が追加された背景には、すでに感情にヒビの入った婚姻関係を無理に継続しても双方に苦痛を与えるだけで、ときには重大な人身事件を引き起こすかもしれないことへの配慮があったといえる。武新宇による改正法案の説明によれば、「長い間、法院が離婚事件を処理するにあたって、厳格すぎたこと」もあり、

[20] 羅瓊「婦連副主席羅瓊女史、新婚姻法について語る」北京週報1981年11号23頁参照。

「改正婚姻法に新たに補足した理由は、婚姻の自由の原則を堅持するとともに、法院にある程度の融通性を与えたものであり、中国の現在の実情に比較的に一致しているからである」。すなわち、「感情の破綻」を取り入れることによって、かえって離婚を容易に行えるようにした、という理解がここには示されている。

しかし、この武の見解は正しいといえるのだろうか。夫婦の間で「感情の破綻」が確認できるかどうか、この点を判断するのはいうまでもなく裁判官である。だが、そうした判断自体が裁判官の自由裁量に委ねられており、何ら裁判所としての統一的判断基準が設けられていないとすれば、今回の改正によって、必ずしも当事者にとって離婚が容易な制度へと変更されたということにはならない。実際、この問題について、1989年11月21日には最高人民法院から「人民法院が離婚案件を審理する際に感情が確かに破綻していることをいかに認定するかに関する若干の具体的な意見」という司法解釈[21]が出されている。最高人民法院は「感情の破綻」を５つの観点から検討し、その上で総合的に判断するように求めた。５つの観点とは、婚姻基礎、婚姻後の感情、離婚原因、夫婦関係の現状、復縁する可能性の有無である。

言い換えれば、「感情の破綻」とは、当事者の主観によって決定されるものではなく、裁判官が上記の５つの観点から検討することによって、客観的に定まるものである、ということになる。ただ、このことから生じる帰結として、当事者の意思と関係なく、「元の鞘におさまる可能性がある」[22]と判断されれば、離婚は難しくなるといった事態も考えられる。楊大文によると、80年法に本規定を取り入れた理由は、「離婚の自由を保障しつつも、軽率な離婚を防ぐための措置であると解されるべき」

[21] 最高人民法院と最高人民検察院が発する裁判規範性のある文書で、具体的な規定や事件類型について解釈を示す「解釈」と立法精神に基づき一般的な規則を制定する「規定」、下級の法院、検察院からの問い合わせ、照会「請示」に対する回答という形をとる「批復」などの形式が採られている（木間正道ほか・前掲注１）105頁〔鈴木賢〕参照）。

[22] 鈴木賢「中国家族法の概要と家族の現況」家庭裁判月報47巻11号（1995年）20頁参照。

とのことである[23]。

また、80年法が制定されたとはいえ、まだ「感情の破綻」が認められないと思われる夫婦に対しては、復縁するように調停するといった人民法院の方針に変わりはなかった。全国婦聯の羅瓊副主席は、この点について次のように述べた。「……もちろん、われわれは移り気で道徳に悖る行為については断固反対する。……一時的な感情のこじれで離婚を決心する夫婦に対して、本人の所属先、婦聯または裁判所は、離婚の自由を保障するが、ただし軽々に離婚することにも反対であり、可能な限り仲直りできるよう調停および説得を行う」と。

最後に、80年法においては、家庭関係における調整範囲が50年法に比べて広くなったことが挙げられる。夫婦、子と親の相互扶助、扶養以外に、祖母と孫の間、兄弟姉妹間の扶養関係も80年法には盛り込まれており、総則にある「高齢者の合法的な権利利益を保護する」（２条２項）という新設規定と同様、社会保障のような福祉的機能を担うことが家庭に対しては期待されていた。中国社会の古い慣習にしたがえば、子が親の老後の世話をするのは当然のことであり、そうした扶養は家族間で担ってきたという歴史的経緯もあって、「養児防老」（老後に備えて（息）子を育てる）、「多子多福」という言葉が多用されてきた。しかしながら、将来的には１人っ子政策と呼ばれる人口抑制政策に基づき家族の規模縮小が予想されることから、家庭内における相互扶助や扶養は期待できなくなる恐れがある。それでもなお、あらゆる関係メンバーを動員し、家族や家庭には社会保障機能の一端を担うよう法律で定めるというのだから、ここにはある種の行為規範として人びとを誘導するよう期待する政権側の意図が窺える。社会保障がまだ完備されていない中国において、こうした制度設計は政権にとって好都合であったといえよう。

また、夫婦の財産については「婚姻関係継続中に得た財産は夫婦の共

[23] 楊大文・前掲注５）27 ～ 28頁参照。また、こうした規定は感情を婚姻の基盤としており、これはマルクス主義の離婚に関する基本的観点に合致するものであるとともに、社会主義的な婚姻の本質を反映したものであるとの評価もされている（楊大文＝龍翼飛＝夏吟蘭編『婚姻家庭法学（第二版）』（中国人民大学出版社、2007年）167 ～ 168頁参照）。

有に属し、双方の間に約定がある場合は除く」として共有財産制を取っており、婿入りに対する差別をなくすためには「結婚登録の後、男女双方は約定に基づいて、妻は夫のほうの家族の構成員になることができ、夫は妻の方の家族の構成員になることができる」とした。

以上のように、80年法は、家族構成員の扶養や計画出産の義務化、子の氏などにおいて新たな規定を設ける一方、50年法の基本原則、すなわち婚姻の自由、男女平等、一夫一婦制などを基本的に継承している。その内容は、主として夫婦関係を定めたものにはなっているが、家族関係における規定（親子、祖父母と孫、兄弟姉妹）などは50年法より増えたとはいえ、依然として少ない。法律の名称も、50年法と同様に「婚姻法」が据え置かれたままである[24]。また、50年法と同様、規定が簡潔であることから、行政機関や法院による解釈規定が改正後に続々と出され、それらは後々に人民法院が家族紛争を処理する際の法源となっていった。

（３）1980年婚姻法の特徴

80年法は、すでに述べたように、文革終息後というきわめて特殊な時期、すなわち計画経済から商品・市場経済へ転換する大きな節目において行われた法改正として、50年法の制定時と同様、他の法律に優先して整備されたという点に特徴がある。文革期の無法状態がもたらした人々の権利侵害に対する反省から、共産党は1978年12月の中国共産党11期３中全会において、民主と法制の強化路線を提起し、社会主義的民主と法秩序の健全化を図るべく立法活動を進めた。

５期全国人大３回会議における彭真（法制委員会主任）の「全国人民代表大会常務委員会の活動報告」[25]によれば、社会主義建設事業の順調

[24] 楊大文･前掲注５）28頁参照。これによれば､最初の起草段階においては､「婚姻家庭法」という名で草案を作成したが、途中で全国人大法制委員会の参加により､再び「婚姻法」に戻したという。その理由として､二つ挙げられた。１つは、法のなかの、家庭関係に関する内容がまだ少ないこと、もう１つはこれまで歴史的に人民大衆は「婚姻法」に馴染みがあり、これをわざわざ変える必要がないということである。

[25] 彭真「中華人民共和国全国人民代表大会常務委員会工作報告」人民日報1980年９月14日１面。

な進展を保障するために、当面もっとも緊急に立法するべき法規は経済関連のものであり、その他で制定が急がれるのは民事法や人口問題と関連する計画出産関係法規であった。だが、こうした動向にもかかわらず、他の法律に先立って婚姻法の改正作業が始まり、かつそのことについて党中央の理解を得ることができたのは、婚姻法を通じて個々人を規律し、ひいては家族の安定を図ることで社会のさらなる健全な発展を目指すためであった。いうならば、改革開放に相応しい社会主義市場経済の建設に必要な人的リソースを確保するといった要請に合わせて、その基盤となる家庭に深く関わる婚姻法から先に整えた、ということであろう。

また、今回の改正は、党中央からの委任によって実現した50年法と違って、完全に全国婦聯の主導の下で、他の関係部署が積極的に立法過程に加わることによって実現された。改正作業に着手してから最終的に採択されるまで２年弱の時間がかかっており、その内容は50年法を引き継ぎつつも、時代的背景を考慮した規定が盛り込まれている。

その特徴として第一に、計画出産政策が全面的に意識されるようになった点である。彭真の活動報告によれば、本来婚姻法の改正案と計画出産関連法規を合わせて全国人大の審議に付する予定であったが、計画出産政策を法律の形にまとめ上げるには、依然として時期尚早であることから見送られ、婚姻法改正のなかで夫婦における計画出産の義務化と「晩婚・晩育」が明文化されるにとどまった。結局、婚姻法は、婚姻法が本来有するべき意味についての吟味をする時間も十分には与えられず、夫婦の出産に関連するという観点から国家の計画出産政策に関わる条項が盛り込まれることになり、夫婦にそれを強制するという形での決着をみた。そして、実際、婚姻法が国の政策を実施する単なる手段として以上の位置づけを与えられることはなかった。こうして、みずからの子どもを産むというきわめてプライベートな事柄に対する国家の介入が許されることになった。

上述したように、新設された規定のなかには、計画出産政策を思わせるものが多く、80年法の時代背景が容易に窺える。80年法は国家の利益を優先的に配慮した改正であり、女性解放を目的とした50年法に比べて大きく異なっている。もっとも、女性解放と計画出産という目的は違えども、国家の政策を実現する手段として用いられているという点で、両

者は共通している。そしてこの辺りの事情は、同活動報告においても明示されている。要するに、「婚姻法は各家庭に関わる重要な『大法』であり、……国家の当面の政治、経済、文化状況により出発し、……社会の需要に合致し科学的根拠を要し、今日だけではなく明日のことも考慮するべきものでなければならない」ということである。もちろん、実際の状況に基づきつつ、将来的には補正が施されることも前提とした上で、ひとまずは、可能なものから順番に法制化を進めていかなければならない。

このような言説から察するに、後に予定されている法整備作業に追われ、婚姻法の改正に割かれる時間やコストなどの面では少なからず限界があったと考えられる。そのため、家族法の観点から本来は検討されるべき規定内容が射程外であるとされ、国家が進めようとする政策を取り入れるのみで、改正作業は終了した。言い換えれば、計画出産を実施するにあたって、共産党政権はその正当性を確保しておくためにも法的根拠を必要としていたということになる。80年法というものが、まさにこうした党（政権）の都合に合わせて改正されたものであった、ということでもある。したがって、この局面における全国婦聯は、女性たちの立場を考慮し権利利益を追求するというよりは、党（政権）の政策に取り込まれる形で、あるいは、それに呼応していく形で全面改正作業に関与していたと考えられる。

特徴の第二は、婚姻法のなかに家族の扶養機能への期待が盛り込まれている点である。経済の発展や生活の向上をもたらした転換期において、就職問題を解決するには時間が必要であった。そのため、家族の連帯や絆を強調することによって多少の問題については、家庭の内部で解決することが企図された。とりわけ、兄弟姉妹間や祖父母と孫の間の扶養義務に関する規定が新設されたという点は、扶養をその決定的基盤とした家族像を想起させる。もっとも、このことは、計画出産によってみこまれた少子化問題とも直接関わっていて、それらを想定した上での対策であるともいえよう。

しかし、ここでもう１点注目しておくべきことは、女性に対する権利保護の問題である。当初、婚姻法改正の理由の１つとして挙げられていたのは、請負婚や売買婚を阻止すること、結婚式を簡素なものとするこ

と、婚姻を手段とした高額な財産の騙し取ることなどの問題を解決することであった。だが、これに関しては、総則に「家族構成員間の虐待、遺棄を禁止する」という網羅的な規定を盛り込んだ以外に特に新しく何か設けられた規定があるわけではない。そして80年法は、結果的に50年法から受け継がれた婚姻の自由、男女平等、一夫一婦制などの基本原則を追従するにとどまった。

他方、50年法では、婚姻の自由へ干渉したことによって傷害者や死亡者を出した者に対しては、刑事責任を追及するとの規定があった（26条）[26]。だが、80年法ではこれが削除され、「本法に違反する者は状況に応じて行政処分または法的制裁を加える」という内容に取って代わり、抽象的かつ一般的な規定へと装いを変えた。したがって、今回の改正内容を検討すれば、50年法にみられた女性の権利利益を重視し保護しようとする姿勢が弱まったといえる。

また、離婚裁判においては、和解調停へと至る方途が探られる傾向にあり、説得が重視されるとともに、高齢者保護、兄弟姉妹間による扶養の奨励といった点から、今回の改正は個人の権利利益より家族という共同体を重視するといった価値観へのシフト移動が確認される。つまり、個人的価値よりも家族という集団的価値を重んじることによって、伝統的な家族扶養機能が社会のリソースとして掘り起こされることになったとみてよい。そして、もしそうであるとすれば、個人利益が集団的利益へと吸収されてしまうといった懸念が生じることになる。

80年法が施行されると、全国婦聯は、最高人民法院、民政部、全国総工会などの部署と連名でこの新しい婚姻法を真剣に宣伝することに関する通知を全国に向けて発した[27]。そして、中国家庭関係研究会と共同で

[26] こうした刑事罰に関する規定が民事関係の法律の中に盛り込まれることは稀ではない。公法と私法の二元論により民法と刑法が明確に区別される、いわゆる近代法の構造と違って、中国法ならではの特徴ともいえる。

[27]「関於深入宣伝婚姻法的通知（1981年11月30日）」中華全国婦女聯合会編『四大以来婦女運動文選（1979－1983）』（中国婦女出版社、1983年）124～126頁参照。本通知は、結婚式の簡素化、婚姻の自由（婚姻自主権）、社会主義的婚姻道徳教育の強化の３つ方面での宣伝を実施するよう要求した。

婚姻法宣伝大綱が作成され[28]、マスメディアを利用した全国民へと向けた啓蒙教育と宣伝活動が行われた。新婚姻法の趣旨が貫徹されるように、重要な意義が広く訴えられた点や、トップダウン式の法律普及活動であった点は、50年法の場合と変わらない。

ただ、重要なのは、このような活動が、婚姻法の趣旨や理念を宣伝し国民に理解を求めるというよりは、婚姻法の中に盛り込んだ国家の政策を広めることに重点を置いている点である。計画出産という国家の政策を実現するのであれば、計画出産に基づく法整備を進めようとするのが通常考えられる手段であろう。だが、80年法ではそうした手段が採用されず、以前から存在する50年法を改正する形で、計画出産に関する規範は婚姻法の中へ盛り込まれることになった。そこに、計画出産が婚姻という家庭や、個人の利益と直接的に関わる問題であることを人々に意識させ、それと同時に国内外の反応を観察しつつ、今後の特別法を制定する際の検討素材にしようとする党（政権）の思惑を読み取ることは、決して困難なわけではない。

したがって、80年法は単なる家族法だけではなく、そこに含まれる個々人の利益が国家の利益とストレートに直結しており、その国家利益を実現するもっとも有望な手段の１つとして80年法は位置づけられている、と理解するべきである。

また、今回の婚姻法全面改正をきっかけとして、1981年11月に全国婦聯は、法律や婚姻・家庭問題に詳しい専門家を招集し、中国婚姻家庭研究会（雷潔瓊初期会長）を設立した上で、婚姻・家庭をめぐるあらゆる問題状況への調査･研究･分析を通じて婚姻法の実施状況の把握に努め、注視していくことになった。

[28]「婚姻法宣伝提綱（1981年12月10日）」中華全国婦女聯合会編『四大以来婦女運動文選（1979－1983）』（中国婦女出版社、1983年）127 ～ 131頁参照。主に、「婚姻法の宣伝・貫徹は全国民の大事である」こと、「婚姻の自由（婚姻自主権）を堅持する」こと、「無駄な浪費に反対し、結婚式を簡素化する」こと、「離婚の自由を正確に理解し、社会主義的道徳風紀を確立する」こと、「家庭構成員の合法的な権利利益を保護し、高齢者を敬い幼い者を慈しむ美徳を奨励する」ことの５つの内容から構成される。

3　2001年改正婚姻法への参加状況

（1）制定過程

改革・開放政策の導入以来、中国の経済は飛躍的な発展を遂げ、都市部と農村部の間における人的・物的構造には大きな変化が生じた。経済の自由化により利益が多元化・多層化するとともに人間関係はいっそう複雑なものになった。その結果、社会構造の変化に伴う権利侵害や家族をめぐる新たな問題状況が現れることになった。たとえば、家庭内暴力、婚姻外の不貞行為による夫婦関係の不仲、それに伴う離婚問題、シングルマザーの貧困問題[29]などが社会的問題として取り上げられるようになり、家族のあり方そのものに危機が及ぶに至った。その他、経済面においても生活水準が向上するにつれて、不動産や株の取引など、人々の財産所有をめぐる状況も改革・開放以前と比べて大きな変化を遂げた。そして、そうした変化に伴って、夫婦の財産関係を規律する法律が必要とされるようになった。実際、わずか37ヵ条で構成されていた80年法ではこうした新たな種類の問題に対応できず、最高人民法院により作成された司法解釈がその法源となることが多かった[30]。

そこで1990年の80年法公布10周年の際に、中国婚姻法学研究会による『当代中国婚姻家庭問題』の編纂において初めて婚姻法の改正が提起され、1993年から立法機関に対して改正が呼びかけられるようになった。当時は、外国法研究の進捗も手伝って、この呼びかけは学界全体から広

[29] 陳葦『中国婚姻家庭法立法研究（第二版）』（群衆出版社、2010年）42頁参照。ほかにも、高齢者の扶養問題、離婚後の子の扶養・教育問題、家庭内暴力被害女性による犯罪率の上昇問題などが挙げられている。

[30] 最高人民法院による主な司法解釈としては、「民事政策法律を貫徹執行する若干の問題に関する意見」（1984年８月30日）、「人民法院が離婚案件を審理する際に感情が確かに破綻していることを認定するかに関する若干の具体的な意見」と「人民法院が結婚登記せずに夫婦の名義で同棲する案件を審理することに関する若干の意見」（1989年11月21日）、「人民法院が離婚案件における子女の扶養問題を処理することに関する若干の具体的な意見」（1993年11月３日）、「人民法院が離婚案件における財産分与の問題を処理することに関する具体的な意見」（1993年11月３日）などがある。

く関心を集めることになった。こうして1995年10月には正式に全国人大の立法計画に組み込まれ、翌年６月には民政部の主導により婚姻法改正指導グループが発足し、座長は民政部副部長楊衍銀、副座長には全国婦聯副主席の劉海栄および最高人民法院民事廷廷長の梁書文が就任した。

1996年11月から1997年６月までの間に、起草作業の準備のために、全国婦聯および関係部門は専門家・学者らとともに地方に赴き、婚姻法改正に向けた調査および研究を行い、そこで得られた知見に基づき第１稿と第２稿の第一次案（[試擬稿]）を完成させ、その名称を「婚姻家庭法」とすることにした。また、同グループは同年６月～９月にかけて第一次案に対する意見を広く求めた上で、さらなる検討と修正を加えることとし、９月～12月には第３稿と第４稿の第一次案を作り上げることに成功した。そして1999年春には、改正婚姻法の第一次案を全国人大の法制工作委員会へ諮問し、全国婦聯の担当する前期起草作業もこれで終了することになった[31]。

ただし、ここでは第一次案第４稿と諮問機関に送付する間に多少のタイムラグがみられる[32]。だが、これは、全国人大（1997年の８期から1998年の９期へ）の改選による人員の入れ替わりによる引き継ぎの際に生じた遅延であり、さらには国務院の組織改編も重なったことから、もともと婚姻法改正指導グループの事務局として使っていた民政部の社会事務司が組織改編により廃止され、婚姻法改正作業が一時中断を余儀なくされたためである。したがって、今回の婚姻法改正において民政部の果たした役割が特別に大きかったというわけではない。むしろ、その後の起草作業は、主に全国婦聯の主導の下で行われたものであると理解される[33]。

---

[31] ここでの記述は、以下の文献を参照した。李銀河＝馬憶南編『婚姻法修改論争』（光明日報出版社、1999年）１～２頁〔馬憶南〕；徐家良『制度、影響力与博弈――全国婦聯与公共政策制定』（中国社会出版社、2003年）194頁；鈴木賢＝廣瀬眞弓「中国における家族の変容と法の対応――2001年婚姻法改正をめぐって」ジュリスト1213号（2001年）87頁。

[32] この間に、第９期全国人民代表大会が行われ、そこでは再び婚姻法改正を立法計画に組み込まれたという（徐家良・前掲注31）195頁）。

[33] 徐家良・前掲注31）195頁参照。

その後も引き続き法制工作委員会と法学専門家との間で検討・修正作業を一往復してから、1999年６月、11章147ヵ条からなる包括的な家族法の体裁をなす法学専門家建議稿[34]が誕生し、法制工作委員会へと提出された。しかしながら、本建議稿が、法制工作委員会による修正を経た後、2000年８月に正式な改正草案として決定されたときにはわずか52ヵ条しか残っておらず、その構成や内容には大幅な変更が加えられてしまっていた[35]。その後、全国人大常務委員会会議において2000年10月、12月、2001年４月と３回の審議[36]を経た後に、2001年４月28日に全国人大常務委員会21回会議においてようやく採択されることになった。

今回の改正は、立法計画に組み込まれてからそれが採択されるまで、およそ５年半を要し、また、人々が現実に直面する具体的な利益に関わる論点を多く含んでいたことから、学界、政界、世論を巻き込み大きな反響を引き起こすに至った。ただ、当初は網羅的で体系的な家族法を目指していたものの、結果的にみれば既存の80年婚姻法の枠組がそのまま踏襲され、一部の規定に対する修正・補充という形で終わった。しかも、法律の名称についても、常務委員会の権限上の理由で既存の婚姻法という名称を変更することなく、そのまま維持することになった[37]。

---

[34] 具体的な章立ては、第１章総則（１～９条）、第２章親族（[親属]、10～18条）、第３章結婚（19～33条）、第４章夫妻（34～49条）、第５章離婚（50～71条）、第６章親子（[父母子女]、72～94条）、第７章養子（95～116条）、第８章後見（117～126条）、第９章扶養（127～133条）、第10章法的責任（134～137条）、第11章附則（138～147条）で構成されていた。全国人大常委会法制工作委員会民法室編『中華人民共和国婚姻法修改立法資料選』（法律出版社、2001年）433～458頁参照。

[35] 鈴木賢＝廣瀬眞弓・前掲注31）88頁参照。

[36] 立法法（2000年３月15日採択・公布、同年７月１日施行）27条によれば、常務委員会会議の議事日程に入れられた法律案については、３回の会期の審議を経てからはじめて表決を行うことができるとされる。

[37] 全国人大常務委員会法制工作委員会副主任を務める胡康生は、婚姻法改正に関するインタビューにおいて法律名称について言及している。編著者不明「修改婚姻法焦点問題詮釈」吉林人大2001年７期38頁参照。すなわち、全国人大により決めた80年法の名称について、常務委員会はその変更権限を有しないとされる。なお、全国人大とその常務委員会におけるそれぞれの法律制定権につい

（２）中華全国婦女聯合会の立法過程へ参加

それでは、一連の立法過程において全国婦聯はいかなる形で参加し、そのためにどのような活動を展開したのか、そしてどのような形で立法提案をするに至ったのかという点について、以下で検討することにしたい[38]。

①　実態調査および座談会の開催

起草作業に備えて全国婦聯が法制工作委員会に協力し最初に進めたのは、人々の婚姻と家庭生活に関する実態調査とその研究に着手することであった。婦聯の中でこの作業を担当したのは権益部という部署であり、権益部は全国婦聯の中でもっとも調査研究や統計・集計作業を得意とする部署であった。もっとも、全国婦聯がナショナルセンターとして全国の各クラスの婦聯ネットワークを駆使すれば、様々な情報データを容易に手に入れることができるであろうし、そうした環境は十分に整っていたとみてよい。地方婦聯による活動報告や、女性たちを取り巻く問題に関する苦情や陳情を受け付ける制度［信訪］[39]を活用すれば、現状把握に特別な困難はなかったであろう。そして、婦聯がこのような資源を占有していたということは、立法作業に必要な参考資料を収集し立法過程へ参加する際にも有利に導いたと考えられる。

まず、全国婦聯は婚姻法改正指導グループの一員として、婚姻法改正に関する調査研究の進め方を内容とする計画書の作成にあたった。法制

ては、木間正道ほか・前掲注１）81 ～ 84頁〔鈴木賢〕を参照。

[38] この部分に関する紹介は、主に徐家良・前掲注31）192 ～ 238頁を参照。なお、今回の改正における背景、主要論点、改正内容などに関する詳細については、鈴木賢＝廣瀬眞弓・前掲注31）86 ～ 95頁を参照。ここでは、主に全国婦聯に焦点をあて、改正のプロセスにおける全国婦聯の役割を検討する。

[39] これは、「人民来信来訪」（人民による手紙と窓口訪問）とも呼ばれ、行政機関に人民大衆が手紙を送るか、または窓口に出向いて行政上の紛争解決を訴えるという一種の行政苦情処理制度として建国当初から確立されている。改革・開放以来、行政機関に対する陳情の件数が急増し、その規範化を図るために行政法規である信訪条例（2005年１月５日採択、同年５月１日施行）が制定された。木間正道ほか・前掲注１）111頁〔木間正道〕参照。

工作委員会が立法作業を進める上で行う調査研究に対して、参照するべき必要な情報は婦聯から提供された。たとえば、調査項目をどのように確定するのか、調査を行う場所をどのように選定するのか、といった質問票作成についての情報がそこでは提供された。調査項目としては、結婚、一夫一婦制、財産、離婚、農村女性の状況、家庭内暴力の６つの問題が含まれていた。また、場所の選定についは、婚姻家庭に関わる諸問題が全国的にみて相対的に多発しているとされる地域である広東､海南、福建などの沿岸部を中心にしながら、紛争が発生した件数の面で著しく不均衡な傾向を表わしている内陸部や沿海の地域を一定数選ぶことで、全国における傾向が把握できるよう注意が払われた。

また、より多方面にわたって情報を把握するために、各行政機関に対して統計資料を提供することが呼びかけられた。たとえば、民政機関に対しては結婚、離婚、離婚原因など、法院に対しては裁判離婚、重婚・虐待事件、未成年の犯罪など、婦聯に対しても婚姻家庭に関わる問題が「信訪」の中で占める割合などの情報がここには含まれている。

そして、こうして集めた情報や統計に基づいて、上海、広州、深センなどで関係部門の担当者や専門家はもちろん、法院や検察院、さらに一般女性も参加する座談会を開催し、婚姻法改正のために広く意見交換を行い、問題を抽出し草案の起草に備えた。2000年５月～６月の間に、法制工作委員会と連携して10回の座談会が開かれているが、そのうち３回は一般の離婚経験のある女性たちによる座談会であったが、これは、いわゆる社会的弱者に対する保護を念頭に置いた、婦聯ならではの取り組みであると考えられる。座談会の参加者は、一般女性以外にも、法院、検察院、公安部門、民政機関、婦聯などの関係者、そして人大代表もおり、広範囲にわたって女性たちの意見交換が交わされることになった。

実態調査といえば、2000年４月に全国婦聯は独自に抽出世論調査を行ったこともある。北京、河北、内モンゴル、黒竜江、陝西、湖北、広東、四川、江蘇、江西など10の省（自治区・直轄市）において、農村部と都市部、経済的状況、学歴などの要素を考慮した上で、4000名（女51.9％、男48.1％；既婚者87.1％、独身者12.9％）の18歳以上の成人に対してインタビューを敢行した。この調査結果によると、91.6％の男女が婚姻法の改正に賛成意見を表明したという。改正の内容については、関

心度の高い順から、一夫一婦制・男女平等・婚姻の自由・請負強制婚の禁止などの基本原則の具体化、有配偶者の不貞行為[40]等による婚姻家庭への崩壊行為、家庭内暴力、夫婦財産制、離婚後の子の扶養問題などに注目が集まったという。だが、このような傾向は、急激な経済発展により、拝金主義思想が蔓延し、人々の家族観や婚姻観に大きな変容がもたらされたことの結果であるともいえる。また、こうした独自の実態調査は、全国婦聯の立法過程への提案活動を大きく支えることにもなった。たとえば、全国人大常務委員会の多くの委員は、改正案について意見調整を行う際に、全国婦聯の調査データを使用していたことが明らかになっている[41]。

その他、全国婦聯が立法活動に参加するにあたって、人的ネットワークも重要な役割を果たした。特に、全国人大や全国政協にいる女性委員との関係づくりを通じて、全国婦聯の意見が立法の場へと反映させることができるよう、積極的に活動が展開された。たとえば、2000年12月１日に、全国婦聯の主催の下で、40名余りの女性委員を集め婚姻法改正に関する座談会が開催された。この会議の席では、婚姻法をめぐる主要な論点の整理と現状の問題についての紹介がなされ、各委員からの意見が求められた。そして全国婦聯副主席の顧秀蓮は、立法過程において一般女性や一般市民の声を代弁できるように、世論の動向の的確な把握にも努めるよう注意を喚起した。その後12月19日になると、全国人大常務委員会副委員長を務める全国婦聯主席の彭珮雲は、北京にいる７名の女性常務委員[42]を招集し、婚姻法改正について意見交換を行い、立法過程に

[40] ここでは、具体的に愛人を囲うこと（主に男性によるもの。原語：包二奶、納妾）や夫婦関係に割って入り他人の婚姻を破壊すること（主に女性によるもの。原語:第三者挿足）を指している。これらを包括的に「有配偶者の不貞行為」とする。

[41] 徐家良・前掲注31）231頁参照。

[42] 当時、全国人大常務委員会には17名の女性が在職し、そのうち７名の女性委員が婦聯と縁故をもっている。すなわち、①趙地（全国人大内務司法委員会委員。1990年以降、全国婦聯副主席、書記処書記、党組副書記などの要職を歴任）、②万紹芬（全国人大内務司法委員会副主任委員、1988年に全国総工会党組副書記、副主席などを歴任）、③瑪依努爾・哈斯木（新疆維吾爾自治区婦聯

おいて一般女性を代表し積極的に意見を表明するよう女性常務委員に対して呼びかけを行った。これに対して、趙地常務委員は、「今回の婚姻法改正案の審議会議で、われわれ女性常務委員は可能な限り積極的に発言し、主張するべきことは主張し、堅持するべきことは堅持しなければならない」とのコメントを出した[43]。そしてこのように形成されたネットワークが活用されることによって、全国婦聯が全国人大常務委員会へとアクセスすることが容易になり、ひいては自らの主張を立法の場へと持ち込むことが容易になったと考えられる。

また、このような婦聯によって展開された人的ネットワークは、全国人大常務委員会およびその法制工作委員会とも重なり合って形成されたものでもあった。それゆえ、先述したとおり第一次案の起草段階においても、全国婦聯は法制工作委員会のために、積極的に実地調査や座談会など婚姻法改正に必要な一次資料の獲得に力を惜しむことはなかった。また全国婦聯が主催するあらゆる座談会や研修会には必ず法制工作委員会の責任者を臨席させることで法制工作委員会に対しては敬意を払い、それと同時に自らの存在感をアピールすることもでき、相互の信頼を深める上で多いに寄与したと考えられる。法制工作委員会副主任の胡康生は、婚姻法修正案（草案）に関する説明において、これまでの婚姻法の実施情況に関する調査について言及し、その際にまずは全国婦聯の活動について触れ、その貢献するところを認めるに至った。また、改正内容についての説明においては全国婦聯の提供した一次資料が使われ、全国婦聯の立場も折に触れて紹介されたといわれている[44]。

主任、全国婦聯副主席などを歴任）、④李明豫（全国人大内務司法委員会委員、第８期全国婦聯執行委員、常務委員などを歴任）、⑤聶力（国防科工委科学技術委員会副主任兼事務局長、全国婦聯副主席などを歴任）、⑥銭易（全国人大環境与資源保護委員会委員、全国婦聯副主席などを歴任）、⑦黄啓璨（全国人大環境与資源保護委員会副主任委員、1988年から全国婦聯副主席を歴任）である。徐家良・前掲注31）222 ～ 223頁参照。

[43] 全国婦聯権益部「人大女常委座談修改婚姻法的情況匯報及相関建議」（2000年12月19日）。

[44] 全国人大常委会法制工作委員会民法室編・前掲注34）４～９頁参照。なお、改正婚姻法が施行された後の記者会見においても、胡康生は全国婦聯の調査研

このように、一連の立法過程においては、全国婦聯の存在が非常に重要な地位を占めており、一定の役割を担っていたことが理解されるであろう。もちろん、こうしたことは、全国婦聯の有する特殊な地位および人的ネットワーク、そしてナショナルセンターを頂点とした組織自体の全国的ネットワークと密接な関係があり、全国婦聯だからこそ実現が可能になったのだろうと思われる。彭珮雲は、ある講話の中で、「（全国婦聯の）権益部は婚姻法改正過程において筋のたったことを押し通したため、われわれの意見は全国人大常務委員会およびその法制工作委員会に重んじられ、しかも多くの意見が佐託されるにいたったのである」との自己評価を行ったことがある[45]。

②　提案内容

全国婦聯は、みずから実態調査や座談会を展開することによって、社会の各方面からの意見や声を婚姻法改正作業の中に取り入れ、問題状況の把握やその後の改正提案を進めていく際の基盤づくりに関して、大きな役割を果たすことになった。そして、取得された情報やデータに基づき、2000年７月、全国婦聯は内部の意見交換と意見統合を経て、「現行婚姻法の改正に関する意見」という建議稿を作成し、全国人大常務委員会法制工作委員会へと送付した。また同年７月25日、全国婦聯の名義で「五大建議書」を260部印刷し、全国人大常務委員会の李鵬委員長および各副委員長、法制工作委員会、法律委員会、内務司法委員会、国務院法制辦公室、最高人民法院、最高人民検察院、法学者等へと配布した。その「五大建議書」には、重婚の禁止および配偶者を有する者による不貞行為の禁止、家庭内暴力の禁止、夫婦財産制の整備、離婚後の子女の面接交渉および扶養問題、無効婚姻制度に関する規定の増設などが盛り込まれたものであり、今回の婚姻法改正に関する全国婦聯による立法提案でもあった。そこで、以下、それぞれについて触れてみたい。

究や提案について高評価を与えた（「関注新婚姻法――全国人大常委会法工委挙行記者招待会」人民日報2001年５月16日10面）。

[45] 彭珮雲「修改婚姻法是一件利国利民的大事――在全国婦聯婚姻法（修正案草案）宣伝教育培訓班上的講話」中国婦女報2001年２月12日１面。

まず、提案１として挙げられたのは、重婚の禁止および配偶者を有する者による不貞行為の禁止についてである。この問題は各提案の中でもっとも重視されたものであった。全国婦聯は、配偶者を有する者による不貞行為をめぐる問題について、1980年代からすでに問題視していた。その端初となったのは、1981年11月25日に一般女性が配偶者の不貞行為（「第三者挿足」）を問題にした書簡を、当時の中共中央主席である胡耀邦に送ったことである。

同年11月29日、胡は全国婦聯に本書簡を回付し、「家庭は社会の細胞であり、その良し悪しは直接社会の発展に対して影響をもたらす。だが、家庭問題には非常に厄介な面もある。したがって家庭問題は法律によってのみ拘束するべきではなく、社会世論に対し的確に応えていく必要がある。……共産党青年団、労働組合、文化団体、教育界とも連携し、本件をしっかり捉えた上で解決するべきである。10年程度こうした問題に対して取り組むのであれば、各家庭は親密になり、人々も愛情をもって接し合うといった新局面が現れるであろう」との指示を出した[46]。

そこで全国婦聯では、この指示に基づいて、翌1982年１月18日、26の関係部署とともに胡の指示をめぐって討議し、婚姻家庭領域における社会主義的精神文明の構築を目指すために、各機関・各組織に「五好家庭」活動[47]を展開するよう呼びかけることにした[48]。また1984年８月９日には、全国婦聯は北京市婦聯と共同で社会主義的婚姻の道徳教育座談会を開催し、「社会主義的家庭関係を保護し、配偶者を有する者による不貞行為の問題を解決する」という報告もなされた[49]。こうして、配偶者を有する者による不貞行為の問題においては、当時から社会主義的家庭関係を崩壊させるといった負の面が捉えられており、全国婦聯も一貫して反

[46] 中華全国婦女聯合会編『四大以来婦女運動文選（1979－1983）』（中国婦女出版社、1983年）45頁；全国婦聯辦公庁編・前掲注６）245 ～ 246頁。

[47]「五好」という言葉は、５つの素晴らしいことを意味するが、具体的には、国（集団）を愛すること、労働を通じて豊かになること、計画出産を実行すること、団結し助け合うこと、規則や法律を守ることである。これを各家庭において実行するよう呼びかけたのである。

[48] 全国婦聯辦公庁編・前掲注６）248頁。

[49] 同上。

対の立場を採り続けてきた。

2000年４月に行われた全国婦聯の抽出世論調査によれば、愛人や妾をもつ者に対して、94.2％の者が制裁を加えるべきであるとの回答が寄せられている。特に男性が愛人や妾を囲うといった行為（「包二奶」）については、外国商人や国内企業の社長などの富裕層のみならず、党や政府の幹部[50]も多く含まれていた[51]。また、このような不貞行為が原因となって生じかねない非嫡出子が問題視されており、家庭および社会の安定を図る上ではもちろんのこと、計画出産政策の実施という観点から見ても問題であり不都合であることから、この問題に対しては早急の取り組みと解決が求められていた。提案１の背景にはこうした事情があった。

そこで具体的には、２つの面から提案がなされた[52]。まず、刑法に規定されている重婚罪についての司法解釈を行うことによって、重婚認定基準を拡大することが考えられた。それによると、次の行為が「重婚」とみなされた。すなわち、「配偶者を有する者が別の者との結婚証明書を受領した場合、配偶者を有する者が別の者と結婚式を行った場合、配偶者を有する者が別の者と結婚式を挙げずとも夫婦名義を用いて特定の住所で共同生活を営んでいる場合、配偶者を有する者が別の者と夫婦名義を用いずとも同棲し特定の住所で共同生活を６月以上にわたって営んでいる場合」である。

また、改正婚姻法の総則においては、一夫一婦制を法が保護するといった趣旨の条文を追加することとし、有責配偶者の損害賠償責任および無責配偶者への財産分与上の配慮についても規定を設けるべきであるとした。そうすることで、有責配偶者に対する責任追及が実現されるだけではなく、無責配偶者への経済的利益も配慮されることになり、公平原則

---

[50] 党員幹部による不貞行為問題は、党の風紀を乱すだけではなく、党内の腐敗をもたらしていることから、政府はときどきその取締を強化してきた。広東省では汚職罪で摘発された幹部の95％に愛人がいたという。また、同省の紀律検査委員会が党員幹部の愛人問題について調査した結果、75件が発覚され、しかも非嫡出子が34名もいるとされる。全国婦聯権益部「堅決遏制重婚 納妾『包二奶』等行為――修改婚姻法建議之一」中国婦運2000年９期28頁参照。

[51] 「婚姻法応如何修改」人民日報海外版2000年11月３日５面。

[52] 以下の具体的な内容については、全国婦聯権益部・前掲注50）28頁を参照した。

を体現したいわゆる離婚の自由も制限されずに済むと考えられたわけである。

もっとも、なぜ不貞行為といった、いわば道徳的、倫理的な問題を刑法または婚姻法という法律的次元へと持ち込み処罰の対象とするのかといった点については疑問が残る。私的自治の原則に基づき国家による民事不介入を原則とした法体系に対する考慮はまったく度外視されているように思われなくもない。しかしながら、そこには全国婦聯の強い意志、すなわち、中国社会に蔓延している不貞行為について、それは社会生活上の安定を損ないかねず、党内の風紀を緩め計画出産政策をも阻害しかねないマイナス要素であると位置づけることによって、これを一挙に抹殺しようとする強い姿勢が窺われるのではないだろうか。

中国において法律上の婚姻を成立させるためには、申請書を提出し登記を行う必要がある。この点、すでに司法解釈によって、登記を行っていない事実婚は刑法上の重婚罪（258条）に含まれると解されていたところであるが、婚姻法改正過程においては、それを男女の不貞行為一般にまで拡大し処罰の対象とすることが検討されていた[53]。だが、これらは、あくまでも法律上の婚姻関係にある妻に対してその地位を保護しようとするものにすぎない。したがって、不貞行為の相手方で婚姻外の関係にある女性は保護の対象とされず、むしろ処罰対象とさえなりうることから、全国婦聯が保護の対象とした「女性」には限定的な意味付与がなされていたことについては、注意をしておく必要がある。すなわち、男性との不貞行為によって傷つけられた女性の権利利益を保障し回復しようとする視点ではなく、法律上の婚姻関係にある女性を重視することで、社会の基盤であり根源であるとされた家庭を保護し、ひいては計画出産政策を滞りなく推進し社会生活に安定をもたらすことに寄与するかどうか。全国婦聯は、あくまでもこうした視点から婚姻法改正に関する問題を捉えていた、というわけである。

---

[53] 当時、不貞行為一般に対する処罰規定を設けることについて、学界には消極的な声も多かった。たとえば、李銀河＝馬憶南編・前掲注31）に収録されている陳新欣論文（293 ～ 300頁）、肖雪慧論文（301 ～ 303頁）、馬春華（307 ～ 311頁）、李銀河論文（312 ～ 316頁）を参照。

次に提案２として挙げられたのは、家庭内暴力についてである。全国婦聯の統計によれば、1998年から1999年までの２年間で、婦聯組織全体における家庭内暴力に関する訴えは陳情総件数の15％～18％を占めており、改正婚姻法に家庭内暴力の禁止規定を入れるべきと回答した者は96.1％に達したという[54]。司法部門が提供したデータによると、家庭内暴力は離婚に至る主要な原因の１つとして、離婚事件総数の50％～60％を占めていたとされる[55]。広東省婦聯が行った1589世帯に対する抽出調査によると、実に29.2％と３割近くの家庭が暴力問題を抱えており、そのうちの約８割の79.4％は夫から妻への暴力によって占められていたとされる[56]。

この時期、家庭内暴力はすでに世界各国でも重要な問題として認識されるようになっており、女性に対する人権侵害であるとして大きくクローズアップされるようになっていた。諸外国の多くでは、すでに家庭内暴力に関する特別立法が行われており、女性を暴力から守ろうとする動きが活発になってきた。1993年12月、国連総会は「女性に対する暴力撤廃宣言」[57]を満場一致で採択し、1995年に開かれた北京世界女性会議は、「女性に対する暴力」を「人権」および「貧困」とともに最重要課題の１つとして位置付け[58]、中国政府もこれらの宣言を批准し、課題につ

[54]「婚姻法応如何修改」人民日報海外版2000年11月３日５面。

[55] 王萍「婚姻法的修改完善応重視予防和制止家庭暴力問題」婦女研究論叢2000年５期23頁；全国婦聯権益部「制止家庭暴力応有明確地法律規定――修改婚姻法建議之二」中国婦運2000年10期28頁参照。

[56] 全国婦聯権益部「修改婚姻法建議之二」・前掲注28頁参照。

[57] この宣言は、女性に対する暴力が個人的問題ではなく、女性と男性の力関係という社会構造上の問題であること、貧困や文化が生み出す特定の地域や階層の問題ではなく、国際社会の普遍的な問題であることを確認した。さらに、女性に対する暴力を「ジェンダーに基づく暴力」と定義し女性の人権問題として位置づけ、私的な関係における暴力の撤廃に対しても国家に責任があることを明示した。戒能民江『ドメスティック・バイオレンス』（不磨書房、2002年）63頁参照。

[58] 北京会議で採択された「行動綱領」では、被害者への補償と加害者処罰のための立法措置、とくに暴力防止と加害者制裁に実効ある法制度を各国政府に求めており、より具体的かつ強力に法制化が要請されていた。戒能民江・前掲注

いても同意を与えている。こうした世界的な動向を受けて、家庭内暴力に対する法制化の声が高まる中、全国婦聯は、家庭内暴力が女性への差別であり、家庭の崩壊を招きかねない深刻な問題であると訴え、男女平等の実現や社会の安定の維持のために禁止規定を設け、早急な解決を図る必要があることを提案した。そこで、具体的には、家庭内暴力を定義し、法的効果などを定めた上で、加害者に対しては制裁を加えることによって被害者を保護し、社会の安定を図ることが考えられた[59]。

提案３は、夫婦の財産に関して、である。80年法は、約定で決めた財産（契約財産制）[60]以外、基本的に法定財産制として夫婦財産共有制をとっていた(80年法13条)[61]。しかし､契約財産制を設けてはいたものの、具体的な実施方法については一切言及されていなかった。すなわち、契約は書面によるべきか否か、契約の公示方法はどうするべきかなどの諸手続の詳細について不明なままであった。しかし、経済の発展に伴い、

65頁参照。

[59] 全国婦聯権益部「修改婚姻法建議之二」・前掲注55）29頁参照。

[60] 80年法に定めた契約財産制は、その手続きにおいて空白があったため、利用しにくい制度となったこと、制度の存在すら知られていないこと、契約を締結してもその有効性が認められない場合が多いことなどから制度の形骸化がみられると指摘する論者もいる。鄧宏碧「現行夫妻財産制応当改善」李銀河＝馬憶南編・前掲注31）328 ～ 329頁参照。

[61] このような共有財産制においては、夫婦の一方がまったく収入を持っていない場合でも婚姻関係存続期間中に得られた財産は共有とし、離婚の際にはそれぞれ半分の持ち分が認められていた。また、一方が死亡した場合には、まず固有の持ち分半分を控除した上で、残りの半分を相続財産として法定相続人が相続を行う。これは、通常、収入を持っていないのが妻の方が多いことから、主に妻を保護する意図にもとづいて立法されているともいえる（木間正道ほか・前掲注１）219 ～ 221頁〔鈴木賢〕参照)。なお、夫婦の共有財産に含まれる財産について、最高人民法院による司法解釈がある。それによれば、①一方または双方の労働により得た収入と購入した財産、②一方または双方が相続または贈与によって得た財産、③一方または双方が知的財産権による収益、④一方または双方が請負、賃貸などの生産・経営活動によって得た収益、⑤一方または双方が得た債権､⑥一方または双方のその他合法的な所得が含まれるとされる。「人民法院が離婚案件における財産分与の問題を処理することに関する具体的な意見」(1993年11月３日）を参照。

農村部と都市部を問わず生活条件が向上し、個人も家庭も一定程度の財産を所有するようになったため、こうした共有財産制および諸手続の不透明性が夫婦各人の利益保護にとっては不十分であることが明らかになってきたわけである。

全国婦聯の調査によれば、契約財産制を取った方がいいとの回答は35.2％であり、法定財産制を取った方がいいと回答したのは35.8％と、ほぼ同程度であった[62]。だが、婚前財産については、42.6％が財産登記をした方がいいと回答したのに対し、必要ないとの回答は57.4％にも上った。遼寧省北寧市による婚姻登記と婚前財産の公証に関する統計によれば、1999年に婚姻登記をしたカップルの4137組のうち、婚前財産の公証を行ったカップルは1950組で47％を占めていたが、2000年の四半期に婚姻登記をしたカップルの1004組のうち、婚前財産の公証を行ったカップルは600組と、実に60％を占めるにいたった。同市農村部においても、それぞれ1999年は43％、2000年四半期は55％という高い比率を示している。こうした社会背景からみると、財産における私的所有が一般的になるにつれて、財産への占有意識が高まり、これに対処するための法的整備も求められていったということになるであろう。

そこで、こうした現状を踏まえて、全国婦聯は具体的に以下のように改正建議を提出することにした[63]。まず、改正婚姻法は法定財産制と契約財産制を併用するべきであるとした。しかし、これはすでに80年法においても同様の規定が設けられていたことから、提案として特に目新しいものではない。ただ、いずれを選択するにせよ、婚姻登記の手続を行う時点においては、必ず婚前財産をも同時に登記することとし、婚姻登記ファイルに関連情報を記載するべきであるとした。

法定財産制を選択した場合、婚姻関係存続期間中に得た財産は、特有財産を除いてすべて共有とすることとされた。特有財産とは、一方の婚前財産及びそれに由来する自然増加分や、遺言贈与契約において一方にのみ帰することが明記された財産のことを指す。契約財産制の場合、そ

---

[62] 全国婦聯権益部「完善夫妻財産制度――修改婚姻法建議之三」中国婦運2000年11期39 ～ 40、22頁参照。

[63] 全国婦聯権益部「修改婚姻法建議之三」・前掲注22頁参照。

の契約内容について３つのパターンが用意されており、契約の締結時期にはそれが適用されるとした。その３パターンは次のようなものである。①夫婦の婚前財産と婚姻関係存続期間中に得た財産は双方の所有とする。②婚前財産と一方が婚姻関係存続期間中に得た財産はその本人の所有とする。③婚姻関係存続期間中に得た財産は双方の所有とし、かつ一方の婚前財産は婚姻後10年以上経た時点で双方の所有となる。

上記のような夫婦財産制に関する提案は、おそらく夫婦間の経済的格差がまだ現実に存在することを前提に考案されたものであったと考えられる。仮に離婚という事態を迎えることになったとしても、妻の側が極端な貧困状態に陥らずとも済むようにするといった全国婦聯による弱者救済の配慮が反映されたといえよう。しかし、婚前財産に対する婚姻時登記の義務化、婚姻10年後における婚前財産の共有化、契約内容の指定などの提案内容には、いずれも夫婦の意思と関係なく強制的に諸手続を進めることが予定されており、契約の自由、自由意思の尊重といった私法において重視されるべき価値がまったく軽んじられている点で特徴がある。

もっとも、妻の利益を保護するために採用された措置であることは確かであるとしても、しかしそれが結果的に妻への特別保護に該当しかねない点を考慮すると、この時点でこの法はジェンダーの視点からみて中立的であるとはいえなくなり、ジェンダー平等の観点からみて遥か遠くへ退いてしまうことになりかねない。ただ、全国婦聯としても、妻の利益を代弁するには、このように法律で強制するよりほかに方法がなかったのかもしれない。

提案４は、80年法には存在しない、離婚した親の子に対する面接交渉権についてである。80年法は子の養育費についての規定を設けていたが、離婚後の親の子に対する面接交渉については特に何も述べていなかった。ところが、計画出産政策の推進により状況は一変することになった。ほとんどの家庭において子は１人という状況を迎え、離婚に際しては、子との面接交渉をめぐって論争になるケースが後を絶たず、しかも扶養する側による「子の私物化」といった現象[64]もみられるようになり、離

[64] 巫昌禎編・前掲注19）341頁参照。

婚後に子と同居していない側の親の面接交渉が容易には認められないといった状況が生じている。

また裁判実務においても、明確な法規定がないという理由から面接交渉権を確保することが困難であるといったことが報告されるようになっており[65]、親と子の双方にとって心身ともに悪影響を与えるほどにまで問題になっていた。そもそも面接交渉は子の健全な成長を促すための子の権利でもある。そこで子どもの権利条約の批准を機に、離婚した親との面接交渉を認めるべきであるとする見解もみられる[66]。また、子との面接交渉は子の健全な成長といった個人的権利だけではなく、社会主義的婚姻家庭の道徳の建設とも関係を有している以上、社会全体の関心を呼び起こす必要があるという理解から[67]、改正婚姻法には新たな規定を設けるようにとの提案がなされた。

その具体的内容は、以下の３点から構成される。第一に、離婚後、子と暮らしていない側の親には子に対する面接交渉権が認められる。権利行使における時間、方式は当事者の協議によって決定し、協議が整わない場合は人民法院が判決を下す。第二に、面接交渉権に関する取り決めに違反したり、法院の判決の執行を拒否したりした当事者に対しては、法院は法に基づく強制措置を採ることにする。第三に、子と暮らす親が正当な理由もなく子と暮らしていない親との面接交渉権の行使を半年以上にわたって阻害した場合、法院は子と暮らしていない親の請求に基づき子の扶養関係を変更することができる。

このような提案は、子の利益を最大限に保障し、子の健全な成長を促す立場を全面的に出したものとして評価することができる。とはいえ、そこには次のような観点が作用したことも忘れるべきではないだろう。すなわち、計画出産の推進により、ほとんどの家庭に１人しかいなくなってしまった子は、双方の親にとってかけがえのない宝物であり、将来の中国を担っていくべき主体でもあることから、心身ともに健全な子の成

[65] 全国婦聯権益部「規範離异家庭的父母子女関係――婚姻法修改建議之四」中国婦運2000年11期40頁参照。

[66] 呉国平『婚姻家庭法新論』（法律出版社、2005年）347 ～ 348頁参照。

[67] 全国婦聯権益部「婚姻法修改建議之四」・前掲注65）40頁参照。

長は社会主義的婚姻家庭の維持という観点からみても得策であると考えられたという事情である。もっとも、婦聯組織は、女性問題を専門とする一方で、子どもの問題をもその業務・活動の重要な一部としているため、これらを日常の業務活動の一環として扱っている婦聯組織ならではの提案であるということもできよう。

そして最後の提案としてなされたのは、新たに婚姻無効の制度を設けることについてである[68]。ここでいう無効な婚姻とは、婚姻の成立要件を具備しない違法な婚姻のことを指す。具体的には、早婚、請負や強制あるいは売買に基づく婚姻、重婚、婚姻登記をせずに夫婦名義で同棲しているような場合が挙げられる。

中国では、婚姻登記に要する経済的、時間的、距離的コストを敬遠し、婚姻登記に則って婚姻関係に入るべきであるといった法意識が欠けているため、婚姻登記をせずに事実婚の状態で生活を営む男女の割合が全夫婦の相当程度を占めているといわれている。たとえば、山東省民政庁の統計によれば、1988年に発見された違法な婚姻39179組のうち、婚姻登記をしていないカップルが37852組で全体の96.6％（うち23％が法定年齢以下の婚姻である）を占めるにいたっており、違法の婚姻登記は1206組で3.2％、重婚は67組で0.2％であった。また同省の1994年の統計によれば、違法な婚姻6501組のうち、未登記は6408組で全体の98.6％をも占めていたほどである[69]。

また、80年法には婚姻無効の制度が定められていないため、婚姻の成立要件を満たしていない違法な婚姻に対していかなる効果を認めるべきか、あるいは認めないべきかについて必ずしも明らかではなかった。裁判実務では、こうした違法な婚姻の「解消」については、「離婚」または「非法同居」関係の解消という形で処理してきたが、これをもって違法な婚姻を抑制することにはならないとのことから、法の整備が課題とされた。他方で、全国婦聯の側も、こうした違法な婚姻は、社会の不安定要素と

[68] この部分の記述は、全国婦聯権益部「増設無効婚姻制度――修改婚姻法建議之五」中国婦運2000年12期31頁を参照した。

[69] 王麗萍「婚姻無効和婦女財産権的保障研究」劉伯紅編『女性権利――聚焦婚姻法』（当代中国出版社、2002年）４～６頁参照。

して、早婚現象の抑制不能、計画外出産の増加、売買婚による女性の権利の侵害などが引き起こしかねないので、法整備を進めることを求めていた。もちろん婦聯には、こうした違法な婚姻が放置されることによってもっとも不利益を被る者が女性と子どもである、といった認識も大きな動機づけとなっている。

ただ、婦聯の提案としては、婚姻無効に関する節を設け、その構成要件、認定手続、請求権者の範囲、請求権行使の期限、法的効果および法的責任なども明記するべきであるとしたのみで、その中身についての詳細が特に示されていたわけではない。

その後、2000年８月24日、全国人大常務委員会法制工作委員会により制定された婚姻法改正案（意見募集稿）が公表され、これに対する検討と分析が行われ、それに基づいて再び全国人大常務委員会法制工作委員会に宛て「婚姻法改正案（意見募集稿）に関する修正意見」が送付され、８月30日、法制工作委員会主催の会議に関係部門とともに修正意見が表明された。

ここでは、上記の五大建議を各条文にどう配置するかに関する意見以外にも、改正婚姻法の名称をどうするのか、婚姻可能な年齢の下限を男女同一のものとするのか、婚姻関係の破綻をどのように位置づけるのか、といった点についても議論がなされた[70]。そして９月になると、実務家、法学者、社会学者によって各領域における論点が整理され、「婚姻法改正に関する近年の異なる意見」という題目の文書が作成され、全国人大常務委員会およびその法制工作委員会、法学者へと回付され、さらなる意見交換が続けられた。そして、2001年３月15日、２回目審議後の改正案について、さらに「婚姻法改正案に関する建議」という意見書を提出し、可能な限り自らの主張を法案に反映させることに全国婦聯は努めた[71]。

---

[70] 法律の名称については現行法の婚姻法を婚姻家庭法に変更し、婚姻年齢については現行法の男22歳、女20歳を男女ともに20歳に修正し、離婚における「感情の破綻」を「婚姻関係の破綻」に直すよう提案した。全国人大常委会法制工作委員会民法室編・前掲注34）159 ～ 170頁参照。

[71] 全国人大常委会法制工作委員会民法室編・前掲注34）144 ～ 153頁参照。

（3）2001年改正婚姻法の特徴

①　全国婦聯の提案の採択状況

ここでは、2001年改正婚姻法（以下、01年法と略す）に照らし合わせながら、全国婦聯の提案がどのような形で採択されたのかについて検討してみることにしたい。

婚姻外の不貞行為をめぐり全国婦聯が提案した重婚認定基準の拡大について、01年法で特に言及された形跡はない。ただ、総則３条において「配偶者を有する者が他の者と同棲することを禁止する」という網羅的な規定が置かれている。また、有責配偶者への責任追及については、46条において有責配偶者（配偶者を有する者が他の者と同棲する場合）に対する損害賠償請求権が認められたものの、離婚時財産分与における無責側への配慮については、特に明文による規定がない。実際には、「離婚の際、夫婦の共有財産は双方の協議により処理する。協議が整わないときは、人民法院が財産の具体的な情況、子と妻の権利・利益に配慮した原則に基づいて判決を下す」という39条１項に吸収されてしまっており、これは80年法31条を踏襲したものであると考えられる。

家庭内暴力に関する規定をみると、01年法においては総則の３条で、家庭内暴力の禁止についての規定が新たに設けられており[72]、それを総則で明記する形で婦聯の提案は採択されることになった。さらに、家庭内暴力を離婚原因の１つとして認定した上で、有責側に対しては損害賠償責任をも負わせることにした（46条）。家庭内暴力は女性の生命や身体に関わる安全とも深く関わるだけに、中国のコミュニティである居民委員会や村民委員会、あるいは勤務所属先などにおける監督機能が強調され（43条）、加害者に対しては刑事責任も負わせることとした（45条）。

夫婦財産制に関する規定についてであるが、01年法17条～19条の規

[72] 家庭内暴力の定義については、2001年改正婚姻法が施行されてまもない2001年12月25日に最高人民法院により出された婚姻法適用における若干の問題に関する司法解釈（一）１条において規定された。すなわち、ここでいう家庭内暴力とは、「行為者が殴打、縄で縛る、残虐に傷つける、人身的自由を強引に制限する、またはその他手段で、その家庭構成員に対して身体、精神等における傷害をもたらす行為」を指す。そして「継続的かつ経常的な家庭内暴力は虐待となる」とされる。

定によれば、契約財産制と法定財産制を併用し、いずれかを選択することができるとされている。契約（約定）がない場合は、自然に法定財産制として共有制を採ることとした点は80年法とさほど変わったわけではない。ただ、かつて司法解釈で定められた[73]、共有財産に属すべき財産の一部種類[74]を法律の中に吸い上げる形での条文化がなされている。夫婦の婚姻が存続している期間中に獲得した財産と婚前にすでに所有していた財産の帰属については契約によりこれを定めることができるとしており、それは書面によること、夫婦双方に対して拘束力を持つこととされた。

この点については、いずれも80年法より詳細に規定しているとみることはできるが、契約の時期や公示方法などについては特に規定がなされていないため、全体的に概括的な規定の設計にとどまっている。したがって、全国婦聯が提案した、婚前財産に対する婚姻時登記の義務化、婚姻10年後における婚前財産の共有化、契約内容の指定などについても、特に触れた箇所はなく、いずれも不採択という結果に終わっている。

子との面接交渉の問題については、01年法38条では、離婚後に子を直接扶養しない父あるいは母は、子との面接交渉の権利を有し、他方はそれに協力する義務を負うとともに、面接交渉権行使の時期、方式については双方の協議に従うこととされている。これは、全国婦聯が提案した一部の内容と合致しており、法規定を設けることで子の権利・利益を最大限に保障しようとした結果であるともいえる。

だが、全国婦聯が当初提案した他の２点、すなわち、面接交渉権に関する取り決めに違反したり、法院の判決の執行を拒否したりした当事者に対しては、法院は法に基づく強制措置を採ること、および、子と暮らす親が正当な理由もなく子と暮らしていない親との面接交渉権の行使を

[73]「人民法院が離婚案件における財産分与の問題を処理することに関する具体的な意見」（1993年11月３日）。

[74] 2001年改正婚姻法17条：夫婦が婚姻関係存続期間中に得た、下に列記する財産は、夫婦の共有に属する。①給与・ボーナス、②生産・経営の収益、③知的財産権の収益、④相続あるいは贈与によって得た財産、但し本法第18条第３号に規定する場合を除く、⑤その他共有に属すべき財産。

半年以上にわたって阻害した場合、法院は子と暮らしていない親の請求に基づき子の扶養関係を変更することができることについては、まったく触れていない。したがって、子との面接交渉について両親の協議が整わないときには法院の裁量に任せるといった、改正後の規定は単純で網羅的なものにとどまっている。

婚姻無効の制度をみると、01年法では、10条で婚姻が無効になる原因に関する規定[75]、11条では主に脅迫などによって婚姻を取り消す原因や取り消す方法と期限に関する規定、そして12条ではこれらの関係が解消された後の財産や子の扶養などに関する規定が新たに設けられており、違法な婚姻に対する歯止めとなることが期待されている。これらは、当初から全国婦聯が提案した婚姻無効制度に関する規定の創設という要望が実現された形になっている。ただし、婚姻無効制度についての詳細な構想を全国婦聯がどこまで具体的に抱いていたのかという点は、資料上の制約から必ずしも明らかにすることはできなかった。それゆえ、全国婦聯の要望がどのような意味で、どこまでが法制定という形で実現したのかという点についてはまだ不明な点が残っている。

このように、全国婦聯が行った提案の採択状況を簡単にではあれみてみると、全国婦聯が行ったこれらの提案は、当然ながらいずれも婦聯組織の本来の業務範囲内にあるもの、つまり女性や子どもの利益を如何に保護するかを中心に行ったものであることは理解されるであろう。01年法の制定に向けて今回なされたの５つの提案のうち、採用されたのは、配偶者を有する者による不貞行為に関する禁止規定、家庭内暴力の禁止に関する規定、子との面接交渉権と婚姻無効制度の規定に関するものであった。もちろん、採用されなかったものもあるが、このような一定の成果を挙げることができたのは、やはり全国婦聯の特殊な地位および人的ネットワーク、そして組織自体の全国的ネットワークをなくしては考えることができない。

---

[75] 2001年改正婚姻法10条：以下に列記する事情のいずれに該当する場合、婚姻は無効である。①重婚の場合、②結婚を禁止されている親族関係にある場合、③婚姻前に医学上結婚するべきではないと認められる疾病に罹患し、結婚後もまだ治癒していない場合、④法定の婚姻年齢に達していない場合。

また、採択された提案は、いずれも家庭や社会の不安定要素とみられるものであり、国家の政策、とりわけ計画出産や男女平等の実現を推進しようとする際に障害となるであろうと想定される条件を除去しようとするものであった。しかも、女性に対する家庭内暴力と子との面接交渉をめぐる問題は、国内のみならず、国際的にも注目されている問題である。したがって、子どもの権利条約の批准国でもある中国にとっては早急に解決しなければメンツが立たなくなるといった事情が働いたかもしれず、その意味では少なからず「外圧」が働いたということにもなる。

しかし、角度を少し変えてみれば、家庭内暴力や子との面接交渉をめぐる問題はいずれも女性や子どもが抱えてきた問題であり、2001年法の制定に向けて、経済の自由化が進んだ現代の中国社会に独特の現象というわけではない。また、女性や子どもと同じような社会的弱者として性的マイノリティの存在を考えることは容易にできるはずであるが、こうした者たちに対する全国婦聯の注目度は、きわめて低調であるといわざるを得ない。今回01年法の制定に向けたプロセスの中では、さまざまな議論に混じり性的マイノリティを念頭に置いた同性愛者の婚姻をめぐる問題についても話題に上っていたことが確認されるにもかかわらず、である[76]。

しかも、この点について、全国婦聯は以下のような反応をみせるにとどまった。すなわち、2000年４月に全国的な実態調査を行った際には、同性愛者の婚姻問題を訴える者が存在したわけではなかったし、全国婦聯が把握している情報によれば一定数の同性愛者は存在するが、相対的にみて必ずしも多数というわけではないし、かつ彼（女）ら自身もカミングアウトしないケースが多く、とりたてて法的承認を求めるといった声も聞かれないため、01年法において性的マイノリティの問題について何らかの規定を設ける必要性があるとは認められず、したがってそもそも言及する必要もない、と。

また、社会メディアは、婚姻法の改正に際しては時代の主流思想や見

[76] たとえば、李銀河「在修改婚姻法時要警惕倒退」李銀河＝馬憶南編・前掲注31）111 ～ 112頁；「修改婚姻法熱門話題再聚焦」中国青年報2000年９月４日付などがある。

解に注目することによって立法環境を整えるための良好な世論形成にこそ寄与するべきであり、不要な混乱や騒乱を引き起こし立法作業に困難をもたらしかねないような少数者の問題を扱うべきではないと指摘した。そこで全国婦聯は、「婚姻法施行前後における教育宣伝活動をしっかり展開するための建議」を中共中央宣伝部部長で党書記である胡錦濤に送り、社会全体における婚姻家庭法制教育宣伝活動を展開することによって、人民が正しい人生観、価値観を樹立するよう促し、マスメディアの監督と管理を強化し、平等で親密な、そして文明的な家庭関係を築き上げることを提唱するに至った[77]。

それゆえ、このような一連の全国婦聯が行った対応からわかることは、社会的に弱い立場にある女性や伝統的な意味での女性のみをその保護対象として設定するにとどまり、現代社会におけるジェンダー問題の解決に向けた取り組みはもとより、そもそも人間の基本的な権利をめぐる問題についてはほとんど関心がなかった[78]。

②　2001年改正婚姻法の特徴

すでに上述したように、今回の改正は学者からの問題提起が契機となり、やがて1995年に立法計画に組み込まれ、翌1996年に起草グループが誕生し、全国婦聯がその副座長として改正作業に関与することになったという経緯をたどっている。そこで、この間の全国婦聯の姿勢に注目してみれば、80年法への改正が目指された際にはリードする役割を担ったのに対し、今回の01年法への改正に向けたスタート時点においては学者がリードを担い、全国婦聯が受身であったようにみえなくもない。とはいえ、その後の全国婦聯が積極的に改正作業に取り組み、実態調査や研究分析などを精力的に進め、あらゆるネットワークを利用し婚姻法への改正を目指して活動を展開してきたことはすでにみたとおりである。したがって、前回に比べて今回の改正は、調査や研究を通じて、政府や社会団体、学者、メディア、一般市民などを巻き込んだ大がかりの改正であったといえる。

---

[77] 徐家良・前掲注31）216 ～ 217頁参照。

[78] 同上、238頁参照。

そこで社会全体を巻き込む形で進められた01年改正法制定へと向けた婚姻法改正過程が、いかなる特徴をもってそもそも誕生したのか、以下でみておきたい。

（ⅰ）女性への特別保護

これまでの婚姻法にもみられるように、女性への特別保護に関する規定が相変わらず目立っている。まず、総則における「女性・子どもおよび高齢者の合法的権利･利益を保護する」（２条２項）という規定である。ここでは、本婚姻法が、女性や子どもおよび高齢者を保護するものであると宣言するもので、女性は子どもや高齢者同様、社会的弱者であることを示唆し、保護対象であることが示されている。

夫の離婚禁止規定についてみると、「……妊娠中絶後６ヶ月以内は、夫が離婚を申し立てることはできない」（34条）とあり、これは計画出産との関係から止む得ず中絶した妻に対して設定された保護規定であることはいうまでもない。一般の人々の間に根強く残る男児選好に加えて、第２子の出産を厳しく制限していることから、女児殺しや女児を出産した母親への差別、虐待が後を絶たないことから、殊更にこれを禁止したと考えられる。またすでに1992年に制定された女性権利利益保護法に設けられた42条[79]の規定と同じ内容をしていることから、これはそれを丸ごと01年法に埋め込んだものと考えられる。さらに離婚の際、もし一方が生活に困窮しているならば、他方は住宅等個人財産の中から適当な援助をしなければならないが、これも男女の経済的格差を前提に、離婚後困窮するのは妻の方が多いことから、こうした保護規定を設けたものと考えられる。

（ⅱ）家族の扶養機能

総則に高齢者の保護規定を設けたことで、01年法においては家族に高

[79] 女性権利利益保護法（1992年４月３日採択・公布）42条：妻が計画出産の要求により妊娠を中止した場合、手術後６ヶ月以内において夫は離婚を提起してはならない。妻からの離婚提起、または人民法院が夫の離婚請求を確かに受理する必要があると判断される場合は、その限りではない。

齢者を扶養させようとする意図を垣間見ることができる。21条の規定によると、「子は父母に対して扶養・扶助の義務を負い」、「子が扶養義務を履行しないときには、労働能力がないかまたは生活に困窮している父母は、子に対し扶養費の給付を請求することができる」とある。きわめてレベルの低い社会保障しか整備がなされていない現状においては、家族間の私的な扶養が公的な保障に代わって機能することが期待されている。またそれと同時に、中国社会においては、倫理的にもそうした高齢者扶養や敬老精神は伝統的に美徳として奨励されてきた。現状では強引な人口抑制策の影響もあって、世代別の人口バランスをみた場合、中国社会では猛スピードで高齢化が進みつつあることを確認することができる。だが、中国では、高齢者の扶養といった介護問題は家族によって担われることが国家的な戦略なのである。

また、「夫婦が婚姻関係存続期間中に獲得した財産は各自の所有とすることを書面で約定し、一方が子の扶養、高齢者の世話、他方の仕事への協力等において、比較的多くの義務を果たしていた場合、離婚時に他方に補償を請求する権利を有し、他方は補償しなければならない」(30条)との規定がある。これは、女性による家事労働が認められたようにもみえなくもないが、家庭における子や高齢者の世話に対する女性への規定的効果という面も強く、そのようなことをした女性に対する報酬として理解することができよう。

したがって、この規定はそもそも女性の権利利益を保護するためのものではないため、こうした規定は、女性の家事労働への従事という性別役割分担を、かえって固定化しかねない。性別役割分業といえば、36条３項にも規定がある。すなわち、「離婚後、授乳期間内の子は、授乳する母親が扶養することを原則とする」という規定である。「母」という特性に注目されたものとしては、同様の規定が、50年法（20条２項）と80年法（29条３項）にも存在していた。

また、01年法の28条と29条においては、祖父母と孫の間、兄弟姉妹の間における相互扶養義務も規定されており、家族の集団的な性格がより強調されるようになっており、社会保障的な扶養機能を家庭に委ねようとする点で伝統的な家族制度とほぼ同様の家族観が確認される。しかし、他方では、夫婦関係において婚姻の自由、男女平等、財産の契約制など、

個々人の自律をイメージした法規定が設けられているという点では、もっぱら伝統的な家族観に立脚しているとばかりはいい切れず、近代的な権利観をも織り込んだものとして理解するべきであろう。もっとも、前近代的な伝統的家族観と近代的な権利観という、相反する考え方が一つの法現象として同じ法律の中で結実しているといえるのかについては、今後の経済発展の動向を見定める必要もあり予断はできない。

（ⅲ）道徳的な訓示規定が教えるもの

全国婦聯は配偶者を有する者による不貞行為に対する制裁として、総則においては「配偶者を有する者が他の者と同棲することを禁止する」（３条２項）としている。そして不貞行為を理由とする家族崩壊を防ぐ観点から、４条においては、「夫婦は互いに誠実であり、尊重し合わなければならない。家族構成員間においては高齢者を敬い、幼い者を慈しみ、互いに助け合い、平等で、仲睦まじく、品格ある婚姻・家庭関係を維持・擁護しなければならない」という道徳的な規定をも設けている。このような道徳的、あるいは倫理的な観点は法と区別して取り扱うのが近代法の原則だが、中国法においてはこのような道徳と法が混在した規定が普通に盛り込まれている。経済発展が進む中で、国家が道徳と法を駆使し、揺らぎ始めた家族の連帯をどうにかつなげようとしている姿勢以外の何ものでもない。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「中国のジェンダー法政策推進過程における婦女聯合会の役割」（2013年３月24日授与）を加筆・修正したものである。執筆・加筆・修正にあたって、科学研究費の「研究活動スタート支援（2012 ～ 2013年度）」（課題番号：24830001）および「若手研究（B）（2014 ～ 2016年度）」（課題番号：26780001）の援助を受けた。

執筆者紹介（掲載順）

林　誠司　北海道大学大学院法学研究科教授

小幡宣和　北海道大学大学院法学研究科助教

郭　薇　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教

橋場典子　北海道大学大学院法学研究科助教

李　妍淑　北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教

田中啓之　北海道大学大学院公共政策学連携研究部准教授

平成27年９月18日　印　刷
平成27年９月30日　発　行

編集人　桑原朝子

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
長谷川　晃

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. 66 September 2015 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Der Konflikt zwischen der verlorenen Chance und der Beweislastumkehr ☆ ····· Seiji HAYASHI 1

Legal Analysis of Historic Preservation in the United States (3) ····· Nobuyasu OBATA 312[1]

Law and Information Sphere－Construction and Transformation in Legal Information of Modern Japan (2) ····· Wei GUO 252[61]

Social Exclusion and Legal System (2): System Operation Through Personality ····· Noriko HASHIBA 188[125]

The Role of Women's Federation in the Process of Gender Promotion Law and Policy in China (4) ····· Yanshu LI 132[181]

NOTE

Grenzüberschreitende Gemeinnützigkeit und Besteuerung ····· Hiroyuki TANAKA 77

[ ]…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