HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第66巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 66(6)
Issue Date	2016-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/61202
Type	journal
File Information	lawreview_vol66no6.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 66 巻　第 6 号

論　説

中世後期ドイツの貴族団体 …… 田　口　正　樹　1

一部無効の本質と射程（3）
—— 一部無効論における当事者の意思の意義を通じて ——
…… 酒　巻　修　也　35

損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（3）
…… 濱　口　弘太郎　386[1]

研究ノート

「車輪に砂」（1）
—— EU金融取引税の政治過程：二〇〇九～二〇一三年 ——
…… 津　田　久美子　101

統一機関（einheitliche Stelle）の導入（1）
—— EU及びドイツにおける行政手続、組織改革 ——
…… 福　島　卓　哉　159

自招防衛論の再構成（3・完）
——「必要性」要件の再検討 —— …… 瀧　本　京太朗　316[71]

判例研究

社会保障判例研究 …… 川久保　寛　232[155]

雑　報

北海道大学法学会記事 …… 207

2016（平成28）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）
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）
小木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
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）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
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）
田村善之（知的財産法）
辻康夫（政治学）*
常本照樹（憲法）
ディヴィット・A・ウェルチ（国際政治）

中川寛子（経済法）
長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
藤原正則（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
町村泰貴（民事訴訟法）
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）
吉田広志（知的財産法）
吉田邦彦（民法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

池田茂徳（法実務基礎）
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）

准教授

池田悠（労働法）
○伊藤一頼（国際法）*
郭舜（法制度論）
櫛橋明力（商法）
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）
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）

講師

石神圭子（アメリカ政治史）
白鳥潤一郎（国際政治）
トビアス・A・シュトレッカ（国際法・国際私法）

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）
ジョナサン・エドワード・アル（日本政治史）
瀬川航太（比較政治学）
千田行（刑法）
丁文杰（知的財産法）
濱口弘太郎（民法）
橋場典子（法社会学）
李妍淑（比較法）

雑誌編集委員　○印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

中世後期ドイツの貴族団体

田口正樹

はじめに

中世後期ドイツの下級貴族 Niederadel は、由来としては、中世中期に不自由身分から上昇した家人（ミニステリアー

レン）層と自由人貴族が一三〇〇年ごろまでに合流して形成された階層である。[1] 中世後期のドイツ語史料では、下級貴族は、ritter、knecht などと呼ばれ、諸侯を頂点とする貴族の階層構造の中では、諸侯の下のグラーフ、ヘルという貴族たちの更に下の最下層に位置する。[2] 本稿は、一四・一五世紀ドイツにおける彼ら下級貴族の状況について、彼らによる団体形成という切り口を中心に検討を加えようとするものである。

西洋中世の貴族一般と同様、彼ら下級貴族においても、武人としての性格がその本質に属していた。教会理論家によって構想された身分秩序像の中で、貴族が「戦う人」としてとらえられていたことはよく知られているが、そうした把握は貴族の側の意識と社会的実態にも対応するものであった。例えば、貴族の子弟の教育においては、幼時に親元で簡単な読み書きを教わる可能性はあったものの、およそ一四歳ごろになって身体の発育が十分になると、武芸の習得が教育の中心を占めた。聖職者への道を進む者は別として、彼らは、主君の宮廷や親戚のもとに送られて、そこで小姓として奉仕を行いつつ、乗馬や剣など武芸の訓練を積み、あわせて貴族にふさわしい態度と振舞いを身に付けていった。[3] 確かに、そうした宮廷生活における宮廷聖職者との接触などを通じて文字文化に関する知識を蓄積していった場合がないわけではなかったが、全体の中では例外的であり、身体的能力や勇敢さといった軍事的要素を重視する傾向は否定できない。一二・一三世紀の貴族にとって、読み書きできないことは決して否定的に評価されたわけではなく、読み書きの能力がよき戦士としての能力と共存する場合にはじめて、高い尊敬を獲得することができた。[4] それどころか例えば、一五世紀後半のフランケンの下級貴族ルートヴィヒ・フォン・アイプ Ludwig von Eyb が、同じフランケンの下級貴族ヴィルヴォルト・フォン・シャウムベルク Wilwolt von Schaumberg の伝記の中で述べるところによれば、彼らの同輩の下級貴族たちは、大学での勉学は貴族にふさわしくないと見なし、貴族のうち大学で学識を得た者を、貴族ならぬ「書記」と呼んで蔑んでいた。[5] 実際、一六世紀初めになっても彼らフランケンの下級貴族の城には書物はほとんど所蔵されてお

らず、小さな書庫でも持っている城は全体の中では僅かであった。[6] そうした貴族の武人的性格は、本人の死後には墓碑彫刻として凝結される。一三世紀後半から一四世紀初めには、貴族の墓碑は甲冑と剣で武装した騎士の姿を表現するようになり、以後近世まで貴族の墓の基本パターンとして維持されたのである。[7]

このように貴族が武人的性格を色濃く帯びていた理由としては、中世ドイツにおいて、権利の維持と実現が当事者の実力行使に大きく依存していたという事情が考えられよう。領域内部における正当な実力行使を独占するような国家権力を欠く中世ドイツにおいては、実力行使は、近代国家内部における私的暴力のような犯罪行為ではなく、当事者間の和解や裁判などと並ぶ法的手段としての意味を持っていた。[8] 人と土地に対する支配は、およそ貴族としての存在の本質的要件に属すると考えられるが、[9] それを維持するためには、実力行使による担保が必要だったのである。このような権利実現のための実力行使＝フェーデに対して、一二世紀以後のドイツでは王国全体や地方レベルで数多く成立したラントフリーデが、実力行使の対象・期間・開始方式・遂行態様などの面で制限を試み、そうした制限に違反しない実力行使が「正当なフェーデ」と見なされたが、それでも実力行使そのものは中世後期を通じて行われ続けたのであった。

一．中世後期ドイツ貴族の「危機」

しかし他方で、中世後期ドイツの貴族たちの実力行使について、理由のある権利主張を基礎に持つ権利実現手段というよりは、没落の危機に直面した貴族階層の端的な暴力行為としてネガティヴにとらえる見方は根強く存在する。「盗賊騎士」という、それ自体は一八世紀末ごろまでしかさかのぼらない表現[10]が、中世後期ドイツの貴族についてしばしば用いられ、彼らの実力行使は、城を隠れ家にして街道を往来する富裕な商人を襲撃し、財貨を略奪して身代金を責め

取る非行と見なされるのである。このような視点は、とりわけ中世後期の都市側の諸史料にその先駆を持つものであるが[11]、それが近代の歴史叙述にも広く受け入れられたのは、中世後期の貴族全般が置かれた状態についての認識と無理なく接合するように見えたからであろう。すなわち、中世後期の貴族はさまざまな面で危機に直面し、それまで有していた地位と意義を喪失しつつあると評価されていたのであり、「盗賊騎士」の行動は、貴族という未来なき階層の絶望的なあがきと考えられてきたのである。しかし、こうした貴族の没落という見方は、しばらく前からの諸研究を考慮すれば修正される必要がある。貴族の経済的窮乏化、国家権力の発展と都市市民の興隆による貴族の政治的・社会的地位の失墜、貴族の軍事的意義の喪失という三つの側面について、以下で検討してみよう。

第一に、貴族の経済状況については、確かに、人口増大と開墾による耕地拡大の時代であった中世中期に対して、中世後期において、疫病や戦争による人口の減少と停滞、それに伴う農業労働力の減少と農産物価格の低下など、貴族の農業経営にとって厳しい環境が出現したことはしばしば指摘されるところであり[12]、多くの貴族が経済的問題に直面せざるをえなかったことは否定できない[13]。しかし同時に、貴族の中でもその経済力には家門によって著しい開きが存在したことにも注意しなければならない。貴族といっても実質的に富裕な農民とそう変わらない生活状態の貧しい貴族が多数存在する一方で、数の上では少数であるが、多くの封を受領するなどして所領や権利を集積する経済的に有力な貴族家門も見られた[14]。そのような家門の中には、領邦君主に多額の資金を貸し付ける例もしばしば見出されるのである[15]。

第二に、国家権力の支配体制への統合と都市市民という競合集団の台頭が、貴族の政治的・社会的地位を低下させていったという把握に関しては、確かに、領邦レベルで進展した君主の支配強化の動きと都市の発展が、貴族の地位に加える圧力は無視できないものがある[16]。しかし他方で、領邦君主によって進められた支配体制の整備は、貴族支配と正面から衝突するものでは必ずしもなかったということにも留意しなければならない。領邦君主の宮廷の役職や、領邦の地

方統治の基本単位であったアムトの役職は、まず第一に貴族たちによって占められたのであって、貴族たちはそうした領邦君主への奉仕から大きな経済的利益を引き出すことができた[17]。また特に一四世紀に、資金不足に悩む領邦君主は、アムトの役職やアムトそのものを貴族にしばしば質入れせざるをえなかったのであり、そのような場合には質入れを受けた貴族は自己の支配地と変わらぬ支配権を行使することができた[18]。これに対して、こうしたポストへの市民身分出身者の進出は限られたものでしかなかった[19]。領邦君主の下で重要な役職を占めていく貴族と、前述の経済的に有力な貴族は、現実にはしばしば重なっていたのであり、彼らは領邦君主の支配装置とからみあいつつ、なお重要な意味を持ち続けたのである。

第三に、貴族の軍事的意義の喪失は、ドイツだけでなく他の諸国の貴族についてもしばしば論じられる。確かに、一四世紀に入って西洋世界では、貴族によって構成された騎兵軍が歩兵兵力に敗北する戦闘例が現れる。一三〇二年のクルトレーの戦いでは、フランドルの都市市民を主力とする歩兵軍がフランス王の騎兵軍に壊滅的打撃を与え、一三一五年のモルガルテンの戦いでは、スイス盟約者団の農民軍がハプスブルク家の騎士たちを撃破した。スイス盟約者団のハプスブルク家に対する戦勝は、その後も一三三九年のラウペンの戦い、一三八六年のゼンパッハの戦いと続く。またイングランドとフランスの百年戦争において、イングランドの長弓兵がフランスの貴族騎兵軍に対して、多大な威力を発揮したことも、よく知られている。近時の軍事史研究でも、一四世紀以後のこのような変化を「歩兵革命」と呼ぶ論者が存在し[20]、それまで決定的な戦力であった貴族騎兵に代わって歩兵が主要兵種として地位を固めていくことを西洋中世後期軍事史の大きな流れとしてとらえる見方もある[21]。

しかし、このような現象が現れるとはいえ、貴族の軍事的意義がただちに大きく損なわれたと見るのはいきすぎであろう。会戦における歩兵軍に対する敗戦について言えば、会戦の勝敗は兵種だけでなく、戦場地形の利用の仕方、軍の

士気、戦術の巧拙などの複合によって定まるのであって、これらの戦闘例から騎兵の意義低下をただちに帰結するのは短絡的である。例えば、クルトレーやモルガルテンでは、歩兵軍の側が水流と湿地や狭隘な峠道という地形を巧みに利用することによって、騎兵軍の展開力と機動力を封じて勝利をかちとったのであり[22]、百年戦争中のフランス軍の敗北も、拙劣な戦術に起因するところが大きい[23]。また百年戦争中の戦闘において貴族がしばしば馬から降りて、重装備の歩兵として戦ったことは[24]、会戦における歩兵の意義の増大に貴族側が適応する能力を持っていたことを物語る現象であろう。

更に、戦争全体を通じて見れば、このような会戦の頻度は少なく、相手支配下の農村での破壊・略奪行為が大きな割合を占めており、その際には騎兵の機動力が威力を発揮したのである[25]。戦争における貴族騎兵の優位を脅かす現象が見られるにもかかわらず、なおその軍事的意義が失われなかったことは、一五世紀に入ってフランス国王やブルゴーニュ公のもとでその軍事力の中核として新たに設けられた常備軍が、やはり貴族の騎乗兵力を基本単位として編成されていたことからもうかがわれる[26]。

また、中世の戦争で農村の破壊・略奪と並んで大きな割合を占めていた攻城戦について言えば、一四世紀後半以来、都市や城塞の攻略に火砲を使用するケースが出てくるものの、一五世紀半ばごろまでの火砲は、移動、設置場所、発射速度、命中精度、破壊力などあらゆる点でなお制約の多いものであり、その効果は限られていた。従って、下級貴族の保有する城塞であっても、地形も利用した本格的な石造城塞であれば、攻城戦は防御側に有利であり、城に立てこもる貴族を屈服させるには、多大な困難を克服せねばならなかったのである[27]。

以上の点を考慮するならば、中世後期ドイツの貴族についてその全面的な危機と没落を語るのは適切ではないであろう。むしろそこに見られるのは、貴族層内部での分化の傾向である。中世後期の諸変化の中で、貴族はそれらへの適応を迫られたのであり、その適応の成否によって、政治的・社会的・経済的に重要な地位を維持しまた強化しえた貴族と、

対応しきれずに脱落していく貴族に分かれていったのである。このような意味で、中世後期は貴族の淘汰の時代であり、貴族の対処能力が問われる時代でもあった。

二　貴族団体の結成

このような中世後期の環境に対する貴族たちの対処方法の一つとして、本稿では、下級貴族が多数参加した貴族団体 Adelsgesellschaft 結成の動きを取り上げて、その意味や貴族の実力行使との関係を考察する。中世後期ドイツにおいて、都市同盟や騎士修道会の影響も受けながら、下級貴族を中心とする多くの団体が成立したことは、従来から知られていた現象であるが[28]、近年ヴェルナー・パラヴィチーニらが作成した目録では、一三三〇年代以後一五一七年までの期間について、九〇以上の貴族団体が数えられている[29]。この目録が、団体のシンボル、共通の衣装、団体の名称のいずれかを有する貴族団体のみを収録の対象としてそれ以外の結集形態を除外しており[30]、また貴族団体に関する史料状況が全体に良好でなく、研究の現段階でなお知られていない団体が相当数にのぼると推測されることを考えれば[31]、中世後期ドイツ貴族の団体形成は更に大きな広がりを持っていたことが想定される[32]。しかし以下では、さしあたり目録に取り上げられた貴族団体に考察を限定することにしよう。

これらの貴族団体は、ドイツでは前述のように一三三〇年代から確認できるが、それらの創立の動向の時期的変化を見ると、一三七〇年から一四一〇年までの間に最初で最大のピークがあり、一四四〇年ごろに第二の、一四九〇年ごろに第三のピークがくる[33]。

貴族団体の地理的分布は、決して均等ではない。全般に北ドイツ、北東ドイツでは非常に数が少なく、マイセン、チュー

リンゲン、ヴェルフェン家諸領邦など中部ドイツや、オーストリア、バイエルンなど東南ドイツではそれよりは多くの団体が見られ、一方ライン地方、フランケン、シュヴァーベンといった地域では特に多くの団体が成立している[34]。おそらく貴族の存在構造自体がかなり異なると思われる北ドイツを別とすれば、中部ドイツ以南については、大規模な領邦の形成が進展し貴族たちがそこに組み込まれる方向が強く現れる地方では少なく、中小の領邦が錯綜し貴族たちの自由度が比較的大きい地方では多い、という傾向がうかがわれる。

これら貴族団体のうち、団体の規約文書が伝わっていて、その限りで組織や活動の方向がある程度わかるのは、約半数であり、その他の団体の中には、それに対抗するために諸侯や都市が同盟を結んだという形での敵対する側の証言でしか存在を確認できないものもかなりある。規約によって見る限りでは、貴族団体は、まず会のシンボル・徽章を持ち、団体のメンバーはそうしたシンボルや場合によっては共通の服装を、宮廷、トーナメント、教会などの公の場で周囲に見えるように身に付けることとされる。貴族団体はこのように共通のシンボルによって、外部に対して存在と団結を誇示したのであった。また、団体の組織面では、通常は会長が一人置かれる他、場合によっては彼を補佐する数名の執行部や会の書記が存在し、毎年一回ないし二回の頻度で会員の会合が定期的に開かれ、会合では会長の選出や規約の制定・改定などが行われる。新規に入会する会員は、会の規約の遵守を誓約するとともに、一定の入会金を支払うのが普通である。会員数や会員の地理的分布の点で大規模な団体においては、全体会の下部にいくつかの部分会が形成される例も見られる[35]。

このように一定の共通性が認められるものの、貴族団体の中には、さまざまに異なる性格の団体が含まれている。まず構造の点で、垂直的構造の団体と水平的構造の団体とを区別することができる。すなわち一方では、特定の君侯に主導権が握られていることが明瞭な団体がある。例えば、一四四四年の「ペリカン」会の創立文書は、ライン宮中伯ル

トヴィヒ四世の証書として発行され、その中で宮中伯は「この会の首長、主人、君主」と称している。宮中伯は会員に保護を与えることを約束する一方、会員は宮中伯への忠誠を義務づけられる。新会員の入会可否の決定は宮中伯が単独で行い、会員から徴収された罰金や会の徽章は宮中伯の宮廷長官 Hofmeister が管理する[36]。また、一四四四年のゲルデルン公に対する戦勝を記念して、翌年にユーリヒ・ベルク公ゲアハルトの下で設立された「聖フベルトゥス」会の設立規約によれば、会のメンバーは入会にあたってユーリヒ・ベルク公の名誉と利益を侵害しないことを誓約せねばならず、もしも公と敵対する場合には六週間前に文書によってその旨を公に通告し、会員章を返却しなければならない。新たな会員の入会の可否はやはり公が単独で決定する。会は公の領邦内部のニデッゲン Nideggen の教会を宗教儀式上の中心としていたが、ニデッゲンは同時に公が頻繁に滞在した場所でもあり、公の宮廷との結びつきが明らかである[37]。

これら領邦君主の下で設立された垂直的構造の貴族団体は、領邦内外の下級貴族を多くメンバーとしていたが、そうした下級貴族との関係では、彼らと領邦君主の結びつきを強化し、彼らを領邦君主のもとに統合するための装置としての側面を有するものであった。このように特定の君侯のイニシアティヴがはっきりした構造の貴族団体は、フランス、イングランド、イベリア半島諸国で王家と結びついて見られたのであり、またフランスのブルゴーニュ公のような大諸侯の下でも設立されていた[38]。ブルゴーニュ公フィリップ善良公が一四三〇年に設立した金羊毛騎士団はそのような団体であり、ブルゴーニュ公本人を団長として戴いていた[39]。ユーリヒ・ベルク公の「聖フベルトゥス」会設立にも、金羊毛騎士団からの刺激が働いていたと考えられる[40]。

しかし他方で、中世後期のドイツには、特定の君侯に優越した地位を認めず、メンバーが対等の立場で結成するような、水平的構造を持った貴族団体が多数見られた。例えば、アンドレアス・ランフトの研究によって詳しく描かれた、フランケンの「留め金 Fürspang」会と中部ライン地方の「ロバ Esel」会の二つは、そのようなタイプの団体であった。

おそらく一三九二年に二六人のフランケンの下級貴族によって結成された「留め金」会では、会の会長職は当初一年毎に選挙されることになっており、特定のメンバーが突出しないように配慮されていた。[41] 一三八七年以後その存在が確認される「ロバ」会においても、会長職は一年毎に改選され、同一人物の再任は規約で禁止されていた。また「ロバ」会は、諸侯、グラーフ、ヘルの入会も認めていたが、そうした高級貴族の加入には総会に出席した会員全員の同意が必要であった。[42] 一般の下級貴族の加入には過半数の同意で足りたのに比べれば厳格な要件であり、優越した勢力を持つ高級貴族が会の水平的構造を脅かすことへの警戒が示されているものと考えられる。もちろん実際には、「留め金」会においても同一人物が一年以上会長を務める事例が見られ、[43]「ロバ」会でも何年かおきに会長を輩出するいくつかの家門が存在するなど、[44] 会員の中でも政治的・経済的・社会的に有力ないくつかの家門が、会の活動の中心になっていたのであるが、[45] それでも規約上はメンバー相互の関係は対等であり、その対等の関係の維持が図られているのである。このような水平的構造の団体の場合、団体は領邦君主による統合強化の圧力に対する下級貴族らの抵抗を支える側面を有していたと考えられる。例えば、一四八八年以後、ライン宮中伯がクライヒガウ Kraichgau の下級貴族への支配を強化し、彼らを領邦に組み込もうとしたのに対して、「ロバ」会の会員たちは、下級貴族側の団結の中心となり、宮中伯との交渉を行った。[46] また、一四八九年に下バイエルンおよび上プファルツの貴族によって結成された「ライオン」会は、バイエルン公アルブレヒト四世の支配強化に対抗する貴族たちの結集として理解されうる団体であった。[47]

貴族団体は、それがどのような活動を予定して結成されるか、という点でもさまざまな様相を示した。一四世紀に登場する団体の中には、軍事的あるいは攻撃的性格が前面に出ているものがしばしば見られる。例えば、一三七二年ごろシュヴァーベンで結成された「王冠 Krone」会は、その設立規約によれば、それぞれ隊長 Hauptmann を戴く分団 Haufen から成り立っており、メンバーは何らかの勤務を行う場合、まず分団全体で勤務を行うことができないかを

考慮すべきであるとされている。ここで念頭に置かれているのは、傭兵としての勤務であり、この種の団体については、一四世紀にドイツ貴族のイタリアでの傭兵勤務に伴って既に形成されていた傭兵集団との類似性が見られる[48]。また一三七九年にフランケンで結成された「グリフォン」会の設立規約は、フェーデの際の会員の相互援助義務をかなり詳細に規定する。会員が当事者となるフェーデの場合、他の会員は自らの費用でこの会員に助力を与える義務を負い、自分の城を開城して利用させなければならない。会の中心であるヴェルトハイム伯はフェーデの際には自らの費用で五グレーヴェン Gleven の兵力を提供することとされ、他の会員は伯から要請があれば伯を助ける義務を負い、その場合四週間は伯が兵力に給養のための物資を提供する。このようなフェーデにおける相互援助を重視した団体は、しばしば領邦間の地域政治の上で政治的・軍事的機能を果たす同盟としての側面を持っており、「グリフォン」会についてもマインツ大司教とライン宮中伯との対立の中での大司教側の同盟の一つという性格が推測されている[49]。

それに対して、前述の「留め金」会の規約は、会員が死亡した場合の葬儀について、葬儀集会の開催手続と会員の出席義務、葬儀の際の聖職者の数や使われるべきロウソクの量などを詳細に規定し、更に会員の共通の徽章に関する規定や、トーナメントの際の会員間の相互援助（馬の貸借など）や会としてのトーナメント参加についての規定を含んでいる[50]。同様に、「ロバ」会の規約にも、会員の葬儀と追悼やトーナメントに関する規定が見られる[51]。このように、規約によれば、宗教的・社会的活動が重視されているような貴族団体も存在し、宗教的な面では貴族たちの兄弟団としての性格を示す団体も見られるわけである[52]。従来の研究の中には、後にあげたような社交活動の側面を見せる団体をトーナメント団体 Turniergesellschaft と呼んで、軍事的・政治的性格が前面に出た団体と区別して扱うものもある。しかし現実には、そのような場合でも団体の活動がトーナメントに尽きるわけではなく、ある団体とトーナメントとのかかわり方も時期によって異なる場合がある。また一三六一年に上バイエルンで成立した、名称が伝わっていない貴族団体の

ように、規約にトーナメント関係の規定を多く含みながらも、実質的には上バイエルン公ルートヴィヒ死後の支配権をめぐる対立の中で、上バイエルンの有力貴族たちが結束したという強い政治的性格を示すケースも存在したのであって、両者の境界は流動的である。[53]

以上のような構造や性格の違いにもかかわらず、これらの貴族団体は、貴族の実力行使との関係では、団体の内部での平和を維持し、メンバーと外部との対立に際してはメンバーを支援するという共通の性格を示す。団体内部での敵対関係、とりわけフェーデについては、各団体は、極力その抑制を図っている。一三八一年にクレーフェ伯領で設立された「伊達男 Geck」会の規約や、同じくクレーフェ伯領で一三九三年に設立された「ロザリオ」会の設立文書のように、会の総会期間中やその前後について会員同士のフェーデを停戦することを定めるものがあり、[54]更にいくつかの団体では会の内部におけるフェーデの禁止が要請された。外部の敵との戦争やフェーデを戦うことを想定した貴族団体にとってこの要請は当然であろうし、会員同士の紛争について後述のように仲裁の手続を規定する団体の場合も、前提として少なくとも紛争の初期段階におけるフェーデ抑止は要請されていたと考えられる。一四世紀末以後は、一三九一年の「草刈り鎌」会、同年の「こん棒」会、一四二八年の「一角獣」会、前述した一四四四年の「ペリカン」会、一四六三年の「聖霊」会など、会員間のフェーデや敵対関係を規約で明示的に排除する事例が見られるようになる。[55]

しかし、フェーデを否定してみても、会員の間で対立自体が生じなくなるわけではない。そのようなメンバー同士の紛争の場合には、仲裁が解決方法として規定されるのが一般的であった。その場合、両当事者は会の会長やその他の会の仲裁人の判決に服従する義務を負う。会員は入会の際に会の規約の遵守を誓約することにより、紛争発生の際の手続についてもあらかじめ同意を与えたものとされるのである。前述の一三六一年の上バイエルンの貴族団体の規約によれば、会員相互の紛争は、会を代表する機関である四人委員会のもとで仲裁されるべきであり、そこで仲裁決定が成立し

ない場合には、両当事者は一人ないし三人を新たに会員の中から選んで仲裁人として四人委員会に付加することができるものとされる。成立した仲裁決定に対して一方当事者が服従を拒否する場合には、会の全メンバーが他方当事者に助力を与える。[56] 一四二八年の「一角獣」会の規約によれば、会員同士の紛争は会の会長とそれを補佐する委員のもとで解決されるべきであり、その際会長たちはまず和解を成立させるよう努める。しかし、和解に至らない場合には、会長たちは全員一致または過半数による仲裁判決を下す。会員がこの判決に服従しない場合には、他の会員たちが判決の側に立つ。会長本人が他の会員と争う場合には、彼は仲裁判決の作成からはずれ、補佐役委員が別の仲裁人を選ぶ。補佐役委員が紛争当事者である場合は、会長が別のメンバーを仲裁人として選ぶ。[57]

このように、多くの貴族団体は、会員同士のフェーデを排除し、内部の紛争を基本的には仲裁手続で解決する平和団体としての性格を示しているのである。すなわち、下級貴族のフェーデ実行との関係では、これら貴族団体はその内部において、フェーデのポテンシャルを引き下げる性格を持っていたと言える。そして、貴族、中でも実質的にはその中下層こそが、中世中期以後の神の平和やラントフリーデなどの平和運動において、その行動に制約を課されるべき標的であったことを考えれば、貴族団体という形で組織だった平和秩序が下級貴族のレベルにまで降りてきたこと、しかもそれが多くの団体においては彼らが対等の立場で結合するという形で実現したことの持つ意味は決して小さなものではない。それは中世中期以後進められてきた平和秩序形成の深化を示すとともに、実力行使を原則禁止する近世以後の世界の基礎を作り出すものでもあったのである。

これに対して、会員と会の外部の勢力との間の紛争については、それがフェーデに発展することが想定され、その際に他の会員が当事者の会員を援助することが、会によって規定の詳細度に差はあっても、多くの規約で定められている。一三七五年に中・下ライン地方からアイフェルにかけてメンバーを集めて成立した「聖ゲオルク」会の規約によれば、

メンバーは相互援助の義務を負い、あるメンバーが財物を奪われた場合について他のメンバーの支援義務、他のメンバーに不法を加えた者を保護したり滞在させたりすることの禁止、メンバーが他から攻撃された場合の他のメンバーの援助義務、会長と執行部の承認なしに単独で会の敵と和解することの禁止などが規定されている。[58] 一四〇六年にティロールで設立された「ゾウ」会の規約によれば、会員は相互援助の義務を負い、会員の外部に対する権利要求および外部からの会員に対する権利要求に際しては当該会員を援助すべきこととされ、会員が領邦君主に脅かされた場合にはこれを助けるべきこととされている。[59] 更に、いくつかの会の規約は、フェーデの際の会員の提供兵力、フェーデの過程で手中に収められた城、略奪品、捕虜の帰属先などについて規定を置いている。[60] このような事例において、貴族団体は外部とのフェーデを戦い抜くための結合としての性格を示すわけである。

しかし、特に一五世紀に入ってからの貴族団体は、最終的にはフェーデにおける相互援助を視野に入れていたとはいえ、非会員との紛争の場合にも、まず訴訟や仲裁による紛争解決の試みがなされるべきことを求めている。会員が会の後援を頼みとして強力な相手とのフェーデにむやみに突入することは、援助を義務付けられる他のメンバーにとって危険な行動であり、会としても会員の外部とのフェーデを制限する必要が生じてきたのである。シュヴァーベンの「聖ゲオルクの楯」会が定めた、一四〇六年以降の多くの規約は、会員と部外者との争いについて、会員が被告となる場合には、会の側から原告に対して仲裁人が提案され、原告側が同意した仲裁人のもとでまず紛争解決が図られるべきこととし、そこで解決に至らない場合にはじめて会員の行うフェーデに対して会として助力するべきことと規定する。会員がフェーデによらない解決の試みを行わず、いきなりフェーデに突入するような場合には、会長など会の執行部や総会の判断によって、当該会員に会としての助力を拒否する態度を示している。[61] 一四〇六年の「ゾウ」会の規約も、会員の権利主張への助力を規定しつつ、外部者が訴訟や仲裁による解決を拒否する場合には、他の会員は当該会員のフェーデに

助力する義務を負うと定める。しかし、このような手順をとらずにフェーデを行う会員に対しては会からの除名が規定されている[62]。一四一四年の「インコ」会の規約も、会員が外部者から損害を被ったり、法拒絶されたり、攻撃されたりした場合、他の会員は外部者に対して訴訟や仲裁といった法的手段で解決するよう書面で警告するべきであり、外部者がそれに応じない場合には一四日以内に会員に助力を提供するべきであると定める[63]。

このように、中世後期ドイツの貴族団体は、外部との関係では、フェーデを戦う団体としての性格を基本的には示しつつも、一五世紀には、いくつかの団体が、会員と非会員との紛争についても、フェーデの前段階として訴訟や仲裁などによる平和的解決の試みを会員に求めるようになり、その意味でフェーデを補充的手段としてとらえる態度を示しはじめたのであった。そして、外部とのフェーデのポテンシャルに関する、貴族団体のこうした両義的性格が、貴族団体の帝国国制上の位置づけを複雑なものとすることになった。

三　貴族団体と帝国国制

帝国全体の秩序における貴族団体の位置づけを考える場合、まずは王権との関係を見る必要があろう。貴族団体の結成が活発になったのは前述のとおり一四世紀後半からであるが、当時の王権は、基本的に貴族団体の結成を禁止する態度で臨んでいた。カール四世の統治における王権のこうした態度を象徴的に示すのは、一三五六年の金印勅書第一五章の規定であろう[64]。そこでは、都市内外、都市間、人と人、人と都市の間で結ばれる誓約団体、会、同盟のうち、それらのメンバーの主君の同意を得ていないものが無効とされ、それらの結成が禁止された[65]。この条項は、さしあたり都市の市民たちの誓約団体や都市間の同盟を念頭に置くものであったと考えられるが、勅書のテクストがそれに続けて、諸侯

や都市などが一般的ラント平和のために結成した同盟や結合を、禁止の対象から除外していることは、[66]カール四世の秩序構想をよく示すものであろう。すなわち、カール四世は、地方毎にその地方の有力諸侯、貴族、都市が一体となって誓約するラントフリーデを樹立して、その中で、フェーデ行為の制限、有害な人々の追及、平和違反行為を裁判するラントフリーデ裁判所の組織（ラントフリーデに参加した諸侯、貴族、都市がその構成員を出す）などを規定して、王国内の秩序を安定させようとしたのであり、彼のもとでフランケン、ライン地方、シュヴァーベン、ヴェストファーレン、ロートリンゲンなどで地方毎に、王権の関与の程度の差はあれ、期限付きのラントフリーデが多数成立したのである。[67]そして、平和秩序維持のための仕組みはこうした地方毎のラントフリーデに一本化されるべきなのであって、それ以外に諸勢力が部分的に同盟することは抑制されるべきなのであった。

従って、このような王権の構想からすると、都市同盟だけでなく、貴族たちの団体形成もまた、禁圧の対象と見なされることになる。実際、カール四世は、一三七二年ごろに、貴族団体「王冠」会を解散させるよう、シュヴァーベン、フランケン、バイエルンの諸身分に対して指示し、今後そのような団体が登場しないよう努力せよと命令している。[68]また一三七三年には、フリードベルクのブルクマンに対して、ヘッセンなどの貴族によって結成された貴族団体「星」会への加入を禁じ、会を通じて諸侯であるヘッセンのラントグラーフやマイセン辺境伯に損害を与えることがないよう命令している。[69]一三七五年には「聖ゲオルク」会に関して、先年選挙侯以下の諸身分の助言を得てドイツにおけるあらゆる団体結成を禁止したにもかかわらず、同会が新たに誓約によって結成されたとして、会のメンバーとなった貴族たちに対して、神、名誉、皇帝の法に反するこの団体からすみやかに脱退することを命じ、さもなくば彼らの権利、封、財産を失うであろうと威嚇している。[70]

しかし、こうした諸身分を一体とする地方毎のラントフリーデの構想は、現地の諸勢力間の対立の激化によって次第

に維持できなくなる。カール四世の治世晩年には、シュヴァーベンで、ウルムを中心に大規模な都市同盟が結成され、王権との間に緊張が高まった。各地方における諸勢力の間の対立・緊張関係は、次の国王ヴェンツェルのもとで先鋭化し、一三八八年にはライン地方とシュヴァーベンで、諸侯・貴族対都市同盟の軍事衝突として爆発した。このときの対決は都市側の敗北で終わったが、その後も地方の状況は王権のコントロールを離れていく(71)。もろもろの部分的団体結成を抑制し、地方毎のラントフリーデに秩序形成を一本化しようとする王権の構想は、挫折を余儀なくされたのである。

こうした挫折をうけて、貴族団体の結成に否定的な王権の態度は、国王ジギスムントの時代に大きく変化した(72)。この政策変更は、一四二二年に帝国集会開催中のニュルンベルクで発行された特権状において示されている(73)。その中で国王は、一般に貴族がその諸権利を侵害されずに存立できるよう配慮することが必要であるとしつつ、しかしドイツの騎士 ritterschaft が現在さまざまな圧迫を被っていること、一方国王は他の案件のため遠方にあり、貴族が国王に保護を求めるのが困難であることを述べて(74)、ドイツの騎士が団結することを承認した(75)。そして更に、そうした同盟に国王とライヒの都市を加入させることをも許可した(76)。ただし、同盟は対象として国王およびその子孫とライヒを除外すべきであるとされ、国王とライヒに害をなすものであってはならないとされた(77)。王権の姿勢は、騎士たちによる貴族団体の結成を容認するものへと変化したのであり、更に王権は今やそうした結合に都市をも合流させることによって、平和秩序を形成しようという構想を打ち出したのである。

しかし、一四二二年の特権状はドイツ諸地方の騎士たちに団体結成と都市との結合を認めているとはいえ、そうした同盟関係がドイツの各地で当面の実現可能性を持っていたわけではない。王権の構想のために最もよく条件が整っており、現実に貴族団体と都市との合流が図られたのは、西南部のシュヴァーベンにおいてであった。まずここには「聖ゲオルクの楯」会という有力な貴族団体が、一四〇六年以来存在していた。この会は、組織的には三ないし四のかなり独

立性の高い部分会の連合体であり、しかも全体会・部分会とも存続期間が数年に限定されていたが、しかし期間満了のたびに規約変更や会員の変動を伴いつつ更新されて、一五世紀の大部分を通じてほぼ切れ目なく存続した[78]。このような柔軟な構造のおかげで、「聖ゲオルクの楯」会は、シュヴァーベンの広い範囲の貴族たちをその傘下に集めていたのである。

そして、この団体のメンバーであったシュヴァーベンの貴族たちとジギスムントの関係は、一四一四年から一四一八年まで開かれたコンスタンツ公会議を通じて、緊密なものとなった。この大教会会議の開催地に近かったシュヴァーベンの貴族たちは、開催準備の段階から国王の意を受けて活動し、開催中はコンスタンツに頻繁に姿を見せ、会議を主催するジギスムントの周囲で勤務したのである[79]。それまでの国王たちと違ってドイツ国内に支配の基礎となる家領領邦を持たなかったジギスムントの側から見ると、彼らシュヴァーベン貴族は国王支配の支えとして貴重な存在であり、国王は「聖ゲオルクの楯」会とシュヴァーベン都市同盟を連合させようと試みることになった。

「聖ゲオルクの楯」会とシュヴァーベン都市同盟の間の交渉は、こうした王権の姿勢を背景に、国王本人の要請やヴュルテンベルク伯らの仲介を受けながら、一四二六年から一四三四年まで断続的に行われた[80]。交渉では基本的に「聖ゲオルクの楯」会の側が同盟を提案する立場に立ち、都市同盟側は受動的であった。「聖ゲオルクの楯」会の同盟提案は、当初は両者およびそのメンバー間の紛争解決のための規定が中心を占める、緩やかな結合を志向するものであったが、一四三四年にキルヒハイム Kirchheim で行われた交渉では、他から攻撃を受けた場合の相互援助の義務づけなどを含む強固な同盟案が提示された[81]。しかしこれらの提案は、いずれも都市側の同意を得るに至らず、結局貴族団体と都市同盟の結合は実現しなかった。王権の構想は再び挫折することになったのである。

交渉が成果を生まなかった原因としては、個々の加盟都市の同意を尊重するシュヴァーベン都市同盟の水平的構造や、都市会議に派遣される使節の行動や権限が出身都市の参事会に細かく拘束されることによる都市同盟の意思決定の難し

さなど、都市側の事情も考えられるが[82]、それだけでなく王権がなしうることが極めて限られていたという点も考慮しなければならないであろう。同盟交渉が国王の意向を背景にしていたとはいえ、シュヴァーベンに直接の支配権を持たない国王は、交渉の直接当事者として介入することは出来なかった。一四二二年の特権状に見られる一般的理念も、王権の具体的な地方諸関係からの遊離を補償することはできなかったのである。

ジギスムントの構想が、その後の国王アルブレヒト二世およびフリードリヒ三世によって積極的に継続されることはなかった。それどころか、一四六七年にはフリードリヒ三世は、前年に結成されたバイエルンの「一角獣」会について、金印勅書第一五章の規定を引きつつその解散を命じている[83]。このように中世後期を通じて、貴族団体に帝国国制上の安定した地位を与えることに、王権は成功しなかったのである。

それでは、逆に貴族団体の側から、帝国国制の中に正統な地位を獲得する可能性は存したであろうか。しかし、そのためには、個々の貴族団体だけでは明らかに力不足であり、複数の貴族団体の広域にまたがる連携が必要となる。既に一三八一年には「ライオン」会、「聖ヴィルヘルム」会、「聖ゲオルク」会という三つの貴族団体の間で同盟が成立して、ライン地方、シュヴァーベン、フランケンの貴族たちの連携が実現したことがあった[84]。また一四三〇年から一四三二年に、ボヘミアのフス派との戦争を戦うために、「聖ゲオルクの楯」会などの貴族団体が、同盟締結や集会開催などの動きを見せた[85]。しかし、これらの試みはいずれもごく短期間で終息していた。

そうした広範囲にわたる貴族の連携を示す事件として、一四七九－八七年に何度も開かれた大トーナメントが近年注目されている。これはバイエルン、フランケン、シュヴァーベン、ライン地方といういわゆる「四地方 Vier Lande」の下級貴族たちが多数参加した大規模な催しである[86]。一四七九年にヴュルツブルクで開かれた最初の大トーナメントは、八〇〇名近い貴族の参加を得て非常な成功を収め、以後一四八一年にマインツ、一四八一年にハイデルベルク、

一四八四年にシュトゥットガルトとインゴルシュタット、一四八五年にアンスバッハ、一四八六年にバンベルク、一四八七年にレーゲンスブルクとヴォルムスにおいて、次第に参加者を減じつつも、なお数百の貴族を集めて開催された。これらの開催地の多くは諸侯支配下の都市であり、従って諸侯が同意していることが催しの前提であった。しかし他方で、これらの大トーナメントは、フランケンの「留め金」会やライン地方の「ロバ」会などの貴族団体を中心に運営され、諸侯など高級貴族もほとんど特別扱いされない水平的性格を示していた。この企画に結集した貴族たちは、トーナメントという舞台を活用して個々の貴族団体を越えた幅広い結び付きを可能にし、貴族の間の連帯を強化するとともに、他の階層に向かって自分たちの勢力と威信を誇示しようとしたのであった。その際、トーナメントという、本来擬似戦闘から宮廷スポーツ化したイベントが貴族のシンボルとして選ばれたことは、貴族と軍事との本質的な結び付きを改めて感じさせる。また、トーナメントの中でも、高価な専用の武具を必要としエリートのスポーツとしての性格を強めていた一騎打ち方式[87]ではなく、多くの騎士が二組に分かれてこん棒で殴りあう集団戦方式が主に採用されたことは、これらの催しの下級貴族の水平的結合としての性格を示すものであろう。

もっとも、一方で幅広く貴族たちを催しに呼び込んでその結集を図りつつ、他方で外部に対して彼らの勢力と威信を誇示する、というのは問題なく両立する企図ではなかった。これらの催しの実行のために貴族団体の代表たちによって制定されたトーナメント規則からは、この点の困難さがうかがわれる[88]。貴族の団結を維持するためには、トーナメントの場に参加者が個別に抱えていた対立が持ち込まれてはならず、トーナメントは規定の武器だけを用いてルールに則って行われねばならない。規則違反に対しては、競技場の仕切りに止め置かれるなどの罰則が定められる。イベントは華やかでなければならないが、華美がいきすぎると経済力の弱い貴族は脱落せざるをえないので、参加者やその同伴する女性の服装や装飾品についての規制が必要となる。しかし、とりわけ問題となったのは、トーナメントへの参加資格

である。一四七九年のヴュルツブルクのトーナメント規則は、この点を比較的緩やかに規定し、先祖が過去五〇年の間にトーナメントに参加した事実を参加資格を持つ二人の貴族により証明されること、などを要求していたに過ぎなかった[89]。それに対して、一四八一年のハイデルベルクの規則は、おそらく「ロバ」会の要求により、トーナメント参加歴の証明に加えて、四人の先祖が貴族であることという「先祖改め Ahnenprobe」を規定し、また都市に市民権を持つ貴族はそれを前もって放棄しない限り参加を許されないこととした[90]。しかし、こうした厳格な参加資格要求は、トーナメント参加者の減少を招いたため、一四八五年にハイルブロンで制定された規則は再び資格要件を緩和し、都市在住の貴族に関しては、その者が自発的に都市に居住し、都市に税を払い、都市の役職に就き、市民と同様の義務を負っているのでなければ、参加を認めることとした[91]。

このような参加資格の再緩和にもかかわらず、おそらく参加に伴う出費の増大などを原因として、大トーナメントは一四八七年を最後に終了する。それまでの貴族団体の広域連携同様、今回も一〇年足らずという比較的短期間に限られた現象ではあったが、その意味は小さくなかったと考えられる。大トーナメントが展開された一四七〇・八〇年代は、それまで停滞していた帝国国制のありかたをめぐる王権と諸身分の交渉がようやく活発化する時期であり[92]、その限りで貴族たちの動きも、皇帝と帝国議会に結集した帝国諸身分との対峙という近世的二元主義の成立へ向かう、帝国国制の凝集過程の一部をなすものであった。そして大規模なトーナメントを貴族団体の下級貴族たちが運営する中で、トーナメント規則に見られたように、貴族たるにふさわしい資格や振舞いが論じられ、貴族たちの自意識が高められていったのである。

おわりに

「四地方」の貴族たちの大トーナメントと同じ時期に加速されていった帝国国制の凝集は、頻繁に開催されるようになった帝国議会の活動と帝国議会そのものの制度化によって一層進展し、一四九五年のヴォルムスの帝国議会では、国内におけるフェーデ遂行を全面的に禁止する永久ラントフリーデの成立と、帝国の紛争解決機関としての帝国最高法院 Reichskammergericht の設置として、結実する。中世後期に貴族団体などの形で部分的に実現が図られていた平和が、今や国内一律に妥当すべきものとされたのである。既に下級貴族たちが自ら貴族団体に結集したことは、貴族たちが実力行使の自己制限に傾きつつあったことを示していたが、更に一五世紀後半以後、貴族を取り巻く軍事的諸条件が変化していったことにより、貴族のフェーデは実行上の基盤をも失って、一六世紀の間に、時間をかけてではあるが、消滅していった。

すなわち一五世紀後半以後、国王や領邦君主が機動的な砲兵隊を整備し、改良された火砲を攻城に本格的に使用するようになったことは、下級貴族の軍事的自己主張とフェーデのよりどころであった中世城塞の防御力を奪い取るものであった。そうした火砲による攻撃に対しては、もちろんすぐに新たな築城法が開発されるが、多額の費用を要する城塞の改築・拡張は下級貴族には不可能であった(93)。一五世紀末から豊かな所領と大胆なフェーデ遂行を背景に、下級貴族の間で高い名声を誇ったライン地方の下級貴族フランツ・フォン・ジッキンゲンが、一五二一・二三年、トリーア大司教相手に仕掛けたフェーデで、諸侯連合軍にその本城を破壊されて惨敗したことは、こうした変化した環境の中では下級貴族の実力行使にもはや将来がないことを、明瞭に示した事件であった。

また会戦における戦術の変化も、貴族と軍事の関係を変えていく。一四七〇年代のブルゴーニュ公との戦争以来、密集陣形戦術をとるスイス歩兵が全ヨーロッパの傭兵市場で評価を高め、一四八〇年代以後スイス歩兵を模倣しつつランズクネヒト Landsknecht と呼ばれるドイツ歩兵が活躍しはじめると、戦場における歩兵集団の重要性が従来より高ま

り、ドイツ貴族が歩兵として同じ戦列に参加する例も見られるようになる。[94] 歩兵、騎兵、砲兵といった異なる兵種の組み合わせと適時の投入が会戦の勝敗を決するようになったことから、また多様な身分出身の兵士が軍を構成することからも、軍事行動にはますます紀律が要求されていく。[95] このような諸変化の結果、貴族は、フェーデ遂行の形で生活の全面において戦士であるような存在から、軍隊という特別な世界でそこでの規則に服しつつ戦う軍人・将校へと性格を変えていったのである。[96]

中世後期の貴族団体に見られたような貴族間の結合の近世における展開としては、帝国騎士団体 Reichsritterschaft の成立が重要である。[97] バイエルンの下級貴族のように近世には領邦国家に組み込まれて領邦諸身分として存続していく例も多く見られたが、それに対してシュヴァーベン、フランケン、ライン地方などの下級貴族は、一五四〇年代以後、帝国議会に議席を有しないが、領邦権力に服属せず皇帝に直属するという特殊な地位を主張する、帝国騎士団体を形成していく。帝国騎士団体は、上記三つの地方の騎士クライス Ritterkreis のゆるやかな連合体であり、最も活発な活動単位となったのは、騎士クライスの下部の地方騎士団体である。中世後期の貴族団体が、ある地域の一部の下級貴族によって自発的に結成された組織で、他の団体との重複加入もおおむね否定されなかったのに対して、地方騎士団体は、当該地域の帝国直属の下級貴族のすべてを網羅する存在であり、団体への不加入はただちに領邦所属を意味したのであって、両者の間にはその限りで性格の相違がある。[98] しかし、シュヴァーベンの「聖ゲオルクの楯」会の一四八八年時点における部分会の地域構成が、シュヴァーベン騎士クライスのもとでの地方騎士団体の構成と重なっていたことや、[99] 近世の地方騎士団体の紋章が中世後期にその地域に存在していた貴族団体のシンボルとしばしば一致していたことが示すように、[100] 中世後期の貴族団体の存在と活動は、近世の帝国騎士団体の前提をなすものであった。貴族団体の結成は、下級貴族が共同の意思形成と政治的活動に習熟する機会をもたらしたのであり、[101] その経験と伝統が、近世においては、

皇帝と帝国議会の二元構造の成立とそれに伴う帝国直属と領邦所属という分類原理の浸透に対応して、帝国騎士団体の成立として結実したものと考えられるのである。

（1）家人（ministerialis）から下級貴族への移行については、さしあたり Josef Fleckenstein (Hg.), Herrschaft und Stand. Untersuchungen zur Sozialgeschichte im 13. Jahrhundert, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 51), 2. Aufl., Göttingen 1979 所収の諸論文および Werner Hechberger, Adel, Ministerialität und Rittertum im Mittelalter, (Enzyklopädie deutscher Geschichte, Bd. 72), München 2004, S. 27 ff. の概観を参照。

（2）諸侯、グラーフ、ヘルという上級貴族と下級貴族の区分は、地方によって違いもあるが、西部・西南部を中心にドイツの広い範囲において、法的・社会的にさまざまな局面で考慮されており、貴族身分の内部構成として意味を持っていたと思われる。Karl-Heinz Spiess, Ständische Abgrenzung und soziale Differenzierung zwischen Hochadel und Ritteradel im Spätmittelalter, in: Rheinische Vierteljahrsblätter 56 (1992), S. 181-205. なお、都市の上層市民などとの区別および関係については、Kurt Andermann und Peter Johanek (Hg.), Zwischen Nicht- Adel und Adel, (Vorträge und Forschungen, Bd. 53), Stuttgart 2001 所収の諸論文を参照。また、中世後期ドイツの下級貴族の地域間比較研究として、Joachim Schneider, Spätmittelalterlicher deutscher Niederadel. Ein landschaftlicher Vergleich, (Monographien zur Geschichte des Mittelalters, Bd. 52), Stuttgart 2003.

（3）Lutz Fenske, Der Knappe: Erziehung und Funktion, in: Josef Fleckenstein (Hg.), Curialitas. Studien zu Grundlagen der höfisch-ritterlichen Kultur, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 100), Göttingen 1990, S. 55-127, S. 80 ff.

（4）Sabine Krüger, "Verhöflichter Krieger" und miles illiteratus, in: J. Fleckenstein (Hg.), Curialitas（注（3））, S. 326-349, S. 330, 335.

（5）Rudolf Endres, Adelige Lebensformen in Franken im Spätmittelalter, in: Heinrich Appelt (Hg.), Adelige Sachkultur des

Spätmittelalters, (Veröffentlichungen des Institus für Mittelalterliche Realienkunde, Bd. 5), Wien 1982, S. 73-104, S. 91. ／この史料に関する新しい研究として／ Sven Rabeler, Niederadlige Lebensformen im späten Mittelalter. Wilwolt von Schaumberg (um 1450-1510) und Ludwig von Eyb d. J. (1450-1521), (Veröffentlichungen der Gesellschaft für fränkische Geschichte, Reihe IX: Darstellungen aus der fränkischen Geschichte, Bd. 53), Würzburg 2006.

（6）R. Endres, a. a. O.（注5）, S. 100.

（7）Helfried Valentinitsch, Die Aussage des spätmittelalterlichen Grabmals für die adelige Sachkultur, in: H. Appelt (Hg.), a. a. O.（注5）, S. 273-292.

（8）／このような見方を提示して／ 中世世界と近代国家の異質性を際立たせたのは／ 周知のように／ オットー・ブルンナーであった。Otto Brunner, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, 5. Aufl., Wien 1965. 中世後期ドイツのフェーデに関しては／ 最近の研究もふまえて論じるべき点が多くあるが／ 別稿に譲ることにしたい。

（9）Karl-Ferdinand Werner, Art. Adel, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 1, Stuttgart u. a. 1980, Sp. 119; Gerhard Dilcher, Der alteuropäische Adel - ein verfassungsgeschichtlicher Typus ?, in: Hans-Ulrich Wehler (Hg.), Europäischer Adel 1750-1950, (Geschichte und Gesellschaft, Sonderheft 13), Göttingen 1990, S. 57-86, S. 68 ff.

（10）Kurt Andermann, Raubritter - Raubfürsten - Raubbürger ? Zur Kritik eines untauglichen Begriffs, in: Ders., (Hg.), »Raubritter« oder »Rechtsschaffene vom Adel« ? Aspekte von Politik, Friede und Recht im späten Mittelalter, (Oberrheinische Studien, Bd. 14), Sigmaringen 1997, S. 9-29, S. 9 ff.

（11）／このような見方から中世後期のフェーデを取り扱った研究として／ Ulrich Andermann, Ritterliche Gewalt und bürgerliche Selbstbestimmung. Untersuchungen zur Kriminalisierung und Bekämpfung des spätmittelalterlichen Raubrittertums am Beispiel norddeutscher Hansestädte, (Rechtshistorische Reihe, Bd. 91), Frankfurt a. M. u. a., 1991.

（12）Werner Rösener, Krisen und Konjunkturen der Wirtschaft im spätmittelalterlichen Deutschland, in: Ferdinand Seibt und Winfried Eberhard (Hg.), Europa 1400. Die Krise des Spätmittelalters, Stuttgart 1984, S. 24-38, S. 30 f.

（13）Roger Sablonier, Zur wirtschaftlichen Situation des Adels im Spätmittelalter, in: H. Appelt (Hg.), a. a. O.（注5）, S. 9-34,

S. 13.

(14) Roger Sablonier, Adel im Wandel. Eine Untersuchung zur sozialen Situation des ostschweizerischen Adels um 1300, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 66), Göttingen 1979, S. 86-142; Regina Görner, Raubritter. Untersuchungen zur Lage des spätmittelalterlichen Niederadels, besonders im südlichen Westfalen, (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Westfalen, Bd. 22, Geschichtliche Arbeiten zur westfälischen Landesforschung, Bd. 18), Münster 1987, S. 21-111.

(15) R. Görner, a. a. O.(注14), S. 64-84.

(16) Andreas Ranft, Einer von Adel. Zu adligem Selbstverständnis und Krisenbewußtsein im 15. Jahrhundert, in: Historische Zeitschrift 263 (1996), S. 317-343, S. 331 ff.

(17) R. Sablonier, Adel im Wandel(注14), S. 210-223; Ders., Zur wirtschaftlichen Situation(注13), S. 12; R. Görner, a. a. O.(注14), S. 50-64, 111-161.

(18) R. Görner, a. a. O.(注14), S. 69-77; Hellmuth Gensicke, Der Adel im Mittelrheingebiet, in: Hellmuth Rössler (Hg.), Deutscher Adel, Bd. 1: 1430-1555, (Schriften zur Problematik der deutschen Führungsschichten in der Neuzeit, Bd. 1, Büdinger Vorträge 1963), Darmstadt 1965, S. 127-152, S. 134; Gerhard von Lenthe, Niedersächsischer Adel zwischen Spätmittelalter und Neuzeit, in: Ebenda, S. 177-202, S. 184 ff.

(19) Ernst Schubert, Fürstliche Herrschaft und Territorium im späten Mittelalter, (Enzyklopädie deutscher Geschichte, Bd. 35), München 1996, S. 18 f.; R. Görner, a. a. O.(注14), S. 153-157.

(20) Clifford J. Rogers, The Military Revolution of the Hundred Years War, in: Id. (ed.), The Military Revolution Debate, San Francisco etc. 1995, pp. 55-93; Id., The Age of the Hundred Years War, in: Maurice Keen (ed.), Medieval Warfare. A History, Oxford 1999, pp. 136-160.

(21) Volker Schmidtchen, Aspekte des Strukturwandels im europäischen Kriegswesen und ihre Ursachen, in: Ferdinand Seibt, Winfried Eberhard (Hg.), Europa 1500. Integrationsprozesse im Widerstreit. Staaten, Regionen, Personenverbände, Christenheit, Stuttgart 1986, S. 445-467.

(22) 戦場地形と戦闘の推移について、V. Schmidtchen, a. a. O.(注21), S. 451 ff.

(23) Michael E. Mallet, The Art of War, in: Thomas A. Brady, Jr. etc. (ed.), Handbook of European History 1400-1600. Late Middle Ages, Renaissance and Reformation, Vol. 1: Structures and Assertions, Leiden etc. 1994, pp. 535-557, p. 537.

(24) Roger Sablonier, Rittertum, Adel und Kriegswesen im Spätmittelalter, in: Josef Fleckenstein (Hg.), Das ritterliche Turnier im Mittelalter, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 80), Göttingen 1985, S. 532-567, S. 538; Ch. Rogers, The Age of the Hundred Years War(注20), p. 142.

(25) R. Sablonier, Rittertum(注24), S. 537. 例えば、百年戦争前半期にイングランド軍は、chevauchées と呼ばれる略奪・破壊遠征をたびたび試みた。Ch. Rogers, The Age of the Hundred Years War(注20), p. 151. 全般的には、Christopher Allmand, War and the Non-Combatant in the Middle Ages, in: M. Keen (ed.), Medieval Warfare(注20), pp. 253-272.

(26) Christopher Allmand, War, in: Id. (ed.), The New Cambridge Medieval History, Vol. VII: c. 1415-c. 1500, Cambridge etc. 1998, pp. 161-174, p. 166-7; Andrew Ayton, Arms, Armour and Horses, in: M. Keen (ed.), Medieval Warfare(注20), pp. 186-208, p. 207.

(27) Ch, Allmand, op. cit.(注26), pp. 168-9.

(28) Karl Heinrich Freiherr Roth Von Schreckenstein, Geschichte der ehemaligen freien Reichsritterschaft in Schwaben, Franken und am Rheinstrom, Bd. 1, Tübingen 1859 (ND Neustadt an der Aisch 1998), S. 309 f., 446 ff., 467 ff., 489 ff., 563 ff.; Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaft, Bd. 1: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868 (ND Graz 1954), S. 488-497. 日本における研究として、黒田忠史『西欧近世法の基礎構造』(晃洋書房　一九九五年)一二九頁以下。

(29) Holger Kruse, Werner Paravicini, Andreas Ranft (Hg.), Ritterorden und Adelsgesellschaften im spätmittelalterlichen Deutschland. Ein systematisches Verzeichnis, (Kieler Werkstücke, D, 1), Frankfurt a. M. u. a., 1991.

(30) Ebenda, S. 13 ff.

(31) Ebenda, S. 23 f. 中世後期ドイツの貴族団体については、Andreas Ranft, Adel und Stadt im späten Mittelalter. Ihr Verhältnis am Beispiel der Adelsgesellschaften, in: Stefan Rhein (Hg.), Die Kraichgauer Ritterschaft in der frühen Neuzeit, (Melanchthon- Schriften der Stadt Bretten, Bd. 3), Sigmaringen 1993, S. 47-64; Ders., Reichsreform als

Adelsreform? Das Beispiel der Adelsgesellschaften, in: Ivan Hlaváček und Alexander Patschovsky (Hg.), Reform von Kirche und Reich zur Zeit der Konzilien von Konstanz (1414-1418) und Basel (1431-1449), Konstanz 1996, S. 135-156; Hartmut Boockmann, Heinrich Dormeier, Konzilien, Kirchen- und Reichsreform (1410-1495). (Gebhardt. Handbuch der deutschen Geschichte, 10. Aufl., Bd. 8), Stuttgart 2005, S. 149f. ; W. Hechberger, a. a. O.（注1）, S. 40f., 112; Barbara Hammes, Ritterliche Fürst und Ritterschaft. Konkurrierende Vergegenwärtigung ritterlich- höfischer Tradition im Umkreis südwestdeutscher Fürstenhöfe 1350-1450, (Veröffentlichungen der Kommission für geschichtliche Landeskunde in Baden- Württemberg, Reihe B, Forschungen, Bd. 185), Stuttgart 2011, S. 224-293 も参照。

（32）例えば、フランケンの貴族たちは、一五世紀に、ヴュルツブルク司教領邦の政治や帝国の政策との関係で、何度も結集して行動したが、そうした結合は目録には収録されていない。Ernst Schubert, Landstände des Hochstifts Würzburg, (Veröffentlichungen der Gesellschaft für Fränkische Geschichte, Bd. 23), Würzburg 1967, S. 63 ff.; Cord Ulrichs, Vom Lehnhof zur Reichsritterschaft. Strukturen des Fränkischen Niederadels am Übergang vom späten Mittelalter zur frühen Neuzeit, (Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 134), Stuttgart 1997, S. 153 ff.

（33）Andreas Ranft, Adelsgesellschaften. Gruppenbildung und Genossenschaft im spätmittelalterlichen Reich, (Kieler Historische Studien, Bd. 38), Sigmaringen 1994, S. 30, 259.

（34）Ebenda, S. 28 f., 33; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 25.

（35）H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 30 f.

（36）H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 350.

（37）H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 373 f.; Helmut Lahrkamp, Beiträge zur Geschichte des Hubertusordens der Herzöge von Jülich-Berg und verwandter Gründungen, in: Düsseldorfer Jahrbuch 49 (1959), S. 3-49, S. 11 ff., 17 f.

（38）この現象の広がりについては、D'Arcy Jonathan Dacre Boulton, The Knights of the Crown. The Monarchical Orders of Knighthood in Later Medieval Europe 1325-1520, Woodbridge 1987 を参照。

（39）金羊毛騎士団については、さしあたり、Heribert Müller, Fasanenfest und Orden vom Goldenen Vlies. Neuerscheinungen zur burgundischen Geschichte und Geschichtsschreiburg, in: Zeitschrift für Historische Forschung 27 (2000), S. 203-227, S.

211f.; Sonja Dünnebeil, Der Orden vom Goldenen Vlies und die Beherrschung des Adels: Karl als Herr oder Ordensbruder ?, in: Klaus Oschema, Rainer C. Schwinges (Hg.), Karl der Kühne von Burgund. Fürst zwischen europäischem Adel und der Eidgenossenschaft, Zürich 2010, S. 171-183 を参照。

(40) H. Lahrkamp, a. a. O.(注37), S. 4 ff.

(41) A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 60 ff., 286; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 157.

(42) A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 139 ff., 135; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 130, 133.

(43) A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 61.

(44) Ebenda, S. 139.

(45) Ebenda, S. 52 ff.

(46) Ebenda, S. 180 ff.

(47) Ebenda, S. 197 ff.; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 442 ff.

(48) Konrad Ruser, Zur Geschichte der Gesellschaften von Herren, Rittern und Knechten in Süddeutschland während des 14. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für württembergische Landesgeschichte 34/35 (1975/76), S. 1-100, S. 27 ff., 51 f.; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 81 ff. ヴェルナー・フォン・ウルスリンゲン Werner von Urslingen やコンラート・フォン・ランダウ Konrad von Landau といった有力な傭兵隊長に率いられたドイツ傭兵は、一三六〇年ごろまでイタリアの戦場を支配していた。Michael Mallett, Mercenaries, in: M. Keen (ed.), Medieval Warfare(注20), pp. 209-229, p. 218. 更に、ドイツ国内でも、一四世紀以後、都市が近隣の貴族などと傭兵契約を結ぶ事例が多く見られた。Gerhard Fouquet, Die Finanzierung von Krieg und Verteidigung in oberdeutschen Städten des späten Mittelalters (1400-1500), in: Bernhard Kirchgässner und Günter Scholz (Hg.), Stadt und Krieg, (Stadt in der Geschichte, Bd. 15), Sigmaringen 1989, S. 41-75; Brigitte Maria Wübbeke, Das Militärwesen der Stadt Köln im 15. Jahrhundert, (Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 91), Stuttgart 1991, S. 139 ff..

(49) K. Ruser, a. a. O.(注48), S. 30 f., 54 ff.; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 100 ff.

(50) A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 85 ff., 286 ff.

(51) Ebenda, S. 156 ff.

(52) Ebenda, S. 223 ff.

(53) Ebenda, S. 185 ff.; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 60 ff.

(54) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 122, 173.

(55) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 147 f., 154, 279, 350, 399.

(56) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 64.

(57) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 275.

(58) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 95 f.; Karl E. Demandt (Bearb.), Regesten der Grafen von Katzenelnbogen 1060-1486, Bd. 1: 1060-1418, (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Nassau, Bd. 11), Wiesbaden 1953, Nr. 1541.

(59) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 200.

(60) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 385 f.（聖ファルトゥス）, 399（聖壺）.

(61) Herbert Obenaus, Recht und Verfassung der Gesellschaft mit St. Jörgenschild in Schwaben, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 7), Göttingen 1961, S. 44 ff., 76 ff.

(62) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 200 f.

(63) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 257.

(64) Wolfgang D. Fritz (Bearb.), Monumenta Germaniae Historica, Legum sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, T. 11, 7. Lieferung, Weimar 1988, Die Goldene Bulle vom 10. Januar und 25. Dezember 1356, S. 600. なお，金印勅書に関する最近の研究として，横川大輔「一四世紀後半における「金印勅書」（一三五六年）の認識――カール四世の治世（一三七八年まで）を中心に――」『北大法学論集』六三巻二号（二〇一二年）一一五六頁。

(65) “ ... quas civitates seu persone cuiuscumque dignitatis, conditionis aut status sive inter se sive cum aliis absque auctoritate dominorum, quorum subditi vel ministeriales seu in quorum districtu consistunt, eisdem dominis nominatim non exceptis fecerunt hactenus et facere presumpserint in futuro, sicut eas per sacras divorum augustorum predecessorum nostrorum leges prohibitas non ambigitur et cassatas”.

(66) “Illis confederationibus et ligis dumtaxat exceptis, quas principes et civitates ac alii super generali pace provinciarum atque terrarum inter se firmasse noscuntur, ...”.

(67) Heinz Angermeier, Königtum und Landfriede im deutschen Spätmittelalter, München 1966, S. 174-266.

(68) K. Ruser, a. a. O.(注48), S. 52 ff.

(69) Johann Friedrich Böhmer, Alfons Huber (Hg.), Regesta imperii, VIII, Die Regesten des Kaiserreichs unter Kaiser Karl IV. 1346-1378, Innsbruck 1877, (ND Hildesheim 1968), Nr. 5282, 5322.

(70) Ebenda, Nr. 5515.

(71) H. Angermeier, a. a. O.(注67), S. 254-317; Peter Moraw, Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490, (Propyläen Geschichte Deutschlands, Bd. 3), Berlin 1985, S. 256 ff.

(72) Hermann Mau, Die Rittergesellschaften mit St. Jörgenschild in Schwaben, Bd. 1: Politische Geschichte 1406-1437, (Darstellungen aus der württembergischen Geschichte, Bd. 33), Stuttgart 1941, S. 48 ff. ; H. Boockmann, H. Dormeier, a. a. O. (注31), S. 69f.

(73) Lorenz Weinrich, Quellen zur Verfassungsgeschichte des römisch-deutschen Reiches im Spätmittelalter (1250-1500), (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters, Bd. 33), Darmstadt 1983, S. 463 f. また、黒田忠史、前掲書（注28）、四〇頁。

(74) “... so ist doch unser betrachtung nicht clein doruf gewant, wie unser und desselben richs ritterschaft, damit der adel bestatt ist, also versorget werde, das er bestee und nicht zerrutte, zerstort oder also gedrungen sey an seinen rechten, sunder das er bey unsern zeiten an seinem wesen glucklich und seliclich bleibe und aufneme. Und wann wir wol vernommen haben, das die ritterschaft in Deutschen landen vil twang leydet und vast gedrungen wirdet an iren rechten von ettlichen und ufhaldung solichs unrechten wol bedorffe, und, wiewol sy villeiht offte gern zu uns zuflucht hetten von solichs unrechts wegen und anrueften, in das zu wenden, so sein wir offt zu verre von anderr unserr gescheffte wegen, die wir fur handen haben, das sy uns nicht fuglich moegen erreichen ...”.

(75) “... dorumb mit wolbedachtem muote, gutem rate und rechter wissen geben wir volle macht und gewalt der egenanten

ritterschaft uberal in Deutschen landen und guennen in: das sy sich mit einander verbinden und vereynen sollen und moegen, wie sy das am besten zu sein bedunken wirt, das sy bey gleich und recht bleiben, ...".

(76) "... und das sy auch unsere und des richs stete in denselben bunt wol nemen moegen, die sich zu in wolden verbinden, ...".

(77) "... doch uns und unsere nachkommen an dem heiligen Roemischen riche ausgenommen, das uns und denselben unsern nachkommen am reiche derselb bunt unschedlich sein sol. Doran freveln noch tun sy nicht wider uns noch das heilig Roemisch riche noch nyemands anders in dhein weis."

(78) H. Mau, a. a. O.(注72), S. 8 ff.; H. Obenaus, a. a. O.(注61), S. 155 ff., 195 ff.; H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 202-217. 黒田忠史，前掲書（注28），四一頁以下。

(79) H. Mau, a. a. O.(注72), S. 40 ff.

(80) Ebenda, S. 60 ff.

(81) Ebenda, S. 169 ff.

(82) Ebenda, S. 62 ff., 201 ff.

(83) H. Kruse u. a., (Hg.), a. a. O.(注29), S. 271.

(84) A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 207 ff.; Sonja Zielke, Die Löwengesellschaft. Ein Adelsbund des 14. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für Geschichte Oberrheins 138(1990), S. 27-97.

(85) H. Mau, a. a. O.(注72), S. 89-93, 139-150.

(86) 以下これらの大トーナメントについては，Werner Paravicini, Die ritterlich-höfische Kultur des Mittelalters, (Enzyklopädie deutscher Geschichte, Bd. 32), München 1994, S. 93-102; Andreas Ranft, Die Turniere der vier Lande: Genossenschaftlicher Hof und Selbstbehauptung des niederen Adels, in: Zeitschrift für Geschichte Oberrheins 142 (1994), S. 83-102.

(87) Ortwin Gamber, Ritterspiel und Turnierrüstung im Spätmittelalter, in: J. Fleckenstein (Hg.), Das ritterliche Turnier(注24), S. 513-531, S. 525 ff.

(88) Heide Stamm, Das Turnierbuch des Ludwig von Eyb (cgm 961), (Stuttgarter Arbeiten zur Germanistik, Bd. 166),

Stuttgart 1986, S. 168-173, 201-211, 212-218, 219-223.

(89) Ebenda, S. 220.

(90) Ebenda, S. 168 f.

(91) Ebenda, S. 203.

(92) P. Moraw, a. a. O.(注71), S. 389 ff.

(93) Ch. Allmand, War(注26), p. 169; M. E. Mallett, The Art of War(注23), pp. 545-6.

(94) Hans-Michael Möller, Das Regiment der Landsknechte. Untersuchungen zu Verfassung, Recht und Selbstverständnis in deutschen Söldnerheeren des 16. Jahrhunderts, (Frankfurter Historische Abhandlungen, Bd. 12), Wiesbaden 1976; Reinhard Baumann, Landsknechte. Ihre Geschichte und Kultur vom späten Mittelalter bis zum Dreißigjährigen Krieg, München 1994.「中世最後の騎士」皇帝マクシミリアン一世が，自ら長槍を取ってランツクネヒトの隊列に加わったことは，歩兵との身分差を戦場において自ら乗り越えて，貴族たちに範を示す意味があったとされる。

(95) Maurice Keen, The Changing Scene. Guns, Gunpowder and Permanent Armies, in: ID. (ed.), Medieval Warfare, pp. 273-291, pp. 287-290; Rainer Wohlfeil, Adel und neues Heerwesen, in: H. Rössler (Hg.), a. a. O.(注18), S. 203-233, S. 220 ff.

(96) 戦争自体の「プロフェッショナル化」について，M. Keen, op. cit.(注95), pp. 287-290.

(97) さしあたり，Rudolf Endres, Adel in der frühen Neuzeit, (Enzyklopädie deutscher Geschichte, Bd. 18), München 1993, S. 10 ff., 68 ff.; W. Hechberger, a. a. O.（注1), S. 41, 112 f. を参照。日本における研究として，黒田忠史，前掲書（注28）四四頁以下，皆川卓「神聖ローマ帝国騎士の成立」『法制史研究』五二号（二〇〇二年）四七－九九頁。

(98) Volker Press, Die Ritterschaft im Kraichgau zwischen Reich und Territorium 1500-1623, in: Zeitschrift für Geschichte Oberrheins 122 (1974), S. 35-98, S. 37 f.

(99) H. Obenaus, a. a. O.(注61), S. 202.

(100) V. Press, a. a. O.(注98), S. 39; A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 182.

(101) A. Ranft, Adelsgesellschaften(注33), S. 217 ff.

論　説

一部無効の本質と射程（三）

――一部無効論における当事者の意思の意義を通じて――

酒巻修也

目　次

序章　問題の所在
第一節　一部無効による契約の修正とその問題点
第二節　本稿の目的・分析の視角

（以上、六六巻四号）

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立
　第一節　一部無効論の萌芽
　　第一款　民法典制定時における一部無効概念の不在
　　第二款　民法典制定時における民法典九〇〇条の意義
　　第三款　判例による民法典九〇〇条の厳格な適用の回避
　　第四款　本節のまとめ
　第二節　伝統的な一部無効論の構造
　　第一款　シムレールによる一部無効論の構造の概略
　　第二款　動因的かつ決定的な条件概念と当事者の意思との関係
　　第三款　不可分性概念と当事者の意思との関係
　　第四款　縮減概念と当事者の意思との関係
　　第五款　本節のまとめ
　第三節　一部無効の本質の探究　―目的論的基準―
　第四節　本章のまとめ
第二章　フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義
結章　日本法への示唆

（以上、六六巻五号）

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立

第二節　伝統的な一部無効論の構造

（以上、本号）

本節では、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思が原則的な基準になるとする学説（以下、これを「伝統的な一部無効論」という。）が、一部無効論を展開するにあたり、いかなる事案を包摂し、なぜ当事者の意思が原則的な基準であるとするかを検討する。

無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を原則的な基準であるとする学説としては、何よりもまず、一部無効論の先駆者として知られるシムレール（Ph.Simler）の見解を挙げることができる[1]。シムレールは、無効の範囲が問題となりうる事案を幅広く検討し、そこから、①原則として当事者の意思により無効の範囲が画定されること、および、②無効の本質という観点から、公序が無効の範囲を要請する場合には、例外的に公序により要請された無効の範囲が優先されること、という準則を立てた。このようなシムレールの見解は、現在でも広く引用されており、依然として学説に対する影響が強く残っている。そこで、本節では、シムレールの見解を中心に、伝統的な一部無効論がいかなる事案を包摂し、どのようにして一部無効論を形成するに至ったか、そこでは当事者の意思がいかなる意義および役割を有していると考えられているかを検討していくこととする。

第一款　シムレールによる一部無効論の構造の概略

はじめに、シムレールの一部無効論の意義を述べておこう。彼の一部無効論の意義としては、第一に、一部無効というサンクションが実務上広く課されていることを指摘し、学説に一部無効という概念を定着させるに至らしめたこと、第二に、無効の範囲が画定されるにあたっては、当事者の意思に基づいて画定される場合と、公序の要請に基づいて画定される場合とがあり、前者が原則であり、後者が例外であると指摘したことが挙げられる。一部無効論における当事

者の意思の位置づけという本稿の問題関心からは、シムレールが、なぜ当事者の意思が原則的な基準であるとしたかが重要である。すなわち、既に指摘したように、フランスにおいて、一部無効という概念は、新無効論における無効の本質から、その正当性を獲得した[2]。シムレールが一部無効と無効の本質との関係について述べた一節を、再度、引用しよう。

「サンクション（sanction）は、規定により目指された目的を実現しなければならない、言いかえれば、禁止されたものが無効とされなければならない（ce qui prohibé doit être annulé）。しかし、これ〔サンクション〕は、当該目的を越えてはならない。唯一、禁止されたものが、無効とされなければならない。それゆえ、もし、ある行為において、条項、条件、負担…が不法あるいは不道徳なものであるならば、唯一、当該約定（disposition）のみが、原則として、無効とされなければならない。このようにして禁止の目的は達成される。……しかし、この〔規定に反した部分が無効とされなければならないという〕原則は、ときおりその結果が恣意的であるため、弱化を受ける必要がある〔上記原則の絶対性を弱める必要がある〕。実際、法律の違反が抑えられ〔法律が違反された状態が解消され〕、かつ一般利益が満たされているとき、ある他の、われわれの債務法に関する一般原則が介入する。意思自律のそれである。無効とされた行為の一部が、行為者からみて基本的なものであった、その結果、それ〔無効事由が存する部分〕なくして行為を締結しなかったならば、それ〔当該行為〕は、全体として消滅しなければならない[3]。」

このようにシムレールは、無効とは法的なサンクションであるという無効の本質から、法の目的を考慮すべきことを指摘する。しかし、他方で、法の目的を裁判官が恣意的に考慮することを恐れて、当事者の意思も考慮すべきであると

し、この当事者の意思を、原則的な基準であるとするに至る。では、具体的に、シムレールは、この当事者の意思の考慮を、無効の範囲を画定するにあたり、どのように位置づけられるものとして考えていたのであろうか。本節では、この問題を明らかにすることを試みる。

さて、シムレールは、フランスのテーズの伝統的な枠組みに従い二部構成を採り、第一部「フランス実定法における一部無効の分析的検討」で、無効の範囲が問題となったフランスの判例や裁判例を検討し、第二部「一部無効の理論」で、先の判例や裁判例で用いられる諸概念を検討することで、一部無効の判断枠組みを提示しようと試みている[4]。そして、シムレールは、それまでに検討してきた事案や諸概念をもとに、統一的に一部無効を論じることができるとする。

そこで、本節でシムレールの一部無効論における当事者の意思の意義および役割を探るにあたっては、彼がいかなる概念を通じてどのように統一的な一部無効論を形成していったかを概観しておくことが便宜であろう。

シムレールは、次のように議論を展開した。まず、フランスの裁判例は、「動因的かつ決定的なコーズまたは条件（cause ou condition implusive et déterminante）」、「不可分性（indivisibilité）」、「縮減（réduction）」という三つの概念に基づいて把握されるという[5]。そして、これらのうち、前二つの概念の検討により、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が原則的な基準であるということができ、縮減概念により把握される事例においても、それらと同様の、無効の範囲を画定する構造にあるとする。

以下では、シムレールがこの三つの概念を通じて当事者の意思にどのような意義および役割を見出したかをみていくこととしよう。なお、具体的な事案については必要な限りで本節でも言及するが、考慮される当事者の意思の内実や役割を事案類型ごとに明らかにしていく作業は、本節および次節において一部無効論の理論的な対立を概観した後、第二章で行うこととしたい。なぜなら、一部無効論の理論的な対立を検討する本章で取り上げる学説では、多様な事案を包

摂するものとして一部無効論が展開されている。そのために、私見によれば、各事案類型において当事者の意思が考慮されうるか否か、考慮されるとすればそれがどのような役割を果たしているかについて、議論が不正確なものとなってしまっているように思われるからである。本節の焦点は、シムレールの一部無効論において、当事者の意思の内実が何であり、どのような役割が担わされているかに合わせられる。

（1）Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969.
（2）本稿（一）序章第二節第二款を参照。
（3）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°.28.
（4）シムレールのテーズのプランについては、参照、Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, pp.503 et s.
（5）恵与（libéralité）に不法条件等が付されていた場合に、当該条件のみを書かれざるものとみなす民法典九〇〇条に対し、その厳格な適用を回避するために判例が用いる「動因的かつ決定的なコーズ」概念と、それに対するシムレールの見解については、本稿（二）第一章第一節第三款を参照。
なお、民法典九〇〇条は、次のように規定する。

九〇〇条「生存者間の、または遺言によるすべての処分において、不能条件または法律もしくは良俗に反する条件は、書かれざるものとみなされる。」

第二款　動因的かつ決定的な条件概念と当事者の意思との関係

一　有償行為における無効の範囲の画定と当事者の意思の考慮

「動因的かつ決定的な条件」概念とは、有償行為において不法な条件もしくは条項が付されていた場合に、当該条件もしくは条項の無効によって、行為が無効となるか、または当該条件もしくは条項のみが無効となるかを判断する際に、判例において一般に用いられる概念である。

有償行為においては、恵与（libéralité）に不法条件等が付されていた場合に当該条件のみを書かれざるものとみなす民法典九〇〇条のような規定が存在せず(6)、それゆえ、同条の厳格な適用を回避する判例法理が登場したのと同様の経緯があったわけではなかった。また、古典的無効論が支配的だった二〇世紀初頭までは、無効の本質が行為の状態（une état de l'acte）であると捉えられていたこともあり、無効の範囲という問題が認識されていなかった。しかし、その後、学説では、とりわけ労働契約に不法な条項が付されていた場合に当該契約の全部無効が課されるとなると不都合が生ずることが指摘され、また、新無効論の登場により無効が行為の状態であるとは解されなくなったことにより、有償行為においても一部の無効が可能とされるべきであると指摘されるようになった(7)。有償行為における一部無効の是認について先陣を切ったのが、判例であるか学説であるかは明らかでないが、判例は、有償行為においても一部無効を認めるようになっていく。その際、すべての判例が共通の文言を用いていたわけではないものの、しばしば、「動因的かつ決定的な条件」という文言を用いて、無効の範囲の問題を解決していた。

この表現は、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避する判例法理を想起させる。実際、学説は、不法条件等が付された有償行為につき、九〇〇条とは反対の結論を規定する一一七二条との関係で、無効の範囲の問題を論ずる。すなわち、一一七二条は、次のように、有償行為に不法条件等が付されていた場合には、当該合意そのものが無効になると規定する。

一一七二条「不能の事柄、または良俗に反した、もしくは法律によって禁じられた事柄に関する条件は無効であ

り、それに依存する（depend）合意を無効とする。」

民法典一一七二条は、有償行為において不法条件等が付されていた場合には、合意そのものが無効となる旨を規定する。もっとも、シムレールは、一一七二条には強行法規性が見出されることがなかったことから、一部無効を認めることに難しさはないとした。つまり、一一七二条により、有償行為が不法条件等に依存する場合には当該行為を全体として無効とする旨が規定されているのは、このような帰結が当事者の意思の通常の解釈だからであるという。そして、同条の適用を当事者の意思により回避することは可能である。すなわち、ある条件が付随的な役割しか有していなかった場合には、言いかえれば、当事者が当該条件が無効であることを知ったときに当該条件なくして契約を締結したであろうと認められる場合には、当該条件のみが無効となることを、シムレールは認めたのであった(8)。

このようにして一部無効を正当化する見解によれば、民法典一一七二条の適用範囲は、法的意味における「条件」に限定されないこととなる。すなわち、一方で、同条は、その条文の位置からすれば、一一六八条により定義される「条件」を対象としたものである。一一六八条によれば、債務が条件付きであるとされるのは、債務が将来の、かつ不確かな出来事に依存させられているときである(9)。したがって、一一七二条は、「将来の、かつ不確かな出来事に依存させること」という意味での条件にしか適用されないものであるとも考えられる。しかしながら、他方で、学説は、この意味での条件に限定することなく、あらゆる条項についても、一一七二条が適用可能であるという(10)。判例も、無効の範囲を判断するにあたり、無効の対象について、「条項（clause）」と「条件（condition）」という語を区別なく用いている。

もっとも、民法典一一七二条があらゆる条項に適用されるとする見解に対しては、批判もある。つまり、一一七二条は、条件付き債務に関する規定であることから、条件概念の基礎が依存的関係にあることに鑑みれば、起草者が、行為

が条件に依存しているか否かにより無効の範囲が異なると考えていたとは考えがたいからである。[11] それゆえ、同条によっては解決されず、単に当事者の意思を参照することで足りるとする学説があった。

いずれにせよ、多くの学説は、民法典一一七二条が強行法規性を有していないため、条件または条項にのみ無効原因が存する場合には、一一七二条の規定にもかかわらず、当事者の意思により一部無効が認められるとする。[12] つまり、条件または条項に無効原因が存するとき、当事者が条件または条項を合意にとって重要なものであると考えていた場合には、当該合意全体が無効とされる。反対に、当事者が条件または条項を重要なものと考えていなかった場合には、当該条件または条項のみが無効とされるという。

実際には、本章第三節や次章でみる判例や学説の批判からも明らかであるように、判例の態度ははっきりしていないのであるが、なかには、当事者の意思において当該条項が決定的であったか否かに言及し無効の範囲を画定しようとする判例があった。そしてこのような判例をもとに展開されたのが、伝統的な一部無効論であった。たとえば、次の破毀院判決が、有償契約において当事者の意思を考慮して無効の範囲を判断すべしとした事案としてしばしば引用されている。[13]

［仏15］ 破毀院民事部一九二九年三月二〇日[14]

【事案】 Aは生前に、Yに対してアパルトマンを貸与した。本件賃貸借契約によれば、Yの希望した期間で賃貸借がなされる旨の条項が付され、しかもその期間には上限がなかった。Aの死後、Xが本件アパルトマンの所有者となった。そこで、Xは、本件賃貸借契約が期限を無限とする永久賃貸借であるために無効であるとして提訴した。第一審がXの主張を認容したところ、Yは、次のように主張した。すなわち、一七九〇年一二月一八日および二九日

の法律ならびに民法典一七〇九条は、このような性格の賃貸借を禁ずるが、無効とは規定していない。また、同法律は永小作権につき定めたものであるが、所有権と利用の実態とがあまりにも長期に分離されることを嫌って九九年の上限を付したという立法者意思が明確であるため、これは賃貸借にも適用される。したがって、本件賃貸借契約は無効ではなく、永小作権の最長期間である九九年の期間の付されたものになるにすぎないという。原審は、以上のYの主張を認め、期間を九九年として賃貸借契約の効力を維持した。

そこで、Xは、裁判官には合法的効果を生じさせることを口実に契約を修正する権能がなく、期間の永久性は必然的に賃貸借契約を無効にすることを理由に、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送(15)。

破毀院は次のように判示して、原判決を破毀し、本件を移送した。すなわち、まず、原審判決が、本件合意が両当事者の意思において永久賃貸借であったとしながらも、期間を九九年としたことは、民法典一七〇九条等に反するとした。次いで、事実審裁判官には、契約から、合意のエコノミー（économie）を侵害する付随的な特徴を有する不法な条項のみを無効とし残部を維持する権限を有することを認め、ただし、本件においては、原審が、両当事者の意思において当該不法な条項が副次的な性質を有するものか本質的な性質を有するものかを一切評価をしていないことから、この点でも、原判決を、法的根拠を欠くものと判示した。

このように、同判決は、両当事者の意思において当該条項が本質的なものであったか副次的なものであったかにより、無効の範囲が画定されるとし、それを評価しなかった原審を破毀した。

当事者の意思における条項の決定的な特徴に鑑みて無効の範囲が画定されたと解されている裁判例を、いくつか確認

していこう。

［仏16］　グルノーブル控訴院一九四二年一一月三日[16]

【事案】　一九二八年九月、不動産および動産を賃貸借していた賃貸人Yと賃借人Xとの間で、当該不動産および動産に関する売買の予約がなされ、Xは、賃貸借契約の期間中にそれを行使することができるとされていた。当該予約によれば、売買代金が、一九二八年七月一日のポンド（livre）の相場を考慮して一二〇〇〇〇フランと定められてはいたが、その後のポンドの相場により変動する旨の条項が置かれた。その後、おそらく、ポンドの相場の変動により一二〇〇〇〇フランより高額の代金を支払わなければ当該予約を実行できなくなったため、Xが、当該条項を不法なものだとして一二〇〇〇〇フランでの履行を請求したのに対して、Yが、当該条項が無効であれば当該予約自体が無効であると主張したものと思われる。

第一審は、当該条項につき、それによりフランス通貨の法定通用力（cours légal）に対する信頼を失わせしめること、および当該予約の履行が強制通用力制度（cours forcé）導入の後であったことを考慮して、当該条項を不法なものであるとする一方で、当該条項のみを無効とし、賃借人たる買主Xに、一二〇〇〇〇フランでの売買の予約の履行を命じた。これに対して、Yが、当該予約が無効であるとして控訴した。

【判旨】　控訴認容。

控訴院は、本件事案においては、①明白な合意により売買の代金がポンドの相場を考慮して定められていたこと、②代金が相場の変動に比例する旨の合意がされていたこと、③両者がこれに明白に承諾していたことが認められるとした。そして、これらによれば、両当事者の考えにおいて（dans l'esprit des parties）、特に売主がフランの変動に対する保

証がされた場合にしか契約の締結を望まなかったため、当該条項が基本的でかつ決定的な特徴を有するものであり、当該条項の重要性が認められるとし、民法典一一七二条等を適用して、当該予約を無効とした。

［仏17］　リール民事裁判所一九五二年七月二一日[17]

【事案】　事案の詳細は不明であるが、営業賃貸借（bail commerciel）の賃料について、冶金の未熟練労働者の最低賃金により変動する旨の条項が付されると同時に、最低賃料も定められていたところ、当該条項の不法性、および無効の範囲が争われた事案である。

【判旨】　（不明）

リール民事裁判所は、当該条項を、強制通用力制度に関する法律を失敗させるものとして不法であるとした後、両当事者の意図において(dans l'intention des parties)、当該条項が賃貸借契約の締結時には決定的なものであった場合には、当該条項の無効が賃貸借契約の無効をもたらすと判示した。

このように裁判例においては、ある条項が不法なものであるとき、「両当事者の意思において、ある条項が重要なものであったか否か」により、契約そのものが無効になるか、当該条項のみが無効になるかが判断された。これらの判例について、学説のなかには、次節でもみるように、両当事者の共通の意思の探究という形式のもとで法の目的という要素が考慮されていると評価するものがあることに注意しなければならない。しかし、伝統的な一部無効論が、これらの判例から無効の範囲を画定するための考慮要素として当事者の意思という要素を抽出したこと自体は、それほど不自然なことではなかろう。もっとも、当時の学説には、基準となる当事者の意思の内実や役割を明確にしようと試みるもの

が少ない。これに対して、シムレールは、無効の範囲を画定するあたり考慮される当事者の意思の内実や役割を具体的に分析している。その際、シムレールは、これらの判例をそのまま受け入れ、その意義を検討していったわけではなかった。すなわち、彼は、一方で、当事者の意思を考慮する判例に好意的な評価をしながら、他方で、判例が「両当事者の共通の意図において条項が重要なものであった」とすることからいくつかの問題が生ずるとして、判例の不十分さ、不正確さを指摘した(18)。

二　判例における当事者の意思の探究とその問題点

ある条項が不法なものであったとき、前述した判例および裁判例は、当事者の意思において当該条項が重要なものであったかを判断するにあたり、両当事者の共通の意図において、契約締結時に当該条項が重要なものであったかを問題とし、無効の範囲を画定していた。

しかし、これらの判決に対して、シムレールは、無効の範囲を画定するにあたっての当事者の意思の評価が、次の二点で満足のいくものではないとする。第一は、「両当事者の共通の意図」が探究されている点、第二は、当該条項が両当事者の意思において「重要なものであったか」が探究されている点である。

（一）「両当事者の共通の意図」の探究の不可能性

まず、第一の、評価の対象となる当事者の意思が「両当事者の共通の意図」であった点についてである。すなわち、先に挙げた裁判例が用いる文言に着目をすると、それぞれ、「両当事者の考えにおいて（dans l'esprit des parties）」（前掲［仏16］判決）、「両当事者の意図において（dans l'intention des parties）」（前掲［仏17］判決）という表現を用いて

判示していた。しかし、シムレールは、これをありえない評価であるとする。そして、いくつかの裁判例をもとに、ある条項の決定的特徴の評価にあたっては、一方当事者にとって、さらには、全部無効を主張する者にとって、当該条項が決定的な特徴を有するものであったか否かが評価されなければならないとした。

(1)　一方当事者にとっての決定的特徴

シムレールは、まず、ある条項が決定的なものであったか否かは、一方当事者にとって決定的なものであったか否かを意味すべきだとする。

すなわち、通常、契約を締結する当事者間においては利害が対立しており、ある条項は、当事者の一方にとって利益的なものである。客観的には付随的な条項であると考えられる場合であっても、それは、仲裁条項のような例外的な場合を除いて、当事者の一方にとっては決定的な条項である[19]。それゆえ、両当事者の共通の意思において、ある条項が決定的であったということはできない。判例のように両当事者の意思における条項の重要性を問題とするならば、実務上、民法典一一七二条が適用される事案など生じず、したがって、両当事者の共通の意思を問題とすることは不正確であるという[20]。そして、両当事者の意思を問題としていない判決として、オルレアン控訴院一九五三年七月二二日およびアミアン控訴院一九六一年七月二八日を挙げ、自説の正当化を試みた。

［仏18］　オルレアン控訴院一九五三年七月二二日[21]

【事案】　Y社は、一九四八年五月二九日、X（パリ）から、融資として二三〇〇〇〇フランを受けとった。同契約によれば、一年で一〇〇〇〇〇フランを返済し、残金をさらに一年かけて返済する予定となっており、それまで利息が

生じないとされていた。もっとも、同契約には、履行期までに返済がされなかった場合には利息が生ずる旨の規定、およびYが支払うべき金額が穀物（blé）の伸縮率（相場変動率）により変動する旨のスライド条項（clause d'échelle mobile）[22]が置かれていた。また、Xは、融資をするにあたって、Yの営業財産につき商事質（nantissement）を得た。その後、Yは、元本を返済できぬまま返済期間が経過したのであるが、その元本および利息を合わせて、本件スライド条項に従った合計額が、五二七〇八一フランにまで膨れ上がっていた。Xは、商事質を実行するためにYを訴えたところ、Yは、本件スライド条項が無効であると主張した。

第一審の判示内容は明らかではないが、Xの請求を棄却したため、Xが控訴したようである。

【判旨】　控訴棄却。

控訴院は、本件スライド条項が、金銭消費貸借契約における債務を名目の金額（somme numérique）によるものとする民法典旧一八九五条に鑑みて公序に反すると[23]し、そのうえで、伸縮率に従った返還条項の規定が合意にとって動因的かつ決定的な条件（condition）であったことを認めた。その際、Xが貨幣価値の下落による影響を確実に避けられるということを考慮して融資に同意したことを確認した。以上のことから、本件においては、本件スライド条項の無効が合意全体の無効、およびその履行のために与えられた付随的な担保（garanties）の無効に至らなければならないと判示した。

［仏19］　アミアン控訴院一九六一年七月二八日[24]

【事案】　一九六〇年二月一日に売主Yと買主Xとの間で不動産売買の仮契約（compromis de vente）[25]が締結され、買主Xは、代金の一部のみを支払い、残代金の代わりに、終身定期金をXがYに支払う旨の合意がされた。当該仮契約

においては、Xが支払う定期金額を繊維産業の正職員の年金に変動させる旨のスライド条項が付されていた。その余の事実関係は明らかではないが、本件スライド条項の有効性が争われるに至った。

第一審が、スライド条項のみを書かれざるものとみなし、契約を維持したところ、Xが、当該条項が決定的なものであったとして、本件契約の無効および支払った額の返還を求めて控訴した。

【判旨】　控訴棄却。

控訴院は、スライド制を原則として禁止する一九五八年一二月三〇日のオルドナンス七九条および一九五九年二月四日のオルドナンス一四条に鑑みて本件スライド条項が不法であることを認めた後、本件スライド条項が契約の成立において動因的かつ決定的な役割を有するものであったかを探究することが必要であるとした。そして、この評価をするにあたり、控訴院は、第一に、売主にとって重要であったのは、売買代金の主要な部分を現金で受け取ること、および死亡するまで売却した不動産の収益（jouissance）を得ることであったと、第二に、買主にとって重要であったのは、即座に代金の全額を支払うことなく不動産を取得できること、および終身定期金という形式のもとで残金（solde）を支払うことであったと確認し、本件スライド条項のみを書かれざるものとみなした原判決を維持した。

これらの判決では、両当事者の共通の意図が直接に評価されていないことから、シムレールは、当事者の一方にとってある条項が決定的であればよいとしているとする。もっとも、これらの判決をそのように評価してよいかは疑問が残ろう。すなわち、順番が前後するが、前掲［仏19］判決は、売主と買主のそれぞれにとって当該条項が重要であったか否かを検討しており、さらに、当該条項が当事者の双方にとって重要ではなかったと評価された事案であった。また、前掲［仏18］判決は、たしかに一方当事者（融資者（X））にとってのスライド条項の重要性のみから、当該条項の重

要性を評価している。しかし、本件事案のもとでは、当該条項を決定的であるとすることは、融資者にとって有利となるものではなかった。この点については、後述する「誰にとって決定的な条項である必要があるか」という問題、および当事者の意思の役割にかかわることであるが、本件においては、融資者は、当該契約全体が無効とされたことにより、担保として得た商事質も無効とされたことに注意しなければならない。むしろ、借主は、当該契約が無効とされたことで商事質を設定した営業財産を失わずに済んだのである。それゆえ、これらの裁判例から「当事者の一方にとって決定的な条項であればよい」とすることはできないように思われる。

このように、裁判例の評価については疑問が残るように思われるが、シムレールは、当事者間では利害が対立していることから、両当事者の共通の意図を探求することは不可能であるとして、当事者の一方にとって決定的な条項であればよいとしたのであった。

(2)　全部無効を主張する者にとっての条項の決定的特徴

シムレールは、さらに、当事者のいずれかにとって決定的な条項であったことが必要であるとするのではなく、「全部無効を主張する者にとって」決定的な条項であったか否かが問題とされなければならないとする。その理由につき、セーヌ民事裁判所一九四七年一二月二〇日を例に、次のように説明した。

［仏20］　セーヌ民事裁判所一九四七年一二月二〇日[26]

【事案】　賃貸人Xと賃借人Yとの間で、賃貸していた不動産につき、Xを売主、Yを買主とする売買の予約が締結された。当該予約には、金と比較した売買の履行時のフランの価値が予約時のフランの価値と同じであった場合にはレジ

オン（lésion）に基づく取消しを主張できない旨の条項が付されていた。しかし、レジオンに基づく取消しの権利を放棄する旨の条項を入れることは、民法典一六七四条で禁止されていた[27]。そこで、Xは、当該条項が一六七四条に反することを理由に売買の予約が無効であると主張した。

【判旨】　Xの請求棄却[28]。

セーヌ民事裁判所は、売買の予約の無効を、次のような理由を挙げて否定した。すなわち、第一に、有償契約においては、民法典一一七二条によれば、不法条件が契約の目的（objet）にかかわる場合にのみ合意の全部無効に至るところ、売主による取消し訴権の放棄は、付随的な条項にすぎず、売買の約束と独立したものである。第二に、取消し訴権の放棄を約した条項が存することにより売買が無効となるとすると、一六七四条でそれを禁止したことを無意味なものとする。その結果、売買の予約の無効は認められないとした。

同判決は、売主による不動産売買の予約の無効請求を認めなかった。その理由につき、同判決は、レジオンに基づく不動産売買の取消し訴権を放棄させる旨の条項が付随的な条項であることを挙げていた。もっとも、この点に加えて、同判決は、民法典一六七四条の趣旨に照らして、不動産売買または売買の予約の無効を認めることが同条により取消し訴権の放棄を禁止したことを無意味なものとするからであるという理由も挙げていた。同判決の評釈をした学説には、当該条項が両当事者にとって付随的なものであったといえるかは疑問であり、後者の理由がより説得的であったと評するものがあった[29]。

これに対し、シムレールは、同判決を、当事者の意思により無効の範囲が画定されたものとして位置づける。ただし、当事者の意思の内実という観点から、同判決が民法典一一七二条の適用の可否を問題としたことを誤りだとした[30]。すな

わち、シムレールによれば、レジオンの訴権を放棄する旨を約定しようとする者は、通常、買主である。この指摘は、不動産売買では、レジオンに基づく取消し訴権が売主にのみ認められていることと関係しよう。一六七四条により売主にのみ取消し訴権が認められるのは、買主が売主の無知につけこみ、売主が自身にとって望ましくない代金で不動産を売却してしまうことが多く、これに対応するためであった[31]。それゆえ、取消し訴権の放棄を約定しようとするのは、買主であろう。このことから、シムレールは、当該条項は買主にとって決定的なものであり、売主にとって決定的なものであったということはありえないとする。売主が一一七二条に基づく契約全体の無効を主張するのは、レジオンを理由とするのではなく、個人的な、表に現れない理由（raisons inavouables）からであるという。このように、全部無効を請求する者にとって当該条項が決定的ではなかった場合には、その者による一一七二条の援用は許されないとした[32]。

もっとも、当該条項が決定的ではなかった者による全部無効の主張を否定することに対しては、事案によっては、不誠実な契約の相手方との契約関係を解消したいと考えることもあり、一概にこのように言ってよいかとの疑問が残ろう。しかし、「当事者の共通の意図」の探究をすることは不可能であるとして、シムレールは、契約の無効を請求する当事者の意思を問題とすべきであると主張したのであった。

（二）「当事者の現実の意思」の探究の不可能性

続いて、第二の、評価の対象となる当事者の意思が「当事者の現実の意思」であった点の検討に移ろう。裁判例によれば、当該条項が両当事者の意思において「重要であったか」が探究されている。すなわち、「当事者が望んでいた（les partie ont incontestablement voulu）」（前掲［仏16］判決）、「当事者の意図において決定的であった場合には（Si dans l' intention des parties a été déterminante）」（前掲［仏17］判決）と裁判例は判示しており、過去形の動詞が用いられて

いる。しかし、当事者は、契約締結時において、契約の一部が無効であったことを想定していないのが通常であることから、シムレールは、過去における当事者の意思の探究をありえないものだと批判する。つまり、ある事案において、当該条項の重要性に関する当事者の意図（intention）は、存在しない。そして、諸外国の法を参照して、判例のような「現実に存在した意思」の探究ではなく、「当事者が契約を締結したであろう（les parties AURAIENT conclu l'acte［引用者注：大文字は原文ママ］）か否か」という仮定的な意思（volonté hypothétique）の探究であるべきだと主張する(33)。

こうして、シムレールは、当事者の意思において条項が決定的か否かという判断がされるとしても、それは、「当事者の一方にとっての」、かつ「仮定的な」意思であるとしたのであった。

三　有償行為における動因的かつ決定的な条件の意義と当事者の意思の位置づけ

最後に、シムレールによれば、考慮される当事者の意思を「一方の当事者の仮定的な意思」とすることにより何を明らかにしようとしていたかを検討する。あらかじめ結論を述べるならば、これまでにみた動因的かつ決定的な条件概念に関する彼の主張からは、その問いに対する解答は得られない。

まず、判例とシムレールの見解との関係を簡単にまとめよう。

判例は、有償行為において不法な条項等が付されていた場合に、当該条項が当事者の共通の意図において決定的なものであった場合には、当該条項の無効が契約全体の無効をもたらすことになるとした。もっとも、当事者の意思を基準に無効の範囲が画定されるとしても、この「当事者の意思」が何を意味するかについては、議論があった。つまり、判例は、「当事者の共通の意図において、当該条項が決定的なものであったか否か」を問題としていたが、シムレールは、このような判例による当事者の意思の探究を、①当事者の利害が対立していることに鑑みればある条項は一方にとって

しか決定的でないこと、および②通常はある条項が無効であった場合の帰趨について当事者が考えていないことから、正確ではないと批判した。

そこで、シムレールは、「一方の当事者の仮定的な意思」を探究すべきである、より厳密に言えば、全部無効を主張する者にとってある条項が重要であったであろうか否かを探究すべきであるとした。

このような内実を有するものとして捉えられた「当事者の意思」は、何を明らかにするためのものとして位置づけられているのであろうか。

前節で検討したように、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避するための判例法理では、当事者間において恵与と称された行為に不法な条件等が付されていた場合において、当該条件等が動因的かつ決定的なコーズであると評価されるとき、当該行為全体が無効となるとされていた[34]。そして、当該条項等が動因的かつ決定的なコーズである場合とは、新コーズ論によれば、当該条件の成就等が当該行為をした目的であった場合のことであると評価されるものであった。また、学説のなかには、このような行為を恵与と性質決定することはできず、有償行為と性質決定されるべきものであると評価するものがあった。したがって、ここでは、ある行為がどのような目的によるものであったか、またはどのように性質決定されるべきものかを明らかにするために、行為時における当事者の意思が参照されていたと評価することができよう。

また、有償行為においても、裁判例のなかには、「当事者の共通の意図」において条項が動因的かつ決定的なものであったかにより、無効の範囲を画定するものがあった。ここで、「当事者の共通の意図」という文言は、契約の解釈の問題を想起させる。というのも、契約解釈の目的を定める綱領的規定であるとされる民法典一一五六条によれば、「合意においては、その文言の字義に拘泥するよりもむしろ、契約当事者の共通の意図がどのようなものであったかが探究され

なければならない」と規定されている。つまり、「当事者の共通の意図」の探究をすることは、契約の解釈であるとされている。[35]

これに対して、シムレールは、当事者に共通の現実の意思を探求することが不可能であるとし、「一方の当事者の仮定的な意思」を探求すべきであるとした。

ところで、一方で、「仮定的な意思」は、一般に、契約の解釈の問題において言及されるものである。すなわち、ある事柄につき約定されていなかった場合や、用いられている文言が曖昧であった場合には、これらについて、両当事者に共通の意思があったとはいい難い。このとき、探求される両当事者の共通の意思は仮定的な意思でしかないといわれることがある。[36]他方で、シムレールは、契約の一部に無効原因が存する場合に一部無効となるか全部無効となるかにつき、現行の民法典の改正案を提示した際、一部無効を原則とすべきであり、全部無効を主張する者が、「当該部分がなければ、私は契約を締結しなかったであろう」ということを証明しなければならないと指摘している。[37]それゆえ、シムレールが、無効の範囲を画定する基準とする当事者の意思を、「一方の当事者の意思」でよいとしたことは、単に、立証責任の問題を念頭に置いていたからにすぎない可能性もある。そうすると、シムレールは、これらのことに鑑みて、考慮されるべき当事者の意思の内実を「一方の当事者の仮定的な意思」としたにすぎず、彼が目的としていたのは、契約締結時における両当事者の意思を明らかにすることであるとの理解もありえよう。

しかし、シムレールは、広範な事案類型を解決しうるものとして、無効の範囲の判断構造を提示する。そして、包摂される他の事案類型での彼の主張をみるならば、当事者の意思を無効の範囲を画定するための原則的な基準とすることで、契約の解釈の問題を超えた事柄の解決を可能ならしめていることが明らかにされていくこととなる。つまり、彼が無効の範囲を画定する基準であるとする「一方の当事者の仮定的な意思」は、単に現実の意思の探究が不可能であるこ

とや立証責任の問題を念頭において主張された内実ではなく、ある別の位置づけをすることが可能なものであるように思われる。彼が当事者の意思をどのように位置づけているかについては、一部無効論のなかに包摂される他の事例や概念の検討を通じて分析しなければならない。

四　小括

本款では、有償行為に不法な条項が付されていた場合に、シムレールが、どのようにして当事者の意思が無効の範囲を画定するための基準であると主張するに至り、また、それが何を意味しているかについて検討を試みた。

有償行為の特定の条項に無効原因が存する場合に、裁判例のなかには、無効の範囲を画定するにあたって、「当事者の共通の意図において、条項が決定的なものであったか否か」を考慮するものがあった。これらの裁判例をもとに、シムレールは、当事者の意思が無効の範囲を画定するための基準であると主張していた。

もっとも、裁判例が「当事者の共通の意図」における条項の決定的特徴を評価の対象としていたのに対して、シムレールは、①当事者の利害が対立していることから、仲裁条項のような例外的な場合を除いて、一方の当事者にとってしか決定的ではないこと、②当事者が通常、不法な条項が無効とされた場合を想定していないことから、「当事者の共通の意図」および「現実の意思」を探究することはできないとした。そして、「全部無効を主張する者にとって当該条項がなければ契約を締結したであろうか否か」が探究されなければならないとしたのであった。

しかし、以上で検討した議論からは、シムレールによれば、無効の範囲を画定するにあたって考慮される当事者の意思が、どのように位置づけられ、いかなる役割を有するものであると考えられていたかは、明らかでない。シムレールが一部無効論において当事者の意思にどのような役割を担わせていたかを明らかにするために、続いて、一部無効論を

成す概念のひとつとされる不可分性概念に関する主張をみていくこととしよう。

（6）民法典九〇〇条によると、ある条件が「無効」となるのではなく、「書かれざるものとみなされる」と規定されている。もっとも、「無効」と「書かれざるものとみなされる」とが異なるサンクションであるということが意識されるようになったのは近年のことであり（たとえば、「書かれざるものとみなす」というサンクションの独自性を指摘する近年のテーズとして、参照、S.Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse, Economica, 2006. 詳しくは、本稿第二章で扱う。）、それまでの学説では、両者は区別されることなく用いられることが多い。

（7）O.Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse, PUAM, 1999, n° 518.

たとえば、労働契約において、解雇予告期間をなしとする旨の条項が不法であったとされた場合に、当該条項のみを無効とした原審に対して、行為全体が無効とされなければならないとした破毀院判決があった。破毀院民事部一九〇六年二月一三日（Cass.civ., 13 février 1906, D.P. 1907, I. 33, note M.P.）がそれである。同判決は、次のようなものである。

［仏］　破毀院民事部一九〇六年二月一三日

【事案】　解放されていない未成年者（mineur non émancipé）Aは、クリーニング店Yとの間で労働契約を締結した。当該契約には、AがYを即座にやめることができる旨、解雇予告期間なくして解雇されえ、このような場合にはあらゆる補償金（indemnité）をAが放棄する旨の条項が置かれていた。その後、Aが突然解雇されたために、Aの父であるXが、突然の解雇を理由に補償金を請求した。

控訴院は、当該約務が未成年者の親の許可なく約されたことを理由に、レジオンにより当該条項を無効とし、当事者のいる地方の慣習（usage local）による週の賃金および熟慮期間（délai de prévenance）に相当する額の補償金を認めた。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、まず、レジオンを理由とする取消しを、不可分な総体（ensemble indivisible）として形成された契約を分け、

一定の条項のみを対象としてすることはできないと判示した。次いで、契約で定められた約定に代えて地方の慣習の熟慮期間を控訴院が恣意的に適用したとして、法律を誤って適用したと判示し、破毀移送した。

このような判例に対しては、ジャピオのテーズが出された直後のテーズであり、おそらく新無効論が定着していなかった時点でのものであるが、ピエデリーブル（J.Piedelièvre）は、全部無効の帰結が契約者の尊重されるべき利益を害することとなることを指摘していた（J.Piedelièvre, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p.6.）。

（8）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°64.

（9）一一六八条「債務は、将来の不確かな出来事に依存させて、あるいはその出来事が到来するまでそれを停止するものとし、あるいは出来事が到来し、または到来しないことによってそれを解除するものとするときは、条件付きである。」

（10）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, 4e éd, LGDJ, 2013, n°2587.

（11）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°64.

（12）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause – Les nullités, n°2587 ; Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°64.

（13）O.Gout, *op.cit.*, thèse, n°526.

（14）Cass.civ., 20 mars 1929, D.P. 1930, I, 13, note P.Voirin.

（15）「移送」について注記する。フランスにおいては、破毀院が原審判決を破毀した場合、原審判決を出した原審裁判所に差し戻されるのではなく、原審と同一審級の異なる裁判所で事件が扱われる、つまり移送される（滝沢正『フランス法（第四版）』（三省堂、二〇一〇年）一九四頁以下。）。

（16）C.A.Grenoble, 3 novembre 1942, G.P. 1943, I, 31.

（17）T.C. Lille, 21 juillet 1952, D. 1953, somm., p.45.

（18）なお、本稿の問題の関心からは外れるが、シムレールは、有償行為に不法な条項が付されていた場合にコーズを用いて

解決をする判例および裁判例についても、批判を展開する。

たとえば、コーズを用いた裁判例には、次のようなものがある。

［仏］　パリ控訴院一九五一年五月四日（C.A.Paris, 4 mai 1951, G.P. 1951, II, 61.）

【事案】　アメリカの企業Aは、出版社であり、多くの週刊誌、月刊誌を発行していた。A社は、フランスの企業Xとの間で、Aが保有する雑誌の意匠の使用をXに認め、Xがフランス国内で排他的にA社の雑誌をフランス語で発行する権利を譲渡した。同契約はパリで締結され、使用料はパリにおいてドルで支払うこととされた。

なお、その余の事実関係は明らかではないが、YがAの意匠権の侵害に基づく違法行為を理由にフランスで刑事訴追されることとなった。そして、X社は、附帯私訴（action civil）により、Yに損害賠償を請求しようとしたところ、当該契約には、外貨での支払いを定めた約定があったため、当該契約の無効により附帯私訴は受理できなくなるかが問題となった。

【判旨】　不受理。

控訴院は、まず、同契約が、フランス国内で締結され、使用料の支払いもフランス国内でなされることとされていたことから、フランス国内の契約であるとして、外貨で支払う旨の約定を公序に反して不法なものであるとした。そのうえで、当該約定が置かれたのは、A社がフランス通貨価値の低下に対処するためであることから、控訴院は、当該約定を当該契約の決定的なコーズであったとして、当該契約が絶対無効であり、その結果、当該契約に基づく附帯私訴は受理できないものとなると判示した。

このようなコーズ概念を用いた解決は、民法典九〇〇条と一一七二条とにおいて同様の基準により解決がされていることを示すものとして捉えられ、その後の一部無効論の発展に寄与することとなる（たとえば、A.Huet, Les atteintes à la liberté nupitale dans les actes juridiques, *R.T.D.civ.* 1967, p.80.）。

しかしながら、コーズ概念を用いた解決をする判例に対しては、一部の学説により批判される。シムレールも同様、条件とコーズとは区別されるべきものであり、民法典一一七二条が問題となる事例においてはコーズ概念を用いてはならないと主張する。その際、双務契約と片務契約とを区別して、次のようにいう。

まず、双務契約についてである。シムレールは、例として、スライド条項（une clause d'indexation）が、それなしでは契約が締結されなかったであろう基本的な条件であった場合に当該条項をコーズと言いうるか、という問いを立て、これに対して、スライドさせることを目的として契約が締結されるのではないとする。つまり、スライド化は、契約の動因的かつ決定的な動機ではなく、スライド化させることを条件として契約が締結されるにすぎない。このような付随的な条件または条項は、給付に付された様態（modalité）でしかない（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°s 284 et 285）。もっとも、シムレールは、条件または条項がコーズとなりうることを認める。なぜなら、当事者は、契約の締結において彼らの考える具体的な目的を表現しうるから、つまり、典型的な行為類型から導かれる目的ではなく、当事者間でそれとは異なる目的を追求することが可能であるからである。しかし、この場合には、一一七二条の適用の問題なのではなく、コーズに関する一一三一条ないし一一三三条が適用されなければならないとする（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°285）。

他方で、有償の片務契約については、双務契約とは異なる見方をする必要があるという。すなわち、片務契約に条件が付されている場合において、当該条件が反対給付、つまりコーズであると考えられる場合がある。このとき、実際には、当該契約は双務契約の約束（les promesses de contrats synallagmatiques）である。したがって、当該条項が不法条件等であるとしても、適用されるべき条文は、民法典一一七二条ではなく、一一三一条ないし一一三三条であるとする（Ph. Simler, *op.cit.*, thèse, n°285.）。

このように、シムレールは、条件とコーズが異なる概念であるとして、当該条件が条件であるとされるかコーズとされるかにより、適用されるべき条文が異ならなければならないと主張したのであった。

(19) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°282, note (5).

ただし、シムレールは、仲裁条項のような客観的にも、一般的な当事者の意思においても付随的な条項であっても、具体的な当事者がそれを重要だと考えていた場合には、当該条項の無効が行為の全部無効をもたらすとする（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°85.）。

(20) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°282.

(21) C.A.Orleans, 22 juillet 1953, D. 1953, jur., 655.

(22) 訳語について注記する。《clause d'échelle mobile》は、後に、《clause d'index（clause d'indexation）》と称されるように

なった。両者が意味する内容は同じである。それゆえ、本稿は、混乱を避けるため、前者を「伸縮率条項」、後者を「スライド条項」と訳し分けることをせず、両者をともに「スライド条項」と訳すこととした。

（23）フランスの国内取引においては、弁済通貨を外国の通貨であると定める外貨条項（clause monnaie étrangère）、債務の弁済を金貨とする、または金貨の相場で換算した額を基準とする金貨条項（clause or）は、国内通貨の信用力を損ね、法定通貨制度に抵触するため、公序に反し無効であるとされる（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 1333.）。

もっとも、指定された指数により弁済額等が変動する旨を定めるスライド条項については、当時の裁判例には、本件のように民法典旧一八九五条（後掲）が公序に関する規定であるとしてスライド条項を無効であるとするものもあったが、破毀院は、旧一八九五条を公序に関するものではないとしてスライド条項を正当であるとした（この旨を判示するものとして、たとえば、破毀院第一民事部一九五七年六月二七日（Cass.civ.1re, 27 juin 1957, D. 1957, p.649.）がある。）。しかし、その後、政府は、二度の世界大戦により揺らいだ国内通貨の安定性を回復させるために、一九五八年一二月三〇日のオルドナンスにより、スライド条項を原則として禁止し、一定の場合にのみ認めることとなった（Fr.Terré, Ph.Simler et Y. Lequette, *op.cit.*, n° 1333 et 1334.）。

なお、民法典旧一八九五条は、金銭の消費貸借において返還すべき金額につき、次のように規定する。

旧一八九五条「第一項　金銭の貸借から生ずる債務は、常に、契約で挙示された名目上の金額でしかない。

第二項　弁済期前に貨幣の騰貴または下落があった場合には、債務者は、借り受けた名目上の金額を返還しなければならず、かつ、弁済時に通用する貨幣においてその金額を返還しなければならない。」

［筆者注：同条第二項は、二〇〇九年五月一二日の法律により、「借り受けた名目上の金額」という文言が、「借り受けた金額」と修正された。なお、第一項は修正されていない。］

（24）C.A.Amiens, 28 juillet 1961, D. 1961, 726 ; R.T.D.civ. 1962, p.356.

（25）仮契約（compromis）とは、公正証書に先行する契約のことをいう。不動産売買に関する仮契約の多くの場合、仮契約のなかで、公正証書作成時に代金全額が支払われ、所有権が移転することが定められる。不動産売買に関する仮契約につ

いては、横山美夏「不動産売買契約の『成立』と所有権の移転（一）―フランスにおける売買の双務予約を手がかりとして―」早法六五巻二号（一九八九年）一頁が詳しい。

（26）T.C.Seine, 20 décembre 1947, G.P. 1948, I, 56 ; R.T.D.civ. 1948, p.332, obs. H. et L.Mazeaud.

（27）一六七四条「売主は、不動産の価格について十二分の七を超えて損害を受けた場合には、契約においてその取消しを請求する権限を明示的に放棄したであろうとき、および、差益を与える旨を申述したときであっても、売買の取消しを請求する権利を有する。」

（28）本件事案では、Xの売買の予約に関する無効請求の後、Yによる売買予約の履行請求などがなされ、それらの訴訟が併合された。そして、［仏20］判決は、Xの請求については棄却し、Yの請求を認めた。

（29）H. et L.Mazeaud, op.cit., obs., p.332.

（30）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 106.

（31）F.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 309.

（32）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 283.

（33）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 377.

（34）本稿（一）第一章第一節第三款を参照。

（35）Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations*, 4e éd. Defrénois, 2009, n° 772.
なお、フランスにおける契約の解釈については、沖野眞已「契約の解釈に関する一考察（一）～（三・未完）―フランス法を手がかりとして―」法協一〇九巻二号（一九九二年）六一頁、同四号（一九九二年）一頁、同八号（一九九二年）一頁が詳しい。

（36）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 448.

（37）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 376.

第三款　不可分性概念と当事者の意思との関係

無効の範囲が問題となるのは、これまでに述べてきたような、不法条件等が行為に付されていた場合という特定の場面においてだけではなかった。それ以外でも、無効の範囲に関する問題が生ずる場面がある。その一事案類型が、複合的な契約における無効の問題である。すなわち、当事者間において複数の契約が締結された場合に、ひとつの契約が無効であるとき、その無効がその他の契約に影響を及ぼすかという問題である。この問題において、無効の範囲を画定するにあたり用いられるのが、不可分性（indivisibilité）と呼ばれる概念であった[38][39]。そして、無効の範囲が問題とされるあらゆる事案に対して統一的な基準を見出そうとしたシムレールは、まさに不可分性概念からも、動因的かつ決定的なコーズまたは条件概念と同様の基準、つまり当事者の意思という基準を発見する。以下では、シムレールのいう、無効の範囲を画定するにあたって不可分性概念が果たす役割を検討する。

なお、不可分性概念を検討するにあたっては、近年の学説および判例により、複合的な契約のうちの一部の契約が無効である場合に、それと密接に関連する契約に対して課されるべきサンクションが見直されていることに留意しなければならない（本節では伝統的な一部無効論の構造の把握を目的とするため、詳細は第二章で検討する。）。従来、学説は、無効の範囲の問題に関して不可分性に言及をするとき、「ひとつの行為（要素）の無効が、不可分な関係にあるその他の行為（要素）の無効をもたらすか」、すなわち「無効」の範囲の問題として論じてきた。しかし、今日の学説の多くは、一方の行為の無効から影響を受ける他の行為を、無効とするのではなく、「失効（caducité）」となると解する。この近時の動向は、無効の範囲画定の問題と契約の個数の問題との関係を意識させよう[40]。

以上の点に留意をしながら、ひとまず、シムレールによれば、無効の範囲と不可分性概念との関係がどのように理解され、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思がどのように位置づけられているかをみていくこととしよう。

一　シムレールによる不可分性に関する主張の特徴

まず、シムレールの不可分性概念に関する主張の特徴を述べておきたい。というのも、シムレールの不可分性概念に関する主張は、今日の学説と関心を異にしている。すなわち、今日の多くの学説は、複合的な契約における連続的消滅（anéantissement en cascade）[41][42]の基礎として機能する不可分性概念につき、その有無がどのようにして判断されるかという点に関心をもつ。しかし、シムレールの関心（当時の学説の関心でもある。もっとも、これらの学説については、統一的な一部無効論の形成を企図したものではないため第二章で扱う。）は、無効の判断に影響を与える不可分性にはどのような性質のものがあるかという点にあった。それゆえ、混乱を避けるためにも、はじめに、シムレールの不可分性概念に関する主張の特徴を押さえておくことが便宜であろう。

シムレールの不可分性概念に関する主張の特徴は、大きく次の三点にあるといえる。第一は、複合的な契約につき不可分性概念に基づいて無効の伸張を認めたこと、第二は、行為の無効に関しては、複合的な契約以外の場面でも不可分性という言葉が用いられていたことを明らかにし、それらの不可分性を、その特徴により類型化したこと[43]、そして、第三は、無効の範囲を画定するにあたって、類型化された不可分性が段階的構造にあると指摘したことである。これらの特徴のうち、一部無効論における当事者の意思の位置づけという観点から重要なのは、第三の特徴である。

二　不可分性の段階的把握

シムレールは、無効の範囲が画定をされるにあたって参照される不可分性概念には[44]、事物の性質（la nature des choses）に由来する不可分性と、当事者の意思に基づく不可分性があることを指摘する。そして、前者は、無効の範囲を問題とするための前提となるものであるとし、後者を、その前提が確認されたうえで決定的な役割を果たすものだと

位置づける[45]。これが、彼による不可分性の段階的構造の骨子である。以下、それぞれがどのような場合を想定しているかをみていくこととしよう。

（一）事物の性質に由来する不可分性概念

シムレールは、事物の性質に由来する不可分性には、次の二つの下位区分があるとする。第一は、債務の目的（objet）である物（la chose）の性質上、一部を分けることが不可能な場合である。そして第二は、取引の法的な性質（la nature juridique de l'opération）上、その本質（essence）を害することなしには一部を分けることができない場合である。前者が、物理的な不可分性と称され、後者が、客観的な不可分性と称される。

(1)　物理的な不可分性

物理的な不可分性とは、物の性質上、無効原因の存する一部のみを分けることができない場合のことをいう。物の性質上、当該一部を分けることができない場合には、原則として全部無効が課されることになる。たとえば、物理的な不可分性により全部無効となる場合として、次のものが挙げられる。

まず、複数の財を全体として契約の目的（objet）とする売買につき、そのなかのひとつが他人物であった場合のように、無効とされる物が含まれていた場合である[46]。このとき、売買は、全体として無効であるという[47][48][49]。

次に、共同贈与における贈与者のうちのひとりに無効原因が存する場合も、物理的な不可分性により全体の無効が言い渡される。すなわち、共同贈与における贈与者のうちのひとりが、心神喪失（l'insanité d'esprit）の状態であった場合、判例上、共同贈与全体の無効が、つまり共同贈与者のうちの意思に瑕疵のない贈与者が行った贈与に対しても無効が言

い渡される。ここでは、二つの贈与を区別することができないからである。(50)

これに対して、これらの事案とは異なり、たとえば無効原因が存する一部が条項である場合や、代金のような量的な要素である場合には、物理的に可分であるとする。

そして、シムレールは、このような物理的に可分か否かの判断を、一部無効の理由付けの第一段階として位置づける。(51)つまり、契約の一部が物理的に可分である場合において、それのみを理由に一部無効が課されることはなく、最終的には、当事者の意思に基づく不可分性を問題とする必要がある。シムレールは、この旨を判示した判例として、前掲［仏15］判決を挙げる。その判旨を、再度、確認しておこう。

［仏15］　破毀院民事部一九二九年三月二〇日判決（再掲）

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、まず、原審判決が、本件合意が両当事者の意思において永久賃貸借であったとしながらも、期間を九九年としたことは、民法典一七〇九条等に反するとした。次いで、事実審裁判官が、契約から、合意のエコノミーを侵害する付随的な特徴を有する不法な条項のみを無効とし残部を維持する権限を有することを認め、ただし、本件においては、原審が、両当事者の意思において当該不法な条項が副次的な性質を有するものか本質的な性質を有するものかを一切評価をしていないことから、この点でも、原審判決を、法的根拠を欠くものと判示した。

同判決は、条項が付随的なものであれば当該条項のみの無効が認められうるとする一方で、その判断にあたっては、当事者の意思において当該条項がどのような特徴を有するものであったかを評価しなければならないとする。

このようにシムレールは、一部無効を課すにあたって、無効原因の存する一部が物理的に可分でなければならないとする一方で、当該一部のみの無効が認められるのは、それが主観的にも、つまり当事者の意思においても可分であったと認められる場合でなければならないと主張する。以上の、一部無効を課すための前提として物理的な可分性が必要とされることについては、今日においても、学説上、是認されているといえよう。[52]

(2)　客観的な不可分性

次いで、客観的な不可分性に移ろう。シムレールによれば、客観的な不可分性とは、取引の性質（la nature de l'opération）上、不可分であることが要求される場合のことを指す。[53][54] 取引の性質上、行為の諸要素が不可分な関係にある場合には、その一部に無効原因が存するとき、全部無効が課されなければならないとする。[55] 具体例としては、分割（l'partage）において分割されてはならない財が含まれていた場合[56]や、和解契約の一部に無効原因が存する場合[57]を挙げる。[58] たとえば、いくつかの異なる係争を終結させるために和解契約が締結されることがある。このとき、シムレールは、通常、当該行為のすべてが重要なのであり、原則として、無効は、全部においてしかありえないとする。[59] 当該行為の無効が裁判上で問題とされた場合、裁判官は、当該行為の全部の無効を言い渡さなければならない。[60]

このような、取引の性質上、瑕疵ある要素が不可分であるか否かの判断は、シムレールによれば、物理的な不可分性と同様、一部無効が課されうる前提として機能しうるものであるという。無効原因の存する一部が、ある行為にとって本質的なものではないと認められる場合、行為全体の無効となるか、または当該一部の無効となるかは、主観的な不可分性により画定されることとなる。[61] ただし、次章で検討するように、私見によれば、フランスの学説の多くは、客観的な不可分性と、次に検討する主観的な不可分性とが断続的に捉えられるとは考えていないように思われる。

（二）主観的な不可分性

シムレールは、先に検討した物理的な不可分性および客観的な不可分性の問題を、不法性の範囲を扱うものであると位置づけ、そのうえで、無効の範囲を画定するのは、主観的な不可分性の問題であるとする[62]。

主観的な不可分性とは、物理的かつ客観的に可分である契約の諸要素が、当事者の意思に基づいて不可分であるとされる場合のことを指す。学説により想定される一般的な事案は、当事者間の合意中に複数の契約がある場合である。もっとも、厳密には、異なる要素を含んではいるがひとつの契約であると考えられる場合と、異なる契約であるが主観的に不可分であるとされる場合とがある。いずれの場合においても、それらが主観的に、つまり当事者の意思において不可分なものであったと考えられる場合には、契約の一部またはひとつの契約の無効がその他の部分または契約へ影響を及ぼすこととなる[63]。

無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思による不可分性が問題とされることは、一九世紀から言及されていた。たとえば、一八六三年のコルマール控訴院判決は、当事者の意思による不可分性に言及し、契約全体の無効を認めた。

［仏21］コルマール控訴院一八六三年三月二三日[64]

【事案】隣接した異なる資源の鉱山をそれぞれ有する鉱業権者（concessionnaire de un mines）AとBは、それぞれが採掘をなしうる範囲等について取り決めをし、そのなかには、それぞれの鉱区を相互に採掘しうるという約定もあった。しかしながら、鉱区の共有は、一八一〇年四月二一日の法律七条等により政府の認可が必要な事項であったにもかかわらず、それがなかったために、鉱区の共有に関する約定の無効、および契約全体の無効が問題とされることとなった。

【判旨】（不明）

控訴院は、まず、本件約定について、一八一〇年四月二一日の法律等により必要とされていた政府の認可がされていなかったことから、公序に反して無効であるとした。続いて、本件事案のもとでは、AとBにそれぞれ認められていた諸権利は、当該公序に反する部分から独立したものではなかったことが明らかであるとした。それゆえ、「両当事者の意図（dans la intention des parties）においては、それどころか、あるものが他のものの決定的なコーズであり、さまざまな約定が、それらの間で密接な関係にある。これらは、不可分な総体（ensemble indivisible）を形成する。第一の無効〔一部の約定の無効〕は、その結果、他のものを無効とする（invalider）」と判示し、契約全体の無効を言い渡した。

同判決は、当事者間で締結された契約に含まれる約定の一部が無効であるとき、当事者の意思において、それがその他の約定部分と密接な関係にあることが認められる場合には、契約の全体が無効となると判示した。

不可分性が当事者の意思解釈の問題でありうることは、判例が、この不可分性の評価の問題を事実審裁判官の専権的評価に属する事実問題であるとしていることによっても明らかであろう。たとえば、このように判示する破毀院判決として、次のものがある。

［仏22］　破毀院商事部一九六九年六月二四日(65)

【事案】　賃貸人と賃借人との間で、動産の賃貸借と当該動産の売買の予約がなされた。もっとも、賃貸借の前に、差押え＝執行（saisie-exécution）がなされており、当該動産は、賃貸人の所有物ではなかった。

控訴院は、賃貸人が物の所有者であるかは賃貸借の有効性にとって重要でないことなどを理由に、賃貸借の部分については有効であったとした。これに対し、当事者の合意を変性していることなどを理由に、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、次のように判示し、破毀申立てを棄却した。すなわち、賃貸借と売買の予約は、その性質上、異なる合意であり、それらの不可分性は、当事者の意思によってのみもたらされうる。したがって、控訴院は、本件ではそうでないと評価したのであり、これは正当なものである。

このように当事者の意思に基づいて不可分性を判断する判決をもとにして、シムレールは、無効原因が付された一部が、物理的かつ客観的に可分である場合において、そこから直ちに当該一部のみが無効であるという結論に至るのではなく、その後、当事者の意思に基づく不可分性が判断されなければならないとする。無効とされる一部が当事者の意思によっても可分である場合には、当該一部のみの無効が課されるのに対して、当事者の意思により不可分であるとされる場合には、契約全体の無効が課される。それゆえ、無効の範囲は、当事者の意思に基づいて決定されうるという。

三　シムレールの主観的不可分性と当事者の意思の位置づけ

以上のように、シムレールは、無効との関係で問題となる不可分性には、事物の性質から生ずる不可分性（物理的な不可分性、客観的な不可分性）と、当事者の意思に基づく不可分性（主観的な不可分性）とがあることを指摘した。そして、①無効とされる一部が物理的にも客観的にも可分であるときに、②それが主観的に可分であったか否かが判断され、この主観的な不可分性の判断により無効の範囲が画定されるという構造にあると指摘した。

では、シムレールは、主観的な不可分性の有無を判断するにあたり考慮されるべき当事者の意思の内実をどのように捉え、そしてどのような役割を有するものと考えていたのであろうか。

（一）主観的な不可分性における当事者の意思の内実

まず、シムレールが、主観的な不可分性の判断にあたり考慮される当事者の意思を、どのような内容を有するものとして捉えていたかである。

学説のなかには、不可分性の有無の評価が、客観的な要素によってのみなされると指摘するものがある。たとえば、シムレールにより批判の矛先が向けられたバラトン（A.Barathon）の見解をみてみよう。

バラトンの主張は、夫婦財産契約（contrat de mariage）という特殊な契約類型における不可分性についてなされたものである(66)。もっとも、バラトンは、ある条項や契約の一部につき無効原因が存する場合には、当事者は、通常、当該条項や契約の一部が無効であることを前提に契約を締結していないために、当該条項や契約の一部が無効であれば当事者の意思がどのようなものであったかを考慮することはできないという。このバラトンの指摘は、無効の範囲が問題となる場面一般に当てはまるものであろう(67)。そうであれば、無効の範囲はいかにして画定されるか。この問題につき、バラトンは、次のようにいう。

「さて、当事者が、条件が無効であったであろう場合について考慮に入れていたとは、決して明らかにはならない。反対に、われわれは、論理的なものとして、両当事者の意思は、行為の成立を支配した後、当該行為の締結時に失われる（dessaisie）ものと考えなければならないように思う。それ以降、それ〔両当事者の意思〕は、それ〔行為〕に対する影響力がないものでなければならない。なぜなら、それ〔両当事者の意思〕は、両当事者にとって共通である場合にだけ有効（efficace）であろうから、また、両当事者が、行為の後に難しさが生ずるときに、十分に合意していたと認めることは矛盾するからである……。

最後に、確実であることは、われわれが両当事者の推定される意図（l'intention probable des parties）についてなすことができた探究においては、……われわれが必然的に両契約者の意思に代わり適切な意思（sa propre volonté）を用いるに至っていたであろうことである。さて、この〔適切な〕意思は、不可避的に、考慮されることのできる純粋に客観的な要素（considérations）を考慮するであろう。……両当事者の意思の不確かな探究に代わることが望ましいのは、まさしく、これらの〔客観的な〕要素である。[68]」

そして、バラトンは、夫婦財産契約の一部に無効原因が存する場合に探求しなければならないのは、ある条項が無効となった場合に、「契約者の意図においてではなく、ある一般的かつ非個人的な論理の視点で、その他のものが存在理由をなくすかどうか」であるとし、ある条項が無効であるときに、他の部分だけでは均衡（équilibre）を失うか否か、または他の部分が有用性を失うか否かにより、夫婦財産契約における不可分性を判断すべしと主張したのであった。[69]

しかし、シムレールは、このような、契約の一部に無効原因が存する場合に他の部分が存続するかについて、当事者の意思を考慮することができないとし客観的な要素により判断しようとする学説を批判する。[70] その理由は、裁判官が探究すべき当事者の意思は、実際に当事者が意図したことではなく、当事者が瑕疵を知っていたならば意図したであろうことだから、つまり、仮定的な意思だからであるという。[71] もっとも、シムレールのこの批判の意図がどこにあるかは、ここでは明らかであるとはいい難い。つまり、シムレールが仮定的な意思を考慮すべきであるとしたことが、契約の一部が無効であった場合に、当事者が締結した契約によれば彼らがどのように考えたであろうかを評価することにあるとすれば、バラトンの見解との相違は、ほとんどないのではないかとも考えられるからである。この評価は、シムレールが考慮されるべき当事者の意思を仮定的な意思であるとしたことと、当事者の意思の役割との関係にかかわってくる。

（二）主観的な不可分性における当事者の意思の役割

続いて、シムレールが、主観的な不可分性を判断するにあたり考慮される当事者の意思を、どのような役割を有するものとして捉えていたかである。

一方で、シムレールは、複合的な契約における不可分性の問題を、無効の問題のみならず、契約の更新や解除といった場面でも問題になりうるものだとし、それらを同様のものと位置づけている[72]。たとえば、前掲［仏22］判決のような、貸借（bail）と売買の予約（promesse de vente）との間の不可分性の問題を検討するに際して、シムレールは、はじめに、破毀院民事部一九五一年七月一六日の判示内容を引用した[73]。同判決は、「貸借と売買の予約は、その性質上、基本的に異なる合意であり、これらの不可分性は、両当事者の意思の結果としてのみ生じえよう」と判示したのであるが、同判決は、無効が問題となった事案ではなく、貸借期間の更新により売買の予約がどのように扱われるかが問題となった事案であった。そして、この不可分性の問題は、シムレールによれば、「無効の領域に、完全に移し換えられうる」という[74]。このように、複合的な契約においては、主観的な不可分性に基づく無効の範囲の問題が、契約の解除の問題などと関連するものであることを示唆していたことに鑑みれば、シムレールは、当事者の意思の考慮を、無効の範囲を画定するにあたり独自の役割を果たしているものではなく、契約の解釈の問題を解決する役割を担うものであると考えていたとも評価できる[75]。

しかし、このような評価は、次にみる、シムレールによる縮減（réduction）概念の捉え方により、覆されることになる。縮減概念の検討を通じて、シムレールが、無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思を、契約の解釈の問題を解決するためのものとは位置づけていないことが明らかになるのである。

四　小括

縮減概念に関する検討に入る前に、不可分性概念に関するシムレールの見解をまとめておこう。

シムレールは、不可分性には、事物の本質に由来する物理的または客観的な不可分性と、当事者の意思に基づく主観的な不可分性とがあり、無効原因の存する一部が物理的かつ客観的に可分である場合であっても当該一部のみが無効となるのではなく、主観的にも可分である場合にのみ当該一部の無効が課されるという段階的な構造にあるとした。

ところで、シムレールが、不可分性の判断の基準となる当事者の意思がどのような役割を有するものかにつき、主観的な不可分性に基づく無効の範囲画定の問題が契約の解除の問題などと関連するものであることを示唆していることからも、契約の解釈や性質決定の問題を解決するものと考えているようにも思われた。しかし、次款で検討する縮減概念を、動因的かつ決定的なコーズまたは条件概念や不可分性概念と共通の判断枠組みにあるとして、一部無効の一類型であると位置づける彼の主張をみるかぎり、やはり、契約の解釈のレヴェルの問題であると位置づけてはいないと考えられる。シムレールによる当事者の意思の考慮が契約の解釈の問題でないとすれば、どのような位置づけのものとして捉えられていたであろうか。シムレールの一部無効論における当事者の意思の位置づけを明らかにするために、最後に、縮減という概念がどのように把握されていたかを検討する。

（38）ドイツ法においても、一部無効の要件として不可分性が要求されている（たとえば、近藤雄大「単一契約における一部無効の判断方法」同志社法学六〇巻七号（二〇〇九年）五三九頁。）。フランスにおける不可分性概念を検討するにあたっては、ドイツ法のそれとの間に意味の違いがあること、すなわち同じ訳語ではあるがそこで想定している事柄が異なることに注意しなければならない。

すなわち近藤雄大准教授によれば、ドイツ法においては、不可分性の類型として、客観的不可分性、主観的不可分性、量的不可分性があるとされる。そして、フランス法においても、「客観的不可分性（indivisibilité objective）」、「主観的不可分性（indivisibilité subjective）」と呼ばれる概念がある。しかし、本稿では、ドイツ法と同じ訳語をあてたが、それらの概念により示される内容については、ドイツ法とフランス法とで異なる。

ドイツ法において、一方で、客観的可分性とは、「単一の契約において特定の条項が無効であるときに、その無効の条項が除去されたとしても、その他の部分が効力を有する契約として存在しうる場合」のことを指す（近藤・前記「単一契約における一部無効の判断方法」五五八頁）。他方で、主観的可分性とは、「法律行為の一方または両方に複数人が関与しており、かつ当事者の一人の法律行為が無効である場合」のことを指す（近藤・前記「単一契約における一部無効の判断方法」五六〇頁）。

これに対してフランス法によれば、後述するように、ある一部が可分か不可分かについて主観的または客観的という形容詞が付されるのは、それが当事者の意思によるのか（主観的不可分性）、または客観的要因によるのか（客観的不可分性）という意味においてである。

このように、「主観的」不可分性が指す内容が、ドイツにおいては「人的な」不可分性であるのに対して、フランスにおいては、「当事者の意思に基づく」不可分性であることに注意されたい。

(39) もっとも、不可分性概念は、契約の条件または条項が無効である場合にも用いられることがある。契約の条件または条項が無効である場合において、不可分性に言及した裁判例として、本文中にも挙げるが、後掲［仏］コルマール控訴院一八六三年三月二三日（C.A.Colmar, 23 mars 1863, D.P. 1863, II, 113）がある。

(40) 詳細は本稿第二章で検討するが、諸契約が主観的に不可分な関係にある場合において、その一部の契約が無効であるとき、影響される契約は無効ではなく、失効（caducité）するとされる理由としては、たとえば、主観的に不可分であっても、無効原因の存しない契約は有効要件を具備しているため、無効であるとは言えないことが挙げられる（J.-B.Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, thèse, Litec, 1999, n°290）。

また、近年の債務法改正に関する草案でも、失効として規定する提案がされている。たとえば、債務法および時効法に関する改正草案（Avant-projet de réforme du droit des obligations de la prescription）」（以下、同草案の通称である「カ

タラ草案」という。）のほか、二〇一五年二月二五日に出された司法省によるオルドナンス草案（projet d'ordonannce）（以下、「オルドナンス草案」という。なお、同草案は、二〇一五年二月一六日の法律により、契約法、一般原則および証明に関する改正をオルドナンスの形式により行うとの決定を受けて提出されたものである。）でも、この旨の規定が提案されている。これらの草案については次章でも触れるが、ここでも、オルドナンス草案を挙げておこう。

オルドナンス草案一一八六条「有効に成立した契約は、構成要素の一つが消滅した場合には、失効する（caduc）。契約に外在的（extérieur）であるが、その実効性（efficacité）に必要な要素が欠くに至った場合についても同様である。諸契約がひとつの総体的取引（une opération d'ensemble）として締結された場合で、かつ、それらのひとつの消滅が他方の履行を不可能ならしめる、または利益を失わせしめる場合についても同様である。しかしながら、後者の失効は、それを主張された契約者が、彼が同意を与えたときに、総体的取引であることを知っていた場合にしか生じえない。」

（41）本稿において「複合的な契約」が指す内容について、補足しておく。

たとえば、日本において、都筑満雄准教授は、複合契約を、「二またはそれ以上の当事者間の取引に複数の契約（行為）が同時に存在する」場合のことを指すものと定義する（都筑満雄『複合取引の法的構造』（成文堂、二〇〇七年）一八九頁）。また、半田吉信教授も、複合契約を、「二当事者間の契約関係において複合的給付が生じ、契約の個数が問題となる場合や二当事者間の契約関係に第三者を当事者とする契約関係が不可分に結合する場合」であるとしており、複数の契約が念頭に置かれていよう（半田吉信『契約法講義（第二版）』（信山社、二〇〇五年）三三頁）。これに対して、内田貴教授は、複合的な契約を論ずるにあたり、リゾートマンションの売買契約と同時に、併設されたスポーツ施設の会員資格の取得がされたという設例を用いて、スポーツ施設の建設がなされなかったことにより不動産売買の解除が可能かが問題とされる場合には、契約の個数の問題がまず問題とされるとする。そして、同様の事案において、売買契約の解除を導くにあたり、最高裁（最判平成八年一一月一二日民集五〇巻一〇号二六七三頁）は、別個の契約であることを前提とした法律構成が採用されているのに対して、一審は、一つの契約であるという法律構成を採用したと評する（内田貴『民法Ⅱ（第二版）』（東京大学出版会、二〇〇七年）一〇六頁）。内田教授によれば、複合的な契約が、複数の契約が想定されるものなのか、一つの契約が想定されるものなのかが明確に定義されていない。このことは、二当事者以上の者の間でされた諸契約が密接に

関連している場合とは異なり、二当事者間でなされた取引においては、別個の契約が存すると考えるのか、ひとつの契約であると考えるのかを明確に区別することが難しいことを窺わせる。なお、前記最高裁判決については、契約の個数が一個であるか二個以上であるかは本質的な問題ではないとする評釈もあり（近藤崇晴「判批」ジュリ一一〇七号一三一頁。）、契約の個数を問題とする必要があるか否かについても議論がされている。日本における契約の個数に関する議論については、近藤雄大「契約の個数の判断基準に関する一考察」同志社法学五四巻二号七一頁が詳しい。

これに対して、フランス法においては、用語法とそれが指す内容について学説で一致しているかは定かでないが、契約の個数を意識して、用語を区別する学説もある。

たとえば、シムレールは、《contrat complexe》の例として、複数の契約が問題とされる場合を挙げていた。このとき、シムレールが、これらの契約をひとつの取引として考えているかは定かでない。これに対して、たとえば、テレ&シムレール&ルケットは、一方で、《contrat complexe》を、いくつかの固有の契約の結合により生ずる、ひとつの契約のことであるという（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n°.76）。他方で、《contrat complexe》と類似した内容をもつ概念として《groupes de contrats》があるとし、《groupes de contrats》は、「《contrat complexe》とは異なり、いつくかの契約をひとつの契約にすることなく、組み合わせる」ものであるとする（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n°.77）。

テレ&シムレール&ルケットのいうように、契約がひとつであるか、複数であるかを区別して、それらに用語をあてる必要性はあろう。もっとも、本稿の検討課題である一部無効という観点からみると、具体的な事案につき、その取引が、複数の契約と考えられるか、またはひとつの契約と考えられるかを評価する作業と、無効の範囲を画定する作業との関係が問題となる。そこで、本稿は、いくつかの契約が結合されてひとつの契約となる場合と、複数の契約である場合とを含めたものを、「複合的な契約」として示すこととしたい。契約がひとつと考えられる場合と複数と考えられる場合とを同時に扱うことで、無効の範囲を画定するにあたり問題となる当事者の意思の意義が、明確になると思われるからである。

（42）訳語について、なぜ①「消滅」なのか、②「連続的」なのかという二点を注記する。

まず、なぜ消滅なのかという問いについてである。複合的な契約に含まれるひとつの行為の無効が他の行為に影響を及ぼすかについては、これを論ずる論者が、他の行為に課されるサンクションとして何を想定するかにより、表現に差異が生ずる。たとえば、一方の行為の無効により、それと密接な関係にある他の行為が無効となると考える場合には、無効の

伸長であると捉えられ、無効の範囲の問題ということができる。たとえば、シムレールやブーランジェ（J.Boulanger）は、他方の行為が無効であると考えていた（P.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{os} 295 et s ; J.Boulanger, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, *R.T.D.Civ.* 1950, p.1.）。これに対して、近年の判例および学説には、密接に関係した他の行為を、無効ではなく、「失効」であるとするものがある。その理由等については次章で詳論するが、たとえば、不可分性に関するテーズを著したスーブは、このように考える（J.-B.Seube, op.cit., thèse, n°290）。

続いて、なぜ連続なのかという問いについてである。《en cascade》という語は、ロベール仏和大辞典（小学館）によれば、「連続して」、「連鎖して」という意味であるとされている。ここで、「連鎖的」と訳すと、「契約の連鎖」と称される事案が想起される可能性があろう。「契約の連鎖」とは、「契約が異なる当事者間において順次連鎖的に締結されて一つの取引が完成する」契約のことを指すとされる。これに対して、複合的な契約とは、「二またはそれ以上の当事者間の取引に複数の契約が同時に存在する」場合のことを指す（都筑・前掲注（41）『複合取引の法的構造』一八九頁。）。「連続的消滅」が、契約の連鎖の事案のみを想定するものではないことを明らかにするためにも、「連続的」と訳すこととした。

このような学説の議論を踏まえ、本稿では、「無効」ではなく、「消滅」という語をあて、また、「連続的」という語をあてることとした。ただし、フランスの学説および判例においては、複合的契約における一方の契約の無効により、それと密接に関連する他方の契約に対していかなるサンクションが課されるかが明確であるとはいえない。たとえば、サヴォー（E.Savaux）は、密接に関係した他の行為が「失効」するとする学説や判例があり、無効の領域であるとは言いがたいとしながらも、同事例に関する検討を、「連続的無効（les nullités en cascade）」という表題の論稿のなかで行っている（E.Savaux, Les nullités en cascade, in *La théorie des nullités*, LGDJ, 2008, p.111.）。また、「失効」というサンクションを課した判例が注目される前の学説ではあるが、ティシエは、一方の契約が無効が他方の契約のコーズを奪うことになるために無効であるとする（B.Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse, LGDJ, 1975, n°302）。無効に好意的な学説は、その後も現れている（S.Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse, 2001, Dalloz, n^{os} 560 et s, et 619 et s.）。

（43）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°171.

（44）不可分性概念はさまざまな場面で用いられる。たとえば、民法典一二一七条以下には、不可分債務に関する規定が置かれている。

もっとも、本稿は一部無効に関する検討を行うものであり、したがって、本稿において「不可分性」というとき、それは、無効の範囲を画定するにあたって用いられる不可分性を意味する。

（45）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°295.

（46）他人物の売買は、民法典一五九九条により、無効とされている。

一五九九条「他人の物の売買は、民法典一五九九条により、無効とされている。買主が物が他人のものであることを知らなかったときは、それ〔他人の物の売買〕は、損害賠償を生じさせうる。」

（47）たとえば、複数の財を目的とする売買契約につき、その一部が将来の相続財産であった事案がある。なお、将来の相続財産については、民法典旧一六〇〇条により、合意によっても売却することができないとされていた（もっとも、同条は、二〇〇一年一二月三日の法律により廃止されている。）。

〔仏〕　破毀院予審部一八四三年一一月一四日（Cass.req., 11 novembre 1843, S. 1844, I, 229.）

【事案】　一八三〇年一〇月二五日に、売主Aと、買主Yとの間で、不動産およびAの死亡時に存在するであろう動産の虚有権を八〇〇〇フランで売却する旨の合意がされた。Yは、Aに対して四〇〇〇フランを支払い、残りは、Aの死亡後、相続人XおよびBらの間で分配されることとなっていた。しかし、Aの死亡後、Xは、Yに対して、売買の目的である動産が確定されていなかったこと、本件動産の売買が将来の相続財産に関するものであったことなどを理由に本件売買契約の無効を請求した。

控訴院は、将来の相続財産に関する部分の売買を含んだものとして動産の部分について無効であるとした後、単独かつ同一の代金（un seul et même prix）により動産の売買と不動産の売買とがなされ、不可分な総体（tout indivisible）を形成していたとして、動産の部分の無効により不動産の部分についても無効となるとした第一審の理由を採用し、合意全体を無効とした。そこで、Yが、動産の売買の無効が不動産の売買の無効をもたらす理由がないなどとして、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、「一八三〇年一〇月一五日（ママ）の行為は、多様な条項が唯一かつ同一の契約を形成し、可分とされえないものであ

り、暗に、しかし十分に、この〔破毀申立ての〕部分に答えている」として、破毀申立てを棄却した。

〔筆者注：資料によれば、判旨記載の「一八三〇年一〇月一五日の行為」という箇所以外においては、全て、「一八三〇年一〇月二五日の行為」とされていることから、同箇所は「二五日」とするのが正しいように思われる。〕

（48）ただし、当事者が裁判外で、売主が正当に処分しうる物について新たな代金を合意する可能性はあろう（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°.296.）。

（49）ただし、シムレールによれば、物理的な不可分性の例とされる複数の物のひとつに無効原因が存在する場合であっても、当事者の意思により部分的な無効がもたらされる場合があるとする。

たとえば、グルノーブル国王院一八三二年八月八日（Cour roy. de Grenoble, 8 août 1832, S. 1833, II, 176.）は、相続開始前の相続財産が含まれており、そして代金が包括的に定められていたにもかかわらず、相続が開始された相続財産に関する譲渡を維持した。その理由は、譲受人が、相続が開始された財産を、当初定められた代金で取得することを申し出たからであった。

シムレールは、同判決を、一般法において確立されたどんな原則にも基づいておらず、単に衡平（l'équité）や良識（le bon sens）にかなったものでしかないとする一方で、是認されなければならないものであると評価する。なぜなら、これは主観的な不可分性の問題でしかないからである。そのため、売主が、たとえ当初の代金であったとしても、有効な部分のみでは財を売却しなかったと主張することは可能である。しかし、一部無効の可能性もまた、本判決のように残されているとする（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°.296.）。

（50）Ph.Simler, *op.cit.*, thse, n°.296.

たとえば、共同恵与の行為者のうちのひとりが、心神喪失状態（l'insanité d'esprit）であった場合に全部無効を言い渡した事案として、次のようなものがある。

〔仏〕 破毀院第一民事部一九六〇年三月三〇日（Cass.civ.1re, 30 mars 1960, Bull.civ. 1960, I, n°.190.）

【事案】 共同恵与の行為者のうちのひとりが、心神喪失（l'insanité d'esprit）であった事案である。詳細な事実関係については資料からは不明であった。

【判旨】破毀申立て棄却。

破毀院は、共同恵与の行為者のうちの一方が心神喪失であることを理由として無効であるとき、事実審裁判官は効果を分けずに全体として恵与を瑕疵あるものと評価できるとして、破毀申立てを棄却した。

(51) Ph.Simler. *op.cit.*, thèse, n° 297.

もっとも、物理的な不可分性は、実務上は、たとえば条項や量的な要素に瑕疵が存在する場合のように物理的に可分か否かが明白であることが多く、一部無効が問題とされるときに顕在化することは少ないという（Ph.Simler. *op.cit.*, thèse, n° 297.）。

(52) たとえば、O.Gout, *op.cit.*, thèse, n° 521 ; J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, L' objet et la cause – Les nullités, n° 2583.

しかし、後述する客観的な不可分性については、グウのテーズにおいても、ゲスタン&ロワゾー&スリネの概説書においても、主観的な不可分性の判断の前提にあるものとは位置づけられていないように思われる。

(53) 客観的に不可分であるとされる事案に対して、「不可分性」という語を充てる必要があるかについては、異論があろう。実際、シムレール自身も、客観的な不可分性に独自の意義はないという（Ph.Simler, *op.cit.*,thèse, n° 301.）。

もっとも、本稿の関心は、いかなる事案において一部無効が認められうるかを確認することにある。そのため、不可分性という語を用いることの妥当性を問題としない。

(54) シムレールは、客観的な不可分性を論じるなかで、未成年者により締結された契約のレジオン（lésion）に基づく取消し（rescision）についても触れる。未成年者が条項についてのみ取消しを主張することに対して、判例が不可分性により契約の全体についての取消しを言い渡すことを指摘する（Ph.Simler. *op.cit.*, thèse, n° 301.）。そして、条項のみを無効とし契約を維持した控訴院判決を破毀した、前掲破毀院民事部一九〇六年二月一三日（前掲注（7））につき、シムレールは、次のように批判的に評価する。すなわち、一方で、未成年者の制限行為能力を無効（取消し）原因とするのであれば、契約全体の無効が要請される。しかし、たとえば代金に関する量的な過剰性や不当な条項がなければ未成年者により締結された契約は攻撃されなかったであろう（inattaquable）ことに鑑みれば、本件における本当の無効（取消し）原因はレジオンであったとする。そして、たしかに民法典一三〇五条によれば、「単純なレジオンは、解放されていない未成年者のために、

あらゆる種類の合意に対して取消しをもたらす」と規定されるが、他のレジオンをみるならばレジオンの本来的なサンクションは一部無効ということができるとして、一部無効が課されるべきであると提案する（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°299. その他、同旨の主張をする学説として、E.Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, rééd. Dalloz, 2004, p.159.）。

未成年者により締結された契約のレジオンに基づく取消しをこれと併せて述べたのは、瑕疵ある要素が行為にとって本質的な部分に付されているわけではないにもかかわらず、「不可分である」という語を使用した判例を批判するためにすぎないと言えよう。ただし、この点については、シムレール自身が論じている内容からも窺えるように、取引の性質上、不可分性が要請される事案というよりも、法の目的が考慮されるべき事案であると考えられる。この意味で、未成年者によるレジオンに基づく取消しの事案は、取引の性質上、不可分性が要請される客観的な不可分性の事案とは類型を異にするのはたしかである。

もっとも、シムレールは、他のレジオンの事案で一部無効が認められていることを、未成年者によるレジオンに基づく取消しの事案において一部無効が推奨される理由のひとつとするが、未成年者によるレジオンに基づく取消しの事案と他のレジオンに基づく取消しの事案とを対比し同列のものとみなしてよいかについては、レジオン概念に関する詳細な検討を要するため、今後の課題としたい。

（55）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°298.

（56）たとえば、次のような裁判例がある。

［仏］ アミアン控訴院一八五三年一一月一〇日（C.A.Amiens, 10 novembre 1853, S. 1853, II, 690.）

【事案】 一八五一年一一月二一日の行為（証書）により、父および母は、彼らのそれぞれの財を子らに贈与し、分割をなした。同証書によれば、本件分割には、条件または負担として、贈与者たる親に、それらの財の用益権（jouissance）を留保する旨の約定がされていた。しかし、この約定は、用益権を夫婦間で相互に与えあうものであり、同判決が出された当時においては、婚姻関係にある者の間でなされた、同一の行為による相互贈与は、民法典旧一〇九七条により禁止されていた。その余の詳細な事実関係は不明であるが、子らに対する分割が有効かが争点の一つとなっていた。

【判旨】　控訴棄却。

控訴院は、一八五一年の行為につき、当該用益の留保なくして、予先分割（partage anticipe）はなされなかったであろうことから、行為全体の無効を言い渡す必要があると判示した。

なお、同判決で問題となっている民法典一〇九七条は、民法典制定時に置かれていたものであり、現在のそれとは異なる。当時の旧一〇九七条は、次のように規定する。

旧一〇九七条「夫婦は、婚姻関係にある間は、あるいは生存者間の行為により、あるいは遺言により、ひとつの、かつ同じ行為（証書）によって、どんな相互贈与をすることもできない。」

(57)　たとえば、次のような判例がある。

［仏］　破毀院民事部一九一二年三月五日（Cass.civ., 5 mars 1912, S. 1912, I, 380 ; D.P. 1914, I, 117.）

【事案】　神父Aが、遺言により包括受遺者として、神父Bを指定し、Aの姉であるCを、相続から外した。Aの死亡後、Cは、本件遺言が無効であったとして、Bとの間で、Bが遺贈による権利取得を放棄する旨の和解契約を締結した。同契約によれば、Cは、Bに五〇〇〇フランを支払うこと、およびAが修道院Dに支払うべきすべての債務に関する支払いとして一〇〇〇〇フランを支払うこととなっており、これを履行し、受領証書を受け取った。その後、Cの相続人Xは、Bが修道院のための介在者（personne interposée）であったことなどを理由に、本件和解の無効を主張し、支払った計一五〇〇〇フランの返還を、Dの修道院長Y_1とBの相続人Y_2に請求した。

控訴院は、公序にかかわる事項について合意により免れることはできないとして、和解の無効を認める一方で、一五〇〇〇フランの支払いについては、先存する債務の支払いであったとして、Xの請求を棄却した。そこで、Xが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、一般論として、民法典二〇五五条および二〇五七条に鑑みれば、和解は、原則として不可分な総体（tout

indivisible）を形成するとし、無効の場合に特定の規定が維持されうるとするならば、それが、無効とされる部分から独立したものとしてみなされなければならない限りにおいてであると判示した。そして、本件事案において、一五〇〇〇フランの支払いが、先存する債務の支払いのためになされたが、それは、権利取得の放棄などの部分と区別されるものではなく、すべてが同列のもの（sur la même ligne）であったとした。以上のことから、破毀院は、一五〇〇〇フランの支払いを和解によるものではなかったとした控訴院を、この限りで破毀した。

なお、民法典二〇五五条および二〇五七条は、次のように規定する。

二〇五五条「後に偽造であったと認められた書類に基づいてなされた和解は、全体として無効である。」

二〇五七条「第一項　当事者が、ともに有することがあるすべての事件について一般的に和解を行ったときは、その当時には当事者が知らず、後になって発見された証書は、何ら取消しの原因とならない。ただし、証書が当事者の一方によって保持されていたときは、この限りでない。

第二項　ただし、和解は、新たに発見された証書によって当事者の一方がいかなる権利も有しなかったことを確認する目的しか有しないときは、無効である。」

（58）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 298.

（59）ただし、和解がいくつかの行為として分離可能であれば別である（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 298.）。

（60）無効は、裁判官により言い渡されるものである（フランスにおける一九世紀から二〇世紀初頭にかけての無効に関する議論については、本稿（二）第一章第一節第一款を参照。）。それゆえ、当事者が、裁判外で当該行為の無効という結論を回避することは可能であるとされる（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 298.）。

（61）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 301.

（62）物理的な不可分性、客観的な不可分性、および主観的な不可分性のうち、前二者が不法性の範囲にかかわるものであり、後者が無効の範囲にかかわるものであるという評価は、シムレールが縮減概念に関する検討をするなかでなされる（Ph. Simler, *op.cit.*, thèse, n° 321 et s.）。ただし、シムレールは、縮減概念独自の問題としてではなく、無効の範囲が問題とな

る事案一般において当てはまる構造としてこのような評価をするため、不可分性概念に関する検討でこの評価を用いても問題ないと考える。

(63) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 171.
(64) C.A.Colmar, 23 mars 1863, D.P. 1863, II, 113.
(65) Cass.com., 24 juin 1969, Bull.civ. IV, 1969, n° 239.
(66) A.Barathon, *De la divisibilité des clauses du contrat de mariage*, thèse, 1913.
(67) A.Barathon, *op.cit.*, thèse, pp.59 et 88.
実際、バラトンは、夫婦財産契約における不可分性の問題を論ずる前提として、民法典一一七二条が、不法条件等が付された行為の全部無効を認めているのを推定された当事者の意思を理由とするとし、当事者の意思により無効の範囲が画定されるとする学説を批判する（A.Barathon, *op.cit.*, thèse, p.59.）。
(68) A.Barathon, *op.cit.*, thèse, p.59.
(69) A.Barathon, *op.cit.*, thèse, p.90.
(70) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^{os} 304 et 378.
(71) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 304.
(72) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 164.
(73) Cass.civ., 16 juillet 1951, Bull.civ.I, 1951, n° 223.
(74) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 164.
(75) 日本法の議論を参考にすると、複合的な契約において、ある契約に解除原因または無効原因があるとき、その余の契約に影響を及ぼすかは、当事者がどのような目的でそれらの契約を締結したかにより判断される。そしてこの問題は、契約の性質決定ともかかわるものである（たとえば、この点を指摘するものとして、近藤・前掲注（40）「契約の個数の判断基準に関する一考察」九〇頁以下。）。
ただし、フランス法では、契約の性質決定の問題は、法律問題である。これに対して、主観的な不可分性の評価は、先に指摘したとおり、事実問題である（Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *op.cit.*, n° 773. なお、契約の解釈や性質

決定が法律問題か事実問題かについては、北村一郎「契約の解釈に対するフランス破毀院のコントロオル（一）～（一〇・完）」法協九三巻一二号（一九七六年）一頁、九四巻一号（一九七七年）六九頁、同三号（一九七七年）五五頁、同五号（一九七七年）三九頁、同七号（一九七七年）五七頁、同八号（一九七七年）六一頁、同一〇号（一九七七年）四四頁、九五巻一号（一九七八年）一五六頁、同三号（一九七八年）九一頁、同五号（一九七八年）一頁が詳しい。）。契約の性質による客観的な不可分性の問題と当事者の意思による主観的な不可分性の問題とを段階的な構造にあると指摘するシムレールの見解を前提とすれば、主観的な不可分性を論ずる箇所で、契約の性質決定について言及をすることは適切ではないであろう。

もっとも、次章で検討するように、私見によれば、複合的な契約における不可分性が問題となる場面では、フランスの学説の多くは、客観的な不可分性と主観的な不可分性とが明確に区別された問題を解決するものであるとは考えていないように思われる。シムレールの見解とこれらの学説との違いは、複合的な契約において無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思に対して、シムレールが与える役割と、他の学説が与える役割とが異なることに由来しているように思われる。この問題に関する詳細な分析については次章で行うが、たとえば、テレ（Fr.Terré）は、複合的な契約のうち、一部の無効が他に影響を及ぼすかにつき、性質決定の問題により、または、ある性質決定が付与されない場合には不可分性により諸行為がひとつの法制度（régime juridique）のもとで扱われるかという問題により判断されるとし、断続的に捉えていない（Fr.Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, thèse, n^{os} 480 et s.）。

第四款　縮減概念と当事者の意思との関係

これまで、動因的かつ決定的なコーズ概念、動因的かつ決定的な条件概念および不可分性概念の検討を通じて、シムレールが、当事者の意思という基準をどのように捉えていたかをみてきた。すなわち、シムレールは、それらの諸概念

が用いられた事案において考慮されるべき当事者の意思とは、無効原因が付された条項といった契約の一部につき、それがなくても当事者が契約を締結したであろうか否かである、つまり当事者の仮定的な意思であるとした。こうして、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が基準とされた。そして、その基準は、縮減（réduction）というサンクションが課される事案群においてもあてはまるものだとシムレールはいう[76]。縮減とは、たとえば、契約で定められた期間が法律により定められた上限を超えていた場合や、代金が法律で定められた額を超えていた場合において、ある一定の期間や額を超える部分を量的に修正することである[77]。このような縮減が課される事案についても、原則として当事者の意思が基準となり無効の範囲が画定されるというのである。

ところで、本節第一款で指摘したように、この縮減に関するシムレールの議論では、これまで検討してきた諸概念とは検討の仕方を異にする。つまり、シムレールは、ここで、判例で用いられる諸概念の検討を通じて当事者の意思が考慮されていることを発見するという作業をするのではなく、これまでの諸概念に関する検討で導き出された無効の範囲を画定するための判断構造によれば、縮減が一部無効の一類型として位置づけられることを論証することを目的としている。そのため、縮減に関する事案において当事者の意思が考慮されているかを確認するためには具体的な事案をみる必要がある。しかし、結論を先取りすれば、当事者の意思により無効の範囲が画定されている、またはされるべき例としてシムレールが挙げる事案をみるかぎり、当事者の意思が考慮されて一部無効が課されているわけではなかった。すなわち、その事案とは、競業避止特約の期間または場所が過剰であると評価された場合に期間や場所を縮減する事案、給付の不均衡（広義のレジオン）を理由とする縮減の事案（たとえば、委任契約において裁判所が受任者の報酬の減額を認める事案。）、および同意の瑕疵に基づく縮減の事案（たとえば、付随的詐欺を理由とする損害賠償が認められる事案。）であり、これらの事案について判例は、次章で検討するように、当事者の意思を考慮して一部無効を課している

わけではない、または一部無効とは異なるサンクションにより解決をしているのである。

それゆえ、本款では、シムレールの一部無効論において当事者の意思がどのような役割を有するかという視角から、シムレールの縮減に関する主張を検討していきたい。

一　縮減概念の法的性質および判断基準

無効の範囲画定にあたって当事者の意思に決定的な役割を担わせるシムレールは、たしかに縮減が課される事例においては公序が問題となる場合が多いと留保しつつも、縮減は一部無効と同様の構造にあり、一部無効の一類型でしかないとする。この主張は、タナゴー（S.Tanagho）による縮減と一部無効との区別に対するシムレールの批判を辿ることで明確にされる(78)。

（一）タナゴーによる縮減と一部無効との区別

まず、タナゴーの主張が、どのような事案を想定してなされたものであるかを確認しておこう。

タナゴーは、テーズ『司法による債務　―裁判官による契約の修正の道徳的および技術的研究―（*De l'obligation judiciaire : Etude morale et technique de la révision du contrat par le Juge*）』(79)において、縮減概念に関する議論を展開する。タナゴーは、裁判官が当事者により形成された契約とは異なる内容の契約を課す場合があることを所与の状況として想定し、その契約における債務がどのような性質のものかを検討する。同テーズでは判例や裁判例に関する検討が少ないが、主に念頭に置かれる事案は、委任契約等における報酬の減額を認める事案であるように思われる(80)。すなわち、判例は、法律による規定が存在しないにもかかわらず、伝統的に、委任契約等において受任者に支払われる報酬が過剰

であると判断する場合に、当該報酬を減額することがある。この判例は、今日においてもみられるものである。[81]

このような事案で認められる縮減の法的性質について、タナゴーは、これを必要的改訂（novation nécessaire）[82]であるとする。[83]契約上の債務を縮減する場合において、判決は、新たな債務を生じさせる、つまり、「改訂効を有し、形成的であり、かつ債務を生じさせるもの（novateur, constitutif et source d'obligation）」であるという。ここでは、当事者の意思は、縮減を課すための考慮要素ではない。そして、当事者の意思が考慮されるか否かが、タナゴーが縮減と条項の無効とを区別する基準となる。タナゴーは、次のようにいう。

「最も重要なことは、縮減が明らかに当事者の意思に反して向けられるものであるのに対して、条項の無効は当事者の現実の意思に基づくということである。[84]」

タナゴーは、条項の無効が課される場合を、契約の不可分性の原則に対する例外であり、両当事者の現実の意思に基づいて課されるものだとする。これに対して、縮減を、当事者の意思に明確に反するものであり、条項の無効と区別されるべきものであると位置づける。[85]

（二）シムレールによる縮減と一部無効との同視

以上のタナゴーの見解に対して、シムレールは、一部無効における段階的な判断構造を理解していないとして批判する。すなわち、シムレールは、一部無効が課される判断過程を二つの段階に区別する。[86]第一の判断過程においては、一部を無効とすることが客観的に可能かどうかが判断され、ここでは当事者の意思は考慮されない。第二の判断過程におい

ては、一部を無効とすることが客観的に可能である場合に、当事者の意思において、当該一部なくして契約が締結されたであろうか否かが判断される。他方で、シムレールは、たしかに、実務上、縮減による解決がされる場合においては当事者の意思が問題とされることはないが、それには、さまざまな理由があるとする。その理由のひとつとして、公序の要請ということが考えられ、縮減がこの要請に基づくものであるなら、命令的な特徴を有するものである。しかし、条項の無効においても同様に、公序の要請により無効の範囲が決せられることがある。そして、条項の無効においても、縮減においても、この公序の要請というのはありうる理由のひとつでしかなく、いかなる場合においても縮減が命令的であるということはできないと批判する(87)。こうして、シムレールは、縮減を、一部無効の一類型であると位置づける。

さて、本稿は、これまでにみた、契約における特定の条項の無効が問題となる事案や複合的な契約における無効の範囲が問題となる事案に関する議論からは、シムレールの一部無効論における当事者の意思の位置づけが明確でないと指摘してきたが、ここでようやく、この問いに対する答えを見出すことができるように思われる。そこで、次に、シムレールによれば、当事者の意思がどのような役割を担わされているかを検討していこう。

二　シムレールの一部無効論において当事者の意思が有する役割

シムレールは、縮減を、一部無効の一類型であると位置づけた。このことは、彼の一部無効論において当事者の意思がどのような役割を有するものと考えられていたかを明らかにするにあたり、重要な意味を有する。

（一）一部無効としての縮減とその判断構造

まずは、シムレールによれば、彼の提唱する一部無効の判断構造に、縮減がどのように当てはめられるかを確認して

おこう。シムレールの一部無効論が原則として当事者の意思を基準とするものであったのは、本節冒頭で指摘したとおりである。この基準は、縮減においても異ならない。

先の批判のなかでも述べたように、シムレールは、一部無効の判断構造を、次のように二つの段階的に区別して説明した[88]。

第一は、不法性の範囲の決定という段階である。無効の範囲を画定するためには、まず、行為の瑕疵ある部分が客観的に可分であるか否かが問われることとなる。しかし、縮減の場合には、これは問題とならない。なぜなら、縮減が問題となるのは、契約の期間や代金などの量的な問題であり、客観的には可分であるからである。この客観的な可分性の判断において、不法である範囲が画定される。

しかし、この第一の判断だけで、無効の範囲が画定されるわけではない。その理由は、動因的かつ決定的なコーズまたは条件概念、あるいは不可分性概念の検討を通じてみてきたように、不法な条項が、あるいは不法な取引の一部が、それが当事者の意思において決定的であったであろう場合にしか、全体の無効に至らなかったからである。そして、縮減の場合においても理論的にはこのように解することができるとする[89]。すなわち、当事者が減ぜられた範囲であっても契約を締結したであろう場合には、縮減が課され、これに対して、契約を締結しなかったであろう場合には、全部無効が課されなければならない。

（二）縮減における当事者の意思の考慮の意義

さて、シムレールによれば、縮減は、伝統的な一部無効論における一部無効と同視された[90]。その理由は、次のとおりである。これまでに検討してきた事案類型（特定の契約条項の無効の事例、複合的な契約における一方の契約の無効の

事例）においては、不法性の範囲により無効の範囲が画定されるわけではなく、その不法な部分が当事者の意思において決定的であったであろう場合には全部無効が課され、そうでなかった場合には一部のみの無効が課されるとされていた。そして、同様のことが、縮減においてもいいうるからであるという。

この理解によれば、シムレールのいう当事者の意思を基準とする無効の範囲の画定が、つまり意思自律の原理に基づく解決が、契約の解釈の問題を解決するためのものとして位置づけられていないことは明白であろう。すなわち、ここでは、契約締結時において両当事者の意思がどのようなものであったかを明らかにすることが目的とされていない。なぜなら、契約の期間や代金額という、合意された明白な契約内容と明らかに異なる内容を当事者に課すことを、当事者の意思が無効の範囲を画定する基準であるために可能であるとするからである。したがって、シムレールの一部無効論において、当事者の意思の考慮は、当事者が当初意図した契約内容と異なる内容を当事者に押しつけることを正当化する要素として位置づけられていたと評価できよう。

三　小括

以上のように、縮減の法的性質について、条項の無効と縮減とを異なる性質を有するものだとする見解に対して、シムレールは、一部無効の判断構造を理解していないとして批判した。そして、縮減の事例を、無効の範囲画定における当事者の意思の考慮という基準から、一部無効の一類型であるとしたのであった。

これにより、シムレールが一部無効論において当事者の意思が原則的な基準であると主張したことの意義が、明らかになったように思われる。すなわち、当事者は、通常、契約の一部に無効原因が存する場合について想定していないことから、当事者に現実の意思があるとはいえない。それゆえ、考慮されるべき当事者の意思とは、一方の当事者が、不

法な一部がなければ契約を締結しなかったであろうか否かという意味での、一方の当事者の仮定的な意思であるとされた。無効の範囲を画定するための基準となるのは、このような意味での当事者の意思であるために、縮減の事例においても、これまでに検討してきた事案類型と同様に解することができるとしたのであった。シムレールが主張する以上の論理によれば、彼がいう無効の範囲を画定するための基準となる当事者の意思とは、契約の解釈の問題を解決するためのものではなく、当事者が当初意図していた契約内容と異なるとしても一部無効が課されうることを正当化するためのものであり、まさに、サンクションを課す局面で役割を果たすものであったということができる。

このようにして、シムレールは、あらゆる事案類型において、無効の範囲を画定する際の原則的な基準を当事者の意思とする、統一的な一部無効論を提唱したのであった。

（76）《réduction》について注記する。《réduction》が何を指すかについて、かつては学説のなかで一致をみていなかった。たとえば、タナゴー（S.Tanagho）は、後に本文で定義するものとは異なり、《réduction》を条項のみを無効とすることであるとし、量的に減ずることについては、《révision》という語があてられる（S.Tanagho, *De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le Juge*, thèse, LGDJ, 1965, p.133.）。しかし、今日においては、《réduction》は、「過剰性（excès）を減ずること」という意味で用いられることが多い（たとえば、P.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligation*, 4e éd., Defrénois, 2009, n°720.）。本稿も、現在の一般的な用法に従い、「縮減（réduction）」を、「過剰性を減ずること」の意味で用いることとする。

（77）「縮減」という方法で解決がされる事案は、契約の基礎的な部分に関する無効のみならず、たとえば競業の避止を目的とする特約に関しても、競業してはならないと定められた期間または場所を、ある一定の期間または場所に限定するということも考えられる。

（78）一部無効が広く認められる以前の見解には、一部無効や縮減を通じて当事者間で締結された契約が修正されることに対し批判をするものがあった。その理由は、「契約を無効にすることは、法律により要求された有効要件が具備されていないことを宣言することであるのに対して、契約を修正することは、それをやり直す（refaire）ために当事者の場所（place des parties）に入り込むこと」になるからであるとされる（たとえば、Lamarche, *La réduction des honoraries excessifs*, thèse Dijon, 1936, p.144, cité.par Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°.317［筆者未見］.）。

（79）S.Tanagho, *De l'obligation judiciaire. Etude morale et technique de la révision du contrat par le Juge*, thèse, LGDJ, 1965.

（80）S.Tanagho, *op.cit.*, thèse, pp.164 et s.

（81）たとえば、次のような破毀院判決がある。ただし、次章で詳論するが、同判決の考慮要素からも窺えるように、委任契約等における報酬減額事例を一部無効の問題として論ずるべきではないように思われる。

［仏］破毀院第一民事部一九九〇年六月一九日（Cass.civ.1re, 19 juin 1990, Bull.civ.I, n°.170 ; D.1991, somm.comm., p.318 ; Defrénois 1991, art.34987, p.358, obs.J-L.Aubert.）

【事案】Yは、Xと法律顧問（conseil juridique）契約を締結した。同契約の報酬額は、あらかじめ定められていた。Xが、報酬額の請求書を送ったところ、Yが支払いを拒否した。その後の事実関係は明らかではないが、おそらくXが報酬の支払いを求めて訴えたものと思われる。

原審である商事裁判所は、理由は定かではないが、Xの請求を棄却した。そこでXが破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、一方で、一九七二年七月一三日のデクレ六二条が、「法律顧問の報酬額は、その者〔法律顧問〕と顧客との間の合意（accord）により決定される」と明記していること、および、Xが報酬額について前もって決められた約務のもとで、その請求書を送っていたことを確認しながらも、他方で、報酬額についての当事者が前もってした合意を拘束力がないものであるとし、事実審裁判所が「本件事案の状況（circonstances de la cause）やなされたサービスの重要性に鑑みて、当事者間の合意の代わりに法律顧問（X）が主張しえた報酬額を評価する」義務を負うと判示し、原審判決を破毀し、本件を移送した。

（82）訳語について注記する。《novation》は、民法上、「更改」を示す語である。しかし、タナゴーは、《novation nécessaire》という語を、裁判官が契約上の債務を修正し、新たな債務を生じさせるという意味で用いている（S.Tanagho, *op.cit.*, thèse, p.150.）。それゆえ、本稿は、《novation nécessaire》を「必要的改訂」と訳すこととした。

（83）S.Tanagho, *op.cit.*, thèse, p.7.

なお、タナゴーは、本稿でいう「縮減」に、《révision》という語をあてている。本稿が《réduction》を「縮減」と訳す理由については、前掲注（76）を参照。

（84）S.Tanagho, *op.cit.*, thèse, p.133.

（85）S.Tanagho, *op.cit.*, thèse, pp.133 et 134.

（86）無効の範囲に関する判断過程が段階的な構造にあることについては、先に検討したように、不可分性概念の検討を通じて抽出されたものであるが、一部無効が問題とされうるすべての事例において当てはまると考えられている。シムレールによれば、無効原因が公序に関するものであり、この公序が無効の範囲を要請していると考えられる場合には、当事者の意思による無効の範囲は退けられることが是認されるが、これは、段階的な構造における客観的な無効の範囲の画定とは異なるものとされる（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 320.）。

（87）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 320.

（88）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n°s 321 et s.

（89）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 324.

（90）本章第三節でみるように、違反された合法性の回復に向けられたサンクションとして一部無効を捉える論者によっても、縮減と一部無効とが同視されるが、それは、シムレールがいう一部無効の判断構造にあるからではなく、条項の無効も、縮減も、違反された合法性の回復に向けられるためである点に注意が必要である。

第五款　本節のまとめ

本節においては、シムレールにより提唱された統一的な一部無効論を分析してきた。最後に、本稿の問題関心である一部無効論における当事者の意思の位置づけという観点から、シムレールの一部無効論がどのように解されるものであったかをまとめておこう。

シムレールは、新無効論における無効の本質に鑑みれば、つまり無効が法的なサンクションであることに鑑みれば、一部無効を課すことが可能であるとした[91]。すなわち、新無効論の先駆者であるジャピオによれば、無効とは法的なサンクションであり、「……サンクションは、その遵守を確保するために当該サンクションが設けられた規範の目的に適うものでなければならない。また、それが実際に発動される状況に見合うものでなければならない」とされていた[92]。そこで、シムレールは、無効の範囲についても同様のことがいえ、無効を課すことにより、違反された法の目的を達成するために、一部についてのみの無効が課されるべき場合があるとしたのであった。

もっとも、シムレールは、違反された法の目的を裁判官が恣意的に考慮することを恐れて、当事者の意思に基づいて解決がされるべきであるとした。この当事者の意思という基準は、無効の範囲の問題を解決するにあたって判例により用いられている諸概念の検討を通じて主張されたものであった。それゆえ、シムレールの一部無効論は、一見すると、判例法理と整合的であったかのように解されうるものであった。しかし、これまでに分析してきたように、判例がシムレールのように無効の範囲を画定していたかどうかは、定かではない。そこで、本節のまとめとして、シムレールによれば、無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思がどのような内実のものであり、いかなる位置づけを与えられるものであったかを述べるならば、次のようにいうことができよう。

まず、無効の範囲を画定するにあたり考慮される当事者の意思の内実についてである。考慮される当事者の意思を両当事者の現実の意思であるとすることに対して、シムレールは、①当事者の利害が対立しているために、ある条項は一

方の当事者にとってのみ利益的であり、他方の当事者にとっては負担でしかないこと、②当事者は当該条項が無効であった場合について想定していないことが通常であり、現実の意思が存在しないことから、これを不可能なものであると批判した。そして、探究されるべき当事者の意思を、「一方当事者にとって、当該条項がなければ契約を締結したであろうか否か」という当事者の仮定的な意思であると主張した。

そして、この当事者の仮定的な意思の探究により、シムレールが契約締結時における当事者の意思を明確にしようとしていたわけではないことは、特に縮減概念における彼の主張から、明白であったといえよう。

すなわち、縮減が課されることを、裁判官による必要的改訂であると位置づけたタナゴーに対して、シムレールは、一部無効の判断構造を理解していないと批判した。不法性の範囲の問題と無効の範囲画定の問題とは異なるものであるとし、無効の範囲の画定にあたっては原則として当事者の意思が基準となるのであり、縮減も、同様の構造で把握することができるという。ところで、縮減の事案においては、当事者間で合意された契約内容と縮減された契約内容とは、明らかに異なるものとなる。このような場合であっても当事者の意思により一部無効が課されうるとすることに鑑みれば、シムレールが、当事者の意思の考慮を、契約の解釈の問題として位置づけていたのではなく、一部無効により修正された契約内容を当事者に課すことを正当化するための根拠として挙げていたと評価できよう。また、事案類型の違いを捨象して、統一的な構造のもとで無効の範囲の問題を把握しようとしたシムレールの一部無効論においては、一見すると当事者の意思を考慮することにより契約の解釈の問題を解決しようとしていたかにみえる事案であっても、当事者の意思の考慮は、契約の解釈の問題として位置づけられたものではなかったと評価せざるをえない。

以上が、シムレールの一部無効論における当事者の意思の内実とその役割である。一部無効というサンクションを、違反された法の目的に向けられたサンクションと解される無効とは関係のない、独自のサンクションであると考えるの

であれば、シムレールの提唱した無効の範囲を画定するための判断基準は、ありうる基準であるかもしれない。しかし、フランス法において、一部無効の理論的な正当性が、無効の本質が法的なサンクションであるという点に求められていたことを忘れてはならない。それゆえ、一部無効が無効の本質から認められるサンクションであるとすれば、当事者の意思というのは、サンクションを課す基準となりうるのであろうか。次節で検討するように、シムレールの一部無効論は、まさにこの点で批判されることとなる。

（91）本稿（一）序章第二節第二款を参照。
（92）本稿（二）第一章第一節第一款を参照。

〔未完〕

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一五年三月二五日授与）「一部無効の本質と射程 ―一部無効論における当事者の意思の意義を通じて―」に加筆・修正をしたものである。

研究ノート

「車輪に砂」（一）

――EU金融取引税の政治過程：二〇〇九～二〇一三年――

津田久美子

目次

はじめに
序章　問題の所在
第一章　分析視角の提示

第一節　先行研究の批判的検討：トービン税からEU金融取引税へ
第二節　国際システムの構造的要因：「国家－市場」関係へのアプローチ
第三節　EUにおける政策形成過程：政策領域と段階ごとの特性
第四節　分析の範囲と手法
第二章　G20サミットにおける争点化：二〇〇九～一〇年
第一節　ヨーロッパからの問題提起：世界金融危機と金融セクター課税
第二節　ピッツバーグとトロントの帰結：決定から非決定へ
第三章　EUにおける議題設定：二〇一〇～一一年
第一節　EU法案提出の衝撃：「グローバル」から「EU」金融取引税へ
第二節　欧州委員会の役割：EU法制化の正当化と誘因
第三節　欧州委員会への圧力：欧州議会の要請とフランス・ドイツの思惑
第四節　小括：政治的帰結としての法案提出
第四章　対立と分裂：二〇一一～一三年
第一節　有志連合の誕生：ユーロ圏一一カ国の金融取引税へ
第二節　全加盟国採択の断念：先行統合に向けた戦略的行動
第三節　早期行動を促した要因：フランス・ドイツの国内事情
第四節　金融権力の反撃：戦略的な制度利用の帰結
終章　「車輪に砂」の行方
第一節　まとめと結論：進展と停滞、機会と制約
第二節　含意：国境を超える課税の正統性

（以上、本号）

はじめに

本稿は、二〇一三年一月に欧州連合（European Union、以下EU）の一一カ国間で取り組みを進めることが決定された「EU金融取引税（EU Financial Transaction Tax EU FTT）」の政治過程を分析する。その目的は、もはや一国では制御不可能なグローバル金融市場がもたらす問題に対する、課税を通じた国家間の取り組みの可能性と限界を究明することにある。

EU金融取引税は、複数国家が共同で金融取引に課税する史上初めての試みである。その画期的な決定に至るまでの道のりは、決して平坦ではなかった。一九七〇年代、経済学者J・トービン（James Tobin）は国際金融市場の「車輪」に「砂」を投げ込み、その過剰な流動性を抑える施策として、異なる通貨間取引へ低率の税を課すことを提案した。この税構想は、かつて二〇世紀末に発生した世界的な通貨危機を背景に政治化し、広範な議論と論争を巻き起こした。しかし当時、国際的な導入には至らず「車輪に砂」をまく理念は実現されなかった。その理念が再度思い起こされ、金融取引税として議論される契機となったのが、リーマン・ショック以降の世界金融危機とユーロ危機である。当初はグローバルな導入が目指されたが、広範な論争と国家間対立の末、フランス、ドイツを含むユーロ圏一一カ国間のみで実施に向けた話し合いを進めていくことが決定された。しかしその後、実施法策定をめぐり一一カ国間の協議は難航している。危機に伴う困難のなか、どのように実施に向けた決定に到達したのか。参加国を限定してもなお実施法をめぐる国家間合意が困難であることは何を意味するのか。EU金融取引税の一連の政治過程を検討することを通じて、本稿は、グローバル化時代のポスト・ナショナルな課税をめぐる政治的含意と理論的課題を提示する。

序章　問題の所在

二〇一一年九月二八日、EUの欧州委員会（European Commission）委員長であったバローゾ（José Manuel Barroso）[1]は、EU金融取引税法案の発表にあたり以下のように述べた。「過去三年間、加盟国は金融セクターに対し四兆六〇〇〇億ユーロの資金援助と保証提供を行ってきた。金融セクターは社会に貢献するときが来た」[2]。当時ヨーロッパは、前年から深刻化した債務危機、いわゆるユーロ危機の最中にあった。法案発表のまさにその日には、ギリシャのデフォルト回避に向けた融資の

検討のために、「トロイカ」と呼ばれる三つの機関――欧州委員会、欧州中央銀行（European Central Bank、以下ＥＣＢ）、国際通貨基金（International Monetary Fund、以下ＩＭＦ）――がアテネに調査に入っていた[3]。危機による社会・経済的混乱のなか、なぜＥＵで金融取引に税を課す政策が企図されたのだろうか。

金融取引税とは一般に、株式や債券、外国為替、金融派生商品（デリバティブ）といった金融取引のすべて、あるいはどれか一部取引へ税を課す政策を指す。一国の税政策としては決してめずらしくはないが、いまだかつて複数国家間で実現したことはなかった。これを史上初めてＥＵ諸国間で実現しようと提案されたのが、ＥＵ金融取引税法案である。この施策は、主に二つの目的をもつ。一つは、バローゾ委員長が述べたように、リーマン・ショックを契機とする世界金融危機以降、公的資金の注入を通じて破たん危機を救済されてきた金融セクターに財政的な貢献を求めること、もう一つは、市場を不安定化させた金融セクターの過剰な金融取引を抑制することである。つまりＥＵ金融取引税は、危機への対応、さらには今後の危機を未然に防ぐ施策として提案された。

国際的な金融取引へ税を課すというアイディア自体は新しいものではない。その源流には、「トービン税（Tobin Tax）」と呼ばれる税構想がある。一九七〇年代に経済学者Ｊ・トービンによって提唱された通貨取引税構想である[4]。提唱から約四〇年を経て、ようやく具体的な国家間の取り組みとして検討が進んでいるのが、ＥＵ金融取引税なのである。この「トービン税史」のなかにこそ、ＥＵ金融取引税をめぐり究明すべき政治的な問いがある。そこで以下、トービン税の歴史的経緯を概観したうえで、本稿の問題設定を行う。

トービンは、一九七〇年前半頃、国家・通貨間の資本移動が増大し金融市場が過剰に流動的となり、国家の自律的な経済政策決定が阻害されつつあることを問題視した。そこで、過剰な取引を抑制し国家の自律性を取り戻す目的で、通貨取引へ低率の税を課すことを提案した。この税の特徴は、取引の往復頻度が高ければ高いほど――たとえば投機を代表とする短期的取引や、コンピューター・アルゴリズムを使った高頻度取引には――税が累積的に課される一方で、投資活動などの長期的な取引は低率の税に留まる点にある。トービンのよく引用される言葉を用いれば、「たっぷり油がさされた」過剰に流動的な国際金融の「車輪」に、低率の税という多少の「砂」をまくことで、過剰な取引を抑制することが企図されたのである[5]。

しかし一九八〇年代以降、トービンの問題意識とは真逆に、金融のグローバル化はますます進んでいった。新たな金融商品の開発や、それを支える金融工学やＩＴ技術の発展、金利規制の撤廃といった「金融革命」を通じ、グローバル金融市場はそれまでとは桁違いのスピードで成長していった。車輪に砂をまくのではなく、その車輪の回転がますます潤滑となるよう油がさされ、トービン税の理念は忘れ去られていった。

トービンの提案が思い出されるのは、一九八〇年代末から九〇年代初めにかけてのことである。一九八七年の株式市場の世界同時崩落、いわゆる「ブラック・マンデー」によって、金融市場の不安定性は世界的に派生した。それに対し、一部の経済学者はトービンに示唆を受け、市場の過度な変動を抑制する証券取引税構想を論じた[6]。九二年にはヨーロッパの欧州通貨制度（European Monetary System: EMS）が投機筋に攻撃され通貨危機が発生した。これに対しトービンは、フィナンシャル・タイムズ紙に「投機家に課税せよ」と題した記事を寄稿し、かつて自身が提唱した通貨取引への課税が一つの解決策になりうると論じた[7]。だが、それでもなお、トービン税が政策オプションとして具体化することはなかった[8]。

一九七〇年代、一日あたりの世界の為替取引高は一八〇億ドルほどであったが、九〇年代半ばには一兆三〇〇〇億ドルと、約七〇倍にも膨れ上がった[9]。そして九〇年代の一連の通貨危機――九四年のメキシコ・ペソ通貨危機、九七年にタイから始まったアジア通貨危機、九九年以降のロシア、ブラジルへの危機の連鎖――を通じて、グローバル金融市場の不安定性への危機感はさらに高まった。ここでいよいよトービン税が一部諸国で検討され始める。さらに当時、トービン税はその税収にも関心が向けられた。一九八〇年代から九〇年代を通じて、先進国やＩＭＦ、世界銀行からの借款による債務を抱えていた途上国は、深刻な累積債務問題に陥っていた。また、不足する国連財源の拡充や、冷戦終結を受けて低下傾向にあった政府開発援助に代わる財源が模索されていた。そこで新たな財源調達手段の候補にトービン税があがったのである。

これら二つの問題関心が合流したことに勢いを得て、トービン税は国境を超えて政治化した[10]。市民運動の展開、国際会議や各国議会で一定の協議を経て、フランスやベルギーでは通貨取引への課税を規定する国内法の制定にまで結実した。しかし当時、トービン税を擁護する論調は大多数ではなかった。課税を通じた介入により市場の効率性が損なわれるのではないか、そもそも市場の変動や投機を抑制する経済的効用は得られないの

ではないか、課税逃れによってその実効性は担保されないのではないか、といった疑義が提起された。それに対する反論や疑義を克服するための改善案も提示され、トービン税をめぐる広範な論争が巻き起こった。

こうした経済学的な論争も去ることながら、最大の問題は、トービン税の政治的実現可能性であった。資本流出や課税逃れを起こさずに国境を越える取引を効果的に抑制するためには、課税の国際的な実施が求められる。特に、主要な国際金融センターをもつ金融大国の参加なくして抑制効果は得られない。しかし、ウォール・ストリートやシティという巨大な金融街を擁するアメリカとイギリスは、多大な利益をもたらす金融産業を規制する税構想に強く反発した(11)。国内法を制定したフランスやベルギーも、その他ヨーロッパ諸国の共同実施を施行条件としていたため、結局トービン税の国際的な導入は実現しなかった。このような経緯から、トービン税は長らく「夢物語」と思われてきた(12)。「車輪に砂」という理念の実現には、高度に政治的な問題が内在しているのである。

それから数年を経て、リーマン・ショック後の世界金融危機をきっかけに「夢物語」の税構想は再浮上した。今回は、課税対象が通貨取引からより広範な金融商品の取引へ変化した。それは、世界金融危機が単に過度な通貨取引からだけでなく、「複雑な契約形態、レバレッジ取引を通じた過度なリスクテイク、透明性の欠如、システムを通じた金融ショックの伝播力」といった要因から起こったためである(13)。つまり、通貨市場だけでなく、その他の金融市場という車輪にも砂をまくべきだと考えられるようになったのである。

金融取引税が争点化すると同時に、経済的効用や実効性をめぐる論争もまた再燃した。そうした疑義を根拠に、EUでは特にイギリスが、さらに多国籍に事業を展開する金融機関が強く抵抗した。EUの条約上、金融取引税の実施合意には加盟国の全会一致が必要なため、その実現は不可能にも思われたが、ユーロ圏の一一カ国が行動に出た。全加盟国ではなく、一部加盟国間での実施法制定を可能とする法的枠組み、「先行統合(Enhanced Cooperation)」を活用することを決めたのである。これはEUの正式な意思決定プロセスを経て立法化された「決定(decision)」である点で、一定の拘束力をもつ。それまでのトービン税の歴史的経緯を踏まえれば、まさに画期的な決定であった。

他方で、その画期は一つの通過点でしかない。今後は「先行統合」の枠組みにもとづき実施法(「指令(directive)」)をE

U法として可決させ、それを各参加国が立法化する必要がある。しかし、具体的な課税対象や税率に関する一一カ国間のすり合わせは難航し、当初二〇一四年から予定されていた運用開始は大幅に遅れている。この間、従来からの金融取引税への疑義はますます声高に主張されている。夢物語のまま潰えるのか、史上初めての実現を果たすのか、EU金融取引税はいま重要な岐路に立たされている。

以上の経緯をふまえ、EU金融取引税をとりまく状況に対し二つの疑問が生じる。第一に、それまで夢物語と考えられてきた税構想を、なぜEUの一一カ国間で進めていこうとする決定が下されたのか。いかなる要因がEUにおける議論を進展させたのだろうか。第二に、一一カ国間の決定にまで到達したのち、なぜそれ以降のプロセスが停滞しているのか。実施法の採決には、強行に反対していたイギリスなど一一カ国以外のEU加盟国は参加しない。一般的には、参加国を限定することでメンバー間の合意形成はスムーズになされることが期待される[14]。にもかかわらず、一一カ国間の協議は難航している。何が議論を停滞させているのだろうか。

以上の問いに答えるためには、一一カ国間の決定がどのような経緯で下されたのかという、現実政治のプロセスの検証が求められる。誰が、いかなる思惑や目的のもと、何を達成しようとしたのか。そのとき、いかなる問題や対立に直面し、どのような戦略や妥協のもと乗り越え、決定に至ったのか。こうした現実政治の力学や構造を分析することで、議論の「進展」要因や、すでに埋め込まれていたかもしれない「停滞」要因を究明することができる。ひいては、EU金融取引税のもつ政治的含意――可能性と限界――を、奥行きのあるかたちで導き出すことへとつながる。

一一カ国間の決定がもつ含意は、特に二つの文脈で重要な意味をもつ。一つは、今後の現実政治に対する示唆である。本稿を執筆している現段階（二〇一六年二月）では、二〇一六年六月までに実施法策定協議の最終合意に到達することが目指されている。ただし計画通りに進むかはわからない。これまで幾度となく導入目標が設定されては延期されてきた。二〇一五年一二月には部分合意が発表され一定の進展はあったが、未確定事項も残されているほか、一一カ国グループからエストニアが一時離脱を表明した。最終的にどのような結果となるかは未知数だが、一一カ国間の実施を承認する決定が下されたこと、またその決定に依拠して協議が続けられてきたことは、紛れもない事実である。その政治過程を分析することは、今後の現実政治

の展開や帰結を評価するうえで欠かせない基盤となる。

もう一つの示唆は、従来のトービン税研究に対するものである。次章で先行研究を概観するが、トービン税研究史において、現実政治の諸相が分析対象となることはほとんどなかった。それは、トービン税が現実政治のアリーナでほとんど具体化してこなかったためである。先行研究は、主として「車輪に砂」という「理念」上の問題を検討したり、実現シナリオを「構想」したりすることに力点が置かれてきた。それに対し、EU金融取引税という政治的プロジェクトが開始されたことによって、いまや「現実」政治を検証する段階に進むべきだろう。政治過程の分析は、「理念」と「現実」とを架橋することに寄与する。それは、EU金融取引税のみならず、国境を越える課税の新たな「構想」を練る上でも、重要な礎となるだろう。

さらに、EU金融取引税の政治過程は、より理論的な文脈のなかに位置づけることもできる。もっとも密接に関わる理論的な主題としては、「国家と市場」があげられる。「車輪に砂」を言い換えれば、「車輪＝グローバル金融市場」に「砂＝諸国家による課税」と表現することができる。つまり、領域ごとに分断された「国家」が、グローバルに連結された「市場」を制御し統治できるのかという問題が、EU金融取引税をめぐる政治に内在しているのである。

ここで特筆すべきは、「市場」に対する「国家」の取り組みとしてEU金融取引税がもつ二つの特性である。一つは、課税という国家の「主権的」な施策であること、もう一つは、それが国境を越えるという「越境的」な側面をもつことである。

「主権的」な施策であるということは、その政治過程においてとりわけ主権国家間（課税主権間）の力学が色濃く出ることを意味するのだろうか。必ずしもそうとは言い切れない。グローバル化の圧力により主権国家の自律性が制約を受けるという事象（「主権のゆらぎ」）は、国際課税の分野においても例外ではない。たとえば諸国は、多国籍企業を誘致するために競って法人税率の引き下げるという圧力にさらされている（「底辺への競争」）。とはいえ、課税が国家のもつ強靭な「主権的」施策であることもまた事実である。国際金融規制の分野でしばしば見られる業界内の自主規制といった「ソフト・ロー」と比べれば、課税はその対極の「ハード・ロー」だと言える。本稿は、課税と金融という二つの問題領域が交錯する政治過程から、「主権的」施策をめぐる「国家と市場」の関係性を観察することになろう。

もう一方の「越境的」な側面においては、より規範的な課題

を示す可能性がある。「代表なくして課税なし」という歴史的スローガンを持ち出すまでもなく、税制は近代以降の市民革命を促し、国民国家の民主主義を支えてきた根幹の制度である。それに対し、EU法によって規定される金融取引税を実施することになれば、諸国家の課税主権は超国家機関の共通ルールにある程度制約を受けることとなる。また、国民国家の領域内で完結する伝統的な徴税とは異なる課税制度が実施されるようになる。世界政府――あるいは世界租税機構――が存在しない主家国家から成る国際社会において、こうした特性をもつ課税は民主的施策たりえるのだろうか。また、その施策を実施する正統性はあるのだろうか。これら規範的課題が政治過程のなかでどのように見出されるのかをあぶりだすことで、本稿は、ポスト・ナショナルとも呼べる課税を通じたグローバル・ガバナンスの可能性や限界を提示することになろう。

以上の問題設定にもとづき、本稿は、以下のように議論を展開する。

最初に、本稿の分析枠組みを確立する（第一章　分析視角の提示）。まず、トービン税から連なる先行研究を整理し、EU金融取引税の政治過程にはいくつかの謎が残されていること、またその謎を解明するために、政治過程の全体構造を分析する必要があることを論じる。次に、求められる分析視角を「国際レベル」と「EUレベル」の二つの観点から論じる。第一に、国際システムにおける「国家と市場」という主題に深くかかわる政策を論じるにあたり、「国家―市場」関係にアプローチするための枠組みを検討する。第二に、EUの政策形成過程を分析するための着眼点を検討する。最後に、本稿の分析の範囲と手法を明示する。

続いて、EU金融取引税の政治過程を三つの段階に分けて論じる。

第一の段階では、金融取引税が国際社会で争点化したG20サミットにおける議論とその帰結を分析する（第二章　G20サミットにおける争点化：二〇〇九～一〇年）。まず、金融取引税をめぐる問題背景を整理したうえで、争点化のきっかけとなったヨーロッパでの議論を概観する。次に、第三回サミットで金融取引税を含む「金融セクター課税」が議題にあがり、IMFによる調査報告書の作成が「決定」されたが、第四回サミットにて国家間の取り決めは「非決定」に終わった経緯を検証する。特に非決定という結果がなぜ生じたのかを分析することで、金融取引税を実施したい諸国の課税主権が著しく制約を受けて

いることを論じる。

第二の段階では、検討の場がEUへとシフトし、欧州委員会がEU金融取引税法案を発表するまでの過程を分析する（第三章　EUにおける議題設定：二〇一〇～一一年）。焦点となるのは、当初「グローバル」な実施が志向されていた金融取引税が、なぜ「EU」の施策として提案されるに至ったかである。まず、その経緯を時系列で概観し、着目すべき二つの分析対象を明確にする。第一に、法案提出権をもつ欧州委員会がいかなる役割を果たしたのかを検証する。第二に、欧州委員会以外の主体がいかなる影響力をもったのかを分析する。最後に、本章のまとめとして、法案提出という一つの重要な契機が、政治過程上いかなる意味をもったのかを明らかにする。

第三の段階では、法案発表後、EU全加盟国での全会一致採択が断念され、一一カ国間の「先行統合」手続きが承認されるまでの過程を分析する（第四章　対立と分裂：二〇一一～一三年）。前章と同様に、まずは議論の経緯を整理したうえで、二つの観点から分析を進める。第一に、EUレベルの協議に焦点を当て、どのように全加盟国間の採決の断念が決定されたのかを分析し、そのなかで先行統合手続きの活用に向け戦略的な行動が採られていたことを明らかにする。第二に、一一カ国の「有志連合」の形成を牽引したフランスとドイツの国内の政治動向に着目し、迅速に先行統合手続きが承認されるに至った要因を探る。そして最後に、先行統合手続き承認のあと実施法策定が難航している様相を論じる。これは本稿の主たる分析範囲ではないものの、これまで分析してきた政治過程の帰結としてさまざまな課題が表出していることを示す点で欠かせない。

終章では、本稿のまとめと結論を述べる。

ここで本稿の結論をあらかじめ明らかにしておこう。EU金融取引税の政治過程は、取引税の実施を妨げる金融権力の構造的な制約があることと、推進派主体がEUの制度上の機会を戦略的に利用したことから説明することができる。まずG20サミットで金融取引税のグローバルな議題設定が阻まれた背景には、同税の国際協調を阻むよう作用した金融権力の存在があった。金融権力は、グローバル市場の資本の流動性や効率性を擁護する論理と、課税しないと判断を下すことが出来る消極的な課税主権の論理とが相互に強化し合うようなかたちで、取引税を導入したい国々の課税主権を著しく制約している。これに対し、同税の導入にそれぞれの利益を見出した欧州委員会、フランス、ドイツの思惑が交錯したことで、EUレベルの金融取引税の法案発表へと結実した。それはG20レベルで失敗した議論

を前進させるための戦略的な選択だった。同様に、その後一一カ国間で検討を進めることになった背景にも、制度上の機会の利用があった。全会一致採択が必要なEU法案をめぐる議論のデッドロックを回避するために、フランスとドイツは先行統合手続を活用するための「有志連合」形成を戦略的に進めていった。こうした制度上の機会のもと議論は進んだが、それは反対派の説得や賛成派内の意見調整を後回しにすることでもあった。したがって一一カ国間の実施法制定が難航しているのは、戦略的行動の帰結でもある。さらには、議論の進展を従前に食い止めることは出来なかった金融権力が、今度はむしろ効果的にEUの制度を活用し、一一カ国間の実施法を骨抜きにするような影響力を行使している。一一カ国間で取り組みを進めようという決定が下されたことは、金融権力が課すグローバルな制約を克服するための一つの打開策を示した点で画期的であったが、それでもなお、グローバルに連結された市場の「車輪」に税という「砂」をまくためには多くの課題が立ちはだかっている。

終章では、結論から導かれる含意についても論じる。EU金融取引税の政治過程には、多くの理論的な示唆が内在している。まず、課税と金融という二つの政策領域が交錯する事例であることから、従来の国際金融規制アジェンダとは異なる国際政治経済の力学が観察される。そこでは、金融権力と課税主権との衝突が見出されるだけでなく、EU共通のルール化という一定のしばりを受け入れながらも、金融権力の構造的な制約に対し課税政策の自律性を共同で取り戻すという、新たな課税主権の可能性――ポスト・ナショナルな課税のあり方――が指し示されている。しかしながら、もう一つの重要な示唆として、課税という伝統的には領域内的に完結する施策を、国境を超えて実施しようとする場合の正統性をめぐる問題が残されている。今後は、課税主権や税制の民主性やアカウンタビリティ、税収の再分配といった規範的側面をポスト・ナショナルな観点から再構築して検討しなければならない。EU金融取引税という史上初めての取り組みが始動したことを受け、国境を超える課税を理論的に位置づける包括的な枠組みを確立することが求められている。

第一章　分析視角の提示

第一節　先行研究の批判的検討：トービン税からEU金融取引税へ

金融取引税に関する研究は、世界金融危機後に政治的争点となったことを背景に二〇一〇年頃から増えつつある。これは驚くべきことではない。トービン税をめぐっても、かつて研究が飛躍的に増大した時期があった。それは一九九五年頃のことで、当時はちょうどトービン税が争点化した時代であった。

トービン税と金融取引税は、通貨取引か広範な金融商品かという課税対象が異なるとはいえ、グローバルな金融市場で取引される商品に低率の税を課すという共通の税構想である。その証左に、金融取引税はしばしばトービン税と称される。したがって金融取引税の先行研究をより正確に捉えるためには、二〇一〇年以降の研究のみならず、それ以前から蓄積されてきたトービン税研究を踏まえることが重要になる。実際、金融取引税をめぐる多くの争点は、トービン税をめぐる論争の延長線上にある。他方で、二〇一〇年以降は新たな論点も出てきている。そこで本節は、トービン税から金融取引税へ連なる取引税構想（以下、総称する場合には「取引税」と呼ぶ）に関する研究を論点別に整理し、これまで何が明らかにされてきたのかを明示する。そして、先行研究が税構想そのものに対する豊かな示唆を提示してきた一方で、税構想をめぐる現実政治の分析に着手した研究はまだ少なく、政治過程の全体構造をふまえた視座が欠落していることを指摘する。

まず、取引税構想の経済的効用という、もっとも根本的な論点をめぐる研究に焦点を当てる。前述のとおり、トービンは国家の経済政策決定に関する自律性を取り戻すために、過剰に流動的な資本取引を抑制するマクロ経済政策として通貨取引への課税を提起した。この取引抑制の効用をめぐり、一九九〇年代半ば頃から広範な学術的論争が巻き起こった。まず、国境を超えて飛び交う資本取引を国家租税当局がつぶさに捕捉することは困難を極めることから、税の実効性が疑問視された。また、取引税が市場に深刻な悪影響を及ぼす恐れも指摘された[15]。たとえば一国、あるいは一部地域の諸国間で取引税を実施しても、トレーダーはその国・地域の市場での取引をやめ、取引をその他地域の市場へ移転することで、課税を避けることができる。その結果、取引税を実施する国々では深刻な資本流出が見込まれる（「市場移転（market migration）」の問題）。さらには、デリバティブに代表される複数の金融取引を組み合わせた金融商品を活用することで、課税対象となる取引を避けることは容易に可能であり、取引抑制の効果が得られない可能性がある（「資産置換（asset substitution）」の問題）。

これら問題提起に対し、適切な制度設計の考案を通じて取引抑制の効果を擁護する論考も出されてきた。その詳細は次の論点で論じるが、経済的効用をめぐる重要な側面として、トービン税への賛否とは、究極的には経済学説間の対立、あるいは立脚する経済思想の相違に帰着することに留意すべきであろう。過度な変動性を抑制しうるという結論は、市場の流動性こそ適切な価格形成を促すという学説的見地からは支持され得ない。[16] つまり、市場の効率性を重視し政府介入を否定するか、あるいは市場の欠陥を認識し一定の市場介入を是とするかという見解の相違によって、取引税に対する評価は真っ二つに割れる。[17]

経済的効用に関する論争は二〇一〇年以降も金融取引税をめぐる議論のなかでも継続されており、決着はついていない。取引税構想をめぐる賛否は今もなお、マクロ経済政策の広範な論争の渦中にある。[18]

二つ目の論点は、経済学的効用に関する論争に部分的に関連する。取引抑制の機能を担保するため、また課税逃れを防止するためには、技術的な制度設計を通じた工夫が求められる。そこで、税構想の技術的実現可能性（technical feasibility）が一つの争点となる。具体的には、徴税方法、税率、実施参加国の範囲、課税対象をどのように設定するかが問題となる。この問題については、一定の克服策が提示されてきた。まず、捕捉が困難と指摘されたクロスボーダー取引への課税の実効性については、為替契約の決済が集中的に行われる電子支払いシステムを活用する構想が提示された。[19] 次に、当初トービンが通貨取引の直物（スポット）取引に限った課税を提案したのに対し、先物（フォワード）やスワップ取引にも課税することで資産置換のリスクを低減する提案がなされた。[20] しかし、これらの方法で租税回避や市場移行の問題が完全に解決されるわけではない。それに対しP・B・ケネン（Peter B. Kenen）は、租税回避行為へ罰則規定を設けることを一つの対策として提示しつつも、世界の通貨取引の大半はロンドンやニューヨーク、東京といった一部の市場で行われていることから、主要な金融大国が共同でトービン税を導入すれば十分に取引抑制の効果が得られるとして、望ましい実施参加国の範囲を提示した。[21]

さらには、トービン税の改良案も提示された。P・B・シュパーン（Paul Bernd Spahn）による「二段階課税」構想である。彼は当初、トービン税の取引抑制効果について批判的な見解を示していた。しかし後に、彼は同様の批判的視座に基づきながらも、金融安定化が求められる中で選択肢は少ないとして、改良案を考案した。[22]「二段階課税」とは、金融市場が投機によっ

て不安定化した際には、通常の低率（たとえば〇．一％）の税から懲罰的な高率課税（たとえば八〇％）へとシフトすることで、投機抑制効果を狙う構想である。

これらの論考は、一九九〇年代当時の政治的議論に大きな影響を与えた。たとえば議会でトービン税法案が可決されたベルギーでは、シュパーン方式の二段階課税が採用された[23]。また、二〇一〇年以降の研究においても、これら先行研究の功績を継承・発展させるかたちで金融取引税の技術的実現可能性が議論されている。たとえば諸富は「今世紀に入って国際的にデファクト・スタンダードとなる国際的な外為決済機構が確立」したこと、また「それを支える情報伝達サービスも成立」したことを指摘し、「これらのインフラを活用すれば、金融取引税を実行する上でこれまで存在した技術的障壁を取り除くことは容易」だと論じる。また、これらの技術的発展によってこそ「EUが金融取引税の導入を検討することが可能になった」とも指摘している[24]。

しかし、EUにおける実施法で決済・情報システムを活用するかどうかはまだ決定されていない。また、税率や課税対象についても審議中で、参加国も一一カ国であることから、取引抑制の効果や市場移転、資産置換のリスクはますます問題視されている[25]。実際に策定されようとしている政策と、技術的実現可能性に関する提案の間には、一定の乖離があるのが現状である。

三つ目の論点は、取引税がもたらす税収をめぐる問題である。税率や実施参加国によって見込まれる税収額が異なるという制度設計上の問題もあるが、もう一つの、そしておそらくより重要な側面として、税収を何に使うかという問題がある。提唱者トービンにとって税収はあくまで二次的なものであり、「IMFまたは世界銀行に支払われるのが妥当」としか言及されていなかった[26]。しかし一九九〇年代、トービン税の政治化を後押しした一つの重要な背景は、開発資金調達の手段として関心が寄せられたことであった。その立役者となったのは、国連開発計画（United Nations of Development Programme、以下UNDP）である。UNDPは一九九四年に発行した報告書『人間開発報告』において、開発のための「新たな資金源」として「グローバル外国為替移動への課税」を提案した[27]。

こうした背景から、二〇〇〇年頃から新たな研究領域が発展した。それは、トービン税の税収をグローバルに再分配する理論的正当性を論じる研究である。代表的な論者に、H・パトマキ（Heikki Patomäki）とB・ジュタン（Bruno Jutin）がいる。彼らは、開発財源不足を背景とするグローバルな資金調達の必

要性はもとより、累積債務の増大や通貨危機による混乱を引き起こすグローバル金融の覇権下に発展途上国が従属させられていることを問題提起した。そして、その覇権を正し、諸国家が自立するためには、取引抑制の機能をもち、かつ多大な税収をもたらすトービン税が正当に求められると主張する[28]。また上村は、課税対象や税収使途が一国内にとどまらない一連の税構想を包含する概念として「グローバル・タックス」を定義し、それがグローバル・ガバナンスをより公正で透明にする可能性を論じている[29]。

税収をグローバルに再分配するという問題関心は、二〇一〇年以降の金融取引税研究においても一部で継承されている[30]。グローバル金融のもたらす社会・経済的な問題へ対応するための金融規制策として、その理論的正当性を論じるものもある[31]。また、開発や環境問題の資金調達手段として金融取引税を導入すべきだという声も実際に上がっている。

最後の論点は、これまでの論点すべてに関連する、もっとも重要な問題と言える。それは、取引税の政治的実現可能性（political feasibility）である。取引抑制の効果、技術的設計、税収再分配といった問題は、すべて、取引税を国際社会でいかに実現できるかにかかっている。トービンも、提案当初から自身の構想は「国際的に統一された税」として導入されることになろうと述べていた[32]。国境を越える取引への課税の実現には、国境を越えた協調や政治的合意が求められる。逆に言えば、一部の国・地域がその実現を希求しても、それに反対する国、とりわけ主要な金融市場を抱える国家が反対すれば、国際的な実現は容易に阻まれることを意味する。

国際社会で取引税をどのように実現するのが望ましいかという構想は、技術的実現可能性に関する論考でいくつか提示されていた。それは、地球上のすべての国がトービン税を導入しなくとも、主要な金融センターをもつ国々が共同で実施すれば十分に取引抑制の効果が得られるという指摘であった。それに加え、税収をグローバルに再分配する必要性を論じた研究から、税収再分配を担う新たな国際機構の設立が考案されている。たとえばパトマキは、通貨市場の二〇％以上を占有する諸国家が集まればトービン税は十分に取引抑制効果が得られるとし、それら諸国家が条約を締結すること、そして条約にて税収を民主的に管理しグローバルに再配分するための「トービン税機構（Tobin Tax Organization: TTO）」を設立する構想を論じた[33]。これらの構想を参照しながら、ジュタンも税収を管理・再配分するための「持続可能な開発のための連帯基金（Founds de

solidarité pour le développment durable: FSDD)」の創設を提案している。[34]

これらの構想は、トービン税の実現、とりわけ税収のグローバルな再分配の実現に向けた具体的な実現モデルを提示した点で、重要な理論的貢献を果たしたと言える。さらに特筆すべきは、パトマキやジュタンは構想を提示しただけでなく、その前提として、トービン税が一九九〇年代以降争点化し、各国議会や国際会議でどのように議論されたのか、またトービン税を求める市民運動が広範に展開された様相を明らかにしていることである。[35]経済的効用や技術的実現可能性を論じる研究では、現実政治の過程はほとんど論じられていない。かつての政治的議論の様相をうかがい知ることが出来るという点でも、パトマキやジュタンの論考は非常に重要な功績を残していると高く評価できる。[36]

しかしながら、具体的な政治機構の構想も、諸国間の合意形成が困難であるという現実的かつ根本的な問題を克服することにはつながっていない。その困難性は、二〇一〇年以降に金融取引税として議論が再燃したなかでも引き続き議論されている。[37]また、グローバルな合意がなくともEUでの実施が模索され始めたことで、現実政治のなかから政治的実現への道が切り開かれたが、それは新機構の設立という実現モデルに沿ったものではない。技術的問題に対する克服策と現実の政策策定に一定の乖離があるように、政治的実現可能性をめぐっても、理論と現実の間には齟齬と課題が横たわっているのである。

以上、トービン税から金融取引税に至る継続的な論点を概観した。次に、二〇一〇年頃から浮上した新たな論点を見ていく。大別すると、三つにまとめられる。第一に、複数の「金融セクター課税（Finanial Sector Taxation）」構想のなかに金融取引税が位置付けられ、税構想間の比較検討が行われるようになった。金融セクター課税とは、リーマン・ショック後に多くの金融機関が公的資金の注入によって救済を受けたことから、金融セクターが社会的・財政的貢献を果たすべきだという問題関心から生じた複数の課税構想を指す。純粋に金融機関が納税を通じて資金を拠出する構想もあれば、市場を不安定化させる要因をつくった金融セクターの活動を規制すべきとの問題意識から提起されたものもある。金融取引税は双方の問題関心に位置づけられるが、とりわけ後者の問題関心が強い。当然、これら一連の金融セクター課税への評価は一様ではない。

第二に、EUでの法制化の検討が進み、これまで夢物語でしかなかった取引税の実現が現実味を帯びてきたことを反映し

て、金融取引税の意義や画期性を歴史上の文脈に意味付ける論考が出されるようになった[38]。たとえば諸富は、トービン税の意義を近代市民革命以降の租税思想史のなかに位置づけたうえで、EU金融取引税が「租税史上、新たな画期となるにちがいない」と評価している[39]。

第三に、法制化にあたり考えうる法的課題が検討されるようになった。域内市場の自由化を規定するEU基本条約との整合性がとれているのかというEU法上の問題[40]、さらには国際租税法の観点から基本的な国際課税の所得税の考え方とEU金融取引法案における課税原則の違いが検討されている[41]。

このように、先行研究はトービン税をめぐり広範な論争を繰り広げながらも、一定の克服策や新たな構想を多面的に追究し、さらには最新動向をふまえた新たな論点も検討している。しかしながら、全体的な特徴として、税構想そのものの検証に力点が置かれていることに留意しなければならない。税政策の機能や効用、その意義や課題、実現シナリオの探求に注力しているものの、実際の現実政治のなかで、誰が、いつ、どのように政策を検討し練り上げてきたのか、いかなる権力作用や制度的環境のもと交渉が行われてきたのかについてはあまり考察されていない。トービン税をめぐる現実政治の様相も、一部の論考を除きほとんど検討されていないことをすでに指摘した。この傾向は、二〇一〇年以降の研究にも概ね当てはまる。もちろん、EUで検討が進んだことから、その政治的側面にも関心が寄せられるようにはなってきた。しかし、多くの場合、それは研究の背景として言及されるにとどまっている。

他方で、政治過程を論じることが主目的ではないものの、EU金融取引税をめぐる議論の経緯を政治力学的に把握し論じている研究がいくつか存在する。まず、EU法案提出までの経緯を比較的詳細に論じているのが、B・ヴァン・ヴォーレン（Bart Van Vooren）と諸富である。まずヴァン・ヴォーレンは、EU金融取引税法案が「グローバルな導入に向けた第一歩」として提案されたことに着目し、EU法制化を通じた新たなグローバル・ガバナンス形成の可能性や限界を検討している[42]。ここでヴァン・ヴォーレンは、法案内容の検討のみならず、政治的文脈もふまえた現実的な分析を行う。そして、当初議論が展開されたG20サミット、そしてEU内での検討において、国家間やEU機関内に広範な立場の相違があったことを明らかにしている。ここでは「EU」金融取引税の政治過程といっても、EU内で完結しない、より広範な国際レベルの政治にも着目しなければならないことが示されており、非常に興味深い。しかし、

国際レベルの議論から最終的にはどのようにEU法案提出へつながったのかについては、「政治的対応」だったと言及されるにとどまり、立ち入って考察されてはいない。

その「政治的対応」について検討しているのが諸富である。なぜ欧州委員会がEU法案を提案することになったのか、諸富は以下のように説明する[43]。まず、背景として「欧州市民が投機的金融活動に対して投げかける厳しい視線と、投機の抑制を求める市民の声がきわめて強いという事情」があった。この広範な市民の声が、民主的な経路を通じて、欧州委員会の方針を転換させる圧力となったという。なぜなら「優秀な官僚システムであっても欧州市民と直接向き合うことはない欧州委員会」よりも、EU市民から直接選挙によって選ばれた議員から成る欧州議会や、国政選挙で選ばれた各首脳の方が「民主的な選出プロセスを踏んでいる分だけ、市民の声を反映する傾向がある」ためである。その結果、「欧州の政治指導者が主導権を握り、金融取引税に慎重な欧州委員会を説き伏せて金融取引税の導入可能性に関する真剣な検討を行わせ、その詳細な制度設計を行わせた」のだと結論づける。

このようにヴァン・ヴォーレンと諸富は、それぞれEU法案提出に至るまでの経緯について、対立や市民からの圧力といった主体間関係を中心に考察している。しかしながら、EU法案提出後、全加盟国ではなく一一カ国間のみで検討が進められることになった経緯はほとんど明らかにされていない。ヴァン・ヴォーレンは、あくまでEUがグローバル・アクターとして推進すべき施策として金融取引税に着目しているため、一一カ国間の決定は「せいぜい最低限」のものとしか評価されていない[44]。諸富も、一一カ国が参集した経緯については「それなりの曲折」として概略が述べられるにとどまる[45]。

一一カ国間の決定も含め、政治過程をより体系的に論じているのがS・シュルマイスター（Stephan Schulmeister）である。彼は、金融取引税をめぐる論争に経済学上の見解対立が見出されるという主張をもとに、その政治過程を三つの段階に整理する。第一は、金融危機の「ショック効果」を背景に、金融取引税の支持者、特に市民団体が積極的に活動を展開した段階で、EU法案提出により「暫定的な勝利」を収めた。第二に、EU一一カ国による実施法案が提出されるまでの段階では、EU全加盟国かユーロ圏諸国かという参加国の問題をはじめとする導入方法に関する検討が進められた。第三に、ゴールドマン・サックスやモルガン・スタンレーといったグローバル金融機関による反撃が展開された段階では、一一カ国間の対立が深刻化した。

最終的には、その効果的な反撃により今後法案は骨抜きにされ、包括的な金融取引税が導入されることは近い将来ないだろうと結論づける。[46] G20レベルの展開が捨象されている点などいくつかの問題はあるが、シュルマイスターの説明はもっとも政治過程を体系的に説明したものと言えよう。また、金融セクターという強大な抵抗勢力に迫っている点でも非常に興味深い。しかし、そうしたが抵抗勢力があったにもかかわらず、なぜEU法案提出という「暫定的な勝利」を収めることができたのか、その要因については立ち入って分析されていない。

この「暫定的な勝利」の要因をロビー活動の分析から検討しているのがL・カストナー（Lisa Kastner）である。[47] 彼女は、強大な影響力をもつ金融業界とて危機の直後はその責任が問われる立場であったために、EUや各国の権威に容易にアクセスすることができなかったことを聞き取り調査から明らかにしている。それに対し、市民団体は用意周到に推進アドボカシー活動を展開したため、金融取引税を政策決定者の優先的な検討事項とすることに成功したと考察する。また、そのあとEU金融取引税の実施法を検討する段階で金融業界が反対ロビー活動を強化し協議の行方を左右する大きな影響力を行使していることから、これを規制当局が結果として被規制主体である利益団体などを擁護するような政策を実施する「捕虜理論（capture theory）」にひき付け、推進派の市民団体は金融業界の影響力を後に遅らせることしかできなかった（遅れてきた業界の虜（delayed industry capture））と結論づける。

以上の論考は、それぞれに部分的な検討とはいえ、政治過程に対する豊富な示唆をもつ。総合すれば、金融取引税をめぐる政治とはマルチレベル――国際、EU、国内レベル――に展開され、多様な主体が介在するプロセスであることがわかる。また、主体の立場は広範に異なり、非常に対立的であったこともわかる。しかしながら、こうした主体間関係だけでは、「対立」と「決定」との関連性をうまく説明することができない。対立があったにもかかわらず、なぜEU法案提出や一一カ国間の決定にこぎつけたのか。たとえば諸富が説明したEU法案提出につながった市民からの圧力は、主体間の対立を克服した結果だと言えるのだろうか。実施法策定の協議が難航し、決定のあと対立がふたたび先鋭化しているように見えることから、対立関係は残されたままだったとも考えられる。それでは一一カ国間の「決定」とはどのような意味をもつものだったのだろうか。

以上のことから、先行研究について以下のようにまとめられよう。これまでは、部分的な局面に着目するかたちでEU金融

取引税の政治過程が論じられてきた。しかし、その全体像に迫ろうとするものはまだなく、謎が残されている。なかでも、一一カ国間の決定に至った経緯や要因はほとんど明らかにされていない。これは、トービン税提唱以来の「画期的」決定に至った経緯があいまいなままであることを意味する。その「画期」を評価するためにも、なぜ一一カ国間の決定が下されるに至ったのか、その政治的帰結を生じさせた政治過程の全体構造を明らかにしなければならない。

それでは、EU金融取引税の政治過程の全体像に接近するためには、どのようにアプローチすればよいのか。ここでは政治過程の「場（アリーナ）」という観点から整理してみたい。政治過程を理解するためには、政治が展開される「場」を特定し、さらにはその性質を踏まえなければならない。なぜなら「場」によって政治過程に関わる主体も異なれば、「場」の制度や構造によって主体の行動パターンも変わってくるためである。つまり「場」とは分析「レベル」でもあり、着目すべき「構造」や「メカニズム」でもある。

一一カ国間の決定に至った過程を分析するために、真っ先に「場」として想起されるのはEUである。それに加え、ヴァン・ヴォーレンがG20サミットに着目していたように、「国際レベル」への着目も重要である。トービン税の提唱以降、取引税構想には常に国際レベルの政治的実現可能性という問題がつきまとってきた。そして実際に、金融取引税がG20サミットで争点化したこともふまえれば、政治過程の全体像を明らかにするためには国際レベルとEUレベルの双方に着目することが不可欠となる。

分析レベルとしての「場」を特定するだけでなく、その「場」特有のメカニズムをふまえることも重要である。政治という「舞台」においては、そこで演じる「役者」、すなわち政治的主体のみならず、「政治制度や文化、イデオロギー、さらには権力の資源」という「舞台装置」が「政治の進行に一定の型を提供」し、安定や停滞、混乱という結果を生み出す(48)。こうした視点がなければ、主体の行動に影響を与えた構造的・制度的要因を見逃すことになりかねない。ヴァン・ヴォーレンら四人の論者は、主体間の対立や関係性を中心に論じており、「舞台装置」のもつ特性を明示的には検討していなかった。それに対し、国際レベルとEUレベルそれぞれの構造的・制度的な特性を分析視角として検討することで、主体間関係を規定するような影響力があったかどうかを探ることができる。ひいては、対立があったにもかかわらず「決定」が下されることとなった因果関係が明

らかになるだろう。国際システムの性質を検討することとは、「車輪に砂」の理念の実現を阻み続けてきた要因に接近しようとする試みでもある。またEUの制度的環境を加味することで、国際レベルでの実現が望ましいと考えられてきトービン税が、なぜEUにおいて検討が進められるようになったのかについて検討することが可能となる。

もちろん、こうした「場」の観点だけが重要なわけではない。先行研究が着目してきた主体間関係、とくにその対立関係への分析は、政治過程の全体像を明らかにするうえで欠かせない。そこで次節からは、国際システムとEUというそれぞれの「場」がもつ性質を中心に論じながら、着目すべき主体や行動パターンに関する仮説についても検討する。二つの「場」と主体間関係への視座を総合することで、EU金融取引税の政治過程の全体構造を浮き彫りにする分析枠組みが確立されよう。以下、第二節では国際レベル、第三節ではEUレベルについて論じる。

第二節　国際システムの構造的要因：「国家－市場」関係へのアプローチ

国際システムの性質といってもあまりに幅広く、ここでは分析視角を模索するうえで何らかのしばりが必要となる。そこで本節では「国家と市場」という観点からそれに迫っていく。序章で述べたように、「車輪」に「砂」をまく施策とは「市場」を「国家」が制御しようとする試みである。以下、「国家－市場」関係へアプローチするための着眼点を検討し、金融取引税をめぐる国際レベルの分析視角を提示する。

あらゆる金融商品の売買は、グローバルに統合された金融市場を通じて、縦横無尽に飛び交っている。金融市場の規模は、もはや実体経済のそれをはるかに凌駕する。国際決済銀行（Bank for International Settlements: BIS）によれば、二〇一三年の為替取引市場における一日あたりの平均取引高は五兆三〇〇〇億ドル（約五三〇兆四八〇〇億円）にものぼったという。この膨大な規模の金融市場は、戦後世界経済秩序であったブレトン・ウッズ体制の時代から成長してきた。一九六〇年代のユーロ・ダラー市場の興隆や七〇年代から進んだ金融規制緩和は、市場のグローバルな統合を促進した。しかしその後、固定相場制の終焉や石油ショックは世界経済を混乱に落とし入れ、ブレトン・ウッズの戦後レジームは変容を余儀なくされた。これを皮切りに、八〇年代以降、グローバル金融市場が桁違いのスピー

ドで成長していったことは、序章のトービン税史で紹介したとおりである。

グローバル金融のますますの統合により、市場が国家に及ぼす影響について問題視されるようになった。それ以前のブレトン・ウッズ体制下において、富の分配は国内と国際との二つの分けられた経済領域で解決されていた。その結果、賃金、雇用、景気等に関わる経済政策は国内問題として扱われ、資本主義先進諸国は福祉国家政策に邁進することが出来た。R・ギルピン（Robert Gilpin）は、「一九六〇年代まで、国家の自律性の問題が主要経済大国間で実際に生じる事はなかった」と指摘する（強調点は原著のまま）[49]。経済的相互依存が急速に深まるなか、国際経済から切り離され国内で完結する経済政策は、戦後数年のうちに通用しなくなろうとしていたのである。

これはいわゆる「主権のゆらぎ」に関する問題で、多くの学問的関心を集めてきた。一九七〇年代以降、相互依存論や国際政治経済学といった学術領域が切り拓かれ、グローバリゼーション下の国家間関係が分析されてきた。なかでも金融市場の問題性質を的確にも「カジノ資本主義」と表現したことで有名なS・ストレンジ（Susan Strange）は、市場の権威が台頭し、伝統的な国家の権威が失墜しつつあることを以下のように指摘している。

「金融、産業、貿易の領域で、戦後を通じて私企業によって統合されてきた世界市場という非人格的な勢力が、社会・経済への究極の政治的権威が属すると想定されてきた国家よりも、今ではより強力になっている。[50]」

この指摘は、課税をめぐる国家の権威についてもとりわけ当てはまる。ストレンジも、国際的な資本移動が国家の課税権に対する最大の制約となっていること、したがって国際課税のための何らかの国際的な制度化が喫緊の課題だが、各国政府は共通の課税レジームをつくり出せずにいることを指摘する[51]。

国家－市場間のパワー・バランスに変化が起きているとすれば、国際政治の分析方法も必然的に見直さなければならないというのがストレンジの主張である。伝統的なリアリズムが扱ってきた国家主体への着目だけでは十分ではなく、市場そのものや市場の参加者も含めた権威的主体の織り成す権力作用に着目しなければならない。

国家以外の主体へ着目する必要があるという主張は何も新しいものではないが[52]、「非人格的」あるいは「意図せずに」行使

される権力というストレンジの権力観は、伝統的なそれとは異なる。これをストレンジは「構造的権力（structural power）」と呼ぶ。構造的権力とは、グローバル政治経済の構造や枠組みを形成することで結果を規定するような影響力を指す。これは、ある主体が他の主体に何かをさせるために直接的に影響力を行使する「関係的権力（relational power）」とは区別される。ストレンジは、国家間や企業間で繰り広げられるゲームがますます増えていた一九八〇年代当時、もはや関係的権力よりも構造的権力のほうが国際政治経済の権力作用をよく説明すると考えた[53]。

構造的権力という概念それ自体は、ストレンジよりも前に、マルクス主義の「階級（class）」概念やA・グラムシ（Antonio Gramsci）の「覇権（hegemony）」概念を国際関係に当てはめ、それまでの権力観を批判的・急進的立場から再検討する論考で使われてきた[54]。ストレンジも、それらの立場と同様に、伝統的なリアリズムの権力観を批判しながら構造的権力の重要性を説明している。しかし、構造的権力という概念に統一的な説明が共有されているわけではない。あくまでストレンジは、非国家的権威の関与や影響力が増大しているという事実を直視する「新しいリアリズム」が必要だという主張のもと、構造的権力の視点を重視する[55]。以下ではストレンジの議論を中心に据えつつ、別の説明についても補足しながら構造的権力について検討する。

ストレンジによれば、これまで権力（パワー）は主に国家の資源や意志といった能力（capability）として、国家から行使される権力（power from）と見なされていた。しかしそれでは意図的・明示的でなくとも結果を左右する権力（power over）を見逃してしまうという[56]。ストレンジが特に重視したのは、構造的権力を通じて、国家以外の権威によっても行使される権力作用の「源泉」を追究することである。そうすることで、国際政治経済のあらゆる結果は国家間の明示的な取り決め――ルールや規範、レジームなど――だけから生じているわけではなく、「非レジーム」や「非決定」、「決定の失敗」からも影響を受けていることが浮き彫りになる[57]。

他方で、他の主体に対する権力作用（power over）を明示的なものと暗示的なものの二つに分けたうえで、それとは別に構造的権力を定置する論者もいる。その場合に構造的権力とは、システム上つくられた誘因や制約のパターンが、主体間関係を規定する条件として作用するものだと定義される[58]。ここでグラムシアンは、選好や認識への制約を形作るアイディアや文化、

イデオロギーの役割を強調する。また、対抗勢力の出現を防ぐような力として、思想や行動を規定する枠組みが埋め込まれ、覇権的な構造ができあがると捉えられる[59]。

このように、ストレンジとその他の論者との説明には相違が認められるが、いずれも権力をめぐる分析対象を国家から拡張し、主体の行動や結果を規定する制約として構造的権力を論じていることがわかる。

構造的権力は、「車輪に砂」をまくことを制約する要因を分析するうえで重要な視点となろう。まず、金融取引税が最初に争点化したG20サミットでは、何ら国家間の取り決めがなされず「非決定」に終わった。ここに、構造的権力が働いていたと考えることができる。また、EUで一一カ国間の実施法策定が難航していることについても、何らかの構造的な制約を受けていると仮定することができる。

構造的権力の「源泉」にはたとえば何がありえるのだろうか。ストレンジ自身は、超国家的に事業を展開する保険ビジネスや監査法人、さらには経済官僚（econocrats）としての国際機関などをあげている[60]。本稿においては、「車輪に砂」の実現を阻むような「金融権力」を特定しなければならない[61]。金融取引から最大の利益を得ているのは、間違いなくグローバルに事業を展開する金融機関である。しかし国家もまた、資金の調達や年金基金の運用などを通じた重要な市場参加者である。したがって「金融権力」とは、国家主体から非国家主体までが混在し、構造的な制約を課すものと考えられる。あるいは、権力行使の主体が誰かというよりは、グローバルに連結された市場で資本が飛び交っていることそれ自体が、「車輪に砂」をまくことを阻む構造的権力として作用していると考察することができる。

したがって本稿は、全体を通して「金融取引税の導入を阻む構造的権力が働いている」という仮説を検証していく。そうすることで、課税という主権的な施策をめぐり、その自律性が金融権力からいかに制約を受けているのか、その実態に迫ることが可能となろう。

第三節　EUにおける政策形成過程：政策分野と段階ごとの特性

EUの政策形成過程（policy-making process）は、伝統的な国内政治や国際政治のそれが複雑である以上に混沌としている[62]。最大の特徴は、条約によって定められているEUの制度上の規定である。まずEUでは、問題や政策の分野によってE

Uと加盟国との権限配分が異なる。A・ヤング（Alasdair Young）が「政策が政治をつくる（policy makes politics）」と表現しているように[63]、EUにおける政治を観察するためには、その問題や政策がEUの制度上どのように位置づけられているかを把握しなければならない。次に、政策形成過程の段階ごとに加盟国やEU機関の関わり方が変わってくる。これは先の権限配分にも部分的に重なるが、法案の提出や採択の手続きに関わる主体がそれぞれ規定されていることを意味する。段階が違えば主体の影響力行使のパターンが異なるため、EUの政策形成過程を見る際には、段階ごとに異なる分析アプローチが求められる[64]。

以上二つの特性をふまえ、本節では、以下のようにEUレベルの分析視角を検討する。まず金融取引税がEU制度上のどの政策分野に位置づけられるのか、制度上の規定を明らかにする。次に、EUにおける政策形成過程の特性について段階ごとに論じる。それぞれ論じるなかで、EU金融取引税の政治過程を分析するうえで求められる着眼点や仮説を提示する。

まず政策分野に係る規定を確認していこう。金融取引税は、EUの機能に関する条約（Treaty of Functioning of the European Union: TFEU 以下EU機能条約）第一一三条「間接税等の調和」の政策領域に該当する。本条項では、多くのEUの意思決定手続きがそうであるように、加盟国の閣僚から成る閣僚理事会（Council of European Union）[65]と欧州議会（European Parliament）との「共同決定」による採択が規定されている（通常立法手続き、ordinary legislative procedure）。ただし注意すべきは、閣僚理事会の採決が全会一致とされていることである。ここには、加盟国に強力な権限が残されている。というのもEUでは、たとえば単一市場に関する政策は、加盟国の加重票による特定多数決（qualified majority voting: QMV）によって採択される。それに対し全会一致は、一国でも拒否権を行使すれば採択されない。意思決定手続きだけ切り取れば、超国家的（transnational）というよりは、伝統的な国際機関の政府間（intergovernmental）の規定となっていると言える。ただし、加盟国権限が強いとはいえ、欧州議会というEU市民から直接選挙で選ばれた議員から成る超国家的組織との「共同決定」であることも忘れてはなるまい。採決の段階については、のちほど改めて議論する。

以上のことから、EUにおける金融取引税の政治過程について二つの一般的傾向が導かれる。第一に、前提として、金融取引税のような政策をEUで採択することは非常に難しい。全会

一致という制約によって、EUにおいても、前節でみたような国際システムとグローバル金融の構造的な制約を克服することはかなり難しそうである。この点について、F・W・シャルプ（Fritz W. Sharpf）は、企業・資本課税の政策領域において、国家・EU双方の問題解決能力が著しく制約されていることを指摘する[66]。第二に、そうした困難を乗り越え、EU共通の税政策が実現された場合、その背後や経緯に何らかの動機や誘因、あるいは戦略的行動があったと推察される。どのような行動パターンによって政策が結実しうるのかについては、政策形成過程の段階ごとの特性を論じるなかで検討していこう。

ヤングはEUの政策決定過程を「段階モデル（stages heuristic model）」を用いて論じている[67]。段階モデルとは、政策過程論における古典的な分析モデルで、概して五つの段階――議題設定、政策形成、意思決定、政策実施、政策評価――から政策の前進を説明する[68]。段階モデルには批判もある。たとえば、一連の過程を単にいくつか分節化するだけの「教科書アプローチ」でしかなく、分析ツールとしての有用性が低いと指摘される[69]。他方で、段階モデルは、政策過程を動態的に見る視座として、あるいは異なる政策過程を比較するためのツールとして活用できるという指摘もある[70]。実際、ヤングが段階モデルを用いたのも、分析ツールとしてではなく、EUにおける政策形成過程の特性――条約上規定されるルールや手続き、EU各機関の役割など――を、国内政治や国際政治の過程と比較可能なかたちで特定するためであった[71]。そこで以下では、ヤングの整理をもとに、金融取引税をめぐるEUの制度上の特性や制度的要因を明らかにするための分析視角を段階ごとに探る。一一カ国間での実施法を策定しようとしているEU金融取引税の現段階は、政策形成と意思決定の間の段階にある。そこで、議題設定、政策形成、意思決定の三つの段階について、一般的な定義を概観し、EUにおける制度上の規定や特性を論じたうえで、分析の仮説や着眼点を提示する。

政策の検討は、政策に関わる主体が社会の問題を認識し、取り組むべき課題を決定することから始まる。「議題設定（agenda-setting）」の段階である。ここでは政府はもちろん、公衆やメディア、利益団体や専門家といった様々な主体が、各々の関心、目的、思惑から問題を認識する。そうした一連の問題群は、通常「政策主体の能力をはるかにこえている」ため、「すべての問題が政策プロセスの議題に設定されるわけではない」[72]。そこで、問題のうち公的な対処を真剣に検討すべき課題を選択する必要がある。この「問題の認識（problem recognition）」

から「課題の選択（issue selection）」という一連の過程を経て、公的機関が正式に検討する「議題」が設定される。[73]

「問題の認識」主体が多様である以上に、「課題の選択」には多様な主体の利害が交錯する。たとえば、多大な資金源をもち強力な影響力をもつ利益団体といった政治的主体は「自らの好む問題を議題に設定したり、好まない問題が議題に入る事を妨げたりすることができる」[74]。こうした影響力行使については、しばしば「課題の形成（framing / issue formation）」と称される[75]。「課題の形成」を通じた主体の権力闘争は、議題設定を左右する重要な因果的要因と言えよう。また、専門家が大きな影響力をもつ場合もある。その代表的な分析枠組みはP・ハース（Peter Haas）が提唱した「認識共同体（epistemic community）」である。ハースによれば、認識共同体とは特定の政策分野に関する知識をもつ専門家のネットワークで、自らの利益のために行動するような主体とは異なり、政策決定者が計り知れない事態（uncertainity）に直面したときに助言することで政策を前進させたり誘導したりする役割をもつ[76]。

その他にも、制度上の制約、アイディアやイデオロギー、社会・経済的要因、さらには過去に同様の問題や課題として存在したかという歴史的経緯などが、議題設定に影響を及ぼす変数として考えられる[77]。

EUにおける議題設定の特性とは、簡潔に言えば「行政上の優越（executive dominance）」と「多元主義（pluralism）」の組み合わせである[78]。これは、EUでは基本的に法案提出権を独占する欧州委員会が議題設定の主導権をもつことができる一方で、しばしば欧州委員会はその他の主体によって説得される「主要な聴き手」でしかない場合もあることを指している。「聴き手」である場合には、欧州委員会はその他のEU機関、たとえば加盟国の閣僚から成る閣僚理事会や、EU市民による直接選挙で選ばれた議員から成る欧州議会といった主体から行動を要請される。また、EUレベルのみならず、国内主体が自国内の反対を克服するために「ヨーロッパ」レベルの課題形成を行おうと試みる場合もある[79]。したがってEUでは、国家から非国家主体まで、あらゆる主体が多様な経路を通じて政策決定者に特定の問題の重要性を認識させることが比較的容易で、早い段階からより多くの政策選択肢――良いものから悪いものも含めたあらゆる施策――が議論される可能性がある[80]。

このような特徴から、EU金融取引税をめぐる議題設定の段階に対し、二つの仮説を導き出すことができる。一つは、立法権をもつ欧州委員会が、その権限を利用して「政策起業家」と

して議題設定を行ったという仮説、もう一つは多元的な主体が多様な経路を利用し、欧州委員会を突き動かすかたちで法案提出に影響を及ぼしたという仮説である。

第三章では、これら二つの仮説を念頭におき、EUにおける議題設定の内実を明らかにする。すなわち、欧州委員会がEU金融取引税法案を発表した二〇一一年九月を議題設定の区切りとして、誰が、どのように議題設定に影響を及ぼしたのかを検証する。

次に「政策形成（policy formulation）」の段階を検討する。この段階では、まず政策目的が決定される。次に、目的達成に対し複数の施策が検討される。ただし、当初から一つの解決策が想定されている場合は、代替案が検討されないこともある。最終的には、解決策のリストから一つの政策が選択される[81]。

政策形成においてまず重要なのは、誰が立案するのかという問題である。多くの場合、立案権限は政府や省庁といった権威に限られている。このとき立案者は必ずしも合理的な選択を行うわけではなく、しばしば自分自身の、あるいは自分が所属する機関の利害のもとに選択肢を提示する。

また、立案者のほかに政策形成に影響力を及ぼしうる主体が大きく分けて二つ考えられる。まず、利益団体や非政府組織といった主体が、自身の利害や思惑に沿ったかたちで立案されるよう行動する。次に、学者やシンクタンクといった専門家集団、すなわち「認識共同体」が、科学的・技術的な知識を提供することで検討の方向性に大きな影響を及ぼす場合がある[82]。

EUにおける政策形成の段階は、かなり多様で流動的な過程である。そのため、前後の議題設定や意思決定の段階とすっきりと分けて論じることは難しい。法案を作成する欧州委員会は、政策目的を設定し、代替案を検討し、一つの提案をまとめあげるという役割をもつことから、政策形成の段階においても重要な主体である。ただしその影響力は多くの場合、議題設定のときほど大きくない。EUの多くの政策領域では、後の意思決定の段階で欧州委員会の関与度合いが低くなるからである[83]。一方、EU各加盟国は、自国の利害に基づき相対的に自由に行動できる[84]。前述のとおり、各国は議題設定の段階でも内的要因にもとづき行動し、影響力を行使できる。だがそれ以上に、政策形成の段階では、各国は欧州委員会の提案に対し、議論の方向性を修正したり、議論それ自体を阻止したりすることでより実質的な影響力を及ぼすことができる。

こうした各国間の力学が相対的に色濃く反映されるため、EUにおける政策形成の段階は一般的に対立的となる。意見を異

にするグループが容易に共通見解へと導かれることはあまりない[85]。したがって政策形成の段階では、いかなる対立があり、その対立を克服するためのすり合わせがどのように起こるのか、あるいは失敗するのかが問題となる。

最後に「意思決定(decision-making)」の段階について論じる。この段階では、統治機構内の公的機関が特定の政策の実施を決定する。意思決定を左右する因果的要因は大きく分けて二つある。一つは、政策を実施する際に必要な経済的な資源の問題である。すなわち、限られた資源を活用し、政策を実施するコストに見合った政策であるかという観点から意思決定が下される。もう一つは政治的な支持調達の問題で、意思決定者の行動は有権者や政党、利益団体などによる政治的行動に大きく左右される[86]。

意思決定の一般的な形態には、法的承認のほか、行政上の承認、利益団体への諮問を通じた同意取り付け、国民投票などがあり得る[87]。いずれにしても重要なのは、意思決定に関わる権限配分の問題である[88]。誰が、どのような手法で意思決定を下すのか、それはどのように規定されているかという法的・制度的要因が、意思決定のあり方や結果に影響を与える。

EUにおける意思決定の権限配分については、すでに本節のはじめに金融取引税の政策分野にひきつけて論じた。以下、いくつか付け加えて論じよう。まず、欧州議会と閣僚理事会による共同決定では、それぞれに欧州委員会による提案を修正することができるが、採択の際には同一の法案を採択することが求められる。したがって、それぞれの審議と並行して機構間（欧州委員会－欧州議会－閣僚理事会）の調整が行われることもしばしばある。

閣僚理事会はEU法上、単一の機構だが、実質的には政策活動領域ごとに特化した会合から構成されており、各会合には関連政策領域を担当する各国の大臣が協議に参加する。金融取引税について言えば、経済・財務相会合（Council of Economic and Financial Affairs: ECOFIN)で加盟国間の検討が行われる。

閣僚理事会会合は通常、月に一度開催されるが、その間に会合の準備を行うのが理事会下に設立されている委員会(committee）や作業部会（working group / working party）である。委員会のうち、各加盟国からブリュッセルに派遣された国家代表が交渉を行う代表的なものは常駐代表委員会(Committee of Permanent Representatives: Coreper)である。作業部会は二五〇ほど存在するといわれ、詳細な政策交渉・調整を担う。一般的には、まず作業部会での検討で法案の七〇％

が合意され、残りの一〇～一五％が常駐代表委員会などの上級委員会で、最後の一〇～一五％が閣僚理事会で決定されるといった具合で進む。[89]

EUにおける政策形成から意思決定の一連の過程では、主要な意思決定者間で合意が可能となるような「連合（coalition）」を形成できるかどうかが重要な因果的要因となる。[90] これは、EU金融取引税が一一カ国間でのみ実施決定されたことに対し示唆的である。そこで第四章では、なぜ、どのように一一カ国の「連合」が形成されたのかを明らかにする。現在EU金融取引税は一一カ国間の実施法策定の検討段階にあることから、政策形成と意思決定のはざまの段階にあるが、政策形成の段階は先に述べたようにかなり流動的であり、これら二つの段階を明確に区別することにあまり意味はない。したがって第四章では「連合」形成過程の全体を検証することで、EU金融取引税の政治的帰結に対する考察を行う。

第四節　分析の範囲と方法

以上の分析枠組みにもとづき、本稿は、金融取引税がG20サミットで争点化した二〇〇九年から、二〇一三年一月にEU一一カ国間の先行統合手続きが承認されるまでの期間を分析対象とする。手続き承認以降の最新の展開は、それまでの政治過程の帰結として考察を加えることにする。二〇一三年二月以降、本稿の執筆時点まで実施法策定の協議が続いていることに鑑みれば、分析期間としては一一カ国の手続き承認という決定が下された段階で区切ることが適当だと考える。

分析方法として、本稿は公的機関が発表している一次資料を最大限に活用する。特に重視したのはEUの公的資料である。前節で明らかにしたように、EUの政策形成過程では段階に応じて議論の場や介在する主体がさまざまに異なるため、複数のEU機関をまたいで資料を渉猟する必要がある。立案を行った欧州委員会については、担当部局である税制・関税同盟総局が公開しているウェブサイト「金融セクター課税（Taxation of the financial sector）」[91]を通じて、法案、調査報告書、意見公募の結果などの主要な文書を入手した。法案では必ず提案の背景がまとめられており、それまでの経緯に関連する公的資料が引用されている。この引用資料の文書番号を手がかりに、その他のEU機関の資料、たとえば欧州議会の決議、閣僚理事会会合の議事録、さらにはEUサミットと呼ばれるEU各首脳が集まる欧州理事会（European Council）の声明文書を収集した。こ

れら各機関の文書にもさらなる関連文書、たとえば各組織下にある委員会の審議文書やプレス・リリースといった資料がしばしば引用されており、それぞれを丁寧にあたった。それに加え、フランス、ドイツ、イギリスを中心に、各国の財務省やEU代表部など公的機関のプレス・リリースから情報を集めた。これら膨大な資料を機関ごと、時系列ごとに整理し、分析に活用した。

EUの公的文書の多くはウェブサイトに公開されている。しかし、公開文書という性格上、議論の仔細な様子がすべて記述されているわけではない。たとえば閣僚理事会会合の議事録には、議論のテーマや現状、決定した内容や今後の予定などが数行で述べられるにとどまり、具体的な争点や各加盟国の立場、見解が詳細に記述されることはほとんどない。また、閣僚理事会の準備を行う作業部会などの審議は、原則非公開のものも少なくない。

こうした限界を超え、政治過程の実態により接近するために、ヨーロッパにて聞き取り調査を実施した。まず、法案作成や審議過程の実態を調査するために、EU法案の作成に携わった欧州委員会税制担当部局の政策担当官への聞き取りを二度実施した。また、論争的な金融取引税をめぐり非国家主体が政策決定者にいかなる影響力をもったのかを明らかにするために、賛成・反対の異なる立場をとる組織の担当者から、ロビー活動やその戦略についての情報を得た。賛成派はヨーロッパの市民団体、反対派は金融セクターである。これら調査によって、公的資料からは把握しきれない実態を浮き彫りにしていく。

さらに、有用な資料となるのが報道記事である。ヨーロッパにおいて論争的な金融取引税をめぐる政治動向への関心は高く、多くの記事から議論の様相をうかがい知ることができる。具体的な媒体としては、まず、著名な国際租税ジャーナルである『International Tax Review』誌を通読し、関連記事や論考を網羅した。また、EU関連のニュースを報道するユーロアクティブ（EurActiv）とフィナンシャル・タイムズ紙を中心に、その他ガーディアンやテレグラフなどのイギリス紙、リベラシオンなどのフランス紙や、ブルームバーグ、ロイターなど通信社の報道から資料を集めた。

その他、金融取引税を推進する立場にある市民団体、反対の立場にある金融機関がそれぞれに発行しているプレス・リリースや意見書が、議論の様相や争点をつかむための資料としても、政治過程に介在する主体の行動を知る上でも有用となる。これらの二次資料を、公的資料との整合性を確認しながら活用する

ことで、政治過程のダイナミックな変遷を明らかにする。

第二章　G20サミットにおける争点化：二〇〇九～一〇年

第一節　ヨーロッパからの問題提起：世界金融危機と金融セクター課税

二〇〇八年九月一五日のリーマン・ブラザーズの破たんをきっかけに、グローバルに連結された金融市場は瞬く間に不安定化し、世界金融危機が起きた。危機を収束させるため、また今後の危機を未然に防ぐため、国際社会でさまざまな議論と検討が進むなか、一つの政策オプションとして金融取引税が浮上する。なぜ、どのような経緯で金融取引税が争点化したのか。本章は、「EU」金融取引税の検討が本格化する前に、「グローバル」金融取引税が検討された段階として、G20サミットにおける議論を中心に検討する。

G20サミットでの議論は、EUでの検討が本格化する契機として不可欠なものであった。このあと詳しく見ていくように、もともと金融取引税をG20で協議しようという声はヨーロッパから上げられた。しかし、最終的にはG20諸国間での取り決めは何ら行われず、検討の場がEUへシフトする。EU金融取引税の政治過程の全体像を明らかにするためには、G20サミットで争点化した経緯とその帰結を理解することから始めなければならない。

本節では、金融取引税が第三回G20サミットの検討課題に「決定」される前までの経緯を整理し、その背景や問題認識、各主体の立場について明らかにする。それを受け、次節では第四回G20サミットに至るまでの過程を分析し、国家間の取り決めがなされず「非決定」に終わった要因について考察する。

金融取引税は「金融セクター課税」構想の一つとして、二〇〇九年頃から議論され始めた。その議論は主に二つの問題認識にもとづく。一つは、危機に瀕した金融機関を救済するべく膨大な規模の公的資金を注入したことに対し、金融セクターへ税を課すことで「資金拠出」を求めるものである。リーマン・ショック以降、多くの銀行が破たん危機に瀕し、システミック・リスクの様相を呈した混乱の広がりを食い止めるべく、各国政府はあらゆる金融機関の救済策を講じた。たとえばリーマン・ブラザーズ破たんの翌日、アメリカ政府は連邦準備銀行（Federal Reserve Bank: FRB）とともに、倒産した保険会社AIGへ八

○○○億ドルもの緊急融資枠を設定し救済した。ヨーロッパでも、二〇〇八年九月中にイギリス、ベルギー、ルクセンブルク、オランダ、フランス、ドイツ、アイスランド、アイルランドで金融機関が破たん危機に直面し、各国政府を中心に金融機関の国有化や預金保証、公的資金の投入といったあらゆる救済措置がとられた[92]。北米とヨーロッパの各国政府による直接支援は平均してGDPの三～五％、政府保証などその他の間接的措置はGDPの約一七％にも相当するという[93]。

これら膨大な金融機関の救済は、一般に「大きすぎてつぶせない（too big to fail）」問題と呼ばれる。この問題に対しては、破たん処理機構の設立などさまざまな対応策が考案・検討されているが、ここに課税政策が浮上するのはなぜか。まず、政府にとって公的資金の注入によって失われた国庫をうるおすことができる課税は、一つの魅力的な選択肢となる。また、今回の危機で投入された資金をまかなうだけでなく、今後起こりうる危機に向けて、たとえば破たん処理基金といったかたちで財源をあらかじめ確保することもできる。危機に見舞われた欧米の市民も、金融機関の破たん危機が「血税」で救済されたと認識していたため、金融セクターの「資金拠出」には強い関心をもっていた。さらに問題となったのは、当時、多くのヨーロッパ諸国が採用していた緊縮財政であった。医療、教育、社会福祉といった公的サービスがカットされたことで、多くの国民は不満を募らせていた。そこで、危機を引き起こした金融機関こそが何らかの財政的貢献を果たすべきだという声が上がったのである。

金融セクター課税をめぐる二つ目の問題認識は、「資金拠出」を求めることを基本として、さらなる規制策が必要と考えるものである。すなわち、公的資金の注入という結果に対する責任のみならず、金融市場を不安定化させた金融セクターの活動についての責任を求めるものである。カジノさながらのリスクの高い商品の売買やレバレッジ取引、デリバティブを代表とする複雑で不透明な金融商品の売買、投機をはじめとする短期的取引といった諸要因が、今回の金融危機を引き起こしたとされる。また、金融セクターの成功報酬やボーナス体系がハイリスク商品の取引を行う誘因となっていることが問題視された。そこで、市場を安定化させる「取引抑制」や「報酬規制」が求められるようになった。「取引抑制」の目的をもつものが金融取引税であるが、その争点化の背景には「資金拠出」という問題認識も存在していたのである。

危機に伴い生じたあらゆる問題に対し、金融セクター課税は

必ずしも唯一の解決策ではない。実際、国際社会では、金融市場の安定化に向けさまざまな施策が検討されていた。協議はさまざまな多国間フォーラムで行われていたが、その主要な舞台の一つが、新たに創設された「金融・世界経済に関する首脳会合」、いわゆるG20サミットである[94]。混乱の続く二〇〇八年一一月一五日、ワシントンで開催された第一回G20サミットの首脳声明（コミュニケ）では、各国政府や当局が今後取り組むべきあらゆる措置について確認されたと同時に、金融機関も実質的な役割を果たすべきという見解が示された[95]。たった一つの文言ではあるが、当時金融セクターに投げかけられていた問題認識の高さが読み取れる。そこから金融セクター課税の検討を求めるまでに踏み込むことになるのが、翌年の第三回G20ピッツバーグ・サミットである。

なぜピッツバーグで金融セクター課税が議題に上がったのか。それには、サミットに向けて起こったヨーロッパでの議論が重要な影響を与えた。

議論のきっかけを作ったのは、当時イギリスで金融機関の監督を行っていた金融サービス機構（Financial Services Authority）のA・ターナー局長（Adair Turner）であった。二〇〇九年八月二七日のインタビュー記事にて、ターナーは以下のように論じた。

「〔…〕もし肥大した金融セクターの給与体系の行き過ぎに歯止めをかけたいのなら、金融セクターの規模を縮小するか、報酬が支払われる前の利益に特別の課税を適用しなければならない。より高い資本規制要件を取引活動に対し設定することが、過剰な取引活動や利益追求を抑制するためのもっとも強力なツールとなるだろう。そして、もし資本規制が不十分なのであれば、私は喜んで金融取引への課税、すなわちトービン税を、経済学者ジェームズ・トービンにならって検討したい。〔…〕問題はグローバルな合意を取り付けることが難しいことだ。しかし、金融セクター課税を提案することは、少なくとも、資本規制の強化に加え、過剰な利益に関する問題を提起し、何らかの施策に取り組む機会を提供することにつながるだろう[96]。」

ここにはターナーの問題認識と、金融取引税の位置付けがよく表れている。多大な公的資金が注入されたという問題や、それに対し金融セクターが「資金拠出」をすべきだという議論はされていない。危機を引き起こした金融セクターの活動そのも

のを問題視し、「取引抑制」や「報酬規制」の施策が求められるとして、金融取引税が提起されたのである。

この「ターナー発言」は、イギリスのみならず、多くの国で驚きを持って報道された[97]。というのも、金融街シティを抱えるイギリスの高官は一般にトービン税に否定的であり、ターナーの見解は異例のことだったからである。これを皮切りに、ヨーロッパでは金融取引税が政治的争点となっていく。

ターナーにつづき声をあげたのは、フランス大統領のサルコジ（Nicolas Sarközy）であった。ピッツバーグ・サミットが約一週間後に迫る二〇〇九年九月一六日、EUの首脳が集まる欧州理事会にて、サルコジは金融取引税のグローバルな導入に向けたG20での検討を呼びかけた[98]。なお、サルコジは金融セクターの責任を「取引抑制」の観点から追及すべきだとしつつも、「貧しい国々のための革新的な開発資金調達」手段としても金融取引税が必要だと述べた[99]。これは一九九〇年代にトービン税が政治化した一つの問題認識であり、また後に述べるように、フランスが主導してきた「革新的資金調達」の議論に関連している。サルコジの税収への関心は広く捉えれば金融セクターからの「資金拠出」であるが、使途は大きく異なる。

「サルコジ提案」は賛否両論の多くの反響を呼んだ。最初に、賛意を表明した各立場を見ていこう。まず、イギリスのミリバンド外務大臣（David Miliband）をはじめとする多くの外務大臣は、「革新的資金調達」の必要性という点からサルコジ提案を支持した[100]。フランスのクシュネール外務大臣（Bernard Kouchner）は自国首脳より少し前に、開発資金調達の手段として金融取引へ〇．〇〇五％の低率の税を課すべきと主張していた[101]。

これらの賛同には、政府開発援助を担当する開発庁を抱える外務省の利害関係が反映されていると考えられる。とりわけフランス外務省の場合は、かつてトービン税が争点化して以降、開発や環境問題に必要な資金をどのように集めるのかという国際的な議論を牽引してきた経験が深く関わっている[102]。フランスが組織化を主導した「開発のための革新的資金調達に関するリーディング・グループ」[103]は、ちょうど同年五月にパリで開催した第六回総会にて「金融取引にかかわる革新的資金調達に関する作業グループ」を発足し、具体的な検討作業を専門家委員会へ委託したところであった[104]。この総会のホスト役こそ、クシュネール仏外務相だった。

イギリスのブラウン首相（Gordon Brown）は、当初、サルコジが提案するようなグローバル共通税は実践的ではないと述

べていた。しかしピッツバーグ・サミット直前には、金融機関による過剰なリスク取引を抑制するための金融取引税は「検討に値する」と表明した[105]。現実的な立場をとりつつも賛意を示したブラウンの立場は、彼のかつての経験から説明することができる。アジア通貨危機後にトービン税が広範な政治的争点となった際、ブラウンは財務大臣としてその議論に対峙し、開発資金調達の手段としてトービン税の国際的な導入を支持していた[106]。そして同時に、当時その実現が叶わなかった現実をも目の当たりにしていた。ブラウンは、取引税構想の特性や実現に向けた困難性の双方をよく承知していたのである。

ドイツのメルケル首相（Angela Merkel）は、「ピッツバーグで一〇〇％の合意に到達できるとは思わないが、ドイツの立場としてこのアイディアを推進するよう主張する」と、慎重ながらも賛意を表明した[107]。同国のシュタインブルック財務大臣（Peer Steinbrück）は、より積極的かつ具体的に金融取引税への支持を表明した。彼は、金融セクターが公平な責任を果たすべきだとして金融取引に〇．〇五％の税を課すことを提案し、それはドイツに年間二〇億ユーロの税収をもたらすだろうと述べた[108]。フランスやイギリスの外務大臣とは異なり、国家財源のための「資金拠出」を求めたのである[109]。

その他の支持表明としては、当時欧州委員会委員長に再任されたばかりだったバローゾも金融取引税の導入に賛意を示した[110]。ルクセンブルク首相でユーロ圏の財務相会合「ユーログループ（Eurogroup）」の議長でもあったユンカー（Jean-Claude Juncker）[111]は、賛否の立場を明らかにしたわけではなかったが、再度の話し合いの場を設けることを示唆した。ただし彼は、サルコジやターナーより前に、金融市場の安定化に向けた一つの施策として金融取引への課税について言及しており、もしグローバルな導入合意が得られるならば支持すると発言していた[112]。

このように、賛同理由やその程度の差はあれ、サルコジ提案には多くの支持が集まった。とりわけフランス、イギリス、ドイツというG20サミットに参加するヨーロッパ三大国の首脳による支持は、ピッツバーグでの大きな推進力となりうる。そして実際、ピッツバーグで金融取引税を含む金融セクター課税が争点化した。

しかし同時に、ヨーロッパでは多くの反対も表明されていた。その筆頭は、スウェーデンのラインフェルト首相（Fredrik Reinfeldt）であった[113]。スウェーデンには自国の経験にもとづく明瞭な反対理由がある。同国は一九八〇年代に一国だけで証券

取引への課税を行ったが、国内市場から取引活動が流出するという深刻な市場移転の問題を経験していた。さらに、首脳が賛意を表明したイギリスやフランスからも疑義の声は上がっていた。イギリスのダーリング財務大臣（Alistair Darling）は、自国の金融規制当局長ターナーが金融取引税への支持を表明したことに対し、「そのような税の検討予定はない」と述べ、むしろロンドンの金融街シティがグローバル金融を強く牽引しなければならないと表明していた[114]。自国の巨大な金融産業に制約を課すような課税はもってのほかだという考えが見受けられよう。同様に、フランスのラガルド財務大臣（Christine Lagarde）[115]も懐疑的な見解を表明した[116]。こうして見れば、むしろドイツ財務相が金融取引税に賛成したことが例外的で、概して財務大臣は「取引抑制」効果をもち自国の市場や金融産業に打撃を与える施策には賛成しえない利害をもっていた。

金融取引税に対する反意は、金融業界や専門家からも多く提起されていた。たとえばイギリスの銀行業界を代表する事業団体である英国銀行協会（British Bankers' Association: BBA）のナイト代表（Angela Knight）は、雇用を生み出し、納税も行っている金融セクターの経済活動にダメージを与えかねない金融取引税は「間違った類の税や規制」であると批判的なコメントを出していた[117]。

EU諸国間の見解相違を反映し、欧州理事会で取り決められたG20サミットでのEUの立場を規定する「合意言語（agreed language）」に金融取引税の推進が採用されることはなかった[118]。しかし重要だったのは、サミット参加者のサルコジ、メルケル、ブラウンの三首脳が賛成の立場にあったことである。ヨーロッパ首脳らの強い要請を受け、ピッツバーグでは一つの決定が下されることになる。

第二節　ピッツバーグとトロントの帰結：決定から非決定へ

二〇〇九年九月二四～二五日に開催された第三回G20ピッツバーグ・サミットでは、以下の文言が首脳宣言に盛り込まれた。

「我々は、IMFに対して、金融セクターが銀行システムの修復のための政府の介入に関係するいかなる負担に対し公平かつ実質的な貢献をどのようになし得るかについての各国がとってきた又はとることを検討している一連の選択肢に関し、我々の次回会合のために、報告書を準備するよ

う指示する。」[119]（強調点は筆者による）

「政府の介入に関係するいかなる負担」とは、欧米各国政府が膨大な規模にわたって実施した金融機関への救済を意味する。それに対し、金融セクターが「公平かつ実質的な貢献」をすべきとし、具体的な措置に関する「一連の選択肢」の調査がＩＭＦへ委託された。一見、「一連の選択肢」という文言だけでは何の措置が示されていることはわからないが、サミット直後の報道からそれが金融取引税を含む「金融セクター課税」を指していることは明らかであった[120]。このピッツバーグでの「決定」は間違いなく、ヨーロッパの首脳らの意見が反映された結果であった。

ただし、ＩＭＦへの調査委託という決定内容の性質から、それは積極的な合意というより、ひとまずの調査期間をおき次回改めて検討するという妥協的な意味合いの方が強かったと言うべきだろう。賛意を表明したブラウンやメルケルがサミット前に言及していたように、Ｇ20レベルの合意が簡単には得られないという現実的な問題があった。また、より重要なことに「課税」という文言がまったく採用されなかったことから、Ｇ20諸国間には金融セクター課税をめぐる見解相違や対立があったことが推察される。

実際に、ピッツバーグ・サミットの二カ月後、金融取引税をめぐる国家間対立が顕在化する。それはイギリスのセントアンドリュースで開催されたＧ20財務相・中央銀行総裁会議でのことであった（二〇〇九年一一月七日開催）。本会合にホスト国首脳として参加したブラウンは、「（金融）セクターの成功による利益はわずかな人々にしか享受されていないのに、その失敗の費用を我々全員が負うのは容認できない」として、金融取引税の国際的な実施に向けた検討を求めた[121]。これに対し、アメリカのガイトナー財務大臣（Timothy Geithner）を筆頭に、カナダ、ロシアから反対が、さらにはＥＣＢのトリシェ総裁（Jean-Claude Trichet）やＩＭＦのストラスカーン専務理事（Dominique Strauss-Kahn）から疑義が表明された[122]。前節で見たとおり、自国の、そしてフランスの財務相もブラウンを擁護する立場にはなかった[123]。

このセントアンドリュースの会合は、次回サミットの前哨戦として位置づけることができる。実際、これ以降、金融取引税や金融セクター課税をめぐる立場の違いが次々と表面化していく。

ここで、次回サミットの結果を先に述べておこう。二〇一〇

年六月二六～二七日に開催された第四回G20トロント・サミットにて採択された首脳声明では、IMFの調査報告書を受け、各国は「金融セクターの公平かつ実質的な貢献」の必要性について合意したが、その具体的手法については「金融機関への賦課金（a financial levy）」などさまざまな手法をとる国々がある、と確認されるだけにとどまった。[124] G20レベルでの金融セクター課税の議論は、国際的な取り決めを何ら行わないという「非決定」に終わったのである。

なぜ「非決定」という結果につながったのか。ヨーロッパ諸国には影響力がなかったのか、抵抗勢力が強かったのか、あるいは何らかの「構造的権力」による制約があったのか。以下、トロント・サミットまでの経緯を検証し、「非決定」につながった要因を探る。

まずヨーロッパでは、イギリス、フランス、ドイツの首脳の支持のもと、トロント・サミットでの検討を促進させるような取り組みが複数展開された。たとえばブラウンとサルコジは、二〇〇九年一二月、環境問題のための資金調達メカニズムとしてグローバル金融取引税を提案し、その実現に向け取り組んでいくとする共同声明を発表した。[125] これはEUの首脳が会する欧州理事会開催中に行われた英仏首脳独自の取り組みで、同時期にコペンハーゲンで開催されていた気候変動枠組条約締約国会議（COP）へのメッセージでもあった。また、その欧州理事会のコミュニケでも一つのメッセージが発信された。ピッツバーグで調査が委託されたIMFに対し、「グローバル金融取引税」を含めた「選択肢を最大限にわたり」検討するよう求めたのである。[126] これは、先のセントアンドリュースでの決裂、とりわけIMFのストラスカーンの反対を受け、トロント・サミットで提出される予定のIMF報告書の検討から金融取引税を外さないよう念押ししたものだと考えられる。

さらに、EUでは欧州議会が一つのきっかけを作った。二〇一〇年三月、欧州議会は、これまでの議論を受け、金融取引税を「機能させる（making them work）」と題した決議を採択し、税の利点や欠点を調査・検討するよう欧州委員会と閣僚理事会に求めた。[127] これは、G20やIMFに任せきりとするのではなく、EUでも調査や協議を行っていくべきだという力強い要請であった。なお本決議において、金融取引税は主に「取引抑制」や「革新的資金調達」の手段として位置付けられたが、興味深いことに、それが「EU予算へ貢献する」可能性も調査するよう求められた。[128] つまり「国家財源」でも「革新的資金源」でもない、新たな「資金拠出」先が提示されたのである。これは後

に、EU内での検討において政策目的の一つとなる。

ヨーロッパの一部首脳や欧州議会が金融取引税を支持した背景には、市民団体からの強い要請があった。一九九〇年代にトービン税が政治化して以降、その導入を求め活動を続けてきたイギリスやフランスのNGOは、二〇〇八年以降の世界金融危機をきっかけに運動を再度積極的に展開していた。ドイツにはそれまで取引税を求める大規模な運動はなかったが、二〇〇九年には開発NGOやキリスト教系団体が参加する「貧困に対する課税（Steuer-gegen-Armut）」キャンペーンが始まり、その活動規模は瞬く間に広がっていった。ドイツキリスト教民主同盟の党首メルケル首相が金融取引税を支持したのは、このキャンペーンの創設メンバーであるイェルク・オルト神父（Jörg Alt）の影響があったという指摘もある[129]。二〇一〇年に入ると、各国の市民運動を組織化する「ロビン・フッド税（Robin Hood Tax）」キャンペーンが始まった[130]。伝説の義賊の名のとおり、金融危機を引き起こした巨大で強靭な金融センターには税を課し、その税収を国内レベルでも国際レベルでも再分配することで、失業や貧困にあえぐ弱きを救う施策として金融取引税を求める運動である。本キャンペーンは国境を超えて展開され、ドイツ、イタリア、イギリスなどで広く支持を得た[131]。

トロント・サミットを約一〇日後に控えた二〇一〇年六月一四日には、ベルリンでもたれた仏独首脳会談にて、メルケルとサルコジが共同で国際的な金融取引税の実施をG20諸国に求めていくことを確認する[132]。この仏独首脳の意向が強く反映され、二日後に開催された欧州理事会では以下の声明が採択された。

「EUは、世界規模の公平な競争の場（level playing field）を維持するため、金融機関に負担を求め課税する仕組みを導入するためのグローバルなアプローチを主導すべきであり、この立場をG20諸国と連携し強く擁護していく。グローバル金融取引税の導入は、この文脈においてさらに検討・発展させていかなければならない[133]。」

このように、EUではトロント・サミットにて金融セクター課税、とりわけ金融取引税のグローバルな実現に向け、G20レベルでの取り組みを求める立場をとることが決定された。

しかし、この声明からすべてのEU諸国が金融取引税に賛成する立場へ収斂したと考えるのは間違いである。たとえばピッツバーグ・サミット前から反意を表明していたスウェーデンは、一貫してその立場を変えることはなかった。さらにはトロント・

サミットの約一ヶ月前、金融取引税の推進派からイギリスが抜けるという事態が起こっていた。二〇一〇年五月一一日のイギリス総選挙で、ブラウン率いる労働党は敗北し、新たに保守・自民党連立のキャメロン政権（David Cameron）が誕生した。これ以降、イギリスは金融取引税反対派へ転じる。したがって欧州理事会の声明の裏には、EU諸国間の温度差があったのである。

とはいえEUは、同声明にもとづきG20の一参加者として、欧州理事会常任議長のファン・ロンパイ（Herman Van Rompuy）やバローゾ欧州委員会委員長の署名のもと、サミット主催国のカナダ首相ハーパー（Stephen Harper）に対しグローバル金融取引税の検討を求める書簡を出し、G20の議論に影響を与えようと行動した。同様の書簡は、仏独首脳からも送られた[134]。

以上のことから、「グローバル金融取引税」の要求は、ヨーロッパの首脳レベルから市民レベルにわたる一定の支持のもと発信されたもので、決して微弱なものではなかったと言える。したがってトロントで「非決定」となった要因は、そうした推進力を無力化するような力学があったと考えることができる。それはどのような権力作用であったのか。

まず着目すべきは、IMFの調査が与えた影響力である。トロント・サミットの約二カ月前、報告書を準備していたIMFの調査内容が事前に明らかとなり、「一連の選択肢」として三つの税構想が検討されていることがわかった[135]。金融安定拠出金（Financial Stability Contribution: FSC）、金融活動税（Financial Activity Tax: FAT）、金融取引税の三つである。金融安定拠出金とは、金融機関に対する救済コストをまかなう目的のもと、各金融機関に単一税率にもとづく「資金拠出」を求める構想である。これは、当時アメリカが国内で提案していた金融危機責任料（Financial Crisis Responsibility fee）が参考にされている。一方、金融活動税とは、金融機関の利益やボーナス、報酬に税を課す構想で、これは金融危機後に「報酬規制」の問題が広く認識され、実際にイギリスやフランスがボーナス課税を一時的に採用していたため選択肢となった。そして金融取引税は、世論や「一部の推進派」によって提起されていることから検討対象となった[136]。「一部の推進派」には、IMFへその検討を要請したEUが含まれていると見るべきだろう。

しかし、結果としてIMFは、三つの税構想のうち金融安定拠出金と金融活動税が適切な選択肢だと結論付け、クロスボーダー取引へ課税し市場活動を抑制する「市場修正的

（corrective）」機能をもつ金融取引税は「G20の要求に合致しない」と棄却した[137]。ピッツバーグで求められた金融セクターの「公平かつ実質的な貢献」という目的は、あくまで「資金拠出」の必要性と解釈され、その目的から逸れる「取引抑制」の施策は適切でないと判断されたのである。

ここにはIMFの巧妙な論理展開がある。本来、いかなる課税も追加的コストとして市場活動に歪みをもたらす可能性がある。実際、一連の税構想に対し、金融業界はいかなる課税も受け入れられないという立場をとった。ヨーロッパ諸国の銀行協会を会員とする業界団体、欧州銀行連盟（European Banking Federation: EBF）のラヴォエ事務局長（Guido Ravoet）は、まず金融活動税について、それが「なぜ（金融）安定化に貢献しうるとされるのか理解できない。危機を引き起こした金融機関を罰するようなものだ」と批判した[138]。また、金融安定拠出金についても、金融機関が破たんしそうなときは「必然的に破たんさせるべき」だとして、金融セクター課税の必要性そのものに対する疑義を呈した。しかしIMFは、国庫からの資金注入に対し、その分だけのコストをまかなう策、あるいは今後の危機に備える破たん基金を強化する策として「資金拠出」のための課税を、さらに資金が必要な場合は、一時的に金融機関の利益や報酬へ課税することを是とした。他方で、日々幾度も繰り返される金融商品の売買すべてに追加的コストを課すことは、危機のコストをまかなうという目的を超えているばかりか、自由市場の効率性を妨げかねないとして棄却したのである。

IMFの見解はあくまで提案であり、拘束力はない。しかし選択肢として奨励した金融安定拠出金や金融活動税がアメリカやイギリスで検討あるいは実践されているものであるため、その提案には一定の賛同が集まることが予想された。実際、キャメロン政権のオズボーン財務大臣（George Osborne）は、トロント・サミット直前、翌年の予算計画として、低リスクの資金調達手段を促すこと、そして金融セクターが財政に公平な貢献をすべきという目的で「銀行税（bank levy）」を導入することを発表した[139]。これにはフランスとドイツも同調し、銀行税をG20諸国の共通課題にするよう要請する共同声明を発表した[140]。つまりイギリスは、金融取引税には反対だが、危機のコストをまかなうための「資金拠出」策の国際協調が必要だという立場をとったのである。

銀行税の国際協調を求めるイギリスには、自国の金融産業の競争力にダメージを与えたくないという思惑があったと見るべきだろう。「資金拠出」の目的であろうと、課税が金融セクター

に対する追加的コストであることに相違はない。その負担が国際的に普遍化されれば、銀行税が自国産業のハンデとなることを回避できる。こうしたイギリスの立場がＩＭＦの提案と良く似通っていることから、ＩＭＦの提案とは、金融大国および金融セクターの権益を擁護するものになっていると見ることが出来る。

この文脈において特筆すべきは、トロント・サミットの前に政権から去っていたイギリスのブラウン元首相も、金融取引税を常に「国際的な取り組み」として求めていたことである。すなわち、賛成派であったブラウンも、アメリカといった主要金融街を擁する諸外国が参加しないことには、税を嫌って自国から金融取引が引き上げられる恐れがあり、それは避けなければならないという問題認識をもっていた。ここから、「グローバル」な導入を求める金融取引税の賛成派は、資本が飛び交うグローバル金融市場に対し、もはや一国で自律的に課税政策を策定することができないという構造的な制約を内面化して行動していたことがわかる。つまり金融取引税の国際協調の論理は、市場から制約を受けていることの裏返しに他ならない。

一方、アメリカはイギリスのように「資金拠出」策の国際協調を求めたわけではなかった。ただし、国内ではその必要性を認識し提案が行われていたこと、「取引抑制」策には反対の立場をとっていたことから、イギリス、ＩＭＦと同様の認識を共有していたと位置づけることができる。したがって、ＥＵや仏独が求めたグローバル金融取引税の検討要請に対し、ワシントンからロンドンを結ぶ一種の連合〔ＩＭＦ－アメリカ－イギリス〕が抵抗勢力として存在していたと言えよう。

その他多くのＧ20諸国は、基本的にアメリカと同様に金融セクター課税の国際協調が不要だという立場をとった。たとえばトロント・サミットの主催国カナダは、アメリカやヨーロッパ諸国と比べそこまで深刻な金融機関の救済に直面しなかったという事情もあり、フラハーティ財務大臣（Jim Flaherty）が以下のように述べ国際協調を拒んだ。「我々は主権国家だ。我々は自国の銀行や金融機関を、我々がふさわしいと考えるよう規制することができる」[41]。

これら反対派諸国は、ＥＵの提案を従前に阻止した、あるいはねじ伏せたといったような直接的な行動を起こしていない。むしろ、起こす必要もなかった。まず銀行税については、国際協調が望ましいとはいえ、一部諸国ですでに検討が進んでいたように、各国が自国の金融機関から「資金拠出」を求めれば良い。しかし「取引抑制」は各国がそれぞれに実施できるわけで

はない。国境を超えて飛び交う取引に課税するには、国家間の協力が求められる。また、取引税がグローバルに実施されなければ、導入国で資本流出が起きてしまうリスクがある。だからこそフランスやドイツ、EUは金融取引税のグローバルな導入を目指し、G20という多国間フォーラムで検討すべきと主張していた。これに対し、その導入を阻止したい反対派は、ただ無関心なだけで良かった。フラハーティ財務相が言ったように、各国には「課税しない」と決定することができる課税主権があるためである。

以上のことから、トロント・サミットでの「非決定」へと帰結した最大の要因には、金融取引税や金融セクター課税のグローバルな取り組みを阻むような構造的権力があったと言える。金融取引税の推進派が求めた課税のグローバルな議題設定は、二つの論理によって無力化された。第一の論理は「グローバル市場の論理」と総称できる。一国で国際資本取引に課税しても資本流出が起こる恐れがあること、さらには取引への課税が「市場修正的」と批判されたことから、国境を超えて資本が飛び交う実態それ自体が、そして市場の効率性を擁護する考えが、金融取引税のグローバルな取り組みの大きな障壁となった。甚大な社会・経済的悪影響をもたらした世界金融危機という契機をもってしても、市場への介入を拒絶する論理は強く、国家はそれに対抗する手段をとれずにいるのである。第二の論理は「課税しない」という意味での「課税主権の論理」である。「課税したい」立場を「積極的」な課税主権の論理とすれば、それは「消極的」な課税主権の論理と言えるだろう。これら二つの論理が互いを強化し合うようにして、取引税を実施したい諸国の「積極的」な課税主権の論理を構造的に制約しているのである。

したがって、「グローバル市場の論理」と「消極的な課税主権の論理」の組み合わせこそが、「車輪に砂」をめぐる帰結を間接的に規定する「金融権力」の構造的権力の源泉と言えよう。その中心には〔IMF‐アメリカ‐イギリス〕がいた。なお本節では金融業界の動向にも注意を払ったが、反対の声明を出す以上の積極的な活動を見ることはできなかった。そうした活動がどれほどあったか定かではないが、あったとしてもサミットの結果に影響を及ぼしたとは言えないだろう。それ以前に金融取引税のグローバルな議題設定が構造的に制約されているため、この段階では金融セクターが積極的に動く必要もなかった。むしろ金融セクターの反対活動は、これ以降、EUでの検討が具体化していくにつれ顕在化していく。

強大な金融権力を前に、推進派は無力なままだろうか。そうとも限らない。推進派にも連合なるものの萌芽が見出された。多くの市民団体・NGOの声を受けG20サミットの議題設定を画策した欧州議会、フランス、ドイツは、次章以降のEU金融取引税の検討過程において重要な役割を果たしていく。

トロント・サミット開催前、EUのファン・ロンパイ常任議長は、もしG20でコンセンサスが得られないのだとしても、金融セクター課税とグローバル金融取引税の推進を強く求めた欧州理事会の決定を引き続き主張していくと述べていた(142)。実際EUには、長引くユーロ危機を背景に、「資金拠出」や「取引抑制」の策を検討し続ける高いインセンティブがあった。それは「検討」の場がEUへとシフトするという変化を生じさせる。さらには、「実施」の場としてのEUという新たな可能性へとつながっていく。「EU」で金融取引税の法制化が検討されるには、「グローバル」な検討とその失敗というG20サミットのプロセスが不可欠だったのである。

※本稿は平成二七年度科学研究費助成事業（科学研究費補助金）（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

（1）バローゾは二〇〇四年一一月から二〇一四年一一月まで欧州委員会委員長を二期務めた。本稿では、特段の断りがない限り、個人の役職は当時のものを表記する。

（2）Jill Treanor, "Osborne expected to oppose EU's proposal for Tobin tax on banks," *The Guardian*, 28 September, 2011.

（3）ロイター「情報BOX：EU／IMF支援条件達成に向けたギリシャの取り組み」二〇一一年九月二八日。

（4）トービンの経済学者としての功績は枚挙にいとまがない。一九八一年にはノーベル経済学賞を受賞している。彼の経歴や業績については以下が詳しい。ジェームズ・トービン「ジェームズ・トービン」ウィリアム・ブレイト、ロジャー・W・スペンサー編（佐藤隆三、小川春男、須賀晃一訳）『経済学を変えた7人』（勁草書房、一九八八年）、浜田宏一「J・トービン―華々しい経済論争の展開」日本経済新聞社編『現代経済学の巨人たち―20世紀の人・時代・思想』（日本経済新聞社、一九九四年）。

（5）James Tobin, *The New Economics One Decade Older* (Princeton: Princeton University Press, 1974), pp.83-92; James Tobin, "A Proposal for International Monetary Reform," *Eastern Economic Journal*, Vol.4, No.3-4 (1978), pp. 153-159.

通貨取引へ税を課すというアイディアには、着想元が

あった。それはトービンも大きな影響を受けた経済学の巨匠、J・M・ケインズによる考察である。ケインズはカジノ化した金融市場の流動性の増大と投機の促進への問題意識を抱いていた。情報と噂に基づき投機家が短期的取引志向となる特性を、ケインズが「美人投票の論理」と呼んだことは有名である。ケインズは主著『雇用・利子および貨幣の一般理論』の中で、一九二九年の世界大恐慌時、アメリカと比べイギリスでは金融市場の混乱程度が控えめであったことについて、ロンドン証券取引市場が取引に応じた譲渡税を課していたことを指摘していた。そして証券取引課税を提案していたのである(James Tobin, "Tax the Speculators," *Financial Times*, 22 December, 1992; ブリュノ・ジュタン（和仁道郎訳、金子文夫解説）『トービン税入門―新自由主義的グローバリゼーションに対抗するための国際戦略』(社会評論社、二〇〇六年)、二一－三二頁)。

(6) Lawrence H. Summers & Victoria P. Summers, "When Financial Markets Work Too Well: A Cautious Case for a Securities Transactions Tax," *Journal of Financial Services Research*, Vol. 3, No. 2-3 (1989), pp. 163-188; Joseph E. Stiglitz, "Using Tax Policy to Curb Speculative Short-Term Trading," *Journal of Financial Services Research* Vo.3 (1989), pp. 101-115.

(7) Tobin, "Tax the Speculators."

(8) いつ頃から「トービン税」と呼ばれるようになったのかは定かではないが、一九九〇年前後にはいくつかの学術論文で「トービン税」がという呼称が登場し始める。たとえば一九九〇年のある経済学論文は、国際金融取引への課税について「トービン税（Tobin taxes）として一般的に知られる」と紹介している（Aaron Tornell, "Real vs. financial investment: Can Tobin taxes eliminate the irreversibility distortion?," *Journal of Development Economics*, Vol. 32, No. 2 (1990), p. 420)。

(9) 吾郷健二「いわゆるトービン税について」『西南学院大学経済学論集』第三六号第四巻（二〇〇二年）、二頁。

(10) 一九九〇年代中旬以降、広く政治的争点となったトービン税は「通貨取引税（Currency Transaction Tax: CTT）」と呼ばれるようになる。本稿では特段この二つの名称を区別することなく、統一してトービン税と表記する。

(11) アメリカは取引抑制の効果に対する反発のみならず、財源調達手段としての税構想に対しても強く反対した。二〇〇〇年歳出法が国連等の超国家機関によるアメリカ国民への課税を禁じたことは良く知られているが、トービン税も「国連の税」として批判された（ジュタン『トービン税入門』二一七頁)。

（12）上村雄彦「金融取引税の可能性：地球規模課題の解決の切り札として」『世界』八四四号（二〇一三年）、二五一頁。

（13）知原信良「金融取引税（トービン税）の課題」馬田啓一、小野田欣也、西孝編『国際関係の論点：グローバル・ガバナンスの視点から』（文眞堂、二〇一五年）、一三七－一三八頁。

（14）Kenneth A. Oye, "Explaining Cooperation under Anarchy: Hypotheses and Strategies," *World Politics*, Vol. 38, No.1 (Oct., 1985), pp. 18-21.

（15）取引税がもたらしうる経済的な悪影響については、以下を参照した。Barry Eichengreen, "The Tobin Tax: What Have We Learned?," M. ul Haq, I. Kaul & I. Grunberg (eds.), *The Tobin Tax: Coping with Financial Volatility* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp. 273-287.

（16）Ibid., p. 274.

（17）Stephan Schulemister, "The struggle over the financial transactions tax: A politico-economic farce," C. Mathieu & H. Sterdyniak (eds.), *What future for taxation in the EU?* (Revue de l'OFCE, vol. 141, 2015), pp. 18-20.

（18）より広範な経済学説間の論争も、むろんのこと収束していない。たとえば危機を引き起こす原因としてしばしば指摘される投機に対し、効率的な市場活動に不可欠と主張する立場と混乱をもたらすと見る立場との論争は一世紀以上続いている。また、クレジット・デフォルト・スワップに代表される一部のデリバティブ取引は、高リスクかつ複雑な取引内容が二〇〇七年から〇八年にかけての金融混乱を引き起こしたとされ、いくつかの規制が進んでいるものの、リスクの回避や分散の選択肢としてデリバティブ取引それ自体が害であるわけではないとの見解は当然に存在する（ロバート・J・シラー（山形浩生、守岡桜訳）『それでも金融はすばらしい：人類最強の発明で世界の難問を解く。』（東洋経済新報社、二〇一三年）三二四頁、ピーター・ストーカー（北村京子訳）『なぜ、1％が金持ちで、99％が貧乏になるのか？――《グローバル金融》批判入門』（作品社、二〇一一年）、一一四－一三一頁）。

（19）Paul B. Spahn, "International Financial Flows and Transactions Taxes: Survey and Options," *IMF Fiscal Affairs Working Paper 60* (1995), p. 29; Rodney Schmidt, "A Feasible Foreign Exchange Transactions Tax," W. Bello, N. Bullard & K. Malhotra (eds.), *Global Finance: New Thinking on Regulating Speculative Capital Markets*, (London: Zed Books, 2000).

（20）Peter B. Kenen, "The Feasibility of Taxing Foreign Exchange Transactions," M. ul Haq et al. (eds.), *The*

Tobin Tax.

(21) Ibid., pp. 119-120.

(22) Paul B. Spahn, "International Financial Flows and Transaction Taxes"; Paul B. Spahn, "The Tobin tax and exchange rate stability," *Finance and Development*, Vol. 33, No. 2 (1996), pp. 26-27.（＝「トービン税と為替レートの安定化」『日経調資料』九六巻六号（一九九六年））

(23) 金子文夫「解説 トービン税とグローバル市民社会運動」ジュタン『トービン税入門』、二五二-二五三頁。

(24) 諸富徹「EU金融取引税の制度設計と実行可能性」上村雄彦編『グローバル・タックスの構想と射程』（法律文化社、二〇一五年）、五一頁。

(25) たとえばシュルマイスターらは、金融取引税の実施範囲が全加盟国から一一カ国へシフトすることに伴い生じる経済的影響の問題点を考察している (Stephan Schulmeister & Eva Sokoll, "Implementation of a Financial Transaction Tax by a Group of EU Member States. Estimation of Relocation Effects, of the Size and Distribution of Revenues and of the First-mover Advantage of the Participating Countries," *WIFO Monographien* (July 2013). http://www.wifo.ac.at/publikationen/monographien?detail-view=yes&publikation_id=46864 (accessed on 11 June, 2014))。

(26) Tobin, "A Propose for International Monetary Reform," p. 159.

なお、のちにトービンは、かつて自身がIMFや世界銀行という管理者を示唆したのは、貧しい発展途上国への融資補助として税収を国際的目的に活用することを想定していたと述べている (James Tobin, "A Currency Transaction Tax, Why and How," *Open Economics Review*, Vol. 7 (1996), pp. 496-497)。これに対し、当時トービンは、IMFや世界銀行の主導によって、あるいはIMFの条約変更によって取引税が実現されると考えていたと指摘する論考もある (Heikki Patomäki, *Democratising Globalisation: The Leverage of the Tobin Tax* (London: Zed Books, 2001), p. xxi)。

(27) UNDP, *Human Development Report 1994*, pp. 69-70.

なお、トービンも本報告書へコラムを寄稿し、税収は自身の提案の第一義的動機ではないにせよ、国際的な目的のために国際機関が税収を活用することに支持を表明した (*Ibid.*, p. 700)。

(28) Patomäki, *Democratising Globalisation*, ジュタン『トービン税入門』。

他方で、開発資金調達の目的にしぼって新たな税構想を模索する研究領域も派生的に誕生した。その税構想は

一般に「国際連帯税（International Solidarity Levy: ISL）」と呼ばれる。これはＵＮＤＰ以降の議論の延長線上にありながらも、実際の国際社会でも、二〇〇〇年に国連で採択されたミレニアム開発目標（MDGs）の達成に向けて新たな資金源が模索されていたことに呼応した議論でもある。この文脈において、トービン税は唯一の解決策ではなくなる。貧困、気候変動、感染症、戦争といったあらゆる地球規模課題を解決するための資金調達手段として、炭素税、航空券税、武器取引税といった広範な選択肢が提起された。このうち航空券税については、二〇〇六年、自国に離発着する国際航空券に一定額を上乗せする形で徴税し、その税収を感染症対策に活用する「航空券連帯税」の実施がフランスなど六カ国間で合意され、実施・運用されている（田中徹二「国際連帯税ならびにＵＮＩＴＡＩＤをめぐる動向と課題」『公共研究』第三巻第四号（二〇〇七年三月））。トービン税から派生的に発展した国際連帯税は、一部すでに実現の日の目を見ているのである。

こうした国際連帯税の議論を背景に、「トービン税ではない」取引税として、取引抑制を目的とせず、開発資金調達のみを目的とした税構想も新たに考案された。通貨取引開発税（Currency Transaction Development Levy: CTDL）と称されたその構想は、通貨取引を阻害しない程度に税率を極めて低く（〇・〇〇五％）設定することで、課税回避を起こさず、したがって一国でも実施可能なことを特徴とする（David Hillman, Sony Kapoor & Stephen Spratt, "Taking the Next Step: Implementing a Currency Transaction Development Levy, " 2006. http://www.steuer-gegen-armut.org/fileadmin/Dateien/Kampagnen-Seite/Unterstuetzung_Wissenschaft/06_Hillman__Kapoor_Spratt.pdf (accessed on 27 October, 2015))。この構想に対し、グローバル金融がもたらす問題を正すためにトービン税の実施を訴えたパトマキは、「新自由主義的イデオロギーに屈服」していると強く批判したという（金子文夫「解説　トービン税とグローバル市民社会運動」、二五五頁）。

(29) 上村雄彦『グローバル・タックスの可能性―持続可能な福祉社会のガヴァナンスをめざして』（ミネルヴァ書房、二〇〇九年）、一七三－一七八頁。

(30) Ross P. Buckley, "0.05% as an Instrument of Global Justice and Market Efficiency," *University of New South Wales Faculty of Law Research Series* (Working Paper 42, 2013); Camilla Buzzacchi, "Levies for extra fiscal purposes: taxing financial transactions as 'a fair and substantial contribution' climate protection and developments" (presented at Social Justice Conference

2014). http://www.socialjustice2014.org/papers/ (accessed on 1 December, 2014).

(31) Kern Alexander, "International Financial Regulatory Reform and Financial Taxes," *Journal of International Economic Law*, Vo.13, No. 3 (2010), pp. 893-910; Gabriel Wollner, "Justice in Finance: The Normative Case for an International Financial Transaction Tax," *Journal of Political Philosophy*, Vol. 22, No. 4 (December, 2014); 伊藤恭彦「正義を実践するグローバルな正義と国際公共政策」『貧困の放置は罪なのか―グローバルな正義とコスモポリタニズム』（人文書院、二〇一〇年）、一八一―一九七頁。

(32) Tobin, "A Propose for International Monetary Reform," p. 158.

(33) Patomäki, *Democratising Globalisation*, Ch. 7.

さらにパトマキは「通貨取引税機構（Currency Transaction Tax Organization: CTTO）」を創設する「グローバル通貨取引税条約草案（Draft Treaty on Global Currency Transaction Tax）」を作成し、具体的な条約文言案を提示している（Heikki Patomäki & Lieven Denys, "Draft Treaty of Global Currency Transactions Tax," *con LA Denys, Documento de discusión de NIGD*, Vol. 1 (2002), pp. 185-203.）。

(34) ジェタン『トービン税入門』、一三一―一四一頁。

(35) 同右、一一〇八―一一一五頁、Patomäki, *Democratising Globalisation*, Ch. 6.

(36) そのほか、一九九〇年代の政治的議論の様相をカバーしているものとして、上村『グローバル・タックスの可能性』、一九八―二一〇六頁。

(37) たとえば小川は、トービン税を実施するために必要な諸国間協調が極めて困難であり、実際にG20で「協調の失敗」が起きていると指摘する（小川英治「金融取引課税「トービン税」は世界経済の劇薬である」『プレジデント』四七巻二八号（二〇〇九年一二月一四日）、一一七―一二九頁）。

(38) Yannis Kitromilides & Ana Rosa Gonzalez, "The EU Financial Transaction Tax: Antecedents and Current Debate,".*Paneconomicus* (March, 2013), pp. 311-321.

(39) 諸富徹『私たちはなぜ税金を納めるのか―租税の経済思想史』（新潮社、二〇一三年）、第五章。

(40) Pablo A. Hernández González-Barreda, "On the European Way to a Financial Transaction Tax under Enhanced Cooperation: Multi-speed Europe or Shortcut?," *Intertax*, Vol. 41, No. 4 (2013), pp. 208-229.

(41) 望月爾「国際連帯税の展開とその法的課題―EUの金融取引税を中心に」『租税法研究』四一巻（二〇一四年）、

四三三－四六六頁。

(42) Bart Van Vooren, "The Global Research of the Proposed EU Financial Transaction Tax Directive: Creating Momentum through Internal Legislation?," *EUI Working Paper, Robert Schuman Centre for Advanced Studies (RSCAS)* (No.28, 2012). http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22559/RSCAS_2012_28.pdf? sequence=1 (accessed on 1 June, 2014).

なおヴァン・ヴォーレンは、EU金融取引税法案が公表される前にも論考を発表しており、そこでは金融取引税の導入にはグローバルなレジーム設立が求められると論じている。具体的には、実現に向けた三つの選択肢――政府間協調モデル、新機構設立モデル、IMF条約改訂モデル――を検討し、いずれのモデルにせよ、EUはグローバル金融取引税の導入に向け取り組むべきだと結論づける（Van Vooren, "The EU as a Global Robin Hood: Proposal for a Multilateral Convention on a Global Financial Transaction Tax," *Centre for the Law of EU External Relations (CLEER) Working Papers* (No.4, 2011). http://www.asser.nl/upload/documents/992011_104937cleer2011-4web.pdf (accessed on 1 June, 2014).)。

(43) 諸富『私たちはなぜ税金を納めるのか』、一一五－一一七頁。引用は、諸富「EU金融取引税の制度設計と実行可能性」、三一－三四頁、より。

(44) Van Vooren, "The Global Research of the Proposed EU Financial Transaction Tax Directive," p. 21.

(45) 諸富『私たちはなぜ税金を納めるのか』、一一七－一一八頁。

(46) Schulmeister, "The struggle over the financial transactions tax," pp. 32-49.

(47) Lisa Kastner, "Delayed Industry Capture: A Lobbying Analysis of the EU Financial Transaction Tax," American Institute for Contemporary German Studies (AICGS), Johns Hopkins University. http://www.aicgs.org/publication/delayed-industry-capture/ (accessed on 22 January, 2016).

(48) 芝田秀幹「第六章　政治過程の概説」秋山和弘編『現代政治過程』（三和書籍、二〇一一年）、八五－八六頁。

(49) ロバート・ギルピン（古城佳子訳）『グローバル資本主義――危機か繁栄か』（東洋経済新報社、二〇〇〇年）、六〇頁。

(50) Susan Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 4.（＝スーザン・

ストレンジ（櫻井公人訳）『国家の退場――グローバル経済の新しい主役たち――』（岩波書店、一九九八年）、一八頁。）

（51）*Ibid.*, pp. 62-63.（＝日本語訳、一〇八頁。）

（52）一九七〇年代頃から国際的な相互依存を分析してきた多くの論考は、国際機関や多国籍企業、また市民運動やＮＧＯといった人びとのつながりに着目してきた。リアリストであっても、非国家主体の重要性を指摘するものもいる。たとえばＳ・ホフマン（Stanley Hoffmann）は、伝統的な「国家間」のレベルに加え、「国家を拘束して押したり引いたりするもう一つのレベル」として存在する「グローバルな世界経済」、そして国境を超えて人びとが国際システムに影響を与える「人びと」のレベルがあるとし、これら三つのレベルの相互作用から「国際システムがもたらす拘束と機会」について分析すべきだと指摘する（スタンレー・ホフマン「国際政治におけるリアリズムとアイディアリズムを超えて」中本義彦編訳『スタンレー・ホフマン国際政治論集』（勁草書房、二〇一一年）、一三三－一三五頁）。

（53）Susan Strange, *States and Markets: An Introduction to International Political Economy* (London: Pinter, 1988), pp. 24-25. 以下も参照した。田中宏明「スーザン・ストレンジの国際政治経済学―リアリズム批判のリアリスト」『宮崎公立大学人文学紀要』第十八巻第一号（二〇一一年）、八二頁。

（54）Stephen Gill & David Law, *The Global Political Economy: Perspectives, Problems and Policies* (Johns Hopkins University Press, 1988), Ch. 6 を参照。

（55）Strange, *The Retreat of State*, p. xv & pp. 23-25.（日本語訳、九頁および四八－五一頁。）

（56）*Ibid.*, pp. 21-23 & p. 25.（＝日本語訳、四四－四八、五一頁。）

（57）Strange, *States and Market*, p. 22.

（58）Gill & Law, *The Global Political Economy*, p. 73.

（59）*Ibid.*, pp. 77-78.

（60）Strange, *The Retreat of the State*, Ch. 9, 10 & 12.

（61）金融システムがもつ構造的権力を「金融権力」と総称したものとして、本山美彦『金融権力――グローバル経済とリスク・ビジネス』（岩波書店、二〇〇八年）。なお構造的権力は、金融の問題にのみ関連するわけではない。ストレンジは、国際政治経済には安全保障、生産、金融、知識の四つの基本構造があり、そこで形成される構造的権力がその他の広範な主題（たとえば貿易やエネルギー問題）に対し重大な影響力をもっていることを論じた（Strange, *States and Market*; 田中「スーザン・ストレンジの国際政治経済学」）。

（62）Alasdair R.Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective," H. Wallace, M. A. Pollack & A. R. Young (eds.), *Policy-Making in the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 46.
（63）Ibid., p. 50.
（64）Ibid., p. 48; Jeremy Richardson, "Policy-making in the EU: Interests, ideas and garbage cans of primeval soup," J. Richardson (ed.), *European Union: power and policy-making*, third edition (Abingdon: Routledge, 2006), p. 7.
（65）閣僚理事会は Council of European Union という条約上の正式名称以外では、Council of Ministers とも呼ばれる。日本語ではEU理事会とも称されるが、本稿では閣僚理事会という表記で統一する。
（66）Fritz W. Scharpf, "Introduction: the problem-solving capacity of multi-level governance," *Journal of European Public Policy*, Vol. 4, No. 4 (1997), pp. 520-538.
（67）Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective."
（68）多くの場合、実施や評価の段階を経た政策結果は、さらなる改善や新たに取り組むべき政策課題を示すような形で、次なる政策過程の最初の段階（すなわち、議題設定）へフィードバックされる。このことから、「段階モデル」はしばしば「政策サイクル・モデル（policy cycle model）」とも呼ばれる。Werner Jann & Kai Wegrich, "Theories of the Policy Cycle," F. Fischer, G. J. Miller & M. S. Sidney (eds.) *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*, (Boca Raton: CTC Press, 2007), p. 44.
（69）P・A・サバティエは、段階モデルに対する批判を四点に集約している。まず、段階モデルは政策過程に内在する因果関係を何ら説明せず、段階間移動に関する一貫した理論的説明が示されない。二点目に、多くの場合、政策過程は直線的に段階を前進しない。たとえば、既存の政策案が議題設定に影響を与えるような場合、議題設定の次に政策形成の段階が続くという連続的な段階モデルの説明では捉えることができない。三点目に、段階モデルは法的過程あるいはトップダウンの政策過程として描かれているために、実際に起こる段階間のさまざまな相互作用を捉えることができない。最後に、段階モデルは主に法律の制定を通じた単一の政策サイクルを描いているが、政策過程は立法によってのみ進むわけではない。たとえば政策をめぐる訴訟は間違いなく政策過程に影響を与えるが、段階モデルのどこに位置づけられるか明らかではない。また、政策案検討が国家レベルのみならず地方レベルでも同時に進む場合、どのように段階ごとに

整理できるのか不明瞭である（Paul A. Sabatier, "Introduction: The Need for Better Theories," P. A. Sabatier (ed.), *Theories of the Policy Process* (Boulder: Westview Press, 2009), p. 7.）。

(70) 宮川公男『政策科学入門』第二版（東洋経済新報社，二〇一〇年），一八三頁。

(71) Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective," pp. 47-48.

(72) 宮川『政策科学入門』一八二頁。

(73) 同右，一一〇－一一一頁，Jann & Wegrich, "Theories of the Policy Cycle," pp. 45-46.

(74) 同右，一一五－一一六頁。

(75) Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective," p. 52; Sebastian Princen, "Agenda-setting in the European Union: a theoretical exploration and agenda for research," *Journal of European Public Policy*, Vol. 14, No. 1 (2007), p. 23.

(76) Peter Haas, "Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination," *International Organization*, Vol. 46, No. 1 (1992), p. 3 & 12.

(77) 宮川『政策科学入門』一一一－一一二頁，Jann & Wegrich, "Theories of the Policy Cycle," p. 46.

(78) Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective," p. 53.

(79) Princen, "Agenda-setting in the European Union," p. 27.

(80) B. Guy Peters, "Agenda-setting in the European community," *Journal of European Public Policy*, Vol. 1, No. 1 (1994), p. 11 & 20.

(81) 宮川『政策科学入門』一八一頁，Jann & Wegrich, "Theories of the Policy Cycle," p. 48.

(82) Ibid., p. 48.

(83) Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective," pp. 53-54.

(84) Ibid., p. 54.

(85) Ibid., pp. 54-55.

(86) Jann & Wegrich, "Theories of the Policy Cycle," p. 50.

(87) Paul Caireney, *Understanding Public Policy: Theories and Issues* (New York: Palgrave Macmillan), p. 33.

(88) Jann & Wegrich, "Theories of the Policy Cycle," p. 50.

(89) Hellen Wallace, "An Institutional Anatomy and Five Policy Modes," H. Wallace, M. A. Pollack & A. R. Young (eds.), *Policy-Making in the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 76-78.

(90) Young, "The European Policy Process in Comparative Perspective," p. 61.

（91）http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/other_taxes/financial_sector/index_en.htm (accessed on 20 January, 2016).

（92）伊藤正直『金融危機は再びやってくる：世界経済のメカニズム』（岩波ブックレット、二〇一二年）八‐九頁。たとえばベルギー・オランダ系金融機関フォルティスには、ベネルクス三カ国が一一二億ユーロを、またベルギー・フランス系大手金融機関デクシアにはベルギー、フランス、ルクセンブルクの三カ国が約六四億ユーロを救済のために投入した。なおデクシアはその後も一部国有化など追加救済を受け、フランス会計検査院の調査によれば、同行救済のために要した費用のうちフランス納税者が負担した金額は六六億ユーロにものぼるという（Noemie Bisserbe「デクシア救済、フランス納税者の負担は六六億ユーロ以上」ウォール・ストリート・ジャーナル、二〇一三年七月一九日）。

　他方、ドイツではメルケル首相のもと無尽蔵な公的資金の投入は行われなかったものの、ドイツ大手不動産金融会社ヒポ・レアル・エステートの危機的状況に対し、二〇〇八年九月、政府保証と資本注入を通じて救済した（渡辺富久子「ドイツにおける銀行再編基金法の制定―銀行税の導入―」『外国の立法』二四八号（二〇一一年）、三八頁）。

（93）知原「金融取引税〈トービン税〉の課題」、一四〇頁。

（94）G20サミットはそれまで財務相・中央銀行総裁会合として開催されていたG20とは異なり、二〇カ国の首脳（十九カ国およびEU）が集う初めての首脳会合として開催された。

（95）外務省「金融・世界経済に関する首脳会合　宣言（仮訳）」二〇〇八年一一月一五日、項目八。http://www.mofa.go.jp/mofaj/kaidan/s_aso/fwe_08/sks.html（一一〇一四年一一月一日閲覧）。

（96）Adair Turner, "How to tame global finance," *Prospect*, 27 August, 2009.

（97）George Parker, "FSA backs global tax on transactions," *Financial Times*, 27 August, 2009; The Guardian, "Reforming finance: Daring Adair," 28 August, 2009; Libération, "Le gendarme de la City se prononce pour la taxe Tobin," 28 August, 2009.

（98）BBC, "Sarkozy to press for 'Tobin Tax,'" 19 September, 2009.

（99）Emilie Lévêque, "Le come back raté de la taxe Tobin," *L'Expansion*, 18 September, 2009.

（100）Phillip Inman, "Miliband supports Tobin tax, claims French foreign minister," *The Guardian*, 17 September, 2009.

(101) Le Monde, "Lagarde contredit Kouchner et précise que la taxe Tobin n'est pas à l'étude, " 20 May, 2009.

(102) 二〇〇三年、時の大統領シラク（Jacques Chirac）の命による開発資金調達の調査を皮切りに、フランスは二〇〇六年、パリで「革新的資金メカニズムに関する国際会議」を開催し、「開発資金のための連帯税に関するリーディング・グループ（Leading Group on Solidarity Levies to Fund Development）」を創設した。さらに、同年中旬には航空券連帯税の実施を開始している（上村『グローバル・タックスの可能性』第10章）。

(103) Leading Group on Innovative Financing for Development. 右脚注で言及した二〇〇六年創設のリーディング・グループが第六回パリ総会にて改名されたものである。

(104) 金子文夫「金融取引税から国際連帯税へ」『世界』八二四号（二〇一一年）、二一二頁。

(105) BBC, "Sarkozy to press for 'Tobin Tax."

(106) ブラウンは二〇〇〇年に国連ミレニアム・サミットにて採択された「ミレニアム開発目標」策定のイニシアチブをとっていたために、その実現のために必要な開発資金調達の手段としてトービン税を強く求める立場にあったとする指摘もある（北沢洋子「欧州が目指す「トービン税＝通貨取引税」とは何か」『エコノミスト』八一巻五七号（二〇〇三年）、八〇頁）。

(107) Reuters, "Merkel sees no deal on "Tobin tax" at G20," 21 September, 2009.

(108) Taz, "Steinbrück für Finanzsteuer," 2009.

(109) のちにシュタインブルックはフィナンシャル・タイムズ紙にて、同国のシュタインマイアー外務大臣（Frank-Walter Steinmeier）と共に「G20諸国が〇．〇五％の金融取引税の実施へ向けた具体的な一歩を踏み出す」べきだと主張する論説を発表した（Peer Steinbrück, Tax trades to share the costs of the crisis, *Financial Times*, 24 September, 2009）。なお、同記事では具体的な税率や税収試算が言及されているが、そのデータは本稿でもすでに多く言及してきたオーストリア経済研究所のアナリスト、シュルマイスターの研究から引用されたものである。

(110) Lévêque, "Le come back raté de la taxe Tobin."

(111) ユンカーは二〇一四年一一月より、バローゾの後任として欧州委員会委員長に就任する。

(112) Reuter, "Eurogroup's Juncker: no clear way out of crisis, " 15 April, 2009.

(113) Lévêque, "Le come back raté de la taxe Tobin."

(114) George Parker, "FSA backs global tax on transactions."

(115) ラガルドは二〇一一年六月よりＩＭＦ専務理事に就任

する。

(116) Le Monde, "Lagarde contredit Kouchner et précise que la taxe Tobin n'est pas à l'étude."

(117) Parker, "FSA backs global tax on transactions."

(118) European Council, "Informal Meeting of EU Heads of State or Government. Brussels, 17 September 2009 = Agreed Language for the Pittsburgh G-20 Summit =."

一方で「金融セクターにおける責任ある報酬の促進」という項目は盛り込まれ、「変動的な報酬に対し、金融機関の報酬や利益の一部分を抑制する手法を模索する」べきことが言及された。つまりEU諸国は、金融セクターの責任追及について「報酬規制」の観点から取り組むべきという方針については合意したのである。

(119) 外務省「首脳声明ピッツバーグサミット（仮訳）」（二〇〇九年）、本文一六項。http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/g20/0909_seimei_ka.html（二〇一四年一一月一日閲覧）。

(120) Reuters, "G20 tasks IMF to probe "Tobin tax": G20 source," 25 September, 2009.

(121) Heather Stewart, "Brown urges business leaders to accept Tobin tax," *The Guardian*, 23 November, 2009.

(122) 山口和之「トービン税をめぐる内外の動向」『レファレンス』七四五号（二〇一二年）、四九頁。

(123) 金融取引税に賛意を表明していたシュタインブルック独財務相は、ピッツバーグ・サミット直後のドイツ連邦議会選挙にて所属政党ドイツ社会民主党が大幅に議席を減らし内閣を去っていた。

(124) 外務省「G20トロント・サミット宣言（仮訳）」（二〇一〇年）、項目一一。http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/g20/toronto2010/sengen_ky.html（二〇一四年一一月一日閲覧）。

(125) Ian Traynor, "Brown and Sarkozy move to fund climate aid with global banking tax," *The Guardian*, 11 December, 2009.

(126) European Council, "Conclusions," 10/11 December, 2009 (EUCO 6/09), p. 6, para. 15; Tony Barber & George Parker, "EU leaders urge IMF to consider Tobin tax," *Financial Times*, 11 December, 2009.

(127) European Parliament, *European Parliament resolution of 10 March 2010 on financial transaction taxes – making them work* (P7_TA(2010)0056).

(128) *Ibid.*, para. 6.

(129) Schulmeister, "The struggle over the Financial Transaction Tax," pp. 33-34.

(130) Reuters, ""Robin Hood" tax campaign launched," 10 February, 2010.

(131) Schulmeister, "The struggle over the Financial Transaction Tax," pp. 33-34; Kastner, "Delayed Industry Capture."

(132) EurActiv, "Merkel, Sarkozy renew call for tougher regulation ahead of G20," 22 June, 2010.

(133) European Council, "Conclusions," 17 June, 2010 (EUCO 13/10), pp. 6-7, para. 17.

(134) Reuters, "EU urges G20 to explore global transaction tax," 23 June, 2010.

(135) International Monetary Fund, *A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector: Final Report for the G-20* (June, 2010). 金融セクター課税の諸構想については、以下も参照した。International Tax Review, "Proposal for new financial taxes split opinion" (June 2010), p.48; 渡辺「ドイツにおける銀行再編基金法の制定」二九頁、油布志行「最近の金融証券税制について：欧州の金融取引税構想を中心に」『租税研究』七五一巻（二〇一二年）。

(136) IMF, *A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector: Final Report for the G-20*, pp. 7-8.

(137) *Ibid*., pp. 19-21.

(138) International Tax Review, "Proposal for new financial taxes split opinion," p. 48.

(139) HM Treasury, "Bank Levy," 2010. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/junebudget_bank_levy.pdf (accessed on 12 December, 2014).

(140) HM Treasury, "Joint statement by the French, UK and German Governments on bank levies," 2010. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130129110402/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/junebudget_joint_statement.pdf (accessed on 12 December, 2014).

(141) International Tax Review, "Proposal for new financial taxes split opinion," p. 48.

(142) EurActiv, "Merkel, Sarkozy renew call for tougher regulation ahead of G20."

研究ノート

統一機関（einheitliche Stelle）の導入（一）

――EU及びドイツにおける行政手続、組織改革――

福島卓哉

目　次

はじめに
第一章　サービス指令の成立過程と内容
　第一節：成立過程

第二節：サービス指令の要請内容
第二章　ドイツにおける国内法化
　第一節：法的側面
　第二節：組織学的側面
第三章　バーデン＝ヴュルテンベルク州における実施状況
　第一節：統一機関の組織構造及び情報システム
　第二節：統一機関の運用の側面
　第三節：小括
第四章　学説の提言
　第一節：統一機関の任務の質的向上
　第二節：統一機関の任務の対象拡大
　第三節：小括
おわりに
　第一節：統一機関の利点
　第二節：残された課題

（以上、本号）

はじめに

自由放任主義に支えられた資本主義経済は、貧富の格差等に代表される様々な矛盾を社会にもたらし、これらを是正ないし緩和して資本主義体制を維持するため、国家による幅広い領域への介入が必要となった(1)。その結果、行政組織は膨張し、さらに、その任務に専門的、技術的に対応するために分化を遂げた(2)。しかしながら、分化した行政組織構造は、自己の部門の所掌事務中心の考え方と行動の現象を意味する「セクショナリズム」の弊をもたらしうることが、従来から指摘されてきた(3)。

とりわけ近年では、環境保護に代表される複数の行政機関の管轄を横断する課題が増加し、行政機関が別個独立に対応することには限界が生じている。[4]

ところで、行政組織の分化は、それ自体が病理現象ではない。むしろ、複数の行政組織が一体となって対応することは、権限の融合・質的な強化を招く結果、行政の権限濫用を抑え、私人に予測可能性を与えるという法律による行政の原理の本来の目的を脅かす危険を孕んでいる。[5]また、組織の分化は、機能別、目的別組織編成に基づく組織分業に由来しており、組織間の対立を生理現象として評価する見解もある。[6]したがって、行政組織の分化を前提とした上で、行政機関相互間での必要十分な連絡・調整が求められる場面であるにもかかわらず、[7][8]それがなされないことで生じる弊害を病理現象と言うべきである。

このような調整が求められる場面は、計画、施策、予算等の展開過程のみでなく、行政手続の利用者、とりわけ事業者が行政機関に日常的に持ち込む申請案件に対応する場面においても存在する。しかしながら、従来わが国では、前者の政策形成過程における調整のあり方を中心に議論がなされてきたように思われる。[9]他方、とりわけ日常的な調整案件への迅速な対応が求められることを理由に、後者の場面においても独自に調整のあり方を解明する必要が高いと言えよう。例えば事業者は、事業活動を開始するために複数の行政庁に様々な申請を提出する必要があるが、同一の目的実現に向けたそれらの申請は、相互に関連しており、全ての申請手続をパスしなければ最終目標を達成することができないのが通例である。[10]このように、事業者にとっては個々の申請をパスすることが最終目標ではなく、ある申請をパスしても別の申請が認められなければ、そのことは意味をなさないため、官庁間での相互調整の必要が生まれるのである。[11]

ここで、ドイツに目を向けると、二〇〇六年のEU指令を契機として「統一機関（einheitliche Stelle）」という制度が導入された。本稿は、当該制度を対象に、事業者が日常的に持ち込む複数の申請案件の迅速かつ適切な処理という視角から、その導入に際して展開された法的、技術的な問題をめぐる議論を紹介、分析することにより、その可能性と限界を明らかにする試みである。検討に先立ち、以下では統一機関の概要を簡単に説明する。

統一機関とは、サービス提供者が、サービス活動を開始、遂行するために必要な全ての手続、形式及び許可の申請を、それを経由して処理することができるところの機関を意味する。[12]こ

こで言うところの「サービス（Dienstleistungen）」とは、EU運営条約五〇条（現五七条）が規定する、通常有償の、独立の活動であり[13]、経済的対価を受け取ることが予定されている限り、民間事業者による民間サービスに加えて[14]、電力、ガス、水道事業等の公共サービスをも含む広い概念であることに注意を要する[15]。そのような「サービス」の提供活動を開始する際に必要な全ての手続と形式（Formalitäten）[16]を単一の機関、すなわち統一機関が処理することが予定されているのである。

統一機関導入の背景は、EU指令によって構成国に課された国内法化義務の履行であった。すなわち、欧州理事会は、二〇〇六年十二月に「域内市場におけるサービスに関する指令[17]」（以下、「サービス指令」とする。）を採択した。サービス指令は、自国以外の構成国のサービス提供者が、「統一担当者（Einheitlicher Ansprechpartner）[18]」と呼ばれる単一の機関とのコンタクトを通じて、サービス活動の開始・遂行に必要な全ての手続等を処理することができるよう、構成国に要請した。

既に、EU委員会の二〇〇二年の報告書では、中小企業及び消費者が、他国の現行法とその解釈、行政庁の管轄の所在及び手続に関する情報にアクセスする際に、著しい困難が存在することが指摘されていた[19]。すなわち、他国の行政庁の管轄の所在、法令とその解釈の内容及び行政文化を熟知していない外国のサービス提供者にとって、そのことが、他国でサービス活動を行う際の、いわば非関税障壁となっていたのである。そのような事態を改善し、域内市場の自由化を促進することこそ、サービス指令発効の背景であった[20]。

それでは、統一機関が、域内市場の自由化にいかにして貢献するのか。先述の通り、統一機関とは単一の機関であり、行政窓口として機能する。すなわち、サービス提供者は、統一機関とのみコンタクトをとることで、サービス活動を開始するための全ての手続を完了できる。したがって、複数の管轄庁に出向き、必要書類を提出し、情報提供を受けるといった負担から解放される。そのことは、利用者の視点からの「行政の簡素化（Verwaltungsvereinfachung）[21]」に繋がり、その負担を軽減させる。結果、先述の非関税障壁は撤廃され、域内市場の自由化が促進することが期待されているのである。要するに、統一機関を導入した背景は、それが行政の簡素化、ひいてはEU域内市場の自由化に貢献する一手段と考えられたからであった。

このように、統一機関は、申請書類を提出するための単一の窓口となり、それにより利用者の負担が軽減される。もっとも、単一の窓口という構想は、何もEU及びドイツにおいてのみ見

受けられるものではない。実際、我が国でも、例えば単一の窓口をオンライン上に設けるという措置が提案されてきたという経験があり[22]、そうであるならば、ここで新たに諸外国の制度を参照する必要は乏しいとも思える。しかし、ここで強調しておかねばならないのは、統一機関は、ただ申請の提出先である窓口として機能するのみではなく、利用者の「手続パートナー（Verfahrenspartner）」[23]として機能することが義務付けられていることである。具体的には、統一機関は、管轄庁に手続の迅速な完了を要請し、場合に応じて監督官庁にも働きかけることが予定される[24]。それは手続の迅速化に寄与し、一次的には利用者の便益を志向するものとして位置づけることができる。他方、統一機関は、行政組織内部にもメリットを与える。それは、統一機関が行政機関相互間の「調整任務（Koordinierungsaufgabe）」[25]を果たすことによりもたらされる。それでは、なぜ統一機関は「調整任務」を果たすと言えるのか。考えられる第一の理由として、統一機関が、申請に関わる行政庁間での協議を、場合に応じて招集するよう期待されていることが挙げられる[26]。これまで、セクショナリズムの弊たる官庁間の縄張り争いという心理的要因が、官庁間の協議の実施に消極的に作用していたのであれば、第三者機関の主導による協議の実施は魅力的に映る。第二の理由として、複数の管轄庁における手続の処理状況に関する情報が、統一機関に集積することが挙げられる。すなわち、後述するように統一機関は、利用者に対して情報提供義務を負い、当該義務を十分に果たすために、管轄庁が保有する一定の情報を取得する権限が、法律上、統一機関に与えられている[27]。したがって、統一機関という第三者機関を経由する形で間接的に情報共有が実現されるのである。

以上のように統一機関は、我が国で検討が不足していると思われる事業者による申請由来の調整の迅速かつ適切な実現に向けて、有益な素材を提供するのである。

以下では、次のような順序で検討していく。まず、日本に存在しない統一機関が、なぜＥＵ及びドイツに導入されたかについて、その歴史的経緯を明確にする。既に述べたように統一機関導入の直接の契機はサービス指令であるから、指令の成立過程とその要請内容を解明する（第一章）。次に、サービス指令の要請を受けて、統一機関をいかなる組織形態で設立するか、また、いかなる役割をそれに与えるかをめぐるドイツ国内の議論状況を解明する（第二章）。さらに、単一の機関を通じて手続を処理するという組織運営のあり方それ自体に、機能的にいかなる限界があるかを解明することは、万国共通の普遍的な参

照価値を有する。したがって、この点も第二章第二節において分析する。そして、理論の実践状況を明らかにするため、バーデン＝ヴュルテンベルク州の統一機関の組織構造と運営実態に関する統計資料を素材に検討を行う（第三章）。最後に、今後の発展可能性を踏まえて、現時点における学説の提言を紹介する（第四章）。

（1）手島孝『現代行政国家論』（勁草書房、一九六九年）は、現代資本主義国家の行政国家化の必然性を、西ドイツを対象として実証的に解明する。

（2）田口富久治『行政学要論』（有斐閣、一九八一年）一三八頁以下。

（3）本田弘『現代行政の構造』（勁草書房、一九九四年）七六頁以下。

（4）阿部泰隆『国土開発と環境保全』（日本評論社、一九八九年）七九頁以下。

（5）遠藤博也「行政権限の競合と融合」北大法学論集一九巻四号（一九六九年）三四頁所収、同『行政過程論・計画行政法』（信山社、二〇一一年）五頁、同『実定行政法』（有斐閣、一九八九年）一二頁以下、同『行政法スケッチ』（有斐閣、一九八七年）七〇頁以下。

（6）今村都南雄『官庁セクショナリズム』（東京大学出版会、二〇〇六年）二一〇頁。

（7）調整は、上級機関による指揮監督権の行使を用いる「統合的調整」と対等な立場にある行政機関相互間による「分立的調整」に二分されるが（佐藤功『行政組織法〔新版〕』（有斐閣、一九八五年）七七頁、遠藤文夫「行政機関相互の関係」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『行政法大系7』（有斐閣、一九八八年）一八七頁）、本稿でいう調整は、後者の「分立的調整」を念頭に置くものである。

（8）調整の必要は、現行法が予定しているところである。例えば国家行政組織法第二条は、明確な範囲の所掌事務と権限を持つ全ての行政機関が、「相互の連絡」を図り、「一体として、行政機能を発揮するようにしなければならない」旨を定めており、これは、「調整」の原理という行政組織論の核心的原理に他ならない（佐藤功『行政組織』（日本評論社、一九五一年）一四頁以下）。また、行政手続法第十一条第二項は、同一の申請者からされた相互に関連する複数の申請に対する処分について、「複数の行政庁は、必要に応じ、相互に連絡をとり、」「審査の促進に努める」旨を定める。そこで念頭に置かれている処分は、道路、河川、空港等の公共事業というよりはむしろ、私企業の事業についてのものであるとされる（塩

野宏＝高木光『条解行政手続法』（弘文堂、二〇〇〇年）一八〇頁）。

（9）政策形成過程における調整を扱う論稿として、さしあたり、芝池義一「行政計画と総合調整」法律時報五四巻一一号（一九八二年）二六頁、八木俊道「行政における総合調整と行政組織」公法研究五〇号（一九八八年）二一一頁、大橋洋一「計画間調整の法理（一）－（五・完）」自治研究六八巻一〇号三七頁、一一号三五頁（一九九二年）、六九巻一号四九頁、二号五〇頁、三号四五頁（一九九三年）所収、同「計画間調整の法理―自治体計画策定権限の憲法保障を中心として―」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、一九九三年）二五一頁が挙げられる。

（10）経済産業省は、「第四五回外資系企業動向調査（二〇一一年調査）」において、外資系企業が日本で事業展開する上での阻害要因として「行政手続きの複雑さ」を挙げる企業が、三二・八％を占めることを明らかにした。これは、全体の五番目に多い要因であり、「規制・許認可制度の厳しさ」の二九％を上回る（http://www.meti.go.jp/statistics/tyo/gaisikei/result/result_45/pdf/2011gaikyo.pdf）。

（11）参照、多賀谷一照「複合申請手続の法理」自治研究六七巻一一号（一九九一年）五一頁。なお、立法的解決の一つの選択肢として、一部の許認可に集中効を付与することが考えられる。例えばドイツ連邦行政手続法第七五条第一項第一文後段は、当該事業が計画確定決定を得た場合には、それ以外の行政庁による許認可、同意、計画確定決定等を要しない旨を規定している。しかしながら、計画確定手続の集中効について、その対象と程度いずれの問題についても、完全な決着には程遠い状況にあり、それが不明確であると手続の混乱を招きかねないとされる（山田洋「計画確定決定の集中効」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題（中）』（一九九〇年）六一三頁所収、同『大規模施設設置手続の法構造―ドイツ行政手続論の現代的課題―』（信山社、一九九五年）一三三頁）。そこで、以下では集中効の付与を通じた立法的解決には触れず、複数の許認可が併存する事態を想定する。

（12）連邦議会議事録によると、「サービス提供者は、将来的に、サービス活動を開始するために必要な全ての手続と形式（Formalitäten）並びにサービス提供者がサービス活動を遂行するために必要な許可の申請を、自身から見て統一の機関（統一担当者〔Einheitlicher Ansprechpartner〕）を通じて処理することができるものとする。」（BT-Drucks. 16/10493, S.1.）。

（13）Sven Eisenmenger, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 2013, § 71a Rn7.

(14) 顧問弁護士、税理士、建築士、技師、会計士、経済監査士（Wirtschaftsprüfer）、測定技師といった規制職業（regulierte Berufe）のほとんどが、「サービス」に含まれる。「サービス」の具体例については、Vgl. Rudolf Streinz/Stefan Leible, in: Monika Schlachter/Christoph Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie : Handkommentar, 2008, § 4 Rn3.

(15) Vgl., Wilfried Krames, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.14.), §2 Rn15.

(16) 手続と形式は、国家機関とのあらゆる必要的なコンタクトを意味する。なお、「手続」が行政庁による決定をもたらすものである（したがって、届出及び通知を含まない）のに対して、「形式」が届出及び通知を含む広い概念であるとして、両者を区別する解釈も成立しうる（Anika Dorthe Luch/Sönke Ernst Schulz, Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie—Zur Abgrenzung von dienstleistungsspezifischen Genehmigungen und solchen allgemeiner Natur, in: Utz Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung: Teil1, 2008, S.81f.）。

(17) Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamente und des Rates v. 12.12.2006 (ABl L376/36 v 27.12.2006).

(18) ドイツでは指令の国内法化に際して、統一担当者という名称に代わって、統一機関という名称が使用されている。

(19) Vgl. Bericht der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, KOM (2002) 441endg. v. 30.7.2002, S.46f.

(20) 連邦議会議事録によると、「指令の目標は、国境を越えるサービス提供のために、EU域内市場を改善することである。」（BT-Drucks. 16/10493, S1.）。

(21) サービス指令は、第二章で「行政の簡素化（Verwaltungsvereinfachung）」という章題を掲げ、統一担当者に関する規定は、この第二章に置かれている。

(22) 日本では、一九九八年に行政情報システム各省庁連絡会議の了承を得て、「ワンストップサービスの推進について」と称する実施・整備方針が策定された。方針では、インターネットを活用して、一つの画面から各種行政手続等のサービスを提供する「総合行政サービスシステム」の整備が提案されていた（行政管理局「ワンストップサービスの推進について」MC Views 第七三号（一九九九年）一四頁以下）。また、二〇〇七年には「新電子自治体推進指針」（http://www.soumu.go.jp/denshijiti/pdf/070320_2.pdf）を総務省が公表し、そこではオンラインによる行政手続が推進されている。

（23）Alexander Windoffer, in: Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.), Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2008, S.34 ; Eisenmenger, in: Fehling/Kastner/ Störmer (Hrsg.), a.a.O (Fn.13).. § 71a Rn14.

（24）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.23), S.35.

（25）Schliesky, in: Hans Joachim Knack/Hans Günter Henneke (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. 2014, § 71d Rn1.

（26）Anne Neidert, Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner, 2011, S.201.

（27）連邦行政手続法（BGBl I v. 17.12.2008, S.2418）第七一d条。

第一章：サービス指令の成立過程と内容

第一節：成立過程

まずはじめに、サービス指令の成立過程を説明する。その際まず、サービス指令の成立過程の概要を（第一款）、続けて、成立過程において欧州理事会、議会及び各構成国で特に争いになった点を説明する（第二款）。

第一款：概要

サービス指令は、二〇〇〇年三月二三から二四日にかけてリスボンで行われた欧州理事会の特別会合を端緒とする。その際、国家及び政府の代表は、一〇年後に向けた新たな戦略的目標を立て、連合を競争力のあるダイナミックな知識に基づく、多数の優れた職場（Arbeitsplatz）を伴う持続的な経済成長を遂げる経済圏にするというスローガンを掲げた[1]。なお理事会は、閣僚級の各構成国代表一名から構成され、各代表は、構成国の政府の立場を代弁し、票を投じる（EU条約第十六条第二項）。そのため、サービス指令は、各構成国の利害調整を経て誕生したと言え、政治的プロセス（politischer Prozess）の一部とも表現される[2]。

理事会の意向を受けて欧州委員会は、二段階の域内市場戦略を展開した。第一段階は、「サービスに対する域内市場の状況（Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen）」という報告書[3]の作成とともに、二〇〇二年に終結した。報告書の作成にあたっては、現代の経済においてサービスが、EU域内の約七〇％のGDPと雇用を保障し、著しい経済と雇用のポテン

シャルを含んでいることが既に認識されていた。[4]

その一方で、報告書の作成過程において、外国のサービス提供者にとってサービスの提供先である外国の行政手続、管轄庁の所在、行政文化等が分かりにくいことが指摘された。とりわけ、中小企業及び消費者が、それらの情報にアクセスすることが困難であることを踏まえて、それらは、中心的な被害者として位置付けられた。[5]そのような報告書の内容を踏まえて、第二段階の措置として二〇〇四年一月一三日に、欧州委員会は、域内市場におけるサービスに関する欧州議会及び理事会の指令に関する提案として「KOM（2004）2」[6]を提出した。[7]その後、第二款で述べるように、委員会提案の内容を一部修正した上で、二〇〇六年一二月二八日にサービス指令が発効したのである。[8]

第二款：争点

サービス指令の成立過程で最も議論を呼んだのは、「母国主義（Herauskunftsprinzip）」の導入の可否であった。[9]母国主義とは、サービス提供者が母国以外の構成国内でサービスを提供する場合であっても、提供先の構成国の法令でなく母国の法令に従ってさえすればよいという原則である。[10]例えば二〇〇四年のサービス指令草案は、第十六条第一項に次のような規定を置いていた。

《第一六条（1）構成国は、サービス提供者が調整分野にあたる母国の国内規定にのみ服することを保障しなければならない。

第一項は、サービス活動へのアクセス及び同活動の遂行に係る国内規定、とりわけサービス提供者の行動、当該サービスの質又は内容、広告、契約及びサービス提供者の責任を含むものとする。》

このような母国主義が実現すると、一つの構成国に構成国の数と同じだけのルールが存在することになり、それらは互いに競争の下に置かれる。そして、サービス提供者が、ある国のルールでサービス提供を行うことが有利と考える場合、拠点をその国に移すことになり、多くのサービス提供者の拠点が、その国に次第に集中する。その結果、各国のルールは徐々にその国のルールに収斂することになる。[11]

ところが、母国主義の導入をめぐっては、中東欧の新規加盟国から来る低賃金労働者の流入を招き、国内労働者の職を奪う

ものであること等を理由に、各国政府の抵抗や利益団体のロビー活動を受けた[12]。結果的に、欧州議会が、二〇〇六年二月十六日に二〇〇四年の草案の修正案を決議し、母国主義が削除された。そして、母国主義に代わって、他の構成国のサービス提供者に対する規制要件について、不当な差別条項にあたらないか、必要性及び比例性を満たすかの審査をサービス提供先の構成国に求める規定が設けられた（サービス指令第十六条）。例えば母国主義と比較すると、サービス提供者が母国の法令を遵守している場合であっても、上記三要件を満たすサービス提供先の国の規制要件を満たさない場合には、サービス提供先の国で行うサービス活動に追加的な制限が加わる。さらに、上記三要件に基づく措置については、サービス提供先の構成国が、サービス提供者の活動を監督する義務を負うとされる[13]。

以上のことから、サービス提供先の構成国に統制の余地が広く認められることになる。その結果、域内市場の自由化への影響力は、当初と比較して制限されたものとなった[14]。

以上のように、サービス指令の成立過程において議論の中心となったのは、統一担当者ではなく母国主義の導入の可否であった。その理由として、統一担当者が、母国主義ほどには構成国の国内法体系に影響を与えないと考えられたことが挙げられるように思われる。

第二節：サービス指令の要請内容

まずはじめに、サービス指令の適用領域について説明する（第一款）。続けて、サービス指令全体の構成を説明した後（第二款）、指令の文言、その背景等を手掛かりに、指令が要請する統一担当者の任務内容（第三款）及び組織形態（第四款）を明らかにする。

第一款：サービス指令の適用領域

一　サービス指令は、「サービス」という広い概念に対して、共通の一般的法枠組みを整備する[15]。サービス指令第四条第一項は、「サービス」についての概念規定を設ける[16]が、それによるとサービスとは、ＥＵ運営条約第五〇条（現五七条）が包摂する通常有償の、独立の活動である。そして、ＥＵ運営条約第五〇条（現五七条）は、サービスとして工業、商業、手工業及び自由業の活動を列挙するが、これらは例示列挙であり、経済的対価が与えられることを前提とする活動は、原則としてサービスに含まれる。またそれは、「通常」与えられるものであるから、

無償で提供される活動についても、それのみで直ちにサービスに該当しないとは言えないのである。

他方、純粋な慈善活動、経済的動機を伴わない情報提供、国家による教育活動は、たとえそれが、利用者により一定の金額が支払われるものであっても、有償性が認められず、サービスに該当しないとされる(17)。

以上のような広い領域をサービス指令がカバーする一方で、適用除外規定を設けることで適用範囲を限定する。そして、これらのサービスに共通する一般的な規制を指令が設けているのである。

二　サービス指令は、適用除外規定を第二条第二項、第三項で規定する。第二項は、次のサービスを適用除外とする。すなわち、一般的利益に関わる非経済的サービス（Nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse）〔第二項ａ〕、金融サービス〔同項ｂ〕、電子コミュニケーションサービス〔同項ｃ〕、港湾サービス〔同項ｄ〕、労働者派遣元事業者のサービス〔同項ｅ〕、健康管理サービス〔同項ｆ〕、視聴覚サービス〔同項ｇ〕、賭博事業〔同項ｈ〕、公権力行使に関連する活動〔同項ｉ〕、社会サービス〔同項ｊ〕、民間警備サービス〔同項ｋ〕、裁判所執行官による活動〔同項ｌ〕である。第三項は、適用除外分野として租税分野を挙げる。

それらが適用除外となった理由は大きく二つに分けられる。第一に政治的な理由である。例えば第二条第二項ｉの派遣元事業者のサービスの適用除外には、利益団体によるロビー活動が影響を与えた。第二に他の関連する指令との優劣関係に基づく理由である。例えば第二条第二項ｂの金融サービスには、他の特別の指令で既に規制がなされていた(18)。

三　本稿の研究対象である統一機関と適用除外規定との関係は明らかでない。もっとも、域内市場の自由化が、外国人労働力の流入を招くとの懸念から、一部のサービスが適用除外となった経緯に鑑みると、域内市場の自由化に貢献する統一機関と指令の適用除外規定―とりわけ政治的な理由によるもの―との関連性が全くないとは言えない。しかしながらそれは、適用除外となったサービスの領域において、統一担当者が機能不全に陥るという関連性ではない。すなわち、サービス指令の適用除外規定が置かれたのは、統一担当者の持つ①利用者の手続パートナー、②行政組織間の調整の機能が、当該適用除外領域で十分に機能しないことを考慮した結果ではない。したがって

本稿は、あくまで統一機関を研究対象とするものであるから、サービス指令の適用除外規定についてこれ以上の分析を加えない。

第二款：サービス指令の構成

統一担当者の任務内容の検討に先立ち、統一担当者という制度がサービス指令の中に占める位置付けを確認するため、指令の構成をここで述べる。

サービス指令は全部で八つの章から構成される[19]。第一章は、サービス指令の適用範囲、他のＥＵ法との関係及び用語の定義に関する一般規定を定める。第二章は「行政の簡素化（Verwaltungsvereinfachung）」という章題を掲げ、行政の簡素化のための手段を規定する。なお第二章は、以下で述べる開業の自由及びサービスの自由移動のいずれの領域にも適用される[20]。第三章は、開業の自由のための規定を置く。すなわち、開業に際しての許認可要件や手続等についての規定を置く。第四章は、「サービスの自由移動」という章題の下、サービス提供者とサービス受領者の権利について規定する。第五章は、サービスの質を確保するための措置、例えばサービス提供者が、サービス受領者に提供すべき情報の内容等について規定する。第六章は、構成国間の職務共助規定を定める。第七章は、構成国が作成した報告書を二〇〇九年の終わりまでに、構成国相互間で評価すること等の措置を各構成国に義務付ける。終章は、二〇〇九年十二月二八日を国内法化の期限とする規定を置く。

それらの章の内、統一担当者は第二章に位置付けられる。すなわち第二章は、行政の簡素化のための手段として、サービス提供者の情報請求権、手続の電子処理等に関する規定を置くが、これらの手段と並ぶのが統一担当者である[21]。

第三款：統一担当者の任務内容

統一担当者の任務内容は、手続と形式の処理（一）と情報提供（二）に大別される。以下では、条文の文言及び他の条文との関係を手掛かりとして、統一担当者の任務内容を明確にする。

一　手続と形式の処理

手続と形式の処理について定めた規定は、第六条第一項及び第一一条第三項である。なお、第八条第一項は、これらの手続の電子処理を可能にすることを構成国に義務付ける。条文の文言は次の通りである。

《第六条　（1）構成国は、サービス提供者が以下の手続と形式を統一担当者を通じて処理できることを保障する。

（a）そのサービス活動の開始に必要な、あらゆる手続と形式。とりわけ、意思表示、届出又は管轄庁における許可の申請。許可の申請には、公的登録簿（Register）、各種職業の登録簿（Berufsrollen）若しくはデータバンクにおける登録の申請又は職業組合（Berufsverbänden）若しくは職業組織（Berufsorganisationen）における登録を含む。

（b）そのサービス活動の遂行に必要な許可の申請。

（2）統一担当者の創設は、国内システム内部の行政庁間の管轄（Zuständigkeit）及び権限（Befugnis）の分配には手を加えない。

第八条　（1）構成国は以下のことを保障する。すなわち、サービス活動の開始又は遂行に関係するあらゆる手続と形式が、しかるべき統一担当者を通じて又はしかるべき管轄庁において、遠方から問題なく、そして電子的に処理され得ること。

第一一条　（3）構成国は、サービス提供者が第六条で挙げられた統一担当者に以下の変更について知らせることを義務付ける。

（…）

（b）許可を付与するための要件をもはや満たさないように、状況が変化したこと。》

1　統一担当者による任務内容を明確にするためには、第一に、統一担当者による任務の対象となる「手続と形式」の意味内容を明らかにする必要がある。なぜなら、第六条第一項aが、サービス活動の「開始」に必要な、あらゆる手続と形式をその対象とする一方で、同項bによると、サービス活動を「遂行」する際は、「許可」の「申請」を統一担当者の任務の対象とするため、対象が異なるように読めるからである。確かに、文言に忠実に解釈すると、サービス活動の「開始」に際しては、統一担当者は、あらゆる手続と形式を処理する一方で、その「遂行」に際しては、許可の申請のみを処理するという結論を導く余地がある。しかし、「開始」とは初回の市場参入におけるプロセス、「遂行」はそれ以降のプロセスを示すという風に考えられているところ[22]、「開始」と「遂行」の場面で、任務の対象を区別する意味が明らかでない。また第八条第一項は、サービス活動の開始及び遂行に関係するあらゆる手続と形式について電子処理を認めており、「開始」と「遂行」とで対象を区別していない。さらに、第一一条第三項は、既にサービス活動が開

始、遂行された後の手続と形式について、統一担当者を通じて処理することが可能とする。すなわち、「許可」の「申請」に対象を限定する旨の条文は、第六条第一項ｂを除いて見受けられず、むしろ全体を観察すれば、「手続と形式」は基本的にあらゆる手続と形式を包むものと考えることが自然である。[23]

「手続と形式」の意味内容は、以上のように非常に広汎であるが、第六条第一項ａ及びｂは、サービス活動の開始・遂行に「必要な（erforderlich）」手続と形式について統一担当者による処理を可能にすることを求める。

さらに、立法理由（Erwägungsgründe）（９）は次のような適用除外規定を置く。

《（９）この指令は、サービス活動の開始又は遂行に関する要件にのみ適用される。それ故、以下の要件には適用されない。道路交通規則、都市開発若しくは土地利用（Bodennutzung）に関する規定、都市計画及び国土整備（Raumordnung）に関する規定、建築規範（Baunormen）並びにそのような規定を守らないことを理由として科される行政法上の制裁。それらは、サービス活動そのものを規律する又はそのものに関係するものではなく、サービス提供者が経済活動を遂行する過程で、私人と同様に注意が払われなければならないものである。》（傍点筆者）

ここでは、サービス提供者が経済活動をする過程で、私人と同様に注意を向ける要件については、統一担当者の任務の対象から除外されることが明らかにされている。[24]

以上、要するに「手続と形式」とは、サービス指令の解釈によると、サービス活動を開始、遂行するための、あらゆるものと考えられている。しかしながら、「手続と形式」の範囲は、①第六条第一項ａ及びｂの「必要な」手続と形式という文言、②立法理由（９）から導かれる「サービスに特殊の（dienstleistungsspezifisch）」ものという要件により制限される。もっとも、いかなる制限がなされるかは、サービス指令及びそのハンドブック[25]からは明らかではない。他方ドイツでは、一部の学者により、この点に関するサービス指令の最低限の要請を明らかにする試みがなされている。それについては第四章で述べる。

２　続けて、手続と形式の「処理」の意味内容が問題となる。「処理」とは「abwickeln」の日本語訳であるが、abwickeln は、

一般的、抽象的な表現であり、多様な解釈が可能である。ヴィンドッファー（Alexander Windofer）によると、次のような対極的な解釈が成り立つ[26]。すなわち、第一に、サービス提供者の提出する書類等を管轄庁に送付するという役割を担うに過ぎないという解釈である。そのような解釈は、統一担当者への「最小限の要請（Minimum an Anforderungen）」を表す。第二に、管轄庁と同様に、その手続上の権限を認めるという解釈である。そのような解釈は、手続の進行について、統一担当者に管轄庁と同様の権限を認め、統一担当者が、申請に対する許認可権限に介入することを前提とする。それは、「最大限度の解釈（Das Maximum）」と呼ばれる。以上のように、「処理（abwickeln）」という文言からは、二つの対極となる解釈が成立しうるが、サービス指令の要請が、これらの内どこに位置付けられるかが問題となるのである。

この問題の解明には、先述した第六条第二項が重要な役割を果たす。再度、その規定を挙げる。

《（2）統一担当者の創設は、国内システム内部の行政庁間の管轄（Zuständigketit）及び権限（Befugnis）の分配には手を加えない。》

第二項は、統一担当者に決定権限を与えることにより、国内の行政庁間の管轄・権限を変更することを要請しない。したがって、「最大限度の解釈」は強制されない。またそのことは、立法理由（48）の第六文からも明らかである。

《（48）（第六文―筆者註）統一担当者には、サービス活動を開始するために必要な書類を発行するために直接の管轄を有する行政庁又はサービス提供者と直接の管轄庁との間の仲介役として、サービス提供者を支援する重要な機能が認められる。》（傍点筆者）

すなわち、管轄庁「又は」仲介役としての機能が、選択的に求められるにとどまる。

もっとも、サービス指令が「最大限度の解釈」を強制しないとしても、「最小限度の要請」を意図するにとどまるかについては、さらなる考察が必要である。そして、この点に関して参考となるのは、先述した立法理由（48）の第六文である。すなわち、そこでは少なくとも、サービス提供者と管轄庁間の仲介役として、サービス提供者を「支援する」ことが求められている。ヴィンドッファー曰く、この支援する任務は、「必要書類

の受領及び送付を行う権限がある単なるコンタクト機関、という最低限度の要請を超えるものである。」[27]すなわち、サービス提供者の要請に対して、適切な処理を行い、遅滞のない処理を管轄を有する機関に向けて働きかける（verwenden）という「手続パートナー（Verfahrenspartner）」としての機能が要請される。[28]確かに、そのような機能が要請されることについては立法理由以外からは明確でないが、コルマン（Joachim Kormann）は、むしろ統一担当者による任務の本質は、まさしくそのような「支援機能（unterstützende Funktion）」であると評価する。[29]その機能を果たすための手段として、管轄庁に向けた直接の法効果をもたらさない措置、例えば遅滞のない処理のインフォーマルな（informell）催促、期限及び期限を逸した場合の効果への注意を促すこと（Erinnerung）並びに場合に応じて監督官庁への依頼（Anrufung）を行うことが求められる。[30]これらは、いずれも法的拘束力のない「インフォーマルな手段（informelle Wege）」[31]である。

要するに、統一担当者には、管轄庁に向けて書類を送付するという「使者（Bote）」[32]としての機能のみでなく、サービス提供者の「手続パートナー」として、それを支援する機能を果たすことが要請される。そして、行政内部との関係で言えば、統一担当者は、管轄庁に遅滞のない手続の処理をインフォーマルな手段を用いて要請することが義務付けられる。[33]他方、そのような要請には法的拘束力が認められない。また、管轄庁と並んで手続に介入する権限を統一担当者に与えることは、強制されない。そのため、ヴィンドッファーの言う二つの解釈との関係で言えば、その中間に位置する解釈が、サービス指令から導かれるのである。

二　情報提供

次に、統一担当者の第二の任務である情報提供任務の内容について検討する。情報提供任務は第七条に規定がある。

《第七条（１）構成国は、サービス提供者・受領者が統一担当者を通じて以下の情報に容易にアクセスすることを保障する。

（ａ）その高権領域において事業を営むサービス提供者にあてはまる、とりわけサービス活動を開始、遂行するための手続と形式に関する要件。

（ｂ）管轄庁との直接のコンタクトを実現するための、サービス活動の遂行に管轄を有する行政庁を含む、管轄庁に関する報告（Angaben）。

（c）サービス提供者及びサービスに関する公的記録簿・データバンクにアクセスするための手段と条件。

（d）管轄庁とサービス提供者・受領者、サービス提供者と受領者又はサービス提供者の間で争いが発生した場合に、一般に利用可能な法的救済手続。

（e）管轄庁ではないが、サービス提供者・受領者を実際に支援する連盟（Verbänden）又は組織に関する報告。

（2）構成国は以下のことを保障する。サービス提供者・受領者が、照会に基づき、第一項aによる決定要件（maßgebliche Anforderungen）の通例の解釈（gewöhnliche Auslegung）と適用の有無について、情報提供という形での支援を管轄庁から受けることができること。適当であれば、この助言は、簡素な箇条書きのマニュアルを含む。情報は簡素であり、理解できる言葉で提供される。

（3）構成国は以下のことを保障する。第一項及び二項が挙げる情報と支援が、明確かつ一義的な方法で提供されること、遠方から、また電子的に容易にアクセス可能なものであること及び最新状況に適合したものであること。

（4）構成国は以下のことを保障する。統一担当者と管轄庁が、第一項及び二項によるあらゆる情報と支援の要請に可能な限り迅速に応答すること。その要請に瑕疵がある又は理由がない場合は、申請人に遅滞なくその旨を知らせること。

（5）構成国と委員会は、第七条が挙げる情報を共同体における他の言語でも準備するよう、統一担当者の用意を促すために、付随する措置を講じる。このことは、言語の使用に関する構成国の法令に手を加えるものではない。

（6）サービス提供者・受領者を支援するという管轄庁の義務は、個別事案における法的助言を含まず、要件が、通常どのように解釈されるか又は適用されるかという一般的情報が関わるに過ぎない。》（傍点筆者）

第七条第一項によると、構成国は、サービス提供者がサービス活動を開始、遂行するための手続に関する要件、管轄を有する行政庁の所在及び各種データバンクへのアクセス方法に関する情報に、統一担当者を通じて、容易にアクセスすることを保障しなければならない。その際統一担当者が、独自に、すなわち管轄庁に意見を求めることなく、自らの責任で情報照会に応じることを予定するのか又は管轄庁の意見の伝達を予定するにとどまるのかが問題となる。要するにこの問題は、統一担当者がサービス提供者に情報提供する際に、文字通りの仲介役とし

て、管轄庁の意見を伝えることしか許されないのかという問題である。

そのような問題については、第七条第一項と二項の比較により結論が導かれる。先述の通り第七条第一項は、サービス提供者に対し、一定の情報について統一担当者を通じて容易にアクセスすることを保障する規定である。他方、第二項は、決定要件（maßgebliche Anforderungen）の通例の解釈（gewöhnliche Auslegung）と適用の有無に関する情報を管轄庁から受けることができる旨を規定する。第一項は、統一担当者が情報提供すること、そして第二項は、管轄庁が情報提供する旨を規定するが、提供される情報の内容はそれぞれ異なる。すなわち、第一項は、法令、規則及び管轄庁の所在といった一般的情報について、統一担当者が、独自に情報提供することを予定し、他方、第二項は、法令の解釈と適用の有無といった、より専門的判断を必要とする情報について、管轄庁による提供を予定していると理解され、そのことは、情報提供における「段階関係（Stufenverhältnis）」[34]を示すものとされる。

他方、統一担当者が独自に応答できない情報について問合せがあった場合でも、統一担当者は、管轄庁の意見をサービス提供者に伝えることで、それに応答しなければならない。さらにその際、情報提供に遅滞がないよう、管轄庁に働きかけることが要請される。それらは、先述の「手続パートナー」としての支援機能から要請されるものである。[35]

第四款：統一担当者の組織形態

サービス指令は、第三款で述べたような統一担当者の任務内容やサービス活動の開始・遂行のために必要な許認可の実体要件及び手続についてはある程度詳細な規定を置く一方で、統一担当者の組織形態については詳細な規定を置かない。すなわち、指令は、「枠組み指令（Rahmenrichtlinie）」としての特徴を有し、摩擦のない域内市場の形成のために本質的な点のみを規律するのである。[36]以下では、そこでいう「本質的な点」、すなわち統一担当者が、その組織形態について有すべき特徴を解明する。その際、サービス指令が、当該組織に使用する名称、すなわち「統一担当者」の「統一（einheitlich）」という文言が、解明のための手掛かりとなる。

一　この「統一」という文言の意味をめぐっては、様々な解釈が可能である。第一に、絶対的、自然的事実として、ただ一つのパートナーを行政区画ごとに設置するという客観的理解が

考えられる。第二に、サービス提供者から見て、パートナーが統一されていることが要請されるという主観的理解が成り立つ。そして、そのような主観的理解は、客観的理解と異なる結論を導く可能性がある。すなわち、主観的理解によると、ある行政区画に複数の統一担当者が存在する場合であっても、サービス提供者が、それらのいずれも利用することができる場合は、サービス提供者にとっては、パートナーが統一されていると評価できる。第三に、連邦、州、地方自治体の行政機関の内、いずれか一つに統一するという理解である。そのような理解は、連邦、州、地方自治体という垂直的な国家構造の中から一つの組織を選択することから、「垂直レベル（vertikale Ebene）」[37]での同質性（Homogenität）を求めるものである。第四に、行政機関、職業団体、民間といった水平的な関係にあるそれらの組織の中から、一つを選択し、当該組織が統一的に任務を提供するという「水平レベル（horizontale Ebene）」[38]の同質性を求める理解である。第五に、統一担当者の任務が、「手続の処理」と「情報提供」に大別されることを踏まえて、これらの任務ごとに、それぞれ統一されたパートナーを設けるという理解が考えられる。[39]

二　結論として、主観的理解、すなわち、サービス活動の開始・遂行に際して必要な手続の処理及び情報提供にあたるパートナーが、サービス提供者から見て統一されていることが要請されることに争いはない。[40]

その根拠として次のことが指摘される。すなわち、サービス指令の元になった委員会提案「ＫＯＭ２００４（２）」は、理由7(c)で次のような規定を置く。

《……担当者（Ansprechpartner）は、サービス提供者にとって統一的なものとする。すなわち、サービス提供者は、サービス提供に関連する全ての必要的な、とりわけ許可のための形式と手続を同一の機関で処理することができなければならない。申請人は、様々な主務官庁（Instanz）、組織（Einrichtung）等を利用する必要はもはやなく、その案件には、ただ一つの担当者しかいないのである。》（傍点筆者）

すなわち、理由7(c)によると、サービス提供者にとって統一的なものであることを必要とする。そして、それは先述の主観的理解に相当する。[41]

三　要するに統一担当者は、サービス提供者が統一的と評価しうる組織形態を備えなければならないとの要請が導かれる。例えばサービス提供者が、その活動を開始するために、事業届出と営業許可申請を必要とする場合、それらのいずれも、同一の機関が処理しなければならない。また、手続の処理のみでなく、情報提供も同一の機関が行わなければならない。なぜなら、手続の処理と情報提供は通常不可分であり、手続の処理と情報提供に際して一々別個の機関を訪問しなければならないとすれば、サービス提供者にとって統一的と評価することができないからである[42]。他方、統一担当者の任務を行政機関（連邦、州、地方自治体）、職業団体、民間のいずれに属する機関に委託するかについて、サービス指令は何ら要請していない。また、それらの内、一つの機関に専属させることも要請していない。したがって、例えば地方自治体と職業団体が協働して統一担当者として任務遂行することも、構成国の裁量に委ねられる。

（1）Vgl., Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat Lissabon, 23./24.3.2000, Nr.5.

（2）Alexander Windoffer, in: Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.), Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2008, S.19.

（3）Bericht der Komission an den Rat und an das Europäische Parlament, KOM (2002) 441endg. v. 30.7.2002.

（4）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2), S.20.

（5）Vgl., Bericht der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, KOM (2002) 441endg. v. 30.7.2002, S.72f.

（6）http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0002&from=EN

（7）ここでの提案は、当時の委員の名称フリッツボルケシュタイン（Frits Bolkestein）にちなんでボルケシュタイン指令と呼ばれる（Rudolf Streinz/Stefan Leible, in: Monika Schlachter/Christoph Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie: Handkommentar, 2008,Einl. Rn30.）。

（8）サービス指令の成立過程について、Vgl. Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2)., S.17ff.; Ziekow, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahrensrecht, WiVerw 2008, S.176.; Ziekow, Die Auswirkungen der Dienstleistungs-RL auf

das deutsche Genehmigungsverfahrensrecht, GewArch 2007, S.179.

（9）Vgl., Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.7), Einl. Rn39ff. 母国主義の導入をめぐる政治的動向については、原田徹「EUの公共サービス概念を巡る政治的対立の布置状況―域内市場サービス指令案における「原産国原則」適用の是非を通じて」EU学会年報第二七号（二〇〇七年）二四二頁以下を参照。なお、原田は「母国原則」ではなく「原産国原則」と呼ぶ。また、「本国原則」（棚池康信「二〇〇五年EUの危機と二〇〇四サービス指令」生駒経済論叢 第四巻第二号（二〇〇六年）七二頁）、「母国法原則」とも呼ばれ（外務省HP http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/eu/srv_statute.html）その訳語は様々である。

（10）原田・前掲（註9）二四三頁。

（11）参照、庄司克宏「EU域内市場戦略―相互承認と規制権限の配分」田中俊郎＝庄司克宏編『EU統合の軌跡とベクトル―トランスナショナルな政治社会秩序形成への模索』（慶応義塾大学出版会、二〇〇六年）一一三頁以下。

（12）例えばフランスでは、いわゆる「ポーランドの配管工」が大量に押し寄せて、フランス人の職を奪うのではないかという不安が高まった。そのような批判は、欧州憲法条約にも向けられて、フランス及びオランダの国民投票における批准拒否に至った。しかしながら実際には、他の加盟国から移民労働者が配管工として働く場合は、EU法上の労働者としての平等な権利と保護が与えられているため、こうした批判は基本的には的外れなものであるとされる（庄司・前掲（註11）一二三頁以下。）。

（13）庄司・前掲（註11）一二四頁。

（14）Vgl., Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.7), Einl. Rn33.

（15）「指令は、諸サービスの広い多様性に役立つと同時に、いくつかの活動及び職業並びにその規制の特殊性を考慮する〝一般的法枠組み（allgemeiner Rechtsrahmen）〟をもたらすものとする。」（Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.7), Einl. Rn27.）。

（16）なお、サービス指令第四条第二号は「サービス提供者」についての概念規定を設ける。それによると、サービス提供者とは、構成国の国籍を有する自然人及び構成国で事業活動を行うEU運営条約第四八条（現五四条）の意味における法人であって、サービスを提供する又はもたらすものである。

（17）「サービス」の内容については、Vgl., Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.7), §4 Rn2ff.; Sven Eisenmenger, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht,

2013, § 71a Rn7.

（18）Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.7), Einl. Rn27.

（19）日本貿易振興会「サービス分野の市場統合とサービス指令（EU）」（http://www.jetro.go.jp/ext_images/jfile/report/05001449/05001449_001_BUP_0.pdf）では、サービス指令の主要条項が取り入れられる理由となった現状の問題点が、欧州委員会資料に基づいて示されている。

（20）Ziekow, Die Auswirkungen der Dienstleistungs-RL auf das deutsche Genehmigungsverfahrensrecht, GewArch 2007, S.180.

（21）第二章の特徴は、サービス活動のための手続について構成国間で共通の規律を求めることである。そして、サービス指令の適用範囲の広汎さに鑑みて、シュミッツ（Heribert Schmitz）とプレル（Lorenz Prell）は次のように述べる。「EUサービス指令により共同体法は、かつてない規模で構成国の手続法に作用する。従来の二次法（Sekundärrechtsakte）の文脈における領域特殊の手続の規律と異なり、指令の手続上の準則は、領域（例えば交通サービス）が一つ一つ明文上除外されない限り、全てのサービス部門に包括的に妥当する。」と（Heribert Schmitz/Lorenz Prell, Verfahren über eine einheitliche Stelle—Das Vierte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften, NVwZ 2009, S.1.）。

（22）Ziekow/Windoffer, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), a.a.O (Fn.7), § 6 Rn8.

（23）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2), S.26ff.

（24）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2), S.29.

（25）Komission der Europäischen Gemeinschaften, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007 (Vgl., http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_de.pdf).

（26）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2), S.31.

（27）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2), S.33.

（28）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.2), S.36f. なお、管轄庁からサービス提供者に向けて書類が送付される局面では、統一機関は、「使者としての機能（Botenfunktion）」を果たすにとどまる。すなわち、ヴィンドッファーは言う。「このような場合（管轄庁からサービス提供者に向けて書類が送付される場合―筆者注）、統一担当者には、純粋な使者としての機能が帰属する。このことは、統一担当者が、送付された書類に例

えば法的な説明（Ausführungen）といった独自のコメントを取り付けることを排斥する。」（Windoffer, in Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.34f.）と。

（29）コルマンは次のように言う。「とりわけ、この仲介者としての役割（Mittlerrolle）は、サービス提供者を積極的に支援するという統一担当者の義務により刻印される。確かに、立法理由（48）の後段（〝支援する重要な機能〟）で明文上言及されているが、指令のテクスト（Richtlinientext）では明文上規定されていないため、そのような単なる仲介を超える機能について全く疑いがないとは思えない。サービス指令第七条第二項は、明文上〝照会に基づく情報提供という形での支援〟に言及するが、サービス指令第七条第二項は、統一担当者ではなく〝管轄庁〟に関するものである。しかしながら、最も重要な統一担当者による任務及びその組織（Einrichtung）の本質は、そもそも、まさにこの支援機能なのである。」と（Joachim Kormann, Einheitlicher Ansprechpartner und deutscher Föderalismus: der Zwang Kooperation—Probleme bei der Umsetzung der Art.6ff. der EU-Dienstleistungsrichtlinie, 2008, S.18f.）。

（30）Windoffer, in Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.35.

（31）Windoffer, in Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.47.

（32）Windoffer, in Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.34.

（33）ヴィンドッファー曰く「上述の意味における〝手続パートナー〟の任務の割り当てることは、第六条第一項の目標設定の特殊な側面を引き立たせる。すなわち、手続の迅速化（Verfahrensbeschleunigung）という側面である。」（Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.35.）。

（34）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.42.

（35）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.44f.

（36）ツィーコー曰く「他方で、サービス指令は国内法システムのための枠組みを定めるのみでなく、一部、非常に詳細かつ明確な（detailscharf）規定を含む。これは、例えば許可を付与するための要件及び手続に関する規定に当てはまる。」（Ziekow, a.a.O (Fn.20), S.180.）。

（37）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.52.

（38）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.52.

（39）「統一（einheitlich）」という言葉の意味をめぐり、様々

な解釈が可能であることについては、Vgl. Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.51ff.

（40）Christian Ernst, Die Einführung eines einheitlichen Ansprechpartners iS der EU-Dienstleistungsrichtlinie durch das 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften, DVBl 2009, S.956 ; Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.57 ; Florian Lemor, Verortung des einheitlichen Ansprechpartners aus der Sicht der Freien Berufe, in: Stefan Leible (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie—Chansen und Risken für Deutschland, 2007, S.89.

（41）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.53.

（42）例えばヴィンドッファーは、任務内容に応じて異なる統一担当者を置くことに反対する論拠として次のように述べる。「そのような区分（情報提供と手続の処理の二つの任務について、それぞれ異なる統一担当者を対応させるための区分―筆者注）は、実体的（sachlich）、時間的な著しい重複に鑑みると、実際にはほとんど不可能であると思われる。すなわち、手続の処理と情報の伝達は、申請前の段階から既に相互に入り組んでいる。そこでは、サービス提供者への助言（すなわち情報提供）が行われ、サービス提供者は、同時に―助言又は申請前協議のために必要な―申請前の対応（Vorantragskorrespondenz）（例えば、書類の提出）を、統一担当者を通じて進めるかもしれない。さらに、許可手続が進行する間も、情報の要求が生まれるかもしれない。例えば後続して実施される手続と形式に関するものや、同じ手続に関するものである。」（Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.2), S.56）と。

第二章：ドイツにおける国内法化

第二章では、第一章で検討したサービス指令の要請を受けたドイツにおける国内法化の内容及び関連する学説を検討する。その際、法的側面（第一節）と組織学的側面（第二節）とで節を分けて検討する。

第一節：法的側面

第一節では、統一機関の法的側面を検討する。その際、統一機関の運営に関わる手続的観点（第一款）と統一機関の組織形

態に関わる組織的観点(第二款)とに分けて検討する。最後に、責任法上の（haftungsrechtlich）問題（第三款）、すなわち、統一機関の職務遂行によって生じた損害に対する責任をどの組織が負担するかを検討する。

第一款：手続的観点

ドイツでは二〇〇八年一一月一二日に、「連邦行政手続法の改正に関する第四の法律（4・VwVÄndG）[1]」という一括改正法が成立した。それにより、連邦行政手続法第五編第一ａ章に「統一機関を通じた手続[2]」という新たな章題の下、いくつかの条文が挿入された[3]。第五編第一ａ章の内容は次の通りである。

《第五編第一ａ章　統一機関を通じた手続

第七一ａ条〔適用可能性〕

（1）法令（Rechtsvorschrift）により、統一機関を通じて行政手続が処理されうる旨が命じられる場合、この章の規定及び、この章の規定から逸脱しない限りにおいて、この法律の残りの規定は有効である。

（2）申請人又は届出義務者（Anzeigepflichtige）が、直接、管轄庁を利用する場合も、管轄庁は、第七一ｂ条第三項、四項及び六項、第七一ｃ条第二項並びに第七一ｅ条に基づく義務を負う。

第七一ｂ条〔手続〕

（1）統一機関は、届出、申請、意思表示及び書類を受け取り、それらを遅滞なく管轄庁に送付する。

（2）届出、申請、意思表示及び書類は、統一機関に到達した三日後に管轄庁に到達したものとみなす。期間は、統一機関に到達することによって停止する。

（3）届出、申請又は意思の表明（die Abgabe einer Willenerklärung）によって、それが満了するまでに管轄庁が活動しなければならないところの期間が進行する場合、管轄庁は受領証（Empfangsbestätigung）を交付する。受領証においては、統一機関に到達した日付が伝えられ、また、期間、期間の進行が開始するための要件、期間満了に結びついた法効果及び利用可能な法的救済手続が指摘されなければならない。

（4）届出又は申請に不備がある場合、管轄庁は、遅滞なく、いかなる書類が後に送付されなければならないかを通知する。通知は、第三項に基づく期間の進行が、不備のない書類の到達によって初めて開始するという指摘を含む。後に送付された書類が統一機関に到達した日付が、通知されなければならない。

（５）手続処理のために統一機関が利用される場合、管轄庁による通知は、統一機関を通じて、申請人又は届出義務者に伝えられるものとする。行政行為は、行政行為が向けられた者の求めに基づいて、管轄庁により直接発せられる。

（６）郵便により国外に送付される書面による行政行為は、郵便局に委託した一ヶ月後に発せられたものとみなす。第四一条第二項第三文が準用される。申請人又は届出義務者は、第十五条に基づいて任意受領代理人（Empfangsbevollmächtigte）を任命することを要求できない。

第七一ｃ条〔情報義務〕

（１）統一機関は、照会に基づいて、遅滞なく、決定規定（maßgebliche Vorschriften）、管轄庁並びに公的登録簿及びデータバンクへのアクセス、帰属する手続権並びに組織（Einrichtungen）に関する情報を与える。これらの情報は、申請人又は届出義務者が活動を開始、遂行する際に支援するものである。統一機関は、照会を特定できない場合、遅滞なく通知する。

（２）管轄庁は、照会に基づいて、遅滞なく、決定規定及びその規定の通例の解釈に関する情報を提供する。第二五条に基づき、必要な提案及び情報が遅滞なく与えられる。

第七一ｄ条〔相互援助〕

統一機関と管轄庁は、共に整序された（ordnungsgemäß）、遅滞のない手続の処理を目指す。全ての統一機関と管轄庁は、その際、援助しなければならない。管轄庁は、統一機関に、とりわけ手続の状態（Verfahrensstand）に関する必要的情報を提供する。

第七一ｅ条〔電子手続〕

この章に基づく手続は、求めに基づいて、電子形式で処理される。第三ａ条第二項第二文、三文及び第三項には変更を加えない。》

以下では、第一に国内法化に際しての立法技術上の特徴を述べた後に（一）、条文の規定内容についてより詳細な検討を加えることで、第一ａ章の特徴を浮かび上がらせる（二）。

一　まず、「統一機関を通じた手続」が、行政手続法という一般法を媒体として国内法化された。すなわち、サービス指令は、その適用領域の広さを特徴とするため、個別法を媒体として国内法化する際には著しい数の法令を必要とし、結果として手続法の分散を招くこと[4]、さらに、立法のためのコストが甚大

になることへの配慮がなされたのである。[5] したがって、行政手続法という一般法に統一機関を通じた手続が規定されたことは、サービス指令の持つ特徴に影響を受けたからと言える。

なお、各州の行政手続法も、連邦行政手続法と同様の規定を置くか連邦行政手続法の規定を準用する。[6] なぜなら、サービス指令の国内法化義務は、連邦だけでなく州にも課されるからであり、連邦行政手続法の改正に併せて各州の行政手続法もそれに一致する内容で改正する必要があったからである。[7]

他方、旧第五編第一ａ章の条文は全て削除された。そこで、旧一ａ章の内容及びそれが削除された理由を明らかにする必要がある。なぜなら、「統一機関を通じた手続」に関する規定が、旧一ａ章と同じ箇所に挿入されたことに鑑みると、「統一機関を通じた手続」が旧一ａ章の規定にとって代わる、又はそれをさらに発展させる内容として評価された可能性が残るからである。そこでまず、旧一ａ章の内容を紹介する。旧一ａ章は「許可手続の促進（Beschleunigung von Genehmigungsverfahren）」という章題を掲げて、次のような規定を置いていた。

《第五編第一ａ章　許可手続の促進

第七一ａ条〔適用可能性〕

行政手続が、申請人による経済的な事業（wirtschaftlichen Unternehmung）におけるプロジェクト（Vorhaben）実施に寄与する許可の付与を目的とする場合（許可手続）、第七一ｂ－ｅ条が適用される。

第七一ｂ条〔遅滞のない許可手続〕

許可庁は、適切な期間内に手続が終了し、かつ求めに基づいて特別に早められるよう、法的に、また事実上可能な事前措置（Vorkehrungen）を講じる。

第七一ｃ条〔助言と情報の提供〕

（1）許可庁は、必要な限り、手続の迅速化の可能性に関する情報を、それに結びつくメリットとデメリットを含めて、提供する。このことは、事案の重要性又は困難性から適切と思われる限り、求めに基づき書面又は電子的方法で行うことができる。

（2）許可庁は、必要な限り、許可の申請前に将来の申請人とともに以下のことを討議する。

1　いかなる証拠・書類が提出されなければならないか。

2　いかなる専門鑑定（sachverständigen Prüfungen）が、許可手続において認められうるか。

3　許可手続の負担を減らすために、いかなる方法で第三者又は公衆を参加させることができるか。

４　許可の個別の事実上の前提条件を、あらかじめ裁判によって解明させることが適当か（自主的証拠手続）。行政庁は、他の行政庁を、また将来の申請人が同意する場合には第三者を参加させることができる。

（３）申請が到達した後、申立て・申請書類に不備がないか及びどれほどの期間が手続に見込まれるかを申請人に遅滞なく知らせなければならない。

第七一ｄ条〔星印手続（Sternverfahren）〕

（１）ある許可手続に公益主体が関与する場合、管轄庁は、事実上可能であり、かつ必要な限り、とりわけ申請人の求めに基づいて、同時に、かつ意見表明を行うための期間を定めた上で、これを要請するものとする。

（２）期間満了後の意見はもはや考慮されない。ただし、主張された利害が、許可庁に既に知られており若しくは知っておくべきであった場合又は当該決定の法適合性（Rechtmäßigkeit）に重要な問題がある場合を除く。

第七一ｅ条〔申請協議（Antragskonferenz）〕

申請人の求めに基づいて、行政庁は、あらゆる関与機関と申請人との協議を招集するものとする。》

そこから読み取れることは、旧一ａ章と統一機関を通じた手続規定の内容は、重複しないということである。[8] したがって、旧一ａ章の内容を統一機関を通じた手続が引き継いだと評価することはできない。

事実、連邦議会議事録によると、旧一ａ章が廃止された理由は次の通りである。まず、旧七一ｂ条及び旧七一ｃ条については、それが連邦行政手続法から姿を消したわけではなく、連邦行政手続法の一般手続規定に、それぞれ移行したと説明されている。[9] すなわち、旧一ａ章は、経済的な事業の許可手続[10]を対象とする規定であり、旧七一ｂ条及び旧七一ｃ条も同様であったが、一般手続規定に移ることにより、そのような限定がなくなったのである。[11] 他方、旧七一ｄ条の星印手続と旧七一ｅ条の申請協議に関する定めは、現行の連邦行政手続法から姿を消した。その理由は次の通りである。すなわち、旧一ａ章は、行政の内部手続の規律を内容としており、国民に手続上の権利を付与するものではなかった。そのため、その制定過程において行政規則で規定することも検討されていたところ、[12] 法律に規定が存在することは、より広く行政実務に影響を与えるとの期待から、行政手続法に規定されたのである。しかし、今日、旧一ａ章の内容、とりわけ星印手続と申請協議は、行政実務において広く

取り入れられ、旧七一ｄ条及び旧七一ｅ条が存在することによる効果[13]は、既に発揮されたとして削除されたのである[14]。

そのように、旧一ａ章と統一機関を通じた手続との間に関連性がないのであれば、なぜ旧一ａ章の箇所に、統一機関を通じた手続のみが規定されたのか。例えばサービス指令の国内法化として新たに連邦行政手続法に設けられた規定が、第一ａ章に集合しているわけではなく、他方、サービス指令の国内法化のために特別の章を設け、そこに規定を集合させることも考えられる選択肢であった[15]。それについてツィーコーは、サービス指令の要請を行政手続法のさらなる発展に利用すべく、行政手続法の様々な箇所に取り入れたと指摘する[16]。すなわち、サービス指令の国内法化のために特別の章を設けるならば、当該章の規定が、サービス指令の適用領域にのみ妥当するとの誤解を与えることを危惧したのではないかと思われる。そして、そのような理解は、統一機関を通じた手続がサービス指令の適用領域を超えて適用されることを前提とする。

事実、次のように、適用領域の拡張という特徴を指摘することができる。すなわち、まず、統一機関を通じた手続を利用できる主体は、サービス指令が念頭に置く外国のサービス提供者に制限されていない。そして、利用主体を国内のサービス提供者にも拡張することは、国内法化に際して初めから争いがなかった。実際、連邦内務省勧告は、国内サービス提供者と外国サービス提供者との間で利用する手続が分裂すること及び国内サービス提供者への不平等を招く[17]ことを理由に、適用範囲を国内サービス提供者にも拡張することを提案しており[18]、これが草案にも取り込まれる形となった。

また、利用主体の拡張に併せて、統一機関が処理すべき手続が拡張する可能性も第一ａ章の規定から窺うことができる。すなわち、第七一ａ条第一項によると、第七一ａ－ｅ条は「法令（Rechtsvorschrift）」により命じられた場合に適用される。法令には、連邦と州の個別法（Fachrecht）及び法規命令が含まれる。そして、サービス指令の適用領域においては、そのような法令の制定が強制される。さらに、法令の制定は、サービス指令の適用領域に限定されておらず、適用領域外の手続についても、法令を制定することで、統一機関が処理すべき手続となる。

以上のように、サービス指令の適用領域を拡張する形で国内法化を実現したことを、特徴として挙げることができる。

また、適用領域の拡張に関連して「統一機関」という名称が用いられたことも注目される。すなわち、サービス指令と同様

に、「統一担当者」という名称が連邦行政手続法に取り入れられなかったのは、統一機関が役務を提供する対象・手続が、サービス指令の要請する統一担当者のそれとは異なることに配慮したものと思われる[19]。なお、統一機関という名称は機能的概念である[20]。すなわち、統一機関の任務を担う機関が統一機関と称されるのである。したがって、組織の名称として「統一機関」以外を用いることも許される[21]。そして、第七一ａ条第一項によると、その他の行政手続法の規定も、基本的に統一機関に適用されることになる。その際重要なのは、土地管轄に関する規定（第三条）が適用されることである[22]。というのは、統一機関の事物管轄は横断的なものであるため、土地管轄に関する規定が、その活動領域を限定する上で主要な役割を果たすからである。

行政手続法との関連では、「統一機関を通じた手続」は、新たな手続類型と称される。例えば従来、連邦行政手続法第九条の手続概念は、行政行為の発付及び公法上の契約の締結に向けた活動を意味するものであった[23]。しかし、第七一ｂ条によると、手続は、届出や意思表示も対象とする。したがって、「統一機関を通じた手続」は、一般手続（第九条以下）には含まれず、さらに要式手続（第六三条以下）及び計画確定手続（第七二条以下）とも区別され、新たな手続類型として位置づけられる[24]。

二　以下では、第一ａ章の規定を参考にして、「統一機関を通じた手続」の内容を検討する。

まずはじめに、統一機関の利用が強制されていないことが特徴である。例えば第七一ａ条第一項は、統一機関を通じて手続を処理することが「できる（können）」と規定する。また、同条第二項は、統一機関を利用することができる場合であっても、申請人等が「管轄庁を利用する場合」を予定している。以上より、申請人等は、統一機関の利用を強制されず、選択権を有することが明らかとなる。それは「選択モデル（Optionsmodell）」[25]と呼ばれる。

それでは、統一機関が利用される場合、どのような手続の進行が予定されているのか。その際、先述したサービス指令の要請に対応させる形で、手続と形式の処理（１）、情報提供（２）に分けて検討を行う。

１　まずはじめに、手続と形式は、第七一ｂ条第一項によれば申請のみでなく届出も対象とする点で、広い概念である。そして、それは、先述の通り従来の行政手続法における手続概念より広いものである。そのことは、申請に限定しない手続と形式の処理を求めるサービス指令に適合する。以下では、手続の

進行順に検討する。

第七一ｂ条第一項は、遅滞のない書類の送付を統一機関に求める。その際、第二五条第一項により統一機関が手続の利用者に助言を提供する義務を負うこととの関係で、そのような助言の提供が、場合によっては、遅滞のない送付という要請に反する事態が懸念される。例えば助言の提供を行うために提出書類の審査を行い、一向に管轄庁に書類を送付しないという事態が考えられる。しかしながら、遅滞なき送付という要請は、統一機関が明らかな不備又は瑕疵のある記載事項を指摘し、瑕疵の迅速な修正を求めることまで排除するものではない[26]。その際、明らかな不備又は瑕疵がある場合にのみ助言義務を負うのは、以下の理由に基づくものである。すなわち、統一機関の主要な機能は手続の簡素化と促進であるから、統一機関は、不備の審査及び通知が手続の促進に貢献する限度でそのような義務を負うのである[27]。なお、「明白」な瑕疵の有無は、客観的な職員の視点が基準となる[28]。なぜなら、統一機関の職員は、その知識や経験に幅があると考えられているため、個々の職員の主観を基にすることは、判断の統一性を確保できないからである[29]。

手続の利用者が書類を統一機関に提出した後、次に問題となるのは、いつ書類が提出されたのかを確定する時点である。その際、期間には、行政の側が遵守しなければならない期間と手続の利用者が遵守しなければならない期間という二つの期間が存在する。

まず、行政の側が遵守しなければならない期間が設定されている場合、管轄庁に書類が到達した時点を以て、期間の進行開始時点とすることが考えられる[30]。しかし、それでは統一機関が書類を送付しない限り、期間はいつまで経っても進行しないことになる。そして、利用者の関与しないところで期間の進行が左右されるとすれば、それは利用者に不安な結論をもたらすだろう[31]。そのため、第七一ｂ条第二項第一文は、統一機関へ到達した三日後[32]に管轄庁に到達したものとみなし、結果、その時点から期間が進行する。

次に、同項第二文は、手続の利用者が遵守しなければならない期間が設定されている場面を想定しており、それによると、書類が統一機関に到達した時点で期間の進行が停止する。これにより利用者は、期間内に統一機関へ書類を提出することに注意すれば足りる。

要するに、ここでは統一機関の利用が、利用者に不利益をもたらさないような配慮がなされているのである。

書類が管轄庁に到達すると、管轄庁は、原則として「受領証

（Empfangsbestätigung）」を交付する（同条第三項）。受領証には、書類が到達したこと以外に、行政庁が遵守しなければならない手続の期間、当該期間が進行するための要件、期間満了により生じる法的効果、決定の遅延・懈怠に対する法的救済手続等が記載される。なお、書類に不備がないことは記載されない。なぜなら、事後に書類の不備を審査することが予定されているからである。[33] 受領証の交付は、サービス指令第十三条第五項の要請に対応するものであり、[34] 国内法化に際しての独自の措置ではない。

書類に不備があれば、管轄庁はその旨を通知する（同条第四項）。そして、行政が遵守すべき期間が設定されている場合、そのような通知を受けて提出される追加書類が到達した時点で、期間の進行が開始する。なお、第四項もサービス指令第十三条第六項の要請に対応するものであり、国内法化に際しての独自の措置ではない。[35]

書類が管轄庁に到達した後、管轄庁は、どのようにして手続の利用者に通知又は行政行為を発するのか。具体的には、管轄庁が、利用者に直接通知するのか、それとも統一機関を経由しなければならないのかが問題となる。そのような問題について、サービス指令は明快な解答を与えない。他方、ドイツでは、統一機関を利用する場合には、管轄庁から利用者に対する通知等も原則として統一機関を経由しなければならないことが規定された（同条第五項）。そのような対応については、模範草案の作成過程で疑念が呈されていた。[36] 実際、手続の利用者にとって、通知が、統一機関を通じて行われることに特別の利益を認めることはできない。むしろ、管轄庁が直接通知することが直截かつ迅速と言える。しかしながら、申請及び届出を行う前から通知及び行政行為の発付に至るまで、全ての手続処理に統一機関が関わることは、それが手続の処理状況に関する概観（Überblick über den Stands des Verfahrens）を把握することができ、その結果、情報提供任務の遂行が可能になるというメリットが、学説により指摘されていることは注目すべきである。[37] なぜなら、仮にそのようなメリットを立法者が重視したのであれば、そのことは、統一機関に一本化された窓口としての役割のみでなく、手続の処理状況全般を把握する役割を期待していることの現れと言えるからである。

そして、そのような各管轄庁で処理されている手続に関する情報を統一機関が網羅的に把握するためには、統一機関と管轄庁間で協力関係を構築する必要がある。そのために、第七一ｄ条は、統一機関と管轄庁間の相互援助を定める。その際、それ

は、行政内部の規律事項であるから、行政規則によって規律することも考えられた。例えば統一機関と管轄庁の上級行政機関が共通する場合、当該上級行政機関が、行政規則により、これらの相互援助を義務付けることが可能である。しかし、統一機関によって主に処理されるサービス提供者のプロジェクト（Vorhaben）実施のための手続には、様々な行政主体及び行政レベルに属する行政庁が関与する。そのため、行政規則では足りず、一般的、継続的な相互援助義務について、法律で定めることが不可欠であったのである。[38]

それでは、そのような相互援助を実現するために、とりわけ管轄庁は、統一機関に対してどのような義務を負うか。

同条第二文は、「手続の状態（Verfahrensstand）」に関する必要的情報を統一機関に提供するよう管轄庁に義務づける。そこでいう手続の状態とは、「管轄庁に到達した（bei der zuständigen Behörde eingegangen）」、「作業中（in Bearbeitung）」、「その他の書類を必要とする（weitere Unterlagen angefordert）」、「最終決定が送付された（abschließende Entscheidung wurde versandt）」といった、手続の経過に関する一般的な情報である。[39] 他方、第七一ｄ条は、統一機関に書類閲覧権（Akteneinsichtsrecht）までは認めていないとされる。[40] したがって、統一機関が提供を求めることができる情報は、一般的なものであり、手続の細部についてまで把握する権限を第七一ｄ条から直ちに導くことはできない。

以上より、統一機関を通じた手続の処理に際して、行政手続法は、統一機関と管轄庁間の協力を予定しているものの、そのために統一機関が管轄庁に主張することができる権限は、統一機関を手続の調整役として見た場合には、なおも不十分であると思われる。もっとも、サービス指令は、統一担当者が管轄庁に主張できる具体的な権限の内容について定めを置いていないから、そのことのみを以て、指令の要請に違反するとは言えない。しかし、調整役としての機能を統一機関に期待する立場からは、他の管轄庁に対する統一機関の権限を強化する見解が主張されている。それについては、第四章で述べる。

２　統一機関による情報提供任務については、第七一ｃ条が定める。そして、情報提供任務については、サービス指令による要請との間に大きな違いが見られない。すなわち、統一機関は、他の行政庁が管轄を有する決定規定（maßgeblichen Vorschriften）の解釈ついて、独自に情報提供することはできず、関連規定の内容、管轄庁並びに公的登録簿及びデータバン

クへのアクセス（Zugang）、手続上の権利並びに申請人・届出人の活動の開始・遂行をサポートする組織（Einrichtungen）に関する情報を提供する義務を負う（同条第一項）。それは、一般的情報については、統一機関が独自に情報提供を行い、専門的判断を要する問題については、管轄庁が情報提供を行う段階関係（参照、第一章第二節第三款）を念頭に置くものである。なお、公的登録簿における「公的」とは、公衆が利用可能であることを意味する。例えば商業登録簿（Handerlsregister）や手工業目録（Handwerksrolle）が挙げられる[41]。また、「サポートする組織」の例としては、職業団体（berufsständische Kammer）が挙げられる[42]。

第二款：組織的観点

第一章第二節第四款で述べたように、統一担当者の組織形態ついて、サービス指令の要請は、主観的統一性を充足する、すなわちサービス提供者の視点から「統一的」と評価できる担当者の創設であった。そして、サービス指令は、具体的にどの機関に統一担当者の任務を委ねるかについては、そのような主観的統一性の充足を求める以外は構成国の裁量に委ねる。そこで以下では、ドイツの国家構造において、連邦、州、地方自治体、団体（Kammer）[43]及び民間（Private）のいずれに属する機関が、統一機関としての任務を担うことが法的に許容されるのかを検討することで、統一機関の組織形態をより具体的に浮き彫りにする。さらにサービス指令は、いずれか一つの機関に統一担当者の任務を専属させることを要請しない（参照、第一章第二節第四款）。すなわち、民間と行政機関との公私協働、州と地方自治体、地方自治体と団体といった公的機関同士の協働形態を選択することも構成国の自由である。したがって、そのような協働形態が、ドイツの国内法上許容されるかについても考察する。

一　連邦

連邦が、連邦の行政機関として統一機関を設置する際に、障害となるのは基本法第八三条である。基本法第八三条は、州による執行権の推定を定めた規定であり、「州は、この基本法が特別の定めをなし、又は特別の定めを許していない限りにおいて、その固有の事務として、連邦法律を執行する。」ことを規定する。

そして、基本法第八四条第一項第一文は、「州がその固有の事務として連邦法律を執行するときは、州は、行政庁の設置及

び行政手続について規律する。」と規定する。それにより、少なくとも行政庁の設置と行政手続の規律が、州の管轄権限に含まれることになる[44]。

したがって、結論としては、連邦の行政機関として統一機関を設置することは、通常許されないとされる[45]。

二　州

連邦と異なり、州の行政機関として統一機関を設置することは、基本法に抵触しない[46]。また、統一機関に関する手続を整備すること、統一機関を既存の手続に組み込むことも州の取扱事項である。そして、州の裁量はその全てについて、とりわけ統一機関の創設について、非常に広汎である。さらに州は、他の州に統一機関の任務を移すことも可能であるとされる[47]。

三　地方自治体

地方自治体の行政機関として統一機関を設置する際には、統一機関の任務が国家任務であり、地方自治体固有の任務ではないため[48]、連邦又は州が、統一機関の創設を地方自治体に要請することになる。もっとも、基本法第八四条第一項第七文及び第八五条第一項第二文によると、連邦法律を以て市町村及び市町村組合に任務を委譲することは禁止されるため、州による任務の委譲が予定されることになる。

そして、州による任務委譲に際して各州の憲法[49]は、地方自治を保障するために、概して次の三つの要件を定める。すなわち、①任務委譲は、法律又は法規命令によらなければならないこと、②費用の補填について条文が設けられなければならないこと（牽連性原則［Konnexitätsprinzip］）[50]、③任務委譲が地方自治体にとって過剰な負担となりうる場合、しかるべき財政上の補償が行われなければならないことという三つの要件である。他方で、財政補償を法律で規定し、それを実施すれば、いかなる任務委譲も正当化されるというわけではない。すなわち、任務委譲それ自体に次のような限界がある。

地方自治の保障を定める基本法第二八条第二項は、地方自治体の担当する任務が剥奪されることから地方自治体を保護するのみでなく、新たな任務による過重な負担が課せられることからも保護する。なぜなら、追加的に任務を委譲することは、自由意思による自治行政を保障するための人的、物的資源の減少を招くため、地方自治への干渉となりうるからである[51]。

そして、過剰な負担か否かの判断に際しては、州立法者に、自治行政の保障の核心領域を侵さない限度において広汎な裁量

が認められ、地方自治体の負う義務が、他の人的、財政的資源をもはや利用することができないという縛りにより、自らの責任において遂行する任務そのものの存在が危ぶまれる場合、そのような裁量を逸脱したものとみなされる。[52]

地方自治体は、一般に、郡（Kreis）及び郡に属さない都市（kreisfreie Städt）と郡に属する市町村（kreisangehörige Gemeinde）とに大きく二分される。そして、郡に属する市町村は、一般に、郡及び郡に属さない都市よりも小規模である。したがって、とりわけ人的、物的資源をわずかしか有さない小規模の市町村に対して統一機関の設置を強制することは、その自治行政を害する危険があり、郡に属する市町村の行政機関として統一機関を設置することは、原則として地方自治の保障（基本法第二八条第二項）に反し、許されない。[53]他方、郡及び郡に属さない都市の行政機関として、統一機関の設置を求めることは、法的に許される。[54]

四　団体（Kammer）

団体の例として、手工業者団体、商工会議所及び各種職能団体、例えば弁護士会、税理士会、技師団体（Ingenieurkammer）等が挙げられる。

連邦及び州の団体に関する法律は、特定された任務領域を各団体に与える。例えば商工会議所法（IHKG）第一条、第九〇条第一項、手工業者団体法（HwO）第九一条、バーデン＝ヴュルテンベルク建築士法（ArchitektenG BW）第十二条、ヘッセン技師団体法（Hess IngKammG）第二条第一項が挙げられる。もっとも、これらの任務は、もとより排他的に定式化されておらず（手工業者団体法第九一条第一項、バーデン＝ヴュルテンベルク建築士法第十二条第二項、ヘッセン技師団体法第二条第一項第八号）、明文上、法律及び法規命令を通じてさらなる任務を団体に割り当てる可能性を認める（商工会議所法第一条第四項、ヘッセン技師団体法第二条第一項第八号、第三項）。もっとも、その任務は、団体の本来の任務領域に性質上適合するものでなければならず、このことは、明文規定がない場合であっても記述されざる構成要素とみなされる。[55]

結論として、団体の業務との性質的な一致が統一機関の任務に認められる。なぜなら、手続の処理、許可及び団体名簿への登録に関する団体のこれまでの任務（手工業者団体法第六条以下、連邦弁護士法（BRAO）第六条以下、バーデン＝ヴュルテンベルク建築士法第三条以下、ヘッセン技師団体法第十六条以下）との性質的な類似性が確認され、情報提供任務についても、

これまで行われてきた団体による情報及び助言提供活動に匹敵するからである（商工会議所法第一条第一項、手工業者団体法第一条第九号、バーデン＝ヴュルテンベルク建築士法第十二条第二項第二号）[56]。

五　民間（Private）

統一機関の任務を民間に委ねる際には、行政主体と民間との契約の締結を伴う場合と伴わない場合が考えられる。そして、行政主体と民間との間で契約が締結される場合、いわゆる「公私協働（öffentlich-private Partnerschaft［ÖPP］）」の関係が形成される。それについては、後の「協働（Kooperation）」で述べるとして、ここではそのような契約の締結を伴わない場面を念頭に置く。

統一機関による公的任務の遂行を民間に委ねる場合においても、国家による保証責任は依然として残る[57]。したがって、国家は役務の質を保障するための措置を講じなければならない。そして、そのための措置として、統一機関としての適切な任務提供を保障することができる基準に事業者が合致することを、国が信任した私的組織に認証するように求める制度が挙げられる[58]。それは、「質の保障制度（Qualitätssicherungssystem）」と呼ばれる。そこで、そのような「質の保障制度」が、国家による保証責任を果たすために十分であるかが問題となる。

「質の保障制度」を運用する際には、統一機関として任務を適切に行いうるかについて評価することのできる基準が存在する必要がある。しかしながら、どのような基準が妥当であるかは、前以て想定できるものではなく、質の保障基準は、経験に裏付けられたものでなければならない。そのため、統一機関制度の導入後間もない時期においては、国家の保証責任を十分に果たすことができないとの懸念から、質の保障制度は法的に許されないとされる[59]。

六　協働（Kooperation）

協働は、公私協働（ÖPP）と「公公協働（öffentlich-öffentliche Partnerschaft）［ÖÖP］」[60]の二つの形態に分かれる。そして、両者はその主体の違いによって区別される[61]。すなわち、前者は行政主体と民間が、後者は異なる行政主体同士が共同作業を行う。

1　公私協働（ÖPP）

公私協働の利用には次のような法的制約がある[62]。

第一に、予算総則法（HGrG）第六条第二項が、経済性の原則[63]に適合しているかの調査を国に義務付ける。経済性の原則に適合しない場合、公私協働プロジェクトは許容されない[64]。

第二に、統一機関の任務が有償サービスである場合、原則として委託発注法（Vergaberecht）の適用がある。これにより、公告義務が課される[65]。

以上より、公私協働は選択肢の一つであるが、実体面として費用と利益の関係について入念な考察を行わなければならず、手続面では公告義務が課される。

2　公公協働（ÖÖP）

公公協働は、法律の根拠に基づく場合[66]と公法上の契約に基づく場合とに分かれる。

公法上の契約による場合には、行政手続法第五四条以下の規定が適用される[67]。また、いずれの場合も原則として委託発注法の適用があり、その結果、公告義務が課される[68]。公公協働には、個々の地方自治体内部での簡素な協働と州、地方自治体、団体といった異なる主体間で行われる協働がある。後者について、混合行政禁止原則[69]に違反しないかが問題となるが、統一機関は行政庁の決定権限には介入せず、共同して決定権限を行使することには繋がらないため、これに反しないとされる[70]。

七　各州の統一機関の組織形態

以上より、連邦の行政機関と郡に属する市町村の行政機関を統一機関として選定することは、原則、法的に許されない。また、質の保障制度を背景にして私的機関を選定することも、現時点では、国家の保証責任の観点から許されない。その他の類型については、いずれを選択することも法的に禁止されていない。

そして、各州の統一機関の主要な組織形態を見ると、統一機関に主として団体を選択した州が五州（バーデン＝ヴュルテンベルク州、バイエルン州、ハンブルク州、メクレンブルク＝フォーアポンメルン州及びテューリンゲン州）、地方自治体を選択した州が五州（ブレーメン州、ニーダーザクセン州、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ザールラント州及びシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州）、州を選択した州が六州（ベルリン州、ブランデンブルク州、ヘッセン州、ラインラント＝プファルツ州、ザクセン州及びザクセン＝アンハルト州）となっている[71]。

第三款：責任法上の（haftungsrechtlich）問題

一　責任法上の問題として、基本法第三四条及びドイツ民法第八三九条に基づく職務責任規定の適用の有無を検討する。すなわち、ドイツ民法第八三九条第一項は、「官吏が故意又は過失により、第三者に対して負っている職務義務に違反した場合、官吏はこれにより生じた損害を第三者に賠償しなければならない。」と規定する。そして、そのような職務責任規定の適用の有無をめぐっては、私人に統一機関の任務が託される場合が特に問題となる。

その際、主体が私人であることのみで「官吏」に当たらないとは理解されていない。すなわち、「官吏」は機能的意味で理解され、私人もこれに含まれうる。そして、指令及び法律に基づく統一機関の活動は、公法上の活動（öffentlich-rechtliche Handeln）に当たると評価されている[72]。もっとも、統一機関は決定権限を有さず、いわゆる「行政補助者（Verwaltungshelfer）」である。連邦通常裁判所は、行政補助者については、任務の高権的性質の強弱、行政が遂行する高権的任務との結びつき及び私人の裁量の広狭を総合的に考慮して「官吏」に該当するか否かを判定する[73]。そして、統一機関の任務、とりわけ手続と形式の処理は、その後の管轄庁における手続及び決定に直接結びつくものであり、さらに公私協働の場合には、契約により行政に指揮権限が認められることで私人の裁量は狭まっている。したがって、公私協働という形態の下では職務責任規定の適用が認められうる[74]。

他方、質の保障制度では、行政による契約上の指揮監督権が予定されておらず、私人に広い裁量が認められる。そのため、「官吏」にあたらず、職務責任規定が適用されない[75]。

二　次に、例えば統一機関の過失により書類の送付が遅延したために損害が発生したというような場合、いかなる組織が責任を負うかといった、責任の所在をめぐる問題がある。

連邦通常裁判所の採用する「委任説（Anvertrauenstheorie）[76]」によると、職務義務違反の元になった任務を委任した機関が責任を負う。それは、通常、雇用主たる法人（Anstellungskörperschaft）である[77]。したがって、統一機関が州の行政機関である場合は、州が責任を負う。他方、郡（Landkreis）には州の下級行政機関たる職員と郡の行政機関たる職員が存在し[78]、そのいずれが統一機関であるかにより結論が異なる。すなわち、前者の場合は州が、後者の場合は郡がそれぞれ責任を負うことになる。その際、統一機関の任務を国家任務として捉える、すなわち郡固有

の任務として捉えない場合であっても、郡の行政職員が統一機関であれば、郡が責任を負う。なぜなら、それにより、本来の雇用関係には何ら変動が生じないからである。[79]

その他の類型においても、職務責任規定の適用が肯定される場合には、責任の所在をめぐって同様の法理が妥当する。

（1）BGBl I v. 17.12.2008, S.2418.

（2）なお、「統一機関を通じた手続」という章題については、統一機関が、単に仲介役としてのみ機能するという誤解を招く表現であるとの指摘がある（Alexander Windoffer, Zur verwaltungsverfahrensrechtlichen Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie, DÖV 2008, S.798.）。

（3）なお、連邦行政手続法の改正は第七一ａ－ｅ条にとどまらない。すなわち、第一四条第五項、第六項及び第四一条第二項の改正、第六九条第三項の修正並びに第二五条第二項及び第四二ａ条の追加がなされた。とりわけ、第四二ａ条は許可擬制（Genehmigungsfiktion）に関する定めであり、サービス指令第一三条第四項の国内法化に対応する規定である。許可擬制とは、申請を受けてから確定期間内に何らの決定もなされない場合、申請の内容が十分に特定されていれば、許可がなされたものとみなすとする制度である。そして、第四二ａ条は、第七一ａ－ｅ条と同様、法令により命じられた場合にその適用がある。許可擬制の詳しい内容については、Vgl., BT-Drucks. 16/10493, S.15f.

（4）行政手続法制定前のドイツの行政手続法制の特色は、これに関する実定法の形式及び内容にわたる統一性の欠如であった。そして、手続規定の分散から生じる弊害を除去すべく、手続規定を統一して、行政手続制度を整備しようとする要求が出現したのである（海老沢俊郎『行政手続法の研究』（成文堂、一九九二年）三九頁）。なお、手続規定の分散により生じる弊害として、例えば以下のことが挙げられる（参照、同一七頁以下）。第一に、行政官が、散乱した手続規定を手間をかけて参照し、対照することを余儀なくされ、行政処分をなすまで無用に時間を浪費することである。第二に、事物の領域ごとに様々な手続規定を遵守しなければならないことにより、行政機関相互の調整が困難になることである。第三に、個人にとって、不統一な手続規定に通暁することがほとんど不可能であり、規定内容の不明確さから手続規定の解釈・運用が不安定なものになり、個人から行政活動に対する予測可能性を奪うことである。

（5）連邦議会議事録では次のことが指摘されている。「サービス指令に基づく行政手続法上の要請を個別法

(Fachrecht) で一つ一つ規定することには、著しいデメリットがある。一方で、何倍も大きな規定を消費する (Regelungsaufwand) だろう。他方で、指令の準則が不統一に国内法化され、少なくとも関係法領域で、細部において相互に矛盾する規定が多数生じるだろう。手続法は不必要に分裂し、法を適用する者 (Rechtsanwender) にとって見通しがつかなくなる。」(BT-Drucks. 16/10493, S2)。

(6) なお、バーデン＝ヴュルテンベルク州、バイエルン州、ベルリン州、メクレンブルク＝フォーアポンメルン州、ニーダーザクセン州、ラインラント＝プファルツ州、ザールラント州、ザクセン＝アンハルト州、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州及びテューリンゲン州では、統一機関に関して、一括改正法の内容を補足、具体化するための規定が定められている (Utz Schliesky/Anne Neidert/Sönke Ernst Schulz, Bewertung der Richtlinieumsetzung in Deutschland—Der Einheitliche Ansprechpartner im Verfahrens- und Organisationsrecht, in: Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung: Teil3, 2010, S.275ff.)。

(7) BT-Drucks. 16/10493, S.12.

(8) 旧Ⅰａ章の内容については、山田洋「行政手続促進論の展開―ドイツ行政手続法の改正をめぐって―」東洋法学四一巻一号（一九九七年）三三頁以下を参照。

(9) BT-Drucks. 16/10493, S15.

(10) これに何が含まれるかについては、厳密には必ずしも明らかではないが、おそらく各種の事業についての営業許可手続などが想定されているものと考えられている(山田・前掲註（8）三三頁)。適用範囲が不明確であることについて、Heinz Joachim Bonk, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S.327.

(11) 例えば旧七一ｃ条の主要な内容は、第二五条第二項へ移行した。もっとも、従前と異なりSoll規定に分類されたことで、当該手続の実施について行政庁に一定の裁量が認められることが明らかにされている (BT-Drucks16/10493, S.15.)。

(12) BT-Drucks. 13/3995, S.2.

(13) これは、「シグナル効果 (Signalwirkung)」と表現される (BT-Drucks. 13/3995, S.2.)。

(14) BT-Drucks. 16/10493, S.17.

(15) 例えば許可擬制に関する第四二ａ条は、サービス指令第一三条第四項の国内法化に寄与する (BT-Drucks16/10493, S.15.)。そのため、例えば「サービス指令の国内法化」と称した章を設け、許可擬制と統一機

関を通じた手続に関する規定を併せて規定する選択肢も採り得たところであった。

（16）Jan Ziekow, Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahrensrecht, WiVerw 2008, S.180.

（17）このような不平等の是正は、法的な要請ではなく、経済的な合理性の確保という視点から導かれるものである（Dieter Beck, Alexander Windoffer, in: Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.), Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2008, S.167.）。

（18）Empfehlung des Beirates Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern zur Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahrensrecht, NVwZ 2008, S.641.

（19）連邦議会議事録は、「〝統一機関を通じた手続〟という名称は、サービス指令の適用領域及びそこで使用される〝統一担当者〟という概念に限定されることなく通用する一般手続（allgemeines Verfahren）が問題になることを明らかにする。」と説明する（BT-Drucks. 16/10493, S.17）。

（20）Ziekow, a.a.O (Fn.16), S.181.

（21）BT-Drucks. 16/10493, S.17.

（22）Isabel Caralp, Die Auswirkungen von One-Stop-Government und von Netzwerkstrukturen auf das Allgemeine Verwaltungsrecht: Eine Untersuchung am Beispiel der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie, 2012, S.29ff.

（23）Vgl., Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2011, § 19 Rn2.

（24）Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2013, § 71a Rn4.

（25）Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn.24), § 71a Rn.3.

（26）BT-Drucks. 16/10493, S.18. 他方、フック（Winfried Huck）は、行政手続法第一〇条第二文及び第七一d条から統一機関による限定的な審査義務を導く（Huck, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2010, 71b Rn5.）。

（27）Schliesky/Neidert/Schulz, a.a.O (Fn.6), S.271 ; Vgl., Schliesky, in: Hans Joachim Knack/Hans Günter Henneke (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2014, § 71b Rn9.

（28）Neidert, Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner, 2011, S.152.

（29）Isabel, a.a.O (Fn.22), S.67.

（30）Vgl., Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn.24), § 31 Rn20.

（31）国内法化以前に、既にネッセルドレーアー（Andrea Nesseldreher）は、次のように述べていた。曰く「指令

草案は、〝顧客（Kunden）〟としてのサービス提供者の視点（Perspektive）に厳格に基づいて解釈される。このような準則の意味によると、サービス提供者に、期間に関して確かな法的安定性を獲得させる規定を創設することが、より一貫しているだろう。このことは、例えば期間を守らなければならない書類が、統一担当者に到達した三日後に管轄庁に到達することを擬制するといった到達擬制（Zugangsfiktion）が生じる形で、到達擬制により達成される。」と（Andrea Nesseldreher, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.154）。

（32）なお、三日という期間は、郵便局における通常の処理期間に一致させたものとされる（Vgl., Nesseldreher, in: Ziekow/Windoffer, a.a.O (Fn.17), S.154）。もっとも、統一機関が電子送付する場合にも、三日という猶予期間は排除されない（BT-Drucks. 16/10493, S.19.）。

（33）Isabel. a.a.O (Fn.22), S.67.; Vgl., Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn.27), § 71b Rn13a.

（34）BT-Drucks. 16/10493, S.19.

（35）BT-Drucks. 16/10493, S.19.

（36）Ziekow, a.a.O (Fn.16), S.184.

（37）Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn.24), § 71b Rn17.

（38）Vgl., Isabel. a.a.O (Fn.22), S.94f. なお、連邦行政手続法は、行政庁間の職務援助義務規定（第四条、五条）を既に設けているが、当該法律規定のみでは不十分であった。なぜなら、統一機関と管轄庁間の相互援助義務は、時に各行政庁の固有の任務に及ぶ場合もあり、その場合、連邦行政手続法第四条第二項第二号の要件を満たさず、職務援助義務規定の適用がないからである。また、典型的、継続的に援助を要請することは、一般職務援助義務の要請を超えるものとされる（参照; 第五条）（BT-Drucks. 16/10493, S.20）。

（39）データ保護の観点から、統一機関が取得することのできる情報は、一般的情報にとどまっている（Schliesky, in: Knack/Henneke (Hrsg.), a.a.O (Fn.27), § 71d Rn3.）。

（40）カラルプ（Isabel Caralp）は次のように言う。曰く「（第七一d条―筆者注）第二文に基づく情報提供義務から、統一機関による書類閲覧権は導かれない。行政手続法第二九条第一項によると、行政手続の関与者のみが閲覧権を有する。関与者が誰であるかは、同じく行政手続法第一三条が規定する。統一機関は、そこで挙げられる人物（Personen）には該当しない。そのため、統一機関には、目的に適すると判断した方法で当該情報を統一機関に伝える管轄庁に、問い合わせるという可能性が残るに過ぎない。これは、データ保護の法的要件にも適合する。それによると、個人データ（personenbezogene Daten）は、送付又は受領する機関による任務遂行のために必要があ

る場合にのみ、送付することができる（連邦データ保護法第一五条）。他方、部門行政庁（Fachbehörde）における書類を見落としなく閲覧することは、情報提供（手続の状態に関する情報提供）という目的のために必要ではない。そのため、統一機関は、例えば〝申請が…に到達した〟といった手続の状態又は処理の進捗に関する一般的情報の請求権のみを有する。申請人が、より踏み込んだ情報の獲得を望む場合、申請人自ら、部門行政庁で書類閲覧を受けなければならない。」と（Isabel, a.a.O (Fn.22), S.92.）。

（41）Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn.24), § 71c Rn6.

（42）Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn.24), § 71c Rn7.

（43）例えば団体（Kammer）の代表例である商工会議所は、日本とは異なり公法上の社団（Körperschaft des öffentlichen Rechts）に分類され、日本でいうところの公共組合にあたる（薄井一成「ドイツ商工会議所と自治行政―公共組合の法理論―」一橋法学第二巻第二号（二〇〇三年）四九九頁）。

（44）Nesseldreher, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.66f.

（45）連邦の行政機関として統一機関を創設することの法的許容性に関する、より詳細な考察について、Vgl., Nesseldreher, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S65ff.

（46）基本法第三〇条は、「国家の権能の行使及び国家の任務遂行は、この基本法が特別の定めをせず、又は許していない限度において、州のなすべき事項である。」と規定し、原則として、州に管轄があることを明らかにする。

（47）Nesseldreher, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.84.

（48）Nesseldreher, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.97.

（49）参照、バーデン＝ヴュルテンベルク州憲法第九七条第三項、ラインラント＝プファルツ州憲法第四九条第四項、第五項、ザクセン州憲法第八五条第一項、二項、第八七条第一項、三項、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州憲法第四六条第四項、第四九条第二項。

（50）サービス指令の国内法化がもたらす牽連性原則との関係における問題について、Vgl., Jan Ziekow, Die verfahrensrechtliche Umsetzung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie und das landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip, LKV 2009, S.385.

（51）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.97.

（52）Vgl., VerfGH RP, Urt. v. 16. 3. 2001 DÖV2001, S.602.

（53）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17),

S.100.

(54) Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.98.

(55) Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.106.

(56) Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.106f.

(57) Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.127.

(58) Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.125f.

(59) Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.129f.

(60) Thorsten Siegel, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.120.

(61) Ziekow/Axel Piesker/Marco Salm/Corina Sicko, Evaluierung der einheitlichen Ansprechpartner nach EU-Dienstleistungsrichtlinie in Baden-Württemberg, 2012, S.31.

(62) Siegel, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.114ff.

(63) 経済性の原則については、石森久広『財政民主主義と経済性―ドイツ公法学の示唆と日本国憲法』（有信堂、二〇一一年）一一七頁以下を参照。

(64) Siegel, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.114f.

(65) Siegel, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.115. なお、公私協働にあっては、詳細な事前公告を行うことができないとの問題がある。「すなわち、公私協働が、本来、民間事業者のノウハウと創意工夫を活用することを目的とするものであるならば、発注機関が「発注の対象や条件」を予め詳細に決定し、これを公告することは、適切でない。なぜなら、それは、民間事業者が創意工夫を発揮し、革新的な問題解決策を形成する途を塞ぎかねないからである。」（岸本太樹「公私協働促進法の制定とドイツ協働契約論の新展開（一）―競争的対話（Wettbewerblicher Dialog）の導入を中心に」自治研究第八六巻第三号（二〇一〇年）九三頁）。

(66) 例えばバイエルン州の「地方自治体の共同作業に関する法律（KommZG）」（BayGVBl 1994, S.555.）が挙げられる。

(67) Siegel, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.122.

(68) Siegel, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.17), S.122ff.

(69) 混合行政禁止原則とそれをめぐる連邦憲法裁判所の判

決の変遷について、白藤博行「行政主体間の混合行政禁止原則と自己責任原則―最近のドイツの制度保障論ＡＲＧＥ判決を素材として―」紙野健二＝白藤博行＝本田滝夫『行政法の原理と展開―室井力先生追悼論文集』（法律文化社、二〇一二年）七八頁以下を参照。

（70）Sönke Ernst Schulz, Kooperationsmodelle zur Umsetzung des Einheitlichen Ansprechpartners als unzulässige Mischverwaltung?, DÖV 2008, S.1034.

（71）Kopp/Ramsauer, a.a.O (Fn24), § 71a Rn12bff.

（72）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.138f.

（73）BGH, Urt. v. 21. 1. 1993 (BGHZ 121, 161); Maurer, a.a.O (Fn.23), § 26 Rn13. なお、行政補助者と異なり、行政権限を自己の名で行使する権限を認められた私人を Beliehene と呼び、Beliehene が委任された公務を執行している場合、職務責任規定の適用があると解されている（松塚晋輔「ドイツの職務責任規定における『官吏』の概念（一）」久留米大学法学第三七号（二〇〇〇年）六五頁）。

（74）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.141f.

（75）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.142.

（76）連邦通常裁判所は次のように述べる。曰く「しかしながら、部（Senat）は長い間―そしてその点については ライヒ裁判所（Reichsgericht）と完全に一致して―官吏の職務義務違反に責任を負う法人に関する問題に、次のように応答してきた。すなわち、それを遂行する際に瑕疵を以て行われた職務を誰が、職務主体に委託したか、言い換えれば、それを遂行する際に職務義務違反が現れた任務を誰が、職務主体に委譲したか。」と（BGH, Urt. v. 12. 2. 1970 (BGHZ 53, 218f.)）。Vgl., BGH, Urt. v. 21. 4. 1983 (BGHZ 87, 204f.); BGH, Urt. v. 15. 1. 1987 (BGHZ 99, 330f.); BGH, Urt. v. 29. 11. 1990 (BGHZ 113, 75.).

（77）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.139.

（78）森川洋「ドイツにおける郡の現状と改革計画」経済地理学年報第五三巻（二〇〇七年）一二〇頁以下。

（79）Windoffer, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg), a.a.O (Fn.17), S.140 ; Vgl., BGH, Urt. v. 21. 4. 1983 (BGHZ87, 205f.); BGH, Urt. v. 15. 1. 1987 (BGHZ99, 331f.).

【筆者付記】

筆者は、平成二七年一月に北海道大学法学研究科に修士論文を提出し、同年三月に修士号を授与された。本稿は、この修士論文に若干の加筆、修正を加えたものである。

雑　報

北海道大学法学会記事

一．北大のグローバル教育化の動きの一環で、いわゆる「トップコラボ事業」（海外のトップランナーの招聘事業）が全学的に進行していて、法学部・法学研究科では、特に補償問題に焦点を当てて、事業を進めているが、今回の企画はその第四弾である。今回お迎えしたヤマモト教授は、その代表格の論客であり、とくに日系アメリカ人の収容問題及びハワイ原住民の補償問題の第一人者である。そして近時は、東アジアの補償問題、例えば、アイヌ民族問題、慰安婦問題、済州島の悲劇について分析する論文を書かれている（Eric Yamamoto & Ashley Obrey, *Reframing Redress: A "Social Healing Through Justice" Approach to United States-Native Hawaiian and Japan-Ainu Reconciliation Initiatives*, 16 Asian Am. L.J. 5 (2009); do. & Sara Lee, *Korean "Comfort Women" Redress 2012 Through the Lens of U.S. Civil and Human Rights Reparatory Justice Experiences*, 11 J. Korean L. 123 (2012); do. & Miyoko Pettit and Sara Lee, *Unfinished Business: A Joint South Korea and United States Jeju 4.3 Tragedy Task Force to Further Implement Recommendations and Foster Comprehensive and Enduring Social Healing Through Justice*, 15 Asian-Pacific L. & Pol'y J. 2 (2014)）ことも注目すべきであろう。

○二〇一五年一〇月一六日　午後三時から

「正義による社会的癒し――歴史的不正義による傷の癒しについてのアメリカ合衆国の協同的責任」（Social Responsibility Through Justice: The U.S. Collaborative Responsibility for Healing the Wounds of Historic Injustice）

報告者　エリック・ヤマモト氏

（ハワイ大学ロースクール・F・コレマツ特別教授）

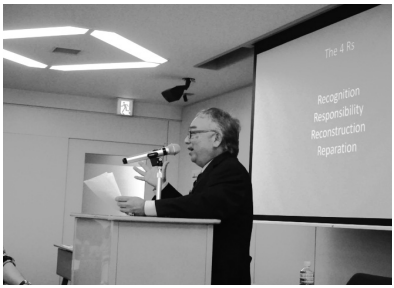
参考文献　Interracial Justice: Conflict & Reconciliation in Post-Civil Rights America (NYU Press, 1999); Race, Rights and Reparation: Law and the Japanese American Internment (2nd. ed.) (Wolters Kluwer, 2013)

出席者　五〇名

二．ヤマモト教授のレクチャーでは、関係和解ないし「正義による社会的癒し」のプロセスに関する教授の長年の持論である「四つのR」、つまり、第一に、「承認」（Recognition）（歴史的不正義の事実の承認）、第二に、「責任」（Responsibility）（不正義に事実に関わる責任の認識）、第三に、「再構築」（Reconstruction）（加害・被害者の相互の関係の再構築）、そして第四に、「補償」（Reparation）（誠実な謝罪、補償、記念碑・記念館の建設など）の順序でなされていくという理論枠組みがまず示されて、この枠組みで、三つの重要問題である（a）「日系アメリカ人の収容問題」、（b）「ハワイ原住民問題」、（c）「済州島の悲劇」に分析し、その各々の社会的癒し状況について、（a）は「明るく」、（b）は「灰色」で、（c）は「暗い」と評価された。

その事情説明として、第一の場合である「日系アメリカ人収容問題」は、一九四二年二月の「行政命令九〇六六号」により、一二万人もの日系アメリカ人が収容された事件であるが、F・コレマツ氏などは、収容を拒否して有罪となり、これは憲法上の平等保護、デュープロセス条項に反して意見だと争ったが、一九四四年の連邦最高裁判決（Korematsu v. U.S, 323 U.S. 214 (1944)）は合憲だとしていた。軍事上の必要性から大量収容は正当化されたのである。しかしその際には、デウィット軍事長官は、人種差別的な信条を持っていて、日系アメリカ人は、敵性民族（enemy race）として内在的に不忠誠との人種的なステレオタイプ化をし、実は不忠誠行為等しておらず、軍事的必要性はなかった旨の証拠を隠滅していたのである。しかし戦後時代が下り、この問題についての真実・和解委員会が発足し、その調査により、「軍事的必要性」がないことを政府上層部は知りつつも、アメリカ社会の白人の恐怖を鎮めるために、「軍事的必要性」に関する故意の偽りがなされたことが明らかとなった。これを前





北大での講演

提として、一九八三年にコレマツ氏の第二次訴訟（自己誤審令状（writ of coram nobis）による訴訟）が提起され、ここに若きヤマモト教授（当時弁護士）も加わり、翌八四年には、勝訴し、同氏の有罪の無効化がなされ、日系米人全員について正当化が図られた。そしてそれを機縁に一九八八年の民事責任法が導かれ、当時のレーガン大統領はこれに署名し、これによって、過去の不正義は明記されて承認され、それによる傷の癒しがなされた。当時冷戦終焉のために、アメリカ合衆国は民主主義の正統性を確保する必要もあり、このような補償・関係和解行為により、国際的支持も得られたのである。

第二は、「ハワイ原住民問題」だが、一八九三年にハワイ王国は、アメリカ本土からの侵略を受けて転覆され（その理由として、プランテーション化、無関税の砂糖市場追求及び軍事コントロールである）、一八九八年マッキンリー大統領時にアメリカ合衆国に併合されたが、その際には、政治家やメディアは、ハワイ人を未開・野蛮だと性格づけて、ハワイ原住民からの土地の奪取、ハワイ文化の抑圧、家族の強制移住などの不正義を行った。しかしその一世紀後の一九九三年に連邦議会は謝罪決議を行い、クリントン大統領は関係和解に向けて乗り出し、二〇〇〇年の報告書では、民族自決権、道義的責任（補償）、土地返還・回復が謳われ、具体的には、カホーラウェ島（マウイ島の南西部の島）の信託的返還、ハワイ原住民の医療・教育・住宅プログラム支援、自己統治立法が説かれた。これを受けたアカカ法案が出されたが、ブッシュ大統領になり、人種基底的な白人差別だとして、関係和解の動きは後退・中断している（オバマ大統領は、これに対して法案に当初好意的だったが、事態は好転せず、二〇〇〇年の判決では、逆向きの原住民にとって後ろ向きの判断をする）。その意味で状況は「灰色」というわけである。

第三は、「済州島の悲劇」だが、ここでは、「赤の島」との誤った前提の下に公式数字で三万人もの島民が殺され（それは全体の五分の一）、半分以上もの村が破壊された。これについては、数十年を経た二〇〇〇年に特別法が制定されて、真実・和解委員会が発足し、二〇〇三年には報告書が作成され、社会的癒しは始まっているが、まだ不完全である。課題は、犠牲者の得的、済州島民と軍隊との関係の再構築の欠如、経済的賠償の欠如、恨の継続、アメリカの責任に関する議論の欠如であり、アメリカの責任の将来的展開はこれからということで、まだまだ「暗い」状況なのだとされた。

三．教授の補償論（正義による社会的癒し）の根拠付けとして、グローバルな安全、責任ある経済発展という国際秩序形成において重要な民主主義の道徳的権威の基礎として、各国の人権との関わりが問われ、「補償上の正義」（reparative justice）が不可欠のものとなるとされる。その後吉田は、副報告として、『日本の補償法学者が済州島の関係和解を見る――ヤマモト教授の講義を受けて』と題する発表を行った。その内容は、ヤマモト教授の報告を補強する説明を行うほか、質問ないし課題として挙げたのは、補償ないし関係和解の進捗度の相違は様々な原因から説明できる（例えば、ホロコーストの補償の進展は、ユダヤ民族のアメリカ社会における影響力の大きさからである）が、うまく行かない場合（例えば、わが国における慰安婦問題）にどのように課題に対処したらよいか、その将来的な指針・見取り図に関することであった。

ヤマモト教授の刺激的な講演を受けて、北大の側からの議論も活発になされて、例えば、会沢教授や尾崎教授の質問も吉田の質問と触れ合うものだった。これに対する、ヤマモト教授の回答は、この人権問題に関する教育の充実と、関係和解進展のための政治的組織化ないし動員力も重要とされた。つまり、まずは幅広い学際的研究により、理論的レベルでの補償（社会的癒し）の道義的原理を確立させ、続いてそれをどのように手堅く政治的行為につなげていくかが勝負だとされた。その他先住民族問題に詳しい丸山博名誉教授（室蘭工業大学）は、アイヌ民族とハワイ原住民族とを比較して、どうして関係和解の状況が異なるのかについて議論された。さらにこの研究会には、済州国立大学からの学生参加があり、彼ら（彼女ら）からは、済州島の悲劇についての補償の進捗状況は、決して望ましいものではなく、その歴史的不正義の事実の理解度は、未だ広がっていないとの事情説明もなされた（オ・ユジンさんの発言）。講師のヤマモト教授は、こうした活発な議論に大変感銘を受けられたようである。

四．さらに同教授とは、翌一〇月一七日の六時半から二時間にわたり、『アイヌ民族との懇談会――アイヌ民族の権利回復に向けて』なる会合が持たれた（於、札幌市民ホール）（参加者四〇名）。これはヤマモト教授が二〇〇八年来札の折にアイヌ民族補償に関する講演を行ったが、その後のアイヌ民族政策の展開ないしそれに対するアイヌ民族当事者の生の声を聞き取りたいとの要望に基づくものでもあった。

その第一部として、「アメリカ補償法学からのメッセージ」

として、吉田からヤマモト教授の補償法学の紹介、そしてそこで示された4Rないし関係和解のプロセスの枠組みに即してみると、アイヌ民族問題の課題はどのようなことになるかという分析を行った。次に第二部として、「アイヌ民族政策に関する意見交流会」ということになり、アイヌ民族の側からの政策要望、現状に対する不満、その克服に向けての計画を巡る議論となった。発言者の順で記すと以下の如くである。

すなわち、(一)小川早苗さんは、文化振興法ができたけれども、アイヌ民族の貧困問題は悪化しており、就職の機会も改善しない。そういうアイヌ民族の不利益については、なかなか発言できない。アイヌ民族の団結力が低下しているとされ、(二)また多原良子さんは、ハワイ原住民族の医療・教育支援がどのように具体的に展開されているかを知りたいとされ、他方でアイヌ民族の文化振興の場面でも、国による足かせがあり、元来のアイヌ民族の文化ではないと指摘された。以上に対しては、ヤマモト教授は、ハワイ原住民族について、一九九三年から進められている関係和解は、単に文化保存を超えて、自己統治(民族自決の人権)の原理により、土地・資源・経済についてのコントロールが求められて、ひいては、ハワイ原住民族にとっての経済的正義が追求されているとされ、原住民の女性も民族の自己決定権を求める重要な主体であるとされた。

さらに、(三)小川隆吉エカシ(滝澤正さん代読)からは、日本の先住民族政策(アイヌ民族政策)は、文化中心で行くべきであり、他国をモデルとすべきではないと、有識者報告書を書いた常本教授(北大先住民センター所長)は言うけれども、賛成できない。これについてどう考えたらよいのか。北大の教員による盗掘は、北海道のみならず、樺太や千島に及んでおり、アイヌ民族のそれにとどまらない。この返還問題は国際的課題と考えるがどう思われるかという質問が出された。また(四)清水裕二エカシからは、





アイヌ民族との交流会

北海道アイヌ協会の意思決定は、本当にアイヌ民族の気持ちを汲んでいるのか疑問があり、さらに、マオリ民族に見られるような主権に基づく抵抗がない。常本教授の言う、日本型先住民政策や遺骨返還訴訟におけるアイヌコタンがないから返還に応じないとの主張には賛成できない。これらについてどう考えたらよいのかと言うものだった。これについては、ヤマモト教授は、ハワイ原住民族とアイヌ民族とは異なるところがあるが、共通に語れるところも多く（例えば、土地、水などの資源、教育、医療、埋葬遺骨返還などに関する民族の自己決定の人権がそれである）、この点では小川エカシの指摘のとおりだとされ、また、民族の自己統治の組織体を裾野広く分極的に原住民から選挙で選ぶというのが、ハワイ原住民族での扱いであり、これをモデルにして、アイヌ民族の組織強化が図れないかとされた。

その上で、原住民族の正義のための戦いは、長期的な思慮を要するものであり、補償の原理ないし組織原理を固めることが重要で、他方で、他の組織体（例えば、ハワイ原住民族の場合には、日系米人、アメリカ原住民（インディアン）、人権団体など）からの支援が不可欠である。自分も、アイヌ民族の将来的課題解決のために、国際的協力のためにこうして北海道に来ているのであり、今後とも国際的連携のために尽力したいとの感銘を与える言葉で締めくくられた。ヤマモト教授によれば、この会合は、「先住民族の生の言葉による訴えには、緊迫感があり、大変密度が濃いものだった」と評されたが、そこに居合わせたすべての者に国際的支援のエネルギーと感動を与える、近年にない印象深い集会だったように私には思われた。体調が優れない中、トップコラボ企画の代表者として北大に来て下さったヤマモト教授の御好意に深甚の謝意を表する次第である。北大での講演会はすべて討論も含めて英語で進行したが、アイヌ民族との会合では、英訳は北大メディアコミュニケーション研究学院のJ・ゲーマン教授の尽力によった。記してお礼申し上げる。

（文責　吉田邦彦）

雑　報

北海道大学法学会記事

○二〇一五年一一月二四日（火）　午前一〇時より

報告テーマ「ヨーロッパ及びアメリカ合衆国の難民・庇護の法政策の近時の展開――補償、市民権（公民権）及び正義の領域との関係で」（"Recent Developments in European and American Refugee and Asylum Law and Policy: Related to Reparations, Citizenship, and Spheres of Justice"）

報告者　D・エイブラハム教授（マイアミ大学ロースクール）（現在ベルリン・社会科学研究センター）（Wissenschafts Zentrum Berlin (WZB) (in English, Berlin Social Science Research Center)）

＊参考文献：David Abraham, *Law and Migration: Many Constants, Few Changes*, in: Migration Theory: Talking across Disciplines (3rd ed.) (Routledge, 2015); do., *Immigrant Integration and Social Solidarity in a Time of Crisis: Europe and the United States in a Postwelfare State*, 1 (2) Critical Historical Studies 216 (2014)

出席者　一〇名

一．トップコラボ研究会の第五弾で、報告者は、アメリカ移民法の代表的論客エイブラハム教授（移民法は、アメリカ法学では近時もっとも注目度が高い分野であるが、多くの研究者は実務志向の細かな論点を扱うのに対して、同教授は、それを踏まえて、理論化する数少ない貴重な論者である）であり、しかも、元々ドイツ史（とくに、ワイマール共和国のそれ）について、プリンストン大学で講じていたこともあり、アメリカの法学者の中でも、歴史学、政治理論、社会理論、哲学などとの学際的分析ができる傑出した論客である。

これまでの同研究会の演者としては、補償法学の専門家を招聘してきたが、何故移民ないし民族移動問題や市民権（公民権）の専門家である今回の論客と補償法が繋がるのかを説明するとこうである。すなわち、補償の目的は、関係和解にあり、民族抗争となった事後的処理として、負の連鎖（復讐行為の応酬）を避けて、それを転換させて、どのように関係を正常なものに

巻き戻していくかが、その究極目的であり、関係当事者間の「修復的正義」（restorative justice）とも言われて、多文化社会化が進む移民を巡る民族対立・抗争ないし移民包摂（包有）に関わる移民法学・市民権（公民権）法学及びそこにおける鍵の概念となる「統合」（integration）プロセスとも連続的である。

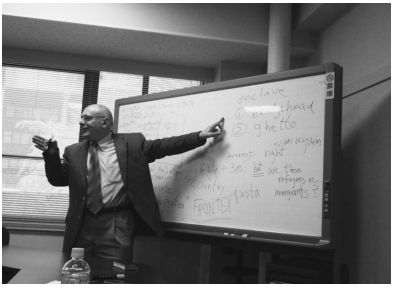
また、「補償」（reparations）でなされることは、――第三弾における演者のトーピー教授（二〇一五年六～七月）の類型学が示すように――「象徴的補償」（日系米人の収容問題や慰安婦問題のそれなど）と「経済的補償」（黒人（アフリカ系アメリカ人）やアイヌ民族補償、ポスト・アパルトヘイトの補償など）との分類における後者では、所得再分配（income redistribution; redistributive system）の制度的・構造的問題を扱うが、移民問題においても、関係各国の「福祉国家（welfare state）制度」（それは所得再配分の制度である）のあり方の帰趨の検討と密接不可分であると考えるのが、エイブラハム分析のポイントであり、こう考えると、補償と移民問題、また公民権（citizenship）問題とは、相互交錯する密接課題であることがわかる。

二　エイブラハム報告では、移民問題においては、①一見移民法研究者の大方がサポートするのは、移民者を巡る国際人権法（国際人道法）上の配慮から、《できるだけ寛大に移民者を受け入れる方向性》と②関係諸国の福祉国家的配慮、すなわち、所得再配分の配慮から、《市民権（公民権）の構成員をある程度限界を設けざるを得ない――だから移民をある程度制約して排他的政策も不可避だという方向性》とが矛盾・相克しているという理論的示唆（いわば、「移民法におけるパラドックス」）を、移民法上の根幹の課題として指摘する。そして、アメリカでは、前者が強調されて、他方で後者の側面が弱く（「入り口が広く、奥行きがあまりない」）、アメリカを福祉国家と位置づけない論客も少なくない。他方で、ヨーロッパ、とくにドイツなどでは、後者の側面が強く、市民権（公民権）の排他主義的性格が浮き出たりする（「奥行きが深い分、入り口は概して狭い」）。それゆえに、長年のトルコからの外国人労働者の格差・差別問題があり、近時のシリア難民問題は深刻なドイツ福祉国家の構造変革を迫るものがある。いずれにせよ、国境問題は閑却できないと言えて、その内国人は、憲法上の平等主義的要請があっても、対外的に外国人との関係では統治権の行使として、差別的待遇は否定できないというディレンマが残る。一見人道法上保守的な帰結だが、それは進歩的な福祉国家的配慮と不可分のもので

あるわけである。

以上を踏まえて、シリア難民などに代表される大規模な移民・難民・庇護、民族移動問題にどう対処すべきかが、当面の課題とされた。グローバル化の帰結としての移民の受容ゆえに、関係当事国の福祉国家性は薄められざるを得ないのか、他方で、新自由主義の台頭や再分配予算の制約という課題にどう答えたらよいのか、について議論された。

他方で、民主主義理論との関係を問題とされた。第一に、従来の伝統的な世俗的・普遍主義的なリベラリズムはしばしば国家単位での統合を目指した（例えば、ロールズの正義論、ハーバーマスの「憲法的忠誠主義（Verfassungspatriotismus）」（憲法愛国主義と訳するのは誤訳であろう）などの中立的・世俗的〔宗教との分離〕な手続き的議論）。しかしこれに対して第二に、「多文化主義」（multiculturalism）ないし「承認・差異の政治」（politics of recognition; politics of difference）の論者からの批判がなされた（例えば、Ch. テイラー、W・キムリッカなど）。しかしヨーロッパ諸国におけるイスラム移民との関係の悪化に端的に見られるように、多文化集団の分裂の悩ましい状況の克服が余儀なくされている。そこで第三に、エイブラハム教授などが説くのは「統合主義」（integrationism）であり、その際に、言語教育や公民教育・人権教育、政治的参加、文化的融合などが問題とされる。もっともこうした理論展開で、うまく現代の移民・難民の危機的状況を凌げるかについては、結論は示されなかった。





北大法学研究科での講義風景（2015年11月24日北大法学研究科センター会議室）

三．質疑では、第三段階の「統合」の問題は、第一段階の「リベラリズム」の伝統的理論と、普遍主義の面で接近することにならないかという質問を吉田が出してみたが、第二段階の「多文化主義」を経由しているかどうかで、やはり異なると返事された。その他、第一段階の手続主義的理論の意味についても、ゲイマン教授から確認的質問が出されたが、これについては、

実は実体的・手続的の区分は、それほど截然としていないとのことであった。

ところで、エイブラハム教授と吉田は、その後、韓国に移動し、ソウル大での北大とのジョイント・シンポの一環で催された、一一月二六日午前には、同大学社会学部の韓相震（ハンサンチン）名誉教授が主催する「リベラリズムをどう考えるか」とのラウンドテーブル・シンポにも参加した。そこでも先ほどの理論的展開が論じられたが、吉田は、アジア諸国においては、――特にわが国の場合――同質主義的な国家主義の色彩も強く、本当の意味でのリベラリズムも根付いていないことにも鑑みると、やはり上記第一段階の定着自体も課題ではないかと議論した。韓名誉教授自身も、補償ないし関係和解の問題（「移行的正義」（transitional justice）の問題として扱われる）について、ハーバーマスのコミュニケーション的行為理論を導入しようとされており（Han Sang-Jin ed., Divided Nations and Transitional Justice: What Germany, Japan, and South Korea can Teach the World (Paradigm Press, 2012) 10-13）、これは第一レヴェルの「憲法的忠誠主義」の一環として捉えられるので、やはり第一と第三の関係は必ずしも明瞭ではないように思われる。



北大でのセミナー風景

更に、一一月二七日には、吉田の「補償と移民のプロセス理論の総合的考察」なる報告とともに、エイブラハム教授は、「過去との向き合うことの日独の対応についての比較考察」（Some Comparison of German and Japan Treatments of War and Persecution）と題する報告をされた。これは一見補償問題についての日独の相違について扱うかのごとくで、確かに日本の移民・難民政策の特殊性（その比較法的乏しさ）の指摘もあったが、日独の単純対照という話でもないとする。すなわち、移民事情の歴史的分析をすると、そ



韓教授（手前左側）によるラウンド・テーブル・シンポ（ソウル大社会学部中民研究所）（2015年11月26日）

の排外的政策は、世界的に五〇年代ないし六〇年代では強く、そういう環境の下では、補償行為はドイツにおいても、進展せず、ドイツでも一九七〇年のブラント首相の象徴的謝罪行為、八〇年代半ばのワイツゼッカー大統領の戦後四〇周年演説があるが、個人補償が本格的に進んだのはその頃からであるとする。他方で、日本では、補償論は遅れ（被害者観が強く、関係和解論はなお新しく、謝罪の捉え方も欧米と異なるとする）、移民・難民問題の動向次第では、補償問題の動向に影響するという示唆的見解を示された。両問題の融合的・歴史的考察は、類を見ない克明な分析で、同教授の報告論文の活字化に注目したい。

四．以上のように、エイブラハム教授の東アジア訪問による連続講演は、大変実り多きもので、この一年半あまりかけて行ってきた世界的トップランナーの招聘の《しんがり》にふさわしいすばらしい報告だった。しかし――ソウルでの慰安婦問題の日程との関係で――講演当日は、大雪という悪天候と午前の研究会ゆえに、参加者が少なかったのは、遺憾な事態であり、遠方から来て下さった同教授に申し訳なく思う。ともかく、これまでの関係各位ないし同僚諸氏の御協力にお礼申し上げる。

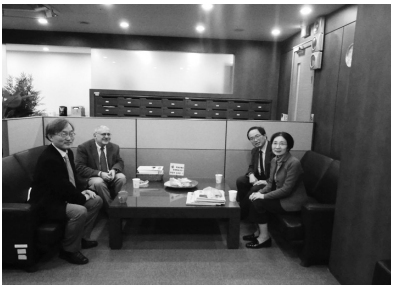
（文責　吉田邦彦）



ソウル大学ロースクールでの北大とのジョイント・シンポ風景（2015年11月27日正午から）



ソウル大での学生の質問に対応するエイブラハム教授



ソウル大学ロースクールで。パートナー役を務めてくださった尹真秀（ユンチンス）教授（左）と梁鉉娥（ヤンヒョナ）教授（右）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 66 No. 6 (2016)
SUMMARY OF CONTENTS

Adelsgesellschaften im deutschen Spätmittelalter

Masaki TAGUCHI*

Die vorliegende Studie erörtert die verfassungsgeschichtliche Bedeutung der Adelsgesellschaften im deutschen Spätmittelalter. Die Lage des spätmittelalterlichen Niederadels ist nicht als Verlust seiner politischen, wirtschaftlichen und militärischen Bedeutung, sondern als Selektionsprozess unter den Adligen zu verstehen. Um sich diesem Prozess anzupassen und die Stellung beizubehalten, schloss sich der Niederadel zu vielen Adelsgesellschaften zusammen. Der Aufsatz gibt denen mit horizontaler Struktur besondere Aufmerksamkeit und beschreibt die Organisation und Tätigkeiten solcher Verbände. Besonders im 15. Jahrhundet zeigten mehrere Adelsgesellschaften die Tendenz, die Fehdeführung der Mitglieder auch gegen Außen zu begrenzen. Der Aufsatz behandelt dann die Einordnung der Adelsgesellschaften in der Reichsverfassung. Das Verhalten des Königtums schwang vom Verbot unter Karl IV. bis zum Versuch Sigismunds, auf die Adelsgesellschaften und Städtebünden seine Herrschaftsbasis zu setzen. Die großen Turniere der “vier Lande” am Ende des 15. Jahrhunderts stellten interessantes Phänomen der Selbstbehauptung des niederen Adels dar. Die Adelsgesellschaften bedeuteten insgesamt das Eindringen der Rechts- und Friedensordnung in die untere Schicht der Adelswelt und bildeten damit die Voraussetzung des Fehdeverbots und der Reichsritterschaft in der frühen Neuzeit.

* Professor of Law School of Hokkaido University

論　　説

損害賠償法における
損益相殺に関する総合的研究（３）

濱　口　弘太郎

目　　次

序章
　１　本稿の目的
　２　検討対象
　３　検討の視点と順序
第１章　日本の判例および学説
　第１節　はじめに
　第２節　損益相殺理論の流れ
　　第１　損益相殺の紹介
　　第２　学説の発展―相当因果関係説とその批判―
　　第３　判例の出現
　　第４　澤井説（法的同質性説）
　　第５　判例の展開
　　第６　学説における填補性・同質性基準
　　第７　重複填補
　　第８　現在の判例
　　第９　現在の学説
　　第10　小括
　第３節　次章以降との関係　　（以上66巻４号）
第２章　歴史的に見た損益相殺
　第１節　はじめに
　第２節　十二表法とアクィーリウス法
　第３節　古典期の法文
　　第１　日本における先行研究（坂論文と澤井論文）

第２　ドイツにおける研究（狭義の損益相殺）
第３　ドイツにおける研究（損害賠償法以外の損益相殺）
第４　小活
第４節　古典期後と卑俗法
第５節　中世の法解釈
第６節　近代の法解釈と立法
第７節　19世紀
第１　はじめに
第２　立法
第３　学説
第４　判例
第８節　小活
第９節　Walsmann と Oertmann －損失説と後の議論への影響
（以上66巻５号）
第３章　比較法的に見た損益相殺
第１節　はじめに
第２節　ドイツ法
第１　はじめに
第２　法律の規定
第３　相当因果関係論の成立とその否定
第４　相当因果関係論に代わる統一的規範定立の試み
第５　一般的な準則
第６　類型ごとの検討
第７　小活　（以上本号）
第３節　アメリカ法
第４節　オランダ法
第４章　基本的な考え方の検討
第５章　事案の類型的検討
第６章　まとめ

第３章　比較法的に見た損益相殺

第１節　はじめに

損害賠償の原因となる加害行為に関連して、被害者に利益が生じるこ

とがあるのは、どこの国でも同じであろう。しかし、だからといって損益相殺という概念が万国共通であるということは早計に過ぎる。我々は、既に、古典期のローマ法においては、損益相殺概念は承認されていなかったと考えられていることを知っている。損益相殺が、損害概念に依存するものであれば、国によって、損益相殺に関する考え方が異なるということは、当然あり得ることである。現に、アメリカ合衆国においては、collateral source rule という、損益相殺の否定ともいうべき原則が採用されていることが知られている[1]。

外国法における、損益相殺という問題に対する対応を確認することは、日本法において、損益相殺についての基本的な考え方を明らかにするためにも有用であると考えられる。具体的には、日本法の議論に強い影響を与えたドイツ法と、前述の collateral source rule を採用しているアメリカ法と、日本と同様、ドイツ法の影響を受けており、民法典に損益相殺の規定を持つオランダ法を検討対象とする。この３ヶ国の中で、最も重要なのは、ドイツ法である。これまで見てきたように、日本における損益相殺の議論は、ドイツ法の強い影響下で発展してきた。それゆえ、ドイツ法の議論を検討することは、日本法を理解するための基礎作業ともなる。また、日本法と同様、利益の控除が原則とされているドイツ法の状況を参照することは、日本法における損益相殺という「原則」を検討するためにも有用なものと考えられる。ドイツ法以外では、アメリカ法は、被害者の受けた利益を控除するという原則をいわば否定しているのであり、その理由について考察することは、日本法における検討においても大いに有益なものと考えられる。オランダ法において、最も注目すべき点は、損益相殺に関する一般的規定が存在することである。ドイツ法にも、日本法にも、損益相殺に関する包括的な規定は存在しないのであるから、このような規定が存在することは、オランダ法の大きな特徴と言える。そして、その規定の内容や、立法過程における議論を参照することは、日本における損益相殺のためにも、有用であると考えられる。

---

[1] 樋口範雄「Collateral Source Rule と日米不法行為法―損害の重複填補の調整あるいは無調整―」学習院大學法學部研究年報20号171頁（1985年）。

第２節　ドイツ法

第１　はじめに

本節では、ドイツ法における損益相殺を取り上げる。いうまでもなく、ドイツは成文法中心の国であるから、ドイツ法において最も重要なものは、法律の規定である。それゆえ、最初に、多少冗長となるが法律の規定を取り上げることとする。その次に、損益相殺に関する基本的な考え方に関する議論を取り上げる。これは、学説の検討が中心となる。最後に、具体的な事例に関する損益相殺の当否を取り上げる。これは、具体的な問題の解決をその使命とする、判例の検討が中心となる。

なお、ドイツ法は、損害賠償において、原状回復を原則としている（BGB249条１項）ことから、過剰填補という問題が存在する。例えば、他人の住宅を損壊させたため、その損害を賠償する責任を負う者が、損害賠償として、被害者の住宅を建設することがある。しかし、これでは、被害者は、中古住宅の補償として、新築住宅を手に入れたことになり、損害賠償によって、加害行為前よりも多くの財産を取得したことになる。これが過剰補償、「旧物に代わる新物」（Neu für Alt）とよばれる問題である。この問題も、かつては、損益相殺に関する問題であると認識されたことがあった。しかし、この問題は、金銭賠償主義（民法417条）を採るわが国では、通常生じることはない。また、ドイツの学説においても、現在では、この問題は損害賠償の方法に関する問題であり、損益相殺とは区別して理解されている[2]。それゆえ、本稿においては、かかる過剰填補の問題は扱わないこととする。

第２　法律の規定

既に述べたように、BGB には、包括的な損益相殺に関する規定は存在しない。これは、BGB の起草者があえて法律で規定することを避け、学説及び実務にこの問題の解決を委ねたためである。もっとも、BGB 起草当時、既に決着が付いていた事項については、次のように断片的な規定がおかれている。

---

[2] Gregor Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S.30.

BGB

§ 642 Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

642条　注文者の協力[3]（注－請負契約に関する規定）

1　仕事の完成につき注文者の行為を要する場合において、注文者がその行為をしないことにより受領遅滞に陥るときは、請負人は、相当の補償を請求することができる。

2　補償額は、一方において遅滞の期間及び合意した報酬額に応じ、他方において遅滞により請負人が節約した費用又は自己の労働力を他に用いることによって取得することができるものにより定まる。

§ 843 Geldrente oder Kapitalabfindung

(1) Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.

(3) Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(4) Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.

[3] BGB642条の訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）430頁による。

843条　定期金又は一時金払い[4]（注－不法行為に関する規定）
１　身体又は健康の侵害により、侵害を受けた者の稼働能力が喪失若しくは減少し、又は必要費が増加した場合には、侵害を受けた者に対して、定期金の支払によって損害賠償をしなければならない。
３　侵害を受けた者は、重大な事由があるときは、定期金に代えて元本による一時金払いを請求することができる。
４　本条の請求権は、他人が侵害を受けた者に対して扶養義務を負うことによって妨げられない。

BGB 以外では、保険契約法（Versicherungsvertragsgesetz。以下、「VVG」という。）67条、社会法典（Sozialgesetzbuch。以下、「SGB」という。）第10編116条及び労働報酬継続支給法（Entgeltfortzahlungsgesetz。以下、「EFZG」という。）６条も、損益相殺に関連する規定であると解されている[5]。これらの規定は、損害賠償請求権の移転を規定しており、これは、当該規定に係る給付については損益相殺の対象とならない旨を示しているものと考えられている[6]。

VVG
§ 86　Übergang von Ersatzansprüchen
(1) Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über, soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden.

---

[4] BGB843条の訳に関しては、E. ドイチュ /H.-J. アーレンス著　浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008年）340頁を参考にした。
[5] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.35.
[6] ハンス・レイ・ヴァイヤース / マンフレート・ヴァント著、藤岡康宏監訳『保険契約法』（成文堂、2007年）260頁は、（当時の）VVG67条（現在の VVG86条に相当する。）の規定する「ルールは、損害保険者の給付は被害者の損害賠償請求権の計算の際に考慮されないこと、つまり、『損益相殺』によって控除されないことを明確にしている」という。

(2) Der Versicherungsnehmer hat seinen Ersatzanspruch oder ein zur Sicherung dieses Anspruchs dienendes Recht unter Beachtung der geltenden Form- und Fristvorschriften zu wahren und bei dessen Durchsetzung durch den Versicherer soweit erforderlich mitzuwirken. Verletzt der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit vorsätzlich, ist der Versicherer zur Leistung insoweit nicht verpflichtet, als er infolgedessen keinen Ersatz von dem Dritten erlangen kann. Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.

(3) Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen eine Person, mit der er bei Eintritt des Schadens in häuslicher Gemeinschaft lebt, kann der Übergang nach Absatz 1 nicht geltend gemacht werden, es sei denn, diese Person hat den Schaden vorsätzlich verursacht.

86条　賠償請求権の移転[7]

１　保険契約者が第三者に対して賠償請求権を有する場合は、保険者がその損害を填補した限度で、その請求権は保険者に移転する。この移転は、保険契約者の不利益に主張することができない。

２　保険契約者は、賠償請求権又は、当該請求権の担保に役立つ権利を、適用される形式的規定及び期間に関する規定を顧慮して、維持しなければならず、保険者が当該権利を実行する場合には、必要な限度で協力しなければならない。保険契約者が故意にこの義務に違反した場合は、保険者は、その違反の結果、第三者に填補を請求することができなくなった限度で、給付をする義務を免れる。義務違反が重過失によるものである場合は、保険者は、その給付を保険

[7] VVG86条の訳に関しては、ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』409頁（当時の VVG67条の訳）を参考にした。

契約者の過失の重大さに対応する割合で、減額することができる；重過失の不存在の証明責任は、保険契約者が負担する。

３　保険契約者の賠償請求権が、損害の発生時に同居する家族構成員に対するものであるときは、第１項の移転は生じない。ただし、その者が故意に損害を惹起した場合はこの限りでない。

SGB 第10編

§ 116　Ansprüche gegen Schadenersatzpflichtige

(1) Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadenersatz beziehen. Dazu gehören auch

1. die Beiträge, die von Sozialleistungen zu zahlen sind, und

2. die Beiträge zur Krankenversicherung, die für die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld unbeschadet des § 224 Abs. 1 des Fünften Buches zu zahlen wären.

(2) Ist der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch Gesetz der Höhe nach begrenzt, geht er auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit er nicht zum Ausgleich des Schadens des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen erforderlich ist.

(3) Ist der Anspruch auf Ersatz eines Schadens durch ein mitwirkendes Verschulden oder eine mitwirkende Verantwortlichkeit des Geschädigten begrenzt, geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe von dem nach Absatz 1 bei unbegrenzter Haftung übergehenden Ersatzanspruch der Anteil über, welcher dem Vomhundertsatz entspricht, für den der Schädiger ersatzpflichtig ist. Dies gilt auch, wenn der Ersatzanspruch durch Gesetz der Höhe nach begrenzt ist. Der Anspruchsübergang ist ausgeschlossen, soweit der Geschädigte

oder seine Hinterbliebenen dadurch hilfebedürftig im Sinne der Vorschriften des Zwölften Buches werden.

(4) Stehen der Durchsetzung der Ansprüche auf Ersatz eines Schadens tatsächliche Hindernisse entgegen, hat die Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten und seiner Hinterbliebenen Vorrang vor den übergegangenen Ansprüchen nach Absatz 1.

(5) Hat ein Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe auf Grund des Schadensereignisses dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen keine höheren Sozialleistungen zu erbringen als vor diesem Ereignis, geht in den Fällen des Absatzes 3 Satz 1 und 2 der Schadenersatzanspruch nur insoweit über, als der geschuldete Schadenersatz nicht zur vollen Deckung des eigenen Schadens des Geschädigten oder seiner Hinterbliebenen erforderlich ist.

(6) Ein Übergang nach Absatz 1 ist bei nicht vorsätzlichen Schädigungen durch Familienangehörige, die im Zeitpunkt des Schadensereignisses mit dem Geschädigten oder seinen Hinterbliebenen in häuslicher Gemeinschaft leben, ausgeschlossen. Ein Ersatzanspruch nach Absatz 1 kann dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Schädiger mit dem Geschädigten oder einem Hinterbliebenen nach Eintritt des Schadensereignisses die Ehe geschlossen hat und in häuslicher Gemeinschaft lebt.

(7) Haben der Geschädigte oder seine Hinterbliebenen von dem zum Schadenersatz Verpflichteten auf einen übergegangenen Anspruch mit befreiender Wirkung gegenüber dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe Leistungen erhalten, haben sie insoweit dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe die erbrachten Leistungen zu erstatten. Haben die Leistungen gegenüber dem Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe keine befreiende Wirkung, haften der zum Schadenersatz Verpflichtete und der Geschädigte oder dessen Hinterbliebene dem Versicherungsträger oder Träger der

Sozialhilfe als Gesamtschuldner.

116条　損害賠償義務に対する請求権[8]

１　他の法律の規定に基づく損害賠償請求権は、同種の損害の除去に役立ち、かつ加害者により給付されるべき損害賠償と同一の時期に関わる社会保険を保険者又は社会扶助の主体が損害事件に基づいて給付しなければならない範囲で、それらの者に移転する。この給付には、以下の各号に掲げるものが含まれる

一　社会給付により支払われなければならない金額、及び

二　第５編224条を除き、病気休業補償金に対する請求権の継続する期間、支払われるであろう健康保険料

２　法律により損害賠償請求権に上限がある場合には、請求権が被害者又はその遺族の損害の補償に必要でない範囲で、当該請求権は保険者又は社会給付の主体に移転する。

３　損害賠償請求権が被害者の共働過失又は共働の責任により制限される場合には、第１項により制限を受けない責任で移転する賠償請求権のうち、加害者が賠償義務を負う割合に相当する部分が保険者又は生活保護の負担者に移転する。賠償請求権に法律により上限がある場合も、同様である。被害者又はその遺族が、それによって、第12編の規定の意味での扶助が必要になる場合には、請求権の移転は排除される。

４　損害賠償請求権の行使に対して事実上の障害が生じる場合には、被害者とその遺族の請求権の行使が第１項により移転した請求権よりも優先する。

５　保険者又は社会扶助の主体が、損害を生じさせた事件に基づいて被害者又は遺族に対して当該事件前と比べて、多額の社会給付を提供する義務を負わない場合には、第３項第１文及び第２文の事例では、支払われるべき損害賠償が被害者又は遺族の固有の損害の完全な填補に不要となる範囲でのみ、損害賠償請求権は移転する。

６　損害を生じさせた事件当時に被害者又はその遺族と同居して生

[8] SGB 第10編116条の訳に関しては、ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』412頁を参考にした。

活していた家族構成員により故意ではない加害があった場合には、第１項による移転は免除される。加害者が被害者又は遺族と損害を生じさせた事件発生後に婚姻をし、かつ同居をした場合には、第１項による賠償請求権は行使することができない。

７　被害者又はその遺族が、保険者又は社会扶助の主体に対して義務を免れさせる効果を伴って、損害賠償義務者から移転した請求権に基づき給付を取得した場合は、それらの者は、その限りで、保険者又は社会扶助の主体に対して提供された給付を返還する義務を負う。保険者又は社会扶助の主体に対する給付が何ら満足を与える効果を持たない場合には、損害賠償義務者と被害者又はその遺族は、保険者又は社会扶助の主体に対して連帯債務者として責任を負う。

EFZG

§ 6 Forderungsübergang bei Dritthaftung

(1) Kann der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschriften von einem Dritten Schadensersatz wegen des Verdienstausfalls beanspruchen, der ihm durch die Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, so geht dieser Anspruch insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser dem Arbeitnehmer nach diesem Gesetz Arbeitsentgelt fortgezahlt und darauf entfallende vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Bundesagentur für Arbeit, Arbeitgeberanteile an Beiträgen zur Sozialversicherung und zur Pflegeversicherung sowie zu Einrichtungen der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung abgeführt hat.

(2) Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber unverzüglich die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlichen Angaben zu machen.

(3) Der Forderungsübergang nach Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geltend gemacht werden.

６条　第三者責任の場合の債権の移転[9]

[9] EFZG6条の訳に関しては、ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』414頁を参考にした。

１　労働者が稼働不能により生じた収入の減少を理由として法律上の規定に基づき第三者に損害賠償を請求できる場合で、雇用主が本法律により労働報酬を継続して支給し、それに基づき雇用主が負担するべき連邦労働庁への分担金、社会保険、介護保健及び付加的な老人／遺族養護施設への雇用主分担金を支払ったときは、労働者の請求権は雇用主に移転する。
２　労働者は、雇用主に対して遅滞なく損害賠償請求権を行使するために必要な報告をしなければならない。
３　第１項の規定による債権の移転は、労働者の不利益になるように主張することはできない。

これまで、VVG67条、SGB 第10編116条及び EFZG6条の損害賠償請求権の移転に関する規定を見てきたが､いずれも相当複雑な規定であり、単純に、保険給付、社会保障給付や賃金の継続支払いがあったことのみを要件に、損害賠償請求権の移転を命じているわけではない。したがって、これらの規定を適用した結果、保険給付、社会保障給付及び賃金の継続支払いがあっても損害賠償請求権の移転が生じないということは当然生じうるところである。しかし、これらの規定によって、保険給付等が損益相殺の対象にならないと考えられているということには留意する必要がある。もっとも、保険法の分野において、近年、従来の利得禁止に関する考え方が大きく変化している。このことについては､後述する。

ともあれ、ドイツの法律の規定は、BGB の起草者が意図したように、今日まで損益相殺の一般的な準則を規定しておらず、また、規定から一般的な準則を読み取ることもできない。それゆえ、ドイツ法における損益相殺については、学説及び判例を参照する必要がある。

第３　相当因果関係論の成立とその否定

１　損益相殺される利益については、既に述べたように、最初は、条件説が採られていた。しかし、判例は、多くの事例で損益相殺を否定するなどし、学説上も、少数ではあるが、損益相殺を否定する見解が唱えられていた。それゆえ、当時の学説も、損益相殺される利益を適正に制限する基準が必要であることは認識していた。

このような中で採用された基準は、相当因果関係であった。それゆえ、ここでは、相当因果関係論についての検討を最初に行う。しかし、相当因果関係論については、学説から多くの批判がなされ、現在のドイツの学説において、相当因果関係論を採用するものはないといってよい。そこで、ここでは、相当因果関係論の成立と、それが学説において否定されるに至った経緯について、概観する。

2　相当因果関係論の成立

周知のように、相当因果関係は、元々は、ドイツ刑法学において提唱されたものである。19世紀末に、v. Kries は、結果加重的な刑法上の構成要件を制限するため、この因果関係を提唱した。しかし、相当因果関係は、刑事事件については、ドイツの裁判所に受け入れられることはなかった[10]。ところが、19世紀末から20世紀初めにかけて、ドイツの民法学は、これを損害賠償法に転用した。当時の学説は、ALR 等で見られた加害者の責任による賠償範囲の区別（例えば、故意の殺人と過失致死では、賠償範囲が異なる）等を排除し、加害行為の存在と損害の発生、そして、これらをつなぐ因果関係という、現在でも維持されている損害賠償理論を完成させていた。しかし、この単純明快な理論は、抽象的な損害概念と結びついて、賠償範囲が無限定に拡大するおそれがあり、それゆえ、賠償の対象となる損害を適切に制限する方法を必要としていた。そこで、相当因果関係が賠償範囲を制限するための理論として採用されたのである。

このように、相当因果関係は、本質的に、負の結果の帰属について提唱され、また、発展してきたのである。もっとも、相当因果関係を損害賠償法に転用する際に、既に、損益相殺についても相当因果関係論を適用することが説かれている。例えば、Rümelin は、1900年の論文において、損益相殺への相当因果関係の適用について検討している[11]。前述のように、Walsmann や Oertmann が、損益相殺についても相当因果関係

[10] ドイチュ / アーレンス・前掲注（4）『ドイツ不法行為法』35頁。

[11] Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900), S. 276-281.

の適用を主張したことは、当時の学説の趨勢に沿ったことであった。

もっとも、学説と異なり、当時の判例は損益相殺について相当因果関係を適用することを躊躇したようである。ライヒ裁判所は、早くも1902年の判決[12]において、「adäquaten Verursachung」として、損害の帰責について、相当因果関係を採用している[13]。しかし、損害帰責について相当因果関係を採用した後も、ライヒ裁判所は、損益相殺については、従前の要件を採用した。RG1907年１月４日判決[14]は、利益が控除されるのは、利益が「損害と、単一かつ同一の事象によって直接惹起された」場合のみであるという。その後も、しばらくの間、ライヒ裁判所は、損益相殺については、相当因果関係を適用しなかった[15]。ライヒ裁判所が、損益相殺について相当因果関係論を採用したのは、1912年になってからである。RG1912年10月28日判決[16]は、Oertmann の著書[17]を引用して、「賠償義務者の、故意または過失による行為によって、直接または間接に惹起されたすべての相当な結果は、損失であれ、利益であれ、考慮されるべきである」「直接の侵害行為と利益を生じさせる行為の同一性ではなく、故意または過失によって行われた行為が、利益と損害との共通の原因と同一であることこそが必要である」と判示した。当時の学説の圧倒的多数は、この判断を支持した[18]。

ドイツの判例は、今日でも相当因果関係を採用しているが、相当因果関係のない利益を損益相殺から排除するためにだけ使用しており、利益について相当因果関係があるからといって直ちに損益相殺の対象になるとは限らない。相当性のある利益だけが「損害賠償義務の意味および目

---

[12] RG1902年２月20日（RGZ 50, 219, 222）。

[13] これは、有名な Träger の論文、Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904. よりも早い。

[14] RGZ65, S.57.

[15] この時期の判決として、RG1908年10月２日判決（recht 1908, Nr.3240.）や RG1908年12月10日判決（JW1909, 46）などがある。

[16] RGZ 80, 155, 160.

[17] Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 1910, S.39.

[18] Klaus Cantzler, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156 (1957), S.29, 36f.

的に適合する控除、つまり、被害者に要求できない負担をかけることなく、加害者に不公正に優遇を与えることのない控除」[19]において、考慮されうるのである[20]。

3　相当因果関係論の否定

このように、限定的とはいえ、相当因果関係を維持する判例に対して、今日のドイツの学説は批判的である。相当因果関係論に対する批判を、いち早く展開したのは、Wilburg[21]であった。Wilburg は、Cantzler の相当因果関係論批判より早く、1932年に、損益相殺についての新たな理由付けを試みた。Wilburg が探求したことは、賠償権利者が保険、扶養または第三者からの贈与によって獲得した利益を損益相殺として賠償額算定において考慮することができないことの根拠である。これらの結論は、当時、既に通説となっていたが、Wilburg は、その根拠を探究したのである。Wilburg の結論は、概ね、次のようなものである。即ち、加害者が、自ら発生させたすべての損害を除去し、又はこれについて補償することは、損害賠償法の根拠と合致する。それゆえ、第三者の給付が損害を除去せず、単に損害を移転するだけである場合は、損益相殺はなされない。

一方で、Wilburg は、この準則を修正し、追加的に、契約目的を考慮することを認めている。即ち、第三者との法律関係に基づき、第三者が損害を負担したのではあるが、当該法律関係によれば、賠償権利者が当該結果を保持すべきではなく、また、第三者に賠償を移転すべきでもない場合は、賠償債権者は、直接保護される法益の価値を上回る利益を第三者の同意がある場合にのみ請求することができ、当該損害は、当該法律行為によって第三者に移転する。これに対応するのが、第三者の任意の支払の場合の制限である。この場合は、常に損害の移転が存在するにもかかわらず、贈与者が、被害者に、当該事案における、加害者による賠償給付を取得させる意図がなく、まさに損害だけを補償させようとす

[19] BGH1997年６月６日判決（NJW 1997, 2378）。

[20] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.42.

[21] Walter Wilburg, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJb 82 (1932), S. 51 ff.

る意図を持っている場合は、控除が必要である。このように、結局、Wilburg は、その準則を別の方向で限定している。つまり、利益が単なる損害の移転を意味するのではない場合は、利益を、直接侵害された法益の客観的価値から控除するべきではない。Wilburg は、その根拠を、Walsmann と Oertmann の具体損害概念（konkreten Schadensbegriff）及び損害賠償の権利追求性に求めた。

このように、Wilburg は、単なる損害の移転は損益相殺を生じさせないとした。これは、結局、賠償請求権が代位等によって移転する場合に、損益相殺を否定したものである。損害賠償を受けた後に、賠償権利者が利益の給付者に、償還しなければならない場合も同様であろう。一方で、Wilburg は、賠償請求権が移転したり、賠償権利者が償還したりする必要がない場合は、結局のところ、給付者との関係、特に給付者の意思によって、損益相殺を決定している。そして、第三者の贈与で、当該第三者が賠償権利者が二重に給付を受けることを許容している場合（もっとも、実際上は、多くの場合がそうであると思われる。）は、損益相殺を否定している。ここで根拠となったのも、具体的損害概念である。

さらに、相当因果関係論に対する批判を推し進め、後の学説[22]に大きな影響を与えたのは、Cantlzer[23]である。第１章において紹介した、澤井裕[24]や北川善太郎も、Cantzler の論文を引用して議論を展開しており、その影響は、日本にも及んでいるといえる。この Cantzler の見解を詳しく見ていこう。

Cantzler は、損益相殺の理論を次のように説明する。

「加害者は契約義務あるいは法益を侵害したがゆえに賠償を給付しなけ

---

[22] 例えば、Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. I /2, 7.Aufl., 1993, S.235f, Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I , 2.Aufl. 1980, S. 206, Hermann Lange/Gottfried Schiemann, Schadensersatz, 3., Aufl., 2003, S.494, Karl Larenz, Schuldrecht, Bd. I , 14.Aufl., 1987, S 531.

[23] 澤井裕「損益相殺（三）」関西大学法学論集９巻１号81頁（1959年）に詳しく紹介されている。

[24] 第１章で紹介したように、澤井は、加害行為と利益との間には因果関係が必要であるとしたが、その因果関係は条件的なもので足りるという。なお、澤井が相当因果関係を要求しない理由は明確ではない。

ればならないのである。損益相殺が、この賠償義務したがつてその先行せる権利侵害に密接に依存しているということは、この侵害された権利に損益相殺の根拠を求めることに近い。すなわち加害者は当該権利を助成したとき、利益を享有するにいたる。

かくて損害賠償と損益相殺との関係と損益相殺の本質的基礎が明らかになる。契約義務あるいは法益が侵害されたがゆえに、賠償義務が確立されたのである。この場合法益あるいは契約義務の助成は加害者にとつても利益となるということが、論理と正義にかなつている。損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる。

……すなわち侵害された契約義務あるいは侵害された法益の助成を意味するところの利益が控除されるべきである。

損益相殺のより深い意味は損害と利益の相殺ではなくして権利侵害と権利助成の相殺である」[25]

結論として、Cantzler は、「賠償義務を生ぜしめた事情によつて、惹起された利益は、それが、被害法益または侵害された契約義務の助成（Förderung）を意味するとき控除されるべきである。しかしこの種の利益は、それが被害者または第三者の固有の損害回復措置にもとづき、しかもこの措置が被害者のみの有利に帰せしむべきことを目的とするときは控除されない。法律の特別規定は個々の事件において、この両標準に優先する」[26]としている。

この Cantzler の見解について、澤井は「理論的には卓見だと思う」[27]としている。私も、Cantzler の見解は、損益相殺について重要な観点を指摘しているように思う。しかし、澤井は、「『相当因果関係説以前』・『相当因果関係説』・『相当因果関係説の修正』・『相当因果関係説の否定』」という流れで、ドイツの判例・学説を整理し、その最後の「相当因果関係説の否定」に属する見解として、Cantzler を紹介している。それゆえ、

[25] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.52. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」84頁によった。

[26] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.59. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」82頁によった。

[27] 澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」87頁。

既に見たように相当因果関係論の（脆弱な）論拠との比較で、「卓見」といっているにすぎないことに留意する必要がある。一方、我々は、Cantzler 以前の、損益相殺に関するドイツの学説の根拠として、具体的損害概念が存在することを知っている。それゆえ、相当因果関係論の当否という、表面的な議論ではなく、より実質に踏み込んだ検討をすることが可能であり、また、それによって、自ずと Cantzler の見解に対する見方も変わってくるのである。

さて、その具体的損害概念であるが、一見したところ、Cantzler の見解には見られない。しかし、Cantzler は、単純な差額説からの演繹で損益相殺を基礎づけているのではない。Cantzler は、「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる」としているのである。19世紀ドイツの私法学の最大の成果の１つは、加害行為と賠償額とを一応分離した上で、損害賠償額を、加害行為と因果関係のある全損害とする単純な定式を確立したことである。この定式の下で、差額説は、損害を、現実の財産状態と加害行為がなければあったであろう財産状態との差額として、抽象化した。そして、この抽象化に基づき、加害行為によって被害者の財産状態について生じた、プラスの変化も損害額の算定において考慮しなければならないという損益相殺理論が確立されたのである。しかし、この理論では、保険金や扶養請求権など、損益相殺の対象にならない利益が多数存在することを充分説明することはできなかった。それゆえ、損益相殺の論者は、通説である差額説を否定して損失説を採用し、また、そこまで行かなくとも、具体的損害概念を用いて、損益相殺の否定を説明するなどしてきたのである。

Cantzler の見解は、明確に、この基本的な理論の枠組みから逸脱している。Cantzler は、損益相殺と損害賠償とを対置させ、両者の根拠を、権利侵害／助成としている。これは、加害行為と賠償額とを分離し、抽象的に損害を算定するという、従来の通説とは異なる立場である。従来の通説の理解では、権利侵害は損害賠償成立の要件ではあっても、それが直接損害賠償額に影響することは否定されていた。「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ」るという表現は、それ自体では、抽象的であり、当然のことをいうものと思うかもしれないが、Cantzler は、損益相殺の議論をしているのであり、損益相殺は賠償額を決定する際に、考慮す

べき要素の１つである。ゆえに、Cantzler は、損害賠償額を決定する際の根拠を、権利侵害／助成に求めているというべきである。そして、いかなる理論を採るにせよ、賠償額は具体的に決定されなければならない。それゆえ、損害賠償額決定の根拠を権利侵害／助成に求める以上、その権利侵害／助成は具体的なものが想定されていると考えるのが自然である。即ち、Cantzler の見解は、具体的な権利侵害／助成を損害賠償の根拠と考えるものであり、これは具体的に損害を理解していることに他ならないはずである。

このように、Cantzler の見解は、理論的には、具体的な損害理解に結びつき、それによれば、加害行為による、具体的な権利侵害／助成に基づいて、侵害と助成とを差し引きした上で、損害賠償額を算定することになるはずである。

しかし、Cantzler の見解は、徹底を欠いている。即ち、Cantzler は、実際には、具体的な損害理解を採用せず、権利侵害／助成をかなり抽象的に捉えている。例えば、鼠径ヘルニア（脱腸）の坑夫を担架で運んでいた者が、誤って担架を落としたために、患者は負傷したが、その衝撃で、鼠径ヘルニアが治ったという例を挙げる。この例について、Cantzler は、「担い手は坑夫の健康を侵害したがゆえに賠償義務を負う。しかしこの同じ侵害が同じ法益を助成し、彼に利益をもたらしたのである。すなわち坑夫は脱腸から回復したのである。しかし担い手に健康についての利益を与えることなく、健康についての賠償義務を負わせることはできない」[28]として、法益侵害／助成の対象となる「法益」を健康という抽象的な概念で捉えている。その結果、法益助成として把握される利益が、広く捉えられることになる。例えば、Cantzler は、「被害者あるいは第三者が、加害者の賠償に先んじて加害を契機として損害を除去し、固有の損害回復措置をなすことがある。この措置は我々の意味における真正の利益であり、加害によつて条件づけられ、侵害された契約義務あるいは侵害された法益の助成を意味する」[29]という。Cantzler は、

[28] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.55. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」84頁によった。

[29] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.55. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」85頁

この種の事例は、損益相殺の分野では支配的な役割を演じるとして、具体的な例を挙げている。それは、保険金、贈与、年金及び相続財産である。

結局、Cantzler は、給付の目的によって、損益相殺を判断することを正当とする[30]。Cantzler は、「これらの場合において、利益は自由な行動によるのであつて機械的因果経過によるのではないということは、この種の利益について別の取扱を要求する。各個人はこれらの場合において、自律的である。すなわち彼は、自分で予防的にあるいは事後的に加害を考慮して、利益を生ぜしめるか否かを自由に決定できる。だが彼はこの利益によつて加害者あるいは被害者のいずれを有利ならしめようとするかの決定においても自由でなければならない」[31]と説明する。ここには、法益侵害／助成に根拠をおく、損害賠償・損益相殺という思想は見られない。利益を生じさせた者が、加害者を損害賠償義務から免責することを意図したか、あるいは、被害者に損害賠償請求権を残存させることを意図したかによって、損益相殺を判断するということは、結局のところ、損益相殺を、被侵害法益とは関係のない、利益の供与者の意思に委ねるということである。Cantzler の見解は、損益相殺に関する基礎理論と個々の判断が結びついておらず、その結果、判断基準が極めて曖昧なものとなる危険性があるということができる。

澤井も、次のように、Cantzler の基準の曖昧さを指摘する。「競馬の騎手が馬を異常に酷使したために賞金を獲得したが馬を殺した例でも、法益を馬の身体健康と考えるなら、賞金は何らの助成を意味しないが、馬の価値（すなわち金銭価値）だと考えれば賞金は明らかにそれを助成している。これでは損益相殺の公式としての意義はうすいのではないか。」[32]

このようなことになった原因は明らかであろう。損害賠償、損益相殺の根拠を、法益侵害／助成に求めるという考え方を打ち出したにもかか

を参考にした。

[30] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.58.

[31] Cantzler, a.a.O. (Fn. 18), S.58. 訳は、澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」85頁によった。

[32] 澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」87頁。

わらず、問題となる法益を充分具体化しなかったために、損益相殺の対象となる利益を限定するという機能を果たすことができなかったためである。「利益は、それが、被害法益または侵害された契約義務の助成（Förderung）を意味するとき控除される」といっても、「被害法益または侵害された権利義務」が抽象的なものであれば、「助成」を意味する利益は無限に拡大しうる。その結果、Cantzler は、保険金、贈与、年金等の「助成」を意味する利益を損益相殺から排除するために、利益供与者の意思を持ち出さなければならなかったのであろう。

Cantzler が、被侵害法益と利益との関係を考慮すべきとの考え方を打ち出したことは高く評価することができる。しかし、「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる」との理論を徹底させれば、異なる結論に達しえたように思われる。

損益相殺における相当因果関係論は、民法（損害賠償法）への相当因果関係の導入の中で、採用されたものである。この理論は、主に、損害賠償と同じ扱いをすべきであるという理論的観点から採用されたものであるが、既に、Oertmann は、個々の場合に控除されるべき利益の範囲については、疑問があるとしており[33]、当初からかなり問題があるものと認識されていた。そのため、Oertmann も、実際の判断においては、具体的損害概念に依拠している。そのためか、判例も、損益相殺について相当因果関係を採用することは躊躇したようであり、また、早くも1932年に、Wilburg が相当因果関係論を批判している。そこで、提唱された理論も、具体的損害概念に依拠するものであった。

ところが、相当因果関係論に対して、理論的見地から、強力な批判を加えた Cantzler は、具体的損害概念を採用せず、損害をかなり抽象的に理解した。そのため、結局、Cantzler は、損益相殺の判断の根拠を、給付の目的に求めることになり、その基準はかなり曖昧なものとなった。その後、損益相殺に関する議論は、更なる展開を見せることになる。

第４　相当因果関係論に代わる統一的規範定立の試み

１　前述のように、損益相殺における相当因果関係論には、強力な批判

[33] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.39.

がなされた。これを受けて、相当因果関係論に代わる、統一的規範の定立が模索された。

２　Rudloff[34]

Rudloff は、「利得の防止と利益の分配としての、利益の調整」（Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe）と題して、損害賠償における利益の取扱について検討した。Rudloff の見解の特徴は、発生した利益が誰に与えられるべきかという観点から検討を行った点にある。これは、Cantzler が「損害賠償は権利侵害に根拠づけられ、損益相殺は権利助成に根拠づけられる」として、被侵害法益との関係で、損益相殺を検討したこととは対称的である。

さて、前述の通り、Rudloff は、発生した利益を誰に与えるべきかという観点で検討を始めている。まず、区別されるべきは、偶然（Zufall）発生した利益か、「配慮」（Sorge）によって生じた利益かということである。この「配慮」とは、金銭、時間、労働または危険、その他の、利益を得るために必要なものを提供することを表している。偶然発生した利益については、非日常的な有利というほどではなく、その点では、通常の事実上または法律上の状況によって生じた利益やそのようなものと、非日常的で、特に幸運な因果経過から生じた利益とを区別するべきであるとされる。Rudloff は、前者の利益の控除は、利得禁止の観点から正当化できるとして、広く控除することを認めている。一方、後者の「不幸中の幸運」（Glück im Unglück）事例は、利益は、原則として、加害者の有利に扱われるが、加害者が利益を受けるに値しない場合や、故意または重過失のある場合は、例外的に、被害者の有利に扱われる。一方、配慮によって、利益が発生した場合は、その利益は、配慮をした者に与えられるべきであるという。そして、利益が第三者によって生じた場合は、当該配慮を行った第三者は、その利益によって、誰を優遇するかの決定権を持つとする。

具体的事例の解決についての Rudloff の結論は、概ね、通説と一致し

[34] Karl Rudloff, Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, S.423.

ている。もっとも、偶然発生した利益については、かなり通説と異なるところがある。特徴的なのは、騎手事例などの「不幸中の幸運」事例において、故意、過失といった賠償義務者の主観を基準に判断している点である。後述するように、一般的なドイツの学説は、賠償義務者の主観の考慮に強い忌避感を示している。興味深いことに、澤井論文も、騎手事例について、「結局は事案のすべてを総合して、右の賞金を騎手、馬主いずれに与えるのが衡平か……の判断いかんにかかつている」[35]として、主観の考慮を認めている[36]。

3　Thiele[37]

Thiele は、差額説からも利得禁止からも、具体的な正当化事由を導き出すことはできないとする。そのため、利益を控除することを原則とは考えず、利益の控除には正当化事由が必要であると考えた。この原則と例外の逆転が、Thiele の見解の特徴である。Thiele は、この正当化事由の存否を、利益と損失との間に、損害算定の観点から見て、解くことができない内的関係（unlösbarer innerer Zusammenhang）が存在するかどうかによって判断している。この内的関係こそが、Thiele の見解の中核である。それゆえ、内的関係の有無をどのように判断するかが問題となる。Thiele は、「基準となるのは、常に、個別の事案の状況とその法的な評価である」[38]としている。Thiele の見解は、当該事案についての法的な評価から、当該利益を考慮すべきか否か判断するというものであり、結局は、そのような考慮を通じて、当該事案において、賠償されるべき損害を算定するというものであろう。そうであれば、Thiele の見解は、Walsmann や Oertmann の具体的損害概念、Cantzler の損害と利益の同質性基準と同様の発想に立つものといえよう。

なお、Thiele の説いた「解くことができない内的関係（unlösbarer

---

[35] 澤井・前掲注（23）「損益相殺（三）」87頁。

[36] なお、澤井論文が公表されたのは1958年から59年であり、Rudloff の論文は、1967年である。それゆえ、澤井が Rudloff の論文を参照した可能性はない。

[37] Wolfgang Thiele, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167 (1967), S.193.

[38] Thiele, a.a.O. (Fn. 37), S.206.

innerer Zusammenhang)」という基準は、多くの判例において採用されている[39]。

4　Büdenbender[40]

Büdenbenderの見解は、まず、損益相殺と第三者損害の清算(Drittschadensliquidation)とを結合した点に特徴がある。さらなる、Büdenbenderの見解の特徴は、徹底的な法的評価を指向した点にある。

Büdenbenderは、一般的な基準による統一的な解決ではなく、個々の事案に即した客観的かつ具体的な解決を探求した。その結果、Büdenbenderは、相当因果関係を放棄し、事例群に従い、法的評価によって損益相殺を整理しようとした。具体的には、BGB254条２項から、被害者が義務を越えた損害軽減を行った場合の損益相殺の否定が導かれる。BGB267条からは、第三者が損害を填補する給付を行った場合に、誰を優遇するか決定する権利を有することが導かれる。チャンスとリスクの等しい取扱という原則（この原則は、ドイツ連邦基本法の平等原則と間接的な第三者効(mittelbare Drittwirkung)から導かれる。)からは、被害者または第三者の援助なしに、偶然発生した利益の控除可能性が導かれる。債務関係の相対性原則及びBGB249条２文から、被害者及びその契約相手との関係は、加害者と被害者との法律関係に影響しないといったことなどが導かれるとされる。

Büdenbenderの見解は、個々の事案の類型ごとに、法的評価を探求したものであり、従来の議論より、はるかにきめ細やかな議論を行っている。この点で、Büdenbenderの見解は、高く評価できる。角度を変えると、この検討は、損益相殺の判断は、事案に即した様々な法的評価が必要であり、一律の法的評価には馴染まないということを示しているということもできる。その一方で、Büdenbenderの論理はしばしば強引であり、また、場当たり的な解決を行っているようにも見える。これ

[39] BGH 1997年６月６日判決（BGHZ 136, 52, 57)、BGH 1986年10月２日判決（NJW-RR 1987, 246, 247）など。

[40] Ulrich Büdenbender, Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung, 1996.

は、損益相殺の問題全体を見渡した、基本的な指針の必要性を示唆しているように思えるのである。

5　Wendehorst[41]

Wendehorst の見解は難解であり、その正確な説明は、ドイツの文献でさえ断念している[42]。それゆえ、本稿でも、簡単に紹介するに留める。特徴的な点を取り上げると、Wendehorst の見解の中心には、アリストテレスの iustitia commutativa（交換的正義）から導き出した、静止原理（Statikprinzip）がある。この静止原理は、様々な債務法上の請求権の形態を描写する、一般的な法原理として探求されたものである。

Wendehorst の研究は、理論上は興味深い点を含んでいるものの、実務的な価値はほとんどないと評価されている[43]。このことは、損益相殺という問題について、統一的に評価することが困難であることを示している。

6　Thüsing[44]

かつて、相当因果関係論は、賠償されるべき損害について相当因果関係を必要とするが故に、控除されるべき利益についても相当因果関係がなければならないと説いた。この考え方について、詳細な再検討を行ったのが、Thüsing である。彼は、損益相殺の歴史の検討、比較法の検討及び法と経済学の観点からの検討を行った。Thüsing は、最終的には、個別の類型ごとに、損益相殺の判断を行っている。

Thüsing は、対称思想（Symmetriegedanke）と名付けたが、かつて、ドイツのライヒ裁判所は、賠償される損害について相当因果関係が必要とされることとの均衡上、控除される利益にも相当因果関係が必要であると解していた。我が国でも、石坂が、これと同じ見解を唱えて、通説化した。Thüsing は、この対称思想について検討した上で、損益相殺に

---

[41] Christiane Wendehorst, Schaden und Ausgleich, 1999.

[42] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.53、Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.492参照。

[43] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.53、Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.492参照。

[44] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2).

ついては、機会と危険の一致という点でのみ、根拠たり得るとする。この機会と危険の一致は、古くはローマ法においても承認された法原則であり、例えば、危険負担については、一般的に危険な行為による利益を受ける者は、その不利益な結果についても責任を負わなければならないということによって根拠づけられる。Thüsing は、この法原則を、損益相殺にも適用することができるとするが、その適用範囲を相当限定している。そのため、単なる外形的な損害と利益との対応のみに注目して、対応思想に基づき、包括的に損益相殺理論を構築することは否定している。

また、Thüsing は、現在のドイツの支配的見解である、損害と利益の合致を損益相殺の要件とすることにも否定的である。Thüsing は、利益と損害とが同じ法益に該当しなければならないとすることは、具体的損害理解（konkreten Schadensverständnis）に立脚するものであり、その名残が、対応基準（Kongruenzkriterum）であると説く（対応基準については、後述する。）。そして、この具体的損害理解は、克服され、対応基準も否定されるべきであるというのである。Thüsing は、今日のドグマ的な出発点は、差額説であり、差額説は全財産に焦点を当てているのであって、侵害された法益のみに焦点を当てるのではないという。Thüsing が、具体的損害理解を否定する根拠は、BGB 立法当時、抽象的な差額説が判例および学説の支配的見解であった、BGB の原状回復原則は抽象的な差額説を採ることの妨げにはならない、法と経済学的分析に基づく、損害賠償法の予防目的からの演繹も、財産を全体として考慮することに賛成するというものである[45]。Thüsing の検討は、もっぱら過去の事情や理論的見地からなされている。Thüsing のいうように、100年以上前から、今日に至るまで、ドイツにおける、損害概念については、抽象的な差額説が通説である。それにもかかわらず、損益相殺については、具体的損害理解が支配的見解となっている。その理由については、Thüsing は言及していない。また、対応基準の否定は、理論的根拠のみによるものであり、実際上の要請に基づくものではない。現に、Thüsing は、実際上必要な２つの場合には、対応基準を正当としている。その２つとは、財産損害と非財産的利益との損益相殺を否定すること、

[45] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.439ff.

及び、部分損害（Teilschaden）について賠償すべき場合（例えば、死亡の場合に、扶養権利者に対する賠償を命じるBGB844条２項）に考慮されるべき利益を限定することである。さらに、前述の通り、Thüsingは、一定の類型について、損益相殺の当否を検討している[46]。しかし、一定の類型において、損益相殺を検討するためには、当該類型における、損害と利益とをある程度具体的に把握することができることが前提になるはずである。抽象的な差額説を前提に、全財産状況について焦点を当てるのであれば、どうして、当該類型における損害や利益を想定することができるのであろうか。

その理論構成には疑問があるが、Thüsingも、今日のドイツの支配的見解と同様に、類型ごとに損益相殺の当否を検討するという思考を採用している。

第５　一般的な準則

１　前述のように、今日のドイツの支配的見解は、類型ごとに損益相殺の当否を検討している。もっとも、損益相殺に関する一般的な準則が放棄されたわけではない。ここでは、今日のドイツ法における一般的な準則を取り上げる。

２　法定債権譲渡（Cessio legis）[47]

例えば、損害保険金のように、一定の給付については、給付によって、損害賠償請求権が移転することが法定されている（損害保険金について、VVG67条）。この種の規定は、様々な法律に置かれている（SGB第10編116条以下。連邦社会救助法４条２文。公務員法の統一のための基本法87a条。EFZG6条）。この場合の給付は、損益相殺の対象にならないと解されている。

このような給付は、本来であれば、損益相殺の対象になるべきところ、

[46] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.471ff. 具体的には、直接利益、被害者の損害軽減、第三者給付、扶養損害（望まれない出生と不法行為による死亡）、契約による損害賠償における損益相殺、損益相殺と税及び共同過失と第三者利益である。

[47] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.495f.

仮に損益相殺を行うと、譲渡されるべき債権が存在しないこととなる。そこで、これらの規定は、損益相殺を否定する趣旨を包含しているものと解されている。この解釈自体は、古くから承認されてきたが、差額説との関係では、これらの規定は、差額説に優越する法的評価に基づくものであると解することになる。もっとも、損害保険との関係では、新価保険をどのように理解するのか疑問があるが、これについては、後で検討する。

３　精神的利益[48]

被害者が、加害行為によって、精神的損害を被るだけでなく、精神的利益をも受けることがある。この場合は、損害と利益とは損益相殺されない。精神的苦痛は、損害と利益とに分離することはできず、総合的に評価して、賠償額を決定することになるからである。また、財産的なものと精神的なものとを比較することはできないので、財産的利益を精神的損害から控除することもできない。もっとも、財産的利益を受けることによって被害者の精神的苦痛が慰謝されることはありうるので、そのような利益は、慰謝料の算定において考慮されうる。一方、被害者が精神的利益を受けたことを理由に、財産的損害を減額することはできない。

４　抽象的損害算定[49]

抽象的な損害算定の分野では、損益相殺の余地はない。この場合は、具体的な経過と無関係に、給付の内容を決定することが可能だからである。実際上、意味を持つのは、BGB288条１項の規定する法定の利息請求権である。もっとも、同条４項の規定により、法定利率を超える遅延損害金の支払を請求する場合は、抽象的な損害算定ではないから、損益相殺の対象となり得る。他に、法律が目的物の一般的な価値の賠償を命じている場合は、損益相殺は排除される[50]。

---

[48] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.497f.

[49] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.498.

[50] 例えば、商法（HGB, Handelsgesetzbuch）429条、658条、659条、内水交通法（BinSchG, Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt）26条。

5　時的限界[51]

訴訟において、基準時後に発生した利益については、損益相殺の対象とならないことは異論がない。損害賠償債務の弁済後や和解後に、利益が発生した場合も同様である。問題は、このような事情がない場合の時的限界である。学説は、否定的であるが、判例は、後述の有利な競落事例などでこれを承認している。

6　費目拘束[52]

損害の一部について給付がなされる場合に、当該給付の額が当該損害の額を上回ることがある。例えば、交通事故による後遺症により、被害者が障害年金を受給することになったが、その支給額は、被害者の収入の減少より多額であったとする。この場合は、年金を控除することができるのは、収入の減少部分に限定され、その他の損害についてこれを考慮することはできない[53]。判例[54]によれば、BGB844条１項に基づく請求に関しては、扶養請求権の喪失に関連する利益のみを考慮することができるとされる。

一般的に、利益と損失とは、同一の損害費目に結びつかなければならないと解されている。これが、費目拘束であり、Thüsing のいう対応基準（Kongruenzkriterum）である。

この費目拘束は、Cantzler や Thiele の見解、さらには、Walsmann や Oertmann の具体的損害概念に基礎をおくものである。それゆえ、Thüsing のいうように、費目拘束を認めることは、抽象的な差額説との関係で緊張関係にある。このことについては、後で取り上げる。

7　加害者の故意過失[55]

ALR のように、加害者の故意または過失あるいは過失の軽重によっ

---

[51] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.499f.

[52] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.501f.

[53] BGH 1984年12月４日判決（NJW 1985, 735）参照。

[54] BGH 1980年２月26日判決（NJW 1980, 1787f）。

[55] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.58ff.

て、賠償義務の範囲を変えることは、しばしば見られたことである。もっとも、BGB は、一般的に、賠償義務の範囲を加害者の主観とは分離し、完全賠償原則を採用した[56]といわれている。学説の多くは、損益相殺を含む、損害の算定に当たり、加害者の責任を考慮することに否定的である。もっとも、慰謝料の額の算定には、一般に加害者の故意過失を考慮することが承認されている[57]。

損益相殺において加害者の主観を考慮する見解も少数ではあるが、存在している。たとえば、Heck[58]は、その教科書において、機械が故意に毀損されたが、この損害を除去しようと試みる際に、偶然価値のある発明が生じたという事例を挙げている。Heck は、悪意の加害行為であるとの理由で、この利益が控除されることを否定するものと考えられる。一般的に、かつ、明確に、Baur[59]は、「法的感覚」のみに依拠して、加害者が故意に行った場合は、被害者に生じた利益は、損害賠償請求権を減少させないと主張した。さらに、Felgentraeger[60]は、賠償義務者に利益を与えることを禁止するという一般的な思想のみによって、故意の加害者については損益相殺しないことを説明した。また、前述の通り、Rudloff も、故意又は重過失の加害者は、偶然発生した利益という幸運を受けるに値しないとしている。

これらの学説に加えて、判例においても、加害者の主観を損益相殺において考慮するものがある。

BGH 1975年７月９日判決[61]

〔事案〕

遺産の管理人が、遺産の土地を売却して獲得した売上金の一部を用いて、金の延べ棒を購入した。ドイツマルクの切り上げにより、後に、金

[56] Motive, Bd. II, S.17参照。

[57] Heinz Thomas, in:Palandt, 40. Aufl., 1981, § 847 BGB, S.907.

[58] Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1958, S.50.

[59] Fritz Baur, Zum Problem der Vorteilsausgleichung, JW 1937, S.1463f.

[60] Heinrich Stoll/Wilhelm Felgentraeger, Vertrag und Unrecht, Bd.II, 3.Aufl., 1943, S.239.

[61] FamRZ 1975, 576.

の延べ棒は、投資した金額よりも低い金額で売却された。相続人は、これによる損害と、売上金について利息が付かなかったことによる追加の損害を請求した。これに対して、被告の遺産管理人は、責任の存在を争うとともに、相続財産は元々債務超過であったと主張した。遺産管理人の主張によれば、その巧みな取引と、受遺者Cとの困難な交渉によって、受遺者Cにその請求権の重要な部分を放棄させ、相続人に約50,000ドイツマルクを獲得させることに成功した。一審、二審は請求認容。破棄差戻。

〔判旨〕

（金を購入したことを直ちに遺産管理人の義務違反と認定した原判決に対して、遺産管理人は遺産を適正に処分する義務を負うのであり、金に投資をすることは充分合理的でありうる。本件の具体的事情で、金に投資をすることが義務違反であったかをさらに審理させる必要があるという。）

「損害を発生させた事象（金の延べ棒の購入）と被告が主張する受遺者Cとの和解による利益との間には、高等裁判所の事実認定によれば、相当因果関係がないので、被告の主張を損益相殺の観点で考慮することはできない。しかし、金の購入について、損害賠償義務を生じさせる義務違反が非難されるべきときは、被告の主張は考慮しないわけにはならない。というのは、被告は遺産管理人として、遺産債権者による根拠のない請求権を拒絶する義務を負っていた。しかし、遺産債権者に、正当な債権の一部を断念させることは、その任務には含まれていない。－被告が主張するように－遺贈者Cに対して、Cが、定期金遺贈についての和解において、正当な権利を放棄し、それによって、被告は、債務超過による相続財産の破産を回避しただけではなく、原告のために相続財産を５万マルク以上確保することに成功したのであれば、被告はその限度で、原告に対して遺産管理人としての義務以上のことを行った。一方で、被告が年金遺贈を解消して確保した収益を要求し、他方で、被告に金の購入によって生じた損失を理由に責任ありとしようとするのであれば、このような状況下では、請求は信義則に抵触するであろう。」「この場合、被告のあり得る責任の重大さが、重要な意味を持つ。被告が善意の熟慮によって行ったことが、後に間違いであると証明されたのか、または、

軽率若しくは非常に大きな過失で行動したのかが重要となりうる。」

また、以下のように、ドイツの判例においては、同種の事案でありながら、過失の場合は損益相殺を認める一方、故意の場合は損益相殺を否定するものが見られる。

BGH 1988年１月11日判決[62]

〔事案〕

合名会社の業務執行社員であった被告は、同社の業務執行社員である原告の反対にもかかわらず、会社のために弁護士Ｌを雇い入れた。この会社においては、雇用契約の締結には、他の業務執行社員の同意を得る必要はないとの業務執行社員決議が存在しており、被告も自己に業務執行権があるものと理解していた。しかし、商法典（HGB）115条１項は、他の業務執行社員がある行為に対し異議を述べた場合は、当該行為を中止しなければならない旨を規定している。そのため、被告によるＬの雇い入れは、越権行為であった。原告は違法な雇い入れを理由に、被告に対して損害賠償を請求した。

〔判旨〕

「会社は、被った損害を充分説明し、証明した。これに対して、場合によっては、業務執行社員は、反対給付が履行されたために、会社の損害を除去し、または、減少させた財産上の利益がもたらされたことを証明しなければならない。このためには、相互に義務を負う給付の間に、均衡の取れた価値の関係が存在するということでは不充分である。これでは、財産の比較の前に、比較の考慮において、どのような役割を収納することができるかについて、評価的な判断を行わなければならないことを考慮していない (vgl. H.Lange, Jus 1978, 649 ff m.w.N.)。ここでは、会社が取引にその意に反して入ったことが顧慮されなければならず、実際に押しつけられた反対給付が会社にとって有用に使用できるものであったかどうか、及びどの程度使用できるものであったかは、完全に開かれている。そのため、会社は反対給付ないし分け前を、それがなくて

[62] WM 1988, 968.

も必要とし、または、禁止された措置によって、そうでなければ受け取ることがなかった、他の財産的価値ある利益を獲得したことを証明しなければならない」

BSG　1995年６月21日判決[63]

〔事案〕

医師である被告が、許可の条件を満たさないにもかかわらず、詐欺によって、疾病金庫（日本の公的医療保険における保険者に相当する。）の保険医としての許可を受けた（ドイツでは、開業医が保険診療を行うには、予め、保険医としての許可を得る必要がある。）。疾病金庫が、被告による治療は許されないとして、支払った報酬について、損害賠償を求めて提訴した。これに対して、被告は、被告が許可を得なくても、他の医師が医療給付を行い、金庫はそのために支払をしなければならなかったであろうとして、損益相殺を主張した。

〔判旨〕

（民法上の損益相殺が、公法の分野にも適用される旨を述べる）

「そうでなければ（注－被告が保険医として治療を行わなければ）原告に支出が生じたであろうかどうか、及びその額を判断することは許されない。というのは、これによって発生する利益の控除は、問題となっている損害賠償請求権の性質故に、一般的に問題とならないからである。

損害を減少させる利益を、立法者は発生した財産損害を算定する際に原則として控除が損害賠償の目的に合致する場合に限り、相殺されなければならないものとした（規範的損害概念；Palandt/Heinrichs, 54. Aufl., Vorb. §249 Rdnr. 13 m.w. Nachw.)。この場合に、それが妥当するかどうかは、損害賠償法以外の法的な評価を考慮して決定されるべきである。当部は、無許可の治療によって発生する損害の賠償において、損益相殺の問題と密接に関係する､正当化されない利得の抗弁について、法律又は契約に違反して提供された給付についての報酬請求権を否定する際に、1994年５月４日判決（BSGE 74, 154 [158]=SozR 3-2500 §85 Nr.6）において、保険医が仕事を行うために基準となる法律の規定は、

[63] NJW 1996, 3102.

保険医のシステムが全体として機能することを確保するために決定されなければならず、この目的は、不当利得法の原則を適用することによって、その効果を失わせることは許されないと判示した。この判例は、給付が違法な契機でなされたことを理由とする損害賠償に妥当する。仮にそうでないとすれば、許可を得ていない医師が、法定の疾病金庫の負担で、その権限なく、許可を受けた医師に適用される法律及び契約上の制限に拘束されることなく、給付を行う誘因を与えるかもしれない。原告の損害賠償請求については、それゆえ、結果的に支出を節約したという抗弁を申し立てることはできない。」

OLG München 1965年４月８日判決[64]

〔事案〕

被告は、その資格がないのに、詐欺によって、大尉に任命された。そのため、ドイツ連邦共和国は、被告に対して、不法行為を理由に、士官の給料と兵卒の給料との差額を請求した。

〔判旨〕

「広く行われる、損益相殺のための要件は欠如している。原告には、被告の職務によって、被告に実際に帰属すべき、伍長、軍曹及び曹長の給料を超える利益は発生していない。なぜなら、被告の大尉としての職務は、被告にとっては、大尉の職務としての法的な価値を有していないからである。このため、原告は、その職務を行うことが法的に可能な大尉の職務を免れたということはできない。」

BGH1988年判決及びBSG1995年判決は、いずれも違法な行為を行ったものの、それによって被害者のためになる行為（労働や診察）が行われた事案である。しかし、BGH1988年判決は、損益相殺を認めているのに対して、BSG1995年判決は、これを否定している。この違いの理由としては、加害者の故意・過失の違いに注目すべきであろう。特にBSG1995年判決は、損益相殺を認めれば、無許可の医師が疾病金庫の負担で治療を行う誘因となる恐れがある旨を述べるが、この理由付けがよ

[64] MDR1965, 988.

く妥当するのは、故意に違法行為を行った場合である。OLG München 1965年判決の事案も、加害者が故意に違法行為を行ったことは疑問の余地がない。この判決も、明示的に、加害者の主観を考慮しているわけではないが、一応は、被告が大尉の職務を行っていたことは間違いない。仮に、原告国が、意図して、被告を大尉に任命したのであれば、被告が大尉の給料を受けることは正当というしかない。問題は、国が意図せずに、即ち、過誤で、被告を大尉に任命した場合である。OLG München 1965年判決の事案も、結局は、国の過誤というべきであろうが、被告の詐欺といった事情が無く、単に国の担当官吏が誤って、被告を大尉に任命したのであれば、被告が大尉の給料を受領したことを非難することはできないであろう。München 高等裁判所は、被告の職務は、「大尉の職務としての法的な価値を有していない」というが、その根拠となっているのは、客観的に見て、被告に大尉の資格がないということに加えて、詐欺によって大尉に任命されたという、被告の悪性であろう。そうであれば、結局、この判決も、加害者の故意を根拠に、損益相殺を否定したものというべきである。したがって、ドイツの判例は明確ではないものの、一定の事例については、加害者の主観を考慮しているものといえる。

第６　類型ごとの検討

１　理論的背景

これまで紹介してきたように、損益相殺に関するドイツの学説は、当該事案における損害を賠償させるため、それと無関係な利益の考慮を否定するもの（Walsmann、Oertmann、Cantzler や Thiele）と、抽象的な命題から導いた一般原則によって損害とは無関係に統一的解決を図ろうとするもの（Rudloff や Wendehorst）に分けることができる。一般的に支持されているのは、前者であり、今日の完全に支配的な見解は、損益相殺について、何らかの方法で、損害と利益との合致を要求している[65]。これは、被害者の全財産についての差額を損害とする考え方（この考え方を「総体財産差額説」という[66]。）の否定である。すなわち、今日のド

[65] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.55参照。

[66] 用語は、奥田昌道編『新版　注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣、2011年）269頁（北

イツの支配的見解に従う限り、当然に、「加害行為により、被害者が不利益を受けると同時に、利益を受ける場合がある。このような場合には、不利益から利益を控除した残額が、賠償を要する損害になる」[67]ということはできない。対応原則の下で、費目拘束が承認される結果、同一の損害費目に関しない利益は損益相殺の対象とならない。

これは、Thüsing のいうように、具体的損害理解の表れである。損害は、被害者の全財産の変化というように抽象的に把握されるのではなく、実際に発生した害悪に対応して、具体的に把握される。加害行為に関連して、複数の害悪が生じたときは、個別の損害を合計したものが全損害となる。

この具体的損害理解を採用することは、事例の類型的な理解と整合的である。類型的な理解を行うためには、一定の加害行為から、類型的にどのような損害と利益とが生じるかを想定できなければならない。しかし、現実には、様々な態様で利益が発生することがある。交通事故で被害者が重度の後遺症を負った場合に、消費貸借契約の約定に基づき、被害者の銀行に対する借入金返済債務が消滅することもある。共働き夫婦の夫が事故で死亡し、妻が損害賠償を請求したという典型的な事例でも、実は、夫が妻を虐待しており、そのため、妻は精神的に病んでおり、カウンセリングを受けるなどしていたが、夫が死亡したことでストレスの原因がなくなり、カウンセリング費用が節約できたほか、仕事も順調に進むようになって、給与も増加したということもないわけではない。この場合は、妻にとっては、扶養の喪失が損害であり、その一方で、カウンセリング費用の節約や給与の増加という利益を受けたと考える余地もあろう。このような様々な場合を、すべて考慮した上で、類型化することは困難である。現実の使用に耐える類型化をするためには、費目拘束を前提とし、それゆえ、具体的損害理解に依拠する他ないであろう。

２　利益の発生源に基づく区別

具体的損害理解に依拠すると言っても、利益と損害との結びつきには、

川善太郎・潮見佳男）による。

[67] 加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣、1965年）46頁（篠原弘志）。

強弱があり得る。今日のドイツ法における、一般的な類型の枠組みは、当該利益の発生源によって区別することである[68]。すなわち、被害者の行為によって利益が発生したのか、第三者の給付等によって利益が発生したのか、あるいは、これらによらず自然に利益が発生したのかによって区別を行うのである。

これは、利益と損害との結びつきの強弱による区別と理解することができる。被害者や第三者が何らの介入もすることなしに発生する利益は、一般的に、損害との結びつきが強いものと考えられる[69]。一方、被害者の行為による利益は、被害者が損害による不利益を回避するために採った行動によって生じたものであろう。それゆえ、被害者の行為が介在する以上、自然に生じた利益よりは、損害と利益との関係が希薄であるといわざるを得ないが、一応は、損害の発生回避と結びついている。他方、第三者の給付による利益は、損害の回避というより、損害の穴埋め（填補）にすぎないことが通常であろう。そうすると、一般的な傾向としては、自然に発生した利益が最も損害との結びつきが強く、第三者の給付等による利益が最も結びつきが弱いといえよう。この結びつきの強弱は、損益相殺の判断に影響しうる。それゆえ、具体的損害理解の観点からは、現在のドイツで一般的な類型の枠組みは、充分合理的なものとして正当化できよう。一方、抽象的な差額説を前提に、素直に理解すると、損害も利益も、単なる差額として把握され、その原因は捨象されることになろう。それゆえ、利益の発生源によって、区別して考える根拠を欠くことになるのではなかろうか。

どのような理論構成を採るかは別にして、今日のドイツ法は、損益相殺を利益の発生源に応じて、類型的に検討することでほぼ一致している。そこで、以下では、類型ごとの検討を行う。

3　被害者または第三者の行為によらない利益[70]

---

[68] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.502ff 参照。

[69] もちろん、様々な場合が考えられるが、前述のように、ここでは、損害と同一の費目に関する利益であることを前提としている。

[70] Thüsing は、この類型を直接利益（Direkte Vorteile）とよんでいる。

（１）総論

先に、理論的見地から、一般的傾向として、この類型の利益は、損害との結びつきが強いものと考えられると述べたが、実際上も、以下で取り上げるように、この類型の利益は、一般的に広く控除が認められる傾向にある。そのため、この類型の利益は、純粋な計算項目に緩やかに接近しているとの指摘がある[71]。純粋な計算項目であれば、損害と利益の存在を前提とする損益相殺の問題として処理するのではなく、初めから、全体として、損害が発生しないものと考えるか、あるいは、損害が利益の分だけ減少した形で発生したものと考えることになる。

これまでも取り上げてきた騎手事例は、この類型に含まれる。判例は、賠償義務者が自己の有利になるように、被害者の土地に仮登記を設定していたが、当該仮登記を適時に抹消することを怠ったために、被害者は当該土地を売却することができず、損害が生じた。その一方で、土地を売却できない間に不動産の価値が上昇した事例において、価値の上昇を考慮すべきとした[72]。類似のものとして、違法な建築制限により、不動産を売却することが遅延し、損害が生じた場合に、その間の土地の価値の上昇及び賠償権利者の費用を填補しない、建築すべき建物の賃貸借によって生じた損失の減少を考慮すべきであるとする判例がある[73]。他に、判例は、リースの借り主の契約違反によって、リース物を予定より早期に返却する場合は、契約に従った返却の場合のリース物の価値と、実際の返却の際のリース物の価値との差額を考慮すべきであるとした[74]。

これらの判例は、損益相殺を肯定した例である。もっとも、被害者または第三者の行為によらない利益であっても、判例は常に損益相殺を行っているわけではない。損益相殺を否定した例としては、有名な、ビール購入事例（Bierbezugsfall）[75]がある。これは、原告が被告との間でビールの継続的な購入契約を締結したが、適時に、被告が原告にビールを提

[71] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.502.
[72] BGH 1980年５月16日判決（BGHZ 77, 151）。
[73] BGH 1988年12月15日判決（NJW 1989, 2117）。
[74] BGH 1995年３月８日判決（WM 1995, 935）。
[75] RG 1908年10月２日判決（recht 1908, Nr.3240）。

供しなかったために、損害賠償を請求したというものである。原被告間の契約には、原告は被告以外の者からビールを購入しないとの約定が存在し、これに違反する場合は、違約金を支払うこととされていた。損害賠償訴訟において、被告は、損害賠償から、原告が支払を免れた違約金を控除するべきであると主張した。ライヒ裁判所は、これを２つの理由から排斥した。１つは、利益と損失とが、単一かつ同一の行為から発生したものではないということであり、もう１つは、損益相殺されるべき利益は一般的に生じたものであってはならず、損害を回避するものに限定されるが、当該事案の利益は一般的に生じたものであるということである。この理由付けは、当時の通説に基づくものであるが、ともに、問題の利益と、加害行為・損害との結びつきが希薄であることを言うものである。具体的損害理解からは、賠償されるべき損害との結びつきの希薄な利益を損益相殺の対象としないことは自然な帰結であろう。一方、抽象的な差額説を前提に、損害を財産状態の差額と考えれば、加害行為や賠償されるべき損害との結びつきを問題にすることは困難ではなかろうか。

（２）支出の節約

加害行為の結果、被害者が本来であれば必要な支出を免れることがある。日本法においては、生命侵害の場合の被害者の生活費の控除が有名である。しかし、ドイツ法においては、生命侵害の場合の損害理解について、いわゆる扶養構成が採用されており（BGB844条２項）、生活費控除の問題は生じない。

この類型で有名なドイツの事例は、被害者が入院した場合の食費の節約である。これは、入院中は、病院が食事を提供するため、その間、被害者は食費を負担する必要がなくなるというものである。この費用の節約は、損益相殺の対象となるものと解されている[76]。同様の論理は、交通事故によって自動車が毀損され、修理を要することとなったが、修理中に、被害者がレンタカーを使用した場合の、自動車の消耗の節約にも

[76] OLG Nürnberg 1963年１月11日判決（VersR 1964, 176）、KG 1968年３月18日判決（VersR 1969, 190）、OLG Celle 1968年12月16日判決（NJW 1969, 1765）。

妥当する。他にも、住居の完成の遅延による損害に対して、遅延によって、被害者が銀行から受ける融資の期間が節約されたことを考慮すべきであるとされた事例[77]などがある。

もっとも、節約された支出が、被害者の不自由によって生じた場合は、当該支出の節約は、損益相殺の対象とならないと解されている[78]。例えば、被害者が、事故で修理中の自動車について、代わりの車両をレンタルせずに済ませた場合は、自分の車の消耗が節約されたことは考慮されない。美食家の被害者が、食餌療法を受けることとなり、その結果、食費が大いに減少したとしても、そこで考慮される食費の節約は病院食の価額に限られる[79]。

ここで問題となっているのは、結局のところ、単なる損害の算定方法のように思われる。日本法であれば、被害者が入院して、入院費用が必要となったが、その一方で、食費を節約することができたというのではなく、端的に食費を除いた入院費用について、本来であれば不要な費用が必要になったのであるから、これを損害として捉えることに躊躇はないであろう[80]。ドイツ法において、このような迂遠とも思える算定方法が採用されているのは、原状回復を原則としているためであろう（BGB249条１項）。例えば、事故によって、自動車を使用することができなくなった者は、代わりの自動車を請求することができる。この自動車の使用のための費用（一般的には、レンタル費用）は、賠償義務者が負担しなければならない。その一方で、被害者の自動車は修理期間中、消耗することを免れているから、その消耗については、被害者が加害者

---

77 BAG 1970年４月24日判決（JZ 1971, 380）。

78 Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.504.

79 OLG Hamm 1999年11月23日判決（NJW-RR 2001, 456, 457）。

80 もっとも、現在の日本の裁判実務においては、入院の際の財産的損害は、治療費と入院雑費で算定することとされており、このような算定方法は充分合理的と考えられる。そして、入院雑費は、通常は、ある程度、定額で算定される（日弁連交通事故相談センター東京支部編集発行『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準上巻』（赤い本）（2015年（平成27年）版、2015年）36頁は、１日につき1500円とする。）。それゆえ、日本においては、あえて、食費の節約を問題とする必要はない。

に返還しなければならないとされるのであろう。金銭賠償主義を採用する日本法からは、端的に、自動車の使用不能を損害と捉えて、それを金銭評価して賠償を命じればよいようにも思われるが、BGB が、そのような賠償を許さないのである。その結果、損害も、原状回復に馴染む形で把握され、その一方で、原状回復の観点から被害者の利益も返還しなければならないことになるのである。このように、この類型は、原状回復原則を採用するドイツ法独自の問題が多く含まれている。

（３）生命侵害に伴う利益

BGB844条は、生命侵害について、２種類の賠償を命じている。１つは、葬儀費用（Kosten der Beerdigung）であり（同条１項）、もう１つは、扶養（Unterhalt）である（同条２項）。問題が多いのは、後者であるが、前者についての賠償も認められていることには留意する必要がある。なぜなら、対応基準を前提とする限り、賠償すべき損害と関連した利益についてしか、損益相殺を認めることはできないからである（前述のように、対応基準に批判的な Thüsing でさえも、生命侵害の場合には例外的に、対応基準を肯定している。）。死亡それ自体と関連した見舞金等の、公的・私的な給付や援助は葬儀費用との関係でのみ問題となる。若干変わったところでは、喪服の購入費用の賠償が争われた事案[81]もあるが、これも葬儀費用との関係で問題となる。

ここでは、問題の多い、扶養についての賠償を中心に検討する。なお、死亡を原因として給付がなされることはしばしばあるが、これについては、第三者の給付等による利益において扱うので、ここでは検討しない。

まず、扶養義務からの解放という問題を検討する。BGB844条２項は、扶養請求権の喪失について賠償を命じるが、扶養権利者が同時に扶養義務者でもあることは、ままあることである。例えば、夫を失った妻は、夫から扶養を受けることができなくなったが、それと同時に、夫を扶養する義務から解放された。夫のみが就業する専業主婦の家庭においては、現実には、妻が夫を扶養することは考えにくいかもしれない。しかし、

[81] 控除の当否は、葬儀の性質によるようである（Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.506）。

少なくとも法律上は、妻にも夫を扶養する義務が存在し、夫が就業することが出来なくなった場合は、妻は可能な範囲で就業するなどして、夫を扶養しなければならないのである。それゆえ、夫を失った妻は、夫に対する扶養請求権を喪失すると同時に、夫に対する扶養義務を免れたといえる。この扶養義務からの解放については、判例は、損益相殺を肯定している[82]。これに対して、学説は、配偶者の喪失は明白な利益とは言えない、婚姻から生じる義務は、交換関係の枠組みで評価することはできないため、損益相殺に必要な利益と損失との対応がないとして、損益相殺を否定している[83]。この問題は、未だ統一的な解決を見ていない。しかし、先の例では、夫を失った妻は、夫に対する扶養をする必要がなくなったために、不要になった支出を、自らの生活のために使用することができる道理である。また、実際上の問題として、妻が夫を扶養しなければならないという事例においては、通常は、夫の妻に対する扶養が多額に上るということもないであろう。そうすると、扶養の喪失を損害としてみる以上、扶養義務からの解放を利益として考慮することにも充分理由があるように思える。いずれにせよ、判例も学説も、扶養損害という形で、具体的に損害を理解した上で、検討していることは明白である。なお、死亡した者が、法律上要求される程度を越えて扶養を行っていた場合は、損益相殺の枠組みにおいて、遺族に有利に考慮するものと解されている[84]。

次に、早期の相続財産の承継という問題を検討する。死亡事故によって、本来よりも早く相続が生じることとなる。その結果、賠償権利者が相続人である場合は、相続によって、相続財産を利用することが可能になるから、本来よりも多くの収益を得ることとなる。通説は、この利益は、通常であれば、侵害事象がない限り、賠償権利者に生じなかったで

[82] BGH1971年７月13日判決（BGHZ 56, 389, 393）、BGH1972年10月17日判決（VersR 1973, 84, 85）、BGH 1984年６月５日判決（VersR 1984, 875, 876）。

[83] Dieter Medicus, in:Staudinger, 12. Aufl., §249 Rn.171.

[84] BGH 1979年４月10日判決（NJW 1979, 1501, 1503）、OLG Zweibrücken 1988年10月31日判決（NJW-RR 1989, 479）。

あろう利益の限度において、考慮されると解している[85]。それゆえ、相続財産の元本は、賠償権利者に相続財産が通常の因果経過であっても帰属したであろう場合に、その限度においては、控除されない[86]。これに対して、相続財産の収益は、恐らく扶養の負担を賄うために使用され、相続財産の増加や維持のために使用されないであろう限度で、控除される[87]。それゆえ、例えば、生命侵害が発生しなかったとしても、ランニングコストや償却のために使用されたであろう、土地の賃料収入は控除されない[88]。同様に、農地からの収入も、それが通常の農場経営において、投資に費やされる限度では、損益相殺の対象にならない[89]。BGB844条２項は、扶養の喪失について賠償を命じているのであるが、死亡した者がその財産を切り崩して、賠償権利者を扶養していた場合は、賠償権利者は相続財産を取得したことにより、実質的には、扶養義務者から受けるはずであった扶養（に相当する財産）を取得したといえる。それゆえ、その限度においては、扶養は侵害されていないともいえよう。一方、相続財産を取得しても、それが扶養に費やされないのであれば、それは扶養の喪失という損害とは無関係であり、損益相殺の対象とならないということになろう。前章で紹介した、生命侵害に関する ALR の規定を思い出してみよう。ALR99条は、死亡が、故意または重過失による場合に、遺族への扶養を行い、教育と持参金を与えることを命じていた。そして、この場合は、相続財産や、国等からの援助を考慮しないこととしていた（ALR100条）。一方、通常の過失の場合は、賠償義務者は、相続財産からの収入や国等の援助では不足する限度で、賠償を行えばよいとされていた（ALR103条）。第三者からの給付については後述するが、現在のドイツの法状況は、故意または重過失の場合に関する ALR の規律に近い

---

[85] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.507.

[86] BGH 1953年１月15日判決（BGHZ 8, 325, 328）、BGH 1957年２月５日判決（NJW 1957, 905）、BGH 1978年12月19日判決（NJW 1979, 760）、BGH 1969年３月18日判決（VersR 1969, 713）。

[87] BGH 1974年３月19日判決（NJW 1974, 1236）、BGH 1978年12月19日判決（NJW 1979, 760）、OLG Frankfurt 1988年11月25日判決（NJW-RR 1990, 1440, 1443）。

[88] BGH 1962年１月９日判決（VersR 1962, 322）。

[89] BGH 1961年７月11日判決（VersR 1961, 855）。

といえるだろう。

（４）賠償義務者の事務処理による利益

賠償義務者が、賠償権利者の事務を処理すべき場合において、その事務処理が違法であるため、損害を賠償する義務を負うが、その一方で、事務処理の結果、賠償権利者に利益を生じさせることがある。

前述のBGH1975年７月９日判決、BGH1988年１月11日判決及びBSG1995年６月21日判決は、すべて、この類型に属する。この類型においては、賠償義務者の主観（故意、過失）が、考慮されているのは、興味深い点である。前述のOLG München1965年４月８日判決の事案は、被告は現実には大尉の職務を行ったものの、その職務執行が法的に無価値と評価されたものである。これは、事務処理の過程が問題となったというより、そもそも、事務処理自体が、詐欺という違法な原因に基づいて、開始されたものであるが、事務処理が違法であったことには変わりない。そして、この判決においても、賠償義務者は故意に違法な事務処理を行っており、それによって生じた利益の損益相殺が否定されているのである。

一般的に、ドイツ法においては、賠償義務者の主観面の悪性は、故意過失を必要とするという限度で､損害賠償の要件となることはあっても、損害賠償の範囲には影響しないと解されている[90]。賠償義務者が故意であるからといって、通常より重い賠償義務を負担することもないし、賠償義務者が軽過失であるからといって、通常より賠償義務が軽減されることもないはずなのである。しかし、この類型に関しては、判例は、損益相殺という賠償範囲の決定に当たって、賠償義務者の主観を考慮しており、非常に興味深いといえよう。

（５）小活

総論で述べたように、被害者または第三者の行為によらない利益は、一般的に広く損益相殺が認められる傾向にある。本稿では、具体的な類型として、支出の節約及び生命侵害に伴う利益を取り上げたが、これら

[90] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.444.

についても、ドイツ法の原状回復原則の影響によって、若干修正を受けている点はあるものの、全体としてみれば、問題となっている損害を算定するという観点から、損益相殺について判断しているといえる。注意すべきは、賠償義務者の事務処理による利益の類型である。この類型では、賠償義務者の主観が考慮されている。賠償権利者の主観については、慰謝料の算定において考慮する余地があるが、現在の、懲罰性を排除した損害論を前提とする限り、賠償義務者の主観は、損害額の算定に影響を及ぼさないはずである。それが考慮されているということに、単なる損害の計算項目に止まらない、損益相殺固有の問題が存在するように思われる。

4　被害者の行為による利益

（1）総論－被害者の努力による損害軽減

損害は、常に、加害者ではなく被害者の側に発生する。それゆえ、損害を惹起したのは加害者であっても、損害の発生または現実化に当たり、被害者の行為が介在することは、まま見られることである。例えば、加害者が被害者に暴行を加えて、傷害を負わせたとする。しかし、被害者が負傷しても、それだけで、直ちに現実の所得の減少につながるわけではない。被害者が職を失ったり、それまでの高賃金の仕事をすることができなくなったり、就労時間が減少したりすることによって、初めて、所得の減少が生じるのである。そして、ここには、被害者の行為が介在する。被害者が通常以上の努力をするなどして損害回避に努めた場合、負傷にかかわらず、現実の所得は減少しない可能性がある。この場合に、被害者の努力によって生じた利益を、損益相殺するかという問題が生じる。この被害者の努力による損害軽減という類型について、ドイツでは、一般的に、次の判例が参照されている。

BGH1971年２月16日判決[91]

〔事例〕

原告は、自動車教習所の教官である。被告の自動車が、原告の教習用

[91] BGHZ 55, 329.

自動車に衝突し、被告は事故による損害を賠償する義務を負うことになった。そこで、原告は、自動車を修理する間、教習を行うことができなくなったとして､その間の報酬の喪失について賠償を請求した。なお、原告の自動車は、教習用の特殊な車両であり、修理期間中に、代車を借りて教習を行うことは不可能であった。一審及び二審は、原告の請求を概ね認容した。これに対して、被告が上告。上告審では、原告が、自動車の修理後に、超過勤務を行い、結局、原告には経済的な損失が生じていないことが問題となった。

〔判旨〕

「控訴審裁判所は、この問題を損益相殺の観点から捉えている。当該分野において、被害者自身の行為に基づく利益は、それが、BGB254条２項１文の損害軽減義務を越える場合は、控除されないとの、実に一般的な法解釈が妥当する」「これは、BGB254条２項から直接生じるものではないが、この規定において明らかにされた評価の意味に即した適用によって生じるものである」

「被害者が、BGB254条２項に基づく追完（Nachholung）の義務を負わない限度では、被害者の損害賠償請求権は、そのまま残る；被害者が、追完を義務づけられる限度においてのみ、被害者の請求権は減少する」

「いかなる事例においても、損益相殺の分野において、本来の意味で発展した、損害事象と関連した有利な事情は、控除が損害賠償の目的に合致し、加害者を不当に免責することがない場合に限り、斟酌されるべきであるという原則は、ここでも妥当する。同様に、当該法思想及びBGB254条２項の法的評価から、被害者の義務を越えた努力による損害回避・軽減によって、加害者を免責すべきではないことが察知されるべきである。」

「それゆえ、控訴審裁判所の法的端緒は、結論において是認することができる」として、上告を棄却した。

BGB254条２項１文は、被害者の損害軽減義務を規定している。「被害者が、損害の発生後、これを期待可能な措置によって改めて回避・軽減することを怠った場合に」は、同文により「賠償請求権の縮減」がな

されることになる[92]。例えば、「被害者は、それが容態の改善にとって必要であり、特別なリスクもない場合には、手術を受けなければならない」[93]。これによって、被害者が、期待される措置によって損害軽減を行わない場合でも、加害者は、被害者が期待される損害軽減措置を採った場合と同じ賠償を行えばよいことになる。一方、ドイツの判例及び通説は、損害軽減義務を損益相殺の場合にも援用する。被害者が、義務を越える損害軽減を行った場合は、当該行為による利益は損益相殺の対象とならない。

論理的帰結として、被害者が期待される損害軽減措置を採ることを怠り、その結果、過大な損害が発生した場合も、逆に、損害軽減義務を越える努力を行い、その結果、損害が回避・軽減された場合も、被害者が期待通りの損害軽減を行った場合と、賠償額は同じになる。もちろん、法律が期待する損害軽減措置の範囲には幅がありうるのであり、実際には、被害者の措置如何に関わらず、一定の賠償額が定まるわけではないであろう。しかし、損害軽減義務が、損害額の定額化の方向に作用していることは疑問の余地がない。

ドイツの学説の多くは、損益相殺を利益の帰属の問題として捉え、その結果、被害者が義務を越える損害軽減のための努力を行った場合は、それによる利益は被害者に与えられるべきであるという考え方に立っているようである。もちろん、このこと自体は正当な考え方であると思われる。しかし、角度を変えて見れば、被害者が期待される損害軽減措置を怠ったことによる損害は被害者が負担すべきであり、その一方で、被害者が義務を越える損害軽減のための努力をした場合は、その利益は被害者が享受するのであるから、結局、加害者が賠償すべき損害は、被害者の現実の努力に関係なく決定されるべきことになる。

この判決の事案についていえば、被害者が超過勤務を行うことは損害軽減義務の範囲を超えると考えられている。それゆえ、被害者が超過勤務を行ったことは度外視して、被害者が働くことができなかった期間に

---

[92] ハイン・ケッツ／ゲルハルト・ヴァーグナー著、吉村良一／中田邦博監訳『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011年）372頁。

[93] ケッツ／ヴァーグナー・前掲注（92）『ドイツ不法行為法』372頁。

ついての報酬の喪失について、賠償を認めている。

ここで取り上げた、被害者の義務を越える損害軽減は考慮しないという準則は、優先順位の高い準則である。例えば、次で取り上げる、有利な填補取引による利益は、原則として、損益相殺の対象となると解されている。しかし、被害者の義務を越える損害軽減のための努力によって、有利な填補取引が成立した場合は、損益相殺の対象にならないことで、ドイツの学説は一致している。通常であれば、すなわち、被害者が特別の努力をしたという事情が無ければ、損益相殺すべき類型でも、被害者の義務を越えた損害軽減がなければ、当該利益が発生しなかった場合は、その利益は損益相殺の対象とならないのである。それゆえ、この被害者の行為による利益という類型については、被害者が通常期待される程度の努力をすることを前提として議論を進めなければならない。被害者の行為による利益に含まれる、いかなる類型についても、被害者の損害軽減義務を越える努力によって、当該利益が獲得された場合を考えることはできるが、そのような場合は、当該利益は、損益相殺の対象とならない。以下では、被害者が、損害軽減義務を越える努力をしないことを前提として、検討する。

なお、この判決に出てきた「控除が損害賠償の目的に合致し、加害者を不当に免責することがない場合」に、損益相殺がなされるということは、損益相殺についてドイツの判例がしばしば持ち出す「基準」である[94]。もっとも、この「基準」の根拠は明確ではなく、そもそも、「基準」といいうる程度のものかも疑問であり、評価そのものにすぎないとも考えられる。このような曖昧な「基準」に依拠しているところにも、損益相殺に関する議論が未成熟であることが現れているように思われる。

（2）有利な填補取引

物品の売買において、売主が所定の義務を履行しない場合に、買主が他から目的物を調達することは、しばしば見られることである。このような場合に、売主が買主に対して、損害賠償義務を負担することは疑問の余地がない。しかし、買主による填補取引が、本来の契約よりも、買

[94] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.489f.

主にとって有利な条件（例えば、本来の契約よりも低額で目的物を調達できるなど）であった場合は、当該利益を損益相殺することができるのであろうか。あるいは、逆に、買主が目的物の受領を拒絶したため、売主が、目的物を他に売却することもある。この場合も、売主が有利な条件で売買契約を締結すれば、同じ問題が生じる。これが、有利な填補取引の問題である。

前章で紹介した、RG 1886年３月２日判決[95]も填補取引の事例であり、ドイツの判例は、古くから、填補取引による利益は、原則として、損益相殺の対象となるものとしている。

例えば、填補売却（買主の契約違反により、売主が目的物を他に売却する場合）の場合は、填補売却を度外視して、当初の契約が履行されていたら得られたはずの利益を損害とすることはできない[96]。次の判例が示すように、填補売却の場合の損害の算定には、その売却代金を考慮しなければならない。

RG1916年12月19日判決[97]

〔事案〕

1914年８月10日、原告は、被告に、塩漬けのベーコンを売却した。この商品は、原告において、燻製を行い、1914年９月15日までに引渡を行うこととなっていた。この契約は、一部しか実行されなかった。結局、原告は、被告に対して、未受領の分の価格の支払いを求めて期限を定めて催告し、期限経過後に、債務不履行を理由に損害賠償を求めて提訴した。一審は、原告の請求を認容した。被告が控訴したが、控訴は棄却された。ライヒ裁判所は、控訴審判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

〔判旨〕

原告の主張によれば、原告は、1914年６月の安い相場で、被告に売却

[95] RGZ 15, 65.

[96] BGH 1981年３月13日判決（NJW 1981, 1834）、BGH 1981年６月５日判決（NJW 1982, 326）、RG 1917年４月17日判決（RGZ 90, 160）、RG 1921年７月２日判決（RGZ 102, 348）。

[97] RGZ 89, 282.

したベーコンの材料を購入したので、被告と取り決めた売買価格の半分に当たる、1Zentner 当たり120マルクが純粋な利益である。原告は、未受領の876.88Zentner について、この割合による利益の賠償を被告に請求する権利があると主張し、控訴審裁判所はこの損害算定を正当と認めた。

「この判断は、BGB249条、252条に違反する。原告の損害算定は、控訴審裁判所のいうようにいわゆる抽象的になされるのではなく、完全に具体的になされる。原告は、通常であれば、期待することができた利益の賠償を請求するのではない。」

この判例のいうように、填補取引の類型は、「損害算定」の一種ということもできる。そのため、有利な填補取引による利益は、本来の契約による利益を上回らない限度においてのみ考慮することができると解されている。仮に、填補取引の代金額が、本来の契約よりも有利であったとしても、それは、目的物の調達または処分等について本来の契約よりも不利にならなかったという意味で、損害が発生しないというに止まり、当該利益をその他の損害（填補取引の契約に要した費用や目的物の納入や処分等が遅れたことによる損害など）から控除することはできない。

填補取引を、損害の算定方法の問題と考えれば、契約違反に対して、合理的な填補取引が行われた場合に、本来の契約代金と填補取引の代金との差額を損害として把握することは容易に是認できるものと思われる。それゆえ、填補取引による利益は、損害の算定要素に近い場合も多いともいえよう。しかし、被害者の損害軽減義務を越える努力によって有利な填補取引が実現したという場合を考えれば、単なる算定要素としてではなく、損益相殺の問題として取り扱う意義があるといえよう。そして、通常よりも有利な条件で填補取引が成立したのは、インフレーション等の市場の変化を別にすれば、被害者の努力によることが多いのではなかろうか。

（３）有利な転売

売買において、売主が瑕疵あるものを給付したが、買主が当該ものを第三者に有利な条件で転売することがある。典型的には、買主が、瑕疵

に気づかないまま、当該ものを、瑕疵のない価格で売却する場合である。この場合も、瑕疵あるものを給付した売主は、損害賠償義務を負う。問題は、賠償額を定めるに当たり、買主が有利な条件で転売したことを斟酌することができるかということである。ドイツの判例は、これを否定している[98]。

よく引用されるのは、前章で紹介したパン職人事例（Bäckerfall）[99]と、ラード事例[100]である。前者においては、判決は、「被告が、小麦粉を横領し、自己の用益に供したことにより、被告はその価値について利得し、原告は、本来より少ない数のパン、または、本来より小さいパンを販売したことによって、その分だけ損害を被った」「被告の賠償義務は、完全に疑問の余地無く認められる」と判示している。一方、後者のラード事例は、契約で定められた品質より低い品質のラードを提供したため、買主が売主に損害賠償を請求した事案である。この事案では、原告（買主）が、自治体であり、ラードは、戦時下の配給制によって、市民に売却されていたという事情があったので、被告は、原告には損害が生じていないと主張した。裁判所は、ラード事例についても、被告の主張を排斥した。

有利な転売の類型は、填補取引の場合とは異なり、損益相殺が否定されている。これは、転売の類型においては、瑕疵あるものが給付された時点で損害が確定し、その後で、有利な取引が成立しても、そのことは、損害賠償に影響を与えないということができる。填補取引の場合は、本来の契約よりどれだけ悪い条件で填補取引を行うことになったかが損害として把握されていた。そのため、転売事案と填補取引事案との、損益相殺についての判断の相違は、損害の把握方法の相違によるものといえる。

（4）有利な競落

ここで問題となっているのは、賠償権利者が、賠償義務者の行為によっ

[98] RG 1904年11月5日判決（RGZ 59, 238, 239）。
[99] OLG Braunschweig 1891年1月26日判決（SeuffArch 46, Nr.173, S.272）。
[100] RG 1917年4月17日判決（RGZ 90, 160）。

て、その担保権を喪失したが、その一方で、担保目的物の競売に参加したことにより､市価より安価で当該目的物を取得したという類型である。

ドイツの判例は、損害賠償請求権の原因となった事情によって、賠償権利者が有利に当該目的物を取得した場合は、損益相殺を肯定している[101]。もっとも、競落後に、目的物が値上がりした場合は、時的関連（zeitlichen Zusammenhang）がないとして、損益相殺を否定している[102]。

この場合は、結局、損害賠償の原因によって、賠償権利者は、担保権を喪失したが、目的物を有利に取得したのであるから、その差異が損害として把握されているのであろう。学説は、差額説の立場から、取得後の価格の上昇についても損益相殺の対象とするが、目的物の価格の上昇は、担保権の喪失と無関係であるから、判例は損益相殺の対象から排除しているものと思われる。

（５）次の賃借人による美的修繕

これは、建物の賃借人が退去時に美的修繕（Schönheitsreparaturen）を行う義務を負っていたが、これを怠ったため、賃貸人が損害賠償を請求したというものである。これに対して、賃借人は、次の賃借人が退去時に美的修繕を行った以上、もはや美的修繕は不要であり、賃貸人に損害は生じていないと主張する。

この類型では、判例の趨勢は、損益相殺を否定している[103]。支配的な学説も、損益相殺を否定する[104]。債権者が本来受けるべき利益を受けることができなかったが、次の取引先との間で有利な取引をすることができた結果、損害が表面化しなかったという点で、この類型は、有利な転売の類型と類似している。そのため、判例が、損益相殺を否定するのは当然であろう。ここでは、賃借人が美的修繕を怠ったことが損害として把握されている。

---

[101] RG 1916年３月23日判決（JW 1916, 1015, 1016）。

[102] BGH 1966年12月13日判決（VersR 1967, 187, 189）。

[103] BGH 1967年11月15日判決（BGHZ 49, 56, 62）。

[104] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.76.

（6）まとめ

被害者の行為による利益についても、結局は、被害者または第三者の行為によらない利益と同様、損害を算定するという観点から損益相殺について判断しているものといえよう。ここで留意すべきは、2点である。1点目は、初めに述べたように、被害者による義務を越える損害軽減による利益は、損益相殺の対象にならないということである。2点目は、損害確定後に、被害者の行為によって、損害が填補されても、それは損益相殺の対象とならないということである。2点目については、若干説明が必要であろう。

ここでは、4つの事例を取り上げたが、被害者の行為を考慮することで初めて損害が確定される類型と、被害者の事後的な行為の結果、損害が填補された類型に分けることができる。前者には、填補取引と競落事例が属し、後者には、転売と美的修繕事例が属する。填補取引の場合は、債務不履行のために、契約によって得られるはずであった有利な地位が侵害されたのではあるが、通常は、填補取引を行うことが可能である。例えば、鉄鋼100トンを1000万円で売却する契約を締結した売主は、買主の債務不履行により、当初の契約を実行することが不可能となっても、その鉄鋼を第三者に填補売却することが可能なはずである。そして、その填補売却の結果、900万円しか得ることができなかったのであれば、1000万円－900万円＝100万円が、売主の損害となるものと考えられる。仮に、当初の契約が実行されれば、売主は、300万円の利益を得ることができた（鉄鋼の原価が700万円の場合）としても、この300万円を売主の損害とすることはできない。このように具体的な場面を考えれば、填補取引の場合は、填補取引の内容を考慮して、初めて損害を確定することができるといえよう。競落事例の場合は、賠償権利者は、競売によって、担保権を喪失したものの、有利な価格で所有権を取得したのであるから、結局、賠償権利者は、競売において、担保権と金員によって、所有権を購ったといえるであろう。そうであれば、賠償権利者の損害を確定するためには、有利な競落も考慮しなければならないと思われる。一方、有利な転売事例においては、賠償義務者が瑕疵あるものを給付したことによって、賠償権利者は、本来受けることができるものよりも価値の低いものを受け取ることになったのであるから、この時点で、損害を

確定することができる。美的修繕事例も同様である。この場合は、被害者の事後的な行為によって、損害が填補され、あるいは表面化しなかったとしても、損益相殺は認められていない。競落事例においても、事後的に、目的物の価格が上昇したことにより、賠償権利者に生じた利益は損益相殺の対象とされていない。そのため、被害者の行為による利益は、それが損害確定のために必要な限度では考慮されるが、損害確定後に、被害者の行為によって利益が生じたとしても、そのような利益は損益相殺の対象とならないものということができる。

5　第三者の行為による利益

（1）総論

既に述べたように、一般的傾向として、第三者の給付等による利益は、比較的、損害との結びつきが弱い。そして、以下で取り上げるように、この類型の利益については、しばしば損益相殺が否定されている。ここで重要な条文は、前述の BGB843条４項である。この条項については、後で詳しく取り上げるが、BGB 自体が損益相殺の否定を規定しているのであり、その意義は大きい。他に、各種の法律にある損害賠償請求権についての代位規定が重要である。代位規定は、一般に、損益相殺を排除するものと理解されている。

問題は、ドイツの通説である、抽象的な差額説からは、論理的に、すべての利益の控除が導かれることである。この類型の利益については、損益相殺が否定されることが多いが、どのような理由で、損益相殺が否定されているのかを注意して、見ていくことにする。

（2）義務的な扶養

第三者の行為による利益として、最初に指摘すべきは、義務に基づく扶養である。後遺症によって就労することができなくなった者は、親族に対して、扶養を請求することができる。この扶養によって得られる利益は、BGB843条４項により、損益相殺の対象とならない。

この BGB843条４項は、BGB 制定当時に、既に異論がなかった点を、特に条文で明確にしたものである。法文上は、"Der Anspruch" 即ち、BGB843条１項の規定する、身体または健康に対する侵害による稼働能

力の喪失または減少等による損害賠償請求権に限定されている。しかし、今日では、この規定は拡大解釈されており、広く扶養一般に関して、損益相殺を否定するものと理解されている。例えば、治療費用の賠償についての請求権についても、扶養請求権を損益相殺することはできない[105]。BGB1833条に基づく、後見人の賠償責任について、親や親族に対する扶養請求権を考慮することはできない[106]。さらに、条文上は、請求権とあるが、同様のことは、実際に扶養が行われた場合にも妥当する。BGB843条４項からは、扶養請求権に対する損害賠償請求権の優越を規定したとの評価を読み取るべきとされる[107]。そのため、子供が怪我をした場合に、親が治療費を支払ったとしても、子供は加害者に対して治療費の賠償を請求することができる。

この扶養請求権の不考慮は、BGB844条２項１文により、生命侵害の場合の扶養損害の賠償にも適用される。さらに、BGB845条２文により、第三者が直接の被侵害者から受けるべき労務の提供を受けることができなくなった場合の損害賠償にも適用される。判例[108]は、この法理を、賃金の継続支払いの場合にも適用したことがあるが、学説は、懐疑的である[109] [110]。

もっとも、ライヒ上級商事裁判所やライヒ裁判所と同様、連邦通常裁判所の判例も、再婚による扶養の獲得は、BGB844条２項に基づく生命侵害の場合の扶養についての賠償請求権を減少させるとしている[111]。この賠償請求権の減少は、正式の婚姻の場合にのみ妥当する。正式の婚姻

---

[105] RG 1907年２月７日判決（RGZ 65, 162）、RG 1931年３月26日判決（RG 132, 223）、OLG Celle 1961年10月16日判決（NJW 1962, 51）、OLG Celle 1968年12月16日判決（NJW 1969, 1765）。

[106] BGH 1956年10月24日判決（BGHZ 22, 72）。

[107] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.516.

[108] BGH 1974年３月19日判決（NJW 1974, 1237, 1238）。

[109] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 21), S.517.

[110] もっとも、現在では、EFZG6条が、賠償請求権の代位を規定しているので、賃金の継続支払いが損益相殺の対象にならないことは疑問視されていない。

[111] ROHG 1877年６月６日判決（ROHGE 22, 184）、BGH 1958年７月11日判決（VersR 1958, 627）、BGH 1972年３月10日判決（BGHZ 58, 270, 272）。

によらない生活共同体の場合は、パートナーに対して、法律上保護された請求権を有しないからであるとされる[112]。他にも、BGB843条４項にかかわらず、判例は、扶養義務者が死亡した場合でも、死亡によって扶養義務を負うこととなる第三者が、死亡した者と同じ給付源から扶養を行う場合は、その扶養は、損益相殺の対象となるとしている[113]。たとえば、父が、就労しておらず、その財産を用いて子供を扶養していたが、父が死亡し、母がその財産を相続して、それを用いて子供を扶養する場合が、これに当たる。これは、既に紹介した、扶養に用いられていた財産を被扶養者が相続した場合と同様の判断である。

このように、扶養請求権については、損益相殺の対象とならないことが法律上規定されているが、ドイツの判例学説は、必ずしも法文通りに判断しているわけではない。そこで、どのようにBGB843条４項を解釈するかが問題となる。１つの解釈は、抽象的な差額説を前提に、扶養請求権についてのみ、特別の規定を置いたというものであろう。しかし、この解釈では、扶養請求権が損益相殺の対象となる場合があることを説明することは難しい。これに対して、具体的損害理解を前提に、扶養請求権のような損害と関係のない利益は損益相殺の対象にならないことを明らかにした規定であるとの解釈もできよう。この解釈の方が、損益相殺の対象となる扶養利益が存在することを説明しやすいように思われる。賃金の継続支払いについても、BGB843条４項の適用があるかという問題は、この解釈の相違を表しているように思われる。前者の解釈を採れば、扶養請求権を賃金の継続支払いの場合にまで拡張することは困難であろう。一方、後者の解釈を採れば、賃金の継続支払いについても、損益相殺を行わないことは当然といえよう。

（３）任意の援助

交通事故の被害者に友人が見舞金を交付するように、加害者に被害者が損害賠償を請求することが出来る場合であっても、被害者が、それと

[112] BGH 1984年６月19日判決（JZ 1985, 86）。

[113] BGH 1969年６月24日判決（NJW 1969, 2008）、BGH 1975年12月16日判決（VersR 1976, 471, 472）。

は無関係に、援助を受けることがある。この利益を損益相殺するかが、任意の援助の問題である。見舞金以外では、被用者が負傷した場合に、使用者が義務なくして、賃金の支払いを継続する場合が、この類型に属する。

今日のドイツの通説は、第三者が任意で被害者に給付をした場合は、その目的によって、控除の対象となるかどうかが決まるものとしている[114]。第三者が、加害者の利益になるように給付をした場合は、その給付は、損害賠償から控除される。一方、第三者が、被害者の利益になるように給付をした場合は、損害賠償において考慮されない。かつて、判例は因果関係によって理由付けをしていた[115]が、これは、今日の通説の採るところではない。もっとも、今日の通説が、被害者の利益を目的とする給付を損益相殺から排除する理由は明確ではない。これに関して、Büdenbender は、第三者弁済に関する BGB267条[116]を指摘する[117]。判例の中には、任意になされた扶養について、BGB843条４項から導かれる法思想を参照するものもある[118]。

仮に、BGB267条が、任意の援助について、控除を否定する根拠となるのであれば、もはや、任意の援助は、損益相殺の考慮対象ではない。前述の通り、BGB267条は、第三者弁済に関する規定である。そして、弁済によって､損害賠償請求権が減少することには疑問の余地がないが、それは損害賠償請求権が成立した後の問題であり、損害賠償請求権の成立及びその範囲に関する損益相殺の問題ではない。一方で、被害者の受けた利益を損益相殺することは、抽象的な差額説の論理的帰結である。しかし、今日の学説に、任意の援助を損益相殺の対象から除外する明確な根拠は見当たらない。学説は、因果関係の欠如を根拠とすることを否

---

[114] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.89.

[115] RG 1936年10月９日判決（RGZ 152, 273, 280）。

[116] BGB267条１項　債務者が自身で給付をしなくてもよい場合は、第三者も給付をすることができる。債務者の同意は必要ない。２項　債権者は、債務者が反対の意思を表示したときは給付を拒絶することができる。

[117] Büdenbender, a.a.O. (Fn. 40), S.36.

[118] BGH 1984年６月19日判決（BGHZ 91, 357, 363）、RG 1918年１月17日判決（RGZ 92, 57）。

定している。判例の指摘する、BGB843条４項は、これを任意の援助に直接適用することはできないから、その解釈が必要である。そうすると、既に検討したように、抽象的な差額説ではなく、具体的損害理解に依拠すべきではないかとの疑問が生じる。具体的損害理解を採用するのであれば、任意の援助も、義務的な扶養と同様、基本的に、損害とは無関係であるから、損益相殺の対象にならず、単に、第三者弁済として、損害賠償請求権を減少させる可能性だけがあることになろう。

（４）私保険

ア　私保険は、損害保険と定額保険に分けることができるが、ドイツ法の判例通説は、このいずれについても、損益相殺を否定している。

イ　損害保険

前述の通り、VVG67条１項は、法定債権譲渡を規定している。そして、これは、損害保険について、損益相殺を否定するものと理解されている[119]。かつてのライヒ裁判所の判例は、因果関係の欠如によって、保険金の損益相殺を否定した。これは、損益相殺には、損害と利益とが、同一かつ単一の原因によって発生したものでなければならないが、保険金請求権の根拠は、保険契約であって、侵害行為は、単なる条件に過ぎないので、その原因の同一性を欠くというものである[120]。しかし、Oertmann は、この判例の理由付けを否定した[121]。学説は、判例の結論を正当化するために、保険者と被保険者の当事者意思に従い、保険契約の目的は、加害者を利得することでないこと[122]や、被害者は保険給付のために保険料を支払ったのであって、被害者は無償で保険給付を受けたわけではないこと[123]を主張した。他にも、Wilburg は、この場合は、損

[119] Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 22), S.520f. Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.77.
[120] RG 1885年９月19日判決（RGZ 15, 83）。
[121] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.123.
[122] Heinrich Siber, in:Planck, Bd. Ⅱ /1, 4.Aufl., 1914, § 249 BGB, S.82.
[123] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.135.

害が単に移転しただけであることから、損益相殺の否定を導いた[124]。また、Heck は、法秩序に基づき、保険に加入していない者に対する侵害と、保険に加入している者に対する侵害とを比較して、保険に加入している者に対する侵害を有利に評価すべき理由は存在しないとした[125]。

若干ではあるが、保険給付に関して損益相殺を肯定する見解も存在した。これには、保険給付全体を損益相殺すべきとする見解[126]と、保険給付と支払われた保険料の差額について損益相殺すべきとする見解[127]があるが、その理由は、差額説である。ライヒ裁判所の判例に、保険料を被害者が支払っておらず、使用者が被害者のために支払っていた場合は、公務員の恩給と同様、保険金は損益相殺されるとしたものがある[128]。

損害保険については、VVG67条の法定債権譲渡が存在することを理由に、損益相殺を否定する説明も見られる[129]。しかし、この説明は、特に今日のドイツ法の状況を前提にする限り、説得的とは言えない。ドイツ法では、広く新価保険が認められている。新価保険とは、損害保険の一種であって、事故によって滅失した保険対象物件につき、再調達価格を基準として保険金が支払われるものである。たとえば、車両保険の付された自動車（新車であれば100万円、事故当時80万円の価値）が、交通事故で滅失した場合、通常の損害保険であれば、損害に対応する80万円しか給付されないところ、新価保険であれば、新車購入代金に相当する100万円の保険金が給付される。この場合も、VVG の対応原則[130]により、法定債権譲渡の対象となるのは、保険の対象となった損害に対応する損

---

[124] Wilburg, a.a.O. (Fn. 21), S.75ff.

[125] Heck, a.a.O. (Fn. 58), § 15, S.50.

[126] Walter, Zum Problem der Vorteilsausgleichung gegenüber Haftpflichtansprüchen: Sind private Versicherungsleistungen anrechnungsfähig?, JW 1937, 846, 850.

[127] Georg Schimmel, Probleme der Vorteilsausgleichung im privaten und öffentlichen Recht, Würzburg, 1938, S.31ff.

[128] RG 1908年12月10日判決（RGZ 70, 101）。

[129] Maximilian Fuchs/Werner Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8.Aufl., 2012, S.325.

[130] ヴァイヤース・ヴァント・前掲注（6）『保険契約法』266頁。

害賠償請求権に限定される。その結果、先の例では、被害者が、人身損害等を併せて、加害者に対して、合計300万円の損害賠償請求権を有していたとしても、法定債権譲渡の対象となるのは、事故で滅失した自動車の価額である80万円相当に限定される。そのため、ドイツ法においては、法定債権譲渡が存在するが故に、損害保険において被害者に利得が生じることはないということはできない。さらに、近年の連邦通常裁判所の判例[131]は、損害保険における一般的な利得禁止の強行法規性を否定している。以前のドイツの通説は、「一般的な利得の禁止」を強行規定と解していた。保険契約者は保険給付によって保険事故以前より多額の財産を保有するように、保険で填補される損害が定義されてはならないと解していたのである。その法的基盤とされたのは、「保険金額が、保険事故発生時の保険価額より高額であっても、保険者は，損害の金額を超えて填補する義務を負わない」と規定するVVG55条であり、同条は強行規定と解されていた。ところが、判例は、VVGが「一般的かつ強行的な不当利得の禁止」を定めていることを否定した。判例に従うのであれば、VVG55条は、利得禁止の根拠とならず、任意規定にすぎない。決め手となるのは、保険契約の約定であり、法律の明文の規定がない限り、保険契約の合意が遵守されるべきであるというのである[132]。それゆえ、現在のドイツの判例法理に従う限り、損害保険契約において、実際に発生した損害を上回る保険金を支払うことを約束することも、法律の明文の規定に違反しない限りは、有効である。

先に、法定債権譲渡の存在によって、損益相殺の否定が説明されていると述べた。しかし、法定債権譲渡が、損益相殺を否定する根拠となり得るのは、損害保険においては、現実に発生した損害額以下の給付しかなされないからである。損害保険金が、現実に発生した損害額を越えることもあり得る以上、もはや、法定債権譲渡によって、被害者の利得を

[131] BGH 1997年12月17日判決（BGHZ 137, 319）、BGH 2001年４月４日判決（BGHZ 147, 212）。

[132] ヴァイヤース・ヴァント・前掲注（６）『保険契約法』197頁。詳しくは、土岐孝宏「損害保険契約における『利得禁止原則』否定論（２・完）」立命館法学293号（2004年１号）256頁。

防止することはできない。それゆえ、今日のドイツ法においては、損害保険において、法定債権譲渡が存在するが故に、損益相殺の対象とならないという説明は、説得力を失っている。

ウ　定額保険

定額保険は、主に、生命保険と傷害保険から成る。このうち、主に議論されてきたのは、生命保険である。

かつての判例は、定期保険（Risikolebensversicherung）と貯蓄保険（Sparlebensversicherung）とを区別[133]し、前者については常に損益相殺を否定するが、後者については、この保険類型が特殊な貯蓄形態であり、BGB844条２項に基づく請求権についての、相続財産の控除に関するルールに従わなければならないことを理由に、それに対応する収益を控除していた[134]。しかし、後に判例は、後者についても危険保険料を含有していることを理由に、損益相殺を否定するに至った[135]。

学説は、定額保険からの保険金を損益相殺しない理由として、保険金は被害者による保険料の支払いによるものであること[136]、保険の目的は加害者の免責ではないこと[137]、VVG67条の評価の一部は定額保険にも及ぶこと[138]、BGB843条４項の法思想によれば、加害者は損害が第三者によって填補されていることを引用することができないこと[139]などを挙げている。

一方で、定額保険からの保険金の損益相殺に賛成する見解も多少では

---

[133]「定期保険では契約期間中に保険事故（付保された人間の死亡）が発生するか否かは不確実」である（ヴァイヤース・ヴァント・前掲注（６）『保険契約法』285頁）。

[134] BGH 1963年４月19日判決（BGHZ 39, 249）。

[135] BGH 1978年12月19日判決（BGHZ 73, 109）。

[136] Oertmann, a.a.O. (Fn. 17), S.135. Gottfried Schiemann, in:Staudinger, 2005, §249 BGB Rn 161.

[137] Rümelin, a.a.O. (Fn. 11), S.280; Siber, a.a.O. (Fn. 122), S.82.

[138] Mertens, in:Soergel, Vor§249, 3.Aufl., 1941, BGB Rn 243.

[139] Arnold, Vorteilsausgleichung, insbesondere bei Zahlung von Ruhegehalt, Zeitschrift der Akademie des Deutschen Rechts, 1937, S.399.

あるが、存在する。その理由は、被害者が二重の給付を「ドイツ経済の負担によって受ける」のは不当であること[140]、VVG67条を反対解釈し、一般原則によるべきであるが、保険給付と損害は、同一の事象に基づいて発生し、それゆえ、損益相殺されるべきこと[141]、損害と早まった利益は、お互いがなければ発生し得ないのであるから、「分離することができない内的関係」が存在すること[142]などである。

今日の判例及び学説は、例外的に、保険契約者が損益相殺されるべき「正当な利益を持ち、異なる約束が存在しない」場合には、定額保険について損益相殺を肯定している[143]。具体的には、搭乗者傷害保険[144]による保険金がこれに当たる。

エ　私保険からの給付については、差額説に依拠して、損益相殺を肯定する見解も見られないわけではないが、常に少数にとどまっている[145]。ドイツ法の通説は、一貫して、結論としては、私保険からの給付の損益相殺を否定してきたといえる。ここでは、抽象的な差額説というドグマから来る要請と、現実の問題の妥当な解決が対立している。そして、現実の問題の解決の妥当性を重視する見解が、常に多数を占めてきたのである。しかし、損益相殺否定説が、論理的に説得力のある理由付けに成功しているとはいえない。それは、損益相殺を否定する根拠が様々であり、通説的な見解が見当たらないこと、そして、少数とは言え、差額説の見地から損益相殺肯定説が唱えられ続けていることからも、明らかであろう。通説である、抽象的な差額説を前提とする限り、損益相殺肯定説を採用するのが論理的に一貫している。しかし、損益相殺を肯定する

---

[140] Walter, a.a.O. (Fn. 126), S.846, 850.

[141] Alfred Werner, Kausalität und das Wesen der Schadensersatzpflicht, NJW 1955, S.769, 773.

[142] Thiele, a.a.O. (Fn. 37), S.293, 235.

[143] BGH 1975年５月７日判決（BGHZ 64, 260, 266）。

[144] 被契約自動車に搭乗中の者が自動車事故により、死亡し、または、負傷した場合に、保険金が支払われる種類の保険。保険契約者は、通常は自動車の所有者または使用者であり、自動車に搭乗中の者が被保険者となる。

[145] Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.80.

という結論は、ほとんど受け入れられていない。このことは、抽象的な差額説の問題性を示唆しているように思われる。

（５）社会保険

社会保険については、SGB10編116条が、保険者が、社会保険給付を損害事例の原因に基づいて提供した限度において、法定の損害倍賠償請求権が、保険者に移転することを規定している。もっとも、社会保険については、SGB 制定以前から、損益相殺の対象にならないことで一致していた。今日でも、このことは、SGB10編116条が適用されない場合に妥当する[146]。

これについても、かつてのライヒ裁判所の判例は、因果関係の欠如を理由に、損益相殺を否定していた[147]。今日、社会保険について損益相殺を否定する根拠としては、以下の点が指摘されている。社会保険給付は、加害者の支払に劣後するものであり、加害者を援助するものではない。加害者が惹起した損害を、社会保険の被保険者の共同生活上の連帯を通じて、労働及び保険料によって取得され、しばしば、州の多大な補助によって行われている給付によって、填補することは不当であり、加害者を免責することは「法倫理上の考慮」に合致しない[148]。

ここでも、差額説は利益の控除を要求するが、判例通説はこれを否定している。差額説の論理的帰結をそのまま当てはめようとする見解は、一般的なものではない。

（６）雇用関係

ここで問題となるのは、労働者が加害行為によって就労不能となったものの、使用者から賃金や年金の支払いを受けた場合に、その利益を損害賠償において考慮すべきかということである。

EFZG の規定により、使用者は、一定の場合には、労働者が労働をすることができない場合でも、賃金を支払続けなければならない。そして、

146 Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.81.

147 RG 1883年７月11日判決（RGZ 10, 50）。

148 BGH 1953年３月30日判決（BGHZ 9, 179, 190）。

EFZG6条は、使用者が賃金を継続支給した場合に、その限度で、第三者に対する損害賠償請求権が移転することを規定している。それゆえ、現在では、EFZG の適用を受ける場合については、損益相殺の議論をする実益はない。問題は、EFZG の適用を受けない賃金の支給[149]についてである。

かつての判例は、任意の賃金の継続支給についても、一般的な第三者が任意で援助を行った場合と同様の判断で、損益相殺を否定した[150]。一方で、判例は、労働契約及び BGB255条[151]の類推適用によって、法定債権譲渡の適用がない場合でも、労働者が使用者に損害賠償請求権を移転させる義務を認める判断をした[152] [153]。もっとも、より新しい判例は、この問題について、損益相殺という概念を用いることなく、「法的意味における損害」（Schaden im Rechtssinne）または「規範的損害」（normative Schaden）が賠償されるべきであるということに依拠して、賃金の控除を否定している[154]。それゆえ、今日の判例によれば、使用者の賃金の継続支給が義務によるものであろうと、任意でなされたものあろうと、当

---

[149] 法人の役員や社員に対する賃金の支給や EFZG で義務づけられた範囲を超える賃金の支給がこれに当たる。

[150] RG 1933年６月15日判決（RGZ 141, 173）（使用者による任意の扶養年金に関するもの）、BGH 1953年６月17日判決（BGHZ 10, 107）、BGH 1964年２月25日判決（VersR 1964, 626）、OLG München 1984年２月24日判決（NJW 1985, 564）。

[151] BGB255条（賠償請求権の譲渡）　物又は権利の喪失に対して賠償しなければならない者は、物の所有権又は第三者に対する権利に基づいて賠償権利者が有する請求権の譲渡と引換えにのみ賠償する義務を負う（ドイチュ／アーレンス・前掲注（４）『ドイツ不法行為法』332頁より引用）。

[152] BGH 1956年６月25日判決（BGHZ 21, 122）、BGH 1989年５月23日判決（BGHZ 107, 325）。

[153] BGB255条は、EFZG6条と異なり、賠償請求権が当然に移転するとは規定していないので、BGB255条の準則に従って、労働者が使用者に損害賠償請求権を移転する義務を負うとしても、使用者がこれを賠償義務者に対抗するためには、別途対抗要件を具備する必要がある。

[154] BGH 1964年６月30日判決（BGHZ 42, 76, 80）、BGH 1965年４月27日（BGHZ 43, 378, 381）。

該賃金を損益相殺することは否定される。そして、EFZG の適用を受ける場合は、同法６条により、損害賠償請求権は法定債権譲渡の対象となる。また、同法の適用を受けない場合でも、労働者は、使用者に損害賠償請求権を移転させる義務を負う可能性がある。

今日の学説も、EFZG の適用のある場合はもちろん、その他の任意の賃金の継続支給についても、損益相殺を否定するということで一致している[155]。もっとも、その理由付けは様々である[156]。任意の第三者給付と同様の見解に立つもの、給付の福祉的性格を強調するもの、使用者は、給付を加害者に有利になるようにしようとはしないと説くもの、さらには、BGB843条４項を補足的に援用するものもある[157]。判例においても、学説においても、労働者が損害賠償請求権を使用者に移転する義務を負うことを、損益相殺を否定する根拠として援用することは一般的ではない。

結局のところ、この場合も、損害保険と同様、法定債権譲渡の制度や労働者の損害賠償請求権の移転義務のみによって、損益相殺の否定が正当化されているわけではないといえよう。判例の採る、「法的意味における損害」「規範的損害」が賠償されるべきとする論理は、EFZG の適用されない場合にのみ妥当するものではあるまい。その一方で、EFZG による法定債権譲渡は、すべての賃金の継続支給に適用されるものではない。EFZG の適用されない場合については、法定債権譲渡とは別の損益相殺を否定する根拠が求められるのである。その根拠については、様々な見解があるが、いずれも差額説から導かれるものではない。

（７）まとめ

総論で述べたように、第三者の行為による利益については、損益相殺が否定される例が多々見られた。ここで取り上げたのは、義務的な扶養、任意の援助、私保険からの給付、社会保険及び雇用関係に基づく給付である。このいずれについても、抽象的な差額説をそのまま適用して損益相殺を判断することは行われていない。特に、義務的な扶養については、

155　Thüsing, a.a.O. (Fn. 2), S.83f.

156　BGH 1956年６月22日判決（BGHZ 21, 112, 116）参照。

157　Schiemann, a.a.O. (Fn. 136), § 249 BGB Rn 152.

BGB843条４項が、利益の不考慮を規定している。そして、このBGB843条４項は、その法思想も含めれば、任意の援助や定額保険など、非常に広い範囲で援用されている。このことは、BGB843条４項を、具体的損害理解に沿って理解する考え方に整合的である。

５　類型ごとの検討のまとめ

前述のように、抽象的な差額説からは、その論理的帰結として、全ての利益を損益相殺することが導かれる。仮に、この論理が正しければ、どの類型の利益についても、等しく損益相殺の対象となるはずである。ところが、これまで見てきたところから明らかなように、損害との結びつきの強い、被害者または第三者の行為によらない利益については、広く利益の控除が認められている。一方、損害との結びつきが弱い、第三者の行為による利益については、ほとんど損益相殺が認められていない。これは、損益相殺に関しては、現実には、抽象的な差額説とは異なる論理によって、判断がなされていることを示している。

第三者の行為による利益についての検討のまとめでも述べたが、類型ごとの検討の結果は、具体的損害理解と整合的である。もちろん、一口に具体的損害理解と言っても、かなり見解に差があるが、差額説のように抽象的に損害や利益を把握していないことは明らかであろう。また、ドイツ法においては、抽象的な差額説が通説であるといっても、被害者の行為による利益に見られるように、法的な評価が優先し、その結果、現実に財産的損失が発生していない場合でも損害を認め、あるいは、逆に、現実に財産的損失が発生していても賠償されるべき損害はないとされる場合もある。それゆえ、差額説がどこまで現実に貫徹されているのかは注意する必要があろう。

第７　小活

前章の検討結果も踏まえて、ドイツ法の状況をまとめると以下のようになろう。

19世紀のドイツ法学は、損害賠償においては、加害行為と因果関係のある損害を賠償しなければならないという単純な公式を確立した。ここでいう「損害」とは、ALR のような加害類型ごとに限定された具体的な

損害ではなく、逸失利益を含む、すべての負の変化を包含しうるものであった。これが、抽象的な差額説である。差額説は、それ自体としては、賠償範囲を限定する機能を持たない[158]。それゆえ、賠償範囲を限定する機能は、因果関係に委ねられ、その結果、因果関係について華々しい議論が行われたことは周知の通りである。一般的な損害賠償については、相当因果関係が通説となったが、損益相殺については、相当因果関係は不都合であった。これは、元々、相当因果関係が負の結果の帰責を制限するものとして提唱されたものである以上、やむを得ないことであろう。Walsmann や Oertmann は、損益相殺についても相当因果関係を唱えたが、実際の判断として重要なのは、具体的損害概念である。このことは、Walsmann や Oertmann の見解のうち、後の学説が継受したのが具体的損害概念であるということからも明らかである。

相当因果関係からの決別が明確になるのは、Cantzler からである。Cantzler は、相当因果関係論を批判し、事実上、これを葬り去った。今日のドイツ法では、損益相殺に関して、相当因果関係に言及するのは、若干の判例のみであり、それすらも学説は批判している。その一方で、Cantzler は、差額説を採用しながら、権利助成理論を唱えるという、矛盾するとも思える解釈を採った。それゆえに、Cantzler の解釈は徹底を欠き、曖昧なものとなった。しかし、Cantzler の後の議論への影響を考えると、もっとも重要なのが相当因果関係の否定であり、次に重要なのが、権利助成理論という、具体的損害概念ではないが、具体的損害理解に基づく法解釈である。具体的損害理解は、問題となっている損害を当該事案に即して、具体的に理解するものであるから、抽象的な差額説とは、本質的に矛盾する。これは、19世紀のドイツ法が確立した公式のほころびでもある。賠償範囲の決定を因果関係のみに委ねるのではなく、損害の問題としても処理することになったからである。

このようにして、損益相殺は、因果関係の問題から、主に損害論の問題へと移行した。このことは、具体的損害理解が、損益相殺に関しては、今日のドイツの通説というべき地位にあること、一般的に費目拘束が承

[158] おそらくは、差額説は、それ自体としては無内容であるが故に、現実の財産状況の差額と直接結びつくものと思われる。

認されていること及び具体的な類型に関する検討の結果より明らかである。被害者の損害軽減義務に関する議論も、結局のところは、いかなる損害が生じたものと評価するかという問題に行き着くであろう。問題は、因果関係と損害論だけで、損益相殺の問題を処理することができるかである。

本稿は、現在のドイツ法の枠組みを前提とする限り、この２つの議論だけで損益相殺の問題を処理することはできないと考える。理由は、以下の３点である。１点目は、任意の援助に関する検討でも指摘したが、若干の利益については、弁済に準じた取扱が必要であると考えられるからである。弁済は、本来は、損害賠償請求権の成立後の問題であるが、実際に、損益相殺の問題として処理されている以上、この点も放置することはできない。２点目は、より深刻な問題である。先に検討したように、損益相殺の中には、加害者の故意過失といった主観によって、その当否が判断される類型が存在すると考えられる。しかし、一般的な損害賠償法の理論においては、加害者の主観は、損害賠償請求権成立の要件として要求されることはあるものの、損害賠償の範囲を左右するものとは考えられていない。そこで、損益相殺という局面において、特に、加害者の主観を取り込んで判断が行われていることをどう評価するか検討する必要があるのである。３点目は、理論的見地からの問題である。一般に、ドイツ法においては、損害賠償法は懲罰的要素を持たないとされ、もっぱら填補や調整を目的とすると説かれる。これは、具体的損害理解とは整合的ではない。損害賠償が、填補や調整だけを目的とするものであれば、広く損益相殺を承認すべきであるところ、具体的損害理解は、賠償されるべき損害と無関係の利益の控除を否定するからである。

この検討結果は、我が国の議論を理解し、発展させるためにも大いに有益である。石坂の紹介した、相当因果関係中心の損益相殺論は、かつてのドイツの議論の影響によるものであろう。これに対して、澤井説やそれ以降の填補性・同質性基準は、今日のドイツの通説と言うべき具体的損害理解に沿ったものといえよう。それゆえ、必ずしも明確に意識されないうちに、我が国でも、損益相殺が、因果関係の問題から、損害論を中心とする問題に切り替わったのである。もちろん、このような体系的な理解だけでは、我が国の損益相殺の議論のためにも不充分であり、

適切な問題解決のためには、ドイツ法の問題点についても考慮しなければならないであろう。これについては、第４章で検討する。

※　本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究」（2015年３月25日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり JSPS25・2206の助成を受けた。

研究ノート

自招防衛論の再構成（３・完）

――「必要性」要件の再検討――

瀧　本　京太朗

目　次

序章　問題の所在
第１章　自招防衛に関する日本の学説　（以上、66巻４号）
第２章　自招防衛に関する日本の判例・裁判例　（以上、66巻５号）
第３章　ドイツにおける判例及び学説
　第１節　判例の展開
　　第１項　ライヒ裁判所の判例
　　第２項　連邦通常裁判所の判例
　　第３項　検討
　第２節　学説
　　第１項　制限否定説
　　第２項　原因において違法な行為の理論
　　第３項　権利濫用説
　　第４項　先行行為説
　　第５項　防衛の意思否定説
　　第６項　危険の引き受け説、同意説
　　第７項　自招防衛と「緊急救助」
　　第８項　検討
　第３節　小括
第４章　必要性要件の再検討
　第１節　必要性要件の沿革
　　第１項　旧刑法の時代
　　第２項　現行刑法の時代
　　　第１款　大正期

第２款　昭和初期～戦前
第３款　戦後～現在
第３項　検討
第２節　自招防衛の解決方法―本稿の見解―
終章　（以上、本号）

第３章　ドイツにおける判例及び学説[1]

前章までは日本の議論状況を概観したが、本章ではドイツの判例及び学説を検討していく。ドイツにおいて自招防衛がどのような判断構造の中で処理されているかについては序章で概観した通りであるが、本章では、そのような構造が主にどのような判例を経て形成されてきたかを検討していく。また、ドイツの学説は外部的解決を前提としており、特に有力に主張されているのは原因において違法な行為の理論と権利濫用説であるが、これ以外の見解についても本章で取り上げる。

第１節　判例の状況

まずは、判例の状況について検討する。ドイツの判例も古くからの蓄積があり、初期の頃は挑発行為が正当防衛権を制限するかどうかは不明確であったが、次第に正当防衛の社会倫理的制限という観念が受け入れられるようになると、侵害を有責的に招致したことを根拠として、正当防衛権が制限されるようになっていったのである。序章では、判例は「３段階理論」を採用していると述べたが、この理論がどのように形成されてきたかを本章で分析していく。近時においても自招防衛に関する判例がしばしば散見されており、それらについて

[1] ドイツの判例に関しては、多くの先行研究が見られる。主要な研究として、山本輝之「自招侵害に対する正当防衛」上智法学論集27巻２号（1984年）171頁以下、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985年）106頁以下、齊藤誠二『正当防衛権の根拠と展開』（多賀出版、1991年）214頁以下、橋爪隆『正当防衛論の基礎』（有斐閣、2007年）178頁以下など。

も検討することとした。また、意図的挑発の場合に正当防衛権が否定されるということは、ライヒ裁判所の時代からすでに示唆されていたが、侵害招致の意図がない、故意的挑発や過失的挑発の場合については、裁判所は特に客観面、すなわち自招行為の法的性質を重視して正当防衛の成否を判断しているように思われる。

第１項　ライヒ裁判所の判例

①　RG, Urt. v. 9. 11. 1908—1 StR 926/08, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1909, 131

本件は、被告人がＨに復讐するべく、侮辱したり、Ｈの行く手を遮ってＨを怒らせ、Ｈが被告人にとびかかって投げ倒したので、被告人はひそかに用意していたポケットナイフでＨを刺したという事案であった。原審は、Ｈの行為は違法な侵害とは言えないとして、正当防衛の成立を否定したが、これに対してライヒ裁判所は、「被告人の侮辱行為や路上での振る舞いが、Ｈに、被告人に対して暴行をはたらく権利を与えるわけではない」として、原審の理由づけを批判したが、別の根拠を用いて、結局正当防衛の成立は否定された。すなわち、「行為者が防衛の権利とともに、それと同時に、例えば報復をしようとしていたことによって、有効な正当防衛が可罰的行為になるわけではない。しかし、彼が初めから防衛をねらうのではなく、単に自分への違法な侵害をねらって、処罰されずに敵を害することができるように、外見上は真正な正当防衛のメルクマールを満たす状況をもたらし、また、彼の目的、すなわち実際に発生した違法な侵害に対して、彼の意思の向きが変わらず、例えば有効で真剣な防衛を考えるのではなく、依然として敵による違法な侵害を作り上げようとしているときは、正当防衛は存在しない」と判示し、意図的挑発の場合には正当防衛権を否定すべきことを示している。

②　RG, Urt. v. 10. 11. 1925—2 StR 2 D 503/25, RG JW 1926, 1171[2]

本件の事実関係は明らかでないが、被告人は、行けば客と喧嘩になることを予期した上で仲間とともに居酒屋に赴くと、予想通り喧嘩が発生し、被告人は喧嘩相手を死亡させたという事案である。原審は、被告人の方が侵害者であっ

[2] 本件の評釈として、Hellmuth von Weber, JW 1926, 1171.

たとして傷害致死罪の成立を肯定した。

【判旨】

ライヒ裁判所は、原審が誤想防衛の成否について検討しなかったため、判決を維持することはできないとした上で、「たとえ被侵害者が居酒屋における闘争の危険あるいは機会に赴き、そこで暴力沙汰になるであろうことをを予期していたとしても、当然に、居酒屋における情勢が進展した後に、被告人自身が真正の正当防衛状況あるいは誤想防衛状況に至る可能性が排除されたわけではない。侵害の『客観的な』違法性は、侵害が被侵害者によって有責的に惹起させられたということによって排除させられるわけではない。闘争を惹起したというのみでは、それが侵害とは評価され得ない。」と判示して、原判決を破棄した。

【検討】

この判決は、自招防衛に対する正当防衛を広く認める趣旨であると理解されている[3]。本件では意図的挑発の有無は検討されていないが、喧嘩を予期していたとしても、それが理由となって正当防衛状況が排除されるわけではないという点が、本判決の重要な点であろう[4]。日本でも、最判昭和46年11月16日刑集25巻８号996頁（第２章第１節⑨事件）が同趣旨の判決を出している。

ただし、侵害の客観的違法性が挑発により排除されるわけではないという点は、挑発されたからといって挑発者に侵害を加えても良いわけではないということに鑑みれば、いわば当然のことと言えよう[5]。

③　RG, Urt. v. 1. 3. 1937—2 StR 2 D 711/36, RGSt 71, 133

【事実の概要】

被告人は昼過ぎに居酒屋の中で、従業員のＪと遭遇した。被告人は１年半ほど前にＪと喧嘩になったことがあり、そのとき酔っていたＪは、被告人の顔を殴りつけていた。中庭で、両者の間で闘争が始まったが、その過程で被告人は拳銃を１発発砲し、Ｊを殺害した。原審は、Ｊが被告人を侵害しており、被告

[3] 山本・前掲注（１）172頁、橋爪・前掲注（１）180頁。

[4] 橋爪・前掲注（１）180頁。

[5] 日本の裁判例には、自招防衛の場合に侵害の不正性が否定されるとした東京地判昭和63年４月５日判タ668号223頁（第２章第３節⑫事件）がある。

人はこの侵害から身を守るために拳銃を使用せざるを得なかった。それゆえ被告人は正当防衛の中で行為したものである。被侵害者は退避によって侵害を遠ざける義務はなく、侵害者の攻撃を防ぐ権利を有しているのであるから、退避によってなお自身を救うことができるかどうかは問題とならないとして、被告人を無罪とした。

【判旨】

「陪審裁判所の、被告人は拳銃の使用によってのみ侵害の防衛が可能であるという見解には、法的に疑問がある。違法な侵害を受けた者は、陪審裁判所が考えているように、あらゆる事情の下で、被侵害者の用いることのできる全ての手段で防衛することが許されているわけではない。防衛の手段と程度はむしろ、侵害の手段と程度に向けられている。従って、手段と程度に基づけばわずかな防衛手段を用いれば足りるのに、即座により重い手段を用いたときは、被侵害者は正当化されない。確かに、被侵害者は不名誉な逃走によって侵害から逃れる義務はない。なぜなら、そのような逃走によって自らの名誉を危殆化させる必要はないからである。しかし、このことから、被侵害者があらゆる状況の下で暴力的な防衛に着手することが許容されるということにはならない。陪審裁判所は、場合によっては不名誉な逃走と暴力的な防衛との間にも、他になお、被侵害者が侵害から逃れるための途があることを看過している。被侵害者が現在の違法な侵害を、自己又は他人の正当な利益を放棄あるいは危殆化させることなく、侵害の向きをそらすことで侵害を回避できる場合には、それが侵害の防衛に必要でないときは、被侵害者が侵害者の法益を害することは正当化されない。例えば、暴力による侵害に脅かされている者に対しては、場合によっては、防衛行為を行う能力と準備のある第三者の救助を求めることが要求される。被侵害者が暴力的な防衛によってではなく、他の方法で侵害を免れることができる場合は、それによって自分の体面を傷つけたり、自己又は他人の正当な利益を危殆化させたりしないのであれば、暴力的な防衛は、――特に、暴力的な防衛が殺人以外に可能性がないときは――健全な民族観念[6]（die gesunde Volksanschauung）と著しく矛盾するので、防衛のために必要であるとは認められ得ない。」「従って、本件においては、被侵害者に拳銃を使用する以外の手

[6] この語句の訳出は、橋爪･前掲注（１）180頁に依拠した。また、山中敬一『正当防衛の限界』（成文堂、1985年）108頁は「健全な民族観」と訳出している。

段を要求できたかが検討されなければならなかったであろう。すなわち、例えば、被侵害者がＪと思い切った行動に出る代わりに、居酒屋の主人、その息子、あるいは近くに居合わせた他の人々の近くにとどまり、彼らの救助を確保し、身を守ることができなかったのかどうかが検討されなければならなかったであろう。」

【検討】

まず、本件で正当防衛の成立が否定される根拠として用いられている「健全な民族観念」という用語は、当時の政治情勢を反映したものであるように思われ、現在ではもちろん用いられていない。

本件は喧嘩闘争の事案であり、自招防衛は問題となっていない。また、被侵害者の主観面も問題とされていないが、喧嘩闘争の場合には、それ自体を理由として、類型的に正当防衛の観念が否定される日本とは異なり、ドイツでは「喧嘩闘争」という点は、正当防衛との関係では特段問題とされていないようである（喧嘩闘争についてはドイツ刑法231条に罰則規定が置かれている）。本件の判旨においては、有責招致というような語句は出てこないが、「場合によっては」という語句がそれを表現していると考えることは、不可能ではないだろう。すなわち、原則としては被侵害者に退避義務は課されないが、喧嘩闘争などのように侵害を有責的に招致した場合には、「被侵害者が現在の違法な侵害を、自己又は他人の正当な利益を放棄あるいは危殆化させることなく、侵害の向きをそらすことで侵害を回避できる」のであればそうしなければならない、ということになるのである[7]。

本判決は、「社会倫理的制限」を初めて導入した判例として評価されているが、制限の根拠は「健全な民族観念」であり、理論的に制限が根拠づけられているわけではなかったと言えよう。

④　RG Urt. v. 16. 4. 1940, RG HRR 1940, Nr. 1143

この判決は、「防衛行為の際に相手を加害または殺害する目的で相手の攻撃

[7] この「場合」が一般論として述べられていると理解することも可能であろう。そうすると、ライヒ裁判所は、有責的に侵害を招致したのでなくても容易に退避できる場合には退避しなければならないと宣言したと理解すべきことになろう。

を引き起こした者は、防衛の意思を仮装しようとしているにすぎない。実際には、行為者は相手に対する攻撃の意思を巧妙に隠し持っており、従って、正当防衛を援用することはできない」と判示したものであり、意図的挑発の場合には、正当防衛権が存在しないことが明確に打ち出されている。

第２項　連邦通常裁判所の判例

ここからは、連邦通常裁判所の判例を検討していく。連邦通常裁判所の時代になると、意図的挑発の事例はあまり見られなくなり、行為者の先行行為の性質に着目して正当防衛権の範囲がどのように縮減され、その際行為者にどのように行為する義務が課されるかが問題とされるようになっている。

また、自招防衛に関する近時の判例の中には、自招防衛に関する一般論を展開してから本案の検討に入っている事例が多い。例えば、以下のような判示である。

「連邦通常裁判所の判例によれば、防衛者が侵害者に対して義務違反的な先行行為を示し、当該先行行為が、個別の事件の全事情を合理的に評価すれば、後の侵害が被侵害者の義務違反の妥当かつ予見可能な結果であると思われるときは、正当防衛権は防衛の妥当性（Gebotenheit）等の観点の下で制限を受ける。そのような場合においては、防衛者は状況によっては侵害からの退避を試みなければならず、生命に危険な反撃防衛（Trutzwehr）への移行は、その他の防衛の可能性が失われるか、その見込みがないことが確実であるときでなければ許されない（BGHSt 26, 143, 145; BGH Urt. v. 7. 2. 1991―4 StR 526/90）。さらに、社会倫理的に非難すべき先行行為であっても、当該先行行為と違法な侵害との間に密接な時間的及び場所的な原因連関（Ursachenzusammenhang）が存在し、また、行為者も侵害を挑発することを正しく認識していたときは、すでに正当防衛権を制限し得る（vgl. BGH NStZ 2006, 332, 333; BGHSt 42, 97, 100）。これに対し、法的に妥当ないし許されている行為は、この行為によって他人が違法な侵害を行うきっかけとなり得たであろう、ということを行為者が認識していたか、認識することができたというだけでは、正当防衛の制限を導くことはできない（vgl. BGH NJW 2003, 1955, 1959）。」（BGH, Beschl. v. 4. 8. 2010, NStZ 2011, 82, 83より引用）

以上の判示は、自招防衛の処理における一般論を示すにあたっての一例に過ぎないが、ここからは、自招防衛におけるさまざまなルールが浮かび上がる。

まず、自招防衛において問題となる先行行為としては①義務違反的な（違法な）先行行為、②社会倫理的に非難すべき先行行為、及び③法的に妥当ないし許されている先行行為があり、このうち制限を受け得るのは①、②の場合であるとされ、③の場合は、正当防衛権は原則として制限されない。その上で、①、②の場合において問題となる要素として、④挑発と侵害の間の相当因果関係、⑤時間的場所的接着性、⑥侵害惹起の認識といった条件が指摘されている。

次に、制限を受けた際の効果として挑発者に課される義務について、挑発者は退避→保護防衛[8]→反撃防衛の順に行為しなければならず、特に反撃防衛は、退避可能性がなく、保護防衛では効果がない場合にしか行うことができないとされている。

本章では、まず自招防衛に関する初期の判例を紹介する。次に、これまでに出された判例を「挑発行為の態様」に即して整理しながら、その際どのような要素が考慮され、また、どのような制限効果が生じたかについて検討を加えていく。挑発行為時における被告人の「主観的態度」で整理するという方法ももちろん可能ではあるが、判例の殆どは故意的挑発の事例であり、意図的挑発が問題となった事例は存在しない[9]。また、特に故意的挑発及び過失的挑発という各類型の間で、主観面に応じて正当防衛権を制限する程度に有為差を設けているわけではない。さらに、判例は事例ごとに被告人の主観面について言及しているわけでもないため、連邦通常裁判所は主観面についてそれほど重視しているわけではないことが伺えよう[10]。

（１）自招防衛に関する基本的事例

⑤　BGH, Urt. v. 1. 8. 1961―1 StR 197/61, NJW 1962, 308

【事実の概要】

[8] 上記判旨では明確に述べられていないが、「その他の防衛の可能性」という文言がこれに当たると思われる。

[9] ただし、意図的挑発と紙一重の事例であると述べた事例は存在しており、本稿でも検討する（BGHSt 39, 374）。

[10] 橋爪・前掲注（１）192頁、212頁。

被告人はバラック（簡易住居）の自宅において、以前から粗暴な者として知られていた被害者と喧嘩を始めた。被害者が大暴れしたため、被告人やその場に居合わせた人々は、バラックの別の住人であるAの部屋に退避した。被告人はその部屋で、「被害者が来たら殴ってやる」と発言したところ、被害者がAの部屋に入ろうとして暴行を働いた。その後、一旦外に出た被告人が、再びAの部屋に入ろうとしたところ、被害者に発見され、被告人は森の方へと逃走したが、しばらくして、被害者が落ち着いたと思い、またAの部屋に入ろうとした。しかし被害者に再度発見されると、被害者は被告人に突進して被告人の衣服を破った。被告人はナイフを引き抜いて、最初は被害者の腕に突き刺したが、すぐに被害者が被告人に再び襲いかかってきたため、被告人は被害者の腹にナイフを刺して、死亡させた。この件につき、原審においては被告人に過剰防衛が成立するとして無罪が言い渡されたが[11]、検察が上告した。

【判旨】

検察は、被告人には積極的な殺意があったと主張したが、連邦通常裁判所はこれを退けた。しかし連邦通常裁判所は、意図的な侵害意思がなくとも、被告人の主観面において故意ないし過失がある場合には被告人に対する刑法上の非難を基礎づける、と宣言した。そして、本件においては、被告人はすぐにバラックに帰ろうとせず、「そのまま待機するか、最悪の場合には、他人の救助を求めなければならなかった」と判示し、その理由については「正当防衛権の行使も、それが濫用となる場合には限界が存するからである」と述べたのである。そして、本件の事実関係に即して、「それがたとえ〔被害者〕の行為によって誘発されたと理解しうるものであったとしても、被告人は自らの発言によって〔被害者〕を挑発して激怒させ、新たな攻撃を行わせる原因を与えたのである。このような事情はすべて、被告人が新たに攻撃されたと思ったときに初めて発生したものではなく、〔被害者〕の攻撃によって正当防衛状況が生じる前にすでに予見できたかどうかが本質的に重要である。にもかかわらず、被告人が〔挑発行為〕を行った場合には、補充的な、濫用とはならない防衛行為、例えば、攻

[11] 旧ドイツ刑法53条３項によれば、錯乱、恐怖、ないし驚愕によって防衛行為が正当防衛の限度を超えた場合には過剰防衛となり、日本の過剰防衛とは異なり、不可罰とされていた。現行ドイツ刑法では、33条に同様の規定が置かれている。

撃者を手で押しのけて窓に登って入るような行為に甘んじた場合にのみ、被告人には正当防衛権が認められる。それに反して、…彼が防衛行為を行い、その態様及び手段によって彼の先行行為が初めから権利濫用になると評価される場合には、それには刑法〔旧＝筆者注〕53条３項も適用され得ない。…この規定は正当防衛状況が生じる前に既に行われていた、非難すべき行為を不可罰とするために用いることは許容されない。」と判示した。

【検討】

この判例は、有責的な自招行為を行った者には、とりうる防衛行為の範囲に制限が課され、それに違反して行われた防衛行為は権利濫用（Mißbrauch der Notwehr）であるということを宣言したものである。正当防衛状況に先行して行われた「非難すべき行為」を不可罰とするために正当防衛規定が存しているのではないと明言し、防衛者の原因行為の範囲を明確にしている点で重要な判例であると思われる。

本件では、「被害者が来たら殴ってやる」という発言が侵害を招いたとされ、これが有責招致行為であるとされているが、これが法的に非難すべき行為であるのか、社会倫理的に非難すべき行為なのかは明らかにはされておらず、この時点では、正当防衛が制限され得る範囲は広範に認められていたと言えよう。また、被告人の主観面については「故意ないし過失」とされているように、この点についても具体的に解明されているわけではない。しかし、ここでは侵害の予見可能性が指摘され、挑発行為時に侵害を予見できたのであれば、その侵害に対する防衛行為は権利濫用となることが示されている[12]。その上で、制限効果としては「濫用とはならない防衛行為」に甘んじなければならないとされているが、そのような防衛行為の効果がなかった場合に正当防衛権が回復されるかについては言及されていない。

この判例以降、ドイツにおいては権利濫用説の考え方が定着するようになったが、次の判例によって、有責的な自招行為の範囲に制限が設けられるようになったのである。

⑥　BGH, Urt. v. 14. 6. 1972―2 StR 679/71, BGHSt 24, 356

【事実の概要】

[12] 本判決に批判的な見解として、Horst Schröder, JuS 1973, 157.

被告人が自動車で駐車場を出ようとしたとき、停まっていた別の自動車と軽く接触してしまい、さらに、そこを通過しようとした被害者が運転する自動車にも衝突した。被告人は逃走を図ったが、後に衝突した自動車を運転していた被害者がそれを追跡した。被告人は、赤信号のところで自動車を降りて逃走したが被害者に追いつかれ、２人は闘争状態となったが、その際被告人はナイフで被害者を刺して死亡させた。原審は被告人を故殺罪で有罪としたが、被告人が上告した。

【判旨】

連邦通常裁判所はまず、違法な攻撃に対しては、危険を直ちに排除できる手段を選ぶことができ、より危険の少ない防衛手段であっても、その効果が疑わしいときは､そのような手段を用いる必要はないという一般論について説明し、この原則は「交通違反、事故運転者の逃走という違法な先行行為によって〔被害者〕を怒らせ、その際、予期していなかったとしても、〔被害者〕の攻撃を招いたという事情」であってもあてはまるとする。

ただし、このような場合、退避が可能であるのであれば、まずは「より少ない防衛行為の形態を見つけるために、たとえ一時的であっても、敵の攻撃から退避することが義務づけられる」として、侵害を有責的に招致した場合には退避義務が課せられ得るということを述べている。しかし、それについても限界があり、「もはや退避が不可能で、自己の身体に対する侵害が目前に迫っているため、直ちに防衛行為を行うことでしか、それを阻止することができないというときには、自己の先行行為によって侵害を招いたとしても、ナイフを用いることも許される。」として、退避可能性を基準として、自招行為者に正当防衛を認める余地を残そうとしているのである。

そして連邦通常裁判所は､自招防衛に関する判断基準を最後に提示している。すなわち､「当刑事部は、挑発者が非難すべき挑発行為を行ったが、それによって侵害を招くことを予見していなかったり、全く意図していなかったときは、防衛行為者が退避可能であるか、又は退避に加えてより危険の少ない防衛手段を用いることができるときに限り、当該防衛行為は権利濫用とされるという見解に従うものである。それができないときは、防衛行為者には必要な防衛行為を行う権限が与えられる。もちろんこの場合にも、本件のような事例においては、被侵害者が侵害に対して非難すべき原因を全く与えなかった場合よりも厳格な基準が設けられなければならない。正当防衛権は、被侵害者の保護だけで

はなく、法確証にも役立つという思想が、刑法〔旧〕53条において正当防衛権が有効に形成される基礎となっている。被侵害者が法律上非難すべき行為によって自己を緊急状況に陥れる原因を与えた場合には、法確証という公共的利益は、強くは認められない。よって、その場合、被侵害者は敵の侵害を確実には阻止できない防衛行為を行わなければならない。すなわち、彼はいくら効果的であるとしても、生命に危険を及ぼす防衛手段を直ちに用いてはいけない。彼は保護防衛（Schutzwehr）の可能性がある限り、反撃防衛を行ってはならず、その際、多少の侵害や損傷を被ることを受忍しなければならない。」と言うのである。

【検討】

本件において侵害を誘発する契機となったのは交通事故であり、過失的挑発ということになろうが、そのように言えるためには、先行行為が侵害を誘発することを認識することができなければならないはずである。例えば、不倫現場を目撃されたという行為が過失的挑発に当たるとした高等裁判所の判例があり[13]、そのような場合であれば過失的挑発と言えるかもしれない。しかし、日常的に頻繁に起こり得る交通事故をも過失的挑発と言い得るかは議論の余地があろう。交通事故を起こせば、確かに侵害を加えてくる者もいることは否定できないが、一般的・類型的に侵害を誘発する行為であるとまでは言えないように思われる。

本件が⑤事件から一歩踏みこんでいると思われるのは、自招防衛の場合には可能な限りで退避義務が課せられる、とした点である。そして、退避義務がない場合には必要な防衛が許されるが、連邦通常裁判所は、それに際しても、攻撃を完全に排除してはならず（Schutzwehr）、多少の侵害は受忍しなければならないとしているのである。また、本判決は、正当防衛に法確証の利益が存在していることを承認することで、違法な自招行為によって侵害を招いた場合には法確証の利益がなく正当防衛が制限される、という論理枠組みを正当化している。ただし、本件では、自招行為が違法行為以外である場合については論じられていない。それは、本件で問題となっていた自招行為が完全な違法行為であったためであろうが、この判決のみで、裁判所が、自招防衛の解決方針につ

[13] OLG Hamm, Urt. v. 10. 6. 1965, NJW 1965, 1928. 同事件の評釈として、Hans-Joachim Rudolphi, JuS 1969, 461.

いて明らかにしたとまでは言えないであろう[14]。

⑦　BGH, Urt. v. 15. 5. 1975―4 StR 71/75, BGHSt 26, 143

【事実の概要】

1973年12月11日の夜、駅構内の食堂の店主Wが一時的に店を留守にしていた間に喧嘩が発生し、被告人もそれに関与していた。Wが戻ってきてから他の関与者が、Wに対し、その間に自分の家に行っていた被告人が喧嘩の張本人であると指摘した。少ししてからWが被告人方で事情を聞いたところ、被告人はすべての責任を否認し、先の出来事を他のように描写し、Wに対して暴言を吐いて灰皿を投げつけ、ナイフで突いてきた。Wはその場を辞したが、被告人はナイフをポケットに入れて食堂にやってきたため、Wは被告人にばかな真似はやめるよう叫び、食堂のドアに鍵をかけた。ドアの前に被告人がいることが分かり、A及びPはビリヤードの棒で武装し、先の喧嘩で特に積極的に振る舞っていたHは窓から野外に出て、一度自動車の中に退避したが、その後被告人の方に向かって行って、両手で被告人の肩をつかんで自動車に押し込もうとしたため、被告人はナイフでHの腹部を刺し、負傷させた。

陪審裁判所は、被告人の正当防衛権は制限されるとしつつも、回避可能性や、より寛大な手段が存在していなかったとして、殺人未遂罪について無罪を言い渡した。これに対して連邦通常裁判所は、自招防衛に関する一般論を論じた上で、以下のように述べて、陪審裁判所の判断を覆した。

【判旨】

「行為者が、本件被告人のように軽率に自己に対する侵害を招いた場合には、行為者がそのことを予期しておらず、あるいはまったく意図していなかったとしても、正当防衛権を無制限に行使することはできない。」

「Hは被告人よりも4センチほどしか大きくなく、武器を持っておらず、明ら

[14] 山本・前掲注（3）179頁は、この判決は「正当防衛に制限をもたらす有責行為を、『違法』であるものに限定した」と評しているが、必ずしもそうではないように思われる。しかし、少なくとも、違法行為の場合には制限が課されるということは明確に宣言されているであろう。本件の評釈として、山本輝之「有責招致の正当防衛状況」堀内＝町野＝西田編『判例によるドイツ刑法（総論）』（良書普及会、1987年）71頁以下。

かに被告人よりも酔っていた。従って、身体的な力の使用においては、もしかしたら気おくれするところはなかったかもしれないが、力をほとんどコントロールできていなかった可能性もある。店主は内側からドアに鍵をかけ、鍵自体も持ち去っていたので、少なくともこの決定的な時点では、さらに他の人間が被告人に侵害を加え、被告人の防衛状況を悪化させたであろうという危険は存在していなかった。最終的に、被告人にとって重要な予期せぬ出来事が何であったかは見当がつかない。結局被告人は、まさにそのような事件のために（予め配慮して）ナイフで武装していたのである。」「このような事情の下では、ナイフの使用がそもそも防衛のために必要であったのか、あるいは、被告人は手や足を使うだけでも効果的に侵害から身を守ることができなかったのかどうかは、すでに疑わしい。少なくとも、被告人が若干の打撃や足蹴りを被らなければならなかったとしても、ナイフを用いて、生命に危険な防衛手段に手を出す前にこのことを試さなくてよかったのかどうかが検討されなければならない。ナイフの使用以外に方法がなかったとしても、陪審裁判所が条件付きの殺意を推定するのに援用した、まさに腹部への致死的な刺突が必要であったかを熟慮しなければならない。」

【検討】

連邦通常裁判所は、自招防衛の場合は予見可能性がなくても正当防衛権が制限されるとしているが、本件は侵害の予期があったとされた事例である。被告人にとって予期せぬ出来事がどのようなものか不明であるとされているのは、被告人はＨの侵害を予期し、実際そのとおりの侵害が発生したのであるから、どのような侵害が「予期できなかった」かを検討する必要はない、という趣旨であろう。また、自招防衛の主観面については、過失的挑発を示唆する判示をしているが、侵害招致行為がどの行為であるかについては言及されていない。あり得るのは当初の喧嘩行為か、食堂に赴く行為であり、時間的場所的接着性を考慮すれば後者を招致行為と考えるべきであろう[15]。後に検討する事例では、現場に赴く行為のみでは正当防衛権を制限する契機にならないと判断されたものもあるが、本件ではナイフを持って現場に赴く行為に正当な理由がなかったと判断されたため、正当防衛権が制限されているものと思われる。

[15] 橋爪・前掲注（１）190頁。

（2）違法な先行行為が問題となった場合

ここからは、先行行為の客観的態様ごとに、判例を検討していく。先行行為が違法であるか社会倫理違反にとどまるかについて、判例は常に明言しているわけではないが、本稿では、先行行為が後の侵害者に対する暴行、あるいは凶器を示すなどの行為を伴うものは、違法な先行行為があったものとして扱うこととした。

⑧ BGH, Beschl. v. 12. 12. 1975― 2 StR 451/75, BGHSt 26, 256

【事実の概要】

夜の散歩に出ていたFは、いやがる少女の腕を乱暴につかんで通り過ぎ、少女に平手打ちをしていた被告人の姿を見て不快に思い、被告人に少女を放すよう言ったところ、被告人は「お前には関係ない」と言って反論し、少女の腕から手を離すことなくそのまま先へ進んでいったので、Fは被告人を追って腕をつかんだ。被告人は少女を放して振り返ると、Fの胸にぶつかり、「お前には関係ない」と繰り返した。その後、両者の間で殴り合いが生じ、Fは被告人に力負けして道路に座り込んだ（先行行為）。被告人は、自分を待っていた少女と先へ進んだが、被告人に激高したFが飛び上がり、両腕で新たに被告人を殴りつけた。被告人は15メートルほど後ずさりし、姿勢を低くしながら身を守り、何度も止めるよう要求したが、効果がなかったため、ボクサーであった被告人は左拳でFの顔面を1回殴って倒し、死亡させた。

陪審裁判所は傷害致死罪の成立を認め、1年の自由刑に処した。

【判旨】

陪審裁判所の説明は、「被告人は、事件の核心的段階においてもなお、先行する挑発的行為により特別な抑制が義務づけられていたという仮定に明らかな影響を受けているが、陪審裁判所は、違法な侵害に対して挑発者に要求される抑制が無制限に長続きし得るわけではないという点を看過している。当刑事部がBGHSt24, 356〔⑥事件―筆者注〕で述べたように、被侵害者はそのような場合には、有効かつ危険な防衛手段を即座には使用できない。しかし、ここでは被告人は防御しながら後ずさり、同時に再三にわたる侵害の中止を要求していたように、被告人は適度の時間に渡り防衛を抑制していたのであるから、彼にはもはやそれ以上の長期に渡って、効果が薄く、侵害を終了させるのに明らかに不十分な防衛に制限することは要求され得ない。」

【検討】

本件で死亡したＦに対して、被告人が当初から挑発行為を行っていたわけではない。闘争状況の端緒となったのはむしろＦの行為であろう。原審も連邦通常裁判所も、被告人に退避義務を認めているが、例えば被告人がＦを突き飛ばしたのはＦに腕をつかまれたからであって、このことや、その後の闘争を挑発行為と捉えることが妥当であったとは、一概には言えないように思われる。

本件において特に重要なのは、⑥事件の判示事項を具体的に適用した点であろう。すなわち、被告人に退避義務があったとしても、本件のように被告人が一定の時間を用いて防御に徹し、それでも侵害が止む見込みがない場合には正当防衛権が制限されないと判示した点は、正当防衛権の制限にも限界があることを、具体的な事例を通じて実証したという意義があると考えられる。

⑨　BGH, Urt. v. 26. 10. 1993―5 StR 493/93, BGHSt 39, 374

【事実の概要】

被告人とＰは居酒屋内で喧嘩になり、被告人は若干の負傷をし、ジャケットをその場に残して逃走した。その後第三者にジャケットを持ってきてもらったとき、中に入れていた16000マルクがないことに気づいた。被告人は、Ｐが金銭を奪うためにわざと喧嘩をしたのではないかと考え、また、Ｐが金銭の返還を拒否するかもしれないとも思ったので、散弾銃を入手してから喫茶店に戻った。そこには10～15人ほどの客がおり、Ｐはカウンターに座っていた。Ｐを発見すると、被告人はＰの足に散弾銃を向けて金銭を返すよう求めたが、Ｐはカウンターに立っていたＬを盾代わりにして、被告人に向けて拳銃を２回発砲してきた。そのため、被告人も散弾銃を２回発砲し、Ｐは軽傷を負ったにとどまったが、盾代わりになったＬと、近くにいたＳが死亡した。

【判旨】

「確かに、被告人は先行する喧嘩との関係では、Ｐの違法な侵害の被害者であった。しかしこの侵害は、被告人が１時ころに居酒屋に来店し、装てんされた散弾銃をＰの足に向けた時点では現在していなかった。その際は、少なくとも刑法241条の脅迫という、違法で非難すべき行為が問題となっていた。被告人はＰによる銃の使用を故意に挑発したのである。確かに被告人は、意図して正当防衛状況に至り、Ｐに対する致死的な発砲の機会を得たわけではない（意

図的挑発)。しかし、被告人は、自己の行為が特に危険な状況の下で撃ち合いが発生し得る可能性を認識しており、さらにこのことを認容していたのである。そのうえ、事実認定によれば、被告人は、狭くて混んでいた居酒屋の中で散弾銃を撃つことで、第三者の生命を危殆化させることも未必的に認容していた。このような『故意的挑発』は、ほとんど意図的挑発と紙一重であった。被告人の先行行為は、違法の程度や危険性から言えば、連邦通常裁判所にこれまで正当防衛権の制限の根拠を与えてきた先行行為よりも重大なものである。」

「しかし当刑事部は、正当防衛状況を違法かつ有責的に、さらに故意的に挑発したのだとしても、被侵害者の正当防衛権は完全には制限されず、時間的にも無制限ではないことを確認する。しかし、正当防衛を主張しようとする行為者には、正当防衛状況の違法かつ有責的な挑発が重大であればあるほど、危険な状況を回避するための要求はより高度になる。より重大な状況下で正当防衛状況を挑発した者は、場合によっては、成功が確実に見込まれる防衛を断念し、より危険の少ない防衛手段では同様の見込みがないという危険を甘受しなければならない。」

以上のように述べた後、連邦通常裁判所は、被告人はそもそも居酒屋に戻るのを断念し、戻ったとしても銃を用いるべきではなかった。また、Pが拳銃を向けたときは逃げなければならず、時間的に無理なときは銃を捨てなければならなかった。脅迫行為を終えた後でもPが被告人を撃っていた可能性は排除できないが、被告人は自己の先行行為を理由として、残存するリスクを甘受しなければならないと判示し、被告人の本件行為につき正当防衛の成立を否定した。

【検討】

本件では、意図的挑発ではないが銃撃戦を覚悟した上で現場に赴いていると指摘されており、日本であれば積極的加害意思が問題となる事案であったように思われる。連邦通常裁判所も、本件は意図的挑発と紙一重の事例であると述べているが、撃ち合いを「予期」することと、撃ち合いを「意図的に招来」することは、本来紙一重とは言えないであろう。

また、本件では被告人の先行行為がこれまで以上に重大であることが指摘され、それに伴って退避義務も高度になるとされている。その上で連邦通常裁判所は、時間的理由から逃げることができず、かつ、侵害者から銃撃される危険があったとしても、先行行為を理由として防衛行為を禁じている。これは事実

上、先行行為が重大であるときは挑発者に死ぬことを命じているとも理解可能であり、極めて厳しい判決である。しかし、意図的に退避不可能な状況を作り出したのであれば格別、そうでない場合にまで死亡のリスクを負わせることは妥当であろうか。もちろん、挑発の程度が重大であればあるほど課される退避義務の程度が大きくなるということは理解できる。しかし、法秩序が挑発者に対し死を要求するのは、いきすぎであろう。挑発されたからと言って侵害を加えてよいという道理はない。この点を考慮すれば、退避可能性がない場合には、正当防衛権は復活すると考えるべきであろう。

⑩　BGH, Urt. v. 22. 11. 2000―3 StR 331/00, NStZ 2001, 143

【事実の概要】

被告人Gは過去の喧嘩により左足を負傷し、長期入院を余儀なくされたが、それをMのせいだと思っていた。GはMに自分と同様の怪我をさせて復讐しようと思い、被告人Sと同Cと共に復讐の計画を練ったが、Cが、Mは危険な人物であることを指摘したので、Gは散弾銃を入手しておいた。事件当日、Cは違法な煙草の取引という口実でMを森のはずれにおびき出した。Cは散弾銃をジャケットの内側に隠し持っており、Mは警棒を携行していた。CとMが集合地点に赴き、Mが商品の場所を尋ねると、そのすぐ後ろに立っていたCは、Mに暴行を加えてからひざを撃とうとしたが、Mは警棒でCを激しく殴りつけ、後頭部を殴打されたCは頭から出血した。Cは完全に驚愕して仰向けに倒れた。その後すぐMが「殺してやる」旨叫びながら走り寄ってきたので、Cは殺されると思い、ジャケットから散弾銃を取り出し、30センチメートルの距離からMの胸を撃ち、Mは出血多量により死亡した。

Kiel地方裁判所は、Cは正当防衛状況の発生を誘発したため、銃の使用による殺人は正当防衛では正当化されないが、狼狽、驚愕及び死の恐怖に陥った状態で発砲したのであるから、ドイツ刑法33条の過剰防衛が成立するとした。しかし同時に、CのMに対する侵害が傷害致死のきっかけであり、因果関係の起点となっているのであるから、傷害致死罪（ドイツ刑法227条）が成立し、Cは故意にこの状況をもたらしたのであるから、過剰防衛は成立しないとした。連邦通常裁判所は、Cの発砲行為は「現在の違法な侵害を防衛するのに妥当な行為であった」として正当防衛の成立を肯定したが、同時に過失致死罪の成立を肯定した。

【判旨】

連邦通常裁判所はまず、地方裁判所の事実認定は、Cが意図的挑発でMを害する計画に基づいて行動しようとしていたことを明らかにしておらず、Cが銃を撃てるようにするために、故意に正当防衛状況の中で行為しようとしたという事実も認定されていないため、「ここで正当防衛を認めることは意図的挑発の原理と対立するものではない」と述べた。また、Cの先行行為によって正当防衛の成立が否定されるのではないかという点についても、正当防衛状況が発生したのはCの先行行為の時点ではなく、Mが「殺してやる」と叫びながらCに走り寄ってきた時点であるから、先行行為を理由として正当防衛の成立が否定されることもないと判示した。そして、過失によって侵害を誘発した行為者は、侵害を予期していなかったとしても正当防衛権を用いて即座に生命に危険な手段を用いてはならないという一般論を展開し、連邦通常裁判所が原因において違法な行為の理論を採用していないことも再確認した。しかしながら、連邦通常裁判所は以下のように判示し、過失致死罪の成立を肯定している。

「しかし、より寛大な防衛手段を用いることができないために、被害者の正当防衛行為が、正当防衛において行為する者に対する、場合によっては致死的な侵害を回避するための唯一の手段であるときは、正当防衛権の制限に関する原則は適用されない。事実認定によれば、被告人はより寛大な防衛手段、あるいはより被害の少ない代替的行為の選択肢を有していなかった。」

「事実認定によれば､被告人らは過失致死によっても[16]可罰的に行為していた。被告人らは自分たちに責任がある形で過失によりMの死を惹起したのである。」(中略)「死をもたらす射撃が正当防衛において行われたということが、過失致死による処罰を阻害するわけではない。確かに、適切に用いられた防衛手段に内在する危険は、過失非難を基礎づけるものではない。なぜなら、同一の行為が適法であると同時に違法でもあるということにはなり得ないからである。しかし、過失非難について、この行為の前に存在する違法な行為を考慮しなければならないときは、別のことが妥当する。違法な先行行為によって、死

[16] CがMを撃とうとして、後ろから殴打しようとした行為については危険傷害未遂罪が成立するとされ、G及びSは共同正犯と判断されており、その上で過失致死罪が検討されている。橋爪・前掲注（1）209頁（注194）は、「これが正当防衛でカバーされないことは当然である」としている。

亡結果を伴う暴力的な闘争の危険を引き起こした者は、死をもたらす射撃を正当防衛において行ったとしても、過失致死罪によって処罰され得る。本件ではそのような危険が存在していた。なぜなら、被告人らの犯行計画によれば、違法な煙草の売買と称してＭを人気のない場所へと誘い、散弾銃でＭを撃って重傷を負わせようとしていたからである。」

【検討】

本判決では、原因において違法な行為の理論を明示的に否定する一方で、Ｍに対する発砲を正当防衛と認めつつ、同一の行為を過失致死罪と判断しているが、事実認定のどの部分に「過失」と見るべき事実があるかは判然としない。煙草の売買にかこつけてＭを現場に誘い出した行為が挙げられているが、これを過失と見るのはいささか技巧的であろう。また、過失致死罪で行為者を処罰することが可能となるためには、あくまで実行行為が過失によって行われなければならないが、より寛大な手段が存在していなかったと言う以上は、発砲行為自体に過失はなかったと考えるべきであろう。連邦通常裁判所は、「同一の行為が適法であると同時に違法でもあるということにはなり得ない」と述べているが、本件では正当防衛（適法）と過失致死罪（違法）が同一の発砲行為に組み込まれている。違法な先行行為が存在するときはこの限りでないと言うのであれば、その根拠が明らかとされる必要があろう[17]。

⑪　BGH, Urt. v. 7. 3. 2002―3 StR 490/01, NStZ 2002, 425

【事実の概要】

相当程度酔っていた被告人は、２人の女友達と共に居酒屋を訪れたが、被告人が酔っている姿を見た従業員Ｊが被告人にビールを提供することを拒んだため、被告人はＪに灰皿を投げつけたが、その後Ｊに頭突きをされて顔面を殴られ、被告人は鼻から出血し、唇にも傷ができた。被告人の友人Ｄがこれに割って入り、同Ｃの家に連れて行ったが、被告人は再び居酒屋へと赴いた。その際、再びＪと口論になることを予期し、効果的な防御ができるようにとナイフを持って行った。

居酒屋はその間に店じまいしていたが、中では祝宴が開かれていた。被告人がドアを叩いてＪを出すように求めると、店の女主人Ｗが応対した。闘争に

[17] 橋爪・前掲注（１）210頁。

発展するのを恐れたWは被告人の要求を拒否してドアを閉めようとしたが奏功せず、被告人はドアからWを引き離した。その時被害者Sが被告人に突進し、顔を2回殴打した。被告人はドアのところで倒れ、起き上がると再びSに突進されて、歩道上でまた倒れた。再度立ち上がった時、Sは被告人のすぐそばに立っており、被告人はさらに暴行されるのを恐れ、持っていたナイフで、事前に警告したりナイフを示して威嚇することなくSに2回切りつけ、生命に危険な傷害を与えた。

【判旨】

「被侵害者がその状況を（共同して）引き起こしたという状況のみからは、責任なく正当防衛状況に陥った者と比べて、侵害を防衛するに当たり、彼がどの程度抑制的にならなければならないかを導き出すことはできない。このことはむしろ、個別の事件の具体的な状況に依存するものである。一方で、被侵害者による正当防衛状況の惹起の違法性あるいは非難可能性が重大であればあるほど、被侵害者には防衛に際して抑制的になることを要求し得る。他方で、侵害によって差し迫った害悪が重大であればあるほど、正当防衛権の制限は小さくなる。」

【検討】

先に見た⑩事件を踏まえて見てみると、本件の枠組みは、⑩事件よりもやや緩和されているように思われる。というのは、ここでは侵害の重大性が正当防衛権の制限を緩める方向で考慮されているからである。しかし、挑発行為の重大性が退避義務の程度を高めるとも――当然ながら――指摘されていることから、⑩事件を本件の枠組みに当てはめたときに結論が異なって出てくるかどうかは、なお明らかにならないであろう。

（3）社会倫理違反行為が問題となった場合

次に検討するのは、先行行為が社会倫理に違反すると思われる場合である。ただし、どのような行為が社会倫理に違反し、あるいは違反しないかは、当該行為を見る者によって異なる場合があるのはもちろんである。

⑫　BGH, Urt. v. 21. 3. 1996―5 StR 432/95, BGHSt 42, 97

【事実の概要】

被告人は列車の1等車に乗車していたが、2等車の乗車券しか持っていな

かった被害者が、被告人と同じ車両に乗車してきた。被害者は酔っていて、酒のにおいに不快感を感じた被告人は、被害者を追い出そうとして、車両の窓を開けたところ、寒がった被害者がこれを閉めたため、被告人はまた窓を開け、被害者もまた窓を閉めるということが繰り返された。しかし、被告人が３回目に窓を開けたとき、被害者が「あと１度開けたら殴ってやる」と言って被告人を脅迫した。それでも構わずに被告人が窓を開けたため、被害者は立ち上がり、両手で被告人の顔面をつかんだため、被告人は携帯していたナイフを取り出して被害者を刺し、死亡させた。

【判旨】

「被告人の先行行為は、当該状況によれば、社会倫理的に非難されるべきもの（sozialethisch zu beanstanden）であった。被告人には何の権利も無かったし、所要時間が残りわずか数分であったことを考慮すれば、同乗者を、冷気を入れることで嫌気がさして車両から出て行くよう仕向けることを是認するに足りる理由は全く存在しない。このような状況では、酔っていた〔被害者〕自身の態度が、被告人が立腹するきっかけになったとしても、繰り返し窓を開けることは〔被害者〕にとっては無礼であり、そのような無礼は、その重大性に照らし、重大な侮辱である。…『法律上は非難可能』な事前の態度というものは、この事前の態度がその重要性に照らして重大な侮辱に当たる場合にも認められる。挑発者の防衛にどの程度の制限が要求されるべきであるかは、状況によるのである。」

【検討】

本件では、繰り返し窓を開けるという行為が自招行為であり、これは被害者に対する重大な侮辱である、と判示されている。ところで、犯情があまり重くない故殺の事案について定めているドイツ刑法213条には、「被殺者が、故殺者若しくは親族に対して、虐待若しくは重大な侮辱を加えたことから、故殺者が、その落ち度ではなく、怒りに掻き立てられ、それによりその場で行為を行ったとき、又は、その他犯情があまり重くない事案であるときは、刑は１年以上10年以下の自由刑とする。」と規定されており[18]、連邦通常裁判所は、本件自招行為がこの「重大な侮辱」に該当すると考えることで、社会倫理違反行為という概念を具体化させようとしたのであると考えられよう。すなわち、刑法典に明

[18] 翻訳は法務資料461号（2009年）に依拠している。

文で記述されている文言を引用することで、社会倫理違反行為というものは、違法行為ではないが、いわば「違法行為と同じ」であるということを示そうとしたものと思われるのである。

この判決に対しては、学説からの批判が強い。すなわち、社会倫理違反行為というだけでは、依然として正当防衛権を制限する端緒とはなり得ない、とされているのである[19]。しかし、次の事件で見るように、判例は明文で学説の主張を退けており、理論と実務の間には深い溝ができているのである。

⑬　BGH, Urt. v. 2. 11. 2005―2 StR 237/05, NStZ 2006, 332[20]

【事実の概要】

被告人は予告せずに以前交際していたMを訪れたが、Mは新恋人のKと外出していて不在だったため、Mと同居していたFが被告人を家に入れ、被告人はFにMをすぐ呼び出すよう求めたので、FはMに電話をかけた。その後Mが戻ってきて被告人と話し合ったが、被告人はKを呼ぶよう求めた。Kがやってくると、Kはなぜここに来たのかの説明を被告人に求め、MとKは被告人に対して穏やかな口調で、この家から去るよう求めた。しかし被告人はこれに応じなかったため、MとKとの間で怒鳴り合いになった。Kは警棒を引っ張り出して被告人を威嚇し、次いで被告人に平手打ちを食らわせて、Mを連れて外出した。屈辱を感じた被告人は、キッチンからナイフを取り出してズボンのバンドに隠し、MとKのあとを追って近づいたため、Kは被告人に向き直ると警棒を持って被告人のところに走っていった。そこで口論が起き、Kは警棒で被告人の背中を殴りつけたが、特段の負傷はなかった。被告人はナイフを取り出すと、事前に警告することなくKの鎖骨の下の右胸を強く刺して殺害した。

【判旨】

---

[19] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I , 4. Auflage, 2006, §15 Rn. 73; Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2014, §18 Rn. 76. ただし、Kindhäuserは、社会倫理違反行為で十分とする見解を通説とし、一部の学説が違法性まで要求していると説明している。Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2013, §16 Rn. 49.

[20] 本件の評釈として、Claus Roxin, StV 2006, 235.

「当刑事部は、――これまでの連邦通常裁判所の判例と明らかに一致する限り――いわゆる意図的挑発の場合でなくても、侵害を直接的に惹起する、被侵害者の挑発行為が違法であるときに限り正当防衛が制限されるという、学説において支持されている見解には与しない。むしろ、どのような場合でも、直接的な行為状況に先行する被侵害者の行為に時間的場所的な連関があり、少なくとも社会倫理的に非難すべきとみなされ、場合によっては正当防衛を手段として防衛すべき侵害を挑発するのに適当であると行為者が認識している限り、そのようなものであっても、正当防衛の成否の判断において取り入れるべきである。」

ここからは、挑発と侵害との相当因果関係が問題となった事案について検討する。

⑭　BGH, Urt. v. 25. 11. 1980―1 StR 563/80, NStZ 1981, 138

【事実の概要】

被告人は、同居していたＨの妻と不倫関係にあり、関係は、外国にいた被告人の妻が連邦共和国にやってくるまで続いたが、今度はＨの息子の妻にしつこく迫るようになった。同女が夫Ｍ（Ｈの息子）にそのことを知らせると、Ｍは被告人に対して数日働けなくなるほどの暴行を加え、被告人は住居を引き払った。

しかし、その１年後、被告人が工場勤務から帰る際、門の前でＨ、Ｈの妻、息子のＭ及びＺが待ち構えており、Ｈ夫妻が罵声を浴びせてきたため、被告人はナイフを取り出してＨらに向け、自分の邪魔をしないよう叫び、すぐに家路につこうとした。しかしＭとＨが被告人を追いかけてきたので、暴力沙汰を恐れた被告人は再びナイフを取り出して構えて警告したが、Ｍは被告人の顔を拳や平手打ちで殴打してきた。さらにＨもＭの後ろでナイフを持って立っていたため、被告人は身を守るためにＭの上半身をナイフで刺し、死亡させた。

【判旨】

「ナイフを持ったＨとその息子Ｍが被告人のところにやってきて、Ｍが被告人の顔面を殴打したとき、被告人は違法に侵害を受けていた。この侵害を被告人が惹起し、あるいは共同で惹起したわけではない。工場前での闘争は、Ｈ及

びＨの妻によって引き起こされ、言葉のみで行われ、双方の罵り合いの後、被告人が立ち去ったことで終了したものである。闘争の原因、経過、及び結果に徴すれば、被告人への侵害は、被告人の行為の妥当かつ予見可能な結果ではなかった。被告人がＭの妻に迫ったのはかなり過去のものだったので、それは正当防衛状況の有責招致としては、時間が経過してしまっており、すでに問題とはならない。従って、被告人の正当防衛権は制限されていなかったのである。」

⑮　BGH, Urt. v. 12. 2. 2003―1 StR 403/02, BGHSt 48, 207

【事実の概要】

被告人、M、及びＧが車内で話していると、被害者の弟ＢがＭを口説こうとしたが拒否されたため、Ｂは車のドアを激しく叩いた。被告人はＢに挑発されたと感じ、車外に出てＢを殴打したが、その後Ｂと被害者、そしてあと１人が加わり、被告人の身体や頭に激しい暴行を加えた。被告人は車内に戻ろうとしたが、被害者がウォッカの瓶を持って殴りつけてきたため、退避できなかった。被告人はＧからバタフライナイフを受け取ると、なおも殴りつけてきた被害者を刺し、死亡させた。

【判旨】

「被告人の正当防衛権は制限されていなかった。当刑事部は、Ｂに対して行われた被告人の殴打が挑発行為であったかどうかについて明らかにする。どのような場合でも、そのような挑発は、挑発と最終的な侵害までの間を止める多くの暴力的な事件経過に直面し、事件経過においては、被告人は何度も暴行を受け、被告人が挑発したわけではない被害者及びＢから新たに侵害を受けたのであるから、致死的な刺突を行った時点では、挑発行為はもはや効果を表していなかったのである。」

【⑭、⑮事件の検討】

⑭事件で問題となっている行為は、工場前での口論と、１年前にＭの妻に迫った行為である。口論については被告人が惹起したわけではないとされているが、それを裏付ける形で１年前の行為について触れられている。１年前の行為が有責招致行為とされなかったことについては、時間的接着性がないという点が根拠とされており、同行為が社会倫理違反かどうかについては触れられて

いないが、社会倫理違反でないのであれば、時間的接着性が問題となることもなかったであろう。１年前の行為がなければ侵害がなかったことは確かであったかもしれないが、時間的接着性という要件がなくても正当防衛権を制限できることになると、過去のトラブルを気にしながら即時に防衛行為の可否を判断しなければならなくなり、防衛行為者への負担が大きくなり、妥当でなかろう。

⑮事件で侵害を招く契機となった先行行為（Bへの殴打）は、時間的には接着していると言えるが、侵害者を挑発したわけではなかったことや、多数回に渡って暴行を受けたことが指摘され、正当防衛権が認められている。連邦通常裁判所は明言していないが、挑発と侵害の流れを止めるほどの侵害があったとされていることから、侵害は挑発行為の妥当かつ予見可能な帰結ではないと判断したものと考えられよう。

（４）違法行為、社会倫理違反行為に該当しない行為

ところで、正当防衛権を制限しない先行行為と評価されるためには、必ずしも積極的な価値が認められる必要はなく、禁止されている行為でなければ、連邦通常裁判所は正当防衛権を認めてきた。

⑯　BGH, Urt. v. 12. 1. 1978―4 StR 620/77, BGHSt 27, 336[21]

【事実の概要】

被告人は被害者から600マルクの借金をしていたが、これを期日に返済せず、第三者に任せたため、被害者から顔面を拳で殴られ、襟をつかんで駐車してあった自動車に押さえつけられ、額を屋根に複数回ぶつけさせられた。被告人は、被害者のズボンのベルトにナイフが差さっているのを見て、それを奪い、３回ほど被害者を刺して死亡させた。

【判旨】

「…被告人は暴力的な闘争につき、『完全に有責でなかったわけではない』という理由で、被告人の防衛行為が最初から制限されていた、という上告の見解も、誤りである。被告人が被害者に600マルクの貸付金を期限通りに返済せず、第三者のところへ行くよう指示したことは、有責的な挑発という意味で非難すべき行為ではない。挑発というのはむしろ、個別の事案の全体的事情を合理的

[21] 本件の評釈として、Diethelm Kienapfel, JR 1979, 72.

に評価して、後に生じた侵害が、被侵害者の義務違反の相当かつ予見可能な帰結と言えるような先行行為である。

金銭債務者が債権者に対して期限を守らず、その間に債権者と不和になり、結局、返済については第三者を立て、この第三者を返済の手段に用いようとしたとき、金銭債務者は――刑法的に見れば――なお社会的な慣例の範囲内にとどまっている。債権者が、そのような社会倫理的に非難されない行為を契機として債務者に対する暴行に及んだときは、債務者の正当防衛県は、債務者がすべての原因となった者であるというような理由で制限されることはない。というのは、違法な侵害――本件で生じたような――を予期せず、従って状況を操作しておらず､状況の展開に驚愕している者は､保護を必要とするからである。」

【検討】

本件で先行行為と目されているのは借金返済の遅延と、返済を第三者に任せた行為であり、連邦通常裁判所が「いまだ『社会的慣例』の範囲内にとどまる」という文言を用いていることからも分かるように、少なくとも積極的な合法評価は与えられていない。また、当該行為と侵害の相当因果関係も否定されており、仮に社会倫理違反行為との評価がなされたとしても、結論は変わっていなかったとも考えられる。

このほかにも、拳銃を所持した被害者が家に接近したという状況下で、ナイフを持って扉を開けた行為を「法的に妥当、あるいは許された行為」であり、侵害の可能性を認識していただけでは正当防衛権は制限されないとした事例（BGH, Beschl. v. 6. 11. 1992―2 StR 480/92, NStZ 1993, 332）があるが、日本においても最判昭和46年11月16日刑集25巻８号996頁（本稿第２章⑨事件）がこれと類似の判断枠組みを示していると言えよう[22]。

正当な行為が問題となった事案としては、夫が勝手に貯金を持ち出すことを防止しようとして引き出しに鍵をかけたため、激高した夫に殴打された事例（BGH, Urt. v. 11. 1. 1984―2 StR 541/83, NJW 1984, 986）、過去にバイクを盗まれたことがあったため、自宅の前で集まっていた少年ら４名を監視していた

[22] 同事件では、現場に赴く行為の法的性質については言及されていないが､「その侵害があらかじめ予期されていたものであるとしても、そのことからただちに急迫性を失うものと解すべきではない」と判示されている。

ところ、それに気づいた少年らから侵害を受けた事例（BGH, Urt. v. 19. 03. 1986―2 StR 38/86, NStZ 1986, 357）、畑で作物を荒らしている被害者を咎めたところ、被害者から襲われたため、威嚇射撃をしたところ、激高した被害者がさらなる侵害を加えてきた事例（BGH, Beschl. v. 21. 6. 1989―3 StR 203/89, NStZ 1989, 474）、恐喝行為者を自宅に招き入れ、その後自宅内でも恐喝行為等が行われたため同人を殺害した事例（BGH, Urt. v. 12. 2. 2003―1 StR 403/02, BGHSt 48, 207）などがあるが、連邦通常裁判所はいずれについても、正当な行為が理由となって正当防衛が制限されることはないと評価し、正当防衛権を肯定している。

（５）近時の事例

最後に、近年に出された事例を紹介する。以下の事例は新たな判例理論を打ち出しているわけではないが、それぞれの事例において、被告人の先行行為が正当防衛権を制限する挑発行為とみなしてよいかどうかにつき、必ずしも一致した結論が出てくるとは限らないように思われる。検討は各事例を紹介した後にまとめて行う。

⑰　BGH, Beschl. v. 3. 6. 2009―2 StR 163/09, HRRS 2009 Nr. 584[23]

【事実の概要】

被告人Ａ及び被害者Ｂは共同住宅の隣人同士であったが、ある夜、酔って怒りっぽくなっていたＢは、体格で劣っていたＡと階段で遭遇し、理由もなく拳でＡの上腕を殴りつけた。Ａは闘争になることを回避してその場から立ち去ったが、ＢはＡを追いかけてきたので、ＡはＢを激しく罵倒し、Ｂがこれ以上自分を邪魔しないよう、折り畳みナイフを用いてＢを威嚇した。しかしＢはＡの上腕にまた襲いかかったので、ＡはＢをナイフで刺し、重傷を負わせた。Frankfurt 地方裁判所は、被告人を危険な傷害の罪（ドイツ刑法224条１項）で有罪とした。

【判旨】

「被告人の正当防衛権は、被告人が家の前で被害者を罵倒し、それによって（新

[23] 本件及び⑱事件を分析するものとして、Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu, HRRS 2010, Heft 2, S. 106.

たな）侵害に寄与したという理由であっても制限を受けない。被害者は身体的に劣っていた被告人を、すでに玄関で理由もなく侵害し、激しい痛みを与えていた。その侵害は目撃者Kの介入によって止められた。被告人はさらなる闘争を回避しようとしたため、Kの勧めに従って家から立ち去った。被告人は家の前での口論の際に被害者を罵り、そこで初めてナイフを見せたが、その後被告人は目撃者の呼び声を聞いてナイフを再びしまい、M街道へと進んでいったので、周囲の人々の目から見れば、状況は沈静化していた。被害者は被告人の後を追い、新たに被告人を突いた。被害者もさほど強く酔っていなかったので、そこから被告人の正当防衛権が制限されることにはならなかったであろう。」

⑱　BGH, Beschl. v. 25. 6. 2009―5 StR 141/09, NStZ 2009, 626[24]

【事実の概要】

被告人は、自らの所有する大規模庭園で植物栽培や養蜂を手掛けていたが、温室では大麻を栽培し、養蜂で蜜蜂を鎮静化させることなどに用いていた。それが原因かは明らかにされていないが、被告人の温室は、2007年秋までに多数に渡り窃盗被害を受けており、E、MおよびMeも窃盗を行ったことがあった。

2007年10月16日午前、Eは再び窃盗に入ったが、被告人に胡椒スプレーで撃退された。その際Eは現場近くに停めておいた自動車を残していったため、被告人はこの自動車を茂みに隠した。

EはMおよびMeに相談し、自動車の奪還、大麻の奪取及び被告人に殴打を食らわせることを決心し、Mは自動車の奪還を準備して自己の自動車を現場近くに停め、Eは敷地外で待機し、Meが被告人の土地へと入り、自動車と被告人を探した。すると、Meはナイフ（15センチ、刃渡り5.5センチ）を右手につかんでいる被告人と遭遇し、格闘が始まった。Meはボクシングの「クリンチ」と呼ばれる技で被告人を前からはさみつけ、被告人の息を止めさせたが、被告人はナイフをMeの左わき腹や下あごなどに激しく刺し、傷害を負わせた。

Leipzig地方裁判所は、被告人はクリンチ（Umklammerung）から身を守り、自らの財産及び住居権を防衛したが、被告人はEの自動車を隠匿したことを含む挑発によって正当防衛状況の成立に寄与したものであるから、ナイフの激

[24] 本件の評釈として、Brend Hecker, JuS 2010, 172.

しい使用は、被告人の制限された正当防衛権の範囲には属していないと判示したが、連邦通常裁判所は被告人に無罪を宣告した。

【判旨】

「自動車の隠匿が、そもそも身体の完全性に対する攻撃に関する被告人の正当防衛権の制限を導くかどうかはすでに疑わしい。いずれにせよ、Me の侵害はそれとは関連がない。侵害は、E を追い払ったという理由で被告人を殴打するという、自ら及び友人らの決意に起因するものである。よって、被告人の正当防衛権は制限されていなかったのである。」

⑲　BGH, Beschl. v. 4. 8. 2010―2 StR 118/10, NStZ 2011, 82

【事実の概要】

被告人の16歳の息子 M と同年代の A との間では何回も紛争が生じていたが、ついに A は、自分の兄 H を介入させると言って脅してきた。警察から「要注意人物」と称されていた H は、特に彼の暴力性を理由として悪評高かった。H は、M とはすでに数回けんかを引き起こしており、M に一度平手打ちを食らわせていた。

2008年３月22日の夜、A は M を呼び、H の名において、今すぐ現場に来るよう要求した。M はこれを殺害予告だと理解し、そのことを被告人に知らせた。M は H を恐れていたため、M は被告人に、その場所に自分に同行してほしいと頼んだ。息子から、H が暴力的で怒りやすいと聞かされていた被告人は、H に譲歩を与えるために M に同行することを決めたが、うまく行かなかったら身体的な抗争もあり得るとも思っていた。

現場に近づき、被告人は中で H が待っているレストランの門番に対しとても怒りながら、H を外へ出すよう要求したところ、H が重いこん棒を持って現れ、少なくとも８人の付き添いが現れ、被告人をすぐに取り囲んだ。激しい口論が短時間あった後で、H はこん棒で被告人の左腕を激しく打ち付けた。H が２回目を身構え、上半身もしくは頭を狙ったので、被告人はバタフライナイフを持って H に接近し、左腕で打撃を防ぎ、同時に右から H に回り込み、後ろから H の上半身を刺した。両者は倒れ、H は被告人の首にさらにつかみかかった。被告人はさらに攻撃を食らわせたが、著しい傷は与えなかった。H の上半身への刺し傷は肺に命中し、生命の危険が切迫していた。

Köln 地方裁判所はバタフライナイフの使用を伴う過失傷害により、執行猶

予つきで２年の自由刑を被告人に言い渡した。

【判旨】

「地方裁判所の事実認定は、被告人が違法な、あるいはそれ以外の社会倫理的に非難すべき方法で、有責的に正当防衛状況を招致したということを裏付けていない。」「被告人は16歳の自分の息子に同行したのであり、その息子は、当裁判所が認定したように、暴力的で怒りやすいことで知られており、警察から要注意人物と称されていた年上の少年から喧嘩を要請されていた。H はすでに以前に息子との争いを求めたことがあったため、H は理由なく M に怒りを抱いていた。このような背景で、被告人は、H が再び自分の息子に会って問い詰めるかどうかを成り行きに任せる必要はない。そのような被告人の行動も、社会倫理的に非難すべきで有責的な挑発とは評価され得ない。被告人が門番に対して激高した口調で H を出すよう要求したという事情のみでは、これについて何のきっかけも与えていない。前もって被告人の息子に暴行を予告した H の弟達については特にそうである。被告人は息子とその友人らに同行したという事情を考慮すれば、被告人の行動を有責的な挑発と評価すべきでない。なぜなら、少年たちは被告人から離れて立っており、――被告人と同様に――少なくとも武器を隠し持っていたからである。」「被告人の行為は一定の限度で注意命令及び経験則（Lebensklugheit）と矛盾するかもしれない。しかし、正当防衛権の制限をもたらすような、違法な侵害の有責的な挑発は、過失非難を根拠づける義務違反と全く同様に、ほとんど見られない。」

⑳　BGH. Beschl. v. 10. 11. 2010―2 StR 483/10, NStZ-RR 2011, 75.

【事実の概要】

25歳の被告人は2009年11月15日深夜１時、飲食店の前に立っている17 ～ 19歳の証人 A、Y 及び T に遭遇して口論となり、酔った勢いで次第に攻撃的になっていった。証人の１人の申し出により、被告人は決闘を受けて立つことにし、その相手には17歳の A を選んだ。地面に伏した両決闘者は立ち上がると、次の瞬間、残り２人の証人のうちの一人が被告人の背中を蹴りつけ、被告人は地面に倒れた。被告人は再び立ち上がると、Y 及び T はベルトを抜き取り、それを見た被告人も同じくベルトを抜き取った。それに続く殴り合いの中で、被告人は多数の外傷を負ったが、相手方は無傷のままだった。被告人はいちだんと苦境に陥り、相手方が自分に近づいてきて自分を殴り倒すだろうという危

惧を抱いた。Y 及び T がさらにベルトで被告人を打ち付けたとき、被告人は気づかれずにポケットから取り出したナイフで、左から近づいてきた T から身を守るために、力を込めて T の胸を刺して重傷を負わせた。

Aachen 地方裁判所は、「被告人は自ら挑発的に、多数の相手方との口論に関わっていったため、被告人の正当防衛権は制限される。決闘前からすでに被告人は、決闘が打ち切られることはないだろうと思っていた。にもかかわらず被告人は意図的に退避することなく、口論を求めたのである。このように制限された正当防衛権の範囲の中では、被告人の防衛は過度のものであった。被告人は２人しか相手にしていなかったのであるから、ベルトを持った侵害者と距離を取るか、ナイフをはっきりと見せつければ十分だったであろう。退避することさえ可能であった。」として、正当防衛の成立を否定した。

【判旨】

「地方裁判所の事実認定は、被告人が違法な、あるいはそれ以外の社会倫理的に非難すべき方法で、有責的に正当防衛状況を招致したということを裏付けていない。」「被告人は――彼が相手方の提案によって決闘が始まってからは誰が見ても明らかに孤立し、再び立ち上がった後は――闘争の進展に対して、口頭でも身体的にも寄与しておらず、従って、被告人に対する後の侵害を挑発していない。被告人は侵害によって明らかに驚愕させられていた。孤立した決闘を行う前の被告人の行為も、被告人に不利になるようには援用され得ない。被告人が３人の証人らと互いに侮辱しあう口論を招き、証人の１人との決闘に巻き込まれたという状況のみでは、被告人に対する後の侵害を有責的に挑発したということを根拠づけることはできない。確かに、闘争は被告人が３人の証人の態度や言葉に誤って関わってしまったことに起因している。しかし、被告人が意図的に（gezielt）そのような闘争を望んでいたり、特別に挑発していたであろうというための根拠は、これまでに見当たっていない。」

㉑　BGH. Urt. v. 25. 3. 2014―1 StR 630/13, NStZ 2014, 451.

【事実の概要】

被告人 A（20歳）とその従弟 C（15歳）及び両者の家族は2012年のクリスマスを A 宅で共に過ごし、A は父親から折り畳み式ナイフをプレゼントされた。クリスマス休暇の初日は、A と C は正午までソファーで寝ており、18時頃に、A の友人 M が A 宅を訪れたので、A は M にナイフを見せるなどし、少々の

やり取りの後、ナイフは開かれたままソファーの上に置かれた。

その後Aはソファーに座ってテレビゲームをしており、CとMはそれを眺めていたが、ある時AとCの間で罵り合いが発生し、CがAを「まぬけ」(strunzdumm) 呼ばわりしたため、Aは右手でCの右肩を何度も殴りつけた。Cはやめるよう要求し、自らを被害者と称したが、AはCを「障害者」(Krüppel) とか「愚か者」(Spasti) と罵倒した。Aは新たにCの肩を殴りつけようと思いそっぽを向いたが、その際、不意にCの顔面に拳が命中してしまった。Cは立ち上がると、ソファーで胡坐座りになっていたAの背後に回り込み、左手でAの長い髪をつかみ、右手でAの顔や後頭部を何度も殴りつけ、少なくとも1回は右のこめかみにも当たった。AがCにやめるよう言ったときも、Aの後ろに上半身を押し付けて立っていたCはなおも攻撃を加えてきた。Aは身を守るために、目の前にあったナイフをつかんで、「殺してやる！」と言ってCの上半身を刺した。刺し傷は肺に達し、Cは大量出血により死亡した。

Nürnberg地方裁判所は、Aを殺人罪により6年の少年刑に処した。

【判旨】

「客観的な正当防衛状況において行われた行為は、それが侵害に対して即座の、かつ最終的な防衛をもたらし、具体的状況において被侵害者が用いることのできた最も寛大な手段が問題となっているときは、刑法32条2項に基づいて正当化される。このことが正しいかどうかは、防衛行為時における事実的状況を客観的な事前的観察という観点に立って判断されなければならない。被侵害者が危険のより少ない防衛手段を用いなければならないのは、その防衛効果が現在の状況下では疑わしく、状況を評価する時間が十分にあるときのみである。武器を持っていない侵害者に対しては、その時まではなお明らかにされていなかったナイフの使用は原則として予告をすべきである。…地方裁判所が、被告人はナイフの使用をまず予告し、あるいは少なくとも、特にCの足のような、被害者のより危険の少ない身体の部位を刺さなければならなかったであろうという点を考慮したのは妥当である。従って被告人には、侵害を防衛するのに有望な寛大な手段を用いることが可能だったのである。」

「社会倫理的に非難すべき先行行為によって侵害を有責的に挑発した者は、侵害を予期していなかったか、全く意図していなかったとしても、無思慮に自らの正当防衛権を行使し、即座に生命を危険に晒す手段を用いることは許されない。むしろ彼は可能な限り侵害から退避しなければならず、生命を危険に晒す

武器を用いた反撃防衛への移行は、保護防衛のあらゆる可能性を利用し尽くした後で初めて許される。すなわち、この可能性が閉ざされた時に限り、彼は適切な、広範囲の防衛権限を有する。――私的な方法であっても――他人の救助を求めることができるならば、そうしなければならない。…本件では、被告人と５歳年下の従弟が互いに罵り合った後で、被告人が最初に身体的な闘争を開始した。被告人に対する暴行は、被告人が自ら事前のＣに対する身体的な侵害によって有責的に挑発したものである。従って、被告人が致死的な刺突を行う前に、まず直接事件に居合わせた目撃者Ｍか、家にいた大人に助けを求めなければならなかったという点に関する地方裁判所の検討は正当である。」

「このような状況に直面すれば、正当防衛による正当化は結果として明らかに除外されるため、地方裁判所が全体事情と被告人のＣに対する事前の身体的暴力を指摘して、ここで、そもそも正当防衛状況が存在していたかどうかを未解決にしておいたことは、法的な誤りではない。」

【⑰～㉑事件の検討】

まず⑰事件では、被告人は罵声を浴びせた上に凶器を示していることから、有責招致と評価することも不可能ではない。しかし、本件では被害者が先に執拗な暴行を加えており、しかも、被告人は暴行を受けた後もその場から退避しようとしており、被害者が被告人を追いかけてきた時点で初めて先行行為を行っている点で特殊な事例である。連邦通常裁判所は、このような先行行為が侵害を招いたことを認めながらも、それでも正当防衛権は制限されないとしているが、これは、本件先行行為はさらなる干渉を防ぐために許された行為だったと評価したものと考えられよう。威嚇した後すぐにナイフをしまっているという事実も、そのような評価に寄与しているものと思われる。

⑱事件の原審では、自動車の隠匿行為が先行行為とされているが、連邦通常裁判所はそれを容れず、自動車の隠匿は侵害の端緒とは無関係であり、Ｅが撃退されたことに対する報復こそが核心部分であると判断している。すなわち連邦通常裁判所は、自動車の隠匿の法的性質については何らの判断もしておらず、正当防衛の成否の判断対称から除外している。そして、Ｅの撃退については非難すべき点はないから、正当防衛権が制限される道理はないということになる。

⑲事件では、Ｈの性格や事件の経緯が考慮された上で、事例判断として、正当防衛権が認められている。本件では自分の息子に危険が迫っており、息子を

守るために、息子の求めに応じて現場に同行し、話し合いでの解決を模索していたというのであり、日本の事例にも類似の事例を指摘できよう（第２章⑨事件参照）。また、レストランの門番に対する激しい口調も有責招致と言うには十分でないと判断されている。具体的な理由は示されていないが、もともとＨらは闘争目的で現場に臨場していたのであり、被告人が穏やかな口調で門番に話しかけたからと言って事実経過が変化したとも考えられないから、連邦通常裁判所の判断に批判すべき点はないであろう。他方で連邦通常裁判所は、被告人の行動が経験則と矛盾する可能性があると指摘している。この判旨のみからは、「経験則」がどの点を指し示しているのか明らかでないが、そもそも息子の求めに応じて現場へ赴かず、息子を自宅に留め置いて警察に通報するなどの措置が、経験則上通常の行動として念頭に置かれていたのではないだろうか。

⑳事件は、喧嘩闘争を全体的観察方法によって評価し、被告人は一方的に侵害を受けていたと判断したものである。一連の闘争行為の中で、侵害行為として特定されているのは、ナイフでＴを刺す直前に行われた、Ｙ及びＴによるベルトの打ち付け行為である。喧嘩闘争自体は被告人や被害者らの口論によってもたらされたものであり、被告人に責任が全くないわけではないが、被告人は闘争開始直後から始終劣勢に立たされており、このような事情に鑑み、闘争状況を惹起した責任は最終的な侵害行為にまでは及ばないと判断し、挑発行為と侵害の間の相当因果関係を否定したものである。両者の相当因果関係が問題となった事例は先にも見たが、喧嘩闘争という特殊な事情においても相当因果関係が否定され得ることを示した点で意義のある判決であると思われる。この判決の趣旨は、日本においてもすでに示されているところである（最判昭和32年１月22日刑集11巻１号31頁＝第２章参照）。

そして、㉑事件は、違法な先行行為が問題となった事案であり、正当防衛権を否定した一事例という以上の意味合いを有していないが、本件の地裁判決では、正当防衛状況の有無が検討される前に防衛行為の必要性及び妥当性が検討されており、そのような判断方法を、連邦通常最高裁判所が承認したという点が注目されている。これに対して学説からは、正当防衛状況を先に検討すべきであるとの批判が見られる[25]。

[25] Vgl. Bernd Hecker, JuS 2014, 948.

第３項　検討

ドイツにおける自招防衛の主要な判例は以上の通りであり、これらの集積が、前項の冒頭で例示したような判示となって現れているのである。日本の判例・裁判例の判断枠組みと比較したとき、その異同はどのような点に求められるだろうか。

まず概ね共通しているのは、正当防衛権を制限するための判断基準であろう。日本における判断基準は未だ確立されているとは言えないように思われるが、第２章で検討した最決平成20年５月20日刑集62巻６号1786頁（平成20年決定）が、――事例判断ながら――現在の日本の判例の立場と仮定すると、同決定は、①挑発行為と侵害の因果関係、②時間的場所的接着性、③挑発行為の不正性、④挑発と侵害の相対的均衡（侵害が挑発を「大きく超えるものでない」こと）という要素があるときは正当防衛権を制限していると言って差し支えないであろう[26]。そしてこれらの基準は、ドイツの基準と概ね一致していると言える。すなわち、ドイツでも、①侵害が挑発の妥当かつ予見可能な帰結であること、②時間的場所的接着性、③挑発行為が違法、又は社会倫理違反であることが要求されているのである。社会倫理違反でも正当防衛権が制限されている点は日本と異なるが、その場合には、被侵害者が侵害を予期していたことが指摘されている。日本の下級審裁判例では、被侵害者が侵害を予期していたこと、もしくは通常予期し得たことが判断枠組みに取り入れられており、その限りでは、ドイツの枠組みはむしろ日本の下級審の判断枠組みに類似していると言えよう。さらに、侵害を予期していただけで正当防衛権が制限されることにならない点も、日本と同様である。

他方で、正当防衛権が制限された際の効果については、ドイツの判例は回避可能性・他行為可能性の有無に基づいて正当防衛権を「制限」することを表明しており、この点は日本と異なるように思われる。日本の平成20年決定は正当防衛状況を否定し、その他の主要な裁判例も急迫性を否定し、正当防衛権は「否定」されているのである[27]。日本の事例でも、他行為可能性に言及するものは存在するが、最高裁レベルで明言したものはない。また、ドイツの判例は、具体

[26] もっとも、最高裁は①～④「などの本件事実関係の下においては」と判示しており、事案によってはさらに基準が付加される可能性もある。

[27] 橋爪・前掲注（１）211頁。

的事例において被侵害者の正当防衛権が制限されるときに、実際にとった行動を踏まえつつ、「どのような行為に出なければならなかったか」を、日本よりも具体的に検討しているが、これはまさに「制限」と「否定」という判例の態度の相違が、判旨において表面化していると言えよう。

第２節　学説

ここからは、ドイツの学説を検討していく。ドイツで主に主張されているのは原因において違法な行為の理論と権利濫用説である。現在は権利濫用説が通説と目されているが、これらの他にも、過去には多様な見解が主張されてきた。本節では、それらの中でも主要な見解を順次検討する。

第１項　制限否定説

自招防衛において正当防衛の成立を否定する見解に先立って、まずは一切の制限を否定すべきことを主張する、Bockelmann の見解を検討する。

ドイツの通説的見解については序章で示したとおりであるが、論者は、通説の基準が不明確であると批判する。すなわち、通説は自招防衛が問題となる場面類型を意図的挑発と意図なく招いた侵害に区別して論じているが、そもそも意図的か否かという基準は極めて不明確であり、また、侵害が挑発行為の相当な帰結であることを要求する見解に対しても、相当な帰結という概念が不明確であると言うのである[28]。

論者はまた、正当防衛の成立が否定されるのは自己保全の利益と法確証の利益の双方が否定される場合に限られるという前提の下で、意図的挑発の場合であっても、仮に警察官が現場にいれば被侵害者を保護すべきであるから、被侵害者の法的保護は失われていない。さらに、法秩序は挑発を受けてもこれに応じないことを期待している以上、対抗行為には法確証の利益が認められるため、意図的挑発の場合であっても自己保全の利益と法確証の利益が認められると主張するのである。

論者の通説に対する批判に一定の説得力があることは否定できないように思

[28] Vgl. Paul Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S. 20, 23, 29f.

われる。特に意図的挑発と故意的挑発の区別に際しては、この批判は一層妥当しよう。挑発を招くことを認識した上で挑発行為を行うという故意的挑発類型は、限りなく意図的挑発に近い概念である[29]。しかし、それが制限否定説の論拠として有効かは疑わしい。すでに指摘されているように、限界づけが不明確であるということは、限界づけを放棄してよいということにはならないのである[30]。

また、法的保護を言う点についても批判が可能であろう。自招防衛の場合に正当防衛の成立が否定される根拠は数多く主張されているが、それらの根拠の根底にあるのは、「自ら侵害を招いておいて防衛行為を行い、正当防衛を主張することは正義に反する」という法感情的な理解であると思われる。そうであれば、被侵害者自身による防衛行為が許容されるかということと、被侵害者を救助することが許容されるかということは別の問題ということになるはずである。他人防衛が可能であるから自己防衛も常に可能であるということにはならないように思われる[31]。

第２項　原因において違法な行為の理論

第１章でも述べたが、この見解は、実行行為時に違法性阻却事由が存在していたとしても、その原因となる行為が違法であれば、当該実行行為から発生した法益侵害結果について違法性を問い得るとする理論である。同理論の歴史は

---

[29] 日本の学説の中にもドイツの議論を取り入れて故意的挑発類型を意図的挑発とは区別して検討するものがあるが、そこで議論されている故意的挑発における「故意」というのは、侵害の誘発に対する故意ではなく、単に故意行為によって（思わず）侵害を誘発した場合であり、ドイツにおける故意的挑発とは微妙にニュアンスが異なっているように思われる。また、日本の判例においても、被侵害者の先行行為が侵害を誘発することは通常予想できるという判示がなされることがあるが、多くの場合では急迫性が否定されているため、故意的挑発の場合にはなお被侵害者の利益が優越するという学説の主張とは異なる結果となっている。

[30] 橋爪・前掲注（１）255頁。

[31] 橋爪・前掲注（１）256頁は、警察官は職務行為として他人の救助が正当化されており、緊急救助として正当化されるわけではないとし、私人の救助者が自招防衛の事情を熟知していたのであれば、当該私人につき緊急救助を否定することは不当ではないと指摘している。

古く、1860年に、v. Buri によって主張されてきたが、本稿では近時の見解のみ検討する[32]。

（1） Baumann 及び Weber の見解

まず Baumann は、自招防衛を説明するに際して、以下のように述べている。すなわち、「正当化事由による行為の正当化は、単にその行為自体と関連するのであり、例えば先行行為あるいは後行行為とは関連しない。後行の（正当防衛ではもはや正当化されない）行為が、正当化事由は永遠に続くわけではないということでカバーされないということは、明らかである。詳しく言うと、ここでは、正当化される行為に時間的に先行する行為者の行為が存在するのである。これらの行為も、違法な構成要件を充足するかを調べなければならない。先行行為に違法な構成要件の充足が見られる（正当化事由がこの行為に該当しない）のであれば、この先行行為を理由として処罰され得る。原因において違法な行為の構造は、原因において自由な行為や間接正犯という学説上の理解に類似するものである。行為者は自分自身を適法に（原因において自由な行為の場合は責任なく）行為する道具として利用しているのである。」[33]

Baumann の見解は、理論的な可能性を指摘するにとどまるものであり、具体的な適用条件については言及されていない[34]。この見解を具体化させたのが Weber であり、論者は以下のように述べている。すなわち、「構造的に説得力を有しつつ挑発者の正当化を拒否し得るのは、原因において違法な行為の理論を用いたときのみである。なぜなら、侵害を挑発する先行行為――例えば侮辱――においては、挑発者は正当防衛状況下にあるわけではなく、防衛の意思で行為しているわけでもないからである。しかしながら、原因において自由な行為の理論に類似した法形式を、さらなる事件経過が強制的に展開するのではなく、被挑発者が挑発を受けるかどうかが被挑発者の判断に委ねられているような通常の場合に援用することは不成功に終わる。この理論が妥当するのは、例えば酩酊ないし精神疾患によって責任能力がないという理由で、被挑発者が答

[32] v. Buri の見解を含め、原因において違法な行為の理論の歴史的展開について詳細に研究するものとして、斉藤・前掲注（1）212頁。

[33] Vgl. Jürgen Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 304.

[34] 橋爪・前掲注（1）281頁。

責的に行為していない場合、すなわち、被挑発者が言わば自動的に、侵害を伴って挑発に反応し、従って知らぬ間に不幸に突き進んでいる場合のみである。挑発者がこのことを認識していたのであれば、間接正犯と同様の状況が存在している。」[35]

このように、Weber は、原因において違法な行為の理論の妥当範囲を相当狭く解していたようである。論者はその理由を、被挑発者の答責可能性に求めているが、これは、挑発を受けたからといって侵害を行ってよいわけではないという考えに基づいているものと思われる。挑発行為が侵害を自動的にもたらすと言えるのであれば、確かに間接正犯類似の状況が存在していると言えよう。しかし、責任能力を欠いていなかったとしても、挑発を受ければほぼ確実に侵害を行うであろうという場合は、十分考えられよう。例えば、凶器を所持している者を挑発した場合や、過去の経験等から挑発を行えば必ず侵害を加えてくることを知っていた場合などである。

（２）Bertel の見解

次に Bertel の見解を紹介する。論者は、「違法な侵害に対して防衛行為を行った者は、侵害を意図的に招致し、あるいはその他の方法で惹起したとしても、正当防衛で行為するものである」と述べている[36]。その根拠について論者は、「正当防衛に関する権利というのは、被侵害者がそれに値することを証明しなければならない特典ではなく、利益衝突の解消に資するものであって、被侵害者の道徳的な性質とは何の関わりもない。法秩序は、法的安定性のために正当防衛を通じて自己を防衛するのであり、被侵害者が聖人であるか犯罪者であるかは全く重要でないのである」と言うのである[37]。

ところで、原因において違法な行為の理論に対しては、Roxin が批判を展開しており、論者もこれを引用した上で反論を加えているので、先に Roxin の批判を紹介する。

---

[35] Vgl. Jürgen Baumann/Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. 308 ff.

[36] Vgl. Christian Bertel, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 1972, S. 13.

[37] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 13.

Roxin は、大要以下のように述べている。すなわち、挑発行為それ自体は通常被挑発者の生命や身体を危殆化するものではなく、禁止されていないか、少なくとも生命や身体に危険だからという理由で禁止されてはいない。それにもかかわらず、挑発行為が侵害者を害したことに対する挑発者の処罰をもたらすときは、侵害と、それによって侵害者が害されたことについて因果関係があるということからしか、挑発行為の特殊な違法性を導き出すことができない。しかし、侵害者を害することと因果関係があるのは被侵害者による防衛行為のみであり、これは正当防衛によって正当化されることになる。しかし、なぜ意図や故意的招致が、禁止されていない行為を違法にするのであろうか[38]。また、適法に行為する道具を利用した間接正犯も妥当ではない。道具とされる者の行為は多種多様であり、その主観や客観に対する、法秩序による判断は、状況によってさまざまである。すなわち、客観的には道具の行為は違法なままなのである。それに対して、挑発者はなぜ自分が正当防衛状況に陥ったかをあまりにもよく認識しているのであり、被侵害者の防衛行為は主観的にも客観的にも正当であるにもかかわらず、完全な犯罪が基礎づけられるのである[39]。

これに対して論者は、Roxin は、「挑発者が違法な侵害を挑発し、反撃を加えるという行為の社会的意味はまったくもって多種多様であるということを見落としている」と反論し、法秩序によって好ましい方法で利益衝突を解消することと、挑発者の防衛行為によって利益衝突が解消されるという点では同じであるが、そのような利益衝突をそもそも最初に創出することは本質的に異なると主張し[40]、原因において違法な行為の理論は、法秩序が自らを守るために侵害者の法益を犠牲にしなければならない状況を挑発者が創出したことを非難するものである、と説明している[41]。その上で論者は一般論として、故意又は過失により構成要件的結果を惹起した者が処罰されるのは、行為が社会的に妥当でなく、必要な注意を怠った場合のみであり、これが原因において違法な行為

[38] Vgl. Claus Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 1963, 546ff; Ulfrid Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden", 1985, S. 151.

[39] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 549ff.

[40] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 15.

[41] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 16.

の理論にも妥当するとする[42]。すなわち、「違法な侵害に身をさらした者は、違法な侵害を発生させた行為が、当時においてそのような侵害を危惧させ、まさにそのような危険があるので社会的に妥当でない場合にのみ、正当防衛において侵害者に与えた損害に対して責任を負う」と言うのである[43]。

このように、論者によれば、原因において違法な行為の理論の適用範囲は社会的妥当性という限定に付されることになる。これについて論者は、挑発行為が権利行為である場合、法的に中立な行為である場合、及び違法行為の場合にそれぞれ場合分けを行い、個別に検討を加えている。

① 義務行為、権利行為が問題となる場合

まず挑発行為が義務を履行する行為である場合は、相手方を挑発することになったとしても処罰されることはないが、「自己の義務を履行して違法な侵害を惹起した者が、正当防衛における侵害者に対する加害の責任を確実に問われないのは、その者が自己の義務を社会的に一般かつ妥当な方法で履行したときのみである」と言うように[44]、社会的妥当性による制限が設けられている。また、権利行為の場合も同様に、ある行為がドイツ民法226条のように権利濫用と評価できるときは、「行為者は実際には権利行使をしているのではなく、そのような権利濫用が違法な侵害を惹起し、挑発者が正当防衛で侵害者を害したときは、事情によっては処罰され得る」と説明されている[45]。

② 法的に中立な行為が問題となる場合

---

[42] 大量の金銭を運搬している者は強盗に遭う可能性を容易に予見できるが、だからと言って強盗に対する防衛行為を挑発行為と見なして処罰しようとは誰も考えない。侵害を誘発する可能性のあるあらゆる行為を一般的・包括的に禁止すれば社会生活が著しく困難になる、と説明されている。Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 17, 26.

[43] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 18.

[44] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 28. そこでは、金銭債務を負っている者が、返済を長引かせたうえ金銭を投げつけて返還するような行為が例として挙げられている。また、租税法に基づく差し押さえを行う公務員も、義務者の感情を害さないように職務を執行しなければならないとされている。

[45] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 29.

次に、日常生活上行われているような、法的に中立な行為が侵害を誘発した場合はどのように処理されるかが問題とされている[46]。ここでは、他人の侵害を招くことを懸念してこのような行為を禁止すると社会への影響が大きいとして、原則として制限を行うべきではないと主張するが[47]、やはり一定の例外は存在する。すなわち、「確かに、仕事中に歌ったり口笛を吹くことは禁止されていないが、多くの人が密集して働かなければならない場合は口笛や歌というのは他人を絶望的な気分にさせ得る。そのような場合、法秩序はたいてい自ら対策を講じる。すなわち、法秩序は、それが第三者を耐えられなくするという状況が存在しているときは、例外的に、それまで受け入れてきた行為を禁止する」のである[48]。

③　違法行為が問題となる場合

最後に検討されているのが、挑発行為が違法であり、侵害を挑発するかどうかにかかわらず禁止されている場合である。①、②を踏まえれば、この場合はもちろん社会的妥当性を満たさないが、論者は、この場合でも解決が容易でない場合があるとしている。すなわち、AがBの自動車に罵りの言葉を書いて傷つけたことが原因となって、BはAを侵害したが、Aの防衛行為によって逆に傷害を負ったという場合が例として挙げられているが、論者は、「Bの侵害は違法であり、Aの行為は正当防衛であった。それでは、AはBの自動車を傷つけ、それによってBの違法な侵害を惹起したという理由で、Bに対する傷害の責任を負うだろうか。他人の自動車を傷つけることが違法であるということはそれに対する十分な理由ではない。すなわち、他人の自動車の損傷は、まさに『他人の財産』という法益を考慮した上での違法に過ぎない。身体や生命の安全にかかわるものは、全く危惧する必要がない。身体や生命の危殆化の禁止に違反しているわけではなく、財産侵害を考慮した特有の違法性が欠けるのである。」「挑発された侵害者を害したことで挑発者が責任を負うのは、挑発

[46] 道を歩く行為、自動車を駐車する行為、レストランに行く行為、選挙の演説会を訪れる行為、映画を観に行く行為が例として挙げられている。Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 30.

[47] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 30.

[48] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 31.

行為がまさに『身体及び生命』という法益にとって危険であり、それゆえ禁止されている場合のみである」として、挑発行為が身体及び生命の侵害を招くものであることを要求する。

しかし論者は、このような限定でもなお不十分であるとして、Ａが交通違反になる運転を行いＢを追い越して危険に晒したため、ＢがＡの後を追ってＡを殴打しようとしたところ、Ａに反撃されたという事例を挙げて、大要以下のように述べる。すなわち、ここでもＢの侵害は違法であり、Ａが防衛をしても非難されない。しかし、ＡはＢを違法に追い越して、それによってその後の状況を招来したという理由でＢの傷害に対して責任を負い得るだろうか。交通違反の追い越しはＢを危殆化させるので違法であるし、それが最終的にＢの傷害をもたらしている。しかし、交通法規は交通事故を防ぐことで身体や生命を保護するものである。立法者は交通事故から侵害が発生することを想定していない。従って、Ａが交通法規に違反して追い越し運転を行ったという理由だけでは、それが侵害を招いてＡが防衛行為を行ったとしても、Ａは責任を負わない。挑発者が被挑発者の違法な侵害を防衛するために、被挑発者に加えた傷害に対して責任を負い得るのは、挑発行為が、まさに違法な侵害を懸念させるという理由で違法であったときのみである[49]。

（３）Lenckner の見解

Lenckner の見解は、権利濫用説と原因において違法な行為の理論を併用して問題解決に当たるものである。すなわち、論者は侵害からの退避可能性の有無で対応を分け、退避可能であるときは権利濫用として処理し、退避不可能であった場合には、原因において違法な行為の理論を用いるべきことを主張している。ただし、同理論は、侵害が自由意思によらずに発生した場合でなければ妥当しないとされている。その理由について論者は、「因果関係が侵害者の自由な判断によって介在されたときは、挑発と後の結果の間に必要な帰責連関が欠けるからである」としている[50]。そして、そのような場合には、防衛行為自体は合法であるが、侵害者を害さなければならないという強制状況を故意又は過

[49] Vgl. Bertel, a. a. O. (Anm. 36) S. 33ff.

[50] Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 32 Rn. 61.

失によってもたらしたかどうかによって、故意犯又は過失犯の成立が認められることになるのである[51]。

また、論者は、挑発者の主観面に応じた区別も行っている。意図的挑発とそれ以外の場合に区別し、いずれの場合にも退避不可能の場合には原因において違法な行為の理論を妥当させると説明されているが[52]、退避可能な場合には異なる説明がなされている。まず、意図的挑発の場合は、かつては「法は不法に譲歩せず」という法諺があったが、それが次第に制限を受けるようになり、防衛行為が侵害者を害するための口実であるような場合は正当防衛の本来の意味を正反対に変えてしまうため、権利濫用となると言うのである[53]。

その他の有責招致の場合は、先に挙げた Bertel のように、挑発行為の性質によってさらに区別をしている。すなわち、①挑発行為が適法である場合は、侵害を予期していた、あるいは予期しなければならなかった場合であっても原則として正当防衛権は制限されない[54]。次に、②挑発行為が法的に非難すべき場合は、時間的接着性や、侵害が違法な挑発行為の妥当な結果であることが要求され、その際退避可能であれば、退避しなければならないと説明されている。

（4）原因において違法な行為の理論への批判について

原因において違法な行為の理論は、ドイツではもちろん、日本でも有力に主張されてきた見解であるが、同時に多くの批判にもさらされてきた。ドイツにおいては、先に見たように Roxin がその急先鋒であり、この批判は他の論者によっても共有されている[55]。

---

[51] Vgl. Perron, a. a. O. (Anm. 50) §32 Rn. 61; Theodor Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, S. 303. Perron は、高度に危険な精神疾患を有する者に理由なく近づいて退避不可能な状況に陥った場合であっても可罰的となり得るとされている。

[52] Vgl. Lenckner, a. a. O. (Anm. 51) S. 303, 312.

[53] Vgl. Lenckner, a. a. O. (Anm. 51) S. 302. 論者は、権利濫用説が妥当するのは意図的挑発の場合のみであるとしている。また、挑発者の予想した以上の侵害があった場合には正当防衛権は制限されず、これは意図的挑発以外の有責招致の場合にも妥当するとしている。

[54] Vgl. Lenckner, a. a. O. (Anm. 51) S. 309.

[55] Vgl. Neumann, a. a. O. (Anm. 38) S. 148ff, u. a.

しかし、日本では、ドイツで展開されている批判は当たらず、理論面での問題はないとしつつ、主に適用面において、同理論を批判する見解がある[56]。すなわち、論者は、挑発行為と最終的法益侵害結果との間の相当因果関係を問題とし、その判断においては、被挑発者が不正の侵害に出たことが因果経過の介在事情として重要な問題となるとする。そして、一定の状況の下では挑発に応じて侵害に出ることが異常とは言えない場合は考えられるが、相当性判断は「規範的考慮によって判断することが必要である。そして、法は挑発に応じないことを期待しているというべきであるから、法の期待に反して、相手の生命・身体に対する故意の犯罪行為に出たという事情は、原則として異常な事態として評価されるべきであ」る。また、多くの場合、侵害者は挑発者が防衛行為を行ってくるであろうことを認識して行為に出ていると考えられ、このような事実は相当因果連関が認められる範囲をさらに限定するため、相当因果関係を肯定し得るのは「被挑発者が挑発に応じて、侵害行為に出ることが確実であるような、ごく例外的な事態に限られる」ことになる、と言うのである[57]。

第３項　権利濫用説

権利濫用説は、現在の通説と言われている見解であり、先にも見たように、判例理論に起源を有するものである。

Bitzilekis によれば、「個人権の耐えがたい行使のための基準としての権利濫用概念は、とりわけ民法学説から発生したものであり、そして刑法における正当防衛の制限という問題に入り込んだものである」として、権利濫用説は民法から転用されたものであるとされている。そして、「このような権利濫用説は、とりわけ意図的挑発事例において用いられ」るとした上で、「挑発者は、正当防衛状況（Notwehrlage）において攻撃者を害するために正当防衛状況（Notwehrsituation）を生み出すことによって、正当防衛権を濫用するのである」と説明している[58]。論者は、権利濫用説は、特に民法226条（嫌がらせの禁止）によって裏付けられると主張する。すなわち、「全ての人は、道徳や公共の福

[56] 理論面の検討につき、橋爪・前掲注（１）289頁以下。

[57] 橋爪・前掲注（１）295頁以下。

[58] Vgl. Nikolaos Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, Schriften zum Strafrecht, Band 58, 1984, S. 151.

祉といった、より高度の規範の制限の中で、法秩序によって与えられた権利を得るのであるから、本来の目的に適わない、好ましくない〔権利〕行使行為は、もはや法を通じた保証はなされないのであ」り、それゆえ、「権利濫用は、法の正しい内容と、法の本来の目的に適わないような内容の間の不一致に起因して、任務違反の権利行使を意味する」と説明されているのである[59]。

ドイツで権利濫用説を主導的に主張しているのは、Roxin である。

論者は自説を主張するに先立ち、前項で述べたように、原因において違法な行為の理論に対して批判を加えている。その上で、論者は以下のように述べる[60]。

「権利濫用原理はすべての権利に内在する制限であるから、主観的権利の中での考慮を必要としない。しかし、正当防衛の事例の中にそのような糸口を見出そうとするのであれば、刑法53条１項[61]の『妥当性』(Gebotenheit―筆者訳) の概念が適切である。濫用的な防衛行為は、法的な意味で『妥当な』正当防衛ではない。このような方法によって、この原理が後付けで刑法に置き換えられた『民法上の学説』が問題となっている、という誤った理解が防止される[62]。ここで実際に問題となっているのは一般的な権利概念であり、その具体的な内容は、常に、そのたびごとの権利の要素の特殊性のみから受領するのである。従って、不確かな一般条項というものも、私たちは持ち合わせていない（これが事実その通りであるとすれば、とても曖昧な基準に対して時折主張される批判はまったくもって正しいことになろう)。むしろ、正当防衛状況に基礎を置く実状がはじめて、何が権利濫用で何が権利濫用でないかを認識させるのである。」「このことを考慮すれば、権利濫用概念に対する重大な異議はもはや唱えられない。ただし権利濫用概念は、原因において違法な行為の理論とは異なり、型に当てはめて適用可能な構造を提供するものではなく、自身で権利の要素に立ち入り、そこからその都度、適切な解決を展開することを我々に強いるのである。従っ

---

[59] Vgl. Bitzilekis, a. a. O. (Anm. 58) S. 152.

[60] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 556ff.

[61] 現在は刑法32条１項に規定されている。

[62] 例えば Marxen は、民法に起源を有する権利濫用という考え方は、刑法的な意味ではとても漠然としたものである、と批判している。Vgl. Klaus Marxen, Die “sozialethischen” Grenzen der Notwehr, 1979, S. 57.

て我々はまず、規制のための要素を手に入れ、そして類型的な事例状況を個別に検討しなければならないのである。そうすると、挑発された正当防衛状況は、主観的ないし客観的に、とても多様な前提に依拠しているということが明らかとなるのである」

論者は以上のように述べ、自招防衛は主観面と客観面でそれぞれいくつかの類型に分けて検討されていることを説明し、自招防衛の解決方法を場面ごとに提唱しているのである。

（１）意図的挑発

日本においては、意図的挑発が認められれば、挑発行為がどのような法的性質を帯びるかは検討されないまま、正当防衛の成立が否定されるが、論者は、挑発行為が適法行為である場合は、意図的挑発であっても正当防衛は成立するとしている。そこでは、警察官や執行官が合義務的行為によって意図的に相手方を挑発しても、どのような心情から人が挑発行為を行うかは、法にとっては重要ではなく、正当防衛権もそれに言及することはできないから、当該警察官等は完全な正当防衛権を有していると説明されている[63]。

他方、挑発行為が違法であったときは、挑発者は「自らの違法な侵害がもたらした故意の自己危殆化に対して保護される必要はない」から、違法な挑発者として加害の目的のみで侵害をお膳立てするときは、挑発者は法を確証するものではないとしている[64]。すなわち、ここでは、自己保全の利益も法確証の利益も共に否定されているのである。

（２）故意的挑発

論者は、以前は故意的挑発と意図的挑発を区別することは困難であるとして、故意的挑発の場合は、意図的挑発の場合の解決がそのまま妥当すると主張していたが[65]、現在は両者を分離して検討している。このように考えるに至った根拠については明確に述べられていないが、論者が前説を主張したのが1963年であり、自招防衛の、特に故意的挑発事例に関する判例はそれよりも後になって

[63] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) §15 Rn. 65.
[64] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) §15 Rn. 65.
[65] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 574ff.

から展開されたものであったから、その後現れた多くの判例を分析する過程で、意図的挑発と故意的挑発を区別することは可能であるという結論に至ったのではないだろうか。

改説後の見解を見てみると、故意的挑発の事例においては、挑発行為が侵害の惹起を目的としていたわけではないのであるから、挑発者は違法な侵害に対して保護される必要があるが、法確証の利益は、侵害を挑発しなかった場合よりもはるかに小さいとされている。

挑発行為の性質については、基本的に意図的挑発の場合と同じであるように思われる。すなわち、論者によれば、挑発行為が権利行為ないし義務行為である場合は、正当防衛権は否定されない。他方、違法行為である場合には、連邦通常裁判所がこれまでに構築してきた「３段階理論」の制約に服することになる[66]。また、判例と学説の間で見解が分かれている、社会倫理的に非難すべき行為の扱いについては、①違法ではないが社会倫理的に否認に値するものは、もはや法的なカテゴリーで捉えることはできず、それゆえあまりにも漠然としたものにとどまっており、②社会倫理的に非難されるだけの者は、それでもなお法に基づいて行為しているのであるから、正当防衛権は制限されないとして、あくまでも挑発行為に違法性がなければ正当防衛権は否定されないと主張している[67]。論者は、以前は社会倫理違反行為にも正当防衛権を制限する契機を認めており[68]、この点も改説されている。

（３）過失的挑発

改説後は、過失的挑発については明言されていないため、この場合の扱いは明らかではないが、判例は過失的挑発についても判断しているとして、NStZ 2002, 425（本章第１節⑪事件）を挙げている[69]。このことからすれば、論者は、過失的挑発であっても正当防衛権は制限され得ると考えているのではないだろ

---

[66] ３段階理論という文言は用いていないが、論者は本稿でも検討した判例を引用し、３段階理論と同様の説明をしている。Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) §15 Rn. 70.

[67] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) §15 Rn. 73.

[68] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 567.

[69] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) §15 Rn. 70.

うか。なお、改説前の論者の見解は、挑発行為が適法行為等の場合は、正当防衛権の制限を認めず、違法行為又は社会倫理違反行為の場合は制限を認めていた[70]。

以上の見解を見ると、権利濫用説というのは、自己保全の利益と法確証の利益という、正当防衛の基本思想に依拠するものであり、これを権利濫用と呼ぶか、あるいは日本の論者が命名したような「基本思想援用説」（本稿第１章参照）と呼ぶかは、本質的な結論の相違をもたらすものではないであろう。権利濫用説に対して、基本思想援用説からは、権利濫用という概念はきわめて曖昧であると批判されているが[71]、先に見たRoxinの「曖昧ではない」との主張の当否はさておき、単に自己保全・法確証の利益が存在しないから正当防衛権が制限されるというのと、自己保全・法確証の利益が存在しないから権利濫用であり、正当防衛権が制限されるというのは、基本的には同じことであるように思われる。

ここで、権利濫用説に対して展開されている批判を見てみるが、その最たるものは、正当化事由を「濫用」することがそもそも可能なのか、という疑問であると思われる。例えば、ある論者は、「刑法の正当化事由は主観的権利（subjektive Rechte）とは異なり濫用され得ないため、権利濫用概念は刑法には転用できない。刑法における正当化事由は、合法な行為と違法行為を区別するという客観的な機能を有している。正当化事由の存在は、単に肯定されるか否定されるかである。現実に存在している正当化事由が『不当に』要求されるということはあり得ない。」また、権利濫用説は――原因において違法な行為の理論と同じく――法律的な正当性を示していない、と指摘している[72]。

第４項　先行行為説

Marxenは、危険な先行行為を行った挑発者に対しては不作為犯（ドイツ刑

---

[70] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 38) S. 577ff. ただし、権利濫用となるのは侵害から回避することが可能であった場合のみであるとされている。

[71] 山中・前掲注（１）139頁、前田雅英『刑法総論講義（第６版）』（東京大学出版会、2015年）258頁。

[72] Vgl. Marxen, a. a. O. (Anm. 62) S. 57ff.

法13条）における保障人的義務が課されるため、正当防衛権が制限されると説く[73]。すなわち、「他人を危険な状況に陥れた者は、切迫する傷害を阻止しなければならない。彼は保護措置を講ずる義務を負う。挑発者は被挑発者をそそのかして侵害を行わせることで危険状況を創出しているから、挑発者には保障人的義務が発生する。挑発者は、生じた事件の進行を、被挑発者にとって危険の少ないコースへと誘導する義務を負う。挑発者は寛大な手段を用いて侵害に対応しなければならない」と言うのである[74]。そして、このような正当防衛権の制限はドイツ刑法13条から導き出されるものであり、権利濫用説や原因において違法な行為のように、刑法典の条文から導き出すことのできない理論とは異なる、と主張されている。

第５項　防衛の意思否定説[75]

先に見たように、ドイツの判例は一般論のレベルではあるが、意図的挑発の場合には防衛の意思を欠くとされており、通説においても、主観的正当化事由として防衛の意思の存在が要求されている。ただし、通説によって要求されているのは、正当防衛状況を認識し、侵害から身を守ることを認識して行為に及ぶことであり[76]、いわゆる認識説が採用されている[77]。そして、積極的加害意思のような場合には防衛の意思を欠き、正当防衛の客観的な条件はあっても主観的には正当化されないことになるのである。

具体的な見解を見てみると、例えば、意図的挑発の場合に防衛の意思を否定すべきと主張する Kratsch は、「意図的に挑発行為を行う『被侵害者』は、実

---

[73] ドイツ刑法13条１項　刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって罰せられる。
２項　刑は、第49条第１項により減軽することができる。（法務資料461号から引用）

[74] Vgl. Marxen, a. a. O. (Anm. 62) S. 58.

[75] 本文で紹介する学説のほか、Hermann Blei, Strafrecht Ⅰ Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 144なども、防衛の意思否定説を主張している。

[76] Vgl. Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 19) §16 Rn. 37ff, u. a.

[77] 連邦通常裁判所は、通説にとどまらず、正当化の目的が行為者を動機づけることまでを要求している（Verteidigungsabsicht）。

際には防衛を望んでいるのではない。彼の『防衛』は実際には『侵害』であり、彼は単に防衛の意思を装っているだけである。彼は正当防衛状況の誘発及び『防衛』手段によって、自分自身の保護ではなく、単に『侵害者』を害することだけを意図しているのである」から、防衛の意思を欠くと述べている[78]。

この見解は、基本的には、例えばRoxinの権利濫用説とも一部共通しているように思われる。先に述べたように、Roxinは、意図的挑発であっても、挑発行為が適法であれば、どのような心情から当該行為を行うかは法にとって重要でないと述べ、挑発行為が違法である場合には、加害の目的のみで侵害をお膳立てするときは法確証の利益が否定されるとしている。つまり、Roxinも、違法な挑発行為が問題となるときは、挑発者の心情を問題とすることを否定していないのであり、意図的挑発に関するRoxinの見解は、防衛の意思を否定する見解と大きな差はないことになろう。

第６項　危険の引き受け説、同意説

日本においても危険の引き受けという考え方によって自招防衛を解決しようとする見解が見られることは、第１章において述べたとおりであるが、ここではドイツの見解を概観する。また、被害者の同意の考え方を用いて解決を図る見解についても、本項で扱う。

Zipfは、意図的挑発の場合には、「挑発者は、挑発を受けた相手方の侵害を全体計画の計算に入れているのであるから、挑発者の行為の中には同意や自覚的な危険の引き受けに類似した、自分自身が処分できる法益保護の放棄が存在している」とする[79]。ただし論者は、侵害の態様が挑発者の予期とは異なっていたときは、挑発者の正当防衛権は完全には制限されないと主張している。具体的には、まずは侵害からの退避が義務付けられ、それが不可能であるときには確実な防衛手段を用いることができる、と言うのである[80]。なお、意図的挑発

[78] Vgl. Dietrich Kratzsch, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968, S. 39. ただし、軽い程度の反撃をするつもりで挑発したところ、生命に危険な侵害を加えられたような場合には、この原則は妥当しないとされている。

[79] Vgl. Reinhard Maurach/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, 1992, §26 Rn. 43.

[80] Vgl. Maurach/Zipf, a. a. O. (Anm. 79) §26 Rn. 44.

でない場合は、初めから退避可能性の有無が問題とされ、退避が不可能である場合には、正当防衛権は制限されないとしている[81]。

また、危険の引き受け説に類する見解として、Bitzilekis、Neumann 及び Montenbruck の見解を挙げることができよう。まず Bitzilekis は、「先行行為によって創出された危険を現実化させる防衛行為は、防衛行為としての機能を失う」と述べ[82]、Neumann は、先行する責任（Vorverschulden）の範囲内で正当防衛の主張を拒否している[83]。また、Montenbruck も、「挑発者の行為が任意に処分可能な利益の衝突を招いたときは、挑発者に対し、自己に対する利益侵害のリスクを（故意に）引き受けた…ことを非難すべき」としている[84]。

しかし、これらの見解に対しては、日本における見解に対するのと同様の批判が妥当することになろう。また、防衛行為時に挑発者が法益保護を放棄しているというのであれば、挑発者は公判廷において正当防衛の成否をそもそも争わないはずである。特に意図的挑発の場合は、挑発者はむしろ法益の保護を求めているのであるから、挑発行為が危険を引き受けたり法益保護を放棄しているというのは仮想に過ぎないように思われる。

次に、被害者の同意説を見てみよう。Wagner は、自招防衛における正当防衛権の制限は個人法的に基礎付けられるとした上で、特に意図的挑発の場合につき、「確かに、防衛行為の必要性については疑問の余地がない。というのは、挑発者が防衛行為を行わなかったら、被挑発者に利益を侵害されることになるからである。しかし挑発者は、侵害のリスクを故意に引き受けている。挑発者の危殆化が同意によってカバーされている限り、彼の行動の自由の制限は問題とならない。ここでも彼は防衛行為を用いて、意図的挑発で自己を危殆化させるという小さな不利益に身をさらす意図を現実化させているのである。従って、個人法的な見地からは、挑発者には正当防衛権は与えられないのである」と主張している[85]。

---

[81] Vgl. Maurach/Zipf, a. a. O. (Anm. 79) § 26 Rn. 46. その際、挑発行為の法的性質については、先行行為が法的に拒否されるものであることを要求している。

[82] Vgl. Bitzilekis, a. a. O. (Anm. 58) S. 174.

[83] Vgl. Neumann, a. a. O. (Anm. 38) S. 178.

[84] Vgl. Axel Montenbruck, Thesen zur Notwehr, 1983, S. 42.

[85] Vgl. Heinz Wagner, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 71ff.

この見解に対しても、基本的には先と同じ批判が妥当しよう。挑発者が危険に身を晒すということは、すべての場合に妥当するわけではないのである[86]。

第７項　自招防衛と「緊急救助」

序章からここまでは、専ら挑発者と被挑発者の２当事者関係における自招防衛論を扱ってきたが、違法な侵害を受けるのは挑発者に限られるわけではない。被挑発者が別の第三者に対して侵害を加えようとする場合は当然に考え得るところであるが、挑発者が第三者を救助するために防衛行為を行うことは、正当化されるのであろうか。すなわち、自招防衛と緊急救助（他人防衛）の問題である。日本でもこの問題に関する論考は出されており、以下で検討するが、本項ではドイツの学説を主に扱うため、ドイツの学説として扱うこととした。なお、本項では、これまで述べてきた正当防衛については「自己防衛」と表記している。

まずMitschは、緊急救助の挑発（Nothilfeprovokation）には、（１）緊急救助者が被侵害者に対する侵害を挑発し、それを自分で防衛した場合と、（２）被侵害者が侵害を挑発し、緊急救助者が防衛した場合があるが、問題となるのは（１）の場合であるとし、この問題は自己防衛の枠組みを用いて解決することは困難であるということを、論考全体を通して示唆している[87]。論者は、同意による解決や権利濫用による解決をそれぞれ批判し[88]、自己防衛の正当化根拠論による解決についても、「（自己保全の利益を欠くとする主張は）明らかに

---

[86] また、橋爪・前掲注（１）263頁は、同意の対象は構成要件該当行為ではなく構成要件的結果発生であり、挑発者が自己に対する法益侵害結果の発生を承諾しているわけではないと指摘している。

[87] Vgl. Wolfgang Mitsch, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, S. 535ff. 論者は、侵害を挑発した者には被侵害者を保護するという作為義務が刑法13条（不作為犯）から導かれるが、挑発行為を原因として侵害者を害することが正当化されないことになると、そこには作為命令と作為の禁止という二つの命令が衝突し、挑発者には解決できない義務が課されることになると主張している。

[88] 論者は、挑発者は第三者への侵害を同意できないため、同意による解決は不可能であり、また、挑発行為が自己防衛権を制限するのであれば、侵害の時点ですでに自己防衛権は存在しないから、存在しない自己防衛権を濫用することはできないと批判する。Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S.536 ff.

挑発者と侵害の被害者が同一であることを基礎としており、第三者に向けられた侵害を包括しているわけではない。従って、緊急救助の挑発における個人保全の利益は無制限に与えられている」と指摘する[89]。また、法確証の利益原理に対しても、不作為犯を援用し、「法秩序は危険を招来した者に対し、危殆化された法益を保護するために高度の責任を負わせている。しかし通説によれば、このことが妥当するのは、危険を招来する行為が法ないし義務に違反するときのみである。義務に沿った行為を行って危険を招来した者には保障義務は帰せられないという事実からは、違法にもたらされた危険の防衛は、『単なる』切迫した個人的利益の保護よりもいっそう重要であるということが明らかにされる。よって、第三者への侵害の違法な挑発であっても、権利を防衛するための超個人的利益を正当化するのである」と主張し、法確証の利益原理から緊急救助の制限を導くこともできないとする[90]。その上で論者は、「自ら挑発した第三者への侵害を、必要な侵害によって防衛するという挑発者の権利は、あらゆる制限を受けずに存在している。従って、保証人的地位から導かれる侵害防衛義務を満たすことも法的に可能となるのである。なぜなら、構成要件に該当する防衛行為は32条によって正当化されるからである」と述べ、不作為犯における作為義務と関連させることにより、義務の衝突を解消することを主張する[91]。

また、Engländer も、一定の場合には緊急救助の義務があり得ることを指摘し、自招防衛との関係では、「例えば、妻が別の男と浮気しているという、事実に反する物語を夫に聞かせ、かっとなって妻をナイフで攻撃するように夫を挑発した者は、先行行為によって、被侵害者を助けに駆けつける義務を負う――たとえ自らがナイフをふるっている侵害者の標的になることを恐れたとしても」としている[92]。

このように、ドイツの学説には、不作為犯論を援用しながらこの問題に取り組むものがある。確かに、このような解決方法によれば、当為と禁止の衝突を

---

[89] Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S. 540.

[90] Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S. 541.

[91] Vgl. Mitsch, a. a. O. (Anm. 88) S. 542.

[92] Vgl. Armin Engländer, Die Pflicht zur Notwehrhilfe, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin/New York 2011, S. 664.

解消することは可能であろう。しかしながら、挑発者に作為義務を課し、第三者に対する侵害を排除することを法的に義務付けるということは、当然に、挑発行為によって生じた侵害の排除を正当化するということを意味するが、これは自己防衛における自招防衛の処理方法とは大きく異なっている。このような処理を是認すると、意図的挑発の場合であっても第三者に侵害が向けられている以上は作為義務を負い、緊急救助が正当化されることにもなりかねない。そうすると、挑発者はまさに自らの意図を、作為義務という法の要求の下で実現することになりはしないだろうか。そうすると、誰かを害そうとしている潜在的な挑発者は、今後は第三者に対する侵害を潜在的な侵害者にけしかけ、実際に侵害に及んだところを狙って防衛行為を行い侵害者を害するという手段が横行し、これまで議論してきた自招防衛の枠組みを骨抜きにする恐れがあり、妥当ではなかろう。

しかし、かと言って、意図的挑発の場合は挑発者に作為義務を課さないというのであれば､そのための理論的支柱を新たに建てなければならないであろう。また、仮にそれに成功したとしても、今度は結論の妥当性が問題となろう。すなわち、標的とされた第三者に防衛能力が備わっておらず、挑発者しか防衛手段を持ち合わせていないような場合に､挑発者に作為義務を課さないとすると、仮に挑発者が侵害者を害することを思いとどまったようなときは、ただ第三者が被害に遭うこととなり、第三者にとっては救助手段を奪われることとなり、被侵害者に対して厳しい結果になる恐れがある[93]。

また、通説である権利濫用説によれば、緊急救助者は権利濫用で違法な行為に関与する者ということになるが、自招防衛の事情を知らない限り権利濫用が欠けるとされ､原因において違法な行為の理論からは故意が欠ける（事情によっては過失が認められうる）と説明されている[94]。

第８項　検討

以上で見てきたように、ドイツにおける学説は、日本と同様に多数の見解を提示してきた。というよりも、ドイツの多様な見解が日本の学説に継受された

[93] 橋爪・前掲注（１）330頁は、作為義務という観点からではないが、同旨の主張を展開している。

[94] Vgl. Baumann, a. a. O. (Anm. 33) S. 305ff.

と言う方が正しい。特にドイツの学説において最も有力な見解は、判例の立場であると言われている権利濫用説、及び原因において違法な行為の理論であり、前者が通説とされている。

ドイツの学説は、ほぼ一致して、正当防衛の一般的成立要件（刑法32条２項）を定めた条文の外で解決を図ろうとする、いわゆる「外部的解決」という方法に依拠しているが、本稿第１章では、外部的解決を図ることに対する問題点を指摘し、罪刑法定主義との抵触を懸念する見解があることも紹介した[95]。しかし、ドイツの学説に対しては、これらの指摘は当たらない。というのは、ドイツにおいて正当防衛の一般的成立要件を定めているのは刑法32条２項であるが、同条１項において、明文で、外部的解決によって正当防衛の成立を制限する可能性があることを認めており、それによって国民の予測可能性は一応確保されているからである。そうすると、条文中に規定されているという意味では、ドイツの見解は内部的解決であると言うことも可能であるが、この点を明らかにする必要は乏しいであろう[96]。

しかし、原因において違法な行為の理論に対しては、第１章でも本章でも述べたような批判が当てはまることから、日本では採用し難いように思われる。

また、権利濫用説の実相は、基本的には正当防衛の正当化根拠である自己保全の利益と法確証の利益を欠くとするものであるが、法確証の原理を正当防衛（自己防衛）の正当化根拠として把握することに対しては、近年批判が見られるようになってきており、本稿も、批判的な立場を共有するものである。以下にその理由を示すこととする。

法確証原理（Rechtsbewährungsprinzip）とは、正当防衛の「社会法的側面」として、正当防衛は自己保存のみならず、緊急の場合であっても法秩序は揺るぎなく存在しているということを示すために認められる、と説明されているも

[95] 井上宜裕「自招侵害論再考」井田＝高橋＝只木＝中空＝山口（編）『川端博先生古稀記念論文集［上巻］』（成文堂、2014年）114頁。

[96] 一般的な成立要件を示した条文とは異なる位置にあることから、本稿はなおドイツの見解は外部的解決であると考えているが、日本の外部的解決に対する批判の内容は、刑法36条１項に規定されていない要素を考慮して正当防衛権を制限することは不当であるというものであった。しかし、ドイツではこの批判は当たらない以上、ドイツの学説がいずれの立場かという点を問題視する必要はほとんどないであろう。

のである[97]。さらに、法確証原理は一般予防の観点から根拠づけられ、潜在的な犯罪者を威嚇する機能（消極的一般予防）と、国民一般の法秩序に対する信頼感を高める機能（積極的一般予防）があると説明されているが[98] [99]、この両者については、疑問がある。

まず消極的一般予防効果についてであるが、実際の効果があるかどうか疑わしい。確かに、これから生命・身体に対する侵害を伴う犯罪を行おうとしている侵害者が、被侵害者からなされるかもしれない防衛行為を考慮して、その犯罪を思いとどまるということは、十分考えられるところである。しかし、このとき侵害者は「正当防衛の規定があるから」という理由で侵害を思いとどまっているわけではなく、単に「反撃される恐れがあるから」という理由で侵害を断念しているに過ぎない。被侵害者としても、正当防衛の規定があろうとなかろうと、侵害に対して反撃できる場合には当然反撃するのであるから、正当防衛の規定それ自体に、威嚇効果は全く存在していないと言わなければならないであろう。さらに言えば、正当防衛とは、侵害を受けた被侵害者に対して、その防衛行為を正当化するというものであり、侵害者に対して、そのような防衛行為を甘受する義務を課しているものではないから、なおさら威嚇効果を認める余地はないと言うべきである。

また、積極的一般予防効果についても、自招防衛という本稿の視点から問題を指摘できるように思われる。ここで言う積極的一般予防とは、法秩序の存在

---

[97] 齊藤・前掲注（１）25頁以下。論者は「法確証」という用語法ではなく、「法秩序の防衛」というように訳しているが、同義である。

[98] Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 19) §15 Rn. 2.

[99] 本来の意味で用いられる「一般予防」とは、潜在的な犯罪者に対して「刑罰」で威嚇を行い、犯罪をためらわせるという「消極的一般予防」と、実際に犯罪を行った者を「刑罰」で処罰することによって、法秩序の実在を証明するという「積極的一般予防」というように説明されるものである。自招防衛の問題を議論する際に用いられている「一般予防」は、「正当防衛の規定」で威嚇を行い、実際に侵害した者に対しては「正当防衛の規定」を用いて防衛行為者を罰しないことで、正当防衛に関する法秩序の実在を証明するというもので、本来の意味に置いて用いられている用語とは異なるものであるという点に注意を要する。本来の意味の一般予防については、宮内裕「刑罰と保安処分」日本刑法学会編『刑法講座第１巻』（有斐閣、1963年）94頁以下など。

を実証するということであり、自招防衛について権利濫用説を主張する論者は、この場合には法確証の利益がないとして正当防衛を否定しようとするが、ここでは、特別予防効果という点からも明らかなように、「法秩序の存在を実証する」客体は、被侵害者ではなく、侵害者の方である。そうであるなら、ここでは、被侵害者の事情というのは本来無関係であり、被侵害者が侵害を自招したという点は問題とならないのではなかろうか[100]。たとえ被侵害者が意図的に侵害を挑発して、その結果として違法な侵害を招いたとしても、(侵害者が行為能力者である限り)侵害の最終的な責任は侵害者の方に存在しているのであるから、この侵害は違法である。そうなれば結局、違法な侵害に対しては法秩序の存在を実証しなければならなくなるはずであり、防衛行為者にどのような事情があろうとなかろうと、防衛行為には特別予防効果が付与されることになるから、正当防衛は成立してしまうことになるであろう。違法抑止という観点からは、防衛行為者が具備すべき性質を導くことは不可能なのである。

従って、本稿は、権利濫用説に依拠して自招防衛を解決することも不可能であると解する。

第３節　小括

本章では、ドイツの判例及び学説について概観してきた。ドイツの判例の立場も日本と同様に、自招防衛の場合は原則として正当防衛の成立を否定しているが、その判断基準や制限効果については、日本とは部分的に一致し、部分的に異なっている。特にドイツの判例によれば、社会倫理違反行為であっても正当防衛権が制限されており、学説からは批判されている。この点につき、日本の判例は、挑発行為の性質として不正性を要求している。ただし、社会倫理違反行為では足りない旨を明確に述べた判例は存在しない点には、なお注意すべきであろう。

また、学説については、主要な見解である権利濫用説と原因において違法な行為の理論を検討したが、日本の法状況に適用するにはいずれの見解にも難点があり、そのまま日本の判断基準として用いることはできないように思われる。

しかし、権利濫用説は、正当防衛状況を有責招致したときは、判例の３段階

[100] Vgl. Wagner, a. a. O. (Anm. 85) S. 73.

理論のように、まずは退避義務を負い、回避可能性がない場合でも、状況に応じてとり得る手段が限定されると主張しており、本稿は、この点は基本的に妥当な主張であると考える。日本の学説、特に相当性否定説や基本思想援用説、不正性否定説、及び――ドイツの学説を基礎として――日本で主張されている権利濫用説も、最も問題となり得る故意的挑発類型の場合には、より緩やかに過剰防衛の成立が認められる旨主張されているが、このような見解は、ドイツの３段階理論とも軌を一にするものであろう。

ところでドイツでは、自招防衛の制限効果を検討する際に「緊急避難」（Notstand）という文言が出てくることはほとんどないが、日本では、「とり得る手段の限定」とは「補充性」を要求することと同じように理解されていると考えられる[101]。本稿も、そのような理解に立つものであるが、正当防衛の「やむを得ずにした」という文言の解釈においては、「正」対「不正」の関係を考慮し、補充性は要求されていないと解されてきた。しかし、それにもかかわらず、これまでの先行研究は、なぜ場合によっては補充性が要求されることになるのかという、補充性を要求するための法的根拠を、必ずしも明らかにしてこなかったのではないだろうか。ドイツにおいては、制限効果については判例に依拠し、学説の関心は専ら制限根拠に置かれていたように思われるが、日本でも同様であろう。しかし、本来であれば、ドイツにおいても日本においても、とり得る手段が限定されるという点について、その法的根拠を見出さなければならないはずである[102]。

本稿は、以上の問題意識の下で、補充性を要求し得る法的根拠はどこにあるかを検討した。その結果、可能性を見出したのが、刑法36条１項の「やむを得ずにした」の解釈から導き出される要素のうち、「必要性要件」と呼ばれるものである。そこで、第４章においては、そのように解すべき根拠を展開し、本稿の見解を構築することとする。

---

[101] 高山佳奈子「正当防衛論（下）」法学教室268号（2003年）70頁は「緊急避難の限度」で対抗を認めるべきとし、山中敬一『刑法総論（第２版）』（成文堂、2008年）488頁は、場合によっては「補充性」が要求されると明言している。

[102] 例えば、権利濫用説に立つとした場合、権利濫用であるから正当防衛権が制限・否定されるということは言えても、権利濫用であるから退避義務を負うということが必然的に導かれるわけではないように思われる。

第４章　必要性要件の再検討

本章では、正当防衛においては原則として考慮されることのない「補充性」という要素を例外的に要求する際の法的根拠として、「必要性」要件を援用することが可能かどうかを検討する。刑法36条１項の「やむを得ずにした」の解釈から出てくる必要性要件は、立法当初から学説によって多様な解釈がなされてきたが、後に、必要性の範囲を制限するために提唱された相当性要件の出現により、次第にその意義は減少しつつある。さらに、現在の解釈は立法時の解釈とは大きく異なっており、必要性要件を欠く場合というのはかなり例外的な事情に限られ、必要性を欠くとした判例・裁判例も、少なくとも相当性要件が導入されて以後は見当たらない。しかし、立法当初は、必要性とは補充性を意味するという見解があった。そのような見解を、自招防衛の際にとり得る手段が制限される根拠として援用することが可能であれば、自招防衛の場合には必要性が制限ないし否定されるという根拠によって、緊急避難の条文等に依拠することなく、正当防衛の条文の内部から補充性を導き出すことができるようになるのである。

本章ではまず必要性要件の沿革について概観し、その後、自招防衛のあるべき解決方法について提言を行う。

第１節　必要性要件の沿革

第１項　旧刑法の時代

旧刑法においては、正当防衛の規定は、総則にではなく、各則の第三編（身体財産ニ対スル重罪軽罪）の第三節（殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不論罪）314条、および315条に規定されており、以下のような文言であった（旧314条については再掲）。

旧314条　身体生命ヲ正当ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ為メニシ他人ノ為メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス

旧315条　左ノ諸件ニ於テ已ムコトヲ得サルニ出テ人ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ

論セス
一　財産ニ対シ放火其他暴行ヲ為ス者ヲ防止スルニ出タル時
二　盗犯ヲ防止シ又ハ盗贓ヲ取還スルニ出タル時
三　夜間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入リ若クハ門戸牆壁ヲ踰越損壊スル者ヲ防止スルニ出タル時

２つの条文が別個に規定されているのは、旧315条が規定するような類型については、「不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招」くという事態は存在しないと考えられたからであると思われるが、「已ムコトヲ得サルニ出テ」という文言は共通して両者に規定されている。また、旧316条では、正当防衛が成立しない場合についての規定があり、それによれば、「身体財産ヲ防衛スルニ出ルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害已ニ去リタル後ニ於テ勢ニ乗シ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ不論罪ノ限ニ在ラス但情状ニ因リ第三百十三条ノ例ニ照シ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得」とされている。

これについて、当時の学説は、この「已ムコトヲ得サルニ出テ」という文言の意義については、「他にとるべき手段がなかったこと」という解釈をしていたのである[1]。

まず、村田保は、「已ムコトヲ得サルニ出テ」の例として、「暴行人ニ遇ヒ其金刃ヲ以テ刺レンコトヲ恐レ之ヲ防ヒテ殺傷シ又ハ婦女ノ輪姦セラレントスルヲ見テ為メニ暴行人ヲ殺傷スルノ類ヲ云フ」と述べている。また、旧316条の「已ムコトヲ得サルニ非スシテ」という文言の意味については、「殺傷セスシテ外ニ防ク可キ手段」がある場合がこれに当たると解している[2]。

次に高木豊三は、「止ムコトヲ得サルニ出テトハ之ヲ防禦セサレハ身體生命ノ危難ヲ逭ルルノ方法之ヲ殺傷スルノ外他ニ術ノ施コス可キ無キニ出スルヲ云フナリ」と述べており、他に方法のない場合でなければ正当防衛はできないと

[1] 旧刑法時代における「已ムコトヲ得サルニ出テ」の解釈に関する詳細な研究として、大越義久『刑法解釈の展開』（信山社、1992年）13頁以下。同書によれば、旧刑法時代の解釈はボワソナードやオルトランの影響を受けてフランス法流の解釈が採られており、後にドイツ法が優位を占めるまでは支配的な見解であったとされている。
[2] 村田保『刑法註釈巻六』（明治13年）17葉以下。

説かれている[3]。

また、宮城浩藏も、「已ムコトヲ得サルニ出テ」の意義について、「若シ已ムヲ得サルニ出テ之ヲ殺シタルニ非スシテ之ヲ殺サヽルモ他ニ避クルノ方法アルトキハ正當防衛に非サルナリ」としており、他に方法がない場合でなければ正当防衛は成立しないと解していたのである[4]。

他に回避する手段の具体例を示している論者としては、例えば亀山貞義が挙げられよう。すなわち亀山は、「官吏若クハ隣佑ノ救助ヲ得ルノ遑アルカ又ハ其攻撃者ノ力量弱クシテ十分之ヲ制禦スルコトヲ得ル場合ニ於テ殺傷」した者は「已ムコトヲ得サルニ出タル者」ではないので、正当防衛を言うことはできない、としている[5]。

これらの見解は、現在でいうところの、緊急避難（刑法37条１項本文）における「補充性」を要求しているものと思われる[6]。旧刑法における学説は、「已ムコトヲ得サルニ出テ」を辞書の言葉通りに解釈していると言えよう。しかし、この段階では、「必要性」という用語それ自体は、まだ体系書等には現れていない。

第２項　現行刑法の時代

第１款　大正期

刑法が現行のものに改正された当時の36条１項は、「急迫不正ノ侵害ニ対シ自己又ハ他人ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ヲ罰セス」という文言であった。この文言については、旧刑法と同様の解釈をし、「已ムコトヲ得サル」の意義として補充性を要求する見解や、急迫不正の侵害がある以上、退避したり、官憲の保護を求めたりすることが可能であっても、退避せずに反撃を加えてよいとする見解があった。これらの説について、岡本庄作は、まず前説については、逃避したり官憲の保護を求めたりすることができる場合には急迫性が欠けるとして批判し、後説を批判するに際しては、「侵害行

[3] 高木豊三『刑法義解』（時習社、明治14年）851頁。
[4] 宮城浩藏『刑法講義第二巻』（明治18年）521頁。
[5] 亀山貞義『刑法講義　巻之二』（講法會、明治31年）448頁。
[6] ただし、その際は、行為者と侵害者の年齢、男女、強弱及び行為の行われた時又は場所その他種々の状況によって決すべきであるとされている。勝本勘三郎『刑法析義各論下巻』（講法會、有斐閣書房、明治33年）111頁以下。

爲ノ種類、程度及侵害者防衛者ノ體力等ヲ斟酌シ不正侵害ヲ排斥シ自己又ハ他人ノ権利ヲ全フスルニ必要ナル行爲ナラサルヘカラス」として、防衛のために「必要な行為」であることを要求している[7]。ここでは、必要性という枠組みの中で、侵害者と被侵害者の利益状況を総合考慮して、正当防衛の成否が判断されている。

しかし、この頃になると、次第に必要性の意義が増大しはじめ、必要性があれば、どのような防衛行為も行ってよいとする見解が登場した。例えば大場茂馬は、「不法ナル攻撃ヲ避クル爲メ必要已ムコトヲ得サル場合ニ於テハ之カ防衛行爲トシテ如何ナル侵害ヲモ爲スコトヲ得ルモノトス」とし、傷害を防ぐために侵害者を殺害することを許容する[8]。ただし、この説は、不名誉な方法によらずに、容易に退避できる場合には退避を要求しており、一定の場合には補充性が要求されている。

また、牧野英一は、「公ノ秩序善良ノ風俗トイフ一般的原則」によって、正当防衛の必要性を制限することを主張した。すなわち牧野は、正当防衛が権利を防衛するために行われるものであることを確認した上で、「法益ノ保全ニ付キ他ノ方法ニ依ルコトヲ得ルコトハ、正當防衛の成立ヲ妨クルコトナシ」とし、補充性の要件を否定する一方で、「容易ニ逃避シ得ルニ拘ラス逃避セスシテ殺傷ヲ爲ス」ような場合については「公ノ秩序善良ノ風俗トイフ一般的原則」によって正当防衛を否定するべきであると主張した[9]。

また、権利防衛に必要であれば、特に法益の権衡を守らなければならないわけではないと主張しつつ、軽微な侵害を行う侵害者に対して重大な法益を侵害するような場合を想定し、そのような場合は「共同生活ノ秩序ヲ全ウスル所以ニ非サルヘシ」として、公序良俗という一般原則からの制限を受けることが主張されている。ただし、現代の議論と照らし合わせたとき、これが過剰防衛となるのか、それすら否定されるのかについては明らかでない。

これに対して山岡萬之助は、必要性の優位を明確に打ち出し、「所謂必要ナル防衛ノ程度ハ侵害ノ緩急ニ因リテ定マル可ク法益の輕重ニ関係ナシ」と主張し、軽微な侵害に対して侵害者を殺害することを許容し、退避義務についても

[7] 岡田庄作『刑法原論』（明治大學出版部、1913年）243頁以下。
[8] 大場茂馬『刑法総論下巻』（中央大学、1918年）550頁。
[9] 牧野英一『増訂日本刑法（第16版）』（有斐閣、1923年）291頁。

否定している[10]。

さらに泉二新熊も、「侵害ヲ受ケタル者ハ逃避シ得ルト官憲ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ルト將タ又侵害ヲ豫見シタルト否トニ関係ナク唯防衛ノ爲メニスル加害行爲カ現在不正ノ侵害ヲ排斥スルニ必要ナル程度内ニ於テ行ハルルトキハ之ヲ以テ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ト爲スコトヲ得ルモノトセリ」として、必要性の優位を強調している[11]。

第２款　昭和初期～戦前

ところが、昭和に入ってからは、必要性に加えて相当性を要求する見解が登場する。というのは、大正15年の臨時法制審議会が、「刑法改正ノ綱領」を発表し、その第23項は正当防衛について、「防衛行為、避難行為ニ付テハ其要件タル行為ノ必要性ヲ行為ノ相當性トスル規定ヲ設クルコト」という方針を示していたため､学説もこれに倣い相当性の議論を展開することとなったのである。

例えば宮本英脩は、「已ムコトヲ得ストハ最小限度ノ義ナリ。而シテ茲ニハ侵害ヲ排撃スルニ付テノ最小限度ナルカ故ニ、結局必要ナル程度ヲ越エサルコトヲ意味ス」と捉えた上で、「必要ナル程度ヲ越」える例として、ただ腕力で防衛すれば足りるときに生命侵害を行う場合と、威嚇で足りるのに実害を与えた場合（威嚇射撃で足りたのに侵害者を実弾で撃つ行為）を挙げており、この要件を必要性と呼んだ。そして、正当防衛においては緊急避難とは異なり、害の均衡の要件は不要だとしながらも、一厘一銭の銭を防衛するために窃盗犯を殺害するような場合については、「〔防衛〕行爲ヨリ生スル害カ其避ケントスル害ニ對シ著シク不權衡ナルトキハ許スヘカラス」として、この要件が相当性である、と説明している[12]。

また、牧野英一は、「已むを得ざる」の意味を必要性と解する一方で、「輕微な利益の保全のためにも、『已むを得ざりし』ことが證明される以上は、正當防衛が權利として承認されるわけである。換言すれば、小さな財物を保全とするためにでも、必要性を具備する行爲なる以上、人を殺傷しても、それは正當防衛だといふことにならねばならぬのである」と批判する。そして、この問題

[10] 山岡萬之助『刑法原理（第16版)』（日本大学、1924年）196頁。
[11] 泉二新熊『日本刑法論上巻（總論)』（有斐閣、1924年）377頁以下。
[12] 宮本英脩『刑法學粹』（弘文堂書房、1931年）246頁以下。

を相当性の概念で制限することを主張したのである[13]。

第３款　戦後～現在

戦後になると、必要性を相当性によって制限するという考え方が定着していったように思われる。すなわち、江家義男は、「正當防衛は權利行為として、自己又は他人の正當なる利益を防衛するのであるから、假令、他に避くる途がある場合に於ても、其の利益の防衛をなし得なければならぬ。然し侵害を容易に逃避し得るに拘らず、逃避せずして反撃を加ふるが如きは、權利の正當なる行使とは謂ひ難い。防衛の爲の必要性も、行爲當時の事情に照し相當のものでなければならぬ」としている。そして、「僅少の利益を防衛する爲に、多大の利益を犠牲に供することは、之れ亦適當なる權利の行使とは謂得ない。正當防衛に於ても、防衛せられる利益と反撃せられる利益とが比較考量せられ、社會觀念上相當なる場合でなければならぬ。之を要するに已むことを得ざるに出でたる行爲とは、行爲當時の状況に照し、防衛として相當なる行爲といふ意味に解すべきである」と主張した[14]。また、井上正治も、「反撃行為は侵害の強度に應じ相當のものでなければならぬ。もとより不正を寛容する必要はないが、いちじるしく利益の均衡をはずれた反撃は通常正當防衛の手段とはなり得ない。かくて、正當防衛の必要性はその相當性に席をゆずる」と主張したのである[15]。

ただし、ここでも、必要性を制限すべき場合として指摘されているのは「僅少の利益を防衛する爲に、多大の利益を犠牲に供する」場合とか「いちじるしく利益の均衡をはずれた反撃」と言うように、極端な過剰の事例を解決することが念頭に置かれていたのである。

現在の学説においても、「やむを得ずにした行為」の解釈として、必要性と相当性の双方を要求する見解が通説的地位を占めているほか、いずれか一方のみを要求し、もう一方を不要とする見解も有力に主張されている。しかし、通説の中でも、必要性要件と相当性要件をどのように棲み分けるかについては論者ごとに微妙な相違があり、必ずしも統一されていない。

例えば内藤謙は、まず必要性の理解につき、「必ずしも厳密に他にとりうる

---

[13] 牧野英一『刑法改正の諸問題』（良書普及會、1934年）177頁以下。
[14] 江家義男『刑法（総論）』（千倉書房、1952年）103頁。
[15] 井上正治『刑法學（總則）』（朝倉書店、1951年）98頁。

方法がない場合に限られることなく反撃に出ることが認められ」るため、原則として被侵害者は退避義務を負わず、退避が可能な場合であっても侵害を排除するために必要であれば反撃を加えてよいが、どのような反撃行為に出てもよいわけではなく、「侵害の強さの程度と侵害の危険性の程度、および、自己の用いうる防衛手段」によって必要性の程度が決まるため、必要性要件には、相対的な意味での必要最小限度手段性が含まれていると説明している[16]。次に論者は、必要性の原則を満たせば常に正当防衛が成立するわけではなく、相当性の原則を満たすことも必要であるとする。論者のいう相当性の原則とは、「違法阻却事由としての性格から正当防衛に内在する制約を一般的に表現したもの」であり、具体的には、「保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失していないこと」であると説明されている[17]。すなわち、わずかな価値の財物を窃取した窃盗犯から財物を取り返すためには拳銃で射殺するほかないような場合は、必要性要件は満たされるが、保全法益と侵害法益とが著しく均衡を失しているため、相当性要件が満たされず、過剰防衛となる。必要最小限度手段性が必要性要件の中で要求されており、これを満たさない場合にも過剰防衛となると説明されている[18]ことから、相当性要件は極端な事例を捕捉するための、補充的な機能を有するものと言えよう[19]。

中義勝も、「逃げようと思えば逃げられる場合でも、侵害を排除するために反撃を加えてもよく、その程度も厳密に攻撃に比例するものでなくてもかまわないと述べて必要性要件を説明する一方、豆腐数丁の財産的利益を防衛するために人命を害する行為は防衛の程度を超えたものである旨判示した大判大正３年６月19日新聞2891号14頁を挙げ、無制限に正当防衛を認めることは適当で

---

[16] 内藤謙『刑法講義 総論（中）』（有斐閣、1986年）345頁以下。論者はかつて、必要最小限度手段性を相当性の問題であると解していたが、必要性の問題の一環であるとして、必要性の問題に改めている。内藤謙「正当防衛」月刊法学教室22号（1982年）51頁参照。

[17] 内藤・前掲注（16）346頁。論者は、相当性要件が否定されるのは著しく均衡を失する場合であって、厳密な均衡を要件としている緊急避難とは異なるとしている。

[18] 内藤・前掲注（16）347頁は、「必要性・相当性の程度を超えたとき」に過剰防衛となるとしている。

[19] 同旨の見解として、曽根威彦『刑法総論〔第４版〕』（弘文堂、2008年）105頁。

ないと述べる[20]。しかし、相当性要件は必要性による行き過ぎを抑制するためのものとして理解すべきであり、そうしなければ正当防衛が認められる範囲が著しく狭まり、防衛行為により相手を死亡させた場合は常に過剰防衛とされるおそれがあると主張している[21]。

以上の諸見解は、要するに、いわゆる「武器対等の原則」を必要性要件の中に読み込み、著しい不均衡がある場合を相当性要件で捉えようとするものであり、必要性要件に比重が置かれていると言えよう。しかし、最近は、必要性要件の限定機能に疑問を投げかけ、その機能を相当性要件に求めようとする見解が多数説となっている。

例えば西田典之は、財物を取り返すためには殺害するしかないというような場合には必要性を満たすが、社会功利的見地からは、正当防衛の成立は認められないため、相当性要件による修正が行われることになる。論者はこのような考え方を強調し、「やむを得ずにした行為」の意義は「相当性」であると説明している[22]。

次に山口厚は、必要性要件は「必ず要る」（補充性）という意味ではなく、「防衛に役立つ」という程度の曖昧な内容であり、限定性に乏しいとして批判する。しかし、相当性要件も、その内容が極めて不明確であるとして、相当性要件に対しても疑義を呈した上で、「侵害の排除のために必要不可欠な対抗行為（すなわち、侵害を回避・退避することなく、防衛するために必要最小限度の法益侵害行為）であれば、いかなる法益侵害行為であっても許される」とし、この判断に際しては、具体的な状況下における侵害排除の可能性を問題とし、侵害の強度や侵害者・被侵害者の身体的条件、利用可能な侵害排除手段といった要素を総合的に考慮し、何が「必要最小限度」の法益侵害行為であるかを判断すべきと主張し、相当性要件の明確化を試みている[23]。

---

[20] 中義勝『口述 犯罪総論』（有斐閣、1980年）136頁。

[21] 中・前掲注（19）136頁以下。

[22] 西田典之『刑法総論〔第２版〕』（弘文堂、2010年）173頁以下。論者は、相当性要件を強調すると、侵害者が幼児・老人・泥酔者の場合に、侵害を容易に回避できる場合には、退避義務までは認めないが、防衛行為の相当性は厳格に判断されることになるとする。

[23] 山田厚『刑法総論［第２版］』（有斐閣、2007年）127頁以下。

高橋則夫も、通説の見解によれば、「必要性要件は、防衛に不要でない行為、すなわち、侵害を防ぐために必要である行為であれば充足される」ことになるため、ほとんど限定機能を持たず、もっぱら相当性要件によって限定されていると説明する[24]。しかし、論者自身は、必要性要件の中にも限定機能は存在すると主張している。すなわち、必要性要件の限定機能は、正当防衛の第１の違法阻却根拠である「自己保護の原則」[25]から生じ、「防衛する手段として必要最小限度のものであること」という判例[26]の文言は必要性要件の内容を指すものであり、この要件は36条１項の「防衛するため」の客観的要件である（防衛の意思が主観的要件）と言うのである[27]。これに対して、相当性要件というのは「『やむを得ずにした行為』か否かの問題である。法益の著しい不均衡の場合は、すでに必要性要件を欠くのであり、相当性要件によるその他の限定は、正当防衛の第２の違法阻却根拠である『正の確証（法秩序保護の原則）』から生じることになる」と説明されている[28]。しかし、論者は、過剰防衛とは「正当防衛の他の要件を満たしているが、防衛行為の相当性だけを欠いている場合」（傍点筆者、以下同じ）であると説明しているところ、「スイカ泥棒を射殺する行為のように、相当性を著しく逸脱する場合には、正の確証の枠内における防衛行為とはいえないことから、正当防衛それ自体が否定されて過剰防衛にはならない」とも述べている[29]が、「法益の著しい不均衡の場合にはすでに必要性要件を欠く」という先の説明とどのように整合性を取るのかについて、より立ち入った説明が求められよう。

また、井田良は、必要性要件は「防衛適合性」の問題であると解している。すなわち、幼児に授乳せずこれを殺そうとしている母親を殺傷する行為のように、攻撃防止のための手段として何ら役に立たない行為は「権利防衛のために無意味であるから、防衛適合性を欠き、この意味における防衛行為の必要性が

[24] 高橋則夫『刑法総論［第２版］』（成文堂、2013年）277頁。論者は、相当性の判断対象は防衛行為の結果ではなく、行為態様に求められるとしている。
[25] 本稿では「自己保全の原則」と表記している。
[26] 最判昭和44年12月４日刑集23巻12号1573頁。
[27] 高橋・前掲注（23）280頁。
[28] 高橋・前掲注（23）280頁。
[29] 高橋・前掲注（23）287頁（脚注76）。

否定される」と言うのである[30][31]。また、必要性要件は防衛「行為」の要件であり、行為の時点における合理的な判断として攻撃防止の効果を期待できる手段でなければならないとも説明されている[32]。他方、論者によれば、相当性要件は「侵害と反撃のバランスないしはその対応関係の問題」であり、攻撃排除の適性をもつ（防衛適合性がある）複数の防衛行為の候補のうちで、最も相手にダメージを与えることが少ないと考えられるものを選ぶべきことを意味し、これが「必要最小限度手段性」である[33]。この見解は、必要性要件に一定の意義を見出してはいるものの、必要性要件の段階で防衛適合性が否定される場合は極めて例外的であると思われるから、事実上限定機能を果たしているかについては疑問の余地があろう[34]、必要性は、「その行為が防衛のために何らかの意味で役に立ちそう」であれば認められ、初めから防衛の役に立たないことが明らかな場合以外は必要性を満たす旨説明しており、広く必要性を認める見解に立っている[35]。

第３項　検討

最初期の学説においては、「已ムコトヲ得サルニ出テ」の意義につき、「他に取るべき方法がなかった」という意味に捉え、現代で言うところの「補充性」を要求し、場合によっては防衛行為者に退避義務を課していたことから、当時の正当防衛の条文は非常に制限的に適用されていたと言えよう。しかし、次第に「防衛に必要であればいかなる防衛行為であっても行ってよい」という解釈

---

[30] 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）289頁。

[31] 防衛適合性を「防衛行為性」の内容と捉える見解として、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）154頁以下。本稿も、このように考えるのが妥当であると考えている。山中敬一『刑法総論［第３版］』（成文堂、2015年）503頁も、防衛適合性は「防衛のため」の客観的解釈であるともいえると述べている。

[32] 井田・前掲注（30）289頁以下。

[33] 井田・前掲注（30）290頁以下。

[34] 前田雅英『刑法総論講義［第６版］』（東京大学出版会、2015年）278頁は、防衛に不要な行為（＝防衛のためでない行為）は過剰防衛にもならない旨図示していることから、同趣旨の見解であると言えよう。以前の論者の著述によれば、必要性要件には「防衛適合性」と「必要最小限性」が含まれるとされているが、最新の著述では、「防衛適合性」という文言は用いられていない。前田雅英『刑法総論講義［第５版］』（東京大学出版会、2011年）390頁参照。

[35] 松宮孝明『刑法総論講義［第４版］』（成文堂、2009年）142頁。

がなされるようになり、必要性要件の意義は変容し、補充性は要求されなくなっていった。ところが昭和に入り、「相当性」の概念が刑法解釈に取り入れられるようになると、必要性要件は再び制限を受けはじめた。そして、戦後から現在にかけて、必要性要件は「防衛適合性」という程度の意義にまで、その価値を縮減してきたのである。

ただし、相当性要件の当初の目的が、法益の不均衡が著しい場合を処理するという点にあったということには注意を要する。確かに相当性要件は、必要性要件の行き過ぎを是正するという役割を期待されていたが、実際に、必要性要件をどの程度制限できていたかについては定かではない。というのは、当時の犯罪発生状況において、果たしてどれだけの事例が「極端な不均衡」であると判断されていたかについては不明だからである。しかし、現在の裁判所における相当性要件の運用を見ると、著しく法益が不均衡であるというような事案でなくても、防衛行為が過剰であれば相当性を否定していることから、相当性が必要性を制限する程度は、相当性要件が導入された当初に意図されていたよりも高まっていると言えよう。

また、当時の必要性の理解において議論されていたのは、一定の場合に退避を要求するかどうかという点が主であり、これを要求する見解も要求しない見解も、防衛行為がそれに必要な程度内で行われなければならない、という点では一致していたのである。この「必要な程度」の理解としては、大正時代においては、「法益の軽重には関係ない」とか「侵害者と被侵害者の周辺の事情を総合考慮する」などと説明されており、これは、すでに相当性の内容を多分に含んでいると思われる。そして、相当性の概念が明確に打ち出されるようになると、これまで必要性の枠内で説明されていた要素が相当性の枠組みに移され、必要性の枠組みには、退避義務を認めるかどうかという点が残存することとなったと言えるのではないだろうか。そして、原則として退避義務は要求されないと理解する以上は、必要性要件は当初の意義を失い、防衛適合性という、限定機能に乏しい意味合いを与えられたのである。さらに、防衛適合性という要素は、刑法36条１項の「防衛のため」の要件に解消することも可能であるように思われるから、必要性要件として議論する必要も乏しいと言えよう[36]。そ

[36] 本稿は防衛の意思を必要とする立場に立つものであるが、このように解したからといって、「防衛のため」の解釈として、防衛適合性という客観的要素を

の意味では、必要性要件に限定機能を見出さない見解というのは、退避義務を肯定しない正当防衛観を適切に表していると言えるのではないだろうか。

このように、必要性要件は、議論される時代によって変容はあるものの、基本的には退避義務の有無と関連していることが分かる。現在の通説は、原則的な退避義務の存在を否定しているため、必要性要件が問題となることはまずないであろう。しかし、自招防衛の場合のように、例外的に退避義務、すなわち補充性が要求される場合があると仮定したとき、補充性の発生根拠として必要性要件が受け皿になることは、十分可能であろう。この点こそが、本稿の主張である。

本稿の見解をこのように構築すると、正当防衛の制限効果に関しては、相当性否定説や基本思想援用説などと基本的には類似の結果が得られることになろう。しかし、本稿の見解は、補充性の発生根拠を刑法36条１項自体に求めることが可能となるという点で、これらの見解とは一線を画し、そこから、相当性否定説等とは異なる結論が導出されることになるのである。

第２節　自招防衛の解決方法　―本稿の見解―

それでは、序章からここまでの検討をまとめながら、本稿の主張及び見解を述べることとする。

（１）意図的挑発類型について

まず、日本における判例理論を前提とすれば、意図的挑発類型を自招防衛の枠組みの中で考慮することは不要である。ドイツの判例は、急迫性要件を客観的に解しており、意図的挑発類型を、正当防衛権を制限する糸口として把握するためには、ドイツ刑法32条１項の妥当性要件に依拠する必要があるが、急迫性要件を規範的に解し、「積極的加害意思論」を承認する日本の判例に従えば、正当防衛に名を借りて積極的に反撃を行う意思で挑発行為を行うという意図的挑発類型は、積極的加害意思を有する一場面と言うことが可能であるから、あえて意図的挑発類型を自招防衛の枠組みで捉える必要はないと言うべきである。

また、日本の学説には、積極的加害意思論を批判する一方で、意図的挑発の

読み込むことは、もとより排斥されていないように思われる。

場合には正当防衛権を否定する見解が主張されているが、意図的挑発が正当防衛権を否定する理由は、挑発行為を行ったという点よりも、そのような挑発を「意図」していたという点に重点が置かれている。しかし、積極的加害意思論を否定するのであれば、意図的挑発における「意図」を考慮することをも同時に否定しなければ、一貫しないように思われる。

確かに、積極的加害意思論は心情刑法であるから急迫性否定の根拠とはなり得ないが、意図的挑発の場合は行為者が挑発行為を行っているという事情があることから、挑発行為が相当性を否定する方向に作用するため、積極的加害意思論を批判しつつ、意図的挑発の場合においても正当化を否定することは可能であるという反論は考えられよう。積極的加害意思が問題となる場面では、意図的挑発の場合とは異なり、挑発行為は通常想定されていない。つまり、意図的挑発の場合は、いわば「無から有を作り出す」という挑発者の先行行為が存在している点で、単なる（急迫性が否定されない）積極的加害意思よりも重い責任があるという主張は、反論としてあり得るように思われる。

しかしながら、挑発行為の有無という点で、両者の相違を説明することが本当に可能であろうか。挑発行為が存在しないとしても、侵害を確実に予期しているにもかかわらずその場に留まり、侵害が発生したら積極的に加害行為を行うという行為は、いわば「これから有が作り出されるのを準備して待つ」ものであり、実質的に、挑発行為が存在する場合とほとんど同等ではないだろうか[37]。

また、挑発行為は、故意的挑発・過失的挑発の場合にも当然存在する。仮に、挑発行為の存在を重く評価し、意図的挑発の場合には相当性を完全に否定するが、（違法な先行行為による）故意的挑発の場合は、完全には否定せず、相当性要件を満たすかが厳格に検討されるとすると、意図的挑発と故意的挑発の取り扱いの差は、最終的には主観面の相違に求めるよりないように思われる。そうすると、仮に積極的加害意思と意図的挑発とで異なる取り扱いをすることを肯定できたとしても、意図的挑発と故意的挑発の差異を説明する際、「意図的挑発の場合、挑発者は正当防衛に名を借りて反撃しようとする意思を有しながら挑発行為を行っているから、故意的挑発の場合とは異なり、防衛行為の相当

[37] 本稿第１章第２節第５款において、筆者は行為無価値論の視点から相当性を制限・否定する見解に対しても、挑発の有無は重大な相違ではないのではないかと述べたが、そのように考える根拠は、以上のような点に基づく。

性は完全に否定される」と言うのであれば、それも心情刑法に陥る危険があると言わなければならないのではないだろうか。

他方、積極的加害意思論を承認する見解からは、積極的加害意思が存在する場合は急迫性を否定するが、意図的挑発の場合は相当性要件を否定するという主張が展開されている。しかし、積極的加害意思論を承認するのであれば、意図的挑発類型を自招防衛の枠組みにとどめておくメリットはない。そればかりか、挑発が存在しない場合ですら急迫性が否定されているのに、挑発が存在する意図的挑発の場合は相当性が否定される（すなわち、急迫性は肯定される）という結論に至り、妥当ではないと思われる。

従って、日本では、意図的挑発類型は積極的加害意思論に解消させるべきであり、そうすると、自招防衛論で問題となるのは意図なく招いた侵害に限定されることになるのである。

（２）平成20年決定と急迫性要件

平成20年決定は、学説によって盛んに検討されてきたが、そこでは、積極的加害意思論を初めて展開した昭和52年決定との関係が主要な論点となり、平成20年決定を、①昭和52年決定の延長線上に位置付ける（あるいは、そのように位置付けるべきであるとする）見解と、②昭和52年決定とは異なる基準を提示したとする見解が主張されている。しかし、昭和52年決定はそもそも自招防衛の事案ではないから、判断枠組みが異なっているのは当然であって、平成20年決定と昭和52年決定を比較する意義は乏しいように思われる。確かに、昭和52年決定が出される前後では、裁判所の自招防衛に対する姿勢は明らかに変化しており、その点を考慮すれば、昭和52年決定が自招防衛と何らかの関係を有していると考えるのも、無理のないことかもしれない。しかし、昭和52年決定以降の自招防衛の事案において、刑法36条１項のいずれかの要件に依拠した判断がなされるようになったのは、昭和52年決定が、積極的加害意思論を通じて、正当防衛の要件を規範的に解釈することを承認したことで、裁判所の解釈の幅が拡大したためであると考えるべきであろう。すなわち、昭和52年決定が自招防衛論に提供したのは判断枠組みそれ自体ではなく、規範的解釈という方法論であったのではないだろうか。

実際、平成20年決定に示された枠組みは、福岡高判昭和60年７月８日刑裁月報17巻７＝８号635頁（第2章⑪事件）の枠組みとかなりの程度で近似するもの

であり、同判決と類似した裁判例も見られることから、最高裁が平成20年決定を出すに当たっては、昭和52年決定ではなく、福岡高裁判決を意識し、これまでの裁判例の枠組みを概ね追認したものと理解するのが自然なのではないだろうか。平成20年決定以降の裁判例を見ると、そこでは侵害の予期が正面から問題とされており、正当防衛状況という文言を急迫性の意味で理解するかのような判旨も見られることから、これらの裁判例が平成20年決定を意識して出されたものとは、直ちには思われない。本稿は、平成20年決定の言う「正当防衛状況」という文言は、裁判員裁判を見据え、急迫性要件の真の意味をわかりやすく説明したものであり、事実上この文言は急迫性を意味しているものと解すべきであると考える。また、侵害の予期について言及することなく急迫性を否定したという点で、それまでの裁判例の枠組みとは異なっていると考えられる。

しかし、仮に平成20年決定は急迫性を否定したものであると理解するとしても、本稿の見解に照らすと、それとて妥当な解決とは言えない。自招防衛は、自招行為によって生じた侵害が、規範的に急迫不正であってもなお正当防衛の成立を否定すべき場合があるのではないかという問題意識の下で討議すべきである。昭和52年決定から平成20年決定までの主な下級審は、急迫性要件を用いて自招防衛の事例を処理してきた。しかし、そこでは、一定の条件を具備する場合には急迫性が否定されるとされているものの、その具体的な根拠は、実は示されていない。すなわち、前記福岡高裁判決を例とすると、自招行為が違法であり、挑発と侵害が時間的に接着しており、侵害が通常予期可能かつ軽微であるということが、なぜ急迫性の否定につながるのであろうか。福岡高裁は、これらの条件を満たす「限りにおいては、もはや相手方の行為を急迫の侵害とみることはできない」と述べるにとどまっている。その説得力が万全であると、果たして言えるだろうか。

仮に本稿の指摘するとおり、下級審の示した枠組みは説得力に欠けるとすれば、その遠因はやはり昭和52年決定にあろう。すなわち、下級審は昭和52年決定の強い影響にさらされて、自招防衛においても急迫性要件の規範的解釈を志向した結果として、以上のような条件を要求するようになったのではないだろうか。しかしながら、昭和52年決定は、急迫性が正当防衛成立の要件とされている趣旨にまで踏み込んだ上で、防衛行為者が積極的加害意思を有する場合はその趣旨を満たさないと判示しているのである。下級審がこれに倣うのであれば、少なくとも、なぜ自ら侵害を招いた場合には急迫性要件が否定されるのか

ということを、より詳細に検討すべきであったように思われる。

（３）自招防衛の制限根拠・制限条件

本稿は、ドイツの学説の検討を通じて、法確証原理に依拠する権利濫用説を批判することから、正当防衛の正当化根拠は専ら自己保全の原理に依拠することとなる。

本稿の見解は、結論としては相当性否定説と大きな差異はないことになる。すなわち、正当防衛と緊急避難の異同を優越的利益に求め、自招防衛の場合は自己保全の利益が減少することになるため、優越的利益は認められず、結果として退避義務（補充性）が課されることになるのである。では、退避義務はどのような場合に課されるのか。ドイツの議論にならい、主観面と客観面とに分けて検討する。

ａ）主観面

まず主観面について問題となるのは、侵害を意図なく招いた場合のみであることは先に述べた。しかし、ドイツの判例を見ると、故意的挑発・過失的挑発というような挑発者の主観面よりも、挑発行為の法的性質（客観面）の方に重点が置かれており、侵害の予期ということが正面から議論対象となることは少ないが、このような方向性は基本的に妥当なものである。日本では多くの裁判例が侵害の予期を問題とした上で、急迫性要件を否定することで自招防衛の事例を処理しているが、本来自招防衛の問題は、先に述べたように、急迫不正の侵害があったとしても正当防衛権を制限できるかが問題とされなければならないはずである[38]。なぜなら、侵害を予期していたとしても、侵害を誘発する行為が状況からして正当と考えられるのであれば、急迫性を否定して正当防衛権を制限することは不当であるとされるように、侵害の予期という要素は、少な

[38] 実際にも、例えば、臆病な被害者に対して常日頃から暴行を加えていたところ、あるとき、暴行が終了した後、被害者が激昂して突然襲いかかってきた場合のように、挑発者が、行為によって侵害を招くということを認識しない場合も十分考えられる。しかし、この場合は侵害の予期がないため故意的挑発には当たらず、正当防衛権が完全に認められるというのでは、軽率な者ほど手厚い保護を受けることとなり、不当な結論をもたらすことにならないだろうか。

くとも急迫性要件にとっては決定的ではないからである。意図的挑発の場合は侵害の予期を前提として、積極的加害意思論を用いて急迫性を欠くとする処理で問題はないが、それ以外の場合は、急迫不正の侵害が存在していることを前提とした解決を志すべきである。従って、本稿の見解によれば、自招防衛において、これまでに検討されてきた「意図的挑発」はもちろん、「故意的挑発」及び「過失的挑発」という主観面を考慮することは不要であり、専ら挑発行為の法的性質（客観面）によって正当防衛権の制限の可否を決すべきことになる[39]。

それでは、客観面についてはどのように考えるべきだろうか。

ｂ）客観面

特にドイツで議論されているように、違法な挑発行為であれば正当防衛権が制限され、権利行為・義務行為の場合には制限を受けないというのは、日本の学説においても受け入れられるであろう。問題となるのは、社会倫理違反行為である。

この点につき、学説は日独いずれも、挑発行為には違法性を要求する見解が多数である。日本の判例も、正当防衛権を制限する根拠として挑発行為の不正性を挙げていることから、学説に親和的な立場であると解することも可能であるが、「社会倫理違反行為では足りない」と明言されているわけではないから、なお判例の立場は不明であると言わなければならない[40]。

社会倫理違反行為が正当防衛権を制限する糸口とすることの問題点は、ドイツの学説からの主張もさることながら、社会倫理違反という概念が不明確であり、判断者によってその判断が異なり得るというところにあるのではないだろうか。ある行為を複数の判断者が見たとき、ある者は「社会倫理違反」と評価するが、別の者は「違反でない」と評価するという場合は容易に考えられる[41]。そうすると、判断者の基準をどのように設定するかが問題となるが、人間の多

[39] ただし、侵害が「通常予期される」という要素はなお有用な基準であると思われる。この点については客観面の検討で説明する。

[40] ただし、第２章の⑱事件は、社会倫理的に疑わしい行為が問題となっているが、そのような行為が侵害を誘発することが社会通念上通常とは言えない旨判示されている。

[41] 例えば、電車内での飲食、化粧、イヤホンの音漏れ、路上喫煙などが挙げられよう。この他にも多くの例が考えられよう。

様な倫理観を統一させることは、もとより不可能であるばかりか、社会倫理とは言ってもあくまで倫理であるから、倫理違反を（正当化を否定することによる）処罰の根拠とすることには抵抗がある。確かに、非難の程度はグラデーションであり、侵害を招致する可能性が高く、ほとんど違法と言って差し支えないような社会倫理違反行為というものは想定し得る。しかし、社会倫理違反をも制限の糸口にしてしまうと、制限の範囲は国民生活を脅かすほどに、際限なく拡大しかねない。このような場合は、制限の範囲を広めて挑発者を結果的に処罰するよりも、被挑発者に自制を求め、正当防衛権の制限は行わないことが、国民生活の安定に資するであろう。従って、本稿も、通説的見解と同様に、挑発行為の客観的な制限条件としては、挑発行為の違法性を要求すべきであると考える。

以上のように考えると、自招防衛は、専ら挑発行為の客観面に従って、正当防衛権の制限の可否が決まることとなる。制限根拠との関係では、挑発行為が違法でなければ優越的利益は損なわれず、自己保全の利益は完全な形で保持されることとなるのである。

（４）制限効果

正当防衛権が制限される場合に問題となるのが、制限効果である。本章で述べたように、本稿の見解によれば、挑発者には、必要性要件を根拠として補充性が要求され、退避義務が課されることになる。補充性の発生根拠については、これまで詳細な検討は展開されてこなかったように思われるが、本稿は必要性要件にその端緒を見出そうとするものである。

しかし、当然ながら、永続的に正当防衛権が制限されるわけではない。「補充性」と言う以上は、例えば――ドイツの判例が述べてきたように――それ以上退避できない状況に陥ったときには、正当防衛権は回復する（補充性は満たされる）ことになる[42]。それでは、どのような場合であれば補充性が満たされると言えるのであろうか。この点が、自招防衛解決のための最後の問題点である。

自招防衛の場合において要求される補充性の程度は、挑発行為と、それによってもたらされた侵害との関係で決せられるものであると考えられる。すなわち、

[42] それでも、侵害の程度を超えて防衛行為を行った場合に別途過剰防衛の成立があり得ることは当然である。

（違法な）挑発行為と言っても、その程度にはもちろんグラデーションがあるから、あらゆる態様の挑発行為に対して、一律に、同程度の補充性を要求することは妥当ではないのである。

まず、挑発行為の違法の程度が軽微な場合は、それによって生じた侵害も軽微であれば退避義務を負うが、重大な侵害が加えられたときは、正当防衛権は制限されないと考えてよい。というのは、挑発者は、意図的挑発の場合は別として、自らの挑発行為の程度の範囲内で補充性を要求されると考えるべきであるからである。本稿第２章では、被侵害者自身が侵害を予期していたことを前提とすれば、軽微な挑発行為から重大な侵害を発生させるということは十分考えられると述べたが、挑発を受けたという理由のみでは、被挑発者が重大な侵害を加えてよいということには決してならないから、挑発に対して侵害が均衡を著しく欠く場合は、いかに挑発者といえども、侵害の予期にかかわらず正当防衛権を保持すると言うべきである。軽微な挑発行為であっても被挑発者には自制が要求されるのは当然であるが、挑発者の正当化との関係では、自身でそのような侵害を招いたのであれば、その限度で補充性を課されるべきである。すなわち、軽微な侵害であれば、挑発者は退避義務を負い、あるいは侵害を受忍しなければならないことになろう。この発想は、まさにドイツの判例が唱えている３段階理論に依拠するものである。ただし、同理論によれば、回避可能性が失われた場合には反撃防衛に移行できるとされているが、侵害が軽微である限り、反撃防衛といえども侵害者に例えば重傷を負わせたり、殺害したりすることは許されないと言うべきである[43]。

これに対して、挑発行為の違法の程度が重い場合は、それに対する侵害が軽微であれば当然として、仮に侵害が重大であっても侵害から退避する義務を負う。挑発行為の違法が重大であるときは、その分侵害を誘発したことに対して要求される危険負担の程度も重くなるため、ここでは厳格に３段階理論の適用が求められることになろう。

また、本稿の見解のように、自招防衛の場合には必要性要件に基いて補充性が要求されると解すると、補充性がないにも関わらず防衛行為を行ったときは、当然必要性要件が否定されることとなる。そのため、相当性要件は問題となら

[43] その際は、回避可能性がない以上、補充性は満たされていると言えるから、必要性要件ではなく相当性要件による処理（過剰防衛）がなされることになろう。

ないことから、過剰防衛の成立する余地はないことになる。相当性否定説と本稿の見解の相違は、この点に求められよう。

本稿の見解は相当性否定説や基本思想援用説などと比べ、挑発者に対しては厳しい態度で臨む見解と言えるかもしれない。しかし、重大な挑発行為を行った者に対してまで緩やかに過剰防衛の成立を認め、寛大に扱う必要はないのではなかろうか。また、軽微な挑発の場合においては、それに対する侵害が重大であれば正当防衛権は制限されないと解されるし、侵害が軽微であれば、課される補充性の程度も軽度なものにとどまるのであるから、それに違反して防衛行為を行った際にあえて過剰防衛としなくとも、適切な科刑を行うことは可能であろう。従って、本稿のような立場であっても、挑発者に対して、従来よりも特段重い負担を課すことにはならないのである。

そうすると、本稿の見解の中で最も重要なのは、挑発行為の違法の程度ということになろう。挑発が「軽微」と判断されるか「重大」と判断されるかで、課される補充性の程度が大きく異なるからである。

この点については、自招防衛が問題となる具体的な事情に依存せざるを得ない。例えば、侮辱や軽度の暴行（軽く小突いたり、突き飛ばしたりする行為など）であっても、具体的状況の下では、挑発の程度としては、軽微であるとも重大であるとも評価できる場合があろう。先に本稿ではドイツの⑰事件を取り上げたが、当該事件のように、（後の）侵害者が刺激に反応しやすく、軽微な挑発であっても重大な侵害を加えてくるという事例は十分考えられる。すなわち、挑発が「軽微」か「重大」かは、当該挑発行為の法益侵害性それ自体の大小ではなく、「重大な侵害を招く危険性」によって決まると解するべきであろう。そこでは、挑発者と侵害者の人的関係や、凶器の所持・不所持、過去の闘争状況などのような具体的状況が判断に影響を与えることになるが、一般化させて言えば、挑発行為が有する「因果性の強弱」が、挑発行為の評価を決すると言えよう。

具体的な判断の方法であるが、まず、侵害が軽微であるような場合は、挑発行為が軽微であるか重大[44]であるかは、大きな問題にはならないであろう。この場合は、挑発者にその限度で退避義務を課せば十分である。問題となるのは、

[44] 例えば、拳銃を所持した相手に平手打ち（違法な暴行）をして挑発したが、意外にも拳銃を使わず侵害をしてきた場合が挙げられよう。

重大な侵害が加えられた場合である。

重大な侵害が発生した場合は、事前の挑発行為に着目し、当該挑発行為が問題となった侵害を招く危険性があったかどうかが問題となる。すなわち、相当因果関係の存在が、ここでは要求されているのである。先ほど本稿は、軽微な挑発に対する侵害が重大であるときは、正当防衛権は制限されない旨主張したが、「軽微な挑発」と認められるためには、重大な侵害への因果性がないことが条件となるのである。

平成20年決定を素材として、具体例を示してみよう。例えば、攻撃的な性格で、特殊警棒を所持している被挑発者に対して「平手打ち」で挑発を行ったが、被挑発者が特殊警棒を、①手で所持していた場合と、②外からは分からないように隠し持っていた場合とでは、異なる解決があり得よう。まず①の場合、平手打ちをすれば特殊警棒で殴打されることは、かなりの蓋然性をもって肯定できるであろう。つまり、①の状況における「平手打ち」は、侵害を招く因果性が高い行為であると言えるから、挑発者には、侵害を予期したかどうかにかかわらず退避義務が課されるのである。一方、②の場合は、特殊警棒を隠し持っている以上、挑発されれば特殊警棒で侵害を受けることは、客観的には確実であるが、そのような事情を認識することが――挑発者にとっても一般人にとっても――不可能であると言えるのであれば、侵害を招く相当因果関係は低いと言うべきであるから、挑発者の正当防衛権は制限されないことになる[45]。

以上のような判断方法は、因果関係論における相当因果関係説（客観説）に類似していると言えよう。自招防衛論には「行為時の事情」とか「行為後の事情」という考え方は不要であるから、完全に同一の判断構造を有するわけではないが、挑発が侵害を招くかどうかについて、特に②のような考察をするのであれば、そこでは「通常人における侵害の予期（認識）」が問題となっているのである[46]。

---

[45] 自らの挑発行為の程度の範囲内で補充性を課されるという点からも、①、②の結論を肯定することが可能であろう。

[46] このことを「危険の現実化」と呼び、いわゆる客観的帰属論によって解決することも考えられるであろうが、基本的に行為者や通常人の認識を問題としない同説に基づいて上記①と②の場合を区別することは難しいのではないだろうか。

このように、挑発者自身の予期を問題とせず、専ら一般人基準に基づいて自招防衛を処理しようとすると、通常は侵害を予期できないが本人は予期していたという場合に不当な結論がもたらされる、という批判が可能かもしれない。例えば、Ａが懐に拳銃を隠し持っていることをＸが知っており、それにも拘わらずＸがＡに不正な挑発行為を行い、拳銃で撃たれそうになった場合を想定することができよう[47]。しかし、Ｘが反撃を想定して武装しているのであれば、挑発行為は意図的挑発と言えるから、本稿の見解によれば、積極的加害意思論による解決が可能である。また、何らの反撃準備もなく、凶器を所持しているＡを挑発するということは自殺行為そのものであり、そのような状況はそもそも考えられないであろう[48]。さらに、通常予期できるが挑発者自身は予期できなかった場合であっても、挑発者が不正な挑発行為を行っていることには変わりがない。先に述べたように、自招防衛の問題は、急迫不正の侵害があったとしても正当防衛の成立を制限すべき場合について論ずるものであるから、挑発者が侵害を予期していたかどうかは関係ない。従って本稿は、通常であれば侵害を予期し得た（因果性が強かった）以上は、挑発者の防衛行為には補充性を要求することが可能であると考える[49] [50]。

---

[47] あえて新しい事例を出したが、先に出した②のような状況を挑発者が認識していた場合を想定してもよい。

[48] ただし、他人に自己を救助させることを想定して挑発行為を行うという場合は考えられよう。しかし、自招防衛の問題は挑発者自身の正当防衛権を問題とするものである。緊急救助に関する検討については別稿に譲り、本稿では立ち入らないこととする。

[49] 第２章で見たように、日本の裁判例も「通常予期し得る」という要素を用いているが、それは急迫性の有無を判断するために用いられていた。本稿はそうではなく、必要性による制限を志向するものである。

[50] 原因において違法な行為の理論に対する批判で見たように、橋爪・前掲注（１）295頁以下は、相当因果関係の観点から同理論を批判していた。この批判は、相当因果関係を検討する本稿の見解に対しても、ストレートに妥当するであろう。しかし、法がそのような期待をしているというだけで、直ちにそのような結論がもたらされるかにつき、本稿は異論を唱える。相当性判断も具体的状況を考慮して行われるものである以上、法の期待に背いて挑発を受けるという事態は十分考え得るのではないだろうか。先に見たように、論者も具体的事情の下では侵害を招くことが異常ではない場合があることを認めているが、具体的

終章

本稿の見解が従来の見解と異なっている点は、①意図的挑発事例を自招防衛の枠組みから除外したこと、②平成20年決定が自招防衛論に与えた実際の影響は限定的であると評価していること、③自招防衛論の枠組みにおいて主観面を考慮しないこと、④自招防衛の場合に補充性（退避義務）を要求する根拠を刑法36条１項の必要性要件に依拠していること、及び⑤（特に重大な侵害を招いた場合に）課される補充性の程度は、挑発行為と侵害の間の因果性の強弱を基準とし、強い因果性を有する場合には厳格に３段階理論を適用し、因果性がない場合には、自らがした挑発の程度を超えた侵害からの退避義務を負うことはないとすることである。

自招防衛論は古くから議論されてきた論点であり、ドイツでは権利濫用説が通説となっているが、近年はその依拠する法確証原理が批判されつつあり、通説も今や盤石とは言えない。特に日本においては内部的解決と外部的解決の両方が主張され、各陣営間はもとより、同じ陣営内においても互いに批判が展開されており、ドイツよりも議論は混迷している。さらに、現在も頻繁に独自の見解が唱えられており、本稿もそのような見解の一つであるが、本稿の見解が提示されても、なお統一的見解を形成するには至らないであろう。特に、自招防衛論の議論対象から意図的挑発類型を除外するという本稿の見解は、積極的加害意思論を承認することを前提とするものであり、主に結果無価値論を採る見解からは、およそ受け入れがたいものであると思われる。あるいは、本稿の主張がさらに議論を混迷化させてしまうかもしれないが、本稿の自己分析については他日を期し、多くの批判に晒されることを通じて、より妥当な自招防衛の解決方法を、今後も模索していきたい。

事情は場合によってさまざまである。そのような多様性を、「挑発に応じてはならない」という規範的考慮の要請のみに基づいて、原則的に侵害を「異常」と評価することは困難であろう。相当因果関係説の客観説もしくは折衷説に立つ限り、行為後の介在事情は一般人の予見可能性を判断基底とするのであるから、侵害を異常と評価できるかは、結局具体的事情に依存せざるを得ないのである。

判例研究

社会保障判例研究

川久保　寛

生活保護法施行規則19条にいう書面による指導・指示と理由の提示

最一小平成26年10月23日判決

（平成25（受）492号損害賠償等請求事件）

判例時報2245号10頁

Ⅰ　事実の概要

本件は、生活保護を受けていたX（上告人・原審被控訴人・第１審原告）が指導・指示に従わなかったことを理由に生活保護が廃止されたことについて、損害賠償を求めた事案である。

Xは、在宅で手書き友禅の仕事を行う請負業務（以下、「本件請負業務」という）を営んでおり、妻子と同居している。Y（被上告人・原審控訴人・第１審被告）は京都市であり、本件で問題となった生活保護の実施は伏見福祉事務所長が行っていた。

昭和61年頃より、Xは本件請負業務を始めた。本件請負業務において、Xは反物を預かって自宅で作業を行い、納品し、反物の価格に応じた報酬を受け取っていた（なお、Xが反物を選ぶことはできない状況にあった）。また、平成６年には自動車を購入している。

平成８年１月、Xおよび妻子は生活保護を受給するに至った。その際、自動車は「事業用資産」として保有が認められた。その後、Xの請負業務の収入は激減し、概ね月額２～６万円にとどまった。収入の減少に伴い、維持管理に費用がかかる自動車の保有が問題となり、Yは複数回にわたって増収の指導・指示を行っている。

平成18年２月、Ｘは Ｙ 職員から月額14万円程度までの増収を求められた（その際、自動車の処分やＸの転職について Ｙ 職員の発言があったとされる）。同年５月、Ｘは指示書（以下、「本件指示書」という）による指示を受けた。指示書には下記のように記載されていた。

指示の内容	友禅の仕事の収入を月額11万円（必要経費を除く）まで増収してください。
指示の理由	世帯の収入増加に著しく貢献すると認められたため平成18年２月以降自動車の保有を容認していていたが既に３ヶ月が経過したものの、目的が達成されていないため。
履行期限	平成18年７月末日

平成18年９月、Ｙは本件指示書に従っていないことを理由に、保護廃止決定（以下、「本件廃止決定」という）を行った。なお、本件廃止決定には「決定の理由　指導・指示の不履行」との記載がある。保護を廃止されたＸは本件廃止決定を不服として（取消しは求めず）国家賠償を求めて出訴した。

（１）第１審[1]

第１審は本件廃止決定を違法と判断し、国賠請求を認容した。

まず、本件指示について、第１審は「本件指示の内容が客観的に実現不可能な又は著しく困難な場合には、本件指示が違法となり、その不履行を処分理由とする本件廃止決定も違法になるとするのが相当である。」と判示し、請負業務の方式およびこれまでの実績を見ると、本件指示の履行が現実的に不可能であったと認めた。

また、Ｙが本件指示書以外の仕事により増収を図らなかったことをもって本件廃止決定の理由になると主張したことについて、裁判所は「保護の実施機関が、〔生活保護〕法27条１項に基づく指導指示の違反に対し、法62条３項に基づき被保護者に不利益処分を課す際には、指導指示を書面により行うことを定めた生活保護法施行規則19条の趣旨を顧みないものというべきである。」と判

[1] 京都地裁平成23年11月30日判決（判自369号102頁）。評釈として、今川奈緒「違法な指導指示に基づく生活保護廃止処分の違法性と国家賠償請求の可否」賃社1577・1578号（2013年）76頁。

示した。そして、本件廃止決定がなければ受給できていた生活保護費（345万6,000円）や慰謝料（30万円）、弁護士費用を賠償するよう命じた。

（2）原審[2]

一方、原審は本件廃止決定を適法と判断し、国賠請求も認めなかった。

まず、本件指示について、原審は第１審とほぼ同様の枠組みを示したうえで、「本件指示の内容を解するに当たっては…文言のみならず、本件指示書に記載のある指示の理由、本件指示に至るまでの経緯、処分行政庁によるＸに対する従前の指導内容、それに対するＸの対応や認識などを総合考慮して判断すべきである。」と判示し、Ｘが自動車を廃棄したと仮定すると、本件指示の前提を欠くために増収ができなくても義務違反にはならず、「客観的に実現不能又は著しく困難な場合とまでは認めることができない。」とした。

なお、施行規則19条の趣旨について、「指示違反が保護廃止等の重大な法律的効果を生じさせることから、保護の実施機関において、指示の必要性やその内容の検討を慎重にさせるとともに、被保護者に指示の内容を知らせる必要がある点にあると解せられる。これを本件についてみると…本件自動車の保有を巡る経緯によれば、処分行政庁は、本件指示の必要性やその内容の検討を十分行ったといえるし、Ｘも、従前の就労状況では本件自動車を保有することはできず、保護を継続するためには、本件自動車を処分するか、本件請負業務で増収を図るしかないこと及び本件自動車を処分することで本件指示に違反したことにならないことを十分理解していたといえるから、本件指示書に本件自動車の処分を求める直接の記載がないことの一事をもって上記規定〔法27条１項、62条３項、施行規則19条。筆者注、以下同じ〕に違反しているということはできない。」と判示した。

そして、自動車の保有がＸの仕事に必要不可欠とはいえないとして、保有の条件として増収を求め、それが達成できなかった場合に自動車の保有を認め

[2] 大阪高裁平成24年11月９日判決（判自369号92頁）。評釈として、中野妙子「書面にない指示への違反を理由とする生活保護廃止決定の適法性」ジュリスト1469号（2014年）116頁、山下慎一「生活保護法施行規則19条の意義　－生活保護法上の指導指示と『書面』性－」福岡大学法学論叢59巻２号（2014年）373頁、恩地紀代子「京都友禅職人保護廃止処分損害賠償請求控訴事件」判自378号（2014年）69頁。

なかった指示の妥当性を認めた。そのうえで、妻子ともに障害年金を受給しており、子が遡って受給した年金が約165万円にのぼっていたこととあわせて総合考慮して、本件廃止決定が著しく相当性を欠くといえず、裁量権の逸脱又は濫用を認めなかった。

Ⅱ　判旨　　破棄差戻し

（1）〔施行規則19条の〕趣旨は、保護の実施機関が上記〔法62条１項および３項〕の権限を行使する場合にこれに先立って必要となる動向に基づく指導又は指示を書面によって行うべきものとすることにより、保護の実施機関による指導又は指示及び保護の廃止等に係る判断が慎重かつ合理的に行われることを担保してその恣意を抑制するとともに、被保護者が従うべき指導又は指示がなされたこと及びその内容を明確にし、それらを十分に認識し得ないまま不利益処分を受けることを防止して、被保護者の権利保護を図りつつ、指導又は指示の実行性を確保することにあるものと解される。このような…趣旨に照らすと、上記書面による指導又は指示の内容は、当該書面自体において指導又は指示の内容として記載されていなければならず、指導又は指示に至る経緯及び従前の指導又は指示の内容やそれらに対する被保護者の認識、当該書面に指導又は指示の理由として記載された事項等を考慮に入れることにより、当該書面に指導又は指示の内容として記載されていない事項まで指導又は指示の内容に含まれると解することはできないというべきである。

（2）…本件指示書には、指示の内容として、本件請負業務による収入を月額11万円まで増収すべき旨が記載されているのみであり、本件自動車を処分すべきことも指示の内容に含まれているものと解すべき記載は見当たらないから、本件指示の内容は上記の増収のみと解され、処分行政庁がＸに対し従前から増収とともにこれに代わる対応として本件自動車の処分を口頭で指導し、Ｘがその指導の内容を理解しており、本件指示書にも指示の理由として従前の指導の経過が記載されていたとしても、本件自動車の処分が本件指示の内容に含まれると解することはできないというべきである。

Ⅲ　検討

１．はじめに

本判決は、生活保護法62条３項にもとづく保護廃止決定とそれに先立つ書面

による指示について、生活保護法施行規則19条の解釈が問題となった最高裁判決である[3]。また、本件は、いわゆる補足性の原則の１つである稼働能力の活用および自動車の保有が問題となった事例であったこと、そして第１審と原審の結論が分かれたことから、耳目を集めた事案である。一方で、本判決には、行政処分の理由付記についての判例ないし学説の影響を伺うことができ、社会保障法学だけではなく行政法学にも影響を及ぼしうると思われる。

そこで本判決の意義を明らかにするために、まず本件で問題となった指導・指示について、裁判例や学説を参照しながら明らかにしたい。次いで、本件で問題となった施行規則19条の位置づけを検討する。そして、第１審と原審の差異について確認したうえで、本判決の意義を明らかにしたい。なお、最高裁判決を検討する本稿では、稼働能力の活用および自動車保有の是非についてはひとまず措き、施行規則19条の解釈に絞って論じることとする。

２．指導・指示の法的位置づけ

生活保護法（以下「法」という）は、実施機関が被保護者に対して指導・指示することを認めている（法27条１項）。そこでは、被保護者の自由を尊重して必要最低限に止めることおよび被保護者の意に反して行いえないことが規定されている（同条２項、３項）。続けて、法は要保護者からの求めに応じて相談・助言を行う旨、規定している（法27条の２）。これらの規定は、保護実施機関の職員が被保護者との間で行うケースワークにおいて、職員が採る手段の法的根拠とされてきた[4]。

とはいえ、実際のケースワークにおいて指導・指示と相談・助言を明確に区別することは難しい。なぜなら、同じような言動であっても、個々のケースおよびその時の状況によって、異なる意味を持つことになるからである[5]。した

[3] 本判決の評釈として、橋爪幸代「判例研究」季刊社会保障研究51巻１号（2015年）115頁、梶哲教「生活保護法27条１項の指示が書面で行われた場合の欄外事項の効力」ジュリスト1479号（2015年）59頁。また、X 側代理人の論考として石側亮太「京都市『増収指示』事件上告審判決について」賃社1628号（2015年）59頁。

[4] 丸谷浩介「生活保護ケースワークの法的意義と限界」季刊社会保障研究50巻４号（2015年）422頁、同「生活保護自立支援プログラムの法的課題」社会保障法24号（2009年）180頁、特に187頁以下。

[5] ケースワークを踏まえて法27条について詳細な検討を行った論考として、太

がって、実施機関の職員による言動が指導・指示、相談・援助のいずれにあたるか法的評価を行う場合、事後的かつ総合考量のうえで行われざるを得ないことになる[6]。

こうした状況のうえでなお、法は、指導・指示について別途規定することによって、明確に法的な違いを与えている。すなわち、被保護者は指導・指示に従わなければならず、従わない場合には保護の変更・停止・廃止が行われることがある（法62条１項、３項）。したがって、ケースワークにおける職員の言動のうち、指導・指示に当たるものは法的な強制力を持つ。

そして、法を受けた省令において、指導・指示に従わないことを理由に保護の変更・停止・廃止を行う場合、書面によって指示を行うことが定められている（施行規則19条）。つまり、指導・指示に続いて被侵害利益がより大きい保護の変更等を行う場合には、書面による指示を行わなければならないことになる。言い換えると、書面によって指示とされている内容は確実に法的な強制力を持つ。

さらに、局長通知においても、指導･指示について定めがある。そこでは「指導指示は、口頭により直接当該被保護者（これによりがたい場合は当該世帯主）に対して行うことを原則とするが､これによって目的を達せられなかったとき、または目的を達せられないと認められるとき、及びその他の事由で口頭によりがたいときは、文書による指導、指示を行うこととする。当該被保護者が文書による指導指示に従わなかったときは、必要に応じて法第62条により所定の手続きを経たうえで…保護の変更､停止又は廃止を行うこと。」とされている[7]。また、課長通知では、指導指示に従わない場合の保護の変更、停止、停止の解除、廃止について基準を示している[8]。そして、近年の課長通知によってさらに具体

田匡彦「生活保護法27条に関する一考察　－『行政の行為の行為形式特定』に関する一例として－」小早川光郎・宇賀克也編著『行政法の発展と変革（下）塩野宏先生古稀記念』（有斐閣、2001年）595頁。

[6] 強制的性質の有無で指導・指示を分ける見解があるが、明確に使い分けられてはいない。小山進次郎『改訂増補　生活保護法の解釋と運用（復刻版）』（全国社会福祉協議会、2004年）415頁参照。

[7]「生活保護法による保護の実施要領について」第11－２（４）（厚生労働省社会援護局長通知）。

[8]「生活保護法による保護の実施要領の取扱いについて」問第11－１（厚生労働

化が図られている[9]。

3．裁判例における指導・指示

（1）指導・指示の分類

このような法的構成の下で、指導・指示そのものが争われた裁判例は少ない[10]。なぜなら、指導・指示それ自体では権利変動を伴わないために、処分性が認められないと考える余地があり[11]、取消訴訟等で争いづらく、当該指導・指示に続く保護の変更処分等を争った方が確実に争えるためである。そして、指導・指示そのものを争う裁判例においても、そこでは書面によるかどうかという指導・指示の形式ではなく、指導・指示の内容が争われており、本判決とは直接的な関係を有しないものが大半である。

これら指導・指示について争われた裁判例について、①指導・指示と保護変更等処分をともに抗告訴訟で争う場合、②指導・指示に従ったうえで保護変更等処分を争う場合、③指導・指示に従わず、保護変更等処分を争う場合、④指導・指示そのものを国賠で争う場合、の４つに分類したうえで、それぞれの例として著名な裁判例を挙げて、指導･指示の法的性質を検討した研究がある[12]。そこでは、場合によっては（詳細な内容を持つ）指導・指示に処分性が認められることや、指導・指示に違反した場合に行われる保護の停止処分等にいわゆる比例原則が適用されることなどが示されている。

むろん、これらの裁判例以外にも指導・指示について判断がなされた裁判例がある[13]。しかし、いずれの裁判例においても指導・指示そのものが検討されることは少なく、本件で問題となった施行規則19条ないし求められる手続きに言及されることはなかった。

省社会援護局保護課長通知）。

[9]「生活保護行政を適正に運営するための手引きについて」Ⅱ（平成18年３月30日付厚生労働省社会援護局保護課長通知）。

[10] 加藤智章ほか編著『新版社会保障･社会福祉判例体系４　社会福祉･生活保護』（旬報社、2009年）287頁以下〔嶋田佳広〕参照。

[11] 丸谷・前掲注（４）（2015年）426頁。

[12] 太田・前掲注（５）597頁以下。

[13]（２）で取り上げる２つのほか、福岡地判平成19年11月15日（賃社1459号62頁）がある。加藤ほか・前掲注（10）361頁以下〔嶋田佳広〕参照。

（2）近年の裁判例における指導・指示

しかしながら、近年の裁判例をみると、これまでとは異なる形で指導・指示に言及した裁判例が見られるようになってきた。管見の限り、２つの裁判例が挙げられる。

一つは、同居する子の就労状況の報告および預貯金調査のための同意書提出を求める指導・指示に従わなかったことを理由に、保護の停止決定が為された裁判例①である[14]。そこでは、指示書に先立つ連絡文書の受領拒否があり、配達証明によって配達された指示書も受領拒否されていたにもかかわらず保護の停止決定がなされた。裁判所は、施行規則19条を含む書面による指示を求める諸規定の趣旨について、「指示違反が保護廃止等の重大な法律的効果をもたらすことから、実施機関における指示の必要性及び内容の検討を慎重ならしめるとともに、被指示者に指示の存在及び内容を正確に知らしめる必要がある点にあると解される。そうであれば、指示書は確実に被指示者に交付されることが必要であり、その交付がなくても上記各規定に反しないというためには、実施機関が指示書交付のため相当の方策を尽くした事情が認められ、かつ、口頭による指示が十分かつ具体的に行われたことを要するものと解するのが相当である。」として、規定違反を認めた。そして、弁明の機会の保障がなかったことおよび書面による処分の通知がなかったことと合わせて、手続違背を理由に停止処分の取消しを認めた[15]。

もう一つは、書面による指示がないままに保護停止処分が行われた裁判例②である[16]。そこでは、被保護者が実施機関職員らとの面会を忌避し、保護開始時の誓約書内容を遵守していないとして弁明の機会が付与されたうえで、保護開始後約３ヶ月（申請時点から４ヶ月）で保護の停止決定が行われた。裁判所は、各規定および厚生労働省の通知を踏まえて、「法は…口頭による指導指示、書面による指導指示、弁明の機会の付与という段階的な手続を設け、各段階にお

[14] 福岡地判平成21年３月17日（賃社1493号30頁）。なお、本件は度重なる求職活動ないし就労の指導･指示の不履行を理由に保護の廃止処分も行われているが、それも局長通知および課長通知に違反して行われたとして、違法と判断されている。

[15] 一方、控訴審（福岡高判平成22年５月25日（賃社1524号59頁））では期間渡過を理由に申立ては却下され、無効の主張も認められなかった。

[16] 神戸地判平成23年９月16日（賃社1558号44頁）。

いて、指導指示の内容等に関わる慎重な検討を行うとともに、被保護者が置かれている状況を明確に理解させて指導指示に従う機会を与えることで、被保護者の権利保護の要請と指導指示の実効性の要請との調和を図るものと考えられる。そうすると、施行規則19条は、被告の主張する〔実施機関の検討を慎重にならしめ、被保護者に指導指示の存在および内容を正確に知らしめる〕趣旨にとどまらず、被保護者の権利擁護を図るための手続的規定と解すべきであるから、その違反は、保護の変更等の取消原因となる瑕疵に当たるというべきである。」として、指導・指示の内容を検討するまでもなく取消しを認めた。

このように、下級審ではあるものの新たな裁判例によって検討が深められているところに、本件が現れたといえよう。とはいえ、本件では、書面による指導・指示で求める内容および記載の仕方が問題となるところ、裁判例①は書面の交付が、裁判例②は書面による指導・指示の不存在が問題となっている点で異なる。また、裁判例①は、原則として指導・指示の交付を求めつつ一定の例外も認めており、結局のところ、施行規則19条をめぐる確定的な解釈はなかったといえる。

4．学説における指導・指示

（1）指導・指示の処分性とその検討

先に述べたように、指導・指示は、それのみで行われる場合と保護の停止等決定に先立って行われる場合に分けられる。そして、学説における検討は、指導・指示が行政処分に当たるかどうかが中心に行われてきた。すなわち、そのことは、通常処分性が認められない行政指導への不服従が、次に続く侵害的行為の要件として法律上仕組まれている場合には一種の段階的行為として処分性が認められるという考え方[17]を背景に、取消訴訟によって指導・指示を争いうるかどうか､それによって適正な指導･指示を確保しようとする試みであった。さらに、生活保護法の指導・指示それ自体の処分性が認められる理由として、①ケースワークにおける相互の信頼関係の形成および維持の観点から、被保護者に早期に争う機会を与える、②信頼関係を欠いたまま生活保護が続くことを避けるために、保護の変更等、実施機関に次なる手段を取る機会を与える、と

[17] 実際、法27条と62条の関係を例示するものとして、塩野宏『行政法Ⅱ　第五版補訂版』（有斐閣、2013年）113頁。

整理されてきた[18]。

このように、学説における検討（とりわけ太田による検討）と裁判例によって、指導・指示について、おおよその共通認識があると思われる。それは、①処分性があることが明白である保護停止等決定の取消訴訟を通じて、先行する指導・指示の内容の是非が争われること、②停止等決定に関わらない指導・指示であっても、それ自体の処分性が認められうること、③停止等決定は被保護者の権利保護の観点から慎重に検討される必要があり、それに先行する指導・指示によってできるだけ回避されるべきこと、とまとめることができよう。

（2）施行規則19条の検討

そこでは、施行規則19条にいう書面による指示という形式ないし記載の仕方について特段の検討がなされてこなかったといえる。なぜなら、近年の裁判例①・②を除けば裁判例等の法的紛争として現れてこなかったし、書面という形式それ自体は、施行規則19条の文言上明らかであったためである。

また、厚生労働省の通知においても、実際のケースワークにおいても、口頭による指導・指示があったうえで書面による指導・指示が予定されている。したがって、保護の停止等決定が関係する場合、被保護者に対する実施機関ないし職員による指導・指示は複数回に及ぶことが想定されるため、ひとまずは書面による指導・指示との内容の食い違いが想定しうる。そのため、これまでの検討では、当該被保護者の理解の程度を考慮にいれつつ、複数の指導・指示ごとで異なりうる内容の確定がその中心になったと考えられる。

5．本件下級審における検討と行政処分の理由付記・理由提示

（1）本件下級審における検討

こうしたことから、本件も、当初は指導・指示の内容について問題となった裁判例として主に検討されてきた。実際、第１審および原審では、X の稼働による増収という内容の実現可能性について争われ、その判断が分かれている。

---

[18] 太田・前掲注（５）616頁。また、太田は法62条について「保護の停廃止・変更という威嚇を以て行政の判断に被保護者を従わせる点にはなく、保護の停廃止・変更を予定しておくことによって、被保護者が早期に行政の判断の是非を争うインセンティブを高める点にあると考えるべき」とする（614頁）。

その一方で、第１審および原審ともに諸規定の解釈、とりわけ施行規則19条の趣旨について大きな違いはない。結論を左右したのは書面に記載された文言から指導・指示の内容をどのように考えるか、である。

第１審では、停止等決定の理由づけとなる指導・指示の内容について、書面に記載された文言からその内容を確定させている。つまり、被保護者が書面に記載された指導・指示を遵守しなかった場合のみ、実施機関は停止等決定に進むことになる。

しかし、原審では書面に記載された文言だけではなく、それまでの指導・指示やその他の経緯、被保護者の認識等も踏まえて当該指導・指示を判断した。つまり、書面に記載された指導・指示の内容以外も被保護者は遵守しなければならず､その結果によっては実施機関が停止等決定に進むことになる。確かに、口頭・書面、変更等決定が後続する・しないにかかわらず、指導・指示それ自体には法的強制力が認められており、被保護者には遵守義務が課せられている（法62条１項）。その意味で、原審は、ケースワークないしそれまでの経緯を重視し、指導・指示の履行の確保を重視したと評価できる。

とはいえ、原審のように考えると、４（２）で述べたように複数の指導・指示による内容の食い違いが起こりうる。本件においても、指導・指示によって達成すべき収入金額が変動しており、被保護者が遵守することが難しいだけではなく､実施機関による恣意的な設定および判断を許しかねないことになる[19]。

また、保護の停止等決定について定める法62条５項は、行政手続法第３章の適用除外を定めているものの不利益処分の理由の提示を定める14条を除いている。つまり､保護の不利益処分の理由は明確に提示されなければならず､指導･指示を遵守しないことがその理由となる本件の場合、不利益処分の理由に明記されることを通じて、指導・指示の内容も明確にされなければならないことになる[20]。

（２）行政処分の理由付記・理由の提示

この点について、行政処分の理由付記および行政手続法14条１項にいう理由提示の判例法理との関連が指摘できよう。

---

[19] 山下・前掲注（２）387頁。

[20] 中野・前掲注（２）118頁。

行政手続法施行以前から、行政処分について理由を付記すべきであることが学説において有力に主張されていた[21]。なぜなら、行政処分に理由を付記し名宛人に通知することを通じて、恣意的な判断を抑制し慎重な判断を確保することならびに不服申立を行うにあたって有用であることが認められるためである。いわゆる一般旅券発給拒否処分にかかる最高裁判決は一般論としてこのことを明示した判例として著名である[22]。そこでは、旅券法で理由記載が求められており、一般旅券の発給を拒否する旨通知する文書への記載内容が問題となった。そして、当該処分の性質および理由付記の根拠規定の趣旨・目的から、いかなる事実関係を認定してどのように判断したのかをどこまで述べるかが定まるとされた[23]。

また、行手法施行後、近年の判例として一級建築士免許取消処分にかかる最高裁判決が挙げられる[24]。そこでは、①行手法14条本文の趣旨が先の一般旅券発給処分にかかる最高裁判決の判旨と同様であること、②どこまで理由を提示するかは、行手法14条の趣旨に照らし「当該処分の根拠法令の規定内容、当該処分に係る処分基準の存在及び内容並びに公表の有無、当該処分の性質及び内容、当該処分の原因となる事実関係の内容等を総合考慮して」決定される、と判示された[25]。この判決については、学説における検討および先の判例を踏まえつつ、理由提示を求める行手法14条の趣旨を明確にしたものとして肯定的な評価が多い[26]。

行手法14条が及ぶ本件においても、こうした行政法学における理由付記ないし理由提示の検討を踏まえて施行規則19条を検討することになる。つまり、保

---

[21] 塩野宏『行政法Ⅰ　第六版』(有斐閣、2015年) 295頁。また、判例法理の形成について、原田大樹「判例研究　処分基準と理由提示」法政研究〔九州大学〕78巻4号 (2012年) 57頁、とりわけ62頁以下参照。

[22] 最三小昭和60年1月22日判決 (民集39巻1号1頁)。

[23] 調査官解説 (最高裁判所判例解説民事編昭和60年度1頁〔泉徳治〕) および大浜啓吉「判批」別冊ジュリスト151号 (1999年) 274頁参照。

[24] 最三小平成23年6月7日判決 (民集65巻4号2081号)。

[25] 調査官解説 (最高裁判所判例解説民事編平成23年度510頁〔古田孝夫〕)。

[26] 原田・前掲注 (21) のほか、高木光「判批」判例評論639号 (2012年) 2頁、東京大学判例研究会「判批」法学協会雑誌130巻8号 (2013年) 134頁〔板垣勝彦〕など。

護の変更等重大な決定に先行して行われる指導・指示について書面に拠ることを求める施行規則19条に照らせば、本件指導・指示も不利益処分と同様に位置づけられるため、先の判例に従って理由を提示する必要がある。また、指導・指示の場合、その理由も重要ではあるが、名宛人に対して一定の行動を求めるないし行動を禁じることから考えると、その内容を明確に記述することが必要であると思われる。

6．本判決の評価

（1）本判決の意義

第一に、施行規則19条にいう書面による指導・指示について、実施機関による指導・指示および停止等の決定にかかる判断を慎重かつ合理的にさせる趣旨であることを明確にしたところに本判決の意義がある。すでに、被保護者にとって重大な権利侵害をもたらしかねないことから保護の停止等決定について同様の判示がなされてきたが、それらの決定に先立つ書面による指導・指示においても認められたことになる[27]。したがって、停止等決定を視野にいれたうえで書面による指導・指示を行う場合、実施機関は、停止等決定と同じように[28]、指導・指示の内容について検討を行い、理由・目的・期限等を明確にし、それを被保護者に明示しなければならないことになる。

第二に、施行規則19条の趣旨目的として、被保護者の認識確保を明示した点に意義がある。これまでも、被保護者において遵守すべき指導・指示の理解を確保する必要があるとされてきたが、指導・指示が書面として交付される目的として、被保護者の認識を確保することが挙げられたことには意義がある。

第三に、書面による指導・指示について、その記載されている文言にのみ拘束されることを明らかにした点にも意義が認められる。したがって、文言以外の事柄を考慮することは許されず、また、そのことは複数回行われる指導・指示との食い違いおよび実施機関と被保護者の認識の食い違いを避けることにつ

---

[27] これまで検討が続けられてきた処分性を認めることを通じた適正化ではなく、保護の停止等決定に先立つ書面による指導・指示に限定されるものの、そのことのみをもって明示したことに意義が認められよう。

[28] むろん停止・変更・廃止でそれぞれ程度が異なり、廃止決定のときにもっとも慎重に検討することになる。

ながる。実際のケースワークにおいて指導・指示が複数回行われることや実施機関による恣意的な決定を避けることからも妥当な判断である。この点､指導･指示の理由や口頭での指導・指示によって被保護者が認識していたとしても許されないとした判示も重要であろう。

このように考えると、本判決は、保護の停止等決定に先行する書面による指導・指示について、手続的観点から重要な位置づけを与えた判例であるといえる[29]。本判決の射程は現行法にも及び[30]、保護の停止等決定を行う際に踏むべき手続きである書面による指導・指示について、実施機関がその発出時に十分に留意すべきことになる。むろん、その際には、当該被保護者の状況を加味しつつ理解できるように表現を工夫することが必要になると思われる。

（2）本判決への疑問

しかし、本判決には疑問がないではない。それは、停止等決定に先立って書面でなされる指導・指示の内容が､「理由」としてではなく「内容」として記載されなければならないとした点である（判旨（１）参照)。

確かに、指導・指示を受ける被保護者が何をすればよいのか認識するためには、書面に明確に記載されている必要がある。しかし、内容として記載されなければならないとまで言えるのだろうか。先に挙げた一級建築士免許取消処分にかかる最高裁判決よりも、本判決は厳しい枠組みを求めているようにも読み取れる[31]。杞憂かもしれないが、本判決の枠組みに従った場合、指導・指示の書面に「内容」として記載される事柄が無用に長くなることはないのだろうか。むしろ､実際に一定の行動を行うないし行動を禁じられる被保護者を考えると、内容だけではなく、なぜそのような内容なのかという理由を含めて明示したほうが、指導・指示の履行、すなわち停止等決定の回避につながるのではないか[32]。

---

[29] 梶・前掲注（３）60頁。

[30] 中野・前掲注（２）119頁。

[31] 先の判例は「内容」と「理由」を意識した判示をしていないため、その限りで解釈の余地がある。

[32] 複数回行われうる指導・指示から考えても、書面だけではなく口頭においても、理由を意識した指導・指示およびそれを踏まえたケースワークが望ましいと考えられる。

いずれにせよ書面には「内容」と「理由」の双方が記載される以上[33]、「内容」のみを重視するような本判決には疑問が残る。

とはいえ、停止等決定だけではなく、書面による指導・指示について、その記載形式に踏み込んだ本判決の意義は十分認められると思われる。結局のところ、書面による指導・指示を行う場合、「内容」はもちろんのこと、「理由」についても明確にわかりやすく記載されるべきことには変わりはない[34]。

＊本件評釈について東京社会保障判例検討会（早稲田大学）でも報告を行った。出席者から様々なご指摘をいただいたことに感謝いたします。どうもありがとうございました。なお、本研究にあたってJSPS科研費15H01920の助成を受けた。

[33] 書面による指導・指示の形式が変われば別であるが、「内容」と「理由」がなくなることはおよそ想定し難い。

[34] その意味では、本件指示書の「理由」は「内容」との関連がわかりにくく、それのみでは理解しにくいため問題であろう。

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹	北海道大学大学院法学研究科教授
酒巻修也	北海道大学大学院法学研究科助教
濱口弘太郎	北海道大学大学院法学研究科助教
津田久美子	日本学術振興会特別研究員
福島卓哉	北海道大学大学院法学研究科博士課程
瀧本京太朗	北海道大学大学院法学研究科博士課程
川久保寛	神奈川県立保健福祉大学保健福祉学部社会福祉学科講師

平成28年３月15日　印　刷
平成28年３月25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 March 2016 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Adelsgesellschaften im deutschen Spätmittelalter ☆
····· Masaki TAGUCHI 1

L'essence et la portée de la nullité partielle (3) :
Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie
de la nullité partielle ····· Naoya SAKAMAKI 35

Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz (3)
····· Kotaro HAMAGUCHI 386[1]

NOTES

Put Sand in the Wheels of the Market: Political Process of EU Financial
Transaction Tax, 2009-2013 (1) ····· Kumiko TSUDA 101

Die Einführung einer einheitlichen Stelle (1)
····· Takuya FUKUSHIMA 159

Rekonstruktion der Notwehrprovokationstheorie (3)
—— Revision der Erforderlichkeit der Notwehr ——
····· Kyotaro TAKIMOTO 316[71]

CASE NOTE

Note on Social Security Law Case ····· Hiroshi KAWAKUBO 232[155]

[ ]…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