HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 北大法学論集 第67巻 第1号 全1冊 |
| Citation | 北大法学論集, 67(1) |
| Issue Date | 2016-05-26 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/61980 |
| Type | journal |
| File Information | lawreview_vol67no1.pdf |




Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

# 北大法学論集

第 67 巻　　第 1 号

## 論　　説

一部無効の本質と射程（4）
—— 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　　1
法と情報空間（5・完）
—— 近代日本における法情報の構築と変容 ——
…… 郭　　薇　332[　1]
損害賠償法における損益相殺に関する総合的研究（4）
…… 濱　口　弘太郎　282[ 51]
個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（4）
…… 佐　藤　結　美　248[ 85]

## 研究ノート

「車輪に砂」（2・完）
—— 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　59
統一機関（einheitliche Stelle）の導入（2・完）
—— EU及びドイツにおける行政手続、組織改革 ——
…… 福　島　卓　哉　117
成年被後見人等の自己決定権
—— 韓国の制度を中心に —— …… 髙　　影　娥　204[129]

## 判 例 研 究

刑事判例研究 …… 岡　部　天　俊　180[153]

## 雑　　報

北海道大学法学会記事 …… 145

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**

厚谷襄児（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）
小木曽洋（行政法）
近藤佐保子（法史学）
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）
道幸哲也（労働法）
中村睦男（憲法）
中村研一（国際政治）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林貫一（商法）
稗貫俊文（経済法）

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）
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）
岩谷将（政治史）
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）
齊藤正彰（憲法）
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）
中川寛子（経済法）
野田耕志（商法）
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）
吉田邦彦（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

**特任教授**

池田茂徳（法実務基礎）
磯部真一（刑事実務）
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）
村井壮太郎（民事実務）

**准教授**

○池田悠（労働法）
伊藤一頼（国際法）*
岩川隆（民法）
郭舜（法制度論）

**講師**

李妍淑（比較法）

**助教**

郭薇（法社会学）
角本和理（民法）
川村行論（社会保障法）
姜連甲（経済法）
酒巻修也（民法）
津田智成（行政法）
丁文杰（知的財産法）
濱口弘太郎（民法）
堀田尚徳（刑事訴訟法）
李雯静（民法）

橋明香（民法）
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）*
山本周平（民事訴訟法）

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

# 一部無効の本質と射程（四）

## ――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―
　　第一款　無効の基礎および目的の客観性
　　第二款　目的論的基準による一元的把握
　　第三款　本節のまとめ
　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）

（以上、六六巻六号）

（以上、本号）

# 第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立

## 第三節　一部無効の本質の探究　―目的論的基準―

前節では、一部無効という概念を、学説上認識させるに至らしめたシムレールの主張を検討した。シムレールによれば、無効の範囲は、原則として当事者の意思により画定される。もっとも、彼によれば、無効原因が公序に関する規定の違反である場合であり、かつ、当該公序が法律により定められたものであってその目的の達成のために無効の範囲を要求する場合には、公序の要請による無効の範囲が優越し、当事者の意思基準が退けられるとされていた。その理由は、新無効論における無効の本質に鑑みれば、すなわち、無効が法的なサンクションであることに鑑みれば、違反された法の目的を考慮して無効の範囲が画定されなければならないからである。しかし、そうすると、彼の一部無効論に対しては、次の疑問が生ずる。それは、なぜ公序の規定が無効の範囲を要請する場合にのみ無効の範囲が客観的に画定されるのか、はたして無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思は基準となりうるのかという疑問である。

このような疑問から、その後、有力な学説が、一部無効が無効の性質を有するものであるとすれば、一部無効とはどのような意義を有するものであるべきか、という問いを立て、その分析を試みることとなった。この学説が一部無効をどのように把握しているかを確認することは、一部無効の意義、および一部無効論における当事者の意思の意義を検討するにあたって、本稿に重要な示唆を与える。もっとも、結論を先取りすれば、この有力な学説は一部無効論における当事者の意思の役割を否定するのであるが、その後の学説は、依然として、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮する。しかしながら、次章で検討をするように、今日の学説が当事者の意思を考慮すべきものとして挙げる事

例をみるかぎり、今日の学説が指摘する「当事者の意思の考慮」は、一部無効論における当事者の意思の考慮を否定した学説が主張する一部無効の本質と整合的に理解することが可能であるように思われる。

さて、無効の本質という観点から伝統的な一部無効論に対する批判を展開した代表的な著作として知られるのは、ティビエルジュ（C.Thibierge）[1]が著した『無効、返還および責任（*Nullité, restitutions et responsabilité*）』と題されるテーズであった[2]。以下でみるように、彼女は、無効とは、客観的に把握されるサンクションであり、主観的な要素が考慮されるものでないとする。それゆえ、無効の特徴を有する一部無効もまた、主観的に把握されうるものではない、つまり当事者の意思を基準に判断されるものではないと主張する。以下では、ティビエルジュが一部無効をどのように捉えているかをみていくが、本章第一節で指摘したとおり[3]、新無効論の先駆者として知られるジャピオ（R.Japiot）の無効論のすべてが、後の学説にそのまま受容されたわけではなかった。無効の本質を法的なサンクションとして捉える点では、今日の学説の同意を得ていると評価できようが[4]、ジャピオの無効論に対しては、当初から問題点が指摘されていたのである。このような無効論の文脈におけるティビエルジュの一部無効論の特徴を挙げるならば、無効の本質を攻撃権と捉えた新無効論、およびその後に展開された学説の主張を論難し、「無効とは法的なサンクションである」ということの意義を詳細に検討したうえで一部無効論を論じている点を挙げることができよう。それゆえ、ティビエルジュの一部無効論をみる前に（第二款）、まずは、彼女自身の無効論を検討する必要がある（第一款）。

### 第一款　無効の基礎および目的の客観性

まず、ティビエルジュが、無効の本質をどのように理解していたかを確認しよう。

ジャピオにより新無効論が提唱された後も、学説では、無効に関する議論がやむことはなかった。無効の本質との関係でいうと、ジャピオのように無効を攻撃権として捉えることに対し、とりわけ行為の瑕疵の存在を無視すべきでないことを理由に批判がなされることとなった（一）。それにより、無効の本質を行為の状態であると捉えることを否定したかにみえた無効論は、混乱を極める。このような状況にあった無効論を、ティビエルジュは、「無効とは法的なサンクションである」ということの意義を探究することにより洗練させることに成功したといえよう（二）。たとえば、スリネ(Y.-M.Serinet)は、無効とは、「ある行為の状態ではなく、ある命令的規定(une règle impérative)の実効性(efficacité)を確保することを目的としたサンクションである」[5]と定義する。この定義は、まさにティビエルジュが無効に与えた定義であり、このことは、彼女の主張が理論的に説得的なものであることを窺わせる[6]。

## 一　「攻撃権としての無効」の批判

はじめに、古典的無効論を否定したジャピオらにより提唱された新無効論の概要を、再度、確認しておこう。

ジャピオらによれば、ある行為に瑕疵が存在していたとしても、その有効性を争うためには、裁判官に訴える必要がある[7]。ある行為につき裁判官により無効が言い渡されなければ、当該行為は有効なものとして存在する。それゆえ、ある行為が無効となるのは、当該行為が必要な要素を欠くからではない。それは、行為が法規範に違反しているからである。無効は、ある法規範の違反にサンクションを課すものであり、このサンクションは、行為の効果を除去するために特定の者に付与される攻撃権（droit de critique）に集約されるという[8]。

もっとも、ジャピオが提唱した無効論は、民法典と整合的なものではないことが、当初から指摘されていた。というのも、ジャピオは、他の訴権と区別された無効訴権の存在を否定した。ある者が無効を主張することは、その者が有す

る諸権利の主張に他ならない。たとえば、制限行為能力者が不動産を売却した場合に、彼が不動産の返還を望むとき、彼は、所有権に基づく返還請求をしなければならない。このとき、彼が行使しているのは、所有権であるとする。(9)

このようなジャピオの無効論に対し、E. ゴドゥメ（E.Gaudemet）は、新無効論を継承しながらも、民法典一三〇四条が無効訴権の存在を前提としていることなどを理由に、無効訴権の必要性を説いた。(10)無効訴権が、行為を消滅させる（anéantir）という裁判官の介入を要請するというのである。かくして、攻撃権としての無効概念では、手続的な側面（aspect processuel）が強調されることとなった。(11)

以上のような攻撃権という概念は、行為の状態については何ら言及するところがないため、後に、この点が問題とされることとなった。(12)とりわけ、行為の状態を考慮する必要性が指摘されたのは、無効原因の存する行為の適式化（régularisation）を論ずる場面であった。(13)適式化とは、当初無効であった行為を有効なものとすることである。(14)たとえば、他人物売買について、民法典一五九九条はそれを無効と規定する。(15)しかし、無効が裁判官により言い渡される前に、売主が当該物の所有権を取得した場合には、他人物売買は適式化されることとなる。(16)しかし、攻撃権という無効の定義は、このような適式化が認められる場面について、当事者が行為の諸効果の除去を求める権利を有することを説明できない。そこで、行為の適式化を論じたデュペロン（C.Dupeyron）は、行為の状態と攻撃権の存在とを関連させる必要があるとし、行為の状態を考慮しなければならないと指摘した。(17)

ティビエルジュも同様に、無効を攻撃権として捉えることを批判し、行為の状態を無視すべきではないとする。なぜなら、第一に、攻撃権は無効と独立して存在しうるものであり、第二に、無効は必ずしも攻撃権の行使によらないために、無効と攻撃権とが同視されえないからである。この二つの理由について敷衍しておこう。まず、第一の点についてであるが、攻撃権がある者に付与されることと、無効を言い渡すことが正当か否かということは別の事柄である。攻撃

権の存在は、訴権の正当性を示すものではない。合法性（légalité）の違反が確認されなければ、行為の無効には至らない[18]。続いて、第二の点についてであるが、これを示すよい例として、攻撃権の時効と無効の抗弁との関係、および裁判官の権限による無効を挙げる。すなわち、攻撃権の時効は、無効原因の消滅をもたらすものではなく、裁判官は、無効の抗弁により、攻撃権の直接の行使なくして、無効を言い渡すことができる[19]。また、裁判官は、行為に存する無効原因につき、職権で摘示することができ、攻撃権の行使を待つことなく無効を言い渡すことができる[20]。

しかし、無効の本質を理解するにあたり重要であるのは、ティビエルジュが、行為の状態を考慮する必要性を指摘しながらも、古典的無効論のように、これを「無効」であるとはしないということである。すなわち、瑕疵ある行為の状態は、無効原因でしかない。無効とは、実体法レベルで、法律行為の効果を消滅させることである。そして攻撃権は、この無効というサンクションを発動させる手段のひとつでしかない[21]。

こうして、ティビエルジュは、当事者による契約の締結から裁判官がそれを無効とするに至るまでの過程を区分し、無効を、実体法上、行為の効果を消滅させるという「サンクション」として位置づけたのであった。

## 二　「無効とは法的なサンクションである」ということの意義

無効がサンクションであることが明確にされると、続いて、無効というサンクションの意義が問題となる。

学説のなかには、無効というサンクションの意義を主観的に、つまり人の行動（comportement）に対して課されるものだとする見解があった。しかし、ティビエルジュは、このような見解を批判する。そして、「無効に関する二重の客観性（la double objectivité de la nullité）」を指摘し、無効とは、その基礎においても、その目的においても、客観的なサンクションであることを主張する[22]。

（一）主観的なサンクションとしての無効とその批判

(1)　無効を主観的なサンクションとして捉える学説を検討するにあたり、まずは、《sanction》という語が有する多義性を確認しておきたい。

今日、《sanction》という語は、アンリカピタン協会の法律用語辞典によれば、法（un droit）または義務（une obligation）を確実に遵守、実施させるためのあらゆる手段のことであると定義される[23]。このとき、サンクションは、必ずしも、罰（peine）や報い（récompense）を含意するものではない[24]。

もっとも、かつては、あらゆるサンクションが、人の行動に対して課されるものであるといわれることがあった。たとえば、ルビエ（P.Roubier）は、あらゆる法制度（institution juridique）におけるサンクションを、「人を対象とするものであ（る）」という[25]。それゆえ、学説のなかには、このサンクションの捉え方を前提に、無効が法的なサンクションであることにつき、無効を、人に対して課されるものであると捉えるもの[26]や、罰（peine）または填補（réparation）であると捉えるものがあった[27]。ただし、これらの学説のすべてが、無効を主観的なサンクションとして捉えることが、あらゆる無効原因について妥当しうるものと考えていたかは定かでない。なぜなら、このような無効の捉え方は、主たる詐欺（dol principal）を理由とする無効と付随的詐欺（dol incident）[28]を理由とする損害賠償との関係を問題とする際に強調されるからである。

すなわち、伝統的な通説および判例によれば、無効が言い渡されるためには、詐欺により惹起された錯誤が、当該錯誤がなければ被欺罔者が契約を締結しなかったであろうという意味で、同意にとって決定的なものでなければならないとされていた[29]。そして、このような詐欺は、主たる詐欺と称された。これに対して、被欺罔者が、詐欺がなかったとしても契約を締結したであろうが、異なる条件で、つまり被欺罔者にとってより利益となる代金で契約を締結したであろ

う場合には、当該契約の無効が言い渡されることはない。しかし、この場合には、不法行為（民法典一三八二条）[30]に基づく損害賠償（dommages-intérêts）請求が可能であるとされていた。このような詐欺は、付随的詐欺と称された[31]。

このとき、この損害賠償訴権が、無効訴権について規定されていた短期消滅時効（当時）[32]に服するかが問題とされた。この問題について、たとえばプラニオル＆リペール（M.Planiol et G.Ripert）は、次のように述べ、損害賠償訴権は無効訴権と同様の制度に服すべきことを指摘する。すなわち、「無効は、これがフォートに対するサンクションである場合、その結果を填補する手段でしかない。無効を求める訴権は、損害賠償訴権と分離できない。したがって、損害賠償訴権は、一〇年の時効に服することとなる[33]」。一部無効という概念が定着すると、このような無効を損害の填補と捉える理解により、一部無効と損害賠償との混同がもたらされることとなる。実際、シムレールは、付随的詐欺を理由とした不法行為に基づく損害賠償請求と、一部無効たる縮減とが類似したものであることを強調し、同意の瑕疵に基づく縮減を認めるべきであるとしたのであった[34]。

(2) しかし、このような無効の理解は、それが一般に付随的詐欺に関する議論において現れることからも窺えるように、第一に、その起源と現行法との関係について、第二に、妥当領域について、次のように批判された。

第一に、無効を罰や填補と捉える理解の起源と現行法との関係についてである。

このような無効の捉え方がされるに至った理由のひとつには、ローマ法における悪意の訴権（actio doli）の影響があるといわれる[35]。ローマ法において、悪意（dolus）により締結された行為は、市民法上、無効ではなかった[36]。そこで、法務官（praetor）は、いくつかの手段により、悪意により被害を被った者に対して救済を与えるようになる。すなわち、法務官は、被害者に対して、悪意の抗弁（exceptio doli）[37]、悪意を理由とする返還請求（*restitutio in integrum*）、および悪意の訴権という手段を認め、被害者の救済を図った[38]。そして、先の無効の捉え方の起源であるとされる悪意の訴権

は、ローマ法では加害者を罰することを目的としていた不法行為訴権であり[39]、悪意により損害を被った被害者に対し、被った損害の賠償を認めるものであった[40]。強迫ゆえの訴権（actio quod metus causa）も、悪意があった場合と同様、不法行為訴権であると解されていた。

しかし、今日では、民法典一一〇九条により、詐欺および強迫は、同意の瑕疵を理由とする無効原因のひとつとされている[41]。詐欺および強迫が同意の瑕疵を理由とする無効原因となった経緯は、要するに、次のとおりである。

まず、中世になると、いくつかの不法行為訴権は、付随的に、行為の取消しのための手段として役立つと考えられるようになり、罰や賠償という機能と、行為を破壊するという機能とに分化された。たとえば、強迫ゆえの訴権は、二つの宣告（sentence）を含んでいると解された。第一は、返還を目的とする宣告であり、第二は、罰を目的とする宣告であり、これは第一の宣告が履行されなかった場合にしか介入しない[42]。それゆえ、直接に強迫にかかわる第一の宣告が、強迫ゆえの訴権を支えるものであり、それは取消し（rescision）であるといわれるようになった[43]。また、悪意の訴権についても、強迫ゆえの訴権のように明白に区別されていたわけではないが、不法行為訴権としての特徴を失うに至ったようである[44]。その後、一三世紀以降、神学者（théologiens）やカノン法学者（canonists）による意思自律（autonomie de la volonté）の思想や同意の瑕疵（vice du consentement）概念の影響が強くなっていく。当初はローマ法学者からの強い批判があったものの、一七世紀には、自然法学派（école du droit de la nature）により、意思自律の思想が広く是認され[45]、錯誤や恐怖（crainte）が同意にいかなる影響を及ぼすかが探究されるようになった[46]。なぜなら、この思想のもとでは、人は生まれながらに自由であると考えられていたため、一方で、人は、同意しなかった債務に拘束されてはならず、他方で、人は、彼が欲したすべての債務に拘束される[47]。そして、同意が有効であるためには、それが能力のある者から発せられ、錯誤や恐怖という瑕疵のないものでなければならないからである[48]。こうして、詐欺や強迫は、損

害を賠償することを、または責任ある者（coupable）を罰することを目的とするのではなく、契約者の自我（personnalité）を保護することを目的とするものとして、錯誤と同様、同意の瑕疵の原因となっていった。[49] 民法典の制定に多大な影響を与えたドマ（J.Domat）やポティエ（R.J.Pothier）の見解は、この自然法学派の影響を受けたものであった。[50] もっとも、民法典制定前の学説では、詐欺があった場合の効果について、混乱がみられたようである。[51] たとえば、ポティエは、詐欺または強迫を、契約を瑕疵あるものとするものであるとしながらも、[52] 強迫と詐欺について、次のようにいう。「合意を生ぜしめる同意は自由なものでなければならない」、それゆえ、同意が強迫によるものであった場合には、契約は瑕疵あるものになる。[53] これに対して、詐欺により契約を締結した場合、強迫と同様の理由により契約が瑕疵あるものとなるのではなく、「誠実に反するために、契約が取り消されるのである（rescinder）」。さらに、ポティエは、「あなたがした詐欺により私が騙されて、私があなたに対し約務を負うことを約束する場合には、あなたは私に賠償する約務を負い、その結果、私を約束から免責する」と述べる。[54] このように、詐欺があった場合の効果について、契約の取消し（当時）[55] と損害賠償とが混同されていた。しかし、民法典は、詐欺または強迫を、錯誤とともに、同意の瑕疵を理由とする無効原因と位置づけることを採用したのであった。

詐欺や強迫を理由とする無効の起源およびその変遷を振り返るならば、長い間、詐欺の被害者に認める効果は加害者への罰である、または損害の填補であると考えられてきたため、民法典制定後も、学説のなかには、詐欺を理由とする無効を、行為者の責任（responsabilité）と混同するものがあった。しかし、民法典の制定により、詐欺および強迫は、単なる同意の瑕疵となり、無効原因のひとつであると位置づけられることとなった。それゆえ、ティビエルジュは、詐欺および強迫が不法行為的な特徴（caractère délictuel）を有するとしても、それが考慮されるのは、不法行為責任（responsabilité）の場面においてだけであると指摘する。[56] つまり、無効と填補との区別こそが、詐欺を、同意の瑕疵を

理由とする無効原因のひとつとした進展を特徴づけるものであったと評価することができる。

第二に、その妥当領域についてである。先に指摘した歴史的背景に鑑みれば、無効が填補や責任としての特徴を有すると考えられるのは、詐欺のような、フォートおよび損害が想定される無効原因に限定されなければならない。それゆえ、無効を主観的なサンクションとして把握することは、無効という概念を統一的に把握し、その本質（essence）を理解するには望ましいものではない[57]。

このようにして、無効を主観的なサンクションとして捉える学説は批判された。

### （二）「違反された合法性の回復」としての無効

そこで、ティビエルジュは、サンクションとしての無効は、当事者がとった行動に対して課される主観的なものではなく、その基礎（fondement）においても、その目的（finalité）においても、客観的なものであるべきことを主張する。

まず、無効の基礎における客観性について説明しよう。無効は、契約の成立に関する強行法規の違反（la violation de la loi impérative régissant la formation du contrat）に基づくものであり、それゆえ、その基礎は、客観的なものである[58]。たしかに、ある者の権利を保護するための規範の違反があった場合、つまり契約の締結にあたり不法性（illicité）があった場合には、フォートや損害を伴うことがありうる。しかし、当該規範の違反と、フォートまたは損害とを同視してはならず、当該規範の違反は、これらと独立して存在しうる[59]。

続いて、無効の目的における客観性について説明しよう。ティビエルジュによれば、無効は、契約の成立時における規範の違反に対するサンクションであり、そしてその原則および範囲は、違反された規範の目的により決定されなければならない[60]。つまり、無効の唯一の基礎は、契約の成立に関する規範の違反にある。この不法性を除去することは、

当該違反により生ぜしめられた、法に反する状況を消滅させることに相当し、契約締結時に違反された合法性の回復に向けられる。無効というサンクションが裁判官によって言い渡され、それにより、無効とされた契約により生ずる履行請求権（droit à exécution）が除去され、または間接的に、引き渡した給付の返還請求権（droit à restitution des prestations fournies）が生ずるという効果が生ずる。[61] このとき、無効による不法性の除去にあたっては、フォートの証明も損害の証明も想定されない。このようにティビエルジュは、無効に関する客観的な基礎の論理的帰結として、無効の目的もまた、不法性を除去し合法性を回復させるという客観的なものであるべきであると主張する。

以上の客観的な無効の基礎および目的は、あらゆる無効について妥当するものである。たとえば、先にみたように、とりわけ相対無効を、弱者とされる一方当事者の保護を目的とする、その者が被った損害の填補であるとする学説があった。この学説に対して、ティビエルジュは、無効の目的と、請求者により追求された目的とを混同しているとして批判する。すなわち、たしかに、無効訴権の請求者は、常に個人的な利益の満足を目的として無効を主張するのであり、合法性を回復するために無効を主張しているとはいえない。それゆえ、無効を主張する者により追求された無効訴権の目的は、常に主観的な目的である。しかし、これは、無効というサンクションにより企図された目的ではなく、あくまで、無効を主張する者により追求された目的であることに注意しなければならない。[62] 相対無効と絶対無効との間では、無効の本質が異なるのではなく、違反された合法性の回復のために必要な程度に違いが存するにすぎない。つまり、学説上、一般に、相対無効と絶対無効との区別は、それらが保護しようとする利益が個人的利益（intérêts privés）か一般的利益（intérêts généraux）かという違いにあると解されているが、[63] ここでは、無効というサンクションの目的が異なるのではなく、違反された規範の目的が異なるのである。

こうしてティビエルジュは、無効を、契約の形成に向けられた規範の違反を基礎とし、この不法性を除去して合法性

を回復させることを目的としたサンクションであると解し、このサンクションを、主観的要素が考慮されるものではないとした。そして、無効の目的、つまり、違反された合法性の回復という要請が、無効訴権の名宛人や、無効の範囲をどのように画定されるべきかについても論を進めることとなる。

## 三　小括

本款では、ティビエルジュの一部無効論の基礎となる、無効の本質とは何かという問題を中心に検討した。一部無効論との関係では、ティビエルジュの指摘の意義を次のように評価できよう。

フランスにおいて、一部無効は、無効の本質という観点から理論的な正当性を獲得した。もっとも、シムレールは、このように指摘し、法の目的を考慮して無効の範囲を画定しなければならない場合があることを指摘してはいたものの、彼の一部無効論においては、無効とは法的なサンクションであるということの意義が不明瞭であったように思われる。実際、シムレールは、「無効がサンクションでなければならないのであれば、サンクションが課されなければならないのは、行為ではなく、当事者である」と指摘しており、無効を、罰や責任として捉えていたようである(64)。たしかに、シムレールによるこの無効の捉え方が、彼の一部無効論の構造にどのような影響を及ぼしていたかは明らかでない。しかし、付随的詐欺を理由とする不法行為に基づく損害賠償と一部無効との同視など、シムレールの一部無効論には、無効を主観的なサンクションとして捉えたがゆえに導かれた帰結が含まれていたことは、明らかであろう。

これに対し、ティビエルジュは、無効とは法的なサンクションであるということの意義を明確にした。ティビエルジュによれば、無効とは、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであり、当事者の主観的な態様に基づくものではない。このように無効の本質が考えられるとき、無効の範囲は、いかにして画定されるだろうか。次款で

は、本款で明らかにした無効の本質から導かれる彼女の一部無効論を検討しよう。

（1）ティビエルジュの呼び方について注記する。彼女のテーズが出された当時、彼女の名前の表記は、《Catherine Guelfucci-Thibierge》であった。しかし、現在の彼女の名前の表記は、《Catherine Thibierge》である（http://www.univ-orleans.fr/es/node/1707, 二〇一六年一月一一日最終閲覧）。本稿では、現在の表記に合わせて、「ティビエルジュ」とする。

（2）C.Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, thèse, 1992, n$^{os}$ 347 et s.

（3）本稿（一一）第一章第一節第一款を参照。

（4）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, 4$^{e}$ éd, LGDJ, 2013, n$^{o}$ 2113.

（5）J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n$^{o}$ 2626.
同書の無効に関する部分の概要については、金山直樹・山城一真・齋藤哲志「現代フランス契約法の動向 ―ゲスタンほか『契約の成立』（Jaques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, Traité de droit civil : La formation du contrat, 4$^{e}$ éd, 2 vols, LGDJ, 2013）に焦点を当てて―」法学研究八八巻七号（二〇一五年）七三頁以下〔齋藤哲志〕で紹介されている。

（6）近年のテーズでも、ティビエルジュの無効論が引用されることが多い。たとえば、そのようなテーズとして、参照、M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat :Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, LGDJ, 2004, n$^{os}$ 970 et s.

（7）R.Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques :Essai d'une theorie nouvelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p.417 et s.

（8）R.Japiot, *op.cit.*, thèse, p.143 ; E.Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, réed. par H.Desbois et J.Gaudemet, Sirey, 1965, p.147.

（9）無効訴権と他の訴権との関係に関する議論については、齋藤哲志「フランス法における返還請求の諸法理　―原状回復と不当利得―（七）」法協一三〇巻六号（二〇一三年）一五六頁が詳細に論ずる。
（10）E.Gaudemet, *op.cit.*, p.150.
（11）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 355.
（12）J.Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat :formation*, 2e éd., LGDJ, 1988, n° 748.
（13）C.Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, thèse, LGDJ, 1973, n° 7.
（14）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 398 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2380.
（15）民法典一五九九条「他人の物の売買は無効である。買主が、物が他人の物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。」
（16）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 398.
（17）C.Dupeyron, *op.cit.*, thèse, n° 347.
（18）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 359.I.
　また、第二の点とも関連するが、攻撃権と無効との独立性について、ティビエルジュは、行為が追認された場合を例に説明する。すなわち、ある攻撃権の名宛人が行為を追認することにより、当該行為は、その者によっては批判しえないものとなる。しかし、追認された行為は、無効を免れたものであるということはできず、裁判官の職権により、または他の攻撃権の名宛人の請求により、無効が言い渡されうる（C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 359.II.）。
（19）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 360.
（20）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 360.
　ただし、ティビエルジュは、これには二つの制限が課されているという。第一は、当事者に対して、職権で言い渡そうとする無効原因につき説明を促す義務が課されることである。第二は、相対無効が問題となる場合には、一方の当事者の主張を援助するに至る場合にのみ、職権で無効を援用することができるということである（C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 360.）。そして、前者について言及した判例として、破毀院第三民事部一九八五年一一月二〇日（Cass.civ.3e, 20

novembre 1985, Bull.III, n° 153）を、後者について言及した判例として、破毀院第一民事部一九八五年五月二一日（Cass. civ.1re, 22 mai 1985, Bill.I, n° 159）を挙げる。

［仏］　破毀院第三民事部一九八五年一一月二〇日

【事案】　一九七八年一月、売主Yと買主Xは、ある土地を六七〇〇〇フランで売買する約束をした。一九七八年一〇月、Yは、Xに対して、本件契約を履行するよう催告したが、Xが代金を支払わなかったことから、Yは、本件約束が失効したと考えた。その後、Xが本件約束の履行を求めて訴えた。この請求に対し、裁判所がYに本件約束の履行を命じたところ、その後にXとYとの間で和解がされ、Xが被った損害等を考慮して代金を六〇〇〇〇フランとした。Xは、控訴にあたり、和解に基づいてYに履行するよう主張した。

控訴院は、Yが、本件和解がXの強迫行為によるものであったことを証明したことを確認した後、しかしながら、Yが詐欺または強迫を理由とする合意の無効を主張しておらず、それゆえ、たとえ同意の瑕疵の証明があったとしてもそれを職権で取り上げる権限がないとして、Xの請求を認容した。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、対審の原則（principe de la contradiction）を遵守するという条件で、弁論で明らかになった要素のうち、当事者が自身の請求のために特に主張をしていない事実であっても、裁判官はそれを考慮し、適切な法規定を適用することができるとした。そして、本件においては、弁論で明らかになった証拠から詐欺または強迫を理由とする合意の無効を基礎づけることができるのであり、原審判決は職権の範囲を誤ったとして、これを破毀し本件を移送した。

［仏］　破毀院第一民事部一九八五年五月二二日

【事案】　ある土地を売却しようと考えたY$_1$は、一九七九年五月一一日、不動産会社Xに対し、本件土地を八五〇〇〇フランで売却する権限（mandat）を与えた。なお、不動産会社に与えられた権限は、非排他的な権限（mandat non exclusif）であり、Y$_1$自身が買主を探すことも可能であった。この委任契約には、Xが買主を見つけた場合には、Y$_1$はXに対して報酬として五〇〇〇〇フランを支払うこと、および委任契約には期間があること（le mandat avait unu durée）が

約定されていた。一九七九年一一月、$Y_1$は、直接、$Y_2$を買主として、本件土地を七〇〇〇〇フランで売却した。Xは、一九七九年八月九日に、$Y_2$を本件土地に見学させていたとして、$Y_1$および$Y_2$に対し、委任契約で約定された報酬額五〇〇〇フランを支払うよう訴えを提起した。

控訴院は、本件委任契約が、黙示の伸長（tacite reconduction）による期間の定めのない委任契約であったことにつき、当事者の主張はなかったが、当事者に説明をさせ、職権でこれを無効原因として取り上げ、期間に関する前記条項を、期間の定めのない一定の種類の取引を無効であるとする一九七〇年一月二日の法律七条に反して無効であるとして、Xの訴えを棄却した。そこで、Xが、控訴院が取り上げた無効は特定人によって援用されることを要するものであることなどを理由に、破毀申立てをした。

【判旨】破毀移送。

破毀院は、原審が職権で無効理由を取り上げたことについては、純粋に法に関する理由であるとして、これを正当であったとした。

ただし、破毀院は、本件条項が一九七〇年一一月二日の法律七条に反し無効であった場合には、同法律六条により、デクレで定められた範囲内で条項が適用可能であるとした。そして、本件契約締結時から、一九七二年七月二〇日のデクレで定められた期間である三カ月が経過する前に、Xが$Y_2$を土地に実際に見学させていたか、それゆえXが報酬を請求する権利を有していたかを判断させるために、原審判決を破毀し、本件を移送した。

ただし、学説のなかには、前記第二の制限について、フランス民事訴訟法典七条一項を理由に、弁論に現れた事実に基づき、かつ対審の原則を遵守していれば、職権により無効を取り上げることができ、相対無効であれ絶対無効であれ、保護されるべき当事者が沈黙していることをもって契約を追認していると考えてはならないとするものもある（Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 391.）。

民事訴訟法典七条一項「裁判官は、弁論に提出されない事実をもって判決を基礎づけることはできない。」

（21）C.Guelfucci-Thiebierge, *op.cit.*, thèse, n° 361.

（22）C.Guelfucci-Thiérge, *op.cit.*, thèse, n° 373.
（23）Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G.Cornu, 9e éd., PUF, 2011, v° sanction.
（24）C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Dalloz, 2002, n° 2.
（25）P.Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p.302.
（26）P.Roubier, *op.cit.*, thèse, p.302.
また、シムレールは、「無効がサンクションでなければならないのであれば、サンクションが課されなければならないのは、行為（acte）ではなく、当事者である」という（Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 327.）。ただし、このシムレールの指摘が彼の一部無効論にどのような影響を及ぼしているかは、明らかでない。
（27）M.Planiol et G.Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Tome VI, Obligations*, 2e éd., par P.Esmein, LGDJ, 1952, n° 208.
（28）今日の学説には、主たる詐欺（dol principal）と付随的詐欺との区別を不要とするものがある。付随的詐欺を理由とする不法行為に基づく損害賠償と一部無効との関係については、次章で詳論する。
（29）この旨を判示する破毀院判決として、たとえば、次のものがある。

［仏］ 破毀院社会部一九六一年二月二三日（Cass.soc., 23 février 1961, J.C.P. 1961, II, 12261.）
【事案】 XがYらに対して農地を貸借するにあたり、Xは、Yらが夫婦であると思っていた。しかし、実際には、Yらは夫婦ではなかった。詳細な事情は明らかでないが、Xは、Yらの意図的な沈黙（réticence）により農地を賃貸したとして、詐欺を理由に同契約の無効を主張した。
控訴院がその請求を認めなかったため、Xが破毀申立てをした。
【判旨】 破毀申立て棄却。
破毀院は、本件においては、Yらの責めに帰すべき詐欺的術策もなく、また、女性が婚姻関係にある妻であることが賃貸人の同意に決定的であったとはいえないとして、原審判決を正当であったとした。

［仏］　破毀院社会部一九九四年一〇月五日（Cass.soc., 5 octobre 1994, D. 1995, jur. 282, note Ph.Mozas ; R.T.D.civ., 1995, 94, obs.J.Mestre.）

【事案】　一九八七年四月、Yは、X社で働くこととなった。もっとも、YがX社に対して送付した履歴書は、Yの妻によって書かれたものであった。このことが発覚し、Xは、労働裁判所（conseil de prud'homme）に、詐欺を理由に労働契約を無効とするよう請求した。

控訴院が詐欺を理由とする労働契約の無効を認めたところ、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、次のように判示し、原審判決を破棄し、本件を移送した。すなわち、詐欺に関する民法典一一一六条によれば、詐欺が合意の無効原因となるのは、一方の当事者によりなされた術策が、それがなければ他方の当事者が契約を締結しなかったであろうといえるものであった場合である。控訴院は、術策がなかったならば、つまり、当該履歴書が夫Yの手によって書かれたものであったならばXは契約を締結しなかったであろうということを確認していなかったにもかかわらず、契約を無効としたため、法的基礎を欠くものであった。

（30）民法典一三八二条「他人に損害を生じさせる、人のあらゆる所為は、フォートによってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる。」

（31）G.Baudry-Lacantinerie et L.Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 3, 3e éd., Librairie de la société du recueil J.-B.Sirey et du Journal du palais, 1906, n° 116 ; C.Aubry et C.Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 5e éd., Paris, 1902, § 343 bis.

（32）今日では、無効または取消し訴権の消滅時効の期間は五年と改正されている。また、一般的な訴権の消滅時効に関する規定も、二〇〇八年六月一七日の法律により改正されて、現在では民法典二二二四条により、五年とされている。

（33）M.Planiol et G.Ripert, *op.cit., Tome VI, Obligations*, 2e éd. par P.Esmein, n° 208.

（34）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 241.

（35）Ch.Larroumet, note J.C.P. 1975, II, 18100.

なお、ローマ法の《actio doli》に関する論稿として、たとえば、春木一郎「Actio doli ニ付テ（一）～（三・完）」法協

三六巻五号（一九一八年）、同六号（一九一八年）、同七号（一九一八年）、岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任（一）」北大法学論集六三巻四号（二〇一二年）一七四頁がある。《actio doli》の詳細については、それらを参照されたい。

（36）ローマ法および中世の悪意（dol）については、参照、G.Renard, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge (1) (2), *in Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1903, p.214 et p.327 ; J.Duquesne, L'in integrum restitutio ob dolum, *in Mélanges P.Fournier*, Sirey, 1929, p.185 ; E.Meynial, Note sur l'histoire du dol et de la violence dans les contrats dans notre ancien droit français, *in Mélanges P.Fournier*, Sirey, 1929, p.527.

（37）ローマ法において、抗弁とは、「方式書中の特別の附加的部分」であって、悪意の抗弁においては、抗弁を挿入することにより、たとえば、原告が契約の締結に際して詐欺を行ったとき、抗弁の作用により被告を免訴することとなる（原田慶吉『ローマ法（改訂版）』（有斐閣、一九五五年）三八九頁以下。）。

（38）原田・前掲注（37）『ローマ法（改訂版）』八四頁以下。

（39）それゆえ、ローマ法上、刑法上の訴追をなした場合には、私法上の訴追をなしえない。なぜなら、「いずれも加害者を罰することを目的とし、ただ罰する方法が異なるだけであるから」である（原田・前掲注（37）『ローマ法（改訂版）』二一九頁。）。

（40）G.Renard, *op.cit.*, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge (1), n° 12.
悪意の訴権の性質については、春木・前掲注（35）「Actio doli ニ付テ（三）」三二頁以下が詳しい。

（41）一一〇九条「同意がもっぱら錯誤によって与えられた場合、または強迫によって強いられ、もしくは詐欺によって騙取された場合には、なんら有効な同意がない。」

（42）G.Renard, *op.cit.*, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge (1), n° 12 ; P.Roubier, *op.cit.*, thèse, pp.223 et s.

（43）G.Renard, *op.cit.*, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge (1), n° 12.

（44）G.Renard, *op.cit.*, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge (1), n° 12 ; G.Renard, *op.cit.*, L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge (2), p.339 ; P.Roubier, *op.cit.*, thèse, pp.223 et s.

（45）J.-Ph.Lévy et A.Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 536.

(46) J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat－Le consentement, 4e éd, LGDJ, 2013, n° 1099.
(47) J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Droit civil, Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, 15e éd., Sirey, 2012, n° 97.
(48) J.-L.Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Puf, 1992, n° 154.
(49) J.-Ph.Lévy et A.Castaldo, *op.cit.*, n° 563.
(50) J.-L.Gazzaniga, *op.cit.*, n° 155.
(51) V.Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, thèse, LGDJ, n° 447 et s.
(52) M.Bugnet, *OEuvre de Pothier*, tome 2, Paris, 1848, n° 16.［筆者注：《OE》は原文ママ］
(53) M.Bugnet, *op.cit.*, n° 21.
(54) M.Bugnet, *op.cit.*, n° 29.
(55) 民法典制定前のフランスには、取消し状（lettre de rescision）制度が存在し、一方で、ローマ法上の無効または取消し事由であったレジオンおよび錯誤、詐欺または強迫という同意の瑕疵があった場合については、小尚書局（petites Cancelleries）により発行される取消し状に基づいて、取消しが可能であるとされていた。他方で、あらゆる無効原因について、取消し状が必要とされていたわけではなかった。王令または慣習法に基づく無効原因については、取消し状を要さず、法律上当然に（de plein droit）無効であった。しかし、革命時、一七九〇年一一月七日および一一日の法律により取消し状制度が廃止され、当然無効と取消しとの区別は消失していった（取消し状制度の廃止とそれが与えた無効論への影響については、齋藤哲志「フランス法における返還請求の諸法理（六）―原状回復と不当利得―」法協一三〇巻五号（二〇一三年）一三六頁、特に一三九頁以下が詳しい。）。
　そして、今日では、詐欺は、同意の無効原因である（民法典一一〇九条）。
(56) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 368.
(57) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 369.
(58) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 373.
(59) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 373.

つまり、契約の締結に向けられた規範の違反があり、それがフォートおよび損害を伴っていた場合には、不法行為責任も問題とされうることとなる（C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 373.）。

（60）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 374.

（61）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 375.

（62）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 376 et 378.

（63）もっとも、実務上、この区別が困難である場合が多い。たとえば、消費法典のように、ある法律により保護を目的とされている者が、個人であると同時に集団であると考えられる場合においては、この法律は、個人的利益を保護する目的と一般利益を保護する目的とを有すると考えられる（J.Ghestin, *op.cit.*, *formation*, n° 744.）。そして、学説には、ある規定が個人的利益と一般利益との双方の保護を目的としている場合には、一般利益の保護が優先されなければならないとするものがある（G.Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, LGDJ, 1963, n° 399.）。

（64）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 327.

## 第二款　目的論的基準による一元的把握

ティビエルジュは、無効が、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであることから、一部無効もまた、同様の本質を有するサンクションであると主張する。それゆえに、無効の範囲は、違反された規範の目的に従い画定されるものであるという。以下では、ティビエルジュにより提唱された一部無効論を、伝統的な一部無効論に対する批判と、彼女による一部無効論の具体的な内容とに分けてみていこう。

## 一　伝統的な一部無効論に対する批判

まず、ティビエルジュは、当事者の意思を基準として無効の範囲を画定する伝統的な一部無効論に対して、第一に、裁判官が恣意的に当事者の意思を考慮する可能性を免れず、さらに無効を填補として捉えかねないとして、第二に、サンクションの効果的な発動をすることができないとして、第三に、無効の目的および基礎と相いれないものであるとして、批判する。

まず、第一の批判である、伝統的な一部無効論によれば、裁判官が恣意的に当事者の意思を考慮する可能性を免れず、さらに無効を填補として捉えかねないという点について説明しよう。これは、当事者の意思をどのように考慮するかという点と関係する。すなわち、前節においてみたように、当事者は、無効原因の存する条項が決定的な特徴を有するか否かという問題について、明白に合意していないことが通常である。そこで、学説には、裁判官が探究しなければならないのは、当事者の現実の意思ではなく、仮定的な意思であると主張するものがあった(65)。しかし、このような意思の探究は、裁判官の評価に大きく委ねられ、恣意性を免れないとして批判する。

さらに、学説のなかには、当事者間においては利益が対立していることから、ある条項が決定的であるのは、一方の当事者にとってのみであるとして、当事者には、当該条項があることにより契約することを決定した全部無効を主張する者と、当該条項が損害でしかなく条項のみの無効しか主張しえない者とがいることを指摘するものがあった(66)。これに対しては、このように考えるならば、無効の範囲を損害の大きさにより画定することになり、それゆえ、無効を填補の手段として捉えていると批判する(67)。

続いて、第二の批判である、サンクションの効果的な発動が阻害されるという点について説明しよう。

無効が効果的に発動されるためには、無効が実際に課される場面を想定する必要がある。実際に当事者が無効を請求

する場面に目を向けるならば、無効を請求する者が求めるのは個人的な利益であり、それを満たすために無効を請求する。つまり、裁判官により無効の問題が検討されるのは、個人により、とりわけ当事者により不法性が摘示された場合である。そうであれば、無効を課すことで違反された合法性の回復という無効の目的が効果的に達せられるためには、無効の目的と、無効を請求する者が求める個人的な利益とが同時に満たされることが必要である。(68)

ところで、学説のなかには、当事者の意思を基準とするならば、ほとんどの場合において、全部無効が言い渡されることとなると指摘するものがある。なぜなら、当事者の少なくとも一方は、無効原因の存する一部、たとえば条項が重要なものであると考えていた場合が多いからである。(69) これに対して、ティビエルジュは、次の二つの事態が想定されるため、無効の目的と、当事者の無効の主張による目的とが異なることになり、無効の目的が達成されえないとする。第一の事態は、無効原因の存する部分のみの無効を主張したい一方の当事者が、無効の主張を控えるようになることである。なぜなら、無効原因の存する一部が、たとえば条項が、裁判官により当事者の意思において決定的なものであったと評価されたとき、契約の全部が無効とされ、当該契約から生ずる利益を失うことになってしまう。それゆえ、行為の一部の無効のみを望む当事者は、このような可能性のある無効請求をしなくなる。(70) 第二の事態は、不法な条項に利益を見出す当事者による全部無効の主張が助長されることである。当事者の意思を基準として無効の範囲が画定されるならば、不法な条項に利益を見出す当事者は、当該条項が重要なものであったことを主張して全部無効とし、契約から解放されたうえで、不法性が摘示されないことを想定して新たな相手方と同様の条件で新たに契約の締結をすることが可能になる。(71)

このような事態に陥ることを避け、違反された合法性の回復という無効の目的の達成を効果的に可能ならしめるためには、無効の目的が一部無効を要請する場合には、当事者の意思を問題とすることなく、一部無効を課す必要がある。

一部無効を課すことにより、契約の利益を失うことのない当事者が個人的な利益を求めて一部無効を請求するようになり、無効の目的と無効の請求者の個人的な利益とが同時に満たされ、無効の目的が効果的に達成されることとなる。これに対して、当事者の意思を基準に無効の範囲が画定されるならば、一方で、一部無効を望む当事者は契約の利益を失うことを恐れて無効の請求をせず、他方で、たとえ一部無効が請求されても不法な条項に利益を見出す当事者は、当該条項が重要であったことを主張して全部無効の請求をすることになるため、無効の目的が達成されない。

最後に、第三の批判である、伝統的な一部無効論が無効の目的および基礎と相いれないという点について説明しよう。ティビエルジュによれば、無効は、契約締結時における規範の違反を基礎とし、違反された規範により目指された目的に適合したものでなければならなかった。これに対し、当事者の意思に基づいて一部無効の可能性を是認することは、当事者の意思の遵守と違反された規範の目的による要請とを衝突させ、この場合において当事者の意思の遵守が優先されることを認めることとなる。(72) しかし、このように当事者の意思の遵守を優先することは、無効の本質と相いれないものである。無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思を遵守することは、不法性の範囲と無効の範囲との間にずれを生じさせる。それゆえ、無効の目的を追求するにあたり、当事者の意思を探究することは不要である。(73)

以上が、ティビエルジュによる、当事者の意思を基礎とする一部無効論に対する批判である。これらの批判の一部は、たしかに、シムレールのように、一方で、当事者の意思により無効の範囲が画定されるとし、他方で、公序が積極的な目的を有していた場合で、かつ当該公序の目的から無効の範囲が決せられる場合にはそれを優先させるという見解には妥当しないように思われる。たとえば、第三の批判に対しては、当事者の意思により無効の範囲が画定されるのは、違反された規範により無効の範囲が画定されない場合であるとの反論が考えられる。(74) しかし、無効を違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであると捉えるならば、無効の範囲の画定にあたり、理論上、当事者の意思が

問題とされえないといった指摘は、一部無効論における当事者の意思の意義を明らかにするにあたり示唆に富むものであったように思われる。

## 二　一部無効の基礎と目的論的基準

では、無効の本質を、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであると捉えるティビエルジュは、一部無効論を、どのように理解していたであろうか。

ティビエルジュは、一部無効と無効とが同一の基礎を有するものと考える。そして、このように解することは、民法典の条文や判例の解決とも整合的であり、伝統的な一部無効論が抱える問題を解決することができるという。

### （一）一部無効と無効との同一性

ティビエルジュは、まず、一部無効と無効との同一性(identité)を説く。繰り返し指摘しているように、彼女は、無効を、契約締結時に違反された合法性の回復に必要な範囲で課される法的なサンクションであると定義する。それゆえ、無効というサンクションは、無効とされる範囲と不法性の範囲との一致を要求するのであり、全部無効の基準と一部無効の基準とを区別して、つまり、前者については規範の違反という客観的基準により、後者については当事者の意思という主観的基準により考える理由はない。シムレールの一部無効論と比較するならば、シムレールは、一部無効を当事者の意思により基礎づけるにあたって、違反された規範の目的を裁判官が探究するにあたり恣意性が伴うことから、これを回避するために、当事者の意思を基準として無効の範囲が画定されるのだとした。これに対して、ティビエルジュは、「契約締結時の当事者の仮定的な意思に、契約の成立に関する強行的規範（norme impérative de formation du contrat）

のサンクションの有効性を優越させることにどんな恣意性もない」と反論する。(75)

したがって、一部無効においても、全部無効においても、無効を課すことによって、違反された合法性を回復することが目的となる。この合法性の回復が、不法性に比例してなされることから、一部無効と全部無効との違いが生ずるのである。たとえば、目的（objet）やコーズが不法である場合、同意に瑕疵がある場合、または当事者の一方が制限行為能力者である場合には、契約の締結に関する合法性の要請を侵害しているのは行為それ自体であり、合法性を回復するためには、全部無効を課すことにより、あらゆる法的な効果を除去する必要がある。これに対して、不法性が、ある条項や代金額等の量的な部分、または行為の一部に存する場合には、法的な効果が除去されなければならないのは、当該条項や、法律により定められた上限を超えた部分といった不法性の存する範囲においてである。(76)

この説明から明らかであるように、ティビエルジュの一部無効の捉え方によれば、違反された規定の目的により無効の範囲が決せられるとする目的論的基準は、公序に関する規定の違反があった場合だけでなく、契約の成立に関する規範の違反があった場合のすべてに妥当するものである。それゆえ、目的論的基準により無効の範囲が画定されるのは一定の公序に関する規定が問題となる場合だけだとするシムレールの考え方とは、一線を画する。この違いは、ティビエルジュが、一部無効を、無効と同様、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであると捉えることに由来する。無効というサンクションをティビエルジュのように解するならば、シムレールの一部無効論は、無効の本質という観点からは一貫していないものであったと評価できよう。

### （二）民法典九〇〇条および一一七二条との関係

もっとも、無効の範囲が目的論的基準により画定されるとするならば、民法典一一七二条により不法条件等に依拠さ

れた合意を無効にする旨が規定されていることと矛盾するのではないかとも思われる。しかし、ティビエルジュは、このような想定される批判に対し、九〇〇条と一一七二条を、ともに「条件（condition）」が問題となる場合を扱っているものの、「条件」が意味する内容がそれらで異なることを指摘し、反論を試みる。[77] この内容の違いに鑑みれば、九〇〇条では条項のみの無効が認められること、および一一七二条では合意そのものが無効になることは、不法性の範囲に一致した解決であるとし、ある条項が当事者の意思において決定的特徴を有するか否かにより無効の範囲が異なるとする主張を批判するのであった。

すなわち、民法典九〇〇条が対象とする条件は、たとえば遺言に付された婚姻の自由を制限する条項のように、行為の本質（essence）を侵害しない条件であり、そのような条件を含む条項は、行為それ自体から切り離すことができる。そして、この条項の効果が不法なのであり、そのため、当該条項のみを無効とし、恵与を維持することができるのだという。この条項は、以下で確認するように一一七二条でいわれる「条件」とは異なる特徴を有するものであり、このような特徴を有する条項が有償契約において問題とされるならば、ここでも同様に、当該条項のみが無効とされる。[78]

これに対して、民法典一一七二条が対象とするのは、合意に「依存した（depend（re））」条件である。この条件と合意との間の依存関係について、学説は、当事者の意思において存在する主観的な依存関係であるとする。しかし、ティビエルジュは、依存関係が当事者の意思に基づくということは、条文上明白であるとは言えず、むしろ、一一七二条が要求する依存関係は、客観的なそれであり、同条の条件は、行為の本質にかかわる条件であるとする。それゆえ、一一七二条にいう条件が不法である場合には、行為の全体が不法であるとする。条件が行為の本質にかかわるために、条件と行為とを切り離すことができず、条件の不法性により全体の無効が課されなければならないとする。

以上の説明によれば、ティビエルジュは、ある事柄が行為の本質にあるか否かは、客観的に判断されるものであると考えていたようである。しかし、近時の判例や学説の動向に目を向けると、当事者の意思によって、ある付随的な債務が本質的なものとなることが指摘されていることに注意しなければならない[79]。たとえば、破毀院商事部一九九六年一〇月二二日（クロノポスト判決）[80]は、書類の配達という運送契約に関する事案で、本質的債務を、定められた期限内に依頼された書類を配達する債務であるとした。このような時間順守の債務は、学説によれば、運送契約の類型上の客観的な本質的債務を超えて、当事者の意思によって主観的に本質的債務とされたものであると説明される[81]。これらの判例や学説のように、当事者の意思によって、ある付随的な債務が本質化されることを認めるならば、無効の範囲を画定するにあたってこのような当事者の意思が影響を及ぼすか否か、影響を及ぼすとすれば、一部無効の本質といかなる関係にあるかという問題が、検討されなければならなかったであろう。

### （三）裁判例による解決との整合性

ティビエルジュは、不法性の程度に比例した範囲で無効が課されるという考え方は、判例や裁判例においてもみられるものだとする。もっとも、彼女自身、あらゆる判例や裁判例が、彼女と同様の考え方に基づいているということはできないと自認する。すなわち、それらのなかには、目的論的基準により解決されているもの、解決自体は正当であるが違反された規範の目的を理由とすべきであったもの、および無効の目的に鑑みればなされた解決が妥当でないものとがあるという[82]。そして、いずれにおいても、目的論的基準により、無効の範囲を画定することが望ましいとした。

(1)　第一に、目的論的基準により無効の範囲が画定されているとティビエルジュが評価する判例および裁判例をみていこう。

一方で、違反された法律等が無効の範囲を明確に定めている場合、たとえば当該法律に反する条項のみが無効となることを定めている場合には、判例は、当該条項が当事者の意思において重要なものであったか否かを考慮せずに、当該条項のみを無効とする[83]。他方で、違反された法律等がいかなる範囲で無効を課すべきか明確に定めていない場合であっても、当事者の意思を考慮せずに、目的論的基準により無効の範囲を画定する判例がある。

その典型例として挙げられるのは、課税の全部または一部を免れるためになされた反対証書（contre-lettre）の無効が問題となる事案である[84]。「反対証書」とは、表見行為（acte apparent, acte ostensible）の内容またはその他の効果を変更する目的でなされた秘匿行為（acte secret）のことを指す（以下では、《contre-lettre》を、「秘匿行為」という[85]。）。たとえば、当事者は、不動産の売買代金の一部を隠ぺいするために、表見行為として低額な代金で売買契約を締結し、秘匿行為として買主が代金の一部を支払うこととすることで、課税の一部を免れようとすることがある[86]。民法典一三二一－一条（かつての一般租税法典（Code général des impôts）一八四〇条）によると、不動産売買の代金の一部を隠ぺいすることを目的とした合意などが無効であるとされるところ、当該合意が表見行為と不可分なものであったとして表見行為の無効をもたらすかが問題となる。

初期の判例には、当事者の意思において秘匿行為と表見行為とが不可分であったと事実審裁判官が評価した場合には、秘匿行為の無効が表見行為の無効をもたらすとするものがあった[87]。しかし、その後、判例は、秘匿行為と表見行為とが不可分であったとしても、秘匿行為のみを無効とするようになる[88]。

［仏23］　破毀院商事部一九七九年五月八日[89]

【事案】　Bが営業財産（fonds de commerce）[90]をAに売却するにあたり、Bは、売買代金の前渡しとしてではなく、

賄賂（dessous de table）としてAから二〇〇〇〇フランを受けとった。その後の事実関係は資料からは明らかではないが、二〇〇〇〇フランを支払う合意（秘匿行為）が当時の一般租税法典一八四〇条（現民法典一三二一－一条）に反して無効であるとされたとき、当該合意と売買（表見行為）とが不可分なものであることを理由に、当該合意の無効が売買の無効をもたらすかが問題とされた(91)。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、一般租税法典一八四〇条により課される、営業財産の売買代金の一部を隠す目的としてなされるあらゆる合意についての無効が、表見行為の有効性を害することなく、秘匿行為についてのみ適用されると判示した。そして、この準則がこれらの二つの合意に不可分性が存在していたとしても適用されなければならないとして、破毀院は、破毀申立てを棄却した。

［仏24］　破毀院商事部一九七九年一一月六日(92)

【事案】　課税の一部を免れるために、一九六六年一〇月に、Aは、Bに対して営業財産の設備を売却した（以下、これを「第二の売買」という。）。一九六六年一月に、Aは、Bに対して、設備を除いた営業財産を売却しており（以下、これを「第一の売買」という。）、第二の売買は、営業財産の代金の一部を隠すためのものであった。第二の売買が一般租税法典一八四〇条に反し無効であるとされたところ、第二の売買の無効が、第一の売買の無効をもたらすかが問題となった。控訴院は、第一の売買と第二の売買とが不可分なものであり、第二の売買の無効が第一の売買の無効をもたらすとした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、一般租税法典一八四〇条が、営業財産の売却に関する当事者間の諸合意が不可分であったとしても適用されなければならないことに鑑みて、第一の売買と第二の売買とが不可分であり、第一の売買を無効であるとした控訴院を、同条の適用を誤ったものであるとして破毀し、本件を移送した。

［仏25］　破毀院混合部一九八一年六月一二日(93)

【事案】　一般租税法典一八四〇条の違反を理由とする秘匿行為の無効が、表見行為の無効をもたらすかが争われた事案である。詳細な事実関係は、資料からは不明であった。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、次のように判示し、両当事者の意思において秘匿行為と表見行為とが不可分なものであったことを理由に表見行為の無効をも認めた控訴院を破毀し、本件を移送した。すなわち、破毀院は、一般租税法典一八四〇条による無効は不動産売買の代金の一部を隠すことを目的としたあらゆる合意に向けられたものであり、秘匿行為と表見行為との間の不可分性を探求する必要はなく、同条による無効は秘匿行為にのみ適用され、表見行為の有効性を侵害しないと判示した。

これらの判決（［仏23］、［仏24］、［仏25］）は、秘匿行為と表見行為とが当事者の意思によれば不可分な関係にあるとしても、秘匿行為のみが無効とされなければならないとする。ティビエルジュは、この解決を、無効の目的から望ましいものであると評価する。なぜなら、仮に表見行為についても無効を認めるならば、売主には、代金額の一部を隠し、新たな売買契約を締結する可能性があるからである(94)。

目的論的基準により無効の範囲を画定する判例や裁判例は、その他の事案においてもみられる。ティビエルジュは、そのような傾向がみられる事案として、貨幣の強制通用力を無意味なものとすることを理由として条項の無効が問題となる事案、および当事者の一方を保護する規範の違反が問題となった事案を挙げる。

［仏26］ルーアン控訴院一九二二年一一月一六日[95]

【事案】AとBとの間で、定額小作(fermage)として農地の賃貸借契約が締結された。当該契約に、定額小作料として、金銭ではなく、小麦とえん麦を引き渡す旨の条項が付されていた。そこで、当該条項が貨幣の強制通用力を無意味なものとするとして無効となるか、および当該条項が無効であれば賃貸借契約が無効となるかが争われた。

【判旨】控訴棄却。

控訴院は、当該条項を、公序の法律を無意味なものとするため不法であり、無効となるとした後、賃貸借契約の無効を、次のように判示して否定した。すなわち、賃貸借契約そのものを無効とするならば、間接的に、賃貸人が得ようとした不法な利益の全部または一部を獲得せしめるとして、賃貸人の責めに帰すべき当該条項の無効は、賃貸借契約を無効とし債務から解放させうるものではないとした。

［仏27］破毀院社会部一九七四年五月二日[96]

【事案】一九六九年一〇月一五日に、被用者Xと化学製品を扱う会社Yとの間で締結された労働契約には、競業避止特約が付されていた。当該特約によれば、Xが退職をする場合には、二年間、化学製品の取引をしない旨、その間、Yが反対給付として直近六ヶ月の給与の二五％を支払う旨、およびYがいつでも当該条項を放棄しうる旨が約定されてい

た。一九七〇年八月四日、Yは、同年一一月四日付で、Xを解雇し、さらに当該競業避止条項を維持しない旨を通知した。これに対し、Xは、一九五二年一二月三〇日の化学工業部門に関する労働協約（convention collective）[97]には、使用者による競業避止特約の一方的な放棄が効力を有するのは、被用者に対し当該特約を放棄する旨の通知がされた時から一年間、当該被用者を解雇しなかった場合だけであること、および使用者が支払うべき反対給付が給与の三分の二であることが約定されていることを理由に、Yに対し、五二八〇〇フランの補償金の支払いを求めた[98]。

控訴院が、当該特約につき、一方でその適用条件を無効とし、他方で、労働協約に反しない諸条件で効力を有するとしてXの請求を認容したところ、Yは、当該特約が無効であるなら、特約の全部が無効であり、原審の判断が民法典一一三四条に反することなどを理由に、破毀申立てをした。

【判旨】 破毀申立て棄却。

破毀院は、当該競業避止特約が不法であるのは、労働協約に比して被用者にとって望ましくない範囲においてであり、競業避止特約そのものの無効をもたらすものではないと判示し、控訴院が正当に判決を下したとした。

このように、特定の条項や複合的な契約の一部が無効であった場合に、違反された規範が無効の範囲を明確に定めていない場合であっても、当事者の意思を考慮せずに無効の範囲を画定する判例や裁判例があった。ティビエルジュは、無効および一部無効というサンクションの本質からは、このように解決されることが望ましいと指摘する。

(2) 第二に、結論自体は正当であるが、違反された規範の目的を理由に解決すべきであったと評価される判例および裁判例をみていこう。ティビエルジュは、不法なスライド条項と無効の範囲が問題となった破毀院第一民事部一九七六年五月一八日と、労働契約中の独身条項の不法性および無効の範囲が問題となったパリ控訴院一九六二年四月三〇日を

挙げ、これらの事案では、目的論的基準により無効の範囲が画定されるべきであり、当事者の意思を考慮するならば、全部無効となり、違反された規範の目的が達成されない可能性があると指摘する。

［仏28］　破毀院第一民事部一九七六年五月一八日[99]

【事案】　Xは、Yに対して、土地を四〇〇〇〇フランで売却をし、終身定期金として月額三七五フランを受け取る合意をした。なお、終身定期金の額は、国立統計経済研究所により公表された二五九項目からなる家計消費指数に加重されると約定されていた。その後、国立統計経済研究所は、合意時の指数に代えて、異なる係数で算出された新たに二九五項目からなる指数を公表した。Xは、この新たな指数に基づき、Yに対して終身定期金を支払うよう請求したところ、Yがこれを拒否し、指数の公表が終了した場合のために置かれていた仲裁条項（clause du arbitrage）を援用した。控訴院が、当該指数が公表を終了したとはいえないとして仲裁条項の援用を否定したところ、Yが、契約には規定されていない新たな指数が用いられるならば明白な条項を変性する（dénaturer）ことになるとして破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院による両当事者の意思の専権的な解釈により、本件契約の諸条項と国立統計経済研究所により公表される指数との類似関係（rapprochement）があり、それゆえ条項の変性をもたらすものではなく、控訴院が、事案を解決するために、新たな指数と合意時の指数とが結合されうる結果、合意時の指数の公表が終了していないと判断したことは必要であったとして、破毀申立てを棄却した。

［仏29］　パリ控訴院一九六三年四月三〇日[100]

【事案】　Xは、航空会社Yにキャビンアテンダントとして働いていた。Xは、同僚のAと結婚をしようと考え、その旨をYに伝えるとともに休暇を申請したところ、労働契約中に、キャビンアテンダントとして働く場合には独身でいなければならない旨の条項が含まれており、Yから、結婚をする場合には解雇される旨が通知され、その後、解雇されることとなった。そこでXは、当該条項を良俗に反し無効であり、契約が濫用的に破棄されたことを理由に、解雇補償金（indemnité de licenciement）[101]や損害賠償等を請求した。これに対し、Yは、当該条項の無効が契約そのものの無効をもたらすため、Xには補償金を請求する権利がないなどと主張した。

【判旨】　請求認容。

パリ控訴院は、被用者が独身であることを要求する条項を、原則として個人の基本権を侵害するものであり無効とし、当該条項は、航空機内で働くことによる妊娠の可能性のある女性の健康上の危険を考慮しても正当化されるものではないとした。そして、当該条項が無効であれば契約そのものが無効であるとのYの主張に対して、パリ控訴院は、本件では、Yが、キャビンアテンダントが婚姻をした場合のすべてで契約を解消していたのではないことなどの事実を挙げ、当該条項が付随的な特徴を有するものであったとして、Yの主張を認めなかった。

［仏28］判決、および［仏29］判決は、前者では適法な指数へと修正するにあたり、後者では問題とされた条項のみを無効とするにあたり、当事者の意思の解釈によってこれらを正当化した。これに対して、ティビエルジュは、これらの判決では、同様の結論を導くにあたり違反された規定の目的を参照することで十分であり、また、そうすべきであったと批判する。すなわち、［仏28］判決につき、ある一定の指数を不法なものとする法律は、スライド条項を置くことを禁じているのではなく、貨幣価値の下落を悪化させうる指数の使用を禁じていることから、スライド条項そのもの

を無効とする必要はない。これに対して、当事者の意思を考慮して同様の解決をしようとすることは、不自然で、無用であると指摘する[102]。また、［仏29］判決につき、個人の基本的な権利を侵害しているのは、被用者が独身であることを要求する条項であり、当該条項を無効とすることで、違反された規範の目的は達成される。これに対して、当事者の意思を考慮するならば、本件事案において、当該条項が使用者にとって付随的なものであったということはできないという[103]。

(3)　最後に、無効の目的に鑑みれば、なされた解決が妥当でないと評価される事案をみよう。そのような事案として、ティビエルジュは、価格統制に反する売買契約の無効の範囲が問題となった破毀院予審部一九四六年一二月九日を挙げている[104]。

［仏30］　破毀院予審部一九四六年一二月九日[105]

【事案】　買主Aと売主Bとの間で、一九四二年一一月六日、森林の一区画（lot de bois）につき、当時の法律で定められていた価格を超える代金で売買契約が締結された。その余の詳細な事実関係は不明であるが、その後に売主が適法な価格での売買契約を申し込んでおり当該売買契約が更改（novation）されたことなどを理由に、適法な価格での売買契約を望んでいたようである。

控訴院が、売買契約が法定された代金を超えていることを理由に無効であるとしたため、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却

破毀院は、物価統制に関する規定の公序としての特徴により、当該価格を超えてなされた本件売買契約は絶対的に無効であり、履行も更改もなされえないとして、控訴院を是認した。

［仏30］判決は、法定された価格よりも高額な代金が設定された売買契約につき、目的の不法性を理由に当該契約を全部無効とした[106]。ある学説は、このような解決がされた理由につき、代金が契約の本質的な要素（élément essentiel）であることから、この不法性が行為全体を瑕疵あるものとするからであろうとする[107]。しかし、ティビエルジュは、一部無効により解決されるべきであったと批判する[108]。すなわち、法定された価格を超えた代金が設定された場合において、不法であるのは、代金の存在そのものではなく、法定された価格を超えたことである。それゆえ、無効は不法性の範囲において行為の効果を取り除くため、ここでは法定された価格を超えた部分が無効の対象とされなければならない[109]。

(4)　このように、ティビエルジュは、無効の範囲が問題となった判例を、違反された法の目的を考慮して画定されるとすることで説明可能である、または、そのようにして画定されるべきであるという。

### （四）目的論的基準による解決の妥当性

最後に、ティビエルジュは、無効の範囲を当事者の意思という主観的基準によってではなく、目的論的基準によって画定することにより、主観的基準による不都合性が回避され、無効の範囲の問題を統一的に解決できると指摘する。

第一に、無効の範囲が当事者の意思により画定されるとすることによる不都合性の回避について説明する。前節でも確認したように、当事者の意思が無効の範囲を画定するにあたり原則的な基準となるとする学説は、不法性の範囲を決定する段階と、当事者の意思を考慮する段階とを区別し、後者が決定的であるとしていた。しかし、このように解するならば、不当性の範囲と、当事者の意思を基準とすることによる無効の範囲との間で、頻繁にずれが生ずることになる。先に確認したように、両者のずれは、無効の効果的な発動を妨げるものであった。これに対して、目的論的基準による解決により、これを避けることが可能であるという[110]。

また、学説のなかには、当事者の意思により無効の範囲を画定するにあたり、行為の不法な一部が決定的であった当事者のみが全部無効を請求しうるとするものがあった[111]。しかし、このように解することは、違反された規範の目的による請求権者の決定と相いれない可能性がある。すなわち、一般利益の保護を目的とした規範の違反があった場合には、両当事者が無効を請求しうるが、個人的利益の保護を目的とした規範の違反があった場合には、保護されるべき当事者のみが無効を請求しうる。ところが、無効の範囲における主観的基準によれば、後者の場合にも、結果的には、当該規範の目的に鑑みれば無効訴権の名宛人にはならない当事者が無効を請求しうることになってしまう。このような不都合性を、目的論的基準を採用することで回避することが可能だという[112]。

第二に、目的論的基準の有用性について説明する。ティビエルジュは、目的論的基準を採用することにより、あらゆる無効の範囲の問題が統一的に解決されうるとする。つまり、主観的基準を採用する学説においては、明文の規定により一部無効が要請される場合や、違反された公序の要請により一部無効が課されるべきとされる場合には、主観的基準が退けられた。これに対して、目的論的基準を採用することにより、明文の規定の有無にかかわらず、無効の範囲を画定し、それを正当化することが可能であるという。たとえば、同意の瑕疵や制限行為能力が無効原因である場合、これらの規定は、契約の締結そのものに向けられたものである。この規定の目的は、全部無効を要請し、無効は、行為のあらゆる効果に向けられることになる[113]。さらに、この目的論的基準による無効の範囲の統一的な把握は、複合的な契約においても妥当するという。その理由として、不法性の範囲と無効の範囲とが同じであることを挙げる[114]。

以上のように主張を展開し、ティビエルジュは、目的論的基準により無効の範囲を画定することは、違反された規範の目的を達成することを可能とするものであり、また、あらゆる事案を統一的に把握しうるものであるとしたのであった。

## 三　小括

以上が、ティビエルジュの一部無効論である。ティビエルジュは、前款で検討をした無効の本質に基づき、一部無効を、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであるとした。それゆえ、無効の範囲を画定するにあたっては違反された規範の目的を考慮すべきであり、当事者の意思を考慮すべきではない。むしろ、当事者の意思を考慮するならば、違反された規範の目的が達成されない可能性が生ずることを指摘するのであった。

最後に、シムレールの一部無効論と比較をするために、シムレールが一部無効論の事案類型として挙げる、契約の特定の条項の不法性が問題となる事案、複合的な契約のうちの一つの行為に無効原因が存する事案、および代金額等の量的な部分が縮減される事案のそれぞれに対し、ティビエルジュの一部無効論によればどのように応戦しうるかを整理しておこう。

(1)　まず、契約の特定の条項の不法性が問題となる事案類型において、当該条項が当事者の意思において決定的であったか否かが考慮されることに対しては、このように解することにより、無効の効果的な発動が妨げられ、違反された規定の目的が達成されえない可能性があるとしてそれを批判する。

もっとも、ティビエルジュによれば、ある条項の無効が問題となるとき、違反された規範の目的しか考慮されないと考えられていたかについては、不明瞭な点が残されているように思われる。というのも、ティビエルジュは、不法条件等が無償行為または有償行為に含まれていた場合について、民法典九〇〇条と一一七二条とが異なる無効の範囲を規定することにつき、両者の違いは、ある条項が行為の本質（essence）にかかわるか否かにより生ずるという。行為の本質にかかわるものであるか否かにつき、彼女は、当事者の意思に基づくものではないとする。しかし、今日の判例や学説は、一般に、ある事柄が行為の本質にあたるか否かの判断にあたり当事者の意思をも考慮する必要があるとしている。

この問題が彼女の一部無効論からはどのように位置づけられるのかが、検討されなければならない。

(2)　続いて、複合的な契約のうちの一つの行為に無効原因が存する事案類型についても、ティビエルジュは、不法性の範囲に従い、無効の範囲が決定されるべきであるとして、主観的な不可分性概念により無効の範囲が画定されるとする判例や伝統的な一部無効論を批判する(115)。

もっとも、当該事案類型とティビエルジュの一部無効論との関係で特筆すべき点として、彼女が挙げる事案類型の特殊性を指摘することができよう。すなわち、主観的な不可分性概念によらずに、違反された規範の目的を考慮して無効の範囲を画定しなければならないとして彼女が挙げた具体的な事案は、民法典一二三一－一条を理由とする秘匿行為の無効により表見行為が無効となるかという問題が争われた事案であった（前掲［仏23］、［仏24］、［25］判決がそれである。）。たしかに、当該事案においても、初期の判例がそうであったように、主観的な不可分性に基づいて、つまり当事者の意思に基づいて無効の範囲を画定すべきであるといわれることがある。しかし、多くの学説は、当該事案については、違反された規範の目的により無効の範囲が画定されなければならず、当事者の意思を考慮すべきではないという(116)。学説が主観的な不可分性に言及するのは、一方の行為が錯誤に基づき無効である場合のように、公序に関する規範の違反が問題となっていない事案に対してであり、これについて、ティビエルジュは十分な説明をしていないように思われる。

(3)　最後に、縮減が問題となる事案類型についてである。これらの事案についても、ティビエルジュは、違反された規範の目的により、契約の代金等の量的な部分につき縮減が課されるとする。

ところで、シムレールが縮減の事案類型であるとする具体的な事例と比較をするならば、ティビエルジュに特徴的な点として、前款でみたように、付随的詐欺を理由とし、偽罔者の不法行為（民法典一三八二条）に基づく損害賠償責任を認める事例については、それを一部無効と混同すべきでないとする点を挙げることができる。この指摘は、一部無効

の本質の理解という観点からみるならば、一部無効として捉えることが適切でない事案を、シムレールが一部無効論として包摂していたことを示すものとして重要であろう。詳しくは次章で改めて検討するが、シムレールは、付随的詐欺があったことを理由とする民法典一三八二条に基づく損害賠償と、一部無効としての縮減とが類似したものであることを強調し、同意の瑕疵に基づく縮減を認めるべきであるとした(117)。これに対して、ティビエルジュは、このような理解を、無効と不法行為責任とを混同したものだと批判する(118)。なぜなら、一部無効とは、客観的なサンクションであり、当事者が損害を被ることや、フォートの存在を要件とするものではないからである。

(4)　シムレールの一部無効論が包摂する各事案類型にティビエルジュの一部無効論を対応させるならば、以上のように整理できよう。たしかに、ティビエルジュは、シムレールの一部無効論が抱える理論的な問題点を明らかにしたと評価できる。しかし、当事者の意思が考慮されるといわれる事案類型のすべてに検討が及んでいたわけではなく、それらの事案が彼女の一部無効論からは説明可能なものであるのか否か、説明可能であるとすればどのように説明されうるかが、課題として残されていたように思われる。

(65) Ph.Simler, *op.cit.* thèse, n° 378.
シムレールによる一部無効論、特に一部無効論における当事者の意思の内実とその役割については、本稿（二）第一章第二節を参照。
(66) J.Ghestin, *op.cit.*, *formation*, n° 886 ; Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 379.
(67) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 490.
(68) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 378.

(69) Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 170 ; G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 454.
(70) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 491.
(71) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 491.
(72) ただし、本稿（三）第一章第二節第一款などでみたように、シムレールによれば、積極的な目的が企図された公序に関する規定により無効の範囲が要請される場合には、当事者の意思が退けられることになるとされていた。
(73) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 493.
(74) このことからティビエルジュの主張を批判する学説として、参照、Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, p.434, note 4.
(75) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 495.
(76) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 495.
(77) 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。」
　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（dépend）合意を無効とする。」
(78) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 495.I.
　ティビエルジュは、行為の本質を害さない条項について無効が問題となった有償契約の例として、本文後掲のパリ控訴院一九六三年四月三〇日（C.A.Paris, 30 avril 1963, D. 1963, jur.428）を挙げる。
(79) フランスにおける付随的債務の本質化の問題については、たとえば、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、二〇一〇年）四一〇頁以下が詳しい。
(80) 本判決の概要については、本稿（一）序章第二節を参照されたい。
(81) A.Sériaux, note, D. 1997, p.121 ; D.Mazeaud, obs., Defrénois 1997, p.333.
(82) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 495 et s.
(83) 原則として、このように解すべしとする学説として、参照、J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation*

*du contrat*, tome 2, L'objet et la cause－Les nullités, n° 2628 ; J.Flour, J.-L.Aubert et E.Savaux, *Droit civil, Les obligations*, tome 1, L'acte juridique, 15e éd., Sirey, 2012, n° 357.

また、法律上定められた無効の範囲に反する当事者の主張を否定する判例として、たとえば、破毀院第三民事部一九八一年一二月八日（Cass.civ.3e, 8 décembre 1981, Bull.III, n° 203.）がある。

［仏］　破毀院第三民事部一九八一年一二月八日

【事案】　一九七六年七月、Xは、不動産会社Yとの間で、建築中の別荘を取得する旨の予約をした。同予約には、売買代金を改訂しうる旨の条項が付されていた。その後、別荘が完成し、同年一一月に売買契約を締結したところ、Xは、Yから請求された代金を支払った。その余の事実関係は資料からは不明であるが、一九六七年一月三日の法律一一条によると、完成前の不動産の売買契約の予約をするためには代金等に関する表示が必要とされており、同法律一二条によれば、それに反する条項が書かれざるものとみなされる旨が規定されていたため、Xが、代金の改訂に関する条項を同法律一一条に反するとして、支払う必要のなかった金銭の返還を請求した。

控訴院がXの請求を認容したところ、Yは、代金が不法なものであったことを知っていれば売買契約を締結しなかったため、売買契約そのものが無効であることなどを理由に、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、一九六七年一月三日の法律一二条によれば、同法律七条ないし一二条に反するあらゆる条項が書かれざるものとみなされると規定されているため、行為を無効とすることなく、先の規定が適用されなければならないとして、原審判決を正当なものとした。

ただし、民法典九〇〇条が恵与に付された不法条件等を「書かれざるものとみなす」と規定しているにもかかわらず、恵与全体の無効を認める判例が存することからも窺えるように、法律で使用されている文言から直接に解すべきではないとする学説もある（たとえば、G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 480 ; J.Kullmann, Remarques sur les clauses réputées non écrites, D. 1993, chron. 59, spéc. pp. 60 et s.）。

(84) 本稿で取り上げるのは、課税の全部または一部を免れる目的で反対証書がなされた場合、当該反対証書が民法典一三二一－一条に反し無効であるところ、表見行為が無効となるかという問題である。つまり、当事者間において、一三二一－一条所定の反対証書は、無効である。これに対して、一般には、反対証書は、一三二一条によると、当事者間では有効であることに注意されたい（なお、一三二一条について論じた論稿として、たとえば、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説　―そのフランス法的意義をめぐって―」法学政治学論究一二号（一九九二年）一四三頁がある。）。

一三二一条「第一項　反対証書は、契約の当事者間でなければその効力を有することはできない。
第二項　反対証書は、第三者に対して何ら効力を有しない。」

一三二一－一条「裁判所補助吏（office ministériel）の譲渡契約に約定された代金の増額を目的としたすべての反対証書、ならびに不動産売買、営業財産もしくは顧客（clientèle）の譲渡、または不動産の全部もしくは一部を対象とする賃貸借の権利もしくは賃貸借の予約に関する利益の譲渡の価格の一部、および不動産、営業財産または顧客を含む交換または分割の清算金の全部または一部を隠ぺいすることを目的としたすべての合意は無効であり、いかなる効果も生じない。」

(85) Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n$^{os}$ 537 et s.

(86) Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 556.

(87) この旨を判示する判例として、たとえば、破毀院予審部一九三七年四月一九日（Cass.req, 19 avril 1937, D.H. 1937, 284.）、破毀院第一民事部一九五六年六月二八日（Cass.civ.1$^{re}$, 28 juin 1956, J.C.P. 1956, II. 9636, note Ponsard ; D. 1957, 229, note Voirin.）がある。

［仏］　破毀院予審部一九三七年四月一九日
【事案】　営業財産（fonds de commerce）の所有者Aが、買主Bに対して、営業財産とは商人に帰属する有体財産等の総体を指すものであるにもかかわらず（後掲注（90）を参照。）、第一の行為として、営業財産に従属していた商品を九一八四〇五フランで売却し、後日、第二の行為として、営業財産を九五〇〇〇フランで売却した。また、第二の行為と同日に、第三の行為として、Bが、貸主をAとする、一〇〇〇〇〇〇フランの担保付融資の債務者であることを認めた。その余の

事実関係は不明であるが、一九一二年二月二七日の法律七条に基づき、営業財産の売買代金の一部を隠したとして本件営業財産の売買の有効性が問題となったところ、いかなる範囲で合意が無効となるかが争われた。控訴院は、これらの合意のすべてが営業財産の売買代金の一部を隠匿する目的であったことを理由に無効になるとした。これに対し、商品の売買については正当なものであったことを理由として、破毀申立てがなされた。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、控訴院が、本件事案における三つの行為が、事実において、および両当事者の意思において、営業財産の売却代金の一部を隠匿する目的でなされた単独の合意であることを確認しているため、これらの行為を無効と言い渡すことができたとして、破毀申立てを棄却した。

［仏］　破毀院第一民事部一九五六年六月二八日

【事案】　Aが、子であるB、C、Dに不動産を贈与分割した。当該贈与分割によれば子らの間で価値が平等ではなかったため、子のひとりであるBが、Cに対して清算金として一五〇〇〇〇フランを支払う旨の合意がなされた。ところが、Bは、当該合意が、一九一二年二月二七日の法律七条に反し、秘匿行為であり無効であると主張した。清算金に関する合意の無効が、贈与分割の無効をもたらすかが問題となった。

控訴院が、当該秘匿行為と贈与分割とが不可分であり（inséparable）、秘匿行為の無効が贈与分割の無効をもたらすとしたため、Bが、破毀申立てをした。

【判旨】　破毀申立て棄却。

破毀院は、原則として、一九一二年二月二七日の法律七条の適用により言い渡される秘匿行為の無効が表見行為の債務を存続させるとしても、贈与者の意図において、表見行為と秘匿行為とが不可分であった場合には事情が異なると判示した。そして、本件においては、控訴院が専権的に贈与者の意思を解釈した結果、両者の不可分性を認めて贈与分割の無効を言い渡したとして、破毀申立てを棄却した。

（88）Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *op.cit.*, n° 556.

（89）Cass.com., 8 mai 1979, D. 1980, p.283 (1re espèce).

(90) 営業財産（fonds de commerce）とは、商人または実業家に帰属する有体財産および無体財産の総体であり、ひとつの法的な財産体（un universalité juridique）を構成する（Association Henri Capitant, *Vocabuvaire juridique*, dir.G.Cornu, 9e éd., PUF, 2011, v° Fonds de commerce.）。

(91) 一般租税法典旧一八四〇条は、二〇〇五年一二月七日のオルドナンスにより一般租税法典から削除され、民法典一三二一－一条として民法典に挿入された。一般租税法典旧一八四〇条の内容は、前掲注（84）に記載した民法典一三二一－一条を参照されたい。

(92) Cass.com., 6 novembre 1979, Bull.IV, n° 277 ; D. 1980, p.283 (2e espèce).

(93) Cass.mix., 12 juin 1981, Bull.M. n° 5.

(94) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 498.

(95) C.A.Rouen, 16 novembre 1922, D.P. 1926, II, 57, note H.Capitant.

カピタン（H.Capitant）は、当事者の意思を探求し、合意が当該条項に依存していたならば民法典一一七二条の適用により合意そのものを無効としなければならず、事案の解決としては、同種の条項が置かれるとき、債権者は一般に当該条項を重要なものと考えているとして、同判決を批判する（H.Capitant, *op.cit.*, note. 58 et 59.）。

(96) Cass.soc., 2 mai 1974, Bull.V, n° 259.

(97) フランスにおいて、個別の労働契約が労働協約に反する場合の効果は、次のような展開をたどり、今日では、労働協約に公序としての性格を認めている（フランスの労働協約については、外尾健一『フランス労働協約法の研究』（信山社、二〇〇三年）が詳しい。）。

まず、一八八四年に職業組合に協約締結権が認められると、労働協約は私人間の契約として捉えられるようになるが、初期の判例は、個別に労働契約を締結することにより、労働協約に抵触する内容とすることも可能であるとしていた（外尾・前記『フランス労働協約法の研究』四八頁以下。）。

しかし、その後、学説は、個別の労働契約の締結により労働協約を排除することを認める判例を批判し、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて、労働協約の法的性格に関する論争をくり広げることとなった。これに動かされ、一九一九年に労働協約立法が成立し、同法によって、労働協約の規定が、協約当事者間の労働契約に対して強行的に適用されることとなっ

た（外尾・前記『フランス労働協約法の研究』一八三頁以下。）。

（98）［仏28］判決のように競業避止特約が労働協約や法律に違反する場合以外でも、競業避止特約の不法性が問題とされる場合がある。当初の判例は、競業避止条項が一般的かつ絶対的に競業を禁止したものでないかぎり、原則として有効としていた。しかしながら、その後、競業避止条項は、場所および時間的な制限が加えられているだけでなく、契約の目的に比例したものでなければならないとされるようになった（Y.Serra, note, D. 1995, jur., p.206.）。たとえば、次のような判例がそれである。

［仏］　破毀院商事部一九九四年一月四日（Cass.com. 4 janvier 1994, D. 1995, jur., p.205, note Y.Serra）

【事案】　タクシー運転手Yは、タクシー会社Xとの間で、ヴェルサイユでのタクシー無線を利用するために契約を締結した。同契約には、三年間、ヴェルサイユ市役所から直線距離で三〇キロメートル内では競業してはならない旨の条項が付されていた。Yが契約を解約した後に、同条項に違反したため、Xが損害賠償を請求した。これに対して、Yが、同条項の不法性を争った。

控訴院が、同条項を、時間と場所に制限があり有効であるとしてXの請求を認容したところ、Yが破毀申立てをした。

【判旨】　破毀移送。

破毀院は、原審判決がXの請求を認容するにあたり、競業避止条項が場所および時間において制限があることに加え、契約の目的に比例していなかったかを探求していなかったことから、原審判決を破毀して本件を移送した。

このように、今日では、競業避止条項が有効であるには、場所および時間的な制限が加えられているだけでなく、比例性（proportionnallité）が問題とされる。このとき、企業の利益と労働者の権利との双方を考慮しなければならないところ（G.Helleringer, *Les clauses du contrat :Essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n$^{os}$ 256 et s.）、競業避止条項が、労働者の職種等に応じて、それを課すことが妥当であるか否かが異なることが考えられる。そこで、近時の学説のなかには、契約締結後の労働者の具体的な事情を加味し、競業避止条項の目的に対してその援用が濫用的であるかを問題とすべきであると指摘するものが現れている（Ph.Stoffel-Munk, *L'abus dans le contrat*, thèse, LGDJ, 1999, n$^{os}$ 701 et s.）。これらの主張を踏

まえると、明文の規定なくして競業避止条項が不法であるとされる場合には、契約締結時に無効原因が存する場合と契約締結後の事情が考慮される場合とがあると考えられるため、この問題の分析は、今後の課題としたい。

(99) Cass.civ. 1re, 18 mai 1976, Bull. I. n° 175.

(100) C.A.Paris, 30 avril 1963, D. 1963, jur. 423.

(101) 一定の勤続年数に達している労働者が解雇される場合、重大な非行を犯していないことを条件として、労働者には補償金が支払われる。これを、解雇補償金という（中村紘一・新倉修・今関源成『フランス法律用語辞典（第二版）』（三省堂、二〇〇二年）一七〇頁）。解雇補償金は、一九六七年七月一三日の法律によりはじめて法定された。［仏29］判決は、同法律制定前のものであり、同判決で求められた解雇補償金は、おそらくは労働協約により約定されたものであると思われる（フランスにおける使用者による解雇と被用者の保護制度については、中村紘一「フランスにおける一九七三年七月一三日の法律による解雇法制改革の研究」比較法学一〇巻一号（一九七五年）八七頁、野田進「フランス解雇法における『無効』と『復職』・序論」前田達男ほか編『労働法学の理論と課題』（有斐閣、一九八八年）六四三頁、同「フランス解雇法における『無効』と『復職』―続論―（一）（二・完）」阪大法学一四五・一四六巻（一九八八年）三四五頁、同一四八巻（一九八八年）一〇九頁が詳しい。）。

(102) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 499.

(103) C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 499 note 538.

(104) 今日のフランスでは、価格統制に関する規制が撤廃されている。すなわち、価格の自由および競争に関する一九八六年一二月一日のオルドナンスにより、フランスの経済政策が、それまで価格統制をしていた政府介入主義から、市場機構、競争原理を尊重する競争政策へと路線変更され、価格統制も撤廃された（一九八六年一二月一日のオルドナンスの内容や、フランスの競争政策におけるその位置づけについては、和田聡子『EUとフランスの競争政策』（NTT出版、二〇一一年）四二頁以下を参照。）。

(105) Cass.req., 9 décembre 1946, G.P. 1947, I. 63.

(106) 価格統制違反と無効の範囲が問題となった判例および学説については、次章で詳しく検討する。

(107) G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 501.

（108）学説の多くも、一部無効により解決すべきであったと指摘する（G.Farjat, *op.cit.*, thèse, n° 502 ; Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n^os^ 234 et s.）。
（109）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 500.
（110）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 503.
（111）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 283.
（112）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 504.
（113）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 506.
（114）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 507.
（115）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n° 507.
（116）たとえば、前掲注（108）に記載の学説のほか、J.Ghestin, note, D. 1980, p.283.
（117）Ph.Simler, *op.cit.*, thèse, n° 241.
（118）C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, thèse, n^os^ 778 et s.

### 第三款　本節のまとめ

本節では、当事者の意思を原則的な基準として無効の範囲を画定する伝統的な一部無効論に対して理論的な批判を展開したティビエルジュの見解を中心に検討をした。彼女の一部無効論の特徴と問題点を整理するならば、次のようにまとめることができよう。

ティビエルジュの一部無効論の特徴のひとつは、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮すべきでは

ないとした点である。ティビエルジュによれば、一部無効とは、無効と同様に、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであり、無効の範囲は、違反された規範の目的を考慮して画定されるべきだとされる。客観的なサンクションであるゆえに、当事者の意思を考慮することはできず、また、当事者の意思を考慮するならば、違反された規範の目的が達成されない可能性があるという。

前節で検討したシムレールの一部無効論と比較をするならば、同じく無効の本質を一部無効を正当化する出発点としながら、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思が考慮されるかにつき両者で異なる結論に至った。その理由として、次の二点を指摘できよう(119)。

第一は、ティビエルジュが「無効とは法的なサンクションである」ということの意義を明確にしたうえで一部無効論を展開した点である。すなわち、ジャピオにより新無効論が提唱されると、無効の本質は、行為の状態から、法的なサンクションであると捉えられるようになった。しかし、「法的なサンクションである」とは何かについては、これまで説得的に議論を展開した学説があったとはいいがたい。本節第一款でみたとおり、ジャピオにより提唱された「攻撃権としての無効」は、当初から、それにより捉えることができない問題があるとして批判にさらされ、行為の状態を考慮することの重要性が説かれた。これにより、今日の学説が、行為の状態を無効の本質とする古典的無効論へ回帰したかというと、そうではなかった。ティビエルジュは、行為の状態は無効原因であり、攻撃権は無効というサンクションの発動を要請するひとつの手段であり、無効は実体法レベルでのサンクションであると整理した。そして、無効というサンクションの意義につき、これを行動に対して課される主観的なサンクションではなく、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであることを指摘したのであった。このような無効の本質に関する議論は、多分に理論的な説得性をもって展開されていたように思われる(120)。したがって、理論的には、無効の範囲を画定するにあたり、当事

者の意思を考慮すべきではないということになろう。

もっとも、第二に、シムレールが無効の範囲を画定するにあたり法の目的という基準とともに当事者の意思が基準となるとした要因のひとつには、判例が当事者の意思に言及をすることにより無効の範囲を画定していたという事情があったように思われる。これに対して、ティビエルジュは、判例のなかには、当事者の意思を考慮せずに無効の範囲を画定するものがあること、また、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定する判例も、実際に当事者の意思を考慮しているかは疑問であり、違反された規範の目的が考慮されて無効の範囲を画定していると考えられることを指摘する。実際、彼女が検討をした判例をみるかぎり、そのようにいうことができよう。しかしながら、シムレールが検討をした事案類型と比較するならば、ティビエルジュの一部無効論が、判例が当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定する事案のすべてに当てはめることができるものであったかについては、疑問が残るように思われる。つまり、彼女の一部無効論では、裁判例および学説が無効の範囲を画定する際に当事者の意思を考慮していた一定の事案について、目的論的基準により画定されるならばどのような結論に至るのかが判然としないのである。

その最たる例として、複合的な契約における一方の行為の無効がそれと不可分な関係にある他方の行為の消滅をもたらすかが問題となる事案を挙げることができよう。ティビエルジュは、たしかに、秘匿行為と表見行為との無効の問題を扱ってはいるものの、この問題は、違反された規範の目的から、当事者の意思に基づく不可分性を否定する場合であった。これに対して、複合的な契約における不可分性が問題となる事案のなかには、一方の行為が錯誤に基づき無効となる場合もある。このような場合に、当事者の意思に基づく不可分性が、違反された規範の目的との関係でどのように位置づけられるものかについて、ティビエルジュは言及していなかった。

そのためであろうか、今日の学説の多くは、ティビエルジュの一部無効の捉え方を引用するものの、その論理的な難

点を示すことなく、一定の事案類型においては、依然として、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思が影響を及ぼしている、または及ぼすべきであるとしているのである(121)。

(119) シムレールの一部無効論については、本稿（二）第一章第二節を参照。

(120) たとえば、近年出されたテーズにおいては、一部無効を論ずるにあたって、ティビエルジュの無効および一部無効の捉え方が援用されており、一定の理解が示されているように思われる（O.Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse, PUAM, 1999, n° 559 ; M.Mekki, *op.cit.*, thèse, n^os^ 976 et s.）。ただし、これらの学説は、無効の範囲を画定するにあたり、完全に主観的な要素が排斥されるとは主張しない。

(121) たとえば、ゲスタンは、ティビエルジュのテーズの前書き（préface）において、ティビエルジュが無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を考慮すべきでないとしたことについて、「過度に（exagérément）」当事者の意思を無視するものだと批評する（J.Ghestin, préface de la thèse de C.Guelfucci-Thibierge, *op.cit.*, p.XIV.）。

## 第四節　本章のまとめ

本章では、フランスにおける一部無効論の理論的な対立を中心に検討してきた。その対立を振り返り、いかなる問題が残されていたかを確認し、次章で本稿が取り組むべき課題を明らかにしたい。

まず、フランスにおいて、一部無効は、無効の本質から、すなわち、無効とは法的なサンクションであることから、違反された規範の目的により無効の範囲が画定される必要があるとして、その理論的な正当性が指摘された。もっとも、

シムレールをはじめとする伝統的な一部無効論の論者は、無効の範囲を画定するにあたり無効規範の目的を考慮する必要性に言及しながらも、原則的な基準は当事者の意思であるとしていた。

これに対して、ティビエルジュは、一部無効が無効の本質という点から正当化されるものであるとすれば、当事者の意思は無効を課す基準とはなりえないと批判した。すなわち、ティビエルジュによれば、無効および一部無効は、違反された合法性を回復するために課される客観的なサンクションであり、無効の範囲は、違反された規範の目的により画定されることとなる。

ところで、二〇世紀初頭に無効論が変容を迎えて以降、無効の本質は、行為の状態ではなく、法的なサンクションであると捉えられるようになった。しかしながら、「法的なサンクション」ということの具体的な意義については、学説の一致をみていなかった。ティビエルジュの一部無効論は、「無効は法的なサンクションである」とはどのような意味かを詳細に検討し展開されたものであり、彼女の無効および一部無効の捉え方は、理論的な説得性をもっていたと評価することができた。

しかし、ティビエルジュの一部無効論は、学説上、確固たる地位を獲得するには至らなかった。彼女の一部無効論は、過度に当事者の意思の考慮を否定するものであると批判され、今日の学説は、依然として、法の目的と当事者の意思とを、無効の範囲を画定するための基準として挙げている。

もっとも、今日の学説が、当事者の意思を考慮して無効の範囲を画定すべきであるとする事案をみるならば、今日の学説が考慮すべしとする当事者の意思の内実や役割と、シムレールがいう当事者の意思の内実と役割とは、同一でないように思われる。

本章第二節でした分析によると、シムレールの一部無効論において、考慮されるべき当事者の意思の内実および役割

は、次のように考えられた。

まず、シムレールは、判例が用いる諸概念を通じて議論を展開しながらも、当事者の意思の内実につき、判例を批判した。すなわち、判例が当事者の現実の意思を考慮して無効の範囲を画定しようとしていたのに対し、シムレールは、それを不可能であるとして、考慮されるべき当事者の意思とは、一方当事者の仮定的な意思であると指摘した。

そして、このような当事者の意思を考慮することで果たされた役割は、一部無効というサンクションを課すことを正当化するためであったということができた。というのも、シムレールの一部無効論は、広範な事案類型を包摂するものであり、そのなかには、代金等の量的な部分を縮減する事案類型が含まれていた。この事案類型においては、一部無効が課されることにより、当初当事者が意図していた契約内容とは明らかに異なる契約内容となる。それゆえ、このような縮減を課すことについても、当事者の意思を基準とする一部無効論の枠組みで捉えることが可能であるとするならば、シムレールの一部無効論における当事者の意思の考慮は、契約の解釈の問題を解決する役割を有していたのではなく、サンクションを課す基準として、当初意図していた契約内容とは異なる内容を当事者に課すことを正当化する役割を有するものであったと評価できる。

これに対して、たとえば、今日の学説が当事者の意思を考慮して無効の範囲が画定される問題だとする、複合的な契約のうちの一方の行為が無効であるとき、その無効が他方の行為に影響を及ぼすかという問題をみるならば、この当事者の意思の考慮は、シムレールの一部無効論におけるような内実や役割を有するものなのだろうか。契約時における両当事者の意思を明らかにすることが、結論として無効の範囲の問題を解決することになっているだけではないかとも考えられるのである。

ティビエルジュの一部無効論に再び目を戻すと、彼女は、当事者の意思を、一部無効という客観的なサンクションの

基準となりうるものではないとした。この指摘は、たしかに、当事者の意思に対してシムレールが指摘するような役割をもたせ、サンクションの基準として位置づけることを説得的に否定するものとなりうるように思われる。しかし、契約の解釈の問題と無効の範囲の画定という問題とがどのような関係にあるかについては、不明なままである。まさにこの関係を検討することが、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手掛かりとなるように思われる。

そこで、次章では、今日の学説が、どのような事案類型で当事者の意思を考慮しており、そこにおける当事者の意思の内実やそれを考慮することの役割がいかなるものかを検討し、それと本章で検討をした一部無効の本質とがどのような関係にあるかを明らかにしていくこととしたい。

〔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」（二・完）

## ――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：議論を停滞させる力学
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、六六巻六号）

（以上、本号）

# 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

本章は、トロント・サミット後から二〇一一年九月にＥＵ共通の金融取引税を導入する法案が提出されるまでの期間を分析する。Ｇ20レベルでの「非決定」を経て、金融取引税の検討の場はＥＵへとシフトするが、ＥＵでも当初は引き続きグローバル・レベルの金融取引税の実施が志向されていた。それがＥＵレベルでの実施へと変化したのである。なぜそのような方針転換が起こったのか。本節では、まずＥＵ法案提出に至るまでの経緯を時系列で概観する。そして最後に、法案提出に関する問いと二つの仮説を提示する。

前章で述べたように、トロント・サミット直前に開かれた欧州理事会ではグローバル金融取引税を支持する声明が出されていた。それを受け、ＥＵでは同税の審議を二〇一〇年九月の閣僚理事会の経済・財務相理事会会合（以下、ＥＵ財務相会合と表記）にて実施することになった(1)。

同会合では、金融取引税に対するＥＵ諸国間の広範な対立が改めて浮き彫りとなった。オズボーン英財務相は「金融取引税が実践的に機能するようには見えない」と反対の立場を表明し、フィンランドもそれに続いた。金融取引税を擁護したのはラガルド仏財務相とショイブレ独財務相（Wolfgang Schäuble）だったが、彼らは議論を促進させるような積極的な行動はとらなかった。ラガルドは「技術的には可能だが、実践上は難しい」、「政治的には望ましく、財政的には予測できない」と、反対派のオズボーンと同じ趣旨にもとれるコメントを発表した。一方ショイブレは、金融取引税は技術的に実現可能であり、一般財源に貢献するより適切かつ公平な方法の一つだと述べたが、ドイツ一国だけで実施することはないと明言した(2)。

それから約一カ月後の二〇一〇年一〇月、欧州委員会が行動を起こす。欧州委員会は、これまでさまざまに議論されてきた金融セクター課税についてＥＵが採るべき行動を提言する文書を発表した(3)。同文書で欧州委員会は「（金融危機を引き起こした）金融セクターによる財政への公平な貢献の必要性」および「（財政危機という）今日の経済環境における各国政府の新たな収入源の緊急の必要性」にもとづき、二本立ての提案を打ち出した。

一つはグローバル・レベルの金融取引税、もう一つはEUレベルの金融活動税の実施である。前者は開発・気候変動の資金源として、後者はEUの税収増かつ金融市場の安定化の手段として最適だと提示された。しかしながら、後に提案されるEUレベルの金融取引税について、本文書は「考えうる」選択肢ではあるが、グローバルな導入がより望ましいと慎重な立場を示していた(4)。

二〇一一年に入ると、欧州委員会は金融セクター課税に関する意見公募（Public Consultation）などを実施し、自身の二本立て提案に関する情報収集を積極的に行っていく。これは「インパクト・アセスメント」という、施策を実施することで見込まれる社会・経済的な影響を検討・評価する報告書の土台となり、最終的にはEU金融取引税という政策オプションを正当化するための重要な材料となる。

二〇一一年三月には、一つの契機となる決議を欧州議会が採択する。「グローバルおよびヨーロッパ・レベルの革新的資金調達」に関する決議にて、欧州議会は採りうる施策の一つに金融セクター課税をあげ、とりわけ金融取引税の実施を支持した(5)。ここで着目すべきは、もし金融取引税のグローバル・レベルの議論が失敗した際には、同税をグローバルな実施の「第一段階として（as a first step）」EUレベルで先行して導入すべきと提示されたことである(6)。

これをきっかけに、にわかに金融取引税の議論が再活性化する。決議採択の三日後に行われたユーロ圏欧州理事会は「ユーロ圏、EU、国際」レベルの金融取引税の導入について「さらなる検討」を進めていくことに合意した(7)。ここでユーロ圏やEUレベルの実施可能性が示唆されたことは、欧州議会決議に明らかに呼応している。一方、同月に開かれたEU全体での欧州理事会は「グローバル金融取引税」に関する「さらなる検討」への合意にとどまった(8)。

EU金融取引税の提案を決定付けたのは、欧州委員会のバローゾ委員長の発表であった。二〇一一年六月、バローゾは次期のEU多年度財政枠組み（二〇一四～二〇年）の中で、EUの独自財源として金融取引税を導入する案を公表した(9)。ここでEU金融取引税法案が欧州委員会から正式に提案されることが明らかとなった。

同年八月には従来からの賛成派、ドイツとフランスがEU法案提出を後押しするような動きを見せる。メルケル・サルコジ両首脳は、金融取引税をEUレベルで提案することを示唆し、それに基づき両国財務相は翌月、立法権をもつ欧州委員会に向

けて同税の設計方針に関する共同提案を行った。

仏独のバックアップも得て、二〇一一年九月二八日、欧州委員会はＥＵ全加盟国にわたって金融取引税を導入する法案「金融取引税のＥＵ共通システムに関する指令案」を公表するに至った。

以上の経緯から生じる最大の疑問は、欧州委員会は当初消極的な評価を下していたにもかかわらず、なぜＥＵレベルの金融取引税の導入を提案したのか、である。それは、金融取引税の実施レベルとして捉えれば「グローバル」から「ＥＵ」への変容に、ＥＵレベルの施策として見れば、金融活動税から金融取引税へ「路線変更」されたと見ることができる。(10)

これに対し、第一章で論じたＥＵの政策形成過程の特性から二つの仮説を立てることができる。第一に、立法権をもつ欧州委員会が自律的に方針転換したという仮説、第二に、その欧州委員会に態度変容を迫る政治的圧力があったという仮説である。以下、第一の仮説を第二節で、第二の仮説を第三節で検討する。

## 第二節　欧州委員会の役割：ＥＵ法制化の正当化と誘因

ＥＵで金融取引税の検討が本格化してから法案提出に至るまで、欧州委員会が取り組んだことは主に三つある。①二本立ての提案文書の発表、②情報収集とインパクト・アセスメントの作成、③ＥＵ独自財源化案の発表である。以下、これらの取り組みの背景や経緯を詳細に分析することで、欧州委員会の意図や思惑に接近し、ＥＵ金融取引税法案の提出の背景に欧州委員会の自律的な方針転換があったのかを探る。

### ①　二本立て提案文書の発表

当時、欧州委員会で税制を担当していたシェメタ委員（Algirdas Šemeta）は、グローバル金融取引税とＥＵ金融活動税という二本立ての提案文書の発表にあたり、以下のように述べた。

「金融セクターへ課税する良き理由と、それが実現可能な方法がある。私は今日、欧州委員会によって提起されたこのアイディアが、ＥＵおよびグローバル・レベルの喫緊の課題に対し、金融セクターによる公平な貢献を実現するための正当な取り組みであることを確信している。(11)」

金融セクター課税を実施する「良き理由」と、それが「公平な貢献」だという論拠は、提案文書によれば三つある。第一に、金融セクター課税は過度なリスクテイクによって生じる悪影響を減少させ、効率的かつ安定的な金融市場の実現に寄与する。第二に、政府から救済支援を受けた金融セクターは、ヨーロッパの経済と財政の再建に正当に貢献すべきである。第三に、金融セクターが付加価値税の例外となっていることを見直すべきである。これら三つの論拠に加え、国際社会では開発や環境問題を解決するための革新的資金調達が必要とされていることも付言された(12)。

付加価値税例外という論拠を除き、欧州委員会の提案内容は金融セクター課税をめぐるこれまでの国際社会の議論の延長線上にあることがわかるだろう。特筆すべきは、G20サミットで調査委託を受けたIMFの結論とは異なり、金融セクターに「資金拠出」以上の貢献を追求する立場が打ち出されている点である。欧州委員会は、金融市場の安定化に資する「報酬規制」や「取引抑制」に資する金融活動税や金融取引税の実施にEU諸国が共同で取り組むべきだと提起したのである。なお、これは「資金拠出」が不要だということを意味しない。それについては、EU共通の銀行税や危機対策基金の提案が別立てで進められていた。

提案にあたり欧州委員会が強調したのは、EU諸国は昨今の危機へ対処するために銀行税などさまざまな取り組みをそれぞれに進めているが、こうした措置を「協調的枠組み」のもとに発展させていかなければならないということである。そうでなければ、各国の税制デザインに差異が生じ、租税回避や市場の歪み、ひいては二重課税やEU域内単一市場の分断につながる恐れがある(13)。ここには、EU共通の税制が必要だというもっとも基本的な法的根拠が示されている。

二つの施策のレベル、すなわち「グローバル」金融取引税と「EU」金融活動税の提案理由は以下のように説明された。金融活動税は金融機関の報酬や利益に課税する「企業」への課税である一方、金融取引税はグローバルに飛び交う「取引」への課税である。「企業」活動は各国で広範に展開されているため、各国の財政強化に資する税収が見込まれる。一方、「取引」活動はグローバルに連結された一部の金融センターで密に行われているため、租税回避や市場の歪みを起こさないようにするためにはすべての金融センターにグローバルに課税されるべきである。この場合、巨大な金融センターを擁する国で顕著に税収があがることになるが、その税収は世界中のトレーダーからの

貢献という性質をもつため、グローバルな目的にこそ貢献すべきである。

以上の説明から、ＥＵレベルの金融取引税は望ましい選択肢でないという論理的結論が導かれる。前節で述べたように、本提案文書ではＥＵレベルの金融取引税に懐疑的な評価が下されていた。「金融産業がグローバルかつ相互に連結されていること」に鑑みれば、ＥＵという限定された地域での取引税の実施は最善の選択肢ではないと判断されたのである(14)。

ただし、提案内容は今後柔軟に変化しうることが示唆されていた。ウェブ上に公開されたＱ＆Ａでは、税収使途について今後協議を進め最終的に決定するのは加盟国だと明示された(15)。二本立て提案を通じて「新たな金融セクター課税を導入すべきかどうか、また、その利益を最大化するためにどのように制度を設計・実施すべきかについて、まず合意すること」が目指されたのである。

また欧州委員会は、提案文書のなかで今後のスケジュールを立てていた。本提案について欧州理事会や各加盟国と協議すること、二カ月後のＧ20ソウル・サミットで金融取引税のグローバルな導入を求める立場を表明すること、さらなる調査を進め包括的な「インパクト・アセスメント」を作成し、二〇一一年夏には何らかの政策提案につなげるという計画である(16)。

以上のことから、二本立て提案の発表を通じて欧州委員会が企図したのは、Ｇ20およびＥＵ内の議論を活性化することであったと言える。二本立て提案は確固たる政策オプションとして提示されたのではなく、柔軟に変更する余地があった。したがって、ＥＵレベルの金融取引税に懐疑的な評価が下されてはいたものの、その施策が後に変容する可能性は大いにあったと理解できる。

しかしながら、ＥＵ内での議論はこのあとすぐに活性化されたわけではなかった。最大の問題は、ＥＵ加盟国間の立場が賛否に割れていたことである。前節で述べたように、欧州委員会の文書発表の一カ月前にすでにＥＵ財務相会合で金融取引税の協議が行われ、意見対立が顕在化していた。ＥＵ内での議論が煮詰まらなかったからか、二ヵ月後に迫っていたＧ20ソウル・サミットにてグローバル金融取引税の導入を求めるという予定は実施されずに終わった(17)。

欧州委員会による二本立て提案はまったく意味がなかったのか。少なくとも二〇一〇年中の効果は薄かったと言えるだろう。しかし、欧州委員会による取り組みは翌年以降も粛々と続いていく。二本立て提案は諸国間協議の活性化にはつながらなかっ

たが、翌年の政策提案という自身の最終目標に向けた不可欠な一歩となった。

② 情報収集とインパクト・アセスメントの作成

二〇一一年に入ると、欧州委員会は自身の二本立て提案を具体的な立案につなげるため、積極的な情報収集を開始した。金融取引税や金融活動税について、ステークホルダーからのフィードバックを得ようとしたのである。

具体的には三つの情報収集が実施された。まず二〇一一年二月二二日から四月一九日には、市民に開かれた意見公募が実施された。次に、三月二八、二九日に開催された「ブリュッセル租税フォーラム」では、研究者や実務家の発表や意見交換が行われた。最後に、四月五日には金融セクターの利害団体代表を集めた審議会が実施され、欧州委員会の担当者と意見交換が行われた。

これら情報収集の目的は、具体的な政策提案に不可欠な「インパクト・アセスメント」を作成することにあった。インパクト・アセスメントは最終的に法案の巻末に添付され、政策選択の理由を説明する材料となる。しかしながら、これから検討していくように、情報収集の過程でEU金融取引税の実施を絶対的に支持するような論拠が多く出てきたというわけではなかった。むしろ依然として論争的で、多くの批判があがった。それでもEUレベルの金融取引税が提案されたことに対し、欧州委員会による情報収集とはどのような意味をもったのだろうか。

まず、最初に実施された意見公募について見ていきたい[18]。意見公募にはすべての市民・団体が回答書を送付することができたが、特に銀行、投資家、コンサル、各国政府や規制当局、学者や研究機関、利害団体（social partner）やNGOの回答が奨励されていた。あらかじめ用意された意見書のフォーマットを見ると、かなり包括的かつ専門的な回答が求められたことがわかる。質問項目は全部で五七あり、問題背景についての認識調査といった一般的な質問から、金融取引税や金融活動税の適切な実施レベルや課税原則を問う技術的な質問まで多岐にわたる[19]。

寄せられた総計三六二四通の意見書のうち、大部分にあたる三四一一通は個人の署名請願書で、EUレベルの金融取引税の実施を求めるものであった。残りの約二〇〇通が金融機関やその他私企業、組合や協会、NGOからの回答書である。また一七通と少数ではあるが、一部加盟国の中央・地方政府、中央銀行、欧州議会の政治会派からも回答が寄せられた。

金融セクター課税に関する見解は所属先に応じて真っ二つに分裂していた。基本的に金融機関や金融業界団体はいかなる金融セクター課税も容認できないとし、特にＥＵレベルの金融取引税には域外への資本逃避を懸念し強く反対した。ＥＣＢや一部中央銀行も同様の立場を表明した。それに対しＮＧＯや労働組合、左派政党は、あらゆる取引を幅広くカバーする包括的な金融取引税を導入すべきとし、とりわけＥＵレベルやユーロ圏レベルでの実施を強く支持した。なお興味深いことに、賛成派と反対派はそれぞれに戦略的な協調行動をとったことが見出される。たとえばスウェーデン銀行連盟（Sweden Banking Federation）は、自身が参加している欧州銀行連盟（European Banking Federation）の回答書と同様の立場であるとだけ記述した意見書を提出しているし、欧州議会の政治会派である社会民主進歩同盟（S&D）と一部の組合、ＮＧＯは、まったく同一の文言の回答書を提出している。

ここで着目すべきは、賛否両論の回答があったという側面よりも、相当数の反対意見が寄せられたという事実であろう。なぜなら、そうであったにもかかわらず、のちに欧州委員会はＥＵ金融取引税を提案するためである。金融取引税の導入を推進するアドボカシー活動に従事していたＮＧＯ職員の評価によれば、意見公募は「多くの金融機関から提出された金融取引税の悪影響のリストのようなものでしかなく、建設的なものではなかった」[20]。確かに意見公募の結果だけを見てみれば、そのような評価も妥当かもしれない。

他方で、次のような証言もある。法案作成作業に携わっていた欧州委員会税制・関税総局の政策担当官によれば、意見公募は「現在（各国で）存在する（金融セクター課税に関する）既存レジームについて知る機会」だったと言う[21]。その様子を伺い知ることができるのが、意見公募実施期間中に開催された「ブリュッセル租税フォーラム」である[22]。

同フォーラムには複数の研究者や実務家が招集され、「金融セクター課税」に関する審議会（consultation）が執り行われた[23]。ここでも金融セクター課税に対する賛否の評価は分かれていたが、反対派にも賛成派にも共通していたのは、金融セクター課税に関する実証的なデータ、すなわち「既存レジーム」の実践と帰結を論拠として示していたことである。たとえば租税法の専門家は、過去から現在に至るまで、金融セクター課税はヨーロッパ諸国を含む世界中の多くの国でさまざまな形で実施されてきたことを説明した。他方で、ラテン・アメリカにおける過去の取引税の実践事例を紹介した学者は、市場の流動性

に悪影響を与えうることを批判した。

過去および現在において金融セクター課税の実践例があるという事実は、欧州委員会のEU金融取引税提案を支える強力な正当化材料となる。まず、その施策はまったく新しい取り組みではないという点で、政策実施で失敗するリスクが低いと位置づけることができる。さらに、金融セクター課税をEUの一部諸国がそれぞれに異なるルールで実施しているとすれば、それは域内市場における経済取引の弊害になりかねないため、EUの共通ルール化が望ましいという提案の論拠が立つ。実際、「既存レジーム」の知見を得たと証言した欧州委員会の政策担当官も、EU加盟国のうち一七カ国が何らかの銀行課税を実施しており、EU金融取引税はこうした各国それぞれの課税をEU内で調和（harmonize）することが主目的であることを強調した[24]。

こうして得た知見が存分に生かされたと思われるのが一七の金融業界団体代表を集めて開催された金融セクター課税に関する集中審議会（focused consultation workshop）である[25]。ここで欧州委員会は、これまでの情報収集にもとづく金融セクター課税の調査結果をインパクト・アセスメントの草稿として提示している。それに対し、業界団体は概して課税措置に反対の立場を表明するか根拠の不備を指摘したが、欧州委員会も「既存レジーム」の実践例などを指摘することによって応答・反論した。

以上の情報収集をもとに、EU金融取引税法案に添付されるインパクト・アセスメントが作成された。インパクト・アセスメントの説明によれば、以下三つの基準からEU金融取引税という施策が選ばれた。金融セクターが公的財源へ貢献すること、市場の有害な活動を抑制し安定化させること、域内市場に歪みをもたらさないこと、である。これら三つの基準から評価すると、提案すべき施策は金融活動税よりも金融取引税が望ましいという結論が導き出された。三つの基準はいずれも金融活動税でも満たされるが、金融取引税はより多くの税収を集めることができるという強みをもつ。つまり、金融取引税の方が公的財源への貢献度が高いという点が評価され、政策選択に至った[26]。

欧州委員会の試算によると、金融取引税で見込まれる税収は、EU全加盟国で年間五七〇億ユーロにのぼる。金融機関の利益や報酬への課税である金融活動税に比べ、めまぐるしく飛び交う金融商品の売買ごとに課税する金融取引税から見込まれる巨額の税収は、財政再建化を進めるEUにあって施策を正当化する強力な論拠となった。シェメタ税制担当委員の後の発言によ

れば、当初、欧州委員会税制・関税総局内では金融活動税も実施可能だと判断されていたが、より多い税収が見込める金融取引税を提案するに至ったという[27]。欧州委員会内部の立案過程において、税収の大きさが焦点になっていたことが伺える。

以上のことから、情報収集とインパクト・アセスメントの作成は、欧州委員会の立案方針を支える根拠固めであったと捉えることができる。それは、欧州委員会が官僚組織として立案を準備するなかで粛々と進められた作業であり、ここから当初懐疑的であったＥＵ金融取引税の提案へ方針転換した直接的な契機は見出せない。ただし、この一連の作業で焦点となった税収の大きさは、すぐあとに述べるように、欧州委員会の組織上の利益追求とも言えるＥＵ独自財源化を提案する誘因となり、自律的な方針転換を促すことになった。

③　ＥＵ独自財源化案の発表

二〇一一年六月、欧州委員会のバローゾ委員長は、同月の欧州理事会でＥＵ金融取引税を協議するよう加盟国に呼びかけた。その協議は同理事会の公式議題に予定されていなかったため、バローゾの呼びかけは世間を驚かせたが、そこから一つの予測が立った。同月末に欧州委員会から発表されるＥＵの中期的予算計画のなかに、金融取引税がＥＵ独自財源として盛り込まれるのではないか、と[28]。

ＥＵ独自財源（own resources）とは、ＥＵの歳入の大部分を占めている収入源である。その内訳は、ＥＵ域外からの関税と砂糖課税（伝統的な独自財源）、ＥＵ域内各国の付加価値税の一部（〇.三％）、各加盟国のＧＮＩに基づく分担拠出金となっている。

二〇一一年六月末、大方の予想通り、バローゾは中期予算計画のなかで金融取引税を新たなＥＵ独自財源として提案した。なお、これはＥＵの税収増を狙ったものではなく、より透明で公平なＥＵ予算を実現するために、そして加盟国の拠出金負担を減らすための提案だと説明された[29]。これをきっかけに、近々欧州委員会がＥＵ金融取引税法案を発表することが確定的となった。

これまでの経緯からすると、欧州委員会は一連の情報収集を終えたあと、二〇一一年四月から六月の間に独自財源化の提案方針を固めたことがわかる。立案準備を粛々と進めてきた欧州委員会は、どのように組織内での意思決定に至ったのだろうか。

金融取引税をＥＵ予算のなかに位置づけることを早くから提言していたのは、欧州議会であった。また欧州委員会も、二本

立て提案のなかでEUレベルの金融活動税を提案していたことから、金融セクター課税をEU財源として提案するという選択肢はあった。そこで、より多くの税収が見込まれる金融取引税をEU財源として提案するという誘因が生まれたのである。

しかし、いくら税収が大きいといっても、論争的な金融取引税をEUレベルで実施することについては欧州委員会内にも迷いがあったようである。なかでも懐疑的な立場を表明していたのは、シェメタ税制担当委員である。意見公募を公開している最中の二〇一一年三月、シェメタはアメリカなくして金融取引税を実施するのは賢明ではないと発言していた[30]。この発言は、当時の欧州委員会の公式の立場を額面どおりに表明したものと言える。なぜなら欧州委員会は、二本立て提案にてEU金融取引税に懐疑的な評価を下していたからである。

他方で、前章で言及したように、バローゾ委員長自身はもともと金融取引税に好意的な立場をとっていた。ある論考では、バローゾ委員長とシェメタ委員の立場の相違に着目し、欧州委員会内には実務レベルの懐疑的な「テクノクラートの信念」を一蹴する「トップダウンの政治的圧力」があったと考察している[31]。しかし、実務レベルでEU金融取引税を主体的に進めようとした動きもあった。立案作業に直接的に携わり、その立役者として「ミスター金融取引税（Mr. FTT）」と呼ばれる欧州委員会税制・関税総局の間接税・税制事務部門の部長、バーグマン（Manfred Bergmann）[32]は、提案に至った理由を以下のように語っている。

> 「IMF報告書を含む経済の文献が、金融取引税はグローバル・レベルで導入するのが望ましいと述べていたことは、我々の印象に強く残った。しかし問題は、グローバル・レベルでの合意がないときだ。〔合意がなければ〕私たちは課税しないままか？それとも、私たちが模範として牽引する（lead by example）のか？[33]」

バーグマン自身がもともと金融取引税に対しどのような選好を抱いていたのかは定かではない。しかし少なくとも、かつて自分の組織が示した二本立て提案から離れ、EUレベルの金融取引税を提案すべきだと認識し、方針転換した契機があったことが伺える。

なぜ欧州委員会は方針転換したのか。次節で検討するように、欧州議会やフランス、ドイツが欧州委員会に行動を促すような側面もあった。しかしバーグマンが述べたように、組織内での

主体的な方針転換があったのも事実である。この欧州委員会の行動をもっとも良く説明するのが、バローゾのＥＵ独自財源化提案である。

ＥＵの財源を調達するために、ＥＵ市民から直接的に徴税する「ＥＵ税」は存在しない。既存のＥＵ財源の一つである付加価値税もあくまで各国の国内税であり、そのうちごくわずかな一定割合がＥＵの独自財源として拠出されることになっている。ＥＵ固有の財源を調達するための共通税は、加盟国の全会一致が必要だという条約上の規定もあり、ほとんど発展してこなかった。そこで欧州委員会は、悲願とも言える新たな独自財源の創設と、金融危機を背景に争点化した金融セクター課税の提案を結びつけることで、提案の付加価値を高め、立案権をもつ官僚組織としての存在価値を高めようと企図したのである。

したがって、欧州委員会が当初懐疑的であったＥＵ金融取引税の提案に舵を切った背景には、テクノクラート的な利益追求にもとづく自律的な方針転換があったと言える。ただしそれは、次節で検討するように、ＥＵ金融取引税の立法化を後押しするような圧力があってこその方針転換であった。とはいえ、かなり論争的なＥＵレベルの金融取引税を提案するに至った背景には、立法権をもつ欧州委員会にとってのメリットがあることが重要だったのである。

## 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

欧州委員会の自律的な方針転換に加え、ＥＵ法案提出に影響を与えた要因が二つあった。検討のきっかけをつくった欧州議会による要請と、フランスとドイツの金融取引税をめぐる思惑である。以下、順に検討する。

### ①　欧州議会の要請

欧州委員会に対し、ＥＵ金融取引税の検討を繰り返し要請していたのは欧州議会であった。なかでもＥＵレベルの金融取引税の導入を早くから主張していたのは、欧州議会の左派政党である。二〇〇九年三月、欧州社会党（Party of European Socialists: PES）の党首ラスムセン（Poul Nyrup Rasmussen）は、「第二世代のトービン税」として、ＥＵの財源に貢献する金融取引税を実施することを提案していた。金融セクター課税が争点化したＧ20ピッツバーグ・サミットより前のことである。これには欧州緑グループ・欧州自由同盟（Greens-EFA）の共

同議長コーン＝ベンディット（Daniel Cohn-Bendit）も同調したが、彼は税収については環境問題のために使うべきだと主張した[34]。前章で述べたように、トロント・サミット前に欧州議会は金融取引税のあらゆる可能性を調査・検討するよう求める決議を採択していたが、そこで「EU予算に貢献する可能性」も検討するよう言及されていた背景には、こうした左派政党の主張があったのである。

欧州議会は、その後も立て続けにEU金融取引税の検討を要請していく。一つの重要な指針を示したのは、欧州議会の「金融、経済、社会危機特別委員会（Special Committee on the Financial, Economic and Social Crisis: CRIS 以下、危機特別委員会）」であった。危機特別委員会とは、世界金融危機の経済・社会的な影響を調査し、今後の危機の発生を未然に防ぐ策を勧告することを目的に、政治会派を超えた欧州議会議員をメンバーとして二〇〇九年一〇月に設立された組織である。二〇一〇年一〇月、同委員会は中間報告書を発表し、そのなかで金融取引税の検討を要請した。そして、同税の実施はグローバル・レベルが望ましいが、もしそれが不可能な場合は「第一段階としてEUレベルで導入すべき」だと提言した。同報告書は一〇月二〇日に欧州議会総会で承認されるが、それはちょうど欧州委員会がグローバル金融取引税・EU金融活動税の二本立て提案を発表した数週間後のことであった。すでにG20レベルの協調がほぼ不可能なことが明らかになっていたにもかかわらず、依然としてグローバル・レベルの金融取引税を提案した欧州委員会に対し、危機特別委員会は一歩踏み込んだ指針を提示したと言えよう。

ただし、欧州議会議員があまねく金融取引税を支持していたわけではなかった。たとえば、危機特別委員会報告書の提案を受け、社会民主進歩同盟グループ（S&D）のポディマタ（Anni Podimata）議員らは「第一段階としてEUレベル」の金融取引税を検討するよう求める決議案を欧州議会総会の採決にかけようとしたが、その試みは欧州自由民主同盟グループ（ALDE）や中道右派の欧州人民党（EPP）によって阻止された[35]。賛否が鋭く対立したのは、欧州議会においても例外ではなかったのである。

しかしその後、ポディマタ議員らによる再度の試みを経て、二〇一一年三月、「第一段階として」のEU金融取引税の検討を求める文言が革新的資金調達に関する決議のなかに盛り込まれ、採択されるに至った。本章第一節で述べたように、この決議は停滞していたEU内での議論を活性化することにつながっ

た。また、より重要なことに、ユーロ圏の首脳が集まるユーロ圏欧州理事会で「グローバル」レベルのみならず「EU」や「ユーロ圏」の金融取引税の実施を検討するという声明にもつながった。

以上のことから、欧州議会は、論争的であるがために停滞しがちな金融取引税の議論を促進させるきっかけを提供してきたと言える。こうした欧州議会の役割に着目して、欧州委員会がEU金融取引税の提案に方針転換した背景には、EU市民による民主的な圧力があったと説明する論考もある[36]。確かに欧州委員会が民主的要請に応えたという側面もあるだろう。しかし、欧州議会内においてさえも金融取引税が賛否両論に議論されていたことは見逃せない。欧州委員会の内部、欧州議会の内部、そして加盟国間においても非常に論争的な金融取引税がEU法として提案されたことは、複合的な要因が交錯した結果だと見るべきである。その要因の一つは、前節で論じた欧州委員会の組織上の利益である。そしてもう一つは、フランスとドイツの思惑であった。

② フランスとドイツの思惑

G20サミットで強力に金融取引税を推進していたフランスとドイツは、トロント・サミットの直後から早々に行動を開始していた。二〇一〇年七月には閣僚理事会の非公式会合で、ラガルドおよびショイブレ両大臣が議長国のベルギーに対し、ヨーロッパ・レベルの金融取引税の検討を進めるよう要請していた[37]。

しかし、第一節で見たように、イギリスを筆頭とする反対派諸国の抵抗は強かった。この頃、金融取引税の賛成派諸国にはフランス、ドイツ、オーストリア、ベルギー、オランダ、イタリア、スペインが名を連ねていた[38]。だがグローバル・レベルはおろか、EUレベルの協調も容易ではないことは火を見るより明らかであった。また賛成派諸国のなかには、グローバル金融取引税なら賛成だが、EUレベルでの実施には慎重な立場をとる国もあった。こうした事情から、フランスやドイツもなかなか積極的な行動をとることは出来ず、金融取引税はしばらくの間、EU諸国間協議の議題から消えてしまっていた。

二〇一一年に入ると、フランスが動いた。フランスは来る一一月のG20カンヌ・サミットのホスト国で、サルコジにとってこれを利用しない手はなかった。サルコジはトロント・サミット以降も引き続き、グローバル金融取引税を革新的資金調達および金融セクター責任追及の手段として求める従来の主張を展

開していた。[39] そして二〇一一年一月、サルコジはサミットのホスト国として、議題に金融取引税を採用することを発表した。これ以降、同月の世界経済フォーラム（World Economic Forum: WEF）年次総会や二月に自国で開催したG20財務相・中銀総裁会合においても、サルコジは精力的にグローバル金融取引税の必要性を訴え続けていった。[40]

サルコジの行動から読み取れるように、彼の狙いはグローバル・レベルの協議を再提起することであって、EUでの議論を進めるためのものではなかった。しかしこのサルコジの野心は、EU法案の提出にも間接的に影響した。というのは、フランスがG20サミットの協議を主導し、グローバル金融取引税の協議が再活性化されれば、EU金融取引税をグローバルな実施に向けた「第一段階」として位置づける欧州委員会の提案内容に整合性が出てくる。この好機を捉え、カンヌ・サミットに向けて精力的に動いたのが、バローゾ委員長である。まずバローゾは、八月末、目下作成作業を進めているEU金融取引税法案をカンヌ・サミットにて提示することで、G20諸国に同税の検討を要請することを発表した。次に九月初旬には、オーストラリア、ニュージーランド、シンガポールへの外遊にて、各国首脳に金融取引税の議論を支持するよう要請した。[41] EU金融取引税の提案の裏側には、G20レベルの議論を再度活性化させたいフランスと欧州委員会の交錯した思惑があったのである。

話をG20レベルからEUレベルへと戻そう。先に述べたように、二〇一一年三月、欧州議会ではEUレベルの金融取引税の導入検討に取り組むよう要請する決議が採択され、その直後のユーロ圏欧州理事会では「グローバル」のみならず「ユーロ圏」や「EU」レベルの実施を検討することが表明されるに至った。しかしながら、ユーロ圏諸国間でその検討がすぐに始まったわけではなかった。ユーロ圏のソブリン危機が深刻化するなか、EUでは欧州金融安定基金（EFSF）の機能強化など喫緊の課題への対処に追われ、金融取引税を集中的に話し合う時間は割けずにいた。

他方で、危機の最中だからこそ、ユーロ圏諸国にとって財政再建化に向けた取り組みは急務であった。とりわけユーロ圏の経済大国ドイツにとって、ユーロ圏の諸国がそれぞれ自律的に安定的な財源を確保することは、自国の出費を抑えるためにも焦眉の課題であった。なおドイツ国内においては、破たん危機に陥った金融機関の救済に費やした公的財源を賄うため、また将来の危機に備えるための基金がすでに設立され、その財源として二〇一一年から銀行税が導入されていた。[42] 財政規律を重ん

じるドイツ首相のメルケルにとって、金融取引税は自国財源を補填する手段として、ひいてはユーロ圏各国の財政再建に資する財源、あるいはユーロ圏の危機対策基金の資金源として魅力的に映る。これこそが、ドイツがＥＵレベルの金融取引税を支持した理由である。ドイツとフランスは双方ともにＥＵ金融取引税を早期に実施させたい理由をもっていたが、その思惑は大きく異なるものだったのである。

フランスとドイツの思惑が違ったとはいえ、両国は同床異夢ながらもＥＵ金融取引税を実施したいという共通目的をもつ。そこで仏独は同税の提案に向け具体的な行動を起こす。二〇一一年八月、欧州債務危機の対応に関する仏独首脳会合において、サルコジとメルケルは、ＥＵ金融取引税の導入を一つの施策として示唆した。そして翌日に発送された欧州理事会常任議長のファン＝ロンパイ向けの共同書簡のなかで、両国の財務大臣が追って同税に関する共同提案を行う予定であることを明らかにした[43]。なお、フランス財務大臣には二〇一一年六月よりバロワン（François Baroin）が就任していた。そして翌月、バロワン・ショイブレ両財務相は、国際またはヨーロッパ・レベルの金融取引税についての提案を欧州委員会宛に送付した[44]。

この仏独共同提案は、欧州委員会の域内市場・金融サービス担当のバルニエ（Michel Barnier）委員および税制担当のシェメタ委員に宛てられた。内容は税設計の方針に関するもので、ヨーロッパの金融市場の競争力を維持しながらも、株式、債券、デリバティブのすべての取引タイプを含む、シンプルかつ低率の課税であるべきと提案された[45]。

仏独による税設計方針は、最終的なＥＵ法案にかなりの程度反映されており、法案内容への一定の影響力があったと考えられる。しかし、欧州委員会の立案作業それ自体を促したとは言えない。その理由は、仏独共同提案のタイミングから推察される。共同提案がなされたのは二〇一一年九月九日で、欧州委員会から法案が発表される一九日前のことであった。このわずかな日数で立案作業すべてが終わるとは考えづらい。法案作成経緯を知るＮＧＯ職員も、筆者のインタビューに対し、法案作成は二〇一一年八月の夏休み期間中、すなわち仏独共同提案の前に行われていたと証言する[46]。

前節で論じたように、欧州委員会はある程度自律的に立案準備を進めていた。とはいえ、早くからＥＵレベルの検討を示唆していたフランスとドイツの存在がなければ、欧州委員会の立案インセンティブも低いままだっただろう。ＥＵ金融取引税は、欧州委員会、そしてフランスとドイツの思惑が重なり合って提

案されるに至ったのである。また、欧州議会からの繰り返しの要請も、検討のきっかけとして不可欠なものであった。論争的な施策が具体的な法案へ結実した背景には、複合的な要因があったのである。

## 第四節　小括：政治的帰結としての法案提出

本節では、EU金融取引税の法案提出という一つの契機が、政治過程上いかなる意味合いをもつのかについて考えたい。法案提出とは、検討の場がG20サミットからEUへシフトした結果でもあり、次章で検討するEU一一カ国間の決定に至るまでの出発点でもある。本稿が分析対象とする全過程のちょうど中間点に位置づけることができる。以下、本章のこれまでの検討を再構成して論じることで政治的帰結としての法案提出を評価し、次章の検討につなげる。

EUでの議論が本格化し法案が公表されるまでの約一年間は、まさに政策形成過程における議題設定の段階であった。第一章で論じたように、議題設定の段階とは「問題の認識」と「課題の選択」から成る。EUではユーロ危機の深刻化に伴い、金融セクター改革や財政赤字問題が強く認識された。そして、財政再建のための「資金拠出」や市場を安定化させる「報酬規制」や「取引抑制」に取り組むべきとして、金融活動税や金融取引税が議論された。具体的な法案が作成されたことから、部分的には政策形成の段階も見出せる。しかしやはり、このあと欧州議会や各加盟国が法案を修正できることから、法案提出とはEUにおける金融取引税の議題設定の成功と捉えることができる。

議題設定が成功した背景には、欧州委員会、ドイツ、フランスの思惑が交錯したという、複合的な要因があることを明らかにした。三者とも共通して金融市場の「取引抑制」や金融セクターの「資金拠出」に問題関心を抱いていたが、それぞれが税収使途に期待するものは異なっていた。三者は最終的には法案提出に向け協力関係にあったが、議題設定を成功させるために密に連携をとっていたわけではない。同床異夢の結果として、EU金融取引税は法案提出へと結実したのである。

同床異夢の「異夢」が税収使途であるなら、「同床」は、金融取引税を実施したくとも身動きがとれないという構造的な制約であった。欧州委員会、フランス、ドイツは、取引税にはアメリカなど主要な金融センターを擁する諸国を巻き込んだグローバルな実施が望ましいことを重々承知していた。しかしG20レベルでの再検討の見込みが立たず、三者はジレンマに陥っ

た。フランスとドイツは資本流出を恐れ、一国で同税の実施に踏み切るという選択肢はなかった。欧州委員会はただでさえ論争的な取引税をＥＵレベルで実施するための論拠を提示する必要があった。

そこで三者の利益を結びつける媒介として機能したのが、ＥＵレベルでの実施をグローバルな導入の「第一段階」と位置づけることである。ＥＵ単一市場を「車輪に砂」の実験場とすることで、三者はそれぞれに利益を得られる。ＥＵという巨大な市場から資本や企業が移転するコストが高く、資本流出は起こりにくいとすれば、フランス、ドイツにとってＥＵこそ最適な諸国間協調の場となる。欧州委員会にとっては、通常実現が難しいＥＵ共通の課税政策を策定すること、そのルールを世界に発信すること、さらにはＥＵ独自財源を新たに創設する可能性が拓けることから、官僚組織としての存在意義を高めることができる。グローバル・レベルへの「第一段階」というＥＵ金融取引税の位置づけは、同床異夢の三者を結びつけた共通利益として重要な意味をもつのである。

ここで、少し法案内容について見てみよう。ＥＵ金融取引税法案は、政策目的として以下の三項目をあげている。(47)

――非協調的な国内租税措置が増えていることを念頭に、金融サービスの域内市場において分断が生じることを避ける。

――金融機関が昨今の危機の費用をまかなうための公平な貢献を行い、租税の観点からその他のセクターと公平な競争環境を確保する。

――金融市場の効率性を強化しないような取引を適切に抑制するための措置（disincentives）を創設し、将来の危機を回避するための規制措置を補完する。

完結に述べれば、課税の共通ルール化、金融セクターの「資金拠出」、市場の「取引抑制」の三つである。まさに欧州委員会が練り上げてきたＥＵ法制化の論拠がバランスよく示されている。

具体的な内容に入ると、課税対象の金融商品、税率、納税者、課税原則など税設計についての規定が並ぶ。株式、債券、デリバティブと包括的な課税対象を設定した狙いは、租税回避のために課税対象外の取引に移行することを防ぐことだと説明されている。

欧州委員会にとって立案の誘因となった独自財源化をはじ

め、フランスやドイツの思惑がからんだ税収使途に関する規定はない。その理由は、二本立て提案を発表した際に欧州委員会が正しく述べていたように、税収使途は最終的に加盟国が決定する権限をもっているからである。とりわけ独自財源化については、別途の立案が必要となる。したがって税収をめぐる議論については、立案背景として法案の導入部分に付言される形にとどまった。

ここから、税収使途の「異夢」についてはほとんど検討されないまま法案提出に至ったことがわかる。実際、欧州委員会やフランス、ドイツのみならず、金融取引税の推進主体はその税収にさまざまな「夢」を投影していた。政治会派の緑のグループや国際NGOは、開発、環境、感染症といった地球規模課題のための革新的資金源として関心を寄せていた。多くの労働組合は、各国の雇用や経済成長、投資へ活用すべきと考えていた[48]。市民団体のなかには、国際的な目的と国内的な目的に半分ずつ税収を割り当てる案を主張するものもあった。ドイツは概して危機対策基金として、国家財源とすることを見込んでいた。これらの「夢」は、必ずしもEU独自財源化とは相容れない。税収をめぐる見解のすり合わせがされなかったことから、法案提出には賛成派内の議論を後回しにした側面があったと言える。

さらには、具体的な税設計についても議論の余地が残された。複雑な契約形態のデリバティブ取引の徴税は難しいことが予想されるが、それを技術的にどう克服するのかは明示されていない。また従来のトービン税の課税対象である通貨取引は、課税対象に含められるかどうかあいまいだった[49]。つまり、法案の主たる規定内容である税設計についても充分には煎じ詰められておらず、さらなる検討や協議が必要な状況にあった。

税収使途のみならず、課税対象にも多様な「夢」を投射できる余地があってしまうと、後に問題化してしまうのではないか。それについては、城山が論じる「同床異夢」の合意形成の可能性が参考になる。すなわち、「一定のオプションの持つ便益とリスクが各々多面的」なとき、「可能な限りの多様な便益を明らかにすることが必要」となる。しかし問題となるのは「場合によっては、トレードオフの中での選択を強いられる」ような状況や、そのために合意形成にかなりの時間がかかってしまうことである[50]。これは後にEU金融取引税への参加を表明する「有志連合」の一一カ国が実施法策定に難航することに対し、示唆的である。

しかしながら、賛成派内の同床異夢という問題以前に、より

根本的な問題があった。それは、反対派諸国の存在であった。EU金融取引税法案は、EU全加盟国の全会一致で可決されなければならない。にもかかわらず、法案提出に至るまでの過程で、反対派を取り込むための機会はほとんど設けられなかった。欧州委員会は情報収集を通じて反対派の意見も聞いてはいたが、最終的に法案を採択する権限がないこともあり、対話や説得は必然的に後回しとなった[51]。ここにもまた、法案提出が成功裏に終わった裏側には議論の先送りという側面があったことが見出される。それは、法案の全会一致採択の断念と、一一カ国の分派グループを生み出すことにつながっていく。

## 第四章　対立と分裂：二〇一一年～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

二〇一一年九月に公表されたEU金融取引税法案（指令案）の可決には、閣僚理事会の全会一致と欧州議会の承認が必要となる。本章は、法案発表の翌月二〇一一年一〇月から、ユーロ圏の一一カ国が先行して金融取引税を実施することを決定した二〇一三年一月までの期間を分析対象とする。前章と同様、本節ではまず全体的な経緯をふまえ、問いを設定する。

閣僚理事会と欧州議会の審議結果だけを追うのであれば、その経緯は非常にシンプルである。まず欧州議会では経済・金融問題委員会（Committee on Economic and Financial Affairs: ECON）にて審議が始まり、二〇一二年四月に同委員会会合で修正法案が可決された。翌月五月には本会議で採決にかけられ、賛成票四八七、反対票一五二、棄権票四六にて可決された[52]。

閣僚理事会のEU財務相会合では二〇一一年一一月に法案発表後初めての審議が行われたが、同会合では賛否が鋭く対立し議論の進展はほとんどなかった。これ以降、議論の場は閣僚理事会を準備する作業部会へとシフトし、各加盟国を代表する専門家が技術的検討を進めていった。二〇一二年に入ると課税対象を株式取引にのみ狭める妥協案も検討されたが、それでも全会一致採択の見込みは立たなかった。二〇一二年六月にはEU財務相会合にて全加盟国での採決が断念される。しかし一部諸国が「先行統合」手続きの活用を希望したため、以降はその検討を進めていくことになった[53]。

ここで「先行統合（Enhanced Cooperation）」手続きについて確認しておこう。これはEUにおいて全会一致が難しく、し

かし一定数の諸国がその施策の実施を強く希望する場合、「最終手段として（as a last resort）、複数の構成国で統合を先に進めることを可能にする」法的手続きである[54]。リスボン条約下のEU条約第二〇条において、先行統合手続きは以下のように規定されている[55]。まず、EUの目的の実現を促進し、利益を保護し、統合過程を強化するものであること。次に、目的が合理的な期間（reasonable period）内に達成されず、少なくとも九加盟国が参加する場合、理事会による最後の手段として採択されること。その際、理事会のすべての構成員は討議に参加可能だが、投票は先行統合に参加する加盟国のみで行う[56]。なお、EU金融取引税は同手続きを活用する三件目の事例で、経済・金融分野においては初めての試みとなった[57]。

二〇一二年一〇月、フランス、ドイツの呼びかけに応じた一一カ国が先行統合の枠組みに参加する意志を表明した。これを受けて欧州委員会は、先行統合に関する法案「金融取引税の領域における先行統合を容認する（authorising）する決定案」を公表した[58]。同法案はEU全加盟国の可決を目指した旧法案の政策目的を踏襲しつつ、先行統合手続きを利用することになった経緯について、先に述べたEU条約二〇条等の規定に即した形で説明している。

本手続き法案に対する審議は迅速に取り組まれた。二〇一二年一二月一二日、欧州議会は賛成五三三票、反対九一票、棄権三二票の圧倒的多数で先行統合の法案を採択した[59]。「議会によるお墨付きを獲得」したのち[60]、年をまたいだ二〇一三年一月二二日、同法案はEU財務相会合で特定多数決にて採択された。チェコ、ルクセンブルク、マルタ、イギリスは棄権した。こうして「車輪に砂」のアイディアは、ユーロ圏一一カ国の共通の取引税として、史上初めての実現に向け具体的な一歩を踏み出した。

EU全加盟国での実施は叶わなかったとはいえ、そこで議論が頓挫することなく、一一カ国が歩みを進めることができたのはなぜか。金融取引税に反対する諸国や金融セクターは、これを止めることは出来なかったのだろうか。

第一章にて論じたように、EUにおける政策形成と意思決定の段階では、合意可能な「連合」を形成できるかどうかが政策形成過程のカギとなる。先行統合に参加する一一カ国のグループこそ、まさに議論の進展を可能にした「有志連合」と言える。それでは、なぜ早々にこの連合を形成することができたのか。先行統合の検討を開始してから一一カ国が参集するには数ヶ月しかからなかった。法案発表から全会一致採択の断念を決定す

るまでには一年もかかっていない。一一カ国の有志連合は、なぜ、どのようにして形成されたのだろうか。

本章では、ＥＵ金融取引税の有志連合がいかにして形成されたかという問題に対し、二つの観点から検討を行う。第二節では、ＥＵレベルの協議に焦点をあて、どのように全会一致採択が断念されたのか、またその中で先行統合手続きの活用がどれほど前から意識されていたのかを探る。第三節では、連合形成を牽引したフランスとドイツの国内事情に着目し、なぜ迅速に先行統合手続きが承認されるに至ったのか、その早期行動を促した要因を分析する。

## 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

全会一致採決を断念するまでの経緯は、対立の過程そのものであった。これまで見てきたように、金融取引税は常に論争の渦中にあったが、具体的な法案が発表されると、反対派は議論の進展を阻止するためにこれまで以上に声高に異議を唱え、賛成派との溝は深まるばかりであった。

二〇一一年一一月八日のＥＵ財務相会合における、反対派の最右翼、オズボーン英財務相の攻勢はすさまじかった。「もし我々がグローバルに金融取引税の実施に合意できるのであれば、それは良いことだろう。しかしそれは起こりそうもない」。こう述べたうえで、オズボーンは「ヨーロッパ経済の危機の最中、明らかに全会一致が見込めない」本法案は「レッド・ヘリング」だと称した[61]。反対派が明らかに存在するにもかかわらず、全会一致が必要な法案を議論するのは不毛だと喝破したのである。さらには「誰に税金を払わせることになるか、現実的になるべきだ」と、金融取引を通じて年金基金を運用する市民に多大なコストを課すことになりかねないという経済的悪影響を指摘した[62]。

イギリスの反対にはスウェーデンも続いた。スウェーデンはかつて単独で金融取引税を実施した際に深刻な資本流出を経験したとことから、一貫して反対の立場をとっている。オズボーンも資本流出の可能性について、「アメリカや中国を含めずに流動的な金融取引へ税を課す案は、イギリスやヨーロッパにとっての経済的自殺となるだろう」と問題視した[63]。この発言にじみ出ているように、イギリスがもっとも憂慮しているのは、自国に多大な利益をもたらす金融街シティへの打撃である。

反対派の攻勢に対し、賛成派ショイブレ独財務相は「イギリ

スら非ユーロ圏の諸国は単一通貨圏とその他ＥＵ諸国に相違をつくることについて注意深く検討すべき」と苦言を呈した。ショイブレは諸国間の対立構図を「ユーロ圏」対「非ユーロ圏」と捉えていたことが伺える。またイギリスらが強硬に反対するのであれば、ユーロ圏諸国だけで金融取引税を実施する可能性があるとも言及した[64]。

この時、ショイブレの念頭にはすでに先行統合手続きがあったと考えられる。なぜなら、金融取引税の実施範囲を「ユーロ圏」というＥＵ内に確立した通貨同盟グループに限定するとしても、法案可決には加盟国の全会一致を回避する法的手続きが必要となるからである。

しかし、ユーロ圏にも反対派諸国は存在した。その代表はオランダ、ルクセンブルク、アイルランドである[65]。年金システムを株式市場で運用しているオランダは、オズボーンが指摘した経済的悪影響を問題視した。ルクセンブルクやアイルランドは低率課税を通じたビジネス誘致を国家経済戦略に採用しているため、ＥＵで課税の共通ルールを創設すること自体に敵対的である。このように、反対派諸国は総じて自国の経済的利益を理由に賛同しえないという立場をとっていた。

金融セクターの反対活動もますます盛んに繰り広げられるようになった。興味深いことに、業界団体や金融機関の反対活動は、ＥＵ金融取引税法案の発表以降、様変わりした。代表的な業界団体の例として欧州金融市場協会（Association for Financial Markets in Europe 以下ＡＦＭＥ）を見てみよう。ＡＦＭＥとは、ヨーロッパを中心に国際的に事業を展開する銀行、ブローカー、法律事務所、投資家など、あまたの市場プレーヤーが所属する、世界でも指折りの業界団体である。これまでもＡＦＭＥは、欧州委員会の意見公募へ金融セクター課税に強く反対する回答書を提出するなど、反対活動を展開していた。同協会のＣＥＯのサイモン・ルイス（Simon Lewis）は、折に触れプレス・リリースを通じて取引税の経済的悪影響を批判してきた[66]。その他の業界団体や金融機関も、これまでは概してプレス・リリースの公表やメディアへのコメント発表を通じて反対の声をあげていた。それが具体的な税設計を含むＥＵ法案が出たことで、法案内容を仔細に分析し批判する報告書が出され始める。たとえばＡＦＭＥは他二団体とともに、オックスフォードに本拠地をおく経済コンサルティング会社オクセラ（Oxera）へ調査を委託し、二〇一一年一二月、『ＥＵで提案された金融取引税の経済的影響はどれほどか？　欧州委員会のインパクト・アセスメントの評価』と題した調査報告書を刊行している[67]。法案発表

を契機に、これまでよりも専門的かつ体系的な反対活動を展開することが可能になったのである。さらにＡＦＭＥは、二〇一一年一〇月から一一月の間、欧州委員会税制・関税総局の担当者と複数回会合をもっている[68]。具体的な協議内容は明らかにされていないが、法案を支持するような行動でなかったことに疑いの余地はない。なお、ＥＵにおけるロビー活動を監視する団体によれば、ＡＦＭＥがＥＵのロビー活動に費やす金額は年間一〇〇万ユーロにのぼるという[69]。

反対ロビー活動は賛成派諸国内でも活発に展開された。たとえばドイツ銀行（Deutsche Bank）のアッカーマンＣＥＯ（Josef Ackermann）は、イギリスのキャメロン首相に感謝の意を述べたという[70]。これは、キャメロンがＥＵ金融取引税法案の採決に拒否権を行使すると名言したことに対するコメントであった。自国ドイツの首相が金融取引税に積極的なことに対する批判の裏返しと言えよう。国境を超えて金融大国と多国籍金融機関が連携するさまは、ゆるやかな反対派「連合」と呼べるかもしれない。

諸国間対立や反対活動が激化するなか、フランスとドイツは金融取引税をユーロ圏一七カ国間で実現するために動き出す。二〇一一年一二月七日、仏独両首脳は翌日に開催される欧州理事会にあたり、ファン＝ロンパイ常任議長へ共同書簡を送付し、ユーロ危機対策の一つとして金融取引税の実施を求めた[71]。これを受け両国の財務大臣は、ＥＵ全加盟国の妥結が難しければ、翌年早々に同税の導入をユーロ圏で検討を進めていくことに合意した。この時ショイブレはこう述べたそうである。「私はこのような税が世界的に導入されるまで待ちたくはない。さもなければ、我々は金融市場の安定性のみならず、〔市場の〕システム全体の正統性も危機にさらすことになる」[72]。

年が明けた二〇一二年一月九日、ベルリンで会合をもったメルケルとサルコジは、ＥＵ金融取引税を推進していく両国の意思を再確認した。共同記者会見でメルケルは「個人的にはこのような税はユーロ圏で検討することを支持する」と、ユーロ圏諸国間の合意への展望を述べた[73]。翌日にはバロワンおよびショイブレ両財務相が会合をもち、ユーロ圏一七カ国の導入となる場合の課税範囲や導入時期などに関する共同提案の作成に着手した[74]。

ユーロ圏での実施に向け、先行統合手続きを活用する際に重要となるのは、同手続きが「最終手段」として利用できる制度であることである。つまり、ＥＵ全加盟国間で議論をし尽くしたが「合理的な期間」内の実現が見込めない状況になければな

らない。また、それと並行して「九加盟国以上」の参加国を集めなければ、手続き活用の見通しは立たない。

そこでフランスとドイツは、戦略的に動き始める。まず「最終手段」を使う状況にもっていくために、EU金融取引税法案の定期的な審議を租税問題に関する作業部会（The Working Party on Tax Questions）にて実施していくこととなった[75]。本作業部会は各加盟国を代表する専門家が密な議論と検討を進めることで、閣僚理事会会合を準備する役割をもつ。

金融取引税に関する作業部会会合は、月に一度のペースで開催された。二〇一一年一二月から一二年二月までに開催された計三回の会合では、取引税の技術的側面について話し合われた[76]。ここでは、課税ではなく直接規制が望ましいとの意見から、欧州委員会が法案で試算した税収についての疑義、さらには課税対象や税率といった税設計に関する要求まで様々な論点が出された[77]。この話し合いは積極的な意見交換とも言えるが、それは議論が収束するというより論点が拡散していくような過程であった。作業部会に参加していた欧州委員会は、追加資料を用意するといった対応に追われた[78]。この間、建設的な議論は進みようがなかった。

遅々として進まない検討を加速させるために、賛成派諸国は一つの行動に打って出る。二〇一二年二月七日、ユーロ圏の九カ国はEU金融取引税への支持を表明すると同時に、議長国デンマークに任期の六月までに法案の採決を行う機会を確保するよう求める共同書簡を送付した。この九カ国とは、オーストリア、ベルギー、フィンランド、フランス、ドイツ、ギリシャ、ポルトガル、スペイン、イタリアである[79]。

本共同書簡から二つの意図を読み取ることができる。一つは、賛成派にはかねてより強力な支持を表明してきたドイツとフランスのみならず、複数の諸国が存在することを強調する目的である。特にイタリア、スペインが名を連ねたことで、賛成派にはヨーロッパの経済大国四カ国がいることが示された。もう一つは、先行統合手続きを活用する蓋然性の高さを示すことである。署名国が参集した経緯は定かではないが、これら諸国は自然に集まったというよりは、同手続き利用の条件である「九加盟国以上」を意図的に集めたと見るべきであろう。賛成派諸国は、この時点から有志連合を形成しようと戦略的に行動していたのである。

三月一三日には閣僚レベルの協議がもたれたが、合意には程遠く、引き続き妥結に向けて解決策や代替案を検討していくことが決定される。先の九カ国共同書簡の要請を反映し、次回の

財務相会合は三カ月後の六月とされ、それまで再度作業部会で検討を進めることになった[80]。

以降の作業部会では二つのアプローチが検討された。一つは「段階的」アプローチで、ＥＵ金融取引税の課税対象をまずは株式取引のみに狭め、段階を追って課税対象を拡大していくという案である。この案には、自国市場の株式取引に課税する「印紙税」の制度をもつイギリスを取り込む狙いがあった。もう一つは「その他の金融セクター課税」アプローチで、金融取引税ではなく銀行税や金融活動税を採用し妥結を図る案であった。

しかし、賛成派と反対派の溝はまったく埋まらなかった。一部の加盟国は金融取引税の導入を早々に実現するために、今後は「段階的」アプローチに焦点をあて議論すべきと表明した。なお、このアプローチは、後に一一カ国の実施法策定プロセスのなかで実際に採用されることになる。他方で「その他の金融セクター課税」の全会一致を目指すべきだと考える諸国や、そもそも金融セクター課税のＥＵ共通ルール化に反対する諸国もあった[81]。

約半年にわたる一連の作業部会の検討内容は、六月のＥＵ財務相会合のために議長国デンマークが作成した事前回覧文書にまとめられた[82]。興味深いことに、この文書には先行統合手続きに関する言及は一切ない。実際に協議されなかったかどうかは定かではないが、協議の主目的はあくまで全加盟国の全会一致が可能かどうかだったことがわかる。その一方で、九加盟国の共同書簡から伺えるように、先行統合手続きの活用に向けた連合形成も行われていた。この同時並行のアプローチこそ、先行統合手続き活用に向けた戦略的行動であった。ＥＵ金融取引税法案の全会一致採択の断念は、一つの挫折ではあるものの、賛成派による先行統合への道筋づくりという、戦略的行動が実を結んだ結果でもあったのである。

## 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

法案発表からの数カ月間、諸国間対立ばかり目立つ現状にフランスは業を煮やし、単独行動に打って出ていた。サルコジ大統領が二〇一二年一月の年始のスピーチで、来月二月にフランス国内で金融取引税を導入することを発表したのである[83]。

ＥＵ法案では二〇一四年からの運用開始が予定されていた。そのスケジュールに沿って行動するのであれば、ＥＵ共通ルールに合意したのち、遅くとも二〇一三年までに各国議会で立法

化すればよい。仏独で進めるユーロ圏での導入に関する共同提案でも二〇一三年の導入が目標とされていたが、フランスは二〇一二年中に実施したいと前倒しを希望するようになった[84]。しかし、EU諸国間の協議が進まないため、自国が先行して導入を決断したというわけである。したがってフランスの単独導入は、一国で実施すれば資本流出の恐れがある取引税を実施するというリスキーな決断ではなく、EU諸国の共同導入が見込まれるからこそ踏み切ったものだと言える。

先行導入を通じてフランスは、EUにおける議論の加速を企図していた。フランスのフィヨン首相（François Fillon）が「誰かが最初に水に飛び込まなければならない」と述べたことは[85]、グローバルな実施の「第一段階」としてEU金融取引税が位置づけられたことと似ている。あるいはサルコジが「我々が〔先行導入を通じて〕やりたいことは、衝撃を与えること、先例を示すことだ」と述べたことは[86]、欧州委員会のバーグマンがEU金融取引税の提案にあたり「模範として牽引する」と述べたことと相似する。

フランスがそうまでして導入を急いだのはなぜか。その背景にはサルコジの政治的な野心があった。同年五月にはフランスで総選挙が予定されていたため、選挙戦を勝ち抜くために何らかの功績を上げる必要があったのである。金融取引税はサルコジがかねてより導入を主張してきた肝煎りの政策であり、またフランス国民のあいだで広範に支持されていた[87]。つまりEU金融取引税をフランスで先行導入することで、サルコジは有権者の支持獲得を狙ったのである。

二〇一二年二月二九日、フランス議会は第一次補正予算法の可決により、フランス金融取引税法の導入を決定した[88]。ただし同法はEU金融取引税法案とは若干異なる課税スキームを採用した。たとえば課税対象は総額一〇億ユーロ以上の上場企業の株式に限定されている[89]。したがってフランス国内法はEU法が可決されれば法改正が必要となる[90]。そのためフランスが先行導入に踏み切ったことには、総選挙に向けての「政治的ジェスチャー」でしかないといった批判も寄せられた[91]。

二〇一二年五月一五日、サルコジ率いる国民運動連合は、社会党のオランド（François Hollande）に敗れ去ることとなる。ここに仏独首脳の「メルコジ」の蜜月は終焉を迎えたが、EU金融取引税を推進する仏独のタッグに打撃はなかった。オランドの選挙公約にも金融取引税の推進が盛り込まれていたからである[92]。実際、オランド政権が始まり、フランス金融取引税の税率は当初の〇．一％から〇．二％へ引き上げられた[93]。

オランド率いる社会党は、金融取引税をＥＵおよび各国の財政を同時に強化できる「一石二鳥」の施策だと位置づけていた[94]。そこでバローゾ委員長が提案したように、二〇一四年から始まるＥＵ予算計画のなかにＥＵ金融取引税を組み込むことを望んでいた。こうしてフランスでは政権交代後もＥＵ金融取引税の早期実現を求め、ドイツとの連携を継続させていった。

フランスの行動が総選挙と政権交代という国内要因から説明できる一方、ドイツの行動もまた二つの国内事情から説明することができる。一つは連立与党内のジレンマ、もう一つは野党からの圧力である。

先に見たように、メルケルやショイブレはユーロ圏での実施可能性を視野に入れていた。しかし、彼らの所属政党であるドイツキリスト教民主同盟（CDU）と当時連立を組んでいた自由民主党（FDP）は、ユーロ圏だけで金融取引税を実施することに強く反対していた[95]。たとえば自由民主党のヴェスターヴェレ外務大臣（Guido Westerwelle）は、ＥＵ金融取引税への支持を表明するなかで「すべてのＥＵ諸国が含まれなければならない」と述べた[96]。自由民主党が恐れたのは、ドイツの金融取引がロンドンへと流出することである。そこで同党は、二〇一二年一月、ＥＵ金融取引税法案を修正し株式譲渡に課税するイギリスの「印紙税」形式を検討する妥協案を作成した[97]。強硬に反対するイギリス国内の既存の方式を採用することで、ＥＵ全加盟国の全会一致採択を実現することが企図されたのである。

これこそが、前節で詳述した、作業部会で検討されていた「段階的」アプローチの原案である。その証左に、二〇一二年三月三〇～三一日に開かれたＥＵ財務相理事会の非公式会合にて、ショイブレは課税範囲を株式取引から始める妥協案を提示していた[98]。

ショイブレがユーロ圏での実現を求めながらも全加盟国の妥結案を提示したことは、連立政権のジレンマの表れだと指摘されている[99]。しかし、ショイブレにはユーロ圏を志向しながらも全加盟国の妥結案を協議するインセンティブもあった。「最終手段」なる先行統合手続きを活用するために、全加盟国間の議論をし尽くしたが打開策が見えないというデッドロック状況にもっていくには、そうした妥協案を提示することも重要であった。

より問題となったのは、野党の社会民主党（SPD）と緑の党からの突き上げである。両党は以前から金融取引税の実施を強く求めていた。かつてG20ピッツバーグ・サミットの前に金融取引税への支持を表明したシュタインブルック財務相は、当時

の連立政権で与党にあった社会民主党の所属である。これら二つの野党勢力[100]はメルケルに対し、ある交換条件を提示した。EUの「新財政協定」の批准に必要な議会承認に協力する代わりに、EU金融取引税の早期実現を要求したのである[101]。新財政協定（Fiscal Compact）とはEUの財政規律と監督を強化するためのルールを定めた政府間協定で、正式名称を「経済通貨同盟（EMU）における安定、協調、統治に関する条約（Treaty on Stability, Coordination and Governance in the EMU: TSCG）」と言う。二〇一二年三月の欧州理事会にてイギリスとチェコを除くEU二五カ国が本協定に署名した。同協定の発効にはユーロ圏一二カ国の批准が必要となる[102]。この新財政協定を誰よりも重視していたのは、より厳格な財政規律を求めるメルケルであった。そこでメルケルにとって、同協定の批准のために議会で野党の協力が得られることはかなり魅力的であったが、野党勢力の要求を呑めば連立政権は崩壊しかねない。野党が求めるEU金融取引税の早期実現とはすなわち、実現の見込みの薄い全加盟国での実現をあきらめ合意可能な諸国と先行統合手続きを活用することであり、これに自由民主党は強く反対しているからである。ただし、繰り返しになるが、自由民主党からの圧力についてはメルケルとショイブレは「最終手段」の活用に向けうまく対処することができた。しかし新財政協定については、議会が休会する夏休み前までに議会承認が欲しかったメルケルにとって、野党、特に連邦議会で相当数の議席をもっていた社会民主党の協力は絶対的に必要であった。EU金融取引税をめぐりドイツに早期行動を促した最大の要因はここにあった。そして実際に、六月二二日の財務相会合でEU金融取引税の全加盟国採決の断念と先行統合手続きの検討が決定されると、その月末にはドイツ下院で新財政協定は承認・批准されることとなった[103]。

ひとたび全加盟国採決が断念されると、フランスとドイツは「最終手段」を発動させるために必要な「九加盟国以上」を集めるために奔走した。二〇一二年二月の時点で「九カ国」が共同書簡を通じてEU金融取引税へ支持を表明していたものの、それは先行統合への参加確約ではなかった。EU金融取引税の実施を急ぎたいフランスとドイツは、ここでもイニシアチブをとる。二〇一二年九月、両国財務相は共同書簡を通じてEU諸国に先行統合手続きに参加するよう呼びかけた[104]。なお、フランス財務大臣にはオランド新政権のモスコヴィシ（Pierre Moscovici）[105]が就任していた。ショイブレとモスコヴィシは先行統合への参加メリットについて、以下のように述べた。「[…]

貴国の参加は非常に重要で価値があり、貴国が参加表明をすることで、貴国は欧州委員会の先行統合の提案に対し当初から交渉の場に関わることができる」。また両大臣は先行統合手続きを年内に可決することを目標とし、そのために各国へ迅速な決断を求めた[106]。

結果から述べれば、共同書簡の送付から約一〇日後の一〇月九日に開催されたＥＵ財務相会合にて一一カ国が参集し、先行統合の「有志連合」は無事発足した。しかし、これら諸国はすぐに参加を表明したわけではなかった。むしろ無事九カ国以上集まったことに多くのＥＵ外交官は驚いたという[107]。財務相会合前に参加の意思を表明したのはベルギー、オーストリア、スロベニア、ポルトガル、ギリシャの五カ国であった[108]。この時点で、九カ国にはあと二カ国足りなかった。

かつて早期の審議を要請した九カ国共同書簡に署名した諸国のうち、まだ参加を表明していなかったのはフィンランド、スペイン、イタリアである。このうちフィンランドは金融取引税に懐疑的な発言をしていたこともあり、態度が定まらなかった[109]。スペインとイタリアは基本的に賛成の立場にあったが、ＥＵ全加盟国での実施ではないとなると迷いが出たようである。たとえばイタリアのモンティ首相(Mario Monti)は、イエール大学にて取引税の提唱者トービンのもとで学問を修めたことで知られるが[110]、彼は二〇一二年一月、ユーロ圏だけで取引税を実施することについて、イギリスへ資本移転が起きるかもしれずうまくいくかは「わからない」と発言していた[111]。

フランスとドイツにとっては、スペインとイタリアの参加は絶対的に必要であった。ユーロ圏の四大経済大国が揃えば、課税圏の市場規模も大きくなる。これを特に重視していたのはドイツである。結果としてこの二カ国は、ドイツからの強い要請に応えるかたちで参加に踏み切った。最終的にはスペイン、イタリアにエストニアとスロバキアが加わり一一カ国の有志連合が誕生した[112]。

以上のことから、全加盟国での採決の断念にせよ先行統合手続きの承認にせよ、それらの決定がかくも早く下された背景には、フランスとドイツのリーダーシップがあったことがわかる。年内可決が目指されていた先行統合の手続き法案は、越年したものの、二〇一三年一月に閣僚理事会で可決された。ＥＵ金融取引税の議論を進展させた大きな要因には、国内事情に裏打ちされた仏独の戦略的な行動があったのである。

## 第四節　金融権力の反撃：議論を停滞させる力学

先行統合手続きの承認以来、現在（二〇一六年四月）に至るまで、一一カ国の実施法をめぐる協議は続いている。合意期限は度々破られており、それは終わりのない道のりにも見える。しかし、約三年にわたって辛抱強く審議が続けられてきたのもまた事実である。断念することなく議論が続いてきたのは、先行統合手続きの可決という一つの法的承認があってこそのことだろう。二〇一三年一月の一一カ国間の決定とは、議論を前進させるための枠組みを策定した重要な契機であったと評価できる。

先行統合の最大の利点は、法案可決に必要な全会一致採択を有志連合の一一カ国間のみで行えることである。しかしながら、イギリスなどの反対国を採決から締め出したにもかかわらず、実施法策定は大いに難航してきた。なぜ実施法策定の議論は停滞しているのか。その要因は、先行統合の可決以前のプロセスと大いに関係している。本稿の分析範囲は先行統合承認までではあるが、本節ではそれ以降の展開を概観し、それを本稿が対象とする政治過程の帰結として位置づけることで、なぜこれまで進展してきた議論が停滞しているのか、その要因を明らかにしたい。以下、実施法策定が難航している背景を中心に、二〇一三年二月以降の展開を論じる。

二〇一三年二月一四日、欧州委員会は一一カ国による実施法案、「金融取引税の領域において先行統合を実施する（implementing）指令案」を公表した[113]。本法案は基本的には二〇一一年に発表された法案の内容を踏襲している。本法案の可決には、欧州議会の同意と先行統合の「参加国」に限定した閣僚理事会での全会一致採択が必要となる。

本法案をめぐり議論が難航している背景には、いくつかの停滞要因が複雑に絡み合っている。大別すれば三つの要因を指摘できよう。有志連合「外」の諸国からの攻撃、有志連合「内外」にわたって国境を超えて連携するロビイストからの突き上げ、有志連合「内」の諸国の見解相違である。以下それぞれ見ていこう。

第一に、反対派諸国からの攻撃によってEU金融取引税の法的妥当性が揺らいでいる。これらの諸国は先行統合の枠組みから締め出されたはずなのに、何が問題となるのか。それは金融取引が国境を超えて飛び交っているために、非参加国の金融機関も課税対象となることに関係する。EU実施法案は、課税を嫌って取引が移転してしまうことを防ぐために、取引の売り手と買い手の双方へ課税することを規定している。たとえばドイツとイギリスの金融機関がドイツ企業の株式を取引する場合、

イギリスとドイツ双方の金融機関にドイツ当局が課税することになる。少し詳細に説明すると、金融機関の支社や支店が先行統合の参加国内に「設立（Establishment）」されている場合、あるいは参加国内で発行された金融商品を取引する場合、取引相手が非参加国の金融機関であろうとも納税の義務が生じる。[114] そのため、「イギリスの金融機関が税を納めるにもかかわらず、イギリスの国庫には一銭も入らない」という「一種理不尽な事態が発生する」。[115]

これに反発したイギリスは、二〇一三年四月一八日、欧州司法裁判所（European Court of Justice 以下、ＥＣＪ）へＥＵ金融取引税の違法性を提訴した。[116] 訴状にてイギリスは、金融取引税の領域で先行統合手続きを活用することによるＥＵ法上の問題に加え、「ＥＵ金融取引税の越境的効果（extra-territorial effect）は、課税主権という国際慣習を逸脱している」と主張した。[117] これに欧州委員会は真っ向から反論し、金融取引は分割不可能な課税対象であるため、売り手と買い手が国境をまたぐ関係にあろうと取引される商品を単一の課税対象と見なせること、そして参加国と金融取引の間に「十分な関連（sufficient nexus）」が存在するかぎり、参加国は取引相手（counter-party）である非参加国の金融機関に課税する正当な権利をもち、非参加国の課税権限には何ら影響を与えない、と主張した。[118] しかし、ＥＵ内部からイギリスを擁護する見解も出されている。閣僚理事会の法務局は、ＥＵ金融取引税の実施法案が法的問題を抱えている可能性があると指摘する意見書を発行した。同局は、イギリスと同様の問題提起に加え、ＥＵの一部諸国だけが金融取引に税を課すことについて、ＥＵ域内市場の根本的な価値である資本の自由移動に違反する可能性がある、といったＥＵ条約に関連する法的問題を指摘した。[119]

二〇一四年四月三〇日、ＥＣＪはイギリスの提訴を棄却したが、その主たる棄却理由は、まだ実施法が制定されていないため実質的な内容を審議できないというものであった。[120] これを受けてオズボーン英財務相は、実施法が制定された時点で再度の提訴も辞さないと徹底抗戦の姿勢を打ち出している。イギリスの攻撃は提訴にとどまらない。たとえばオズボーンは、一一カ国間の交渉が透明性を欠いていると、審議過程そのものを批判した。ＥＵ条約の規定上、先行統合の非参加国は法案の採決に参加しないものの、審議に参加し協議の行方を知ることができる。にもかかわらず、ＥＵ財務相会合にあがってくるのは概要レベルの合意文書しかなかったため、オズボーンはそれに苦言を呈したのである。[121]

実のところ、こうした法的課題は、先行統合手続きの活用に向けて議論が本格化した頃にすでに認識されていた。二〇一二年六月、イギリス、アイルランド、スウェーデンといった金融取引税に反対する諸国は、他の諸国が先行統合を実施したいのであれば反対はしないが、同手続きの活用は合法かつ明瞭なものでなければならないと警告していた[122]。反対派諸国は、有志連合に参加しなくとも課税の影響を受ける可能性があると危機感をもっていたのである。それに対しシェメタ税制担当委員は、イギリスが参加しなくとも「設計上、税の影響を被るが、税収を受けとることはない」と名言していた[123]。取引税の実施に先行統合手続きを適用することをめぐっては、確固たる共通理解はなかったことが伺える。実施法策定の議論が停滞するひとつの火種がすでに存在していたのである。

有志連合「外」の諸国からの攻撃は、先行統合承認までの政治過程の一つの帰結として、EUの制度上の特性を反映したものと捉えることができる。反対派を除く有志連合によって取り組みを進めると決まったこと、またそれが迅速に決定されたことから、手続き上の問題をじっくりと協議する機会はもたれなかった。賛成派はデッドロックを抜け出すための制度上の機会を戦略的に利用し議論を前進させる枠組みを確立したが、反対派もまた、自国に影響が及ぶ以上、EUの制度を戦略的に活用して異議申し立てを行ったり疑義を差し挟んだりすることができる。実施法策定に入った段階においては、むしろ反対派諸国が効果的に議論を停滞させることができるような政治的・制度的環境が整っているのである。

第二に、金融セクターの反対ロビー活動が実施法策定を難航させる一因となっている。ある金融業界団体のロビイストは、先行統合手続き承認後からロビー活動をより積極的に展開してきたと証言する[124]。実際、二〇一三年以降、それまでとは比べ物にならないほど多くの団体・企業がEU金融取引税を批判する声明や報告書を刊行している。

匿名を条件にインタビューに答えた業界団体の担当者は、ロビー戦略を以下のように説明した[125]。資本流出の問題や法的課題も認識しているが、発信している中心的なメッセージは、取引税が実体経済に与える悪影響に関するものである。たとえば年金基金はわずかなマージンで運営されているが、各取引に税を課すことになれば運営のコストがかさみ、その負担は最終的には市民に転嫁される。また市場で資金調達を行う私企業も課税によるコスト増大の悪影響を被る。そこで戦略として、企業向けに積極的に問題を広めている。各企業が問題意識をもてば、

企業の母国政府に対する圧力になる。担当者はこれを「間接的なロビー活動」と呼ぶ。業界団体が専門のコンサルティング会社にＥＵ金融取引税の分析報告書の作成を委託したことを前述したが、その報告書は企業向けに配布するなどして活用されていたのである。もちろん「直接的なロビー活動」、すなわち公的機関との会合も開催してきたという。参加国か非参加国かに関わらず多くのＥＵ諸国や欧州委員会と会合を重ねてきたが、とりわけ参加国のうちそこまで積極的に進めようとはしていないエストニアやスロバキアといった小国と会合をもってきたという。金融セクターがいかに広範なネットワークをもち、国境を超えてロビー活動を展開しているか、伺い知ることができよう。

こうした反対ロビー活動は表面化しづらいが、水面下では確実に議論の方向性に影響を与えている。わかりやすいところで言えば、最近、一一カ国グループの掘り崩しに成功した。二〇一五年一二月、有志連合諸国は最終合意ではないまでも一定の合意に到達したが、そこからエストニアが離脱したのである。その理由についてエストニアは、自国ではほとんど税収が見込まれないこと、また自国で売買を行うトレーダーは簡単に国外拠点へ移動するインセンティブがあるためと説明した(126)。まさに先のロビイストが言及していた消極的な態度が見てとれる。エストニアの態度変容の裏には、反対ロビー活動があったのである。

金融セクターの各団体・企業はグローバルに連結された市場を媒介に、強大かつ広範なネットワークを持っている。その代表例が金融業界団体である。全世界あるいはヨーロッパの市場参加者を網羅する巨大な業界団体それ自体がグローバルなネットワークとなっていることは言うまでもないが、一国の業界団体もまたグローバルな特徴をもつ。たとえば英国銀行協会（BBA）には、世界一八〇カ国にまたがる二四〇の団体が所属している。またコンサルティング会社への委託などを通じて、経済、法律、税務など多岐にわたる専門家集団がロビー活動を支えている。こうして金融セクターは、有志連合諸国の「内外」から影響を与えるウェッブを張り巡らせているのである。これこそ、明示的・直接的ではないが議論の行方に影響を及ぼすことができる金融権力の本質、「構造的権力」の実態に他ならない。

第三に、一一カ国間の見解相違によって、税設計に関する協議の妥結に長らく時間がかかっている。これには二つの側面がある。まず、もともと一一カ国は税設計について異なる考えをもっていた。その多くは実施法案の検討に入ってから顕在化したが、

以前から明らかに見解に相違があったのは、税収使途である。本稿がこれまで明らかにしてきたように、税収を国家財源とするのかEU独自財源とするのか、あるいは金融危機の対策・救済基金か、地球規模課題のために使うのか、各国はそれぞれに異なる関心を寄せていた。しかし実施法策定で問題となったのは、税収をめぐる思惑の違いではない。というのも、税収に関する議論はほとんど進展してこなかった。それ以前に、課税対象の範囲や税率、徴税方法といった税設計についての議論が紛糾したからである。二つ目の側面として、税設計をめぐる紛糾の多くは、参加国の内部に存在する反対派主体からの突き上げによって生じている。それがもっとも顕著であったのが、フランスの態度変容である。フランスはデリバティブ取引への課税について、一部の投機的な取引へ課税するのは良いが、すべてのデリバティブ取引へ課税するのは「実行可能ではない」と、課税対象から除外するよう主張した。これにはイタリアとスペインも同調した[127]。

国際NGOオックスファムのフランス支部にて金融取引税のアドボカシー活動に従事し、金融ロビー活動の実態にも詳しい担当者によれば、特にモスコヴィシ仏財務相の態度に変化があったという[128]。もともとモスコヴィシは「社会的リベラル」とでも言うべき中道寄りのリベラルの立場であり、何より銀行や企業と密接なつながりをもつ政治家である。たとえばフランスの最高経営責任者の組合、フランス企業運動（Mouvement des entreprises de France: MEDEF）は、彼の最大の支持層が集まる「政治的市場」である。また、BNPパリバやソシエテ・ジェネラルといったフランスの大銀行は、自行で多く取引されているデリバティブ取引への課税を取り下げるようロビー活動を展開していた。これが、モスコヴィシが態度を変化させた背景である。

ただしモスコヴィシは、頑なに課税範囲を狭めようとしていたわけではない。たとえば彼は、トービン税元来の課税対象である通貨取引について、法案では除外されているが課税対象に含めるべきと発言している[129]。しかしながら、ヨーロッパで取引量が圧倒的に多いデリバティブへの課税の範囲を狭めようとする彼の考えには、明らかに金融界への配慮があったと言えよう。

一方、かつては連立政権内の事情から「段階的」アプローチを妥協案として提案したドイツは、興味深いことに、先行統合承認後はより広範な課税対象を求めている。おそらくドイツは、イギリスら反対派が全会一致採択のメンバーから除外されて以降、必要以上の妥協は必要ないと考えているのだろう。また課

税範囲を狭めることには、非課税対象商品が増えることで課税回避行動のインセンティブが高まるという欠点がある。

ドイツの考えに反して、適用除外を求める声はますます増えていった。スペインとイタリアは債券を外そうとも主張した[130]。これはとりわけ債券のうち国債を課税対象外にしたいという見解を反映していた。また欧州議会からは、年金基金の運用に係る金融取引の場合には税率を下げる提案が出された[131]。

このような参加国間の見解の相違は、部分的には、ＥＵ金融取引税法案において、課税対象の捕捉や徴税方法に関する細則を追って設計することになっているために生じている[132]。しかし、態度変容をはじめとする有志連合内部の揺らぎの最大の要因が、金融セクターの影響力であることに疑いの余地はない。金融セクターがもつ構造的権力によって、有志連合「内」の審議が骨抜きにされているのである。

二〇一四年に入ると、有志連合諸国はようやく一定の合意に達する。その概要は五月六日のＥＵ財務相会合で発表された。ＥＵ金融取引税の実施を「段階的」に進め、「第一段階」では株式および一部デリバティブ取引を課税対象にすることとなった。フランスやスペイン、イタリアの主張が反映され、課税対象が狭められたことがわかる。「段階的」アプローチは、かつてＥＵ全加盟国間の作業部会会合で妥結案として提示されていたものである。協議国数が二七カ国から一一カ国に減ってもなお、妥結案が必要とされたということになる。有志連合諸国間の対立の深さが読み取れよう。この方針に基づき詳細を詰め、実施法の策定・可決を経て、遅くとも二〇一六年一月一日までに運用を開始するというスケジュールが組まれた[133]。

これ以降、「第一段階」の課税範囲や課税原則をめぐり諸国間の合意形成が模索されたが、二〇一四年最後のＥＵ財務相会合では、少なくとも株式取引を課税対象とすることしか決められなかった[134]。すなわち、「一部」デリバティブ取引の課税対象に何をどこまで含めるかをめぐる交渉は翌年へ繰り越された。二〇一五年に入ると、モスコヴィシの欧州委員会委員就任に伴い後を引き継いだサパン仏財務相（Michel Sapin）[135]とオーストリアのシェリング財務相（Hans-Jorg Schelling）が、議論の「再出発」が必要だとして、今後の方針を提案する共同書簡を発表した。そして、課税対象をどれほど狭めるかをめぐる交渉が前年に妥結しなかったことから、今年はなるべく広範囲の課税対象をベースとして、税率を下げる方針を検討しようと提起した。フランスは前年の失敗を受けて、戦略を変更したと言えよう。また、今年こそ合意に到達するべく、検討の年間スケジュール

が発表され、オーストリアがその調整役を買って出た[136]。結果として、課税範囲を広くもたせたい諸国と狭めようとする諸国の間の綱引きが収束することはなかったが[137]、オーストリアが担った役割は重要であった。オーストリアが年初から「技術的な検討を六カ月間実施したのち妥協案を出し決定を下す」とイニシアチブをとったことで、一年間を通して密な検討が進んだのである[138]。その成果として、二〇一五年最後の会合となった一二月八日、エストニアを除く有志連合の一〇カ国は、課税対象や課税原則に関する部分合意に到達した。デリバティブ課税の範囲については明確化が進んだほか、ソブリン債に影響を与えない範囲で低い税率を設定するという方針などが決まった。しかし、具体的な税率や最終的な課税範囲の確定はこれから細則を詰めなければならないし、税収使途にいたってはほとんど進展がないままである[139]。次の合意目標期限は二〇一六年六月となった。それまでまた引き続き審議が行われる。

このようにして、有志連合諸国はEU金融取引税の導入に向けて、難航しながらも歩みを進めている。残された課題は多く、遅々とした過程ではあるものの、先行統合の承認という一つの決定があったからこそ、交渉努力は継続されてきた。しかしながら、反対派「連合」とも言うべきイギリスら非参加国と金融セクターからの猛攻撃によって、議論は著しく停滞した。その停滞は、先行統合という議論の先送りを可能にした政治的・制度的選択の帰結でもある。しかし、停滞のもっとも顕著な要因は、金融権力による選択肢の幅を狭めるような力学が働いたことである。EU金融取引税の本当の試練は、先行統合の承認以降にやってきたと言えよう。

## 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

本稿は、EU金融取引税の政治過程の全体像を明らかにするため、金融取引税が国際社会で争点化してからEUの一一カ国が実施を表明するに至った経緯を論じてきた。本節では、これまで明らかにしてきた経緯をまとめ、なぜEUでの議論が進展し、そののち実施法策定のプロセスが停滞しているかという二つの問いに対する結論を述べる。

一九七〇年代にトービン税が提唱されてから約四〇年、その実現は長らく夢物語と考えられてきた。「車輪に砂」の理念を継ぐ金融取引税が争点化したきっかけは、二〇〇八年のリーマ

ン・ショックを引き金に発生した世界金融危機であった。当時、甚大な社会・経済的損失をもたらした金融セクターに対し、危機と混乱に伴うコストをまかなう「資金拠出」を求める声や、市場を不安定化させた取引活動や報酬体系を見直す「取引抑制」や「報酬規制」を求める声があがった。そこで国際社会で金融セクター課税が争点化する。

二〇〇九年ピッツバーグで開催されたG20サミットでは、金融セクター課税の調査・検討が決定された。次回のサミットに向けて、EUではグローバル金融取引税の導入を求める首脳声明が採択された。しかし二〇一〇年トロントで開催されたG20サミットでは、何の取り決めも交わされず非決定に終わる。その背景には、見えづらいが、構造的な権力作用があった。まず、市場の取引を抑制する効果をもつ金融取引税は、金融セクター課税の調査を委託されたIMFが「市場修正的」と否定的に評価したように、市場への介入を是としない論理に拒絶された。またG20諸国には、金融セクター課税の国際協調に反対の立場をとる国があった。たとえばカナダ財務相は「我々は主権国家だ」として協調を拒んだ。この二つの論理――国境を超えて資本が飛び交う市場の効率性を擁護する「グローバル市場の論理」と、課税しないという国家の「消極的な課税主権の論理」――の組み合わせが、車輪に砂をまきたい国家の「積極的な課税主権の論理」を著しく制約し、グローバルな議題設定を阻んだのである。

G20での失敗を受けて、検討の場はEUへシフトする。EUではまず欧州委員会が議論の土台を用意した。欧州委員会は金融セクター課税について、金融商品の取引ごとに税を課す金融取引税をグローバル・レベルで、金融機関の利益やボーナス、報酬に税を課す金融活動税をEUレベルで実施するという二本立ての案を提示した。この提案文書では金融取引税のEUレベルでの実施には否定的な評価が下されていた。しかしその後、欧州委員会はEU金融取引税の法案発表へ舵を切る。その理由の一つに、金融活動税に比べて金融取引税の方が見込まれる税収が大きいことがあった。これがEU諸国の税制を調和するという欧州委員会税制当局の基本的な目的とも共鳴し、なおかつ欧州委員会の組織上の利益とも言える、EUの新たな独自財源を創設したいという野心のもと、EU金融取引税を提案するに至った。

方針転換の背景には欧州委員会への圧力もあった。EUレベルの金融取引税を早くから主張していたのは、欧州議会の左派政党である。欧州議会は決議採択を通じて、欧州委員会や閣僚

理事会に調査や議論を促した。トロント・サミット後にはフランスとドイツもEUレベルでの実施について検討を始めた。両国は欧州委員会バローゾ委員長が金融取引税をEU予算計画の一部として提案することを発表した後、欧州委員会の法案作成作業へ積極的に関与するようになる。ただし、両国が税収使途に寄せる期待は異なっていた。サルコジは開発や気候変動問題のための資金源、メルケルは自国の銀行再編の財源として関心を寄せていた。

こうして欧州委員会、フランス、ドイツの同床異夢の思惑が交錯し、二〇一一年九月にEU金融取引税の実施法案(指令案)が提出されるに至った。同法案でEU金融取引税は、グローバルな実施に向けた「第一段階」と位置づけられた。つまりEUにおける議題設定の成功には、G20サミットでの議題設定が失敗に終わったという経緯が不可欠であった。金融取引税を取り巻くデッドロック状態を打破するために、EUでの法制化が一つの機会として浮上したのである。しかしその選択には、EU内ですでに噴出していた金融取引税の反対派との対話や説得、さらには賛成派内の意見のすり合わせを先送りするような形で結実した側面もあった。

EU法案発表後、EU金融取引税をめぐる諸国間対立は激化した。イギリスやスウェーデンは当初からの強硬な反対の立場を変えなかったため、法案の可決に必要な加盟国の全会一致は早くから危ぶまれた。そこでフランスとドイツは、参加国の範囲を狭めたユーロ圏での実施を検討し始めた。後に承認される「先行統合」手続きを早々に視野に入れていたのである。他方で、全加盟国での導入に向け妥協案を模索する取り組みもあった。閣僚理事会会合を準備する作業部会では、イギリスを取り込むために同国で実施されている株式課税である「印紙税」形式を採用する妥協案を検討した。ただしそれは、「最終手段」として先行統合手続きを利用するために必須の過程でもあった。

二〇一二年六月、法案発表から一年も経たないうちに、閣僚理事会は全加盟国での採決の断念と先行統合手続き活用の検討を決定する。この早期の行動を促した背景には、議論を牽引してきたフランスとドイツそれぞれの国内事情があった。まずフランスのサルコジ政権には、数カ月後に控える総選挙に向けて功績をあげておきたいという思惑があった。そこでフランス議会では、EU法制化に先駆けて国内単独で金融取引税の実施が可決された。結果としてサルコジは総選挙で負け退陣するが、オランド新政権も金融取引税の実施を注力政策の一つとして据え、国家予算およびEU次期予算計画の中に組み入れるために

早期妥結を求めていた。一方、ドイツのメルケル首相とショイブレ財務相は、与野党からの板ばさみにあっていた。連立パートナーの自由民主党からは、ユーロ圏での金融取引税に反対され、野党の社会民主党や緑の党からは、メルケル肝いりの新財政協定に必要な議会承認に協力する代わりにＥＵ金融取引税の早期妥結を取り付けるよう要求された。このドイツ事情こそが、ユーロ圏での先行統合を視野に入れつつ全加盟国での妥協案が模索されていた背景であった。

国内事情もあって早期決断を急ぐフランスとドイツは、全会一致の断念を早々に決め、それから先行統合手続きに必要な九加盟国以上の参加国を集めるために奔走した。スペインやイタリアが慎重な姿勢を見せるなど、当初その有志連合が無事集まるかどうか危ぶまれたが、結果としてドイツからの強い要請により、スペインやイタリアを含むユーロ圏一一カ国が集まり同手続き活用への道は開けた。欧州委員会は先行統合手続きの活用を承認する法案（決定案）を迅速に作成し、同法案は二〇一二年一二月の欧州議会において圧倒的多数で、二〇一三年一月の閣僚理事会において特定多数決で採択された。

このように一一カ国から成る有志連合はかなりのスピードで形成されたため、内部の細かな意見調整は後回しにされた。つまりそれは、強固な共通見解にもとづくグループというよりは、「総論賛成、各論反対」の状態にあった。このことは後に実施法策定の難航へつながっていく。

以上の経緯から、ＥＵ金融取引税をめぐる政治過程とは、法案提出にせよ先行統合手続きの承認にせよ、議論のデッドロック状態を克服するためにＥＵの制度上の機会を戦略的に活用することで議論が進展してきたと言える。ここに、約四〇年にわたって夢物語と思われてきた「車輪に砂」を実現するための一つの枠組みが生まれた画期性がある。なぜならＥＵにおける取り組みには、Ｇ20レベルの検討が非決定に帰結したような、取引税の実現を阻む構造的な制約を克服する術が見出されるためである。

ただし、ここで提示されたのはあくまで構造的な制約を克服する可能性であって、取引税に反対する諸国や企業を完全に封じ込める術が得られたわけではないことに注意する必要がある。確かに反対派の諸国やロビイストは、議論の進展を事前に食い止めることは出来なかった。しかし反対派には、法案提出を阻止できなくとも、後の意思決定過程で議論を頓挫させるか内容を骨抜きにすれば良いという選択肢が残されている。たとえばイギリスは、越境的な効果をもつＥＵ金融取引税の違法性

をＥＣＪに提訴し、有志連合の外から揺さぶりをかけている。ＥＵの制度を効果的に利用しているのは、実施法策定の段階においてはむしろ反対派諸国や金融ロビイストたちなのである。また、多国籍にまたがる金融機関のネットワークを通じて、反対ロビー活動は参加国内にも及び、有志連合内部の不和をも生じさせている。参加国を限定したにもかかわらず、実施法策定が難航している最大の理由はここにある。「グローバル市場の論理」や「消極的な課税主権の論理」が、依然として強固にＥＵの審議過程を構造的に制約しているのである。

また繰り返し述べているように、ＥＵ金融取引税の議論の進展に寄与した戦略的な制度上の選択には、参加国内の意見調整を通じた具体的な制度設計や反対派との対話を先送りし続けてきた側面がある。有志連合内の意見調整、とくに課税対象の範囲をめぐっては長い時間を要している。その間、反対派からの突き上げは激化した。ここに内在する問題は、単に施策の合法性や徴税に関する技術的な問題に留まらない。本稿がこれまで見てきたように、金融取引税をめぐっては、金融権力と国家の主権的権力との衝突、さらには課税主権間の衝突が生じており、これらの対立関係は根本的には解消されていない。すなわち、グローバル・レベルではもちろんのこと、ＥＵ内、さらには一カ国の有志連合諸国内でさえも、諸国が共同で車輪に砂をまく施策が「グローバル市場の論理」や「消極的な課税主権の論理」よりも正しいという価値や根拠は確立されておらず、問題として残されたままなのである。「車輪に砂」の実現に向けては、構造的な制約が強固に残っているのみならず、ポスト・ナショナルとも呼べる越境的な課税政策を共同で実施する政治的正統性をめぐる問題が内在しているのである。

## 第二節　含意：国境を超える課税の正統性

序章で論じたように、ＥＵ金融取引税をめぐる政治はより理論的な文脈のなかに位置づけることができる。グローバルに連結された「市場」を「国家」が課税を通じて制御し統治できるのかという問題である。以下、本節では、政治過程の分析から得られた発見が「国家と市場」という大きな研究領域にどのような含意をもつのか、いかなる問題を投げかけているのかを指摘して、本稿の締めくくりとする。含意は二つある。

第一に、ＥＵ金融取引税の政治過程は、グローバル化時代の「国家－市場」関係に新たな視点を与える一つの事例として位置づけることができる。金融取引税は、もはや制御不可能なグ

ローバル金融市場の問題に対する解決策として争点化し、制度化の道を進んできた。それは、グローバル金融がもたらすグローバル規模の問題に対し、諸国家がＥＵ共通のルールという一定のしばりを受け入れることで、グローバル市場による構造的な制約を克服し共同で課税政策の自律性を取り戻す選択を下した過程であった。ここに、グローバル化時代の新たな課税主権のあり方を見出すことができる。すなわち、ＥＵ金融取引税の取り組み、とりわけユーロ圏諸国の有志連合による「車輪に砂」の試みを通じて、国家による市場の制御可能性を高めるためには、国家が各々に課税主権を行使するのではなく、諸国が共同で課税主権を行使することが重要であるという一つの可能性が提示されたのである。

これまで、資本移動の圧力が一国の自律的な課税政策の策定を難しくさせていることは再三指摘されてきた。また、資本の圧力を抑制し金融のグローバル化の行き過ぎに歯止めをかけるためには、国際的な協調が求められるが、それが非常に難しいことも認識されてきた。こうした国際政治経済の力学を良く描き出す一つの理論的説明が、本稿も分析枠組みとして依拠したストレンジの「構造的権力」である。しかしながらストレンジは、金融構造のもつ覇権的な権力性を問題視しながらも、それを克服するための具体的な策を提示しなかった。国家の権威が後退し、市場の権威が台頭するグローバル化時代にあって、国際社会は世界金融危機にどのように対処し、未然に防ぐことができるのか。この問題に対し、ＥＵ金融取引税の取り組みは、諸国家による課税主権の共同行使という、ポスト・ナショナルな課税のあり方を指し示している。主権的権力の共同行使とは、伝統的な一国の主権観からすれば、共通のルールに制約を受けることとも言える。しかしＥＵ金融取引税の有志連合の諸国は、ＥＵの制度下で法制化を進めるという、まさにその制約なるものを受け入れ、共同で主権的権力を行使することを選択した。この「車輪に砂」の新たな枠組みにこそ、一国では制御することができないグローバル市場に対し、国家による制御可能性を共同で高めるという新たなグローバル・ガバナンスの可能性が内在している。

ＥＵ金融取引税の政治過程の分析から新たな課税主権のあり方に関する示唆が得られるのは、それが国際金融と国際課税という二つの問題領域の交錯点に位置づけられる政策だからであろう。通常、グローバル金融の領域で問題の解決策として分析対象となるのは、バーゼル規制などの国際金融規制改革アジェンダである。[140] そこでは、Ｇ20サミットや金融安定理事会

(Financial Stability Borad)などの多国間フォーラムを舞台に、金融政策を取りまく国際制度やレジームがいかに形成されていったのかが論じられる。それに比べ課税政策は、基本的に議会での審議が必要となるため、国際政治の議題になりづらい[141]。また、そもそも課税政策の国際的な調和は、「課税権が国家主権の中核領域として留保されて」いるうえ、各国の「経済構造・政治文化の相違を反映して」いるため、難しいと考えられてきた[142]。しかし、金融危機という社会・経済的な要因を背景に課税政策は国際社会で争点化し、その政治過程は新たな課税主権のあり方の可能性を指し示すに至った。これからは、従来の国際金融規制アジェンダから視野を広げ、なおかつ課税の国際的な調和が困難だという通例を検討し直すような、グローバル金融と国際課税とが交錯する研究分野を開拓していくことが重要となろう。

グローバル金融と課税主権の問題を分析対象とする論考はまだあまりないが、その例外として、タックスヘイブン研究があげられる。金融取引税と同様に、タックスヘイブン問題は金融と課税が交錯する問題領域である。タックスヘイブンにおけるマネーロンダリングの問題など、主体や議論の場が金融規制アジェンダと重なるものもあるが、タックスヘイブン問題をめぐる国際政治も、従来の国際金融規制のそれとはかなり異なる。そこでは、金融大国から金融機関、多国籍企業や税の専門家たちが全体としてタックスヘイブンを強化し、主権的施策であったはずの課税が骨抜きにされていくような構図が見出される[143]。これはEU金融取引税をめぐって観察された構造的権力の作用と相通じるものがある。タックスヘイブン対策もEU金融取引税も、グローバル金融によってゆらぐ自国の課税政策の自律性を取り戻そうとする試みという点で共通する。

今後はタックスヘイブンやEU金融取引税など、金融と課税に関わる国境を超える取り組みの研究を通じて、国家と市場の関係性の新たな側面を明らかにしていかなければならない。EU金融取引税は、その一つの出発点となろう。

第二に、EU金融取引税というポスト・ナショナルな取り組みの可能性が提示された一方で、その政治過程は、施策の正統性問題が未解決のまま残されているという限界を抱えている。前節の最後で触れたように、国家がグローバル市場の「車輪」に「砂」をまくことの妥当性は強固に確立しているわけではない。EU金融取引税は、政治過程の全体を通じてかなり論争的であった。「グローバル市場の論理」からすれば、市場に介入しコストを増大させる取引税はむしろ市場を不安定化させる。

また、資本の自由移動を推し進めてきたＥＵ域内市場の論理との整合性も問われうる。なかでも最大の問題は、資本流出や租税回避を防ぐためにＥＵ金融取引税が高度に「越境的」な性質をもつことである。それは国内で完結する伝統的な民主的な課税制度や、各国の課税主権にもとづく従来の国際課税の原則と対立しうる。これらの問題は、実際に運用が始まったとしても論争の的になるだろう。

つまり国境を超える課税には、政治的な正統性（legitimacy）をめぐる規範的な問題が内在していると言えよう。現実政治ではこれまで詳細な議論が度々後回しにされてきたが、意思決定から実施、評価の段階ではそうはいかない。運用を開始すれば市場から資本流出の圧力に脅かされるかもしれない。徴税の運用がうまくいかないかもしれないし、ＥＣＪで合法性が審議される可能性もある。問題は徴税だけではなく、税収の使途とその統制方法にも及ぶだろう。これまでの審議プロセスのなかで、税収再分配に関する密な議論はほとんどなかった。今後その審議がどのように進むのかは未知数である。ＥＵ独自財源化が見込めないのであれば、欧州議会の支出統制は効かず、ＥＵ金融取引税の収支のチェック・アンド・バランスは各国の伝統的な民主的枠組み、すなわち各国議会による審議と承認を経て運用されることになる。そうなる場合、検討と共通ルールの策定はＥＵレベルで、それに基づく国内法制化と実際の運用は各国レベルで実施することになる。こうしたマルチレベルの政策過程は、伝統的な主権・民主性との齟齬を生じさせ、「民主主義の赤字」と相似する問題を孕む。たとえば、課税制度のアカウンタビリティや透明性はどのレベルで担保されていると言えるのか。あるいは、ＥＵレベルで策定したルールを各国で実施していくとき、各国の民主性に圧をかけるような権力作用が生じうるのではないか。これらの問題は、グローバル化時代の主権や民主主義のあり方という、政治学上の根源的な問いに関わるものである。

ＥＵ金融取引税をめぐる規範的な問いは、何も問題づくしなわけではない。ポスト・ナショナルな課税のあり方が指し示された点で、ポジティブな規範的可能性も内在している。たとえば、金融取引税が争点化した背景は危機を引き起こした金融セクターの責任問題であったが、これはグローバル金融の「民主化」という問題と密接に関わる。グローバル金融がいかに非民主的であるか、それはＥＵ金融取引税をめぐり観察された構造的権力からも伺えよう。とりわけ、グローバル金融の捉えどころのなさが問題となる。グローバル金融の特性は、繁栄の時期

は問題化しない。しかしひとたび危機が起これば、ほぼ強制的に市民の生活に影響を及ぼす。にもかかわらず、危機の責任を追及することは難しい。

それに対し、グローバル金融の「車輪」に税という「砂」をまくことは、国家の民主的な施策を通じて非民主的な市場にメスを入れようとする、金融の民主化なる試みだと言える。実際に、金融危機から債務・財政危機に陥ったヨーロッパで金融取引税への関心が高かったのは、金融セクターの活動を課税を通じて責任を問うことができるという期待があってこそのことだった。

EU金融取引税はこうした多くの規範的課題を抱えているが、それを包括的かつ整合的に理論づけることのできるに枠組みはいまのところ存在しない。今後はその理論枠組みの確立が急務となろう。そうでなければ、「車輪に砂」の試みは瓦解する可能性さえある。これまで金融取引税について規範的な検討を試みた論考はほとんどない。唯一の例外に、個人の生活から国家の自律的主権にまで広範かつ甚大な影響を与える国際金融システムを改革する正当性を論じ、その手段として国際金融取引税を位置づけた論考がある(144)。先に述べたグローバル金融の「民主化」の観点と近い。しかし包括的な理論枠組みにはこれだけでは足りない。まず、再分配の規範理論を検討することが、税収使途をめぐる評価軸として必須となるだろう。国境を超える課税をめぐる主権、民主性、正統性、さらにはガバナンスの問題も検討する必要がある。こうした検討を経て、ようやく国境を超える課税を理論的に基礎付ける土台ができ、ひいてはEU金融取引税の評価軸や修正指針の提示につながる政策構想を導き出すことができる。

かつてトービンは、過度に流動的な資本移動によって国家の経済政策の自律性が失われつつあることを問題視し、国際金融の「車輪」に税という「砂」をまくことを考案した。それに対しEU金融取引税は、当時提唱されたマクロ経済政策としての意味合いからは離れ、複数国家が共同で課税政策の自律性を取り戻すための取り組みへと変容した、新しいバージョンの税構想だと言える。それはまだ実践的にも規範的にも多くの課題を抱えているが、伝統的な税制や国際課税の枠組みとは大きく異なる、国境を超える課税――ポスト・ナショナルな課税――の新たな可能性をもっている。その実施法は二〇一六年六月までに可決されるのか、さらに年月がかかるのか、あるいは策定されないまま潰えるのか。今後の行方が注目されるが、その可否にかかわらず、EU金融取引税は、二一世紀のグローバル化社

会における大きな問いと可能性を投げかけている。

※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）Council of the European Union, "European Council meeting of 17 June 2010 - Follow-up by the Council," 19 July, 2010 (12316/10).

（2）Ben Moshinsky, "Finance Ministers Fail to Agree on EU Financial Transaction Tax," *Bloomberg*, 7 September, 2010.

（3）European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Taxation of the Financial Sector* [hereafter *Communication*], 7 October, 2010 (COM (2010) 549 final).

（4）*Ibid*., p. 6.

（5）European Parliament, *European Parliament resolution of 8 March 2011 on innovative financing at global and European level* (2010/2105 (INI)), para. 16.

（6）*Ibid*., para. 16.

（7）European Council, "Conclusions of the Heads of States or Government of the Euro Area of 11 March 2011" (PCE 67/11), p. 4, para. 8.

（8）European Council, "Conclusions," 24/25 March, 2011 (EUCO 10/1/11), p. 6, para. 15.

（9）European Commission, "Investing today for growth tomorrow," 20 June, 2011 (IP/11/799).

（10）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), pp. 11-15; 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），一一四－一一七頁。

（11）European Commission, "Commission outlines vision for taxing the financial sector," 7 October, 2010 (IP/10/1298).

（12）European Commission, *Communication*, pp. 3-4.

（13）*Ibid*., p. 4.

（14）*Ibid*., p. 6.

（15）European Commission, "Question and answers:

Financial Sector Taxation," 7 October, 2010 (MEMO/10/477).

(16) European Commission, *Communication*, p. 8.

(17) EurActiv, "EU officials drop financial taxes from draft G20 wish-list," 19 October, 2010.

(18) 以下、意見公募の質問項目や回答書に関する情報はすべて欧州委員会税制・関税総局のウェブサイト「金融セクター課税」から入手・引用している。Taxation and Customs Union, European Commission, "Consultation on financial sector taxation". http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/2011_02_financial_sector_taxation_en.htm (accessed on 11 January, 2016).

(19) 質問書では大きく分けて五つのテーマが設定されている。第一のテーマは問題背景についてで、三つの問題背景――EUの財政健全化の取り組み、金融危機の責任問題、金融セクターの税負担が相対的に低いこと――についての立場を問う項目が並ぶ。第二のテーマは課税措置に関する立場の確認で、危機で失われた財源の調達には規制（regulatory measure）や負担（levies）といった課税以外の措置もあり得るかどうかが問われた。以降のテーマは具体的な措置についてで、金融取引税、金融活動税、その他銀行税など関連規制措置についてそれぞれ一〇から一一〇の質問が設定された。

(20) Interview with Khalil Elouardighi, the advocacy officer of Coalition PLUS, on 14 March, 2014, in Paris.

(21) Interview with Bogdan-Alexandru Tasnadi, the Policy Officer of Indirect tax other than VAT at Taxation and Customs Union DG (TAXUD), the European Commission, on 18 March, 2014, in Brussels.

(22) European Commission, *COMMISSION STAFF WORKING PAPER, IMPACT ASSESSMENT*, SEC (2011) 1102 final Vol. 2, on 28 September, 2011, pp. 16-21.

(23) 概要は以下のとおりである。開会演説では、欧州委員会シェメタ税制担当委員から始まり、その他金融セクター課税に賛同するEU・各国高官の登壇が続いた。それから各会合が開かれ、「なぜ金融セクターに課税するのか」という課税原則について、さらには金融取引税や金融活動税について、それぞれ発表とパネル・ディスカッションが設けられた。登壇者は多岐にわたり、法律学者や経済学者、税理士や金融業界団体の実務家やNGO職員、さらにはOECDやIMFからの参加もあった。

(24) Interview with Bogdan-Alexandru Tasnadi, 2014.

(25) European Commission, *COMMISSION STAFF WORKING PAPER, IMPACT ASSESSMENT*, pp. 10-

16.

（26）これら三つの基準が満たされるよう、提案されたＥＵ金融取引税の税制デザインはいくつかの点で工夫されている。たとえば、金融機関の借入や金融政策に影響が出ないよう、欧州中央銀行および各国の中央銀行との金融取引は課税対象から除外された。European Commission, *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common System of Financial Transaction Tax and Amending Directive 2008/7/EC* (COM (2011) 594 final), pp. 4-5.

（27）Van Vooren, "The Global Research of the Proposed EU Financial Transaction Tax Directive," p. 14.

筆者が行ったインタビューにおいても、税制・関税総局の政策担当官は、個人的な見解として「金融取引税は、金融活動税よりも多くの税収を上げるという重要な利点を持っている」と述べた。Interview with Bogdan-Alexandru Tasnadi. 2014.

（28）EurActiv, "Barrozo drows Commission's red lines ahead of summit," 21 June, 2011.

（29）新たな独自財源として、金融取引税の他には「新たな現代版の付加価値税」が提案されており、これは各加盟国の付加価値税の一定割合から財源調達する既存の方式を廃止して新税として創設することが提案されている。European Commission, "Investing today for growth tomorrow."

（30）EurActiv, "Commission moves to tackle 'under-taxed' banks," 9 March, 2011.

（31）Van Vooren, "The Global Research of the Proposed EU Financial Transaction Tax Directive," p. 14.

（32）European Commission DG TAXUD, "Organization Chart," http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/about/structure/index_en.htm (accessed on 10 February, 2014).

（33）Salman Shaheen, "EU Progresses towards FTT," *International Tax Review* (June 2012), p. 37.

（34）EurActiv, "Socialists, Greens renew calls for 'Tobin Tax'," 2 September, 2009.

（35）EurActiv, "Commission moves to tackle 'under-taxed' banks."

（36）諸富徹『私たちはなぜ税金を納めるのか』一一五－一一七頁。

（37）EurActiv, "Germany, France push for financial transactions tax," 12 July, 2010.

（38）Van Vooren, "The Global Research of the Proposed EU Financial Transaction Tax Directive," p. 13.

（39）たとえば二〇一〇年九月二〇日、国連総会にてサルコジは、貧困問題を解決するための革新的資金調達の手段

として、また金融安定化に寄与する施策として、金融取引税の導入を求める演説をしている。Ibid., p. 12.

(40) 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）、一一〇頁。

(41) EurActiv, "Barroso tries to twist arms on financial tax," 6 September, 2011.

(42) 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）。

(43) Embassy of France in London, "16 August Franco-German summit on strengthening Euro Area economic convergence－Statements by Nicolas Sarkozy, President of the Republic, during his joint press conference with Angela Merkel, Chancellor of Germany (excerpts)," 16 August, 2011; Embassy of France in London, "Joint letter from Nicolas Sarkozy, President of the Republic, and Angela Merkel, Chancellor of Germany, to Herman Van Rompuy, President of the European Council," 17 August, 2011.

(44) Ministre de L'economie, des finances et de l'industrie, "Francois BAROIN, ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, et Wolfgang SCHÄUBLE, ministre allemand des Finances, saisissent la Commission d'un projet de taxe sur les transactions financières," 9 September, 2011.

(45) Ibid.

(46) Interview with Khalil Elouardighi.

(47) European Commission, *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common System of Financial Transaction Tax and Amending Directive 2008/7/EC*, p. 2.

(48) EurActiv, "FTT should be used to create jobs, says tope trade unionist," 19 August, 2011.

(49) 金子文夫「金融取引税から国際連帯税へ」一一〇－一一一頁。

(50) 城山英明「「同床異夢」としての合意形成――『コンセンサス・ビルディング入門』を翻訳・刊行して」『書斎の窓』五七五号（二〇〇八年）、六〇頁。

(51) 法案発表の直前、欧州委員会内部からは、イギリスがEU金融取引税への懐疑的立場を見直すかもしれないと分析する声があがっていた。イギリスの「印紙税」より税率が低く、より包括的な課税対象を設定しており、市場への悪影響に配慮した設計となっているからだという。しかしイギリスを説得するのは相当に難しいだろうという意見もあり、今後の合意形成がどうなるかについては欧州委員会内部で意見が割れていたようである。EurActiv, "EU to twist UK's arm on FTT," 27

September, 2011.

(52) European Parliament, "Press Release: Parliament adopts ambitious approach on financial transaction tax," 23 May, 2012.

(53) Council of European Union, "Press Release, 3178th Council meeting, Economic and Financial Affairs," 22 June, 2012 (11682/12), p. 11.

(54) 中西優美子『ＥＵ法』（新世社、二〇一二年）、一二九頁。ＥＵにおいて「先行統合」手続きは古くもあり新しくもある制度である。同手続きの萌芽は一九七〇年代にまで遡る。一九七三年に初めて加盟国が拡大したことから、多様な社会を内包するＥＵの加盟国間で異なる統合を進める「多段階統合（differentiated integration）」や「柔軟性（flexibility）戦略」が模索されていた。条約上の手続きとして初めて規定されるのは一九九九年に発効したアムステルダム条約で、当時は「より緊密な協力（Closer Cooperation）」条項と呼ばれていた。その後、二〇〇三年発効のニース条約でのいくつかの改正を経て、〇九年発効のリスボン条約にて今日の「先行統合」手続きへと改正された。

こうした歴史をもつ一方、実際に手続きが活用されたのはリスボン条約以後のことである。一例目は二〇一〇年の国際離婚、二例目は二〇一一年の欧州単一特許制度に関するＥＵ法制化にあたって適用された。いずれも手続き上全会一致が求められる政策領域で、国際離婚については抵触法や家族法をめぐって、単一特許については特許申請時の公用語をめぐり、拒否権行使によるデッドロックを克服するための「最終手段」として適用された。

(55) 本規定を補完する形で、ＥＵ機能条約では三二四条から三三〇条にかけて原則や手続きに関する細則が規定されている。たとえば、先行統合の実施は原則として域内市場または経済的、社会的および領域的結束を損なってはならず、また加盟国間に障害、差別をもたらさず、競争を歪めないものであること（三二六条）、参加国が参加しない国の権限・権利・義務を尊重すべきこと（三二七条）、参加条件を満たす加盟国による追っての先行統合のスキームへの参加を開放すること、参加加盟国はより多くの加盟国の参加の促進を確保すること（三二八条）などである。

(56) その他ＥＵ条約第二〇条は、採択された法行為は参加国のみ拘束しＥＵにおける既決事項（aquies）の一部とはみなされないことを規定する。既決事項とはＥＵで積み上げてられてきたＥＵ法行為や判例など法体系の総体を指し、ＥＵ加入の際には受諾が求められる。中西『ＥＵ法』八六頁。

(57) 国際離婚の事例は司法・内務相（Justice and Home

Affairs）理事会、単一特許の事例は競争力（域内市場・産業・研究および宇宙）担当相（Competitiveness (Internal Market, Industry, Research and Space)）理事会にて先行統合の実施が可決された。なお、これら二つの前例における「参加国」は、EU全二七加盟国のうち、国際離婚で一八カ国、欧州単一特許で二五カ国と、いずれも「賛成派」が多数派であった。一方、EU金融取引税は一一カ国という少数派の「参加国」にて先行統合が開始されることとなる。

(58) European Commission, *Proposal for COUNCIL DECISION authorising enhanced cooperation in the area of the creation of financial transaction tax*, 23 October, 2012 (COM (2012) 0631).

(59) European Parliament, *Report on the proposal for a Council directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC (COM (2011) 0594－C7-0355/2011－2011/0261 (CNS))*, 3 May, 2012 (A7-0154/2012).

(60) European Parliament, "Press Release: Parliament adopts ambitious approach on financial transaction tax," 23 May 2012.

(61) レッド・ヘリングとは、注意をそらすためにわざと置かれるものを意味する。

(62) The Telegraph, "Tobin Tax: What George Osborne told EU finance ministers," 8 November, 2011.

(63) Shaheen, "EU Progresses towards FTT," p. 37.

(64) The Telegraph, "Tobin Tax is a tax on pensioners that will cost 1m jobs, says Chancellor George Osborne," 8 November, 2011.

(65) Shaheen, "EU Progresses towards FTT," p. 37; Interview with Khalil Elouardighi.

(66) たとえば以下。AFME, "Press Release: Financial Transaction Tax would hamper economic growth, says Simon Lewis, AFME's chief executive," 17 August, 2011.

(67) Oxera, *What would be the economic impact of the proposed financial transaction tax on the EU? Review of the European Commission's economic impact assessment*, prepared for AFME, ASSOSIM & NSA, 22 December, 2011.

(68) Cooperate Europe Observatory, "Killing Robin Hood," March 2012. http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/killing_robin_hood.pdf (accessed on 13 January, 2016)

(69) Ibid.

(70) Ibid.

(71) Embassy of France in London, "French and German

leaders outline proposals ahead of EU talks," 7 December, 2011.

(72) Erik Kirschbaum, "Schaeuble vows to push for financial transaction tax," *Reuters*, 25 December, 2011.

(73) Gregory Viscusi, "Sarkozy Wins Backing Merkel Backing for Financial Transaction Tax," *Bloomberg*, 10 January, 2012.

(74) Hugh Carnegy and Scheherazade Daneshkhu, "Sarkozy refuses to drop financial tax proposed," *Financial Times*, 11 January, 2012.

(75) Council of European Union, *Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC - Orientation debate* [hereafter *Orientation debate*], 6 June 2013 (10922/12).

(76) *Ibid*., p. 4, para. 4.

(77) *Ibid*., pp. 5-7.

(78) *Ibid*., p. 3, para. 2.

(79) Embassy of France in London, "Minister welcomes EU-wide support for finance tax," 7 February, 2012.

(80) Council of European Union, "Press Release, 3153rd Council meeting, Economic and Financial Affairs," 13 March, 2012 (7513/12), p. 6.

(81) Council of European Union, *Orientation debate*, p. 8, para. 24.

(82) *Ibid*.

(83) Hugh Carnegy, "France to push ahead with 'Tobin tax' proposal," *Financial Times*, 5 January, 2012.

(84) Ibid.

(85) Viscusi, "Sarkozy Wins Backing Merkel Backing for Financial Transaction Tax."

(86) Helen Fouquet and Mark Deen, "Sarkozy Says France Will Impose Transaction Tax in August," *Bloomberg*, 31 January, 2012.

(87) ロイター「フランス，八月一日に単独で金融取引税導入　株式・一部ＣＤＳ取引に課税」二〇一二年一月三一日。

(88) 小立敬「難航する欧州の金融取引税導入議論：イギリス，スウェーデンは国際レベルでの課税を主張」『金融財政事情』六三号（二〇一二年），三八頁。同法により，かつてフランスで実行には移されなかったものの通貨取引税（トービン税）の実施が規定された条項が，株式取引税へと改訂された。

(89) 同右，三八頁。

(90) Salman Shaheen, "Why France's FTT will be short lived," *International Tax Review*, (September 2012), p. 9.

(91) ロイター「フランス、八月一日に単独で金融取引税導入　株式・一部CDS取引に課税」。
(92) 同右。
(93) Shaheen, "Why France's FTT will be short lived," p. 9.
(94) EurActiv, "Financial transaction tax: 'Now effective'?," 1 October, 2012.
(95) Quentin Peel, "Opposition presses Merkel on transactions tax," *Financial Times*, 5 March, 2012.
(96) R. Gladstone, "German Official Backs Tax Vetoed by Britain," *The New York Times*, p. 14.
(97) ブルームバーグ「ドイツ：金融取引税代替案で英国の支持獲得目指す―印紙税形式」二〇一二年一月二七日。
(98) Le Monde, «Taxe sur les transactions financières: Berlin propose un compromis,» 2 Aprilm 2012.
(99) 小立敬「難航する欧州の金融取引税導入議論」「三八頁。
(100) 二〇〇九年に下野した社会民主党は議席を大幅に減らしていたが、それでも主要政党として連邦議会の相当数の議席を確保していた。緑の党は、議席数の絶対数こそ少ないものの、二〇〇九年の総選挙では大躍進を遂げていた。
(101) Quentin Peel, "Opposition presses Merkel on transactions tax," *Financial Times*, 5 March, 2012.
(102) 田中理「欧州の債務危機対応で注目される新財政協定の概要と課題」『月刊資本市場』三二一号（二〇一二年五月）、一二頁。
(103) ブルームバーグ「メルケル独首相が野党に譲歩―財政協定への支持獲得目的に」二〇一二年六月一四日、日本経済新聞「独上下院、新財政協定を批准　EUの財政規律強化」二〇一二年六月三〇日。
(104) Federal Ministry of Finance, Germany, "Germany and France lead on financial transaction tax and submit request for enhanced cooperation," 28 September, 2012.
(105) モスコヴィシは後に、二〇一四年一一月より欧州委員会の経済・金融・税制担当委員に就任し、税制担当委員をシェメタ委員から引き継いだ。
(106) Peter Spiegel, "France, Germany push for scaled-down Tobin tax," *Financial Times*, 28 September, 2012.
(107) EurActiv, "Eleven euro zone states back financial transaction tax," 10 October, 2012.
(108) European Commission, "Statement by Commissioner Šemeta on an EU Financial Transactions Tax – ECOFIN Council," 9 October, 2012 (MEMO/12/762).
(109) 前章で述べたように、フィンランドは法案提出前のEU財務相会合では金融取引税へ反対の立場をとっていた。結果として先行統合に参加しなかったが、その理由

もまたフィンランドの国内事情から説明することができる。同国の財務省は先行統合へ参加すべきと提案していたが、政府内の見解が折り合わず不参加が決定される。当時フィンランドは六政党連立内閣で、三政党ずつ賛否の立場が割れていた。たとえばウルピライネン財務大臣（Jutta Urpilainen）属するフィンランド社会民主党は支持派、カタイネン首相の国民連合党は反対派であった。とはいえ政権内の三党が参加を支持していたにもかかわらず不参加という決定が下されたことには、連立が崩壊し総選挙となることを恐れ政府内調整を怠ったのでは、という批判もあがった。Yle Uuist, "Finland steers clear of financial transaction tax," 30 November, 2012.

(110) Shaheen, "EU Progresses towards FTT," p. 38.

(111) Grrit Wiemann, "Germany committed to transactions tax," *Financial Times*, 13 January, 2012.

(112) Council of European Union, "Press Release, 3189th Council meeting, Economic and Financial Affairs," 9 October, 2012 (14469/12), p. 6.

(113) European Commission, *Proposal for COUNCIL DIRECTIVE implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax*, 24 February, 2013 (COM (2013) 71 final).

(114) これらを「居住地原則（residence principle）」と「発行地原則（issuance principle）」と呼ぶ。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』四二号（二〇一四年）、六一－六五頁。

(115) 諸富『私たちはなぜ税金を納めるのか』二三〇頁。

(116) Larry Elliott, "George Osborne to challenge proposed financial transaction tax in court," *The Guardian*, 19 April, 2013.

(117) Official Journal of the European Union, "Action brought on 18 April 2013 — United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council of the European Union (Case C-209/13)," 15 June, 2013 (2013/C 171/44). その他イギリスは、ＥＵ機能条約三二七条の先行統合手続き上の非参加国権限の尊重という規定を逸脱していること、同条約三二七条の先行統合の実施に関わるコストは参加国のみが負担するという規定に違反していることについて提訴した。

(118) European Commission, "Financial transaction tax (FTT): Legality of the "counter-party principle" laid down in Article 4 (1) (f) of the Commission Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of FTT－COM (2013) 71 final of 14 February 2013."

(119) 同意見書に法的拘束力はない。またこれは非公開文書

であったが、メディアにリークされ白日の下にさらされた。Alex Barker, "Europe financial transaction tax hits legal wall," *Financial Times*, 29 January, 2013.

(120) Court of Justice of the European Union, "JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber). Case C-209/13," 30 April, 2014.

(121) EurActiv, "UK, Sweden attack FTT statement by euro nations," 6 May, 2014.

(122) EurActiv, "Germany spearheads 'Robin Hood' tax group of EU nations," 25 June, 2012.

(123) Stanley Pignal, " Britain will pay Tobin tax anyway, EU warns," *Financial Times*, 23 January, 2012.

(124) Interview with a lobbyist of a financial service (on anonymous and non-attributable basis), on 16 September, 2015, in London.

(125) Ibid.

(126) EurActiv, "Ten EU states agree aspects of Financial Transaction Tax," 8 December, 2015.

(127) Hugh Carnegy, Scheherazade Daneshkhu and Alex Barker, "France seeks overhaul of planned EU 'Robin Hood' tax," *Financial Times*, 28 May, 2013.

(128) Interview with Arexandre Naulot, the advocacy & policy officer of Oxfam France, on 17 March, 2014, in Paris.

(129) Carnegy, et. al., "France seeks overhaul of planned EU 'Robin Hood' tax."

(130) International Tax Review, "Cracks appear in the FTT," (June 2013), p. 1.

(131) Philip Stafford and James Fontanella-Khan, "European lawmakers vote for transaction tax," *Financial Times*, 18 January, 2013.

(132) EU金融取引税法案（指令案）一一条「金融取引税の支払期限、支払を保証するための義務、支払の確証に関する条項」では、税の登録・会計・報告義務等は「委任法行為」として、また「徴税に関する統一的手法」は「実施法行為」として、それぞれ欧州委員会が追って提案すると規定されている。「委任法行為」とは法行為の内容に本質的に関連しない要素についての取り決めを欧州委員会に委任すること、「実施法行為」とは国内法上の措置の採択が必要だが、その前提として一律の条件が必要とされる場合には、実施に必要な法的拘束力のある法行為の内容の採択を原則的に欧州委員会へ委任することを指す。前者はEU機能条約の一九〇条、後者は同条約の一九一条に規定されている。

(133) Federal Ministry of Finance, Germany, "Joint statement on financial transaction tax: (Austria,

Belgium, Estonia, France, Germany, Greece, Italy, Portugal, Slovakia and Spain)," 6 May, 2014.

なお、参加国一一カ国のうち、スロベニアは首相指名が議会で否決され政府不在として共同声明に参加することができず、共同声明は一〇カ国によるものとなった。

(134) EurActiv, "FTT negotiations fall short of 2015 target," 9 December, 2014.

(135) 二〇一四年八月に就任。サパンは前任者モスコヴィシの立場を引き継ぎ、EU金融取引税の実施を早期に実現させるためにデリバティブ取引を課税対象から外すことを提案している。EurActiv, France tries to unblock European FTT negotiations, 4 November, 2014; EurActiv, « La TTF s'attire les foudres des lobbys financiers, » 7 July, 2014.

(136) Alex Barker and Philip Stafford, "France seeks to revive European financial transactions tax," *Financial Times*, 22 January, 2015; EurActiv, "France and Austria table compromise for launching FTT in 2016," 22 January, 2015.

(137) Interview with Bogdan-Alexandru Tasnadi, the Policy Officer of Indirect tax other than VAT at Taxation and Customs Union DG (TAXUD), the European Commission, on 14 September, 2015, in Brussels.

(138) Interview with David Hillman, the director of Stamp Out Poverty, on 15 September, 2015, in London.

(139) EurActiv, "Ten states agree aspects of Financial Transaction Tax," ウォール・ストリート・ジャーナル「EU金融取引税、独仏など一〇カ国で部分合意」二〇一五年一二月九日。

(140) 国際金融規制に関する膨大な研究蓄積について言及することは割愛するが、一般的な研究動向や先行研究を簡潔にまとめ、かつ独自の視点から分析を試みている論考として、古城佳子「資本移動の増大と国際政治の変容―バーゼル合意に見る国際制度形成」藤原帰一、李鍾元、古城佳子ほか編『国際政治講座 三 経済のグローバル化と国際政治』（東京大学出版会、二〇〇四年）を挙げておく。

(141) 古城佳子「経済のグローバル化と政策協調」植田和弘、新岡智編『国際財政論』（有斐閣ブックス、二〇一〇年）一一六頁。

(142) 藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力―公法学の課題」『新世代法政策学研究』一八号（二〇一二年）、二七六頁。

(143) ロナン・パラン、リチャード・マーフィー、クリスチアン・シャヴァニュー（青柳伸子訳、林尚毅解説）『徹

底解明 タックスヘイブン：グローバル経済の見えざる中心のメカニズムと実態』作品社（二〇一三年）、四三－四六頁。

(144) Gabriel Wollner, "Justice in Finance: The Normative Case for an International Financial Transaction Tax," *Journal of Political Philosophy*, Vol. 22, No. 4 (December, 2014).

研究ノート

# 統一機関（einheitliche Stelle）の導入（二・完）

## ――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及び内容
　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、六六巻六号）

第二節：組織学的側面

第一節では、統一機関を通じた手続と統一機関の組織形態について、法的側面から検討した。そして、組織形態については、法的側面からは様々な選択肢が許されることが明らかとなった。もっとも、制度導入をめぐっては、さらに進めて当該制度が最も有効に機能する組織形態を解明することが要請される。そのため、第二節では、組織学的側面から統一機関の組織形態を検討する(1)。その際まず、サービス指令が発効する前に公表されたディーツ（Andreas Dietz）の論文を参考にして、単一の

（以上、本号）

機関を通じた手続処理の基本構想とそのデメリットを明確にし、ドイツにおける現行の統一機関との比較検討を行う（第一款）。また、サービス指令の発効を受けてから、統一機関の組織形態をめぐり、より具体的な主張がベック（Dieter Beck）によりなされた。そこで、そのベックの主張を続けて検討する（第二款）。

第一款：一つの手による許可（Genehmigung aus einer Hand）

統一機関が導入される以前に、ドイツにおいて単一の機関を通じた行政手続に関する構想がなかったわけではない。すなわちディーツは、二〇〇五年に「〝一つの手による許可〟という構想についての考察」と称した論文[2]を発表した。そこでは、行政組織上の視点から二つの基本モデルを設定し、比較検討している。以下では、二つの基本モデルの相違を説明し（一）、続けて、統一機関により類似するモデルについて検討を行う（二）。最後に、当該モデルに関するディーツの指摘を考慮した上で、現行の統一機関がどのように評価されるかを検討する（三）。

一　二つの基本モデル

二つの基本モデルは、それぞれ「人的モデル（Personales Modell）」と「機能的モデル（Funktionales Modell）」と称される。人的モデルでは、市民は、あらゆる手続について一つの「担当機関（Ansprechstelle）」のみを利用する。一人ひとりの担当者は、休養期間等に交代することはあるが、担当機関は同一のままである。そして、市民はそこにのみ出向かい、他の機関に出向かうことはない[3]。他方、機能的モデルは、人的モデルと異なり、一つの担当機関のみの利用を市民に求めるものではない。すなわち、市民の求める内容に応じて異なる機関が対応する。例えば、運転免許の初回交付のための手続のようなルーティンな手続については、統一の担当機関が対応し、そうでない手続については各管轄庁の専門職員（Sachbearbeiter）が対応する。そしてその際、担当機関の職員と管轄庁の専門職員は、それぞれ独立して任務遂行する。すなわち、窓口・受付となるFront-Officeとその背後で事務処理を行うBack-Officeを厳格に分離するのではなく、むしろ、それぞれの手続内容に応じて異なる機関が、独立して手続を完了させるのである。その意味において、「線引きは、あらゆる（手続の「―筆者註」）進行に対して横に（quer）ではなく、いわば縦に（längs）引かれる[4]」のである。なお、統一機関は、機能的には、ディーツの論文でいうところの担当機関及びFront-Officeに相当するもの

と考えられる。

人的モデルと機能的モデルとを比較すると、機能的モデルは、その手続内容に応じて別個の行政機関がそれぞれ独立して対応し、Front-Office と Back-Office との厳格な分離を伴わない点、その結果、Front-Office と Back-Office 間での連絡・調整が、特別の問題として取り上げられない点が、統一機関と異なる点である。そして本稿は、Front-Office と Back-Office 間での連絡・調整を統一機関の特色として取り上げるものであるから、以下では機能的モデルには触れず、人的モデルについて検討することとする。

## 二　人的モデル（Personales Modell）

先述の通り人的モデルでは、市民は、あらゆる利害関係に際して単一の機関のみを利用し、あらゆる種類の行政サービスをそこでのみ受け取る。すなわち、申込用紙の交付・情報提供に加えて、申請した許可が付与（又は拒否）されるまでの全ての手続に単一の機関が対応する。[5] 文字通り、市民はあらゆる許可を「一つの手から（aus einer Hand）」受け取るのである。他方、Front-Office の職員と異なり、Back-Office で活動する専門職員と市民は、直接にコンタクトを取らない。申請があると担当機関は、Back-Office にこれを送付し、市民にそのことが伝えられる。したがって市民は、必要書類が適切な機関に送付されたかについて気に掛ける必要はなく、市民にとってそのような担当機関の存在が大きなメリットとなる。[6] 他方、行政庁にとってそのような機関は、まさに「アキレスのかかと（Achillesferse）」[7] ともいうべき行政運営の生命線となる機関である。そして、そのような全ての行政領域を把握する担当機関は、必然的に領域横断的機関となる。そのため、セクショナリズムを基軸とする通常の行政組織構造にこれを組み込むことはできず、Front-Office は特別の地位に置かれ、場合によると外部組織として位置付けられる。[8]

以上が、人的モデルの特徴であるが、続けてディーツは、人的モデルのデメリットについて、次のように述べる。[9]

《あらゆる出来事が、市民の指示により担当機関で始まり、また担当機関で終結することは、Front-Office としてのこの機関（担当機関〔―筆者註〕）と Back-Office としてのその他の領域との間の任務、権限及び管轄を正確に区分することを要する。なぜなら、摩擦による損失（Reibungsverluste）をできる限り最小限に抑えるためである。それでもなお、以下の場合には問

題が生じうる。すなわち、担当機関が不適切な情報を外部に向けて提供し、市民がその正当性を信頼し、しかるべき準備がなされてから初めて、事後的に専門職員が問題を修正する場合。そのような事態を避けるために、担当機関は、単純な情報又は自ら排他的に処理する手続に関する情報しか独自に提供することができない。しかしながら、より取扱いが難しい（schwieriger）問題又は詳細事項については、担当機関は、管轄を有するBack-Officeの専門職員に確認しなければならない。デメリットは明白である。すなわち、専門職員と市民は直接コンタクトを取るのではなく、人的モデルは、介在する担当機関の存在により手続を複雑にする。（担当機関のみでの〔―筆者註〕）取扱いが難しい（schwierig）要請がなされた場合には、市民と専門職員との間の直接のコンタクトを伴うこれまでのシステムに比べて、関与者間の調整の必要が著しく高まる。このデメリットを、市民による単純な要請がなされた際の、担当機関による負担の軽減という効果が埋め合わせることはできない。》（傍点筆者）

ディーツによると人的モデルのデメリットは、仲介となる機関の存在により手続の不必要な複雑化を招き、市民と専門職員との間でこれまでなされていたコンタクトと比較して、関与者間の調整が増加することである。そこでいう、「関与者間の調整」が意味するところのものであるが、それは担当機関とBack-Office間での連絡・調整を意味するものと思われる。なぜなら、傍点部分から明らかなように、ディーツは、担当機関が独自に取り扱うことのできない問題について情報提供を行う際には、Back-Officeの専門職員に確認しなければならないと述べた後に、結論として、人的モデルのデメリットを挙げているからである。

また、ディーツは次のように主張する[10]。

《確かに担当機関は、少なくとも単純な要請やルーティンな手続を独自にかつ排他的に処理し、Back-Officeは、従前より同じく遂行してきたこの任務から解放される。しかし、より取扱いが難しい手続については、これまでのモデルに比べて内部的な調整の必要が著しく高まり、そのため実現可能な負担軽減効果を少なくとも埋め合わせ、場合によっては、総合的に見ると負担軽減効果を上回りさえするのである。》（傍点筆者）

まずディーツは、担当機関が、市民による単純な要請やルー

ティンな手続を独自にかつ排他的に処理することにより Back-Office の負担軽減効果が見込まれることを指摘する。そして、そこでの「独自にかつ排他的に」手続を処理するとの表現から、その際担当機関は、Back-Office との間で、連絡・調整を行う必要がないことが窺える。他方、「より取扱いが難しい（schwieriger）」すなわち、担当機関が独自に対応することができない手続については、内部的な調整の要請、すなわち管轄を有する Back-Office との連絡・調整が必要になるのである。その際 Back-Office は、市民との間で連絡・調整を行う負担から解放される代わりに、担当機関という行政内部の機関との間で連絡・調整を行うという負担が課せられる。したがって、先述の負担軽減効果は相殺され、また、担当機関の専門的能力次第では、さらなる負担が Back-Office に課されることになるのである。

以上、要するにディーツは、担当機関と Back-Office 間の連絡・調整をデメリットとして紹介しているのである。そして、担当機関は任務の対象が異なるものの、その機能については統一機関に類似し、Back-Office は管轄庁に相当する。したがって、本稿が肯定的に評価する統一機関と管轄庁間の連絡・調整が、ディーツにおいては否定的に評価されている点が注目されるのである。それでは、その理由は、どのようなものであるか。ディーツは次のように述べる。[11]

《……任務遂行の効率の変化というデメリットが、市民にとってのそのメリットを大きく上回る。統一的な担当機関による絶え間無い仲介は、市民と Back-Office との間の調整を妨げ、摩擦による損失を引き起こし、行政における又は市民のための等価値の改善を実現することなく、更なる人的コストを強いるものである。》（傍点筆者）

そこでは任務遂行の効率の変化が、デメリットとして挙げられている。すなわちそれは、あらゆる手続について担当機関を介在させることが、行政事務の停滞を招くことを意味すると考えられる。とりわけ、担当機関限りで完了しない手続については、Back-Office との内部調整が不可欠になり、市民と Back-Office 間で手続が処理される場合と比較すると、任務遂行の効率が劣ることは明らかである。さらに、そのようなデメリットは、市民にとってのメリットを大きく上回ると述べられている。そこでいう市民のメリットとは、先述の適切な管轄庁に書類が送付されたかを気に掛ける必要がないこと、言い換えると、市

民にとっての行政手続の簡素化を意味する。したがって、そのような行政手続の簡素化というメリットに、任務遂行の非効率化というデメリットが上回ることが指摘されているのである。

三　統一機関との比較検討

以上のディーツの指摘を踏まえて、統一機関を通じた手続について検討すると、統一機関は、その利用が強制されていないこと、すなわち手続の利用者の任意に委ねる「選択モデル」が採られていることが特徴である（参照、第二章第一節第一款）。そしてそれは、ディーツの言うところの任務遂行の非効率化といった指摘が、潜在的に影響を及ぼしているのではないかと思われるところである。すなわち、任務遂行の非効率化は、手続の利用者からすると手続の遅延を意味する。したがって手続の利用者は、手続の迅速性を一定程度放棄する代わりに、手続の簡素化を選択することができ、反対に手続の簡素化を放棄する代わりに、手続の迅速性を選択することができるのである。そのような利用者にとっての重要な選択を利用者の任意に委ねるという解決は、肯定的に評価できると思われる。

第二款：統一機関の組織学的分析

第一款では、単一の機関を通じた手続処理一般に想定される現象を考察した。第二款では、より具体的に統一機関を対象として、いかなる組織にその任務を委ねることが組織学的に最適かという問題、すなわち、統一機関に期待される機能を最も有効に果たすシステムを解明する。そこでまず、統一機関に期待される機能と効果は何かについて論じる（一）。次に、そのような機能を果たすために統一機関に求められる要素を検討する（二）。最後に、現在の時点でドイツにおいて、いかなる機関が、その要素を満たすと考えられているかを説明する（三）。

一　統一機関は、従来サービス提供者と管轄庁間で行われてきたコンタクトを仲介する。その際、統一機関には、「通訳する機能（Dolmetscherfunktion）」、すなわち双方の要求や関心を正確に伝えることが期待される[12]。そして、統一機関がそのような機能を果たすことにより、管轄庁が可能な限り迅速な決定を行うことができるという効果が発生する。すなわち、統一機関が管轄庁の負担を軽減することで、管轄庁は決定任務に集中することができ、それにより「迅速化効果（Beschleunigungseffekt）」[13]が生じるのである。

二　それでは、そのような機能及び効果を最大限引き出すために求められる要素は何であるか。

統一機関の導入によって手続の利用者は、単一の機関を通じて手続を処理すること及び情報を受け取ることが可能となる。利用者にとって、このような手続の簡素化は大きなメリットとなる。他方、統一機関は、これまで利用者が負担してきたコストを肩代わりすることになる。このコストというのは、事業活動を営むためにどのような手続が必要であるかを調査し、申請、届出書類を複数の管轄庁に送付し、場合によっては、手続の迅速化のために管轄庁に働きかけること等を意味する。このような統一機関の任務は、複数の管轄庁の任務領域を横断するものであり、ここでは非常に多様な分野の許可手続に関連する知識がなければならない。さらに、ベックは次のように主張する。(14)

《指令の提案によりもたらされるような、サービス提供者のための情報及び支援の提供は、従業員（統一機関〔―筆者註〕）が、経済の文化にも行政の文化にも十分に通じていることを前提とする。従業員は、その地域の経済条件（wirtschaftliche Rahmenbedingungen）に精通していなければならない。最も雑多な許可手続に関して、従業員は、許可手続がどのように進行し、迅速な進行のためにいかなる書類が必要かを知らなければならない。》（傍点筆者）

すなわち統一機関は、様々な許可手続に関する知識を保有するのみならず、経済と行政の文化にも通じていなければならないのである。

しかしながら、ベックは次のように主張する。なお、ここでは統一担当者という表現が用いられているが、統一機関に読み替えて理解することが可能である。

《統一担当者の任務は、非常に多彩である。そこでは、非常に多様な分野と許可手続に関する知識がなければならない。統一担当者は、経済の世界についても管轄機関についても通じていなければならない。この場合、知識が専門化したBack-Officeにおけるような深みにまで到達することは、必然的に不可能である。》(15)（傍点筆者）

すなわち統一機関は、複数の管轄庁の事務内容について知識を持ち合わせていなければならないが、統一機関のもつ知識が、管轄庁の有するような深い知識に達することは、必然的に不可

能とされるのである。

また、先述した論文でディーツも次のような主張をしていた。[16]

《……全知の担当機関という理想形態は達成不可能である。現代の法の世界が非常に複雑であることは、公行政の領域において合理的な専門化を要求する。あらゆる行政庁の任務に通じている従業員は存在しえない。従業員は、Front-Office の Generalist か Back-Office の Specialist のいずれかである。》

ディーツの指摘は統一機関ではなく、あらゆる手続を担当する担当機関を念頭に置いたものであるが、Front-Office が Generalist である一方、Back-Office が Specialist であるとの指摘は、それぞれ統一機関と管轄庁に置き換えて理解することが可能であると思われる。

したがって、ベックは次のように主張する。[17]

《……いかなる機関に、いかなる手段と方法によって、任務遂行に必要な情報にアクセスすることができるかということに関する知識が、（統一機関の〔―筆者註〕）手元になければならない。》

すなわち、統一機関が管轄庁の保有する情報にアクセスするための術を把握しておく必要があることを指摘するのである。

そのための手段として、管轄庁との連絡手段を統一機関が把握しておく必要がある。連絡手段としては、第一に、直接管轄庁とコンタクトをとることが考えられるが、さらにベックは、申請協議（旧七一ｅ条）を有効な手段として指摘する。申請協議は、許可に関わる行政庁が一同に会し、各行政庁が意見交換を行う機会を保障するものである。ベック曰く「―場合によっては統一担当者の提案による―申請協議のような……管轄機関の代表者（Vertreter）と集まる手段は、Front-Office における専門性の欠如という問題を埋め合わせる」[18]ものである。

そして、そのような申請協議を利用するためには、許可に関係する行政庁をテーブルにつかせるための「外交能力（diplomatisches Geschick）」が必要となる。これについて、ベックは次のように主張する。[19]

《このこと（様々な関係行政庁を一つのテーブルにつかせること〔―筆者註〕）は、公行政に位置付けられる統一担当者の

方が、民間におけるそれ（etwa für einen Privaten）よりも、容易に可能になるだろう。》

すなわち、申請協議の主催者としては、民間よりも行政機関の方が適任であると評価するのである。そのことは、先述のように（参照、第二章第一節第二款）民間を統一機関とする選択肢が、法的に許容されるにも関わらず、現実に採用されていない理由の一つとして挙げることも可能であろう。

以上のように、統一機関の専門的能力に疑いがあるため、統一機関と管轄庁の協力関係を構築する必要がある[20]。そして、そのような協力関係を構築するために、法律上も連邦行政手続法第七一d条が相互援助を定めている。もっとも、協力関係の構築に際しては、次のような問題が指摘されている。なお、以下でいうFront Endとは、機能的にFront-Office及び統一機関に相当するものと考えられる。

《……Back-Officeから見てFront Endが、サービス提供者の担当を正確に行うために十分な専門的能力を持たないという危険が常に存在する。さらにFront Endは、助言と仲介活動によって、Back-Officeの作業工程に常に一定程度介入する。統一担当者が、手続を指揮する権限や決定を行う権限を明らかに持たないとしても、統一担当者がBack-Officeに関わる問題についてサービス提供者を担当すること（Betreuung）は、ある意味で、その管轄領域の〝テリトリー〟を侵すもの（territorialer Eingriff）〟として経験されうる。これは、アプリオリにFront Endの活動に対するある種の懐疑をもたらす。

そのような懐疑は、サービス提供者のために、進行中の許可手続の情報を手に入れるという統一担当者の可能性によって強まるだろう。ここでは、統一担当者が〝好ましくない統制者（unliebsamer Kontrolleur）〟として誤解される可能性がある。その結果、最悪の場合統一担当者が、Back-Officeの側から、その案件についてほとんど能力を持たず、自己の管轄に介入してくる機関として認識されるという事態が起こりうる。

管轄機関が経済的事業（Wirtschaftsunternehmen）の助言者及び支援者であることを自覚している場合、統一担当者は、既存の組織及び組織統一体の競争相手（Konkurrenz）又は潜在的な脅威としても経験されうる。このことは、とりわけ統一担当者が、既存の組織及び組織統一体の自己理解（Selbstverständnis）にとって本質的であり、ある程度その存

在をも基礎づける任務を引き受ける場合に妥当する。自己理解への脅威と激しい利益対立（Interessengegensätze）は、組織間の良好な共同作業にとって、考えられうる最悪の前提条件である。[21]》（傍点筆者）

まず、ここでもFront Endが十分な専門性を持たないことが指摘されている。他方Front Endは、サービス提供者のための助言、仲介活動を通じて常にBack-Officeの活動に介在するため、Back-Officeの側から、十分な専門性を持たないにも関わらず自己の「テリトリーを侵すもの」としてFront Endを認識し、そこに一定の懐疑が生まれるのである。特に統一機関の場合、サービス提供者に情報提供するために、Back-Officeにその保有する情報の提供を求めることが予想されるためそのような懐疑が強まる。さらに管轄庁が、それまで事業者をサポートする業務を行ってきた場合、統一機関の業務内容と重複するため、統一機関は管轄庁の競争相手となるのである。したがって、そこには利益対立が生じ、そのような対立は、良好な協力関係を構築するにあたって考えられる最悪な前提条件と評価されている。そこで以下では、以上のような問題を踏まえた上で、協力関係の構築にあたって必要となる要素を検討する。

まず、第一に、組織間で既に確立した協力関係をさらに発展させる方向で統一機関を導入することが適切である。[22]なぜなら、新たに信頼関係を構築するには多大な時間を要するからである。[23]

第二に、統一機関は、連邦、州、郡、郡に属さない都市、市町村（Gemeinde）及び団体といった様々なレベルの管轄機関とコンタクトをとる可能性があるため、それらの機関が協力の要請に応じるような組織的近接性（organisatorische Nähe）が要求される。[24]なお、統一機関の従業員に対しては、「社会的能力（soziale Kompetenzen）」が要請される。これは、事業者及び行政機関と交渉する能力である。[25]

以上の指摘をまとめると、まずはじめに、統一機関の任務領域が横断的であることを理由として、高度の専門的能力とこれまでに統一機関に匹敵する任務を遂行してきたかという「事前経験（Vorerfahrung）」が必要となる。[26]しかしながら、専門的能力が管轄庁と同じ水準に達することは不可能である。したがって、管轄庁との協力関係の構築が不可欠であるが、かかる協力関係の構築は通常困難である。なぜなら、専門的能力が劣るにもかかわらず、統一機関が、管轄庁の任務領域に介入することに管轄庁が懐疑を抱くからである。また場合によって、競

争者として統一機関が認識されることで、敵対関係に陥る可能性もある。したがって、協力関係を一から構築することは少なくとも相当な時間を要するため、すでに確立している協力関係を展開させることが望ましいとされる。また、管轄庁の保有する情報にアクセスし、場合によって意見交換を行うためには、組織的近接性を有することが有利に作用するのである。

三　ベックは、以上から①専門的能力、②事前経験、③組織的近接性という三つの要素を抽出し、郡、団体、民間に照らし合わせて検討する[27]。それによると、まず団体が専門的能力の点で他の機関よりも勝る[28]。なぜなら、団体はそれぞれの職種ごとに専門分化しているからである。次に、事前経験に関して、例えば自由業者の助言を担当するという経験は、郡と団体の機関が有するとされる[29]。最後に、郡の行政機関が、管轄庁への組織的近接性について他の機関より優れているとされる[30]。

（1）組織学は「Organisationswissenschaft」の訳語である（Vgl., Dieter Beck, in: Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.), Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2008, S.166; Ziekow/Axel Piesker/Marco Salm/Corinna Sicko, Evaluierung der einheitlichen Ansprechpartner nach EU-Dienstleistungsrichtlinie in Baden-Württemberg, 2012, S.33.

（2）Andreas Dietz, Konzeptionelle Überlegungen zur „Genehmigung aus einer Hand", DÖV 2005, S.772ff.

（3）Dietz, aa.O (Fn.2), S.773.

（4）Dietz, aa.O (Fn.2), S.777.

（5）Dietz, aa.O (Fn.2), S.773.

（6）Dietz, aa.O (Fn.2), S.774.

（7）Dietz, aa.O (Fn.2), S.774.

（8）Dietz, aa.O (Fn.2), S.774.

（9）Dietz, aa.O (Fn.2), S.774.

（10）Dietz, aa.O (Fn.2), S.774.

（11）Dietz, aa.O (Fn.2), S.776.

（12）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1), S.34.

（13）Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2013, § 71a Rn6.

（14）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1), S.185.

（15）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1), S.179.

（16）Dietz, aa.O (Fn.2), S.774.

（17）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1), S.185.

（18）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1), S.186f.

（19）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.184.
（20）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.180f.
（21）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1),.S.179f.
（22）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1),.S.180f.
（23）ベックは次のように言う。「（国内法化の〔―筆者註〕）履行（Implementierung）に際しては、相応して（Entsprechend）必要な協力関係が構築されなければならず、相応して慎重に形成されなければならない。その結果管轄機関は、統一担当者を能力があり、脅威をもつものではなく、また自らに利のある協力パートナー（Kooperationspartner）と考える。他方、そのような関係を構築するには、互いの信頼関係が発展するための相当な時間を要する。」と（Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.180）。
（24）なお組織的近接性は、同じ行政機関内部における部局（Abteilung）との関係を含む概念である（Vgl., Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1).. S.233）。
（25）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.185. その他、外国語の知識及び文化的背景についての理解といった異文化に関する能力（interkulturelle Kompetenzen）も、外国のサービス提供者に応対する際に特に求められる（Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.185f.）。
（26）例えば、これまで特に事業担当局（Gewerbeamt）が、事業の開始に際して許可手続を調整する役割を果たしてきたとされる（Vgl., Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.184.）。
（27）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.233ff.
（28）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1).. S.234.
（29）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.234.
（30）Beck, in: Ziekow/Windoffer (Hrsg.), a.a.O (Fn.1).. S.237.

## 第三章：バーデン＝ヴュルテンベルク州における実施状況

前章では、統一機関をめぐる理論状況を中心に検討した。そこで第三章では、実践的側面、すなわち統一機関が、現在のところドイツにおいていかなる組織に定着し、またそれが、どのように機能しているかについて検討する。その際、素材となるのは、シュパイヤー行政大学の研究機関が提出した報告書[1]である。まず、報告書の契機及び概要について説明する。

二〇〇九年十二月二八日に施行された「バーデン＝ヴュルテンベルク州における統一担当者に関する法律（EAG BW）」の第八条によると、法律の施行から三年を経過した後に、統一担当者の利用状況及び統一担当者が手続に及ぼす影響を報告することが、州政府に義務付けられていた。[2] それを受けて、州政府が委託したシュパイヤー行政大学の研究機関は、二〇一三年三月十八日にバーデン＝ヴュルテンベルク州議会に報告書を提出した。なお、報告書では「統一担当者（EA）」の名称が使用されているが、それは、機能的に統一機関に相当する。したがって以下では、用語を統一するため、統一機関に読み替えることとする。

報告書の作成過程において、シュパイヤー行政大学の研究機関による研究は次の三段階で行われた。まず第一段階では、統一機関の組織構造とその運用に関する統計調査が行われた。次に第二段階では、統一機関をどの程度、団体、郡及び郡都市（Stadtkreis）に定着させることが適切な解決策を示すのかという問題が検討された。さらに、これに関連して他の州における組織形態との比較が行われた。最後に第三段階では、第一段階と第二段階の研究成果を組み合わせて評価を行い、その結果推奨案が完成した。

三つの研究段階の内、第二段階は、主に統一機関の組織形態について法的、組織学的考察を加えるものである。そして、その内容については、すでに第二章の第一節第二款及び第二節第二款で述べた内容と重複するところが多いため、ここでは第二段階の研究成果については触れない。以下では、まずはじめに、統一機関の組織構造及び情報システムに関する統計を紹介する（第一節）。次に、統一機関の運用に関する統計及びそれに関する統一機関の側からの提案内容を紹介する（第二節）。最後に、以上の統計と提案の内容を踏まえて、統一機関の実施状況の特徴をまとめる（第三節）。

## 第一節：統一機関の組織構造及び情報システム

まず最初に、統一機関の任務遂行をどの機関が担当するかを紹介する（第一款）。その際、州、地方自治体（郡及び郡都市）、団体の内どの機関を選択したかという問題（一）と、当該機関内部のどの部局が統一機関として活動するかという問題（二）を区別して紹介する。続けて、統一機関が利用する情報システムを紹介する（第二款）。

第一款：組織構造

一　州議会は、全ての団体を統一機関として選定した。さらに、地方自治体の選択により地方自治体の追加的な関与を認める。EAG BW によると二〇の団体が統一機関となる。団体の類型は、商工会議所、手工業者団体、弁護士会、税理士会、建築士団体、技師団体及び州獣医団体（Landestierärztekammer）である。さらに、報告書が作成された段階で二九の郡及び九の郡都市が統一機関として関与する。したがって、報告書の作成時点（二〇一二年三月一日時点）においてバーデン＝ヴュルテンベルク州には、全部で六八の統一機関が存在する。(3)

二　統一機関の任務をいかなる部局が担当するかについて、六八の統一機関のうち五九の統一機関から得られた回答の結果が記載されている。その内訳は、郡都市八、郡二六、団体二五である。回答結果の主な内容は次の通りである。(4)

まず郡都市では、事業担当局（Gewerbamt）五〇％、経済振興を担当する部局（Bereich Wirtschafts- und Strukturförderung）五〇％であった。次に郡では、法及び公安局（Rechts- und Ordnungsamt）三五％、中央及び人事局（Haupt- und Personalamt）三五％、経済振興局二五％であった。最後に、団体では、法及び税に関する部局三五％、手工業登録課（Referat Handwerksrolle）又はそれに匹敵する登録委員会二五％、執行部（Geschäftsführung）二〇％であった。

以上の結果からは、統一機関の任務と類似性を持つ既存の組織に統一機関の任務を担当させたことが窺われる。(5)

第二款：情報システム

統一機関は、様々な情報システムを利用することができる。それは主に以下の五つの類型に分類される。(6)すなわち、①独自の情報システム、②他の統一機関との共通の情報システム、③統一機関以外の機関との共通の情報システム、④州のサービスポータル（Service-bw）、⑤他の機関が導入した情報システムである。

①独自の情報システムとは、当該組織が独自に設置したデータバンクを意味する。それは、基本的に統一機関による利用のみが予定され、通常オフラインで構築されている。共通の情報システムとして、郡都市及び郡は、ドイツ全域の統一機関を対象としたフォーラムを利用することが可能となっている。⑤他の機関が導入した情報システムとして、団体、とりわけ商工会議所と手工業者団体が、それぞれ保有する独自のソフトウェア

が挙げられる。

## 第二節：統一機関の運用の側面

第二節では、情報システムの利用状況（第一款）と統一機関の利用状況（第二款）を紹介する。続けて、統一機関と管轄庁間での内部的な協力関係（第三款）を検討し、最後に、統一機関が主張する現行制度の問題を紹介する（第四款）。

### 第一款：情報システムの利用状況

先述の情報システムとの関係では、統一機関のために用意された情報システムをあらゆる統一機関が利用しているわけではない。とりわけ団体の約三分の一は、そのような情報システムを全く利用しないと述べる[7]。その理由は、団体が独自に保有する情報システムを利用した方が、詳細な情報を得ることができるからであると思われる。

そして、いくつかの統一機関は次のような苦情を述べる[8]。すなわち、①管轄庁の任務領域に関係する情報にはインターネットでは取得できないもの（例えばエネルギー及び環境分野）があること、②手続処理のために必要な申請用紙が不明であること、③料金に関する情報を取得できないこと、④行政の内部基準についての情報が明らかでないことである。

さらに、州政府が提供する情報システム「Service-bw」も利用が乏しいようである。例えば郡都市の一二％、郡の一三％、団体の四一％が全く利用しないと回答した。利用すると回答した統一機関の中でも、利用の頻度については、郡都市の八三％、郡の六三％、団体の六一％がごく「たまに（gelegentlich）」Service-bw を利用するにとどまると回答する。その理由の一つとして、そこで用意されている情報が非常に一般的でありかつ表面的なものであるということが挙げられた[9]。

以上のような情報システムの利用状況を参考にして、情報システムの問題を挙げるならば、それは、管轄庁の保有する専門的な情報を提供するものではなく、その結果、統一機関が自由にアクセスすることのできる情報は、一般的、抽象的な情報にとどまるということである。

### 第二款：統一機関の利用状況

統一機関の利用について、それは、投入された資源との関係においてわずかなものと評価された[10]。そして、情報提供の六〇％、手続処理の八〇％は団体が行っており、サービス提供者

は団体を利用する傾向にある。[11] なお団体の中でも、建築士団体、税理士会、弁護士会及び州獣医団体は、ほとんど統一機関としての任務を遂行しておらず、大部分は手工業者団体と商工会議所によるものである。

次に、統一機関の利用者であるサービス提供者の構成を見ていく。その際統一機関は、第一に外国のサービス提供者のために創設されたにもかかわらず、情報提供及び手続処理を希望する者は、そのほとんどが国内のサービス提供者であることを特徴として挙げることができる。すなわち、統一機関の八八％は、二〇一〇年から二〇一二年にかけて外国のサービス提供者が統一機関を利用することは、「月に一度以下」であると回答する。「月に複数回」又は「月に一度」利用があると答える統一機関は一二％にとどまる。[12]

他方、国内のサービス提供者は、外国のサービス提供者と比較すると頻繁に統一機関を利用する。すなわち、統一機関の一六％は、「毎日」「週に複数回」又は「週に一度」利用があると述べる。そして、二二％は「月に複数回」又は「月に一度」利用があると述べる。もっとも、ここでも三分の二は「月に一度以下」であると回答する。[13]

第三款：管轄庁との共同作業

他の管轄庁との共同作業は、とりわけ手続処理に際して要請される。その際郡都市と郡は、管轄庁との共同作業を非常に肯定的に評価した。すなわち、郡都市の統一機関の全てが管轄庁との共同作業の状況を「秀（Sehr gut）」又は「優（Gut）」と評価する。また、郡では四分の三が他の行政庁との共同作業に満足している。[14] 反対に、いわゆる「行政から距離のある（verwaltungsfern）」団体では、否定的評価が示される傾向にある。すなわち、団体の三九％が管轄庁との共同作業を「良（Befriedigend）」「可（Ausreichend）」又は「不可（Mangelhaft）」と評価する。[15]

そのような共同作業を行う際に特に注意を払うべきことについて、統一機関は次のように述べる。[16]「サービス提供者が、時間のかかることを理由に拒絶しないように、これ、すなわち申込用紙と情報の提供等は、迅速に行われなければならず、適切な期間内に処理されなければならない」と。すなわち、統一機関と管轄庁とのコンタクトは手続の遅延を招きうるものであり、[17] さらに、統一機関の利用は利用者の任意であるから、手続の遅延という事態が、統一機関の利用を断念する要因となる可能性があるのである。そのため、管轄庁とのコンタクトを迅

速に行うことに統一機関は注意を払う。そのことは、回答した全ての郡が遅滞のない手続処理を目指し、団体及び都市の約七〇％が遅滞のない手続処理を働きかけることからも窺われる。[18] そこでは、統一機関の任意利用というモデルが、迅速な手続処理を目指すよう統一機関に心理的影響を与えていると思われる。なお、遅滞のない処理を目指す統一機関の多くは、そのための手段として、管轄庁へ注意喚起を行うための特定時点を定めるといった手続マネージメント（Verfahrensmanagement）を予定する。[19] 全部で九つの統一機関が、そのような手続マネージメントシステムを挙げる。具体的には、電話又は電子メール（七〇％）、書面（二三％）、口頭（七％）により管轄庁に働きかける。

次に、とりわけ手続処理に際して申請等を管轄庁に送付する任務を遂行した後に、その後の管轄庁における手続の処理状況について統一機関と管轄庁間で情報共有が行われるかを解明する。情報共有は、統一機関が管轄庁における手続の一般的処理状況を把握し、結果各管轄庁間の連絡、調整役としての機能を果たすために必要となる。

まず、共同作業の相手方となる管轄庁は、そのほとんど（九一・六％）が地方自治体の行政庁である。手続処理中の管轄庁との共同作業については、次のような一見すると否定的な統計が存在する。すなわち、手続の処理状況について管轄庁からのフィードバック（Rückkoppelung）が行われない手続は全体の八八・八％に及ぶ。もっともその内訳をみると、団体における手続（一〇〇％）を除けば郡で八〇％、郡都市で五六％とその割合は低下する。[20] 次に、反対に管轄庁から統一機関に手続の処理状況の問合せが行われるかという質問に対しても、行われないとの回答が八七・五％を占めるが、ここでも団体における手続（一〇〇％）を除けば、郡で四五％、郡都市で四四％であり、[21] 半数以上の手続処理に際して管轄庁は、統一機関に手続の処理状況を問い合わせているのである。

以上より、確かに団体と管轄庁間の共同作業は良好に行われているとは言えないが、郡都市及び郡の統一機関は、それを良好に行い、手続の処理状況について管轄庁の側から問合せがある手続も半数以上を占める。とりわけその目的が、統一機関にコンタクトをとることで他の行政機関における手続の一般的処理状況を把握することにあるとすれば、統一機関が一定の調整機能を果たしていると言えるだろう。

第四款：統一機関が抱える問題

以下では、バーデン＝ヴュルテンベルク州の統一機関が抱える問題についての統一機関の側からの提案を紹介する。

まず、情報提供の側面について、郡都市、郡、団体の全てに共通するのは、州による情報提供サービスの改良を求める点である。とりわけ、州の運営する情報ポータル「Service-bw」についての改良が求められている[22]。

さらに、郡都市、郡、団体のいずれも任務領域の拡張を提案する。すなわち調査が行われた時点では、手続の処理について少なくとも営業許可手続、各種職業団体への登録手続及び事業担当局への事業届出手続を統一機関が担当していた。他方、例えば郡都市は、建築法関係の手続を、郡は、税務署、労働局、職業組合への届出等を、団体は、社会保険の届出等を対象に加えることを提案する[23]。さらに、選出された統一機関の半数が、対象の拡大について賛同している[24]。

また、統一機関の存在に対する認識の低さも問題として挙げられる。これは、統一機関の利用率の低さを導くとともに、誤った利用も導く。例えば、それが運転免許の交付などの担当者であると市民が誤解し、それに押しかける事態が指摘されている[25]。

## 第三節：小括

以上、バーデン＝ヴュルテンベルク州の実態をみると、まずはじめに、統一機関の利用が僅少であることが分かる。そしてその原因としては、それが十分に認知されていないこと[26]及び統一機関の任務領域が狭いことからこれを利用する利用者側のメリットが少ないことが挙げられる。例えば、税務署に向けた届出を担当しないことに対して、サービス提供者は不満を述べる[27]。

他方で、統一機関そのものが機能不全に陥っているわけではない。例えば管轄庁との共同作業は、団体を除いて特に支障がないようであり、管轄庁の側から統一機関へのコンタクトも行われている。一方、団体はその専門性において勝り、固有の情報ネットワークを有していることから、特に情報提供に関してはその利用が望ましい側面もある。現に利用者が最も利用する統一機関が団体である。しかし、州が提供する情報システムが上手く機能していないことに加えて、今後統一機関の任務領域の拡大を目指すのであれば、管轄庁との共同作業が一層求められることになる。そうすると、団体と管轄庁との共同作業の改善を目指すか、さもないと郡都市及び郡の統一機関の役割が、今後重要性を増す可能性がある。

（1）Jan Ziekow/Axel Piesker/Marco Salm/Corinna Sicko, Evaluierung der einheitlichen Ansprechpartner nach EU-Dienstleistungsrichtlinie in Baden-Württemberg, 2012. なお、本稿ではバーデン＝ヴュルテンベルク州で行われた調査結果を紹介するが、ラインラント＝プファルツ州でも同様の調査が行われている。調査結果について、Vgl., Ziekow/Piesker/Sicko/Dirk Zeitz, Evaluation des Landesgesetzes über die Einheitlichen Ansprechpartner in Verwaltungsangelegenheiten, 2012.

（2）Landtag von Baden-Württemberg Drucks. 15/3241, S.2.

（3）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.45.

（4）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.47.

（5）Vgl., Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.47.

（6）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.60.

（7）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.59.

（8）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.61.

（9）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.54.

（10）Vgl., Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.50.

（11）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.50.

（12）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.55.

（13）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.56.

（14）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.64.

（15）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.64.

（16）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.65.

（17）エルンスト(Christian Ernst)は次のように言う。「……確かに市民にとっては、その行政上の案件のために、事実上常に一つの機関を中心として利用しさえすれば良いことを意味するが、そのことは、追加的な行政の統一体(Verwaltungseinheit)が、市民と管轄庁との間の関係に介入することによって初めて可能になる。行政手続の処理はこれにより長期化する傾向にあるだろう。手続に関する疑問について統一機関は、何度も管轄庁に再三の問合せをしなければならない。」と（Ernst, Die Einführung eines einheitlichen Ansprechpartners i.S. der EU-Dienstleistungsrichtlinie durch das 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften, DVBl 2009, S.957.）。

（18）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.65.

（19）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.66.

（20）Vgl., Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.78.

（21）Vgl., Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.78.

（22）Service-bw が提供する情報について、郡都市はそれをより顧客を志向したものにすること、郡はより明快かつ簡潔なものにすること、団体はより具体化することを求めている（Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1)., S.86.）。

（23）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1), S.87f. 例えば、不動産取引業者が他の都市で事業を営むためには、通常一八の手続を経る必要がある（Alexander Windoffer, Das System des einheitlichen Ansprechpartners, in: Stefan Leible (Hrsg.), Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie—Chansen und Risken für Deutschland, 2007, S.26f.）。また、外国の不動産取引業者が、サービス活動を開始する際の手続を図示したものとして、Vgl. Dieter Beck, in: Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.), Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2008, S.232.

（24）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1), S.97.

（25）Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1), S.96.

（26）サービス提供者の過半数（五九％）は、コンタクトをとる以前に、それが統一機関の任務も遂行すること、あるいはそもそも統一機関の存在について知らなかったと答えており、意識的に統一機関を訪れたものは、二九％にとどまった（Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1), S80.）。

（27）Vgl., Ziekow/Piesker/Salm/Sicko, a.a.O (Fn.1), S82.

## 第四章：学説の提言

第四章では、統一機関の更なる発展に向けたドイツの学説を紹介する。まずはじめに、本稿が特に注目する、複数の管轄庁の決定に対する調整任務を統一機関がより発揮しうるモデルをノイダート（Anne Neidert）が主張しており、これを検討する（第一節）。次に、第三章でバーデン＝ヴュルテンベルク州の統一機関が提言したような、統一機関により広い活動領域を認めることを、ルーフ（Anika Dorthe Luch）とシュルツ（Sönke Ernst Schulz）が主張しており、これについて検討する（第二節）。ノイダートの主張を統一機関による任務の質的向上に向けた提言と位置付けるならば、ルーフとシュルツの主張は、統一機関の任務の対象拡大に向けた提言と位置付けることができる。なお双方の学説とも、サービス指令の国内法化以前に主張されているため、統一担当者の用語が使用されているが、ここでは統一機関と読み替えて紹介する。

### 第一節：統一機関の任務の質的向上

ノイダートは、「手続マネージャーモデル

（Verfahrensmanagermodell）」を実現が望ましいモデルとして提案する。[1] 手続マネージャーモデルの内容は、次の通りである。

まず統一機関は、提出された書類を同時に複数の関係行政庁に送付する。これは、従来「星印手続（Sternverfahren）」として連邦行政手続法旧七一ｄ条に規定されていたものである。

再度、旧七一ｄ条の条文を挙げると、それは以下のようなものであった。

《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。》

すなわち、申請書類の提出を受けた管轄庁は、それを他の関係行政庁に同時に送付し（第一項）、その後、管轄庁が設定した関係行政庁が意見表明を行うための期間を経過すると、原則として管轄庁による決定に際して、関係行政庁は意見を述べることができなくなるのである（第二項）。[2] そして、そのような効果は「排除効（Präklusion）」[3]と呼ばれる。

もっとも、管轄庁による送付に排除効が与えられる一方で、統一機関による送付には排除効が与えられない。[4] しかしながら、ある行政庁に提出された申請の内容をその他の関係行政庁が把握することによっても、矛盾する判断のおそれは低減するだろう。

さらに、統一機関には申請協議の招集権限が与えられる。[5] 申請協議とは、許可庁、関係行政庁及び申請人が一同に会して、当該申請について意見交換を行うための手続であり、連邦行政手続法の旧七一ｅ条が規定していた（参照、第二章第一節第一款）。もっとも、本来の申請協議は許可庁が招集することが予定されているところ、統一機関が招集する場合を想定して明文規定を設けている点が、手続マネージャーモデルの特徴である。そして、これにより統一機関の主導により管轄庁間での横の連絡が保障される。なお、申請協議はいわば「インフォーマルな行政活動（informelle Verwaltungstätigkeit）」と言えるため、招集権限を統一機関に認めたとしても管轄権限上の紛争は生じ

ない。[6]

他方、手続マネージャーモデルは、他の管轄庁における手続の処理期間を統一機関が設定することを提案する。[7]その際、当該処理期間の設定に際し、関係行政庁は意見表明を行うことができる。そのことが、申請協議の招集に応じる誘因になると思われる。

統一機関に招集権限があることは、統一機関は、自らの判断で申請協議を招集することを意味する。他方、申請人の求めがある場合には招集するものとする（sollen）とされる。ここでは、申請人の求めがある場合には、原則、実施が予定されるが、なお統一機関には一定の裁量が与えられる。その理由は、統一機関において処理される事案の大部分は、事業届出手続のような簡素な手続であるため、いかなる場合であっても申請協議を認めることは非生産的であり、事務の遅滞をもたらすことにある。[8]

なお、許可の内容を矛盾なきよう調整することに、統一機関は責任を負わない。すなわち、統一機関は決定権限を有しないため、その内容を調整する責任まで負わせることは適切ではないとされる。[9]

以上、手続マネージャーモデルは、とりわけ申請協議の招集権限を統一機関が有することを明文で規定し、さらに各管轄庁の手続の処理期間を設定する権限を法律により統一機関に与えることで、組織間調整の機能を強化させていることが特徴と言える。

## 第二節：統一機関の任務の対象拡大

ここでは、サービス指令が統一担当者にその処理を求める「手続と形式」の内容をめぐる学説を紹介する。[10]これを提言するのは、ルーフとシュルツである。第一章第二節第三款で述べたように、「手続と形式」は非常に広汎な概念であった。他方、立法理由（９）によると、私人と同様に注意を向けなければならないものについては、サービス指令の適用が除外される。すなわち、手続と形式は、「サービスに特殊の（dienstleistungsspezifisch）」ものに限定され、「一般的な（allgemein）」ものとは区別される。さらに、サービス指令第六条第一項によると、統一機関が処理すべき「手続と形式」は、サービス活動を行うために「必要な（erforderlich）」ものに限定される。以下ではまず、「サービスに特殊の」手続が何を指すかについて考察する。

先述のバーデン＝ヴュルテンベルク州における実施状況によ

ると、営業許可の申請、各種職業団体への届出、事業担当局への届出という少なくとも三つの手続を統一機関は処理する。これらは、サービス提供者による利用のみを予定する手続であるから、まさに「サービスに特殊の」ものと評価できるだろう。しかしながら、その意味をルーフとシュルツはさらに緩やかに捉える。

ルーフとシュルツによると、当該規定が「典型的に(typischerweise)」サービス活動に適用されることを予定している場合、当該規定のために遵守しなければならない手続を「サービスに特殊の」手続と評価する[11]。例えばイミッション防止法第四条第一項第一文によると、有害な環境上の影響を引き起こすおそれがあると判断された施設の設置及び操業には許可の取得を要する一方で、第二文は事業上の目的に寄与せず、経済的事業において使用されない施設は別の要件の下、許可を取得することを求める。したがって、第四条第一項第一文は、主としてサービス提供者に適用されるものと評価し、当該規定のために経由する手続を「サービスに特殊の」手続として認めるのである[12]。

次に、「必要な」をめぐる解釈を検討する。ルーフとシュルツによると、当該手続を経なければ、サービス活動それ自体を開始、遂行することができない、いわゆる「Ob（するかしないか）」に関わる手続を意味するというのが、「必要な」をめぐるサービス指令の理解であるとする[13]。その一方で、ルーフとシュルツは、国内法化に際してはさらに拡張した理解が望ましいとする。すなわち、当該手続を経なければサービス活動の方法が左右されるという、いわゆる「Wie（どのようにするか）」に関わる手続を含めて理解する[14]。「Wie」に関わる手続とは、サービス活動の方法に関する手続であるから、当該手続を経ない場合であっても、別の方法や態様でサービス活動を開始、遂行することは許される。キール市の墓地条例（Friedhofssatzung）を例に挙げると、その第六条第一項第二文によると、墓地に関する営業活動には事前に許可を取得する必要がある。その際、「墓地専属の庭師（Friedhofsgärtner）」という独立の職業像は存在しないため、許可取得のための手続は、「庭師（Gärtner）」というサービスの方法や態様に関わるものである。したがって、これは「Ob」に関わる手続ではない[15]。

その結果、サービス指令の挙げる「必要な」手続と形式にはあたらないが、ルーフとシュルツは、「サービスに特殊の」手続と言えるのであれば、「Wie」に関わる手続であっても統一機関を通じた処理を可能にすべきと主張する[16]。そして、キール

市の墓地条例は、その適用対象をもっぱらサービス提供者に限定するため、「サービスに特殊の」手続にあたり、統一機関によって処理されるべきことになる。[17]

## 第三節：小括

以上の学説を踏まえて、私見を述べる。

まず、ノイダートの主張については、統一機関に調整役としての機能を期待する本稿の立場からは、とりわけ申請協議という組織間調整の場を設定する権限を与えることは望ましいと言える。

任務の対象拡大について、ルーフとシュルツは、「サービスに特殊の」手続か否かを法律規定の文言から判断する。例えばある規定の適用対象が、サービス提供者のみに限定されるような場合に、当該規定により遵守すべき手続を「サービスに特殊の」手続として認める。そして、ルーフとシュルツの見解を評価する際に重要なことは、それがサービス指令の国内法化以前に主張されたことである。すなわちルーフとシュルツは、統一機関の活動領域を明確にすることで、利用者がそれを利用する際の混乱を防止するために、規定の文言を手掛かりとする解釈を展開していると思われるのである。[18] 他方、サービス指令を国内法化した連邦行政手続法第七一ａ条第一項によると、統一機関による活動領域は、法律又は法規命令で個別に規定されることになった（参照、第二章第一節第一款）。とすれば、統一機関の活動領域を論じる際には、その領域が曖昧であることによる利用者の混乱を考慮する必要に乏しい。なぜなら、統一機関がいかなる手続を処理するかは、個別の法律と法規命令によって利用者の目に明らかとなるからである。すなわち統一機関の活動領域は、立法者又は行政機関が改めてその範囲を確定することになるから、ここでは立法者に対する要請として、統一機関のあるべき活動領域を論じることになる。そして、第一章第二節第四款で述べた通りサービス指令の国内法化においては、サービス提供者の主観が重視された。例えば、統一担当者の組織形態において要請される統一性とは、サービス提供者の視点から見て統一的なものと言えるかといった問題であった。したがって、統一機関の活動領域についてもそのようなサービス提供者の主観を重視すべきである。すなわちサービス提供者の経験上、サービス活動を行う際に典型的に利用する手続を対象とすべきである。[19]

（1）Anne Neidert, Einheitlicher Ansprechpartner: Umsetzungsmodell zum Ablauf des Verwaltungsverfahrens, in: Utz Schliesky (Hrsg), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung Teil1, 2008, S.125ff.
（2）BT-Drucks. 13/3995, S.9.
（3）BT-Drucks. 13/3995, S.9.
（4）Neidert, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.128.
（5）Neidert, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.130f.
（6）Neidert, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.131.
（7）Vgl., Neidert, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.129.
（8）Neidert, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.130.
（9）Neidert, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.135.
（10）Anika Dorthe Luch/Sönke Ernst Schulz, Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie: Zur Abgrenzung von dienstleistungsspezifischen Genehmigungen und solchen allgemeiner Natur, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.87ff.
（11）Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.95.
（12）Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.109.
（13）Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.104.
（14）Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.115.
（15）Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.109.
（16）Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.115.
（17）Vgl., Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.109.
（18）Vgl., Luch/Schulz, in: Schliesky (Hrsg), a.a.O (Fn.1)., S.99f.
（19）ルーフとシュルツが想定するモデル3に該当する（Vgl., Luch/Schulz,in: Schliesky (Hrsg.), a.a.O (Fn.1)., S.99ff.）。なお理由付けについても、ルーフとシュルツの言うモデル3の肯定的な理由付けを参考にした。

## おわりに

おわりにでは、統一機関を研究することの意味、すなわち統一機関の導入にどのような利点があるかを要約した上で（第一節）、残された課題（第二節）を論じる。

### 第一節：統一機関の利点

本稿は、行政組織の分化がもたらしうる悪影響、とりわけ、

①手続の複雑化に伴う利用者の負担、②官庁間での決定の矛盾・衝突に対する解決策を提供する素材として、統一機関について考察を加えてきた。それにより判明したことは、統一機関が多方面にメリットを与えうるということであった。第一に手続の利用者、とりわけサービス提供者に与えるメリットである。すなわち利用者は、単一の機関に書類を提出するのみで足り、情報提供についても当該機関を通じて受けることができる。そのため、利用者がコンタクトをとる必要のある行政機関の数が減少し、複数の行政機関に足を運ぶという負担が軽減される。さらに、これまで複数の管轄庁が、それぞれ別個に行ってきた情報提供を整理統合して利用者に伝えることにより、利用者の理解が容易になることも期待される。第二に、行政内部に与えるメリットである。例えば、手続処理にあたって管轄庁が、他の官庁の意向を考慮する必要がある場合には、直接連絡・調整を図ることが通常であるが、場合によっては組織間の縄張り争い等の事情から、相手方である管轄庁がこれに応じなかったり、また、自らこれを断念することもありうる。そのような場合に、統一機関という第三者機関とのコンタクトを通じて、官庁間の横の連絡を間接的に実現することが期待される。

## 第二節　残された課題

本稿は、とりわけ管轄庁間の調整役としての機能に重点を置いて統一機関を考察した。他方、統一機関が様々な管轄庁間の調整役として十分に機能するには、各管轄庁の保有する多数の情報を取得する必要がある。しかしその際には、データ保護法（BDSG）との関係が問題になる[1]。すなわち、取得できる情報が制約されるのである。情報の保護・管理についての詳細な分析は今後の課題となる。

本稿は、統一機関が調整役として一定の役割を果たし得ることを明らかにした。しかしながら、統一機関が携わる手続は、事業活動に必要な手続に限られており、その点に限界がある[2]。例えばこれらの手続は、実体的要件が重複し、だからこそ調整を要する許認可手続を基本的に包まない[3]。元々、統一機関は事業者の便益を志向して導入されたものであり、調整機能は統一機関が持つ副次的な機能であった。その点に調整役としての機能の限界があると思われる。今後は、実体的要件が重複する複数の許認可が併存する場面を念頭に置いて、調整の実体法理の解明を進めることとしたい[4]。

（1）ネッセルドレーアー（Andrea Nesseldreher）は、統一担当者の導入により相当な数のデータ交換が行われることと及びデータ保護の必要性を指摘する（Vgl. Nesseldreher, in: Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.) Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2008, S.143ff.）

（2）なお欧州委員会は、外国人事業者の利用が低迷している状況を受けてのことではあるが、二〇一四年の終わりまでに「第二世代（zweite Generation）」の統一担当者の構築に向けたキャンペーンを提唱した。そこでは、①企業の生存サイクル（Lebenszyklus）における全手続に統一担当者が関与すること、②情報を多言語化すること、③利用し易いものにすること（とりわけオンライン上での手続の処理を可能にすること）が要請されている（BR-Drucks. 363/12, S.13f.）。

（3）事実、ノイダートは次のように言う。「……サービスに関する統一担当者の任務領域にとって、複数の平行する必要的な手続と形式が実体的に（inhaltlich）矛盾することは、むしろ例外である。」と（Anne Neidert, Einheitlicher Ansprechpartner: Umsetzungsmodell zum Ablauf des Verwaltungsverfahrens, in: Utz Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung: Teil1, 2008, S.136.）。

（4）規制目的、許可要件が相互に重複する複数の許認可が必要な場合の許認可相互の関係は「平行許可（Parallele Genehmigungen）」と呼ばれ、既に村松勲教授の先行研究が存在する（村松勲「環境保護に関わる行政上の許認可権の競合と調整（Ⅰ～Ⅱ）」ぱいでいあ一七巻（一九九三年）七七頁、一八巻（一九九四年）一六一頁）。

雑　報

# 北海道大学法学会記事

○二〇一五年一二月一七日（木）午後四時より

「行政研究における法学と政治学の対話可能性について」

報告者　村　上　裕　一

出席者　五〇名

一　はじめに

報告者が専攻する行政学は、法学とも多くの接点を有する。法学・政治学の両方からアプローチされる行政研究のテーマには、行政裁量や行政指導、行政組織、政策法務、司法行政といったものがある。本報告では、その全てを網羅的に論じることはできないが、報告者のこれまでの取り組みを紹介することにより、行政研究における法学と政治学の「共通の話題」探しを試みた。

二　報告の概要

①　ルールの「闘争」

船舶の安全や環境に関する国際規制では、政府間組織・国際海事機関（ＩＭＯ）が策定する、法的拘束力のある「基準」と、非政府組織・国際標準化機構（ＩＳＯ）が策定する「規格」とが併存しており、近年の動きは注目に値する。

ルール策定に要する時間の違い（ＩＭＯは三～一〇年、ＩＳＯは一～三年）によるところも大きいが、ＩＭＯからＩＳＯに規格策定が要請されたり、既存のＩＳＯ規格が国際条約で引用されたり、ＩＳＯにおいてＩＭＯとリンクした規格作成が重視されたり、また、ＥＵへ輸入される航海設備が域内強制基準に合致することが要求されたりして、ＩＳＯ規格が実質的に法的拘束力を有するようになっている。海事クラスターにおいて、国際標準化戦略上、この基準・規格は「使い方次第」だとの認識がかなり共有されている。

こうして「ハード・ロー」と「ソフト・ロー」とが相対化する中で、今以上に国際標準化が進むと、適用関係をあえて曖昧にすることで顕在化していないルール間の抵触・競合が今後激化し、調整が必要になってくる。これは、各国法令や民間規制等も含む様々なルールとの関係をどう整理するか、また、グロー

バル・ガバナンスにおける国際規制の決定権力の所在をどう捉えるかといった新たな論点を提起している。

② 組織の「設計」

行政組織の独立性については、特に近年、政策論議の公開や行政の信頼回復を目的として、財政と金融、原子力の利用・推進と規制のように、政策決定（権限）をいかに分離するかという文脈で争点化している。

行政組織の独立性が「(1)財政的資源、(2)法的権限、(3)人的資源・組織、(4)情報といった行政資源に関する、(A)政治（党派性等）、(B)活動の相手方、(C)政府他部局に対する非依存性」だとすると、それは行政（規制）の実効性や信頼に繋がり得る一方、民主的正統性、事後的な責任追及、専門技術性の調達、政策の一貫性・総合性・効率性の保持等の必要性との両立が問題となる。そのため実際には、組織間の適切な距離感やバランス・関係性をいかに築くかが重要になる。そうして、独立性に込められた趣旨・目的に応じて組織設計を工夫することになるだろう。また、独立な行政組織が生まれる政治的条件とは何かと言えば、国会等が自らの作為・不作為責任を回避するために自らの手が及ばないところに行政組織を置く、というのが合理的選択になる場合がある。さらに、一般論として、組織設計の理念が達せられたかどうかは、組織運用の実態から検証されなければなるまい。

③ 官僚の「生態」

行政学は、プログラムに忠実な執行と現場に適応的な執行とのバランスをとるべき政策実施において常に残らざるを得ない行政裁量を統制するため、準則の定立と公開の重要性を論じてきた。それは行政指導のあり方とともに、長年、執行研究の対象となってきた。

本報告では、国会が制定した法制度の下での権限行使（「裁量」）と、それを超えて、行政活動の際により広い文脈に働き掛け、法制度や政策そのものをどう変えていくか（「自律性」）とを区別し、両者を併せて行政活動の「自在幅」と捉える枠組みを立てて、電気用品安全・障害規制を分析した。

「規制空間」では、規制の国際調和、規制対象技術の多様化・詳細化、専門性の高度化、それに伴う技術基準を巡る利害対立の顕在化、規制能力の分散が進んだ。そうして行政（規制機関）が「裁量」を奪われていった一方、調整の場やプロセスの管理、法令システム・インフラ（例：傘法）の整備、規制実施手段の制度・仕組みの選択に係る「自律性」が却って際立っていった。これは、規制空間の構造が変容する中で官僚が採った「自在幅」確保・拡大戦略であったと言える。

三　質疑応答ほか

本報告後、出席者から各ご専門の立場からコメントをお寄せいただき、報告者にとって大きな励みになった。

例えば、実定法学との接点として、本報告では法制度としての政策デザイン手法や、国内外で見られる諸ルール間「闘争」を想定していたが、歴史の観点も含む、司法行政研究も有意義だと感じられた。行政組織が設計通りに機能するかについては、その運用状況を分析した上で、他との間で保つべき距離感や緊張感を考えることが現実的と思われる。官僚の「自律性」への責任をどう問うべきかについては、官僚（公務員）の主観面（倫理観や使命感）によらざるを得ない部分が一定程度残るのであり、それに堪え得る人材育成が求められているのではないかと考えられる。

本報告では、行政研究における法学と政治学の接点の極めて限られたところにしか光を当てることができなかったが、少なくとも報告者においては、法学と政治学の対話可能領域の広がりを窺い知ることができた。本報告が今後の対話に向けた一つのきっかけになったとすれば、当初の目標は達せられたことになるだろう。本会関係者の皆様には心より御礼申し上げたい。

# THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 67 No. 1 (2016)

SUMMARY OF CONTENTS

## News

## Report on Hokkaido University Law and Politics Workshop

The regular law and politics meeting took place on 17 December 2015 with 50 participants. Yuichi Murakami, a public administration major, gave a presentation entitled 'Common Topics for Law and Politics in My Public Administration Study'. He provided three topics as examples: 1) the 'competition' between intergovernmental and non-governmental rules or standards of ships in the global regulatory space; 2) the 'design' and 'practice' of independent regulatory organizations concerning public and private finance, central bank, and nuclear policy; and 3) the 'ecology' of bureaucrats equipped with administrative autonomy and the discretion and delegated authority of administrative guidance.

In a following session, Murakami responded to participant questions and said that discretion above is so wide that bureaucrats' ethics or mission should be important to ask them for administrative responsibility. He also said that it is realistic to examine the extent of independence of regulatory organizations in terms of the distance or tense atmosphere created against others in the course of their operation, and that history and practice of court of justice administration can be another common topic.

The workshop led to the possibility of further dialogue in the future between the disciplines of law and politics in public administration.

論　　説

# 法と情報空間（５・完）

## ―― 近代日本における法情報の構築と変容 ――

郭　　薇

目　次

序論　法的コミュニケーションの研究とその意義
第一章　情報としての法－法的コミュニケーションの研究
（以上、66巻２号）
第一部　メディア主導の法情報
第二章　マスコミにおける法的問題の構築―新聞を素材に
第三章　雑誌における法的問題の構築―『法律時報』の事例研究を兼ねて
第一節　法律雑誌というメディア　（以上、66巻３号）
第二節　法律雑誌の大衆化は可能なのか
第三節　法律雑誌と立法
第四章　法情報の性質―社会性と専門性の間　（以上、66巻４号）
第二部　ユーザ主導の法情報―2010年公訴時効改正を素材として
第五章　2010年公訴時効改正の法制審議会における世論の役割
第六章　裁判の言説と世論の言説―足立区女性教員殺害事件を素材として
第七章　公訴時効をめぐる各メディアの言説
第一節　時効報道の背景
第二節　マス・メディアの時効報道　（以上、66巻５号）
第三節　ソーシャルメディアの時効報道
第八章　「世論」という情報―ユーザ視点の法情報をめぐる概念
第一節　世論と制度形成
第二節　世論から法情報へ
結論　法情報の受容　（以上、67巻１号）

# 第二部　ユーザ主導の法情報
## ―2010年公訴時効改正を素材として

## 第七章　公訴時効をめぐる各メディアの言説

### 第三節　ソーシャルメディアの時効報道

日常生活ではインターネットが重要な情報収集のツールとなっている[1]。近時、政治参加に関してインターネットによる情報形成・伝達が注目されている[2]。ただ、インターネットにおいては、非組織的または非継続的な発信活動が極めて活発であり、時効報道に当たるテキストも膨大なものとなる。インターネット言説の全体像を把握するのはほぼ不可能ともいえるが、本節は、ネット空間で活発な発信活動を行うソーシャルメディアに注目し、その代表格である Twitter（ツイッター）[3]を事例と

[1] 本論で言及したインターネットの使用状況については、公的な調査を参照する。例えば、総務省の「平成23年情報通信白書」（インターネットの利用動向 http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h23/pdf/n4010000.pdf アクセス2016年１月31日）。また、ニュース報道とネット利用の変動について、日本新聞協会の「全国メディア接触・評価調査2009」を参照する。その中で、情報収集のためのネット利用が増えていることが言及されていた（http://www.pressnet.or.jp/adarc/data/research/pdf/2009.pdf アクセス2016年１月31日）。

[2] 2013年４月19日に公職選挙法の改正案が可決・成立し、同年７月の参議院議員選挙または国政選挙において、政党や候補者が Facebook（フェイスブック）などネットサービスを活用して政治広告および PR 活動を行うことができるようになった。そうした社会背景を意識しながら、ネットでの情報発信による政治参加への促進効果とその限界を論じたものについて、山腰修三「『ネット選挙』の捉え方：政治コミュニケーション論から批判的に考える」三田評論1171（2013）151-165頁、同じく「デジタルメディアと政治参加をめぐる理論的考察」マス・コミュニケーション研究85（2014）７-13頁を参照。

[3] Twitter とは、2006年７月に Obvious 社（現 Twitter 社）が開発したネット上のコミュニケーションサービスである。Twitter の日本語訳に関して、「ツイッター」といった訳語があるものの、Twitter 社が運営する日本語版の公式サイトでは英語表記（twitter）をそのまま使っている。（https://twitter.

して取り上げ、公訴時効をめぐる情報の交換・交流がどのように行われているかを考察する。Twitterというサービスは、その利用者の多くがフォローとフォロワーの関係となり、お互いに140字までの書き込みを発信・閲覧・コメントすることによって、ユーザ間の情報伝達・拡散を実現するものである。

本節では、2010年４月～６月、刑事法改正法案（公訴時効改正）が成立した約２ヶ月半の間に、Twitterのキーワード検索機能を利用し、主に「時効」という用語を使用したTweet、いわゆる「つぶやき」を継続的に観察した[4]。

---

com/?lang=ja　アクセス2016年１月31日）。元々「twitter」という単語には、小鳥の囀りや人々の雑談など複数の意味が含まれている。それらの意味を総合しながら、人々のつぶやきを「twitter」で表現したわけである。従って、改めて日本語に直すのが困難である上に、その必要性も考えにくい。そのため、本節は英語表記「Twitter」を読者の理解に害しない限り尊重する。従って、Twitterを言及する際に、日本語訳の「ツイッター」を避け、時にはtwitterを使う人々の行動を「Tweet」と表現する。Twitterの定義について、参照「時代を読む新語辞典」日経BPネットhttp://www.nikkeibp.co.jp/style/biz/abc/newword/070521_2nd/（アクセス2016年１月）。日本を含めアジアのTwitterユーザの状況について、http://www.emarketer.com/Article/Asia-Pacific-Grabs-Largest-Twitter-User-Share-Worldwide/1010905（2016年１月31日アクセス）を参照。

[4] 関連する話題の範囲を把握ため、「公訴時効」と「時効」という二つのキーワードで検索を行った。膨大な量のため、Tweetの内容を省略する。ただ、Twitterのホームページで提供された検索機能を活用することによって、本節の対象データを辿り着くことができる。具体的な抽出法について、「公訴時効 or 時効　since:2010-4-1 until:2010-6-30」（2010年４月から2010年６月まで投稿されたTweetに「公訴時効」あるいは「時効」が含まれるものを検索するという意味する）をキーワートに設定し、検索する。

Twitterという現象について、計量的なネットワーク研究や情報処理の観点から検討するものが多いが、本章の研究の先行研究は少ない。その中では、産業とマスコミ論の観点からツィッターの社会機能を論じた津田大介著『Twitter社会論：新たなリアルタイム・ウェブの潮流』（洋泉社・2009年）は本章との立場が近い。海外の文献として、H. Kwak, C. Lee, H. Park & S. Moon, *What is Twitter, a social network or a newsmedia?*, In Proceedings of the19th

**第一款　情報の伝達**

Twitter においては、専門の報道機関からの情報や一般のユーザからの情報を収集、引用することができる。また、情報の再発信やコメントを ReTweet という形で行える[5]。それにより、元の情報が加工され、新たなコンテンツとして流通することになる。これは、法情報の伝達過程としても注目に値する。とりわけ、公訴時効改正に関わる twitter 上の情報伝達において、この立法が象徴した「被害者感情への配慮」が重視されていたかを検証する。

第１に、時間性と話題の分散についてである。2010年４月27日に公訴時効改正の法案が通過した当日から５月１日にかけて、「公訴時効」に関する Tweet が集中した。それらの多くは、一般の生活情報に関する Tweet でよく見られる写真やビデオ付きのものではなく、殆どが大手新聞社または法律系メディアの引用とそれに関するコメントであった[6]。その発信時期については、2010年４月24日に３件、４月26日に１件だったのに対し、４月27日の法案成立当日には129件まで増加した。翌28日は、法学研究者のアカウントが発信した Tweet が多かったが、総計数は75件に止まった。その後も、発信は減少を続け、５月８日になると「公訴

---

international conference on World wide web (2010), pp591-600（http://dl.acm.org/citation.cfm?id=1772751&CFID=549215411&CFTOKEN=21422347）（2016年１月31日アクセス）にも類似する視点が見られる。

[5] 自分の発信以外に、ReTweet（以下では RT と省略する）とは誰かのポストを自分のアカウントで再配信することである。興味深いポストを自分のフォロワーに読んでもらいたいというシンプルな思いが RT のベースにあるが、客観的に情報に注目させ、ユーザ側の認識を拡げる効果もある。

[6] 言及した Tweet の情報源は Twitter 社にあるが、ユーザの検索サービスを利用し、「公訴時効　since:2010-4-1 until:2010-6-30」で検索をすれば、オンラインでデータの内容を見ることができる。RT 数が高いのは、朝日新聞東京報道編成局（RT 数４回、2010年４月27日午後１時27分）や法なび @hounavi（RT 数６回、４月27日午後５時36分）が発信した速報である。前者は国会審議の報道、後者は公訴時効改正に対する日弁連の会長声明である。そこで見られる Tweet は、公訴時効の話題に関する一般利用者の弱い発信力を示す現象かもしれない。

時効」に関する投稿は１件のみであった[7]。他方、「時効」は、公訴時効改正の話題以外に、他のテーマでも使用されていることがわかった。例えば、「時効」を、公訴権の消滅と関わる本来の意味ではなく、時間制限を表現する言葉として使うケースである。以下の、@yubitter が @kai0831に向けて発した Tweet が、この使い方の典型例である。

*@ kai0831昔話的でもう時効だよ～（^O^）笑い話だよね今となっては…あの頃はリアルに売ってる子たくさんまわりにいたけど今もあるのかね～顔写真付きとかだったよね…あ、私はやってませんから！（2010年６月27日14:05:31　by @yubitter）*

また、刑事ではなく、民事法の時効に関する Tweet もある。特に、法学部あるいは法科大学院に所属する学生と教員が発した Tweet で用いられる「時効」は、知識としての時効概念に言及することが多く、実際の事件や訴訟を紹介するものは少ない。

第２に、「公訴時効」という表現を使った Tweet（以下公訴時効の Tweet という）には、様々な情報源が認められる。すなわち、新聞、テレビすなわち専門的な報道機関による Tweet[8]が見られるほか、関連研究会やイベントの情報、関連資料の紹介なども Tweet されている。「公訴時効」に関連する研究会やイベントについては、当該活動の参加者が、現場の進行を記録し、Tweet するケースも多い。例えば次のような Tweet である。

---

[7] 李光鎬「ツイッター（Twitter）上におけるニュースをめぐるコミュニケーション」成城大学社会イノベーション研究第９巻（2014）では「金正日総書記の死去」をめぐるニュースを素材に、ツイッターでのコミュニケーションを検討した。その研究は、当該ニュースが伝えられた当日を中心に、２～３日という短期間で爆発的に発生し，急速に収束していくコミュニケーションのパターンを明らかにした。本研究と同じく、ツイッターというメディアの持つ速報性と分散性が確認された。

[8] @ asshuku（圧縮新聞）公訴時効（７年）が半年後に迫っていた500億ドルの赤字　2010年５月６日12:15:04　from EasyBotter。

*@crusing21まず、桐蔭横浜大学の河合幹雄さんから、「議論と熟考がほしかった公訴時効廃止」と題して報告がありました。現在、質疑応答中です。2010年５月１日13:28:19　from Twitbird iPhone*[9]

第３に、Twitter における公訴時効関連の言説には、発信者とフロワーとの間に行ったコミュニケーションだけではなく、法学論文など専門資料に関する紹介も含まれている[10]。その場合、引用リンクの使用が頻繁に行われている。すなわち、ユーザたちの情報行動によって、個々のコンテンツが流動的かつ相互干渉的に形成されている。例えば、「ブログ更新：公訴時効廃止に何を見るべきか http://bit.ly/a9BBYY」という Tweet は、政治学者の松尾龍佑が、５月10日12：41：44に Tweet したものであるが、その情報は、同日の12：57：15と13：27：12に「BLOGOS編集部」と「@ Blog_Rss_New」に転載されていた。「@ Blog_Rss_New」は、「公訴時効廃止に何を見るべきか http://bit.ly/a9BBYY」として松尾の原文をそのまま引用している。

上記の引用手法では、発信者が情報を140字以内にまとめる作業を行うと同時に、情報の引用を通して情報源が明らかにされる。ゆえに、引用された情報は、引用者の解釈ではなく、情報リンクを通じて本来の構成で提示されることになる。そうすることで、Twitter 上の公訴時効情報には、短い表現に込められた臨場感という特性が備わることになる。他方、１つのメディアで情報をカバーしているわけではなく、多数の情報源が無変換で組み合わされているという形になる。

**第二款　意見の交換**

公訴時効に関する Tweet の多くが一方的な情報提示のみで終わっており、発言者が相互に話し合うことは相対的に少なかった。しかし、

[9] 2010年５月１日に、青山学院大学で行われた公訴時効に関するシンポジウムで発信された Tweet である。

[10] 例えば、次の Tweet：おもしろかった＆勉強になった。道谷卓（2009）「公訴時効をめぐる最近の動向」姫路法学』vol.50　2010年４月29日20:48:52　from dabitur mobile web。

Twitterには、一方的発言ではなく、コミュニケーションを促すような機能もある。例えば、質疑応答の形で一般のユーザが直接に法律専門家と交流する場合も見られる。

*@Nomurashuya*[11] *@fujii_haru 鋭いご指摘ありがとうございます。時効は撤廃されて捜査せずでは無意味ですからね。考えてみます。RT@fujii_haru 素朴な疑問なのですが、警察官の数を増やさないのに、公訴時効が撤廃されると、最近起きた事件に対する捜査が手薄になり、逆に社会に対してマイナス要因があるのではないかと思うのですがどうでしょうか？それともあくまで精神的予防防犯効果を狙ったものでしょう（2010年５月６日07:17:01 from web）*

上記の会話は、公訴時効改正の効果に関する専門家と素人のやり取りと思われる。応答者は、Twitterを通じ、自分の活動を発信している法律研究者である。両方とも丁寧語の使用により相手への配慮を示している。すなわち、友人など親密な社交関係における会話ではなく、フォーマルな意見交換の形式でやりとりがなされている。

他方で、質問者は専門性への一定の配慮をしている。質問の冒頭で「素朴な疑問」と控えめに述べているほか、「公訴時効が撤廃されると……」と公訴時効撤廃の効果についての一般的な議論を「と思うのです」「でしょう」という表現によって提示している。つまり、質問があくまで質問者の個人的意見、つまり「私見」に基づくことを示唆している。逆に、専門家である応答者は、「時効は……無意味です」というように、「私見」ではなく、法学的な専門知識に基づいた客観的判断と読み取れる形で発言している。

以上をまとめると、インターネットのソーシャルメディア上では、「時効」に関して、日常生活の領域と法の領域と異なる用法が使われている

[11] 中央大学法科大学院教授の野村修也のアカウントである。2010年５月６日に、「公訴時効の見直し」をテーマとした「野村修也の木曜政経塾」（News24木曜日）が20時20分から生放送された。引用は、野村が、ツイッター上で自身が出演する番組の宣伝をした直後のやり取りである。

こと、また、引用や「RT」によって、研究者や弁護士など法律学の専門家による意見が編集されずに伝達されている場合もあること、がわかる。そして、公訴時効改正については、一般のユーザが法律専門家の言説に従う傾向も見られた。つまり、ソーシャルメディアは、個人による情報発信を促進し専門家への柔軟な接触を容易にさせる効果を持つものの、「公訴時効」に関しては、情報の日常化よりはむしろ法律学の専門的知見による啓蒙に寄与した面があったことに注目すべきであろう。

［小括］

以上「時効」に関して見て来たように、伝統的な報道とソーシャルメディアでは報道の方向性が異なっている。その原因は、両者の情報と表現にある構造的な相違と関わる。

まず、新聞やテレビは、被害者の経験を鮮明に表現することができるが、公訴時効という制度の解説に向かっていないことが明らかになった。公訴時効制度そのものに関する情報は、有識者コメントのような第三者の記述という形で、理論的かつ抽象的な活字表現にならざるをえないのに対し、被害者遺族に関する情報は、取材対象となる人物の体験など日常生活に接したものとして、ビジュアル情報も多く含む形で、メディア自身が編集できるからである。

これに対して、ソーシャルメディアでは、人々が自ら情報を整理するので、マスメディアなどの報道への依存度が小さくなる。また、インターネットでは、無限の情報へのアクセス可能性はもちろん、自分の意見をより容易に発信できることによって発信者と受信者の境界が消えがちになる。Twitter を通じて公訴時効の情報を収集する場合、個々のユーザは発言しながら、情報の共有・改変が柔軟にできるのも特徴である。それを受容するユーザは、「場当たり的」なものでありながら、法学に関わる様々な専門家とのコミュニケーションによって法律学の観点に触れることもできる。

第２部でみた立法審議過程で参照された「世論」は、被害者情報を中心としたメディア報道を通じて「処罰感情」に共感した声であった。上に述べたような構造において、マスメディアの時効報道は、被害者の処罰感情への共感（sympathy）をクローズアップし、社会の処罰感情と混

同する傾向があった。その報道傾向は、第五章で指摘した審議会の〈報道型処罰感情〉、すなわち報道の伝達による〈被害者処罰感情＝社会の処罰感情〉の構図と合致している。実はこうしたメカニズムについてはこれまであまり検証なされていない。

他方で、公訴時効について見たように、ソーシャルメディア上のコミュニケーションでは、かえって法律学の知識を重視する傾向も見られた。それは、新聞やテレビが流す情報が、社会構成員の間の共通理解とは限らないという可能性を示しているとも言えるだろう。だとすると、立法過程において参照されるべき適切な世論とは何か、再考する余地があるように思われる。その問いを意識しながら、次の第８章は、立法過程における世論と情報の関係を分析する。

## 第八章　「世論」という情報
## ―ユーザ視点の法情報をめぐる概念

「（日本の遵法精神論について）、遵法精神が足りないといわれている面はどういう意味を持ち、どうしたらその欠陥がなくなるのかというのは、法社会学の研究の課題であるということを始終考えております」[12]

第５章から第７章までの事例研究は、2010年公訴時効改正をめぐる法制審議会の審議、関係訴訟の判決、そして、新聞、テレビ、Twitter における情報の発信、編集また使用の状況を分析した結果、「世論」という概念を介することで、被害者あるいは被害者遺族の主張を含む情報が立法審議で検討され、法改正に影響を及ぼしたことを明らかにした。また、その現象は、当事者あるいは有権者の「感情」や「体験」を重視し、法律専門家（立法作業に関わる官僚も含む）あるいは（法）専門的学識を排除するという「感情的な言説」[13]の効果が表れた事例でもある。その効

[12] 末弘厳太郎の法律社会学講義における第４講「法律社会学の課題」六本佳平＝吉田勇編『末弘厳太郎と日本の法社会学』（東京大学出版会、2007）127頁。

[13] 本論は個人の「感情」や「体験」を強調する言説のことを感情的な言説と呼ぶ。ここでいう言説は、英語の「discourse」に対応する言葉である。英語の

果について、日本の法学者はしばしば「感情立法」と揶揄している。「感情立法」の語は、全ての論者において必ずしも同じ意味で使われているわけではない。先行研究を踏まえると、感情立法の性質はまず以下のようにまとめられる。

①感情立法は社会構造の変化と関連し、立法傾向はそうした変化に関わる社会意識の表象であると同時に、そうした変化から影響を受ける[14]。

②感情立法は司法運用におけるデータの変化に基づく修正ではなく、「世論」を代言するようなマスコミの言説に大きく影響される[15]。

③法の理解（解釈）は複数でありうるが、法律家の解釈は専門家集団による価値判断として位置づけられる[16]。

④感情は法律論（法学が蓄積してきた教義学／解釈論的な学説）と異なり、独特の構造を有する。ただし、感情は、「世論」や社会感情に基づく厳密な概念枠組ではない[17]。

---

「discourse」はラテン語に由来するものである。ラテン語では、「discourse」は「dis」と「course」の２つの部分から構成される。「dis」は「個別」や「離れて」を意味する一方、「course」は「過程」や「ベース」を意味する。つまり、「言説」においては、その内容とは別に、表現や意見が特有の論理構造に従って構成されていることが含意されている。

[14] 只木誠「特集刑法典施行100年――今後の100年を見据えて」法律時報81巻６号（2009年）５頁。近時立法の動向は、これまで形成されてきた法学特に刑事法のパラダイムに向けた社会からの「挑戦」であると思われる。立法傾向を論じる際、多くの法学者は、感情立法を例えばインフォーマルな社会統制の弱体化、リスク社会における個人の不安、社会価値の分散化、そして国際社会からの圧力など、社会（背景）の変化に適応した現象であると見る。参照、井田良「刑事立法の活性化とそのゆくえ」法律時報75巻２号（2003年）４－５頁。

[15] 「感情立法」は、世論、特にマスコミの報道が法改正を左右するといった特徴があるとされる。生田勝義「法意識の変化と刑法の変容－ひとつの覚書－」国際公共政策研究第６巻第２号（2002年）、50－51頁。

[16] 拙稿「日本における『世論』と法－公訴時効に関する言説の交錯を中心に－」北大法政ジャーナル NO18、149－171頁。

[17] 特に刑法学者は、こうした感情モデルと法学のズレに機敏に反応し、近時の刑事立法を基礎づけた世論は「犯罪の発生状況に関する誤った情報や犯人等に対する不適切なイメージを前提に形成されている」こと、理性的議論に基づけられるより、治安状況に対する漠然とした不安の気分／感情と混同している

⑤感情立法の問題は、単なる政策の問題ではない。法律家の課題は、既存の法制度に関する教育の促進と学説修正との間のバランスをいかに取るか、ということにある[18]。

こうした整理から分かるように、感情立法は、世論という情報をいかに処理するかという問題と密接に関係している。本章で扱うユーザ視点とは立法過程における世論の意見をいかに反映させるという情報使用のプロセスを指す。

第２部で検討してきた2010年公訴時効改正については、形式や目的の違いにも関わらず、法制審議会で行われた「質疑・討論」、新聞やテレビの報道、ネットのすべてに、世論という接点で共有された部分が存在することを指摘できる。つまり、実際の情報コミュニケーションとして「世論」は多種多様な言説を受け止めながらそれを送り出していく中間的な媒介とみなしうる。これまで多くの世論研究は当該社会における世論の形成を課題としていた。また日本の立法学は政策の実行可能性を重視していた。ただ、いずれのアプローチも、立法過程において感情的な言説が反映されやすいとされている近年の現象を十分捉えきれていなかった。なぜなら、世論の形成過程という「過去」にも政策の予測可能性という「未来」にも属していない「いま」において、感情的な言説が立法過程を通じて被害者（遺族）の置かれた状況を社会に共有させているのではないか、という新たな（立）法理解を孕んでいると本論が考えている。

具体的には、以下のように議論を進めよう。第一節では、世論と公共

---

ことを指摘する。この点については、松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田誠＝松原芳博編『立法学のフロンティア３』所収（ナカニシヤ出版、2014年）、132－134頁を参照。

[18] 刑法学者の井田良は、社会の複雑化と価値の多元化という社会背景をふまえ、「社会が種々の異なった構成原理に支配される単位から成る『パッチワーク』と化していくに連れて、それに対応して法もパッチワーク化していかざるを得ない」ことを認めつつ、「社会構造の変化を踏まえつつ、専門的見地から社会意識に働きかけ、一般国民を啓蒙すること以外には、刑法学と社会意識との乖離を狭めるための方法はないことに思い至る」と述べた。井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶応義塾大学出版会、2007）、20-21頁を参照。

圏の研究の到達点を確認し、感情的な言説を「世論」という「情報」に含め得るのか検討する。第二節では、立法学の知見を参照しつつ、「なぜ近時の立法過程において感情が多く語られるようになったのか」に焦点を合わせ、改めて近時の日本の立法過程において世論という情報が果たしている役割を論じる。

## 第一節　世論と制度形成

「世論」（Public Opinion）という概念は、制度の妥当性や政策評価の鍵を握る重要な概念である。ただ、その概念自体は曖昧なものである。

一方、世論研究においては、その概念の曖昧さが、研究者によって異なる「世論」の定義を可能にした。世論現象を研究対象としている専門家の間でも「世論の定義は世論研究者の数と同じだけある」と言われる程、その概念は多義的である[19]。従来の世論分析、特に法学・政治学の古典的な分析では「適切な世論」が探究されている。ただし、それらの分析では、法情報の形成――具体的には、メディアや報道がいかに立法に反映されているのか――には十分な目配りがなされていない。他方、情報環境に着目した世論分析は、確かに情報の収集・理解と人々の行動との間の相互作用に関心を持つが、制度設計への影響について論じることが少ない。

### 第一款　制度根拠としての「世論」

世論の概念自体は、18世紀以降、欧米の民主制度に関する議論の中で登場した。情報の透明化、報道の自由の保障などが、世論の形成に繋がるものとされる。例えば、ルソーの『社会契約論』では「法は、本来、社会的結合の諸条件以外の何ものでもない。法にしたがう人民が、その作り手でなければならない」と立法における市民参加の重要性を説いたが、「公衆を啓蒙した結果、社会体の中での悟性と意志と一致が生まれ、それから、諸部分の正確な協力されに、全体の最大の力という結果が生まれる」ことを言及し、曖昧な社会風潮と区別したうえ、正しさを導け

[19] Hennessy, B.C., *Public Opinion (2nd edition),* Duxbury press, 1970, p.21.

る「一般意識」を提示した[20]。そこで、立法における世論は、市民による実際の発信内容ではないことがわかる[21]。

より実際的な法制度の動向と世論との関係を論じたのは、A. V. ダイシーの「法と世論」(*Law and Public Opinion in England*、1905年) である。ダイシーは、19世紀のイギリスにおける「世論」と立法の関係を分析し、立法の傾向が労働者階級など「大衆社会」の思想風潮と関連していたことを実証して、「19世紀の世論は法を創造する重要な力」であったとした。しかし、ここでも「世論」の定義が明確ではなく、政党、利益集団の意見や学説など個人以外の集団的な言説を表す言葉となっている。

制度根拠としての世論という考え方は、議会を立法機関とする民主制の設計において実現されたように思われる。日本では、現行憲法により、国会が唯一の立法機関として位置づけられている (第41条)。実際の法律案の多数は内閣提出によるものであるが、内閣提出法案にも近時「世論」の支持を求める傾向が見られる。例えば、2005年６月の行政手続法の改正で新設された意見公募制度 (パブリック・コメント) が法務省の立案段階でよく使われている。意見公募制度の趣旨は、「行政機関が命令等(政令、省令など)を制定するに当たって、事前に命令等の案を示し、その案について広く国民から意見や情報を募集するもの」とされる[22]。実践例として、例えば前述の公訴時効改正についての審議過程を挙げることができる。公訴時効改正の審議過程、具体的には法制審議会において

---

[20] ジャン・ジャック・ルソー、桑原武夫＝前川貞次郎 (訳)『社会契約論』(岩波書店、1954)、60－61頁を参照。

[21] 18世紀のフランス革命やアメリカの独立といった重大の社会変革において、世論の言説は、しばしば政治環境の変化とともに、もっとも重要な政治勢力とされる。世論概念の曖昧性にも関わらず、「世論」の論者がその時々の具体的な政治的コミュニケーション環境に依存して立論していることは、歴史的分析によって指摘されている。ジョン・G. ガネル、中谷義和 (訳)「民主政と世論の概念」立命館法学324号 (2009) 384-404頁を参照。

[22] 意見公募手続については、総務省の公式サイトを参照。
(http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/tetsuzukihou/iken_koubo.html) (2016年１月31日アクセス)

は、パブリック・コメントが審議の資料として委員に配付された。他には、市民立法と称される議員立法の一種も、世論を直接反映した立法の類型である。市民立法とは、市民あるいは社会活動団体が法律・条例案を立案し、議員がそれを法案として議会に提出する立法過程であり、行政府または議会が社会のニーズに応えていない場合に、それを補う役割を果たす[23]。

世論は、法に内在する概念[24]ではない。以上の議論から分かるように、「世論」と呼ばれるものは、立法審議過程の参与者以外の社会意見が制度設計に影響を及ぼすという点で民主的正統性をもたらす。むろん、これらは、立法の根拠としての理念的な意味での世論[25]についての確認に

---

[23] 市民立法の活動に取り込んでいる市民団体として、市民立法機構を挙げることができる。その活動模様について、当該団体のホームページ（http://www.citizens-i.org/about.html）を参照（2016年１月31日アクセス）。他には、市民立法機構が出版した『市民立法入門―市民・議員のための立法講座』（ぎょうせい、2001）もある。

[24] ここで法の内在的概念とは、制度設計また法律解釈に現れる問題を適切に概念化し、問題を解くために首尾一貫した説明が求められるものを意味する。

[25] 集合的な言論・感情による抑圧への恐れ―「多数者の専制」、また世論の操作可能性という世論形成上の問題から、法学の領域では世論に対する立場は慎重的である。例えば、毛利透は憲法学の視点から「表現の自由」という問題枠組の下で、世論における個人の自由の実現の重要性を論じた（毛利透、「表現の自由―その公共性ともろさについて」岩波書店2008、第１章を参照）。また、山口は、サイバースペースの法規制に関して、「我々がコミュニケートする方法や知的な資源を発達させる方法に対する影響を及ぼす」、といった観点から、多様性の保護と公的言論空間との繋がりを指摘した（山口いつ子、「情報法の構造」東京大学出版会2010、第３章を参照）。その他、報道被害に関して両当事者が対等な報道のチャンスを得られるよう、いわゆる反論権を主張する学説もある（渕野貴生『マスメディア報道が刑事立法に及ぼすインパクト』、「民主主義法学・刑事法学の展望―刑事訴訟法・少年法と刑事政策」小田中聰樹先生古稀記念論文集、日本評論社2005、pp423-447を参照）。これらの議論は、いずれも、世論の基盤となる適切な情報環境を構築しようとするものである。そこには「健全」なものか誤りやすいものか、公正なものか偏ったものか、といったと世論に対する懸念を読み取ることができる。世論形成のための前提条件を重視し、その条件を満たせないものは真の世論としてみなすことができないと

とどまる。そこで次に、現実に「世論」と呼ばれるものがどのようものであり、政策決定のどの部分が世論の拘束を受けるか、という世論の実態について分析することにする[26]。

### 第二款　動員機能としての世論

世論の動員機能は、社会構成員の政治参加を促す効果のことである。ユルゲン・ハーバーマス（Jurgen Habermas）は、1962年の著作『公共

---

する。こうした法学における世論理解は、確かに現実の世論に対して一定の条件を与えるものである。ただ、それらの多くは司法の観点から、当事者の救済を想定し論じているため、社会の制度設計を行う際に用いられる世論の概念と同様に語ることができるのか検討の余地がある。

[26] 法との関わりで世論の役割を論じる際に、ベンサム「世論法廷（public opinion tribunal）」という構想を言及しなければならない。ベンサムは、悪政に対する最大の安全保障として世論の役割に期待した。実際の制度として運用していないが、ベンサムの「世論法廷」は、統治される人々の真意を政府が知ることを可能にするため、当該社会の構成員資格を問わず、立法問題に関心のある成人から構成するような普遍的な議論の場である。その役割に関しては、1）統計的・証拠提供的機能（statistic or evidence-furnishing function）；2）批判的機能（censorial function）；3）執行的機能（executive function）；4）改善勧告機能（melioration-suggestive function）の四つに分けられている。統計的・証拠提供的機能とは全ての公的慣例・法令・制度・処分・手段に関する事実、あるいは、社会の利益に影響を及ぼす行為に関する事実を国民に提供することである。批判的または執行的機能は、統計的・証拠提供的機能による事実を元に、問題となっている公職者の行為を判断することである。ただし、ベンサムの「世論法廷」の機能は政治的制裁（法的制裁）ではなく、道徳的制裁に属するものであり、また公職者の行為に関する集団的意見による承認と否認を施行するものである。その意味では、通常の立法過程および法律に関する判断とは別のものだと思われる。従って、本論文の議論に関連しないように見える。ただ、社会制度における世論全体の意味を考える際には、有用な参考になるため、別論で検討する必要があると思われる。例えば、ベンサムの「憲法論」第一巻、または『悪政に対する安全保障、その他トリポリとギリシアのための憲法論』、CF.F.Cutler, *Jeremy Bentham and the Public Opinion Tribunal*, Public Opinion Quarterly 63-3 (1999), pp321、西尾孝司『ベンサム『憲法典』の構想』（1994年）193-213頁、戒能通弘『世界の立法者、ベンサム』（日本評論社、2007）174-177頁を参照。

性の構造転換』において、18世紀における世論の誕生を公共空間の変化と結び付ける議論を展開し、以下のような２つの点から世論の形成背景を論じた[27]。すなわち、第一は、宮廷権力から区別されたブルジョワ的公共空間の形成である。これによって、政治の議論に自由業、官僚、企業家など新しい社会層が参加可能になった。第二は、資本主義的な経済が確立してきたことである。それは、議会を中心した近代の政治参加を支持する基盤となっている[28]。

ハーバーマスの大著『事実性と妥当性』（Between Facts and Norms − Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy）の中では、世論＝公論と制度形成に関して以下のような考え方が示されている[29]。

①意見をめぐるコミュニケーションのためのネットワークである公共圏の中でコミュニケーションの流れは理性的な議論として総合化され、結果としてテーマごとに収束した公論となる。

②世論調査―個人の私的意見を統計的に集計した集団の意見ではなく、公論にとって問題なのは、その構造化と質である。つまり、公論とは単なる事実のことではなく、コミュニケーションの手続的特性によって意味を持つ概念である。

③社会を理解する情報リソースとして、コミュニケーション参加者の

---

[27] ハーバーマスのコミュニケーション論は、日常的なコミュニケーションをベースとして「理想的な発話状態」を構成しようとしている。その狙いは、世論を新聞、テレビなどさまざまな情報媒介の特質から解放し、立法が合理的な帰結を導くことにある。ただ、そのモデルによれば、議論のポイントは、立法過程に対するネットの普及など情報環境の変化の意味を解明すること、それぞれ媒介の特性による影響、つまり「差異」の解明ではなく、世論と政治議論との間に一貫性を探ることにある。

[28] ユルゲン・ハーバーマス（著）、細谷 貞雄＝山田 正行（訳）『公共性の構造転換―市民社会の一カテゴリーについての探究』（未来社、1994）、20-38頁。

[29] ハーバーマスの世論観については、J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press (1998), pp360-366を参照。ユルゲン・ハーバーマス（著）、河上倫逸（訳）『事実性と妥当性（上）―法と民主的法治国家の討議理論にかんする研究』（未来社、2002）、218－227頁。

行為（選挙）は立法の意思決定に影響を及ぼす。

④公論のコミュニケーション回路は、私的な生活領域（個人的な体験）のネットワークと接続している。日常生活の社会問題に関する私的な意見は、世論と称されるものを通して立法過程の公的な議論と連動する。

ハーバーマスの理論からは、非公式の討議は、一定の条件を満足した場合に、議題として公式的な立法過程に導入されるべきとする考え方を読み取ることができる。その考え方の特徴は、制度根拠としての世論概念よりも、具体的な世論の構造に注目することにある。ただし、ハーバーマスの討議原則は、議論の正統性を重視し、関係者の全てが合理的な討議の参加者として合意することを前提とする[30]。

上述のようなハーバーマスの理論は、後の熟議民主主義論に大きな影響を与え、それが1980年代以降アメリカにおいて爆発的に議論されるようになった[31]。それぞれの熟議民主主義理論は、ハーバーマスの理論を意識しながらそれぞれ独自の展開を見せているが、公共・政治過程における議論（意思決定）のあり方に注目するのが基本的なスタンスとして共通しているように思われる。必ずしもハーバーマスが想定した理想的なコミュニケーションの仮説に縛られていないが、議論の構造自体に関する考察を深めるという点では、ハーバーマスとの間に議論の連続性が窺える。

ジョン・ドライゼク（John S. Dryzek）は、熟議民主主義の研究動向について、制度的な転回（institutional turn）―議会のみではなく市民集会など身近な政治活動を分析すること―、システム的な転回（systemic turn）―政治学のみではなく意思決定に関する社会学・心理学の知見を

[30] ここでの討議には、各人のモノローグを避け、不偏不党の判断前提など、幾つかの条件が付けられている。立法にかかわる「世論」と法のコミュニケーションについてのハーバーマスの理論においては、一種の理想的コミュニケーション共同体が想定されている。

[31] Iris M. Young, '*political theory: An overview*', Robert E. Goodin and Han-Dieter Klingemann eds, *A New handbook of Political Science*, Oxford University Press, 1996, p486. ヤングは、熟議民主主義の論者として、Joshua Cohen、Thomas Spragens、Cass R. Sunstein、Frank I.Michelman、John S.Dryzek、Jurgen Habermas、James S. Fishkin、James Bohman を挙げている。

導入すること―、実践的な転回（practical turn）―世論の動員など実際問題への注目すること―、実証的な転回（empirical turn）―実証研究の発展を重視すること―、が持つ発展性を力説している[32]。

また、ドライゼクは、ハーバーマスの理想的コミュニケーションに対して、実証面における合意形成が担保されていないことを批判した。その問題点を克服するため、彼は世論意見を合意としてみるのではなく、様々の社会言説と立法のつながり（network）から世論の意義を解明するよう提唱した。彼は、公的議論の参加単位を言説（discourse）という概念を通して再構成した。ここでの言説とはある特定の判断を示す一連の概念（concept）、属性（categories）、または考え（idea）であり、単なる記述の発言（words）ではなく価値判断を伴う社会的な行為とされる[33]。ドライゼクによれば、公的議論は、個人の発信や集合的な意見から構成されるものなのではなく、様々な言説（discourse）のコミュニケーションが発生する場として理解されるべきである[34]。そうすることで、彼の議論は世論の実態を言説の形成、流通過程の分析へ繋げていこうとするわけである。

以上のような議論をみると、近時の世論研究は、法形成に関わる意思決定の方法をめぐる議論にまで拡大してきたことが分かる。最近、アメリカをはじめとして、世界中で展開されつつある討論型の世論調査といった実践も行っている[35]。この動向は、市民が政策について議論するという政治参加の変化を反映していると言ってもよい[36]。

---

[32] John S. Dryzek, *Foundations and frontier of deliberative governance*, Oxford University Press 2012, pp6-14.

[33] 注39、chapter2, pp31-33.

[34] 注39、chapter4, pp76-79.

[35] 実際の政策形成面では、例えば政府による新しいエネルギー政策の策定に関して討論型世論調査の導入が見られた。（http://keiodp.sfc.keio.ac.jp/?page_id=243）（2016年１月31日アクセス）

[36] James S.Fishkin, *When The People Speak:Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxfoird University Press, 2009, chapter4（岩木貴子訳、『人々の声が響き合うとき：熟議空間と民主主義』早川書店2011、162-163頁）を参照。

以上の整理を踏まえながら、法制度の形成において世論概念の特性を以下のようにまとめる。

第一に、世論は、内容の真偽よりも、形成過程のレジティマシーを重要視する。また、近年の世論研究では、議会など公的な立法過程の意思決定以外、市民の発信活動に言及するものが増えており、世論概念の拡大が読み取れる。「世論とは何か」を厳密につめていくよりも、多義的な意味を柔軟に受け止め、具体的な議論における世論の形成とその効果を掌握する、という理解が主流になりつつある。そうした問題状況の変化も踏まえて、これから世論と制度形成を論じる際には少なくとも三つの側面から言及する必要があると思われる。それは、①世論の役割に関する理解、②世論を求める立法過程の構造、③世論の影響力、である。

第二に、世論の概念自体を立法審議に至る言論空間の構造に関連して理解されなければならない。ハーバーマス以後の公共圏論の展開を踏まえれば、世論の内容に関する単一の基準は、特定の集団およびその思想に支配される恐れがあり、民主立法の公開性を損ないかねないと思われる。その意味で、世論について、もはや明確かつ固定的な概念の確立ではなく、「世論」をめぐる実際の議論を収集し、異なる世論の伝達類型または相互の関係を解明することが求められる。それは、つまり単なる世論調査やメディアの言説ではなく、法的問題を取り上げる発信活動とその流通（法的コミュニケーション）を広い意味で考えるべきことである。感情であれ、私的体験であれ、形式に関わらず世論を構築する素材になるだろう。

## 第二節　世論から法情報へ

前節では、概念の分析を通じて、最近の世論理解では民主社会における法制度の正統性を支える政治的な性質を持ちながら、ある社会問題をめぐる様々な社会構成員の発言や活動に当てる言葉を通じて表す、世論には感情的な言説も含まれ得ること、を明らかにした。しかし、こうした世論が、立法過程にいかなる影響を及ぼすのかを明らかにすることは極めて難しい。これは、立法の審議における世論のあり方が明らかにされていないからである。近年、各官庁の立案作業について、審議過程の

公開やパブリックオピニオンなど情報収集の視点から、世論に言及するようになっている[37]。前章では、メディアでの法報道や市民の政治活動を通じて形成される世論の言説が議題設定の機能を持っていることを示した。そして、立法過程では世論が法律案の作成またはその決定に使われている。情報伝達の観点に従えば、ここで立法過程における世論の使用は「社会の現実」に関する情報の取捨選択のプロセスになる。また、前章で検討した通り、世論に関する議論では、その「社会の現実」が法的な対処に値するかが判断基準となる。従って、立法の作業はそうした「社会の現実」を法律・政策に「翻訳」するものともいえるだろう。すなわち、立法過程においては世論が将来の制度を構築・予測する材料であり、制度定立後は、当該立法過程で取り上げられた世論が立法目的を把握する補佐的な情報となる。つまり、立法過程においては、世論は法に関わる情報つまり法情報に転換しているのである。

以上をふまえつつ、本節では、立法過程の情報使用に注目し、「なぜいま感情的な言説が立法に反映されやすいのか」を考察する。具体的に、まず日本の議論を中心に、立法過程における世論の位置づけを明らかにする。次には、法案作成に関わる重要な主体である法律家の立法論を通じて、これまでの立法過程における世論という情報の処理方法を検討する。そして、法の象徴的機能論を参照・紹介しながら、ユーザの観点から情報の理解に着目し、立法「事実」と立法運動における「情報」との落差を示す。

### 第一款　立法過程と世論

立法を一般的に理解すれば、法形成の一形態として法を定立する作用となる[38]。法律上は、立法には国会による法律の制定（日本国憲法58条２項）、行政府による政令の制定（日本国憲法73条６号）、地方公共団体による条例の制定（日本国憲法77条）が含まれる。ただ、本節においては、刑事法改正との関連において立法過程を考察するため、国会の議決を経た法規範の創設プロセスを対象とする。

---

[37] 森田朗『会議の政治学』（慈学社、2006）、126－133頁を参照。

[38] 金子宏＝新堂幸司＝平井宜雄『法律学小辞典［第３版］』（有斐閣、1999）、1167頁。

こうした法律の定立過程について、「立法過程」という用語が存在している。日本においてとりわけ憲法・法哲学者小林直樹の業績はそうした立法過程論の基礎を成す。彼は、立法過程論を「広義の立法学」として構想しており、「立法のダイナミックな事実過程」を中心に「立法の事実過程に関する実証的（＝政治＝社会学的）研究を提案した[39]。他に、社会学の視点から、鵜飼信成は立法過程の研究について「ある特定の国の、ある特定の時期に、ある特定の法律案が、どういう社会的要求によって発案され、どういう抗争の中で国会の審議や修正や表決をうけ、その法律案の運命はどうなったかということを実証的に研究する」ことを説いた[40]。また、坂本孝治郎は、立法過程を政策形成過程と見なし、具体的に「政策課題の形成、政策原案の作成、政策の執行、政策の評価（フィードバック）」という五つの段階を立法過程の構成に用いていた[41]。そうした経験科学による立法実態の研究に対して、規範的な立場を強調する新正幸は、立法過程について「法律の確定を目標とする連続的に発展する一つの統一的な法的手続である」、また「憲法上一般的・抽象的な立法参与権を有する組織としての一定の立法主体の存在を前提とし、それを基礎にしてそのうえに成り立つ立法主体の諸行為によって個別・具体的に発展してゆく」と述べた[42]。彼の関心は、議会法のみならず、立法行為すなわち「立法過程を組成し、立法手続法上の効果を有する行為」を通じて立法活動全般を動態的に規制することにある[43]。実証研究と規範研究の区別はともかく、立法過程に関してはいずれも法律の立案・審議・制定過程がその軸を構成している。従って、本論の関心である「立法過程における世論の位置づけ」については、法律の立案・審議・制定手続における世論情報の収集や意見調整システムを検討することになる。

周知のように、日本の立案過程に着目した場合、議員提出法律案と政府提出法律案という二つの大きく異なる立法の類型が見られ、前者は議

[39] 小林直樹『立法学研究―理論と動態―』（三省堂、1984）、33-36頁。
[40] 鵜飼信成『憲法における象徴と代表』（岩波書店、1977）、178頁。
[41] 坂本孝治郎「立法過程」『現代の法３　政治過程と法』（岩波書店、1997）、106頁。
[42] 新正幸「『立法過程学』の可能性」ジュリスト955号（1990）、109頁。
[43] 前注42、112頁。

員立法、後者は内閣立法と呼ばれている。国会は国の唯一の立法機関であり（憲法41条）、議決を経なければ法律の創設はできない。ただし、通説では憲法第72条に規定された内閣総理大臣が国会に提出する「議案」には法律案が含まれているとし、内閣も法律案を提出することができる[44]。実際に、政府提出法律案が圧倒的に多く、立案の大部分が行政府に委ねられているのが日本の立法過程の現状である[45]。本論の事例研究対象である2010年公訴時効改正はまさに内閣立法に属する。議員立法か内閣立法かという価値判断は本論の目的ではない。現実の世論や意見調整を検討するためには、むしろ内閣立法の方が素材としてふさわしい。内閣立法のプロセスを通じて、立案の段階から、誰により、どのような意見が、どのような形で法律案に反映されているかを浮き彫りにできるからである。

日本の立法過程では、国会審議の形式化、すなわち議会においてそれぞれの立場からなされた発言を元に議員が相互に影響を与え合いながら審議を行うということがなされていないということがしばしば指摘されている[46]。特に刑法改正のような、特定の業界や利益集団を対象とするものではなく一般国民を対象とする政策の場合、その内容が政府主導で

---

[44] 大森政輔＝鎌田薫編『立法学講義〈補遺〉』（商事法務、2011）、45頁。

[45] その観点に従って、日本の立法の現状を整理したのは、大山礼子『日本の国会－審議する立法府へ』（岩波新書、2011）である。また、統計的な手法を用いて、日本における「二院制」の審議効果を解明した実証研究として、福元健太郎『立法の制度と過程』（木鐸社、2007）がある。

[46] 大山礼子『日本の国会－審議する立法府へ』（岩波新書、2011）、86－88頁を参照。武蔵勝宏が1996年の橋本内閣以後2013年の安倍内閣までの期間を対象に、内閣提出法案の成立率と修正率、議員立法の成立数を比較した結果、最近の日本国会では、議員立法の増加や政権の交代を背景に、国会審議の活発度を測る一つの指標である法案の修正率にやや向上傾向が見られる。また、与党単独で提出した法案の修正率が野党と連携したものより高いため、政治とくに政党政治の動向が法案の審議に影響を与える面も否定できない。ただし、議員立法は内閣立法の割合より依然として低い。従って、公訴時効改正事例のように、党派内の利益争点になりにくい法改正であれば、審議時間の短いスピード立法になりやすいことも指摘できる。武蔵勝宏「立法過程の変化―野田政権から安倍政権へ―」北大法学論集64巻４号（2014）、86頁を参照。

決定されていることが多い、と指摘される[47]。従って、法制度・政策の決定に対して、世論に関わる内閣法制局や各省庁による情報収集や意見調整が実質的な影響を与えていると推測できる。

内閣立法の作成過程は、企画立案[48]、法制審議会、法律案の起草及び省内調整、内閣法制局調査及び審査、政府内協議、与党審査、閣議請議（内閣法４条３項）、閣議（内閣法４条２項）と国会提出（憲法72条）に区分しうる[49]。ここから分かるのは、最後の三つの段階以外に内閣立法の作成過程に関する法律上の規定が存在しないため、その調整方法は省官庁内部のフォーマルあるいはインフォーマルなルールに従う部分が多いことである。従って、本節では内閣立案に参与した経験のある研究者の分析成果を参考に、そこでの情報収集と意見調整の状況を概説する。

まず、情報の収集に関しては担当者や担当部署自身の判断に依拠する面が見られる。江口隆裕の研究では、内閣立法における情報のルートとして「日常業務での問題提起、国会における質疑、マスコミによる指摘、審議会等の提言、利益集団・地方公共団体等による陳情、他官庁の勧告」が挙げられ、「特定の集団の利益や政策を背景にせず、個別的な利益から『中立的』な性質を有するものである」とされている[50]。

次に、法制審議会及び主管部局が主催した研究会は、社会に関する情報を収集し、多様な意見を公開・交換する重要な場である。法制審議会部会の審議に入る前あるいはその途中において、主管部局が研究会を設け、任命された研究委員、幹事によって社会事象における課題について問題点と解決策を検討し、中間の検討結果を公表し、関係団体等の意見を集約し、報告書を作成し主管部局に報告するケースが確認されてい

---

[47] 江口隆裕「立法過程における意見調整システムとその限界」北大法学論集43巻６号（1993）、1294頁。

[48] 刑事法の場合、法務省組織令第五条による刑事局が刑事法制に関する企画および立案を行う。また具体的な立案作業は総務課に置かれており（29条）、刑事担当の審議官と刑事法制管理官（33条）が関わる。

[49] ここでの区分は前注44・大森66-73頁または松尾英夫『民事立法の現状と課題』「立法の実務と理論」（信山社、2005年）、384-390頁を参照。

[50] 前注47・江口、1282頁。

る[51]。また、第５章で検討した通り、法制審議会においては、①判例、学説、学術資料、報道、マスコミを通じて、社会のニーズや現場の環境等から問題点を発見すること、②現実と理想を比較検討し、解決可能な問題点を設定することが行われているようである。

そして、法制審議会では裁判官、検察官または法学研究者など、いわゆる法律専門家が法律作成の補佐役として法案の作成に加わることが多い。立法者の判断を支えるため、規制の必要性が存在する社会の現実を定義することは、立法の立案作業に参加する法律専門家もまた直面する課題である。公法学者である高見勝利は、学者が立法過程に提供した知識について、「議員の要求に応じて、適切と考え（その判断には、議会における議論の動向を見極めたうえで、議員が求めるものを直感的に探り当てる能力を必要とする）、取り出した知識・情報の『断片』である」と述べ、知識提供と学問的な検討との間に一線を画したが、それは決定にとって「不可欠な学問的知識ないし学術情報の『エッセンス』」でもあると強調している[52]。従って、ここでの情報選別・理解には専門家とくに法律家の知的なバックグラウンドが反映していると推測できる。

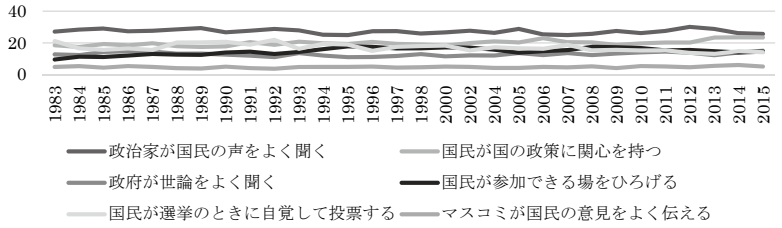
以上の検討は、立法過程の制度設計とその運用から情報収集および調整の特徴を整理したものである。それらの作業に対する一般の市民による理解・評価という、ユーザの視点は、立法手続の効果を検証するにあたって有意義である。図１は「国の政策への民意の反映程度」に関する内閣府の意識調査の結果である。ここでは、「国の政策に民意が反映していない」と答えた人に対して、反映方法に関する意識調査を行い、「政治家が国民の声をよく聞く」、「国民が国の政策に関心を持つ」、「政府が世論をよく聞く」、「国民が参加できる場をひろげる」、「国民が選挙のときに自覚して投票する」、「マスコミが国民の意見をよく伝える」という

[51] 前注49・松尾、384頁。

[52] 高見勝利「『決定』と『情報』―立法補佐のあり方について―」レファレンス2003年２月号、10-11頁。なお、ここでの「立法補佐」は調査及び立法考査局のレファレンス業務を念頭に置きながら論じたものであるが、内閣立法においては法制審議会が同じく立法過程のレファレンス業務を担当していると読み替える。従って、その議論は法制審議会での法律専門家の情報提供にも当て嵌まると思われる。

選択肢が示されている。図１にあるように、2012年以後、「国民が国の政策に関心を持つ」と答えた人が増えた一方、「政治家が国民の声をよく聞く」を支持する人が減少した。従って、政治家より自分たちの努力で民意を伝える意欲が高くなってきたことが推測できる。ただ、2008年以後、「投票」や「参加できる場」など実際の政治行動を通じて自分の意見を示すと考えている人がやや低下していること、「政府が世論をよく聞く」と考える人がまずまず維持されていること、も読み取れる。すなわち、実際の政策形成に関わる活動に参加する意欲が少ないが、政策の形成が民意を反映すべきという認識が強まってきた可能性を指摘できる。以上の２点を総合すれば、政府の立案段階で「世論」への応答が望ましいとはいえ、その世論は法制度をめぐる直接な討議から生まれるというわけでもない。従って、例えばパブリックオピニオンへの寄稿やヒアリング会議への参加など積極的な意見発信は、現在の立法過程においてその効果が限定的であるといわざるを得ない。一般の市民は、議会の審議より、実際に立案過程に参与する官僚や法律専門家に対して世論への高い「理解力」を求めているともいえる。

**図１　国の政策への民意の反映方法（1983-2015年）**




（出典）内閣府（2015）「社会意識に関する世論調査」
（http://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-shakai/gairyaku.pdf）（2015年 /12/30アクセス）

### 第二款　立法者と立法事実論

従来、立法は政治学の分野で取り扱われてきたこともあり、日本の法学においてはその形成過程について必ずしも活発に論じられてこなかった。しかし、法律家は、早い時期から社会現実に対する法律制定者の「理解力」に注目していた。穂積陳重は1890年に刊行した『法典論』において、

政治的な議論を立法の「実質的問題」、条文の構築を立法の「形体的問題」、と区分し、両者を架橋する法学者の役割を論じた[53]。また、戦前の代表的な法律辞典で1936年に岩波書店が刊行した『法律學辭典』第４巻を参照しながら、小野清一郎は、戦前の立法論の主要な論点として、「法的理想に適合したところの所謂正法を発見すること」（立法政策）、「かくして発見せられたところの正法を思想的に加工し、表明し、整序すること」（立法方法論）、「かく思想的に整序せられたところの法的秩序に対して適当な言語表現を当たること」（立法技術）を挙げていた[54]。

とりわけ、日本の立法学の先駆的な研究として、1945年に公表された論文―末弘厳太郎「立法学に関する多少の考察―労働組合立法に関連して―」―を挙げることができる。そこでは、立法者として優れた能力とは何か、またその能力をどのようにして養成すればよいかといった問題についての法社会学的な考察が行われている。その中では、現行法に関わる知識の他に、法哲学、法史学、比較法学による検討が、法と社会の関係を知るための重要なスキルであるとされている。

1980年代以後、立法過程の実証的研究を進めた小林直樹は、以下のように、立法目的の評価基準として世論＝社会現実と憲法規範の価値を認めていた。

「憲法が法の根本方向を示している限り、立法における個々の具体的立法目的は、社会の現実的要求と憲法に表現された法の理念とを照応させて、創設又は発見する合目的性の問題であって、学問的な処理の可能範囲に属する」[55]。

ここでは、法学とりわけ憲法の解釈を通じて立法の問題を統括する立場が示されている。彼はその見解を一貫して維持しており、2002年に出版した著書『憲法学の基本問題』において憲法学の「憲法の基本理念の実現を目指す向憲法的運動に明確な目標を与え、国の政策立案者たちにも指針を示し、もしくは反省を促す」役割への期待を示した[56]。

---

[53] 穂積陳重『法典論』復刻版（新青出版、2008）、59頁を参照。

[54] 小野清一郎「立法過程の理論」法律時報36巻（1963年）、42-47頁を参照。

[55] 前注39・小林、22頁。

[56] 小林直樹『憲法学の基本問題』（有斐閣、2002年）、185頁。

また、70年代以後公害訴訟など法運動が盛り上がり、新たな政策・法制度への社会的なニーズが顕在化してきた。それに直面した法律家は、別の角度から末弘の理論を承けて再出発を図った。平井宜雄は、「法政策学」の観点から末弘の論文を検討し、立法と法的思考との間の差異を指摘した。元々、平井は当事者の救済を目標とする〈要件＝効果モデル〉のような法的思考に対して、政策（法）形成の側面では法律家は一般的な社会効果を得るため〈目的＝手段〉という思考様式が用いられる、と考えている[57]。すなわち、政策形成のため、法律家も、事件当事者の救済のみではなく〈目的＝手段〉の政策論の視点を意識する必要があると説いた[58]。

末弘の議論は、第二次世界大戦終戦直後に法令立案作業が法律家の意見を重視し、職業的に熟練した官僚によって行われていた背景で公表されたものであるが、それに対して、平井の議論は、公害訴訟など司法実践における政策･法形成との関わりの拡大を意識し、法政策学を通して、市民運動など非法律家の「声」に応えることを意図した試みであった。ただ、この「法律学の作法」は、本来の意味での法律学、特に法ドグマの解釈作業から離れる面も明らかである。その考えに従えば、法律家に対して法解釈のほかに、政策作成の能力も求めることになる。いずれ両者とも、立法者、立案者としての場面を想定して、法律学習者に対して法学だけではなく、社会現実を適切に把握するような高い情報処理能力を要請しているに違いない。

この情報処理について、近年の法社会学では「法的価値判断の基礎となる社会的事実・理論、および科学的事実・理論の一般」、すなわち立法に関わる事実基盤として、広く捉える理論を提示される研究も現れた。そこでは、「ある社会問題の法的解決を共通の目的とする意思決定者の間では、最終的な結論は異なったとしても、いかなる事実群を参照したか、それら事実の真偽値や確率をどう評定したか、いかなる価値前提と論理から判断がなされたか、について合理的な分析と議論をすることが

[57] 平井宜雄『法政策学（第２版）』（有斐閣、1995）、９－15頁を参照。
[58] 平井宜雄「実用法学・解釈法学・立法学・法政策学―末弘法学体系の現代的意義（民事立法学）－（総論）」法律時報53巻14号（1981）、48-54頁を参照。

可能となる」、と意識調査の手法に支えられた立法情報研究のあり方が示されている[59]。こうした考え方によると、例えば自分自身の体験・感情に基づく法制度の評価も、法改正の合理性を判断する基準に組み込まれ得るかもしれない。

以上のように経験科学的な性格が強い立法学に対して、「正しい立法」を探究するという規範論的な視点に基づく研究も見られる。そうした研究において、法案の基盤となる事実の認定に関して最も広く使われたのは「立法事実」概念である。ここで「立法事実」とは元々憲法訴訟に関する概念であり、芦部信喜はそれを「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている－背景となる社会的・経済的－事実」と定義し、そうした事実に関して裁判所が独自に審査すべきだと説いた[60]。彼は、合憲性審査の基準としての立法事実には「立法目的の合理性（正当性）ないしそれと密接に関連する立法の必要性を裏付ける事実だけではなく、立法目的達成手段（規制手段）が合理的であることを基礎づける事実」があると主張し[61]、こうした「立法事実」については、「裁判所は、法律を支持する議会の判断かどうかを、記録や司法的確知（(judicial notice)

[59] 太田勝造「法を創る力としての国民的基盤―震災報道と原子力賠償を例として」『岩波講座　現代法の動態５―法の変動の担い手―」（岩波書店、2015）、68頁を参照。

[60] 芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」清宮四郎博士退職記念『憲法の諸問題』523頁以下（有斐閣、1963年）（また芦部信喜『憲法訴訟の理論』［有斐閣、1973年］所収）を参考。また、同論文によれば、その概念はアメリカの legislative facts の訳であるが、アメリカで legislative facts という場合は、〈法適用のためになされる事実認定〉と区別し、行政過程において法形成・政策形成のための事実という意味で用いられている。日本での立法事実論は立法府の管轄であり、法律の合理性を支える事実を指すが、アメリカの立法事実論は行政府を意識し、法形成を支える事実を意味することは、浅野博宣「立法事実論の可能性」『法治主義の諸相』（有斐閣、2013）、427－430頁が指摘した。立法事実を認定する際に、社会科学の利用、いわゆる科学の根拠づけが重要であるとするものとして、渡辺千原「法を支える事実－科学的根拠付けに向けての一考察」立命館法学333・334号（2010年）、1807頁以下を参照。

[61] 芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」清宮四郎博士退職記念『憲法の諸問題』（有斐閣、1963年）、523頁以下を参照。

などにより、法律の基礎を形成する事実を審査して、決定しなくてはならない)」とした[62]。この考え方によれば、立法目的の基礎となった事実認定は裁判所の役割であると読み取れる[63]。しかし、現在では、この言葉は裁判所の違憲審査に限らず、立法過程についても用いられている。まず法律の立案段階においては「法的規律を必要とする社会的実態」を指し、実態調査を踏まえた立法事実の抽出・類型化の作業が想定されている[64]。また、国会の法案審査段階において、弁護士出身の議員が法案の基礎になる事実を議題として挙げる際にも、「立法事実」の語が用いられているようである[65]。

ただ、何れの用法にしても、日本で扱われた「立法事実」という概念の形成は法律学の知見やバックグラウンドと関連している。規範論の立場から長年に渡って立法過程や立法者を研究してきた憲法学者・高見勝利は、最近の立法活動における審議の不十分を理由に、具体な条文に関する「立法事実」と「目的 - 手段」に関しては裁判所の方が細かい事実の検証が可能である、と司法手法の有益性を示した[66]。しかし、本論文が見て来た、立法過程での法情報の活用をふまえると、司法手法優位の立法事実論に対して疑問を提示することもできる。第1款で示した内閣発案における情報収集システムでは、世論に関する多様な情報ルートが機能しており、法律作成者は社会の現実に関する情報量と質について予め規制しているわけではない。すなわち、ユーザ側も立法者側も、情報の面に関して誰でも発信しうる開かれたコミュニケーションの場として立法過程を考えようとしているということが分かる。

立法府には、積極的に社会の情報を収集し、問題を解決する法的義務（日本国憲法62条）が存在しているものの、法案の審議に関しては、実体的にも形式的にも意思決定の基準に関する規定が存在していない[67]。

---

[62] 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）、136頁。

[63] 浅野博宣「立法事実論の可能性」『法治主義の諸相』（有斐閣、2013）、430－431頁。

[64] 前注44・大森、315頁。

[65] 高見勝利「『より良き立法』に向けた法案審査の課題」『現代日本の議会政と憲法』（岩波書店、2008）、277頁。

[66] 前注65・高見、281頁。

[67] 日本国憲法62条は議会が立法に当たって、社会の状況や国民の要求といっ

だが、図１が示した民意への捉え方によれば、世論に関する立法者の情報収集は実際柔軟に拡張できると思われる。それに対して、上述の立法事実論アプローチは、具体的な事例をめぐる裁判所の事後審査を念頭に置いている。裁判所の場合、立法事実の審査とは言え、訴訟当事者が証拠の規定に適した形で提出した資料に基づき判断するのであり、立法過程における情報収集のそれとは異質なものである[68]。

とはいえ、高見は立法過程の実態を看過しているわけでもない。というのも、2008年に公表した論文で、彼はアメリカ憲法学者デヴィンスの理論をベースに、議会が事実に関する優れた情報収集能力を有し、立法事実に関する多角的な評価をなし得ているという、議会判断の合理性を指摘しつつ、議会が代表する立法手続においては特定の利益集団や政治家の選挙都合の影響が強いことにより「立法事実」を公正に捉える能力が阻害されていると反論しているからである[69]。いずれにせよ、高見の立法事実論の焦点は、立法目的とその達成手段との関連性についての審査であり、当該立法による将来の状況の予測可能性を一貫して追求している[70]。しかし、立法過程で行われている情報収集とその処理・公開は単なる政策・法制度の効果を予測するためのものだろうか。次の款はこの点に関わっている。

### 第三款　象徴的機能からみる立法「事実」の情報

社会学者ガスフィールドは、法の制度設計に関する一連の研究の中で、当事者への救済という目的である「手段的な機能」以外に、法観念を社

---

た情報を収集し、自主的な国政調査権を定めている。

[68] 裁判所の事実認定の限界は以前から指摘されている。例えば、アメリカにおける最高裁の憲法判断について、Henry Wolf Bikle (1924) *"Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action"*, Harvard Law Review 38 (1), pp6-16を参照。

[69] 高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト－ハート・サックス‘the legal process’再読」ジュリスト1369 (2008)、18-21頁を参照。

[70] 高見勝利「立法の『合理性』もしくは‘legisprudence’の可能性について」『現代日本の議会政と憲法』（岩波書店、2008)、252-255頁、前注65・高見、277-278頁および前注・高見、22頁を参照。

会に届ける法の役割を指摘した（「法の象徴的な機能」）[71]。法は、シンボルの表出によって、司法以外の場面において秩序を生成することを図っているのである。

ガスフィールドの理論によると、公的な問題を分析するということは、公的な概念や秩序を示すパフォーマンスのパターンを探るということである。例えば、実証科学の論文や公的報告書など、立法背景に当たる資料について、それぞれ「作品」の技法（rhetoric）を用いて法学以外の領域でも法の「理念」を構成しうる、ということが検証された[72]。ここで、立法におけるリアリティの相互作用は、公的な表現空間（ステージ）または媒介の特徴に左右されることが指摘される。また、立法をめぐる公的な言説のあり様は、立法過程の構造、審議の透明度や情報公開制度と密接に連動していることも示されている。

ガスフィールドの分析では、ある法改正の必要性を示す現実（リアリティ）は「客観」的な事実と位置づけられるものだが、同時に、内容が社会的に構成され得ることを重視している[73]。また、公的な問題は、維持する領域（artful realm）にあるとされる。なぜなら、それを支える現実の記述には、一方で私的な行為を公的な問題へと繋げる役割があるけれども、他方でその背後には現行の法制度に対する否定的な評価

---

[71] Joseph R. Gusfield (1968), On legislating Morals: The Symbolic Process of Designating Deviance, California law Review 56: pp. 54-73を参照。ガスフィールドの飲酒運転に関する法形成の研究では、公的な知識を「アルコール関連インフォメーションの秩序」と捉え、立法に関する一連のパフォーマンスは「インフォメーションと経験的事実の実態を直接反映するものではないこと、論理的で首尾一貫した一つの世界を構築するための方法であること」と論じている。日本における紹介として、千葉正士＝北村隆憲「法の象徴的機能研究とガスフィールドの意義」『法律時報』60巻10号（1988）、72－75頁を参照。

[72] 飲酒運転に関するガスフィールドの分析では、科学的な論証と法的な論証の違いに重点を置いている。その背後には、実際にアメリカの飲酒運転を禁止する法や政策の事実基礎として、「科学的」調査に従った論文や公的報告書が審議の重要な参考資料として用いられていることがあるとされている。参照前注50・Gusfield, chp IV。

[73] 注69・Gusfield, pp8を参照。

（disappointment）も含まれているからである[74]。つまり、そうしたリアリティを提示することによって、新たな仮定規範を提供する、とされるのである[75]。そうした考え方に従えば、立法におけるリアリティは、その表現形式を問わず、単なる事実状態ではなく、法制度の合理性を示す指針にもなる

象徴的機能の立場から見ると、立法過程における情報は、将来へ向けた問題の実体的解決の素材ではなく、立法過程を通じた共通価値の再確認と見ることができる。例えば「感情立法」における法のリアリティは、法システム運用の利便性ではなく、その法律の成立がもたらしうる価値確認という社会的な効果にそって理解できる。その社会的効果とは、まさに法の象徴的価値である。

現在では、法の社会効果について解明が進んでいる。立法学に造詣が深い法学者、マーク・ヴァン・フック（Mark Van Hoecke）は法の機能を「社会の構築（Structuring Society）」と「個人生活への利便提供（Facilitating the Individual's Life）」に分け、法の象徴的価値（symbolic value）が「社会の連帯を創造し、維持する」効果を有すると指摘した[76]。法と経済学者、リチャード・H・マクアダムス（Richard H.Mcadams）の著書『法の伝達力―理論と限界（The Expressive Powers of Law: Theories and Limits）』では、共通認識の形成・明示という面（Law as Focal Point）から法における規範共有という優れた効果を論じた。また、立法について、伝統的な投票システムと比較しながら、①制定法は、より細かいな論点まで言及することができること、②短い時期の選挙報道

[74] 注69・Gusfield, pp19を参照。

[75] この発想は、フェミニズムの理論にもよく見られる。例えば、キャサリン・マッキンノンの議論では、既存の法制度が男性的なものと位置づけられている。従って、女性の考えと彼女たちの生活を表現する「リアリティ」に対する配慮のなかったことが、まさに法制度の問題とされるのである。しかも、そのような女性に対する法的な配慮は、平等といった法の基本原理に求められるものである。例えば、Catharine A. MacKinnon, *Women's lives／Men's laws*, Belknap introduction, chp. III, IV を参照。

[76] Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford-Portland oregon, 2002, pp65-68.

に対して存続期間が長いこと、③感情的な要素に影響されやすい現代の投票システムより法改正への民意反映に社会が高い要求を抱いていること、を指摘し、制定法が民意を反映する側面を評価したのである[77]。彼の理論はむろんアメリカの立法過程とりわけ議会の立法審議を念頭に置いたものであるが、以上の三点は上述の日本の立法過程にも当てはまる。特に、③については、表１の世論調査結果と親和的であるように見える。

以上から示唆されるのは、立法過程は条文の作成だけではなく、社会構成員に向けて社会問題を議論させ、その合意を公示するコミュニケーション的機能を持っているということである。「合意を公示する」ということには、具体的な制度設計とは別に、法的問題として扱うべき問題を国家あるいは共同体から社会へメッセージするという象徴的な側面が含まれる。立法は、審議や法文の公開を通じた社会的なニーズに対する法的応答である。そして、当事者救済を中心とする司法と違って、法改正の影響を受けるのは潜在的かつ不特定な集団である。そのような法形成を通じて、立法活動に参加し、関心を有する人々は当該社会に共通した価値観を理解し、さらに自分の規範意識を構築してゆく面も推測できる。このような立場に従えば、立法は、多様な立場を超えて、抽出されている共通認識の表明によって、司法や行政の法実践を支えるものである。

「感情立法」の事例で見られた、メディアなど集団的な言説を強調する傾向を、法の象徴的機能という観点から検討してみると、認知件数等犯罪に関する客観的データより犯罪被害者や遺族の感情に傾いた報道は、共同体の象徴としての法制度が社会の共感と合致しなければならないという考えに根差していたことがわかる。これは、個別のメディアによる情報操作というより、近時の立法原理に適った現象ということができる。つまり、法制度の運用実態との整合性より、公表される法文という形を通じて社会の連帯感を可視化することが優先されたのである。従って、例えば処罰感情のような法律用語の「乱用」は、単なる言葉のアヤではなく、一定の合理性を帯びていた。公訴時効法改正をめぐる議

[77] Richard H. Mcadams, The expressive Powers of Law, Harvard Uni. Pre, 2015, pp186-187.

論には、現在あるいは将来の生活に考察の重点を置くような従来の司法における考え方と、過去の事件解明にこだわる被害者（遺族）の考え方が、併存している。前者が実際の裁判や捜査活動の営みを含む司法データ、狭意の法情報に注目するのに対し、後者は概ね感情面のケアを重視し、「（被害を受けた時点から）時間が止まっている」ことにこだわる被害者（遺族）の日常生活言説に関する情報、広義の法情報を重視する。現実には、たとえ公訴時効制度が廃止されても、実際に捜査の進展がし、さらに起訴にまで至る事例は極めて少ないと予測される。しかし、加害者への処罰可能性を残すという被害者（遺族）の要求を、国会という公的機構から法制度の形で承認し実現することは、被害者（遺族）の立場に対する社会的理解を象徴的に示すという働きを期待できるのである。こうした法改正は、社会意識の変化を狙い、判決以外の形で社会に一定の影響を与えるものである。

従来の立法事実論は、こうした法改正の象徴的機能を軽視した恐れがある。それは、既に法律専門家と被害者（遺族）との間の意見の衝突に現れている。「感情立法」と専門家に揶揄された立法過程における被害者「感情」は、将来の行政運用を直接に志向するものとしてではなく、現在の問題の共有化を志向しているものなのかもしれないのである。だからこそ、「世論」や被害者感情の主張に配慮した刑事法立法は、マスコミにおける被害者また遺族に関する報道の構造変化と連動しやすい。また、事件そのものを離れた法改正についての報道であるにも関わらず、被害者または遺族の生活ぶりや感想などをクローズアップしたり、ドラマ的な表現を用い、観客の登場人物への同情心を引き出したりするやり方は、法律学や政策学の技術的側面を巧妙に避け、情念を通じた意見の共有を実現しているという点で、象徴的機能に注目した立法学にうってつけの素材である[78]。

[78] その問題は、メディアにおける「リアリティ」の表現手段として捉えることができる。例えば、映画、演劇など媒介について、現実と近い過ぎになると、観客は現実に関する認知を歪み、また激しい感情的な反応に巻き込む危険性があると指摘されている。距離の取る方法は、多様であり、もちろん題材の選択（現実の出来事を避ける）、また舞台設計の工夫、あるいはキャラクターの設

法情報の観点からみれば、感情の体験を立法過程に取り込むことは立法あるいは立法活動の関係者、すなわちユーザ変化とも関係しているように思われる。第２章や第３章による新聞、法律雑誌の検討から分かるように、1960 ～ 80年代は、法に関わる情報だけではなく、立法を支える事実までも、法律専門家や政治家を通じた情報収集に依存していた。専門家は、単なる専門情報提供者に止まらず、実質的に法案の決定まで深く関わる者として、自らが提供する情報に政策学的な要素を入れざるを得ない。つまり、専門家は、法律に従って政策を実施する当局者を、想定して立案していた。従って、政策を実施する者というユーザの立場は当時の立法過程を支配していたと推測できるそれに対して、1990年代以後の立法は、法律家や司法以外、他の社会組織や集団多様な主体と関与するようになっている。たとえば、立法過程では、審議会委員の多様な構成によって、法制度のあり方について、多角な検討を期待できる。そのような立法過程の議論は、法の専門家、すなわち法曹・法学者の同質的な思考回路に必ずしも囚われない。感情立法においても、専門家の言説と衝突した「感情的な言説」の背後には、法律専門家主導の立法モデルが衰退し、一般市民の言説を直接に扱ってもよいという発想が生まれたことが指摘できる。というのは、立法情報の発信者（提供者）として、不確定多数の社会構成員が浮上してきたことからもわかる。同時に、彼らは、法制度に反映されることで（「立法情報」を通じて）社会に発信される価値や理念の受信者（法情報のユーザ）でもある。確かに、法改正案の作成や司法の運用面において、それらの情報は直接に制度の改善に繋がるのかについて疑問は残るが、法をめぐる理解や評価を共有させるコミュニケーションの一種として、「感情立法」の意義を無視できないのである。

そして、「感情立法」は立法の民主化や情報産業の発展によって、法をめぐる言論空間が拡大しつつある状況から生まれた現象である。その状況を先鋭的に象徴するのが、感情的な言説に彩られた「当事者」あるいは「被害者」の物語である。こうした「当事者」言説の高揚は、「自分

---

定など形式的な部分も含める。参照 Jean-pierre Vernant/Pierre Vidal-Naquet, *Myth and Tragedy in Ancient Greece*, zone book, 1990, pp244-247.

たちなりの社会をその場で新しく作ろう」という90年代以後の社会運動モデルとも関連しているように思われる。伊藤昌亮はそうした「社会を作り出す運動」について、合意形成という営みとしてではなく、一見抽象的なスローガンではあるが、運動を通じた共同体の連帯の再建として捉えている[79]。彼は犯罪被害者（遺族）の法運動を論じなかったが、当該運動における「共感」の強調はコミュニティの承認を求める行為として位置づけられる。また、「当事者主権」という思考を説く上野千鶴子がいう「当事者」とは、ニーズ（必要）を中心にとしたオルタナティヴな社会構想の主体であり、具体的には「障害者、女性、高齢者、患者、不登校者、そしてひきこもりや精神障害の当事者」といった人々のことである[80]。犯罪被害者（遺族）の場合、長い間に彼らのニーズが（刑事司法）制度において軽視されていた歴史がある。その他、犯罪被害という事実によって日常生活での疎外感も体験されている。そのことをふまえれば、「感情立法」という現象については、上野が語るような、弱者の社会運動を背景にした「当事者の原理」と連動しているようにも思われる。感情と「当事者原理」の関係についての詳細は別の論考に譲るが、豊田正弘は、社会運動において、「当事者の視点」を引き受け、感情を共有し感情をめぐるコミュニケーションを成立させることが重要となっていることを指摘した[81]。この視点に立てば、感情の体験を含む情報は参加者や社会の関心を集める社会動員の戦略として、法運動に活用されうると見ることもできよう。

第１節で述べた通り、従来、「世論」は社会合意の形成を目指すコミュニケーション過程であり、法案作成など技術的かつ専門的な立法過程と異なるものとされてきた。しかし、感情立法の事象で見たように、成文化の作業を中心とする法制審議会などの中でさえ社会の合意の確認が行われていた。また、法制度自体が社会の合意を公示する情報でもあった。

---

[79] 伊藤昌亮『デモのメディア論―社会運動社会のゆくえ』（筑摩書房、2012）、195-212頁を参照。

[80] 上野千鶴子・中西正司『当事者主権』（岩波新書、2003）、９頁を参照。

[81] 豊田正弘『当事者幻想論―あるいはマイノリティの運動における共同幻想の論理』「現代思想」（青土社、1998）、105頁を参照。

是非はともかくとして、感情的な言説の法条文化は、法あるいは立法という形で、被害者（遺族）の疎外感など共同体への不安を当該社会の構成員に伝達し、それへの理解を求めることを意味していたのである。従って、感情的な言説は一時的なものではなく、参加者やメディアが立法過程にアクセスする重要手段でもある。感情や体験を法情報として扱うことは、立法を法意識の形成まで拡大する社会過程として理解することである。こうした情報論の立場からみれば、従来の立法事実論が専門家言説と世論言説の衝突を避けられなかったのは立法の機能を狭く捉えていたためであるということが分かる。そして、情報としての立法を理解することは、感情的な言説を受け入れ、法形成を通じて社会の合意形成を促進する立法の新たな可能性を考える糸口になると考えている。

## 結論　法情報の変容

本研究では、日本刑事法改正をめぐる情報の環境を素材に、通時的な考察と事例研究を組み合わせ、実験的に新たな分析の試みを行った。その狙いは、専門性の如何を問わず日本社会に存在する「法情報」の位置づけとその社会意義を解明することにあった。この章では、いくつかの総論的な問題に光を当てる。まず、これまでに明らかになった法情報の変容をまとめる。その上で、変容の背景とその効果に関して一定の仮説を提示する。最後に、本研究の射程と意義を検討した上で、今後の課題を指摘する。

情報コミュニケーションは単なる法規制の対象であるだけではない。立法などの法現象自身もまた情報コミュニケーションの一種である。そうしたコミュニケーションを通じて、「法がいかに表現されたか」という情報流通の面から、本論は社会における法が置かれた位置の変化を追跡する可能性を示した。

### 第一節　法情報の類型

第一部の考察では、新聞と雑誌という２つのメディアを中心に、情報の様式、情報の主題、内容の構成から、明治期以来の日本における法情

報の変化は一時的な現象ではなく、構造的な因子に影響されたものであることを明らかにした。そして、第二部ではそうした情報構造の変化が実際の立法過程に与える影響を検証した。そこでは、第一部で述べた法情報の変化が、受信環境から改めて確認された。

日本においては、明治期の法制度導入から平成期の法改正まで一貫して、新聞及び雑誌という紙媒体が、法律の公示、立法審議、条文の解説という多様な形の法情報を掲載してきた。当初の法情報には外来語及び漢字が多く、読者には教育背景、学習能力が要求された。また、法制度の運営及び法学に関する知識の伝達範囲が狭いため、メディアの情報源は法律専門家及び議員に限定されていた。第二章の考察では、その時期において、記事の主要な作業が立法関係者の行動と意見の収集にあり、制度設計などの法変動に関する評価への言及が少ないことが示された。法情報の難解さに対する不満は、大正時代までに雑誌及び書籍を含む法律情報の「大衆化」ブームにある程度反映され、第三章で紹介した『法律時報』の誕生も大衆向けの法律書物のニーズに関わる現象であった。

だが、その後、法情報の大衆化という理念は、必ずしも維持されたわけではない。雑誌メディアにおいては、例えば1930年以後の『法律時報』の編集方針は、法情報の大衆化、つまり分かりやすさに対する関心よりも、逆に法学教育また裁判官や立法過程への情報提供に転向し、専門性への追求をより高めることになった。情報面における専門性への追求は、また法律専門家や法学教育に向けた情報の増加から検証された。

他方、新聞メディアも同様の状況であった。第二章で検証したように、朝日新聞の1950年代から1970年代の報道においては、公式的な立法審議以外の法律専門家を代表した弁護士や法学研究者の言説が法改正報道の方向性に大きな影響力をもった。その時期の立法情報については、新聞のような一般メディアが主に議員及び官庁関係者個人への取材を通じて議会・法制審議会の活動を把握したのに対して、専門家の言説を代表する法律雑誌は条文の解説や海外法制との比較を通じて立法審議の内容を詳しく紹介した。ただし、基本的な報道スタイルの違いにも関わらず、両者の間で情報が共用される場合はあった。その時期の新聞は、法律専門家への取材や投稿を活かし、法制度の趣旨や効果に関する説明を行った。それに対して、専門雑誌は、新聞が整理した立法の動向や社説を参

照し、立法の背景資料として引用するようになった。従って、1950年代から1970年代までは、法律専門家とマス・メディアとの情報は相互補足的な関係にあり、法学の専門情報と法情報の社会発信が一致した方向性を持っていたように見られる。

そのような法情報スタイルは、1990年以後大きく崩れることになった。法情報学の出現に象徴されるように、デジタルデータの普及によって、法情報は書籍の活字のみならず、様々なコンテンツと連携するようになった。情報公開制度の影響もあり、条文や立法審議の資料のような立法情報は法務省のホームページなどインターネット上に公開され、一般的に誰でもアクセスできる状況になっている。その一方で、『法律時報』のような雑誌は、従来の情報資源を活かし、IT 情報技術の発展による法情報の総合的なデータベースを提供するようになった。同様に、立法をめぐる情報様式においても多様化が進んできた。第七章で示したように、公訴時効をめぐる情報は、これまでの新聞・雑誌といった活字媒体以外の、テレビ・ネットのような新たな情報空間においても扱われた。形式面では、活字情報のほかに、音や映像、さらにはプログラムによる法情報が、専門家向けのメディアにも一般人向けのメディアにも浸透してきた。情報の主題に関しては、その時期の刑事法改正では、法制審議会や議会の伝統的な立法活動以外に、特に被害者（家族）、警察、弁護士会や被害者団体などの情報が重視される傾向がある。従って、法情報の範囲は、裁判所、法務省、議会、法曹、法学研究者など伝統的な法学の関係分野を超え、治安という意味で日常の生活圏まで情報範囲が拡大してきた。また、内容の構成に関しては、1990年以降、マス・メディアでは、立法議題をめぐる社会団体の活動及び意見が立法報道の一部として扱われるようになった。そうした情報は、公式の立法審議や法学の専門知識に縛られず、法制度に関する態度調査や科学的検証、当事者インタビューなどの手法により、法律専門家以外の人によっても提供される。

以上のような立法報道の変化を、本論では、概ね1990年以前の「普及型」法情報モデル、1990年以降「議論型」法情報モデルとして、類型化し整理した。

「普及型」法情報モデルの特徴は、次のようにまとめることができる。すなわち、①法情報の多くは法律専門家の言説であり、法に関する一般

人の言説が殆ど発信されない。②新聞のようなマス・メディアでは、法情報は主に事実報道という単一の形式であるが、法律情報誌では評論エッセーから学術論文まで多様な形式が目立つ。③法情報は、活字メディアを中心としており、具体的には雑誌や新聞への投稿や書籍が主流である。④法情報の内容ついては、制度の形成・実施を解説するものが多くみられる。

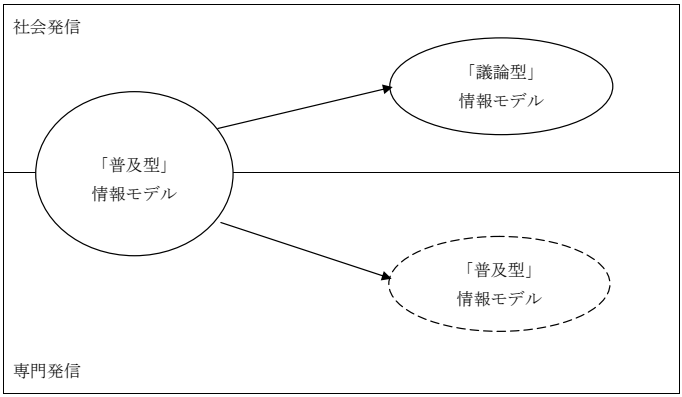
これに対して、「議論型」法情報モデルの特徴は、次の通りである。①法に関する一般人の発信が著しくなり、いわゆる「法意識」が一般メディアの法情報において一定の地位を占める。②新聞のようなマス・メディアにおいては、意見、検証などの多様な記事の形式が見られる。他方、法律情報誌では、法学教育・実務への需要に応じた法知識の解説がますます強調される。③法情報の様式については、活字情報以外にも、テレビやネットのように、音声、映像などの表現形式を組み込むような発信の様式がみられる。④法情報の内容については、公式的な制度の過程を超えて、法利用者による法の理解、評価などの心理的な側面にも言及されるようになった。

1990年まで専門家情報を中心に構成されていた法情報環境という状況が打破される契機として、マス・メディアが専門家のネットワークの外から法情報を入手し、従来法に対して無関心で司法を中心とした資料法情報ネットワークへの統合度の低い日常生活の情報を、法情報の一部として扱うようになったことを指摘できる。こうした情報モデルの変容は、各マス・メディアの報道姿勢の変化を説明し得るものであり、各立法期における世論効果の違いにも同調するものである。「感情立法」における言説の相互作用は、このような法情報の類型から説明できる。つまり、治安の重視という立法傾向の増進や、治安活動の一環として身近な警察の行動や非法律専門家情報の導入の促進と、連動していることがうかがえる。従って、「議論型」の法情報モデルの意義は、単なる情報発信の形式変化に止まらず、実際に立法過程の方向性にまで影響を及ぼしているのである。

本論の検証が示した結果は、公的機構の情報公開が、法情報への理解を促進し、法制度に関わる公的議論（「世論」）の質を向上させる、とい

う従来の考えを必ずしも支持していない[82]。「普及型」から「議論型」への法情報モデルの変化は、すべてのメディアで同時に起こっていることではない。新聞やテレビでは、法情報が日常生活の情報に接近していく傾向が著しいが、『法律雑誌』のような専門雑誌では司法実務及び法学教育のニーズに応じた細分化が進んでいる。また、例えばTwitterなど個人発信のしやすいソーシャルメディアでは法律専門家の発信が重視される傾向があり、逆に発信者優位の「普及型」に傾いているように見える。その結果は、現時点の日本社会において、法情報モデルが完全に「普及型」から「議論型」へ移行したわけではないことを意味する。こうした状況を以下のように図示する。次節では、情報の編集、伝達過程の構造を踏まえて、以上の両モデルの相互作用についてさらに検討する。

**図２**




[82] それは、アメリカの政治環境における市民像と情報との関係を分析するSchudsonの理論と共通したものと見ることもできる。情報環境の変化による市民と政治システムの新たなコミュニケーションを問題視した彼の理論は、有識的な市民（informed citizen）から監視的な市民（monitorial citizen）へという政治参加者の変化を指摘した。Schudsonは、監視的な市民は、情報重視（watchful）でありながら、他方、消極的（defensive）で、情報の利用に不器用であるという診断を下した。Michael Schudson, *"Click Here for Democracy: A History and Critique of an Information-Based Model of Citizenship"*, Henry Jenkins&David Thorburn (2003), *Democracy and New Media* (Cambridge.:MIT Press), pp55を参照。

## 第二節　法情報の構造とその効果

近代日本における「普及型」法情報モデルから「議論型」法情報モデルへの変化は、一見情報環境の変化に応じたものであるようにも思われる。興味深いのは、少なくとも「普及型」法情報モデルにおいては、法の象徴と法の運用との間にねじれが生じていたわけではないという点である。こうした情報構造の変容を背景に、公訴時効改正過程に見られた「世論」と「専門」との対立が強調されやすく、逆に制度の変更を促進するようになった。法情報の構造を通した通時的な法的イメージの変化や、専門家による法言説との連動に関しては、これまでの法的象徴機能論では言及されてこなかった。そのような点で、近代日本の法情報に関する考察は、従来の法的象徴機能論の射程を再考する契機となるように思われる。

### 第一款　「対立」の背後

第二部で検討した公訴時効改正の「世論」モデルと「専門」モデルの対立は、審議における立法趣旨である処罰感情をめぐる議論、第六章でみたような判決と世論の立場の違い、また第七章でみたような異なるメディアの言説など、さまざまな場面で確認できる。この場合、世論と専門家の間に現れた法言説の衝突がなぜ生まれたのかについて解答しなければならない。本論文での検討は、断片的な個別事例の研究であり、その現象を支える基本のメカニズムを把握するには不十分なものであることは否定できない。しかし、法言説の衝突を理解する際に、日本の法情報空間における以下の点を注意すべきと思われる。

①情報公開制度の拡大

新聞も法律雑誌も、大きな影響力を持つ法情報の発信源である。例えば、『法律時報』における60年代の刑法改正特集は、会議当事者の体験談、及び法制審議会の内部資料が報道の目玉であった。しかしながら、情報公開制度によって、法学者が立法情報を独占するのではなく、立法の審議行動及び当事者の発言などを他のメディアも手に入れることができるようになった。これによって、法律雑誌の立法領域における優位がなくなった。現在、法制審議会の議事録は公開されており、当事者（団体）

によるネットでの自主発信さえ可能である。従って、法律雑誌のような専門誌に対する立法情報提供への期待が低下するようになることも予測できるだろう。90年代に立法報道規模が小さくなり、批判的な評論に力を入れる報道が増えたのもその推測の表れかもしれない。末弘厳太郎は、『法律時報』の創刊当時に社会に対する法情報の発信機能を設定したが、現在では、情報開示の深化によって、法律雑誌はより細分化され、社会に対する法制度の発信機能は他の媒体に分流したことが考えられる。

また、情報公開制度の拡大は法専門家情報と他の情報との間の形式的分化を促進する効果がある。第二章で述べたように、立法情報と司法情報では、異なる情報の規制が課せられていた。立法をめぐる情報の取材・編集および報道活動はより政治の状況に影響されやすいが、司法に関する情報は未だに司法現場の判断に委ねる傾向が強い。その上、メディア情報の特徴は情報制度の立法に反映されている。とくにマス・メディアは、紛争処理過程や当事者の状況に関連する情報の公開を強く主張するが、専門性の強い司法データに関してはあまり言及していないことが本研究の分析から分かる。また、第七、八章から分かるように、裁判情報および法情報の様式が、被害者遺族、科学的検証などの別の情報源と比べた場合に単一で文字的な空間に止まる。

②情報構成の多様化

メディア技術の変化は、情報構造の変容を説明する際によく用いられている。このことは、法情報の構造変容においても例外ではない。新聞・雑誌のような活字メディアから、ラジオ・テレビからネットまで、映像などを含む総合的な表現を有するメディアへの変化は、既に「議論型」法情報モデルの特徴に反映されている。活字を中心とした専門家情報とメディアの法情報との間では、発信の量、頻度、読者数及び様式、つまり発信効果の差を認めなければならない。

ただし、注意すべきなのは、法情報モデルと発信様式の変化は、必ずしも同調しているわけではないということである。70年代以降、写真、特集など報道形式が著しく変化したが、法情報源は依然として立法関係者・専門家の提供に依存していた。だからこそ、新聞も法律雑誌も同様に、憲法との整合性など刑事法改正の条文解説を中心的内容としていた。また、朝日新聞の例によれば、1998年以降の報道方法の変化は、被害者

遺族情報を強調することによるものである。第八章のテレビ報道分析から分かるように、表現の形式が異なる複数のメディアにも同様な現象が確認できた。日常生活に基づく被害者遺族情報は、従来の法学的原則の変容・相対化を促し、一見バラバラな法分野をも同様の「感情」変化に包摂し得る結果を導く。

情報技術の発展によって、法情報の様式が多様化しつつある。ただし、それは法律専門家とマスコミの衝突をもたらすという結論までには至らないこともまた認識しなければならない。むしろ、多様なメディア空間の出現が、同じ法情報を異なる形式で語る機会を促進する効果を有すると理解したほうが妥当である。情報公開など情報制度の緩和に拍車をかけた情報技術の発展に従って、法情報の一つの情報媒体（活字）に対する依存度は低下した。その結果、法（情報）のコンテンツ化が進み、法制度を素材にしつつも法制度に詳しくない視聴者も楽しむことができ、第一章および第八章で検討したような社会系報道が多く見られるようになった[83]。

### 第二款　法情報の特徴とその意義

本款では、情報発信と使用の側面から、日本で発信された法情報の特徴とその意義を検討する。

①法情報の主題分布

同一の立法という社会現象について、新聞、テレビのようなマス・メディアでは、社会の一般的な情報を扱うために、社会の各分野の情報の意義および一般読者の法関心を重視する「法的統合の評価」の姿勢が顕著である。従って、政治過程や日常生活における当事者の行動や発言が立法報道のメインとなった。そこでは、読者に法律知識の背景を求めない代わりに、専門用語や論証の回避やコンテンツの一般化傾向（わかりやすさ）がメディアの編集戦略となった。その一方、『法律時報』のような専門的メディアでは、法律学に基づく「法解釈の原理」を強調する傾

[83] 西田亮介の『ネット選挙とデジタル・デモクラシー』（NHK 出版2013年、48-62頁を参照）における政治情報変化の考察は、ここでの議論に重要なヒントを与えた。

向がある。第三章でみたように、法情報雑誌においては、立法の背景として、新聞の世論調査や法制審議会の資料などの第二次資料を掲載する。また、世論に関しては、通時的に観察しても、具体的な内容よりも、むしろ世論の形成すなわち情報収集のプロセスの正統性を論じる傾向がある。そこで「世論」と呼ばれるものは、法律専門家の選別を経た社会に関する情報になる。こうした選別は、ジャーナリストの取材も、科学的調査法によるものというより、法の適用（司法あるいは行政）という法システムの運用という前提の下に行われている。第二部でみたような公訴時効改正の基礎となる被害者（遺族）の言説に関しては、従来法律家が担った「法的統合の評価」アプローチから発展したものであり、現在法と社会の関係を重視するマス・メディアの方に迅速かつ詳細に議論を展開する条件が揃っていた。

②法情報の作成過程

もともと「法的統合の評価」を強調する一般向けの法情報では、受け手（メディアの読者、視聴者）が一般の社会構成員であり、情報収集の目的または法制度に対する認知の水準は多様である。従って、概念の扱い方及び情報の表現方法も相対的に柔軟的である。一方、「法解釈の原理」を特徴とした法情報の発信では、法知識を正確に把握することを求められており、法学の用語や論理にこだわる傾向がある。それ故、テキストは厳格な形式、一定の文体に限定される傾向がある。法律家発信の法情報では、マス・メディアではなく、専門性による細分化した読者層を持つ雑誌メディアは主流であった。第三章の法律雑誌研究からわかるように、法に関する情報が日本に伝わってきた当時から雑誌が法情報の発信にとって重要なメディアであることは、情報環境の発展に関わらず、現在まで広く認められている。法情報への社会関心が高まった昭和初期、例えば『法律雑誌』は、「法的統合の評価」を目指した時期に、エッセーなどの多様な文体を多く取り入れていたが、「法解釈の原理」を強化した時期には、それに応じて、学術的な論説や判例など司法データが増える一方、直接に社会問題を言及する論評が減少するようになった。

また、1970 ～ 1980年代の（刑事法）法改正において、執筆陣や報道のフォーカスが異なりながら、新聞も法律専門雑誌も法改正に対してほぼ共通した態度を示していた。新聞の場合、その時期において、議会や専

門家の言論をメインに法に関わる情報が構成され、「普及型」の法情報モデルを継続しているからである。『法律時報』のような専門メディアでは、「法解釈の原理」に関する情報が中心でありながら、審議の様子や立法関係者（法制審議会の委員など）の発言つまり「法的統合の評価」を意識した解説も、法情報の一部として扱うようになった[84]。このように、情報の構成において「法的統合の評価」と「法解釈の原理」の区分が見られつつも、法律雑誌のような専門メディアは、従来その両者とも意識する情報の一本化を目指す編集原理が見られる。

③法情報の伝達効果―当事者心理・感情の受け皿としての新たな「法」

法律雑誌と新聞の法報道史を総合的に考えれば、明治期から現在まで法律家の言説には、法律学や司法実践の情報提供以外、知的啓蒙といった機能も備わっていたことが指摘できる[85]。情報発信の観点から見れば、それは上述の「普及型」法情報モデルにつながるのではないかと思われる。

第二部で示したように、マス・メディアを典型とした「世論」の言説モデルは「処罰感情は時間の経過によって変化しない」という立法の根拠と、「公訴時効の廃止」という具体的な制度設計から構成されていた。第六章の立法審議に関する考察により示されたように、法律専門家の発言は、立法の趣旨と条文の設計とを分けて考える傾向があるのに対して、「世論」の言説モデルでは、両者を一体化して議論するところがある。第七章での「裁判の社会効果を強調すべき」とする議論と、第八章での時効報道は、いずれ「普及型」法情報モデルの発想と構造的に一致するものであるように見える。よって、マス・メディアにおける法改正の報道には、法情報の射程が拡大したものの、「普及型」法情報モデルから

[84] 歴史的に見れば、確かに「法的統合の評価」を中心にした記事の割合が低下していく傾向があるが、その原因が、著者・編集者がその区分を明確にしたことにあるか、「ミクロ正当化」いわゆる法技術に対するニーズの向上にあるか、さらに緻密な分析アプローチが必要と思われる。

[85] その点について、平井宜雄が批判した戦後の日本法解釈論に現れた「心理主義」や「社会学主義」などの非「法」的な部分は、ある意味法情報発信が寄与した「社会」のとの関係から説明できる面がある。「心理主義」と「社会学主義」について、平井宜雄「戦後法解釈論の批判的考察（１）－法律学基礎論覚書（５）－」ジュリスト921（1988）、33-36頁を参照。

完全に脱却していることも考えにくい。これから、両法情報モデルの共生はしばらく持続するだろう。

かつて、法律専門家は「法における社会的意義」を独占的に論じてきた。しかし、近時の刑事法改正では、共感・感情の形で現れた法理解の台頭と共に、当事者は自らの文脈や手法で法的問題を定義することができるようになった。個人の私的感情や共感にコミットできる法情報を通じて、ユーザは「自分」が抱懐する共同体のイメージを再認識することができる。そこでのユーザには、具体的な事案の当事者だけではなく、情報の形で「法」を消費する社会構成員も含まれるだろう。注意すべき点は、共有価値への確認というユーザのニーズは必ずしも刑事法の領域に限定するものではないはずである。ユーザの観点から日常生活と法の関係を再考しなければ、刑事法のみではなく、家族法、消費者法など日常生活の論理に影響されやすい領域の立法過程において、法律家言説と「世論」の衝突が再現することになるだろう。その解決策について、司法での運用にこだわらず、日常空間に最も接触しやすい「法」の形、法情報とそれをめぐるコミュニケーションの分析は重要な意味をもつと思われる。

## 第三節　「情報としての法」に向けて

上述のように、「感情立法」に現れた法専門家への批判姿勢については、単なる法システムに対する信頼の低下―あるいはメディアによる特定な報道方法の副作用―という面だけでは説明しきれない。情報公開の制度設計、立法の社会動員の発達及び法情報メディアの普及によって、法律専門家だけが法を語ることは自明な前提ではなくなってきた。それにも関わらず、法情報メディアの機能分化が進んでないため、法専門家も一般の発言者も、情報編集を通して、制度への期待と具体的な制度設計という異なる次元の議論を混同する状況が依然として続いている。

法律（学）の知識は制度に関わる中立的な解説ではなく、一種の情報に過ぎない。法情報における専門家言説の相対化はこの結論を支持しているともいえる。この相対化とは、社会の公的空間において法に関わる討論がおきた場合、法務に詳しい法律専門家が法に関する情報をコントロールできないという現象である。法専門雑誌の情報発信では、法的議

論の技術化と細分化が進んでおり、法の社会的意義に関する論述が縮減しつつある。他方で、社会発信においては、政策的議論と専門的議論とが混在する傾向がある。とりわけ立法の活発化を背景に法に対して社会が求めているのは、司法過程が重視する具体的な紛争の処理や行政過程が目的とする現状の改善を超えた、社会の問題共有である。その新たな側面は、「大衆心理」や「検証」の受け手の情報類型を通じて可視化され、「世論」言説への強化に繋がると本論は考えている。

本論の結論は、法情報の作成という実践面においても一定の意義を有するものと考える。それは、法情報の伝達効果をいかに促進するか、たとえば法のわかりやすさなどの問題に関わる。本論の結論によれば、近時の法情報発信は以前の情報普及モデルの時期よりもむしろ分かりにくいものとなっていることがわかる。その原因は、映像や音声、マルチメディアなど感覚的かつ短期的なメディアへの接触が増えたことで、かえって発信者が多層的な法議論を表現するのが極めて困難になっているからである。また、法的問題の提起、条文整合性の議論、施行効果の検証などの異なる法情報リソースの内容を選別するには、以前よりも学習のコストがかかるようになっているように思われる。

法情報の理解を促進するのに、発信者側がレトリック面において工夫することはもちろん重要である。ただ、平準的な理解を意味するレトリック的な分かりやすさは専門家情報の影響力を低下させる効果がある、と認識しなければならない。例えば、法制度に「犯罪防止」「治安維持」という共通の期待がこめられたとしても、規制すべき事項は何か、それを如何に実現していくか、といった具体的な問題に関する合意の達成は現実的に不可能に近い。そうした専門領域の作業を単に日常会話に変換するのではなく、むしろどのような情報類型が法情報の中に含まれているかという情報内容の属性を明確化することが重要である。Twitter の例で見たように、法的議題を語る時、一般人のユーザは情報内容の分かりやすさよりも当該法分野の背景を有する情報源（専門家のアカウント）を探し出す行動を取ることがあることからも、それはわかる。

本研究は、方法論および素材の条件に限りがあるため、十分に検討仕切れていない問題を残している。それらを今後の課題として以下に提示して、本論を結びたい。

①法情報メディア間の相互作用ついては、まだ検討する余地がある。本研究では、社会発信を代表する朝日新聞と専門発信を代表する法律時報を中心にメディア組織間の比較、また新聞、テレビやソーシャルメディアとの報道比較を行った。だが、各新聞社間、また各法律雑誌間の法情報の比較は今回の検討では省略された。細分化された読者層を代表するメディアの相互作用の検討は今後の課題である。その上で、本研究の成果を、制度改革による社会効果の測定だけではなく、弁護士などの広報活動など法律専門職の活動に応用する可能性も追求されねばならない。

②本論文は国際的な比較研究を行っていない。本研究の実証的部分は、広い意味で日本の刑事法立法をめぐる情報環境の事例研究である。ただし、法情報発信のメカニズムは、法制度運営の一環として法制度を有するあらゆる社会で行われているはずである。将来、法情報の社会研究を発展するため、他国との比較を進める必要がある。

（完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「法と情報空間―近在日本における法情報の構築と変容」（2014年３月25日学位授与）に加筆・修正したものである。執筆にあたって、日本学術振興会「特別研究員研究課題『感情立法』の形成とその限界―公訴時効をめぐる法の存在形態をてがかりに（2012-2013年度）」（課題番号24･5204）の助成を受けた。

論　　説

# 損害賠償法における
# 損益相殺に関する総合的研究（４）

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66号６号）
第３節　アメリカ法
第１　はじめに
第２　リステイトメントの規律
第３　920条
第４　920A 条
第５　小活
第４節　オランダ法
第１　はじめに
第２　NBW 制定に至る経緯
第３　損害賠償法の準則
第４　損益相殺に関する準則
第５　損益相殺に関する準則の内容（因果関係）
第６　損益相殺に関する準則の内容（合理性）

第７　NBW による問題解決
第８　小活　（以上本号）
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節　アメリカ法

### 第１　はじめに

アメリカは判例法国である。そのため、個別の判例に法源性が認められ、アメリカ法の理解を困難にしている。しかも、連邦制を採用しているため、各州及び連邦が独自の法体系を有しており、１つの国の中に51もの法体系が存在する。したがって、本稿において、個別の州の個々の判例にまで立ち入って検討することは、事実上不可能であり、また、そのような検討は、アメリカ法を概観する上で、適当でもない。もっとも、この複雑な法体系をまとめ上げるため、アメリカ法律協会（American Law Institute）が、リステイトメント（Restatement of the Law）を発表しており、これがアメリカ法を検討する上で、非常に重要な資料となっている。

既に述べたように、本節の検討対象であるアメリカ法の collateral source rule については、樋口範雄の優れた研究[1]が存在する。この樋口論文は、30年ほど前に出されたものであるが、そこで参照されている第二次不法行為リステイトメントは、今日でも、損益相殺の分野に関しては、最新のものである。したがって、本稿が参照しうる資料は、樋口論文と大差ない。もっとも、本稿の検討対象は、損益相殺全体であるのに対して、樋口論文は、collateral source rule、即ち、重複填補の場合のみを扱っている。検討対象が異なる以上、新たに資料を引用して、アメリカ法の状況を紹介する必要がある。

そこで、本節は、リステイトメントに基づき、アメリカ法の状況を概

[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）。

観する。なお、collateral source rule の紹介自体は、既に樋口論文が行っていることであるので、簡単に行うこととする。

## 第2　リステイトメントの規律

損益相殺について、不法行為第二次リステイトメントは、次の規律をおいている。

§920. Benefit to Plaintiff Resulting from Defendant's Tort

When the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that this is equitable.

920条　利益が被告の不法行為によって原告に生じた場合

被告の不法行為が原告又はその財産に損害を生じさせ、その際、損害を被った原告の利害にとって特別の利益を生じさせたときは、発生した利益の価値は、これが公平（equitable）である限度で、損害の軽減と考えられる。

§920A. Effect of Payments Made to Injured Party

(1) A payment made by a tortfeasor or by a person acting for him to a person whom he has injured is credited against his tort liability, as are payments made by another who is, or believes he is, subject to the same tort liability.

(2) Payments made to or benefits conferred on the injured party from other sources are not credited against the tortfeasor's liability, although they cover all or a part of the harm for which the tortfeasor is liable.

920A 条　被害者になされた支払の効果

（1）不法行為者またはその者のために行動する者が、当該不法行為者が侵害した者に対して行った支払は、その不法行為者の不法行為責任から控除される。同一の不法行為責任を負う他の者、または、責任を負うと考えられる他の者が行った支払も同様である。

（2）他の原因（other source）からなされた、被害者に対する支払又は被害者に与えられた利益は、それが、当該不法行為者が責任を負う損害の全部又は一部を填補する場合であっても、不法行為者の責任から控除されない。

この920A 条2項が、いわゆる collateral source rule である。collateral source rule は、損益相殺の概念の下、被害者の受けたすべての利益を損害額から控除しようとする者にとっては、非常に違和感のある準則であろう。collateral source rule については、後で検討することとして、ここでは、規定の構造に着目する。

被害者が不法行為によって利益を受けた場合に関する基本的な準則は920条である。ここでは、「公平（equitable）である限度」において、被害者の受けた利益が斟酌されることとなっている。「公平」の内容にもよるが、この準則自体は、多くの者にとって、さほど違和感のないものであろう。日本法においても、生命侵害における死亡保険金のように、損益相殺の対象にならない利益が存在することは、異論なく承認されている。

920A 条は、不法行為第二次リステイトメントにおいて新設された規定である。同条は、被害者になされた支払（payment）について、特に規定をしている。もっとも、その第1項は、不法行為者等の支払に、不法行為責任の軽減を認めるものであり、日本法においても何ら違和感のないものと思われる。問題は、第2項であって、他の原因（other source）に基づく支払や利益を、不法行為者の責任から控除することを否定している。

このように、リステイトメントの準則全体を概観すると、全体としては、日本法との差異は、必ずしも大きくない。リステイトメントは、920条において「利益が被告の不法行為によって原告に生じた場合」全般について規律し、その中の特殊な類型として、920A 条において「被害者になされた支払」について特に規律するという構造を採用している。さらに、920A 条においても、最初に挙げられているのは、不法行為者等の支払についてである。これらの規律の内容は、日本法から見ても、大して違和感のあるものではない。確かに、920A 条2項の collateral

source rule は、日本における損益相殺概念とは逆の、利益の不考慮を指示している。しかし、リステイトメントの準則全体としては、日本法と極端に異なる方向を指示しているわけではないのである。

以下では、リステイトメントの規律に従い、その具体的な内容を検討する。

### 第３　920条

１　920条の要件は、上記の通りであるが、リステイトメントは、Comment において、４つの事項を説明している。その事項とは、①同一の利益への制限（Comment b）、②公共にとっての一般的利益の除外（Comment c）、③因果関係（Comment d）、④公平性の考慮（Comment f）である。この４つの事項について、リステイトメントの説明を見ていこう。なお、不法行為者又は共同不法行為者による被害者に対する支払、及び、第三者によって与えられた、被害者に対する支払又はその他の利益については、920A 条で規定される（Comment e）。

２　①同一の利益への制限（Comment b）

ある利益（one interest）の侵害によって生じた損害は、他の利益（another interest）について利得したことによって軽減されない。これについて、リステイトメントは、名誉毀損の例を２つ挙げている。

ＡはＢを殺人罪で、告発した。これに対して、Ｂは、名誉毀損を理由に訴訟を提起したが、そこで、Ｂは特別損害（special damage）を主張しなかった。この場合は、被告Ａは、告発の結果、Ｂの営んでいる、清涼飲料水販売事業が売り上げを伸ばしたことによって、損害が軽減されたと指摘することはできない（Illustration 4）。

ＡはＢが秘密結社の構成員であると告発した。Ｂは、名誉毀損を理由に訴訟を提起したが、そこで、特別損害（special damage）として、自身の外科医としての収入が減少したことを主張した。この場合は、Ａは、誤った告発により、Ｂが自らの講演に聴衆を呼び込むことが可能になったことを、Ｂの利益として、損害の軽減を主張することができる（Illustration 5）。

この２つの例から明らかなように、この制限は、当該訴訟において問題となっている損害の内容である利益と、問題となっている利益とが同じものでなければならないというものである。ドイツ法の対応基準や、日本における、填補性や損害と利益との同質性を要求する見解に近い考え方であるということができよう。

ここで注意すべきは、上記の２つの例の対比である。２つの例の加害行為は、ほぼ同一といってよい。Illustration 5では、原告は、収入の減少を損害として主張している。これに対して、Illustration 4では、原告はそのような主張をしていない。違いがあるのは、原告の主張の内容だけである。そして、その主張の内容が、損益相殺の可否という結論に影響している。ここには、訴訟において、具体的に主張されている損害と密接に関連する利益だけが損益相殺の対象となるという考え方が現れている。ここでいう、「損害」とは、抽象的な財産状態の差額ではなく、現に訴訟において、原告が主張している具体的な個々の損害なのである。詳しい検討は、後で行うが、日本において、填補性や同質性を要求する見解も同様の考え方に依拠している可能性がある。

３　公共にとっての一般的利益の除外（Comment c）

920条の文言に現れているように、同条では、一般的な利益は損益相殺の対象とならない。ここで問題となっているのは、ドイツと同じ、工場等の公害事例である。例を見てみよう。

Ａの工場が排出した酸性煙は、風に運ばれて、Ｂの農場に届き、そこの作物を壊滅させた。工場の建設によって、Ｂの土地の市場価値が上昇したという事実に関わらず、Ｂは、当該侵害について、損害賠償を請求することができる。この損害は、壊滅した作物の価値、煙の有無による土地の賃貸価値の差異及びＢがその土地に居住している場合は、Ｂ及びその家族に生じる個人的な苦痛又はその他の損害の総額を包含する（Illustration 7）。

ここでは、工場の建設によるＢの土地の市場価値の上昇は、損害賠償において、完全に無視されている。損害賠償によって、「回復」される

Ｂの地位は、工場の建設により土地の価値が上昇することに加え、工場から有害な煙が排出されないという仮定の地位である。このことを端的に表しているのは、煙の有無による、土地の賃貸価値の差異の賠償を認めている点である。この賠償は、工場が建設されたが、有害な煙が排出されている現実の賃貸価値と、工場が建設され、しかも有害な煙が排出されない仮定での賃貸価値との差額についての賠償である。それゆえ、一般的利益については、これを享受することを前提に、侵害からの救済が認められているということができる。

ドイツ法では、この問題を因果関係の問題として処理している。もっとも、既に見たように、結論は、ドイツ法もアメリカ法と同様である。

４　因果関係（Causation）（Comment d）

リステイトメントでも、利益と不法行為との因果関係（Causation）は必要とされている。例えば、石油を求めて、土地を掘削していたが、油井の制御に失敗し、その結果、原告の土地や家を石油まみれにした者は、油田の採掘に成功し、その結果、原告の土地の価値が上昇したことを援用して、損害の減少を主張することはできないとされる。他に、ＡがＢに暴行を加え、Ｂは乗船予定の船舶に乗ることができなかったが、当該船舶は乗員全員を乗せたまま沈没し、結果的に、Ｂは死を免れたという例を挙げている。この場合は、Ｂの暴行についての損害は、Ａの行為によって死を免れたことによって、軽減されることはないという（Illustration 8）。

特に、暴行の例から明らかなように、ここでいう因果関係（Causation）は、条件関係のようなものではなく、多分に法的評価を含んだ概念である。暴行の例では、Ａの暴行がなければＢは死亡していたわけであるから、「あれなくばこれなし」の条件関係は満たされる。それでも、因果関係を否定するのは、Ｂが死亡を免れたことをＡの暴行の結果と捉えるべきではないという法的評価が存在するためであろう。

５　公平性（equitable）の考慮（Comment f）

公平という言葉は、非常に抽象的であり、その具体的な内容を確認する必要がある。

リステイトメントは、公平性（equitable）について、次のように説明している。すなわち、本条で言及されている準則は、不法行為事例における損害の評価に内在する一般的な原則によって制限される。それによれば、被害者は、加害者の不法行為がなければ、占めていたであろう地位に可能な限り近い地位を占める権利がある。この原則は、第一に、被害者の填補を、被害者が実際に被った損害に制限するとともに、不法行為者が、［たとえば、被害者の花壇を勝手に整地し、駐車場として賃貸できるから損害はないというような］被害者の意思に反した利益の発生を抗弁とすることを許容しないことを意図する。したがって、財産を特定の目的のために使用している者は、その財産を当該目的のために使用し続ける権利があり、その使用を妨げた者は、それによって、市場価値が上昇したということを理由に損害の減少を主張することはできない。この場合は、当事者の態度の誠実さや合理性が、填補の基準を決定する要素である。すなわち、原則として被告（加害者）の不法行為により原告（被害者）の当該財産の金銭的な価値が増大しても損害を減少させはしない。それどころか、所有者が、合理的に、その財産を原状回復する場合は、そのために必要な費用を回収することができる。しかし、例外的に、原告には気まぐれや意地悪さ（spiteful）があるなどの強い悪性があり、他方、被告の行為は故意ではなく過失によるものであるときは、原告の当該財産の価値増大は損害を減少させるのである。

ここで「公平」（equitable）として、リステイトメントが述べていることは、加害者は、被害者に具体的に生じた損害について賠償する必要があり、客観的に見れば財産状態が向上した場合でも、損害賠償が認められるということである。もっとも、被害者の悪性が強く、逆に、加害者の帰責性が低い（過失しかない）場合は、除外されている。リステイトメントは、このような場合として、次の例を挙げている。

Ａは、Ｂの指示で、Ｃの土地上の、荒廃した、経済的価値のない建物を取り壊し、同じ土地上に、堅固な建物を建設した。Ａは、Ｂには建物の取り壊し等を行う権原があるものと考えていたが、建物完成後、Ａは、Ｂには、そのような権原がないことを知った。Ｃは、荒廃した建物を隣人に対する嫌がらせのためだけに維持しており、Ｂはそれに怒りを覚え

て、権原なく行動していた。この場合、Cは、Aに、実質損害（substantial damage）の賠償を請求する権利を有しない（Illustration 10）。

Cは、Aによって、自己の所有する建物を破壊されたのであるから、当該損害について、賠償請求をすることができても不思議ではない。しかし、経済的価値のない建物の取り壊しは、取り壊し費用を負担する必要がなくなったことを意味する。しかも、堅固な建物が建設されたことは、土地所有者のCにとっては、利益である。それゆえ、この例では、全体としてみれば、Cには経済的損失は生じていない。むしろ、本件不動産（土地及びそこにある建物）の価値の上昇により、Cは、利益を受けている。Cは、建物を隣人に対する嫌がらせのために残していたにすぎない。それゆえ、Cに損害があるとすれば、建物を特定の目的のために利用する利益が侵害されたことであろうが、嫌がらせ目的は、法によって保護される利益ではない。加えて、Aには、Cの権利侵害について、故意はなく、せいぜい過失があるにすぎない。そのため、AはCに対して、実質損害（substantial damage）の賠償を請求する権利を有しないとされている。

しかし、これまでの説明からも分かるように、リステイトメントにおいて、他人の財産を侵害して、損害賠償が認められない場合は、非常に限定されている。あくまで、具体的な権利侵害について、それを回復するための費用の賠償を請求することができるのが原則とされているのである。そして、この例にあるように、例外的に、損害賠償を請求することができない場合は、損害の発生が否定されるのではなく、その賠償が否定されるに過ぎないのである。

### ６　小活

920条の検討で明らかになったことは、侵害行為前後の財産状態の差額といった抽象的な損害概念ではなく、現実に即した、具体的な損害理解である。すなわち、ある利益の侵害によって生じた損害は、他の利益について利得したことによって軽減されない。そして、一般的な利益が発生しても、侵害行為が存在する以上、侵害からの救済が認められる。さらに、侵害行為によって、目的物の価値が上昇した場合でも、被害者

の悪性が強く、しかも、加害者の帰責性が低いといった例外的な場合を除き、当該目的物を元の目的に使用するために原状回復する費用を請求することさえ認められる。また、侵害行為と関連して、あるいは、侵害行為の結果、被害者が利益を受けた場合でも、利益と不法行為との因果関係がないとして、利益の考慮が否定されることがある。

このような損害理解を前提にする限り、損害算定に必要なものを別にすれば、損益相殺が認められる場合は、ほとんどないであろう。いうなれば、損益相殺は、「悪いことをしたかもしれないが、損害と利益とを考慮した上で、結果的に、損にならなかったから賠償責任はない」という論理である。ところが、920条は、特定の（適正な）目的のために財物を使用していた場合は、その使用が侵害された場合は、たとえ、侵害によってその物の市場価値が上昇した場合でも、原状回復のための費用の賠償を認めている。この場合の賠償は、客観的な交換価値という観点から見れば、被害者の財産を損なうためになされるのである。しかし、被害者の側から見れば、例外的な場合を除き、当該目的物を一定の目的のために使用することが妨げられる理由はないはずであり、使用が妨害された場合は、再度、使用することができるように原状回復のための費用を請求することは至って自然なことである。ここでは、当該目的物の市場価格の上昇は問題とならない。

もっとも、具体的な損害理解だけですべての問題を解決することはできない。公平性（equitable）の考慮において明らかになったように、例外的ではあるものの、具体的な損害理解という観点からは損害があるといえる場合であっても、被害者の悪性が強く、逆に、加害者の帰責性が低い場合には、例外的に、損益相殺が認められている。

### 第４　920A 条

１　まず、920A 条１項であるが、不法行為者等の支払について、賠償責任の減少を認めている。不法行為者等の支払は、実質的には、弁済の一種であろうから、このことには異論の生じる余地はほとんどないものと思われる。

２　問題は、920A 条２項である。ここで規定されている、collateral

source rule の内容や根拠等については、すでに述べたように、樋口範雄の優れた研究が存在する。この研究で意図されたことは、「不法行為に関する民事責任のあり方」についての「日米の比較」である[2]。そして、日本法では、損益相殺概念を採用し、また、各種の立法においても、代位の制度を設けるなど、被害者が重複して給付を受けることに否定的である。一方、collateral source rule は、重複給付を認めている。その違いの理由として、樋口は、次の３点が考えられるとしている[3]。

１点目は、日本では、被害者自身による不法行為責任の追及が充分期待できず、保険会社や企業、社会保険給付を行う国や公共団体から、代位求償させる方が、「加害者の責任追及が確実に行われ、かつ被害者の負担を肩代わりすることになる」という点である。しかし、これについては「本当に加害者の責任追及が確実に行われるのだろうかという疑問符がつく」「理論的にはむしろ責任を免れやすい」として「わが国の制度は……不法行為責任の追及を確実にするためと言うよりも、むしろ……被害者の二重填補を防止するために機能している。その反面、不法行為者の責任追及は二次的なものとなっている」と指摘している。

ここでは、日本法の傾向が問題となっているが、その傾向とは、被害者の責任追及というよりも、むしろ、加害者の責任追及の妨げとなっても、被害者の二重填補防止を優先しようとする傾向である。

２点目は、アメリカでは、日本と異なり、陪審制が採用されており、また、日本と比べて弁護士費用が高額であるということである。樋口は、アメリカにおいて、被害者に保険金を支払った保険会社が、代位によって自ら損害賠償請求権を行使するのではなく、被害者の名前で訴訟追行しようとする傾向があるとしている。そして、その理由として、歴史的な理由もあるものの、実際的な理由としては、陪審制の存在が大きいという。「なぜこのようにしてまで保険会社が表に出たがらないかといえば、そこには陪審制の存在が大きく作用しているといわれている。たとえば、うっかり誤って損害を惹起したとはいえ、通常の資力しかない加害者に大資本の保険会社が損害賠償の取立をするという構図は、実際上、

[2] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」256頁。
[3] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」256頁。

陪審の共感をよびにくいからである」[4]。

弁護士費用に関しては、周知のように、アメリカの弁護士費用は高額になる傾向があり、その一方で、被害者の弁護士費用は損害賠償請求できないとされている。そのため、単に、損害に対応する賠償が認められただけでは、高額の弁護士費用の分だけ、被害者に実質的な損害が残ることになる。そこで、「被害者は二重取りをしているのではなく、collateral benefits をえてようやく損害の十分な填補を受けていると考えられる」[5]とされている。

この２点目の理由は、アメリカの訴訟制度に起因する、極めて実質的なものである。

３点目は、「不法行為訴訟の現実の機能、あるいはその評価」に関するものである。そこで、樋口は、アメリカ法は、「被害者が加害者を訴えるという不法行為訴訟の原型をできるかぎり維持しようとする」のに対し、「日本法は、不法行為訴訟についてそもそも高い評価を与えていない」ということが考えられると指摘する。まず、「不法行為者が負担すべき損害賠償額は全額支払わせるのが法であるとすると、被害者を中心とする私人の手によってその法を実現することに日本法は熱心でない」[6]という。次に、日本の不法行為法は、不法行為の抑止的効果をその目的としておらず、その機能は、刑事罰等で行われるとする。そして、「不法行為訴訟は社会的なコストの面から見て最悪とされ、むしろ損害の社会化、損害の分散がわが国では重視される」[7]という。このようにして、樋口は、「日本においては不法行為はそう不法な行為ではないのかもしれない」として、日本の訴訟においては、喧嘩両成敗的な発想が見られることを指摘し、日本では、過失が認められやすく、したがって、責任も希薄化することが予想されるという。

要するに、日本法は、アメリカ法と比べて、加害者の責任に対する制裁という観点よりも、損害の調整という観点を重視しており、したがっ

---

[4] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」194頁。
[5] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」239頁。
[6] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」258頁。
[7] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」258頁。

て、不法行為が認められた場合でも、他の給付の考慮を広く認める傾向にあるということであろう。

３　この樋口の指摘した理由は、説得的であるように思われる。しかし、それに加えて、別の観点も指摘したい。それは、920条の検討で明らかになった、損害の具体的理解という観点である。

実は、これに関係する理由付けは、樋口も検討している。樋口は、collateral source rule を基礎づける理由として、５つの理由を挙げているが、その一番最初に、「加害者には関係ない副次的給付（collateral benefits）だという理由」を指摘している[8]。しかし、この理由について、樋口は、「これは要するに、被害者が副次的給付源（collateral source）から受け取る給付は加害者にとって副次的（collateral）だということで、全くのトートロジーである」[9]として、無内容であると考えている。

しかし、「加害者には関係ない」というのは、本当に無内容なのであろうか。920A 条は、支払（payment）の主体によって、異なる効果を定めている。そのため、規定を素直に理解する限り、加害者（または加害者と一定の関係にある者）に関することなのか、あるいは、加害者と関係のないことなのかは、決定的な意味を持つはずである。

そもそも、加害者と無関係の者が支払をしたとして、それによって、損害が回復されたことになるのであろうか。純粋に経済的な観点から見れば、誰が支払おうと一定の支払がなされれば損害は回復されうるであろう。しかし、920条で検討した、侵害行為によって、物の市場価値が上昇した場合も、純経済的な観点から見れば、損害が生じていないのである。この場合は、被害者が特定の目的のために目的物を利用するために、原状回復する費用が損害と考えられていた。そして、この場合も、加害者は原状回復に必要な費用を賠償する義務を負うのみであり、目的物の市場価値の上昇は、加害者には関係のないことなのである。

第４章で詳しく検討するが、具体的な損害理解を前提にすれば、加害者（または加害者と一定の関係にある者）が賠償をしない限り、損害は

[8] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」230頁。
[9] 樋口・前掲注（１）「Collateral Source Rule と日米不法行為法」230頁。

回復されないということは充分理由があるように思われる。損害があっても、別のところから支払を受けたのだから、もはや賠償されるべき損害は残っていないという論理は、被害者の全財産状態の変化を損害とする抽象的な損害理解を前提としている。例えば、自己の所有する家屋を放火によって失った場合の損害を、家屋の滅失と考えることにする。この場合は、家屋の滅失という損害について、被害者は、賠償を請求することができるのが自然であろう。仮に、被害者が火災保険から、保険金を受領していたとしても、この考え方に依拠する限り、それによって損害が変化することはない。一方、損害を抽象化し、家屋の滅失を含む、被害者の財産状況に生じた負の変化と考えれば、保険金等も被害者の財産状況に変化を生じさせるものである以上、損害において考慮することが自然であろう。この考え方に依拠する場合は、損益相殺として、損害から利益を控除することが原則となる。

このように、日本法とアメリカ法の発想の差異として、損害理解の方法が異なることがあるように思われる。アメリカ法の具体的な損害理解は、当該損害以外の財産状況の変化を損害において考慮することを否定する傾向にあるのではないか。逆に、日本法において、損益相殺に関する限り、しばしば見られる、抽象的な損害理解は、損害の具体的内容を曖昧にすることで、給付その他の利益を広く考慮する傾向を生じさせているように思われる。そして、具体的な損害理解を前提とすれば、加害者等以外の者の行った支払は、まさに「加害者には関係ない副次的給付（collateral benefits）」にすぎないことになる[10]。

## 第５　小活

簡単な検討であったが、アメリカ法の検討から得られたことは大きい。当然のことであるが、損害理解の方法によって、損益相殺される利益は変化しうる。そして、抽象的に損害を理解すれば、それだけ損益相殺の

[10] このような具体的な損害理解を前提とする限り、加害者の支払によっても損害は軽減されず、単に弁済として、損害賠償請求権を減少させるに過ぎない。もっとも、損害が減少したものとして取り扱っても、損害は減少せず、賠償義務のみが減少するものと取り扱っても、結論には大差ないであろう。

対象となる利益は拡大しうるのである。ここで、ドイツ法においても、損益相殺に関しては、具体的に損害を理解する見解が通説であることを想起する必要がある。ここでは、日本法は抽象的な損害理解をしていることを前提に検討したが、本当に、そのような損害理解が適切であるのか、再度検討する必要がある。

アメリカ法の検討においては、かなり明確に、具体的な損害理解を読み取ることができた。この損害理解は、前述の通り、ドイツ法においても、損益相殺については、通説的な地位を占めている。もっとも、ドイツ法においても指摘したことではあるが、具体的損害理解だけで、損益相殺に関するすべての問題を解決することはできない。アメリカ法においては、公平性の例として、嫌がらせ目的で、経済的価値のない建物を所有していた者が、過失で建物を取り壊し、土地上に堅固建物を建築した者に対して、損害賠償を請求することが否定されている。ドイツ法においては、他人のために事務処理を行う場合について、具体的な損害理解に還元することができない損益相殺が存在した。アメリカ法の例は、ドイツ法のそれとは異なるが、具体的損害理解に還元することができない損益相殺の事例が存在するという点で、やはり注目に値する。加えて、920A 条 1 項が、加害者及びこれと一定の関係にある者の給付については、損害賠償から控除する旨を規定していることにも注目すべきであろう。これは当然のことのようにも思われるが、ドイツ法において指摘したように、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。

また、損益相殺も、訴訟制度や損害賠償に対する態度によって影響を受けうることも明らかになった。アメリカと比べれば、日本は、損害賠償に積極的であるとは言えないであろう。そうすると、純粋に理論的な見地とは別に、法的な評価の問題として、そのような態度が、損益相殺に影響を及ぼすこともあり得るであろう。

## 第４節　オランダ法

### 第１　はじめに

オランダは、新しい民法典を持つ国であり、現行民法典（以下、「NBW」

という。）は、1971年から1992年にかけて施行されたものである[11]。オランダは、その言語だけではなく、法律学においても近隣の国家の強い影響を受けている。オランダでは、日本と同様、ドイツ法の影響により、損益相殺概念が承認されている。その意味では、オランダ法は、collateral source rule を採るアメリカ法と異なり、日本法に近い立場を採っているということができる。しかも、NBW は損益相殺に関する一般的な条項を設けている。我が国の債権法改正の議論もそうであるが、立法に至る過程においては様々な議論がなされるのであり、オランダにおいて、損益相殺に関する議論の結論がどうなったかを確認することは、一般的な基準について検討する上で有益であろう。とりわけ、NBW は、国際取引における機能、社会公共の利益の考慮及び比較法の見地から、「きわめて重要な意義を有している」[12]と指摘されている。このため、NBW について検討することは、日本法を検討する上でも重要であるものと考えられる。

もっとも、NBW が損益相殺に関する規定を置いているということは、オランダにおいて、損益相殺に関する意見の一致が見られるということを意味するものではない。それどころか、オランダの研究者は「民法上、損益相殺ほど合意が存在しない問題はほとんど無い。承認された論理は存在しない」[13]としている。

このように、オランダの研究者は、損益相殺について、非常に悲観的な結論に達している。しかし、そこに至る前に、まず、オランダ法の歴史を確認するところから始めたい。現在の議論は、歴史的な議論の積み

---

[11] NBW は、なおも、編纂中であり、現在施行されているものは、その一部にすぎない。

[12] 潮見佳男「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）－改正オランダ民法典・ドイツ債務法改正委員会草案・ヨーロッパ契約法原則－」阪大法学47巻２号211頁（1997年）。

[13] Gregor Thüsing, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 257より。同書によると、Mok, in: Schadevergoeding in een som, S. 17: "Er zijin weinig onderwerpen in het burgerlijk recht waarover zo weinig overeenstemming bestaat als de voordeelstoerekening. Wwn gevestigde theorie bestaat er niet".

重ねの末に形成されたものであるからである[14]。

## 第2　NBW 制定に至る経緯

中世から18世紀の終わりまで、オランダに適用される法は、ゲルマン起源の慣習法、諸州等の条例、そして、普通法としてのローマ法であった。しかし、国家としてのオランダと同様、オランダ法も、フランス革命の大きな影響を受けた。

フランスで、フランス民法典（以下、「CC」[15]という。）が成立し、当時のホラント王国[16]でも、1809年に、民法典が制定された。「この最初の法典はフランスのナポレオン法典の引き写しではなかったが、それから強い影響を受けて作られた」[17]ものである。もっとも、ホラント王国が滅亡し、フランス帝国の一部となったため、オランダにおいても CC が直接適用されることになった。ナポレオン戦争で、ナポレオンが敗北し、その結果、オランダはフランスの支配から解放されたが、CC は、1838年に新しい民法典が施行されるまで、有効であった。この新民法典も、「ナポレオン法典に大きく依拠したものであった」[18]。

ナポレオン戦争後の、19世紀後半のオランダ法はフランス法の強い影響下にあった。当時の、民法についてのオランダの「文献ではフランスの法学者に大きな注意が払われているのに対して、その他の国々の動きについての記述は実質的に無いに等しい」[19]状況であった。裁判所もオランダ法の条文をフランス法の条文に照らして解釈することが多かったという。その一方で、立法府の活動の停滞や条文の厳格な解釈がなされ

---

[14] 以下の説明は、主に、アーサー・S・ハートカンプ・曽野裕夫訳「オランダ私法の発展－ヨーロッパ的視座に立って－」民商法雑誌109巻4・5号623頁（1994年）によった。

[15] 本稿では、時期を問わず、フランス民法典を「CC」と記す。

[16] バタヴィア共和国に代わり、1806年に成立したフランスの衛星国家。初代国王であるルイ・ボナパルトは、フランス皇帝ナポレオン1世の弟。1810年に、フランスに侵攻され、滅亡する。

[17] ハートカンプ・前掲注（14）「オランダ私法の発展」624頁。

[18] ハートカンプ・前掲注（14）「オランダ私法の発展」625頁。

[19] ハートカンプ・前掲注（14）「オランダ私法の発展」625頁。

た。「フランスの裁判所が社会の変化に適応すべき厳格な歴史的解釈から離れている場合にも、オランダの裁判所はオランダにおける法典施行時におけるそれらの条文の意味に固執することさえあった」[20]という。

19世紀の終わりから、20世紀の最初にかけて、ドイツとスイスにおける法典編纂の結果、ドイツ法がオランダ法に影響を及ぼすようになった。さらに、オランダの学説と判例が、フランスやドイツの議論の影響を受けて、民法典の自由な解釈に寛容になった。また、この時代になって、立法者が法改正の必要性に目覚め、未成年者法、不動産賃貸借法、農地賃貸借法、割賦法などの規制が加えられた。しかし、立法府は、法典の総論部分（物権法及び債務法）の改正を行おうとしなかった。これに対して、学界では、「私法の完全な法典再編纂」について活発な議論がなされた。

1947年、ライデン大学の E.M.Meijers 教授に、新民法の起草が委託された。そして、長期間にわたる作業の末に、ついに、1992年に NBW の核心部分が施行された。

その施行までに長期間を用している NBW であったが、「判例は、1838年民法の解釈に当たって、施行前の改正民法のルールを取り込む努力を重ねており、改正民法は実質上」その施行前から「機能している」とされている[21]。詳細は、以下で述べるが、NBW の特徴として指摘されるのは、裁判所の裁量を大幅に認めたことである。この特徴は、損益相殺に関する規定にも現れている。

### 第３　損害賠償法の準則

NBW の損益相殺に関する規定を検討する前に、一般的な損害賠償法の準則を確認する。損益相殺は、損害賠償法を前提にした概念であり、これを無視して損益相殺だけを取り上げることは不可能だからである。

NBW は、ドイツ法と同様、統一的な損害賠償法の規定を置いており、この規定は、契約違反に基づく損害賠償、不法行為に基づく損害賠償及

[20] ハートカンプ・前掲注（14）「オランダ私法の発展」625頁。

[21] 森島昭夫「企画の趣旨」民商法雑誌109巻４・５号621頁（1994年）。

びその他の損害賠償について適用される[22]。損害賠償法においては、完全賠償が原則であり、懲罰的損害賠償や名目的損害賠償は認められていない[23]。もっとも、加害者の主観を考慮することは、常にではないが、明確に行われているようである。非財産的な損害は、身体侵害や人格権侵害の場合を除き、故意による損害惹起の場合に限り賠償される（NBW6:106条１項ａ）。加害者が賠償すべき損害の範囲は、合理性（Redlichkeit）によって決定されるが、悪意で損害が惹起された場合には、賠償範囲の枠組みが拡大されるようである[24]。

損害賠償の範囲に関する、具体的な規定としては、NBW6:98条がある。この規定は、「賠償のために考慮されるのは、債務者の責任を生じさせるもととなった出来事との関係で、責任および損害の種類を考慮した場合にこの出来事の結果として当該損害が債務者に帰責されうるという関係にある損害のみである」[25]というものである。損害賠償の範囲について、オランダの判例は、かつては、予見可能性を判断基準とする相当因果関係理論を採用していた。しかし、1960年代に、予見可能性基準に反対する学説が台頭し、「被告が責任を負うべき出来事が当該損害の原因として寄与したと見るのが合理的であるかどうか」[26]が重要であると主張した。この見解は、オランダの最高裁判所によって採用され、NBW6:98条もこの流れを受けたものであるとされる。もっとも、未だに予見可能性は因果関係を判断する際の重要な要素の一つであると考えられているようである[27]。しかし、交通事故などの事故による人身損害の分野における損害賠償の分野においては予見可能性はほとんど機能し

---

[22] アーサー・S・ハートカンプ・曽野裕夫訳「オランダ新民法典における裁判官の裁量」民商法雑誌109巻４・５号649頁（1994年）。

[23] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.260.

[24] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.260.

[25] 潮見・前掲注（12）「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）」216頁。

[26] 潮見・前掲注（12）「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）」217頁。

[27] 潮見・前掲注（12）「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）」217頁。

ていない[28]との指摘がなされている。少なくともオランダ法は、判例、学説及び条文のいずれにおいても、予見可能性に基づく相当因果関係は、損害賠償の範囲を決定するための万能の基準とはなり得ないことを承認しているものということができよう。そして、相当因果関係に代わり、オランダ法において、因果関係の判断の基準として採用されたのは、「合理」性である。この合理性は、予見可能性の影響を受けることもあるようであるが、少なくとも予見可能性そのものではなく、それゆえ、様々な事情が考慮されうる[29]。例えば、前述のように、故意に加害行為を行った場合は、過失の場合と比べて、帰責の範囲が拡大するとされる[30]。

このように、NBW は、損害賠償の範囲の決定のために、非常に柔軟な枠組みを提供している。そして、このことは、損益相殺についても同様に妥当する。

### 第４　損益相殺に関する準則

損害賠償の範囲に関する規定と共に、NBW は、次のように、損益相殺に関する準則を定めている。

NBW

Art. 6:100 Heeft enn zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, da moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.

（仮訳）

6:100条　同一事象が被害者に損害の他に、利益も生じさせた場合は、これが合理的である限度で、この利益は、賠償されるべき損害

[28] ハートカンプ・前掲注(22)「オランダ新民法典における裁判官の裁量」650頁。

[29] 既に、問題となっている事件の分野によって、予見可能性の考慮の程度に差があるとの指摘を紹介したが、このような分野も損害賠償範囲の決定において考慮されているということができる。

[30] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.260.

を評価する際に考慮されなければならない[31]。

このNBWの規定は、非常に抽象的であり、具体的な事件において、ここから、直ちに、何らかの解決を導き出すことは困難であろう[32]。ここで、規定されているのは、因果関係と合理性が、損益相殺を決定することだけである。後述するように、このうち、重要なのは、合理性である。合理性の内容は、非常に曖昧であり、裁判官によって具体化されなければならない。もちろん、これは、立法者が意図的に、個別の事件について妥当な判断を行うために、裁判官の裁量を残したものである。判例は、損益相殺の問題を適切に解決するための事例群を定式化すべきで

[31] 訳に当たっては、Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.262. を参考にした。

[32] 日本において、現在進行中の債権法改正においても、損益相殺の規定を置くことが提案された（民法（債権関係）の改正に関する中間試案　第10　債務不履行による損害賠償　８　損益相殺「債務者が債務の不履行による損害賠償の責任を負うべき場合において、債権者がその不履行と同一の原因により利益を得たときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めるものとする。」）。日本においても損益相殺の規定を置くのであれば、オランダ法のように抽象的な規定のみを設け、その具体化を裁判実務に委ねるしかなかったように思われる。しかし、中間試案の作成者は、損益相殺される利益を限定することの困難さを認識していなかったのか（同試案の補足説明では、「債権者が債務不履行と同一の原因により利益を得た場合に、債権者が利益を得たことを最終的な賠償額算定に至るまでのプロセスにおいて、賠償額の減額要因として考慮すべきことについては、異論なく承認されている」とされている。）、NBW6:100条のような制限（「合理的である限度」）を設けなかった。そのため、パブリック・コメントの手続に寄せられた意見の中には、損益相殺の対象が拡大することを懸念する意見が見られた。この懸念は、直接には、中間試案が損益相殺の対象となる利益について合理的な制限を加えなかったことによるものであると考えられる。もっとも、実際に制限を加えるとすれば、NBW6:100条のように抽象的なものにならざるをえないであろうから、単に文言を加えるだけでは足りず、その具体的な内容に関する充分な議論の蓄積が必要となろう。結局、債権法改正の議論においては、損益相殺の「論点については取り上げないこととし、引き続き、解釈・運用に委ねることと」された（法制審議会民法（債権関係）部会第78回会議（2013年10月８日開催）部会資料68A「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（３）」）。

あるとされている[33]。前述のように、ドイツの BGB の起草者は、損益相殺について一般的な基準を定めることを回避した。これに対して、オランダの立法者は、あえて非常に抽象的な規定を置くことで、その具体化を判例に委ねるという選択をしたのである。

この規定は、Meijers の草案によるものであるが、その元となったのは、オランダの最高裁判所の判例である。最高裁判所は、1973年11月９日に、損益相殺に関する２つの判例を出した。それのうちの１つは、芸術作品に対する侵害に対して、国が損害賠償を請求したというものである。もう１つは、沈没した船舶を航路上から除去したことについて、これも国が損害賠償を請求したというものである。これらの訴訟において、原状回復措置に伴う付加価値税を賠償額から控除する必要があるかが問題となった。これに対して、最高裁判所は、「そのような帰責又は控除を肯定するための、合理性の基盤が欠如している」として、控除を否定する判断を下した[34]。

この判決に従い、判例法が形成された。NBW6:100条は、判例の準則を成文化するために作られたのであり、立法資料は、明確に、従前の判例が維持されることを示しているようである[35]。

### 第５　損益相殺に関する準則の内容（因果関係）

NBW6:100条は、利益と侵害事象との因果関係を要求している。この因果関係は、特に厳格なものではなく、相当因果関係等が必要であるとは理解されていない。判例において、条件関係（conditio sine qua non）が認められるにも関わらず、因果関係を否定した例はないようである[36]。

もっとも、因果関係に関する判断も単純ではない。ここでは、因果関係の判断について、疑問が呈されている判例を２つ取り上げる。

１つ目は、スヘルトーヘンボス裁判所の1965年の判決[37]であり、ティ

[33] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.263.
[34] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.263.
[35] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.264.
[36] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.264.
[37] Hof 's-Hertogenbosch v.14.12.1965, NJ 1967, Nr.92.

ルブルフ市（Stadt Tilburg）が、家を取り壊した際に、隣家を損傷させたため、これに対する損害賠償が請求された事案に関するものである。この事案では、市が、家を取り壊したことにより、原告の家の両側の家がなくなったため、原告の家は角地に立つことになり、その価値が上昇した。そこで、この利益を損益相殺すべきかが問題となった。裁判所は、損益相殺を否定した。その理由は、家の取り壊しが不法行為なのではなく、取り壊しによって生じた損害の支払を拒絶したことが不法行為である。そして、原告の家の価値の上昇は、取り壊しの結果であって、支払拒絶の結果ではない。適法行為によって生じた利益を違法行為による損害と相殺することはできないというものであったようである[38]。

この判決の論理は、一般論としては理解できなくはないが、損害の支払を拒絶することこそが不法行為であるという点は、にわかには首肯しがたい[39]。原告の家屋を損傷させたことが不法行為であると考えるのが自然ではなかろうか。そして、原告の家屋を損傷させることを侵害行為と捉えれば、原告の隣家の取り壊しによる、価値の上昇とは因果関係がないといえよう。原告の家屋を損傷することなく、隣家のみを取り壊せば、原告の家屋の価値が上昇したであろうから、あれなくばこれなしとはいえないからである。もっとも、現実には、原告の隣家の取り壊しによって、原告の家屋も損傷しているのであり、この単一の行為を適法な部分と違法な部分とに分けて理解することが適切かという疑問は残る。仮に、分離することが不可能又は不適切であるとすれば、因果関係論ではなく、損害論等で処理されるべき問題であろう。

２つ目は、同じくスヘルトーヘンボス裁判所の1980年の判決[40]である。これは、自治体が、違法に建築確認を拒絶し、その結果、最終的に、原告は不動産を売却することになったという事案に関するものである。原告からの損害賠償請求に対して、自治体は、原告は家を売却したことによって利益を得ているとして、その利益について損害賠償が減額される

[38] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.265.

[39] 隣家を取り壊すためには、原告の家屋が損傷することもやむを得ないという事情でもあったのであろうか。

[40] Hof 's-Hertogenbosch v.14.5.1980, NJ 1981, Nr.652.

べきであると主張した。これに対して、裁判所は、「この場合は、完全に偶然に、利益が存在するのであって、利益は、原告について問題となっている損害を惹起した事象とは関係がない」として、損益相殺を否定したようである[41]。

この場合も、因果関係がないと言い切れるかは疑問が残る。原告が家屋を通常の市場価格によって売却したのであれば、原告にはそもそも利益が生じていない。原告が、建築確認の拒絶により、偶然とは言え、市場価格よりも高い価格で家屋を売却したのであれば、あれなくばこれなしとは言えないから、条件関係は認められるはずである。偶然発生した利益について、因果関係を否定するのであれば、条件関係ではなく、相当因果関係等を要求することが必要となろう。

このように、因果関係の判断の中には疑問があるものも存在する。もっとも、結局は、説明の問題であろう。次で取り上げる合理性という要件が、非常に柔軟に機能するものと理解されているからである。

## 第６　損益相殺に関する準則の内容（合理性）

### １　相当性（Adäquanz）

前述のように、オランダ法においても、かつては、損害賠償の範囲について、予見可能性を判断基準とする相当因果関係理論が採用されていた。しかし、予見可能性基準に反対する学説が台頭し、合理性が判断基準となった。そして、これに対応して、損益相殺の判断基準も、相当性に代わって、合理性がその地位を占めるに至った[42]。損益相殺の判断基準は、損害賠償の基準と同じでなければならないと考えられていたためである。既に1904年に、Van Woudenberg Hamstra は、次のように説明している。

---

[41] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.266.

[42] もっとも、オランダ法においては、それ以前より、ドグマ的な制約は緩やかであり、裁判官は、適当と思われる結論に到達するために、大きな裁量が認められていたようである。相当性は弾力的な公式であるとされ、個別の事例において公平を達成するための、唯一の手段ではあるが、意味のある限定を提供することはできないとされる。Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.267.

「前提とされるべきは、当然、利益が惹起されたかどうかという問題に回答するに当たって、損失が発生したかどうかという問題の場合と同じ原因概念を出発点としなければならないということである；両者は、一定の事象の結果である場合に限り考慮される；両者が実際の結果であるかどうかは、それゆえ、同じ原則によって確認されなければならない」[43]

もちろん、ここで、Van Woudenberg Hamstra が、説いた「同じ原則」とは、相当性のことである。そして、相当性を基準とすることは、オランダにおいても受け入れられなかったようである[44]。

しかし、1965年の Bloembergen の論文も、Van Woudenberg Hamstra 同様、損害と利益の帰責について、同じ基準で処理すべきであるとしたようである[45]。もっとも、ここで求められた基準は、相当性ではなく、合理性である。

判例は、当初から、損益相殺の問題については、明確に、相当因果関係論を採用することはなかったようである[46]。そして、前述のように、判例は、1973年の２つの判決において、合理性基準を採用するに至った。

## ２　合理性の内容

---

[43] Van Woudenberg Hamstra, Voordeelstoerekening, S. 59. 但し、原典が入手できなかったので、Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.268. のドイツ語訳による。なお、同書によると原文は以下の通り。"Voorop gestelt wordet natuurlijk, dat men bij de beantwoording der vraag of er voordeelen verootzakt zijin, van hetzelfde oorzaakbegrip moet uitgaan als bij de vraag of nadeelen zijn teweeggebracht; beide komen slechts in aanmerking voor zover ze gevolg zijn van een bepaalde gebeurtenis; of ze werkelijk gevolg zijn, moet derhalve volgens dezelfde beginselen vastgesteld worden."

[44] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.269.

[45] Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Nr.222. Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.269.

[46] ただし、学説は、しばしば、判例を相当因果関係論に立つものと理解していたようである。Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.269.

問題は、合理性の内容である。これについては、以下のような検討がなされているようである。

まず、利益と損害との内的関係や、両者の同質性によって説明しようとする研究がある。これは、ドイツの具体的損害理解に類似する見解であろう。たとえば、財産上の損失を精神的な利益によって填補することができないという解釈が見られた。この解釈は、ドイツ法では一般的に支持されている。しかし、オランダの判例は、これに、あまり好意的ではないようである。たとえば、「発生した事象について、複数の損害が問題となる場合は、いかなるものの価値についても、個別の損害が所与の事情の下で、この利益を減少させるものと考慮することが、どの程度、合理的であるかは、裁判官の判断に委ねられる」[47]というのである。それゆえ、結局は、合理性の有無によって決定されることになる。

これに対して、Bloembergen が「鏡像思想」(spiegelbeeld gedacht) を有力に提唱した[48]。Bloembergen は、利益を鏡で映したときに対応する損失と考えられるものが考慮されるべき場合は、当該利益も考慮されるべきであると説いたようである。この鏡像思想は、侵害行為と利益との間に、侵害行為と損失との間で必要とされるのと同様の関係が必要であるということの他、利益と損害との対応が必要であるということをも、その帰結とする。前者については、ドイツ法における相当因果関係論の議論においても見られたのと同様の発想によるものであろう。例えば、蓋然性がないとの理由によって損失を帰責すべきではない場合は、それが利益であっても控除されない。不法行為の被害者が、事故に遭うことを回避できない場合、損害賠償を義務づけることができないのと同様に、被害者が遅れて目的地に到着したことによって、自動車展示場の十万人目の来客としてスポーツ車を獲得した場合も、損益相殺の対象にはならないとされる[49]。一方で、この対応関係は、利益と損失との関係にも適

[47] HR v.17.12.1976, NJ 1977, Nr.351. ただし、Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.272を参照した。

[48] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.272.

[49] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.273.

用されるようである[50]。租税上の損失が賠償される場合には、租税上の損失に対応する利益も損害賠償から控除されうる。精神的利益についても同様である。

この Bloembergen の考え方を継承したのが、Boldt である。Boldt は、鏡像思想の正当性を守ることに全力を尽くした[51]。現在のオランダの学説においては、広く、Boldt の見解が受け入れられているようである。Boldt は、損益相殺の判断基準を以下の６つの準則で表した[52]。

１　利益は、当該利益と損害事象によって発生した損失との間に、損害賠償において要求される、充分な関係が存在する場合にのみ控除されなければならない。

２　控除のために要求される関係は、利益が一定の損失の鏡像を表す場合、又は、利益によって損失が相殺される場合に、存在する。

３　鏡像思想により、抽象的な損害算定の事例では、抽象的な利益だけが控除において考慮されることが推論される。それに反して、具体的な損害算定の場合は、原則として、全利益が考慮されうることが推論される。

４　第三者の援助を受けることなく発生する利益について、必要な関係が存在する場合は、この利益は、損失について支払われるべき損害賠償の額の算定において、考慮されなければならない。

５　これに対して、当該利益が第三者の行為によって、被害者に生じた場合は、まず、利益の控除は、一定の関係が存在しなければならないという条件の下で正当化されるかどうかが吟味されなければならない。これとともに、控除についての結論から目を離してはならない。控除を行うことが、被害者及び第三者の利益を考慮して、控除による、賠償義務者の不当な優遇という結果を生じさせることにつながる場合は、控除が行われてはならない。

６　賠償義務者の不当な優遇は、第三者が賠償義務者に対する求償権

[50] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.272.
[51] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.273.
[52] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.278f.

を有しない場合にのみ問題となり、２つの場合がある：

ａ）利益が損害事象の結果だけではなく、被害者又は第三者の任意かつ個人的な法律行為によって発生し、その際、被害者又は第三者が、それについて、受け取った給付に関し、支払をしている場合；

ｂ）受け取った給付が非常に人的な範囲に存在する場合

この準則の１から４までは、鏡像思想の現れである。いかに、オランダの学説が、鏡像思想に依拠して損益相殺理論を構築しているかが理解できる。もっとも、今日の損益相殺の問題の中心は、私保険や社会保険を初めとする、第三者給付である。第三者給付については、準則の５と６で規定されている。しかし、ここでは、利益の控除が、賠償義務者の不当な優遇という「結果」に結びつくかが問題とされており、鏡像思想との関係は薄れてきている。

このように、学説は、鏡像思想を用いて、合理性の内容を定式化しようとしている。しかし、そもそも、損益相殺については、損害賠償において要求されるのと同じ合理性が要求されているのではあるが、これについては、そのまま放置されている（準則の１）。前述の通り、合理性は非常に柔軟な要件であると考えられている。因果関係のように、all or nothing の判断ではなく、一部について判断することも可能である。また、以下のように、加害者の主観を考慮することも認められている。

３　加害者の主観の考慮

オランダ法においては、加害者の過失は、損益相殺において考慮されるべきことが承認されているようである。加害者の過失が軽ければ軽くなるほど、それだけいっそう、利益は控除されるべきであるという。特に、NBW6:107条の立法資料は、このことを明確にしている。加害者が違法な行為を故意または過失によって行ったことにより、身体侵害を生じさせた場合は、加害者の主観的悪性故に、損害賠償請求権から保険給付を控除することが否定されるというのである。加害者に非難可能性がある場合、つまり、加害者に故意または過失がある場合は、常に、加害者が無過失責任を負う場合と比べて、利益を控除することが合理的であ

るとされるという[53]。

４　NBW6：109条

前述の通り、NBW の特徴の１つは、裁判官に広い裁量を認めたことである。このことは、NBW6：109条１項に明確に現れている。

NBW

Art. 6:109

1　Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.

6：109条

１　損害全部の賠償を認めることが、当該事情、とりわけ、責任の種類、両当事者間に存在している法律関係および両当事者の給付能力に照らすと明らかに受け入れることのできない帰結をもたらすであろう場合には、裁判官は、法定の損害賠償義務を縮減することができる[54]。

この6：109条１項により、裁判官は、損益相殺の要件を具備しない場合であっても、「損害全部の賠償を認めることが」「明らかに受け入れることのできない帰結をもたらすであろう場合」には、損害賠償義務を縮減することができる。さらに、侵害事象によって惹起された利益を控除することによっても、同条の損害賠償義務の縮減は生じるとの解釈も見られるようである[55]。

---

[53] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.274.

[54] 潮見・前掲注（12）「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）」220頁による。

[55] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.276.

6:100条と6:109条との適用関係が問題になるようにも思われるが、どちらも、裁判官の広範囲な裁量の下で、損害賠償請求権を縮減させるのであるから、いずれが適用されても異なる結論となるものではなかろう。そうであれば、裁判官にとっては、6:100条の解釈を厳密にする必要がないことになる。

5　これまで見てきたように、合理性は、非常に柔軟な枠組みであり、客観的な事情の他に、加害者の主観までも考慮されることとされている。そして、損益相殺においても合理性を要件とすることの根拠となった鏡像思想に基づく解釈も、合理性の内容を充分具体化できているとは言い難い。NBW は、6:109条などで、裁判官の広範な裁量を認めており、6:100条の合理性に関しても、その内容を具体化することは困難であるように思われる。

## 第7　NBW による問題解決

1　NBW は、損益相殺に関して、6:100条の一般的な規定の他に、若干の場合について、具体的な規定を置いている。同様の規律は、BGB843条4項などでも見られるところである。

2　まず、検討するのは、賃金の継続支給に関する、NBW6:107a 条である。

NBW

Art. 6:107a

1　Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, houdt de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding waarop de gekwetste aanspraak kan maken rekening met de aanspraak op loon die de gekwetste heeft krachtens artikel 629, lid 1, van Boek 7 of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomst.

6:107a 条

1　ある人が、他の者が責任を負うべき事象の結果として、身体的

又は精神的な損害を被った場合は、裁判官は、被害者が請求権を有する損害賠償を算定する際に、被害者が7:629条１項に基づき、又は労働契約若しくは賃金協約によって有する賃金継続支給請求権を考慮しなければならない[56]。

ここで、規定されている NBW7:629条１項は、法定の賃金継続支給に関する規定であって、ドイツ法の EFZG に相当するものである。NBW6:107a 条１項は、法定のものであると、契約上の義務によるものであるとを問わず、労働者の有する賃金継続支給請求権を考慮することを命じている。加えて、同条２項において、使用者が、加害者に賠償請求権を有することを規定しているようである[57]。

これによって、使用者が賃金を継続支給する部分については、労働者に損害が発生することが否定され、労働給付を受けることなく、賃金の継続支給をすることを強いられた使用者に損害が認められることになる。結論としては、ドイツ法の EFZG6条や、（ドイツの判例によれば認められうる）BGB267条による代位と類似したものとなる。もっとも、労働者には初めから（賃金継続支給請求権の認められる限度では）損害賠償請求権が発生しないので、損害賠償請求権の移転に伴う問題（例えば、BGB267条の要求する対抗要件の具備）は生じない。

３　次に検討するのは、売買契約の解除の場合の、損害賠償に関する規定である[58]。

ここでは、契約目的物に時価がある場合には、「契約中で定められた代金と不履行の日における時価との間の差額」が損害であるとされる（NBW7:36条１項。同条２項によれば、時価とは、「売買がなされた市場の時価であり、あるいは、そのような時価が存在せずまたは時価を用いることが困難でありうる場合には、合理的に見てこの市場に代わりう

[56] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.294. を参考にした。

[57] Thüsing, a.a.O. (Fn. 13), S.294.

[58] 潮見・前掲注（12）「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）」218頁。

る市場での対価である」とされる。）。それゆえ、有利な転売による利益は、損害賠償額の算定に影響しない。これは、ドイツ法と同じ結論である。

その一方で、例外的に、填補取引の場合は、「填補売買を行なった者（売主の不履行の場合に填補購入をした買主、買主の不履行の場合に填補売却をした売主）が相当な方法で当該填補売買を行なったのであれば、『彼には合意された代金と填補売買の代金との間の差額が与えられる』」[59]のである（NBW7:37条）。この結果、填補取引による利益は、損益相殺の対象となることとなる。これも、ドイツ法と同じ結論である。

これらの規定は、損益相殺について、明確に規定しているわけではない。しかし、当該場合における損害を指示することによって、同時に、損益相殺についても判断しているのである。しかも、その判断は、ドイツ法における、損益相殺に関する議論と同じ結論を採用している。これは、問題となっている場合における損害を明確に把握することによって、損益相殺の問題を解決することができる場合があることを示す、一つの例であるといえるのではなかろうか。

### 第８　小活

オランダ法は、ドイツ法の影響を受けながらも、理論的には、ドイツ法と異なる立場に立っていると言える。

既に見たように、ドイツ法は、かつては、鏡像思想に基づいて、損害賠償と同じ基準を損益相殺においても採用したが、現在では、ほとんど行われていない。一方、オランダ法は、今日においても、鏡像思想を維持し、損害賠償法の準則に対応して、損益相殺においても、合理性を主な判断基準としている。この判断基準は、非常に柔軟であり、裁判官の広い裁量を認めるものである。

もっとも、具体的な内容に関しては、オランダ法とドイツ法の間に、それほど大きな違いはない。オランダの学説は、鏡像思想に基づいて、合理性の内容を具体化しようとしているが、そこでは、ドイツ法の具体的損害理解に類似した、利益と損害との対応が要求されている。一方、

---

[59] 潮見・前掲注（12）「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開（一）」218頁。

第三者給付に関しては、結果の妥当性に重点を置いた定式が用いられている。

もっとも、NBW は、損益相殺の判断を合理性に委ねる一方で、一部では、損害の内容について規律することで、損益相殺についても問題を解決している。これは、損益相殺の問題の、少なくとも一部が、損害の把握によって解決しうる問題であることを示している。

冒頭で、オランダ法の研究者は、「民法上、損益相殺ほど合意が存在しない問題はほとんど無い。承認された論理は存在しない」としていると述べた。損益相殺に関する論理の明確化を妨げている原因の１つが、裁判官の広い裁量にあることは明らかである。しかし、損益相殺の問題の、少なくとも一部は損害の把握の問題であることは明らかになっているように思われる。我々は既にドイツ法及びアメリカ法の検討において、ドイツの支配的見解である具体的損害理解によって、損益相殺の多くの問題を解決することができることを見てきた。しかし、その一方で、具体的損害理解だけでは解決することができない問題が存在することも見てきた。オランダの学説も具体的損害理解に類似した準則を提唱しているものの、広い支持を集めるには至っていない。これは、オランダ法においても、具体的損害理解に還元することで処理することのできない利益が存在し、それをうまく説明することができないためではなかろうか。

※　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。

論　　説

# 個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（４）

佐　藤　結　美

目　　次

第１章　はじめに
　第１節　問題の所在
　第２節　研究方法

第２章　日本法における個人情報保護の現状
　第１節　秘密漏示罪
　第２節　信書開封罪
　第３節　支払用カード電磁的記録不正作出準備罪
　第４節　不正指令電磁的記録に関する罪
　第５節　不正アクセス禁止法
　第６節　個人情報保護法
　　第１項　成立過程と概要
　　第２項　罰則の方式に関する議論
　　第１款　個人情報保護検討部会の議論
　　第２款　個人情報保護法制化専門委員会の議論
　第７節　小括　　（以上、65巻３号）

第３章　イギリス法における個人情報保護
　第１節　1998年データ保護法の概要
　　第１項　基本事項について
　　第２項　データ保護原則（Data Protection Principle）について
　　第３項　罰則について
　　第１款　データ保護原則の違反

第２款　個人データの不正取得等の罪
第２節　個人データの不法な取得等に対する直接罰規定について
第１項　1998年データ保護法55条の成立まで
第２項　55条違反の犯罪の主観的要素
第３節　情報コミッショナーによる個人情報保護のための活動
第１項　報告書「プライヴァシーの価値とは何か？（What price privacy?)」
第２項　第２報告書「続・プライヴァシーの価値とは何か？（What price privacy now?)」
第３項　制裁金について
第４節　センシティブな個人データ（sensitive personal data）に関する法的規制
第１項　センシティブな個人データに含まれるデータについて
第２項　データの取り扱いの条件
第５節　小括　（以上、65巻４号）

第４章　フランス法における個人情報保護
第１節　1978年情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する法律の概要
第１項　基本事項について
第２項　情報処理・全国自由委員会（CNIL）
第３項　刑法典における処罰規定
第２節　刑事罰について
第１項　詐欺的・不誠実・不正な手段による情報収集の罪（刑法226－18条）
第２項　市場調査等のための情報処理の罪（刑法226－18－１条）
第３項　センシティブ情報の入力・保存の罪（刑法226－19条）
第１款　刑法226－19条・1978年法８条の成立過程と憲法院判決について
第２款　226－19条の罪の成立要素について
第４項　本人への敬意・私生活を侵害する情報漏洩の罪（刑法226－22条）
第３節　CNIL による制裁について
第１項　CNIL による制裁の実態
第２項　CNIL の制裁と刑事罰
第４節　小括　（以上、66巻１号）

第５章　ドイツ法における個人情報保護
　第１節　連邦データ保護法の概要について
　　第１項　基本事項について
　　第２項　個人データの収集・処理・利用の適法化要件
　　第３項　連邦個人データ・情報自由保護監察官
　　第４項　監督官庁
　　第５項　過料と刑事罰
　第２節　データ保護法における過料と刑事罰について
　　第１項　過料
　　　第１款　客観的な成立要件
　　　第２款　主観的な成立要件
　　第２項　刑罰
　第３節　監督機関による規制の実態
　　第１項　州における監督体制
　　第２項　独立委員会による過料
　　　第１款　シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州
　　　第２款　ザールラント州
　　第３項　過料に対する監督機関の姿勢
　第４節　小括　　（以上、本号）

第６章　保護法益としての個人情報と規制方法
　第１節　個人情報の法益性
　第２節　個人情報の侵害に対する妥当な規制のあり方
　第３節　小括

第７章　おわりに

## 第５章　ドイツ法における個人情報保護

### 第１節　連邦データ保護法の概要

本章では、ドイツにおける連邦データ保護法[1](Bundesdatenschutzgesetz.

[1] ドイツ連邦データ保護法の邦訳は、平松毅『個人情報保護―理論と運用』(有信堂・2009年) 221 ～ 255頁、藤原靜雄「改正　連邦データ保護法 (2001年５月

略称はBDSG）について扱う。

具体的な検討の前に、データ保護法が成立するまでの背景について述べる[2]。イギリス・フランス等の諸外国と同様に、情報化によって個人情報が頻繁に取り扱われるようになったことが立法の背景となっている。コンピューターの情報処理によって、再び独裁者や国家が市民の権利を脅かすことのないように、個人情報保護法制を整備する必要があるとの問題意識から、1970年10月、ヘッセン州（Hessen）において世界で初めての個人情報保護法が採択された。そして、ドイツ連邦政府は1977年に連邦データ保護法を制定し、1978年に施行された。

その後の1983年12月、連邦憲法裁判所による「国勢調査判決」[3]が出され、自己の情報をどこまで公開するかということを自ら決定する「自己情報決定権（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）」が基本権として承認された。本判決によると、誰が、いつ自己についての情報を知ったのかを市民が知ることができない社会秩序は、自己情報決定権とは両立しない。「人格の自由な発展」の基本権は、自己の個人情報の提供と使用を自身で決定する個人の権利を保障しているので、特に情報流通の透明性が保障され、個人の記録は秘密の伝達経路の中に隠されてはならず、その手段を本人が統制できなければならない、と解されている。この判決を受けて1990年に連邦データ保護法が改正され、1991年に施行された。1990年法における主な改正事項には、①公的機関によって発生し

---

23日施行）」季刊行政管理研究99号（2002年）76 ～ 94頁を参照した。

[2] データ保護法成立までの経緯については、野村武司「改正ドイツ連邦データ保護法」社会科学研究（山梨学院大学社会科学研究所・1993年）123 ～ 160頁、山下義昭「ドイツ連邦データ保護法の改正と残された課題（１）（２）」クレジット研究27号（2002年）184 ～ 193頁、クレジット研究29号（2003年）91 ～ 110頁、平松・前掲注（１）256頁以降と、藤原靜雄「諸外国等における個人情報保護制度の監督機関に関する検討委員会・報告書」（2008年３月）におけるドイツの章・112頁以降を参照した。URL: http://www.caa.go.jp/seikatsu/kojin/h21report3.pdf.

[3] BverfGE 65, 1. 人口、職業、住居、事業所などの国勢調査が、ドイツ基本法２条１項における「人格の自由な発展を求める権利」に反するか否かが争われた事件である。

た人格権侵害を含む損害に無過失損害賠償責任が認められたこと、②民間機関の損害賠償責任は無過失ではないものの立証責任が当該機関に科せられたこと、③保護の対象となる記録に文書記録が含まれるようになったこと等がある。

続いて、1995年 EU データ指令を受けて、2001年に再度の改正が行われた。EU 指令に伴って改正された事項につき、特に重要なものは次のとおりである。まず、① EU 指令８条を受けて、ドイツ連邦データ保護法３条９項にも「特別な種類のデータ」（いわゆる「センシティブデータ」である。詳細は後述する）という概念と、その取り扱いのための例外的適法化要件が導入された。特別な種類のデータを収集するための適法化要件は、EU 指令における要件を援用するものとなっている。②1990年データ保護法は、第三者機関である連邦データ保護監督官と監督官庁に対して、データ保護法違反の十分な根拠のある場合に限って監査を認めていたが、EU 指令28条３項にはそのような制限が設けられていないので、2001年データ保護法ではこの規定が削除され、権限が拡張されている。

また、EU 指令に依拠していない改正事項として、ビデオ監視がある。一般市民が立ち入ることのできる場所におけるビデオ監視は、2001年改正前のドイツの公的または民間機関によって行われていたが、2001年改正法６ｂ条によって、ビデオ監視に法的根拠が与えられるようになった。６ｂ条によると、ビデオ監視は①公的機関の職務遂行のため、②住居権の行使のため、③正当な利益を行使するために、具体的に確定された目的につき必要性があり、かつ、本人の保護に値する利益が優越するとの根拠がない場合に限って許容される。

このように、連邦データ保護法は EU データ指令を受けて多くの改正がなされたが、2009年８月14日にも法改正が行われ、2009年９月１日に施行されている。2009年の法改正では、個人信用調査会社へのデータの提供（28ａ条）と、本人との契約関係の開始・実行・終了について判断する目的で、本人との将来的な契約関係の可能性を示す数値（Wahrscheinlichkeitswert）のデータを収集または利用する（いわゆるスコアリング）ための条件（28ｂ条）についての規律が新しく設けられた。

**第１項　基本事項について**

データ保護法の目的は、「自己の個人データの扱いによって人格権（Persönlichkeitsrecht）を侵害されることから、個人を保護すること」である（１条１項）。

本法では「個人データ（Personenbezogene Daten）」が保護の対象となり、個人データの収集（Erhebung）と処理（Verarbeitung）および利用（Nutzung）が規制対象となる（１条２項）。ここでいう「収集」は本人に関するデータを入手することであり（３条３項）、「処理」は個人データを蓄積（Speichern）、変更（Verändern）、提供（Übermitteln）、封鎖（Sperren）、または消去（Löschen）することである（３条４項）。そして、「利用」は「処理」に関係しない個人データのあらゆる使用である（３条５項）。

本法３条１項によると、個人データは「特定のまたは特定しうる自然人（本人）の人的または物理的状況に関する個別の記載事項（Einzelangaben）」と定義される。この条文からは、個人に関する事実的な事項のみが対象となるように思われるが、個人についての評価を含む全ての情報が含まれると広く解されている[4]。そして、イギリス1998年データ保護法とフランス1978年法と同様に、ドイツ連邦データ保護法にも、取り扱いに特別な配慮を必要とする「センシティブ情報」という概念がある。連邦データ法３条９項では、「特別な種類の個人データ（Besondere Arten personenbezogener Daten）」と呼ばれており、「人種的および民族的出自、政治的意見、宗教的または哲学的な信条、労働組合への加入、健康または性生活に関する事項」と定義されている。特殊な種類の個人データの適法な取り扱いのための要件については後述する。

この法律において、本人には次の権利が認められている。それは、①自己業務目的で本人に知らせることなく個人データが蓄積された場合に、データの種類や収集・利用・処理の目的と責任機関について通知（Benachrichtigung）を受ける権利（33条１項）、②自己に関して蓄積された個人データ、データが譲渡される相手、データが蓄積される目的などについての開示（Auskunft）請求権（34条）、③データの訂正（35条１

[4] Gola/Klug, Grundzüge des Datenschutzrechts, C.H.Beck, 2003, S.40.

項)、消去 (35条２項)、封鎖 (35条３項) の権利、④異議を申し立てる (widersprechen) 権利 (35条５項、20条５項) である。

### 第２項　個人データの収集・処理・利用の適法化要件

（１）一般的な個人データについて

①官民共通の規定

個人データの取り扱いが認められるためにはいくつかの条件がある。まず、官民共通の規定について述べる。個人データを収集・処理または利用するためには、データ保護法もしくは他の法規定によって許容され、または命じられているか、または本人が同意している必要がある（４条１項)。次に、個人データは原則的に本人から収集されなければならない。本人以外からの収集が認められるのは、法規定が定め、または不可避であるとしている場合、本人からの収集が均衡を欠く過度の出費を要すると考えられる場合などであって、保護に値する重大な本人の利益が侵害される根拠 (Anhaltspunkte) が存在しない場合である（４条２項)。

次に、自らまたは委託によって個人データを収集、処理または利用する公的および民間機関は、データ保護法の規定の実施、特にこの法律の附則 (Anlage) に挙げられた要請の実施を保障するために、必要な技術的・組織的措置 (technischen und organisatorischen Maßnahmen) を講じなければならない(９条１文)。このような措置が必要とされるのは、もっぱら、達成しようとする目的と費用が「適切な比例関係 (angemessenen Verhältnis)」にある場合である（９条２文)。

９条の附則は以下の通りである。

個人データが自動的に処理または利用される場合、行政庁内または企業内の組織は、データ保護の特別の要請に適合するように編成されなければならない。その際、特に、保護される個人データまたはデータの範疇の種類に応じて、次のような措置が講じられなければならない。

１　個人データが処理または利用されるデータ処理施設 (Datenverarbeitungsanlagen) に無権限者が立ち入るのを禁止する（立ち入りの監督)

２　データ処理システムが無権限者に利用され得るのを防ぐ（アクセスの監督)

３　データ処理システムの利用権限者が、もっぱらその介入権限に服するデータのみに介入できることと、個人データが処理、利用の際および蓄積後に無権限で読まれたりコピーされたり、変更または除去され得ないことを保障する（介入監督）

４　個人データが電子工学的な伝送の際、またはその輸送中、またはデータ記録媒体への蓄積中に、無権限で読まれたりコピーされたり、変更または除去されたりする可能性のないことと、データ伝送の装置を通して､いかなる機関への個人データの提供が予定されていたかを審査し、確定することが可能であることを保障する（伝送の監督）

５　個人データの、データ処理システム内への入力、変更または除去の有無、およびその行為者を、事後的に審査、確認することが可能であることを保障する（入力の監督）

６　委託によって処理される個人データは、委託者の指示通りにのみ処理することができるということを保障する（委託の監督）

７　個人データが、偶然の破壊または喪失から保護されていることを保障する（処理の監督）

８　異なる目的のために収集されたデータは、別々に処理できることを保障する

②公的機関の個人情報処理に関する規定

続いて、公的機関による個人情報処理の適法化要件は、データ保護法13条から16条に規定されている。まず､13条１項によると､当該個人データを知ることが責任機関の任務遂行のために必要な場合に限ってデータの収集が許容される。次に、個人データの蓄積、変更および利用は、責任機関の権限に属する任務の遂行のために必要であり、かつ、データの収集目的のために行われる場合に限って認められる。データの収集が事前に行われない場合、データは蓄積された目的のためにのみ変更または利用され得る（14条１項）。そして、他の目的のための蓄積、変更または利用は、本人が同意している場合、本人の利益のためになることが明らかであり、他の目的のためであることを知ることによって本人が同意しないと想定する理由がない場合、第三者の権利の重大な侵害を予防（Abwehr）するために必要な場合等には例外的に認められる（14条２項）。

15条と16条は公的機関によるデータの提供について規定する。まず、15条１項によると、公的機関から別の公的機関へのデータの提供は、（ｉ）当該データ提供が、提供する機関、もしくはデータの提供を受ける機関の所掌事務を遂行するために必要である場合と、（ii）利用が許容されるためのデータ保護法14条所定の要件が満たされている場合に許される。次に、16条１項によると公的機関から民間機関へのデータ提供は、（ｉ）当該データ提供が、提供する機関の権限に属する任務を遂行するために必要であり、かつ、利用が許容されるためのデータ保護法14条所定の要件が満たされている場合、または、（ii）データの提供を受ける第三者が、提供されるデータを知ることにつき正当な利益のあることを疎明（darlegen）し、かつ、本人が提供させないことについて保護に値する利益を有しない場合に許容される。

③民間機関の個人情報処理に関する規定

続いて、民間機関による個人情報処理の適法化要件については、データ保護法28条以下で規定されている。

28条１項は、自己の業務目的の遂行のための手段として個人データの収集、蓄積、変更もしくは提供し、または利用することは、次のいずれかに該当する場合に許容されることを規定する。

（ｉ）本人との契約関係または契約類似の信頼関係のために使用する場合

（ii）責任機関の正当な利益を保護するために必要であり、かつ、処理もしくは利用させないことについて、本人の保護に値する利益が優越すると推定する理由がある場合

（iii）データが一般にアクセス可能であるか、または責任機関がそれを公表することが許されている場合。ただし、処理または利用させないことについての本人の保護に値する利益が明らかに優越する場合はこの限りではない。

続いて、29条１項は第三者提供の目的で個人情報を収集・蓄積・変更するための条件について、29条２項は提供が許容されるための条件について規定する。

29条１項によると、宣伝（Werbung）、興信所（Auskunfteien）、名簿

業者（Adresshandel）に資するデータの収集、蓄積、変更は、次の場合に許容される。

（ⅰ）収集、蓄積または変更を拒否することについて、本人の保護に値する利益があると推定する理由がない場合

（ⅱ）データが一般に公表されている情報源から収集することができるか、または責任機関が公表してよい個人データである場合。ただし、収集、蓄積、変更を拒否することについて本人の保護に値する利益が明らかに優越する場合はこの限りではない。

（ⅲ）28条ａの１項または２項の必要条件が充足される場合。28条ａ２項第４文におけるデータは、収集または蓄積されてはならない。28条１項第２文と３項３ｂは適用されるべきである。

次に、29条２項は、１項による目的の範囲内での提供は（ⅰ）データを提供される第三者が、当該データを知ることについて正当な利益を疎明する場合で、かつ（ⅱ）データの提供を拒否することについて、本人の保護に値する利益があると推定する理由がない場合に許容される旨を定めている。

（２）特別な種類の個人データについて

第１項で述べた通り、データ保護法では人種や宗教に関するデータは「特別な種類の個人データ」として区別されている。ここでは、特別な種類の個人データの適法な取り扱いのための条件について概要を述べる。

第一に、特殊な種類の個人データが収集、処理または利用されるためには、明示的（ausdrücklich）で当該データと関連する同意が必要である（４ａ条３項）。これは、公的機関と民間機関に共通の条件である。

①公的機関による情報収集等に関する規定

続いて、13条２項によると、以下のいずれかに該当する場合には、公的機関による特殊な種類の個人データの収集が認められる。

（ⅰ）法令の規定があるか、または重要な公益上の理由により、収集が不可欠である場合

（ⅱ）本人が４ａ条３項に基づいて同意した場合

（ⅲ）本人の身体的または法的な理由から同意を与えることができな

い場合であって、本人の、または第三者の生死に関わる利益（lebenswichtiger Interessen）の保護のために必要な場合

（iv）本人が公表したことが明確な個人データが問題になっている場合

（v）公的な秩序に対する著しい危険を防止するために必要な場合

（vi）公共の福祉（Gemeinwohl）に対する重大な不利益の防止、または公共の福祉上重大な利益の保護のために必要な場合

（vii）健康への配慮（Gesundheitsvorsorge）、医学上の診断（medizinischen Diagnostik）、健康管理（Gesundheitsversorgung）または公衆衛生業務（Gesundheitsdiensten）の取り扱いもしくは公衆衛生業務のために必要であり、かつ、これらのデータの処理が医師または同様の守秘義務（Geheimhaltungspflicht）を有する者によって行われる場合

（viii）学術研究（wissenschaftlicher Forschung）のために必要であり、かつ、研究計画の実施についての学術上の利益が、データ収集を拒否する本人の利益に著しく優越し、かつ研究目的が他の方法で達成できないか、またはその達成のために均衡を欠く過度の出費を要する場合

（ix）防衛（Verteidigung）、または危機の克服（Krisenbewältigung）もしくは紛争の阻止（Konfliktverhinderung）もしくは人道的措置（humanitäre Maßnahmen）の領域における連邦の公的機関の、国家を超えた義務もしくは国家間の義務（wischenstaatlicher Verpflichtungen）の遂行のために必要な場合

ここまでは、特別な種類の個人データの収集に関する規定であるが、14条５項１号・２号は、このようなデータの蓄積・変更・利用の際の条件について定めている。14条５項１号によると、上記13条２項１号から６号と９号による収集が認められる場合に蓄積･変更･利用が許容され、14条５項２号には、学術研究の実施に必要な場合、という13条２項８号と同一の規定が置かれている。そして、14条６項は、上記13条２項７号の目的のために特別な種類の個人データの蓄積・変更・利用は、13条２項７号に掲げられた者（医師または医師と同様の守秘義務を有する者）に適用される守秘義務規定に従う旨を規定する。このように、13条２項の規定の内容とほとんど重複しており、特別な種類の個人データの収集、蓄積、変更、利用には共通のルールが適用されるといえる。

②民間機関による情報収集等に関する規定

データ保護法28条６項から９項は、民間機関による特殊な種類の個人データの取り扱いについての条件を定めている。

28条６項によると、自己の業務目的のための特殊な種類の個人データの収集、処理、利用は、本人が４ａ条３項による同意をしない場合には以下の各号の場合に認められる。

（ⅰ）本人の身体的または法的な理由から同意を与えることができない場合であって、本人の、または第三者の生死に関わる利益の保護のために必要な場合

（ⅱ）本人が公表したことが明確な個人データが問題になっている場合

（ⅲ）法律的な請求権（rechtlicher Ansprüche）の主張（Geltendmachung）、行使（Ausübung）、または防御（Verteidigung）に必要であり、かつ、収集、処理、利用を拒否する本人の保護に値する利益が優越することを推定させる根拠が存在しない場合

（ⅳ）学術研究のために必要であり、かつ、研究計画の実施についての学術上の利益が、データ収集を拒否する本人の利益に著しく優越し、かつ研究目的が他の方法で達成できないか、またはその達成のために均衡を欠く過度の出費を要する場合

続いて、28条７項１文によると、「健康への配慮、医学上の診断、健康管理または公衆衛生業務の取り扱い、もしくは公衆衛生業務のために必要であり、かつ、これらのデータの処理が医師または同様の守秘義務を有する者によって行われる場合」には特別な種類の個人データの収集が認められる。そして、28条７項２文によると、上記28条７項１文における目的のためにデータを処理・利用する場合には、１文に掲げられた者（医師および医師と同様の守秘義務を有する者）に適用される守秘義務規定に従う。

28条８項１文によると、上記６・７項以外の目的のためには、28条６項１号から４号まで、または28条７項第１文の要件のもとでのみ、提供・利用することができる。そして、28条８項２文によると、このようなデータの提供と利用は、国家および公共の安全（staatliche und öffentliche Sicherheit）にとっての重大な危険（erheblichen Gefahren）の防止のた

めに、ならびに著しく重大な犯罪行為（Straftaten von erheblicher Bedeutung）の追求（Verfolgung）のために必要な場合にも認められる。

28条９項１文によると、政治的、哲学的、宗教的または労働組合的で、営利目的を追求しない組織は、組織活動にとって必要である限り、特別な種類の個人データを収集、処理または利用することができる。第１文の規定は、組織の構成員（Mitglieder）の個人データ、または組織の活動目的との関係で、組織と定期的な接触（regelmäßig Kontakte）を有する者の個人のデータにのみ適用される（28条９項２文）。

４ａ条３項に基づく本人の同意がある場合に限り、この個人データを組織外の者または他の機関に提供することができる（28条９項３文）。

29条５項によると、民間機関が提供目的のために、特別な種類の個人データの業務上収集と蓄積を行う場合には、上記28条６項から９項までの規定が準用される。

このように、公的機関と民間機関では重複する条件もあるが、民間機関の方が、特別な種類の個人データを扱うことが認められるための例外が若干多く設けられている（上記28条９項には政治的・哲学的・宗教的または労働組合的な団体のためのデータ処理の規定があるが、この条項は公的機関によるデータの取り扱いには設けられていない）。

### 第３項　連邦個人データ・情報自由保護監察官

イギリス1998年データ保護法とフランス1978年法と同様に、ドイツ連邦データ保護法においても、情報処理等を取り締まる第三者機関が置かれている。しかし、イギリスが情報コミッショナーを、フランスがCNILを置いているのとは異なり、ドイツでは単一の監督機関が国内のデータ処理等を一括して監督するのではなく、監督機関が３層に分けられている。ドイツの連邦公的機関と、民営化された鉄道・郵便・通信事業は「連邦データ・情報自由保護監察官（Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. 以下、連邦監察官とする）」によって監督され、州の公的機関は州のデータ保護監察官（Landesdatenschutzbeauftragte）によって監督される。そして、州の民間機関は監督官庁（Aufsichtsbehörde）または州のデータ保護監察官による監督を受ける。まず本項では、連邦公的機関と一部の民営化事業を

監督する連邦監察官の制度概要について述べる。

（１）連邦監察官の地位

連邦監察官は、連邦政府（Bundesregierung）の提案に基づき、ドイツ連邦議会（Deutsche Bundestag）の過半数以上の可決によって討議なしに（ohne Aussprache）[5]選出される（22条１項１文）。選出される際に35歳以上であること（22条１項２文）以外に、連邦監督官の資格要件についての規定はない。

連邦監督官は独立して（unabhängig）職務を行い、データ保護法にのみ従う（22条４項２文）。2009年データ保護法22条４項３文には、「連邦監察官は連邦政府の法的監督の下にある」という規定が存在したが、2015年の法改正によって削除されている。そして、法改正前の22条５項には、「連邦監察官は連邦内務省の下に置かれる。連邦監察官は連邦内務省の職務監督を受ける」と規定されていたが、2015年法改正により「連邦監察官は最上級連邦官庁の一つである」と規定されるに至った。法改正以前も実際には連邦監察官は独立して職務を遂行していたのであるが、監察官はあらゆる外的影響を受けてはならないとする2010年、2012年の欧州司法裁判所の判決を受けて、現在の条文となった[6] [7]。これらの条文は、連邦監察官が独立した第三者機関であることの根拠となる。内務大臣の指揮命令に服することはなく、データ保護法のみに拘束される。

（２）連邦監察官の職務

①苦情処理

データ保護法21条では、連邦公的機関による自己の個人データの収集、処理、利用の際に自己の権利を侵害されたと考える者は誰でも、連邦監察官に助力を求めることが認められている。各個人に与えられた苦情申

[5] 連邦データ保護法2015年２月25日改正（2016年１月１日施行）によってこの文言が追加された。

[6] 渡辺富久子「【ドイツ】連邦データ保護監察官の独立性を強化」外国の立法263巻２号（2015年）27頁。

[7] C-518/07, C-614/10

立ての権利により、苦情処理は連邦監察官の主要な任務となっている。連邦監察官は、職務において打ち明けられた事実や申し立てを行った人物について証言を拒否する権利があり（23条４項）、職務上知り得た事実について守秘義務がある（23条５項）。このような証言拒絶権と守秘義務によって、個人の苦情申立ての権利は担保されている。

②監督と調査

データ保護法24条１項では、連邦の公的機関がこの法律の規定とデータ保護に関する他の法律の規定を遵守しているか否かを、連邦監察官が監督する（kontrollieren）ことが定められている。連邦監察官とその委任を受けた者は、監督任務の遂行にあたって、次の権限を与えられている（24条４項）。

１　質問への回答（Auskunft）、並びに24条１項による監督と関連したあらゆる書類（Unterlagen）、特に蓄積されたデータ（die gespeicherten Daten）とデータ処理プログラム（Datenverarbeitungsprogramme）を閲覧すること

２　すべての執務室（Diensträume）にいつでも立ち入ること

連邦監察官は、監督の対象となった公的機関にその結果を報告することになっている（24条５項１文）。連邦監察官はこの報告において、データ保護の改善（Verbesserung）、特に個人データの処理または利用の際の瑕疵（Mängeln）の除去について提案することができる（24条５項２文）。そして、連邦監察官によるこの提案は、25条に規定されている異議（Beanstandungen）とは独立して行われる（24条５項３文）。

③異議[8]

連邦監察官は、この法律の規定またはデータ保護に関する他の法律の規定に関する違反（Verstöße）、またはその他データの処理もしくは利用に際して瑕疵を確認した場合に、次の者に対して異議を唱えることができる（25条１項）。

[8] 藤原・前掲注（１）87頁では“Beanstandungen”という単語が「異議」と訳出されている一方で、平松・前掲注（１）270頁では「警告」と訳出されている。「警告」という訳は原語と合致しないので、ここでは「異議」という訳に従う。

１　連邦行政については、これを所管する最上級連邦官庁（zuständigen obersten Bundesbehörde）

２　連邦鉄道資産（Bundeseisenbahnvermögen）については、代表者（Präsidenten）

３　ドイツ連邦郵便（Deutsche Bundespost）の特別財産から、法律によって設立された企業については、郵便法に基づく排他的な権利が帰属する限りで、その取締役会（Vorständen）

４　連邦直属の公法上の社団（Körperschaften）、施設および財団、ならびにこれら社団、施設および財団の連合（Vereinigungen）については、その理事会またはその他の代表権のある機関

連邦監察官にはこのように異議を申し立てる権限があるが、問題となっている瑕疵が些細な、または一時的なものである場合、連邦監察官は異議を見合わせ、または関係機関に対して、瑕疵についての態度表明（Stellungnahme）を要求するのをやめることができる（25条２項）。連邦監察官による異議が申し立てられた場合には、上記の機関は当該違反や瑕疵についての見解を表明しなければならないが、25条２項は例外規定となっている。また、連邦監察官は連邦政府と連邦機関に対して、データの改善に関する勧告（Empfehlung）や、データ保護の照会に対する助言（Beratung）を行うことができる（26条３項）。

④報告

連邦監察官は、ドイツ連邦議会に２年ごとに活動報告（Tätigkeitsbericht）をしなければならない。この活動報告は、ドイツ連邦議会と一般市民（Öffentlichkeit）に対して、データ保護の重要な展開について知らせるものである（26条１項）。連邦監督官は連邦の公的機関と民営化された一部の事業について監督するが、この報告書は個人情報保護を実践・改善し、個人情報保護意識を高める手段であるという理由から、報告書では民間部門における個人情報保護の状況についても記述しなければならないとされている[9]。

[9] Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht : die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, C.H.Beck, 2003, S.515.

以上、連邦監察官の職務権限について概観してきた。連邦監察官は、個人情報保護の監督のために調査・立ち入り検査をしたり、異議を申し立てることができるものの、他の行政機関に対して刑罰を科したり、フランスの CNIL のように違反に対して金銭制裁を科したりする権限はない。2015年の法改正後も、そのような権限は与えられていない。その理由は、連邦監察官はいずれの組織のもとにも属さず、他の行政組織との間に上下関係が存在しないことにある。ドイツでは、行政組織内部で刑罰を科すには、自らの組織が上級行政庁である必要があると考えられている[10]ので、独立の存在である連邦監察官は刑罰を発動する主体たり得ないのである。

### 第４項　監督官庁

ドイツでは、民間機関と一部の公法上の競争企業によるデータ処理は、連邦監督官ではなく各州の監督官庁（38条１項）または州のデータ保護監察官による監督の対象となる（38条１項）。

監督官庁は、この法律またはデータ保護に関する他の法律の規定に対する違反を確認した場合には、違反について本人に知らせ、訴追又は処罰する権限を有する機関に違反を告発する権限がある。そして、重大な違反の場合には、違反のあったことを営業監督官庁（Gewerbeaufsichtsbehörde）に、営業法上の措置（gewerberechtlicher Maßnahmen）の実施のために知らせる権限を有する。連邦監察官が報告を義務付けられているのと同様に、監督官庁は、定期的に、遅くとも２年ごとに活動報告書を公表しなければならない（38条１項５文）。

連邦の公的機関に関する21条１文が準用され、非公的機関による自己の個人データの収集、取扱い又は利用に際して、自己の権利を侵害されたと考える者は誰でも、監督官庁に助力を求めることができる。

続いて、38条４項によると、監督官庁によって監督を委託された者は、監督官庁に託された任務の実行に必要な限りで、営業および業務時間内

---

[10] 藤原靜雄「諸外国等における個人情報保護制度の監督機関に関する検討委員会・報告書」（2011年３月）におけるドイツの章・67頁。
URL: http://www.caa.go.jp/seikatsu/kojin/h22report2.pdf.

に、対象となっている機関の敷地および事業所に立ち入り、そこで審査(Prüfungen)および視察(Besichtigungen)を行う権限を有する。そして、被委託者は業務上の書類、特に４ｇ条２項１文による一覧表（データ処理を行う機関の名称、データ処理の目的、データ処理権限のある者等が記載されている)、ならびに蓄積されている個人データおよびデータ処理プログラムを閲覧することができる。連邦公的機関に対する連邦監察官の調査権限や立ち入り権が認められているのと同様に、民間機関も立ち入りや書類閲覧などの審査・調査の対象となっている。

そして、監督官庁はデータ保護を保障するために、個人データの収集、処理および利用について確認された違反、または技術的若しくは組織的な瑕疵（Mängel）を除去（Beseitigung）するための措置を命じることができる（38条５項１文)。2009年の法改正前までは、監督官庁のこのような命令権には「データ保護法等の規定が、個人データの自動処理または自動化されていないデータファイル内もしくはデータファイルからの個人データの処理を規律している限り」、「９条に基づく要求の範囲内で」という条件が付されていたが、法改正によって削除された。

第５項で後述するように、この命令に従わなかった者には過料(Bußgeld)が科せられる(43条１項11号)。重大な違反および瑕疵の場合、特に人格権への特別な危険と結びついている場合、38条５項１文に基づく命令（Anordnung）に反し、かつ強制金（Zwangsgeldes）を科されたにもかかわらず、当該違反もしくは瑕疵が相当な期間内に除去されなかった時は、個人データの収集、処理、利用または個々の処理方式の使用を禁止（untersagen）することができる（38条５項２文)。連邦監察官が是正命令や過料、または刑罰を発動する権限を有さない一方で、監督官庁には強い法的権限が認められている。

### 第５項　過料と刑事罰

データ保護法43条には過料規定が、44条には罰則規定が置かれている。まず、過料規定の中で特に重要なものを概観する。

（１）過料規定

過料規定はデータ保護法43条１項と２項にあり、１項は、情報の取り

扱いに必要な届け出を行わない、本人に必要な告知をしないといった、比較的単純な手続違反が秩序違反となることについて規定する。そして、38条５項１文による監督官庁の命令に違反する行為が43条１項11号によって秩序違反（Ordnungswidrigkeit）となる。

２項は、手続違反を超えた、情報の不正取得等について規定しており、故意（vorsätzlich）または過失（fahrlässig）によって以下の行為をする者は秩序違反に問われる。

１　権限なく（unbefugt）、一般的にはアクセスできない個人データを収集または処理する行為

２　権限なく、一般的にはアクセスできない個人データを、自動処理方法を用いていつでも呼び出せるようにする行為

３　権限なく、一般的にはアクセスできない個人データを呼び出し、または、自動処理による、または自動化されていないデータファイルから自ら入手しまたは他者に入手させる行為

４　一般的にはアクセスできない個人データの提供（Übermittlung）を、虚偽の申告（unrichtige Angaben）によって受ける行為

データ保護法10条５項は、「一般的にアクセス可能」という文言を、「事前の届出、許可または対価の支払いの有無にかかわらず、何人も利用できる（nutzen kann）データ」と定義しているので、43条２項１～４号における「一般的にアクセスできないデータ」は利用が制限されているデータのことである。

５　16条４項１文、28条５項１文に反し、および29条４項、39条１項１文または40条１項との関連で、提供機関から提供されたデータを他の目的のために利用する行為

16条４項１文と28条５項１文によると、データの提供を受ける第三者は提供された目的の実現のためにのみ、データを処理または利用することが認められる。39条１項１文は、「職業もしくは特別の職業上の秘密に服する個人データ、およびその職業上または職務上の義務を果たす際に、守秘義務のある機関の自由な使用に供された個人データについて、責任機関は当該個人データを得た目的のためにのみ処理または利用をすることが許される」と規定し、40条１項は、「学術研究目的で収集または蓄積された個人データは、学術研究目的のためにのみ処理または利用

することを認められる」と規定する。このように、データ保護法にはデータが当該目的のためにのみ処理・利用されるべきことが定められており、目的外の利用が秩序違反行為となる。

５ｂ　28条４項１文に反して、宣伝（Werbung）または市場調査・世論調査（Markt- oder Meinungsforschung）の目的のためにデータを処理または利用する行為

28条４項１文は、「本人が責任機関に対して、宣伝または市場調査・世論調査の目的のための自己のデータの処理または利用について異議を申し立てている場合、この目的のための処理または利用は認められない」と定めており、故意または過失による違反が秩序違反となる。

７　42ａ条１文に反して、告知（Mitteilung）をしないこと、不正確な、不完全な、または遅延した通知を行うこと

42ａ条１文は、「２条４項に規定される民間機関、または27条１項１文２号に規定される公的機関は、貯蔵された

１　特別な種類の個人データ（３条９項）

２　職業上の秘密に関する個人データ

３　犯罪行為または秩序違反行為、または犯罪行為や秩序違反行為の嫌疑に関する個人データ

４　銀行またはクレジットカードに関する個人データについて、違法に伝達されているか、またはその他の方法によって第三者の知るところとなっていて、かつ本人の権利または保護すべき利益に対して重大な障害があり、本条２文から５文までの規定に従って、所轄の監督官庁ならびに本人に即座に告知されなければならないことを確認する」と規定している。42ａ条１文１号から４号の個人データの漏洩による不利益が発生している場合に、データを扱う民間機関と公法上の競争企業としての公的機関には適正な告知を行う義務があり、故意または過失によって当該義務に違反した場合には過料の対象となり得る。

以下は、過料の金額についての規定である。43条３項によると、１項に規定される秩序違反には50000ユーロ以下の過料を、２項に規定される秩序違反には300000ユーロ以下の過料が科される。43条１項の秩序違

反よりも43条２項のそれの方が重大であることが、上記の法定刑に反映されている。過料は、秩序違反による行為（der Täter aus der Ordnungswidrigkeit）がもたらした経済的な利益（wirtschaftlichen Vorteil）を上回らなければならない（43条３項２文）。この場合、43条３項１文に規定された金額では不十分であれば、これを超えることができる（43条３項３文）。

（２）刑罰規定

データ保護法における刑罰規定は以下の通りである。

前述の43条２項の秩序違反行為を、対価を得て、または自己もしくは他人の利益を図るために、または他人を害することを意図して行った場合には、２年以下の自由刑（Freiheitsstrafe）または罰金刑に処す（44条１項）。

犯罪行為は告訴（Antrag）によってのみ訴追される。告訴権者は本人、責任機関（verantwortliche Stelle）、連邦監察官または監督官庁である（44条２項）。

以上、データ保護法における過料・刑罰規定の概要について整理した。ドイツ連邦データ保護法では、連邦の公的機関のデータの取扱いを取り締まる連邦監察官には過料や刑罰を科す権限はないが、民間機関のそれを取り締まる監督官庁には、データの不正取得や目的外使用などの不正な取り扱いに対して過料を科すことができる。一般的な個人データとは区別されたセンシティブな個人データ（特別な種類の個人データ）という概念を設けている点では、イギリス1998年データ保護法とフランス1978年法およびフランス刑法と共通している。その一方でドイツ連邦データ保護法では、特別な種類の個人データの漏洩が不利益をもたらしている場合に適切な告知をしないという手続違反が43条２項７号によって構成要件化されているにとどまっており、フランス刑法とは異なり、特別な種類の個人データの入力や保存といった、手続違反を超えた不正な取り扱いは個別に構成要件化されていない。ドイツ連邦データ保護法に「特別な種類の個人データ」という概念が導入されたのは、EU データ指令を受けた2001年改正法からであり、2001年改正の契機となった

EU データ指令にも、センシティブなデータに対する不正取得等を特別の構成要件で処罰する規定は存在しない。このことから、ドイツ連邦データ保護法は EU 指令に沿って、特別な種類の個人データについては別個の処理条件を設ければ足り、過料・刑罰の特別な構成要件化までは必要ないと解したのではないだろうか。43条２項７号に該当する行為以外は、特別な種類の個人データであるか否かにかかわらず、同一の過料・刑罰規定が予定されているといえる。

## 第２節　データ保護法における過料と刑罰について

### 第１項　過料

#### 第１款　客観的な成立要件

第１節第５項ではデータ保護法における過料・刑罰規定の概要について触れたので、本節ではその成立要件の詳細について扱う。

データ保護法43条１項と２項は、秩序違反行為につき過料を科すことを定めている。１項は単純な法定手続違反に関する規定である一方、２項は手続違反を超えた、個人データの不正な取り扱いについて規定している。

43条２項１号は、無権限者による個人データの収集と処理を対象としている。データの利用は対象外であるが、データの抹消はデータ保護法３条４項所定の「処理」の中に規定されているので、抹消によって本人の利益が侵害されることから、抹消の代わりに封鎖が行われるべきである場合（35条３項２号）に抹消する行為は過料の対象となり得る[11]。

43条２項２号は、無権限者が個人データをいつでも呼び出せるようにする行為を対象とする。実際にデータを呼び出すことは犯罪成立要件ではない。データの呼び出しは常に大量に行われるわけではないので、場合によっては呼び出しが行われたか否かが判然としないこともあり、データ呼び出しの準備行為には、貯蔵されたデータを危険にさらす蓋然性があるので、抽象的危険犯（abstraktes Gefahrdungsdelikt）として位

[11] Peter Gola / Christoph Klug/ Barbara Körffer, BDSG : Bundesdatenschutzgesetz : Kommentar, 12Aufl., 2015, § 43 Rn.20.

置づけられる[12]。

43条２項３号前段では、無権限者が個人データを実際に呼び出す行為が対象となる。この号で保護される個人データは、呼び出すことが可能であり、自動化処理されたものに限定され、43条２項２号とは異なり、データの呼び出しのために準備されているか否かは問題とならならず、呼び出しが技術的に可能なデータであることが要求される[13]。

43条２項３号後段は、無権限者が自動処理により、または自動化されていないデータファイルから自らデータを入手し、または他者にデータを入手させる行為が規定されている。自己の利益のためではなく、他者のために行われた場合も本号の構成要件が満たされる[14]。

43条２項４号は、一般的にはアクセスできない個人データの提供を、虚偽の申告によって受ける行為について規定する。本号はハッカーによる情報の入手などにも適用され得る。ハッキングは形式的には「虚偽の申告」ではなく、有効なパスワードによってデータを入手する行為であるが、パスワードの利用によってデータを騙し取る行為として本号の規制対象となる[15]。前述の通り、43条２項１～４号では、一般的にアクセスできない個人データが対象となる。

43条２項５号は、個人データの提供を受けた者が、提供された目的以外の処理と利用を行うことを対象としている。16条４項に規定されているように、データ提供機関（übermittelnde Stelle）はデータを提供する際に、目的について指示しなければならない。提供目的外のデータ処理・利用が禁止されると同時に、データ処理等の目的は明確に説明される必要があり、再三にわたってデータが伝達されるような場合には目的が明白に区別されなければならない[16]。2009年の法改正以前の43条２項５号では、「第三者に譲渡することを通じて、提供されたデータを他の目的のために利用する」行為が秩序違反になっていたが、法改正によって「第

[12] Peter Gola et al, a.a.O, §43 Rn.21.
[13] Peter Gola et al, a.a.O, §43 Rn.22.
[14] Peter Gola et al, a.a.O, §43 Rn.22.
[15] Peter Gola et al, a.a.O, §43 Rn.23.
[16] Peter Gola et al, a.a.O, §43 Rn.24.

三者に譲渡することを通じて」という文章が削除され、目的外のデータ利用がすべて秩序違反として構成されるようになった。

そして、43条２項５号では、①職業もしくは特別の職業上の秘密に服する個人データ、およびその職業上または職務上の義務を果たす際に、守秘義務のある機関の自由な使用に供された個人データについて、当該個人データを提供された者が、責任機関がデータを得た目的以外で個人データを利用する行為と、②学術研究目的で収集または蓄積された個人データの提供を受けて、学術研究目的以外で利用する行為も秩序違反行為となる。本号の対象となるのは、これらの秘密の保持を義務付けられている者自身ではなく、正当な方法でそのようなデータの提供を受けた者または機関である。したがって、データの提供が行われれば、医師などの特定の職務を行う者、または公職者に科せられた守秘義務とその違反行為は、本号の対象外となる[17]。

43条２項５ｂ号は、本人が責任機関に対して、宣伝または市場調査・世論調査の目的によるデータ処理・利用について異議を申し立てているにもかかわらず、これらの目的のためにデータ処理・利用する行為について規定しており、2009年の改正によって新設された条項である。宣伝を行う企業は調査の結果、宣伝目的でのデータの利用や処理を拒否していない者のみについて行われることを証明（sicherstellen）しなければならない[18]。これまでは本人の拒否があった場合について十分に対応することができなかったが､法改正によって処罰の間隙が一部埋められた。監督官庁が、宣伝を行う企業による本号の違反について訴追する場合、当該企業は入念な検査と、場合によっては企業の組織的な行為が法に適合することを要請されるものの、本号が新設されたことによって本人の拒否権と、望まない宣伝で「満杯になった郵便ポスト（überfüllten Briefkästen）」によって煩わされない権利が本当に強化されたのか否かは疑問視されている[19]。このような問題意識により、宣伝産業における

[17] Peter Gola et al, a.a.O, §43 Rn.24.

[18] Coriana Holländer, Datensündern auf der Spur－Bußgeldverfahren ungeliebtes Instrument der Datenschutzaufsichtsbehörden?, RDV 2009, S.219.

[19] Holländer, a.a.O, S. 219.

監督官庁の権限強化に向けた再検討が必要であると指摘されている[20]。

データ保護法43条２項各号の秩序違反行為は、権限のない者によって所定の行為がなされることによって成立するので、この法律やデータ保護についての他の法律に適合していることが正当化事由となる。

データ保護法違反者に制裁金支払い能力がないことが確実である場合、過料を科すことは無意味なので、行政執行法（Verwaltungs－Vollstreckungsgesetz, VwVG）16条に基づく代替強制拘留（Ersatzzwangshaft）が用いられ得る[21]。

また、ドイツの各州において、州のデータ保護法（Landesdatenschutzgesetz）が施行されている。多くの州のデータ保護法では過料と刑罰の両方が規定されているが、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン（Schleswig-Holstein）州データ保護法では過料規定のみが存在する。一方、ベルリン州とラインラント＝プファルツ（Rheinland-Pfalz）州データ保護法では刑罰規定のみが存在する。

### 第２款　主観的な成立要件

43条１項・２項は、故意と過失の両方を秩序違反の対象としている。ドイツ刑法学における過失は、「認識ある過失（bewusste Fahrlässigkeit）」と「認識なき過失（unbewusste Fahrlässigkeit）」に分けられる。ドイツ刑法における「未必の故意（bedingter Vorsatz）」は、発生し得る法益侵害に向けた決定であるのに対して、認識ある過失は、許されない危険創出（unerlaubter Gefahrschaffung）であるにもかかわらず、行為者が結果の不発生を信じる場合であり、この２つは明確に区別される[22]。一方、「認識なき過失」は、一定の作為または不作為において、必要な注意をせず、その結果として法的な構成要件的結果を認識せずに発生させるこ

---

[20] Holländer, a.a.O, S.219.

[21] Holländer, a.a.O, S.222.

[22] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band Ⅰ Grundlagen・Der Aufbau der Verbrechenslehre 4.Aufl, C.H.Beck.2006, S.1087. 山中敬一（監訳）『ロクシン刑法総論第１巻［基礎・犯罪論の構造］【第４版】［翻訳第２分冊］』（信山社・2009年）625頁以降参照。

とをいう[23]。

認識ある過失と認識なき過失は理論上区別されているものの、ある行為が認識ある過失による行為であると同時に、認識なき過失による行為でもあり得ることが指摘されている[24]。論者によると、ある者が結果発生の蓋然性を10％であると見積もって、結果の不発生を信じたものの、実際には結果発生の蓋然性は25％であったという場合に、行為者はすでに認識ある過失で行為している。同時に、より高度の危険性が認識可能だったということで認識なき過失も存在する[25]。論者は、認識の有無によって法的効果が左右されないということにより、認識ある過失と認識なき過失を区別する意義が乏しい旨を指摘する[26]が、実際の事例においても両者を截然と区別することは容易ではないだろう。

前述の通り、データ保護法43条１・２項における「過失」には、認識ある過失と認識なき過失の両方が含まれる。したがって、自己に権限のないことを認識せず、一般的には自由に利用できない個人データを収集する行為などの、単純な不注意による行為も広く過料の対象となり得る。

### 第２項　刑罰

データ保護法44条は、前項で扱った43条２項所定の秩序違反行為を、対価を得て、または自己もしくは他人の利益を図るために、または他人を害することを意図して行った場合には、自由刑または罰金刑が科せられることを規定する。

44条は刑罰規定であり、一般的にはアクセスできない個人データが保護法益となる。この規定の客観的構成要件は、対価を得ること、または自己利益を図ること、もしくは他害を図ることである。ここでいう「対価」とは、ドイツ刑法典（StGB）11条１項９号が規定する「財産的利益に存

---

[23] Johannes Wessels / Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 42., überarb. Aufl, C.F. Müller, 2012, S.262.

[24] Roxin, a.a.O, S.1089.

[25] Roxin, a.a.O, S.1089.

[26] Roxin, a.a.O, S.1087, Wessels et al, a,a,O, S.262も、認識ある過失と認識なき過失の区別は、量刑判断のみに必要となることを述べている。

するすべての反対給付（jede in eimem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung）」のことである[27]。「反対給付」の概念は、何らかの相応する取り決め（entsprechende Vereinbarung）の存在を前提としており、その取り決めによって自己の利益を図ったり、現実に利益を得たりすることは要求されない[28]。データ保護法の下では故意による行為のみが刑罰の対象となることは、条文の文言より明らかである。

ドイツの各州にも州データ保護法が存在するのは前述の通りである。刑罰法規の有無や内容は州ごとに異なっており、バーデン - ヴュルテンブルク州、ブランデンブルク州、ブレーメン州等のデータ保護法では未遂（Versuch）も刑罰の対象となる。

現行法の前身である1990年連邦データ保護法43条にも罰則規定があり、そこではデータ保護法によって保護され、周知のもの（offenkundig）となっていない個人データを無権限で蓄積、提供する行為等が処罰の対象となっていた。そして、現行法では「周知のものとなっていない」という文言から、「一般的にはアクセスできない」という文言に変更され、1990年法では刑罰の対象となっていたデータの無権限の呼び出しや入手などの行為が、現行法では過料の対象へと変更されている。旧法に比して、現行法では刑罰の対象となる行為が制限される。そして、現行法への法改正に伴い、データの内容が広く知られているか否かにかかわらず、アクセスにつき制限のない個人データはデータ保護法による保護の対象外とされるようになった。

1990年データ保護法において規定されていた、データが「周知のものである」という文言には、「一定数の人々に知られているか、または他の情報なしに（ohne weiteres）知覚可能であり、人々の間で確定的に保持されていること」という定義があるものの、インターネットや電子工学的なデータ転送によるデータの提供には地域的・時間的・量的な限界がないので、今日ではすべてのデータは「周知のもの」となり得る[29]。ま

---

[27] Peter Gola et al, a.a.O, §44 Rn.5.

[28] Peter Gola et al, a.a.O, §44 Rn.5.

[29] Thilo Weichert, Datenschutzstrafrecht-ein zahnloser Tiger?, NStZ 1990, S.491.

た、データが「周知のもの」であるか否かは、データ処理の目的、性質、地域的・人的・時間的状況によって左右され得るという指摘もされている[30]。

このように、データの「周知性」という概念は曖昧で、インターネット等によって情報の伝達が容易に行われる現代ではその実効性を失っているので、2001年データ保護法への改正において、保護客体が「一般的にはアクセスできない」データに変更されたことには意義がある。しかし、本来であれば一般人の自由なアクセスに供するべきではない性質の個人データであるにもかかわらず、データの責任機関等の安全措置に問題があって、不当にも自由なアクセスができる状況になってしまっているような場合には、現行法の43条２項の条文で十分に対応できるかどうかは疑問である。安全措置の甘さが「一般的にはアクセスできない」という構成要件該当性を阻却してしまう不当な結果になることは回避すべきであろう。

## 第３節　監督機関による規制の実態

### 第１項　州における監督体制

ドイツでは連邦の公的機関については連邦データ保護観察官が、州の民間部門については監督官庁（38条１項）または州のデータ保護観察官等が監督する。

州によって監督体制は様々であり、（１）州内務省の下にある監督官庁が所管している州（バーデン＝ビュルテンブルク州、ブランデンブルク州）、（２）州の行政区域が所管している州、（バイエルン州、ヘッセン州）（３）州の公的部門と民間部門の両方を州のデータ保護観察官が所管する州（ベルリン州、ブレーメン州、ハンブルク州、メクレンブルク＝フォアポンメルン州、ニーダ―ザクセン州、ノルトライン＝ヴェストファーレン州、ラインラント＝プファルツ州、ザクセン州）、（４）州の行政庁が所管する州（ザクセン＝アンハルト州、チューリンゲン州）、（５）データ保護のための独立した委員会を設けている州（シュレース

[30] Weichert, a.a.O, S.491.

ヴィヒ＝ホルシュタイン州、ザールラント州）に分けられる。

このように、ドイツでは民間部門の情報取り扱いを規制する機関が多岐にわたっているが、この中で独立した第三者的な立場にあるのは州のデータ保護観察官と、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州の独立センター（Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein. 以下、ULD とする）である。

また、ザールラント州では、従来は州のデータ保護観察官が公的機関の情報処理を所管し、民間部門をザールラント州内務・ヨーロッパ事項省（Saarland Ministerium für Inneres und Europaangelegenheit）が所管していたのであるが、2011年５月18日にザールラント州データ保護法（Saarländischen Datenschutzgesetzes）が改正されたことにより、2011年６月からはザールラント州独立情報保護センター（Unabhängiges Datenschutzzentrum Saarland. 以下、UDS とする）が公的機関と民間部門の両方を所管することとなった。それに伴い、UDS はデータ保護法所定の秩序違反行為に対して過料を科す権限を付与された。

そこで本節では、ドイツ16州の中で情報保護のための独立委員会を有しているシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州とザールラント州を取り上げることで、第三者機関による取り締まりの実態を明らかにする。

### 第２項　独立委員会による過料

#### 第１款　シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州

個人情報保護のためのシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州独立センター（ULD）の業務は、州におけるデータ保護法違反に対する異議に基づく瑕疵の除去要求と、データ保護の問題について企業や州の市民に助言をすること、毎年の活動報告（Tätigkeitsberichte）を行うこと等である。州における民間機関と公的機関の両方を監督する。

シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州のデータ保護法では、44条に以下のような過料規定がある。刑罰規定は設けられていない。

44条１項　秩序違反は、この法律に違反して、周知のものとなっていない個人データを

１　収集、貯蔵、目的外の処理、変更、伝達、呼び出すための準備、

消去した場合と、
２　呼び出し、閲覧、入手、または誤った事実による欺罔行為（Vortäuschung）を通して、自己または他人に伝達させる行為について成立する。

44条２項　秩序違反は、以下の場合にも成立する。
１　匿名化された、または偽名化されたデータを他の情報と共に照合し、それによって一人または複数の本人を特定する場合
２　この法律に違反して、偽名化されたデータについて、与えられた権限を超えてアクセスを入手した場合、または
３　この法律の５条１項による技術的・組織的な措置を採ることを完全に（vollständig）怠った場合
３項　秩序違反には50000ユーロ以下の過料が科され得る。

そして、技術的・組織的な措置について規定した５条１項の内容は以下の通りである。

この法律の規定、またはデータ保護に関する他の規定（３条３項所定）[31]の実行（Ausführung）は、技術とデータ保護の必要性の観点から、必要で妥当な技術的・組織的措置を通して行われなければならない。
以下のことを保証しなければならない。
１．手続（Verfahren）とデータが時宜に適って自由使用に任され得る状態であり、合法的に使用され得ること（自由裁量）
２．データが破損しておらず、完全であり、分類可能であり（zurechenbar）、最新のものであること（完全性）
３．認められた方法のみによってデータが呼び出され得ること（機密性）
４．期待可能な出費（Aufwand）による個人データの処理が、後付け

[31] シューレスヴィヒ＝ホルシュタイン州データ保護３条３項は「個人データの取り扱いに関する特別の規定のある場合、それらはこの法律の規定に優越する」と定めている。

られ（nachvollziehen）、調査され、評価され得ること（透明性）

５．個人データが、決められた目的以外の目的のために収集され、処理され、利用され得ないこと、または、決められた目的に従うには過度に高額の出費を伴う（mit unverhältnismäßig hohem Aufwand）場合に限って収集、処理、利用を可能とすること（不可連鎖性　Nicht-Verkettebarkeit）、そして

６．26条から30条までの条文で認められた本人の権利行使を有効なものにするような（情報処理の）方法であること（異議の可能性）

26条から30条には、自己のデータを処理される目的などの告知を受ける権利、データ処理への拒否権等が規定されている。

このように、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州のデータ保護法では、技術的・組織的措置を採ることを怠る行為を秩序違反の対象としている。このような秩序違反規定は、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州と同様に独立のデータ保護委員会を有するザールラント州データ保護法にも、連邦データ保護法にも存在しない特徴的なものである。連邦データ保護法９条では必要な技術的・組織的措置を採ることを義務付けた上で、38条５項において、技術的・組織的な瑕疵の除去のための措置を命ずる権限を監督官庁に認めている。この命令に違反した場合に初めて過料の対象となり得るという構成を採っている一方で、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州データ保護法が「命令違反」を経由せず、必要な技術的・組織的措置を講じないという段階で秩序違反を構成するという点は注目に値する。個人データの目的外使用や不適切な処理などの様々な違反行為が「措置の懈怠」として扱われ、直ちに過料の対象となり得るからである。

以上の条文を前提として、本款では、ULD が発表する活動報告書から、過料に関する実務について探ることとする。

ULD は２年に１回活動報告書を発表している。2013年３月の報告書[32]では、ULD がデータ保護法の秩序違反行為の他に、通信メディア法

[32] 34. Tätigkeitsbericht des ULD, S. 24. URL: https://www.datenschutzzentrum.de/tb/tb34/uld-34-taetigkeitsbericht-2013.pdf.

（Telemediengesetz）の秩序違反行為に対して最大50000ユーロの過料を科すことができるようになったことが紹介されている。これは、州の秩序違反行為管轄命令（Ordnungswidrigkeiten-Zuständigkeitsverordnung）3.5.2が改正されたことによる。

2011年３月に出された報告書では、過料の事例が次のように紹介されている。ULD の過料に対する姿勢を理解する必要上、若干長くなるが引用する。

「銀行の以前の顧客が、宣伝目的によるデータの利用について異議を唱えたにもかかわらず、当該銀行からの再三にわたる宣伝を受け取った。我々（ULD）は、過料を科さなければならなかった（Wir mussten ein Bußgeld verhängen.）。

連邦データ保護法によると、何人も責任機関に対して、宣伝または市場調査・世論調査目的による自己のデータの利用または転送について異議を唱える権利を有する。前述のケースのような、宣伝目的によるデータの利用に対しても異議を唱えることが認められる。問題となった銀行の対応（Reaktion）は、我々に対して懸念を抱かせた。それというのも、銀行は企業の組織の内部における重大な瑕疵について認識していながら放置していたからである。当該データについての異議が完全に遵守されるか、または遵守され得るという技術的・組織的な保障もなされていなかった。このことは、本人の異議が無視されるという結果につながった。過料決定は法律上の効力のある（rechtskräftig）ものである」[33]。

この事例報告からは、当該銀行には瑕疵の認識があり、違反について故意は認められなくとも、違反結果についての認識ある過失はあったであろうということがわかる。銀行による宣伝が一度ではなく再三にわたって送られたという事情も、違反の悪質性を基礎づけるだろう。このことから、ULD は結果の重大性や瑕疵の治癒の見込みなどを考慮して、悪質なケースに限定して過料決定を下しているのではないだろうか。なお、前述の通り、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州のデータ保護法では刑罰規定が設けられていない。

[33] 33. Tätigkeitsbericht des ULD, S.94. URL:https://www.datenschutzzentrum.de/tb/tb33/uld-33-taetigkeitsbericht-2011.pdf.

次に、2007年３月に出された報告書では、１件の過料の事例が挙げられている。保険会社の従業員が、雇用主のレターヘッド（Briefkopf）を用いて、自動車の許認可の所轄官庁（Kfz-Zulassungsstelle）に申し立てた上で、車両所有者に試問を行った。実際には当該車両による被害について何らの届出もなされていなかったにもかかわらず、当該従業員は試問で得られる情報を全くの私的な目的で使用するために、正当な権限なく試問を行ったのである。当該従業員によるこの行為は、車両所有者についての一般的にはアクセスできない情報を故意に不正取得するという秩序違反に該当し、ULD は従業員に過料を科した[34]。報告書の記載の通り、従業員の行為は故意による不正な情報収集であり、過料決定が下されるにあたり、故意行為であることと、私的な目的のために虚偽の試問によって情報を収集したという行為の悪質性が考慮されたのではないかと思われる。

続いて、2006年３月の報告書では、「過料―それは時には不可避である」というサブタイトルが付された記述がある。本報告は、ULD による過料実務を次のように要約する。「通常、企業は ULD がデータ保護の改善のために行う要求・指示・助言には大いに譲歩し、理解を示している。しかし、違反が再三行われた場合、特に故意による重大な法律違反の場合は、個々の過料手続が必要となる」[35]。

続いて、本報告書は過料の事例について以下のように詳述する[36]。

「データ保護監督官庁の事情調査のためには、法律で明確に定められた情報提供（Auskunftserteilung）義務は無視できるものではない…（中略）…企業が我々（ULD）の調査における照会（Aufragen）に応じることなく、それが再三にわたる場合、ULD は過料を下さなければならない。…（中略）…複数の市民から同様の申請（eingaben）がなされることは、過料手続が導入される根拠となる。市民たちは、ある利益団体

[34] 29. Tätigkeitsbericht des ULD, S.90. URL: https://www.datenschutzzentrum.de/tb/tb29/tb29.pdf.

[35] 28. Tätigkeitsbericht des ULD, S.83. URL: https://www.datenschutzzentrum.de/tb/tb28/tb28.pdf.

[36] 28. Tätigkeitsbericht des ULD, a,a,O, S.83.

(Gewinnspiel) に加入するための通知を受け取った。実際には、通知を受け取った彼らのうちの誰もその団体に参加せず、企業からも告知がなかった。にもかかわらず、彼らの生年月日、口座番号、電話番号が一部、企業に提供されていた。データ管理者は、支払い不能の (insolvent) 企業から50万人のデータが、本人の承諾なしに、既に何年も前に提供されていたことを認めた。その間に、この企業はすべての商業活動を中止したことを通知した。したがって、一般的にアクセスできない個人データの故意による処理についての疑いは晴れていない (nicht vom Tisch)」。

このような報告書の記載からは、複数の者の個人データが違法に、そして故意によって処理された以上のケースについて、実際に過料決定が下されたのか否かということは定かではない。しかし、被害が広範であれば過料決定が選択される余地があるということを表しているだろう。

また、再三の異議 (Beanstandung) があったにもかかわらず、極めて頑なな家主が公道で権限なくビデオ監視を行った事例につき、ULD が過料決定を下したところ、この過料決定についての異議が区裁判所に申し立てられたことも報告されている[37]。

以上、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州のデータ保護委員会によって報告された事例を通して、過料の実務の実態について検討してきた。これらの事例からは、データ保護法の違反があり、それが州のデータ保護法の過料規定に合致するとしても、直ちに過料決定が下されることはなく、実際には特に悪質なケースに限って過料が下されるということがわかる。そして、2006年の報告書にも記載されているように、州のデータ保護法の監督下にある企業等の機関は、ULD の監督や規制に対して協力的である場合が一般的であり、このことも過料の事例が少ない原因の一つとなっている。このことから、第三者機関である ULD の監督は、データ保護法の違反に対する抑止力としての機能を一定程度は果たしていると考えられる。

### 第２款　ザールラント州

個人情報保護のためのザールラント州独立センター (UDS) は、ザー

[37] 28. Tätigkeitsbericht des ULD, a,a,O, S.83.

ルラント州の公的機関と民間機関の両方を監督する。

シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州とは異なり、ザールラント州データ保護法（Saarländisches Datenschutzgesetz）には過料規定と刑罰規定の両方が存在する。まず、過料規定は以下の通りである。

36条１項　秩序違反は、この法律によって保護される周知のものとなっていない個人データに対する以下の行為に対して成立する。

１．収集、蓄積、改変、伝送、閲覧または呼び出しのための準備、消去または利用

２．呼び出し、閲覧、入手、または誤った事実による欺罔行為（Vortäuschungfalscher Tatsachen）によって、自己または他人に転送させる行為

36条２項　秩序違反には、50000ユーロ以下の過料が科され得る。

続いて、刑罰規定は以下の通りである。

35条１項　この法律によって保護されている一般的にアクセスできない個人データについて、対価を得て、または自己もしくは他人の利益を図るために、または他人を害することを意図して、

１．収集、蓄積、改変、転送、閲覧または呼び出しのための準備、消去または利用

２．呼び出し、閲覧、入手、または誤った事実による欺罔行為（Vortäuschung falscher Tatsachen）によって、自己または他人に転送させる行為に出た者には、２年以下の自由刑または罰金刑が科される。

これらの行為の未遂（Versuch）も可罰的である。

35条２項　当該行為が他の刑罰規定に触れない限りにおいて、１項の規定が適用される。

このように、ザールラント州データ保護法では、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州とは異なり、技術的・組織的措置の懈怠は過料・刑罰の対象とはなっておらず、個人データの収集や利用等の行為が客観的要件となっている。以上の条文を前提として、本款では、UDS が発表する活動報告書から、過料に関する実務について検討する。なお、ザール

ラント州では２年間で１つの報告書が提出されており、2009年・2010年までは公的機関については州データ保護監察官が、民間部門については監督官庁が各自で報告書を作成している。そして、2011年からUDSが公的機関と民間部門の両方を所管することになったので2011年・2012年からは報告書が一本化されている。

USDが設立され、データ保護法違反に対して過料決定を下せるようになったのは2011年６月以降であるが、どのような事例に過料が科され得るのか（あるいは科され得ないのか）を検討するために、2011年以前の報告書についても取り上げることとする。

まず、非公的機関についての2003年・2004年の報告書には、次のような過料の事例がある[38]。

ある銀行の従業員は、どの範囲で個人データを貸主（Vermieter）に提供してもよいのかという本人の意思決定（Entscheidung）を待つことなく、借主である複数の当事者のデータをSchufaに照会したところ、Schufaは私人に対していかなる情報も提供しないので、たとえ銀行員であっても個人データの提供を受けることはできなかった。

Schufaの正式名称は、“Schutzgemeinschaft fuer allgemeine Kreditsicherung（貸主保護団体）”であり、ドイツ在住者と企業の経済力や信用について査定を行い、この査定結果であるSchufa-Auskunftを家主や銀行などの貸し主に販売する事で利益を得る団体である。

そこで銀行員は、借主である当事者自身を促して、Schufaへの照会をさせることによって当事者の個人データを得た。銀行員は、当事者本人がこの手続に同意しており、Schufaへの照会が合法であると主張していた。しかし、当事者本人にSchufa-Auskunftについて告知せずに照会を行わせたということから、本人の同意は法律上有効なものではないとされた。

本人の有効な同意を得ずにSchufaにデータ照会をさせてそのデータを得るという銀行員の行為は、連邦データ保護法43条２項４号における

[38] Tätigkeitsberichte der Aufsichtsbehörde für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Datenschutz des Saarlandes 2. Tätigkeitsbericht 2003/04 URL: http://www.lfdi.saarland.de/images/stories/pdf/Berichte/tbnoe_2.pdf, S.47~48.

不正な申告による個人データの受け取りという客観的要件を満たしているとして、当該銀行の従業員には過料決定が下された[39]。

この事件では、被害者は複数である。さらに、銀行員の行為は“Täuschungshandlung（詐欺的行為）”であると表現されていることから、銀行員が故意により、そして当事者本人を欺罔するような形でデータを収集したということに過料決定の根拠があると考えられる。

2015年４月に発表された2013年・2014年のUDSの報告書では、次の過料の事例が紹介されている[40]。

（１）ビデオ監視について

2013年４月、ピザチェーン店において従業員に対するビデオ監視が行われていているとの匿名の請願がUDSになされた。連邦データ保護法38条１項に基づき、この店の監督が行われたところ、従業員が360個のネットワークカメラによって監視されていたことが判明した。店長は、当該カメラはネットワークから離されており、それゆえカメラに捉えられる可能性はないことを主張していたが、調査の結果、このカメラが引き続き使用可能な状態であり、実際に利用されていることが判明した。この事例では、店長は事実に反する申し立てを自覚的に行っていたことから、UDSによる過料決定が下された。

（２）自治体に対する市民の苦情について

一人の市民が自治体のプールの水質についてＥメールで苦情を申し立てた。返事のメールには市長の署名がなされていて、実行された水質調査に対する市民の苦情は退けられた。そして、追伸には「二度と私たち（自治体）を煩わせないでください」と記載されてあった。この返事について、市民はザールラント放送局に相談を持ち掛け、ラジオで報道が行われた。ラジオ放送の内容は、地方自治体のプールの水質に関することと、市長が市民に対して向けた追伸の言葉遣いに関することであり、

[39] 2. Tätigkeitsbericht 2003/04, a,a,O, S.48.

[40] 25 Tätigkeitsberichte, Unabhängiges Datenschutzzentrum Saarland 2013/2014, S 101～104. ULR: https://datenschutz.saarland.de/fileadmin/tberichte/25_Taetigkeitsbericht_2013-2014.pdf.

市民も言葉を発したが、匿名のままであった。

報道を受けた市長は、自治体の広報の雑誌の中で態度表明をするとともに、苦情を述べる市民のＥメールの全文と実名を公開し、市民に対する非難の姿勢を明らかにした。UDS は市長の行動について、周知のものとなっていない個人データを無権限に伝送するものであり、ザールラント州データ保護法36条１項に違反するとして、過料決定を下している。

事例（１）では行為者が意図的に虚偽の申し立てを UDS に対して行ったことが、事例（２）では行為者が周知のものとなっていない個人データを故意で公開したことが注目される。ULD のみならず、UDS も悪質な秩序違反行為に限って過料を科しているように思われる。

### 第３項　過料に対する監督機関の姿勢

第２項では、個人データ保護のための特別な委員会を有しているシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州とザールラント州の実務について検討した。これら２つの州では、データ保護法の違反に対して過料・刑罰が科される例は稀であったが、この傾向はドイツ全土にもいえることである。データ保護法の違反につき、2008年に初めて高額の過料が科された代表的なケースが２つある。その一つは、ビデオ監視を行った Tönnies という食肉加工企業に対してノルトライン＝ヴェストファーレン州のデータ保護監察官が80000ユーロの過料を科したというものである。問題となった企業は、社内の更衣用個室や食堂など、合計200以上のカメラを設置して従業員を監視していた。衛生上の必要から、食肉生産室にはカメラを設置することが認められていたものの、それ以外の場所に対するカメラ設置がデータ保護法違反として問題となったのである。Tönnies 社は州データ保護監察官による過料決定を受け入れ、食肉生産室以外のカメラを撤去した[41]。

もう一つは、食料品のディスカウントショップチェーンの Lidl が盗

[41] Focus-Online v.15.09.2008; http://www.focus.de/politik/deutschland/datenschutz-toennies-muss-wegen-videoueberwachung-bussgeld-zahlen-_aid_333478.html.

撮によって従業員を監視していたことにつき、バーデン＝ヴュルテンブルク州のデータ保護監督官庁が150万ユーロの過料を科したという事例である。Lidl が管理していた35の販売会社が調査の対象となり、ドイツの複数の州の監督官庁が携わったが、Lidl の本拠地がネッカーズルムであることから、バーデン＝ヴュルテンブルク州が所管することとなった。Lidl 社は219の支店にカメラを設置しており、複数の労働組合員が企業による広範囲な監視について明らかにした後、Lidl 社は監督官庁による過料決定を受諾している[42]。

この２つの事例では企業に高額の過料が科されているが、これまでの監督官庁の業務の中で、過料を科すことはあまり行われていなかった。2005年９月から2006年８月までの間、ドイツ共和国全体で下された過料決定は44件であり、2008年にベルリン州のデータ保護監察官が下した過料決定は３件である[43]。

データ保護法における秩序違反の訴追につき、監督官庁がこれまで制限的であったのはなぜかということが問題となる。違反の数は毎年増加傾向にあるので、データ保護法が完全に遵守されているから過料決定の数が少ないと解することはできず、監督官庁の人員が定員を満たしていないことが、過料手続が実行される件数の少ない理由の一つであるとする見解がある[44]。データ保護法の秩序違反を訴追するには、人的資源が求められるからである。過料を科すのは最後の手段（ultimaratio-Mittel）とされており、データ保護法38条５項による監督官庁の権限に基づいて、データ保護法違反が取り除かれた可能性が見いだせない場合、監督官庁は過料を科すことが可能である。しかし、監督官庁の人員が不足していること、不十分な管理権限、そして企業に対して過料を科すことに慎重な態度により、個人データが危険に晒され得ることが指摘されている[45]。

監督官庁による実務の実態に加えて、2009年のデータ保護法改正後も

---

[42] Welt-Online vom11.09.2008; http://www.welt.de/wirtschaft/article2428529/Spitzelaffaere-kostet-Lidl-1-5-Millionen-Euro.html.

[43] Holländer, a,a,O, S.215.

[44] Holländer, a,a,O, S.215.

[45] Holländer, a,a,O, S.215.

依然として処罰の間隙がある[46]。第１節で述べた通り、データ保護法９条は、個人データを収集･処理･利用する公的･民間機関に対して、データ保護のために必要な技術的かつ組織的な措置を講ずる義務を定めている。しかし、2009年の法改正後も、企業等の機関がこの義務に違反する行為は処罰の対象となっていない。過料の対象となる行為が法律で定められていることは、一般予防と特別予防の両方の効果を有する[47]。しかし、秩序違反法における起訴便宜主義（Opportunitätsprinzip）に依拠すれば、すべての違反に対して過料が科されることはなく、過料規定の予防効果の程度は、監督官庁が違反を訴追するのか否か、そしてどの程度訴追の対象とするのかということに依存するので、監督官庁は過料を科すことを回避するのではなく、過料を法益保護の手段とみなすべきであることが指摘されている[48]。

ドイツではデータ保護法違反に対して過料が科されるケースが少なく、刑罰規定は過料規定よりも対象となる行為が限定されているので、刑罰が科されるケースは更に希少なのが現状である。実際に過料や刑罰が下されることが少ない根拠として、人員が不十分であることを指摘する前述の見解があり、監督業務におけるそのような困難さは否定できないだろう。それに加えて、監督官庁が過料を科すことに慎重な態度を採っていることも確かである。過料が科されるのはデータ保護法違反による被害が広範囲であったり、再三の異議を無視したりといった悪質なケースが多く、刑罰はその対象とする範囲の狭さも手伝って、刑罰が科された事例はほとんど見られない。その一方で、前述の報告書にも記載されていたように、多くの企業は監督機関の指導・助言に対して受容的であり、監督業務に対しても協力的である。全体的な傾向として、監督官庁の指示等に従わない悪質なケースが過料の対象となっていることに鑑みれば、過料や刑罰の規定が存在することと、監督機関による業務の２つが協同することが、データ保護法違反についての一定程度の抑止力になっていると考えられる。

---

[46] Holländer, a,a,O, S.221.

[47] Holländer, a,a,O, S.222.

[48] Holländer, a,a,O, S.222.

## 第４節　小括

本章では、ドイツのデータ保護法におけるデータの不正な取り扱いに対する過料と刑罰の成立要件および、データ保護のための監督による実務の実態について検討してきた。

ドイツのデータ保護法制において、情報の不正な取り扱いに対する抑止力となり得るのは、監督機関による監督業務と、違反に対する過料・刑罰規定である。ドイツ連邦データ保護法と州のデータ保護法では、単純な手続違反と共に個人データの不正収集・提供などの行為に対して過料が予定されており、刑罰の適用される範囲は図利または加害目的等によってデータの不正収集等を行った場合に限定される。

いわゆる情報窃盗や第三者提供などの、日本においても頻発している行為態様は連邦データ保護法43条２項各号によって規定されており、イギリス1998年データ保護法55条と、フランス刑法における諸規定（刑法226－22条を除く）とは異なり、故意のみならず過失による行為も対象となっている。ドイツ刑法学では、過失は「認識ある過失と」「認識なき過失」の両方を含むので、単純な不注意による情報漏洩も過料の対象としてカヴァーされる。そのような過失による情報漏洩や第三者提供によっても甚大な被害の発生する場合があることから、過失行為も対象とすることには意義がある。

ドイツでは、民間機関による情報処理に対する規制が各州に任されており、各州のデータ保護法の中には、過料規定が存在せず刑罰規定のみが設けられている州や、未遂も刑罰の対象となっている州がある。ドイツは連邦国家であるので、州によって過料規定や刑罰規定に差異があることにも一定の合理性があるだろう。しかし、そのような社会実体のない日本では、刑罰や過料の規定を含んだ個人情報保護法制は統一的なものであるべきだろう。また、EU データ指令を受けて、一般的な個人データとは区別された「特別な種類の個人データ」という概念を導入している点は、イギリスデータ保護法とフランス1978年法と共通している。「特別な種類の個人データ」には、人種的出自・宗教的信条・健康状態などといった情報が含まれる。ドイツ連邦データ保護法においても、イギリス・フランスと同様に「特別な種類の個人データ」の取り扱いのための

個別の条件を設けており、一般的な個人データのそれに比して条件が多く、内容も具体的なものになっている。しかし、一般的な個人データとは区別されるものとして規定されているにもかかわらず、特別な種類の個人データを不正取得する等の行為について個別の過料・刑罰規定が設けられていないという点についてはイギリスデータ保護法と同様である。イギリスと同様、ドイツ連邦データ保護法も「センシティブな個人データ」という概念をEU指令からそのまま導入しており、個別の規定を設ける必要性までは検討していなかったのではないだろうか。データの取り扱いの段階で厳密な条件を設けるという事前規制によって十分な保護が図られると解したものと思われる。

第３節で述べたとおり、ドイツにおいては過料の科される事例が希少である。その根拠について、監督官庁の人員が不十分であることによって監督業務が満足に行われていないとする指摘もあるが、多くの企業が監督機関の実務に対して協力的であるという州の独立委員会の報告もなされている。特に企業にとっては、過料や刑罰を科されることは社会からの信用を損なうことにつながりかねないので、監督機関による指導・助言に従う場合が多いのだと思われる。その結果、過料が科されるのは、データ保護法違反による被害が広範囲であったり、再三の違反が行われたりするような悪質なケースに限られている。刑罰にいたっては、ほとんど実例を見ない。

このように、過料・刑罰が科される事例が希少であるということになれば、過料・刑罰規定の存在意義と、将来的に刑罰規定を創設することについて疑問が呈される余地もあるだろう。しかし、過料・刑罰規定の存在には一般予防・特別予防の効果が認められるはずである。ドイツにおいても、イギリス・フランスと同様に、独立の第三者機関による取り締まりと監督に加えて、情報窃盗などの行為を直接的に処罰する規定の存在することにより、悪質な違反行為が一定程度抑制されているといえるのではないだろうか。過料・刑罰の濫用の危険については、ドイツ各州の監督機関が慎重に過料・刑罰の実務を行うことによる予防が効果的に行われている。また、企業等は社会的信用を損なうことを危惧して、過料・刑罰の対象となり得る行為を控えることが考えられるが、一般人は必ずしもそうではないと考えられる。やはり、情報窃盗や無権限によ

る第三者提供などの行為を予防するためには刑罰規定が必要とされる場合もあるだろう。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日授与）「個人情報の刑法的保護の可能性と限界について」に加筆・修正したものである。

研究ノート

# 成年被後見人等の自己決定権

―― 韓国の制度を中心に ――

高　　影娥

目　次

Ⅰ．韓国の成年後見制度の概観
Ⅱ．成年後見制度施行現況
Ⅲ．成年被後見人等の自己決定権をめぐる問題
　１．特定後見
　２．成年被後見人の福利と意思尊重
　３．成年後見人の医療同意権
　４．国連障がい者権利条約と関係
　５．成年被後見人等の自己決定権尊重のための立法の動向
Ⅳ．検討
　１．成年後見制度と自己決定権
　２．医療行為における成年後見人の後見事務

## Ⅰ．韓国の成年後見制度の概観[1]

韓国では、2011年３月７日の民法改正で成年後見制度が導入され、2013年７

[1] 韓国の成年後見制度に関する文献としては、金祥洙「成年後見に関する民法改正案について（上）・（下）」国際商事法務37巻12号（2009年）1710頁・38巻１号（2010年）128頁、金祥洙「成年後見に関する民法改正法（上）・（下）」国際商事法務39巻５号（2011年）754頁・39巻６号（2011年）906頁、金亮完「韓国における成年年齢の引下げ・成年後見制度導入に関する民法改正案」戸籍時

月１日から施行されている。既存の禁治産者制度から成年後見制度に変えたのは、既存の禁治産者制度は本人から行為能力を包括的かつ全面的に剥奪するので、本人の自己決定権を侵害し、本人の保護にも不十分であったからである。さらに、既存の禁治産者制度は、韓国が2008年12月に批准した障がい者[2]権利条約にも違反するという理由から、新しい制度の導入の必要性が高まった。こうして導入された韓国の成年後見制度は、成年後見・限定後見・特定後見の法定後見と任意後見である後見契約で構成されている。成年後見は「疾病、障がい、老齢、その他の事由による精神的制約で事務を処理する能力が持続的に欠如する人に対して」、限定後見は「疾病、障がい、老齢、その他の事由による精神的制約で事務を処理する能力が不足している人に対して」、特定後見は「疾病、障がい、老齢、その他の事由による精神的制約で一時的後援[3]または特定事務に関する後援が必要な人に対して」、家庭法院が審判で決定する。本人の自己決定権を尊重して彼等の残存能力を最大限活用するという特定後見は、必要性（必要な限度内でのみに開始）・補充性（本人の意思を優先）・普遍性（原則的に誰にでも意思決定能力があると推定）という成年後見制度の基本原理が最も生かされている制度である[4]。

---

報656号（2010年）17頁、金亮完「成年後見の導入・成年年齢の引下げに関する韓国民法改正案成立（上）・（下）」戸籍時報667号（2011年）２頁・668号（2011年）10頁、朴仁煥「韓国新成年後見制度の構造と特徴（１）・（２）」民事研修680号（2013年）２頁・681号（2014年）30頁、朴仁煥「韓国の新成年後見制度の成立と課題」東洋文化研究14号（2012年）147頁、朴仁煥「韓国の新成年後見制度の成立と課題」公証167号（2012年）５頁、朴仁煥「韓国の新成年後見制度の特色と問題点」比較法研究75号（2013年）140頁、朴仁煥「国連障害者権利条約と韓国新成年後見制度の課題」実践成年後見47号（2013年）96頁、李聲杓「韓国における民法改正案の現状と問題点」総合政策論集10巻１号（2011年）55頁、鄭英模「国成年後見法の概要（世界の成年後見１）実践成年後見39号（2011年）146頁、崔栄繁「韓国の成年後見制度と国連審査」実践成年後見55号（2015年）50頁等がある。

[2] 韓国では、「障害者」という用語に「害」をもたらす者であるかのような否定的ニュアンスがあるということから、「障碍人」という用語に変えた。

[3] 尹眞秀・玄昭惠、『2013年改正民法解説』、（韓国）法務部、2013.6.30、17～23頁参照。

[4] 用語の整理については民法改正過程において、「後見」は未成年に対してのみ

このように、本人の自己決定権を最大限尊重しようとする特定後見以外に、もう一つの韓国の成年後見制度の特徴は成年後見人の医療同意権である。世界的な高齢化の趨勢により、各国の成年後見制度は身上保護を重視する傾向になりつつある。その中でも特に問題になっているのが、成年後見人の医療同意権である。韓国民法は「成年被後見人[5]の身体を侵害する医療行為に対して、成年被後見人が同意できない場合には、成年後見人が本人に代わって同意することができる」(947条の２第３項) という明文の規定を設けることで、成年後見人の医療同意権を積極的に認めている。

**※成年後見制度施行前の禁治産者・限定治産者の受付件数[6]**

| | 2010年 | 2011年 | 2012年 | 2013年（－６月） |
|---|---|---|---|---|
| 禁治産者・限定治産者受付件数 | 1,024 | 1,290 | 1,342 | 615 |

使用して成年に対しては「後援」を使用しようという方案、後見－限定後見－後援に区分する方案、後見－限定後見－一時（的）/特定（事案）後見、全面的後見－限定的後見－一時的/特定（事案）後見に区分する方案等が議論されたが、改正後の混乱を防止して一般国民に馴染む用語を使用するために、「成年後見－限定後見－特定後見」が選定され、「後援」という用語は特定後見の要件の条文に入れられることになった（法務部民法改正資料発刊チーム『2013年改正民法資料集』法務部（2012年）144～145頁・155～158頁・161頁・181頁・208～209頁・225頁・247～248頁)。

[5] 韓国では「被成年後見人」としている。これに関しては、「『未成年被後見人』と『成年被後見人』の場合はその意味上各々『未成年の被後見人』と『成年の被後見人』の意味とすることができるので『被』を中間に入れるのが容認されるが、『限定被後見人』の場合には限定後見を受ける人という意味なので、『被』の位置は単語の一番最初に来るべきであり、これは特定後見の場合にも同様である」という理由から、一括して「被」を一番最初の位置にして「被成年後見人・被限定後見人・被特定後見人」と命名することになった（法務部民法改正資料発刊チーム『2013年改正民法資料集』法務部（2012年）228頁・238頁・244頁)。本稿では、本文では「成年被後見人」とし、条文の場合は「被成年後見人」とする。

[6] 大法院情報公開請求資料。

## Ⅱ．成年後見制度施行現況

**※成年後見制度施行後の成年後見・限定後見・特定後見の受付・認容件数**[7]

| | 成年後見 | | 限定後見 | | 特定後見 | | 合計 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 受付 | 棄却 | 受付 | 棄却 | 受付 | 棄却 | 受付 | 棄却 |
| 2013年７月 | 125 | | 25 | | 10 | | 160 | |
| 2013年８月 | 147 | | 15 | | 2 | | 164 | |
| 2013年９月 | 90 | | 22 | | 2 | | 114 | |
| 2013年10月 | 131 | | 19 | 1 | 4 | | 154 | 1 |
| 2013年11月 | 108 | 1 | 18 | | 27 | | 153 | 1 |
| 2013年12月 | 125 | | 18 | | 5 | | 148 | |
| 2014年１月 | 139 | 2 | 15 | | 11 | | 165 | 2 |
| 2014年２月 | 155 | 3 | 12 | | 14 | | 181 | 3 |
| 2014年３月 | 147 | 1 | 22 | | 13 | | 182 | 1 |
| 2014年４月 | 151 | 3 | 24 | | 21 | | 196 | 3 |
| 2014年５月 | 155 | 8 | 23 | 2 | 22 | | 200 | 10 |
| 2014年６月 | 163 | | 19 | 1 | 47 | | 229 | 1 |
| 2014年７月 | 198 | 1 | 23 | 1 | 34 | | 255 | 2 |
| 2014年８月 | 167 | 12 | 13 | 3 | 28 | 1 | 208 | 16 |
| 2014年９月 | 168 | 3 | 29 | 1 | 27 | | 224 | 4 |
| 2014年10月 | 195 | 3 | 27 | 1 | 11 | | 233 | 4 |
| 2014年11月 | 179 | 9 | 16 | | 62 | 1 | 257 | 10 |
| 2014年12月 | 189 | 9 | 16 | 3 | 65 | 2 | 270 | 14 |
| 2015年１月 | 237 | 4 | 18 | | 26 | 1 | 281 | 5 |
| 2015年２月 | 156 | 7 | 18 | 1 | 3 | | 177 | 8 |
| 2015年３月 | 246 | 1 | 8 | | 3 | 1 | 257 | 2 |
| 2015年４月 | 259 | 7 | 21 | 2 | 11 | | 291 | 9 |
| 2015年５月 | 223 | 6 | 17 | 1 | 19 | | 259 | 7 |
| 2015年６月 | 253 | 6 | 21 | 3 | 27 | | 301 | 9 |

**※成年後見人現況**[8]

| | 親族 | 専門家 | その他（市民、法人） | 合計 |
|---|---|---|---|---|
| 2013年（７月～12月） | 499（89%） | 27（5%） | 34（ 6%） | 560 |
| 2014年 | 1302（83%） | 55（4%） | 212（14%） | 1792 |
| 2015年（１月～５月） | 245（90%） | 4（1%） | 22（ 8%） | 271 |
| 合計 | 2046（85%） | 86（4%） | 268（11%） | 2623 |

[7] 大法院情報公開請求資料。

[8] シン・ナリ「知的障がい人等成年後見制度施行２年」東亜日報（2015.7.1）。

成年後見制度試行前の禁治産者・限定治産者の受付件数は１か月に約100件であったが、成年後見制度施行後が導入されてからは成年後見・限定後見・特定後見の受付件数は徐々に増加し、2015年６月には300件を越えている。ところが利用者が十分に多いとはいえないが、今後の制度利用が増えることが期待される。また、成年後見人は親族が多数を占めていることから、被後見人の財産管理権や法律行為に関する代理権を利用して、事実上の贈与や財産を横領する方便として悪用される場合も少なくない。しかし、成年後見人の事務の監督は、実際には家庭法院の調査官１名が後見人400人余りを担当しているため、後見人の監督が十分に行われていない。特に、親族間の財産犯罪を処罰しないという親族相盗例が悪用されていることに対しては、後見人が親族である場合は親族相盗例の適用を排除することや親族相盗例を廃止して、背任または横領の罪に問うべきであるとの主張も提起されている。

## Ⅲ．成年被後見人等の自己決定権をめぐる問題

韓国の成年後見制度の特徴である特定後見と後見人の医療同意権は、特に本人の自己決定権と深く関わっている。

### １．特定後見

特定後見は、フランス民法上の司法的保護制度（sauvegarde de justice）またはイギリス精神能力法上の特定命令制度をモデルとするもので、「疾病、障がい、老齢、その他の事由による精神的制約で一時的後援または特定事務に関する後援が必要な人に対して」、「期間または事務の範囲」を定めて審判する制度である。つまり、不動産の売買や遺言のように一回的な利用、あるいは、成年後見・限定後見の開示原因に該当する事由が存在するが、経済的な理由などで、成年後見・限定後見の利用が難しい場合[9]や、本人と家族が持続的・包括的な後見制度の利用を望まない場合に、特定後見制度を利用することができる[10]。

[9] 尹眞秀・前掲注（３）47～54頁参照。

[10] 大法院の成年後見制度施行一周年報道資料（2014.6.30）では、知的障碍２等級で事務処理能力が不足している40代の人に対して、地方自治団体の長が高齢

韓国の成年後見制度は、既存の禁治産・限定治産制度との連続性および法院の審理負担等を考慮して多元的構成とされているが、各類型の後見が開始された場合でも、その効果が法定されておらず、事案によって多様に変化するので、本質は一元的構成と類似し[11]、成年後見・限定後見・特定後見は、開始原因に必ずしも段階的な差異が存在するものではない[12]。一回的・特定的救済手段である特定後見制度を導入することで、成年後見制度の理念である必要性の原則と補充性の原則を充実に実現することができるし[13]、成年後見を強化された限定後見[14]として捉えると、弾力的かつ効率的な利用が可能である。すなわち、成年後見の請求がなされ、審理結果が「事務処理能力は持続的に欠如してはいない」が「不足」しているとされる場合には、請求を棄却するよりは限定後見開始の審判をすることができ、その逆も可能と解釈されている[15]。しかし、特定後見の場合には、別の後見審判をすることはできない[16]。韓国民法の条文をみると、成年後見と限定後見の審判については、「本人の意思を考慮すべきである」[17]とされているが、特定後見の審判については、「本人の意思に反してはできない」[18]と規定しており、特定後見に関しては、より本人の意思を重要視していることが分かる。

### ２．成年被後見人の福利と意思尊重

韓国民法は、成年後見人が成年被後見人の財産管理と身上監護をするときに、「本人の福利に合致する方法で」事務を処理して、「成年被後見人の福利に反し

---

の母親に代わって後見人の選任を請求しながら、国民基礎生活保障受給者なので、期間を限定した無報酬の後見人を希望した事例が挙げられている。

[11] 尹眞秀・前掲注（３）23頁。

[12] 尹眞秀・前掲注（３）48頁。

[13] 諸哲雄「成年後見制度の改正方向」民事法学第42号（2008年）113頁以下参照。

[14] 金炯錫「民法改正案による成年後見法制」家族法研究第24巻２号123頁、尹眞秀・前掲注（３）40～41頁。

[15] 尹眞秀・前掲注（３）30～31頁、李璡基「改正民法規定からみた成年後見制度の立法的検討と批判」家族法研究第26巻２号102頁。

[16] 李璡基・前掲注（15）102頁。

[17] 韓国民法９条２項・12条２項。

[18] 韓国民法14条の２第２項。

ない」範囲で「成年被後見人の意思を尊重すべき」であると規定している[19]。可能な限り、本人の自己決定権を尊重しながらも、本人の「福利」を優先させている。事務処理能力が欠如している成年被後見人が自己の福利に反する決定をすると、むしろ本人の保護にならないからである。成年被後見人の身上決定等においても、「本人の状態が許す範囲」では単独で決定できるが、成年被後見人の身体を侵害する医療行為に対して本人が同意できない場合には、成年後見人が代わりに同意することができると明文で規定している。また、家庭法院の許可を得れば、成年後見人は成年被後見人の居住に関して、本人を代理することができる[20]。つまり、成年被後見人の身上に関して、本人が決定できる状態であれば本人の決定を尊重するが、本人の福利のためには成年後見人が代わりに意思決定することを認めており、さらに、家庭法院の許可という制限を設けている。これに関しては、家庭法院に広い裁量を許容しており、法院を信頼し過ぎる（現在の法院組織と規模で成年後見制度を支えられるのかに関する懸念）

---

[19] 韓国民法947条

[20] 947条【被成年後見人の福利と意思尊重】

成年後見人は、被成年後見人の財産管理と身上保護をするとき、諸般の事情を考慮して、彼の福利に符合する方法で事務を処理しなければならない。この場合、成年後見人は被成年後見人の福利に反しなければ、被成年後見人の意思を尊重すべきである。

947条の２【被成年後見人の身上決定等】

①被成年後見人は、自分の身上に関して、彼の状態が許す範囲で、単独で決定する。

②成年後見人が被成年後見人を治療などの目的で、精神病院やその他、他の場所で隔離しようとする場合には、家庭法院の許可を得なければならない。

③被成年後見人の身体を侵害する医療行為に対する、被成年後見人が同意できない場合には、成年後見人が彼に代わって同意することができる。

④第３項の場合、被成年後見人が医療行為の直接的な結果として死亡するか、相当な障碍を被る危険があるときは、家庭法院の許可を得なければならない。ただし、許可手続で医療行為が遅滞されて被成年後見人の生命に危険を招くか、心身上の重大な障碍を招くときは、事後に許可を請求することができる。

⑤成年後見人が被成年後見人を代理して、被成年後見人が居住している建物、またはその敷地に対して、売却、賃貸、傳貰権設定、抵当権設定、賃貸借の解止、傳貰権の消滅、その他に、これに準ずる行為をする場合には、家庭法院の許可を得なければならない。

という指摘もある[21]。

### ３．成年後見人の医療同意権

韓国民法は成年後見人が成年被後見人に代わって本人の医療行為に対して同意することができると規定しているが、どこまで認められるのか。

（１）医療行為

韓国医療法２条１項[22]と12条１項[23]によれば、医療行為とは、「保健福祉部長官の免許を取った医師・歯科医師・漢医師・助産師及び看護師が為す医療・助産・看護等医療技術の施行」である[24]。また、判例は医療行為の定義に対して、「医学的専門知識を基礎とする経験と技能で診療、検眼、処方、投薬、または、外科的施術を施行してする疾病の予防または治療行為及びその他に医療人が行わないと保健衛生上危害が生じる恐れがある行為」としており、具体的事案に応じてある行為が医療行為に含まれるかについて個別的に判断している[25]。

---

[21] 李璡基、前掲論文、107～108頁。

[22] 韓国医療法２条【医療人】①この法で『医療人』とは「保健福祉部長官の免許を取った医師・歯科医師・漢医師・助産師及び看護師」をいう。

[23] 韓国医療法12条【医療技術に対する保護】①医療人が為す医療・助産・看護等医療技術の施行（以下『医療行為』という）に対しては、この法や他の法令に別途に規定された場合以外には、誰でも干渉することができない。

[24] Lee・Do－Kook「医療行為における成年後見」（漢陽大学校）法学論叢第31輯第１号（2014年）504～508頁。

[25]「医療行為というのは、医学的専門知識を基礎とする経験と技能で診療、検眼、処方、投薬、または、外科的施術を施行してする疾病の予防または治療行為及びその他に医療人が行わないと保健衛生上危害が生じる恐れがある行為を意味する」（大法院2004.10.28. 宣告2004ド3405判決）；「医療法令には医師、漢医師等の免許された医療故意の内容を定義したり区分基準を提示した規定がないので、医師や漢医師の具体的医療行為が「免許されたもの以外の医療行為」に該当するかの可否は、具体的事案に応じて二元的医療体系の立法目的、当該医療行為に関連した法令の規定及び趣旨、当該医療行為の基礎となる学問的原理、当該医療行為の経緯・目的・態様、医科大学及び漢医科大学の教育課程や国家試験等を通じて当該医療行為の専門性を確保することができるかの可否等を総合的に考慮して、社会通念に照らして合理的に判断しなければならない」（大法院2014.2.13. 宣告2010ド10352判決）。

（2）医療契約

判例によると、「患者が医師または医療機関（以下「医療人」という）に診療を依頼して医療人がその要請に応じて治療行為を開始する場合」に、医療人と患者の間には医療契約が成立する[26]。一般的に医療契約は諾成・不要式・双務・有償契約であるが、成年被後見人に対する医療契約は、成年被後見人の生命・身体・健康等の身上監護の側面と、医療行為に対する成年被後見人の治療費支給などの財産上の側面がある。

医療契約の締結に関しては、「成年被後見人の法律行為は取り消すことができる」とする韓国民法10条[27]との関係が問題となる。医療契約も基本的には取消しのできる法律行為であるが、当該医療行為が家庭法院が定めた「取り消すことのできない成年被後見人の法律行為の範囲」か「日用品の購入など日常生活に必要かつその対価が過度でない法律行為」であれば、成年被後見人は自ら有効な契約を締結することができる。例えば、軽い風邪の症状で風邪薬を購入したり、漢医院で鍼術行為を受ける等の行為は、身上監護の側面からしても、成年被後見人の残存能力が十分であればできるし、財産的側面からしても、当該医療行為に対する報酬はそれほど大きくないので、成年被後見人単独でも十分に可能と思われる。問題は重大な医療的侵襲がある場合である。身上監護の側面からしても成年被後見人の生命・身体・健康等に及ぼす影響が多きく、財産的側面からしてもその報酬は多額になる。このような医療契約は取消すことができるものと解釈されている[28]。

（3）医療行為における同意

---

[26] 大法院2009.5.21. 宣告2009ダ17417判決。

[27] 韓国民法10条【被成年後見人の行為と取消】

①被成年後見人の法律行為は取り消すことができる。

②第１項にも関わらず、家庭法院は取り消すことのできない被成年後見人の法律行為の範囲を定めることができる。

③家庭法院は、本人、配偶者、４親等以内の親族、成年後見人、成年後見監督人、検事または地方自治団体の長の請求により、第２項の範囲を変更することができる。

④第１項にも関わらず、日用品の購入など日常生活に必要かつその対価が過度でない法律行為は成年後見人が取り消すことができない。

[28] Lee・Do－Kook、前掲注（24）511～513頁参照。

韓国民法947条の２第１項及び韓国保健医療基本法12条[29]は、成年被後見人の身上に関する決定や医療行為に対する自己決定権を保障している。しかし、成年被後見人に意思決定能力がない場合には、本人の代わりに医療行為に関する説明を聞いて同意権の行使を行う者が必要である。このような医療同権権を行使できるのは、医療行為の同意に関する代理権を授与された任意後見人、成年後見人（韓国民法947条の２）、限定後見人（韓国民法959条の６・947条の２準用）である。特定後見人に対しては、韓国民法947条の２が準用されていないが、これに関しては立法過誤という見解[30]と特定後見においては特定後見人に身上に関する決定権限を付与できないと解釈する見解[31]がある。後見監督人に対しては、「被後見人の身上や財産に対して急迫な事情がある場合、本人の保護のために必要な行為または処分をすることができる」（韓国民法940条の６・959条の５第２項・959条の10第２項・959条の16第２項）と規定しているので、緊急な事情の下で例外的に後見監督人が医療同権を行使する場合もありうるという見解[32]と事情が急迫な場合には応急医療行為同意に関して別途の規定[33]が

[29] 韓国保健医療基本法【保健医療サービスに関する自己決定権】すべての国民は保健医療人から自分の疾病に対する治療方法、医学的研究対象可否、臓器移植可否等に関して、十分な説明を聞いた後、これに関する同意可否を決定する権利を持つ。

[30] 玄昭惠「医療行為同意権者の決定－成年後見制施行に備えて－」弘益法学第13巻第２号（2012年）193頁。

[31] 朴仁煥「新しい成年後見制度における身上保護」家族法研究第25巻２号（2011年）181頁。

[32] 諸哲雄「要保護成人の人権尊重の観点からみた新しい成年後見制度」民事法学第56号（2011年）316～317頁。

[33] 韓国応急医療に関する法律９条【応急医療の説明・同意】

①応急医療従事者は、次の各号のいずれかに該当する場合を除けは、応急患者に応急医療に関して説明して、その同意を得なければならない。

１．応急患者に意思決定能力がない場合

２．説明及び同意手続によって応急医療が遅滞すると、患者の生命が危険になるか心身上の重大な障碍をもたらす場合

②応急医療従事者は、応急患者が意思決定能力がない場合、法定代理人が同行したときは、その法定代理人に応急医療に関して説明して、その同意を得なければならず、法定代理人が同行しなかった場合には、同行した人に説明した

あるので、敢えて後見監督人による医療同意権の規定を置く必要はないという見解[34]がある。

### ４．国連障がい者権利条約と関係

韓国に成年後見制度が導入された背景の一つは、国連障がい者権利条約に加入・批准したことである。しかし、昨年の第１次国連障がい者権利委員会の審議では、以下のような勧告がなされた[35]。

> 21. 委員会は、2013年７月から施行された新しい成年後見人制度が、後見人に、「疾病、障がい、または、高齢による心理的制限によって持続的に事務を管理する能力がないとみなされる者」の財産及び個人的問題に対して、意思決定をすることを許容していることに対して、懸念を示す。委員会は、一般論評１号に詳細に記述された通り、同制度が障がい者権利条約[36]12条[37]に反して、支援付き意思決定ではなく代替的意思決定を継続す

---

後、応急措置をして、医師の医学的判断によって応急診療をすることができる。

③応急医療に関する説明・同意の内容及び手続に関して必要な事項は、保健福祉部令で定める。

[34] 玄昭惠、前掲論文、194～195頁。

[35]『第１次UN障碍人権利委員会韓国審議最終見解説明会資料集』（2014年）85頁以下。

[36] 障がい者（障碍人）権利条約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities）：2006年12月13日 第61次国連総会で採択。韓国は、2007年３月30日署名、2008年12月12日批准書寄託、2009年１月10日から発効（精神障がい者の保険加入を拒否する商法732条と衝突する条約25条ｅ項及び選択議定書は留保）。日本は、2007年９月28日署名、2014年１月20日批准書寄託、2014年２月19日から発効。

[37] 障がい者権利条約12条【法律の前にひとしく認められる権利】

①締約国は、障がい者が全ての場所において法律の前に人として認められる権利を有することを再確認する。

②締約国は、障がい者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める。

③締約国は、障がい者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置をとる。

④締約国は、法的能力の行使に関連する全ての措置において、濫用を防止するための適当かつ効果的な保障を国際人権法に従って定めることを確保する。

るものであることに注目する。

22. 委員会は、当事国が代替的意思決定から、医療的治療に対する告知された同意の提示と撤回に対する権利、司法接近権、投票権、結婚に対する権利、働く権利、居住地を選択する権利等に関するものを含めて、個人の自律性と意思、選好を尊重して条約12条と一般論評１号と完全に符合する助力意思決定に転換することを勧告する。また、委員会は、当事国が障がい者と障がい者を代表する団体と協議及び協力することを通じて、国家・地方・地域の次元で公務員と判事、社会福祉士を含むすべての主体を対象に、障がい者の法的権限と支援を受けた意思決定体系に関して教育を提供することを勧告する。

25. 委員会は、「精神保健法」の既存条項と同法の改正草案が、障がいを根拠にした自由の剥奪を許容するという事実に、懸念を示す。また、委員会は精神障がい者の自由かつ告知された同意なしになされた長期間の施設収容を含む施設収容の割合が大変高い点に対して、懸念を示す。

26. 委員会は、当事国が、精神・知的障がいを含めて障がいを根拠とした自由の剥奪を許容する既存の法律条項を撤廃して、あらゆる精神保健サービスを含む保険サービスが、当事者の自由かつ告知された同意を基に提供されるように保障する措置を採択することを勧告する。また、委員会は、法律が改正されるときまで、病院及び特殊施設で発生する障がい者に対するあらゆる自由剥奪を検討し、検討過程は控訴可能性を含むことを勧告する。

---

当該保障は、法的能力の行使に関連する措置が、障がい者の権利、意思及び選好を尊重すること、利益相反を生じさせず、及び不当な影響を及ぼさないこと、障がい者の状況に応じ、かつ、適合すること、可能な限り短い期間に適用されること並びに権限のある、独立の、かつ、公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを確保するものとする。当該保障は、当該措置が障がい者の権利及び利益に及ぼす影響の程度に応じたものとする。

⑤締約国は、この条の規定に従うことを条件として、障がい者が財産を所有し、又は相続し、自己の会計を管理し、及び銀行貸付け、抵当その他の形態の金融上の信用を利用する均等な機会を有することについての平等の権利を確保するための全ての適当かつ効果的な措置をとるものとし、障がい者がその財産を恣意的に奪われないことを確保する。

上記の勧告を含む第１次国連障がい者権利委員会の最終見解に対して、韓国政府は2019年１月11日までに履行状況を報告しなければならない。

### ５．成年被後見人等の自己決定権尊重のための立法の動向

成年後見制度が施行されてから２年が経過したが、選挙法や国家公務員法等300余の法律で既存の禁治産者を欠格者としている条項等がそのままであり、その整備が必要である。欠格条項については一括廃止を求める主張もあるが、今の段階では主に、「禁治産者」を「成年被後見人」の変えるような機械的改正だけがなされている。このような状況で、国連障がい者権利委員会からの勧告を受け、成年被後見人等の代替的意思決定から意思支援決定に変えることが議論され、成年被後見人等の権益をより保護するための幾つかの法律改正が進んでいる。

（１）韓国民事訴訟法

2016年２月３日に改正された韓国民事訴訟法では、訴訟追行過程での被後見人の権益を保護するために以下の制度的措置を設けている[38]。

①被後見人の権益侵害防止のための制度的装置

被後見人に訴訟能力がないと法定代理人である後見人が本人である被後見人のために訴訟を遂行することになるが、その過程で後見人が訴訟の相手方との共謀などで、被後見人の権益を侵害することを防止するために、後見人の訴訟行為に対して法院による制限的統制がされている[39]。

---

[38] 法務部報道資料（2015.7.14）。

[39] 韓国民事訴訟法56条【法定代理人の訴訟行為に関する特別規定】

①未成年後見人、代理権ある成年後見人、または、代理権ある限定後見人が相手方の訴または上訴提起に関して訴訟行為をする場合には、その後見監督人から特別な権限を受ける必要がない。

②第１項の法定代理人が、訴の取り下げ、和解、請求の放棄･認諾、または、第80条（独立当事者参加訴訟からの脱退）による脱退をするためには、後見監督人から特別な権限を受けなければならない。但し、後見監督人がいない場合には、家庭法院から特別な権限を受けなければならない。

③法院は、後見監督人がいない場合に、第２項の行為が本人の利益を明白に侵害すると認められるときは、決定でこれを許可しないことができる。この決定には不服することができない。

さらに、弁護士が不誠実に訴訟を遂行するときは、法院が訴訟当事者に代わって訴訟を遂行する特別代理人を職権で選任または解任できるようにし、選任申請権者を現行の訴訟相手方、親族・利害関係人、検事に加えて福祉団体地方自治団体の長等まで拡大した[40]。

②陳述補助制度の新設

実質的当事者平等原則を実現するために、訴訟能力はあるが法廷で陳述することが難しいか、訴訟代理人に訴訟を委任する経済的能力がない人のための訴訟支援策として、陳述補助制度[41]が導入された。

---

[40] 韓国民事訴訟法62条【制限能力者のための特別代理人】

①未成年者・被限定後見人、または、被成年後見人が当事者である場合、その親族・利害関係人（未成年者・被限定後見人、または、被成年後見人を相手として訴訟行為をしようとする人を含む）・代理権ない成年後見人・代理権ない限定後見人・地方自治団体の長、または、検事は次の各号の場合に、訴訟手続が遅延することで損害を被る恐れがあることを疎明して、受訴法院に特別代理人を選任するように申請することができる。

１．法定代理人がいないか、法定代理人に訴訟に関する代理権がない場合

２．法定代理人が事実上または法律上障碍で代理権を行使できない場合

３．法定代理人が不誠実であるか、未熟な代理権行使で訴訟手続の進行が著しく妨害される場合

②法院は、訴訟係属後必要であると認められる場合、職権で特別代理人を選任・改任するか、解任することができる。

③特別代理人は代理権ある後見人と同様な権限がある。特別代理人の代理権の範囲で、法定代理人の権限は停止される。

④特別代理人の選任・改任または解任は、法院の決定でし、その決定は特別代理人に送達しなければならない。

⑤特別代理人の報酬、選任費用及び訴訟行為に関する費用は、訴訟費用に含まれる。

62条の２【意思無能力者のための特別代理人】

意思能力のない人を相手として訴訟行為をしようとするか、意思能力のない人が訴訟行為をするのに必要な場合、特別代理人の選任等に関しては、第62条を準用する。但し、特定後見人、または、任意後見人も特別代理人の選任を申請することができる。

[41] 韓国民事訴訟法143条の２【陳述補助】

①疾病、障碍、年齢、その他の事由による精神的・身体的制約で、訴訟関係

③後見を受ける人の訴訟能力の幅広い認定[42]

成年後見制度の施行に伴い、従来訴訟能力がなかった禁治産者に当たる成年被後見人には、原則的には訴訟能力を否定するが、例外的に家庭法院が取消しできないように範囲を定めた法律行為に対しては訴訟能力を認めた。また、従来訴訟能力がなかった限定治産者に当たる成年被後見人には、原則的に訴訟能力を認めるが、例外的に家庭法院後見人の同意を得るようにした行為の範囲内では訴訟能力を否定した。すなわち、家庭法院が個人の疾病、年齢、障がいの程度による知的能力を判断して、単独でできる法律行為の範囲を定めて、成年被後見人に対しては、家庭法院が認める法律行為に限り訴訟能力を認め、被限定後見人に対しては、原則的に訴訟能力を認めて、後見人の同意が必要な行為に対してのみ訴訟行為を無効としている。

成年被後見人に訴訟能力の拡大への懸念、用語（意思無能力者等）の整備、特別代理人の選任申請について権益擁護機関が権限を持つべきであり、陳述助力人も権益擁護機関従事者等の訓練された人間に限るべきであるとの指摘がある[43]。

（２）韓国精神保健法

成年後見と関連してもっとも早期の改正が必要とされている法律の一つが精神保健法である。2015年１月28日の韓国精神保健法の一部改正では、精神保健

---

を明らかにするために必要な陳述をすることが難しい当事者は、法院の許可を得て、陳述を手伝う人と一緒に出席して陳述することができる。

②法院は、いつでも第１項の許可を取消すことができる。

③第１項及び第２項による陣述補助人の資格及び訴訟上地位と役割、法院の許可要件・手続等許可及び取消に関する事項は、大法院規則で定める。

[42] 韓国民事訴訟法55条【制限能力者の訴訟能力】

①未成年者または被成年後見人は、法定代理人によってのみ訴訟行為をすることができる。但し、次の各号の場合にはこの限りでない。

１．未成年者が独立して法律行為をすることができる場合

２．被成年後見人が（韓国）「民法」第10条２項により取消しできない法律行為をすることができる場合

②被限定後見人は、限定後見人の同意が必要な行為に関しては、代理権ある限定後見人によってのみ訴訟行為をすることができる。

[43] 訴訟能力拡大及び社会的弱者保護のための民事訴訟法改正案公聴会（2015.5.27）、cowalknews。

施設での人権侵害を予防することで、精神疾患者の人権を保護し、精神保健施設の正しい運営を図るために、精神保健施設の長の義務を具体化し[44]、成年後見制度導入による韓国民法の改正に伴い、残存する禁治産者及び限定治産者に関する規定の整備等が行われた。しかし、現行の韓国精神保健法[45]は家族等の

[44] 韓国精神保健法６条【精神保健施設の長の義務】
①精神保健施設の長は、精神疾患者が入院または入所（以下「入院等」という）するか、社会復帰のための訓練を受けようとするときは、遅滞なく精神疾患者とその保護義務者に、この法による権利及び権利行使方法を知らせて、その権利行使に必要な各種書類を精神保健施設に備えなければならない。
②精神保健施設の長は、精神疾患者の治療、保護及びリハビリ過程で、精神疾患者の意見を尊重しなければならない。
③精神保健施設の長は、入院等または居住中の精神疾患者が、人間としての尊厳と価値を保障され、自由に生活できるように努力しなければならない。
④第１項により、精神疾患者とその保護義務者に知らせる権利の種類･内容、告知方法及び書類備置等に必要な事項は、保健福祉部令で定める。

[45] 韓国精神保健法24条【保護義務者による入院】
①精神医療機関等の長は、精神疾患者の保護義務者２人の同意（保護義務者が１人である場合には、１人の同意とする）があり、精神健康医学科専門医が、入院等が必要であると判断した場合に限って、当該精神疾患者に入院等をさせることができ、入院等をするとき、当該保護義務者から保健福祉部令で定める入院等の同意書及び保護義務者であることを確認できる書類を受けなければならない。
②精神健康医学科専門医は、精神疾患者に入院等が必要であると診断したときは、第１項による入院等の同意書に、当該精神疾患者が次の各号のいずれかに該当すると判断するという意見を記載した入院等の勧告書を添付しなければならない。
１．患者が精神医療機関等で入院等治療または療養を受ける程または性質の精神疾患にかかっている場合
２．患者自身の健康または安全や他人の安全のために入院等をする必要がある場合
③第１項の入院等の期間は６箇月以内とする。但し、精神医療機関等の長は、６箇月が過ぎても継続して入院等の治療が必要であるという精神健康医学科専門医の診断があり、保護義務者が第１項による入院等の同意書を提出したときは、６箇月ことに市長・郡守・区庁長に、入院等の治療に対する審査を請求しなければならない。

保護者の同意だけで患者を精神病院への入院を認めているので、成年後見人に知らせず、保護義務者が成年被後見人を強制入院させる場合もある。強制入院は身体の自由を保障する韓国憲法12条及び国連障がい者権利条約14条に違背するとの指摘から、精神疾患者強制入院制度の改善のために、最初の入院審査の期間を現行の６か月から３か月に短縮し（政府改正案）、患者の不同意権限の確保、国選弁護人の支援、他の精神医療機関の精神科専門医の要求、３人以上の精神科専門医の要求、入院期間を２週間に短縮（国会改正案）する等の改善案が発表された。

なお、憲法裁判所は2015年９月24日[46]、裁判官全員一致で、「（韓国）人身保護

④精神医療機関等の長は、第３項による審査結果によって退院等の命令を受けときは、当該患者を直ちに退院等をさせなければならない。

⑤精神医療機関等の長は、第１項及び第３項により精神疾患者を入院等をさせたか、入院等の期間を延長させたときは、遅滞なく本人及び同意書を提出した保護義務者（以下本条で“保護義務者”という）にその事由と第29条による退院審査等の請求に関する事項を書面または電子文書で通知しなければならない。

⑥精神医療機関等の長は、患者または保護義務者から退院等の申請がある場合には、遅滞なく当該患者を、退院等をさせなければならない。但し、精神健康医学科専門医が精神疾患者の危険性を告知した場合には、精神医療機関等の長は退院等を拒否することができる。この場合、患者または保護義務者は、直ちに第27条による基礎精神保健審議委員会または広域精神保健審議委員会（基礎精神保健審議委員会が設置されなかった場合に限る）に異議を申請することができる。

⑦精神医療機関等の長は、第６項但し書きにより退院等を拒否する場合には、遅滞なく患者及び保護義務者に、その拒否事由及び第29条により退院等の審査を請求できることを書面または電子文書で通知しなければならない。

⑧精神医療機関等の長は、第６項但し書きの後段による審査結果によって退院等の命令を受けたときは、当該患者を直ちに退院等をさせなければならない。

⑨第６項本文により患者を、退院等をさせたときは、保護義務者に、その事実を書面または電子文書で通知しなければならない。

[46] 憲法裁判所2015.9.24. 宣告2013憲ガ21【人身保護法第15条違憲提請】被収容者は、2009年５月８日から偏執性精神分裂病で病院に収容されている者で、2012年８月頃に自分に対する収容は違法であると救済請求をしたが、2012年11月１日に棄却された。被収容者は2012年11月５日に、救済請求棄却決定の送達を受

法15条[47]中、「被収容者[48]である救済請求者」の即時抗告の提起期間を「３日」と定めた部分は、憲法に違反する」という決定を下した。同法15条については、2013年11月15日に立法予告された人身保護法一部改正法律（案）で、「施設に収容され人身の自由を制限されている被収容者の事情を考慮して、即時抗告期間を「３日」から「７日」に延長するが、即時抗告に執行停止の効力は認めない」とされていたが、憲法裁判所は「即時抗告の提起機関を３日よりもう少し長い期間に定めるとしても、被収容者の身柄に関する法律関係を速やかに確定しようとする本件法律条項の立法目的が達成されるのに大きな障がいが生じるとはみられない」と判断して、違法な行政処分または私人による施設への収容によって、不当に人身の自由を制限されている個人に対する救済手続きを強化を求めた。

2012年の、韓国の精神障がい者入院患者数は80,659人中、本人の意思による入院は24.1％（19,441人）、保護義務者による入院は68％、平均入院期間は237日である。2013年の、本人の意思による入院は26.5％、強制入院は73.5％である。このように精神病院への強制入院の割合が非常に高い理由としては、扶養義務者による遺棄、入院患者は病院の主な収入源（国家や健康保険公団から入院患者１人当たり、月100 ～ 150万ウォン（日本円で約10 ～ 15万円）が病院側に支給される）であることが挙げられる。また、帰責事由がある配偶者が離婚のた

---

けて、同日に即時抗告状を作成して病院所属看護士に郵便の送達を要請したが、この即時抗告状は４日後の2012年11月９日に到達した。提請法院は、右決定に対する即時抗告事件を審理中、2013年６月20日に職権で、即時抗告期間を３日と規定した人身保護法第15条が裁判請求権、身体の自由、平等権を侵害するという理由で、右法律条項に対して、違憲法律審判を提請した。

[47] 韓国人身保護法15条【上訴】

救済請求者と収容者は第13条の決定に対して不服であれば、３日以内に即時抗告することができる。

[48] 韓国人身保護法２条【定義】

①この法において「被収容者」とは、自由の意思に反して、国家、地方自治団体、公法人または個人、民間団体等が運営する医療施設・収容施設保護施設（以下『収容施設』という）に収容・保護または監禁されている者をいう。ただし、刑事手続により逮捕・拘束された者、受刑者及び「出入国管理法」により保護された者は除外する。

②この法において「収容者」とは、収容施設の長または運営者をいう。

めに配偶者を入院させたり、財産を奪うために利用したり、同性愛者の家族が強制入院させるという人権侵害も多い。韓国民法947条の２第２項は、「成年後見人が成年被後見人を治療等の目的で精神病院やその他の場所に隔離する場合には、家庭法院の許可を得なければならない」と規定して、改正前の緊急時の事後許可部分を削除した。しかし、韓国精神保健法によると、家族等の保護者の同意だけで簡易な入院が可能なので、この部分に関する改正が急務である。また、成年被後見人の精神病院への強制入院は、親族でない第三者成年後見人の同意を得るようにする方が望ましいと考えられる。

## Ⅳ．検討

### １．成年後見制度と自己決定権

韓国の成年後見制度は、必要性・補充性・普遍性を基本原理として、可能な限り、本人の残存能力を活用し、自己決定権を尊重しようとしているが、代替的意思決定を否定するわけではない。国連障がい者委員会は、障がい者権利条約12条に反する成年後見制度の代替意思決定を意思支援決定に変えるよう勧告しているが、本人の支援付き意思決定には限界があり、意思能力を喪失した人に対して、代替的意思決定を完全に否定することは、むしろ本人の福利に反する結果をもたらす。しかし、「本人のため」という名目で本人の意思に反する決定はどこまで許容されるのかも、また難しい問題である。特に人の生命・身体の侵害に関わる医療行為については、後見人の同意権の範囲を決めることは難しい。

### ２．医療行為における成年後見人の後見事務

韓国民法は、被後見人の身体を侵害する医療行為に対して、（医療行為の直接的な結果として死亡するか、相当な障がいを被る危険があるときは、家庭法院の許可が必要だが）成年後見人の同意によって実施できるように規定しているので、自己決定権の尊重に反するとの指摘がある。

成年後見人の医療同意権がどの範囲で認められるのか決めるのは非常に難しい問題である。そこで、事前医療指示制度を導入するのが望ましいという見解がある。その内容は次の通りである。①意思決定能力が欠如ないし不足している者の自己決定権を最大限保障するために、本人が過去に表示した特定医療行

為に対する同意または拒絶の意思表示の効力を認める。②本人の真正の意思を確保するために、事前医療指示は要式行為とする。③事前医療指示は健康状態の検診、侵襲的医療行為または生命や身体に害を及ぼす治療行為の同意ないしその拒否に広く利用できるが、延命治療の中断または拒否及び臓器移植まで適用されるものではない。④事前医療指示がある場合には、それが第１次的に尊重されるべきであるが、それが医療チームまたは第三者を全面に拘束することはない。⑤事前医療指示は、任意後見人による医療行為同意権の代行より優先させる。但し、事前医療指示作成後に任意後見契約を締結した場合には、事前医療指示を撤回したものと、当事者の意思を解釈する余地があるという捉え方もできる。⑥事前医療指示はいつでも撤回することができる。撤回には何等の方式も要しない[49]。

右のような事前医療指示制度が法制化されると、意思決定能力のない成年被後見人等の医療同意に関する負担ははるかに減少されると思われる。しかし、延命治療の中断または拒否等の場合にはこの制度は適用されないので、本人の自己決定権と衝突する部分は残る。意思表示のできない状態の患者の延命治療の中断に関しては、以前からその責任の重さから法制化を求める声が高く、2016年１月８日、「ホスピス・緩和医療の利用及び臨終過程にいる患者の延命医療決定に関する法律」が国会の本会を通過し、２年間の猶予期間を経て2018年から施行される予定である。いわゆる well-dying 法と呼ばれる本法律案が作られた背景は延命治療の中断に関する二つの大法院判決である。2004年６月24日の大法院判決（ボラメ病院事件）と2009年５月21日大法院判決（セブランス病院金お祖母さん事件）がそれである。

2004年６月24日の大法院判決[50]ボラメ病院事件判決は、韓国で始めて延命治療の中断を殺人罪として認めたことで、尊厳死に関する議論が盛んになるきっかけとなった事件である。本件は、1997年12月４日に頭を打たれた男性がボラメ病院に運ばれてきたが、手術の結果自発呼吸ができない状態になり、患者の妻が手術費及び入院費を負担することができないため退院を要求した。そこで、担当医が病院は責任を問わないという覚書をとりつけ、患者を自宅に護送したインターンが人工呼吸器を外してから５分後に患者が死亡したことに対して、

[49] 玄昭惠、前掲論文183～190頁。
[50] 大法院2004.6.24. 宣告2002ド995判決。

患者の兄弟の告発で警察が捜査をし、検察が担当医とインターンと患者の妻を殺人罪で起訴した事件である。第１審は、妻を殺人罪の共犯（教唆犯）、担当医及びインターンを殺人罪の共同正犯として認めたが、第２審は、妻を不作為による殺人罪の正犯、担当医及びインターンには共犯（幇助犯）として判断した。妻は上告せず、控訴審の懲役３年・執行猶予４年が確定し、担当医及びインターンは、原審の判断を維持した大法院で、懲役１年６ケ月・執行猶予２年を宣告された。

この判決の影響で、医療界では回復可能性がない患者の家族の退院の要求に絶対応じないことになり、退院拒否仮処分が行われることもあった。しかし、この雰囲気を変えたのが、韓国で初めて尊厳死を認めた2009年５月21日大法院判決である。本件は、2008年２月18日、当該患者が内視鏡検査の途中に植物状態に陥り、患者の家族が、2008年５月９日に無意味な延命治療の中止の仮処分を申請し、2008年５月10日に尊厳死関連法がないのは憲法に違背するという憲法所願を提起して、2008年６月２日に病院を相手に民事訴訟を提起した事件である。2008年11月28日、ソウル西部地方法院[51]は、「生命延長治療が回復可能性のない患者に肉体的苦痛になるだけではなく、植物状態で意識なしで生命を延長しなければならない精神的苦痛の無意味な延長を強要する結果をもたらして、むしろ人間の尊厳と人格的価値を害される場合には、患者が生と死の境界で自然な死を迎えることの方が、人間の尊厳と価値により符合することになり、死を迎える利益が生命を維持する利益よりも大きくなる。従って、意識不明の植物状態で人工呼吸器に依存して生命を維持している患者は、①治療が継続されても回復可能性がなく、治療が医学的に無意味であり、②患者が事前に為した意思表示、性格、価値観、宗教観、家族との親密度、生活態度、年齢、期待生存期間、患者の状態等を考慮して、患者の治療中断意思が推定される場合には、自然な死を迎えるのことがより人間の尊厳と価値に符合し、死を迎える利益が生命を維持する利益よりも大きい。従って生命の延長を望まず、人工呼吸器の除去を要求する患者の自己決定権の行使は制限されず、医師はこれを拒否することができない（これによる人工呼吸器の除去行為は応急医療中断の正当な事由があるものとして、医師は民・刑事上の責任を負わない）」として、延命治療の中止を認めた。この判決に対して病院側が控訴したが、2009年２月10

[51] ソウル西部地方法院2008.11.28宣告2008ガハップ6977判決。

日のソウル高等法院判決[52]も基本的に第１審判決と見解を同じくするとして控訴を棄却したが、人間生命の保護の重要性を強調して、立法の必要性を述べ、延命治療中断の要件として、「回復可能性のない非可逆的な死亡過程への進入」、「患者の真摯かつ合理的な治療中断の意思」、「中断を求める治療の内容に患者の苦痛を緩和するための治療や日常的な診療等は含めてはいけないこと」、「医師による治療中断の施行」等を挙げた。これに対して病院側が上告し、大法院は、2009年５月21日、「医学的に患者が意識の回復可能性がなく、生命と関連する重要な生体機能の喪失を回復できず、患者の身体状態に照らして短い時間で死亡に至ることが明白な場合（以下「回復不可能な死亡の段階」という）になされる診療行為（以下「延命治療」という）は、原因となる疾病の好転を目的とするのものではなく、疾病の好転を事実上放棄した状態で、もっぱら現状を維持するためになされる治療にすぎないので、それに至っていない場合とは異なる基準で診療中断の許容可能性を判断しなければならない。すでに意識の不可能な死亡の段階に至った後には、医学的に無意味な身体侵害行為に該当する延命治療を患者に強要するのが、むしろ人間の尊厳と価値を害することになるので、このような例外的な状況で死を迎えようとする患者の意思決定を尊重して、患者の人間としての尊厳と価値及び幸福追求権を保護するのが社会一般の規則に符合し、憲法精神にも反しない。従って、回復不可能な死亡の段階に至った後に患者が人間としての尊厳と価値及び幸福追求権に基づいて自己決定権を行使するものと認められる場合には、特別な事情がない延命治療の中断を許容することができる。他方、患者が回復不可能な死亡の段階に至ったかの可否は、主治医の所見だけではなく、事実照会、診療記録鑑定等に示された他の専門医師の医学的所見を総合して慎重に判断しなければならない」として、尊厳死肯定判決が下された。この判決は、回復が可能かどうかの判断に長い期間を要し、経済的に窮乏な状態にいた患者の配偶者が治療費負担能力がないとして退院を要求し、人工呼吸器を除去した後に患者が死亡した事件で、患者の配偶者に不作為による殺人罪を、退院の要求に応じた医師に作為による殺人幇助罪を認めた2004年６月24日の大法院判決[53]から大きく変化したのである。病院側が無意味な延命治療の中断を頑強に拒否してきたのも、医師に殺人幇助の有

[52] ソウル高等法院2009.2.10宣告2008ナ116869判決。
[53] 大法院2004.6.24宣告2002ド995判決。

罪を宣告した2004年の大法院判決の影響である。

制限的ではあるが尊厳死を認めた2009年の大法院判決以後、尊厳死に関する議論が活発になり、2015年７月７日に、品格ある死のための well-dying 法として「ホスピス・緩和医療の利用及び臨終過程にいる患者の延命医療決定に関する法律案」が発議された。この法律案は回復可能性がない患者に延命治療を中断する根拠を与え、この過程で患者本人の自己決定権を最優先するものである。具体的には、19歳以上の成人の場合、事前延命医療意向書を作成し、関係機関に提出し、臨終を迎えた患者の場合、ホスピス・緩和治療申請及び延命治療計画書を作成するようにしている。韓国保健社会研究院の「2014年老人実態調査」によると、65歳以上の96.1％は意識がないか生存可能性が低い場合については延命治療に反対しているので、パターナリズムよりは本人の自己決定権を最優先させるべきだというものである。このような社会的雰囲気を背景として、2016年２月３日、「ホスピス・緩和医療及び臨終過程にいる患者の延命医療決定に関する法律」が制定された。その主要内容は以下の通りである。①本法はホスピス・緩和医療と臨終過程にいる患者の延命治療決定及びその履行に必要な事項を規定することで、患者の最善の利益を保障し、自己決定を尊重して、人間としての尊厳と価値を保護することを目的とする。②保健福祉部長官は、延命医療決定及びその履行に関する事項を適正に管理するために国立延命医療管理機関を設ける。③延命医療計画書の作成及び内容、登録・保管及び変更・撤回等に関する事項を定める。④担当医師は、患者に対する延命医療決定を履行する前に、該当患者が臨終過程にいるかの可否を、該当分野の専門医１名と一緒に判断しなければならない。⑤医療機関で作成された延命医療計画書がある場合、事前延命医療意向書があり、かつ、担当医師が患者にその内容を確認した場合には、これを延命医療決定に関する患者の意思とみなす。⑥延命医療計画書や事前延命医療意向書がない場合には、患者の家族の２名以上の一致する陳述（患者の家族が１名の場合にはその１名の陳述）があり、かつ、担当医師等の確認を経たときは、これを延命医療決定に関する患者の意思とみなす。⑦患者の意思を確認できない場合の延命医療中断等に決定においては、未成年者の患者の法定代理人（親権者に限る）が延命医療中断等決定の意思表示をして担当医師と該当分野の専門医１名が確認した場合及び患者の家族全員（行方不明者等大統領令で定める事由に該当する者は除外する）の合意で延命医療中断等決定の意思表示をして担当医師と該当分野の専門医１名が確認した

場合には、該当患者のための延命医療中断等決定があるものとみなす。⑧担当医師は、患者に対する延命医療決定時、これを直ちに履行してその結果を記録しなければならず、痛みの緩和のための医療行為と栄養分の供給、水の供給、酸素の単純供給は保留されたり中断されてはいけない。⑨ホスピス・緩和医療に対する体系的な支援制度を設ける。

「ホスピス・緩和医療の利用及び臨終過程にいる患者の延命医療決定に関する法律」について、韓国の患者団体連合は歓迎しながらも、延命医療中断の濫用を防止するための保管装置が必要であると主張した。本人の自己決定権を最優先するという名目で、障がい者・貧困者等の社会的弱者が延命治療中断に追い込まれ、死の階級化になる恐れがあるという懸念もある。

「ホスピス・緩和医療及び臨終過程にいる患者の延命医療決定に関する法律」では、延命医療中断の判断に関して判断できる範囲を家族と医師に限定しているので、成年後見人等は延命医療中断に関して判断する責務は負わない。しかし、家族が存在しない患者の場合については触れていないため、身寄りのない成年被後見人等の場合はどう判断すべきかという問題が残っている。

韓国の成年後見制度が成年被後見人等の残存能力を最大限活用することを制度目的としているのは、本人の自己決定権の尊重のためでもあるが、後見人の選任に必要な人的・経済的負担を減らそうという側面もある。長年の経済不況の中で急激に高齢化が進んでいる韓国では、超高齢社会への準備・対応が迫られている。「ホスピス・緩和医療及び臨終過程にいる患者の延命医療決定に関する法律」の制定は、その一環ともいえる。経済的負担から逃れるために自己決定権の尊重を用いることを防止するためには、超高齢社会を支える福祉政策の定着が必要である。

判例研究

# 刑　事　判　例　研　究

岡　部　天　俊

**駅構内においてビラ配布制止業務に従事していた同駅副駅長に対し顔を近づけ大声で威圧するなどした事実については威力業務妨害罪の構成要件該当性が否定され、同駅コンコース内への立入り制止業務に従事していた同駅副駅長の体を押しのけ同駅コンコース内に立ち入った事実については同罪の違法性が阻却された事例**[1]

**大阪地判平成26年７月４日（平成24年（わ）第6191号、平成24年（わ）第6786号：威力業務妨害被告事件）公刊物未登載 LEX/DB 文献番号25504286**

## Ⅰ　事実の概要

①平成24年10月17日午後３時過ぎ頃、被告人を含む数十名の者はＡ駅Ｂ口付近

[1] 同判決の評釈として、成澤孝人「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）16号（2015）27頁以下がある。なお、本判決では、被告人がいわゆる震災がれきの受入れに関する説明会の開催を阻止するため、他人と共謀の上、同説明会が行われる大ホールにおける設営作業中、「開けろ」と言いながら部外者が立ち入らないよう同大ホールの扉の前に立っていた職員を押したり、同大ホールの扉を叩くなどした上、その後、職員らが会場設営のために設置したパーテーションを外に運び出しトランジスタメガホン等を用いて「焼却反対」などと大声で連呼するとともに、笛や太鼓等の楽器を打ち鳴らすなどして前記職員らを威嚇したという事実について併合審理されており、この事実については威力業務妨害罪（共同正犯）の成立が認められている。

で街頭宣伝活動をしていたが、そのうち数名がＡ駅Ｃ広場において無許可でビラの配布を始めたため、Ａ駅副駅長は、業務統括者として他の約20名のＡ職員等と共にこれを制止する業務を開始したところ、被告人は、その後間もなく副駅長に近づいて、20センチから50センチ程度の距離まで顔を近づけ、「ビラまきを制止するな」「表現の自由や。じゃまするな」などと大声で言い、その後短時間言い争いをし、さらにその後、副駅長を睨むなどしながら、午後４時頃に街頭宣伝活動が終わるまでの間、副駅長の近くに立っていた。

②副駅長は、同日午後４時過ぎ頃、Ａ駅Ｂ口付近での活動を終えた前記街頭宣伝活動参加者らが同駅南方方面に移動するために駅コンコース内に立ち入ろうとした際、これを制止しようとしたのに対し、被告人は、副駅長に近づき「何でじゃまするんや」などと言い、副駅長の体を押しのけて同コンコース内に立ち入り、他の参加者らと一緒に同コンコースを通過して移動した。

以上①および②の事実につき、被告人は威力業務妨害罪（刑法234条）に問われた。

## Ⅱ　判旨

被告人は無罪。

事実①について

「威力とは、被害者の自由意思を制圧するに足りる犯人側の勢力のことをいい、威力を用いて業務を妨害する行為とは、行為の態様、当時の状況、業務の種類・性質等からして、普通の人であれば心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるような行為を意味すると解される。

本件についてこれをみると、副駅長よりもやや背が高く体格もよい被告人が、副駅長にかなり近い距離で大声を出しているが、現場は白昼のＡ駅前の屋外であり、人通りもあり、また、ビラを配布していた者は数名であるのに対してこれを制止する業務に従事していた者は副駅長を含めて約20名であり、近くには複数の警察官もいてこれを見ていた。そして、被告人が副駅長に対し大声を出した際、他の街頭宣伝活動参加者がこれに直接加勢したという事実は認められない。

以上の状況を前提として、同業務の統率者の立場にある副駅長の業務の性質も考えると、被告人１人から顔を近づけられて大声を出され、短時間言い争い

をしたからといって、その立場にある普通の人が心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるとまではいえない。現に副駅長も被告人に対してきつい調子で言い返しているし、他のA職員等によるビラ配布の制止業務が困難になったということもない。また、被告人がその後副駅長の近くに立っていたことについては、にらむなどしていたことを考慮しても、心理的な威圧感を与える行為とはいえない。

したがって、副駅長のビラ配布の制止業務に対する被告人の行為は、威力を用いて業務を妨害する行為とはいえない。」

事実②について

「A駅コンコースは、D（E株式会社）が所有する同駅建物の一部であり、同社が管理する鉄道地であって、副駅長をはじめとするA職員には、鉄道営業法及び駅建物の管理権に基づいて、駅構内の秩序を維持するため、同コンコース内への立ち入りを認めればその秩序を乱すおそれがある者に対しては、立ち入りを制止する権限がある。しかし、駅建物や同コンコースの公共性に加え、同コンコースを利用すれば駅建物南北の通り抜けが可能であるというA駅の構造や多数の通行人が通り抜けのために同コンコースを利用しているという同駅の状況等を考慮すれば、それによって駅構内の秩序が乱されるおそれがない場合には、A職員は、鉄道を利用する意思がなく、単に通り抜けのためだけに同コンコースを利用しようとする者に対しても、その立ち入りを制止することはできないと解すべきである。

そこで、本件において、被告人ら街頭宣伝活動参加者の駅コンコース内への立ち入りを認めた場合に、同コンコース内の秩序が乱されるおそれがあったか否かにつき検討する。

A駅B口付近での街頭宣伝活動終了後、これに参加していた者らのうち数十名が駅コンコースに向かって移動を始めた。その際、プラカードや横断幕を持っている者はいたが、いずれも大きなものではなく、駅利用者の通行の妨げになるようなものではなかった。参加者らは何人かずつに分かれて進行しており、隊列を組むようなこともなく、『原発反対』などと声をあげる者はいたが、声を合わせてシュプレヒコールをすることはなかったし、拡声器を持っている者はいたが、これを使用する者はなかった。また、通行人等にビラを配ろうとする者もいなかった。そのほか、B口付近で傘を開いている参加者はいたが、A

職員の指示に従ってこれを閉じている。

このような駅コンコースに向かう参加者らの状況からすれば、同コンコース内への立ち入りを認めてもその秩序が乱されるおそれがあったとは認められない。また、実際に、参加者らが駅コンコース内を通過する際、他の駅利用者の通行の妨げになった訳でもない。

そうすると、駅構内の秩序が乱されるおそれがないにもかかわらず、副駅長が駅コンコース内への立ち入りを制止したことは、適法な業務の遂行とはいえない。これに対し、被告人がした行為は、同コンコース内への立ち入りという正当な目的に基づくものであり、その態様も同コンコース内に立ち入るための最小限度のものにとどまっており、違法なものとは認められない。もっとも、その際、副駅長の足を踏んだことが認められるが、意図的に踏んだとは認められず、これによって上記認定は左右されない（副駅長は、踏まれ方からして意図的としか考えられないと供述するが、これを裏付ける証拠はなく、これを否定する被告人の供述は排斥できない。）。

なお、検察官は、プラカードや横断幕を持って駅コンコース内に立ち入ることは鉄道営業法35条により禁止されており、A職員にはそのような者の立ち入りを制止する権限があると主張する。しかし、同条は鉄道地内の秩序を維持するための規定であると解され、同条に列挙されている『旅客又は公衆に対し寄附を請い、物品の購買を求め、物品を配付しその他演説勧誘等の所為を為』す行為とは、類型的に鉄道地内の秩序を乱すおそれの高い行為を意味するものと解される。そして、プラカードや横断幕を持って駅構内を歩くという行為は、同条に具体的に列挙されているものとは異なり、プラカード等の大きさや歩き方などにかかわらず類型的に鉄道地内の秩序を乱すおそれの高い行為であるとはいえない。したがって、他の駅利用者の妨げとなる大きなプラカード等を掲げたり、プラカード等を持って他の駅利用者の妨げとなるような歩き方で駅構内を歩いたりすれば別であるが、そのような事情が認められない場合、プラカード等を持って歩くというだけでは同条に該当しないというべきである。本件においては、前記街頭宣伝活動参加者らは、いずれも肩幅程度の大きさのプラカードや横断幕を首から下げ、あるいは体の前に持って歩いていたに過ぎず、隊列を組んで進行していた訳でもなく、類型的に駅構内の秩序を乱すおそれの高い行為であるとはいえないから、鉄道営業法35条には該当しない。」

## Ⅲ　評釈

### 1　はじめに

本件は、駅構内においてビラ配布制止業務に従事していた同駅副駅長に対し顔を近づけ大声で威圧するなどした事実および同駅コンコース内への立入り制止業務に従事していた同駅副駅長の体を押しのけ同駅コンコース内に立ち入った事実につき、威力業務妨害罪の成否が争われた事案である。

本判決はまず、事実①につき「威力を用いて」の該当性を否定している。周知の通り、判例によれば、威力業務妨害罪（刑法234条）における「威力」とは、人の自由意思を制圧するに足る勢力をいうとされる[2]が、本件においてはいかなる事情によって、「威力を用いて」には該当しないとされたのであろうか。この点の検討は、「威力を用いて」の該当性についての今後の判断にも有益であると思われる。

また本判決は、事実②については違法性が阻却されるとの判断を示しているが、その際、副駅長の立入り制止業務が「適法な業務の遂行とはいえない」ことに加えて、被告人の行為が、「正当な目的に基づくものであり、その態様も…最小限度のものにとどまって」いたということが考慮されている。このような判決文からは、業務の不適法性が違法性阻却の一要素として評価されていることが窺われる[3]。しかし、そもそも副駅長の立入り制止業務は根拠なく被告人らの自由を侵害する業務であったとみる余地があり、そうであるとすれば、事

---

[2] 大判明治43年２月３日刑録16輯147頁、最判昭和28年１月30日刑集７巻１号128頁、最判昭和31年５月29日裁判集刑113号613頁、最判昭和32年２月21日刑集11巻２号877頁、最判昭和47年３月16日判時661号６頁など。

[3] 副駅長の立入り制止業務が「適法な業務の遂行とはいえない」ことにより、被告人の行為の目的の正当性が補強されるという趣旨という考え方もあり得るが、立入り制止権限は駅構内の秩序が乱される客観的なおそれの存在によって基礎づけられるものであり、被告人の真の主観によって左右されるものではないから、立入り制止権限と被告人の目的の正当性を結びつけて考えるのは困難であるように思われる。なお、仮に被告人が意図的に副駅長の足を踏んだのだとすれば、その時点から駅構内の秩序が乱される客観的なおそれが生じたといえ、副駅長に立入り制止権限が発生し、それに加えて、被告人の行為における態様の最小限度性も失われると思われる。

実②についても、業務妨害罪における客体としての「業務」の存在を否定することで構成要件該当性を否定するという判断も可能であったように思われる。本判決が、同業務の不適法性を違法性阻却の一要素として扱った趣旨を理解するためには、従来の判例・裁判例における業務の要保護性についての基準を踏まえる必要があろう。

以下では、上述の二つの観点から、本判決の検討を試みることとしたい。

## 2　事実①の「威力を用いて」の該当性について

（1）判例・学説

判例によれば、威力業務妨害罪における「威力」とは、人の意思を制圧するに足る勢力をいうとされ、通説もこのように理解している[4]。また、威力が直接的に向けられるところの人は、必ずしも被害者に限定されない[5]。したがって、暴行・脅迫のみならず、社会的経済的地位・権勢を利用した威迫、多衆・団体の力の誇示、騒音喧騒、物の損壊等も含まれ得る[6]。そして、実際に人の自由意思が制圧されたことは必要でない[7]。

また、「用いて」とは、威力を行使することをいう[8]。

（2）本判決における判断

1）定義

本判決はまず、「威力」を「被害者の自由意思を制圧するに足りる犯人側の勢力」と定義した上で、「威力を用いて業務を妨害する行為」を「行為の態様、当時の状況、業務の種類・性質等からして、普通の人であれば心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるような行為」と定義している。この定義は、先述した従来の判例の定義を踏襲したものと考えられる。

---

[4] 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、第３版、1990）538頁、中森喜彦『刑法各論』（有斐閣、第３版、2011）65頁。

[5] 判例として、最判昭和32年２月21日刑集11巻２号877頁、最決昭和40年９月３日裁判集刑156号311頁など。学説として、団藤・前掲注（４）540頁注（一三）。

[6] 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻』（青林書院、第２版、2003）124頁〔佐々木正輝〕。

[7] 最判昭和28年１月30日刑集７巻１号128頁。

[8] 大塚ほか編・前掲注（６）124頁〔佐々木正輝〕。

2）考慮された要素

⑴　以上のような定義を出発点として、本判決は、至近距離で大声を出したこと、白昼であったこと、屋外であったこと、人通りがあったこと、ビラ配布者数との関係においてビラ配布制止業務者数が多かったこと、警察官が近くで監視していたこと、他の街頭宣伝活動参加者が直接加勢していないこと、および被害者との相対関係における身長の高さ・体格の良さ等を考慮しており、これらを行為の事情として考慮するのは当然であろう。

⑵　上記の事情に加えて、本判決はさらに、「同業務の統率者の立場にある副駅長の業務の性質」をも考慮した上で、「威力を用いて」の該当性を否定している。事実①において客体とされた業務である本件ビラ配布制止業務は、その内容が類型的にビラ配布者からの反発が予想されるものである上、副駅長の業務にはそういった類型的に反発が予想される業務を統率するということも含まれていたと考えられる。したがって、副駅長のビラ配布制止業務に対し異議を唱える行為を「威力を用いて」に該当すると認定するためのハードルは高かったといえ、本判決が「業務の性質」を考慮した趣旨もこのような点にあったと思われる[9]。そうであるとすれば、本判決の判断は妥当であろう。用いられた勢

[9]「業務の種類等」が「威力」を肯定するための要素として明確に用いられた裁判例として、東京地判平成18年５月30日刑集65巻５号811頁がある。同判決は、「威力業務妨害罪の『威力』とは、人の意思を制圧するような勢力」と定義し、「その威力の行使によって現実に被害者の自由意思が制圧されたことを要するものではなく、犯行の日時場所、動機目的、勢力の態様、業務の種類等諸般の事情を考慮し、客観的にみて人の自由意思を制圧するに足りるものであるかを判断すべきものである」とした上で、「高等学校学習指導要領においては、卒業式は『儀式的行事』に該当するところ、それが厳粛な雰囲気の中で円滑に執り行うよう要請されることはいうまでもない。Ａ高校では本件卒業式の実施に向けて、本件実施要綱を作成するなどの綿密な準備を行っていたものであり、Ｃは、校長としてその卒業式を円滑に執り行う職責を負い、Ｂは、教頭として校長の職務を補佐する職責を負っていたものである。これに対し、被告人は、卒業式の開式の直前であり、来賓が式場に入場する予定時刻に、上記のような、都教委の施策に反対する立場への賛同を呼びかけたものである。そして、その内容は、国歌斉唱に当たって全員に起立を求める方針でいたＣらの立場からは、とうてい許容できない内容であるといえる。そのような呼びかけを開式直前に突然行えば、卒業式の進行に影響を与えかねないとして、Ｃらにおいて、その職責上、

力それ自体を見ると十分「威力を用いて」に該当し得るような場合であっても、ある程度の勢力が向けられることが織り込み済みであるような性質の業務であれば、「威力を用いて」という実行行為が認められにくくなる場合もあり得るのであり、まさに本件はそのような事案であったといえよう。

(3) これに加えて本判決は、「現に副駅長も被告人に対してきつい調子で言い返している」ということおよび「他のA職員等によるビラ配布の制止業務が困難になったということもない」ということを考慮しており、前者は副駅長が現に自由意思を制圧されなかったということを、後者は他のA職員等の業務遂行が困難になったということもないということを示していると考えられる。しかし、そもそも現実に人の自由意思が制圧されたことや、現実に円滑な業務遂行が困難になったことを要しないにもかかわらず、なぜ本判決は「威力を用いて」の該当性を否定する際に、現実の自由意思不制圧、現実の業務妨害不発生に言及しているのであろうか。この点については、「威力を用いて」の該当性の判断においては、現実の自由意思制圧、現実の業務妨害は必要でないものの、「威力を用いて」の該当性を肯定する際には現実の結果が認定されることが非常に多いということ[10]に加えて、本判決が現実の自由意思不制圧、現実の業務妨害不発生に言及する以前に、「その立場にある普通の人が心理的な威圧感を覚え、円滑な業務の遂行が困難になるとまではいえない」として結論を示して

---

放置することができず、これを制止するなどの対応を迫られるものであることは明らかである。加えて、被告人は、現実にBからの制止やCからの退場要求があったにもかかわらず、これを無視して呼びかけを行い、あるいは、上記のような各怒号に及んだものであり、Cらにおいて、更に一定時間継続して対応することを余儀なくされたのである。そうすると、被告人の上記行為は、卒業式を執り行おうとするCら関係者の意思を制圧するに足りる勢力の行使として、威力業務妨害罪の『威力』に該当することは明らかである」として、卒業式典を円滑に遂行せねばならないというBおよびCの業務の内容を、「威力」該当性を肯定する方向に考慮した。

[10] 威力業務妨害罪の成立を肯定するための要素として現実の結果を明確に考慮している判例・裁判例として、「実際に業務妨害の結果が生じたかどうかは、当該行為が威力に当たるかどうかを判断する一つの資料となるにとどまる」としつつも「実際に本件会社の円滑な営業活動等が困難になった」ことを考慮した東京高判平成21年５月11日日東高時報60巻１～12号50頁、「卒業式の円滑な遂行を妨げた」ことを考慮した最判平成23年７月７日刑集65巻５号619頁など。

いることからすれば、やはり、現実の自由意思不制圧、現実の業務妨害不発生が「威力を用いて」の該当性の否定にとって重要な要素なのではなく、あくまでも、現実の自由意思制圧・業務妨害が「威力を用いて」の該当性を肯定する方向に作用する要素であるということであろう。つまり、本判決は、他の様々な要素を考慮して事実①が「威力を用いて」には該当しないと結論づけた上で、「威力を用いて」への該当性を肯定する方向に作用する現実の自由意思制圧・業務妨害もない、ということを補足的に示したものと思われる。

ところで、現実の自由意思制圧・業務妨害があれば「威力を用いて」の該当性を肯定する方向に作用するということは、当然であろう。しかし、肯定する方向に作用するにとどまることを看過してしまうと、現実の自由意思制圧・業務妨害結果があれば常に「威力を用いて」の該当性が肯定されてしまうことになりかねない。そこで、現実の自由意思制圧・業務妨害があれば「威力を用いて」の該当性を肯定しやすくなるという当然のことがらの構造、そして、反対に現実の自由意思制圧・業務妨害があっても「威力を用いて」の該当性を肯定できないのはいかなる場合かという点について検討する。

（3）実行行為性と「現実」との関連

「威力」とは、人の自由意思を制圧するに足る勢力をいい、そこでいう人とは一般人である。また、業務妨害罪の性質上、業務を妨害するに足るものでなければならず、この点も、本判決が示すように、一般人を基準として判断される。このように、実行行為性の判断は、一般人を基準として判断される。そのような中で、「現実」を考慮することは、いかなる限度において可能なのであろうか。

「一般」を基準とする実行行為性の判断において「現実」を考慮するためには、「一般」＝「現実」という関係が認められねばならない。そうであるとすれば、「一般」を基準とする実行行為性の判断において「現実」を考慮するためには、「一般」＝「現実」と言い得るための根拠を示すことが不可欠であるようにも思える。

しかし、そもそも実行行為性の判断において「一般」が基準とされる趣旨は、因果関係の起点となる行為が無限定に拡大するのを防ぐため、行為に結果発生の一定の危険性を要求する、という点にあると思われる[11]。そうであるとすれ

[11] 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第３版、2016）51頁。

ば、実行行為性の基準となる「一般」とは、点としての「平均」とは異なるものであって、特異な事実を排除した事実の集合をさすということになろう。具体的には、たとえば、しばしば実行行為性の基準となる「一般人」とは、仮定された一人の「平均人」とは異なるのであり、実行行為の危険性の判断には適さない特異な人を排除した人の集合をさすということになる。そしてその帰結として、「現実」は「一般」に属するのが原則であるから、「一般」を基準とする実行行為性の判断において「現実」を考慮する際には、「現実」が「一般」という集合に属するということの根拠を示すことは不可欠ではない。したがって、危険性で足りる事象が現実に発生したということは、実行行為性を肯定する方向に作用することになる。

もっとも、上記のことがらは、実行行為性を肯定する場合に妥当するものである。危険性で足りる事象が現実に発生したということは、実行行為性を肯定する方向に作用するが、その事象が現実に発生しなかったということは、必ずしも実行行為性を否定する方向に作用するものではない。なぜなら、先述のように、「一般」とは特異な事実を排除した事実の集合であるから、危険性で足りる事象が現実に発生しなかったとしても、偶然、「一般」という集合に属する具体的な事実との関係ではその事象が発生しなかったというだけで、「一般」という集合に属する他の具体的な事実との関係ではその事象が発生した可能性が依然として残るからである。

したがって、実行行為性の前提としての危険性の内容をなす事象が現実に発生したという事実は、実行行為性を肯定する方向に作用するということになる。その事象が現実に発生したにもかかわらず実行行為性を否定する場合には、実行行為性を肯定する方向への作用を打ち消す必要があるため、「現実」が「一般」という集合に属していなかったということの根拠を示すことが必要である[12]。

[12] このこととの関連では、広島高判昭和28年５月27日高刑集６巻９号1105頁が興味深い。同判決の事案は、被告人は、Ａが被告人方付近の山林において製材のため製材機を搬入しようとしたのに対し、それまでに同所で製材した鋸屑をＡが約束通りに片付けていなかったため、それが被告人方の飲料用水に流出するおそれがあるとして、これを詰責すべく申し向けたところ、Ａが困惑し搬入を中止し当該製材をやめるに至った、というものである。同判決では結局、「威力」は否定されており、Ａが自由意思を制圧されたという事実については否定されたのであるが、「原審における証人Ａは、その際私は被告人に大きな声で

このように考えると、やはり、本判決が現実の自由意思不制圧・業務妨害不発生に言及している趣旨は、実行行為性を肯定する方向に作用する現実の自由意思制圧・業務妨害が存在しないということを補足的に示すというところにあるものと思われる。

### 3　事実②の違法性阻却について

（1）本判決における立入り制止業務の不適法性の意義

本判決における事実②についての判示をみると、副駅長が被告人らの立入りを制止する権限を有していたか否かについて、詳細な検討がなされている。そして、この点について本判決は、「駅構内の秩序が乱されるおそれがないにもかかわらず、副駅長が駅コンコース内への立ち入りを制止したことは、適法な業務の遂行とはいえない」との結論を導いている。

本判決は、副駅長が立入りを制止する権限を有していたか否かが、結論に対してどのような影響を及ぼすことがらであるのかを明示的には示していないが、それは、違法性阻却の一要素として用いられたものと考えられる。なぜなら、本判決は、「駅構内の秩序が乱されるおそれがないにもかかわらず、副駅長が駅コンコース内への立ち入りを制止したことは、適法な業務の遂行とはいえない。これに対し、被告人がした行為は、同コンコース内への立ち入りという正当な目的に基づくものであり、その態様も同コンコース内に立ち入るため

---

怒鳴りつけられ、同人には暴行罪の前科があるので無理に搬入したらひどい目に会うかも知れぬと思いやむなく中止した旨供述し居り、被告人には暴行罪の前科一犯（罰金千円但し一年間執行猶予）があることは明らかであるけれども、さりとて同人は未だ暴行癖がある者として一般に怖れられていたわけではないことは当審証人Bの供述によつても明らかであり、又当時被告人において暴行の挙に出るが如き言動に及んだこともこれを認めるに足る証拠の存しないところであるから（当審における証人Aの『その際、被告人は機械を入れたらしごうすると一口言つた』旨の供述はたやすく措信し難い）若し当時Aにおいて被告人の暴行を怖れたとするも前記本件のいきさつ等に鑑みるときは、右は全く同人の特種の恐怖感に基いた一時的の思い過ごしに過ぎなかつたと認める外はない」と判示されている。これは傍論ではあるが、仮に被害者が現に自由意思を制圧されたのだとしても、それは被害者の「特種の恐怖感に基いた一時的の思い過ごしに過ぎな」いということを指摘しており、まさに「現実」が「一般」という集合に属していなかったということの根拠を示しているものといえよう。

の最小限度のものにとどまっており、違法なものとは認められない」と述べており、ここでの「これに対し」とは「このような適法とはいえない業務の遂行に対して」の意であると解されるため、「副駅長の業務遂行は適法でない上、それに対する被告人の行為は正当な目的に基づく最小限度の態様のものであった」ということから違法性阻却を導いていると考えられるからである[13]。そうであるとすれば、本判決は、少なくとも立入り制止業務の要保護性が不完全なものであったという判断を下したということになろう。ところが、副駅長の立入り制止業務は、（少なくとも本判決の立場では）根拠なく被告人らの権利を制約するものであったのであり、そうであれば、同業務につき「業務」該当性自体を否定するという判断も可能であったように思われる。

このように、なぜ本判決は業務の不適法性を違法性阻却の段階で考慮するにとどまったのか、という点について適切に理解するためには、従来の判例・裁判例における業務の要保護性の判断について検討する必要があると思われる。

（２）従来の裁判例における要保護性の基準

それでは、裁判例は業務妨害罪における業務の要保護性の基準について、どのように考えてきたのであろうか。以下では、業務の要保護性の基準について判示した裁判例を検討する。

①東京高判昭和27年７月３日高刑集５巻７号1134頁

【事実】 被告人Ｘは、ＡおよびＢがＸ所有の浴場をＸの承諾なしに転借しており、ＡおよびＢから同浴場の引渡しを受けようとしたところ、ＡおよびＢがこれを拒否したため、同浴場入口付近に「休業」と記した紙片を掲示し、さらに、入口を板片で釘付けにして閉鎖した。

【判旨】 「…右Ａ及びＢは…所為が行われた時までに事実上平穏且公然に右浴場を占拠してその湯屋営業を継続して来ていたものであることを肯認するのに十分である。そして刑法業務妨害罪により保護せられる法益は事実上平穏に行われている一定の業務であつて、その業務の開始される原因となつた契約が民法上有効であることや、その業務に関する行政上の許可が存在することの如

[13] なお、仮に被告人が意図的に副駅長の足を踏んでいたとした場合の影響については、前掲注（３）を参照。

きは必ずしもその業務ということの要件ではないと解するのを相当とするから、前記Ａ及びＢの右湯屋業務も刑法第233条、第234条にいわゆる業務というのに該当するものと認むべきである。もとよりかかる場合、右Ａ及びＢの浴場の賃借権は被告人に対抗することができないから、被告人は右Ａ及びＢに対し同浴場の明渡請求権を持つていることは論をまたないが、その権利の実現は国家機関の力に依拠して手続を守つて行うべきであつて、本件の如く個人自ら権利の救済を実力に訴え実現しようとすることは許されないものといわねばならない。」

【検討】　この判決は、おそらく「事実上平穏」という基準を示した初の事例であると思われる。これによって、業務妨害罪により保護される業務であるためには「事実上平穏」に行われていることで足り、業務の原因たる契約の民法上の有効性や業務についての行政上の許可の有無が必ずしも要保護性の判断に影響を及ぼすわけではないということが明らかにされた（当該浴場は所有者Ｘの承諾なくＡおよびＢに転貸されていたためＡおよびＢはＸに対し賃借権を対抗できなかった上、営業許可はあくまでも転貸人に対しなされたものであった）。もっとも、なぜそのような基準が導き出されるのかという根拠についてはまったく触れられていないため、その根拠の示唆については後の判例に委ねられることになった。

②福岡地小倉支判昭和45年10月19日判タ255号231頁

【事実】　被告人Ｘは、かねて米軍Ａ弾薬庫を中心とする弾薬輸送に反対し、実力を行使してでもこれを阻止すべきであるとの考えを抱いていたところ、昭和43年10月23日、米軍の弾薬が通称Ｂ岸壁で陸揚げされ、自動車便により多数Ａ弾薬庫に向けて輸送されることを知り、他の学生20名位とともに、道路上で輸送自動車の進行を止めて弾薬輸送を阻止しようとはかり、これらの者と共謀のうえ、同日午前11時45分頃、Ｃ株式会社の行う弾薬輸送業務に従事中のＤ運転にかかる大型貨物自動車がＡ弾薬庫向け弾薬（ケース４箱）を積んでＥ線路上にさしかかった際、被告人は他の学生約16名とともに同貨物自動車の直前に飛び出し、同車ステップにかけ上ってＤに下車を要求し、フェンダーを叩くなどして同車を停車させ、その前に４ないし５列になって座り込み、シュプレヒコールや合唱をくり返すなどし、同日午後０時３分頃までの約18分間にわたり同車の進行を不能にさせ、さらに、同日午後１時45分頃、Ｃ株式会社の行う弾

薬輸送業務に従事中のＦ運転にかかる大型貨物自動車がＡ弾薬庫に向け弾薬（ケース３箱）を積んでＧ線路上にさしかかった際、被告人は他の学生約20名とともに同貨物自動車の直前に飛出して同車を停車させ、その前に４ないし、５列になって立ちふさがりスクラムを組んで合唱や怒号をくり返すなどし、同日午後１時52分頃までの約７分間にわたり同車の進行を不能にさせた。

【判旨】「刑法234条の威力業務妨害罪は、人の社会的活動の自由（ことに経済的活動と直接、間接に関連をもつ人格的活動の自由）をもつて保護法益とする趣旨と解され、しかもこのような自由は日本国憲法下公共の福祉に反しない範囲においてできうる限り広く承認されるべきものであるから、同法条にいう業務とは（これに対する各人の立場による評価の相違はさておき）、少なくとも人の社会的活動として一般に是認される方法・外観をとつて事実上平穏に行われている一切の業務を指すものというべく、したがつてその活動自体が何らかの犯罪に当るなど明らかに現行法秩序に反し社会生活上是認されない場合は格別、そうでない限りすべて同条による保護を受け得る業務に当たるものと解するのが相当である。ところで、本件の弾薬輸送業務が、弁護人主張のとおり、いわゆる日米安保条約ならびに同条約に基づくいわゆる地位協定に由来するものであるとしても、日米安保条約が違憲無効であることが一見極めて明白であるとは認められないことは、最高裁判所大法廷判決（昭和44年４月２日及び同34年12月16日判決言渡）の判示するところであり、かつ当裁判所もこれを是認するものであるのみならず、前記Ｃ株式会社はその事業目的たる運送営業の一環として、在日米陸軍との輸送契約に基き、一般通常の貨物自動車による運送と同一の方法をもつて平穏裡に本件弾薬輸送の業務に当つていたことが認められるから、右輸送業務は外形上明白に違憲、違法のものとは做しがたく、当然現行社会法秩序上是認できる業務として刑法上の保護を受け得るものというに十分である。」

【検討】　同判決は、①事件と同様に「事実上平穏」の基準を用いていることから、①事件を踏襲したものと思われ、「その活動自体が何らかの犯罪に当るなど明らかに現行法秩序に反し社会生活上是認されない場合」以外は業務として保護される旨判示している。そして同判決は、業務妨害罪が「人の社会的活動の自由（ことに経済的活動と直接、間接に関連をもつ人格的活動の自由）をもつて保護法益とする趣旨と解され、しかもこのような自由は日本国憲法下公共の福祉に反しない範囲においてできうる限り広く承認されるべきものであ

る」と述べ、業務妨害罪の保護法益論から上記基準の根拠を展開している。これによって、「事実上平穏」という基準の根拠が保護法益論にあることが示唆されるに至った[14]。

③高知地判昭和51年３月31日判時813号106頁

【事実】 被告人Ｘらは、小型バールで東西二個所のＡ株式会社パルプ工場専用の排水管のマンホールの蓋を開け、次いで西側のマンホールに約20袋、東側のマンホールに約４袋の砂利入麻袋を投入した後、生コンクリート車を誘導して、事情を知らない同車運転手をして、それら２個のマンホールに合計約３立方メートルの生コンクリートを投入させ、同排水管を閉塞して、パルプ廃液の流通を止め、同会社による操業を停止させた。なお、同パルプ工場の操業は20年間にわたって、廃液により付近の川およびその河口にある湾を汚染し、排出する煙により付近の住民に健康被害（息苦しさ、咳）を与えるなどの公害をもたらしていた。また、Ａ株式会社は、前事業主体から引き継いだ被害防止等のための覚書、誓約書および協約に記載された事項を順守していなかった上、通商産業省から付された操業条件に反した操業を行うなどしていた。

【判旨】「…企業活動の自由は、財産権の保障、職業選択の自由として、憲法上保障されているところではあるが、その保障も決して無制限なものではなく、企業活動が国民の生命を侵害し或はその健康等に深刻な悪影響を及ぼすに至る場合は公共の福祉に反するものとして、憲法上の保護の対象から除かれ、もはや企業としては許されない違法な行為であるということにもなろう。

しかしながら、他方、高度に発達した現在の企業活動は、なんらかの意味での法益侵害の危険性を孕んでいないものはないといっても過言ではなく、そのような危険性のある企業活動を全て違法なものとして禁止するがごとき処置を

[14] なお、同判決は、弾薬輸送業務が依拠するところの日米安保条約が憲法９条に反し違憲であるとの主張に応えるかたちで、同条約が「違憲無効であることが一見極めて明白であるとは認められない」と判示しているが、仮に同条約が一見明白に違憲無効であるとした場合に、同業務の要保護性が失われるという結論に至ったかは不明である。しかし、同業務が「事実上平穏」に行われていたことによってすでに同業務の要保護性は認められるはずであるから、憲法９条に関係する判示は、弁護人の主張がすでに確立された判例に反するためになされたものにすぎないと思われる。

とったとすれば、国の経済活動は停止したにも等しい結果になりかねないため、法は企業活動に社会的有用性の認められるものは、これに公共性があるものとして、許される危険の観点から、企業活動に法益侵害の危険性があったとしても、その一事をもって直ちに違法なものとはせず、その危険性を減少させる方向で、各種の立法上行政上の規制を行い被害の除去防止を図るという建前をとっており、それが現行法体系下の法秩序であると解せられる。従って、そもそも個々の企業の具体的な企業活動が違法であるか否かは、一見して明白とはいい難く、その判断は、最終的には公的機関が公共的立場に立ち且つ企業側の事情をも考慮して慎重な審理検討を経たうえでなければ下し得ないのを通例とするであろうし、反面、その判断を個々の国民にまかせるような結果を認めることは、恣意的な判断により適法な企業活動に対しても公然と業務妨害に及ぶ危険性を孕み、法秩序を混乱に導くおそれがあって、到底許されないものというべきである。

そして、右のごとき事情と、刑法234条の業務妨害罪が個人又は企業組織体の業務、即ち社会的経済的活動の自由を保護するものであることを、あわせ考えてみると、その活動が性質上あらゆる観点からして不法であり社会的有用性にも欠ける場合は論外であるけれども、平穏公然の営みとして事実上現に行われている社会的有用性を含んだ活動である限り、たとえその活動根拠等に法令ないし契約上の瑕疵があったとしても、直ちに同罪における業務としての保護を失わせるものではないと解するのが相当である。

そこで、これを本件について考えるに、高知県・市などの行政当局は、批判の余地が少なからずあるとはいえ、本件パルプ工場の操業を約20年にわたり一貫して適法なものとして取扱ってきたものであって、その間同工場はとにかく事実上平穏に操業を続け、また、高知パルプは、前記のように、大王製紙が本件パルプ工場を閉鎖しようとした際、地場産業の育成及び従業員の職場確保のため、地元の要請を受けて同工場を引き継いだ経緯があり、その操業目的もパルプの製造であって、住民に被害を生ぜしめていることは是認し難いものの、一応、企業としての社会的有用性をも具備していたことは否定できないうえ、被告人らの運動、要求により、遅ればせであり且つ万全のものとはいえないけれども、新たに浮上分離装置を備付けて廃液の浄化を図ることを約し、なお工場移転の意向まで示しているのであるから、前説示に照らし、その操業をもって、業務妨害罪によって保護すべき業務にあたらないと断ずることはできず、

少なくとも本件犯行当時には、右保護の適格を失っていなかったものといわざるを得ない。」

【検討】 この判決は、業務妨害罪の保護法益論と、ある「事情」とを「あわせ考え」ることによって、「平穏公然の営みとして事実上現に行われている社会的有用性を含んだ活動である限り、たとえその活動根拠等に法令ないし契約上の瑕疵があったとしても、直ちに同罪における業務としての保護を失わせるものではない」との規範を導いている。

保護法益論については、②事件と同趣旨であろう。すなわち、同判決は、業務妨害罪が「個人又は企業組織体の業務、即ち社会的経済的活動の自由」を保護するものであることを判示しているのである。

問題は、「社会的有用性」と結びついている、ある「事情」である。高知地裁はまず、「企業活動の自由は、財産権の保障、職業選択の自由として、憲法上保障されているところではあるが、その保障も決して無制限なものではなく、企業活動が国民の生命を侵害し或はその健康等に深刻な悪影響を及ぼすに至る場合は公共の福祉に反するものとして、憲法上の保護の対象から除かれ、もはや企業としては許されない違法な行為であるということにもなろう」という前提から出発しているが、この点は妥当であろう。というのは、業務妨害罪の保護法益が憲法上の自由の一つであるとすれば、公共の福祉に反する、つまり他人の権利を侵害するような業務はもはや保護に値しないからである。そして同判決は、「法益侵害の危険性を孕んでい」る活動であってもそれに社会的有用性が認められる場合には、法は「直ちに違法なものとはせず、その危険性を減少させる方向で、各種の立法上行政上の規制を行い被害の除去防止を図る」とし、それゆえ「個々の企業の具体的な企業活動が違法であるか否かは、一見して明白とはいい難」く、その判断を国民に任せるのは危険だと考える。しかし、そもそも、ある活動が他人の権利を侵害するおそれがあるからといって、直ちに憲法上の保護の対象から外される余地が発生するわけではなく、そのような余地が個別の法律によってカバーされるというわけでもない。他人の権利を侵害するおそれのある活動については、そのおそれの程度に応じた公共の福祉による制約が可能となり、個別の法律がその範囲内での制約を課し得るというにすぎず、そして、社会的有用性の認められる活動の場合には、単に、公共の福祉による制約として許容される範囲内において、なるべく度合いの低い規制が用いられるというにすぎない。したがって、社会的有用性という要件について

は、過度の要求であったと思われる。

④福岡地小倉支判昭和54年４月18日判タ386号80頁

【事実】 被告人Ｘは、他の者らと共に、Ａに指示して汽船ＢをＣ防波堤南端近くで護岸工事のための捨石作業を行っていた船長Ｄの看守する石材運搬船Ｅの左舷船尾に接舷させ、すでにＥに侵入している氏名不詳の学生風の者約５名及び汽船Ｂに共に侵入した氏名不詳の学生風の者約７名と犯意を通じ、捨石作業を中止させる目的で、汽船ＢからＥに侵入し、そのころまで同船の船倉に積んでいる砕石をバケット（先端に爪のついた六本の腕が花弁のように開閉する装置）でつかんでクレーンにより持ち上げ、右砕石を海中に投入する捨石作業を行っていたＤが右学生風の者に作業をやめてくれと要求され、右のバケットを動かすことによって右の侵入者らを負傷させるなどの事故が発生する危険を感じてクレーンの操作を中止し、バケットを船倉内に落とすや、同船に侵入した学生風の者約３名と犯意を通じ、右の砕石を積んである船倉内に立入り、被告人Ｘ及び右学生風の者１名において、数十分間右のバケットの上に乗ってその使用を不可能にした。

【判旨】「威力業務妨害罪は主として経済的活動の自由を保護法益とするものであり、その客体としての業務は、それ自体犯罪とされる暴行、脅迫に至らない威力による妨害からも保護されるものであるから、右業務は、刑法上保護に値する業務であること、すなわち、社会共同生活において事実上許容、承認される業務であることが必要である。この意味において、右の業務は合法性がなければならず、右の程度の合法性のない業務に対する妨害行為は、その行為自体が他の刑罰法令に触れる場合に処罰すれば足りると解される。そして、右の業務の合法性は、その業務の性質及びその基礎となっている社会生活上の関係によって判断されるべきである。

そこで、被告人Ｘの威力業務妨害の対象となっている業務について検討するに、…被告人Ｘは、直接にはＤが行っていた捨石業務を妨害したものであるが、…九州電力は、昭和49年６月25日…福岡県知事から、…公有水面につき、発電所用地造成のための埋立免許を受け、同日Ｆ株式会社との間で、右の埋立免許を受けた区域のうち、東工区の護岸工事等の請負契約を締結し、右Ｆ株式会社は、さらに右護岸工事の一部につきＧ株式会社と下請契約を締結し、右Ｇ株式会社が…砕石所と砕石を購入する契約を締結し、その引渡方法として、…砕石

所が石材運搬船Ｅの所有者Ｈと傭船契約を締結して同船に右砕石を運送させ、同船の船長であるＤが前記東工区内の護岸工事地点であるＣ防波堤南端近くで捨石作業を行っていたものであることが認められる。

弁護人らは、右の福岡県知事の九州電力に対する公有水面埋立免許は違法であるから、右の埋立免許を前提とする契約関係に基づくＤの捨石業務も合法性がないと主張する。しかし、威力業務妨害罪の客体としての業務が行政庁の許可、免許或いは特許などの行政処分に基づく場合においても、これが法令に触れ、不適法であるからといって、直ちに刑法上の業務としての合法性がないと解するのは相当でなく、右のような業務の合法性については、右の許可等の行政処分の性質を考慮し、社会共同生活において事実上許容、承認されるものかどうかによって判断すべきである。すなわち、講学上許可といわれるもの、例えば営業の免許は、本来自由に行うことができた営業を一定の目的から一般的に禁止し､特定の場合に右の禁止を解除して自由を回復させる行為であるから、たとえ右の営業が許可を得ていなくても、本来は自由に行うことができたものである点で、社会共同生活においては事実上許容されるものとして、刑法上保護される合法性があるといわなければならない。しかし､公有水面埋立免許は、弁護人らが主張するように許可ではなく、国の所有に属し、本来何人も埋立の許されない水面を埋め立てて土地を造成し、その竣工認可を条件に埋立地所有権を取得させる排他的権利を設定する行政処分であって、講学上は特許といわれるものである。したがって、公有水面の埋立は本来何人も許されないものである点で、埋立免許を受けないでする埋立業務、或いは重要な法に違反する明白な瑕疵があって当然に無効である埋立免許に基づく埋立業務はいずれも合法性がないといわなければならない。ただ、右のように埋立免許が当然に無効とまではいえない場合は、仮に右の埋立免許が法律の定める要件に適合しない部分があるとして違法性が問題となる場合でも、右の埋立免許の効力がないことが裁判等において確定する以前においては、埋立免許を受けた者の地位は、一応法律に従った行政処分によって形成されたものとして、社会共同生活上承認されるべきであると解される。したがって、右のような地位に基づき行う埋立業務も刑法上保護に値するものといわなければならない。これを本件についてみるに、前記公有水面埋立免許申請書綴によると、前記九州電力に対する埋立免許は、九州電力が昭和48年11月29日公有水面埋立法２条に基づき、福岡県知事に対し、目的とする公有水面に漁業権を有する者らの同意書を添えて免許の

出願をし、同知事は、同年12月４日同法３条に基づき、地元豊前市議会の意見を徴し、同市議会は同月12日同意の議決をし、さらに、九州電力は、昭和49年３月19日施行された公有水面埋立法の改正法律２条２項、３項に基づき、同年５月10日免許出願の補完図書を提出し、同知事は、同月25日同法３条１項に基づき、右出願事件の要領を告示し、関係図書を公衆の縦覧に供し、右縦覧期間後の同年６月25日出願どおり埋立免許をしたことが認められ、右免許手続は公有水面埋立法の定める重要な方式をふんでいるといわなければならない。弁護人らは、右の埋立免許が同法４条１項の『環境保全につき十分配慮せられたるものなること』及び『環境保全に関する国の法律に基づく計画に違反せざること』との要件を満たしておらず、福岡県知事は右の点につき独立した判断をしていないから違法であると主張するが、前記公有水面埋立免許申請書綴中には、埋立免許にあたり右の点についても検討した結果を記載した書類もあり、福岡県知事がこの点につき独自の判断をしたものといわざるを得ず、また、公有水面埋立法４条１項の定める右の点の免許基準については免許権者である知事に一定の裁量権を与えたものであり、免許権者の右の点に関する判断過程の合理性の有無は、埋立免許の取消事由としては問題となり得るとしても、埋立免許を当然に無効とするほどの違法となるものとはいえない。

すなわち、前記福岡県知事の九州電力に対する公有水面埋立免許がその手続又は内容において当然に無効であるとする理由は認められず、九州電力が行った埋立業務及びその一部として契約関係に従い行われたＤの捨石業務は刑法上の保護の対象となる程度の合法性を有していたものといわなければならない。」

【検討】　この判決は、威力業務妨害罪が「主として経済的活動の自由を保護法益とするもの」であり、「その客体としての業務は、それ自体犯罪とされる暴行、脅迫に至らない威力による妨害からも保護されるものである」ということから、同罪における業務は、「刑法上保護に値する業務であること、すなわち、社会共同生活において事実上許容、承認される業務」であることが必要であると判示している。同判決が、②事件と同様の保護法益論を展開していること、「暴行、脅迫に至らない威力による妨害からも保護されるものである」という部分は保護に値する業務でなければならないことを導くための補助的な根拠であると思われることから、要保護性の基準については、②事件と同趣旨であろう。したがって、「社会共同生活において事実上許容、承認される」というのは結局、「事実上平穏」を指しているものと思われる。

注目されるのは、この判決が、業務の規制枠組みが講学上の許可に該当する場合と講学上の特許に該当する場合とを区別し[15]、後者については、特許に基づかない業務および当然無効の特許に基づく業務については要保護性が否定されるとの見解を示している点である。講学上の許可を得ずにした業務が「社会共同生活において事実上許容」され、講学上の特許を得ずにした業務が「社会共同生活において事実上許容」されないということは、当然である。というのは、同判決も指摘するように講学上の許可の対象となる業務は本来自由なものであり、講学上の特許の対象となる業務は本来禁止されているものだからである。そして、特許の対象となる業務が本来禁止されている理由は、特許がなければ業務が他人の権利を侵害するような場合であろう。同判決の事案はまさに、いわば国の所有物である公有水面を埋め立てるという捨石業務であり、同業務を（講学上の特許たる）免許を得ずして行えば、国の財産権を侵害することになるのである[16]。このように、講学上の許可を得ずにした業務と講学上の特許を得ずにした業務との間に生ずる結論の違いも、業務妨害罪の保護法益を「主として経済的活動の自由」と解することの帰結であり、他人の権利を侵害するかどうかによりその保護法益の存否が左右されるということが前提とされているように思われる。

⑤横浜地判昭和61年２月18日判時1200号161頁

【事実】　暴力団組員である被告人Ｘおよび同Ｙは、パチンコ店「Ａ」の経営者が被告人らの所属する組への経済的出捐を断ったことから、同店に対するいやがらせのため、同店への景品納入業者である株式会社ＢがＡの筋向かいでＡをして営ませているパチンコ遊技客からの景品買入の業務を妨害しようと共謀のうえ、同景品交換所に赴き、景品買入窓口のガラス戸を手荒く閉めたうえ、

[15] 講学上の許可については、宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第４版、2011）82頁、講学上の特許については、同88 ～ 89頁を参照。

[16] 国や地方公共団体のような公法人であっても、私人と対等なかたちで公権力の行使に服する場合には、性質上可能な範囲において、憲法上財産権が保障される。芦部伸喜『憲法学Ⅱ　人権総論』（有斐閣、1994）162頁、海野敦史「『行政権の主体』と『財産権の主体』との交錯関係と司法的執行――宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例を手がかりとして――」経済と経営91巻１＝２号（2011）232頁以下を参照。

同所前歩道において、佇立しまたはうろつき、景品を交換するため同所に赴こうとする同店の遊技客20数名に対し、「換金は駄目だよ」、「駄目だ」などと語気荒く申し向けて追い返すなどしてAの景品買入の営業を不能にした。なお、パチンコ景品買入業務は、風営法等により禁止の対象とされていた。

【判旨】「そもそも刑法234条の罪は人の業務を保護することによって経済生活を保護しようとするもので、その保護法益にてらし、同条にいう業務は『事実上平穏に継続されている一定の業務』というべく、従って反社会性の明らかな業務であれば格別、単に行政取締法規に違反する不適法な点があるからといって直ちに刑法234条の保護の外におかれるものではないと解するのが正当である。なぜならば、業務上各種の行政取締法規に抵触するところがあるからといって、当該業務を私人の妨害にさらさせることは、通常適法にかつ平穏に営んでいる各種業務の安全の保護に十分ではなく、他面、当該業務の取締法規違背の点は所定の法的手続に従って処理されるべく、かつそれを以て取締目的は達するといえるからである。これを本件について検討するに、パチンコ店が関与するパチンコの景品買いに対しどの程度の法的規制をなすのかは、違法な賭博行為の未然防止、射幸的行為に対するその時々の社会的許容性の度合い等からする取締の必要性にてらしてなされるべき政策上の問題に属するもので、又古物営業に対する規制も同法所定の行政目的達成のためのものといえ、仮に風営法や同法施行条例並びに古物営業法上の取締規定に抵触するところがあったとしても、ネクタイ・ピンやコーヒー豆を相当の価格で売買する行為はその行為自体反社会性が明らかなものともなしえない。従って、本件業務も又刑法234条によって保護される業務に含まれるものと解するのが相当である。」

【検討】 この判決も、保護法益論[17]を展開した上で、「事実上平穏」という基準を導いている。同判決では、「事実上平穏」の基準によれば、「反社会性の明らかな業務」であれば保護されないということが示されているが、パチンコ景

[17] 同判決は業務妨害罪の保護法益を「経済生活」とするが、これは経済活動それ自体を保護するという趣旨ではないであろう。というのは、仮に経済活動それ自体を保護するという趣旨であるとすれば、同罪における業務とは営利的業務に限定されるはずであるが、同判決が、業務を営利的業務に限定しない従来の判例の立場に反対するものとは到底思われないからである。したがって、「経済生活」とは結局、経済的活動の自由の意であろう。

品買入業務は一律に禁止されており、その禁止に違反すれば刑罰が科されるという規制枠組みになっていたため、単に刑罰が科されるということが「事実上平穏」でないということに結びつくわけではないことが明らかにされたといえよう。

以上の裁判例からは、次のことが明らかとなる。まず、裁判所は、業務妨害罪における業務の要保護性について、業務が「事実上平穏」に行われていたか否かを基準してきた[18]。業務が「事実上平穏」に行われていない場合とは、業務が明らかに反社会的である場合や、業務が明らかに法秩序に反し社会生活上是認されないような場合である。そして、このような基準を根拠づけているのは、業務妨害罪の保護法益は人の業務活動の自由であるという保護法益論である。

もっとも、上記の保護法益論が根拠にあるのだとすれば、むしろダイレクトに、「他人の権利を侵害するか否か」を基準とした方が適切であるように思われる[19・20]。なぜなら、業務活動の自由が憲法上保護される自由の一つであるとすれば、その保護が完全に否定されるのは、公共の福祉[21]によって完全に制限される場合であり、それはまさに、業務が他人の権利を侵害する場合であると考えられるからである[22]。はっきりとこのような基準を打ち立てた方が、業務妨

---

[18] もっとも、③事件は、「事実上平穏」に行われていたか否かに加えて、社会的有用性までもが要保護性の一要件かのような見解を採っているが、そのような考え方は後の裁判例においても見られないから、主流とはいえない判断である。

なお、「事実上平穏」という基準を採用した他の裁判例として、東京地判昭和57年９月27日刑月14巻11＝12号1150頁がある。

[19] したがって、その反社会性を理由に違法薬物の製造・販売業務は要保護性がないという見解（西田典之『刑法各論』（弘文堂、第６版、2012）126頁など）もあるが、それらの業務は、それ自体として他人の権利を侵害するものではなく、他人の権利を侵害するおそれがあるにすぎないから、反社会的であるからといって当然に要保護性が否定されるとはいえないと思われる。

[20] 先述のように、③④事件はこのことを示唆していると思われる。

[21] 公共の福祉とは、人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、第５版、2011）100頁）。

[22] 他人の権利を侵害する危険性がある業務にも公共の福祉による制限があるが、その場合は、そのような業務を遂行する自由が憲法上完全に否定されるわけではなく、個別の法律が憲法の許容する範囲内で制限を加えるにすぎない。

害罪により保護される業務と保護されない業務との限界が明確になるように思われる。また、公務も業務妨害罪における「業務」に該当し得るという現在の判例法理[23]をも考えると、「事実上平穏」という基準は、少なくとも、他人の権利との対抗関係のもとで行われる業務との関係では不適当であり、他人の権利を侵害するか否かを基準とした方が適切であると思われる[24]。

しかし、上記の裁判例はすべて、純然たる民間業務に関するものであり、本件立入り制止業務のように、他人の権利との対抗関係のもとで行われる公務的性格を有する業務[25]にもそのまま妥当するかという点については、疑問がある。そこで次に、公務の、業務妨害罪における「業務」としての要保護性について判断を示した、最高裁平成14年９月30日の決定[26]（以下、平成14年決定という）について検討を加え、従来の裁判例における要保護性の判断基準との関係を明らかにする。

---

[23] 最大判昭和41年11月30日刑集20巻９号1076頁などを参照。

[24]「事実上平穏」という基準を純然たる民間業務のための一下位基準として用いるという方向性もあり得るが、保護される業務と保護されない業務との区別を明確にするという観点からは、「他人の権利を侵害するか否か」を基準とした方が望ましい。

また、このような基準によれば、要保護性が認められない場合の判断のみならず、要保護性が減少する場合の判断も可能となる。「事実上平穏」という基準では、まったく「事実上平穏」でない業務とやや「事実上平穏」である業務との区別が困難であるのに対して、他人の権利侵害という表現であれば、他人の権利を侵害する業務と他人の権利を侵害する危険性のある業務との区別が可能である（さらに危険性の程度も考慮することができる）。

なお、公務の要保護性については、民間業務の要保護性よりも厳格な判断がなされるとの見解もあるが、業務妨害罪の保護法益が人の業務活動の自由であるとすれば、そのような帰結は導かれ得ない。

[25] 中山研一「公務執行妨害か威力業務妨害か（４・完）」北陸法学９巻１号（2001）13頁は、公務執行妨害罪との比較における業務妨害罪の形態と構造について「一定の執行行為に対する直接的な抵抗という縦の関係ではなく、むしろ平穏な営業活動を出かけて行って妨害するという横の関係があるともいえようか」と指摘しているが、本件立入り制止業務はまさに、縦の関係が認められるといえよう。

[26] 刑集56巻７号395頁。

（3）平成14年決定の意義

最高裁は、平成14年決定において、業務妨害罪における業務の要保護性について初めて判断を示した[27]。これは民間業務ではなく公務に関する判断であり、最高裁は要保護性の判断に際して、原審が用いていた「事実上平穏」という基準を用いなかったのであるが、最高裁がここで「事実上平穏」という基準を用いなかったことには、客体が公務であったことが影響していると考えられる[28]。はたして、平成14年決定は、純然たる民間業務につき確立された裁判例の基準とはまったく異なるものなのであろうか。

平成14年決定の事案は、以下のようなものであった。東京都が地下通路に水平エスカレーターを設置することを計画したものの、同通路には約200人の路上生活者が起居するようになっていたため、①路上生活者が自主的に退去した後に残された段ボールやごみ等を撤去する作業、②工事区域内に歩行者が立ち入らないようにするためのバリケードやカラーコーンを設置する作業、③水平エスカレーターを設置するための床のタイル舗装を撤去する作業からなる環境整備工事を実施することとしたが、これを実力で阻止しようとした被告人ＸおよびＹは、多数の路上生活者に指示して、同通路の都庁側出入口にバリケードを構築し、その内側で約100名の者と座り込むなどして都職員らの工事区域内への侵入を阻止した上、警備員に補助させて本件工事に従事していた都職員らに対し、鶏卵、旗竿、花火等を投げつけ、消火器を噴射し、「帰れ、帰れ」とシュプレヒコールを繰り返し怒号するなどして座り込みを続けた。

第１審[29]は、本件工事には軽微とはいえない瑕疵があること、公務は民間による業務に比して法定の手続に則るべき事情が強いことを指摘して要保護性を否定した[30]が、原審[31]は、業務の要保護性については民間の業務でも公務でも変わるところはなく、「事実上平穏」の基準から判断されるとし[32]、その瑕疵は

---

[27] 朝山芳史「判解」最判解刑事編平成14年度195頁。

[28] 朝山・前掲注（27）191頁、195頁、曲田統「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ』（有斐閣、第７版、2014）51頁、鈴木彰雄「判批」判時1846号208頁。

[29] 東京地判平成９年３月６日判時1599号41頁。

[30] もっとも、第１審判決は、本件工事が権力的公務に当たるとの判断を示しているから、傍論にすぎない。

[31] 東京高判平成10年11月27日東高時報49巻１～12号76頁。

[32] ここで東京高裁も、「事実上平穏」の基準について、「仮に違法の評価を受け

軽微であり反社会性を帯びるとはいえないとして要保護性を肯定した。このような状況において、最高裁は、以下のように判示して、原審の判断を是認した。

「本件工事は、上記のように路上生活者の意思に反して段ボール小屋を撤去するに及んだものであったが、前記１の事実関係にかんがみると、本件工事は、公共目的に基づくものであるのに対し、本件通路上に起居していた路上生活者は、これを不法に占拠していた者であって、これらの者が段ボール小屋の撤去によって被る財産的不利益はごくわずかであり、居住上の不利益についても、行政的に一応の対策が立てられていた上、事前の周知活動により、路上生活者が本件工事の着手によって不意打ちを受けることがないよう配慮されていたということができる。しかも、東京都が道路法32条１項又は43条２号に違反する物件であるとして、段ボール小屋を撤去するため、同法71条１項に基づき除却命令を発した上、行政代執行の手続を採る場合には、除却命令及び代執行の戒告等の相手方や目的物の特定等の点で困難を来し、実効性が期し難かったものと認められる。そうすると、道路管理者である東京都が本件工事により段ボール小屋を撤去したことは、やむを得ない事情に基づくものであって、業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵があったとは認められない。

以上のとおり、当該工事は、刑法上威力業務妨害罪により保護される業務に当たると解するのが相当であるから、被告人らの行為について同罪の成立を認めた原判断は正当である。」

最高裁は当該工事につき要保護性を肯定したが、一般的な判断基準を示すことなく、判断要素を示すにとどまっている。そして、最終的には、「業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵」はなかったとの結論を導いているのである。

最高裁が当該工事につき要保護性を認めたのは、究極的には、当該工事の権利侵害性が減殺され限りなくゼロに近づくという判断に基づくものと思われる。というのは、当該工事の公共性が路上生活者らの権利に対する制約を、路

---

る業務であっても、その違法の程度により反社会性を帯びるまでに至っていない限り、これを威力業務妨害罪による保護の対象とすることは、人の業務活動の自由を保護しようとする同罪の趣旨にかんがみ相当であるからである」と根拠づけており、従来の裁判例におけるのと同様の根拠づけがなされている。

上生活者らが不法占拠者であることおよび撤去される物が段ボールであることが被侵害利益の軽微性を、都による居住上の不利益について対策および周知活動が被侵害利益のさらなる減殺をそれぞれ根拠づけており、また、法定手続を執ることの困難性が法定手続に基づいていないという瑕疵の減殺を根拠づけていると思われるからである[33]。それらは全体として、被侵害利益が極めて小さく、かつ、そのような利益侵害を発生させる合理的根拠を根拠づけるものである。

そうであるとすれば、最高裁は平成14年決定において、上記裁判例とは異なる、まったく新しい判断手法を採ったとはいえないと思われる。なぜなら、先述した通り、裁判例において確立された「事実上平穏」という基準は、保護法益論に根拠を有し、結局は、「他人の権利を侵害するか否か」という基準の下位基準にすぎず、最高裁も当該工事の権利侵害性を減殺するさまざまな要素を考慮することによって、要保護性を肯定するという結論を導いているからである。したがって、平成14年決定は、裁判例において確立した「事実上平穏」という基準が当該工事のような個人の権利との対抗関係のもとで行われる公務については不適当であることを考慮して、単に「事実上平穏」という表現を用いなかったものと思われる。同決定の調査官も、「本決定は、本件工事の要保護性を認めた結論において、原判決の判断を是認したものであるが、原判決とは異なり、本件工事が『反社会性を帯びておらず、事実上平穏に行われているもの』であるという理由付けを採用しておらず、要保護性の判断基準は明示していない。この点については、必ずしも原判決の理論的立場自体を否定する趣旨ではなく、また、第１審判決のように公務執行妨害罪における適法性の要件と同程度のものを要求する見解を採用したとも断定し難いが、本件工事において原判決のような基準を用いることに違和感があることから、文言上これを用いることを避けたのではないかとも考えられる」と分析している[34]。よって、平成14年

[33] 最高裁は道路法32条１項および43条２号を挙げており、当該段ボール小屋がこれに該当することは明らかである。したがって、同法71条１項に基づく除去命令を発することができない理由は、もっぱら相手方および目的物の特定の困難さにあったのであるから、当該工事が法的手続を執らなかったことの瑕疵は少なくとも大幅に減殺されると思われる。

[34] 朝山・前掲注（27）195頁。

決定は、少なくとも個人の権利との対抗関係のもとで行われる公務については、「事実上平穏」か否かではなく、その権利侵害性によって要保護性を判断すべきことを示したものと思われる[35・36]。

（4）本判決における違法性阻却の判断

それでは、本判決は、副駅長の立入り制止業務の違法性の減少をどのようにして導いたのであろうか。

本判決は、「副駅長…には、鉄道営業法[37]及び駅建物の管理権[38]に基づいて、

---

[35] ただし、いくら軽微とはいえ個人の権利を侵害する公務の要保護性が肯定されるのは、極めて稀な事案であり、同決定が要保護性を肯定したのも、被侵害利益が極めて軽微であり、かつ、法定手続を採ることができないやむを得ない特殊な事情があったからにすぎないであろう。

[36] これに対して、平成14年決定は、「明らかに事実上の平穏さを超えた認定を行っている」から、「実質的には〔公務の（業務妨害罪における業務としての）要保護性については、民間の業務よりも厳しい基準によって判断されるという＝筆者注〕第１審判決と同様の立場を採用するものと解してよいように思われる」とする見解（小林憲太郎「判批」ジュリ1297号（2005）161頁）もあるが、「事実上平穏」という基準を用いる原審すら「平穏」か否かを超える認定を行っており、判文上そのような趣旨を読み取ることはできないと思われる。

[37] もっとも、鉄道営業法には、鉄道職員に対し広範な立入り制止権限を認めているわけではなく、同法42条に該当する場合にのみ立入り制止権限（厳密には、車外または鉄道地外へ退去させる権限。その性質については、最大判昭和48年４月25日刑集27巻３号418頁、喜安健次郎『鉄道営業法下巻』（鉄道青年社出版部、1921）925頁を参照）を認めている。そして同条は、４つの事由を定めており、その一つが「第35条…ノ罪ヲ犯シタルトキ」（同条３号）である。

＜鉄道営業法35条＞

鉄道係員ノ許諾ヲ受ケスシテ車内、停車場其ノ他鉄道地内ニ於テ旅客又ハ公衆ニ対シ寄附ヲ請ヒ、物品ノ購買ヲ求メ、物品ヲ配付シ其ノ他演説勧誘等ノ所為ヲ為シタル者ハ科料ニ処ス

ここで「其ノ他演説勧誘等ノ所為」とは、車内または鉄道地内の秩序を害するおそれの高い行為を禁止するという同条の立法趣旨に照らし、列挙された行為に類似し、鉄道地内の秩序を害するおそれの高い行為をいうとされる（喜安・前掲書894頁）。

なお、鉄道地とは、「鉄道の営業主体が所有又は管理する用地・地域のうち、

駅構内の秩序を維持するため、同コンコース内への立ち入りを認めればその秩序を乱すおそれのある者に対しては、立ち入りを制止する権限がある」としつつ、「しかし、駅建物や同コンコースの公共性に加え、同コンコースを利用すれば駅建物南北の通り抜けが可能であるというA大阪駅の構造や多数の通行人が通り抜けのために同コンコースを利用しているという同駅の状況等を考慮すれば、それによって駅構内の秩序が乱されるおそれがない場合には、A職員は、鉄道を利用する意思がなく、単に通り抜けのためだけに同コンコースを利用しようとする者に対しても、その立ち入りを制止することはできないと解すべきである」として、立入り制止権限の制約についても判示している。副駅長は、本判決も示すように、一定の場合には駅構内への他人の立入りを制止する権限を有するが、駅コンコースは不特定多数人の通行に供されており公共性を有するため、駅構内への立入り制止権限がそれに対応した内在的制約を受けるのは当然である。その結果、副駅長は、合理的な理由、つまり立入りを認めれば駅構内の秩序を乱すおそれがない限り、他人の立入りを制止する権限がないということになる[39]から、本判決における上記の前提は適切なものといえよう。

このような前提のもと、本判決は、被告人らが持っていたプラカードおよび横断幕が駅利用者の通行の妨げになるようなものではなかったこと、隊列を組んでいなかったこと、シュプレヒコールを行っていなかったこと、拡声器を持っている者がいたがそれは使用されなかったこと、通行人等にビラ配布を行った者がいなかったこと、B口付近で傘を開いていた参加者がA職員の指示でそれを閉じたことという、駅コンコースへ向かう被告人らの態様を認定し、「同コンコース内への立ち入りを認めてもその秩序が乱されるおそれがあったとは認められない」と結論づけている[40]。したがって、これにより本判決は、副駅長に

---

直接鉄道運送業務に使用されるもの及びこれと密接不可分の利用関係にあるもの」をいう（最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁）。

[38] 施設等に対する所有権または占有権の一つの具体的な権能をいう。西内敏「施設管理権の法的性格とその限界」法雑26巻３＝４号（1980）549頁を参照。

[39] 成澤・前掲注（１）29頁。

[40] さらに、「また、実際に、参加者らが駅コンコース内を通過する際、他の駅利用者の通行の妨げになった訳でもない」と付言されているが、この点については前記２（３）で述べたことが妥当しよう。つまり、ここでも、現実に他の駅利用者の通行の妨げになったという事実が、駅構内の秩序が乱されるおそれ

対し被告人らの駅コンコースへの立入りを制止する権限がなかったと結論づけたことになる。この程度の態様で駅職員が駅コンコースへの立入りを制止することができるとすれば、駅職員に立入りについて極めて広範な裁量を与えることになるから、この判断についても妥当なものであったといえよう。

それでは、本判決は副駅長の立入り制止業務の不適法性を違法性阻却の判断において考慮しているが、副駅長は同業務によって被告人らの権利を根拠なく制約しようとしたのであるから、同業務はそもそも要保護性を欠き（構成要件要素としての）「業務」に該当しないのではないか。本判決がそう判断しなかった理由は以下のようなものと推測される。すなわち、副駅長の業務は、個人の権利との対抗関係のもとで行われるという意味で公務的性格を有するものであり、「事実上平穏」という基準は不適当である[41]という事情が存するという点では平成14年決定の事案と共通しているが、先述のように最高裁は平成14年決定において公務の（業務妨害罪における業務としての）要保護性の判断基準については明言を避けたため、いかなる場合に要保護性が否定されるかが不明確のままとなっていたからである。しかし、本件立入り制止業務は、まさに、他人の権利を侵害する業務であったといえるから、――「事実上平穏」に行われていないというよりは――他人の権利を侵害するがゆえに、業務妨害罪において保護される「業務」にはあたらないという判断が正面からなされるべきであったと思われる。

## Ⅳ　おわりに――業務の要保護性について

本判決の事実①についての判断は、「威力を用いて」の該当性を否定した一事例として価値のあるものである。類型的にある程度の勢力が向けられることが前提となっている業務については、その分「威力」が認められるためのハードルは高くなるのであり、本件はまさにそのハードルを越え得るものではなかったといえるから、この点についての判断は妥当であろう。しかし、本判決

---

を肯定する方向に作用する事情であるということが示唆されているのである。

[41] 仮に副駅長が適法に被告人らの立入りを制止したとしても、被告人らがそれに抵抗すれば、副駅長の立入り制止業務は「事実上平穏」に行われていたといえるかは不明確である。

の事実②についての判断は、業務の不適法性を違法性阻却の一要素として扱うにとどまった点で、疑問が残る。本件では、そもそも業務の要保護性が否定されることにより「業務」該当性が否定され得るものであったと思われるため、最後にこの点についての私見を述べることとしたい。

そもそも純然たる民間業務についての「事実上平穏」という基準が生まれたのは、業務妨害罪の保護法益が憲法上保護される自由の一つであり、公共の福祉による制限の範囲内で広く保護されるものだからである。つまり、他人の権利を侵害するような業務活動を行う自由は、憲法上認められないのである。そうであるとすれば、結局「事実上平穏」という基準は、純然たる民間業務が他人の権利を侵害するものか否かを判断する下位基準にほかならず、究極的な基準は、業務が他人の権利を侵害するか否かである。公務が業務妨害罪により保護される局面であっても、業務妨害罪の保護法益が変容するわけではない以上、同じ基準が妥当する[42]。そこで保護されるのは、公務員たる身分を有する者の業務活動の自由であり、その公務に形式的に瑕疵があるか否かではなく、その公務が他人の権利を侵害するか否かが、要保護性の判断にとって重要である。したがって、純然たる民間業務においても公務においても、要保護性の判断基準はまったく同じであり、公務は、個人の権利との対抗関係のもとで行われることが多く、要保護性が問題となりやすいというにすぎない。そして、いわば

[42] 業務の要保護性の議論を法治国家原則と結びつけることにより、公務の（業務としての）要保護性についてはより厳格に判断されるべきとする見解（小林・前掲注（36）161頁、島田聡一郎「判批」判時1731号（2001）213頁）もある。たしかに、業務の要保護性の判断基準が法治国家原則から導かれるのであれば、民間業務と公務とでは要保護性の判断基準は異なるという結果になろうが、そもそも要保護性の判断基準は法治国家原則から導かれるものではないと思われる。なぜなら、法治国家原則から要保護性の判断基準を導くのであれば、論者も認めるように、要保護性が否定されるのは「犯罪性が明確で差し迫った危害が存在」（小林・前掲注（36）161頁）する場合に限定されるはずであって、それは正当化が認められる場合に限定されてしまうことになり、そもそも業務の要保護性という概念に独自の意義がなくなってしまうからである。そこで論者は、「緊急救助に比すべき状況にある場合」（小林・前掲注（36）161頁）を想定するのであるが、そのような場合が正当化が認められる場合とどのように異なるのかが不明確であるし、法治国家原理から出発しながらなぜ正当化が認められる場合よりも広く実力行使を容認するのかが明らかでない。

それらの中間ともいうべき、本件立入り制止業務のような、個人の権利との対抗関係のもとで行われる民間業務についても、当然同じ基準が妥当し、性質上、純然たる民間業務よりも、要保護性が問題となりやすいといえる。このような基準によれば、要保護性のある業務とそれを欠く業務との限界が明らかとなり、個人の権利との対抗関係のもとで行われる業務（主として公務）の要保護性についての判断も容易となろう。

本件はまさに、要保護性の否定により「業務」該当性が否定される一事例となり得るものであったが、そのような事例の蓄積は再び今後に期待せざるを得ないこととなった。いずれにせよ、業務の要保護性については、さらなる判例・学説の蓄積が必要であると思われる。

## 執筆者紹介（掲載順）


| | |
|---|---|
| 酒巻　修也 | 北海道大学大学院法学研究科助教 |
| 郭　薇 | 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター助教 |
| 濱口　弘太郎 | 北海道大学大学院法学研究科助教 |
| 佐藤　結美 | 上智大学法学部法律学科准教授 |
| 津田　久美子 | 日本学術振興会特別研究員 |
| 福島　卓哉 | 日本学術振興会特別研究員 |
| 高　影娥 | 志學館大学法学部講師 |
| 岡部　天俊 | 北海道大学大学院法学研究科修士課程 |



平成28年５月19日　印　刷
平成28年５月26日　発　行

編集人　田村善之

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. 67 May 2016 No. 1

*CONTENTS*

**ARTICLES**

L'essence et la portée de la nullité partielle (4) :
Contribution à l'étude du sens de la volonté des parties dans la théorie de la nullité partielle ····· Naoya SAKAMAKI 1

Law and Information Sphere − Construction and Transformation in Legal Information of Modern Japan (5) ····· Wei GUO 332[ 1]

Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz (4) ····· Kotaro HAMAGUCHI 282[ 51]

The possibilities and the limits of personal data protection under Japanese criminal law (4) ····· Yumi SATO 248[ 85]

**NOTES**

Put Sand in the Wheels of the Market: Political Process of EU Financial Transaction Tax, 2009-2013 (2) ····· Kumiko TSUDA 59

Die Einführung einer einheitlichen Stelle (2) ····· Takuya FUKUSHIMA 117

The right to self-determination of persons with disabilities under the Guardianship System in South Korea ····· GOH Young-Ah 204[129]

**CASE NOTE**

Note on Criminal Law Case ····· Takatoshi OKABE 180[153]

[ ]…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