



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第67巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 67(3)
Issue Date	2016-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/62956
Type	journal
File Information	lawreview_vol67no3.pdf



北大法学論集

第 67 卷 第 3 号

論 説

- イギリス企業年金法制における受認者責任（１）
 川 村 行 論 1
- 「独占的状態の規制」に関する音楽著作権管理事業における再検討（２）
 —— 独占禁止法第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用 ——
 姜 連 甲 75
- ドイツ連邦共和国における刑事施設内の母子施設
 小名木 明 宏 392[1]
- 成年年齢の準拠法
 —— 国際養子縁組を題材として —— 嶋 拓 哉 372[21]
- 承認の政治と再配分の問題：ジレンマは存在するか
 辻 康 夫 348[45]
- 再販売価格維持と小売マージン 中 川 晶比兒 310[83]
- 犯罪論における同時存在原則について（１） 瀬 川 行 太 258[135]
- 子どもの自己決定と憲法（４）
 —— 米・台・日における子どもの人権・権利論の分析・比較 ——
 宋 峻 杰 222[171]

講 演

- 法哲学研究におけるイノベーション
 —— 現代法哲学における西欧中心主義の克服へ向けて ——
 今 井 弘 道 125

雑 報

- 北海道大学法学会記事 153

名誉教授

[illegible][illegible][illegible][illegible]

イギリス企業年金法制における受認者責任（一）

川
村
行
論

目次

序章	問題の所在
第一節	現状分析
第一款	企業年金制度の動揺

- 第二款 繰り返される問題
- 第三款 「受託者責任」・受託者責任・受託者責任
- 第二節 受託者責任の問題——当事者・内容を中心に——
 - 第一款 受託者責任の概要
 - 第二款 散在する問題点
 - 第三節 本稿の課題
 - 第一款 問題意識と課題
 - 第二款 イギリス法研究の意義——日本法との対照性——
 - 第三款 本稿の構成
- 第一章 日本における立法状況——沿革の検討——
- 第二章 職域年金制度における信託制度の導入と問題
- 第三章 職域年金と信託法理との対立
- 第四章 受託者責任の形成——信託法理の修正——
- 第五章 総括

(以上、本号)

序章 問題の所在

本稿は、企業年金法制における受託者責任について、イギリス法を通じて検討することを目的とする（イギリス法を検討する理由について、本章第三節第二款参照。また、我が国の企業年金法制において、忠実義務及び善管注意義務という年金財産の管理運用に関する行為責任について「受託者責任」という用語法が用いられている。しかし、本章第一

節第三款で述べる理由から、本稿では、「受託者責任」ではなく、受託者責任という用語を用いる⁽¹⁾。もつとも、受託者責任について検討するとしても、どのような事柄が問題として指摘できるのか、一義的に明らかであるわけではない。

そこで、本章において、我が国における企業年金制度の最近の議論状況を整理し、検討すべき課題を設定する。なお、後に詳述するが、議論を進めるにあたり、簡単に、本稿における検討対象と分析方法の限定について説明する。

まず、検討対象について述べる。本稿では、確定給付型の企業年金制度を検討対象とし、確定拠出型の企業年金制度は対象外とする。また、企業年金制度の運営スキームとして信託制度、生命保険制度、投資顧問制度が存在しているが、信託制度を主たる検討対象とし、それ以外の制度は必要に応じて取り上げると定める。更に、我が国では受託者責任の内容として忠実義務と善管注意義務の二つが問題とされることもあり、これらの義務に限定して取り上げる。

次に、分析方法の限定について述べる。本稿では、信託法理論を手掛かりとして、受託者責任について検討する。限定の理由は次の通りである。本稿ではイギリス法を検討することになるが、イギリスの企業年金法制（イギリスでは企業年金について、職域年金（occupational pension）と呼称しているが、本稿の表題をはじめ、本論においても、便宜的に企業年金としている）は、確定給付型の企業年金制度であり、かつ、信託制度を運営スキームとする企業年金制度を主要な規律対象としている。イギリス法の検討により我が国に対する示唆を得ようとする本稿の立場からすると、右のような限定が必要となるのである。

第一節 現状分析

第一款 企業年金制度の動揺

(1) 世界でも突出した速度で高齢化社会を迎えている我が国⁽²⁾において、公的年金制度は老後の所得保障として極めて大きな役割を果たしている⁽³⁾。しかし、その一方で、少子高齢化の進展に伴い、年金給付に要する額も巨額になっている状況が問題視され、公的年金制度の存続に関連して、給付と負担のあり方を中心とした議論がなされている⁽⁴⁾。

このような議論の中で、公的年金制度自体のあり方を論じるだけではなく、老後の所得保障という点で共通した機能を果たす企業年金制度に着目し、同制度が公的年金制度を補完するように制度設計すべく議論されている⁽⁵⁾。我が国における企業年金制度として、適格退職年金制度や厚生年金基金制度といった企業年金制度が存在していたが、二〇〇一年にいわゆる企業年金二法が成立し、確定給付企業年金制度及び確定拠出年金制度が創設された⁽⁶⁾。これらの立法は、適格退職年金制度や厚生年金基金制度において問題視されてきた受給権保護を強化することが目的でもあった⁽⁷⁾⁽⁸⁾。企業年金制度はあくまで企業が実施する年金制度であり、制度を実施するとしても継続性といった点では、公的年金制度ほど「安定的」な制度ではない。しかし、右のような企業年金制度に対する規律が強化されたことで、制度の安定性について問題視されることがなくなり、企業年金制度が直実に普及していくこととなった⁽⁹⁾。このような普及を受け、企業年金制度に対して、公的年金制度を補完する役割が期待されるようになったのであろう。

しかし、近年ではそのような状況が一変し、企業年金制度は混迷した状況に陥っている。二〇一二年に明らかになったA-I-J事件をはじめとする企業年金制度における積立金の管理運用に関わる問題である⁽¹¹⁾。この問題を受け、政府において検討会（「厚生年金基金等の資産運用・財政運営に関する有識者会議」）が設置され、真相の究明と解決策が論じられた⁽¹²⁾。この有識者会議は議論の結果を報告書として公表し、それによれば、厚生年金基金制度は問題点を改め、制度は存続することとされていた。具体的には、「受託者責任の明確化」、「基金の資産管理運用体制の強化」、「外部の専門家等による支援体制や行政による事後チェックの強化」によって、制度が運営されるよう提言されていた⁽¹⁴⁾。

ところが、右の提言に反して、政府は厚生年金基金制度を実質的に廃止することで問題解決を図った。⁽¹⁵⁾ このような対応により、厚生年金基金制度自体の問題は消滅することになった。その結果、企業年金制度として、確定給付企業年金制度及び確定拠出年金制度のみが残され、かつ、これらの制度は、前述したように適格退職年金制度及び厚生年金基金制度の問題を是正した制度であるため、企業年金制度には、再び平穏な状況が訪れたように見える。

しかし、厚生年金基金制度において問題とされた事柄には、我が国の企業年金制度全体に波及する問題が残されており、平穏な状況が訪れたとはいえない。その問題こそ「受託者責任」である。

第二款 繰り返される問題

（１）「受託者責任」という問題は、厚生年金基金制度における一連の事件を受けて顕在化した最近の問題のように思われる。しかし、実態はそうではない。我が国の動向をみると、この問題は古くから論じられているのである（以下で取り上げる政府の動向について、第一章以降で検討するため、ここでは紹介にとどまる）。

企業年金制度の歴史を見ると、厚生年金基金制度において、年金財産の管理運用を担う者の行為責任として「受託者責任」が採用されていた。⁽¹⁶⁾ これについて当初はそれほど問題にされていなかったが、一九九〇年代後半になると、政府レヴェルでこの問題について本格的に検討されるようになった。例えば、厚生省に設置された厚生年金基金制度研究会は一九九六年に報告書を公表し、「受託者責任」をめぐる問題として、次のようなことを指摘している。⁽¹⁷⁾

「資産運用に当たっては、将来の年金給付に支障が生じないよう安全性に配慮するとともに、加入員や受給者の利

益のため、……長期的な観点から効率的な運用を行っていくことが不可欠である。

このため、……資産運用関係者の責任の明確化、基金の運用管理体制の整備を図りつつ、英米におけるブルーデントマンルール……のような柔軟な資産運用ルールを確立する必要がある⁽¹⁸⁾。」

また、同報告書を受けて設立された厚生年金基金の資産運用に係る受託者責任ガイドライン研究会においても「受託者責任」が主たる検討課題とされた。一九九七年三月三十一日に公表された同研究会報告書⁽¹⁹⁾においても、「受託者責任」をめぐる問題について次のように述べられている。

「運用規制の緩和を図るとともに、英米における『受託者責任』に関するルールのように、資産運用関係者の役割及び責任を明確化、具体化したルールの確立を図り、基金が自己責任の下で、自主的に運用を行うことができる環境を整備することが重要である⁽²⁰⁾」

「現在、いわゆる『受託者責任』について、基金関係者の間で議論がなされているが、早期に関係者の责任意识の醸成と基金の運用管理体制の向上を図るためには、これを明確化、具体化するためのガイドラインを策定し、普及・定着させていくことが必要である⁽²¹⁾」

右のように、政府において一九九〇年代後半には「受託者責任」が問題として認識されており、その解決のための方策についても言及されていたのである。これらの検討結果が先の企業年金二法につながる。すなわち、厚生年金基金制

度において、この責任の不明確性が問題視されたこともあり、受給権保護の観点から、企業年金二法においてこの責任を規定して「整備」したのである。

だが、企業年金二法制定後においても、「受託者責任」について問題が指摘されている。⁽²²⁾ 企業年金二法によって解決されたはずの「受託者責任」が依然として問題とされ、その解決策が論じられているのである。

(2) 他方、政府の動向が前述したものであるとしても、「受託者責任」は法的に問題となる事柄である。特に、「受託者責任」の明確化に関連して、先の報告書では、英米におけるルールを参考にした制度の設計が説かれていた。これについて、実定法学の観点から検討の余地がある問題といえるため、この問題について実定法学ではどのようなことが論じられているのが問題となる。

企業年金制度に関わる私法学、労働法学⁽²³⁾及び社会保障法学⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾における学説の動向をみると、「受託者責任」について、正面から議論されることが少ないといえる。学説においても、政府における議論状況と同様に、「受託者責任」はそれほど検討が進められていない問題なのである。学説がこのような状況である以上、理論的な進展が見込めない。そうであるからこそ、先に見たように、「受託者責任」が繰り返し問題とされるといえよう。

(3) 以上を踏まえると、「受託者責任」という問題は、実務においても学説においても、問題として認識されつつも、十分検討されていない事柄であるといえる。そして、そうであるからこそ、「受託者責任」は解決されることなく繰り返される問題であるといえよう。

第三款 「受託者責任」・受託者責任・受託者責任

(1) これまで、我が国の企業年金制度における「受託者責任」に関する議論状況について確認してきた。そして、古くから繰り返し問題とされる事柄であることも理解できた。その一方で、繰り返し問題にされる「受託者責任」とはどのような責任であろうか。これについて、議論を進める前に整理する必要がある。

受託者責任とは、基本的には、信託法制において問題となる財産管理に関わる法的義務と責任を指す。委託者から受益者のために財産の管理運用を託された受託者が、受益者に対して負う忠実義務、善管注意義務、分別管理義務といった義務と義務違反の責任である。⁽²⁷⁾このようなことから、我が国の企業年金制度において論じられている「受託者責任」とは、信託法上の受託者の義務と責任であるようにも思われる。

ところが、我が国の企業年金制度において論じられる「受託者責任」は、義務を負う主体の点で、信託法制における言説とは異なる様相を呈している（厳密に言えば、義務の客体や内容についても違いが認められるが、詳細については後述するため、ここでは主体に限定して取り上げるにとどめる）。例えば、確定給付企業年金法（平成一三年六月一五日法律第五〇号、以下、DB法と記す）を見てみよう。「受託者責任」として理解されている行為責任⁽²⁸⁾について、同法では次のように規定している。⁽²⁹⁾

第六十九条 事業主は、法令、法令に基づいてする厚生労働大臣の処分及び規約を遵守し、加入者等のため忠実にその業務を遂行しなければならない。

第七十条 基金の理事は、法令、法令に基づいてする厚生労働大臣の処分、規約及び代議員会の議決を遵守し、基金のため忠実にその業務を遂行しなければならない。

第七十一条 資産管理運用機関（契約金融商品取引業者を含む。）は、法令及び資産管理運用契約を遵守し、加入者等のため忠実にその業務を遂行しなければならない。

第七十二条 基金が締結した基金資産運用契約の相手方は、法令及び基金資産運用契約を遵守し、基金のため忠実にその業務を遂行しなければならない。

これらの規定をみると、義務の名宛人として、資産管理運用機関（信託銀行・信託会社、生命保険会社、農業協同組合（D B法四条三号及び六五条一項）。また、契約金融取引業者とは投資顧問業者を指す（同四条三号及び六五条二項）。）、事業主、基金型確定給付企業年金制度における基金の理事、基金資産運用契約の相手方（前述した資産管理運用機関のことを指す）が定められている。

信託銀行及び信託会社は信託法をはじめとする信託法制による規律を受けるため、これらの者が信託法制上の受託者責任を負うことは当然である。他方、事業主（後述するが、事業主は委託者とされている）、生命保険会社、投資顧問業者及び基金の理事といった主体は信託法上の受託者ではない。信託法上の受託者ではないにもかかわらず、信託法に由来する行為責任を課せられている者が存在しているのである。⁽³⁰⁾

（2）このようなD B法の規定をみる限り、企業年金法制において問題とされる「受託者責任」は、信託法制における受託者責任とは異なっていることが理解できる。それでは、企業年金法制において論じられる「受託者責任」とはどのような責任なのであろうか。

これについて、政府において自覚的な議論がなされている。先に取り上げた厚生年金基金制度における議論を見てみ

よう。「厚生年金基金の資産運用に係る受託者責任ガイドライン研究会報告書」⁽³¹⁾では、次のようなことが指摘されている。

「英米における『受託者責任』に関するルールのように、資産運用関係者の役割及び責任を明確化、具体化したルールの確立を図り、基金が自己責任の下で、自主的に運用を行うことができる環境を整備することが重要である」⁽³²⁾（序章第一節第二款（2）で掲載したが、再掲した）

「米国のエリサ法（一九七四年従業員退職所得保障法）におけるフィデューシャリー（Fiduciary）の定義、義務、責任等は、我が国でも参考になる点が多く、その基本的な考え方や精神は、最大限参考とすることが望ましい」⁽³³⁾

「しかし、米国の考え方は、現行の厚生年金保険法や民法における考え方と異なる面があり、エリサ法の考え方を、現行法制の下で、そのまま我が国に持ち込むことはできない。『受託者責任』⁽³⁴⁾といっても、国によって概念や制度が異なっており、現行法の下では、現行法を前提として我が国の実状に応じたものを考える必要がある」

「本ガイドラインは、我が国の現行法制の下で用いられている概念を使用して記述した。具体的には、エリサ法等英米の法制度における考え方や精神をできる限り参考としつつ、現行法における『善管注意義務』⁽³⁵⁾や『忠実義務』の概念を、基金の管理運用業務を行う場面を想定して、具体的な行動指針として示すこととした」

右の言及を踏まえると、「エリサ法」⁽³⁶⁾や「エリサ法等英米の法制度における考え方や精神」といった事柄が指摘され

ているため、少なくとも、信託法制上の受託者責任を念頭に置いた議論がなされていない。企業年金法制における「受託者責任」とは、英米における法制度を踏まえた、信託法制とは異なった法的責任であると認識されていることが理解できる。

（3）我が国における企業年金制度において論じられる「受託者責任」とは、信託法制とは異なる法的責任であると理解できた。しかし、信託法制とは異なる「受託者責任」とは具体的にどのような責任なのであろうか。この点について手掛かりとなるのが、先の報告書において指摘されていた「フィデューシャリー（fiduciary）」である。

「フィデューシャリー（fiduciary）」とは「受託者」と訳され、イギリスやアメリカにおいて、信託法を基礎に形成された信認法（Fiduciary Law）及び⁽³⁷⁾その問題となる受託者責任（Fiduciary Duties）の主体である。受託者を規律する信認法について説明すると次のような内容となる。

イギリス法のエクイティにおいて、他人のために財産の管理運用を託された者を規律する法制度として信託法が発展した。他方、コモン・ローにおいて、本人と代理人の関係、会社と取締役の関係、顧客と弁護士の関係等のように、信託法上の受託者と同様、他人のために一定の行為をするように要求される法律関係も存在していた。⁽³⁸⁾エクイティとコモン・ローという異なる法制度において、それぞれ類似した機能を果たす法律関係が存在したのである。当初はこれらの類似した主体について、コモン・ローとエクイティは別々に判断していたが、エクイティにおいて右のようなコモン・ロー上の法律関係についても判断するようになった。⁽³⁹⁾その際、制度の異なる法律関係を処理するために、「信頼」という法概念を用いるようになったとい^う。

エクイティにおいて、コモン・ロー上の問題について判断した裁判例が蓄積されると、それに伴い、判例集の整理と学説の理解も進み、「信託」という法概念が確立した。⁽⁴⁰⁾この「信託」という法概念の登場によって、それまで「信頼」

という概念で論じられていた信託と類似した法関係について、「信認関係」という概念で処理するようになったとされる⁽⁴¹⁾。具体的には、一定の事務を託した者と受託者と同様に他人の信賴を基礎に他人のために行動する者（会社・取締役関係の取締役、本人・代理人関係の代理人など）との関係を信認関係と整理したうえで、後者については受託者と呼称し、その受託者が負う義務（信認義務）の内容について受託者の義務を援用して判断していった⁽⁴²⁾。その結果、形成された法領域が信認法である（信認関係には信託関係も含まれると解されており、その意味で信認法は信託法を包含する広い法制度であるといえる⁽⁴³⁾）。ただし、どのような当事者間において信認関係が認められるのか、という点は明確ではない⁽⁴⁴⁾。

以上をまとめると次のようになる。信託と同様に、他人のために何らかの行為を要求される者に対して、受託者と同様の義務と責任たる受託者責任を課す一方、どのような関係について信認関係とするのか、また、どのような者を受託者として性質決定するのか、その判断基準が明確ではない点が、信認法の特徴といえる⁽⁴⁵⁾。

（４）信認法については右のような動向であるが、この信認法は企業年金法制においても問題となる。例えば、アメリカの ERISA では、受託者について特に規定を置⁽⁴⁶⁾てゐる。ERISA 三条二項（a）において、受託者について定義しており、次の場合に該当すれば受託者とされるとい⁽⁴⁷⁾う。

① 当該制度の運営に関して裁量的権原もしくは裁量的支配力を行行使し、または財産の管理処分に関して権原もしくは支配力を行行使する場合。

② 当該制度の資金・財産に関して直接・間接を問わず手数料その他の報酬を得て投資助言を与え、またはそのような権限もしくは責任を有する場合。

③ 当該制度の運営において裁量的権原または裁量的責任を有する場合。

以上の定義規定を前提として、ERISAでは、制度の管理運営全般について責任を負う指名受託者 (named fiduciary) (四〇二条 (a))、年金財産の管理運用を担う信託受託者 (trustee) (四〇三条 (a))、年金財産の管理運用の中で投資を中心に担う投資マネージャー (三条三八項、四〇三条 (a) 及び (b))、を受託者として取り扱っている。⁽⁴⁸⁾ 加えて、これらの者以外に、形式的には受託者ではないものの、実態として受託者とみなせる者を規律するため、事実上の受託者 (de facto fiduciary) というカテゴリーも設けている。⁽⁴⁹⁾

以上の ERISA の特徴は、企業年金制度において受託者責任を課せられる者について明示しつつ、その一方で、受託者として性質決定するための基準も規定していることであろう。

もともと、問題点も指摘できる。以上の規定を見ると、受託者として性質決定されるポイントは、制度の運営について裁量的権限や裁量的支配力を有しているのかどうか、ということになる。⁽⁵⁰⁾ だが、これらの基準は広範であり、どの程度の裁量があれば受託者とされるのか、また、どの程度の権限・支配力があれば受託者とされるのか、という点については明らかではない。この点について、先に見た信託法における受託者の判断基準ほどではないにせよ、不明確な点が残っているといえよう。

(5) イギリスやアメリカにおいて信託法なる法概念を用いていることが明らかになった。そして、この法概念を基礎として構築された ERISA 等を参考にして、我が国の企業年金法制は、生命保険会社や投資顧問業者といった信託関係にはない者に対して、「受託者責任」なる法的責任を課す制度設計を行ってきたのであろう。⁽⁵¹⁾

また、そのような制度設計の際には、我が国の法体系において信託法は存在していても、信託法なる法領域は存在し

ないことから、この点について慎重な取り扱いをすることにしたのであろう。先の受託者責任ガイドライン研究会報告書においても、我が国との法体系の違いを意識しつつも、信託法の考えを我が国において可能な限り反映させる意図が示されていた。このような慎重な対応が、報告書における括弧付きの受託者責任、あるいは、「いわゆる受託者責任⁽⁵²⁾」という用語に表れているといえる。

以上を踏まえると、我が国の企業年金制度では、信託法の受託者責任に由来する受託者責任について、便宜的に「受託者責任」と呼称しているといえる⁽⁵³⁾。

(6) 我が国の企業年金法制における「受託者責任」という用語については、以上の通りである。

これまでの説明を踏まえ、「受託者責任」という用語法について、議論を進める前に整理しておく。我が国の企業年金法制において「受託者責任」という用語法を採用しているが、このような用語法をそのまま用いて論を進めると、信託法制において問題とされる受託者責任と企業年金法制において問題とされる「受託者責任」とで混乱を生じる可能性がある。そのため、本稿では信託法制において問題とされる受託者責任については「受託者責任」と記述し、企業年金法制において問題となる「受託者責任」(年金財産の管理運用を担う者の行為責任)については、先の報告における「フィデューシャリー(fiduciary)」を踏まえて、「受託者責任」と記述する。

第二節 受託者責任の問題——当事者・内容を中心に——

第一款 受託者責任の概要

これまで、我が国における受託者責任の現状を見てきた。次に問題となるのは、我が国の企業年金法制において、受

認者責任について実際にどのような制度設計をしているのか、ということである。今後の議論を進めるうえで、受認者責任の概要について把握しておく必要があるため、以下で取り上げることにする。

ただし、検討に際して留保しなければならないことがある。

第一に、企業年金法制だけではなく、信託法制についても取り上げることにする。本稿は信託法理論を手掛かりとして検討するという理由に加えて、次の理由もある。前述したように、企業年金法制における受認者責任は信託法理論を基礎に発展してきた。それ故、信託法制に関する理解がなければ、受認者責任について不十分な理解しか得られない可能性がある。このようなことから、信託法制を補助線として取り上げることが必要となる。⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾

第二に、企業年金法制を検討する際には、信託法における当事者の枠組みを参考にして、制度開設主体（信託法における委託者に相当する）、管理運用主体（同受託者）、当該制度における利益享受主体（同受益者）といった当事者について整理する。企業年金制度は信託制度のみならず、生命保険制度・投資顧問業者を運営スキームとし、かつ、それらの者に対して受認者責任を課しているため、受認者責任について整理をする上で、このような枠組みが必要となるのである。

第三に、前述したことであるが、本稿で取り上げる義務は忠実義務と善管注意義務に限定する。これは我が国の企業年金法制において、これら二つの義務が中心的な義務であると解され、⁽⁵⁶⁾制度設計された経緯があるためである。

第一項 信託法制

一 信託法

以下では、信託法について取り上げる。もともと、用語法上の留保があるため、検討を進める前に、整理しておく。我が国では、一九二二年に信託法が制定されていたが、二〇〇六年に改正された。改正前の状況について、ある程度言及しなければならぬ事柄があるため、本稿では、二〇〇六年改正前の信託法について「旧信託法」と表記し、二〇〇六年改正により成立した信託法については「新信託法」と表記する。

(1) 当事者

信託法では、財産を信託財産として管理運用するように委託する委託者⁽⁵⁷⁾、委託者より財産の管理運用を託される受託者⁽⁵⁸⁾、利益を享受する主体である受益者⁽⁵⁹⁾という三者を基本的な当事者とする。委託者が受益者のための財産管理を受託者に託することで信託関係が発生し⁽⁶¹⁾、かつ、基本的に当該関係が発生すると委託者はこの関係から離脱し、受託者と受益者との関係が残ることになる⁽⁶²⁾。この信託関係の特徴は、第一に、委託者から受託者へ信託財産とされた財産の財産権が移転するものの、受託者は当該財産を自己固有の財産と分別して管理しなければならず⁽⁶³⁾、受益者のために当該財産を用いるよう制約を受ける点である。第二に、受託者に対して、受益者は当該信託関係に基づき受益権を行使することになる点である。

この信託関係の発生により、基本的には、受託者は受益者のために信託財産の管理運用を行うこととなり、忠実義務、善管注意義務といった義務を受益者に対して負うことになる。そして、これらの義務違反の場合には、受益者が受託者の責任を追及することになる（新信託法四〇条⁽⁶⁴⁾）。

以上が、信託関係の基本的な枠組みである。もともと、このような基本的な関係を基礎にして、実際にはヨリ複雑な構造となる場合がある。前述したように、信託法制上は委託者、受託者、受益者がそれぞれ別人格である形態（他益信託）

を基本的な構造とするが、それ以外に、委託者が受益者を兼ねる形態(自益信託⁽⁶⁵⁾)も存在する。この形態では、委託者兼受益者、受託者という関係になり、受託者は委託者でもある受益者に対して受託者責任を負うことになる。また、そうした他益信託や自益信託とは異なり、受託者が受益者を兼ねる形態や、委託者が受託者となる形態(自己信託)、更には、委託者兼受託者兼受益者という形態すら許容している⁽⁶⁷⁾。

他方、このような信託の形態以外に、受託者が信託事務を第三者に委託することも可能である⁽⁶⁸⁾。旧信託法において、受託者は信託事務を自身で処理することが原則とされていた(自己執行義務、旧信託法二六条)。しかし、現実にはそのようなことが困難である場合が多いため、新信託法では、自己執行義務を否定し、第三者へ委託することを許容している⁽⁶⁹⁾。この場合、受託者は代人の選任監督に関する責任を負い、また、代人は委託された信託事務の範囲で委託契約に関わる契約責任を受託者に対して負うことになる⁽⁷¹⁾。

このように、信託法においては、委託者、受託者、受益者という三者を基本的な当事者とし、スキームの組み方次第では、これらの三者となる者は別の当事者としての地位を占めることになる。ただし、受託者が受益者に対して受託者責任を負う構造に変わりはない。

(2) 受託者責任の内容

前述したように、信託法において、受託者は受益者に対して様々な義務と責任を負う。これについて、整理すると次のような内容となっている。

① 善管注意義務

受託者は、信託の本旨に沿った事務処理（二九条一項）及び「善良な管理者の注意をもって」事務処理をしなければならない（同二項）⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾。もっとも、信託行為の定めによれば、事務処理に要求される水準を当事者間で設定できる（同二項後段）。

他方、善管注意義務に違反した場合の効果として、受益者は受託者に対して信託財産の損失の填補（四〇条一項一号）、原状回復（同条同項二号）を求めることとされている。義務違反の効果として信託法が規定しているのは、信託財産の回復を求める訴えであり、受益者個人に対する賠償は規定していない⁽⁷⁵⁾。

② 忠実義務

受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない（三〇条）。この一般的な忠実義務に加え、忠実義務を具体化したルールとして利益相反禁止や競合行為禁止が規定されている（三一条一項及び三二条二項）。ただし、信託行為に定めがある場合や受益者の同意がある場合には、利益相反行為や競合行為は許容されるとしている（三一条二項各号、三二条二項各号など）。

このように忠実義務について、一般的な内容とそれを具体化する内容を設定している構造となっている⁽⁷⁶⁾。また、これらは任意規定であって、当事者間で義務の内容について設定できることとしている。

一方、忠実義務違反の場合、法的効果には善管注意義務違反の場合と違いが生じる。まず、利益相反禁止に違反した行為は無効である（三一条四項）（受益者の追認があれば有効となる（三一条五項）。また、規定違反の第三者との取引の場合、第三者が利益相反につき悪意・重過失ある場合は受益者による取り消しが可能）。

次に、競合行為の効果は、当該行為が信託財産のためにされたものとみなされる（三二条四項）。

以上によっても救済が図れない場合、受益者は受託者に対して四〇条所定の責任追及をすることになる。もつとも、受託者が違反行為により得た利益の額と同額の損失を信託財産に生じさせたものと推定する（四〇条三項）⁽⁷⁾点は、善管注意義務違反との間で違いがある。旧信託法においては、このような効果が規定されていなかったが、新信託法において新たに規定されることになった特徴的な法的効果である。⁽⁷⁸⁾

二 信託業法・兼営法

以上が信託法の内容である。もつとも、我が国では信託事務を業として行う場合には信託業法の規律を受ける（信託業法一条）こととされているため、信託業法についても取り上げておく必要がある。

ただし、我が国では信託業を営む主体には金融機関も含まれ、金融機関が信託業務を行う場合には金融機関の信託業務の兼営等に関する法律（兼営法）が適用されることになる（兼営法一条）ため、兼営法も問題となる。しかし、兼営法の規定の多くは信託業法を準用しており、また、善管注意義務及び忠実義務との関係では、兼営法は信託業法を準用している（兼営法二条一項）。

このようなことから、検討対象として取り上げるべきは信託業法の規定ということになる。信託業法は以下のような構造となっている。

（1）当事者

信託業法の構造は、信託を業として行う者を規律することが目的であることから、信託業者に対する規律が中心であって、これ以外のアクターについては、信託法によって規律される。

(2) 受託者責任の内容

① 善管注意義務

前述したように、信託法では、善良な管理者の注意を基本としつつ、信託行為の定めによってその水準について自由に設定することが可能であった。

しかし、信託業法二八条二項及び同条を準用する兼営法二条一項において、「信託会社は、信託の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、信託業務を行わなければならない」と規定されていることから、善良な管理者の注意以外の水準を設定することを認めていない。

一方、義務違反の効果については、業務改善命令や免許の取り消しなどの行政処分がなされることになる（信託業法四四条⁽⁷⁹⁾）。もともと、信託業法違反の場合、直ちに私法上の効果は生じないと解⁽⁸⁰⁾されている。

② 忠実義務

信託業法二八条一項及び兼営法二条一項において、「信託の本旨に従い、受益者のため忠実に信託業務その他の業務を行わなければならない」と規定されている。これは、信託業法改正時に旧信託法において忠実義務一般を定める規定がなかったことを受け、明確化するために規定された⁽⁸¹⁾という。加えて、このような一般的な規定を具体化する規定も設けられており、二九条各項において利益相反禁止などが定められている。

一方、忠実義務の効果は善管注意義務と同様、直ちに私法上の効果は生じず、業務改善命令などの監督処分⁽⁸²⁾である。

三 小括

信託法制についてまとめると次のようになる。まず、信託関係のアクターについて、信託関係を形成する委託者、財産管理の主体たる受託者、信託関係より利益を享受する受益者という三者が存在する。このうち、委託者は信託関係の成立により当該関係から離脱し、受託者と受益者間の関係のみ残ることになる。

次に、受託者責任についてみると、受託者は受益者に対して善管注意義務や忠実義務といった義務を負うことになる。これらの義務の性質について、信託法と信託業法では任意規定か強行規定か、義務違反の効果として損失填補責任が追及できるのかどうかで相違があるものの、基本的には同内容の義務を負うことになる。また、信託法に限定してみると、受託者が当該義務に違反した場合、受益者は信託財産の回復を求めて受託者の責任を追及することになる。受益者が自身の個別的利益の救済を目的として義務違反の責任追及をするわけではないことが特徴である。

第二項 確定給付企業年金制度の概要

一 規約型確定給付企業年金制度

規約型確定給付企業年金制度（以下、規約型と記す）において、制度開設主体たる事業主、年金財産の管理運用主体としての資産管理運用機関（信託銀行・信託会社、生命保険会社、農業協同組合連合会（四条三号及び六五条一項参照）。）及び投資顧問業者、将来受給者となる従業員（加入者）・受給権者・年金受給者（受給者）という企業年金制度における利益享受主体が存在する。これらを前提として、DB法では、制度開設主体たる事業主は、年金財産の管理運用について、資産管理運用機関等との間で運用機関の形態に応じた契約を締結し、受給者に年金を給付することになる。そこで、以下では、制度開設主体、管理運用主体、利益享受主体について確認することにする。

(1) 規約型におけるアクター

① 制度開設主体

規約型において、事業主が制度開設主体としての位置づけを与えられている。制度を開設するためには、事業主は、規約⁽⁸³⁾を作成して労使合意を得たうえで、当該規約について厚生労働大臣の承認を受けなければならない（DB法三条一項一号）。この規約の作成の際に、事業主は資産管理機関や金融機関の選定をしなければならず、選定についてDB法上の行為責任に服することになる。⁽⁸⁴⁾

② 管理運用主体

規約型において、制度開設主体は年金財産の管理運用を直接行うことはできず、DB法上定められた運用機関を選定しなければならぬ。同法は年金財産の管理運用を担う主体として、以下の資産管理運用機関及び投資顧問業を規定している。⁽⁸⁵⁾

(a) 信託銀行・信託会社

信託制度を運営スキームとして採用する場合には、信託銀行・信託会社との間で信託契約を締結しなければならない（DB法六五条一項一号）。この信託契約において、受給権者を受益者としてとされる（確定給付企業年金施行令三八条一項一号イ、以下、DB令と記する）。これにより、規約型では、事業主を委託者、信託銀行・信託会社を受託者、受給権者を受益者とする他益信託となる。

(b) 生命保険会社

生命保険を運営スキームとする場合、生命保険会社と生命保険契約を締結しなければならない (DB法六五条一項二号)。この場合、受給権者を保険金受取人としなければならない (DB令三八条二項一号)。

(c) 農業協同組合連合会

農業協同組合連合会による生命共済をスキームとする場合、生命共済契約を締結しなければならない (DB法六五条一項三号)。生命保険を利用する場合と同様に、受給権者を共済金受取人としなければならない (DB令三八条二項一号)。

(d) 投資顧問業者

事業主が信託契約を締結した場合、信託財産の運用に関して投資顧問業者⁽⁸⁶⁾を利用することができる (六五条二項)。この場合、別途、投資顧問業者との間で投資一任契約を締結する (同条項)。これにより、投資判断については投資顧問業者が資産管理運用機関に指図し (年金財産の運用は投資顧問業者の指図のみに基づくことが要請されることになる (DB令三八条一項二号ロ)、資産管理運用機関が当該指図に従い投資銘柄の購入などを行うことになる)。

③ 利益享受主体

規約型における信託契約では受給権者が受益者とされ、また、保険契約及び共済契約においても受給権者が保険金受取人となっている。規約型の加入者については、受益者あるいは保険金受取人として規定されていない。

(2) 義務の内容

資産の管理運用の方法として、信託契約、生命保険契約、投資一任契約が用意されており、そこからすると、契約ごとに義務・責任内容は異なるはずである。

しかし、DB法は個々の契約類型の差異を前提としたうえで、年金財産の管理運用を担う主体について、財産管理という共通点によって統一的な取り扱いをする。

① 善管注意義務

DB法において、義務として明示的に規定されているのは忠実義務だけであり、「受託者責任」の中で忠実義務と並び重要な義務とされている善管注意義務については規定されていない。

もともと、下位の法規範において、管理運用に関わる事柄を具体化する義務や善管注意義務が規定されている。まず、DB令において、事業主は運用の基本方針を作成しなければならないとする(四五条)。また、年金財産の委託に際して、集中しない(分散投資義務、同四六条)とされる。更に、通知において、民法第六四四条の類推適用により、事業主は加入者等に対して善管注意義務を負うとされている。⁽⁸⁷⁾ただし、これらの規定の名宛人は事業主であって、実際に財産を管理運用することになる資産管理運用機関を名宛人としていない。

義務違反の場合には、違反は正や改善措置命令などの行政処分(DB法一〇二条)が予定されている。しかし、行政処分以外にどのような責任追及が可能であるのかについては、規定されていない。

② 忠実義務

先に見たように、規約型において、事業主と資産管理運用機関は加入者等⁽⁸⁸⁾に対して忠実義務を負う。企業年金信託関係にある受託者には信託業法が適用される結果、忠実義務を負うことは当然であるが、信託関係上の委託者に過ぎない事業主、信託関係にはない生命保険会社及び投資顧問業者も忠実義務を負うこととされている。

また、忠実義務の客体について「加入者等⁽⁸⁹⁾」とされている。DB法において信託契約の受益者とされている者と忠実義務の相手方とされている者とは一致していないことが理解できよう。

他方、通知⁽⁹⁰⁾においても受託者責任について規定されている。しかし、そこで規定しているのは事業主や基金型における基金の理事の責任であって、実際に運用を担う信託銀行・信託会社、生命保険会社などについてはDB法の規定を認ずるにとどまっている。

次に、義務違反の効果についてみると、善管注意義務と同様、違反は正や改善措置命令などの行政処分（DB法一〇二条）以外に、どのような責任追及をするのかについて規定されていない⁽⁹¹⁾。

二 基金型確定給付企業年金制度

（1）基金型確定給付企業年金制度における当事者

① 制度開設主体

基金型確定給付企業年金制度（以下、基金型と記す）については、規約型とは異なった制度設計となっている。まず、事業主と従業員との間で規約⁽⁹²⁾を作成し、厚生労働大臣の認可を受けて、基金を設立する。基金は確定給付企業年金法上の法人である（二条四項、九条）。この基金が信託銀行・信託会社、生命保険会社及び投資顧問業者との間でそれぞれ契約（七〇条二項一号、六六条一項、二項、四項及び五項によれば、これらの契約は「基金資産管理運用契約」とされ、

規約型における資産管理運用契約とは区別されている）を締結することになる。

② 管理運用主体

基金型の管理運用主体は、基本的には、規約型と同様である。もともと、規約型と異なり、基金型においては基金自身が年金財産の管理運用を行うことも許容されている。

このように、基金型の特徴として、管理運用主体は資産管理運用機関と基金という二者が存在している。

(a) 信託銀行・信託会社

信託制度を利用する場合、規約型と同様に、基金と信託銀行・信託会社との間で信託契約を締結することになる（DB法六六条一項）。

この場合、規約型と異なり、基金型においては、基金を受益者とする信託契約を締結しなければならない（DB令四〇条一項一号）。これにより、基金型では、基金を委託者、信託銀行・信託会社を受託者、基金を受益者とする自益信託となる。この点で、他益信託となる規約型とは異なっている。

(b) 生命保険会社

生命保険会社を利用する場合、規約型と同様に、生命保険契約を締結しなければならない（DB法六六条一項）。この場合、規約型と異なり、基金を保険受取人としなければならない（DB令四一条）。

（c）農業協同組合連合会

農業協同組合連合会を利用する場合、同組合と生命共済契約を締結しなければならない（DB法六六条一項）。その際には、基金を共済金受取人としなければならない（DB令四一条）点も同様である。

（d）投資顧問業者

投資顧問業者を利用する場合、基金は当該投資一任契約に係る積立金の運用について、信託銀行・信託会社との間で運用方法を特定する信託の契約を締結しなければならない（DB法六六条二項）。投資一任契約に係る金融商品取引業者の指図のない場合を除き、信託銀行等が当該指図にのみ基づいて当該契約に係る信託財産を運用することになる（DB令四〇条二項二号）。

（e）確定給付企業年金基金

基金型の場合、規約型と異なり、基金が年金財産の管理運用を行うことができる（DB法六六条四項）。この場合、基金は銀行、信用金庫、保険会社、信託銀行などといった金融機関等（DB令四三条）と当該運用に係る積立金の管理の委託に関する契約を締結し（同法条五項）、預金、有価証券の売買、債権の取得などにより自ら積立金を運用することが可能である（同令四四条）。

もともと、この場合には、運用の基本方針の作成、運用の執行に関する理事の設置、専門的知識経験を有する者の存在といった運用体制の構築が必要となる（同令四二条各項各号、DB規則八三条各項）。

③ 利益享受主体

基金型では、資産管理運用機関から基金に対して給付がなされる制度設計を採用しているため（ただし、自家運用の場合を除く）、資産管理運用契約上、利益享受主体となるのは基金である。

しかし、基金型制度全体を見ると、資産管理運用機関より給付を受ける基金は当該給付を原資として、受給者に対して年金を給付することになる。このように資産管理運用契約上は基金が受益者とされるものの、基金型制度全体を見ると、最終的な利益享受主体は加入者・受給者として⁽⁹³⁾いる点が、規約型と異なる点である。

（2）義務の内容

基金型において、受認者責任を負う者として規定されているのは、資産管理運用機関と基金の理事等である。具体的には、次のように規定されている。

① 善管注意義務

善管注意義務については、規約型と同様、DB法において明示的に規定されていない。

他方、下位の法規範において、基金には運用の基本方針作成義務及び分散投資義務が課せられている（DB令四五条及び四六条）。資産管理運用機関に課せられているわけではない点も規約型と同様である。

次に、義務違反の効果の效果についてみると、規約型と同様である。

② 忠実義務

基金型では、資産管理運用機関及び投資顧問業者は基金に対して忠実義務を負う。また、基金型においては、基金の理事について基金に対する忠実義務を規定している。⁽⁹⁴⁾ 基金に対してのみ忠実義務を負うとされている点は、規約型とは大きく異なっているといえる。

次に、義務違反の効果についてみると、基本的には規約型と同様であるが、基金型の場合には、基金の理事等が基金に対して損害賠償責任を負う点（DB法七〇条三項）が異なっている。

三 小括

以上の企業年金制度の概要をまとめると次のようになる。まず、制度のアクターについてみると、規約型では事業主が制度開設主体、資産管理運用機関・投資顧問業者が管理運用主体、受給権者が利益享受主体となる。他方、基金型では、基金が制度開設主体であるとともに利益享受主体であり、資産管理運用機関が管理運用主体となる構造となっている。

次に、受認者責任についてみると、規約型では事業主及び資産管理運用機関が加入者等に対して受認者責任を負っている（ただし、法律上は忠実義務のみ規定している）。他方、基金型では資産管理運用機関が基金及び加入者等に対して受認者責任を負うとともに、基金の理事等が基金に対して受認者責任を負う構造となっている。

更に、義務違反の効果についてみると、規約型では業務改善命令などの行政処分を規定しているが、基金型では、それらに加えて理事等の基金に対する損害賠償責任を規定している。

以上のことから、DB法では、前述した信託法制とは異なり、義務の主体及び義務の相手方が広範である一方で、義務の内容については善管注意義務が規定されず、加えて、義務違反の効果については行政処分を主として定めるのみであることが指摘できる。

第二款 散在する問題点

我が国における受認者責任に関する制度設計は精緻な制度設計をしているように見える。しかし、子細に見ると、制度のアクターごとに問題点が指摘できる。これについて以下で述べることにする。なお、制度のアクターごとに検討するとしても、資産管理運用機関については、本稿が信託法理論を手掛かりにして検討する趣旨から、信託銀行・信託会社社に限定して検討することにする。

第一項 責任主体の不明確性

一 事業主

(1) 規約型

前述したように、規約型において事業主は、信託関係上、委託者である。信託法理論の観点からみると、事業主は委託者に過ぎないことから、受託者責任を問われることはない。にもかかわらず、規約型において加入者及び受給権者に対する受認者責任が課せられている。

これについて、次のような可能性が考えられる。企業年金制度において年金財産は、事業主と加入者の双方による金銭の拠出により形成される。事業主のみが金銭を拠出し、受給者に対して給付をする制度ではない。一方、年金制度を実施する際に、規約について労働組合等から同意を得なければならない構造となっているものの、制度設計については事業主が決定する。事業主が制度をどのようにして管理運用するのかという基本方針について決定することになるので

ある。このような状況は、加入者側からすれば、年金財産の管理運用について、事業主が決定権を有している見えなくもない。そうであるとすれば、事業主と加入者等との関係は、事業主が加入者等の利益を考慮して適切な制度設計をしなければならぬ関係と理解することができ、この関係について信託関係的な関係とみなせるから、事業主は加入者等に対して忠実義務を負うべきだ、と判断された可能性がある。

しかし、仮に、右のような観点から義務づけているとしても、事業主による制度設計に関する行為について、受認者責任を課せるのかどうか不明確である。

第一に、そもそも事業主と加入者等の関係を信託関係的な関係とみなせるのか、という観点から問題を指摘できる（この問題について考えるには、我が国の法体系において存在しない信託関係の議論をそのまま持ち出せるのか、という問題がある。しかし、それについて問題にすると、信託関係にはない者（生命保険会社や投資顧問業者）についても同様のことがいえ、結局、我が国における企業年金法制の建前そのものを否定することになるため、ここでは深入りしない）。前述したように、イギリス法では、いかなる法的関係について信託関係であると性質決定されるのかが一義的に明らかではなかった。また、アメリカにおいても、ERISAにおいて明示的に受認者と定められている者以外は、ERISAにおける受認者の判断要素に従い受認者か否かが決定されることになるが、それでも基準として不明確な点が認められた。他方、我が国では信託関係なる法的関係は存在しない。そうであれば、ある一定の法的関係について信託関係的な関係として性質決定するための基準が必要となるはずである。だが、この点について、明らかではない。基準が明らかではない以上、「事業主が加入者等の利益を考慮して適切な制度設計をしなければならない関係にある」という論理によって、直ちに信託関係と同様の関係にあると判断してよいのかは一考の余地があろう。

第二に、我が国の企業年金制度の構造から問題が生じる。前述したように、受認者責任は年金財産の管理運用を担う

者に対して課せられる行為責任である。そうであるとすれば、この受認者責任を課されるためには、事業主は年金財産の管理運用を行っていないなければならない。だが、我が国の制度設計を見ると、事業主は該当しないと言わざるを得ない。後述するように、我が国の企業年金制度は制度開設主体自らが年金財産の管理運用に関わってはならないという基本方針が採用され、その結果、財産の管理運用は事業主以外の第三者に委託しなければならないことになっている（企業外積立方式あるいは社外積立方式）。このような基本構造から、事業主はそもそも財産の管理運用に関わってはならない者とされているのである。にもかかわらず、事業主に対して受認者責任を課することになると、理論的に齟齬が生じることになる。企業外積立方式という基本的な設計思想との関係で、事業主が受認者責任を負うことに疑問が生じるのである。以上のことから、受給権保護という観点から、事業主が受認者責任を負うことについて積極的に評価できるとしても、当該責任を課とする説明が不明確である点で問題があるといえる。

（２）基金型

規約型において、事業主は加入者及び受給権者に対して受認者責任を負うこととされていた。一方、基金型の場合にも事業主が当該責任を負うのかどうかについて、DB法上明らかではない。

基金型では、規約型とは異なり、基金が資産管理運用契約の相手方となることもあり、事業主が直接関与する余地は乏しい。このことから、基金型において事業主の受認者責任を問題にする余地もなくなると判断された可能性がある。

しかし、基金に対する事業主の影響力が大きい場合もあり、⁹⁵⁾実態として基金の運営について事業主によりなされていると解される場合もありうる。そうであるとすれば、基金型においても、事業主の受認者責任について論じる余地がありうると思われる。だが、現行法では、明確に規定していない。

二 信託銀行・信託会社

DB法では、規約型の場合、信託銀行・信託会社は加入者及び受給権者に対する忠実義務が課せられている（七一条）。一方、基金型の場合には基金に対しても忠実義務が課せられている（七十二条）。後者の場合は基金と信託関係にあるため、忠実義務が課せられるのは言うまでもない。問題になるのは、前者である。

規約型における信託契約の内容として、受給権者のみが受益者とされていた。これについて、信託法理論からすれば、信託銀行・信託会社は受給権者に対してのみ受託者責任を負うことになる。だが、DB法では信託関係にはない加入者に対しても忠実義務を負うと規定している。このため、なぜ信託関係にはない加入者に対する忠実義務を負うことになるのか問題となる。

これまで見てきたように、我が国ではERISA等の影響を受けて、受託者責任を負う主体を拡大してきた。そのような構想の中で、信託関係にはない加入者を受託者責任の相手方として、受給権保護を図ったという可能性がある。だが、そのような対応をせずとも、加入者を受益者としてしまえば、少なくとも信託関係上は、このような問題が生じないはずである。なぜ加入者を信託関係における受益者としなかったのか、それについて不明確である。

また、後述するが、このような制度設計により、加入者と受給権者間において信託違反を追及する救済策にも不均衡が生じている。これについても明らかではない。

他方、DB法では信託制度を運営スキームとして採用しているが、その担い手を信託銀行・信託会社に限定している意味も問題となろう。

信託制度を利用した場合、年金財産の保全という観点からすると、年金財産は信託財産となり、倒産隔離が図られる。このため、信託制度を利用することには年金財産の保全にとってメリットがあるといえる。だが、それは信託制度自体

のメリットであり、信託銀行・信託会社を受託者とすることで生じるメリットではない。確かに、これらの機関は金融商品に関するプロフェッショナルであって、初めからこれらの主体に委託することが直截であるということは理解できる。しかし、理論的には、信託銀行・信託会社以外の者を受託者にすることは可能である（例えば、基金型DB制度のように企業が別法人を設立して、この法人を受託者とすることが考えられる）。そして、受託者とされた者が管理運用方法として信託制度や生命保険制度を利用する可能性もある。⁽⁹⁶⁾ 信託銀行・信託会社を企業年金制度における受託者としなければならない必然性はないのである。なぜ信託制度を利用するのか、信託制度を利用するとして、なぜ信託銀行・信託会社に限定するのか、この点について明らかにする必要がある。

三 基金・基金の理事等

前述したように、基金型の場合、基金は資産管理運用機関との間で契約を締結するなど、規約型における事業主と同様の地位に立つ。そして、規約型では、事業主は委託者に過ぎないにもかかわらず、加入者・受給権者に対して受託者責任を負っている。とすれば、基金自身がこれらの者に対して受託者責任を負うこととしてもよさそうである。⁽⁹⁷⁾ しかし、基金自身の責任については規定されていない。他の法分野では、法人としての責任について規定されていること、受給権保護がDB法の主要な立法趣旨である⁽⁹⁸⁾ことを考えると、基金自身の責任が不在であることには問題がある⁽⁹⁹⁾。

加えて、基金の理事等に課せられている忠実義務の法的性質についても不明確な点がある。基金の制度設計を見ると、理事等は年金財産の運用に関与している。このことから、忠実義務を負うことに問題はないように見える。しかし、そこで問題とされる忠実義務が、受託者責任の内容としての忠実義務であるのか、それとも、会社法において問題とされるような取締役が負う会社に対する内部関係上の責任であるのかは不明確である。前述したように、信託関係には受託

者・受益者関係に加えて、取締役・会社間関係も含まれていることから、一層、両者の区分けが困難になる。基金という法人に対する責任について規定しているのか、それとも、受託者責任を課しているのか。これらの点で、責任の法的性質が異なるため問題になるが、この点について不明確である。

第二項 救済方法の不均衡

(1) 義務内容

前述したように、D B法では受託者責任を課せられる主体が多数存在していた。それらの主体に対して課せられる義務について、D B法において統一的に規律されていないという問題⁽¹⁰⁾、または、分散投資義務や事業主に対する投資ポリシーの作成義務などといった義務を忠実義務や善管注意義務を具体化した義務であると解するのかという問題がある。

(2) 救済方法

また、そうした義務の内容に加えて問題になるのが、義務違反に対する救済方法である。信託法によれば、受益者は忠実義務あるいは善管注意義務に違反して信託財産に損失を与えた受託者に対して、損失填補等の責任追及をすることになる。しかし、D B法では様々な主体に対して忠実義務及び善管注意義務を課しているが、これらの義務に違反した場合、行政処分を予定し、それ以外の対応として、民事損害賠償に委ねるのみであった。忠実義務の相手方たる加入者等が忠実義務の主体に対して、損失填補等の法的責任を追及できないことは（次に述べるように、規約型の受給権者のみ信託銀行・信託会社を追及できる）、受給権保護の観点で十分なのかは検討の余地がある。

また、右の問題と関連して問題となるのが、救済策の不均衡である。先に見たように、規約型における信託契約では受給権者が受益者とされ、また、基金型では基金が受益者であるとされた。それらに加えて、DB法上、加入者等が忠実義務の相手方とされている。このことから、受託者に対して右の信託法上の法的責任を追及することができるのは規約型における受給権者であり、規約型における加入者、基金型の加入者・受給権者は右の責任を追及できない構造となっている。受給権保護を目的とする確定給付企業年金法において、利用可能な救済策の不均衡が認められることは問題であらう。

第三項 小括

DB法制における受託者責任の概要について見てきた。規約型について見ると、企業年金制度の利益享受主体である加入者・受給権者について、受給権保護のための法的な救済の観点から不均衡があることが明らかになった。DB法により信託関係の当事者とされる受給権者は、受託者に対して信託法上の義務違反を追及できる。しかし、加入者は信託関係の当事者であるとされていないことから、そのような請求は不可能である。DB法上、受託者責任に違反する場合には、DB法上の行政処分が予定されていることは両者に共通しているが、信託法上の請求についてみると、両者に不均衡が生じているのである。

他方、基金型について見ると、加入者・受給権者は信託関係の当事者ですらない。規約型と同様に、義務違反の場合にはDB法上の処分が予定されているとはいえず、法形式上、企業年金制度における利益享受主体が義務違反の場合に法的請求ができないことになっている。

以上のように、受給権保護のために立法されたはずのDB法には、加入者・受給権者の受給権保護の点で問題があることが明らかになった。

第三節 本稿の課題

第一款 問題意識と課題

（１）問題意識

これまでの検討によって、我が国における受認者責任の問題点が明らかになった。これらを前提として、本稿の問題意識と課題について述べる。

我が国では、ERISAなどの英米における企業年金法制を参考にして受認者責任を構築してきた。そして、そうした制度を導入する際には、我が国との法体系上の差異を意識しつつ、我が国の法体系に可能な限り適合するような制度設計を行うよう考慮されてきたものと考えられる。しかし、依然として受認者責任が問題とされ続けている。望ましいと考えた制度設計をしたはずであるにもかかわらず、実態としては不明確であり、かつ、受給権保護にとって不十分と思われる制度設計となっているのである。⁽¹⁰⁾

このような状況になっている要因として、二つの可能性が考えられる。第一に、受認者責任に関する考え方を十分に理解せず、制度設計がなされたという可能性である。政府レビューで企業年金制度における受認者責任の議論が活発になったのは、前述したように、一九九〇年代後半である。そして、受認者責任について一応整理したのは二〇〇一年の企業年金二法においてである。わずか数年で受認者責任について規定することになったのである。先に述べたように、

受託者責任の基礎となっている信託法は我が国の法体系に存在せず、また、法体系上存在する信託法も我が国においては異質な存在と考えられていた。このように、我が国にはなじみのないともいえる法制度の考えを数年で立法化したという事情を考えると、受託者責任についてどれほど議論が深まったのか疑問が生じる。このようなことから、受託者責任について適切に理解せずに制度設計されたのではないのか、という可能性が考えられる。

第二に、受託者責任について理解し、制度設計を行ったものの、課題が残されたという可能性がある。繰り返しになるが、信託法制は委託者が受益者のために利益を給付するよう受託者に信託する法制度である。他方、企業年金制度は事業主のみが従業員に年金を給付するために、財産を拠出する場合も考えられるが、多くは事業主と従業員双方が金銭を拠出して年金財産を形成し、当該財産から退職後に年金を支給する仕組みとなる。信託制度では委託者のみが財産を拠出し、受益者は利益を享受するのみである一方、企業年金制度では委託者と受益者の双方が財産を拠出し、受益者が利益を享受する構造になる。企業年金法制においては、信託法制とは異なったモデルが存在するといえる。このような企業年金制度の特徴が考慮された結果、先に見たような制度設計になった可能性がある。だが、受託者責任について法律上規定したものの、それでは対応できなかった問題が残されることになり、それが先に指摘したような理論的な問題である、という可能性も考えられる。

しかし、以上の事柄は可能性にとどまり、実態としてどのような事柄が問題とされ、制度設計がなされたのかは明らかではない。現状の企業年金制度を見ているだけでは、信託法理論からは説明のつかない制度設計、あるいは、企業年金制度の特徴から修正した受託者責任であるのかどうかについて判断することが不可能である。企業年金制度の概要だけを見ても、実際にどのような考慮が働いたのかは不明確なままである。

このような現状をみると、不明確性が散在する状況を放置することは企業年金制度の発展にとって望ましいのであろ

うか、という疑問が生じる。先に述べたように、企業年金制度には公的年金制度を補完する役割が期待されている。加えて、そのような期待を反映しているのであろうか、企業年金制度において扱う資産規模も巨額になっている。このようなことを考えると、企業年金の原資となる年金財産の管理運用に関わる受認者責任について、不明確なまま放置することは望ましいことなのか、可能な限り明確化する作業が必要なのではないのか、という問題意識を抱く。

また、受認者責任の議論を見ると、前述したように、実務主導により進められ、実定法学においては取り上げられていなかった。このことから、実務上の要請により、様々なファクターが反映され、極めて見通しの悪い制度設計になったのではないだろうか。仮にそうであるとすれば、単純に受認者責任に関する制度の内容や形成過程について検討するのではなく、実務上の要請から付着した様々なファクターを取り払い、企業年金制度の基礎にある受認者責任に関する法理論を明らかにすることが、実定法学に要請されていることではないだろうか。本稿はこのような問題意識も抱くのである。

他方、以上の問題意識は日本法の現状により生じたものであり、日本法の検討で十分解決可能な問題ではないのか、とも考えられる。だが、日本法を検討するとしても、その際に分析軸となるのは信託法であり、信託法の観点から問題を指摘しても、それが直ちに建設的な議論になるかどうかは判断が分かれるであろう。企業年金制度は信託制度をスキームとして利用しているとはいえるからである。そして、その修正の際には、前述したように、アメリカやイギリスなどの諸外国の制度を参考に行っているのである。

このような事情を考えると、受認者責任について考えるためには、我が国における法体系の観点からのみ議論をしていくだけでは不十分であるといえる。先に取り上げた受認者責任の当事者及び内容について、信託法を前提にして問題

点を指摘した。このような試みは、我が国における法体系の観点から、問題点を指摘したものであり、企業年金制度を法体系に適合させようとする観点からは有効であるとも考えられる。しかし、その反面、企業年金制度における受託者責任を設定しようという点では問題点を指摘するにとどまり、問題解決のための有益な視点を提供していない。

このようなことから、我が国と同様に受託者責任が問題となる企業年金制度を実施している外国法の比較検討を通じて、我が国の問題を検討することの方が建設的な議論を提供できるのではないのか、という問題意識も生じる。

以上が本稿における問題意識である。

(2) 本稿の課題と分析視角

以上の問題意識を踏まえて、本稿では、外国法の検討を通じて、企業年金制度における受託者責任について明らかにすることを課題とする。

そして、本稿では、この課題について次の視角から検討することになる。第一に、企業年金制度において、どのような者が年金財産の管理運用を担う者とされているのか、という視角である。企業年金制度には、先に見たように、事業主、従業員団体、資産管理運用主体などといった様々なアクターが存在する。これらの多様なアクターの中で、いかなる者を年金財産の管理運用を担う者としているのか。これについて整理することが受託者責任に係る当事者の把握に必要なこととなる。

第二に、受託者責任を負うとして、どのような内容の忠実義務、善管注意義務を負うのか、企業年金制度との関係で忠実義務、善管注意義務はどのような事柄で問題になるのか、という視角である。我が国では、これらに関連する義務を法令において規定している。だが、先に見たガイドライン報告書においても言及されていたように、それらは裁判所

の参考にされるにとどまるという意義しかない限界も存在した。⁽¹⁰³⁾ 受託者責任について、どのような判断がなされているのか、という点については我が国において蓄積が乏しいといえる。このため、外国法を取り上げる際に、右の内容を検討することは、受託者責任に関する理解を深める手立てとなるであろう。

第三に、年金財産に損失が生じた場合に利益享受主体はどのような救済措置を求めることになるのか、という視点である。我が国では、この点について不十分性が認められた。このため、外国法における救済策を検討することは、我が国の不十分性を認識させ、また、その是正策を認識させることになるであろう。

以上の視角から、検討を進めることになる。

第二款 イギリス法研究の意義―日本法との対照性―

次に問題となるのが、外国法を検討するとして、どの国家を検討するのか、ということである。これについて、本稿ではイギリス法を選択した。我が国では、ERSAを参考に制度設計されてきたことからすると、アメリカ法を選択すれば十分であるように思われる。にもかかわらず、敢えてイギリス法を選択することには次の理由がある。

まず、イギリスにおいて、我が国と同様に、企業年金制度（前述したように、イギリスでは職域年金（occupational pension）制度と呼ばれる）が存在する。この職域年金制度は、我が国と同様に、制度の運営スキームとして信託制度及び生命保険制度を採用している。⁽¹⁰⁴⁾ そして、信託制度を運営スキームとする場合、我が国と同様に、委託者たる事業主が受託者（我が国のように信託銀行・信託会社に限定されていない）⁽¹⁰⁵⁾ に対して受益者たる加入者・受給権者のために財産の管理運用を信託することになる。⁽¹⁰⁶⁾ イギリスでは、職域年金制度を規律している制定法（一九九五年年金法及び二〇

○四年年金法⁽⁹⁾が存在しているが、これらの制定法は信託制度をスキームとする職域年金制度を規律しているのである。このように、イギリスでは職域年金制度が普及しており、かつ、我が国と同様に、信託制度を運営スキームとしていのである。この点は、我が国と比較検討するうえで、有益であろう。

また、イギリスにおいて注目すべきことは、職域年金制度の誕生以降、一九九五年年金法まで、職域年金制度における受託者を規律する制定法が存在しなかった点である。その間、信託法理や信託制度に関わる制定法（一九二五年受託者法及び一九六一年受託者投資法⁽¹⁰⁾）により規律されていた⁽¹⁰⁾。しかし、一九九〇年代に年金財産が事業主により流用された Maxwell 事件⁽¹¹⁾が起こると、このような体制が一変して、一九九五年年金法が制定されることになり、加入者・受給権者の受給権保護の観点から、受託者責任に関わる体制が整備されることになったのである⁽¹¹⁾。具体的には、職域年金制度において判例上問題となった受託者責任について制定法によって修正を図るとともに、受託者責任を負う者を信託法上の受託者とし、かつ、事業主側及び従業員側双方から受託者を選任することとして、年金財産の管理運用について従業員側の意向を反映させるべく制度設計を行ったのである。一九九五年法制定まで、信託法理論に基づいて職域年金制度における問題に対処してきたことを検討することで、信託法理論をいかにして企業年金制度に適合するよう解釈するかを知ることが期待できる。

加えて、この受託者責任の整備に関連して興味深いのは、イギリスにおいて、右の制定法の立法にあたり、我が国と同様に、アメリカの ERISA を参照しつつ、ERISA のような制度設計を採用しなかった点である。前述したように、ERISA では主として指名受託者、信託受託者、投資マネージャーに、加入者及び受給権者に対する受託者責任を課しているが、イギリスでは信託法の受託者こそ受託者責任を課すべき者と判断しているのである。このようなイギリス年金法は、ERISA の受託者責任を参考にして、事業主や資産管理運用機関を受託者責任の主体とするなど多様な責任主

体の設定を行った——ただし、加入者・受給権者はこれらの主体に対する年金財産の保全を求める訴えが制限されている——我が国とは対照的な制度設計がなされているといえよう。我が国とは対照的なイギリス職域年金法制を検討することは、信託法という我が国の法体系にはない概念を参考にして制度設計をせずとも、既存の法体系に存在する信託法を利用して制度設計が可能であることを示唆するものといえよう。

更に、繰り返しになるが、イギリスでは従業員側から受託者を選出するなど、従業員側の利害関係もある企業年金制度の特徴を反映している。企業年金制度固有の事柄と受託者責任とを調和させることについて関心がある本稿の立場からすれば、このようなイギリス法の動向は、企業年金制度固有の事情と受託者責任の基礎にある信託法理との調和の結果と考えられ、この点について検討することは、右の問題関心を充足する結果をもたらすものと考えられる。

以上が、本稿においてイギリス法を検討する理由である。⁽¹⁰⁾

第三款 本稿の構成

以上の問題意識及び検討対象から、本稿では、次のような構成をとり、論を進めることになる。

第一章において日本法を検討する。イギリス法の特徴を知るうえで、我が国の状況を把握しておくことは有益であると考えからである。ここでの検討は、我が国の企業年金制度において、受託者責任がどのような経緯を経て形成されてきたのかを明らかにすることを目的とする。そのため、適格退職年金制度、厚生年金基金制度といった現在では廃止されている年金制度についても取り上げ、我が国における企業年金制度の立法過程を対象とした歴史的な検討がなされることになる。また、確定給付企業年金制度はこれらの制度の受け皿として設計された経緯があり、これらの制度と確

定給付企業年金制度との間には歴史的・制度的連続性があることから、これについても検討する。以上のように、我が国の企業年金制度全般の立法過程における議論を検討することになる。これらの検討により、我が国における企業年金制度がどのような経緯により設計されてきたのか（なぜ企業年金制度の運営スキームとして信託制度が利用されたのか）、なぜ受託者責任が重要であると考えられるようになったのか、なぜ我が国の受託者責任には理論的に不明確な問題点が散在することになったのか、ということが明らかになるであろう。

第二章から第四章にかけて、イギリス法を検討する。第二章では、受託者責任について検討する前に、イギリスにおける職域年金制度の生成過程を取り上げる。この検討により、職域年金制度がどのような経緯で登場したのか、そして、運営スキームとしてなぜ信託制度が利用されたのか、信託制度を運営スキームとして用いるとしても問題はなかったのか、問題があるとしてどのような事柄が問題とされ、それについてどのように解決されたのか、を明らかにする。

第三章では、職域年金制度における受託者責任について検討することになる。ここでは主として二つの作業をする。第一に、信託法における注意義務及び忠実義務について整理する。前述したように、イギリスでは職域年金制度の運営スキームとして信託制度を採用し、かつ、職域年金制度固有の事情を踏まえて信託法理論を修正している。イギリス法における受託者責任について検討する前提知識として、信託法上の注意義務及び忠実義務に関する理解が必要となるため、これらの義務について検討することにした。

第二に、このような作業を踏まえて、職域年金制度において裁判例上問題となった注意義務及び忠実義務について検討することになる。受託者責任が企業年金制度においてどのような形で問題にされているのか、信託法理論を直接適用して解決されているのかどうか、修正されているとすれば、どのような論理により修正されているのか、といった事柄を検討することになる。これらについて理解することは、一九九五年年金法を理解するためにも必要な作業となる。

第四章では、以下の事柄を検討する。イギリスにおいては、職域年金制度を規律する制定法として一九九五年年金法及び二〇〇四年年金法が存在している。職域年金制度を規律する制定法が二〇世紀後半になって漸く立法されたのは、どのような背景があるのか。これらの立法で、受託者責任はどのような形で問題にされたのか、そして、どのような論理で企業年金制度に適合するように修正され、受託者責任が形成されたのか。これらの点について検討する。

第五章では、本稿の検討結果を整理し、イギリス法の研究から得られる我が国に対する示唆を述べ、結論を提示することになる。

（1）受託者責任は企業年金制度以外でも問題となる。我が国では、公的年金制度において年金財産の積立が行われているが、この積立金の管理運用を担う者に対して管理運用上の行為責任として受託者責任が課せられている。かつて、国民年金法及び厚生年金保険法において、積立金の運用に関わる行政事務に従事する厚生労働省職員に対して、受託者責任の内容及び注意義務が規定されていた。現在では、二〇〇四年に年金積立金管理運用独立行政法人法が成立したため、公的年金の積立金の運用は年金積立金管理運用独立行政法人（GPIF）が担っている。同法において、管理運用業務を担当する者に対して受託者責任が規定されている（年金積立金管理運用独立法人法一一条及び一二条）。

このような概要を見ると、我が国において、公的年金制度及び企業年金制度といった年金制度全般に妥当する法原則として受託者責任が存在していると考えられることもできる。

しかし、受託者責任がこれらの制度の共通した法的責任であるとしても、一方は公的制度であり、他方は私的制度である。このことから、それぞれの年金制度において問題となる事柄が異なることも十分考えられる。また、本文で後述するように、企業年金制度において形成されてきた受託者責任それ自体に関する研究もそれほど多くはない状況であり、公的年金制度と企業年金制度の双方を同時に研究することは困難である。

このため、本稿では、受託者責任が公的年金制度及び企業年金制度に妥当する法原則として立論可能であると認識しつ

つも、検討対象を企業年金制度に限定することになる。公的年金制度の検討は他日を期すことにする。

なお、右に述べた公的年金制度の概要について、坪野氏の研究が参考になる。二〇〇四年改正以前の受託者責任について、坪野剛司（編）『総解説』新企業年金（日本経済新聞社・二〇〇二年）二八四頁。二〇〇四年改正以降について、坪野剛司（編）『総解説』新企業年金【第二版】（日本経済新聞社・二〇〇五年）三二三頁（ただし、坪野氏は以上の行為責任について「受託者責任」と記述している）。

(2) 『平成二五年版 高齢社会白書』一〇―一頁によれば、二〇一〇年時点における高齢化率は次の表のようになる。

23	日本	アメリカ	イギリス	フランス	ドイツ	イタリア	スペイン	スウェーデン	中国
13.1	16.6	16.8	20.4	20.4	17	18.2	8.2		

(単位%)

右の表からも明白なように、我が国は他国と比して（ドイツ、イタリアも進展しているが）高齢化が進展していると理解できよう。

(3) 高齢世帯（六五歳以上の人のみで構成するか、又はこれに一八歳未満の未婚の人が加わった世帯）の所得のうち、六七・五%が公的年金・恩給である。『平成二五年版 高齢社会白書』一七頁。

(4) 例えば、平成二八年度一般会計予算の歳出額約九六・七兆円のうち、社会保障関係費はおよそ三一・九兆円であり歳出の三二・九%を占めている。このうち、年金・医療・介護が二五兆円弱を占め、更に、その中で、年金が一・三兆円を占める（医療は一一・二兆円、介護は二・九兆円）。我が国の一般会計予算において社会保障費が占める割合に加えて、その中で、年金が大きな金額を占めている状況が理解できよう。平成二八年度予算について、財務省HPにある情報を参照した。 http://www.mof.go.jp/budget/budget_worklow/budget/fy2016/index.htm

(5) 例えば、平成二六年厚生労働白書によると、公的年金制度と企業年金制度との関係について、「少子高齢化が進展する中で、老後の所得保障をより安定的なものにしておくためには、公的な年金に加えて、企業や個人の自助努力による企業年金を充実させていくことが重要である。」と述べられている。景気後退の影響や少子高齢化の圧力下において、公的年金制

度を充実することに困難が生じることを見通して、老後の所得保障という公的年金制度と同様の機能を果たしている企業年金制度に着目し、公的年金制を補完する存在として位置付けている考えが現れているといえよう。参照、『平成二六年版厚生労働白書』三六四頁。

（6）これらの立法の動向について取り上げた論稿として、岩村正彦「新時代を迎える企業年金法」ジュリスト二二一〇号（二〇〇一年）一二二〇頁。確定給付企業年金制度について、柳楽晃洋「確定給付企業年金法」ジュリスト二二一〇号（二〇〇一年）二一三二頁。確定拠出年金制度について、尾崎俊雄「確定拠出年金制度の導入の背景とその概要」ジュリスト二二一〇号（二〇〇一年）三三三―四一頁などがある。

（7）確定給付企業年金制度が設立された経緯には、次のようなことがあった。我が国においてバブル経済崩壊後の運用環境の悪化に伴い、企業年金財政も悪化し、適格退職年金制度や厚生年金基金制度を終了する企業が增大していった。この中で、財産の積立不足のまま制度を終了し、加入者・受給権者に対して当初約束した年金額が支給されない事態が生じ、問題視されるようになった（適格退職年金制度には、このような事態に対処する仕組みが存在しなかった）。

他方、厚生年金基金制度にも別の点で問題が指摘されていた。それが代行部分の問題である。厚生年金基金制度は老齢厚生年金の給付の一部（いわゆる代行部分）を国家に代わり行うこととされ、一定水準以上の年金額の確保などが義務付けられていた。このような義務付けは、社会情勢の悪化の中で、企業側にとって過大な負担となり、代行部分のない企業年金制度の実施が求められるようになった。

以上のような経緯から、受給権保護がなされ、企業側にも過度の負担のない柔軟な制度設計が求められるようになった。その結果設計されたのが、確定給付企業年金制度である。同制度では規約型と基金型の二種類の制度を用意し、適格退職年金及び厚生年金基金制度と確定給付企業年金制度との間で移行がなされるように制度設計されている。このようなことから、厚生年金基金制度と確定給付企業年金制度との間には制度的な連続性があるといえる（当然のことながら、連続性があるとはいえ、内容が完全に同一であるとはいえない）。

以上について、坪野・前掲注（1）（第二版）三〇―三二頁。

（8）受給権保護の具体的な内容として、第一に、積立義務が規定された。これにより、将来にわたって約束した給付を支給できるよう、年金資産の積立基準を設定することになった。第二に、受託者責任の明確化である。企業年金の管理・運用

に関わる者の責任、行為準則を明確化することになった。第三に、情報開示である。事業主等は年金規約の内容を従業員に対して周知し、財務状況などについて加入者等へ情報開示を行うこととされた（以上について、柳楽・前掲注（6）二二二頁）。

（9）信託協会の調査によれば、二〇一五年三月時点における確定給付型企业年金（厚生年金基金及び確定給付企業年金）の資産残高のうち、信託銀行が受託している資産額は、厚生年金基金制度では二九兆二、九一一億円、確定給付企業年金制度では四四兆一、一六七億円である。このデータは信託協会のHPにおいて確認できる（<http://www.shintaku-kyokai.or.jp/news/news270526-1.html>）。

なお、資産額に関する業界別の内訳は、信託業界七三兆四、〇七八億円（八二・八％）、生命保険業界一五兆九、一九七億円（一七・七％）、J A 共済連四、二四二億円（〇・五％）となっている（生命保険協会が二〇一五年五月二六日に公表したデータによる。<http://www.seiho.or.jp/info/news/2015/20150526-2.html>）

（10）A I J 事件とは、顧客である厚生年金基金より年金財産の管理運用を託されたA I J 社（投資顧問業）が、運用の失敗により委託されていた財産に対し損失を与えたにもかかわらず、損失を与えた事実について虚偽の報告をして運用を継続した結果、最終的には二千億円もの財産が消失した事件である。事件の概要について簡潔に説明した論稿として、西田祐樹・滝琢磨他「A I J 事案を踏まえた資産運用規制の見直し」商事法務二〇〇八号（二〇一三年）三六―三七頁、武井一浩・本柳祐介「A I J 事件を踏まえた資産運用規制等の改正と今後の課題」ジュリスト一四六〇号（二〇一三年）四一頁等がある。

（11）二〇一二年二月に明らかになったA I J 事件が代表的であるが、それ以外にも、次のような事案がある。

- ①長野県建設業厚生年金基金の資産管理会社が適切な管理を怠ったことから五〇億円近くの損失を与えた事案（日本経済新聞二〇一二年一〇月一六日夕刊一四頁）。
- ②福岡県エルピーガス厚生年金基金の理事が運用コンサルタントに便宜を図り、利益供与を受けた事案（日本経済新聞二〇一二年十一月二日朝刊一五頁、日本経済新聞二〇一三年三月二三日朝刊四三頁）。
- ③北海道石油業厚生年金基金の理事長が投資顧問会社から投資顧問契約の締結により利益供与を受けた事案（日本経済

新聞二〇一三年六月二十九日朝刊四三頁、日本経済新聞二〇一三年一〇月一〇日夕刊一五頁）。

④愛知県トラック事業厚生年金基金の前常務理事と事務長が基金から現金三二〇万円を横領した事案（日本経済新聞二〇一三年一月二二日名古屋夕刊三六頁）。

⑤三井物産連合厚生年金基金の常務理事が証券会社から金融商品の購入後に同社から利益供与を受けた事案（日本経済新聞二〇一三年二月五日大阪夕刊一頁、日本経済新聞二〇一四年三月一四日夕刊一五頁）。

なお、①の事件においては金融庁も調査を行い、その結果、二〇一二年一〇月一六日に同基金の運用受託機関であるソシエテジェネラル信託銀行、ユナイテッド投信投資顧問、スタッツインベストメントマネジメントら三社に対して業務改善命令をはじめとする行政処分を行った（日本経済新聞二〇一二年一〇月一六日夕刊一四頁、同二〇一二年一〇月一七日朝刊三頁）。処分理由は善管注意義務違反である。詳細については、金融庁のHPにおいて確認できる。「ソシエテジェネラル信託銀行株式会社に対する行政処分について」（<http://www.fsa.go.jp/news/24/syoutken/20121016-1.html>）「株式会社スタッツインベストメントマネジメントに対する行政処分について」（<http://www.fsa.go.jp/news/24/syoutken/20121016-2.html>）「ユナイテッド投信投資顧問株式会社に対する行政処分について」（<http://www.fsa.go.jp/news/24/syoutken/20121016-3.html#bessai>）。

(12) 厚生労働省はこの問題について、検討会（「厚生年金基金等の資産運用・財政運営に関する有識者会議」、以下、有識者会議と記す）を設置し、問題の解決を図った。この有識者会議は二〇一二年四月一三日に第一回が開催されて以降、二〇一二年六月二十九日に終了するまで合計八回開催された。同会議では運用規制のあり方、財政運営のあり方、厚生年金基金のあり方が議論された。

(13) 有識者会議における議論の結果として、二〇一二年七月六日に「厚生年金基金等の資産運用・財政運営に関する有識者会議報告」（以下、有識者会議報告と記す）が公表された。この有識者会議報告は、厚生労働省のHPにおいて確認できる（<http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/other-nenkin.html?tid=129232>）。

また、文献資料として、信託資料「厚生年金基金等の資産運用・財政運営に関する有識者会議報告」信託二五一号（二〇一二年）一三三―一三〇頁において掲載されている。

(14) 信託資料・前掲注(13) 一二四―一二五頁。

(15) 厚生労働省は厚生年金保険法を改正して厚生年金基金の新設を認めず、財政状況の悪化した厚生年金基金については解散を促す方針を表明し、公的年金制度の健全性及び信頼性の確保のための厚生年金保険法等の一部を改正する法律(平成二五年法律第六三三号)により、このような方針を実施することとした。同法により、厚生年金保険法に規定されていた厚生年金基金関係の条文が削除されている。

(16) 厚生年金保険法において、厚生年金基金の理事等に対して、次のような義務が規定されており、この義務が「受託者責任」であると解されていた。

厚生年金保険法一二〇条の二第一項

理事は、前条第三項に規定する基金の業務について、法令、法令に基づいてする厚生大臣の処分、規約及び代議員会の議決を遵守し、基金のため忠実にその職務を遂行しなければならない。

(17) バブル経済崩壊後の経済情勢悪化を受けて、経済成長を背景として制度設計された厚生年金基金制度の見直しが急務となった。このような背景の下で、厚生省は平成七年九月に厚生年金基金制度研究会を設置した。同研究会は、一二回の会議を経て、平成八年六月に報告書(「厚生年金基金制度研究会報告」)を公表した。以上の概略について、資料「厚生年金基金制度研究会、報告書をまとめる」生命保険協会会報二四八号(一九九六年)七二頁。また、同報告書は、資料「厚生年金基金制度研究会報告書」信託一八七号(一九九六年)七七一八六頁において掲載されている。

(18) 資料・前掲注(17)「厚生年金基金制度研究会報告書」八二頁。

(19) 同報告書は、資料「厚生年金基金の資産運用に係る受託者責任ガイドライン研究会報告」信託一九〇号(一九九七年)九九―一〇七頁に掲載されている。

(20) 資料・前掲注(19) 九九頁。

(21) 資料・前掲注(19) 九九頁。

(22) 坪野氏によれば、確定給付企業年金制度の問題点として、次の点が指摘されている。第一に、善管注意義務の明確化である。後述するが、確定給付企業年金法において善管注意義務が明示的に規定されていない。第二に、受託者責任を負う者の範囲である。坪野氏の理解によれば、大企業では子会社等にまたがる年金委員会のような組織が設立され、制度運営

に問題が生じた場合、厚生労働大臣は年金委員会の構成員の変更を命じることができない等の問題があるという。第三に、規約型確定給付企業年金制度において、企業年金の運営管理に関する事業主の受託者責任と、会社運営に関する取締役の忠実義務との調整について問題があるとされる(ただし、坪野氏の見解によれば、会社の取締役が受託者責任を負うとしているが、この理解には問題がある)。第四に、制度の運営について運用コンサルティング等を用いた場合、当該コンサルティング等には受託者責任が課せられていない問題があるとされる(ただし、コンサルティング等に受託者責任を課すとする法理論的な理由は示されていない)(坪野・前掲注(1)(第二版)四一六―四一八頁)。

(23) 信託法学や商法学において、商事信託に関する研究の一環として、企業年金制度に関する分析もなされていた(この分野においては実務家の影響力も比較的に強いと理解できる)。

法律学からの研究として、小櫻純「年金基金受託者の責任の展開」彦根論叢二四二号(一九八七年)八九―一〇六頁、行澤一人「英国における企業年金法の現代的展開」神戸法学雑誌四四卷三号(一九九四年)五五五―五八八頁、新井誠「信託法と年金制度」法学研究六八卷一二号(一九九五年)二九一―三一六頁、行澤一人「企業年金を運用する保険会社の信託義務(上)」神戸法学雑誌四六卷二二号(一九九六年)二九一―三二二頁、同(下)「神戸法学雑誌四六卷三号(一九九六年)五二九―五四九頁、植田淳「エリサ法(ERISA)の信託義務に関する基礎的考察…年金資産運用における受託者責任」神戸外大論叢五四卷五号(二〇〇六年)二二―三六頁、小櫻純「新信託法と企業年金」信託研究三二号(二〇〇六年)四一―五二頁、新井誠「年金信託と受託者の義務」新井誠(編)『新信託法の基礎と運用』(日本評論社・二〇〇七年)一〇八―一二七頁、志谷匡史「企業年金における年金受給者保護の法理(一)」神戸法学雑誌五七卷二二号(二〇〇七年)八五―一〇〇頁、内府博信「企業年金受託者の義務と加入者の受給権(一)」志學館法学八号(二〇〇七年)一四五―二三一頁、同(二)「志學館法学九号(二〇〇八年)一二九―一五二頁、同(三)「志學館法学一〇号(二〇〇九年)一六五―二〇一頁、同(四・完)「志學館法学一一号(二〇一〇年)二〇七―二五六頁、飯塚真「フィデュシャリー・マネジメントと受託者責任」國士館法学四三二号(二〇一〇年)二七―五〇頁、小櫻純「信託と年金」新井誠「神田秀樹」木南敦(編)『信託法法制の展望』(日本評論社・二〇一一年)一一一―一二四頁、李敏「厚生年金基金と受託者責任…A-IJ事件を契機に」早稲田大学大学院法研論集一四六号(二〇一三年)一三七―二五七頁、溝渕彰「米国ERISAにおける受託者の義務と年金加入者及び年金受給者の保護―エンフォースメントと救済の観点を中心に―」生命保険論集一八二号(二〇一三年)一一二五頁、

佐藤勤「指図権者の指図を受けて信託事務を遂行する受託者の責任―アメリカにおける企業年金信託の受託者責任―」
山法学三七卷三・四号（二〇一四年）二九一八〇頁等がある。

このような研究に加えて、実務家と法学者との共同研究もなされている。例えば、山下陽久氏と能見善久教授による研究報告（鴻常夫（編）『商事信託法制』（有斐閣・一九九八年）八七―一二二頁）、竹本博氏と能見善久教授との研究報告（能見善久（編）『信託の実務と理論』（有斐閣・二〇〇九年）一一―一五頁）等がある。

- (24) 労働法学において、次のような研究がある。國武輝久「従業員給付をめぐるアメリカの問題状況」季刊労働法一九九号（一九九一年）一二七頁、同「アメリカにおける企業年金制度の概要」季刊労働法一六六号（一九九三年）一三三―一三五頁、同「企業年金と受給権保護」季刊社会保障研究三三卷二号（一九九七年）一七二―一七三頁、森戸英幸「企業年金の法と政策」（有斐閣・二〇〇三年）二二九―二四六頁、河合望「退職金」としての視点からの企業年金改革の再検討」日本労働法学会誌一〇四号（二〇〇四年）二七―三〇頁、根岸忠「ERISAにおける専占とHMOの受託者責任」労働法律旬報一六二三号（二〇〇六年）二〇―二三頁、同「マネジドケア組織と米国ERISA上の受託者責任」HMOとERISAの受託者責任に関する判例法理の検討をとおして」季刊労働法二一六号（二〇〇七年）二〇四―二一四頁、同「企業年金制度の合併・終了と受託者責任」労働法律旬報一六八〇号（二〇〇八年）二八―二九頁、森戸英幸「特集・企業年金のいま 総論―企業年金の法的論点」ジュリスト二三七九号（二〇〇九年）九―一〇頁等。

- (25) 社会保障法学においては、小島晴洋「『企業年金』からの卒業を」日本労働研究雑誌五〇四号（二〇〇二年）四二―四三頁、大原利夫「社会保障の権利擁護―アメリカの法理と制度」（法律文化社・二〇一四年）（同書では主として情報提供義務について検討しているが、忠実義務及び善管注意義務についてはそれほど検討されていない）等がある。

右の研究以外に、社会保障法学において受託者責任に関する研究は見当たらない。社会保障法学では、企業年金制度が社会保障法学の対象領域とされるのかどうかという議論、対象領域としたうえで社会保障制度において企業年金制度がどのような役割を果たすのかという議論がなされるにとどまり、受託者責任自体について検討されていない。具体的な研究動向は次の通りである。

社会保障法学における年金研究は、公的年金制度を主要な対象とし、企業年金制度については社会保障制度に含まれるのかどうかという点での議論にとどまっていた。例えば、荒木誠之博士は社会保障制度と企業年金制度との関係について、

公的年金と私的年金を厳格に峻別する立場をとり、「仮にこれ(私的年金のことを指す。筆者注。)に若干の公的なコントロールが加えられるとしても、そのことによってこれがただちに社会保障体系の一部になるものではない」と指摘している(荒木誠之『生活保障法理の研究』(法律文化社・一九九九年「初出」公的年金の性格と機能)ジュリスト一〇六三号(一九九五年)七五頁)。

そして、この公的なコントロールが加えられる例として、厚生年金基金制度を取り上げ、「企業年金も厚生年金基金に組み込まれると一定の法的規制を受けることになる」としつつも、「それでも企業年金制度自体が私的年金であることには変わりはない」とし、企業年金は社会保障制度の範囲外であることを明示している(荒木・前掲七七頁)。この荒木博士の説明によれば、企業年金が厚生年金基金に組み込まれた場合は公的規制を受けるとしつつ、企業年金制度が私的年金であることには変わりがないとしているが、この見解において厚生年金基金制度の性質に対する説明が抜け落ちている。私的年金を社会保障の体系に加えないことを明示しつつ、厚生年金基金については検討していることからすると、荒木博士の理解としては、厚生年金基金制度は社会保障制度の体系に含まれることを暗に示しているものと考えられる。

一方、荒木博士とは異なり、企業年金制度に対して積極的な意義を見出し、取り上げる見解も存在する。高藤昭博士の見解では、「国家的に確実な老後保障を行なおうとする社会保障法」は倒産のリスクや大企業労働者のみほど恩恵が及びやすい企業年金制度に対して積極的な評価をしていない」と述べ、イギリスの事例を引き出しつつ、「現在財源的にもゆきづまりを見せている公的年金の不十分性を補うものとして、企業年金の存在意義を肯定しなければならないであろう」と指摘し、企業年金制度に関して社会保障制度を補完する存在として積極的に位置づけている。このような見解には荒木博士ほど消極的な評価は見られない(高藤昭「企業年金の課題と展望」ジュリスト七三一号(一九八一年)二二八頁)。

現在では、高藤説のように、公的年金制度を補完する存在として企業年金制度を位置づけ、社会保障制度に含めて理解する見解が広まっている。例えば、近年の社会保障法の文献には年金制度を扱う項目において、企業年金制度について取り上げるものが多い。基本書類としては、西村健一郎「社会保障法」(有斐閣・二〇〇三年)二二六―二二八頁、菊池馨実『社会保障法』(有斐閣・二〇一四年)一六五―一八〇頁、加藤智章「菊池馨実」倉田聡「前田雅子」『社会保障法「第六版」』(有斐閣・二〇一五年)一一四―一二〇頁、本澤巳代子「新田秀樹」トピック社会保障法「第九版」(信山社・二〇一五年)五〇頁及び六五頁等。論文集として、堀勝洋「社会保障・社会福祉の原理・法・政策」(ミネルヴァ書房・二〇〇九年)二

七七—三〇一頁、菊池馨実『社会保障法制の将来構想』（有斐閣・二〇一〇年）一〇三—一一九頁等。

このように、企業年金制度の取り扱いについて社会保障法学において変容している状況にあるといえるが、社会保障法学においてこれまで企業年金制度に対してネガティブな評価を示していた背景が問題となる。その要因として、本稿とは検討対象が異なるものの、社会保障制度と市場との関係について分析した笠木映里准教授の指摘は示唆に富む。社会保障と私保険との関係について分析した笠木論文によると、「私保険は社会保障ではないから、という単純なもの以外に、今日において私保険の役割を議論することはその前提として社会保障制度の後退を容認してしまうことになる」という考慮が影響していると想像できる」と指摘されている（笠木映里『社会保障と私保険』（有斐閣・二〇一二年）五頁）。この見解を参考にとすると、企業年金制度に対して社会保障法学がネガティブな評価を示されていた要因が推察される。

(26) 脚注(25)で指摘したように、社会保障法学において、企業年金制度の概要を説明するにとどまり、本稿が検討する受託者責任のような実定法上問題となる論点について検討されていない状況にある。これに関連して、企業年金制度以外の領域においても、社会保障法学において実定法学の観点から分析する試みが少ないという問題も指摘されている。例えば、岩村正彦教授は、契約を例に挙げて、憲法論（生存権論）以外に、実定法的な分析が少ないことを指摘している（岩村正彦「社会保障と契約の諸問題」季刊社会保障研究（二〇〇九年）四—一三頁（特に五—六頁））。

(27) 信託法上、受託者は受益者に対して忠実義務、善管注意義務、分別管理義務、自己執行義務、情報提供義務などの義務を負い、これらの義務違反に対して法的責任を負う（新井誠「信託法〔第四版〕」（有斐閣・二〇一四年）二五〇頁参照）。企業年金制度においては、このような義務と責任を含めて「受託者責任」と呼称している。本稿では、企業年金制度における「受託者責任」に関する言説の慣行に沿い、本文のような説明をしている。

なお、企業年金制度を取り上げて、受託者の義務について検討する論稿として、神田秀樹「いわゆる受託者責任について：金融サービス法への構想」フィナンシャル・レビュー三月号（二〇〇一年）九九—一〇〇頁等がある。

(28) 確定給付企業年金法の立法過程における議論をみると、以下のような説明がなされていた。

平成一三年五月二三日の衆議院厚生労働委員会における確定給付企業年金法案の審議において、江田康之委員から受給権保護のために設けられている受託者責任に関して質問がなされた。この質問の答弁にあたった辻哲夫政府委員（厚生労働省年金局長）は、同法案における受託者責任について、事業主、基金の理事、運用受託機関が負う忠実義務といった法

的責任であるとの説明をしている（辻委員の答弁について、平成一三年五月二三日第一五一回国会衆議院厚生労働委員会議録第一三三二頁「辻哲夫発言」）。

しかし、後述するDB法上の不明確性でも指摘するように、このような義務を課す趣旨や意図について指摘されていない。
 (29) なお、取り上げた条文以外に、DB法六九条二項各号及び七〇条二項各号などにおいて、内容を具体化する規定も置かれている。

(30) 学説では、森戸英幸教授が「受託者責任」の内容について本文で指摘したような行為責任を指摘している（森戸・前掲注（24）『企業年金の法と政策』一二九―一四六頁）。また、実務における見解として、坪野論文の指摘が挙げられる（坪野・前掲注（1）（第二版）八五―九〇頁）。

(31) 資料・前掲注（19）九九頁以下参照。

なお、同報告書における議論は、確定給付企業年金制度においても引き継がれていることから、我が国の受託者責任に関する議論に影響を与えたことは否定できないであろう。「確定給付企業年金に係る資産運用関係者の役割及び責任に関するガイドラインについて（通知）」平成一四年三月二九日年発第〇三二九〇九号においても、同報告の内容が踏襲されている。

(32) 資料・前掲注（19）九九頁。

(33) 資料・前掲注（19）九九頁。

(34) 資料・前掲注（19）九九頁。

(35) 資料・前掲注（19）九九頁。

(36) 従業員退職所得保障法（Employee Retirement Income Security Act）（我が国の用語法では「エリサ法」と記述されるが、本稿ではERISAと記す）はアメリカ合衆国における企業年金制度に関する連邦法である。同法は一九七四年に制定されたが、その背景には次の事情があった。アメリカにおいては、一九二〇年代に企業年金制度が発展し始めたが、一九二一年国内歳入法などの税制優遇措置にかかわる法律と一九五八年の連邦福祉及び年金制度開示法などの年金財産の保護に関する法律とが存在していた。そのような中で、一九六四年にスチュード・ペーカー事件（自動車メーカーである同社が工場を閉鎖し、年金資産が不足したまま年金制度を終了させた）が起こり、従業員に対する年金の給付額が削減され、ある

いは、給付そのものがなされなくなる事態が生じた。これが社会的に問題になると、年金財産の保全のための制定法の立法が試みられ、その結果、一九七四年に制定されたのがERISAである。

以上の点について、厚生年金基金連合会（編）『海外の年金制度』（東洋経済新報社・一九九九年）一五六頁。なお、ERISAに関する詳細な立法過程研究として、ジェイムズ・A・スノーデン（著）・みずほ年金研究所（監訳）『エリサ法の政治史』（中央経済社・二〇〇九年）がある。

(37) 田中英夫（編）『英米法辞典』（東京大学出版会・一九九一年）三四六頁（使用したのは二〇一〇年の第一六刷である）による。なお、同書において、fiduciaryを「受託者」とも訳しており、fiduciaryの代表的な例として受託者（trustee）が挙げている。

(38) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣・一九九六年）二二―二四頁。

(39) 道垣内・前掲注（38）二二頁。

(40) 道垣内・前掲注（38）二三頁。

(41) 道垣内・前掲注（38）二三頁。

(42) 道垣内・前掲注（38）二五―四一頁において、受託者以外の者に対して義務が拡大されて行く動向が説明されている。

なお、飯塚真「信託法理および信任関係法理の発展過程」早稲田大学大学院法研論集第一一一号（二〇〇四年）四〇―四六頁（特に四五―四六頁）においてもこのような動向が取り上げられている。

(43) 道垣内教授は、信託関係には信託受託者と受益者との関係が含まれるという理解を示している。道垣内・前掲注（38）二二―二四頁。

(44) もっとも、どのような者が受託者であるのかについては、一義的に定められているわけではない。前述した道垣内・前掲注（38）二二―二四頁においてもこのような説明がなされている（道垣内教授は、信託関係は「開かれた関係」と説明している）。

(45) 後述するように、我が国の企業年金制度において受託者責任が語られるとしても、その議論において、誰が受託者に該当するかという点について十分な検討をすることなく受託者とされる者を規定している可能性がある。このような点が、企業年金制度において、受託者責任を課せられる主体について複雑な制度設計となっている一因であるといえよう。

ただし、イギリス法においてもこのような現状にあることから、本稿では信託法についてこれ以上の内容について踏み込んで検討することはしない。

- (46) なお、アメリカにおける信託関係について、樋口教授の指摘が参考になる。樋口教授は「Tamar Frankel」教授の見解を用い、一方が他方を信託し、あるいは他方に依存し、他方は、自らに依存している相手方に対しその利益を図る義務を負うような関係一般を指すとする。その上で、受託者について、受託者、代理人、受寄者、会社の取締役及び役員、遺産管理人、遺言執行者、破産管財人、後見人、医師などを挙げている（樋口範雄『フィデュシャリー「信託」の時代』（有斐閣・一九九九年）二八―三九頁（特に三六―三九頁））。

もっとも、樋口教授の見解においても、受託者として性質決定される基準について、前述した信託関係の特徴以外に指摘がない。

- (47) ERSA の概要について、石垣修一『企業年金運営のためのエリサ法ガイド』（中央経済社・二〇〇八年）一〇九―一四五頁（三条第二一項（a）については一一九―一二〇頁）参照。

- (48) 石垣・前掲注（47）一一三―一一七頁。

- (49) 指名受託者、信託受託者、投資マネージャーではなくとも、三条第二一項（a）に実質的に該当すると解される場合には、受託者とされ受託者責任が問われることになる者をいう。石垣・前掲注（47）一二七―一二八頁。

- (50) この点について、植田教授による研究がある。植田教授によれば、判例法理において次のように考えられているという。Batt v. Marshall & Lassman 事件判決（812 F. 2d 810, 1987 U.S. App.）において、連邦控訴裁判所は ERISA 三条第二一項（a）に規定する「受託者」について次のように判断している。

まず、ERSA において受託者と認定されるファクターについて、次のような判断を示す。

「連邦議会では当該条項が広く解釈されるよう意図している。……労働省が発行する解釈集によると、年金制度のために純粹に『補佐的な』役割を果たす者は受託者ではない。そのような補佐的な役割には参加資格の決定や勤務と給付との計算、掛金の収集が含まれる。……このように、ERSA における受託者は形式というよりもむしろ実態として果たしている役割に着目して判断されることになる。受託者と考えられるために、年金制度に関係する絶対的裁量権を有する必要があるはない。」

むしろ、受認者の地位は裁量あるいは支配を行使する列挙された地位において存在する。」

その上で、本件について、「Yは、制度の財産の処分に關して現実の支配権を行使したのであるから、受認者として行動したと判断する。ERISAによると「受認者」の定義は権限あるいは支配権というよりもその行使に焦点を当てるのである」と判断している。

この裁判所の判断について、植田教授は、受認者とされるためには、「制度に關する裁量的権原または支配力の行使者・保有者であることから、その範囲はかなり広いと言えよう」と評価している（植田・前掲注（23）二二六―二七頁）。

以上のERISAにおける受認者について、我が国においては以下の論稿において分析されている。小櫻・前掲注（23）『退職所得保護の法理』五―六頁。内椿・前掲注（23）『企業年金受託者の義務と加入者の受給権（1）』一六三―一六五頁。林健一朗「年金信託における受託者の義務」信託法研究三八号（二〇一三年）九―一〇頁。

（51）我が国の法体系上、信託法の位置づけについて議論がなされていたが、信託法について「水の上に浮ぶ油」（四宮和夫『信託法「新版」』（有斐閣・一九八九年）三頁）とも評されたように、法体系上の異質性が指摘されていた。しかし、信託法について法体系上積極的に位置づけようとする研究（道垣内・前掲注（38）等）もなされており、現在では、かつてのようない理解がなされなくなっているように思われる。

（52）資料・前掲注（19）九九頁。

（53）なお、このような「受託者責任」という表記は、企業年金制度に限定された事柄ではない。例えば、かつて我が国の金融制度において、金融制度改革が問題とされ、金融サービス法の制定が検討された。この法律の制定を検討した金融審議会第一部会による中間整理によると、投資家から資金を集める業者のfiduciary dutyが問題とされており、このfiduciary dutyが「受託者責任」と訳されていたという（樋口範雄「アメリカ信託法ノートI」（弘文堂・二〇〇〇年）二八九頁）。

（54）このような企業年金制度における問題を考察するうえで、信託法を前提として企業年金制度を検討する意義が以前から言及されている。例えば、小櫻教授は「年金諸法の一般法としての信託法」と言及している（小櫻・前掲注（23）「信託と年金」一二頁（なお、この論稿以前に、小櫻・前掲注（23）「新信託法と企業年金」四一―五二頁において、信託法を基礎にした分析がなされている））。

このように、学説において、企業年金制度における受託者責任について検討するために、信託法の理解が必要となることは夙に認識されているといえよう。その一方で、企業年金制度の設計に関わる部門において、このような認識がどの程度存在したのかは不明である。

(55) なお、信託法を補助線として用いることには、別の理由もある。企業年金制度の運営スキームとして、信託制度以外に、生命保険制度も存在しているため、生命保険の観点からも検討する必要があるように思われる。しかし、企業年金制度における生命保険制度について、「リスク移転という保険本来の機能がほとんどなく、もっぱら「積立資産の運用が主目的となっている」（山下友信『保険法』（有斐閣・二〇〇五年）五七頁）ことが指摘されている。保険法からこのような保険制度との相違が指摘されていることを踏まえると、生命保険制度を分析軸として用いる場合には、企業年金制度における生命保険制度とそれ以外の生命保険制度との相違を明らかにする作業が必要となろう。しかし、このような作業は筆者の能力的な問題により困難を伴うことから、本稿では、生命保険制度を分析軸として用いることを断念している。

ただし、生命保険制度について補助線としては用いないとしても、全く取り上げないわけではない。第一章において明らかになるように、我が国における企業年金制度の設計には、信託業界及び生命保険業界が大きな役割を果たしていた。そのようなことから、本稿では、信託制度を検討する上で必要な範囲に限り、生命保険制度についても触れることにする。

(56) 先に取り上げたガイドライン報告書においても次のように指摘して、これらの二つの義務の重要性を示していた。重複するが引用する。

「……本ガイドラインは、我が国の現行法制の下で用いられている概念を使用して記述した。具体的には、エリサ法等英米の法制度における考え方や精神をできる限り参考としつつ、現行法における『善管注意義務』や『忠実義務』の概念を、基金の管理運用業務を行う場面を想定して、具体的な行動指針として示すこととした。」（資料・前掲注（19）九九頁）

一方、学説においても、これらの二つの義務が重要な役割を果たすと理解されている。例えば、森戸教授は、「受託者責任」とされる義務は忠実義務と善管注意義務の二つに分類されると説明している（森戸・前掲注（24）『企業年金の法と政

策』一三〇頁。

(57) 委託者適格について、信託法上規定されていない。そのため、民法の一般原則（権利能力、行為能力、遺言能力、法人の権利能力及び行為能力）に従うことになる。新井・前掲注(27)二〇四―二〇五頁。

(58) 受託者適格について、信託法七条において規定されている（信託は、未成年者又は成年被後見人若しくは被保佐人を受託者としてすることができない）。

もつとも、同条は自然人を念頭においた規定であり、法人の場合には適用されない。新井・前掲注(27)二〇九頁。

(59) 受益者とされる者は不特定であっても、未確定であつてもよい。道垣内弘人『信託法入門』（日本経済新聞出版社・二〇〇七年）一七一―一七二頁。

(60) 道垣内・前掲注(59)一五―一六頁。

もつとも、本文において指摘したことにとどまらず、学説においては詳細に信託関係上の当事者を分析している。例えば、新井教授によると、信託関係人（委託者、受託者、受益者、信託管理人といった者）を信託関係における主体とし、この中で、委託者、受託者、受益者の三者を「信託の当事者」と述べつつ、委託者及び受託者のみを意味する「信託行為の当事者」と区別しなければならないと説明している（新井・前掲注(27)二〇一頁）。

(61) 旧信託法において、信託契約の性質に関連して、諾成契約説と要物契約説との間で対立があり、この見解の相違により、信託契約の成立時期についても相違が生じていた。

しかし、二〇〇六年の信託法改正により、「委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約の締結によつてその効力を生ずる」（四条一項）と規定され、信託契約が諾成契約であると明確化した結果、この問題について解決をみた。以上の旧信託法下における学説の対立と信託法における立法的解決について、新井・前掲注(27)一一九―一二〇頁において説明されている。

(62) 旧信託法では、信託財産の管理方法に関する変更請求権、信託事務についての説明請求権、受託者の解任請求権など、委託者には一定の権限が認められていた。しかし、信託成立後に、委託者が受託者に指示をなし、信託の内容が変更されると、受益者の権利関係が不安定になるという問題があつた。

これについて、理論的には信託が一度成立すれば、委託者は不可欠の存在であるとはいえないと理解されていた。そう

したことから、新信託法では、旧信託法において認められていた委託者の権利を縮小することになったとされる（以上の点について、道垣内・前掲注（59）六四・六五頁）。

- (63) 先に説明したように、信託が設定された場合、委託者から受託者へ財産権が移転するとともに、受託者は当該財産を自己固有の財産と分別して管理しなければならなくなる。加えて、委託者の債権者は信託財産に対して差押え等をする事はできず、また、受託者の債権者も当該財産を差押えることはできず、受託者が死亡した場合には受託者の相続財産に含まれることはなくなる。このような信託関係の成立に伴い信託財産に生じた法律関係をみると、委託者からも受託者からも完全に処分できない財産が形成されていることになる。このような信託財産の特徴（委託者からの独立、受託者からの独立）が「信託財産の独立性」とされる。以上の点について、新井・前掲注（27）三四四頁及び三四八頁。

なお、この「信託財産の独立性」に関連して、「信託の倒産隔離機能」についても指摘しておく。前述したように、信託財産は「信託財産の独立性」を有する。この結果、受託者個人の債権者は信託財産に強制執行を行うことはできず（信託法二三条一項）、また、受託者が破産した場合、信託としての對抗要件が具備されている限り、信託財産は受託者の破産財団に組み込まれることがない（同二五条一項）。このような信託の機能が「倒産隔離機能」と呼ばれている（以上の点について、新井・前掲注（27）一〇三頁）。

- (64) なお、共同受託者の場合、任務違反行為に関与した受託者は任務違反をした受託者と連帯して損失填補責任などを負う（新井・前掲注（27）三〇九頁）。

- (65) 旧信託法において、信託宣言（自己信託）についてその可否が争われていた。しかし、新信託法において、信託宣言を認めることになった。新井・前掲注（27）一三五―一五〇頁において、詳細に説明されている。

- (66) 信託法八条において、「受託者は、受益者として信託の利益を享受する場合を除き、何人の名義をもってするかを問わず、信託の利益を享受することができない」と規定している。これについて、新井教授は「受託者は、受益者として信託の利益を享受する場合」を許容することによって、受託者と受益者との地位の兼併を一般的に承認している」と説明している（新井・前掲注（27）五九頁）。

- (67) 新井・前掲注（27）五九頁。

- (68) 旧信託法二六条一項において信託事務の第三者への委託は原則として禁止し、信託行為に別段の定めがある場合、やむ

を得ない場合においてのみ、委託を認めていた。

しかし、信託事務を第三者に委託することが常態となっている現在では、そのような制限は不合理であると考えられた結果、新信託法二八条において、代人使用を原則許容する方針に転換した。以上の説明について、新井・前掲注(27)二九五―二九六頁。

(69) 道垣内・前掲注(59)一三六―一三八頁

(70) 信託法三五条一項及び二項。この場合の受託者が負う第三者への監督責任は、善管注意の具体化であると解されている(道垣内・前掲注(59)一三九頁、寺本昌広『逐条解説 新しい信託法「補訂版」』(商事法務・二〇〇八年)一四二頁)。

(71) 旧信託法二六条三項において、代人は受託者と同じ責任を負うとされていた。このことから、善管注意義務などの受託者が負う義務を代人が負うことになり、また、受益者は、受託者に対するのと同様に、代人に対して受益権に基づく請求をすると解されていた。

しかし、信託事務の委託を受けた代人が、当該委託契約に起因する契約責任とは「別個の予想外の法定責任を課されることにもなりかねない」(別冊ZB「編集部(編)『信託法改正要綱試案と解説』(商事法務・二〇〇六年)一二〇頁参照)ことなどが考慮された結果、新信託法において、この条項が削除されることになった(以上の点について、新井・前掲注(27)二九三―二九八頁(特に二九四頁及び二九六頁))。

もっとも、この改正の結果、受益者は代人に対して直接責任追及ができなくなっている。これについて、「当該第三者の故意過失によって信託財産に損失が生じた場合には、受託者は、この第三者に対し、委任契約の当事者として、損害賠償請求権を有することになるところ、この請求権は信託財産に帰属するから(一六条一号)、受託者が第三者に対してこの損害賠償請求権を行使することにより、信託財産に生じた損失の回復を図ることができる」といった対応が指摘されている(寺本・前掲注(70)一四三頁)。

(72) この善管注意義務について、民法六四四条との関係で争いがあった。旧信託法二〇条において、「受託者ハ信託ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ信託事務ヲ処理スルコトヲ要ス」と善管注意義務が規定されていた。この善管注意義務について、遊佐慶夫博士は「信託ヲ委任ノ一態様ト解シテ民法六四四條二據テ」解釈することを指摘し、その理由として「信託ハ對人信用ヲ基礎トスル點ニ於テ、委任ト異ナル所ガナイ」ことを挙げている(遊佐慶夫『信託法制評論』(巖松堂書店・

一九二四年) 七九・八〇頁)。

入江真太郎博士は「此受託者ノ注意義務ハ民法第六四四條ニ規定セル受任者ノ注意義務ト同一標準ナリ」としている(入江真太郎『信託法原論』(巖松堂書店・一九二八年) 二三四―二三五頁)。

岩田新博士は「本條は受託者に善良なる管理者の注意義務を負はしめたる規定であつて、受託者を委任契約に於ける受任者と、同一に取り扱つたものである」と説明している(岩田新『信託法新論』(有斐閣・一九三三年) 一六四頁)。

更に、四宮和夫博士は「受託者が信頼を受けて他人の財産を管理する者」であり、「信託目的を信託行為の命ずるとおりを実現することを、要求される」点を踏まえ、受託者が事務処理に際して用いるべき注意について「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ信託事務ヲ処理スルコトヲ要ス(民法六四四條参照)」と説明していることから、旧信託法二〇条の規定する善管注意義務が民法六四四條の趣旨を踏まえた規定であると説いている(四宮・前掲注(51) 二四七頁)。

このような旧信託法における善管注意義務の理解について、現行の信託法も踏襲している。立案担当者によれば、二〇条二項について、「受託者の注意義務の基準について、旧法二〇条の規定の趣旨を踏襲し、受託者は、善良な管理者の注意をもって、信託事務を処理しなければならないことを規定したものである」と説明されている(寺本・前掲注(70) 一一二頁)。

(73) もっとも、信託法上の「善良なる管理者の注意」と民法上の「善良なる管理者の注意」とはその内実が異なるのではないのか、という見方も示されている。中野正俊博士は民法及び商法上の善管注意義務を指摘したのちに、これらの義務とは異なり、「信託受託者には、もっと厳しい『善良ナル管理者ノ注意』を負わされていると解することができ」と述べる。その理由として、信託における受託者の善管注意義務が委任における受任者の善管注意義務と同一であると解するのが一般的であることを示しつつも、「民法・商法上の財産管理制度に比較して、委託者から受託者に対して財産権の移転その他の処分がなされた財産を単に管理処分するだけでは足りず、信託行為の定めにしたがって受託者の名義で受益者のために信託財産から収益を生じさせるような財産を管理処分すべき義務を負わされているからである」と説明している(中野正俊「信託受託者の善管注意義務」法学志林第一〇二巻第三・四合併号(二〇〇五年) 一一八―一九頁)。

(74) なお、信託法改正における議論の中で、アメリカの第三次信託法リステイトメントの議論を参考に、プルーデント・インベスター・ルールの導入も議論された。しかし、信託一般法においてそのような具体的な義務を規定することの問題が

指摘されたこともあり、結局、導入は見送られたという（寺本・前掲注（70）一一四―一二五頁）。

ここで、ブルーデント・インベスター・ルールについて説明すると次のようになる。このルールは、ブルーデント・マン・ルールを拡張し、ヨリ明確にしたルールである。具体的な内容は、第三次リステイトメント二七条において「受託者は信託の目的、条項、分配要件その他の状況に照らしてブルーデント・インベスターであれば行うであろう方法で、信託資金を投資し運用する義務を、受益者に対して負う。」と規定されている（アメリカ法律協会（編）・早川眞一郎（訳）『米国信託法上の投資ルール』（学陽書房・一九九六年）八―一頁）。

このルールがブルーデント・マン・ルールと異なる点は、「受託者がモダン・ポートフォリオ理論にしたがった合理的な投資行動をすることを適法なものと認める」点にあるといえる（前掲・早川眞頁）（なお、第三次信託法理ステイトメントにおいて、ブルーデント・インベスター・ルールが規定された経緯について、新堂明子「アメリカ信託法におけるブルーデント・インベスター・ルールについて―受託者が信託財産を投資する際の責任規定―」北大法学論集五二巻五号（二〇〇二年）三七二―四二六頁（特に三九〇―四〇九頁）において取り上げられている）。

（75）受託者の義務違反について、旧信託法二七条では次のように規定していた。

第二七条 受託者カ管理ノ失当ニ因リテ信託財産ニ損失ヲ生セシメタルトキ又ハ信託ノ本旨ニ反シテ信託財産ヲ処分シタルトキハ委託者、其ノ相続人、受益者及他ノ受託者ハ其ノ受託者ニ対シ損失ノ填補又ハ信託財産ノ復旧ヲ請求スルコトヲ得

右の条文では、「管理ノ失当」または「信託ノ本旨ニ反シ」た場合にのみ、受託者は損失の填補あるいは財産の復旧をしなければならないようにみえる。しかし、これらの場合に限定せず、信託法上定められた善管注意義務や忠実義務に違反した場合においても、同条の責任が生じるとされた（能見善久『現代信託法』（有斐閣・二〇〇四年）一三八―一三九頁）。

なお、同条では責任追及主体が受益者のみではないことが問題となる。この規定について、「利害関係が希薄になった委託者が信託の監督に口出しをすることができるようになっているのは、日本の信託法の特徴であり、かつ、立法論としては再検討すべき課題である」と指摘されていたなど、旧信託法の規定には問題があると認識されていた（能見『現代信託法』）

一四六頁）。

このようなこともあり、二〇〇六年の信託法改正によって、責任追及主体を受益者のみとしたのである。
(76) 旧信託法において、忠実義務に関連する規定として、次のような条文が存在していた。

第九条 受託者ハ共同受益者ノ一人タル場合ヲ除クノ外何人ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス信託ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ス

第二二条 受託者ハ何人ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス信託財産ヲ固有財産ト為シ又ハ之ニ付權利ヲ取得スルコトヲ得ス但シ
已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ於テ裁判所ノ許可ヲ受ケ信託財産ヲ固有財産ト為スハ此ノ限ニ在ラス

これらの規定は忠実義務の具体的な内容を定めている。他方、忠実義務の一般的な内容を定めた規定は存在しなかった。
このため、解釈論上、一般的な忠実義務の根拠をどのように理解するのが問題となったのである。

まず、信託法九条を根拠とする見解があった。例えば、中根不羈雄博士は信託法九条において「何人ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス信託ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ス」という文言に着目し、九条が「受託者ノ消極的義務（忠実義務を指すと解される…筆者注）ニ関スル包括的規定デアル」と述べる（中根不羈雄「信託法第九條の解釋」信託協会会報八巻一号（一九三四年）一一頁）。

次に信託法二二条を根拠とする見解があった。例えば、四宮博士は、信託法二二条は受託者の忠実義務を前提とした規定であると説明している（四宮・前掲注（51）二二三頁）。加えて、中野博士によれば、二二条一項の「受託者ハ」、「信託財産ヲ固有財産ト為シ又ハ之ニ付權利ヲ取得スルコトヲ得ス」という規定の中に、受託者の固有財産と信託財産との間に利益が相反する取引行為を禁止するほか、受託者が利益相反行為により信託の利益を受けることを禁止することも含むとしている。そして、この点が忠実義務に関する原則的規定としての意味を持つ、と説明している（中野正俊「信託における受託者の忠実義務」法学志林第九八巻二号（二〇〇一年）二二三―二三四頁）。

更に、信託法四条を根拠とする見解があった。同条について、まず、受託者が信託財産の管理処分をなすにあたり、信託財産の名義人として、自己の利益のために管理処分するのではなく、他人（受益者）のためにするのであって、もっぱ

ら信託行為の定めに従ってなすべき旨を表明した規定であると解する。そのうえで、同条の「信託行為ノ定ムル所ニ從ヒ」という規定は、当然に「委託者の指示した信託目的の実現」を意味しており、そこに受託者の忠実義務の意味を持たせていると解している（中野正俊「信託における受託者の忠実義務」二三八頁）。

以上のような条文に根拠を求める学説とは異なる見解も示されていた。例えば、能見善久教授は「忠実義務は他人からの信頼を受けて事務処理をする者（受託者）ならば当然に覚悟するであろう義務であ」としたうえで、「信託行為に明示的に定められていなくても、信託行為から黙示的に導かれる義務であると考えるのが適当であろう」と指摘し、「信託行為の黙示的解釈」を根拠に忠実義務を認めている（能見・前掲注（75）七六頁）。

このような争いを踏まえて、新信託法において、本文で述べたように、忠実義務一般を定める規定が置かれることになった。

（77）旧信託法下における議論として、能見善久教授の見解が挙げられる。能見教授は旧信託法二七条違反の責任の性質に関する議論において、利益吐出し的損害賠償について検討していた。能見教授は、英米の信託法では、「利益吐出し」責任を「損害賠償」として認めているのは、英米において「不当利得法理」が十分発展していないことによると分析する。その一方で、日本法では不当利得・事務管理の法理で対応できることから、利益吐出しを損害賠償の問題として解決する必要がある可能性があると述べている。そのようなことを論じた上で、利益吐出し責任を全く論じる余地がないわけではないとし、民法レヴェルで「利益吐出し責任」を認めることができれば、旧信託法二七条の解釈として可能であろうと述べている（能見・前掲注（75）一三七―一三八頁及び一四一―一四四頁）。

（78）信託法改正試案第二〇において、忠実義務違反等の効果について検討しているが、「利得の吐き出し」についても示されている（別冊ZB「編集部（編）・前掲注（71）三〇頁（試案における利得の吐き出し）」、一一二―一一五頁（利得の吐き出しに関する論点整理））。

（79）兼営法九条、一〇条において、業務の停止、認可の取消等が規定されている。

（80）立案担当者によれば、信託法において善管注意義務や忠実義務が定められているものの、それらとは別の行政上の規範として信託業法上の規定が設けられているとする。その上で、信託業法上の善管注意義務、忠実義務等に違反しているものの、信託法上の善管注意義務には違反していない場合も生じうることを説明し、そのような場合には、信託契約違反に

はならず、それ故に、信託法上の損失填補責任等の私法上の効果は生じないものの、業務改善命令などの監督処分の対象となりうることを指摘している（小出卓哉『逐条解説 信託業法』（清文社・二〇〇八年）一三九頁及び一四四頁）。

もっとも、信託業法違反の効果と私法上の効果との関係については議論がある。藤田友敬教授によれば、信託法四〇条一項の「任務を怠った」場合に、信託業法違反も含まれるのかどうか問題となり、仮に含まれるとすれば、信託業法違反は信託法四〇条一項違反になると指摘している（道垣内弘人他「信託法セミナー（第一二回）」ジュリスト一四二九号（二〇一一年）一〇七一―一〇八頁「藤田友敬発言」）。他方、能見善久教授によれば、藤田説に「一定の理解を示しつつも」、「業法の規定するルールが受託者の行為規範となるので、それが信託法四〇条で受託者の損害賠償責任を発生させる任務となるという考え方、すなわち、業法が直接に私法上の根拠になるという考え方には違和感がある」と指摘している（道垣内弘人他「信託法セミナー（第一二回）」ジュリスト一四二九号（二〇一一年）一〇八頁「能見善久発言」）。

（81）立案担当者によれば、「信託法にこれ（一般的な忠実義務…筆者注）を定める規定はないが、信託法二二条において受託者と信託財産の間の取引を禁止する基礎には忠実義務の考え方が前提になっている」として受託者には忠実義務があると思われる。このため、これを明確にするために規定されたものである」と説明されている。高橋康文『新しい信託業法』（第一法規・二〇〇五年）一二七頁。

（82）小出・前掲注（80）一三九頁。

（83）DB法では、規約型と基金型双方において規約の作成が義務付けられているが、この規約の法的性質について必ずしも明確ではない。森戸教授によれば、次のような見解が示されている。

まず、規約型において、事業主が従業員代表の同意を得て作成する点に着目して、「事業主が作成するものであるので、規約中の規定の大半は法的には就業規則の一部であると考えてよいだろう」と述べている。

次に、基金型における規約について、規約作成段階では規約型と同様に、事業主が従業員代表の合意を得て作成されるものの、作成後の変更は基金が行うことになっている。この点に着目して、「基金規約が就業規則や労働協約ではないことは明らかである」と述べ、規約型と同様の解釈が困難であることを示す。その上で、松下電器産業グループ（年金減額・大阪）事件（大阪高判平成一八年一月二八日、労判九三〇号二六頁）、松下電器産業（年金減額・大津）事件（大阪高判平成一八年一月二八日、労判九三〇号一三頁）といった裁判例において示された判示（「年金規程が……合理性を有して

いる限り……年金規程の具体的内容を知っていたか否かにかかわらず、年金規程によらない旨の特段の合意をしない限り、福祉年金規程に従うとの意思で年金契約を締結したものと推定するのが相当であり、その契約内容は、年金規程に拘束される……その内容が合理的である限り、退職時に締結される福祉年金契約の内容につき年金規程に従うことが、事実たる慣習になっていたとも認めることができる」を参考にして、「基金規約が合理的でかつ周知されていることを条件に、規約の定めが加入者・受給権者に関する年金支給契約の内容になるとする立場がありうる」という見解を示している（なお、森戸教授は、厚生労働大臣による基金の設立認可及び規約変更認可により基金規約が私法上も拘束力を与えられるという考え方もありうることを示しているが、この見解をとらないことを述べている）。

以上の、森戸教授による規約型及び基金型における規約に関する分析について、森戸英幸「企業年金と契約」季刊社会保障研究四五巻一号（二〇〇九年）五七頁。

(84) 例えば、DB法六九条二項一号において、「自己又は加入者等以外の第三者の利益を図る目的をもって、資産管理運用契約を締結すること」が禁止されている。

(85) 資産管理運用契約は信託契約、生命保険契約、投資一任契約といった企業年金財産に関わる様々な種類の契約の総称である。これらの契約の性質は民法上の第三者のためにする契約であると整理されている（森戸・前掲注（24）『企業年金の法と政策』六五頁）。

(86) 投資顧問業とは、有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律（投資顧問業法）（二〇〇七年に金融商品取引法（金融法）に統合された）により規律された投資助言業あるいは投資運用業などを行う金融業者である。

投資顧問業法では、業務の内容について、同法二条二項において、「顧客に対して投資顧問契約に基づく助言を行う営業」と規定していた。この投資顧問契約について、同法二条一項において、「当事者の一方が相手方に対して有価証券の価値等又は有価証券の価値等の分析に基づく投資判断……に關し、口頭、文書……その他の方法により助言を行うことを約し、相手方がそれに対し報酬を支払うことを約する契約」と規定していた。

一方、金商法では二八条三項及び四項において、「投資助言・代理業」、「投資運用業」を掲げ、投資顧問業者を規律している。

以上の点について、川口恭弘『現代の金融機関と法』[第四版]（中央経済社・二〇一二年）七〇頁。

（87）「確定給付企業年金に係る資産運用関係者の役割及び責任に関するガイドラインについて（通知）」・前掲注（31）。

（88）事業主の忠実義務が規約型のみ妥当するのか、それとも、基金型においても妥当するのかは明確ではない。この点について、学説においても明確ではない（例えば、森戸教授の論稿において、事業主の忠実義務について取り上げているものの、それがどの範囲まで妥当するのかについては明らかにされていない。森戸・前掲注（24）『企業年金の法と政策』一三三―一三四頁）。

他方、実務においては見解が分かれている。事業主の忠実義務は規約型においてのみ妥当すると解する見解（坪野・前掲（1）（第二版）八五頁）と、規約型と基金型双方において妥当するという見解がある（宮田信一郎（著）・箱田順哉（監修）『企業年金マネジメント』（東洋経済新報社・二〇一一年）七八―七九頁）。

このように学説と実務の双方において明確ではないため、ここでは規約型にのみ妥当すると考えて議論を進めることにする。

（89）忠実義務において義務の相手方が「加入者等」と規定されている。この「加入者等」にはどのような者が含まれるのが問題となる。DB法では六条において加入者について定義をしている。それによれば、「確定給付企業年金の加入者（以下「加入者」という。）」としている。他方、六〇条において「加入者等」についても定義している。それによると、「加入者及び加入者であった者（以下「加入者等」という。）」と規定している。

このように、DB法の定義によれば、加入者、加入者であった者について右のような説明しかなされていない。

（90）「確定給付企業年金に係る資産運用関係者の役割及び責任に関するガイドラインについて（通知）」・前掲注（31）によれば、「3 事業主及び基金の理事」及び「5 運用受託機関」において、受認者責任に関する記述がある。前者については、善管注意義務の具体化として、資産の運用にあたり注意すべき事柄が記述されており、忠実義務については、具体化するルールとして利益相反が記述され、また、義務違反の恐れのある行為をも記述するなど比較的详细な内容となっている。後者についてはDB法の規定を記載するにとどまり、意味のある記述はない。

（91）坪野・前掲注（1）（第二版）八七頁において、義務違反の効果につき、民事損害賠償と行政処分という二つが予定されていることが示されている。

（92）基金型における規約の法的性質について、前掲注（83）において説明した。

(93) 後述するように、基金型においても資産管理運用機関は加入者等に対して忠実義務を負っていることから、制度全体の理解としては加入者等が究極的な受益者であると考えているものと解される。

しかし、このような点には、信託法の理解からすると問題も指摘できよう。基金型における資産管理運用契約¹¹企業年金信託契約上では、受益者が基金とされていることから、加入者はこの契約の当事者ではない。契約当事者ではないにもかかわらず、資産管理運用機関は加入者に対して忠実義務を負うとされているのである。信託関係における受益者ではない以上、受託者に対して忠実義務違反の責任追及をすることはできない。そして、DB法において、信託関係の受益者ではない者に対して受託者に対する忠実義務違反を追及する規定を設けていない。このことから、DB法が受給権保護を趣旨として立法されたとしても、受給権保護の点で不十分な面があるといえよう。

(94) 「確定給付企業年金に係る資産運用関係者の役割及び責任に関するガイドライン」について（通知）・前掲注（31）において、「④ 基金から基金型事業主への注意喚起」と題する項目が設けられており、次のような事柄が規定されている。

「理事は、管理運用業務の執行に当たっては、もっぱら加入者等の利益を考慮すべきであり、基金型事業主の利益に配慮することが加入者等の利益を犠牲にするような場合には、基金に対する忠実義務に違反することについて、基金型事業主の理解が得られるよう努めなければならない。」

この記述を見ると、「基金のため忠実に」とは加入者等の利益を考慮することと解されているようである。企業年金財産が事業主と加入者双方の拠出により形成されつつも、受給権者に年金を給付するための制度であるため、利害調整の必要から規定されているのであろう。

しかし、後述するように、基金型では考慮されるべき加入者・受給権者が忠実義務違反について責任追及することができない点は問題である。

この「基金のため忠実に」という文言がガイドラインにおいて補足されている点について、森戸教授も指摘している（森戸・前掲注（24）『企業年金の法と政策』一三九―一四〇頁）。

(95) この点について、片上誠之¹²鹿野晃司「厚生年金基金の資産運用において損失が生じた場合の責任について（上）」N

B L 九八五号（二〇一二年）三六頁、同（下）九八六号四二頁（二〇一二年）、武井・前掲注（10）四六頁脚注（26）においても指摘されている。

(96) 我が国が制度設計の参考にしたERSAにおいて、制度の管理運用全般に責任を負う指名受託者は財産の運用について、信託受託者・投資マネージャーに委託するという構造を採用している。この点について、石垣・前掲注（47）一一四―一七頁。

(97) 法人の責任について、一般社団法人法七八条、会社法三五〇条など参照。

(98) 平成一三年四月六日に開催された衆議院厚生労働委員会において、辻哲夫政府参考人（厚生労働省年金局長）は、DB法の立法趣旨について受給権保護と説明している（平成一三年四月六日第一五一回国会衆議院厚生労働委員会議録第九号三頁〔辻哲夫発言〕）。

(99) ただし、基金に対して受託者責任を課す必要性について疑問もある。基金型では、基金を委託者兼受益者とする自益信託がとられている。この自益信託を踏まえると、基金に受託者責任を課すと、受益者である自身に対して受託者責任を負うことになり、受託者責任を課す意味がないことになる。このようなことから、委託者たる事業主に受託者責任が課せられている規約型との対比で、基金に対して受託者責任を課す点には疑問もある。

(100) 「確定給付企業年金に係る資産運用関係者の役割及び責任に関するガイドラインについて（通知）」・前掲注（31）において、事業主と基金の理事の善管注意義務について、次のように規定されている。

3 事業主及び基金の理事

(1) 一般的な義務

① 法令上の義務

(善管注意義務)

○ 事業主は、加人者等に対し、善良なる管理者の注意をもって職務を遂行する義務を負う（民法第六四四条の類推適用）。

○ 理事は、基金に対し、善良なる管理者の注意をもって職務を遂行する義務を負う（民法第六四四条の類推適用）。

(101) 分散投資義務を善管注意義務の具体的な義務として理解する見解が示されている（森戸・前掲注（24）『企業年金の法と

政策』一四二—一四三頁。

(102) 前述した「厚生年金基金等の資産運用・財政運営に関する有識者会議報告」においても、「受託者責任の明確化」が厚生年金基金制度の改革すべき問題として取り上げられていた。しかし、「明確化」がどのような事柄で問題となっているのかは、報告書からは明らかではない。同報告書は厚生年金基金制度を対象としたものであるため、報告書内での議論が確定給付企業年金制度においても妥当するかどうかは一考の余地はあろう。

しかし、この問題は厚生年金基金制度と確定給付企業年金制度との共通の問題であると解される。確定給付企業年金制度においても受託者責任に関して法律上明確ではない点が多々あることは前述した。この中で、基金型について、DB法は厚生年金基金制度の受け皿として実施されており、この制度と共通する制度設計となっている点から、厚生年金基金制度と確定給付企業年金制度とは共通の問題があるといえる。それが基金の理事に関する受託者責任である。ただし、厚生年金基金制度において問題とされる「明確化」と確定給付企業年金制度において問題とされる「明確化」とは、その内容が異なっている可能性がある。しかし、理論的な点で説明できないという点では同じ状況にあるといえる。

他方、学説においても、厚生年金基金制度を前提とした議論ではあるものの、企業年金制度の設計について問題視する見解がある。例えば、樋口範雄教授は厚生年金基金制度の制度設計とA-I-J事件を踏まえて、「結局、わが国の複雑な年金制度は、その複雑さゆえに精緻にできているようにみえて、実は無責任な体系を作ってきただけではないかという疑いが生ずる」と指摘している(樋口範雄「A-I-J問題が示唆するもの—信認法なき社会—」商事法務一九八五号(二〇一二年)二〇頁)。

(103) 資料・前掲注(19)一〇〇頁において、次のような言及がなされている。

「理事等の責任に関して訴訟が起きた場合、我が国の現行法制度の下では、責任の有無は裁判所の判断に委ねられることになる。例えば、善管注意義務が遵守されたかどうかの判断については、裁判所によって一切の事情が斟酌されるため、このガイドラインを守ってさえいけば責任を免れるということではない。しかしながら、本ガイドラインは、裁判所が判断を下す際の参考とされるものと思われる。」

(104) イギリスにおける職域年金制度には、自己管理型制度(self-administered schemeあるいはself-administered fund)、保

険型制度 (insured pension scheme) が存在している。自己管理型制度について、檜原教授は主として信託制度を運営スキームとする制度であると説明している（檜原朗『イギリスの企業年金』（生命保険文化研究所・一九八七年）二六頁）。

なお、イギリスでは、自己管理型制度は生命保険を利用しない制度であると説明しつつ、そこで専ら問題となるのは信託制度であるとの見解が示されている（J. Seres, *Pensions: a practical guide*, 4th ed (FT Law & Tax, 1997) 7 and 8, 435）。

(105) 檜原・前掲注 (104) 三二一―三三三頁。

(106) 檜原・前掲注 (104) 三二頁。

(107) 高崎亨「英国企業年金政策の展開」保険学雑誌六〇四号（二〇〇九年）一三二―一三八頁。

(108) 石垣・前掲注 (47) 一一三―一二〇頁において、ERSA における受託者について説明されている。

(109) もっとも、本文中で述べた理由以外にも、イギリスを対象国として設定した理由がある。第一の理由は、イギリスは信託法の母国であり、信託制度が普及していることである。我が国においてもイギリス信託法を参考にして信託制度が形成された歴史的経緯を踏まえると、我が国とイギリスには理論的に共通の基盤があるといえ、比較法研究を行う上で有益であると考えられる。

第二の理由は、職域年金制度が公的年金制度との関係で特徴的な機能を果たしている点である。イギリスにおいて、職域年金制度が公的年金制度に先行して発展した歴史的経緯がある。このようなことから、公的年金制度と職域年金制度との調整が問題とされてきた。二〇世紀中葉には公的年金制度の充実に伴い、公的年金制度と同等以上の水準の年金を給付する職域年金は、公的年金制度から離脱する（適用除外 (contract out)）ことが認められている。このようなことは、我が国において企業年金制度に対して公的年金制度を補完する役割が期待されている現状からすると、企業年金制度の役割を考える上で有益な示唆がもたらされると期待できる。

なお、(1)の適用除外については説明を要する。一九五九年国民保険法によって、一九六一年から段階年金制度 (Graduated Pension) 制度が実施されることに伴い、国の所得比例年金以上の水準の年金を給付する職域年金制度は、この段階年金制度からの適用除外が認められた（堀勝洋『イギリスの年金制度の考え方と特徴（上）』海外社会保障情報九八号（一九九二年）四九頁、武川正吾・塩野谷祐一（編）『先進諸国の社会保障① イギリス』（東京大学出版会・一九九九年）一三二頁（堀勝洋執筆部分））。

この適用除外制度は、一九七五年社会保障法により実施されることになった国家所得保障年金 (SERPS) 及び二〇〇二年に同制度を再編した国家第二年金においても実施されている (丸谷浩介「イギリスの公的・私的年金制度改革」海外社会保障研究一六九号 (二〇〇九年) 一七一―一八頁及び二〇頁)。

*本稿は、北海道大学審査博士 (法学) 学位論文「年金と信託―受託者責任を中心とした日英比較法研究―」(二〇一五年三月二十五日授与) の表題を変更し、内容を加筆・修正したものである。なお、本稿の執筆にあたり、公益財団法人末延財団より博士課程奨学金の助成を受けた。この場で御礼を申し上げる。

「独占的状态の規制」に関する

音楽著作権管理事業における再検討（二）

—— 独占禁止法第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用 ——

姜 連 甲

目 次

序

第一章 音楽著作権の管理方式と本稿の問題意識・目的

第一節 音楽著作権の管理方式

第二節 本稿の問題意識と目的

第二章 公的独占事業分野における分割再編と事業法規制

第一節 分割再編

第二節 事業法の規制

第三節 競争環境の整備における主務官庁の責務

小括

第三章 競争政策の観点からのアプローチ検討

第一節 音楽著作権管理事業の特性

第一款 ネットワーク効果

第二款 ロックイン効果

第三款 競争政策の観点からのアプローチ

第二節 市場の自然治癒機能

第一款 ゲーム産業

第二款 音楽著作権管理事業

第三節 Contestability Theory

第一款 Contestability Theory の基本

第二款 同理論の成立条件該当性に関する検討

第四節 行為規制…私的独占

第一款 JASRAC 事件

第二款 排除措置命令の設計における問題点

第三款 排除措置命令の競争回復効果

第五節 行為規制：Essential Facilities Doctrine

第一款 EF 法理の概要

(以上六七卷二号)

第二款 ㉔ 新規定が導入されなかった理由

第三款 音楽著作権管理事業における仮説を用いた検討

第四款 排除措置に関する仮説を用いた検討

第六節 独占狀態の規制

小括

（以上本号）

第四章 「独占的狀態」規定（独占禁止法第二条第七項）の成立

第五章 競争回復措置（独占禁止法第八条の四）の検討

結び

第四節 行為規制…私的独占

前稿までの検討から、独占狀態が続く音楽著作権管理事業では、独占狀態に対する市場の自然治癒機能も弊害解消機能（Contestability Theory）も期待しがたいため、競争的管理政策を実現する上で、独占禁止法というアプローチの検討が必要ということが明らかになっている。

独占禁止法は行為規制を中心に運用されており、違法行為に対する探知、排除措置の実務経験及び学説理論等が多く蓄積されている。また、構造規制と比較して、行為規制の排除措置命令は違法行為に対して行われるものであり排除措置の及ぼす範囲が当該違法行為による競争制限狀態の範囲に絞られているため、市場構造自体を変える企業分割よりは副作用が限定的とされている。このような理由から、独占禁止法の視点からJASRACの独占狀態に対して、積極的に規制を行う場合は、最初に行為規制というアプローチから検討を行うべきと思われる。

独占状態の維持・強化に繋がる何らかのファクター（事業方針や経営方式も含む）を違法行為として捉えられたとすると、どの規定を適用すべきかが問題となるが、JASRACのシェア、市場支配力及び新規参入の状況を勘案すると、不公正な取引方法にも関わっているものの、主として排除型私的独占の適用に関する議論となるため、本稿は排除型私的独占の議論に絞って検討することとする。

現在、JASRACの包括契約を巡る排除型私的独占事件が、最高裁判決を受けて公正取引委員会による再審が行われており、公正取引委員会が如何なる審決を出すかが注目されている。そこで、本稿は仮にJASRACによる本件包括契約が排除型私的独占行為に該当するとされた場合における排除措置命令の視点から、行為規制というアプローチの検討を行うこととする。

第一款 JASRAC事件

（一）本件の違反行為

独占禁止法は「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」を「私的独占」の行為（同法第二条第五項）として禁止している（同法第三条）。

本件において、JASRACが「ほとんど全ての放送事業者との間で音楽著作物の利用許諾契約を締結し、楽曲の利用の有無や回数に関係なく当該放送事業者の放送事業収入に一定率を乗ずる等の方法で音楽著作物の放送等利用に係る使用料を算定し、徴収している」行為（所謂「包括契約」）は、私的独占に該当し第三条に違反する行為であるかどうか

が問われている。

仮に上記行為が第三条に違反するとされた場合に、公正取引委員会は「当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。」（同法第七条第一項）。他方で後述するように、「事業の一部の譲渡」を含む構造的排除措置については、審決や多数説が消極的な立場にあるとされている。⁽¹⁾

（二） 本件の経過（二〇一六年八月時点まで）

JASRACが放送事業者間との間で締結している包括契約に対し、公正取引委員会は排除型私的独占に該当するとして、包括契約という「行為を取りやめなければならない」等とする排除措置命令を出した（平成二十二年二月二七日審決集五五卷七一二頁）。これに対しJASRACは排除措置命令の取消を求める審判請求を行った。

審判では、排除行為について①排除効果と②「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」に分けて、対市場効果について③「一定の取引分野における競争の実質的制限」と④「公共の利益に反して」、排除措置命令について⑤排除措置命令の必要性・実施可能性、と争点が総合的に考慮、整理されている。審判を経て公正取引委員会は、本件の包括契約に排除効果がなく、私的独占の排除行為に該当しないとして同命令を取消す審決を行った（審判審決平成二十四年六月二二日審決集五九卷第一分冊五九頁）。他方で、同審決が争点①について否定の結論を得て他の争点を検討するまでもなく違反要件を充たさないとしたため、審決とのかの⁽²⁾高裁判決で実際に争われていた争点も包括契約による排除効果の有無のみとなり、総合的な考慮というには至らなかったと言える。

右記の審決を受け、競争者の eLicense（現「NextTone」イーライセンス事業部）が当該審決の取消を求める審決取消訴訟を提起した。東京高裁は、重要な事実に関する審決の認定が「実質的証拠に基づくものとはいえない」、本件包括契約に排除効果があるとして審決取消の判決（東京高判平成二五年一月一日判時二二〇六号三七頁）を言い渡した。その後の最高裁判決も、「その金額の算定に放送利用割合が反映されない徴収方法を採用することにより、放送事業者が他の管理事業者に放送使用料を支払うとその負担すべき放送使用料の総額が増加するため、楽曲の放送利用における基本的に代替的な性格もあいまって、放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制するものであり、その抑制の範囲がほとんど全ての放送事業者に及び、その継続期間も相当の長期間にわたるものであることなどに照らせば、他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にする効果を有する」として、本件包括契約の排除効果を認めた（最判平成二七年四月二八日民集第六九卷三号五一八頁）。

最高裁判決を受け、現在（二〇一六年八月時点）、公正取引委員会は審判を再開しており、その判断が注目されている。

第二款 排除措置命令の設計における問題点

前記各争点の検討については、別稿（『商学討究』での発表論文⁽³⁾）を参照されたい。他方で、前記の争点⑤（排除措置命令の実施可能性）は、JASRAC に対する排除措置命令を如何に設計すべきかという法適用の実効性（意義）の根幹に関わる至要な論点を提起した⁽⁴⁾。そこで、本稿は命令の設計に影響を及ぼす JASRAC による包括徴収という「行為」が形成された背景事情を考察した上で、本件排除措置命令の設計における問題点に焦点を絞り検討することとする。

（一） 本件の背景

音楽著作権の包括許諾と使用料の包括徴収を柱とする包括契約方式は、管理事業の効率性や楽曲利用者の利便性を高めることができる楽曲管理方法である。JASRACだけでなく、e-Licenseを含む新規管理事業者も導入している。

JASRACの包括契約は、e-Licenseを排除するために場当たり的に交わられ、若しくはJASRACが放送局側に対してe-Licenseの管理作品を使用しな⁽⁵⁾ように明確に要請し、これに従わなければ何らかの不利益を与えるというような経緯から生まれてきたものではない。JASRACが地上波放送利用に対して徴収する「一・五%」という使用料率に、ほかの管理事業者の楽曲使用割合が反映されていないことも大いに問題視されているが、本件包括契約が導入された当初はJASRACが唯一の管理事業者であったため、新規参入を排除するために、故意に他社の使用割合を反映しないようにしたわけではない（なお、JASRACは様々な使用料の減額措置を実施してきたので、実際には「一・五%」の使用料を満額に徴収していたわけでもない）。仮に本件包括契約が導入される一九七〇年代に、ほかの管理事業者も併存していたら、JASRACが一・五%で他社が α %といったような契約構図の可能性もあった（なお、「一・五%」という地上波放送使用料率も、国際的には、高い率ではない）。

また、包括契約は放送以外の利用形態においても昔から広く用いられている契約方法である（国際的にもスタンダードな管理契約方式である）。今までの高裁と最高裁判決の論理で当てはめると、利用者側が使用料の追加負担を回避しようと新規管理事業者の楽曲を利用しないため、新規参入が阻害されてしまうという結論となるが、インタラクティブ配信等ほかの管理分野においてもJASRACが包括契約を採っているにもかかわらず、e-License等新規管理事業者は無事に参入することができたのである。しかし、これらの事実は、今までの議論ではほとんど認識されていなかったようである。

他方で、全曲報告については、JASRACは規制緩和当初から積極的に進めていた。その結果、JASRAC事件の立件時において審決の事実認定にもあるように、既にNHKだけでなく「民放連に加盟しているFMラジオ局五三社のうちの三九社」との間で全曲報告を実施するようになっていた。JASRACが自主的に全曲報告を進めていたのは、自己の権利者側から「使用された楽曲情報の詳細を知りたい」「使用料を精確に分配せよ」との声が規制緩和の前から上がっていて、信託者の要請に一日も早く応える必要があったからである。しかし、実際にはJASRACが積極的に全曲報告を導入しようとしなかったというような誤解が存在しているようである。

全曲報告の実現は、JASRACの意向だけでは成り立たず、正確な全曲報告を可能とする技術の存在（正確性に欠けると逆に楽曲の使用情報を誤ってしまう）や放送局側（設備やソフトの導入及びメンテナンス等に多額の資金が必要）、番組制作会社（番組の製作過程で使用楽曲を記録するのに、それだけの人員や手間がかかる）の協力が必須である（これについて審判でJASRACも主張している⁽⁶⁾）。このような現実的な制約がある中、徴収した使用料に新規参入管理事業者の楽曲利用割合を反映しなかったとしてJASRACに対する排除措置命令が行われた。

音楽著作権管理事業で競争を促進する根本的な目的は、音楽産業が成り立つ源泉である権利者の利益の増進にあること、またJASRACが実質的には権利者全体の利益を代表して管理事業を行う団体であり九九%の楽曲作品を権利者側から信託されていることを考えると、JASRACに対する排除措置命令は、内容が明確でJASRACが物理的に履行可能なものとし、権利者の利益を損なわないような工夫が必要であろう⁽⁷⁾。

（二）排除措置命令の設計における問題点

JASRAC以外の管理楽曲を利用すると発生する「放送使用料の追加負担」を如何に回避させるかは、包括（徴収）

契約という昔からの慣習的な楽曲管理方法に纏わる競争課題の核心である⁽⁸⁾。

「放送使用料の追加負担」を回避させるための方法について、排除措置命令書が本件の「行為を取りやめるに当たり採用する放送等使用料の徴収方法について、あらかじめ、当委員会の承認を受けなければならない」としながらも、「徴収する放送等利用に係る使用料の算定において、放送等利用割合が当該放送等使用料に反映されないような方法を採用することにより、当該放送事業者が他の管理事業者にも放送等使用料を支払う場合には、当該放送事業者が負担する放送等使用料の総額がその分だけ増加することとなるようにしている行為を取りやめなければならない」ことを命令書の冒頭に明記していたこと、及び審判過程においても審査官が「被審人が放送等利用割合を反映した徴収方法を採用することが不可能であったとはいえない」「本件排除措置命令は、放送等利用割合を反映した包括徴収を命じている」等の主張を重ねていたことから、本件の排除措置命令は今まで JASRAC が徴収してきた使用料に、JASRAC と新規管理事業者それぞれの管理楽曲の利用割合を反映することを、「放送使用料の追加負担」を回避させる方法として、JASRAC に求めたと考えられている。

また、のちの最高裁判決も「その金額の算定に放送利用割合が反映されない徴収方法を採用することにより、……他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にする効果を有する」ことを判示したことから、実質上 JASRAC は最高裁からも、徴収使用料における管理楽曲利用割合の反映を求められていることとなっている。更に、学説の議論も「放送利用割合」を反映させる徴収方式の導入を軸に展開されてきた。

このように、立件当時において JASRAC が「放送利用割合」を反映させる徴収方式を全面に導入することが実際に可能だったかどうかは、至要な論点と言える。仮に立件当時の JASRAC にとって「放送利用割合」の算定が「心はやれど力及ばず」現実的にはほぼ不可能に近い作業であったのなら、それを JASRAC に求めるのは、排除措置として適

切な内容だったとは言いがたい。そこで、「放送利用割合」を算出し使用料に反映させるというのは、事件当時のJASRACにとってどの程度可能な作業だったかを検討してみることとする。

全国の放送番組で使用されている膨大な曲目情報を直接に監視・調査するような技術的手段が、まだ管理事業者にはないので、放送楽曲の情報管理は、あくまでも管理事業者が放送局等の報告から間接的に入手するという基本的な仕組みである。これは立件当時も現在（二〇一六年時点）も同様である（既述のように、「放送使用料の追加負担」を発生させる従来の仕組みの在り方を改めるという大きな転換作業について、JASRACだけの努力では成り立たず、放送局や番組制作会社等使用者側を巻き込んだ取組みが必要である）。

まず、審決の事実認定にあるように「JBASSを通じて楽曲報告を行っている放送事業者は、当該楽曲が被審人の管理楽曲であるか否かを区別していないことから、被審人は、JBASSのデータを分析することにより、他の管理事業者の管理楽曲についても放送における利用状況を把握することができる」。他方で「しかし、このJBASSへの電子データ報告を実施するには、放送事業者において自ら利用した楽曲をデータ化する作業が必要となるところ、この電子データ化の仕組みや方法は、それぞれの放送事業者によって異なるものであるため、放送事業者によるJBASSへの利用楽曲の報告内容は、放送事業者により、全曲報告であったり、一部の楽曲の報告にとどまったりしていた」ことも、事実として認定されている。このように、立件当時はJBASSのデータを分析することにより、ある程度「放送利用割合」を把握することができる反面、それが決して正確な「放送利用割合」ではなかったという実情が窺える。

そのため、JASRACに対する排除措置として求められた「放送利用割合」とは、どのように理解されるべきかという疑問が生じる。即ち、「放送利用割合」を大まかに把握する程度で十分だったのか、それとも正確な「放送利用割合」の反映が求められていたのか、という疑問である。両者をそれぞれ検討することとする。

（i）大まかな「放送利用割合」とする場合の問題点

仮に大まかな「放送利用割合」の反映で足りるということなら、JASRACは従来の包括徴収の仕組みを「放送利用割合」を反映する徴収方式に改めることが可能ということとなる。他方でしかし、大まかな「放送利用割合」は、管理事業上の深刻な問題を引き起こす。その主な理由は三つある。

① 一つ目の理由は、信託者の利益の保護という観点からすると、既存の著作権管理団体であるJASRACは、新規管理事業者の参入状況を考慮する以前に、まずは一義的に自己の信託者の利益を代表し、自己の信託者に受けられるはずの利益が失われてしまうような事態を回避させなければならない義務を課されているため、たとえ〇・〇一%でも大きな額が動く放送利用の管理において、自己を信頼して著作権を託してくれている信託者の利益に直結している使用料率の算定において安易に妥協することができない。（一方、e-licenseにとっては、たとえ大まかな算定率でも、楽曲の利用を避けられるような事態よりはましなため、JASRACのようなズレンマを抱えている）。JASRACに入会している権利者側も（日本におけるはばすべての楽曲権利者が音楽著作権の管理をJASRACに信託している）、「放送利用割合」の算出が必要となってきた以上、大まかな割合ではなく、精確かつ公正な割合算定を求めている。

② 二つ目の理由は、JASRACとe-licenseの楽曲使用割合を算出するためには、当然のことながら、共通の調査方法により特定された共通の楽曲データを計算ベースとしなければならないからである。仮にJASRACには「全曲報告」のデータ（把握・集計できる曲目数が多い）を用いるのに、e-licenseにはサンプリング調査のデータ（把握・集計できる曲目数が少ない）を用いるのでは、e-licenseにとって不公平で、正確な使用割合も算出されないであろう（逆もまた然りである）。

他方で、e-license管理の楽曲利用分だけを曲別に控除しようとする使用料配分の意見は実際にあった。しかし、立

件当時にJASRACの楽曲特定はまだ大半がサンプリング調査の報告に依存していた実態からすると、このような主張は実質上JASRACにはサンプリング調査の結果に基づく使用料の配分を求め、e-Licenseには全曲報告に基づく使用料の配分を求めているようなものであり、これらの問題点指摘から理解できるように、このような意見はJASRACの権利者の利益を無視した主張と言わざるをえない。

③三つ目の理由は、たとえすべてサンプリング調査の結果に基づき、「放送利用割合」を算出しようとしても、大きな問題点を孕むという点である。

立件当時において（裁判所は、原処分の日を基準とした場合の原処分の当否を判断したところの審決の当否を判断する、という意味において、原処分の日を判断基準時とする⁽⁹⁾ことになる）、e-Licenseが管理できていた放送用楽曲数は、「エイベックス六七曲の他に、平成一八年一〇月二〇日頃には五曲、同年一二月二一日頃には四八曲」、「エイベックスグループ以外の著作権者から委託を受けて放送等利用に係る音楽著作権を管理している楽曲の数は、平成一九年三月三日には一八四曲であった」という審決及び高裁判決の事実認定から、約三〇〇曲前後であった。

一方、立件当時のJASRACは、JWIDに登録している管理楽曲だけでも三〇〇万曲を超えていたことから、e-Licenseの管理楽曲数はJASRACの約〇・〇〇〇一%であった。また、JWID登録以外の楽曲を含めると、JASRACの管理楽曲の総数は約七二〇万曲であったことから、管理楽曲規模の差は歴然である。このような状況のもとで、そのままサンプリング調査を行うとなると、たとえe-Licenseの楽曲が使用されても全く引つかからないおそれすらあり、サンプリング調査を介する「放送利用割合」の算定の実行性は疑われる⁽¹⁰⁾。

このように、前述三つの理由により、「放送利用割合」は大まかな割合ではなく、全曲報告に基づく正確な割合算定が望ましいと思われる。他方で立件当時、全曲報告に基づく正確な「放送利用割合」を求める場合にも、大きな問題点

を伴っていた。

（ii）正確な「放送利用割合」とする場合の問題点

「全曲報告」システムを導入した放送局が多ければ多いほど（また、各放送局から報告される曲目情報が精確なものであればあるほど）報告された曲目に基づく各管理団体楽曲の使用割合をより正確に算出することが可能となる。逆に「全曲報告」システムを導入する放送局が少ない（或いは報告される楽曲情報の精確度が低い）と、算出作業は著しく困難になる。⁽¹¹⁾そこで、「全曲報告」の導入状況を整理し、立件当時、JASRACが自らのe-Licenseの楽曲使用割合を正確に算出することは、どの程度可能だったかを検討してみる。

放送は地上系（コミュニティエフエム系を含む）、衛星系及びケーブルテレビ系に分類されている。総務省の統計によると、それらの放送事業者を合計すると、千社を超えている。⁽¹²⁾審決での事実認定によると、立件当時「コミュニティエフエム放送事業者及び衛星放送事業者はイライセンスと利用許諾契約を締結していない」ので（ケーブルテレビ系は言及されていなく）、JASRAC事件の背景を構成したのは主に、e-Licenseによるコミュニティエフエムを含まない地上系の放送市場への新規参入であった。他方で、地上系放送は更に民間放送やNHK放送に細分されるが、NHK放送が全曲報告を積極的に実施していたこと、また、数においても日本民間放送連盟（以下、「民放連」という）に加盟している放送局の数がNHKの放送局より多いため、ここでは民間放送における「全曲報告」の導入状況に焦点を絞る。

JASRACの働きかけが大きく関係して、二〇一四年時点で民放連会員一九三社のうち、約九五・三％に当たる一八四社が「全曲報告」を実施するようになった⁽¹³⁾（これはあくまでも民放連会員の導入状況である）。右記の実施率は高いようだが、「ローマは一日にしてならず」のように、JASRACによる十数年に亘る働きかけで、徐々に達成してきた数値である。遡って見てみると実施状況は次のとおりである。二〇一三年度は一九三社のうち一六一社、⁽¹⁴⁾排除措置命令取

消審決があった二〇一二年度は一九三社のうち一三五社⁽¹⁵⁾、二〇一一年度は一九三社のうち一一二社⁽¹⁶⁾、二〇一〇年度は一九四社のうち八〇社⁽¹⁷⁾であった。排除措置命令があった二〇〇九年度は一九四社のうち六六社⁽¹⁸⁾、二〇〇八年度は五三社⁽¹⁹⁾で、更にそれ以前は五〇社未満であった。審決書の認定によれば、立件当時「全曲報告」を実施していたのは、「民放連に加盟しているFMラジオ局五三社のうちの三九社⁽²⁰⁾であった」。

放送局からの全曲報告を通じて管理事業者間の放送利用割合を正確に算出するには（JASRAC自身はそれなりの業務コストを割かなければならないが）、各放送局や番組制作会社等業界全体を巻き込んだ協力体制が必要となり、このような成熟した協力体制ができてはじめて、放送利用割合の算定が可能となる。

JASRAC自身も著作権信託者からの「使用料を精確に分配せよ」という声に押され、「フィンガープリント」（電子指紋）技術の開発を睨みながら、放送局側に対して「全曲報告」の実施を働きかけてきたが（「全曲報告」の普及はJASRACにとっても必要である）、右記の普及率から理解できるように、立件当時では使用楽曲情報の特定は、大半がサンプリング調査の実施に依存せざるをえない状況であった⁽²¹⁾。JASRACに対し「放送利用割合」の正確な反映が求められていたとすれば、物理的に非現実的な状況にあったということができよう。

（iii）小括

前述の検討から理解できるように、本件の排除措置命令が要請する「放送利用割合」の反映は、大まかな割合算定となる⁽²²⁾。JASRACに楽曲を信託している権利者が不利益を被る。他方で仮に正確な割合を要求するとすると、当時のJASRACにはそれを単独に実行する物理的手段がなく、本来なら業界全体の協力を必要とする作業をすべてJASRACの責任とする排除措置命令は、過重な負担をJASRACに強いることとなる。したがって、事件当時の客観的状況に鑑みると、如何なる「放送利用割合」の反映を求めた排除措置でも、立件当時の状況下においては適切な命令設計とは言

いがたいというのが、本稿で指摘したい命令設計の観点からの問題点である。

他方で、仮にこのような排除措置が命じられたとしても、それが本稿の主旨との関連においてJASRACの独占状態が続く音楽著作権管理事業全体の競争回復に有効なのかということも重要な課題となる。そこで次款では、仮説を用いた検討を行うこととする。

第三款 排除措置命令の競争回復効果

既述のように「全曲報告」の導入と普及は、自己の信託者の要望に応えるために、JASRAC自身にとっても必要な転換である。十年以上かけて放送事業者に働きかけ「全曲報告」を推し進めてきた結果、漸く比較的完全で正確なデータに基づく楽曲の特定や統計ができるようになったため、二〇一五年にはJASRACと放送局や新規事業者の間で文化庁立会いのもと、放送分野における管理楽曲の利用割合を反映した使用料算出方法について合意することができた。既に同合意に基づく使用料の算出も既に始まっている⁽²⁾。

私的独占の排除行為とされた「放送利用割合」を反映しない包括徴収契約の実施方法が既に改められたことから、右記行為の違法性は認められたとしても、次の審決では東日本FETV事件（審判審決平成一九年三月二六日審決集五三卷七七六頁、最判平成二二年二月七日民集第六四卷八号二〇六七頁）のように、格別の措置が命じられないという可能性が大きくなったのではないかと考えられる。

本稿は仮に排除措置命令が命じられたと仮定し、旧稿（姜「音楽著作権管理政策」）の排除措置命令に関する検討を簡潔に整理した上で、JASRACの独占状態が続く音楽著作権管理事業全体の競争回復効果に対する排除措置命令の限

界性を指摘する。その上で、JASRAC 事件における構造的排除措置命令の可能性を検討することとする。

(一) 違反行為に対する排除措置

旧稿では、包括徴収の中止と(二〇一六年以降「放送利用割合」の反映がある程度物理的に可能となったという仮定を前提に)「放送利用割合」を反映する徴収方式の導入を、最も考えられる二種類の排除措置としてそれぞれ検討した。検討の結果、包括徴収の中止という排除措置命令について、「ヒット楽曲や人気楽曲の保有数はJASRACのほうが圧倒的に多いため、包括契約はあってもなくとも、JASRACの管理楽曲が多く使用される状況は変わらない」こと、包括契約それ自体を批判し、包括許諾或いは包括徴収を廃止しようとするのは、管理事業の混乱や音楽利用の衰退をもたらす無益な議論であり「音楽産業の源泉、音楽著作権管理事業の源泉でもある音楽作家側(市場)に不利益をもたらしても、使用者側市場の放送使用におけるe-licenseの競争を過度に保障しようとすると、独占禁止法の目的に反するおそれがある」ことを指摘していた。「放送利用割合」を反映する徴収方式の導入について、「使用された楽曲数シェアの調査がJASRACを介して行われるのが最も効率的と思われるが、果たして真正な調査結果が提出されるかという信憑性に疑問が残る」ことを指摘していた。

文化庁立会このもとで、JASRACと放送局やe-license等の間で交わされた「放送分野での音楽の利用割合算出方法に關し放送事業者等と合意」は、「放送利用割合」を反映する徴収方式が採用されたことを意味するので、音楽作家への不利益や音楽利用の衰退の事態が避けられたと言える。また、割合の算出について、恐らく算定結果の信憑性を保障するためと思われるが、放送事業者側が算出作業を行うことになっている。放送事業者側にとっては、余計な負担を強いられたような形となるが、旧稿(姜「音楽著作権管理政策」)で指摘した懸念要素が払拭されたという意味で、良い試

みと言えよう。

他方でしかし、JASRACとこうプラットフォームにおいて強い間接的ネットワーク効果とロックイン効果が働いているため、ほぼすべての楽曲をJASRACが管理しているという強固な独占状態が存在している。音楽管理事業の源泉とも言える権利者側の市場においてはこのような実態が続くかぎり、使用者側市場の一使用形態にすぎない、放送使用分野に限った排除措置を講じたとしても、音楽著作権管理事業全体の独占状態に大きな変化をもたらすとは考えられにくい。

（二）構造的排除措置

独占禁止法第七条第一項が「事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置」という文言となっていることから、排除措置として構造的排除措置を命じうるかどうかについて従来から論争があり学説が分かれている。現在では審決や多数説が消極的な立場にあるとされている⁽²⁴⁾。

構造的排除措置でも可能とする積極説は「営業の一部の譲渡」という条文の文言を無視してまで行為規制しかできないと解釈する理由が存在せず⁽²⁵⁾、「排除措置命令は……違法状態を公取委の公権的介入によって除去し競争を復活させることを目的」としているため⁽²⁶⁾「……市場構造等を考慮して……違反行為をもたらした背景や組織の除去・排除を命ずること」も⁽²⁷⁾可能と考えている（シャーマン法二条の法執行を意識した考え方とも言えそうである⁽²⁸⁾）。私的独占を禁止する理由は支配・排除行為の抑圧的性格だけでなく、その行為により市場支配力が形成・維持されることにあるため、当該行為により形成・維持されている「市場支配力の存在」競争制限的な市場構造それ自体を対象とし「営業譲渡等を命じる必要があることは当然である」としている（違法行為の除去という点を手掛かりとして構造的排除措置を命じる接近方

法としては、①違法行為を過去から現在までの市場支配力の形成へ向けての継続行為として捉え、現存の市場支配力の存在それ自体がこの行為の一部となると考えて、その排除を命じるという接近方法と、②違法行為の反復を予防するためには、当該市場構造と当該違法行為との間にある程度の相関関係があれば、構造的排除措置を命じるという接近方法である。ただし、②の接近方法は、違法行為の排除という現行法の下ではここまで排除措置を拡大することは無理であるとの考え方が有力である⁽²⁹⁾。

他方で、消極説は構造規制に関する法的規定が別途用意されているため、私的独占の規制としては違法行為及びそれによりもたらされた違法状態を除去すれば足りるから企業分割を加えなければならない場合は想定できないとしている。言い換えると、消極説は「『営業の一部の譲渡その他……必要な措置』とあるから、企業分割の方法がない、というのではなく、排除措置として、それを命ずべき場合がない」「具体的な法適用の場合において、排除措置として、営業の一部の譲渡を、適法に命じうる場合があるとすれば、それはどういふ場合かということにあると言ってよい。しかるに、右の積極説は、これにこたえるところがないのであって、抽象論として企業分割の可能性を主張しているにすぎない⁽³⁰⁾」という批判的な立場である。このように、私的独占の規制の枠内で構造的排除措置を命じうるような法解釈・適用に対する抵抗が大きいものと思われる⁽³¹⁾。

しかし、学説上の論争はさておき、仮に本件の包括契約（厳密に言うところ、包括徴収行為）を特殊なケースとして構造的排除措置を命じうるとされたとしても、構造的排除措置の内容設計は一筋縄では簡単に行かなさそうである。なぜなら、本件では包括契約そのものが違法行為とされており（前述した包括契約の中止という内容が既に大変厳たる措置となっている）、契約形態に対しては更に構造的排除措置を加える余地があるかは非常に疑問だからである（前述のように前記②の接近方法が現行法解釈の下で用いられるのは無理があるようである）。また、既述の「JASRACによる

市場支配力の根源を求めるなら、権利者側市場における独占状態ひいては著作権管理事業に特有のネットワーク効果とロックイン効果に焦点を当てるべきである。

即ち、独占状態のロックイン効果を完全に解除できるほどの音楽著作権管理事業全体に及ぶ構造的排除措置が必要と考えられる。しかし、そのような措置設計は放送管理分野の包括契約に対する排除措置の範疇を遥かに超えていることが明らかである。たとえ構造的排除措置命令に対する積極説でも「『私的独占』の排除措置としての市場構造規制は、市場支配状態が『排除・支配』行為と因果関係にある限度に認められる……」。七条の排除措置で、行為と関係のない市場支配力そのものの排除を命じえないこと⁽³²⁾としている。このように、学説の見解にかかわらず、本件において実際に構造的排除措置を命じうるとは想定しがないと思われる。

本節の検討から理解できるように、JASRACの独占状態を私的独占というアプローチから規制を図ろうとする場合、強固な独占状態という本当の問題を解消し競争的管理政策を実現する(JASRACの独占状態の規制)という意味において、違法行為は認定できたととしてもそれに命じうる排除措置の競争回復効果に限界性は否めず、JASRACの独占状態が続く確率は高いと思われる⁽³³⁾。他方で既述のように、音楽著作権管理事業の独占問題に対して取り組むインセンティブが足りない⁽³⁴⁾とされている主務官庁に対して、公正取引委員会が積極的に働きかけ、連携して取り組むことができれば、規制効果を高めることができると考えられる。

他方で、行為規制(或いは行為規制と構造規制の中間に位置するという位置づけのほうがよりの確かもしれない)の枠組みに属しつつも、独占事業者に構造的排除措置を命じうるとされるアプローチがまだ残されている(この意味において現行法の行為規制による構造的排除措置命令の問題点を解消することができる)。即ち、一度立法が議論されていたEssential Facilities Doctrineのことである。同法理を適用すれば、放送管理分野の包括契約に対する排除措置より

も高い次元で構造的排除措置の設計が可能となる。

第五節 行為規制：Essential Facilities Doctrine

日本では Essential Facilities Doctrine（不可欠施設の法理、以下「EF法理」という）は、独占的狀態の規制に取って代わる新たな規定としてその導入の是非を一時議論されていた経緯がある。

第一款 EF法理の概要

（一）EF法理の内容

不可欠施設（以下、「EF」という）とは、それにアクセスできなければ事業を行うことができない投入要素のことであり、通信網や送電網がその典型である。⁽³⁵⁾ EF法理の内容構成について諸説あるが、MCI事件判決で示された要件が同法理の土台となり⁽³⁷⁾その後正当化理由の拡大等法理原形に対する修正の変遷もあつたため、⁽³⁸⁾それらを日本の有名な学者たちが更に整理してまとめた代表的な定式化した主な内容は次のようになる。

参入事業に不可欠の施設・設備を独占者が支配しており、競争者の実際的もしくは合理的な重複設置やバイパスが困難で、保有事業者による施設・設備等の利用提供が現実には実施可能であり、また保有事業者が技術的・経済的に拒絶を正当化する事由が存在しなければ、保有事業者が競争者に対して当該施設・設備の利用（取引）を拒絶する場合には、これを違法行為として当該施設・設備を利用させることを義務づける理論である。⁽³⁹⁾

（二）アメリカでの形成、 $\square$ での発展

$\square$ 法理は合理的・非差別的な条件で参入事業者と取引することを原則的義務として $\square$ の保有事業者に課しており「独占力の獲得・維持を要求しない点で」それまでの「独占化」規制より厳格な規制を行うものとされている。⁽⁴⁰⁾しかし、同法理は批判も少なからず、最高裁に明確に用いられたことがなく、主要学説にも採用されていないのが現状である。⁽⁴¹⁾例えば、主な学説見解は、取引義務を課す $\square$ 法理は事業者のインセンティブを損なう等として独立した法理と認めるべきではないという立場である。⁽⁴²⁾他方でアメリカ最高裁もインセンティブや効率性への影響を懸念し、 $\square$ 保有事業者にも取引相手を選択する自由を有し、シャーマン法の目的はあくまで競争又は消費者の保護であり競争者の保護ではないという消極的な立場と見られている。⁽⁴³⁾

他方で $\square$ 法理は $\square$ 諸国に確かな影響を与えており、徐々に $\square$ 競争法の運用にも反映され、特に国際競争において日米等に対抗するために一九九〇年代から $\square$ は、加盟国統一市場の自由化を実現する一環として、電気通信等自然独占とされてきた事業分野の開放改革に着手した。そのような流れの中で既存事業者が所有する送配電線等のネットワーク開放等が重要な争点となった。⁽⁴⁶⁾欧州の委員会決定及び判例では、 $\square$ 法理は $\square$ 条約八二条（現 $\square$ 機能条約一〇二条）に抵触する「取引拒絶」に関する「類型」として位置づけられた。⁽⁴⁷⁾特に、ドイツは $\square$ 法理の影響を大きく受け、 $\square$ 法理を取り入れる法改正を行った（競争制限防止法第一九条四項四号）。同規定は電気通信・電気エネルギー・鉄道等のネットワーク産業における $\square$ を念頭に、 $\square$ の取引拒絶を市場支配力の濫用の特殊形態として捉えている。⁽⁴⁸⁾このように、従来の自然独占分野を中心に適用している反面、「利用を拒否する場合には、原則として濫用に該当する」し「隣接する市場への参入制限自体が原則として濫用行為として違法とされる」等、⁽⁴⁹⁾とても厳格な原則違法のルールを導入しているようである。これに対し、 $\square$ 機能条約の次元では知的財産のライセンス等より広範に不可欠施設の範

囲を捉える傾向が見られる反面、適用に非常に慎重な姿勢が見られる。そのため、㊦㊧全域を見ると㊦㊨法理の適用について学説においても判例においても統一した見解がなく、同法理が競争法の執行に定着したとは言いがたいようである。⁽⁵³⁾

(三) 日本における㊦㊨法理の立法議論

日本でも㊦㊨法理は、第八条の四（独占的状态の規制）に取って代わる新たな規定としてその立法を一時議論されていた経緯がある。その背景には前述の海外各国の影響といった外因は当然あったと思われるが、現行法の独占的状态に関する規定（独占禁止法第二条第七項）が適用しにくい条文となつていてという思いも、㊦㊨法理を取り入れる新たな規定（以下、「㊦㊨新規定」という）の立法論議に繋がる重要な内因だったと考えられる。これを背景に、当時独占・寡占規制の在り方として「市場構造を重視し、集中度が高いこと及び過度の利益率等を規制の根拠とするよりも、独占・寡占の弊害は参入が困難な場合には特に大きいことに着目し、参入を阻止又は妨害する行為に対してできる限り迅速、効果的な対応を行うことにより競争を確保することが有効・妥当」と考えられていた。⁽⁵⁴⁾

独占・寡占見直し検討部会でまとめられた㊦㊨新規定の要件は簡潔に言えば、利用市場で商品役務を供するにあつて必要不可欠であること、同等の施設等をもう一つ別に構築することが著しく困難であること等が要件とされていた。⁽⁵⁵⁾ 右記の「利用市場」とは、㊦㊨へのアクセス拒絶行為により参入を阻止される市場を指している。不可欠施設等のある市場は川上市場であるなら、この「利用市場」なるものは川下市場であり、反競争的弊害の成否を検討する注目市場である。⁽⁵⁶⁾

また、㊦㊨は知的財産権等を含めるかどうかについて、例えば㊦㊩の場合は知的財産権でも㊦㊨になりうるという司

法判断自体はあるが、実際にはインフラ施設を中心に運用しているようである。⁽⁵⁷⁾ その理由として「ファシリテイの構築に公的資金が使われたこと、及び国民経済の観点から重複投資が許容されないという事情」認識があるからという指摘がある。⁽⁵⁹⁾ 特にドイツは⁽⁶⁰⁾ 従来⁽⁶¹⁾ の自然独占施設に限定していることは前述のとおりである。他方でアメリカでは有形の「施設」に限定されておらず、不可欠な投入要素（ボトルネック）と解釈されているが、今まで認められた⁽⁶²⁾ ⁽⁶³⁾ はほとんど従来の自然独占施設等の物理的施設だったようである。「独占・寡占規制の見直し」の報告書は、独占禁止法に導入しようとした「施設等」の概念について、物理的施設だけでなく、知的財産権や標準、規格等を含む無形の施設（役務）も含まれると明記した。⁽⁶⁴⁾ しかし、物理的施設以外の適用には否定的な意見が少なくなかった。

第二款 ⁽⁶⁵⁾ 新規定が導入されなかった理由

平成一七年の法改正で導入されようとした⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾ 新規定について検討段階の当初から、⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾ の定義を巡る議論の紛糾や事業法との関係等様々な問題に付き纏われていた。本款では、第八条の四の代わりとされていた⁽⁷⁰⁾ ⁽⁷¹⁾ 新規定の導入が阻まれた最大の理由に焦点を絞り、今までの学説解釈との関係を整理しながら検討する。

結論から先に言えば、公正取引委員会は⁽⁷²⁾ ⁽⁷³⁾ 法理を踏み台に新規参入阻止行為に対し、迅速に対処できる特別な規定を制定するという意図だったかもしれないが、⁽⁷⁴⁾ ⁽⁷⁵⁾ しかし蓋を開けると、新規定の規制範囲は現行法でも既に対応できる内容となっており、更に新規定による違法性の判断は現行法の私的独占との関係においても、不公正な取引方法との関係においても、法解釈上の問題を抱えていた点が新規定の導入されなかった最大な理由だったと考えられる。論文趣旨との関連で本稿では⁽⁷⁶⁾ ⁽⁷⁷⁾ 新規定の違法性の判断における問題点を取り上げ検討することとする。

④ 新規定の特徴は規制対象の拡大よりも、むしろ違法性の判断要件を一定程度緩和することにより（原則違法）「迅速、効果的」な法適用を図る点にあるというべきである。⁽⁶⁷⁾

この点は公取委「独占・寡占の見直し」の説明からも明らかである。⁽⁶⁸⁾「欧米には『独占の梃子』、『独占化の企図』の……参入阻止行為に対処できるという考え方がある。……規制緩和による市場の活性化を早期に実現するため、右記の二つの考え方につき、特に不可欠施設等の存在する市場における参入阻止行為の場合に限定して、立法により取り入れる……」。

不可欠施設等を単独で専有し又は共有する事業者による参入阻止行為については、その性質上、競争を実質的に制限する蓋然性が高いが、かかる参入阻止行為が私的独占の禁止規定に違反するとするためにはどの程度まで競争を制限していることが必要かについて議論があるところ、競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為は、正当な理由がないかぎりこれを違法とし、必要な措置を講じることができる……」。

「不可欠施設等を単独で専有し又は共有する事業者の行う参入阻止行為については、その性質上、競争を実質的に制限する蓋然性が高いことから、公正な競争を阻害するおそれがあることは行為の性質上明白であると考えられるところ、競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為は、正当な理由がないかぎりこれを違法とし、必要な措置を講じることができる……」。

右記報告書の引用から理解できるように、新規定は競争者に不利益が発生するかどうかを違法要件としている（それ以上の反競争的弊害を要件としない）⁽⁶⁹⁾ことから、実質的に原則違法という解釈と考えられる。⁽⁷⁰⁾しかし、このような違法性の判断方式は私的独占との関係において今村教授の唱えた閉鎖型市場支配説と共通することになり、不公正な取引方

法との関係において違法判断と排除措置間のアンバランスを引き起こす懸念があった。具体的に説明すると次のようになる。

（一）私的独占規制との関係

閉鎖型市場支配説とは、参入障壁の存在を競争の実質的制限の徴表として新規参入の排除そのものも規制すべきという、今村教授から唱えられた学説である。⁽¹⁾ この説は「市場開放性そのものを問題にすべき」とし、市場支配力の形成・維持・強化の分析を行わずとも「排除が生じていれば競争の実質的制限を認定できることになる」という他者排除重視の論理である。⁽²⁾ 私的独占の違法性判断において、この閉鎖型市場支配説（排除があると原則違法）と⁽³⁾ 新規規定（不利益を及ぼすと原則違法）を比較すると明らかのように、両者の論理的主張は競争の実質的制限の市場分析を不要とする等、共通点が非常に多いように思われる。しかし他方で、閉鎖型市場支配説は、競争者の過当な保護の問題や競争は実質的に制限されていないのに私的独占と認定してしまう矛盾を引き起こす等の批判があるので、学界や公正取引委員会の実務では受け入れられていないようである。⁽⁴⁾ したがって、競争者の不利益を違法要件（原則違法）とする新規規定も導入された場合に、閉鎖型市場支配説と同様な批判に直面すると考えられる。

（二）不公正な取引方法規制との関係

⁽⁵⁾ 新規規定と不公正な取引方法の違法性判断要件を比較してみる。⁽⁶⁾ 新規規定の「正当な理由がないかぎりこれを違法とし」という説明の表現は、公正競争阻害性の「正当な理由がないのに」という条文規定と非常に接近していることから、「競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為」は原則的に公正競争阻害性を持つことになる（原則違法）と

考えられる。⁽⁷⁴⁾ここでの論点は「 $\square$ 新規定の「競争上の不利益を及ぼす」ことを原則違法とする判断方式が、法的措置の適用においてどのような問題を引き起こすかである。

例えば「 $\square$ 規定の本丸である $\square$ の単独取引拒絶を対象に比較すると、一般指定二項は「不当に」という要件を認められたケースに限って違法性を認定するのに対し、 $\square$ 新規定は取引拒絶行為を原則違法としているため、現行法と比べて違法性を「容易」に認定できるようになることが明らかであろう。しかし、 $\square$ に係る法的措置は単純に生産商品を相手事業者に販売させるというような内容よりも、むしろ $\square$ 保有事業者に深刻な影響を及ぼすかもしれない私有財産・企業秘密の共用命令・強制開示といった強力な内容が典型的である。それに加えて場合によっては $\square$ の垂直分離又は水平分離といった構造措置も含まれる。⁽⁷⁵⁾このような重大な法的措置を「容易」な違法性認定により、しかも不正な取引方法に対する措置内容として命じるという法適用は、果たしてバランスの取れた法規制と言えるかが大いに疑問である。

実際、改正議論の時も「 $\square$ 新規定で講じられる「必要な措置」が大きな争点となり、措置発動要件と実際の措置とのバランスをとることが大切といった指摘や、個別に競争への影響を認定することを発動要件としないのに重大な法的措置を認めるのは安易すぎる」といった批判があつた。⁽⁷⁶⁾

前述から理解できるように、 $\square$ 新規定の違法性判断による現行法解釈との矛盾や、適用措置とのアンバランスは、同規定の導入が見送られた重要な原因となった。

第三款 音楽著作権管理事業における仮説を用いた検討

㊦法理を独占禁止法の新たな一般的规定として導入する場合いくつかの問題点はあるが、しかし他方で歴史的に公的な支援又は保護を受けていたために形成された参入障壁の高い独占市場に限定して、違法性の判断要件を緩和し、独占事業者の保有する㊦に対する開放命令等、迅速な法適用を図れるなら、このような㊦法理の導入は新規参入や競争環境の整備に効果的な法的手段であり、理解も得られやすくなると考えられる。

前述のように、実際に㊦も自然独占の施設を中心に㊦法理を運用しており、その背景に「ファシリティの構築に公的資金が使われたこと、及び国民経済の観点から重複投資が許容されないという」ような認識があるからとされている⁽⁷⁾。

そこで、仮に㊦規定が独占禁止法に新たに加えられた場合には、如何なる場合において適用されうるかについて仮説を用いた検討を行ってみたい。

㊦規定が適用されるには、当該「施設」が「不可欠」な性格を持つていること（及び川上と川下の二つの市場）の認定が必要となる。そこで、音楽著作管理事業における「施設」の意味を明らかにした上で、それが「不可欠」と言えるかどうかについて検討することとする。

（一）「施設」

前述のように「施設」とは物理的施設だけでなく、知的財産権や標準、規格等を含む無形の施設（役務）も含まれるとされている。JASRACによる著作権管理、特に「演奏権等」（既述のように「演奏権等」とはJASRACが著作権信託契約において示している、演奏権に関わる利用を中心とする使用形態カテゴリーの総称で、コンサートやカラオケ等が含まれる）の管理を可能とした基礎は全国規模の管理ネットワークシステムである。「演奏権等」を管理できること

い、JASRAC最大の強みであり、「演奏権等」の管理を支えているのが正にこの管理ネットワークシステムである。全国で毎日のように発生している管理作品の不正利用を迅速に察知して取り締まることは、管理事業者にとって当然の義務と思われるかもしれないが、実はそれが最も難しくて事業能力を要する作業である。JASRACの管理ネットワークシステムは、東京圏が重点となっているが、北は北海道から南は那覇まで、実に全国各地を完全にカバーする体制となっている。この管理ネットワークシステムは一義的に演奏権の管理に必要な体制であるが、実際には「録音権等」「録音権等」とはJASRACが著作権信託契約において示している録音権に関わる利用を中心とする使用形態カテゴリーの総称で、CD・レコードへの録音やビデオグラムへの録音等が含まれる。他の支分権に対する権利侵害の監視にも活用され、相乗効果をもたらしていると考えられる。

奥野教授の指摘しているように、過去に成功した事業者ほど現在大きなネットワークシステムを構築しており、より品質の高いサービスを提供できるため、相対的に大きなネットワークシステムを築いた事業者が存在すれば、需要はその事業者が集まり、未だネットワークシステムを構築していない事業者がこの市場に参入することは困難になる(即ち、このネットワークシステム自体も参入障壁となる⁽⁷⁸⁾)。仮に、この管理ネットワークが「不可欠」であれば、新規管理事業者からの利用申入れをJASRACが拒絶した場合には、EJ規定に基づく強制開放命令を行うことにより、新規管理事業者による「演奏権等」の管理業務の展開も現実味を帯びてくる。正にこの点がEJ規定と競争的管理政策実現の重要接点であると考えられる⁽⁷⁹⁾。

(二) 施設の「不可欠」性

取引段階(川上と川下の両市場)は「不可欠」な施設の存在を介して生まれる⁽⁸⁰⁾。公正取引委員会は「不可欠」につい

て必須性と利益衡量の両面から判断するとしていたが、本来「不可欠」性は利益衡量論と区別して専ら必須であるかどうかの点から検討したほうが論理的にすっきりすると思われる⁽⁸¹⁾。そこで、本稿は必須性の観点から「不可欠」性を判断することとし、利益衡量を後述する構造的排除措置の中で検討することとする。

〔E〕規定の違法性の判断及び全国的戸別配達ネットワークの不可欠性が争われたOscar Bronner事件⁽⁸²⁾（JASRACの管理ネットワークは新聞配達のネットワークより遥かに高度なもので簡単に同様なものとは見做すべきではないが、事業基盤を成すネットワークという点においては共通しているので、一つの参考となりうる⁽⁸³⁾）における欧州裁判所の判断論理を併せて考えると、必須性が認められるためには少なくとも（i）当該施設の代替物は新規事業者が新たに作り出せないものであり、（ii）当該施設がないと業務を遂行できないことが要件とされている。

（i）まず前述のJASRAC並みの管理ネットワークシステムを新規管理者が構築できないかという点について。管理ネットワークの構築は送電線や水道管等のハード施設よりも、むしろ専門知識や監視ノウハウを有する職員等のソフト資源を必要とするため、投資すればすぐに構築できる「施設」ではないと思われる。他方で、そのようなソフト資源は十年、二十年の時間をかけて徐々に培えるものでもあるため、この意味から言うとは絶対に構築できないとは言いがたい一面もある⁽⁸⁴⁾。

（ii）次に、全国規模の管理ネットワークシステムがないと、管理事業を行えないかについて。必須性の判断に際しどの分野にとつて必須かを特定する必要があるため、利用市場の市場画定を考慮する必要がある⁽⁸⁶⁾。次のような理由から音楽著作権管理事業の全体を利用市場として画定し、管理ネットワークシステムの必須性を判断するほうが妥当と考えられる。

①音楽著作権管理の実務は支分権というよりも、むしろ各支分権を繋いでいる利用形態の管理ということが出来る。

例えば、放送、インターネットタイプ配信や業務用通信カラオケ等の利用管理は権利関係を見れば「演奏権等」だけでなく「録音権等」複数の支分権を併せて管理することになっている。そのため、「演奏権等」だけを切り出して議論する意味が問われる。

②全国規模の管理ネットワークシステムは「演奏権等」の管理だけに資する「施設」ではなく、前述のように「録音権等」等他の支分権に対する権利侵害の監視にも活用され、相乗効果をもたらしていると考えられる。即ち、管理ネットワークはすべての支分権管理に係っているネットワークシステムである。

③公正取引委員会も音楽著作権管理事業の全体（全支分権管理）を一つの事業分野とする考え方を明らかにしている。⁽⁸⁷⁾

仮に音楽著作権管理事業の全体を利用市場として画定する場合は、全国規模の管理ネットワークを持っていなくても「演奏権等」以外の「録音権等」等の管理は可能であり、したがって管理事業の全体にとって必須性があるとは言いがたい。しかし他方で、仮に「演奏権等」の管理を一つの利用市場と画定する場合は、全国規模の管理ネットワークシステムがないと「演奏権等」の正常な管理ができないことから、必須性が認められる可能性が高いと考えられる。このように、利用市場の画定方法により必須性の結論が変わる。そこで次に、「演奏権等」の管理を一つの利用市場と画定し、管理ネットワークシステムが「田」として認定されたと仮定し、命じうる排除措置と競争の回復効果について、前記の利益衡量と併せて仮説を用いた検討を行いたい。

第四款 排除措置に関する仮説を用いた検討

新規管理事業者が「演奏権等」の管理市場に参入しようとしたが、管理ネットワークシステムを保有していないため、JASRACにその使用を申し入れたが拒絶された場合には、E.F.規定の適用が考えられる。

既述のようにE.F.法理に係る排除措置は、共用命令・強制開放といった強力な内容が典型的である（場合によっては分割措置も含まれる⁽⁸⁸⁾）。他方で、排除措置の設計に際して利益衡量が行われなければならない。利益衡量とは簡潔に言えば、管理ネットワークシステムに関わる法的措置による競争への利益（競争回復効果）と不利益（設備・技術投資のインセンティブや事業効率等に対する副作用）を長期的・動態的に比較分析することによって施設の不可欠性を認めるかどうかの判断作業である⁽⁸⁹⁾。

（一）構造的排除措置

JASRACが数十年かけて構築してきた全国規模の管理ネットワークシステムは物理的設備と異なっており、人的資源や管理ノウハウで構成されているソフトな資源の性質が強い。管理ネットワークシステムの力を発揮させるためには、ほかの管理団体（レコード協会等）とのチームワークが必要であり、また人員の移動配置も柔軟に行わなければならない。そのため、管理ネットワークシステムを地域ごとに分割して一部を新規管理事業者へ譲渡させるというような措置は管理事業の効率性を著しく損なうおそれがあり、構造的排除措置として命じがたいと思われる。

他方で、管理ネットワークシステムを完全にJASRACから分離させ、業界全体（JASRACと新規事業者）の共用施設とするという発想（言い換えると、「演奏権等」は共同のシステムで管理するという発想）も理論上存在する。物理的設備ではない管理ネットワークシステムの（JASRACに支払われる）分離費用を如何に算定すべきか、分離後における運営方式や維持費用を如何に分担するか、JASRACから分離されても管理ネットワークシステムの管理機能が

維持されうるかといった難題はむしろ、JASRACからの完全独立という前提で同措置が無事に実施できたのであれば、恐らくJASRACの「演奏権等」管理分野においても競争が生まれ、そこから音楽著作権管理事業の全体におけるJASRACの独占状態が崩れるという展開が見えてくると考えられる。即ち、競争的管理政策の実現に近づける措置と言えそうである。ただ、問題として管理ネットワークシステムの完全分離という大規模の構造的排除措置は、四規定に基づき命じることができるかという点において疑問が残る⁹⁰。

(二) 非構造的排除措置

仮にJASRACに対して「四」の管理ネットワークシステムを開放し新規管理事業者の管理楽曲も代わりに管理させる排除措置命令を取ると、次のような問題点が考えられる。

まず、管理ネットワークシステムを基盤とする「演奏権等」の管理事業において、明確に要求される供給余力と実際に提供しうる余力は、余力が数値に表れる発電事業や水力事業とは異なっており、管理レベルがどの程度まで維持していれば足りるかという明確な基準がなく、「余力」という客観的・数字的に確認できる概念すら存在しないのである。そのため、JASRACがやることはこれまでよりもパワーアップした管理体制の構築である。強制開放命令（新規事業者の代わりにJASRACが新規事業者の委託作品も管理する等）は、JASRACに属するユーザーの本来守られるはずだった利益の犠牲を招くおそれがある⁹¹。

次に、法的措置の実効性や効果を確認できる保証がない。他社作品の演奏権管理を命じられたとしても、他社とは競争関係にあることは紛れもない事実であるため、たとえば他社作品の不正利用を見つけたとしてもJASRACが見つけぬふりをする可能性は否定できない。なぜならば、JASRACがどのような方法で実店舗の利用状態を調査しているか、

本当に真剣に調査しているのかを第三者が厳格にチェックできる専門機関があるわけではないからである。懸念される事由はほかにもあるが、このような利益衡量の検討から理解できるように、^④規定に基づく非構造的排除措置においては副作用のリスクが大きいと考えらえる。

^⑤規定に基づく排除措置の問題点はさておき、既述のように純粋競争創出効果という視点から見れば仮に完全分離という構造的排除措置が実施可能なのであれば競争の回復に非常に有効な措置と考えられる。しかし、^⑥規定が結局導入されなかったのでこれ以上の議論を行わないこととする。

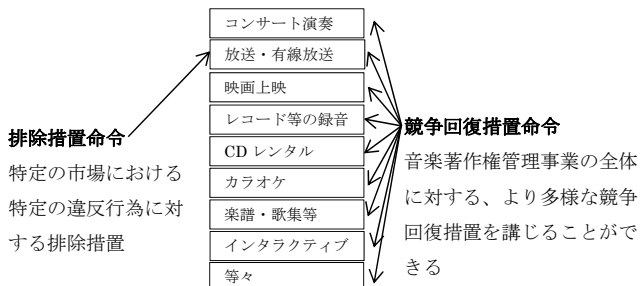
第四節 独占状態の規制

^⑦法理の規定が導入されていないため、現行法の行為規制の枠組においてはJASRACの独占に対して実際に活用しうる積極的なアプローチは私的独占の適用になると思われる。しかし、JASRAC事件に対する検討から理解できるように、排除効果の判決が確定したとしても、直ちに排除措置命令が行われるわけではなく、次に人為性の有無や公共の利益等がより大きな争点となるため、むしろJASRAC事件の本番がそこから始まり、実際に私的独占の行為と認定されるかどうかは全くの未知数である。仮に本件包括契約が最終的に私的独占の排除行為と認定され排除措置を命じられることになったとしても、管理効率と利用効率等への考慮から実際に命じられうる排除措置の内容が非常に限られてくるのではないかと思われる。しかもただ一つの利用形態に対する対症療法的な排除措置は、ネットワーク効果とロックイン効果が強く働いている音楽著作権管理事業全体の競争創出効果に対する限界性が否めないことは既述のとおりである。

ネットワーク効果とロックイン効果の特性を持つ独占状態に対する規制について、公正取引委員会の競争管理政策研究センター（CPRC）が発表した「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」（二〇〇五年一月）という共同研究論文は有益な示唆を与えてくれる。同論文は独占禁止法第二条第七項・第八条の四の「独占的状态の規制（純粹構造規制）」でしか対処できないケースが存在することを明らかにしている。同論文によると、ネットワーク外部性及びスイッチングコスト（により生じる「ロックイン効果」）の大きさが技術革新では対抗しえないほどに大きく、参入が事実上閉ざされていることが明らかになった場合は、独占状態が継続し独占に伴う経済厚生（価格の高止まりや技術革新の停滞）が生じる。このネットワーク効果とロックイン効果による市場の独占状態は、独占禁止法上問題となる「行為」がなくても生じる可能性がある。筆者らは、OS市場では新規参入者が乗り越えなければならぬネットワーク効果及びスイッチングコストが著しく新規参入は期待できないという実証結果を基に、抱き合わせ等の違反行為がない場合でも、なお独占禁止法上の純粹構造規制を用いて、OSのインターフェース情報を公開すべきとする⁽⁹²⁾。このように、ネットワーク効果とロックイン効果による特殊な独占状態に対して純粹構造規制の活用は有効な競争回復方法として認められることが共同研究論文によって明らかにされている。

独占的状态の規制というアプローチを用いる場合は実際の市場構造や、目指して

排除措置命令と競争回復措置命令の比較



いる競争環境にに応じて（効率性や公益性等を考慮した上で）多様な制度設計が可能となり、放送管理分野だけでなく、音楽著作権管理事業全体に対する競争回復措置を講じることができるので、競争的管理政策の実現において行為規制の適用よりも効果的と考えられる。

また、措置内容が違法行為（による競争的制限状態）の排除に限られている排除措置命令と比べ、独占的状态に対する競争回復措置の場合は競争の回復に特化した「必要な措置」、例えば事業の譲渡、新会社の設立、資産の譲渡、株式の処分、役員兼任の禁止、営業方式の変更、流通経路の開放、ノウハウの公開・広告宣伝活動の制限等、より広範的で柔軟な多角的な措置が考案できるようになる。⁽⁹³⁾更に、違法行為に対する一度限りの排除措置より、独占的状态の規制による競争回復措置は内容の設計次第で競争回復の経過を持続的に監視することも可能である。

したがって、競争的管理方式という音楽著作権管理事業全体の方向性を考えるならば、ほかのアプローチよりもむしろ独占的状态の規制を適用するほうがより展開力を持つアプローチとなると考えられる。独占的状态の規制というアプローチに関する詳しい検討は次章で行う。

小括

本章では、競争的管理政策が確立されてから十数年を経過した現在（二〇一六年時点）も、JASRACの独占状態が全く変わっていないことに着眼し、その原因と競争政策の観点からのアプローチについて検討を行った。

検討を通じて、音楽著作権管理事業に特有の高いネットワーク効果とロックイン効果という特性がJASRACの独占状態を維持・強化させている根本的な原因であり、ネットワーク効果とロックイン効果が顕著な音楽著作権管理事業分

野では、競争市場本来の自然治癒機能と弊害抑制機能が働きにくいため、管理競争を創出するために、より積極的なアプローチの検討が必要という結論に至った。

しかし、行為規制の排除措置命令は違法行為そのものに対する一度限りの措置であり競争回復効果にも限界性が否めない。他方で㊦法理の規定に基づく構造的排除措置命令なら有効なアプローチとなりそうだが、要件の該当性における疑問はさておいて、㊦法理を完全に反映した㊦規定自体が現行法に導入されていない。

そこで本稿は、今まで適用こそなかったものの、制度設計として違反行為や個別市場に限らず、事業分野全体の競争創出に必要な多様な競争回復措置を可能とする「独占的状态の規制」というアプローチの試みを提案している。次章から、独占的状态の規制という純粹構造規制のアプローチを定めた独占禁止法の実体規定である第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用を検討する。

(未完)

- (1) 鈴木加入「排除措置命令の内容と限界」日本経済法学会編『経済法講座三 独禁法の理論と展開 (二)』二七七頁(三省堂、二〇〇二)(以下、鈴木「排除措置の限界」という)。
- (2) 平林英勝「私的独占の排除の効果があるとし、排除措置命令を取り消す審決を取り消した判決」JASRAC事件」ジュリ一四六六号二五三頁(二〇一四)。
- (3) 審決で整理された各争点の検討は、姜連甲「音楽著作権管理事業における競争的管理政策序説」商学討究六五卷四号(二〇一五)一九九―二二二頁(以下、姜「音楽著作権管理政策」という)(<http://hdl.handle.net/10252/5430>)、姜連甲「音楽著作権管理事業における純粹構造規制(一)——独占禁止法第二条第七項と第八条の四の適用可能性——」商学討究第六六

巻一号（110115）二四九―二五五頁（<http://hdl.handle.net/10252/5475>）を参照されたこと。

（4）審判では「原処分の内容は、競争制限状態の回復のために必要な措置であり、かつ、被審人に実施可能であるか」の点は争点となつてゐるが、JASRACは「本件排除措置命令は、放送等利用割合を反映した放送等使用料の徴収方法をとるよう命ずるが、これだけでは、内容が余りにも抽象的であり、被審人が採用すべき方法が特定されていないこと……被審人のみで履行できるものではないこと」と主張していた。

（5）「放送分野における包括徴収方式（プランケット契約）導入の経緯」（<http://www.jasrac.or.jp/release/pdf/12061503.pdf>、110116年五月110日最終閲覧）。

一九三四年五月一日 (昭和九年)	旧著作権法の一部改正…レコードを用いた放送につき権利制限規定（三〇条一項八号）を新設→レコードを用いた放送には著作権が及ばないこととなった。
一九四〇年二月二九日 (昭和十五年)	内務大臣が当協会の使用料規程を認可
一九四〇年三月一日 (昭和十五年)	当協会業務開始…放送事業者から生演奏により放送した楽曲の報告を受け、これに基づき曲別に使用料を算定（曲別徴収）
一九五六年九月 (昭和三十一年)	CISACハンブルグ決議…各国の著作権管理団体で構成するCISAC（著作権協会国際連合）の総会で、放送使用料等につき事業者の収入に百分率を乗じて計算する方式を採用するよう加盟団体に促す規定などを含むCISAC憲章を決議
一九六〇年七月 (昭和三五年)	当協会からNHK及び民放連に対して申入れ…使用料に関する次期改定協議の際には、包括許諾・包括徴収方式（プランケット契約）の導入を目指す。
一九七一年一月一日 (昭和四六年)	現行著作権法施行（旧著作権法の全部改正） ↓レコードを用いた放送にも著作権が及ぶこととなる。 ↓対象曲目の飛躍的增加により、曲別徴収が事実上不可能となる。 ↓包括徴収の導入については放送事業者との間で合意するが、使用料率を巡る協議が難航 ↓当面は暫定的に合意した定額使用料とし、料率の交渉を継続（暫定使用料は、一九七一年度分から一九七七年度分まで継続）

一九七九年三月二六日 (昭和五四年)	使用料規程の一部変更認可 ↓文化庁の裁定を経て放送事業者との使用料率に関する協議がまとまり、使用料規程の一部変更が認可される。 ↓現在と同じ方式(所定の控除をした後の放送事業収入に使用料率を乗じて使用料を算定する方式)の包括徴収が始まる(一九七八年度分から)。 これ以降、NHK又は民放連との間で六度にわたり改定協議(使用料率、控除の範囲等に関する協議)を行い、二〇〇一年から現行使用料規程実施

(6) 「放送事業者からの音楽著作物の利用状況についての報告方法を変更することが必要であるが、これは被審人のみで履行できるものではないこと、そのような報告方法を実施するためのシステムの構築には多大な時間と費用を要するものであったその履行が不能あるいは著しく困難であることからすると、本件排除措置命令は違法である。」(審判審決平成二四年六月一二日)。

(7) 排除措置命令の内容設計が熟するまで、積極的に規制を行うインセンティブが足りないとされている主務官庁に働きかけ、問題解消措置を促すのも、試みるべきアプローチだったであろう。本稿(一)の第二章第三節で述べたように、もし文化庁が放送局側の意見や意向を積極的に汲み上げ、放送使用料の問題処理に乗り出していれば、「放送使用料の追加負担によって放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の……選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組み」は、独占禁止法の事件になる前に改められることができたのではないかと考えられる。競争的管理政策を実現する上で、公正取引委員会と文化庁はそれぞれ異なる役割を果たせるため、官庁間の垣根を越えて連携した取組みが求められる。

(8) 判決で最高裁は「経済合理性の観点から上記のような放送使用料の追加負担が生じない参加人の管理楽曲を選択することとなるものということができ、これにより放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用は抑制されるものということができる」と判示した。

(9) 白石忠志「JASRAC 審決取消訴訟東京高裁判決の検討」[平成二五・一一・一]「NBL1015号」一七頁(110111)。

(10) 仮に放送用楽曲が一〇万か二〇万あれば、サンプリング調査とはいえ割合を計算できるかもしれない(勿論、楽曲を数

百万保有するJASRACとの格差やサンプリング調査の精度を考えると、割合は算出できたとしても、正確な数値とは言いがたいであろう)。しかし、問題は実際には、審決の認定事実にもあるように、当時e-Licenseには放送用楽曲が三〇〇曲程度しかなかった。これでは、割合を正確に算出できるかを論じる以前に、果たしてサンプリング調査に引かかるかどうかさえ、大いに疑問である。

(11) 所謂「全曲報告」の正確度について、「全曲報告」を支える中核である「フィンガープリント」(電子指紋)という技術は精度上の問題点を指摘されており、「全曲報告」はできたとしても、誤差があることを認識しておく必要がある。ただ、技術精度の問題点はともかくとして、仮にすべての放送局において「全曲報告」が導入されていれば、楽曲情報に基づく各管理団体の楽曲割合の算出は理論上可能となる。

(12) 総務省『平成二七年版情報通信白書』三五九頁 (<http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h27/pdf/index.html>) 二〇一六年七月一九日最終閲覧)。

(13) JASRAC「二〇一四年度事業報告」(二〇一五)七頁。

(14) JASRAC「二〇一三年度JASRAC事業の概要」(二〇一四)七頁。

(15) JASRAC「二〇一二年度事業報告」(二〇一三)五頁。

(16) JASRAC「平成二三年度事業報告」(二〇一二)五頁。

(17) JASRAC「平成二二年度事業報告」(二〇一一)八頁。

(18) JASRAC「平成二一年度事業報告」(二〇一〇)九頁。

(19) JASRAC「平成二〇年度事業報告書」(二〇〇九)七頁。

(20) 審決の事実認定によると、「民放連に加盟するFMラジオ局の数は五三社で、民間放送事業者一九四社の二七・三パーセントにすぎず」であった。

(21) その折に、e-Licenseが三〇〇曲程度の放送用楽曲をもって新規参入し、JASRACに「分け前」を求めたのが立件当時の背景であった。他方JASRACもe-Licenseからの要求に、排除の意図をもって応じようとしなかったとまでは言えないようである(勿論、排除の意図がなくても排除行為は成立しうる)。審決と高裁判決の事実認定によれば、「民放連は、イーライセンスの説明が余りにも楽観的なものであったため、関係者を訪問して調査した。その結果、被審人は、イーラ

イセンスの参入によって被審人の管理楽曲が大幅に変動しないのであれば、放送等使用料を減額する意向はないこと、……インタラクティブ配信分野では、各管理事業者の管理楽曲数の比率である『品揃え比率』により使用料を算定し、被審人に減額措置を実施してもらったことがあるものの、むしろ品揃え比率の算出作業の負担が大きいことが判明したため、減額措置は1回実施されただけであることが判明した。』この認定事実から、JASRACが専ら「分け前」(減額措置)に応じたくないがために応じようとしなかったというよりも、むしろ、eLicenseの参入によって自己の管理楽曲の割合が大幅に変動しないうえ、正確な楽曲割合の算出が困難で、逆にeLicenseに配分する使用料を上回るほどの業務コストを強いられることから、応じる意向を示さなかったという側面が窺える。

- (22) JASRACによる公式発表「放送分野での音楽の利用割合算出方法に関し放送事業者等と合意」二〇一五年九月一八日。
- (23) 姜「音楽著作権管理政策」二二二―二二四頁。
- (24) 鈴木「排除措置の限界」二七七頁。
- (25) 同前二七九頁。
- (26) 今村成和ほか編『注解 経済法(上巻)』(和田建夫)三四七頁(青林書院、昭 一九八五)(以下、今村ほか編『注解(上)』という)。
- (27) 同前三四九頁。
- (28) 今村ほか編『注解(上)』四二―四三頁(根岸哲)。
- (29) 実方謙二著『寡占体制と独禁法』一二五―一二六頁(有斐閣、一九八三)(以下、実方『寡占と独禁法』という)。丹宗昭信著『独占および寡占市場構造規制の法理』一二三頁(北海道大学図書刊行会、一九七六)(以下、丹宗『構造規制の法理』という)。
- (30) 今村成和『独占禁止法(新版)』(有斐閣、一九七八)三〇七―三〇八頁(以下、今村『独禁法(新)』という)。
- (31) 同前三〇九頁。
- (32) 丹宗『構造規制の法理』一三二頁。
- (33) 植村幸也「JASRAC公取委審決「取消し」判決の影響―排除措置(命令は市場参入を促進するか)―」ビジネス法務一四卷二七―二七三頁(二〇一四)。

(34) このような現状を十分に認識し私的独占の規制効果を補うためにも、公正取引委員会が主務官庁との連携をより重視すべきと考えられる。

独占禁止法を適用するほかには、文化庁に更に対応措置を促すのも一つの方策であった。主務官庁（及び事業法）の強みは、それぞれの事業にあった規制を行うことができること、専門知識が蓄積されていること、これら事業に課されているさまざまな要請をまとめて考慮し調整できることと考えられる。例えば、排除措置としては適用しにくい措置を命じたり、私的独占に該当するかしないかの認定しがたい問題行為に対処したりすることができ（他方で本稿の冒頭で述べたように、文化庁においては「JASRAC」の独占状態に対する方策を講じようとするインセンティブが働きにくいので、文化庁の行動を促すために公正取引委員会等からの働きかけは大切である）。それにもかかわらず、公正取引委員会が他の主務官庁との連携が不十分の問題点は以前の「JASRAC」事件の時も露呈していた。

例えば、「JASRAC」東日本「JASRAC」事件（審H一九・三・二六、最H二二・一二・七民集第六四卷八号二〇六七頁）では、私的独占の排除行為として勧告が行われる前に（平成一五年二月）、総務省が既に電気通信事業法に基づき行政指導指導（平成一五年九月）を行っていたが、公正取引委員会はそれを知りながら、同年二月に勧告に踏み切ることになった。必要性があったか大いに疑問である。なぜなら、総務省による行政指導を受けて翌年の四月頃には問題となった行為が完全になくなっていたからである。他方で、本件において「JASRAC」東日本が公正取引委員会の処分を回避するために、自ら進んで総務省に行政指導させたというような背景もあったようだが、このような背景は公正取引委員会が、行政指導があったことを知りながらも、勧告に踏み切った事実にはならぬ影響を及ぼすものではない。むしろ、「JASRAC」東日本から主務官庁への行政指導要請があったならば、主務官庁介入のもとでは問題の早期解決の可能性が高まるので、かえって公正取引委員会は主務官庁の役割発揮に委ねるべきだったのではない。

公正取引委員会からの勧告に不満を覚えた「JASRAC」東日本の反発を受けた公正取引委員会が、審判そして裁判に応じざるをえなくなったという展開となった。結局、膨大な行政コストをかけたにもかかわらず、排除措置命令すら出せずに、単に「やっぱり「JASRAC」がわるかった」という宣言的な結論を得ただけであった。仮に最初から、総務省との連携を緊密できていれば、同件が迅速に解決されただけでなく、同件の訴訟に費やされていた行政資源がもっと実益のある活動に活用できたと思われる。

また、既述のJASRAC事件においても、放送事業者の利用楽曲の全曲・電子的報告化を進めてきた結果、より正確な情報に基づいて曲目を確認することができるようになったため、JASRACは既に放送局や新規事業者との間で文化庁立会いのもと、放送分野における管理楽曲の利用割合を反映した使用料算出方法について合意しており、同合意に基づく使用料算出も既に始まっている。そのため、訴訟に長い歳月が費やされていたにもかかわらず、仮に私的独占の排除行為が成立したとしても、東日本FTH事件のように、格別の排除措置を命じえないという可能性が大きくなったのではないかと考えられる。

元々著作権等管理事業法の制定時に、公正取引委員会と主務省庁の連携義務に関する付帯決議が参議院においても衆議院においても可決されていることから、専ら独占禁止法の視点から本件包括契約の違法性を認定するというより、むしろ文化庁との連携をもっと強化していくことが、公正取引委員会に求められている対応と考えられる。

- (35) 和久井理子「エッセンシャル・ファシリティの理論と実務」公正取引六〇七号二六頁（二〇〇一）（以下、和久井「エッセンシャル・ファシリティ」という）。

- (36) MCI Communications v. AT&T CO. 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

- (37) 飯田浩隆「米国における不可欠施設理論の現在」NBL 八二一号三七頁（二〇〇五）。細田孝一「『不可欠施設』へのアクセス拒否とドイツ競争制限禁止法」『公正取引』五八九号二六頁（一九九九）（以下、細田「不可欠施設」という）。川原勝美「不可欠施設の法理の独占禁止法上の意義について—米国法・EC法及びドイツ法を手がかりとして—」『橋法学』四巻二号六六九頁、六七七頁（二〇〇五）（以下、川原「不可欠施設の法理の意義」）。白石忠志「技術と競争の法的構造」八八頁（有斐閣、一九九四）（以下、白石「技術と競争の法的構造」という）。

- (38) 白石「技術と競争の法的構造」八五—八六頁。

- (39) 川濱昇「不可欠設備にかかる独占・寡占規制について」ジュリスト一二七〇号六〇頁（二〇〇四）（以下、川濱「不可欠設備」という）。松下満雄「『不可欠施設』（essential facilities）に関する米最高裁判決」『国際商事法務』三二巻二号一四七頁（二〇〇四）（以下、松下「米最高裁判決」という）。岸井大太郎「電力改革と独占禁止法—託送と『不可欠施設（エッセンシャル・ファシリティ）』の法理」『公益事業研究』五二巻二号二〇頁（二〇〇〇）（以下、岸井「電力改革と独占禁止法」という）。問題とされる拒絶には、利用の遅延や利用条件の差別のほか、利用の利用料金・条件それ自体が合理的でない場合も含ま

れる。また、欧州委員会でも「自己のサービスより不利な条件でアクセスを認め、それによって競争者に競争上の不利益を与えることは、八二条に違反する」としている。泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引六三七号三三頁（二〇〇三）。

- (40) 和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンシス拒絶規制の検討（一）」民商一二二巻六号八四一頁（二〇〇〇）（以下、和久井「単独拒絶規制（一）」という）。川濱「不可欠設備」六三頁。

- (41) 和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二八頁。和久井「単独拒絶規制（二）」八四〇頁。和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンシス拒絶規制の検討（二・完）」民商一二二巻一号九八頁（二〇〇〇）（以下、和久井「単独拒絶規制（二・完）」という）。松下「米最高裁判決」一四六頁・一四九頁。丸山真弘「不可欠施設の法理を巡る問題点」電力経済研究五二号四六頁（二〇〇四）（以下、丸山「不可欠施設の法理」という）。中村民雄「E.C.法の最前線（68）不可欠設備の利用拒否と支配的地位の濫用—IMS事件」貿易と関税五三巻六三三号七〇頁（二〇〇五）。

- (42) （和久井・前掲注）「（二・完）」八五—八七頁・九三頁・一〇四頁。白石忠志「独占寡占規制見直し報告書について」NBL七七六号四七—四八頁（二〇〇四）参照（以下、白石「報告書」という）。

- (43) 和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二七頁。和久井「単独拒絶規制（二・完）」一〇四頁。泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三四・三七頁。

- (44) 川濱「不可欠設備」六一頁。

- (45) 根岸哲「『エッセンシャル・ファシリティ』の理論とE.C.競争法」正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』三〇三頁（三省堂、一九九九）。（以下、「根岸「エッセンシャル・ファシリティ」という）。川原「不可欠施設の法理の意義」六六—六九五頁参照。

- (46) 藤原淳一郎「E.C.電気市場統合論序説」法学政治学論究・法律・政治・社会九号一頁（一九九二）。藤原淳一郎「E.C.電気市場統合への一考察」法学政治学論究・法律・政治・社会一四号一、七頁（一九九二）。藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受（一）」法学研究七四巻二二頁（二〇〇二）（以下、藤原「欧州の承継（一）」という）。
- (47) 藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受（二・完）」『法学研究』七四巻三三五頁（二〇〇二）。ただし、E.C.の存在に言及した事件は条約八二条でも難なく解決できたもので、果たしてE.C.法理が「決め手」となっ

たか、それとも単に「説得の術」として用いられたかについて、評価の分かれるところである。同前五九頁。

- (48) 田中裕明「市場支配力の濫用と規制」日本経済法学会年報四二号一七六頁（一九九九）以降参照。藤原「欧州の継受（一）」三頁。細田「不可欠施設」二五頁以降参照。

- (49) 柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（一）」香川法学二二卷六九号九三頁（二〇〇二）

（以下、柴田「不可欠施設（一）」。

- (50) 同前九四頁。

- (51) 同前一一六—一一七頁。

- (52) 柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）」香川法学二九卷八七号二一一頁（二〇〇九）（以下、柴田「不可欠施設（四・完）」という）。

- (53) 柴田「不可欠施設（一）」一一六—一一七頁。柴田「不可欠施設（四・完）」二二一頁。

- (54) 独占禁止法研究会「第二部 独占・寡占規制の見直し」独占禁止法研究会報告書四四頁（二〇〇三）（以下、公取委「独占・寡占規制の見直し」という）。

- (55) 詳細な解説は白石「報告書」四七頁を参照されたい。

- (56) 同前。

- (57) 中村民雄「E.C.条約八二条の支配的地位の濫用禁止と不可欠設備の利用拒否」中村民雄＝須網隆夫『E.C.法基本判例集』三二八—三二九頁（日本評論社、二〇〇七）。IMS事件について、IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG (2004) ECR I-5039。佐藤佳邦「IMS Health 事件欧州司法裁判所判決」公正取引六五八号六〇頁（二〇〇五年）。
- (58) 泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三四頁。E.C.条約八二条の事件処理について、根岸「エッセンシャル・ファシリティ」三〇六—三一五頁参照。

- (59) 泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三六頁。

- (60) サービスや原材料はここに言うインフラには含まれない。柴田「不可欠施設（一）」一〇七頁。

- (61) 川濱「不可欠設備」六〇頁。

- (62) 施設を「資源」とし、物理的施設に限定せず、知的財産権のライセンスも含まれうることを示唆する判決はあったものの、

④「法理射程の拡大に慎重な見解が少なくないという。関連して次の文献を参考されたい。泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三二頁・三四頁。藤原「欧州の継受（一）」一五頁。松下「米最高裁判決」一四七―一四九頁。Herbert Hovenkamp 著（荒井弘毅ほか訳）『米國競争政策の展望―実務上の問題点と改革の手引き』三五五頁（商事法務、二〇一〇）。Robert Pitofsky 著（宮田由紀夫ほか訳）『アメリカ反トラスト法政策論―シカゴ学派をめぐる論争』一六頁（見洋書房、二〇一〇）。

- (63) 公取委「独占・寡占規制の見直し」四一、五一頁。解説について、川濱「不可欠設備」六四頁、白石「報告書」四八頁、松下「米最高裁判決」一四三、一四七頁等を参照。

- (64) 松下「米最高裁判決」一四八頁。岸井「電力改革と独禁法」二四頁。

- (65) 例えば、④の定義について、①電力・ガス等公益事業分野における不可欠施設といっても、電力とガスでは不可欠性の程度に差があり、また技術標準分野においては公益事業分野における④とは大きく異なる。④の定義次第で三条及び一九条の解釈に影響する懸念があることから、もっと定義付けを行うべきとか、②④と認定されれば必ず規制されるといった制度にするよりは④と認定したものうち、規制する④と規制しない④を峻別すべきとか、③④の定義において「競争を実質的に制限する」などの要件を入れるべき等の意見が出された（公正取引委員会の報道発表資料：『公正取引委員会…独占禁止法研究会独占・寡占規制見直し検討部会（第三回）議事概要』（二〇〇三年九月八日）、同第四回議事概要（二〇〇三年九月三〇日）。

また、事業法との関係について、④事業法に従っていても、競争の確保の観点からは独占禁止法が執行されることもあり得るとすべきというような意見の反面、⑤事業法に従っていたのに独占禁止法上違反に問われることは容認できない。独占禁止法上措置を講じる前に法令の齟齬について公正取引委員会と事業所管官庁とが事前に調整すべきであるといった意見もあった（参考資料は同前）。なお、紹介論文として丸山「不可欠施設の法理」四八頁。

- (66) 「独占・寡占規制の見直し」報告書を読むと解るように、新規定で講じられる「必要な措置」というキーワードが、報告書の全体に亘って目立っている。「必要な措置」の詳細については踏み込んだ説明はなかったものの、私的独占や不正な取引方法では講じられない措置を新たに設ける意図が見て取れる。

- (67) これによって、④の保有事業者には、単に競争に悪影響を及ぼす行動を慎むという消極的な義務だけではなく、率先

して競争を促進しなければならないという積極的な法的義務も課することになるため、この意味において現行法の私的独占規制の性質とはやや異なる一面を持つようになりそうである。

(68) 公取委「独占・寡占の見直し」四五一四六頁。

(69) 白石「報告書」五〇頁。

(70) また、公取委「独占・寡占の見直し」で使われている「正当な理由がないかぎり」という文言と、不公正な取引方法の「正当な理由がないのに」という条文と比較しても、新規定は④の濫用行為を原則違法としていることが理解できる。

(71) 今村成和『独占禁止法入門（第三版）』一五一一六頁（有斐閣、一九九二）。今村『独禁法（新）』六四頁。

(72) 川濱昇「競争の実質的制限」と市場支配力」正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』一二六一一二七頁（三省堂、一九九九）（以下、川濱「競争の実質的制限」という）。江口典「私的独占の禁止に関する解釈論と立法論」須網隆夫ほか編著『政府規制と経済法―規制改革時代の独禁法と事業法』一三四頁（日本評論社、二〇〇六）。

(73) 例えば、川濱教授等はこの閉鎖型市場支配説の論理について、市場支配力の分析を行わずに排除だけで競争の実質的制限を認定するのに不十分として、批判的な立場である。川濱「競争の実質的制限」一二六一一二七頁。併せて、金井貴嗣ほか編『独占禁止法（第三版）』一七六頁（弘文堂、平成二年）も参照。

また、白石教授も著書の中で他者排除事案に関する違法性判断学説の一つとして、他者排除重視という学説を検討している。この他者排除重視説は被排除者の競争への参加機会を奪われたことそれ自体を捉えて違法性の判断要件とし、「競争変数が左右され得る状態」をもたらされることまでは必要としないので、内容的には今村教授の「閉鎖型市場支配説」とは共通しているものである。白石教授は他者排除で違法性を判断すると、排除者の過度保護の問題に繋がるだけでなく、排除（取引拒絶）される競争者はあるが、残った事業者だけでも十分な競争が行われているというケースに直面したときの難点を指摘している。白石「独禁法」七一七四頁。白石忠志「続・インターネットをめぐる法律問題―Essential Facility 理論―インターネットと競争政策」ジュリ一七二七〇頁・七二頁（二〇〇〇）。

(74) 報告書にもあるように「その性質上、競争を実質的に制限する蓋然性が高いことから、公正な競争を阻害するおそれがあることは行為の性質上明白であると考えられる」。即ち、私的独占のレベルでも原則違法だから、不公正な取引方法のレベルでも原則違法という理解はむしろ当然のことであろう。

- (75) 和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二六頁。
- (76) 『公正取引委員会・独占禁止法研究会独占・寡占規制見直し検討部会（第三回）議事概要』（平成二〇〇三年九月八日）、同第四回議事概要（二〇〇三年九月三〇日）、同第五回議事概要（二〇〇三年一〇月一四日）。
- (77) 泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三六頁。
- (78) 奥野ほか『交通政策の経済学』一一二—一二三頁。
- (79) 参入事業者はネットワークの共用を要求したが、これをJASRACが拒絶したという仮定事実を前提としている議論であり、単にJASRACが全国規模の管理ネットワークを保有しているということ自体には、行為規制の枠内にあるEJ規定の適用は及ばないのである。
- (80) 取引関係が不可欠性から生まれ、更に取引の関係から徐々に取引段階が現れるという経済の基本的仕組みを考えると、JASRACが自己のネットワークを用いて「演奏権等」の管理の一部業務（新規事業者の管理作品の不正利用を新規事業者に代わって摘発する等）を新規事業者へ提供する（即ち、管理ネットワークの開放・共用）ことが可能であれば、管理ネットワークの独占市場と利用市場のように関係する二つの市場が画定されるであろう。「演奏権等」の管理に対する「不可欠」性は、EJ規定の議論に必要とされる二つの市場が画定される前提である。そこで、本稿では「不可欠」という視点から直接検討することとする。
- (81) 白石忠志「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法——技術と競争の法的構造」その後——「知的財産研究所編『二一世紀における知的財産の展望』二三八—二三九頁（雄松堂、二〇〇〇）（以下、「白石『知的財産権のライセンス拒絶と独禁法』」と略す）。
- (82) Bronner v. Mediaprint [1998] E.C.R. I-7791。この事件の詳細な解説について、根岸「エッセンシャルファシリティ」三三—三三二頁参照。併せて泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三五頁も参照。
- (83) この事件はオーストリアの地方日報紙のOscar Bronner（以下、「OB社」と略す）が、全国的戸別配達ネットワークを有するMediaprint（以下、「M社」）に対して当該ネットワークの利用を求めたが、拒絶された事案である。オーストリアの国内裁判所が欧州司法裁判所に先決判決を求めた。争点は、日刊紙市場の非常に大きなシェアを有し、かつ唯一の全国の戸別配達ネットワークを保有する新聞社が、配達部数が少ないため、一社又は他社と共同して独自の個別配達システム

を創設・運営することができない競争紙に対して、適切な料金での当該配達ネットワークへのアクセスを拒絶したのは、(當時の) 四〇条約八六条に違反し市場支配的地位の濫用を構成することになるかどうかであった。これについて、欧州裁判所は次のように判示した。

全国的戸別配達ネットワークの所有者が競争日刊紙による当該ネットワークの利用を拒絶することが、競争者から日刊紙の販売にとって不可欠と判断される配達的手段を奪ったかどうかという点を根拠として、濫用であるかどうかを判断することになる。判断の重要ポイントとしては、当該戸別配達ネットワークサービスの拒絶が当該サービスを要求した競争者側の日刊紙市場におけるすべての競争を排除し、かつ、当該拒絶が客観的に正当化されないだけでなく、当該戸別配達に対する現実の又は潜在的な代替手段が存在しないことから、当該サービス自体がその競争者の事業の遂行に不可欠であることが必要である。

本件では、郵便及び販売店やキオスクでの販売を通じて日刊紙を配達する他の手段が不利ではあるが、既に一部の日刊紙の配達に利用されていることは事実である。更に、他の日刊紙と共同で全国的な戸別配達ネットワークを構築しそれを自らの日刊紙の配達に利用することは不可能ではない。このような理由で、欧州裁判所は本件の配達ネットワークが四〇に該当しないという判断を示したのである。

(84) ただし、事業を早く拡大できなければ、参入事業者の経営は二十年以上も持つかどうかが問題である。

(85) 仮に参入事業者は JASRAC のような全国規模の管理ネットワークを一度構築したとしても、多くのレコード会社が保有していた販売ネットワークのように結局膨大なコストをかけて長期的に維持することはできず、縮小せざるをえないというリスクに直視しなければならない。それも JASRAC の競争者にとっては見えざる参入障壁であろう。レコード会社の販売ネットワークの変遷について、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス実践編 (4th Edition)』一四九頁(リットーミュージック、二〇一一年)(以下、安藤『実践編』という) 参照。

(86) 白石『知的財産権のライセンス拒絶と独禁法』二三九頁。

(87) 音楽著作権管理は、著作権者からみれば、適法かつ簡易迅速な手続を通じて、多数の利用者からの使用料の分配を受けることを可能とするものであり、利用者からみれば、利用形態に応じ、音楽著作権に係る一の権利や複数の権利を適法かつ簡易迅速な手続を通じて、適正な使用料で音楽著作権を利用することを可能とするものである。このことが音楽著作権

管理の機能であり、この適正な使用料で利用することが可能となることによりもたらされる満足、経済的効用が利用者にとつての効用であり、支分権によって異なるものではないと考える。機能及び効用の検討に際して、録音、演奏等のそれぞれの支分権の利用許諾ごとに考えるのではなく、音楽著作権管理業の機能及び効用を考えるのが適当と考えられる（二〇〇八年の「独占的状態の定義規定のうち事業分野に関する考え方について」（以下、「独占的状態ガイドライン」という）の改定時に公表された「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」（別紙一）。二〇一二年の独占的状態ガイドライン改定時に公表された「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」（別紙一））。

(88) 和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二六頁。

(89) 「正当な理由」の一つ。公取委「独占・寡占規制の見直し」五一頁参照。

(90) なぜなら、管理ネットワークシステムが違法利用の監視や取締りだけでなく、使用料の徴収から分配まで「演奏権等」管理事業の全般を支えているため（又は管理ネットワークシステムが「演奏権等」の管理事業そのものと言っても過言ではない）、JASRACからの完全分離は管理ネットワークシステムに対する所有権を完全に剥奪され、「演奏権等」をJASRAC独自の事業として展開していく権利を永続的に取り上げられたことを意味する。これでは本来、新規参入事業者に「不可欠」「施設」の利用機会の保障を法的趣旨とするEBC規定の法的枠組と限度を逸脱してしまうというおそれが生じるからである。同様に公的規制産業であった電気通信事業を見ても、既存事業者の施設に対する所有権と自主的経営権を剥奪するのではなく、非対称規制という制度で新規参入事業者の施設利用機会を保障させるといふ次元の限られた措置にとどまっている。

(91) 例えば、各地にある実店舗の作品利用は九九%がJASRACの管理作品といっても過言ではないので、本来店内で曲等が流れているかどうかを調査するだけで使用料を徴収するかどうかを判断できたのに、新規事業者の委託作品も管理することになると、僅か1%の利用確率を調査するのにどの店舗でも長時間の調査を強いられることになる。また、使用料を契約どおりに支払っている店舗に対しては本来新たに調査する必要がなく、そこから節約できた調査資源を未確認店舗の調査に利用できたのに、新規事業者の委託作品も管理することになると、僅か1%の利用確率を調査するのに、今まで調査済みの店舗をすべて、最初から調査し直さなければならない。右記のような状況は競争回復どころか、むしろ調査資源の浪費の副作用のほうが深刻と思われる。

- (92) 田中辰雄ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」(PRC 報告書八五頁(二〇〇五年十一月) (<https://www.jitc.go.jp/cprc/reports/indexfiles/cr-0605.pdf> 二〇一六年七月一九日最終閲覧)。
- (93) 今村ほか編『注解(上)』三九五頁〔丹宗昭信〕。今村『独禁法(新)』三二八頁。実方『寡占と独禁法』一二〇頁。

法哲学研究におけるイノベーション

——現代法哲学における西欧中心主義の克服へ向けて——*

今井弘道

*本稿は、二〇一六年五月二五日（水）に、浙江大学博士会主催で行われた「浙江大学第十二回博士生創新法学研究」の開会式に招待されて行った記念講演の内容である。この場で、この機会を与えてくれた博士会の若手研究者各位に、あらためてお礼を申し上げておきたい。報告時には、時間の制約の関係で省略した部分があり、またその後表現その他の点で微調整した部分もあるが、基本的には講演で用いた原稿の原型を保持した。書き換えははじめれば全くキリのないことになりかねなかつ

たからである。これをここに掲載するのは、この講演自体の記録の意味があることは当然だが、主としては、むしろこれが私の浙江大学でのここの二年の講義のテーマを要約する意味をもち、また私が現在進めているヴェーバー研究の基本的なモチーフを自己確認する意味をもつ内容となったことによるところが大きい。

一・

今井です。今日は、この第十二回博士会創新論壇の開会式に講演者として招待して下さったことに、まず感謝の言葉を述べたいと思います。

私は、この浙江大学光華法学院の特聘教授としてここに来て八年経ちました。こんなに長く滞在できたのは、全く諸君たちのおかげだと思っています。日々私に声をかけたり、すれ違うときに黙礼してくれる学生は少なくありません。また、この八年間に私の講義を聴講してくれた多くの学生が、私をいろいろなところで援助してくれました。私がここで無事に勤めていることができているのは、すべて諸君達のおかげです。そのことに、この場を借りてお礼を述べたいと思います。

私は、いま担当中の、この浙江大学光華法学院での博士生向けの「法哲学前沿」の講義を私のやり遂げるべきライフワークだと考えています。講義の出来る体力が続く限りやり続けたい、と思っています。また今日の講演を機会に、諸君達と今まで以上に広く深い精神的な交流をもてることになれば、これほどうれしいことはありません。

さて、今日私に与えられたテーマは、イノヴェーションであります。結論的に言ってしまうえば、これが分かればイノヴェーションができるなどという便利な知恵などはありません。そんな魔法の指輪のようなものがあれば、私は、画期

的な論文を毎年何本も書いています。

私は、二、三年前に、アメリカに何年も行っていた友人と、インターネットを通じてイノヴェーションについての議論をしたことがあります。東京三菱銀行という日本の代表的な銀行のニューヨーク支店長をしたことのある人です。二人の間で議論が出尽くしたとき、彼は、ハーバード・ビジネス・スクールの教科書でイノヴェーションをテーマにしたものがある、と紹介してくれました。早速私は教えられた数冊の教科書を買って読みました。しかし、私が思いつく程度のことしか書いてなかった。私はその友人に、「あれは下らないことしか書いていなかった」と言ったら、「やっぱりそうだったか」と笑っていました。

要するに、イノヴェーションのための魔法の知恵などといったものは存在しない。イノヴェーションというのは、明確な問題意識のもとに研鑽を積み重ねていく中で、ある瞬間に爆発的に生じるものである。私もそう思って、ここで講義をしながらもう少し研鑽を積みみたいと思っているわけです。それで私がイノヴェーションに成功しなければ、君たち次の世代の人がそれを引き継いでやっていけばいい。それでいいしそれしかない。それが学問というものだ。これが今日の私の結論です。

しかし、私は、法哲学を勉強する中で、イノヴェーションしなければという気持ちは人一倍もっているつもりです。私は、いろいろな経過を辿って、結局はマックス・ヴェーバー研究というテーマを、おそらく生涯最後のテーマに選びました。ヴェーバーは、ある学問的なイノヴェーションを達成した人です。そのヴェーバーを否定し批判して越えたいと思う一つの論点を、私はもっています。今日は、そのことを諸君にお話したいと思っています。問題は、東アジアの現在という問題に関連しています。しかし、これは今私が研究中の問題、そしてここ数年「法哲学前論」の講義で扱った、また扱いつつある問題の一部です。だから未完成なものです——この続きを知りたければ、今後の私の講義に来て頂き

たい、と思います——。

というわけで、今日は、私が法哲学者としてヴェーバー研究を進めているその論点に即して議論を進めることにしたいと思います。つまり、議論は法哲学的次元に限定せざるを得ません。しかし、この次元での議論がいささかでも意味あるものとなりうるなら、そこから他分野の次元・実定法の領域の次元にも議論を拡げていくこともできない筈です。その可能性を見込んだ上で、このようなテーマの限定をご了承頂きたいと思います。

二.

ヴェーバーの代表的著作に『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』というものが 있습니다。これは中国語訳もあり、諸君達のうちにも読んだことのある人が少なくないと思います。

この『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』についてのかなり有力な解釈に、ヴェーバーは、経済が宗教を決定するのではなく、宗教が経済を決定すると考えた。こうしてマルクス主義的唯物論に対抗する資本主義成立論が展開されたとする解釈があります。

この解釈は全面的に正しいとは言えませんが、事態の一面を衝いています。この点に立ち入れば、興味深い問題が無数に出てくるのですが、今日はそのごく一部分の論点にしかり立ち入ることはできません。問題にしたいのは、宗教という上部構造が経済という下部構造を大きく決定するというこの議論は、実はヴェーバーの西欧中心主義と繋がっているという点です。

私は、ヴェーバーのほとんどの議論を天才的なものであるだけでなく、依然として現代に深く突き刺さるだけの意味

を有しているものと見ております。しかし私は、諸君達とともに現代の東アジアに生きる人間の一人として、このヴェーバーの西欧中心主義には承服することが出来ません。先ほど私は、ヴェーバーを否定し批判して越えたいと思う一つの論点をもっていると言いましたが、それはこの点のことです。

ヴェーバーの思想は、細部はともかく、大きな射程でみると、ジョン・スチュアート・ミルの思想と大きな親縁性をもっていたことができます。その意味では、ヴェーバーの議論は、細部はともかく、このミルの『自由論』や『代議制政体論』の原理的な肯定の上に成立しているということが言えます。ところで、このミルにも、やはり西欧中心主義が存在しています。ミルもまた、ヴェーバーに劣らず私の尊敬する思想家の一人なのですが、この点はやはりどうしても承服することが出来ないところ です。

三.

人権思想はキリスト教から、とりわけ専制体制に対するピューリタニズムの抵抗闘争の中から発生した。そしてこの伝統は、メイフラワー号の船上での植民協約の締結という一種の社会契約を通してアメリカの憲法の伝統につながっていった。その伝統が一三州憲法を通して『独立宣言』に総括された。それが更にフランスの『人権宣言』に継承され、それがその後のヨーロッパ各国の実定憲法に決定的な影響を与えていった。こうして「良心の自由」とそこから派生したあれこれの人権を列挙するという近代憲法のスタイルが成立した。これは、ゲオルグ・イエリネットの『人権宣言論』（二八九五）の議論の骨子であり、それ以来の憲法史の通説的理解だと言っているものの原型です。

このイエリネットの議論を、ヴェーバーは、『支配の社会学』において次のように総括しております、要約的な引用

の形で示しておきます。

「ピューリタニズムのゼクテを基盤として成立した良心の自由は、自分自身の良心の自由であるとともに、他者の良心の自由でもある。それは、政治的権力や教権制的・家父長制的権力、その他一切の権力に対抗する被支配者が個人としてもつ不滅の人権である。これが最古の「人権」であることをイエリネックは明らかにした。この意味での「良心の自由」は、原理的に第一次的な「人権」であって、その他の「人権」、「市民権」、「基本権」は、これに付随するものである」（『支配の社会学Ⅱ』、六五四―六五五頁）。

イエリネックは、その後、この『人権宣言論』に続いて『少数者権利論』（一八九八）を書きました。ここでは、イエリネックは、この議論を補完しながら一九世紀末のドイツの自由主義思想に大きな影響を与えているミルの『自由論』に言及しながら、自由主義なき民主主義は「多数者の専制」の危険を孕んでいるということに警鐘を鳴らしました。そしてその『少数者権利論』を「少数者の権利を尊重せよ」という言葉で閉じています。

ヴェーバーは、こうしたイエリネックの議論に触発されてピューリタニズム研究をはじめました。そのことはいま示した『支配の社会学』の文章にも反映されているわけですが、先ほど挙げた『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』（一九〇四―一九〇五）は、その研究の最初の結実だったわけです。ヴェーバーは、イエリネックの議論を大きく拡大して、人権を列挙する憲法にとどまらず、近代資本主義と近代文化の核心的な特徴そのものが、キリスト教の——とりわけピューリタニズムの精神の——刻印を帯びているということを論証しようとしたわけです。

従って、そのヴェーバーの議論は、こうしたキリスト教をもたないヨーロッパ以外の地域では、こうした近代化への

歴史的動向が生じないという議論を含んでいました。こうした議論は、とりわけ『儒教と道教』や『ヒンドゥー教と仏教』の一つの基調となっています。そこからはみ出す重要な議論も勿論あるわけですが、基調がこの点にあるということは否定できないところでしよう。

ミルは『代議政体論』で、ギリシャ文化とユダヤ教／キリスト教の文化が近代ヨーロッパの源流となった、という意味のことをいっています。そして、ギリシャ文化とユダヤ教／キリスト教の文化をもたないアジアは、近代を形成することに失敗した、と。ここにミルのアジア的停滞論、エジプト的停滞論、インド的停滞論、中国的停滞論と呼ばれている一連の議論が成立します。ヴェーバーの議論は、全体として見たとき、このミルの議論をより精緻化したものと見ることが出来る一面をもっています。

こうした議論は、これまで西欧中心主義だとかオリエンタリズムだとかというようにして批判されてきました。しかし、そのように言うだけでは実は批判にはなっていない。単なる反発にすぎません。問題は、なぜミルやヴェーバーはこうした議論をしたのかというその狙いにあります。ここまで迫るのでなければ、反発は批判にならず、単なる反発で終わってしまいます。

ミルのアジア的停滞論という議論は、表裏一体になった次のような二つの根拠に支えられていたと見ることが出来ます。

(a) 第一は、アジアでは「専制制」が行われており、その結果、個人の「個性と自由」が成立しなかったということ（『代議政体論』）。

(b) 第二は、そこからの帰結を『自由論』の議論と絡めて言えば、「自由フリーで平等アンドイークオルな討論デイスカッション」の習慣、そしてそうしたことを保障する制度が成立しなかった、そうした習慣と制度の不在、換言すれば伝統主義の支配が揺るがなかったこと。この二つです。

これは、当時の英国のインド支配・中国侵略という事態を背景にした発言ではありますが、ここには侵略者の妄言として片づけるにはあまりにもシャープな視点があるといわねばなりません。今日のテーマとの関係で言えば、そこにイノヴェーションというものが可能となる根本的な条件が示唆されているからです。

ミルは、このイノヴェーションの可能条件がアジアの社会システムにはなかったと言っているのです。このミルの評価はズバリ問題の核心を射当てている、と私は見えています。この点を見ずに、単にそれを西欧中心主義だといって拒否するのは、西欧中心主義以上に一面的な態度であるといわねばならないでしょう。

ミルは、この議論の対極で、西欧文化の根源にはギリシャ的討論とユダヤの預言の伝統があった、ということを行っています。^{フリー・アンド・イーコール・デイス・カッション}「自由で平等な討論」の習慣と制度の原型がそこにあったというわけです。ギリシャ的討論の伝統については、われわれは、『ソクラテスの弁明』をはじめとするいわゆるソクラテスの対話編などを通してつぶさに知ることができます。だからここでは後者について一言註釈しておきたい、と思います。

ユダヤの預言者は、時の政治権力や宗教権力に対しても、また頽廃に陥った民衆に対しても、強烈な批判を浴びせるのが普通でした。しかも、預言者達は、民衆の中で、場合によっては民衆に侮辱されたり暴力を受けたり、勿論また権力に弾圧されたりしながら、それをはねのけて公然と預言を行ったのでした。ミルは、われわれが『ソクラテスの弁明』などを通して知ることができるギリシャのポリスでの討論の習慣やこうしたユダヤの預言の伝統を、現代の自由なジャーナリズムに該当するものだといっています。この伝統が、権威主義と旧慣墨守主義の打破の精神を生んだというわけです。

こうしたミルの議論にはもう一つの動機がありました。産業革命の進展の中で、英国の都市には労働者階級が溢れかえるようになってきた。無論、当時のそうした労働者階級は、教養も知性も持たない人々の集合体にすぎませんでした。

そうした人々が、やがて圧倒的多数者になり民主制を要求するようになっていったわけです。

こうした無知で知性を持たない人々の生活を向上させ知性と教養を陶冶するのではなければならぬ。そうでなければ、そうした労働者を基礎にもつ民主制は危険な「多数者の専制」になってしまおう。そうした民主制の下では、「個性と自由の欠如」と「専制制」が支配することになり、「自由で平等な討論」の習慣はむしろ圧殺されてしまいかねない。ミルはこのことを恐れたのでした。これを放置しておけば、今やイギリス自体が「アジア的停滞」の道を進むことになりかねない、というわけです。

こうして、産業革命後のロンドンにおける無知・無教養な労働者階級の氾濫の中に、ミルは英国における「アジア的停滞」への転落の危機を感じ取ったわけです。ミルのアジア的停滞論は、こうした眼前のイギリスの状況への危機感とアジアの状況との視線の往復の中で成立したものであったというわけです。

ミルが一九世紀中葉に抱いたこうした危惧は、一九世紀末のドイツにおいても抱かれました。だからこそイエリネツクは、『少数者権利論』において、ミルの名を挙げるとともに、「多数者の専制」に抗する「少数者の権利」という主張を掲げたわけです。そして、こうしたイエリネツクのミルに肩入れしながらの少数者の権利の擁護は、『人権宣言論』のルソー起源論を否定してピューリタニズム起源論をそれに対置する議論とともに、ルソー批判という軸に支えられたものでした。イエリネツクは、ルソーのうちにマルクスに繋がるものがあることを見ていたわけです。

無知・無教養な労働者階級の氾濫という論点に戻りますが、そこには、とりうる二つの道があったということが出来ます。一つは、労働者の無知ゆえに民主主義の実現を先延ばしにし、その要求を抑圧する道です。しかし、ミルもヴェーバーもこの道は否定しました。彼らは、民主主義はむしろ労働者の政治的理解力を促進するシステムとして働きうる、と考えました。しかし、他面で、ヴェーバーは、ミル以降の問題状況の中で、マルクス主義的な社会主義へと繋がって

いくルソーの意味での民主主義理解——「自由主義に制約されることのない民主主義」という民主主義理解——に対しても、大きな疑問を抱いていました。こうして彼らが取ったのは、

①無知・無教養な労働者階級に対する平等主義的政策を推し進めることによって労働者の肉体的生活状況を改善すること、

②そのことによって同時に労働者の知的生活状況を改善すること、

③そのことを通して、これまで国民文化の埒外におかれてそれと無関係に生きてきた人々に国民文化を享受させ、その人々を国民文化の中に取り込んで知的水準を高めていくこと、

④そのことによって多数の労働者を国民文化の担い手にしていくこと、

⑤更にその労働者を、国民文化の上に成立する「代議制政体」の担い手としていくこと、

基本的にはこういう方向を目指す道だったわけです。この彼らの議論のポイントは、無知な人民には民主制は時期尚早だと言ってしまう、むしろ逆に、上の①から④までの条件を満たすなら、民主制は無知な人民を政治的に成熟させる方途となりうる、⑤が可能となる、と考えた点にあります。

彼らはともにある種の平等主義者であったということができませんが、その平等主義は、このように国民文化から疎外されていた人々に国民文化に参加しうるだけの物質的・精神的ゆとりを保障し、そのことを通して彼らが国民文化を担い主体にまで成長していくことを助け、それを「代議制政体」の国民的基礎を作り上げていくためのテコとなるものとして理解されていたわけです。

ここに彼らの平等主義の重要なポイントがあります。平等政策は、彼らにとっては、労働者を「階級」ではなく国家の「市民」にしていく方策としての意味をもつものであったわけです。そして例えばヴェーバーは、こうした高い民

度をもつ市民、国際政治と国内政治の関連と問題点を理解することのできる市民——、そうした市民によって構成される国家こそが、国際的なリーダーシップを発揮する強い国家になることが出来るのだ、と主張したわけです。

ヴェーバーの学問の本業は、言うまでもなく社会政策学——経済政策学を含めた意味での社会政策学——です。ヴェーバーの社会政策学は、全体としてみるとこうした方向性を目指して権威主義的ドイツを改革していこうとするものであったということが出来ます。このことは、ヴェーバーの社会政策は、ビスマルク的な権威主義的社会政策に真正面から対抗するものであったということの意味しています。

ビスマルク的な権威主義的社会政策は、周知の通り、一方では「皇帝の仁慈」による下付という形を取った権威主義的でパターンリスティックな性格をもった社会保険その他の給付によって労働者を懐柔して権威主義的な体制の下に引き寄せ、他方で労働者に革命をけしかける社会主義者を弾圧するという「飴と鞭」の両面をもつものでした。このことは諸君達をご承知の通りです。

パターンリズムや権威主義は、原理的に伝統主義的方向性を指し示しています。それは「個性の自由」を抑圧する方向性をもつものであり、その意味において反革新的であり、反イノヴェーション的なものです。こうした要素を含むビスマルク的な権威主義的社会政策は、勿論同時に、自由主義的・民主主義的な勢力の拡大に対抗し、議会主義の要求を抑える反「代議制政体」的な意図を持つものでもありました。高い民度をもつ市民が構成する議会主義的な国家——これをヴェーバーは国民国家 *Volksstaat* と呼んでいました——ではなく、国民にではなく国王に忠誠を示す官僚をテコにして権威が支配し抑圧する国家——官憲国家 *Obrigkeitsstaat*——を強国と考えていたわけです。

ヴェーバーとビスマルクの間には、このような国家観における原理的な違いがあったということが出来ます。因みに言っておけば、日本の明治国家は、こうしたビスマルク的な国家観をモデルにして国家と社会の形成を進めていったわ

けです。

このヴェーバーとビスマルクの国家観の違いには、社会政策観の違いが対応しています。そこには、社会政策、あるいは平等主義的政策というものについてのパラダイム転換——発想上のイノヴェーション——があることができます。どういふことでしょうか。

一般には、平等政策というものは、「貧民救済」という観点の下で考えられてきたということができません。ビスマルク的な社会政策もその観点から考えられています。こうした「貧民救済」という観点の下での社会政策は、必然的にパターナリズムに結びつきます。しかし、ヴェーバー的な社会政策は、先ほども言いましたように、むしろ人々を他の人々と対等な市民へと作り上げていくという発想に立脚しています。人々を他の人々と対等な市民であるための「自尊」を実質的に支える基礎を政策によって整備していくべきだ、と考えられているわけです。一言でいえば、「貧民救済」から「市民」——民主主義を通して国家を担うという意味での「市民」——の「形成」へという社会政策上の転換が、ヴェーバーによって行われたわけです。この点については、ヴェーバーの「国民国家と経済政策」というタイトルをもったフライブルグ大学教授就任講演の後半部分において劇的な形で示されていますから、折りがあれば是非一読しておいて頂きたい、と思います。

この社会政策上の転換は、国家観の転換を含んでいます。その転換とは、社会政策に即して言えば、「救済する国家」と「救済される臣民」から成立する国家」という見方から、「対等な市民によって構成される国家」という見方への転換であるということができます。

当時の大学の社会政策学——あるいは社会政策の先行形態としての国家学——は、こうしたビスマルク的な権威主義的社会政策の学問的基礎づけを行っていました。そうした学問は、揶揄的に「講壇社会主義」と呼ばれていまし

た——ニーチェは、これを『ツァラトゥストラ』において、「徳の講壇」と呼んでいます——。このことによってドイツでは、こうしたビスマルク的な權威主義的社会政策を押し進めるために、皇帝——大学（法学部）の講壇——官僚機構のいわば鉄の三角形が形成されて、それがこうした權威主義的な社会政策を推進していたわけです。

この鉄の三角形は、「救済する国家」と「救済される臣民」から成立する国家」という国家観の中核を構成するものとして理解されていたわけです——そして、ヴェーバーの観点から見たときには、この鉄の三角形の最大の問題点は、この三角形以外に政治的能力をもつ者の存在を容認しなかったという点にありました。この国家は、一切の批判的勢力の政治的成長を抑えつけようとするものだったわけです。そのことによって、国家を支える自主性をもった政治的勢力は成立せず、そのことがむしろドイツの弱体化を招来させた、とヴェーバーは見えていたのです——。

ヴェーバーは、このような観点に立つて、こうした国家観を否定して、この鉄の三角形を「対等な市民によって構成される自由主義的で民主主義的な議會制国家」の中へ解消しようとしたわけです。そして官僚機構をこの議會の統制下に置こうとしたわけです。大学には、学問の自由と大学の自治を保障して、国家的統制から解放しようしました。そして国民全体を、自由で批判的な、そして自己統治能力をもち政治的能力をもつ政治的市民として育成していかなければならない、と考えたわけです。こうした事態の中に憲法学や行政法学の根幹に関わる論点がいくつも存在していることは、容易に見て取ることが出来るはずで

四.

話は飛びますが、米国では、現代まで社会政策というものに対する反発が強くなりました。だから、米国では、これ

まで社会政策がほとんど行われず、今になってオバマ・ケアというような形で大急ぎでそれが行われているという状態です。要するに、米国は、福祉面では、決定的な後進国であるわけです。数年前、日本で『貧困大国アメリカ』という本が出ましたが、それを読んでみると、アメリカにおける「貧富の格差」と貧困者の現状には、そして富者や経済権力による搾取には、まことに目を覆うばかりのものがあります。

ところで、米国が福祉後進国になったことについては、このビスマルク的な権威主義的社会政策についてのイメージとそれへの反発が大きく作用していたとすることができます。この連関は今日の私の話のテーマと深く関係しており、またそこには極めて深い意味が潜んでいるのですが、この点については後に立ち入ることにします。今は、米国が福祉後進国になったことについては、このビスマルク的な権威主義的社会政策についてのイメージが大きく作用していたということがどういふことなのかということをお示ししていくことにします。

米国では、社会政策というものは、権威主義的なドイツに固有のパターナリスティックな政策であり、国家社会主義的で、怠け者に国費を投入して国民の勤労意欲を減退させる政策であると考えられてきました。そしてそれは、ピュリタニズムの自助精神を継承するアメリカという国の国情には全く適用できない政策、反米国的な精神に立脚する政策であって、アメリカには不必要なばかりか、不適切な政策だ、という印象が定着していったわけです。

バーニー・サンダースが、現在のアメリカの大統領選挙において、民主党からの候補者指名を獲得出来るかどうかはともかくとして、もはやいかなる意味でも泡沫候補は言えない素晴らしい選挙戦を戦っている、このことはおそらくは諸君もご存じのことだと思います。このサンダースは、この善戦によって、これまでの米国の社会福祉政策を一身に体現してきた感のあるヒラリー・クリントンの存在をさえ脅かしかねない健闘を示しています。こうした事実は、これまでの社会保障政策の不在、あるいは拒否ということに象徴されてきたアメリカの精神的風土が、今や構造的に変化しつ

つあるということを示しています。

共和党正統派の無力化とトランプ候補の台頭をめぐる共和党の混乱という事態をそこに重ねて考えてみれば、レーガン以来の保守的な政治基盤と思想基盤——法哲学的に言えばリバタリアニズム・経済学的に言えばシカゴ学派——の動揺・崩壊は、少なくともその徴候は、オバマ大統領の登場以降、全く否定することは出来ないものとなったということができるでしょう。とはいえ、オバマは大きな期待を背負って登場しながら、結局は大方の期待を裏切ることになりました。この期待に応えうるのは誰かということが次の焦点になっているということです。そこができるようです。そこにサンダース的なものかなりの幅広い支持に支えられての登場ということの意味があるのではないのでしょうか。

こうした事態を見てみると、現在でのアメリカでは、「社会政策におけるヴェーバー的な発想の革新」の後追いをしているというのではないかという思いが迫ってきます。この問題を最終的に解決していくカギは、貧窮した白人が黒人憎悪やヒスパック憎悪を不満の捌け口にするという排外主義的な回路——この回路はトランプ支持の回路にもなっているようですが——を、平等政策による貧窮階層の中産階級化・中産階級の再建の方向に転換させていくということにあるということができるでしょう。

五.

私が今、ここで現代アメリカのことを持ち出したのは、現在のアメリカの自由主義の精神を代表する二人の経済学者、ジョセフ・スティグリッツとポール・クルーグマンに言及したからです。ご存じの方もいるでしょうが、この二人はともにノーベル経済学を受賞した経済学者です——スティグリッツは二〇〇一年、クルーグマンは二〇〇八年——。

そして、この二人と非常に近い思想的スタンスを取っているフランス人経済学者に、二年前に『二一世紀の資本』を公刊して世界的な注目を浴びたトマ・ピケティがいます。ともに、中国を含めた現代世界で進行している「貧富の格差の拡大」傾向に鋭い批判を浴びせて、平等主義の現代的復権を訴えている人です。

法哲学の観点から見てここで重要なことは、ピケティが現代の「貧富の格差の拡大」傾向を批判する中で、ジョン・ロールズの正義論を援用しながら、「二一世紀の社会国家」を「貧富の格差の拡大」を克服する上での目標として提示しているという事実です。『二一世紀の資本』の第一三章を見ればそのことが分かります。これは、注目に値する極めて重要な事実である、と私は考えています。

このピケティの議論は、率直に言ってまだまだ思いつき以上のものではなく、十分に練り上げられたものにはなっていません。そこで提起されている「二一世紀の社会国家」という言葉にも、十分な意味づけが与えられているわけではありません。しかし、私はこのピケティの提言のうちに、例えばアメリカに即して言えば、サンダースのような、自分は社会主義者だ——正確に言えば民主的社會主義者だ——と公然と自称する大統領選挙候補者が登場してきて、ヒラリーを脅かす支持を得ているということがもつ画期的な意味を解釈し解説する手掛かりが見出せるのではないか。つまり、サンダースの出現は、こうした思想的・学問的動向の政治的表現だといえるのではないかと考えています。私は、こうしたことは、これまでの政治状況と法哲学的問題状況に大きなパラダイム転換が生じている——従って法哲学的なイノヴェーションが必要となっている——ことを示している、と考えています。

特にこうした問題状況の中では、他面で、計画経済の限界に行き当たって挫折した中国社會主義が、その後市場経済を公然と唱え、しかも着々と市場経済の構築を推進して、いまや世界の経済の牽引車の役割さえ果たしつつあるということの意味をあわせて意識する必要がある、と私は考えています。簡単に言えば、この二つの動向は、遠く離れた地点

から一つの方向に接近している、収斂しつつある、こう思われるわけです。そしてその収斂へ向けての経緯が、今後の世界の大きな焦点になるのではないかと、思っています。無論、こうした議論には大きな飛躍があると考える人が多いでしょう。しかし今日のテーマであるイノヴェーションということを問題にする以上、むしろ、これくらいのことを言うのに臆してはならないと反論しておくべきでしょう。

しかし、さしあたっては、私は、こうした現代のジョセフ・ステイグリッツとポール・クルーグマン、そしてトマ・ピケティ、ピケティによってそこに取り込まれ得るものと解釈されたジョン・ロールズ、こうした人達によって作り上げられている問題状況は、ジョン・スチュアート・ミルやマックス・ヴェーバーが取り組んだ問題を、現代においてあらためて提起しているのではないかと。そしてその問題状況は、上で収斂といったことと無関係ではないだろう、と考えています。

この二人、とりわけミルが直面した問題状況は、資本主義の勃興期、産業革命の以後の時期の「貧富の格差」問題の深刻化とその中での混乱状況でした。マルクスが『資本論』を書いたのも、こうした状況にあったロンドンにおいてでした。ヴェーバーが登場したのは、それから約三〇年後、ドイツ資本主義が帝国主義に転換しつつあった時期でした。しかし、例えば今のアメリカは、その繁栄が終焉に向かいつつある時期だといえるでしょう。

ステイグリッツやクルーグマンは、アメリカにおける中産階級の消滅、アメリカにおける機会均等と民主主義の神話の崩壊、従ってアメリカン・ドリームの消滅と、それをもたらした「貧富の格差の拡大」について、繰り返し語っています。そして、それをもたらした根源が「貧富の格差の拡大」であるということ、その「貧富の格差の拡大」の更に根源をなしたのが不公正な社会システムであること、例えば不公正なルールに支配される市場を前提にした上での市場至上主義であったということ、を繰り返し語っています。そして彼らは、民主主義の復権、そのために必要な平等政策、

中産階級の再形成、そしてそれを支持基盤とする民主的な政府が公正な市場を回復していくという必要性を、繰り返し説いています。ステイグリッツの“The Price of Inequality”（二〇一二）は中国語訳もできています。きっとその議論は、中国人の諸君の胸にも響くものをもっているはずですよ。

さて、アメリカにおけるこうした問題状況とその中のステイグリッツの主張は、約一世紀半前のミルや、一世紀前のヴェーバーの問題状況とそとの主張を髣髴させるものがあります。類似点は、ある意味での平等政策の推進とそれによる中産階級社会の形成、それを基礎にした議会主義の機能化、それによる公正で健全な市場——無論、労働市場を含めた——の回復、野放図な資本主義の統制、そうして成立し維持される市民社会による健全な議会主義の維持という点にあると言つていいでしょう。そして、その問題の現代的焦点は、「貧富の格差の拡大」と富裕階級の世襲貴族化、そうした現代版世襲貴族による不公正な政治の私物化の否定というところにあると言つていいでしょう。

六.

しかし、ここで諸君の中で、ミルやヴェーバーの西欧中心主義はどうした。その問題を忘れてしまったのではないか、という人がいるかも知れません。そう、その問題がまだ残っています。そしてそのことを私は決して忘れてはいません。では、このような現状から、ヴェーバーの議論を振り返ってみましょう。

キリスト教の中でも、近代を形成したのは、ヴェーバーによれば、プロテスタンティズム、とりわけ禁欲的ピュリタニズムでした。この禁欲的ピュリタニズムは、「職業」・「職業労働」という理念を宗教的な生活の中心と見たのです。「職業労働」に邁進すること↓地上の非合理的なもの・権威主義的なもの・伝統主義的なものを一掃すること↓自らの「職

業労働」を通して世界の合理化を推進し、そのような営為を通して「神の栄光」を讃えること。こうした意味をもつ「職業労働」に励む宗教的行為としての勤勉が、資本蓄積を可能にし、合理的な資本主義経営を可能にし、近代資本主義を成立させたのであった。こうした経緯とその根底にある労働倫理のイノヴェーションを、ヴェーバーは描き出したわけです。イエリネックの『人権宣言論』は、こうした議論の枠組の中での近代形成の論理の中に取り込まれて、その一部とされていったわけです。

ヴェーバーによれば、近代以前の西欧やオリエントやアジアにも、従って中国にも、資本主義はありました。しかし、それは非合理的な資本主義でした。例えば、ヴェーバーは、中国については、次のような資本主義があったといっています。これは、現代の中国の状況を理解する上で、依然として非常に示唆的な指摘だと言っているものと思われます。

中国では、科挙の試験に合格することは、役人として合法のおよびとりわけ非合法的な巨額の金銭を手に入れる機会を得るということを直接に意味している。だから、氏族内から科挙の合格者を出すために、それに必要な資金が共同で管理された。つまり、氏族を構成するメンバーは、合格者は役人として合法のおよび非合法的な巨額の金銭を手に入れる機会を得ることになるという可能性に狙いを定めて、科挙合格者養成プロジェクトの共同投資者・共同経営者となった。そして自分達の間から合格者が出れば、そこに参加した同族者達は、その合格者が官僚になって得る合法／非合法的の膨大な収入の分配に与った。

こうした方法で資本を投入し、利益を回収し、投資を代々継続して行くという経営のあり方は、前近代的なものでありその意味で非合理的なものではあるが、ある種の中国的資本主義であるとは言える、とヴェーバーは言っております。いわば虎と蠅の共同体が経営する非合理的な資本主義だというわけです。こうした資本主義は、国家的官僚制システムに寄生している。そして国家的官僚システムは、こうした虎と蠅の共同体の経営する非合理的な資本主義を前提として

存続してきたというわけです。この虎と蠅の資本主義は、中国では極めて強い生命力をもっているようです。それは極めて現代的な現象に突き刺さるものになっているわけです。

古代ローマの資本主義も、国家に寄生する政治的資本主義であつたとヴェーバーは言っています。税の徴収を請け負つて国家の代わりに税を徴収し、請負額を国家に納めて残りを自己の利益にするというのがその仕事でした。その他にもさまざまな形態の前近代的な資本主義がありえたわけです。

しかし、ともあれ、そうした資本主義は、掠奪的冒険的商業・奴隷や隸農からの搾取・国家の政治や軍事と結託した暴利の追求などの形での資本主義であつたわけです。勤労と公正な市場——競争を軸にして動く市場——を基礎にした資本主義ではなかつたわけです。こうした勤労と公正な市場を基礎にした資本主義こそは、ヴェーバーによれば、ユリタニズムの労働倫理を通して成立したものだつたのです。そしてこうした勤労と公正な市場を基礎にした資本主義こそが近代を形成したというわけです。

そうすると、近代の成立問題の焦点は、いろんな論点を度外視して言えば、「国家の政治や軍事と結託した非合理的な資本主義」——これは、レント・シーキング行為（簡単に言うとお価を見込んでの監督官庁や政治家への贈賄行為）によって競争を自分たちに有利な形で排除するようなルールを制定し、場合には直接的に自分たちに便宜を図ってくれる政策を策定し、そのことによって特権的で排他的な利益を得ようとする資本主義——から「勤労と公正な市場を基礎にした資本主義」への転換にあつたということになります。そして、たまたま西洋では、その転換を可能にしたのは、ヴェーバーによれば「プロテスタンティズムの倫理」だつたということになるわけです。

今、中国は、政治寄生的な虎や蠅をリーダーとする前近代的な資本主義と決別する準備をしています。それが勤労と公正な市場を前提とする、「公正と平等主義の意味での社会主義」的な市場経済——そうした意味での「社会主義的市

場経済」——への大きな一歩となることを、私は祈っています。その第一歩を本当の意味での第一歩にするためには、私は、ミルやヴェーバーの民主制への考え方は、重要な要素、不可欠な要素になるのではないかと考えています。ともあれ、こうした要素を組み入れることによってこそこうした合理化の事業は生産的なものになりうるのではないかと、逆に言う、こうした要素を組み入れることを躊躇っているのは、虎退治は党派闘争の手段にしかならず、虎が虎を退治しているといったことにしかない。重要なことはその限界を突き抜けるということだ、と言うべきでしょう。ここで、是非、三^三でお話ししたことを思いだして頭の中でこの文脈の中に組み入れて頂ければ、と思います。

先ほど、私は、自分は社会主義だ、民主的社會主義者だと自称するサンダースのような主張を容認しはじめたアメリカ資本主義と計画経済の限界に行き当たって社会主義的市場経済へ転換した中国社會主義は、一つの点に向かいつつある、収斂しつつあるように見えるという意味のことを言いました。この議論を現実的なものにするためには、こうした「民主制」も理解がカギになるだろうというわけです。そして、この路線に反対する人も、この議論を真摯に批判することが必要だろうというわけです。ここから逃げれば、現代の問題の焦点から逃げることになるといわねばならないでしょう。

七.

問題のポイントは何か。ミルの言葉で言えば、「個性と自由の欠如」と「専制制」・「自由で平等な討論」の習慣の欠如・その結果としての「伝統主義」の支配。これが、社会的「イノヴェーション能力の欠如」の原因でした。これがアジア的停滞をもたらしたものだし、例えばイギリスのあらたな停滞の原因になりかねないものとして危惧されたものでしたわけです。

現代において「貧富の格差の拡大」が憂慮されているのも、この問題と通じているからです。「貧富の格差の拡大」と富者の世襲的身分化は、教育の機会均等の可能性を消滅させ、文化への感受性を最も豊かな形でもっている中産階級を解体し、政治的理解力を鈍化させて民主主義的政治を機能麻痺させ、個性の自由の活動の余地を狭めていく。これは社会的流動性の消失、硬直化と停滞への道にほかならないからです。

ところで、とりわけヴェーバーが重視したことは、この西欧文明を最終的に完成させてイノヴェーションをしたのは、ピューリタニズムだった。ピューリタニズムの労働倫理だった、ということでした。このヴェーバーの議論に比べると、ミルは、ギリシャ・ユダヤ以来の西洋の発展を、比較的平板な発展図式で描き出していたといわねばならないようです。発展の中での決定的なポイントは何か。この点での鋭敏な嗅覚がミルには欠けていた、どうもヴェーバーはそうのように考えていたようです。

この意味では、ヴェーバーは、ピューリタニズムが西欧の歴史の中で果たしたイノヴェーションの意味を的確に、そして極めて鋭角的に捉えていたとことができるでしょう。ミルはピューリタニズムを偏狭なものとして嫌っていました。それゆえピューリタニズムの意味を認めなかった。その結果、ヴェーバーの眼から見ると、この発展を平板な形で捉えることになってしまったわけです。しかし、ここに存在するミルとヴェーバーの差異にこれ以上立ち入ることはできません。ここでむしろヴェーバーの西欧中心主義を問題にしていこうにしたい、と思います。

私は、西欧中心主義の一点を除いて、ミルやヴェーバーの議論を基本的に支持しています。そのことは、これまでの議論で十分に明らかになっていることだ、と思います。そのことをお断りしておいた上で、言いたいのですが、ヴェーバーは——やや単純化して言うことになりますが——、たしかに一面では、キリスト教は近代資本主義を作り出した、と考えていました。しかし、ヴェーバーは、実は、そのこととは微妙な関係に立つもう一つのことをも考えてました。

市場の根源性と創造性ということです。一言で言えば、近代資本主義を作り出したキリスト教もまた、市場によって創り出されたのではないか。法哲学的に言えば、伝統的な血縁・地縁的関係を解体する能力をもった契約関係こそがキリスト教を創り出したのではなかったか。そうした根源的な創造性を市場はもっているのではないか、ということです。ここに現在のポイントがあるのではないか。例えば現在の中国を根源的にイノヴェーションしていくような力の源泉もまた、市場に——但し、レント・シーキングによって歪められるのではない公正な市場に——あるというのではないか、というわけです。これは、つまりこういうことです。

①近代資本主義は、成立後しばらくして高度資本主義に変質していくわけですが、その変質の後では、資本主義は、掠奪的商業・奴隷や隸農などからの搾取・政治家や官僚と結託した暴利の追求などの形で利益を得た前近代的な資本主義と類似した型の資本主義に変化していくようになりました——ヴェーバーは、アメリカ旅行をしてアメリカの資本主義を見て以降、このように考えはじめたようです。このことを私は、ヴェーバーの一九〇六年の論文「ロシアにおける市民的民主主義の状態」におけるアメリカへの言及をみて言っているのですが、この点には、いまは立ち入ることはできません。だが、ともあれヴェーバーは、この時点のアメリカを「高度資本主義」と呼んで、おおよそこういうことを考えていたわけです——、この点でヴェーバーは未来に対して悲観的であったということが出来ます。そして、ヴェーバーとステイグリッツがつながるのは、この線を介してだということが出来ます。つまり、ヴェーバーは、アメリカの「高度資本主義」のうちに、ステイグリッツやクルーグマンが格闘している現在のアメリカ資本主義の頹落状況の端緒を見ていたと言っているのではないか、というわけです。

②しかし、もし十分な政治的教養をもった市民が存在するなら、そしてそうした市民に支えられかつそうした政治的市民を再生産していくことができるような形で機能しうるような議会制度が存在するなら、そうした資本主義は、そし

てその基礎となる市場は、ミルが主張したような「代議制政体」を通して批判的に制御可能だ。ヴェーバーの政治的議論は、舞台はドイツですが、原理的な議論軸はこの方向に向けられているということが出来ます。

要するに、資本主義は、「高度資本主義」になっていくと昔の型の資本主義と類似した非合理的な資本主義の方向に展開していくだろうが、そうしたことは、「代議制政体」の運営に習熟した市民が存在する場合には、批判し制御することが出来るし、またしなければならぬというわけです。ヴェーバーの市民主義と議會制論のポイントは、こうした方向性をもつものとして、この非合理的資本主義への対抗権力を構築するところにあつたといつて過言ではないでしょう。しかし、ヴェーバーは、そうした市民は、あくまでも公正な市場を基礎にもつ社会の中から生まれてくる、と考えていました。ヴェーバーにとっては、合理的な近代の母胎となつたのは、あくまでも公正な市場だつたのです。いま挙げた一九〇六年の論文の中で、ヴェーバーはとりわけそのことを強調していることが印象的です。

こうして、ヴェーバーの資本主義についての主張は二つの面をもっていたということが出来ることになります。

- (a) 自由な市場の上に立つ合理的な資本主義を押し進めるべきだという主張。そして
- (b) 自由な市場を歪め資本主義を非合理化していく動きに対しては、民主主義的な政治の力によつてストップをかけてそれを統制せよという主張。

ヴェーバーのこの(b)の主張は、ステイグリッツやクルーグマン、ピケティの主張と大きく重なる点だということが出来るように思われます。

この議論との関係において、ヴェーバーの極めて重要視するべき動向があります。それは、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』以降のヴェーバーは、自由な市場の意味をますます強調するようになっていったということです。キリスト教はむしろ「市場」と「市場をもつた都市」が生み出したものだということを強調しはじめたということです。

この点が、市場の根源性と創造性といったことに繋がっています。

ヴェーバーについては、先に、宗教が経済を決定するという主張をしたという解釈が有力なものとしてあるということとを述べました。しかし、最終的には、ヴェーバーは、宗教はやはり経済によって規定されていたとして、強いていえば下部構造優位論の立場に戻っていったとも言えるわけです。これは、マルクスとヴェーバーの問題における核心部分であると思っています。ただし、私は、このように言うことによって、唯物史観が正しかったなどということを言いたいわけではありません。ここで私が言いたいことは、市場の根源性と創造性ということです。

この市場の根源性と創造性ということは、法哲学的には、パシュカーニス『法の一般理論とマルクス主義』（一九二四）の現代的観点からの再評価と再検討を要求しているように思われます。そしてそれとヴェーバーの『法社会学』に展開されている契約論とを接合させて、そのパシュカーニスの議論を補完していくことが重要な課題になるように思われます。現代中国でパシュカーニスが読まれているかどうか、どの程度読まれているのかを私は知りませんが、パシュカーニスは、市場経済と契約の問題を法哲学に即して考える場合には、非常に重要な作品である、と私は考えています。しかし、パシュカーニスについては今は措きます。ここでの問題はヴェーバーの市場の強調の意味にあるからです。そこで話を市場の根源性と創造性ということに戻したい、と思います。

市場の根源性と創造性ということは次のようなことを意味している、と考えることができます。つまり、都市と市場が市民文化を生み出すということにこそ問題のポイントがあるということです。この市民文化が、西欧においてはギリシャ文明とキリスト教文明という形で現れたと考えるべきだろう。そして、禁欲的ピューリタニズムの資本主義促進的性格について言えば、それはカルヴィニズムやピューリタニズムそのもののうちにあったというよりは、むしろ経済的に発展した地域（典型的には、例えばスコットランド）において、その影響を受けて、そのようなキリスト教が、変容

を遂げつつ資本主義促進的な性格を獲得していったというような可能性があるということも考慮しておかなければならないだろう、ということです。――。

しかし、例えばアジアにおいては、氏族社会の厚い壁が、市民文化を生み出す能力をもった都市と市場の成立をさまたげました。ここにも微妙な問題がありますが、いまは省略せざるを得ません。しかし、ともあれ、今や中国においても、市民文化を生み出すに足る深い市場経済が成立しつつあります。そして、国際的な競争関係の中で、その市場経済の進展は、政治的理由からそれを押しとどめるということが不可能な事態にまで進んでいます。ともあれ、こうした市民文化を生み出すにたる深い市場経済の上に、更に厚みをくわえつつある中産階級を基礎におく都市社会が成立すれば、そこには、キリスト教が介在しなくとも、その市場が公正なものである限り、そして対外的に閉鎖的になったり排外主義的になったりしない限りは、固有の市民文化が発展していく可能性は十分にもっていると思われる。

その文化は、東アジアの香りをもつかも知れない。だからと言って、それが西欧の市民文化に劣るということにはなりません。そういうことは原理的にありません。今、東アジアの中では、西欧に負けない個性的な文化が少しづつ芽を吹き出しています。そして、日本、韓国はいうまでもなく、中国もまた、この道を大きく踏み出しています。市民文化、市民的政治文化を形成する最終的な基礎は、公正な市場にあります。そして、キリスト教もまた、こうした市場が生み出した市民文化の一つだったのです。

ヴェーバーは、百年前の人でした。ヴェーバーは、アジアといえば、精々のところ日露戦争の日本と辛亥革命の中国までしか知りませんでした。それゆえに、ヴェーバーは、ヨーロッパだけに成立した資本主義的近代を前提にしてその議論を構築していたのです。しかし、一九二〇年に死んだヴェーバーは、晩年には、都市と市場とが市民文化を生み、キリスト教を生んだのだということを強調していきました。そして、ヴェーバーの『法社会学』における契約論の分析

は、市場の中で成立する契約関係を、近代を生み出す母胎として大きく評価しています。契約関係こそが、近代的な人権を生み出した母胎だということを示しています。

この観点から言えば、キリスト教が人権を生み出したという主張は、私にはやや安易にさえ見えます。ヴェーバーが「目的契約」と呼んでいる市場の契約関係における個人の意思関係がどのような人格を可能にしていたのか。そこからどのような法と権利の理解が生まれたのか。そしてそうしたものが可能となる地平がいかなるメカニズムによって人間を人権をもつ存在として理解していくことになったのか。こうした思考様式が市場と都市において成立する過程が、他面で、例えば都市に存在した宗教的意識をどのように変容させていったのか。そうしたことが問題にされなければなりません。ヴェーバーは、そこまで問題にするべくして、十分にそれを問題にし論じる時間を持ち得なかったということができるでしょう。かといってパシュカーニスの議論が十分だったとも思えません。「人権を生み出す契約関係」とその「契約関係を生み出す市場」、このことを現代東アジアを焦点に置いて問題設定することが必要だ。この議論においては、ヴェーバーだけでなくパシュカーニスも十分に利用出来る。それが私の言いたいことです。

このことは、要するに、人権を伴う近代社会を形成するものは、キリスト教文明ではなく、むしろ公正な市場社会であり、それが形成した中産階級の社会なのだということを示しています。近代以前の時代については、ヴェーバーは、これを都市的商工業者層と呼ぶだろう。そうした都市と市場に関わる動向がキリスト教を生んだのであって、その逆ではない。ヴェーバーは、後にこの点に気づいていたのだが、明確にその点を定式化することはなかった。この点を明確にしていけば、ヴェーバーの西欧中心主義は越えることができる。これが私のヴェーバー批判のポイントです。

しかし、私がヴェーバーに即して法哲学研究として言っていることを、日本、韓国、中国は、試行錯誤的ではあれ、現実の歴史の中で実践しています。このことを、われわれは明確に意識するべきだと思います。学問の方向は、そのことの明確に自覚化された意識の上に構築されるべきではないだろうか。イノヴェーションは、こうした方向をハッキリと踏まえた上で遂行されるべきではないだろうか。そのことによって、個々の法領域におけるイノヴェーションの方向性も見えてくるのではないだろうか。私は今こうしたことを考えながらヴェーバーを勉強しているわけです。

追記…講演終了後の質疑討論の時間にまず出た質問は、「こうした議論の流れの中では、ハイエクはどのように評価されることになるのか。自分はハイエクに深い関心をもっているので、是非、ハイエク全体をどう評価しておられるのか、それをこの議論の中でどう位置づけられるのか、この点をお聞きしたい」、というものであった。私は、本講演は、ここでやるものとしてはいささか踏み込みすぎているかも知れないと感じていたので、その点を咎める意見が出ることを覚悟していた。だがむしろその予期とは逆の方向からこうした質問が出て、率直に言って驚いた。内容的には出るべくして出た質問とも言えるのだが、それが中国人研究者から出たことに、深い感慨を抱きもした。

ハイエクについては、私は、本講演のコンテキストの中になんか肯定的な形で位置づけつつ応答した。そして、それをリタタリアンやフリードマン以降のシカゴ学派とはハッキリと区別されるべき性質の思想だろう、と述べた。質問者もそれに賛同してくれて、ハイエクの市場論と法論との関係について、二三の議論を交わした。その中で、私は、ハイエクの市場論は重要なものだが、それと民主主義をつなげようとする発想が原理的にないという点は、中国の問題を考える場合には、もの足りないと言わざるを得ない、という意味の発言を付け加えておいた。

講演全体が時間を取り、この応答にもかなりの時間をとったので、質疑討論はそれで時間切れとなったのだが、この応答については、共感的表情を浮かべながら興味深く聞く人と理解できないといった表情を示す人がそれぞれにいたが、反発を示す人はいなかった（この点は、何人かの人に直接確かめた）。このことが全体の雰囲気象徴していると思う、また情報としての価値も多少はあると思うので、敢えて付記しておく次第である。

北海道大学法学会記事

〇二〇一六年五月六日 午後三時半から

「戦後日本公害の歴史的教訓」

報告者 宮 本 憲 一 氏

(大阪市立大学・滋賀大学名誉教授、立命館大学前教授)

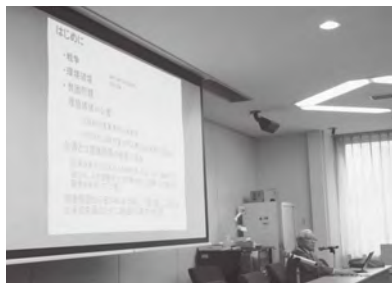
参考文献 戦後日本公害史論(岩波書店、二〇一四)

出席者 四〇名

一. 水俣病認定六〇年の記事が並ぶ昨今において、法学研究者はどうしても、公害問題と言っても、司法判決から平板な理解をしがちであるが、本法学会(北大民法理論研究会、民事法研究会、高等法研センター研究会と共催)は、この数十年まさしく公害問題の現場で最前線に立たれていた学際的研究者(元々、財政学、地方自治、地域開発の方から公害問題にアプローチさ

れた)による、前記近著(本書により、報告者は、日本学士院賞を受賞された)を基に、そのエッセンスを語り、我々の公害理解を立体化させ、今後の課題も認識させる、まさしく「目から鱗」の貴重な講演会であった。順にその梗概を述べてみよう。

二. 第一に、一九五〇年代(水俣病・イタイイタイ病)、六〇年代(四日市などの大気汚染、水汚染)の日本の公害状況は、今の中国に勝るとも劣らない状況であったが、この財産権保護にとどまらない、生命・健康・自然環境保護という人格存立をも危うくされる絶望的な暗闇を



ご講演の様子



法学会揭示前にて

破ったのは、農民・漁民よりも、三島・沼津・清水の市民運動（石油コンビナート誘致反対闘争）であった（三島・沼津型モデル）ということ、そうした非暴力の反対運動が、政府の高度成長戦略を阻止したという点を強調された。公害反対の世論が、自治体を改革し、政府が変わっていき、一九六七年の公害対策基本法、一九七〇年の公害国会、一九七一年の環境庁設置という運びになった。

しかし第二に、地方には公害反対の動きは高まらず、とくに、水俣・四日市などの企業城下町では、行政による被害者救済は高まらず、逆に被害者差別がなされるという状況であった。残された救済策は司法であったが、それを立ち上げるのも大変だった（原告を探すのも大変で、四日市訴訟の場合でも、むしろ周辺部の漁村（磯津地区）から提訴が始まった）。しかしそうした訴訟運営上大きな意味を持ったのは、例えば、一つに健康損害及び汚染源との因果関係の立証との関係で、完璧な疫学調査がなされていたこと（そこにおける三重大学の吉田克己教授の尽力）であり、二つには、共同不法行為や「立地の過失」などの法理の刷新があり、しかも各裁判所が、自律的判断をしたことである。かくしてこうした公害法理・公害司法の進展が、行政的解決へと展開した。

それはすなわち、第三として、各種の公害規制立法であった。しかし宮本教授は、それへの批判も忘れない。例えば、一九七四年の「公害健康被害補償法」はこうした公害闘争を受けた一般的には、良い立法であるが、水俣病には失敗しており、アスベスト・原発などの産業災害への対処もできていないと指摘する。この立法には、毎年八〇〇億円の企業負担が求められるが、企業側からの反対運動で、弱体化した。

一九七七年のOECDの「環境政策レビュー」では、日本は公害闘争の筆頭とされ、公害防止協定（市民と企業との社会的協定）は、三万件にも及ぶほどであった。しかし環境規制の質は、今後の課題とされたように、環境影響評価制度はなかなか作られず、一九九七年の環境アセス法は、アメリカから三〇年以上遅れるものだし、その運用は必ずしもその精神を活かすものとなっていない。これが、沖縄の辺野古論争の基礎にあり、アスベスト・原発への対応の遅れとなっている。環境被害は、不可逆性があり、予防的な差止めないし社会的救済が重要であるのに、そのことへの理解が足りないのである。

三、しかし第四に、（上記の如く一時は、一定の公害対策成果があり、民間企業の公害防止投資も奏功したが、）産業構造の

変化及びエネルギー政策の転換もあり、新自由主義政策の前面化という政策的環境の変化もあり、環境規制基準は緩和されており、日本環境会議の抵抗運動も限られたものとなっている。環境問題の国際化にもかかわらず、国際的NGOからの勧告にも十分に配慮しているとも思われない。

第五に、将来的課題としては、以下のことがある。一つに、公害・環境被害は、女性に重く、公害対策において女性差別もある（平均賃金を基準とする差別がある）。公害反対運動の主力も、従来女性であった。二つ目に、規制基準の問題として、司法と行政とのずれがあり、行政は、労働災害と環境災害との区別を理解しておらず、例えば、水俣病やイタイイタイ病問題でも、行政基準は、労働災害基準に依拠しており、環境被害の



環境被害をトータルに示す宮本ピラミッド

調査に即した基準作りができていない。その意味で、「公害の科学」が確立されていないし、それが行政で採用されていない。大きな具体的課題としては、アスベスト問題及び原発の問題がある。アスベスト被害について、近時の判例では、企業責任は認められるが、政府の責任への踏み込みは不十分で、一九七二年法改正による線引きにも理解できない。アスベスト救済法も見舞金的であり、それが司法のダイナミズムを封じたという問題がある。この「終わりなきストック型災害」への真の意味の救済からはほど遠い。情報が十分に出てきていないが、建材にアスベストは少なくとも、五〇〇万トンが使われており、二〇三〇年にかけての建替えで大きな被害が起きるであろう。国際的状況も深刻であり、中国が今一番アスベストを使っているが、その状況の情報報告もなされていない。原発問題に立ち入る時間は無いが、原発被害及び責任にしても、徹底的な究明が求められるであろう。

四、以上が、講演の概要であるが、宮本憲一先生のご指摘は、いずれも、現場から出発する具体的に明確な問題意識に充満しているもので、説得的で且刺激的なものである。先生と話していると、法学界の問題を指摘されることも多い。すなわち、先

生の歴史的分析の対象となるこの数十年の公害闘争においては、戒能通孝、清水誠、沢井裕、西原道雄、淡路剛久などの諸先生との学際的連携があり、第一線の民法研究者がこうした社会問題に向き合い、末弘厳太郎博士以来の「生ける法」「法と社会」への警鐘・教訓は、継承されていたと言える。ところが、公害・環境被害問題の継続にもかかわらず、民法研究者の頭数の激増とは裏腹に、この重要な社会問題への関心の低下、その意味での民法（民事法）研究者と公害問題（社会問題）との乖離現象をどう受け止めたら良いのかも、——エースピッチャーらしく先生から頂いた数多くの的を射たストライクボールについての我々の対応とともに、その前提となる——われわれの側の深刻な構造的問題のように思われた。更に、こうした中で、今後次々予定される原賠法に関する諸判決で、一九七〇年代以降公害法理を刷新したような注目すべき判例展開が見られるか、それを行う自立的司法意識・気



会場参加者との質疑

概が今の司法界にあるのかも心配なところである。

質疑討論は、分野を超えて参加して下さった出席者の全員との間で、幅広くなされた。確認的・感想的なやりとりは別として、例えば、第一に、環境問題に関するユーザーの責任はどうなるのかという質問（村上裕一准教授（行政学））については、原発問題との関係で、東電は、事故費用を電力料金に転嫁する動きが出ていて、その無造作な消費者負担は、汚染者責任原則との関係で逆に問題があると指摘され、アスベストなどの複合公害などでは、今後とも、流通・廃棄物段階での被害が出ることへの留意も必要だとされた。第二に、通常とは問責構造の異なる刑事責任を問う「高知バルブ事件」（詳細は、前掲書三一五頁以下）についての質問（堀田尚徳助教（刑事訴訟法））に対しては、蕩々とその経緯を直ちに詳細にお答えされるのを拝聴し、まさしく先生は、『公害問題の生き字引』であると痛感した。更に第三に、高知地裁にも在籍された櫛橋明香准教授（民法）からは、現場からの裁判所の見え方についての質問があり、これについて、例えば、大阪空港事件の控訴審判決の例を挙げて、裁判官と面会すると、その雰囲気から、積極的な判決を書くか否かが看取できたとの興味深いお返事があった。

八六歳というご高齢にもかかわらず、二時間半以上に及ぶ密度の高い精力的なご講演及び真摯な質疑に対応して下さる超人的な先生のお姿に、深い感銘を受けたのは、私のみならず、おそらく研究会に参加した者全員の感想であつたと思われる。先生と長年の交流がある、森啓教授（北海学園客員教授、北大前教授）は、「このような先生の長時間の講演は、極めて珍しく、皆さんは大変恵まれている」とコメントされたが、まさしく、宮本先生の貴重な講演に同席できた至福を痛感したひとときであり、先生の今後とも変わらぬご活躍、ご教示をお願いする次第である。

（文責 吉田邦彦（北大法学研究科教授（民法・居住福祉法））

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 67 No. 3(2016)
SUMMARY OF CONTENTS**

**A Reexamination of the “Regulation of Monopolistic Situations” in the Music Copyright Management Business (2) :
Legal Interpretations and Applications of the Article 2 (7)
and Article 8-4 of the Anti-Monopoly Act**

Renkou KYOU*

(Lianjia Jiang)

This thesis focuses on the ongoing dominance by JASRAC of music copyright management business even after the introduction of competitive copyright management policy in the industry more than a decade ago. The possibility of effectuating a competitive environment through the Anti-Monopoly Act is examined.

This paper begins by pointing out the limitation of regulations through the active involvement of supervisory authorities and “the Act on Management Business of Copyright and Neighboring Rights” and suggests the importance of the regulatory function of the Anti-Monopoly Act.

Chapter 3 examines several regulatory approaches feasible under the Competition policy and arrives at the conclusion that the purely structural regulations against the “monopolistic situation” is the most suitable way to effectively create a competitive environment, when taking into account the characteristics of music copyright management business.

It proceeds to the examination of whether the dominance of JASRAC actually falls under the “monopolistic situation” defined in Article 2 (7) of the

* Hokkaido University Graduate School of Law Assistant Professor.

Anti-Monopoly Act and, if so, then to the question of what effective and feasible measures can be taken to restore competition (Article 8-4).

First, with regard to the relevance of JASRAC's situation with Article 2 (7), the thesis clarifies that the situation enjoyed by JASRAC can be construed as a substantial restraint of competition, which is even more aggressive than ordinary restraints (For example, "private monopoly").

This interpretation leads to the conclusion that the current status of JASRAC can be evaluated as the "monopolistic situation" under the law. Based on this understanding, Chapter 5 further discusses possible competition restoration measures under Article 8-4.

The major advantage of competition restoration measures proposed in this paper is that the measures can be exercised through clerical procedures, such as the amendment of copyright trust agreement clauses or the revision of the management scope under the trust agreements, without requiring any drastic transfer of factories or facilities that normally entail corporate divestiture. While being a purely Businesslike process, its virtual effect in terms of market structure transformation is comparable to an actual corporate divestiture.

When the monopolistic situation is replaced even partially with the competitive management framework through the implementation of competition restoration measures, then both copyright holders and users may enjoy wider options, and healthy management competitions may be expanded, which as a whole would boost the development of music industry.

Resale Price Maintenance and Retail Margin

Akihiko NAKAGAWA^{*}

This paper clarifies the circumstances in which a local, brand-specific resale price maintenance (RPM) is observed. The standard anticompetitive theories of RPM provide unsatisfactory explanations for a local RPM by a single manufacturer, which is narrower than an industry-wide RPM. In a bilateral duopoly model with Bertrand competition, a leader finds it profitable to adopt RPM, as long as the upstream firms are differentiated. When downstream retailers are also differentiated, the analysis shows either that a local RPM reduces the follower's revenue, or that an industry-wide RPM is supported. Price leadership and retail margin are the key underlying factors explaining the phenomena.

^{*} Associate Professor of Law, Hokkaido University Graduate School of Law.

ドイツ連邦共和国における 刑事施設内の母子施設

小名木 明 宏

1. はじめに

女子処遇の一環として、その子供に対してどのように対応するかという問題は、これまで我が国ではあまり論じられてこなかった問題である。母親である女子の被収容者が子供と一緒に施設に入るという点については、刑事収容施設法66条1項が「刑事施設の長は、女子の被収容者がその子を刑事施設内で養育したい旨の申出をした場合において、相当と認めるときは、その子が一歳に達するまで、これを許すことができる。」とし、原則一歳までと規定しており、例外として、2項で「刑事施設の長は、被収容者が、前項の規定により養育され一歳に達した子について、引き続き刑事施設内で養育したい旨の申出をした場合において、その被収容者の心身の状況に照らして、又はその子を養育する上で、特に必要があるときは、引き続き六月間に限り、これを許すことができる。」としている¹。旧監獄法適用の時代からも含めて、この法令に基づき各女子施設には母子を対象とする区画が整備されている。これについてコンメンタールも「母親である被収容者に対する適正な処遇の実施という観

¹ 旧監獄法はその12条1項で「新ニ収容スル婦女其子ヲ携帯センコトヲ請フトキハ必要ト認ムル場合ニ限り満1歳ニ至ルマテ之ヲ許スコトヲ得」とし、また、2項で「刑事施設ニ於テ分娩シタル子ニ付テモ亦前項ノ例ニ依ル」とし、1歳までの子供の帯同を認めていた。

点を含んだ制度であるということが出来る」としており、被収容者にとっての子の養育の意義を認めている²。

他方、国際的には、2010年12月に「女性被拘禁者の処遇及び女性犯罪者の被拘禁措置に関する国連規則（バンコク・ルールズ）」³が国連総会で採択され、被収容者の処遇に関する国際準則として成立している。これによれば、刑事施設内において母子に配慮しなければならないことがうたわれている（ルール51、52）。また、2015年4月にカタールのドーハで開催された第13回国連犯罪防止・刑事司法会議⁴で取り上げられ、犯罪防止のために国連基準の果たす役割に関するワークショップの中で、刑事施設内に母子ユニットを設けることを要請している⁵。しかも、次回第14回大会は2020年に日本で開催されることが決定しており⁶、ホスト国としてこの問題に積極的に取り組む必要がある。本論稿は、このような背景の下、この問題についてかなり先進的なドイツ連邦共和国における刑事施設内の母子施設の実情を論じるものである。なお、本調査は文献による調査のみならず、筆者が実地調査とインタビューを行った成果であり、必ずしも客観的なデータが揃っていない箇所もある。この点はご了承ください。

2. ドイツ連邦共和国における母子収容

² 林眞琴・北村篤・名取俊也「逐条解説刑事収容施設法〔改訂版〕」有斐閣、2013年、272頁。

³ 原文については、United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules) <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2010/res%202010-16.pdf> を参照。また、山内さやか「矯正に関する国際準則をめぐる最近の動向」刑政124巻5号82頁も参照。

⁴ http://www.moj.go.jp/hisho/kokusai/hisho10_00005.html

⁵ Report of the Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Doha, 12-19 April 2015 (A/CONF.222/17) http://www.unodc.org/documents/congress//Documentation/Report/ACONF222_17e_V1502929.pdf 参照。とりわけ、62頁の(i)を参照。

⁶ http://www.moj.go.jp/hisho/kokusai/hisho10_00005.html

(1) ドイツにおける女子の被収容者の現状

ドイツ連邦共和国は連邦制のため、各州の権限が大きく、連邦法と州法が競合するという法現象が存在する。行刑法の分野では、連邦が大枠を、州法が詳細な運用を定めるということが一般的である。

そのうえで、ドイツの被収容者数を見てみると、総収容者数61737人のうち、男子は58225人、女子は3512人となっている⁷ (2015年11月末日現在。なお、未決、保安監置を含む)。ドイツの全人口が約8200万人であることを考慮すれば、日本との比較では、約1.5倍すればおおよその比較がきよう。

(2) 母子収容の法的根拠

本稿で研究対象としている刑事施設内の母子施設については、1976年5月16日の連邦行刑法80条が「子供を持つ母親」を、142条が「子供を持つ母親のための施設」を規定しており、これが法的根拠となっている。

80条 子供を持つ母親

「(1) 女子の被収容者の子供が就学義務年齢に達していないときは、子供の福祉にかなっている場合には、滞在決定権を持つ者の同意を得て、母親のいる行刑施設と一緒に収容できる。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

(2) 収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより母親と子供の一緒にの収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。」

142条 子供を持つ母親のための施設

「女子のための施設においては、母親が子供とともに収容される設備が整えられていなければならない。」

これに基づいて、各州が細かい規定を設けるのであるが、現段階では必ずしもすべての州が独自の規定を設けているわけではなく、その場合

⁷ Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten - 30. November 2015 https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF_5243201.pdf?__blob=publicationFile

には連邦法の直接適用となる。それゆえ、連邦行刑法も各州での行刑実務では重要な意義を有している。

(3) 現状

現在、以下の刑事施設内に母子施設が設けられている。シュヴェービッシュ・グミュント女子刑務所 (JVA Schwäbisch-Gmünd (Baden-Württemberg))、アイヒャッハ女子刑務所 (JVA Aichach (Bayern))、ミュンヘン刑務所 (JVA München (Bayern))、ベルリン女子刑務所 (JVA Berlin (Berlin))、フランクフルト女子刑務所 (JVA Frankfurt/Main (Hessen))、フェヒタ女子刑務所 (JVA Vechta (Niedersachsen))、ケムニッツ刑務所 (JVA Chemnitz-Reichenhain (Sachsen))、リューベック刑務所 (JVA Lübeck (Schleswig-Holstein))、フレンデンベルク医療刑務所 (JVKH Fröndenberg (NRW)) である。母子施設の収容定員もまちまちであり、母親である被収容者が開放処遇か閉鎖処遇⁸かで、母子施設の設備や運用等がそれぞれ異なっている。このうち、最後のフレンデンベルクは医療刑務所への併設であるが、医療刑務所内に収容された母親を対象とする母子施設ではなく、医療刑務所の運営からは基本的に独立したものである。また、ベルリンとリューベックの母子施設の収容定員は極めて少数である。

⁸ 開放処遇と閉鎖処遇について、連邦行刑法10条は

(1) 開放処遇の特別の要件を満たし、とりわけ、自由刑の処遇から逃れたり、開放処遇の機会を犯罪行為に悪用する虞がない場合には、被収容者は本人の同意を得て、開放処遇の施設または区画に収容される。

(2) その他の場合には、被収容者は閉鎖処遇に収容される。処遇のために必要な場合には、被収容者は閉鎖処遇に収容され、あるいはそこに戻される。

と規定している。同条2項の閉鎖処遇が「その他の場合には」という文言を用いていることから、立法者は開放処遇を通常処遇 (Regelvollzug) と位置付けている。*Laubenthal, Klaus*, Strafvollzug, 7. Aufl., 2015, Springer, Rn. 355.

また、母子施設との関連での開放処遇と閉鎖処遇については、*Gottwald, Theresa/ Sarachmann, Nadia*, Mutter-Kind-Einrichtungen im Strafvollzug. Bestandaufnahme und gegenwärtige Rahmenbedingungen in Deutschland, 2014, Grin Verlag, S. 10 ff. が詳しい。

(4) 歴史

まず、ドイツにおける行刑施設内での母子施設の歴史を検討すると、そこには「教育的観点」と「1940年代終盤の行刑の実情」が浮き出され、これが母子施設の誕生に大きな役割を果たしたことが明確であると指摘されている⁹。第2次大戦後の混乱期、女子施設に収容された女子受刑者が出産する場合、まず外部の病院で分娩した後、子供は母親から引き離され家に帰り、母親は刑事施設に戻るようになっていた。しかし、第2次大戦の影響で、都市は荒廃し、子供を児童施設で受け入れることは困難であった。このような実情に鑑みて、フランクフルト女子刑務所の職員が女子施設にいる妊娠した女子受刑者の置かれた状況に同情し、これがドイツで最初の母子施設誕生の先駆けとなったのである¹⁰。

当時、女子施設長であったヘルガ・アインゼレ (Helga Einsele) の率いるフランクフルト女子刑務所の職員たちは、乳児を収容しても、母親から引き離す以上の害はあり得ないという考え方を主張し、母子施設の必要性を説いた¹¹。最初は授乳のための接触を許可する等、段階的な緩和を経たのち、1976年4月1日に定員18名の最初の母子施設がフランクフルトに設置された。さらに、1988年には定員5名(閉鎖処遇)を追加している¹²。それ以前は、アイヒャッハ、フェヒタ、シュヴェービッシュ・グミュント各女子刑務所で授乳を目的に運用していた実態はあったが、例外的で、しかも数は極めて少なかった¹³。

まとめると、まず、女子の被収容者が子供を産んだ場合、授乳のために便宜を図ったということからスタートし、母親と子供と一緒に暮らすことの重要性に着目し、母子施設の設置が提唱されたという経緯が認められる。もちろん当初は、戦後の混乱の時期であり、父親がいなかったり、さらには子供を託す親族もいなかったり、さまざまな事情は考えら

⁹ *Junker, Anne*, Mutter-Kind-Einrichtungen im Strafvollzug. Eine bundesweite empirische Untersuchung zu den Rahmenbedingungen, Lit Verlag, 2010, S. 11.

¹⁰ *Junker*, aaO (Fn. 9), S. 11.

¹¹ *Junker*, aaO (Fn. 9), S. 12.

¹² *Junker*, aaO (Fn. 9), S. 16.

¹³ *Junker*, aaO (Fn. 9), S. 17, *Haverkamp, Rita*, Frauenvollzug in Deutschland, Duncker & Humblodt, 2011, S. 150 Fn. 185.

れ、しかし、被収容者に子供がいる、児童施設は十分ではない、さあどうするといった喫緊の問題への対処が間髪を入れず求められたのである。その意味で現在の豊かな時代とは時代背景が異なっているともいえる。そして時代が経過し、国民生活に余裕ができたからこそ、子供の福祉を考慮して、母親と一緒に暮らすことのメリットに重点が置かれているように思われる。もちろんここまでに至る道のりは、そう簡単なものではなかった。多くの反対意見が唱えられた（例えば、子供が外界の刺激に触れる機会がない、女性ばかりの社会を当然と考えるようになるなど）が、数十年の経験を経て、ドイツの母子施設は確固たるものとなっている¹⁴。

このようにして、1976年4月にフランクフルト女子刑務所で母子施設が誕生し、これを皮切りに、続々とドイツ各地で新たな施設が誕生することになる。最も新しいものでは、2009年にミュンヘン女子刑務所に閉鎖処遇の母子施設が整備された¹⁵。

3. 母子収容の実務運用の実態

次に運用実態について検討したい。すでに述べたように、ドイツは連邦国家のため、州ごとの行刑法が異なり、文言上に違いが存在している。それぞれの州により、（１）親の性別、（２）子供の年齢の上限、（３）子供の福祉への配慮、（４）保安上の憂慮、（５）費用負担、（６）連邦行刑法142条に対応する規定の存否、これらの点をめぐって違いが生じている。ここからは、参考資料として挙げた各州の行刑法の条文を参照されたい。

（１）親の性別

母子施設という名の由来の通り、その誕生時においては、子供を持つ

¹⁴ Haverkamp, aaO (Fn. 13), S. 150 f.

¹⁵ Junker 論文は、2010年に公開されたが、博士論文として書かれた同著には執筆時期の関係でミュンヘン刑務所の実情については計画中とされるのみで、詳細は記載されていない。Junker, aaO (Fn. 9), S. 20参照。

母親を前提にした制度であったが、ジェンダーフリーを考慮すれば、必ずしもこれに拘泥される必要はない。したがって、母子施設ではなく、父子施設はあるかという疑問が生じてくる。すでにみたように連邦法は、これを母親に限っているが、各州法ではこれをどのように規定しているかが問題となる。

ブランデンブルク州（2013年4月24日の行刑法21条「子供を持つ両親の収容」は「母または父」という文言を規定）、ノルトライン・ヴェストファーレン州（2007年11月20日の少年行刑法117条、成年行刑法では母親のみ）、ザクセン州では父親も可能となっており、また、文言上、女性を前提としていない「被収容者」という文言を用いているヘッセン州も同様である。ヘッセン州行刑法74条3項（2010年6月28日）は「このための施設においては、被収容者がその子供と一緒に収容される設備が整えられなければならない。」と定めている。その他の州では、母親のみ認められている。ノルトライン・ヴェストファーレン州行刑法は、2015年に制定されているが、2007年の同州少年行刑法とは異なる。

（2）子供の年齢の上限

連邦行刑法80条1項1文によれば、子供の年齢は義務教育年齢である6歳未満と定めている。各州に関しては、バイエルン州、ヘッセン州、ニーダーザクセン州、ノルトライン・ヴェストファーレン州は連邦の規定と同様に、就学義務年齢未満としており、ハンブルク州は2009年7月14日の行刑法21条で5歳未満、バーデン・ヴュルテンベルク州とザクセン州は、3歳未満としている。

運用としては、開放処遇では就学年齢である6歳まで、閉鎖処遇では3歳までに限っているのが一般的である。

（3）子供の福祉への配慮と保安上の憂慮

各州は連邦行刑法80条1項1文をもとに、若干の文言の違いはあるものの、子供の福祉へ配慮しているが、ザクセン州ではさらに「保安上の理由に反しない」ことを前提としている。そもそも子供の福祉といった場合、それが何を意味するのかは法令上、明確ではない。しかし、実務上は、子供の健康、親の教育能力、母子関係の正常性、外部での居住可

能性を考慮している¹⁶。

(4) 費用負担

連邦行刑法80条2項は「収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより母親と子供の一緒に収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。」としており、原則として1文で扶養義務者の負担と定めている。これはドイツ民法1601条「直系血族は互いに扶養をなす義務を負う」に基づくものである。しかし、2文には例外が設けられている。各州も同様で、実際にはこの例外が活用されている。ただ、バーデン・ヴュルテンベルク州は「原則として行刑が負担するものではない」と強く規定しており、さらに、ザクセン州は「収容の費用は子供の扶養義務者の負担による」と規定しているのみである。行刑法の文言は以上のようにになっているが、現実には、少年局から子供一人当たり一日100ユーロ前後の費用が施設側に支払われている。

(5) 定員と利用状況

次の表は、定員を示したものである。

	開放処遇	閉鎖処遇
フェヒタ	13	5
フランクフルト	18	5
シュヴェービッシュ・グミュント	－	11
アイヒャッハ	6	10
ミュンヘン	－	10
フレンデンベルク	16	－
ケムニッツ	5	－

このほかに、リューバック刑務所、ハンブルク・ハーネーファーザント刑務所などでも若干名を受け入れているようである。また、ザクセン州のヴァルトハイム刑務所には2010年5月から開放処遇で父親用に3名

¹⁶ Junker, aaO (Fn. 9), S. 229.

定員が用意されている¹⁷が、現実には使われていない¹⁸。まとめると、ドイツ全土で、母親用として約100名、父親用として3名、それぞれ受け入れ可能である¹⁹。

利用状況については、ユンカー論文で詳細な調査がなされたが、調査時期が2008年であり、しかも、その後ミュンヘン刑務所に母子施設が設けられたこともあって、もはやここで紹介する意味はあまりないだろう²⁰。筆者が実地調査した際に得た情報では、概ね開放処遇は定員が埋まっており、また、フランクフルトでは、閉鎖処遇の母子施設も常に満員であるとの回答を得ている。

(6) 部屋の広さ²¹

次の表は、部屋の広さを示したもの(単位は㎡)である。

	開放処遇	閉鎖処遇
フェヒタ	19.5	20
フランクフルト	12.3 × 2	18
シュヴェービッシュ・グミュント	－	バラバラ
アイヒャッハ	17.5	20.5
ミュンヘン	－	15
フレンデンベルク	30	
ケムニッツ	15	

シュヴェービッシュ・グミュントは、もともとは修道院であったものを改造したため、部屋の広さがそれぞれ異なり、また、フレンデンベルクは看護婦寮であったものを利用しているため、シャワー、トイレ、キッチン付きの通常のアパートメントである。

¹⁷ 父親用の施設の必要性については、Kudlacek, Jana, Zur Notwendigkeit eines Vater-Kind-Erwachsenenstrafvollzug, Peter-Lang, 2014が総合的な検討を加えている。

¹⁸ <https://www.justiz.sachsen.de/jvawh/content/584.htm>, <http://www.sz-online.de/nachrichten/neues-hafthaus-ist-ende-2011-fertig-747002.html> など参照。

¹⁹ Junker, aaO (Fn. 9), S. 42.

²⁰ 2008年の調査状況については、Junker, aaO (Fn. 9), S. 44 f. 参照。

²¹ Junker, aaO (Fn. 9), S. 252と筆者自身の現地調査に基づくもの。

(7) 母親と子供のために提供されるプログラム

提供されるプログラムは各施設によって異なることはもちろんであるが、概ね、ベビーマッサージ、子供体操教室、音楽教室、水泳教室、母と子の工作教室といったものが挙げられる。

4. 各州の個別状況

(1) バイエルン州

バイエルン行刑法(2007年12月10日)は第11章82条以下に「妊婦ないし母親の処遇について」という規定を定めている。とくに、バイエルン行刑法86条では、子供は義務教育年齢までと規定している。これは連邦行刑法と同じ内容である。バイエルン州では、アウクスブルク近郊のアイヒャッハ女子刑務所とミュンヘン女子刑務所に母子施設がある。アイヒャッハ女子刑務所では、開放処遇で6名、閉鎖処遇で10名の収容が可能である。母子区画においては3歳までは子供と一緒によい。これは、当該母子施設は「保育所(Kinderkrippe)」として認可を受けており(ドイツ社会法第8編児童支援45～48条参照)、3歳児までという制約があるためである。もうひとつの母子施設はミュンヘン刑務所にあり、2009年から閉鎖処遇で10名を受け入れている。

以下の概説は、2015年5月にミュンヘン女子刑務所を視察し、女子刑務所長にインタビューした結果をまとめたものである。

この女子刑務所は2009年にできたもので、文献ではまだあまり扱われていない。ここでは閉鎖処遇のみが行われており、定員は10名、子供の収容キャパシティは14名となっている(母と子供ひとりが6部屋、母親と子供ふたりが4部屋)。2015年5月現在、8名の母親と9名の子供が収容されていた。被収容者に子供がいるかどうかについては、最初の面談の時に聞いている。しかし、母親と子供が一緒に出所することを想定しているので、例えば6年の自由刑に処せられた場合は、母子施設を利用することはできない。

子供は、日中は施設内の認定保育園で過ごす。子供の外部へのアクセスは、特別の部屋が用意されている。ただ、夫婦そろって刑務所に入っている場合が多い。

提供される技能教育プログラムは、裁縫、クリーニングがあり、また、工作教室、体操、グループディスカッションも行われる。2014年12月には、毎日15時30分からセーフプロジェクトとして、薬物依存のカウンセリング、負債処理のカウンセリングが行われた。現在のスタッフは、社会教育士、教師、小児科医、一般職員、交代要員がそれぞれ1名である。

なお、一般部門は、150名の定員で、1区画に1名用が14部屋、4名用が16部屋用意されており、これが5区画ある。

(2) ヘッセン州

ヘッセン州行刑法74条(2010年6月28日)は、子供を持つ被収容者の収容を規定している。ここで注目すべきは、文言上は男子も想定しているということである。また、1項にいう「滞在決定権を持つ者」とは、ドイツ民法1626、1631条に規定されており、通常はもう一方の親、多くの場合は父親である。

母子施設のあるフランクフルト女子刑務所では開放処遇を大規模に実施している。設立の経緯はすでに述べたように(上述2(4)歴史参照)、ドイツの母子施設の先駆けとなっている。また、このフランクフルト女子刑務所の特徴は、ドイツで唯一財団による支援を受けていることで、さらに施設を出た後も支援がある²²。開放処遇では、定員18名(6歳以上は不可)を受け入れ、母親は昼は作業、子供は市の保育所に行く。閉鎖処遇では、定員5名で3歳まで受け入れているが、それ以上は施設には大きすぎるので不可としている。

以下の概説は、2014年12月にフランクフルト女子刑務所を視察し、女子刑務所長にインタビューした結果をまとめたものである。

この母子施設では、薬物依存者は基本的に受け入れていない。もちろん、グレー領域については判断が難しくなる。しかし、いずれにしても子供の福祉を考えると危険が大きすぎるからと説明されている。

また、母子施設に関する行刑法上の「子供の福祉」条項については、これは非常に重要な視点であり、これを重視している。

²² Verein zur Förderung des Mutter-Kind-Heimes der JVA III in Frankfurt am Main-Preungesheim (<http://www.mkhpreungesheim.de/>)

費用の問題に関して、現実には、少年局 (Jugendamt) が支払っており、フランクフルト女子刑務所の場合、一人当たり一日82ユーロが支払われ、これは一日当たりの子供の収容費用に該当する。少年扶助 (Jugendhilfe) の枠の中でこれが支払われているので、施設側は、扶助計画、発達状況、その他の状況報告を少年局に提出しなければならない。本来は費用は親の負担であり、父親が支払えるのであれば、彼が支払わなければならない。他方で、母親は少年局から児童手当をもらっている。

開放処遇においては少年局と一緒に責任を負っており、拘禁の最終段階では社会への移行について十分に配慮がなされている。さもないと、それまでの過程が水泡に帰するからである。例えば、女性が外でも子供への扶助が得られたり、保育園等の受け入れを実現されねばならない。これらの点に、注意が払われている。

母親に対する教育プログラムに関しては、両親学級が用意されており、日常生活のコースがある。共同での料理教室、誕生日パーティー（多くの子供はここで初めて誕生日パーティーを体験！）などがある。2014年には、「健康を考えた栄養と歯の管理」というコースもあり、栄養学者、歯科医師が外部から参加し、甘いものを控えるなどの指導がなされた。2015年は、数週間にわたる長期コースとして「強い親と強い子供」というドイツ児童保護連盟によるプログラムを予定している。「強い」とは自己意識の強さである。それ以外にも、子供のグループ活動として、スポーツ等の活動がある。

子供の日中の活動²³については、3歳までの閉鎖処遇の児童は、開放処遇の子供と一緒に保育所で過ごす。3歳以上の開放処遇の子供は日中は普通の幼稚園に行く。しかし、幼稚園の空を見つけるのが難しい場合がある。その場合、母親が送り迎えをする。これに対して、閉鎖処遇の母親は、施設内で、作業なり教育を受ける。開放処遇の母親は、閉鎖施設内で処遇を受けるか、あるいは外部通勤している。

外国人の割合については、開放処遇では、外国人率が少ない。フラン

²³ フランクフルト女子刑務所の母子施設での日課については、Vogel, Victoria, Rechtliche Voraussetzungen und Grundlagen eines Mutter-Kind Vollzuges in einer Justizvollzugsanstalt, 2011, Grin Verlag, S. 8 f. にも具体的な記述がある。

クフルト市はそもそも外国人率が高いが、開放処遇では、ドイツに居所を持っている者しか受け入れていないからである。閉鎖処遇では、ドイツに居所を持っていない者を受け入れている。たとえば、南米やアフリカからの薬物の運び屋などが空港で捕まった場合である。刑期を終えれば、母国に帰ることになる。したがって、彼女たちは開放処遇になることはほとんどない。

女子の被収容者が収容される場合、2つのケースが考えられる。まず、妊婦の場合、そのまま分娩まで世話をする。施設側としてはこれがやり易く、分娩、乳児の世話、母子同室と流れていく。これが本来の母子施設のコンセプトである。他方、母親が入所するにあたって、子供がいるので、一緒に来てもいいかという申請をする場合もある。開放処遇の場合、刑期が短いので、少年局に申請し、問題がなければ認められる。ただ、これは「権利」ではなく、事例ごとに判断される。少年局が子供の福祉を考慮して、例えばDVなどの場合、申請を却下する場合もある。

母子施設に母親が小さい子供と一緒にいて、別の大きな子供が訪問することはできる。14歳までの子供は月に1回、週末と一緒に過ごすことができるが、開放処遇の場合に限られる。これに対して、閉鎖処遇の場合は、通常の被収容者の場合と同様に、外部からの訪問ができるだけである。逆に、閉鎖処遇の子供は、チェックはあるが、いつでも外部の父親等を訪問できる。そもそも子供に対する処遇ではないからである。ただ、子供が外に行くかどうかは、母親が監護権に基づいて決める。もちろん、本当の父親でない人のところに行く場合もあるが、その場合でも、まず母親の判断があって、その後、子供の福祉と保安上の理由に基づき、決定される。

ヘッセン州の行刑法ではヘッセンの規定では、母親のみならず、父親も可能であるが、現在のところその設備はない。来年以降、母子施設の改修が行われるが、その際に考慮されるかはわからないし、需要も少ないだろう²⁴。

²⁴ フランクフルトではかつて1件だけ例外的に父子を収容したケースがあった。この点については、Steinhilper, Monica, in: Hans-Dieter Schwind, Alexander Böhm, Jörg-Martin Jehle (hrsg.), Strafvollzugsgesetz, 4., neu

(3) バーデン・ヴュルテンベルク州

バーデン・ヴュルテンベルク州行刑法(2009年11月10日)はその第1編10条に女子処遇に関する特別の規定を置いている。母子施設のあるシュヴェービッシュ・グミュント女子刑務所は、1998年から閉鎖処遇で11室(ただし、1部屋は職員用)を開設している。

以下の概説は、2015年7月にシュヴェービッシュ・グミュント女子刑務所を視察し、女子刑務所長にインタビューした結果をまとめたものである。

ここは修道院を改修して作られたもので、部屋の大きさがそれぞれ異なっている。10部屋と職員用1部屋が用意されている。職員は9名のソーシャルワーカー(うち2名がパート勤務)、2名の心理士が勤務している。

母子施設の子供に関しては3歳までで、保育園の事業免許に定められている。子供は1か月に7日間、帰宅することができる。

外国人率は、被収容者がドイツ語を話すので一概には言えないが、東ヨーロッパが多く、ナイジェリア、南米も多い。ドイツ人に関しては薬物事犯が多い。なお、性同一性障害については個室に収容している。

(4) ニーダーザクセン州

ニーダーザクセン州行刑法(2014年4月8日)はその73条で子供を持つ母親について規定している。母子施設のあるフェヒタ女子刑務所はオスナブリュックとブレーメンの中間にあり、女子の閉鎖処遇、開放処遇、少年施設、社会治療施設、半自由拘禁(Freigang)²⁵を網羅している。ここも修道院を改装した女子刑務所で、男子刑務所を経て、1941年に女子刑務所となった。閉鎖施設137名(母子施設5名含む)、開放施設45名、

bearbeitete Aufl., 2005, De Gruyter Verlag, § 80 Rdn. 6, *Weßels*, in: *Johannes Fest, Wolfgang Lesting* (hrsg.), *Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 6. Aufl., 2012, Carl Heymanns Verlag, § 80 Rdn. 9.

²⁵ ここでいう半自由拘禁(Freigang)とは、緩和措置の一形態として連邦行刑法11条1項1号後段に規定されたもので、刑務職員の監視なしに出入りができる施設である。とくに女子の場合、昼間は自宅に戻り、母として、主婦として家庭で役目を果たし、夜はこの施設へ戻って宿泊する。これにより、子供を他人に預けなくて済む。*Haverkamp*, aaO (Fn. 13), S. 255 f.

開放母子施設13名、社会治療施設14名、少年施設39名の計320名（ヒルデスハイム分所72名含む）が定員であり、職員数178名で対応している。閉鎖処遇施設とその他の施設は徒歩5分ほど離れた場所に位置している。母子施設は1980年に設置された。

以下の概説は、2015年12月にフェヒタ女子刑務所を視察し、女子刑務所長にインタビューした結果をまとめたものである。

母子施設は閉鎖処遇（定員5名）と開放処遇（定員13名）にあり、合計で26名の収容が可能となっている。

母子を受け入れるかについての判断の際、母親と子供と一緒に釈放されることが前提であり、母親の刑期が3年を超える場合、そもそも閉鎖処遇としての母子施設への受け入れは理論的にはあり得ない。母子と一緒に社会へ戻れないからである。しかし、例えば、母親が故殺で9年の実刑判決を受けた場合でも、最初の3年は閉鎖処遇の母子施設、次の3年は開放処遇の母子施設、残りの3年は仮釈放というような運用もできる。

また、母子施設に入る要件は、子供の年齢、子供の健康に関する医師の診断、少年局の援助（1日100ユーロ）である。

準備されている処遇プログラムは、料理、子育て講座、ベビースイミング、幼児運動教室など一般的なものである。家族との面会については、施設での宿泊はできないものの、緩和されれば月2回の面会が許され、さらに年間21日の帰休やその他特別の事情に基づく帰休が認められる。

外国人率は12%ほどで、男子の外国人率が1/3から1/2であることを考えると、低い。また、薬物依存者も受け入れている。

（5）ノルトライン・ヴェストファーレン州

ノルトライン・ヴェストファーレン州行刑法（2015年1月13日）は、その87条で子供を持つ女子の被収容者を規定している。フレンデンベルク医療刑務所はルール工業地帯の東側の田園地方ザウアーラントの北に位置している。市民病院が経営破綻したものを司法省が買い取り、1986年に運用開始した。定員236名で、州全体の収容者約18500名に対応しており、職員数は300名を越える。年間患者数は入院が3000～3600名、外来が7000～8000名である。被収容者は男性女性両方で、内訳は、未決、

刑罰、処分、保安監置のすべてにわたっている。

以下の概説は、2016年5月にフレンデンベルク医療刑務所を視察し、刑務所長にインタビューした結果をまとめたものである。

フレンデンベルク医療刑務所に隣接する場所に母子施設がある。これは、病院とは別個のもので、医療刑務所に収容中の母親を対象としたものではなく、通常の開放処遇の母子施設である。定員16人で、昔の看護婦寮を利用している。アパートメントなので、一室が30㎡と広く、各部屋にトイレ、シャワー、キッチンが付いている。また、寮として使用していた際のダブルルームもあり、子供3人まで受け入れられる部屋もある。収容費用として子供一人に1日130ユーロを少年局が支払っている。部屋へは家具など持ち込みが可能で、自家用車を持っている母親もあり、外出時に利用している。なお、男性が入りたいと申請したことはあったが、女性用なので受け入れなかった。

この母子施設の隣に幼稚園があり、子供は昼間、その幼稚園に行き、母親は作業に従事する。午後は子供を連れて外出しなければならない。テレビは指定時間のみ視聴可能で、いつでも見られるわけではない。母親が子供を放置したり、自分自身が熱中しないためである。

罪名が薬物を理由に入ってくることはないが、薬物の経歴を持つ人はおり、場合によってはメタドン治療をしている。また、外国人の割合はだいたい1/3程度だが、スタッフはとくに意識したことはない。

出所後のアフターケアには気をつけているが、ネガティブな素因は相変わらず残っているので、それが問題となっている。

5. おわりに

3年ほど前からドイツの母子施設を視察して、今回、まとめることができた。各施設を視察しての印象は、「母子施設＝幼稚園」である。母親が日中は刑務作業や教育に集中し、午後から夜にかけては親としての役割を果たすコンセプトが実現されている。もちろんこれを可能にしているのが、スタッフやその他関係者による支援であり、－とくに開放処遇では－地域全体として社会復帰を実現していこうとする心意気を感じられる。もちろん、子供一人当たり1日100ユーロ前後の費用がかかっ

ており、福祉の負担は少なくない。我が国でこのような制度を実現しようとする、結局は誰がこの費用を負担するかという問題が最後までついて回るものと思われる²⁶。

なお、本稿脱稿後にザクセン州ケムニッツ女子刑務所の母子施設を視察し、意見交換することができたが、校正の段階での加筆ができなかった。これについては機会をあらためて報告したい。

【参考資料】

連邦行刑法（1976年3月16日）

80条 子供を持つ母親

（１）女子の被収容者の子供が就学義務年齢に達していないときは、子供の福祉にかなっている場合には、滞在決定権を持つ者の同意を得て、母親のいる行刑施設と一緒に収容できる。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

（２）収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより母親と子供の一緒にの収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。

142条 子供を持つ母親のための施設

女子のための施設においては、母親が子供とともに収容される設備が整えられていなければならない。

バイエルン州行刑法（2007年12月10日）

86条 子供を持つ母親

²⁶ 最近の日本における母子施設の状況については、矢野恵美「ジェンダーの視点から見た刑事政策」法学セミナー 737号（2016年）30頁、同「受刑者なのか患者なのか：医療と刑罰の間」刑政2015年7月号（2015年）14頁、さらに、他のヨーロッパに状況については、齋藤実「フィンランドにおける女子受刑者処遇の現在（いま）－子どものいる女子受刑者処遇（「家族ユニット」）を中心に」獨協法学96号（2015年）181頁、矢野恵美・齋藤実「英国の女子被収容者マネジメントに学べること－刑務所庁規則4800「女子受刑者」より」刑政125巻12号（2014年）42頁で論じられている。

(1) 女子の被収容者の子供が就学義務年齢に達していないときは、子供の福祉にかなっている場合には、滞在決定権を持つ者の同意を得て、母親のいる施設と一緒に収容できる。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

(2) 健康扶助も含めた収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより母親と子供の一緒に収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。

(3) 1項に従って母親と一緒に収容された子供の病気がそこで治療できない場合には、子供は施設外の病院は移される。母親が一緒であることが医学上必要であり、執行の理由に反しない限り、母親もまたそこに移される。

168条 子供を持つ母親のための施設

女子のための施設においては、母親が子供とともに収容される設備が整えられていなければならない。

バーデン・ヴュルテンベルク州行刑法(2009年11月10日)

第1編10条 母子区画

(1) 3歳未満の子供を持つ女子の被収容者は、両者が収容に適しており、母親と子供のための空きがあり、これが子供の福祉に適っており、そして滞在決定権者の同意があれば、女子行刑施設の母子区画に受け入れることができる。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

(2) 健康扶助も含めた子供の収容の費用は原則として行刑が負担するものではない。

ヘッセン州行刑法(2010年6月28日)

74条 子供を持つ被収容者の収容

(1) 就学義務の無い被収容者の子供は、子供の福祉に適っている場合には、滞在決定権を持つ者の承諾を得て、行刑施設と一緒に収容される。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

(2) 収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより一緒に収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。

(3) このための施設においては、被収容者がその子供と一緒に収容される設備が整えられなければならない。

ニーダーザクセン州行刑法 (2014年 4 月 8 日)

73条 子供を持つ母親

(1) 女子の被収容者の子供が就学義務年齢に達していないときは、子供の福祉に資する場合には、滞在決定権を持つ者の同意を得て、母親のいる行刑施設と一緒に収容できる。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

(2) 収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより母親と子供の一緒にの収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。

ノルトライン・ヴェストファーレン州行刑法 (2015年 1 月13日)

87条 子供を持つ女子の被収容者

(1) 女子の被収容者の子供が就学義務年齢に達していないときは、女子の被収容者がそこでの収容に適しており、彼女と子供のための空きがあり、これが子供の福祉に資する場合には、滞在決定権者の同意を得て、女子行刑施設の母子区画に受け入れることができる。受入れに先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

(2) 健康扶助も含めた収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。このことにより女子の被収容者と子供の一緒にの収容が妨げられる時は、費用の請求はなされないこともある。

(3) 子供が施設外の病院は移されるときは、医学上必要である場合には、女子の被収容者が付き添うことが認められうる。

ザクセン州行刑法 (2013年 5 月16日)

14条 子供を持つ母親と父親の収容

(1) 子供の福祉に適い、保安上の理由に反しない場合には、子供は、滞在決定権者の同意を得て、3歳に達するまで母親または父親のいる施設に収容されうる。特別の理由があれば、その収容は半年間の延ばすことができる。収容に先立って、少年局での聴聞がなされねばならない。

- (2) 収容の費用は子供の扶養義務者の負担による。

成年年齢の準拠法

—— 国際養子縁組を題材として ——

嶋 拓 哉

1. はじめに

家族法においては、認知、養子縁組あるいは親族間の扶養をはじめとして、対象者が成年年齢に達しているか否かにより、要件が加重されることがある。例えば、日本法では、認知に関して、「成年の子は、その承諾がなければ、これを認知することができない」(民法782条)とし、認知対象者が成年者である場合には、その承諾を付加的要件として課している。また、養子縁組に関しては、「配偶者のある者が未成年者を養子とするには、配偶者とともにしなければならない」(同795条本文)、「未成年者を養子とするには、家庭裁判所の許可を得なければならない」(同798条本文)とそれぞれ規定し、養子となる者が未成年である場合に、養子縁組の成立要件を加重している¹。

¹ ドイツでは、未成年養子に限り、一定期間の試験的養育(ドイツ民法[以下、条項番号前は「BGB」という]1744条)、および法定代理人もしくは実父母の同意(同1746、1747条)が要求されるほか、夫婦共同縁組が原則とされる(同1747条)。その他にも、オーストリアでは、未成年養子に実父母の同意が求められるほか、実父母の同意に代替する形で裁判所の同意補充が必要とされる場合もある(オーストリア民法181条)。他方で、成年養子の場合に養子の配偶者の同意を成立要件として加重するなど、成年養子を制限的に認める国もある(例えばスイス)。なお、原則として成年養子を認めない国が比較的多い(英国、フランス、ロシア等)。

こうした付加的要件を課すための前提となる「成年年齢」という基準は、現行の日本法では言うまでもなく20歳である（民法4条）²。しかしながら、成年年齢は各国一様ではない³。純粋な内国事案を想定すれば、日本民法を前提として成年年齢を考えても差支えはないが、涉外事案を想定すれば、果たして対象者が「成年であるか否か」を判断するに当たっていずれの国の法を基準とすべきか、が問題となり得る。このような成年年齢の準拠法の選択肢になり得るのは、次の二つであろうと想定される。

A説：法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）4条に拠り定まる行為能力の準拠法

B説：各身分行為に関する抵触規則に拠り定まる準拠法（例えば、認知であれば通則法29条2項に拠り定まる準拠法、養子縁組であれば同法31条1項に拠り定まる準拠法、親族間の扶養であれば扶養義務の準拠法に関する法律に拠り定まる準拠法）

もっとも、わが国においては、後述の如く、親族間の扶養に関する裁判例を巡って、扶養権利者が成年であるか否かを判断するに当り準拠法に関する議論が多少はなされたものの、それ以外の局面では、かかる問題を明示的に取り上げる形で議論が展開されてはこなかったように思われる。本稿では、主として国際養子縁組の事案を念頭に置いた上で、ドイツにおける議論状況も参照しつつ、この問題について若干の考察を加えることとしたい。

² 平成27年6月の公職選挙法改正により、選挙権付与年齢が従前の20歳から18歳に引き下げられ、同28年6月から施行されている（公職選挙法9条1項）。また、民法の一部を改正する法律案（第189回国会提出）では成年年齢の引下げに触れていないものの、政府内では別途、上記の選挙権付与年齢と平仄を合わせ、成年年齢を18歳に引き下げる方向で検討を進めている。

³ 欧州および北米では成年年齢を18歳とする国が比較的多く、世界的に見ても、中国や豪州等も含めて成年年齢を18歳と定める国が多数を占める。他方で、アフリカ諸国やラテンアメリカでは成年年齢を21歳と定める国が多い。20歳を成年年齢とするのは日本のほか、台湾、タイ、ニュージーランド等である。それ以外にも、16歳（ネパール等）、17歳（北朝鮮）、19歳（韓国等）を成年年齢とする国がある。

2. 具体的な検討事項

イ. 養子縁組の準拠法を適用するに当たっての問題

検討事項を具体的に説明するために、次の二つの国際養子縁組の事案を想定する。なお、これら事案に関する限り、反致の成立は想定しない。

〔事案1〕

養親となるべき者Xは日本人であり、その配偶者Yおよび養子となるべき者Zはともに甲国人である。なお、Zは20歳であり、甲国法上の成年年齢は21歳である。甲国法では、通則法31条1項後段に掲げる要件を課していない。

〔事案2〕

養親となるべき者Xは日本人であり、その配偶者Yおよび養子となるべき者Zはともに甲国人である。なお、Zは19歳であり、甲国法上の成年年齢は18歳である。甲国法では、通則法31条1項後段に掲げる要件を課していない。

養子縁組を巡る法の適用関係については、通則法31条1項に拠る。養子縁組の準拠法は、同項前段に基づき、「縁組の当時における養親となるべき者の本国法」である。しかしながら、同項後段にはセーフガード条項が設けられ、「養子となるべき者の本国法によればその者若しくは第三者の承諾若しくは同意又は公的機関の許可その他の処分があることが養子縁組の成立の要件であるときは、その要件をも備えなければならない」旨規定する。以上の規定に基づき、事案1および2のいずれにおいても、X Z間の養子縁組の準拠法は通則法31条1項前段に基づき日本法、同項後段のセーフガード条項に基づき適用されるのは甲国法ということになる。

事案1において、養子縁組準拠法（日本法）のうち民法795条、798条が適用されるか否かは、養子となるべき者Zが成年年齢に達しているか否かに拠る。通則法4条に基づき行為能力準拠法（甲国法）に拠れば、Zは「未成年」と評価されるが、他方において、養子縁組準拠法（日本法）に拠ればZは「成年」と評価される。また事案2においては、通則法4条に基づき行為能力準拠法（甲国法）に拠れば、Zは「成年」と評価され

るが、他方において、養子縁組準拠法（日本法）に拠ればZは「未成年」と評価される。これら事案設定に拠る限りは、養子となるべき者の本国法（甲国法）は通則法31条1項後段に掲げる要件を課していないことから、X Z間の養子縁組の成否を決するのは専ら同項前段に基づく養子縁組準拠法（日本法）ということになる。そこで、日本民法795条、798条の適用の有無を判断するに当たって、Zが成年であるか否かの判断基準を果たしていずれの法規範に委ねるべきであろうか。これが本稿における第一の検討事項である。

ロ. 養子となるべき者の本国法を適用するに当たっての問題

上記（イ.）と類似する問題は、セーフガード条項に基づき養子となるべき者の本国法を適用するに当たっても生じ得る。次の事案に沿って、具体的に問題の所在を説明する。

〔事案3〕

養親となるべき者Xは日本人であり、その配偶者Yおよび養子となるべき者Zはともに甲国人である。なお、Zは20歳であり、甲国法上の成年年齢は21歳である。甲国法では、養子となるべき者が未成年の場合には、その三親等内の親族すべての同意を要する旨の規定がある。また、甲国の国際私法によれば、行為能力の準拠法はその者の常居所地法とされており、Zは日本に居住している。

事案3でも、通則法31条1項前段に基づきX Z間の養子縁組の準拠法は日本法であり、同項後段のセーフガード条項に基づき適用されるのは甲国法である。上記（イ.）で指摘したとおり、養子縁組準拠法（日本法）の適用に当たって、養子となるべき者Zが未成年として評価されるか否かが問題になるが、その結論に関わりなくZの三親等内の親族すべての同意を要求する甲国法規定の適用が議論されなければならない。Zが未成年であることがこの甲国法規定の適用要件であるが、やはりこの場合にも、Zが成年であるか否かを判断するための基準をいずれの国の法規範に求めるべきかが問題となるであろう。考えられる選択肢は、通則法4条に拠り定まる行為能力準拠法、もしくは通則法31条1項後段が指し示す養子となるべき者Zの本国法であろう。事案3に沿って具体的に論

じると、このうち前者の見解を採用すると、成年年齢の準拠法は通則法41条の反致が成立する結果として日本法になることから、Zは「成年」と判断される。これに対して、後者の見解に拠れば、成年年齢の準拠法は甲国法であるからZは「未成年」と判断される⁴。即ち、成年年齢を巡る抵触規則を如何に考えるかに拠り、Zの三親等内の親族すべての同意を要求する甲国法規定の適用を巡り異なる帰結をもたらすことになるのである。

3. わが国における従前の議論

イ. 養子縁組の準拠法を適用するに当たっての問題

(1) 裁判例

殊養子縁組の事案に限れば、この点を論じた裁判例は存在しない。また養子縁組の事案という枠を離れ一般的に言っても、各国毎に成年年齢が異なるにせよ、成年年齢を18歳から21歳までの間に設定している国が殆どであり、偏差が大きいわけではない。このため、事例1乃至3のように、法体系毎に成年か否かの判断が区々異なりこの点が実質的な争点になる事例は然程生じ得ないであろう⁵。そうした中であって、親族間の扶養に関連して扶養権利者が成年であるか否かが争点とされた裁判例（東京高決平成18年10月30日判時1965号70頁、以下「平成18年東京高決」という）が存在する。これは、原告X（中国籍、日本在住）が被告Y（中国籍、日本在住）に対して中国法の成年年齢（18歳）に達した日以降の扶養料の支払いを求めた事案であるが、東京高裁は、扶養義務の準拠法

⁴ 通則法31条1項後段（セーフガード条項）に基づく養子となるべき者の本国法に関しては、反致の成立を否定するのが立法担当者の見解である（南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992年）207頁以下）。また、現在の多数説を占める（櫻田嘉章『国際私法〔第6版〕』（有斐閣、2012年）119頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』（有斐閣、2012年）46頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第2巻〕』（有斐閣、2011年）325～326頁〔北澤安紀〕、神前慎ほか『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2012年）67～68頁〔元永和彦〕等）。

⁵ 松岡博〔高杉直補訂〕『国際関係私法講義〔改題補訂版〕』（法律文化社、2015年）81頁。

に関する法律に基づき、X Y間の扶養義務の準拠法を日本法とした上で、「日本の法律においては、原則として扶養権利者が成年に達するかどうかで扶養の内容や程度が異なる（生活保持義務か、生活扶助義務か）ものと解されるところ、Xは、18歳からの扶養料の先払いを求めているため、扶養義務の程度及び内容の決定のための先決問題として、Xがいつ成年に達したかが問題となる。一般的には、先決問題の準拠法については当該問題の準拠法によるものと解されているところ（最高裁判所平成12年1月27日第一小法廷判決・民集54巻1号1頁参照）、扶養義務については、その先決問題について主問題である扶養義務の準拠法の法律によるべきであるとの見解もある。しかし、扶養義務のみに関し、一般とは異なった取扱をすべき明文の規定も特段の事情もないから（なお、扶養義務の準拠法に関する条約2条1項は、先決問題の取扱いを締約国の判断に委ねていると解される。）、Xがいつ成年に達したかの点については、法例3条（通則法4条に相当）が指定する準拠法によることとする」（執筆者により若干の補記を行っている）との判旨を展開した。この裁判例は飽くまで親族間の扶養について判示したものではあるが、その判旨を読む限り、裁判実務では、渉外的身分関係の成立が争われる中で当事者が成年であるか否かが問題となる場合には、これを先決問題として捉え通則法4条に拠り準拠法を決するのが一般的であると捉えているように思われる。

（2）学説

養子縁組準拠法のうち一部規定の適用要件として、養子となるべき者が未成年であることが想定されているような場合（具体的な事案は2.イ.を参照）に、成年か否かに関する判断基準をいずれの法に求めるかを明示的に取扱った従前の議論は然程存在しない。

その中であって、長田真里先生は、養子となるべき者が成年であるか否かという問題を先決問題として捉え、その判断基準を、通則法4条に基づきその者の本国法に求める立場（1.のA説）に依拠しているようである。具体的には、平成25年司法試験（国際関係法〔私法系〕）第1問の解答例の中で、「（通則）法31条1項によれば、養子縁組は縁組の当時における養親となるべき者の本国法による、とされる。従って、本間においては、H（＝養親となるべき者）は自らの本国法である日本法の求

める要件を満たさなければならない。日本民法795条によれば、配偶者のある者が未成年者を養子とする際には配偶者とともにしなければならないとされる。それでは本問においてC（＝養子となるべき者）は未成年者であるか。未成年者であるか否かについては（通則）法4条により当事者の本国法にしたがって決定する。ここでCの本国法は題意により甲国法であり、甲国法①によれば、年齢18歳をもって成年とされることから8歳未満であると考えられるCは未成年者である⁶（括弧内は執筆者による補記である）との記述を展開している。

また、平成18年東京高決を支持する学説も多い⁷。これらの見解は、扶養義務の程度を判断するための前提として扶養権利者が成年であるか否かを決定する必要があることから、後者を先決問題として捉えて通則法4条に基づき扶養権利者の本国法をその準拠法とする立場を採用している。これら見解は飽くまでも親族間の扶養問題に関連して議論を展開しているが、その基本的な考えは養子縁組等その他の渉外的身分関係にも妥当するように思われる。例えば、早川眞一郎先生は、平成18年東京高決の評釈の中で「扶養義務については、親族関係等の存否が前提として問題となることがあるが、これについて、先決問題一般の処理とは異なり、扶養義務準拠法によるべきであるとする見解がある。その見解によれば、成年年齢についても扶養義務準拠法によることになろうが、本決定は、これを否定した。扶養義務についてだけ特別扱いする理由はないという本決定の判断は、現在の学説の大勢でもあり、妥当であろう⁸」との評価を示しているが、これなどは、扶養以外の身分関係一般についても、抵触法上平成18年東京高決と同様の法律構成で処理を行うのが一般的であること、および成年年齢もこれら身分関係の先決問題として通則

⁶ 法学セミナー編集部編『別冊法学セミナー・司法試験の問題と解説2013』（日本評論社、2013年）379頁〔長田真里〕。

⁷ 櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2012年）43頁〔中林啓一〕、155頁〔早川眞一郎〕、北坂尚洋「判批」平成19年度重判解〔ジュリスト1354号〕321～322頁（2008年）、道垣内正人「判批」判例評論591号38頁〔判例時報1996号200頁〕。

⁸ 櫻田＝道垣内編・前掲注（7）155頁〔早川〕。なお、同43頁〔中林〕もこれとほぼ同旨。

法4条に基づき準拠法を決すべきであることを、正面から肯定する論旨として位置付けられるであろう。

これに対して、各身分行為の準拠法に成年年齢の問題を拠らしめる見解(1. のB説)も提唱されている。奥田安弘先生は、この論点を明示的に取上げ、「通則法4条1項は、年齢による行為能力の制限を本人の本国法によらせるが、養親の本国法により要件とされる裁判所の許可が未成年者だけを対象とする場合には、未成年者であるか否かは、養親の本国法によるべきである。たとえば、養子縁組の準拠法が日本法である場合、わが国の民法は、未成年者の普通養子について、原則として家庭裁判所の許可を要件とするが(民法798条)、そこでいう「未成年者」とは、わが国民法にいう未成年者、すなわち20歳未満の者をいう。これは、養子縁組の代諾を要する年齢を15歳未満としていることに鑑みて(民法797条1項)、家庭裁判所の許可を要する年齢を20歳未満と規定する代わりに、未成年と規定したにすぎないと考えられるからである。(中略)同様に、養親の本国法である外国法が未成年養子をのみを認めている場合、成年年齢も養親の本国法によるべきである」と論じる⁹。また櫻田嘉章先生は、平成18年東京高決に関連して、「日本法上、扶養の内容・範囲はたしかに要扶養者の年齢により異なるが、行為能力を有する場合には独立生計が可能なので、成年年齢が一応の基準とされるが、行為能力＝成年年齢と完全に結びついているものではなく、日本法によっても、原則は成年に達するまでであるが、それは絶対ではなく、要扶養状態^(ママ)＝行為能力、成年年齢ではない。従って、むしろ行為能力を有するか否かは絶対的な先決問題であるとはいえず、むしろ扶養の程度・内容を決める一つの要素であり、従って、扶養義務の準拠法によらしめても差し支えないのではないであろうか」¹⁰との考えを表明している。勿論のこと、かかる櫻田先生の見解は親族間の扶養の問題に関連して示されたものであり、養子縁組や認知にも直ちにその射程が及ぶわけではないが、その基本的な骨子は養子縁組等の事案においても共有され得るものと考えられる。

⁹ 奥田安弘『国際家族法』(明石書店、2015年) 245～246頁。

¹⁰ 櫻田嘉章「判批」私法判例リマークス37[2008年下]号151頁(2008年)。

ロ. 養子となるべき者の本国法を適用するに当たっての問題

平成元年法例改正前は、旧法例19条1項が養子縁組の各当事者について本国法の配分適用を規定していた。しかしながら、平成元年法例改正において、これを改め、法例20条1項前段で養親の本国法を養子縁組準拠法とする旨規定したうえで、同項後段にセーフガード条項を盛り込んだ。これにより、養親の本国法を養子縁組準拠法としつつも、養子の本国法に基づく保護要件の充足も併せて要求されることとなり、この基本的な枠組みが現行の通則法31条1項にも承継されている。既に事案3（2. ロ. を参照）で示唆したが、養子となるべき者の成年年齢の判断基準を行為能力準拠法に求めるか、それともセーフガード条項が規定する養子となるべき者の本国法に求めるかでは、具体的な結論が異なる可能性がある。それは主として、前者については反致の適用があるのに対して、後者の場合には反致の適用を否定するのが一般的であることに起因する¹¹。もっとも、養子となるべき者の本国法を適用するに当たって、その者が成年であるか否かの判断をいずれの国の法に委ねるべきかという問題を明示的に取扱った従前の議論は、わが国には存在しない。

4. ドイツにおける議論状況

イ. 養子縁組に関する抵触規則

ドイツ国際私法（以下、条項番号前は「EGBGB」という）22条1項は、「養子縁組は養親の本国法に拠る。夫婦の一方もしくは双方が養子縁組を行う場合には、14条1項に基づき決せられる婚姻の一般的効力の準拠法に拠る」と規定したうえで、同23条では、「認知、命名または養子縁組に対する、子およびそれと家族法上の関係にある者による同意の要否

¹¹ 勿論、仮にセーフガード条項（通則法31条1項後段）について反致（同41条）の適用を肯定する立場に依拠したとしても、成年年齢の準拠法を行為能力の準拠法に求めた場合との間で、具体的な結論が一致するとは限らない。それは養子の本国国際私法の規定如何によって、行為能力準拠法、セーフガード条項が規定する養子となるべき者の本国法のいずれか一方についてのみ反致が成立する場合を想定し得るからである。

および付与は、追加的に子の本国法に拠る。前段の規定にかかわらず、子の福祉に必要な限りにおいてドイツ法が適用され得る」と規定する。養子縁組に関するドイツ国際私法の枠組みは、①原則として、養子縁組の準拠法を養親の本国法に求めていること、および②セーフガード条項を設け、養子の保護要件については累積的にその本国法が適用されること、という二点において、わが国の通則法と共通する。ドイツ国際私法は、①夫婦による養子縁組の準拠法について特別の抵触規則を設けていること、②子の保護要件に関して特別の公序規定を設けて、ドイツ法適用の余地を留保していること等の点においてわが国通則法との相違が認められるものの、大局的に見れば、わが国通則法と同じ基本構造を備えていると評価し得る。こうした認識の下で、ここではドイツ国際私法における議論状況を参照する。

Ⅱ. 養子縁組の準拠法を適用するに当たっての問題

(1) 裁判例

ドイツでは、養子縁組の準拠法を適用するに当たって、養子となるべき者が成年であるか否かが問題になる場合には、これを先決問題として捉え行為能力の準拠法に基づき判断すべきとの立場（1. のA説）を採用する下級審裁判例（1999年11月15日付カールスルーエ高等裁判所決定）¹²が存在する。

この事案は、アフガニスタン国籍の兄弟が1990年代に相次いで政治難民としてドイツに入国し、その後兄（X）はドイツ国籍の女性（Z）と婚姻し、実弟（Y）との夫婦共同養子縁組を申請したものの、半年後にはX・Zの婚姻が破綻しZが自身の養子縁組の申立てを取り下げたことから、最終的にXがYとの単独養子縁組を求めたものである。Xは当初未成年養子縁組を申立てたが、簡易裁判所および地方裁判所はこれを認めなかった。これに対して、カールスルーエ高等裁判所は、Xに成年養子縁組の申立ての機会を与えXもこれに応じたため、Xの申立てを認容し

¹² OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15. 11. 1999, FamRZ 2000, 768. なお、同様の立場に拠るものとして、LG Stade, Beschluss v. 27. 8. 1975, FamRZ 1976, 232; OLG Bremen Beschluss v. 15. 3. 2006, FamRZ 2007, 930等がある。

た。その決定理由の中で次のとおり判示した。

「これまでの事実認定によれば、XによるYとの養子縁組にはドイツ法が適用される。従前簡易裁判所と地方裁判所に対して、Xからは未成年養子縁組を求める申立てがなされていた。しがしながら、養子となるべき者が未成年か成年かという先決問題の準拠法はEGBGB 7条に基づきアフガニスタン法であり、同国法によれば、Yは1998年12月26日付で満18歳を迎え成人となっている。原審が的確に論じているとおり、未成年養子縁組の申立てが認められるのは、裁判所による後見的判断がなされる時点において養子となるべき者が未成年である場合に限られる。従って、未成年養子縁組に関する本件申立ては認められない。」

(2) 学説

学説では、上記の裁判実務を支持して、養子が成年であるか否かという問題を先決問題として位置付け、EGBGB 7条により行為能力準拠法に沿ってこれを判断する見解¹³と、EGBGB 22条 1項が定める養子縁組準拠法に基づき判断すべきとの見解が拮抗している¹⁴。このうち後者が通説的立場にあると考えられているようである。前者の見解は理由を付さず裁判実務と同じ結論を記すのみであるが、後者の見解の中には自説の論拠を示しているものもある。例えば、Lüderitz 教授は、「養子縁組の準拠法では、争点となっている養子縁組が一般的に成立し得るのか、それとも成年養子縁組として成立し得るのかという問題は、子が未成年であるか否かによって左右される。従って、これは独立連結を試みる

¹³ Erman BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art. 22 Rdn. 14 [G. Hohloch]; Palandt BGB, 72 Aufl. (C.H.Beck, 2013), EGBGB Art. 22 Rdn. 1 [K. Thorn]; E. Brödermann/J. Rosengarten, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (Franz Vahlen, 2015), Rdn. 511. [K. Klingel].

¹⁴ Münchener Kommentar BGB, Band 10 [Internationales Privatrecht], 5. Aufl. (C. H. Beck, 2010), EGBGB Art. 22 Rdn. 20 [H. Klinkhardt]; Staudinger BGB, Art 7, 9-12, 47, 48 EGBGB (de Gruyter, 2013), EGBGB Art. 7 Rdn. 66 [R. Hausmann]; M. Andrae, Internationales Familienrecht, 3. Aufl (Nomos, 2014), § 7 Rdn. 35; A. Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (Alfred Metzner, 1992), Rdn. 390.

EGBGB 7 条の目的を促すような性質を有する問題ではない。外国法上の養子縁組制度を適用するに当たって、年齢境界の問題を当該外国法に委ねないとすれば、その外国法上の制度を歪なものにしてしまう。年齢境界の問題はその外国法制に沿って判断されるべきである¹⁵とし、養子が成年であるか否かという問題を先決問題として捉えるのではなく、部分問題 (die Teilfrage) あるいは本問題の一部と位置付け、養子縁組の準拠実質法上の一要件として処理すべしとの立場に依拠している¹⁶。

ハ. 養子となるべき者の本国法を適用するに当たっての問題

既述 (4. イ. を参照) のとおり、EGBGB 23 条は、認知、命名または養子縁組に対する、子およびそれと家族法上の関係にある者による同意の可否および付与について、各身分行為の準拠法 (養子縁組の場合は EGBGB 22 条 1 項により定まる準拠法) とともに、子の本国法を累積的に適用する趣旨である¹⁷。従って、EGBGB 23 条の規定は、後者の法が前者の法よりもより厳格な同意要件を設けている場合に实际的な意義を有することになるが、これは、子の本国法を追加的に適用することにより、子の本国法の適用がなされないことで子の地位に本質的な変更が生じる事態を回避することを目的としている¹⁸。すなわち、同条は、わが国通則法 31 条 1 項後段と同様に、核心的領域における子の利益保護を図るためのセーフガード条項として位置付けることが可能である¹⁹。

(1) 裁判例

¹⁵ A. Lüderitz, a.a.O. (Fn. 14), Rdn. 390.

¹⁶ Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 22 Rdn. 20 [H. Klinkhardt] もほぼ同旨。

¹⁷ Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 7 Rdn. 67 [R. Hausmann]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 23 Rdn. 5 [H. Klinkhardt]; Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 1 [K. Thorn]; Bamberger/Roth BGB, 3. Aufl. (C. H. Beck, 2012), EGBGB Art. 23 Rdn. 6 [B. Heiderhoff]; T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (C. F. Müller, 2012), Rdn. 1014.

¹⁸ Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 23 Rdn. 1 [B. Heiderhoff].

¹⁹ Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 1 [K. Thorn].

EGBGB23条により指定された養子となるべき者の本国法の適用に当たり、その者が成年であるか否かが問題になる場合に、これに関する接触規則を何処に求めるべきかという問題を正面から取扱った裁判例は、ドイツにも存在しない。

もっとも、トルコ国籍の父親がイタリア国籍の子に対して行った認知の有効性を判断するに当たり、EGBGB23条に基づき子の本国法（イタリア法）を参照したところ母親による同意要件が課されていたことから、その要件の充足が実質的な争点とされた下級審裁判例（1989年11月15日付ステュットガルト地方裁判所決定²⁰）がある。この事案では、母親がドイツの戸籍管掌者にこの同意を表明したことにより方式が充足されたか否かが問題とされたが、裁判所は、この方式の準拠法をEGBGB23条に基づきイタリア法ではなく、同11条1項に基づき行為地法であるドイツ法に求めた。この判旨を踏まえて、学説の中には、子の年齢も同意の方式も子の本国法上の同意要件の前提問題という点では同位であることから、後者について独立連結に拠る以上は、前者も同様に独立連結を用いてEGBGB7条で処理するとの帰結に至るのではないかと解する向きも見受けられる²¹。

（２）学説

学説では、この問題に関して争いがある。まず、EGBGB23条が子の本国法上の規準を明示的に選択し、それに子の保護を委ねている以上、その趣旨を踏まえて、子が成年であるか否かという問題も同条が規定する養子となるべき者の本国法に拠るべきとの見解がある²²。他方で、子が成年であるか否かという問題を先決問題として捉え、EGBGB7条に基づき養子となるべき者の本国法に判断を委ねるべきとする見解も存在する²³。ドイツでは、EGBGB23条における指定が総括指定

²⁰ OLG Stuttgart, Beschluss v. 15. 11. 1989, FamRZ 1990, 559, 560.

²¹ Erman BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 10 [G. Hohloch].

²² Bamberger/Roth BGB, a.a.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 23 Rdn. 9 [B. Heiderhoff]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 23 Rdn. 9 [H. Klinkhardt]; Staudinger BGB, Art 19-24 EGBGB; ErwSÜ (de Gruyter, 2014), EGBGB Art. 23 Rdn.16 [D. Henrich].

²³ Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 3 [K. Thorn]; Erman BGB,

(Gesamtverweisung)であることを否定し、同条への反致の適用を認めないとする下級審裁判例(1988年2月17日付バイエルン高等裁判所決定)²⁴が存在しており、かかる裁判実務を支持する学説も少なくない²⁵。EGBGB23条について反致の成立を否定する立場に依拠すれば、上記のいずれの見解を採るかによって、成年年齢の準拠法に関する具体的な結論が異なる可能性は高くなる²⁶。

5. 私見

イ. 小括

以上のとおり、日本およびドイツにおける議論状況を概観したが、養子の成年年齢に関する準拠法を巡って、統一した見解は存在しない。

このうち、養子縁組準拠法の適用局面に関しては、日本およびドイツいずれにおいても、子が成年であるか否かの判断を養子縁組準拠法に拠らしめる見解と行為能力準拠法に拠らしめる見解が見受けられる。日本ではかかる論点が明示的に取上げられてきたとは言いが、少なくと

a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art.23 Rdn. 5 und 10 [G. Hohloch]

²⁴ BayObLG, Beschluss v. 17. 2. 1988, IPRax 1989, 172. なお、同様の立場に拠るものとして、LG Bielefeld, Beschluss v. 3. 5. 1989, FamRZ 1989, 1338.

²⁵ Palandt BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art. 23 Rdn. 2 [K. Thorn]; J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 423. これに対して、EGBGB23条を総括指定と位置付け反致の適用を肯定する見解も根強く提唱されている (Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 22), EGBGB Art. 23 Rdn. 6 [D. Henrich]; Erman BGB, a.a.O. (Fn. 13), EGBGB Art.23 Rdn. 4 [G. Hohloch]; Soergel BGB, Band 10, 12. Aufl. (Kohlhammer, 1996), EGBGB Art. 23 Rdn. 24 [A. Lüderitz]).

²⁶ もっとも、仮にEGBGB23条を総括指定と位置付け反致の適用を肯定する見解に依拠したとしても、EGBGB7条に拠るか、EGBGB23条に拠るかで、成年年齢の準拠法に関する具体的な結論が一致するとは限らない。それは養子の本国国際私法の規定如何によって、EGBGB7条か同23条のいずれか一方についてのみ反致が成立する場合を想定し得るほか、ドイツでは単純反致のみならず転致も認められていることから、仮令双方につき反致が成立したとしても、本国の国際私法の規定如何によっては反致に基づく具体的な法指定が異なる場合が存在し得るからである。

も学説のレベルでは、両説による対立図式を看取し得る。他方ドイツでは、裁判実務（下級審裁判例）が後者の見解に依拠するが、学説では、かかる裁判実務を支持する立場とこれに反対する立場とに分かれ、両説の対立構造が比較的明確な態様で顕現化している。

また、セーフガード条項に基づく養子となるべき者の本国法の適用局面に関連して、日本ではこの論点を明示的に取扱った議論はいまだ展開されていない。他方ドイツでは、かかる論点を直接取扱った裁判例は存在しないものの、学説では、EGBGB23条に基づき養子となるべき者の本国法に拠らしめる見解と、EGBGB7条に基づき行為能力準拠法に拠らしめる見解が対立している。

ロ. 基本見解

既に述べた（1. を参照）ように、日本民法では、養子となるべき者が成年であるか否かにより養子縁組の要件が異なるが、こうしたことは日本に限られるものではなく、比較法的にも見受けられる事象である。ここでは、養子縁組の準拠法または養子となるべき者の本国法（以下、これらを纏めて「養子縁組準拠法等」ということがある）上、養子となるべき者が成年であるか否かによって具体的に適用される実質法規定が異なることを前提として、成年年齢の準拠法を何処に求めるべきかが問題とされているわけであるが、まずは抵触法上、回答が求められている実体事象が如何なるものであるのか（すなわち、具体的な実体事象の性質決定）を検討する必要があるだろう。養子縁組の前提として「養子となるべき者が成年であるか否か」という議論がなされる場合に、これを抵触法上「養子が完全な財産的行為能力を有しているか否か」という問題として捉えたとすれば、通則法4条（EGBGB7条）に沿って行為能力準拠法に送致されるべき、との帰結に至るであろう。これに対して、抵触法上、行為能力の問題との直接的な関連を否定し、「財産的行為能力の問題とは関係なく、単に養子縁組の実質的成立要件として一定の年齢要件を充足しているか否か」が問われている²⁷と考えるならば、養子縁

²⁷ 本問題の一部をなす事項として「部分問題（die Teilfrage）」と呼ばれることがある（B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H.

組準拠法等に送致されるべき、との結論が得られるであろう。

また、視点を変えれば、成年年齢の問題を切欠として、養子となるべき者の保護という実体的目的に照らして、その者の保護をどの程度一体的に養子縁組準拠法等に委ねるのが最適かという観点に立脚して、より一般的な形で検証を加えることも可能であると思われる。養子縁組の成立に当たり如何なる実質法上の要件が課されるかは、養子となるべき者の年齢に止まらず、その他様々な前提に応じて変わり得る。例えば、養親が婚姻しているか否か、養親の実子が存在するか否か、養子に配偶者が居るか否か、養親と養子の間に親族関係が存在するか否かなどの前提条件に応じて、実質法上の成立要件が異なる可能性がある。わが国国際私法の通説的理解として先決問題は法廷地国際私法に基づき指定される当該問題の準拠法に拠るとされる²⁸が、他方、各国の実質法では、様々な前提条件の組み合わせに応じて区々、付加的な要件を設定し、総体として養子縁組に関する体系的枠組みを構築している。特に、養子縁組関係の実体的本拠がわが国でありかつその準拠法が日本法とされる場合に、わが国国際私法の立場から、養子縁組の前提条件の一部を切り取り、その判断を他国の実質法に委ねるとすれば、養子縁組準拠法所属国であるわが国の実質法が体系的に提供する子の利益保護に支障が生じる惧れも否定し得ない。

(1) 通則法4条の単位法律関係との関係

通則法4条の単位法律関係は「人の行為能力」と規定されるが、これが財産的な行為能力を指すという点では異論を見ない²⁹。身分的な行為

Beck, 2007), 235f.)。

²⁸ 最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁。櫻田・前掲注(4)146頁、澤木＝道垣内・前掲注(4)23頁、神前ほか・前掲注(4)33頁[元永]、中西康ほか『LegalQuest 国際私法』(有斐閣、2014年)123頁等。なお、学説の中には、先決問題を、具体的問題に応じて法廷地国際私法と本問題準拠法所属国国際私法のいずれかに拠らしめる見解(折衷説)を採用するものもある(山田録一『国際私法〔第3版〕』(有斐閣、2004年)163頁、木棚照一ほか『国際私法概論〔第5版〕』(有斐閣、2007年)82頁[木棚])。

²⁹ 櫻田・前掲注(4)162頁、澤木＝道垣内・前掲注(4)162頁、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第1巻〕』(有斐閣、2011年)108頁[早川吉尚]、中

能力は各行為の準拠法に委ねるべき問題と考えられており、通則法4条の単位法律関係には含まれない³⁰。すなわち、通則法4条は、単に「成年に達する年齢」一般ではなく、「完全な財産的行為能力を取得する時点という意味での成年年齢」、即ち「年齢による財産的行為能力の制限」を規律していると考えるべきである³¹。

養子縁組において子の成年年齢が問題とされる場合に、これを通則法4条により行為能力準拠法に拠らしめるべきか否かは、結局のところ、この問題を財産的行為能力の問題として性質決定しても良いか否かということと同義である。わが国やドイツのように、子が成年であるか否かによって養子縁組の要件に差違を設けている実質法制を採用する国があるが、その趣旨は総じて言えば、「適切な監護による子の福祉の確保」に求められ、一般に未成年を養子とする場合には、その福祉に資するべく追加的な要件が課されている場合が多い³²。従って、養子縁組の局面で子が成年年齢に達しているか否かが問題とされる多くの場合には、そこで問われている実体問題は子の要監護性であって、財産的行為能力の有無とは間接的には兎も角、少なくとも直接的には関係を有しない、と考えるべきであろう。

また、通則法31条1項の単位法律関係には縁組能力が含まれるとする見解が一般的である³³が、養子をする能力が「養親としての縁組能力」

西ほか・前掲注(28) 201頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第3版〕』(有斐閣、2012年) 78～79頁[田中美穂]、木棚照一編著『国際私法』(成文堂、2016年) 161頁[木棚]、櫻田＝道垣内編・前掲注(7) 43頁[中林]。

³⁰ 櫻田・前掲注(4) 162頁、澤木＝道垣内・前掲注(4) 162頁、櫻田＝道垣内編・前掲注(29) 108頁[早川]、中西ほか・前掲注(28) 201頁、松岡博編・前掲注(29) 78～79頁[田中]、木棚編著・前掲注(29) 160～161頁[木棚]、櫻田＝道垣内編・前掲注(7) 43頁[中林]。

³¹ この点はドイツも同様であり、EGBGB 7条の規律対象は通常、“Volljährigkeit im Sinne voller Geschäftsfähigkeit”と捉えられている(Staudinger BGB, a.a.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 7 Rdn. 41 [R. Hausmann])。

³² 例えば、わが国民法における未成年養子縁組の特則の立法趣旨に関しては、二宮周平『家族法〔第3版〕』(新世社、2009年) 189～191頁を参照。

³³ 櫻田・前掲注(4) 162頁、317頁、澤木＝道垣内・前掲注(4) 161～162頁、櫻田＝道垣内編・前掲注(4) 119頁[植松真生]、中西ほか・前掲注(28) 337頁、

であるとすれば、養子縁組の客体たり得るかは「養子としての縁組能力」の問題として捉えることも可能であろう。ここでまず、通則法31条1項前段に基づく養子縁組準拠法上、日本民法792条の如く、成年年齢に達した者に養子をする能力（養親としての縁組能力）を認めている場合を想定してみたい。当事者が成年であるか否かの判断一般を通則法4条に拠らしめる見解に従えば、この場合、養親が成年であるか否かという問題についても通則法4条に拠り決することになるが、これでは、通則法4条の適用範囲を財産的行為能力に限定し、身分的行為能力の問題を各行為の準拠法に委ねたにも拘わらず、結局のところ、養親としての縁組能力を通則法4条に拠らしめるという帰結を許容するに等しくなってしまう。通則法31条1項前段に基づく養子縁組準拠法が、養親としての縁組能力の要件として、「完全な財産的行為能力を取得する時点という意味で成年年齢に到達していること」を要求しているのであれば兎も角、単に養親としての縁組能力の要件として「成年年齢として規定される一定年齢への到達」を要求するに止まるのであれば、こうした帰結は妥当ではない。そうであれば、養子としての縁組能力についても、養子縁組準拠法において財産的行為能力の問題と切り離し、付加的要件を課すための基準として単に一定年齢としての成年年齢が用いられている場合には、養親としての縁組能力と同様に、通則法31条1項前段により定まる養子縁組準拠法に拠らしめるのが適当であると思われる。なお、このことはセーフガード条項に基づく養子となるべき者の本国法についても同様に当てはまる。

（２）準拠法による一体的な子の保護という要請

各国の実質法では、様々な前提条件の組み合わせの下で、総体として養子縁組に関する体系的枠組みを構築しているが、国際私法は、養子縁組の問題をその準拠法に委ねる一方で、前提条件の一部を切り取り、各々対応する抵触規則に基づいて、その判断を他国の実質法に委ねることがある。各国実質法における均整の採れた体系を極力維持したいのであれば、養子縁組という本問題のみならず、その先決問題一切を単一の実質

法に委ねて判断を行うという選択肢もあり得るように思われる³⁴。特に養子縁組等では、子の福祉や利益保護の実効性を確保するという観点から、可能な限り単一の法的枠組みの下で一体的な保護が提供されることが望ましいのも事実である³⁵。しかしながら、現行わが国の国際私法が単位法律関係毎に分断し各々につき準拠法を定め、それらを再結合させるというモザイク型の処理方法を採用する以上は、先決問題も含めた一切の処理を本問題の準拠法に委ねるという処理を受入れる余地は実際には殆どないし、既述のとおり、わが国の裁判実務もそうした処理を支持していない³⁶。

もっとも、欧州の多くの国では未成年養子を原則としているほか、わが国やドイツ等では未成年養子に限り付加的要件の充足を要求していること等を踏まえると、養子縁組に関する実質法体系において、養子となるべき者が成年であるか否かという問題はとりわけ重要な意義を有している。先決問題一切を本問題の準拠実質法に委ねるという極端な見解は採り得ないが、少なくとも養子縁組において養子となるべき者が成年であるか否かという年齢境界の問題は、養子縁組準拠法を適用するに当たっての重要な前提条件を提供するものであることに鑑みると、養子縁組準拠法による一体的な子の利益保護という要請をも織込んで、同準拠

³⁴ 例えば、前掲注(28)・最高裁判平成12年判決の第一審(大阪地判平成6年3月16日民集54巻1号53頁)および控訴審(大阪高判平成7年2月7日民集54巻1号65頁)は、本問題のみならず先決問題も含めて一切を本問題準拠法に拠らしめたものとして捉えられている(櫻田＝道垣内編・前掲注(7)7頁[道垣内])が、こうした見解はまさに、本問題の処理過程で生じる総ての法的問題を単一の準拠法に基づき体系的に処理するという問題意識に立脚している。

³⁵ このことは、準拠法選択上の事案の分断を懸念する石黒一憲先生の問題意識とも通ずる部分がある(石黒先生の問題意識については、同『国際私法〔第2版〕』(新世社、2007年)211頁以下を参照)。例えば、わが国で養子縁組の許可等が問題となる事案では、当事者総てが日本に在住しており、養子縁組関係の実体的本拠が日本であると評価し得るものが圧倒的に多い。こうした事案において養子縁組準拠法が日本法である場合には、徒に事案を分断するのではなく、その実体的本拠社会である日本の法体系に沿って、極力統一的に処理する要請は相対的に強いのではないかと考える。

³⁶ 櫻田＝道垣内編・前掲注(7)7頁[道垣内]。

法上の成年年齢に照らして決するのが望ましい、と考えられる。

こうした要請は、セーフガード条項に基づき養子となるべき者の本国法を適用する場合に特に強く意識されるだろう。セーフガード条項は養子となるべき者の本国法という特定の法体系を指定して、そこで規定されている付加的要件の充足を求める趣旨である。それ故に反致の適用を否定する解釈論が多数を占めているが、同様に、こうしたセーフガード条項の立法趣旨を踏まえると、養子となるべき者の本国法上、その者が成年であるか否かが問われ、それに応じて同意・許可要件の有無や同意・許可権者の範囲等が異なる場合には、年齢境界の問題をも養子となるべき者の本国法に委ね、その国の法が提供する枠組みに基づいて養子となるべき者に一体的な保護を及ぼすべしとの要請は一層強いと評価し得るのではないか、と考えられる³⁷。

ハ. 関連する類似問題

成年年齢にかかる抵触法上の処理は、養子縁組のみならず、認知、扶養、親権等でも同じく問題となり得るが、これらの各場合についても、その処理は「財産的行為能力の問題」として性質決定できるか否かという基準に尽きる、と考える。すなわち、各身分行為の準拠実質法が財産的行為能力と全く関係なく成年年齢の到達に言及しているのであれば、成年か否かという問題は、本問題の部分問題 (die Teilfrage) として各身分行為の準拠法に委ねられる一方、成年年齢が完全な財産的行為能力の取得時点であることを理由として、成年であるか否かを問題としているのであれば、それは先決問題 (die Vorfrage) として、通則法 4 条の単位法律関係に含めて考えるべきである³⁸。日本法が各身分行為の準拠

³⁷ さらに言えば、セーフガード条項が養子となるべき者の本国法という特定の法体系に従い子の保護要件を満たすことを強く要請していることを踏まえると、年齢境界の問題に限らず、本問題の前提となるその他の事項についても須く、先決問題として第三国の法体系への送致を行うことは避け、一律に養子となるべき者の本国法に判断を委ねるという選択肢も十分に成り立ち得るであろう。「準拠法選択上の事案の分断」という事態を回避するという問題意識からすれば、セーフガード条項は最もそれを体现するに相応しい局面の一つである。

³⁸ Bamberger/Roth BGB, aa.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 7 Rdn.23 [G. Mäsch] も同

法とされる場合を想定すれば、親権の場合には、子の財産的行為能力の補充としての法定代理という側面が強く、子の不完全な財産的行為能力と親による監護・後見とは密接不可分な関係にあることから、子が成年であるか否かという問題を財産的行為能力の問題として性質決定し通則法4条に拠らしめるのが適当であろう³⁹。他方で、認知の場合には、養子縁組と同様に、子の要保護性を判断するための考慮要素として子が成年であるか否かが問題とされているわけで、通則法29条2項前段に基づく認知準拠法に委ねられるべきであろう。なお、扶養の場合には、先決問題として通則法4条に委ねるとした平成18年東京高決を巡り、学説の中で争いがあることは既述のとおりである(3.イ.(2)を参照)。扶養については、やはり二通りの考え方が成り立ち得るだろう⁴⁰。子が成

旨。

³⁹ 櫻田・前掲注(4)325頁、澤木＝道垣内・前掲注(4)130頁、奥田・前掲注(9)260頁、山田・前掲注(28)524頁等も同旨。なお、ドイツでもこの結論に異論をみない(BayObLG, Beschluss v. 17. 5. 1963, IPRspr 1962-1963, Nr. 107; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 14. 7. 1965, FamRZ 1966, 42; Bamberger/Roth BGB, aa.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 7 Rdn.23 [G. Mäsch]; Münchener Kommentar BGB, aa.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 21 Rdn. 12 [H. Klinkhardt]; Staudinger BGB, aa.O. (Fn. 22), EGBGB Art. 21 Rdn. 30 und 84 [D. Henrich]; Soergel BGB, aa.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 19 Rdn. 81 [G. Kegel])。

⁴⁰ ドイツでも扶養における成年年齢の抵触法的処理を巡り議論は分かれる。財産的行為能力の問題としてEGBGB7条に拠るとの見解(Bamberger/Roth BGB, aa.O. (Fn. 17), EGBGB Art. 7 Rdn.23 [G. Mäsch]; Staudinger BGB, aa.O. (Fn. 14), EGBGB Art. 7 Rdn. 42 [R. Hausmann])が提唱される一方、扶養準拠法に拠るべきとした下級審裁判例がある(OLG Hamm, Urteil v. 11. 11. 1998, FamRZ 1999, 888)。この裁判例では、19歳のモロッコ国籍の子の扶養が争われたが、その中で、子がどの年齢になるまで扶養権を有するかという問題をEGBGB7条により本国法(モロッコ法)に委ねるのか、扶養準拠法である子の常居所地法(ドイツ法)に委ねるのが問題となった。判決では、成年年齢がモロッコ法では21歳、ドイツ法では18歳であることを踏まえて、「子がどの年齢になるまで扶養権を有するかという扶養の部分問題を外国法に委ねるとすれば、外国人である子を優遇することになるが、それはEGBGB18条(当時)が目的としていることではない。(中略)EGBGB18条の規定の意義・目的は扶養権利者の常居所地法を適用することにより弱者を援助することにより、結果

成年年齢に到達した時点で、親権が消滅し自己財産に対する子の完全な処分権が生じることに伴い、子の扶養権に制限が生じると考えれば、通則法4条の問題として捉える余地がある。他方、扶養権利者である子の要保護性を判断する中で、子の財産的行為能力の程度や年齢のみならず修学状況、資力、生活水準、および扶養義務者側の要素（例えば扶養能力）等が総合的に考慮されていることを踏まえ、子が成年であるか否かという問題が扶養の要否やその程度に直結しないという点を強調すれば、扶養の部分問題と捉えることも可能である。この点、成年擬制者についても扶養の問題が生じ得るほか、子が成年年齢に達していても少なくとも教育扶養や生活扶助の問題が生じ得る⁴¹こと等を考慮すると、扶養の前提条件として成年であるか否かが問題となる場合には、財産的行為能力の問題とは切り離して考え、扶養の部分問題としてその準拠法に依拠するのが適当ではないか、と考えられる。

6. 結び

そもそも本稿の問題意識は、養子縁組の事案を想定すると、養子縁組準拠法等を適用するための前提として、子が成年であるか否かが問題となる場合があるが、この成年年齢の抵触法上の処理を如何に行うべきか、ということであった。結論としては、この問題を先決問題として捉えて通則法4条に拠り行為能力準拠法に委ねるのではなく、養子縁組という本問題の一部として養子縁組準拠法等に委ねるのが適当と考えられる。従って、冒頭に記載した事案（2. イ. およびロ. を参照）に立ち戻つ

として、同一の地に居住する権利者が同等に取扱われるような状況を創出することにある」（括弧内は執筆者による補記である）と判示している。学説の中にはこの下級審裁判例を支持するものもある（Palandt BGB, 66. Aufl. (C. H. Beck, 2007), EGBGB Art. 18 Rdn. 16 [A. Heldrich]）。

⁴¹ 例えば、ドイツでは21歳未満の成年子の教育扶養につき BGB1603条に明文の規定を置く。また、わが国でも、成年に対する扶養義務を認める裁判例は少なからず存在する（東京高決昭和35年9月15日家月13巻9号53頁、福岡家小倉支審昭和47年3月31日家月25巻4号64頁、大阪高決平成2年8月7日家月43巻1号119頁、東京高決平成12年12月5日家月53巻5号187頁等）。

て議論すれば、X Zの養子縁組は、事案1では養子縁組準拠法（日本法）に基づき子Zが成年であると判断されるため成年養子縁組として、事案2では養子縁組準拠法（日本法）に基づきZが未成年とされるため未成年養子縁組として、それぞれ取扱われる。また事案3では、X Zの養子縁組準拠法（日本法）上Zは成年であるが、セーフガード条項に基づきZの本国法（甲国法）が適用されることになる。甲国法には、養子となるべき者が未成年の場合にはその三親等内の親族すべての同意を要する旨の規定が設けられているが、Zが成年か否かはセーフガード条項がZの本国法（甲国法）に子の保護を委ねている以上、同法の規定内容に基づき判断されるべきである。なお、事案3では、Zが成年か否かという問題を財産的行為能力として性質決定し通則法4条に委ねた場合には、通則法41条により反致が成立し日本法が適用される事案ではあるが、こうした処理が適切でないことは、既述（5. ロ. を参照）のとおりである。

（追記）本稿は JSPS 科研費（25380056, 15H01927）および KDDI 財団・2016年度調査研究助成による成果の一部である。

承認の政治と再配分の問題： ジレンマは存在するか

辻 康 夫

多文化主義ないしアイデンティティ・ポリティクスに対して提起される疑問のひとつに、「再配分」と「承認」の緊張の問題がある。「再配分」の政治とは、経済的な不平等の是正をめざす運動であり、労働運動や社会主義の運動などがその典型である。「承認」の運動とは、劣等性の表象をおしつけられたマイノリティ集団が、適切な社会的評価を求める運動である。これら二つの運動の両立可能性ないし緊張関係をめぐって、主として平等主義にコミットするリベラルないし左派の論客の間で交わされたのがこの論争である。1990年代中葉に、ナンシー・フレイザーによって定式化されたこの論争には、多くの論者が参入し、また新たな論点も加えられて、その帰結は必ずしも明らかではない。そこで本稿では、この論争のうち、フレイザーが「再配分と承認のジレンマ」として定式化した当初の論点、すなわち「承認の政治」がひきおこすアイデンティティの固定化が「再配分」を阻害する可能性について、再検討したい¹。

1. 多文化主義と「承認の政治」

「多文化主義」は、マイノリティ集団の文化・コミュニティを尊重・支援し、それを通じて全体社会への統合をはかる考え方である。それは単一の体系にもとづく理論・実践ではなく、マイノリティ集団をめぐる

¹ 「再配分と承認」をめぐるこれ以外の論点については、別稿において論じたい。

複数の政策課題に応える理論・実践の総称と考えられる。多文化主義の理論・実践は、それが主題化するマイノリティのニーズに即して、三つのアプローチに大別される²。第一は、マイノリティと主流派との間に存在する文化の差異から生じるあつれきに対処するものである。第二は、マイノリティと主流派との間に存在する支配・抑圧の関係を是正するものである。第三は、マイノリティのコミュニティが直面するアノミーないし社会病理に対処するものである。これらのうち、「再分配」と「承認」の緊張が問題になるのは、第二のアプローチについてである。ここで想定されるマイノリティは、典型的には、黒人や先住民など、差別の構造によってその存在を規定された「構造的マイノリティ」である。不正義の存在を前提にその是正をめざす点で、多文化主義の理論はロールズのいわゆる「非理想理論」を含み、ロールズ流の分析哲学的正義論に加え、隠れた抑圧・権力を主題化する批判理論、ポストコロニアリズム理論などが援用される。

このアプローチをとるアイリス・ヤングやタリク・マドゥードらの議論にしたがえば、想定される問題状況と、政策の方向性は、次のようなものである³。マイノリティ集団は、主流派によって政治・経済・社会政策のさまざまな領域で抑圧されているが、同時に、表象のレベルで「劣等性のレッテル」を押し付けられている。彼らの劣った「本質」が、抑圧・従属を正当化する根拠とされているのである。

抑圧されたマイノリティは従属関係からの解放を求めて運動するのであるが、マイノリティは第一に、自己の集団のアイデンティティの再定義を通じ、自らに肯定的な意味づけを付与することをめざす。その際、既存のアイデンティティの核を保ったまま、それに肯定的な意味を与える場合もあれば、これを変更して新たなものを核に据える場合もある。ブラック・パワーによるアイデンティティの再定義は前者の例である。他方、有色人種として差別される移民集団が自らをムスリムと定義し、宗教的アイデンティティを自尊心の源泉に据えることは後者の例である。このようなイメージの転換をふまえて、マイノリティは公的領域に

² 以下については辻 (2013) を参照されたい。

³ Young 1990, Modood 2007

おける肯定的な承認を要求する。政府および主流派がマイノリティの固有性を「尊重すべきもの」として公的に「承認」することを求めるのである。これにあわせて、社会・経済的領域においても、諸制度のなかに織り込まれた不平性の是正を要求することになる。このように肯定的な「承認」と、社会経済的な支配・抑圧関係の克服の運動が、結びついて展開するのである。

2. 「再配分」と「承認」

フレイザーはこのような運動の論理に対して疑問を提起する。すなわち、それは「承認」と「再配分」の間に存在する緊張を適切に認識しないままに、両者を組み合わせている、というのである。当時、マイノリティの文化的承認の運動が強まりを見せる中で、社会全体の経済的平等化という課題が軽視されていると考える理論家も多かったため⁴、フレイザーの問題提起は両者の関係をめぐる活発な論争を喚起することになった⁵。

フレイザーは、社会に存在する二つの種類の不正義を区別する⁶。その第一は社会経済的なものである。今日、物質的な財の配分は主として戦略的行為の体系である市場システムによって決定されており、それぞれの集団は、分業体系の中で占める位置に応じて、物質的財の配分をうける。「不適切な配分 maldistribution」に対しては、その修正すなわち「再配分 redistribution」が求められる。第二に、それぞれの集団は「文化的価値パ

⁴ Fraser 1997, pp.1-6

⁵ フレイザーによる「再配分と承認のジレンマ」の定式化は、Fraser 1997b を参照。一連の論争のなかでフレイザーの主張は軟化・複雑化するが、本論文では、このトピックを中心に議論を再構成したい。フレイザーの議論の変容の過程については、Zurn 2003, Zurn 2004 を参照。

⁶ 以下の概観は、主として以下による。Fraser 1996, Fraser 1997b, Fraser 2003, Fraser 2008b. これらには重複部分が多いが、用語法や議論のニュアンスには変遷がある。二つの不正義を被る集団の属性を表す「二価的 bivalent」の用語は2003年の論文では「二次元的 two-dimensional」におきかえられ、「再配分と承認のジレンマ」も、1996年以降は「実践上の多面的緊張」の表現に置きかえられる。本稿では必要な場合を除いて、こうした細部には立ち入らない。

タン pattern of cultural value」のなかで社会的地位を与えられる。この点における不正義は「地位の序列 status order」における不平等であり、侮辱や暴行がここから生じる。不正義の核心は「不適切な承認 misrecognition」であり、その是正のためには、適切な「承認」が必要である。

フレイザーによれば、二種類の不正義はしばしば連動し、マイノリティ集団はこれらを同時に被ることが多い。ある集団が、経済的不正義を被って不遇の状態にある場合、その集団を侮蔑するような文化的価値パターンがしばしば形成される。また、文化的価値パターンにおける差別が存在する場合には、その集団は雇用や公共サービスへのアクセスなどにおいて不利な処遇を受けやすいから、その結果、経済的不正義をも被ることにしやすい。

しかしながら、被る二種の不正義の比重は、集団によって異なる。たとえば「階級」をめぐる不正義の核心は、経済的なものである。階級構造は、「その社会の成員の一部に対して、他の成員と同等な権利を持って社会生活へと参加するために必要な手段と機会とを体系的に拒むような」「制度化された経済メカニズム」である⁷。たしかに、下層の階級に対しては、これを侮蔑するような文化的価値パターンが存在しており、したがって「不適切な承認」の不正義も存在する。しかしながらこれは、より根本にある経済的分業から派生したものであるから、不正義の是正のためには、後者の変革をめざすべきである。これに対して、性的マイノリティが第一に被る不正義は「不適切な承認」であり、ヘテロセクシズムを規範とする価値パターの支配がその原因である⁸。性的マイノリティはしばしば、労働市場や公共サービスにおいて経済的な不正義を被るのであるが、これは派生的なものであり、支配的な価値パターの変革こそが第一にめざされなければならないのである。

諸集団のなかには、これらいずれとも異なって、二つの種類の不正義が、それぞれ独自の起源をもって存在しているものもある。そのひとつは人種集団である。黒人などの人種集団やエスニック集団に対する差別は、一部には文化的価値にもとづく地位の序列として生じると考えられ

⁷ Fraser 2003, pp.48-49.

⁸ *Ibid.* pp.17-18.

るが、資本主義の秩序は、この序列を変容させつつ、労働市場の分業関係の中に取り込む。これらの集団は、経済上の分業体系の周縁に位置づけられ、劣悪な条件の仕事が割当てられたり、まともな仕事から排除されてアンダークラスの地位に置かれたりすることになる⁹。ジェンダーをめぐっても、二つの不正義の力学が並存する。ジェンダー集団としての女性への差別は、一部には文化的に規定される社会的地位から生じるが、これが資本主義の目的に応じて捻じ曲げられて、賃金労働とケア労働の分業体系の中に組み込まれている。これによって、女性はケア労働の負担を求められ、雇用上の不利を強いられるのである¹⁰。

現代社会においては、社会システムが分化し、経済システムの力学が文化的価値の領域からの相対的自律性を持つ以上、ふたつの従属の要素も、相互に一定の自律性を持ち、互いに還元することができない¹¹。たしかに20世紀の中葉までは、承認をめぐる政治が政治の舞台に上ることが少なかった。これはフォーディズムの時代には、配分問題が政治の舞台を支配し、承認の問題はこれに従属する形となっていたためである。しかし、ポストフォーディズムの時代になると、この構造がこわれて承認の問題が浮上する。またグローバル化は文化のあつれきを増加させて差異への関心を高め、承認をめぐる闘争が激化している¹²。このように近年になって「承認」をめぐる政治が活発化したのであるが、問題はそれ以前から存在していたのであり、その意義を軽視するべきではない。たとえば人種・ジェンダー・性的マイノリティをめぐる問題は、文化的価値秩序に由来する部分も大きく、階級の問題には還元できないのである。

3. 承認をめぐる正義

ところでフレイザーによれば、正義の観点から「承認」を問題にする場合、その基準の設定は客観的におこなわれる必要がある。その基準と

⁹ *Ibid.* pp.57-58.

¹⁰ *Ibid.* pp.14, 61-62.

¹¹ *Ibid.* pp.50-54.

¹² *Ibid.* pp.90-92.

なるのが、「参加の平等 participatory parity」である¹³。すべての人が平等な条件で社会参加を果たす条件を確保するために、物質的な資源を適正に配分するとともに、文化的価値にもとづく「地位」の不平等を除かなければならないのである。

このような定式化に際して、フレイザーはテイラーの議論の含意を限定しようとする¹⁴。テイラーの定式化によれば、不適切な承認はそれ自体、重要な害悪である¹⁵。「不十分なあるいは不名誉な、あるいはいやしむべき像を投影」された人々は現実の害悪を被る。それは「抑圧の形態となりうるのであり、それはその人を、偽りの、ゆがめられ切り詰められた存在の形態の中に閉じ込める」のである。それは「自己嫌悪を被害者に押し付け、深刻な傷を負わせる」。適切な承認は、「人間にとって不可欠な必要物」であり。不適切な承認に対しては、是正策が要求されるのである。

これに対して、フレイザーは承認の問題を、個人の主観に与える影響一般ではなく、もっぱら「社会的地位 status」をめぐる正義の問題として論じる¹⁶。承認の問題は、当事者の主観から独立に客観的に評価されなければならないのである。「不適切な承認」が政治の問題となるのは、それが構造的な抑圧・従属関係と結びつく場合である。すなわち、当該集団を軽視する文化的価値パターンが社会的に制度化され、これが広い範囲で相互行為を規定する場合、それが人々の間に不当な地位の序列を設け平等な社会参加を妨害する場合である。このような場合、平等な条件での社会参加を保障するために、不適切な規範・観念を排除し、序列を解体することが正義の要請となる¹⁷。

¹³ *Ibid.* pp.36-37

¹⁴ *Ibid.* pp.27-30.

¹⁵ Taylor 1994, pp.25-27.

¹⁶ Fraser 2003, pp.27-30.

¹⁷ *Ibid.* pp.16-17, 37-42. 承認の問題を正義論の枠組に接続するフレイザーの手法は、多文化主義の政策を論じるうえで妥当であると思われる。もっとも、Kompridis 2008が指摘するように、正義の規範の内実をめぐってマイノリティが支配的な観念に異議を唱えるような場合には、個人の主観への引照なしには、その主張の妥当性の判定は困難であるから、両者の区分は厳密に考えられるべ

他方で、平等な参加を妨げないかぎり、承認の獲得は、正義の問題としては扱われず、市民社会の交渉にゆだねられるべきものである。個人および集団は自由な活動の結果、社会的評価を獲得するのであり、これは政治的闘争や公権力による介入の対象ではない。諸集団は、完全に等しい社会的評価を受ける権利を持つわけではない。

諸運動の掲げる承認の要求は、社会的地位をめぐる正義の観点から評価されなければならない。抑圧されたマイノリティが、その社会的地位を改善するために行う「承認」の要求と、支配的地位にある集団が自らの優越性を強化するために行う「承認」の要求とは、道徳的に正反対の意味を持つ。前者は尊重に値するが、後者は批判されなければならない。同様の理由で、抑圧されたマイノリティ集団による承認の要求が、当該集団内のメンバーの自由や平等を侵害する場合には、批判の対象になる¹⁸。従属的な集団には正義の名において、承認を要求する権利があるが、その場合、あらたな価値パターンが序列を解消しうること、また、新たな不平等を生まないことなどが、正当な要求の条件となる¹⁹。

フレイザーの提唱する、「アイデンティティの脱構築」も、正義の実現に必要な限りで要請されると考えられる。フレイザーはポスト構造主義の理論家とは異なり、あらゆるアイデンティティが必然的にはらむ歪曲や抑圧を問題にするのではないのである。

4. 肯定的手法と構造変革的手法

フレイザーは不正義の是正のための二つの手法として、「肯定的手法 affirmative strategy」と、「構造変革的手法 transformative strategy」を区別する。前者が、集団間の差異を生み出す構造を変更しないままに、不利益を減じることのみをめざすのに対し、後者は、集団間の差異を生み出す構造それ自体を変更するものである²⁰。

きものではない。

¹⁸ *Ibid.* pp.37-42.

¹⁹ *Ibid.* pp.47-48.

²⁰ *Ibid.* pp.72-78.

経済的配分の是正に関しては、「肯定的手法」は資本主義経済体制のもとで階級構造を温存したまま、事後的な再配分によって、不正義の効果を緩和しようとするものであり、福祉国家の政策がこれにあたる。これに対して「構造変革的手法」は、社会主義のように、資本主義の階級構造自体を解体することで、階級間の不平等を解消するものである。この政策は、不正義によって存立している階級間の差異自体を解体するものである。

文化的価値パタンの是正に関して、「肯定的手法」は、おとしめられた集団的アイデンティティを肯定的なものに転換し、社会的評価を改善することをめざす。一般の「多文化主義政策」や「アイデンティティ・ポリティクス」の実践は、多くの場合この形をとる。「構造変革的手法」は、差異の脱構築によって、不平等な関係の解体をめざすものである。これは文化的価値パタンの基礎に存在する象徴的対立を脱構築することを通じて、社会的地位に関する従属関係を是正しようとするものである。この手法は既存の差異自体を揺るがし、すべての人のアイデンティティに影響を与えうるものである。

フレイザーによれば、正義の実現のためには、経済構造、文化的価値パタンのいずれの側面においても、肯定的手法より構造変革的手法の方が望ましい²¹。肯定的手法は不正義の構造から生じる困難を軽減するのみで、これを根絶することができず、さらには現存の構造を固定する効果すら持ちうるからである。「再配分」の領域においては、不利な労働条件を放置したまま福祉給付を行う政策は、受給者の経済状況を劇的に改善させられないばかりか、場合によっては、意図に反して不正義を強化してしまうこともある。福祉受給者が福祉に依存する怠惰な人々としてステレオタイプ化され、これにもとづく差別が生まれる場合などがこれにあたる。

文化的価値パタンの是正についてみれば、貶められた文化的アイデンティティの「肯定的承認」の政策は、差別の弊害を緩和することはあっても、主流派との区別を除去するものではないから、社会的序列の完全な払拭は難しい。しかも肯定的承認の戦略はマイノリティ集団の本質化

²¹ *Ibid.* pp.76-78.

(フレイザーは「物象化」の語を用いる)を引き起こす点で問題がある。すなわちこの戦略は、集団の特定の属性を強調することで、構成員のアイデンティティの多様性や対立関係を隠蔽してしまう。それは集団への順応の圧力を生み出し、異なる意見を抑圧する。また集団内部に存在する従属関係を固定し強化する傾向がある。対外的には、境界を超えた交流をさまたげる危険が存在する。これに対して、「構造変革的」な脱構築のアプローチは、アイデンティティの基準が複雑で多様であることを示し、「支配的な二分法を、中心のない小文字の差異の寄せ集めに変換しようとする」から、その原理からして本質主義を生み出す危険がなく、差異をまたいだ相互行為を促進する傾向を持つのである。

5. 「再配分」と「承認」のジレンマ

アイデンティティの「肯定的承認」の戦略のもつ難点は、経済的な「再配分」の政策と組み合わせられる際に、いっそう大きなものになる。ある集団が「承認」「配分」の不正義の一方のみを被っている集団、あるいは、二つの不正義を被っていても、それらが一方の不正義のみから生じている場合には、それを正すことによって、不正義の解消が可能である。「階級」や「同性愛」をめぐる不正義はこれに相当する。しかしながら、その集団が両方の不正義を被っており、しかも両者の要素が独立の起源を持つ場合には、両者それぞれに対する是正策が必要となる。この際に両者の間に生じるジレンマをフレイザーは問題にする。

経済的な「再配分」の政策の目的は、集団間の差異を減少させることを目的としている。分業体系のあり方はより平等なものにならねばならず、また配分される報酬もより平等にならなければならない。また集団の境界が個人の移動を妨げてはならない。集団間の格差は、労働の形態においても、報酬においても、解消される必要がある。「肯定的手法」と「構造改革的手法」の間にはその徹底さに差があるものの、両者は階級間の差異の緩和ないし消滅を目指す方向を共有している。

他方、文化的価値秩序の適正化のために、肯定的な承認の運動や政策が行われる場合、これらは集団およびその文化に対する構成員のコミットメントを強化し、集団間の差異を強化する可能性が高い。しかもこの

文化の内実は、ときに経済的な周縁性と結びついているから、文化への愛着は周縁性を固定し、経済的不平等の是正を阻む。この結果、再配分と承認の戦略が相互にその効果を減殺してしまうのである。これが、「再配分と承認のジレンマ」である²²。

フレイザーによれば、このようなジレンマを避けるためには、「承認」をめぐる、「肯定的手法」ではなく、「構造変革的手法」がとられる必要がある。承認における構造変革的手法は、集団のアイデンティティを脱構築し、境界を流動化する戦略であるから、経済的再配分の目標とも親和性が高いのである。したがって、厳密に言えば、「再配分と承認のジレンマ」という表現は正確ではなく、「再配分」の運動と衝突するのは、「承認」の運動一般ではなく、「肯定的な承認」の戦略なのである²³。現在では、承認の運動の多くが「肯定的承認」を追求しているために、ジレンマが生じている。ジレンマを解消するためには、運動は「脱構築的承認」を目標にすべきなのである。

6. 「パースペクティブ二元論」

以上のようにフレイザーは、アイデンティティの肯定的承認を追求する多文化主義やアイデンティティ・ポリティックスに批判をくわえるが、以下では、この批判の妥当性について検討をくわえたい。フレイザーの議論は、本稿が念頭におく、少数民族・エスニシティ・人種集団をめぐる多文化主義の政策や運動に対する根本的な批判となりうるのであろうか。

「はじめに確認すべきは、不正義をめぐる「二元論」の性格である。フレイザーは、社会的不正義を「配分」と「承認」の二つの観点から分析する「パースペクティブ二元論」を提唱するが、その前提には、相互に自律性をもつ二つの力学によって不正義が構造化され、集団の境界が形成されていることが想定されている。しかし二つの力学は、存在論的な次元において、どの程度相互に独立しているのであろうか。

多くの論者は、両者を峻別することの不適切さを指摘する。ジュディ

²² Fraser 1997b, p.12ff.

²³ Zurn 2004, p.165.

ス・バトラーは、フレイザーが性的マイノリティへの不正義を、「文化的価値パタン」から生じるとしたことに批判を加えている²⁴。バトラーによれば、クイアをめぐる問題の核心は、その文化的地位が低いことにあるのではない。クイアに対する「嫌悪」が存在し、ヘテロ・セクシュアリティが「自然化」されることで、支配的なセクシュアリティの再生産が行われていることが重要なのであり、このような権力作用こそが問われなければならない。しかも、このようなメカニズムを「経済」と切り離された「文化」の問題として理解することも不適切である。かつて社会主義フェミニズムが論じたように、ジェンダー化された分業は、セクシュアリティの再生産によって支えられており、したがって、二つの再生産過程は密接に結びついているのである。しかも、クイアが被っている社会経済的不利益を考えれば、これを「文化的なもの」として区別する根拠も見当たらないというのである。

アイリス・ヤングも、正義を二つのカテゴリに峻別するフレイザーの議論を批判する²⁵。彼女によれば、ピエール・ブルデューやカルチュラル・スタディーズの業績は、文化が階級構造の再生産を媒介していることを示しているのであって、社会的分業や職場組織の編成における不正義は、文化的要因と経済的要因の両者が作用することで成立しているというのである。後述のように、アクセル・ホネットも、経済的不平等が文化的価値パタンから独立しているという想定を批判する。経済的分業・配分の構造は、規範的構造に媒介されており、単なる市場の論理によってのみ構成されるものではないというのである。

フレイザー自身の議論は、当初からあいまいさを孕んでいたが²⁶、こ

²⁴ Butler 1997

²⁵ Young 2008

²⁶ Armstrong 2008によれば、集団の分類をめぐるフレイザーの議論には、①「二つの不正義を被っている集団と、ひとつの不正義のみを被っている集団がある」、②「すべての集団が二つの不正義を被るものの、一方に究極の原因がある場合がある」、③「すべての集団が二つの不正義を被っているが、両者の重要性が異なる」、という表現が混在しており、論争を経るにつれ、強い①の主張から、より弱い②、③に重心が移っているという。また、二つの不正義を生み出す力学の関係についても、Fraser 2003は、一方で社会システムの近代

のような批判をうけて、フレイザーは議論を後退させている。すなわち、二つの不正義の力学の独立性の主張を弱める一方で、改革のための一般的な方針の提示を控え、個別のコンテキストにおいて、二つの不正義が連動する仕組みを見極めるという立場に後退している²⁷。すくなくともフレイザーの議論が、「再配分」と「承認」のジレンマの必然性を、体系的に論証しえていないことは明らかなのである。

7. 分業とアイデンティティ：パラダイムとしてのジェンダー問題

第二に注意されるべきは、「ジレンマ」をめぐるフレイザーの議論が、ジェンダーの問題を念頭において構築されていることである²⁸。ジェンダー集団は特殊な構造を持つ存在であり、これを他のマイノリティ集団一般に適用しうるかどうかは、自明ではない。そこで以下では、ジェンダー政策に即してフレイザーの議論の実践的含意を概観した後に、民族・エスニシティ・人種集団についての含意を考えてみたい。

フレイザーによれば、ジェンダーは、「男性らしさ」「女性らしさ」という文化的契機と、社会的分業の中での男・女の位置づけという経済的契機を含む。女性はその身体的構造のゆえに出産の役割を担い、乳児のケア、さらには育児の多くの部分を担ってきた。女性のアイデンティティは、こうしたケア労働の分業と結びつく形で歴史的に形成され、今日ま

における分化によって、あらためて二元論を基礎づけつつも、他方では、「すべての」従属を両者の次元において扱う必要を述べている。ホネットの指摘するように、フレイザーの議論の大部分は、分析的学流の正義論の枠内にとどまっており、二つの不正義の力学の関係については、体系的な議論を欠いているといえる (Honneth 2003b, pp.256-65)。

²⁷ Fraser 2003においては、「ジレンマ」の提示自体が控えめになったうえに、一定の条件下で「肯定的承認」をみとめる「非改革的改革 nonreformist reform」(pp. 80-82) や、「再配分」と「承認」を相互に代替する「改善策の組み換え cross-redressing」(pp.83-85) などの戦略が提唱されることで、その意義がいっそう減じられている。

²⁸ この点は Fraser 1996において特に明らかである。

で持続している。資本主義の経済システムは男女間の文化的差異を利用しつつ、分業構造を組み立てるのであり、二つの契機は密接に結びついている。すなわち「男らしさ」「女らしさ」は、社会的分業のあり方を重要な構成要素として構成されているのである。ケア労働自体には高い内在的価値が含まれるが、それが不正な社会構造のなかで実践されていることが問題である。

女性とは二つの側面のそれぞれにおいて不正義を被っている。文化的価値ないし社会的地位に関しては、男性中心主義にもとづく女性蔑視が存在し、女性らしさが劣等性と結びつけられ、ここからハラスメントや暴力が生じている。経済的な配分をめぐることは、男性が有給労働に従事し、女性が無給の家事・ケア労働を担当する構造が存在する。多くの職種において女性の参入に障壁が存在する一方で、大量の女性を雇用するケア関連の職種では報酬が低く抑えられている。このように、文化的価値に関しては、女性への侮蔑的な評価が改善される必要があり、社会的分業においては、差別的な分業が解体される必要がある。

フレイザーは、ジェンダー関係の改善をめざす三つのモデルを提示し、それらが二種の不正義を適切に是正しうるかどうかを検討する²⁹。第一のモデルは「総稼ぎ手モデル universal breadwinner model」であり、女性が男性と同様に労働市場に参入できるように、ケアを公的に提供するものである。このモデルにおいては、ケアの相当部分が、市場や国家によって提供され、女性がケア労働の負担から解放されることになる。第二のモデルは「ケア提供者対等モデル caregiver parity model」であり、家庭内のケア・家事労働に対して、公的資金によって報酬を支払い、その不利を是正するものである。女性は自らの家庭におけるケアの仕事の増減に応じて、「フルタイムの雇用」、「パートタイム雇用とパートタイムのケア労働」「フルタイムのケア労働」という就労のパターンを行き来することが想定され、これに伴う不利益を緩和するような配慮がなされるのである。第三のモデルは「総ケア提供者モデル universal caregiver model」である。これはあらゆる人がケアを提供しかつ雇用労働を行うものであり、これを可能にするために雇用労働の時間を短縮する。ジェ

²⁹ 以下は、Fraser 1996, Fraser 1997b による。

ンダーによる雇用労働とケア労働の分業を解体し、ジェンダーを脱構築することをめざす。

第一のモデルは、アメリカのフェミニストやリベラルの多くが支持するモデルであり、ステレオタイプを克服し男女間の平等をめざす「平等のフェミニズム」に親和性がある。このモデルは「再配分」を重視し、ジェンダー間の経済的不平等の是正の効果が期待できる。しかしながら、女性の特殊性を承認しない点で「承認」の課題に応えていない。それは男性の伝統的なスタイルを一般化させる反面、ケア労働に社会的な価値を付与しない。この結果、男性中心主義が強化され、従来女性と結びついてきた美德や能力が、男性にも普遍化されるところか、女性からも失われてしまう恐れがある。「再配分」の側面に関しても、このモデルには限界が存在する。このモデルはケアおよび家事労働を、可能な限り国家・社会が提供するサービスによって置き換えることをめざすが、出産、緊急時のケア、子育ての相当部分は、代替が困難であり、家族が行わざるを得ない。しかも、ケア・家事労働への評価が低いままにとどまるから、男性にとってこれを分担する動機が生じない。結果として、女性がこれを負担しつづけることになり、女性は「できの悪い労働者」にとどまることになる。このように女性は雇用上の不利を免れることができず、平等な「配分」の実現も困難なのである。

第二のモデルは、ヨーロッパにおいて有力であり、女性の固有性の「承認」を重視する「差異のフェミニズム」に親和性がある。女性の行ってきたケア労働に社会的評価を与えるメリットがあるが、他方で、ジェンダーによる分業を固定し、雇用の世界における女性の不利を持続させる恐れがある。すなわちもっぱらフルタイムに雇用される男性と、雇用形態を頻繁に変更する女性に対して、異なるキャリア・パスが用意され、女性は就職や昇進における不利を被るのである。

フレイザーによれば、現在の社会には「女性の固有性を軽視 underfeminize」して同化を強いる作用と、女性を「過度に女性化 overfeminize」して差別する作用とが並存している³⁰。すなわち一方で社会制度のさまざまな局面において、男性のあり方が自明の規範とされ、

³⁰ Fraser 1996, pp.50-52.

女性はそれに対して同調することを強いられる。他方で女性は、男性と同一にはなりきれない異質で劣った存在とされ、その固有性が物象化され、女性はその中にとじこめられる。上述の二つのモデルは、この構造の一部を改善しようとするものであるが、問題を根本的に解決するものにはなっていない。第一のモデルは、「配分」の改善のために、アイデンティティにおける同化を通じて「過度な女性化」を克服しようとするが、女性の固有性を一層軽視する結果に至っている。すなわち承認の秩序に内在する不正義を是正しないがゆえに、女性のニーズが考慮されず、結果的に「再配分」も阻害される。これに対して第二のモデルは劣等視された差異に肯定的承認を付与するものである。しかしながら、その差異が不公平な分業と結びつき、配分上の不正義の一要素をなしているがゆえに、不正義の是正が困難になるのである。

第三のモデルは、このジレンマに対処するために、女性の固有性とケア労働の価値を尊重しつつ、しかも物象化によって社会的分業が硬直化するのを防ぐことをめざす。女性に雇用労働の機会を保障するとともに、男性によるケア労働の分担を実現することで、両者における公平性を実現するのである。そのためには、男女の分業の根本的な見直しと、男女のアイデンティティの「脱構築」的な変容が必要なのである。

このように、「肯定的承認」が「再配分」を妨げるジレンマが、ジェンダーにおいて顕著に現れるのは、「女性らしさ」「男性らしさ」の定義が、雇用労働およびケア労働という経済システム上の分業と強く結びついてからである。ジェンダー問題においては、現存する女性のアイデンティティを称揚することが、現行の分業構造を固定し、配分の改善を妨げる危険がある。したがって一方では、男女間の分業構造を大きく変更し、他方では、それに対応するかたちでアイデンティティのあり方を修正することが不可欠なのである。それでは、こうした議論は、フレイザーの主張するように、人種・エスニック集団などにもあてはまるのであろうか。

今日では、かつての奴隷制度やジム・クロウ制のように、集団的アイデンティティと経済的役割を強固に結びつける公的制度は存在しない。しかしながら、周縁化された人種・エスニック集団の文化・アイデンティ

ティが、不利な経済的位置と結びついて形成される例はすくなくない。人間は自らのおかれた条件のもとで人生を送るが、その際に人生に意味を与える文化の体系を構築する。このためマイノリティ集団のもつ文化は、周縁化された条件に結びつくことは多い。

先住民の事例をとりあげてみよう。世界の先住民の多くは、拡大家族を社会生活の単位とし、自然との共生の観念を中核にもつ文化を維持してきたが、このことは、近代以降の経済発展の過程において、彼らが周縁化されてきたことと無縁ではない。すなわち先住民は多くの場合、一方で同化政策の対象となりながら、他方では社会生活のうえでの差別のもとにおかれ、国家の政策によって教育・雇用・企業の機会を奪われてきた。彼らの相当部分は、遠隔地のコミュニティに閉じ込められ、原初的様式の自給自足的生業を続けることになった。彼らは豊かな文化的伝統をもつが、他方において、主流社会からの排除に伴う失業・貧困・社会病理に苦しんでいる。ところで近年、各国で進行する権利回復の政治過程のなかで、先住民は先祖伝来の土地への権利を回復するために、伝統文化を援用する。後述するように、彼らは古来の狩猟や漁業が持続していること、当該の土地がその実践に不可欠であることを主張する。こうしたプロセスを通じて文化が本質化される場合、現代社会に生きるための文化の創造が妨げられる危険が存在するのである。

同様な懸念は、アメリカの黒人のような、人種化された集団についても提起しうる。アメリカ大都市の貧困地区に住む黒人は、貧困・犯罪・社会病理とむすびついた独特のサブカルチャーを持つが、その諸要素は当事者の視点からみて一定の合理性を備えていることも多い。たとえば黒人男性が頻繁に見せる、怒りないし威嚇の表情である「ゲーム・フェイス」や、ときに他人を侮辱するような態度、ギャングスタのファッションなどは、犯罪の蔓延する社会で攻撃を振り払い、仲間から一目おかれて生きのびるための手段である³¹。黒人女性に十代の出産や、シングル・マザーが非常に多いのも、当事者にとっては合理的な理由がある。学歴・職歴がほとんどない女性にとって、出産の年齢を遅らせても生活の改善の見込みは存在しない。また、若い男性の失業や犯罪が蔓延する貧困地

³¹ Anderson 2010, pp.35-38.

区で、犯罪と無縁で安定した職を持つ夫を得ることは難しい。したがって、安定した愛情の関係を築くためには、そのパートナーとして子供を持つのが合理的なのである³²。これらの行動のパターンは、劣悪の環境の中で当事者が生きてゆくためのものであり、それが文化へと統合され当事者の生を意味づけている。しかも、若者は教育や就業の機会を否定された環境の中で、自尊心を保つため、しばしば主流社会に敵対的な文化を身につける。先住民や黒人のコミュニティにおいて学業に励むことが「白人の真似をするふるまい」として忌避される事例は多数存在する。これらの理由から彼らは自らのアイデンティティ・文化を称揚するのであるが、彼らの実践や文化をそのままの形で尊重することには問題が大きい。犯罪・薬物中毒・自殺などの社会病理の蔓延から明らかなように、このような文化が当事者に充実した生をもたらす力はごく限られているからである。

かつて、社会学者のポール・ウィリスは、『ハマータウンの野郎ども』において、イギリスの下層労働者階級の持つ文化が、階級構造を再生産する機能をもつことを描いて見せた³³。下層労働者階級の子弟にとって、学校および教師は不公平な社会体制を体現する存在であり、反抗の対象である。彼らの多くは、「反学校の文化」を実践し、権威に従順な生徒を軽蔑する。それはまた、使用者と対立しながら働く、男性肉体労働者の世界の価値観と行動様式を模倣するものでもある。生徒たちは、反抗の文化のもとで、学業から脱落し、下層労働者のキャリアに入ってゆく。逆説的なことに、生徒の主体性を媒介として、不平等な分業構造が再生産されてゆくのである。もちろん、ウィリスの議論は、雇用が安定し、下層労働者の世界が一定の魅力を持っていた20世紀中葉のものであり、これを今日のマイノリティの問題にただちにあてはめることはできない。しかしそこに働く基本的な力学、すなわち、社会経済的周縁化、そこに成立するローカルな文化、マジョリティへの反抗と自己主張、これによる排除の再生産、などはマイノリティ問題一般に対しても重要な示唆をあたえるものである。

³² Anderson 2010, pp.78-80.

³³ Willis 1977.

このように考えれば、当事者たちの「文化的承認」の要求が、適切な「再配分」を妨げる局面を想定することは可能である。構造的不正義から生じた文化を本質化することに関するフレイザーの懸念には、一定の理由が存在するのである。

しかしながら、我々は、このような議論の限界にも注意しなければならない。ケアをめぐる分業の構造が、アイデンティティの定義と密接に結びついているジェンダーの場合に比べれば、人種・エスニック集団においては、アイデンティティの定義に柔軟性が存在する。たとえば人種としての黒人のアイデンティティは、奴隷制、ジム・クロウ制などを通じて形作られ、今日でも階級的分業と結びついていることが指摘される。しかし他方で、これが常に黒人のアイデンティティの中核に存在するわけではなく、不正義や周縁化と不可分の属性以外にも、その表象を改善し、自尊心を生み出す資源は存在するであろう。たとえば音楽、宗教、スポーツ、親族組織、政治運動の伝統など、さまざまな可能性が存在する。したがってアイデンティティの主張が、周縁化された位置を固定するとはかぎらないであろう。

実際のところ人種・エスニック集団においては、女性の場合以上に、主流社会からの経済的排除が深刻で、その克服が当事者たちの切実な願望である場合が多い。ヤングによれば、マイノリティ集団にとって、経済的条件の改善が社会運動の大きな推進力となっているのが通常である。集団的アイデンティティを軸にした連帯も、「配分」の改善を目的とするものあって、「承認」それ自体が目的の場合は多くない³⁴。マイノリティのリーダー多くは、子弟の教育や就労の改善を重視しており、アイデンティティや文化復興の運動も、これを促進する形で定義されることが通常である³⁵。フレイザーの議論は、マイノリティの運動におけるジレンマの存在を過大視していると考えられるのである。

8. 普遍性の承認と特殊性の承認

³⁴ Young 1997; Parekh 2008, ch.3

³⁵ 伝統の復興を志向する先住民の運動も、自立の前提としての高等教育の重要性を強調する。Alfred 2005.

集団の特殊性の価値を承認することが、集団への愛着を強め、再配分における平等化を妨げるというのが、フレイザーの指摘したジレンマであり、そのために、差異の承認をめぐっては、脱構築を重視するというのが、当初の主張であった。しかしフレイザーはやがてこれを修正し、次のように論じる。「不適切な承認を受けている人間が平等な構成員として社会生活に参加するために何を必要としているかは」、コンテクストによって異なる。フレイザーは「脱構築」の手法を中心に据えつつも当初の主張を緩和し、コンテクストに即したプラグマティックな対応を推奨するのである。たとえば、ある場合には、排除された人々に「過剰に押しつけられた差異を取り除く」ことが必要である。これは「普遍主義的な承認」であり、アパルトヘイトにみられるように、不適切な承認が当事者を「他者化 othering」し、共通の人間性を否定している場合に必要となる³⁶。またある場合には、既存のアイデンティティの脱構築が有用である。さらに、当事者に特有な特徴が否定されている場合には、特殊性の承認が必要なこともある。これらに加えて、主流派集団に焦点を当て、彼らの集団の持つ特殊性を主題化し、その属性が「これまで誤って普遍的なものとして通用していたことを暴露する」べき場合も存在する。フレイザーは、これらの手法をコンテクストに応じて、プラグマティックに使い分けることを提唱するのである。

このように細分化されたフレイザーの処方箋は、たしかに個別事例に対処する際のメニューを増やしてはいるものの、これら多様な形態の承認相互の関係は整理されておらず、明確な見通しを与えるにはいたっていない。たとえばジェンダーについての議論を取り上げてみよう³⁷。前述のように、フレイザーによれば、女性の差異は一面において過剰に強調される一方で、他の局面においては、これに対する適切な配慮がなされてこなかった。これは、女性を「過剰に女性化する」とともに、女性の固有性を「過小評価する」ことであり、これに対応するために、一方では普遍主義的な承認、他方では差異を重視する承認が必要であり、さらに脱構築的承認が与えられるべきであるとされている。このように列

³⁶ Fraser 1996, pp.32-35.; Fraser 2003, pp.45-48.

³⁷ Fraser 1996, pp. 50-52.

挙げられた三つの承認の関係は明らかでなく、政策の指針は見えにくくなっている。

しかもフレイザーの議論においては、「承認」が「配分」に与える影響が包括的に検討されているとはいえない。前述のように、フレイザーが主として取り上げてきたのは、アイデンティティの特殊性を強調する形態の承認が、集団間の境界を固定し配分の平等化を妨げるという力学であった。しかしさまざまな形態の承認が、配分を規律する規範それ自体に影響し、再配分の帰結に影響するという回路は、フレイザーにおいて十分に扱われていない。このような多様な論点を整理し、承認の政治が、再配分にあたえる影響を検討する必要が存在する。

この点を考えるために、承認の構造をより包括的に論じたアクセル・ホネットの議論を参照したい³⁸。ホネットによれば人間は三つの異なる社会関係をとおして、三種の承認を獲得することで、健全な自己関係・アイデンティティを形成する。第一に人間は、無条件な愛情の関係において自己信頼 (Selbstvertrauen) の態度を達成する。これは身体的な安全への信頼を基礎とし、自らの身体を自律的にコントロールできること、これを暴力的に侵害されないという感覚である。人間はこれによって自己と、それを取り巻く世界の安定性を信じることができる。この実現のためには愛情に満ちた配慮と、暴力からの解放が必要である。このような感覚が失われる場合、能動的な主体として生きること自体が難しくなる。

第二に人間は、他者と同等な権利を持つ存在として、自己への尊重 (Selbstachtung) の態度を獲得する。民主的社会においてはすべての構成員は同等の道徳的責任能力を認められ、相互に平等な存在として処遇される。普遍的な権利が与えられ、他者を平等な存在として扱う義務とともに、自らの人生の計画を自由に決定する権利を与えられる。

第三に人間は、固有の個性を持ちながら、共有された目標に貢献することを通して、自己を評価し、名誉 (Ehre) を獲得する。共通の価値をもつ地域コミュニティや、国家レベルの共通の目的への参加によって、

³⁸ Honneth1992; Honneth 2003

これが達成される。個人は独特の性格と能力を持ちながら、共有されたプロジェクトに貢献できる存在として承認を受ける。このような承認は、個人の社会への貢献が否定されたり、マイノリティの価値の地平が主流派に貶められたりするときに妨げられる。以下ではこの枠組にしたがって考察をすすめたい。

マイノリティにおいては、これら三つの承認がしばしばさまたげられ、それが「配分」(社会経済的境遇)に悪影響を与えると考えられる³⁹。第一に、マイノリティはしばしば偏見や憎悪に由来する暴力や、その脅威にさらされる。それは世界の安定性にたいする根本的な信頼を動揺させ、社会生活のさまざまな局面に積極的に参加することを妨げる。たとえば、学業、職業生活、社交、政治参加において負の影響を持つことが考えられる⁴⁰。第二に、マイノリティはしばしば、法的権利における不平等に直面する。すなわち、主流派が享受している権利を実質的に享受できず、それが経済生活上の不利を引き起こすことも少なくない。第三に、マイノリティはその独自の価値観にしたがった生き方を評価されず、これに対する偏見と直面することが多い。これは彼らの社会への貢献を過小評価することにつながり、職業適性や、適正な給与などの判断に影響を与え、「配分」の改善を妨げることが考えられる。

それでは、これらのそれぞれにおいて、固有性の「肯定的な承認」は、「配分」の状況を改善しうるのであろうか。第一に、暴力からの安全について考えてみよう。暴力を防止するにはさまざまな方策がある。暴力を取り締まる法制の整備や、通報制度の改善など、アイデンティティに直接かわらない施策も効果が期待されるが、あわせて、マイノリティを侮蔑する文化のあり方の修正も重要であろう。集団に加えられる暴力は、その集団に対等な道徳的地位を否定するところから生じる。この場合、マイノリティがその差異のゆえに、人間の価値を貶められているのならば、その偏見を除去し、肯定的なイメージを広めることには意義があると考えられる。

第二の種類の承認についてはどうであろうか。マイノリティが主流派

³⁹ 以下の議論について、Zurn 1997を参考にした。

⁴⁰ 暴力の脅威の重要性は、ヤングも指摘するところである。Young 1990, ch.2.

と同等な権利を保障されていない場合、マイノリティは当該の権利の普遍化を要求することになるが、その場合、マイノリティの特殊性の承認が問題になることが多い。マイノリティの権利実現の障害になるのは、マイノリティのニーズが、主流派によって合理的なものとして認知されていないこと、あるいは、マイノリティが道徳的な自律の能力を欠くとみなされていることなどである。例として、公共空間におけるムスリム女性によるベールの着用の問題を取り上げてみよう。ベールの着用の禁止は、「宗教の自由」という一般的権利の享受を妨げ、法的平等性を侵害するものと解釈することが可能である。またこの規制は、信仰を持つムスリム女性の社会進出をさまたげ、配分上の改善を妨げる一因となりうる。したがってこの問題は「法的平等性」の侵害が「配分」の不公平を生み出す事例と見なしうる。周知のように、この問題は、「宗教の自由」にくわえて、「国家の中立性の要請」、「抑圧的文化からの女性の解放」などの複数の論点が絡み合う複雑なものであるが、ここで注意したいのは、それらの考量にあたって、「ムスリム女性」をめぐる多数派の理解が大きな影響を与えるということである。たとえば、次のような理解は、今日の西洋社会に少なからず見られるものである。イスラム教は内面の信仰よりも外面の戒律を重視し、それゆえに迷信を含む劣った宗教であること。女性のベールは、男性による女性の抑圧の象徴として機能してきたこと。ムスリム女性は周囲の圧力のゆえに、ベールの着用を拒むことが困難であること。ムスリム女性は保守的環境で育てられ、共同体から離脱する能力をもたないこと、等々。このような理解を前提とすれば、ムスリム女性の宗教実践の権利を拡張する動機は生じにくい。むしろ非合理的な慣習から彼女たちを解放するために、ベールの着用を禁止することが望ましいという考えが生じやすい。ここから明らかなように、「宗教の自由」の範疇によって、ムスリム女性のニーズを保護するためには、彼女たちが自らの自発的な意志によってこれを実践していること、その信仰には尊重すべき価値があり、その実践が理性的で自律的な選択と矛盾しないことを、主流派に認識させる必要がある。このように、マイノリティが、基本的権利を獲得してゆくうえで、固有の文化への評価の改善は少なからぬ意義を持つと考えられる。

第三の種類の承認、すなわちマイノリティの持つ固有性の価値への承

認は、物質的配分を規制する規範に影響を与えることが考えられる。ホネットによれば、社会的な収入の配分は、市場の力学のみによって決まるのではない⁴¹。経済システムにおける配分は、実は相当程度、規範に媒介されたものであり、そこには諸集団の貢献についての評価が含まれている。たとえば、女性の賃金が男性より低く抑えられたり、女性が多数従事する職業の賃金が低かったりすることには、経済的には合理的根拠が存在しない場合も多い。むしろ多くの場合、女性の生産性や、社会への貢献の低さが暗黙のうちに想定される結果、制度上のバイアスが生じているのである。このような場合には偏見を払拭することで、女性の経済的状況が改善することがありうる。マイノリティの労働者の職業適性や業績評価、マイノリティ集団が多数従事する産業分野の賃金水準の決定においても、同様な議論が妥当するであろう。このように、マイノリティの固有性の肯定的な承認は、当該集団の「業績」の正当な評価につながり、彼らが受けるべき経済的処遇についての観念を改善する可能性がある。

このように考えれば、「配分」に影響を与える「承認」のさまざまな局面において、マイノリティの固有性についての表象の改善が、有用であると考えられるのである。

9. 脱構築のエトスをめぐって

フレイザーは、アイデンティティを称揚することで従属的な地位を脱しようとする試みが、本質主義につながることを懸念し、アイデンティティの脱構築の手法を提唱する。この手法は、不正義の解消のために、どの程度の有効性を持つのであろうか。

フレイザーは「肯定的手法」と「構造変革的手法」を、経済的配分と承認のふたつの領域にまたがる概念として提示し、両者の優劣について、次のように評価する⁴²。本来、望ましいのは不正義を根本的に解決できる「構造変革的手法」であるが、それは人々の日常の願望からかけ離れ

⁴¹ Honneth 2003, pp.151-155.

⁴² Fraser 2003, pp.76-78.

ているがゆえに、支持をうけにくい。多くの人々は、短期的な視野で、目下の困難に対処することを考える一方で、問題の根本的な解決まで思いを致さない傾向がある。他方、「肯定的手法」の改革には限界があるものの、人々の願望に沿ったものであるから支持をうけやすい。フレイザーはこのようなジレンマを見すえたうえで、「非改革的改革 nonreformist reform」の選択肢を推奨する⁴³。これは「肯定的手法」と、「構造変革的手法」の中間であり、長期的な視点で構造変革をにらみつつ、当面はそれにいたらない方策を積み重ねてゆくものとされる。

しかしながらこのような議論には問題が多い。その第一は、「肯定的手法」と「構造変革的手法」の関係の評価をめぐるものである。たしかに、経済的再配分の政策については、このような整理が可能かもしれない。経済的配分の場合には、ふたつの手法は資源配分を平等化する方向については一致しており、穏健な改革の積み重ねが、ラディカルな変革に行き着く可能性が存在する。しかし承認をめぐる「肯定的手法」であるアイデンティティの称揚と、「構造改革的手法」であるアイデンティティの脱構築の関係については事情が異なる。共通のアイデンティティの是認を志向する前者と、これを脱中心化する後者とでは運動の方向が異なり、前者を穏健な、後者をより徹底した手法として分類することは不適切である。人々がアイデンティティの称揚を支持するのは近視眼的であり、熟慮をへて意識が高まれば、人々はアイデンティティの脱構築を望むようになると考えることには無理があろう。

この点に関してニコラス・コンプリディスは、人々が望まない「アイデンティティの脱構築」を唱えるフレイザーの議論が、彼女の義務論的な正義論の枠組みに矛盾すると指摘する⁴⁴。本来、フレイザーの議論は、正義の観点から社会的地位の序列を是正することをめざすものであり、個人のアイデンティティの問題には立ち入らないはずである。フレイザーが「正」と「善」を分割するカント主義の正義論にコミットする以上、「善」の観念に大きく影響する脱構築の要求はなしえないというのである。

彼はまた「脱構築による承認の是正」が、社会的実践として成り立つ

⁴³ Fraser 2003, pp. 78-82.

⁴⁴ Kompridis 2007, pp.295-309.

可能性についても、疑問を呈している。フレイザーは、正義の規範の要請に沿って、文化変容を目的どおりに起こせると考えるきらいがあるが、文化的価値パタンにもとづく「地位」の変更をコントロールすることは難しい。政府が法的な承認を与えれば、「平等な地位」の承認の規範が公的に定立されようが、これに対する抵抗も生じるかもしれない。期待される文化変容が社会レベルで起こるかどうかは定かではない。しかもアイデンティティの「肯定」と比べて、その「脱構築」には大きな困難が伴う。フレイザーの指摘するように、「脱構築」の手法は、すべての人のアイデンティティの変容を迫るものである。一般に、アイデンティティとは、個人にとっての日常の実践、家族・友人などとのつながり、個人の来歴や将来の見通し、人生の意味づけなど、さまざまな要素によって成り立っており、このすべての側面を脱構築することは容易ではなく、望ましくもない。それらを批判の対象とする脱構築は、強い抵抗を引き起こすのが普通である。しかもこれを民主的討論の中で行う場合、その帰結は不透明にならざるをえないのである。

アン・フィリップスも脱構築をめぐるフレイザーの議論に疑問を呈している⁴⁵。フィリップスは「ジェンダーの脱構築」のアプローチに一定の共感を示しつつも、脱構築のアプローチが広く適用されれば、それは「文化」の差異の重要性を減じる結果になると指摘する。脱構築の手法は、人々がジェンダー、人種、エスニシティなどの境界に挑戦し、これを越えて移動し、文化を逃れることを指摘して、集団の境界を解体しようとする。これは一面において、これらのアイデンティティからの解放を意味するが、しかし他の角度から見れば、それはすべての障壁や区別を消滅させ、多様な価値やアイデンティティを主流派の文化へと収斂させる同化主義のプロジェクトともなりうる。フレイザーはヤングがあらゆる文化を尊重することを批判するが、逆にフレイザーは、人種やジェンダーの不平等の解体を論じる一方で、エスニック集団、宗教、言語など、尊重すべき文化の差異について十分な注意を払わないとされるのである。

前述のようにフレイザーは、いわゆる脱構築論者とは異なり、アイデンティティ一般を抑圧の産物と見て、これらの絶えざる脱構築を追求す

⁴⁵ Phillips 1997, pp.143-53.

るわけではない。脱構築が必要となるのは、不正が存在し、これに対処する必要がある場合である。フレイザーにおいて改革の枠組みを示すのは、正義論の枠組みであり、アイデンティティの脱構築の議論は、これに従属する形で存在する。この意味では、フレイザーの議論を卓越主義とみなすコンプリディスの批判は、強すぎるといえよう。しかしながら、アイデンティティが人間にとって持つ重要性、これを破棄することへの強い抵抗、同化の圧力に抗してこれを維持するマイノリティのニーズ、などを考えれば、脱構築の政策の意義は、限定されるべきであろう。

10. 「肯定的承認」と「脱構築」の政治的有効性について

アイデンティティの「肯定的主張」と「脱構築」の優劣を論じる際に重要なのは、その評価を政治的行動の指針としての妥当性の観点から行う必要が存在することである。「承認の政治」ないし「アイデンティ・ポリティクス」の理論は、不正義の存在を前提に、その是正をめざす「非理想理論」を中核とするものであり、正義になかった状態を論じる「理想理論」とは区別される必要がある。たとえば「理想理論」のうえでは、アイデンティティが脱中心化され、流動化した状況が望ましいとしても、そこにいたるための有効な戦略が、アイデンティティの脱構築であるとは限らないのである。アイデンティティの觀念の恣意性を言論によって批判することで、マイノリティが負の表象から逃れられるとは限らない。実際のところ、レイシズムの生物学的根拠が否定され、人種の觀念の恣意性の指摘が繰り返されても、アメリカの黒人に対するレイシズムは衰えることがない。アイデンティティの本質化を引き起こし、それをマイノリティに押し付けている力は何か。それに対する有効な抵抗の手段は何か。これらの点は理想理論とは別に、あらためて問われなければならないのである。

フレイザーにおいては、この二つの次元、理想理論と非理想理論が安易に連続しているきらいがある。すなわち、抑圧がなくなりアイデンティティが流動化した状態のイメージが、そのまま運動や政策の指針にされてしまう。マイノリティによる承認のための闘争を核にすえるホネットの議論においても、この点が十分に論じられているとはいいいがたい。ホ

ネットは、文化的アイデンティティの承認の要求の背後には複数の目標が存在すると考え、これを次のように分類する⁴⁶。(1) 第一の類型は、個人的なニーズにかかわるものであり、個々のメンバーが人間ないし国民としての基本的権利を享受するうえでの障害の除去を求めるものである。(2) 第二の類型は、集団としてのニーズにかかわり、集団生活の条件の確保・改善をめざすものであるが、これは次のような要求を含む。
 ① 共同体の文化的再生産への妨害の排除(言論・集会・宗教の自由の保障、文化実践の障害となる法規の適用除外など)。
 ② 文化的再生産への支援。
 ③ 共同体の文化や価値志向が公的に尊敬を受けること。

これらのうち、(1) および (2) の①②の要求は、主流派集団の構成員が享受する権利や便益を、マイノリティにも与えることを要求するので、「法的平等性」の原理によって基礎づけられる。③についても、「侮辱の防止」という消極的なレベルまでは、「法的平等性」の原則によって基礎づけられる。マイノリティ文化への侮辱は、個人の尊厳を毀損し、活動の自由を侵害することにつながるからである。

ところで③については、マイノリティは「法的平等性」の問題を超えて、その固有性にもとづく「社会への貢献」「業績」をより正当に評価するように求めることもある。この場合には、既存の業績評価の基準が自らに正統に適用されていないこと、あるいは、既存の業績評価の基準を拡大することで、適切な評価がなされることを要求することになる。ただしこの場合には、マイノリティがその業績を証明できることが承認の条件になるから、つねに肯定的な評価が得られるとは限らない。マイノリティが要求できるのは、自らの社会的貢献が「好意的に検討される」ことであって、その判断の内実までを指図する権利は存在しないのである。

以上のようなホネットの議論は、理想理論としては妥当なものと考えられるが、不正義を是正するための、政治運動や政策の指針を十分に与えるものではない⁴⁷。構造的な不正義の存在する社会においては、マイ

⁴⁶ Honneth 2003, pp.161-70.

⁴⁷ なおホネットの議論は、承認の構造の包括的な検討であるが、社会構造の全体的な分析を意図したものではない。たとえば経済システムに由来する不平等が、承認のあり方にどう作用するか、などの点は、体系的な分析の対象になっ

ノリティの貢献を「好意的に検討する」姿勢は乏しく、むしろこれを意図的に中傷・歪曲し、貶める行為が広く存在する。このような状況においては、こうした悪意の影響を緩和し、「自由な討論」や「好意的検討」が可能になる条件を整えることが、政府の任務として要請されようが、それはいかにして達成されるのであろうか。またこのような環境を作り出すためのマイノリティの運動は、どのような戦略をとるのが有効なのであろうか。理想理論はこうした点について、十分な指針を与えることがないのである。

アイリス・ヤングの主張はまさにこの点にかかわるものである。ヤングによれば、抵抗のためにおこなわれるアイデンティティの主張が、集団の境界を強化し、本質化を進めるものであるとは限らない⁴⁸。社会の差別的構造のなかで、マイノリティのアイデンティティはすでに本質化され、メンバーはこの中に閉じ込められているのであり、文化の肯定的承認の主張はこの支配構造を解体するために行われるのである。マイノリティ集団を本質化して支配する差別主義者の実践と、これに抵抗するための集団的アイデンティティの主張は性格を異にしており、これらを同一視することは不適切なのである。しかも多くの運動は、文化的特徴の承認を要求するが、その本質を定義したり、それを全面化したりするわけではない。集団内のアイデンティティの多様性が維持される限り、その主張は是認しうるものとされるのである。

フレイザー自身も一連の論争をつうじて、「アイデンティティの肯定」が運動のなかで持つ意義を、一定程度、認めるにいたっている。すなわち、アイデンティティの肯定的主張は、「非改革的改革」の一環として有効でありうる、というのである⁴⁹。それは不正義の根本的に正にいたらないまでも、それを間接的な形で促進しうる。たとえば女性のケア労働の能力を称揚することは、一方ではジェンダー分業を固定化する危険をはらむが、他方では、男性に対してケア労働を分担するように促し、ジェンダー分業を揺るがす効果を持ちうる。また女性の固有性を肯定す

ていない。この点については、次を参照。Zurn 2003, p. 526.

⁴⁸ Young 2008, pp.55-58.

⁴⁹ Fraser 2003, pp.80-81.

ることで、女性を団結させ闘争を支援するのならば、これも長期的には不平等な分業の解体につながりうるとされる。このようにフレイザーは、政治過程における権力・資源を「承認」を通じて変化させるという発想を採用し、議論の重点を、理想理論から非理想理論にシフトさせるのである。

もっともフレイザーは根本的な点では、従来の立場を変更しない。具体的戦略の妥当性は個別のコンテキストに依存するとしつつ、ジェンダー政治をめぐるのは、アイデンティティの肯定の戦略から期待される効果よりもリスクが大きいことを指摘し、その妥当性を否定する。今日、ジェンダーをめぐるのは、それを本質化する伝統主義と、脱構築するポストモダニズムがせめぎあっており、前者の勢力が強い。こうした状況では、アイデンティティの肯定は、本質化・物象化の弊害を引き起こす危険が大きく、このためフェミニズムは後者へのコミットメントを行う必要があるとされるのである。このように、フレイザーは一定の譲歩をしつつも、肯定的な承認の主張に抵抗するのである⁵⁰。

しかしながら、ジェンダーを自然化する力とこれに対抗する力の雌雄を決するのは、アイデンティティの観念をめぐる理性的討論なのであろうか。仮にそうであるとすれば、フレイザーの判断は正しいかもしれない。他方、自然化の背後に権力的支配が存在するのであれば、有効な抵抗こそが重要であり、政治運動の論理が前面に出ることになろう。この場合、ヤングの主張するように、連帯を可能にする集合的アイデンティティの構築や、肯定的承認を通じたシンボリックな資源の獲得をより重視する余地がある。ヤングとフレイザーの立場を分けるのはこの点であると思われる。

11. 周縁化を回避する承認とは

最後に、肯定的承認が「本質化」や周縁への固定を引き起こさない条件について、若干の論点をあげておきたい。

第一に、承認の核となる文化的属性の位置づけについて考えてみたい。

⁵⁰ *Ibid.*, p.81.

一般に「承認の政治」においては、マイノリティ集団が、共通の属性に肯定的な評価をあたえ、否定的な評価の転換をめざす。前述のように、フレイザーは、このような自己主張の意義を部分的に承認するにいたっているが、その際に、その属性が不正義と結びついていないことを重視する。もしその属性が、マイノリティの置かれた周縁性や不正義と結びついているならば、そのような固有性の強調が、不正義の克服を困難にすると考えられるからである⁵¹。

しかしながら、この主張は常に正しいとは思われない。そもそも、不正義に由来する差異と、そうでない差異を厳格に区別することは、多くの場合に不可能である。さらに、不正義と結びついた差異であっても、尊重すべきものは存在すると考えられるのである。

アメリカ黒人の例をとりあげてみよう。アメリカ黒人のコミュニティには、黒人英語、音楽、黒人教会、家族構成など、白人には見られない独特の文化が存在する。これらには、アフリカ起源の要素も含まれるものの、その多くは原初的に存在したものではない⁵²。ジャズは黒人と白人の協働によって作られたものであるし、黒人英語は、英語の変異であることはもちろん、スコットランド・アイルランド系の方言の要素も取り込んでいる。黒人教会は、奴隷制、ジム・クロウ制、公民権運動というアメリカの歴史のもとで発展してきたものである。片親家庭、拡大家族などが混在する家族構造は、人種差別や周縁化による社会経済的困難への適応として生じてきたところが大きい。

人間は、自らのおかれた条件下で、日々の生活に意味を見出すために文化を必要とするのであるから、差別の構造は文化のあり方の多くを規定する。したがって、黒人文化の固有性は、過去における不正義、社会経済的な困難、それに対する抵抗の歴史と切り離すことができない。しかも、これらの困難に対処する過程で生じた文化のなかには、現在の困難を克服し、また改善に向けてコミュニティを支える要素も存在する。

⁵¹ Fraser, 2003, pp.80-82. 前述したように、抑圧と結びついた「ジェンダー」のアイデンティティも、「非改革的改革」において活用しうが、フレイザーはそれに伴うリスクを強調する。

⁵² Anderson 2007, pp.164-176.

こう考えるならば、歴史の中でマイノリティの生み出した成果を評価するとともに、その実践を未来にむけて発展させるために、公正な環境を実現することが求められるであろう⁵³。

マイノリティの文化は、しばしば本質化され、抑圧の正当化に利用される危険が存在する。実際のところ、黒人の独特な文化様式は、黒人の貧困の原因とされることが多い。このような否定的な本質化に抵抗するとき、これらの評価を反転させて、これに自尊心の源泉を見出すだけでは不十分であることが多い。誇りの源泉とするべく強調された文化は、容易に差別の正当化にも利用されてしまうからである。たとえば、貧困や抑圧のもとを生きぬく過程で発達した黒人の家族の紐帯や黒人女性の母性は、男性の勤労意欲を阻害するものとして槍玉に挙げられ、黒人の貧困を正当化するために利用されてしまう⁵⁴。したがって、周縁性と結びついたマイノリティの文化を不変のものとして本質化するのではなく、むしろ不正義とそれへの抵抗の歴史を刻印されたものとして、評価することが有効であると思われる。それは周縁性・不正義を反映したものであるとともに、それに抵抗する力を与えるものである。それは誇りの源泉であるとともに、さらに修正されてゆくべきものでもある。このように理解することで、承認の主張は、再配分の要求と連動するものになりうると思われる。

第二に、多様な運動が競合するダイナミズムに、本質化の回避の鍵を見出す議論がある。アイリス・ヤングによれば、土地権を要求する先住民の運動、貧困地区への投資を呼びかける黒人の運動、組織化をめざす労働組合運動、女性にシェルターを提供する運動はどれも、物質的な要求とともに、文化的承認の要求を掲げている。これらの運動それぞれの力は限られているが、これらが相互に結びつくことで、社会構造を変革する可能性が高まる。したがって個々の運動はその目的の達成のために協力し合い、相互の視点を尊重する必要がある、これによってその本質化が防がれ、アイデンティティの柔軟性が維持されるのである。⁵⁵ この

⁵³ 黒人教会の持つこうした性格について黒崎（2015）を参照。

⁵⁴ Macdonald 2000, p.205.

⁵⁵ Young, 1997, pp.59-60.

ように個々の運動をそれ自体で評価するのではなく、他の運動とのかかわりの中で評価することで、本質主義を回避する可能性を認識しようというのである。

第三に、文化的アイデンティティの主張が、特定の権利要求に直結している場合には、権利確定のプロセスの適切さが検討される必要がある。たとえば、先住民による土地への権利の回復の過程において、主流社会の政府はしばしば、先住民に対して文化を本質化する圧力を加える。たとえばカナダでは土地への権利の認定の過程で、先住民の古来の文化が持続していること、当該の土地がその文化実践に不可欠であることの証明を要求する⁵⁶。このような要求は、先住民が伝統文化を維持しつつも、これを近代社会に適応させてきた営為を評価せず、先住民に対して、本質主義的な文化主張をすることを余儀なくさせる。マイノリティの権利主張が権利要求に連動するこのような局面にあつては、マイノリティ文化の持続的発展を支援する観点が、政治過程に取り入れられる必要が存在するのである。

本稿においては、フレイザーの定式化した「再配分と承認のジレンマ」について、その妥当性を検討した。フレイザーの懸念には一定の根拠があるものの、「ジレンマ」が必然的に生じるという存在論的な根拠は示されていない。またフレイザーの議論はジェンダー問題をパラダイムにして構築されており、マイノリティ集団一般への適用可能性は限定されると考えられる。さらに、「普遍的な権利」の実現に際しても、「特殊性の承認」が重要な契機となること、「脱構築」を中核とする政治の有効性が疑われることも、認識されるべきであろう。さらには、フレイザーが理想理論と非理想理論を連続して論じており、後者における「承認」の意義を十分に議論していない点も重要である。このように考えるならば、「承認の政治」一般が、マイノリティの境遇の改善に否定的に働くと想定することはできない。むしろ、周縁化を克服し、「再配分」に資する

⁵⁶ 司法手続きにおける先住民の権利の認定において、厳格な審査手続きが文化概念の本質化を引き起こしやすいこと、コミュニティの発展の観点から先住民の権利を定義すべきこと、について Eisenberg (2011) を参照。

ような「承認」のあり方が模索されるべきであると思われる。

参考文献

- Alfred, Taiaiake. 2005. *Wasase*, University of Toronto Press.
- Anderson, Elizabeth. 2007. "Affirmative action and Fraser's redistribution-recognition dilemma", in Olson (2008), pp.164-176.
- Anderson, Elizabeth. 2010. *The Imperative of Integration*, Princeton University Press, pp.35-38.
- Armstrong, Chris. 2008. "Collapsing categories: Fraser on economy, culture and justice." *Philosophy & Social Criticism* 34-4, pp.409-425.
- Eisenberg, Avigail. 2011. "Domestic and International Norms for Assessing Indigenous Identity", in Avigail Eisenberg and Will Kymlicka (eds.), *Identity Politics in the Public Realm: Bringing Institutions Back In*, UBC Press.
- Butler, Judith 2008 "Merely cultural", in Olson (2008). (Originally published in *Social Text* 15, 1997, 265-277).
- Fraser, Nancy. 1996. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation* (The Tanner Lecture on Human Values), Stanford University.
- Fraser, Nancy. 1997a. *Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition*, Routledge (ナンシー・フレイザー著・仲正昌樹監訳『中断された正義:「ポスト社会主義的」条件をめぐる批判的省察』御茶の水書房, 2003年).

Fraser, Nancy. 1997b. "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Postsocialist' Age", in Fraser 1997a. (Originally published in *New Left Review*, July/August 1995, no.212, pp. 68-93).

Fraser, Nancy. 1997c. "After the Family Wage: A Postindustrial Thought Experiment", in Fraser 1997a.

Fraser, Nancy. 1997d. "Culture, political economy and difference: On Iris Young's *Justice and the Politics of Difference*", in Fraser 1997a.

Fraser, Nancy. 2003. "Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation", in Fraser and Honneth (2003).

Fraser, Nancy. 2008a. "Heterosexism, misrecognition, and capitalism: A response to Judith Butler", in Olson (2008). (Originally published in *Social Text* 15, 1997, pp.279-289)

Fraser, Nancy. 2008b. "Rethinking recognition: Overcoming displacement and reification in cultural politics", in Olson (2008). (Originally published in *New Left Review* 2:3, 2000, pp.107-120).

Fraser, Nancy and Axel Honneth. 2003. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Verso (ナンシー・フレイザー、アクセル・ホネット著、加藤泰史監訳『再配分か承認か? : 政治・哲学論争』法政大学出版局、2012年)。

Garner, Steve. 2010 *Racism*, Sage Publications.

Honneth, Axel 1992. *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp Verlag (アクセル・ホネット著・山本啓・直江清隆訳『承認をめぐる闘争』法政大学出版局、

2003年).

Honneth, Axel. 2003a. "Redistribution as recognition: A response to Nancy Fraser", in Fraser and Honneth (2003).

Honneth, Axel. 2003b. "The point of recognition: A rejoinder to the rejoinder", in Fraser and Honneth (2003).

Kompridis, Nikolas. 2008. "Struggling over the meaning of recognition", in Olson (2008), pp.295-309.

Macdonald, Amie A. 2000. "Racial Authenticity and White Separatism", in Paula M. L. Moya and Michael R. Hames-garcía (eds.), *Reclaiming Identity: Realist Theory and the Predicament of Postmodernism*, University of California Press.

Modood, Tariq 2007. *Multiculturalism*, Polity Press.

Olson, Kevin (ed.) 2008. *Adding Insult to Injury: Nancy Fraser Debates her Critics*, Verso.

Parekh, Bhikhu 2006. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, 2nd ed. Palgrave Macmillan

Parekh, Bhikhu. 2008. *A New Politics of Identity: Political Principles for an Interdependent World*. Palgrave Macmillan.

Phillips, Anne 2007. *Multiculturalism without Culture*. Princeton University Press.

Phillips, Anne. 1997. "From inequality to difference: a severe case of displacement?" *New Left Review* 224, pp.143-53.

Taylor, Charles. 1994. "Politics of Recognition", in Amy Gutmann (ed.), *Multiculturalism*. Princeton University Press, pp.25-73 (佐々木・辻・向山訳『マルチカルチュラリズム』岩波書店、1996年).

Willis, Paul E. 1977. *Learning to Labor: How Working Class Kids Get Working Class Jobs*, Columbia University Press (熊沢誠・山田潤訳『ハマータウンの野郎ども』筑摩書房、1985).

Young, Iris Marion. 1990. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.

Young, Iris Marion. 2008 "Unruly Categories: A Critique of Nancy Fraser's Dual System Theory", in Olson (2008) (Originally published in *New Left Review*, 222, 1997, pp.147-60).

Zurn, Christopher F. 1997. "The normative claims of three types of feminist struggles for recognition." *Philosophy Today* 41, Supplement, pp.73-78.

Zurn, Christopher F. 2003. "Identity or status? Struggles over 'recognition' in Fraser, Honneth, and Taylor." *Constellations* 10-4, pp.519-537.

Zurn, Christopher F. 2004, "Group Balkanization or societal homogenization: is there a dilemma between recognition and distribution struggles?" *Public Affairs Quarterly* 18-2, pp.159-186

Zurn, Christopher F. 2008. "Arguing over participatory parity: on Nancy Fraser's conception of social justice", in Olson (2008).

黒崎真 2015『アメリカ黒人とキリスト教』神田外語大学出版局

辻康夫 2013「多文化主義と宗教的マイノリティ：ムスリムの統合の問題をめぐって」日本政治学会編『年報政治学』2013-I, pp.168-188.

※本稿は科学研究費基盤研究（C）「複合的アプローチによる多文化主義の政策体系の構築」（平成26－28年度）の成果の一部である。

再販売価格維持と小売マージン

中 川 晶比兒

目 次

I 序論

- 1 再販売価格維持（再販売価格拘束）とその法的位置づけ
- 2 再販の法と経済学：残された課題
- 3 再販が競争を制限するシナリオ

II 単独型再販の弊害

- 1 再販の原則違反とブランド間競争への影響
- 2 メーカーが単独で再販をすることは得なのか？
- 3 再販が実行可能な条件と本稿の検討課題

III 単純なモデルによる分析

- 1 単独型再販に関する先行研究
- 2 モデルによる分析 1 上流のみ差別化されている場合
- 3 モデルによる分析 2 上流・下流の双方が差別化されている場合

IV 結語

I 序論¹

1 再販売価格維持（再販売価格拘束）とその法的位置づけ

メーカーが自社商品を取り扱う流通業者（卸売業者、小売業者）に対

¹ 本稿の前提となった原稿及び報告については、大木良子、岡田羊祐、川濱昇、土井教之、中川寛子、稗貫俊文、向田直範、和田健夫の各氏に有益なコメント及び助言を頂いたことに感謝したい。

して、その請求価格(卸売価格や小売価格)を拘束する再販売価格維持(以下、「再販」という。)は、わが国では不公正な取引方法として独占禁止法(以下、「独禁法」という。)第19条により禁止されている。再販の定義を定めた独禁法第2条9項4号から分かるように、再販の本質は「当該商品の販売価格の自由な決定を拘束すること」にある。²

平成21年の独禁法改正により、再販が課徴金対象類型となったのは、不公正な取引方法の中でも特に規制すべき行為と位置づけられてきたからである。再販は「原則違法」類型とされてきた。それは、違反を立証する側(典型的には公正取引委員会(以下、「公取委」という。))にとっては、独禁法第2条9項4号に書かれた要件のうち、「正当な理由」以外の要件の充足さえ立証すれば足りるということであり、競争にどのような態様で悪影響を与えるのかを個別事件ごとに立証する必要がないことを意味する。³他方で、近年では流通業者の集中度が高まっており、メーカーが強かった時代に策定された公取委の法運用指針である「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」(以下、「流通取引慣行ガイドライン」という。)を見直すべきかが議論されている。⁴同ガイドラインは、平成27年3月30日に一部改正され、再販における正当な理由にただ乗り(free riding)防止が含まれることが明確化された。⁵公取委がこのような

² 再販売価格の「維持」は、指定した再販売価格(上限価格ないし下限価格)を守らせることを意味し、「再販売価格維持」と「再販売価格拘束」の間に内容に差異はない。

³ 反競争効果の立証が不要な点はEU競争法でも同様である。Bellamy & Child, EUROPEAN UNION LAW OF COMPETITION, para. 7.040 (Vivien Rose & David Bailey eds., 7th ed. 2013) 参照。

⁴ 流通取引慣行ガイドラインの制定背景については、さしあたり川濱昇「流通・取引慣行ガイドラインの見直しの方向性」公正取引736号11頁(2012年)を参照。なお、「メーカーと流通の力関係が変わっているから、力関係のバランスを取るために再販規制を緩和すべきである」という趣旨の議論には理論の飛躍がある。メーカーに有利な再販が望ましいと評価する点はリージン判決と同じ問題点を抱える(脚注69参照)し、小売に有利な再販の競争制限効果を見落としている点でリージン判決よりも視野が狭い。物価上昇を至上命題とした後付けの議論に見える。

⁵ 改正の経緯となった外的要因については、長澤哲也・森本祐介「流通・取引慣

検討に取り組む前に、新聞報道が話題を呼んだこともあった。平成25年6月20日には日本経済新聞の朝刊第一面で、左上に「価格は誰が決める」とのタイトルの下に、「独禁法、指針改正へ」と報じられたことが関係者を驚かせた。第二面では、公取委が再販を容認する方針を決めたかのような記事が書かれていた。その約1週間後、公取委の事務総長定例会見で、このような事実がないことが明らかにされた。⁶再販に対する規制態度をめぐって、再販規制を支持する法学者の多数及び判例実務と、再販規制の領域を狭めるべきとする産業界及び経済学者との間に大きな隔たりが残っていることをうかがわせる騒動である。再販には、再販売価格の下限を拘束する最低価格再販 (price floors) と上限を拘束する最高価格再販 (price ceilings) があるが、法的取り扱いをめぐって意見が分かれるのは最低価格再販であるため、本稿では原則として最低価格再販に焦点を当てて議論する。

2 再販の法と経済学：残された課題

再販（以下、特に断りのない限り、最低価格再販を意味するものとする。）は、流通業者間の価格競争を制限するという意味において競争に悪影響を与える（再販をしなかった場合と比べて値上げ効果を持つ）が、同時に競争を活発化させるのではないかということは、早くから経済学者によって指摘されてきた。⁷再販の経済分析についてはこれまでも研究

行ガイドラインの改正と実務上の留意点」公正取引776号22-23頁(2015年)を参照。

⁶ 「公正取引委員会が、冒頭申し上げたとおり、欧米並みにメーカーによる価格指定を容認する方向で検討に入る旨、報道されたところですけれども、これは誤りでして、公正取引委員会としては、欧米でも厳しく規制されているメーカーによる価格指定につきまして、そうしたメーカーによる価格指定を容認する方向での見直しを行う考えはございませんし、メーカーによる小売業者の自由な価格設定を制限することを容認するということは、公正かつ自由な競争を阻害し、消費者の利益を損なうものであり、適当ではないと考えているところです。」全文は http://www.jftc.go.jp/houdou/teirei/h25/04_06/kaikenkiroku130626.html に挙げられている。

⁷ Lester Telser, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, 3 J. L. & Econ. 86, 89-96 (1960) は、自社ブランドのみの需要を拡大するような販売前サービス

の蓄積がある⁸。しかし、それが法学コミュニティと経済学コミュニティとの対話を生んできたとは思えない。再販をめぐる法学と経済学の議論の隔たりの背景には、論者が念頭に置く再販の利用形態に関する事実認識の違いもあろう。つまり、法学者は競争促進的効果が見込めない再販や、独禁法違反とされた事件を念頭に置いて議論をするのに対して、経済学者は独禁法の観点からは介入余地のない、経済合理的なまたは競争促進的な再販も視野に入れて議論を行うため、そもそも議論がかみ合わない可能性が高い。議論の射程を細かく整理していかなければ学問分野横断的な対話は困難を強いられるだろう。その意味では、ケース研究が重要となる。⁹平成21年独禁法改正によって同じく課徴金対象類型とされた不当廉売や優越的地位の濫用については、法学者は経済分析とも対話をしながら、違反要件の洗練化を行い、規制範囲を適切な場合に限定することを少なくとも理論上は受け入れてきたように思われる。これに比べると、再販がどのようなメカニズムで価格競争に悪影響を与えるかという問題は、一部になお通り一遍の説明にとどまっている部分が見受けられる。本稿は、再販の弊害（反競争効果）に焦点を絞り、これまでに何が解明され、何が未解明のまま残っているかを明らかにするこ

を小売業者に提供させる手段として、メーカーが単独で時限的な再販を行うことが合理的であるとする。

⁸ 代表的研究として、川濱昇「再販売価格維持規制の再検討（一）～（五）——公正競争阻害性を中心に——」論叢136巻2号1頁、136巻3号1頁（1994年）、137巻1号1頁、137巻3号1頁（1995年）、139巻4号1頁（1996年）、大槻文俊「垂直的制限の反競争的効果に関する反トラスト学説の検討（1）～（4・完）経済的效果と反トラスト法の目的に着目して」北大法学論集55巻5号366頁、56巻2号520頁、56巻3号514頁、56巻4号464頁（2005年）を参照。

⁹ 欧州で競争法に関わるエコノミストがケース研究を重視していることは特筆すべきである。優れたエコノミストほど、個々の市場の競争態様や特質を理解することを重視する。我が国の再販事件では市場の状況が詳しく認定されるわけではないため、ケースの経済分析や事後検証は容易ではない。ハマナカ事件を例に、法的判断を経済学理論に照らして解析したものとして、土井教之・中川晶比兒「再販売価格の拘束と公正競争阻害性：ハマナカ事件・アディダス事件」岡田羊祐ほか編『独占禁止法の経済学：審判決の事例分析〔第2版〕（仮題）』（近刊、東大出版会）を参照。

とにより、今後の議論の土台を提供することを目的とする。再販が原則違法とされてきたことにより、個々のケースの弊害を具体的に検討する機会を法学側が排除してきた側面があることは否めない。¹⁰ 経済学との対話を深めるためには、経済学と共通の土台に立った上で議論することが求められる。再販の競争促進効果についてはこのような議論及び反論がなされてきた¹¹が、反競争効果についてはそのような努力がなお希薄であるように思われる。¹²

以下ではまず次節（第3節）において、再販によって弊害が発生するメカニズムについて、現在の議論水準を確認する。原則違法を支える根拠として弊害発生メカニズムが列挙されるが、そこでの議論は法学の観点からしても分析が不十分であることを確認する。第Ⅱ章では、メーカー1社による単独の再販（他のメーカーが再販で追随しない場合であり、以下「単独型再販」という。）に焦点を絞ったうえで、単独型再販の弊害については、未解明の問題点が残っていることを述べる。第Ⅲ章ではこれらの問題点を、経済分析によって解明できる場合があることを示す。

3 再販が競争を制限するシナリオ

- （1）再販が必ず生じさせる弊害：ブランド内価格競争の制限による価格維持効果

¹⁰ どのようなシナリオにせよ、原則違法である以上は法的帰結に差異がなく、個々のケースの弊害を細かく議論する実益がないからである。

¹¹ 例えば、諸外国でも垂直的制限の持つ競争促進効果の筆頭として認められる傾向にあるただ乗り防止について、ただ乗り防止のための再販が妥当する領域は限定的にありうるものの、（i）それなしに商品が市場に浸透できなかったという経験的根拠がない（川濱昇ほか「再販売価格維持行為の法と経済学」13頁（CPRC 報告書、2012年）。以下、川濱昇ほか「再販売価格維持行為の法と経済学」という。）、（ii）ただ乗り防止が実現されたとしても、その恩恵を被るのは新規顧客のみで、総余剰に与える影響は必ずしもプラスではない（同22頁）、（iii）情報提供は多分に消費者の選好を変化させる説得的性質を帯びており、それをもって余剰が増えたと評価するのは軽率である（同23頁）、との批判がある。

¹² 本稿は、「再販についての現行規制の論拠を自明視せず、再検討を行う作業」（川濱・前掲注4論文10頁）を行うものである。

我が国の独禁法において、再販の弊害とは、競争者（流通業者）同士の自由な価格競争が妨げられることによって、「価格が維持されるおそれ」があることを意味する。不公正な取引方法はそれが競争に与える弊害の種類によって、3つ（自由競争減殺、競争手段の不公正、自由競争基盤の侵害）に分類されるが、再販の弊害は自由競争減殺のタイプである。流通業者によって再販が守られている限り、再販商品の価格が維持されるおそれは当然に生じるから、再販の実施それ自体が弊害の発生を推定させることになる。ここで「価格が維持されるおそれ」は、再販を実施したメーカーの商品のみについて生じているとは限らない（他のブランドについても生じている可能性は考えられる）が、一般には当該ブランドの価格維持効果で足りると考えられている。つまり、ここで考えられている弊害は、ブランド内競争の制限による価格維持効果である。¹³

（２）再販が競争を制限するシナリオとその問題点

再販が自由な競争を制限するシナリオとしては、再販が必ず生じさせる弊害（上記（１））とは別に、あるいはこれと並べて、¹⁴少なくとも以下の３つが挙げられる。¹⁵

[A] メーカー間カルテルの補助的手段ないしメーカー間の価格競争を緩和する手段として使われること

[B] 流通業者間の価格競争の回避¹⁶を支援する手段として使われること

¹³ 川濱昇「再販売価格維持規制の再検討（一）——公正競争阻害性を中心に——」論叢136巻2号15頁（1994年）

¹⁴ EUの垂直的制限ガイドラインは、当該ブランドの価格維持効果（本文の（１））と、再販が競争を制限するシナリオ（本文の（２））を併記する例であり、価格維持効果のことを the immediate effect と呼んでいる。Guidelines on Vertical Restraints, para. 224 [2010] OJ C130/1 [hereinafter Guidelines on Vertical Restraints].

¹⁵ 例えば Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 892-894 (2007) を参照。

¹⁶ 通常、ここで「カルテル」という言葉が使われるが、本稿がこの用語法を避けることは[B]の説明の中で述べる。

〔C〕 競合メーカーまたは競合流通業者の参入・成長を阻止する（競争を排除する）ために使われること

これらのシナリオは、（１）で述べた再販ブランドの価格維持効果と整合的であり、いずれの場合にも価格維持効果は発生する。競争制限シナリオに関するこの分類が適切であれば、個別事件をどれかに整理できるはずである。しかしこれらのシナリオはそもそも分析枠組みとして適切なのだろうか。以下では、それぞれのシナリオについて概要を説明し、特に〔A〕と〔B〕に焦点を当てて分類論としての問題点を指摘する。

なお、以下では経済学の理論モデルに言及するため、再販の行われる流通取引をより単純化しておく。流通業者には卸売業者と小売業者があるが、経済理論モデルでは通常、取引段階が一つしかなくメーカーが小売業者と直接取引する状況（卸売業者が存在しない状況）を分析するのが通常である。従って、以下では流通業者と小売業者を交換可能な用語として用いる。メーカー（manufacturer）が小売業者（retailer）に対して販売する価格を、「出荷価格」（wholesale price）と呼ぶ。一般用語としては、出荷価格はメーカーが卸売業者に対して供給する価格であり、卸売価格は卸売業者が小売業者に販売する価格であって、それらを訳語として対応関係に置くのは奇妙であるが、経済学では wholesale price（ないし transfer price）という言葉がメーカーの流通業者に対する販売価格として使われるため、この用語法にならうこととする。

〔A〕のシナリオは、再販が複数メーカーによって横並びに利用される場合（以下、複数メーカーが再販を採用する場合を、「並行型再販」という。）を念頭に置いたものである。メーカー間の小売価格カルテルが前提にある場合と、そうでない場合に分けられ、両者は区別されている。

〔A－１〕 メーカー間カルテルの補助的手段

Jullien & Rey (2007)¹⁷は、小売価格に関して暗黙の協調（tacit collusion）¹⁸

¹⁷ Bruno Jullien & Patrick Rey, Resale Price Maintenance and Collusion, 38 RAND J. Econ. 983 (2007).

¹⁸ メーカーが明示的に価格について話し合いをしなくても、無限回ゲーム

が可能な状況を想定した上で、カルテルの攪乱要因であるローカルな需要のショックがあっても、再販契約を結ぶことにより、再販がない場合よりも小売価格を引き上げる協調が成立することを示す (Lemma 3)。¹⁹ 小売価格に関する暗黙の協調からメーカーが逸脱する利潤は、再販をやめて小売業者に需要のショックに自由に対応させる (小売業者に自由に価格を決めさせる) 場合に最も大きくなるから、再販はライバルメーカーによる逸脱を確実に発見可能となる。つまり、協調助長的行為 (facilitating practice)²⁰ として再販が使われうることを明らかにしている。

他方で、明示的なカルテルが秘密裡に行われている場合には再販が協調価格を引き上げる効果はないが、逸脱発見の容易化機能は果たすであろう。EUの垂直的ガイドラインは、再販メーカーが市場の相当部分を占めることを要求する²¹。

このシナリオでは、明示的なカルテルまたは暗黙の協調が可能な (しかし外部には隠された) 状況において、不当な取引制限に該当するカルテルを立証することなく、その助長的・補助的手段のみを行為として取り上げ、禁止することになる (カルテルそのものを立証可能な場合には再販規制を使う必要がないからである)。これは後述する [B] のシナリオについても同様である。

を繰り返すことによって、カルテル的な斉一価格を付けることが、お互いにとって利潤最大化となる場合のことを言う。メカニズムの簡潔な説明として Massimo Motta, COMPETITION POLICY 160-161 (2004) [hereinafter Motta, COMPETITION POLICY] を参照。我が国では、カルテル規制の外延としてよりも、企業結合における協調的行動による競争の実質的制限において関連性を持つ。

¹⁹ Jullien & Rey (2007) at 992. メーカーは二部料金制の固定料金によって小売マージンを徴収できるため、小売価格での協調成立を分析すればよいのである。

²⁰ 川濱昇「カルテル規制の再検討——合意の機能と協調促進的慣行——」論叢 140巻5・6号155頁 (1997年) を参照。

²¹ Guidelines on Vertical Restraints, para. 224の第1を参照。なお、Jullien & Rey (2007) のモデルでは、再販売価格を特定価格に拘束することが必要であり、価格の下限の決定では足らない。Patrick Rey, Vertical Restraints: An Economic Perspective 41 (2012).

〔A-2〕 メーカー間の価格競争を緩和する手段

メーカー間カルテルがなくても、複数メーカーが併売店に対する再販を並列的に実施することにより、小売価格を独占的価格にまで引き上げることができることが、ゲーム理論を用いて示されている。併売店とは、複数ブランドの商品を同時に扱う小売業者のことである。このシナリオは一般に、価格競争の緩和 (dampening competition) のシナリオと呼ばれる。²²先行研究を2つ紹介する。

Dobson & Waterson (2007)²³は出荷価格と再販価格²⁴を複占メーカーが共に決める状況において、小売業者の交渉力が再販価格及び出荷価格に与える影響を、交渉ゲームを用いて分析したものである。メーカーの決める均衡小売価格は小売業者の交渉力が強いほど高くなり (Proposition 3)²⁵、小売業者が完全な交渉力を持つ場合に産業全体の独占価格 (joint industry profit maximising price levels) が再販価格として実現され (Proposition 4)²⁶、競争均衡を上回る (Corollary 4)。²⁷小売業者の交渉力が高まれば、交渉される出荷価格と小売価格の格差が大きくなるため、メーカーは小売価格の値上げが自社ブランドの需要量を減らすというブランド間競争に与えるマイナスの影響 (negative competition effect) よりも小売業者との分け前を増やす効果 (surplus sharing effect) により関心が高くなり、出荷価格の値上げを期待して小売価格を引き上げる。²⁸著者らは、小売業者の交渉力が強まっている現状で再販規制を

²² EU の垂直的制限ガイドラインではカルテルの容易化とは区別されて para. 224の第3で soften competition として論じられる。

²³ Paul Dobson & Michael Waterson, The Competition Effects of Industry-Wide Vertical Price Fixing in Bilateral Oligopoly, 25 Int. J. Ind. Organ. 935 (2007).

²⁴ 小売業者の請求する小売価格であって、メーカーが守らせるものである。

²⁵ Id. at 946.

²⁶ Ibid.

²⁷ Id. at 950. ここで産業全体の独占価格とは、全ての上流企業と下流企業が1社に統合した場合に実現される利潤最大化価格のことであり、全メーカーと全小売業者が共同でカルテルを組んだ場合の小売価格でもある。

²⁸ Id. at 946-947.

緩和することには慎重であるべきとする。²⁹

さらに、小売業者が小売価格を自由に設定する場合には、ブランド内競争が激しいほど出荷価格が減少する (Proposition 7)³⁰のに対して、再販が行われる状況ではブランド内競争が激しいほど逆に出荷価格が増加する (Proposition 2)³¹ので、これは再販が出荷価格の引き下げ圧力を阻止するものだという通念を裏付ける³²とする。

Rey & Vergé (2010)³³は、メーカー A、B が、自社ブランドを複数の小売店舗 1、2 の両方に供給する double common agency の状況において、上流メーカー 2 社が二部料金制 (two-part tariffs、脚注80参照) で再販契約を結ぶ場合の均衡を分析し、競争状況と比較している。両メーカーが再販契約を結ぶ場合、出荷価格に応じて多数の均衡小売価格が導かれるものの、中でも、出荷価格がメーカーの限界費用に一致し、小売価格が産業全体の独占価格となる均衡が存在するという (Proposition 2)。³⁴この均衡は、double common agency の状況を外生的に与えなくても、特定の小売業者が流通網を独占しない (retail bottleneck がない) ならば成立する。³⁵つまり、複数メーカーが、共通する複数の小売店を通じて販売する状況 (interlocking relations) においては、再販はブランド内競争だけでなくブランド間競争も制限するから、再販を警戒することは正当化されるとする。³⁶

以上のシナリオが、[A-1] のメーカー間カルテルの補助的手段と違うのは、暗黙の協調が成立する無限繰り返しゲームを使うことなく、一回限りのゲームを分析しているからである。一回限りのゲームでも産業全体の独占価格が実現される点に大きな特徴がある。

²⁹ Id. at 955-956.

³⁰ Id. at 951.

³¹ Id. at 953.

³² Id. at 955.

³³ Patrick Rey & Thibaud Vergé, Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships, 58 J. Ind. Econ. 928 (2010).

³⁴ Id. at 938.

³⁵ Id. at 942-944.

³⁶ Id. at 953.

〔B〕流通業者間の価格競争の回避を支援する手段

このシナリオは一般に再販のディーラー・カルテル仮説などと説明されてきたが、シナリオの説明としては不明確な部分が多い。例えばEUの垂直的制限ガイドラインでは、強力な複数の流通業者または組織化された複数の流通業者が、1社または複数のメーカーを強制・説得 (force or convince) して協調的価格設定の支援をさせることができるとしている³⁷。ここでは単独メーカーによる単独型再販と、再販を並列的に実施する場合の両方が念頭に置かれているところ、競争に与える影響は異なりうる（前者の場合にはブランド間競争への影響が自明ではない）が、それらは分節化されていない。

このシナリオは語るのは容易であるが、実例を探すのは困難だとされている。³⁸実例を探す困難さは日本において最も顕著である。過去には再販に対して不当な取引制限の禁止規定が適用されていた時代もあった³⁹が、不公正な取引方法を適用するならば、価格拘束を行った事業者のみが違反者となる。不公正な取引方法を適用する限り、流通業者間のカルテルも行われていた事件がどれだけあるのかといった背景事実は明らかにならない。この点は、再販規制にリニエンシーも使っている欧州各国競争法との大きな違いとして生じてくる。⁴⁰また、仮に流通業者間

³⁷ Guidelines on Vertical Restraints, para. 224 (第2)。

³⁸ Kenneth Elzinga & David Mills, The Economics of Resale Price Maintenance, in ABA, ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 1841, 1846 (2008). このシナリオについて言及される典型例は流通業者団体が一致して再販を支持した過去の例である。Ward Bowman, The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance, 22 U. Chi. L. Rev. 825, 826-829 (1955); Areeda & Hovenkamp, ANTITRUST LAW, para. 1604b (2016).

³⁹ 佐藤吾郎「再販売価格の拘束・適用除外制度」日本経済法学会編『経済法講座3巻 独禁法の理論と展開2』所収136頁（三省堂、2002年）を参照。流通業者も違反者にすべき場合があるとの解釈論・立法論については、同145-146頁に挙げられた文献のほか、長谷川亜希子「判批」公正取引730号68頁（2011年）を参照。

⁴⁰ Emanuele Giovannetti & David Stallibrass, Three Cases in Search of a Theory: Resale Price Maintenance in the UK, 5 Eur. Competition J. 641, 649 (2009) [hereinafter Giovannetti & Stallibrass, Three Cases in Search of a

のカルテルが立証可能な事例があったとしても、メーカーが単独で再販をしている場合には、一定の取引分野における競争の実質的制限を満たすかどうか、解釈上の論点として立ちはだかる（脚注61も参照）。

なお、[B]のシナリオについて本稿は「価格競争の回避」という言葉を用いている。それは、流通業者のカルテルと呼ぶのが好ましくないと考えるからである。再販が流通業者によるカルテルを支援するために使われる場合を、流通業者がメーカーから独立して（メーカーの関与なしに）行うカルテルとは同視できないからである。小売業者がメーカーの出荷価格を所与としてカルテルを行うと、その均衡小売価格は、産業全体（上流・下流の双方）を1社に統合した場合の独占価格を上回ってしまう（いわゆる二重限界化の問題である）。このような価格はメーカー利潤と小売利潤を合わせた全体利潤（結合利潤）を減らすから、メーカーはこのようなカルテルを支持しない。二重限界化は、第3章で分析の前提とする状況（上流が差別化されている複占）であれば生じる（上流・下流の双方が独占化されている場合に限定されるわけではない）ことに注意が必要である。

[A]と[B]の区別

上記2つのシナリオは、前者が主として上流メーカーの利益になる再販であり、後者が主として流通業者の利益になる再販であるかのような分類として捉えられてきた。例えば、メーカー主導の再販は、販売前サービスの確保といった競争促進効果が期待できるのに対して、流通業者主導の再販はそれが期待できないから、どちらが induce した再販であるかを法的判断の分水嶺にすべきだとの見解は少なくない。⁴¹同じような

Theory] は、Hasbro による単独型再販をこのシナリオで説明する。同事件ではメーカーがリニエンシーにより制裁金を全額免除とされ、流通業者2社が制裁金を課された。

⁴¹ たとえば、Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as Amici Curiae Supporting Neither Party. リージン判決はこの書面を肯定的に引用している。Leegin, 551 U.S. at 897-898. リージン判決の差戻審では、単一ブランドの商品では関連市場と認められないという理由で訴状が却下されたが、控訴裁では再販の原動力が小売業者であることの主張がない点も論難されていた。

発想は、過去の実証研究にも見られる。[A]と[B]、そして競争促進的な再販の利用（例えばただ乗り防止目的での再販）を、それぞれが別個独立の仮説であるにとらえ、どの仮説と現実の価格や数量が適合的かを分析するものが少なくない。⁴²このような手法で分析し結論を出すためには、これらの仮説が再販の競争に与える影響を網羅したものであり、かつ当該分析手法によって、再販が競争に与える最終的な効果（競争に与えるプラスの効果とマイナスの効果の比較衡量を経た正味の影響）まで判定できるという前提があるが、そのような前提はおよそ根拠のないものである。⁴³

る。PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Products, 615 F.3d 412, 419 (5th Cir. 2010). このような見解に対する批判として既に、Thomas Lambert, A Decision-Theoretic Rule of Reason for Minimum Resale Price Maintenance, 55 Antitrust Bull. 167, 201- 205 (2010); Ittai Paldor, RPM as an Exclusionary Practice, 55 Antitrust Bull. 309, 314 (2010) がある。リージン判決以降の合衆国本国での合理の原則のあり方に関する議論については、谷原修身「米国における再販売価格維持行為規則の新展開—Leegin 判決後の再販規制基準構築に関する争点整理—」青山法学論集53巻1号59頁（2011年）、伊藤政也「Leegin 判決以後の再販売価格維持に関する検討」L&P 5号291頁（2011年）の紹介がある。

⁴² 例えば、Thomas Gilligan, The Competitive Effects of Resale Price Maintenance, 17 RAND J. Econ. 544, 545 (1986) は、本文の[A][B]などのシナリオを“the alternative theories of RPM”と呼んでいる。

⁴³ 再販に関するこれまでの実証研究は、被説明変数を価格または数量とするものと、イベントスタディの3つに大きく分けることができる。それぞれに方法論的な問題点があるが、残念ながら再販の実証研究に関するサーベイ論文と呼ぶに値する先行研究は存在しない。再販に限らず垂直的制限の実証研究に関する方法論とその注意点について簡潔にまとめたものとしては、Francine Lafontaine & Margaret Slade, Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, in HANDBOOK OF ANTITRUST ECONOMICS 391, 400-404 (Paolo Buccirossi ed. 2008) が有益である。最近の実証研究としては例えば、OFT, An Evaluation of the Impact upon Productivity of Ending Resale Price Maintenance of Books (2008); Céline Bonnet & Pierre Dubois, Inference on Vertical Contracts Between Manufacturers and Retailers Allowing for Nonlinear Pricing and Resale Price Maintenance, 41 RAND J. Econ. 139 (2010) を参照。

そもそも[A]と[B]は区別できるのだろうか？これらのシナリオが併存・両立することはなく、相互に排他的なのだろうか。流通業者間の価格競争を回避することが発端であったとしても、その要請を受けたメーカーが、競合ブランドも追隨的に値上げすることを期待して並行的に再販を行うことも考えられるのではなかろうか。この場合には[A]と[B]の両方が認められるのではないか。メーカー主導と小売主導を明確に分けられない可能性を示唆するものとして、大槻教授は我が国における多くの先例を見直し、再販事件の中には双方の利害が一致して両者の協調関係の下で行われたと見られる再販（協調型の再販）が相当数あると指摘されている。⁴⁴

また、主導者が上流・下流のいずれであるかに応じて公正競争阻害性の判断基準を分けよという趣旨であれば、「運営可能性」⁴⁵の点で困難を生じそうである。どちらが主導したかといった、いずれの方向にも揺れうる事実問題に、競争効果の判断基準を振り分けさせるという、重大な帰結を結びつけることは、本末転倒であろう。また、この基準が、極めて少ない情報に基づいて、反競争効果を推定することになる点でそもそも無理がある。原則違法の時代には、再販が競争を制限するメカニズムを特定する必要はなかったのであり、個々のシナリオが実現される状況に関して我々は多くの経験的知見を持っているわけではない。わずかな事実を頼りに、より細かな分類分けをすることは、使う道具と作ろうとする成果の関係をとり違えていると言わざるを得ない。ノミを使って米粒に絵を彫ろうとするようなものである。エコノミストの多くは、再販が弊害を持つために必要なスクリーン（上流または下流の市場支配力ないし集中度、小売業者主導（instigator）、並行型再販）を使い、弊害が起こりえない場合を識別すべきと主張する。⁴⁶しかしながら、これら

⁴⁴ 大槻文俊「縦の協調関係にある再販とその規制」専修法学論集98号179-197頁（2006年）。

⁴⁵ 川濱昇ほか「再販売価格維持行為の法と経済学」11頁。

⁴⁶ John Vickers, *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, 3 *Eur. Competition J.* 1, 11 (2007); Giovannetti & Stallibrass, *Three Cases in Search of a Theory*, at 649; Matthew Bennett et al., *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*,

のスクリーンもまた、当然違法ないし原則違法の時代に作られた反競争効果発生シナリオを所与の前提としたものにすぎない。これらがスクリーンとして機能するかどうかは、過去の規制事例を反競争効果発生シナリオに即して整理し直さなければ分からないのではないだろうか。⁴⁷

〔C〕 競合メーカーまたは競合流通業者の参入・成長を阻止する手段 Asker & Bar-Isaac (2014)⁴⁸は、既存の独占メーカーと新規参入メーカーが、同質的な小売業者に対して出荷価格を請求すると共に一括払い (lump-sum transfers) を提示する状況においては、既存メーカーが契約で自分と競合する新規参入メーカーとの取引を禁じなくても、小売業者が新規参入者との契約を締結しない (新規参入が阻止される) 均衡が存在することを示した (Proposition 1)。⁴⁹ 既存メーカーが小売業者に一括

33 Fordham Int'l L.J. 1278, 1297-1298; Jürgen-Peter Kretschmer, How to Deal with Resale Price Maintenance: What Can We Learn from Empirical Results?, 38 Eur. J. Law. Econ. 343, 360-363 (2014).

⁴⁷ Massimo Motta et al., Hardcore Restrictions under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View (2009) は、反競争効果シナリオに基づけば、市場シェアの小さな企業が再販を行っても競争に対する重大な影響はないとして、再販メーカーの市場シェアが15%未満であれば de minimis rule を適用すべき (適法とすべき) とする一方、市場シェアが30%を超える企業が再販によって正味のプラスの効果を持つことを証明できそうにはないと主張する。このような市場シェア基準の根拠がどこから出てくるのが問題である。Arndt Christiansen & Wolfgang Kerber, Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of "Per se Rules vs Rule of Reason," 2 J. Competition L. & Econ. 215, 238 (2006) は、法的ルールをより細分化することが最適かどうか (Id. at 228) を知るために、必要な知見を挙げている。彼らは経済分析を増やすことと、個別事件ごとの分析は直結しないとして、個別化されていないルールの利点を強調するが、他方でこれまで個別事件に関する経済分析があまりに少なかったことも否定できないと思われる。

⁴⁸ John Asker & Heski Bar-Isaac, Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals, 104 Am. Econ. Rev. 672 (2014).

⁴⁹ Id. at 677.

払いをすることにより、小売業者は、産業全体で実現される利潤に利害関係を持つため、新規参入によって産業全体の利潤が減らないように新規参入者との契約が拒否されるのである。⁵⁰この baseline モデルは再販に適用することができ、一括払いは、再販によって小売業者に確保されるマージンに小売業者の取引数量をかけたものに相当する。この論文は、既存メーカーと新規参入メーカーが並行的に再販契約を提示する⁵¹場合、一定条件の下で既存メーカーと同等以上に効率的なメーカーの参入が阻止されることを示す。参入が起こってしまった場合にはもはや一括払いを続ける誘因は持たない (Lemma 2)⁵²という意味で、競争排除目的で使われる再販を特定するものである。

彼らは同じモデルが、下流での参入阻止も説明できるとするが、流通業者の排除は利害関係がより複雑になるかもしれない。新しい業態の小売業者またはコスト競争力の高い小売業者が参入してきた場合、それは既存の小売業者とメーカーとの結合利潤を下げる一方で、メーカー単独での利潤は高めうる（より効率的な小売業者は多くの商品をより安く販売可能であり、メーカーは出荷価格を高めることができる）から、これらのトレードオフで均衡が定まるものと思われる。参入後の下流の市場構造がどう変動するかに関する仮定も影響しそうであり、一般的な結論は導き難いのではないだろうか。⁵³

これらのシナリオはその可能性については既に認識され⁵⁴言及されて

⁵⁰ Id. at 678.

⁵¹ Id. at 679 n.21.

⁵² Id. at 676.

⁵³ Areeda & Hovenkamp, ANTITRUST LAW para. 1604c (2016) も、より効率的な流通業者の参入や成長を永続的に阻止できるわけではないことに注意を喚起する。既存小売業者を使わなければ流通できない (Leegin, 551 U.S. at 893-894) といった意味で retail bottleneck がある場合には排除が強く働きそうであるが、新規参入企業との違いなど、より詳細な事実状況を見なければ結論は出せない。

⁵⁴ Guidelines on Vertical Restraints, para. 224は、メーカーレベルでの排除を第6で、下流での排除を第7で論じている。メーカーレベルでの排除について言及してきた他の文献については、Asker & Bar-Isaac (2014) の online appendix

きたものの、具体的な事例の蓄積が乏しい現状では、検討課題が多いと言わざるを得ない。我が国では不公正な取引方法と私的独占のいずれの禁止規定を適用すべきかという論点も残る。⁵⁵

Ⅱ 単独型再販の弊害

第Ⅱ章以降では、単一のメーカーが単独で行う再販（他のメーカーが再販に追随しない場合）に焦点を絞る。我が国で最も多いのがこのパターンであり、再販の弊害の説明で未説明の問題が残るのも（そして経済分析があまり高い関心を払ってこなかった⁵⁶のも）やはりこのパターンである。他方で、複数メーカーが再販を並行して行う場合（適用除外再販もそれに類する）については、経済学においても議論が進んでおり、⁵⁷また単独型再販で生じる以下の問題が並行型再販の場合には生じない（ブランド間競争に与える影響も、メーカーにとって利益となることも説明されている）ため、検討対象からは除外する。

1 再販の原則違法とブランド間競争への影響

再販が原則違法であるのは、ブランド内競争制限による価格維持効果があれば規制根拠として足りると考えられているからである。ハマナカ

12-14を参照。

⁵⁵ 排除型私的独占の規定を適用した場合、流通業者を関与者として違反者に含まれる可能性が出てくる。課徴金規定の拡大に伴う論点については、中川晶比兒「複数事業者が弊害発生に関与する私的独占と課徴金」北大法学論集63巻2号506頁（2012年）を参照。

⁵⁶ たとえば Patrick Rey, Price Control in Vertical Relations, in Konkurrensverket, THE PROS AND CONS OF VERTICAL RESTRAINTS 135, 145 n.14 (2008) は、ブランド内競争が完全になくなったとしても、それが再販の並行実施による累積の効果の問題は残すものの、他のブランドや小売業者からの競争が十分にあれば、経済効率を害しえないとする。この言説自体に誤りはないものの、単独型再販がもたらす弊害への関心は薄いと言わざるを得ない。

⁵⁷ 第Ⅰ章3の（2）で[A]のシナリオとして紹介した。

事件⁵⁸において審決が、「ハマナカ毛糸の小売価格を維持させる本件行為が、小売業者間のハマナカ毛糸に係る価格競争を阻害するものであって、公正競争阻害性を有するものであることは、その性質上明らかというべきである。」としているのはその明確な表明である。第Ⅰ章では再販が競争を制限するシナリオについて紹介したが、そこでの分類が正しいならば、単独型再販は、流通業者間の価格競争の回避を支援する手段として使われているか、競合メーカーないし流通業者の事業活動を困難にする手段として使われているのかのいずれかである。しかしいずれのシナリオが適合的であるかについて実務上吟味されることはなかった。⁵⁹

ブランド内競争制限で足りるということは、単独型再販がブランド間競争に与える事後の影響は説明されていないことを意味する。ここでブランド間競争への影響というのは、再販をしない他のメーカー・他のブランドの小売価格や数量がどう変化するかという問題である。個々のブランドが完全に独立財⁶⁰でない限り、あるブランドがブランド内価格競争を制限した場合、他のブランドの売上げや戦略に影響を与えるはずである。

もっともこの問題は、再販の弊害発生を確認することにのみ焦点を合わせるならば、純粋に経済学的な関心事にすぎず、法的判断を下すためには不要な問題かもしれない（そう考えない見解もある⁶¹）。もしブラン

⁵⁸ 審判審決平成22年6月9日審決集57-1巻28頁及びこれを是認した、東京高判平成23年4月22日審決集58-2巻1頁を参照。

⁵⁹ 本稿では、単独型再販がこれらの競争制限シナリオと合致する場合がどの程度あるのかについて、一般的に論じることはできない。そもそもこれらの判定をするに足る情報が我が国の法運用では蓄積されていないからである。

⁶⁰ ブランドAのブランドBとの相対価格が変化しても、ブランドBの需要量に影響を与えないことをいう。

⁶¹ 根岸教授は、再販についても「ブランド間の価格競争の回避効果が認められることが必要なはずである（…不当な取引制限に該当するというために必要な価格を支配できる力の形成までの必要はないが。）」とされ、ブランド間価格競争の回避効果の立証を要求される。その根拠として、(i)「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」では市場における競争減殺効果を問題にしてい

ド間競争が活発であれば、他のブランドとの競争によって顧客を他の競合ブランドに奪われ、再販を維持することができないから、そのような場合には再販が守られない（小売業者による再販破りが横行する）か、メーカーが再販を守らせる努力を断念するはずである。再販が継続的に実施されている限り、少なくとも他のブランドの価格は、再販を崩壊させるほど低い水準にはない（再販を崩壊させるほど値下がりしていない）はずである、ということまでは推定される。従って、再販の弊害を当該ブランドの価格維持効果（ブランド内競争の制限）に求める限り、単独型再販が他のブランドの価格に与える影響は、公正競争阻害性の判断に

ることと整合性が取れなくなる、(ii) 水平的なカルテルでさえ日本ではブランド間競争市場で行為者が価格支配力を形成する力を持っていることを確認しているのに、再販ではブランド内競争の回避効果だけで違法とすることは論理矛盾であること、を挙げられる。根岸哲「流通・取引慣行ガイドラインの見直しと新たな課題」公正取引736号6-7頁（2012年）。「再販行為によってブランド間競争に悪影響を及ぼす効果を伴っていることを、経済理論および経済実態によって十分裏づけることが必要である」という根岸教授の問題意識には筆者も共感を覚える。根岸哲「不公正な取引方法と競争の減殺を意味する公正競争阻害性」石川正先生古稀『経済社会と法の役割』所収509頁注14（商事法務、2013年）。もっとも筆者の関心は経済実態の解明にあり、根岸教授のように独禁法全体の体系的整合性からこれを求めるのではない。中川晶比兒「独占禁止法における法的推論と経済分析」日本経済法学会年報35号115頁（2014年）でも述べたように、独禁法が全ての領域にわたって整合性を保つ法体系であるかどうかは疑わしいし、全ての分野で首尾一貫した立場を取ることが法政策として望ましいかどうかとも明らかではない。根岸教授は「ブランド間の価格競争の回避効果の存在を主張・立証することが必要となる」とされるが、冒頭に引用した部分の括弧書きにあるように、不当な取引制限や私的独占に至る必要はないとされている。

なお、不公正な取引方法と不当な取引制限・私的独占との関係は、「市場画定の厳密度」の違いを前提とする。「一定の取引分野は、通常は、ブランド間競争が行われる場である」という多くの独禁法学者に暗黙の前提（例えば、根岸哲「ブランド内競争とブランド間競争」『法政策学の試み 法政策研究第17集』17頁注23（2016年）、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』39-40頁（有斐閣、2015年））ゆえ、ブランド内競争制限の体系的な位置づけは必然的に曖昧にならざるをえない。

は影響せず、純粋な知識の欠落にとどまる。

独禁法学は、単独型再販がブランド間競争に与える影響について沈黙していたわけではない。ブランド内競争制限をすれば常にブランド間競争制限（市場全体における競争の制限）も生じるという説明を与えるものがある。⁶²並行型再販を念頭に置いたと思われる説明⁶³と共に、単独型再販を念頭に置いたと読める説明もある。後者の見解として実方教授は、「製品差別化が実現していても、それを前提として製品間に一定の階層的な価格体系が形成されていることが多いが、リーダー的な製品について再販売価格維持を実施すれば、市場全体のこのような価格体系を支えする効果がある。」とされる。⁶⁴前後の文脈からすれば、単独型再販が競合ブランドの価格に与える影響として論じられているようであるが、野田醬油事件⁶⁵を想起する表現からは、並行型再販をも視野に入れているようにも読める。寡占的協調関係が成立している市場では、競合ブランドも再販に追随するおそれがあると考えて、単独メーカーが再販を行った段階で（他のメーカーによる追随を待たずとも）、「公正な競争を阻害するおそれ」を認定するには十分であるという思考が働いているのかもしれない。その意味で、これらの学説が並行型再販と単独型再販をどこまで意識的に区別してきたかは明らかとはいえないが、単独型再販に適合的な競争制限シナリオへの言及があったことは特筆すべきであ

⁶² 今村成和『独占禁止法入門〔第4版〕』160-161頁（有斐閣、1993年）（以下、今村成和『独占禁止法入門』という。）は、「再販行為は、ブランド内における価格競争を消滅させることにより、…ひいては、ブランド間の価格競争をも鈍化させる結果となるもので、再販行為には、このような意味で、二重の競争制限的効果がある。」とする。

⁶³ 今村成和『独占禁止法入門』161頁は、「寡占型市場構造の下においては、トップ企業による再販行為が、次第に周辺に波及し、それによって、容易に、管理価格が形成されることになる。」とする。また、実方謙二『独占禁止法〔第4版〕』279頁*（有斐閣、1998年）（以下、実方謙二『独占禁止法』という。）は、「寡占メーカーの間で並列的に…再販売価格維持が実施されている場合には、それぞれの再販売価格維持が全体的な価格の安定を支える役割を果たす…」とする。

⁶⁴ 金子晃はか『新・不公正な取引方法』140頁（青林書院、1983年）（実方謙二執筆）参照。

⁶⁵ 東京高判昭和32年12月25日

る。⁶⁶本稿第3章では、実方教授の言説に近い単独型再販の説明を、ゲーム理論を用いてフォーマルに提示する。

最後に、ブランド間競争への影響を説明する上記の学説は、少なくとも公取委実務を説明するものではないことにも言及しておく必要がある。平成27年の流通取引慣行ガイドライン一部改正では、「垂直的制限行為に係る適法・違法性判断基準」という節が新設された。垂直的制限の公正競争阻害性の判定にあたっては一般に、「ブランド間競争…の状況」「ブランド内競争…の状況」「垂直的制限行為を行うメーカーの市場における地位」「対象となる流通業者…に及ぼす影響（制限の程度・態様等）」「対象となる流通業者の数及び市場における地位」を「総合的に考慮して判断する」としている。⁶⁷他方で再販について述べた節では、「再販売価格の拘束は、流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになることから、通常、競争阻害効果が大きく、原則として公正な競争を阻害するおそれのある行為である。」と従来の立場を踏襲している。上記の「総合的に考慮」で意図されているのは、再販がブランド間競争に与える「影響」や「効果」を分析することではない。再販が行われているときに、その市場環境として既に存在するブランド間競争の「状況」を見ることにすぎないから、これは公取委が事実認定として従来から行ってきたことである。その意味で、新設された節は、ブランド内競争の制限

⁶⁶ なお、実方教授はこれらのほかにも、「ブランド内競争の回避は、…③他ブランドとの関係でも、…販売段階での価格競争が引金となって流通業者の値引要求が惹起され製造段階での価格の安定（製品差別化と寡占的相互依存による協調）が攪乱されることを防止することを目的としている。」（実方謙二『独占禁止法』270頁）「また、再販売価格による販売段階での価格維持は、全体的な価格の安定を達成する役割を果たすものである。」（同279頁*）とも述べているが、これは単独型及び並行型の再販がブランド間の競争に影響を与えることを、表現し直したものにすぎず、本文で述べたものと別の状況を述べたものではなかろう。

⁶⁷ これらは従来挙げられてきた要因をまとめたものにすぎない。田辺治「『流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針』の一部改正について」公正取引776号4頁注11（2015年）を参照。なお、潜在的競争者への影響を盛り込んでいること（同4頁本文）は実務上重要であろう。

でもって再販を原則違法とする立場を改めて正当化するものになっている。

2 メーカーが単独で再販をすることは得なのか？

(1) 単独型再販のメーカーにとっての合理性：その法的意義

単独型再販の弊害に関して説明が不十分なもう一つの問題は、ブランド内競争を制限することがメーカーの利益になるのかという問題である。言い換えると、小売り段階の価格競争を制限して小売業者にマージンを与えることがメーカーの利潤最大化には矛盾するのではないかという問題である。⁶⁸再販によって小売業者にマージンを与えることは、メーカーにとっては自分の流通費用を増やすことに他ならないから、独占メーカーであってもその費用を削減したいと思うはずである。⁶⁹また、我が国で再販が行われる典型的な状況では「小売業者にとって品ぞろえに加えておくことが重要な商品」であるといった事情が挙げられるから、当該メーカーの商品を販売したい小売業者の数が多い場合、小売業者間

⁶⁸ メーカーの合理性（川濱昇ほか「再販売価格維持行為の法と経済学」27頁）やメーカーの利益・インセンティブ（同30-31頁）の問題として論じられる。

⁶⁹ Richard Posner, ANTITRUST LAW 171 (2d ed. 2001). リージン判決は、小売業者のマージンを減らしたいと思う点でメーカーと消費者の利益は一般に一致する (aligned) のだと述べる。Leegin, 551 U.S. at 896. しかしこれは過度の一般化でありミスリーディングである。法廷意見も認める再販の2つの競争制限シナリオ（メーカー間カルテルの道具及びライバルメーカー排除の手段）では、再販メーカーと消費者の利益は衝突する。従ってこの判示は、再販が事後の競争に与える影響や再販を課す前のマージンの水準を無視したものであり、限られた状況を一般化した議論になっている。法廷意見が、再販が競争促進的に利用されることが多いという命題と矛盾する情報を軽視ないし除外していた (confirmation bias が働いていた) 可能性を示す記述である。このような情報処理メカニズムについては、Akihiko Nakagawa, Toward a Dialogistic Competition Policy, 20 Hokkaido Journal of New Global Law & Policy 171 (2013) を参照。憲法訴訟において顕著なように、対立する意見の出発点がそもそも違うことはよくあることである。リージン判決の反対意見は、反競争的利用は定期的に観察されるのに対して、競争促進的な利用頻度は少ないという、法廷意見と対照的な認識を示している。Leegin, 551 U.S. at 915-916.

の競争によって(再販をしなくても)、出荷価格を引き上げられるはずである。メーカーの利潤は、[出荷価格－製造費用]に供給数量をかけたものであるから、出荷価格を最適に設定できるならば、出荷価格を所与として、小売業者ができるだけ供給数量を増やしてくれた方が利潤は高まるのであり、最低小売価格を拘束する必要はない。

この疑問に対する説明としてすぐに提出されるのが、販売前に提供されるサービスに対する(小売業者間の)フリーライド防止といった再販の競争促進的な動機であり、これが経済学者の論調を形成してきた。⁷⁰ 他方で、ブランド内価格競争を制限することが、競争を促進なくてもメーカーにとって利潤増加になる(すなわち、反競争的な形でメーカーにとって利益となる)という説明も与えられてきた((2)で後述するが、それらの説明ではブランド間競争への影響は考えられていない)。

再販がメーカーにとって利益となるかどうかは、単なる経済学だけの問題ではない。この問いに対する答えいかんでは、競争効果分析が不十分である可能性と、法的措置の名宛人が不適切である問題を惹起するのである。

(i) 仮にメーカーが利潤を減らしてまで再販を実行しているとすれば、再販によって事後に利潤を増加させられることを予期しているからだという推定が働く。⁷¹ もしそのようなことが言えるのならば、再販が競争に与える影響について、見落としている可能性が出てくる。

(ii) 小売業者の交渉力の方が強い場合に、小売業者の「要請」で行われた再販において、メーカーの利潤は増えるのだろうか? もし仮にメーカーの利潤は増えないけれども、価格競争を制限するからメーカーを排除措置命令等の名宛人にするとすれば、法の適用として正義に適うのか、という初歩的な疑問がつきまとう。

本稿では、これらの疑問に答えるべく、第Ⅲ章で簡単なモデルを使った分析を行い、単独型再販でも、メーカーの利潤は増加する場合がある

⁷⁰ 再販について論じられてきたその他の正当化理由については、川濱昇ほか「再販売価格維持行為の法と経済学」の第3章及び第4章を参照。

⁷¹ 利潤最大化の一階の条件の設定や需要曲線の設定次第では再販が競争利潤よりも利潤を悪化させる結論を導くことも可能である。後出注92を参照。

こと、小売業者の交渉力が強い場合にも、メーカー利潤は再販によって少なくとも減少はしないことを示す。この結論は単独型再販における原則違法に対して一つの裏付けを与えるものである。

(2) メーカーにとって再販が利潤増加となる理由

小売業者にマージンを与える再販が、メーカーにとって反競争的な形で利益となる説明として、独占的メーカーが出荷価格を最適に決定できないために、再販が利用されるという説明(①)がある。また、再販が少なくとも競争促進的ではない形でメーカーの利益になるとする説明として、消費者の選択行動に対する最適戦略として再販を論じる見解(②)がある。

①事後に値下げしないコミットメントとして、独占的メーカーのレントを守る再販

O'Brien & Shaffer (1992)⁷²は、メーカーと小売業者の契約内容が他の小売業者に観察不可能な場合には、後に契約する小売業者に対して独占的メーカーが出荷価格を値下げすることが利潤最大化になる(機会主義的行動の誘因を持つ)⁷³ので、これを予測した小売業者の抵抗により出荷価格は独占的メーカーの限界費用まで下がってしまう(市場支配力を行使できない)とする。⁷⁴しかし、メーカーが流通業者全社に対する最低価格再販をするか、小売価格が出荷価格と等しくなる最高価格再販を設定すれば、既に契約している小売業者に対して独占的メーカーが機会主義的行動を取らないことのコミットメントになるから、メーカーが独占利潤を得る契約が実現される。この分析は、売り手の独占力行使に対し

⁷² Daniel O'Brien & Greg Shaffer, Vertical Control with Bilateral Contracts, 23 RAND J. Econ. 299 (1992).

⁷³ 既存小売業者の利潤をマイナスにして、後に契約する小売業者とメーカーの共同利益を高めるため、機会主義的行動となる。

⁷⁴ このときメーカーは二部料金制によって利潤を得ようである。Greg Shaffer, Anti-Competitive Effects of RPM (Resale Price Maintenance) Agreements in Fragmented Markets, paras. 3.10 & 3.38 (2013) [hereinafter Shaffer, Fragmented Markets]. 二部料金制については後出注80を参照。

て買い手が抵抗するのを抑止するために最低価格再販が使われてきたという逸話的証拠と合致し、このような再販を規制した方が総余剰は高まるとする。⁷⁵EUの垂直的制限ガイドラインは、第5のシナリオとしてこの説明を与えている。⁷⁶

②消費者の選択行動に対する最適戦略としての再販

川濱教授は、再販が値崩れを防止することによって、消費者との関係でメーカーの利益を増加させる状況を3つ挙げられる。⁷⁷第一に、商品の価格と品質にプラスの相関関係があると消費者が考えている財については、再販によって価格を維持した方が利益となる。第二に、商品の販売開始から時間がたてばメーカーが値下げするだろうと消費者が予測する場合には、留保価格（支払意欲）の高い消費者であっても、値下げを待つことによって、市場支配力を持つメーカーであっても、時間的な価格差別や独占的価格設定ができない。このとき、再販によって事後の安売りをしないという評判を確立できれば、市場支配力をより有効に行使できる。第三に、消費者の留保価格は原価に関する情報に影響されるから、値崩れを防止することは留保価格を高く維持することに役立つ。以上の説明は、メーカーブランドの直面する需要曲線を非弾力的にする戦略と見ることもできるかもしれない。再販が少なくともメーカーと小売業者を併せたチャネル利潤を増加させることを示すものである。

⁷⁵ 彼らのモデルでは下流の小売業者がベルトラン競争をする。下流でクールノー競争をする場合については、Motta, COMPETITION POLICY 344-345が、下流市場の均衡がクールノー均衡数量となり、メーカーが独占利潤を得られないことを示す。また、Patrick Rey & Thibaud Vergé, Bilateral Control with Vertical Contracts, 35 RAND J. Econ. 728 (2004) は、小売業者が他の小売業者の結ぶ（観察不可能な）契約に関して持つ信念を変えた場合でも、小売業者が価格競争をするモデルでは、再販が機会主義的行動を抑止できることを確認している。

⁷⁶ Guidelines on Vertical Restraints, para. 224.

⁷⁷ 川濱昇「再販売価格維持規制の再検討（二）」論叢136巻3号14-17頁（1994年）、川濱昇ほか「再販売価格維持行為の法と経済学」31-33頁を参照。

以上の二つの説明は、再販がメーカーにとって利益になりうることを説明したものであるものの、先にも述べたように、いずれの説明もブランド間競争は考慮していない。とりわけ②の説明によれば、横並びに再販が採用されそうであり、単独型再販が観察される理由は与えられていない。

3 再販が実行可能な条件と本稿の検討課題

本稿が検討対象とする課題を明確にするため、我が国の公取委実務を、「再販が実行されるために必要と考えられる4つの理論的条件」という観点から眺めてみよう：

- (a) 再販が成功するには、まずそれを受け入れる小売業者が一定数必要である。典型的には、効率的な小売業者の安売りによって、当該ブランドへの取引依存度の比較的高い小売業者が被害を受けるという構造（小売業者間の非対称性）が想定される。
- (b) 再販を支持する小売業者がメーカーの流通網の重要部分を占めれば、メーカーも再販に利害関係を持つ。
- (c) 再販によってメーカーの利潤が（再販をせずに小売業者に競争させる場合と比べて）増加するのであれば、メーカーは再販を支持するだろう。
- (d) 再販の継続を不利益にするような「再販破り」が起こらないことも必要である。これには、いくつかの状況が考えられるが、大きく二つに分けられる：
 - (d1) 再販破りの小売業者がブランド内価格競争に与える影響が小さい場合、
 - (d2) 再販破りの小売業者が、再販売価格を指定しない他のブランドに代替しても、再販を守る小売業者から顧客を奪えない場合、である。

(d2) が成立するのは、製品差別化によりブランド間競争が緩和されている場合や、並行的に他のブランドでも再販が行われているような状況である。我が国で再販を規制した事件において、ほぼ常に、当該商品

のブランド力の高さや品ぞろえに加えることの重要性が指摘されるのは、一般には拘束の認定を補強するものとされてきたが、(d2)の要素を述べたものと評価することもできよう。

以上のような検討からすれば、独禁法では、上記4つの理論的条件のうち、(c)を除く条件が満たされることを認定することによって、再販が反競争効果を持つことを推定してきたと言えよう。しかしながら我が国においても最も多い、単独メーカーが行う再販の場合に、(c)がどのように説明されるのかは十分に解明されてきたとはいえない。

Ⅲ 単純なモデルによる分析

本章では、単独型再販がどのような状況でメーカーにとって利益となり、また競合ブランドの価格にどのような影響を与えるかを分析する。第1節では先行研究に言及し、第2節では上流メーカーのみが差別化されている単純なモデルを分析する。第3節では、上流メーカーと下流小売業者の双方が差別化されているモデルを分析する。いずれの場合にも、再販売価格を提示しない競争均衡を比較のためのベンチマークとし、再販によってメーカー利潤が競争均衡利潤よりも増加する場合があることを示す。

1 単独型再販に関する先行研究

単独型の再販が競争に与える影響を分析した経済分析は多くない。本稿の分析にあたって最も参考にしたのは、Shaffer (1991) である。⁷⁸彼は、小売業者の方が集中度の高い産業において、再販契約を受け入れることが小売業者にとって利益になるかどうかを分析した。⁷⁹つまり、メーカーよりも小売業者の方が力が強い場合に、強い側（小売業者）にとって再販が利益になるかどうかを分析している。モデルでは、上流（メーカー）

⁷⁸ Greg Shaffer, Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices, 22 RAND J. Econ. 120 (1991).

⁷⁹ つまり、本稿が検討対象とする状況を直接に議論した論文は、少なくとも筆者が調査した限りでは存在しないということである。

段階は同質財を生産する完全競争であり、下流（小売）段階は差別化された複占市場が仮定される。そのため、需要曲線は2社の小売業者についてそれぞれ定義される。小売業者は、上流メーカーの提示する契約内容（出荷価格のみの場合と、出荷価格及び再販価格の場合がある。）を見て、自分が契約する上流メーカー1社を選び、下流で価格競争する。上流メーカーが出荷価格のみの線形料金を提示する（すなわち二部料金制⁸⁰を使わない）競争均衡では、出荷価格がメーカーの限界費用に等しくなる。この状況を、再販契約の場合と比べる。小売業者2社が共に、線形料金⁸¹で再販契約を提示する上流メーカーと契約した場合（すなわち並行型再販の場合）、出荷価格及び均衡小売価格は競争均衡と変わらないから、再販契約を受け入れる意味はない。⁸²しかしながら、小売業者のいずれか1社のみが再販契約を受け入れると、均衡小売価格は2社双方にとって競争均衡よりも上昇し、2社の小売利潤は共に競争利潤を超える。⁸³

この分析結果は2つの意味で興味深い。第一に、小売業者2社の両方が再販契約を受け入れる場合よりも、1社のみが再販を受け入れた場合（coverage is incompleteである場合）の方が、小売業者双方にとって利潤は増加する。第二に、メーカーによる契約の提示は同時であっても、小売価格の決定については、再販を選んだ小売業者は先に小売価格を決定しているのと同じ⁸⁴ことだから、均衡小売価格は、垂直統合企業2社が、リーダーとフォロワーのゲームをした場合と同じ価格になることである。⁸⁵

⁸⁰ 取引数量によって変動する料金と、数量に依存せず一定額の固定料金（fixed fee）の組み合わせからなる料金メニューのことであり、通信やエネルギーの利用料金体系でよく見られる。

⁸¹ メーカーが二部料金制（非線形料金）を提示しても最終的な結論に影響しない。つまり、二部料金制を提示する契約の場合でも、再販契約を小売業者1社のみが受け入れる場合の方が小売業者2社双方にとって利潤増加となる。Id. at 129-130.

⁸² Id. at 127.

⁸³ Id. at 127-128.

⁸⁴ Shaffer, Fragmented Markets, para. 3.92.

⁸⁵ なお論文のタイトルにもあるように、彼の力点はメーカーが小売店の棚ス

次節では、上流が差別化されている場合を分析し、この先行研究と同様に、リーダー企業が再販を採用する場合に、均衡小売価格が上昇し、メーカー利潤を増やすことを示す。

2 モデルによる分析 1 上流のみ差別化されている場合

(1) 仮定

①上流のメーカー及び下流の小売業者が共に複占である bilateral duopoly の市場を考える。

メーカー2社(企業1、2ともいう)の商品は対称的に差別化されているが、メーカーの1単位あたりの製造コストは共通でゼロとする。メーカーはそれぞれ w_i ($i = 1, 2$) の出荷価格で小売業者 A、B に販売し、価格差別は行わないものとする。

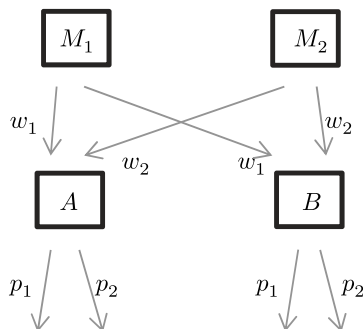
小売業者は対称的な2社 A、B であり、1単位あたりの流通コストは共通で r とする。小売業者は出荷価格で商品を購入し、自らの小売価格を決める。⁸⁶ 消費者は専らブランドの同一性にのみ着目して、同じブランドの商品であればできるだけ安い店舗で購入する。A、B の流通・販売にかかる費用には差異がないものとする。これは、ブランド内価格競争が最も活発な状況(小売サービスに差別化がなく同じ費用で提供できる状況)を想定したものである。

消費者がブランド i ($i = 1, 2$) の商品を小売業者 X ($X = A, B$) から購入する小売価格を p_{iX} とすると、小売業者 A、B は対称的であることから、均衡では同じブランドの小売価格は、いずれの店舗でも等しくなる。

ペースを確保するために支払う slotting allowances (理論上はマイナスの固定料金) にあり、小売業者間でお互いの契約が観察できる限り、単独型再販よりも、小売業者2社がそろって slotting allowances を採用する現象が観察されるとする(その方が小売価格及び小売利潤を高めるためである)。

⁸⁶ 従って本稿で分析するのは、上流・下流共にベルトラン競争をするモデルである。下流は同質的な小売業者がクールノー競争をする市場で、メーカーは価格を、小売業者は数量を決定するモデルを分析したものとして、成生達彦『チャネル間競争の経済分析』197-216頁(名古屋大学出版会、2015年)(以下、成生達彦『チャネル間競争の経済分析』という。)がある。

従って、 $p_{1A} = p_{1B} = p_1$, $p_{2A} = p_{2B} = p_2$ とする。



小売段階での個別需要曲線（逆需要関数）は

$$p_1 = a - q_1 - dq_2$$

$$p_2 = a - q_2 - dq_1$$

$$a > 0, 0 < d < 1$$

で与えられるものとする。 d はブランド間の差別化の程度を示す変数であり、0に近いほど2つのブランドは差別化されており、1に近いほどブランド同士が同質的であることを意味する。

小売業者 A、B はいずれも、企業 1、2 の両ブランドを扱うことを希望しており、いずれか片方だけを購入することはないものとする。

逆需要関数を書き直すと、

$$q_1 = \frac{-p_1 + dp_2 + a(1-d)}{1-d^2}$$

$$q_2 = \frac{-p_2 + dp_1 + a(1-d)}{1-d^2}$$

… (1)

である。

②ゲームの設定：

【小売業者の価格競争が制限されていない場合】

第 1 段階でメーカー 1、2 が小売業者 A、B に出荷価格⁸⁷を同時に提

⁸⁷ 本節では二部料金制（前出注80を参照）を使った契約は考慮しない。という

示する。メーカー 1、2 双方の申出が受け入れられると第 2 段階に進む。

第 2 段階においては、小売業者 A、B は出荷価格を所与として同時に小売価格を決める。

【メーカー 1 が再販をする場合】

第 1 段階でメーカー 1 が小売業者 A、B に対して出荷価格を提示し、併せて再販売価格を決める。メーカー 1 の申出が受け入れられると第 2 段階に進む。ここではメーカー 1 が交渉力を全て持つ（メーカーと小売業者の利潤を合わせた結合利潤の分配にあたり、メーカー利潤を最大化するように一方的に決められる）ことを想定する。

第 2 段階でメーカー 2 は、企業 1 の契約を観察して小売業者 A、B に対して出荷価格を提示する。つまり、このゲームでは再販メーカーが先に価格を提示するゲームとなっている。メーカー 1、2 が同時に価格を提示するゲームでは、再販をしても競争均衡と変わらない（【Appendix 1】を参照）ため、同時手番のゲームは除外している。

第 3 段階で小売業者 A、B は出荷価格を所与として（企業 1 の商品についてはメーカーの指示に従って）同時に小売価格を決める。

いずれの場合についても、後向き帰納法によりゲームを解き、サブゲーム完全均衡を求める。

（2）競争均衡

①第 2 段階（小売業者間の価格競争）の均衡

A、B は対称的であるから、均衡では A、B は同じ数量の需要を分け合い、同じブランドの小売価格は等しくなる。

のも、フランチャイズ契約以外では、流通契約で二部料金制が使われるのは稀だからである。Dobson & Waterson (2007) at 938 n.5. なお、再販に関する経済分析では、二部料金制を仮定に入れるものが多いが、その場合には二重限界化が起りやすい仮定になっていないかどうかをチェックする必要がある。とりわけ SCM (Supply Chain Management) の観点からの分析では、系列チェーン（メーカー 1 社につき小売業者 1 社つまり exclusive retailer が取引する）を想定したモデルが多い。かような状況では、二重限界化が生じやすいし、上流企業間の併売店をめぐる戦略的行動は考慮されていない。

小売価格 p_i ($i=1,2$) のナッシュ均衡は、可能性としては2つある。すなわち、 $p_i^{NE} = w_i + r$ または $p_i^{NE} > w_i + r$ である（企業1、2は対称的に差別化されているから、一方の価格が出荷価格に合致し、他方の価格がプラスのマージンを与えるような非対称な均衡は除外される）。同質財のベルトラン競争であれば小売業者の供給費用に一致する水準が均衡となる（小売業者がプラスのマージンを得ることはない）が、ここでは状況が異なりうる。A、Bは2商品を販売する common agency（併売店）であるから、1商品を値下げした場合に、単にライバルから当該商品の顧客を奪うだけでなく、自分が販売する別ブランド商品の販売量減少も惹起することを考慮しなければならない点で、同質財のベルトラン競争とは異なっている。

そこで、いずれが均衡小売価格となるかを確認するために、ひとまず $p_i > w_i + r$ において均衡が成立していると仮定してみる。これがナッシュ均衡であれば、例えばAが、Bの価格を所与として、企業2の製品についてわずかに値下げすることにより、小売店Bで企業2の商品を購入する顧客を奪っても、企業Aの利潤は減少するはずである。これを検証するために、A、Bが同一ブランド i ($i=1,2$) について同じ小売価格をつけている場合の小売マージン m_i を

$$m_1 = p_1 - w_1 - r > 0$$

$$m_2 = p_2 - w_2 - r > 0$$

とおくと、同一ブランドについて2店舗が同じ小売価格をつけているときのAの利潤 π_A は

$$\pi_A = (p_1 - w_1 - r) \frac{q_1}{2} + (p_2 - w_2 - r) \frac{q_2}{2} = \frac{m_1 q_1}{2} + \frac{m_2 q_2}{2}$$

となる。他方、AがBの価格を所与として、企業2の製品につき p_2 から $m_2/2$ だけ値下げした場合には、(1) 式より、企業2の製品の需要が増加し、それをAが独占する一方で、企業1の製品の需要が減少するから、そのときの企業Aの利潤 π_{Ad} は

$$\begin{aligned} \pi_{Ad} = & (p_1 - w_1 - r) \left(\frac{q_1}{2} - \frac{1}{2} \times \frac{dm_2}{2(1-d^2)} \right) \\ & + \left(p_2 - \frac{m_2}{2} - w_2 - r \right) \left(q_2 + \frac{m_2}{2(1-d^2)} \right) \end{aligned}$$

従って、企業2の商品を逸脱的に値下げすることによって増加するAの利潤は

$$\Delta\pi_{2A} = \pi_{Ad} - \pi_A = \frac{m_2(m_2 - dm_1)}{4(1 - d^2)}$$

となり、 $\Delta\pi_{2A} < 0$ すなわち $m_2 < dm_1$ の場合に、小売業者がプラスのマージンを得る均衡小売価格 p_2 が実現される。他方、Aが企業1の商品を値下げする場合にも同様の計算から、 $\Delta\pi_{1A} < 0$ すなわち $m_1 < dm_2$ でなければならない。 $p_i > w_i + r$ がナッシュ均衡ならばこれらの不等式を同時に満たさなければならないところ、これらが同時に満たされることはないから、 $p_i > w_i + r$ はナッシュ均衡ではない。

ゆえに均衡価格は $p_1 = w_1 + r$, $p_2 = w_2 + r$ となる。本稿の分析では小売費用 r の大きさは結論に影響しないため、これ以降の全ての分析で $r = 0$ とおく。

以上のことから、競争均衡での小売価格は $p_1 = w_1$, $p_2 = w_2$ である。
 … (2)

この結論は強力である。同質的な小売業者が2社存在すれば、それらのブランド内競争及び店舗内でのブランド間競争によって、小売マージンはゼロにまで縮減される。このことは、メーカーが出荷価格 w_i を最大限に引き上げられることを意味すると同時に、仮にメーカーが小売業者にプラスのマージンを与えようとして出荷価格 w_i を引き下げても、A、Bの競争により、マージンはゼロになることを意味している。つまりこの状況は、小売業者にプラスのマージンを与える再販が、競争に何らかの影響を与えない限り、メーカーにとって何の利益にもならないことを示す。

②第1段階のゲーム（メーカー間の出荷価格競争）における最適化

(1) 式は (2) 式ゆえに次のように書き直される

$$q_1 = \frac{-w_1 + dw_2 + a(1 - d)}{1 - d^2}$$

$$q_2 = \frac{-w_2 + dw_1 + a(1 - d)}{1 - d^2}$$

メーカーの利潤は

$$\pi_{M1} = w_1 q_1 = w_1 \times \frac{-w_1 + dw_2 + a(1-d)}{1-d^2}$$
$$\pi_{M2} = w_2 q_2 = w_2 \times \frac{-w_2 + dw_1 + a(1-d)}{1-d^2}$$

利潤最大化の一階の条件

$$\frac{\partial \pi_{M1}}{\partial w_1} = \frac{-2w_1 + dw_2 + a(1-d)}{1-d^2} = 0$$
$$\frac{\partial \pi_{M2}}{\partial w_2} = \frac{-2w_2 + dw_1 + a(1-d)}{1-d^2} = 0$$

より、競争均衡での出荷価格は、

$$w_{1c} = w_{2c} = \frac{a(1-d)}{2-d}$$

均衡小売価格・数量は

$$p_{1c} = p_{2c} = \frac{a(1-d)}{2-d}$$
$$q_{1c} = q_{2c} = \frac{a}{2+d-d^2}$$

競争均衡での出荷価格及び小売価格は、ブランド間の同質性が高まる（ d の増加）につれて減少し、 $d=1$ に近づくにつれてゼロに近づく。

他方で取引数量は、原点に対して凸の曲線となり、ブランド間の同質性が低い場合と高い場合に大きくなる。

③競争均衡価格は、産業全体の独占価格（単一企業がブランド1、2の生産及び販売を独占する場合の最適価格）すなわち $p_1^M = p_2^M = a/2$ よりも低くなっている（その導出については、【Appendix 2】を参照）。

（3）企業1が再販売価格拘束をする場合

①第3段階のゲーム（小売業者A、Bによる小売価格の決定）

ブランド1については再販により価格が p_1 と決められている。

ブランド2についての均衡価格は、競争均衡の場合と同様に、次の2つの場合が考えられる：

(i) $m_2 < dm_1$ の場合に $p_2 > w_2$ ($m_2 > 0$)

(ii) $m_2 \geq dm_1$ の場合に $p_2 = w_2$

企業1の商品について値下げが認められていないため、両ブランドについて価格競争が許容される場合よりも、(i)の可能性は成立しやすいように見える。しかしながら、(i)の場合は企業1もまた小売マージンをプラスにしなければならない場合である。メーカー1が交渉力を完全に握っている場合には小売マージンをゼロにすることによってメーカー利潤を増加できるから、(i)の可能性は除外するのが自然である。⁸⁸ そこで以下では(ii)の場合すなわちブランド2についての均衡価格が、 $p_2 = w_2$ であり、小売マージンがゼロとなる場合に絞って検討する。

②第2段階のゲーム（企業2による出荷価格の決定）

$$\begin{aligned}\pi_{M2} &= w_2 q_2 = w_2 \times \frac{-w_2 + dp_1 + a(1-d)}{1-d^2} \\ \frac{\partial \pi_{M2}}{\partial w_2} &= \frac{-2w_2 + dp_1 + a(1-d)}{1-d^2} = 0 \\ w_2 &= \frac{dp_1 + a(1-d)}{2}\end{aligned}$$

このとき、

$$q_1 = \frac{-(2-d^2)p_1 + a(2-d-d^2)}{2(1-d^2)}$$

③第1段階のゲーム（企業1による小売価格 p_1 及び出荷価格 w_1 の決定）
企業1は小売マージンがゼロ以上であることを制約条件として小売価格

⁸⁸ 仮に企業1が小売マージンをプラスにする出荷価格を設定したとしても、競争均衡よりもメーカー1の利潤は減少するところ、企業1は小売マージンをゼロにする出荷価格を設定すれば、(i)の状況の発生を回避できる。

と出荷価格を選ぶ。メーカーは出荷価格を操作できるから、制約条件は等号（小売マージンゼロ）のときに成立する。⁸⁹従って、企業1の利潤関数は次のように書き直せる

$$\begin{aligned}\pi_{M1} &= w_1 q_1 = w_1 q_1 + (p_1 - w_1) q_1 = p_1 q_1 = \\ & p_1 \times \frac{-(2-d^2)p_1 + a(2-d-d^2)}{2(1-d^2)} \\ \frac{\partial \pi_{M1}}{\partial p_1} &= \frac{-(4-2d^2)p_1 + a(2-d-d^2)}{2(1-d^2)} = 0 \\ p_1 &= \frac{a(1-d)(2+d)}{2(2-d^2)} \\ q_1 &= \frac{a(2+d)}{4d+4} \\ p_2 &= \frac{a(1-d)(4+2d-d^2)}{4(2-d^2)} \\ q_2 &= \frac{a(4+2d-d^2)}{4(1+d)(2-d^2)}\end{aligned}$$

④競争均衡との比較

再販により、小売価格は企業1、2のいずれについても上昇する。

$$p_{1c}, p_{2c} < p_2 < p_{1RPM}$$

取引数量は再販により企業1が減少し、企業2は増加するが、市場全体の取引数量は減少する

$$\begin{aligned}q_{1RPM} &< q_{1c}, q_{2c} < q_2 \\ Q_{RPM} &< Q_c\end{aligned}$$

再販をすることにより、競争均衡と比べて企業1の利潤は増加する：

$$\pi_{1RPM} - \pi_{1c} = \frac{a^2(1-d)d^4}{8(1+d)(2-d^2)(d-2)^2} > 0$$

再販による利潤増加は、 $0 < d < 1$ の領域では、 d の増加につれてゆる

⁸⁹ 成生達彦『チャネル間競争の経済分析』77頁参照。

やかに上昇し、 $d \cong 0.86$ 近傍で最大となり、その後 d の増加につれて急激に減少する。利潤増加がゼロとなるのは、 $d = 0$, $d = 1$ のときである。

このことは、プライスリーダーが再販をする限り、広い範囲で再販メーカーの利潤を増やすことを意味する。差別化が比較的小さい領域で再販による利潤増加が最大となるのは、差別化が大きな場合には競争均衡においてその差別化の利益が享受されているためと考えられる。このとき、競合ブランドもまた出荷価格を引き上げており、その利潤も増加する。なお、社会的総余剰も再販によって減少する。

(4) 小売業者が完全な交渉力を持つ場合

次に、小売業者が完全な交渉力を持つ場合の再販が、メーカーにとって合理的たり得るのかを確認しておこう。

①競争均衡

第1段階でメーカー1、2はメーカー利潤がゼロ以上という制約の下で、「小売利潤を最大化」する出荷価格を決定する。他方、第2段階では小売業者A、Bは出荷価格を所与として小売価格を決定するので、メーカーが完全な交渉力を持っていた(2)の場合と同様に、同質的な小売業者間の価格競争によって小売価格は $p_1 = w_1$, $p_2 = w_2$ となる。従って、小売業者が交渉力を持っても、出荷価格を引き下げる(ゼロ円で売る)という形で小売業者にマージンを与えることはできない。そこで、メーカーが利潤を得た上で、それを小売業者に分配するという方法が取られることになる。例えば、メーカーによる期末のリベート支払や、販促費用の負担(専門情報の提供や教育・訓練)、その他の経済的利益の提供(再販の拘束要件において、利益提供型の実効性確保手段とされてきたもの)が考えられる。

②再販を行う場合

この場合も3段階のゲームを考える。第1段階でメーカー1は、メーカー利潤がゼロ以上という制約の下で、小売利潤が最大となるような出荷価格と小売価格 p_1 を決める。第2段階でメーカー2が出荷価格を決める。第3段階で小売業者A、Bが出荷価格 w_1, w_2 及び小売価格 p_1 を

所与として小売価格 p_2 を設定する。

《第3段階のゲーム》 (3) ①の (i) と (ii) のうち、(i) の可能性の方が自然であるため⁹⁰、企業2の商品に関する小売業者 A, B にとって最適なマージンを r とおいて、 $p_2 = w_2 + r$ ($dp_1 > r > 0$) が成立しているとする。このとき、需要関数は次のように書き直せる。

$$q_1 = \frac{-p_1 + d(w_2 + r) + a(1 - d)}{1 - d^2}$$

$$q_2 = \frac{-w_2 - r + dp_1 + a(1 - d)}{1 - d^2}$$

《第2段階のゲーム》 企業2は自らの利潤がゼロ以上であるという条件の下で、小売業者の利潤を最大化するような出荷価格を選ぶ。

$$\pi_R = (p_2 - w_2)q_2 = (p_2 - w_2)q_2 + w_2q_2 = p_2q_2 =$$

$$(w_2 + r) \times \frac{-w_2 - r + dp_1 + a(1 - d)}{1 - d^2}$$

$$\frac{\partial \pi_R}{\partial w_2} = \frac{-2w_2 - 2r + dp_1 + a(1 - d)}{1 - d^2} = 0$$

$$w_2 = \frac{dp_1 - 2r + a(1 - d)}{2}$$

このとき

$$q_1 = \frac{-(2 - d^2)p_1 + a(2 - d - d^2)}{2(1 - d^2)}$$

《第1段階のゲーム》 企業1は小売利潤が最大となるように再販売価格及び出荷価格を設定するから、小売との結合利潤を最大化することに等しい（前出注89に対応する本文を参照）。

⁹⁰ 仮に(ii)で計算しても、第2段階のゲームで供給数量が全く同じになるため、 w_2 の水準が変わるだけで、均衡価格・数量は企業1、2いずれについても(i)の場合と同じになる。

$$\begin{aligned}\Pi_{M1+R} &= p_1 q_1 = p_1 \times \frac{-(2-d^2)p_1 + a(2-d-d^2)}{2(1-d^2)} \\ \frac{\partial \Pi_{M1+R}}{\partial p_1} &= \frac{(4-2d^2)p_1 + a(d^2+d-2)}{2(d^2-1)} = 0 \\ p_1 &= \frac{a(1-d)(2+d)}{2(2-d^2)}\end{aligned}$$

この均衡価格は、(3)で検討した、メーカーが完全に交渉力を持つ場合と同じである。企業1の均衡数量、企業2の均衡小売価格及び均衡数量も(3)と同様の結果が導かれる。他方で小売業者が完全な交渉力を持つため、出荷価格はゼロになる。 $w_1 = 0$

③競争均衡との比較

再販によってメーカーの利潤は増加するか？企業1と小売業者の結合利潤は競争均衡の場合よりも再販の場合の方が大きいことが確認できる。小売業者が再販によって増えた結合利潤のうちわずかでもメーカーに分配すれば、メーカーの利潤は競争均衡（利潤ゼロ）よりも増加する。再販を行う場合には①の場合とは対照的に、小売業者が最初から結合利潤を得た上で、その分配を決めることができるから、その点では小売業者にとって価格競争よりも有利となる。小売業者による結合利潤の分配は、小売業者がメーカーに棚の優先割当てをしないと行われることになろうか。

(5) まとめ

以上の分析から、以下の命題を導くことができる。

Proposition 1 上流メーカーが差別化されており、下流の小売業者が同質的な場合には、競争均衡においてメーカーが出荷価格を最大限自己に有利にコントロールできるが、そのような状況でも、リーダー企業が再販を採用すれば、メーカー利潤は（ライバルメーカーを含めて）増加する。

次節では下流の小売業者も差別化されている場合を分析する。

3 モデルによる分析2 上流・下流の双方が差別化されている場合

(1) 仮定

①第2節のモデルと同様に、上流のメーカー及び下流の小売業者が共に複占である市場を考える。メーカー2社（企業1、2）の商品及び小売業者A、Bの小売サービスは差別化されている。消費者がブランド i ($i = 1, 2$) の商品を小売業者 X ($X = A, B$) から購入する小売価格を p_{iX} とすると、小売段階での個別需要曲線は

$$\begin{aligned} q_{1A} &= a - p_{1A} + b(p_{1B} - p_{1A}) + d(p_{2A} - p_{1A}) \\ q_{1B} &= a - p_{1B} + b(p_{1A} - p_{1B}) + d(p_{2B} - p_{1B}) \\ q_{2A} &= a - p_{2A} + b(p_{2B} - p_{2A}) + d(p_{1A} - p_{2A}) \\ q_{2B} &= a - p_{2B} + b(p_{2A} - p_{2B}) + d(p_{1B} - p_{2B}) \\ a &> 0, \quad 0 < b < 1, \quad 0 < d < 1 \end{aligned}$$

… (3)

で与えられ、対称的に差別化されているとする。⁹¹ b は店舗間の差別化を d はブランド間の差別化を示す変数であり、いずれも小さいほど差別化の程度が大きいことを示す。個別需要曲線が意味するところは、店舗Aでのブランド1の需要量 q_{1A} は、自店舗での価格 p_{1A} が上昇すれば減少するが、他店舗Bでの同一ブランドの価格 p_{1B} や同一店舗での別ブランドの価格 p_{2A} が p_{1A} と比べて上昇すれば、 q_{1A} が増えるということである。価格差が必要に与えるインパクトは、 b や d の減少につれて小さくなるため、これらの変数が小さいほど差別化の程度が大きいことを意味する。また競合ブランドや競合店舗との価格差よりも、当該ブランドの当該店舗での価格変動の方が需要に与える影響が大きい (b, d はいずれも1よりも小さい) とする。 $b = 0$ のときには店舗AとBが競合しない状況であり、 $d = 0$ のときにはブランド1、2が独立財となる。この需要曲線では、競合店舗での競合ブランドの価格 p_{2B} が与える影響

⁹¹ Chan Choi, Price Competition in a Duopoly Common Retailer Channel, 72 J. Retailing 117, 122 (1996) に依拠した需要関数である。

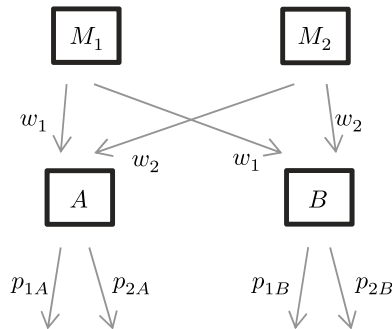
は無視できるものと仮定されている。⁹²

この需要曲線では、店舗間の差別化及びブランド間の差別化が一定水準以上存在するモデルになっていることに注意が必要である。(3) 式の第1式は、 $b=1$ (モデル上は店舗間の差別化が最小) のときにも、

$$q_{1A} = a - (2+d)p_{1A} + p_{1B} + dp_{2A}$$

となり、ブランド1の商品価格 p_{1A} 、 p_{1B} の係数の絶対値が一致しない(店舗間の差別化が残る)からである。同様に、 $d=1$ の場合にもブランド間の差別化が残る。このような需要曲線を取えて選ぶ理由については(2)④で後述する。

メーカーの1単位あたりの製造コストは共通でゼロとする。メーカーはそれぞれ w_i ($i=1,2$) の出荷価格で小売業者A、Bに販売し、小売業者に対する価格差別は行わないものとする。小売業者の1単位あたりの流通コストは共通でゼロとする。小売業者A、Bはいずれも、企業1、2の両ブランドを扱うことを希望しており、いずれか片方だけを購入することはないものとする。また、メーカーが完全な交渉力を持っていると仮定する。



②ゲームの設定：

ゲームの手番は、小売業者の価格競争が制限されていない場合には第

⁹² これを入れた場合(上記需要曲線に $+bd(p_{2B}-p_{1A})$ を加えた場合)には、リーダー企業が再販をする状況において、再販がメーカー利潤を増加させる領域が狭くなり、競争均衡よりも利潤が悪化する場合が出てくる。

2節(1)の②と同様に2段階ゲームとなる。メーカー1が再販をする場合には、手番の異なる2つのゲームを分析する。まず(3)では、第1段階でメーカー2社が同時に契約を提示し、企業1のみが再販売価格も提示する場合を分析する(2段階のゲームとなる)。(4)では、第2節と同様に3段階ゲームを分析する。すなわち、企業1が第1段階で再販契約を先に提示し、第2段階で企業2が出荷価格を提示し、第3段階で小売業者A、Bが価格競争をする。第2節の状況では(3)のような2段階ゲームでは再販によって利潤が増加しえなかったが、上流・下流共に差別化される場合には、状況が変わることを示す。

(2) 競争均衡

①第2段階(小売業者間の価格競争)の均衡

小売業者A、Bの利潤は

$$\begin{aligned}\pi_A &= (p_{1A} - w_1)q_{1A} + (p_{2A} - w_2)q_{2A} \\ \pi_B &= (p_{1B} - w_1)q_{1B} + (p_{2B} - w_2)q_{2B}\end{aligned}$$

これらを4つの価格で微分した一階の条件を、連立して解くと、

$$\begin{aligned}p_{1A} = p_{1B} &= \frac{\{(3b+4)d + b^2 + 3b + 2\}w_1 + bdw_2 + 4ad + ab + 2a}{(4b+8)d + b^2 + 4b + 4} \\ p_{2A} = p_{2B} &= \frac{\{(3b+4)d + b^2 + 3b + 2\}w_2 + bdw_1 + 4ad + ab + 2a}{(4b+8)d + b^2 + 4b + 4}\end{aligned}$$

②第1段階のゲーム(メーカー間の出荷価格競争)における最適化メーカーは、自らの利潤

$$\begin{aligned}\pi_{M1} &= w_1(q_{1A} + q_{1B}) \\ \pi_{M2} &= w_2(q_{2A} + q_{2B})\end{aligned}$$

を最大化するが、そのさい、小売業者が双方のブランドから得る合計利潤がゼロ以上となる制約条件⁹³がつく。メーカーが完全な交渉力を持つ場合には小売業者の利潤 π_A , π_B がいずれもゼロとなる水準で自らの

⁹³ Rey & Vergé (2010) at 935に依拠した。

利潤を最大化する。従って、メーカーは、

$$\begin{aligned}\pi_{M1} &= w_1(q_{1A} + q_{1B}) + (p_{1A} - w_1)q_{1A} + (p_{2A} - w_2)q_{2A} \\ &\quad + (p_{1B} - w_1)q_{1B} + (p_{2B} - w_2)q_{2B} \\ \pi_{M2} &= w_2(q_{2A} + q_{2B}) + (p_{1A} - w_1)q_{1A} + (p_{2A} - w_2)q_{2A} \\ &\quad + (p_{1B} - w_1)q_{1B} + (p_{2B} - w_2)q_{2B}\end{aligned}$$

を最大化することに等しい。⁹⁴

メーカー利潤を w_i で微分した一階の条件を解くと、

$$w_1 = w_2 = \frac{(4ab^2 + 4ab)d + ab^3 + 3ab^2 + 2ab}{(2b^2 + 8b + 8)d^2 + (b^3 + 12b^2 + 22b + 12)d + 2b^3 + 8b^2 + 10b + 4}$$

このとき、

$$p_{1A} = p_{1B} = p_{2A} = p_{2B} = \frac{(2ab + 4a)d^2 + (5ab^2 + 10ab + 6a)d + ab^3 + 4ab^2 + 5ab + 2a}{(2b^2 + 8b + 8)d^2 + (b^3 + 12b^2 + 22b + 12)d + 2b^3 + 8b^2 + 10b + 4}$$

小売マージンは、

$$m = \frac{(2ab + 4a)d^2 + (ab^2 + 6ab + 6a)d + ab^2 + 3ab + 2a}{(2b^2 + 8b + 8)d^2 + (b^3 + 12b^2 + 22b + 12)d + 2b^3 + 8b^2 + 10b + 4}$$

となる。

③競争均衡の性質

均衡小売価格は、ブランド間の同質性が高まるほど、また店舗間の同質性が高まるほど減少する。

均衡出荷価格は、ブランド間の同質性が高まるほど減少し、店舗間の同質性が高まるほど増加する。

小売マージンは常にプラスであるが、ブランド間の差別化が小さいほど、店舗間の差別化が大きいほど、小売マージンは大きくなる。⁹⁵

⁹⁴ 2つの式の第二項以下は小売業者A、Bの利潤の合計であり、これらはメーカーの交渉力ゆえゼロにするため、第二項以下を加えてもメーカー利潤との等号が成立する。

⁹⁵ 以上のことは、 a と b ないし a と d に特定の数値を入れて固定し、残りの

均衡小売価格は産業全体の独占価格 $p_{iX}^M = a/2$ ($\Pi^M = p_{1A}q_{1A} + p_{1B}q_{1B} + p_{2A}q_{2A} + p_{2B}q_{2B}$ を 4 つの価格について微分した一階の条件を連立して解いたもの) を下回る。

④需要関数の選び方

競争均衡の性質は、需要関数の設定に依存する。再販に関する先行研究で比較的よく使われている需要関数⁹⁶は、(3) の 1 式が次のようなものである。

$$q_{1A} = a - (p_{1A} - bp_{1B}) + d(p_{2A} + bp_{2B})$$

しかしながら、この需要関数を使って競争均衡を解くと、競争均衡価格及び均衡出荷価格は b や d の増加につれて増加してしまう。つまり、店舗間の同質性が高いほど、またブランド間の同質性が高いほど小売価格が高いという直観に反する結論が導かれてしまう。⁹⁷このような競争均衡における不都合を回避するため、本稿では (3) 式のような需要関数を用いたのである。

(3) 企業 1 が第 1 段階で再販価格を拘束する場合 (同時手番の再販)

第 1 段階でメーカー 2 社が同時に契約を提示するが、企業 1 のみが再販売価格を提示する場合を考えよう。第 2 段階で小売業者が小売価格を決定して競争するので、2 段階ゲームとなる。

①第 2 段階 (小売業者間の価格競争) の均衡

ブランド 1 の小売価格は再販契約によって決まっているので、ブランド 2 の小売価格を考える。

一変数に関する二次元のグラフをプロットすれば確認できる。

⁹⁶ Steffen Ziss, Vertical Separation and Horizontal Mergers, 43 J. Ind. Econ. 63, 70 (1995).

⁹⁷ この問題点は Choi, supra note 91 論文が既に指摘していた。また、Ziss は需要関数と逆需要関数の両方を定義しているが、逆需要曲線を用いると、 p_{2B} の項だけ係数がマイナスになるという奇妙な現象が生じる。Dobson & Waterson (2007) at 959 の (A6) 式 ($-\beta\gamma p_{jk}$) を参照。

小売業者の利潤

$$\pi_A = (p_1 - w_1)q_{1A} + (p_{2A} - w_2)q_{2A}$$

$$\pi_B = (p_1 - w_1)q_{1B} + (p_{2B} - w_2)q_{2B}$$

を p_{2A} , p_{2B} で微分した一階の条件を連立して解くと

$$p_{2A} = p_{2B} = \frac{2dp_1 + (b + d + 1)w_2 - dw_1 + a}{2d + b + 2}$$

で、このとき、

$$q_{1A} = q_{1B} = \frac{-\{(b + 4)d + b + 2\}p_1 + \{d^2 + (b + 1)d\}w_2 - d^2w_1 + 3ad + ab + 2a}{2d + b + 2}$$

$$q_{2A} = q_{2B} = \frac{bdp_1 - \{d^2 + (b + 2)d + b + 1\}w_2 + (d^2 + d)w_1 + ad + ab + a}{2d + b + 2}$$

②第1段階のゲーム（メーカー間の出荷価格競争）における最適化競争均衡の場合と同様に、メーカーは、

$$\pi_{M1} = w_1(q_{1A} + q_{1B}) + (p_1 - w_1)q_{1A} + (p_{2A} - w_2)q_{2A} + (p_1 - w_1)q_{1B} + (p_{2B} - w_2)q_{2B}$$

$$\pi_{M2} = w_2(q_{2A} + q_{2B}) + (p_1 - w_1)q_{1A} + (p_{2A} - w_2)q_{2A} + (p_1 - w_1)q_{1B} + (p_{2B} - w_2)q_{2B}$$

… (4)

を最大化する。 π_{M1} を p_1 , w_1 で微分した一階の条件（2つの等式）と、 π_{M2} を w_2 で微分した一階の条件を連立させて解くと、

$$w_1 = \frac{-ab(1 + d)}{d(b + 2d + 2)}$$

$$w_2 = \frac{ab}{b + 2d + 2}$$

$$p_1 = \frac{a}{2}$$

となり、再販メーカーの出荷価格はマイナス、再販価格は産業全体の独占価格となる。また、企業2の小売価格は再販価格を上回る。

③再販によってメーカー利潤は増加するだろうか。これを知るためには、企業1の流通チャネル全体の合計利潤 $\Pi_{M1+R} = p_1(q_{1A} + q_{1B})$ が、再販をした場合と競争均衡の場合とで比べて増加するかを見ればよい。流通チャネル全体の利潤は、企業1の商品を販売することによってメーカー及びその小売業者が得る利潤の総和である。再販をした場合に企業1の出荷価格はマイナスになるが、小売マージンの一部をメーカーが徴収する仕組み（二部料金制など）が使える限り、チャネル全体の利潤が増加すれば、メーカー利潤も増加する。

計算すると、単独再販をしたメーカー1のチャネル全体の利潤は、常に競争利潤を上回る。しかも、ブランド間の同質性が高いほど、店舗間の同質性が高いほど再販による利潤増加は大きくなる（ただし差別化が一定水準以上を前提としたモデルであるから、同質性が高い場合についての結論は控えめに受け止める必要がある）。

以上の議論では企業2が再販をしないことを外生的に仮定したが、このとき企業2のチャネル利潤は競争利潤よりも減少してしまう。そこで次に、企業2も再販を行う状況を考えてみる。

④並行型再販の可能性

企業1の均衡小売価格が産業全体の独占価格（産業全体のカルテル価格でもある）に等しいことから、企業2も再販によって同じ価格をつけることが予想される。第1段階のゲームで企業2も小売価格を決める設定に変えるとどうなるだろうか。第2段階のゲームの答え（均衡小売価格）は自動的に p_1 , p_2 に決まる。第1段階のゲームでは、メーカーの利潤関数（(4)式で与えられるもの）は、自らの小売価格に関して二次の（係数はマイナス）、ライバルメーカーの出荷価格に関して一次の関数となる。小売価格について微分した一階の条件を連立して解くと、

$$p_1 = \frac{-d^2 w_1 - (d^2 + d)w_2 + a(2d + 1)}{2(2d + 1)}$$

$$p_2 = \frac{-(d^2 + d)w_1 - d^2 w_2 + a(2d + 1)}{2(2d + 1)}$$

となり、 $w_1 = w_2$ となる対称的な均衡を考えると、

$$p_1 = \frac{-d(2d+1)w_1 + a(2d+1)}{2(2d+1)} = \frac{a-dw_1}{2}$$

となるから、小売価格が産業全体の独占価格を超えるとチャネル利潤が減少することを考えれば、出荷価格を $w_1 = w_2 = 0$ として、

$$p_1 = p_2 = \frac{a}{2}$$

とするのが最適となる。

企業 1、2 が再販をした場合のチャネル利潤は、競争均衡におけるチャネル利潤を上回り、ブランド間の差別化が小さいほど、店舗間の差別化が小さいほど利潤増加は大きい。同質的であるほど競争均衡小売価格が下がるから、それだけ再販による利潤増加は大きいということである。

企業 1 にとっては企業 2 が再販をしない場合に自分だけ再販をする場合のチャネル利潤の方が、並行型再販の場合のチャネル利潤よりも大きくなるが、企業 2 にとっては再販に追随した方が利潤は大きくなるから、企業 1、2 が同時手番のゲームでは、企業 1、2 の両者が再販を選ぶ並行型再販が実現される。並行型再販の場合の出荷価格はゼロ（生産者の供給費用に一致する価格）であるから、メーカー利潤も増加するためには、小売マージンの一部をメーカーが徴収する仕組み（二部料金制におけるフランチャイズ料など）が必要である。

（４）先手企業 1 が再販売価格拘束をする場合

最後に、リーダー企業が再販売価格を拘束する場合を考えよう。企業 1 が第 1 段階で出荷価格と共に再販売価格 p_1 を決定し、それを見て企業 2 が出荷価格のみを決め、第 3 段階で小売業者が価格競争をするゲームである。均衡では

$$p_1 = \frac{4ad^3 + (3ab + 10a)d^2 + (5ab + 8a)d + 2ab + 2a}{8d^3 + (-b^2 + 8b + 20)d^2 + (12b + 16)d + 4b + 4}$$

$$w_1 = -\frac{4abd^2 + (3ab^2 + 6ab)d + 2ab^2 + 2ab}{8d^3 + (-b^2 + 8b + 20)d^2 + (12b + 16)d + 4b + 4}$$

となり、出荷価格はマイナスとなる。企業 1、2 の小売価格はいずれも競争均衡価格を超えているが、企業 2 の小売価格は企業 1 の再販売価格

のみならず産業全体の独占価格を上回る：

$$p_{1c} < p_1 < p^M < p_2$$

再販メーカー 1 のチャネル利潤は競争利潤を上回るが、企業 2 のチャネル利潤は（その小売価格が高すぎるために）競争均衡利潤を下回ってしまう。第 2 節では競争均衡における小売マージンがゼロの場合には、再販によって再販メーカーのみならず競合メーカーの価格も利潤も増加することを見たが、本節の状況では結論が異なっている。

このとき、企業 2 は第 2 段階で再販に追随したとしても、利潤を増やすことはできない。というのも、企業 2 の均衡小売価格は企業 1 の出荷価格の水準に応じて決まる（均衡が一つではない）ところ、企業 1 にとっては出荷価格をマイナスに設定するのが最適であるため、企業 2 が設定しうる再販売価格はやはり産業全体の独占価格を上回ってしまうからである。企業 2 が可能な唯一の対策は、企業 1 と意思を通じて、2 社とも出荷価格をゼロに設定し、再販売価格を産業全体の独占価格に設定することである（つまり並行型再販の採用である。このときの利潤が競争利潤を上回することは、(3) の④で既に述べた）。

(5) まとめ

本節の分析から、以下の命題を導くことができる。

Proposition 2 上流メーカーのみならず下流の小売業者も差別化され、競争均衡においてプラスの小売マージンが実現されている場合には、リーダー企業が単独で再販を採用すれば、再販メーカーの利潤を増加させるが、ライバル企業の利潤は減少する。また、並行型再販が行われると、産業全体の独占価格が均衡となる。単独型再販、並行型再販いずれの場合にも、メーカー利潤が増加するためには、小売マージンを徴収する仕組み（二部料金制等）が必要となる。

IV 結語

単独型再販がメーカーにとって利潤増加となる説明は、独占的企業に

ついて、また企業戦略一般としては説明されてきた(第Ⅱ章第2節の(2)を参照)が、ブランド間競争も考慮した説明は与えられてこなかった。本稿は、単独型再販が競合メーカーの価格設定にも影響を与えつつ⁹⁸、再販メーカーの利潤を増やす状況を、簡単なモデルを用いて分析した。本稿の分析によれば、競争均衡において小売マージンがゼロという、メーカーにとって再販をするメリットが最も考えにくい状況でさえ、競合メーカーにとっても利益となる形で、リーダー企業による単独型再販が実現されることを示した。このとき、競合メーカーが第2段階で追隨的に再販をしてもメリットはない⁹⁹ので、単独型再販しか観察されない。

単独型再販は、小売業者も差別化されているために競争均衡において小売マージンが一定水準以上存在する場合にもまた、メーカー利潤を増加させうるが、その場合にはメーカーが小売マージンを徴収する仕組みが必要である。また、競争均衡において小売マージンがプラスの場合には、並行型再販もメーカーの利益となるという点で、小売マージンがゼロの場合と異なることに注意が必要である。以上の分析は並行型再販にもインプリケーションがあり、並行型再販が観察される場合の反競争的な意図としては、複数メーカーによる協調的な独占的価格設定が推定される。

もっとも上記分析でどれだけ多くの事例を説明できるかは今後の検証が必要である。とりわけ、上流・下流共に差別化されている場合につい

⁹⁸ なお、このことをもって、再販がブランド間競争制限効果をもつと表現することには経済法学の用語法として抵抗がある。一定の取引分野における競争の実質的制限が問題となる不当な取引制限や私的独占では、「効果」としてブランド間競争制限があるだけでなく、競合ブランドに向けられた「行為」(行為面でのブランド間競争制限)も要求されてきたように思われるからである(ただし支配型私的独占の事例はその限界事例である)。本稿の分析からすれば再販メーカーがどの競合メーカーの戦略を注視しているかが重要となるから、広い市場の中で狭い範囲での密接な競争を見ることになる(白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』257頁(有斐閣、2009年))のは首肯できるところだが、そのような状況では市場の境界画定を厳密に議論することの重要性が下がってくる。

⁹⁹ 証明は極めて簡単なので省略した。第2段階のゲーム以降、企業2が再販をしてもしなくても、均衡価格に何ら影響しない。

ては、適切な需要関数の模索、適切な制約条件の模索という点で、経済学の側にもなお検討課題が残っていると思われる。¹⁰⁰ 第Ⅲ章第3節の分析結果からは、再販によってチャネル利潤が増加することは示されるものの、それによってメーカー利潤が増加するためには小売マージンを徴収する仕組みが必要であることを述べた。二部料金制による固定料金（フランチャイズ料金など）はその典型であるが、本稿で分析した併売店の状況において、二部料金制の契約が結ばれることがどれほど多いのかが問題となる（これは同時に二部料金制を用いた先行研究への批判にもなってしまうのだが）。もっとも、小売マージンを徴収する仕組みは棚の優先的割当てなど、多様にありうるかもしれない。流通実態と照らし合わせた検証が求められる。

小売マージンがプラスの場合の分析の射程が必ずしも広くないとしても、第Ⅲ章第2節の分析、すなわち上流のみ差別化されている場合の分析は、現実への近似として、見た目よりも適用範囲が広いかもしれない。小売業者が再販を求める典型的な場合は、価格競争によって被害を受ける小売業者と、逆に利益を増やす小売業者が存在し、後者の方が効率的であることが多い。直営店・専売店や古くからのなじみの店などが価格競争に負けないようにするために、メーカーが利益の補填をしなければならぬ状況があるならば、小売業者が完全に同質的な場合と比べて、利益補填の分だけ競争均衡での現実のメーカー利潤は減る（モデル上のメーカー利潤は現実よりも過大になっている）。そのことは、再販による利潤増加の可能性をさらに広げる。同様に、一部の小売業者が地理的に差別化されている場合や、小売業者の供給能力に限界がある場合には、小売業者の中にプラスのマージンを得る者が出てくるから、競争均衡でメーカーが得る利潤はそれだけ減ることになる。

本稿は経済分析に主眼を置いたため、具体的な事例との関係について

¹⁰⁰ リーダー企業による単独型再販の場合にライバルメーカーの利潤が競争均衡よりも減少するという分析結果は、本稿が依拠した制約条件に影響を受けているかもしれない。もっとも、本稿が使ったものと異なる自然な制約条件を考えるのも骨の折れる作業である。また、ライバルメーカーによる対抗戦略（counterstrategies）を考慮すれば均衡は変わるかもしれない。

は言及できなかった。再販の経済分析に依拠すればするほど、それに対応する形で、これまでの違反事件の再検討と経験的知見の蓄積が求められる。我が国における再販規制の外国法研究が、私訴主流の米国法に偏ってきたことも今後の課題として残る。これらの研究については他日を期したい。

※本稿は科研費(25705001)の助成による研究成果の一部である。

【Appendix 1】同時手番の単独型再販は競争均衡と変わらない

①第3段階のゲーム

ブランド1については再販により価格が p_1 と決められている。

ブランド2についての均衡価格は、 $p_2 = w_2$

②第2段階のゲーム(企業1、2による出荷価格の決定及び企業1による小売価格 p_1 の決定)

企業2の利潤最大化

$$\pi_{M2} = w_2 q_2 = w_2 \times \frac{-w_2 + dp_1 + a(1-d)}{1-d^2}$$

$$\frac{\partial \pi_{M2}}{\partial w_2} = \frac{-2w_2 + dp_1 + a(1-d)}{1-d^2} = 0$$

企業1は小売マージンがゼロ以上であることを制約条件として自らの利潤を最大化するから、小売利潤をゼロ(すなわち $w_1 = p_1$)として、チャネル全体の(メーカーと小売を合わせた)結合利潤を最大化することに等しくなる:

$$\pi_{M1} = w_1 q_1 = w_1 q_1 + (p_1 - w_1) q_1 = p_1 q_1 = p_1 \times \frac{-p_1 + dw_2 + a(1-d)}{1-d^2}$$

$$\frac{\partial \pi_{M1}}{\partial p_1} = \frac{-2p_1 + dp_2 + a(1-d)}{1-d^2} = 0$$

これらを連立して解くと、

$$w_2 = \frac{a(1-d)}{2-d}$$

$$p_1 = \frac{a(1-d)}{2-d}$$

従って、競争均衡と変わらない。

企業 1 が再販をする場合には出荷価格と小売価格を決めるが、出荷価格 = 小売価格である場合には、企業 2 と同時に出荷価格を決定する限り、企業 1、2 が同時に出荷価格のみを決めるゲームと同じであるから、競争状況と均衡小売価格が変わらないのである。

【Appendix 2】産業全体の利潤を最大化する価格数量：

$$\Pi = p_1 q_1 + p_2 q_2 = p_1 \times \frac{-p_1 + dp_2 + a(1-d)}{1-d^2} + p_2 \times \frac{-p_2 + dp_1 + a(1-d)}{1-d^2}$$

$$\frac{\partial \Pi}{\partial p_1} = \frac{-2p_1 + 2dp_2 + a(1-d)}{1-d^2} = 0$$

$$\frac{\partial \Pi}{\partial p_2} = \frac{-2p_2 + 2dp_1 + a(1-d)}{1-d^2} = 0$$

これらを連立して解くと、

$$p_1 = p_2 = \frac{a}{2}$$

犯罪論における 同時存在原則について（１）

瀬 川 行 太

目 次

序章

- 1 責任能力・故意と同時存在原則
- 2 犯罪構成要素と同時存在原則
- 3 本稿の視点

第一章 ドイツにおける同時存在原則

第一節 問題の所在

第二節 学説

- 1 同時性原理・連関性原理から説明する見解
- 2 形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解
- 3 検討

第三節 非同時的事例の分類

- 1 前・答責性グループ
- 2 補足的グループ
- 3 内在的グループ
- 4 検討

第四節 小括

（以上、本号）

第二章 故意犯と原因において自由な行為

第三章 過失犯と原因において自由な行為・違法性の意識の可能性

第四章 自招防衛・自招危難

第五章 遅すぎた結果発生・早すぎた結果発生・事後的な故意の発生

終章

序章

1 責任能力・故意と同時存在原則

これまで、「同時存在原則」(Koinzidenzprinzip)という言葉は、主に「原因において自由な行為」の場面で、「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形で用いられてきた。行為責任主義の観点から、責任の各要素は、行為者が実行行為を行う時点に存在しなければならない。それゆえに、「原因において自由な行為」の場面では、結果行為時には、行為者には「責任能力」が欠如しているため、「同時存在原則」を貫徹すると、行為者に責任を問うことができない。しかし、責任能力欠如の状態を招いたのは行為者自身である点に鑑みれば、行為者を不可罰とすることは妥当でないといえる。そこで、このような場合に、刑法39条の適用を排除し、行為者に完全な責任を認めるものが「原因において自由な行為」である。

「原因において自由な行為」では、なぜ行為者に結果行為について完全な責任を問えるのかという問題について、様々な説明がなされてきた。詳細は、本稿第二章で検討するが、大別すれば二つの見解がある。一つは、原因行為を実行行為と解することで、同時存在原則を満たすと考えるもので、「構成要件モデル」と言われる。もう一つは、結果行為を実行行為と解しながら、責任非難の対象を原因行為とするもので、端的に同時存在原則の例外を認める「例外モデル」である。どちらの見解も、結果行為以前の、責任能力が存在する原因行為時点を中心とする一定の事情により、結果行為時の行為者の責任無能力を補填する形で、完全な責任を問う点では共通している。

このように、「同時存在原則」という言葉は、主に「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形で「原因において自由な行為」の場面にお

いてでしか、これまでは問題にされていなかったのが実情である。しかし、「同時存在原則」は、「責任要素」との関係以外では問題にならないのであろうか。例えば、犯罪の成立を認めるためには、実行行為時に行為者に対する非難可能性が存在しなければならないという観点からは、「責任能力」だけではなく、「故意」も実行行為時に存在しなければならない。

そうすると、例えば、行為者は被害者を第二行為で死亡させようと思っていたところ、実際は第一行為で死亡していたという、いわゆる「早すぎた結果発生」のケースや、行為者は第一行為で被害者は死亡したと思っていたが、実際は第二行為で被害者は死亡したという、いわゆる「遅すぎた結果発生」(ウエーバーの概括的故意)のケースにおいても、「実行行為と故意の同時存在原則」という形で「同時存在原則」は問題になるはずである。なぜならば、どちらのケースにおいても、結果発生時には、行為者に故意が存在しないからである。

例えば、「早すぎた結果発生」のケースにおいて、判例は、「実行犯三名の殺害計画は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、被害者の失神状態を利用して、被害者を港まで運び自動車ごと海中に転落させて溺死させるというものであって、第一行為は第二行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第一行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第一行為と第二行為との間の時間的近接性などに照らすと、第一行為は第二行為に密接な行為であり、実行犯三名が第一行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である。また、実行犯三名は、クロロホルムを吸引させて被害者を失神させた上、自動車ごと海中に転落させるという一連の殺人行為に着手して、その目的を遂げたのであるから、たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点で被害者が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることはなく、実行犯三名について殺人既遂の共同正犯が成立するものと認められる。そして、実行犯三名は被告人兩名との共謀に基づいて上記殺人行為に及んだものであるから、被告人兩名もまた殺人既遂の共同正犯の罪責を負

うものといわねばならない。」（最決平16・3・22刑集58巻3号187頁）と述べている。

また、「遅すぎた結果発生の場合」(ウエーバーの概括的故意)において、判例は、「砂上ニ放置シタル行為アリタルモノニシテ此ノ行為ナキニ於テハ砂未吸引ヲ惹起スコトナキハ勿論ナレトモ本来前示ノ如キ殺人ノ目的ヲ以テ為シタル行為ナキニ於テハ犯行発覚ヲ防ク目的ヲ以テスル砂上ノ放置行為モ亦発生セサリシコトハ勿論ニシテ之ヲ社会生活上ノ普通観念ニ照ラシ被告ノ殺害ノ目的ヲ以テ為シタル行為ト被害者ノ死トノ間ニ原因結果ノ関係アルコトヲ認ムルヲ正当トスヘク被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出テタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮断スルモノニ非ザルヲ以テ、被告ノ行為ハ刑法第百九十九条ノ殺人罪ヲ構成スルモノト謂フヘク、此ノ場合ニハ殺人未遂罪ト過失致死罪ト併存ヲ認ムヘキモノニ非ス」(大判大12・4・30刑集2巻378号)と述べている。

このように見ると、判例においては、結果発生時には行為者に故意がない点について、早すぎた結果発生の場合では、「たとえ、実行犯三名の認識と異なり、第二行為の前の時点で被害者が第一行為により死亡していたとしても、殺人の故意に欠けることはなく」と述べられ、遅すぎた結果発生の場合では、「被告ノ誤認ニ因リ死体遺棄ノ目的ニ出デタル行為ハ毫モ前記ノ因果関係ヲ遮断スルモノニ非ザル」と述べられている。つまり判例は、結果発生時に行為者に故意がなくても、行為者に殺人罪の成立を認めているのである。

しかし、同時存在原則を厳格に遵守すれば、結果発生時に故意が存在しない以上は故意犯を認めることはできないのであり、判例のように故意犯を認めることは、本来であれば未遂犯や過失犯であるものが、故意犯として処罰されているということにならないだろうか。仮にそうだとすれば、早すぎた結果発生や遅すぎた結果発生の場合では、刑法上は不可罰とされる「事前の故意 (dolus antecedens)」を認めることになりかねない¹。そこで、早すぎた結果発生や遅すぎた結果発生の場合で、

¹ レンギアは、「事前の故意 (dolus antecedens)」並びに「事後の故意 (dolus subsequens)」を、以下のような説例を用いて説明する。

設例①：Aは、Bを待ち伏せして殺害しようとした。Aは、自分の車でBの

判例においては、どのような論理によって、同時存在原則が満たされているのか、それとも同時存在原則の例外が認められているのかを詳細に検討する必要があるだろう。

2 犯罪構成要素と同時存在原則

同時存在原則は、「責任能力」や「故意」との関係で問題になることを確認した。しかし、それでは、「責任能力」や「故意」以外との関係では、同時存在原則は問題にならないのであろうか。

前述した、「実行行為と責任能力の同時存在原則」や、「実行行為と故意の同時存在原則」からも見てとれるように、同時存在原則を貫徹すれば、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在していなければならない。このような理由から、「原因において自由な行為」の場面では、結果発生時に行為者の「責任能力」が存在しないために、行為者は不可罰になるはずだが、行為者が責任無能力状態を自招した点に着目して、前述のように構成要件モデルや例外モデルなどの行為者の可罰性を根拠づける理論が展開されてきた。

このように、実行行為時には犯罪を構成する要素が欠けるために行為者は不可罰になるが、実行行為以前における行為者の先行事情をも考慮することで、行為者の可罰性が導かれるケースとして、「原因において

家に向かう途中に、不注意から交通事故を起こし、たまたま路上にいたBを死亡させてしまった。

設例②：Cは、Dの物を過失で損壊した、あるいはDの物を自分のものだと思って損壊した。その後、Cは、Dの物を損壊した事を、事後的に是認した。

設例①では、AがBを殺害することを事前に決意していたとしても、交通事故を起こした際にAにB殺害の故意が存在しない以上、同時存在原則の観点からは、Aには故殺罪(212条)が成立せず、過失致死罪(222条)が成立するにすぎないとレンギアは説明する。他方で、設例②では、CがDの物を損壊した際に故意が存在しない以上、Cが事後的にDの物を損壊したという結果を是認したとしても、同時存在原則の観点からは、Cに器物損壊罪(303条)は成立しないとレンギアは説明する。Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2014, S.112f.

自由な行為」を捉えると、このような問題は何も「原因において自由な行為」に限られたことではない。例えば、行為者自らが正当防衛状況又は緊急避難状況を招いたケースである、「自招防衛」や「自招危難」においても、同様の問題が生じよう。つまり、同時存在原則の観点からは、実行行為である防衛行為・避難行為時には、防衛行為や避難行為以前に、正当防衛状況や緊急避難状況を行為者自らが招いたという「行為者の自招性」という要素が欠如するために、正当防衛や緊急避難が成立することになる。他方で、実行行為以前の事情である「行為者の自招性」を考慮すると、正当防衛や緊急避難は制限されることになる。そして、多くの見解が、自招行為を考慮し、正当防衛・緊急避難を制限する点では一致しているといえる。

しかし、「自招防衛」や「自招危難」で、自招行為を考慮することは、同時存在原則との関係で問題があるのではないかということは、これまで指摘されてこなかった。ここに、「原因において自由な行為」のケースと大きな違いがある。「原因において自由な行為」では、飲酒行為を実行行為と見るか否かについて詳細な議論がなされているのに対し、自招防衛・自招危難で自招行為を実行行為と見るか否かについてはあまり争点にされていない。

それでは、自招防衛や自招危難において、判例・学説が、原因において自由な行為と同様に、自招行為を実行行為として把握するか、あるいは、実行行為を防衛行為とした上で責任非難の対象には自招行為を例外的に含める形で、同時存在原則を考慮しているのかといえ、そうではない。

例えば、自招防衛に関する最近の判例である最決平成20・5・20刑集62巻6号1786頁では、「被告人は、Aから攻撃されるに先立ち、Aに対して暴行を加えているのであって、Aの攻撃は、被告人の暴行に触発された、その直後における近接した場所での一連、一体の事態ということができ、被告人は不正の行為により自ら侵害を招いたものといえるから、Aの攻撃が被告人の前記暴行の程度を大きく超えるものでないなどの本件の事実関係の下においては、被告人の本件傷害行為は、被告人において何ら反撃行為に出ることが正当とされる状況における行為とはいえないというべきである。」と述べられ、被告人の自招行為は考慮されてい

るが、同時存在原則との関係には触れられていない。

また、自招危難に関する判例である大判大正13・12・12刑集3巻867頁においても、「刑法第37條ニ於テ緊急避難トシテ刑罰ノ責任ヲ科セサル行為ヲ規定シタルハ公平正義ノ觀念ニ立脚シ他人ノ正当ナル利益ヲ侵害シテ尚自己ノ利益ヲ保ツコトヲ得セシメントスルニ在レハ同条ハ其ノ危難ハ行為者カ其ノ有責行為ニ因リ自ラ招キタルモノニシテ社会ノ通念ニ照シ已ムヲ得サルモノトシテ其ノ避難行為ヲ是認スル能ハサル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノト解ス」と述べられ、自招行為は考慮されているが、同時存在原則との関係については触れられていない。

他方、学説の中で、自招防衛・自招危難において主張される多くの見解も、実行行為は防衛行為・避難行為であるとしながらも、暗黙裡に自招行為を考慮して、正当防衛又は緊急避難の成立を制限するものであり、同時存在原則との関係については言及していない。しかし、自招防衛・自招危難においては、自招行為を考慮するのであれば、同時存在原則との関係で、なぜ実行行為以前の犯罪構成要素である自招行為を考慮することが許されるのかが説明されなければならないだろう。

また、違法性の意識の可能性においても、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮して、行為者の可罰性が導かれることがある。例えば、行為者が、当該行為時に法の不知を理由として、当該行為が違法であることを認識していなかったが、当該行為以前の行為者の事情を考慮すれば、行為者には違法性の意識の可能性が肯定され、行為者が処罰されるケースは判例上も存在する²が、通常このようなケースでは、同時存在原則との関係は問題にならない。しかし、同時存在原則の観点からは、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することは許されないはずであり、なぜ違法性の意識の可能性の有無の判断においては、実行行為以前の犯罪構成要素を考慮することが許されるのかという点については、別途検討が必要であろう。

他方で、同時存在原則の観点から、実行行為時の犯罪構成要素を考慮

² 代表的なケースが、百円紙幣模造サービス券事件（最決昭和62・7・16刑集41巻5号237頁）である。この判例と、同時存在原則との関係については、第三章で検討する。

すれば行為者は不可罰になるが、実行行為以後の犯罪構成要素を考慮することで、行為者の可罰性が導かれるケースとしては、例えば盗品等保管罪において、盗品性の認識が事後的に生じる場合が挙げられる。このケースでは、盗品の引き渡しを受けた時点では、行為者に盗品であることの認識が欠けるために、同時存在原則の観点からは、行為者は不可罰となるはずである。しかし、事後的に盗品であることを行為者が認識した後も、行為者がなお盗品を所持しているという事情に着目すれば、行為者が処罰される可能性が生じる。この点につき判例は、「赃物であることを知らずに物品の保管を開始した後、赃物であることを知るに至ったのに、なおも本犯のためにその保管を継続するときは、赃物の寄蔵にあたる」（最決昭和50・6・12刑集29巻6号365頁）と述べて、具体的な理由を提示せずに、盗品等保管罪の成立を認めている。なお、原審は、「赃品の返還が不能であるとか、或いは、赃品につき質権が効力を生ずる等赃品を留置し得る権利が生じた場合を除いては、赃物寄蔵罪が成立すると解するのが相当である。けだし、窃盗罪の事後従犯として、盗品に対する被害者の追求権を保護し、かつ窃盗本犯を助長する行為を禁ずる等の赃物罪の保護法益および立法理由に徴すれば、赃品の返還が可能であり、かつ、法律上これを拒否する理由がないにも拘らず、知情後においてもなお保管を継続する行為と、当初より赃物であることの情を知りながら、これを預かり保管する行為とを区別する理由はない」（大阪高判昭和49・4・9）と述べている。原審の判示に鑑みると、盗品の引き渡しの段階に盗品性の認識は必要なく、継続保管中に盗品性の認識があれば足りるということであろう。しかし、このような解釈が、同時存在原則の観点からは妥当なのだろうか。むしろ、本来ならば不可罰のケースを、「事後の故意」を認めることで、行為者の処罰を可能にしているに違いないだろうかという疑問が生じる。そこで、盗品等保管罪において事後的に盗品の認識が生じるケースでは、どのような論理によって同時存在原則が満たされているのか、それとも同時存在原則の例外が認められているのかを検討する必要がある³。

³ 同様の問題は、麻薬の譲受けの場合においても生じる。例えば、大麻の授受け後に、行為者が譲り受けた物が大麻であることを認識した場合である。この

3 本稿の視点

以上、同時存在原則が関係する問題を述べてきたが、要約すると以下のようなになる。従来、同時存在原則は、「原因において自由な行為」において、「実行行為と責任能力の同時存在原則」という形でしか問題にされていなかった。しかし、犯罪が成立するためには、「故意」も、実行行為時に同時存在しなければならないはずである。仮に、実行行為の開始から結果発生時まで故意が存在する必要があると考え、結果発生時に故意が存在しない、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」のケースにおいても、実行行為と故意の同時存在原則は問題になる。しかし、判例では、故意と同時存在原則の関係については特に触れられることなく、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」では共に、故意犯の成立が認められている。そこで、判例が、「故意」と同時存在原則の関係をどのように捉えているのかを検討する必要がある。

他方で、同時存在原則からは、実行行為時に全ての犯罪構成要素が存在しなければならないことが演繹される。それゆえに、原因において自由な行為では、実行行為を結果行為と捉えれば、実行行為時に責任能力が存在しないことから、責任能力が存在する原因行為をどのように考慮するかが問題になった。このような問題は、原因において自由な行為に特有のものではない。「自招防衛」、「自招危難」、「違法性の意識の可能性」、「盗品等保管罪」においても、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在しないために、実行行為以前の犯罪構成要素や実行行為以後の犯罪構成要素を考慮することが、なぜ許されるのが問題になる。しかし、判例や学説では、同時存在原則との関係が問題にされることなく、暗黙裡に実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮し、行為者の処罰を肯定しているため、これらのケースにおいても、どのような論理によって同時存在原則が満たされているのか、それとも同時存在原則の例外が認められているのかを検討する必要がある。

本稿は、このような問題意識の下に、以下のような流れで同時存在原則を検討する。第一に、ドイツにおいては同時存在原則に関する包括的

問題については、第五章で検討する。

な検討がわずかではあるがなされていることから、ドイツにおける同時存在原則に関する議論を検討することにする。次いで、本稿は、同時存在原則が問題になるケースを、非同時的事例と位置づけ、我が国とドイツの議論を参照しながら、これらの事例の検討を行う。そして最後に、これまでの非同時的事例の検討を通じて、同時存在原則とは何かを検討することにした。

結論から述べると、本稿は、第一に、同時存在原則の例外を認めるべきではないと考える。なぜならば、同時存在原則が維持されなければ、犯罪の成立を認めるための犯罪構成要素が、どの時点で存在しなければならないかが確定されないことから、無秩序に犯罪構成要素を集めることが可能となり、行為者はどのような場合に責任を負うのかが不明確になる。その結果、例えば、事前の故意や事後の故意が認められることになりかねず、行為主義⁴が維持されないことになるため、やはり同時存在原則は維持される必要があろう。その上で、本稿は第二に、同時存在原則とは、「実行行為時における同時存在原則」を意味するのではなく、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」を意味するのであり、「因果関係の起点における行為時における同時存在原則」の中に、従来指摘されてきた「実行行為時における同時存在原則」も含まれることを主張するものである。但し、ここでの、実行行為とは、「実行行為の開始時期」と「実行の着手時期」が一致する場合を指すこととしたい。

そもそも、実行行為とは、一般に構成要件に該当する行為と説明される⁵が、実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させるかどうかで、

⁴ 行為原理（行為主義と同趣旨であると思われる）については、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）53頁以下参照。同101頁では、「行為原理とは、外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪にすることができるという原理であり、責任原理と並ぶ近代刑法原理の一つである。行為原理には、二つの側面がある。第一は、犯罪の尺度は社会に与えた損害であるという命題に示される社会侵害性という立法批判原理の側面であり、第二は、その損害を行為者に帰属するにはそれを惹起した外部的行為が必要だという側面である。」と述べられている。

⁵ 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ（有斐閣、2002年）1237頁。

その内実は論者によって異なる⁶。実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させず、法益侵害結果発生 of 具体的危険が発生した場合に実行の着手を認める見解からは、実行行為とは、正犯と共犯の区別を明確にする観点から、正犯行為であるとの説明もなされている⁷。このような状況を踏まえると、実行行為という概念は多義的であるため、混乱を避けるために、実行行為の開始時期と実行の着手時期が一致する場合に、本稿は実行行為という言葉を用いる。

なお、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離しつつも、実行行為とは未遂結果と相当因果関係を有する行為と考え、未遂結果が生じた時に、処罰対象行為が遡って実行行為とする見解も存在する⁸。しかし、処罰対象行為が遡及的に実行行為となるという論理は、やや技巧的であるように思われる。本稿は、このような場合には、処罰対象行為は実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為として把握することとした。換言すれば、実行行為の開始時期と実行の着手時期が一致しない場合には、本稿は、実行行為ではなく、因果関係の起点としての行為という言葉を用いるのである⁹。

従来の議論は、暗黙裡に、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えてきた傾向があるように思われる。その結果、同時存在原則が問題にならない事例と、同時存在原則が問題になる非同時的

⁶ 実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させる見解として、大塚仁『刑法概説総論（第4版）』（有斐閣、2008年）169頁。他方で、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離させる見解として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1975年）312頁以下、内藤・前掲注（5）1237頁。

⁷ 内藤・前掲注（5）1238頁。

⁸ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）301頁。

⁹ このような見解を主張するものとして、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（有斐閣、2001年）884頁、山口厚「原因において自由な行為について」『団藤重光博士古稀祝賀論文集2巻』（有斐閣、1981年）165頁。なお、実行行為の開始時期と実行の着手時期を一致させるか分離させるかに関わらず、「実行行為」と「因果関係の起点としての行為（正犯行為）」は一致するが、本稿は、実行行為の開始時期と実行の着手時期が一致する場合に、実行行為という言葉を用いることとするため、本稿の立場からは、後述のように、因果関係の起点としての行為の中に、実行行為が包含されることになる。

事例を渾然一体として扱い、非同時的事例では、実行行為を拡大することで同時存在原則を満たそうとするアプローチ、同時存在原則の例外を認めた上で実行行為以前以後の犯罪構成要素も考慮するアプローチ、そして、同時存在原則の例外を認めず暗黙裡に実行行為以前又は以後の犯罪構成要素を考慮するというアプローチがとられていたといえる。

それでは、なぜ、これまで、同時存在原則とは、実行行為時における同時存在原則を意味すると考えられてきたのであろうか。その理由は、恐らく、「刑法上で犯罪行為が成立する際には、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在することから、犯罪の成否を検討するに当たっては実行行為時の事情を考慮すれば足りるのであり、実行行為以前以後の犯罪構成要素を考慮することは行為責任主義に反することになる」というものである。

確かに、犯罪が成立する多くのケースでは、実行行為時に犯罪を構成する全ての要素が存在することから、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」という公式が妥当する。しかし、先程指摘した「原因において自由な行為」、「自招危難」、「自招防衛」等のケースでは、「自招行為」という犯罪構成要素は、実行行為時ではなく実行行為以前に存在することから、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」という公式が妥当しないことになる。それゆえに、実行行為時の犯罪構成要素を考慮すれば足りるという根拠は成立しない。加えて、同時存在原則は、行為主義を維持するための原則であると本稿は考えるが、行為主義が意味する行為が実行行為に限られるとする積極的根拠に関しても明白ではない。むしろ、行為主義とは、「当該行為と結果が因果関係を有する限りにおいて、当該行為が刑法的責任の対象である」という原則を意味すると考えれば、同時存在原則における「行為」は、必ずしも「実行行為」を意味するのではなく、「広義の行為」、すなわち「因果関係の起点としての行為」と解するほうが自然ではないだろうか¹⁰。

勿論、刑法上犯罪の成否が問題になる多くのケースでは、「実行行為」

¹⁰ 生田・前掲注（４）103頁でも、「責任原理は行為責任原理であったはずである。行為責任原理が予定する帰責は現実に身体の動静と結果との間に因果関係のあった場合でなければ、行えないはずである。」と述べられている。

＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立するため、この場合には、同時存在原則とは、実行行為時における同時存在原則を意味すると考えて何ら問題はない。しかし、必ずしも全てのケースにおいて、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立するわけではない。例えば、先程挙げた、原因において自由な行為や、自招防衛・自招危難では、本稿は、この公式は成立しないと考えることから、刑法上の同時存在原則とは、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則を意味すると考えるべきではないだろうか。換言すれば、刑法上の同時存在原則とは、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」であり、従来考えられてきた「実行行為時における同時存在原則」は、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の中に包含されていると考えるのである。

同時存在原則は実行行為時に限定されないという本稿の主張は、ドイツにおいても散見される。例えば、ヤコブスは以下のように述べている¹¹。

「刑法的帰属の理論にとっては、(ある時点における) 個別的作用の分析よりも、犯罪行為の存続又は犯罪行為の量への直接的作用を含めた行為関連を分析することの方が、ずっと重要である。具体的事象関連が刑法においてどこまで考慮されるのか、詳しく言えば、行為の際には、既に遂行された事象関連又は未だ開始されていない事象関連が、刑法においてどこまで考慮されるのかが問題になるのである。これは、刑法並びに責任概念が、そもそもどの程度個別化されるのかという問題に関連するのではなく、実行行為の際には (bei der Tathandlung) 存在しない、完結された事前行為又は開始されていない事後行為が、どの程度まで考慮されるのかという問題に関連するのである。言い換えれば、行為主体が、可罰行為の遂行時を超えて、どの程度まで拡大されうるのかが問題になっているのである。・・行為時にのみ固定することの例外 (Ausnahme von der Fixierung allein an die Tat) に関する、注目すべき法的規定も

¹¹ Günther Jakobs, Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat, in: Zur Handlungsanalyse einer Tat, J.Gerchow, 1983, S.27f.

存在するのである。それは、刑法35条¹²（免責的緊急避難）であり、刑法35条の完全な適用は、行為者が、実在する危難を自ら惹起しなかったことが前提とされている。危難を惹起したということ自体は、行為遂行の際には、既に過去（bei der Tat schon Vergangenheit）である行為者の行為である。危難を惹起したということが、行為時点での行為者の精神状態に何か影響を及ぼすわけではない。法的規定は、行為遂行の前の行為時にまで（in die Zeit vor der Tatausführung）行為者を明確に拡大しているのである。実行行為だけ（allein die Tathandlung）が責任を決定づけるのではなく、場合によっては、ずっと前に完結した行為の惹起（lange vorher abgeschlossenes Verursachen des Verhaltens）が責任を決定づけるのである。また、刑法213条¹³（犯情があまり重くない故殺の事案）は、更なる例外を示すのである。そこでは、殺害者が、後に被害者となる者の侮辱により怒りを刺激されたが、この怒りの刺激が、殺害者によって自ら招いたものではないことが問題となっている。ここでも再び、行為遂行の際の行為者の精神的状態は決定的ではない。なぜならば、怒りの程度は、怒りの理由とは無関係だからである。むしろ、行為遂行の際には完結した行為（被害者自身の侮辱行為）が、決定的なので

¹² ドイツ刑法第35条（免責的緊急避難）1項 生命、身体又は自由に対する、他の方法では回避不可能な現在の危難の中で、自己、親族又は自己と親密な関係にある他の者から危難を回避するために、違法な行為を行った者は、責任なく行為したものである。但し、事情に応じて、特に、行為者が危難を自ら惹起したために、又は行為者が特別な法的関係にあったために、危難を甘受することが行為者に期待できた場合には、この限りではない。ただし、特別な法的関係を考慮しても、行為者が危難を甘受すべき必要がない場合には、刑は第49条1項により、減輕することができる。

ドイツ刑法第35条2項 行為者が行為遂行時に、35条1項により自己を免責する事情が存在すると誤信した場合には、行為者が錯誤を回避しえた場合に限り、処罰される。刑は、第49条1項により、減輕される。

¹³ ドイツ刑法第213条（犯情があまり重くない故殺の事案）故殺者が、自己若しくは親族に対して、被殺者から虐待若しくは重大な侮辱を加えられたために、自己の落ち度なく、怒りを掻き立てられ、それにより、その場で行為に及んだ場合、又はその他の犯情があまり重くない事案であるときは、刑は1年以上10年以下の自由刑とする。

ある。この場合も、再び法律は、行為主体を、行為遂行時を超えて (über die Zeit der Tatausführung hinaus)、拡大しているのである。同じ原理が、刑法33条¹⁴ (過剰防衛) においても見出される。無力の興奮それ自体が免責されるのではない。むしろ、違法な攻撃によって、行為者自ら攻撃を招くことなく、無力の興奮状態に陥り、その興奮の原因を作った人に興奮を爆発させる無力状態だけが、免責されるのである」

つまり、ヤコブスは、「免責的緊急避難 (刑法35条)」、「故殺の減輕類型 (刑法213条)」、「過剰防衛 (刑法33条)」を挙げて、これらのケースでは、実行行為だけが責任を基礎づけるのではなく、むしろ実行行為以前に完結した事情が責任を基礎づけていることを指摘し、刑法も行為主体を実行行為時にのみ固定することの例外を認めていることを主張する。そして、刑法における行為とは、構成要件該当行為として刑法的に理解されるのではなく、前構成要件の又は後構成要件の集合体 (vortatbestandliches und nachtatbestnadliches Kontinuum) として理解されていることをヤコブスは指摘する¹⁵。

またツィーゲルトも、ヤコブスと同様に、「過剰防衛 (刑法33条)」、「免責的緊急避難 (刑法35条)」、「故殺の減輕類型 (刑法213条)」では、実行行為時の事情が行為者の責任に対して決定的ではなく、実行行為以前の事情が決定的であることを挙げて、実行行為時における同時存在原則が、例外を許さない絶対的なものではないことを、以下のように指摘している¹⁶。

「但し、行為と責任の同時存在原則は、禁止の錯誤における回避可能性をめぐる議論からも推測されるように、絶対的に妥当するというわけではない。実定法は、根拠づけ又は量刑において、責任判断を事前行為 (Vortatverhalten) に基づかせる一連の規定 (eine Reihe von

¹⁴ ドイツ刑法第33条 (過剰防衛) 行為者が、動揺、恐怖又は驚愕から正当防衛の限度を超えた場合には、処罰されない。

¹⁵ Jakobs, aa.O. (Fn11), S.27f. なお、ヤコブスは、実行行為以後の事情も問題となる、後構成要件の集合体が該当する場合として、中止犯を挙げているが、本稿では、後述の様に、中止犯に関しては扱わないことにする。

¹⁶ Ulrich Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S.194f.

Regelungen)を有している。刑法33条(過剰防衛)の免責にとっては、行為時の精神状況だけでなく、防衛行為に至るまでの事情(Vorgeschichte der Reaktion)も問題になるのである。行為者は、違法な攻撃、すなわち行為者自身が引き起こしたのではない攻撃に対して向けられた防衛行為の中に生じた過剰(Exzeß)から免責されるのである。刑法35条(免責的緊急避難)も、実行行為時には既に過去に属する行為者の行為を、責任判断の中に取り入れている。行為者が、法で規定された緊急避難状況を自ら引き起こしていない場合にのみ、行為者はあらゆる責任を免れるのである。しかしながら、危難の発生は、犯罪行為によって強制状況に対処することに対して、時間的にずっと以前に先行することもありうる。行為者の精神的状態に関する行為への間接的影響が、あらゆるケースで、危難の惹起と結びつくわけではない。緊急状況を引き起こした者の不安と、緊急状況を引き起こしていない者の不安を、必ずしも区別する必要はない。つまり、法的規定は、行為者の行為を、行為遂行(TatAusführung)の前の時間へと拡大しているのである。実行行為(Tathandlung)だけが責任を決定するのではなく、場合によっては(実行行為前に)完了された行為が責任を決定するのである。このような責任判断の客観的関連の法的拡大の、最後の例として、刑法213条(犯情があまり重くない故殺の事案)が挙げられる。この規定の責任減少作用は、被害者と言い争っているうちに、被害者が殺害者を刺激することが、殺害者の自己責任によるものでなく、発生したことを前提としている。ここでも再び、行為時における行為者の精神的状況は決定的ではない。なぜならば、行為者の怒りの程度は、行為者の怒りの理由とは無関係だからである。ここでは、むしろ、行為遂行の時には完了した行為である、被害者によるその後の行為者に対する侮辱行為を行為者自身が引き起こしたことが決定的なのである。」

このように、ヤコブスやツィーゲルトは、同時存在原則が実行行為時に限定されるものではないことを指摘している。勿論、ヤコブスやツィーゲルトの指摘は、ドイツ刑法に関するものであり、ドイツ刑法35条の免責的緊急避難やドイツ刑法213条の故殺の減輕類型のような規定が存在しない我が国の刑法に、そのまま転用できるわけではない。しかし、ヤコブスがツィーゲルトの、「実行行為以前に完結した事情が、責任を基

礎づける場合がある」という指摘は、本稿が先程指摘した我が国の刑法における「原因において自由な行為」、「自招危難」、「自招防衛」のケースにも妥当すると考えられ、参照できる点は存在するように思われる。

本稿は、ヤコプスやツィーゲルトと同様の問題意識に依拠した上で、同時存在原則とは、必ずしも実行行為時における同時存在原則を意味するのではなく、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則を意味することを主張し、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が、実行行為時における同時存在原則を包含していると考ええるものである。その上で、本稿は、実行行為時における同時存在原則は、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立するケース（同時存在原則が問題にならないケース）に妥当し、他方で、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則は、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しないケース（同時存在原則が問題になる非同時的事例）に妥当することを主張するものである。

第一章 ドイツにおける同時存在原則

第一節 問題の所在

ドイツにおいては、古くはルシュカ¹⁷が、最近ではイエルーシェック¹⁸が、同時存在原則に関する総論的検討を行っている。そこで、本章では、ルシュカとイエルーシェックの見解を検討することにする。なお、ここでは、ルシュカ及びイエルーシェックが、「原因において自由な行為」や「遅すぎた結果発生」などの同時存在原則が問題になる非同時的事例で、どのような論理及び結論を採用しているかには触れない。それらについては、次章以降の非同時的事例の検討の際に考察する。あくまで、本章では、同時存在原則一般についてのルシュカ及びイエルーシェッ

¹⁷ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1987, S.1ff.

¹⁸ Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.417ff.

クの見解を検討することとする。

第二節 学説

１ 同時性原理・連関性原理から説明する見解¹⁹

この見解の主張者であるルシュカは、「当該事象が、構成要件該当性、違法性、有責性を備えた行為と見なされる場合にのみ、当該事象は犯罪行為である。」であると仮定するならば（今日このテーゼ自体は、一般には認められているが）、刑法における二つの基本原理が生じると主張する。一つは、犯罪を構成するメルクマールは具体的行為において時間的に一致していなければならないとする「同時性原則（Simultaneitätsprinzip）²⁰」である。もう一つは、メルクマールが一致する時点において、メルクマールが相互に関連していなければならないとする「連関性原則（Referenzprinzip）」である。つまり、犯罪を構成するメルクマールは、同時に存在し、かつ相互に関連づけられなければならないことをルシュカは主張する。「同時性原則」と「連関性原則」を是認しなければ、「犯罪とは、構成要件に該当し、違法で有責な行為」という定義が意味を持たないことになることも指摘する。

ルシュカの「同時性原理」に関して、ルシュカは「言語理論」に依拠することで、同時存在原則の必要性を根拠づけている事を、イエルーシェックが以下のように指摘している²¹。

「言語理論においては、言語学の構造主義以来、言語記号と現実の事物との間には、必然的な関係は存在しないという前提から出発しており、言語使用により概念の意味を決定する社会的プロセスに法律学の議論は属するのである。そして、そこでの法律学の議論とは、ある一つの表現

¹⁹ Joachim Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und bei mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, S.317ff.

²⁰ コンメンタルなどの体系書等では、同時存在原則は“Koinzidenzprinzip”と表現されているものが多いが、ルシュカは、“Simultaneitätsprinzip”という表現を用いている。

²¹ Jerouscheck/Kölbels, aa.O. (Fn18), S.417ff.

(定義される語句)を、別の一連の言葉(定義部分)と同等に扱うことにより、法律学の議論の専門概念を定義することを試みるものである。ルシュカは、ある表現の定義が、いくつかのメルクマールを含む場合には、形式的な同時存在原則は疑いのない重要性を有するという事を示している。」

ルシュカは、どの具体的な犯罪行為も一定の時点において行われなければならないということから、同時性原則は生じ、一定の時点においてなされえない犯罪行為は考えられないことから、犯罪行為の基本的メルクマール(構成要件該当性、違法性、有責性)は、犯罪行為がなされた時点において満たされなければならないことを指摘する。それゆえに、行為者がある時点において、構成要件に該当しているが違法に行っていない場合には、犯罪は成立しないことになる。ルシュカは、このことを以下の様に説明する²²。

「行為者がt1の時点(第一行為時)において当該構成要件に該当せず違法に行っている場合や、t2の時点(第二行為時)において違法に行っていないが構成要件に該当している場合には、(あるいはその逆も含むが)十分ではない。言い換えれば、裁判官が犯罪行為に対して必要不可欠な要素を、異なった時点から寄せ集めてくるのは妥当ではないのである。この観点はまさに、故意行為に対しては以前から承認されているのである。いわゆる、事前の故意は、故意としては妥当しないのである。なぜならば、事前の故意は、構成要件該当の際に存在することなく、構成要件該当に先行しているからである。TがOと一緒に狩猟に行った際に、不注意からOに致命的な侵害を与えた場合に、TがOを偽装した事故として殺すことを予め計画していたということによって、この事故は故殺であるということにはならないのである。同様に、事後の故意も故意としては妥当しないのである。なぜならば、事後の故意は構成要件該当の際に存在することなく、構成要件該当に後行するからである。Tが引き起こしたことを、Tが事後的に認識し是認したということでは、この事故は故殺であるということにはならないのである。言い換えれば、客観的構成要件該当性と行為の際の故意は時間的に一致しなければならない

²² Hruschka, aa.O. (Fn19), S.318ff.

ないのであり、そうでなければ故意的になされた犯罪行為は、欠けることになるということが承認されているのである。」

しかし、ルシュカによれば、「同時性原理」を満たすだけでは、当該行為を犯罪行為として捉えるには不十分であり、「連関性原理」についても満たす必要があることを以下のように根拠づける²³。

「犯罪行為の全体的メルクマールが時間的に同時存在する場合においてさえも、事象を犯罪行為として捉えることができるとは、まだ言えないのである。むしろ、犯罪行為の要素は相互に関連づけられなければならないのである。犯罪行為の基本的メルクマールは、集約されたメルクマールの塊を形成するのではなく、関連性の中へと統合されうることから、この連関性原則は導き出されるのである。それゆえに、例えば行為者が構成要件に該当し、かつ同時に有責に行為するだけでは十分ではないのである。むしろ、当該構成要件を満たすことが、まさに有責になされなければならないのである。BGHSt10, 35では、BGHは、A構成要件と同時にB構成要件を一つの行為で満たした者が、A構成要件を満たす際に違法性の意識を有して行為をしたという理由から、B構成要件を満たす際にも違法性の意識を有していたとはいえないと述べた。構成要件該当性と違法性の意識の単なる同時性で十分であるとすれば、まさに反対の事（A構成要件を満たす際に違法性の意識を有していたことから、B構成要件を満たす際にも違法性の意識を有していたことが是認されること）が唱えられるだろう。というのも、構成要件該当性と違法性の意識の同時性はこのケースでは、疑いようがないからである。この観点も、故意行為に対しては是認されている。Tが、（Tが）狙っていたO1ではなく、Tが全く認識していなかったO2に致命的な射撃を行った場合に、Tは既遂の故殺罪を犯してはいないのである。なぜならば、Tの故意は生じた結果に関連づけられているのではなく、生じていない別の結果に関連づけられているからである。あるいは、思い描いた因果経過と実際の因果経過との間に重大なずれがあるケースも挙げられる。Oが、計画通りにTの発砲により直接殺されたのではなく、発砲により馬が興奮してOを突き倒すことにより、Oが殺害された場合に、Tは既遂の故殺罪

²³ Hruschka, aa.O. (Fn19), S.318ff.

を犯してはいないのである。なぜならば、Tの故意は実際の因果経過に関連づけられているのではなく、本質的に全く別個の因果経過に関連づけられているからである。客観的構成要件を満たす際に、故意は同時に存在すればよいということで十分であるとすれば、ここでもまさに反対の事が言われなければならない（TがO2に対して故殺罪の罪責を負うことが認められなければならない。）」

つまり、ルシュカによれば、当該犯罪の成立を認めるためには、犯罪行為の全体的メルクマールがただ同時存在するだけでは不十分であり、個々のメルクマールが当該犯罪との関係で相互に関連づけられていなければならないことになる。つまり、犯罪を認める上で、「違法性の意識」、「故意」というメルクマールが同時存在すれば足りるのではなく、A構成要件に対する「違法性の意識」、「自分が狙っていた客体との関係での故意」という形で、犯罪を構成するメルクマールが当該犯罪と連関性を有して、初めて犯罪の成立が認められることになる。

このように、ルシュカは、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼを機能させるためには、「同時性原理」と「連関性原理」を遵守する必要があることを主張している。また、イエルーシェック²⁴によれば、同時存在原則はこれまで刑法の文献において、影のような存在であった²⁵が、ルシュカだけが、この同時存在原則を検討し、同時存在原則に刑法理論の適法性の輪郭を与えていたと指摘されている²⁶。

その上で、ルシュカは、実行行為時における同時存在原則では解決できない、同時存在原則が問題になる非同時的事例では、実行行為時における同時存在原則を重視する立場から、独自の責任論に基づく、例外的

²⁴ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

²⁵ イエルーシェックによれば、学説ではロクシンが体系書の中で同時存在原則について僅かに言及しているが、そこでも、同時存在原則は、構成要件評価に先立つ原理として理解されてはおらず、「故意は実行行為時に存在しなければならない」、「実行行為時の合意は構成要件を排除する」などの、刑法の体系書に記載されている定式と同等に理解されている印象をいたるところで有することを指摘する。Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

²⁶ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

帰属を用いた統一的解決を主張している²⁷が、この見解の詳細並びに当否については、次章以降で検討することにした。

2 形式的同時性・規範的同時性に分類して説明する見解²⁸

この見解の主張者であるイエルーシェックは、最近では、同時存在原則は、激しく議論の対象となっており、特に「原因において自由な行為」において顕著であることを指摘する。そもそも、「原因において自由な行為」という理論は、1960年末までRGやBGHにより適用されてきた理論であり、学説においても、同理論に対し異議を唱える見解はほとんどなく、むしろ犯罪防止のために、同理論を維持すべきことが主張されていたが、1968年にルシュカが提唱した「例外モデル理論」²⁹を契機として、「原因において自由な行為」という理論が学説においても注目され、そこで「同時存在原則」が注目されるようになったと、イエルーシェックは分析している³⁰。但し、1970年代において、学説では、あくまで責任能力との関係同時存在原則が問題になったにすぎず、ルシュカだけが、犯罪論全体との関わりで、同時存在原則を検討したことも、イエルーシェックは指摘している³¹。その上で、最近では、同時存在原則は議論の中心となっており、特に原因において自由な行為の検討においては、それが顕著に見られるが、同時存在原則の実質が未解明のままであるとイエルーシェックは述べている³²。

イエルーシェックは、我々が行為・構成要件該当性・違法性・有責性というカテゴリーに同意していることから、ある犯罪行為に対して、行為・構成要件該当性・違法性・有責性が同時に存在しなければならない

²⁷ Hruschka, aa.O. (Fn17), S.274f.

²⁸ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

²⁹ Hruschka, aa.O. (Fn17), S.274f. ルシュカの「例外モデル理論」については、次章以降の非同時的事例の各論的検討の部分で考察する。

³⁰ Günter Jerouscheck, Die Rechtsfigur der action libera in causa : Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion?, JuS1997, S385f.

³¹ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

³² Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.417ff.

ことは、必然的に同時性の考えから生じることを指摘する³³。そして、予め存在する定義が、何が一致しなければならないか、すなわち、メルクマールの種類と数を定める、とイエルーシェックは主張する³⁴。そして、イエルーシェックは、「ある表現が、現象上同時でない要素によって定められている場合に、同様の事がメルクマールの現実的時間性に対してもあてはまるのである。概念によって示されるべきである対象（殺人罪なり強盗罪なり）においては、メルクマールにおいて示された現実の構成要素は時間的に一致しないのである。しかし、概念のメルクマールは、それ自体として同時に与えられなければならない。概念により示される対象によっては、メルクマールにおいて示された現実の構成要素は一致せず、その都度の概念の定義が、当該概念が現実的・時間的に同時的な対象に対して適用されることが許されるのか、それとも現実的・時間的に、ずれた対象に対して適用されることが、許されるのかどうかを決定する」と説明する³⁵。

その上で、イエルーシェックは、そもそも「同時性」という概念には、「形式的 (formal) な同時性」と「規範的 (normativ) な同時性」という概念があることを指摘する。「形式的な同時性」とは、意図された時点において、殺人罪や強盗罪などにおいて問題になる、あらゆる定義的メルクマールが厳密に同時存在することであり、他方で、「規範的な同時性」とは、厳密な同時性を求めず、立法上または裁判上の決定を通して、間

³³ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁴ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁵ このことを、イエルーシェックは、例を挙げて以下のように述べている。

「2つのランプを有する一つの箱を信号と呼び、これをメルクマール1とする。他方で、2つのランプが交互に光る一つの箱を信号と呼び、これをメルクマール2とする。意図された時点において、メルクマール2が存在する場合には、形式的同時性を理由として、1つの箱を信号と呼ぶことができる。2つのランプがまもなく装着されるということだけでは、不十分である。しかしながら、この例における箱の定義自体が、一方では同時性に関連づけられ、他方では継続性に関連づけられていることから、形式的同時性とは無関係なのであり、問題となる内容の定義に依存することになる。」Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

題となる犯罪行為との関連で、犯罪を構成するメルクマールの実質的同時性を考えるものであると説明する。

その上で、刑法における同時性を考える際には、基本的には「形式的な同時性」が重要であるとイエルーシェックは主張するが、他方で、「形式的な同時性」を絶対的なものと見なすべきでないこともイエルーシェックは以下のように強調する³⁶。

「犯罪概念の一般的レベルで、ある事象が、構成要件該当性・違法性・有責性を満たす行為として示されなければならないことは正当であり、刑法的非難は相互に関連のない事情と結びつくことは否定されるべきことに鑑みれば、その限りにおいて『犯罪行為は、当該犯罪行為の要素の現実的かつ同時的な出現により特徴づけられる』という実際の立法上のドグマから出発することが許される。だが、それにより、犯罪構成メルクマールの絶対的同時性を先取りすることは早急すぎる。なぜならば、同時存在原則が問題になる時点での、完全に一致しなければならない犯罪構成メルクマールを定めているものは、その都度問題になる事象であるからである。すなわち、犯罪を構成するメルクマールは、その都度問題になる事象により具体化されるのであり、この具体化される過程で犯罪行為の決定的な前提条件が生じるため、この限りでは形式的な同時性は効力を失うのである。」

このように、刑法においては「形式的な同時存在原則」は妥当せず、「規範的な同時存在原則」が妥当する場面が存在することをイエルーシェックは指摘する。しかし、「規範的同時性」に対する疑いが生じる程に、「同時存在原則」の例外という形で「規範的同時性」を認めるケースがあまりにも多く、加えて「規範的同時性」という概念が非常に不明確であることから、「規範的同時性」をどのような基準で判断すべきかが今後の課題と述べている³⁷。

なお、イエルーシェックは、「原因において自由な行為」と「遅すぎた

³⁶ イエルーシェックは、「同時存在原則」における「原則」という言葉からしても、例外の可能性を一切否定するものではないことを指摘する。Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁷ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

結果発生」のケースについては同時存在原則の観点から見解を述べているが、それらについては前述の通り次章以降の非同時的事例の検討の部分で考察することにする。

3 検討

ルシュカの見解は、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼから、「同時性原理」並びに「連関性原理」を演繹する点に特徴がある。ルシュカによれば、「同時性原理」とは、「犯罪行為の基本的メルクマールは、犯罪行為がなされうる時点で満たされなければならない」とするものである。他方で、「連関性原理」とは、「犯罪行為の基本的メルクマールは、一般的に同時存在すれば足りるのではなく、当該犯罪行為との関係で相互に関連づけられていなければならない」とするものである。そして、「同時性原理」並びに「連関性原理」が満たされることで、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼが貫徹されることになるとルシュカは主張しているといえよう。

他方でイエルーシェックは、同時性を「形式的同時性」と「規範的同時性」に分け、刑法においては、基本的には「形式的同時性」が妥当するとしながらも、「同時存在原則」における同時性はあくまで「規範的同時性」の意味で解釈しなければならないと述べている。その理由は、犯罪を構成するメルクマールは、その都度問題になる事象で具体化され、この具体化こそが同時存在原則を考える上で決定的であるとイエルーシェックは考えているが、「規範的同時性」の判断基準について、イエルーシェックは何も述べていない。恐らくその理由は、前述の様に、その都度問題になる事象で犯罪を構成するメルクマールが具体化されることから、あくまでケースバイケースで「規範的同時性」を考えるということなのだろう。

イエルーシェックの見解は、ルシュカの見解とは大きく異なる。イエルーシェックは「形式的同時性」を絶対視せず、その都度問題になる事象の「規範的同時性」を考えるのに対して、ルシュカはあくまでも「形式的同時性」を遵守しなければならないと考えるからである。しかし、イエルーシェックの主張する「規範的同時性」をケースバイケースで検

討することには疑問がある。なぜならば、「規範的同時性」をケースバイケースで判断するということは、ある場面では同時存在原則を緩やかに解釈し、ある場面では同時存在原則を厳格に解釈するおそれが生じ、結局は同時性の判断そのものが不明確になりかねないからである。

他方で、実行行為時における同時存在原則では解決できない非同時的事例に対して、独自の責任論に基づく解決を主張するルシュカの見解も妥当ではない。なぜならば、ルシュカの主張は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」という公式に基づいているものといえるが、本稿は前述のように、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」だとする根拠は何も存在しないと考えるためである。行為主義の見地からは、むしろ、「同時存在原則」＝「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」と考えるべきだからである。

第三節 非同時的事例の分類

イエルーシェックによれば、非同時的事例は大別すれば３類型に分類できるとされる³⁸。そこで、以下ではイエルーシェックの見解を検討することにする³⁹。

１ 前・答責性グループ (Vor-Verantwortlichkeitsgruppe)

第一類型は、構成要件該当行為時（実行行為時）に、犯罪を構成するメルクマールが欠けているが、その欠けているメルクマールを行為者が、実行行為前に相応な方法で引き起こした場合である。実行行為の際に欠けていた犯罪を構成するメルクマールを、先行行為の際の行為者の責任

³⁸ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.418ff.

³⁹ イエルーシェックは、「形式的な同時性」とは、前述のように、「意図された時点において、犯罪を構成するメルクマールが厳密に同時存在すること」と述べているが、ある時点が具体的にいつを示しているのかは明らかでない。但し、イエルーシェックは、非同時的事例の場合を、実行行為時を基準として分類していることから、ある時点は実行行為時を指すと思われる。それゆえに、本稿は、「形式的同時性」を、「実行行為時に犯罪を構成するメルクマールが厳密に同時存在するケース」として考える。

が埋め合わせるものであり、代用・埋め合わせ (Surrogate) を理由に構成要件該当行為は処罰されるのである、とイエルーシェックは説明する。そして、イエルーシェックは、この第一類型のグループを、「前・答責性グループ」(Vor-Verantwortlichkeitsgruppe) と呼ぶ。

「前・答責性グループ」の一例として、イエルーシェックは、刑法17条⁴⁰の「禁止の錯誤」を挙げる。すなわち、実行行為の際に、行為者に不法性の認識が欠けていた場合には、行為者を処罰することができないが、行為者が事前の照会等により当該錯誤を回避しえた場合は、処罰される可能性が生じる。この「前・答責性グループ」は、代用・埋め合わせを理由に規範的同時性を打ち砕くものであり、行為者を処罰するものであるとイエルーシェックは指摘する⁴¹。

「前・答責性グループ」に属する他の例として、「原因において自由な行為」、「自招防衛」、「自招危難」などが挙げられている。いずれのケースも、実行行為時には、犯罪を構成する何らかのメルクマールが欠けるために、実行行為時の事情のみ考慮すれば行為者は不可罰であるように思われるが、実行行為時のメルクマールの欠如を、行為者が実行行為以前に引き起こしているケースであり、これらのケースも「前・答責性グループ」として、言わば「事前責任」の形で処罰するものであるとイエルーシェックは説明する。

2 補足的グループ (Nachträglichkeitsgruppe)

第二類型は、イエルーシェックによれば「補足的グループ」(Nachträglichkeitsgruppe) と呼ばれるものである。ここでは、非同時のメルクマールが欠けているメルクマールの埋め合わせをする⁴²のでは

⁴⁰ ドイツ刑法第17条(禁止の錯誤) 行為遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠如している時に、行為者がこの錯誤を回避しえなかった場合には、責任なく行為したものである。行為者が錯誤を回避しえた場合には、刑は、第49条1項により減輕することができる。

⁴¹ イエルーシェックが指摘する、「禁止の錯誤の場合に、事前の告知により当該錯誤を回避しえた場合に、行為者を処罰するのは、前・答責性の帰属理論に基づくものである」という見解の当否は、第三章第三節で検討する。

⁴² このような説明をするのは、第一類型の「前・答責性グループ」である。

なく、欠けているメルクマールの時間的移動を許容することが指摘される。

その上で、イエルーシェックは、第二類型を以下のように説明する⁴³。

「このケースは、刑法16条1項⁴⁴（行為事情に対する錯誤）の一般的な解釈から出発するのであり、それによれば、故意は実行行為時に存在しなければならない。故意と行為遂行は結びついているが、故意と構成要件該当性とは結びついていないことは、この二つ（行為遂行と構成要件該当性）が分離する（同時存在しない）場合に、明確になるのである。通説によれば、仮に行為者が客観的に未遂段階に達していなくても、行為者が行為遂行後に、行為者自身により計画された行為を忘れたということは、故意の帰属を否定しないのである。但し、そのことによって、構成要件メルクマールは遅く実現されるのであり、その結果として、構成要件メルクマールは、相応する認識・意欲とはもはや一致しないのである。このような、早い段階での故意の喪失状況は、いわゆるウエーバーの概括的故意で問題になるのである。」

イエルーシェックは、「仮に行為者が客観的に未遂段階にすら達していなくても、行為者が行為遂行後に、行為者自身により計画された行為を忘れたということは、故意の帰属を否定しない」ケースとして、以下の設例を挙げる⁴⁵。

設例：ある公務員は、金曜日に不正な納税申告書を作成し、その書類を私書箱に投函した後で、土曜日に健忘症に陥ってしまった。その後、書類は、通常通り、月曜日に配達人によって取り出されて、投函された。

イエルーシェックによれば、この設例で、未遂段階を根拠づける実行の着手は、公務員が金曜日に書類を私書箱に投函する段階では認められ

⁴³ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.419ff.

⁴⁴ ドイツ刑法第16条（行為事情に対する錯誤）1項 行為遂行の際に法定構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為したものではない。過失の遂行を理由とする可罰性は、なお残る。

⁴⁵ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.419ff.

ず、月曜日に配達人が（公務員作成の）書類を私書箱から取り出し投函された時点以降で認められることになる。それゆえに、実行の着手が認められる時点では、行為者は健忘症に陥っているため、行為者には故意が認められないが、このようなケースで、多くの見解は、行為者に故意犯を認めることを指摘している。

イエルーシェックが挙げるこのようなケースは、我が国の議論に引き直せば、離隔犯の場合と同様に考えることができる。例えば、AがBを殺害することを計画して、B宅に毒入りウイスキーを郵送し、2日後にBの手元に届いたが、その時には、AはB宅に毒入りウイスキーを郵送したことをすっかり忘れていて、Bが毒入りウイスキーを飲んで死亡した場合が挙げられる。このケースでは、AがBに毒入りウイスキーを郵送する段階では故意が存在しているが、結果発生時には故意が消失している。他方で、判例によれば、このケースで、実行の着手が認められるのは、Bの手元にウイスキーが届いた段階⁴⁶であるため、イエルーシェックが指摘する、「故意と行為遂行の結びつきと、構成要件該当性が一致しないケース」といえる。そして、このケースで、Aを殺人罪として処罰するということは、郵送行為時の故意を結果発生時に移動することを許容するものであり、まさに「補足的グループ」の犯罪構成メルクマールの時間的移動を許容するロジックに従っているといえる。

また、イエルーシェックは、「遅すぎた結果発生」のケースを「補足的グループ」に分類していたが、例えば、「早すぎた結果発生」のケースも「補足的グループ」に分類されると思われる。なぜならば、「早すぎた結果発生」や「遅すぎた結果発生」共に結果発生時に故意は存在しないが、「早すぎた結果発生」の場合には結果発生後に故意が存在し、「遅すぎた結果発生」の場合には結果発生前に故意が存在しているように見える。そして、両事例共に、判例によれば行為者の処罰を認めるケースであり、それは、結果発生時に欠ける故意という犯罪構成メルクマールの時間的移動を許容するものといえるからである。他方で、事後的に故意が生じ

⁴⁶ 大判大正7・11・16刑録24輯1356頁では、「毒薬混入ノ砂糖ハ三朗ガ之ヲ受領シタル時ニ於テ同人又ハ其家族ノ食用シ得ヘキ状態ニ置カレタルモノニシテ既ニ毒殺行為ノ著手アリタルモノト云フヲ得ヘキコト」と述べられている。

るケースも、補足的グループに分類されよう。イエルーシェックは指摘していないが、例えば、行為者が盗品の譲渡しを受けた後に、行為者に盗品性の認識が生じる盗品保管罪のケースが挙げられる。

なお、イエルーシェックは、補足的グループには、もう一つの類型が存在することを以下のように説明している。

「実質的・最終的な終了 (Beendigung) と、構成要件の形式的既遂 (Vollendung) の区別も、類似の事後的犯罪の問題に関連する。犯罪実現段階の独立性は、時間的に後に位置づけられた関与や犯罪資格付与を処罰するために、理論上の手段として寄与する。例えば、侵入者Eが窃盗をした家から立ち去った後、逃走の際に見つけたピストルは、刑法244条1項1号⁴⁷（持凶器窃盗罪）を成立させる。また、幫助者Dが、Eが窃盗をした家から立ち去る際に初めてEと合流した場合には、Dには刑法244条1項・27条⁴⁸（住居侵入窃盗の従犯）が成立する。この理論構成は、構成要件の既遂を超えて、犯罪行為を延長させるのであり、その結果として、構成要件でない付属物が、刑を加重する形（持凶器窃盗罪の場合）で、あるいは刑を根拠づける形（住居侵入窃盗幫助の場合）で作用するのである。とりわけ、基本犯（窃盗罪）を资格的構成要件（持凶器窃盗）や幫助構成要件（窃盗幫助）と結びつける故意は、客観的基

⁴⁷ ドイツ刑法第244条（持凶器窃盗・集団窃盗・住居侵入窃盗）1項1号 行為者又は他の関与者が、(a) 武器や他の危険な道具を携行している際に (b) その他に、暴行又は暴行を加える脅迫により、他の者の抵抗を妨害若しくは抑圧するために、道具又は手段を携帯している際に、窃盗を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

ドイツ刑法第244条1項2号 強盗又は窃盗を継続して遂行するために、構成された集団の構成員として、他の構成員の協力の下に窃取した者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

ドイツ刑法第244条1項3号 行為を実行するために、住居に侵入し、忍び込み、合鍵又は他の正規でない開錠のための一定の道具を用いて押し入り、若しくは住居に潜伏して、窃盗を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。

⁴⁸ ドイツ刑法第27条（従犯）1項 他者が故意的に違法な行為を行うように、故意に他者を幫助した者は、従犯として処罰される。

ドイツ刑法第27条2項 従犯に対する刑は、正犯に対する法定刑に従う。刑は、第49条1項により、減輕されなければならない。

本構成要件の完結後に初めて存在するのであり、客観的行為面とは同時存在しないのである。」

イエルーシェックは、補足的グループの第二類型として、承継的幫助やドイツの持凶器窃盗罪⁴⁹のケースを挙げている。敷衍すれば、承継的幫助のケースでは、同時存在原則の観点からは、正犯者が窃盗行為をする際に、幫助者の故意も同時存在していなければならないが、正犯者の窃盗既遂後に、幫助者が事後的に関与する場合には、同時存在原則が問題になる非同時的事例になるということであろう。同様に、持凶器窃盗罪のケースでは、同時存在原則の観点からは、行為者が窃盗をする際に凶器を携行していなければならないが、行為者が窃盗既遂後に、凶器を携行した場合には、同時存在原則が問題になる非同時的事例になるということであろう。

3 内在的グループ (Immanenzgruppe)

第3類型は、当該犯罪類型が、そもそも非同時性を含むものであり、このグループをイエルーシェックは、「内在的グループ」(Immanenzgruppe)と呼ぶ。「内在的グループ」の例として、「不真正不作為犯」と「中止犯」を挙げている。「不真正不作為犯」については、先行行為や保護の引き受けなどを理由とする、可罰性を根拠づける保証人的義務(地位)が、当該犯罪行為以前の事象(vordeliktschen Geschehen)に基づいている場合に、非同時性が示されるとイエルーシェックは説明する⁵⁰。他方で、中止犯については、いずれも回避行為に該当する、「着手の中止」並びに「積極的悔悟」が、非同時性に属するとイエルーシェックは説明する⁵¹。イエルーシェックは、これらの行為は、犯罪概念にとって、消極的前提条件として定式化されたものであり、これに従えば、既に根拠づけられた可罰性を後に除去しなかった者だけが処罰されることを指摘する⁵²。

⁴⁹ 我が国の刑法には、このような規定は存在しない。

⁵⁰ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.420ff.

⁵¹ Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.420ff.

⁵² Jerouscheck/Kölbel, aa.O. (Fn18), S.420ff.

４ 検討

イエルーシェックは、同時存在原則が問題になる非同時的事例を、「前・答責性グループ」、「補足的グループ」、「内在的グループ」の三つに分類している。イエルーシェックによれば、「前・答責性グループ」には、「原因において自由な行為」、「自招防衛」、「自招危難」、「禁止の錯誤」が該当し、同時存在原則の観点からは「事前責任」として行為者を処罰している可能性があることが、指摘されている。「補足的グループ」には、二種類のケースが該当する。一つは、「早すぎた結果発生」、「遅すぎた結果発生」、「離隔犯」、「盗品等保管罪」などの、実行行為と故意の結びつきが明確ではなく、故意の時間的移動が問題になるケースである。もう一つは、「承継的幫助」や「持凶器窃盗罪（244条1項）」などに見られる、当該犯罪の実質的・最終的な終了と構成要件の形式的既遂の区別が問題になるケースである。最後に「内在的グループ」には、中止犯や不真正不作為犯が該当し、犯罪を構成するメルクマールが事後的に生じることから、同時存在原則が問題になる非同時的事例であることが指摘されている。但し、内在的グループで挙げられている、「不真正不作為犯」並びに「中止犯」については、本稿の検討対象からは外すこととしたい。以下、その理由を述べる。

まず、不真正不作為犯が非同時的犯罪であるというイエルーシェックの見解については疑問がある。イエルーシェックの見解を敷衍すれば、不真正不作為犯の場合、保証人的義務（地位）というメルクマールは、当該犯罪行為時に基づいて生じているのではなく、当該犯罪以前の事象に基づいて生じていることから、不真正不作為犯は非同時性を有する犯罪類型であるという主張であろう。しかし、不真正不作為犯の場合、保証人的義務というメルクマールは、確かに先行行為や保護の引き受けを理由とする当該犯罪以前の事象に基づいて生じているが、当該犯罪行為（実行行為）時に保証人的義務というメルクマールが存在したことに変わりはない。あくまで、保証人的義務というメルクマールの発生原因が当該犯罪以前の事象に基づいているだけであり、保証人的義務というメルクマール自体は、当該犯罪行為時に存在したのであるから、同時存在原則は満たされていると考えるべきである。

イエルーシェックと同様の指摘をするものとして、ブラムセンの見解

がある。ブラムセンは、「不真正不作為犯」については、「同時存在原則」における非同時性を「原因行為時」に求める見解からの帰結であることを指摘している⁵³。すなわち、不真正不作為犯における実行行為を「原因行為」と解した場合には、「故意」や「保証人的地位」、「結果回避可能性」などの不真正不作為犯を構成するメルクマールは事後的に生じることになり、同時存在原則が問題になる非同時的事例になるという論理である。しかし、犯罪を構成するメルクマールの発生原因が当該犯罪以前の事象に基づいているとしても、当該メルクマールが当該犯罪行為（実行行為）時に存在したことに変わりはないのであるから、やはり同時存在原則は満たされているといえよう。

また、同じく内在的グループで挙げられている中止犯については、確かにイエルーシェックが指摘するように、中止犯では、実行行為後の事情が、犯罪の成立を否定するか否かで問題になるため、実行行為時の事情だけでは、同時存在原則は機能しない⁵⁴。しかし、本稿は、犯罪の成立を肯定する要素と同時存在原則の関係について考察することを目的とするもので、犯罪の成立を否定する要素（例えば、被害者の同意⁵⁵）と同時存在原則の関係については、別途考察が必要であると思われるが、今回は検討対象からは外すこととしたい。

以上、イエルーシェックは非同時的事例を、「前・答責性グループ」、「補足的グループ」、「内在的グループ」の3つに分類しているが、「内在的グループ」については前述の様に本稿の検討対象からは外すことにする。それゆえに、本稿は、イエルーシェックが「前・等積性グループ」、「補足的グループ」で挙げられた非同時的事例を順に検討していくこと

⁵³ Joerg Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S.404f.

⁵⁴ ヤコブスも、「中止犯において、中止行為を考慮することは、犯罪段階（Verbrechensphase）を超えて、行為主体を考慮することになる」と指摘している。Jakobs, aa.O. (Fn11), S.27f.

⁵⁵ 被害者の同意の存在時期に関し、行為時に存在しなければならないと考える見解として、大塚・前掲注（6）420頁。他方で、同意は結果発生時に存在すれば足りるとする見解として、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2016年）168頁。

としたい⁵⁶。そして、これらの非同時的事例の検討を踏まえた上で、同時存在原則とは何かを明らかにすることが本稿の目的である。

第四節 小括

本章で明らかになったことを要約すると、以下のようになる。ルシエカ及びイエルーシェックによれば、「犯罪とは、構成要件に該当し違法で有責な行為である」というテーゼから、同時存在原則が生じるとされ、「故意は実行行為時に存在しなければならない（ドイツ刑法16条）」ことや、「責任無能力者の行為は責任が阻却される（ドイツ刑法20条⁵⁷）」ことなどの規定は、同時存在原則から派生的に生じる原理であり、これらの規定に我々が従っているということは、「同時存在原則」に従っていることに他ならないと説明される。

イエルーシェックによれば、刑法における「同時存在原則」の同時性には、「形式的同時性」と「規範的同時性」の二つの概念が存在し、刑法においては、第一に「形式的同時性」を遵守すべきであるとされる。そして、この「形式的同時性」は、これまで「原因において自由な行為」で問題にされてきた、実行行為時に犯罪を構成する全てのメルクマールが存在しなければならないとするもので、従来考えられてきた同時存在原則である、「実行行為時における同時存在原則」を示していると思われる。

また、「形式的同時性」を満たさない非同時的事例、例えば「原因において自由な行為」では、「規範的同時性」という形で同時存在原則を満たしてきたことをイエルーシェックは指摘する。但し、イエルーシェック

⁵⁶ 但し、「前・答責性グループ」・「補足的グループ」・「内在的グループ」という言葉は聞きなれないものであり、何を意味しているのかが判然としないことから、本稿では、このようなグループ名は利用しないことにする。本稿は、イエルーシェックが指摘した、同時存在原則が問題になるケースを個別的に検討していくこととしたい。

⁵⁷ ドイツ刑法第20条（精神障害を理由とする責任無能力）行為遂行の際に、病的な精神障害、深刻な意識障害、又は知的障害若しくはその他の重い精神的偏奇を理由として、行為の不法性を弁別し又はその弁別に従って行為する能力を欠く者は、責任なく行為したものである。

は、「規範的同時性」をどのような基準で判断するのかについては述べておらず、ケースバイケースで考えるしかないとしていた。しかしながら、「規範的同時性」という概念は曖昧であり、ケースバイケースで規範的同時性を考えることは、同時存在原則を形骸化させる恐れがあることから、イェルーシェックの見解は妥当ではない。

他方で、ルシュカのように、「形式的同時性」の意味で刑法における「同時存在原則」を常に解し、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考える立場も妥当ではない。

なぜならば、前述のように、本稿は、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」ではなく、行為主義の観点からは、「同時存在原則」＝「因果関係の起点における行為時における同時存在原則」と解するべきであると考えからである。加えて、「同時存在原則」を「形式的同時性」の意味で解してしまうと、同時存在原則が問題になる非同時的事例では、実行行為を拡大するアプローチか、又は同時存在原則の例外を認めて実行行為以前以後の犯罪構成要素を考慮するアプローチか、又は暗黙裡に実行行為以前以後の犯罪構成要素を考慮するアプローチが主張されることになり、問題となる状況に即した解決が図れないことになる。

そこで、本稿は、「実行行為」＝「因果関係の起点としての行為」という公式が成立しない、つまり「実行行為時における同時存在原則」が妥当しない、「規範的同時性」が問題になるケースは、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」に基づいて解決されるべきことを主張したい。そのため、次章以降では、イェルーシェックが指摘した、規範的同時性が問題になる非同時的事例を、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点から、再度検討する。

[付記] 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2015年9月25日授与）「犯罪論における同時存在原則について」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたって、「日本学術振興会 特別研究員奨励費 研究課題：犯罪論における同時存在原則の意義と限界について（2014年～2015年度）」（課題番号26・3470）の助成を受けた。

子どもの自己決定と憲法（４）

—— 米・台・日における子どもの
人権・権利論の分析・比較 ——

宋 峻 杰

目 次

序 研究動機及び内容の構成

第一節 問題意識

第二節 成長発達権の概念からのアプローチ

第Ⅰ部 家族

第一章 アメリカ合衆国

第一節 「子ども」・「家族」・「国家」の過去と現在

第一項 ピューリタニズムからの出発

第二項 現代のアメリカの家族像への接近

第三項 合衆国憲法と家族の接点

第二節 性的結合行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 性交・結婚

第三項 離婚

第四項 同性婚・事実婚

（以上、61巻1号）

第三節 社会的身分と子ども

第一項 論点の概要

第二項 婚外子

第三項 生殖補助医療の進展

第四項 出自の情報へのアクセス

第四節 医療行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 中絶に関する同意及び通知

第三項 輸血措置

第五節 家庭内暴力と子ども

第一項 論点の概要

第二項 子どもの虐待を規制する法的枠組み

第三項 公権力による介入—司法府の姿勢

第六節 小括

第二章 台湾

第一節 台湾における家族像への接近

第一項 明・清から日本までの政権交替の間に（以上、62巻3号）

第二項 台湾の家族法における「家（チアー）」制度

第一目 『民律草案』による改革

第二目 一九八五年の家族法改正から現在まで

一、司法行政部による一回目の改正

二、立法院による改正

第二節 性的結合行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 結婚

第一目 一九八九年大法官釈字第242号解釈

第二目 一九九四年大法官釈字第362号解釈

第三目 二〇〇二年大法官釈字第552号解釈

第四目 小括

第三項 婚姻の解消と子ども

第一目 一九九四年大法官釈字第365号解釈

第二目 一九九六年二回目の家族法改正以降

一、法務部から提示される三段階の改正作業

二、二〇〇七年まで改正された関連する条文

三、一九九六年以降子どもの監護に係る最高裁判決

第三目 子どもの「氏」をめぐる争い

一、一九九六年大法官釈字第399号解釈

（一）、主文及び理由

（二）、検討

二、立法院における議論

第四目 小括

第四項 中絶へのアクセス

第一目 中絶に対する法的対応

第二目 『優生保護法』をめぐる改正の動き

第三目 二〇〇一年九〇年度台上字第468号最高裁判決

第三節 社会的身分と子ども

第一項 論点の概要

第二項 養子

第一目 一九八五年以前の大法官解釈

第二目 一九八五年の法改正

第三目 二〇〇〇年大法官釈字第五〇二号解釈

第四目 二〇〇七年の法改正

第三項 婚外子

第一目 一九八五年以前の『中華民法』と婚外子

第二目 二〇〇〇年までの法改正

第三目 二〇〇四年大法官釈字第五八七号解釈

第四目 二〇〇七年の法改正

第四項 生殖補助医療との関わり

第一目 学術的議論

第二目 『人工生殖法』と「人工生殖子」

一、その概観

二、立法院に於ける議論

第四節 家庭内暴力と子ども

第一項 論点の概要

第二項 「家(チアー)」制度に於ける尊属の懲戒権

第三項 一九八一年大法官釈字第一七一号解釈

第一目 主文及び理由

第二目 姚瑞光大法官による反対意見

第四項 法律の整備

第一目 その概観

第二目 『家庭内暴力防止法』と子ども

一、その立法過程

二、二〇〇三年の大法官釈字第五五九号解釈

三、二〇〇三年から動き始めた法改正の流れ

四、『家庭内暴力防止法』に於ける子どもの位置づけ

第五項 いくつかの判決

第五節 小括

第三章 日本

第一節 家族像の推移

第一項 一八九八年に『明治民法』が施行される前後

第一目 『明治民法』が制定される前の家族像

(以上、62巻4号)

第二目 『明治民法』に想定した家族像

第二項 『日本国憲法』の成立と一九四七年に『明治民法』の改正

第三項 「孝」に関する日本の解釈

第二節 性的結合行為と子ども

第一項 論点の概要

第二項 性交渉

第一目 青少年保護条例と其の「淫行処罰規定」

第二目 子どもの「性的自己決定権」

第三項 結婚

第一目 『民法』から見る子どもの結婚

第二目 『日本国憲法』と子どもの結婚

第四項 離婚

第一目 子どもの監護・養育

第二目 面接交渉権

第三節 社会的身分と子ども

第一項 論点の概要

第二項 養子・特別養子

第一目 養子

第二目 特別養子

第三項 婚外子

第一目 『民法』旧九〇〇条四号但書と婚外子

第二目 児童扶養手当と婚外子

第四項 人工生殖子

第一目 『日本国憲法』一三条からの接近

第二目 二〇〇六年九月四日最高裁第二小法廷判決

第四節 医療行為・家庭内暴力と子ども

第一項 論点の概要

第二項 医療行為

第一目 「輸血」と子ども

一、医師の注意・説明・告知義務やインフォームド・コンセントの法理

二、親による「輸血」の拒否

第二目 女兒・胎児・中絶

一、法的枠組みとその問題点

二、憲法学による検討

第三項 子どもの虐待

第一目 日本法による対応

第二目 憲法学から考える場合	
第五節 小括	
第四章 第Ⅰ部の考察を経て	(以上、本巻)
第Ⅱ部 教育	
第五章 アメリカ合衆国	
第一節 教育に関する形態の変遷と子ども	
第二節 教育制度における子どもと親の位置づけ	
第三節 学校管理と子どもの自律	
第四節 教育をめぐる連邦政府の働き	
第五節 小括	
第六章 台湾	
第一節 教育に関する法的枠組み	
第二節 教育に対する権利意識の発生	
第三節 教育制度における子どもと親の位置づけ	
第四節 教育行政と子ども	
第五節 小括	
第七章 日本	
第一節 教育に関する法的構図の再編	
第二節 子どもの自己決定を支える憲法・教育法的論点	
第三節 小括	
第八章 第Ⅱ部の考察を経て	
結びに代えて ライフサイクルにおける子どもの自己決定	

第二目 『明治民法』に想定した家族像

フランス民法的性格が反映された日本の民法典は、一八九〇年三月に法律第二八号(家族制度関係以外)及び第九八号(家族制度関係)として初めて登場した。しかし、最終的にそれ自体を施行することができなくなり¹、一八九八年に両法とは別に編纂された新しい民法典²こそが日本全域で初めて施行され、法的にも適用されたものとなる。このような歴

¹ 松本暉男『民法典論争の家族制度史上の意義』『関西大学法学論集 第14巻第1号』(関西大学法学会・1964年)48頁。福尾猛市郎『日本家族制度史概説』(吉川弘文館・1972年)210頁。

² 後藤平吉『家族と法』(ミネルヴァ書房・1970年)27頁。

史的流れを汲んで、学界では、前者のことを『(明治)旧民法』と呼び、後者を『明治民法』と称する³。

その前者の『明治旧民法』に反映される家族像は「資本主義的単一家族主義」を原則としたこと⁴が、当時のおおらかな庶民的習俗を正しく反映されたと評されている⁵。だが、日本における家族制度イデオロギーの発展には、後者の『明治民法』から受ける影響の方が強いと思われる。そして、明治民法の家族法に描かれる家族像は「『家』を基礎とする団体的家父長制である」、と⁶。「家」という家族共同体は、「…天皇制…と(は)全く同一の基調に立つ」⁷ことだとも指摘される。

かような明治民法から反映された家族像の特徴は論者によりいくつか整理されるが、本論との関連で、「戸主」という身分が大きく重視されていること⁸、成年年齢に達した子女であっても、親は同人の結婚への干渉が長く続けられること⁹や、男女の不平等は明確に実定法によって支持していたこと¹⁰などは「子どもの自己決定」の阻害となりそうな当時の状況だけを取り上げることにする。

第二項 『日本国憲法』の成立と一九四七年に『明治民法』の改正

一九四六年に明治憲法の改正に伴い『日本国憲法』の誕生を迎えた。そして、従来「家」の制度を基本とし、封建的(半封建的)・前近代的な性格を持っていた『明治民法』も『日本国憲法』二四条¹¹の精神に従って、

³ ちなみに、『明治民法』のモデルとなったのは『ドイツ民法第一草案』だと言われている。山崎賢一「憲法と家族制度」『法學會誌』(明治大学法学会・1963年)26～27頁。松本暉男・前掲論文注(1)29頁。福尾猛市郎・前掲書注(1)210頁。後藤平吉・前掲書注(2)27頁。

⁴ 我妻栄『家の制度—その倫理と法理』(酣燈社・1948年)203頁。

⁵ 福尾猛市郎・前掲書注(1)210～211頁。

⁶ 川島武宜『日本社会の家族的構成』(岩波書店・2000年)170～171頁。

⁷ 山崎賢一・前掲論文注(3)28頁。

⁸ 山崎賢一・前掲論文注(3)28～29頁。

⁹ 福尾猛市郎・前掲書注(1)218～219頁。

¹⁰ 福尾猛市郎・前掲書注(1)219～220頁。山崎賢一・前掲論文注(3)29頁。

¹¹ もっとも、同条を起草するベアテ・シロタ・ゴードン(Beate Sirota Gordon)

一九四七年に「親族」と「相続」両編を根本的な改正が行われて、「いちおう近代的家族法が成立した」¹²ことに至った。

その特徴として、まずは夫婦とその間の未成年の子どもを中心とする「近代的小家族制度」の導入が取り上げられ得よう。すなわち、「婚姻は一男一女の情愛にもとずく全く自由な意思による結合となり、成年者であれば何人の承諾も同意も不要であり、夫婦関係はすべて平等対等な関係であり、その間の子である未成年児は、父と母が共に親権者となって、監督教育するものとされる」¹³こととなる。また、相続に関しては「諸子均分相続」にも変更した。しかし、承継者の指定は親の権利だと定められたが、その権利を行使していない場合、慣習によるとも規定される¹⁴故、戦前の「家」制度を存続させる結果になるのではないかと指摘する

氏による最初の草案（人権に関する小委員会の第1次案の第18条）において、「家族（Family）は、人類社会の基礎であり、その伝統は、よきにつけ悪しきにつけ、国全体に浸透する。それ故、婚姻と家族とは、法の保護を受ける。婚姻と家族とは、両性が法律的にも社会的にも平等であることは当然であるとの考えに基礎をおき、親の強制ではなく相互の合意に基づき、かつ男性の支配ではなく両性の協力に基づくべきことを、ここに定める。これらの原理に反する法律は廃止され、それにかわって配偶者の選択、財産権、相続、本拠の選択、離婚並びに婚姻および家族に関するその他の事項を、個人の尊厳と両性の本質的平等の見地に立って定める法律が制定されるべきである。」と書かれている。そして、辻村みよ子は、「このベアテ・シロタ草案では、…妊婦及び幼児をもつ母親に対する国の保護、非嫡出子に対する法的差別の禁止と非嫡出子の権利の保障（第19条）、長男の権利の廃止（第20条）、児童の医療の無償等の豊富な規定がおかれていた」と見ている。辻村みよ子「家族・国家・ジェンダーをめぐる比較憲法的考察」辻村みよ子監修・水野紀子編『ジェンダー法・政策研究叢書 第6巻 家族—ジェンダーと自由と法』（東北大学出版会・2006年）21～22頁。君塚正臣「日本憲法二四条解釈の検証—或いは『家族』の憲法学的研究』の一部として—」『関西大学法学論集 第52巻第1号』（2002年）3～5頁。

¹² 川島武宜の研究によれば、『日本国憲法』24条に基づいて『明治民法』が具体的に改正・削除された内容とは、「…『家』・戸主権・男性支配・女性に対する抑圧・隠れた一夫多妻制・長男单独相続制」などであった。川島武宜・前掲書注（6）204頁。中川淳『現代家族の法学』（日本加除出版・2000年）15頁。

¹³ 山崎賢一・前掲論文注（3）30～31頁。

¹⁴ 山崎賢一・前掲論文注（3）31頁。

者がいる¹⁵。

なお、新しく改正された憲法に従う「民主的家族制度」を構築することとはじめから順調に受け止められることはなかった¹⁶。今日に至っても、「…いわば法制度としての家族制度の廃止のみが現行（日本国憲法）二四条の趣旨である…。逆に言えば、旧来の『家族』が、目立って否定されないものは今日でも、陰に陽に日本の国法や慣行を支配し続ける素地を与えたのである」¹⁷、という批判が見られる。従って、戦後の日本社会において形式的には「いちおう」近代的家族法を持つことになったが、実際に社会生活としての家族像について、本当に改正された日本国憲法や民法の条文の変更に伴い、「民主的家族制度」のイメージを人々の間に受け止めさせ、具現化させたのかという問題について、恐らく実定法学からの検証だけに頼ることは不十分であろう¹⁸。

第三項 「孝」に関する日本の解釈

昨今の学界においては、所謂「家族制度復活論」を提唱する者の間に「…近頃の若者は、親に口答えをして反抗し、目上の者に対する敬礼を知らないと云い、道義の頹廢をなげき、旧家族制度をもって淳風美俗であると主張して、旧家族制度への引き戻しを策する」¹⁹との見解が見られている²⁰。すなわち、既に崩壊する道に歩みつつある「家」制度の時代的背

¹⁵ 例えば山崎賢一はこのような祭祀財産の承継に関して、「…全く別個の理由によるものであることは勿論である」と分析している。山崎賢一・前掲論文注（３）31頁。

¹⁶ 実際、「家族制度復活論」が単に一時的なものには止まらず、昨今の政治的場面においてもしばしば提出されている。中川淳・前掲書注（12）17～18頁。川島武宣・前掲書注（6）205～209頁。辻村みよ子・前掲論文注（11）24～30頁。

¹⁷ 君塚正臣・前掲論文注（11）14～15頁。

¹⁸ 君塚正臣・前掲論文注（11）49頁。中川淳・前掲書注（12）21～22頁。

¹⁹ 山崎賢一・前掲論文注（３）31頁。

²⁰ 2005年の衆議院憲法調査会報告書においては、「（憲法）24条が個人主義の元凶で、家庭崩壊等の社会問題の原因であるという見方に対して、『親孝行が減ったのは憲法のせいだというのは、憲法を過大評価している（安念潤司参考人）』という皮肉をこめた意見が述べられたことも記録されている」と。辻村みよ子・前掲論文注（11）27頁。

景の下でさえ、従来の恭順的な子ども像がやはり根強く生き続けているのではないと思われる。かような恭順的な子ども像を支える理念的なものは従来の「家」制度の礎石だと認識される「忠」と「孝」という儒教的道徳であろう²¹。そして、中国の儒教で伝える「孝」の意味と異なり、日本における「孝」の根拠づけとしての「恩」のセット的思考二点は特に重要である²²。

「孝」と「恩」の教説が徳川時代から説かれている²³が、国の公権力を駆使し、教育という手段を通してより広く人々の意識に浸透させようと考え始めたのは概ね明治時代に入ってからのことだと思われる。例えば、「…（これらの教説）は、…、明治二〇年代において公式の承認をうけ国民教育の基礎とされるのと相表裏して、それ以後わが国民教育のもっとも基本的な原理となっている」²⁴、と分析される論者がいる。こうして、「孝」の道徳的要求から子どもが親や家族全体に対する諸々の義務を負うべきだという価値観や道徳観は実際に戦後日本の法解釈に対しても多少の影響を与えて続けており、戦後の日本社会に対して新たに予定される個人主義を重視する民主的家族像の確立にもある程度の阻害となっていると思われる。その最も顕著な例として、一九五〇年に出された尊属

²¹ 川島武宜・前掲書注（6）160～161頁。

²² 川島武宜が日本で「孝」という場合には、「…一定の具体的歴史的な意味をもっており、その中には、『恩』に条件づけられるという特殊の論理的および心理的構造を…含んでいる」認識を示している。川島武宜・前掲書注（6）89頁。

²³ 川島武宜・前掲書注（6）90頁。

²⁴ 明治天皇から元田永孚に命じたのではないかと疑われているが、『教学大旨』には、「教学ノ要仁義忠孝ヲ明カニシテ知識才芸ヲ究メ以テ人道ヲ尽スハ我祖訓國典ノ大旨上下一般ノ教トスル所ナリ…道徳ノ学ハ孔子ヲ主ト」すべきものと宣言し、儒教的「孝」の道徳は当時の教育政策の基礎的一部分とされた。この『教学大旨』と後に公布された『小学条目二件』の施行について、「…（明治）維新以来の啓蒙主義的思潮と、それに基礎を置いていた『学制』による教育制度と教育内容、さらには自由民権運動の展開等に対する伝統的教学（儒教主義）の立場からの反対を示す強力なメッセージである」と見る者がいる。沼田哲『元田永孚と明治国家 明治保守主義と儒教的理想主義』（吉川弘文館・2005年）266～274頁。川島武宜・前掲書注（6）91～109頁。

傷害致死に関する最高裁大法廷判決²⁵が取り上げられよう。

最高裁は、「原判決は、子の親に対する道徳的義務を…重要視すること（は）…『忠孝一本』『祖先崇拜』の思想を基盤とする家族主義社会においてのみ、存在を許さるべきものであるというが、夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道徳原理、すなわち学説上いわゆる自然法に属するものといわなければならない。…（刑法二〇五条二項の）立法の主眼とするところは、被害者たる尊属親を保護する点には存せずして、むしろ加害者たる卑属の背倫理性がとくに考慮に入れられ、尊属親は反射的に一層強度の保護を受けることあるものと解釈するのが至当である」という説示をした上、当時の斉藤悠輔裁判官による補足意見が更に厳しい言葉が用いられ原審判決を批判した。すなわち、「元来孝は祖先尊重に通ずる子孫の道である。…。原判決ならびに少数意見の思想のごときは、この道義を解せず、ただ徒に新奇を逐う思い上った忘恩の思想というべく、徹底的に排撃しなければならない」、というものであった²⁶。また、一九七三年に最高裁が出された尊属殺しの重罰規定に関する違憲判決²⁷で争われた刑法二〇〇条の立法目的についても、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義である故、刑法上の保護に値するものといわなければならない²⁸と説示した。

以上の判例を照らして考えれば、家族における子どもの位置づけは「孝道」の意識的働きによって強く影響されると言える一方、家族内部における子どもの法的主体性も殆ど無視されると認識することができよう。しかしながら、現在に至って、少なくとも客観的状況（例えば、国連の『子どもの権利条約』を批准したこと）においてかような考え方は挑戦されやすくなるのではないかと²⁹と思われる。

²⁵ 最大判昭25・10・11刑集4巻10号2037頁。

²⁶ 宮澤俊義『法律学全集4 憲法Ⅱ』（有斐閣・1959年）294～297頁。

²⁷ 最大判昭48・4・4判例時報697号3頁。

²⁸ 中村睦男「11 法の下での平等と尊属重罰規定」中村睦男・常本照樹『憲法裁判50年』（悠々社・1997年）112頁。

²⁹ 青山道夫『市民社会と家族法』（法律文化社・1970年）66頁。島津一郎・松川正毅「親族法概説」『別冊法学セミナー No.196 基本法コンメンタール〔第五版〕

第二節 性的結合行為と子ども

「孝」という教説によって子供が負う義務には「自分の血を引く子どもをつくる」という内容が含まれている³⁰。更に、研究によれば、「日本の封建制のもとにおいては、子の有無は、祭祀をうけつぐ者としてのほか、禄や知行をうけつぐ者として、全家族にとっての死活問題であった」³¹ことも示されている。従って、子どもがもうけられる男女の性的結合行為は日本の場合において倫理的には極めて重要視されていると思われる。

第一項 論点の概要

『日本国憲法』二四条を「…（憲法一三条の）平等原則の家族生活における」具現化するものとして捉える場合、三つの意味があると整理される。一つ目は「…各人は、婚姻および家族に関して、個人の尊厳と両性の本質的平等に従って、法的に取り扱われるべきことを、国家に対して、要求できる」ことである。二つ目は、「…憲法が、婚姻、離婚、相続に関する法制を制度的に保障した」ことを示すことである。三つ目は、「…憲法が、婚姻および家族に関する事項について原則規範を定めたものであり、この原則に反する法規範は効力を有しない」と宣言することである³²。かような理解に基づき、前文のアメリカや台湾と同じく、本節の焦点となる性的結合行為について子どもを主体として考える場合、「性交渉」、「結婚」及び「離婚」の三つの側面から検討する。

第二項 性交渉

前述したように、男女の性交渉を経て子どもをつくることが一種の「孝」の表現だと認識される。健康且つ平穏無事に婚姻関係を維持する一般的状況においてその実現は殆ど問題なしと見られるが、例え実現し得ない場合になっても、「…『家』の協同体的生活に直接の影響をきたさないところの、結婚外の男女の結合は、それ自身としては何ら反倫理的

／親族』（日本評論社・2008年）4～5頁。

³⁰ 川島武宜・前掲書注（6）105頁。

³¹ 川島武宜・前掲書注（6）107頁。

³² 橋本公亘『憲法〔改訂版〕』（青林書院新社・1976年）174～175頁。

性格を帯びることがなく、むしろ倫理的には無色な問題にすぎない」³³と言われる。ところが、近代法的議論の枠に入ってくると、性交渉の両主体の間に当該行為を行う「意思」の有無、「大人」と「子ども」の力的構造が当該性交渉の進行と係わっているのか、そして国による公権力の介入がどこまで認められるべきであるのか、などの問題を検証する必要が生じている。

子どもが何歳に達してから性交渉が一定の条件で認められるのかは国によって様々であるが、「…（日本）の場合刑法のなかでは一三歳で同意年齢とされている一方、一八歳になるまでは県条例によって淫行扱いされる、また女子の場合一六歳が結婚可能年齢となっているなど整合性に欠ける状態が続いてい」³⁴る。かような状況の中で、本論の関心から考えると、子どもの同意がある上、子ども自身も積極的に自己決定があるような意思表示が存在し、性交渉を選択する場合³⁵、憲法学的に如何に処理するかが問題である。

第一目 青少年保護条例と其の「淫行処罰規定」

子どもの性交渉を『刑法』の規定に当てはまってみると、被害者の年齢を一三歳を境にして関わる者に対し、強姦罪や準強制猥褻強姦の罪などの罪名があり、関連する処罰の規定も定められている。論者によれば、「強姦罪の保護法益を『性的自由』・『性的自己決定権』であるとする場合には、『被害者の同意の不存在こそが強姦の違法性の本質』であり、…被害者の『同意』が重視される」³⁶が、一三歳未満の子どもが「…自己の決定に対する他者の同意等の関与を一切排除しうるという意味での自己決定権は主張しえない」³⁷と力説するものがある。他方、子どもと係わる性的

³³ 川島武宜・前掲書注（６）108頁。

³⁴ 村瀬幸治「子どもと“性”をめぐる今日的諸問題」日本子どもを守る会編『子ども白書・1999年版』（草土文化・1999年）16頁。

³⁵ 西田典之「児童に淫行をさせる罪について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第三巻現代社会と刑事法』（成文堂・2000年）291頁。

³⁶ 高良沙哉「在沖縄軍構成員による性的自由・性的自己決定権侵害に関する一考察」『沖縄大学法経学部紀要 第8号』（2007年）54頁。

³⁷ 芹沢斉「子どもの自己決定権と保護」『岩波講座現代の法14 自己決定権と

表現や行為が『児童福祉法』の枠組みにおいてマイナス的な意味で捉えられていること³⁸は周知の通りである。これは「青少年の健全育成を保護法益とする」『児童福祉法』³⁹の出発点から考えれば、子ども達を性的刺激から遠ざけようとする多数の大人の望みや努力を無駄にしないため、『児童福祉法』や『刑法』のような懲罰的規定の存在はやむを得ない結果だと言えよう。しかしながら、子どもと「性」の問題について、全てをこのような考え方で捉えることが本当に最も望ましい選択肢であろうか。「性」という人間の本能だと言えそうな事柄は理由なく子どもから遠ざけておく存在にすることが本当に子どもの「タメ」になるのであろうか、との疑問がある。そこで、地方自治体レベルで作られる青少年保護条例とその中に設けられる「淫行処罰規定」の問題も浮上することになる。

青少年保護条例を巡る様々な問題点の中では、淫行規制により表現の自由を侵害する虞があるとの当初からの議論が多い⁴⁰。その中、子どもであっても、年齢と関係がなく、個々人に応じて「性」を持つ意味を十分理解する者がいるから、子どもの「性的自己決定権」も尊重すべきだと説く見解がある。とは言え、個々人の「性的自己決定権」を制限しようとする際、「…性行為を、①明らかに困惑・欺罔・威迫の下で行った場合、②売春のように性の情緒性、人格の徳性を著しく害する形態の下で行った場合、③青少年を保護すべき立場にある者（親権者、雇用主等）がその地位を利用して行った場合」⁴¹であれば、行なえるとも提言されている。しかし、多くの青少年保護条例に用いられる「みだらな性行為」

法』（岩波書店・1998年）158頁。

³⁸ 西田典之・前掲論文注(35)298頁。園田寿「児童買春・児童ポルノ処罰法の成立」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』（成文堂・2000年）313頁。

³⁹ 園田寿・前掲論文注(38)310頁。

⁴⁰ 奥平康弘「1 青少年保護条例の沿革」奥平康弘編『青少年保護条例 公安条例』（学陽書房・1981年）6～8頁。

⁴¹ 但し、前述した場合であっても、それぞれの事情に応じて、「被害青少年」の年齢という要素も併せて個別に検討する必要がある、と同論者が言う。安部哲夫「青少年の性的保護と刑事規制の限界—『青少年保護育成条例』を中心に—」『刑法雑誌 第26巻第3・4巻』（有斐閣・1985年）560頁。

とは何かが明確な定義をなされていない故、裁判例でも、この「みだらな」あるいは「不純な」または「淫行」といった各々の概念をめぐって争われている⁴²。この問題は最高裁まで争われたが、判決の結果は問題の解明というよりもむしろ現状の反映に過ぎないと言えよう。いわゆる一九八五年の福岡県青少年保護条例に関する最高裁大法廷判決⁴³である。

周知の通り、この大法廷判決は一二対三の結果として、当時の福岡県青少年保護条例に定められた「何人も、青少年に対し、淫行又はわいせつの行為をしてはならない」という淫行処罰規定を合憲とした⁴⁴。ところが、伊藤正己裁判官は反対意見の中で「(多数意見)の解釈は、一見して限定を付しているようにみえるが、性行為そのものは、自己の性欲を満足させるために行われるのが通常であるから、それはほとんど限定の作用をいとなまず、結婚を前提としない青少年を相手方とする性行為のすべてを包含することに近いと考えられ、適当と考えられる限定とはいえない」⁴⁵と述べている。また、谷口正孝裁判官も括弧書きを用いて、「愛情その他人格の結合を欠く場合といってみても、その運用は極めて微妙である。例えば、本条例にいう青少年を当初単に性的欲望を充たすための対象として扱っているとしか認められないような性的交渉を重ねた後、結婚意思を生じたというような場合、多数意見によれば果して処罰の対象となるのであろうか」⁴⁶という疑問を提起している。

もっとも、形式上や実務的に運用する際、一八歳や一九歳の少年も青少年保護条例に定められる淫行規制の適用対象とされてしまうことが問題視されている。例えば、鉏路家裁帯広支部の決定において扱われた事案は一八歳の少年と交際中の一五歳の少女とが性交したというもので

⁴² 安部哲夫・前掲論文注(41)561頁。阿部泰隆「青少年保護条例による『いん行、みだらな性行為』の処罰(下)」『法律時報57巻4号』(1985年)90頁。安部哲夫「青少年保護育成条例による淫行規制の変遷と将来」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集 第三巻 現代社会と刑事法』(成文堂・2000年)342頁。

⁴³ 判例時報1170号3～21頁。

⁴⁴ 阿部泰隆「18歳未満の青少年との性行為の可罰性」『法学セミナー No.372』(1985年)20頁。

⁴⁵ 判例時報1170号13頁。

⁴⁶ 前掲注(45)15頁。

あったり、また一九八一年に出された広島家裁呉支部の決定も一八歳の少年が一六歳の少女と性交した事案を取り扱われた⁴⁷。これらの事案は何れも審判不開始や不処分となったが、「こうした決定がなされるということは、当該行為に『非行なし』との認定がなされるわけで、大人の眼から見て不道德と思われるものであっても、非行とはよべない性行動に対してなされた公的介入の事実、少年の心を傷つける虞れが多分にある」⁴⁸という見解がある一方、「公権力が人格的な結合の有無（言い換えれば、性交渉自体に愛情が含まれているかどうか）を外から適正に判定することは難しく、誤判の危険が大きい」とし、「…人格的な交流がない性行為は、たとえ両者が合意していても、一八歳未満の者となら、許されないのか、道徳的にはともかく、刑罰で処罰するほどか」⁴⁹という問題も提起されている。従って、「…性的に自らを決定する事実上の判断力が心理学的、性科学的にいつ頃から身につくのかは定かでないが、青少年の場合であっても、個人の基本権の一部として、『性的自己決定権』が尊重されなければならない」⁵⁰と青少年と係る性交渉に対する社会的概念の転換を促している主張に傾聴すべきだと考える。

第二目 子どもの「性的自己決定権」

⁴⁷ 安部哲夫・前掲論文注(41) 564頁。

⁴⁸ 安部哲夫・前掲論文注(41) 564～565頁。

⁴⁹ 阿部泰隆・前掲論文注(44) 23頁。

⁵⁰ 実際に、このような認識が前述した最高裁判決において出された長島敦裁判官の補足意見の中でも伺われた（但し、同補足意見の内容に限って見ると、長島裁判官自身が子どもの性的自己決定権を支持する立場ではない）。例えば、「…その性行為に至る経緯とその背景事情、性行為に出た動機・意図、両者の間の心理的精神的緊密性、将来の結婚へ向っての意図とその実現の可能性など、個々の事件ごとに異なる各般の要素が含まれており、…犯罪社会学的な一つの犯罪定型を想定することさえ困難である。しかも、他面、性行為の相手方である少女の心身の発達状況に照らして、その性行為に関する自己の判断をどの程度まで尊重すべきかという問題も含まれている」とし、個人の意思を慎重に配慮すべきであるとの姿勢が見受けられる。安部哲夫前掲論文注(41) 566頁。宮澤浩一「青少年保護育成条例による淫行禁止」『別冊ジュリスト 地方自治判例百選(第2版)』39頁。判例時報1170号9～10頁。

学界においては、「…性的自己決定権は、『生命、自由及び幸福追求権』を構成するものとして（憲法）一三条によって保障される権利として把握しておけば十分である」⁵¹と「性的自己決定権」を論じる者がいる。ところが、「性的自己決定権」の論議を一旦「子ども」という主体に当てはまって言うと、「…青少年の判断能力はまだ未成熟であるとして、成人と青少年との性的行為の場合には、成人間の場合にはみられないような制限が課せられることがある。そこで、そのような制限はどこまで憲法上許容されるのかという点が問題とな」⁵²り、別の視点から考えなければならぬのは通論である。但し、一三歳以上一八歳未満の子どもの判断能力は、「…特定の事項に関しては成人に近い場合がかなりありうる。性的行為という身近な事項に関する青少年の判断能力は、契約等の場合とは異なり、かなり成人に近い…」⁵³とも考えられるから、性的行為に対して青少年が明確に自分の意思を表明することができる判断能力を備えている場合、公権力による制限は緩めざるを得ないと見ることができよう。

一歩進んで、「自己決定権」を「自分の運命の主人公となる権利」と認識し、「…自己の現在並びに将来の生活と密接に関わりともつ他者との交際は、まさに子ども本人の選択にまかされなければならない領域のはず」⁵⁴だと言い、前述した福岡県青少年保護条例の最高裁判決に照らし、「…本来の問題は、性行為の自由という自己決定に委ねられるべき領域の行為を条例の規定が侵害しているかどうかであった。この点については、性的危険に関する十分な知識をもたない者を保護する必要性の観点から、直ちに行為自体の禁止という手段をとるか、それとも危険に陥ることのないような、人格権を尊重する性教育の工夫で対応するかであり、自己決定権の趣旨からすれば、後者が選択されるべきであろう」⁵⁴と説

⁵¹ 横田耕一「青少年に対する淫行の条例による規制と憲法」『ジュリスト No.853』（有斐閣・1986年）45頁。

⁵² 米沢広一「青少年保護条例の合憲性」『ジュリスト No.862 昭和60年度重要判例解説』（有斐閣）9頁。

⁵³ 米沢広一・前掲論文注（52）9頁。

⁵⁴ 芹沢斉・前掲論文注（37）165～166頁。

く主張に賛同したい。

第三項 結婚

一九七四年、釧路家裁は当時一九歳の少年が一七歳の少女を自宅に連れ込み、性交渉を持った事案について、「婚姻」という要素を働かせながら、問題の解決を図った⁵⁵が、一八歳未満の青少年であっても、婚姻を結ぶ意思の上に行う性交渉を処罰するべきものではないことが示されている所に注目したい。それ故、本項目で子どもには果たして性的行為を行うこと自体の合法性が担保され、自由に「結婚」をして家庭をつくる自由や権利を持つのかという問題に焦点を当て検討を行いたい。

第一目 『民法』から見る子どもの結婚

明治時代に入り、日本は「法律婚主義」を採用⁵⁶し、現在に至った⁵⁷。一夫一妻制も取り入れた法的枠組みの中で、婚姻の成立要件には実質的要件と形式的要件がある。その中で、もっとも子どもと関連するのは第七三一条に規定される「婚姻適齢」の条件、及び第七三七条に記されている「父母の同意条項」である。

『民法』七三一条に定められた「婚姻適齢」の趣旨は「肉体的に未熟な婚姻を阻止し、早過ぎる婚姻から生ずる弊害を防止するために」⁵⁸ある

⁵⁵ 家庭裁判月報27巻6号103～107頁。

⁵⁶ 青山道夫・前掲書注(29)24頁。

⁵⁷ 青山道夫は、「…(日本)における法律婚主義にとっていちばん問題は社会的承認 social sanction と法律的承認 legal sanction とのズレでありこれをどのように是正するかということにある」と述べている。そして、中川淳は、「…法律上の手続を経なければ、法律上の婚姻が成立しないという…法律婚主義」は、「…婚姻の当事者の意思を無視または軽視してその婚姻に干渉することを排除し、婚姻の当事者の自由意志を尊重する」憲法二四条の趣旨を照らし、「…婚姻の当事者が自分の主体的な意思によって婚姻の届出の手続をすることまで禁止するものではないと解されており、憲法違反の疑問はない」と言う。中川淳・前掲書注(12)60頁。青山道夫・前掲書注(29)25頁・40頁。

⁵⁸ 奥山恭子「(婚姻適齢)第七三一条」島津一郎・松川正毅編『別冊法学セミナー No.196 基本法コンメンタール〔第五版〕／親族』(日本評論社・2008年)39頁。

という。現行法は男を一八歳、女は一六歳とする年齢差⁵⁹に対し、「男女の二歳の年齢差については、女子の方が成熟が早くて、早婚だからとされているが、合理的な理由ではない」⁶⁰、と見る者がいる。一九九六年二月に法制審議会が答申した『民法の一部を改正する法律案要綱』（以下、「民法改正要綱」）において男女ともに一八歳とすることが提案されている⁶¹。また、「…理想的には、婚姻適齢と行為能力（成年年齢）を一致させ、男女同年齢とすべきである」⁶²、という学界からの提言も見られる。しかし、実際に『民法』七四〇条、第七四四条及び七四五条の規定に基づけば、婚姻適齢の条件をクリアしない場合、婚姻の届出を受理しないことになり、一旦誤って受理された場合は婚姻自体が取り消されることになる⁶³。よって、かような現状において、「婚姻適齢」に達していない子どもについては「結婚」という手段を利用し、お互いの幸福を追求する余地が法律（『民法』）的には殆ど認められないと言えよう。

そして、「父母の同意条項」について、その存在理由は「家族主義的国家観」⁶⁴の反映だと言われるが⁶⁵、後に『明治民法』に定められた結婚に関する父母の同意条項も概ねかような論理を支持し、封建的「家」制度を

⁵⁹ 奥山恭子・前掲論文注（58）39頁。吉田邦彦『家族法（親族法・相続法）講義録』（信山社・2007年）54頁。

⁶⁰ 二宮周平『家族法 第2版』（新世社・2005年）48頁。

⁶¹ 奥山恭子・前掲論文注（58）39頁。内田貴『民法Ⅳ 補訂版 親族・相続』（東京大学出版会・2004年）70頁。二宮周平「一九九六年『民法の一部を改正する法律案要綱』とその後の状況」『法律時報 第78巻第11号』（2006年）19頁。

⁶² 二宮周平・前掲書注（60）48～49頁。

⁶³ 内田貴・前掲書注（61）70頁。

⁶⁴ すなわち、結婚に対する父母の同意条項に関して、「…善良ナル婚姻ヲ為サシムルト云フ利益ガアラウト思フ大キク言ッテ見レバ国家ノ利益デアル婚姻カラ夫婦ガ成立チ夫婦カラ成立シテ居ル国家デアル其原因タル悪レイ婚姻ガ出来タラ国モ悪ルクナル…」と言ったのである。星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社・1943年）153～155頁。後藤佳亘「未成年者の婚姻に対する父母の同意」中川淳先生還暦祝賀論集刊行会編『現代社会と家族法』（日本評論社・1987年）112頁。

⁶⁵ 後藤佳亘・前掲論文注（64）112頁。

加担する「認許同意」だと見做される⁶⁶。現在に至って、現行の『民法』七三七条一項により父母の同意権は未成年の子どもに対してしか行えない⁶⁷。学界では、「…思慮分別の定まらない未成年をして、配偶者の選択を誤らしめないように、未成年者の監護の地位にあり、愛情の最も深い父母に同意権を与え、未成年者の保護をはかっている」⁶⁸、と認識され、現行法に定められた父母の同意は「監護同意」⁶⁹だと解される者がいる。他方、戦後に施行された『日本国憲法』との調和的視点から見ると、結婚に対する父母の同意条項には憲法二四条一項とは必ずしも調和するとは言えないと懐疑的考えを持つ者がいる⁷⁰。

学界では、「…（現行法上）父母のどちらか一方の同意でもよく、この規定に反しても、その婚姻届が受理されると、取り消すことができず（民744）、父母が死亡していたり、同意を拒まれた場合の救済規定がないなど、趣旨が一貫せず、不備もある。十分な能力があると考えて婚姻適齢

⁶⁶ そのイデオロゴ的根拠も「孝」に求められたらしい。後藤佳亘・前掲論文注(64)110頁。竹澤雅二郎「父母の同意を得ない未成年の子の婚姻届が受理された場合、その婚姻の効力は！」『戸籍時報 No.591』（日本加除出版・2005年）34頁。

⁶⁷ なお、最終的には施行することはなかったが、1925年に出された『民法親族編改正要綱』において、子どもの結婚に対する同意権の享有主体を祖父母にまで広げることは「旧民法の復活」だと評されるが、当該同意権は正当な理由がない限り、同意を拒否することができない但書が付けられている。このように、後藤佳亘は「改正要綱は、…子の婚姻の自由を確保するための処置を立法的に講じている点から、…近代的な婚姻の自由を志向している」ものとして見ている。また、奥山恭子によれば、戦後、間もなく明治民法を改正する動きの中で、「…未成年者の婚姻にも一切の同意は不要とする案もあったものの、結局未成年者については保護のため父母の同意を要するとし」た歴史的な流れがある。後藤佳亘・前掲論文注(64)114～115頁。穂積重遠「民法改正要項解説(二)」『法学協会雑誌 第46巻第6号』（1928年）808～813頁。奥山恭子「（未成年者の婚姻についての父母の同意）第七三七条」島津一郎・松川正毅編『別冊法学セミナー No.196 基本法コンメンタール〔第五版〕／親族』（日本評論社・2008年）45頁。

⁶⁸ 後藤佳亘・前掲論文注(64)116頁。

⁶⁹ 後藤佳亘・前掲論文注(64)116頁。

⁷⁰ 後藤佳亘・前掲論文注(64)116～117頁。

を定めた以上、未成年であろうと当事者の意思にまかせるべきだと批判されている⁷¹との状況がある⁷²。そして、裁判の実務において一九五五年の最高裁判決の判断では「未成年の婚姻で、父母の同意のないものは、受理することができない（民740）」が、「…受理されてしまえば、その婚姻は有効に成立し、取消原因となっていないので、取り消すことができない」⁷³ことになっている。それ故、裁判の実務的判断においては子どもの結婚に対する父母の同意はかならず強力なものだと見做されるわけではない⁷⁴。なお、民法改正要綱においては、「未成年者でも婚姻をすれば、重要な財産行為もできるようになる…のだから、一応父母の同意を受けるべきだ」⁷⁵と示され、存置論が採られている。

第二目 『日本国憲法』と子どもの結婚

憲法学の視点から子どもの「結婚」⁷⁶を考える場合、まず、「婚姻適齢」に示される二歳の男女の年齢差については、「…男女の生理的成熟差が現在明確に存在しているといえるのか、存在しているとしても、生理的成熟差だけで判断するのではなく、妊娠・出産に伴う女性への負担、ほとんどすべての男女が高校に進学し一七歳まで在学しているという事実等をも加味して総合的に判断すべきではないか」⁷⁷、と問い、婚姻適齢の規定は違憲の疑いが強いだと述べる見解がある⁷⁸。そして、「…身体的

⁷¹ 吉田邦彦・前掲書注（59）58頁。二宮周平・前掲書注（60）53頁。

⁷² このような学説上の状況に対し、後藤佳亘は「父母の同意が、未成年の子の婚姻受理原因をなしている以上、父母の同意を補充する立法的処置を講じていない本条において、父母の同意が、全面的に未成年の子の保護のために作用を発揮するとは限らないであろう」と問い掛けている。後藤佳亘・前掲論文注（64）117頁。

⁷³ 奥山恭子・前掲論文注（67）46頁。

⁷⁴ 内田貴・前掲書注（61）75頁。

⁷⁵ 二宮周平・前掲書注（60）53頁。

⁷⁶ 君塚正臣・前掲論文注（11）16～36頁。米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣・1992年）285～289頁。

⁷⁷ 米沢広一・前掲書注（76）289頁。

⁷⁸ 米沢広一・前掲書注（76）289頁。

成熟度には個人差があり、女性一六歳・男性一八歳という基準が性差のステレオタイプ化の結果であるとすれば、その合理性はかなり疑わしい」と言い、男女共に一八歳まで引き上げることを提案した一九九六年の民法改正要綱を支持する者もいる⁷⁹。次の「父母の同意条項」に関しては、既に民法学の分野から違憲説も説かれているが、「婚姻は両性の合意のみに基づき成立するから、当事者以外の第三者の同意を有効要件とすることは、憲法上の例外的家族と解される天皇・皇族以外については禁止される」⁸⁰（もっとも、同論者は子どもの結婚に対する父母の同意条項をも念頭において以上の所論を展開するかどうかが不明である）と説かれる憲法学的見解もあるし、「…未成年者は父母の同意がなければ結婚できないこと…は問題とされうる」⁸¹と認識する者も出ている。

確かに、憲法学では凡そ憲法二四条から個人の「結婚の自由」を保障することが認められている。一九七一年に三井造船会社の結婚退職制を判断する大阪地方裁判所の言うように、「基本的人権の保障を私人間においても直接効力を及ぼすことは公法、私法の論理体系を無視するものであり、元来国家に対する一方的権利として認められた基本的人権が、私法上の義務規定と化する不合理を惹起する」⁸²恐れがある故、実務的には殆ど『民法』九〇条を媒介として憲法上唱えられている基本的人権の価値を読み込もうとしている。この点から考えれば、子どもの結婚については、本人の軽率な意思決定から保護する目的⁸³に基づいて民法上課される諸制限をいかに、そしていかなる程度まで不合理だと言えるかという問題について、より綿密な検討が必要となろう。また、「内縁婚」や「事実婚」などのライフスタイルに対し、法的保護も与える必要があること⁸⁴や、「同居や生計維持が婚姻の本質的要素ではなくなっている今日、…お互いを一対一のパートナーとして認識し、日常生活におい

⁷⁹ 辻村みよ子『憲法 〔第3版〕』（日本評論社・2008年）192頁。

⁸⁰ 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）413頁。

⁸¹ 松井茂記『日本国憲法 〔第3版〕』（有斐閣・2007年）548頁。

⁸² 労働関係民事裁判例集22巻6号1178頁。

⁸³ 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣・1953年）474頁。

⁸⁴ 二宮周平「叔父と近親婚関係にあった姪に対する遺族厚生年金の不支給処分が取り消された事例」『判例タイムズ No.1173』（2005年）121頁。

でも、精神的にも相互に協力し合う関係」⁸⁵だと捉え、「…同性カップルも事実婚として法的保護が可能になる」⁸⁶との民法学的見解も見られる昨今の社会状況に照らしたら、子どもは「内縁婚・事実婚」や「同性婚」をしようと考えれば、「結婚の自由」が憲法に保障される観点からもより深い議論を要しよう。

第四項 離婚

子どもと「離婚」を巡る問題状況が取り上げられながら、論者により様々な論点が提起された⁸⁷が、子どもが能動的主体として見做されるのは目下離婚後における「子どもの監護・養育」及び「面接交渉権」の問題があると考えられる。

第一目 子どもの監護・養育

憲法学から考えると、「…離婚の自由は、結婚の自由の消極面として、結婚の自由と同レベルの憲法上の保障をうける」⁸⁸といい、「離婚の自由の制限に対しては、家族内での弱者たる配偶者や子どもの経済面での保護を考慮しつつも、結婚の自由の制限の場合と同じく、厳格な審査が妥当することになる」⁸⁹と言うのはさほどの問題があるとは思っていない。そして、「…（子の監護・養育について）父母がみずからの離婚に付随する問題として決定するという発想でなく、むしろ子の立場から父母の離婚を監護権の変更を必要とする一つの場合として位置づけ、子の利益を擁護するための制度として監護権制度を統一的に規定すべきではなかろうか」⁹⁰との学会からの提言がある。

要するに、現行法の運用に基づき親権者や監護権者が一旦指定された

⁸⁵ 二宮周平『家族と法—個人化と多様化の中で』（岩波書店・2007年）62頁。

⁸⁶ 二宮周平・前掲書注（85）63頁。

⁸⁷ 米沢広一・前掲書注（76）290頁。渡辺洋三『日本社会と家族』（労働旬報社・1994年）177～179・183～192頁。石川稔『家族法における子どもの権利—その生成と展開』（日本評論社・1995年）137～139頁。

⁸⁸ 米沢広一・前掲書注（76）290頁。

⁸⁹ 米沢広一・前掲書注（76）291頁。渋谷秀樹・前掲書注（80）414頁。

⁹⁰ 石川稔・前掲書注（87）138～139頁。

後、離婚後の親子関係が再び安定した状態に戻れば良いが、殆どの場合にはそうではないことが子どもをめぐる奪い合い事件に関する多くの裁判例から伺われる⁹¹。しかも、その中で如何に子どもの利益を真に実現させることができるのかという問題についてもっとも悩まされる⁹²。かような現状に対し、積極的に「子どもの自己決定」という概念を提起し、「家族法上の行為についての最終的な判断は、家庭裁判所が子の福祉・利益を考慮して判断するのだから、その審理を開始する申立権を広く子に認める」主張が論者により強く唱えられている⁹³。

実際、現行法には、「子の引渡に関する明文上の規定は存しないが、親権者に子の引渡請求権のあることは（『明治民法』の）時から判例法として認められてきた」⁹⁴らしい。但し、例えば、通常裁判所へ民事訴訟に付随して子どもの引渡請求を提起する場合、如何なる事件が訴訟事項になり得るかという問題について現在に至っても学説は一致しない⁹⁵。他方の裁判実務において、『人身保護法』を元に子どもの引渡請求の正当性を判断する仕組みが一九九三年の最高裁第三小法廷判決によって変化がもたらされた⁹⁶。判旨の中、「夫婦の一方（請求者）が他方（拘束者）に対し、人身保護法に基づき、共同親権に服する幼児の引き渡し請求をした場合には夫婦のいずれに監護させるのが子の幸福に適するかを主眼として子に対する拘束状態の不当を定め、その請求の拒否を決すべきである…」と述べられている⁹⁷が、可部恒雄と園部逸夫両裁判官の補足意見では、『人身保護法』を適用して通常裁判所で提訴することの不当

⁹¹ 石川稔・前掲書注(87) 171～217頁。

⁹² 例えば、裁判所が介入すれば、本当に子どもの利益の実現と直結するかどうかの問題がある。高橋宏志・高田裕成編『ジュリスト臨時増刊12月25日号(No.1259) 新しい人事訴訟法と家庭裁判所実務』(有斐閣・2003年) 95～96頁(木内発言)。

⁹³ 二宮周平・前掲書注(60) 239頁。

⁹⁴ 石川稔・前掲書注(87) 218頁。

⁹⁵ 野田愛子『家庭裁判所とともに』(日本加除出版・2003年) 320頁。

⁹⁶ 野田愛子・前掲書注(95) 319頁。判例時報1477号21～22頁。

⁹⁷ 野田愛子・前掲書注(95) 317～318頁。判例時報1477号23頁。

性も指摘されている⁹⁸。この最高裁判決を受けて、婚姻中の夫婦間における子どもの引渡請求は家庭裁判所の管轄となり、家裁による手続に移行して今日に至っている。

なお、前述した一九九三年の最高裁判決の言うように、子どもの引渡請求を認めるか否かの判断基準は子どもの幸福に適うか否か所にある。学界ではその判断基準をより具体的に「子どもの自由意志の有無」及び「子どもの幸福（利益）」の二つの要素を分けて検討をなされている⁹⁹。その中、「子どもの自由意志の有無」について、論者は「…人身保護法に基づく子の引渡請求では、意思能力のない幼児の監護はそれ自体人身保護法および同規則にいう拘束にあたるとされるから、拘束は被拘束者（子）の意思能力が問題とされ、それとの関係で子の自由意思はその許否の前提とされる」と分析し、「判例は一〇歳ぐらいを目途として子の自由意志の存在を認めている」¹⁰⁰傾向を指摘する。

第二目 面接交渉権

明示の規定がなく、民法の学説及び関連する判例の判断によって構築してきた¹⁰¹面接交渉権は、法的性質についてはまた争いがあるが、「…面接交渉は父母を中心に認められているのが実状である」¹⁰²らしい。実務的に、一九六七年八月一四日に下された東京高裁判決¹⁰³と一九八四年七月六日に下された最高裁判決¹⁰⁴はそれぞれ、憲法一三条を面接交渉権

⁹⁸ 野田愛子・前掲書注（95）318～319頁。前掲注（96）26頁。

⁹⁹ 石川稔・前掲書注（87）220頁。

¹⁰⁰ 石川稔・前掲書注（87）220頁。

¹⁰¹ 米沢広一・前掲書注（76）291頁。

¹⁰² 花元彩「面接交渉権の法的性質に関する一考察—アメリカにおける継親子間の訪問権を中心に—」『関西大学法学論集 第52巻第3号』（2002年）147頁。

¹⁰³ 稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」『研究紀要／日本福祉大学 第42号』（1980年）76～77頁。米沢広一・前掲書注（182）291頁。

¹⁰⁴ 棚瀬孝雄は、同決定について「…（面接交渉に関する）明示的な規定がなくとも日本において、面接交渉の要求が少なくとも審判で取り上げられる正当な要求であることを正面から認めたという先例的価値は少なくない」と評する一方、「もっともこうした日本の裁判所の消極姿勢も、日本社会における一般的

の法的根拠とする論述に対し、判断をした。判決のいずれもその論述を支持しない結果とはなったが、憲法一三条から民法に定められていない面接交渉権の憲法的根拠だという推論の可能性が示される。憲法学の学説の中でも、「…面接交渉権を親の側からみた場合、離婚後、親権・監護権を失うことによって、憲法上の権利である親の養教育権が面接交渉権として、残存し顕在化すると考えられる（子どもの側からみれば、親の養教育をうける権利の残存、顕在化とみなしうる）」と述べられ、「…面接交渉権は（子どもの）幸福追求権の一内実をなすと解しうる。…それを全面的に否定するためには、やむにやまれざる否定事由の存在を示すことが必要」になることを説いた者がいる¹⁰⁵。実際に、面接交渉権の法的性質をめぐって多様な民法学的主張がなされている¹⁰⁶中、「面接交渉権は、親の権利ではなく、子の権利であると解する説」があった。

例えば、「……（面接交渉権）は、監護そのものではないが監護に関連する権利というべきであり」¹⁰⁷ながら、「…（面接交渉権の）法的性質としては、親子という身分関係から生ずる自然権的な権利」¹⁰⁸だと唱える者がいる。更に、同氏により「…面接交渉権は子供が客体ではなく、…、子供も一方の権利主体であり、あえて言うならば子供の権利であると考える」¹⁰⁹認識も主張した。また、「…面接交渉権の性質を考える場合、まずなによりも子どもの成長発達にたいする、子ども自身の権利の存在を積極的に確認するところから出発しなければならない」¹¹⁰と説き、「…日常生活をともにしていなくても可能であるような親との交流をもとめる

な面接交渉への無理解と呼応しているのであって、裁判所だけがかたくなな態度を取っているというわけではない」と分析している。棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利（上）—比較法文化的考察」『判例タイムズ No.712』（1990年）4頁。米沢広一・前掲書注（76）291頁。

¹⁰⁵ 米沢広一・前掲書注（76）291～292頁。

¹⁰⁶ 花元彩・前掲論文注（102）181～184頁。

¹⁰⁷ 國府剛「面接交渉権の制限と憲法一三条」中川淳編『家族法審判例の研究』（日本評論社・1971年）148頁。

¹⁰⁸ 國府剛・前掲論文注（107）149頁。

¹⁰⁹ 國府剛・前掲論文注（107）149頁。

¹¹⁰ 稲子宣子・前掲論文注（103）96頁。

子どもの権利こそが面接交渉権の本質」¹¹¹だという見解も見られる。このように、面接交渉権を子どもの主体から捉える場合、やはり「…面接交渉権を子の権利とみる見解にたてば面接交渉の具体的方法は子どもの年令と発達の程度および子のニード（意思）に応じてきめられ、子どもの成長とともにどんどん変化させていくことがむしろ重要である」¹¹²と思われる。

なお、論者により、一九九四年七月に発表した「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案及び試案の説明」と、一九九六年の民法改正要綱の中で示された離婚後の面接交渉に関する改正案を分析し、両者とも「…親の権利として面接交渉をとらえていこうとしている姿勢がうかがえる」¹¹³と示されている。

第三節 社会的身分と子ども

男女の性的結合によって生まれてきた子どもには、アメリカや台湾と同様に、日本においても同男女の法的関係や社会的風習による人倫的対応措置に基づき異なる社会的身分が与えられている。

特に、同男女の一方が「夫婦」という枠組みから逸脱して他の第三者と性交渉を持ち、子どもが生まれてきた場合、父親とされる男性は認知という法的ツールを使う有無のことによって、その子どもは「婚外子」とされる可能性が生じ、社会的身分の区別から生まれる法における差別的処遇は、アメリカや台湾と比べ、やや顕著になっていた（二〇一三年九月に、最高裁大法廷による婚外子法定相続分の判例変更をした¹¹⁴）。その他、「養子」や「人工生殖子」という身分を持つ子どもを巡る法的状況や問題点もここで整理する。

第一項 論点の概要

「養子・特別養子」、「婚外子」及び「人工生殖子」のような異なる身分

¹¹¹ 稲子宣子・前掲論文注（103）98頁。

¹¹² 稲子宣子・前掲論文注（103）112～113頁。

¹¹³ 花元彩・前掲論文注（102）193頁。

¹¹⁴ 最大決平25・9・4民集67-6-1320。

を持つ子どもに対し、憲法一三条及び第一四条一項の規定によって構築される法的枠組みの中で如何に対応してきたのか、またそこから生まれる外延的議論の内容を次の各項目において検討を行う。

第二項 養子・特別養子

現在の日本の養子制度は「…後継ぎや扶養を目的とする成年養子…を前提とした制度」¹¹⁵だと理解されているらしい。その中で、要保護児童も養子縁組の利用を通じて安定する家庭生活を得るために「…一九八七年に、家庭裁判所の審判で成立し、実親子関係を終了させて実親からの取り戻し請求を防ぐとともに、原則として離縁を認めず、養親子関係を安定させるという特別養子制度…を設けた」¹¹⁶のである。

第一目 養子

過去の「家」制度によると、祖先の祭りの承継する者や、自らの所領や耕地の相続人を確保する手段¹¹⁷として、「養子」という仮的親子関係を成立させることが様々な方法によって利用されてきたことが分かる。また、多様な目的で養子縁組が行われたことも多くの研究によって判明された¹¹⁸。

周知のように、日本では昔から「幼い子を養子にする場合には、『わらの上からの養子』といって、いきなり実子として届け出て育てる慣行」¹¹⁹があり、人身売買と絡む「奴隸制養子」¹²⁰もいた。しかし、現行法の下において一五歳未満の子どもが対象となる養子縁組の結成は「法定代理人による承諾」、「家庭裁判所の許可」及び養親となる夫婦両方による「共同縁組の意思」などの要件が課されて、過去の『明治民法』より多

¹¹⁵ 二宮周平・前掲書注(60)192～193頁。

¹¹⁶ 二宮周平・前掲書注(60)193頁。

¹¹⁷ 川島武宜・前掲書注(6)32頁。

¹¹⁸ 内田貴・前掲書注(61)248・251～252頁。

¹¹⁹ 二宮周平・前掲書注(60)192頁。

¹²⁰ その例として。川島武宜が山形県の「ナンキンコゾウ」と「芸娼妓養子」を取上げている。川島武宜・前掲書注(6)40～54頁。

少とも子どもの保護に関心を示したと言える¹²¹。また、「芸娼妓養子」のような「奴隸制養子」の結成も判決によって無効とされている¹²²。従って、戦前と比べて、現行法の養子縁組が子どもの利益に結びつく可能性がより高くなっている¹²³と言えよう。

しかしながら、現行の日本の養子制度が必ずしも子ども（未成年養子）を中核として作り出すものではない¹²⁴。また、現に養子縁組をなされた後の法的効果として、二重の親子関係まで認めることになるのは反って子どもの利益を損なう見解も見られる¹²⁵。その上、養子縁組の離縁は「簡単」であることも問題視されている¹²⁶。

以上のように、現行の養子制度が「法律上も事実上もその基盤が不安定である」¹²⁷ために、「子の幸福（利益）」に真に資するために、更なる改正を必要とすることが分かる。但し、「子の意思」が尊重されることは「子の利益」にもなるという視点に立てば、現行法のように満一五歳以上の子どもが自分の意思に基づいて養子縁組を結べることについて、評価することができよう。問題は〇歳から一五歳までの間に、子どもが意思能力（前節で述べたように、判例の動きを見て、子どもが一〇歳に達すると自由意思の存在が認められるべきだと認識する論者がいる）が形成されていて、自分のために養子縁組という手段にアクセスすることがで

¹²¹ 青山道夫・前掲書注(29) 77頁。

¹²² 内田貴・前掲書注(61) 254頁。

¹²³ 中川淳・前掲書注(12) 185頁。

¹²⁴ 日本の養子となる者の中では成年養子が最も多いと見られている。中川淳は、「…普通養子制度においては、成年養子を認め、真の親子関係を形成するというよりも、むしろ扶養・相続という法律効果を実現することがある。子のための養子法という理念からみれば、このような現象は、率直に好ましいことではない」と説いている。中川淳・前掲書注(12) 147頁。内田貴・前掲書注(61) 249頁。二宮周平・前掲書注(60) 192～197頁。米倉明「〔講演〕特別養子制度について」『特別養子制度の研究〔民法研究第四巻〕』（新青出版・1998年）3頁。

¹²⁵ 後藤平吉・前掲書注(2) 198～199頁。二宮周平・前掲書注(60) 204頁。米倉明・前掲論文注(124) 3～4頁。

¹²⁶ 米倉明・前掲論文注(124) 4頁。

¹²⁷ 久貴忠彦「家族法制」『ジュリスト No.1073』（1995年）117頁。

きないことである¹²⁸。

第二目 特別養子

前述した養子制度を「普通養子制度」と呼ぶとすれば、これと区別して設けられるのは「特別養子制度」である¹²⁹。法的枠組みとして、「特別養子となるべき者は一定の年齢にたっしない幼児にかぎること」、「特別養子はすべての関係において、養親の実子として扱い、戸籍上も実子と記載すること」、及び「養親のがわからの離縁を認めないこと」の三点が盛り込まれていた¹³⁰。後に、「家庭裁判所の審判によって成立する」要件も定められ、現行の制度となった¹³¹。

ところで、このような「特別養子縁組制度」の実施によって、これから要保護性のある子どもの福祉をより徹底的に追求することができるとは言え、既に養子縁組を結成した者が子どもの利益や福祉を考えて、子どもが実親との関係を強制的に終了させ、自分との法的親子関係をより強固なものにする同制度の利用が認められるべきか否かの問題は残る。研究によると、「(特別養子縁組制度) 施行前に普通養子縁組をした夫婦については、普通養子縁組をした当時は、特別養子縁組を相当とする事情があってもこれを選択することが不可能であったのであるから、(特別養子縁組制度) 施行後にさらに特別養子縁組をしようとする場合には、

¹²⁸ 二宮周平・前掲書注(60) 196頁。許斐有『子どもの権利と児童福祉法 社会的子育てシステムを考える』(信山社・2001年) 180頁。

¹²⁹ 中川淳・前掲書注(12) 188頁。

¹³⁰ 中川淳・前掲書注(12) 189頁。

¹³¹ なお、菊田昇医師事件を受けて、米倉明は「…他のタイプの養子制度と並列にせよ、完全養子制度を早急に設けるべきだ」と主張していた。そして、米倉氏が構想する「完全養子制度」の出発点となるのは本来なら捨てられた子どもであるとか、未婚の母が抱えられている子どもを如何に救済する着想であるらしい。中川淳・前掲書注(12) 189頁。二宮周平・前掲書注(60) 206～211頁。内田貴・前掲書注(61) 250～251頁。久貴忠彦・前掲論文注(127) 117～118頁。米倉明『アメリカの家族』(有斐閣・1982年) 172～177頁。米倉明「特別養子制度の成立をどう受け止めるべきか」『特別養子制度の研究[民法研究第四巻]』(新青出版・1998年) 181～230頁。

普通養子縁組を経ずに特別養子縁組をする場合と同様に取り扱うのが、立法の精神に合致する」との立法関係者や政府側の見解がある¹³²。にもかかわらず、裁判例から反映される現状が決して楽観的だと言えないのだろう。

例えば、一九八九年二月一五日に青森家庭裁判所が出された縁組の転換請求を却下する判決においては、子どもが養親と普通養子縁組を結んだ以降、養親からの熱意と愛情を受けて、子どもは「格別の病気もせず健康に成長し現在幼稚園に通園している」ことや、子どもの実母は子どもが養親に引取られてから子どもとの「接触や連絡をしたことは一切なく、…、そのような働き掛けもせずに現在に至っており、…（子ども）が特別養子となることに同意している」ことを確認しながら、最終的には子どもの実母の生活環境や生活態度を一方向的に観照し、「…（実母）について（『民法』八一七条の七）所定の『養子となる者の監護が著しく困難又は不適切であることその他特別の事情がある』というべき事態を推認することはできず、子の利益のためその実親子関係を断絶することを特に必要としてそれが相当であるとは認め難い」¹³³と判断している。同年の八月二三日に名古屋家庭裁判所も同じく縁組の転換請求を扱う事例において次のような判断を下している。すなわち、「…（普通養子である子ども）は、その兄達とともに、現に（養親である父）と（実母）の暖かい庇護の下で、平穏な生活を過ごしている（から）…（養子である子ども）の監護養育が特に困難であるとか、不適當な状況にあるということとはできず、要保護性は認められない」、として、子どもの実父が前科を有し、恐喝未遂罪で服役中であっても、同人は子どもに「働き掛けるとの危惧については具体的な根拠はな」いたため、特別養子にする請求を却下したのである¹³⁴。この問題について初期の判決から伺われる裁判所の消極的な姿勢に対し、「…裁判所は、実親子関係の断絶ということに必要と思われる以上に神経質になっている」と学界からの批判があ

¹³² 床谷文雄「普通養子を特別養子とすることが認められた事例」『民商法雑誌第104巻第1号』（1991年）135頁。

¹³³ 家庭裁判月報41巻11号94～95頁。

¹³⁴ 家庭裁判月報42巻5号93～94頁。

る¹³⁵。

実際、現に、実親による同意の撤回について、「…勝手な、あるいは子の福祉に反するような撤回については、『その他養子となる者の利益を著しく害する事由』（民法817の6ただし書後段）が存在すると認定して、同意なしに縁組を成立させる」裁判例がある¹³⁶他、二〇〇三年一月一四日に妻の婚外子と普通養子縁組をしている夫婦からの特別養子縁組成立の申立を積極的に認める名古屋高等裁判所判決¹³⁷なども見られる。

ところが、子どもの福祉を徹底的に追求しようとする「特別養子制度」に対しては、子ども自身の意思を無視することになるのではないかとの疑問が全くないとは言えない¹³⁸。

第三項 婚外子

一八七三年一月一八日に公布された『太政官布告二一号』¹³⁹以来、日

¹³⁵ 山本正憲「特別養子縁組の要件としての『要保護性』の判断例三件」『民商法雑誌 第104巻第1号』（1991年）149頁。

¹³⁶ なお、子どもが特別養子だとされても、血縁上の父（上告人）から提出した親子関係不存在確認訴訟の訴えの利益は消滅しないとする1995年7月14日に下した最高裁第二小法廷判決がある。この事件の血縁上の父が積極的に子どもを認知しようとするため、2回目の上告も果たした。そして、2回目の最高裁判決が1998年に下されたが、再び原審に差戻され上告人が同親子関係不存在確認訴訟の原告適格に当たるか否かの実体的審査に戻ると見られている。なお、子どもが1987年に出生したため、2回目の最高裁判決が下された時点において、既に11歳となっている。このように考えると、子どもの生活を早く安定させるために、子どもの意思や監護養育の実態も総合的に酌量し、判断すべきではなかろうか。現に、第1次及び第2次の控訴審が子どもの利益を考え、養親との良好な親子関係が認められて上告人の訴えの利益を否定した経緯がある。二宮周平・前掲書注（60）208～209頁。判例時報1541号96～99頁（1回目の上告審判決）。判例時報1652号71～74頁（2回目の上告審判決）。石川恒夫「35 特別養子審判の準再審事由」『別冊ジュリスト No.162 家族法判例百選〔第六版〕』（2002年）72～73頁。

¹³⁷ 家庭裁判月報56巻5号143～148頁。

¹³⁸ 米倉明・前掲論文注（131）201～202頁。

¹³⁹ 松本タミ「非嫡出子の法的地位」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』（有斐閣・1979年）73頁。

本の法制度は概ね「法律婚の徹底」や「家制度における秩序の維持」¹⁴⁰の概念に基づき、婚外子と婚内子の区別が維持してきた¹⁴¹。実務では、かような潮の分かれ目を迎えられるのは、二〇一三年九月に出された最高裁判所の大法廷判決まで待たなければならなかった。

第一目 『民法』旧九〇〇条四号但書と婚外子

法制において婚外子に対する差別の根源は法定相続分を婚内子の二分の一とする『民法』旧九〇〇条四号但書前段の規定（以下、二〇一三年の法改正に伴い、「旧規定」と称す）¹⁴²にあると言っても過言ではなかろう¹⁴³。だが、初期の憲法学においては、疑問視をする論述¹⁴⁴が見られるが、「…（憲法二四条）の婚姻尊重の態度から、嫡出ということが、身分関係にも差違を生じさせるものとして、敢て違憲とはいえないであろう」¹⁴⁵と解されている¹⁴⁶。一九八〇年代に入ってから、婚外子に友好的なムードが立法的動向や裁判所の旧規定に対する判決（主に下級審だが）¹⁴⁷に

¹⁴⁰ なお、松本タミは現行法における区別の合理性を「…親族法上の権利義務を考えると、その発生基礎を生物的父亲関係と法律上の父亲関係とに分けて根拠づけることでそれらを可能にする」という認識に求めているようである。松本タミ・前掲論文注（139）73；85頁。

¹⁴¹ 棟居快行『憲法解釈演習一人権・統治機構一』（信山社・2004年）50頁。

¹⁴² 吉田克己「非嫡出子の相続分規定は合憲か」『別冊ジュリスト No.162 家族法判例百選〔第六版〕』（2002年）114頁。

¹⁴³ 吉田克己・前掲論文注（142）114頁。

¹⁴⁴ 宮澤俊義・前掲書注（26）269～284；432頁。法学協会編・前掲書注（83）350頁。

¹⁴⁵ 橋本公巨・前掲書注（32）174～175頁。法学協会編・前掲書注（83）478頁。橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣・1980年）216～217頁。

¹⁴⁶ 吉田克己・前掲論文注（142）114頁。

¹⁴⁷ 1994年に入り、政府から公表した民法改正要綱試案においては再び婚外子と婚内子の法定相続分の同等を図っている。それを賛成する意見の中には、戸籍上の登載が婚外子への差別を助長する根拠となる見方がある。他方、同じく行政的文書である住民票が1995年3月1日に施行された「住民基本台帳事務処理要綱の一部改正について」という通知によって、住民票において子どもと世帯主の続柄が婚外子か婚内子を問わず、一律に「子」に統一されたことになっている。吉田克己・前掲論文注（142）115頁。『ジュリスト No.630』（1977年）

よって作り上げられ、現在では二〇一三年九月の大法廷判決を受けることもあって学説においては昔のような消極的姿勢は僅かの少数説にしか見られないことになろう¹⁴⁸。

但し、周知のように、旧規定を巡るいくつかの最高裁判所の決定や判決がある。その中から示された憲法的理念が本論のテーマを考える際、重要だと考える。例えば、一九九五年七月五日の最高裁大法廷決定において、補足意見を出した大西勝也裁判官¹⁴⁹は、「社会事情、国民感情等の変化には著しい」こと、「相続及び相続と密接な関連を有する婚姻、親子ないしは家族の形態とこれらの点についての国民の意識は、激しく変化して」いること、及び日本を「取り巻く国際的な環境の変化」などについても指摘し、「…本件規定のみに着眼して論ずれば、その立法理由との関連における合理性は、かなりの程度に疑わしい状態に立ち至ったもの」だという説示は二〇一三年九月の大法廷決定まで貫いていると思われる。そして、中島敏次郎を含む五名の裁判官による反対意見¹⁵⁰は、旧規定について「…出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を越えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められ

102頁。加藤一郎「相続法の改正（上）」『ジュリスト No.721』（1980年）72頁。二宮周平「一九九六年『民法の一部を改正する法律案要綱』とその後の状況」『法律時報78巻11号』（2006年）23頁。判例時報1512号3～10頁。

¹⁴⁸ 例えば、いま憲法学の通説的存在となっている佐藤幸治の『憲法』においては、「…（子どもは）非嫡出子になったことに責任を有さず、その属性を自ら変えることのできない者に、社会的差別観とも結びつきかねない不利益を課すことについては、『厳格な合理性』のテストによって判断されるべきものであり、そのテストによるならば、…（本規定）の合憲性を支持することは難しいのではないかと述べられている。佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院・1995年）480頁。大島佳代子「第6講 法の下での平等」中村睦男編『はじめての憲法学〔第3版〕』（三省堂・2015年）65～70頁。

¹⁴⁹ 判例時報1540号7～8頁。

¹⁵⁰ 前掲注（149）8～10頁。

ず合理的であるということとはできない」ことは最初から子どもに不平等な社会的地位に立たせるべきではないという本論の核心的立場に大いなる影響を与えた。

そして、二〇〇〇年一月二七日の最高裁第一小法廷判決¹⁵¹や、二〇〇三年三月二八日の最高裁第二小法廷判決¹⁵²を経て、二〇〇三年三月三十一日の最高裁第一小法廷判決において、島田仁郎裁判官による補足意見¹⁵³（以下、「島田補足意見」）は多数意見を支持しながら、一九九五年の大法廷決定以降に出された同じ問題に関する補足意見や反対意見を「傾聴すべき」ものだと認識し、旧規定をめぐる判断の正当性について「…社会事情や国民感情などの変遷を踏まえて、絶えず吟味していくことが必要であろう」と述べている。本論から考えれば、子どもの意思表示も含め、社会的状況の変遷に伴い、人民の声を大切し、傾聴すべきだという政府の姿勢がまさにこの島田補足意見が求めるところではないかと考える。最後の二〇〇四年一〇月一四日に出した最高裁第一小法廷判決はやはり一九九五年の大法廷決定の呪縛から解き放たれることはなく従来と同様に合憲的判断を下した¹⁵⁴が、才口千晴裁判官の反対意見は、「…多数意見が引用する大法廷決定後、既に九年以上が経過し、その間、男女の結婚観等も大きく変わり、非嫡出子が増加傾向にあるなど、立法当時存した本件規定による相続差別を正当化する理由となった社会事情や国民感情などは、大きく変動しており、現時点では、もはや失われたのではないかと疑問視するところ、二〇一三年九月の大法廷決定に繋がる一言だと思われる¹⁵⁵。

第二目 児童扶養手当と婚外子

結論を先に言うと、児童扶養手当制度における婚外子の差別問題は

¹⁵¹ 判例時報1707号122～123頁。

¹⁵² 判例時報1820号63～64頁。

¹⁵³ 前掲注（152）64～65頁。

¹⁵⁴ 判時1884号40～41頁。

¹⁵⁵ 前掲注（152）64頁。

一九九八年の政令改正によって解消された¹⁵⁶。しかしながら、改正が行われた前の児童扶養手当制度では婚外子を差別する恐れがあるような規定が設けられ、子どもの自己決定に阻害をもたらされる状況であったのではないかと考えられる故、多少の考察を行う。

問題となった規定は、一九六二年に施行された『児童扶養手当法』¹⁵⁷の四条一項五号による委任を受けた改正前の『児童扶養手当法施行令』の一条の二の三号の(c)の后者に所定した括弧書きの規定(以下、「本件括弧書き」)である。要するに、事実婚を含む婚姻関係から生まれたのではない子どもは、一旦実父に認知されれば児童扶養手当の対象から除外されることが憲法一四条一項と関連して議論を要した。また、認知された後、父からの経済的保障を受けられる保障がどこにもないまま、本件括弧書きで言及した婚外子のグループからまた区別され、不利益を被らせる¹⁵⁸のも疑問を感じたところである。

一九九四年九月二八日に奈良地裁は、「…(児童扶養手当)法が(憲法二五条の規定の趣旨を実現する)目的のもとに、その支給要件を法四条一項(五号の規定に基づいて)、法施行令一条の二でその支給要件を定めた以上、その支給要件が何ら合理的理由がない不当な差別的取扱をするような内容であるときは、当該支給要件を定めた施行令は、裁量の範囲を逸脱したもので、憲法一四条の定める法の下での平等に直ちに違反す

¹⁵⁶ 棟居快行・前掲書注(141)50頁。中野妙子「認知された婚姻外懐胎児童に対する児童扶養手当不支給」『ジュリスト No.1230』(2002年)126頁。

¹⁵⁷ 但し、島崎謙治の研究によると、1961年に制定された手当法の目的は「…『国は、父と生計を同じくしていない児童について児童扶養手当を支給し、児童の福祉の増進を図る』というシンプルなものであった」ことが明らかにされた一方、「母子家庭の生活の安定」及び「母子家庭の自立の促進」という2つの小目的が1985年の改正によって設けられたことも説明された。また、前述した手当法2条1項の内容では、児童扶養手当制度は「…『児童の福祉』が究極目的であることに照応した規定である」と解されている。島崎謙治「第3章 児童手当および児童扶養手当の理念・沿革・課題」国立社会保障・人口問題研究所編『子育て世帯の社会保障』(東京大学出版会・2005年)101～102頁。

¹⁵⁸ 清野幾久子「児童扶養手当施行令と『認知された婚外子』の平等取扱い」『法学教室 No.265』(2002年)134頁。長尾英彦「非嫡出子差別の一側面—児童扶養手当の支給差別と憲法一四条」『中京法学 第30巻第1号』(1995年)11頁。

るというべき」だとして、本件括弧書きについて違憲だという判断を下した¹⁵⁹。同判決に対し、学説においては、「…本判決が『婚姻外の児童をその社会的な地位または身分により経済的関係において明らかに差別する』との結論付けは正確さを欠く」とは言うものの、「非嫡出子＝父認知子と父母事実婚解消子間の差別扱い…は否定できないが、『婚姻外の児童』なるがゆえとする判決の根拠は反論の余地を持つ」¹⁶⁰と見て、本件括弧書きがたとえ違憲・違法ではなくても、やはり手当法自体に問題があるという認識が存する¹⁶¹。この奈良地裁判決を受け、手当法の違憲論を展開する学説がある。要するに、婚外子に実父が現れて認知されると、「…確かに当該児童にとっては、『好ましい事情（事情の好転）』に違いないし、その父により扶養が行われるのが望ましいことは言うまでもない」が、「…特に強制認知のような場合、扶養が確保されるかどうかは甚だ心もとないと言わねばならない」と考えるから、婚外子が認知され「…『事情の好転』に当たるとしても、それはあくまでも『認知された婚外子』のほうが『認知されない婚外子』よりは（一般的に）恵まれていると言えるに止まり、婚外子が認知されたからと言って、それを『父母が法律婚を解消した子〔嫡出子〕』よりも不利に扱うべき根拠は何もないというべき」だと説いた¹⁶²。

最高裁判所は二〇〇二年一月三十一日の第一小法廷判決¹⁶³と同年の二月二二日出した第二小法廷判決を用いて、本件括弧書きを違法とし、手当法自体の違憲性を認めないとの判断を下した。前者の第一小法廷判決では、町田顕裁判官は反対意見を述べ、「（手当）法が世帯の生計維持者としての父のいない児童すべてを支給対象児童とするものではないことは、その文言上からも明らか」であるから、「父母の離婚等その児童の経済状態が悪化する特別の事情のある児童に限って児童扶養手当を支給

¹⁵⁹ 判例地方自治135号78～89頁。

¹⁶⁰ 加藤美穂子「児童扶養手当受給資格喪失処分請求事件」『判例地方自治 144号』（1995年）46～47頁。

¹⁶¹ 加藤美穂子・前掲論文注（160）47頁。

¹⁶² 長尾英彦・前掲論文注（157）10～15頁。

¹⁶³ 判例時報1776号49～53頁。

する(このような)社会保障立法が、憲法に反するものでない」¹⁶⁴と言い、手当法に対する最高裁判所の立場も代言したのではないかと考える。この二つの最高裁判決について、殆どの論者が「…社会的給付を定める政令の一部を、『法の委任の趣旨に反する』として無効とした」ものとして注目すべきだと評している¹⁶⁵。しかし、最高裁は今回の事案に対して憲法判断をしなかったことを疑問視し、むしろ、「一審のように、内閣による政令制定の内容が、法に拘束されている前提の下で、その裁量の限界につき、憲法一四条を基準として、合憲違憲を判断するのが、すじではあるまいか」¹⁶⁶と考える論者もいる。このように考えると、最高裁はなぜ憲法判断を控えたのかという問題に頭を悩ませられる。確かに棟居快行の言うように、今回の事案で最高裁が憲法判断をしなかった理由について「委任の趣旨という観点からのものであったが、『支給対象児童とされた者との均衡』に言及しており、実質的には合理的理由のない婚外子差別にクギを刺したものである」¹⁶⁷と積極的に理解してもいいかもしれないが、最高裁の「…各領域における非嫡出子差別の事例について個別に考察したうえで、現行法制上の非嫡出子差別規定のほとんどは違憲となる」¹⁶⁸という学術的議論には加担したくないという姿勢も伺えよう。

第四項 人工生殖子

本日の生殖補助医療技術は目を見張るほどの発展を成し遂げている¹⁶⁹。所謂神の領域とも思われる部分にまで人間による外力的操作は広

¹⁶⁴ 前掲注(163) 53～54頁。

¹⁶⁵ 中野妙子・前掲論文注(156) 126頁。清野幾久子・前掲論文注(158) 135頁。

¹⁶⁶ 清野幾久子・前掲論文注(158) 135頁。

¹⁶⁷ 棟居快行・前掲書注(141) 53～54頁。

¹⁶⁸ 長尾英彦・前掲論文注(158) 13頁。君塚正臣「非嫡出子の憲法学—非嫡出子差別事例の審査基準論を中心に」『阪大法学 第44巻第2・3号上巻』(1994年) 274頁。

¹⁶⁹ 本山敦「ららら醫學の子—先端科学技術と生命倫理と法」『L & T No.35』(2007年) 11頁。小野幸二「人工生殖における親子関係—代理母出産の親子関係をを中心に」『大東法学 第7巻第1号』(1997年) 2頁。

況に亘り踏み込んでいるのが現状である。

そして、かような方法によって生まれてきた子どもを日本法の枠組みに当てはめようとすると、民法学の視点から子どもをめぐる嫡出の推定や否認の訴、また氏に関する問題など¹⁷⁰が指摘される一方、最も根本的な問題として「…人工生殖子の親子の決定は非常に難しい」¹⁷¹ことだと言われる。一方、人工生殖子であっても、自分の出自に関する真実を知る権利を持つという国際法学や憲法学的観点の登場に伴い、人工授精の精液提供者のプライバシーの保護などに関連する様々な議論も提起されている¹⁷²。

第一目 『日本国憲法』一三条からの接近

子どもの権利条約七条の内容から人工生殖子に対する己の父母を知る権利を如何に保障するかといった問題については、国際法と国内法の相互的連関性を巡る学術的議論とも絡む故、学界でも政府から出した見解でも、消極的であるのは現状である¹⁷³。とは言え、憲法に基づき、当該権利の保障の状況を検証する必要が国際法からの要請や、本論の関心から考えれば、依然にある。その際、憲法学の文脈を探り出すと、【「憲法一三条」、「プライバシーの権利」、「自己情報コントロール権」】（Ａ組）、及び【「憲法二一条」、「知る権利」】（Ｂ組）、と言う二つの理論的グループを析出することができる。

まずＡ組に関する議論に従えば、プライバシーの権利とは、「…個人が、他人（個人、団体あるいは政府）によって（a）自己の諸々の思い、書き物、氏名、肖像、その他のアイデンティティの徴表を取得されまた

¹⁷⁰ 小野幸二・前掲論文注（169）４頁。

¹⁷¹ 小野幸二・前掲論文注（169）４頁。小池隆一「第一章 人工授精の法的側面」小池隆一・田中實・人見康子編『人工授精の諸問題』（慶應義塾大学法学会・1960年）43～44頁。

¹⁷² 小池隆一・前掲論文注（171）29頁。二宮周平「児童扶養手当法施行令合憲判決と婚外子の平等処遇」『判例タイムズ No.918』（1996年）76頁。波多野里望『逐条解説 児童の権利条約〔改訂版〕』（有斐閣・2005年）52頁。

¹⁷³ 喜多明人「子どもの権利条約と教育法制」『教育と医学 第42巻第3号』（1994年）40頁。

は利用されうる、(b) 自己または自己が個人として責任を負う者に関する情報を取得されまたは明かされうる、または(c) 物理的にまたはより巧妙な方法で自己の生活の場および自己の選ぶ活動領域に侵入されうる、程度を決定できる法的に承認された自由または力である」¹⁷⁴。そして、前記の(a)と(c)の内容に対して、自分のアイデンティティと関連する情報をコントロールする権利だ¹⁷⁵、と言い換えられている。かかる認識に基づき、当該権利の憲法的基礎を論者により憲法一三条に求められる¹⁷⁶。よって、「人の出生に関する情報」が自分のアイデンティティと密接に関連して、自分自身の人格的生存とも当然に深く関わると思われるから、憲法一三条によるプライバシーの権利の保護に値する一内容として考えられる。

他方、B組の議論を探れば、人工生殖子の出自を知る権利については次のような理論的組み立てがある。要するに、「…『知る権利』は元来現代国家状況下で保障さるべき表現の自由の姿を表わすものとして意図されたもの」だと認識しながら、「…広義の(「知る権利」)…は…『表現の自由』全般を支える基礎的原理ないし理念ともいうべきものであり、狭義の(「知る権利」)…は積極的情報収集権(これは性質上対公権力との関係でのみ問題となるもので、その意味では政府情報開示請求権といつてよい)に対応するものである」¹⁷⁷、と語られる。その中、子どもの出自に関する情報は個々人による積極的アクセスすることができる情報に属するとも認識される故、A組やB組の学術的議論を通して、人工生殖子である子どもの父母を知る権利がやはり憲法によって保障される仮説があり得る。

但し、例えば人工生殖子が養子とされる場合、養親や精子・卵子提供者のプライバシーの権利との対抗関係によって子どもの父母を知る権利

¹⁷⁴ 佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法論的考察(一)―比較法的検討―」『法学論叢 第86巻第5号』(1970年)12頁。

¹⁷⁵ 佐藤幸治・前掲論文注(174)12頁。

¹⁷⁶ 佐藤幸治・前掲論文注(174)15頁。30～31頁。

¹⁷⁷ 佐藤幸治「プライバシーの権利と知る権利」『法学セミナー No.359』(1984年)20～26頁。

が抑えられるものとなり得る問題点が存する。養親や精子・卵子提供者側によって主張され得るプライバシーの権利は憲法一三条一点にしか求めることができないと考えられることに対し、前述したように、子どもの己の出自を知る権利は憲法一三条だけではなくて憲法二一条の保障とも係わっていることを認めれば、子ども側が享有すべきである憲法上の、しかも恣意的な侵害から守られる法益が養親や精子・卵子提供者より上回っていることを認識すべきであろう¹⁷⁸。

第二目 二〇〇六年九月四日最高裁第二小法廷判決

生殖補助医療をめぐる裁判例の中で取り上げられた医療技術は「非配偶者間人工授精」、「代理出産」及び「凍結精子による死後受精」などがある¹⁷⁹。その中で「死後受精」によって出生した子どもの認知問題を取り扱い、生殖補助医療に対する最高裁の判断が初めて公表されたのが本判決である¹⁸⁰。この事件をめぐる下級審の判断は、早くも学界（特に民法学界）に注目されて、生命倫理や実定法の観点から様々な議論がなされている¹⁸¹。こういう流れを汲んで、最高裁は次のような考え方を打ち出

¹⁷⁸ 深谷松男「無告の子の権利をめぐる一断想―特に子の出自を知る権利について―」『判例タイムズ No.569』（1986年）4頁。佐藤隆夫『現代の子ども―波乱の法的諸問題』（信山社・2007年）8頁。

¹⁷⁹ 本山敦・前掲論文注（169）11～16頁。

¹⁸⁰ 村重慶一「保存された男性の精子を用いて当該男性の死亡後に行われた人工生殖により女性が懐胎し出産した子と当該男性との間における法律上の親子関係の形成の可否」『判例タイムズ No.1245』（2007年）123頁。

¹⁸¹ 注意すべきものとしては、松川正毅「妻が夫の死亡後に夫の冷凍精子を体外受精して出産した子が、死後認知を求めた請求が棄却された事例」『判例時報 1861号』190～197頁。水野紀子「死者の凍結精子を用いた生殖補助医療により誕生した子からの死後認知請求を認めた事例」『判例タイムズ No.1169』（2005年）98～105頁。澤田省三「認知請求控訴事件」『戸籍 第770号』（2005年）41～47頁。家永登「亡夫の凍結精子による出生子の法的地位―高松高裁平成16年7月16日判決を契機として」『専修法学論集 第95号』（2005年）167～185頁。大島梨沙「民事判例研究」『北大法学論集 第56巻第3号』（2005年）109～134頁。本山敦「凍結保存精子による出生―再論」『司法書士 No.391』（2004年）65頁。

した。

要するに、多数意見は今まで発展してきた生殖補助医療技術を単なる自然生殖を補助するものだけではなく、不可能な懐胎も可能にし、現行法においては想定外の状況を作り出せた人知だと認識する。そして、本件と係る「…死後懐胎子については、その父は懐胎前に死亡しているため、親権に関しては、父が死後懐胎子の親権者になり得る余地はなく、扶養等に関しては、死後懐胎子が父から監護、養育、扶養を受けることはあり得ず、相続に関しては、死後懐胎子は父の相続人になり得ないものである。また、代襲相続（についても）…被代襲者である父を相続し得る立場にない死後懐胎子は、父との関係で代襲相続人にもなり得ないというべき」だとしており、現行法に即して、かような想定外の状況に当たる死後授精を受け、生まれてきた人工生殖子が父親との間に何かしらの権利利益も生じていないと判断していた。最終的に最高裁は立法裁量¹⁸²を尊重する姿勢を取って、被上告人である人工生殖子とその母親の控訴を棄却した。

多数意見に対し、補足意見を出した滝井繁男裁判官は、「我が国において戸籍の持つ意味は諸外国の制度にはない独特のものがあり、子にとって戸籍の父欄が空欄のままであることの社会的不利益は決して小さくはないし、子が出自を知ることへの配慮も必要であること」、と述べるところが重要だと考えられる¹⁸³。また、同じく補足意見を出した今井功裁判官が説く「死後懐胎子には、その出生について何らの責任はなく、自然懐胎子と同様に個人として尊重されるべき権利を有していることは疑いがなく、法の不備を理由として不利益を与えることがあってはならない」、という言葉も注目すべきである¹⁸⁴。

確かに、学界では死後生殖によって出生した人工生殖子と従来の婚外子保護の認識を混同しないようにと提唱する見解がある¹⁸⁵。しかしなが

¹⁸² 最高裁民事判例集60巻7号3～5頁。

¹⁸³ 前掲注(182) 5～8頁。

¹⁸⁴ 前掲注(182) 8～12頁。村重慶一「死後懐胎子の法的地位」『戸籍時報 No.603』（日本加除出版・2006年）30～31頁。

¹⁸⁵ 松川正毅「男性死亡後に保存精子を用いた人工生殖によって生まれた子の

ら、たとえ民法学における子どもの利益を保護する視点から本件の人工生殖子の救済を図ることがいささか無理であるとしても、一人間として人工生殖子である子どもは当然憲法によって保障される基本的人権の享有主体であるから、憲法学の議論¹⁸⁶ではこのような問題を決して見逃すことはできないと考える。

第四節 医療行為・家庭内暴力と子ども

様々な形で起こった子どもの虐待の事例には、「ある母親が自分の子どもに対して、生まれてから四歳半に至るまでに何と二五回にもわたる入退院を繰り返させ、その母親の詐病……が疑われた事例がある」¹⁸⁷（所謂「代理によるミュンヒハウゼン症候群」の児童虐待）一方、「…たとえば治療方針の決定に当たっては、親への情報提供は不可欠であるとともに、複数の治療選択肢を決定する親の位置は、特に子どもの年齢が下がれば下がるほど決定的である。つまり（親による）虐待－非虐待は、ある程度は連続的なものでしかありえない」¹⁸⁸、という認識も示されている。すなわち、医療行為における親対子どもの権力的構図が度々親による家庭内での子どもの虐待（ネグレクト）を助長することになりかねないといえることができる。

第一項 論点の概要

前述した問題意識に新たに「公権力の介入」を加えて考える場合、【「子ども」・「親」・「医療行為」・「公権力」】及び【「子ども」・「親か第三者である大人による（家庭内外の）虐待」・「公権力」】の二つのカテゴリーを設けることができる。

まず、前者のカテゴリーと関わる「医療行為」には前節で検討を行っ

親子関係』『ジュリスト No.1332』（2007年）90頁。

¹⁸⁶ 松川正毅・前掲論文注（185）90頁。

¹⁸⁷ 2000年11月15日宮崎家裁都城支部審判承認『家庭裁判月報54巻4号』74～95頁。川田昇「代理によるミュンヒハウゼン症候群と児童虐待（入所承認）」『民商法雑誌 第128巻第3号』（2003年）399～403頁。大江洋『関係の権利論 子どもの権利から権利の再構成へ』（勁草書房・2004年）（まえがき）ii 頁。

¹⁸⁸ 大江洋・前掲書注（187）（まえがき）iii 頁。

た生殖補助医療以外に、臓器提供や安楽死などの問題も含まれる故、焦点を逸らさないために、敢えて二つのキーワードに絞る。一つは「輸血拒否」で、もう一つは「中絶」である。

一方、後者のカテゴリーについて、周知のように二〇〇〇年に成立した『児童虐待防止法』は一つの契機とされ、公権力に子どもを虐待の状況からより積極的に救い出せる法的根拠を与えた。しかし、『民法』八二〇条を持って、親か親権を持つ大人が子どもに対して行う「行き過ぎたしつけ」について、甘く受け止められる慣性がある¹⁸⁹故、公権力の発動の歯止めとなる場合も少なくはない¹⁹⁰。こうして、問題を徹底的に解決するために「オール・オア・ナーシング」の発想から、如何に各主体の間に存在する「関係性」を修復させるかという視点に転換して検討を行いたい。

第二項 医療行為

日本における「医療」と「法（法制や法学）」の接点は、戦前の一八七四年に当時の文部省を主管として『医制』を公布したところまで遡及することができる¹⁹¹。そして、戦前の「臣民（患者）の権利という観念は存在しなかった」¹⁹²、というイメージに対して、戦後の一九六九年に医事法学会が設立されたことが象徴するように医事法学のあり方が活発に問い直されている¹⁹³。その背後にある理由はいくつか掲げられているが、個々人への人権意識の学問の領域問わず広範にわたる浸透、医療現

¹⁸⁹ 例えば、『児童虐待防止法』を制定しようとする議員たちの動きに、児童虐待対策の主務官庁である旧厚生省は「虐待防止を促す各種通達をすでに出しており、児童福祉法など現行法令を積極的に活用すれば事足りる」、と言い、抵抗した経緯があった。読売新聞政治部『法律はこうして生まれた ドキュメント立法国家』（中央公論新社・2003年）55頁。

¹⁹⁰ 2006年9月27日の北海道新聞（日刊）の記事では、「…昨年（2005年）一年間に摘発された児童虐待死事件三十七件のうち、警察が事前に虐待を把握していたのはわずか二事件だった」、と報じている。

¹⁹¹ 植木哲『医療の法律学〔第3版〕』（有斐閣・2007年）1頁。

¹⁹² 植木哲・前掲書注（191）4頁。

¹⁹³ 植木哲・前掲書注（191）6頁。

場でも個人としての尊重を図ることへの重視、そして患者の権利を論じるときに憲法上の自己決定権の論理に辿り着くことなどが特に重要だと考えられる¹⁹⁴。

しかしながら、かような医事法の発展を憲法学における「自己決定権」の議論と直結させることについて少々躊躇うことも感じている。何故なら、日本国憲法の基本的人権の体系の中では、「自己決定権」の定立については未だになっても議論を要する所だからである¹⁹⁵。ところが、医療の領域では基本的考え方として、パターンリズムから患者の自己決定へ転換する確かな動きがある故、「自己決定」という概念が少なくとも医事法の分野において一定の働きを成していると認識しても過言ではなかろう。

第一目 「輸血」と子ども

子どもの体に対する医学的侵襲の一形式としての「輸血」を巡る問題を検討する前、その行為を行う主体である医師の方が如何なる責務を負うかをまず検討する。

一、医師の注意・説明・告知義務やインフォームド・コンセントの法理

一九六一年の「東大輸血梅毒事件」¹⁹⁶を契機にして、「医師の一般的注

¹⁹⁴ 植木哲・前掲書注(191) 7頁。樋口範雄「第一章 医行為の再検討 I『医行為』概念の再検討」『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂・2007年）2頁。手嶋豊『医事法入門』〔第2版〕（有斐閣・2008年）2～4頁。

¹⁹⁵ 憲法学の文脈に沿って、自己決定権を考える場合、もっとも難解とされる問題の中で自己決定権の論理を用いて個々人が自分の生命やカラダを自由に処分することも認められるべきであろうかという疑問が存する。よく取り上げられる例として、個人に「自殺をする権利」を認めるべきか否かの問題がある。佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣・2002年）140～143頁。

¹⁹⁶ 第一審は1955年4月22日の東京地裁判決で、控訴審は1956年9月17日の東京高裁判決である。それぞれを下級裁判所民事裁判例集6巻4号784頁、及び判例時報88号3頁以降参照すること。最高裁判決について判例時報251号7～9頁に所収。平野哲郎「11 東大梅毒輸血事件の不安感説による再検討」『医事

意義務」はその業務の性質から強く求められることになった¹⁹⁷。更に、医療慣行によって注意義務が排除され得ないとする見解も、一九九六年一月二三日に下された腰椎麻酔薬の能書の使用上の注意と医療慣行をめぐり最高裁判決において確認されている¹⁹⁸。

この医師による説明・告知の義務はいくつかの判決¹⁹⁹を経て、実務的に確立されていると言えよう。そして、それを支える法理について、諸判例の中から析出され得るのが、一つは「診療契約」の法理²⁰⁰であり、もう一つは「人格権」の一内容となる「患者の意思決定をする権利」の法理だと考えられている。そして、本論との係わりで、特に後者の法理を注目したい。要するに、やや短絡的に言えば、患者の「自己決定権」を保障するために、医師の説明義務が要求されている²⁰¹と言えよう²⁰²。しかし、「これら判決において認定しようとしたのは、知る権利や、医師患者関係における決定環境の保障ではないか」²⁰³、と見る者がいる故、実

法の方法と課題—植木哲先生還暦記念』(信山社・2004年)197頁。浦川道太郎「80 東大輸血梅毒事件」『別冊ジュリスト183号 医事法判例百選』(有斐閣・2006年)178頁。

¹⁹⁷ 判例時報251号8頁。

¹⁹⁸ 手嶋豊・前掲書注(194)164頁。浦川道太郎・前掲論文注(196)179頁。

¹⁹⁹ 新美育美「1 頭蓋骨陥没骨折開頭手術と説明義務」『別冊ジュリスト140号 医療過誤判例百選(第二版)』(有斐閣・1996年)10頁。潮見佳男「44 輸血拒否」『別冊ジュリスト183号 医事法判例百選』(有斐閣・2006年)96頁。最高裁判所民事判例集55巻6号1159頁。林道晴「医師の説明義務と患者の自己決定権—胎児(逆子)の経膈分娩に関する医師の説明義務違反を認めた最高裁判決(最一小判平成17年9月8日)を素材として」『ジュリスト No.1323』(2006年)126頁。家永登『子どもの治療決定権—キリック判決とその後』(日本評論社・2007年)108頁。最高裁判所民事判例集54巻2号582～587頁。判例時報1011号54～56頁。判例時報1912号16～19頁。判例時報1951号59～63頁。

²⁰⁰ 植木哲・前掲書注(191)328頁。林道晴・前掲論文注(199)127頁。

²⁰¹ 林道晴・前掲論文注(199)127頁。土屋裕子「Ⅱ 医療訴訟にみる患者の自己決定権論—最高裁平成17年9月8日判決を契機に」樋口範雄・岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』(弘文堂・2007年)347頁。

²⁰² 林道晴・前掲論文注(199)127頁。加藤久雄『医事刑法入門』(東京法令出版・1996年)31頁。

²⁰³ 畑中綾子「Ⅲ 医師の説明義務違反における損害論—義務違反と結果との

は所謂「インフォームド・コンセント」の法理への注目も要する²⁰⁴。

日本弁護士連合会が一九九二年に公表した「患者の権利の確立に関する宣言」という文書の中では、「インフォームド・コンセントとは、患者が自己の病状、医療行為の目的、方法、危険性、代替的治療法等につき、正しい説明を受けた理解した上で、自主的に選択、同意、拒否できる原則である」、と説明している²⁰⁵。この「インフォームド・コンセント」法理を認める必要性を担保する法的根拠はまた議論を要するところだが、憲法一三条に求められる²⁰⁶。但し、この医療現場における手続的正義（患者の自己決定権）は決して無制限なものではなく、公共の福祉の外に、「医師の医療上の裁量（パターンリズム、説得義務、癌の告知）」及び「医療者の倫理的統合性」とも対峙している²⁰⁷。また、「自己決定の尊重によってすべてが解決するわけではない」²⁰⁸、という言葉のように、患者が子どもである場合、問題がより複雑に見えてくる。

二、親による「輸血」の拒否

因果関係を否定した事例をめぐって」樋口範雄・岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』（弘文堂・2007年）367頁。

²⁰⁴ 塚本泰司「インフォームド・コンセント法理・再考」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理—唄孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』（信山社・2004年）347頁。

²⁰⁵ 塚本泰司・前掲論文注（204）348頁。

²⁰⁶ 山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社・1987年）342～343頁。加藤久雄『医事刑法入門』（東京法令出版・1996年）31頁。

²⁰⁷ 塚本泰司・前掲論文注（204）349頁。

²⁰⁸ また、「医師の説明義務違反や患者の自己決定権侵害は、近年の医療過誤訴訟の中で、数多く主張される論点」となり、「…特に注目されるのは（医師の）説明義務違反と結果との因果関係がないとしながらも、医師の責任が認められる場合である」、と示しながら、「…行為と結果との因果関係が否定される場合にも、行為者の責任が認められるとすれば、それは詰まるところ、結果が悪ければすべて責任ありということではないかとの批判にさらされる可能性がある」、と危惧している論者もこの言葉に共感を覚えるのではなかろうか。畑中綾子・前掲論文注（203）348～349頁。小山剛「Ⅲ 憲法上の枠組み」小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法』（尚学社・2008年）62頁。

一例として、親による拒否の問題である。論者の調査によれば、「アメリカなどでは輸血拒否事件やその裁判例は数多くあるが、(日本)ではそれほど多くあるわけではない」²⁰⁹らしい。その中で、注目される事例は一九八五年六月に起きた川崎事件がある²¹⁰。この事件は、二年間に亘る調査を経たが結局「両親の保護責任者遺棄致死罪の成否を検討した警察が、輸血拒否と死因との間に因果関係は認められないという鑑定書などをもとに(親の)刑事責任を問わないことに決定した」²¹¹。本件を契機にして検討すべき法的論点としては「子どもの死に関して親の責任があるか」(A問)及び「何とか別の措置をとって子どもの生命を救うための最善の処置をとることを法律は認めていないのか」(B問)という問題が生じる。B問については、当時の『児童福祉法』の働きによって他の手段もとりのえたのではないかと示す論者がいる²¹²が、本論との関係で、主にA問を検討する。

A問をより簡単な言葉で述べると、本件のような「子どもに輸血の必要な場合、親が決定できるか」、と言い換えられよう。この点について、本論は子どもにも自己決定権を享有する²¹³前提的認識に立ち、「まず、子が輸血の何たるか(プラスと血清肝炎などのマイナス)を知ったうえでこれを明確に拒否するのであれば、未成年者であっても、意思を尊重すべきであろう。また、本人が輸血の何たるかを知り、これを望むのであれば、親は、親権者の立場からであっても、自己の信仰を理由として、拒否することはできない」²¹⁴、という理解に賛意を示したい。しかし、「…(医学的)侵襲・リスクの少ない治療・処置については、高年齢未成年

²⁰⁹ 石原明『法と生命倫理20講〔第4版〕』(日本評論社・2004年)157頁。

²¹⁰ 石原明・前掲書注(209)157頁。樋口範雄『親子と法—日米比較の試み』(弘文堂・1988年)152頁。

²¹¹ 樋口範雄・前掲書注(210)152頁。

²¹² 樋口範雄・前掲書注(210)158頁。石川稔「家族法のなかの子ども—子どものための家族法とは」『ジュリスト増刊総合特集No.43 子どもの人権』(有斐閣・1986年)147頁。

²¹³ 山田卓生「子どもと自己決定—病気・医療・出産をめぐる」『自由と正義38巻6号』(1987年)17頁。

²¹⁴ 山田卓生・前掲論文注(213)19頁。

者の単独同意も許されるとする反面、心臓手術に代表される重大的な侵襲的治療・リスクの大きい治療・処置などについては、高年齢未成年者であっても成年に達するまでは、親権者の承諾がむしろ不可欠という方向に、判決も学説も動いていることが窺われる」²¹⁵、との分析も確かに注意しなければならない。

ところで、いずれの主張においても子どもの意思による同意を完全に無視することを説くわけではないため、川崎事件のように子どもが病院に運ばれてきた時から既に意識不明の状態に陥った場合、或いは子どもが幼すぎて輸血がどのようなものであるかが理解できない場合、親が自分の信仰に基づいて子どもに対する輸血を拒否することができるかという問題が依然として残されている。この問題に対する学説的議論を見ても定かではない²¹⁶故、前記のA問については学説においては決して明確な解答を用意できない²¹⁷ことになる。すなわち、親の責任はその判断によって如何なる結果を招来したかのことに伴い、評価されることになるという意味。他方、より重要なのは、子どもの成熟度か物事に対する理解力や承諾能力の有無を誰が判断すべきかということである。この問題について、「…医師と親だけの密室で処理されることは問題であろう」²¹⁸、という危惧に注意しながら、アメリカのように裁判所という第三者が介入し「判断するシステムが必要」²¹⁹だという提言に傾聴すべきであろうと考える²²⁰。

²¹⁵ 畔柳達雄『医療事故と司法判断』（判例タイムズ社・2002年）138頁。

²¹⁶ 手嶋豊・前掲書注（194）229頁。山田卓生・前掲論文注（213）19頁。

²¹⁷ 樋口範雄・前掲書注（210）157頁。

²¹⁸ 石井美智子「第6章 医事法と家族」利谷信義編『現代家族法学』（法律文化社・1999年）216頁。

²¹⁹ 石井美智子・前掲論文注（218）216頁。

²²⁰ また、家永登による研究の中でも「未成年者の医療に関する自己決定権（とくに治療同意権）が認められるのは、実はそれが社会の側にとっても便宜である場合であり、治療拒否権が認められるのは、当該治療を受けようと拒否しようと未成年者の生命に危険が及ばず、回復不可能な損害も生じない場合に限られる。この範囲内であれば、判断能力の成熟した未成年者に自己決定権を認めることに異論はないであろう」、とされており、日本法による対応のたてまえ

第二目 女児・胎児・中絶

一九一一年二月八日の大審院判決²²¹を受け、従来の学説や判例は堕胎を、「①胎児を母体内で殺害する行為、または②自然の分娩期に先立って胎児を人工的に母体から分離・排出する行為」²²²、と理解している。

このような堕胎行為を「人工妊娠中絶」として理解することができるのであれば、その件数は論者の調査によると「…一九六五年に八四万件余、一九七五年六七万件余、一九八五年五五万件余と減少してきているが、一九九五年でも三四万件余報告されている」²²³、とのことである。そして、「厚生労働省によると、国内の人工妊娠中絶は年間三〇万件を超える」²²⁴、との報告もあるから、現在（二〇〇八年）に至って、日本国内で毎年実施された人工妊娠中絶の件数が三〇万件に止まることを見ても差し支えないことになろう。

一、法的枠組みとその問題点

刑法には「堕胎行為」について、いくつかの処罰規定²²⁵が、「はじめの三つはいずれも妊婦自身の意思に基づいて中絶する点で共通しているので、これをまとめて『同意堕胎』と呼ぶのが通例」²²⁶とされている。これほどの処罰規定が定められたら、通常は前記のような膨大な中絶件数の結果を招来することがあり得ない²²⁷と思われるが、『母体保護法』の存

がより明確に示されている。家永登・前掲書注（199）114頁。小山剛・前掲論文注（208）75頁。樋口範雄・前掲書注（210）158～159頁。

²²¹ 大審院刑事判決録17輯29巻2184頁。

²²² 川口浩一「39 堕胎・遺棄致死事件」『別冊ジュリスト183号 医事法判例百選』（有斐閣・2006年）84頁。

²²³ 石井美智子・前掲論文注（218）206頁。

²²⁴ 佐藤隆夫・前掲書注（178）94頁。

²²⁵ 妊婦自らが行う自己堕胎罪（『刑法』212条）、妊婦の同意を得て第三者が行う同意堕胎罪（同213条）、医師や助産士などによる業務上同意堕胎罪（同214条）、及び妊婦の同意を得ないで行う不同意堕胎罪（同215条）などである。

²²⁶ 石原明『法と生命倫理20講 〔第4版〕』（日本評論社・2004年）29頁。

²²⁷ 甲斐克則は、現行の『刑法』では「一定の条件下での妊娠中絶許容規定はなく、せいぜい母体が危険にさらされた場合に刑法三七条一項の緊急避難が考慮されるのみであった」、と述べている。また三輪和恵の言うように「過去にも現在

在こそが鍵である。

一九九六年に旧『優生保護法』の改正によって成立した『母体保護法』一四条の規定に基づいて医師会の指定を得ている医師は、次の場合には本人及び配偶者の同意を得て合法的に人工妊娠中絶を行うことができるとした。要するに、①妊娠の継続または分娩が、身体的または経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるとき、②暴行や脅迫などによって拒絶することができない間に姦淫されて妊娠したとき、である²²⁸。この『母体保護法』は、一九四八年に制定された旧『優生保護法』によって定められている「中絶を合法的に受けられる抜け道」²²⁹を承継し、「唯一評価されるべきは、優生学的思想の表現である項目を削除したところだけで、あとは以前の法律からなんら改善されていなかった」²³⁰、とされる故に日本は現在でも「中絶天国」²³¹というマイナス的イメージから脱出することができないのだろう。

ところが、『母体保護法』の原型となる一九四〇年に制定された『国民優生法』²³²の誕生以来、日本において中絶を反対する動きがないとは言えない。神道系の宗教団体である生長の家はその一例である。しかしながら、論者の研究により、「…二次にわたる生長の家の中絶禁止キャンペーンは、いずれの場合もちょうど高揚期を迎えていたウーマン・リブ運動の女たちや、脳性マヒ者の組織である青い芝の会を中心とした障害

にも、日本でも世界各地でも、中絶を法律で禁止して厳罰に処し、また医療者から技術を奪っても、望まない妊娠をした女性たちはあらゆる方法で妊娠の中絶を実行していることが歴史に明らかである」ため、この問題は全人類が共に考えるべきものと認識する必要がある。甲斐克則「第４章 刑法と母体保護法—日本法の解釈をめぐる—」齋藤有紀子編『母体保護法とわたしたち—中絶・多胎減数・不妊手術をめぐる制度と社会—』（明石書店・2006年）80頁。三輪和恵「第13章 人工妊娠中絶と女性の自己決定権—女性の身体のための選択権をめぐる—」齋藤有紀子編『母体保護法とわたしたち—中絶・多胎減数・不妊手術をめぐる制度と社会—』（明石書店・2006年）215頁。

²²⁸ 石原明・前掲書注（226）30頁。

²²⁹ 緒方房子『アメリカの中絶問題—出口なき論争』（明石書店・2006年）336頁。

²³⁰ 緒方房子・前掲書注（229）338頁。

²³¹ 石原明・前掲書注（226）31頁。

²³² 甲斐克則・前掲論文注（227）80頁。

者運動、医学界、家族計画団体などからの強い反対を受け、結局目的を達することはできなかった²³³、ことが明らかにされている。そして、その過程において、「経済的理由の削除に反対し優生保健法の下での中絶の自由という既得権を守ろうとした女たち（一九四九年に経済的理由で中絶の合法性を認める条項が旧『優生保健法』に設けた²³⁴）と、経済的理由に代わって導入がはかられた胎児の障害を理由に中絶を認める『胎児条項』に反対し、優生保健法が体现する差別思想を告発した障害者運動（この「胎児条項」が一九九六年の改正によって削除された²³⁵）との間で、女の中絶を選ぶ権利と障害者の生きる権利とをそれぞれどう考えるのかをめぐって、意見の食い違いや対立が起きた²³⁶、と指摘され、「…アメリカの中絶論争とはまた異なる日本独自の中絶合法化の構図から浮上した思想的、運動的課題として、その後も完全な解決を見ることなく現在に至るまで尾を引いている」²³⁷、と認識されている。

他方、『母体保護法』によって、現在では人工妊娠中絶が殆ど合法化されている中²³⁸、「…母体保護法は、未成年者の妊娠中絶について特別に定めてはいない」ため、子ども（女兒）の保護に欠けるのではないかと指摘する声があり、中絶のように重要な決定に際し、子どもの未熟さを誰が補うのがよいのか²³⁹、との問題が提起されている。

二、憲法学による検討

²³³ 荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会』（岩波書店・2001年）272頁。

²³⁴ 緒方房子・前掲書注（229）336頁。

²³⁵ 緒方房子・前掲書注（229）338～339頁。

²³⁶ 荻野美穂・前掲書注（233）272～273頁。

²³⁷ 荻野美穂・前掲書注（233）273頁。

²³⁸ また、小林直三は『母体保護法』に設けられる配偶者の同意条項について「…米国連邦最高裁があくまで違憲判断を下し続けていたことと比較して対称的であり、かつ重要な齟齬である」、と指摘している。小林直三「妊娠中絶の自由の本質とその限界—米国連邦最高裁判例を素材として—」『関西大学法学論集第52巻第1号』（2002年）119頁。佐藤隆夫・前掲書注（178）75頁。石井美智子・前掲論文注（218）209頁。

²³⁹ 小林直三・前掲論文注（238）209頁。

女性が自由に中絶にアクセスすることができる現状には法的枠組みの問題もあると考えられるが、その背景にある権利論²⁴⁰の中身を探ると、女性のプライバシーの権利（自己決定権）と対立的に胎児の生命権や生存権（もっとも、「…胎児…のもつ身体的・人格的利益については、尊重するに値する保護客体としてとらえることは可能であるが、それを人権主体としてとられてよいかどうかは議論の余地がある」²⁴¹、と考える論者が少なくはないのだろう）を論じることがある²⁴²。かような議論の構図自体は、成立するかどうかは別として、「この両者は対立するものではあるが、…われわれは法と生命倫理の観点からその調和の道を模索しなければならない」²⁴³、という提言に附合する前提に立ち、本論の主軸である憲法学の観点から、その両者の調和なる道を考察したい。

家族の自律を尊重する観点から、国家は不当に家族内部の問題に介入していけないという憲法学的認識に立ち、「家族の保護」を論じる際、「…憲法一三条、二四条を家族の脈絡に即して解釈することによってなしうる」²⁴⁴、と考えられている。要するに、憲法二四条一項や一三条は、家族の形成・維持に関する自由を保障することにより、「…家族に関する個人の自由（妊娠・出産の自由、堕胎の自由等）」²⁴⁵をも保障することだという認識である。無論、別の論者から、「生殖や性的関係における自己決定権は憲法一三条の射程内に含まれるかはよく議論されるが、…この議論をしなくとも、そのような権利の大部分は二四条により憲法上保障

²⁴⁰ 佐藤隆夫・前掲書注（178）77～78頁。石原明・前掲書注（226）30頁。

²⁴¹ 内野正幸「自己決定権と平等」『岩波講座 現代の法14』（岩波書店・1998年）14頁。

²⁴² もっとも、このような問題の設定について三輪和恵は、「その結論を出すのは、その問題を設定している人間であるということである。したがって結論はその問題を設定した者によってどちらにでも導くことが可能である。故に、どちらかの自分が導き出した結論を他者に押しつけることは許されない」、と言いながら、「胎児の権利や胎児の生命尊重を論ずることは中絶の核心とは別の問題である」、と主張している。三輪和恵・前掲論文注（227）216頁。

²⁴³ 石原明・前掲書注（178）32頁。

²⁴⁴ 米沢広一・前掲書注（76）274頁。

²⁴⁵ 米沢広一・前掲書注（76）274～277頁。

されるだけのこととなる」²⁴⁶、という見解や、「家族形成・維持に関わる自己決定権やリプロダクションに関わる自己決定権は、むしろ二四条の問題として扱った方が適切である」²⁴⁷、という主張も存在する。

このように、憲法学に限って考えてみると、女性に専属する堕胎(中絶)の自由には憲法的根拠がないわけではなく、現行法の設定は正しくこのような女性の憲法上の権利を支える仕組みとなっている²⁴⁸。従って、日本法の枠組みによって女性の生殖の権利が保障されているという「錯覚」を与えてしまっても、ある意味では仕方がないかもしれない。だからこそ、「女性が子供を産むか産まないかという『生殖の選択権』を個人のプライバシーの権利とする概念も、日本では希薄だ」²⁴⁹、という指摘をかねて厳しく受け止めなければならない。一方、胎児の生命権について真正面から論じた論者は、「…受精した段階で受精卵を以て人の出発点とみなすと考える説」に附合しながら、受精卵の段階では表現の自由、信仰の自由、人格権或いは財産権を認められないが、「…胎児の享有する人権で問題となるのは、生命権と人間の尊厳だということ」になる²⁵⁰と述べている。しかしながら、同論者は、「妊娠中絶の場合も、仮に胎児に生命権が保障されるとして、その生命権の侵害は絶対に許されないか」というと、そうではない」と否定し、「…強姦による妊娠など、一定の条件のもとでは許され」る²⁵¹、という見解も示している。

なお、女兒についても「堕胎の自由」が保障されるか否かの問題は憲法学の文脈において決して明確に意識されているとは言えないが、「堕胎の自由」を女性一個人が享有する自己決定権の内容の一つであると捉

²⁴⁶ 君塚正臣・前掲論文注(11) 30頁。

²⁴⁷ 君塚正臣・前掲論文注(11) 31頁。

²⁴⁸ なお、そもそも論として、小林直三は「…妊娠中絶の自由に対して憲法が語っていることは、あったとしてもおそらくはほんの僅か(例えば配偶者の同意要件の合憲性)であり、それ自身から議論するには、自ずから限界があったのではないか」、と述べている。小林直三・前掲論文注(238) 120頁。

²⁴⁹ 緒方房子・前掲書注(229) 335頁。

²⁵⁰ 戸波江二「1 胎児の人権、死者の人権—人はいつからいつまで、人権を享有するか」『生命と法』(成文堂・2005年) 12～18頁。

²⁵¹ 戸波江二・前掲論文注(250) 19頁。

えられていることから、「…意思決定能力の不十分な人については自己決定権の主体に含めるべき」²⁵²だという見解がある。そして、女兒に対し「墮胎の自由」に制限を加えようとする場合には、「未成年者の判断力、選択力、抵抗力等を高く見積もって、その自律に委ねる」べきである²⁵³とする見解も存在するため、憲法学的文脈における議論は慎重に検討しなければならないであろう。

最後に、一筆を付け加えると、宗教学の観点からのアプローチが興味深い。すなわち、日本における「水子」の信仰と庶民の間に存在する「間引き」という慣行に注目し、日本における中絶問題を考察した末、中絶をめぐる日本の取り扱い方は社会という共同体を引き裂くほど破壊的ではなく、共同体に配慮しつつ寛容的アプローチに高い評価を与える²⁵⁴見解がある。これは、反面解釈をとれば、中絶という社会的議論は、「個人」や「権利」という概念に依拠し、問題を解こうとすることの難しさや限界が示されたことになるかもしれない。その中「中絶は権利ではなくて、ただ『犯罪ではない』というだけである」との考え方は維持されなければならない²⁵⁵、という主張に附合しながら、「中絶自由化であったり、または逆の規制強化であったりするならば、そのいずれにも賛成しかねる」²⁵⁶、との立場を改めて本論から提示したい。

第三項 子どもの虐待

鎌倉時代には、「子に対する親の絶対性を容認し、不孝の子に対する義絶は、親の自由意志に任された」ことを「家長権・親権」として幕府によって保護された傾向が最も著しいと言われる²⁵⁷。江戸時代の法制も見ると「親が子をなぐったり座敷牢に押し込めたりする懲戒は自由であ

²⁵² 内野正幸・前掲論文注（250）13頁。

²⁵³ 芹沢斉「未成年者の人権—青少年の成熟度との関連で—」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣・1993年）245頁。

²⁵⁴ ウィリアム・Ｒ・ラフルーア著・森下直貴・遠藤幸英・清水邦彦・塚原久美訳『水子—〈中絶〉をめぐる日本文化の底流』（青木書店・2006年）282～283頁。

²⁵⁵ 石原明・前掲書注（209）35頁。

²⁵⁶ 石原明・前掲書注（209）36頁。

²⁵⁷ 福原猛市郎・前掲書注（1）77～83頁。

り、懲戒の結果死にいたるも親は処罰されない」²⁵⁸ ことになっている。近代日本の社会に至り、多様な議論により法における親子関係の構図にも変化がもたらされている中、親権を巡り、子どもの監護には社会国家的任務だと考えられる「親権の後見性理論」や義務の側面から検討される「親の義務説」がそれぞれ登場する²⁵⁹。

現行の『民法』八二二条では親の子どもに対する懲戒権を認めている。しかも、後述するように、『民法』は親権を喪失させる制度を持っているにもかかわらず、同制度を発動させる判断にあたって「法理上つねに親権に服する子の福祉ないし利益が基準とされて、その親権者を排して子を他の保護に委ねることが、その子のためであるか否かが考慮されなければならない」²⁶⁰ という慎重論が通説となり、「家庭裁判所では、カウンセリングを重視し、この問題が親子ないし家族の幸福にどう影響するかについての慎重かつ生きた判断からの審判が下されるべき」だ²⁶¹ という見解も多数占めている。よって、子どもの権利論が日本では生成されつつあるにもかかわらず、親の優位が現代に至っても依然として維持されていることが理解し得よう。このような状況の中で、論者の言うよう

²⁵⁸ 福原猛市郎・前掲書注(1)167頁。

²⁵⁹ なお、子どもの福祉政策の領域から子どもには「生存の権利」と「より能く生活する権利」をもっている「児童権」という思想があり、そして、これらの権利をまず親に向かって要求すべきだと主張される。佐藤隆夫『親権の判例総合解説』(信山社・2004年)5～7頁。古川孝順『子どもの権利』(有斐閣・1982年)244～245頁。

²⁶⁰ 佐藤隆夫・前掲書注(259)111頁。

²⁶¹ なお、鈴木博人は子どもを虐待する親に親権喪失制度が用いられるケースが少ない理由として、①虐待事件での最後の手段としての親権喪失制度の位置づけ；②児童相談所が行うケースワーク業務と法的手段(その中でも最も強い法的効果を伴う親権喪失)をとることの整合性に対する疑義；③現行の親権喪失制度の発動要件が、子どもの虐待に対処するのに適切なものになっていないということ；④親権喪失請求をするとしても、請求が認められたときの後見人の確保が難しいこと；⑤親権喪失という重大な効果を生ぜしめることを躊躇する一般的な雰囲気存在、などを提示している。鈴木博人「第4章 虐待する親の親権喪失」吉田恒雄編『児童虐待への介入—その制度と法〔増補版〕』(尚学社・1999年)75頁。佐藤隆夫・前掲書注(259)112頁。

に、「…この懲戒権に関連して、親の子の虐待問題」を無視できない事情²⁶²が生じている。

第一目 日本法による対応

初めて子どもの虐待問題を真正面から取り組んだ動きは戦前の一九三三年に成立した『児童虐待防止法』まで遡ることができる²⁶³。同法は一四歳未満の子どもの対象としており、地方長官が取り得る保護処分としては訓戒、条件付き監護及び委託処分が定められている。この最後の委託処分とは、「強制的に保護責任者から児童を保護し、親権者、後見人、その他の親族や育児事業を目的とする施設に委託し、保護してもらうことである」ため、論者はこれを広範な権限が行政官庁に与えられたのではないかと見て、評価したことがある²⁶⁴。しかしながら、その効果は「期待したほどあげられなかった」²⁶⁵、とも言われる。

戦後になってから、一九三三年の『児童虐待防止法』は廃止されたが、親または保護者による虐待の禁止条項は現行の『児童福祉法』三四条に

²⁶² 池田由子によると、日本で子どもの虐待に関する初めての全国調査が行われた時期は、コインロッカーに乳幼児の死体が放置される事件が頻発した頃と重なる1973年4月からの一年間であった。当時の厚生省は、153カ所の児童相談所を通じて年齢3歳未満の子どもの対象に調査を始めた。そこで虐待を「暴行など身体的危害、長時間の絶食、拘禁など、生命に危険を及ぼすような行為がなされた判断されたもの」、と定義し、遺棄は「いわゆる捨て子として受理したもの。病院、施設、駅構内に置いたまま、実父母等が行方不明になったもので、親族に置き去ったものは除く」としている。その結果、虐待は26件で、遺棄は139件となっており、加害者は圧倒的に実親、とくに母親が多いと報じられている。そして、最近の資料では、佐藤隆夫が2001年に警察庁から公表された統計数字に照らし、子どもを虐待した疑いで「検挙された容疑者は、実母が79人（全体の37.4%）と最も多く、実父・内縁の夫が各44人（20.9%）、養父・継父3人（15.6%）の順となっている」、と指摘している。池田由子『児童虐待』（中央公論新社・1987年）23頁。佐藤隆夫・前掲書注（178）181頁。佐藤隆夫・前掲書注（259）72頁。

²⁶³ 友川礼・高橋重宏「第3章 日本の子ども虐待問題の歩み」高橋重宏編『子ども虐待（新版）』（有斐閣・2008年）42頁。

²⁶⁴ 友川礼・高橋重宏・前掲論文注（263）42～43頁。

²⁶⁵ 友川礼・高橋重宏・前掲論文注（263）43頁。

引き継がれている²⁶⁶。そして、暫くの間、『児童福祉法』と『民法』の規定が主に子どもの虐待問題に対応する指針的法規となっている。しかしながら、例えば『民法』で設けられる親権喪失制度に関し、論者は「…親権喪失について問題の親以外の親族（たとえば祖父母）が訴えることができるが、虐待などの事例では、このような人物を見つけることが実際には困難である。親戚づきあいをしていないか、祖父母も貧困で孫のところまで手がゆきとどかないような場合が多い」²⁶⁷、と指摘し、「…司法統計年報に見るように、子どもの教育や監護に不適当として、親権喪失宣告を受けている親は数少なく、その多くは未済に終わっている」²⁶⁸、とも述べている。他方、日本政府は一九七三年に全国の実態調査を行ってから、一九八三年、一九八八年、一九九六年にもそれぞれ子どもの虐待と関わる全国調査を施行したが、子ども虐待に関する定義もそれぞれの時期においては違う文言で綴られ、統一的ではなかった²⁶⁹という指摘がある。

そして、一九九四年になり、日本政府が国連の『子どもの権利条約』を批准したことに伴い、子どもの虐待問題が再び注目されるようになった。例えば、一九九九年一二月に衆議院の「青少年問題に関する特別委員会」が子どもの虐待を防止するために八項目の決議を行っている。その文書の冒頭に「国連児童権利条約の採択から一〇年、我が国の批准から五年が経過した。しかし、…親など保護者等による暴力行為等が激増し、尊い命が奪われる事件が多発している。…児童虐待は児童の将来に多大な影響をもたらすものであり、深刻な社会問題となっている」²⁷⁰、と記されていることから、同権利条約の批准は明らかに一つの契機となっている。また、学説においては同権利条約六条に子どもの生命、生存、発達の権利の保障を訴えている故、「理念的にも法制度上も『親権の壁』に阻まれるべき理由はなく、『親権』が子どもの権利に優先すべき根拠

²⁶⁶ 池田由子・前掲書注(262)195頁。

²⁶⁷ 池田由子・前掲書注(262)200頁。

²⁶⁸ 池田由子・前掲書注(262)201頁。

²⁶⁹ なお、高橋重宏は子ども虐待への日本社会的対応を年表にまとめているため、そちらも参照されたい。友川礼・高橋重宏・前掲論文注(263)56～57頁。

²⁷⁰ 友川礼・高橋重宏・前掲論文注(263)59頁。

もない」²⁷¹、と唱える主張も見られている。他方、同じく権利条約の批准による効果であるかどうかは不明であるが、一九九六年に東北地方の家庭裁判所は初めて検察官による親権喪失の申し立てを認め、「…『性的虐待は親権濫用であることは明白』と、子どもの財産や行動に親の監督が及ばない親権喪失を認めた」事例が紹介されている²⁷²。このように、子ども虐待の問題に対する実務や学説の積極的姿勢から引き起こした流れを汲みながら、二〇〇〇年に成立し施行された『児童虐待の防止等に関する法律』（以下、「児童虐待防止法」）は、恐らく一つの集大成として評価されることができよう。

ところが、同法が成立するまでの経緯は決して順風満帆ではなかった。その中で最も議論されたトピックは「親によるしつけ」と「虐待」を如何に区別するのか、そして、より難しいのはそのような区別が果して可能であるのか、できるのかといった問題であった²⁷³。その中、衆議院の青少年問題特別委員会によって招致する参考人の意見には、「児童の心身に重大な影響が認められない限りは、児童相談所は強制的介入に踏み切れない、というジレンマに悩まされている。児童虐待の容認につながりかねない懲戒権は廃止すべきだ」²⁷⁴という見解も見られるが、「正座をすることというのは肉体的な苦痛を伴うが、それは形というものを学ぶことを通して心を学ぶわけで、しつけというものが持っている教育の本質は時代を超えて変わらない。…児童側の言い分のみを尊重する虐待の定義づけ、懲罰の強化などの立法化を図った場合に、誤った児童尊重主義が家庭に波及し、親子関係を破壊する危険性がある」²⁷⁵、という危惧も述べ

²⁷¹ 吉田恒雄「第２章 児童虐待に関する法制度」吉田恒雄編『児童虐待への介入—その制度と法〔増補版〕』（尚学社・1999年）37～38頁。

²⁷² 佐藤隆夫・前掲書注（178）194～195頁。

²⁷³ 読売新聞政治部・前掲書注（189）58～59頁。

²⁷⁴ 読売新聞政治部・前掲書注（189）59頁。大久保隆「児童虐待に関するアンケート調査結果」太田誠一・田中甲・池坊保子・石井郁子・保坂展人『きこえますか 子どもからのＳＯＳ—児童虐待防止法の解説』（ぎょうせい・2001年）30頁。

²⁷⁵ 読売新聞政治部・前掲書注（189）60頁。高橋史朗「親性の崩壊」太田誠一・田中甲・池坊保子・石井郁子・保坂展人『きこえますか 子どもからのＳＯＳ—児童虐待防止法の解説』（ぎょうせい・2001年）44～48頁。

られている。結局、この二〇〇〇年の児童虐待防止法は、「緊急立法」として位置づけられ²⁷⁶、最も重要な成果として子ども虐待の定義を第二条に明確に定めた²⁷⁷外、第一四条では親はしつけの適切な行使に配慮しなければならないとされ、第一五条のところで民法の親権喪失制度が子ども虐待の防止及び子ども虐待を受けた子どもの保護の観点からも、適切に運用されなければならない、と説くことだけに止まっており、親が保護者が持つ親権に対して今までより強力な制限を加わることがないようにした。

しかしながら、子どもの虐待に対処するために「予防」、「発見」、「介入」及び「保護」の四つのステップ²⁷⁸から考えなければならないとすると、同防止法の制定によって学校の教職員、児童福祉施設の職員や医師などによる通報制度が導入されたこともあり、少なくとも「発見」の対応策が強化されたと評することができよう。また、同防止法と連動する形で『児童福祉法』も改正され、「介入」及び「保護」に関する対応策も着々と整備されている²⁷⁹。そして、二〇〇七年に同防止法は二回目の改正を通して、「…裁判所の許可状による家庭への強制立ち入り制度も新設された」²⁸⁰、のである。但し、「予防に関しては、医療・保健・福祉・教育などに関する法制度がさまざまな場面で子ども虐待の予防にからんできているが、虐待の予防をプロパーの目的にした法制度」は未だに整備されていないという指摘がある²⁸¹。

第二目 憲法学から考える場合

親が虐待の主体となり、子ども虐待の問題を憲法学のルールに乗せて

²⁷⁶ 読売新聞政治部・前掲書注(189) 66頁。

²⁷⁷ 岩井宜子「第5章 『児童虐待の防止等に関する法律』制定と今後の課題」岩井宜子編『児童虐待防止法—わが国の法的課題と各国の対応策』(尚学社・2002年) 57～60頁。

²⁷⁸ 吉田恒雄・前掲論文注(271) 25頁。

²⁷⁹ 友川礼・高橋重宏・前掲論文注(263) 61～62頁。

²⁸⁰ 友川礼・高橋重宏・前掲論文注(263) 62頁。

²⁸¹ 影山秀人「第9章 法律は子ども虐待にどう対処するか」高橋重宏編『子ども虐待(新版)』(有斐閣・2008年) 181～182頁。

考えると、米沢広一は「…親権等が濫用された際の子どもの救済の実効性が問題となる」²⁸²、と見ながら、「…子どもはその未成熟性と依存性故、自ら救済を求めることが困難であるため、立法上および解釈上、家族の自律への不当な介入にならないよう配慮を払いながらも、（例えば親権の喪失宣告に関する）請求権者や救済の範囲をできる限り拡大し、子どもを遺棄、虐待状態のままに放置しないことが求められる」、と述べている。その外、同氏は補充的に注のところで、「憲法は親権の濫用から子どもを保護する具体的義務—その義務違反に対して国家賠償を請求しう—を国家に課しているかという問題となるが、そのような具体的義務を立法によらず憲法から直接引き出すことは、憲法の自由権保障体系全体にかかわる問題であり、また、親の養教育権や家族の自律との緊張関係をはらんでいるため、慎重な考慮を必要としよう」²⁸³、と説いている。

一方、憲法における「子どもの基本的人権の享有主体性」の観点から子どもに対する虐待の問題を考える際、「子どもを保護者の従属物ではなく、保護者とは別の人格を有する一人の人間として認めることから出発しなければならない」²⁸⁴、と見る論者がおり、「虐待に関して問題となりうる、憲法一三条後段の『生命に対する権利』、奴隷的拘束の禁止（一八条）は、選択を伴わず判断能力を必要としないので、…子どもにも無条件に妥当する」²⁸⁵、と主張している。他方、同論者は、このような考え方を突き詰めていくと安易な「子ども保護論」に陥る危険性があることにも配慮している。そこで「年齢差」という客観的要素を提示している。すなわち、「…虐待の程度や子どもの年齢によっては、子どもの意思を聞き、一般的見地からそれ程不合理と言えるものでなければそれを尊重すべきである」²⁸⁶、と説いている。

このような親子関係の破綻に関する憲法学説の分岐について、子ども

²⁸² 米沢広一・前掲書注（76）293頁。

²⁸³ 米沢広一・前掲書注（76）295頁。

²⁸⁴ 福岡久美子「児童虐待に関する憲法学的試論」『阪大法学 53巻3・4号』（2003年）1056頁。

²⁸⁵ 福岡久美子・前掲論文注（284）1056頁。

²⁸⁶ 福岡久美子・前掲論文注（284）1057頁。

の虐待問題を携わる政府機関への考察から実に「興味深い」と評する論者がいる。すなわち、家庭裁判所は、「…“譲歩と妥協による帰属の回復”という原理を中心として構成されており、調停の当事者は、近代主義的な権利の主張を最小限にとどめて、相互性のモラルに拠る人間関係の可能性を発見するよう奨励される」²⁸⁷、と見ながら、現実には児童相談所や裁判所が親子関係への強制介入を行うケースの少なさに考慮し、「法の介入に対する親子間の自然の保護・依存関係の優位を出発点にして展開したこのような強制介入に対する謙抑的姿勢と実務慣行は、第二次大戦後の新法の下で五〇年を経た今日においても、さしたる変化を見せていない」²⁸⁸、という理解である。このように、日本法の下で子どもに対する「…『保護を受ける権利』に対しても『オートノミーの権利』に対しても、アメリカ法のような鋭角的な反応を示さない」²⁸⁹のである。従って、憲法学において前記のような消極・積極論の両極的な展開は、かような見解から考えると、ごく自然なことであるのかもしれない。

第五節 小括

以上のように、日本の家族を巡る様々な法的問題から子どもの自己決定を一通り考察してきた。ここで、再び指摘したいのは子どもの「主体性」を改めて認識しなければならないことである。特に、「医療」の領域が「家庭内暴力」を対処する文脈の中では何れも子どもの「主体性」を意識し始める動きがある。従って、例えば、問題を医療現場の人々が如何に子どもと向き合うべきなのかということを考えれば、「子どもに対して…発達年齢に応じた説明を行う必要がある」²⁹⁰、という指摘が重要だと思われる。そして、このような姿勢を更に外延させると、例えば子ども虐待による親子関係の破綻は第三者の介入がなくては自然に修復する可能性

²⁸⁷ 森田明『未成年者保護法と現代社会—保護と自律のあいだ—〔第2版〕』（有斐閣・2008年）291頁。

²⁸⁸ 森田明・前掲書注（287）292～293頁。

²⁸⁹ 森田明・前掲書注（287）293頁。

²⁹⁰ 奥山真紀子「第8章 子ども虐待の発見と対応—医療現場から」高橋重宏編『子ども虐待（新版）』（有斐閣・2008年）173頁。

が低いという現状に照らして、如何に、協調性のある対話的環境を作り出し、目の前の危険を回避し、子ども並びに親両方の将来のためにより発展的な改善策を考え出すことが第一ではないかと考える。現に、学者の間ではアメリカ合衆国の「家族再統合」策に注目する人がいる²⁹¹。そうであれば、その対話的環境の創造は、まさに子どもの虐待、離婚や婚外子問題などの解決を主な任務とされる家庭裁判所の努力に関わっているのではなかろうか。勿論、家庭裁判所だけではなく、当事者である家族以外の第三者（例えば隣人、学校の教職員、児童福祉施設の職員、医師、警察など）のすべてがそのような環境作りに協力しなければならないことになろう。

第四章 第Ⅰ部の考察を経て

本論の第Ⅰ部の「家族」について、以上のようにいくつかの論点を取り上げて、それぞれの国や地域における現状を概観してきた。そして、多少ではあるが、各論点に対する愚見も所々で述べられてきた。以下は、改めて第Ⅰ部全体の内容について、いくつかのことを示したい。

一、本論の「序」において言及したように、「子どもの自己決定」に対して、パターンリズムによる制限が認められれば、その限界はどこにあるか、或いは、そのような制限が認められない場合、果たして如何なる制約理由が論じられているのかの問題を探ることが本論の中心的な課題だとされている。しかしながら、「家族」という私的団体において、前記の問題を考えようとする場合、そもそも論として「子どもの自己決定」という概念はその中では成立するかどうかの問題を恐らく一先ず解明しなければならないことであろう。そして、一口「パターンリズム」と言っても、例えば「結婚の自由」の問題を論じる際、「親子の秩序の混乱の防止」や「社会倫理上の配慮」などの制約が家族法の分野において様々な言葉に変えて個人の基本的人権を制限して行くように、その内容は多様だと考えられよう。よって、この第Ⅰ部における考察の結果に依拠し、次のような考えをまとめてみたい。

²⁹¹ 棚瀬一代「米国における児童虐待と家族再統合の試み」『法律時報77巻3号』（2005年）91～95頁。

(一)、アメリカ合衆国は国として成立される以前の植民地時代には家族の一員である子どもが自己決定の概念に当てはまる言動が許されないのではないかと考えている。ところが、公権力を代表する裁判所による家族への介入という慣習が存在しており、後に制定された『アメリカ合衆国憲法』修正一四条による手続き的デュー・プロセスの要請によって子どもの自己決定を具現化させる契機も作り出されたことになる。言い換えれば、子どもの自己決定を支える一つの重要な概念である「対話」はその二つの流れを汲んで、少なくとも、中立で公正な第三者である裁判所の場において実現する可能性がここから見出され得る。例えば、未成年者の中絶の問題を議論する際、「バイパス手続 (judicial bypass procedure)」の存否が重要視されるのは一つの表れだと考えている。他方、子どもは自分自身の事柄について大人の他者（家族のメンバーや裁判官）との対話の重要性が軽視される原因の一つは「年齢」という物理的要素による制約が強く働いている。従って、医療行為の分野だけではなく、子どもの年齢と能力の逐年的な増加に伴い、大人の他者が子どもに対して生じる責任の負担の変化や享有する権利の還元などが段階的に要請される Erlen の主張は他の分野でも適用されると考えている。

(二)、台湾においても漢民族の家族像では尊属の「尊長権」の機能によって、家族に関する事柄について子どもの自己決定が語られないと考える。そして、現行法によって「尊長権」の道徳的な根拠ともなる「孝道」の概念が法文化され、保護している状況から考えれば、家族において子どもと大人の他者（両親や他の親類）との「対話」が常に道徳的な制約を受けているのではないかと思われる。また、現行法の枠組みがそのように示されている以上、司法府は如何に道徳的な制約から離れて、子どもを基本的人権の享有主体の一個人だと見做し、事件を判断するのは各々の裁判官の知恵に試されるところであると考えられよう。確かに、「子どもの最善の利益」の原則が実定法の中でも、司法府の判断でも取り上げられているが、こればかり考えることは本当に子どもの権利・利益（自己決定）の実現まで繋がっていきけるかの疑問が残されている²⁹²。

²⁹² 例えば、Joseph Goldstein らの研究によって、子どもの最善の利益という判断基準は立法府及び裁判所に対して、「……おとなの利益を子どもの利益と比

（三）、戦前の日本においては「家父長制度」の強固さから凡そ前の国や地域と同様に、家族における子どもは自己決定という概念に相当する言動が認められないことを言えよう。しかし、戦後によって日本における実定法の枠組みが大きく再編成されたことによって、西のアメリカ合衆国の法的文化とより一歩進んで同調する土壤ができていることを見做しても過言ではなかろう。但し、家族法の分野においては東の道徳的な価値観や風土が深く日本に根を張っていて、前述した法の枠組みの再編成がなされる時期においてもアメリカ合衆国の立場は飽くまでも補助役だと認識すべきである故、一から最後まで日本はアメリカ合衆国と同化したことまでは言えない。但し、重要なのは民主主義や基本的人権への重視の風は台湾より早い時期から受けられている日本において、子どもを能動的な存在だと見做し、大人の他者との対話は『日本国憲法』によって認められる制限理由以外に概ね否認することができない議論も早い段階で生成されている。また、一主権国家として日本もアメリカ合衆国や台湾より一日早く国連の『子どもの権利条約』を批准・採択した事実もあるから、家族法の領域において如何に子どもの自己決定を十分に具現化させる問題は日本として避けられない学術的・立法政策的な論点の一つともなろう。

二、「個人」が家族法の主体であり、如何なる家族の結成も私的選択だと見做され、公的生活における不平等な取り扱いを受けることはないということが一つの理想像だとすれば、アメリカ合衆国の風土は恐らく最も合致しているかもしれない。一例として、連邦最高裁の裁判官は子どもに対しても生殖に関する決定についてプライバシーの権利を有することまで宣言した（Michael M. v. Superior Court of Sonoma County (49 U.S.L.W. 4729 [1981]) 判決の William J. Brennan, Jr. 裁判官の反対意見）のが、台湾の大法官会議の解釈や日本の最高裁の裁判例ではまた見られていない事実が取り上げられよう。しかし、本論として大切だと考えるのは家族と関わる事柄に対して子どもと言っても大人の他者との「他愛

較衡量することの危険、親子関係の中断から生じる危険、およびおとなの当事者が争っている間に子どものニーズが見失われる危険」などをもたらせ得ることが指摘されている。島津一郎監修・解説・中沢たえ子訳・前掲書注(228)64頁。

のない対話」が必要だということである。すなわち、子どもにとっても、大人にとっても相互的な意見疎通を通じて自分自身の成長発達を図る可能性がある一方、例え一旦破綻する状態に陥った家族関係の修復にもメンバー達の全員参加によってよりスムーズに進んでいけるのではないかと考えている。そして、より高い境地を目指せば、裁判所は弱い立場のメンバーに何らかの権利を享有することを宣言しなくても、同人（特に子ども）の意思をできる限り汲み取り、同人の身の周りの事情をよく考量し、事案や事件の解決まで繋がっていける社会的・司法的な環境作りには三つの国や地域ともそれを具現化させる程の力を持っているのではないかと思う。

執筆者紹介
(掲載順)

今井弘道	宋峻杰	瀬川行太	中川晶比呂	辻康夫	嶋拓哉	小名木明宏	姜連甲	川村行論
北海道大学名誉教授	湖北经济学院法学教授	北海学園大学法学部法律学科専任講師	北海道大学大学院法学研究科准教授	北海道大学大学院法学研究科教授	北海道大学大学院法学研究科教授	北海道大学大学院法学研究科教授	北海道大学大学院法学研究科助教	北海道大学大学院法学研究科助教

平成28年9月26日 印刷
平成28年9月30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 September 2016 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Fiduciary Duties (1): The Principles of Corporate Pensions Law in the UK	Takanori KAWAMURA	1
A Reexamination of the "Regulation of Monopolistic Situations" in the Music Copyright Management Business (2): Legal Interpretations and Applications of the Article 2 (7) and Article 84 of the Anti-Monopoly Act ☆	Renkou KYOU (Lianjia Jiang)	75
Mutter-Kind-Einrichtungen im deutschen Justizvollzug	Akihiro ONAGI	392[1]
Das anwendbare Recht für die Voll- bzw. Minderjährigkeit, an einem Beispielsfall von der internationalen Adoption	Takuya SHIMA	372[21]
Reconsidering the recognition-redistribution dilemma	Yasuo TSUJI	348[45]
Resale Price Maintenance and Retail Margin ☆	Akihiko NAKAGAWA	310[83]
Das Koinzidenzprinzip bei der Lehre vom Verbrechen (1)	Kouta SEGAWA	258[135]
On Children's Self-determination Under the Constitution (4) —— A Study of the theory of Children's Rights in the United States, Taiwan and Japan ——	SUNG Chun-Chieh	222[171]

LECTURE

The Innovation in Philosophy of Law and A Conquest of the Eurocentricism	Hiromichi IMAI	125

[]...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