



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第67巻 第4号 全1冊
Citation	北大法学論集, 67(4)
Issue Date	2016-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63742
Type	journal
File Information	lawreview_vol67no4.pdf



北大法学論集

第 67 卷 第 4 号

論 説

- 葛藤する法廷（１）
 ——『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本——
 水 野 浩 二 1
- サイバー時代におけるプライバシーの法理論（１）
 ——私法上の問題を中心に—— 角 本 和 理 55
- イギリス企業年金法制における受認者責任（２）
 川 村 行 論 129
- 「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（３）
 ——独占禁止法第２条第７項と第８条の４の法解釈と適用——
 姜 連 甲 219
- Problems and Challenges for “Voluntary Evacuees” with regard to the
 Fukushima Radiation Disaster Kunihiko YOSHIDA 426[1]
- 犯罪論における同時存在原則について（２） 瀬 川 行 太 398[29]

講 演

- ドイツにおける改善保安処分制度
 ——制度と基盤についてのイントロダクション——
 リタ・ハーヴァーカンブ 358[69]
 小名木明宏 訳

研 究 ノ ー ト

- 成年後見人の善管注意義務
 ——最判平28. 3. 1 J R 東海事故訴訟を素材として——
 南 方 美 智 子 336[91]

判 例 研 究

- 公法判例研究 福 島 卓 哉 293

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

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

葛藤する法廷（一）

——『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本——

水野 浩二

目次

はじめに

一章 釈明権の行使

一節 釈明権行使への見方

- 二節 弁護士に対する行使
 - 三節 本人訴訟
 - 二章 証拠調
 - 一節 「真相を得ない」裁判と後見的な真実解明への見方
 - 二節 形式的訊問・「証拠裁判」批判と改善策の提案
 - 三節 「真相を得ない」裁判のテクニカルな理由
 - 三章 口頭審理
 - 一節 口頭か書面か
 - 二節 準備書面と準備手続
 - 三節 闕席判決
 - 四章 裁判官の理想と現実
 - 五章 西洋近代法と日常生活
- おわりに

民事訴訟手続を考察する上で、裁判官と当事者・弁護士のそれぞれにどのような役割を担わせるかは、手続の各所において問題となる。近代以降の民事訴訟理論においては、当事者を重視する当事者主義と、裁判官を重視する職権主義が、民訴手続を考察する際の二つの根本的な対抗軸とされてきた。その観点から沿革をみれば、ヨーロッパの民事訴訟手続は基本的に当事者主義の要素が重きをなしてきたと再構成されているが、個々の論点レベルでは種々の理由から職権主義の要素が一定程度採られてきたことも重要な事実である。

審判を求める請求の定立と請求を基礎づける事実の主張、そして事実の立証は、当事者主義においては当事者の責任

とされる。他方職権主義の視点からの介入が期待される重要な局面として、争点整理のために請求・主張・立証に関連する全ての事項、すなわち訴訟関係を明瞭にすることと、その争点についてなるべく真実に近い事実認定を行うことがあげられてきた。筆者はこの目的での職権介入が口頭で活発に行われるようにすることが、大正民事訴訟法改正（大正一五年・一九二六）の眼目の一つだったという仮説にもとづいて、旧稿にて大正改正法の起草・立法過程を速記録を史料として検討した⁽¹⁾。本研究では、起草・立法過程の関係者にとつて暗黙の前提にされていたと思われる、明治民事訴訟法（明治二四年（一八九一）施行）のもとでの実務の実態とそれに対する実務法曹たちの認識、そしてその背景の一端を解明するために、当時の代表的な法曹メディアだった『法律新聞』を史料として検討をおこなうことにしたい。

はじめに 研究対象と研究方法

一 研究対象 これまで、明治中期までに一応継受された西洋近代民事訴訟の定着期についての研究は法史学よりは主に実定民訴法学において、当時の立法・学説・判例の検討という形で行なわれてきた。しかし明治民訴法期のわが民事訴訟法学はなお稚拙であったため同時代になされた研究は稀少であり、後世の研究も大正改正法（平成九年（一九九七）まで現行法だった）の前史としての扱いにほとんどの場合とどまっている⁽²⁾。この時期について法史学では裁判官や弁護士⁽³⁾の制度史、著名な法曹の人物伝、社会に大きな影響を及ぼした事件・運動の研究に一定の蓄積が見られるが、民事訴訟手続そのものの研究は少ない⁽⁴⁾。

とりわけ、継受法の定着の最前線たる訴訟手続の実務、日常の訴訟手続における実務法曹や当事者本人のパフォーマンスや問題意識は、立法・判例・学説の変化を引き起こす大きな動因であったと思われるが、それについての検討は等

閑視されてきた。実務法曹の回顧録に残されたわずかな「体験談」を超えたかたちでは、なお未開拓に近い領域といわざるをえない。⁽⁵⁾

訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のために口頭で職権が介入するという本研究のテーマに関連する論点、つまり今日いう処分権主義・弁論主義・口頭主義という理論的思考枠組、それを前提とした釈明権・証拠調・口頭審理についての検討も右に述べた研究状況の例外ではない。本稿では、訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のために口頭で職権が介入することについて、明治民訴法期の訴訟実務における実態と実務法曹の問題意識、それらの背景を解明することを研究対象とする。

二 研究方法 実務法曹の実務におけるパフォーマンスの実態とそれへの認識いかんの解明は、困難なテーマである。実務法曹（まして一般の当事者）がどのように振舞い、それをどう認識していたのかは学説や判例と異なり、なかなか資料＝史料の形では後世に残らない。エリート司法官はその立場ゆえ自由な発言は少なく、一般の実務法曹の声も「声なき声」にとどまりがちである。

本研究では、実務法曹の実態・認識、そして時代の背景を探るための史料として、実務法曹を主たる読者として想定したメディアである『法律新聞』の記事を検討することにした。⁽⁶⁾『法律新聞』には、ハイレベルの司法官（大審院長・大審院判事、控訴院長・判事、地裁所長等）・弁護士のエリート層からごく普通の判事・弁護士にいたるまで幅広い実務法曹の論説・インタビュアーや投稿が毎号多数掲載され、記者（弁護士資格を持つ者も複数いた）が法廷傍聴で見聞したこぼれ話も多数紹介されている。本研究では、テーマに関連する記事を全頁調査により探索し、約一五五〇件の記事に基づいて検討をおこなった。⁽⁷⁾

これらの記事は当時の実務の実態・それに対する問題意識の少なくとも一面をつよく反映したものと考えられる。⁽⁸⁾む

ろん以下指摘するように、法曹メディアの叙述はその性質上断片性・偏向をまぬかれず、『法律新聞』もその例外ではない。そこからみちびかれる解釈が恣意に走らないよう、他の手法で得られる知見と組み合わせるなど、十分注意する必要がある。

三 『法律新聞』というメディアとそのバイアス⁽⁹⁾

本研究のテーマに関連する限りで述べる。

(1) 発行期間 明治三三年（一九〇〇）九月二二日～昭和一九年（一九四四）八月一五日

(2) 主幹 高木益太郎⁽¹⁰⁾ 明治二年（一八六九）生まれ。二〇年東京法学校（現・法政大学）卒、二二年代言人試験に合格、弁護士。とくに刑事弁護で活躍。四〇年欧米など視察。四一年以降衆院議員六期（立憲国民党・憲政会・立憲民政党）。尾西鉄道社長、尾張屋銀行監査役、法政大学総務部長など歴任。昭和四年（一九二九）六一歳で没。

(3) 報道姿勢 本研究の扱う時期について述べれば、基本的に弁護士層の利害を代表するスタンスといえ、司法省や裁判官のあり方にはしばしば強い批判がなされる。しかし決して「傾向紙面」ではなく、弁護士の資質への厳しい批判や裁判官・書記官の待遇改善の必要性など、当時の実務法曹のあり方をオールラウンドに報道しようとそれなりに努めていたといえよう。⁽¹¹⁾ 民事の当事者本人や刑事被告人として法廷に登場するいわゆる社会的「弱者」の扱いをめぐる記事では、強い同情が示されることが多い。記事のタッチは今日の法曹メディアとは違い、読み物的内容やセンセーショナルな筆致も少なくなく、法についての総合雑誌という雰囲気を持っていた。社論・時代背景に基づくキャンペーン記事が集中的に出されることもしばしばあった。

(4) 実務法曹の問題意識・実態が示される記事の形式⁽¹²⁾ (イ)社説・実務法曹の手になる論説、(ロ)通常の記事、(ハ)実務法曹インタビュー・投稿、(ニ)法廷傍聴記、(ホ)弁護士控室での談話、(ヘ)外国事情の紹介、が挙げられる。

(イ) 社説は毎号冒頭に掲載され、一つが通常だが二つのこともある。執筆記者名はたいいてい明示されない。論説の寄稿者は弁護士が多いが、裁判官も一定数いる。何度も執筆している者が少なからずみられることには、執筆者のサークルの広狭という点で留意が必要である。

(ロ) 各地裁判所・弁護士会での注目すべき動きや、記者による問題提起など。後者は内容的には社説に類似する。

(ハ) インタビューは司法官・弁護士のエリート層に対するものであり、それなりの分量がある。投稿（インタビューかも？）は一般の弁護士が多いが、裁判官も一定数見られ、分量は短いものから長いものまでさまざまである。

(ニ) どちらもこぼれ話の要素が強い。時期により記事数にかなりの偏差がある。収集対象が東京・大阪・函館⁽¹³⁾の裁判所に集中しており、頻繁に登場する「名物」判事も見受けられる。従って、記事の内容がその時代の典型例なのか特異例なのかについては慎重に判断する必要がある。

(ヘ) かなりの頻度で、しかも詳細な内容のことが多い。英米独の司法制度についての紹介、留学や出張体験記などである。欧米の法曹メディアからの転載記事も多く、こぼれ話やスキャンダラスな事件、法に関する小話も少なくない。

四 研究に当たっての着眼点 本研究では、訴訟関係を明瞭にすることと真実探究のための口頭での職権介入に関連する論点として、これまでの筆者の研究にならない、釈明権の行使・職権探知・口頭審理に関する内容を中心に扱うことにする。検討する時期については、『法律新聞』が創刊された明治三三年（一九〇〇）から大正民法改正法が成立した大正一五年（一九二六）三月末までとする。これは明治民法が施行されていた時期の大部分をカバーしており、明治民法下の状況を観察するにはさしあたり十分であると解する。

検討に当たっては、以下の点に注意する必要があると考える。

まず、わが国が急速かつ包括的に、およそ異なる法伝統を持つ外国法を継受せざるを得なかったという、継受法国と

しての事情が大きく作用していたであろうことを重視したい。民事訴訟法については、明治民法が「ドイツ帝国民訴法（CPO・一八七九年）の直訳」とあだ名され、ドイツ民訴がそのままに継受されたという一般的印象がなお根強く残っている。本研究はそれとは異なり、法文はともかくも実務においてはそれなり以上の「日本的」変容をうけたであろうという前提のもと、その解明をめざしたい。

手続における裁判官と弁護士・当事者本人の役割分担を考えるに際しては、それらアクターの資質が重要な意味を持つ。本研究では職権の積極的介入の論拠として、弁護士（当事者本人はもとより）への評価が当時必ずしも芳しくなかったことに着眼する。先行研究の中には、大正改正での職権強化を本人訴訟を念頭に置いたものと位置づけるものもあることには鑑み、必要に応じて弁護士と当事者本人を区別して分析する。他方、裁判官の資質への評価も必ずしも常に高かったとはいえず、そのことが職権介入への期待感といかなるかたちで並存し得たのかも考えたい。

実務法曹が日々現実に実務を遂行せねばならない中で胚胎された問題意識、そしてそれへの改善策のアイデアが、手続レベルでの具体性をもつものであったのか、それとも理念性の強いものだったのかも重要な論点である。先行研究は政治的視点から「在朝法曹対在野法曹」の対立図式を時に強調してきたが、実務の具体的問題に関しては裁判官と弁護士の間で見解が一致する点が少なくなかったことも適宜触れられよう。

また、先行研究は大正改正における職権介入の強化を、主として手続迅速化（職権進行）のモチーフの視点から説明してきた。¹⁴この時期の『法律新聞』にも迅速化を求める記事は極めて多数みられるが、口頭にて訴訟関係を明瞭にし真実を探究することと、手続を迅速化するという相反するともみえるモチーフ同士の関係がどのように認識されていたのかも確認する必要があるだろう。

なお、三で紹介した『法律新聞』の報道姿勢・記事の形式は、本研究が取扱う時期について基本的に維持されていた

ものであるが、時期による重点のそれなりの変動はあるし、短期間にキャンペーン的に特定テーマの記事が大量に掲載される例もみられる。記事の探索に筆者（水野）の主観が入らざるをえないことも合わせ、本研究では法社会学がアンケート調査をもとに行なうような数量分析や、時期による変動を検討することはあえて控え、「明治民訴法期」という一まとまりの時期における状況を論ずるにとどめたい。

五 基調としての「不干渉主義」批判 本研究の対象たる時期の『法律新聞』は、訴訟関係の明瞭な認識と真実探究、そしてその前提たる裁判官と当事者・弁護士の関係についてのどのようなスタンスをとっていたのであろうか。本論に先立ちいくつかの記事を紹介してみたい。⁽¹⁵⁾

○明三九・一・二〇 通俗一口ばなし 藤浪生 は、

「借主自身が筆を取って、一金何円也、右正に借用申す処実正也とか、きまり文句を書いて渡せば、先ず貸主の方でも、是れに越す慥かな証拠物はない。…実印は押してある、イザ鎌倉と裁判所に駆け込む時に、弁護士も糸瓜も入るものかと、コ一云う素人考えから、之を貸主自身で「原文は「自身に」」出訴して見ると、案外の不覚を取ることがある。扱ていよいよ口頭弁論の幕と相成って、被告とても根からの悪人ではないが唯きまりの悪りい所から、ドキマギして…例の代書博士へ相談し、日当幾らかで商売人「三百代言のこと」を頼むとなる。スルと右の商売人の中には得である事で、訟廷を雪隠ほども思わぬ大胆さ、全く以て借りた覚えは御座らぬと白を切り、夫れから証拠調の場となると、真面目くさつて鹿爪らしく、否認の二文字でブツ払ってしまうのである。夫れを流石は素人の悲しさに、立派な証文を握って居ながら面喰らい、今まで平気で居た反動でまごまごする。スルと若年の裁判官などは、往々事実の真相を看破するの明がないので、おまけに数でこなす、事件の落着を急ぐと云う傾きがあるから堪らない。ソコが独逸仕込の不干渉主義と云う学校のハイカラ式で以て、よし来たと、ポンと即決裁判を申渡し、原告の請求を棄却す、訴訟費用は原告の負担

たるべしと来るから助からない」。これはつくり話ではなく、金子堅太郎前法相（在任は明治三三―三四年）がある区裁判所を巡視した際のできごとであり、法相も債主に同情したとした上で、こう続ける。「独逸の区裁判所などでは司法官試補たる人などは、原告が出訴して来る場合には、其の口頭の陳述を聞き取って、之を書いて遣るから別に訴状を要さないとのことである（日本でも訴訟法上此方法あるも一向利用しない）。夫（それ）から又た裁判官は、其の職務として、各自に担当した市街村落の区域がチャンときまつて居る。即ち其の区域内に住居する人民の挙動は、何も彼も能く承知して居て、婚礼の席へも立ち合うと云う位であるから、前に述べた即決裁判の様な、不親切極まる弊害は、棄にしたくもないのである。夫れ故に大層原告にも便利で安心を与えるし、随うて日本の裁判官の如く、社会から誤解されたり、閻魔王扱いに敬遠主義を喰わないのである」。

○大二・三・一五 弁護士議員懇親会 で大島寛爾⁽¹⁶⁾は「今日の裁判の実際を見るに、最悪なる債権者と債務者を保護して居るようである。是れ裁判官の罪のみに非ずして制度の罪もあるを以て、民事訴訟法の不干涉主義を捨てて多少干涉主義をも参酌して改正すべきなり」と挨拶している。

大正改正法案の起草が大詰めを迎えつつあった時期、○大一三・六・二五 民事訴訟法の改正 裁判に由る権利利益の保護の迅速並に其正当 弁護士松倉慶三郎君 は、「刑事裁判を行う様に「民事訴訟の」規則を改正して、事件はドシドシ進行して片付け、又は証拠も裁判所が自ら進んで集める様にすれば、今よりは余程事件は早く片付き、裁判も実際と一致すること多くなり」、「裁判所が証拠をも集めて実際に合致する裁判をする様になれば、本人自身でも裁判が出来る様になる…狡猾に訴訟行為を為すものも少なくなる…法律と正義が接近する様になる」「事実の真相を明かにする一切を当事者にのみ任せて、裁判所が干渉せない不干涉主義を一掃することである。…所謂処分権主義では、裁判が往々実際と一致せない。経験上より対抗力の乏しき場合もあらん。其他の事情よりも対抗力の弱き場合もあらん。そうなる

と弱い者は敗れ強い者は勝って、法律が正当を保証する精神と実際とは矛盾する様に成る」「裁判所が自ら進んで裁判する様になれば、弁論期日と期日との間、及証拠の提出時期等に付て法令に定むるも、別に不能でないが、処分権主義に於て、単に期間、並に証拠提出の制限を為すに於ては、事件は進捗しても、真相を捉えることはできなくなるの弊あることを忘れてはならない」。

本研究の対象たる明治三三年（一九〇〇）から大正一五年（一九二六）、つまり明治民事訴訟法が施行されていた時期の大半において、『法律新聞』には「不干渉主義」に対する批判的な評価がきわめて頻繁に見受けられる。不干渉主義とは、今日の弁論主義と処分権主義を包括する概念として当時用いられていたものである。⁽¹⁷⁾たとえ正当な権利や証拠を持つていても、それを当事者が適切に主張し立証できないと敗訴してしまう。当事者の知識が乏しく、相手方があくどければなおさらである。裁判官は社会の実情にうとく、不干渉主義ゆえ当事者が提出する材料にしばられ、進んで事案を解明し真実に基づく裁判をおこなっていない。これでは裁判に対する信頼が根底から揺らいでしまう———というのである。

不干渉主義批判とそれへの対策の提言は明治民法期の基調低音として、裁判官のみならず弁護士の間でも早い時期からそれなり以上のコンセンサスを形成していたということ———これが本研究の命題である。

- (1) 水野浩二「(口頭審理による後見的な真実解明への志向) 試論——一例としての大正民法改正」法制史研究六三(平二六)、同「節度ある」職権介入の構想——大正民法改正における職権証拠調と当事者訊問」(寄稿済みだが現時点で未刊行。アイデアは水野「口頭審理」注(84)に示した)。最初の論文ではテーマを(口頭審理による後見的な真実解明への志向)と表現していたが、本稿ではよりの確に修正した。

（2）明治民訴法期の実定民訴法研究について概観を与えるものとして、鈴木正裕『民事訴訟法の学説史』ジュリ九七一（平三）、『民事訴訟法の史的展開』（鈴木正裕古稀）（平一四）。実定法研究を基盤として精緻な法史的研究を行った例外として鈴木正裕氏の研究（体系的なものとして『近代民事訴訟法史・日本』（平一六）、『近代民事訴訟法史・日本2』（平一八））は極めて重要である。

（3）橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平一七）四頁の指摘は弁護士史的の研究についてのものであるが、裁判官についても同様の状況といえる。

（4）研究状況のサーベイとして林真貴子「民事訴訟法——民事訴訟に関する史的研究を中心に」（石川一三夫他編『日本近代法制史研究の現状と課題』（平一五）所収、三阪佳弘「近代法体系の成立——司法制度の展開を素材として」（明治維新史学会編『講座明治維新5』（平二四）所収）。概説として園尾隆司「民事訴訟・執行・破産の近現代史」（平二二）、松本博之「民事訴訟法の立法史と解釈学」第一編（平二七）。本稿に直接関連する個別研究として三ヶ月章「民事訴訟制度の反省とその将来」（同『民事訴訟法研究第一巻』（昭四三・初出は昭三五）所収）、江藤价泰「民事訴訟における職権主義に対する史的考察」法時四〇巻一号（昭四三）、染野義信「わが国民民事訴訟制度における転回点——大正一五年改正の経過と本質」（同『近代的転換における裁判制度』（昭六三・初出は昭四四・四五）所収）、本間義信「大正期の民事司法」静法二三巻二・三・四号（昭五〇）、上田理恵子「大正期の法律家によるオーストリア民事訴訟法の受容過程——大正一五年における民事訴訟法改正と雄本朗造」一橋研究二三巻一号（平一〇）、同「大正期における民事訴訟法改正作業と在野法曹」熊本大学教育学部紀要（人文科学）五一（平一四）。

（5）この点について重要な指摘をするのは、中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収）。実作としては、川口由彦編著『明治大正町の法曹 但馬豊岡弁護士馬袋鶴之助の日々』（平一三）が挙げられる。

（6）創刊号の〇明三三・九・二二 法律新聞発刊の趣旨 主幹高木益太郎 では、「従来世に現われたる法律雑誌の類尠からずと雖も、是れ亦概ね高尚なる学理の討究に努め、専ら学者若しくは学生の一助たるに過ぎずして、其目下の急務たる法律の適用を詳かにし法律の実用に資するを以て目的となすものは、未だ之あるを聞かず」、「実業家や一般人民が法知識を得るためには」須らく之を通俗の文平易の筆を以て法律の智識を与うるの新聞雑誌に俟たざるべからず、「本紙は、法律が社会百般の事物に対し如何に適用せられ、社会は之に依て如何なる反響を受くるかを紹介し」とある。

(7) 『法律新聞』のテキストは、当時発行の紙媒体版と複製版DVD（不二出版・平二）を併用した。定期的に記事目録が作成されていたが、本研究の対象とする内容についてはタイトルからは把握できない場合がほとんどなので、目録は使用せず全頁調査により関連記事を探した。なお『法律新聞』には毎号多数の判例・裁判例が掲載されているが、本研究の趣旨により一切検討から除外した。この時期の判例・裁判例については別稿での検討を予定している。

(8) 法曹メディアを主たる史料として民事訴訟手続での実務法曹のパフォーマンスを検討した研究としては、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけてのオーストリア民訴についての Bernhard Schöninger-Hekke, Die österreichische Zivilprozessreform 1895. Wirkung im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914. Ausstrahlung ins Ausland, Frankfurt am Main 1999, や上田理恵子「一九世紀後半オーストリア民事訴訟における口頭審理と法曹たち」法制史研究六二（平二五）が今後の方向性を示すものとして注目される。

(9) 法曹メディアの研究はなお緒についたばかりである。ドイツ・欧州について Michael Stolleis (Hrsg.), Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts. (Ius Commune Sonderhefte 128) Frankfurt am Main 1999, Michael Stolleis et al. (Hrsg.), Juristische Zeitschriften in Europa, Frankfurt am Main 2006。わが国については高橋裕「明治中期の法律雑誌と大阪攻法会 梅謙次郎『日本民法和解論』に導かれて」法と政治六五巻一号（平二三）、郭薇「法と情報空間 近代日本における法情報構築と変容（一）（二）（三）」北法六六巻三、四号（平二七）がインフォーマティブである。

『法律新聞』については注（10）の文献を参照。

(10) 清水誠「高木益太郎」（潮見俊隆編著『法学セミナー増刊 日本の弁護士』（昭四七）所収）、法政大学大学史資料委員会編『法政大学人物誌校友篇その一（法政大学史資料集一八集）』六五・一八九頁、川口『明治大正町の法曹』九〇頁、「高木益太郎年譜」（『法律新聞DVD-ROM版』見本所収）などを参照。

(11) 高木が政治家であったため、その個人的利害が強く現われた記事も一時的には見られたが、内容上本研究とは関係しない。

(12) 記事形式としては外に判例・裁判例の紹介、新法令、創作（法廷を題材とした時代小説等）もあるが、本稿では取り上げない。

(13) 函館控訴院があったため記者が配置され、かなりの分量の記事を執筆している。

(14) 水野「口頭審理」四頁参照。

(15) 本稿では、参照史料が容易に参看可能であることと読みやすさを考え、史料引用の際はいずれも新たな新漢字になおし、適宜句読点・ふりがなを挿入・省略した。「」内は水野が補った内容である。記事に付された傍点（さまざまの種類がある）はすべて省略した。記事は「○日付 タイトル 執筆者名」（執筆者が明示されない記事も多い。（法律新聞）は社説であることを示す）という形で表記した。

人物の経歴については、内容の理解に特に寄与すると考えられる限りで紹介した。主に依拠した文献として、『日本法曹界人物事典（一〜九卷）』（平七・八）、鈴木『日本2』、衆議院・参議院編『衆議院議員名鑑』『貴族院・参議院議員名鑑』（昭三五―三七）、手塚豊『司法省法学校小史』（『明治法学教育史の研究』（昭六三）所収（初出は昭四二））など。また、適宜各種ウェブサイトを参照したが、膨大・煩瑣なため記載は省略する。

(16) 嘉永六年（一八五三）生まれ。明治一三年（一八八〇）東京法学院（現・中央大学）卒、代言人。四五年衆議院議員（二期・政友会）。武州銀行取締役、浦和町長、埼玉県議会議員を歴任。昭和八年（一九三三）死去。

(17) 明治民法期の学説においては不干渉主義のほか放任主義・放任主義など種々の概念が用いられていたが、内容的にみると今日の民法学という当事者主義・処分権主義・弁論主義に相当するものがほとんど理解されていたといえる。この点については、本間義信「弁論主義理論の展開過程——旧法時代」『阪法三九卷三・四号（平二）』、笠井正俊「弁論主義の意義」（『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平一四）所収）を参照。本間「弁論主義理論」五二頁以下は、大正から昭和にかけて徐々に今日いう処分権主義・弁論主義へと区別して理解されるようになっていった、という。

一章 釈明権の行使

明治民法一・二条① 裁判長ハ職權上調査ス可キ点ニ関シ相手方ヨリ起ササル疑ノ存スルトキハ其疑ニ付キ注意ヲ為スコトヲ得

② 裁判長ハ問ヲ發シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ

- ③ 陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ発スルコトヲ得
 ④ 当事者ハ相手方ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ其問ヲ発ス可キ旨ヲ裁判長ニ求ムルコトヲ得
 ⑤ 若シ其問ニ対シテ答ヘス又ハ判然答ヘサルトキハ相手方ノ利益ト為ル可キ答ヲ為シタルモノト看做スコトヲ得

明治民訴法一二二条二項は、「裁判長ハ問ヲ発シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ」とする。明治民訴法施行下における裁判官の釈明権行使の実態、そしてその背景がどのようなものだったのかについては、「消極的だった」ことが実務法曹の回顧録等から断片的にうかがえる程度で、先行研究が知らせるところはほとんどない⁽¹⁾。

『法律新聞』の記事には、釈明権の行使を扱ったものがきわめて多数存在する。以下ではまず釈明権の行使に対する『法律新聞』記事のスタンスを概観した上で、弁護士に対する行使、当事者本人に対する行使を論ずることにする。

一節 釈明権行使への見方

一 積極的評価と期待 ○明三八・八・二〇 弁護士常議員会議長山田泰造君談片
 判官が「法律の理論にしろ或は事実上にしろ少し進で問を発すると、『弁護士の側で』^{それ}夫を厭避する風がある。^{しかしながら}併
 之は極必要なことで、若し原被の申立に不十分な廉があれば、夫を明晰にするのが裁判官の職責を完うするものである。即ち民事訴訟法に依ると、不明瞭なることを説明せしめ若くは証拠を補充する精神で、主張事実^{それ}に就ては不明な所は飽迄も訊ねて事実の基礎を確定する必要がある。中には却て喜ばぬ人があるように思うが、余は裁判官当然の責務であると信ずる。或は不干渉主義だから其処迄立入らぬでも宜いと云うことを言う。私は不干渉主義は決して左様なこと

ではなからうと思う」としている。

○明四一・五・二〇 大阪裁判所部長評のいろいろ（其一の二）^② は大阪地裁第一民事部長・藤波元雄^②について、截然とクギリを立てて審理するので、争点が明確になり曖昧な点が些しも残存しないのは結構である、原告として種々面倒な釈明を求められ「イジメられるような気がする」としても、どこまでも我慢するから遠慮なしにドシドシ腕一杯にやっても構いたいと好意的に評する^③。

○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士吉崎亀之助君）は、「唯形式的に訴状及答弁書を読み、二三の簡単な質問を発する位では、争点の那邊に存するかを明確にすることは到底出来ぬと思う。故に此目的を達するが為めには、裁判所も自分に得心の行まで十分に釈明権を行使して、事実并に法律上の争点を明確にすることを勉めることが、拙速に流れずに迅速化をはかる方法だとする^④」。

本章で以下論ずるように、『法律新聞』のスタンスは明治民訴法下の釈明権行使の実務を不十分として批判し、一定以上の積極的な行使を強く求めるものであった。上述の記事がみな弁護士サイドからのものであることが示すように、釈明権の積極的行使は裁判官のみならず弁護士からも少なからず要望されるものであった。

二 過剰行使への批判 対して、「過剰な介入」について批判がなされたケースはそれほど多くはない。○明四〇・一・二〇 大阪日より 松生 は、

「安藤弁護士（柱氏）曰く、近來の法官中、事件の審理上自から訴訟当事者となるが如き風を生じ来りたるは、予の司法界の爲めに採らざる所也。：訴訟案件の審理に必要な訊問、釈明等の範圍を擺脱^{はいたつ}して当事者の挙証、陳述等に対し漫りに干渉容喙を試み、其結果感情の衝突を生じ裁判官と弁護士間に相互に悪感情又は不快の念を懷くに至るが如き弊に陥る：特に太甚しきは、自己の学識又は才能を誇らんが爲めなるや否を知らざるも、無理にも突込みを試みて当事

者を追及し、或は翻弄するが如き風あるは…遺憾とする所也」と紹介する。そのうえで、筆者自身も不干渉主義一点張り、一定の申立やその他当事者の訴訟行為について必要な注意さえしない「宛然たる蓄音器同様の裁判官」を喜ぶものではないが、「去りとして又た余りに自称博学先生や、広告人材先生は鼻摘みに御座候」と安藤弁護士に同意する。⁽⁵⁾ 〇大一一・一〇・三 裁判時弊所見(二) 弁護士小林亀郎君 は、弁護士は法廷でいい加減のでたらめをいうものと裁判官が最初から見ているような場合がある、として

「殊に法律上の見解^{など}杯^へに關して弁護士と裁判長と押問答をすれば、必らず裁判長の勝になる。そして弁護士は意氣地がないように見える。…裁判官も人である以上は感情の所有者である。弁護士として裁判長の意見に反対して裁判を受けることの如何に不利益であるかを知るから爰^{こゝ}に讓歩するのである。夫れを直ちに無能なるもの勉強せざるもの好加減のことを言うものと見られるならば、其処に誤解があるのである」と批判し、

「裁判官は討論の相手ではない。当事者の主張を聞いて、若し其主張の点に不明の廉あらば釈明を求むるを以て足り、主観客観二個の学説ある場合に当事者代理人が主観説を主張するに当り、客観説を採つて抗争するが如きは断じて採るべきことでないと思う。固より其説の是非の注意の如きは敢て之を不可とするものではない。親切気があつたら夫れ位は当然の事であると思う」として、釈明権の過剰行使を戒める。小林は数度にわたり『法律新聞』紙上で当事者主義に立脚した民事訴訟批判を展開しているが、これは当時の『法律新聞』では極めてまれなケースであつた。

過剰介入について弁護士が反論したり、忌避権が行使されたり、地域弁護士会で問題とされたケースも若干伝えられている。⁽⁷⁾

〇明四〇・一一・二五 法廷逸話 は大阪地裁藤波元雄判事(民事一部)について、その赴任以来審理中の発言が不穏当だと弁護士の間で非難が多かつたとした上で、「藤波」裁判長は原告「原告代理人・西尾哲夫弁護士」主張の或る

事項は権利なるや義務なるやと質問し、次で其れに牽連したる種々の質問を初めたるより、西尾弁護士は其れ等の質問は訴訟法の裁判官に与えられたる釈明権以外なりと弁じ、次で如^{かくのいふごとく}此法律問題に対し一々答弁の義務なし、予は裁判官に試験を受けるものにあらずと答え、裁判長は答弁せざれば答弁せざる程度に於て審判せんと宣示し、弁護士は勿論其れにて異議なしとまで論争したる」と紹介している。

○明四〇・一二・一五 民事裁判長の忌避 は、代償金請求事件の控訴審で池田寅二郎裁判長（東京地裁民事一部）に対し被控訴代理人・横山勝太郎が「裁判長が一方の当事者〔控訴代理人・牧野充安〕に訴訟の方法を指教したるは、不干渉主義の原則に反し裁判に偏頗あるものなり」として忌避を申請したという。⁽⁹⁾○明三五・七・二八 新潟通信 は、新潟地裁所属弁護士会の有志が区裁の神尾監督判事について、「神尾監督判事は干渉主義にて、当事者より呈出する訴訟出願の文句にまでも容喙し、且つ訴訟手続に関して弁護士と衝突すること屢にして、為めに新潟地方裁判所に繫属する抗告事件は同判事の担当したる事件其大部を占め、而かも十の七八は原決定を廃棄せらるる」状況だとして、その転任を法相に建議する提案をした。弁護士会総会に臨席していた検事正が批判はもつともであり、責任をもつて近いうちに善処すると述べたため、⁽¹⁰⁾建議案は撤回されたという。

二節 弁護士に対する行使

以下、訴訟代理人たる弁護士に対して釈明権が行使された具体的ケースを、現象面に着眼して分類し検討する。複数の類型にあてはまるケースもありえる。

一 弁護士の法知識の不十分・不注意 こぼれ話を中心に、法専門家であるはずの弁護士（多くは原告代理人）の法知

識の十分・不注意が理由となつて、裁判官が釈明権を行使している例が多数見られる。明確な類型化は困難だが、特徴に着眼して三つに分けて紹介する。

(1) 主張として成り立たない（主張自体失当） そもそも主張として成り立たないことが明白である、あるいは釈明によつてそうであることが判明する、今日いう主張自体失当に該当するような事例である。○明四二・一一・三〇 法廷見聞録 田知本生 は詐害行為取消請求事件で三宅高時裁判長が被告に他の財産の有無を問ひ、債権が三千円以上あるので債務弁済に事欠かずとの答弁を得たので、原告側弁護士にあなたの考えはいかがですかと問うと、「弁護士得々として被告に他に債権があるか何うかソレは私は知りません……と、左も利口そうに跳返すや否や、三宅裁判長隙さず他に債権があるかないか知らんじやありません。アナタが被告の行為は債権者を害すると云うのじゃありませんか。然らば被告は他に債権がないかと云うことはアナタが立証しなくちゃならん訳ではありませんか……と言下に一本突入れられ、其儘開いた口の塞がらざりしこそ……気の毒に見えたるも是非なし」。

○大三・三・二五 法廷ノート では、

「弁護士木内伝之助君、婚姻に関する一損害賠償の請求を為し、裁判長より婚姻は届出によつて効力を生ずる者であつて、届出前にあつては何等の効力を生じないのに、何うして婚姻届を持行かざりし被告が、義務不履行とは別とし原告の如何なる権利を侵害し如何なる不法行為が成立するのですかと反問されて『被告は、原告と某の婚姻届を持行くべき義務を負担しながら、ソレを持行かざりして婚姻の成立を不能ならしめたものであるから、原告の婚姻し得べき権利を不法に侵害したる者である』と幾度も繰返し、益々裁判長をして了解に苦しましめたのは頗る珍すこぶであつた」と述べている。

その他、保険金請求事件で重要事項告知義務は保険会社に問われなければ告知の必要はないという主張にさらに質問

されると答弁に窮したり、「総債権者に対して履行することを要し各債権者に分割して履行できない」という意味で「不可分債務」を主張した弁護士と、その誤りを指摘した裁判長が激しいやりとりをくりひろげるなどの例がある。端的に弁護士の知識不足が物笑い・批判の対象とされることが多いが、後述するように弁護士に一定の同情がよせられることもある¹¹⁾。

被告側弁護士についての事例は、原告側弁護士についてよりはるかに少ない。○明四三・六・一五 法廷小親 傍聴 子は相続人の前主に対する貸金弁済請求事件で、相続人の代理人たる弁護士は唯一の抗弁として証人を申請し、「証人は被告が相続に際し、前主より他に債務なしとの言を信じて相続を為したる事実を知り居るものなり」と。裁判長咄然として聞き終り答て曰く、ソレが何うして相手方に対する抗弁になるのですか。『他に証拠方法はありますか』。弁護士は他にはありませんと、生憎様と弁護士の粗忽を描写している。

(2) フランス法・旧民法にもとづく主張 ○明三五・五・二六 真面目か戯れか はある東京組合弁護士が大審院法廷で分与財産に関する事件につき、贈与契約書の作成が明治二八年四月二五日であるから、「当時の法律たる明治二三年法律第九八号に従って作成せられざるべからず云々と平氣にて述べたりしか」。明治二三年法律第九八号とは、いわゆる旧民法のことである。「係裁判官諸士一同は何か誤解にても為し居るものならんと、色々ソレとなしに注意質問されしも、何か何だか皆目分らぬ身には一向曉るに由なく、何んだか分らぬことのみ答え居りしか。最後に、然らば原告代理人は明治二三年法律第九八号を以て施行せられ居りたりと云うのかとキメ付けられて、氣の毒にも『ハイ左様で御座います』と答えし…」そのせいで敗訴したとして、筆者は最後に滑稽もこれに極まれりと突き放している。

○明三六・一一・五 法の塵 は土地買戻契約履行請求事件の控訴審で、控訴代理人（山田喜之助¹²⁾）は大いにウイスキーをひっつけた勢いで、被控訴人は控訴人に不動産を売渡し登記の手續をなすべしとの一定の申立をなした。「新民法」明

治民法のこと」の規定に従うと、買戻契約は解除条件付売買と云うことになって居るから、控訴人は被控訴人に対し売買解除の意思を表示せば足る」⁽¹³⁾ゆえ、鈴木喜三郎裁判長は売渡の意義如何とたずねた。「裁判長の質問の趣旨は自分を冷笑するものと誤解したのか、数回押問答の末申立不明なりとな然らば此申立を不明なりとする裁判官を忌避すると申立てた。…鈴木裁判長は申立が不明だから釈明せしめたのみで、他意あるにあらずと告げた」。そこで閉廷されてしまったため、相手弁護士はコンナ馬鹿げた事はないとさんざんにコボし、「奠南先生「山田喜之助の雅号」も少々極りが悪くなったものと見え帰宅してしまい、松田君「共同代理人」をして忌避の取下を申請せしめた。処が鈴木裁判長は山田自身に来いと云うたげな。併し取下げ丈けは出来たとの事である」。

(3) 釈明による主張の適正化 弁護士の主張が適切ではないが、紛争の実体はちゃんとしていると判断し、それに即した形に修正を促した事例である。⁽¹⁴⁾

○明三九・一〇・五 法廷見聞録 では、甲被告（売主）は原告所有の某地所を売渡した登記を取消し、乙被告（買主）は買受けた登記を取消せとの判決を求めた老弁護士先生に対し、裁判長「売買の行為は売渡の行為と買受の行為と各別に独立して存在するものにや如何と。弁護士先生問意を解せざること少時、沈思黙考漸くにし釈然たるものの如く、イヤ売渡の行為と買受の行為とが各別々に存在すとは云うにあらざるも、売主は売渡の行為を為し買主は買受の行為を為したるものなれば、各自其行為に応じたる登記の抹消を為すべきことを求むるに在りと。裁判長然らば甲乙双方に対し其間に為されたる売買の登記取消を求むるに在るか。乃ち弁護士先生忽ちにして大得意となり、声調一際高く『そうです』と。筆者は「是れ即ち…全国下級裁判所の模範たる東京地方裁判所民事第四部公廷に於て実見したる一事実なりとす。又た以て現代法律界の思潮を見るに足るべし」と皮肉をこめて締めくくる。○大二・一〇・三〇 法廷ノートは、弁護士中の学者といわれていた某弁護士が、裁判長から貸主は誰かと聞かれると思案の挙句、「本件は原告が某の

事務管理人として某所有の不動産を賃貸したのです。裁判長が重ねて貸主は誰だとか主張になるのですと質問すると、弁護士は当惑し激して前言を繰り返して、「私は之れ丈けのことを申せばソレで宜かろうと思います。事実としてはソレ丈けである、ソレが果して貸主が誰れであるかと云うことは法律上の解釈で、私はソレ以上申上げる必要はなからうと思いますと頑張て、幾たびも同じい押問答の末、ソレではそう聞いて置いて宜しう御座いますかと念を押されて、ソレでは次回までに取調をして返事をする」と云うことにして大悄気に悄気て退廷した。ここでもやはり弁護士に一定の同情が寄せられるケースも少なくない。

二 法的討論が必要な場合 (1) 複数の法律構成がありえ、いずれによるかで訴訟の行方が変わりうる場合について釈明を求めるケースも見られる。○大七・三・八 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師 では、遺産取戻事件で裁判長が「本件は寄託〔原文は「寄托」。以下同じ〕關係を原因とするのですか。將又所有權を原因とするのですか」と尋ねると、原告側弁護士(木内伝之助)は一寸困つて考え込み、しばらくして寄託と答えたので、裁判長に「然らば仮りに原告に所有權があるとしても、寄託關係が立証されねば請求の權利がないと云うことになりましたが、ソレでも宜しいですか」と尋ねられ、原告側弁護士はそれは大變とばかり「遺産相続に依る所有權を原因とすることに變更します」と早速變更して何食わぬ顔をしていたのはさすがに老練弁護士だ、としている。⁽¹⁵⁾

被告側弁護士に対するものはやはり少ないが、○明四四・四・一五 法廷雜觀 傍聴子 は、

「上原鹿造君⁽¹⁶⁾外一人の弁護士が原告の請求に対して、一方に売買の成立を否認しながら他方に解除の抗弁を提出したので、河本裁判長が微笑しつつ、一方に売買の成立を認めないで何うして解除が出来るのですかと問うと、上原弁護士はイヤ仮りに成立したものとして解除をすると答へたる所、相手方弁護士は：仮定の売買を認めて解除すると云うことは出来ぬとやったので、流石の上原弁護士も頭を掻きつつ一寸閉口して見えた」とする。これはいわゆる仮定的抗弁の例

であるが、大審院判例（大判大正三年七月八日民録二〇輯五九五頁）が明確に認めるまでは可否の判断が揺れていたことが看取される。

(2) 法律構成に通説的見解がまだ存在せず、判例による解釈論形成が期待されるような「難件」も稀にみられる。○明四〇・六・二〇 大阪法廷見聞録 松生 では、地租公課等の増加ゆえに地代増加請求をすると述べた広瀬徳蔵弁護士（原告側）に、「山内裁判長（確三郎氏）⁽⁸⁾ 地代増加請求権の法律上の性質は如何。単独行為なりや將た契約なりや。広瀬弁護士云う、契約なり。山内裁判長更に問う、然らば：被告が原告の地代「土代」増加の請求に承諾を与えざれば、原告は被告に対し土地の明渡をも請求する権利ありや如何」。広瀬弁護士が権利はありと答えると、「山内裁判長原告被告間の借地関係は何時成立したるや。広瀬弁護士、原告が前所有者より所有権を譲受けたるときより成立したり。山内裁判長然らば原告は：借地契約を継承したるものにあらざと云うに在りや。広瀬弁護士然り、承継したるにあらず。原告が所有権を得ると同時に新たに、原告被告間に別個の借地関係成立したるものなり」。これを受けて野口繁治弁護士（被告側）が、原告は当初請求原因として承継した前主と被告間の借地関係で定められていた地代の増加と主張していたのに、主張を変更し新たな借地関係が成立したと述べており、訴の原因を変更したと抗弁すると、広瀬弁護士は事実の主張を改め、原被告間の借地関係は新たな別個のものではなく、原告が所有権取得と同時に前主と被告間の借地関係を承認したものである、しかも原告は前主と被告間の借地関係を承継したものではないと答弁した。野口弁護士が被告と前主の間には地代増加を為さずとの特約があったと述べると、広瀬弁護士はそのような特約は原告に對抗できない、と主張した。末尾に筆者は「想うに地代請求権の法律上の性質如何は法律上の一疑問として、大に研究の余地存する問題たるべし」とまとめている。借地借家をめぐる紛争がようやく重大な社会問題になってきている時期の事件であり、借地法・借家法施行前において本件はハードケースであった。『法律新聞』でも明治四〇年前後から借地借家紛争についてしば

しば紙面が大きく割かれており、社会的な影響の大きい事例に対して、裁判官が釈明を促し訴訟関係の認識を丁寧に行おうとしたことが読み取れる。

「民事々件で一番困難を感じる点は、民事々件の法律的整理でありましょう。民事々件は常に紛糾して起り、そこには組織も統一もないのを、法律的の統一点を見出し之を組織的に整理して、其証拠を準備するということは、原告の立場として最も困難する点であります。民事々件は頭の置き所が異うと、飛んだ錯誤に陥ることがありますから、何時も訴の原因に就て、少からざる苦勞させられるのであります」（○大二三・一二・五 司法省及中央法衙構内巡訪記（11））という下田判事（東京地裁民事十部長）のコメントは、裁判官の思いをよく代弁するものと思われる。

三 立証の促し ○明四三・五・五 名川裁判長と音羽弁護士¹⁹の法廷問答 は船舶引渡請求事件で、被告側弁護士への立証の促しに対して原告側弁護士が反発した一幕を描いている。

「…被告代理人は尾崎弁護士で双方頻りに論じ合つて居たが、名川裁判長が尾崎弁護士に『被告はもう立証はありませんか。…某船大工でも証人として申請なさつたら如何です』と注意したので、尾崎弁護士は如何にもと直様某船大工を証人として申請に及び、早速許可になった。所で音羽弁護士「原告代理人」ムツとした風で『被告代理人は立証はないと云うのに拘わらず、裁判長が相手方弁護士に証人の御注意を与えられたのは、甚だ感心しない』と突込むと、名川裁判長は『イヤ被告代理人も中々老練な弁護士ですから、当職から注意しなくともソレ位のことは何れ申請されることでしょう』と巧に鋒先を避けると、音羽弁護士は『ソレ位エライ弁護士に立証の御注意相成ると云うのは、愈々以て感心出来ぬ』と皮肉った。スルト名川裁判長はマタ『コレ位のことは当職は当然の注意と考える。お氣に障るなら忌避でも何でも御勝手に申立なさるがよい』と最後の通牒式に出る。スルト音羽弁護士は『当弁護士はマダこれしきのこと忌避の申立をするようなことはしませぬ』と澄した所は一寸振つて居た」。

立証の促しについて「具体的な立証方法の示唆」は限界事例としてとりあげられることがあり、明治民訴期の教科書のなかには明確に否定するものもあった。大正改正の起草・立法過程では、立証の促しを明治民訴法から強化するか否かは一つのイシューとなつてゆく⁽²⁰⁾。

四 準備の不十分・訴訟戦術 ここまでの事例が弁護士による主張の内容についてのものだとすれば、主張の態様がクローズアップされる事例も存在した。

(1) □頭弁論に先立ってしておくべき準備が十分でないために、主張が不十分だったり整理されておらず、釈明が求められる事例がみられる。時間稼ぎや被告の出兵を見てから対応を決めたいという訴訟戦術として、意図的に曖昧な申立をおこなっているケースもあった。

○明四三・二・一五 大阪地方裁判所部長多喜沢君談片 は、裁判所は二三回ぐらいいは弁護士に引き回され、四回目ぐらいで初めて一定の申立や訴の原因が明確となる、なぜなら漠然と単に法定の要件のみを記載した訴状や答弁書が多く、一々それを明確にしなければならぬからだとする⁽²¹⁾。○明三九・六・五 法衛月旦 社員稲村蘿月 は、せっかく裁判長が丁寧に釈明を求めているのに、弁護士の準備が十分でないために答えることができず、「裁判長曰く、然らば続行期日を求められ能く事実関係を明らかにせられて、先ず事実の主張を確定せられては如何と」。長時間の押し問答も要領を得ないまま閉廷された。「次に某弁護士の事件と為る、又同じく事実而就て裁判官に糺さる、次又然り、而かも其内極めて有名なる弁護士ありき」。受任した事件について事実を弁えずに法廷に立つ弁護士の無責任さに、一驚を喫せざるを得なかったと痛烈に批判される。○大六・一一・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 (一) 黒法師 は家屋明渡事件で被告代理人の某弁護士が、原告(家屋の現所有者)は前主から家屋を買ひ受けた際に前主と被告間の賃貸借関係を承認し、原告と被告間に賃貸借関係が承継されたと述べると、池田裁判長は承継時期はいつかと尋ねた。「某弁護士

時期は只今不明だから次の開廷に取調べて返事をすると言う。池田裁判長然らば延期を申請されますかと云うと、某弁護士イヤ時期は分らぬが承継の事実があったことだけを主張して置きますと云って、延期の申請をしようと云わぬ。池田裁判長^{すか}隙さず、ソレだから其時期は何時ですかと聞くのです。延期の申請をなさらぬなら、立証なきものとして主張だけ聞いて置いて差支ないですかと一本参られ「ギャフンと参って延期を申請したのはアンマリ見つともよくない図であつた、と批判的に描写する。

裁判所から見た評価を実名をあげて辛らつに記したのもある（○明三七・一・一〇 弁護士雑評 無名氏）。原嘉道⁽²²⁾について「例え一小事件でも必ず準備書面を提出して、之れに基いて陳述する所等は裁判所側の感服する所である。

訴状も亦申分ない。事実と法律点とは善く區別してある。複雑なる事件も一見明瞭に要領のみを摘示してある」。とか訴状に事実や法律点をゴツタ混ぜに書いて裁判長の釈明に長時間を要し、結局訴状に記された請求原因と全然變つてしまひ被告から原因變更の異議が出るような弁護士があるなか、原には「裁判官に釈明に時を移さしめる事等は絶てない」として「優」評価を与える。原嘉道は大正民訴改正の起草過程で法律取調委員会（明治四〇年）・民事訴訟法改正調査委員会（大正八年）に一貫して委員となり、弁論の準備や陳述の適正化を強く唱え大きな影響を及ぼすことになる一流の弁護士であつた。他方利光品吉⁽²³⁾の法廷での態度は「殆ど啞牛の如し」、「止むなく此方より主張を確めんとすると、君は唯だ『実は…実は』で終る事がある。余り聴くのも氣の毒なので大底斯様たろうと推測して聞いて置く」と、後で其主張が分らないので調書が書けないと書記先生から小言を頂戴する」、弁護士として不適切と切つて捨てている。⁽²⁴⁾

(2) 訴訟戦術としてむやみに多くの攻撃防御方法を提出する弁護士も批判されている。和仁貞吉（大阪地裁所長）は大阪の弁護士について、「抗弁の数には制限なきも、時としては如何にも理由の薄弱なる抗弁を夥しく提出し、或は仮定の抗弁を提出し、恰も抗弁の多きを以て得意とするに非ずやとの感を起さしむることがある。…之れが為め訴訟關係を

複雑にし判事をして事実の真相を得るに困難ならしめ、其の結果は却って「依頼人」本人の不利益となる場合稀なりとしない」「大阪の民事事件は記録と云い判決書と云い、東京のものよりは複雑して居る：弁護士の方より直接争点に係のない事実まで一々立証せらるる：若し英国の如く直接争点に係なき事実であつたなら、其立証方法を許さない事にしたなら事件は非常に簡単となり、迅速に終結するであろう。而して我民事訴訟法に於ても英国主義を採用することは法の禁ずる所にあらざるも、如何せん多年の慣習を打破するには確乎たる決心を要するので、一に判事の手腕と決心とに俟なければならぬ」と批判する。⁽²⁵⁾○大10・五・五 法廷雜感 実生 も、弁護士が牽強附会の主張をするのは止めてほしい、「勝敗の数明白なる事件で、到底立証に供し得られない方面違いの材料を敢て提供」するのはいたずらに事件を複雑にし遅延させるだけである。また「法律上の議論で、事実審や上告審で到底御話にならない議論を、素人なら兎に角堂々たる弁護士が堂々と法廷で主張」するのは、その人の法律知識を疑われはしまいかと危惧し惜しむものである、と切つて捨ててゐる。⁽²⁶⁾

* * *

以上、訴訟関係を明瞭にするために釈明が必要になる理由としては、①不十分な法知識ゆえの不適切な主張、②法的討論が必要である、③立証の促し、④不十分な準備・訴訟戦術ということになる。門前払いしたケースもあったと思われるが、記事で紹介された事例の多くでは、訴訟関係を明瞭にするために積極的に向き合っていたといえよう。記事が伝える事例は、法律・事実について比較的単純な指摘・確認を行なうものがほとんどを占めており、ソースとして法廷傍聴記が多いこともあって「面白おかしい」話がそれなり以上に含まれている。「普通の」釈明の事例はそもそも記事になりにくいであろうことに鑑みれば、記事にされた事例をそのまま当時の弁護士・裁判官の平均像と解釈することは必ずしも適切ではない。以下では、なぜそれらの事例が記事にされたのかという視点から、弁護士に対する釈明権行使

のモティーフがいかなるものであったのかを論じたい。法継受というこの時期特有の事象にもとづく論点と、より通時的な論点に分けることができる。

五 背景（一）急速な法継受の帰結（1）旧世代の弁護士 明治民訴法が明治二十四年、実体法も民法が明治三十一年（一九〇八）、商法は明治二十六年（一九一三）・三十三年（一九一九）より施行され、近代法へと全面的に切り替わってゆくなかで、現行法についての十分な教育を経ていない世代の弁護士への釈明権行使が取り上げられている。これら旧世代の弁護士については、すでに紹介したように否定的・揶揄するタッチで描かれた一方で、⁽²⁷⁾ 気の毒だ、人ごとながらはらする、裁判官の情ある調ぶりがうれしいとも形容されている。⁽²⁸⁾

○明三五・一二・一五 東京控訴院各部長に対する弁護士控所の評判 では、鈴木喜三郎（民事第一部長）⁽²⁹⁾ について「弁護士が申立中、其の云わんと欲する所は了り得るも、弁護士のノロマにして其意見の存する所を能く論理的に説述し能わざるを見るや、君は焦って『それでは面倒です、此方から尋ねましょう。第一斯う云う理屈ですな、第二斯う云う事実ですな…』と切り込み、当事者の云わんと欲する所を巧みに論理的に代言することがある」とその頭脳の明快ぶりを賞賛しつつも、弁護士に対する態度がプリプリしがちなことをやんわりと指摘する。「田舎から稀に東京の立派の法廷に出掛て来る、訴答文例〔明治民訴法が施行されるまでの民事訴訟の規則。明治六年施行、二三年廃止〕時代の老弁護士などのヨタヨタしたのを捉まえて、法律論で無暗に意地目付る^{など} 杯は大に慎んで貰いたい」とし、同僚の坂崎儒を見習うよう勧める。坂崎儒（民事第三部長）⁽³⁰⁾ は弁護士への応接がすこぶる丁寧であるため、「鈴木君（喜三郎）の部などへビクビクもので出頭する訴答文例時代の老先生や、若しくは書類不調査法律論不取調の惰若先生も、しゃあしゃあとして呑気に気楽に君の部に出頭し、喋々人も無気に饒舌を弄することが出来る…弁護士が往々手前勝手の法律論をムニャムニャに不得要領的に申述るとき、鈴木君ならそんな誤魔かしは相成ぬと云う意気込で窮追する所でも、君は流

石に御年輩の功でもある一が、いい加減にして『そんならまーそうして置きましょう』と切上る」という（○明三六・二・一六 弁護士控所に於る東京控訴院各部長評）。

○大六・九・二〇 東京区裁判所法廷ノゾ記（五）では賃貸借解除家屋明渡事件で、原告代理人の白髪頭の中老弁護士が、共同被告X（賃借人）に対しXの家賃不払による契約解除を理由として家屋明渡を求め、共同被告Y（Xからの転借人）に対しては、原告とXとの賃貸借関係が解除となったから転賃関係も当然解除になるとして、XとYを共同被告として明渡を求めた。共同被告の代理人弁護士が馬鹿にしきって結審を求めると、「スルと土屋判事、賃貸借が解除になったから転賃関係が当然解除になると云うのか又消滅すると云うのですかと注意を与えろ」と、原告弁護士『能く研究した上でお答えすることにしたから、法律問題研究の為め延期して貰いたい』と云う。土屋判事ソレを受取り『事実取調の必要あり、^{かたがた}旁々法律問題も調べて見たいから延期の申請をされるのですか』と注意したが、一向気が付かず、原告弁護士『イヤ法律問題研究の為に延期をして貰いたい』と云う。土屋判事『イヤ法律取調の必要もあり、マタ事実上の取調の必要もあります』とやったので原告弁護士漸く訳が分ったらしかった。ソレを傍で聞いて居ると人のことだがハラハラして手に汗を握らずには居られなかったが、土屋判事の此間に於ける落付いた態度と、法律に偏せず、情ある調振りはうれしい位だった。

明治民法施行直後は弁護士も裁判官もほとんど新法を知らず、訴答文例時代からの弁護士が新法への知識を欠いているため気の毒な形で敗訴したり、裁判官も民事訴訟法の条文の趣旨を十分理解せずに形式的に適用しがちで、「不干涉主義の履き違いから」必要な介入すらしなかったという。³³⁾明治民法が施行されるまでは民法・旧民法の教育・実務における影響力は小さくなく、施行後も頭が切り替わらない実務法曹が間々存在したであろうことは想像に難くない。³⁴⁾現行法の知識が十全でない弁護士に対して、批判と同時に同情がよせられるいささが存在したのである。

(2) 若手弁護士 明治二六年（一八九三）の弁護士法により、弁護士任用制度としての弁護士試験がまがりなりにも確立し、本研究が対象とする明治三三年以降の時期には、その合格者の弁護士中の比率はかなり高くなってきていた。⁽³⁵⁾ それでは明治民訴法や実体法典について学校で教育をうけ、試験をパスした若手の弁護士には問題はなかったのだろうか。いささかこっけいだが、新米弁護士の失敗談を紹介してみよう。○大七・三・一八 破顔の法廷 ウロタへ蟹穴に入らず 阿々子 は東大を卒業したての××弁護士の初日について、

「口頭弁論は一定の申立を以て始まる。…裁判長開廷を告ぐるや、声に応じて曰、本件の事實は甲野内太郎〔証人の名前〕詳知す、其取調べを願います。…裁判長訝顔、証人申請の主旨は判りますか、其前に何か申立がなくては？…直に証拠申請とは少し困りますが、イエナニよろしうございます。…ソレで宜いですか、此儘に証拠申請をされて好いんですか。ハイ証拠ササ御取調べ被下ば結構です。イヤ事実関係を申立てられずして、直に証拠調べで訴訟法上入りますか。サーソンな理窟は知りませんが、兎に角御取調べを願います。…とうとう裁判長さじをなげ、少し研究の上に申立て下さい。今日の所は延期に致しましょう」とからかっている。⁽³⁶⁾

○大七・三・八 朝野法曹見参記（三二）東京地方裁判所長部長判事三淵忠彦君⁽³⁷⁾ は、三淵が特に若い弁護士に評判がよいというのもっともだとして、その審理ぶりを好意的に描写する。「〔保険金請求事件で原告代理人に〕相互保険は商行為でないのに、年六分の損害金は如何と突き込んで、ハ一左様五分に訂正させる。請求のときより一ヶ月以後にあらざれば遅延利息は払わぬとの保険約款があるのに、請求当日からの損害金は什麼言う訳ですかと、原告代理人をタシなめる。…丸で先生が生徒に物を教えるようだ」。○大ニ・一〇・三〇 法廷ノート は「某若手弁護士、注文者の請負代金支払義務不履行を理由に請負契約の解除をした上、注文者を相手にして請負代金請求の訴訟を提起し、係裁判長から請負契約を解除して置きながら請負代金の請求をすると云うのは何ういうものでしょうか」と聞かれ、大いにま

ごついたのは珍種だったという。

当時、弁護士については判検事と違い実務修習の制度が存在せず、弁護士試験パスのみですぐに弁護士業務をおこなっていたという実情があった。制度的な研修を未だ欠き、地域の先輩弁護士の配慮や事務員の指導を受けながらの on the job training に頼らざるを得なかった弁護士は、司法官試験として一定の実務研修を受けてから任にしていた裁判官に比して、スタートの時点で相当不利な立ち位置にあったであろうことは否めない³⁸。制度の未整備の影響を受けたという点では（弁護士試験補制度の導入は昭和八年（一九三三）の弁護士法改正による）、旧世代の弁護士同様若手弁護士もあまりに迅速な法継受の犠牲者であった。

以上要するに、裁判官は弁護士のミスをそれなりに積極的に指摘すべしという主張の背景には、弁護士の資質が常に信頼できるとは限らないという実情があった。実務法曹には「困ったものだ」「弁護士全体に対する評価が下がってしまった」という否定的視線と、あまりに急速な法継受の帰結として「気の毒だ」「助けてやるべきだ」という同情の両者が併存しており、³⁹裁判官のみならず弁護士も職権の介入を容認し、ある程度までは期待していたようにみえる。 magari なりに法専門家としてお墨付きを得ている弁護士の落ち度ゆえに審理や判決が適正なものでなくなり、素人たる当事者本人に不利益が発生することは回避すべきだ、という考えもあったろう。

六 背景（二）争点整理の不全——迅速化との関連 他方、この時期にかぎられない通時性を持つ問題として、四で紹介したように弁護士による主張が整理されていなかったり、さみだれ的に提出されるなど、手続の最初の段階で主張をまとめて行わせて争点を整理するしくみが存在していなかったことが挙げられる。その欠を補うための釈明権行使の背景には、手続迅速化の強い要請があった。民訴手続の遅延と迅速化の必要性は明治民訴法期の『法律新聞』で頻繁に強く唱えられ、先行研究が大正改正の主要な眼目として位置づけてきたものでもある。

○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む　で吉崎亀之助（弁護士法学士）は民事事件の迅速化について、「或は答弁書の期間内の提出を励行せよとか、或は予じめ準備書面を交換せよとか種々の案を提出する者がある。孰れも多少の効力あるかは知れざれども、斯様な事は抑も未なりと云わざるべからず」。単に書面をやり取りするということだけではだめである。何が重要かといえ、争点を最初に明確にすることである。争点が明確でないままに無駄な証拠調べをするから延滞するし、かといって拙速に争点を決定したり、十分な立証も行われないまま事件を終結するのではなおさら宜しくない。吉崎は続けて

「吾々は此点に關しては英國風が甚だ宜いと思う。即ち先ず原告の請求原因とする事実を实体法に基き那邊にあるや十分に釈明せしめ、然る後被告の答弁を求め、更に原告の再抗弁を明にし更に又被告の再々抗弁を求めるのである。若し斯くの如くすること数回に及べば大抵の事件は争点が明確になるであろうと思う。唯形式的に訴状及答弁書を読み、二三の簡單なる質問を發する位では、争点の那邊に存するかを明確にすることは到底出来ぬと思う。故に此目的を達するが為めには、裁判所も自分に得心の行まで十分に釈明権を行使して事実并に法律上の争点を明確にすることを勉め、弁護士側も原因を曖昧にしたりなどせず、裁判所も弁護士も御互に事実問題に付てのみならず、特に法律問題に付ても十分に勉強もし取調べもせねばならぬ。…是れ吾々が劈頭第一に司法官に提出する希望である」

迅速化は重要だが、それは拙速であつてはならず、あくまで訴訟関係の明瞭な認識がなされた上でのことである。そのため手続のはじめにおいて職権が積極的に釈明権を行使し、弁護士の準備を促すことで、争点を確定させる必要がある。⁽⁴⁰⁾ イギリスの制度に目が向けられていることに注目しておきたい。

事務処理成績を上げようと拙速に走れば、一審で現れなかった新事実や新証拠ゆえに二審で破棄に至ることが往々ある。管内の区裁判事を集めた会議で岡山地裁所長はうったえた（○明三九・二・二八 西郷所長の訓示要領）。「昨年中

諸君の挙げられたる事務の成績を御一覽に供せんがため、事務表を編冊致しました。努めて御熟閲ありて本年は何れの点も他庁に劣らざる様、一層の御奮励あらんことを望む。尤も表記は弊害の伴うを免れ難し。単に表面を良くせんがため事務の取扱粗漏杜撰に流るるが如きことありてはならざること勿論なるも、斯ることなく而かも良成績を挙げらるる様希います。：小官裁判事務については第二審を担当す。諸君の所より回送し来る記録の上に付き一言述べれば、：不幸にして心証を異にし、往々廃棄せざるを得ざるの止むなきに遭遇するものあり。：其廃棄に至る点を挙げれば、一審に於て現われざる新事実又は新証拠を提出したるに因るもの多し。尤も民事は不干渉主義なれば、二審に至り新証拠新事実を提出せざる様一審に於て尽さしむることは難事なるも、：折角尽力して判決せられたるに二審に至り廃棄せらるるは遺憾なれば、是等事情に御着眼ありたし」。

手続遅延の要因として、弁護士（当事者）が戦術的配慮から自らの主張をなかなか明らかにせず、訴訟関係が明瞭になるのにはしばしば時間を要していたことがある。明治民法では、訴訟係属後（権利拘束と称していた）は請求原因を変更できないとされており（一九五条二項⁽⁴¹⁾）、相手の出方が分からないうちに自分の手足をしばってしまうことは不利と思われたからである。○大一〇・一二・二〇 民事訴訟法改正私論（二） 弁護士齋藤巖君は、訴状の記載事項を定める一九〇条⁽⁴³⁾を嚴格に適用することに疑問を投げかける。一定の原因は訴状で窮屈に特定させる必要はなく、具体的な原因いかんについては審理の中で裁判官が釈明させ立証させてゆけばよい。「斯くては余りに原因漠として、却^{かえつて}而釈明の爲め訴訟遅延の虞なりとなさんも、支払責任ある所以の事實は其原因の原因にして準備書面に関する事項として記載せしめて十分なり。強て変更を許さざる原因の中に引き括るを要せず」。人は法律を知った上で取引をするわけではないから、それを法律上いかなる種類の契約として構成するかは容易でない。「況んや相手の抗弁を想像し、証拠方法を案じて意義あり効力ある訴の原因を索出す、実に暗中物を探る」ようなものである。原告は提訴後は原因の変更を禁止さ

れているのに、被告の抗弁は矛盾結構撞着差支えなしでは、民事訴訟法の規定が権利侵害を持続助長させているようなものである。同一取引の範囲内といえる限りでは、例えば売買と交換、買戻と再売買の予約、貸金と預け金、使用貸借と賃貸借の変更は認めてもらいたい。現行制度の下で訴訟関係を明瞭にしたうえで裁判をおこなおうとすれば釈明に一定の時間をとらざるを得ず、迅速化が劣後させられるのはやむを得ないということになる。

以上要するに、迅速化が単なる拙速ではなく裁判の内容の適正さを保ったかたちで行われるようにするための手段として、釈明権行使（の強化）は位置づけられていたといえよう。このことは大正改正の最大の焦点となる、争点整理のための準備手続の一般化をどう理解するかという論点につながっており、三章二節で論ずることにしたい。

三節 本人訴訟

当事者本人が専門的知識を持たないゆえ、訴訟行為が不十分にしかできないという事態にどう対応するかには、本人の自己責任として放置する、弁護士強制を導入する、裁判官が当事者に弁護士依頼を勧める、裁判官が直接当事者を指導する、というものが考えられる。本人への釈明権行使について、『法律新聞』では批判的・消極的な記事は少数にとどまり、裁判官の懇切な対応を好意的なスタンスで取り上げる記事が圧倒的に多い。「事件は半以上本人訴訟だが法律思想が発達して居ると云う訳でない。本人が出て来て何んだか訳の分らぬグズを列べるので、裁判所は困って居る。しかし裁判所の方では当事者の利益を謀り、可成教えてやらせるようにして、曲なりにもやって居る」（○大ニ・九・一〇 下妻法況 弁護士江面島造君談）。

一 訴訟関係を明瞭にする必要性 ○明三九・一一・二〇 法廷見聞録 松生 は雇用契約違反に基づく損害賠償請求

事件の被告母子兩名のうち出廷した母について、貧苦にやつれた姿の哀れさ、できることなら弁護士に頼んで言つて貰いたい無理非道の数々、されど食うや食わずではそれも叶わず…といささか講談調に始め、原告側弁護士の一定の申立を受けての審理をこう紹介する。

「須賀裁判長（喜三郎氏）⁽⁴⁵⁾ ソレでは被告はと問わるるも、被告は何んと答えん術も知らず、但だモジモジし居れり。…イエ私は何も知りませんと許り、須賀裁判長も憐れと思ひ遣られ、ウーン請求を棄却して貰いたいと云うのだなア善し善しと被告の言葉を受取り…」原告側弁護士は請求原因について、被告母はその子を原告家に七年（とか）の年期中洋服裁縫見習の雇用契約をなし、もし本人が中途で逃走その他雇用契約違反があれば、被告兩名は連帯して一日の食料等幾何として支払う約定をした。しかるに子は逃走したので予定損害賠償金の請求をする、と陳述したのを受け、

「須賀裁判長言葉静かに、被告は原告の云うが如き契約を為したりや否か。…被告エイ私はそういうことになつて居つたか何うか一向に知りませぬ。但だ七年の年期中シキセの約束で悴を洋服裁縫の見習に遣つて貰いました許りで…須賀裁判長フム、ソーすると此の証書はお前が入れたのだなア、然かしコレに書いてあることは何を書いてあつたか知らぬと云うのだなア：被告ハイ私は少しも文字と云うものは知りませぬので、中に何が書いてあつたか知りませぬので…須賀裁判長ウムそうか、然かしお前は此の印は自分で押したのだらう。ソウして此の証書を入れるとき、此の保証人の人に中の文句を読んで貰つたんじゃないか：被告イヤ私が但だ印を押して出した丈けでありまして、別に読んで貰ひませぬ…須賀裁判長然かしお前は七年の年期契約のことは承知をして居るのだらう：被告ハイそれは七年の契約であります。…須賀裁判長ソレでは途中で止めて仕舞うと云うのは、お前の方が悪いではないか。ソレは何うゆう訳で止めたのか：被告ハイ…ソレは…（漸くにして声には涙交わり来れり）ハ…タシが…（既にして一声又た一涙）悪いので…あります…須賀裁判長ソレでは何ぜ悪いと知りながら途中で止めたのか：被告ハイ、ソレは悪いとは思いますが…

ヤハリ向の宅がツライと云うものですから：跡は情迫まり語出でず、ソレだからと云いました所で今日の私共に：二百円からの大金は：ソレが払えと云われた所が何うして払われましようか：彼れは此に至りて遂に堪まらずなりぬ、彼はドーと許りに叫声を上げて泣き伏しぬ。須賀裁判長始め鶴田（政氏）池田（寅二郎氏）両判事も將た又た原告訴訟代理人たる堀田弁護士さえも、共に同情の感に打れ法廷は一種の悲哀を以て満たされぬ」。民刑訴訟で法廷に登場する下層民への同情は『法律新聞』の紙風となっていた。

○明四四・二・二八 法廷雜觀 傍聴子 では河本「慎平」裁判長の問に対し被告本人「此家は始め原告からの頼みで請負うて建てたのでありますが、原告が金さえも入れなかつたので、初めから私のものとして地主の承諾を得て私が建てたもので、原告が金を払いさえすれば原告に渡してやる約束になつて居るのであります」。裁判長「：原告が金を渡したら原告に渡さねばならぬと云うのは、ソレはお前が原告から請負うて原告の為に建てて遣つたのだから、ソレで原告に渡さなければならぬのではないか」と問うた。しかし被告本人はそれを理解できず再三問答の末、ようやく被告のいいたいことが判明した、という。

立証の促しの例として、○大六・九・二八 法廷総マクリ 黒法師 は東京区裁での家賃請求の訴で、被告（職人体の若い男）が森井判事から証拠の提出等注意されても一向分からず困っているので、原告の三百屋がそれではこのままご結審を願つて示談をしようとかく籠絡しようとする、と、「森井判事からハタと相手の三百を睨付け、自分許り勝手のことを云つて置いて相手に何も云わせないで済まそうなど云うことは不可ぬ、と叱り付けられ一縮に縮上つたのは小氣味が宜つた △：森井判事が被告に向つて、只だ自分が借りたのでないと云つただけでは不可ぬ。自分が借りたのであればないと云う証拠を出さねば、裁判所は見えて居たのでないから分らぬ。：民事ではお前等の方で証拠を出さねば、裁判所で勝手に調べてやると云う訳には不可ぬのだから、証拠を出さねば不可ぬと云うのだよと云つて聞かした」が、

被告がどうしても証拠申請ということを理解しないので判事も困っていた。窮屈な法律ゆえ仕方ないが、本人訴訟を認めるからには証拠方法や証拠申請方法くらい教えてやるべき、とする⁽⁴⁶⁾。

原被いずれが本人の場合でも、弁護士に比べてそもそも実体法や手続法の知識がおよそ十分か欠けており、裁判官が訴訟関係がどうであったのか、何が争点なのかを丁寧に解明してゆく必要があった。本人は「哀れな細民」ばかりでは決してなく、「逞しい・図々しい」本人に手を焼く場面もしばしば描かれている。

二 行使の実態さまざま 事件の事情を知るには難しい顔で突っ込んで聞くのではなく、打ち解けたほうがよほど如才ないやり方だと評価される。本人同士の貸金請求事件で原告は二五〇円貸した、被告は一九〇円しか受け取らぬというと判事が「高利を天引きにしたから実際渡したのは一九〇円ではないか。高利なら高利で宜い、仮令高利でも受取って仕舞えば払戻す必要も何もないのだから高利なら高利だと云った方が宜い。ソウしないと事実が分らなくて困る」と打ち解けて尋ねたので原告も大いに打ち解けた様子だった、という（○大七・二二七 東京各裁判所ノゾ記 黒法師）。

しかし現実の本人に対する審理よりは、必ずしも親切なものばかりではなかった。無知で法廷に慣れていない者に難しい術語を連発し、理解できないゆえ答弁に苦しんでいるのを、心証を得るに足りない⁽⁴⁷⁾と速断するのは害が大きい。「原告本人法語を解せぬ為め請求の原因一定せずして訴を却下する区裁判事在りと是ぞ明治大岡」という寸評がある。○大

四・九・二〇 大阪法衙より（若翁生）は、「近頃の裁判官は余り法律に拘泥し又法律語を使用するので、法律の素養なき訴訟関係人を困惑せしむることは一通りでない。裁判官が能く当事者に向って一定の申立をなせと命ずるも、当事者は一定の申立てとは如何^{どう}なことであるか薩張り分らぬから請求の原因を陳述すると、其れは後で聞くから先ず一定の申立を為せと命ずるものだから、当事者は狼狽するよ。或裁判所で遣って居る様に、訴状も出て居るから訴状に基いて御前の請求する所はコーかと云う風に聞いたら宜かろうと思う」。○明三八・八・一〇 東京地方裁判所部長一口評

老紅生 が横田五郎⁽⁴⁸⁾について「氏は法律問題にのみ多大の注意を払い、事実関係は法律問題決定後に調査を要するかの如き態度を示せり。…如何に不関渉主義とは申し乍ら、素人の本人様の出た場合には法官としては如何であろうか。或人氏の法廷を指して小審院と云う。但し余りに法律に拘泥する小さき大審院と云える意味にてもあらんか」とするものも同旨だろう。当時の裁判官の審理ぶりや資質に対して少なからず批判があつたことは、四章で詳しく論じたい。

「哀れな細民」とは対照的な「逞しい・図々しい」本人に対しては突き放すスタンスも少なくない。○明四〇・六・五 大阪法廷見聞録 松生 では、「女」五〇代の被告。保佐人が付添い」は狂せん許りに躍起となりて事実の主張を争い、水沢弁護士「原告代理人」が何か一言云う毎にソレやそうじゃおまへんのでと必ず口を挟みぬ。水沢弁護士遂に溜り兼ね大喝して云う、キサマ黙って居れッ」とそれでもますます食つかかるので、「山口裁判長（貞昌氏） 見るに見兼ね女を叱して云う、此処へ来てソンなに騒ぐと退廷を命ずるぞ、訴訟をするならするようにしてせよ。…女則ち黙して止む」。筆者も「此んなことには女と云うものは執念深く付纏うものなり…さても恐しきは女の妄念なり」と切つて捨てている。○大七・二・一八 東京各裁判所ノゾ記 黒法師 も区裁の本人同士の売掛代金請求事件で、

「被告は写真師というだけに柄相応に理屈を並べ、『十二月中には是非届ける約束の台紙を約束の時期に届けなかったから約定の代金が払えない』などと鼻息の荒いこと一通りでなかったが、椎津判事から『ソレなら何ぜ契約を解除して物品の受領を拒まなかったのか』と急所を突かれて、二の句が次げなかったなど聊か愛嬌だつた」⁽⁴⁹⁾。

三 背景（一）本人保護とそのあり方 不干渉主義への懷疑は、本人訴訟において弁護士代理の訴訟よりよく表れうる。明治民法は本人訴訟を認めておりかなりの数行なわれていたとおもわれ⁽⁵⁰⁾、専門知識の不足に起因するリスクを当事者本人に負わせるべきでない、という認識があつたことが見て取れる。

(1) 不干渉主義の認識 但し、本人保護の必要性の認識が必ずしも常に釈明権行使につながっていたわけではないこと

は注意する必要がある。裁判官が当事者本人に弁護士依頼を懇切に勧める例が一定数見られるからである。⁽⁵¹⁾ ○明四一・六、
 一五 法廷内の大阪商人 大阪支局松生 では、原被ともに本人の大阪地裁（商事部）の売掛代金請求事件で、原告が
 完全に被告に吞まれていると見て取った藤波裁判長が「お前は独りで訴訟行為をやるかと問うに、原告は訴訟行為と
 云う言葉の意味さえ分りかねたりと見え、何んだか拍子の会わぬ返事をなし居たり。藤波裁判長ソレと察して更に語を
 代え、お前は弁護士に頼まずに独りで訴訟が出来るか？ 弁護士は頼まぬのかと念を押して聞けば、ハイ弁護士は頼みま
 す。ヨモヤ「被告が」コンなことを云うまいと思ひまして私が出ましたのであります」。○大五・四・三〇 訴訟当事
 者の能力試験 鬼沢部長の審理振り では大阪控訴院部長が遺留分滅殺事件の被控訴本人に、控訴人は弁護士を頼みお
 前に言つて言いまくるつもりだ、その控訴状を読んでみろ、読めたらお前に訴訟をやらせるといい、読めないとい
 見て取ると今度は六法を広げ、たくさんの法律がある、田舎の三百などでなくきちんと法律を知った弁護士に頼まねば
 ならぬ、と説諭したという。この裏返しで、僻地（対馬）で弁護士が一人しかおらずしかも三百代言を厳禁しようとす
 ると、指導せざるを得ないという現実もあった（○明四二・四・三〇 厳原通信）。「裁判所が教えてよいものなら教え
 るが教えることは出来ぬ」と、不干渉主義ゆえに職権の介入には限度があることを明示して諭す例もみられる（○大
 一・九・三〇 法廷雑観）。

弁護士強制の導入を唱える主張も若干存在する。○明四四・一一・五 法廷覗き では、地裁（控訴審）で原被いず
 れも本人という事件で、「事実が随分複雑な上に素人だから、言う事に無駄が多い。控訴人の申立が一審の訴の原因と
 異うので、河本裁判長は『其方が云う事は、一審で申立て居るのと訴の原因が違うから、元通りに言わなければならぬ。
 一審では相手方の承諾があれば訴の原因を変更しても宜いが、控訴審では不可ない』と嘯んでふくめる様に言て聞かし
 たが、控訴人は其意味が解せられぬ。やつと意味だけは判つたが『私の申立は決して違つて居ない。今申立たた事實は、

一審の時に証拠調の申請書へ書いてある。夫れを一審の判決書や調書に書いてないのは、裁判官が悪いのだ』と頑張るので、判事も総掛りで説いて聞かしても承知しない。『お前は判らないから弁護士を頼め』と云えば判つてると云い、被控訴人が抗弁すれば『揚足取りで却々狡い奴です』^{なかなか}斥言い散らして始末に終えぬので、職権を以て弁論を延期された。日本の訴訟法では強制弁護士制を採らない結果、折々斯う云う面倒な事も起きる」とまとめている。弁護士訴訟主義か本人訴訟主義かは国民の法律上の知識水準によって決まるものであり、特に民事訴訟法に精通し不干渉主義のもとで手続を自分でできると考えられる場合には本人訴訟主義でもよいが、そうでなければ弁護士訴訟主義を採るべきである。そうでないと健訟濫訴、事件渋滞、そして判事の干渉に帰結する、とし、明治三六年草案（いわゆる旧法典調査会案）が上告審のみ弁護士強制にしたのは不十分だとする見解もある。⁽²⁾

立証の促しについて批判的な見解として、○明四五・三・三〇 函館法界雑話 巴港 は、不干渉主義とはいえ本人訴訟では幾分の干渉はやむを得ないとしたうえで、『然れども動もすれば相手に対し、其の果して言う処の如くんば其の証人訊問を申請すべしと言ひ、又は其の書類を持参し来りて証拠に提出すべしと言うが如きに至つては、手加減其の程度を失却し来つて、爰に全く訴訟の教授を為すに類するものなり。難い哉其の程度』と述べ、具体的な証拠方法の示唆には批判的なスタンスをとる。

(2) 裁判官の人格・「名判官」への憧憬 他方、弁護士依頼の勧奨を明示的に批判し、裁判官自身による懇切な指導をよしとする記事がある（○大六・一〇・八 法廷総マクリ（三） 黒法師）。東京地裁、家屋明渡控訴事件で控訴人たる「年の頃廿五六、髪を中丸髻に結った一人の女」に對し、

「…名川裁判長が訳も理屈も分らぬ女の言分を酌取り主張を明かにして、和解を試みるまで取斗つてやる審理振は傍で見て居て有難い程であつた。序でだから云うが、之れが法律一点張りの判事となると、不干渉主義とやら云う訴訟法

の規定の為に自縄自縛され、大概はお前などは訴訟が出来ないから弁護士に頼めとか、若くは分りそうもない法律語を使つて相手にも分らず自分自身にも分らぬ押問答をやつて……ジタバタやつてる先生も、すくな 勘くない。ソレとコレと比べると、事柄は小さいようでも深く人格や心事に立入つて見ると雲泥の差があると云つて宜い。流石に名川裁判長は此一事だけでも名判官じゃ」

ここには不干渉主義や法律より、裁判官の人格を重要だとするまなざしが見てとれる。⁽⁵³⁾ 嘆願さえすればお上様は慈悲をもつて正しい裁判をして下さるもの、と信ずる意識も同じラインで理解されよう。○明四一・四・一〇 大阪法廷見聞録 大阪支局松生 は離籍取消請求事件の控訴審で、被控訴人（奈良の田舎の三十ばかりの寡婦と補佐人の兄）が訴訟のことなど全く分りそうもないが、安心しきつて居るのか平然としている。「此の兩人の胸中には、お上様は正直な御裁判をして下さるものとのみ信じ切て居るらしいようなり」。弁論となり控訴人弁護士が証拠申請をすると、「被控訴人等は裁判長に向い哀願して云えり。御下賜金を早く下げて貰わぬと食うにも困つて居りますゆえ、何うか早く終結して貰いとう御座います」と。蓋し被控訴人等は唯だモウ自分が勝つものに極つて居るものとのみ思つて居るもの如し」。裁判長は被控訴人らに、ただ急いでも負けてはいみがない、勝つ訴訟でもやり方次第で負けてしまうこともある、裁判所は調べるべきことを十分調べた上でないと裁判はできない……と述べ、筆者も「言々温情を含み、不干渉主義の下、又た一種の暗示あり、慰藉あり法律以外、審理の妙趣、自から存すと云うべし」とまとめている。⁽⁵⁴⁾

法知識を持たず法廷で困惑する本人がしばしば社会的「弱者」であつたことは、後見的な介入への肯定的な評価につながつていたろう。裁判官の人格は当時の実務法曹たちが裁判の改善のために重要視していたファクターであり、四章で詳論したい。

(3) 口頭受付制度による代替 とはいえ、裁判官への期待は必ずしもパターンリズムのみに由来していたとはいえない。

地方における弁護士は少なさと経済的理由から、弁護士への依頼が困難なケースは少なくなかったろうし、弁護士に代わる身近な相談相手としての代書人や三百代言はその資質に当時から疑問符が付せられていた。とりわけ「弱者」にとつては法知識のリソースへのアクセスは必ずしも容易ではなかったのである。⁽⁵⁵⁾

元来、明治民法は区裁判所については特則として三七四・三七八・三八一条をおき、口頭で訴えを起こすことを認めていた。しかし、実務ではこの便法は死文化して実施されていなかったようで、それを問題視する声が『法律新聞』には散見される。⁽⁵⁶⁾

大正にはいると今村恭太郎が所長をつとめていた神戸を皮切りに、複数の大都市圏裁判所で口頭受付制度が導入された。⁽⁵⁸⁾ 民訴一〇四条「口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス」により、原告は訴状などを自分の側で作成して提出する必要があるが、書類作成を代行する代書人の中には高額の手数料を要求する悪徳業者や知識に乏しい者が存在し、そのことがひいては国民の裁判利用の忌避につながると懸念されたためであった。口頭受付の職掌はかなり広く、⁽⁵⁹⁾ 訴えの提起はその中では比較的少数だったと思われるが、家屋明渡・貸金請求事件が多かったようである。⁽⁶⁰⁾ 『法律新聞』は懇切な指導・助言の提供を高く評価するスタンスだったと見られ、批判的に論ずる記事はごくわずかである。⁽⁶¹⁾

「書記は懇切を旨とし当事者の利便を図るは勿論なるも、其権利関係に干渉することは之を許さざるのである。例えば貸金の訴を為す場合に貸金証書の有無を取調ぶることは差支えなしと思考するも、訴訟の鑑定を為すことは之を許さざるのである」(〇大五・六・一〇 大阪区裁判所の口頭受付)、「訴訟若くは申請し得る順序を充分了解して居らねば、受付けて貰う事は出来ない…口頭で云った事が直ぐ書記の手で申請若くは訴訟書類になるようではなければならぬ」(〇大三・五・一五 口頭で訴訟が出来る)とはいいつつも、実際には街の紛争のよろず相談所という性格があり、知識のない当事者から要領を得るには非常に苦勞があったといふ。⁽⁶²⁾

「口頭受付所に納谷主任書記を訪うた。九十度の暑熱をもとせず、瀟洒たる夏服を召してテーブルに向い、四十四五の白の詰襟を着たる男の談を聞きつつあつた。其れでは債権者が示談にも応ぜず又延期もして呉れない、而して今弁済の道がないと云うなら、止むを得んから、異議の申立を為し置き逐つて裁判上の和解を願つたら宜からう。彼方に郵便局があるから、若干の印紙と切手を買つて御出なさいと懇切に指図し……」（○大六・七・二〇 口頭受付に就て納谷大阪区書記談）とあるように、本人訴訟において釈明権の行使が果していた役割を代替する部分を含んでいたといふべきだろう。法の専門家たる書記が当事者の話をよく聞いて訴状を作成すれば、口頭弁論の段階でわけが分からないう状態にはならない。○大一一四・九・一五 民事裁判の審理進捗法に就いて 民訴法の大家大審院の判事細野長良氏談が、「民訴に本人出頭を原則？ それもよからう。どうしても勝てる訴訟が、よい弁護人を依頼する財力がない為に敗けなくてはならぬこともある。殊に証拠ということになると、富の多少に関すること最も著しいようである。…本人出頭を原則とし、本人が法律上の疑義も係判事に相談するようにし、然る後其手続を取るようにせば、悪い三百や何かに食いものにされることもなく、従て無駄な訴訟も段々跡を絶つことであらう」。このように裁判官が直接当事者本人に接することにより、「弱者」にも真実に沿つた裁判を実現してゆくべきであるとする主張も、同じライン上に位置づけられよう。

四 背景（二）争点整理の不全——迅速化との関連 積極的な介入の動機として、一審で当事者本人に十分に事実・証拠をさせないで判決をし、上訴審で判決が覆るという事例が多く、一審裁判官としては自分の成績に響いて困るので介入するという認識も見られる。○大六・七・二五 逆耳寸言 弁護士巴港 はある判事との雑談で、本人訴訟では判事が拳証などに干渉しがちなことを否定的に指摘すると、判事曰く「然り、其の干渉真に貴問の如し。然れども其の十分に調べき証拠も調べず而て上訴で判決破るときは、判事裁判上の成績に係す。故に干渉は判事よりしては一種の

防衛法に属す」と答えたので双方とも笑い興じたという。拙速に走らず真相を丁寧に解明することが結果的には迅速化につながるという認識は、本人訴訟の場合は弁護士代理の場合よりさらに強かったとみられよう。

小括

『法律新聞』の記事からは、明治民訴法下の実務法曹において釈明権の積極的行使を肯定的に評価し、かつ期待する声が早い時期から一定以上に存在したことがうかがえる。その理由としては、急速な法継受の帰結として資質に問題のある弁護士が少なからず活動していたこと、本人訴訟を認めていたこと、そして裁判の内容の適正さを保ちつつ迅速化を実現する必要があったことがあげられる。

大正改正法の起草過程のツートップ、松岡義正と山内確三郎についてもこんな話が伝わっている。○大元・一一・一

○ 無題録 は控訴院民事二部長のころの松岡の審理について「チト学問が鼻にかかるのか随分横柄な言葉遣うので、時に依ると法廷が丸るで学校の講堂のように見えることがある。ソノ代り法律の分らぬ弁護士が出ると一々訴訟の遺口を教えてやるので、中にはお影で甘く往つたと云って喜んで居る連中もあるそうだと某弁護士が云って居た」。山内は明治三〇年代の短い判事生活——以降は司法省参事官となった——を回顧して、判事席からしばしば弁護士と渡り合ったり議論をしたりしたが遺趣遺恨があったわけではない、ただ「弁護士諸君に、事件についての調査なり検討なりが杜撰であるか、所謂勉強が足りないんじゃないかという感じを、常に持っていた為めである」。事実や法律上の点について釈明を求めても弁護士は「調べて次回に——」と答えるのが慣例のようになっていたのは不見識、無責任極まると非難している。⁽⁶⁵⁾

実務法曹たちにおけるこのような「空気」が、同時代に進行していた大正改正の起草過程にダイレクトに反映されていたかといえ、必ずしもそうはいえない。法律取調委員会（明治四四～大正四年）においては釈明権行使を強化すべきという認識は稀薄であり、民法改正調査委員会の委員総会（大正一〇～一五年）になってようやく、逐条審議において釈明権強化が明確な形をとるにいたったのである。しかし立法過程（貴衆両院）においては、「明治民訴法としたいの違いはない」という認識が示されるなど司法当局のスタンスは謙抑的なものであり、実務法曹の「空気」を代弁したというべき委員（水上長次郎）は極論扱いを受けたのである。⁽⁶⁶⁾

本章でとりあげた釈明権の積極的行使を描き出す数多の事例は、当時の通例だったのか、それとも例外（であるがゆえに記事にされた）だったのか。確実なことはいえないが、釈明権の積極的行使を常に期待できる状況ではなかったとは言つてよいように思われる。⁽⁶⁷⁾ 弁護士（本人はもとより）の粗忽を描いた記事がかなりの割合を占めていることについては、争点整理のために行われる「普通の」釈明権の行使もそれなりの比重を占めていたであろうことは——新聞記事、とりわけこぼれ話のネタにはなりにくくとも——念頭においておく必要がある。

(1) 同時代の実定法学の扱いは、大多数は条文のパラフレーズにとどまる。当時のバイブル的書物とも形容される今村信行・本多康直『民事訴訟法註解』（明二三）三七〇―三七一頁では、不干渉主義のもとでは当事者の意思に反しない限りで釈明権は行使されるとし、「裁判官は自己」の意に任せ当事者に証拠を提出せしめ、又は職権を以て証人を呼出すが如き行為を為すことを得ざるは固より論なし。依之裁判長は「当事者が」其発問に應ぜず申立の釈明を為さず又は事実の不十分なる証明を補充せざるときは、強て之を為さしめ又は之を明瞭にせしむ可き権なし」としていた。はっきりと釈明権行使に消極的な見解を示す例については水野「口頭審理」注（41）を参照。

(2) 慶応二年（一八六六）生まれ。明治二五年（一八九二）東京帝大法学卒。区裁判事、東京地裁判事、三二年東京地

裁部長、三三年東京控訴院判事、四〇年大阪地裁部長、四二年大阪控訴院部長、四三年大審院判事。昭和四年（一九二九）退官。

(3) 同旨、〇明三四・一・二一 江木博士の裁判所談

(4) 同旨、〇明三七・六・一〇 弁護士控所に於ける東京地方裁判所各部長の評判

(5) 同旨、〇明三五・一二・一五 東京控訴院各部長に対する弁護士控所の評判

(6) 明治一六年（一八八三）生まれ。大正元年（一九一二）日本大学法律科卒、弁護士。

(7) 以下紹介する例のほか〇明四三・五・五 名川裁判長と音羽弁護士の法廷問答

(8) 明治一二年（一八七九）生まれ。三六年東京帝大法学部卒、司法官試補。四一年東京地裁部長、四二年司法省参事官、大正二年（一九一三）九年欧米出張、一〇年民事局長、昭和一一年（一九三六）大審院長。本稿との関連では、法律取調委員会幹事（明治四四年）・民法改正調査委員会幹事（大正八年）・委員（大正一〇年）として大正民法改正に長期にわたり関与したことが重要である。

(9) 忌避権については、事実上空文化していると批判されている（〇大一一・九・二三 再び判事に対する忌避に就て（法律新聞））〇大一一・三・二三 裁判官に対する忌避権に就て（法律新聞）。これらの記事は当時審議されていた刑事訴訟法案を機縁としているが、民事訴訟も含めて議論している。

(10) 当時の弁護士法では弁護士会は地裁検事正の監督を受けることになっており、検事正は弁護士会の会場に臨席することができた（二九条）。

(11) 〇明三九・一一・三〇 法廷見聞録 松生 〇大三・三・二五 法廷ノート 〇大六・九・二八 法廷総マクリ 黒法師

(12) 安政六年（一八五九）生まれ。明治一五年（一八八二）東京大学法学部卒、無試験免許代言人。一八年司法省。参事官、大審院検事・判事を歴任、二四年辞職し代言人。三一年衆院議員（二期・憲政本党）、司法次官。東京代言人組合会長、東京専門学校・英吉利法律学校設立に関与。大正二年（一九一三）死去。

(13) 旧民法財産取得編八一条は売買契約解除に訴が必要としていた。この論点についての疑義を解消する必要性を感じたのか、大判明治四一年二月二日民録一四輯一四一頁は民法施行前の買戻契約によりその施行後に買戻権を実行する場合も

相手方への意思表示で足り、旧民法に従つて売買契約解除のための訴をする必要はないと判示している。とはいえ、○大
一〇・九・二三 或日の傍聴（法廷子）もやはり買戻と解除に関するものである。

(14) 以下紹介する例のほか○明四三・六・一五 法廷小観 傍聴子 ○明四三・七・一〇 法廷小観 傍聴子 ○大六・九・

二〇 東京区裁判所法廷ノゾ記(五) ○大七・三・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師

(15) 同旨の例として○明四三・一一・三〇 法廷雜観 傍聴子（委任か代理か）○明四四・九・五 法廷のいろいろ(二)

(家屋明渡請求で不法占拠か賃貸借解除か) ○大七・三・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師（担保か売渡担保か）

(16) 慶応元年（一八六六）生まれ。明治二五年（一八九二）東京専門学校行政科卒、二六年代言人。三〇年日本弁護士協会
を設立、のち副会長。三六年衆院議員（一期・憲政本党）。企業取締役を歴任。昭和一〇年（一九三五）死去。

(17) 明治一一年（一八七八）生まれ。三四年関西法律学校卒、三六年司法官試補。高知地裁判事を経て弁護士に転ずる。大
阪市会・府會議員、会社監査役を歴任。大正一三年（一九二四）衆院議員（四期・民政党）。昭和八年（一九三三）死去。

(18) 明治四年（一八七一）生れ。三一年東京帝大法科大学卒。大阪・神戸・東京地裁部長、大阪・東京控訴院判事、四一年
司法省参事官、四四年欧米出張、大正八年（一九一九）民事局長、一〇年司法次官、一三年弁護士。衆院議員、日本大学
教授を歴任。昭和二年（一九四七）死去。松岡義正とともに大正改正のキーマンであり、法律取調委員会幹事（明治四
一年）・同委員（大正二年）・民訴法改正調査委員（大正八年）として起草過程を主導することになる。

(19) 名川侃市。明治一六年（一八八三）生まれ。三六年明治法律学校卒、三七年司法官試補。前橋・千葉地裁判事を経て四
一年東京区裁判事、大正二年（一九一三）東京地裁部長、六年弁護士。昭和二年（一九二七）衆院議員（政友会・六期）、
鉄道政務次官・政友会総務など歴任。一八年第一東京弁護士会長。一九年死去。『法律新聞』でしばしばこぼれ話のネタに
されている。

(20) この点は水野「口頭審理」で詳細に論じた。

(21) 明治民訴法一九〇条② 此訴状ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 当事者及ヒ裁判所ノ表示

第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因

第三 一定ノ申立

- (22) 慶応三年（一八六七）生まれ。明治二三年（一八九〇）帝國大学法科大学卒、農商務省勤務。二六年無試験免許代行人。日本弁護士協会設立に参画。昭和二年（一九二七）法相、一五年枢密院議長。東京弁護士会長・第一東京弁護士会長、中央大学学長を歴任。一九年死去。
- (23) 明治二五年（一八九二）代言人。
- (24) 同様の例として○明三五・一〇・二〇 法廷見聞録（一） ○明三九・一〇・三〇 法廷見聞録 松生 ○明四三・三・二五 土佐法況と其奇風 ○明四四・四・一五 法廷雜観 傍聴子 ○大三・一・一 裁判官より弁護士に望む（東京地方裁判所長牧野菊之助君、大阪地方裁判所長和仁貞吉君）
もともと戦術的配慮をやり手とする評価も見られた。売渡物件引渡請求で被告側弁護士が売渡ではなく担保に入れたのだと抗弁すると、池田裁判長「担保は普通の担保ですか売渡担保ですか」被告側弁護士はちよつと答弁に困つたようだったが、なにくわぬ顔で「売渡担保かも知れぬが、只今の所では只だ担保と云うことだけ答えて置きます」。不得要領の返事で切り抜けるあたりなかなか隅には置けない、と評される（○大七・三・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師）。
- (25) ○大三・一・一 裁判官より弁護士に望む（大阪地方裁判所長和仁貞吉君） ○大五・四・一五 和仁大阪所長談
- (26) その他同旨、○明四三・三・二五 土佐法況と其奇風 ○大ニ・八・二〇 感興漫言 大審院長法学博士横田国臣君談
○大四・二・一五 中央法衙の一隅より ○大ニ・六・三〇 弁護士道德私考（弁護士T日生君） ○大一四・一・一八
司法革新の急務を論ず 弁護士土屋倫啓君 ○大一四・九・二三 弁護士会則改正問題 営業性及投機性に就て 法学士
古野周蔵君
- (27) ○明三九・一〇・五 法廷見聞録 松生 ○明四〇・二・一五 法廷見聞録 松生 ○明四二・一二・二〇 東京地方
裁判所法廷雜観
- (28) 以下に示す例のほか○明四三・一二・三〇 法廷雜観 傍聴子
- (29) 慶応三年（一八六七）生まれ。明治二四年（一八九二）東京帝大法科大学卒、司法官試補。東京控訴院判事、同部長を経て四〇年欧米出張、大審院判事、四一年東京地裁所長、四四年法律取調委員、大正二年（一九一三）法務局長、三年司法次官、九年貴族院議員、一〇年検事総長、一三年・昭和六年（一九三一）法相、その他内相・衆院議員・政友会総裁を歴任。一五年死去。

(30) 安政三年（一八五六）生まれ。明治一三年（一八八〇）判事補、二〇年判事登用試験合格、二四年東京控訴院判事、甲府・千葉・新潟地裁所長を経て三五年東京控訴院部長、大正二年（一九一三）広島地裁所長、四年大審院検事。

(31) この二つの記事では、鈴木は東大を首席で卒業し才ばしつたやや高圧的な人物として、坂崎は私学系（東京法学院）でありながら東大偏重の裁判所で重職についていると賞賛され、対照的に描かれている。帝大偏重批判は『法律新聞』にしばしば見られるモティーフであった。裁判所人事で高位ポストほど帝大（東大）卒業者が重視されていたことにつき、新井勉「大正・昭和前期における司法省の裁判所支配」日法七七卷三号（平二三）、西川伸一「大正・昭和戦前期における幹部裁判官のキャリアパス分析——戦前期司法行政の一断面への接近」明大社会科学研究所紀要五〇巻二号（平二四）。

(32) ちなみに現在では、賃借人の債務不履行により賃貸借契約が解除されたときは、転賃借契約も履行不能により終了すると解釈されている（最判昭和三六年一月二二日民集一五卷二二号三四三頁）。

(33) 原嘉道『弁護士生活の回顧』（昭一〇）二五―二九、九二―九四、一四五頁など。

(34) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論 民法学を中心として』（昭四三）第四章、村上二博「明治期における『条理』裁判とフランス法の影響」法律論叢六七卷一号（平六）など。実例として原「回顧」一四五頁。

(35) 新井勉ほか『ブリッジブック近代日本司法制度史』（平二三）、三阪佳弘『近代日本の司法省と裁判官 一九世紀日仏比較の視点から』（平二六）第二編第二章ならびにそこに挙げられた文献を参照。奥平昌洪『日本弁護士史』（大三）巻末の資料によれば、明治四五年現在で弁護士数は二〇三八人、明治二六年弁護士法による弁護士試験より前に弁護士資格を得ていた者の総数は一一二人なので、少なく見積もっても弁護士のはば半分は弁護士試験（民事訴訟法も試験科目であった）に合格した者であったといえる。

(36) 同旨、〇大六・一二・二五 破顔の法廷 本人は第三者 呵々子。ヤメ検弁護士の初日の苦闘を伝える体験記として〇明三六・一・一二 初舞台の記 新米代言 もある。

(37) 明治一三年（一八八〇）生まれ。三八年京都帝大法科大学卒、司法官試験補。東京地裁判事などをへて四五年東京地裁部長、大正一二年（一九二三）大審院判事、一四年三井信託法律顧問、昭和二年（一九四七）最高裁長官。二五年死去。

(38) 例えば橋本『在野「法曹」と地域社会』三二―三五頁、同「再論 在野「法曹」と地域社会」民衆史研究七八（平二二）四〇―四一頁の伝える例を参照。裁判官について実務見習制度（司法官試験補など）が早くから整備されていたこと、そし

てその実態については蕪山嚴『司法官試補制度沿革 続明治前期の司法について』（平一九）、岩松三郎『ある裁判官の歩み』（昭四二）一五頁以下、七七頁以下。鈴木忠一『橡の並木 一裁判官の思い出』（昭五九）二二五頁以下。

その頃の法学部の民事訴訟法の講義は主として裁判官の講師によって行われ、彼らの手になる教科書や講義の内容にはドイツ書——理論よりも、実務に傾斜した——の影響が強かったとはいえ、訴訟実務の伝授という点ではそれほど期待すべきものではなかったとみられる。鈴木『民事訴訟法の学説史』、同『日本2』一八一—一八四頁、斎藤秀夫ほか『逸話で語る民訴学者の面影』（平九）一五頁など参照。なお、一部の学校では「訴訟演習」「訴訟実習会」という科目で、模擬裁判を実習させていたようである（明治大学法学部八五年史編纂委員会『明治法律学校における法学と法学教育』（昭四一）九六頁、『中央大学百年史通史編上巻』（平一三）二二九—二三六頁）。

(39) 大野正男（日弁連法務研究財団編）『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』（平二五・原著は昭四五）は、この時期の弁護士階層が玉石混交で、職業理念や資質に相当の偏差が現存していたことを的確に指摘している（六六—六九頁など）。

(40) 同旨、○明四三・三・二五 土佐法況と其奇風 ○明四五・七・五 東京大阪両裁判所比較評 弁護士法学士清瀬一郎君談 ○大三・一一・三〇 大阪地方裁判所民事部長宮本英修君

(41) 一九五条① 訴訟物ノ權利拘束ハ訴状ノ送達ニ因リテ生ス

② 權利拘束ハ左ノ効力ヲ有ス（第一・第二は省略）

第三 原告ハ訴ノ原因ヲ変更スル權利ナシ但変更シタル訴ニ対シ本案ノ口頭弁論前被告力異議ヲ述ヘサルトキハ此限ニ在ラス

一九六条① 原告力訴ノ原因ヲ変更セスシテ左ノ諸件ヲ為ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

第一 事実上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト

第二 本案又ハ附帯請求ニ付キ訴ノ申立ヲ拡張シ又ハ減縮スルコト（以下省略）

(42) 明治二〇年（一八八七）生まれ。三九年明治大学法学部卒、四五年弁護士。長崎県会副議長を経て昭和三年（一九二八）衆議院議員（一期・政友会）。九年死去。『法律新聞』に多くの寄稿がある。

(43) 注（21）を参照。

- (44) 原因の変更を緩やかに認めるべしとする主張として、○大元・一二・二〇 手形法と民事訴訟法(下) 法学博士青木徹二君談 ○大一四・四・二八 民事裁判の国民生活擁護實際化を望む 弁護士松倉慶三郎君。大正改正法が変更を認めるようにしたこと(二三二条① 原告ハ請求ノ基礎ニ変更ナキ限り口頭弁論ノ終結ニ至ル迄請求又ハ請求ノ原因ヲ変更スルコトヲ得但シ之ニ因リ著ク訴訟手續ヲ遲滞セシムヘキ場合ハ此ノ限ニ在ラス)を支持する記事として、○大一五・三・一八 裁判及裁判制度の根本的改善(十三) 判事法学士松山与三吉君 ○大一五・三・二八 改正民事訴訟法案に対する批判 弁護士松倉慶三郎君
- (45) 明治七年(一八七四)生まれ。三二年東京帝大法科大学卒。東京区裁判事を経て明治四一年東京控訴院判事、四二年東京地裁部長、大正二年(一九一三)東京控訴院部長、九年欧州出張、一四年広島控訴院長、昭和二年(一九二七)大審院部長。のち専修大学法学部長。
- (46) 同様の事例として○大七・六・八 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師
- (47) ○明三五・一二・一五 雪片々。同旨、○明三九・一一・三〇 枯葉落葉 広島大口細二君
- (48) 明治二年(一八六九)生まれ。三二年東京帝大法科大学卒。東京区裁判事を経て三九年司法省参事官、法律取調委員、四三年欧米出張、大正二年(一九一三)横浜地裁所長、一二年朝鮮高等法院長。
- (49) 他の例として○明四〇・一一・三〇 大阪区裁判所瞥見(二) 松生 ○明四四・一一・五 法廷覗き ○大六・一〇・一三 法廷総マクリ(四) 黒法師
- (50) 本人訴訟については統計数値を見出すことができなかった。
- (51) 紹介する例のほか○明四二・一一・三〇 法廷見聞録 田知本生 ○明四二・一二・三〇 東京地方裁判所法廷見聞録 タチモト生 ○明四三・一二・二〇 法廷雜観 傍聴子 ○明四四・六・一〇 法廷雜観 傍聴子 ○大六・一〇・一三 法廷総マクリ(四) 黒法師
- (52) ○明三六・九・一五 本人訴訟の主義を弁護士訴訟の主義に改正すべし 判事木村万象。大正改正法での弁護士強制の採用を求めるものとして○大一四・一・一八 司法革新の急務を論ず 弁護士土屋倫啓君
- (53) 同様の例として○明四四・六・一〇 法廷雜観 傍聴子
- (54) 同様の例として○明四二・一一・三〇 法廷見聞録 田知本生 ○大六・一〇・八 法廷総マクリ(三) 黒法師

(55) この点については、おわりにで若干触れる。

(56) ○明三五・一〇・一三 司法制度改正意見 弁護士ドクトルオブロー山田福三郎 ○明三九・一・二〇 通俗一口ばなし 藤浪生

三七四条 訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ之ヲ為スコトヲ得

三七八条① 当事者ハ通常ノ裁判日ニ於テハ予メ期日ノ指定ナクシテ裁判所ニ出頭シ訴訟ニ付キ弁論ヲ為スコトヲ得

② 此場合ニ於テ訴ノ提起ハ口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ為ス

三八一条① 訴ヲ起サントスル者ハ和解ノ為メ請求ノ目的物ヲ開示シテ相手方ヲ其普通裁判籍ヲ有スル区裁判所ニ呼出ス可キコトヲ申立ツルコトヲ得其申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得 (以下省略)

(57) 明治二年(一八六九)生まれ。二三年明治法律学校卒、二六年司法官試補。区裁・地裁・控訴院判事を経て三六年東京地裁部長、四一年東京控訴院部長、大正二年(一九一三)神戸地裁所長、八年横浜地裁所長、九年東京地裁所長、昭和二年(一九二七)広島控訴院長、七年退官。『法律新聞』紙上に出版された大正民訴改正法案に対する批判は有名である。

(58) 『法律新聞』紙上に上がっているのは開設順に神戸(○大・三・五・一五 口頭で訴訟が出来る)、大阪(○大・五・五・二八 新築大阪法衙第一日/大阪区裁判所の口頭受付開始)、横浜(○大・九・六・三〇 横浜裁判所の和解勧告と口頭受付開始)、名古屋(○大・一〇・三・三〇 名古屋地方裁判所の口頭受付開始)、東京(○大・九・一・二三 東京地裁で和解裁判所長今村恭太郎君談)である。このうち神戸・横浜・東京はいずれも今村が所長をつとめていた折に開設されている。

(59) ○大・五・六・一〇 大阪区裁判所の口頭受付の列挙するものとして、(1)訴の提起 (2)和解のための呼出申立 (3)支払命令 (4)特別代理人選任 (5)訴訟上救助 (6)執行力ある正本・債権差押命令・仮差押仮処分 (7)公示催告 (8)禁治産・失踪 (9)家資分散宣告 (10)親族会・隠居・廃家・遺言等非訟事件 となっている。

(60) ○大・五・七・八 大阪区裁判所の口頭受付の成績 ○大・五・一〇・三 大阪区裁判所の口頭受付と民刑事件 ○大・八・三・二三 大阪区裁判所の口頭受付 香山主任書記談

(61) ○大・一〇・一〇・五 裁判時弊所見 (三) 弁護士小林亀郎君 ○大・一一・九・八 今村東京地方裁判所長に望む 弁護士CT君

(62) ○大・五・七・八 大阪区裁判所の口頭受付の成績 ○大・一〇・一〇・一五 区裁判所の和解即決近況。

- (63) 明治一六年（一八八三）生まれ。四一年京都帝大法科大学卒、司法官試補。四五年ライプツィヒ・ミュンヘン大に留学、大正七年（一九一八）東京控訴院判事、一四年大審院判事、昭和一五年（一九四〇）広島控訴院長、二二年大審院長。二五年没。
- (64) 明治三年（一八七〇）生まれ。二五年東京帝大法科大学卒、司法官試補。三六年東京控訴院部長、四一年大審院判事、大正一〇年（一九二二）大審院部長、一三年欧州出張、昭和四年（一九二九）弁護士、一四年死去。本稿の関連では、法律取調委員会（明治四四年）、民訴法改正調査委員会（大正八年）で起草委員をつとめたことが重要である。
- (65) 福田耕太郎ほか「逗子閑談録 山内博士回顧談聞き書（八）（二〇）」法律新報五七九、五八一（昭一五）。同所では巧みな求釈明で不勉強な弁護士をからかったことがユーモラスに語られる。岩松『ある裁判官の歩み』三四頁も、任官当時（大正八年司法官試補）の弁護士は一般に勉強が足りなかった。「法廷へ出てきても訴訟法もよく知らないですよ。どうやっていいかわからないんだ。『こうやるんだよ。』と教えてやって、相手の弁護士から、『別に裁判長の忌避を申し立てるんじゃないやありませんけれども、そう相手方に教えないでもいいでしょう。』といわれたことがありますよ」。戦後司法研修所ができて以降弁護士の資質が上がった、と述べている。
- (66) 起草過程・立法過程の議論は水野「口頭審理」を参照されたい。水上長次郎は安政四年（一八五八）生まれ。明治一七年（一八八四）司法省法学校正則科卒、判事補。二四年大阪控訴院判事、三四年広島控訴院検事長、四一年欧米出張、大正二年（一九一三）名古屋控訴院長、一〇年貴族院議員。昭和一一年（一九三六）死去。貴族院の委員会審議で職権強化の立場から活発に発言した。
- (67) 水野「口頭審理」一四一六、二六二七頁を参照。
- 原嘉道『弁護士生活の回顧』（昭一〇）九九、一四六、一六二、一九七頁では、明治民訴法施行当初は口頭審理が文字通りに実行され、盛んに釈明を求める裁判官がいたことが触れられる。その後変化があったようで、岩松『ある裁判官の歩み』一二八頁は試補時代（大正八年任官）をこう振り返る。「私たちが試補のときには、非常に形式的に裁判をする傾向が多かった。だから一応釈明しますが、それを聞いて、主張自体理由がないやつは、主張自体理由がないといつてはねる。それをネチネチ何とか理由あらしめるようにいわせようとして骨を折っているのは、あまり有能でない判事のように思われているんじゃないかという感じがあった。ですから私も、釈明してそんなことをいったら負けちゃう、こういうふうにいなければならないこの訴訟は勝てないですよと教えて、相手方からあぶなく忌避されるところまでいったものです」。

（68）たとえば林道晴ほか編『ライブ争点整理』（平二六）を参照。

（未完）

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（一）

—— 私法上の問題を中心に ——

角 本 和 理

目 次

序章

第一節 問題の所在

第一款 問題状況と検討の視角

第二款 プライバシーに関する近時の研究とその残された課題

第二節 課題設定と検討対象

第一款 課題の設定

第二款 好個の検討対象としてのリベラル・コミュニティアニズムの理論

第三節 叙述の順序

第一章 日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題

第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

第一款 最高裁判例にみるプライバシーの意義

第二款 判例にみるプライバシー侵害の成立要件

第二節 プライバシーの権益に関する民法学説

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第三章 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

(以上、本号)

序章

第一節 問題の所在

第一款 問題状況と検討の視角

本稿は、情報通信技術 (Information and Communication Technology, ICT) の発展とプライバシーの法的保護に

まつわる問題を、いわゆる「コミュニティ」との関連から捉えなおして論じるものである。従来プライバシー権は、マスコミによる報道やインターネット上の表現行為、あるいは国家や私企業による情報収集に対抗する法的手段として、主に個人によつて活用されてきた。これに対して本稿は、情報の多角的利活用とプライバシー保護の両立の問題について、一方でICTによつて得られる利益の社会性を重視しつつ、他方でこれを事業者の経済活動に対する地域社会ないしコミュニティによる受容、あるいは反発という観点から捉えなおし、検討していくものである。そしてそのうえで、事態に適合的な理論の構築を目指すものである。

一 情報通信技術の発展とプライバシー

ICTの発展について、最近特にもてはやされているものの一つが、「モノのインターネット」(Internet of Things, IoT)と呼ばれる事象である。このIoTとは、コンピュータ等の情報通信機器だけでなく、世の中に存在する様々な物体(モノ)に通信機能を持たせ、インターネットに接続したり相互に通信したりすることにより、自動認識や自動制御、遠隔計測等を行うことをいう。⁽¹⁾

具体的には、自動車の位置情報をリアルタイムに集約して渋滞情報を配信するシステムや、人間の検針員に代わつて電力メーターが電力会社と通信して電力使用量を申告するスマートメーター、大型の機械等にセンサーと通信機能を内蔵して稼働状況や故障箇所、交換が必要な部品等を製造元がリアルタイムに把握できるシステム等が考案されている。⁽²⁾

また、「ビッグデータ時代の到来」等と喧伝される事象も重要である。この「ビッグデータ時代」とは、従来のコンピュータの性能では処理することの到底不可能だった膨大な量の情報(ビッグデータ)が、技術の進歩の結果、とうとう解析され、活用されるようになってきていることを表す標語である。具体的には、IoTと相まって、われわれのDNA

情報、診療記録、電車の乗降記録、携帯電話や自動車等の位置情報、監視カメラの映像の顔貌識別、インターネットの閲覧記録、買物記録等、多様な情報の収集・統合・分析がなされており、それに基づく宣伝活動や新事業・研究の展開が広く計画・実施されているのである。

さらに、人工知能の劇的な発達も、これらの変化に大きな役割を果たしている⁽⁴⁾。われわれにとって人工知能とは、あるいはSFのデリストピア作品⁽⁵⁾に登場するものであったり、あるいは将棋のプロ棋士と対決するプログラミングソフトであったり、何かと娯楽・文化面にかかわるものであるイメージが未だに強いようにも思われるが、実社会の多くの場面においてすでに有効に活用されるようになっていく。その用途は多岐にわたりその全てを紹介する余裕はないが、例えば、ビッグデータの分析を行っているのはある種の人工知能であり、より具体的には、現在実用化に向けて法整備等に関する議論がまぶしい自動車の自動運転にも、人工知能が深くかかわっている。

そして、以上のような様々な情報の収集・分析の多くが、ピア・ツー・ピアの型式で分散して行われているのではなく、サーバ・クライアント方式を利用した一極集中型のサービスとして展開していることも見逃せない。我々がよく利用する情報技術を提供しているのはグーグル(Google)やマイクロソフト(Microsoft)、アップル(Apple)、アマゾン(Amazon)等アメリカの企業であるが、そのサービスの利用履歴等の情報は各企業のデータベースに集積され、様々な用途に利用されている。また、この情報一極集中の傾向が、クラウド・コンピューティングの発達によって一層加速しつつあることも見逃せない⁽⁶⁾。

そのうえ、このような各種ICTをふんだんに活用した「まちづくり」が、「スマートシティ構想」等という触れ込みで世界各国において行われていることも特筆すべきである⁽⁷⁾。これは日本も例外ではなく、「ICT街づくり」推進事業と銘打った再開発が、二〇一二(平成二四)年度より産官(学ほか)一体の事業として各地で展開されている⁽⁸⁾。この

事業では、子供や高齢者の「見守り」や、災害時の情報伝達・避難誘導、医療情報の統合や、食品のトレーサビリティの確保等のシステム構築を目指して実験が行われている。さらに、この「ICT街づくり」推進事業の成果を有する地方公共団体は、二〇一三（平成二五）年度より、それぞれの取組を更に高度化しつつ、地方公共団体間で強力・連携し、これまでの成果を広く普及するための共有基盤を形成するため、「ICT街づくりプラットフォーム形成事業」を実施している。このプラットフォーム形成事業に参画している地方公共団体は、東京都三鷹市、千葉県柏市、長野県塩尻市、愛知県豊田市、静岡県袋井市、以上の五団体である。

これらの事業は二〇一四（平成二六）年度以降の「成功モデル・共通プラットフォームの実現」を目指して展開され、さらに二〇一八（平成三〇）年度以降には、その他の地方公共団体への「ICTスマートタウン」の普及展開が目論まれている。この段階になると既述の各種情報システムが、日本全国の各地域において必要性に応じた形で複合的に運営されることとなるのだろう。⁹⁾

また一方で、「まちづくり」という問題と密接に関連している新たな技術として、グーグルやアマゾン等による行動ターゲティング広告の発展、ドローン（小型無人飛行機）配達の実験といったものも挙げられる。これらは新たな技術を利用した市場をいかにして「まち」へ取り込むかの問題である。この技術に関連した日本の近時のニュースとしては、千葉市が国家戦略特区に指定され、航空法の規制を緩和して、ドローン配達の実業化を目指すこととなったというものがある。¹⁰⁾

このように、ICTを多角的・複合的に応用したシステムが、産官（学ほか）主導のまちづくりの一環として、現に日本の各地域で開発・実施されているのである。そこでは、大勢の人々の状態・行動等に関する様々な情報が、ワールドワイドウェブ（特にSNS等）に蓄積される情報と相まって収集・統合・分析されることで、これまで誰も思いもよ

らなかったような革新的な——単に一企業ないし一個人にとつての利益にとどまらない可能性を秘めた——発見が日々なされようとしている。しかしその一方で、われわれの情報が事業者等にいわば好き勝手に使われている状況にあるともいえるかもしれない。「これはもしかしたら、自分のプライバシーが侵害されているのではないだろうか——」、そう感じる者がいたとしても不思議ではないだろう。実際に日本においても、事業者の情報利用ないし提供行為に消費者が反感を示した例として、JR東日本が「Suica」の乗降履歴を日立製作所に対して販売しようとした際の騒動や、JR大阪駅における監視カメラの顔貌識別・追跡実験の延期の問題が発生しており、グーグル・ストリートビューの写真撮影については、実際に訴訟にまで至っているのだ。⁽¹⁾

(1) この事象はほかにもI o E (Internet of Everything) 等、様々な用語で呼ばれているが、ここでは近時よく言及される「IoT」との表現によった。IT用語辞典 e-Words「IoT [Internet of Things] モノのインターネット／インターネット オブシングス」〈<http://e-words.jp/w/IoT.html>〉参照（最終アクセス二〇一五年十二月一三日）。

この点、特定通信・放送開発事業実施円滑化法（最終改正：平成二八年四月二七日法律第三二二号）の附則五条二項一では、この「インターネット・オブ・シングスの実現」について、「インターネットに多様かつ多数の物が接続され、及びそれらの物から送信され、又はそれらの物に送信される大量の情報の円滑な流通が国民生活及び経済活動の基盤となる社会の実現」として定義されている。

(2) IoTについて解説する文献としては、例えば、坂村健（監修）『コンピュータがネットと出会ったら モノとモノがつながりあう世界へ』（角川学芸出版、二〇一五）等。また、ピア・ツー・ピア型のIoTが普及することによって資本主義社会は限界費用ゼロ社会に到達し、共有型経済が台頭するとの議論もある。See JEREMY RIFKIN, THE ZERO MARGINAL COST SOCIETY: THE INTERNET OF THINGS AND THE RISE OF THE SHARING ECONOMY (St Martin's Press, 2014). 邦訳「じゅー・シェン・ミー・リフキン」(著) 柴田裕之(訳)『限界費用ゼロ社会 〈モノのインターネット〉と共有型経済の台頭』(NHK出版、

二〇一五)。

- (3) ビッグデータないしビッグデータ時代について法政策的観点から論じた日本の論考として、例えば、安岡寛道(編)、曾根原登、穴戸常寿ほか(著)『ビッグデータ時代のライフログ——ICT社会の人の記憶』(東洋経済新報社、二〇一二)等。

また、ビッグデータに関する海外の論考としては、以下のようなものがある。VICTOR MAYER-SCHONBERGER & KENNETH CUKIER, *BIG DATA: A REVOLUTION THAT WILL TRANSFORM HOW WE LIVE, WORK, AND THINK* (John Murray Publishers Ltd., 2013). 邦訳として、ビクター・マイヤー＝ショーンベルガー、ケネス・クキエ(著)、斎藤栄一郎(訳)『ビッグデータの正体 情報の産業革命が世界のすべてを変える』(講談社、二〇一三)・RAJAT PAHARIA, *LOYALTY 3.0: HOW TO REVOLUTIONIZE CUSTOMER AND EMPLOYEE ENGAGEMENT WITH BIG DATA AND GAMIFICATION* (McGraw-Hill Education, 2013). 邦訳として、パハリャ・ラジャット(著)、稲垣みどり(訳)『ビッグデータ時代襲来 顧客ロイヤルティ戦略はこう変わる』(アルファポリス、二〇一四)。

- (4) 人工知能研究に関する日本の第一人者による概説書として、例えば、松尾豊『人工知能は人間を超えるか デイープラーニングの先にあるもの』(角川EPUB選書、二〇一五)。そのほかに、小林雅一『クラウドからAIへ アップル、グーグル、フェイスブックの次なる主戦場』(朝日新書、二〇一三)、同『AIの衝撃 人工知能は人類の敵か』(講談社新書、二〇一五)等。

また、海外の論考としては、次のようなものがある。

特に、人工知能技術の発展に肯定的なものとして、RAY KURZWEIL, *THE SINGULARITY IS NEAR: WHEN HUMANS TRANSCEND BIOLOGY* (Penguin Books, 2005). 邦訳として、レイ・カーツワイル(著)、井上健(監訳)、小野木明恵、野中香方子、福田実(共訳)『ポスト・ヒューマン誕生 コンピュータが人類の知性を超えるとき』(NHK出版、二〇〇七)。逆に、これに否定的なものとして、JAMES BARAT, *OUR FINAL INVENTION: ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE END OF THE HUMAN ERA* (Thomas Dunne Books, 2013). 邦訳として、ジェイムズ・バラット(著)、水谷淳(訳)『人工知能 人類最悪にして最後の発明』(ダイヤモンド社、二〇一五)。

この点、カーツワイルは人工知能技術のみならず、ナノテクノロジーやバイオテクノロジーの発達が相まって人類社会

さらに、日本の総務省情報通信政策研究所では、平成二八年二月よりＡＩネットワーク化検討会議（旧称…ＩＣＴイン

「インターネット化の影響とリスク―智連社会（WINSウインズ）の実現に向けた課題―」を取りまとめている。

龍口直太郎（訳）『一九八四年』（文藝春秋社、一九五〇）

で、ニコラス・G・カー（著）、村上彩（訳）『クラウド化する世界 ビジネスモデル構築の大転換』（翔泳社、二〇〇八）。

月九日。

八頁以下等。

総務省「平成二四年度補正予算『ICT街づくり推進事業』に係る委託先候補の決定」
http://www.soumu.go.jp/menu_

news/s-news/01tsushin01_02000099.html) 参照 (最終アクセス二〇一五年二月二四日)。また、平成二五年度補正予算事業として、群馬県前橋市(二回目の採択)、奈良県葛城市(二回目の採択)、鳥取県南部町、一般社団法人岡山中央総合情報公社、株式会社三菱総合研究所が追加された。同「平成二五年度補正予算『ICT街づくり推進事業』に係る委託先候補の決定」〈http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01tsushin01_02000139.html〉参照 (最終アクセス二〇一五年二月二四日)。

(9)「ICT街づくりプラットフォーム形成事業」として展開される前述の五地方公共団体の事業の成果を導入し、発展的に応用している地方公共団体として、北海道ニセコ町、札幌市、室蘭市、小樽市、長野県富士見町、石川県羽咋市、静岡県牧之原市、鳥取県、山口県山口市、長崎県壱岐市、神奈川県横須賀市が挙げられる。総務省「ICT街づくりプラットフォーム形成事業(全体概要)」七一六頁〈<http://www.soumu.go.jp/main/content/000262896.pdf>〉参照 (最終アクセス二〇一六年九月一五日)。

(10) 朝日新聞デジタル「世界初ドローン宅配は千葉で、特区指定、アマゾン参入へ」〈<http://www.asahi.com/articles/ASHDH2SWLHDHULFA005.html>〉(最終アクセス二〇一五年二月一六日)。

(11) 福岡地判平成二三年三月一六日(第一審) LEX / DB 文献番号25443368、福岡高判平成二四年七月一三日(控訴審) LEX / DB 文献番号 25482451。

二 プライバシーの法的保護

この点、そもそもプライバシーとはどのようなものであり、なぜ法的に保護されるようになったのだろうか。その歴史を簡単に紐解いてみると、次のようにいえる。

プライバシーという権益が人口に膾炙したきっかけとなったのは、一九世紀末のアメリカにおいて、大衆紙による著名人のゴシップ報道等が問題になったことから、コモン・ロー上の「ほうつておいてもらう権利」(the right to be let

alone)として主張されたことに求められる。⁽¹²⁾ この観念を手がかりに、戦後日本の裁判例や学説においてもプライバシーは不法行為法上の保護法益として認められるに至っている。⁽¹³⁾ このようなプライバシー概念が誕生し、人々に受け入れられたのは、「撮影・印刷技術の発達」によって、今日の我々が一般に想起する形での「秘密の保護」が求められたからである。

その後、二〇世紀半ばには、情報技術の発達に伴って国家や私企業が情報を収集するようになったことに対する人々の不安感・危機感を踏まえて、「自己に関する情報をコントロールする権利」として、プライバシーが理解されるようになった。⁽¹⁴⁾ この権利は、他人が保有する自己情報の開示・訂正・削除、さらには第三者への提供の禁止を積極的に求めることを内容としている。⁽¹⁵⁾ このような権利が認められるようになった背景には、人々が提供する——その意味では「秘密」ではない——情報の蓄積や取引が問題視されたことがある。

さらに最近では、右に述べたように、ICTの高度化により、個人の情報が「これまで以上に大規模かつ容易に収集・検索・結合」され、しかもそれが「広汎な人々に利用されるおそれ」が高まってきている。そしてその不当な利活用の結果、いったいどのような不利益が生じるのか、非常に不透明な状況にある。⁽¹⁶⁾

この点、以上のうち、第一の「秘匿としてのプライバシー」は、まだ秘密を秘密として隠し通せる時代のプライバシーのあり方であったといえる。第二に、「自己情報コントロール権としてのプライバシー」は、自分に関する情報を完全には隠し通せないことを前提に、その不当な収集・利用・流通を何とか本人がコントロールしようということが問題だった。それに対して現在では、ICTの急速な発展に法制度も対応し、プライバシーをより厚く保護することが求められる一方で、これまではプライバシーだと考えられてきた情報であっても、その社会的・経済的価値を認めて、適切な流通・利活用を認めるべきであるとの要請もある。このように、情報の多角的利用による利益とプライバシーの保護

のバランスを取る必要があるという課題が生じているのが、今日の問題状況である。

このような昨今の情勢について、「ついに真の情報化社会の到来を意味する」という評価がみられる。ビッグデータ分野の世界的第一人者として知られるビクター・マイヤー＝ショーンベルガー(Victor Mayer-Schönberger)及びケネス・クキエ(Kenneth Cukier)は、「我々が蓄積してきたデジタル情報は、ついに斬新な方法でまったく新たな用途に生かされ、そこから新しい価値が生まれる」という⁽¹⁷⁾。これは一見、素晴らしいことであるように思える。が、しかし一方で彼らは、そのためには新しい考え方が必要だともいう。なぜなら、このような情報の利活用を行うと「我々の慣習はもろろん、自らのアイデンティティさえも変わってしまう」からであるという⁽¹⁸⁾。そして本当に注目すべきは、「データ自体が語りだしたときに、いったい何が起るのか」なのである——と、彼らは不吉な予言めいたことを述べている⁽¹⁹⁾。

- (12) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). 邦訳として、サミュエル・D・ウォーレン、ルイス・D・ブランドイス(著)、外間寛(訳)「プライバシーの権利」戒能通孝・伊藤正己(編)『プライバシー研究』(日本評論社、一九六二)一頁以下。

この論文は、時代の進歩に伴い、秘密の保護が必要になった所以を説き、その権利の基礎をイギリス伝統のコモン・ローに求めうることを立証し、あわせてその限界を明らかにし、新たな権利の樹立を試みたものであった。ウォーレンとブランドイスは、名誉毀損、財産権侵害、信賴・黙示契約の違反等を根拠に救済が与えられた、過去の多数の判決を分析し、それらは別個に承認を受けるに値する、より広範な法原則に基づいているという結論に達した。それがプライバシーの権利である。

また日本でも、プライバシーに相当する利益の法的保護そのものについては、第二次世界大戦前には着目されていた。その先駆的業績として、末延三次「英米における秘密の保護(一)(二・完)」法協五三卷一―号(一九三五)一頁以下、

一二号（一九三五）五〇頁以下が挙げられる。末延（敬称略、以下同じ）はこの論考において、イギリスとアメリカにおける「秘密権」（right to privacy）の保護について論じ、イギリスでは未だ秘密権そのものについては判決として何らの回答を与えていない一方、アメリカでは正面から議論が戦わされているとし、プライバシーの保護を認めるいくつかの判例と、ウォレンとブランドイースの論文を紹介している。

さらに宗宮信次も、人格権の保護の対象として「秘密」を挙げている（宗宮信次『名誉権論』（有斐閣、一九三九）二三〇頁以下）。一般的人格権の一部としての秘密について、彼は以下のように論ずる。「秘密（Geheimnis）とは、私生活又は営業上他人に知得されざることを欲する事実であり、私生活に関する秘密（Privatgeheimnis）中には、手紙・日記・家計簿等をも含み、営業秘密（Geschäftsgeheimnis）中には、商業帳簿・諸種の設計図・流行調等をも含む」（同前、二三〇頁）。侵害の方法は、「（一）自ら秘密を知ること、（二）既に知れることを公布すること、（三）これを具体化すること（例えば秘密の手紙を複写し、秘密の写真の模写等）により成立する」（同前、二三〇―二三一頁）。

（13）日本において裁判所が民事上初めて明示的にプライバシー権の保護を認めたのは、いわゆる『宴のあと』事件判決（東京地判昭和三九年九月二八日下民集一五卷九号二三一七頁）である。

本判決は、三島由紀夫のモデル小説『宴のあと』で、元外務大臣Xと料亭の女将Aとの関係（接吻、同衾、足蹴にしたこと）が描かれ、これがXのプライバシーを侵害したとして争われた事案に関するもので、まず、プライバシー権を「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」として定義し、日本国憲法によつて立つところである個人の尊厳という思想からは、「正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならない」という原則が導き出されるとした。

さらに、今日のマスコミの発達した社会では、「その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に對しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的法益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれをひとつの権利と呼ぶことを妨げるものではないと解するのが相当である」とし、従来の比較法研究を総合する役割を果たした。

そして、「プライバシーの侵害に對して法的な救済が与えられるためには、公開された内容が（イ）私生活上の事実、または私生活上の事実らしく受けとられるおそれのある事柄であること。（ロ）一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に

立った場合、公開を欲しないであろうと認められる事柄であること。(ハ)一般の人々に未だ知られていないこと。を必要とし、このような公開によって当該私人が実際に不快・不安の念を覚えたことを必要とするが、公開されたところが当該私人の名誉・信用という他の法益を侵害するものであることを要しないのは言うまでもない」とし、名誉毀損との区別も設けたのであった。

(14) このようなプライバシーの理解を主張するアメリカの論考としては、次のようなものが挙げられる。

Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962 (1964).
William M. Beaney, *The Right to Privacy and American Law*, 31 LAW & CONTEMP. PROB. 253 (1966). Hyman Gross, *The Concept of Privacy*, 42 N.Y.U. L. REV. 34 (1967). Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475 (1968). Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, 25 WASH. & LEE L. REV. 166 (1968). ARTHUR R. MILLER, *THE ASSAULT ON PRIVACY—COMPUTERS, DATA BANKS, AND DOSSIERS* (Univ. of Michigan Press, 1971). 邦訳「プライバシー・アサルト」アーサー・ミラー(著)・片方善治、饗庭忠男(監訳)『情報とプライバシー』(ダイヤモンド社、一九七四)。

日本においてこの見解を主張する代表的なものとしては、佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法的考察(一)(二)」法学論叢八六巻五号(一九七〇)一頁以下、八七巻六号(一九七〇)一頁以下等一連の著作と、堀部政男『現代のプライバシー』(岩波新書、一九八〇)が挙げられよう。これらの見解は、現在の民法学説においても、民事上のプライバシー概念の一つのあり方として(賛否の別はあるにしても)一般に受け入れられるようになっていく。

(15) この点、一口に「自己情報コントロール権」といっても、論者によって微妙なニュアンスの違いもある点に留意する必要がある。この違いは、佐藤が主としてアメリカのグロス、フリード、ウェスティン、ミラー等の見解を参照しているのに対して、堀部がブラウステイン、ビーニイ、ウェスティン、ミラーの見解に依拠しているという違いがあることに加え、前者が特にフリード説の強い影響下にあることに求められよう。

(16) その不利益は、もはやプライバシーへの悪影響に止まらず、人間性そのものをも変容させてしまうとの指摘もある。例えばニコラス・G・カーは、人間の脳の可塑性を実証する神経科学の研究や、文字や地図、書籍が人間の思考様式に重大な構造変革を生み出してきたことを示す歴史研究を踏まえつつ、人々が「知を必要とする作業」をインターネットに任せられるようになると、これまで人間を人間たらしめていた根幹的な要素に大きな変質が生じるかもしれないと危惧する。See,

NICHOLAS CARR, *THE SHALLOWS: WHAT THE INTERNET IS DOING TO OUR BRAINS* (W. W. Norton & Co. Inc. 2010). 邦訳として、ニコラス・G・カー(著)、篠儀直子(訳)『ネット・バカ インターネットがわたしたちの脳にしていること』(青土社、二〇一〇)。

(17) ショーンベルガー、クキエ(著)、斎藤(訳)・前掲書注(3)二八〇頁。なお、日本語訳については、訳書を参照している。

(18) 同前。

(19) 同前。

三 真の情報社会への対応——民法からのアプローチ

いみじくも西洋の情報社会論者が一九六〇年代から主張していたように、今、われわれの社会が、われわれのまちが、われわれの生活が、情報の多角的利活用によって本当に抜本的総合的に変わろうとしている。ひいてはそこに暮らすわれわれのプライバシー意識も、また変わらざるを得ないのかもしれない。しかしわれわれは事実上ただ為す術もなく、「便利」「安全」「安心」のための技術の発展に流されていくのみのだろうか。何らかの形で主体的に、「ICT街づくり」等を中心とする新たなICTの発展とプライバシーの問題について、どうにか方向付けをおこなうことはできないのだろうか。この疑問に対する手がかりを得るために、以下では当の情報社会論者がそもそどのような問題意識を持っていたかを簡単にみてみよう。

三ー一 ダニエル・ベルの『脱工業化社会の到来』

情報社会論の代表的な見解としては、まず、「脱工業社会」(post-industrial society)という概念をベースとした、ダ

ニエル・ベル (Daniel Bell) のそれが挙げられよう。⁽²⁰⁾ 彼は、『脱工業社会の到来』⁽²¹⁾と、その続編にあたる『資本主義社会の文化的矛盾』⁽²²⁾において、脱工業社会は「新しい基軸構造および基軸原理の誕生」を意味すると主張する。

ベルはまず、社会の段階を「工業化以前の社会」、「工業社会」、「脱工業社会」の三種類に分類する。⁽²³⁾そして、この「脱工業社会」の分析に際して、社会を三つの領域に分割して考えることの必要性を提唱している。第一の領域は、経済・技術・職業体系からなる「社会構造」である。第二の領域は、権力の分配を規制し、個人と集団の相対立する主張と要求を仲裁する「政治形態」である。第三の領域は、表現的シンボリズムと意味ないし価値にかかわる「文化」である。

ベルは以上の三つの領域がそれぞれ相異なる基軸原理によって貫かれていることを指摘する。⁽²⁴⁾まず、近代西洋の「社会構造」の基軸原理は、「経済化」(economizing)である。経済化とは、端的に言えば、「効率性」とか、「効用」ということができる。次に、近代政治形態の基軸原理は、「合法性」である。⁽²⁵⁾ここで暗黙裡に認められてきた条件は平等思想であり、むしろこの「平等」を政治形態の基軸原理として解することも可能である。最後に、文化の基軸原理は、「自我の達成と高揚」、つまり「自己充足」や「自己実現」の欲求である。具体的には、絵画、詩、小説、あるいは祈禱、礼拝、儀式といった宗教的形態をとって、人間存在の意味を探り、それを何らかの想像力豊かな形式で表現しようとする努力のことである。

これら「効率性」、「平等」、「自己実現」といった原理は異なった変化のリズムを持っている。ベルによれば、現代社会内部の様々な矛盾は、これらの領域の間に存在する不調和が原因なのである。

ベルは以上のような観点を前提に、脱工業社会の到来に伴い出現する諸問題のいくつかを検討しているが、その問題関心は包括的であって多方面にわたるため、ここでは本稿の問題意識との関連から、共同社会の成立と合意の達成の至難性について検討する。⁽²⁶⁾

ベルは、脱工業社会——すなわち人間同士の相互関係が（人間対自然や人間対物質の関係等よりも）相互作用の主要な様式となる社会——では、個々人が勝手に自分の気まぐれを押し通そうとしても利害の衝突が起こることから、効果的な社会的行動を可能にするためには必然的に、（個人の自由を制限して）集団的規則の制定と抑圧の強化が必要となるという⁽²⁷⁾。そして各人が自分の生活に影響する決定事項に欠かさず参加しようとするれば、情報取得のための費用は上昇し、行動について合意に到達するまでの個々人の間の折衝に一層多くの時間をとられることになる。

必然的に、意思決定の政治化は——経済、文化の両面において——ますます多くの集団構想を招く⁽²⁸⁾。そのため、共同社会にとつての死活問題は、政治的政策設定を導くことができる価値の共通枠組みがあるか否かであることになる。個人の衝動を追求するために人間は「自由」でなくてはならないとする単純な考えは、生活の物質的条件を規制するようにとのコミュニティに対する増大する圧力との対立を招く。政治的には、共同社会は誕生しかけているといえるかもしれない、しかし共同的倫理は存在しているだろうか、またそれはもともと可能なものであるうか。ベルはそう疑問を投げかける。

(20) 情報化社会論の起源がどこに求められるかというのは、それだけで一つの問題となる。本稿では、ひとまず、フリッツ・マッハルプ (Fritz Machlup) による以下の著作をその発端と措定する。FRITZ MACHLUP, THE PRODUCTION AND DISTRIBUTION OF KNOWLEDGE IN THE UNITED STATES (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1962). 邦訳として、フリッツ・マッハルプ (著)、高橋建男ほか (監訳) 『知識産業』（産業能率短期大学出版部、一九六九）。マッハルプのこの著作は、知識や情報を経済全体の中で数量的にあらわそうという試みである。彼は知識産業の例として教育、研究開発、メディア、情報機械、情報サービスをあげ、これら五つの産業分野の規模について試算した。彼によると、知識産業の経済成長率が全体の成長

率を上回り、知識を生産する労働者の割合も、労働者全体の中で大きな割合を占めるようになっていくことである。た。

マッハルプの研究を継承し、発展させたものとして、マーク・ポラト (Marc Uri Porat) の著作が挙げられる。1-5 Marc Uri Porat, *The Information Economy: Definition and Measurement* (Washington DC: United States Department of Commerce, 1977)。邦訳として、マーク・ポラト (著)、小松崎清介 (監訳) 『情報経済入門』(コンピュータ・エージ社、一九八二)。彼の問題意識は、アメリカ経済に占める情報活動 (情報財、情報サービスの生産、処理、流通において消費されるすべての資源) の割合を少しでも正確に計量することにあった。

マッハルプやポラトの研究は、社会全体を対象としているというよりは、経済的・産業的側面に重点を置いていたといえ、厳密に言えば「情報社会論」というよりもむしろ「知識産業論」や「情報経済論」への分類が妥当しうる。しかし、彼ら (特にマッハルプ) の用いた数量的手法は、ダニエル・ベルの「脱工業社会論」等の社会学に大きな影響を与えた。

これら情報社会論の系譜については、田畑暁生『情報社会論の展開』(北樹出版、二〇〇四) 参照。

- (21) DANIEL BELL, *THE COMING OF POST-INDUSTRIAL SOCIETY: A VENTURE IN SOCIAL FORECASTING* (New York: Basic Books, 1973)。邦訳として、ダニエル・ベル (著)、内山忠夫ほか (訳) 『脱工業社会の到来：社会予測の一つの試み (上・下)』(ダイヤモンド社、一九七五)。

- (22) DANIEL BELL, *THE CULTURAL CONTRADICTIONS OF CAPITALISM* (New York: Basic Books, 1976)。邦訳として、ダニエル・ベル (著)、林雄二郎 (訳) 『資本主義の文化的矛盾 (上・中・下)』(講談社、一九七六、一九七六、一九七七)。

- (23) ベル (著)、内山ほか (訳)・前掲書注 (21) (上) 二二―二三頁。また、ベル (著)、林 (訳)・前掲書注 (22) (上) 三三―三七頁。

- (24) ベル (著)、内山ほか (訳)・前掲書注 (21) (上) 二二―二三頁。また、ベル (著)、林 (訳)・前掲書注 (22) (上) 三七一―四一頁。

- (25) 政治形態の基軸原理について、ベルは、かつては「参加」としていた (ベル (著)、内山ほか (訳)・前掲書注 (21) (上) 二三頁)。しかし、その後の著作においては「合法性」と改められ、「参加」は政治形態の原理ではなく、構造の一部分として言及されている (ベル (著)、林 (訳)・前掲書注 (22) (上) 四〇頁)。そのため、ここでは、後者の著作によった。

(26) ベルは他にも、技術エリートによる新しい階級制度、科学の官僚制化、メリットクラシー（能力主義）と平等、敵対的文化からの道徳律廃棄論的攻撃の問題を検討している。

(27) ベル（著）、内山ほか（訳）・前掲書注（21）（下）六三六頁。

(28) 同前、六四六頁。

三―二 アルビン・トフラーの『第三の波』

現代社会の変化の総体的な記述を目指したものとして、アルビン・トフラー（Alvin Toffler）の『第三の波』も重要である。⁽²⁹⁾ トフラーは、人類の文明の発展を第一の波（農業社会）、第二の波（工業社会）、そして第三の波とまとめ、現在の変化は第二の波から第三の波への移行によるものだという。⁽³⁰⁾

トフラーは、第二の波の特徴を、経済における大量生産および大量販売制度、生活における大家族から核家族への変化、コミュニケーションにおけるマス・メディア、政治における国家並びに超国家帝国の出現等とまとめている。また、第一の波では統合されていた生産と消費が市場によって分離され、男と女の生活圏も分断されたとしている。

さらに、行動様式においては、能率のための規格化、分業の進展による専門化、機械生産に対応した同時化、資源の偏在と都市化を中心とした集中化、大量生産の利益追求による極大化、そして権力の中央集権が特徴であるとしている。また、権力は、財産の所有者から、経営者、企画者、まとめ役へと移ったと述べている。思想面でも、自然の征服、進歩原則、時間と空間の直線化・規格化等、産業主義的現実とでも名づけられるものが社会を覆っているとトフラーはまとめる。

ではなぜそのような「第二の波」が危機に曝され、「第三の波」へと向いつつあるのか。その原因や因果関係については、

エレクトロニクス革命を軸に、再生可能なエネルギー、遺伝子産業、宇宙開発といった技術体系、そしてそれに伴う情報環境の変化を主たる要因とし、まとめて「技術体系と情報体系の二大潮流」と述べている。

このような第三の波に対応するために、トフラーは、「精神体系」、「人間性」、「政治体制」を刷新する必要があると論じている。本稿の問題意識との関連から、ここでは、そのうちの「新しい精神体系の必要性」に関するトフラーの所説を検討する。

来るべき明日の文明に向かって、満ち足りた情緒生活と健全な精神体系をつくり出すために、トフラーは、以下の三つの基本的必要条件があるということを理解しなければならないと主張する。⁽³¹⁾それは、「コミュニティへの帰属意識」、「世の中の構造の認識」、そして「人生の意味の把握」である。

トフラーは、まず、「健全な社会では、どこでもコミュニティへの帰属意識が涵養される」ということを主張する。⁽³²⁾コミュニティは人々に、生きていく上で絶対に必要な帰属意識を与えるのである。

ところが、現代の工業技術一辺倒の社会になって、コミュニティを成り立たせてきた慣習がどんどん崩れていき、孤独という名の病が蔓延してしまった。現代社会が極度に多様化していることも、孤独感が蔓延する一つの原因になっているという。⁽³³⁾画一化の時代は終わり、人々は共通点よりも相違点を強調するようになった。個性を発揮しやすい時代になったのである。しかし、それとともに、それぞれの個性・意見がぶつかるために、人間的な触れ合いがますます困難になってくる。

したがって、画一化された大衆社会が崩壊すると、人々は自分の好みに合った生き方を選べるようになる反面、少なくとも当面は、孤独の苦しみが一般化することになる。

そこでトフラーは、このような問題に対応するためには、「コミュニティの復興」を図らなくてはならないとし、長

期的社会政策のレベルでみると、これからのコミュニティは、情報化時代に適応したコミュニティを目指すべきである⁽³⁴⁾という。

第三の波を健全で、民主的なものにするためには、新しいエネルギーの供給源を開発したり、新しい技術を実用化したりするだけでは十分なのである。しかし一方で、コミュニティを復活させればよい、というでもない。第三の波の文明を構築していくにあたって、われわれは孤独への挑戦にとどまらず、人生に秩序と目的を与えることから始めなければならないと、トフラーはいうのだ。

- (29) ALVIN TOFFLER, THE THIRD WAVE (Bantam Books, 1980), 邦訳として、アルビン・トフラー(著)、鈴木健次ほか(訳)『第三の波』(日本放送出版協会、初版一九八〇、改訂新版一九八五)、また、徳岡孝夫(監訳)『第三の波』(中公文庫、一九八二)。ここでは鈴木健次ほかの訳を参照しつつ、一部を改めている。
- (30) トフラーはこの著作においてはまだ「情報社会」という言葉を使っていない点には留意すべきである。
- (31) トフラー(著)、鈴木ほか(訳)・前掲書注(29) 五二三頁。
- (32) 同前、五二四頁。
- (33) 同前、五二六頁。
- (34) 同前、五三〇頁。

三・三 情報社会と私法上のプライバシー

科学技術の発展によって、社会の抜本的構造変化が起きるとき、われわれに何ができるのか、あるいは何をすべきな

のか。⁽³⁵⁾ 以上にみた西洋の情報社会論者が、「コミュニティ」という観点を重視している点に、改めて目を向ける必要があるだろう。⁽³⁶⁾

実は、このような観点から新たなプライバシーの問題にアプローチする手ごかりは、民法にすでに規定されている。具体的には、相隣関係に関する二三五条がそれである。⁽³⁷⁾ ここには、「境界線から一メートル未満の距離において他人の宅地を見通すことのできる窓又は縁側（ベランダを含む。）を設ける者は、目隠しを付けなければならない」との規定があり、実際にいくつかの下級審裁判例で、この点に関する請求が認容されている。そしてその裁判例では、続く二三六条において定められる、「前二条の規定と異なる慣習があるときは、その慣習に従う」との規定もときに考慮されている。

この二三五条と二三六条は、①「プライバシー」やそれに類似する権利の保護を明示することなく、②事実上他人のプライバシーを侵害する恐れがある行為を、③一定の取り決めによつて事前に防止する行為規範を定めている、と評価することができる。⁽³⁸⁾ この一定の取り決めとは、すなわち、国家による標準的判断基準の提示（「境界から一メートル未満の距離」「他人の宅地を見通すことのできる窓」等）と、慣習によるその修正の認可という二段階の取り決めである。

その後、この相隣関係におけるプライバシーの問題は二三五条を離れ、不法行為法上のプライバシー権侵害の問題へと昇華し、マンションの施工業者等に対する請求に応用されるようになった。

例えば、仙台地決昭和五五年一月二五日は、⁽³⁹⁾ 住宅地域に四階建てマンションを建設しようとした業者に対し、「こういう地域においては、住環境の保持の観点から特に個人の住宅内におけるプライバシーが十分保護されるべきである」として、四階建テラス部分の半減を命じている。また、熊本地決平成六年二月一五日では、⁽⁴⁰⁾ マンション業者にに対し、プライバシー侵害予防のため、目隠しとして型入りガラス（すりガラス）の設置が命じられている。

これらの事案は、従来のプライバシー研究においては、いわゆる「プライバシーの四類型」のうち、「私生活への侵入」類型の「覗き見」事案として整理されてきた。そこではこれらの事案に共通するある種の「まちづくり」的特徴に触れられながらも、プライバシーは個人に帰属する権益であるとの先入観の故なのか、特殊の類型としての地位を与えられることはなく、形式的に当てはまる「覗き見」事案に配置されることが一般的であった⁽⁴²⁾。しかし上に見た仙台地決や熊本地決の事案においては、この「覗き見」という言葉から感じる「じつとり」とした「嫌な感じ」とそれに対する被害者の本能的嫌悪感とはほど問題となったのだろうか。むしろ、マンション建設という事業者の「有無を言わさない経済活動」に対する地域住民からの「抗議の声」を擲り上げたという要素が前面に出ていないだろうか。

本稿はこれらの裁判例（及び二三五条等の起草者）の問題意識をいわば掘り起こし、再評価することで、今日的な「まちづくり」とプライバシーの問題に応用しようとするものである。現在進みつつある「ICT街づくり」という名の再開発も、この観点から見ると、あるいはわれわれの権益侵害だと考えるべき場合もあるのではないだろうか。

と、そうは思いながらも、ただ闇雲にその侵害性を訴えていても仕方がないのも事実である。なぜなら、このような技術の進歩はわれわれ全ての者にとって利益となるのもまた確かだからである。重要なのは、情報の利活用によって得られるわれわれの利益と、一方で情報を提供することによって被る不利益とを比較衡量すること、ひいてはその比較のための基準、方法を模索することである。この点、本稿はこの問題を、基本的には二三五条の発展形としての——つまり二三五条を離れた——不法行為法上のプライバシーの問題として論じるものだが、しかし、そうであっても、二三六条に定められる精神を忘れるつもりはない。この規定は、地域社会への新たな技術の導入がプライバシー侵害に当たるかどうかの判断を、国家ではなくわれわれ地域住民の理解に一定程度委ねていると理解することができるからである。

本稿は以上のような問題意識の下で、ICTとプライバシーの問題について、主として「まちづくり」の場面を念頭

に置きつつ、情報の多角的利活用に基づく社会的経済的利益と、地域住民の權益の保護とのバランスをいかなるかたちでとるべきかについて、私法上の不法行為の観点から一つの方向性を示すことを第一の目的とする。⁽⁴³⁾そしてそのうえで、従来の研究を踏まえつつ、コミュニティに配慮しながらも個人の權益の不当な抑圧は回避する、そのようなプライバシー保護のあり方を、より総合的な観点から定立することを試みる。⁽⁴⁴⁾

(35) この点について、法学者による情報社会に関するまとまった検討としては、奥平康弘「情報化社会論」同ほか(著)『未来社会と法 現代法学全集54』(筑摩書房、一九七六)二六五頁以下。

(36) これに対して、日本の情報社会論者は、村落共同体や日本人の「公」意識へのネガティブなイメージゆえか、「コミュニティ再編」という方向性はそこまで前面に出していない。例えば、林雄二郎は、ベルの訳書の解説において、「今日の日本人の意識の中にも依然として滅私奉公は生きているのであり、つまり個が個として確立するにいたっていない」ため、「まづ個の確立、つまりいいかえれば、同質社会の異質化がどうしても必要であり」、「それは一見逆コースのように見えるが逆コースではない」と主張する(ベル(著)、林(訳)・前掲書注(22)(下)二四七頁)。林のこの意見にも尤もなどところがある。しかし、従来は「家」ないし「家庭」や地域社会に委ねられてきた「子や高齢者の見守り」がICTを活用する産業に担われつつある昨今においては、むしろ林のような日本のネガティブなコミュニティ理解を相対化する時期に来ているのではないだろうか。

(37) 周知のとおり、本条は、『宴のあと』事件判決の中でも、プライバシー権保護の片鱗の一つとされている。本判決は、プライバシー保護の「片鱗はすでに成文法上にも明示されているところ」であると述べて、他人の住居のぞき見の禁止(軽犯罪法第一条第二項二三号)、相隣地の眺望の制限(民法第二三五条第一項)、信書開被罪(刑法二三三条)を挙げているのである。

(38) 同旨、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂、二〇〇〇)七頁。

(39) 判時九七三号一一五頁。

(40) 判時一五三七号一五三頁。

(41) プライバシー権については、保護利益の性質や侵害行為の多様性に鑑み、一つの権利概念へ統一することが困難であるとも指摘されてきた。そのような状況の中でプライバシーの保護を論じるにあたってわが国の模範となったのが、ウィリアム・L・プロッサー (William L. Prosser) による、プライバシー侵害の四分類である (William L. Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383 (1960))。これによると、「私生活への侵入」、「私的事実の公への曝露」、「真実でない陳述の公表による公衆への誤解」、「氏名や肖像等の営利的な利用」、以上の四つの場面でプライバシーが侵害されるという。

この分類に従ってプライバシーについて論ずる日本の論考の嚆矢として、例えば、伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、一九六三)、三島宗彦『人格権の保護』(有斐閣、一九六五)等が挙げられる。

(42) 例えば五十嵐清は、「マンシヨンの建築をめぐる紛争の一環として、高層住宅からの眺望による隣家のプライバシーの侵害が争われる例が多い」として、仙台地決昭和五五年一月二五日等に言及している (同『人格権法概説』(有斐閣、二〇〇三)二〇七―二〇八頁)。しかし、その特殊性を強調するにはいたっていない。

(43) このような問題については、もはや私法ないし民法が(単独で)取り組むべき課題ではないとする向きもあるかもしれない。しかしこれに対して、固定的でない「私的空間」と「公共空間」の境界について、時代にあわせて境界線を引き、また、ある行為や事実が現時点でどちらの空間に属するかを判断する「役割を果たすことは、現代における不法行為法の重要な任務の一つなのである」(大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』(有斐閣、二〇一一)二〇六頁)との立場もある。本稿はこのような理解に与するものである。

ただ他方で、不法行為訴訟の限界については、①一件当りの(精神的)損害賠償額が小額であること、②(財産的)損害の程度・原因・加害者の特定とこれらの因果関係被害者自身が立証することが困難であること、③救済に長い時間が求められること等、つとに指摘されてきたところではある(①について、竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』(増補改訂版)〔判例時報社、一九九八〕二二五―二二九頁。②について、同前二一九―二二〇頁。③について、最高裁判所ホームページ資料「21世紀の司法制度を考える」二頁 <http://www.courts.go.jp/about/sihou_21_2/index.html>) (最終アクセス二〇一五年一月二八日)等)。

これらの点については、無論、真摯に対応する必要があるだろう。

（44）このような「地域社会」の価値観を重視する観点から表現の自由とプライバシーの関係について検討する先行研究として、山本敬三「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由——ノンフィクション『逆転』訴訟を手がかりとして——」民商法雑誌一一六巻四号（一九九七）六一五頁以下が挙げられる。山本の見解については詳しくはのちに検討するため、ここでは、本稿が山本の研究の驥尾に付しつつも彼の検討とはまた異なる問題領域に取り組むものであること、そしてそのうえで物理的な視き見や表現行為、さらには情報の多角的利活用といった問題領域を跨る、より総合的な観点からの検討を目論んでいることに触れるにとどめる。

第二款 プライバシーに関する近時の研究とその残された課題

個々人の情報が多様な形で利活用されつつあるという社会的背景の変化に応じるために、プライバシーに関する法的研究は、相も変わらず非常に活発になされている。その近時の傾向を大きく分類すると、以下の三つの方向性に分けられよう。

第一に、プライバシーの理論的再構成の動きである。これはさらに、（一）脱人格権の試み、（二）脱アトムの個人主義の試み、（三）脱権利論の試み、（四）「監視社会」論の観点からの議論に分けられる。第二に、情報技術の発展によって生じた新たな問題に対する個別具体的検討が挙げられる。第三に、個人情報保護法改正の動きに併せて、立法論や、欧米諸国の最新の法状況の比較法研究がなされていることも特筆すべきである。これらについて、以下に略述ながら検討し、現在のプライバシー研究の到達点と残された課題を確認することにする。

一 プライバシーの理論的再構成

—— 脱人格権の試み—— プライバシー問題の市場化 ——

プライバシーの理論的再構成の動きとしては、第一に、脱人格権の試みがみられる。⁽⁴⁵⁾ この動きを牽引するのは、情報プライバシーの財産権説と、事業者等の契約責任の内実を追究する見解である。

前者の一連の見解は、個人に関する情報が現実問題として市場で取引されていることに対応するために、これまでは人格権に基礎をおく権利であると理解されてきた情報プライバシーを、ある種の財産権と構成することを主張する。⁽⁴⁶⁾ そうすることで、情報取引のインシアチブを情報主体（多くは消費者）の手に取り戻すことができ、なおかつ、現状では彼ら情報主体が背負っているといえる社会的費用を事業者内部化することができるというのである。⁽⁴⁷⁾ この観点に立つた法政策論を日本において積極的に展開しているものとしては、著作権（人格権と財産権のハイブリット）型構成をとる見解、⁽⁴⁸⁾ 著作者人格権構成とライセンス構成のあわせ技を主張する見解、⁽⁴⁹⁾ 消費者選好に関する実証分析の進展等の実社会の発展を踏まえつつ、消費者保護を前提とした財産権的アプローチを採用する見解を⁽⁵⁰⁾ 挙げる⁽⁵¹⁾ ことができる。

これらの見解の狙いは鋭く、それゆえに魅力あふれる構成であるといえる。しかし、その手段としてプライバシー権の財産権化を選んだことについては、批判も根強い。⁽⁵²⁾ なぜなら、これらの見解は、プライバシーを財産権と構成し、市場の問題としてしまうがゆえに、結果として副作用が出るどころか、そもその狙いを達成することすら困難となつているのである。より具体的には、①結局のところ市場がうまく機能しない可能性がある、②情報の公共財的性格をうまく考慮できない恐れがある、③財産権化したとしても、下流（downstream）における情報交換を制限できない、④既存の知的財産権制度との整合性を保てない危険性がある、⑤財産権の帰属主体をいかに決定するか明らかなでない等の課題が指摘されている。⁽⁵³⁾ さらに、いたずらに市場の問題とするのは適切ではなく、弱者保護の観点を忘れるべきではないとの指摘もある。

また、もう一つの方向性が、契約責任アプローチである。この見解は、個人情報保護の「情報主体と情報提供者間において何らかの契約が存在する場合」、「情報主体の同意の範囲を超えて、情報提供者が第三者に対して情報提供した場合」は債務不履行責任を構成する⁽⁵⁴⁾と考える。ある契約が締結された場合、債務者は債権者に当該契約の目的とされた給付義務の他に信義則に基づく付随義務（又は独立した保護義務）を負う⁽⁵⁵⁾。契約責任アプローチは、この付随義務に着目し、契約の目的と異なった範囲の第三者に対し、情報主体に無断で情報提供がなされた場合、付随義務に反した債務不履行責任を問うものである。この見解は、結局のところ情報主体と契約関係にある事業者にしか適用されない構成であるために、情報が激しく流通している現代社会においてはその限界は明らかである。しかし、事業者と消費者の間に契約関係があればむしろ不法行為責任よりも責任追及が容易な場合もあり、その意味で優れた構成であるといえる。

また最近では、契約責任構成の欠点を克服するため、事業者の信認ないし忠実義務（つまり信託）⁽⁵⁶⁾の問題として構成すること、契約外の第三者に対する問題についても責任追及することを目論む見解もあらわれている。この見解のうちの一つは、新たな視点からの情報保護法制として、以下のような構想を打ち立てる。まず、何よりも個人の様々な情報を、それぞれの個人を中心として収集し、安全に管理する情報基盤が必要となり、さらに、すべての個人がそれらを管理することは不可能であるから、それら個人に代わって、当該個人の利益を図る忠実義務を事業者に負わせるべきである⁽⁵⁷⁾。それに加えて、従来の個人情報保護法においては、個人情報の利用目的の事業者による開示と目的外利用に対する情報主の「同意」が求められているが、これはビッグデータ・ビジネスをかえって阻害するとして、以下のように主張する。すなわち、ビッグデータ時代には、むしろ個人情報の利用を促進させるために、個人情報取扱事業者に対しては単なる情報「開示」ではなく、個人もまた利用できるような形で情報提供を義務付けるとともに、ビッグデータによって何らかの利益が生じた場合には、個人もまたその利益に与ることのできるような方向性を打ち出して、そのよう

な意味での「同意原則」の強化を図るべきであるとする。⁽⁵⁸⁾

以上のように、(その発端は財産権と結び付けられつつ論じられたものの) 人格権としての確固たる地位を築き、およそ「財産」や「市場」という観念とは距離を置いてきたプライバシー権が、今日では翻ってある種の市場の問題として捉えられるようになってきている。これは、現実問題として個人の情報が「報道による秘密の曝露」や「行政による収集」を超えて、広く市場で取引されていることを踏まえたものであり、今日においては全く無視することはできない動向である。しかしそうであるからといって、人格的利益と切り離すことができず、広汎な公共的利益の帰趨という課題も帯びつつある情報の利活用の問題を、個人間の(特に自由主義的な)市場の問題として限定的に捉えるのは、理念型としては格別、実際の法政策論としては行き過ぎの恐れなしとしない。そこで本稿では、これらの見解を一定程度踏まえ、事業者の義務ないし責任をより具体化することを狙いつつも、その他の途を探ることとする。ICT街づくりの特質上、ここでも求められるのは、個人のみならず、コミュニティにも配慮する契約のあり方ではないだろうか。⁽⁵⁹⁾

(45) 技術の発展に伴い活発化する情報取引について、契約法の観点から財産権的に規律することはできないかという問題意識やそれに基づく検討は、日本においても、一九七〇年代ごろから継続的にみられる。

そのような研究のうち、民法学者のものとして、古くは、北川善太郎「取引の目的としての情報」NBL二四号(一九七二)二七頁以下等、近時のものとしては、野村豊弘「情報——総論」ジュリスト一二六号(一九九八)一七五頁以下、大村敦志『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、二〇〇九〔初出、二〇〇七〕二七〇頁以下、吉田克己「財の多様化」法律時報八三卷八号(二〇一一)八九頁以下等。また、法分野の垣根を越えた総合的な視野からの検討の必要性を論じるものとして、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法的規制」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、二〇〇〇〔初出、一九九八〕四六五頁以下。

しかしこれらの研究は、必ずしも人格権たる情報プライバシー権（自己情報コントロール権）の財産権化をねらうものではなく、ただように思われる点に留意すべきであろう。

- (46) アメリカの「情報プライバシー」の財産権説は、「自己情報コントロール権」構成によって「情報プライバシー」を保護することを批判する。

この学説を主張している代表的な論者としては、リチャーズ・S・マーフィー (Richard S. Murphy, *Property Rights in Personal Information An Economic Defense of Privacy*, 84 GEO. L. J. 2381, 2383 (1996).) ハーリン・P・メル (Patricia Mell, *Seeking Shade in a Land of Perpetual Sunlight: Privacy as Property in the Electronic Wilderness*, 11 BERKELEY TECH. L. J. 1, 26-41 (1996).) シェリー・カン (Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193 (1198).) ローレンス・レッシング (Lawrence Lessig, *Code Version 2.0* (Basic Books, 2006), 邦訳として、山形浩生 (記) 『CODE VERSION 2.0』(翔泳社、二〇〇七)。また、一九九九年のオリジナルバージョンの訳書として、山形浩生、柏木亮二 (訳) 『CODE——インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社、二〇〇一)がある。See also, Lawrence Lessig, *The Architecture of Privacy*, 1 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 56, 63-65 (1999).) A・マイケル・フルームキン (A. Michael Froomkin, *The Constitution and Encryption Regulation: Do We need a "New Privacy"?*, 3 N. Y. U. J. LEGIS & PUB. POL. 25, 34 (1999).) ポール・M・シュワルツ (Paul M. Schwartz, *Privacy, Property, and Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2055, 2076 (2004).) 等がある。

また、典型的な財産権理論については批判立場をとるものとして、パメラ・サミュエルソン (Pamela Samuelson, *Privacy, as Intellectual Property?*, 52 STAN. L. REV. 1125 (2000).) が挙げられる。

- (47) アメリカの情報プライバシーの財産権説について検討している日本の論者としては、阪本昌成「情報財の保護か、知識の自由な流通か——プライバシーの権利と個人情報保護の保護」同『表現権論』(深山社、二〇一〇)「初出、二〇〇八」四七頁以下、村上康二郎「情報プライバシー権に関する財産権理論の意義と限界——米国における議論の紹介と検討——」Info Com REVUE 五五号 (二〇一〇) 四五頁以下が挙げられる。

- (48) 林紘一郎「個人データ」の法的保護：情報法の客体論・序説」情報セキュリティ総合科学第一号 (二〇〇九) 六七頁以下。

(49) 橋本誠志『電子的個人データ保護の方法』(信山社、二〇〇七)。

(50) 高崎晴夫「パーソナライゼーションサービスにおける個人情報保護について——新しい制度的提案に関する考察——」情報ネットワーク・ローレビュー九巻一号(二〇一〇)六七頁以下。

(51) 日本における情報プライバシーの財産権説を批判的に検討したものととして、石井夏生利「プライバシー・個人情報の『財産権論』——ライフログをめぐる問題状況を踏まえて」情報通信政策レビュー第四号(二〇一二)一頁以下。

(52) 阪本・前掲注(47)八五―八八頁、橋本・前掲書注(49)一四六―一四九頁。また、日本の学説においてもこのデメリツトがなお克服されていないことを指摘するものとして、石井・前掲注(51)二七頁。

(53) 石井は、「財産権」といえば、排他的権利を想像し、一見強い権利を与えるようにみえるが、「実際は、取引の名の下に自己責任を加重させるという側面が存在することを無視してはならない」と弱者保護の重要性を指摘する(同前、二七頁)。この指摘自体は尤もであるが、しかしこの「契約における弱者保護の観点の重要性」は、すでに星野英一「現代法における契約」同『民法論集第三巻』(有斐閣、一九七二〔初出・一九六六〕三頁以下で指摘されている点には留意。

(54) 吉野夏己「民間における個人情報の保護」クレジツト研究No.22(一九九九)一四四頁。この見解と後述の信託構成が、ともに「プライバシー」ではなく「個人情報」の保護について論じている点には留意。

(55) 付随義務については、奥田昌道(編)『新版注釈民法(10)Ⅱ 債権(1) 債権の目的・効力(2)』(有斐閣、二〇一二)〔北川善太郎・潮見佳男〕一七頁以下等参照。

(56) 佃貴弘「信託法理による個人情報保護の可能性」情報ネットワーク・ローレビュー一三巻一号(二〇一四)八一頁以下。また、特に日本における医療情報等個別法の立法への提言を行うものとして、樋口範雄「ビッグデータと個人情報保護——医療情報等個別法を論ずる前提として」長谷部恭男ほか(編)『現代立憲主義の諸相(下)』(有斐閣、二〇一三)二三―二四頁以下。

この点、信託が一般に、「ある者(委託者)が法律行為(信託行為)によって、ある者(受託者)に財産権を帰属させつつ、同時に、その財産を、一定の目的(信託目的)に従って、社会のためにまたは自己もしくは他人——受益者——のために、管理・処分すべき拘束を加えるところに成立する法律関係」(四宮和夫「信託法〔新版〕《法律学全集33Ⅱ》」(有斐閣、一九八九)七頁)と定義される以上、信託構成はある種の財産権説を前提としていると評価しうる点に留意。

(57) 樋口・同前、二四五―二四六頁。

(58) 同前、二四六頁。

(59) このような観点から契約を捉えるものとして、内田貴『制度的契約論——民営化と契約』（羽鳥書店、二〇一〇）が挙げられる。内田は、介護契約、保育契約、学校教育契約、企業年金契約等、民営化が進みつつも従来の取引的契約のパラダイムが妥当しない契約を「制度的契約」と名付けて括りだし、「個々の制度的契約は、不可避免的に、ほかの主体の同種の契約や、潜在的当事者集団、さらには社会一般に影響を与えるため、一方当事者は、個別契約の締結や履行において、当該契約の相手方当事者のみならず、それ以外の（潜在的）当事者への配慮が要求される。そのような配慮が要求されるかどうかを決めるのは、ある共同体に属する人々の政治的判断である」（同前、八八頁）とする。

この内田のいう「制度的契約」に、介護契約や保育契約、学校教育契約が含まれていることは重要である。なぜなら、これらの分野は、ICTを利用した「見守りシステム」の構築等といったかたちで、民営化、市場化が急速に進んでいる分野だからである。

この点、内田は『制度的契約論』において、アメリカのコミュニタリアンのうち主としてマイケル・ウォルツァーの見解(MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (Basic Books 1983). 邦訳として、マイケル・ウォルツァー(著)、山口晃(訳)『正義の領分——多元性と平等の擁護』（而立書房、一九九九））に依拠している。それ故、配慮すべきコミュニティの価値観を、ある種多数決的に捉えてしまっている点には留意すべきである。これに対して本稿は、後述のようにコミュニタリアニズムの観点を重視するものであるが、必ずしも上記のような立場に立つものではないことを付言しておく。

一―二 脱アトムの個人主義の試み——社会化した個人像、公益性の重視——

第二に、脱アトムの個人主義の試みがある。これまでプライバシー権は、一般に、コミュニティや国家等の人間集団による不要な詮索に対する個人の自由（ないし意思）を重視する、（アトムの）個人主義を前提として構成されてきた

といえる。⁽⁶⁰⁾しかしその個人の自由のあくなき追求が、「個人情報保護至上主義」⁽⁶¹⁾あるいは「個人情報ファシズム」⁽⁶²⁾とも呼ばれる状況にいたるとき、情報の公共財的性質上、その他の重要な利益が損なわれることとなる。そのため、理論のレベルにおいても、過度の個人主義的傾向を抑制する動きがみられるようになっていく。

この動きを牽引するのは、マクロの観点から、対国家と対社会のプライバシーを別個のものと捉え、それらの機能を別のものとして析出する見解と、⁽⁶³⁾よりミクロの人間関係における情報のやり取りに着目した観点から、情報の公共的性質に配慮した社会化した個人像を前提に、⁽⁶⁴⁾プライバシーを再構成する見解が挙げられる。これらの見解は、前述の脱人格権化の試みとは異なっており、必ずしも情報の多角的利活用の問題のみを念頭に置いた研究ではないものもあるが、しかし、本問題にも示唆のある検討であるといえる。

この潮流のうち、前者の見解は、近時のアメリカにおけるコミュニティアニズムの観点⁽⁶⁵⁾からのプライバシーの再構成の動きを踏まえて、既述のようにプライバシーを対国家のそれと対社会のそれに分けて考える。そして、この見解は、対国家のプライバシーを「私的領域における行動や思想や情報の開示に関する放棄できない自己決定の自由」を意味すると考えりベラリズムを維持しつつ、⁽⁶⁶⁾対社会のプライバシーを「情報の相互の獲得と利用に関する行為規範の遵守を要求できること」を意味すると構成することで、⁽⁶⁷⁾コミュニティの価値観への配慮をうかがわせる。このことによって、有益な社会協働を阻害することにつながりかねない権利の個人主義的、硬直的な理解を避けることができると同時に、国家の恣意に対しては明確な抵抗の基礎を個人に提供することができ、さらに一般的な社会的礼節ではなく、現代情報化社会の実情に応じた「情報の獲得と利用に関する」社会的行為基準の維持と継続的な改善を図ることができるというのである。

この点、この見解の「行為規範の遵守」としてのプライバシーという捉え方は、後述するように、脱権利論の見解（社

会公共的利益としての「プライバシー」に一定の示唆があると思われる。しかし他方で、本稿が主として念頭に置く「IT街づくり」の場面では、既述のように国家と企業と地方公共団体、そして地域社会が協力して事業を展開しており、そこではおそらく、様々な情報の共有も行われうるに違いない。従ってこのような問題において、対国家と対社会のプライバシーを分けて論ずることにどのような意義があるのか、特に市場の位置付け如何については残された課題として留保されるべきである。

また、脱アトムの個人主義の潮流のうちの後者の見解は、現実社会の人間個人は決して原子論的な「個人」ではなく相互に依存しており、そのような社会関係の形成は「人間相互のシンボリックな相互作用」によってなされると考える立場を前提に、一方で外向きの「社会生活におけるプライバシー」なるものを自己決定権の一種に類似したかたちで構想し、社会における役割や印象といった、「自己のイメージをコントロールする権利」として構成する。⁽⁶⁸⁾しかし他方で、そのような社会化した個人にあっても、内向きの「個人の尊厳を重視したプライバシー」というものを想定するべきであり、これらふたつのプライバシーを複眼的に保護する必要があるとする。⁽⁷⁰⁾この見解は、現代のような情報の多角的利活用が活発化した世の中にあっても、やはり個人の私的な領域はどこに残されるべきであるとの立場であると理解でき、その意味で一定の意義がある。

しかしながら、従来ならば私的空間であったといえる領域における多くの行動が、様々なサービスを通じてデジタルデータとして収集・統合・分析されつつある昨今において、この想定がどこまで有効であるのか、そのような領域をどのように決定するのは、残された課題といえるだろう。

つまるところ、マクロの視点にせよ、ミクロの視点にせよ、社会というものを強く意識するこれらの見解にとって、「われわれはどのような社会を構成したいのか」という問いが、最も重要な課題となるだろう。⁽⁷¹⁾

(60) 例えば、プライバシー研究のパイオニアのひとりとしてしばしば言及される戒能通孝も、「プライバシーの権利」をもって「幸福追及の権利」の一作用であるとみる見解に非常に興味があるとしつつ、以下のようにその個人主義的思想を明確にしている。「ゴシップが原則として本人の同意なしに発表された場合には、プライバシー権の侵害である。それは私生活に介入し、その人の『幸福追及の権利』を阻害する。従ってある人の名、肖像、その人の書いた手紙などを同意なしに発表することは、どうみても『プライバシー権』の侵害とならねばならない」(同「プライバシー権とその保障」民商法雑誌三九卷一・二・三合併号(一九五九)一三七頁)。さらに、『宴のあと』事件においては、「個人のサンクチュアリー(聖所)に踏み込んだ叙述が明らかにみられている。あのような場合には、文芸作品という抗弁は、当然のこととして問題にならない。プライバシーは『個人法益の問題である』(同「プライバシーとその範囲」法律時報三三卷五号(一九六一)一五頁)。

(61) 水野謙「プライバシーの意義——『情報』をめぐる法的な利益の分布」NB L九三六号(二〇一〇)三〇頁。

(62) 棟居快行ほか「座談会 プライバシーをめぐる今日の状況とプライバシー理論の現在」法律時報七八卷四号(二〇〇六)五頁(山野目章夫発言)。

(63) 浅野有紀「プライバシーの権利における公法と私法の区分の意義」初宿正典ほか(編)『国民主権と法の支配(下巻)』(成文堂、二〇〇八)一七九頁以下。この論考は、プライバシー権は結婚制度等、伝統的な共同体的価値を保護するためのものと説くサンデルの見解(Michael Sandel, *Moral Argument and Liberal Toleration*, 77 Cal. L. Rev. 526 (1989))と、共同体の道德的規範であるシヴィリティー・ルールを維持するためのものと説くボストの議論(Robert C. Post, *The Social Foundations of Privacy*, 77 Cal. L. Rev. 957 (1989))を比較検討することで、プライバシーの対象別の機能を明らかにすることを目的としている。

(64) 公法の観点からの論考として、石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男、金泰昌(編)『公共哲学12 法律から考える公共性』(東京大学出版会、二〇〇四)一八一頁以下。これは、イエリネックと尾高朝雄について検討することを通じて、「私」性をこれまでの憲法学がどのように定位してきたのかを反省することを通じて、その陰画像として憲法学における「公共性」を浮き彫りにすることを狙った論考である。

また、私法の観点からの論考として、水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察…人は自分の姿とどう向き合う

のか」学習院法学会雑誌四五巻二号(二〇一〇)一頁以下。水野は、石川の議論を踏まえつつ、不法行為帰責論の文脈では、「情報」について一方当事者の排他的な支配を認めることは不適切であるという立場を前提としたうえで、プライバシーの問題について論じている。

- (65) ここにいうコミュニケーションズとは、ジョン・ロールズの『正義論』(JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (Harvard University Press, 1971, revised ed. 1999), 邦訳として、矢島鈞次(監訳)『正義論』(紀伊國屋書店、一九七九)、川本隆史・福岡聡・神島裕子(訳)『正義論』(紀伊國屋書店、二〇一〇)を巡る一九八〇年代以降の英米圏における論争の中で、リベラリズムの個人主義的人間観を批判した思想の総称である。

- (66) 浅野・前掲注(63)二〇六頁。

- (67) 同前、二〇七頁。

- (68) EYING GOFMAN, THE PRESENTATION OF SELF IN EVERYDAY LIFE (Doubleday, 1959), 邦訳として、石黒毅(訳)『行為と演技——日常生活における自己呈示』(誠信書房、一九七四)。また、日本の論者のものとして、船津衛『シンボリック相互作用論』(恒星社厚生閣、一九七六)等。さらに、ゴッフマンの見解に依拠しつつ、日本におけるプライバシー権の再構成を図り、「自己イメージのコントロール権」としてのプライバシーを主張したものとして、棟居快行『人権論の新構成(第1版改版)』(信山社、二〇〇八〔初出一九八六〕一七三頁以下)。

- (69) 石川・前掲注(64)二〇二頁。

- (70) 同前、二〇二頁。また、水野・前掲注(64)一五頁。

- (71) この点について、川岸令和は以下のように述べる。「プライバシーへの相矛盾する傾向は、その基盤がそれほど強固なものではないことを示している。そのことをわれわれは直視するべきである」。「結局、プライバシー権の構想は、われわれ自身がどのように生きたいのか」、また、「どのような社会を構成したいのかという問いに直結しているのである」。そしてその解答は、「論争を通じて社会的に構成される合意に必然的に依拠するはずである」(川岸令和「プライバシー権とは何のための権利なのか」阪口正二郎(編)『自由への問い3 公共性』(岩波書店、二〇一〇)一〇六頁)。

一三 脱権利論の試み——プライバシの公共的利益化——

第三に、脱権利論の試みがみられる。この動きを牽引するのは、脱アトムの個人主義の動きを前提としつつ、プライバシを「表現の自由」のような社会公共的利益と考えることを構想する見解である。⁽⁷²⁾

この見解は、従来はもっぱら個人に帰属する利益であると考えられてきたプライバシの問題が、昨今では「情報システムの管理」の問題になってきていることを根拠に、これをもはや個人を離れた公共的な問題となっていると考える⁽⁷³⁾ほうが、むしろ事態適合的であると主張する。⁽⁷⁴⁾この点について、より具体的には、「人びとのプライバシへの関心は、いまでは個人そのものとそれを取りまく生活世界よりも、その個人情報が蓄積され、その使用や流通が管理されているデータベースや情報システムの方にある」としたうえで、「プライバシの保護にとって重視されるのは、個人の自宅や部屋の壁よりもむしろ、情報システムのファイアーウォールであり、暗号システムである」との指摘がみられる。⁽⁷⁵⁾さらに、自己情報コントロール権説の限界を指摘しつつ、現代のプライバシ権論においては「全体のシステムの中身を問題にすべきで」、「全体をだれが、どういうふうに管理しているか、そこから先はどういう透明性の高い、フェアなシステムをとっているのか」、「制度上のセキュリティがどこまで図られているのか」といった「構造的デュー・プロセス」が重視される必要があるとの指摘もある。⁽⁷⁶⁾

以上の指摘を踏まえて、この試みは、プライバシを「表現の自由」のような社会公共的利益⁽⁷⁷⁾と捉えることで、結果として個人の利益を守ることを狙う。このようにプライバシ侵害の場面でも社会的価値を強調することにより、「侵害」概念の拡張・変容や、救済における焦点の変更等が期待されるという。⁽⁷⁸⁾

もちろん、社会公共的利益の強調は、権利の切り札性を否定することによって、時に権利制約的に作用することもある。しかし、情報技術を駆使した現代的管理技術・監視技術の「柔らかさ」を踏まえれば、むしろ「侵害」概念を拡

張し、プライバシー権を実質化する方向に作用することが多いであろうことに、この試みは期待する⁽⁷⁹⁾。

この見解は基本的には憲法学者による主張である。が、民法学においても昨今、「不法行為領域で『被侵害利益の公共化』という事態が生じている」との指摘がみられ、景観利益等の分野では非常に影響力のあるものとなっている⁽⁸⁰⁾。そのため、私法の観点からの検討である本稿においても、この試みは無視することの難しい潮流であるといえよう。しかしこの「社会公共的利益としてのプライバシー」構成を私法領域に受容するとして、これをいかなる根拠で構成するか、またいかなる範囲で認めるかは、残された課題であるといえる。より具体的には、プライバシーの利益を完全に公共化させる方向性、個人の権益の保護と公共的利益の保護の二段構えをとる方向性、公共的な利益もあえて権利に一元化して救済することを狙う方向性等がありうると評価できるが、これらのいずれを採用するかは残された課題である。同様に、そのようなプライバシー概念を採用することによって、実際にどのような情報システムを構築することになるのか、具体的につめていく必要もあるう⁽⁸¹⁾。

- (72) 山本龍彦「プライバシー…核心はあるのか」長谷部恭男(編)『人権論の再定位3…人権の射程』(法律文化社、二〇一〇)一三七頁以下。
- (73) このような議論の構造転換を牽引するアメリカの見解として、DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON 43 (NYU Press, 2004), Neil M. Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1097 n.42 (2006).
- (74) 山本(龍)前掲注(72)一四四頁。
- (75) 阪本俊生『ポスト・プライバシー』(青弓社、二〇〇九)二七頁。
- (76) 棟居ほか・前掲注(62)二二頁〔棟居発言〕。
- (77) 表現の自由に個人的なるものを超えた『社会的利益』を強調することによってその保障を拡張しようと試みたのは、ゼ

カリア・チェイフィー (Zechariah Chafee, Jr.) の著。See, ZECHARIAH CHAFEE JR., FREEDOM OF SPEECH 37 (Harcourt, 1920).

(78) 山本(龍) 前掲注(72) 一四四頁(脚注10)。

(79) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト一四二二号(二〇一〇) 八八頁。

(80) 吉田克己「現代不法行為法学の課題——被侵害利益の公共化をめぐる」法の科学三五号(二〇〇五) 一四三頁。また、その基礎となる理論として、広中俊雄『民法綱要第1巻総論(上)』(創文社、一九八九) 三頁以下。この点に関する吉田の論考は多岐にわたるが、「被侵害利益の公共化」という観点から問題を整理した初期のものとして、ここではこの論考に触れるにとどめる。

(81) 「被侵害利益の公共化」ないし権利ではない「秩序」を構想する吉田(克)の見解に対し、権利論を擁護する立場から批判を行うのものと、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号(二〇〇八) 七七頁以下。山本(敬)は、共同体が形成する規範を重視するというのであれば、「権利」保護と区別される「秩序」保護の領域では、実体的な共同体秩序の目的にしたがった規制が広く認められることになることになると警戒感をあらわにする。

(82) このような具体的対応策として、プライバシー・バイ・デザインや、「プライバシー影響評価」(Privacy Impact Assessment, PIA)等の手法を突き詰めていくことも重要だろう。

前者の手法は、プライバシー保護を目的として利用される技術及び対策を、システム設計及びその構築段階から検討・実装し、ライフサイクル全般において体系的かつ継続的に取り組む仕組みである。主唱者の論考を翻訳したものとして、アン・カプキアン(著)、堀部政男、日本情報社会推進協会(編)、日本情報社会推進協会(訳)『プライバシー・バイ・デザイン』(日経BP社、二〇一一)。

また、後者の手法は、行政情報システムにおける個人情報保護の適正な取り扱いを確保し、個人のプライバシーを保護するために最適な方策を講じるために実施するための評価手法として考案されたものである。この手法を積極的に評価しているものとして、例えば、新保史生「ネットワーク社会における個人情報・プライバシー保護のあり方」HEICE Fundamentals Review 六卷三号(二〇一一) 一九九頁以下等。

一四 「監視社会」論の観点からの議論——「個人の自由」のみならず、「個人」の消滅?——

第四に、いわゆる「監視社会」論の観点からプライバシー保護のあり方を論ずる試みがある。この見解としては、本稿では、以下二つの方向性を踏まえて検討を進める。

このような議論のうちの一つは、基本的にはこの問題を「国家による監視」と「その被害者たる個人」の間のそれであると捉えつつ、その中にも私法上の問題がありうるとして、これを検討するものである。⁽⁸⁴⁾ここでは、「国家による安全」という公共的な利益と、自由・プライバシーという個人の利益をいかに衡量するかということが問題とされ、具体的検討を絡めつつ、様々な情報技術の利用の是非やその際の保護利益、救済方法に関する私法上の争点が提示される。⁽⁸⁵⁾

そこで提示された課題は、より詳しくいえば、次のようなものである。第一に、国民に制約を課すことができる、安全を脅かすような「脅威」または国家が目的とする公的な利益、権利を制限できる根拠とされる公共の利益とは何か。第二に、国家安全のための制約と国家社会の便宜といった公共の利益のための制約の場面で、国民のいかなる権利ないし「利益」が問題になるか。第三に、公共的な目的のために国民の権利、利益の制限が許されるか否かの判断にあたり、その正当性を判断する「基準」ないし「手法」をどう考えるべきか。第四に、このような問題における個人の利益が、そもそもプライバシーの権利として保護されるのか。第五に、かりに保護すべき利益であるとすれば、いかなる救済が認められるべきか。

この見解はこれらの課題に必ずしも回答を与えていないわけではないが、本問題における主要な争点を抽出したという点で、意義あるものである。より具体的な私法上の問題解決の方途については、さらなる検討が待たれる状況にある。

監視社会論にまつわるもう一つの議論は、この問題を、むしろ「監視を望んでいるのはわれわれ自身でもある」とする観点から、基礎法的な検討を行うものである。⁽⁸⁶⁾この見解は、昨今の監視技術の発達の結果、われわれはもはや「自己

決定し判断する主体」ではなく、情報分析の結果なんらかのグループに類別化された、「一定の確率や法則性に基づいてその行動を予測することのできる対象」として把握されていると主張する。⁽⁸⁷⁾そして、このような電子的な監視に基づく確率的な支配と、物理的空間的に人々の行動を事前的にコントロールする「アーキテクチャ」⁽⁸⁸⁾（例えば特定の人物しか認証されない門扉）が有機的に機能すれば、われわれはもはや「個人」とか「自律」とか「自由」というフィクションを利用する必要がなくなるかもしれないと指摘する。⁽⁸⁹⁾

この立場を前提とすると、本稿の主たる検討対象としている「ICT街づくり」推進事業は、公共的利益というお題目のもとで、人々を支配するアーキテクチャを創造する準備段階であると捉えることができるかもしれない。

仮にそうであるとして、われわれにできることは何なのだろうか。この点、前者のような国家の捉え方については、後者の見解も指摘するように、その役割・機能を悪し様に捉えすぎている嫌いがあることは否めない。⁽⁹⁰⁾前者の見解も自ら認めるところではあるが、われわれは技術の発展と国家等によるその利用を一定程度受容しながら、その問題点を論じていかなければならない。また、後者の見解については、これも当の論者が認めるように、ひとまずわれわれは個人や自律といったフィクションを維持する方向で問題を検討する必要があるだろう。重要なのは、個人とか国家とか市場、コミュニティ、あるいは科学技術といったものの間の均衡点をどこに見出すか、なのである。

(83) DAVID LYON, SURVEILLANCE SOCIETY: MONITORING EVERYDAY LIFE (Open University Press, 2001, 邦訳として、デイヴィッド・ライアン(著)、河村一郎(訳)『監視社会』(青土社、二〇〇一)。

ライアンは、ダニエル・ベルらによる情報社会論に対して、情報社会の負の側面を一貫して主張してきた人物である。彼は、一九八八年の『新・情報社会論』で、情報社会論が一般に技術決定論(技術が社会に一方的に影響を与えるという

議論)に陥りがちであると批判し、むしろ、人間や社会の側も技術に影響を及ぼすこと、さらに、技術に従属するのではなく、人間的価値に技術を従わせるべきだと論ずる。See, DAVID LYON, *THE INFORMATION SOCIETY: ISSUES AND ILLUSIONS* (Polity Press, 1988) 邦訳として、デイヴィッド・ライアン(著)、小松崎清介(監訳)『新・情報化社会論——いま何が問われているか』(コンピュータ・エージ社、一九九〇)。

そして、今後の課題の一つは、社会的探求が果たす古典的役割を再度強調することになるが、こうした探求は「公共哲学」の一つの形態をとって作用することになると彼は主張する(同前訳書、二六八頁)。この点、「公共哲学」の語について、ライアンがコミュニティアニズムの代表的著作の一つである、ROBERT NEELY BELLAH, RICHARD MADSEN, WILLIAM M. SULLIVAN, ANN SWIDLER, AND STEVEN M. Tipton, *HABITS OF THE HEART: INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE* (University of California Press, 1985) 邦訳として、ロバート・N・ベラーほか(著)、島蘭進・中村正志(訳)『心の習慣』(みすず書房、一九九一)を引用していることは示唆的である。

- (84) 山田卓生「サーベイランス社会とプライバシー——私法的考察——」森島昭夫、塩野宏(編)『変動する日本社会と法』(有斐閣、二〇一一) 九七頁以下。

- (85) 「公共の安全」という価値について、公法の観点から理論的に検討するものとして、森英樹(編)『現代憲法における安全 比較憲法学的研究をふまえて』(日本評論社、二〇〇九)等。

- (86) 大屋雄裕「自由とは何か——監視社会と「個人の消滅」(ちくま新書、二〇〇七)。

- (87) 同前、一一一一—一二三頁。

- (88) アーキテクチャによる支配と法によるその統御の必要性を論じた先駆的論考としては、レッシグ・前掲書注(46)が挙げられる。また、立憲主義の立場からアーキテクチャによる規制について論ずる日本の近時の論考として、松尾陽「アーキテクチャによる規制と立憲主義の課題」法律時報八七巻四号(二〇一五) 八四頁以下。

一方で、このようなアーキテクチャによって排他的支配可能性が付与されているインターネット上の無体財については、現実の有体物と同様に所有権ないし財産権によって保護すべきであるとする議論もある。

そのような米中の学説の展開と日本法におけるその保護のあり方につき、拙稿「いわゆる「仮想財産」の民法的保護に関する一考察(一)」(三・完)「北大法学論集六五巻三号(二〇一四) 七七頁以下、同六五巻四号(二〇一四) 三九頁以

下、同六五巻五号（二〇一五）二八七頁以下。

(89) このような状況をむしろ肯定的に捉えるものとして、安藤馨「統治と功利——人格亡きあとのリベラリズム」創文四九四巻（二〇〇七）三三頁があるが、大屋はむしろこの見解を批判的に捉える（大屋・前掲書注（86）二〇四頁）。

(90) 例えば田島泰彦は、「国民の安全を守る」という目的でセキュリティが強化されていくことを「市民的法理の構造転換」と呼び、強く批判している。彼によれば、本来「人権」などの法理は国家権力を制約しその濫用を防止するためのものであるはずなのに、最近ではその「人権」を守るために国家の市民社会への介入が強化されている。それによって市民的法理は換骨奪胎され、官による民の支配手段になってしまったというのである（田島泰彦『監視社会』と市民的自由——その批判的考察』法律時報七五巻一二号（二〇〇三）二九頁以下等参照）。

これに対して大屋は、「他者を監視すること、それによって自らの安全その他を確保しようという欲望」はむしろ国民のものであり、国家の独占物ではないという。大屋によれば、営業の自由をもたすためには国家がギルド社会に介入せざるを得なかったように、個人の自由は国家によって侵害される側面と国家によって守られる面とを、最初から持つており、そこには何の転換もありはしない。そもそも国家が設立された動機は、「他者のもたす危険性から我々を守ること」にあるのである（大屋・前掲書注（86）九〇―九三頁）。

二 新たな問題に対する個別的具体的対応

前述の、プライバシーの理論的再構成の動きとは別に、新たな技術的問題に対する、個別具体的対応も多くみられる。ここで羅列的に例示するならば、そのテーマとしては、顧客リスト⁽⁹¹⁾、遺伝情報⁽⁹²⁾、生体情報⁽⁹³⁾、医療情報⁽⁹⁴⁾、位置情報⁽⁹⁵⁾、監視・追跡技術⁽⁹⁶⁾、住基ネット⁽⁹⁷⁾、ライフログ⁽⁹⁸⁾、スマートメーター⁽⁹⁹⁾、Webサービス⁽¹⁰⁰⁾、情報セキュリティ⁽¹⁰¹⁾、パーソナルデータ⁽¹⁰²⁾、オープン（ガバンメント）データ等⁽¹⁰³⁾が挙げられる。

この点、以上のような個々のICTとプライバシーの問題について、それぞれを詳細に論ずることは、無論非常に意

義のあることである。しかしその一方で、昨今においては、問題状況をある程度統合的に論じ、これに包括的に対応できる理論枠組みないし判断基準を探索する必要があるように思われる。なぜなら、現に展開されている「ICT街づくり」なる事業では、次に挙げるように、それらの技術がまさに複合的に結合されんとしているからである。

例えば、〈医療・健康、エネルギー〉をテーマとする千葉県柏市は、疾病予防・予防医療による「健康長寿都市モデル」構築を目指して、母子手帳サービス・地域ポイントサービス、リアルタイムの健康情報、その他の行政情報を共通IDで管理し、公・民・学（行政・民間・大学）相互のデータ活用、自由なアクセスを達成しようとしている。

また、〈見守り・地域情報〉をテーマにする長野県塩尻市は、各種センサー等から収集したデータに時間、場所に関する情報を附加したものを総合クラウド上でビッグデータとして蓄積・分類し、天候、防犯、防災、政策、観光、歴史、文化、農業、健康、福祉等の情報を処理し、以上の分析から得られた情報を住民に提供する時空間プラットフォームを構築することを目指している。

さらに、〈医療・健康、交通〉をテーマとする愛知県豊田市は、交通・医療統合カードを作成し、ここに医療情報、電子決済機能、位置情報等を結合し、これを活用することで、中山間地域や中小都市における超高齢化社会への対応と減災機能の向上を図ろうとしている。

これらの事案では、個々の技術の統合体が、もはや一つのシステムとなつていえるといえる。加えて、前述のように、これらのシステムは今後その他の地域でより複合的に利活用されることが予定されている。そのため、実際に開発事業に携わる者や、何らかの問題が起きた場合にその対応に当たる者、あるいは司法関係者、そして無論、当該地域に暮らす人々にとっても、包括的観点からの保護基準を検討したほうが、見通しがよくなるように思われる。

また、以上のような個別的検討は、個々の論者がそれぞれに検討しているため、プライバシーの理論的再構成の動き

を踏まえた視野からの検討がなされていないきらいがあることも、残された課題であるといえよう。
そこで、本稿は、包括的な観点から問題を論ずる方向性を志向することとする。

- (91) 例えば、松本恒雄「ダイレクト・マーケティングにおける顧客対象者リストとプライバシー」ジュリスト八四〇号（一九九四）七頁以下。
- (92) 例えば、山本龍彦『遺伝情報の法理論』（尚学社、二〇〇八）、同「遺伝子プライバシー論——『遺伝情報』は例外か？」憲法理論研究会（編著）『憲法学の最先端（憲法理論叢書17）』（敬文堂、二〇〇九）三九頁以下等。
- (93) 例えば、石井夏生利「生体情報の利用とプライバシー保護」堀部政男（編著）『プライバシー・個人情報保護の新課題』（商事法務、二〇一〇）三〇九頁以下等。
- (94) 例えば、山本龍彦「医療分野におけるビッグデータの活用と法律問題」ジュリスト一四六四号（二〇一四）六五頁以下等。
- (95) 例えば、松前恵環「位置情報技術とプライバシー——GPS機能による追跡がもたらす法的課題を中心として」堀部（編著）・前掲書注（93）二三五頁以下、湯淺塾道「位置情報の法的性質——United States v. Jones 判決を手がかりに——」情報セキュリティ総合科学四号（二〇一二）一七一頁以下等。
- (96) 例えば、新保史生「監視・追跡技術の利用と公法的側面における課題」堀部（編著）・前掲書注（93）一九三頁以下等。
- (97) 例えば、田島泰彦、齊藤貴男、山本博（編）『住基ネットと監視社会』（日本評論社、二〇〇三）等。
- (98) 例えば、石井夏生利「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」情報ネットワーク・ローレビュー九卷一号（二〇一〇）一頁以下、新保史生「ライフログの定義と法的責任——個人の行動履歴を営利目的で利用することの妥当性」情報管理五三卷六号（二〇一〇）二九五頁以下、小向太郎「ライフログの利活用と法律問題」ジュリスト一四六四号（二〇一四）五三頁以下等。
- (99) 例えば、湯淺塾道「スマートメーターの法的課題」社会文化研究所紀要六九卷（二〇一二）三五頁以下等。

(100) 例えば、小向太郎「Webサービスの高度化とプライバシー・個人情報保護」堀部（編著）・前掲書注（93）二八七頁以下等。また、従来の表現行為によるプライバシー侵害の問題の延長線上として、検索サービスの問題も広く論じられている。例えば、新保史生「ネット検索サービスとプライバシー——道路周辺映像提供サービスを中心に（第三四回法とコンピュータ学会研究会報告 特集 ネット検索サービスの諸問題）」法とコンピュータ二八号（二〇一〇）七一頁以下、石井夏生利「忘れられる権利のめぐる論議の意義」情報管理五八巻四号（二〇一五）二七一頁以下等。

(101) 例えば、岡村久道「内部統制システムと情報セキュリティ」堀部（編著）・前掲書注（93）一二七頁以下等。

(102) 例えば、穴戸常寿「パーソナルデータに関する『独立第三者機関』について」ジュリスト一四六四号（二〇一四）一八頁以下等。

(103) 例えば、奥村裕一「オープン（ガバンメント）データ」ジュリスト一四六四号（二〇一四）四五頁以下等。

三 個人情報保護法改正の動き

また、ここ数年、「パーソナルデータの利活用」と「プライバシー保護」の間のバランスをとることを目的として、個人情報保護法改正に関する議論が盛んであった。ここでは、欧米の最近の立法状況の紹介や立法論的提案が精力的になされており、これらの活動が日本法におけるプライバシー研究の水準を高めたのは紛れもない事実だろう。⁽¹⁰⁴⁾

本改正法は最終的には二〇一五（平成二七）年九月三日に可決・成立した。⁽¹⁰⁵⁾ ここでは、「個人情報の適正かつ効果的な活用が新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資するものであることその他の個人情報の有用性に配慮しつつ、個人の権利利益を保護することを目的とする」とし、単に情報に関する個人の權益を守るのではなく、情報の利活用とのバランスにも配慮する方向性を以前よりも強く打ち出している。このことは、これまで厳格に運用されてきたという「利用目的制限」（二五条、一六条）が緩和されていることから明らかである。

また、従来の個人情報（生存する個人に関する情報であつて、当該情報に含まれる氏名、生年月日その他の記述等により特定の個人を識別することができるもの）の範囲を明確化するためとして、以下のような新たな定義が盛り込まれている。すなわち、「身体の一部の特徴をデジタル化した符号」及び「個人がサービスを利用したり商品を購入したりする際に割り当てられ、又は個人に発行される書類に付される符号」をいう「個人識別符号」（二条一項一号、二号）、人種、信条、病歴等が含まれる、いわゆるセンシティブな情報をいう「要配慮個人情報」（二条三項⁽¹⁰⁶⁾）、個人情報を加工して特定の個人を識別することができないようにする等した「匿名加工情報」（二条九項）である。

この点、いうまでもなく、行政的規制である個人情報保護と司法的救済である民法上のプライバシー保護は、本来は別の問題である。しかしながら、個人情報の保護法益がプライバシーを基礎としていることは否定すべくもなく、利用目的制限等に違背する事業者に対する開示等請求権（二八条、二九条、三〇条）が裁判上の権利として明確化されたこともあり、従来は不明確だった個人情報保護法と不法行為法の関係性は、一体的に適用される方向で定まったといえる。そこで、今回の改正により打ち出された方向性それ自体あるいはその欠缺を補完する役割が、民法の不法行為理論には求められることを意識しなければならない。

(104) ビッグデータないしパーソナルデータの利活用に関する個人情報保護法の改正の動向に関する論考として、例えば、「特集ビッグデータの利活用に向けた法的課題」ジュリスト一四六四号（二〇一四）一一頁以下が挙げられる。これは、データの利活用を巡る法的課題と、ルール作りについて、欧米の状況等も含め、概観するものである。また、「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し方針」について検討しつつ、立法論的提言もみられるものとして、岡村久道「パーソナルデータの利活用に関する制度見直し検討課題（上）（中）（下）」NBL一〇一九号（二〇一四）一七頁以下、一〇二〇号（二〇

一四) 六八頁以下、一〇二二号(二〇一四) 四九頁以下等。特に、医療情報の保護と利活用の問題に関するものとして、宇賀克也「医療情報の保護と利用」情報公開・個人情報保護vol.51(二〇一三) 五五頁以下等。

(105) 二〇一五(平成二七) 年改正個人情報保護法に関する概説書として、日置巴美・板倉陽一郎『平成27年改正 個人情報保護法のしくみ』(商事法務、二〇一五) 等。

(106) この「要配慮個人情報」の解釈について、第189回国会内閣委員会第7号(平成二七年五月二〇日)において、向井審議官は以下のように答弁している。

「より詳しく言うならば、まず『人種』は、『人種、それから民族的もしくは種族的出身』を広く意味するものであって、例えばアイヌ、在日韓国人等の情報が該当する。これに対して、『単純な国籍』は法的地位であって、人種には該当しない。次に、『信条』は、個人の『基本的な物の見方、考え方』を意味するもので、『思想』と『信仰』の双方を含むものと考えられる。そして、『社会的身分』は、例えば、いわゆる『被差別部落出身であること』や『嫡出でない子であること』などがこれに当たり、単なる『職業的地位』は含まない。さらに、『病歴』とは、『病気に罹患していた経歴』を意味するものまたは『特定の病歴を示した部分』、『特定の個人ががんに罹患している』事実等である。それから、『犯罪の経歴』は、いわゆる『前科』、『有罪の判決を受け、これが確定した事実』が該当する。衆議院「第189回国会内閣委員会第7号」〈http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokusu/html/kaigiroku/000218920150520007.htm〉(最終アクセス二〇一五年一月二四日)。

このような答弁をうけて、「要配慮個人情報」は確定のものに限定される。特定宗教の信者という情報は要配慮個人情報となるが、特定宗教の本の購入や教会や寺に行ったという情報は該当しない」とする見解が現れている(関啓一郎「一〇年ぶりの改正―個人情報保護法の読み解き方 第一回 何が個人情報になるのか」(日経コンピュータ、二〇一五年一〇月五日)〈<http://itpronikkeibp.co.jp/atcl/column/15/092800231/092900002/?ST=management&P=6>〉)(最終アクセス二〇一五年一月二日)。

第二節 課題設定と検討対象

第一款 課題の設定

以上のような多分野にわたる近時の研究動向や立法作業をも踏まえつつ、本稿は、情報の多角的利活用とプライバシーの関係について、民法の相隣関係に関する規定及びその起草者意思から読み取れる精神を基礎としつつ検討していく。この点、民法の相隣関係に関する規定はそもそも、ICTを利用した現代的な問題に対応できるような規定とはなっていないうえ、そこではプライバシーに関する定義も、その保護を要請する規範の根拠も明確には述べられていない。そのため、これらの問題に対処するために、以下のような課題を設定する必要がある。

まず、「ICT街づくり」のような、ICTが複合的に利用されている事案において、情報の利活用を現に行う事業者等にかかる行為規範の遵守が要求されるかを明らかにする必要がある（二三五条にこめられた起草者意思の応用）。次に、情報の利活用に関するイニシアチブを、①どのような「情報主体」に、②どの程度持たせるかが問題となる（二三六条にこめられた起草者意思の応用）。

ここにいう①の問題は、具体的には、個人なのか、世帯なのか、組織なのか、地域社会なのか、という問題である（二三六条では「慣習」となっているため、およそ純粹な意味での個人ということにはなるまいが）。また②の問題は、個人に関する全ての情報の自由取引を認めるのか、ある種の情報についての取引を禁止することの決定権限を認めるのか、あるいはプライバシーのある部分の解釈について権限を与えるのか、といった問題である（例えば二三五条では、主として目隠しの材質や住宅間の距離に関する地域性を参考にする事となる）。

そして、利活用による公共的利益と情報主体の権益のバランスを、われわれはどのように規範づけ、具体的にどのように調整するべきかが問題となる（マンシヨン紛争事案判決の問題意識の応用）。

以上の三点を、本稿の課題とする。

先に検討した近時の研究とより引き付けた形でこれらの課題を提示するならば、以下のようになる。

まず、理論的再構成の動きとの関連で、以下の五点の課題がある。

① そもそも今日の情報の利活用が活発化している社会においても、個人の私的領域としてのプライバシーというものはあるのか。何らかの形であるとして、どのように守るのか。

② 「社会公共的な利益としてのプライバシー」を構想する見解について、かりにこれを私法上の問題として受容するとして、一体われわれのプライバシーに関するどのような利益ないし要素が公共的なものとなり、事業者にどのような規範の遵守を要求できるのか、より具体化する必要がある。

③ 前記②の見解への示唆があるともいえる、対国家のプライバシーを「情報に関する放棄できない自己決定」とし、対社会のプライバシーを「行為規範の遵守の要求」とする見解は、国家に対する自由を重視するリベリズム、かつ地域社会に配慮するコミュニタリアニズムの発想であると評価できる。この見解の課題を検討するためには、そのことを踏まえるべきである。そしてそのうえで、「ICT街づくり」のような、国家と市場と地域社会の要求が入り乱れている問題について、この観点からいかに取り組むことができるか、検討する必要がある。

④ 前記③の後段とも関連するが、われわれは市場における情報の自由取引という手段によらずして、しかし情報主体の選好やコミュニティの価値観にもある程度配慮しながら、情報の利活用を行う事業者等に社会的費用を負担させ

る必要がある。

- ⑤ 特に監視社会とプライバシーという観点から議論される、公共の利益（公共の安全等）とプライバシー保護の両立の具体化を図る必要がある。われわれはいかなる理由でプライバシー保護を抑制され、いかなる場合に保護されるのだろうか。

また、個別具体的検討との関連で、

- ⑥ 以上の理論的再構成の動きを踏まえたうえで、具体的問題に対してある程度包括的な観点から対応する必要がある。

さらに、個人情報保護法改正との関連で、

- ⑦ 情報の活用という側面をより重視した理論構成を行い、改正個人情報保護法と一体的に適用されるような不法行為法上のプライバシー理論を構築することが求められている。

第二款 好個の検討対象としてのリベラル・コミュニタリアニズムの理論

以上の課題を克服するための好個の題材として、本稿では、アメリカのリベラル・コミュニタリアニズムの観点に基づくプライバシー理論、なかんずく社会学者アミタイ・エツィオーニ（^前Amitai Etzioni）の見解を主たる検討対象とする。彼は二〇世紀末頃から、本稿で扱う問題について、アメリカの有力な法理論や一般的なプライバシー意識が個人の権益保護に傾きすぎていると批判しつつ、情報の活用によって得られる公共の利益＝共通善（common good）と、個人

のプライバシーの保護のバランスをいかにとるかについて検討を重ねている⁽¹⁰⁸⁾。また彼の比較的近時の論考は、人々のあらゆる行動がデジタル情報化され、プログラムによって自動処理される「サイバー時代」におけるプライバシー保護のあり方について法政策的提言を行っており、さらには本問題におけるコミュニティないし市民社会の役割を重視している点で注目される⁽¹⁰⁹⁾。彼の見解について、先取りのに述べるならば、以下のようなになる。

(107) アミタイ・エツィオーニは、ハーバード大学教授、コロンビア大学教授を経て、現在、ジョージ・ワシントン大学教授であり、一九九四—一九九五年にアメリカ社会学会会長を務めた経歴を有する。

エツィオーニはコミュニティアニズムの名称を前面に掲げ、より実践的な社会改革を目指す「応答するコミュニティアン運動」(responsive communitarian movement)を主導し、それ以前はアカデミズム内部の理論的な論争に止まっていたコミュニティアニズムの思潮を、実践的な社会運動へと拡大することに重大な役割を果たした人物である。彼の基本的立場は、いわゆる「右派」(社会保守主義、新自由主義、リベタリアニズム)と「左派」(上記立場と対極にあるリベラリズム)の道の対立構造の中にあつて、そのいずれにも与さない「中道」である。彼は国家と市場の役割を認めながらも、「互恵」性に基づくコミュニティを重視するという方向性をとる。つまり、「国家と市場とコミュニティを均衡させる(善き)社会」の実現を目指すのである。

コミュニティアニズムに関するエツィオーニの初期の著作としては、次の論考が挙げられる。AMITAI ETZIONI, *THE SPIRIT OF COMMUNITY: RIGHT, RESPONSIBILITIES AND THE COMMUNITARIAN AGENDA* (Crown Publishers Inc. 1993).

エツィオーニが自身の政策論を一般向けに論じたものとして、以下の著作が挙げられる。AMITAI ETZIONI, *NEXT: THE ROAD TO THE GOOD SOCIETY* (Basic Books, 2001). 邦訳として、アミタイ・エツィオーニ(著)、小林正弥(監訳)、公共哲学センター(訳)『ネクスト——善き社会への道』(麗澤大学出版会、二〇〇五)。

さらに、コミュニティアニズムを、リベラリズムと社会保守主義という両極の中道ないし第三の道と定位し、新しい公共哲学として提示したものとして、以下の著作が挙げられる。AMITAI ETZIONI, *THE NEW GOLDEN RULE: COMMUNITY AND*

MORALITY IN A DEMOCRATIC SOCIETY (New York: Basic Books, 1997). 邦訳として、アミタイ・エチオーニ（著）、永安幸正（監訳）『新しい黄金律 「善き社会」を実現するためのコミュニタリアン宣言』（麗澤大学出版会、二〇〇一）。

(108) AMITAI ETZIONI, *THE LIMITS OF PRIVACY* (Basic Books, 1999).

(109) AMITAI ETZIONI, *PRIVACY IN A CYBER AGE* (Palgrave Macmillan, 2015).

一 エッイオーニの問題意識

エッイオーニは、本問題に対処するための問題意識として、①情報の一次的収集から二次的利用へと着眼点をシフトする必要があること、②公私（国家と市場）の領域が曖昧化しているため、それに対抗するためにコミュニティの役割が重要となること、③リベラル・コミュニタリアニズムに依拠する個人の自己像を踏まえる必要があることの三点を挙げる。

①については、まずエッイオーニは、一般的には、情報取得についての同意がある等最初の収集が合法であれば、その後の利用は不問に付されることが多いことを指摘する。しかし昨今では情報技術の発展によって、些細な情報からセンシティブな情報（思想信条や医療情報等）が推測できるようになった。そのため、情報のセンシティブさを重要な基準としつつも、そのみに依拠しない、技術の変化と不当な二次的利活用に対応できる理論が必要であるとする。

次に、②については、情報技術によるプライバシー侵害の問題においては、公的機関も私企業もともに多角的な情報の利活用を行いつつあり、互いの間を情報が流通しうるため、もはや公と私二つの領域の曖昧化が起きていることを指摘する。そのため、問題解決には従来の枠組は役に立たない可能性がある。そこで、第三の領域としてのコミュニティないし市民社会（「様々な中間的組織」とその社会運動が肝要であるとする。この発想は、西洋の情報社会論の問題意

識を引き継ぐものであるといえる。

また、③については、「個人主義的な『強い』自己像」や「消費活動等における恣意的な選好」の想定は現実的ではないとする。個人は社会に構造化され、様々な選好もコミュニティの共同決定的な影響を受けている。そのため本問題に対処するためには個人と社会の関係を踏まえる必要があるのである。この点、エッイオーニは、社会には個人の自律と社会の秩序がともに必要であり、その適度なバランスが求められるとする。そして、このバランスを整える際、自律と秩序の結合には以下の関係があると指定すべきであるという。すなわち、両者はある程度まではお互いを高め合い、一方が優勢になるとその直接的効果として他方も強くなっていくが、そのまま一方が強くなりすぎると他方は弱体化し始め、ついには相互に反目するように転換してしまう「逆転共生」(inverting symbiosis) 関係である。

二 プライバシー権の理解と個人的領域

このような問題意識を前提にし、エッイオーニは、アメリカのプライバシーに関する判例を整理し、一八九〇年代は全体が強すぎたためプライバシーの権利が誕生したが、時代が下がつて一九八〇年代には個が強くなりすぎたとし、その間の諸判決をプライバシー理解の範とする。そこで、この時期の判決にあらわれたプライバシー権を、さらに、「詮策の免除に関する社会的認可を受けた領域(社会の信頼が根拠)」としての「プライバシー」と、「規制の撤廃、学校の選択、生殖に関する選択等(社会の無関心が根拠)」の「私的選択」に分類し、前者の過剰保護を控えて共通善(単なる国家や市場の利益ではなく、われわれの、という意味での「公共の安全」や「公衆衛生」)を達成しつつ、後者の抑圧を回避することを主張する。

そして、急激な技術発展の時代においては、人が実際にどこにいたかということ自体は重要ではなくなっているとし

て、物理的空間の保護ではなく、どのような情報がどの程度集められどれくらい処理されているかという、そういう意味での「個人的な領域」の保護を徹底する必要があるとする。

具体的には、①情報のセンシティブさ（このランクづけは単に立法や司法に従うのみならず、共有された社会的価値をも反映すべきであるとする。また、匿名化された情報はセンシティブ情報ではない）、②収集されたボリューム（収集された情報の単純な「量」と、一つの対象からの、その対象に関する、異なるタイプの情報の収集の程度を指す「帯域幅」から構成される）、③サイバーネーションの程度（プログラムによる情報の自動的な結合、分析、流通の程度に着目するものであり、情報の開示や譲渡行為に関する同意の有無等の態様ではなく、その後の情報処理を重視する基準）、④アカウンタビリティ（情報収集者が管理システムの暗号化や、変更追跡記録の導入を行っているか等）の四点の複合的考慮によって保護すべきであるというのである。

三 保護の具体的方向性

さらに、プライバシー保護の具体的方向性として、エッジオーニは以下のような方針をあげる。それは、①一次的なライセンストと二次的利活用の規制の逆転関係、②センシティブな情報の不要な発見につながるセンシティブでない情報の使用の禁止という二つの方向性である。

この点、まず①については、一次的情報の収集、サイバーネーションについては個人主義的な過剰な保護を回避する一方で、流通の結果要保護性の高くなった情報の扱いについては、「情報主体が利用に同意した」という事実を振りかざす現状より厳格な保護を志向することを主張する。この点、プライバシー保護の要件としては、前記三要素が複合的・一体的に考慮されるが、そのうちサイバーネーションの程度が特に重要となるという。

つぎに、②については、現在では、センシティブではない買物情報等を収集して、センシティブな医療情報や政治理念を特定し悪用することが可能であるため、このような行為は違法とされるべきであるとする。

四 得られる示唆——見通しとして

以上のようなエツイオーニの検討は、日本における議論に一定の示唆があるといえる。結論を先取りして簡潔に言えば、つぎのようになるう。

まず、脱アトムの個人主義の試みへの示唆としては、第一に、対社会のプライバシーという分類における「社会」の内実を問う必要性を明らかにしてくれる。本問題では対国家と対市場の問題が複雑に絡み合っていることに留意すべきであり、対国家＋対市場、対社会＝コミュニティ（市民社会）という形で検討する意義もあることを、エツイオーニは示唆している。

第二に、「社会的生活におけるプライバシー」と「個人の尊厳を重視したプライバシー」の複眼的保護の議論に対しては、結局のところこの見解は報道による侵害を典型例として想定しているものの、現代では情報の利活用の問題重要性がより前面化していることに注意を喚起する。

そして第三に、公共による個人の抑圧の危険性への配慮についても、エツイオーニは詳細に論じている。具体的には、「自律と秩序の逆転共生」という基本的発想に基づき、秩序が強すぎても自律が強すぎても両者の理想的な共生は達成されないとし、そもそも秩序の過度の強調を肯定せず、プライバシー保護のための社会政策モデルを提示し、警戒（予防）原則のプライバシーに対する濫用を抑止するのである。

また、事業者の責任に関する議論への示唆として、プライバシー侵害となり得る場面を、①センシティブでない情報

を利用したセンシティブな情報を特定する行為、及び、⑥情報に一定以上のセンシティブさ・ボリュウムがあり、高サイバーネーション・低アカウンタビリティの場合、以上の二場面に限定することは、責任の明確化に寄与するだろう。この点、特に⑥の場面については、サイバーネーションという要件を基軸として、その保護の程度について詳細な議論が展開されていることも特筆すべきである。また、サイバーネーションを行うプログラム、なかんずく人工知能の飛躍的発達とその統御の必要性を指摘することも、事業者の責任の明確化に寄与するものである。

さらに、プライバシーの社会公共的利益化の議論に対しては、情報の多角的利活用が合理性の観点から人々の類別化を進めていること（監視社会）に留意しつつ、不当な差別の防止のため、前記⑤の理屈では必ずしも権利侵害といえなくとも、前記④を不法行為とする必要があるとする点が示唆を有している。ここにおいては、情報のセンシティブさというものが、ある種の情報獲得手法に対する障壁となっている。これが、エツイオーニが主張する、企業等に遵守を要求する「行為規範としてのプライバシー」の一つであるといえ、一種の公共的なプライバシー保護の一形態だと考えられるように思うのである。そしてそこにおいて重要な役割を演ずるのがコミュニティなのである。つまり、二三条に示される「慣習」の役割の一つは、センシティブさの理解にかかわるものであるということになる。

そのうえ、「監視社会」論との関連では、「監視」によってわれわれが利益を受ける無視できない場面として、公衆衛生に決定的な役割を果たす各種検査ないし当該情報の提供の重要性を教えてくれる⁽¹⁰⁾。彼は、例えば公衆衛生に適う食品の管理状況・疾病の流行等に関する情報を、積極的に提供させることを志向するのである。このことは、具体的には、インフルエンザ等の感染症の流行予測の場面のみならず、「ICT街づくり」の実例にもみられる原発近隣地区の被災時の適切な避難誘導の場面のよう⁽¹¹⁾な、ある種のカタストロフィにおける（場合によっては「安全」概念では掬いきれない）情報の透明性についても理論的基礎を提供しうるため、われわれ市民にとっても有用な観点であると思われる。

最後に、以上のようなエツイオーニの議論は、包括的な対応を志向するものであるため課題⑥に対応しており、かつ情報のセンシティブさやサイバーネーションに着目する点で改正個人情報保護法の方向性と帰一し、なおかつ安全管理措置や利用目的制限といった、なおその内容が明確でない個人情報保護法上の事業者の責任について、示唆を提供することが明らかとなるう。

(110) 公衆衛生という公共的利益と個人の利益との考量を検討する日本の法学上の論考が全く存在しないわけではない。例えば、須藤陽子「公衆衛生と安全（生活と安全）」公法研究六九号（二〇〇七）一五六頁以下が挙げられる。しかし、その検討はなお限定的なものに止まり、残された課題があることは否めないだろう。

(111) このようなまちづくりを推進する事業は、福岡県糸島市の「ICTを活用した見守りの街 糸島」と佐賀県唐津市の「唐津ブランド戦略支援型、防災・減災システム」である。両地域はともに玄界原発から二〇キロ圏内に位置している。

第三節 叙述の順序

本問題にはICTの複合的発展の実態や多分野にわたる研究が相互に関連しているため、前置きが長くなってしまったが、本稿の第一章以下の構成は主要つぎのとおりである。

まず、第一章においては、日本民法学におけるこれまでのプライバシー研究を、権益論・侵害要件論を中心に検討していく。そのことによって、プライバシーに関する様々な基礎理論が、日本の民事上の判例・学説一般にどのように受

容されているかを確認し、その現在の到達点を明らかにする。そしてそのうえで、本稿の序章に掲げた課題を民法学説が克服するには尚、理論の一層の彫琢が必要であることを指摘する。つぎに第二章では、アメリカのエツイオーニの議論を中心に検討し、その限界を見極めつつ、日本民法学への示唆を抽出する。それをうけて第三章では、試論として日本法におけるプライバシー保護の今後の方向性について一管見を示し、残された課題に言及したうえで、本稿を結ぶこととする。その方向性を先取的に示すならば、近時の議論を踏まえると、地域社会の必要性に応じたICT街づくりの進展によって、プライバシーのあり方は地域社会をベースとして多様化していくのではないか、そのため、地域社会に焦点を当てたプライバシー保護の方向性を具体的につめていく必要性があるのではないか、との基本的発想があるのである。

(112) アーキテクチャ論等、すでに触れた議論のほかに、デジタルネイティブ論も重要である。この議論は、新たなICTに幼い頃から接している世代と、そうでない世代との間には、その利用の仕方に有意な差があらわれることを論じるものである。この問題を取り扱っている日本の論考として、木下晃伸『デジタルネイティブの時代 2000万人があなたの味方になる、新ネット戦略とは?』(東洋経済新報社、二〇〇九)、橋元良明ほか『ネオ・デジタルネイティブの誕生 日本独自の進化を遂げるネット世代』(ダイヤモンド社、二〇一〇)、木村忠正『デジタルネイティブの時代 なぜメールをせずに「つぶやく」のか』(平凡社、二〇一二)等。

第一章 日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題

本章では、プライバシー(及びこれと同視しうる法益)について判示した日本の最高裁判例と、(プライバシーに関

する記述が一般的にみられるようになる) 一九七〇年代ごろから現在までの民法の体系書・基本書その他論考に述べられるプライバシー権の理解を検討することとする。そのことによって、現在の民法学の到達点をまずは明らかにする。そしてそのうえで、本稿の序章に掲げた、情報の多角的利活用とプライバシーの法的保護の両立という課題を克服するには尚、民法理論の一層の彫琢が必要であることを指摘する。

第一節 プライバシーの権益に関する判例法理

本節では、日本の最高裁判例にあらわれているプライバシーの意義及び、その侵害に基づく不法行為責任の成立要件を、日本で民事上初めて明示的にプライバシー権の保護を認めた東京地判昭和三十九年九月二八日(いわゆる『宴のあと』事件判決)⁽¹¹⁾のそれと適宜比較しながら、検討していく。⁽¹²⁾

(11) 本判決の概要については、注(13)にて略述している。

(12) 日本のプライバシーに関する裁判例を詳細に検討した民事上の先行研究として、竹田稔『名譽・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』(酒井書店、一九八二)、同『プライバシー侵害と民事責任(増補改訂版)』(判例時報社、一九九八)、竹田稔、堀部政男(編)『新・裁判実務体系(9) 名譽・プライバシー保護関係訴訟』(青林書院、二〇〇二)、五十嵐・前掲書注(42)、川井健、田尾桃二(編集代表)『転換期の取引法——取引法判例10年の軌跡』(商事法務、二〇〇四)四二七頁以下〔前田陽一〕、能見善久、加藤新太郎(編著)『論点体系 判例民法7 不法行為Ⅰ』(第一法規、二〇〇九)二八四頁以下〔前田陽一〕、能見善久、加藤新太郎(編著)『論点体系 判例民法8 不法行為Ⅱ〔第2版〕』(第一法規、二〇一三)四七二頁以下〔澤野和博〕等がある。ここでの検討はこれらの先行研究に負っているところも大きい。

第一款 最高裁判例にみるプライバシーの意義

最高裁は、プライバシーの意義について必ずしも詳細に判示をしているわけではないが、少なくとも「他人にみだりに知られたくない事柄」をプライバシーと捉えていることは明らかである。

最高裁が最初にプライバシーに言及したのは、刑事事件に関する最判昭和五三年九月七日だと思われる⁽¹⁵⁾。この事件は、警察官による職務質問に付随して行われる所持品検査の許容限度が問題となった事例であり、判決は、巡査が被告人の承諾なくしてその上着の内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出して検査した行為につき、「一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に類するものであるから」「相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に付随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である」とし、その所持品検査に始まる押収手続を違法であると判断した。もつとも同判決は、そのように違法な所持品検査によって採取された証拠につき、捜査官に「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではない」とい等の理由から、その違法は「必ずしも重大であるとはいえない」として、証拠能力を肯定している。

この判決は、既述のように所持品検査の許容限度の判断の中で一言「プライバシー」と言及したのみであつて、プライバシー権に関し特に先例的意義のある規範を示したわけではない。しかしこれに言及したという意味で一定の意義があるものである。

その一方で、民事事件における判例は、さらに長い間、プライバシーへの言及に慎重であつた。最高裁が法廷意見として「プライバシー」侵害の不法行為について判示したのは、比較的近時になってからであり、当初は、伊藤正己裁判官の補足意見の中に「プライバシー」侵害について言及したものが散見されるにとどまつた。

そのような事案として、例えば、京都市中京区長が弁護士会からの照会に基づいて特定の市民の前科前歴を回答したことが、当該市民のプライバシーを侵害するのではないかが問題となったいわゆる前科照会事件が挙げられる。

この事案に関する大阪高判昭和五一年二月二日⁽¹⁷⁾は、「何人も自己の名譽、信用、プライバシーに関する事項については、不当に他に知らされずに生活する権利を有し、前科、犯罪経歴は右事項に深い関係を有するものとして、不当に他に知らされてはならず、これは人の基本的権利として尊重されなければならない」とし、結論として、前科を回答した区長の本件行為は違法であるとした。

その上告審である最判昭和五六年四月一日⁽¹⁸⁾の法廷意見は、損害賠償を認めた大阪高裁の判断を結論においては認したが、その判断において「プライバシー」という言葉は一切用いず、本件で問題となった利益につき、「前科等」をみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益」とした。一方で、この判決において、伊藤正己裁判官の補足意見は、「他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであつても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開することは許されず、違法に他人のプライバシーを侵害することは不法行為を構成するものといわなければならない」としたうえで、「本件で問題とされた前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないもののひとつである」とした。

また、地下鉄の商業宣伝放送の差止が請求された、いわゆる「囚われの聴衆」事件に関する最判昭和六三年一二月二〇日⁽¹⁹⁾で、法廷意見は、当該行為は違法ではなく不法行為責任等は生じないと判示するにとどまった一方で、伊藤補足意見は、個人は「他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができる」とした。しかしながら同補足意見は、本件市営地下鉄は公共の場所であるため、その保護の程度は下がるを得ないとしている。

このように長らく慎重だった民事事件に対する最高裁の法廷意見において、最初に「プライバシー」という文言が用いられたのは、最判昭和六二年四月二四日⁽¹⁹⁾であろう。

これは、いわゆるサンケイ新聞意見広告事件に対する上告審判決であり、判決は、「いわゆる反論権の制度は、記事により自己の名誉を傷つけられあるいはそのプライバシーに属する事項について誤った報道をされたとする者にとつては、機を失せず、同じ新聞上に自己の反論文の掲載を受けることができ、これによつて原記事に対する自己の主張を読者に訴える途が開かれることになるのであつて、かかる制度により名誉あるいはプライバシー保護に資するものがあることも否定し難いところである。」「反論権の制度は、民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由」「⁽²⁰⁾」に対し重大な影響を及ぼすものであつて、たとえ「日刊全国紙」「の記事が特定の名誉ないしプライバシーに重大な影響を及ぼすことがあるとしても、不法行為が成立する場合にその者の保護を図ることは別論として、反論権の制度について具体的な成文法がないのに、反論権を認めるに等しい」「⁽²¹⁾反論文掲載請求権をたやすくみとめることはできない」と、反論権制度に関する解釈論を展開する中で「プライバシー」という言葉を登場させた。もつともこの判決は、いかなる事由がプライバシー侵害になるか等、プライバシーに関する最高裁の解釈を明らかにしているわけではない。

その後、「プライバシー」という用語によらないものの、実質的にはこれにほぼ相当する法益の侵害について判示したものと⁽²²⁾して、最判平成元年二月二一日は、公立小学校教諭を批判するビラの中でその氏名・電話番号等が記載されて電話等による嫌がらせを受けたことについて、「私生活の平穩などの人格的利益」を違法に侵害したとして不法行為の成立を認めた。また、いわゆるノンフィクション『逆転』事件に関する最判平成六年二月八日⁽²³⁾では、私人であるXの前科等にかかわる事実をYが著作物の中で実名を使用して公表したことにつき、第一・二審判決がプライバシー侵害による不法行為の成立を認めたのに対し、上告審判決は、「みだりに」「前科等にかかわる事実を公表されないこと」につ

き法的保護に値する利益（判決後や服役後に社会復帰して新しく形成している「社会生活上の平穩」を害されその更生を妨げられない利益）を有する等とし、その侵害による不法行為の成立を認めた。

このように、一方で「プライバシー」という文言への言及のみにとどまる判決が出、他方でその文言に触れることなくプライバシーに相当する法益を実質上保護している判決が出る中で、最高裁の法廷意見が民事事件においてプライバシー侵害の判断につき最初に言及したのは、最判平成七年九月五日である⁽¹²⁾。

この事案は、Y社が、社員Xらが特定政党的党員又はその同調者であることのみを理由として、職制等を通じてXらを継続的に監視する態勢をとってXらを職場で孤立させる過程の中で、退社後に尾行したり、ロッカーを無断で開けて私物を写真撮影したことについて、会社の不法行為責任を認めたものである。判決は、Y社の上告を棄却して、「Xらに対する行為はそのプライバシーを侵害するものであって、同人らの人格的利益を侵害するものというべく」、「Yの各Xらに対する不法行為を構成するものといわざるをえない」とした。

本件で問題となったのは、「プライバシーの四類型」のうちの「侵入」類型にあたるものであり、この侵入類型につき最高裁はプライバシー侵害にあたる旨明言したということになる。

また、「公表」類型に関して法廷意見がはじめてプライバシー侵害の判断をしたのは、いわゆる『石に泳ぐ魚』事件に関する最判平成一四年九月二四日である⁽¹³⁾。

この事案は、Aが執筆してYが発行する雑誌で公表された小説の登場人物B（Xと同定可能）について、顔面に完治の見込みのない腫瘍があること、父が韓国でスパイ容疑により逮捕された経歴があること、高額寄付を募ることに問題があるかのような団体として記載されている新興宗教に入信したという虚偽の事実等が述べられたものである。これに対し、判決は、「公共の利益に係らないXのプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的

立場にないXの名誉、プライバシー、名誉感情が侵害された」等として、出版等の差止を認めた。

かくして民事事件における最高裁の法廷意見はようやく被侵害利益としての「プライバシー」に言及するようになったが、結論としてプライバシー侵害であることを肯定するにとどまり、プライバシー権の定義や要件を明らかにしたわけではない。そのような中出された以下の二つの判決は、あまり明確ではないものの、この点にかかわる判示をしている。一つは、少年による殺人事件の推知報道に関する最判平成一五年三月一四日であり、いま一つは、早稲田大学名簿事件に関する最判平成一五年九月一二日である。⁽¹⁵⁾

前者の事案は、殺人事件を起こした少年につき週刊誌が、仮名ではあったが、同少年が当該殺人事件を起こしたことや同少年の経歴・交友関係等の詳細な情報を掲載したというものである。これについて判決は、「本件記事に掲載された犯人情報及び履歴情報は、いずれも」「他人にみだりに知られたくないXのプライバシーに属する情報であるといふべきである」として、プライバシー侵害の成立を肯定した。

後者の事案は、Y大学が中国国家主席（当時）の講演会を開催するにあたり、その出席者Xらの氏名・住所・電話番号・学籍番号が記載された名簿を事前に警備当局である警視庁に渡した行為のプライバシー侵害性が問われたものである。これについて判決は、「学籍番号、氏名、住所及び電話番号」は、Yが個人識別等を行うための単純な情報であって、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではないが、このような個人情報についても、「本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくない」と考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報、Xらのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである」として、プライバシー侵害の成立を認めた。

また、高度情報化社会におけるプライバシーの理解について、「セキュリティ構造の問題」を浮き上がらせた判決が

出されている⁽¹²⁶⁾。最判平成二〇年三月六日がそれである⁽¹²⁷⁾。

本判決は、行政機関が住民基本台帳ネットワークシステムによりXらの個人情報情報を収集、管理、利用等することは、憲法一三条の保障するXらのプライバシー権その他の人格権を違法に侵害するものである等と主張して、XらがYに対し、Xらの住民票コードの削除等を求めた事案に関するものである。

この点につき、最高裁は、まず、「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」として、最大判昭和四四年二月二十四日を引用する⁽¹²⁸⁾。そして、「行政機関が住基ネットにより住民であるXらの本人確認情報を管理、利用等する行為は、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表するものということはできず、当該個人がこれに同意していないとしても、憲法一三条により保障された上記の自由を侵害するものではないと解するのが相当である。」とした⁽¹²⁹⁾。さらに、「住基ネットによりXらの本人確認情報が管理、利用等されることによって、自己のプライバシーに関わる情報の取扱いについて自己決定する権利ないし利益が違法に侵害されたとするXらの主張にも理由がない」とした。

これらの判決からは、不十分ながらも、「他人にみだりに知られたくない事柄」の「公表・開示」がプライバシー侵害にあたるとする旨を判示しているとみることができる⁽¹³⁰⁾。そしてその姿勢は、情報システムの構造が問題となりつつある昨今においてもなお変わらないといえる。この点、『宴のあと』判決の提示したプライバシー理解（「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」）にみられる、「私生活」という要素がどれほど最高裁において絶対視されているかは明白ではない。前掲平成元年判決が「私生活上の平穩の利益」を認め、平成二〇年判決が「私生活上の自由」の一つとしてこれを捉える以外に、この「私生活」という要素をプライバシーの定義に含める判決はみられない一方で、前

掲平成一五年三月判決が、「プライバシー」に関する先例として前掲平成六年判決を引用していることから、「社会生活上の平穩の利益」をプライバシーにかかわる利益の範疇に含めることもできる状況にある。

以上より、日本の最高裁判例に現れるプライバシー概念は、必ずしも公的空間と私的空間の峻別を前提としておらず、私的空間のみにかかわる利益であるとは当初より構成されていないように読めるのである。このことは、本稿の方向性とも合致する。しかし、情報の不当な「公表・開示」のみがプライバシー侵害に当たるといえるのかという点については、情報システムの運用のあり方が問題となっている昨今にあつては、再検討されるべきであろう。このことは、すぐ後に見るように、最高裁の態度には変化がみられるとも評価しうる。そこで、次款では、プライバシー侵害の成立要件について検討していくこととする。

- (115) 判時九〇一号一五頁、判タ三六九号一二五頁。
- (116) 判時八三九号五五頁。
- (117) 判時一〇〇一号三頁、判タ四四二号五五頁。
- (118) 判時一三〇二号九四頁、判タ六八七号七四頁。
- (119) 判時一二六一号七四頁、判タ六六一号一一五頁。
- (120) 民集四三卷一二号二二五二頁。
- (121) 民集四八卷二号一四九頁。
- (122) 裁時一一五四号一頁、判時一五四六号一一五頁、判タ八九一号七七頁。
- (123) 裁時一三三四号、判時一八〇二号六〇頁、判タ一一〇六号七二頁。
- (124) 民集五七卷三号二二九頁。

(125) 民集五七卷八号九七三頁。

(126) このような評価をするものとして、山本龍彦「番号制度の憲法問題——住基ネット判決から考える」法学教室三九七号(二〇一三)五八頁。この点、山本は正確には、本判決を「《セキュリティ構造》の問題と《デモクラシー》の問題の二つを浮き上がらせ」たものと評価する。

(127) 民集六二卷三三六六五頁、判時二〇〇四号一七頁、判タ一二六八号一一〇頁。

(128) 刑集二三卷一二号一六二五頁。

(129) 本件に関する最高裁判例解説は、本判決に提示された自由が「従前の判例の延長にある」ことを強調している(「最判解民事篇・平成二〇年度」(法曹会、二〇一一)一六一、一六三頁)。

(130) 能見、加藤(編著)前掲書注(114)二八八頁(前田陽一)。

第二款 判例にみるプライバシー侵害の成立要件

人格権・人格的利益が侵害された場合、判例では、被害者の権利・利益と加害者の権利や行動の自由(表現・報道の自由や経済活動等の自由)との相互の調整を行いつつ、不法行為責任の成否を決する傾向にある。この判断は、以下のように、いくつかの類型に分かれている⁽¹³¹⁾。

まず、名誉毀損(最判昭和四一年六月二三日、最判平成二六年七月一五日)⁽¹³²⁾の場合のように、権利侵害によって原則として違法性を認めつつ、例外として、一定の定型的な要件を満たした場合に、違法性等が阻却されるとするものがある。つぎに、「氏名を正確に呼称される利益」(最判昭和六三年二月一六日)⁽¹³³⁾や「景観利益」(最判平成一八年三月三〇日)⁽¹³⁴⁾の場合のように、被侵害利益としての強さと、侵害行為の態様・程度との相関関係判断によるものがある。そし

て、「自己」の容ぼう等を撮影されない人格的利益」(最判平成一七年一月一〇日)⁽¹³⁶⁾のほか、古くは「日照」(最判昭和四七年六月二七日)⁽¹³⁷⁾や「騒音」(最大判昭和五六年二月一六日)⁽¹³⁸⁾の場合のように、侵害が受忍限度を超えるかどうかによるものがある。そのほか、訴えの提起(最判昭和六三年一月二六日)⁽¹³⁹⁾や弁護士会への懲戒請求(最判平成一九年四月二四日)⁽¹⁴⁰⁾の場合のように、制度の趣旨に照らして相当性を欠く場合に違法とするものがある。

それでは、プライバシー(ないしそれと同視しうる法益)については、最高裁はどのような判断をしているのだろうか。それは一言でいえば、侵害された利益と侵害する利益ないし理由との個別的・等価的な比較衡量である。

前掲平成一五年三月判決は、実名類似の仮名を用いた少年犯罪の報道に関して、犯罪情報・履歴情報を「プライバシー」としたうえで、「公表されない法的利益」と「公表する理由」とを比較衡量して、前者が後者を優越する場合には不法行為が成立する旨の判示をした。なお、この判決の引用する前掲平成六年判決は、「プライバシー」という用語によっていないが、「前科等にかかわる事実を公表されないことにつき、法的保護に値する利益を有する」としたうえで、「その事実を公表されない法的利益」と「これを公表する理由」との(等価的かつ個別的な)比較衡量をし、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立すると判断していた。

判例が、名誉毀損については、一定の定量化された要件を充たせば違法性(又は故意・過失)が阻却されるという定型的衡量による違法性判断をしているのに対して、既述のように、プライバシー侵害については、被侵害利益と侵害行為との個別的・等価的な衡量による違法性判断をしているのはなぜだろうか。これは、プライバシーに関する紛争においては、被害者の利益と加害者の利益が拮抗する重要なものであるとともに、(いみじくも最高裁が明確な定義を避けていることにあらわれているように)侵害された権利ないし利益の外延が必ずしも明確ではなく、個別的な判断を要するために、このような判断方法がとられたとみることができる。⁽¹⁴¹⁾このことに、プライバシー権に関する事案の特徴があ

と考えることもできよう。⁽¹⁴⁾

ただし、前掲平成一五年九月判決は、プライバシー侵害の不法行為の成否について、個別的・等価的な比較衡量によらず、侵害によって原則違法となるような判断をしている。すなわち、同判決は、大学が外国要人の講演会の出席者名簿を警察に提出したことにつき、学籍番号・氏名・住所・電話番号のような個人識別情報は「秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない」が、「プライバシーに係る情報として法的保護の対象となる」としたうえで、開示について承諾を求めることが困難であった特別の事情がないにもかかわらず、Xらに無断で個人情報警察に開示した行為は、「プライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであり、Xらのプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成する」とした。

この点については、前掲平成一五年三月判決が表現の自由・報道の自由との衡量が問題となった事案であつたのに対し、九月判決はそのような衡量が問題とならない事案であつたことが、その要因とみることできる。後者は表現行為のかかわらない、情報の不正提供の事案だったからである。

一方で、平成一五年九月判決同様、表現行為にかかわらない事案である住基ネットに関する前掲平成二〇年判決は、不法行為の成立について、「利用等されない利益」と「利用等する利益」を比較考量している。より具体的には、「住基ネットによって、管理、利用等される本人確認情報は」、「個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない」としつつ、「住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものといえることができる」とする。この判断枠組みは、前掲平成一五年三月判決の延長線上にある。

同判決はまた、「住基ネットにシステムの技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根

拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」と、情報システムの法的統御に関する判示をしている点に特徴がある。ここでは、以下のようにより具体的な検討がなされている。すなわち、本システムの運用がプライバシー侵害に当たらないのは、「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと」、「受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること」、「住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていること」等に照らせば、そのような危険はないからであるというのである。

この判決は従来の判例の中にどのように位置づけられるだろうか。その鍵は、平成二〇年判決では情報の不正提供ないし開示が未だなされていないという点に求められよう。このような事案では、プライバシー侵害の不法行為の成否について、情報の利活用によって原則違法となるような判断によらず、個別的・等価的な比較衡量によると考えられるのである。

以上に言及してきた最高裁判例では、かつて『宴のあと』事件判決が提示したプライバシー侵害の成立要件のうち、「私生活上の事実または私生活上の事実らしく受けとられるおそれのあることがらであること」のような、「私生活上」という限定は必ずしも問題とされていない。これに対して、『宴のあと』事件判決のいう「一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立つた場合公開を欲しないであろうと認められることがらであること、換言すれば一般人の感覚を基準として公開されることによつて心理的な負担、不安を覚えるであろうとみとめられることがらであること」については重きが置かれている。つまり最高裁は、問題となった情報が単に私生活にかかわるかどうかではなく、「公開を欲

しない」ようなものか、つまり「秘匿性の高い」ものかどうかという性質を重視している。

この「秘匿性」要件と関連して、平成二〇年判決が、プライバシー侵害成立の是非について、システムの安全性、罰則等による禁止措置、監視機関の設置等について具体的に検討し、システムの脆弱性を審査したことの意義は小さくない。本判決は、構造の脆弱性ゆえに個人情報のみだりに開示等される具体的危険が認められれば、現実にもそのような開示等がなされていない段階でも、前記自由の侵害が肯定されうると判断したと読むことができ、プライバシー侵害の新たな成立要件を示しているとも考えられるからである。⁽¹⁴⁾

他方、『宴のあと』事件判決が、公開を欲しない人の判断の基礎として「一般人の感受性」を基準としているのに対し、前述の最高裁判決のうち平成一五年九月判決は、「本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくない」と考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきもの」としていることからすると、被害者本人の感受性を基準にしているように読めなくもない。仮にそうであるとすると、それは法的安定性を害するといわざるを得ないとの評価もありうる。⁽¹⁵⁾しかし一方で、ここにいる「本人」とは請求者本人を指すのではなく、当該氏名・学籍番号等の帰属主体を一般的に指しているとも読め、そうであるならば、開示されたくないと考えるか否かについては、一般通常人の感覚を基準として判断しているとも考えられる。⁽¹⁶⁾このことは、前掲平成二〇年判決が、「当該個人がこれに同意していない」情報の利用等であつても必ずしも自由を侵害するものとはならないとしていることから読み取れる。しかしその「一般通常人」というものをいかに指定するかについても、これまで問題となった事案の多くが週刊誌や小説、ノンフィクションといった全国に流通しうるメディア、あるいは公的に提供されるデータベースと、その全国的展開がもはや前提となっている技術に関するものである点には留意すべきである。なぜなら、本稿が主たる検討対象とする、地域社会の必要性に応じて複合的に提供されるICTの問題においては、この「一般人の感受性」をどのように判

断すべきかは明確ではないからである。

- (131) 以下の類型については、能見、加藤（編著）前掲書注（114）三一七―三一九頁〔前田陽一〕を参照。
- (132) 民集二〇卷五号一一一八頁。
- (133) 民集五八卷五号一六頁。
- (134) 民集四二卷二号二七頁。
- (135) 民集六〇卷三号九四八頁。
- (136) 民集五九卷九号二四二八頁。
- (137) 民集二六卷五号一〇六七頁。
- (138) 民集三五卷一〇号一三六九頁。
- (139) 民集四二卷一号一頁。
- (140) 民集六一卷三号一一〇二頁。
- (141) 具体的には、被侵害利益として、前者の判決は経済的・精神的負担等を、後者の判決は名誉・信用等に対する侵害の恐れや対応の負担等を問題とする。
- (142) 能見、加藤（編著）前掲書注（114）三一八頁〔前田陽一〕。
- (143) これに対して、前述の「違法性阻却」型の判決は、侵害された利益の権利性が高く、権利の外延も明確であることや、報道・表現の自由が萎縮しないように定型的で明確な、従って予測可能性の高い判断が要請されるためにそのような判断方法をとっていると考えられる。また、「受忍限度」型の判決は、加害者側の行為が原則的には社会的に是認されている正当な権利行使であるために、「相当性型」の判決は、基本的には制度上尊重されるべき行為が問題となっているために、それぞれ判断方法をとったものと考えられる（これらの点につき、能見、加藤（編著）前掲書注（114）三一七―三一八頁〔前田陽一〕）。

(144) このような指摘をするものとして、高橋和之（編）『新・判例ハンドブック憲法』（日本評論社、二〇一二）五二頁（「戸常寿」、山本（龍）・前掲注（126）五三頁等。

(145) 山野目章夫「私法とプライバシー」田島康彦ほか（編）『表現の自由とプライバシー——憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』（日本評論社、二〇〇六）二三頁等。

(146) 平成一五年九月判決に関する最高裁判例解説も、「他人に知られたくないかどうかは、一般人の感受性を基準に判断すべきである」としている（最判解民事篇・平成一五年度（下）」（法曹会、二〇〇六）四八九頁）。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二十四日授与）「サイバー時代におけるプライバシーの法理論——私法上の問題を中心に——」に対し、加除・修正を施したものである。

イギリス企業年金法制における受認者責任（二）

川
村
行
論

目次

序章 問題の所在

第一節 現状分析

第二節 受認者責任の問題——当事者・内容を中心に——

第三節 本稿の課題

第一章 日本における立法状況―沿革の検討―

第一節 企業年金制度創設期の議論

第一款 企業年金制度の実施をめぐる議論

第一項 退職年金制度の創設

第二項 運営上の不都合性と改善の要望

第二款 適格退職年金制度

第一項 厚生省の姿勢

第二項 昭和三十六年政府税制調査会答申

第三項 大蔵省の対応

第四項 昭和三十七年三月の国会審議

第五項 適格退職年金制度の実施と運用上の問題

第三款 厚生年金基金制度

第二節 受託者責任の導入

第三節 受託者責任の「整備」

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衝突

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、六七卷三号）

（以上、本号）

第一章 日本における立法状況―沿革の検討―

序章において、我が国における受認者責任の概要を整理し、イギリス法研究の意義とそれを検討する立場を表明した。このことから、第一章以下では、イギリス法研究に着手するべきであると思われる。しかし、本稿では、第一章において、我が国における受認者責任の動向を検討することにした。イギリス法の検討結果から我が国に対する示唆を得るためには、まず、我が国の現状を理解する必要があると考えたからである。具体的な検討内容は次の通りである。

第一節では、企業年金制度において信託制度が利用されるようになった経緯を明らかにするため、企業年金制度草創期の議論を取り上げる。現行の確定給付企業年金制度において、年金財産の管理運用のスキームとして、生命保険制度とともに、信託制度が用いられていることは序章で言及した。しかし、これらの制度が運営スキームとして採用された理由について、必ずしも明らかではない。確定給付企業年金制度はアメリカのERISAを参考にして設計されたこと、ERISAでは信託制度や生命保険制度が運営スキームとされていること、信託法に由来する受認者責任を管理運用上の行為責任として採用していること、これらの制度を我が国が参考にしたことなどから、我が国においてもERISAと同様に信託制度や生命保険制度が運営スキームとされたのだ、という説明が可能ないように思われる。

だが、我が国では一九六二年に適格退職年金制度が創設され、かつ、その制度の運営スキームとして既に信託制度や生命保険制度が採用されていた。このため、我が国において信託制度や生命保険制度が採用された背景として、ERISAの影響はなごといえる。そうであるとすれば、ERISAが制定される以前の一九六〇年代に、信託制度及び生命保険制度が運営スキームとして採用されていたことには、我が国の固有の事情が存在していた可能性がある。それについて明らかにすることは、我が国の企業年金制度における受認者責任を考える上で必要となろう。

ただし、ここでの検討において、どのような企業年金制度を取り上げるべきかが問題となる。我が国の企業年金制度として、適格退職年金制度、厚生年金基金制度、確定給付企業年金制度がある。これらの年金制度すべてを検討すべきであろうか。これについて、本稿では、第一節においては適格退職年金制度と厚生年金基金制度を取り上げ、確定給付企業年金制度は第三節において取り上げることにする。適格退職年金制度を取り上げる理由として、前述したように、同制度が我が国において信託制度と結合するようになった初めての企業年金制度であることが挙げられる。加えて、そうした点以外に、この適格退職年金制度における議論・構想が我が国における企業年金制度の骨格を形成し、制度設計の基本とされていることも理由として挙げられる。次に、厚生年金基金制度を取り上げる理由として、同制度が適格退職年金制度とは異なった関係性を生み出したことが挙げられる。すなわち、厚生年金基金制度は公的年金たる厚生年金について代行することとされ、それに伴い、事業主ではなく、厚生年金基金が制度の運営主体となった。この基金制度が基金型確定給付企業年金制度の原型となることから、同制度を検討することは確定給付企業年金制度を検討するため前提作業となるのである。

第二節では、適格退職年金制度と厚生年金基金制度という企業年金制度が形成された我が国において、受託者責任についてどのような事柄が考えられるようになり、いかなることが論じられるようになったのか、を明らかにする。第一節において検討するように、企業年金制度と信託制度が関係するようになれば、受託者責任あるいは受託者責任が論じられることになると考えられる。そして、序章において指摘したように、我が国の企業年金制度では、信託関係にはない者についても受託者責任を課し、また、受託者責任の客体とするなど、理論的な説明が困難な制度設計がなされている。このようなことを踏まえると、企業年金制度においては単純に信託法の議論に沿って受託者責任が形成されてきたわけではないと推察される。このようなことから、企業年金制度のコンテキストにおいて、受託者責任についてどのよ

うなことが検討され、議論されたのかを明らかにすることは、我が国における受認者責任の基本的な考え方を理解することになると考えられる。

更に、第三節では、我が国における確定給付型の企業年金法制の基本法ともいえる確定給付企業年金法を検討する。序章で言及したような制度設計となった背景にはどのようなことがあるのか、受認者責任についてどのようなことが論じられ制度設計がなされたのか、そうした制度設計には問題があると考えられなかったのか、といった点について検討する。

以上の事柄を明らかにしたうえで、我が国における受認者責任の問題点をはじめとして、日本法の到達点を示すことになる。

第一節 企業年金制度創設期の議論

我が国において、信託制度を制度運営のスキームとした企業年金制度が普及することになった契機は、退職一時金を退職年金化する際の税制上の取扱が問題とされたことにある。この問題は退職一時金に関わる問題であったことから、議論をリードしたのは事業主団体であり、また、退職金の管理運用という点で関係する金融業界であった。政府としてはこうした業界団体の意向をくみつつ、望ましい企業年金制度の構築を目指すことになり、その結果として実施されたのが適格退職年金制度であり、厚生年金基金制度である、ということが先行研究により明らかにされている。¹⁾

受認者責任を検討課題とする本稿においても、各制度の形成過程を検討することは必要な作業となり、この点から、先行研究とは部分的に重複することになる。しかし、先行研究では、本稿とは異なった問題関心から検討されている

ため、重複する部分があるとしても、異なった展望が示されることになる。このようなことから、先行研究においても取り上げられている業界団体の要望や動向を本稿においても改めて取り上げることにする。⁽²⁾ 具体的には以下の内容を検討することになる。

第一に、事業主団体、金融業界団体といった業界団体⁽³⁾が企業年金制度の設計に際してどのようなことを問題として、その問題の解決のためにいかなる要望をしたのか、という点に焦点を当てて検討する。後述するように、企業年金制度の実施は、政府が率先して行ったわけではなく、業界団体の意向を汲んで行ったと評価できる。こうしたことから、業界団体の見解・要望を取り上げることは制度創設の意図や背景に踏み込んだ検討になる。

第二に、そうした業界団体内における議論を踏まえたうえで、政府が企業年金制度を整備していく過程において、どのようなことを問題としたのか、問題を解決するためになぜそのような選択をしたのか、といった点を明らかにする。業界団体の意向すべてを受け入れて立法が可能であれば問題はない。しかし、実際にはそのようなことは少ないはずである。業界団体の意向をくみつつ、その他の利害関係者の意向をも踏まえ、制度設計を行ったという点は、企業年金制度を理解する上で有益であろう。

以上の点に留意して、本節では、我が国において実施されることになった企業年金制度の概要と同制度が信託制度を利用することになった経緯を明らかにする。

第一款 企業年金制度の実施をめぐる議論

第一項 退職年金制度の創設

一 退職一時金と退職年金

我が国における企業年金制度について言及する前に、我が国において企業年金制度が実施されるようになった経緯について確認する。

我が国における年金制度は、諸外国と同様に、軍人や官吏に対する年金制度の創設から始まった⁽⁴⁾。例えば、明治八年の海軍退隠令、同九年の陸軍恩給令及び同一七年の官吏恩給令から大正一二年の恩給令へと整備・統合されるなど、公的部門における年金制度が普及していった⁽⁵⁾。

こうした公的部門における年金制度に引き続いて、企業においても年金制度が整備されるようになった⁽⁶⁾。例えば、三井商店において、早くも明治三〇年に「三井商店使用人恩給内規」を作成し、従業員に対する年金制度を実施したとされる⁽⁷⁾。また、芝浦製作所はこの「三井商店使用人恩給内規」を参考にして、使用者が全額を拠出する年金制度を実施したとされる⁽⁸⁾。更に、明治三八年には、鐘淵紡績株式会社が、同社の共済組合の定款に規定されていた「年功給付」を会社全額負担の「従業員年金給与規定」に変更して実施した⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

以上のように、明治時代において、企業における退職年金制度が自社年金として実施されるようになったのである⁽¹¹⁾。しかし、退職年金制度を採用した企業は、三井・三菱などの財閥系企業等の有力な企業にとどまっていた⁽¹²⁾。このようなことからわかるように、企業における退職年金制度の実施状況は、限定的であつたのである。

もつとも、退職年金制度は少数の企業で実施されるにとどまる一方で、退職一時金制度を採用する企業は多かつたようである。退職一時金は古くは享保時代に遡るとされ、第一次世界大戦後に労務対策として急速に普及し、昭和初期の不況期に頻発した解雇手当をめぐる労働争議を経て、退職一時金制度がその失業保障的性格を強化されたことで発展したとされる⁽¹³⁾。こうした経緯に加えて、企業に普及した要因として、昭和十一年に退職積立及び退職手当法が制定され、

従業員五〇名以上の事務所における事務職を除く労働者を対象として、退職金原資の積立が強制されたことがあるとされる。⁽¹⁴⁾

以上のように、我が国では退職一時金制度が普及していたのであるが、この制度は困難に直面することになる。第二次大戦後の経済再建や朝鮮戦争の勃発及びそれに伴う特需によって好況に転じると、従業員の賃金水準の増加に伴い、企業側の退職一時金に対する負担が増大すると見込まれるようになった。⁽¹⁵⁾この動向が進展すると、企業にとって退職一時金の支払いに支障が生じることが見込まれ、その対応が論じられるようになった。⁽¹⁶⁾

この問題について検討する中で、退職一時金に対する税制上の優遇措置による対応策以外に、退職一時金の負担を平準化することで問題解決を図る対応策も論じられ、退職一時金の年金化という議論も現れてきたのであった。⁽¹⁷⁾ただし、退職一時金を年金化しようとも、退職給与引当金制度には後述するような制度内在的な事情があり、事業主側における退職一時金の平準化に対する要請に応えるものではなかった。にもかかわらず、退職年金自体は負担を平準化する点で事業主側に魅力的な方策であると考えられ、退職年金制度を実施するための方策に注目が集まることになった。

二 退職年金制度への姿勢と制度の実施

(1) 退職年金制度に対する事業主側の関心が高まると、日本経営者団体連盟（日経連）を中心とした事業主団体は、退職年金制度について独自に研究を行うようになった。また、それと軌を一にして、退職年金制度の実施にビジネス・チャンスを見出す信託業界や生命保険業界といった団体も退職年金制度の研究を開始することになった。

他方、以上のように退職年金制度に対して好意的な団体が存在する中で、退職年金制度の実施について肯定的ではない態度をとった労働組合といった団体もあった。

退職年金制度に対する賛否両方の立場をとる団体が存在する中で、それぞれの立場に立つ団体は退職年金制度についてどのような見解を有していたのか。ここでは、これらの関連団体が退職年金制度についてどのようなことを考え、それを問題にしたのか、という点について取り上げる。

① 日経連

日経連は退職年金制度に対して積極的な姿勢であった。そのため、日経連は企業における退職年金制度の研究を最も早く手がけ、昭和二八年八月三〇日、日経連労務管理研究会は本年度の研究テーマとして年金制度の研究を取り上げることにした。⁽¹⁸⁾ その研究成果は、昭和三十一年一月に刊行された『退職年金―その理論と方法』⁽¹⁹⁾ により公表された。⁽²⁰⁾

同書の結語において退職年金制度についての提言がなされている。ここでは、退職年金制度と退職年金制度との関係、公的年金制度との調整、退職年金に対する課税という三点が論じられている。

第一の点については、退職一時金制度について労務管理の観点から合理的であるのかどうか疑問があるとしつつ、現状では直ちに退職一時金の年金化を実現することは現実的ではないという観点から、退職一時金と退職年金との併存を認め、将来的には退職年金制度を確立することが望ましいとの見解を示す。⁽²¹⁾

第二の点については、厚生年金制度のみでは退職者の老後の生活を確保することがそれ程期待できないことから、それを補足する点に、私的年金制度の意義があると指摘する。⁽²²⁾ その上で、企業が退職年金制度に一本化する場合には公的年金制度との調整が今後の課題となるとしている。⁽²³⁾

第三の点については、年金制度実施者に対する課税と年金受給者に対する課税とに分けて論じている。具体的には、前者について、退職給与引当金制度では、全従業員が自己都合で退職した場合の退職手当金総額の二分の一に達するま

での金額を損金に算入できることになっているものの、定年退職をした者に支給する退職年金制度には対応していないことを問題視し、退職年金制度に対する課税上の措置を設ける必要があると説く。⁽²⁴⁾ 後者については、退職一時金とは異なり、退職年金について給与所得として課税されることになり、退職一時金との間で不均衡が認められるため、その解消を指摘する。⁽²⁵⁾

このように、日経連は、退職年金制度の実施に積極的な姿勢を示しているが、実施するとして公的年金制度との調整が必要になること、退職一時金を前提として設計されていた税制の見直しが必要になること、を提言している。当時の社会的状況を踏まえて、現実的な実現を図っているものといえよう。

② 労働組合

退職年金制度を肯定的に評価して研究を進めた日経連と比較して、労働組合の動向はどのようなものであったのか。これについてみると、労働組合は退職年金制度に対して消極的であり、総評系の労働組合に至っては批判的な態度であったといえる。⁽²⁶⁾ 労働組合が退職年金に批判的であった理由として、第一に、退職一時金そのものの生活上の要求が強かったこと、第二に、年金方式に変更すれば、将来の物価変動などにより、年金の実質価値が維持されるのかどうか不透明であること、第三に、老後の所得保障については社会保障の充実で対応すべきであること、が挙げられている。⁽²⁷⁾

こうした批判的な組合の中で、やや色合いを異にするのが、全織同盟である。全織同盟は、退職年金に老後の生活費や税法上の点からメリットがあることを認識しつつ、次の理由を挙げて年金制度に対して警戒していた。⁽²⁸⁾

- ① 労働組合が年金額の引き上げや生活保障という問題よりも、永年勤続や定年退職者の問題だけに関心を払ってし

まうという問題がある。

② 年金という性格から、永年勤続の定年退職者に比べて、自己都合や結婚により退職した者にとって退職一時金以上の不利が生じるという問題がある。

③ 年金の支給額が低額であることや、有期であることが多い。

④ 労働者の拠出制の場合、年金額を引き上げるためには労働者の拠出額を引き上げねばならず、そうすると、退職金の引き上げはさらに困難になるという問題がある。

⑤ 物価変動に対する保障がないという問題がある。

⑥ 退職年金制度を実施しているのは大企業であり、そうであるからこそ、その労働者に対して大企業の恩恵である意識を植え付けることになり、それにより社会保障制度確立への関心をそぐ結果になりうる。

もともと、退職年金について否定的な組合ばかりではなかったことも事実である。例えば、市銀連（市中銀行従業員組合連合）⁽²⁹⁾は、労働運動の方針を示した「退職金制度の改善について」⁽³⁰⁾の中で、退職一時金の引き上げを要求しつつも、退職年金については余命期間の本人家族の生活資金という点で退職一時金よりも優れた制度であると述べている。⁽³¹⁾そして、「極力年金制度を確立する方向で要求案の検討を行うことが必要である」とさえ述べ、⁽³²⁾退職年金制度の実施に協力するスタンスを示している。

以上のように、労働組合は退職年金制度に対して賛否両論であったといえよう。

③ 信託業界⁽³³⁾

退職年金制度に対して、信託業界も関心を示した。日経連の研究に若干遅れるものの、信託業界においても、退職年金の研究が行われるようになった。例えば、三菱信託銀行では、昭和三〇年頃になり、アメリカにおける企業年金制度の動向が紹介されたことを契機に、企業年金制度に関する研究が進められた。⁽³⁴⁾ また、ほぼ同時期に、住友信託銀行においても、アメリカの動向を受けて、企業年金制度に関する研究が進められた。⁽³⁵⁾ これらの事例からもわかるように、当時の信託銀行においては、我が国における退職年金制度に対する関心の高まりとは異なり、アメリカにおける企業年金制度の発展に接したことで、研究が開始されたことが理解できる。

このように当時の信託業界において、アメリカにおける企業年金の発展を目の当たりにしたことで、年金信託にビジネス・チャンスを見出し、退職年金の商品化を試みて研究を開始したことがわかる。

④ 保険業界

保険業界では、退職金保険などの保険商品を提供する生命保険会社も存在していたが、退職年金についてはそれほど議論がなされていない。⁽³⁶⁾ 当時においては退職年金制度についてそれほど関心がなかったように思われる。そのため、適格退職年金の実施前後に、急遽、研究が開始され、商品開発がなされる状況になったのであろう。⁽³⁷⁾

(2) これまで取り上げたことから、当時において、退職年金への関心が各業界団体において高まり、その理解も進んでいったことがわかる。このように退職年金についての理解が深まる中で、退職年金を実施する企業も現れ、拡大していくことになる。時間的に前後するものもあるが、例えば、昭和二十七年に三菱電機及び十条製紙、同二八年に東京海上、同三〇年に日本生命、東京生命、高島屋及び東洋高圧、同三一年に同和火災、同三二年に興国人絹パルプ及び品川白煉

瓦、等と相次いで従業員に対する退職年金制度を実施した企業が現れた。⁽³⁸⁾

以上のように退職年金制度を実施する企業が拡大してきたわけであるが、この中で、信託制度を利用した企業年金制度を実施する企業も現れるようになった。これについて、次に取り上げる。

三 信託制度を利用した企業年金

(1) 信託制度を利用した年金制度を実施したのは十条製紙社、興国人絹バルプ社及び品川白煉瓦社であったとされる。昭和三〇年前後に信託を利用した年金制度はこれら三社以外に皆無に近く、⁽³⁹⁾三社の年金制度は特異な存在であったといえよう。

信託自体は一九〇〇年に制定された日本興業銀行法(明治三三年法律第七〇号)、一九〇五年に制定された担保附社債信託法(明治三八年法律第五二号)及び一九二二年に担保附社債信託法を改めた信託法及び信託業法が制定されていて、歴史は比較的浅いものの、当時の社会において既に存在した制度であった。こうした状況下で、信託銀行において企業年金を念頭に置いた年金信託の研究も進んできたことから、日本において信託制度を年金制度に利用する下地は既に存在していたといえる。それゆえ、信託制度を利用した企業年金制度の実施そのものについては、支障がない社会的環境にあったといえよう。

もともと、当時としてはまだ信託制度を年金制度の管理運営手法として用いる歴史がなかったことから、十条製紙社をはじめとする企業がどのような制度設計を行ったのかということは興味深い。そのため、これらの企業が採用した年金制度を取り上げることにする。

① 十条製紙社

十条製紙社が退職年金制度を導入する契機となったのは労働組合による退職金要求とそれに対する中央労働委員会の斡旋であるとされる。⁽⁴⁰⁾ この労働争議を仲介した中央労働委員会は、積立方式による年金制度あるいは共済制度を活用して、これを補充することなどを斡旋した。

これを受けて、十条製紙社側は、アメリカのクラウン・ゼラバック製紙会社の年金制度を参考にして、次のような特徴がある年金制度を実施することになった。⁽⁴¹⁾

- (i) 積立方式
- (ii) 労使双方の拠出制
- (iii) 任意加入
- (iv) 退職一時金との併給制
- (v) 退職時に原資を一括して信託会社に払い込み、信託会社から、本人に対して年金が支払われる
- (vi) 支給額は本人の平均賃金と加入年数により定められる
- (vii) 支給期間は一〇年

以上の制度概要のうち、(v)の方式から、十条製紙社においては、委託者については不明であるものの、受託者を信託会社とし、受益者を従業員(場合によっては、受給権者とした可能性もある)とする方式が採用されたものと推察される。

② 興国人絹パルプ社

興国人絹パルプ社が年金制度を開設したのは、昭和三二年一月一日である。⁽⁴²⁾ 三菱信託銀行が受託機関となったとされる。⁽⁴³⁾ 制度の内容は、次の通りである。

- (i) 共済会方式
- (ii) 積立方式
- (iii) 共済会が加入者の拠出する積立金を取りまとめ、共済金特別会計として共済会名義で信託銀行に預け入れる指定金銭信託
- (iv) 労使双方の拠出制
- (v) 任意加入（脱退も任意であるが、一度脱退した者の再加入は認めない）
- (vi) 支給額は本人と会社の積立総額とこれに対する半年ごとに複利計算された利子の合計額

以上の制度概要から、興国人絹パルプ社においては、共済会を委託者とし、三菱信託銀行を受託者とする信託関係が設定されていたものと推察される（受益者については不明である）。

③ 品川白煉瓦社

品川白煉瓦社は昭和三二年二月に年金制度を発足させた。⁽⁴⁴⁾ 同制度には、次のような特徴が認められる。⁽⁴⁵⁾

- (i) 興国人絹パルプ社のような共済会方式を採用しない
- (ii) 積立方式
- (iii) 労使双方の拠出制
- (iv) 会社と本人積立金額は信託銀行の特約付指定金銭信託に預け入れる
- (v) 入社後三年を経過した者、または、制度実施の時に既に三年以上勤務した者が任意に加入する
- (vi) 支給額は本人及び会社の積立金の総額と、半年ごとの複利により計算された元利合計を退職の翌月十年間毎月平均して信託銀行より支払う

このことから、品川白煉瓦社においては、委託者及び受益者については不明であるものの、受託者を信託銀行とする信託関係が設定されていたものと解される。

(2) これら三社の導入経緯・内容を見ると、第一に、興国人絹パルプ社及び品川白煉瓦社では導入経緯が明らかではないものの、十条製紙社によれば中央労働委員会の斡旋を受け、アメリカの企業年金制度を参考にして制度を実施したことがわかる。第二に、十条製紙社は企業内積立方式と企業外積立方式を併用する（退職時に原資を一括して信託会社に払い込むとされていることから、退職までは企業内で積み立てている可能性がある）一方で、興国人絹パルプ社及び品川白煉瓦社は企業外積立方式を採用し、制度運営につき信託銀行の関与の度合いが深まっていることに気が付く。

このようなことから、退職年金制度として企業外積立方式を採るアメリカの影響があることは理解できるものの、どの程度、また、どれほど広くアメリカの年金制度について理解されていたのが問題となる。

こうした当時の理解を示す資料として、労働省労働基準局福利課の見解が参考になろう。労働省労働基準局福利課の資料⁽⁴⁶⁾によれば、「わが国の民間企業には古くから退職年金制度が普及していた」こと、「戦前には、退職金の一部を確定年金で支給する制度は二、三の大企業において採用されているにすぎない」こと、しかし、「戦後になって対内的には企業経営健全化の促進、労働組合運動の発展を通じ、対外的には米国の退職年金制度の普及傾向……などの影響を受けたこと、が指摘されており、我が国における退職年金制度の発展についてアメリカの強い影響があることを示唆している。このように、当時においては、企業年金実務においても行政実務においても、退職年金制度を取り扱うに当たり、アメリカの影響は無視しえないものとなっていたことが理解できる。そうであるとすれば、我が国において、退職年金に関する制度設計の際には、アメリカを参照することが欠かせなくなることが予想されよう。⁽⁴⁷⁾

小括

以上をまとめると、我が国において、企業年金制度の運営スキームとして信託制度を利用するようになった契機として、次のようなことがいえる。

従業員に対する退職後の手当てとして退職一時金制度あるいは退職年金制度が戦前から実施されていたものの、退職年金制度については大企業が実施していたにとどまっていた。しかし、第二次大戦後、朝鮮戦争の特需による好景気等により、従業員の賃金水準が上昇すると、それに伴い退職一時金の給付額も増大することになった。このため、企業は退職一時金の負担を問題視するようになり、その負担の平準化のために退職年金制度の実施を試みるようになった。このような中から、日経連に代表される事業主団体あるいは信託銀行に代表される関連団体が退職年金制度を研究するようになり、とりわけ、信託銀行はアメリカの企業年金信託の隆盛に着目して、信託を利用した退職年金制度の研究を行

うようになった。こうした動向もあって、十条製紙社などの一部の企業では、信託を利用した退職年金制度を実施するようになった。

しかし、退職年金制度についての要望が高まり、そのような制度を実施する企業も増えたが、全体としてみれば、退職年金制度は退職一時金制度と比べそれほど利用普及しなかったとされる。⁽⁴⁸⁾

それでは、どのように普及しなかった理由は何か。これについて次に検討する。

第二項 運営上の不都合性と改善の要望

一 状況分析

(1) 制度上の問題を述べる前に、当時の退職一時金の動向について確認する。⁽⁴⁹⁾ 退職一時金については、先に言及した昭和二十七年二月二日の所得税法施行規則の一部を改正する政令（政令第一一号）⁽⁵⁰⁾ 及び法人税法施行規則の一部を改正する政令（政令第一二号）によって、退職給与引当金制度が設けられていた。同法施行規則一五条の七第一項によれば、青色申告書を提出する法人が、退職給与規定を定め、従業員の退職による退職給与の支出のための費用に充てるために、各事業年度において、同条同項各号に定めるいずれか低い金額を退職給与引当金勘定に繰り入れた場合、その金額を損金に算入するという仕組みをとっていた。

金額について、具体的には以下のとおりである。まず、同条一項一号において、事業年度末において在職する従業員全員が当該事業年度末に自己都合退職したと仮定した場合に生ずる退職給与額から、当該従業員が前年度末に同様に計算した退職給与額を控除した残額としている。

次に、同条同項二号において、各事業年度末に、退職給与の支出に充てるために特別に法人が所有する規則所定の資産合計額の一〇〇分の四〇〇に相当する金額から、当該事業年度末において前年度から繰り越された退職給与引当金勘定の金額を控除した金額としている。

この規則所定の資産の金額として、同条同項二号イ乃至へにおいて、預金金額、合同運用信託の金額、従業員を被保険者とする生命保険の保険料、大蔵省令で定めるものの金額、国債または地方債の取得金額、社債または特別の法律により法人の発行する債券の取得額、証券投資信託の受益証券の取得価額を規定している。

以上のように、退職給与引当金制度は企業が従業員の退職金に備えて内部的に積立てを行っている場合（企業内積立）、積立てた金額を法人税法上損金として処理できることを認めた制度である。

(2) このように退職給与引当金制度が設けられたものの、この制度を利用して退職年金を導入しようとしても、次のような不都合があるとされた。⁽³⁾

① 税法上認められた積立金は従業員が自己都合で退職した場合に必要な支給額を基礎とすることから、受給権を獲得した従業員の分に対してのみ、積立を認めることになる。そうだとすれば、受給権が確定する以前の勤続期間の積立金に対しては税法上認められた損金として扱うことができず、受給権が確定する定年間近になって損金算入が認められる積立をすることができるということになる。更に、そういうことを前提とすれば、積立金額上の制限があることから、十分な積立が困難となってしまう。

② 拠出制の年金制度を実施する場合、事業主の拠出金は、従業員の当期の所得として課税される。

③ 退職給与引当金制度では引当金の累積額限度として、従業員が自己都合退職した場合における必要費用の二分の

一であることから、必要とされる費用全額を積立てようとするれば、必要費用の二分の一について、損金として扱わないことになる。

(3) 以上のような問題点を背景として、その是正を求める機運が高まり、業界団体等から提言がなされるようになった。その是正を求めた諸団体こそが日本経営者団体連盟（日経連）、信託協会、そして、生命保険協会であった。これらの団体は大蔵省をはじめとした関係団体に問題の是正を求めて要望書を提出したのであるが、そうした要望書で述べられたことが後の適格退職年金制度について検討するうえでも参考になることから、それらを検討する⁽⁵²⁾。

なお、前述したように、退職年金制度は専ら税制上の問題を論じているのであるが、本稿では企業年金制度に関係する部分に限定して取り上げることにする。

二 業界団体の動向

(1) 日経連

日経連は、昭和三十三年八月二二日、「企業年金の課税政策に関する要望」と題する要望書⁽⁵³⁾を大蔵省、厚生省に提出した。この要望書では以下のような事柄が論じられている。

① 退職年金制度の必要性

退職年金制度の必要性について、次のようなことが述べられている。企業側に退職年金制度の関心が高まっていること、年金制度を実施する企業が増加していることといった社会状況にあり、その一方で、退職年金制度の発達を阻害し

ている要因が存在する。具体的には、企業年金制度に対する税制が整っていない問題点を指摘している⁽⁵⁴⁾。そして、社会政策的見地から厚生年金や国民年金といった老齢年金の充実が重要視されており、国が行う社会保障には国民経済的な限界が存在することから、これを補足する企業の自主的な努力、個人の備蓄により老後の生活の安定を図る必要性がある、と説いている⁽⁵⁵⁾。その上で、「政府は社会経済的見地から企業年金制度の助長政策を確立するとともに、……企業年金の課税政策につき適切な措置をとられるよう強く要望する⁽⁵⁶⁾」として、適格年金制度の設立を説いている。

このように、日経連としては、社会保障制度の補完を担う企業年金には税制上の優遇措置を与えるだけの価値があると考えており、そのような価値を有する企業年金を税制上の優遇措置を与える適格のある「適格年金」として認めるよう要望しているのである。

② 適格年金制度の構造——企業外積立方式の示唆——

日経連の要望内容を見ると、退職給与引当金制度を利用した内部積立方式とは異なる制度設計を提言している。具体的には、事業主と従業員からなる社団が退職年金規定を作成した上で、それにつき関係官庁の認可を受けることで、適格年金制度が有効になるとしている⁽⁵⁷⁾。

このような制度設計とすべきことについて、日経連は理由を述べている。すなわち、諸外国（どの国家であるのかは明示していない）において、企業年金制度に税制上の保護を与える場合には、一定の要件を充足した制度を適格年金制度として公認していることを参考にして、我が国においてもこのような方向性に沿った制度設計をすべきである、としている⁽⁵⁸⁾。日経連としては諸外国を参考にして、諸外国と同様の制度設計をするように求めているが、それ以上に積極的な理由について言及していない。

以上の提言において、問題となる点がある。「社団」と記述している意味である。これについて要望書では具体的に説明していない。単に事業主と従業員の人的集団という程度の意味合いで社団と記しているものと考えられる。他方、事業主と従業員双方により法人を設立し、当該法人が適格年金制度の運営主体となることを示しているものとも解される。このような見方をする、単純に企業外に年金の原資を積立てるのではなく、法人を設立して、当該法人において積立がなされるよう提言（企業外積立方式の提言）をしているとも考えられる。いずれにせよ、従来想定されていたこととは異なり、企業外積立方式を提言した経緯については不明である（また、要望書では、この社団の設立要件⁽⁵⁹⁾についても示しているが、これらの要件からは、社団の目的が従業員及びその遺族に年金を支給することにある、ということ⁽⁶⁰⁾は理解できるものの、退職年金制度の運営にあたる法人の制度内容についてはそれ以上明らかではない）。

このように、日経連の要望には不明確な点が存在するものの、年金制度を実施する方法としては、退職給与引当金のような企業内部における積立とは異なり、企業外における積立が説かれている点の特徴であろう。

③ 税制上の取り扱い

更に、税制上の取り扱いについても要望している。まず、法人税関係について、事業主が年金の原資として当該年度に拠出または引当を行った際に、年金基金の場合と年金引当金の場合に依じて、一定の額を限度として拠出額または引当額⁽⁶⁰⁾全額の損金算入を認めるよう要望する。所得税の取扱については、適格年金制度における従業員の拠出額につき、社会保険料控除とする取扱いをすること、事業主が拠出した場合には拠出時ないし引当時に課税せず、最終的に受益額が確定した時または現実の年金支給時に課税するよう要望している⁽⁶¹⁾。

以上のような要望中、年金基金の場合と年金引当金について分けて論じているが、これら二つの違いについて、こ

では明らかではない。しかし、要望の取扱いをすべき理由について述べる部分において、明らかにしている。

「現行の退職給与引当金制度は本来退職一時金の源資（ママ）積立を容易にするために設けられた制度であるため、本制度による年金源資（ママ）の積立は極めて困難な現状である。即ち本制度においては退職年金も一般退職給与引当金の繰入限度額を算定する関係上単に退職一時金の源資（ママ）積立を促進するに過ぎず停年退職その他年令、勤続に一定の要件を附する退職年金の源資（ママ）積立はこの制度では殆んど恩恵にあずからないといつてよい。

従つてこの制度とは別に年金基金或いは年金引当金を設けた場合は基金に対する釀出額又は年金源資（ママ）に充てるための引当額について法人税法上その損金算入を認めるべきである。⁽⁶²⁾」

年金基金と年金割当とに対応して、拠出と引当が区別されていることから、年金基金は企業外積立方式であり、年金引当金は企業内積立方式を取る仕組みであると考えられる。とすれば、日経連としては税制上の措置さえ解決できれば、退職年金に係る方式について企業内積立と企業外積立のいずれでもよいという考えを有していたと推測される。⁽⁶³⁾

もつとも、企業外積立方式を実施するとして、前述した事業主と従業員により設立される社団に積立を行わせる制度を想定しているものと考えられるが、それ以外の法人、とりわけ、信託銀行や生命保険会社に積み立てるといふ方式についてまで想定しているのかどうかは不明確である。

以上の日経連の要望書から、①退職年金制度は社会保障制度を補完する仕組みであること、②現行の退職給与引当金制度を利用して退職年金制度を実施しようとしても、引当金制度は一時金を前提として制度設計されていることから、

年金制度としての運用が困難であること、③専ら退職年金に関する税制上の優遇措置が取られること、そして、それが実現しさえすれば、適格年金制度が企業内積立方式であろうと企業外積立方式であろうとかまわないという姿勢であった、ということが理解できる。

では、他の団体はどのような考えを有していたのであろうか。次に信託協会の要望書を取り上げる。

(2) 信託協会

日経連に引き続いて、信託協会も要望書を提出した。もともと、昭和三年に提出した要望書と昭和三六年に提出した要望書とは、要望内容が若干異なっている。このため、以下では、この二つの要望書に焦点を当て、どのようなことを要望し、それぞれのようになつてゐるのかを確認する。

① 「退職年金に関する要望」⁽⁶⁴⁾（昭和三年九月一二日）

信託協会は、日経連が要望書を提出した後の昭和三年九月一二日付で、「退職年金に関する要望」と題する要望書が大蔵省に提出した。具体的には、以下のような要望をしている。

(a) 適格年金制度の実施——企業外積立方式の提言——

要望書では、まず、社会政策的に社会保障制度を補完する趣旨で、諸外国の例に倣い私的年金を適格年金として公認し、税制上保護・優遇する必要性を説き、退職年金制度の運営のために適格退職年金制度を創設するよう要望する⁽⁶⁵⁾。この点は日経連と同様であり、設立される制度の名称も類似している。そして、適格退職年金制度として承認されるため

に、以下の四要件が必要であるとしている。

第一に、制度が従業員に退職年金を支給することを目的とし、専ら従業員またはその遺族の利益を図るものとしている。⁽⁶⁷⁾

第二に、年金資金の元本並びに運用収益は年金基金または退職引当金として管理し、その運用については一定の要件を具備することとしている。⁽⁶⁸⁾ この一定の要件について、踏み込んだ説明がなされている。要望書によると、『一定の要件』とは、米国に於いて夙に退職年金制度即ち退職年金信託と観念されている先例もある如く、長期に亘る安全な運用に最適で且安全に分別管理され得る金銭信託等の特定預金への運用に限定すること⁽⁶⁹⁾と説明し、信託制度を利用した企業外積立方式の採用を提言している。長期的な運用に最適であり、母体企業とは分離して管理運用される信託の長所を背景に、自らの業界に有利な取り扱いをするよう求めているといえよう。

第三に、制度が全従業員若しくは従業員層の一定割合以上を包含し、特定の他者への恩恵を認めないこととしている。⁽⁷⁰⁾ この「一定割合」についても言及しており、『一定割合』とは例えば米国に於いては八〇%以上であり『特定の者』とは役員等⁽⁷¹⁾をいうと説明している。

第四に、制度が恒久的なものとして企画されていることとしている。⁽⁷²⁾

これらの要件は、基本的には日経連の要望書において挙げられた要件と似通っている。信託を用いるよう指摘している点は、日経連の要望書と異なっているが、関連業界団体であり、ビジネス・チャンスを実にしようとすることからすれば当然であろう。また、アメリカの例を挙げて論を進める点については、前述したように、信託業界においてアメリカにおける退職年金制度の研究が進んでいることを示すものである。

(b) 積立方式

次に、適格年金制度に対する保護助成措置を要望している。これについて、年金原資の積立時の措置として、基金の場合と引当金の場合に分けて言及している。すなわち、前者の場合には、①事業主が事業と分離した基金への拠出を行う場合には一定限度額まで損金算入を認めるよう明文化すること、②現実の年金支払時に受益者に課税すること、③従業員が拠出をする場合にはその拠出額について社会保険料控除を認めることを要望している。⁽⁷³⁾他方、後者の場合には、事業主が引当金への引当を行う場合、退職給与引当金制度に準じて一定限度額までの損金算入を認めるべきことを指摘している。⁽⁷⁴⁾

加えて、これらの方式を導入しなければならない理由について見ると、②に関わる部分しか理由を示していないものの説明している。それによると、現行制度では事業主が拠出を行う際に、従業員が受益者であると確定すると直ちに従業員に課税されるが、年金の受益権はそもそも停止条件付権利にすぎないから支払い時課税にすべきである、と述べている。⁽⁷⁵⁾一方、引当金の問題として、現行の退職給与引当金によれば一時金も年金も同じ取り扱いをされ、自己都合退職を仮定して繰入限度額を算定することになるものの、これでは停年退職、年齢、そして勤続など様々な要素を考慮して支給要件とする退職年金の積立にはほとんど役には立たず、そうであるからこそ、退職給与引当金制度とは別に「退職年金引当金制度」を設ける必要がある、と述べている。⁽⁷⁶⁾

この部分も日経連の要望と同様である。もともと、企業外積立方式の年金基金と企業内積立方式の引当金の場合を並列して論じる点が、信託協会の微妙な立場を反映しているのであろう。

以上のような要望書を提出したものの、結局、大蔵省は税収不足を理由として、制度創設を見送ることになった。⁽⁷⁷⁾そ

れを受けて、信託協会は次の局面へ移行した。

② 「企業年金に関する要望」⁽⁷⁸⁾ (昭和三十六年七月一九日)

前述したように、信託協会は要望書⁽⁷⁹⁾を大蔵省に提出したものの、大蔵省が税収減を理由として難色を示したことから、要望の実現は見送られることになった。

この間、生命保険業界において、新たな動きがあった。生命保険協会において、昭和三四年十一月に要望書を提出するまでには至らなかったものの、要望案が作成されおり、その後も内部での検討が進められていた。⁽⁸⁰⁾ そのような中で、信託業界は生命保険協会との会合を開催し、日経連を含めた三者が協調して、社会保障制度を補完する退職年金制度を発展させるためには、税制優遇措置が必要であるとする要望書を作成する方針が決定したという。⁽⁸¹⁾ ここにきて漸く、業界団体が一体とした行動をとるようになったのである。以後、生命保険協会、続いて、信託協会が要望書を提出することになる。時系列が前後するが、ここでは、まず、信託協会が提出した第二段階の要望書(「企業年金に関する要望」)について取り上げる。この要望書は、企業年金制度の運営スキームとして、信託制度の利用を説いた点、信託制度を実施した場合の信託関係の構造について言及した点で、本稿の問題意識から重要な資料である。

(a) 企業年金制度の実施と信託制度の利用

信託協会は要望書において、公的年金を整備する必要性を述べつつ、それには限界があることから公的年金、とりわけ厚生年金の補完機能を果たす企業年金の重要性を指摘する。⁽⁸²⁾ そして、企業年金を実施する企業が増加している社会的状況を説明した後に、そのように関心が高まっている企業年金に対して、「現行の税制度が最大の隘路を形成している」

こと、それが企業年金制度の「死命を制する最大の鍵」であるとさえ指摘⁽⁸³⁾する。現状の問題点を指摘しつつ、自らの業界の特長を述べることも欠かさない。退職年金制度は長期にわたる資産の管理運用、複雑な事務処理が要求されるが、これを円滑に行うには信託が最適であること、協会としてもこの普及に努力してきたことを述べている⁽⁸⁴⁾。

(b) 企業外積立方式と信託制度

そして、要望事項中、前回の要望書と比較して特筆すべきことがある。第一に、「基金の独立性」⁽⁸⁵⁾と題する項目で、「年金受給権確保の見地から会社資産から独立していること。従って社外積立を原則とすること」を明らかにしている点である。従来の要望書では企業内積立方式をも要望していたが、企業外積立方式を原則とする姿勢を打ち出すことで、制度の基本的な枠組みとして採用すべきことを強く要望しているといえよう。

第二に、企業外積立方式を原則とするとして、運営方式について例示であるものの、明示している点である。具体的には、「例えば委託者：会社、受益者：年金受給権者、受託者：信託銀行とする他益信託を設定した場合」⁽⁸⁶⁾と言及している。また、企業外積立方式とした場合による資産運用についても言及している。「年金基金ならびにその収益の運用については、一定の条件を付していること」⁽⁸⁷⁾とし、この点の備考として、「安全、有利、確実がその根本原則であるが、単に名目的なものでなく、年金制度の長期性に鑑み、年金受給権の実質価値を維持できる運用方法を適格と認めること」⁽⁸⁸⁾とまで述べている。

このように、明確に企業外積立方式のみによる年金制度を打ち出していること、また、企業外積立方式を導入するとして、その法律関係について企業を委託者、信託銀行を受託者、年金受給者を受益者とするよう例示している点、運用方法の基本原則までも打ち出している点が、先の要望書とは異なる点であり、信託を用いるように積極的にアピールし

ているといえよう。⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾

(c) 企業年金制度実施の必要性

適格年金制度を創設しなければならぬ理由について見ると、先の要望書とはそれほど異ならない。

しかし、アメリカやイギリスの動向を合わせて指摘する点⁽⁹¹⁾が異なっている。すなわち、「米国においても、適格年金に対する事業主の拠出額は、事業主の必要経費として損金算入が認められ、かつ拠出時には、従業員の課税所得から除去されている。また英国においても、同様な措置が認められている」⁽⁹²⁾などを指摘している。海外の事例を積極的に用いることで、制度創設が「先進的」であることを訴え、大蔵省を説得する理論武装を図ったのであろう。

以上のように、この第二段階では第一段階と異なり、要望内容が洗練されている。これはこの要望書を提出するまでに業界内での研究が進み、検討が重ねられたこと、各種団体との意見交換などが一因である⁽⁹³⁾。

(3) 生命保険協会

前述したように、生命保険協会においても、適格年金制度に関する要望書が作成されていた。その際には要望書を提出するに至らず、その代わりに、各業界と連携を図ってきたことも指摘した。では、生命保険協会はどのようなことを考えていたのか。それが明らかになるのが、昭和三十六年五月二三日に大蔵省など関係団体に提出した要望書「年金課税の要望事項」⁽⁹⁴⁾である。この要望書の特徴は企業年金だけではなく、個人年金をも対象にしていることである。これは、信託銀行とは異なり、規模としては小口の個人をも対象とする保険業界の特徴を反映しているのであろう。もともと、

本稿との関係では、企業年金に関わる部分のみ取り上げる。

この要望書の冒頭で、生命保険協会は「企業年金に関しては、『退職年金制度』を創設し、税法上次のように取扱われたい⁽⁹⁵⁾」と述べ、「『企業年金制度』とは、事業を営む個人または法人が、生命保険会社その他の団体と適格退職年金契約を締結することにより行う退職年金制度（企業外積立）をいう⁽⁹⁶⁾」と端的に指摘する。生命保険業界が提言しているため、当然のことであるが、企業外積立方式による（そして、その主体は保険会社となる）退職年金制度の実施を要望することから、企業内積立方式についてはそもそも議論の対象外としている。

もつとも、保険会社による運営を策していることから、企業外積立方式を要望しているが、そうした思惑を表面化させることはしていない。この制度を要望する根拠として、次のようなことを指摘している。

諸外国と異なり、「退職一時金制度を念頭に置く我が国の税制が、この退職年金制度に実質的な恩恵を付与していないことも度々指摘され」るが、諸外国では一般的に「わが国の退職給与引当金制度と同様」に年金の社内積立に対して積立金の損金算入を認める「退職年金引当金制度」と、「企業外に年金積立金の運用主体を認め、それに対する拠出金を企業の損金」に算入するとともに、運用益も非課税とする「退職年金基金制度」の二つの方式がある⁽⁹⁷⁾。そして、「この両者についての適否を考察すると、長期資金の管理、運用、事務手続の複雑度、および従業員に対する保障の確実性という点で後者、すなわち退職年金基金の設定がすぐれ、生命保険会社もこれに参画する余地を持つている」⁽⁹⁸⁾。

このように、諸外国の事例を説くとともに、企業内積立方式を上回るメリットがあると説くことで、企業外積立方式の優位性を説き、かつ、そのような運営方式に生命保険会社も参画することを説くのである。生命保険協会は一貫して企業外積立による退職年金基金方式を採るよう主張し、それ以外の要素をほとんど考慮していないといえる。また、企業外積立方式を採れば、生命保険会社も参入できる余地があることを指摘している点から、裏から言えば、企業内積立

方式を導入すると、生命保険会社としては算入できる余地がなくなってしまう事態になることがわかる。生命保険協会としては新規のビジネス・チャンスを目の当たりにして、それを無為にする道理はないであろう。更に、「従業員に対する保障の確実性」という点については、企業が経営不振となる場合、倒産などに至った場合においても、企業の外部で退職年金を管理していることから、年金の給付などは企業の経営状況に左右されないことを説いているのである⁹⁹⁾。生命保険協会の要望書は信託協会の要望と同様に諸外国の先例を引き合いにして、企業外積立方式のメリットを強調することで、新規分野の開拓を意図したものであったといえよう。

三 各団体の要望書の相違点⁽¹⁰⁰⁾

以上、退職年金制度について、各業界団体の要望書を取り上げ、何が問題とされたのか、実施するとしてその具体的な内容は何か、他の制度とはいかなる関係に立つのかを検討してきた。ここで、各業界団体の要望について相違点を整理しておこう。

共通点として、退職年金制度はあくまでも社会保障制度、公的年金を補完する存在であると考えていることが指摘できる。退職年金が社会保障制度を補完する存在であるからこそ、税制優遇措置を与えられるだけの存在であると訴えようとしているのであろう。また、現行の退職給与引当金制度を用いて退職年金制度を実施しようとしても、税制優遇のメリットを受けられないという認識は共通している（同制度の利用を説きつつも、企業外積立方式による年金制度の実施を要望している点も共通している）。

一方、異なる点として、制度の実施方式が挙げられる。日経連としては、退職年金制度の実施に伴う税制上の優遇措置さえ実現すれば問題はないのであるから、制度の運用方式として企業外積立によるか企業内積立によるかはどちらで

もよいことである。そうであるからこそ、要望書では企業内積立方式と企業外積立方式を並列して論じていたのである。そして、企業外積立方式を採用するとしても、その実施主体は事業主と従業員双方により設立される法人としていた。また、信託業界は第一段階の要望書において、日経連の方式を踏襲していた。しかし、第二段階の要望書を提出した信託業界は、信託制度を利用した企業外積立方式による退職年金制度を特に要望していた。

更に、生命保険協会も、生命保険制度を利用した企業外積立方式を要望していた。

このように、企業外積立方式を要望する点は共通するものの、その実施主体については各団体において違いがあったのである。企業外積立方式によって年金制度が実施されることになれば、制度の管理運用について、信託業界及び生命保険業界が企業から委託されることになるであろう。そうであるから、信託業界、生命保険業界としては企業外積立方式となるかどうかは死命を制する問題となり、自身の属する制度を利用した方式を提言するのは当然であろう。

このような相違点があるものの、各業界団体間の違いはトレード・オフの関係に立たないこともあり、日経連と信託業界及び生命保険業界間に深刻な対立が生じることなく、企業外積立方式による退職年金制度の実施に向けて収斂していくことは予想しやすいことである。

小括

以上が退職年金に関わる業界団体の動向である。これについてまとめると次のようなことがいえる。昭和二七年に退職給与引当金制度が実施され、企業が従業員の退職時に一時金を支払う場合、企業が支払う金額を損金として扱うことが認められた。

しかし、あくまで退職一時金を念頭に置いた制度であったことから退職一時金を年金化する際には、累積限度額の点

から損金としての取扱上、支障が生じ、年金化には十分対応していないという問題があった。

このため、日経連は、この問題の是正のために、一定額を限度として拠出額、引当額を損金として扱うよう要望した。日経連としては、退職年金を実施するためには外部積立方式によるのか内部積立方式によるのかはどちらでもよい問題であった。一方、退職年金にビジネス・チャンスを見出す信託協会は、当初は日経連と同様に内部積立方式と外部積立方式のいずれにも拘らない姿勢を採っていたものの、生命保険協会との共同を契機に、生命保険協会とともに外部積立方式に一本化した。

ここまでの検討から、本稿の課題との関係で得られた知見は、企業年金制度の運営方式として企業外積立方式が取り上げられた経緯には、各業界団体による提言があったことである。以上の検討から、退職年金制度の運営方式として、企業外積立方式に収斂する状況を見せているが、信託制度や生命保険制度をスキームとする企業年金制度の実施に至るには、更にとどのような事柄が存在するのか。それについて、次に検討する。

第二款 適格退職年金制度

第一項 厚生省の姿勢

一 業界団体の動向と厚生省の当初の立場

前述したように業界団体から退職年金制度の実施が要望されていた。その一方、当時は厚生年金制度が実施されていたこともあり、両制度の調整が問題となった。日経連はこの点について指摘しており、例えば、昭和二十七年一月に公表した「厚生年金保険法改正に関する見解」において、厚生年金と退職金との関係が考慮されていないことを問題にし

ている。具体的には次のようなことを指摘している。

「多くの企業に於いては世界にその例を見ない退職金制度があり、既にその額は多額に上り、事実上社会保障制度を代行している現実を看過してはならない。もしこれを全廃或いは削減することが可能ならばともかく、組合側の既得権理論或いは賃金後払論によつてこれが実施に事実上障害が存在する事情を考えればこれと並行し退職金として支払う額の数倍にも相当する厚生年金保険料を支払うことは全く不可能である^(四)。」

右の見解をまとめると、日経連としては、退職一時金制度が事実上、社会保障制度を代行していること、退職一時金と厚生年金との調整を要望していた、ということである。右の主張は退職一時金を念頭に置いた指摘であるが、退職年金は退職一時金を平準化したものであることから、退職年金についても右の主張は当てはまる。それ故、昭和三五年の厚生年金保険法改正以後も、日経連は年金問題研究所を中心として調整問題の研究を継続し、昭和三六年一月には「退職年金制度と厚生年金保険制度の調整についての試案」を公表し、両制度の調整を求めていたのである^(四)。この試案によれば、厚生年金の報酬比例部分と同等以上の給付を行う企業につき、厚生年金保険の一部適用除外を認める方法が明らかにされていたとされる^(四)。

このように、事業主側及びそれを代表する日経連の考えとしては、厚生年金の負担を軽減しようという考えの一点であった。

他方、厚生年金制度を所管する厚生省は、業界団体が要望する適格年金制度についてどのような見解を有していたか。端的に言えば、消極的であったの一言に尽きる。当時、第二次世界大戦後のインフレにより形骸化しつつあった厚生年

金を改善する絶好の機会が到来していた。それにもかかわらず、企業が自ら退職年金を実施すれば、厚生年金と競合してしまい、更には、適格年金に税制優遇措置を与えると、企業としては厚生年金よりも適格年金に魅力を感じ、そちらに移行してしまう。そのような事態を厚生省としては看過できないであろう。それ故、厚生省としては適格年金制度について消極的な姿勢を取るようになったのである⁽¹⁰⁾。

二 方針転換

このように、厚生省は適格退職年金制度に対して、厚生年金の観点から消極的な立場をとっていた。しかし、業界団体の要望する適格年金案に対して全面的に反対するという選択肢を採らず、総論としては認めざるを得ないものの、部分的に反対するという論理に変化していった。具体的には、適格退職年金制度自体には反対しないものの、企業内積立方式を採用することには反対したのである。企業内積立方式の退職年金制度を導入すると、企業はこの方式による退職年金制度を実施するようになり、その結果、厚生年金自体が形骸化してしまうことへの恐れがあったのである⁽¹⁰⁾。

もともと、そうであるからといって全面的に適格退職年金制度に反対してもそれを覆すことができるような状況ではない。だからこそ、厚生省としては厚生年金の立て直しが遠のくことを避けるために、改善の策として、企業内積立方式のみ反対して、企業外積立方式による適格年金制度を許容することとしたのであった。企業外積立方式は厚生省にとつては事態の悪化を避けるための落としどころであったといえる⁽¹⁰⁾。

第二項 昭和三十六年政府税制調査会答申

一 大蔵省の状況

(1) 二つの問題

前述したように、日経連をはじめとした業界団体は、退職年金に税制上の優遇措置を認める適格年金制度の導入を要望し、当初は反対していた厚生省も消極的ではあるものの、企業外積立方式による適格年金制度を許容する方針に転換した。このような中で、所管官庁たる大蔵省の状況はどのようなものであったのか。三菱信託銀行の社史によれば、当時の大蔵省内では二つの問題が認識されており、それらの問題に対して見解が分かれていたことが述べられている。⁽¹⁰⁷⁾

第一の問題は、企業年金制度に対して税制優遇措置を実施するとしても、法人税法及び所得税法の改正のみでそれを実現する方法（単独方式）と、厚生年金保険法を改正して適用除外を規定し、それに伴い税制優遇措置を用意する方法（調整方式）とのいずれかを採るのかという点で、意見が集約されていなかったという点である。⁽¹⁰⁸⁾

第二の問題は、退職年金の積立方法として企業外積立方式かそれとも企業内積立方式も認めるのか、という点で意見が分かれていたことである。⁽¹⁰⁹⁾

前者の問題は退職年金制度に対する税制上の取り扱いを巡る問題であるのに対し、後者の問題は制度の運営方式に関わる問題である。これら二つの問題は税制上の処遇に関わることから大蔵省において問題とされていたのであろうが、後者の問題については、税制上の問題に限らず、広く退職年金制度の運営スキームに関わる問題である。この点について、大蔵省においてどれほど自覚的に検討されていたのかは明らかではないが、運営スキームについて税制上の問題との関係で検討されていたのは明らかである。

(2) 問題の解決

これらの問題について、以下のような解決がなされた。

第一の問題について、信託協会の働きにより目途がついた。信託協会は、業界団体と意見集約を図り、更には厚生省とも交渉して、まずは単独方式で事を進めるということを確認し、厚生省から了解を取り付けた。⁽¹¹⁾これにより、大蔵省としても省内の意見集約が可能となった。

一方、第二の問題について、退職年金の積立を認めるとしても、それが長期の課税繰延の結果、税の抜け道を作るのではないかという点が問題の根幹にあった。この点について、主税局の税制整備室が解決策を提示することになった。税制整備室では、アメリカをはじめとした海外の適格年金制度の状況を把握していたこともあり、日本においても早晩導入されることを予想しており、この問題の対応策も予め検討できる位置にいたとされる。⁽¹²⁾税制整備室が提示した解決策(「植松構想」と呼ばれる)は、年金給付までの課税繰り延べを認める一方で、課税延期に伴う延滞利子を負担せせるというアプローチを採用した(いわゆる特別法人税⁽¹³⁾)。これにより、適格年金制度の導入に当たり最大の懸念とされた課税繰延の問題は、特別法人税により解決されることになった。加えて、この構想は企業外積立方式を前提としていたことから、必然的に、退職年金の積立方式として企業外積立方式を採用することになったのである。⁽¹⁴⁾

このように、適格年金制度の導入に当たり最大の懸念とされた課税繰延の問題は、特別法人税により解決されることになった。この措置が企業外積立方式を前提としていたことから、退職年金制度の運営スキームに関する基本的構想が企業外積立方式にまとまったことは本稿との関係で重要である。この「植松構想」が適格年金制度の基本的な構想を提示することになり、この後の政府税制調査会の検討にも影響を与えることになる。それでは、税制調査会において、企業年金制度の設計についてどのような事柄が取り上げられているのであろうか。これについて、次に検討する。

二 政府税制調査会答申

各業界団体の要望に応じる形で、昭和三十六年一二月、政府税制調査会は答申を公表し、退職年金に関わる税制整備の必要性を指摘した。この答申について増井教授による詳細な研究⁽¹⁵⁾がなされていることから、ここでは答申の内容を精査することよりも、これまで各団体により要望されてきたことと関係する部分に検討対象を絞ることにする。ただし、答申別冊の「答申の審議の内容及び経過の説明」に絞られる。というのは、この部分において以上のような問題関心に対する税制調査会の考えが示されているからである。

答申別冊は第一章から第六章で構成されている。企業年金課税の問題は「第6章 所得税及び法人税の整備」中の「第4 その他の問題」―「2 退職年金課税の整備（法人税及び所得税関係）」において取り扱われている。そして、この部分は「現行制度の概要」、「諸外国の制度」、「検討と結論」という構成を採る。この企業年金課税の問題は、答申別冊の最後の部分であることから、税制の問題全体でみると、それほどウエイトのある問題ではないと考えられていたことが推測できる。

「現行制度の概要」において、我が国では、従業員の福利厚生のために企業年金制度が存在すること、そして、この制度が企業における退職金負担の平準化、雇用の安定、労務管理の円滑化の見地から自然発生的に設けられたものという理解を示している。⁽¹⁶⁾そして、退職年金制度について、現行の退職給与引当金制度の適用上問題が生じており、税法上の問題とも関連して、様々な要望がなされていることを指摘している。⁽¹⁷⁾

こういった背景を前提として、税制調査会は企業年金課税の問題について、「検討と結論」の部分において、慎重な姿勢を取りつつ、⁽¹⁸⁾企業内積立の場合と企業外積立の場合に分けて検討を加えている。これについて取り上げてみよう。

(1) 企業内積立方式

まず、企業内積立方式について、三つの問題を指摘している。⁽¹¹⁹⁾

① 退職給与引当金制度において、引当額の基礎になる期末要支給額の計算に定年退職を反映させるかどうかという問題

② 受給資格発生時から積立を認める現行制度によれば、年金について現行制度を利用しようとすると、事実上勤務期間の終期に近づいてから引当が認められることになり、そうすると、退職金を勤務期間に応じて平準化させることが不可能になるという問題

③ 終身年金については保証期間が付されているものを除き、要支給額が計算できないということで引当を認めていない問題

これらの問題に対して、税制調査会は次のような応答をする。第一の問題に対しては、自己都合退職分までの引当しか認めていないことから、定年退職の場合には引当不足が発生するのも当然であるとしつつも、このような問題は程度の差こそあれ退職一時金でも同様であるとする。⁽¹²⁰⁾ また、税法上、負債性引当金の性格を有するものについては、その発生がほぼ確実に予見される債務についてのみ引当を認めて、確実な債務を超える引き当ては認めないことにしているという立場を示して、自己都合退職の場合は少なくともこれに該当するとしつつ、定年退職の場合は事前に予見不可能であると指摘する。⁽¹²¹⁾ このようなことから、第一の問題について現行法上改正することは困難であるとしている。

第二の問題に対しては、現行の退職給与引当金は、従業員に受給資格が発生してから積立開始を認めることになって

いるが、それにより勤務開始から遅れることは退職一時金も同様であるとする⁽¹²²⁾。その上で、税法上、受給資格発生時から積立を認める理由は、その段階に至って初めて債務の発生がほぼ確実に予見されることになるからであるという見解⁽¹²³⁾を示し、これらの点から、受給資格発生以前の引当を認めることは困難であると結論付ける⁽¹²⁴⁾。

第三の問題に対しては、相続税法上、定期金に対する権利などの評価方法が定められており、諸外国においても保険数理により平均余命を使用していること等から、平均余命年数を基礎として積立を認める方向で解決する方向性を示している⁽¹²⁵⁾。

このように、企業内積立方式について、税制調査会は否定的な判断を示しているものといえよう。

(2) 企業外積立方式

① 政策論としての考慮

それでは、企業外積立方式について、税制調査会はどのような評価をしているのであろうか。結論として、企業外積立方式の導入を提言することになるとしても、税制調査会は企業外積立方式の導入に対し、慎重な姿勢を繰り返し示している⁽¹²⁶⁾。この中で、アメリカ、イギリス、西ドイツの年金基金の動向についてデータ⁽¹²⁷⁾を示し、このような諸外国の事例によれば、退職年金制度を実施した場合、退職年金基金に膨大な資金が急速に蓄積される事態を想定でき、そのような事態は一国の財政金融情勢に大きな影響を及ぼすことを指摘したうえで、特に留意すべき事柄を指摘している。すなわち、退職年金の特質——老後の所得保障——から、次のような考慮が特に必要となることを説いている。

「……その資金（退職年金の積立金のこと——筆者注）は勤労者の老後保障のためのものであり、その安全確実な管

理運用が要請される。したがって、その資金の運用について、公共性を持たせるとともに安全性を確保すべきである⁽¹⁹⁾と考える。」

退職年金の原資は、その性質ゆえに、余裕金の運用とは異なった運用方法が要求されるのであって、この点から、公共性以外に「安全性の確保」をも強調し、その必要性を説いているのである。もともと、この段階では「安全性の確保」のためにはどのような措置が必要とされるのか、という点について明らかにしていない。

いずれにせよ、税制調査会は、企業外積立方式の場合には、企業内積立方式の場合とは異なり、積立金の運用方法が問題となるとし、「安全確実な管理運用」が特に要求される点を強調していることは注目すべきことである。もともと、ここでの議論において、そのような「安全確実な管理運用」をどのように担保するのかといった点について言及しておらず、また、答申のこれ以降の記述においても言及していない。

② 企業外積立方式導入の必要性

次に、答申において、「なぜ企業外拠出制度を設ける必要があるのか」という点を確認している。例えば、次のような指摘をしている。

「……基金が企業とは独立して、たとえ企業が経営不振等に落ちいつたときでも、その支払が確保されることが必要であり、特に、老後保障という長期給付の性格を持つ年金については、安全確実な長期の資産運用に経験を持ち、その責任を負いうるような体制で管理されることが不可欠の要件であると考えられる⁽²⁰⁾……」

企業の業績不振などにより、退職年金に影響を及ぼさない管理運用体制を整えるために、企業外積立による制度が必要とされる。加えて、そのような体制が整うだけでは不十分であり、先に述べたような管理運用が安全確実に行われる必要性を示している。

このように述べた後に、厚生年金との関係においても企業外積立方式による退職年金制度の必要性を説いている。すなわち、厚生年金の給付水準がILOの国際水準と比較してはるかに低位である現状があり、この問題については改善が図られているということを述べつつも、それが実現するにはなお課題がある⁽¹³⁾と述べる。そのうえで、「厚生年金制度の将来の充実を阻害することのないよう配慮しつつ、今日において社会保障制度の補完として近代的な保険数理に基づく外部拠出の企業年金制度を認めることは、社会の要求にも応えるところであると考えられる⁽¹³⁾」と述べ、あくまでも厚生年金制度にとって支障をきたさないことを前提とした補完的な年金制度の必要性を説いている。

以上の言説からもわかるように、答申においては企業外積立方式による退職年金制度の実施が主たる問題関心であった、実施する必要性が認められるとしても、実施に際してどのようなことが問題となるのか、そして、その問題に対してどのように対処するのか、厚生年金制度との区分けをどのようにするのが問題であったと理解できよう。このような検討を踏まえて、答申は企業外積立方式を提言することになる。⁽¹³⁾

第三項 大蔵省の対応

税制調査会は前述したような答申を公表して、適格年金制度の創設を提言した。この提言を受けて、適格年金制度の整備が検討されることになった。具体的には、大蔵省主税局税制一課において検討がなされ、昭和三七一年一月までの三

度にわたり「退職年金に関する課税要綱（案）」が出された。⁽¹³⁴⁾ この時期に集中的に立法作業が進められたようである。⁽¹³⁵⁾ 第一次要綱では、植松構想と税制調査会の提言と異なる立場をとっていたとされる。⁽¹³⁶⁾ しかし、立法作業を経て、昭和三十七年一月一六日、第三次要綱が公表されるとその内容は税制調査会の提言に沿う内容となっていた。⁽¹³⁷⁾

これについて、本稿と関係する事柄として、従業員に対する退職年金の支給を目的として締結した年金契約に関する言及がある。適格退職年金契約の要件について、「適格退職年金契約とは、事業主が退職年金事業を営む保険会社又は信託会社と締結した退職年金契約」であると定義し、⁽¹³⁸⁾ この契約について一二の要件を満たさねばならないとする。この一二の要件について、長くなるが引用する。⁽¹³⁹⁾

一、事業主が保険契約者又は委託者として年金事業法人（保険者又は受託者）に掛金を納付し、年金事業法人が、事業主の雇用する従業員の退職のみを支給要件として、その従業員に対し原則として退職年金を支給することを約する契約であること。従って、受給資格発生前に退職した従業員についてはなんらの給付も行わないこと。

二、掛金として払い込まれた金額（その運用益を含む。）は、三により予定以上の運用益の調整の場合を除き、事業主に返還しないこと。

三、年金計画において予定した以上に生じた収益（予定利率以上の運用益等）は、年度末において事業主に返還するものとする。こと。（したがって、保険については据置配当式は認められないし、信託についても毎期の決算後必ず分配しなければならないこととする。）

四、掛金は、適正な年金数理に基づいて計算された金額以下の金額であること。

五、信託契約により行う場合は、信託財産の運用に関する指図は、約款において一般的に規定するもののほかは、個別に行うことを認めないものであること。

六、掛金として払い込まれた金額及び運用益は、その四分の一以上を元本保証の資産に投資するものであること。

七、掛金として払い込まれた金額及び運用益は、その掛金を拠出した事業主に直接貸付を行わないこと。

八、退職年金契約に基づいて退職年金の支給を受けるべき者のうちに、事業主である法人の役員又は事業主たる個人、もしくはこれと生計を一にする親族を含まないこと。

九、退職年金契約の対象となる者は、特定の従業員に偏らず、かつ、特定の従業員について不当に差別的な取扱いをしないこと。

一〇、事業主とその従業員との間における退職年金支給に関する約定を基準としたものであって、相当の理由があるものとして所轄税務署長の承認を受けた場合を除き、契約金額（給付金額）を減額する契約変更を行うことを認めないものであること。

一一、途中において解約した場合は、解約返戻金又は信託財産は、受益者たる従業員に帰属するものとする。また、途中において適格性を失うに至った場合においても、同様とすること。

一二、適格退職年金契約に関する経理は、他の経理と区分して行うこと。

これらの要件の中で、注目すべきことがある。まず、第一の要件において、年金基金の運用受託機関として信託銀行と保険会社が表示されている。どのような内容の契約であるのかについては明示されていないものの、信託契約（事業主が委託者、信託銀行が受託者、従業員が受益者となる他益信託である。ただし、「従業員」について明示されていない）及び生命保険契約のいずれを締結することとしているのは、信託協会及び生命保険協会が関係省庁に行った要望の結果であろう。加えて、信託契約の内容について右の他益信託としたことが問題となるが、これについては、前述した信託協会の要望書（「退職年金に関する要望」）を反映した可能性がある。

また、第五の要件において、信託契約による場合には、信託財産の運用についての指図が一定の条件を除き禁止されている。なぜこのような禁止規定が設けられたのが問題になるが、これについて、拠出した企業が常に運用について個別的な指示をすることは外部積立方式を採用した関係で望ましいと考えられないこと（事業主による指示が可能となれば実態として企業内積立方式と変わらなくなる）、年金制度の健全な運用を図る立場からも望ましいとは考えられないことなどがあったのであろう。⁽⁴⁰⁾

以上のような議論を経て、企業外積立方式であり、かつ、信託契約及び生命保険契約をスキームとする退職年金制度が法案化され、国会審議に持ち込まれることになった。本稿の課題との関係で、国会において、この法案についてどの

ようなことが問題とされたのであろうか。これについて検討する。

第四項 昭和三十七年三月の国会審議

適格退職年金制度について、法人税法の改正により対応することになり、国会で審議されることになった。「法人税法の一部を改正する法律案（内閣提出第五二号）」は昭和三十七年二月一日に衆議院に提出され、同年二月七日に大蔵委員会で提案理由が述べられた。三月一日、六日と質疑が続き、二八日に可決された。また、二九日に衆議院本会議を通過して、参議院に回付され、三月三十一日に参議院で可決された。三月三十一日に公布された法律第四五号によって、適格退職年金制度が実施されることになる。⁽¹⁰⁾

衆議院において問題となったのは、①厚生年金との関係、②税法上の取扱、③受託機関を信託会社及び保険会社に限定した理由、であった。これらのうち、②については既に先行研究が存在する⁽¹⁰⁾ため、本稿では取り上げない。一方、後述する厚生年金基金制度について検討するためには、公的年金制度と企業年金制度の関係について一応の理解が必要となることから、①について検討する必要がある。

以上の理由から、本稿では、①及び③に関する審議動向について取り上げることにする。

一 三月一日の審議

(1) 厚生年金との関係について

この日の質疑は、滝井義高委員の質問から始まった。滝井委員は、企業が実施する私的年金と厚生年金との関係に

ついで、法人税法の改正により適格年金が実施された場合、厚生年金に対してどのような影響を及ぼすのかを問題にする。⁽¹⁴³⁾

これに対して、村山達雄政府委員（大蔵省主税局長）は、現行の厚生年金制度に影響はないものの、将来的に厚生年金制度を拡大する際には問題が生じる場合がありうると説明する。加えて、両者の関係について、厚生年金が存在するとしてもあくまで基礎的な役割を果たす一方、企業年金は、現行の退職給与引当金制度と同様、その実施が労使間の任意の問題であることから、企業年金は厚生年金を基礎に形成される任意の制度である、と答弁している。⁽¹⁴⁴⁾ このような厚生年金制度と企業年金制度との関係を、村山委員は厚生年金制度の「下積み」企業年金制度があると表現している。⁽¹⁴⁵⁾

この厚生年金と企業年金との関係についての村山委員の答弁を受けて、滝井委員は、専ら企業年金が整備されることで厚生年金の発展が阻害されるという考えから、昭和三九年に控える厚生年金の財政再計算を念頭において、財政再計算により厚生年金制度を新たに設計し直しそうとすることに影響があるとして問題視する。⁽¹⁴⁶⁾

これに対して、村山委員も返答する。すなわち、現行の厚生年金が改定された場合には、当該厚生年金の上に企業年金が形成されていくのか、あるいは、企業年金が厚生年金に移行するという二つの場合があり、先の答弁は前者の場合を想定した答弁であることから、後者の場合となった際の影響についての答弁ではないことを指摘する。⁽¹⁴⁷⁾ そして、厚生年金が拡大されることは厚生省から伝えられているものの、拡大することになれば、現行の退職給与引当金制度による退職一時金の支払いから退職年金の支払いへの改正と相まって、厚生年金と退職年金との課税の取扱について調整が必要になることを説明する。⁽¹⁴⁸⁾ このような調整について村山委員は「切りかえ措置」を図ると指摘している。

厚生年金と退職年金制度が競合することになるというのはその通りである。しかし、退職金の平準化という問題を解決するために退職年金制度のための税制を整備する必要があることからすれば、競合するからと言って整備を行わない

ことにはならないはずである。また、厚生年金の改正構想が整いさえすれば、両制度の調整を図ることで、競合の問題に対応することが可能になる。国会審議の段階では厚生年金の将来的な動向について不確定である以上、不確定な状況を前提として税制整備をするという選択肢を採る必要はないはずである。だからこそ、大蔵省としても税制整備を先行させたのであろう。

(2) 受託機関を信託銀行・信託会社・保険会社に限定した理由

① 企業外積立と運用受託機関

続いて、滝井委員は企業外積立方式を採用した場合の受託機関について質問をするが、これについて、村山委員は次のようなことを述べる。

「今考えておりますが、何分にもこれは外部抛出でございますして、その運営については会社は責任はないわけであります。しかもそれは従業員の年金原資になるわけでございますので、确实安全に運用するものでなければならぬと考えます。この制度のスタートにおきましては、それに適するものとして信託会社、生命保険会社だけに限定して参りたいというふうを考えておるわけでございます。⁽¹⁹⁾」

企業外積立方式に限定する理由を述べていないものの、企業外積立方式にすることで母体企業と積立られた財産が区別されること、そして、その財産は年金の原資となることから安全確実な運用が要求され、そのような性質がある財産であるからこそ、その運用について適切な主体が信託会社、生命保険会社である、ということであろう。

もつとも、ここで限定されているのが信託会社と生命保険会社であり、信託銀行が含まれていない理由が不明確である。この点については、後述する答弁においてもこのような説明がみられるが、信託銀行を含めて議論している答弁もあることから、特に信託銀行を除外する意図はないということがわかる。

② 信託銀行と生命保険会社に限定する理由

次に、滝井委員は、企業年金を実施することにしたとしても、生命保険にせよ信託にせよ長期の資産運用を行っていることから、同様のことを行っている銀行（信託銀行以外の普通銀行）を含めていないことを問題視する。⁽¹⁵¹⁾

これに対して、大月高委員（大蔵省銀行局長）は、現在議論している企業年金では、企業を委託者、信託銀行を受託者とし、従業員のために財産を管理運用して、従業員に年金を支払う仕組みを考えていると説明する。⁽¹⁵²⁾ その上で、このような第三者のために財産を管理運用して財産を処分することは「信託の性格の魔的なもの」であり、そのような信託の性質があることから、信託銀行以外の銀行では企業年金の運用受託機関となることができないと答弁する。⁽¹⁵³⁾

この答弁では、企業年金制度の当事者と信託銀行の特質について言及しているだけであり、普通銀行を含めていない積極的な理由について示されていない。滝井委員は普通銀行でもできないことはないとの指摘をしつつ、⁽¹⁵⁴⁾ 質問を終えている。

③ 金融システム上の理由

次に、この受託機関について質問したのが、藤井勝志委員であった。藤井委員は、企業年金の発展について賛成の立場であることを明らかにし、その上で、信託銀行以外の金融機関が企業年金の運用受託機関となることができない理由

について質問する⁽¹⁵⁾。

この答弁にあたつた大月委員は、先の滝井委員に対する答弁とは異なり、金融システムの観点から説明している。具体的には次の通りである。

保険会社法（保険業法のことを指すと考えられる）により保険会社を、銀行法により銀行を規制している⁽¹⁵⁾。そして、長期資金を取り扱う銀行について長期信用銀行法、為替業務を主として営む銀行について外国為替銀行法が規制している。それと同様の形で、信託業を営む銀行について信託業法が規制しているものの、現在では信託は銀行が兼営する法律構成となっている⁽¹⁷⁾。これは、行政の方針として、各金融機関の性格を明確にする観点から、これらの区分を採っていることが背景にある⁽¹⁸⁾。その上で、現在議論されている企業年金は、生命保険及び信託契約にかかる企業年金であることから、現行制度下では、信託業務を営む信託銀行以外では取り扱えないということになり、そうであるからこそ、信託銀行以外の銀行を受託機関としていない⁽¹⁹⁾。

もっとも、大月委員は、信託銀行以外の銀行に信託業務を行わせる可否についても、次のように述べている。特別法によつて、普通銀行に対して信託業務を行わせることが可能である⁽²⁰⁾。しかし、そうすると金融機関として特別の性格を持つものは特別の性格を持つ機関が営むことにするという、現在の金融行政上の方針に逆行してしまふことになる⁽²¹⁾。

大月委員の発言の背景には、明確に述べているわけではないが、そのようなことは望ましくないという大蔵省の判断があるといえよう。

これについて、藤井委員は、法律論からすればそのような見解は理解できるものの、現実に中小企業の動向を考えれば、普通銀行に行かせた方が企業年金制度は発展するのではないか、と指摘している⁽²²⁾。また、現実の経済動向などの状況にに応じて法律や制度が形成されるという観点からすれば、議論の余地がある問題であるとも述べている⁽²³⁾。

これに対して、大月委員も現実の動向に合わせるのが当然とし、固定的に考えているわけではないしつつ、現時点では、行政指導の方針として信託銀行と銀行は分離した方がよいという見解に立っていることを改めて述べるにとどまる。⁽¹⁶⁴⁾

以上のような議論がなされ、三月一日の審議は終了した。

二 三月六日の議論

この日の議論は、専ら生命保険会社と信託会社を利用した場合における掛金の取扱について議論が集中した。滝井委員から、提出された法案の二条二項で「命令で定める要件を備えた退職年金に関する信託又は保険の契約に基づき」と定められている点について、質問がされた。⁽¹⁶⁵⁾

これについて、村山委員はこの条文の趣旨について、まず、従業員の退職年金の原資を取り扱うことになるため、運用について厳格を期す方針があると明らかにする。⁽¹⁶⁶⁾その上で、受託機関として信託と生命保険に限っている点について、現状ではこの二つに限定してはどうかという考えがあることを述べるが、それ以上のことは指摘していない。⁽¹⁶⁷⁾

これ以外に、滝井委員から企業内積立方式の要件と企業外積立方式の要件との相違について質問されるが、⁽¹⁶⁸⁾なぜ信託と生命保険に限定したのかという点について、特に言及されていない。

三 三月二八日の審議

三月二八日の審議では、これまでの議論とは異なり、運用受託機関の運用規制のあり方について議論された。

運用受託機関の規制について、堀昌雄委員より質疑がなされた。堀委員は、企業年金を実施するとして保険と信託の

二通りあることに着目し、生命保険会社を用いた場合の運用規制について質問している。⁽¹⁰⁰⁾

これについて、大月委員は信託会社や生命保険会社の規制について、契約条件、定款などについて指導するということを明らかにするにとどまり、堀委員の質問に対して直接応答していない。⁽¹⁰¹⁾

次に、堀委員は本論に入る。すなわち、信託会社と保険会社の二つを運用機関として認めた理由について質問する。⁽¹⁰²⁾ 大月委員は、次のように答弁している。

「一つはやはり信託の形式におきまして、一定の金を社外に積み立てまして、これを最も有利かつ確実に運用する機関として信託銀行があるわけでございますから、それを使う。それから保険は御存じのように一定の保険料を払い込みまして、保険金を払う。その保険金の払い方として年金的に払うだけでございまして、本来の保険の觀念に入っているわけでございますから、そういう本来やっております業務の範囲内に入る、その二つの機関にこれを預ける、こういうことでございますので、それぞれの特色に応じてフェアな競争をするということは非常にけっこうなことである、こういうふうに考えておるわけでございます。」⁽¹⁰³⁾

この答弁から、信託には企業外に年金原資を積み立てることで、母体企業の影響を排除しつつ有利かつ確実に運用できるメリットがあること、生命保険には保険を応用して保険金を年金払いにできるメリットを生かせること、を重視していることが理解できる。

これに関連して、堀委員は、企業年金のコンテキストにおいて株式や債券の保有についての制限を設けるのかどうか、という質問をする。⁽¹⁰⁴⁾ 大月委員は、まず、委託先の企業に対する株式保有への制限を念頭に置き、信託を例に出して、委

託先企業が運用受託機関に対して委託会社の株式を購入するような指図について一定の制限を設けて規制する旨を明らかにする。⁽¹⁷⁴⁾

この大月委員の答弁を受けて、堀委員は具体的にどのような規制を考えているのかと尋ねると、大月委員は年金信託に合同運用を認めることを明らかにしつつ、その運用について保険会社準じて不動産、有価証券、貸付金といった投資対象の比率を設ける考えがあることを述べる。⁽¹⁷⁵⁾ここでは、信託会社・銀行に対する運用規制を新たに設けつつ、生命保険会社との間で公正な競争を図る意図があるといえよう。

この直後、堀委員から年金信託に対する規制について投資信託規制と関係があるのかどうか質問がなされるが、大月委員は次のように答える。

「運用の規制は投資信託とは違ひまして、やはり保険会社と同じような規制をやりたいと考えております。今保険会社の方は具体的に省令でまっております、不動産は二〇％以内、株式は三〇％以内、その他というようになつておりますから、それと同じ方式でいいのじやなからうかと考えております。」⁽¹⁷⁶⁾

右の説明から、投資信託としての規制ではなく、当時の保険会社に対する運用規制を参考にして、企業年金信託に対する規制を実施する方針が示されているといえる。この点は、後述するように、生命保険会社に対する規制とのバランスを取って、信託銀行に対する運用規制が課せられる予定を示したものといえる。

このように、三月二八日の審議において、信託銀行や生命保険会社に対する資産運用規制が問題とされ、それまで運用規制が設けられていなかった信託銀行について、生命保険会社とのフェアな競争の観点もあって、生命保険会社に対

する規制と同様の規制が設けられることが明らかになった。

このような議論を経て、衆議院から参議院に法案が回付され、法案の採決に移る。

第五項 適格退職年金制度の実施と運用上の問題

一 適格退職年金制度の概要

前述した審議を経て、昭和三十七年三月三十一日付けの法改正(法人税法の一部を改正する法律昭和三十七年法律第四五号)により、適格退職年金制度が実施されることになった。概要は次のとおりである。⁽¹⁹⁾

まず、法人税法二条二項⁽¹⁸⁾が追加され、命令で定められる要件を具備する信託又は保険契約に基づき退職年金業務を行う法人に対する法人課税が規定された。これにより、税制優遇措置を受けられる退職年金制度の実施には、所定の信託契約あるいは生命保険契約を締結することが必要となった。

同条項が命令に委任した要件について、法人税法施行規則一条の五に、法二条二項による適格性を承認されるための七要件が規定された。簡潔にまとめると次の要件となる。⁽¹⁸⁾

- ① 信託契約または生命保険契約により、退職年金の支給のみを目的として実施すること
- ② 受益者には事業主の親族又は法人の役員を含まないこと
- ③ 掛金額の算定基準は適正な年金数理に基づくものであること
- ④ 掛金額等は事業主に返還されないこと

- ⑤ 契約解除時においては、留保金額は受益者等に帰属すること
- ⑥ 特定の従業員について差別的でないこと
- ⑦ 基金の運用にあたって、事業主に特別な条件での貸付等を行わないほか、その運用につき事業主の個別的な指示に従わないこと

右の適格要件を充足した場合、掛金を拠出した企業は掛け金について損金算入することが認められ（法人税法施行規則十条の七）、また、従業員には所得控除が認められることになったのである。

このように法人税法及び所得税法上の整備が実現し、更には、信託業界及び生命保険業界がこれまで要望してきたことが実現したのである。

右の適格要件①で指摘しているように、この適格退職年金制度において、信託又は生命保険契約を締結して運用することとされているが、信託会社との信託契約について見てみると、おおよそ次のような内容となっている。

企業又な事業主が退職年金規定を定め、これに基づいて信託会社との間で信託契約を締結することになるが、その契約内容は事業主を委託者、従業員を受益者、信託銀行を受託者とする他益信託とされた。⁽⁸⁾ これまで取り上げてきたように、退職年金制度が企業外積立方式により実施されるとすれば、退職年金の原資となる財産の管理運用は事業主以外の者が担うことになる。加えて、要件⑦にあるように、事業主は管理運用について指図を行うことができなくなる（信託法では指定金銭信託の形態をとる）。そうであるから、委託者を事業主、受託者を信託銀行とすることは当然であろう。

しかし、受益者については問題を指摘できる。序章において指摘したように、確定給付企業年金法では、受給権者のみを受益者としていることは指摘した。このことから、受給権者を受益者としていない点、あるいは、従業員と受給権

者の双方を受益者としていない点が問題となる。前述した信託協会の要望書以外に法律関係について言及する資料が見当たらないため、推測になるものの、従業員に退職年金を給付することを目的としている以上、受益者を従業員とするのが当然であると考えられたことが背景にあると考えられる。

適格退職年金制度の概要は以上の通りである。この適格退職年金制度を実施することに対応して、企業年金の運用受託機関となった信託会社に対する新たな規制も設けられることになった。この規制は企業年金制度において後に問題とされたことから、これについて次に取り上げることにする。

二 運用受託機関に対する規制

税制上の整備がなされ、企業外積立方式による適格退職年金制度が実施されることになったものの、これらは税制優遇措置とそれを受けるための要件を定めたにすぎず、忠実義務及び注意義務といった受託者責任を運用受託機関に課したわけではない。当時における財産管理に関する行為責任についてみると、信託銀行・信託会社に対して信託業法があり、生命保険会社に対して保険業法が存在する。そして、信託法制においては善管注意義務及び忠実義務が存在していることから、信託業はそれらの規律を受けることになり、保険業においては保険業法による規律を受けることになる。

当時としては適格退職年金制度の実施を優先し、また、税法上の監督もなされることから、現在のように、年金財産の管理運用という共通項を見出して、そのような共通の特徴から、共通した行為責任を課すべきかどうかは問題視されなかったであろう。

しかし、共通の行為責任として受託者責任が論じられていないものの、共通したルールの設定という点で全く問題とされなかったわけではない。当時、退職年金の資産運用をどのように規制するのが問題とされたが、この運用規制は

年金の原資となる積立金をいかにして安全に運用するのか、というコンテキストで論じられていた。例えば、「企業年金信託にはインフレ・ヘッジ機能を持たせるために、株式や不動産への運用を認める必要がある」ものの、「それら元本の保証のないもののへの投資については、安全性の面から運用額に限度を設けることが要請される」ということが指摘されていた⁽¹⁸⁴⁾。あるいは、前述した衆議院の審議においても、安全の確保が至上命題となっていたのである。

こうしたことから、我が国において年金信託の運用規制がどのように設けられたのか、という点について確認する必要があると考えられる。以下では、この運用規制について検討する⁽¹⁸⁵⁾。国会審議で述べられたように、生命保険業の規制と併せて信託業の規制がなされることになったのであるから、まずは生命保険会社に対する規制がどのようなものであったのかを明らかにする必要がある。次に、そうした保険業に対する規制が明らかになった後に、信託業に対する規制について検討することになる。

(1) 生命保険会社に対する運用規制

明治三三年法律第六九号により保険業法は施行されていたが、昭和恐慌後の経済事情の変化によって保険業の体質強化が要請され、また、監督行政の強化も望まれるようになった⁽¹⁸⁶⁾。このようなことを背景として、保険業法の抜本的な改正が検討されることになったのである⁽¹⁸⁷⁾。

政府は昭和十二年一月に保険業法改正調査委員会を設置し、改正法案作成の準備に入った⁽¹⁸⁸⁾。第一回委員会において、松本烝治東京帝国大学教授が委員長に選任され、以後、十数回にわたって協議がなされた。

この間、政府の保険業法改正調査委員会の設置に対応して、生命保険協会も昭和十二年一月に業法改正に関する委員会を設置していた⁽¹⁸⁹⁾。この委員会の委員には政府の調査会における委員も含まれている⁽¹⁹⁰⁾。協会は、昭和十三年五月から

七月にかけて会合を行い、協会としての意見を取りまとめた。この意見書は協会の意見書として正式に政府に提出することはせず、政府の調査委員に提出するにとどまたとされる。⁽¹⁹²⁾意見書中の財産利用制限は次のとおりである。

「生命保険会社の財産利用制限に関する件

一、保険業法施行規則第十六条規定の財産利用方法の制限は其の種類の範囲狭小に失し現在の如き経済界の実情に適さざる憾ありて依て左記各種の投資を認めらるる様改められ度

- (1) 外国々債、外国会社々債、外国会社株式の所有又は之を担保とする貸付
- (2) 特別の法令に依り設立せられたる法人に対する出費、無担保貸付又は其の債券の所有並之を担保とする貸付

- (3) 有価証券の貸付、確実なる手形の買入

- (4) 其の他特に主務省の認可を受けたるもの⁽¹⁹³⁾

このような生命保険協会の動向の一方、政府の調査委員会では要綱案が取りまとめられ、昭和十三年一月の委員会において答申案が採択された。⁽¹⁹⁴⁾昭和十四年二月に保険業法改正法律案が第七回帝国議會に提出され、原案通り両院を通過した。⁽¹⁹⁵⁾改正法は十四年三月二十九日に公布され、十五年一月に施行となった。

一方、この保険業法改正に伴い、保険業法施行規則も改正されることになったのであるが、この改正に先立って、生命保険協会に対して内示があったとされる。⁽¹⁹⁶⁾こうしたこともあり、施行規則改正に備えて、生命保険協会は協会の調査部やアクチュアリー部の両委員会において特別委員会を設置して改正についての希望事項の検討を開始した。⁽¹⁹⁷⁾その結果、

昭和十四年一月二日に、商工大臣に対して上申書を提出することになった⁽¹⁹⁸⁾。もともと、この上申書では資産運用に関する規制について言及している部分は見当たらない⁽¹⁹⁹⁾。そのため、この上申書について、これ以上、取り上げる必要はない。

このような経緯を経て、昭和十四年二月二十九日、商工省令第七八号により保険業法施行規則が改正された。改正規則には保険会社の資産運用規制について、「第四章 財産ノ利用」という章が規定され、更に、次のような規定が置かれた。

第十八条 保険会社ハ左ノ方法ニ依ルノ外其ノ財産ヲ運用スルコトヲ得ズ

一 国債、地方債、特別ノ法令ニヨリ設立シタル法人ノ債券、社債又ハ株式ノ所有

二 外国ノ国債、地方債、社債又ハ株式ノ所有

三 前二号ニ掲グル有価証券ヲ担保トスル貸付

四 不動産ノ所有

五 不動産又ハ法令ニヨリ設定シタル財団ヲ担保トスル貸付

六 海上保険業ヲ営ム会社ニ在リテハ船舶ヲ担保トスル貸付

七 公共団体ニ対スル貸付

八 生命保険会社ニ在リテハ保険約款ノ規定ニ依ル貸付

九 郵便貯金又ハ銀行預金

十 信託会社ニ対スル金銭又ハ有価証券ノ信託

十一 其ノ他商工大臣ノ認可ヲ受ケタル方法

第十九条 保険会社ガ其ノ財産ヲ利用スルニハ総資産（未振込株金又ハ未振込基金ヲ除ク）ニ対シ左ノ割合ヲ超ユルコトヲ得ズ但シ特別ノ事情ニ依リ商工大臣ノ認可ヲ受ケタルノ場合ハ此ノ限り在ラズ

一 株式ノ所有 十分ノ三

二 不動産ノ所有 十分ノ一

三 同一会社ノ社債及ビ株式ノ所有並ビニ之ヲ担保トスル貸付 十分ノ一

四 同一人ニ対スル貸付 十分ノ一

五 同一銀行ニ対スル預金又ハ同一信託会社ニ対スル信託 十分ノ一

六 同一物件ヲ担保トスル貸付 二十分ノ一

前項ノ規定ノ適用ニ付テハ第三号乃至第五号ノ方法ニ依リ利用スル金額ハコレヲ通算ス

保険会社ガ所有シ又ハ貸付ノ担保トシテ受入ルル同一会社ノ株式ハ当該会社ノ総株式ノ五分ノ一ヲ超ユルコトヲ得ズ但シ事実上ノ必要ニ依リ商工大臣ノ認可ヲ受ケタル場合ハコノ限りニ在ラズ

資産運用ノ対象として可能な財産を規定し、その上で、それらの財産の割合までも事細かく規制していることが特徴的であらう。以後、この資産運用規制が維持されていくことになる。

(2) 信託銀行に対する運用規制

① 信託業法施行細則の改正

前述したように、昭和三十七年三月二八日の審議において、大月委員によって適格退職年金制度の実施に伴い、信託銀

行に対する資産運用規制を設ける意向が明らかにされた。この信託銀行に対する具体的な運用規制は次のとおりである。まず、税法改正に併せて信託業法施行細則を改正する省令（大蔵省令第一七号）を発し、新たな規制を設けることにした。この省令によれば、改正前信託業法施行細則三条について、改正前の八号を九号とし、新たに八号として次のような規定を置いた。

第三條 業務ノ種類及方法ヲ記載スル書面ニハ其ノ営ム信託業務ノ方法ニ付左ノ事項ヲ記載スヘシ

八 法人税法（昭和二十二年法律第二十八号）第二条第二項ニ規定スル退職年金ニ関スル信託ニ付テハ前号ニ掲クルモノノ外当該信託ニ係ル信託財産ノ運用ニ関スル事項

この改正に応じて、信託銀行各社は「業務の種類および方法書」を改正し、適格年金信託の運用範囲と割合について、新たに定めることになった。具体的には、次のように定めている。⁽²⁰⁾

- (i) 国債、地方債、特別の法律により法人の発行する債券、担保付社債、信託業法第九条の規定による損失の補填の契約のある金銭信託の受益権（貸付信託や通常の合同運用指定金銭信託）、預金、コール・ローン、確実かつ十分な担保を付した貸付金に対する運用割合：信託財産の一〇〇分の五〇以上
- (ii) 株式、特別の法律により設立された法人の発行する出資証券、証券投資信託受益証券、年金投資基金信託（株式口）（いわゆる第二合同）の受益権に対する運用割合：信託財産の一〇〇分の三〇以下
- (iii) 不動産および不動産信託の受益権に対する運用割合：信託財産の一〇〇分の二〇以下

- (iv) 同一会社の社債および株式の所有ならびに当該会社に対する貸付は、合計して一〇〇分の一〇以下であること。
また、同一人に対する貸付も合計して一〇〇分の一〇以下であること。

これと並行して、信託銀行各社は年金信託契約の便宜として標準約款を作成した。⁽²⁰⁾ この標準借款の第五条に資産運用について規定し、同条二項に上記の方法書に沿った運用割合を定めた。⁽²⁰⁾

これらの方法書や約款は、次に取り上げる大蔵省銀行局通達において言及されていることからすると、大蔵省の関与があつて、作成されたものと推測される。⁽²⁰⁾ そうでなければ、わざわざ信託銀行業界が作成した書式について、大蔵省がその趣旨を示すことなどしないと考えられるからである。

② 大蔵省銀行局通達

大蔵省銀行局はこれに関連して、昭和三十八年五月三十一日、「企業年金信託の信託財産の運用について」(昭和三十八年五月三十一日蔵銀八五六号)⁽²¹⁾と題する通達を発し、信託財産の運用の適正を図るよう通知した。この通達により示された規制こそ、企業年金の財産運用に影響を及ぼした、いわゆる「五・三・三・二規制」である。⁽²⁶⁾ 通達の内容について見ると、次のようなことが述べられている。

まず、企業年金信託とそれに対する規制の趣旨について、「年金制度の健全性を確保し、受給権者の保護を図る等のため、とくに安全確実且つ適正な運用を行う必要がある」ことから、信託業法施行細則の一部を改正する省令により、年金信託財産の運用に関する事項を信託銀行の業務の種類及び方法書の必要的記載事項とした、と説明している。⁽²⁶⁾ これについて、先の税制調査会の答申において、企業外積立方式を採る場合の考慮事項として言及されていたことに対応し

ていると考えられる。退職年金の原資となる積立金は労働者の老後保障のためにあり、その安全確実な運用が要請されるということを明示した点について考慮した結果であろう。⁽²⁰⁾

次に、今後の制度の運用状況や年金投資信託制度の発足などを考慮して、信託銀行各社が作成した業務の種類および方法書、年金信託約款中に運用割合を規定することにつき、次の点に留意した上で運用するよう求めている（なお、取り上げるのは、規制の趣旨について説明している部分のみとする）。

(a) 「業務の種類および方法書」(1)

前述した信託銀行業界の改正による「業務の種類および方法書」(1)にある運用対象及び運用割合について、「国債、地方債、特別の法律により法人の発行する債券及び担保付社債、信託業法第九条の規定による損失の補てん又は利益の補足の契約のある金銭信託の受益権並びに預金、コールローン及び確実且十分なる担保を付したる貸付金……に對する運用割合が信託財産の一〇〇分の五〇以上とされているのは、元本保証のある資産及びこれに準ずる資産に對し信託財産の一〇〇分の五〇以上を運用し、それ以外の資産すなわち株式、不動産等、価額の変動のおそれのある資産に對する運用は、一〇〇分の五〇以下にとどめる趣旨である⁽²⁰⁾」と説明している。

更に、「この割合については、例外が認められていないから、いやしくもこれを超過することのないよう厳に注意し、適切な運用を図られたい⁽²⁰⁾」と要請している。また、「確実かつ十分なる担保を付した貸付金」について、「確実なる担保」とは、「財団、不動産、有価証券等の物的担保のうち確実なものをいい、人的保証やいわゆる担保留保条項を付したものを含まないものであること⁽²⁰⁾。」と指摘している。そして、「十分なる担保」とは、「担保の評価及び担保の評価額に對する貸付額の割合が適正であり、債権額を十分担保しうると認められるものであること⁽²¹⁾。」と説明する。

(b) 「業務の種類および方法書」(2)及び(3)

一方、「業務の種類および方法書」(2)及び(3)についても言及している。「これらの資産に対する運用については、とくに慎重を期することとされたい」としたうえで、財産の価額の変動、担保権の実行その他受託者の意思に基づかない理由による場合や特別の事情によりやむを得ない場合には、定められた株式等及び不動産等に対する運用割合を超過することを認めている⁽²¹²⁾。その上で、運用割合について、株式などについては信託財産の一〇〇分の三〇以下、不動産などについては一〇〇分の二〇以下とすることを明示している⁽²¹³⁾。

このように資産運用について規制した趣旨は、将来の年金の原資となる資産であることから、慎重な運用を期すべしという考慮があることは当然であるが、次のような考慮もあったと考えられる。すなわち、昭和三十七年三月二十八日の衆議院大蔵委員会で大月高銀行局長の答弁により明らかとなった、「生命保険会社に課される保険業法上の規制とのバランスから、信託業界にも同様の規制を課す必要がある」という考慮である⁽²¹⁴⁾。前述したように、信託業界と生命保険業界は、競合関係に立つにもかかわらず、適格退職年金制度の実施に向けて共同して行動してきた。そして、両業界共に適格退職年金制度における受託機関とされることになった。信託と生命保険という異なる機能を持つ存在であるが、退職年金の管理運用という点で同じ機能を持つに至ったことからすれば、規制態様も同質的にすることは規制当局として都合がよい。それ故、同質的な運用規制となつたのである⁽²¹⁵⁾。

退職年金に関わる税制上の問題をはじめとする懸案の対応は以上である。企業において退職年金を実施する際の支障は、昭和三十七年改正により、問題はありつつも一応解消されたといえる⁽²¹⁶⁾。

小括

戦前から企業において退職年金制度が実施されていたものの、少数にとどまっていた。その一方、退職給与引当金制度にみられるように退職一時金制度は広く普及していた。しかし、戦後のインフレの影響もあり、退職一時金の支払い額が巨額になると、企業の間で退職一時金の平準化を求めるようになった。このような中で、退職給与引当金制度は退職一時金の年金化にとって損金算入をはじめとする税制の観点から不都合であることが指摘されるようになり、日経連、信託協会、生命保険協会といった関連団体から、退職年金のための税制優遇措置を求める声が高まった。

ここで退職年金を積立てる方策として議論されたのが、企業内積立方式と企業外積立方式であった。厚生省は厚生年金との関係で退職年金に対する税制優遇措置を警戒したものの、結局は企業外積立方式を支持することになった。大蔵省は企業外積立方式で税制整備を図る方針を採り、法人税法をはじめとする法改正を図った。昭和三十七年三月一日から始まった衆議院における議論では、厚生年金との関係、具体的には、企業年金を整備することは厚生年金の発展を妨げるのではないかという考えによる議論がなされた。しかし、大蔵省は、将来の厚生年金制度の整備と現在審議されている退職年金税制の問題は別であるという立場から、現状の税制整備という方針で審議を進める。審議の中で、これまで論じられなかった問題、すなわち、信託銀行を企業年金信託の受託機関としても、生命保険会社に課されてきた運用規制との関係をどのようにするのが問題となった。この点について、生命保険会社との公正な競争を図るという観点から、生命保険会社への規制と同様の規制を信託銀行に対して課することが明らかになった。

こうした経緯により、昭和三十七年三月三十一付けの法改正により、適格退職年金制度が実施されることになったのである。ただし、運用受託機関の受託者責任が正面から問題となることはなく、専ら問題となったのは、信託銀行に対する運用規制であった。この運用規制の問題は、大蔵省が昭和三十八年五月三十一日に「企業年金信託の信託財産の運用につ

いて」と題する通達を發して、運用規制を設けたことで一応の解決をみる。

このように、適格退職年金制度の立法過程を検討した結果、受認者責任それ自体を自覺的に論じた形跡が見られなかったものの、年金財産の安全を確保するという観点から注意義務を担保する機能を持つ（と考えられる）運用規制が設けられたことが明らかになった。では、厚生年金基金制度では信託を用いることについて、どのようなことが論じられたのか。この点について、次に検討する。

(1) 増井良啓教授は、適格退職年金制度及び厚生年金基金制度と税制について検討するにあたり、これらの制度が形成された背景についても検討している。それによると、後に本文で取り上げるような事業主団体、関係業界団体の要望により、政府が企業年金制度の整備を行った状況が明らかとなっている。本稿の分析は、増井教授の分析によるところ大である。増井教授の論稿について、増井良啓「退職年金等積立金の課税」日税研論集第三七号（一九九七年）二二三頁。

(2) 以下では、主として業界団体の要望や政府における立法過程の資料を中心として検討している。これは、序章第一節第二款で指摘したように、法律学の観点から企業年金制度に関する研究が少なく、更には、立法過程を踏まえた検討もなされていないことによる。

もっとも、本文で述べた本稿のアプローチには疑問が生じるであろう。実定法学としては、立法過程の検討などによって立法者意思を確認することで十分であるように思われるからである。また、社会的実態を取り上げたとしても、そこから法解釈学的な意味を引き出せるのかどうかも疑問の余地があるからである（これについて、五十嵐清博士が法社会学と法解釈学との関係で指摘している。五十嵐清『法学入門「第四版」』（悠々社・二〇一五年）一八〇―一八三頁）。

しかし、以下の二つの理由により、本稿では、右の点についても検討することにした。

第一の理由として、我が国における行政と業界団体との歴史的な関わりが挙げられる。我が国では、高度経済成長期を中心として、行政機関が行政指導の形式をとりつつ、関連する業界団体に対して影響力を及ぼし、産業の育成や事業の監

督などを図っていた。他方、業界団体側としては、団体自身が多様な企業により形成されていることから、利害調整が困難な場合があり、その際には行政機関に対して仲裁者としての役割を期待していた（新藤宗幸『行政指導』（岩波新書・一九九二年）九一―九二頁）。行政機関は規制機関としてののみ存在していたわけではなく、業界団体内部の多様な利害関係を調整する役割も担っていたといえよう。本稿の対象とする企業年金制度においても、後述するように、事業主団体、信託業界、生命保険業界という業界団体が存在し、大蔵省及び厚生省はこれらの団体の利害調整を図りつつ、企業年金制度の設計を行ってきた動向が確認される。このような事実からすると、大蔵省や厚生省といった企業年金制度の立法を担った「立法者」の議論を取り上げるだけでは、表面的な理解しか得られない可能性がある。企業年金制度の背景について踏み込んだ理解を得るためには、業界団体の動向について把握することが必要となるのである。

第二の理由として、近年の実定法学（とりわけ行政法学）の動向が挙げられる。例えば、原田大樹教授は、公法学の観点から「自主規制」について検討している。そして、その研究では、業界団体内部におけるルールの形成、当該ルールと行政との関わり、業界団体と行政によるルールの形成について取り上げている（原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣・二〇〇七年））。このように、従来の実定法学が研究対象として想定していた判例や学説を検討するというアプローチとは大きく異なり、社会的な実態（業界団体・行政実務の実態）に着目して、法理論の構築を図る営為がなされているといえよう（なお、原田教授以前から、行政実務の実態に踏み込んで、法理論の構築を行った研究も存在する。例えば、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（有斐閣・一九八九年）がある）。このような公法学の動向をみると、法理論の構築を図る際には、行政実務だけではなく、業界団体の動向についても踏み込んで取り上げる必要があることを示しているといえよう。序章で示したように、受認者責任について錯綜している状況を踏まえると、右の公法学におけるアプローチを参考にして検討することは、本稿の問題意識からは最適のアプローチであると考えられる。このような学説の動向もあり、本稿では、業界団体の動向をも取り上げることにした。

（3）本文で述べたように業界団体の動向を取り上げるとしても、労働者団体について取り上げることは少ない。これは受認者責任に関わる問題について、労働者団体の主張がそれほどみられないことによる。

（4）矢野聡『日本公的年金政策史』（ミネルヴァ書房・二〇一二年）三―四頁。堀勝洋『年金保険法「第三版」』（法律文化社・二〇一三年）九六頁。

(5) 堀・前掲注(4) 九六頁。

(6) 企業年金制度の歴史を指摘した論稿として、山口修「わが国の企業年金の現状と課題」横浜国際社会科学研究所一五卷三
号(二〇一〇年) 九一―一二頁などが挙げられる。

(7) 第一生命保険相互会社(編)『企業年金白書』(社会保険広報社・一九八二年) 二頁。なお、同書では、平田富太郎『退職金と年金』(労務研究所・一九五六年)を引用して、「この時の内規に年金支給が規定されていたかどうかは確認されておらず、大正三年の内規で『恩給ハ年金及一時金ノ二種トス』(第三条)と規定があることから当初もあつたろうと推測されているわけであります」と述べている。

(8) 第一生命・前掲注(7) 四頁、富安長輝『企業退職年金制度の研究』(日刊労働通信社・一九六三年) 二六頁。

(9) 第一生命・前掲注(7) 四―五頁、富安・前掲注(8) 二七、二九頁。矢野・前掲注(4) 四―六頁。

(10) 同社の共済組合定款では、第二条において「本組合ハ組合員ノ病災ニ罹リタルモノヲ救済シ、又ハ老衰及ビ負傷ノ為メ労働ニ堪エザルモノ或ハ規定ノ勤続年限ニ達シタルモノニ年金ヲ給与スルヲ以テ目的トス」と規定した。その上で、「会社使用人及職工ノ中、月給五十円未満又ハ日給金二円未満ノ者、雇入れノ日より、勤務中必ズ加入セザルベカラザルモノ」に対して、次の内容で年金を支給することになっていた。

① 男性は十年、女性は五年勤続した場合、在社中に限り年金を支給する。

② 男性は十五年、女性は一〇年勤続した場合、退社後一五年間は年金を支給する。

③ 傷害により終身労務に服することができないか、または、不具廃疾となった者が引き続き会社の業務に従事する場合、在社中年金を支給する。

④ ①の勤続年数に達しないが、男性で五年以上勤続して五〇歳に達した場合、女性で三年以上勤続して四五歳に達した場合で、疾病のために業務に従事することができなくなった場合には、五年間年金を支給する。

⑤ ①の勤続年数に達しないが、疾病のため、または、会社の都合により休職を命じられた場合、その休職期間中年金を支給する。

- 以上について、厚生省保険局（編）『厚生年金保険十五年史』（厚生団・一九五八年）六一七頁。
- (11) 岡庭公樹「退職金・年金の法、税制と企業の対応」季刊労働法別冊第一〇号『退職金・年金の運営』（総合労働研究所・一九八六年）二九頁。
- (12) 第一生命・前掲注（7）六頁、富安・前掲注（8）二七頁。
- (13) 第一生命・前掲注（7）六頁。
- (14) 岡庭・前掲注（11）二五―二六頁。
- (15) 第一生命・前掲注（7）六頁。
- (16) なお、退職一時金については、昭和二十七年二月二日に所得税法施行規則の一部を改正する政令（政令第一一号）及び法人税法施行規則の一部を改正する政令（政令第一二二号）により、退職給与引当金制度が導入され、退職一時金に対する税制上措置を図ることとされた。退職給与引当金の具体的な内容については、第一章第一節第一款第二項一において説明している。
- (17) 第一生命・前掲注（7）七頁。金子宏『租税法「第一五版」』（弘文堂・二〇一〇年）三七七頁。
- (18) 日本経営史研究所『三菱信託銀行六十年史』（三菱信託銀行株式会社・一九八八年）三〇七頁。
- (19) 日本経営者団体連盟（編）『退職年金―その理論と方法―』（日本経営者団体連盟弘報部・一九五六年）。
- (20) 日本経営史研究所・前掲注（18）三〇八頁。
- (21) 日本経営者団体連盟・前掲注（19）一二六―一二七頁。
- (22) 日本経営者団体連盟・前掲注（19）一二七頁。
- (23) 日本経営者団体連盟・前掲注（19）一二七頁。
- (24) 日本経営者団体連盟・前掲注（19）一二八―一二九頁。
- (25) 日本経営者団体連盟・前掲注（19）一二九―一三〇頁。
- (26) 第一生命・前掲注（7）一七頁。
- (27) 第一生命・前掲注（7）一七頁。
- (28) 繊維労働一三七号（一九五九年）五〇―五一頁。

(29) 市銀連は、昭和三十一年七月に、市中銀行一四行の企業別組合の連合体として発足した。一四行は、第一銀行、大和銀行、富士銀行、北海道拓殖銀行、勤業銀行、協和銀行、神戸銀行、三菱銀行、三井銀行、興業銀行、三和銀行、住友銀行、東海銀行、東京銀行であったという。市中銀行従業員組合連合会(編)『市銀連五十年史』(市中銀行従業員組合連合会・二〇〇七年)四六―四七頁。

(30) 銀行労働調査時報七九号(一九五七年)一六一―一九頁。

(31) 銀行労働調査時報七九号(一九五七年)一七頁。

(32) 銀行労働調査時報七九号(一九五七年)一七頁。

(33) 信託業を営む主体は信託会社と信託銀行がある。前者は信託業法(大正十一年法律第六五号、平成十六年十二月三日法律第一五四号により全面改正された)の規律を受け、後者は金融機関の信託業務の兼営等に関する法律(昭和十八年三月一日法律第四三三号)の規律を受ける。昭和二十三年に信託会社の普通銀行政策がとられたことで、信託業法に基づき信託業を営む信託会社が存在しなくなった。そのため、信託業を営む主体は専ら信託銀行であった。西内彬「信託業法」松本隆Ⅱ西内彬『特別法コンメンタール 信託法・信託業法・兼営法』(第一法規・一九七二年)二頁、神田秀樹(監修)Ⅱ阿部泰久Ⅱ子足一寿『新信託業法のすべて』(きんざい・二〇〇五年)四頁。

このため、以降で信託会社と記されている部分は、実際には、信託銀行を指す。

(34) 三菱信託銀行の社史によれば、当時の状況について、次のような記述がある(日本経営史研究所・前掲注(18)三一〇頁)。

「当社が年金問題と取り組むことにいたった契機は、昭和30年頃、当時本店営業部長であった田中勉が、ビジネス・ウィーク誌に掲載されたアメリカの年金制度の紹介記事を読んで、わが国においてもやがて年金信託業務が発展する可能性を感じたことからであった。

……田中はさっそく、本店営業部副長(当時)富子勝久に研究を命じた。これを受けて、富子は海外の文献を参照するなど研究を重ねるとともに、日経連主催の年金研究講座で講師を務めるなど外部との意見交換を図った。」

(35) 当時の動向について、当時、住友信託銀行に勤務していた小林彰氏によれば、次のような状況であったという。

「昭和31年の春、私は本店（大阪）調査部から東京支店（現東京営業部）次長として赴任して来た。久しぶりに東京に戻り、とにかく友人との旧交を温めようと、高校一年先輩の三菱信託の富子さんを訪れた。昼食を共にしながらの話の中で、私はその少し前にアメリカの雑誌から得た情報をもとに『日本でもアメリカに見ならって、年金を社会保障の問題としてだけではなく、企業ベースでも展開できるようにさせねばならない。その基金の受託・管理は信託の新しい商品有望な仕事になるのではないか』という私の見解を述べた。ところが驚いたことに富子さんはその時点でアメリカの私的年金については先刻ご承知であり、年金信託を日本の信託の新分野として開発しなければならないという考えを明確に持って居られたのである。」

以上について、小林彰「信託あの日あの頃 年金信託が生まれるまで」信託一四六号（一九八四年）一〇四―一〇五頁。

(36) 安田生命一〇〇年史編纂委員会（編）『安田生命百年史』（安田生命保険相互会社・一九八〇年）二二五頁。

(37) 日本生命保険相互会社『日本生命八十年史』（日本生命保険相互会社・一九七一年）四一頁、朝日生命保険相互会社『朝日生命百年史』（朝日生命保険相互会社・一九九〇年）三四四―三四五頁。

(38) 富安・前掲注（8）二七頁。

(39) 村上清・水野進八『企業年金制度の設計と運営』（ダイヤモンド社・一九六二年）一八頁。

(40) 十條製紙社の社史によれば、昭和二五年六月に組合との退職手当交渉が難航し、中労委に幹旋を依頼したものの、組合側が幹旋案を拒絶したことから緊迫した状態となったが、一二月に妥結をみたとされる（十條製紙株式会社『十條製紙社史』（一九七四年）七二頁）。

この点について指摘する文献として、藤林敬三（編）『退職金と年金制度』（ダイヤモンド社・一九五六年）一二二頁。

(41) 村上・水野・前掲注（39）一六頁。第一生命・前掲注（7）七頁。

(42) 富安・前掲注（8）六七九頁。

(43) 日本経営史研究所・前掲注（18）三一〇頁。

(44) 第一生命・前掲注（7）一九頁。

(45) 富安・前掲注（8）六八六頁。

(46) 労働省労働基準局福利課「退職年金制度」(一九五六年)。この部分は原文を入手できなかったため、富安・前掲注(8)二七―二九頁によった。

(47) 富安・前掲注(8)三二―三四頁によれば、次のようなことが指摘されている。

「(アメリカの企業年金には―筆者注―)現在、保険会社利用方式(Insured plan)……信託会社利用方式(Trusted Plan)……自家年金方式(pay-as-you-go)があり、「これらが従来のわが国の退職金制度ともからみ合い、戦後の日米の密接な接触によりわが国年金実施会社が、当時として一番早く取り入れられやすい信託会社利用方式に踏み切ったのも、けだし当然であつたろう。もちろん、米国ばかりではなく英国、ドイツ、フランス、オランダなどの影響も見逃せない。特に戦前においてそうであつた。しかし、戦後に至つてはその影響力の大なること米国にくらぶべくもなかつた。」

この記述によれば、第二次大戦後にアメリカとの関係が深まる中で、日本において退職年金への関心が高まると、アメリカにおける企業年金の動向も知られるようになった状況が理解できる。しかし、なぜ信託が日本において一番取り入れられやすいのか、その理由については不明確である。労働省によるこの分析がなされた当時、信託銀行における退職年金研究が生命保険会社を上回っていたことを踏まえたものと推測されるが、確たる証拠はない。

(48) 第一生命・前掲注(7)一九頁。

(49) 第一生命・前掲注(7)一八一―一九頁。

(50) 改正政令の概要について、昭和二十七年二月二日官報第七五一九号三二―三三頁を参照した。

(51) 真野脩『退職年金制度』(森山書店・一九六二年)二六八―二六九頁。

(52) 増井教授は、これらの報告書について、一時金と年金の選択、厚生年金との調整、社内積立と社外積立という三つのポイントを指摘し、分析している(増井・前掲注(1)二二三頁)。

(53) この要望について、第一生命・前掲注(7)二二―二八頁に掲載されている。本稿は同書に引用されているものを参考にした。

- (54) 第一生命・前掲注（7）二二頁。
- (55) 第一生命・前掲注（7）二二―二三頁。
- (56) 第一生命・前掲注（7）二三頁。
- (57) 具体的には、次のようなことを提言している（第一生命・前掲注（7）二三―二四頁）。

「1. 適格年金制度の創設について

- (1) 事業主又は共済組合その他事業の使用者と従業員とを以て構成する社団は退職年金規定につき監督官庁の認可を受けることにより適格年金制度を設けることができるものとする。
- (2) 退職年金規定が認可を受ける要件は次の如きものとする。
- (a) 制度が専ら従業員又はその遺族の利益を図るものである旨の規定があること。
- (b) 年金支給のための元本並びに運用利益は年金基金又は年金引当金として取扱い、その運用については一定の条件を充たしていること。
- (c) 制度が永続させるべき意図のもとに設けられている旨の規定があること。
- (d) 年金支給を原則とする旨の規定があること。」

- (58) 第一生命・前掲注（7）二三―二四頁

- (59) 前掲脚注（57）参照。

- (60) 年金基金を設定した場合、当該事業年度における制度運用上の正常原価（制度運用のために必要な積立額）に制度実施前勤務に対する所要拠出額（不足責任準備金）の10%を加算した額、あるいは、事業主の拠出分について退職年金規定に予め定めがないときは当該事業年度における賃金支給総額（但し年金分を除く）の5%としている。

また、年金引当金を設定した場合、退職年金規定に定める年金受給資格要件（勤続要件に限る）を充足する者の全員につき停年退職を想定した支給率で算出した年金支給総額とする。もっとも、引当額の損金算入が認められるための特定預金額（法人税法施行規則第一五条の七に定めるもの）は引当額の四分の一とすることとされる。

以上の点について、第一生命・前掲注(7)二四頁。

- (61) 第一生命・前掲注(7)二五頁。
- (62) 第一生命・前掲注(7)二四―二五頁。
- (63) この日経連の考えについて、増井教授は明確に指摘しておられる。増井・前掲注(1)二一九―二二〇頁。
- (64) この要望は、第一生命・前掲注(7)二八―三〇頁に掲載されている。本稿は同書によった。
- (65) 第一生命・前掲注(7)二八頁。
- (66) 第一生命・前掲注(7)二八―二九頁。
- (67) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (68) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (69) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (70) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (71) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (72) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (73) 第一生命・前掲注(7)二九―三〇頁。
- (74) 第一生命・前掲注(7)三〇頁。
- (75) 第一生命・前掲注(7)二九頁。
- (76) 第一生命・前掲注(7)三〇頁。
- (77) 第一生命・前掲注(7)三一頁。
- (78) この要望書の全文は、信託復刊五二号(一九六二年)一三二―一三四頁に掲載されている。
- (79) 第一生命・前掲注(7)三一頁。
- (80) 第一生命・前掲注(7)三一頁。
- (81) 第一生命・前掲注(7)三一頁。
- (82) 信託復刊五二号(一九六二年)一三二頁。

- (83) 信託復刊五二号（一九六二年）一三二頁。
- (84) 信託復刊五二号（一九六二年）一三一、一三三頁。
- (85) 信託復刊五二号（一九六二年）一三三頁。
- (86) 信託復刊五二号（一九六二年）一三三頁。
- (87) 信託復刊五二号（一九六二年）一三三頁。
- (88) 信託復刊五二号（一九六二年）一三三頁。
- (89) 増井教授は、この要望書において信託協会が企業年金に参画することをアピールしていると評価している（増井・前掲注（1）二二〇頁）。

(90) 後述するが、ここで例示された他益信託の法律関係は、基本的に、適格退職年金制度において採用されることになる。このように信託を利用するとして、誰が委託者、受託者、受益者になるのか、という法律関係について例示した点は、後述する厚生年金基金制度における議論とは異なる。厚生年金基金制度は基本的に適格退職年金制度の枠組みを踏襲することとされたのであるが、そうしたこともあり、具体的な法律関係についてそれほど議論されていない。

(91) 信託復刊五二号（一九六二年）一三四頁。

(92) 信託復刊五二号（一九六二年）一三四頁。なお、アメリカ及びイギリスの年金基金と日本における年金基金との対比で注意しなければならない点がある。アメリカ及びイギリスでは、委託者が受託者となること（我が国における信託宣言）が認められているものの、当時の我が国においては、それが認められていなかった。旧信託法上、信託宣言を認めた場合の乱用の弊害（財産隠匿が容易になると考えられた）が懸念されたことから、許容されなかったという（山田昭『信託立法過程の研究』（勁草書房・一九八一年）一二七、二一八、二一九頁）。

加えて、アメリカ及びイギリス信託法の理解からすれば、受託者を信託銀行に限定する理由はないのであるが、信託宣言を認めていない我が国においては、退職年金制度を実施する者以外の者を受託者としなければならない構造となっている。この点が後の厚生年金基金制度にも踏襲され、厚生年金基金において、基金を委託者及び受益者、運用受託者機関（信託銀行）を受託者とする構成がとられた。委託者たる基金が受託者とはならない構造が維持されたのである。これについては後述する。

- (93) 日本経営史研究所・前掲注(18) 三二二―三二三頁。
- (94) 要望書の全文が、信託復刊五二号(一九六二年) 一三九―一四二頁において掲載されている。
- (95) 信託復刊五二号(一九六二年) 一三九頁。
- (96) 信託復刊五二号(一九六二年) 一三九頁。
- (97) 信託復刊五二号(一九六二年) 一四〇頁。
- (98) 信託復刊五二号(一九六二年) 一四〇頁。
- (99) 増井教授は、この点について指摘している(増井・前掲注(1) 二二二頁)。
- (100) 真野・前掲注(51) 二七〇頁によれば、端的に次のようなことが指摘されている。
- 共通点として、(1) 一定の退職年金制度としての資格を備えた税法上適格と認められる適格年金制度の創設、(2) 事業主の掛金を一定限度まで損金扱いとし、従業員所得としても課税しないこと、(3) 適格年金基金の運用収益につき課税しないこと、(4) 適格年金制度への従業員の掛金は、社会保険料控除に準じて課税しないこと、(5) 適格年金制度から支給される年金給付については、年金所得という新しい所得を設けて特別の控除を認め、分離課税とすること。
- そして、注意すべき点として、(1) 生命保険協会と信託協会の要望では、適格年金制度の条件の一つとして、基金が外部に積み立てられること、一方、(2) 日経連の要望では、(イ) 内部積立制度の合理化として、定年退職時に必要とする年金費用全額の積立を認めること、(ロ) 積立開始時期は、従業員が年金制度に参加する時とすること、(ハ) 終身年金も、その平均余命年数相当分の積立を認めるべきこと、を提言していることである。
- (101) 社会保障研究所(編)『日本社会保障資料Ⅰ』(至誠堂・一九八一年) 四四六頁。
- (102) 厚生省五十年史編集委員会(編)『厚生省五十年史』(財団法人厚生問題研究会・一九八八年) 一四一七頁。
- (103) この試案を入手できなかったことから、厚生省五十年史編集委員会(編)・前掲注(102) 一四一七頁による記述に従った。
- (104) 適格退職年金制度創設の間(昭和三四年七月から昭和三七年七月)に、厚生省において年金課長を務めた加藤威二氏はこの時の厚生省側の態度について次のように指摘している。

「これは(適格年金――筆者注) 法人税法と所得税法を改正して、適格退職年金というものを認めるものですが、これ

については我々は消極的であつたわけです。何故かというところ、こういうものができれば厚生年金の発展が遅れるということですが。企業はそちらのほうにばかりウエイトをおいて、厚生年金の充実にますます反対するだろうから邪魔になるということで、我々はこれに消極的な態度をとつたのですが、三十七年四月にできてしまったのです。」

参照、財団法人厚生団（編）『厚生年金保険制度回顧録』（社会保険法規研究会・一九八八年）一四一頁。また、この点について、増井教授も指摘している（増井・前掲注（1）二一七頁）。

(105) このような厚生省の考えを示すものとして、以下の立案担当者の見解が参考になる（財団法人厚生団・前掲注（104）一五五頁）。

「厚生省側が困つたのは、現実に100%内部留保の年金というのは、外国に例があることはあるのですね。それで行かれるとみんなそちらに移つてしまふわけです。……そうすると厚生年金などは放つたらかして内部留保の企業年金は労使の利益が合致して、何しろ当時は社内預金のレートが非常に高かつたですから、その社内預金のレートで原資が膨張して行くということであれば、労働組合も喜んで乗つてくるという要素もあるわけです。そういうことで、それを非常に我がほうは恐れたわけです。それはいけないというので、水面下で大分やりあひまして、結果的には内部留保年金というのはつぶれたわけです。それで社外留保のものしか残らなかつた。」

このように、当時の厚生省において、企業内積立方式による退職年金制度を実施した場合、企業は厚生年金保険制度よりもこの年金制度を重視するようになることは明白であつたことから、企業内積立方式については一貫して否定的な態度を取つていたことが理解できる。

(106) 企業外積立方式に対する消極的賛成の姿勢について、増井教授も示唆している（増井・前掲注（1）二二二頁）。

(107) 日本経営史研究所・前掲注（18）三四頁。

(108) 日本経営史研究所・前掲注（18）三四頁。

(109) 日本経営史研究所・前掲注（18）三四頁。

- (110) 日本経営史研究所・前掲注(18) 三一四頁。
- (111) 以上の点について、日本経営史研究所・前掲注(18) 三一五頁、増井・前掲注(1) 二二三頁。
- (112) この特別法人税構想は、植松守雄大蔵省主税局税制整備室長によりなされたものとされる。昭和三十六年九月二八日、年金課税に関する信託業界、保険業界と大蔵省との会合の席上で、植松室長が、当面は厚生年金との調整を行わないことを前提としたうえで、次のような構想を明らかにした(この「植松構想」について原典を確認できなかったため、次の文献によった。日本経営史研究所・前掲注(18) 三一五頁、増井・前掲注(1) 二二三頁)。

- (1) 保険数理上健全と認められた場合には、年金ファンドの企業拠出分は全額損金算入扱いとする。
- (2) 元来、企業拠出分は拠出時における従業員の給与所得として課税さるべき性質のものであるが、年金制度の本質に鑑みて、年金給付時まで課税延期を認める。ただし、課税延期に伴う延滞利子は負担してもらう(特別法人税の導入)。
- (3) 従業員拠出分について、社会保険料並みの扱いは認められない。ただし、年金給付時に必要経費として所得控除を行う。

- (4) 従業員拠出分ならびに企業拠出分の運用益について、企業拠出分の取り扱いに準じ、所得税の延期を認めるが、延滞利子は負担してもらう(この場合、延滞利子の負担者は受託銀行とする)。

なお、この構想のヒントとなったのは、シャウプ勧告の法人税制における社内留保に対する積立金課税であるという(植松守雄「講座所得税法の諸問題 第93回第1納税義務者・源泉徴収義務者」税経通信四九巻七号(一九九四年)二七頁。増井・前掲注(1) 二二四頁)。

- (113) この「植松構想」の特徴は、アメリカの適格退職年金制度を範として、企業外積立を前提とすること、年金数理上の適格要件を満たしている場合には年金掛金の損金算入を認めること、年金基金が税の抜け道とならない方策として特別法人税を導入したことにあると評価されている(日本経営史研究所・前掲注(18) 三一五頁)。

- (114) 昭和三十六年二月政府税制調査会答申は、日本租税研究会のHPにて閲覧できる。

http://www.soken.or.jp/p_document/zeiseichousa_toushinshu.html

(115) 増井・前掲注（1）二二四―二二九頁。

(116) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七三頁。

(117) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七三頁。

(118) 答申では次のようなことが指摘されている（税制調査会答申（昭和三六年二月）五七八頁）。

「退職年金に関する税制整備の問題については、退職年金を企業内積立てで行う場合と企業外積立てで行う場合とで経済一般に及ぼす影響にどんな差異があるのかの判断、わが国の退職金制度そのものが現在の一時金中心の状態から将来どのように変化するかの見通し、さらには、社会保障の重要な柱としての厚生年金制度の充実の方向と今後どう調整をとっていくかの配慮など、幾多の問題と関連した複雑な関係をたえず念頭に置きつつ検討を加えた。」

この言説について、増井教授は次のような評価をしておられる（増井・前掲注（1）二二五頁）。

「（ここ）には、さまざまなアクターの利害関係に目配りしつつ、複眼的に政策論を展開する見方が表れている。政治的真空の中で更地からデザインを描くものではない。このような多面的・現実的な見方については、一般論としては、ややもすると視点の拡散を招き、理論的な一貫性を欠く結果を惹起するおそれがないわけではない。しかし、複雑な利害を念頭におきつつも、所得税主義の帰結として特別法人税の導入を提言したところに、この答申のしたたかさがある。」

(119) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七八頁。

(120) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七八頁。

(121) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七八―五七九頁。

(122) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七九頁。

(123) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七九頁。

(124) 税制調査会答申（昭和三六年二月）五七九頁。

(125) 税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七九頁。

(126) 「そもそも、年金に関する制度の整備は、単に税制上の見地からだけではなく、財政金融、社会保障、労働関係等にもふれる問題であるから、広汎な見地からの総合的な検討が必要である」と、政策決定の際の慎重さを指摘している（税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七九頁）。

(127) これらのデータについて、税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七六―五七八頁において整理されている。

(128) 税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七九頁。

(129) 税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七九頁。

(130) 税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七九―五八〇頁。

(131) 税制調査会答申（昭和三十六年二月）五七九―五八〇頁。

(132) 税制調査会答申（昭和三十六年二月）五八一頁。

(133) なお、税制関係については、以下のことが提言されている（税制調査会答申（昭和三十六年二月）五八一―五八三頁）。

① 企業が従業員の退職年金の原資にあてるために、一定の要件に該当する退職年金基金に対し、一定の要件に該当する掛金を拠出した時には、拠出時に企業の損金に算入するとともに、それに対する所得税の課税を年金受給時に繰り延べること。

② 適格退職年金基金に対して、その運用益部分及び企業拠出部分について、所得税課税の延期に見合う遅延利息相当税率（おおむね年一〇〇〇分の一二）の特別の法人税を課すこと。

③ 自己都合退職を支給事由とする場合、終身年金についても、退職給与引当金による社内積立ができるように整備を図ること。

この提言をみると、企業外積立方式の実施を前提として、実施に伴う問題の解決策を提示するとともに、企業内積立方式を実施する道も示している。このことから、企業外積立方式一本で退職年金の問題解決を図ったわけではないことが理解できる。

- (134) 増井・前掲注（1）二二九頁。
- (135) 増井・前掲注（1）二二九頁。
- (136) 日本経営史研究所・前掲注（18）三一五頁。増井・前掲注（1）二二九頁。
- (137) この第三次案は、社団法人生命保険協会『昭和生命保険史料 第七卷 成長期』（社団法人生命保険協会・一九六二年）二〇九―二一二頁に収録されている。以下、同書について、生命保険史料と記す。
- (138) 生命保険史料・前掲注（137）二一〇頁。
- (139) これらの要件について、生命保険史料・前掲注（137）二一〇―二一一頁を参照した。
- (140) 辻敬一「松永正直「企業年金信託・保険制度の諸問題」金融法務事情三〇二号（一九六二年）二一八頁。
- (141) 以上の点について、増井・前掲注（1）二二三頁。
- (142) 増井・前掲注（1）二二三―二三八頁。
- (143) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号二頁。
- (144) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号二頁。
- (145) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号二頁。
- (146) 滝井委員は次のようなことを指摘している。
- 「三十九年にこれの改定を実施しようとするならば、年金は非常な積み重ねの計算が要りますから、一年半から二年完成までにはかかる。そうすると、ちょうど今作業中です。作業が今本格的になろうとしているときです。その前に、今度は企業の内部で、こういう退職年金、私的年金を奨励するような制度が出れば、一体どういう結果が出てくるかという、厚生年金は進まないのです。」
- 以上の滝井発言について、昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号三頁。
- (147) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号三頁。
- (148) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号三頁。

- (149) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号六頁。
- (150) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号六頁。
- (151) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号七・八頁。
- (152) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号八頁。
- (153) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号八頁。大月局長の答弁について、日本経営史研究所・前掲
注(18)三一七・三一八頁においても取り上げられている。
- (154) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号八頁。
- (155) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号一頁。
- (156) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号一頁。
- (157) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号一頁。
- (158) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号一頁。
- (159) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号一頁。
- (160) 昭和三十七年三月一日第四〇国会衆議院大蔵委員会議録一六号一頁。
- (161) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号二頁。
- (162) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号二頁。
- (163) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号二頁。
- (164) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号二頁。
- (165) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号四九頁。
- (166) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号四九頁。
- (167) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号四九頁。
- (168) 昭和三十七年三月六日第四十国会衆議院大蔵委員会議録一八号四九頁。
- (169) 昭和三十七年三月二八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一四頁。
- (170) 昭和三十七年三月二八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一四頁。

- (171) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一五頁。
(172) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一五頁。
(173) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一六頁。
(174) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一六頁。
(175) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一六頁。
(176) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一六頁。
(177) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一六頁。
(178) 昭和三十七年三月二十八日第四十国会衆議院大蔵委員会議録二八号一六頁。
(179) 吉牟田勲「退職年金制度に関する税法改正―改正の趣旨及び概要と外国立法例との比較について―」ジュリスト二五八号（一九六二年）二五・三三頁。
(180) 法人税法二条二項

命令で定める要件を備えた退職年金に関する信託又は保険の契約に基づき当該信託又は保険の業務を行う法人（以下退職年金業務を行う法人という。）に対しては、前項に規定するもののほか、その退職年金積立金について法人税を課する。

(181) 法人税法施行規則一条の五

法第二条第二項に規定する命令で定める要件を備えた退職年金に関する信託又は保険の契約（以下適格退職年金契約という。）は、その内容が左の各号のすべてに該当するものとして大蔵大臣の承認を受けたものとする。

一 退職年金の支給のみを目的として事業主が信託会社（信託業務を兼営する銀行を含む。以下同じ。）又は生命保険会社と締結した信託契約又は保険契約で、事業主がその雇用する従業員を受益者又は保険金受取人（以下受益者等という。）としてその掛金を払い込み、これらの会社が当該受益者等の退職について退職年金（退職年金の支給要件が満たされないため、又は退職年金に代えて支給する退職一時金を含む。以下本条及び次条において同じ。）を支給することを約

したものであること。

二 受益者等（当該契約に基づきその者につき掛金が払い込まれる期間中における受益者等に限定。以下第一条の七において同じ。）のうちに当該契約を締結した事業主（以下本条及び第二十三条の七第一項において事業主という。）たる個人若しくはこれと生計を一にする親族又は事業主たる法人の役員を含まないものであること。

三 掛金の額が、支給すべき退職年金の額に應じて、大蔵省令で定める基準に合致した適正な年金数理に基づいて算定されており、かつ、当該契約を締結した信託会社又は生命保険会社がその旨を証明しているものであること。

四 掛け金として払い込まれた金額の合計額（その運用による利益の金額を含む。以下第七号において同じ。）のうち、当該契約の基礎となつた年金数理に基づき退職年金の給付に充てるため留保すべきものとして算定される金額に相当する金額は、事業主に返還しないものであること。

五 当該契約が解除された場合には、当該解除の時ににおいて当該契約に基づきその給付に充てるため留保している金額は、受益者等に帰属するものであること。

六 退職年金又は掛金の額について、受益者等のうち特定の者につき不当に差別的な取り扱いをしないものであること。

七 掛金として払い込まれた金額の合計額に相当する金額は、当該契約に係る事業主に対して通常の条件に比し有利な条件による貸付けその他の運用をせず、かつ、信託契約の場合にあつては、事業主が当該契約に係る信託財産の運用に關し個別に指示を行わないものであること。

(182) 田中嘉男「企業年金に対する課税はいつ行われるか」金融商事法務三一五号（一九六二年）九七頁において、本文で指摘した要件について述べられている。

(183) 厚生省年金局企業年金課（監修）『厚生年金基金制度の解説』（社会保険法規研究会・一九九一年）三四〇―三四一頁。

(184) 日本経営史研究所・前掲注（18）三三九頁。

(185) なお、後述するように、注意義務は資産運用制限との関係でも問題となってきたのであり、ある意味、運用規制は注意義務を担保する機能を果たしたと考えられる。一九九〇年代に構造改革が政策課題となると、適格退職年金制度及び厚生年金基金制度において、後述する五・三・三・二規制と呼ばれた運用規制が廃止された。一九九〇年代には現代投資理論が投資関係者には認識されていたと考えられるため、単純に資産配分を規制しても意味がないと認識されるようになって

いたことも廃止されやすい方向へ議論が進んだと考えられる。

(186) 社団法人生命保険協会(編)『生命保険協会70年史』(生命保険協会・一九七八年)二八〇頁。

(187) もっとも、改正の背景には、日中戦争勃発に伴う戦時経済体制構築という観点もあった。第一回保険業法改正調査委員会において、当時の商工大臣吉野信次は、次のような挨拶をして、保険業法改正にあたり、戦時経済の動向の顧慮が必要である旨を指摘したという(社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八〇頁)。

「保険事業が多数の契約者を相手とする公共的事业であることは今更申し上げるまでもないことではありますが、近時斯業の目覚ましい普及発展に伴いまして、保険会社の有する資産も益々大を致し、其の運用資産の総額は既に三十五億円の巨額に上り、其の経済界に占むる地位も著しく重要性を加へて参つたのであります。殊に最近に於ける時局の進展は、財政上並に経済上の非常対策に付きまして保険会社の適切なる措置を俟つこと洵に大なるものがあるのであります。まして、保険会社の公共的使命は一層強調せらるべき事態と相成つたのであります。」

(188) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八〇頁。

(189) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八一頁。

(190) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八一頁。

(191) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八一頁。

(192) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八四頁。

(193) この意見書は社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八四―二八八頁に収録されている。引用部分は同書二八七頁である。

(194) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八一頁。

(195) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八三頁。

(196) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二九一頁。

(197) 社団法人生命保険協会(編)・前掲注(186)二八八頁。

- (198) 社団法人生命保険協会（編）・前掲注（186）二八八頁。上申書については同書の二八八・二九〇頁に収録されている。
- (199) 上申書は「第一、保険諮問委員会設置に関する件」、「第二、事業に付ての統制協定に関する件」、「第三、計算の基礎に関する件」、「第四、事業の報告及届出に関する件」、「第五、保険契約移転手続に関する件」という大きく分けて五つの部分からなる。しかし、本文中で指摘したように、運用規制について言及している部分は見当たらなかった。
- (200) 日本経営史研究所・前掲注（18）三三九頁。
- (201) 木下信親「新しい企業年金信託約款とその解説」金融法務事情三一六号（一九六二年）一一二頁。
- (202) 木下・前掲注（201）一一二・一一三頁によれば、資産運用に関する約款の規定は次の通りである。

「（運用）

第五条

- 1 この信託金は、下記の財産に運用するものとします。
- (1) 指定金銭信託受益権（合同運用一般口）
- (2) 同上（合同運用年金基金投資口）
- (3) 貸付信託受益証券
- (4) 不動産信託受益権
- (5) 貸付金
- (6) 国債、地方債、社債および特別の法律により法人の発行する債券
- (7) 株式および特別の法律により設立された法人の発行する出資証券
- (8) 証券投資信託受益証券
- (9) 不動産
- (10) 預金およびコール・ローン

四（原文ママ） 第一項各号のうち下記に掲げる財産の運用割合は、信託財産に対しつぎのとおりとします。

- (1) 第一号、第三号、第五号中確実かつ十分なる担保を有する貸付金、第六号中国債、地方債、特別の法律により法人の発行する債券、担保付社債および第十〇号30/100以上
- (2) 第二号、第七号および第八号（主として国債、地方債または社債に運用することを目的とし、かつ、株式に運用しない証券投資信託受益証券を除く。）30/100以下
- (3) 第四号中不動産信託受益権および第九号20/100以下
- (4) 前二号については、財産の価格の変動、担保権の実行その他の受託者の意思に基づかない事由による場合または特別の事情によりやむをえない場合は、この限りではありません。
- 五（原文ママ） 同一会社の発行する社債、株式およびこれを担保とする貸付金ならびに当該会社に対する貸付金の合計額は、信託財産の10/100以下とします。
- 六（原文ママ） 同一人に対する貸付金の合計額は、信託財産の10/100以下とします。
- 七（原文ママ） 本信託財産については、受託者は、委託者に対して通常の条件に比し有利な条件による貸付その他の運用をいたしません。

また、委託者は、受託者に対し本信託財産に関する運用につき個別に指示を行いません。」

- (203) これについて、脚注（２）で指摘したように、大蔵省の行政指導による業界団体の調整があつたものと考えられる。
- (204) この通達は銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四十二年版一四八―一五一頁に収録されている。

- (205) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四十二年版九八三頁によれば、生命保険会社に対する資産運用規制については、保険業法施行規則一九条、一四条などが規定されている。

この五・三・三・二規制は平成一〇年に厚生省により撤廃されるまで、基本的に維持され続ける。

- (206) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四十二年版一四八頁。
- (207) 税制調査会答申（昭和三十六年一二月）五七九頁。
- (208) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四十二年版一四八頁。
- (209) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四十二年版一四八頁。

(210) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四二年版一四八頁。

(211) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四二年版一四九頁。

(212) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四二年版一四九頁。

(213) 銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四二年版一四九頁。

(214) 昭和三七三年三月二八日第四十国会衆議院大藏委員會議録二八号一六頁。なお、法案成立後、こうした方針から整備を図ろうとしたことについて、辻敬一「松永正直「企業年金信託・保険制度の諸問題」金融法務事情三〇二号（一九六二年）

二一八頁においても指摘されている。

(215) なぜこれを指摘するのかといえば、生命保険会社には受託者責任が規定されていないと指摘された経緯があるからである。このような指摘の背景には、同質的な機能を果たすにもかかわらず、同質的な義務がないことを問題視していることがある。

生命保険会社と受託者責任の問題について、土浪修「年金法制における運用機関の受託者責任と生命保険会社」ニッセイ基礎研究所報（二〇〇一年）八四―八七頁。

(216) なお、適格退職年金制度が実施されることになったものの、二重信託が問題となった。年金信託では、信託財産の管理運用を受託した受託会社が行われる。こうした状態を二重信託と呼称している。これは、信託宣言との関係で、信託法上認められるのかどうか問題となった。

これについて、信託協会は、四宮和夫博士に対して、この問題の解決を依頼した。その結果、第一に、自己固有の財産を信託するのではなく、受託会社の債権者がかかってくることでできない財産を信託するのであるから、財産隠匿等は問題とならないこと、第二に、信託宣言は委託者と受託者との兼任が問題となるが、自社の信託における委託者たる受託会社は、実質的には、年金信託の代表として行為するのであり、同一人が自社の信託の委託者かつ受託者となるわけではないこと、といったことが四宮博士より説かれ、信託宣言ではないとされた。この説明により、大蔵省及び法務省においても問題なしと判断されることになった（四宮和夫「退職年金信託における二重信託の問題について」信託四九号（一九六一年）一八一―二二頁、同『信託法「新版」』（有斐閣・一九八九年）八十六―八十七頁）。

以上の二重信託の経緯について、日本経営史研究所・前掲注（18）三一八―三一九頁。同書以外に、この問題について論じている論稿として、横田一「信託における二重受託について」金融法務事情三一六号（一九六二年）一二五頁、辻Ⅱ松永・前掲注（214）二一八頁。

*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。

「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（三）

—— 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 隠れた論点
 - 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 ㊦ 法理が導入されなかった理由

第三款 ㊦ の該当性に関す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

第四節 独占状態の規制

小括

第四章 「独占的状态」規定（独占禁止法第二条第七項）の成立

第一節 第二条第七項の条文構成

第一款 国内総供給価額要件

第二款 市場構造要件

第三款 新規参入困難要件

第四款 市場弊害要件

第二節 国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第一号）の成立

第一款 市場構造要件の検討

第二款 国内総供給価額要件の検討

第三節 新規参入の困難性要件（第二号）の成立

第一款 第二号の法解釈の現代化

第二款 要件の成立

第四節 市場弊害要件（第三号）の成立

第一款 適用における問題点

第二款 純粹構造規制の立法背景と趣旨

第三款 三号の立法趣旨と立法過程における文面の変遷

第四款 立法前後の有力学説

第五款 第三号の法解釈の現代化

（以上六七卷三号）

第六款 独占禁止法体系との整合性

第七款 条文の立法趣旨が重視された裁判例

第八款 第三号要件の成立

小括

資料編

【資料一】 独占的狀態規制による有力事業者の意識や行動への影響

【資料二】 實際にあった狂乱物価に関する身近な事例

第五章 競争回復措置（独占禁止法第八条の四）の検討

結び

（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

独占的狀態の規制は独占禁止法第八条の四を根拠規定としている。同条は、「独占的狀態があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、事業の一部の譲渡その他当該商品又は役務について競争を回復させるために必要な措置を命ずることができる」と定めている。八条の四の発動対象となる「独占的狀態」は独占禁止法第二条第七項に定義されている。

他方で、第二条第七項三号が非常に当て嵌めにくい条文となっているため、實際に独占的狀態と認定し、第八条の四が適用された事業分野は一つもなかった。独占的狀態の規制の今までの法的役割は、第二条第七項の柱書と一号に該当するおそれのある事業分野を、「独占的狀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、「独占的狀態

ガイドライン」という）へのリストアップにより、独占・寡占事業者による自主規制を間接的に促すに止まっていたとされている^①。しかし独占的状态規制の存在自体は寡占事業者の意識や事業行動に大きな影響を及ぼしてきたことは事実であり過小評価されるべきではない。とはいえ、独占又は寡占状態にある事業分野の競争回復という制度が本来果たすべき役割とは程遠いのが現状である。

このように、音楽著作権管理事業分野で第八条の四の適用を検討するにあたって、同事業分野が「独占的状态」にあるかを明らかにしておく必要がある。そこで、本章では第二条第七項の立法背景や過程を考察し^②、現代における第二条第七項の法解釈（以下、「法解釈の現代化」という）という視点から、同事業分野における独占的状态の成立を検討することとする。

第一節 第二条第七項の条文構成

独占的状态の成立要件を定めているのは独占禁止法第二条第七項である。同項は、①国内総供給価額要件（柱書。市場規模要件とも呼ばれる）、②市場構造要件（第一号。事業分野占拠率要件とも呼ばれる）、③新規参入の困難性要件（第二号。参入障壁要件とも呼ばれる）、④市場弊害要件（第三号。市場行動要件又は市場成果要件とも呼ばれる）によって構成されている。

第一款 国内総供給価額要件

第二条第七項の柱書は、独占的狀態が成立するための前提条件として、「同種の商品（当該同種の商品に係る通常の事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく供給することができる商品を含む。）（以下この項において「一定の商品」という。）並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品で国内において供給されたもの（輸出されたものを除く。）の価額（当該商品に直接課される租税の額に相当する額を控除した額とする。）又は国内において供給された同種の役務の価額（当該役務の提供を受ける者に当該役務に関して課される租税の額に相当する額を控除した額とする。）の政令で定める最近の一年間における合計額が千億円を超える場合における当該一定の商品又は役務に係る一定の事業分野」であることを定めている。

「役務」に関する独占的狀態の成立は、「同種の役務」によって構成される「一定の役務」に係る「一定の事業分野」が対象となる。「同種の役務」の「同種」とは、学説では同質性を認められる役務が「同種」と解釈されている⁽⁴⁾（なお、「一定の役務」は「一定の商品」の場合とは異なっており、同種の役務や施設共通役務というような区分がない）。

他方で、「役務」に関する国内総供給価額も「一定の役務」に係る年間総供給価額が一〇〇〇億円以上の規模を持つた事業分野に限定されている（「役務」の場合と異なって「商品」の場合においては、独占的狀態の成立は「一定の商品（同種の商品及び施設共通商品）」によって構成される「一定の事業分野」が対象となっているにもかかわらず、国内総供給価額の範囲は「一定の商品」に類似商品の価額をも加えた構成となっている⁽⁵⁾）。一〇〇〇億円という規模は、「経済事情が変化して国内における生産業者の出荷の状況及び卸売物価に著しい変動が生じたときは、これらの事情を考慮して、前項の金額につき政令で別段の定めをするもの」とされている（第二条第八項）。現行の金額は立法時の法定額五〇〇億円を改正し引き上げられた金額である。

本稿で検討している音楽著作権管理事業は管理役務であるため、「同種の役務」によって構成される「一定の役務」

という概念を前提に議論が展開されることとなる（言い換えると、実質上「同種の役務」の概念を前提に議論が展開されるということもできる）。

第二款 市場構造要件

第二条第七項第一号は「当該一年間において、一の事業者の事業分野占拠率（当該一定の商品並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品で国内において供給されたものを除く。）又は国内において供給された当該役務の数量（数量によることが適当でない場合にあっては、これらの価額とする。以下この号において同じ。）のうち当該事業者が供給した当該一定の商品並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品又は役務の数量の占める割合をいう。以下この号において同じ。）が二分の一を超え、又は二の事業者のそれぞれの事業分野占拠率の合計が四分の三を超えていること」を市場構造要件として定めている。

「数量」を基準としていることには時期や取引段階による価格変動の影響を回避できる等の理由があるとされているが、役務の場合は役務の性格から数量で算定できないケースが多いため、価格で算定するケースが多いとされている⁶。（独占的状态の定義規定のうち事業分野に関する考え方について（平成二六年）」（以下、「独占的状态ガイドライン」という）。

市場構造要件の成立との関係において、JASRACの事業分野占拠率が五〇%を超えるか又は首位のJASRACと二位事業者の事業分野占拠率の合計が七五%を超えるかが争点となる。

第三款 新規参入の困難性要件

新規参入の困難性要件について第二条第七項第二号は「他の事業者が当該事業分野に属する事業を新たに営むことを著しく困難にする事情があること」と定めている。

同要件について通説的な見解は、第二条第七項第一号の「上位一社又は二社による高度の市場占拠率が継続しているという事実が、何よりも雄弁に右『事情』の存在を物語るといつてよく、この規定をもって、それ以外に特段の要件を掲げたものとみるべきではない」として、市場構造要件（第一号）の成立をもつて新規参入の困難性要件の成立を推認⁽⁷⁾解釈するという立場である。このような解釈は近年の解釈本でも援用されている⁽⁸⁾。

第四款 市場弊害要件

第二条第七項第三号の内容について、同項の柱書では「次に掲げる……市場における弊害があること」という文言を用いられているため、本稿では「市場弊害要件」と呼ぶこととする。

同号は「当該事業者の供給する当該一定の商品又は役務につき、相当の期間、需給の変動及びその供給に要する費用の変動に照らして、価格の上昇が著しく、又はその低下がきん少であり、かつ、当該事業者がその期間次のいずれかに該当していること。イ 当該事業者の属する政令で定める業種における標準的な政令で定める種類の利益率を著しく超える率の利益を得ていること。ロ 当該事業者の属する事業分野における事業者の標準的な販売費及び一般管理費に比し著しく過大と認められる販売費及び一般管理費を支出していること」を市場弊害要件として定めている。

右記の条文から理解できるように、第三号の柱書は価格の下方硬直化現象に関する記述であり、(イ)は過大な利益率、(ロ)は過大な販売費・一般管理費に関する記述である。

まず、価格の下方硬直化の現象は「相当の期間」、「需給の変動及びその供給に要する費用の変動」に照らして判断されるとされている。「相当の期間」とは通説的見解では三年ないし五年と解釈されている。「需給の変動及びその供給に要する費用の変動」について、両要因に照らして総合的に判断するのは建前となっているが、常に両要因と価格の変動とを結び付けて判断することを要求するのは公正取引委員会に困難な作業を強いることになるため、「需給の変動を中心に判断すれば足りると解すべき」という見解が有力である⁽⁹⁾。

次に、(イ)と(ロ)について。問題となる過大な利益率又は過大な販売費・一般管理費は、閉鎖的な独占的・寡占的市場において需給関係や供給費用の変動に影響を受けないほどの価格支配力を有する事業者に関して定められている点に留意する必要がある。言い換えると、競争が正常に機能している事業分野で技術革新や効率向上を通じて競争者よりも高い利益率を挙げたり、販売促進のために販売費用等を多く支出したとしても問題視されるわけではない。

(イ)による過大な利益率とは、当該事業者の属する政令で定める業種（独占禁止法施行令第二条⁽¹⁰⁾）における標準的な政令で定める種類の利益率（独占禁止法施行令第三条⁽¹¹⁾）を著しく超える率とされている。「著しく超える率」とは右記施行令第三条で定められている二種類の利益率がともに高いことを意味し、五〇%程度以上を上回ると「著しく」と言える⁽¹²⁾とされている。過大な利益率のほかに、(イ)の過大な販売費・一般管理費も条文中に盛り込んだのは、立法当時の産業組織論の研究では、独占・寡占事業者が超過利潤を販売費及び一般管理費に転化させる傾向が確認されたため（そうなる⁽¹³⁾と、(イ)の該当性を免れる）、(ロ)の規定によりそれを防ぐ役割があるからである。即ち、(ロ)が(イ)の予備的判断要素といえる⁽¹⁴⁾ことができる。

次節では、音楽著作権管理事業に対するこれらの要件の適用可能性を論ずる。

第二節 国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第一号）の成立

国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第一号）の該当性においてはいずれも音楽著作権管理事業という一定の事業分野の画定が問題となる。それは「同種の役務」の範囲をどのように考えるべきなのかということに尽きる。論点は二つである。即ち、「同種の役務」の画定方法と同種の役務の「価額」の算定である。

音楽著作権管理事業は複数の支分権・利用形態に対する管理役務で構成されている一方、著作権者市場と利用者市場で構成されている両面市場でもある。そのため、通常の製造業よりも「同種の役務」の画定方法と価格の算定が複雑である。

第一款 市場構造要件の検討

（一）「同種の役務」の画定

まず、「同種の役務」の画定方法について検討する。録音権等の管理と演奏権等の管理のように、支分権（利用形態）管理の内容も利用許諾の相手もそれぞれ異なっている場合（機能及び効用が相違しているように見える）、果たして支分権（利用形態）ごとに「同種の役務」の範囲を画定すべきか、それともすべての支分権（利用形態）管理をまとめて一つの「同種の役務」とすべきかが重要な論点となる。

これについて公正取引委員会は、支分権（利用形態）ごとではなく、すべての支分権（利用形態）に対する音楽著作権管理業という一つにまとめて「同種の役務」の範囲と画定すべきという考え方を、次のように明確に示している。⁽¹⁵⁾

「同種の役務」は「機能及び効用」が同種の役務である。したがって、同一の需要者に代替的に供給されるかどうかという点は「同種の役務」の画定にあたって問題とならない。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。⁽¹⁶⁾ 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。⁽¹⁷⁾

但し、右記の「同種の役務」による一定の事業分野の画定に関する公正取引委員会の考え方と、企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針で用いられている「効用等の同種性」による市場（商品の範囲）の画定に関する考え方とは異なっているように考えられる。「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（二〇一一）で市場（商品の範囲）の画定に用いられている「効用等の同種性」は用途や価格等の視点から商品間の具体的な代替性分析を通じて判断されることとなっている。これに対して音楽著作権管理事業の「同種の役務」による一定の事業分野の画定は「同一の需要者に代替的に供給されるかどうかという点は……問題とならない」というように、具体的な用途や価格の分析ではなく、適

正な料金で管理役務を利用できる満足といったような抽象的共通点をもって判断されることとなっている。

(二) 要件の成立

規制緩和から十数年経過した現在(二〇一五年時点)でも、音楽著作権管理事業(すべての管理支分権・利用形態の全体)におけるJASRACのシェアは九八%以上あり他社を圧倒している。またトップ三社のシェアは一〇〇%となっており、典型的な独占構造と言えることから、市場構造要件(第一号)が充たされていると考えられる。

第二款 国内総供給価額要件の検討

(一) 同種の役務の「価額」の算定

次に同種の役務の「価額」の算定について。音楽著作権管理事業分野は著作権者市場と利用者市場の双方で構成されている両面市場である。そのため、管理事業者が利用者側から徴収した使用料の額を同種の役務の価額の算定対象とするか、それとも管理事業者が著作権者側から徴収した管理手数料の額を右記の算定対象とすべきかが、重要な論点となる。これについて、管理事業者が利用者側から徴収した使用料の額を同種の役務の価額の算定対象とするという考え方を公正取引委員会は次のように明確に示している。

音楽著作権管理業においては、音楽著作権管理業者が著作権者から与えられた許諾権を利用者に与える見返りに使用料を徴収しており、当該音楽著作権管理業における国内総供給価額は、役務を受ける者(＝利用者)が許諾の対価として事業者(＝音楽著作権管理業者)に支払う額(＝著作物使用料)とするのが適当である。国内総供給価額の算出にあ

たつて、管理業者の内部的な会計処理は、考慮事項の対象とならない。⁽¹⁹⁾

（二）要件の成立

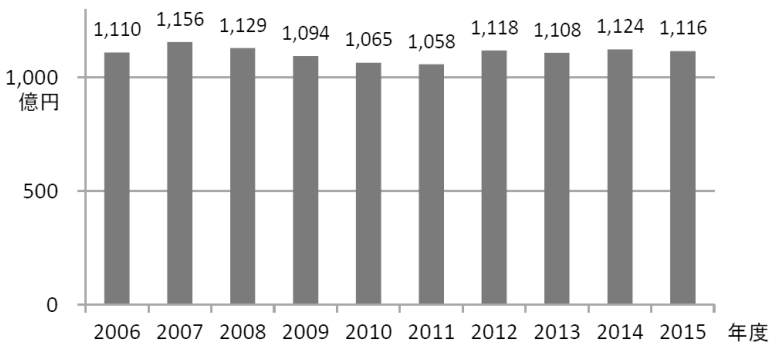
前述のように、JASRACの事業分野占拠率が九八%以上とされているため、JASRACによる使用料の徴収額を実質上、音楽著作権管理事業の国内総供給価額と見做すことができる。JASRACによる使用料徴収額は、二十年持続的に一〇〇億円を超えており、国内総供給価額要件が充たされている。

第三節 新規参入困難要件（第二号）の成立

第二条第七項の独占的状态に該当するためには、長期間に亘り国内総供給価額の規模が一〇〇億円以上、事業分野占拠率が九八%以上あつてもまだ十分で、このような市場構造がこれ以降も変化しにくいこと、即ち新規参入の困難性も要件とされている。

第一款 第二号の法解釈の現代化

既述のように、市場構造要件（第一号）の成立をもつて新規参入の困難性を



JASRAC の使用料徴収額全体の推移⁽²⁰⁾

推認するのが通説的見解である。これに沿って解釈すると、音楽著作権管理事業の状況は新規参入の困難性の要件を充たしていると考えられる。

他方で、経済産業が大きな変貌を遂げている今日において、このような推認解釈はできるとしても、該当する事業分野に一定の枠を嵌める必要がありそうである。例えば、マイクロソフトの Windows はデスクトップ型パソコン向けの OS 市場をほぼ独占しているが、その独占状態が維持されているのは OS という商品のネットワーク効果とロックイン効果に深く関係すると考えられている。高いネットワーク効果とロックイン効果で維持されている独占状態も新規参入の困難性の「事情」に該当するものであるが、同時にそれが OS 市場における競争の結果でもある。⁽²⁾ 言い換えると、Windows という商品はほかの OS よりもいち早く高いネットワーク効果とロックイン効果を発揮した結果、独占の状態へと結びついたという競争の過程（経緯）がある。仮にこのような競争プロセスの過程で生まれた「事情」も、規制対象の要件とされると、著しく事業者側の競争インセンティブが損なわれるおそれがある。

したがって、新規参入の困難性を示す「事情」について線引きを設けるべきと考えられる。即ち、需要者の自由選択による競争の取引の結果として参入障壁が生まれるケースがある一方、自由選択の競争プロセスを経ずに、参入障壁が人為的（公的）に創り出されたケースもあり、両者を区分しておくべきである。具体的に言うと、例えば、参入規制による公的独占のもとで築いた独占基盤を従来の公的独占事業者が受け継いだまま民営化を迎えたため、規制緩和にもかかわらず新規参入が著しく困難な状況に置かれているというように、特殊な歴史的経緯を持つ事業分野に限定して第二号の「事情」を解釈したほうがより説得力が高いと考えられる。

線引きを設ける解釈方法はなぜ一号の市場構造要件に用いていないかというと、公的独占等の歴史的経緯から独占的市場構造が形成されたとしても、規制緩和により独占的構造でも競争的構造へと変化してしまうケースが実際にあるの

で、独占的市場構造そのものよりもむしろ規制緩和にもかかわらず、その構造を長期的に維持・強化させている二号事情の存在理由を問題視するほうが合理的と考えられるからである。

公的保護を受けていた事業者と競争の中で成長してきた事業者を区別して対応するという考え方は現代の競争政策においても用いられている。例えば羽田国際線の発着枠の問題において国土交通省が、JALの見直し要求を認めず、ANAに枠を多く配分した理由について、次のように回答している。「航空政策の基本的考え方に立ち……健全な競争環境が確保されることが極めて重要であるとの観点から……公的支援によって、航空会社間の競争環境が不適切に歪められることがあってはならない……公的支援等の結果、現状、他の航空会社との間において大きな体力差が生じてきており、これによって、我が国航空会社間における競争環境に不適切な歪みが生じつつあるものと認識している」⁽²²⁾。

このように、新規参入の困難性がなぜ生じたかの経緯を十分に考慮・区分して、「他の事業者が当該事業分野に属する事業を新たに営むことを著しく困難にする事情」の範囲をより限定的に解釈すべきというのが本稿の考え方である。

第二款 要件の成立

通説的見解のように市場構造要件（第一号）の成立をもつて、新規参入の困難性を推認した上で、更に限定解釈しても、音楽著作権管理事業の状況がそれに該当すると考えられる。

同事業分野において「事業を新たに営むことを著しく困難にする事情」をもたらしている根本的原因是にJASRACが受け継いだ公的独占時代の独占基盤にある。具体的に言うところ、JASRACだけが保有している全国規模の管理ネットワーク、九八%以上の管理楽曲数、社会に浸透している知名度や影響力、圧倒的な管理事業力（経験やノウハウ等）、更に

巨大な著作権管理プラットフォームであるゆえに備え持っている高いネットワーク効果やロックイン効果等、何れも二号の要件に該当する「事情」と考えられる。

また、法的独占や公的保護といった歴史的経緯のほかに、企業合併の審査における実務判断上の不手際による独占障壁の形成等⁽²³⁾、限定的に解釈される二号の「事情」に該当しうると考えられる。

第四節 市場弊害要件（第三号）の成立

第一款 適用における問題点

独占的状态の規制は一九七七年の法改正により導入されたものである。この制度の持つ純粹構造規制の手法は、立法作業の期間中賛否両論に曝された。このような立法経緯から、市場弊害要件とも呼ばれる第三号の文面は、制度導入のための一種の妥協の産物と言える側面がある。

独占的状态の規制が純粹構造規制とされながらも、構造要件に止まらず、市場弊害要件も設けられた背景には、立法当時におけるハーバード学派のSCPパラダイムの浸透⁽²⁴⁾及び一九七〇年代の米国や英国で立て続けに行われていた企業分割の立法動向の影響があったと考えられる。そのため、同項第三号における価格の下方硬直化や過大な利益率等を独占・寡占的な市場構造によってもたらされる市場行動及び市場成果に関する記述として理解することができる。また、SCPパラダイムや諸外国の企業分割立法の動向が日本の独占禁止法の改正に大きな影響を与えることができた最も大きな原因は後述のように、立法当時の日本国内において狂乱物価や管理価格が横行していたにもかかわらず、行為規制だけでは

公正取引委員会にはなすすべもないという旧独占禁止法の限界性が浮き彫りになっていたからである。

他方でしかし、価格の下方硬直化や過大な利益率等の要素は、純粹構造規制を発動する際の補助的考慮材料とするならまだしも、直接に第三号の文面に盛り込まれたために、現代における条文の適用に大きな支障も来している。

立法から三〇年以上経った当今では、倫理観や企業観だけでなく、産業組織論も大きく変貌していて（参入障壁さえなければいずれ競争者が現れるというような認識さえあり）、高い利益率を追求するための高い価格設定が企業体の目的・自由・原動力という認識は既に日本社会全体に浸透している。特に音楽著作権管理事業の場合において、JASRACによる管理役務と新規管理事業者による管理役務の両者を比較しても、必ずしも管理品質（レベル）が同質とは見做されないで、良い役務には高い価格を設定し高い利益率を得るのはむしろ当然という考え方も成り立つ。

他方で、立法当時では、（公的独占事業を除いて）役務供給事業者による独占状態も、両面市場という取引構造も、意識されていなかったと思われる。⁽²⁶⁾音楽著作権管理事業における価格の変動を考察するには、権利者側の市場のほかに、利用者側の市場も併せて考察するとともに、それぞれ代替関係にない独立している支分権の提供と需要もすべて把握しなければならない。⁽²⁷⁾例えば、管理楽曲の商業用レコード需要が縮小しても、コンサートやネット音楽配信の需要が増えることがあるため、伝統的な製造業と比べると、音楽作品利用全体の「需給の変動」を捉えることは非常に難しいと思われる。機械的に立法当初の解釈で三号をあてはめようとすれば、その妥当性と現実の意味について懐疑の念を抱かざるをえない。

このように現代において第三号を実際に適用するためには、同号の文面が生まれた立法背景と立法過程を考察し、果たして本来の立法趣旨（意図）が過大な利益率等第三号文面の内容を弊害そのものとして見做しているのか、それとも同号の文面よりも更に深層にある何らかの弊害を規制しようとしているのか、という問題の答えを先に明らかにしてお

く必要がある。その上で、本来の立法趣旨を踏まえて、法律意思説（客観的解釈とも呼ばれる⁽²⁸⁾）の観点から、現代に適応する法解釈（法解釈の現代化）を試みる。こととする。

第二款 純粹構造規制の立法背景と趣旨

（一）狂乱物価

高度経済成長以降の不況と円対策のための田中内閣の積極政策——所謂日本列島改造計画——がもたらした過剰流動性の中で、中東戦争や原油制限（OPECの石油値上げ）による石油不足に触発されて、日本国内では諸物価が高騰するという経済的混乱が生じた。このような経済状況を背景として、買占め・売惜しみといった商社等の投機的行為が、更に諸物価を狂騰させた（商社等による暴利の搾取⁽²⁹⁾）。これは、昭和四〇年代の「狂乱物価の時期」と呼ばれるものであった。⁽³⁰⁾「狂乱物価」と呼ばれたのは、昭和四八年（一九七三年）の卸売物価の上昇率が異常に高い（年率二九％）現象に対して、福田赳夫大蔵大臣（当時）が「生活物資の価格までが相場化し、物価は狂乱の様相を呈した」という発言から、この名前が付いたと言われている。⁽³¹⁾狂乱物価は昭和四〇年代に出来上がった寡占市場構造において、価格支配力を持った大企業が投機的行為によってモノ不足を醸成し、値上げを誘発し、高い利益を貪るといった市場支配力を濫用した大企業の略奪行為により惹起こされた側面があったため、大企業に対する国民の強い不信と反発をもたらしたとされている。⁽³²⁾しかし一方では、私的独占やカルテルを禁止する独占禁止法は、狂乱物価に対しては施す術もなかった。

（二）管理価格

所謂管理価格の問題は、前述のような流れの中で主に狂乱物価との関連で取り上げられた。公正取引委員会は生産性向上の著しい大企業がその生産向上の成果を消費者に還元させないことが物価上昇の重要な要因とし、昭和三八年頃から価格の下方硬直化に対する実態調査の強化に動き出した。⁽³³⁾

管理価格の定義について独占禁止法懇話会は次のように説明している。「市場が寡占状態にあることを原因として生ずる需要やコストの変動に対して下方硬直的な価格で、カルテルによる価格操作や、政府による価格支持制度等を伴わないもの」である。⁽³⁴⁾ 実態調査を通じて公正取引委員会が「一般的に集中度の高い類型においては価格は硬直的であり、逆に集中度の低い類型においては、価格は変動的である旨の結論を得ている」ことから、ほとんどの寡占産業に見られ特に市場構造が独占に近ければ近いほど現れてくる⁽³⁵⁾ことが、管理価格の傾向とされた。⁽³⁶⁾このような傾向にある管理価格は、大きく二つの特徴が捉えられた。

一つ目の特徴は「値上げは必ずモデルチェンジによる新製品の価格を従来品の価格よりも高く定めるという形で行われ」⁽³⁷⁾「価格決定の仕方には、コスト＋目標利潤の確保の姿勢が強く見られることである」⁽³⁸⁾。二つ目の特徴は同調的値上げである。⁽³⁹⁾

市場構造の集中度と管理価格の関係について公正取引委員会は次のような調査結果を公表した。⁽⁴⁰⁾

昭和四四年一月の公表内容

「ア 集中度が非常に高く、企業数が極めて少なく、しかもトップ企業とそれ以外の企業との格差の大きい高度寡占のもの、価格変動が最も硬直的であり、集中度が低下するにつれ、或いは企業間格差が小さくなるのに応じて、価格変動は弾力的となる。特に集中度が低く、企業数が極めて多く、企業間格差の小さいものは、価格変動は最も伸縮的である。

イ 集中度が安定的なものは、価格ほぼ上昇の一途を辿っている。……トップ企業の地位が確固としているため、

所謂協調性が強い結果によると見られる。また、集中度が低下する傾向にあるものは、価格の低下傾向が著しい。これは、成長率が高いため、新規参入と設備投資が活発であったことによると見られる」。

昭和五〇年九月の公表内容

「三社集中度七〇%以上の高度寡占品目では、昭和四六年不況に比べ、昭和五〇年不況では硬直品目比率が上昇しており、七〇%未満グループと明確な相違を示している。高度寡占品目の中でも、首位の集中度が高く、企業間格差が存在するものほど硬直品目比率が高い……。」

右記から理解できるように、事業者数が少なく集中度が高いという市場構造によつて競争機能が有効に働かなくなり、それが原因となつて価格が下方硬直的となつていとされて⁽⁴¹⁾いる。

(三) 立法の議論と趣旨

経済的混乱の中で、企業の集中化という方向は、国際競争力強化の主張等を伴つて急速に進展した。しかし、独占・寡占体制の確立は、経済社会における競争秩序の維持という原則に対して、様々な問題を提起することになり、力が少数企業の手に集中するといふ非競争的な市場が多く現出するといふ結果にも繋がつたとされている。⁽⁴²⁾そこから生まれた喫緊な課題が管理価格の規制であつた。

昭和四二年一二月の物価問題懇話会の提言をはじめ、経済社会発展計画（昭和四二年三月）、国民生活白書（昭和四三年度）、経済白書（昭和四三年度以降）、物価安定政策会議の提言（昭和四五年四月）及び新経済社会発展計画（昭和四五年五月）において、次々と管理価格を規制する重要性が指摘された。⁽⁴³⁾要旨は次のとおりである。

①物価対策の一環として、生産性向上の成果を価格の引き下げに適正に反映させ、国民経済全体に還元することが必要であるが、寡占化の進行に伴い競争条件が十分でなくなると、所謂管理価格が形成される状態が生じ、その還元が行われにくくなること。

②管理価格が形成される状態においては、賃金その他のコストの上昇が容易に価格に転化されること。「価格引き下げなどを通じて生産性向上の成果が国民経済全般に配分されることが重要」である。

他方で「管理価格の規制について、現行独占禁止法では共同謀議が三条違反の構成要件となっているので、一定の取引分野における競争が実質的に制限されている場合であっても規制できないことがある」ことは共通した認識であつた。⁽⁴⁴⁾

管理価格でも規制できるように考え出されたのは純粹構造規制の立法という構想であつた。独占禁止法懇話会において昭和四四年二月から五年間も要して実に一八回にわたって検討が行われた結果、多数意見は次のとおりである。

「管理価格対策として政府が価格規制を行ったり、上位企業にハンディを課すという方法はこのましくなく、また、国有化も非能率であるとすれば、有効な方法としては企業分割しかなく、適当な機会に旧第八条に相当する規定を復活すべき」である。⁽⁴⁵⁾

他方で、国民からも独占禁止法の強力な発動を要請する声が高まつた。純粹構造規制の導入が議論された背景には、管理価格をカルテルと私的独占として規制することは困難であり、「管理価格は、企業が寡占の状態にあるという市場構造そのものが原因である。そうだとすれば、競争を促進しようとする独禁法は、当然、寡占の状態そのものに手を入

れなければならない。それが企業分割の問題である」という共通した認識があつた。⁽⁴⁶⁾

それに応えるように、昭和四八年末、独占禁止法研究会（会長金沢良雄教授）が公正取引委員会委員長の私的諮問機関として発足し、独占禁止法の改正事項についての検討を始めた。⁽⁴⁷⁾そして、同年一月二一日に、参議院物価等対策特別委員会における「国民生活安定緊急措置法案」に対する付帯決議」の中に、「政府は現在の物価高騰に対処し、独占禁止法の適正な運用に一層努めるとともに、公正取引委員会に寡占企業に対する分割命令及び価格カルテル排除にあたつての価格引下げ命令等の権限をもたせうような方向で独占禁止法の改正問題に早急に着手すること」という内容が盛り込まれた。⁽⁴⁸⁾これが純粹構造規制（のちの「独占的状态の規制」）の立法主旨を示す決議であつた。

更に、独占禁止法研究会は昭和四九年七月二六日、中間報告の形で独占禁止法の改正についての提言を行つた。その際、金沢会長は記者会見で企業分割規定について検討中とする旨を明らかにした。提言はのちの法改正の方向性を示す枠組みになり、公正取引委員会の提案の基礎にもなつたのである。⁽⁴⁹⁾

第三款 三号の立法趣旨と立法過程における文面の変遷

前述の「狂乱物価」「管理価格」と呼ばれる物価問題に対し、法的規制を求める消費者運動が純粹構造規制の立法を推し進める原動力となつたと言える。当時の物価問題には「市場支配力―特に価格支配力をもつた大企業が投機的行為によつてモノ不足を醸成し、値上げを誘発し、高利益を貪るといった……側面があつたため、大企業に対する国民の強い不信と反発を招」⁽⁵⁰⁾き、価格高騰や大企業に対する規制を求める全国規模の消費者運動が展開されていた。「……利潤追求のためにはあらゆることをするという企業の本質的なこと……消費者の立場と、企業が利潤を追求しようという立

場とは、相容れないもので……大企業ほど仮面をかぶって」というのが昭和四〇年頃から五〇年代の当時における消費者の実感であったと言われている。⁽⁵¹⁾ 消費者側にとって、大企業に支配管理されているような価格設定が市場における弊害そのものとして認識されていた。

そのような国民世論を汲むかのように、国会においても「物価は狂乱高騰し続け、国民生活はまさにパニック状態……物価狂騰により家計支出は急増し、所得の格差は増々開くなど、悪性インフレによる弊害は社会のいたるところに露呈している」というような指摘がされるようになり、高騰した価格を「弊害」という表現を用いて論議する場面が現れ始めた。⁽⁵²⁾ 「価格引き下げなどを通じて生産性向上の成果が国民経済全般に配分されることが重要」ということは物価問題に対する一つの共通認識となった。⁽⁵³⁾

次では、改正試案、政府素案、第一次政府案、五党修正案、第三次政府案という原案内容の変遷順に沿って、立法過程における第二条第七項三号の文面の変遷を考察することとする。

（一）改正試案

一九七四年九月一日に公正取引委員会は改正試案を正式に発表した。試案によると、独占的状態の規制（当時は企業分割という表現であった）とは「他の方法によつては競争を回復させることが極めて困難な場合に命ずる措置」である「独占的状態は、①一社又は二社の市場占拠率が著しく高いこと、②競争が実質的に抑圧されていること、③新規参入を著しく困難にしていることの三つの基準から判断することになる」とされていた。

右記②「競争が実質的に抑圧されていること」こそ現行法第二条第七項第三号の原形であり、同号の立法趣旨を示すものである（また、右記①は第一号、右記③は第二号の原形であることも明らかである）。「競争が実質的に抑圧されて

いること」が独占的狀態の構成要件とされたのは、「競争が実質的に抑圧されていること」こそ独占的狀態の弊害であると考えられていたからである（他方で、「新規参入を著しく困難にしていること」は前記の弊害が市場の自然治癒機能によって解消されがたい要因といえることができる）。この点に関して当時の国会審議において、公正取引委員会は次のような答弁を行っている。

「……独占の弊害を規制するということは独禁法本来の目的で」⁽⁵⁴⁾「独占的ないろいろな弊害が生ずる場合……これは排除しなければならぬ……企業が独占に近いような状態になって事実上競争が行なわれておらぬ、実質的にはないというふうなときには、これはこの状態を排除しなければならぬということ……」「一社に生産力なり供給力が集中する、そうしてそれが圧倒的な力を持った場合には、そういう一種の独占状態がもたらす弊害というものは……結局競争がない場合でございます……」「……すべての競争の面において、その競争が実質的にはないんだと、競争したくても全然競争にならない。一方の圧倒的な力で押え込まれておって、ほんとうの意味での競争がないんだ」⁽⁵⁵⁾。

この答弁から理解できるように、「競争が実質的に抑圧されている」⁽⁵⁶⁾ことこそが独占的狀態の弊害として考えられていた。他方で、公正取引委員会は「競争が実質的に抑圧されていること」の具体的判断は「需給関係を反映しない作為的な価格形成や独占利潤の存否等によって判断される」⁽⁵⁷⁾と考えていた。

価格形成や独占利潤等が考慮材料とされた背景には、価格の弊害の規制を強く求める社会世論や消費者運動が大きく関係していたと思われる。当時は「企業はわるい」「物価の統制を強化しろ、あるいは利潤を統制しろ、そういう声が国民の中」⁽⁵⁸⁾にあった。一方で、「消費者団体の中には独禁法というものを、イコール値下げ立法だと考える向きが多かつ

た。……独禁法が直接的に値下げに役立つ法律であるという通念があった。⁽⁵⁹⁾ そのため、消費者団体は、公正取引委員会の改正試案が発表され「国会に提出するところから国会とか政党にも働きかけなど」「国会議員に消費者の声を反映させ……国会議員一人一人に意見を聞いて回ったり」して⁽⁶⁰⁾いた。立法を推し進める原動力とも言える消費者運動と社会世論にとって、最も関心度の高い物価設定や利潤率を真つ先に考慮材料に列記しなければならないという情勢があった――また、既述のようにちょうど同時期にSCPパラダイムの浸透や米英における企業分割立法の動向もあった――からと考えられる。⁽⁶¹⁾

ただ、何を考慮材料にするかはともあれ、需給関係を反映しない作為的な価格形成（即ち、価格の下方硬直化）や独占利潤（即ち、過大な利潤率）は、立法初期の原案段階から「競争制限に基づく弊害」ということは学者有志の共通認識であった。⁽⁶²⁾ このことはのちに公表された政府素案の条文からも窺える。

(二) 政府素案

一九七五年三月五日に作成・公表された政府素案は「独占的状態」を次のように定めていた。独占的状態とは、次の事項に該当する場合とする。⁽⁶³⁾

ア（略）

イ（略）

ウ 競争が実質的に抑圧されている弊害が現実にあること（①長期間にわたり、生産費の状況又は需給関係を反映しない価格が設定されており、かつ、②長期間を通じて、利益率又は経費支出率が著しく高いと認められることを要する。）

右記の政府素案の文面構成から理解できるように、括弧内の①需給関係を反映しない価格設定や②過大な利益率又は経費支出率は、「競争が実質的に抑圧されている弊害が現実にある」ことを判断するための要素（考慮材料）とされている。

また、この時期の国会審理では次のような答弁がなされていた。

「……独占的市場支配力の弊害を排除することは、独占禁止政策の最も重要な課題の一つであり……企業分割の目的は、有効な競争を回復するためであります」⁽⁶⁴⁾、「高度の寡占とか独占的状态というものが、本来の意味の公正にして自由な競争の阻害要因として働いているためにそういう現象が認められる……。……競争が抑圧―抑圧と申しますのは、事実上行われないという意味……もう競争が行われないような状態になっている。これを独占的状态と私どもは呼んでおります」⁽⁶⁵⁾等。

右記政府素案の内容と国会答弁からも理解できるように、「競争が実質的に抑圧されている」ことこそが、独占的状态の弊害とされており、三号本来の立法趣旨である。

他方で、三号から「競争が実質的に抑圧されている」という文言が省かれ、現行法の文面に変更されたのは、右記の政府素案を基本に四月一四日に閣議決定された第一次政府案の時からである⁽⁶⁶⁾（第一次政府案の三号文面がのちに、ほぼそのまま現行法第二条第七項三号の内容となっている。）。

（三）第一次政府案

第一次政府案において文面は次のように変更された⁽⁶⁷⁾。

「当該事業者の供給する当該一定の商品又は役務につき、相当の期間、需給の変動及びその供給に要する費用の変動に照らして、価格の上昇が著しく、又はその低下がきん少であり、かつ、当該事業者がその期間次のいずれかに該当していること。

イ 当該事業者の属する業種における標準的な政令で定める種類の利益率を著しく超える率の利益を得ていること。
ロ 当該事業者の属する事業分野における事業者の標準的な販売費及び一般管理費に比し著しく過大と認められる販売費及び一般管理費を支出していること。」

しかし興味深いことに、第一次政府案が国会に上程された後、新設された事前手続（主務大臣との複数回に亘る事前協議）に対しては法律学者からの批判があつたが、第二条第七項に関しては文面上の変更があつたにもかかわらず、学者からの批判はなかつた。⁽⁶⁸⁾ また、野党側が問題視していたのも、第二条第七項における文面の変更ではなく、第八条の四の発動の制約になりうる主務大臣との事前手続であつた。⁽⁶⁹⁾

第一次政府案が文面変更にもかかわらずそれほど批判されていなかった大きな理由は、文面上の変更はあつても立法趣旨と骨組みが政府素案とは変わっていないというように考えられていたためと思われる。このことを裏付けるように、当時の国会審理では文面の変更に関する質問に対して、公正取引委員会と政府は次のような答弁を行った。「……独占的な状態が現実には弊害をもたらすような場合、競争を完全に抑圧すること」⁽⁷⁰⁾ 「これらの要件……は、独占的状态に対する措置の性格から来るもので……競争の抑圧による弊害が現実には生じている独占的状态に対し……営業の一部の譲渡等の措置を命ずる」⁽⁷¹⁾。

右記の国会答弁から理解できるように、第一次政府案の第二条第七項についても、文面上の変更があつたとはいえ、

改正試案の立法趣旨に沿うものとされている。即ち、独占的狀態の「弊害」とは「競争が実質的に抑圧されている」ととされおり、過大な利潤率等はいくまでも「競争が実質的に抑圧されている」ことによるものであり、「競争が実質的に抑圧されている」を判断するための考慮材料として理解されていた。

(四) 五党修正案

既述した多重的事前手続きに対する学者や野党側の要望を取り入れ、のちに可決されたのは所謂五党修正案（一九七五年六月二四日）であった。五党修正案における独占的狀態の規制に関する主な改正点は、主務大臣との協議手続の削除であった。⁽⁷²⁾ 第二条第七項の文面は第一次政府案とはほぼ同様であるが、野党側だけでなく、経済・法律学者からも、「与野党一致の修正により衆議院で可決された改正案は、われわれの声明の基本的趣旨に合致するものであるとともに、先に独占禁止法・経済法専攻者が提案した政府案に対する四項の修正要求に答えており、独占禁止法の一步前進として高く評価」されていた。⁽⁷³⁾

右記の五党修正案に対する評価から、第三号は文面上に変更があったとはいえ、公正取引委員会の改正試案と政府素案の立法趣旨と運用解釈をほぼ承継していると考えられる。他方で、独占的狀態規制の制定に直接繋がった原案は一九七七年四月一日第八〇回国会に上程された第三次政府案であった。

(五) 第三次政府案

独占的狀態の規制は一九七六年に提出された第二次政府案では一度削除されていたが、消費者団体や野党側の強い要求により復活し、第三次政府として一九七七年四月一日、第八〇回国会に上程された。そのときの国会や社会情勢に

は幾つかの特徴があった。

特徴①…消費者利益を無視して高い利潤を貪るだけの大企業に規制を早急にかけることを求める消費者運動が高揚し、それに同調するように、マスコミにも独占・寡占的価格に対する「弊害規制」を論調とする報道が多く見られていた。独占禁止法上で言われる弊害とは本来「競争が実質的に抑圧されている」ことを指しており、その徴表として消費者側にとつての弊害（大企業による価格の支配や過大な利潤率等）が現れる。しかし、既述のように消費者運動が高揚する中で実際にマスコミでクローズアップされていたのは、ほとんど消費者にとつての弊害（物価問題）であった。

特徴②…当時は第一次政府案と五党修正から既に二年ほど経過していて、その間に総選挙が行われ、総理大臣も議員も公正取引委員会委員長も変わっていたため、独占的状態の規制に対する立法担当者側や議員側による理解や答弁の整合性に変化が生じやすい環境であったといわざるをえない。例えば、第一次政府案までの立法過程や国会審理では、独占的状態は新規参入の困難を伴う「競争が実質的に抑圧されている」こととされおり、国会質問と答弁が行われる際の表現においては、弊害と弊害による徴表を使い分けていない場面もあったものの、「弊害」という本来の意味は一般的に理解されていたようである。しかし、それから二年後の第八〇回国会では条文の文面をただ鵜呑みにしているかのようになり、第二条第七項三号に記されている過大な利潤率等を（判断材料・徴表ではなく）弊害そのものとして議論する場面が見られるようになった。

特徴③…学界において、独占的状態の規制を過大な利潤率等に対する弊害規制とし、大企業側の自律経営を促す効果も期待できるという論調が現れ始めたのも第八〇回国会の頃であった。同時期に、過大な販売・一般管理費等を独立した要件であるかのように計算方法を分析する動きも見られた。⁷⁴

特徴④…大企業が企業分割を免れるために、シェアを下げたり多角経営を加速させたりする等、自主的防衛行動が目

立った。前記の変化は間接的に過大な利益率や販売費等が弊害そのものという認識の既成事実化に拍車をかけることになったと思われる。

右記の国会や社会情勢はさておき、第三次政府案は、「第七十五回国会の衆議院において全会一致で修正可決された法案を基礎」(五党修正案)としつつも、主務大臣との事前手続きが再び加えられたため、実際には「第一次政府案の考え方を踏襲するものとされ」ている⁽⁷⁶⁾。また、第二条第七項の文面における大きな変更は、「次の各号に掲げる市場構造及び市場における弊害があること」という文言が加えられたのである⁽⁷⁷⁾。この第三次政府案は国会審議を経て同年の五月二十七日に正式な改正法として成立した。

同法案の審議において、第三号が価格設定や利益率等に対する弊害規制となるのではないかということは大きな論点であったが、公正取引委員会、政府及び立法に参加した学者から明確な答弁があり、その要点は次のとおりである。

質問 植木光教…「……この『弊害』という言葉は、五十年の五党修正案に入っておりません。……正当な利益であれば問題にすべきではなく……国民経済上明らかに実質的な弊害となっている場合に限って適用すべきであるという意見が強い……」。「要するに……競争抑圧による弊害が明白であること、すなわち企業が競争を抑圧しているか否か、公正取引委員会が立証して初めて適用されるものであることと私は解釈をいたしますか、この際改めて確認をしておきたいと存じます」。

答弁 政府委員(大橋宗夫)…「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけでありますから先生御指摘のとおりでございます」⁽⁷⁸⁾。

ほかの答弁要点は次のとおりである。

「……抑止力の点ですが、企業分割制度をつくると……利潤統制、価格統制につながるおそれがあるというようなお考えもあるようにも思います。ここで弊害規制と言っておりますのは、弊害があること自体をつかまえて、それを是正しろという形で考えるのではなくて、ただ一定の市場構造がどのような害悪をもたらしているかということを判断する資料として、弊害があるかどうかという一つの材料にする、こういうことであります」⁽⁷⁹⁾、「独占的状態の定義に該当すれば、通常はそういう場合には有効な競争が行われていない場合が多いと考えられますけれども……実際上は真に有効な競争が行われているというふうに認められます場合にはその実情は当然考慮されなければならぬ」⁽⁸⁰⁾、「この『市場における弊害』というの……一応三号要件というのが『市場における弊害』を具体的にあらわしている」⁽⁸¹⁾、「……自由経済にとって何が一番大事か……価格が市場で決まるというのが自由経済の本質でございます。……独占禁止法のねらいというものも、自由競争を促進して、市場で価格が決まるようにしていくところにある……そういう方向で政策といえますか、立案したわけでございます」⁽⁸²⁾「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけであります」⁽⁸³⁾。

他方で、本来、規制の対象となる大企業側でさえ、市場の弊害は競争が有効に機能していないことに求められるべきとする意見を表明していた⁽⁸³⁾。

第四款 立法前後の有力学説

独占的状態の本質と第三号の法解釈について、立法趣旨を一貫して反映する学説解釈を幾つか紹介しておきたい。例

えば、立法当初から根岸哲教授は第三号を充たした独占的狀態を「かなり長期にわたって競争制限的狀態（典型的には管理価格）が確立維持されている」状態と解説し、管理価格（三号の文面にある価格の下方硬直や過大な利潤率等の発生）を典型的な一事例として解釈している。法案成立直前の論文でも、根岸教授は「独禁法は、市場支配が生ずれば望ましくない市場成果が生じ、市場支配を排除すれば望ましい市場成果が生ずるとの政策を前提にしたうえでその枠内においてのみ行わなければならないのであり、法の採用している立法政策そのものまで問題にする成果基準を違法性の判断基準とすることは許されないのである」と指摘している⁽⁸⁵⁾。

また金沢良雄教授も、立法当初から独占的狀態の弊害について「有効競争のない状態そのものにメスを入れようという考え方」、即ち「競争経済の維持・促進に重点を置くという考え方に徹すると、行為のあるなしは問題ではなく、『競争の実質的制限』そのもののありなしが問題とされなければならないことになる：『企業分割』の発想を支える考え方は、ここにある」と説明し、特に過大な利益率等が競争法上の弊害というよりもむしろ「当該事業者についての弊害」であり⁽⁸⁶⁾「競争の実質的制限」という本当の弊害を表す徴表にすぎないということを明らかにしている。立法後にも金沢教授はその解釈を一貫させている⁽⁸⁷⁾。

更に、今村成和教授は、独占的狀態に対する規制が一九六〇年代から一九七〇年にかけて横行していた管理価格を意識して導入された規制であることから、第三号の柱書を「寡占型市場構造において形成される管理価格の徴表を捉えたもの⁽⁸⁸⁾」とし、同号の（イ）と（ロ）を「市場において、競争が機能していないことの徴表⁽⁸⁹⁾」として説明している。

第五款 第三号の法解釈の現代化

前述のように、第三号の柱書も（イ）（ロ）もある種の徴表として考えられている。他方で価格競争さえ十分に機能していれば管理価格の現象が起こりえないので、結局管理価格も競争機能の不完全によるものと言える。即ち、第三号の柱書も、（イ）（ロ）の条文と実質的に共通して共に「競争が機能していないことの徴表」を表しているとして解釈することができると考えられる。前述の立法経緯から理解できるように現行法第三号の文面は実質上、「競争が、実質的に抑圧されていること」という本来の法的趣旨を判断するために、公正取引委員会による改正試案の作成時に列挙されていた「需給関係を反映しない作為的な価格形成や独占利潤の存否等」といった考慮材料が具体化されたものとなっている。第三号を「競争が機能していないことの徴表」とする解釈は、このような立法の経緯や趣旨にも合致すると考えられる。

他方で、右記の「……存否等」という表現にあるように「競争が実質的に抑圧されている」か否かを判断することこそ重要であり、判断するための考慮材料を現行法第三号の文面（現行法第三号の文面に最も分かりやすい考慮材料が列挙されているが）に限定する法的合理性があるとは言いがたい。言い換えると、三号を例示規定として理解するほうが妥当と考えられる。

他方で、「競争が実質的に抑圧されていること」を如何に理解すべきかについて、前述した金沢教授の説明から示唆を得られる。独占的狀態規制の立法に関して金沢教授は、「行為のあるなしは問題ではなく、『……競争の実質的制限』そのもののありなしが問題とされなければならないということになる」と説明している⁽⁹¹⁾。また、宮坂富之助教授も「主要な実質は、いかなる構造的特質をもつ市場の状態が有効な競争を阻害するもの」と説明しており⁽⁹²⁾、根岸哲教授等は同様な立場を示している⁽⁹³⁾。このような説明を示唆に、「競争が実質的に抑圧されていること」を、私的独占（独占禁止法第二条第五項）等で定められている競争の実質的制限と同義的に解することができるのではないかと考えられる。

第六款 独占禁止法体系との整合性

「競争が実質的に抑圧されていること」を競争の実質的制限として理解すると、第三号は競争の実質的制限を定めた規定という解釈となる。このように解釈してはじめて、異質扱いされてきた独占的状态の規制と私的独占等行為規制との関係が整理され、独占禁止法体系全体の整合性が保たれるようになると思われる。

具体的に言くと、第二条第七項第三号が本質的に競争の実質的制限を定めた条文であれば、独占的状态に対する純粹構造規制も私的独占等に対する行為規制も、競争の実質的制限に対処する法規定であるという根本においては相通じており、両者はただ構造的要素を捉えて規制を行うか行為的要素を捉えて規制を行うかの違いにすぎないといえる。

これに近いと思われる見解は、今村成和教授からも提起されたことがある。今村教授は「私的独占と独占的状态とは、共に、『独占』を対象とするものという点においては、本質的に異なるものではない」と指摘している。⁽⁹⁴⁾

しかし、注意すべきは、両者の根本における共通点を認めつつも、独占的状态は、私的独占等の行為規制を發動させるための競争の実質的制限よりも、更に高い程度の競争の実質的制限を意味すると捉えるべきであり、法解釈もこの結論に沿って行うべきということである。このことは立法の過程でも認識されていた。例えば独占禁止法懇談会による立法提言では「集中度が著しく高い寡占産業において独占的市場支配力が形成され、そのために著しい弊害が生じ」とあるように、「著しい」という高い程度が必要とされている。⁽⁹⁵⁾ 現行法第二条第七項の条文に照らして言くと、独占的状态が成立するためには、同項三号における競争の実質的制限だけでは足りず、同項柱書と一号では、競争の実質的制限を①経済規模が一〇〇〇億円以上で、②一社で五〇％以上・二社で七五％以上という極めて集中度の高い事業分野に限定

し、更に二号では、③その範圍を新規参入が全く期待できないほど閉鎖的な事業分野に限定している（他方で、公的独占等の歴史的経緯も考慮されるべきことは既述のとおりである）。このような多層的な限定条件により、競争の実質的制限という根本において相通じているとしても、私的独占等の場合よりも独占的狀態のほうがより高い程度の競争の実質的制限を意味しているということができる。同時に、独占的狀態に対する認定も、より慎重であるべきという結論にも繋がる。このような解釈方法は独占禁止法体系全体の整合性を保たせ、更に今日における独占規制の思想にも合致すると考えられる。⁽⁹⁶⁾

第七款 条文の立法趣旨が重視された裁判例

前述では立法の目的、経緯や体系的整合性（以下では、総合して「立法趣旨」という）の観点から、条文の文面にとられない第三号法解釈の現代化を試みた。他方で、条文の文面よりも立法趣旨を重視した判例が実際に存在している。本項では公法と私法のカテゴリーに分けて幾つか挙げておきたい。

（一）公法関係

（i）鳥獣保護法

鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律（以下、「鳥獣保護法」という）において狩猟鳥獣以外の鳥獣の捕獲が禁止されている。しかし、「捕獲」という法的要件の解釈を巡って争われていた歴史がある（そのため、大幅な改正を経た現行法の条文においては「捕獲」の法的意味が明確にされている）。

旧鳥獣保護法第一条の四第一項が「狩猟鳥獣以外の鳥獣は其の捕獲（殺傷を含む以下同じ）を為すことを得ず」こと

を定めており、同項で禁止されている「捕獲」という法的要件の該当性が争点となった裁判において、「被告人が発射した弾丸は二発とも狙った小鳥に命中せず該小鳥に実害を生ぜしめるに至らなかった」という経緯が「捕獲」に該当するかどうか問題となった。法的要件である「捕獲」の意味を、『禁止鳥獣を現実 に捕獲するか、若くは少なくとも同鳥獣を容易に捕捉しうる状態において同鳥獣が右状態においた者の実質的支配内に帰属するに至った』ことを意味する」と厳格に解釈した原判決に対し、高裁は「狭く解すべきではなく、……『鳥獣を実力支配内に入れたかどうかは問わない』ものと解釈すべきものである。仮に原判決の如き見解をとると……取締、検挙を著しく困難にし、鳥獣の保護蕃殖を図るべき法の目的を達成することができなくなる」と明らかなり「法律の目的、保護法益……等にかんがみ合理的又は合目的に解すべきものである。」「目的を実質的に阻害する……行為も本法にいう「捕獲」に該当するものと解すべきである。このように理解しない限り……鳥獣の保護蕃殖を図る本法の目的と全く相容れないこととなる……。」として、同法の立法趣旨を反映させる形で法解釈の変更を行った(福岡高判昭和四八年一月二十九日高刑第二六卷五号五七八頁)。

右記判示の解釈論法は本稿における独占禁止法第二條第七項三号の法解釈にも当てはまると考えられる。即ち、当該事業者が過大な利益率を得ているかどうか等、文面の内容に限定して三号を狭く解釈すべきではない。仮に現行法三号の法的意義がその文面にとらわれると、独占的状态の成立を著しく困難にし、法の目的を達成することができなくなることは明らかである。独占的状态の成立は独占禁止法の目的、保護法益等に鑑み合理的又は合目的に解釈すべきものである。三号を競争の実質的制限の存在を示す規定と解釈しないかぎり、独占的状态の規制は独占禁止法の規制体系及び同法の目的と全く相容れないこととなる。したがって、三号の法的意義を独占禁止法規制体系の整合性及び目的に照らして法解釈すべきと考えられる。

他方で、鳥獣保護法における「捕獲」要件の法解釈について、その後の複数の最高裁でも基本的に前述同様、立法趣

旨の達成を重視した法解釈が採られている。その中でも特に注目されたいのは、昭和五三年の銃を据えただけで（「捕獲」行為が行われなくても）違法とした判示である。旧鳥獣保護法第一五条が「爆発物、劇薬、毒薬、据銃又は危険なる罟若は陷阱を使用して鳥獣の捕獲を為すことを得ず」と定めており、同条文面から理解できるように、前段の「据銃……を使用して」と後段の「鳥獣の捕獲」がセットの違法要件であった。しかし、最高裁は同法第一五条の趣旨を「その手段において人畜に危険の及ぶおそれの高度な猟法を禁止したものである」ことを明らかにした上で、「被告人が本件据銃をしたこと自体によって同条違反の罪が成立する」と判示した（最三昭和五三年二月三日刑集第三二卷一号二三頁）。即ち、同条後段の「鳥獣の捕獲」という要件の成立如何を議論するまでもなく、「据銃をしたこと自体」だけでも同条を適用しうるという解釈を示したことができる。

右記の論法を独占禁止法第二条第七項三号に当てはめると、次のような法解釈を展開することも可能となる。第二条第七項三号の法的意義が競争の実質的制限の徴表を定めた点にあり、所謂「独占的狀態」（第七項全体）とは、本質的に高度な競争の実質的制限であるため、同項の柱書と一号、二号を総合して既に高度な競争の実質的制限が明白な場合においては、独占的狀態の成立には、三号の立証が必ずしも必要ではなくなるという解釈法もありうる（他方で、管理競争が著しく制限されていなければ、規制緩和後もJASRACが九八％シェアを維持してきたこと自体は考えられにくいであろう）。

（ii）刑法

過失往來危険に関する刑法第一二九条は「過失により、汽車、電車若しくは艦船の往來の危険を生じさせ、又は汽車若しくは電車を転覆させ、若しくは破壊し、若しくは艦船を転覆させ、沈没させ、若しくは破壊した者は、三十万円以

下の罰金に処する」と規定している。同条を文面に基づいて嚴格に適用しようとする、その適用範囲は「汽車、電車若しくは艦船」に関する危険に限られることとなる。ところが、ガソリンカーに対する同条の適用が争われた列車転覆破壊事件において、大審院は「規定ヲ設ケタル所以ノモノハ交通機関ニ依ル交通往来ノ安全ヲ維持スルカ為メ之力妨害ト為ルヘキ行為ヲ禁シ以テ危害ノ發生ヲ除外スル理由ナキノミナス右兩者ハ単ニ其ノ動力ノ種類ヲ異ニスル点ニ於イテ重ナル差異アルニ過キス」とし、立法趣旨を重視してガソリンカーにも同条を適用できると判示した（大判昭和十五年八月二二日刑集（大刑集）第一九卷五四〇頁）。

旧刑法三六六条は「人ノ所有物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ノ罪ト為シ」と規定していた。所謂「所有物」とは「もの」、即ち有体物とされて⁽⁹⁷⁾いて、有体物以外の窃盜に関して旧刑法では想定されていなかった。そのため、嚴格に有体物に限定して条文を適用すると、例えば無体物である電気は有体物の「所有物」には属しないという概念であるため、電気の窃取には同条を適用しえないこととなる。しかしその後、電流の奪取事件が実際に発生し、大審院は同条を適用するために、電流は有体物には該当しないが「可動性及ヒ管理可能性ノ有無ヲ以テ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ト否ラサル物トヲ区別スル唯一ノ標準トナスヘキ」という、条文の文面に拘らない、新たな法解釈を提示した（大判明治三十六年五月二一日刑録第九輯八七四頁）。本件を受け、その後施行された刑法の第二四五条では「電気は、財物とみなす」という明確な規定が新設され、電気窃盜に対する立法的解決が図られた（他方でしかし、「電気は、財物とみなす」という条文についても、専ら電気のみに関する規定という見解がある一方、電気のみの特種な規定ではなく、「注意的な規定にすぎない」即ち例示的規定という見解もあり、解釈が分かれている（勿論、同条の解釈次第で犯罪の成立範囲が異なることになる⁽⁹⁸⁾））。

（二）私法関係

（i）利息制限法

他方で私法分野においても、条文の文面よりも立法趣旨を重視した実例がある。例えば、（旧）利息制限法の第一条第二項と第四条第二項は、債務者が法定の上限を超過した利息を任意に支払ったとき「その返還を請求することができない」と定めていたため、裁判所は従来、超過の利息を「債務者がそれを任意に支払ったときは、その後において、その契約の無効を主張し、既にした給付の返還を請求することができないものであることは、右各法条の各二項によって明らかであるばかりでなく、結果において返還を受けたと同一の経済的利益を生ずるような、残存元本への充当も許されない」というように、第一条第二項と第四条第二項を文面通りに厳格に適用していた（最大判昭和三七年六月一三日民集第一六卷七号一三四〇頁）。

ところが、その後、このような文理解釈が立法趣旨に反するとの声に動かされ、最高裁は「本法一条、四条の各二項は、債務者において超過部分を任意に支払ったときは、その返還を請求することができない旨規定しているが、それは、制限超過の利息、損害金を支払った債務者に対し裁判所がその返還につき積極的に助力を与えないとした趣旨と解する」「債務者が任意に支払った制限超過部分は残存元本に充当されるものと解することは、経済的弱者の地位にある債務者の保護を主たる目的とする本法の立法趣旨に合致する」として従来の文理解釈を変更した（最大判昭和三九年一月一八日民集第一八卷九号一八六八頁）（他方で、利息制限法においては目的規定が置かれておらず、経済的弱者の保護といった立法趣旨が条文に明記されているわけではない）。

それから四年後、（旧）利息制限法の第一条第二項と第四条第二項の解釈は更に大きく変更された。「利息制限法一条、四条の各二項は、債務者が同法所定の利率をこえて利息・損害金を任意に支払ったときは、その超過部分の返還を請求

することができない旨規定するが」「その制限超過部分を元本に充当すると、計算上元本が完済となったとき、……不当利得の返還を請求することができるものと解するのが相当である」(最大判昭和四三年一月一三日民集第二二卷一 二五二六頁)。この最高裁の解釈変更により、「超過部分を任意に支払ったときは……その返還を請求することができない」とする(旧)利息制限法の第一条第二項と第四条第二項の法的意味が事実上、否定されたため、結局同二項は平成一八年の法改正において削除された。

右記(旧)利息制限法の第一条第二項と第四条第二項に関する最高裁判示の変遷から理解できるように、社会の認識や要請の変化に伴い、既存条文の文面に依拠すると、立法趣旨の実現が困難となった場合には、法解釈による立法趣旨の反映が必要とされる場合がある。

(ii) 著作権法

著作権法第二条第一項六号は「レコード製作者」という概念を「レコードに固定されている音を最初に固定した者という」と定義している。しかし、このように字面どおりに当てはめると、おそらく「最初に固定した者」はエンジニア等、依頼を受けてスタジオで実際に製作作業を行う者に限られてしまうことになり、製作費用の出資者(レコード会社や音楽出版者等)が莫大な費用を負担したのに原盤権を取得できなかったり、又は製作費用の負担割合が原盤権の保有率に反映されなかったりするような弊害をもたらす。

そのため、裁判所は著作隣接権の享有にはいかなる方式の履行をも要しない(著作権法第八九条第五項)という観点から、「レコードに入っている音を初めて蓄音機用音盤、録音テープその他の物に固定した者、すなわち、レコードの原盤の制作者を指すものと解される」が、「物理的な録音行為の従事者ではなく、自己の計算と責任において録音する者、

通常は、原盤制作時における費用の負担者がこれに該当するといふべき」とする解釈を示している（東京地判平成一九年一月一九日判時二〇〇三号一一一頁）。

このように、条文の機械的な適用による弊害を防ぐためにも、権利者の保護という本来の立法趣旨を反映する法解釈は重要となってくる。

右記の検討から理解できるように、本稿の立法趣旨を反映する法解釈の試みは、ほかの法分野においても行われてきた作業であり、このような法解釈は合理的な範囲内で行われるものであれば、許容されるべきと考えられる。

そこで、第二条第七項三号が徴表の例示を通じて競争の実質的制限を捉える条文として解釈すべきという本稿の結論を踏まえ、次款では音楽著作権の管理競争が実質的に制限されている状態にあるかを検討することとする。

第八款 第三号要件の成立

第二条第七項三号を本質的に競争の実質的制限を表している例示規定とすれば、前述で既に検討したように同項第一号と第二号要件が既に充たされているため、競争が実質的に制限されている状態も実際に生じていることを説明できるとなると、音楽著作権管理事業分野における独占的状态が論理上成立することとなる。

競争の実質的制限とは「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができ、形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう」とされている（東宝スバル事件、東京高判昭和二六年九月一九日高民集四卷一四号四九七頁）。同判示は最高裁によっても支持されている（「市場が有する競争機能を損なうこと

……事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解される」多摩談合事件、平成二四年二月二〇日民集第六六巻二号七九六頁。

右記判示における「価格、品質、数量」は左右される対象の例示であり、現行法三号の内容が右記「価格」に関係していると考えられる。「その他各般の条件を左右する」という判示から理解できるように、価格以外の取引条件も支配される対象になりうるので、三号の文面を競争の實質的制限の徴表を表す例示規定と法解釈すれば、取引条件を含む「その他各般の条件」を自由に左右することも、徴表に含まれると考えられる。

他方で公正取引委員会の改正試案における三号本来の文脈も、競争の實質的制限を「作為的な価格形成や独占利潤の存否等」から判断するとされていたことから、「……等」の中に「各般の条件を左右する」ことも含まれると考えられ、上記判示と整合している。

音楽著作権管理事業における競争的管理政策とは、「多数の著作者から委託を受け著作権管理を行う団体……の活動は著作者の利益に大きな影響を与えることとなる。また、利用者にとっても当該団体は優越的な地位を有していることが多いので」⁽¹⁰⁾「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、⁽¹¹⁾「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」⁽¹²⁾ことである。

「著作権管理の方法」の選択も「著作権管理団体」の選択も結局のところ、右記判示における「その他各般の条件」の選択に繋がるので、實質的に「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択できる」かどうかを考察することにより、「その他各般の条件」が支配されているかどうかという徴表を捉えることができると考えられる。現状として、JASRACが九八%の楽曲を管理しており、全国各地で行われている社交場演奏やフィットネスクラブ等での楽曲利用のようにJASRACだけが管理できない支分権・利用形態が多く、各支分権・利用形態の管理能

力の面においてもJASRACが他社を圧倒しているため、音楽著作権の管理をすべて一つの管理団体に任せたい場合は実質的に「著作権管理団体」の選択肢はJASRACに限られてくる。したがって、音楽著作権管理事業分野における「その他各般の条件」について、JASRACがその意思で、「ある程度自由に」左右するというよりも、むしろその意思で、「自由に」左右することができる（それにより市場を支配している）と考えられる。

具体例を幾つか挙げておく。

（一）過去と将来の全楽曲管理

音楽著作者とJASRAC間の管理契約において原則として、著作者は、その有する全ての著作権及び将来取得する全ての著作権をJASRACに移転することになっている。⁽¹⁰⁾ある時期まで創作した楽曲をJASRACに、将来、創作した楽曲を新規管理事業者に委託するというような取引条件の選択ができない状況は結局、JASRACというプラットフォームによるロックイン効果の増強に繋がっている。このような管理方法（取引条件）は排他的条件付取引に該当するかどうか、更にJASRACのシェアを考えると、私的独占の「排除」行為に該当するかどうかは、一つの論点としてありうる。⁽¹¹⁾

（二）管理形態選択上の制約

「演奏権等」という大きな管理カテゴリーの管理条件を更に細分化すべきという要望が従来からある。なぜなら、例えばアーティストは自己の創作楽曲で大型のコンサートを開く場合において、所属のプロダクション等を通じて管理することも、或いはコンサートプロモーターズ協会（ACPC）のような既存のコンサート管理団体を通じて管理することも可能だからである。それにより多額の管理手数料（二〇一六年六月分配期から二〇一七年三月分配期までの管理手数料

料の実施料率は二五%と非常に高い)を引かれずに済むので収益が高くなる。

しかし、JASRACは自己管理しやすい項目(例えば全国の主要イベント会場で開催されるコンサート)と管理しにくい項目(例えば各地のフィットネスクラブでの楽曲使用)をすべて「演奏権等」という一つのカテゴリーにしており、権利者側の声に耳を傾けようとしないため、権利者側はJASRACが設定した取引条件を受けざるをえない⁽¹⁶⁾。

(三) 硬直化した管理方法

著作権管理事業分野が規制緩和され、競争的管理方式への政策転換が成されたのは、独占的管理体制のもとでは、著作権管理方法や条件の設定が著しく硬直化しており、加速する音楽の新たな利用形態やビジネスモデルの出現に対応できない状況が明らかになり、音楽著作権者の利益を十分に保障し、日本の音楽産業を持続的に発展させるためである。しかし、競争的方式への政策転換にもかかわらず、JASRACの独占状態が事実上続いているため、規制緩和以後も、音楽ビジネスの進化や多様化を妨げるような硬直化した管理方法は問題となっていた⁽¹⁶⁾。ここでは、委嘱作品の管理方法(使用料の免除)を例に紹介する。

広告代理店や音楽プロダクションが(JASRACに入会している)アーティストにCM音楽を依頼して創作された音楽作品は、委嘱作品としてCMに関わる一定範囲内の利用において著作権使用料の免除を受けられる。具体的に言うと、JASRACは二通りの免除措置を設けている。①当該CM音楽の放送権譲渡…「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物の放送権を、当該依頼者である広告主に譲渡する」、②当該CM音楽管理の留保又は制限…「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物について、当該依頼者である広告主に対し、その依頼目的として掲げられた一定の範囲の使用を認める⁽¹⁷⁾」。

しかし、右記①の放送権譲渡については同措置の適用を受けたCM音楽の放送権がJASRACではなく、広告主に帰属することになるため、放送使用料を支払う必要がない反面、広告主以外の者（放送局やレコード会社等）が当該CM音楽を放送利用するには逐一広告主に許諾を求めなければならなくなり、逆にアーティストのプロモート活動の支障となる等の理由から、実際には同措置の適用を受けるCM楽曲はほとんどないのが実情とされている⁽¹⁰⁾。言い換えると、JASRACが設けた前記措置の内、実際に利用されているのはほとんど②の当該CM音楽管理の留保又は制限のみである。しかし、それにも大きな制約を受けている。

「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物について、当該依頼者である広告主に対し、その依頼目的として掲げられた一定の範囲の使用を認める」の「一定の範囲」は、コマースシャルの放送録音や放送等数種類のメディアに限られているため、例えば広告主のウェブサイト上でCM音楽を流したり、CM音楽を広告キャンペーンの一環（景品等）として顧客の携帯電話に送信したりする場合は著作権使用料の免除を受けることはできない。広告主の中にはアーティストに委嘱料を支払ったのに、CM音楽を無償で利用できる範囲が制限されていることに不満を持つ者が少なくない。また、これらの制限は、音楽著作権ビジネスの展開にとって、非常に重要なタイアップ企画を妨げることもなる。そのため、広告代理店や音プロはこのようなJASRACの硬直的な免除条件を避けるため、JASRACの非会員アーティストをできるだけ起用する傾向がある。その結果、CM音楽を中心に活動するアーティストがJASRACに入会することを躊躇することになり、JASRACが設けたこのような免除条件は果たして音楽産業の発展に資するものと言えるか大いに疑問である⁽¹¹⁾。

なお、既述のJASRAC事件も元を正せば、JASRACがタイアップを十分に対応できる管理方法を設けておらず、楽曲の利用自由を制限されていることに不満を有していたエイベックス・グループが、e-Licenseに一部の音楽著作権の

管理を委託したことに端を発したものであった。

タイアップやメディアが多様化している現代において、広告メディアによって使用料免除の条件と範囲に大きな制約をかけることができるのも、JASRACが「その意思は、……自由に……その他各般の条件を左右する」ことができるからと考えられる。

(四) 多重な費用条件

新規事業者よりも高い管理手数料を既に徴収しているのに、JASRACは信託契約申込金（著作者が二万七千円、音楽出版者が八万一千円）の支払いを管理契約締結の前提条件としている。また、権利者は会員となるためには（待遇が異なる）、更に入会金（著作者が二万五千元、音楽出版者が七万五千元）＋年会費（初年度会費は著作者が四千元、音楽出版者が二万円）を支払わなければならないという取引条件を呑まなければならない。しかし、「既に著作権使用料の徴収分配から手数料を取っているのに、何故文化事業のためと称して会費を徴収できるのかの理屈が通らない」という意見が実際にある^(四)。

(五) 使用条件の設定における支配力

右記は権利者側の視点からの事例であったが、次は楽曲の利用者側に焦点を当てる。

楽曲の使用条件（価格そのものだけでなく、使用形態や算定方法も含まれる）はJASRACが権利者側に代わって利用者側と協議するというプロセスを経て文化庁への届出という形で決定される（著作権等管理事業法第二三条は「利用者又はその団体からあらかじめ意見を聴取するように努めなければならない」と定めている）。しかし、実際には「こ

の義務は、著作権等管理事業者の努力義務にとどまることから、利用者又は利用者団体が到底合意できない内容の使用料規定でも、意見聴取の努力だけ行えば、使用料規定として届け出ることが可能となっている」、「利用者は恣意的に決められた使用料の条件を飲まざるを得ない状況になっていることは問題である」という声がある⁽¹⁹⁾。

一義的に権利者側の代表と言えるJASRACが、権利者側の収益を増大させるインセンティブが高い（権利者側の収益増がJASRAC自身の収益増にも繋がる）ため、楽曲使用条件の設定において権利者側の利益を優先させがちというJASRACの行動特性には批判しがたい側面がある。ただ、（表面上、協議が成立したとしても）利用者側に不満を残すような条件設定、或いは単に業務の簡便性から管理事業者の都合を優先させるような条件設定は長期的に、利用者市場の委縮をもたらし、それにより権利者側の利益を損なうおそれがあるので、「指定著作権等管理事業者」であるJASRACは、より謙虚な協議姿勢が求められる。

（六）管理能力の面におけるJASRACが唯一の選択肢

右記では、それぞれ権利者側と利用者側の観点から、音楽著作権管理の方法や条件におけるJASRACの市場支配力を象徴する事例を紹介した。他方で、音楽著作権管理事業分野の全体を俯瞰すると、権利者側がすべての支分権・利用形態を一括して信託管理しようとする場合、また利用者側が一つの契約をもって、できるだけ多くの楽曲を利用しようとする場合の選択肢は、JASRACに限られてくるのが現状である。権利者側と利用者側の双方にとって、「著作権管理団体」を選択しようとしても事実上選択の余地がなく、少なくとも選択肢が著しく制限されている状況にあると言える。

既述のように第二条第七項三号は、競争の実質的制限を示す条文として解釈されるべきである。「その意思で、……

自由に……他各般の条件を左右することができる」ことも、競争の実質的制限を捉える徴表である。

音楽著作権管理事業における競争的管理政策は、「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」方式への転換を目指している。「管理の方法」の選択も「管理団体」の選択も結局のところ、上記判示における「各般の条件」の選択に繋がるので、それらを自由に選択できるかどうかを考察することにより、「各般の条件」がJASRACに支配されているかどうかという徴表を捉えることができる。

本款で取り上げた幾つかの具体例（紙幅の関係で一部のみ取り上げたが、実例はほかにもある⁽¹³⁾）から理解できるように、「管理の方法」の選択も「管理団体」の選択も事実上制限されているため、「その他各般の条件」は、「著作者が自らの意思」よりは、むしろJASRACが「その意思で、……自由に……左右することができる」状態である。音楽著作権の管理競争が実質的に制限されており、第二条第七項三号が充たされていると考えられる。

小括

前述のように音楽著作権の管理競争が実質的に制限されており（第二条第七項の三号が充たされている）、同時に柱書及び第一号、第二号の要件も充たされていることから、同事業分野における競争の実質的制限が私的独占等における競争の実質的制限よりも強固で程度の高いものとなっており、JASRACの独占状態が第二条第七項で定められている独占的状态に該当する可能性が極めて高いと考えられる。

他方で、仮に独占的状态が成立するとしても、果たしてそれに対する有効な競争創出措置が考案されるかという問

題に直面する。即ち、独占禁止法第八条の四に基づく競争回復措置の検討が必要となる。この問題も含めて次章で検討する。

資料編

【資料一】独占的状態規制による有力事業者の意識や行動への影響

独占的状態の規制は複数の寡占事業者の企業行動に大きな影響を与えた。紙幅の関係で本稿ではキリンビールに対する影響を事例として取り上げる。

「何としても企業分割を避けることを最優先して考えていく」⁽¹⁴⁾等、独占・寡占事業者は企業分割規定の存在を強く意識し制度の発動を恐れていた。その結果、第八条の四の発動こそ行われなかったものの、代わりに発動の要件を定めた第二条第七項は一定の抑制的効果を果たしてきたということができそうである。ここでキリンビールを例に紹介する。企業分割規定が立法されるまで、日本のビール市場はキリンビール（当時は「麒麟ビール」）をトップとする典型的なガリバー型高度寡占市場であった。一九五〇年代からの二〇数年間に、麒麟ビールの市場シェアは右肩上がりで三〇％から六〇％以上まで拡大していた。競争各社は様々な対策を打ち出しているにもかかわらず、麒麟ビールの独走を止めることができず、「理由がわからない麒麟の独走」と言われるほどの勢いであった。⁽¹⁵⁾なぜ消費者が麒麟ビールを選ぶかについてサッポロビールの調査によると、「消費者は、ビールの銘柄を自分で決めていないんだ」「みんな麒麟を飲んでいる」から、その成り行きに従って自分も麒麟を選んでいるからというものであった。⁽¹⁶⁾一九七三年、国税庁は「ビール問題研究会」で麒麟ビールの独走及びそれに伴うビール業界の寡占問題に対し調査と議論を行い、「麒麟のシェアは、このまま放置すると、七〇～八〇％に達し、著しい寡占の弊害も出てくる可能性が十分」あるという結論に達した。⁽¹⁷⁾他方

で、麒麟ビールに対抗できない業界他社が同調的値上げで利益を保つようになったため、ビール市場における管理価格問題が徐々に顕著になってきた。ところが、「ガリバー・キリンの変化の兆しは、思いがけない方向からやってきた」、即ち企業分割規定の導入であった。

同社は「ビール業界のトップメーカーである麒麟ビールは、……会社存亡の危機として公正取引委員会の独禁法改正試案に神経をピリピリさせている」、記者会見で当時の佐藤保三朗社長は「分割されたら最後……、物騒な論議だ」と心中を明かした一幕もあった。⁽¹⁸⁾法改正議論の中で、「分割論は企業の市場占拠率が一定水準に達したら、その企業を分割しようとするものであるから、当該企業は占有率が分割基準に至らないように自ずから競争を回避して占有率をコントロールする」というような動きも見られた。⁽¹⁹⁾例えば麒麟ビールは「当社としてもコップの中を独り占めにすることはよいと思っていない。今後もシェア拡大を自粛する態度を続ける」と表明。他方で「独禁法改正論議の高まりの中でわが社が企業分割の対象であるかのように論じられてきているが……分割規定は世界に例のないもので、到底受け入れられない」⁽²⁰⁾として、純粹構造規制の立法を「抽象的かつ観念的な仮説に基づく構造規制論議」と主張し、「ビール産業の寡占構造と当社の立場」と題する小冊子をまとめガリバー型寡占の良さを訴えるとともに、この小冊子を学者だけでなく、公正取引委員会や大蔵省、国会議員らに配布していた。⁽²¹⁾

のちに第八条の四の発動に様々な歯止めが付けられたため、一九七七年頃に入ると、独占的状态に対する企業分割規定について経済界から「実際には発動が難しいから、あの程度なら認めてもいいではないかという見方」があった。これに対し、佐藤保三朗社長は意味深長に次のように答えた。「結論からいうと、にがい薬をオブラートで包んで飲み易いようにしてあげるという感じがする。例えば、分割の対象となる『独占的状态』の要件として、新規参入が著しく困難だとか、標準を著しく超える率の利益を得ていることなどが挙げられているが、非常に抽象的で曖昧だ。法律の条文

が次第に拡大解釈され、いつの間にか一人歩きした例をたくさん見てきた」⁽¹²⁾。

企業分割への危惧は麒麟ビールの社史にも記されている。「石油危機にならんで当社に大きな影響を与えたのは、企業分割を含んだ独占禁止法改正問題であった。独占禁止法改正問題は実質的には政治・立法レベルの問題であり、個別企業の次元を超えたものである。しかし、企業分割論のように自由経済の根幹をゆるがしかねないドラスチックな理論が、狂乱物価が進行した大企業批判が渦巻く社会・経済情勢のなかにあつて法制化されようとする動きに対して、当社は強い危惧の念をもった。そこで当社は、すでにみたように、事態の推移を見守りながら慎重な経営活動を行っていたが、独占禁止法改正論が個別産業の実態・実績を踏まえて展開されることを願って、適時、当社の見解を公表していた」⁽¹³⁾。

このような企業分割に対する危惧は、表現の強弱はあるが、各独占・寡占事業者に共通するものであった。「対象となる業種、企業名がなまなく浮かび上がったため、『今にも自分のところは分割される』という現実的な不安」があるという⁽¹⁴⁾。しかし他方で、中小事業者や消費者団体が分割規定の導入に賛同する立場であった。例えば、「楽器業界では中小ピアノメーカーは大局的には大手の見方に同調しながらも、個別企業の立場では企業分割で競争条件が改善され、発展の機会が与えられることに期待を抱いている」⁽¹⁵⁾と表明したり、全国消費者団体連絡会等消費者六団体が「独占禁止法の強化改正実現を求めるシンポジウム」を開いたりする等大企業と中小事業者・消費者間の対立が一層鮮明となった⁽¹⁶⁾。

企業分割を回避するために、麒麟ビールは次のように事業方針を転換させた。

（一）ビール生産の量から質への方針転換

麒麟ビールは「企業分割の危機に直面した」ことから、「『量から質への転換』を打ち出してビールシェアの拡大抑制

策をとった⁽¹⁷⁾。特に指摘しておきたいのは、この方針転換は、戦後のビール市場に最も大きな構造変化をもたらした。方針転換の隙を突き、「時代の波」とともに、打倒キリンを掲げたサッポロ以下三社は、キリンの強大さを築き上げてきたラガービールにかわって、生ビールのうまさ強調。各社、競い合うような形で、ラガーとはちがう新しい生ビールの流れを演出⁽¹⁸⁾や「量から質への転換」「社会との調和」とする新経営方針を積極的に進めるようになった⁽¹⁹⁾。アルコールやカロリー控えめの新商品（麒麟ライトビール等）はこのときから発売されたものであったと言われる。

（二）多角経営への方針転換

企業分割の立法を受けて「業界サイドにも、これまでの『占有率万能』志向から脱皮し、経営の多角化などによって企業の活力を保ちながら占有率の肥大を迎えるという姿勢が迫られ⁽¹⁹⁾」た。

麒麟ビール社の社史の記述によると、「当社の独占⁽²⁰⁾に対する社会的批判という環境の中で、当社は、いっそう経営多角化に力を入れた⁽²¹⁾」。「設備投資を抑制し、ビールの広告を自粛しながら、品質本位に徹することで企業体としての質的向上を目指し……高濃度ビール『マインブロイ』を発売して総需要の拡大に努め⁽²²⁾」るとともに、「企業体としての成長維持を図り、多角化にも積極的に取り組んでいった。清涼飲料・洋酒事業の育成強化に努める一方、食品分野に進出していったのである（第一次多角化）。一九七六（昭和五二）年六月に小岩井農牧株式会社と共同で小岩井乳業株式会社を設立してチーズやバターなどの乳製品を全国販売し、また同年九月には長野トマト株式会社（現・株式会社ナガノトマト）と業務提携して「キリントマトジュース」を発売⁽²³⁾した」。

ここで特に指摘しておきたいのは麒麟ビールによる経営方針転換が、ビール市場内の構造変化をもたらしただけでなく、ほかのガリバー型高度寡占市場にも構造の変化を起こした。麒麟商品の新規参入によって、それらの寡占市場でも

ガリバー型の構造が解体され、活発な競争が繰り広げられるようになった。例えば、一九七五年頃のトマトジュース市場は「麒麟ビールが新規参入するまで、業界約二〇社のうち、カゴメとデルモンテが八五%を占める高度な寡占市場であった」。一九七六年、麒麟のトマトジュースが「新規参入したことは、販売戦線をかなり刺激するものであった」。麒麟得意の宣伝術と独自の戦略が「功を奏して着実に市場を拡大していた」⁽¹³⁾。また、チーズ・バターの乳製品市場も一九七六年一〇月一二日の麒麟参入まで、「雪印を頂点とする大手乳業メーカーの寡占市場」であった。麒麟社は「小岩井」をブランドに新規参入し高級品路線を取り、既存大手メーカーとの間に激しい攻防戦を繰り広げた。新商品の「バターに果肉を混合したミックスバターは、バター業界での草分け的な商品であり、かつ最も人気の高い製品」となった等、新規参入の麒麟は消費者のニーズに合わせた新製品を提供することにより確実にシェアを拡大し、デパートにおけるギフト分野では雪印に次ぐ業界第二位を獲得したのである。⁽¹⁴⁾

麒麟は更に勢いに乗り、一九八〇年代に入ると技術開発型事業分野（医療やアグリバイオ等のライフサイエンス分野）への進出も積極的に展開するようになった。

右記の歴史経緯について麒麟ビールは次のように振り返った。佐藤安弘社長はインタビュの中で「一九六七年には、麒麟のシェアが約六四%……独占禁止法の分割の対象として検討された」⁽¹⁵⁾、同社相談役の本山英世氏は一九九八年のインタビュを受けた際に「六割を超えていた麒麟ビールのシェアは、企業分割の話も出ていた社側が当時、拡大を自認していた」⁽¹⁶⁾。「しばらくは他社製品の急増を黙認していた」。

麒麟ビールの事業方針転換は立法時に想定された法的役割とすべきか、それとも想定外の「副作用」とすべきか賛否両論がありそうである。ただし、結果的にはビール市場だけでなく、ほかの寡占市場にも競争を拡大させたことは事実である。実際に、企業分割規定の影響を受けた事業者は麒麟ビールだけではない。立法時から現在まで第八条の四の適

用こそなかったものの、代わりに第八条の四の適用要件を定めた第二条第七項は大企業の行動に一定の抑制効果を果たしてきたと言えそうである。

【資料二】 実際にあった狂乱物価に関する身近な事例

(一) 豆腐業界の狂乱物価

昭和四八年一月、朝日新聞を先頭に各新聞は争って「豆腐の暴騰」を報じた。それまでは一丁四〇、五〇円であった豆腐が「東京・月島に一丁七〇円の店が出現した」のに刺激された東京中の豆腐業者がこれに追隨して一斉に値上げに踏み切ったのである。豆腐の主原料が大豆であるため、豆腐の値上げは大豆の値上げによるものと推測されていた。実際に当時大豆の日本国内相場の動きを見ると、昭和四七年一〇月あたりまでは一貫して一俵あたり三、〇〇〇〜五、〇〇〇円程度であったものが、その頃から次第に上昇し一〇、〇〇〇円に近付いた。四八年一月には瞬間的に三〇、〇〇〇円に近い高値を更新した。すると、社会各界では輸入大豆を大量に取り扱う総合商社が大豆価格を操作し、間接的に豆腐の値上げを起こしたとする論調が強まった。例えば、昭和四八年二月一七日の社会党物価対策連絡会議が「大豆値上げは外国の大豆の価格急騰のためではなく、ユダヤ系商社と日本商社、問屋筋の大豆投機のため」との調査結果を発表。四月五日、公明党の黒柳議員が参院予算委員会で「大豆の輸入価格は、米国オハイオ産もので一トンあたり六三、八〇〇円程度だが、これが末端の豆腐屋さん等に渡るときは一三〇、〇〇〇円にもなっている。また中国産の安い大豆を勝手に米国産に見せかけ、高い価格で売っている疑いがある」と発言。他方で、豆腐の主原料は大豆ではあるが、当時一丁四〇、五〇円の豆腐の原価のうち大豆の価格が占める比例はわずか五円程度に過ぎなかったことがあまり知られていなかったようである。言い換えれば、大豆が値上がりしているとはいえ、豆腐の販売価格に対する影響はとても限

定的であった。豆腐業界による値上げ理由の説明は、当初「商社の買占めで大豆相場が高騰したので採算がとれなくなつたから」というものであつた。ところが、昭和四八年二月以降、大豆相場は急速に安くなり、高いときでも一五、〇〇円程度、安いときは七、〇〇〇円となつたが、一旦値上がりした豆腐代金はなかなか値下がりしなかつた。値下がない理由に関して、豆腐業界の説明は当初の「商社の買占めで大豆相場が高騰したので採算がとれなくなつたから」という口実を一転させ、「大豆相場だけではない。人件費その他の諸経費も高騰しているので」値下げはできないというふうに変化した。⁽¹⁰⁾

（二）洗剤業界の狂乱物価

豆腐業界だけでなく、洗剤業界にもパニックが起こつた。洗剤業界が「値上げのためにパニックを演出したのではないか」との疑いをかけられたのは、昭和四八年の二月一日と翌年の一月一日に大手二社が立て続けに値上げを実施したためである。当時、洗剤は大半の商品が独占禁止法の除外規程で再販価格維持協定を例外的に認められる商品になっているため、メーカーは出荷価格から小売店の最終価格まで単価を決め、販売価格が値下げされない仕組みを作つた。そのために前述した豆腐価格の暴騰に比べて「洗剤については、メーカー指導の下に二回の値上げが行われた」という、はつきりした形が残つたのである。実は洗剤についても大手のスーパー等は特別の契約条件等を工夫して安売り商品に仕立ていたので、実際にはまず安売りのものが店頭から姿を消し、次いで規格商品が品不足となり、次に姿を現したときには、引き上げられた新価格の品が出回る、という形になったのだが、消費者はこの経過を不審に感じた。当時の社会党、共産党をはじめ東京都、消費者団体等多くの組織、機関が値上げを企図したメーカーの生産、出荷調整を批判した。東京都は物価局を中心として、洗剤の需給実態に関する調査活動を行い、「洗剤不足が起きた第一の原因は業界等

による生産制限、出荷操作にあったのではないかと疑わざるをえない」という結論を出した。この結果は新聞によって「やはり演出されたパニック」という記事で報道され、これらの批判に論拠を与えることになった。⁽¹³⁸⁾

(三) 砂糖と塩業界の狂乱物価

狂乱物価で「商人」に対する警戒心を強めた消費者は、昭和四八年一月に入って価格が急騰し始めた砂糖も買いあさった。一三日には大阪のスーパ―やデパートで砂糖の売り切れが目立ち始め、一七日には東京都内でも砂糖騒ぎが發生し、店頭に三〇〇人も行列ができた。これに対し農林省は二二日、精糖メーカーに対し「十日間以内に東京、大阪で二六〇〇トンの砂糖を緊急放出するよう」要請した。この砂糖騒ぎの最中、一月一五日に四日市内のスーパ―に砂糖を買いに来ていた主婦が「塩は大丈夫か」と言い出したところ、店棚の食塩がたちまち売り切れてしまった。そして、一か月も経たないうちに、塩騒ぎによる塩不足は首都圏にまで飛び火した。⁽¹³⁹⁾

(四) 醤油業界の狂乱物価

塩騒ぎは塩を原材料とする食品類不足に対する不安を誘発、ついに一月一日には全国的に醤油のまとめ買いが發生した。当時の食糧庁は二二日、この事態に対して「醤油は在庫も十分、業者も値上げをしません」と呼びかけ、経済企画庁も「在庫は十分、出荷も円滑」と発表した。ところが、消費者の醤油不安は消えず、二八日には関西において激しいまとめ買いが行われ、市場は正にパニック状態となった。ところで、醤油騒ぎの背景に、またもほかの業界で起きている騒ぎと共通している理由があった。即ち、消費者の間には値上がりの不安が強かったのである。

昭和四八年一月、業界は原材料・放送材料費・運賃・人件費その他の諸経費の上昇を理由に二リットル瓶の小売価格

を約五〇円引き上げた。次いで同年九月、今度は大豆の国際価格高騰を吸収するためとして、同じく二リットル瓶で約六〇円の再値上げが行われた。僅か一〇か月間に二リットル瓶二八〇円の標準価格が三九〇円に値上がりした。消費者としては、一年たらずの間に二度の値上げで約四〇%支出増を迫られたことから、「年末年始の需要期、特に一月に入れば再び値上げがあるのではないか」との不安感を募らせていた。前述した昭和四八年一月二八日の関西における醤油のまとめ買い騒ぎが投げかけた波紋は大きかった。当時の食糧庁の要請でメーカーは出荷を増やし、関東地方の需要爆発はどうにか抑えたものの、関西地方の醤油不足は一二月に入って深刻さを増し、ついに一二月二三日、大阪、京都、滋賀、奈良、和歌山、兵庫の六府県で店頭から醤油が姿を消した。そして、状況が改善されたのは一週間後のことであつた。⁽¹⁴⁾

（未完）

- （1）根岸哲編『注釈独占禁止法』（土佐和生）二二六頁（有斐閣、二〇〇九）（以下、根岸編『注釈』（土佐）という）。
- （2）独占的状态に対する企業分割規定の存在自体による独占・寡占事業者の意識に対する影響について、筆者は『日本経済新聞』や業界専門誌、社史資料を検証材料に歴史的考察を行った。詳細は【資料一】を参照されたい。
- （3）他方で第二条第七項に基づく間接的自制効果が、果たして立法当初に意図されていた本来の法的役割なのかという疑問もある。その答えを求めるためにも立法経緯に対する考察が必要となる。
- （4）今村成和ほか編『注解経済法（上巻）』一五三頁（丹宗昭信）（青林書院、昭一九八五）（以下、今村ほか編『注解（上）』（丹宗）という）。
- （5）今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一四八―一四九頁。

- (6) 加藤二郎「独占的狀態」ジュリスト六五六号九九頁（一九七八）（以下加藤「独占的狀態」という）。
 - (7) 今村成和「独占禁止法（新版）」三三三頁（有斐閣、一九七八）（以下、今村『独禁法（新）』という）。
 - (8) 根岸編『注釈』（土佐）二二三頁。
 - (9) 今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五八頁。
 - (10) (イ) の「政令で定める業種」とは独占禁止施行令第二条によって明記されている。
「第二条 法第二条第七項第三号 イの政令で定める業種は、次の各号に掲げるものとする。一 農業、二 林業・狩猟業、三 漁業・水産養殖業、四 鉱業、五 建設業、六 製造業、七 卸売業・小売業、八 金融・保険業、九 不動産業、十 運輸・通信業、十一 電気・ガス・水道・熱供給業、十二 サービス業。」
 - (11) 「標準的な政令で定める種類の利益率」とは、独占禁止法施行令第三条で定められている利益率の算定方法で算出される利益率のことを指している。
「第三条 法第二条第七項第三号 イの政令で定める種類の利益率は、次に掲げる割合とする。一 資産の合計金額から負債の合計金額を控除して得た額に対する経常利益の額の割合 二 資産の合計金額に対する営業利益（前条第八号に掲げる業種にあつては、経常利益）の額の割合」。
 - (12) 根岸編『注釈』（土佐）二三四頁。今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五九頁。ただ、五〇%以上を上回るという説明は（イ）を充たす分かりやすい例示であり、それを下回る数値なら充たさないという意図ではないと思われる。
 - (13) 小林好宏「日本経済の寡占機構」二七頁（新評論、一九七一）。小宮隆太郎「日本における独占及び企業利潤」『リーディングス産業組織』二二九頁（日本経済新聞社、一九七〇）。
 - (14) 根岸編『注釈』（土佐）二三四―二三五頁。今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五九頁。
（イ）と（ロ）の立証作業は公正取引委員会にとつても容易なことではないので、むしろ同号に該当しないことの立証責任を当該事業者側におわせるべきという学説上の提案がある（今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五七頁。なお、第八条の四の但し書きについても、立証責任を転換して解釈すべきとする学説は今村ほか編『注解（上）』一五七頁〔丹宗〕四〇〇頁。根岸編『注釈』（土佐）一三七頁を参照）。
- しかし、立証責任を転換し、制度発動のハールドが軽減されるとしても、三号の不成立が事業者側に立証されると、結

局競争回復措置命令が執行されないということにおいては変わりがない。

- (15) 根岸編『注釈』一三三頁。
 - (16) 二〇〇八年ガイドライン改定時「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)及び二〇二二年ガイドライン改定時「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」(別紙二)。
 - (17) 二〇一〇年ガイドライン改定時「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)。
 - (18) 公正取引委員会の「累積生産集中度」「累積出荷集中度」に関する二〇一六年五月二八日の公表データを参照 (<https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/ruiseki/index.html> 二〇一六年一〇月二七日最終閲覧)。
 - (19) 二〇〇六年、二〇〇八年、二〇一〇年及び二〇一二年のガイドライン改定時における「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)。
 - (20) JASRAC二〇一六年定例記者会見資料「二〇一五年度JASRAC事業の概要」(二〇一六年五月二五日)の三頁を参照。
 - (21) マイクロソフト社は競争の過程で競争制限的な行動を行ったことがあるが、それらの競争制限的な行動(及び反競争的な影響)は察知されるたびに、違法行為として規制を受けていた。それでも、OS自体の高いネットワーク効果とロックイン効果を十分に発揮できた「Windows」が市場独占するようになった。この意味における「競争の結果」である。
 - (22) 国土交通省による日本航空からの申入れに対する回答「是正申入書兼開示請求書について」(二〇二三年一月五日)。
 - (23) 詳細の経緯は和田静夫委員の国会での発言を参照(七三三参一決算委員会閉四号一九七四年九月一日)されたい。ここでは発言の一部のみを紹介する。
- 和田静夫…「この問題との関連で私が想起するのは、先年の八幡製鉄と富士製鉄の超大型合併であります。この合併というのはやっぱり独禁政策の見地から見て多くの議論を呼びました。……巨大企業がいろいろな作戦を使って一たび合併を実現さえしてしまえば、以後はどんなことをやっても、独占的規制的行動を繰り返してもはや分割されるそんなおそれはない。これは独占禁止法体系上はなはだ片手落ちである」と私は考えますが、法体系の整備という点から見ましても、今日、何らかの形で企業分割規定を復活させるのが至当だと考えます。」
- (24) Sは市場構造(Structure)の略語…売り手や買い手の数、その規模分布、製品の差別化の程度、参入障壁の高さ、市場の競争条件を決める構造的な要素を指している。Cは市場行動(Conduct)の略語…市場に参加する経済主体特に事業者

のさまざまな行動を指しており、例えば価格政策、生産量決定、設備投資、研究開発更には企業間の提携や共謀などの行動も含む。Pは市場効果(Performance)略語・主として社会的厚生立場から見たその市場の成果を指すもので、生産や資源配分における効率性、技術進歩や経済成長等が中心となる。

SCCパラダイムは、市場構造Sが市場行動Cを決定し、更に市場行動Cが市場効果Pの如何を決定するという因果関係の存在を想定している。ハーバード学派の主張によると、ある市場の成果を改善するには、直接の原因である企業の行動を規制するだけでは十分ではない。そのような行動を可能としている市場構造そのものを変えなければならない。そこから、市場構造をできるだけ競争的に維持しようとする構造主義(structuralism)の理論が生まれた。

- (25) 一九七一年頃、米国では機械的分割論と呼ばれる法案の審議が行われていた。この法案は、①当該産業が年間販売額五億ドル以上の重要産業であること、②その産業上位四社集中度が安定して七〇%を超過していること、③当該企業の市場占拠率が安定して一五%を超えていることの三要件が満たされた場合、独占禁止法当局と連邦裁判所が当該企業に改善措置を取るための一年間の猶予期間を与えた後に企業分割命令を命じることができることを規定していた。村上政博『独占禁止法の日米比較政策・法制・運用の相違(中)』一〇三—一〇八頁(弘文堂、一九九二)。

他方で、一九七三年の英国では公正取引法が制定され、市場占拠率が四分の一以上を占める事業者が独占的状态にあるものとされ、主務大臣が弊害性や規制の必要性等について(独占・合併委員会に調査を付託することができる)判断し、国会の同意を得て企業の分割等を命じることができることとなった。江上勲『経済法・独占禁止法概論』六一—六二頁(税務経理協会、一九八一)。

のちに制定された日本の独占的状态の規制も規模、構造及び参入障壁を要件としている特徴はアメリカの分割法案に近似している。また、弊害の徴表等を考慮要素としている点は「弊害規制主義をとるイギリス法の中の、独占的状态に在る企業の分割規定に見出される」とされている。今村『独禁法(新)』二九九頁。

- (26) 立法時に公表された独占的状态ガイドラインと最新の独占的状态ガイドラインを比較すれば明らかである。昭和五〇年代の監視対象がすべて製造業だったのに対し、現在の監視対象には役務供給事業者の割合が半数も占めるようになっていた。
- (27) 例えば、ビール製造業における需給関係は主にビールとユーザー間の需給関係であり、発泡酒やビール風種類といった周辺商品(併せて「一定の商品」)も含まれるが、基本的には互換性があるため全体の需給関係が把握しやすいのである。

しかし、音楽著作権の場合は、コンサートでの生演奏とレコードの録音のように、多くの利用形態に互換性がなく、各利用形態の需給関係が大いに異なってくる。

(28) 即ち、法の解釈に際し、その法が現代の社会において有する目的に従って解釈されるべきという法解釈の学説。同説は日本では通説とされている。五十嵐清『法学入門（新版）』一五一頁（悠々社、二〇〇二）。

(29) 日本列島改造論で開発の候補地とされた地域では土地の買い占めが行われ、地価が急激に上昇した。この影響で物価が上昇してインフレが発生し、一九七三年春頃には物価高が社会問題化した。その矢先の一九七三年一〇月に勃発した第四次中東戦争をきっかけに起きたオイルショックは、物価と経済の混乱に決定的な打撃を与え、「狂乱物価」と呼ばれる様相を呈した。

(30) 【資料二】では、身近な日常生活品の事例を幾つか紹介している。

(31) 「経済心理」研究記者会編『狂乱物価の秘密』五六頁（ライフ社、昭和五十一年）（以下、記者会『狂乱物価』という）。狂乱物価が発生した原因については、ニクソンショックで日銀が多額の買い支えを行ったため貨幣供給量が過剰であったこと、列島改造で土地投機などが横行し地価が急騰していたこと、石油ショックに関連した便乗値上げが行われたことなどが原因として挙げられる。

(32) 丹宗昭信著『独占および寡占市場構造規制の法理』三六三頁（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）。

(33) 「硬直的価格の調査」は公正取引委員会が昭和三十八年度から既に始めていた。編集部「公取委の独禁法改正構想の概要」改正試案の骨子」の内容とその背景」公正取引二八七号一五頁（一九七四）（以下、公取編集部「独禁法改正構想」という）。また、『公正取引年次報告（昭和四十二年版）』一六頁（公正取引委員会、一九六八）も参照。

(34) 管理価格の対策を議論していた独占禁止懇話会第一六回から第一八回の会合内容を参照。

(35) 『公正取引年次報告（昭和四四年版）』（公正取引委員会、一九六九）二〇頁（以下、『公取年報』（一九六九）という）。

(36) 例えば、三社累積集中度と物価の変動頻度及び変動幅との関係において公正取引委員会が公表した分析結果は次のとおりである。三社累積集中度八〇％以上の二二業種では変動頻度一〇％未満のものが一三業種と過半数を占めている。集中度五〇％以上七〇％未満の業種では変動頻度三〇％未満のものが主で六六業種のうち四九業種に達している。これに対し

で集中度三〇%台の業種では変動頻度五〇%以上が二三業種中一一業種、集中度二〇%では変動頻度八〇%以上が一四業種中七業種、集中度二〇%未満では変動頻度八〇%以上が一〇業種中七業種となっている。右記データから、集中度が低いほど価格が激しく変動しているのに対し、集中度が高いほど価格が硬直化していることは明らかである。『公取年報』（一九六九）二二―二三頁。

(37) 公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三十年史』三〇六頁（大蔵省印刷局、一九七七）（以下、公取委『三十年史』という）。

(38) この特徴はピアノ産業等に見られた。例に言えば、同産業ではメーカーは二四社あったが、上位二社の集中度が九〇%を超えているうえ、首位の日本楽器製造社と二位の河合楽器製作所との市場占拠率の格差が極めて大きく、典型的なガリバー型寡占市場であった。新規参入については、上位二社によって流通の系列化と製品差別化が行われていること、アフターサービス網が確立されていること等により、極めて困難の状況にあった。公取委『三十年史』三〇〇頁。販売価格の動向と言うと、昭和三〇年代には各社とも価格改定をほとんど行っていないが、四〇年代に入ると各社とも三―四回の価格変更を行ったが、そのうち物品税改定の一を除いてそのほかは何れもモデルチェンジに伴う品質の向上、コストアップ等を理由にした値上げであった。昭和三五年から昭和四五年間までの価格変動を見ても、集中度九〇%を超える上位二社は縦型についてそれぞれ二七・五%と二二・一%、平型についてそれぞれ三二・一と一七・二%も値上げしている。

公取委『三十年史』三〇〇―三〇一頁。『公正取引年次報告（昭和四七年版）』（公正取引委員会、一九七二）二〇頁―二一頁（以下、『公取年報』（一九七二）という）。ピアノの価格形成の実態を見ると、幾つかの特徴が見受けられる。

その一つは「値上げは必ずモデルチェンジによる新製品の価格を従来品の価格よりも高く定めるという形で行われることである」。その二は「価格決定の仕方には、コスト＋目標利潤の確保の姿勢が強く見られることである」。公正取引委員会事務局編『管理価格（二）』七三頁（公正取引委員会事務局、一九七二）（以下、公取委『管理価格』という）。『公取年報』（一九七二）一三三頁。

特に二位をも大きく引き離して圧倒的な市場占拠率を持つ首位の日本楽器製造社は昭和四〇年から昭和四五年までの収益動向を見ると、使用総資本収益率（税引後）では「各期とも一〇%前後の高水準で安定的に推移しており、しかも最近は上昇傾向を示している。」なお、売上高営業率は製造業平均が八・六%であるのに対し九・七三%、売上高純利益率では

製造業平均が三・七三%であるのに対して五・八二%となっている。右記のようにピアノ価格は「モデルチェンジによる品質向上、コストアップ等を理由に値上げが繰り返されるようになり、下方硬直的傾向が著しい。このような価格推移は……何よりも首位メーカーの価格政策とそれを実現できる市場支配的地位によってもたらされている面が大きいと考えられる。

即ち、首位メーカーは、コスト+目標利潤の価格政策をとっていると見られ、三〇年代においては価格据え置きのままで安定的な高収益を確保してきたが、コストが上昇しはじめた（製造原価の九%の上昇率に対し、販売費・一般管理費は更に、二六・四%と高く上昇。公取委『管理価格』七五頁。『公取年報』（一九七二）一四頁。四〇年代には値上げを繰り返して目標利潤の維持を図ってきた。このようなピアノ産業における価格形成に影響を与えている主な要因として、同産業は上位二社による寡占体制が確立しているうえ、首位メーカーが生産量と国内販売量とも六五%前後の高いシェアを有していること、新規参入するための販売網の確立が容易でなく、更に消費者のブランド選考が強いこと等が挙げられる。そのため、上位二社に比較しても遜色のない大企業がブランドメーカーとして新規参入したが、何れも数年後に退出するか、或いはシェアを獲得できない状況。ピアノ市場では、新規参入が首位メーカーの支配的地位にほとんど影響を与えない高度寡占市場となっている。公取委『管理価格』七九頁。『公取年報』（一九七二）一二二八頁。データ諸表は公取委『管理価格』八一―一〇一頁を参照。

(39) 同調的な値上げはビール産業等に見られた。ビール産業を例に言えば、昭和四〇年代に入ると、ビールが値上げされる場合には、決まって一社が値上げを発表すると他の三社がそれに追従して次々と値上げするのが慣行となっていた。昭和四〇年の市場シェアはキリン社四七・六%、サッポロ社二五・二%、朝日二三・三%と大きな格差が生じ、昭和四五年にはキリン社が過半数の五五・四%を占め、サッポロ社二三%、朝日一七・二%とシェアの格差が一段と拡大し、キリン社が圧倒的優位を占めるに至った。公取委『管理価格』九頁。

昭和四〇年から昭和四五年まで五年間だけでも各メーカーの一斉値上げが四回もあった。昭和四〇年一〇月の値上げは二七日に朝日とサッポロ、二八日にキリンとサントリー、二九日に宝酒造がそれぞれ実施し、四三年五月の酒税増税による値上げは各メーカー同時に実施し、同年九月の値上げは九日にサッポロ、一〇日に朝日、一二日にキリンとサントリーがそれぞれ実施し、四五年一〇月の値上げは九日に朝日、一五日にサッポロ、一七日にサントリー、二四日にキリンがそ

れぞれ実施した。そのため、公正取引委員会は「朝日ビールの一〇円値上げに関して、他のメーカーは追隨して値上げすべきではない。特に五割以上の市場を占拠しているキリンビールは社会的責任を自覺して価格据え置きに努力してほしい」と異例の要請を発したことがある。「公取、キリンに要請 社会的責任（シェア五割以上） 自覺を」『読売新聞』（昭和四五年一〇月一五日）報道を参照。

ただ、当時では公正取引委員会には要請以外の打つ手がなかった。「このように、ビール業界が価格変更について協調的行動をとっているのは、メーカーが実質上四社に限られており、しかもシェアの過半を占めているキリンが競争による拡大よりも安定による利益確保を指向した経営政策をとっていること、……価格競争を避ける体質が業界内に醸成されてきていること」であると考えられる。公取委『管理価格』二二頁。

(40) 公取委『三十年史』二九六頁。

(41) 公取委『三十年史』二九五頁。

(42) 正田彬著『全訂独占禁止法（Ⅰ）』六二一六三頁（日本評論社、一九八〇）（以下、正田『全訂独占禁止法（Ⅰ）』という）。

(43) 公取委『三十年史』二九五頁。

(44) 公取委『三十年史』三〇二頁。「管理価格、止め切れぬ」『毎日新聞』（昭和四四年四月一六日）。

(45) 公取委『三十年史』三〇八頁。旧第八条一項は、「不当な事業能力の較差があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、営業施設の譲渡その他その較差を排除するために必要な措置を命ずることができ」と定めていた。

(46) 馬川千里『企業競争のルール―新独占禁止法解説―』六三頁（日本工業新聞社、昭和五四年）（以下、馬川『競争のルール』という）。

(47) 丹宗『構造規制の法理』三六四頁。

(48) 正田『全訂独占禁止法（Ⅰ）』六六頁。

(49) 丹宗『構造規制の法理』三六四頁。

(50) 丹宗『構造規制の法理』三六三頁。

(51) 日本放送出版協会編『日本の消費者運動』二四七頁（日本放送出版協会、一九八〇）。

- (52) 二宮文造「質問主意書（第七三回国会）」一九七四年七月三十一日。
 - (53) 公取委「三十年史」二九五頁を参照。
 - (54) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七三―参―決算委員会閉四号一九七四年九月二一日）。
 - (55) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七三―参―商工委員会閉一号一九七四年九月一八日）。
 - (56) 「競争が実質的に抑圧されていること」は、改正試案公表までの中間報告では「企業の業績あるいは市場行動の面で、競争政策上具体的な弊害」と文言表現されていた。
 - (57) 公取委「三十年史」三二六頁。菊池兵吾「独禁法改正をめぐる問題」公正取引二八九号四頁（一九七四）（以下、菊池「独禁法改正」という）。
 - (58) 金沢良雄ほか「独占禁止法改正の意義と今後の運用に望む点」公正取引別冊一〇四頁（一九七八）（以下、金沢ほか「改正の意義と運用」という）。
 - (59) 金沢ほか「改正の意義と運用」一〇六頁。
 - (60) 金沢ほか「改正の意義と運用」一〇三頁。
 - (61) 価格等が少数の事業者者に支配され、新規参入も期待できないような「競争が実質的に抑圧されている」市場で、支配的地位にある事業者の価格設定や利益率が高い現象は現代の独占・寡占市場においても実際に確認されている。
- 例えば、二〇一一年の原子力発電の在り方に関する議論の再燃をきっかけに、参入規制が敷かれてきた電力事業に潜む様々な問題点、特に過大な利益率が高けりとなり、再び電力会社に対する企業分割の論議が俎上に載せられた。発送電分離が既に行われていた欧米に比べて、今になってこのような議論をすることはやや遅きに失する感はあるが、公的保護を受けてきた独占事業者を分割することによって競争を創出することの重要性に対する認識が改めて喚起されたという点で評価すべき動きである。
- 東京電力の電気料金算定のもとになる見積もりが過去二〇年間で実際にかかっていた費用より約六千億円も高く設定されていたことが政府の「東京電力に関する経営・財務調査委員会」の調査で明らかにされた（「電気料金原価、六千億円高く見積もり 東電、一〇年間で」朝日新聞電子版（asahi.com）二〇一一年九月二九日）。更に、総括原価にはオール電化関連広告費、寄付金などの諸費、福利厚生費、各種団体への拠出金等本来の業務とは直接に関係のない費用も含まれていた

ため「東電原価六一八六億円過大：第三者委報告書案」読売新聞電子版（YOMIURI ONLINE）二〇一一年九月三〇日）、その分更に電気料金も高く設定されていたことになる。調査委員会の報告書案は「そもそも届出時の原価が適正ではなかった」「高コスト構造にある」「料金原価が更に引き下げることが可能」との見解を示した（過去十年電気代取りすぎか東電原価六〇〇〇億円過大」朝日新聞朝刊二〇一一年九月二十九日）。

消費者庁が実施する公共料金の内外価格差調査（一〇年度）によると、東京電力の電気料金を一とした場合の海外の電気料金は、米国〇・六四、イギリス〇・七五、フランス〇・六六という（「電気料金…地域独占で競争原理働かず」毎日新聞電子版二〇一一年一〇月三〇日）。

(62) 独占禁止政策懇談会有志「独占禁止法改正についての提言」公正取引二九二号四三頁（一九七五）（以下、懇談会有志「提言」という）。

(63) 公取委『三十年史』三三二頁。資料「大詰めを迎えた独禁法改正―三月五日、政府素案を発表」公正取引二九三号四四頁（一九七五）。

(64) 鶴田俊正公述人の発言（七五一衆―予算委員会公聴会一号一九七五年二月八日）。

(65) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七五一衆―商工委員会四号一九七五年二月一九日）。

(66) 第一次政府案の上程経緯について、「独禁法改正法案の国会審議経過とそこでの論議（上）」衆議院では五党一致で修正可決―公正取引二九七号一八頁（一九七五）を参照。以下、「国会審議（上）」という。

(67) 丹宗「構造規制の法理」四四三頁。

(68) これについて、法律学者有志「意見書」公正取引二九五号五三頁（一九七五）を参照。具体的な検討は丹宗『構造規制の法理』三九八―四〇一頁。

(69) 国会での主要議論について「国会審議（上）」二〇―二二頁と二三頁、及び「独禁法改正法案の国会審議経過とそこでの論議（中）」公正取引二九八号三五頁を参照。

(70) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七五一衆―商工委員会二〇号一九七五年六月三日）。

(71) 植木光教国務大臣の答弁（七五一参―本会議一八号一九七五年六月二七日）。

(72) 公取委『三十年史』三三四頁・三三七頁。

(73) 「国会審議（上）」一八頁。

(74) 例えば、柴田章平「独占禁止法施行令等の概要」商事七八九号三頁（一九七七）。徳谷昌勇「改正独禁法と販管費の取扱いをめぐって―独占的狀態の弊害要件の解釈」企業会計三〇巻六号八四三―八四五頁（一九七八）。

(75) 公正取引委員会事務局官房企画課「独占禁止法改正の経緯」公正取引三二〇号一頁（一九七七）（以下、公取委「改正の経緯」という）。

(76) 小西唯雄「寡占体制と企業分割政策―昭和五二年改正法規定の一検討」経済学論究三三巻三号三八七頁（一九七九）（以下、小西「寡占と分割」という）。

(77) 第一次政府案では「次の各号に掲げる事情があること」という表現であった。現行法は「次に掲げる市場構造及び市場における弊害があること」という表現となっている。

(78) 植木光教委員の質問に対する大橋宗夫内閣審議官の答弁（八〇―参―商工委員会一三三号一九七七年五月二六日）。

(79) 実方謙二参考人の説明（八〇―参―商工委員会一二二号一九七七年五月二五日）。

(80) 澤田悌公正取引委員会委員長の答弁（八〇―衆―商工委員会二〇号一九七七年五月一〇日）。

(81) 大橋宗夫内閣審議官の答弁（八〇―衆―商工委員会一三三号一九七七年四月一九日）。

(82) 大橋宗夫内閣審議官の答弁（八〇―参―商工委員会一〇号一九七七年五月一九日）。

(83) 法案審理の過程で、大企業側からも次のような意見があった。

「……市場における弊害を判定する指標といたしまして、価格硬直性と高い利益率あるいは過大な販売費、一般管理費の支出が挙げられておりますが、これらは市場における寡占の弊害を認定する指標または基準として適切なものであるとは思えない」國井眞富士写真フィルム株式会社常務取締役の意見（八〇―衆―商工委員会一九九号一九七七年四月二八日）。

「イノベーション努力の結果としてシェアを拡大してきた企業、これまでは競争政策上の優等生とされてきた企業が、そのさまざまな努力の過程を無視され……ということになれば、産業界全般が自由かつ公正な競争という行動指針を見失い……不安と混乱に陥る……。そもそも寡占の弊害は有効競争が行われていないということに求められるべき」。佐治敬三サントリ―株式会社社長の意見（八〇―衆―商工委員会一九九号一九七七年四月二八日）。この見解は、独占的狀態の弊害を有効競争が行われていないことに求める、本来の立法趣旨に賛同しているものと見る事ができる。

企業側からの懸念や意見に対して、政府側が「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけであり、（即ち、本当に規制しようとする独占的状態の弊害が「競争抑圧」であり、三号の文面は判断の徴表を示す要素（材料）にすぎない）」という立場を幾度も明言していたことが既述のとおりである。

(84) 根岸「企業分割」一一頁。

(85) 根岸哲「違法性の判断基準に関する若干の具体的問題」小西唯雄編『競争促進政策と寡占体制』七六―七八頁（有斐閣、一九七六）（以下、根岸「違法性の判断基準」という）。

(86) 金沢良雄「改正独占禁止法における独占的状態に対する措置」成蹊法学一三三―七四頁（一九七八）（以下、金沢「独占的状態に対する措置」という）。

(87) 金沢良雄「独禁法改正試案（骨子）」の背景」経済評論二二三卷一三三―二〇一頁（一九七四）（以下、金沢「改正試案」という）と金沢良雄「独占禁止法の構造と運用」五九頁、六一頁（有斐閣、一九七九）（以下、金沢「構造と運用」という）を比較する。

(88) 今村「独禁法（新）」三三四頁。

(89) 今村「独禁法（新）」三三四頁。

(90) 菊池「独禁法改正」四頁。

(91) 金沢「改正試案」二〇一―二二頁。金沢「構造と運用」五九頁、六一頁。

(92) 宮坂富之助「企業分割制度―改正試案をめぐって」法律時報四七卷二二―二八頁（一九七五）。

(93) 根岸「企業分割」九頁。加藤良三「企業分割と株式保有制限規制の法理論―改正試案現行独占禁止法の論理構造を中心に―上」公正取引二九二―七頁（一九七五）。加藤良三「企業分割と株式保有制限規制の法理論―改正試案と現行独占禁止法の論理構造を中心に―下」公正取引二九四―二二頁（一九七五）。

根岸教授は論文の中で次のように述べている。「独占又は寡占の市場では……市場構造それ自体からいわずに市場価格の支配状態が生ずる傾向がきわめて強く」「独占的又は寡占的市場構造において生ずる競争の実質的制限を放置しておく……ことが公正かつ自由な競争の促進という独禁法の目的と矛盾することは明白であろう。」「企業分割制度の導入は……独禁法の目的からする当然の論理的帰結なのである。」

(94) 今村『独禁法(新)』三〇五頁、三二三頁。

(95) 懇談会有志「提言」四二頁。

(96) 法律はその時代の背景や社会的課題から生まれてくる「統治規範」(時代の産物)であるゆえに、古い条文のままでは何れ、新しい時代に対応しきれなくなるといふ限界性は認めざるをえない。然ればこそ、(法改正を行わないならば)古い条文でも新しい時代のイデオロギーに順応できるように、従来の法解釈を修正し新たな法解釈を検討することが重要とされている(法学の基本ではあるが、関連説明は澤木敬郎・荒木伸怡『法学原理(新版)』七八・八〇頁(北樹出版、一九九九)も参照)。本項で検討している第二条第七項も同様である。

(97) 安部正直「類推解釈」警察学論集一四卷一二号八八頁。

(98) 前田雅英ほか『条解刑法(第三版)』(弘文堂、二〇一三)七〇九頁。

(99) 和田健夫「判批」重判平成二四年度(ジュリ臨増一四五三号)二四一頁(二〇一三)。

(100) 権利の集中管理小委員会『権利の集中管理小委員会報告書』(二〇〇〇年一月)の「第一章の三 著作権管理事業に関する法的基盤整備の必要性」の部分。

(101) 同前「第一章の四 著作権管理事業に関する法的基盤整備の基本的考え方」の部分。

(102) 同前「第四章の一 使用料の設定」の部分。

(103) JASRAC「著作権信託契約約款(二〇一五年七月三日届出)」第三条第一項。

(104) ただし、これに対する独占禁止法の行為規制を難しくしている事情が大きく二つある。

一つ目は、著作権管理事業者と個人の音楽著作者の直接契約は、著作権管理事業者と音楽出版者の契約に比べ、大変手間暇がかかるため、規模の経済と管理業務の効率性の維持を考慮しなければならないことである。新規管理事業者側も一時、著作者と直接契約プランを提供していたが、途中で取りやめてしまった経緯がある。そのため、JASRACが更に楽曲の信託範囲の選択自由を著作者側に与えても、管理業務の効率性が維持されるか、著作者と直接契約(これ自体も一つの管理方法である)が持続できるかが考慮されるべきであろう。

二つ目は、音楽著作者が音楽出版者に所属している場合は、その音楽出版者が信託楽曲の範囲を個別に選択できることである。これにより理論上、著作者は音楽出版者を通じて選択の自由を間接的に実現することができる(ただし実際には、

著作者は音楽出版者に所属する以上、よほど著名な作家でないかぎり、音楽出版者に楽曲の信託範囲を指図することは難しいであろう。

右記二点が独占禁止法においてどう勘案されるかは、違法性の判断に影響を与えるであろう。

(105)『プロ直伝! 職業作曲家への道 曲作りを仕事にするための常識と戦術、そして心得』等複数の音楽関係書を著したことがある音楽プロデューサーの山口哲一取締役代表がJASRACの功績を認めながらも次のように指摘している。

「例えば、コンサートもカラオケも同じ『演奏権』という区分にして、二五%という高い手数料を取っている。カラオケ店が乱立していた頃ならいざ知らず、今は通信カラオケの時代で、第一興商とエクシングの二社の寡占状態だ。片田舎のカラオケスナックでの使用料が徴収できなくてもよいから、手数料を一〇%以下に下げて欲しい。まして、コンサートにおいては自社が『著作権使用者』側になることも多く、自社のリスクで、所属アーティストがコンサートをやっているのに、JASRACに払う著作権使用料から二五%の手数料が取られるのはあまりに理不尽。CDよりライブエンターテインメントの比重が高まっている昨今、手数料改定がされなければ、演奏権をJASRACから引き上げ、自己管理する音楽事務所が出てくるだろう。特に海外来日アーティストの問題提起がきっかけで、日本のコンサートにおける著作権使用料は増額している。高率の手数料は納得がいかない。」(参照アドレス <http://chatenane.jp/kinnoko/20131105/p35>、二〇一六年三月八日最終閲覧)。

(106) 有名な音楽家である坂本龍一氏が新聞の論壇で次のように批判したことがある(坂本龍一「音楽著作権の独占管理改めよ」朝日新聞朝刊一九九八年三月四日)。規制緩和後の状況は規制緩和前と比べても実質的には大きく変わっていないので、坂本氏の指摘は現在においても現実的意義があると思われる。

「……著作権のすべてを信託譲渡することになっており、競争原理がまったく働かない状態になっている。……著作権者と利用者双方の求めるサービスが、適正価格で迅速に提供されることは望めない。……新しい利用形態への対応や使用料の改定が十分に行われておらず、利用者からのサービス付加の要求に柔軟に対応できていない。……さらには、今後の技術進歩に伴い様々な新しいサービスが生み出された場合にも、その実用化が困難になると予測される。……音楽産業の発展を阻害する状況となっている……。著作権管理業務に公正な競争を導入し、新しい時代の文化の創造に適した環境が作られるよう願ってやまない。」

右記に関連して一例を紹介しておきたい。

一九九〇年代からゲーム産業の著しい成長に伴い、ゲーム音楽の需要が高まりつつあった。ところが、市場ニーズの変化にもかかわらず、JASRACがゲーム音楽の利用実態に適う正式な利用規程を新設しようとせず、逆に使用料が非常に高いビデオゲームの規程を長い間準用していた。そのため、ゲームソフト会社はJASRACの高い使用料を避けるために、社内のクリエイターたちにゲーム音楽を創作させるか、或いはJASRACに入会していない作詞家・作曲家にゲーム音楽の創作を委嘱し、委託料を支払い、著作権を譲り受けるというビジネス・スキームを使って、ゲーム音楽を調達してきた。このような事態をもたらしたJASRACの「怠慢」な態度は自社会員の利益になるというよりもむしろ、害しているといっても過言ではない。この点について安藤准教授は「もう少し柔軟な態度で、ゲーム業界との交渉に臨んでもよかったように思われる」と述べている（安藤『基礎編』二五九頁）。その後の経緯としてJASRACに使用料の高い準用規程を止め、ゲーム音楽の利用実態に適う新たな規程を新設させたのはJASRACの会員¹⁰⁸でJASRACに気づかれないように新たなペンネームを使って「密かに」ゲーム音楽を創作したり、のちにJASRACを無視して堂々ゲームソフト会社と契約したり、JASRAC不在で実務がどんどん進んでしまったためである（詳細な経緯は安藤『基礎編』二六〇頁を参照¹⁰⁹）。このように、独占状態にあるJASRACが如何なる利用規程や利用料金の選択肢を利用者に提供するかは、ニーズの変化や利用者の利益よりもむしろ自社の都合を優先させている一面が窺える。

(107) 著作権信託契約約款（二〇一五年七月三日届出）の「著作権の信託及び管理に関する経過措置」第一条第一項と第二条第一項。

(108) 安藤『基礎編』二二七頁。

(109) 「一定の範囲」は具体的に言うると、(ア) コマーシャル放送用録音 (イ) 同録音に係るコマーシャルの放送 (ウ) コマーシャル用のビデオグラム等への録音・店頭・街頭・航空機・イベント会場又は劇場における上映を目的とするものに限る、(エ) 同録音に係るビデオグラム等の上映・店頭又は劇場における上映に限る、となっている。

(110) 安藤『基礎編』二三八頁、併せて著作権信託契約約款（二〇一五年七月三日届出）の「著作権の信託及び管理に関する経過措置」第三条の表も参照されたい。

(111) 日本作詞作曲家協会の活動記録 (<http://js-cat.jp/history.html>、二〇一五年三月一九日最終閲覧)。

- (112) ネットワーク音楽著作権連絡協議会「著作権等管理事業法に関連する規制への意見」二〇一一年一〇月一日を参照 (http://www.nmrc.jp/document/NMRC20111017_2.pdf 二〇一五年三月一九日最終閲覧)。
- (113) 例えばインタラクティブ配信等の使用料分配において、自己の作品がどのように利用されていたかの詳細を知りたい音楽作家の要望に応じて新規管理事業者は実際に利用された作品の詳細(使用サイト等)を確認しやすいように使用明細を細かく開示・添付している。他方で、JASRACによるインタラクティブ配信の管理サービスを受けたのなら、JASRACは詳細なデータ開示・提供していないため、そのような親切な管理方法は要求できない。JASRACの「分配明細書ガイド」(二〇一四)を参照。
- (114) 「反発強める産業界」日本経済新聞一九七七年五月一四日一二版(六)。
- (115) 早川和廣「サッポロビールの逆襲」動き出した巨大なる複合経営戦略」一九七頁(ロングセラーズ、一九八九)(以下、早川「サッポロビールの逆襲」という)。
- (116) 早川「サッポロビールの逆襲」二〇二頁。
- (117) 早川「サッポロビールの逆襲」二〇八―二〇九頁。
- (118) 「分割など心外 物騒な論議だ」朝日新聞一九七四年九月一九日一二版(四)。
- (119) 経済団体連合会編『経済団体連合会五十年史』一五七頁(経済団体連合会、一九九九)(以下、経団連『五十年史』という)。
- (120) 「独禁法改正産業界反響―企業分割へ強く反発」日本経済新聞一九七七年四月一日一二版(七)。
- (121) 「麒麟」独禁法強化」に必死の反撃―小冊子で理解訴え『ガリバーの良さも認めて』日本経済新聞一九七七年二月一日一〇版(七)。
- (122) 「現行法活動で十分」朝日新聞一九七七年三月一七日一二版(八)。
- (123) 麒麟麦酒株式会社社史編纂委員会『麒麟麦酒の歴史―統戦後編』一二一―一二三頁(麒麟麦酒株式会社、一九八五)(以下、麒麟「統戦後編」という)。
- (124) 「九業種が対象に」日本経済新聞一九七七年二月六日一〇版(五)。
- (125) 「独禁法改正産業界反響―企業分割へ強く反発」日本経済新聞一九七七年四月一日一二版(七)。

- (126) 「独禁法改正せひ実現を―消費者団体がシンポ」日本経済新聞一九七七年三月一八日一〇版（二二）。
- (127) キリンビール公表資料「物価高とオイルショックを超え、さらなる品質向上へ」（<http://www.kirin.co.jp/company/history/group/g7.html>）二〇一六年七月二八日最終閲覧）。
- (128) 早川「サッポロビールの逆襲」二二〇頁。することができた。一方の麒麟ビールは競争他社の新しい「風味」に対抗するために、新製品の開発（麒麟『続戦後編』一八三―一九五頁）。
- (129) キリンビール株式会社広報部社史編纂室『キリンビールの歴史「新戦後編」』一〇五頁（キリンビール、一九九九）（以下、キリン『新戦後編』という）。
- (130) 「産業界は警戒感、分割、にピリピリ寡占業種『自由競争の原則』押す」日本経済新聞一九七七年二月六日一〇版（五）。
- (131) キリン『新戦後編』一〇八頁、「非ビール事業を強化して、ビール專業会社のイメージチェンジを図る必要があった」（キリン『新戦後編』一〇一頁）。
- (132) キリンビール公表資料「物価高とオイルショックを超え、さらなる品質向上へ」（<http://www.kirin.co.jp/company/history/group/g7.html>）二〇一六年七月二八日最終閲覧）。
- (133) 麒麟『続戦後編』一四七―一四八頁。
- (134) 麒麟『続戦後編』一四八頁。キリン『新戦後編』一一五頁。
- (135) 「佐藤安弘さんキリンビール社長（編集長インタビュ）」朝日新聞一九九六年五月二一日夕刊経済特集（七）。
- (136) 「キリンビール相談役・本山英世さん（新潟よ…一八）」朝日新聞一九九八年八月一日朝刊新潟二。
- (137) 記者会『狂乱物価』五七―六一頁。
- (138) 同前七五頁。
- (139) 同前八六頁。
- (140) 同前八七―九一頁。

公法判例研究

福島卓哉

東京タクシー乗務距離制限事件

東京高判平成二七年二月一二日（平成二六年（行コ）一六七号／平成二六年（行コ）第二五四号…公示処分取消等請求控訴、同附帯控訴事件）判例集未登載（D1Law判例ID：二八二三〇七一〇）

【事実の概要】

本件は、東京都の特別区、武蔵野市及び三鷹市で構成される特別区・武三交通圏でタクシー事業を営むX（原告・被控訴人・附帯控訴人）が、Y（被告・控訴人・附帯被控訴人・国）を相

手に、後述する本件公示の取消し等を求めた事案である。事実の概要は以下の通りである。

道路運送法（平成二五年法律第八三号による改正前のもの。

以下単に「法」という。）第二十七条第一項の定めを受けて、旅客自動車運送事業運輸規則（以下「運輸規則」という。）第二条第一項は、地方運輸局長が指定する地域内に営業所を有するタクシー事業者は、地方運輸局長が定める乗務距離の最高限度を超えて当該営業所に属する運転者を事業用自動車に乗務させてはならない旨を規定している。

関東運輸局長は、平成二一年一月一七日付けで、運輸規則第二二条に基づき、特別区・武三交通圏を含む各交通圏をタクシー事業者の乗務距離の最高限度の規制地域に指定した上、一乗務当たりの最高乗務距離を、隔日勤務運転者については三六五km、日勤務運転者については二七〇kmと定め、これを公示した（以下「本件公示」という。）。

Xは、本件公示が違法である旨主張してYを相手に、①主位的に、本件公示のうち特別区・武三交通圏につき最高乗務距離を定めた部分の取消しと、その最高乗務距離を超えたことを理由とする不利益処分の差止めを求めるとともに、②予備的に、本件公示で定められた最高乗務距離を超えて運転者を事業用自

動車に乗務させることができる地位にあることの確認等を求めたところ、原審（東京地判平成二六年三月二八日判時二二四八号一〇頁）は、主位的請求①は訴訟要件を欠くとして却下する一方、予備的請求②のうち地位確認について、確認の利益を認め請求を認容した。

本件は、かかる原審判決を不服としてYが敗訴部分の取消しを求め控訴するとともに、Xが却下部分の取消しを求め附帯控訴した、という事案である。なお、Yは確認の利益については争わないとした。

一 争点

本件訴訟の争点としては、本案前のものとして①本件公示の処分性の有無、②処分の蓋然性及び重大な損害を生ずるおそれの有無、本案の争点として③運輸規則第二二条が憲法第二二条第一項に違反するか、④運輸規則第二二条が法第二十七条第一項の委任の趣旨に反するか、⑤本件公示に係る関東運輸局長の判断に裁量権を逸脱又は濫用した違法があるか、が挙げられる。以下、本評釈では、この内②、⑤の争点を中心に検討することとしたい。

二 関係法令等の定め

法第四〇条によれば、国土交通大臣は、タクシー事業者が法令等に違反したときは、六か月以内の自動車等の使用停止若しくは事業停止を命じ、又は許可を取り消すことができる旨規定されており、これを受けて法第四〇条の処分基準（以下「本件処分基準」という。）が定められている。本件処分基準は、行政処分の種類を軽微なものから順に、①自動車その他の輸送施設の使用の停止処分（以下「使用停止処分」という。）、②事業停止処分、③営業区域の廃止に係る事業計画の変更命令及び許可の取消処分（以下「許可取消処分」という。）を挙げるほか、これに至らないものとして、勧告、警告を挙げ、行政処分とこれらを合わせたものを「行政処分等」というものとしている。なお、行政処分等を行う場合、違反を確認した日から過去三年以内に同一営業所において同一の違反による行政処分等を受けたか否かによって、個別の違反行為ごとに行政処分等を行う原則的な基準が定められていた。

Xの乗務距離規制違反に対して適用されうる基準は表一記載の通りである。なお日車とは、使用停止車両数と使用停止日数の積のことをいう。

【表一】

乗務距離の最高限度違反（三〇乗務に対して）	初違反	再違反	累違反（再々違反）
①未遵守五件以下	警告	三八・五日車	七七日車
②未遵守六件以上二五件以下	三八・五日車	七七日車	一五四日車
③未遵守一六件以上	七七日車	一五四日車	三〇八日車

また、本件処分基準においては、日車数を用いた点数制度が採用されている。この点数制度は、一〇日車を一点として、事業者ごと、原則三年で消滅する点数を累積し、原則として、一の支局区域における点数が五一点以上になったときに事業停止処分を行い、八一点以上となったときに、許可取消処分を行うこと等を定めている。

【判旨】（控訴及び附帯控訴をいずれも棄却）

本判決では、第一審判決を引用しその一部を修正して判示しているため、以下では修正部分についてその都度言及せず、特

段言及のない限りは、全て「本判決」と称するものとする。

一 本件差止めの訴えの適法性

(一) 処分の蓋然性について

「行政事件訴訟法三条七項は、一定の処分又は裁決が「されようとしている場合」であることを差止めの訴えの訴訟要件として規定しており、差止めの訴えについては行政処分が行われる蓋然性が存在することが必要とされている。」

「Xの平成二三年五月から平成二五年三月までの乗務距離規制違反件数の集計結果によると、Xにおいては、……毎月、乗務距離規制に係る違反が発生しており、……日勤務運転者（夜勤）に限定してみると、五%を超える月が三か月で、その発生割合の最大値は五・四%であり、三%を超える月は年間の半分を超えていた。」「関東運輸局東京運輸支局は、平成二四年九月二四日、XのI営業所に対し、……監査を実施し、……その結果、最高乗務距離違反が二三件あったが、違反の程度は軽微であると判断されたことから、同違反について本件口頭注意を行うにとどめた。」「本件口頭注意は、本件処分基準に基づく初違反として取り扱われるものではなく、Yのシス

テム上も行政処分等として記録されていない。」「そして、本件監査の結果、Xに対しては、乗務距離規制違反以外の法令違反（事故惹起運転者に対する適正診断の受診義務違反）について二点が付与され、本件監査後におけるXの法令違反に係る累積点数は二点となった。」

ア 使用停止処分の蓋然性の有無について

「……本件処分基準によれば、乗務距離規制違反に対する原則的な処分の内容が、最も違反が軽微な三〇乗務に対しての「(一) 未遵守五件以下」(約一六・六七%以下)の……再違反の場合には……使用停止処分がされることになるから、Xに対する監査が継続的に実施された場合には、乗務距離規制違反を理由として、法四〇条に基づく使用停止処分がされる蓋然性があるものと認められる。」

イ 事業停止処分又は許可取消処分の蓋然性の有無について

「これに対し、Xに対して、事業停止処分や許可取消処分がされる蓋然性があるとは認められない。」

「……(一) Xの違反累積点数が本件監査後においても二点にとどまっていること、(二) ……行政処分等が行われる

ことになるとしても、……現行の本件処分基準では、初違反の場合には「警告」であり、再違反で三八・五日車の使用停止処分（三点）であり、累違反で七七日車の使用停止処分（七点）であること、〈三〉Xは、本件監査においては、乗務距離規制違反につき口頭注意を受けるにとどまっております、仮に次回以降の監査において、Xに乗務距離規制違反があることが確認されたとしても、その違反が本件監査の際と同様に軽微なものであるときは、……直ちに警告が行われるというものではなく、事実上の口頭注意又は勧告が行われるにとどまり、その軽微か否かの判断につき本件口頭注意がされたことが考慮されることもないことをYにおいて明らかにしていること……を総合すれば、Xが事業停止処分（累積五一点以上）又は許可取消処分（累積八一点以上）といった重い処分を受けるに至ることは容易に考え難く、Xについてこれらの処分がされる蓋然性を認めることはできない。」として、使用停止処分の蓋然性のみを認めた。したがって、以下では、使用停止処分により被る損害を対象として、重大な損害を生ずるおそれの有無について検討がなされている。

（二）重大な損害を生ずるおそれの有無について

「差止めの訴えについては、一定の処分等がされることにより「重大な損害を生ずるおそれ」があることが必要であり（行政事件訴訟法三七条の四第一項）、その有無の判断に当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとされている（同条二項）。」

「差止めの訴えの訴訟要件としての上記「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要するものが相当である（最高裁平成二四年二月九日第一小法廷判決 民集六六卷二号一八三頁参照）。」

「これを本件についてみると、法四〇条に基づく使用停止処分については、同処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止の決定を受けることにより救済を受けることが可能であると考えられる。また、使用停止処分によつてXが被る損害は、一定期間、一定台数の車両を使用した営業ができなくなるという経済的損害であるところ、……Xの保有するタクシーの台

数に照らしても、その営業に深刻な打撃を与えるものではなく、事後的に金銭による回復が可能なものということができる。これらの点に照らすと、使用停止処分がされることによって、Xに「重大な損害を生ずるおそれ」があるとは認められないというべきである。」として使用停止処分及び事業停止処分又は許可取消処分の差止請求をいずれも却下した。

二 本件公示の適法性について

運輸局長の裁量権の逸脱・濫用の有無について

「…… 地方運輸局長が乗務距離の最高限度の設定に際して考慮すべき「道路及び交通の状況並びに輸送の状態」、「運行の安全を阻害するおそれ」といった要素はいずれも抽象的であり、当該地域特有の交通事情やタクシー事業の実態等を踏まえた地方運輸局長の専門的・技術的判断が必要であることを踏まえると、乗務距離の最高限度の設定は、地方運輸局長の合理的な裁量に委ねられていると解するのが相当である。もともと、乗務距離規制がタクシー事業の中核である運行自体を直接規定するものであることに照らすと、乗務距離の最高限度の設定に係る地方運輸局長の判断が事実の基礎を欠く場合、又は事実の評価

を誤ることや判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が合理性を欠くものと認められる場合には、裁量権の範囲の逸脱又は濫用として、当該判断が違法となるものと解するのが相当である。」

「関東運輸局長が採用した最大走行可能時間に平均走行速度を乗じるという計算方法では、単に「最大走行可能時間を走行した場合の一乗務当たりの平均的な走行距離」が算出されるにすぎず、それがいかなる理由により乗務距離の最高限度とすることが適切であるといえるのかは不明であるといわざるを得ない。また、関東運輸局長が、最大走行可能時間を算出するに当たって平均取得休憩時間を控除したことは、タクシー事業者の営業の自由に対する配慮を欠き、これを過度に制約するものといえる。さらに、関東運輸局長が、隔日勤務運転者の最高乗務距離を設定するに当たり、最大走行可能時間に平均走行速度を乗じるという計算方法によって一日の乗務距離に関する計算上の最大値を算出したとしながら、最終的には基準に対する超過割合を考慮して大幅に数値を引き上げる調整をしていることは、上記のような計算方法自体の不合理性を示すものである…… 加えて、…… 事業者によって走行距離が異なりという実態があるのかないのかといった点や、そのような事業者

において最高速度違反等の危険運転や乱暴運転を行っている状況があるのかといった点も、最高乗務距離を設定する上で考慮要素とすることが必要であるというべきであるのに、本件公示を定めるに当たっては、これらの点についての考慮がされた形跡はうかがわれない。」

「以上の諸点を総合すれば、その余の点について判断するまでもなく、最高乗務距離の設定に係る関東運輸局長の判断は、事実の評価を誤り、また、判断過程において考慮すべき事情を考慮しなかったことにより、合理性を欠くものと認められるから、裁量権の範囲を逸脱したものとして違法であるというべきである。」として確認請求については、これを認容した。

【検討】

はじめに――本判決の意義

近時、タクシー事業者の営業の自由を制約を課す行政立法を違法とする判決が散見される。例えば、一定以上の減車をしないタクシー業者が、法令違反行為を行った場合に処分を加重する処分基準（大阪地判平成二四年二月三日判時二一六〇号三

頁）、タクシー業者の設定する運賃の幅を公定し、かかる公定幅の範囲外の運賃の届出を行った事業者に対し不利益処分を予定する処分基準が違法と判断されている（大阪地判平成二七年一月二〇日裁判所ウェブサイト）。

なかでも、本評釈で扱うタクシー事業者の一日の乗務距離の最高限度を定めた公示を巡る訴訟は、全国各地で提起されている。下級審の判断は表二記載の通りである。

【表二】

	取消請求	差止請求	確認請求
①名古屋地判平成二五年五月三一日判時二二四一号三一頁	訴え却下	請求認容	請求認容
②大阪地判平成二五年七月四日裁判所ウェブサイト	訴え却下	訴え却下	請求認容
③福岡地判平成二六年一月一四日LEX/DB文献番号：二五五〇二八九八	訴え却下	訴え却下	請求認容

④札幌地判平成二六年 二月三日裁判所ウェブ サイト	訴え却下	訴え却下	請求認容
⑤東京地判平成二六年 三月二八日判時二二四 八号一〇頁	訴え却下	訴え却下	請求認容
⑥名古屋高判平成二六年 五月三〇日判時二二 四一号二四頁	訴え却下	請求認容	請求認容
⑦本判決（東京高判平 成二七年二月一二日 D1-law判例ID：二 八三三〇七一〇）	訴え却下	訴え却下	請求認容

本判決は、最高乗務距離規制が問題となった事例において、従来の多数の下級審の立場を踏襲し差止請求を却下した点、⑥差止請求の訴訟要件である重大損害要件の認定に際して直近の名古屋判決で見られた判断手法を採らないことを明確にした点にその意義がある。

そこでまず、同じ事情を背景としつつも差止請求を認容した名古屋判決との違いを視野に入れ、本判決の判断枠組みを整理することとしたい。

なお、以下では、②を大阪判決、④を札幌判決、⑥を名古屋判決（名古屋判決は、大部分の判決理由について原判決①を引用しているので、以下では特に明記しない限り「名古屋判決及び名古屋判決が引用する原判決」という意味で「名古屋判決」という表現を用いる。）という。

一 処分の蓋然性

行政事件訴訟法第三条第七項は、差止め定義を定めるものであるが、同条にいう「一定の処分又は裁決をされようとしていること」は蓋然性の要件として差止めの訴えの訴訟要件とされている。⁽²⁾

以下では、蓋然性要件の解釈を巡る学説を概観した上で、本判決及び名古屋判決を検討する。

(一) 学説

学説は、少なくとも行政庁が処分要件の充足を認識しているのであれば、処分の蓋然性を認めるべきであるとする。この見解によると、処分について事前手続が予定されている場合、それが履践されていない段階にあっても、蓋然性を認める余地が

あることとなる。⁽³⁾

(二) 本判決

まず本判決は、使用停止処分⁽¹⁾の蓋然性について、①Xにおいては恒常的に乗務距離規制違反が発生していること、②関東運輸局長が一定割合の乗務距離規制違反を認識していることから、使用停止処分の蓋然性を認めた。

他方、事業停止処分又は許可取消処分がなされる蓋然性については、原則三年で消滅する違反点数の累積点数が五一点以上であれば事業停止処分がなされる旨を本件処分基準が定めるところ、①Xにおいては二点にとどまること、②違反のうち、乗務距離規制違反を理由とするものについては、違反点数が付かない口頭注意を受けるにとどまっていることを理由に否定した。

(三) 名古屋判決

これに対し、名古屋判決は、①X-1(原告・被控訴人)が約一〇〇台のタクシーを保有し、日々運行させていること、②乗務距離規制に対する恒常的な違反の発生、③乗務距離規制違反を理由に、処分基準に基づき実際にX-1に対して使用停止処分が行われたこと等を踏まえて、使用停止処分だけでなく事業停

止処分又は許可取消処分の蓋然性も肯定した。⁽⁴⁾

(四) 検討——本判決と名古屋判決との比較

使用停止処分の蓋然性の判断に際して、本判決と名古屋判決はともに処分庁が処分要件の充足を認識しているかという基準を基本的には維持している。⁽⁵⁾この点は学説と大きな違いはない。⁽⁶⁾

他方、事業停止処分・許可取消処分の蓋然性について、名古屋判決は、事業停止処分の要件となる違反累積点数(五一点)に遠く及ばない時点で蓋然性を認めた。したがって、名古屋判決は、事業停止処分の蓋然性の認定にあたって学説よりも緩和された基準を以て判断しているともいえる。そこで、その理由が問題となる。

本判決と名古屋判決の処分基準によると、乗務距離規制違反という同種の違反行為が繰り返されることで、機械的により重い処分がなされることが予定されていた。つまり、処分要件が未だ充たされていない時点においても、恒常的になされている違反行為を事業者側が止める等の特段の事情が生じない限り、将来的に処分要件の充足が予測され、故に事業停止処分の蓋然性が認められやすいケースであったと言えるのである。

それでは、なぜ本判決と名古屋判決で結論に違いが生まれた

のか。両者は、類似的処分基準が定められており、現に違反行為が行われていた点では共通する。その際、留意すべきは、本件では乗務距離規制違反を理由に使用停止処分がなされたことは一度もなく、本件処分基準が現実運用されていなかったということである。他方で、名古屋判決の事案では、違反が確認されてから約六か月後に使用停止処分が行われていた。このように、処分基準に従い実際に処分が行われたという事実の有無が、本判決と名古屋判決の結論を左右する大きな要因になった⁽⁷⁾⁽⁸⁾と思われる。

二 「重大な損害を生ずるおそれ」

(一) 学説

差止めの訴えが適法となるには、一定の処分がされることにより「重大な損害を生ずるおそれ」（以下「重大損害要件」という。）があることが必要となる。学説によると、差止めの訴えは、取消訴訟と執行停止という手段によっては十分な救済が図れないことから法定されたものであるから、そのような手段によって救済することのできない損害が「重大な損害」にあた

ると説明される⁽⁹⁾。

(二) 累積的処分が問題にならない事案——本判決

先述した様に、本判決は、使用停止処分のみ蓋然性を認める。そのため、使用停止処分が累積した後に発せられる事業停止処分等は、審査対象にならない。そのため、本件訴訟を累積的処分が問題にならない事案として位置づけ、累積的処分が問題になる名古屋判決と区別することとした。

本判決は、重大損害要件の一般的基準として、最判平成二四年二月九日民集六六卷二号一八三頁（以下「君が代判決」という。）の定式を引用し、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、①処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、②処分前の差止方法によるものでなければ救済を受けることが困難なものであることを要するという。

その上で、処分の蓋然性がある使用停止処分を受けることにより生ずる損害のみを対象として、重大損害要件を検討している。結果、Xが仮に使用停止処分を受けるとしても、取消訴訟と執行停止によることが可能であること、またXの保有するタクシー台数に照らすとその営業に深刻な打撃を与えるものでな

いことを理由に、重大損害要件を否定した。

(三) 累積的処分が問題になる事案——名古屋判決

名古屋判決も本判決と同様、重大損害要件の一般的基準として君が代判決の定式を引用している。その上で、使用停止処分、事業停止処分又は許可取消処分という一連の処分が反復継続的・累積加重的になされる「危険が現に存在する」と指摘し、それ以上の検討を加えることなく、重大損害要件を認めた。

(四) 検討

ア 重大損害要件の認定方法——本判決と名古屋判決の相違

重大損害要件を認めた名古屋判決と本判決とを比較すると、君が代判決の定式を引用している点は共通している。しかし、重大損害要件の認定方法には本判決と名古屋判決との間で明らかな違いが見られる。

名古屋判決は以下のように述べる。

「原告には、本件乗務距離規制違反を理由として法四〇条に基づく処分（自動車等使用停止処分、事業停止処分又は許可取消処分）が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在す

るというべきであり、日々運行している原告の事業用自動車の本件乗務距離規制違反を契機として、同条に基づく処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと、事後的な損害の回復が著しく困難になるといふべきである。このような一連の累次の処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるといふことができるから、その回復の困難の程度に鑑み、本件差止めの訴えについては上記「重大な損害を生ずるおそれ」があるといふべきである。」

ここでは、処分が反復継続的・累積加重的になされる可能性が指摘される一方で、処分がなされた場合、原告がいかなる損害を被るか、かかる損害は事後的な取消訴訟の提起によつて回復可能なものであるかについて、具体的検討がなされていない⁽¹⁰⁾のである。

つまり、名古屋判決においては重大損害要件の認定にあたり、「損害の性質・程度」に着目し、損害が取消訴訟と執行停止によつて回復可能なものであるかを判断するのではなく、反復継続的・

累積加重的に行われるという「処分の態様」に着目して判断していると思われるのである。

イ 重大損害要件の認定方法——関連判例（君が代判決）

かかる判断手法は、先の君が代判決にも共通するものである。君が代訴訟においても、本件及び名古屋判決の事案と同様、違反行為に対して累積的処分が行われることが予定されていた。例えば、校長の職務命令違反に対して、一回目は戒告処分、二回目、三回目は減給処分、四回目は停職処分が予定されていた。以下では、君が代判決における重大損害要件の認定方法を見ていくこととする。

（ア）君が代判決の認定方法

君が代判決は、以下のように述べる。

「本件においては、……本件通達を踏まえ、毎年度二回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し本件職務命令が繰り返し発せられ、その違反に対する懲戒処分が累積し加重され、おおむね四回で（他の懲戒処分歴があれば三回以内に）停職処分に至るものとされている。このよ

うに本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度二回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、……「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるというべきである。」

引用部から明らかなように、ここでも、懲戒処分により生じる損害が取消訴訟と執行停止によって防止できるかについて、具体的検討がなされていないのである。¹¹⁾

（イ）学説の評価

それでは、なぜ反復継続的・累積加重的処分においては、損害の認定が緩和されるのか。これについては、山本隆司教授の指摘が参考になる。すなわち、山本教授は、「紛争の抜本的な

いし包括的解決の観点を、暗黙裏に重視したのではないか。⁽¹²⁾と指摘されるのである。つまり、累積的処分が問題になる事案では、同種の違反行為に対する処分が、繰り返し行われることにより自動的により重い処分の要件が充足されることとなる。そのため、早い時期に差止請求を認めることが、将来の紛争を予防することに繋がり、紛争の抜本的解決に資することになるのである。このように、取消訴訟＋執行停止を要請することが可能か、可能であるならば差止訴訟の必要性はないという消極的視点ではなく、差止請求を認めることが紛争の抜本的解決に資するものであり、結果、原告を実効的に救済することができるといふ積極的視点から重大損害要件を検討している点が特色である。

ウ 重大損害要件の認定方法——累積的処分が問題にならない事案との比較

他方、本判決のような累積的処分が問題にならない事案においては、裁判所は通説と同様に処分による損害の性質・程度に着目し、損害が取消訴訟＋執行停止によって回復可能であるかによって判断しているのである。したがって、重大損害要件の認定にあたっては、累積的処分であるか否か、すなわち、処分

の「態様」の差異によって認定方法が異なることを、本判決と名古屋判決との比較から読み取ることができる。

そして、累積的処分であるか否かは重大損害要件ではなく、蓋然性要件をもって判定される。したがって、蓋然性要件により累積的処分と認定されるか否かによって重大損害要件の認定方法もまた変わってくるのである。とすれば、蓋然性要件と重大損害要件は相互に関連して機能していると言えるだろう。

三 運輸局長の裁量権の逸脱・濫用

裁量権の逸脱・濫用については、本判決を含む最高乗務距離規制を巡るいづれの下級審判決も、これを認定している。もっとも、名古屋判決では、裁量権の逸脱・濫用の審査方式が従来と異なることが指摘されており、本判決も名古屋判決と同様の審査方式を用いている。そのため、ここでは名古屋判決との比較ではなく、従来の判例の審査方式との比較から、本判決の特色を検討することとする。

(一) 審査方式

ア 伝統的な判例理論

裁量権の逸脱・濫用の判定基準は、二つの基準に分節して考
えることが可能である。すなわち、最高裁（最判昭和二十九年七
月三〇日民集八巻七号一五〇一頁）は公立大学学生に対する懲
戒処分に関して、①「決定が全く事実上の根拠に基づかない」
場合（以下「①の公式」という。）と、②「社会観念上著しく
妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超える」場合（以
下「②の公式」という。）に限り違法とした。そして、かかる
表現を原型としつつ、最高裁は、②の公式の副次的基準として「事
実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと」、「判断の過程に
おいて考慮すべき事情を考慮しないこと」を付加することによ
り、その統制を強めていったのである。¹⁴ なお、この「考慮すべ
き事情」を考慮したか否かを審査する方式は、考慮要素審査な
いし考慮事項審査と呼ばれる（以下「考慮要素審査」という。）。

イ 本判決

本判決は、乗務距離の最高限度の設定に際して考慮すべき「運
行の安全を阻害するおそれ」等といった要素が抽象的であるこ
と、地域特有の交通事情やタクシー事業の実態等を踏まえた地
方運輸局長の専門的・技術的判断が必要であることから、運輸
局長の合理的な裁量を認める。

その上で、「地方運輸局長の判断が事実の基礎を欠く場合、
又は事実の評価を誤ることや判断の過程において考慮すべき事
情を考慮しないこと等によりその内容が合理性を欠くものと認
められる場合」（傍線筆者、以下「傍線部①の公式」及び「傍
線部②の公式」という。）に、裁量権行使の違法を認める。

ここで注目されるのは、本判決が、単に「事実の基礎」を欠
く場合を捉えて裁量権行使を違法と判断した点である。すなわ
ち、従来の最高裁の公式において見受けられた「全く」事実の
基礎を欠く、あるいは「重大な」事実の基礎を欠くという表現
が為されていないのである。¹⁵ かかる表現は、本判決のみでなく
名古屋判決においても見受けられる特色であり、この点を以て
審査方式の厳格化を指摘する見解も見受けられる。¹⁶ そこで、本
評釈では、まずかかる表現の相違が、司法審査においていかな
る意味を持つかを検討することとする。

伝統的な判例理論における①の公式は、本来、事実誤認と呼
ばれる場面を想定するものである。¹⁷ 事実誤認とは、行政庁の判
断過程の内、事実認定に誤りがあった場合を意味する。¹⁸¹⁹

他方、裁判所が、単に「事実の基礎」を欠くという場合、事
実誤認の場面を念頭に置いていないように思われるのである。
例えば名古屋判決は、名古屋交通圏においてタクシー需要の減

少の影響を受けて乗務距離が減少傾向にあるという事実を以て「事実の基礎」を欠くとし、名古屋交通圏を乗務距離の規制地域に指定したことを違法と判断した。その際、名古屋交通圏において乗務距離が減少傾向にあるということは、行政庁の判断過程においてそもそも考慮されていなかった事実なのである。

さらに、タクシー事業者が設定する運賃の幅を公定した基準の違法性が、仮の差止め申立てにより争われた大阪地決平成二六年五月二三日裁判所ウェブサイトでも、従前、公定幅の下限額以下で事業を営んできたタクシー事業者の利益を具体的に斟酌していないことを理由に「事実の基礎」を欠き、社会通念に照らして妥当性を欠くとして運輸局長の裁量権の逸脱・濫用が認められている。

以上より、裁判所が単に「事実の基礎」を欠くというところの「事実」とは、行政庁がその判断過程に現に取り込んだ事実ではなく、裁判所が考慮すべきと判断した事実、義務的考慮事項を指すと考えられるのである。

とすれば、傍線部①の公式は、事実誤認の有無ではなく、「考慮すべき事項を考慮したか」を判断することを意味し、結局傍線部②の公式に包摂されることとなる。たしかに本判決は、結論として「事実の評価を誤り、また、判断過程において考慮す

べき事情を考慮しなかったことにより、合理性を欠くものと認められる」ことから違法を認定しており、「事実の基礎」を欠くかには触れていない。しかし、ここでは傍線部①の公式が審査方式としては固有の意味を持たず、結果傍線部②の公式に吸収されていると捉えることも可能ではないか。とすれば、「重要な事実」から「事実」への変化を以て審査方式が厳格になったと評価できないと思われる⁽²⁰⁾。

それでは、なぜ「全く」ないし「重要な事実」が単に「事実」と言い換えられるようになったのか。本判決では、次のように述べられている。

「乗務距離規制が、タクシー事業の中核である運行自体を直接規定するものであることに照らすと、……事実の基礎を欠く場合、又は事実の評価を誤ることや判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が合理性を欠くものと認められる場合には、裁量権の範囲の逸脱又は濫用として、当該判断が違法となる」(傍点筆者)。

また、名古屋判決も「乗務距離規制は、一般乗用旅客自動車運送事業の中核である運行自体を直接的に規制するものであ

り、売上を左右する実車走行距離の制約に直結するものであるため、一般乗用旅客自動車運送事業者の営業の自由に対し相当程度の制約をもたらすものであるから、上記判断に当たっては、この点に十分配慮した慎重な検討が求められることはいうまでもない。」(傍点筆者)と述べた上で、運輸局長の判断が「事実の基礎」を欠くことを理由に裁量権の逸脱・濫用を認めた。

以上から明らかなように、かかる公式の変化は、本件公示が乗務距離制限というタクシー事業の「中核」に対する制限であり、営業の自由に対する「直接的」制約であることに配慮したものである。⁽²¹⁾したがって、「事実の基礎」を欠くとの表現を、単に従来の公式を簡略に示したものと捉えるべきではない。というのも、たしかに先述した通り、かかる表現の変化は審査方式それ自体に影響しないものの、審査密度には一定の影響を与えうるものと思われるからである。つまり、審査方式については従来からの考慮要素審査を維持しつつも、「考慮すべき事項」(義務的考慮事項)を事細かに取り上げることにより審査密度を高めようという裁判所の姿勢を示しているのではないか。⁽²²⁾とすれば、本判決の特色は審査方式というより、むしろ審査密度⁽²³⁾において明らかになるだろう。

(二) 審査密度

本判決は、本件公示がXの狭義の職業選択の自由を制約するものではないとする一方で、職業遂行の自由(営業の自由)を直接に制約するものであるとする。その上で、最高乗務距離の算出方法を取り上げ、①平均走行速度を算出の基礎としていること、②算出過程において平均取得休憩時間を控除したこと、③算出された距離が後に大幅に引き上げられていること、④事業形態による走行距離の違いを考慮していないこと、という四つの事情を抽出して、違法を認定した。

一般に、裁量とは、様々な利益を衡量する過程において現れるとされるところ、⁽²⁴⁾本件訴訟では、一方で、距離規制により失われる事業活動上の利益(考慮要素 α)、他方で、輸送の安全という利益(考慮要素 β)の衡量が問題になる。しかし、本件は、最高乗務距離の算定が「輸送の安全」を考慮したものとなつて⁽²⁵⁾いるかが不明であり、衡量以前に、当該規制により得られる利益について、それを裏付ける調査が不足していたというケースである。実際、本判決は「1乗務当たりの最大走行可能時間に平均走行速度を乗じたとしても、単に「最大走行可能時間を走行した場合の1乗務当たりの平均的な走行距離」が算出されるにすぎず、いかなる理由により、それをもつて乗務距離の最高

限度とすることが適切であるといえるのか（その走行距離を超えた走行とその範囲内の走行とで、拘束時間の超過、休憩時間の不取得、速度違反等が生じる蓋然性が異なると評価することができる根拠がどこにあるのか）については、なお不明であるといわざるを得ない」（傍点筆者）と述べ、本件距離規制が「輸送の安全」との関係で、その合理性に疑問がある旨を指摘する。すなわち、本件訴訟は、当該規制により一定の利益が得られることを前提とした上で、失われる利益を調査していない⁽²⁶⁾、または、失われる利益の重大さに鑑みて、得られる利益がなお優越するという判断に相応しい調査が行われていないという段階の問題ではないのである。とすれば、眼前の紛争を解決するためには、当該規制により得られる利益である「輸送の安全」（考慮要素β）に配慮していないことが窺われる考慮事項（①）のみを以て距離規制を違法とすることが可能であったはずである。しかし本判決は、当該規制により制約されるタクシー事業者の「営業の自由」（考慮要素α）への配慮が窺われる考慮事項（②、④）を抽出している。そのため、人権の価値が審査密度を高めた事実として整理できるのではないかと思われる。

おわりに——残された課題

（一）「重大な損害」の認定方法

本判決は、重大損害要件の認定にあたり従来通り、損害の性質・程度に着目してこれを否定した。他方、名古屋判決は、損害の性質・程度ではなく、処分の態様の差異に着目し、紛争の抜本的解決という視点から重大損害要件を認めた。かかる認定方法の違いは、累積的処分か否かという処分態様の違いによるものであることは先述した通りである。したがって、本判決と名古屋判決の結論の相違は、事案の違いに基づくものであつて矛盾するものではない。

もつとも、名古屋判決の認定方法が、紛争の抜本的解決の必要を理由にするものであるならば、かかる認定方法は、累積的処分が問題になる事案に限定する必然性はないと思われる。例えば、行為義務の存否につき処分庁との間に争いがあり、行為義務違反に対する不利益処分が予告されている場合、かかる時点で差止訴訟の提起を認めることが、紛争の抜本的解決に資すると言えよう。本件訴訟のような、累積的処分が問題にならない事案であっても、不利益処分が予定されている本件公示に従う義務の有無に争いがあれば、紛争の抜本的解決の必要がある⁽²⁹⁾と言える。本判決が、かかる認定方法を採用せず、従来通り、損害の性質・程度に着目し、結果、重大損害要件を否定した点

は疑問が残る。⁽³⁰⁾

(二) タクシー事業の今後の規制手法について⁽³¹⁾

本判決は、乗務距離規制を敷くこと自体は、違憲ないし違法とは判断していない。他方で、本判決は、乗務距離という運送事業の「中核」に対する「直接的」規制であることを理由に、裁量の審査密度を高めていると思われることは先述した通りである。

そもそも、本件の最高乗務距離は、輸送の安全を考慮して算出されたものと評価できないものであり、審査密度を向上させるまでもなく裁判所は違法を認定することが可能であった。しかし、本判決は、審査密度を高めることで更なる考慮事項を抽出しており、そのため、今後、輸送の安全の見地から乗務距離を合理的に算出し直したとしても、直ちに適法になるわけではないと思われる。裁判所は、個々の事業者の営業の自由に配慮した形で、慎重な検討・調査を行うことを求めているといえるだろう。⁽³²⁾

(一) 名古屋判決について、平成二八年一月二一日付けで最

高裁は、国側の上告を受理しない決定を行っている。

(2) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕』(有斐閣、二〇一三年)二四九頁。

(3) 南博方『高橋滋編『条解 行政事件訴訟法(第三版補正版)』(弘文堂、二〇〇九年)六六二頁以下(山崎栄一郎、高安秀明「差止訴訟」園部逸夫『芝池義一編『改正 行政事件訴訟法の理論と実務』』(ぎょうせい、二〇〇六年)一九九頁。

(4) もっとも、判決の時点においてすでに当該使用停止処分から三年が経過しており、その後違反点数の付く行政処分がなされていないなかったため、違反累積点数は本判決のそれを下回るものであった。

(5) 本件訴訟では、Xの違反率からして本件処分基準により使用停止処分が予定されるのは、二回目以降の違反に対してであった(表一の(①未遵守五件以下)を参照)。

しかし、本判決は、Xの初回の違反に対する行政処分がなされていない段階で蓋然性を認めた。したがって厳密には、本判決は、使用停止処分の要件が充足されていない段階で蓋然性を認めたこととなる。もっとも事業停止処分又は許可停止処分のそれとは異なり、近い将来に処分の要件の充足が想定できるケースではあった。

(6) 差止請求が認められるためには、あえて法令違反行為を行わなければならないことを疑問視する見解もある

- (岩本浩史「大阪判決判批」新・判例解説 Watch 法学セ
ミナー増刊 速報判例解説一四号(二〇一四年)六七頁。)
- (7) 他方、友岡史仁教授は、名古屋判決は、原告(被控訴人)
のタクシーの保有台数の多さ(約一〇〇台) 故に、より
多くの違反行為が生まれ、本件処分基準に照らし、許可
取消処分に至る蓋然性が生ずると思考した、と指摘され
る(「名古屋判決判批」判例評論六八三号(二〇一六年)
九頁。)
- (8) 本判決と同様、大阪判決及び札幌判決も、事業停止処
分又は許可取消処分の蓋然性を認めなかった。そして、
大阪判決及び札幌判決においても、違反行為があるにも
かわらず、処分基準に従った形で原告に対して使用停
止処分がされたことは確認されていないのである。
- (9) 南博方「高橋滋ほか編『条解 行政事件訴訟法(第四
版)』(弘文堂、二〇一四年)七八六頁以下(「川神裕」、
小林久起『司法制度改革概説3 行政事件訴訟法』(商事
法務、二〇〇四年)一八九頁、福井秀夫「村田斉志」越
智敏裕『新行政事件訴訟法―逐条解説とQ&A―』(新
日本法規、二〇〇四年)一五五頁(「村田斉志」)。
- (10) 常岡孝好教授は、仮に使用停止処分によって生じる具
体的損害の取消訴訟+執行停止による救済可能性が検討
されたとしても、差止請求が認められる余地があったと
される(常岡孝好「名古屋判決第一審判批」自治研究九
〇巻一〇号(二〇一四年)一三七頁。)
- (11) 他方で野呂充教授は、君が代判決が、損害の性質・程
度を度外視しているわけではないと指摘される(野呂充
「君が代判決判批」民商法雑誌一四八巻一号(二〇一三年)
八八頁。)。すなわち、停職処分に至らない個別の処分の
不利益では、執行停止の要件である「重大な損害」の発
生事実が認められない可能性が高いのである(春日修「差
止訴訟(抗告訴訟)における「損害の重大性」―執行停
止との関係において―」愛知大学法学部法経論集一九二
号(二〇一二年)六四頁参照。)。とすれば、君が代判決
も結局のところ、取消訴訟+執行停止による救済可能性
の有無という視点から判断を行っている可能性が残る。
他方、法四〇条に基づくタクシー車両の使用停止処分に
ついては、本判決の指摘するところによれば、執行停止
が認められない程の軽度の損害とは考えられていないよ
うである。
- (12) 山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴
訟の適法性」論究ジュリスト三三三(二〇一二年)一二二頁。
(13) 藤田宙靖「行政法総論」(青林書院、二〇一四年)一
一七頁参照。
- (14) 土田伸也「行政法基礎演習(第二版)」(日本評論社、
二〇一六年)一九二頁、村上裕章「判断過程審査の現状
と課題」法律時報八五巻二二(二〇一三年)一二頁以下。

(15) 例えば、最判平成八年三月八日民集五〇卷三三四六九頁（エホバの証人剣道受講拒否事件）では「全く事実の基礎を欠く」等の場合に退学処分を違法としている。また、最判平成一八年二月七日民集六〇卷三三〇四〇一頁（広島県教職員組合事件）は、「重要な事実の基礎を欠く」等の場合に、公立学校の目的外使用許可の拒否決定を違法とする。

(16) 常岡孝好「行政立法の法的性質と司法審査（二）自治研究九〇巻一一号（二〇一四年）五頁以下。なお、タクシー事業者が設定する運賃の幅を公定した基準の違法性が、仮の差止め申立てにより争われた大阪地決平成二六年五月二三日裁判所ウェブサイトについて、由喜門眞治教授は、裁判所が単に「事実の基礎」の欠如を問題としている点を捉え、「違法を認定する方向で―筆者註）審査を緩やかにすべきであると解しているとも考えられる」とされる（新・判例解説Watch法学セミナー増刊速報判例解説一五号（二〇一四年）六八頁。）。

(17) 稲葉馨ほか『行政法（第三版）』（有斐閣、二〇一五年）一一一頁（人見剛）、櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第五版）』（弘文堂、二〇一六年）一一五頁以下。

(18) 塩野宏『行政法Ⅰ（第六版）』（有斐閣、二〇一五年）一四七頁。

(19) 札幌判決は、「地方運輸局長の判断の基礎とされた事

実等に誤認が生じ重要な事実の基礎を欠く場合」に裁量権の逸脱・濫用を認める。ここでは、地方運輸局長という行政庁の判断の基礎となる事実の誤認が「重要な事実の基礎を欠く」ことと同義であると捉えていることが窺える。

(20) 審査方式について、筆者はまず、いわゆる判断過程審査が①判断過程の合理性ないし過誤・欠落の審査（判断過程合理性審査）、②考慮要素に着目した審査（考慮要素審査）の二つの審査方式に分かれ、さらに②についてはiそれぞれの考慮要素に「重み付け」を行った上で審査するもの（過大考慮・過小考慮定式）、ii考慮すべき事項を考慮し、考慮すべきでない事項を考慮しなかったかのみを審査するもの（他事考慮・考慮遺脱定式）に二分されるという理解をとる（村上・前掲註（14）一二頁以下、仲野武志「広島県教職員組合事件判批」判例評論五七八号（二〇〇七年）八頁参照）。かかる分類に拠ると、本判決は、従来からの審査方式である②iiを採用したものと整理することができる。

なお、「社会通念（又は社会観念）上著しく妥当を欠く」裁量行使を違法とするいわゆる社会通念審査は、審査方式ではなく審査密度に関わる定式ではないかと思われる。というのも、「社会通念」という概念自体は一義的なものではなく（塩野・前掲註（18）一五一頁）、そ

れ自体特定の審査方式と言えるほどの内容を含まないこと、また「著しく妥当を欠く」際に違法とすることは、「司法審査の密度の問題」として整理できるからである（芝池義一『行政法読本（第四版）』（有斐閣、二〇一六年）七八頁参照）。社会通念審査と判断過程審査が両立しうることを示す近時の最高裁判例として、最判平成一八年二月七日民集六〇巻二号四〇一頁（広島県教職員組合事件）が挙げられる。

(21) 香城敏磨元判事は、営業の自由の制約についても「直接的規制」及び「間接的付随的規制」という規制類型で把握することを既に提唱されていた。「直接的規制」とは「規制が憲法上の権利、自由がもたらす弊害を直接に押さえるためにその権利性、自由性を否定する」ものであり、「間接的付随的制約」とは「憲法上の権利行使そのものが弊害をもたらすとして規制するのではなくて、権利行使に伴う行動から生ずるもろもろの弊害を押さえることを目的とし、そのためのやむを得ない結果として権利に制限が加えられる」ものである。そして香城元判事によると、一般に直接的規制に対しては、間接的付随的規制よりも厳格な司法審査が行われることとなるのである（芦部信喜ほか「研究会 憲法判例の三〇年」学説と実務の関連において「ジュリスト六三八号（一九七七年）四七四頁（香城敏磨発言）」）。そのような説明に對

する批判については、棟居快行「営業の自由における違憲審査基準論の再検討」神戸法学雑誌三五卷三号（一九八五年）七一三頁以下でまとめられている。

(22) 裁量判断の司法審査に際しては、裁判所は、法の許容する行政庁の判断の幅を確認し、これを越えた判断について違法を宣言することになるが、その幅は、裁判所が示す要考慮事項（＝義務的考慮事項）が基本線となる。すなわち、考慮事項を審査対象にして、行政庁の判断の幅を切り詰めていくのである。なお、かかる考慮事項は法の趣旨目的の解釈から正当化されるものであり、法が許容した判断の幅を裁判所が矮小化させているとは評価されない（三浦大介「行政判断と司法審査」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、二〇〇八年）一一四頁以下）。従って、裁判所が、考慮すべき事項（義務的考慮事項）としていかなる事項を挙げるかによって審査密度は変わってくるものと思われる。考慮事項を具体的に抽出することで審査密度を高めたと評される最高裁判例として、最判平成一八年九月四日判時一九四八号二六頁（林試の森判決）が挙げられる（橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、二〇〇九年）一六七頁参照）。

(23) 論理的に言えば、審査方式と審査密度は次元の異なる問題である（山本隆司『判例から探究する行政法』（有

斐蘭、二〇一二年）二三三頁。

- (24) 山本隆司教授によると、「最高裁の多くの判決は行政裁量を、多様な利益を包括的に衡量し、または多様な事由を考慮する任務として表現し」ているとされる（山本隆司「日本における裁量論の変容」判時一九三三号（二〇〇六年）一四頁）。

- (25) 調査義務違反は、義務的考慮事項を適正に考慮しなかったという考慮義務違反と表裏の関係にある（深澤龍一郎「行政裁量論に関する覚書」法学論叢一六六巻六号（二〇一〇年）一七八頁以下）。そして、考慮義務が果たされたといえるには、相応の調査が行われたことの証明が必要となる。

- (26) 例えば、二風谷ダム事件判決（札幌地判平成九年三月二七日判時一五九八号三三三頁。）では、ダム建設を目的とした土地の収用裁決に先行する事業認定が争われたが、本件事業認定により失われるアイヌ民族の文化等に与える影響について十分な調査が行われていないことを理由に裁判所は違法を認定した。

- (27) 例えば、徳島地決平成一七年六月七日判例地方自治二七〇号四八頁では、町の教育委員会が、障害のある子の幼稚園への就園を財政上の理由から不許可とした処分が争われたが、裁判所は、幼稚園教育（失われる利益）の重要性を前提とした相応しい調査が行われていない」と

を理由に違法を認定した。

- (28) 衡量過程における人権の位置づけ・役割について、宍戸常寿教授は、①人権が他の考慮要素と並び考慮されるべき一要素となる可能性、②特定の考慮要素を質的に重くする（重み付け規範）としての役割を果たす可能性、③裁判所の審査密度を高める可能性、という三つの可能性を指摘される（宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究七一号（二〇〇九年）一〇六頁）。本判決は、営業の自由に対する直接的制約であることを理由に、審査密度を高めた考慮要素審査を行っているから、③にあたるケースとして整理することができるのではないか。

- (29) 山本・前掲註（12）一二二頁参照。

- (30) 大阪判決について、朝田とも子准教授は、使用停止処分に伴う名誉・信用の低下という損害が「重大な損害」にあたらないと判断した点を批判される（朝田とも子「大阪判決判批」法学セミナー七〇七号（二〇一三年）一一三頁）。他方、筆者は、損害の性質・程度に着目した認定方法そのものに疑念を持つ。

- (31) 名古屋判決に対する国側の上告を受理しないという最高裁の決定を受け、国交省は「名古屋を含め、敗訴した地域について、規制内容の見直しを検討する」としている（朝日新聞デジタル二〇一六年一月二五日 <http://www.asahi.com/articles/ASJ1T424KJ1TUT1I026.html>

(二〇一六年一〇月二三日最終閲覧)。

- (32) 例えば、本件のXは、無線及び専用乗場からの乗車を主体とする事業者であり、一日あたりの走行距離が標準的な事業者よりも長くなる傾向があった。距離規制に際しては、かかる事業形態による走行距離の違いを踏まえた慎重な検討を行うことが求められている。

*本判決の評釈として、今本啓介・平成二七年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊一四九二号)(二〇一六年)五一頁がある。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 67 No. 4(2016)
SUMMARY OF CONTENTS

“Muddling through” of Modern Japanese Judges and Civil Procedure: Images in *Horitsu Shimbun* (1900-1926) (1)

Koji MIZUNO*

In this article we try to make clear actual situation of civil procedure practice under Meiji Civil Procedure Code (1891), how legal practitioners felt about it and its backgrounds, using as sources the most famous legal media of this period: *Horitsu Shimbun* (『法律新聞』The Legal News, 1900-1944). We take up judge's directive powers for fixing issues and proof-taking, especially exercised orally; these could be sometimes in conflict with so-called party-control principle of modern civil procedure, but this principle was often criticized harshly in this newspaper.

Very little is known about actual situation of intervention *ex officio* for fixing issues, i.e. clarification by judges in this period. In *Horitsu Shimbun* we can recognize so many articles in which judges' power of clarification is described vividly. We try to analyse how judges exercised their power in reality against attorney or party without representation, and what legal practitioners expected judges to do.

So many practitioners appreciated and wished active exercise of this power from early on: Japan had accepted modern western law too rapidly, so there existed many attorneys without enough knowledge or experience as professional. Parties without attorney was common, preventive law was not widespread. Moreover, intervention through clarification power was thought

* Professor, Hokkaido University Graduate School of Law

requisite in order to make procedure quicker with its quality sustained.

A Reexamination of the “Regulation of Monopolistic Situations” in the Music Copyright Management Business (3): 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 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”).

* Hokkaido University Graduate School of Law Assistant Professor.

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.

Problems and Challenges for “Voluntary Evacuees” with regard to the Fukushima Radiation Disaster*

Kunihiko Yoshida



(Disaster Law Panel at the Annual Meeting of the American “Law and Society” Association) (June 2016) (at Marriott New Orleans)

I. Foreword: The Need for an Inclusive Disaster Recovery from the Perspective of Housing and Welfare

At the end of April 2016, more than 160 thousand people are still

* This paper was given at the symposium named “Disaster, Climate Change, and Vulnerability” organized by Prof. Lisa Sun for the Annual Meeting of the American “Law and Society” Association on June 2nd, 2016 at Marriott New Orleans. I appreciate her extraordinary kindness to invite me to this important panel by American leading scholars of Disaster Law and to give detailed comments to my draft. My thanks also go to other panelists including Professors Rob Verchick, Lloyd Cohen, Mitch Crusto, Fiona Haines, and Michalyn Steele for their helpful comments.

evacuees five years after the tragedy of the East Japan Earthquake, and almost 100 thousand people are suffering the effects of radiation due to the Fukushima TEPCO [Tokyo Electric Power Co.] explosions. The radiation and tsunami disaster recovery after the 2011 East Japan Earthquake should be examined from the perspective of housing and welfare. In particular, comparing the Fukushima disaster to Chernobyl and the Three Mile Island cases reveals systemic issue that must be addressed. Housing and welfare law covers, in addition to housing, questions of livelihood, consumer activities, amenities, education, health care, safety, and natural environment etc. An “inclusive disaster recovery” policy, should focus on the welfare of vulnerable people, such as the elderly, children and pregnant women¹.



(Huge Radioactive Waste at Iitate Village)

Regrettably, regarding disaster recovery following the East Japan Earthquake, we conclude as follows: First, welfare compensation is still marginalized despite continuous requests, while public expenditure has been wasted on public works. This is a similar pattern as that observed after the Kobe Earthquake in the mid- 1990s. Second, similar

¹ For similar arguments in American disaster law, see, e.g., DANIEL FARBER ET AL., *DISASTER LAW AND POLICY* (2nd ed.) (Walters Kluwer, 2010) 391- [(3rd ed.) (Walters Kluwer, 2015)451-]; ROBERT VERCHICK, *FACING CATASTROPHE: ENVIRONMENTAL ACTION FOR A POST- KATRINA WORLD* (Harvard U.P., 2010) 128.

systemic problems have been seen in radiation disaster recovery at Fukushima with regard to huge decontamination public works. For example, 650 billion yen had been spent for the decontamination work in Iitate village by the spring of 2014 and ironically not many of its 6000 villagers want to return to their home surrounded by innumerable black bags of radioactive waste produced by the decontamination cleanup. Furthermore, when contrasted with the post-Chernobyl housing policy, support provided for evacuees to avoid radiation health effects is limited and diminishing due to the dominant, but problematic, return policy. Broader compensation based on sufferers' welfare is required to remedy these structural failures.

Limited public assistance and a basic lack of human rights consciousness for housing and welfare provide the background to fundamental issues in Japan's housing policy, which is why I am working in the field. In health care, we have had a communitarian, comprehensive health care financial and legal regime, and the basic human right of access to health care has been protected for a long time: the basic structure for this was developed during the 1940s and completed in the early 1960s. We are far ahead of the United States in this sphere, even though there are serious budgetary issues in a rapidly aging society. However, Japanese housing policy is puzzlingly market-oriented and thus public assistance for housing and welfare, particularly in the case of disaster recovery, is even more restricted than in the U.S., and is the most limited among developed nations².

II. Uniqueness and Problems for the Fukushima Radiation Evacuation Policy

A. The Process of Fukushima Evacuation Policy

First of all, I'll explain the meaning of 'voluntary evacuees'. Shortly

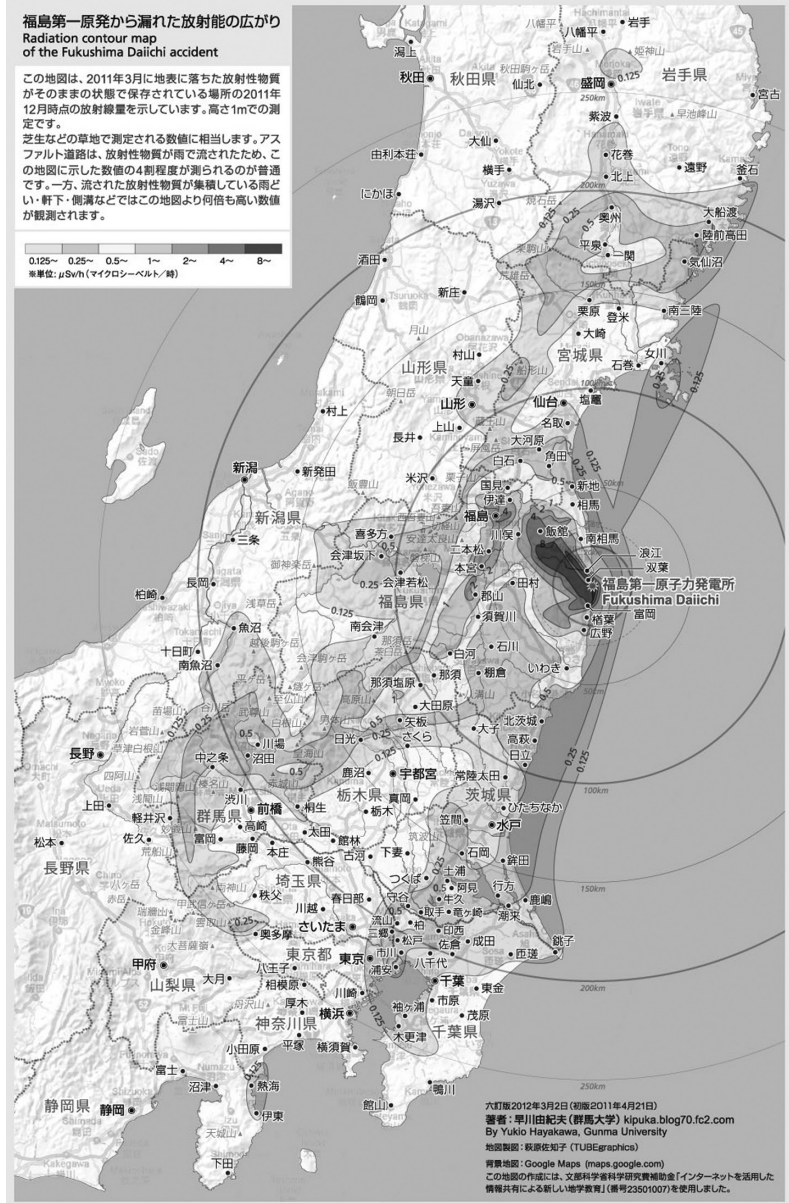
² See, e.g., MARY COMERIO, *DISASTER HITS HOME: NEW POLICY FOR URBAN HOUSING RECOVERY* (U. California P., 1998) 15-, 23-.

after the East Japan Earthquake on March 11th, 2011, reactors No.1, 3, and 4 at the Fukushima Daiichi TEPCO nuclear power plant exploded over the course of March 12th through 15th 2011. In response, the first evacuation order for those within a radius of 3km was issued on March 11th, and was expanded to 20km on March 12th, while those within a 30km radius was asked to stay indoor from the 15th.

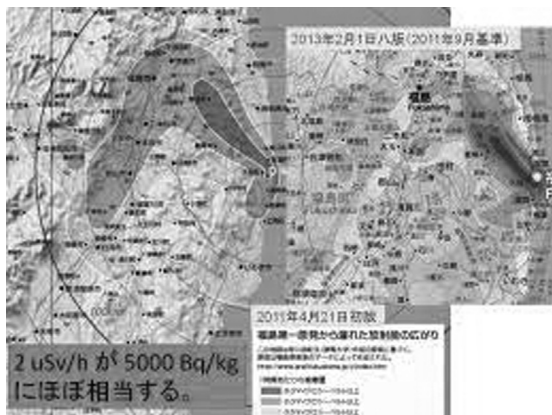
On April 22nd, 2011, there was the first readjustment of evacuation zones, which designated the following zones: (1) the ‘risky evacuation zone’ within 20km; (2) the ‘would-be evacuation zone’ outside of 20km; and (3) the ‘evacuation prepared zone’ within 30km. In number (2) category areas experiencing over 20mSv, residents were ordered to evacuate within one month. Radiation spread northwest after the explosions, and broad areas in that direction, most prominently Iitate Village already mentioned, located 40km northwest from the site, actually faced high radiation and were designated as this type of evacuation zone. It took time for local residents to get correct information about radiation: for example, SPEEDI information was concealed by top government officials fearing panic³, and many evacuees didn’t know which way to move. Consequently, some, including people from Futaba Town, moved into high radiation areas such as Namie Town and Iitate Village, thus being exposed to high radiation without taking iodine. Actually, correct information came from overseas.

The second readjustment to the evacuation zone was made one year later, on April 1st, 2012 and the new classification, which is still basically valid, was as follows: (1) the ‘no-return zone’ above 50mSv; (2) the ‘restricted residence zone’ above 20mSv; and (3) the ‘would-be return zone’ under 20mSv, where theoretically the designation can be cancelled and thus be outside of the evacuation zone any minute. Thus, following this taxonomy, areas began to lose the category (3)

³ Former Prime Minister Naoto Kan and his cabinet members themselves didn’t know its existence at first, but they were informed later on March 23rd.



(Radiation Spread from TEPCO) (permitted by Prof. Yukio Hayakawa)



(The radiation map should be compared to the evacuation zone map)
(permitted by Prof. Yukio Hayakawa)

designation after April 2014: for example, Tamura City (April 1st, 2014); Kawauchi Village (October 1st, 2014); Naraha Town (September 5th, 2015); Katsurao Village (June 12th, 2016); South Soma City (July 1st, 2016)⁴. Accordingly, the administrative evacuation zone has been shrinking and will continue to diminish due to decontamination works, governmental officials hope. However, the return process in those areas has been slow and only limited numbers of people, predominantly the elderly, have returned back home. The paucity of public facilities, such as schools, hospitals and shopping centers, is mentioned as a main reason for the delay, putting aside radiation issues⁵.

⁴ For mixed feelings of hesitation of villagers in those areas, see, for example, Martin Fackler, *Forced to Flee Radiation, Fearful Japanese Villagers Are Reluctant to Return*, THE NEW YORK TIMES, April 28th, 2014, A4, A5 [THE INTERNATIONAL NEW YORK TIMES, April 29th, 2014, p.1, 3]. The Japanese government now has decided to prepare for the cancellation of designation even in the category (2) by March, 2017 at the cabinet meeting on June 12th, 2016. See, ASAHI SHIMBUN, June 10th, 2016, p.3 (according to the government's plan, approximately 46 thousand out of 70 thousand evacuees should be returned by March, 2017); June 12th, 2016, p.1, 28.

⁵ For empirical studies of this delayed process, see, MASAFUMI YOKEMOTO ET AL.,



(The Evacuation Zone in Fukushima in October, 2014: (1) is the red zone; (2) is the yellow zone; (3) is the green zone. The green zone will disappear shortly.)

B. Features and Problems of the Japanese Evacuation Standard

In the brief description of the evacuation zone offered above, it is clear that 20mSv per year ($3.8 \mu\text{Sv}$ per hour) has become the standard for administrative zone-setting, and the evacuation zone has been shrinking particularly after the Abe cabinet declared the “Fukushima Disaster Recovery Speed-Up” plan in December 2013.

However, there are issues regarding the Japanese evacuation policy in terms of comparative law. First, the 20mSv standard is very different from the standard taken after the Chernobyl tragedy in 1986. In the aftermath of the Chernobyl radiation disaster, local residents within areas over 5mSv were obligated to evacuate and those within areas over 1mSv qualified for evacuation. Thus the evacuation zone in

WHY DOES THE NUCLEAR DISASTER RECOVERY BECOME UNEVEN? (GENPATSU SAIGAI WA NAZE HUKINTOU NA HUKKOU WO MOTARASUNOKA) (Minerva Pub. Co., 2015).

the Chernobyl case, which is the only comparable precedent for the Fukushima radiation disaster, was much wider than the Fukushima evacuation zone.

In other words, a conspicuous difference in the post-radiation-disaster housing policy is apparent: in Russia, Belarus, and Ukraine, “evacuation” was the main policy, with people known as “Самосёлы”, the people stayed despite the evacuation orders⁶, while in Fukushima, “stay/return” policy is the principal policy, with limited numbers of people qualifying for evacuation and economic assistance due to mandatory displacement.



(at the Zhdanovichi Children Sanatorium in Belarus)(March, 2014)

Therefore, lots of Fukushima people could do nothing but face radiation, which might cause serious health effects in the near future⁷.

⁶ Of course, we have to admit that the situation of high risk workers called Ликвидаторы was serious and that the aftermath of Chernobyl disaster was not simple. For the best nuanced ethnographical study of Chernobyl sufferers, see, ADRIANA PETRYNA, *LIFE EXPOSED: BIOGRAPHICAL CITIZENS AFTER CHERNOBYL* (Princeton, 2003) (with a new introduction, 2013).

⁷ For the conspicuous difference between Chernobyl and Fukushima cases, see, Kunihiro Yoshida, *Some Suggestions from the Chernobyl Nuclear Disaster Recovery from the Housing/ Welfare Perspectives: Absolute Difference between Chernobyl and Fukushima Daiichi Disasters* (Chernobyl Genpatsu Jiko Tyousa

Of course, in both cases, exposure to radiation early on due to incorrect or concealed information has been observed, and thus health effects could be serious. However, in contrast to the aftermath of Chernobyl, those suffering from thyroid cancer and other medical issues cannot freely talk about their diseases openly in Japan⁸. In that sense, they have been marginalized and oppressed by the rhetoric of ‘normalization’ and related policies.



karano Kyoju-hukusihou teki Shisa: Fukushima Daiichi Genpatu Mondai tonon Ketteiteki na Soui, 1026 NBL 33~ (2014).

⁸ See, for example, Mizuno Aoki, *Spike in Thyroid Cancer Fuels Fears But Cause Could be Over-Diagnosis*, THE JAPAN TIMES, May 13th, 2016, p.13

Under American standards, a radius of 50 miles (80 km) should have been evacuated. Many major cities in the central band of Fukushima Prefecture, including Fukushima City and Koriyama City, would fall under the American evacuation zone, and millions of people have been exposed to radiation without any evacuation orders or monetary assistance. I still remember vividly how dismayed my American friend was after listening to my answer in June 2011 at a conference in the U.S., when he asked me about the situation in Fukushima by showing me a Wall Street Journal evacuation zone circle under American standards on the Fukushima map⁹. It is well-known that even Anderson Cooper of the CNN gave up reporting the TEPCO explosion and went home shortly after recognizing the seriousness of the radiation. 400 American Navy soldiers who joined the Friendship Rescue Team (Tomodachi Sakusen) without knowing about the radiation have filed a lawsuit against TEPCO. Many of them already suffer from health effects, and some have died, without any financial compensation¹⁰.

III. Voluntary Evacuees and their Lack of Assistance

A. The Definition of Voluntary Evacuees

The situation of voluntary evacuees is one of the most serious and neglected issues with regard to the nuclear damages statute of 1961. ‘Voluntary evacuees’ are those who live outside the designated evacuation zone. Due to the relatively small size of the evacuation zone

⁹ The very article he showed me was: Yuka Hayashi, *Tokyo Weighing More Evacuations*, THE WALL STREET JOURNAL, June 10th, 2011, A8. The article argued that a further mandatory evacuation was considered at Ryouzen Town at that time and the Japanese evacuation standard was behind the American one.

¹⁰ Masato Tainaka et al, *Former Premier Koizumi Cried to Hear about the Situation of American Navy Soldiers Joining Tomodachi Sakusen after East Japan Earthquake (Koizumi-si Tomodachi Sakusen de Hibaku moto-Beihei ni Namida)*, ASAHI SHIMBUN, May 19th, 2016, p.29.

in Fukushima, many people outside the designated areas feared for their health, especially pregnant women and children, and decided to evacuate on their own initiative. Some fled shortly after the explosion while others moved after their initial exposure to radiation.

The number of voluntary evacuees has not been officially recognized, but was estimated at 60,000 to 80,000 in 2012, and had decreased to 25,000 (13,000 families) by the end of October, 2015¹¹. In Hokkaido, there were 3,220 in the summer of 2011, down to 2,125 in February 2016. However, few of those in Hokkaido actually returned to Fukushima Prefecture.

Their decision to evacuate can be naturally justified from a comparative law perspective, because the administrative standard of 20mSv for evacuation in Fukushima is much higher than that for the Chernobyl evacuation. We have to recognize that there must have

¹¹ Kousuke Hino et al., *Housing Provision for Voluntary Evacuees will be stopped in a Year*, MAINICHI SHIMBUN, March 11th, 2016.

been many more people who wanted to avoid radiation, but did not evacuate for financial reasons or due to oppressive community power to not leave their hometown and abandon their relatives.

B. Discrepancy between Mandatory Evacuees and Voluntary Evacuees

The big discrepancy in the response towards voluntary evacuees and mandatory evacuees should be emphasized. A Nuclear Damages Conflict Council was organized on April 11th, 2011 under the Ministry of Education and Science to establish rules for compensation (damages of different kinds) that should be paid swiftly by TEPCO. The Council issued intermediary guidelines in August 2011 and then four subsequent amendments between December 2011 and December 2013.

Damages for voluntary evacuees were discussed for several months before the Council issued the first amendment in December 2011. Mr. Seiichi Nakate and Mrs. Takako Shishido, then representatives of Hokkaido Voluntary Evacuees Residential Association, spoke of their suffering to council members on October 20th, 2011¹². At an earlier stage, the civil law scholars on the council, such as Prof. Yoshihisa Nomi, chairperson of the council, and Prof. Tadashi Ohtsuka, were sympathetic to the voluntary evacuees’ situation and positive with regard to their protection, but over the course of discussions, they followed Mr. Shun’ichi Tanaka, now the chairperson of the Nuclear Regulation Authority, in rejecting most of their compensation¹³. The result in the first amendment of December 2011 was: 400,000 yen for

¹² The proceedings of their statements at the 15th commission meeting is available at: http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chousa/kaihatu/016/gijiroku/1313194.htm.

¹³ For the detail of the council discussion, see, Kunihiro Yoshida, *Housing/Welfare Law and Fukushima Nuclear Radiation Disaster Sufferers: Focusing on Voluntary Evacuees’ Welfare (Kyojuu Hukushi Hougaku to Fukushima Genpatsu Hisaisha Mondai) (Part 1) (Part 2)*, 2239 HANREI JIHOU 3~, esp.11~; 2240 *id.* 3~ (2015).

pregnant women and children per person with TEPCO's voluntary addition of 200,000 (600,000 in total per person) and 80,000 yen for other persons for the year of 2011, and its payment was done by TEPCO in February 2012. The Council added nothing more for voluntary evacuees in the second amendment in March 2012, although following the second amendment, TEPCO added the voluntary payment in December 2012 by 120,000 for pregnant women and children and 40,000 for other persons for the year of 2012 until August 2012. These payments were still far below those provided for the mandatory evacuees, who are granted a minimum of 100,000 per month per person¹⁴.

Given this discrepancy, many lawsuits were filed across Japan, most prominently in Hokkaido, Tokyo, and Kansai, because voluntary evacuees are dispersed from Hokkaido through Okinawa. Notice that the number of voluntary evacuees is increasing due to the recent contraction of the mandatory evacuation zone noted above.

C. Suffering of Voluntary Evacuees



(A Clinical Legal Education Seminar by Attorney Wataru Shimada at the Atsubetsu Employment Facilitation Housing with Voluntary Evacuees) (May 2015)

¹⁴ In the case of 4 family members, for example, 24 million (24,000,000) yen has been provided. On top of this amount of money as pain and suffering, mandatory evacuees can get damages for getting a new residence in their evacuation by the 4th amendment issued in December 2013.



Five years have passed since the explosions at the Fukushima Daiichi Nuclear Power plant, but the welfare of voluntary evacuees is suffering due to the lack of financial assistance. Even though their evacuation is termed voluntary, this is not true. Almost all of them were exposed to high radiation in places like Fukushima City and Koriyama City, and made the decision to evacuate to avoid the health effects of radiation on their children and pregnant wives. In many cases, husbands stayed in Fukushima while their wives and children moved elsewhere¹⁵.

The community of voluntary evacuees in Hokkaido is one of the largest. Many of them live, or used to live, at the Employment Facilitation Housing in Atsubetsu Ward in Sapporo City¹⁶, and I have regularly had meetings with them to listen to their sufferings, problems and challenges. These include, (a) the heavy economic

¹⁵ Professor Robert Verchick describes the similar situation in New Orleans after Hurricane Katrina in terms of gender. See, VERCHICK, *supra* note 1, at 139-141.

¹⁶ There used to be more than 200 households, many of them single families, but the number had decreased to 70 by March 2016 due to administrative intimidation and notice that eviction begins at the end of March, 2017 (ASAHI SHIMBUN (Hokkaido), March 11th, 2016, p.31). The residents there organized a community named the ‘Cherry Blossom’ Association and Ms. Shishido was its first representative.

burdens of two households; (b) difficulties of finding new employment, especially for single women with kids; (c) rare family gatherings and family ruptures leading to divorce; (d) loneliness following the destruction of their tight-knit previous communities, leading to mental distress and even death; (e) accusations of fleeing from former friends and neighbors in Fukushima; (f) troubles and conflicts in their new communities; and (g) health effects due to radiation and PTSD.¹⁷

With the discrepancy between voluntary and mandatory evacuees in the damages guideline set by the Nuclear Damages Conflict Council, the free provision of housing for voluntary movers has been their only exceptional protective measure, although this measure will end in March, 2017 and be replaced by a rental assistance program for the next two years: with support for half of their rent in the first year (2017), and a third in the second year (2018) under stricter eligibility conditions.

In addition, this housing benefit has been exceptionally inflexible. Voluntary evacuees are not allowed to change their housing

¹⁷ For their dismal situation, see, for example, Megan Green, *Reluctant to Speak, Fukushima Moms Admit Ordeal, Fears: Some Evacuees Condemned for Fleeing with Kids from Radiation*, THE JAPAN TIMES, September 30th, 2015, p.3. As for the case of Hokkaido evacuees, see, Kunihiro Yoshida, *Agonies of Voluntary Evacuees in Sapporo and Their Effective Measures: My Proposal for their Damages Based on Move (Sapporo Jishu Hinansha no Kunou to sore eno Taisaku)*, 45 (2) ENVIRONMENT & POLLUTION (KANKYO TO KOUGAI) 62~ (2015).

See also, SEIICHI NAKATE, PROMISE OF YOUR FATHER: LET'S TALK ABOUT THE TRUTH OF THE REAL FUKUSHIMA (CHICHI NO YAKUSOKU) (Mitsui Pub. Co., 2013); AKIKO MORIMATSU, EVACUATION OF MOTHER AND CHILDREN: MEMORIES OF THOUGHTS (BOSHI HINAN: KOKORO NO KISEKI) (Kamogawa Pub. Co., 2013) for stories of voluntary evacuees themselves, and IZUMI YAMAGUCHI, MOTHER EVACUATION: TO OKINAWA BY AVOIDING RADIATION (HINAN MAMA: OKINAWA NI HOUSHANOU WO NOGARETE) (Aurora Freedom Atelier, 2013); CHIA YOSHIDA, REPORTS OF EVACUATION OF MOTHERS AND CHILDREN (RUPO: BOSHI HINAN) (Iwanami Pub. Co., 2016) for their reports.



(With Ms. Shishido [center] in front of her building)

irrespective of their children's growth, having more children, neighborhood troubles, or inconvenience in terms of education, shopping, and commuting to workplace, even if there are housing units available for them. The logic of government officials is that: once they move out of their original housing, they should be considered as 'recovered from the disaster' and therefore ineligible for free temporary housing¹⁸. Thus, voluntary evacuees across Japan have been bullied by local and central government committed to Fukushima Disaster Recovery. Even though they are the most vulnerable parties in this radiation disaster, they are considered 'obstacles' in the way of the Resuscitation of Fukushima and largely neglected by governmental officials.

We should add that the budget required for their free housing outside of Fukushima Prefecture is only 8.09 billion yen per year (for their supply-side housing assistance) and rental subsidies for two years

¹⁸ On this unreasonable treatment, see, for example, KOUSUKE HINO, NEGLECT OF VOLUNTARY EVACUEES FROM NUCLEAR EXPLOSION: THE TRUTH 5 YEARS AFTER THE FUKUSHIMA DISASTER (GENPATSU KIMIN) (Mainichi Shimbun Pub. Co., 2016) 72~, 99-100.

from April 2017 will be a mere 2 billion yen (for their demand-side rental assistance)¹⁹, which should be contrasted with the budgetary splurge on public works, including (a) decontamination and the construction of intermediary storage facilities for nuclear waste (2.4 trillion yen), (b) community transfer onto hills (1.6 trillion yen), and (c) the construction of high walls to fend off Tsunamis (2.2 trillion yen)²⁰.

We also have to realize that despite administrative pressure and intimidation to return to Fukushima, most of voluntary evacuees stay outside of Fukushima.

IV. Challenges: What Should be Done?

A. Litigation

What should be done to relieve their desperate situation? Against the backdrop of this unequal treatment between mandatory and voluntary evacuees, lawsuits have already been filed by several groups of voluntary evacuees as a last resort. They can file claims with the Nuclear Damages ADR (Alternative Dispute Resolution) center that opened in September 2011. Results there are more flexible and protective for sufferers than the council guidelines, but ADR protection is still more limited than adjudication.

The Kyoto District Court granted damages of more than 30 million yen from TEPCO to the voluntarily evacuated person and his families in a judgment on February 18th, 2016, and this attracted a lot of attention and a favorable reaction²¹. He ran a local restaurant as the

¹⁹ HINO, *supra* note 18, at 190, 225-226.

²⁰ For this data, see, the ASAHI SHIMBUN, March 11th, 2016, p.2.

²¹ For favorable comments by Professors Masafumi Yokemoto, Ken'ichi Ohshima, and Ryouichi Yoshimura, see, ASAHI SHIMBUN (Hokkaido), February 19th, 2016, p.35. For my detailed analysis of this Kyoto decision, see, Kunihiko Yoshida, *East Japan Big Earthquake, Fukushima Nuclear Plant Accident, and Compensation Challenges for Voluntary Evacuees in terms of Housing Welfare: Focusing on the Recent Kyoto Decision (1) (2)* (Higashshinihon Daishinsai,

president in Koriyama City and after the explosion decided to move to Itoigawa (Niigata Pref.), Kanazawa (Ishikawa Pref.), Kyoto, and finally to Ashiya (Hyogo Pref.) and became melancholic without getting new employment. Compared with a limited number of precedents that admitted nominal pain and suffering for voluntary evacuees who had returned back home²², the award of a considerable amount of monetary damages itself was revolutionary in some sense.



(Attorney Ken'ichi Ido for Kyoto case shortly after the decision; He used to be an outstanding critical judge in the field of nuclear power plant injunction cases)

However, the legal reasoning behind the Kyoto decision has

Fukushima Genpatsu Jiko to Jishuhinansha no Biashou Mondai/Kyojuuhukushi Kadai, 519 LAW & DEMOCRACY (HOU TO MINSHUSHUGI) 33; 520 *id.* 44 (2016).

²² For example, the Tokyo District Court Decision of June 29th, 2015, which is similar to the recent Kyoto decision in terms of legal reasoning, dealt with the case of evacuees from South Soma City to Fukushima City, and dismissed the claim by saying that the 1.84 million yen paid by TEPCO has been enough for their pain and suffering.

The Sendai High Court Decision of January 21st, 2015, on evacuees from Iwaki City to Yokohama City, similarly mentioned that the 0.3 million yen paid by TEPCO was sufficient and dismissed the case. In this case, 1.3 million damages for emotional distress had been requested, but the judges surprisingly expressed that their pain and suffering was less than 40,000 yen.

turned out to be problematic. First, it follows the problematic administrative standard of 20mSv. Second, their notion of voluntary evacuation is very narrow and strict, influenced by the prevalent return policy: they argue that evacuation is temporary in the sense that evacuees should return once radiation drops below 20mSv. Thus financial assistance for relocation and finding new employment has been rejected. Third, they are skeptical about the health effects stemming from radiation below 20mSv, and following the problematic observation of Fukushima Prefectural medical school, they argue that the numbers of children suffering thyroid cancer can be regarded as an effect of over-screening effects, denying a link to radiation.

We have to realize that the comparatively high damages were awarded for mental distress and that the high salaries of the plaintiffs are quite unique to this case. The negative influence of the Kyoto decision in terms of legal principles and reasoning has already begun to seep across the legal sphere and a critical analysis of its effects is urgently required. We have to realize that the Kyoto decision's understanding mirrors the administration's Fukushima recovery policy, neglecting and opposing the right of voluntary evacuees to flee from radiation.

B. The Need for Damages based on their Move

Contrary to the recent bias towards the return policy, the disaster recovery policy of the Children's and Sufferers' Assistance Act of 2012²³ protects "residents' choices whether they stay, move, or return" and guarantees "appropriate financial assistance in accordance with either decision" in Article 2, section 2. Now a move towards damages

²³ The correct full name of this statute is: Law for Assistance of Children and Some Other Local Residents Suffering from Radiation due to the TEPCO Nuclear Power Plant Explosion and for developing related Policies. It was promulgated on June 27th, 2012 as No. 48th statute of 2012.

for voluntary evacuees based on the original liberal principle of this statute is required for genuine Fukushima radiation disaster recovery.

As for various types of damages for voluntary evacuees, prominent scholars such as Professors Takehisa Awaji and Ryouichi Yoshimura, argue that a comprehensive and holistic interpretation regarding livelihoods should be adopted and that the pain and suffering due to its infringement should be broadly recognized²⁴. However, their theoretical framework and notion are too general and ambiguous, even though I applaud their intention of broadening the scope of damages. As discussed, Prof. Ohtsuka, one of the council members, admitted only nominal damages for voluntary evacuees, even though he had also advocated a similar comprehensive notion. Considering that many judges are not sympathetic to voluntary evacuees’ damage, I think we need more a down-to-earth, pragmatic legal scheme for damages.

In this regard, Prof Hanoch Dagan’s analysis of restitutional damages as equity remedies²⁵, based on Prof. Guido Calabresi’s

²⁴ E.g., Takehisa Awaji, *How should We Think about the Legal Doctrine of Damages for Fukushima Nuclear Accident?* (*Fukushima Genpatsu Jiko no Songaibaishou no Houri wo doukangaeruka*), 43 (2) ENVIRONMENT & POLLUTION (KANKYO TO KOUgai) 2~ (2013); do., *The Right to Tranquil Life as Comprehensive Living Interest and Damage* (*Houkatsuteki Seikatsu Rieki tosite no Heion Seikatsuken*), 86 (4) HOURITSU JIHOU 97~ (2014); Ryouichi Yoshimura, *Legal Challenges regarding Fukushima Daiichi Nuclear Damages* (*Fukushima Daiichi Genpatsu Jiko Higai Baishou wo meguru Houteki Kadai*), 86 (2) HOURITSU JIHOU 55~, esp.56-57; Yoshio Shiomi, *The Construction of Damages Principle for Fukushima Nuclear Accidents: Following the Intermediary Guideline etc.* (*Fukushima Genpatsu Baishou no Chuukan Shishin wo humaeta Songaibaishou Houri no Kouchiku*), TAKEHISA AWAJI ET AL., RESEARCH ON FUKUSHIMA NUCLEAR ACCIDENT DAMAGES (FUKUSHIMA JIKO BAISHOU NO KENKYU) (Nihon Hyouron Co., 2015) 106~.

²⁵ HANOCH DAGAN, UNJUST ENRICHMENT: A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES (Cambridge U.P., 1997) 12~is his harbinger analysis.

taxonomy of property rules and liability rules²⁶, is thought-provoking. Likewise, evacuees, when they decided to move to avoid radiation, should be able to claim various damages to support their new life, including (a) housing and furniture costs, (b) expenditure on getting a new job, (c) educational costs for their kids, and even (d) travel costs to go back and forth for their family gatherings, as specific remedies, in place of ‘restitution to the original state’ (natural restitution [Naturalherstellung] in German), because new life is its substitute²⁷. This type of legal scheme of damages for evacuees is more concrete, pragmatic, and down-to-earth for their new lives than comprehensive emotional damages. Notice that damages mentioned above are much broader than thrifty actual expenditure. Of course, their pain and suffering due to their mental stress and the forfeiture of their communities can also be requested.

C. The Health Effects of Radiation

The evacuation zone is shrinking due to efforts by the central and local governments based on a biased return policy and splurging on decontamination. Given that they are trying to signal the end of the Fukushima disaster recovery, it is ironic that serious health effects due to radiation are now starting to emerge. For example, the critical health situation among Iitate villagers now living in the Date-East temporary housing was disclosed when I went there in fall of 2015.

As is already much discussed, an extraordinary increase in thyroid cancer patients has been found through the prefectural health checks of limited children in Fukushima and this ominous fact has been taken

²⁶ Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rule, Liability Rule, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

²⁷ This idea was first described in, Yoshida, *supra* note 13, 2240 HANREI JIHOU 7 ~ (2015).



(Thyroid cancer check-up of Fukushima children) (from The Japan Times) (May 13th, 2016)

seriously by some epidemiologists such as Prof. Masahide Tsuda²⁸, even though influential medical experts committed to the government’s policy deny the causal link to radiation. The Fukushima Examining Committee issued an Intermediary Report, which despite 116 confirmed and another 50 possible cancer patients among the several hundreds of thousands of Fukushima children, results 30 times the national average, still denied causation²⁹. Local residents should talk more openly about their diseases in a communal setting. Frequently, Fukushima sufferers have been more dispersed and solitary, but they should not be discouraged from discussing their health problems due to prevailing climate.

The main criticism of the intermediary guideline issued by the Nuclear damages Conflict Council, was that they focused on the ‘evacuation’ as the typical image of Fukushima Nuclear damage and followed the precedents for automobile accidents, where physical damage is more salient³⁰, and the fictitious feature of this application to

²⁸ For example, Masahide Tsuda, *The Increase of Thyroid Cancer Patients in Fukushima: The Brute Reality and Its Cause* (Fukushima Koujousen Gan Tahatsu no Genjou to Gen’in), 879 SEKAI 87, esp. 98~ (2016).

²⁹ For a critical comment by the International Association of Environmental Epidemiology, see, MAINICHI SHIMBUN, March 7th, 2016, p.28.

³⁰ For one of the earlier criticism of this strand, see, Osamu Saitoh, *Modern*

radiation cases becomes obvious when we consider the arbitrary shrinking of the evacuation zone by the government, the unreasonable neglect of voluntary evacuees, and the unscientific standard of 20mSv, which is unsupported by the world consensus under the Linear Non-Threshold (LNT) thesis³¹. This likely influences the related adjudications.

Within this twisted situation, 'health effects due to radiation' should be the core issue for nuclear damages and it could be argued that we can only see the tip of the big iceberg when it comes to Fukushima. A new theory of causation based on epidemiological studies of radiation and new responsibility with regard to exposure to radiation, incorrect information and maltreatment will be the next crucial agenda in the near future.

To challenge the oppressive administrative scheme and overcome the fictitious notion of damages that has been produced, a spirit of 'rebellious lawyering'³² will be helpful for the practicing lawyers of the desperate evacuees.

D. The Problem of Communities

In terms of communal living, Fukushima's situation is miserable. Evacuation and associated disputes have resulted in the destruction of community ties and many evacuees suffer from solitude and related

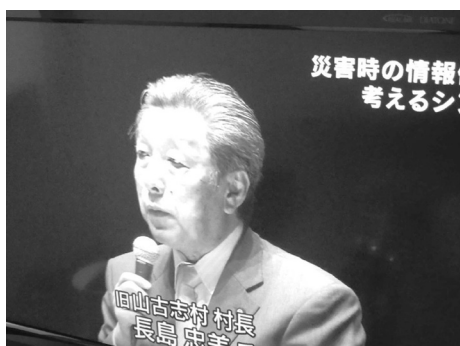
Challenges for Pain and Suffering Issues (Isharyou no Gendaiteki Kadai), 74 SHIHOU 156, at 160 (2012). From the Council's side, they followed the legal scheme of damages in traffic accident cases, such as pain and suffering and lost profits, because there had been lots of precedents that can be applied.

³¹ Under the LNT (Linear Non-Threshold) thesis, radiation under 20mSv cause health effects as a matter of probability. Thus, as this is related to population density, health damage in the Fukushima case might be worse than that at Chernobyl in the future, especially given the current situation.

³² GERALD LOPEZ, *REBELLIOUS LAWYERING: ONE CHICANO'S VISION OF PROGRESSIVE LAW PRACTICE* (Westview, 1992).

mental/emotional distress. An additional budget has recently been set aside for the construction of recovery public housing enabling mandatory evacuees to maintain their community ties³³, but there are no similar efforts for voluntary evacuees.

It's a daunting task to alter this situation from the relational perspective and it might be outside of the lawyers' field. In the face of many solitary deaths after the Kobe Earthquake in the mid-1990s, community housing was strongly promoted in the process of disaster recovery following the Niigata Central Earthquake in the mid- 2000s, most prominently by Village Mayor Tadayoshi Nagashima of Yamakoshi Village (now merged into Nagaoka City).



(Mr. Nagashima, now the congress person in charge of disaster recovery, at the 10th year memorial conference at Nagaoka City) (October, 2014))

However this lesson has been forgotten in the aftermath of the East Japan Earthquake and the destruction of communities has been exacerbated in its aftermath for the last 5 years. In the case of the Chernobyl accident, communities could be maintained through

³³ For example, NHK/ETV Series, “Residents of Shimo-Kajiro Recovery Public Housing (*Shimo-Kajiro Danchi no Hitobito*)” (February, 13th, 2016) dealt with the recovery of community ties in terms of welfare/wellbeing among mandatory evacuees from Towns of Tomioka, Ohkuma, Futaba, and Namie.

collective evacuation. Comparisons of these two nuclear accidents in terms of community building should be done and this is my next research agenda.



(The Disaster Recovery at Yamakoshi Village within several years. Unlike in the aftermath of the Kobe Earthquake and the East Japan Earthquake, there have been no solitary deaths there.)



(Some pictures of exceptionally communal lives at Date East Temporary Housing for Idate Villagers. Despite the friendly relationship among temporary residents there, considerable number of them already suffer from health problems due to exposure to radiation at Idate Village.)



(New Buildings at the Lower 9th Ward in New Orleans) (January, 2013)

V. Ending Remarks

Professor Mitchell Crusto has recently conducted a legal and political analysis of Katrina ten years after the tragedy and argues that there was little morality displayed in its aftermath³⁴. I think exactly the same thing can be said about the aftermath of the Fukushima radiation disaster. All of the evacuees from Fukushima have been displaced from their home and should be considered as vulnerable victims, whether their evacuation was mandatory or not. However, the tension, conflict, accusations and contestations among them have increased and deepened their mental distress as a result of the unequal governmental support offered to them, as this paper discussed. On the other hand, in spite of the large scale of litigation by more than 10,000 plaintiffs against TEPCO itself, no one among TEPCO staff and governmental officials will accept personal liability, merely by shifting the financial burden onto ordinary citizens.

³⁴ MITCHELL CRUSTO, INVOLUNTARY HEROES: HURICANE KATRINA'S IMPACT ON CIVIL LIBERTIES (Carolina Academic Press, 2015). See also, do., *Hurricane Katrina's Tenth Anniversary: Its Impact on Civil Liberties Today*, 79 (2) THE BOULE JOURNAL 4~ (2015).

Furthermore, most of the trillions of yen in the disaster recovery budget being spent on public works, most prominently for decontamination.

In this sense, in Japan too, the vulnerable victims and their constitutional rights and liberties have been systemically abused. As many people in New Orleans were forgotten in 2005 and after, millions of residents in Fukushima have been neglected without any correct evacuation orders by the government and left exposed to high radiation in 2011 and after. Thus, we have to take a new type of broader responsibility seriously, from the public, moral, and social perspectives. A more interdisciplinary approach is urgently required in order to develop a holistic solution to improve resilience in these broken communities, one which recognizes both the importance and limits of the role of law.

犯罪論における 同時存在原則について（2）

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、67巻3号）

第二章 故意犯と原因において自由な行為

第一節 問題の所在

第二節 原因において自由な行為

- 1 判例
 - ①我が国の判例

- ②ドイツの判例
- 2 学説
 - ①例外モデル
 - ②構成要件モデル
- 3 私見
- 4 私見と判例の関係
- 第三節 実行行為途中からの責任能力の低下
 - 1 問題の所在
 - 2 判例
 - ①我が国の判例
 - ②ドイツの判例
 - 3 検討
 - 4 私見
- 第四節 小括 (以上、本号)

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

第二章 故意犯と原因において自由な行為

第一節 問題の所在

責任能力と同時存在原則の関係が問題になるのが、原因において自由な行為である。従来、学説では、構成要件モデルと例外モデルが主張され、様々な議論がなされてきた。本章においては、「同時存在原則の観点」から、これまでの議論を再度見直し、原因において自由な行為における同時存在原則の意義を考察する。

加えて、実行行為途中からの責任能力減退のケースについても、責任能力と同時存在原則の観点から考察する。ここでは、実行行為の開始時には責任能力が存在するが、結果発生時には責任能力が存在しない点をどのように考えるのか、あるいは、そもそも同時存在原則が問題になら

ないケースなのかどうかを検討することとしたい。

なお、過失犯においても原因において自由な行為は問題になるが、この問題については次章で検討することにしたい。本章では、故意犯に関する原因において自由な行為並びに、実行行為途中からの責任能力減退のケースを扱うことにする。

第二節 原因において自由な行為

1 判例

①我が国の判例

判例において、故意犯に「原因において自由な行為」を適用したものは、覚せい剤使用罪・所持罪や酒酔い運転罪が問題になったものが挙げられる。最決昭和43・2・27判時513号83頁は、被告人が自動車を運転して酒を飲みにバーに行き、飲み終われば酔って再び自動車を運転することを認識しながら、ビールを20本位飲んだ後、付近に駐車した他人の自動車を自分の自動車であるとして取り違えて、酒酔い運転に及んだが、被告人には運転時に心神耗弱であった事案であるが、最高裁は「酒酔い運転の行為当時にあたり飲酒酩酊により心神耗弱状態にあったとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法39条2項を適用して刑の減刑をすべきでない」と解するのが相当である」と判示し、酒酔い運転罪（道交法117条の2）の成立を認めた。

また、大阪高判昭和56・9・30判時1028号133頁は、昭和52年12月10日ころから、連日にわたって多量の飲酒を重ねていた被告人が、同月15日夕刻すぎ、反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、覚せい剤を譲り受けて自己に注射したことから急性中毒症に陥り、それに加えてアルコールによる病的酩酊が付加され、軽度の意識障害を伴った急性幻覚妄想状態になり、水中銃で撃たれるなどと言いながら暴れ回るなどしたため、家族から通報を受けた警察官に保護されるに至った事案であるが、大阪高裁は、「被告人は、覚せい剤による急性中毒症にアルコールによる病的酩酊が付加され、少なくとも心神耗弱状態にあったといわねばならない・・・被告人は反復して覚せい剤を使用する意思のもとに、昭和52年12月19日夕刻すぎ4.81グラムを上回る量を譲り受けて注射したので

あって、右の一部を使用した原判示第一の所為（使用）は右の範囲がそのまま実現されたものといえることができ、譲り受け及び当初の使用時には責任能力が認められるから、実行行為のときに覚せい剤等の影響で少なくとも心神耗弱状態にあっても、被告人に対し刑法39条を適用すべきではないと考える。原判示第二事実（所持）についても同様であって、犯行日時である昭和五二年十二月十九日午後九時すぎころには少なくとも心神耗弱状態にあり、原判決は相当でないが、被告人は覚せい剤の使用残量を継続して所持する意思のもとに所持をはじめたものであり、責任能力があった当時の意思が継続されたものといえるから、これまた刑法39条を適用すべきではない」と判示し、覚せい剤使用罪及び所持罪の成立を認めた。

これらの事案では、自動車を運転するという行為や覚せい剤を譲り受けて使用するという行為には、ある種自動化された側面が存在するため、「意思の連続性」や、「原因行為時における、心神喪失又は耗弱状態での結果行為の未必の故意」が認められやすいといえる

他方で、一般刑法犯において故意犯に原因において自由な行為を認めたものは極めて少ない。名古屋高判昭和31・4・19高刑集9巻5号411頁は、以前にヒロボンの使用経験のある被告人が、短刀を購入の上、姉の結婚先へ赴き、農業の手伝いをしていたが、ヒロボンを使用するときは、再び幻覚妄想等の中毒症状を起こし、短刀で他人に暴行等危害を加えることがあるかもしれないことを認識しながら、同地で入手した塩酸ニフェドリンの粉末を溶かしたものを、三回に分けて自己の身体に注射したため、ヒロボンの残遺症状を誘発し、極度の厭世観に陥り意思決定能力を喪失した状態で、姉を殺害した上で自己も自殺しようと決意し、深夜に姉の居室に入り、頭部背部等を数回刺し死亡させたという事案であるが、「薬物注射により症候性精神病を発しそれに基く妄想を起し心神喪失の状態に陥り他人に対し暴行傷害を加へ死に至らしめた場合に於て注射を為すに先立ち薬物注射をすれば精神異常を招来して幻覚妄想を起し或は他人に暴行を加えることがあるかもしれないことを予想しながら敢て之を認容して薬物注射を為した時は暴行の未必の故意が成立するものと解するを相当とする。・・被告人は、本件犯行につき暴行の未必の故意を以て隆子を原判示短刀で刺突し死に至らしめたものと謂うべく

従って傷害致死の罪責を免れ得ないものと謂わなければならない」と判示して、傷害致死罪の成立を認めた。

しかし、この判例に対しては批判も存在する。なぜならば、過失致死罪の成立を認めた最決昭和26・1・17刑集5巻1号20頁では、「多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、因って心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす素質を有する者は居常心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務あるものといわねばならない。」と判示しているため、この判例に従えば、「単に自己の危険の素質を認識し、それに反して飲酒をする」だけでは暴行の未必の故意は認められないことになる。未必の故意を認めるためには、他者に暴行を加えることについてのより具体的な認識が要求されることになるが、名古屋高判昭和31・4・19高刑集9巻5号411頁で、注射をする行為に暴行の未必の故意を認められるかどうかは疑問であるからである¹。

また、大阪地判昭和51・3・4判時822号109頁は、飲酒すれば自己規制が困難になり、過去に、他人に対し暴力を振うに至ったことが多い被告人が、午後5時頃から仕事先で清酒を二、三合飲み、その後に宿泊していた飯場に戻って清酒を二合飲み、更に外出して清酒を三、四合飲んだ結果、病的酩酊に陥り、同夜遅く牛刀を携えて飯場を出て、翌日午前1時頃、タクシーを停めて乗車し、大阪方面へ走行させている途中に、ハンドル操作中の運転手の左手首を左手で掴んで後ろに引っ張り、右手で刃体の一部を風呂敷で巻いた牛刀を、同人の右肩越しに示し、同人の身体等に危害を加える体勢を示して脅迫し、右牛刀の刃以外の刃体をもって同人の頸筋等を叩く暴行を加え、もって凶器を示して暴行と脅迫を加えた事案であるが、大阪地裁は、「本件犯行前にも飲酒を始めればこれを抑制し難く、相当量飲酒すれば異常酩酊に陥り、是非弁別能力又は行動制御能力が少なくとも著しく減退する状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて判示のように断続的に清酒七ないし九合を飲んだと推断することができ、これを覆す

¹ このような指摘をするものとして、成瀬幸典＝安田拓人編『判例プラクティス刑法Ⅰ総論』（信山社、2010年）270頁〔水留正流〕。

に足る証拠はないので、本件犯行時における被告人の心神状態だけを捉え、犯罪の成否を決することはできない。そこで、いわゆる原因において自由な行為の成否が考慮されなければならない。・・・そして、いわゆる原因において自由な行為としての故意犯においては、行為者が責任能力ある状態で、自ら招いた精神障害による無能力又は減低責任能力の状態を犯罪の実行に利用しようという積極的意思があるから、その意思は犯罪実行の時にも作用しているというべきであって、犯罪実行時の行為者は、責任無能力者としての道具又は減低責任能力者としての道具であると同時に、責任能力のある間接正犯たる地位も持つ。・・・被告人は、本件犯行前飲酒を始めるに当たっては、積極的に責任無能力の状態において犯罪の実行をしようと決意して飲酒したとは認められないから、確定的故意のある作為犯とはいえないけれども、右飲酒を始めた際は責任能力のある状態にあり、自ら任意に飲酒を始め、継続したことが認められ、他方飲酒しなければ死に勝る苦痛に襲われ飲酒せざるを得ない特殊な状態にあったとは認められず・・・個々の飲酒とはいえないのみならず、右飲酒時における責任能力のある状態のもとでの注意欠如どころか、積極的に右禁酒義務に背き、かつ飲酒を重ねる時は異常酩酊に陥り、少なくとも限定責任能力の状態において他人に暴行脅迫を加えるかもしれないことを認識予見しながら、あえて飲酒を続けたことを優に推断することができるから、暴行脅迫の未必の故意あるものといわざるをえない」と判示して、暴力行為等処罰二関スル法律１条の示凶器暴行脅迫罪の限度で犯罪の成立を認め、強盗未遂罪の成立は否定した。

この判例は、判旨の中で、「原因において自由な行為」の理論的根拠、いわゆる構成要件モデルに立脚することを示した点でも注目されるが、他方で、飲酒行為時に示凶器暴行脅迫罪に関する未必の故意を認めた点に対して批判も存在する。なぜなら、本件では、被告人が過去に酩酊を理由とする強盗未遂で執行猶予を受けていて、裁判官から飲酒禁止を命じられていたことから、飲酒行為時になお未必の故意が認められると考えることもできるが、その未必の故意が凶器に関する点まで及んでいたかは疑問が残るからである²。

² このような指摘をするものとして、中空壽雅「判批」刑法判例百選Ⅰ〔第六版〕

このような飲酒や薬物注射により心神喪失状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす傾向がある者が、飲酒や薬物使用により他人に暴行を加えたケースで、判例の多くは過失犯の成立を認めている。そのリーディングケースとなったのが、前述の最決昭26・1・17刑集第5巻1号20頁の事案である。それゆえに、原因行為時に暴行の未必の故意を認めた、名古屋高判昭和31・4・19高刑集9巻5号411頁や大阪地裁昭和51・3・4判時822号109頁の事案は、判例の傾向からすると例外的ケースであるとも考察することができる。

以上を要約すると、酒酔い運転や覚せい剤所持罪・使用罪といった特別刑法上の犯罪が問題になるケースは、原因行為をする前に結果行為を行う意思がある「意思連続型」のケースであり、このケースで判例は行為者に完全な責任を認めている。他方で、飲酒や薬物注射により他人に暴行を加える習癖がある者が、飲酒や薬物使用により暴行に及んだケースは、原因行為により結果行為を行う意思が生じる「意思不連続型」のケースであり、このケースで判例は故意犯の成立を認めたものは極めて少なく、多くは過失犯の成立を認めている。

②ドイツの判例

ドイツの判例は、構成要件モデルに立脚することが指摘されている³が、我が国の構成要件モデルとは少し異なるように見える判例も散見される。そこで、以下、ドイツの判例の動きを検討することにする。

RGSt42, 413では、「被告人は、意思のない第三者に興奮した馬の手綱の操作をゆだねた場合と同様にして、他人に傷害を負わせたのである。責任無能力の者を利用するという点で、両者は同視できるのである」と述べられている。これは、まさに間接正犯論に依拠する構成要件モデルからの説明といえよう。

BGH NJW 1955, 1037では、「故意的な遂行形態それ自体では、ほとんど存在しない責任事由である Alic は、行為者が計画された行為を遂行

(有斐閣、2008年) 75頁。

³ Heinz Schöch, in : Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar 12 Aufl. § 20.RN198.

するために、勇気づけのために飲むということを要求しない。むしろ、行為者が、酩酊状況下で一定の行為を遂行することを予見し、責任能力状態で、その事を是認していることで十分なのである」と述べられている。これは、構成要件モデルから要求される「二重の故意」についての説明であり、行為者が犯罪遂行のために自己の責任能力を取り除く、特別な主観的意思までは要求されないということであろう⁴。

BGHSt 21, 381は、３人の被告人達が、共謀して、事後に実際に遂行された犯罪行為遂行の計画を、遅くともH市に向かう途中に立て、H市に到着後に初めて大量にアルコールを飲んで、侵入窃盗や自動車窃盗等３件の窃盗を遂行した事案で、BGHは、「３人の被告人達は完全な責任能力ある状態で、窃盗を取り決めて計画したことにより、事後の行為遂行に対する決定的な原因を設定したのである。そして、被告人達は、その行為を計画通り遂行した。それゆえに、因果経過の答責的開始の原理（Grundsätzen des verantwortlichen In-Gang-Setzens der Ursachenreihe）＝（原因において自由な行為）に従えば、３人の被告人達は、３件の窃盗の遂行に対して完全な責任を負うのであり、行為時に被告人達の答責性が、アルコールの摂取により減退していた又は完全に排除されていたかどうかは問題にならないのである。但し、故意犯の形態における因果経過の答責的開始を想定するためには、行為者が未だ酩酊していない段階で、酩酊状態後に実際に犯した『特定の行為』について故意的に決断することを前提としている。・・・例えば、ある行為者が酩酊する前に、酩酊状態に陥った後に暴力的な犯罪を行うことを意欲した又は同意した場合に、実際に行為者が酩酊状態に陥った後にこれらの犯罪行為を遂行したとしても、行為者は故意の傷害罪や故意の強盗罪又は故意の強姦罪を理由として処罰されないのである。むしろ、行為者が刑法的に完全な責任能力ある状態で計画した行為と構成要件的に合致する犯罪行為の遂行（つまり、傷害なのか強盗なのか強姦なのか）を、行為者が考慮して同意したことが必要なのである。しかしながら、このような実際に表象された犯罪行為に向けられた決定は、ある特定の犯罪行為

⁴ このような指摘をするものとして、杉本一敏「原因において自由な行為をめぐるBGH判例理論（上）」比較法学47巻1号（2013年）63頁。

への決定とみなすことは出来ない。むしろ、特定性が必要とされるということは、行為者の表象と事後の行為遂行の間の広範な一致を前提とするのである。そのような一致が存在したかどうか、そして、行為者の決定を通じて実際に惹起された行為が行為者に故意的に帰属されるのかどうかは、計画と行為遂行の検討によってのみ決定されるのである・・・このような観点の下では、3人の被告人達の判決に対する法的な疑義は存在しない。なぜならば、被告人達は、しらふの状態、事後に実際に自分達によって実現された、H市のある店からの自動車窃盗と侵入窃盗の遂行を決断したからである。」と判示した。

ここでは、「責任能力が存在した状態での事前の計画が、事後の行為に対する決定的原因を設定した」という論理を Alic と呼んでいる。これは、BGH 独自の Alic の説明であり、「行為者の表象と事後の行為遂行が一致している」ということを要求する部分に鑑みれば、例外モデルの立場からの Alic の説明といえる。また、この判示からは、被告人らが責任能力ある状態で窃盗の計画・共謀をしたことが、構成要件該当行為であるようにも思われる。

BGHSt 23, 356は、知人の女性店主が営む店から金庫を強奪し、口封じのために女性店主を絞殺することを計画した当時15歳の被告人が、女性店主の店に行き、女性が物を取るために後ろを振り返った隙にストッキングを女性の首に回して締め付けたところ女性は気絶したが、後に意識を取り戻した際に、被告人は再び女性の頭を殴打し、引出しから取り出した調理包丁で女性を数回刺し、女性は大量の出血をしたが、一命をとりとめた事案である。この事案では、被告人は店に向かう途中にてんかん性の人格変化に陥り、自己の行為を洞察に従って制御し、計画された行為を断念することができなかった可能性が存在したが、BGH は、「被告人が行為の遂行を開始した段階で、被告人の責任無能力状態が生じたのではなく、被告人が女性店主の営む店に向かう途中で、既に責任無能力の状態であった。つまり、被告人は、責任能力ある段階で行為の一部も開始しておらず、行為の開始前に、制御無能力を理由とする責任無能力の状態にあったのである。被告人が、行為の計画や予備段階でなお責任能力があったことを理由として、被告人の行為を処罰することはできない。被告人は責任無能力状態を故意でも過失でも惹起していない

ために、Alic の前提条件が存在しないのである。すなわち、被告人は、自己の責任無能力状態を故意的にも過失的にも惹起していないのである。行為者が、未遂の段階ではなく、予備行為の間に既に責任無能力状態である場合にも、可罰的な行為が存在するのかどうかについては、刑事部は未解決のままにしてきた。この問題は、否定されるべきである。計画や予備は、刑法においては重要な段階ではないのであり、それゆえに、計画や予備が、行為者が責任無能力状態で開始し遂行した行為の可罰性を演繹することはできないのである。行為者が少なくとも旧刑法43条（未遂）の意味における行為遂行を、責任能力ある状態で（つまり、自由で帰属可能な決定で）開始した場合に限り、責任無能力状態で遂行された行為の責任が問題になる」と判示した。

つまり、BGHSt 23, 356は、犯行計画や予備が刑法的に未だ重要な段階でない点を指摘し、行為者は未だ犯罪行為の一部分たりとも遂行していないことを指摘している。この論理を、前述の3名の被告人達に Alic を適用し処罰した BGHSt 21, 381に適用すると、BGHSt 21, 381の構成要件該当行為は計画行為ではなく、飲酒行為と推測できるため、それゆえに、BGH は構成要件モデルに立脚していることになる⁵。

BGH NSTZ 1999, 448は、被告人達は、麻薬購入のお金を調達するために銀行を襲撃することを計画し、計画時の夜は睡眠をあまりとらず、麻薬（スピードやコカイン等）を服用した後で、銀行を襲撃したが、被告人達は銀行襲撃時には限定責任能力になっていた事案である。BGH は、「被告人達に対する刑法21条⁶の適用を検討する必要はない。原審は、睡眠不足と結びついた薬物の興奮作用を考慮して、刑法21条の要件が存在していると判断している。しかし、原審は、被告人達が強盗のための襲撃を決定した後に薬物を服用したということを考慮していない。被告人達は、責任能力ある状態で事後に遂行される犯罪行為の共謀・計画を

⁵ このような指摘をするものとして、杉本・前掲注（４）73頁以下。

⁶ ドイツ刑法第21条（限定責任能力） 行為の不法性を弁別し又はその弁別に従って行為する行為者の能力が、刑法第20条に挙げられた事由の1つによって、行為遂行の際に著しく減退していた場合には、刑は、第49条1項によって減輕することができる。

行うことにより、当該犯罪行為の決定的な原因を設定したのだから、Alic の原理によれば、犯罪行為時に責任能力が減退していることは何ら意味を持たないのである」と判示した。これは、BGHSt 21, 381で提示された、「責任能力ある段階で、後に遂行される犯罪行為の計画・共謀を行うことで、当該犯罪行為の決定的原因を設定した」という論理と同じものといえる。このように考えると、構成要件該当行為は、BGHSt 21, 381で検討したように、計画行為ではなく、麻薬服用行為となる。

BGH NSTZ 2002, 28では、「故意犯の Alic が、計画された行為に加えて、責任無能力の惹起も、故意になされる必要があるという意味での、二重の故意を要求するのかどうかは未決定にしようのである。いずれにしても、故意犯の Alic には、計画された犯罪行為の遂行を容易にする目的で、飲酒や薬物を使用する必要はないのである。BGH は、アルコールによる責任無能力のケースで、行為者が抑圧状態の解放後に酩酊状態で意図された行為を実行するために、勇気づけに飲酒することは、Alic にとって本質的でないことを詳述している。むしろ、行為者がアルコールによる責任無能力状態で計画された行為を遂行するだろうという事を、結果を是認しながら考慮したにも拘らず、行為を決断し飲酒したということで、故意犯の Alic を認めるには十分なのである」と判示した。ここでは、BGH NJW 1955, 1037と同様に、構成要件モデルにおける「二重の故意」を認めるためには、犯罪遂行を容易にするためという目的は不要であることが読み取れる。

以上、ドイツの原因において自由な行為に関する判例を概観すると、構成要件モデルに立脚されとする BGH の立場には以下のような変遷が見られる。RG 時代には、間接正犯論に依拠した構成要件モデルが採用されていた。他方で、BGH は、「責任無能力状態に陥る前に事後の行為遂行に対する決定的な原因を設定したという、因果経過の答責的開始 (verantwortlichen In-Gang-Setzen der Ursachenreihe)」という概念に依拠して原因において自由な行為を説明している点で、間接正犯論に依拠した原因において自由な行為からの説明とは異なる。しかし、飲酒行為や薬物服用行為を実行行為と解している点、二重の故意が要求されている点では、構成要件モデルからの説明といえよう。

２ 学説

①例外モデル

例外モデルとは、結果行為を実行行為としながらも、責任非難は原因行為に求めることにより、端的に「実行行為と責任能力の同時存在原則」の例外を認め、行為者の可罰性を根拠づけようとするものである。以下、例外モデルの代表的見解を検討する。

A：最終的意思決定説⁷

この見解は、「責任能力も責任判断の一種である以上、意思決定との関連から免れることはできず、行為者が自己の悪しき行為動機に対して良き反対動機を対立させて抗争しなければならないのは、ほかならぬ意思決定のときであり、その能力を欠いた状態のもとになされた意思決定に対しては規範的非難を加えることができず、ひいてはその意思決定に基づいてなされた行為について行為者に非難を加えることはできない」ことから、責任能力は少なくとも意思決定をするときに問題になることを指摘する。その上で、「意思決定から予備以前の行為・予備行為・実行行為を経て結果惹起にいたる人間の態度が同一の意思に担われたものであるとき、これを行為と呼ぶ」ことから、刑法上の行為は特定の意思の実現過程であり、一個の行為は一個の特定の意思によって貫かれていることを意味し、仮に当該意思に担われない行為が従来行為に接続したとすれば、そこには別個の行為が接木されたとみるべきであることを主張する。このことから、「行為についての責任能力は、当該行為への最終的意思決定のときにあればよいこと」、「ある違法行為についての責任能力は、その違法行為そのものの開始時ではなく、その違法行為を含むところの行為全体の開始時にあればよいこと」が演繹されることを指摘する。

このような責任能力の理解に立脚する立場から、この見解は原因において自由な行為を、以下のように分析する⁸。

「故意犯の場合には、責任無能力の状態で違法行為を犯すことの意欲

⁷ 西原春夫『犯罪実行行為論』（有斐閣、1998年）133頁以下。

⁸ 西原・前掲注（7）162頁。

または認容を伴った意思決定がなされる。次に、その意思決定にもとづいて行為が開始されることになる。その行為は、当座はいわゆる原因設定行為であって、多くは予備行為、またはそれ以前の行為にすぎず、まだ実行行為とは評価されない行為である。問題は、この行為はどこまで継続するかということであって、これが、実は、原因において自由な行為の理論における中心問題にほかならない。まず明らかなのは、少なくとも原因設定行為が終了するまで、いいかえれば責任無能力に陥るまでは同一の行為が継続しているといいうることである。そのあとの段階、つまり責任無能力の状態に陥ったあとの行動が、前述の行為の一環というかどうかは一概にはいえない。前述のように、行為が意思の実現過程だということになると、行為者が事前に意欲した行動だけが行為の中に取り込まれ、意欲しなかった行動は、別個な意思決定にもとづく行為ないしは偶然の出来事として行為から除外されることになる。このようにみてくると、元来、原因において自由な行為というのは責任無能力状態中における違法行為につき事前に故意または過失のある場合を指すのであるから、それは、すべて、責任能力ある状態中に開始された原因設定行為の一環となるのである。同一の意思決定に支配されているという点では、責任能力ある状態中の原因設定行為も、責任無能力状態中の結果惹起行為も同様であって、両者は同一の意思によって貫かれた一個の行為の中に包摂されることになる」

つまり、この見解は、原因において自由な行為の場合には、責任能力は実行行為時になくてもよく、行為の開始時、すなわち「最終的な意思決定時」にあればよいと考える。その上で、行為の開始時における最終的意思決定の際に責任能力がありさえすれば、現実の実行行為すなわち結果惹起行為の際に責任能力が失われても、責任能力あるものとして責任を問うて差支えないことを主張する。「最終的意思決定」が「原因行為」と「結果行為」の間に貫かれていれば、1個の行為として問責の対象となると考えることから、「行為と責任の同時存在原則」との関係では、「最終的意思決定がなされる原因行為時まで責任を拡大する」ことにより、行為もその限度において拡大がなされ、同時存在原則が充足されることになる。

しかし、このような「責任の原因行為時までの前倒し」は問題点を有

すると思われる。なぜならば、この見解からは、最終的意思決定が認められる限りにおいて責任非難を遡ることが可能になるため、予備行為時あるいはそれ以前の行為時に対する意思決定への非難を可能にしまい、可罰性の拡大の恐れがあるからである。そこで、最終的意思決定をどこまで遡るかが問題になる。

この問題につき、最終的意思決定説において、問責の対象となる行為は「１つの意思決定に貫かれた１つの行為」であり、それが「構成要件該当行為」として把握されていることから、「行為と責任の同時存在原則」は充足されているとの指摘もある⁹。この指摘に従えば、「原因行為に構成要件該当行為性が認められる限り」において、最終的意思決定も遡ることができることになる。しかし、構成要件該当性が認められる限りで責任が遡るのであれば、端的に原因行為を構成要件該当行為とする構成要件モデルを採用した方が、最終的意思決定という概念を用いるよりも簡明ではないだろうか¹⁰。

このように考えると、この見解は、「最終的意思決定」を認める基準が不明確であり、原因行為と結果惹起行為との間の時間的・場所的近接性等などの、最終的意思決定を補填する別個の条件が必要になると思われる。

B：違法性の意識の可能性説¹¹

この見解は、違法性の錯誤における責任説からの帰結を、原因において自由な行為にも転用するものである。つまり、違法性の錯誤では、「行為時に違法性の意識を欠いていても、事前の努力により違法性の錯誤を回避できた場合には、違法性の意識の可能性がありことになり、行為者を故意犯で処罰できる」のであるから、「事前の努力により回避しえた

⁹ 西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『注釈刑法第１巻総論』（有斐閣、2010年）628頁〔古川伸彦〕。

¹⁰ このような指摘をするものとして、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）326頁。

¹¹ 安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二・完）」法学論叢（1997年）32頁以下、伊藤渉＝小林憲太郎＝鎮目征樹＝成瀬幸典＝安田拓人『アクチュアル刑法総論』（弘文堂、2005年）231頁〔安田拓人〕。

責任無能力状態における、事前に予見しえた種類の故意の犯行については、行為者が行為の時点で責任無能力であってもなお責任非難が可能である」と考えるものである。責任非難が認められるためには、責任能力の維持に向けた努力の契機（犯行の予見可能性を含む）および努力の可能性、更には努力をすれば責任能力が維持されたであろうという関係が必要であり、この要件は回避しえた禁止の錯誤の場合と同様であることを指摘する¹²。なお、この見解は、「一定の要件の下で行為前の行為者の態度を責任非難の根拠とするため、人格責任論への接近であり、行為と責任の同時存在原則に違反している」という批判に対しては、同時存在原則は責任判断の無制限な時間的遡求、ひいては行状責任や人格責任の取り込みを防止することによって個別行為責任を確かなものとしているのであり、行為と責任が同時存在することそのものに意味があるのではないことを強調する¹³。

しかし、この見解からは、結果行為時に初めて故意が生じた場合でも、結果行為を実行行為と捉えることから、故意犯としての処罰が可能になってしまうが、このような帰結は妥当ではないだろう¹⁴。行為責任原理の観点からは、責任能力が要求される行為に対しては、故意も要求されるべきであり、違法性の意識の可能性のケースと原因において自由な行為をパラレルに扱うことはできないように思われる。加えてこの見解からは、限定責任能力の場合に、回避しえた責任無能力に対する論理をそのまま転用すれば、刑法39条2項により減輕されることになるが、責任無能力の場合と齟齬が生じてしまう点で不当であるように思われる¹⁵。

¹² 安田・前掲注(11) 51頁。

¹³ 安田・前掲注(11) 50頁。

¹⁴ このような指摘をするものとして、佐伯・前掲注(10) 327頁。

¹⁵ 安田・前掲注(11) 53頁では、「わが国の限定責任能力は必要的減輕を規定しているため、回避しえた責任無能力の場合と限定責任能力の場合を同様に扱わないと、責任能力低下の程度が低い方が有利な扱いを受けることになって妥当でないであろうと思われるが、詳しい検討は今後の課題としたい」として、具体的解決策は示されていない。

C：権利濫用論を主張する見解¹⁶

この見解は、「原因において自由な行為」を考える場合、第一に実行行為はどこに求められるかを実行行為概念自体から確定すべきであるとし、それが責任能力に欠陥のない時期に求められれば、「原因において自由な行為」の登場する余地はない事を指摘する。原因行為に実行行為が認められない場合こそ、原因において自由な行為の問題となるのであり、そのような行為がなぜ可罰的であるのか、いかにしてそうなるのかが問われなければならないとする。その上で、行為無能力状態に陥る場合と責任無能力状態に陥る場合を分け、行為無能力状態の場合には、評価の対象としての行為が存在しない以上、行為無能力以前の段階に実行行為を求める。他方で、責任無能力状態又は限定責任能力状態の場合には、実行行為が責任無能力状態ないし限定責任能力状態の中に認められることになれば、改めて原因において自由な行為の問題を考える。本来予備行為しか認められない行為に実行行為を求めて処罰することが不合理であれば、そして原因行為に実行行為を認めうる場合のみ処罰可能であるとなることが一般的な法感覚にそぐわないとすれば、同時存在原則の例外を認めざるをえないとする。ただし、原因に責任があるというだけで直ちに後の結果惹起行為に責任を負わせるのでは責任主義に反する虞があるとし、この場合は原因行為そのものに対する責任を問えるだけであり、これは法律の規定がなければ構成要件該当行為も欠けることになり不可罰である。しかし、実行行為時にだけ注目すれば不可罰の行為も、それ以前の状況を考えあわせた場合に、実行行為と責任能力の同時存在原則に対する例外として責任非難を負わすことは可能ではなかろうかと考え、このような例外は刑事政策の観点からだけではなく、いわば社会的衡平の原理とでもいえるべき見地から認める余地があるとし、一定の法理が認められている法目的に反して、形式的にその適用場面が作出される場合には、その法理の濫用として適用を制限することも責任主義に反するものではないことを、この見解は強調する。つまり、最初から犯罪を実現する意思で、判断ないし制御の正常性を欠くに至らしめた者

¹⁶ 丸山治「原因において自由な行為に関する一考察（二完）」北海学園法学研究 19巻1号（1983年）53頁以下。

には、それを欠いたことをもってその者に有利な抗弁として許すべきではないと考えることは、責任主義に反するものではなく、このような思考は、被害者を殺害して占有を離脱させておき財物を奪取することが強盗殺人を構成する場合や、挑発防衛の場合にも親和的であるとする。

この見解は、原因行為に実行行為が認められない場合に初めて、原因において自由な行為が問題になるのであり、その限りでは同時存在原則の例外を認めざるをえないとする。そして、このような例外は、刑事政策の観点からだけでなく、いわば社会的衡平の原理とでもいえるべき見地から認められるとする。しかし、同時存在原則の例外が認められるか否かの判断が、社会的衡平や刑事政策の観点からなされることになると、当該判断が恣意的に流れる危険性があり、しいては同時存在原則を形骸化させる虞があることは否定できないように思われる。それゆえに、この見解は妥当ではないだろう。

D：条文の文言から、同時存在原則の例外を認める見解¹⁷

この見解を主張するイエルーシェックは、刑法20条¹⁸の例外が認められるか否かについて以下のように述べる¹⁹。

「責任原理が、刑法20条に関して、Alicの把握のために、想定された同時性についての例外規定を受け入れることを、立法者に対して禁止しているのかどうか、熟考されなければならないのである。例えば、その模範として、スイス刑法12条は以下のように規定している。(行為者の) 重大な精神障害や意識侵害が、このような状況下で犯罪を遂行する意図で行為者により引き起こされた場合には、スイス刑法10条及び11条

¹⁷ Günter Jerouscheck/ Ralf Kölbel, Zur Bedeutung des so genannten Koinzidenzprinzips im Strafrecht, JuS 2001, S.420ff.

¹⁸ 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。

¹⁹ Günter Jerouscheck, Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft, in Festschrift für Hirsch, 1999, S.255ff.

の規定は適用不可能なのである²⁰。立法論として、責任非難を構成要件に該当しない先行行為と結びつける可能性は、批判されている・・・しかしながら、このような批判が、責任前倒しモデルの矛盾を証明するのに有益に寄与しているかどうかは、もう一度考える必要がある。なぜならば、例外モデルの主張者達も、このような責任を処罰することに抵抗がないわけではないからである。・・・とりわけ、行為概念を予備段階にまで拡大することにより同時存在原則を維持しようとすることは、私には説得力を有するようには思われなし、構成要件モデルの主張者達が例外モデルに対して、責任非難を予備段階に結びつけることは憲法違反であるとして非難することも、私には説得力を有するようには思われないのである。限定責任能力状態に陥ることで、未遂段階へ達したことが証明された者が、可罰的であるということは本当なのだろうか。その場しのぎの理論構成により、同時存在原則違反を覆い隠すよりも、同時存在原則の例外に対する実質的根拠を熟考することが、私にはより誠実であるように思われる。また、責任原理が、正常に機能するためには、同時性の理論を実際に必要としているのかどうかについて背景を検討することなど、とうの昔に時期を逸しているのである。Alicの事例においては、同時存在原理を制限することは、権利濫用論を考慮することで、簡単に正当化されるのである・・・自ら招いた責任能力欠如の実質的排除という法的思考は、刑法にとって決して珍しいことではないのである。責任原理を認めることは、決して同時存在原則を認めることを前提としている

²⁰ なお、現在では、責任能力の規定は、スイス刑法第19条に以下のように規定されている。

スイス刑法第19条1項 行為時に、自己の行為の不法性を弁別し、又はこの弁別に従って行為する行為者の能力が欠如する場合には、行為者を処罰することはできない。

スイス刑法第19条2項 行為時に、自己の行為の不法性を弁別し、又はこの弁別に従って行為する行為者の能力が、部分的にしか存在しない場合には、刑を減輕する。

スイス刑法第19条4項 行為者が、責任無能力又は限定責任能力を回避することができ、その際に、責任無能力又は限定責任能力下で遂行される行為を見できた場合には、同条1項から3項までの規定は適用できない。

わけではないという事から出発することが許されるのであれば、同時存在原則を放棄する解釈の余地が、現行法上、残されていないのかという問題が生じるのである。この問題については、私は、同時存在原則を放棄することをもう一度考え直すこと、そして刑法20条における bei という文言は bezüglich の意味で拡張的に解釈することを提案した。これまでの解釈アプローチと従来の理論との矛盾を甘受することなく、このような解釈は、十分に理解された責任原則を充足するのである。」

つまり、イエルーシェックは、ドイツ刑法20条1項の「行為遂行の際に (bei Begehung der Tat)」という文言に用いられている「bei (～の際に)」という文言を「bezüglich (～に関して)」の意味で解釈することを主張する。それゆえに、イエルーシェックの見解からは、ドイツ刑法20条1項を「行為遂行の際に」ではなく、「行為遂行に関して」の意味で解釈するため、結果行為だけでなく、原因行為まで含んで解釈することが可能になり、このような解釈に従えば、行為者が責任無能力状態で犯罪を犯したとしても、責任無能力を惹起した行為者の自招性が考慮されることで、刑法20条1項の適用が排除されることになり、なおかつこのような解釈は、責任原理に反するものではないことになる。

他方で、なぜ、bei という文言を bezüglich という文言で読み替えることが可能なのかについて、イエルーシェックは、「例えば、幫助犯においては、幫助は決して実行行為時に果たされなければならないのではなく、実行行為の前域で生じることもある。立法者は、刑法27条²¹で、幫助は、行為に対してなされなければならないと規定したにすぎない。それゆえに、(実行行為の前域でなされた) 幫助が刑法27条に矛盾することを誰も指摘しないのである。つまり、このことから、言語使用がその文言との関係において抽象化して使用されることが可能である」と述べている²²。しかし、イエルーシェックが指摘する幫助犯のケースは、言語使用が文言との関係で抽象化することを必ずしも根拠づけるわけではなく、あくまで幫助犯との関係でのみ妥当する論理である。責任能力

²¹ ドイツ刑法第27条1項(従犯) 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。

²² Jerouscheck, aa.O. (Fn19), S.258f.

が、なぜ実行行為の前域で存在することで足りるのかについては、刑法20条との関係で別個の積極的根拠が、依然として要求されるのであり、この点についてのイェル－シェックの説明が存在しない点で、やはりこの見解は妥当ではないといえる。

E：例外的帰属として行為者を処罰する見解^{23 24}

この見解を主張するルシュカは、刑法上の規範には、二種類の異なった規範が存在することを指摘する。一つは、第一次レベルの規範であり、これは当該行為が違法か否かを判断する規範であり、具体的には、「命令規範」・「禁止規範」などかこれに該当することを指摘する。そして、第一次レベルの規範が問題になる場合には、先行行為の事情を考慮することは許されず、「通常の帰属 (ordentliche Zurechnung)」として、実行行為時の事情を基準にして、第一次レベルの規範の違反の有無を判断し、違反であると判断されれば、結果は行為者に帰属される。他方で、もう一つの規範がメタレベル（第二次レベル）の規範であり、これは当該行為の具体的な帰責の有無を判断する規範であり、第一次レベルの規範から派生的に生じる規範であることをルシュカは指摘する。そして、メタレベルの規範が問題になる場合には、先行行為の事情を考慮することも許され、かつ先行行為時にメタレベルの規範の違反が行為者に存在する場合には、行為者には義務違反 (Obliegenheitsverletzung) が認められ、「例外的帰属 (außerordentliche Zurechnung)」として、行為者に結果が帰属されることが許されることを主張する。

ルシュカは、このような独自の責任論に依拠して、原因において自由な行為は、「行為者が欠陥状態にあることに対して責任がある場合であり、これはメタレベルの規範違反といえるから、当該不法行為は、行為者に例外的に有責に帰属されるケース」であることから、例外的帰属が

²³ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 1988, S.274ff.

²⁴ Joachim Hruschka, Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten JZ, 1997, S.24f.

問題になることを主張する。つまり、ルシュカは、原因において自由な行為のケースは、行為者に欠陥状態を回避する義務が課されていて、この義務に違反した場合であると指摘する。その際に、責任の根拠付けは、帰属の対象である結果行為時よりも前に存在する時点と結び付けられ、このような Alic の問題状況を適切に描写しているのが、例外モデルであると主張する²⁵。

ルシュカの見解は、規範を第一次レベルの規範と第二次レベルの規範に区分し、第二次レベルの規範違反が問題になる場合には実行行為以前の事情も考慮することが可能になるという独自の責任論を基礎にしている。その上で、原因において自由な行為では第二次レベルの規範違反が問題になることから、原因行為を考慮することも例外的に可能であることを主張する点に特徴がある。しかし、ルシュカの見解に対しては、第一次レベルの規範と第二次レベルの規範は何を根拠として生じるのか、また第一次レベルの規範と第二次レベルの規範を明確に区分できるのかという疑問が提起できる。加えて、なぜ第二次レベルの規範違反の場合に、例外的に実行行為以前の事情も考慮できるのかという点も不明であり、やはりルシュカ独自の責任論に依拠しなければ、原因において自由な行為を説明できない点で、妥当ではないといえる。

②構成要件モデル

構成要件モデルにも変遷が見られるので、以下ではそれを検討することとする。

A：旧・構成要件モデル（間接正犯類似説）²⁶

この見解は、間接正犯が他人を道具として利用するものであるのに対し、原因において自由な行為は、自己の責任能力ない状態を道具として利用するものである点にちがいがあにすぎないと考えるものである。間接正犯では他人を利用する行為を実行行為と捉えるのと同様に、原因

²⁵ なお、ルシュカは、最終的には例外モデルの立法化を図ることが望ましいと述べている。Hruschka, aa.O. (Fn24), S.24f.

²⁶ 団藤重光 『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）161頁以下。

において自由な行為においても、自己を利用する行為つまり原因行為を実行行為と捉えることで、「行為と責任の同時存在原則」を満たしているとする。そして、原因行為が実行行為としての定型性を有するためには、二つの要件を満たす必要があることを指摘する。第一の要件として、「自己をまったく弁別のない状態におとしれること」が必要であり、単に心神耗弱の状態におとしれた場合には、原因行為に実行行為をみとめることはできないことを認める。そして、この場合には心神耗弱下での挙動それ自体が実行行為であり、限定責任能力者の行為として刑の減輕を認める。第二の要件として、「自己を弁別能力のない状態を道具として利用する行為そのものが、構成要件の定型性を具備すること」が必要であり、過失犯や不作為犯については原因行為に実行行為性を認めることが比較的容易だが、他方で故意による作為犯の場合には困難さを伴い、例えば泥酔中に人を殺すつもりで飲酒した場合には、飲酒行為に殺人の構成要件該当性を認めることは不可能であることを認めている。

しかし、この見解に対しては、以下の批判が存在する。

- (i) 他人を殺すつもりで景気づけのために飲酒した者が、その後酔いつぶれて眠ってしまった場合にも、殺人未遂罪の成立を認めることになり妥当でない。
- (ii) この見解からは、責任無能力状態に陥った場合には、行為者に完全な責任を問うことができるが、限定責任能力の場合に陥った場合には、刑法39条2項が適用され、刑が減輕されることになり、不合理である。

これらの批判を受けて、旧・構成要件モデルは修正を加え、新・構成要件モデルは「実行行為の開始時期」＝「実行の着手時期」という公式を分離しながらも、原因行為に実行行為（構成要件該当行為）を認める。以下では、この新・構成要件モデルを検討する。

B：新・構成要件モデル²⁷

この見解は、「原因において自由な行為」では、「実行行為の開始時期」

²⁷ 佐伯・前掲注(10) 327頁以下。

と「実行の着手時期」を同視しない。因果関係の起点としての、実行行為は、未遂犯を認めるための切迫した現実的危険性を有する必要はなく、結果発生 of 相当程度の危険性が認められることで足りると考えるこの見解の立場からは、結果行為時に実行の着手を認める（実質的客観説）。

それ以外の点では、旧・構成要件モデルと何ら変わらない。原因行為に、実行行為性を認めるためには、飲酒や薬物等の作用により、周囲の人間に暴行を加える傾向がある者が、そのような自己の傾向を認識し、他人に暴行を加えることを認識しながら、飲酒や薬物を摂取したという事情が必要である。そして、心神喪失状態に陥って、そのような状態の自らを道具として利用する行為に正犯性を認めることができ、自己が心神喪失状態に陥って犯罪を行うことの認識（いわゆる二重の故意）が必要になる。

新・構成要件モデルは、実行行為の開始時期と実行の着手時期を分離することで、旧・構成要件モデルに対して指摘されていた、早期に未遂を認めることになるという批判を回避したといえる。しかし、旧・構成要件モデルに対して指摘されていた、「限定責任能力の場合に、道具とはいえず、完全な責任を問うことが出来ない」という批判は依然として妥当しており、問題は残されたままであるといえる^{28 29}。

²⁸ 佐伯・前掲注(10) 327頁では、「構成要件モデルからは、原因において自由な行為の法理などという特別の法理は存在しない」との指摘がなされている。同様の見解を採用する者としてドイツでは、ヒルシュが挙げられる。ヒルシュは、行為者が自らを道具として利用する点で、原因に置いて自由な行為を、刑法25条1項「自ら又は他の者を通じて犯罪行為を行った者は、正犯として処罰する」の下位事例として位置づけ、「行為者が自らを通じて犯罪行為を行う」ケースを捉えている。Hans Joachim Hirsch, JR, 1997, S.232f.

このような見解は、間接正犯の正犯性判断において、他人を利用するか自己を利用するかという点に、本質的な違いはないと考える立場に立脚しているといえる。しかし、林幹人『判例刑法』（東大出版会、2008年）139頁では、「正犯とは本来、教唆・幫助などの対概念であって、2人以上の人格が関与した場合にのみ問題とすべきものである。単独犯の成立を限定する要件として認めるべきではない」との批判もなされている。本稿も、間接正犯とは他者を道具として利用する場合であり、構成要件モデルが前提とする、自己が責任無能力の自己を道具として利用するという論理は技巧的なものであると考えることから、構成

3 私見

これまで検討してきた見解は、実行行為時における同時存在原則を基礎にしていた。それゆえに、原因行為を実行行為と捉えるアプローチと、実行行為を結果行為と解した上で原因行為を例外的に考慮するアプローチに二分されていた。しかし、本稿は、原因において自由な行為のケースは、実行行為は結果行為であり、原因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から、「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ため、実行行為時における同時存在原則が妥当しないと考える。原因において自由な行為では、同時存在原則にいう行為は実行行為ではなく、未遂犯成立のための危険性までは認められる必要はない、因果関係の起点としての行為と解釈すべきであろう。そして、原因行為と結果行為・結果との間に因果連関および責任連関が認められる場合に、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満たされ、行為者を処罰することが可能であると考える³⁰。

因果連関を認めるための前提として、原因行為と結果行為・結果との間に条件関係が認められる必要がある。ここで問題になるのは、「既に犯行を決意した者が、景気づけのために飲酒した場合」に、飲酒しなくても犯行に出ていたのであるから、条件関係を認めることはできないの

要件モデルは、通常の犯罪理論の枠組みからの説明とはいえないように思われる。

²⁹ 心神耗弱をどのように扱うのかという問題に対し、佐伯・前掲注(10) 328頁以下では、「責任非難の対象となる実行行為は、原因行為と結果行為の双方にこれを一連一体のものとして認められることになるので、その責任は、原因行為時の責任と結果行為時の責任を併せたものである」と述べられている。しかし、このような論理は、一方では原因行為に実行行為性を認めておきながら、他方では原因行為の実行行為性を否定するものであり妥当ではないように思われる。この見解を貫徹するならば、実行行為である原因行為の責任のみを問題とすべきであり、結果行為は考慮すべきではないだろう。同様の批判をするものとして、西田典之『刑法総論[第二版]』（有斐閣、2010年）290頁。

³⁰ 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）880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）162頁以下。

ではないかということである。しかし、この批判は、条件関係の存否を判断するにあたり、原因行為を取り除くだけでなく、仮定的行為（飲酒行為がなかった場合に行為者はどうしたか）を考慮することを前提としたものであり、「原因行為を取り除くこと」は必然的に「仮定的行為を考慮すること」ではなく、仮定的行為を考慮しなければ条件関係は肯定できるのであるから、この批判はあたらない³¹。原因行為は、因果関係の起点としての行為であり、未遂犯成立のための危険性を有する必要性はない。但し、法益侵害の一定程度の危険性を有する必要はあることから、飲酒・薬物使用等により生命身体を侵害する習癖の存在が要求される。また、原因行為と結果との間には偶発的な事情が介在する可能性があるため、原因行為と結果の間に時間的場所的接性が認められることで、相当因果関係が肯定され、因果連関が認められることになる³²。

責任連関が認められるためには、原因行為時の故意・過失が結果行為時にも実現される必要がある。具体的には、原因行為が故意でなされた場合には、その故意が結果行為にも実現された場合には、責任連関が認められて故意犯が成立する。原因行為時に過失が認められる場合でも、結果行為時には故意が認められる場合には、原因行為時の過失がそのまま結果行為に実現されたわけではないため、両者の間に責任連関はないために、限定責任能力状態での故意犯が成立する³³。そして、原因行為における故意の内容としては、「原因行為が結果を惹起する危険性を持つことの認識」、「その危険性の結果行為・結果への相当な実現の認識」、「発生する結果行為・結果の認識」が必要である³⁴。

このように本稿は、故意犯と原因において自由な行為では、実行行為時における同時存在原則ではなく、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当すると考える。そのうえで、責任主義の要請から、原因において自由な行為では、責任能力、故意、過失の存在する時点で行われた法益侵害の危険性のある違法行為から発生した相当因果関

³¹ このような指摘をするものとして、山口・前掲注(30)174頁。

³² このような指摘をするものとして、内藤・前掲注(30)881頁。

³³ このような指摘をするものとして、内藤・前掲注(30)881頁。

³⁴ このような指摘をするものとして、内藤・前掲注(30)881頁。

係のある結果についてのみ、責任を問うことが出来るものと解するのである³⁵。

なお本稿の見解に対しては、同時存在原則を厳格に維持すべきとの観点から、原因において自由な行為では行為者を不処罰にすべきではないかとの批判も予想される³⁶。確かに、「同時存在原則」＝「実行行為時における同時存在原則」と考えれば、同時存在原則を貫徹する立場からは、原因において自由な行為では行為者を不可罰とする帰結に至る。しかし、前述のように本稿は、同時存在原則というのは、実行行為時に限定されるものではないと考えている。そして、本稿が新たに主張する、「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、従来の同時存在原則の例外を認めるものではないのである。同時存在原則は、行為主義からの要請であるが、行為主義から演繹されることは、行為者の当該行為が結果と因果関係を有する場合に、行為者に結果が帰責されるということである³⁷。とすれば、同時存在原則にいう行為が、必ずしも実行行為に限定される論理必然性は存在しないのである。確かに多くの場合に、結果と因果関係を有する行為は実行行為であるが、必ずしも実行行為であるわけではない。例えば、原因において自由な行為の場合では、結果と因果関係を有する行為は飲酒行為であるが、飲酒行為を実行行為と解釈することはできない。しかし、このような場合に、飲酒行為を行為として把握することは、行為責任主義に反するものではないのである。なぜならば、本稿は、「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」と解し、「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」の中に含まれると考えるため、故意犯と原因において自由な行為では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」の観点からは、飲酒行為を、

³⁵ このような指摘をするものとして、内藤・前掲注(30) 884頁、山口・前掲注(30) 172頁。

³⁶ このような見解を主張するものとして、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2007年）293頁以下。

³⁷ このような指摘をするものとして、生田勝義『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）103頁。

因果関係の起点としての行為として把握することが可能になる。

4 私見と判例の関係

原因行為以前に結果行為意思が存在する、いわゆる「意思連続型」のケースについては、例外モデルからは、完全な責任を問う事ができるだろう。構成要件モデルからは、特別刑法が問題になる事案では、未必的に車の運転をする、覚せい剤を打つということが認識されている限りで、故意犯の責任を問うことができる。本稿が支持する、因果関係の起点としての行為と結果・結果行為の因果連関・責任連関を問う見解からは、結果惹起の勢いをつけるために、飲酒行為や薬物使用行為をしていることから、原因行為に、因果関係の起点としての行為の危険性を認めることができ、構成要件モデルと同様の帰結に至ると思われる。但し、意思連続型のケースで、結果行為時に限定責任能力の場合には、間接正犯理論を基礎とする構成要件モデルからは責任を問うことが出来ないが、本稿の立場からは、原因行為と結果との相当因果関係及び原因行為時の故意が結果行為時に実現している限りで、責任を問うことが出来る³⁸。

他方で、原因行為によって初めて結果行為意思が生じる、「意思不連続型」のケースでは、原因行為時に故意を認めることができないため、構成要件モデル並びに例外モデルからは完全な責任を認めることはできず、過失犯の成立を認めるにとどまる。本稿が支持する、因果関係の起点としての行為と結果・結果行為の因果連関・責任連関を問う見解からも、同様の理由から、過失犯の成立を認めるにとどまる場合が多いと思われる。しかし、「意思非連続型」のケースで、判例の多くは過失犯の成立を認めているのであり、本稿が支持する見解が判例の傾向と大きく乖離することはないと思われる。

第三節 実行行為途中からの責任能力の低下

1 問題の所在

本節では、実行行為途中から、心神喪失又は心神耗弱状態に陥って結

³⁸ このような指摘をするものとして、内藤・前掲注(30) 891頁。

果を発生させた事例を検討する。実行行為の開始時には、責任能力が存在する点に、原因において自由な行為との違いが存在する。

この問題を解決するために、大別して二つの見解が主張される。一つは、「結果発生時に、行為者が責任無能力又は限定責任能力状態」であることに着目して、行為者に完全な罪責を問うためには「原因において自由な行為」が必要になるとする見解である。もう一つは、「実行行為を開始した段階では、完全な責任能力が存在した以上、原因において自由な行為は問題にならず、責任能力減退の事情については因果関係の錯誤として処理すれば足りる」というものである。

そこで、どちらの見解が妥当なのか、加えて、同時存在原則との関係はどのように考えればよいかが問題になる。本稿は、この問題を考えるにあたり、以下では我が国の判例及びドイツの判例を考察する。

２ 判例

①我が国の判例

東京高判昭和54・5・15判時937号123頁は、妻である被告人が、夫である被害者との口論の末、被害者の頭部を腹立ちまぎれに2回程度殴打したところ、不意を突かれた被害者が被告人を突き飛ばし、大声で怒鳴りながら、被告人の頸部を左手でつかみ、圧迫を加えるなどの反撃行為に出たため、被告人は、恐怖と狼狽のあまり、このままでは首を絞められてしまうと誤想し、たまたま近くにあった裁縫用の洋鋏に手が届いたため、被害者を死に至らしめるかもしれないが、そうなくてもやむを得ないと考え、被害者の上体左側部分を力任せに突き刺したが、その際に、これまで被害者に対して堪え忍んできたことによる鬱積した感情が堰を切ったように迸り出たことにより、精神的に強度に興奮して情動性朦朧状態に陥り、被害者を殺害する意思を抱くに至り、前記刺突行為により床に倒れた被害者に対し、前記鋏で頭部・顔面・頸部・背部・臀部等を滅多突きにし、全身計150箇所遍及ぶ各傷害を負わせ、同傷害により、同人を失血死させて死亡させた事案であるが、東京高裁は、「被告人の行為は、同一機会場所において同一人に対し同一態様の加害行為を反復継続したものとして、全体として一個の行為として認められるものであること原判示のとおりであるものの、そのうえで、それは時間的にかな

り幅のある行為であり、かつその時間を通じてほぼ同一態様の加害行為を多数回にわたり反復継続しつづけたものであるという特殊性において、例えば一時の激情にかられて短時間内に相手方を一突き二突きしたというような一過的瞬間的な行為とは趣を異にする・・被告人の実行行為開始時の行為は、鋭利な洋鋏をもって相手方の上部部等を数回連続してそれもかなりの力で突き刺すというものであり、当然その加害の程度も重大である。すなわち、被告人はその責任能力に特段の減弱のない状態において既に未必的殺意をもって積極的に重大な加害行為に及んだものであって、以後の実行行為は右殺意のおのずから継続発展として、かつ主としては右と同じ態様の加害行為をひたすら反復継続したという関係なのである。本件犯行行為中右開始当初の部分が、被告人に対する本件行為全体の非難可能性の有無、程度を判定するうえに無視して差し支えないほどの、或は見るべき意味をもたない程の軽微僅少なものであるとはとうていいえない。そしてまた、被告人が行為途中で陥った情動性朦朧状態も、それは被告人が相手方に対して意図的に右のような重大な加害を開始してしまったことによる激しい精神的興奮が少なからず起因しているものであることは容易に窺知できるところであり、それならば、その精神的興奮状態は被告人において自ら招いた面が多いという関係もそこに認められるのである。被告人に対し非難可能性の減弱を認めるべき実質的根拠はますます薄弱とならざるを得ない」と判示して、被告人に殺人罪の成立を認めている。

また、大阪地判昭和58・3・18判時1086号158頁は、被告人が、自分で買い求めてきた焼酎を4、5名の浮浪者と飲み交わしていた際に、被害者と口論になったことから、被害者に頭突きをかけ、手拳で顔面を殴打し、胸部や腹部を足蹴にした後、同人を路上に引きずり回して、顔面及び胸腹部等を殴打足蹴にするなど多数回にわたって暴行を加え、右胸腹部打撲に基づく肝臓挫滅による出血失血のため、同人を死亡させたが、犯行途中から酒の酔いのため錯乱状態に陥っていた事案であるが、大阪地裁は、「被告人は本件犯行に着手した時点においてはもとより、犯行の前半部分にあたる金網のフェンス付近に転倒した被害者に暴行を加えた段階においては、その責任能力に疑いはなかったものであるところ、その段階において優に致死の結果をもたらしうるものと認められるう

え、その後の被告人の錯乱状態は、被告人自らの飲酒及びそれに先立つ暴行等の行動によって招かれたものであり、かつ、右状態で行われた暴行は、前段階におけるそれと態様を異にするものでもないから、本件における被告人の暴行は、その全部を一体として評価すべきであり、仮に犯行の後半部分において被告人がその責任能力に何らかの影響を及ぼすべき精神状態に陥ったとしても、刑法39条1項又は2項は適用されないものと解すべきである」と判示し、被告人に傷害致死罪の成立を認めている。

この2つの判例は、責任能力存在下での行為態様と、責任能力減退下での行為態様が異ならず、両行為の間に意思の連続性が認められ、時間的・場所的接性も認められることから、行為を一連一体のものとしてみなしている点に特徴がある。

長崎地判平成4・1・14判時1415号142頁は、被告人は午前11時頃から飲酒を始め、午後2時頃から手拳で被害者の頭部・顔面等を殴打し、腹立ちまぎれに焼酎を飲んで酩酊の度合いを強めながら数次にわたり手拳で、頭部・顔面等を殴打し、背部等を足蹴にするなどの暴行を加えた。その後、被害者を攻撃する際に敷居に自らつまずいてアルミサッシガラスに頭を強打したことから、一層激昂し、被害者の背部・腎部等を踏みつけ、肩叩き棒で頭部等を滅多打ちにし、午後11時頃右傷害に基づく外傷性ショックにより死亡させたが、被告人は多量の飲酒のため、犯行の初めには単純酩酊状態であったが、犯行の中核段階においては複雑酩酊状態に陥り、心神耗弱の状態にあったという事案であるが、長崎地判は、「本件は、同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものであるところ、被告人は心神耗弱下において犯行を開始したのではなく、犯行開始時において責任能力に問題はなく、犯行を開始した後に自ら飲酒を継続したために、その実行行為の途中において複雑酩酊となり心神耗弱の状態に陥ったにすぎないのであるから、このような場合に、右事情を量刑上斟酌すべきことは格別、被告人に対し非難可能性の減弱を認め、その刑を必要的に減軽すべき実質的根拠があるとは言いがたい。そうすると、刑法39条2項を適用すべきではないと解するのが相当である」と判示し、被告人に傷害致死罪の成立を認めている。

この判例は、責任能力存在下での行為は「手拳による殴打」だったが、責任能力低下後の行為は「背部、腎部などを足で踏みつけ、肩たたき棒で頭部等を減多打ちにする」というものであり、明らかにエスカレートしていることから、責任能力存在下での行為が重大であった東京高判昭54・5・15判時937号123頁や大阪地判昭和58・3・18判時1086号158頁とは異なる。また、午後2時から午後11時までに、行為が断続して行われていることから、責任能力存在下の行為と責任能力低下後の行為は分断されるとも考えられる。しかし、長崎地判平4・1・14判時1415号142頁は、判旨の中で、被告人の暴行が一連一体の行為として把握すべきであるとは述べていないが、「同一の機会に同一の意思の発動にでたもので、実行行為は継続的あるいは断続的に行われたものである」と述べている点、加えて、本件は心神耗弱になった時点と致命傷となる攻撃を与えた時点が特定できなかったケースである点に鑑みると、責任能力存在下の行為と責任無能力の行為とを一連一体のものとして把握する立場になじむものといえる。

東京地判平成9・7・15判時1641号157頁は、外傷性てんかんの発作を患っていた被告人は、被害者が一人で留守番をしている家に布団を抱えて突然上り込み、「布団を干せ」と被害者に言ったが、被害者は以前から被告人を恐れていた上、被告人が突然現れて、そのような言動をとったことに驚き、ベランダに逃げたところ、被告人は被害者の態度に立腹し、台所において、被害者の背後から左手を首に巻きつけて同女を捕まえた上、同所にあった文化包丁を手にとって、被害者の左腕部を一回突き刺し、よって約三週間の加療を要する左上腕刺創の傷害を負わせたが、弁護人は、被告人が被害者を刺した時点で、てんかんの発作により心神喪失ないし心神耗弱にあったことを主張した事案である。東京地裁は、「次に、被告人の公判供述によっても、包丁で刺したこととベランダでの暴行との継続性を否定する事情はなく、それらは一連の行動であると認められ、台所で被害者を捕まえて刃先の鋭利な包丁を手にとったことまでは認識していたというのであるから、遅くとも包丁を手にした時点までに傷害の故意を生じたと認められる。そうすると、仮に被害者を刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為はその事前の意思に従ったものであって故意に欠けるものではない。・・・そうすると、被

害者を刺した時点で発作が起きていたとしても、発作中の行為がその直前の被告人の意思に従ったものである以上、被告人は自己の行為を認識して善悪の判断をし、それに従って行動する能力を有しつつ実行したもののといえ、完全な責任能力が認められる」と述べて、仮に実行行為の時点で被告人が発作を起こしていたとしても、完全な責任能力が認められるとした。この判例も、責任能力存在下の行為と責任無能力の行為とを一連一体のものとして把握する立場になじむものといえる。

②ドイツの判例

ドイツでは、実行行為途中からの責任能力の減退は「因果関係の錯誤」として捉えられている。

例えば、BGHSt23,133は、女性から別れを告げられて立腹した被告人が、上着のポケットから折りたたみ式のナイフを取り出して刃先を出し、女性を殺害する意図で、38回に及ぶ刺突行為を行い、出血多量により女性は死亡したのであるが、陪審裁判所の認定によれば、被告人は実行行為の際に制御能力が著しく減退していて、血中アルコール濃度が1.72%であることから、情動性の記憶喪失（Affektamnesie）に陥っていた可能性があり、ナイフでの刺突行為以前に責任無能力状態にあったとされているケースである。BGHは、「但し、被告人は責任無能力の発生前に実行行為を開始していたのであり、つまり、殺人未遂を遂行していたのである。しかし、このことは、責任無能力に陥った後に遂行された本来の殺害行為が、行為者に対して故意的に帰属されることを排除するわけではない。このような帰属の許容性は、疑いなく認められている。Alicにおいても、本来の実行行為は責任無能力状態でなされているが、当該行為は行為者に帰属されるのである。被告人が責任無能力状態になることを考えていなかった点で、Alicとは異なるが、そのことは、本質的な意味を持たない。確かに、故意は、事象全体に及んでいなければならない。しかし、因果経過の詳細な点は、ほとんど予見不可能なのであるから、被告人の予定した因果経過からの逸脱が直ちに、故意への帰属を排除するわけではない。このような因果経過の逸脱は、一般的生活経験の枠内に止まる限り、非本質的なのである。被告人は、女性を殺害しようとし、ナイフで数回刺突しようとした。実際の行為経過は、被告人の

表象に合致しているのである。責任能力を排除する情動状態は、せいぜい、被告人が本来考えていたよりも、素早い多くの回数の刺突行為をもたらしにすぎないのである。この逸脱は、疑いなく、非本質的である。しかし、被告人が前もって予想していなかった責任無能力状態の発生それ自体も、非本質的な逸脱にすぎないのである。行為者が、責任能力ある状態で、刑法43条の意味における実行行為を開始したことで十分なのであり、本来の傷害行為が、責任能力ある状態で行われる必要はないのである。しかし、責任無能力が、最初の傷害行為の結果であるということが要求されることはできない。責任無能力状態が、先行する行為から発生し、個人的なものに依存しない外的作用によりもたらされていないことで十分なのである」と述べて、被告人に故殺罪(212条)の成立を認めた。

また、最近の判例であるBGH NStZ 2003, 535は、被告人は同性愛関係にあった被害者と被害者の家に住んでいたが、2001年9月9日18時から、両者の間で数時間にも及ぶ口論が起り、被告人は口論を終わらせるために、被害者の家から数回外出し、その際にコカインを数回吸引しては、再度被害者の家に帰宅していたが、帰宅した際に、被告人は被害者から、被告人が幼少期に父親から受けた性的虐待の事を非難され、それを重大な裏切り行為と感じた被告人は激昂し、部屋を出て行こうとしたが、被害者がドアの前に立ち妨害しようとしたので、部屋の壁にかかっている鉈を取って襲い掛かり、殺意を持って合計33回もの攻撃を加え、被害者を死亡させたが、被告人は行為の途中で限定責任能力になった事案である。BGHは、「地方裁判所は、興奮状態に基づく被告人の限定制御能力が、どの時点で生じたかについては明らかにしていない。地方裁判所は、責任能力の判断に際して、誤ったアプローチを採用していることが気にかかるのである。なぜならば、被告人は、未遂段階の開始の際に、既に興奮状態で制御能力を失っていたのではなく、被害者を殴打する等の実行行為開始後に一種の興奮状態に陥った場合には、著しい限定責任能力が、行為事象全体の中で一貫して存在したわけではないからである。行為者が実行行為の間に初めて、刑法20条・21条の状態に陥った場合、どのように解決されてきたか」と、判例は、これまで、行為開始後に責任無能力が発生したと根拠づけてきた。これに従えば、行

為が故意に担われて、行為者が、責任無能力が生じる前に抱いた表象と（実際の）行為経過が合致する場合には、行為は行為者に対して帰属されるのである。行為遂行の間に責任無能力が生じることは、因果経過の非本質的逸脱を示すのである。その際に、責任無能力状態が、先行する行為から生じていて、外的作用によって生じたものではないことで十分なのである。このようなケースでは、責任無能力状態で遂行した既遂行為を理由として処罰されるべきなのである。そして、このことは、実行行為の間に、著しい限定責任能力状態が発生した場合にも妥当するのである」と述べて、被告人に故殺罪（212条）の成立を認めた。

なお、BGHSt23, 133の判旨の中で、「BGH GA 1956, 26の事案³⁹は、本件を拘束するものではない。BGH GA1956, 26の事案は、夫である行為者は、妻からの要求に基づいて、当初は、ピストルでの発砲によって妻を殺害しようとした。しかし、ピストルでの発砲は致命的作用をもたらさず、またこの時、行為者は責任無能力であったが、妻からの切実な要求に基づいて、別の方法で妻を殺害することを決心した。それは、ハンマーで頭部を殴打し、調理包丁で心臓を突き刺し、のどを切り裂くというものである。この殺害行為は、新たな意思決定に基づくものであり、おぞましい方法であるが、いずれにせよ、行為者が当初思い描いていたものとは著しく異なるものである。その結果として、殺人未遂とする判決が正当化される」と述べているので、BGH は、実行行為途中からの責任能力減退事案を、常に因果関係の錯誤として捉えるのではなく、第二行為が新たな意思決定に基づくものであると判断されれば、第一行為と第二行為は分離して考えることを明らかにしていることが推測される。

3 検討

我が国の判例は、「機会の同一性」と「意思の連続性」を重視して、責任能力存在下の行為と責任無能力状態の行為を一連一体のものとして扱い、行為者に完全な責任を認めている。このような判例の論理は、「原因において自由な行為」という言葉は判旨で用いていないものの、当初

³⁹ この判例は、上告において、本件の被告人は殺人未遂にすぎないことを主張する際に引用されたため、BGH は、この判例についても言及している。

の故意が継続する限りで責任を認めるという点で、「原因において自由な行為」における「最終的意思決定説」に親和性があるようにも思われる。他方で、ドイツの判例は、実行行為の開始時に責任能力がある点を考慮して、責任無能力に陥った点については相当因果関係の問題として理解している。

我が国の判例の傾向からすると、実行行為途中からの責任能力減退事例を考えるにあたっては、当該行為が一連一体のものとして把握できるか否かが決定的なように思われる。それでは、行為の一体性を認めるための基準は何であろうか。例えば、責任能力存在下の行為と責任無能力状態での行為の間で、行為態様が大きく異なり、責任無能力状態での行為が被害者への致命傷となった場合に両行為は分断され、他方で責任能力存在下での行為が被害者への致命傷となった場合には、完全責任能力を有する行為者の行為が決定的であるから、両行為は一体として把握されるという指摘がある⁴⁰。この指摘は、責任能力存在下での行為が被害者の死亡に決定的な場合には行為を一連一体として把握し因果関係の錯誤により行為者に完全な責任を問い、責任無能力状態での行為が被害者の死亡に決定的な場合には、行為は分断され、完全な責任を問うためには原因において自由な行為の法理に依拠しなければならないことを主張する⁴¹。

この見解からは、「行為者が、被害者に対して最初は長時間にわたって被害者に軽微な傷害を蓄積的に与え、最後に被害者に対して強度な傷害を与えることを計画していたところ、途中から責任無能力に陥り強度な傷害を与えた場合」には、両行為が分断され、責任無能力状態での行為については刑法39条が適用されることになる。しかし、行為者は被害者に軽微な傷害を蓄積的に与えること計画していた点に鑑みれば、行為を一連一体のものとして把握すべきとも考えられる。確かに行為態様は責任無能力状態での行為の方が決定的だが、だからといって、責任無能力状態での行為に刑法39条が適用されるのは妥当ではないように思われる。そうすると、この例で、行為を一連一体のものとして把握すべき別

⁴⁰ 浅田・前掲注(36)296頁。

⁴¹ 浅田・前掲注(36)296頁。

の根拠として、「自招性」という要素が挙げられる。

しかし、自招性は、実行行為途中からの責任能力減退の全てのケースで認められる要素であるため、両行為は必然的に一連一体のものとして把握されることになる。それゆえに、「自招性」も行為の個数に関する決定的な判断基準にはならないように思われる。

他方で、「意思の連続性」を考慮するとどうであろうか。つまり、責任能力存在下での意思が、責任無能力状態での行為でも連続している限り、両行為は一連一体のものとして把握されるところのものである。確かに、被害者に対して短時間の間に連続的になされた暴行であれば、「意思の連続性」を考慮することも可能であると思われる。例えば、長崎地判平４・１・１４判時１４１５号１４２頁では、午前１１時から午後１１時までの間に断続的な暴行が加えられているが、「意思の連続性」は認められている。このような長時間にわたって断続的な暴行が加えられたという事案は、暴行が行われるその都度に、行為者の新たな意思決定が介在したとも考えられ、「意思の連続性」は否定されとも考えられる。しかし、長崎地判のケースでも「意思の連続性」を肯定するということは、意思の連続性が認定される基準はかなり緩やかなものとも考えられ、行為の一体性を判断する基準としては機能していないのではないだろうか。このように考えると、行為の一体性の有無に着目する解決は、明確な基準を見出すことができない点で妥当ではない。

更に、ドイツの判例のような、因果関係の錯誤として解決する見解も妥当ではないと思われる。確かに、実行行為の開始時に責任能力が存在することから、結果との間に相当因果関係が認められる限りで、行為者には完全な責任が認められるようにも思われる。しかし、因果関係の錯誤として捉える見解は、例えば長崎地判平４・１・１４判時１４１５号１４２頁のような結果的加重犯（傷害致死罪）のケースで、機能しないように思われる。なぜならば、責任主義の観点からは加重結果につき予見可能性が要求されるが、この予見可能性は、通常は、加重結果をもたらし得る行為が行われた段階、すなわち責任無能力状態の行為段階でなければ肯定することはできないからである⁴²。それゆえに、責任能力が存在する

⁴² 行為者に、「飲酒すると、他者に暴行等をふるう習癖がある」などの事情

実行行為のみに焦点を合わせ、責任無能力状態での行為を因果経過の1コマとして捉える立場も、妥当ではない。やはり、責任能力存在下での行為と、責任無能力状態での行為の双方を考慮しなければならないように思われる。

また、ドイツでは、実行行為途中からの責任能力減退事例の中で、情動行為のケースについては、禁止の錯誤とパラレルに考え、刑法17条⁴³が適用できるとする見解がある。この見解の主張者であるツィーゲルトは、情動行為と禁止の錯誤のパラレル性を以下のように説明する⁴⁴。

「高度な興奮が洞察能力の喪失へと至った場合には、行為者の責任は、禁止の錯誤の基準に従って判断されるべきである。もし、興奮の爆発が回避可能だった場合には、処罰は以下の事情に依存する。その事情とは、行為者が、興奮の増大に対して必要な予防措置を講じなかったという非難と違法な行為との間に、内容的結びつきが作り出されているかどうかである。興奮が責任の知的側面に関連づけられている限りにおいて、刑法17条は直接適用可能なのである。・興奮行為者は、感情的興奮がなお支配可能であった場合には、感情的興奮の爆発に対する予防措置を講じるべきだった。なぜならば、行為者は自己抑制義務を有しているからである。回避可能な禁止の錯誤と同様に、故意的不法行為であるにも関わらず、責任は過失形態を示しているからである。しかしながら、興奮事例と禁止の錯誤との一致は、質的な点を越えて、非難の構造にまで及ぶのである。両事例共に、行為者に対しては外的行為が要求されるのではない。むしろ行為者に対しては、精神的状態を保つこと又は取り戻すことが義務づけられるのである。それゆえに、責任非難は、行為遂行に直接に関連づけられているのではなく、内的精神的過程に関連づけられている。回避可能な禁止の錯誤においても、興奮事例においても、行為者

がある場合には、加重結果を惹起する前段階で、予見可能性が肯定されることもありうる。

⁴³ 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。

⁴⁴ Ulrich Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S.197f.

に対する非難は、同じ方向に向けられている。つまり、行為者は責任の個人的基盤を保つための十分な注意を払わなかったのである。なお個人的基盤とは、知的領域においては、不法性の意識であり、意思的領域においては、認識にしたがって行為を意識的に形成する能力である・・責任無能力の発生を防止しなかったという非難が、当該不法行為と密接に関連している場合にのみ、責任非難は維持されることができるのである。」

つまり、ツィーゲルトは、情動行為のケースにおいて、行為者が当該興奮を支配可能であった場合には、行為者には自己抑制義務が課され、当該興奮が回避可能であった点で、禁止の錯誤のケースとパラレルであると主張している。しかし、ツィーゲルトの主張に対しては、原因において自由な行為の部分で、違法性の意識の可能性に基づく解決に対して提起した同様の批判が該当する。なぜならば、この見解からは、行為者が限定責任能力に陥った場合に、刑法20条により減軽されることになり、責任無能力に陥った場合と比べて齟齬が生じることになるが、このような問題をどのように解決すべきかについては、何も述べられていない。それゆえに、この見解は妥当ではないように思われる。

4 私見

このように見てくると、実行行為途中からの責任能力減退のケースは、原因において自由な行為のケースとパラレルに考えるべきではないだろうか。本稿は、原因において自由な行為とは、「実行行為である結果行為の際に責任無能力であるにも関わらず、責任能力を有する、因果関係の起点としての原因行為と結果・結果行為が、因果連関・責任連関を満たす限りで、因果関係の基点としての行為時における同時存在原則を満たすことから、行為者に責任を認める理論」であると考えている。そして、実行行為途中からの責任能力減退のケースも、実行行為である結果行為時に責任無能力である点に着目すれば、原因において自由な行為が適用されるケースであり、実行行為時における同時存在原則が妥当しない、同時存在原則が問題になる非同時的事例と考える。それゆえに、原因において自由な行為の場合と同様に、因果関係の起点としての行為である原因行為と結果・結果行為が因果連関・責任連関を有する限りで、行為

者に完全な責任を問うことが出来ると考える。そして、非同時的事例では、因果関係の起点としての行為時における同時存在原則が妥当することから、因果関係の起点としての行為と責任能力の同時存在原則が満たされることになる。

本稿の立場からは、長崎地判のような結果的加重犯のケースでは、責任無能力状態での暴行行為が結果発生 of 致命傷となっている場合には、飲酒すると他者に暴行等をふるう習癖があるなどの事情が存在しない限りは、責任能力が存在する暴行行為時に加重結果の予見可能性を認めることはできない以上、責任能力存在下での傷害罪と、心神耗弱状態下での傷害致死罪が成立し、後者には、刑法39条2項が適用されることになる。

第四節 小括

本章では、「原因において自由な行為」と「実行行為途中からの責任能力減退のケース」を検討した。本稿は、「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」と解し、「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」に含まれると考える。そして、「因果関係の起点としての行為」＝「実行行為」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、非同時的事例では、「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当する。その上で、「原因において自由な行為」と「実行行為途中からの責任能力減退のケース」は、両事例共に結果行為が実行行為であり、結果発生時に責任無能力である点で、実行行為時における同時存在原則が妥当しない事例であることから、因果関係の起点となる原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限りで、行為と責任能力の同時存在原則、すなわち「因果関係の起点としての行為時における同時存在原則」が妥当することが明らかになった。つまり、同時存在原則の観点からは、原因行為と結果・結果行為の間に因果連関・責任連関が認められる限り、責任能力は、結果行為である実行行為時ではなく、因果関係の起点としての行為である原因行為時に存在すれば足りるのである。

[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。

ドイツにおける改善保安処分制度

—— 制度と基盤についてのイントロダクション ——

リタ・ハーヴァーカンフ
小名木明宏 訳

科刑は行為者の責任を基盤とする。しかし、刑法の任務は贖罪、そしてそれと結びついた規範の妥当性の明確化と強化にだけ制限されるわけではなく¹、むしろ行為によって壊された秩序を回復し、確実なものとする予防的法益保護が問題となるのである²。この予防的機能は、公共に対する行為者の予測される犯罪の危険性をカバーするために、改善保安処分により (§§ 61-72 StGB) 2つめの独自の制裁の軌道を必要とするのである。予防的措置としての改善保安処分は行為と行為者の無価値判断から引き離されているので、それを命令するにあたっては故意の違法行為が実行されることで十分である。つまり、裁判所は例えば責任能力なく (§ 20 StGB)、犯罪を実行した精神疾患の行為者に対しては、自由刑を科するのではなく、精神病院での収容 (§ 63 StGB) を命令することができるのである。

1. 基礎

刑法典は6つの改善保安処分を規定している (§ 61 StGB)。その場合、入院の処分と在宅の処分に分けられている。自由をはく奪する処分には、最初に挙げた精神病院での収容と並んで、アルコール中毒、薬物中毒患者に対する禁絶

¹ Meier, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Berlin Heidelberg 2015, S. 269.

² Ders., (Fußnote 1), S. 269.

施設での収容 (§ 64 StGB) および保安監置 (§§ 66 ff. StGB) があり、自由のはく奪を伴わない処分には、行状監督 (§ 68 StGB)、運転免許のはく奪 (§ 69 StGB)、職業の禁止 (§ 70 StGB) がある³。限定つきではあるが、処分によって形成される二元主義のシステムは年少少年と年長少年の制裁についても妥当する (§§ 7, 105 Abs. 1, 106 Abs. 3 bis 7 JGG)。

処分は、それを命令するにあたって様々な端緒 (例えば精神の疾患、アルコール中毒) があり、様々な刑事政策的な目的に資するが、再犯の危険性のある行為者による犯罪行為を防止することが共通の目的であることでは一致している。改善保安処分は刑法第6章の項目に対応して特別予防の型式とされている。保安の場合は犯罪行為からの公共の保護が問題であり、改善にあつては治療－執行のレベルが重要となる。

公共と個人の利益の間の必要不可欠な衡量は刑法 (§ 62 StGB) に規定されている比例原則と関係する⁴。それによれば、行為者により実行された行為の重要性、予測される行為、ならびに発生する危険の程度に比して均衡がとれていない場合には、処分はなされてはならないのである。あらゆる状況を総合的に判断して、命令によって科される侵害の重大性が、実行された行為、最も重要な基準として、予測される行為、そして危険の程度とバランスが取れていなければならないのである。刑法62条の文言を越えて、比例原則は、様々な規範 (例えば、将来、予測される行為の「重要性」) における個々の命令の解釈に際して、そして効果の判断 (例えば、処分執行を停止するにあたっての判断) に際して考慮されねばならないのである⁵。

2. 改善保安処分の拡がり

実務運用においては、運転免許のはく奪 (§ 69 StGB) は他を引き離してもっとも頻繁に科せられる改善保安処分である (図1、2 参照)。2013年の処分全体において97%を占めるその割合がこのことを示している。2002年以降の運転

³ 特別法においてはさらに2つの特別な制裁が存在する。動物の飼育の禁止 (動物保護法20条) と狩猟免許のはく奪 (連邦狩猟法41条) である。

⁴ 法治国家原理に基づき、比例原則については、いずれにしても尊重されねばならない

⁵ Vgl. BVerfG NJW 1995, 3048, Sinn, SK 2015, § 62 Rn. 2.

免許のはく奪の推移を見ると、有罪判決を受け、この処分を科された者⁶は2013年には94123件であり、これまでの最低であったことが解る（図1）。このような減少傾向がどの程度継続的なものとなるかは、背景事情が解らなくては、説明できない。

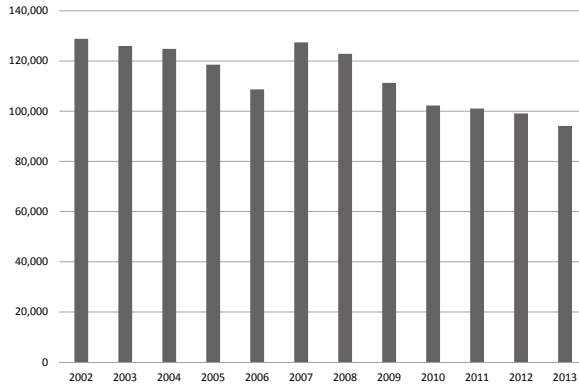


図1：2002年から2013年までの運転免許はく奪 (§ 69 StGB) を伴う判決件数
 Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Tab. 5.5; 2002 – 2013.

自由はく奪を伴う処分の重大性にかんがみれば、精神病院での収容 (§ 63 StGB)、禁絶施設における収容 (§ 64 StGB)、ならびに保安監置 (§ 66 StGB) での収容が、運転免許のはく奪（図1）と比較して数が少ないことは、驚くべきものではない（図2）⁷。禁絶施設での収容が最も重要な入院の処分であり、ここ数年では明白な伸びを示していることが、2002年から2013年にかけての経過から明らかになっている。2002年の有罪件数が1532名であり、この数字は2013年まで継続的に上昇し、2457名に達している。これとは対照的に、精神病院での収容の命令はこの期間では安定している。最も多くの命令が出た2008年には1104名の有罪判決を受け、最高を記録したが、それ以降は下降しており、2013年には813件で、最低を記録した。侵害が厳しいということで、保安監置は実

⁶ 略式命令に処せられた被告人、あるいは、公判手続き開始後に判決または手続終了決定により効力が確定した被告人。

⁷ Meier, (Fußnote 1), S. 279.

務運用では最も適用がさし控えられている。それでも、これまでの最高は2008年の111名であった。増加しているのはおそらく適用範囲の拡大化を伴う立法活動を反映しているのであろう⁸。2008年以降は、はっきりと減少傾向がうかがえ、2013年には32件で最低を記録している。裁判官の命令による行状監督 (§ 68 Abs. 1 StGB) と職業の禁止 (§ 70 StGB) という2つの在宅の処分は、実務運用においてはほとんど重要ではない。裁判官により行状監督が科せられた者は2002年を除き二桁台 (25から48名が判決を受けた) で動いており、他方、職業禁止を科せられた者は少し上で動いている。しかし、2002年の137件から2013年の62件へと常に減少しており、半数以下に減っている。

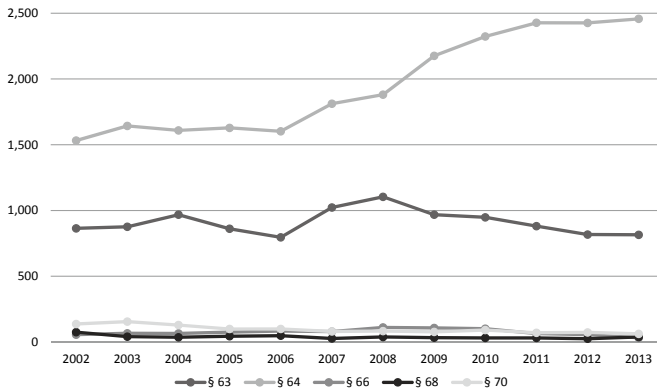


図2：2002年から2013年までの改善保安処分を伴う判決件数

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Tab. 5.1 (§ § 63, 64, 66 StGB); Tab. 5.5 (§§ 68, 70 StGB); 2002 – 2013.

処分執行における収容 (図3を見よ) は命令内容によって区別される。数値としてはそれぞれ比べるべきではない。なぜなら、まず処分執行の統計は基準日の統計に基づくものであり、他方、被収容者の人数は、数年から終身まで期間に基づく命令の数を明らかに超過しているのである。この違いは精神病院での被収容者数を見ると明確になる。この処分の命令件数は減ってはいるが、精神治療の処分執行の件数は、2000年の4096人から2012年の6750人と明らかに増

⁸ Meier, (Fußnote 1), S. 367.

加している。それ以降は精神治療の被収容者数は軽く減少している。無期限の処分は、長期、場合によっては終身の精神治療の処分執行になる。精神治療の収容の場合とは反対に、禁絶処分の命令件数（図2を見よ）の増加と禁絶施設での収容件数の増加は、被収容者数（2013年：3819人）が命令件数（2013年：2457件）を上回っているものの、それぞれ呼応している。このような結びつきは、おそらく、禁絶施設では長くとも2年という明らかに短い収容期間となっていることに由来する。長い収容期間に関しては保安監置で収容されている者の人数も命令の件数より多い。2000年から2010年まで保安監置されている者の数は219人から最多の536人まで恒常的な増加が認められた。この増加は保安監置の収容期間の長さを示しているのである。2011年から2012年にかけての明らかな減少は、1998年1月31日以前に保安監置の関する最初の命令による10年の収容を遡及的に破棄し、そのまま収容し続けたことが許されないとした欧州人権裁判所（EGMR）の判決に基づく釈放と関係している⁹。

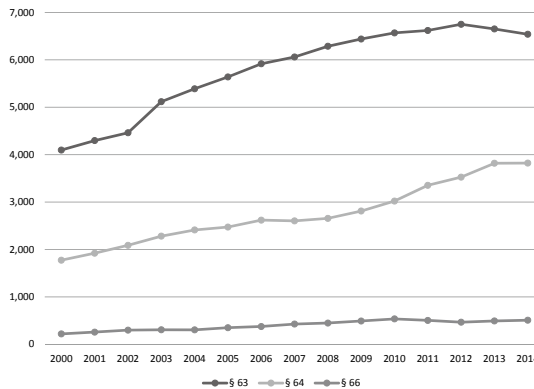


図3：2000年から2013年（それぞれ3月31日現在）までの処分執行と保安監置での被収容者数

Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 4.1; Tab. 1 (bis 2012); Statistisches Bundesamt, Strafvollzugsstatistik: Im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte 2013/2014; Tab. 2 (ab 2013).¹⁰

⁹ Urteil des EGMR vom 17.12.2009.

¹⁰ Zahlen nur für das frühere Bundesgebiet inkl. Berlin; 2000 und 2001: Zahlen aus Rheinland-Pfalz stammen noch von 1999; 2009: Zahlen aus Rheinland-Pfalz

裁判官により命令された行状監督は異なり、法律に基づく行状監督 (§ 68 Abs. 2 StGB) は実務運用で重要な役割を果たしている (図 4 を見よ)。ここ数年では行状監督に付された者の数は継続的に増加していることが解る。2014年には行状監督に付された者の数は36706人に達し、2008年から2014年にかけては約50%の増加であり、これは今のところ最高値を示している¹¹。2008年以降、行状監督に関する全ドイツの数値が把握されるようになった。しかし、各州のドイツ保護観察連盟によりまとめられてはいるだけで、正確な全体数が示されているわけではない。

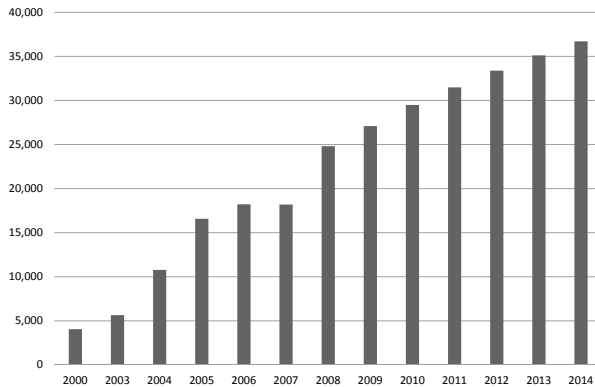


図 4 : 2000年から2014年までの行状監督 (§ 68 ff. StGB) の対象者数

Quelle: DBH-Fachverband; http://www.dbh-online.de/fa/Zahlen-Laender_2011_DBH.pdf und <http://www.dbh-online.de/fa/FA-Zahlen-Bundeslaender-2014.pdf>; ab 2008: Gesamtdeutschland.¹²

stammen noch von 2008; 2011 bis 2014: Zahlen aus Rheinland-Pfalz stammen noch von 2010; 2012: Zahlen aus Schleswig-Holstein stammen teilweise noch aus 2011.

¹¹ ドイツ保護司連盟の発表による。 <http://dbh-online.de/unterseiten/themen/fuehrung.php?id=654>, zuletzt abgerufen am 27.01.2016.

¹² 2000: Nur Zahlen aus Niedersachsen, Hessen, Berlin (Erwachsene), Hamburg und Bremen; 2003: nur Zahlen aus Niedersachsen, Hessen, Berlin (Erwachsene), Thüringen, Hamburg und Bremen; 2004: nur Zahlen aus Nordrhein-Westfalen (NRW), Niedersachsen, Hessen, Berlin (Erwachsene); Thüringen, Hamburg und

3. 自由のはく奪を伴う処分

3. 1. 精神病院での収容 (§ 63 StGB)

精神病院での収容は、限定責任能力の状態 (§ 21 StGB) で、あるいは、責任無能力の状態 (§ 20 StGB) で違法行為を実行し、その状態のために将来、さらに重大な行為を行うことが予想される行為者を対象としている (§ 63 StGB)。

「違法な行為」 (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) と法律上規定された概念はとくに秩序違反をその前提から排除している。これは同様に、被害者が告訴しない親告罪や中止犯 (§ 24 StGB) にもあてはまる。これに対して故意行為か過失行為かは重要ではない (§ 15 StGB)。責任能力が著しく減少していることは、積極的に確定されねばならず、限定責任能力が否定できない場合に、「疑わしきは被告人の利益に」の原則により、処分を命令することはできない¹³。さらに、責任無能力あるいは限定責任能力が長期にわたる精神の疾患に基づく場合だけ、収容が考慮される¹⁴。

命令の実質的な前提には、事実審裁判官の判断時における行為者の将来の行動のネガティブな予測が含まれる¹⁵。重大な違法な行為の予測という要件は、個人の自由の利益と公共の安全の利益との間で慎重な、個々のケースに関連付けた、すべての情報を評価する衡量を前提とする。裁判所は63条の適用領域から軽微犯罪だけを除外している¹⁶。そこでは、予測される損害の重大性、一身専属的法益への脅威、将来予想される行為の頻度が強調される。判例によれば、命令を発するためには、「単なる可能性」では不十分で、「高度の蓋然性」を必

Bremen; 2005 und 2006: nur Zahlen aus NRW, Bayern, Niedersachsen, Hessen, Berlin (Erwachsene), Thüringen, Hamburg und Bremen; 2007: nur Zahlen aus NRW, Bayern, Niedersachsen, Berlin (Erwachsene), Thüringen, Hamburg und Bremen.

¹³ Heger, Lackner/Kühl 2014, § 63 Rn. 3.

¹⁴ 従って一時的な酩酊や激情は該当しない。64条との区別について、判例は神経過敏症という意味での病的なアルコール依存ないし薬物依存や依存症とは区別される精神の疾患を63条において要求している。

¹⁵ Heger, Lackner/Kühl 2014, § 63 Rn. 8.

¹⁶ BGH 5 StR 626/91 StV 92, 571; KG Berlin JR 92, 390; BGH 4 StR 6/08 StraFo 09, 164.

要としている¹⁷。行為者の精神の状態と危険性の間の症候的な関連が、実行された行為と予測される行為が行為者の病的な精神の状態に基づくという意味で存在しなければならない¹⁸。公共に対する行為者の危険性という点では、命令が具体的な個々のケース、例えば家庭内の対立において許されるかが問題となっている。ある見解によれば他の收容の可能性があるととして命令は認められず¹⁹、他の見解は人的な関係とは別に個人を行為者から保護するので63条は適用されるとする²⁰。「行為者と行為の全体評価」とは行為者の現在の生活状況を横断的に考察し、実行された行為と将来の行為に対する重要性を加味して精神の疾患を結論付けるものでなければならない²¹。

形式的要件と実質的要件が揃うと、63条による收容が必要となる。処分の目的が他の方法で実現できる場合はここでは外される。民事法上の規定に基づく收容や在宅治療がそれにあたる²²。命令は地方裁判所に認められている (§§ 24 Abs. 1 Nr. 2, 74 Abs. 1 S. 2 GVG)。公判手続きにおいて鑑定人の尋問が行われねばならない (§ 246a Abs. 1 S. 1 StPO)。鑑定人は出来る限り捜査手続きの段階ですでに鑑定書の準備をせねばならず (§§ 80a, 246a Abs. 3 StPO)、つまりは、書面の解析と並んで、被疑者の意思に反しても調査のための機会が与えられねばならないのである (§§ 81a StPO)。

3. 2. 禁絶施設での收容 (§ 64 StGB)

禁絶施設での收容には、アルコールまたはその他の薬物を過度に費消する性癖を持った行為者が対象となり、それゆえ、さらなる重大な行為の危険性が存在する (§ 64 StGB)。その命令は治療の成果への十分に具体的な見込みがある

¹⁷ BGH 1 StR 603/92 (LG Hof) NStZ 93, 78 und BGH 4 StR 269-99 (LG Bielefeld) NStZ 99, 611; BGH 3 StR 27/09 (LG Oldenburg) NStZ-RR 09, 169.

¹⁸ Schöch, LK 2006 ff., § 63 Rn. 101.

¹⁹ Pollähne, NK 2013, § 63 Rn. 70.

²⁰ So Meier, (Fußnote 1), S. 320 f.

²¹ この点、詳細は Pollähne, NK 2013, § 63 Rn. 81 ff.

²² 法的世話人の申請による民法1896条以下の民事法上の收容がなされる世話関係 (§ 1906 Abs. 1, 2 BGB, § 23c GVG i.V.m. § 312 Nr. 1 FamFG)。警察法上の收容は、精神疾患患者のための保護に関する州法 (PsychKG) や各州の收容法に規定がある。

場合にだけ認められる (§ 64 S. 2 StGB)²³。この収容の上限は原則として2年である (§ 67d Abs. 1 S. 1 StGB)²⁴。

「性癖」の概念は中毒や依存に対応し²⁵、「定着し、心理的な素質に基づき、あるいは、行動により獲得された強い傾向で、アルコールその他の薬物²⁶を摂取すること」²⁷である。これは、欲求へのコントロールが限定的という意味での一定のコントロールの喪失を含む心理的な依存で足りる²⁸。通説によれば、アルコールや薬物の頻繁な費消が健康を害し、活動能力を低下させる場合に、過度の消費は認められる²⁹。処分は責任無能力 (§ 20 StGB) や限定責任能力 (§ 21 StGB) の場合のみならず、行為者が完全責任能力の場合にも科せられる。(違法な) 行為が酩酊状態で行われたか、その他の方法でその性癖により、症候的な関連が必要である。

実質的にはその命令を科するためには裁判時において性癖のためにさらなる重大な違法行為が実行される予測が必要である。精神治療の収容の場合とは異なり、禁絶施設での収容についての命令の際に必要なとされる重大性の程度をめぐって議論が対立している。禁絶施設での収容は時間的な限界がある (§ 67d

²³ 本命令による二重の目的設定については連邦憲法裁判所 BVerfGE 91, 1 (27 f.) を見よ。

²⁴ § 67d Abs. 1 S. 3 StGB は、自由刑に先立って同時に命令の出された自由をばく奪する処分が執行される場合には、処分執行の期間が刑罰に算入される限り、長期の収容を許容している。この関係で、3年を超える有期自由刑と同時に出される禁絶施設での収容命令では、裁判所は刑の一部は処分に先立って執行されなければならないということを決定しなければならないという § 67 Abs. 2 S. 2 StGB は考慮されねばならない。このようにして禁絶施設での長期収容は避けられねばならないのである。

²⁵ Schöch, LK 2006 ff., § 64 Rn. 45 f., 56 ff.

²⁶ 薬事法の附則 I ～ III に挙げられた原料と調合品、溶剤、接着剤、洗浄剤による「シンナー吸飲原料」、一定の薬剤、興奮剤を参照。van Gemmeren, MüKo 2011 ff., § 64 Rn. 18 f. を見よ。原料とは関係ない依存症 (たとえば、ゲーム中毒) は64条の適用領域からは除かれる。

²⁷ U.a BGH NStZ-RR 2011, 242

²⁸ Nedopil 2007, 113 ff. は薬物を禁絶することにより、内的動揺、不安、気分の落ち込みが認められるとする。

²⁹ Schöch, LK 2006 ff., § 64 Rn. 51.

Abs. 1 StGB) ので、侵害は重大なものとはみなされず、従って重大性の程度が低くても支持されている³⁰。同様に蓋然性の程度も2つの処分が異なる形式で規定されているので、議論されている。時間的な限界があるので64条の「危険」の概念からは63条の「予測される」の概念よりも低い程度の蓋然性が導かれている³¹。治療の効果への十分な見込み (§ 64 S. 2 StGB) については裁判所は積極的に、そして具体的に、「中毒のこれまでの経過に照らし、および身体的、心理的構造に照らし、場合によっては犯罪的特徴にもかかわらず (なお) 行為者は治療可能であるかどうか」³²を判断しなければならない。そこでは事実根拠に基づけられた治療の効果の蓋然性が問題とされるのである³³。

性癖と具体的な治療の見込みという前提が認められた場合、それでも裁判所は、強行規定にもかかわらず、処分の命令を例外的事例においてのみ、さし控えてもよい³⁴。立法者はこの点について3つの事例グループを展開した。第1に、十分な語学力のない外国人、第2に、送還直前の外国人行為者、そして第3に、人格性障害の行為者である³⁵。精神治療の収容と異なり、区裁判所 (§ 24 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GVG) が禁絶施設での収容のための命令の権限があり、ここでもまた鑑定人が必要となる (§§ 80a, 246a StPO)。

3. 3. 保安監置での収容 (§§ 66 ff. StGB)

保安監置処分 (§§ 66 bis 66c StGB) は、刑法の制裁システムの「ウルティマ・ラツィオ」である。これは危険な性癖の行為者を時間的に無期限に監置することができ、重大な行為を実行する性癖のゆえに、重大な犯罪行為と継続的な危険性を持った行為者から公共の安全を守ることに資する。

21世紀になって保安監置の拡大は学会において大規模な批判を引き起こし、欧州人権裁判所 (EGMR) (上記2参照) とドイツ連邦憲法裁判所 (BVerfG) の注目すべき判決により少なくとも部分的には支持された³⁶。これにより段階的

³⁰ Schöch, LK 2006 ff., § 64 Rn. 86 ff.; Fischer 2013, § 64 Rn. 15.

³¹ Meier, (Fußnote 1), S. 335.

³² BVerfGE 91, 1 (26 ff., 30).

³³ BT-Drucks. 16/1110, 13.

³⁴ BT-Drucks. 16/5137, 10.

³⁵ BT-Drucks. 16/1344, 12.

³⁶ これについて詳細は Kinzig 2010, S. 233 ff.; 最近の欧州人権裁判所の判決

な法律改正が行われ、2013年には一応終了した。分離要請の侵害を連邦憲法裁判所は2011年に保安監置の当時の規定において認定した³⁷。それによれば、保安監置の執行が刑事施設における自由刑の執行から十分に区別されていないというのである。この憲法違反の状態を解消するために連邦および州の立法者が対応した。連邦の立法者はとりわけ強く特別予防的な方向 (§ 66c StGB) を規定し³⁸、州の立法者は被保安監置者と受刑者の間に要請された分離を実現するために刑事施設に大規模な改築をして憲法に合致するよう改善を指示した³⁹。

複雑でわかりにくい規定が保安監置の理解を困難なものにしている。簡単に言うと、保安監置には3つの種類がある。複数の前科のある行為者の有罪判決に際して、または前科のない行為者の重大犯罪の有罪判決に際して、本来的の命令の場合 (§ 66 StGB)、そして、有罪判決に際して判断が熟していないため命令を留保する場合 (§ 66a StGB)、最後に、精神病院での収容を終えることと関連して事後的に命令する場合 (§ 66b StGB) である。

3.3.1. 本来的保安監置命令

複数の前科のある行為者 (§ 66 Abs. 1 StGB) に対する命令では、生命、身体、自由、性的自己決定権 (S. 1 Nr. 1 Buchst. a)、あるいはその他の特に重大な犯

EGMR vom 07.01.2016 (Az. 23279/14) は、ドイツの立法者による法改正が保安監置を適時的に延長する判断に重大な影響を与えているとしている。欧州人権裁判所は当該事件においては欧州人権条約の第5条 (自由と安全への権利) 違反も第7条 (法律なければ刑罰無し) 違反も認めていない。精神の障害に対する必要な治療がなされるのであるから、当該事案においては刑罰が科されているのではないというように、法改正は保安監置の性格を変容させればよかったのである。これについては <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-23279-14-sicherheitsverwahrung-deutschland-zulaessig-rueckwirkung/> (2016年2月7日チェック) を参照。

³⁷ BVerfGE 128, 326; 分離要請に批判的なのは Höffler, Katrin/ Kaspar, Johannes (2012): Warum das „Abstandsgebot“ die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann. Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionensystems. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 124 (1), S. 87-131.

³⁸ 2013年6月1日より施行。

³⁹ 改正後の保安監置の執行については Bartsch 2015, S. 51 ff.

罪行為⁴⁰が必要である。その他の特に重大な犯罪行為とは、自由刑の長期が少なくとも10年以上の犯罪だけが対象となる⁴¹。さらに刑法に規定された最高刑は基本犯の特に重い事情から生じるものでは足りず、独自の構成要件に規定されたものでなければならない。(S. 2 i.V.m. § 12 Abs. 3 StGB)⁴²。

形式的条件としては先にあげた故意行為により少なくとも2年以上の自由刑に処せられる有罪判決 (Abs. 1 Nr. 1)⁴³と、特定の行為により少なくとも1年以上の自由刑に処せられた2つの別々の前科 (Abs. 1 Nr. 2) が必要である。前科がそれぞれ5年以上経過している場合には考慮されない。しかし、この期限は性犯罪にあっては15年に延長されている (Abs. 4 S. 3)。また、行政的監置の期間も考慮されない。(Abs. 4 S. 4)。行為者は、少なくとも一つの従前の行為により2年以上の自由刑を受け、あるいは自由のはく奪を伴う処分の執行を受けていなければならない (Abs. 1 S. 1 Nr. 3)⁴⁴。

実質的な側面では、行為者と行為の包括的な全体評価から、被害者が精神的、身体的に著しく害される重大な犯罪を行為者が行う性癖のために、有罪判決の時点で、公共に対して危険であるということが明らかでなければならない (Abs. 1 S. 1 Nr. 4)。性癖とは「繰り返し新たな犯罪行為へと行為者を駆り立てる経常的な状態」⁴⁵と理解されている。それによれば、この性癖の行為者は、継続的に犯罪行為へと決意するか、深く根付いた傾向のためにその機会に犯罪行為を行うことになる⁴⁶。そこではとくに再犯の危険があり、行為の危険性も明確

⁴⁰ 刑法典各則1部、7部、20部、28部、国際刑法典、薬事法のそれぞれの構成要件。

⁴¹ さらに2つの事例が特別の行為者類型 (Satz 1 Nr. 1 Buchst. c) と関係する。第1に、同条1文1号aおよびbの犯罪行為を理由とする行状監督中の指示違反 (§ 145a StGB)、第2に、323a条による可罰性のなかでの酩酊状態で、本条1文1号aまたはbによる違法行為である。

⁴² それ故、保安監置は特に重大な恐喝罪 (§ 253 Abs. 3 StGB als Straftat des 20. Abschnitts) には適用されない。

⁴³ 元の行為は無期自由刑でもよい。

⁴⁴ 同条1条1文3号での執行を受けた刑は、算入された未決拘禁やその他の自由のはく奪も含まれる (Abs. 4 S. 2)。

⁴⁵ BGH NSTZ-RR 2009, 11.

⁴⁶ BGH NSTZ-RR 2009, 11

な、自己統御能力が欠如している累犯者が問題となる。それでも、性癖と性癖行為者という枠とメルクマールについてはなお不明な点が存在する⁴⁷。先行する行為と対象行為と将来予測される行為との間の性癖を根拠づけるために、症候的な関連が認められねばならない。重大な犯罪行為の重大の程度は、精神治療の収容や禁絶施設での収容よりも明白であり⁴⁸、よって、限定的な解釈と適用がなされ、原則として、重罪についてのみ命令がなされる (§ 12 Abs. 1 StGB)⁴⁹。収容のための形式的要件と実質的要件が揃うと、保安監置命令が必要となる。

これに対して、*前科のない危険な再犯者* (§ 66 Abs. 2 StGB) の場合、保安監置命令は任意的なものとなる。形式的観点では、これらの行為者は1項1号の意味で1年以上の自由刑に当たる3つの犯罪行為を行っている必要がある⁵⁰。有罪判決がなされるか、保安監置が問題となる刑事手続きにおいてこれが科されると、刑が実現したことになる⁵¹。その他の条件としては、3つの犯罪の一つでも3年以上の自由刑が科せられたことが必要となる⁵²。ここでも公共に対する行為者の危険性に関する性癖の確認は特に注意深くなされねばならない⁵³。

同様に保安監置命令が任意的なのは、*前歴ありまたは前歴なしで2つの行為を行っていた行為者* (Abs. 3) の場合である。このより簡単な条件での命令は性犯罪者とその他の危険な犯罪者について規定されている。そこでは重罪 (im Sinne des Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a oder b)、児童、年少少年、従属者、無抵抗者に対する性犯罪 (§§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 4, 180, 182,

⁴⁷ Meier, (Fußnote 1), S. 352 f.

⁴⁸ 同条1項1文4号における被害者の精神的、身体的障害を参照。

⁴⁹ 対象となる行為がたとえば子供の性的な虐待 (§§ 176, 176a StGB) のようにとくに重大な場合には、軽罪も命令の対象となる。BGH NStZ 1988, 496 und BGH NStZ 2010, 239 (240) を見よ。

⁵⁰ 66条2項は1項に対する補充的規定である。合一刑へ1項が適用できない場合、2項が適用できることになる (vgl. Abs. 4 S. 1 StGB)。

⁵¹ Kinzig, Schönke/Schröder/Stree StGB, § 66 Rn. 51 m.w.N.

⁵² 合一刑の形成には足りる。vgl. Kinzig, Schönke/Schröder/Stree StGB, § 66 Rn. 54.

⁵³ Vgl. Kinzig, Schönke/Schröder/Stree StGB, § 66 Rn. 55.

StGB)、重大な傷害罪 (§§ 224, 225 Abs. 1 oder 2 StGB)、あるいは故意の酷刑犯罪 (§ 323a StGB) が先にあげた行為との関連で問題となる。命令の条件に関しては、第1の事例群では3年以上の自由刑 (Abs. 3 S. 1) の前科⁵⁴で、第2事例群では2年以上の自由刑 (Abs. 3 S. 2) を形成する前科のない2つの行為⁵⁵で足りる。

本来的保安監置は州裁判所が命令する (§§ 24 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 74 Abs. 1 S. 2 GVG)。

3. 3. 2. 保安監置の留保 (§ 66a StGB)

留保つき保安監置は2つの手続きが特徴となる。なぜなら、有罪判決の時点では公共に対する行為者の危険性は蓋然性が高いが、本来的保安監置を命令するには十分か確実性がないからである。この法制度は、それゆえ、判決に留保を認め、この判断を後の時点、すなわち自由刑の執行の最後の時点へと先送りすることを裁判所に認めている (§ 66a Abs. 3 StGB)。

命令の留保については2つの事例群が規定されている。裁判所が確信する形式的要件が存在する (§ 66a Abs. 1 StGB) ことと並んで、まず第1に、性犯罪者と66条3項の意味でのその他の危険な犯罪者が問題となる。よって、この留保は少なくとも前科がある行為者と前科がない再犯者が対象となる。他方、非常に重大な行為を行ない、再犯の危険性が非常に高い初犯者も対象となる (§ 66a Abs. 2 StGB)⁵⁶。重大な犯罪とは生命、身体、自由、性的自己決定権、刑法各則20章 (強盗と恐喝)、28章 (公共危険罪) に対する犯罪である。

裁判所がネガティブな予測を確信した場合、つまり、被害者が精神的、身体的に著しく害される重大な犯罪行為を行為者が行うことが予測される場合、執行手続きにおいて、裁判所は保安監置を命ずる必要がある (§ 66a Abs. 3 S. 2 StGB)。しかし、裁判所は、性癖の要件を相対化して、それを認定せずに、単なる蓋然性で十分であるとしている。これは行刑における技術的な条件であり、コントロールと規制という面では、性癖に該当する事例はほとんどないことに

⁵⁴ 66条1項は、2回以上の自由刑の言い渡しを受けたことを必要とする。

⁵⁵ 66条2項は、3個の行為を前提とする。

⁵⁶ 連邦憲法裁判所 (BVerfGE 131, 268 (286 ff.)) は、66a条2項は憲法に合致しているとしている。

なる⁵⁷。それゆえ、予測条項の厳格な運用が必要と思われる。この判断は第1審の裁判所が行う。

3. 3. 3. 事後的保安監置 (§ 66b StGB)

精神病院における収容 (§ 67d Abs. 6 StGB) の終了が宣告されると、裁判所は裁量で保安監置の事後的命令 (§ 66b StGB) を出す⁵⁸。「収容の理由となっている責任能力を否定または限定する状態は終了の判断の時点では存在しない」 (§ 66b Abs. 1 S. 1 StGB) ので、この宣告が必要となる。形式的な観点では、この命令は、複数の性犯罪、66条3項の意味でのその他の危険な犯罪行為、あるいは全く別の対象行為を理由として、処分執行における収容 (§ 63 StGB) を要するものである。その他の対象行為とは、被収容者がすでに一度、66条3項の意味での行為を理由に3年以上の自由刑に科せられるか、精神病院で収容されていたものでなければならない。実質的な観点ではさらなる重大な犯罪の予測について高い蓋然性が必要となる⁵⁹。まず、区裁判所が対象の有罪判決を出した場合には、事後的保安監置では、上位の地方裁判所の刑事部の管轄となる (§ 74f Abs. 2 GVG)。

4. 自由のはく奪を伴わない処分

在宅の処分に関しては、職業の禁止 (§ 70 StGB) は実務運用ではほとんど重

⁵⁷ BT-Drucks. 14/8586, 7.

⁵⁸ 事後的保安監置 (§ 66b StGB a.F.) は、有罪判決を受け、刑を執行して初めてその危険性が明らかになった者を公共の安全のために安全に監置するために2004年に導入された。まず最初に連邦憲法裁判所 (NJW 2006, 3483 und NJW 2009, 980) はこの法制度を憲法に合致しているとしたが、しかし、先にあげた欧州人権裁判所の判決 (Fn. 9) の結果、その立場を変えた。欧州人権裁判所は保安監置を刑罰と考えたので、2段階の手続きが問題となったのである。つまり、保安監置命令は事後手続きではなく、原審手続きにおいてのみ許されるのである。同様にすでに言及した連邦憲法裁判所の判決 (Fn. 37) では、§ 66b Abs. 2 StGB a.F. の事後的保安監置は、さらに信頼保護原則 (Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) の侵害も認められ、憲法違反であるとされている。全体像について詳細は Alex 2013, S. 18 ff.

⁵⁹ 66b 条がヨーロッパ人権条約5条および信頼保護原則に合致しているかは問題となる。vgl. hierzu Meier, (Fußnote 1), S. 361 f.

要ではない（上記2参照）。職業の禁止は、職業や営業活動の濫用からから生じる特定の危険性を除去するために機能するものである⁶⁰。行為者は禁止された活動をすることはできず、よって職業の自由という基本権の侵害になる（Art. 12 Abs. 1 GG）が、これに対する憲法上の侵害は認められない⁶¹。以下では運転免許のはく奪（§ 69 StGB）と行状監督（§ 68 StGB）について取り上げよう。

4. 1. 運転免許のはく奪（§ 69 StGB）

運転免許のはく奪により公共が道路交通の危険から保護される。運転免許がはく奪されると、自動車を運転する資格がなくなるので、それ以降、自動車運転者は自動車を運転できない⁶²。裁判所が命令した停止期間後は、自動車を運転するための新たな能力があれば、運転免許が再交付される。交通犯罪が重大であったり、繰り返されると、公認の医学・心理学検査機関の鑑定書の提出が求められる（§ 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 FeV）。加えて、一定の行為者集団には、補習講習が義務付けられる。

この命令には、形式的に、違法な行為の実行で十分である（§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB）。その他の条件は、有罪判決か責任無能力（§ 20 StGB）の認定である。処罰されることは必要ではないので、有罪認定がされて、刑が免除されてもよい（例えば § 142 Abs. 4 StGB）。行為が自動車の運転と関係するか、自動車運転の義務違反の下で実行されたことが重要なメルクマールとなる（§ 69 Abs. 1 S. 1 StGB）。一般的には、犯罪行為の準備、実行、その他の直接的に必要なものために自動車を利用することと理解されている⁶³。よって、対象行為、自動車の運転、交通の安全の危殆化の間には交通に特化した危険連関が存在しなければならない⁶⁴。必要な連関とは、たとえば、銀行強盗に際して、行為者が逃走用の自動車で危険運転をした場合に認められる⁶⁵。

実質的には行為者に自動車を運転する能力が欠如していることが必要にな

⁶⁰ Meier 2015, S. 309.

⁶¹ BVerfGE 25, 88 (101).

⁶² Meier, (Fußnote 1), S. 280.

⁶³ Meier, (Fußnote 1), S. 281.

⁶⁴ Athing, MÜKo 2011 ff., § 69 Rn. 37 f.

⁶⁵ Meier, (Fußnote 1), S. 282.

る。将来的に同じような違法な、交通の安全を阻害する行為が予測される場合がそれである⁶⁶ 4つの典型事例 (§ 69 Abs. 2 StGB) により能力の欠如が簡単に認められる。すなわち、道路交通の危殆化 (§ 315c StGB)、酩酊運転 (§ 316 StGB)、重大な事故の結果を認識し、あるいは認識することをうべかりし場合の事故現場からの逃走 (§ 142 StGB)、そして完全酩酊 (§ 323a StGB)、これらが、先にあげた3つの犯罪行為の一つとの関連で問題となる場合である。しかし、このような法律上の推定は、特別な事情または行為者の人格によって反証可能である。例えば、自動車の駐車場所を変えることで交通を妨害する状態を回避する場合、酩酊運転であっても軽罪になる。判例によれば、能力の欠如は身体的、精神的、あるいは性格的欠陥によるとされる⁶⁷。性格的な不適性を認めるには控えめであるべきであろう。交通の危険に関して危機意識が欠如し、責任感がない場合、そのような性格的な不適性が認められる⁶⁸。この例としては、アルコールや薬物の摂取による運転能力、ひいては交通の安全に対するネガティブな効果を軽罪化することである⁶⁹。補習講習への参加は法律上の推定効果を否定するには十分ではなく、むしろ、行為と行為者の人格の全体評価が必要となる⁷⁰。

形式的要件と実質的要件が充足されると、運転免許のはく奪の命令が必要となる。命令の必要性についての検討は必要ない (§ 69 Abs. 1 S. 2 StGB)。命令が出されると、判決確定により、運転免許は、全ての点で、継続的に失効する (§ 69 Abs. 3 S. 1 StGB)。裁判所は新しい運転免許の交付の停止を命令できる (§ 69a Abs. 1 S. 1 StGB)。これは2月から5年の間で、また、終生停止することもできる (§ 69a Abs. 1 S. 1 und 2 StGB)。処分とは別に過料支払義務のある道路交通法違反との関係で行政法上の運転免許のはく奪 (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StVG) や附加刑としての運転禁止 (§ 44 StGB) もある。運転禁止では、行為者は運転免許を保持しているが、1から3カ月にわたり運転をすることができない。

⁶⁶ Sinn, SK StGB 2012 ff, § 69 Rn. 14.

⁶⁷ Vgl. nur OLG Stuttgart NJW 1987, 142.

⁶⁸ BGHSt 15, 393 (396).

⁶⁹ Meier, (Fuußnote 1), S. 284.

⁷⁰ Geppert, LK 2006 ff., § 69 Rn. 99 ff.

4. 2. 行状監督 (§ 68 StGB)

行状監督は2つの目的を持っている。すなわち、一面では監視とコントロールであり、他面では扶助と監護である。保護観察のための刑の執行停止と異なり、行状監督は、行為者が将来さらなる犯罪行為を行うことが想定されるというネガティブな予測と結びついている。従って、監視機能は実務運用においては保護観察以上に重要である⁷¹。自由のはく奪からの釈放者が行状監督の重要な対象グループであるので、この処分は閉鎖収容から自由への移行の重要な段階であり、様々な問題状況を抱える再犯の危険性のある行為者グループにとっては司法のアフターケアとして機能する⁷²。行状監督は裁判所が命令できる (§ 68 Abs. 1 StGB) のみならず、法律の規定によっても効力が発生する (§ 68 Abs. 2 StGB) 唯一の処分で、後者は適用範囲が非常に広い (上の2を参照)。

裁判所の命令 (§ 68 Abs. 1 StGB) の場合は、保護観察付き自由刑、あるいは保護観察なしの自由刑に対する付加的制裁である。形式的には6月以上の自由刑が条件となる。行状監督は刑法典と特別刑法の様々な規範に規定されている⁷³。実質的には将来における更なる犯罪行為の予測が基準となる。他の処分におけるのと同様に、「犯罪的な継続性」⁷⁴という意味での対象行為と予測される行為の間に病状的な関連が存在する必要がある。同様にさらなる行為の実行には高い蓋然性がなければならず、予測については行状監督の命令の時点が問題となる。裁判所は裁量でこれを判断する。

法律による行状監督 (§ 68 Abs. 2) は満期自由刑と終了を宣告された、もしくは保護観察のために執行を停止された自由のはく奪を伴う処分を対象としている。満期釈放の場合は、行為者は故意行為で2年以上の自由刑に処せられ、あるいは、性犯罪で1年以上の自由刑に処せられ、その刑を完全に満期受刑したしたことが必要になる。対象者が満期後に処分執行で収容された場合 (§ 68f Abs. 1 StGB) は、これにはあたらない。このような事例群では、行状監督は「保

⁷¹ Meier, (Fußnote 1), S. 292.

⁷² Meier, (Fußnote 1), S. 292.

⁷³ 性犯罪行為 (§ 181b StGB)、恐喝的誘拐と人質 (§ 239c StGB)、窃盗 (§ 245 StGB)、強盗と恐喝 (§ 256 Abs. 1 StGB)、贓物罪とマネーローンダリング罪 (§ 262 StGB)、詐欺罪 (§ 263 Abs. 6 StGB)、薬事法の重大な違反 (§ 34 BtMG)。

⁷⁴ Sinn, SK StGB, § 68 Rn. 8.

護観察の代替」として機能する⁷⁵。2重処罰の禁止 (Art. 103 Abs. 3 GG) にはあたらない。なぜなら刑罰と処分は別の目的を持っているからである⁷⁶。比例原則の侵害もほとんど問題にならない。なぜなら、行状監督は、行為者は釈放を前にしてもはや再犯の危険はないと裁判所が確信した時に無効になる (§ 68f Abs. 2 StGB)。多くの事例グループについて法律による行状監督が規定されている。精神病院での収容命令や禁絶施設での収容命令に伴う保護観察の停止 (§ 67b Abs. 2)、自由刑執行後に自由のはく奪を伴う処分による保護観察の停止 (§ 67c Abs. 1 S. 1 HS 2 StGB)、判決確定後、3年経過しても執行されない自由のはく奪を伴う処分による保護観察の停止 (§ 67c Abs. 2 S. 4 HS 2 StGB)、期限の定めのない自由をはく奪する処分による保護観察の停止 (§ 67d Abs. 2 S. 3 StGB)、保安監置での収容が10年を経過し、終了したと宣告された場合 (§ 67d Abs. 3 S. 2 StGB)、禁絶施設での収容の法律で定めた最長期限を経過した場合 (§ 67d Abs. 4 S. 3 StGB)、治療の見込みがないために禁絶施設での収容が終了した場合 (§ 67d Abs. 5 S. 2 StGB)、そして条件の欠如やその他のバランスを失した執行を理由に精神病院での収容が終了したと宣告された場合 (§ 67d Abs. 6 S. 2 StGB) である。

行状監督の実施には、行状監督所と保護観察所が責任をもって、様々な関係者の協力がなされている (§ 68a Abs. 1 StGB)。行状監督所は多くの場合、地方裁判所にあり、原則としてベテラン裁判官が統率している⁷⁷。主たる監視業務を履行するために監督所は広く情報捜査の手段を持っている。捜査強制権限は通報義務違反に際して滞在捜査のための対象者の特定および実行命令の申請をもカバーする (§ 463a Abs. 1 S. 2, Abs. 3 StPO)。監督所と保護観察所は連絡して協力する義務を負っている (§ 68a Abs. 2, 3 StGB)。扶助と監護機関として保護観察所は行状監督所に対して独立した地位を持っている⁷⁸。

行状監督中に裁判所は公共の安全と釈放者の社会復帰のために指示 (§ 68b

⁷⁵ Kinzig, Schönke/Schröder/ Stree 2010, § 68f Rn. 1.

⁷⁶ BVerfGE 55, 28 (30).

⁷⁷ 連邦国家としての構成のため、各州の行状監督機関の組織と構成は統一されたものではない。hierzu Dessecker BewHi 2011, S. 268 f.

⁷⁸ Meier, (Fußnote 1), S. 298; 他には、裁判所、外来診療部門、警察が同様の役割を果たす。

Abs. 1 und 2 StGB) を出す。1 項は完結した指示のカatalogとなっている。これに対する違反はその規定に従って処罰される (§ 145a StGB)。指示に従わなかった場合の可罰性は、その機能に対する唯一の強制手段としてとくに満期自由刑の釈放者に対して適用される⁷⁹。刑罰で保護された指示に対する違反は行状監督の保安目的を危うくするものである。刑罰で保護された指示はとりわけ移動の禁止 (Abs. 1 S. 1 Nr. 1)、場所の禁止 (Abs. 1 S. 1 Nr. 2)、接触と取引の禁止 (Abs. 1 S. 1 Nr. 3)、アルコールと薬物の禁止 (Abs. 1 S. 1 Nr. 10)、治療の実施 (Abs. 1 S. 1 Nr. 11)、そして滞り場所の電子監視 (Abs. 1 S. 1 Nr. 12) である。刑罰で保護されていない指示 (§ 68b Abs. 2 StGB) は、列挙されておらず、従って、裁判所が比例性と期待可能性の中で (Abs. 3) 目的達成のために必要なあらゆる指示を出すことができる。

期限付きの行状監督は2年から5年継続し、その都度短縮されうる (§ 68e Abs. 1 StGB) のに対して、期限の定めのない行状監督は3つの事例群に対してネガティブな予測があった場合に適用される。まず第1に、対象者が身体への侵襲を伴う治療行為や禁絶療養に同意しなかったり、そのような措置や治療の指示に従わず、そのために、さらなる重大な犯罪のおそれがある場合である (§ 68c Abs. 2 S. 1 StGB)。第2に、精神疾患のある対象者については、精神病院での収容の停止ののちに、彼が再び責任無能力の状態に陥り、さらなる重大な犯罪を実行するであろう場合である (§ 68c Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StGB)。第3に、性犯罪や粗暴犯の指示違反の際や、さらなる重大な犯罪の実行により公共の危険が脅かされるおそれのある端緒の認められる際に、無期限に延期する場合である (§ 68c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StGB)。事後的な停止は公共の危険が消失した場合には考えられる (§ 68e Abs. 2 S. 1 StGB)。審査は少なくとも2年毎に実施されねばならない (§ 68e Abs. 3 StGB)。

5. 結語

いわゆる二元主義はドイツの制裁システムを特徴づけている。ここ数年、立法者による様々な込み入った改正があり、これが改善保安処分の全体システムへの理解を困難にしている。将来において予測される犯罪行為に基いて、公共の安全のための行為者の危険性が基本的なキーとなる。処分の正当化は憲法上

⁷⁹ Meier, (Fußnote 1), S. 302.

規定された国家の保護義務⁸⁰と優越的公共の利益の原則に依拠するのである。しかし、比例原則 (§ 62 StGB) の枠内で公共の利益との衡量が要求される当該個人の基本権がなおざりにされてはならない。

【訳者あとがき】

本稿は、2016年2月4日に北大刑事法研究会特別例会で行われたテュービンゲン大学ハーヴァーカンブ教授の講演「ドイツ連邦共和国における保安処分の現状」(主催：北海道大学刑事法研究会、共催：科研費C「複合的視点からの保安処分制度の再構築についての研究」(代表者：小名木明宏)、北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センター)を訳出したもので、原題は“Maßregeln der Besserung und Sicherung in Deutschland – Eine Einführung in die Systematik und Grundlagen“である。

ハーヴァーカンブ教授は1988年からパッサウ大学とフライブルク大学で法学を学び、1993年からフライブルクのマックス・プランク外国刑法研究所で北欧部門の助手をされ、2002年に電子的在宅監視に関する論文で博士号を取得した。2008年までミュンヘン大学のシェッヒ教授の下で助手として活動し、その後、再び、マックス・プランク外国刑法研究所で研究員をされ、2010年には、シェッヒ教授の下で「ヨーロッパにおける女子行刑 (Frauen im Strafvollzug vor dem Hintergrund der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze)」で教授資格を取得した。ミュンヘン大学講師を経て、2013年10月にテュービンゲン大学教授に就任し、主に刑事政策に関する数々のプロジェクトを手掛けている。

本講演のテーマである保安処分制度をめぐるのは、わが国では改正刑法草案以降、刑法上の議論は進展はほとんど見られない。これに対してドイツでは、とくに保安監置をめぐる法制度について、今世紀に入って、欧州人権裁判所や連邦憲法裁判所の判決が次々に出され、激しい議論と法改正がなされている。

保安処分制度を論ずることは、我が国では一種のタブーのような風潮があるが、世界的趨勢としては、これを人権侵害と一刀両断するものではない。これを機に、この議論が進展することを望んで止まない。

なお、ドイツにおける保安監置の動きについては、渡辺富久子「ドイツにおける保安監置をめぐる動向」外国の立法249号(2011. 9)51頁にも紹介されている。

⁸⁰ BVerfGE 128, 326 (376 f.).

成年後見人の善管注意義務

—— 最判平28. 3. 1 J R 東海事故訴訟を素材として ——

南 方 美智子

目 次

はじめに

I. 最高裁平成28年判決の概要

1. 成年後見法・精神保健福祉法の変遷と第1審・控訴審判決
2. 最高裁平成28年判決の概要

II. 高次脳機能障害を患う成年被後見人の徘徊実例

1. 後見開始の審判（市長申立て）
2. タクシーでの外出・徘徊
3. 医療保護入院

III. 最高裁平成28年判決に照らした実例（II）の検討

1. 「準すべき者」への該当性
2. 成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務

IV. 成年被後見人の「消極的他害行為」¹と成年後見人の善管注意義務 おわりに

¹ 本稿の検討対象は認知症に罹患した徘徊する成年被後見人等であるため、見当識障害（自分がいる場所が分らなくなるなど）を伴う認知症高齢者による他害行為（例えば、徘徊中に自分自身も被害者となる過失による事故など）と、統合失調症患者による他害行為（例えば、殺傷事件といった故意の不法行為など）とを区別する必要があると考え、前者を「消極的他害行為」と呼ぶことにする。

はじめに

認知症による行方不明者が1万人を超えるという社会状況下²、平成28年3月1日、最高裁は、徘徊により事故を引き起こした認知症高齢男性の妻と長男は、民法714条1項「責任無能力者³を監督する法定の義務を負う者」にも「準ずべき者」にも当たらないとして賠償責任を否定した（以下、この判決を「最高裁平成28年判決」と呼ぶ）⁴。本判決は、認知症者の妻と長男に関するものであるが、親族以外の第三者である成年後見人が70.1%を占めているという現状（成年後見の社会化）において⁵、第三者後見人の監督責任に関してもさまざまな問題を提起している。第三者後見人は、法定の監督義務者に準ずべき者に該当することもあるのか。第三者後見人が監督義務を怠らなかつたとして免責される基準は如何なるものなのか。第三者後見人が「準ずべき者」に止まらず法定の監督

² 出所：警察庁生活安全局生活安全企画課「平成27年中における行方不明者の状況」（平成28年6月）

³ 責任無能力者の規定につき、とりわけ障害者の権利に関する条約（平成26年批准）との抵触問題に関する次の2つの論考を参照している。1つは、上山泰「障害者権利条約の視点からみた民法上の障害者の位置づけ」論究ジュリスト8号（2014）46頁～47頁であり、民法713条は形式上条約12条に抵触しうが、判断能力不十分者の行為を裏面から保障するしくみとみるならば、社会参加の機会均等を制度的に保障した異別処遇の側面が強いともいえる、という指摘が示唆的である。もう1つは、清水恵介「JR事件最高裁判決を読み解く－成年後見法の観点も含めて」実践成年後見NO63（2016）92頁であり、そこでは、「条約12条2項自体は、『障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める』ことを締約国に要請する内容となっており、ここにいう『生活のあらゆる側面』には、契約の締結などといった『法律行為』の側面のみならず、本件のような『不法行為』も含み得るのであるから、かかる不法行為法上の能力である責任能力（民法713条）に関する平等の要請もまた、条約の射程に含めてとらえることは十分可能ではないかと考えられる。」という指摘がなされている。

⁴ 金融・商事判例1488号10頁、裁判所時報1647号1頁。

⁵ 2015年成年後見関係事件の概況 最高裁判所事務総局家庭局ウェブサイト <http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/>。南方美智子「成年後見の社会化－繋がる社会に民法・成年後見法制が果たす役割－」北大法政ジャーナルNO19（2012）111頁～116頁。

義務者に該当することもあり得るのか。「監督を引き受けたとみるべき特段の事情」という判断基準をどのように捉えて身上監護「事務」を行うとよいのか、などの問題である。他方、本判決は、「成年後見人の身上配慮義務は、成年後見人の権限等に照らすと、成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上に配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対して事実行為として成年被後見人の現実の介護を行なうことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない。」と判示している。しかし、その身上配慮義務の具体的内容は明らかではない。

本稿では、以上のような問題意識を踏まえつつ、最高裁平成28年判決の概要を説明した上で（Ⅰ）、成年被後見人の徘徊対応で筆者が苦慮した実例を紹介し（Ⅱ）、その実例を最高裁平成28年判決に照らして検討する（Ⅲ）。その上で、成年被後見人による消極的他害行為と成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務について若干の提案を試みる（Ⅳ）。

Ⅰ. 最高裁平成28年判決の概要

先ず、簡単に、成年後見法・精神保健福祉法の変遷と第1審・控訴審判決の内容を確認した上で、最高裁平成28年判決の概要を紹介する。

1. 成年後見法・精神保健福祉法の変遷と第1審・控訴審判決

平成11年、精神保健福祉法（旧）第22条の「保護者は、精神障害者が自身を傷つけ又は他人に害を及ぼさないように監督し」なければならないとする保護者の自傷他害防止義務は、削除された。又、「禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない。」と規定する（旧）民法第858条（療養看護義務）は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」と規定する民法858条（成年被後見人の意思の尊重及び身上の配慮）と改められた。さらに、平成26年、「障害者については、その後見人又は保佐人、配偶者、親権を行う者及び扶養義務者が保護者になる。」と規定する精神保健福祉法（旧）第20条（保護者）は、削除された。

本件 J R 東海事故訴訟第1審（平成25年8月9日）判決、原審（平成26年4

月24日)判決時には、すでに精神保健福祉法における保護者の自傷他害防止義務は削除されており、さらに、原審判決時には、保護者制度そのものが廃止されている。他方、平成11年に新しい成年後見制度が導入されており、療養看護義務は身上配慮義務に改められている。このような法の変遷も踏まえて、本件 J R 東海事故をどのように解決すべきか問われている。

徘徊により本件事故を引き起こした認知症高齢男性 A (当時91歳) の介護には、同居の妻 Y₁ が当たっていた。しかし、Y₁ は85歳という高齢であり、1人で A の介護をすることが困難になってきたことから (後には Y₁ 自身、要介護 1 の認定を受けている)、A Y₁ 夫婦の長男である Y₂、その妻の B および Y₂ の妹の C は、折りに触れて A の今後の介護をどうするかを話し合い、介護の実務に精通している C の意見も踏まえて、B が単身で横浜市から A 宅の近隣に転居し、Y₁ による A の介護を補助することを決めた。Y₂ も、本件事故の直前の時期には 1 箇月に 3 回程度週末に A 宅を訪ねるとともに、B から A の状況について頻繁に報告を受けていた。

徘徊により数時間行方不明となったこともある A は、平成19年12月7日、Y₁ がまどろんでいる隙に 1 人で外出し、J R 東海の列車に乗り隣駅で降り、排尿のためホーム先端のフェンス扉を開けてホームから線路上に入り、列車にはねられて死亡した。J R 東海は、本件事故により列車に遅れが生じるなどして損害を被ったと主張し、民法709条又は714条に基づき、Y₁ らに損害賠償請求をした。Y₁、Y₂ が法定の監督義務者又はこれに準ずべき者に当たるか否か等が争われている。

第 1 審 (名古屋地判平成25・8・9 判例時報2202号68頁) は、A の責任能力を否定した。

第 1 審判決は、その上で、Y₂ (長男) については、A の重要な財産の処分や方針を決定する地位・立場を引継いだことや、A の介護方針や介護体制を決定した地位・立場であったことから、民法714条 1 項及び同条 2 項を準用し、民法714条の監督義務者としての責任を認めた。

同判決は、Y₁ (妻) については、自分が A から目を離せば、A が独りで外出して徘徊し、本件事故のように線路内に侵入したり、他人の敷地内に侵入したり、公道に飛び出して交通事故を惹起したりなどして、第三者の権利を侵害する可能性があることを予見し得たといえることから、民法709条による責任を認めた。

控訴審（名古屋高判平成26・4・24判例時報2223号25頁）も、Aの責任能力を否定した。

控訴審判決は、その上で、Y₂（長男）については、別居しており、引取り扶養義務もなく、介護に経済的出捐はしていないことや成年後見人に選任されておらず保護者の地位にもなかったことから、民法714条の監督義務者でもなく、事実上の監督義務者に当たらないとして、責任を否定した。

同判決は、Y₁（妻）については、民法709条の責任を否定する一方、配偶者として保護者の地位にあったことや、民法752条の協力扶助義務、同居義務から民法714条の責任があるとした。

2. 最高裁平成28年判決（最判平28. 3. 1 金融・商事判例1488号10頁、裁判所時報1647号1頁）の概要

最高裁平成28年判決も、Aの責任能力を否定した。

最高裁平成28年判決は、その上で、Y₁（妻）とY₂（長男）の民法714条1項及び同法709条に基づく損害賠償責任を否定した。

本判決は、その理由を次のように述べている。

（1）民法714条1項「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」に当たるか否かの判断

① Y₁は、Aを「監督する法定の義務を負う者」に当たるとすることはできないというべきである。

「民法714条1項の規定は、責任無能力者が他人に損害を加えた場合にはその責任無能力者を監督する法定の義務を負う者が損害賠償責任を負うべきものとしているところ、このうち精神上の障害による責任無能力者について監督義務が法定されていたものとしては、平成11年法律第65号による改正前の精神保健及び精神障害者福祉法に関する法律22条1項により精神障害者に対する自傷他害防止監督義務が定められていた保護者や、平成11年法律第149号による改正前の民法858条1項により禁治産者に対する療養看護義務が定められていた後見人が挙げられる。しかし、保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務は、上記平成11年法律第65号により廃止された（なお、保護者制度そのものが平成25年法律第47号により廃止された）。また、後見人の禁治産者に対する療養看護義務は、上記平成11年法律第149号による改正後の民法858条において成年後見人がその事務を行うに当たっては成年被後見人の心身の状態及び生活

の状況に配慮しなければならない旨のいわゆる身上配慮義務に改められた。この身上配慮義務は、成年後見人の権限等に照らすと、成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為としての成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない。そうすると、平成19年当時において、保護者や成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するということとはできない。」また、「民法752条は、夫婦の同居、協力及び扶助の義務について規定しているが、これらは夫婦間において相互に相手方に対して負う義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課するものではなく、しかも、同居の義務についてはその性質上履行を強制することができないものであり、協力の義務についてはそれ自体抽象的なものである。また、扶助の義務はこれを相手方の生活を自分自身の生活として保障する義務であると解したとしても、そのことから直ちに第三者との関係で相手方を監督する義務を基礎付けることはできない。そうすると、同条の規定をもって同法714条1項にいう責任無能力者を監督する義務を定めたものということとはできず、他に夫婦の一方が相手方の法定の監督義務者であるとする実定法上の根拠は見当たらない。

したがって、精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法714条1項にいう『責任無能力者を監督する法定の義務を負う者』に当たるとすることはできないというべきである。』

② Y₂は、Aを「監督する法定の義務を負う者」に当たるとする法令上の根拠はないというべきである。

「第1審被告Y₂がAの長男として負っていた扶養義務は経済的な扶養を中心とした扶助の義務であって引取義務を意味するものではない上、実際にも第1審被告Y₂はAと別居して生活しており、第1審被告Y₂がAの成年後見人に選任されたことはなくAの保護者の地位にもなかったことに照らせば、第1審被告Y₂が、Aの生活全般に対して配慮し、その身上を監護すべき法的な義務を負っていたとは認められない。したがって、第1審被告Y₂は、Aの法定の監督義務者であったとはいえない。また、第1審被告Y₂は、20年以上もAと別居して生活していたこと等に照らせば、Aに対する事実上の監督者であったともいえない」とした原審の判断は「結論において是認することができる」として「第1審被告Y₂はAの長男であるが、Aを『監督する法定の義務を負う者』

に当たるとする法令上の根拠はないというべきである。」と判示した。

(2) 法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かの判断

「法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条1項が類推適用されると解すべきである（最高裁昭和56年（オ）第1154号同58年2月24日第一小法廷判決・裁判集民事138号217頁参照）⁶。その上で、ある者が、精神障害者に関し、このような法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かは、その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観

⁶ 最高裁平成28年判決が引用する昭和58年判決に関して、清水・前掲注（3）84頁～93頁を参照。次のように指摘する。「昭和58年最判自体、戦前の法体系の産物であるということに配慮すべきであったといえる」。家団論の「帰結である準監督義務者の概念だけが一人歩きをし、戦後の下級審裁判例や最高裁判例に継承されていったように思われる」。昭和58年最判は、「統合失調症患者による故意の傷害行為事案であった点を指摘できる」。当時は「保護義務者となることを意図的に回避した場合における法定監督義務者として、準監督義務者のような受け皿を想定することはそれなりに意味があったと考えられる」。しかし、これを「JR事件のような認知症の徘徊に伴う過失の加害行為には応用できないだろう」。加えて、「本判決が民法714条1項を類推適用したのは、おそらく、成年の責任無能力者に対しては、本来の法定監督義務者がもはや存在しなくなる中で、その代理監督者も観念し得ず、同条2項適用の前提を欠くことへの懸念からと思われる」。

的狀況が認められるか否かという観点から判断すべきである。」

「Aは、平成12年頃に認知症のり患をうかがわせる症状を示し、平成14年にはアルツハイマー型認知症にり患していたと診断され、平成16年頃には見当識障害や記憶障害の症状を示し、平成19年2月には要介護状態区分のうち要介護4の認定を受けた者である（なお、本件事故に至るまでにAが1人で外出して数時間行方不明になったことがあるが、それは平成17年及び同18年に各1回の合計2回だけであった。）。」

① 「第1審被告Y₁は、長年Aと同居していた妻であり、第1審被告Y₂、B及びCの了解を得てAの介護に当たっていたものの、本件事故当時85歳で左右下肢に麻痺拘縮があり要介護1の認定を受けており、Aの介護もBの補助を受けて行っていたというのである。そうすると、第1審被告Y₁は、Aの第三者に対する加害行為を防止するためにAを監督することが現実的に可能な状況にあったということはできず、その監督義務を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。したがって、第1審被告Y₁は、精神障害者であるAの法定の監督義務者に準ずべき者に当たるとすることはできない。」

② 「第1審被告Y₂は、Aの長男であり、Aの介護に関する話合いに加わり、妻BがA宅の近隣に住んでA宅に通いながら第1審被告Y₁によるAの介護を補助していたものの、Y₂自身は、横浜市に居住して東京都内で勤務していたもので、本件事故まで20年以上もAと同居しておらず、本件事故直前の時期においても1箇月に3回程度週末にA宅を訪ねていたにすぎないというのである。そうすると、第1審被告Y₂は、Aの第三者に対する加害行為を防止するためにAを監督することが可能な状況にあったということはできず、その監督を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。したがって、第1審被告Y₂も、精神障害者であるAの法定の監督義務者に準ずべき者に当たるとすることはできない。」

Ⅱ. 高次脳機能障害⁷を患う成年被後見人（以下「本人」という。）の徘徊実例（個人情報保護の観点から、事実関係については多少の修正がある。）

⁷ 新藤優子「高次脳機能障害のある人への生活支援」成年後見法第7号（2010）59頁は、次のように説明する。「高次脳機能障害は交通事故や脳血管障害など

1. 後見開始の審判（市長申立て）

2012年春、後見開始審判申立当時、本人は脳出血の後遺症（失語、失行、記憶障害、注意障害等の高次脳機能障害）があり、脳神経科病院にて入院治療とリハビリを行っていた。担当医より、回復は見込めず在宅での単身生活は困難であると診断されていた。数年前に妻と離婚しており、成人した子二人との交流も途絶えていた。本人の財産は自宅のみで（後見開始の審判後の2012年暮れに売却することになる。その売却益は数百万円であった。）、収入としては、月額12万円の年金があった。本人を担当する区役所保健師は、退院後に安心して暮らせる高齢者住宅探しや入居契約、その後の生活において成年後見人が必要であると判断し、市長申立による後見開始審判の申立てをすることとなる。主治医が作成した後見開始審判申立時の診断書（成年後見用）には、「判断能力につき、高次脳機能障害は残存を認め常に見守りが必要な状態であり、自己の財産を管理・処分することはできない（後見相当）」と記載されていた。担当区役所保健師が作成した申立書附表（本人以外の申立）によると、日常動作は4項目すべて○（できる）、見当識等は7項目中4項目○、3項目△、そして日常生活は5項目すべて×となっていた。精神障害者保健福祉手帳申請時における主治医の診断書には、次のように記載されていた。「高次脳機能障害：言語表出は単語が出てこないことがあり、また理解力低下、読解力低下もあり、難しい内容の理解は困難。爆発性、暴力、衝動行為：希望通りに事が進まない時、理由の正当性に依らず激しく怒ることがある。本人は記憶障害の病識に乏しい。」。2012年夏、後見開始と成年後見人（筆者）選任審判がなされた。

2. タクシーでの外出・徘徊

本人は、高齢者住宅入居後の約3年間、近くの公園を一人で散歩し、通院や買い物はヘルパーが同行して、平穏に暮らしていた。ところが、2015年秋頃よ

での脳の損傷によって、言語や思考、記憶、注意などさまざまな機能がうまく働かなくなる障害をいう。」。石渡和実「高次脳機能障害への支援」村田彰＝星野茂＝池田恵利子編『わかりやすい成年後見・権利擁護』（民事法研究会、2013）229頁～236頁、池田恵利子「成年後見制度の課題と今後の展望」同260～273頁および古笛恵子「成年後見と高次脳機能障害者支援」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見法制の展望』274頁～291頁参照。

り妄想による作話をするようになる。妻（数年前に離婚している）や知り合いに会いに行く、取引先に行くなどつぶやき、タクシーでの外出が始まった。30分程で高齢者住宅に戻って来ていたことから、本人の意思を尊重し、月1回～2回程度のタクシーでの外出を高齢者住宅スタッフも後見人も了承していた。運転手によると毎回近隣の同じ区内を廻っていたようであった。

同年暮れ、後見人に本人から電話が入る。「3年前の居住用不動産売却（家庭裁判所の許可）は納得できない。警察署に今から行く」と興奮した様子であった。後見人も警察署に直ちに向かった。警察官の説明に納得して本人は落ち着き高齢者住宅に戻った。2016年1月上旬、かかりつけ病院の定期受診にて、レビー小体型認知症が疑われたため精神科専門病院で精密検査をすることとした。

同年1月中旬の午前6時30分頃「本人が無断で外出し行方が不明である。交番に捜索願を出した」と高齢者住宅管理者から後見人に緊急電話が入る。後見人としても、居住用不動産売却騒動の一件で本人を知っている警察署に捜索願を出す旨を高齢者住宅管理者に伝える。本人の顔写真、服装、特徴を準備して警察署に向かい捜索願を出す。その足で、午前8時45分、家庭裁判所後見センターへ緊急の事務連絡をする。時を同じくして、遠方に住む姉夫婦より、「本人が来ている」と高齢者住宅経由で後見人へ連絡が入る。折り返し、後見人から姉夫婦に電話をする。後見人が姉夫婦と話を交わしたのはこの時が初めてであった。姉夫婦は、自分の住んでいる処も説明できない本人の様子が心配になり、本人の所持品から高齢者住宅の連絡先を見つけたとのことであった。姉の話によると、本人は午前零時頃タクシーに乗り、高速道路を經由し、運転手の機転により交番（走行距離約116km）に向かい、交番から姉へ連絡があり、午前4時頃姉夫婦宅に辿り着いたようである。姉が3万円程のタクシー代を支払ったとのことであった。姉は、住宅スタッフが迎えに来るまで本人を見守りたいという意向であった。そこで、本人の精神状況を姉夫婦に伝える。直ちに、施設と後見人で本人を迎えに行く日程を調整し、2日後に迎えに行く段取りが組まれた。しかし、その直後、姉から「本人は今すぐ住宅に戻りたい、一人で帰ると言い出し大変困っている」と電話が入る。本人を迎えに行く時間的余裕はなくなり、姉夫婦にタクシーの手配と本人の住所、電話、迎える職員の名前を運転手に間違いなく伝えてもらうことを丁寧をお願いする。15時30分、本人は無事戻ってきた。高齢者住宅管理者、スタッフ、ケアマネ、後見人の皆が安堵した。

3. 医療保護入院⁸

姉夫婦宅へのタクシーによる徘徊の翌日、後見人は本人を訪問し面談する。本人は、昨日の無断外出には触れようとしなかった。さし障りのない会話をし、20分程で面談を終えた。その後、精神科病院医師に徘徊対応の相談をする。徘徊を防止するには強い薬の投与が必要であり、医師から後見人の同意を求められたため投薬治療を一旦諦める。数日後、高齢者住宅管理者から「先週の土日連続でお金を持たずタクシーで無断外出したが、運転手の機転により警察署にて保護され住宅に戻った」と連絡が入る。タクシーでの徘徊が繰り返され、本人が事故や事件に巻き込まれないか心配となる。その日の午後、担当ケアマネ、施設管理者、後見人で対策を検討する。治療と本人保護のため、入院時期との結論に至った。区役所精神保健福祉課に相談した上で精神科専門病院と受診及び入院の調整を行った。同年2月中旬、精神科病院に医療保護入院をする（精神保健福祉法33条）。尚、同年5月に行われた介護保険要介護認定調査において、要介護4と認定された。

Ⅲ. 最高裁平成28年判決に照らした本実例（Ⅱ）の検討

1. 「準ずべき者」への該当性

最高裁平成28年判決によると、実例（Ⅱ）における後見人（以下「本後見人」という。）は、法定の監督義務者に準ずべき者に該当する可能性はあるのだろうか。本後見人は、親族関係がなく、同居もしておらず、日常的接触の程度は

⁸ 平成26年（改正）精神保健福祉法の医療保護入院の規定に関して、水野紀子「日本における家族・地域の変容と制度設計のあり方」実践成年後見50号（2014）30頁には、保護者の規定は廃止されたが、広範囲の家族に強制入院の同意権を直接与える立法である、と指摘している。また、上山泰「専門職後見人と身上監護」（民事法研究会、2015）182頁では次のように示唆している。「監督義務者の責任の存在が同意（医療保護入院の容認）へと心理的に大きく後押しする可能性は、残念ながら否定できないと思われます（後見人未選任事案で、事実上の後見人として活動している配偶者等の親族の場合も同様です）。ここには、依然として、旧法と同様の成年後見人の役割の分裂（本人の権利擁護という本来の立ち位置と、ある種の公益（＝本人による加害行為の防止）実現の代行者としての立ち位置との構造的な矛盾）という問題が残されているのです。」。

通常は月1回程度であり、介護や看護に関して直接することではなく、現に監督しておらず監督することが可能かつ容易でもない。よって、本後見人は準ずべき者に該当する可能性は極めて少ないと思われる。仮に、該当すると判断された場合、本後見人は監督義務を怠らなかったとして免責される要件は如何なるもののなのか。どのように身上監護「事務」を行っているとして免責されるのか。

本人は、タクシーでの外出を繰り返していたものの、30分程で高齢者住宅に戻って来ていたことから、本後見人は、本人の意思を尊重し、タクシーでの外出を了承していた。ところが、深夜に徘徊した上、タクシーに乗り116kmも離れた遠方に住む姉夫婦宅へ向かってしまったことで「ヒヤリ・ハット」⁹する。今回は、消極的他害行為はなかったが、もし惹起していたならば、それでもなお本後見人は監督義務を怠らなかったとして免責されたであろうか。本後見人の上記タクシーでの外出の了承は、監督義務を怠ったと判断されることもあるのだろうか。タクシーでの外出・徘徊が頻繁となり、高齢者住宅のセンサー増設や住宅スタッフによる見守りでの対応が難しい状況に置かれ行方不明や事故が気になりつつも、精神科病院への医療保護入院における後見人としての同意を決断できず躊躇していた¹⁰。その後、警察署に保護されることが続いたことや、区役所精神保健福祉課担当者はじめ関係者の考えが本人を保護する時期だと一致したことにより、やむを得ず、医療保護入院における同意を決断する。本後見人が躊躇している間に、消極的他害行為が惹起した場合には、監督義務を怠ったとして責任を問われていただろうか。

2. 成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務

⁹ 橋本廸生「ハインリッヒの法則」日本病院管理学会学術情報委員会編『医療・病院管理用語事典（改訂第3版）』（2006）182頁、ハインリッヒの法則 一件の大きな事故・災害の裏には、29件の軽微な事故・災害、そして300件のヒヤリ・ハット（事故には至らなかったもののヒヤリとした、ハットとした事例）があるとされる。

¹⁰ 久保野恵美子「法定監督義務者の意味」論究ジュリスト16号（2016）40頁で次のように示唆している。「精神障害者法の変化の把握からは、成人した個人の行動の自由の制限—個人の行動の包括的な制御・監督—を正当化できるのは、法律の規定に基づいて、厳格な権利保障の手続きにより、公的主体が行うときに限られるのではないかという示唆が得られる。」

本人の後見人となり4年経つが、本人の残存能力と意思を尊重しながら日常生活で拘束のない暮しを目指してきた。対人拒否、医療受診拒否、施設自室への引きこもり等、高次脳機能障害に向き合いながら手探りでの身上監護「事務」であった¹¹。身上監護「事務」をする上で肝に銘じているのは、民法858条「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」である。しかし、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務の具体的内容は明らかでなく標準化もされていない¹²。その上、この義務は、成年被後見人に対してのものであり、第三者に対してのものとは考えられて来なかった¹³。本実例において、仮に消極的

¹¹ 小林昭彦『わかりやすい新成年後見制度（新版）』（有斐閣リブレ、2000）38頁、上山・前掲注（8）65頁～152頁、小賀野晶一『民法と成年後見法－人間の尊厳を求めて－』（成文堂、2012）197頁～215頁、新井誠「成年後見制度の現状と課題－成年後見の社会化に向けて」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見制度－法の理論と実務－』（有斐閣、2007）98頁～102頁、南方美智子「成年後見人の法的権限と義務－ひとりの身寄りのない高齢者の身上監護実務から－」亜細亜女性法学第17号（2014）45頁参照。

¹² 成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務に関しては、上山前掲注（8）73頁が、「成年後見の場面でいえば、その後見事務遂行にあたって、（その成年後見人の具体的な能力の程度とは無関係に）成年後見人一般に要求される程度の注意を払って行動しなければならない義務ということになります。」と指摘するほか、田山輝明「成年後見人の善管注意義務」成年後見法研究第7号（2010）1頁の「善管注意義務の具体的内容を検討してみる必要があるように思われる。」との指摘や、小賀野晶一「身上監護の職務と意思の尊重及び身上配慮義務」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』（新日本法規、2012）183頁「身上配慮義務について重要なことは、身上配慮義務がどのような内容を有するかである。成年後見実務を参考にして、通常求められるべき水準を明らかにすることが肝要である。」との指摘がある。善管注意義務については、我妻栄『債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1974）26頁、於保不二雄『債権総論』（有斐閣、1966）89頁。

¹³ 西島良尚「成年後見人の第三者に対する責任」実践成年後見 NO51（2014）31頁は、次のように指摘する。「成年後見人が、その職務との関係で、第三者に対する、何らかの特別の責任を負っていると解すべき場面があるのであろうか。このような問題は、これまで、十分な議論がなされてきたとは言えない。」

他害行為が惹起され、準ずべき者への該当性が肯定された場合、本後見人は担当ケアマネや施設管理者らと徘徊対策を検討したこと、区役所精神保健福祉課へも相談し助言を求めたこと、精神科専門病院と受診及び入院の調整をしたという具体的な検討や手配をもって、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務を尽くし、義務を怠らなかったとして免責されたいと考えたい。成年後見人は、身上配慮義務（民法858条）に基づき、成年後見制度の基本理念と本人保護との調和の観点から、過剰な干渉はできるだけ控えつつ、関係機関と連携して具体的な検討や手配を行っている。また、本人との面会は月1回程度が通常である。このような成年後見人の身上監護「事務」を踏まえても、本後見人の行った具体的な検討や手配が成年後見人の身上監護「事務」の限界であろう。なお、準ずべき者への該当性が否定された場合における一般不法行為上の過失についても同様に考えたい。

Ⅳ. 成年被後見人の消極的他害行為と成年後見人の善管注意義務

上山泰教授は、成年後見人の監督者責任については、「その法定監督義務者性を否定し、監督者責任を免除すべきであると考え。ただし、成年後見人等が、①成年被後見人等の他害行為の可能性について、ある程度客観的かつ具体的に予測しうる状況にありながら、警察や病院等への通報・相談等の実行可能な（間接的な）他害防止手段を怠ったり、あるいは、②成年被後見人等の治療のために必要な服薬管理等の通常措置を明らかに怠っていた等の事情がある場合には、身上配慮義務違反を根拠として、民法709条の不法行為責任が生じることになると解する。」¹⁴と示唆している。同様に、木内裁判官は、「成年後見人の負うとされる身上配慮義務は、審判による付与を含めても特定の法律行為の同意権、代理権を有するに留まる保佐人（民法13条の保佐人の固有の同意事項には厳格には法律行為に該当しないものも含まれているが、実質的には全てが法律行為といってよい。）、補助人も、契約によって受託業務の代理権を付与される任意後見人も同様の義務として負担している（民法876条の5第1項、

¹⁴ 上山泰「成年後見人等と民法714条の監督責任—精神保健福祉法との関連も含めて—」 家族＜社会と法＞（2004）72頁。

876条の10第1項、任意後見契約に関する法律6条)。このことにも、身上配慮義務が法律行為を行うについての善管注意義務の明確化であるという性質があらわれている。したがって、精神障害者の日常行動を監視し、他害防止のために監督するという事実行為は成年後見人の事務ではなく、成年後見人であることをもって、民法714条の監督義務者として法定されたということとはできない。」と補足意見で述べている。一方、大谷裁判官は、「成年後見人の職務に関し、事実行為としての療養看護(療養看護労働)はその職務内容から除外されたことは明らかであるが、法的行為としての身上監護『事務』は依然その職務内容とされている。この事務を行なうに当たって、上記内容の善良な管理者の注意をもって処理する義務も規定されている(同法869条、644条)。改正前の後見人について、職務内容の『療養看護』に監督を含めて法定の監督義務者性が認められてきたが、これと同様の理由で、改正後の『生活、療養看護に関する事務』を職務内容とする成年後見人についても、法的な身上監護『事務』等を行なうに当たって、相当な範囲の監督義務が含まれると解することができ、その限度では714条1項の責任主体として想定し得ると考えられる。」と意見で述べている。714条1項の責任主体と想定しうる相当な範囲の監督義務とは如何なるものであろうか。

最高裁平成28年判決によると、成年後見人が法定の監督義務者に該当する可能性は極めて少ないものの、準すべき者に該当する可能性は残されたと認識すべきであろう¹⁵。岡部裁判官は、Y₂を準すべき者に該当するとした上で、監督

¹⁵ 準すべき者への該当性に関し「成年後見人や配偶者という法的地位に基づいて監督義務者となることを否定し、実態関係に応じて判断するというのは、一見したところ、耳当たりのよいバランスのとれた実践的な解決との印象も受ける。しかし、それは逆なのではないだろうか。」(窪田充見「最判平成28年3月1日—J R東海事件上告審判決が投げかけるわが国の制度の問題」ジュリスト1491号(2016)67頁という指摘や「本判決は責任主体の範囲を著しく拡大し、近親者以外の者が広く714条の責任を負う余地を認める。これは、本判決が、近親者であるか否かを問わず、また『監督義務』の内容が限定的か包括的かを問わず、何らかの意味での『監督義務』を基礎づける法規定や事実状態があれば責任の根拠づけには十分であると考えている可能性を示唆する。」(米村滋人「責任能力のない精神障害者の事故に関する近親者等の賠償責任」法学教室429号(2016)55頁)という指摘が示唆的である。その他に、宮下修一「認知症高

義務懈怠有無の判断基準を一般通常人としての義務とし、怠らなかった、と意見で述べている。仮に、本件が第三者後見人であった場合、本人Aが平成19年2月に要介護4の認定を受けた際に、従前と異なる何らかの介護措置を取って徘徊行動の回避を図っていなければ監督責任を問われた可能性がある。経験を積んだ第三者後見人であれば、介護体制をゼロベースで見直した上で、まず、自宅介護希望の本人や家族に「適切な施設への体験入居等」の助言をするという手順を踏むものである。このような助言・手順は意思決定支援であり、本人の意思を尊重し身上に配慮しなければならない成年後見人の義務と考える。具体的に身上監護「事務」を標準化し¹⁶、身上配慮義務違反を根拠とする民法709条による不法行為責任が問われることのないよう身上監護「事務」を遂行しなければならない。最高裁平成28年判決において、本件事故に至るまでにAが1人で外出して数時間行方不明になったことがあるが、それは平成17年及び同18年に各1回の合計2回だけだったという。徘徊する認知症高齢者の身上監護「事務」においては、成年後見制度の基本理念と本人保護との調和の観点から、《消極的他害行為をも予期し得る「ヒヤリ・ハット」が複数回繰り返された場合、外出に一定の制限があっても本人が安心して暮らせる施設を関係者と共に決定し手配する義務》を成年後見人の善管注意義務と考えたい。佐藤彰一教授は、「本人に経験をしてもらうこと、そして試行錯誤を繰り返しながらの意思疎通を試みる。失敗しても支援を打ち切らない、自己決定を支援するが自己責任は追求しない。意思決定支援は、そうした支援が必要であり、実際に努力している成年後見人が存在している。しかし、このような支援は、代行決定ではないので裁判所から業務としてはほとんど評価されない。そのためになかなか工夫の蓄積や共有が進まない。同じ制度の中で定義も何もなく、渾然と代行決定と意思決定支援が行われるため、裁判所をはじめとする制度の側的確な評価ができないのである。」¹⁷と述べている。家庭裁判所による後見事務監督（民法863

齢者の列車事故と不法行為責任・成年後見制度のあり方：J R 東海事故第一審判決がもたらすもの」静岡大学法政研究18号536頁も参照。

¹⁶ 南方・前掲注（11）46頁参照。

¹⁷ 佐藤彰一「日本の成年後見制度の現状と変革の方向―意思決定支援へのパラダイム転換に向けて―」草野芳郎＝岡孝編『高齢者支援の新たな枠組みを求めて』（白峰社、2016）264頁。

条)を通じた身上監護「事務」の履行状況の把握及び検証が蓄積されることによって、後見人の身上配慮義務が標準化・明確化されていくと考える。

大谷裁判官は「高齢者の認知症による責任無能力者の介護体制構築は、公的又は私的な保健医療サービス及び福祉サービスと綿密に連携して適切な介護を行う必要があり、また複数の関係者が分担、協力して行う必要もあり、要介護者の意思や、心身の状態及び生活の状況に配慮しつつ、これらサービスも利用し、関係者の協力を得て、人的、物的に効果的な介護体制を構築し、この体制が効果的に機能しているか見守ることこそが重要であって、この介護体制の構築等は、医療保険機関や介護福祉機関との契約関係、また関係者への委任関係など、つとめて法的な事務との性格を有するといえる。」と意見を述べている。後見人が身上監護「事務」を遂行する上で、見守り義務履行としての月1回程度の本人訪問は不可欠である¹⁸。そして本人を取りまく介護関係者、高齢者住宅関係者、医療関係者らと連携しなければならない。しかし、木内裁判官は、「他方、精神科病院に入院している精神障害による責任無能力者については、精神科病院の管理者が、自傷他害のおそれによる入院を引受け、入院患者の行動制限を行なう権限を有しており（精神保健福祉法36条1項）、行動制限の手続きを含む処遇基準は大臣が定めるものとされている（同37条1項）。介護施設についても、法令によって身体的拘束等の原則禁止とそれを行なうについての適正手順が定めるものとされている。このように精神障害者が施設による監護を受けている場合、施設との間では、法令による定めによって、監護に関する権限とその行使基準が定められているのであり、これらの定めによる施設の負うべき義務は民法714条1項の法定監督義務に該当すると解する余地がある。」と補足意見で述べている。成年後見人が身上監護「事務」を遂行する上で連携を要する病院・介護施設等は法的監督義務者として責任を負う可能性も残しており、連携体制は難しくなったとも言える。

おわりに

最高裁平成28年判決は、成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義

¹⁸ 赤沼康弘「法定後見の課題と実務」『高齢者をめぐる法律問題』東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編（ぎょうせい、2015）294頁参照。

務者に該当するということはできない、とした。ところで、同判決の事案においては、被害者は法人であり、かつ、被害は営業損害であった。そのような事案における判断基準を、被害者が私人であり、かつ、人身被害である場合においても同様に捉えてよいものだろうか。二宮周平教授は、「本判決は鉄道会社の財産損害の事案だが、判旨はそうした限定をしていないので、人身事故や被害者が個人である場合などにもこの解釈が適用される可能性がある。」¹⁹と指摘している。また、窪田充見教授による、「たとえば、『後見人は法定の監督義務者である』とするのに対して、『後見人は必ずしも法定の監督義務者になるわけではない』というのは、一見したところ、後見人に有利であるとの印象を与えるかもしれない。しかし、監督義務者になるかもしれないし、ならないかもしれないというのは、実際には、後見人にとっては不安定で、場合によってはより大きなリスクをもたらすことになるのではないだろうか。」²⁰という指摘は、広範な裁量権の名のもとに適宜に判断・手配をしなければならない後見人に対して説得力がある。成年後見人も特段の事情を満たす時に準すべき者に該当するという岡部裁判官や、身上監護「事務」には相当な範囲の監督義務がありその限度では成年後見人は民法714条の主体となり得るという大谷裁判官の意見からも、被害者が私人であり人身被害の場合には、成年後見人が「準べき者」とされる可能性を感じずにはいられない。事例(Ⅱ)の場合、医療保護入院における同意を躊躇している間に消極的他害行為が惹起していたとしたら、本後見人は責任を問われていたのかもしれない²¹。

¹⁹ 二宮周平「認知症高齢者の鉄道事故と監督者の責任—最高裁平成28年3月1日判決」実践成年後見 NO63 (2016) 72頁。また、次の指摘も示唆的である。原田剛「認知症高齢者鉄道事故訴訟最高裁判決をめぐって」同83頁の「高齢者の介護に直接携わる関係当事者等は、本判決によって安心した法的立場が保障されたとは必ずしもいえないこととなり、そのことが介護の現場に萎縮効果をもたらすことも懸念される。」。

²⁰ 窪田充見「責任能力と監督義務者の責任—現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」商事法務 (2015) 94頁。

²¹ 小西洋「裁判所からみた成年後見人等の義務と責任の考え方と運用の実情」実践成年後見 NO51 (2014) 40頁「成年後見人等が負う義務は、本人に対するものだけでなく、家庭裁判所に対する義務（たとえば、民法853条1項の定める財産の調査や同法863条1項の定める家庭裁判所の求めに対する後見の事

現在、年一回、家庭裁判所に提出する報告書（定型）は財産管理に関しては4項目あり標準化されている。身上監護に関しては「本人の健康状態や生活状況に変化はありましたか」という一項目である。後見人が遂行した具体的身上監護「事務」を積極的に報告することにより²²、後見監督する家庭裁判所にその内容が蓄積され標準化される。身上監護「事務」が標準化されることにより、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務の明確化が図られる。善管注意義務の明確化は、被害者側の民法709条による立証責任を助け、被害者救済に寄与すると考える。他方、過失を証明できなかったときのリスクは社会が許容することにより、認知症高齢者も住み慣れた地域で暮らすことが可能となる。後見人は本人の意思を尊重し、かつ、心身の状態及び生活の状況に配慮して、身上監護「事務」を行うことが重要であり²³、それでも結果として消極的他害行為が惹起した場合の責任補填と被害者救済のために成年後見賠償責任保険加入は必要である²⁴。その上で、後見人は、最高裁平成28年判決を受け萎縮し過剰な責任回避行動に走ることなく²⁵、自身が遂行した具体的身上監

務報告等）があり、第三者に対する義務（たとえば、不法行為責任）も想定される。」という指摘がなされている。

²² 田中朝美「認知症高齢者鉄道事故判決が成年後見実務に与える影響」実践成年後見 NO54（2015）50頁で「判断の過程や具体的な対応を正確かつ十分に記録しておけば、万一紛争に巻き込まれた場合でも、成年後見人が果たすべき義務を怠らなかったことや怠らなくても生ずべき損害であったことなどを裏づける証拠として役立つだろう。」と指摘している。そのような記録が裁判所に蓄積し標準化されていく「しくみ」としたい。

²³ 平成28年4月8日に成立した成年後見制度利用促進法第3条1項では、制度の理念を踏まえて身上の保護が適切に行われるべきこと等も謳われている。

²⁴ 渡辺裕介「成年後見業務と保険の利用」実践成年後見 NO57（2015）42頁では、「特に成年被後見人に暴力的傾向・徘徊歴がある場合や、在宅で監護者がいない場合などは、成年後見人において賠償責任保険を利用することは検討されるべきであろう。」という指摘がなされている。

²⁵ 米村滋人「法律判断の『作法』と法律家の役割—認知症鉄道事故の最高裁判決によせて—」法律時報88巻5号（2016）1頁～3頁の次の指摘は示唆的である。「本判決は、本当に関係者の責任を軽減した判決なのだろうか。」本判決の「判断は、『法定の監督義務者』の範囲を極めて狭く捉え、成年の精神障害者に関してはほとんど誰も『法定の監督義務』を負わないとしながらも、一定の要

護「事務」を家庭裁判所へ積極的に報告することにより、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務の標準化に寄与すべきである。

素をそなえた者は『準監督義務者』として責任を負う余地があることを中核的内容とし、これは1審判決の採用する『事実上の監督者』構成に近いものという事ができる。」「本判決の枠組みは、責任要件の不明確さゆえに過剰な責任回避行動を促す可能性がある。最も懸念されるのは、医療・介護体制への影響である。」。

執筆者紹介（掲載順）

水野 浩二 北海道大学大学院法学研究科教授

角本 和理 北海道大学大学院法学研究科助教授

川村 行論 北海道大学大学院法学研究科助教授

姜連 甲 北海道大学大学院法学研究科助教授

吉田 邦彦 北海道大学大学院法学研究科教授

瀬川 行太 北海道大学大学院法学研究科専任講師

小名木 明宏 北海道大学大学院法学研究科教授

南方 美智子 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了

福島 卓哉 日本学術振興会特別研究員

平成28年11月24日 印刷
平成28年11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 November 2016 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

- “Muddling through” of Modern Japanese Judges and Civil Procedure:
Images in *Horitsu Shimbun* (1900-1926) (1) ☆ Koji MIZUNO 1
- Theory of Privacy in a Cyber Age (1) Kazumasa KAKUMOTO 55
- Fiduciary Duties (2): The Principles of Corporate Pensions Law
in the UK Takanori KAWAMURA 129
- A Reexamination of the “Regulation of Monopolistic Situations” in the
Music Copyright Management Business (3): Legal Interpretations and
Applications of the Article 2 (7) and Article 84 of the Anti-Monopoly Act ☆
..... Renkou KYOU 219
(Lianjia Jiang)
- Problems and Challenges for “Voluntary Evacuees” with regard to the
Fukushima Radiation Disaster Kunihiro YOSHIDA 426[1]
- Das Koinzidenzprinzip bei der Lehre vom Verbrechen (2)
..... Kouta SEGAWA 398[29]

LECTURE

- Maßregeln der Besserung und Sicherung in Deutschland – Eine Einführung
in die Systematik und Grundlagen Rita HAVERKAMP 358[69]
- Translated by Akihiro ONAGI

NOTE

- The duty of care and diligence by adult guardians
— on the basis of the Supreme Court judgment for J R Tokai Accident
suit on March 1 in 2016 — Michiko MINAKATA 336[91]

CASE NOTE

- Note on Public Law Case Takuya FUKUSHIMA 293

[]...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