HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第67巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 67(5)
Issue Date	2017-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/64417
Type	journal
File Information	lawreview_vol67no5.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 67 巻　第 5 号

論　説

中世後期ドイツ国王裁判権の活動としての確認行為（1）
…… 田口正樹　1
中国での毒ガス兵器遺棄を巡る戦後補償問題（1）
―― チチハル毒ガス被害者の聞取りを受けて ――
…… 吉田邦彦　37
葛藤する法廷（2）
――『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　47
サイバー時代におけるプライバシーの法理論（2）
―― 私法上の問題を中心に ―― …… 角本和理　109
イギリス企業年金法制における受認者責任（3）
…… 川村行論　173
ドーピングに対する刑事規制について …… 小名木明宏　486[1]
個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（5）
…… 佐藤結美　468[19]

研究ノート

裁判例における強制処分とGPS捜査 …… 堀田尚徳　428[59]
フランスにおける鑑定人確保の歴史と展開
―― 全国司法鑑定人協議会のシャリエ委員長への聞き取り調査から
示唆を得て ―― …… 上向輝宜　382[105]
フランスの企業倒産手続における経営者責任（1）
…… 張子弦　360[127]

判例研究

社会保障判例研究 …… 徐婉寧　241
民事判例研究 …… 濱口弘太郎　328[159]
公法判例研究 …… 内藤陽　298[189]

書　評

法の表出効果に関する研究動向
評Richard H. McAdams, The expressive powers of Law: Theories and Limits, Harvard (2015), 322pp …… 郭薇　272[215]

2017（平成29）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
小木曽綾（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
藤岡康宏（民法）

古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷將（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）*
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）*
曽野裕夫（民法）*
空井護（現代政治分析）*
田口正樹（法史学）
辻村康之（知的財産法）○
常本照樹（憲法）

中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
野田耕志（商法）
長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
藤原正則（日本政治思想史）○
眞壁仁（民事訴訟法）
水野浩二（法史学）
町村泰貴（民法）
宮脇淳（行政学）
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）*
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

池田茂徳（法実務基礎）
磯部真士（刑事実務）
木下尊氏（民事実務）
西村恵三子（刑事実務）
橋場弘之（法実務基礎）
林田清明（法社会学）
村井壮太郎（民事実務）

准教授

伊藤一頼（国際法）*
岩川隆（民法）
郭舜（法制度論）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
田中啓之（行政法）
西村裕一（憲法）○
根本尚徳（民法）
馬場香織（比較政治）
前田亮介（日本政治史）*
三宅新（商法）○
村上裕一（行政学）*
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山本周平（民法）

講師

李妍淑（比較法）
李承赫（国際政治）

特任講師

トビアス・ハ・シュトレッカ（国際仲裁・国際私法）

助教

郭薇（法社会学）
角本和理（民法）
川村行論（社会保障法）
姜連甲（経済法）
酒巻修也（民法）
ジョナサン・エドワード・ブル（日本政治史）
津田智成（行政法）
丁文杰（知的財産法）
濱口弘太郎（民法）
堀田尚徳（刑事訴訟法）

雑誌編集委員　○　印
＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

中世後期ドイツ国王裁判権の活動としての確認行為（一）

田口正樹

目　次

はじめに
一．一三世紀後半から一四世紀初めまでの確認行為（一二七三－一三一三年）
二．ルートヴィヒ四世治世（一三一四－一三四七年）の確認行為

（以上本号）

三　カール四世本人による確認行為（一三四六－一三七八年）
四　カール四世のもとでの宮廷裁判所による確認行為
おわりに

はじめに

中世後期ドイツの国王宮廷における非訟事件の取り扱い事例について、一三世紀後半から一四世紀中頃までを対象に、前稿で論じた[1]。そこでも指摘したように、一四世紀後半に至るまで、両当事者が裁判の場に出頭して彼らの合意内容を宣言し確定するという純然たる非訟事件の事例よりも、既存の証書やその内容が国王宮廷において確認されるという事例がより多く見られる[2]。特に一四世紀半ば以降、宮廷において国王宮廷裁判所が公証的機能を果たし、特権状や他の裁判所の判決の確認を行う事例が多く見られることは、これまでの研究においても指摘されており[3]、最近のペーター・エストマンによる概説でも、証書の確認という活動は国王宮廷裁判所実務の重要な部分を占めていたと評価されている[4]。また、ベルンハルト・ディーステルカンプは、中世後期ドイツの国王裁判権における審級構造と上訴制度の成立を論じた近著で、宮廷裁判所によるラント裁判所判決証書の確認に複層的な手続を見出し、審級構造形成の萌芽としての意味を与えている[5]。すなわち、一四世紀後半のいくつかの例から見て、宮廷裁判所による確認は、単なる確認にとどまらず、先行するラント裁判所での手続と一体となった裁判手続を構成している。そこでは、ラント裁判所証書の確認だけでなく、新しい内容や指示が追加されるケースが見られる。このような点で、宮廷裁判所による確認行為は、上訴とは異な

る形ではあるが、ラント裁判所と宮廷の裁判所との手続上の連結を示しているというのである。

しかし、こうした指摘はあるものの、宮廷における確認行為に関して、包括的な研究はまだ行われていない。そこで本稿では、国王ルードルフ一世・フォン・ハープスブルクの即位（一二七三年）から皇帝カール四世の死（一三七八年）までの時期について、上述の諸研究が指摘する宮廷裁判所による確認行為だけでなく、国王本人による確認行為も含めて、紛争の解決に関連して宮廷で行われた確認行為全体を検討して、その展開状況を明らかにし、歴史的意義を考察する。史料的基礎は、前稿と同様、中世後期ドイツの国王裁判権の活動に関する史料要録である。(6)

その際、特に国王本人による確認行為については、考察対象となる事案の範囲を厳密に確定することは必ずしも容易ではない。第一に、以前の国王などが発行した証書を確認することは、そもそも中世の国王の基本的な統治行為に属しており、即位当初を中心に多数行われた。前記史料要録は、そうした確認のうち、何らかの紛争を背景としていると考えられるものを、国王裁判権の活動の一部として収録しているが、紛争状況の有無の認定は確実でない場合があり、また同じ当事者同士の間で長年対立関係が続くことがしばしば見られたことを考えれば、(7)ある時点での確認行為の背後に特定の紛争が見当たらなかったとしても、それが紛争と関係のない確認行為であると見ることが妥当でない場合も多いであろう。第二に、ある当事者同士が和解して紛争を終息させる際に、国王の前で両者が和解してそれを国王が証書を発行して宣言するという場合と、両者が和解してその内容を証書化するなどしたうえで、それを国王が確認するという場合との区別は、実際には流動的なこともしばしばである。特に、後述するように、後者の場合でも国王が和解の成立に関与する例が多く見られたのであるから、二つのタイプの区別は難しくなる。本稿では、このような問題点を念頭におきつつ、史料要録の編者が紛争解決と関係があると見なして収録した史料の中から、いったん成立した和解などを国王が事後的に確認していることが比較的明らかな事例を取り出して、検討を進めることとする。

一．一三世紀後半から一四世紀初めまでの確認行為（一二七三－一三一三年）

一

既に国王ルードルフ一世（在位一二七三－一二九一年）のもとで、成立した和解や、先行する紛争の解決策として実行された法的行為を、国王が確認ないし証書化する事例がいくつか知られる[8]。その際、確認が行われるに至った一つの理由としては、当事者同士が和解の効力を高めるために国王証書を得るべく合意していたという事情がある。一二七四年六月二七日にルードルフ一世がハーゲナウで発行した証書は、シュトラースブルク司教コンラートとロートリンゲン公フリードリヒの間の紛争が、介在した調停者たちの報告によれば、両当事者合意の上での和解に至ったと記す[9]。紛争は、コンラートの司教就任前に、公が、彼と彼の前任のシュトラースブルク司教ローレンツを捕えたことに起因するものであった[10]。国王は、このときコンラートと共に捕えられた者たちもこの和解を遵守することを述べた後[11]、もし彼らが和解を破ってロートリンゲン公に損害を与えた場合には国王によりアハトが科される旨を予告している[12]。これに先立ち六月七日にリヨンで出された司教と公の和解文書において、司教とその他の捕えられた者たちは、保証のために国王の証書を得ることを公に約束していた[13]。この約束にしたがって[14]、司教の求めにより国王証書が発行され、そこで国王が司教以外の者たちも和解に拘束されるべきことを確認し、その点をアハトによって補強しているのである。

しかし、よりしばしば見られるのは、当該和解や処分行為の成立に国王自身が関与していたという事情である[15]。一二七六年二月にルードルフ一世がニュルンベルクで発行した証書は、騎士コンラート・フォン・エンツベルク Konrad von Enzberg が国王の前で、シュヴァルツヴァルト北部のシトー派修道院マウルブロン Maulbronn のためにフォークタイにもとづく権利を放棄したことを伝えるが[16]、権利放棄は前年一二月に国王が同修道院に滞在していた際になされたものであった[17]。一二七九年三月にルードルフ一世はヴィーンで、コルマール市が同地のヨハネ騎士修道会の

ために一二七八年七月に行った権利放棄について、ヨハネ騎士修道会側の求めに応じて、挿入された放棄証書を確認した[18]。大印章 Majestätssiegel を付された確認証書によれば、両者の間で長年対立が続いた後、国王の働きかけによって市側は放棄に同意したのであった[19]。一二八四年六月、国王ルードルフは、バーゼル司教ハインリヒとメンペルガルト Mömpelgard 伯ライナルトの和解を、両者の求めに応じて確認し、ライナルトが発行した証書を、大印章付きの確認証書に挿入したが[20]、この件に関しては、そもそも国王は伯ライナルトに対して軍事遠征を行って、伯を屈服させており[21]、和解自体も国王の前で結ばれたのであった[22]。一二八五年五月の国王証書は、エルザスの国王都市オーバーエーンハイム Oberehnheim がアルブレヒト・デア・カーゲン Albrecht der Kagen に対して財産を譲渡したことを記しているが、この譲渡も国王の意を受けて行われたのであった[23]。一二八七年七月に国王はウルムから、プファルツのアルツァイ Alzey のトルッフゼス Truchsess に指示を出して、ライン宮中伯ルートヴィヒ（二世）との和解を遵守し、とりわけ最近国王自身によってヴォルムスで定められた、アルツァイ周辺の森林利用に関する規則を守るよう求めた[24]。ここでも、紛争解決に国王自身が関与していたことが知られる。

また、一二八四年一一月にシュパイアーで発した証書では、ルードルフ一世は、フィリップ・フォン・ボランデン Philipp von Bolanden の寡婦とアルツァイ市との間で同年九月に取り決められた和解を、和解証書の存在に言及しつつ確認しているが[25]、この和解も、国王の前で、また国王の意向に沿って、なされたものとされている[26]。実際、和解内容を伝える九月の証書によれば、国王とライン宮中伯ルートヴィヒ（二世）が指名した二人の仲裁人の決定が和解内容となっている[27]。国王が紛争解決を任せた人間が下した措置を、その後国王が確認するという、本稿でこれからしばしば目にすることになる類型の早期の例である。

この他、一二九〇年八月の国王証書は、ニュルンベルクのブルクグラーフ・フリードリヒがファルケンベルク

Falkenberg 城に関してシトー会のヴァルトザッセン Waldsassen 修道院と結んだ和解を認証している。[28] その翌日の証書で同城はブルクグラーフから修道院に質入れされた。[29] 国王は同修道院を保護下に置いてその所領の保全を何度か命じており、[30] この和解の成立にも国王が関与していたのかもしれない。[31]

更に、国王による確認の特別な類型として、和解証書に国王の印章を付すことを当事者が求めている場合がある。[32] 一二八一年一〇月にバーゼル司教ハインリヒとプフィルト Pfirt 伯テオバルト Theobald がコルマールで発行した証書は、プルントルート Pruntrut やエルスガウ Elsgau のフォークタイなどに関する彼らの合意を伝えるとともに、彼らが国王、フュルステンベルク Fürstenberg 伯ハインリヒ、ヴァルター・フォン・クリンゲン Walter von Klingen の三人に印章付与を求めたことを記しており、実際に彼らの印章が付されていたと思われる。[33] 一二八八年の一月ないし二月にマインツで出された国王証書も、ドラッヘンフェルス Drachenfels の騎士ルードルフとアンゼルムが、ヴォルムス司教およびヴォルムス市と彼らの和解証書を提示して、国王印章を付すよう求めたことを伝える。[34] 一二九〇年五月には、ヴェッティーン家の諸侯、テューリンゲンのラントグラーフ・アルブレヒトとその甥のマイセン辺境伯フリードリヒがエアフルトで、彼らの間で和解が成立したことを宣言するとともに、国王の前でその遵守を約束し、加えて国王印章の付与を求めている。[35] この時期国王ルードルフの宮廷は一年近くの長期にわたってテューリンゲンに滞在しており、ヴェッティーン家内部の対立解消も国王が関与して達成されたものであった。[36]

このように、国王ルードルフ一世治世に見られる国王自身による確認行為は、当事者同士の事前の取り決めか、とりわけ国王自身が当該和解や権利処分を促していたという事情によって、大部分説明できるものである。いくつか見られた後者の類型は、ハープスブルク家および大空位時代直後の王権と関係の深い西南ドイツを中心に、国王ルードルフ一世その人が展開した紛争解決活動の結果に対して、より強固な効力を与えようとするものであった。国王印章の付与が

求められる類型は、基本的には当事者の側からの要請によるものであったが、ここでも国王の和解成立への関与が見られる場合もあった。

二　国王アードルフ・フォン・ナッサウ（在位一二九二－一二九八年）のもとでも、国王が関与して成立した和解などを、その後国王が確認する事例が見られる[37]。アードルフは一二九三年三月にハイルブロンで大印章を付した証書を発行して、ヨハン・フォン・ヴェルト Johann von Wörth らとエルザスのラントフォークトであったオットー・フォン・オクセンシュタイン Otto von Ochsenstein との和解を認証したが[38]、和解自体国王がシュパイアーに滞在していた間に同地で成立したものであった[39]。また、一二九四年四月ないし六月にサイン Sayn 伯ヨハンが発行した証書は、彼とその兄弟エンゲルベルトとの間の相続協定を記しているが、加えてヨハンが国王アードルフをはじめ、ライン地方の多くの伯や貴族に、印章付与を求めたことを伝えており、実際に国王の大印章やその他の貴族たちの印章が付されている[40]。このケースでは、相続協定成立時に国王は臨席しておらず、その後国王宮廷がライン地方に来た際に印章が付与されたものと思われるので[41]、相続紛争の解決自体について国王の関与はなかったのかもしれない。

更にアードルフの時代からは、国王が解決を委任した者が行った行為を、後から国王が確認する例も伝わる。一二九四年六月にベルンで、バーゼル司教ペーター、エルザスのラントフォークトであったゴットフリート・フォン・メーレンベルク Gottfried von Merenberg らが証書を発行し、証書に記された彼らとベルン市との間の合意について国王アードルフの確認を得ることを約束した[42]。合意はベルン市内のユダヤ人に関するものであったが、同年八月に出された国王の確認証書によれば、バーゼル司教らは国王に代わってベルン市と協定したのであった[43]。また一二九五年七月に国王アードルフはヴィースバーデンで、マインツのリープフラウエン Liebfrauen 参事会教会と騎士ディートリヒ・ケップラー Dietrich Keppler およびレーデルハイム Rödelheim のゲマインデとの間の紛争について下された仲裁判決を、

参事会教会の求めに応じて確認した[44]。仲裁判決自体は、同年六月にフランクフルトで出されているが[45]、判決を下した二人の仲裁人は、同年三月に国王によって事案の調査と解決を委託されていたのであった[46]。同じ仲裁判決は、翌年七月にも国王によって再度確認されている[47]。

国王アルブレヒト一世（在位一二九八－一三〇八年）治世からも、国王印章の付与が求められたケースが知られる[48]。一三〇〇年七月にクレーフェ伯ディートリヒとその長子オットーが発行した証書は、彼らとゲアラッハ・フォン・ドレンドルフ Gerlach von Dollendorf の間の相続争いが決着したことを宣言してその内容を伝えるとともに、その効力を高めるために、国王とケルン大司教などに印章付与を懇請したことを述べており、証書には実際に国王の大印章などが付されている[49]。このときは、国王およびその他の印章付与者たちが和解の際に臨席しており[50]、和解の成立にも関わったものと思われる。一三〇八年三月にも、ヴァルデック Waldeck 伯ハインリヒが、彼が捕虜となったことについてマインツ大司教ペーターと和解したことを宣言し、復讐放棄宣誓 Urfehde を誓い、あわせて国王に印章付与を求め、実際に印章が与えられている[51]。

また、史料要録には収録されていないが、アルブレヒト一世は一二九九年に、かつてホーホシュターデ Hochstade 伯が保有していた所領やプリュム修道院から受領していたレーン（封）に関する、同修道院とケルン大司教ヴィクボルトの間の和解の内容を確認した[52]。それらの所領やレーンは以前に同伯によってケルン大司教に譲渡されていたのであったが、その譲渡を基本的に承認した和解の内容が国王によって確認されている[53]。このときの国王による確認は、それらの所領とレーンが国王とライヒから授与されるレーンとして、このとき大司教に授封されていることと関係があるように思われる[54]。支配者を主君とする帝国レーン制度に関わる確認は、後述するカール四世の時代にかなりの数見られるのであるが、このケースはそうした類型の初期の例と考えられる。

次の国王ハインリヒ七世（在位一三〇九－一三一三年）のもとでは[55]、一三〇九年七月にニュルンベルクで、フランケンのシトー派修道院ハイルスブロン Heilsbronn とウルリヒ・フォン・トルエンディンゲン Ulrich von Truhendingen との間で成立した和解が、和解証書に基づいて国王により確認されている[56]。この和解に対する国王自身の関与をうかがわせる文言は証書中には見当たらないが、ハインリヒ七世はこの約一〇日後に同修道院に関わる別の和解が国王臨席のもとで成立したことを宣言している[57]。また、ハインリヒ七世とハイルスブロン修道院との関係は国王からの特権状付与や修道院長の宮廷滞在などにより密接なものであり[58]、トルエンディンゲン伯との和解にも国王が関わっていた可能性はあると思われる。

一三一〇年一〇月にハインリヒ七世がジュネーヴで発行した大印章付き証書によれば、国王はラントフォークト・シュトラースベルク Straßberg 伯オットーに、ドイツ騎士修道会がケーニッツ Köniz に有する権利に関して調査を委託していたが、その調査結果を伯の証書に基づいて確認した[59]。これは上述の一二九五年の国王アードルフによる確認行為と同様、以前になされた委託の結果を国王が後から確認する例である。

以前の国王のもとで出された判決を改めて確認しているケースもある。一三〇九年九月にハインリヒ七世はシュパイアーで、トリーア大司教バルドゥインの要望に応えて、一二七六年三月に国王ルードルフ一世主催の法廷で当時のトリーア大司教ハインリヒのために下された封臣によるレーン請求に関する判決を確認した[60]。判決証書は確認証書に挿入されている。そもそもいかなる紛争がバルドゥインによる確認要請の背後に存したかは不明で、それと国王との関係についてもさしあたり何も言えないが、受益者バルドゥインが国王の実弟であることは指摘しておこう[61]。

国王による印章付与のケースとしては、やはり一三〇九年九月にシュパイアーで、ブランデンブルク辺境伯の寡婦アンナが発行した教会レーンをめぐるヴュルツブルク司教アンドレアスとの和解証書に、国王とマインツ大司教ペーター

が印章を付している例がある。(62)

三　以上のように、ルードルフ一世からハインリヒ七世までの期間において、確認された和解などの成立に国王がどのように関与したかが不明なケースも存在するとはいえ、国王による確認行為においては、国王が和解に関わったり、誰かに委任して紛争解決にあたらせたりするという事情が見出された。こうした関連は以後の時期において、より明瞭になっていくであろう。また、いくつか見られた、国王が印章を付す例においては、国王だけでなく他にも諸侯・貴族などが印章を付すケースがある点が特徴的である。国王印章は当該証書の効力を強化するために求められるのであるが、排他的な地位にあるのではなく、他の権力主体の印章から隔絶した効力を期待されているわけでもない。こうした所見は、これらの国王がドイツ西部の伯家門から王位に選出され、それゆえ貴族たちとの仲間的性格を多分に残していた「小さな国王」であったことと整合的であると思われる。(63)そしてこの種の印章付与のほうは、以後の時期には姿を消すのである。

二　ルートヴィヒ四世治世（一三一四－一三四七年）の確認行為

一　ルートヴィヒ四世（在位一三一四－一三四七年）のもとでは、まず、支配者自身が関与した和解などを確認する例がかなりの数見られる。(64)一三二一年五月にルートヴィヒはインゴルシュタットで大印章付きの証書を出して、グライスバッハ Graisbach 伯ベルトルトたちとフランケンのシトー派修道院カイスハイム Kaisheim との間で修道院の負担などに関して結ばれた和解を和解証書に基づいて確認しているが、和解は彼の助言と命令によって成立したものであった。(65)ルートヴィヒ四世はまた、一三二三年五月にレーゲンスブルクで、彼の従兄弟の下バイエルン公ハインリヒおよびオッ

トーとレーゲンスブルク司教およびフライジング司教教会との間で教会側の税負担などについて出された和解証書を確認しているが、この和解もやはり国王の意向に沿って成立したものであった[66]。

一三三二年五月に皇帝はアウクスブルクから、フルダ修道院長ハインリヒおよびフルダの修道院長代理 Propst、首席修道士 Dekan、修道士総会 Konvent に文書を発行して、彼らの間で和解が成立したことを祝し、それに確認を与えている[67]。修道院内部の紛争における和解成立に皇帝自身が関わっていたことは明示されていないが、ルートヴィヒ四世と修道院長ハインリヒ（六世）フォン・ホーエンベルク Hohenberg（院長在位一三一五－一三五三年）との関係は、当初の良好な状態から一三二〇年代後半の冷却期間を経て、一三三〇年代に入って再び密接なものになっていた[68]。まさに一三三二年に皇帝は、修道院のユダヤ人に対する債務に関して介入し（三月）[69]、城や税収を授与する（八月）など、フルダ修道院のために多くの措置を取っていた[70]。同じく一三三二年前半に、修道院とツィーゲンハイン Ziegenhain 伯との間の紛争の解決に皇帝が関わっていたことも知られており[71]、また一三三一年から三二年にかけて皇帝はフルダ市民の修道院長に対する反乱にも、市民にアハトを科すなどして対処していた[72]。それゆえ、ルートヴィヒ四世が修道院内部の対立の解消を促したということも、十分考えられるであろう。一三三二年一一月にルートヴィヒ四世がミュンヘンで発した小印章 Sekretsiegel 付き証書も、ウルリヒ・フォン・アーベンスベルク Ulrich von Abensberg とベルトルト・ヴーナー Berthold Wuner の妻カタリナとその子らの間で皇帝の意向により成立した和解を確認している[73]。カタリナたちが和解を破った場合には、皇帝はアーベンスベルクを助けることを約束し、加えてアムトマンたちにこの件でアーベンスベルクを保護するよう命じている。一三三六年三月にもルートヴィヒ四世はアウクスブルクで、エルヴァンゲン Ellwangen 修道院長クーノ、エッティンゲン Öttingen 伯ルートヴィヒ、およびクラフト・フォン・ホーエンローエ Kraft von Hohenlohe が結んだ和解を、小印章付き証書で確認しているが、この和解も皇帝の同意と意思によるもの

であった。[74] 一三四一年六月にも、皇帝はフランクフルトで、ノイフェン Neuffen 伯ベルトルトの妻アグネスと彼女の兄弟ニュルンベルクのブルクグラーフ・ヨハンの間で皇帝が定立した和解について、今後アグネスとその相続人が和解を破るようなことはしないと、ブルクグラーフのために大印章付き証書で保証している。[75] また、実際に確認が行われたわけではないが、一三三六年三月にルートヴィヒ四世がウルムからコンラート・フォン・シュリュッセルベルク Konrad von Schlüsselberg に送った書簡では、皇帝がラントフォークト・ヴュルテンベルク伯ウルリヒに、マルクグレニンゲン Markgröningen をめぐる紛争に関してコンラートとの和解を指示したことを知らせ、今後取り決められるべき和解に関して、それを確認することを約束している。[76]

また、ルートヴィヒ四世が働きかけて和解を成立させてそのうえで和解を確認する場合の特殊な類型として、国王自身が当事者であった和解を事後的に確認しているケースがある。一三二三年一一月にルートヴィヒ四世はニュルンベルクで、ヴュルツブルク司教ヴォルフラムと国王およびフルダ修道院長ハインリヒとの和解を、司教が発行した和解証書に基づいて大印章付き証書で確認している。[77] 同様に、ルートヴィヒ四世は一三三二年八月にニュルンベルクで、下バイエルン公オットーおよびハインリヒ（三世）と国王および下バイエルン公ハインリヒ（二世）との間の対立に関して、トリーア大司教バルドゥインが仲介して成立した和解の内容を、オットーとハインリヒ（三世）が発行した証書を引きつつ大印章付き証書で確認している。[78] 和解の確認ではないが、一三三二年四月にルートヴィヒ四世はミュンヘンで、オーバープファルツのリーデンブルク Riedenburg の国王裁判官ルーフ・フォン・ペルク Ruf von Perg とレーゲンスブルクの聖エメラム修道院長アルブレヒトの間のドナウ川の堰をめぐる紛争に関して両陣営から二人ずつを出して行われた現地調査 Kundschaft の結果を大印章付き証書で確認した。[79] この件の場合も、ペルクは皇帝自身の代理をつとめており、[80] 皇帝自身が紛争当事者であった。また調査自体も皇帝の命令にしたがって遂行されたものであった。

ルートヴィヒ四世が現地の貴族などに解決のための行動を委託した後、そうした委託を受けた者が取った措置を確認するケースも、治世後半からかなりの数が伝わっている。一三三六年六月に皇帝はディンケルスビュールで大印章付き証書を発行して、アウクスブルク市民コンラート・ラング・フォン・ヴェルト Konrad Lang von Wörth とブリントハイム Blindheim の農民たちとの間の紛争に関して行われた現地調査について、読み上げられた結果を確認した[81]。現地調査の結果を記した一三三五年七月の証書によれば、調査はやはり皇帝によって命じられたものであった[82]。一三三六年の証書は、ヘヒシュテット Höchstädt のフォークト、ニコラウス・フォン・ヴェルト Nikolaus von Wörth らにコンラート・ラングの保護を命じているが、後述するような保護者指定の早い例である。もっとも、この後もブリントハイムの農民側からの侵害があり、皇帝は一三三九年八月にミュンヘンで、改めてコンラート・ラングの保護を命じている[83]。

一三四〇年九月にはネルトリンゲンで、その二日前に成立した、シュヴェービッシュ・ハルの市内対立に関する和解が、ルートヴィヒ四世の大印章付き証書によって確認されている[84]。この和解も、皇帝が権限を付与して送り込んだヴュルテンベルク伯ウルリヒらがまとめたものであった[85]。このときの和解は、一三四一年一月に皇帝によって大印章付き証書で改めて確認されている[86]。一三四五年三月にルートヴィヒ四世はミュンヘンで、騎士ヨハンおよびアルブレヒト・フォン・フェステンベルク Vestenberg 兄弟が提出した仲裁判決証書を確認したが[87]、その仲裁判決は彼らとホーエンローエ Hohenlohe 家のゲアラッハ、アルブレヒト、ゴットフリートの三兄弟とのシュタイガーヴァルト Steigerwald の森林管理権 Wildbann をめぐる紛争に関してヴュルツブルク司教オットーが一三四四年三月に下したものであった[88]。皇帝の確認証書によれば、この問題はたびたび皇帝の前へ持ち出され、皇帝は司教オットーを仲裁裁判官として任命していたのであった[89]。

その一方で、和解の成立や仲裁人の行動について、ルートヴィヒ四世自身の関与がはっきり確認できないケースもあ

る。ルートヴィヒは一三三七年七月にフランクフルトで、カッツェンエルンボーゲン伯ヨハンおよびエーバーハルトとコンラート・フォン・フランケンシュタイン Konrad von Frankenstein との間の対立に関して、コンラート・シェンク・フォン・エアバッハ Konrad Schenk von Erbach ら五人の仲裁人によって成立した和解を確認しているが[90]、仲裁人たちの活動と皇帝との関係は不明である。

ルートヴィヒ四世自身が以前に行った措置や、彼の治世以前の文書が、その後争いが生じたために、改めて確認されることもあった。皇帝は一三四〇年六月にアシャッフェンブルクで、ヴィンプフェンの聖ペーター教会とヴィンプフェン市の対立に関して一三〇二年六月に下された教会側に有利な仲裁判決を、大印章付き証書に挿入したうえで、教会側の求めに応じて改めて確認している[91]。一三四六年一一月に皇帝はフランクフルトで大印章付き証書を発行して、ゲアハルト・フォン・ランズクローン Gerhard von Landskron が提示した同年七月の授封証書により、皇帝が彼にレーンを授与したことを確認した[92]。

更に、バイエルンのラント裁判所の判決を皇帝自身が確認している例がある。一三四〇年一月にルートヴィヒ四世はミュンヘンで小印章付きの証書を出し、アウクスブルクの聖ウルリヒ修道院長とヴィンハルト・フォン・ロールバッハ Winhard von Rohrbach の争いに関して、ランズベルク Landsberg のラント裁判所が出した修道院長に有利な判決証書を挿入したうえで確認した[93]。ここで確認されているのはルートヴィヒの出身家門ヴィッテルスバッハ家の家領領邦であった上バイエルンのラント裁判所の判決なので[94]、皇帝としての確認というよりは上バイエルンの支配者としての確認と言うべきであろう。それに対して、いわゆる皇帝ラント裁判所 Kaiserliches Landgericht の判決の確認は、後述のように、この時期支配者自身によってではなく宮廷裁判所によっていくつか行われている。また、皇帝が確認に加えて、すべてのアムトマン・臣下に、修道院の保護を命じていることは、やはり後述する保護者指定の先駆として注目される。

このように、ルートヴィヒ四世のもとで見られる確認行為は、地理的には彼の家門ヴィッテルスバッハ家が支配するバイエルンとその周辺のシュヴァーベン、フランケンから中ライン地方にかけて広がりを見せている。内容的には、支配者自身が成立させた和解を事後に確認するばかりでなく、支配者の委託や命令を受けた裁判官などによる決定や措置を支配者が後から確認するケースが増えてきていることが注目される。宮廷から発する紛争解決の試みが、それだけ分化しつつあることがうかがわれる。

二　ルートヴィヒ四世の時代は、宮廷裁判所が宮廷裁判所印章を付した確認証書を発する実行が初めて登場する点でも注目に値する[95]。

まずいくつか見られるのは、ルートヴィヒ四世自身が証書を発行して授与した裁判籍特権を、宮廷裁判所が確認するという類型である[96]。一三一五年五月に国王に代わる裁判官[97]トルエンディンゲン伯フリードリヒがニュルンベルクで発行した証書によれば、彼の前にローテンブルクの市民たちが現れて、市民たちがルートヴィヒ四世およびその前任の国王たちから得ていた、国王および同市のシュルトハイス以外の前では訴えられないという裁判籍特権を、今後も引き続き利用できるかどうか、判決で決定するよう求めた。市民たちが特権の受領を証明したので、宮廷裁判所は判決で、ローテンブルク市民に対して世俗裁判所で提起されたすべての訴えは、国王裁判所とローテンブルクのシュルトハイスのもとにおける訴えを除いて、効力を有しないものと決定した[98]。ローテンブルク市に対しては、その前日に国王によって、市民たちを市外の裁判所への召喚から免除する裁判籍特権が確認されており[99]、そもそも一二七四年にルードルフ一世によって認められて以来、歴代の国王たちによって特権確認がなされていた[100]。市民たちはそれらの国王特権状に加えて、宮廷裁判所の判決による確認を求めたわけである。その際、宮廷裁判所証書において、国王のもとへの裁判籍指定が、国王裁判所への裁判籍指定に言い換えられていることは、宮廷裁判所による確認の意味をうかがわせるものである。市

民の側から見れば、実際に市民が訴えられた場合に事件を扱うことになる宮廷裁判所によっても、市の裁判籍特権が認められたことになる。

この宮廷裁判所証書は、一二三九年一〇月にメルゲントハイム Mergentheim で更新された。皇帝に代わる裁判官テック Teck 公ルートヴィヒの証書によれば、またも宮廷に現れたローテンブルク市民たちは、一三一五年の宮廷裁判所証書と一三三一年六月の皇帝の裁判籍特権状を提示して、判決によって宮廷裁判所証書を更新しそれに皇帝特権状を付け加えることを求めた。宮廷裁判所はそのとおりに判決し、市民たちがローテンブルク市の裁判官以外のもとでは裁判されないことを宣言したのであった[101]。一三三一年の皇帝特権状は、市民たちを宮廷裁判所への召喚からも免れさせるものであり[102]、それに対応して一三三九年の確認証書は、市民たちを一切の市外の世俗裁判所から免れさせている。市民の側から見れば、今や彼らが宮廷裁判所への召喚からも免れるようになったことが、宮廷裁判所自身の証書によっても認められたということになる。

一三四六年一月には皇帝に代わる裁判官マルクヴァルト・フォン・ゼーフェルト Markward von Seefeld が主催する宮廷裁判所で、ハイルスブロン修道院が、みずからに与えられた皇帝・国王の裁判籍特権状の確認を求め、判決によって確認された[103]。特権状は修道院の従属民を世俗裁判所への召喚から免れさせ、皇帝・宮廷裁判所・修道院長などのもとに裁判籍を指定するものであった[104]。ここでも、修道院は、皇帝・国王の特権状にとどまらず、従属民がそこに裁判籍を有する宮廷裁判所自体による確認をも求めたのである。

更に、一三四五年六月に皇帝に代わる裁判官スヴィッガー・フォン・グンデルフィンゲン Swigger von Gundelfingen がニュルンベルクで発行した宮廷裁判所証書によれば、ノルトガウのヴァイセンブルク市が、アイヒシュテット近くのグラーフシャフト・グライスバッハ Graisbach のラント裁判所の判決証書を提示してその確認を求めた。一三四三年五

月付けの判決証書は、それ自体、一三一六年三月に国王ルートヴィヒ四世が同市に与えた裁判籍特権状[105]を確認したものであった。この要請を受けて、宮廷裁判所は判決によって、挿入されたラント裁判所証書を確認した[106]。グライスバッハのラント裁判所は、一四世紀初めからバイエルン公の支配下に入っていたが、バイエルン公領を越えて広い範囲に管轄を主張しており、その点で後述のような王権との関係を保った裁判所に類似したところがあった[107]。しかし、内容的には国王の裁判籍特権状の確認であり、その点では上述の裁判籍特権の確認例に連なるものといえる。

これらの確認例において、裁判籍特権状の受領者が、現に統治している支配者が発行した特権状を既に得ているにもかかわらず、更に宮廷裁判所から確認を得ていることは興味深いが、その意味に関しては後に論じる。ここでは、そのような確認を求めている当事者が、すべてフランケン地方から出ていることのみ、注意しておこう。

しかし裁判籍特権に限らず、以前の国王が発行した証書が確認されているケースも見られる。一三三三年一月に皇帝に代わる裁判官テック公ルートヴィヒがミュンヘンで発行した宮廷裁判所証書によれば、シュポンハイム伯フィリップの代理人が、一二八六年六月に国王ルードルフ一世が発行した証書を提示して、その確認を求めた。国王ルードルフの証書自体は一二六八年のボランデン家の兄弟のレーン分割を確認するものであった。証書自体が挿入された後、宮廷裁判所は、この要請を受けて判決によって証書を確認した[108]。この事案では受領者が中ライン地方の貴族であり、関係者の出身地方の点で例外的である。

更に、ローテンブルクのラント裁判所の証書が宮廷裁判所によって確認されている例が存する。一三四五年二月に皇帝に代わる裁判官フリードリヒ・フォン・ハイデック Friedrich von Heideck がローテンブルクで発行した宮廷裁判所証書によれば、ローテンブルク市民ハインリヒ・フェッター Heinrich Vetter が[109]、ローテンブルクのラント裁判所の証書を提示して、宮廷裁判所の判決による確認を求めた。宮廷裁判所証書の記載によれば、ラント裁判所証書は多くの資

産に対する用益ゲヴェーレ Nutzgewere をハインリヒに認めるものであったが、証書の文言は挿入されておらず、日付の記載もない。これに対して裁判官フリードリヒは、裁判所の騎士たちに判決を質問したが、判決人たちは皇帝本人のもとへ赴いて協議することを願い出て、裁判官に認められた。そして皇帝のもとから戻った判決人たちは、ローテンブルクのラント裁判所で与えられ証書化されたものは、一般的な効力を得るよう、宮廷裁判所において確認されるべきである、古来よりそのように扱われてきており、皇帝ルートヴィヒ自身もその点を確認したからである、と判決した[110]。この手続においては、宮廷裁判所の判決人たちがいったん退席して皇帝の下へ赴き、皇帝と協議している点が注目される。ラント裁判所と宮廷裁判所の関係を規定しようとするにあたって、皇帝本人（とおそらくその側近たち）の意向を考慮したうえで、判決が出されているのである。この問題について、実際、皇帝は一三三一年六月の特権状[111]および一三四三年六月にローテンブルクで発行した証書で、ローテンブルク市に対して、ローテンブルクのラント裁判所で得られたものは宮廷裁判所でも確認されるべきであると認めていた[112]。ローテンブルク市は古来からそうした特権を認められており、またローテンブルクのラント裁判所はライヒのレーンであるからである。

中世後期にも王権との直接の関係を維持し、広い範囲におよぶ管轄を主張したラント裁判所（皇帝ラント裁判所 Kaiserliches Landgericht）が、フランケン、シュヴァーベンなどドイツ南部にいくつか存在したが[113]、ローテンブルクのラント裁判所はそのうちの一つであった[114]。このラント裁判所については、既に一二七四年五月一五日のルードルフ一世の特権状[115]が、ラント裁判所の維持を定めただけでなく[116]、そこで下されたアハト判決を国王宮廷へ報告するよう規定しており[117]、国王宮廷との密接な連携が想定されていた。また前述の一三一五年五月のルートヴィヒ四世の裁判籍特権状は、ローテンブルク市に対して、王位空位期間中もラント裁判所を開廷することを認めており[118]、このラント裁判所が国王宮廷の裁判権と一体として考えられていたことをうかがわせる[119]。こうした土台の上に、今やラント裁判所判決の効力につ

いても、宮廷裁判所での確認が一般的に認められ、しかもそのことが宮廷裁判所自体によって承認されたのである。

このように、ローテンブルクのラント裁判所に関してルートヴィヒ四世や彼より前の君主からさまざまな特権が与えられていたことは、他方で、この裁判所に対する圧力をも背景としている。すなわち、ローテンブルクのラント裁判所に対しては、とりわけヴュルツブルク司教が、そのフランケン公としての地位から、やはり皇帝ラント裁判所の一つであったヴュルツブルクのラント裁判所の裁判権を、対抗して主張していた[120]。そしてまさに一三四三年から四七年にかけて、両ラント裁判所の管轄争いは激しさを増し、ローテンブルク側はヴュルツブルク司教区全体に及ぶ管轄主張を支える証言を集めるなどの動きを見せていた[121]。前述の一三四三年の皇帝証書や、一三四五年の宮廷裁判所証書は、直接的にはこうしたヴュルツブルク司教との対抗関係という文脈で出されたものと考えられる。

このように宮廷裁判所は、皇帝・国王が出した証書を確認するだけでなく、ラント裁判所証書をも確認対象とするようになった。上述のグライスバッハのラント裁判所証書の確認を、そこで示したように、実質的にはむしろ国王の裁判籍特権状を確認するものと理解すれば、ラント裁判所証書の確認はローテンブルクのラント裁判所という、一三世紀後半以来宮廷と特に深い関係にあった裁判所について、近隣のラント裁判所との競合関係を背景として、開始されたと見ることができる。ラント裁判所証書の宮廷裁判所による確認は、次のカール四世治世に更に展開することになる。

ルートヴィヒ四世時代の宮廷裁判所による、判決の形式をとった確認行為全般については、更に、それが大部分ルートヴィヒ治世末期になってからの現象であること、およびほとんどの場合、確認を求める当事者がフランケン地方から出ていること、に注意しておこう。ルートヴィヒ四世の治世末期に数を増してきたこの現象は、次のカール四世の時代により大規模に、そしてフランケンを中心に広がることになるのである。

（1）田口正樹「中世後期ドイツの国王宮廷における非訟事件」『北大法学論集』六六巻五号（二〇一六年）一一二三頁。

（2）事例の概数は、田口前掲、四一五頁。

（3）Friedrich Battenberg, Die königlichen Hofrichter vom 13. bis 15. Jahrhundert. Eine Untersuchung zur sozialen und funktionalen Einbindung der Hofgerichtsbarkeit in den Königshof, in: Peter Moraw (Hg.), Deutscher Königshof, Hoftag und Reichstag im späteren Mittelalter, (Vorträge und Forschungen, Bd. 48), Stuttgart 2002, S. 239-290, S. 289. 確認証書については、Ders., Das Hofgerichtssiegel der deutschen Kaiser und Könige 1235-1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 6), Köln-Wien 1979, S. 149 f.

（4）Peter Oestmann, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, (UTB 4295), Köln u. a. 2015, S. 84.

（5）Bernhard Diestelkamp, Vom einstufigen Gericht zur obersten Rechtsmittelinstanz. Die deutsche Königs-gerichtsbarkeit und die Verdichtung der Reichsverfassung im Spätmittelalter, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 64), Köln u. a. 2014, S. 46-52.

（6）Bernhard Diestelkamp (Hg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Sonderreihe), Köln u. a. 1986 ff.

（7）そうした継続的紛争の例として、田口正樹「フリードベルク城対フリードベルク市――中世後期ドイツの継続的紛争――（一）（二・完）」『北大法学論集』六二巻五号（二〇一二年）一一三三頁、六三巻六号（二〇一三年）一〇三一一四六頁を参照。

（8）国王ルードルフ一世・フォン・ハープスブルクについて一般的には、さしあたり、Michael Menzel, Die Zeit der Entwürfe 1273-1347, (Gebhardt. Handbuch der deutschen Geschichte, 10. Aufl., Bd. 7a), Stuttgart 2012, S. 80-109 を参照。そこに主な文献が挙げられている。

（9）Bernhard Diestelkamp und Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Rudolfs von Habsburg 1273 - 1291, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 3), Köln/Wien 1986（以下 UR3と略す）, Nr. 22; Wilhelm Wiegand (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Strassburg, Bd. 2: Politische Urkunden von 1266 bis 1332, Strassburg 1886, Nr. 32, "... dissentionum seu discordiarum materia, ... per vere unionis et concordie viam concorditer sit sopita, prout fida relatione

eorum, qui dicte compositionis et concordie mediatores extiterant, evidentius cognovimus, ...". オリジナルでなく一四世紀と一五世紀の写しでのみ伝わる。この事案については、Ute Rödel, Königliche Gerichtsbarkeit und Streitfälle der Fürsten und Grafen im Südwesten des Reiches 1250-1313, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 5), Köln-Wien 1979, S. 172 ff. も参照。

（10）Alfred Hessel und Manfred Krebs (Hg.), Regesten der Bischöfe von Strassburg, Bd. 2: Regesten der Bischöfe von Strassburg vom Jahre 1202-1305, Innsbruck 1928, S. 284 f., Vorgeschichte 28.

（11）"... Rulenderlinus, Reinboldus [dictus Puer], ［以下一四人の名前が列挙される］ dilecti nostri fideles in supradicti ducis vinculis constituti pro se et omnibus suis familiaribus et amicis compositionem hujusmodi in singulis suis articulis, ... observabunt.".

（12）"... si quis autem supradictorum per se vel per alios familiares et amicos contra dictam compositionem, prout noscitur esse conscripta, veniens suprascriptum ducem in se vel in suis turbare seu molestare presumpserit, ipso facto secundum quod in se poenam hujusmodi coram nobis suis amicis mediantibus receperunt, proscriptionis sententie subjacebit, nosque ipsum violatorem compositionis hujusmodi tanquam proscriptum animadversione debita feriemus.". アハトに関しては、そしあたり、Ekkehard Kaufmann und D. Landes, Art. Acht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte（以下HRGと略す）, 1. Aufl., Bd. 1, Berlin 1971, Sp. 25-36; Friedrich Battenberg, Art. Acht, in: HRG, 2. Aufl., Berlin 2008, Sp. 59-65. 中世後期の帝国アハトに関する基本的研究として、Friedrich Battenberg, Reichsacht und Anleite, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 18), Köln-Wien 1986.

（13）UR3, Nr. 22, Anm.; A. Hessel und M. Krebs (Hg.), a. a. O.（注10）, Nr. 1969; Johann Daniel Schöpflin (Bearb.), Alsatia ... Diplomatica, Bd. 2: Alsatia periodii regum et imperatorum Habsburgicae Lucelburgicae Austriacae tandemque Gallicae Diplomatica, Mannheim 1775, S. 5, Nr. 694, "... et super hoc literas incliti domini regis Alemannie dicto duci concedere tenentur, continentes quo si forte, quod absit, dictum ducem vel suos super hoc in aliquo molestarent in futurum, volunt et consentiunt, quod dictus dom. rex ipsos tanquam profugos et exules persequatur et assistat dicto duci contra ipsos ...". なお、和解証書は第二リヨン公会議の機会に同地で作成されている。和解証書は、交渉の際にユーリヒ Jülich 伯ヴィルヘ

ルム、ルクセンブルク伯の兄弟ゲアハルト・フォン・ダービーGerhard von Durbuy、ハインリヒ・フォン・ブラモントHeinrich von Blamont が同席して、司教側の被捕縛者の釈放を保証したことを伝えており、彼らが和解を仲介したものと思われる。

(14) 本稿が対象とする時代からはずれるが、一三世紀前半の同様な例として、一二三二年にコンスタンツ司教が、ザンクト・ブラジエンSankt Blasien 修道院とバーデン・ハッハベルクHachberg辺境伯ハインリヒを和解させた際に、辺境伯が国王による確認を得て、それを修道院に交付することとされているケースがある。U. Rödel, a. a. O.（注9）, S. 171.

(15) 本文前述のロートリンゲン公とシュトラースブルク司教との対立についても、和解成立前に国王が介入していた可能性があり、国王の関与が見られる類型にも属するのかもしれない。Johann Friedrich Böhmer und Oswald Redlich (Hg.), Regesta imperii, VI, 1 : Die Regesten des Kaiserreichs unter Rudolf, Adolf, Albrecht, Heinrich VII. 1273-1313, Innsbruck 1898 (ND Hildesheim 1969)（以下 RI, 6, 1 と略す）, Nr. 169; U. Rödel, a. a. O.（注9）, S. 173.

(16) UR3, Nr. 73; Wirtembergisches Urkundenbuch, Bd. 7, Stuttgart 1900, Nr. 2562. 印章は残っていない。

(17) RI, 6, 1, Nr. 468a. 一二七六年二月の国王証書には、"... nobis existentibus in monasterio Mulenbrunne Cisterciensis ordinis Spirensis diocesis ..." とある。前注のヴュルテンベルク証書集の箇所を参照。なお、マウルブロン修道院の一三世紀までの歴史については、Immo Eberl, Gründung und frühe Geschichte des Klosters Maulbronn, in: Peter Rückert und Dieter Planck (Hg.), Anfänge der Zisterzienser in Südwestdeutschland. Politik, Kunst und Liturgie im Umfeld des Klosters Maulbronn, Stuttgart 1999, S. 79-100 を、特に修道院とヒンツベルク家との関係については Ebenda, S. 97-99 を参照。

(18) UR3, Nr. 184; Eduard Winkelmann (Hg.), Acta imperii inedita saeculi XIII et XIV. Urkunden und Briefe zur Geschichte des Kaiserreichs und des Königreichs Sizilien, Bd. 2: In den Jahren 1200 bis 1400, Innsbruck 1885 (ND Aalen 1964), Nr. 118. 権利放棄文書はそのまま確認証書に挿入されている。

(19) "... tandem dicti cives precum nostrarum instancia studiosa devicti concordie cosensu renunciaverunt omini actioni seu iuri ...". 国王の要請があったことは、コルマール市が発行した放棄証書にも言及されている。Paul Wilhelm Finsterwalder (Bearb.), Colmarer Stadtrechte, Bd. 1, (Oberrheinische Stadtrechte, Abt. 3: Elsässische Rechte, III), Heidelberg 1938, Nr.

33, “... ad petitionem serenissimi domini nostri iam dicti Romanorum regis Rudolfi ...”. コルマールのヨハネ騎士修道会について、簡単には、Georges Livet (Dir.), Histoire de Colmar, Toulouse 1983, S. 50. 中世後期の皇帝・ドイツ国王の印章については、さしあたり Harry Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, Bd. 2, Abt. 1, 3. Aufl., Berlin 1958, S. 576-584 を参照。ルードルフ一世以降、大印章とは別に小印章 Sekretsiegel の使用が確認される。

（20）UR3, Nr. 436. また UR3, Nr. 437 の国王命令も参照。また、U. Rödel, a. a. O.（注9）, S. 174.

（21）UR3, Nr. 436, Anm.; RI, 6, 1, Nr. 1822a; Oswald Redlich, Rudolf von Habsburg. Das deutsche Reich nach dem Untergange des alten Kaisertums, Innsbruck 1903 (ND Aalen 1965), S. 604 ff.

（22）UR3, Nr. 436, “... ex certa scientia cum facta fuerit presentibus partibus coram nobis robur et munimen impendimus confirmationis ...”.

（23）UR3, Nr. 459; J. D. Schöpflin, a. a. O.（注13）, S. 32 f., Nr. 747. 国王印章を付す旨の文言があるが、印章自体は残っておらず、大印章か小印章かを確定することはできない。

（24）UR3, Nr. 539; Ludwig Baur (Hg.), Hessische Urkunden aus dem großherzoglichen Haus- und Staatsarchiv, Bd. 2: Die Provinz Rheinhessen von 963 bis 1325, Darmstadt 1862 (ND Aalen 1979), Nr. 410.

（25）UR3, Nr. 456; L. Baur (Hg.), a. a. O.（注24）, Nr. 388. 印章付与を示す文言はなく、印章も残っていない。

（26）“... concordiam coram nobis sive de scitu et beneplacito nostro ... ordinatam ...”.

（27）UR3, Nr. 453; L. Baur (Hg.), a. a. O.（注24）, Nr. 375.

（28）UR3, Nr. 607; Rudolf Freiherr von Stillfried und Traugott Maercker (Hg.), Monumenta Zollerana. Urkundenbuch zur Geschichte des Hauses Hohenzollern, Bd. 2: Urkunden der Fränkischen Linie 1235-1332, Berlin 1856, Nr. 356. 一五世紀末の確認証書によってのみ伝わっており、内容はごく短いもので、和解証書の挿入はなされていない。

（29）RI, 6, 1, Nr. 2363 を参照。質入れの背景にあった、中世後期におけるヴァルトザッセン修道院の経済状態の悪化については、Konrad Ackermann, Die Grundherrschaft des Stiftes Waldsassen 1133-1570, in: Andreas Kraus (Hg.), Land und Reich, Stamm und Nation. Probleme und Perspektiven bayerischer Geschichte. Festgabe für Max Spindler zum 90. Geburtstag, Bd. 1: Forschungsberichte Antike und Mittelalter, München 1984, S. 385-394, S. 386 ff. を見よ。また、ヴァル

トザッセン修道院の歴史全般については、Stephan Acht, Zur Geschichte des Klosters und der Äbte von Waldsassen, in: Beiträge zur Geschichte des Bistums Regensburg 38 (2004), S. 23-75 を参照。

（30）RI, 6, 1, Nr. 1191a, 1666, 1795.

（31）もっとも、同修道院は、国王による贈与に関して、選挙侯たちの同意書 Willebrief を得ており、権利確保のための修道院のそうした配慮を重視すれば、国王証書による和解確認が修道院からの働きかけでなされた点を重く見る（つまり、一一七四年の当事者間で国王証書獲得が約束されたケースと同列に見る）べきなのかもしれない。RI, 6, 1, Nr. 1716, 2066.

（32）他の主体の名で発行された証書に国王が印章を付すという現象については、Harry Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1958, S. 714 f. を参照。

（33）UR3, Nr. 262; Jean Trouillat (Bearb.), Monuments de l'histoire de l'ancient évêché de Bâle, Bd. 2, Porrentruy 1854, Nr. 262, "... darvmbe han wir bede gebeten vnsern den Romessen Kunig Rudolfen, ... daz si ir ingesigel mit vnsern an diesen brief henken, zuo eimre ewigen stete.". オリジナルは残っていない。

（34）UR3, Nr. 550; Heinrich Boos (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Worms, Bd. 1: 627-1300, (Quellen zur Geschichte der Stadt Worms, T. 1), Berlin 1886, Nr. 434, "... und baten uns, daz wir ze einre merer vestenunge den selben brief under unserme kuninclichen ingesigele in geschriben geben.". 付されていた国王印章は残っていない。

（35）UR3, Nr. 585; Friedrich Wilhelm, Richard Newald, Corpus der altdeutschen Originalurkunden bis zum Jahr 1300, Bd. 2: 1283-1292, Nr. 565-1657, Lahr (Schwarzwald) 1943, Nr. 1251, "... dit habe wie beide truweliche gelobit zu haldene vor vnseme herrin deme Romischen kuninge Rudolfen vnde habin in gebetin daz he zu eyme vrkunde sin ingesigel mit vnsir beyder insegele an disen Brif gehangen hat ...".

（36）O. Redlich, a. a. O.（注21）, S. 674 ff.; M. Menzel, a. a. O.（注8）, S. 108.

（37）国王アードルフ・フォン・ナッサウについては、さしあたり、M. Menzel, a. a. O.（注8）, S. 110-121 を参照。そこに文献も挙げられている。

（38）Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Adolfs von Nassau, Albrechts I. von Habsburg, Heinrichs von Luxemburg : 1292 - 1313, (Urkundenregesten ... Bd. 4), Köln u. a. 1992（以下 UR4と略す）, Nr. 36; Ludwig Schmid (Bearb.), Monumenta Hohenbergica.

Urkundenbuch zur Geschichte der Grafen von Zollern-Hohenberg und ihrer ehemaligen Grafschaft, Stuttgart 1862, Nr. 136. 和解証書の挿入はなされていない。

(39) Johann Friedrich Böhmer und Vincenz Samanek (Hg.), Regesta imperii, VI, 2 : Die Regesten des Kaiserreichs unter Rudolf, Adolf, Albrecht, Heinrich VII. 1273-1313, Innsbruck 1948（以下 RI, 6, 2と略す）, Nr. 217. この事案については、U. Rödel, a. a. O.（注9）, S. 171 f. も参照。

(40) UR4, Nr. 74; Wilhelm Günther (Bearb.), Codex Diplomaticus Rheno-Mosellanus. Urkunden-Sammlung zur Geschichte der Rhein- und Mosellande, der Nahe- und Ahrgegend und des Hunsrückens, des Meinfeldes und der Eifel, Bd. 2, Koblenz 1823, Nr. 356.

(41) RI, 6, 2, Nr. 409, 1016. 証書の日付は四月になっているが、他の印章付与者の顔ぶれからして、相続協定はライン地方で成立したと推定される。しかし、国王はこのときニュルンベルクにおり、六月になってライン地方に来た際に印章を与えたと考えられる。

(42) UR4, Nr. 75; Fontes rerum Bernensium. Bern's Geschichtsquellen, Bd. 3, Bern 1880, Nr. 595, "... daz wir han gelobt und loben ... daz ... der hohste man stete und stete mache mit sinen guoten brieven alle die ding und die tegdinge ...".

(43) UR4, Nr. 79, Fontes（注42）, Nr. 597, "... id quod ... super excessibus perpetratis contra ... tractaverunt, ordinaverunt et fecerunt loco et nomine nostro ... ratum et gratum ac firmum habemus et habebimus ...". なお、証書には国王印章が付されていたが、大印章か小印章かは確定できない。

(44) UR4, Nr. 103; W. Sauer (Bearb.), Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1: Die Urkunden des ehemals kurmainzischen Gebiets, einschliesslich der Herrschaften Eppenstein, Königstein und Falkenstein; der Niedergrafschaft Katzenelnbogen und des kurpfälzischen Amts Caub, T. 2, Wiesbaden 1886, Nr. 1200. 国王印章は断片のみ残る。

(45) UR4, Nr. 101, 102; W. Sauer (Bearb.), Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1, T. 2（注44）, Nr. 1195; Ludwig Baur (Hg.), Hessische Urkunden aus dem großherzoglichen Haus- und Staatsarchiv, Bd. 1: Starkenburg und Oberhessen 1016-1399, Darmstadt 1860 (ND Aalen 1979), Nr. 297.

(46) UR4, Nr. 90; W. Sauer (Bearb.), Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1, T. 2（注44）, Nr. 1193, "Gerentes de fidei vestre

constancia confidentiam pleniorem vobis inquisicionem de discordia … duximus committendam devotionem vestram rogantes, quatinus dictas partes qualitate negocii cognita revocetis ad unionem concordie per viam iusticie vel amoris.”. 国王による委託は，七月の確認証書でも明示されている。Ebenda, Nr. 1200, “… quibus per nostras litteras expedicionem eiusdem questionis commisimus …”.

(47) UR4, Nr. 122‥ W. Sauer (Bearb.), Nassauisches Urkundenbuch, Bd. 1, T. 2（注44）, Nr. 1211. 後代の写しでのみ伝わるが，大印章の付加を示す文言がある。

(48) 国王アルブレヒト一世に関しては，さしあたり，M. Menzel, a. a. O.（注8）, S. 121-138. そこに文献も挙げられている。

(49) UR4, Nr. 265; Theod. Jos. Lacomblet (Hg.), Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins oder des Erzstifts Cöln, der Fürstenthümer Jülich und Berg, Geldern, Meurs, Cleve und Mark, und der Reichsstifte Elten, Essen und Werden, Bd. 2, 1840-58 (ND Aalen 1960), Nr. 1056, “… procurantes nichilominus ad maiorem roboris firmitatem apponi …”.

(50) Ebenda, “… per quos et in quorum presentia predicta ordinata sunt atque acta …”.

(51) UR4, Nr. 389, “Daz dise rede stede und veste blibe, des han wir gebedin …”. ただし印章自体は失われている。証書全体の古い刊本として，Valentin Ferdinand Gudenus, Codex Diplomaticus, anecdotorum, res Moguntinas … ius germanicum et S. R. I. historiam illustrata, T. 3, Frankfurt 1751, Nr. 35. また U. Rödel, a. a. O.（注9）, S. 175 も参照。復讐放棄宣誓 Urfehde については，さしあたり，St. Chr. Saar, Art. Urfehde, in: HRG, 1. Aufl., Bd. 5, Berlin 1998, Sp. 562-570 を参照。詳細な実例を含む日本語文献として，若曽根健治『ウァフェーデの研究－ドイツ刑事法史考－』（二〇〇九年　多賀出版）。

(52) W. Günther (Bearb.), a. a. O.（注40）, Nr. 386; U. Rödel, a. a. O.（注9）, S. 175.

(53) 一二九八年の和解証書は，W. Günther (Bearb.), a. a. O.（注40）, Nr. 376. 確認証書への挿入はなされていない。

(54) W. Günther (Bearb.), a. a. O.（注40）, Nr. 386, “… et siqua de dictis bonis et juribus a nobis et imperio jure feodali descendunt, te et ecclesiam tuam, vna cum aliis feodis tuis que a nobis et imperio tenere dinosceris, infeodamus presentibus de eisdem.”.

(55) ハインリヒ七世に関しては，さしあたり M. Menzel, a. a. O.（注8）, S. 138-153 を参照。そこに文献も挙げられている。また，Sanine Penth und Peter Thorau, Rom 1312. Die Kaiserkrönung Heinrichs VII. und die Folgen. Die Luxemburger

als Herrscherdynastie von gesamteuropäischer Bedeutung, (Beihefte zu J. F. Böhmer, Regesta imperii, 40), Köln u. a. 2016 および田口正樹「皇帝ハインリヒ七世とナポリ王ロベルトの訴訟――一四世紀初めの皇帝権――」『北大法学論集』五六巻一一号（二〇〇五年）一－四九頁も参照。

（56）UR4, Nr. 415; Kurt-Ulrich Jäschke und Peter Thorau (Bearb.), J. F. Böhmer, Regesta imperii, VI. Die Regesten des Kaiserreichs unter Rudolf, Adolf, Albrecht, Heinrich VII. 1273-1313, Abt. 4: Heinrich VII. 1288/1308-1313, 1. Lfg.: 1288/1308 - August 1309, Wien u. a. 2006（以下 RI, 6, 4, 1と略す）, Nr. 209; Johann Ludwig Hocker, Supplementa zu dem Haylsbronnischen Antiquitätenschatz, Nürnberg 1739, S. 122, Nr.9. 国王印章は破損してふる。

（57）UR4, Nr. 416; RI, 6, 4, 1, Nr. 221; Carl Ferdinand Jung, Miscellanea, Bd. 1, Leipzig 1739, "... in nostre Celsitudinis constituti presentia ...".

（58）Miriam Montag-Erlwein, Heilsbronn von der Gründung 1132 bis 1321. Das Beziehungsgeflecht eines Zisterzienserklosters im Spiegel seiner Quellenüberlieferung, (Studien zur Germania Sacra, Neue Folge 1), Berlin 2011, S. 102-108. 同修道院とトルェンデインゲン伯との和解については、Ebenda, S. 102, 353.

（59）UR4, Nr. 502; Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio IV. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. IV, Pars I, Hg. v. Jakob Schwalm, Hannover-Leipzig 1906,（以下、MGH Const., 4, 1と略す）, Nr.452, "... inquisicionem factam ex commissione nostra per nobilem virum Ottonem comitem de Strazberc [advocatum provincialem] ... ratum habemus et approbamus ...".

（60）UR4, Nr. 425; MGH Const., 4, 1, Nr. 313. 大印章の付加を示す文言がある。もとの証書は、UR3, Nr. 79; Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio IV. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. Ⅲ, Hg. v. Jakob Schwalm, Leipzig 1904-06,（以下、MGH Const., 3 と略す）, Nr. 109.

（61）トリーア大司教バルドゥインについては多くの研究があるが、さしあたり最近の動向について、Johannes Mötsch, Neuere Literatur zu Erzbischof Balduin von Trier: (1308-1354), in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 149 (2013), S. 475-478を参照。

（62）UR4, Nr. 424; Monumenta episcopus Wirziburgensis: 1288-1311, (Monumenta Boica, 38, NF 11), München 1865, Nr. 248.

ただし印章自体は残っていないので大印章か小印章かは確定できない。

(63)「小さな国王」という規定について、Peter Moraw, Von offener Verfassung zu gestalteter Verdichtung. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490, (Propyläen Geschichte Deutschlands, Bd. 3), Berlin 1985, S. 211 f. 具体的な叙述は、Ebenda, S. 212-228 および Ders., Rudolf von Habsburg: Der 'kleine' König im europäischen Vergleich, in: Egon Boshof und Franz-Reiner Erkens (Hg.), Rudolf von Habsburg 1273-1291. Eine Königsherrschaft zwischen Tradition und Wandel, Köln u. a., 1993, S. 185-208. こうした「小さな国王」のもとで、国王と関係の深い西南ドイツの伯たちが、彼らの家門の相続に関する権利譲渡などを国王宮廷で行っていたことについて、田口、前掲（注1）五頁以下を参照。

(64) ルートヴィヒ四世については、さしあたり、M. Menzel, a. a. O.（注8）, S. 153-191 を参照。そこに文献も挙げられている。更に、近年の論文集として、Hubertus Seibert (Hg.), Ludwig der Bayer (1314-1347). Reich und Herrschaft im Wandel, Regensburg 2014も参照。日本語文献としては、池谷文夫『ドイツ中世後期の政治と政治思想－大空位時代から『金印勅書』の成立まで』（二〇〇〇年　刀水書房）一一〇－一一八頁。

(65) Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Zeit Ludwigs des Bayern und Friedrichs des Schönen 1314-1347, (Urkunden, regesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 5), Köln u. a. 1987（以下UR5と略す）, Nr. 47, "... von unserm rat, ordenuong und heizze sein geschehen, gewesen sei ...". 同日同所で発行された和解証書自体は UR5, Nr. 46. 国王宮廷の貴族たちが証人として名を連ねている。なお、カイスハイム修道院については、Brigitt Maier, Kloster Kaisheim. Rechts-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte der Zisterzienserabtei von der Gründung bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts, (Veröffentlichungen der schwäbischen Forschungsgemeinschaft ..., Reihe 1, Bd. 25), Augsburg 1999; Julia Bruch, Die Zisterze Kaisheim und ihre Tochterklöster. Studien zur Organisation und zum Wirtschaften spätmittelalterlicher Frauenklöster mit einer Edition des "Kaisheimer Rechnungsbuches", (Via regularis, Bd. 5), Berlin 2013. このときの和解については、B. Maier, S. 58 f., 195.

(66) UR5, Nr. 52, 53. "... verrichtet auf ein end nach unsern haizzen ...". UR5, Nr. 52 の全文は、Helmut BANSA (Bearb.), Die Register der Kanzlei Ludwigs des Bayern. Darstellung und Edition, Bd. 1, (Quellen und Erörterungen zur Bayerischen Geschichte NF Bd. 24, 1), München 1971, Nr. 87. なお、Nr. 53には小印章が付されており、Nr. 52もおそらく同様であった

と思われる。

（67）UR5, Nr. 165; Johann Friedrich Schannat, Historia Fuldensis, in tres partes divisa, Codex probationum, Frankfurt 1729, S. 251 f., Nr. 151; Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio IV. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. VI, 2: Dokumente zur Geschichte der deutschen Reiches und seiner Verfassung 1331-1335, Bearb. v. Ruth Bork u, a., München 1989-2014,（以下、MGH Const., 6, 2と略す）, Nr. 263, "... concordiam et conposicionem amicabilem inter vos habitam et initam valde gratam et acceptam habentes imperiali nostra clemencia presenti scripti patrocinio roboramus.". ごく短い内容であり、和解証書の挿入などもない。印章の大小も確定できない。

（68）Bernhard Mohr, Die äußere Politik des Fuldaer Abtes Heinrich VI. von Hohenberg (1315-1353), Marburg 1928, S. 65-81. フルダ修道院長ハインリヒ（六世）・フォン・ホーエンベルクについては、Konrad Lübeck, Die Fuldaer Äbte und Fürstäbte des Mittelalters. Ein geschichtlicher Überblick, (Veröffentlichung des Fuldaer Geschichtsvereins, 31), Fulda 1952, S. 219-231; Josef Leinweber, Die Fuldaer Äbte und Bischöfe, Frankfurt am Main 1989, S. 83-87 も参照。

（69）UR5, Nr. 156.

（70）B. Mohr, a. a. O.（注68）, S. 74.

（71）UR5, Nr. 162-164, 173; B. Mohr, a. a. O.（注68）, S. 73 f.

（72）UR5, Nr. 187; K. Lübeck, a. a. O.（注68）, S. 224-227.

（73）UR5, Nr. 183; MGH Const., 6, 2, Nr, 363, "... mit unserm guten willen, wizzen und gunst geschehen ist ...".

（74）UR5, Nr. 260; Monumenta Germaniae Historica. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. VII, 1: Dokumente zur Geschichte der deutschen Reiches und seiner Verfassung 1336-1339, Bearb. v. Michael Menzel, Wiesbaden 2013,（以下、MGH Const., 7, 1と略す）, Nr, 23; Karl Weller (Hg.), Hohenloisches Urkundenbuch, Bd. 2: 1311-1350, Stuttgart 1901, Nr. 500, "... mit unserm guotem gunst und willen geschehen sind ...".

（75）UR5, Nr. 421, "... daz diu taegedinge, die wir von der edeln Agnessen wegen ... getan haben ...". ルートヴィヒ四世の腹心であったハイフェン伯ベルトルトについては、Marusia Serck, Berthold von Neuffen im Dienst Ludwigs des Bayern, (Diss. Phil., Freiburg), Freiburg 1936.

（76）UR5, Nr. 258; MGH Const., 7, 1, Nr. 14, "... daz ist unser guot wille und gunst, und geheizzen ez ouch allez gancz, stet und unczerbrochen behalten.". 小印章が付されている。ルートヴィヒ四世のもとで下シュヴァーベンのランントフォークトとなったヴュルテンベルク伯ウルリヒについては、Hans-Georg Hofacker, Die schwäbischen Reichslandvogteien im späten Mittelalter, (Spätmittelalter und Frühe Neuzeit, Bd. 8), Stuttgart 1980, S. 214-218.

（77）UR5, Nr. 61.

（78）UR5, Nr. 175; MGH Const., 6, 2, Nr. 319.

（79）UR5, Nr. 161; MGH Const., 6, 2, Nr. 253.

（80）"... von unsern wegen ...".

（81）UR5, Nr. 269; Monumenta San-Ulriciana, (Monumenta Boica, Bd. 22), München 1814, Nr. 77; MGH Const., 7, 1, Nr. 103.

（82）UR5, Nr. 247.

（83）UR5, Nr. 343; MGH Const., 7, 1, Nr. 644. 小印章が付されている。

（84）UR5, Nr. 380; Karl Siegfried Rosenberger, Die Entwicklung des Rates von Schwäbisch Hall bis zum Jahre 1340 (mit Urkundenbeilage), in: Württembergisch Franken NF 30 (1955), S. 33-56, S. 52-54.

（85）UR5, Nr. 379. ヴュルテンベルク伯らの派遣に関しては、和解成立の更に三日前に出された皇帝からシュヴェービッシュ・ハル市への書簡も参照。UR5, Nr. 378; Josef Knöpfler, Die Reichsstädtesteuern in Schwaben, Elsaß und am Oberrhein zur Zeit Kaiser Ludwigs des Bayern. Mit einem Anhang ungedruckter Urkunden zur Geschichte der schwäbischen Städte zur Zeit Ludwigs des Bayern, in: Württembergische Vierteljahreshefte für Landesgeschichte, NF 11 (1902), S. 287-351, S. 348, Nr. 25. なお、このときの市内対立については、さしあたり、K. S. Rosenberger, a. a. O.（注84）, S. 45 ff. を見よ。

（86）UR5, Nr. 397.

（87）UR5, Nr. 530; K. Weller (Hg.), a. a. O.（注74）, Nr. 687. 十六世紀の写しでのみ伝わる。

（88）UR5, Nr. 516. 証書原文は K. Weller (Hg.), a. a. O.（注74）, Nr. 687に挿入されている。

（89）"... dorumb sie dann vor offt auff bede seitten vor uns in clageweiss gwesn sein und wir den genanten bischoff ine zu richter daruber geben haben, sie zu entrichten gutlich oder rechtlich in aller mass, als hetten wir das selbst getann ...".

（90）UR5, Nr. 292; MGH Const., 7, 1, Nr. 275. 印章はおそらく小印章が使われていた。

（91）UR5, Nr. 361, "... ad instanciam requisicionem dictum arbitrium nostra imperiali auctoritate approbavimus, confirmavimus ...". 証書全体の古い刊本として、Ludwig Baur, Beiträge zur älteren Geschichte der vormals freien Reichsstadt Wimpfen am Berg und des vormals adeligen Ritterstifts ad S. Petrum zu Wimpfen im Tal, in: Archiv für Hessische Geschichte 3, 1 (1842), S. 1-41, S. 35-39, Beilage C.

（92）UR5, Nr. 557a. もっとも、フーザー・フォン・ウルメン Huser von Ulmen やその他の者たちが当該レーンについてより強い権利を持つと主張するならば、皇帝のもとでそのことを証明することとされており、ゲアハルトの権利が確定したわけではなかった。

（93）UR5, Nr. 355; Monumenta San-Ulriciana（注81）, Nr. 83. なお、UR5, Nr. 230; Monumenta San-Ulriciana（注81）, Nr. 73も参照。

（94）ラント裁判所全般について、さしあたり、Friedrich Merzbacher, Art. Landgericht, in: HRG, 1. Aufl., Bd. 2, Berlin 1978, Sp. 1495-1501; Hubert Drüppel, Art. Landgericht, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 5, München-Zürich 1991, Sp. 1660-1661を参照。バイエルンにおける展開については、F. Merzbacher, a. a. O., Sp. 1496 f.; Wilhelm Volkert, Staat und Gesellschaft. Erster-Teil: Bis 1500, in: Andreas Kraus (Hg.), Handbuch der Bayerischen Geschichte, Bd. 2: Der Territorialstaat vom Ausgang des 12. Jahrhunderts bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, 2. Aufl., München 1988, S. 535-624, S. 598 ff. ヴィッテルスバッハ家のバイエルン公支配下におけるランズベルクのラント裁判所については、Pankraz Fried und Sebastian Hiereth, Landgericht Landsberg und Pfleggericht Rauhenlechberg, (Historischer Atlas von Bayern, Teil Altbayern, Bd. 22), München 1971, S. 35 ff. の概観を参照。

（95）宮廷裁判所印章については、F. Battenberg, Hofgerichtssiegel（注3）; Ders., Hofrichter（注3）, S. 250.

（96）中世後期ドイツの皇帝・国王によって数多く与えられた裁判籍特権については、さしあたり、Friedrich Battenberg, Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 12), Teilbd. 1, Köln-Wien 1983（以下GSP, 1と略す）, S. 1-50; B. Diestelkamp, a. a. O.（注5）, S. 52-54; P. Oestmann, a. a. O.（注4）, S. 86-91 を参照。日本語文献として、田口正樹「中世後期ドイツの国

王裁判権と裁判籍特権・序説――一三世紀後半を中心に」『法制史研究』五二号（二〇〇三年）一一七－一四六頁。

(97) 宮廷裁判官とは別に、そのときどきに支配者に委任されて法廷を主催した、国王に代わる裁判官については、F. Battenberg, Hofrichter(注3), S. 248 f. ルートヴィヒ四世時代の宮廷裁判官および皇帝・国王に代わる裁判官について概括的には、UR5, S. XVII ff.

(98) UR5, Nr. 5; Jacob Schwalm, Reise nach München und Coblenz im Sommer 1897, mit Beilagen, in: Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 23 (1898), S. 667-687, S. 678 f., Nr. 9, "... daz si nieman beclagen soll unde si ouch nieman vor keim werltlichem gerihte antwurten sulen, denne vor minem herren dem vorgeschriben kunge unde vor irem schůltheisse in der stat ze Rothembůrg ... swer daruber uf si unde uf der bůrger keinen von Rothembůrg claget oder geclaget hete vor keim andern werltlichem gerihte, denne vor mins herren des kunges gerihte oder vor irem schůltheisse ze Rothembůrg ...".

(99) GSP, 1, Nr. 297; Friedrich von Weech (Bearb.), Sechzig Urkunden Kaiser Ludwigs des Bayern, in: Oberbayerisches Archiv für vaterländische Geschichte 23 (1863), S. 143-214, S. 148f., Nr. 3, "... coram nullo iudicio seu iudice quocumque nomine censeantur super quamcunque causa nisi infra muros oppidi Rothemburgensis coram judice suo debeant stare iuri, nec alibi teneantur alicui respondere ... ".

(100) GSP, 1, Nr. 61 (MGH Const., 3, Nr. 650), 155, 181, 216.

(101) UR5, Nr. 346; J. Schwalm, a. a. O.(注98), S. 685 f., Nr. 14, "... uf keynem andern werltlichen gerihte, dann vor irm rihtter in der stat zu Rothenburg ...".

(102) GSP, 1, Nr. 383; F. v. Weech, a. a. O.(注99), Nr. 14; MGH Const., 6, 2, Nr. 117, "... daz si nieman ... usze der stat zu Rotenburg fur deheinen werltlichen rihtere, wie er geheizzen sie, noch fur unser selbes hofgerihte danne alleine fur irn rihtere in der stat uf deheinen werltlichem gerihte geladen noch geklagen sulle oder muge ...". ただし皇帝自身が都市および市民に対して要求する場合には、皇帝および宮廷裁判所への召喚と訴えが可能とされた。" ... oder wir oder unser nachkumen an dem Riche von unsern oder dez Riches wegen hintze in gemeinlichen oder besunderlichen ihtes zu sprechen oder zu vordern heten oder gewunnen. Dor umbe mugen wir oder unser nachkumen sie fur uns und unser

hofgerihte geladen und beklagen. ...". なお、GSP, 1, Nr. 383a, 384; MGH Const., 6, 2, Nr. 118, 119も参照。

(103) UR5, Nr. 539.

(104) このとき直接提示されたのは、一三三六年一〇月の皇帝ルートヴィヒ四世の証書であった。UR5, Nr. 539, Anm. 1. それに先行する証書は、GSP, 1, Nr. 4（偽造）, 156, 203.

(105) GSP, 1, Nr. 302;Johann Christian Lünig (Bearb.), Des Teutschen Reichs-Archivs partis specialis IV. und letzter Continuation II. Theil, Leipzig 1714, S. 614. またGSP, 1, Nr. 238; J. Ch. Lünig (Bearb.), S. 613も参照。

(106) UR5, Nr. 534.

(107) グライスバッハのラント裁判所については、Wilhelm Kraft, Gau Sualafeld und Grafschaft Graisbach, in: Jahrbuch für fränkische Landesforschung 13 (1953), S. 85-127; Gerhard Hirschmann, Eichstätt. Beilngries-Eichstätt-Greding, (Historischer Atlas von Bayern, Teil Franken, Reihe 1, Heft 6), München 1959, S. 26 f.; W. Volkert, a. a. O.(注94), S. 608 を参照。一三四二年には、グライスバッハ伯家の断絶により、伯家の所領も含めてヴィッテルスバッハ家の支配下に入った。中世後期の同伯家とその遺産のバイエルン公への帰属については、Wilhelm Kraft, Gau Sualafeld und Grafschaft Graisbach, in: Jahrbuch für fränkische Landesforschung 8/9 (1943), S. 110-175, S. 164-172.

(108) UR5, Nr. 188. 証書はオリジナルでなく一八世紀の写しでのみ伝わる。

(109) ローテンブルクの市参事会員であったハインリヒ・フェッターは、一三四〇年にはフランケンのラントフリーデで平和委員会委員の職をつとめ、カール四世治世においても宮廷と緊密な関係を持った。Ludwig Schnurrer, Die Reichsstadt Rothenburg im Zeitalter Karls IV. 1346-1378, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978), S. 563-612, S. 610-612を参照。

(110) UR5, Nr. 529, "... das solt man vor dem hofgeriht billich bestetigen und ervollen, daz es fuerbaz staet belib und craft und maht het ...".

(111) GSP, 1, Nr. 384, "... alles das, daz man vor irme lantgerichte zu R. erclaget und erlanget, daz man yn das bestetigen sol von unserm hoffgerichte also, das es macht und crafft haben sol allen den, die es von yres lantgerichtes wegen vordernt mit den lantgerichts briefen, wann wir wol erfaren und erforscht haben, das wir es wol getun mogen, wann sie von alter

her von des richs wegen dieselben recht lang gehabt haben und auch dasselbe lantgerichte von dem riche der gat ...".

(112) UR5, Nr. 507, "... alles das, daz man vor irem lantgeriht ze Roetenburch erclagt oder erlangt, daz man in daz bestaetigen sol vor unserm hofgeriht, also, das es craft und maht haben soll allen den, die es von ires lantgerihts wegen vordernt mit des lantrihters briefen ...". この証書には、通常の国王印章でなく、宮廷裁判所の印章が付されている。

(113) このような、いわゆる皇帝ラント裁判所 Kaiserliches Landgericht について全般的には、F. Merzbacher, a. a. O.(注94), Sp. 1499. 国王領ないしその管理単位であったラントフォークタイの裁判所に由来する場合と、王権とレーン関係にあったグラーフの裁判所に由来する場合の二系統があったとされる。更に、Hans Erich Feine, Die kaiserlichen Landgerichte in Schwaben im Spätmittelalter, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung,（以下 ZRG GA と略す）66 (1948), S. 148-235 を参照。

(114) ローテンブルクのラント裁判所については、Theodor E. Mommsen, Die ältesten Rothenburger Königsurkunden. Ein Beitrag zur Geschichte des Landgerichts und der Landvogtei in Rothenburg von Rudolf I. bis zu Ludwig dem Bayern, in: Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte 10 (1937), S. 19-64; H. E. Feine, a. a. O.(注113), S. 223; Hermann Schreibmüller, Das Rothenburger Landgericht und sein Achtbuch, in: Ders., (zusammengestellt und eingeleitet von Günther Schuhmann), Franken in Geschichte und Namenwelt. Ausgewählte Aufsätze zum 80. Geburtstage des Verfassers, Würzburg 1954, S. 45-52 (zuerst 1951) ; Friedrich Merzbacher, Iudicium Provinciale Ducatus Franconiae. Das Kaiserliche Landgericht des Herzogtums Franken - Würzburg im Spätmittlelalter, München 1956, S. 32-37. 裁判所の盛期は一三四〇年代であり、伝存するアハト台帳 Achtbuch ないしラント裁判所台帳 Landgerichtsbuch は広い範囲に及んだ活動をうかがわせるが、一四世紀後半には本文で述べたようなヴュルツブルク司教の圧力によって衰退に向かった。一四世紀後半の同裁判所について、L. Schnurrer, Reichsstadt(注109), S. 580 ff. なお、この裁判所のアハト台帳ないしラント裁判所台帳は、この種のもので伝存する中では最古のもので、記載はルードルフ一世の特権状の日付と同じく一二七四年五月一〇日から始まっており、一二七四年から一三〇四年のものと、一三一〇年から一三五年のものが伝わる。前者には一一九一年三月一一日から一二九三年五月一五日までの欠落がある。H. Schreibmüller, a. a. O., S. 46, 50. ルートヴィヒ・シュヌラーにより史料編纂が試みられていたようであるが（Karl Borchardt und Ekkehart Tittmann, Städte, Regionen, Vergangenheiten. Beträge für

Ludwig Schnurrer zum 75. Geburtstag, (Quellen und Forschungen zur Geschichte des Bistums und Hochstifts Würzburg, Bd. 59), Würzburg 2003, S. 8)、その後公刊されていない。

(115) GSP, 1, Nr. 61; MGH Const., 3, Nr. 650. 更に、その後の皇帝・国王による確認としてGSP, 1, Nr. 155, 181, 216, 383a も参照。

(116) MGH Const., 3, Nr. 650, Art. 3, "Insuper de iudicio terre, quod centa vulgariter nuncupatur, mandamus et volumus, quod secundum antiquam et approbatam consuetudinem hactenus observatam in iuris sui robore et rigore de cetero teneatur.".

(117) Ebenda, Art. 4, "Adicimus eciam hiis premissis, quod si quem de civitate predicta proscribi contigerit, sua debeat regie vel imperatorie curie denunciari proscripcio, ut registri memorialibus inscribatur, non restituendus regalis aut imperatorie beneficio largitatis, nisi absolvatur in loco, ubi primitus est proscriptus.".

(118) GSP, 1, Nr. 297; F. v. Weech (Bearb.), a. a. O.(注99), S. 148 f., Nr. 3, "Statuimus insuper et volumus, ut ipsi cives in Rothemburg vacante imperio judicium provinciale, quod in partibus ibidem haberi consuevit in loco ad hoc antiquitus specialiter deputato usque ad futuri regis creacionem debito solitoque more sine cuiuslibet impedimento libere teneant et valeant exercere.".

(119) 一二三三年五月に、ローテンブルクに滞在中のルートヴィヒ四世のもとへ、ローテンブルクの女性市民ヴェルントルート・ハイン Werntrud Hein が、騎士ルーポルト・ヴェルレント・フォン・インゲルフィンゲン Lupold Werlent von Ingelfingen らが彼女とその夫にあるホーフを売却したことを記した証書と、ハインリヒ・フォン・ゼルデネック Heinrich von Seldeneck らが出した和解証書を提示して、皇帝による確認を得ている。皇帝はあわせてローテンブルクのラントフォークトと市民にハインのための保護を命じている。証書自体の挿入はなく、印章は小印章であったと思われるが、確実でない。UR5, Nr. 194; MGH Const., 6, 2, Nr. 428. 女性市民を受益者とする宮廷における非訟事案で、この時期としては珍しいケースであるが、国王裁判権とローテンブルク市との特に密接な関係から、説明できるであろう。ハインはローテンブルクのラント裁判所で確認を得る代わりに、ちょうど滞在していた皇帝から確認を得たのではないかと思われる。この事案については、田口、前掲（注1）、一三頁でも触れた。

(120) フランケン公としてのヴュルツブルク司教のもとにあったヴュルツブルクのラント裁判所については、F. Merzbacher,

Iudicium（注114）を参照。ローテンブルクのラント裁判所との競合関係については、Ebenda, S. 32-37; Ludwig Schnurrer, Rothenburg und das Hochstift Würzburg im Spätmittelalter, in: Würzburger Diözesangeschichtsblätter 37/38 (1975), (=Kirche und Theologie in Franken. Festschrift für Theodor Kramer), S. 485-509, S. 491 ff.

（121）F. Merzbacher, Iudicium（注114）, S. 35; L. Schnurrer, a. a. O.（注120）, S. 493. そのような証言を伝える文書の一つとして、Monumenta Germaniae Historica, Constitntiones et acta publica imperatorum et regum,Tom. VIII, Hg. v. Karl Zeumer und Richard Salomon, Hannover 1910-1926, Nr. 160, "... daz man zu Rotenburg uff dem lantgerihte alle zu geriht hot mit oht und mit anleitt, als man ietzunt do pfligt zu rihten, als verre daz bistume zu Wirtzeburg get.".

本稿は科学研究費補助金（課題番号：16H03535）による研究成果の一部である。

論　説

中国での毒ガス兵器遺棄を巡る戦後補償問題（一）

――チチハル毒ガス被害者の聞取りを受けて――

吉田邦彦

一．序――毒ガス兵器問題の位置づけ

毒ガス兵器などの化学兵器は、ＡＢＣ兵器（核兵器、細菌兵器、化学兵器）の中でも間隙的存在と言われ、費用が安

く、秘密が守れて、核兵器と違い、国際的な強力な批判を免れることができ、建築物や施設への損害が無く、「安い核兵器」と言われて、国際的な禁圧の諸条約の進展（例えば、一九〇七年のハーグ陸戦条約は、化学兵器を投射物として用いることを禁止し、一九一九年のベルサイユ議定書は、毒ガスの製造・販売・輸出を禁止し、一九二五年のジュネーブ議定書は、戦争中に窒息性、毒性、その他のガス作戦装置を禁止した。さらに、一九九三年の化学兵器禁止条約では、より包括的な化学兵器の禁止、その生産施設の廃棄、遺棄した化学兵器の廃棄処分を義務づけた）にも拘わらず、わが国は、一九三〇年代からその間隙を縫い、毒ガス問題を隠匿して、中国戦などに全面使用した[1]（その大量製造がなされた「陸軍造兵廠火工廠忠海兵器製造所」（その後、「東京第二陸軍造兵廠忠海製造所」）が、広島県大久野島に開設されたのが一九二九年であり、一九三一年からその規模拡大が図られ、最盛期は一九三九年で従業員は、五〇〇〇人を超え、中国戦では、一九三八年八月の武漢作戦から南昌作戦・宜昌作戦、また常徳会戦など本格使用され、終戦までの間に二〇九一回使用され、死傷者は八万人以上になると言われる[2]）。

国際法的には、毒ガス戦の違法視は、定着していき、終戦後アメリカ占領軍は、この点の責任追及をするつもりであったが、いわゆる逆コースの下に、それに関わる責任は回避されることになった。それを端的に著わすのが、米軍モロー大佐の態度変更であり、歩平教授はその経緯は不明とされていたけれども[3]、その後、吉見義明教授や松野誠也氏などが、実証的に明らかとされた[4]。毒ガス戦それ自体の戦後責任の問題も大きな論点だが、本稿で扱うのは、戦後その廃棄を十分に行わなかったことによって、とくに中国大陸における遺棄毒ガス兵器がもたらす事故による日本の国家賠償責任の

陶器製毒ガス製造器（冷却器）
大久野島毒ガス資料館所蔵

問題である。

本稿では、日中友好協会北海道支部連合会に一部合流する形で、初めて訪問したチチハル市での毒ガス被害者の被害状況の聞取り結果を報告し（**二**）、これに関わる判例の状況を紹介し（**三**）、その法解釈的・法政策的な、現状の批判分析を行い（**四・五**）、結びとしたい（**六**）。

二．チチハルでの被害者との面会

チチハル市は、北緯四七度に位置する黒竜江省の中でも、ロシアとの国境（日本侵略期には、ソ満国境といわれた）管理の上で、要衝の地と考えられ、冬は、氷点下三〇度以下の日も多い、極寒の地だ。年間平均気温は、三・二度で、我々が訪問した二〇一六年八月末でも、日中は暑くとも、朝晩は、一〇度くらいにもなった。毒ガス弾は、中国東北部で、一番問題とされるのが、吉林省の敦化の吟爾巴（ハルバ）嶺というところだが、ここチチハルでもしばしば問題になる。こんな北の果てまで、大量の毒ガス弾が、大久野島から大連を経て、運ばれたのかと業の深さに嘆息が出た。この郊外を流れる嫩江（ノンコウ）では、終戦後三日三晩かけて鉄橋から毒ガス弾が廃棄された（元関東軍五二六部隊の金子晴二氏の証言）とのことだから(5)、その量の膨大さがわかろうというものである。

今も残る、大規模な大久野島・長浦毒ガス貯蔵庫跡

そして、毒ガス弾の内もっとも深刻な「きい弾」と言われる、イペリットないしルイサイトのマスタード中毒と言われる毒ガス被害は、単に膿が出るという皮膚性の障害のみならず、物理的・身体的そして精神的な万般に及び、実に様々な被害をもたらす「不治の病」であることが、今回の聞取りで思い知らされた。例えば、①呼吸障害で、頻繁な咳・痰、②皮膚の変容（真っ黒に変質したりする）で、③糜爛性といわれる水ぶくれ、水疱、発疹、そして膿の漏出、その際のかゆみ、痛み、④神経（感覚・運動・自律神経）障害、⑤目の障害、⑥脳機能障害、⑦免疫力の低下、⑧発癌などである。私は、二つに分けて面接したので、ここでのそれに沿いつつ叙述する。

（1）（二〇〇三年被毒事故の被害者）事前に面会をお願いしていても、予定通りには行かないのが、毒ガス被害者との面会である。被害者たちは、容姿に関係する被害も受けているし、精神的に落ち込んでいたりして、なかなか不安定で、デリケートな状態なのである。日本側が、十分に被害者に寄り添う対応をしておらず、不信感を持たれていると言うことも関係しているのかも知れない。そうした中で、喫茶店でのお茶をしながらの会合に集まってくださったのは、二〇〇三年の事故関係者で、（いずれの軽症の方ではあったが）、取りまとめ役の楊樹茂さん（五二歳）をはじめとして、憑佳縁さん（二三歳）、于景芝さん（六八歳）であり、

嫩江鉄橋（チチハル空港上空から）

左から、楊さん、憑さん、于さん
2016年8月29日3時過ぎから面会

体調がすぐれない中面会して下さったのは、楊さんの尽力のおかげである。

二〇〇三年の事件とは、旧日本軍の五一六部隊（砲弾詰めの毒ガス部隊）の弾薬庫、その後中国人民解放軍の弾薬庫の跡地に、二〇〇二年から北彊花園団地が開発されることになり、同年八月四日早朝午前四時頃に駐車場建設現場から、イペリットの入った毒ガスのドラム缶五個が掘り出され、そのドラム缶の授受の際に毒液と知らずに、それに触れ、それが廃品回収所に運ばれてまた同様の問題があり、他方で、毒液と混ぜられた土砂が、チチハル第五中学校の校庭や民家の庭土として運ばれて、一般市民が毒物に触れ、マスタード中毒にその後苦しむことになり、後述チチハル訴訟（第三次毒ガス訴訟）の四〇数名の原告となっている。(6)

お会いした憑さんは、当時小学生で（一〇歳）自宅の近所のチチハル第五中学校の校庭の砂場で被毒し（当日朝に駐車場から校庭に搬入されて、四日午前七時頃から遊んで被毒した）、楊さんと于さんは、各々四日、五日に自宅の庭用に汚染土を購入して、駐車場から六キロほど離れた龍沙区大民鎮三号村の自宅近くには、一一日に搬入されて、楊さんは、同日夜の整地中に被毒し、于さんは、一七日の整地で被毒した。

リーダー格の楊さん（来日五回）は、個人的被害（例えば、ひまわり・落花生の生産・加工の営業をしていたが、被毒により多大な営業損害を受け、薬代に借金をし、症状としては、くるぶしの水疱、黒色化、だるさ、発汗、頭痛、胸の圧迫感（胸悶）、物忘れ、免疫力の低下などで、自殺も考えた(7)）はもとより、全体状況を示された。

それは第一に、毒ガス被害の状況は、前述の如く様々な症状に及び、自分たちよりも症状が重いものも多く、この面

毒液が入ったドラム缶が発掘された北彊団地駐車場現場（団地建設に当たっては、他に砲弾が出てきたと、住民は話してくれた）

会に来られないものも多く、死者もこの一〇年余りで増えているとされた（亡くなった方として、李貴珍さん（本件ドラム缶を購入し、廃品回収所で、毒液をすくいだす作業をした。目が赤く腫れ、歩くこともできなくなり、意識朦朧となり、八月二一日に二〇三病院で死亡した）、曲忠成さん（楊さんとは別の王宇亮さんの庭への汚染土運搬に従事）、宗金さん（廃品回収所で、ドラム缶解体作業に従事）。さらに、徐志夫さん（ドラム缶の廃品回収所から化学工場への運搬作業に従事）も重体とのことである）。第二に、日本政府が責任回避の姿勢を採るのは、理解できないと言うこと、当然のこととして、日本政府は、責任を認めるべきだとされた（なお、このチチハル事件に関し、日本政府から授受された三億円で、被害者の多数が受け取ったのは、手取り一七万元ほどで（医療費一〇数万元は、別途ここから当てられた）、十分な救済になっていないとされた）（なお、死者の場合には、一〇〇万元が支払われたとのこと）。なお第三に、この損害ゆえの社会的差別は続いており、引越しや名前の変更を余儀なくされているとも指摘された。

他方で、憑さん（来日八回）（事故当時は、スポーツ大好きな健康的小学生だった）は、日本の支援者への謝意を述べられつつ、自身の損害としては、一時は汚染土で泥遊びをしていた両足は、水ぶくれができ、真っ黒となる症状であり（今は、夏になると、赤い発疹が出て痒い）、当時は痛くて、二〇三病院退院時の医師には、足切断及び治療方法はないことを告げられ、死ぬかも知れないと思った。免疫力も低下し、小学校を休み、社会的差別も受けて、引っ越しし、

チチハル第五中学校にて
（日中友好協会北海道連の皆さんとともに）

名前も替えた。当時は、恋愛も子どももあきらめたが、幸い三年前に結婚し、娘（現在二歳）もできたとのことだった。将来的には仕事も持ちたいが、今でも気力は続かないので、通常の仕事には就けない。毒ガス被毒者は、労働能力を失ったことを強調された。また、于さんは、事故当時非常に手が痛かったことを話されたが、この面会時にも常時咳をされて、軽食も一切口にできない状態だった。彼女は、体のかゆみ、痛みから常時自宅でも横になっていなくてはならない体であり、一時間ほどで、彼女がこの面会に耐えられなくなり、打切りとなったことが、何よりも、被害者の損害の現在ぶり、深刻さを物語っていた。

この面会においては、軽症の被害者に集まってもらったとのことであったが、軽症の被害者とて、様々な形で筆舌に尽くしがたい損害を受けているとの感触を私はこの聞取りから受けている。その意味で、チチハル訴訟での請求が、一律請求の形を採る（各自損害は、三〇〇〇万円を下らないとする）のは頷ける。

（2）（フラルキでの一九八七年の事故被害者との面会）先の喫茶面会の後の夕刻に、前記嫩江鉄橋を渡り、五二六部隊（実験部隊）が位置した、チチハル市の都心から三〇キロ離れた郊外フラルキに居住されている李国強・王雅珍ご夫妻に面接するために、そちらに赴いた。チチハルの郊外は、北の辺境の農村風景かと想像とは相反して、富拉爾基（フラルキ）とは、「中国第一重型機械集団公司」なる大企業を拠点とした巨大な重工業拠点地域の企業町であることにまず驚いた。

李さん（六八歳）は、後述第二次訴訟の原告でもあるが、この付属病院の医師として勤めていたところ、一九八七年一〇月一七日（二九年前）午後に、同区興隆街所在のガス会社庭で地中から掘り出された鉄製缶の調査依頼を受けて、当時毒ガス缶だとは思いもよらず、識別のために開缶すると白い煙が出て、吸引したところ、目が充血して開けられなくなり、それ以降咳が絶えず、手の指の水ぶくれ状態もいくら膿を出しても治らず、この皮膚損傷・呼吸系損傷は、イ

ペリット中毒だと判明した。まさしく三〇歳代の働き盛りの頃に、職場を離れざるを得なくなり、その後二九年間は、毎日が苦しみの連続だったとされる。熱が出ると、痰に血が混ざり、免疫力が無いから、半月毎に熱が出る。本件事故に労災保険は適用されず（彼の上司がその適用に向けての行動を抑えた）、結局高価な新薬（輸入薬）のために、自己財産を蕩尽し、親戚から二一万元借金する事態となっていて、息子が七万元返済しても、今なお一四万元の負債を抱えている。症状としては、咳がひどく、夕食をとりながらの面会時にも、常時咳き込んでおられた。奥さんも、李さんを支えつつも、身体異常を来し、教師職も一九九八年に早期退職せざるを得なかった。娘さんも、薬入手のためのお使いの帰りに交通事故死した（二〇〇九年）（三一歳）ということも涙ながらに語られた。

李さんの場合も、日本の弁護団や支援者には感謝しつつも、心身ともに、多大な損害を受けていて、金子証言で、自身の被害と遺棄毒ガスとの因果関係は肯定されていて（同氏は、撫順の戦犯管理所での「認罪」経験者で、その証言がなければ、因果関係さえ否定されていたと述べられた）、日本政府の賠償責任が認められるのが、当たり前で、三億円という解決の仕方はおかしいということを強調された(8)。

ここでも印象づけられるのは、毒ガス被害の深刻さであり、それが基に、被

フラルキの中国一重型機械集団公司の正面玄関

大きな毛沢東主席の銅像もあり、1950年代からの当時の中国の大企業の雰囲気は、今も残る

害者は身体的のみならず、経済的にも窮迫状態、財産蕩尽の状況にあり、その救済の必要性が大きいということである。そして補償責任問題については、（次述の如く）わが国の判例は、毒ガス被害者に対する日本政府の責任に消極的なのが、昨今の趨勢であり、上に示した被害者の考え方と大きな開きがある。他面で、中国政府はもっとこうした被害者救済に積極的に動いてもいいのではないかという疑問（例えば、米軍が投下した原爆被害者に対して、日本の被爆者のみならず、在韓被爆者に対しても、その救済に日本政府は積極的であることとの比較でも）、また被害者への社会的差別は、中国社会の問題でないかという問題はあるものの、それは格別として、以下では、こうした被害者の思いを念頭に、中国遺棄毒ガスに関わる日本の補償責任の状況を批判的に検討することにしたい。

フラルキ漁村満漢楼で

（1）この点は例えば、歩平（山辺悠喜子＝宮崎教四郎監訳）日本の中国侵略と毒ガス兵器（明石書店、一九九五）二八～三一頁。

（2）例えば、早乙女勝元＝岡田黎子・母と子で見る毒ガス島（草の根出版会、一九九四）三四頁以下、一二一頁以下参照。また、辰巳知司・隠されてきた「ヒロシマ」――毒ガス島からの告発（日本評論社、一九九三）二七頁では、一九三七年度には、毒ガス生産は、造兵廠全体（大久野島に加えて、一九三三年から福岡県曽根派出所（一九三七年から曽根兵器製造所）では、毒ガスの砲弾・投下弾への充填によるガス弾製造がなされた）として、生産高一億七六〇〇万円に膨らみ、同年度の国家予算二八億円の六・三％にもなると指摘する（因みに軍事費は、一四億円で、五〇％を超える）。

（3）歩平・前掲書（注1）三六頁。

（4）吉見義明・毒ガス戦と日本軍（岩波書店、二〇〇四）二六一頁以下、松野誠也・日本軍の毒ガス兵器（凱風社、二〇〇五）二九七頁以下。

（5）高暁燕・日本軍の遺棄毒ガス兵器――中国人被害者は訴える（明石書店、一九九六）八四頁以下。

（6）二〇〇三年の事件、そこにおける毒物の拡散状況については、化学兵器CARE みらい基金編著（吉見義明監修）・ぼくは毒ガスの村で生まれた（合同出版、二〇〇七）一〇頁以下参照。さらに、チチハル訴訟第一審（後述⑦）の損害認定の部分が詳細であり、参考になる。

（7）この点は、二〇〇九年一〇月一九日の本人尋問でも述べられ、例えば、「中国人戦争被害者の要求を支える会ウェブサイト」http://www.suopei.jp/local/tokyo/chichiharu/1019html. 参照。

（8）李さんの証言は、一九九七年段階のものであるが、毒ガス島歴史研究所・遺棄毒ガス問題――検証と証言（聖恵授産所印刷、一九九八）四五頁以下、一九九八年来日のものとして、大久野島から平和と環境を考える会編（山内正之監修）・おおくのしま平和学習ガイドブック（ワークホーム聖恵印刷、二〇一二）七八－八〇頁、二〇〇二年訪問時のものとしては、毒ガス島歴史研究所会報八号（二〇〇二）三一頁以下、二〇〇九年訪問時のものとして、同会報一三号（二〇〇九）二二頁以下。また、王雅珍「幸せで明るい私たちの生活を台無しにしてしまった日本軍の遺棄毒ガス弾（イペリット）」毒ガス島歴史研究所会報一一号（二〇〇六）二八頁以下参照。

論　説

葛藤する法廷（二）

――『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

（以上、六七巻四号）

（以上、本号）

二章　証拠調

「[刑事では冤罪は百の中一二三程度だろうが」民事に至りては則ち、或は債権者にして狡猾なる債務者の為めに欺かれ、或は又之と反対に債務者の債権者の為に陥れらるる等の弊ありて、之に対するの判決は未だ必ずしも其情を得ざるが如きあらば…」

「[判例批評は事実認定は正しいという前提で、法適用の当否を論評するものだが」事実の認定は事実裁判官の権限内

ではあるが、明定せられた法律其ものさえ適用を誤まる位ならば、錯綜せる事実の認定克く誤りなきを得るであろうか。而かも其認定権の不可侵なる丈には表面上其瑕疵も世に発表されんが、実際家の方では非常に怖がって居るのだ」

「[神戸のある外国商人が]縦令相手方が違約しても他の方法で始末をして、日本の裁判所の厄介にならぬ様にして呉れろと云う…日本の裁判は兎角時日が遷延するのと、形式に拘泥して事実の真相を得ることが少いから困るのだと答たそうな」(1)

これらの記事に示されている「事実の真相を得ない」民事訴訟について、当時の実務法曹はどのような問題意識を持っていたのだろうか。裁判が事実の真相を得ない理由としては、裁判官が法律一辺倒で「非常識」であることや西洋近代法がなお浸透しきれていないこともしばしば指摘されていたが、それについては四章・五章でとりあげることにし、ここでは証拠調における事実認定プロパーの論点に絞って検討する。

一節　「真相を得ない」裁判と後見的な真実探求への見方

一　不干渉主義批判と職権介入への期待

訴訟関係の明瞭な認識についてと同様、事実認定・真実探究に関しても明治民訴法の不干渉主義は批判されていた。

○明四二・一一・二〇　神戸地方裁判所部長波多野高吉氏談片(2)　は、不干渉主義ゆえ今一歩踏み込んで調べれば事実の真相が得られると思っても、当事者の申立がないとどうしようもできず遂に真相を得ないまま裁判することがある、「予は民事訴訟に於ては裁判官たらんよりは、寧ろ弁護士となり訴訟を取扱うこと面白からんと思考す」ともの足りなさを述懐する。○大一一・一・一　新年に際し余が希望の一、二　大審院判事菰淵清雄君(3)　も任他主義［当時、不干渉

主義と同様の意味で使われていた概念」ゆえ真相の看破は困難としたうえで、「余が大正八年六月以来大審院民事部判事の席末を汚してより爾来今日に至る迄、日々全国下級裁判所の訴訟記録を閲読せし際、事案の真相は判決に認定したるが如き事実にあらずして、他に存することの感想を抱きたること一再に止らず」と懸念する。

弁護士からも、「論者又或は曰わん。民事の裁判は不干渉主義に基づき、当事者の主張以外に立入って深く事実を究むる能わずと。然れども不干渉主義とは当事者に権利の処分を許したりと云うまでのことにして、之が為め事実の真相を究むる能わざるが如きものにあらず。裁判官は民事と雖ども刑事に於けると同じく、事実の真相に就ての心証は之を得ざるべからず」（〇明三九・六・五　法衙月旦　社員稲村蘿月(4)）。「我［民事］訴訟法は放任主義であるが、余の考としては職権主義を加味する方がよかろうと思う。何となれば現行法の様に放任主義では、証拠方法でも何でも凡(すべ)て当事者から提供しなければならぬ。であるから当事者の気の付かない様な有力な証拠があっても、之を採用しないから…正しい当事者でありながら敗訴することも随分多い」（〇大元・一二・二〇　手形法と民事訴訟法（下）法学博士青木徹二君談(5)）。原被の間には知恵や経験に優劣があり、相撲のように力量の近い者を組み合わせるのではない状況の下で、あくまで訴訟資料の蒐集に職権発動を禁ずるのは久しく遺憾とするところ、「仮真」でなく「実真」の私権保護のために職権調査を拡張して真相を闡明(せんめい)し、弱きものを救わねばならない。「当事者に立証を責め、其足らざるの故に直に保護を拒むが如きは無慈悲なり」（〇大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君(6)）。

この時期において不干渉主義は、裁判官・弁護士の双方から、真相に当らない判決の元凶になっていると認識され、職権の一定の介入が期待されていたのである。

大正民訴法改正の起草・立法過程に携わっていたハイレベルの司法官僚も同様の認識を示す。大正改正の中心人物たる山内確三郎は、〇大七・一〇・二三　民事訴訟法改正私見　司法省参事官法学博士山内確三郎君談　で

「△職権主義の加味　現行民事訴訟法の改正せざるべからざる点の第一は、職権主義を加味せざるべからざることなり。例えば当事者の提出せざる証拠を、裁判所に於て職権を以て之を集め、以て争訟の真相を捉え、是非曲直を正す上に於て違算なきを期せんとするものなり。若し夫れ現行法の如く、当事者に於て主張せざる以上は、裁判所に於て如何に事実の真相を捉うるに必要なる証拠なりと思惟するも之を蒐集し得ざるに於ては、邪曲の者或は勝訴し、正直の者時に或は敗訴することなきを保すべからず。之れ明かに訴訟の真精神を没却するものにして、予輩の採らざる所なり」と説明している。当時司法官僚として強い影響力を持ち大正改正の起草過程にも関与していた平沼騏一郎[7]も、不干渉主義の現行民訴法のもとでも裁判所は形式的な事実認定で満足することなく、法律の許す範囲内で適当な方法により事実の真相に適した裁判をくだすことに努めねばならない、と訓示せざるをえなかった（〇大一一・五・二五　司法官会議（第三日）平沼大審院長訓示）。

二　職権介入への批判　(1)　熱意過剰と権威主義

もちろん、裁判官の真実解明の熱意が過剰で高圧的だと皮肉をこめて描写されることはある。「去る二十日、民事第一部（乙）裁判長前田直之助氏[8]一証人を訊問し、例の調子にて追窮を試み、貴様と呼びソンな馬鹿なことがあるか馬鹿なことを云うな抔と頻りに怒号を極む。蓋し同裁判長の調振は天下第一也。此の裁判長を有する我が東京地方裁判所は実に名誉也」。「名川裁判長一証人を喝して云う、間違いないかッ嘘を言うと監獄へ行くぞゥ…エイかアア是れ近時、若手法官連の好んで使用する証人訊問上の一法語也[9]」。

明示的な批判もみられる。証人を侮辱するような言葉使いや、二言目には虚言をつくと監獄に入れると威嚇するのは決して有能な裁判長のすべきことではない。「東京地方裁判所民事第一部長代理の鈴木英男君[10]、一証人を訊問し証人の陳述が前後相違するや、例の鈴木式獅子吼で『宜い加減のことを云うと不可ぬ』と叱咤一番するや［原文は「するゝ」］

証人ドギマギして、答うる所益々要領を得ざること夥(おびただ)しい」。ふたたび前田直之助について「去る九日、裁判長前田直之助氏一証人を訊問し、午前十時半に始まり正午十二時過に至りて止む。其審理の周密にして且つ熱心なる、誠に事実の真相を究めずんば止まざるの風あり。而かも其余りに問うに敏且詳(びんたんしょう)にして、聴くに疎且冷なるの恨あるを免かれざるが如し…吾人は同裁判長の自重を祈る」[11]。

(2)　不干渉主義の主張は？　(a)支持の少なさ

不干渉主義を民事訴訟の原則とする立場から、職権が真実探究のために積極的に介入することを批判する主張は、この時期の『法律新聞』ではまれである。○明三六・八・二五　民事訴訟法改正案理由　草案起草委員法学博士河村譲三郎氏の談　は、いわゆる明治三六年草案(旧法典調査会案)における職権進行の強化を論じる文脈で、「改正の程度に付て、純然たる職権主義は手続の進行上には頗(すこ)ぶる便宜なるべしと雖も、裁判の適当ならんことを望む上には甚だ不適当なりと謂わざるべからず。而して古来各国の経験に徴するも、事実の真相を観破するには当事者主義を以て最も機宜を得たりと謂わざるを得ざるは、実験上更に疑いなき所たり」とさらりと触れる。その他、当事者が言ってもいないことを職権で認定し判決を下すことが非難される記事などもあるが、わずかにとどまる[12]。

とはいえ、職権の介入が一方当事者に対して有利にはたらくことは、他方当事者の不満を呼び起こしうるものであった。○大一一・三・二三　裁判官に対する忌避権に就て（法律新聞）　は、判事の忌避の申請が採用された例が民刑ともほとんどないことを批判したうえで次のように指摘する。「英米の裁判制度にては証人訊問に就ても、原被中其申請を為したる側の弁護士が先ず主たる訊問(チーフ、エキザミネーション)を為し、其反対訊問(クロス、エキザミネーション)は必らず相手側弁護士が之を行うを以て、裁判官が自ら争論の渦中に没頭して当事者と押問答を為すが如き場合なく、従って当事者より偏頗を理由として忌避せらるること又極めて尠(すくな)し。然るに日本の制度にては訊問権は専ら裁判官にありて、当事者は先ず裁判官を通じて其所要の訊

問を行い得るに過ぎざるを以て、裁判官は常に原被双方の争議の渦中に没入する結果、其問自ら当事者より不公平なりとの推断を受け忌避せらるる場合多き所以にして、恐くは日本独特の顕象ならん」。忌避を実際に機能させるよう忌避申請の判断を裁判官に独占させず、弁護士会長など民間法曹を参加させよという。

(b)　当事者の訊問権・交互尋問制の主張

右の記事にあるように、明治民訴法はドイツ法にならって、当事者ではなく裁判長が証人を訊問することとしていた（三一五条の反対解釈。これは大正改正法でも維持され、アメリカにならい当事者による交互尋問制が導入されたのは昭和二三年改正二九四条による）。

三一五条　①陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ証人ニ問ヲ発スルコトヲ得
②当事者ハ証人ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ当事者ハ証人ノ供述ヲ明白ナラシムル為ニ其必要ナリトスル問ヲ発センコトヲ裁判長ニ申立ツルコトヲ得　（以下省略）

当事者が証人に自ら訊問を行うことを認めない三一五条二項への批判として、当事者（弁護士）の直接の訊問権や交互尋問制を認めたほうが真実探究につながるという主張は早くから見られる[13]。大半の記事でドイツでなくcross examinationなど英米の制度が引き合いに出されていることは注目される[14]。

○明四四・六・一〇　法服と証人に就て　弁護士奥戸善之助氏[15]談　は「今日の制度では弁護士が直接に証人を訊問することが出来ない。…斯う云う事では到底事件の真相を発見することが出来ない」として直接訊問権を求め、弁護士が誘導訊問や証人を威嚇するおそれがあるなどというのは弁護士への侮辱であり、「今日の弁護士は識見と云い人格と云い決して在朝法曹の人後に落ちるものでないのみならず、常識に於ては其職務上在朝法曹より大に発達して居る点がある故に…裁判長の不備の点を補うて事件の真相を発見することが出来ようと思う」とする。○明四一・八・五　法界漫

言　弁護士の訊問権と弁護面会に於る看守の立会　も、英米弁護士の法廷での活動ぶりは我々にとって驚くべきものとして、「弁護士が、一番力瘤を入れて、自分の主張する所の事実を証明せしめくれんすものをと、其の呼出された証人に対して、ジカに訊問を始めるのだ。其中判事殿は唯黙して之を聞いて居るばかりだ。…今度は対手の方から反対訊問を遣るのだ。即ち此の反対訊問と対照して見ると、自然と証言の真偽如何が顕われて来るのである。…其の睨合いの両弁護士の遣り方は非常に巧妙なもので…間髪を容れる余地もない位だ。夫れだから偶には原告方の証人の陳述が、上手な被告弁護士の訊問にかかって、スッカリ其の効力を失ってしまう例もないではない」。日本のように一々裁判長を通して訊問してもらうのでは、「兎角に間の抜けたことばかりで、十中の七八は其の効力を減じてしまうのだ」。英米の証拠収集の方法の発達は驚くべきものであり、わが国の現状は事実の真相を発見するうえで非常に不利益と認めざるをえない、偽証も交互訊問でジカに訊問するなら防止できる、という。(16)

この背景には、当事者からの訊問の求めを裁判官が受けいれたがらないという実務の現状があった。(17)当事者の訊問権を求める動議は各地の弁護士大会で散発的に提案されているが、撤回されるケースが見られることは注目される。(18)大正改正法の起草過程では、起案を行った司法官僚たちは当事者の直接訊問権に否定的なスタンスをとり、改正刑訴法（大正一一年成立、施行は一三年）と同様に認めるべきとする弁護士委員・原嘉道との激論を経て、はじめて認められることになる。(19)弁護士大会での提案撤回が司法当局の意向に沿うものだったのか、それとも裁判官の介入に期待する姿勢が強かったということなのかは、判別し難い。

三　迅速化との関係は？

「真相を得ない」裁判が行われる背景として、事件の迅速な処理が裁判所内で要求される結果、証拠調がなおざりになったり証拠申請が認められないことがしばしば批判されている。(20)〇明四四・一二・一〇　松田法相に望む　福井弁護士帯

刀吉五郎君　は「司法事務監督の方法を一新せられたし」と題して、

「司法官の民刑事取扱に関しては、其審理日数を計上せる統計表を作成し其表に依て事件取扱の遅速を観、其速なるものを以て当該司法官の敏腕を賞揚せられつつありと。…名利に汲々たる当該官は滔々（とうとう）とし審理日数の一日も速かならんことを欲するの余り、当事者は訴訟材料提供の不足を感じつつも遂に結審に到るものあるが如し」と批判し、裁判においては真実を犠牲にした迅速より、真相の看破の方が重要なことは自明だと強く主張する。〇大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　も、誰の目にも必要とおもわれたのに裁判長が事件の進行のみに焦り、弁護士からの証人への訊問の求めに対して不必要の旨を告げたことを批判する。多くの証人は当事者や法律家と打合せをしてどう証言するかきめて出てくるのであるから、「其証言に依て不利を蒙る者の為めに充分訊問を求むるの自由を与えなければ、甚だ不都合の結果を生ずることがある。然るに裁判長たる者が弁護士から訊問を求むる場合に、頭から不必要なりと宣言して、其訊問請求の鼻柱をビチャリと挫く様な事は大いに慎しまなければならぬ」。弁護士大会でも、近時の裁判は形式に流れ真相を尽くさない弊がある、「是れ司法省が裁判の審理日数に重きを措くは其一因なりと認むるを以て、其矯正を司法大臣に建議する事」が決議され、法相も拙速に流れることを戒めざるを得なかった[21]。機械的な迅速化により真実探究をないがしろにすることは否定的に受け止められていたといってよいだろう。

二節　形式的訊問・「証拠裁判」批判と改善策の提案

『法律新聞』において事実認定・証拠調における職権の積極的介入が支持されていた背景には、裁判官が「するべき干渉」をしていないという実態があったと考えられる。以下では、いかなる裁判官の「不干渉」がやり玉に挙げられ、それに

対していかなる改善策が提案されていたのかを論じたい。

一　形式に流れる証人訊問

(1)　裁判官の証人訊問の手法が拙劣、なおざりとする批判は多い。人証の申請は証人が訊問を受けるべき事実を表示して行い、証拠決定を経て出される証人の呼出状にはその事実が表示される（二九一・二九二条）[22]。当事者から提出された訊問事項をただ順序どおりに読み上げて一口か二口問うのみ、疑問点を突っ込んで聞こうとしない裁判官がしばしば批判される[23]。

数度にわたりやり玉に挙げられている例として藤波元雄がある。〇明四一・七・三〇　大阪法廷見聞録　大阪支局松生　は「地方裁判所第三民事部長藤波元雄氏、某証人に注意して云う。宜しいモウ宜しい、此方から尋ねたことに就て答をすればソレでヨイ…此方から問いもしないことまで其方で云うと、何うも順序が乱れて不可ん」。この手の注意を藤波はしばしばするとした上で「敢て問う、些しは臨機応変の訊問方法も是れなきや奈何」と。〇明四二・二・一五　大阪地方裁判所部長評　大阪支局麗東生　でも、ある弁護士が藤波を、緻密に取調べをする誠に思慮あるいい裁判官だとほめたのに対し、別の弁護士は藤波の証人調べが訊問事項をそのまま朗読的に質問したり、田舎の爺さんに向かって難しい法律語をやたら使ったりで、到底事実の真相を捕捉することなどできない、証人の言葉の些細な点や微妙な態度を読みとる点では零点以下だと酷評している。

批判の対象はむろん藤波だけではなかった。〇明四一・八・三〇　弁護士武内作平氏談　松生　では大阪控訴院の浜田［道紀・民事第二］部長について、裁判所内では理想的部長などといわれているが「証人訊問の態度は何うかと云うと、些しも証人の態度と云うものに注意を払わないで只だ自分の手控と首引で訊問して居る。アレでは到底証言の真否と云うものは正当に判断することは出来まい」。この一点をもってみてもあの人はそれほどの裁判官じゃない、とこき下ろす。

○大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　も、証人に対して「ある」とか「ない」とか結局を答えればよいという裁判長もあるが、複雑な事柄をただイエスノーのような簡単な言葉で事情が尽せるものではない、とする。他方、裁判とはしょせんそんなもの、手続上のことで裁判所と争うは下策、「証人訊問一事でも前以て訊問の書類を入念に拵えておいて、自分からはあんまり追究せんがよい相な」と弁護士に処世術をアドバイスするものもある（○大七・一一・八　漫録　新米物語（下）弁護士よた十）。

「田舎の弁護士」に東京の裁判所の取調ぶりはどう映ったか（○明四四・六・三○　田舎者の見た中央裁判所　田舎の弁護士）。「之れは人にも依るが、一体に調振が雑で事件審理上の熱心と同情が薄いようだ。之れは田舎者の余り回り遠い性質からソウいう風に見えるのかも知れぬが、何うも［東京］地方裁判所の若手判事の多くは、一寸したことにでも余り理屈が雑り過ぎて事実の審理が充分でないようだ。一寸例を挙げると『オ前の云うことは時間と場所を云わぬから分らぬ』抔と云った風で、田舎者の僕では何にもソンな六つヶ敷ことを聞かずとも、能く分って居ることでも兎角理屈に走り過ぎ小六ッ敷いことを聞く。…ソウかと思うと又『ソンなことを聞くのでない、余計なことは云わんでも宜い』抔と一寸したことにも叱付たり怒鳴付たり一向合点の行かぬことが多い」。これがいわゆる敏腕家なるものなのかは田舎者には分らない、と皮肉っている。他方、田舎の判事のほうが昔ながらの官僚気分がひどいという意見もある（○大一○・九・一五　（漫録）近頃裁判所感　弁護士井上豊太郎君談）。「個人としては極人間のよい人でも、いざ審理となると全く下手で屢証人なぞを棒立にさせたりするのを見かけるが、どうしてああギコチなくやらなくてはならないのかと思う事が屢々見受けられる」。その手の判事は東京や大阪に来てもすぐ田舎へ転任させられるようであり、もう少しくだけた態度に出られないものかとこちらに惻隠の情が起こるくらいだ…。

いくら訊問しても、相手に問いの意味が分らなければそもそも話になるまい。○明四二・一二・二○　東京地方裁判

所法廷雑観　は、「▲一証人あり親族なる語を解せず。裁判長三宅高時氏[24]証人に対し当事者との親族関係の有無を問い、親族なる語を繰返すこと再三にして遂に通ぜず。始めて其意義を解せざることを知り、親戚なる語を用いて漸く通ず。這般（しゃはん）のこと世間敢て珍らしきことにあらず…▲岩本裁判長[25]借地事件に付一婦人を証人として訊問するに際し、先ず証人は地上権の意義を知れりや否やを確め後訊問に入る。以て証人の訊問上に於ける用意の周到なるを見る」。

(2)　嘱託訊問についても同様の指摘があるが、こちらはテクニカルな理由も伴っていた。〇大一二・四・二〇　九州沖縄聯合弁護士大会に提出したる議案に就き敢て当局の清鑑に供す（上）弁護士齋藤巖君　は、嘱託訊問は事件の真相をあやまる危険がある。せっかく多額の旅費を出して立ち会っても、「東京区裁判所の如く、訊問事項以外のことは、縦令関係事項と雖も、将（は）た証人の証言の信用に関する事項と雖も、殆んど一切追求訊問を許さざる処ありては、何等の詮もなく」何度重ねても真相を得られないまま手続が遅延する。加えて、受託裁判所に当該事件について十分な情報が与えられていないという事情があった。証拠決定（二七六条）では「第一　証ス可キ係争事実ノ表示」即ち立証事項の掲記がもとめられ、証拠調の嘱託の際には立証事項は当然明瞭にされるべきなのに、「実際の取扱は只当事者竝（ならび）に事件名の証拠方法を掲げ、単に検証鑑定＝訊問事項を付するに過ぎず」。それゆえ受託裁判所には何のためにその証拠調が必要で、いかなる争点にいかなる関係があるのか不明なので[26]、「受託裁判所は其託せられたる事項を咀嚼して取調ぶる能わず、之れを丸飲みにして其調書を作るの外なきに至り、隔靴掻痒の遺憾雲烟万里の嘆声なき能わず。親切なる判事の努めて訊問を詳密にせんとするあるも、其本目明かならざる為め、多くは枝葉＝争点以外に脱出して、徒らに証人を苦しましむる」。まして書記の能力が低かろうものなら証言の全趣旨が滅却されてしまうのである。

　証人訊問が形式に流れがちというこれらの批判は、人証の信憑性が低いという認識（三節参照）とあいまって、次にとりあげる「証拠裁判」の一因になっていたと思われる。

二　「証拠裁判」への不満

裁判官や弁護士がこの事件の「真相」はこうだと思ってもそれを根拠づける証明が十分になされない・できない場合に、形式的に証拠が備わっている側の主張に沿って「真相」に反する形で判決がなされているという指摘は少なくなく、「証拠裁判」などと称されて厳しく批判される。(27)

○明三八・七・三○　長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(一)　は「従来の方針を一新せざるべからず」と題して、今日の裁判について「弁護士は単に証拠なきを主張して事実の真相を否認せんとし、裁判所も確実なる心証ありながら証拠なきが為めに事実に反対なる裁判を下して憚らざる傾きは、掩(おお)うべからざる事実とす。勿論民事に就ては処分権主義の行わるる結果、多少此趨勢あるは免るべからずと雖ども…予は今少し民事刑事に通じて或る程度迄事実の真相を捉え、之に正確なる裁判を与うるに意を用いるの必要あるべしと信ず」。さもなくば人民は裁判を賭博視し、裁判上の勝敗は事実に関するものではないと考えるようになろう、とする。

弁護士からも厳しい批判があった。○明三八・一・二五　弁護士田沢鎭太郎君経験談　は明治一七年に代言人になって以来、裁判官の証拠のとり方が制限証拠法（法定証拠主義のこと）から自由心証法へ、そして今日はまた制限証拠法になっているという。「[明治]十七八年頃に於ては書面に認めた利益の証拠であれば必ず勝つ、俗に云う証拠裁判で情況などは一向役に立ぬ。…十九年の八九月頃帰京したところが、東京は其間ズッと進歩して所謂自由心証で、他の情況に於て裁判官が全然公正証書に記載したる事柄迄打破ると云やうな傾きであった。…[明治民訴法施行後も]目下の如く形式に拘泥せず、自ら敗訴しながらもどうして斯く腹の中まで見抜れたと云うように思った。之れ実に自由心証の行われた時代であって、従って私共は何でも事実を細かに書て、情況証拠の幸連したもので裁判官の心証を動かすにあると云う考えを持て居りまして、随分骨折甲斐があった。…唯今の東京地方裁判所は証拠法に於ては極めて厳格で、私共

が骨を折て証拠を蒐集しても少しも効力がないことがある」と批判する。〇大二・一一・三〇　司法雑観　弁護士法学士花岡敏夫君談　も、社会の真相や各事件について詳細に観察せずに、形式一遍にもとづいて処理する司法官が歓迎され昇進が早いようにみえる、「例えば民事々件としては書証にのみ重きを置き、証人訊問の如き最も手腕と識見とを要すべき方面に対しては少しも重きを置かず、従って事件の審理は徒らに形式に流れ」ていると批判する。〇大一二・五・一五　弁護士の真使命（弁護士ＴＨ君）　はこうした状況を悪用する弁護士を指弾した。「民事に在りても誠実の原則信義の軌道を逸脱し、随分危ぶないことを往々演ずる者を見る。証拠なきを倖とし徳義観念を無視し公然聖廷に虚偽不実の申立を為す者の如き…弁護士の本来的価値に値せず」。

裁判官が実業界の実情について「非常識」であることへの批判と結びつけられる例もみられる。〇明四一・七・一五　商業地の裁判官　大阪銀行小僧　は、商取引の実際と現状を踏まえてほしいとして「多くの裁判官には、株式の売買にも雑喉場［魚市場のこと］の取引にも殆んど公正証書同様の証書を要求するものあり。例えば近頃は便利なる電話なるものありて、電鈴一たび鳴りて立ち処に数千円数万円の取引成立する事あり［原文は「なり」］。裁判官は、平素此簡便なる文明の利器を使用する商人の『商業振』を百も承知しながら、斯の如き巨額の取引を電話にてなしたりとは信じ難しとて、尚書証を要求するが如き事例少なからざるなり」[28]。

記事の中には、「弱者」に対し強い感情移入が見られるものがある。弁護士から判事になり、浦和区裁監督判事をつとめる小林清蔵[29]について「没要領の証拠物に拘泥し却（かえっ）て曲者をして勝を得せしめ、為めに朴実なる良民をして竟（つい）に泣かしめ、法衙をして怨府たらしむるなきが如きは、君に於て最も意を致す所たり。…君は多年民間に在りて社会の事情に精通せる効果たるを疑わず。其の君が常識に富める大岡流裁判は、今日のハイカラ的ドブ板裁判に勝るや遠し。人民は寧ろ君の裁判を歓迎すべきを知る」（〇明三六・九・五　法曹人物短評（小林清蔵君））。〇大一一・四・一五　合法

裁判より合理裁判へ（下）判事片山通夫君[30]も、「正直な田舎者」が百円を親切に貸与したが、この真実な事実を物語る証文も証人もないという例をあげ、「私は彼田舎者の嘆声を、法律を知らざる無知者の夜迷言として一笑に付するに忍びない。私は此不合理は訴訟法上事止むを得ずとし、手を拱いて空しく看過傍観するは、果して真に人権衡平保持の忠実なるものなるかを疑うものである。蓋し裁判はあく迄も心から悦服するものでありたい。腑に落ちない裁判合点のゆかない判断、呑み込めない裁決は決して司法の使命を全うしたものということが出来ない。…私は世人に顧られない此種の問題が、社会問題として重要なる一場面であらねばならぬ事をつくづくと感ずるものである」と述べている。

三　「真相」の内実

上記の記事は、証拠により形式的に認定される事実と裁判官の心証が示す「真相」が一致しない場合、「真相」に基づいて判決はなされるべきではないのかという実務法曹や当事者の苦しみ、そして憧憬を示すものである。これはパターナリズムにもとづく一種の「名判官」待望論といえようが、他方で当時のわが国において予防法学的配慮がいまだ普及していなかったことの帰結でもあったろう[31]。

「真相」についての心証はいかにして形成されるべきものと考えられていたのだろうか。『法律新聞』の記事においては心証形成は自明の前提とされ、明示的に示されているわけではない。概して、当事者の属性（下層民、しおらしい・お人よしそう、高利貸・三百代言、強欲そう・悪ずれしている）や事件内容にともなう常識的判断（商人の取引慣行・借地借家事件・金銭消費貸借事件など）から経験的に、「自由心証」として形成される、という認識が記事全体からは読み取れる[32]。このようにして形成される「真相」の心証が真実と結果として一致する可能性は、キャリアをつんだ裁判官であれば必ずしも小さいとはいえないだろうし、経験則にもとづくある程度の「すじ」「見立て」は訴訟の運営に不可避なものでもある[33]。法文の形式的理解・適用をおこなう「非常識な」裁判官が強く批判され、常識・情理にもとづく

裁判が高唱されていた当時の風潮も、このような心証形成を支持する方向に作用していたであろう(34)。

しかし、このようにして形成された「真相」の心証が常に真実と一致するわけではむろんない。思い込み・予断のみにしか基づかない判断を「常識的」として得意になる裁判官への批判(35)として、〇明四四・一二・一〇　松田法相に望む　福井弁護士帯刀吉五郎君　は

「真相を得たる裁判とし謂えば、多少法律の解釈及適用の点に欠くる所あるも明裁判として囃さるるは、当今の習いなり。是れ必ずしも不可ならず。然るに此の美名の下に隠して情実裁判の伏在せるものありと伝えらるるに至りては、沙汰の限りと云わざるべからず。何をか情実裁判と謂う。曰く事実の真相を得るに必要なる材料以外に馳せて、裁判官の脳裏に存在する或ものを以て事案審理の基礎と為すの謂いなり。仮えば当事者又は代理人其人の地位、来歴等によりて、始めより権利なし義務なしとの予断を懐き、以て審理裁判するが如き即是なりとす」と厳しく批判する。

長崎弁護士会から法相への抗議は、「司法官にして訴訟人若くは証人の供述を聴かずして、『アーデアロー』『コーデアロー』と自ら事実を想像して之を訴訟人等に押し付け、訴訟人証人をして自由の供述を為さしめざるものあり」（〇大八・一〇・一八　第十四回九州沖縄聯合弁護士大会）。裁判官が自分の「見立て」を押しとおし、証人や当事者本人が思うところを十分に述べることができないならば、かえって真相から離れてしまう危険性があっただろう。

〇大二・一一・三〇　司法雑観　弁護士法学士花岡敏夫君談(36)　は「司法官の社会主義」と題して、「…民事々件に於ても、身分上社会上の地位高き者に対して敗訴の言渡を与え、而して司法権が完全に行われたりとして其形式を喜ぶの風がある…未だ学校生活以外に社会の世故に通ぜざる者をして、一遍の卓上論の下に於て、地位ある者が社会に害毒を流すは一般普通の者よりも特に悪むべき所為なりとの単純の観念、若くは資産ある者は比較的証拠蒐集其他に便宜を得るが故に、民事上立証の便否に於て斟酌する処あるは已むを得ざるものとの観念を前提として」裁判をするのは嘆かわしいと

批判しているが、このように「弱者」保護に心証形成が偏する危険性が明示的に指摘されることは『法律新聞』ではまれであった。

四　手続化への試み

とはいえ、実務法曹の実務法曹たるゆえんは、証明によって根拠づけられない心証のみにもとづいて判決してよいとすることなく、「真相」への憧憬に対して手続レベルの裏づけを与えようとしていたことにあったと解する。一章で論じた釈明権行使の強化もまさにそのための改善策に他ならないが、証拠調についてもさまざまな改善策の提案がみられた。

(1)　突っ込んだ証人訊問を

明治民訴法の不干渉主義が真実に基づく裁判の実現を阻んでいるという理解の下、突っ込んだ・丁寧な訊問を行なう裁判官は賞揚され、またそれが望まれる。「証人の云う処、前後矛盾して相容れず、同［杉坂］裁判長熱心に推問を繰返すこと幾たび、証人尚お固執して言を改めず。乃ち同裁判長襟を正し偽証の罪責あることを諭し真実を述べんことを以てする処、…予は氏が民事裁判長として局に当りて熱心なるを歓取せずんばあらず。同裁判長予に語りて云う、予は唯だ勝敗の如何に拘わらず、審理に就て当事者双方が遺憾を感ぜざらんことを欲す矣と」。

弁護士・裁判官からは、証人訊問で判事は当事者作成の訊問申請書に記された訊問事項に拘泥せず、証人申請事項の範囲内でもっぱら真実を得るために自由に質問すべきである。証人に訊問事項を読み聞かせて証言させるようでは、あらかじめ考えたとおりに直ちに答えるだけになってしまい、偽証を見抜けない、と指摘される[37]。〇大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士喜多村桂一郎君）　は、判事の訊問の拙劣さを改善するために判事に訊問学を講習させるべきである。またかつて自分が判事だった折に、「合議制の部に於て、部長のみが訊問権を有して居るのは宜

しくない。之れは代る代る裁判長となって審理すべきものである。若し斯くの如くするときは各自の天才を発揮し、訊問学も研究することが出来る」という意見書を法相に提出したことがあるという。

(2)　当事者訊問の活用を

また、英米のように宣誓のうえでの当事者訊問を一の証拠方法として積極的に活用せよという見解が見られる。ドイツ帝国民訴法は一九三三年（昭和八）改正まで当事者訊問についての規定を持っておらず、明治民訴法には当事者本人の訊問について規定は存在したが、宣誓をさせるというものではなかった（三六〇～三六四条）[38]。〇明四三・一一・一五　区裁判所傍聴感　大阪某弁護士談　では、本人訴訟においては不干渉主義に多少手心を加えてほしいとして、「私の傍聴した事件は原告［本人訴訟］に勝訴の理由がある様であった。併し十分証拠を挙ぐることが出来なかった様であるから、敗訴の言渡を受けたことと信ずるが、全体我民事訴訟法では英国の如く本人に宣誓を命じて其証言を聞くと云う制度がないから、如何に当事者の言う事が真実であったとした所が、苟くも法律の要求する証拠がなかった以上は敗訴の運命は到底免がれないのである。御承知の通り、英蘭（イングランド）銀行は古来未だ曾て預り証を出したことがない…若し我国に於て無証文にて預金返還［原文は「近還」］の訴訟起りたるときは、一も二もなく原告の敗訴に帰するであろう。現に数百円の取引を無証文に遣ったと云えば、判事は必ず之を疑うて再三訊問するのである。…民事訴訟法改正の暁には、証拠法の規定に何等かの改正を加うる必要ありと信ずるのである」と主張する[39]。

また判事の松山与三吉[40]は当事者訊問のいわゆる補充性を批判し、手続の当初に行うべしとする。その理由として松山は、早期に和解勧試をおこなって紛争を妥当迅速に解決できることに加え、「本人…は、最も明瞭に事実を知るものであり、自己を知るは自己なりの原則に基き、成るべく、之に依りて真実を捉うることに力めねばならぬ」。当事者本人以外の証拠方法はすでに滅失していたり、記憶があいまいだったり、証言拒絶や忌避を受けたり、それにより当事者本

人がかえって汚染されたりする。民訴法が実体的真実発見主義でなく制限的法定真実発見主義をとっていることは本人訊問を後回しにする理由にはならないと述べている。(41)

(3) 和解による終結の活用

裁判官の心証としては勝たせてやりたいが証拠が不十分な場合の救済策として、和解による終結を活用するというアイデアも見られた。

明治民訴法期の『法律新聞』には、訴訟上の和解勧試や調停（明治民訴法下では制度として存在していなかった）・仲裁など裁判外紛争解決をポジティブにとりあげる記事が極めて頻繁に見られ、その支持・促進が社論とされていたとみられる。和解勧試や裁判外紛争解決は紛争当事者に対する裁判官・裁定者の一定の積極的介入を前提とするものであり、釈明権の行使や職権探知への期待感が醸成されていた当時の傾向と同一ライン上にあるといえよう。裁判官による訴訟上の和解勧試は、一定以上強力、時に高圧的な勧試をふくめポジティブに評価されることが多い。但し、司法統計上はこの時期訴訟上の和解成立は少数にとどまっており、(42)実務では裁判官によって和解勧試へのスタンスには幅があったと考えられる。

裁判官が「真相」について形成した心証に一致する解決へ導く手法として、和解を積極的に利用すべしという主張が散発的に見られるのは、上述の「証拠裁判」批判を念頭に置いたものといえよう。(43)〇明三四・六・三　闇夜の一明星は「[明治民訴法施行前の勧解前置は少し極端だったとしても]近頃の如く、事実の真相に着眼せずして皮相の顕象に依り判断を下し、往々権利者権利の実を得ず義務者義務を免かるるが如き変体の裁判をなすものあるに比すれば、和解の結果の遥に優れるを認むるに誰れしも躊躇せざるべし」と指摘する。〇大一一・四・一五　合法裁判より合理裁判へ（下）判事片山通夫君　は、証拠裁判はいかに法律上正当であっても事実の真否に合致しない不合理なものであり、救済策の

一案として強制和解制度の導入を提案する。これにより裁判は社会連帯と権利の合理的衡平に寄与するものとなり、法律上の正当が社会通念上の正当と接近することができると主張する。〇大一五・二・二〇　裁判及裁判制度の根本的改善（五）判事法学士松山与三吉君　は、「今日の民事訴訟に依りて権利義務を争わんとするも、形式的理論主義当事者処分権主義の下に於ては、実体的に其真実は発見し難く、如何に丁重に審理するも其目的に達するに由無く、却て反対の結果を見ること尠しとせず、従いて、権利義務は持つべき者が持たず負うべき者が負わざることとなる。されど…和解裁判を為すときは比較的近き真実、即、個人関係事件としては、社会的妥当なる真実を発見することを得、…真実発見に依りて定まりたる権利義務の利益損失を適所適時適物的に差繰り交換を為し、以て公平円満に調和し互に相喜び相楽しむことが出来る」とする。

もっとも、厳しい批判もなくはなかった。〇大一〇・一二・一八　民事訴訟法改正私論（一）弁護士齋藤巖君　は、訴訟手続の渋滞や判決の負担を回避するという裁判所側の思惑で稍々高圧的に和解勧試がおこなわれ、「勧解の方便上、時に裁判は必ずしも事実と一致せず、勝敗容易に逆賭すべからずと説き、裁判所自ら裁判の当てにならざることを示し、初心の訴訟者をして、国家裁判に不安を懐かしむるなしと限らず」。当事者を和解へと誘導するために、裁判の判決は必ずしも真実と一致しないと裁判官自身が語っていることを批判し、裁判をおこなう者と和解をおこなう者を別にするよう主張している。

三節　「真相を得ない」裁判のテクニカルな理由

ここまで論じてきたのは職権介入の積極化への期待とそのための手続の改善策であった。それと並んで『法律新聞』

では、証拠調のいわばテクニカルな側面について極めて具体的に問題が認識され、真実探究に向けた改善策が裁判官・裁判所のイニシアティブに期待するかたちで提案されていた。以下では特に指摘の多かった論点として、偽証の多さと調書の劣悪さを中心に論じてみたい[44]。

一　人証の問題

(1)　偽証の多さ

当時の民事訴訟における偽証の多さは、「真相を得ない」裁判が横行する原因として極めて頻繁に批判されている[45]。この点の実証は（まして今となっては）極めて困難であるが、『法律新聞』では裁判官・弁護士問わずコンセンサスが成立していたといってよく、民事では偽証が「半分」「三分の二」「十の七八」など極めて多いと認識されている。

○明三九・六・二五　法衙月旦　社員稲村蘿月　は「今日の実際」として、

「民事の裁判に於て最も多く利用せらるるものは書証と人証也。書証に就ては検真［私文書の成立の真正に関する特別の証拠調（三五二条以下）］の方法に依りて、覚束なきながらも真偽を確定するの方法あれども、人証に至ては全く之なく、裁判官も不干渉主義に依りてか、敢て追究して真偽を発見せんとするものは少し。或は偽証の制裁あれども、民事の法廷に表われたる証人に対し一々偽証の告訴を提起せんは、手数の上に於て容易のものにあらず。…訴訟術に長けたる者は、一に証人の偽造に依て勝を制せんとす。其弊や裁判の結果を以て殆んど一六勝負［ばくち］と同視する者さえ生ぜしむるに至れる…吾人は今日の法廷を見て、証人の殆んど総べてが前夜訴訟当事者に言含められて立てるものにあらざるなきやを疑う」と厳しい。この状態は大正改正を控えても変わらなかったようで、○大一二・七・一五　裁判教育と陪審　法学博士原嘉道君　は、ほとんどすべての事件の事実は人証によって証明されなければ分らないと強調した上で、「我国民中兎角証人として…出頭し陳述しても、成るべく知らぬ存ぜぬで押し通し訴訟関係人に悪まれぬ様にしようとしたり、或は甚きは関係人に遠慮したり頼まれたりして、虚偽の陳述を致しませぬと宣誓しながら、大それた虚偽の陳

述をする者が少なからぬ…実際から謂うと偽証の事実は極めて多い。民事訴訟の稍複雑なるものには、偽証は付きものだと謂うても能い程に思われる」と嘆じている。

民事訴訟では刑事訴訟と異なり検事の立会がなく、また故意に真実でない申立をすると見えしかもその証拠がなければ、偽証と認定することは困難であるから、検事局が偽証事件として検挙するものは少なく、偶然見つかったものだけを重く罰することもできないので科刑も軽くなっているという。記憶は本来時間の経過と共に薄弱になるにもかかわらず、裁判所は昨今の出来事のように判然と陳述した偽証を多く採用する傾向がある、とも指摘される。欧米では偽証は少なく、日本人の国民性・宗教観（宗教上の制裁がないなど）ゆえとする対比も見られるが[46]、ドイツでも偽証が多く宣誓は機能しないという指摘もある[47]。

(2)　偽証の改善策

このように人証が一般に信に値しないという認識は、書証を「偏重」して勝敗が決せられがちであることの一因になっていたと思われる。しかし書証のみに過度に依存した裁判も真相を得ない「証拠裁判」なのだとすれば、人証の信憑性を向上させるしかない。改善策として、(イ)人証の利用を前提とした上でその信憑性を高める。つまり宣誓の意義を証人によく理解させる、偽証罪による威嚇の強化などが多く主張されているが、(ロ)人証の利用そのものを制限すべしという見解も若干見うけられる。

(イ)　人証の利用を前提とした上でその信憑性を高める

宣誓の重要性をよく理解させるために、実務上おこなわれている書面宣誓（宣誓文句を印刷した用紙に証人が署名捺印）を廃して口頭宣誓（宣誓文句を証人が朗読）を採用する、荘重な雰囲気のもとにおこなわせる（法廷の他の者も起立する、陛下に対して宣誓させる）[48]、検事による偽証の告発を積極化・処罰を厳重におこなう[49]、証人の由緒をよく調べ

信憑力を慎重に判断するなど。[50]

(ロ)　人証の利用そのものを制限すべしという見解

○大一〇・九・二〇　証人訊問の実況に就て（法律新聞）　は英米法と対照させてわが国の立証の現状を批判する。「裁判官は証言が多くの場合に於て甚だ危険なることを看過し、却て証人を神の如く誤解し、所謂自由裁量主義に依りて伝聞証言は勿論証人の意見の如きも無制限に之を採用」してしまっている。「書証と人証との間に全く軽重の別を設けず、裁判官の心証と称する予断に依りて造れる鋳型に入り得べき証拠のみを採用し、之に反するものは唯単に『之を措信せず』との一言を以て之を排斥す」。大審院は事実認定の誤りを理由とする上訴を受付けず、多くの弁護士もそれを怪しまない。「要するに我国の訟廷に於ける立証原理の研究は官民共に之を無視し、其立証の方法は全く混沌として、雑然盲人の争闘の如しと謂うも過言に非ず」。

ここには自由心証主義への消極的評価が見出される。いかに立派に成立した証書でも人証により否定されうるため、有力な証拠を出し渋りがちなことが手続延滞の一因になっているという理由から、人証に制限を設けるべきとも主張される。[51]○大一三・七・五　人証を少なくしたい　在伯林東北帝国大学助教授石田文次郎君　は具体的に踏み込んだ提言を行った。

「現在の裁判の実際に於て、証人の証言が果して訴訟の延滞を補うて余りあるだけの証拠力を持っているだろうか。…一つの争点につき原告側の証人は右と云い、被告側の証人は左と云うことは事［一字読取不能］普通である。何れか一方が偽証している…からである。一々偽証罪を以って臨むことは裁判制度の自殺を意味するだろう。…裁判所は本人訊問にまで徹底するか、更に多くの証人調べを為して証言の数によりて形式的に争点を決するかの途を採らねばならぬ。而も共に証言の証拠力の少きことを物語るのである。　加之訴訟は証言に依て混乱して行く。…不法行為に関する事

件及び親族相続に関する事件については、人証が有力なる証拠方法であろうが…物権債権に関する法律取引につきては、他日の証拠のために、成るべく文書を作成する様に国民に対する司法当局の指令を欲する。而して裁判所もなるべく之等の事件に関しては人証の採用を少くして頂きたい。又弁護士に於ても、なるべく立証方法を人証以外の証拠方法に求めて頂きたい」。ここにみられる予防法学の普及の必要性は、この時期の『法律新聞』がしばしば取り上げていたテーマであり、五章で論じたい。

二　調書作成の劣悪さ

一二九条　①口頭弁論ニ付テハ調書ヲ作ル可シ（以下省略）
一三〇条　①弁論ノ進行ニ付テハ其要領ノミヲ調書ニ記載ス可シ
②調書ニ記載シテ明確ニス可キ諸件ハ左ノ如シ
第一　自白、認諾、抛棄及ヒ和解
第二　明確ニス可キ規定アル申立及ヒ陳述
第三　証人及ヒ鑑定人ノ供述但其供述ハ以前聴カサルモノナルトキ又ハ以前ノ供述ニ異ナルトキニ限ル
第四　検証ノ結果
第五　書面ニ作リ調書ニ添付セサル裁判（判決、決定及ヒ命令）
第六　裁判ノ言渡（以下省略）
一三一条　①前条第一号乃至第四号ニ掲ケタル調書ノ部分ハ法廷ニ於テ之ヲ関係人ニ読聞カセ又ハ閲覧ノ為メ之ヲ関係人ニ示ス
②調書ニハ前項ノ手続ヲ履ミタルコト及ヒ承諾ヲ為シタルコト又ハ承諾ヲ拒ミタル理由ヲ付記ス可シ

職権の口頭での介入によって訴訟関係の明瞭な認識や真実解明をはかるうえで、口頭弁論について作成される調書、とりわけ証人の証言を記録する訊問調書が、手続延滞による記憶の薄れはもとより嘱託訊問・頻繁な判事の交代・上訴

審での審理をかんがえれば、極めて重要であることはいうまでもない。[52] しかし、その調書作成の実情のひどさが弁護士からしばしば批判されていた。

○明四四・六・一〇　法服と証人に就て　弁護士奥戸善之助氏談　は、

「証言の如きも、書記にして遺憾なく之を筆記し得るものは暁星の如くで、唯其要領を筆記するか或は裁判長の口授に依り之を筆記すると云うのが今日の現状である。而して調書を証人に読聞かす場合に於ても、苟くも大体に於て間違がなければ証人は訂正の申立をしない。然れども、直接証人を取調べたる裁判所は証人の一挙手一投足に至るまで之を看察し居れば、容易に其真否を判断することが出来る故に、証人の証言と筆記の字句と多少の相違あるも敢て大なる妨げはないが、控訴審に至っては証人の調書が有力の証拠となるのである。然るに調書は如何と云うに前述の次第であるから、調書に信頼して断案を下すのは懸念の至りに堪えない。私は法廷に於ても速記を採用せられんことを希望する」

と批判している。

陳述の微細が証言の信憑力に影響するにもかかわらず、公判廷では能力不足のためにおおざっぱな記載にとどまり、後日清書したりするので正反対の内容になったりする。書記が作成すべきなのに裁判官が内容を要約して口授筆記させている。閉廷後に記載を変更したり判決文作成に便宜な意味に製造したりする。調書を読み聞かせず閲覧もさせないでそれをおこなった旨の調書を作成し、当事者や弁護士もそれを等閑に付して怪しまない。具体的解決策としては書記の能力の向上のほか、速記の採用を望むものが多い。[53]

裁判所や書記による差も大きかったようで、「木村米次郎君の話では、大阪控訴院及び地方裁判所には各三四人許り非常な腕利きの書記があって、証人調書は其場で調書を作って朗読するそうだが、或地方の裁判所などに行き書類を朗読して呉れと云うと、調書の整理に四五時間も待される所」もある。別の弁護士の見立てでは、民事記録は田舎の裁判

所では非常に精密でほとんど証人の口調まで彷彿とさせるのに、東京では要点のみである。田舎では書記も陳述者同様土着の人で調書を取りやすく、東京の書記は受験勉強のために調書をなるべく簡単に済ませたり頭が良過ぎて要点をつかみすぎる、と批判される[54]。他方、〇大七・二・二五　準備書面提出に関する清瀬弁護士の所論に就て　判事霞城君は書記の能力が低いという弁護士からの批判に反論して、「今日の書記は昔日の書記と選を異にする…今日都会の裁判所に在勤せる書記は、何れも相当に法律学を修養し、法廷に立つ前に記録の大体を通覧し事案大体を知悉するものなり。若し夫れ調書に誤ありとせば、聴者の罪に非ずして…近来弁護士は早呑込を為す結果から…本末転倒の陳述多を占むる為め、聴者に誤想を抱かしむるものなり」とむしろ弁護士のせいだとする。

嘱託訊問の場合はなおさら深刻であった。訊問調書を朗読しない裁判所のばあい、嘱託訊問調書には事実の真相を得ないものが多く[55]、能力の低い書記にあたれば「時に証言の全趣旨を滅却して、当事者を呆然たらしむるものなしとせず」。調書からは証言の信憑力を十分に判断することは到底できないので、訴訟となったからには費用など当事者は顧みないのだから「万止むを得ざる場合の外、受訴裁判所に於て之を訊問せられんことを希望するものである[56]」。

口頭審理の内容を示す調書がそれほど信用できないと考えられていたことは、書証のみを重視する「証拠裁判」を助長していたといえよう。大正改正法案についても、これらの点については十分手が加えられていないという厳しい批判がある[57]。

三　証人・当事者本人の不出頭

〇明四三・七・二〇　吾人の希望　東京地方裁判所民事裁判長名川侃市氏談　はこう伝える。

「近頃も一人の証人が罰金を言渡しても出廷せぬ。三回目の呼出には旅中であるとのこと故、其旅行先の旅館に呼出状を交付した。然るに旅館よりは、宿泊したることなしとの付箋を貼りて返付して来た。更に住所に呼出状を送達する。

仲々の手数を費したのである。医師の診断書などは大多数虚偽である。私は此弊を改むるの手段として、医師を召喚して取調べたことさえあった」。

当事者本人の訊問について○大四・一〇・二〇　寸閑余滴（二）判事菱川憲正君　は、訴訟代理人による訴訟で当事者本人に訊問をしようとすると、「訊問を受くることを厭い、又は其陳述を不利益と思惟する場合には、裁判所に出頭することを回避し、一面民事訴訟法第三百六十三条の制裁的認定[58]を免れんが為め、殊更ら住所を転換し居所を不明ならしめ、朝（あし）たには東より夕には西より自己の訴訟代理人にのみ通信を為し、百方呼出を避くる形跡顕著なる」も、呼出状を送達できないために相手方の主張を正当と認める（三六三条）こともできず制裁もできない、と規定の欠缺を批判する。

証人が出廷を渋るのは偽証と同様にさしさわりをおそれてのことと認識され、証人への制裁（罰金）の強化も提案されていた。もっとも裁判所側にも時間を励行せず、呼出した証人を長時間待たせるなど問題があったのも事実である。

小括

○大四・九・二五　裁判の真実を顕現せよ（法律新聞）　は、今日の裁判が民刑問わずなぜかくも真実性に乏しいのかにつき、以下の三つに整理して批判している――①裁判のための裁判　裁判は裁判のために行われるものではなく、当事者のために行われるものである。今日の裁判官は単に形式上の裁判をなすに急で、裁判の実質がないがしろにされるようでは、国民は裁判を信頼できず、またそのような裁判は我々の要求する真実を包含するものではない。②便宜なる証拠方法の蒐集　証拠による事実認定に問題がある。民訴は当事者の申立てた証拠と主張に羈束されるとはいえ、当

事者の言うところも形式的にではなくよく吟味して真実を読み取らねばならない。職権証拠の規定あるにおいておやである。③拙速よりも巧遅　拙速な事件処理がしきりに行われ、人事評価により助長されている。しかしそれは誠意・真実・満足と相容れず、著しく裁判の真実を毀損する。拙速で誤りあるよりは巧遅にして完全なるを尊ぶ――「裁判の真実を顕現することは、今日の急務也、敢て当局者の反省を求む」と記事は締めくくられている。

本章での検討は、この記事の問題意識を裏書するものであった。真実探究に関する不干渉主義批判と職権介入の強化の必要性について、『法律新聞』記事には明治民訴法期を通して裁判官・弁護士を問わず幅広いコンセンサスが見られたといってよい。但し、『法律新聞』から読みとれる実務法曹の問題意識は、同時代に行われていた大正民訴法改正に向けた起草・立法過程の議論とは偏差があったようにみえる。大正改正で新設される職権証拠調の一般規定（改正法二六一条「裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得」。昭和二三年改正で削除）について起草過程前半（法律取調委員会・明治四四～大正四年）における関心は稀薄であった。起草過程後半（民事訴訟法改正調査委員会・大正八～一四年）と立法過程（貴衆両院での審議）においても、職権行使はあくまで補充的なものとする認識が支配的であり、同条を「職権主義の権化」とする後世の悪評は当らない。当事者本人訊問の強化（改正法三三六条「裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得」）についても議論はそれほど盛り上がることはなく、いわゆる「補充性」にもとづき謙抑的に行使されるべきものというコンセンサスがみられたのである[59]。

「真相に当たらない」裁判の原因が多面的であることは実務法曹たちに十分認識され、あまりに急速な法継受の帰結というべきものに加え、職権行使の形式性や手続上のテクニカルな問題が俎上にあげられていた。実務法曹たちはこれ

らの問題群に真摯に向きあい、さまざまな改善策を提言していった。その際に職権にはかなりの役割が期待されたのである。ときに裁判官の判断力への過剰な信頼と結びついて「名判官」待望論という形をとることがあったとしても、法伝統を全く異にする外国からの継受法をわが国に短期間で適応させるという、およそ実現不可能というべき命題を当時の実務法曹が突きつけられていたことを考えれば、無理からぬところがあったろう。彼ら実務法曹は手続レベルでの具体化への意欲を強く持っており、それは大正改正の個々の条項や大正末期の調停制度創設などにそれなりに取り入れられることになるのである。

（1）○明三六・五・一八　法の塵　○明三七・四・二○　法衙の近状に感あり　肋骨　○明三八・六・二○　裁判雑観　鉄堂子

（2）慶応三年（一八六七）生まれ。明治三〇年（一八九七）東京帝大法科大学卒、司法官試補。三七年神戸地裁部長、大正二年（一九一三）高松地裁所長、八年浦和地裁所長、一〇年新潟地裁所長。

（3）明治七年（一八七四）生まれ。二七年第三高等中学校法学部卒、司法官試補。三五年大阪地裁部長。東京地裁部長・控訴院部長などを経て大正七年（一九一八）大審院判事、昭和七年（一九三二）大審院部長。

（4）本名は稲村藤太郎といい、弁護士であった。

（5）明治七年（一八七四）生まれ。三〇年慶應義塾大学部法律科卒。検事代理、時事新報記者を経て三二年弁護士、ベルリン大留学を経て三五～四一年慶応義塾専任教員、その後弁護士として商事事件を主に扱った。昭和五年（一九三〇）死去。

（6）同旨、○明三九・一一・三○　枯葉落葉　広島大口細二君　○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　○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

（7）慶応三年（一八六七）生まれ。明治二一年（一八八八）帝国大学法科大学卒、司法省参事官試補。東京控訴院部長、検

事を経て三五年司法省参事官、三九年民刑局長、法律取調委員、四〇年欧米視察、四四年司法次官、大正元年（一九一二）検事総長、一〇年大審院長、一二年法相、一三年枢密顧問官、昭和一四年（一九三九）首相、二七年死去。平沼が明治民訴法の不干渉主義に対し明確に批判的なスタンスをとっていたことを示すのが、平沼騏一郎「旧民事訴訟法実施当時の追懐」曹誌八巻一二号（昭五）三〇－三二頁である。

（8）明治七年（一八七四）生まれ。三七年東京帝大法科大学卒、司法官試補。東京地裁判事を経て四四年東京控訴院判事、大正一〇年（一九二一）大審院判事、昭和一〇年（一九三五）大審院部長判事。二一年死去。

（9）○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・一一・五　法廷雑観　傍聴子。その他○大六・九・二〇　東京区裁判所法廷ノゾ記（五）

（10）明治一八年（一八八五）生まれ。四四年東京帝大法科大学卒、司法官試補。大正二年（一九一三）浜松区裁判事、三年水戸地裁判事。

（11）○明四二・一二・二〇　東京地方裁判所法廷雑観　○明四四・六・一〇　法服と証人に就て　弁護士奥戸善之助氏談　○大六・一二・三　東京各裁判所法廷ノゾ記（三）黒法師。そのほか○明四二・二・一五　大阪地方裁判所部長評　大阪支局麗東生　○大八・一〇・一八　第十四回九州沖縄聯合弁護士大会

（12）○明三七・八・五　司法省参事官兼東京控訴院検事齋藤十一郎君の時事談片　○明四五・三・一〇　支払命令申請と挙証　○大六・一・二〇　在野法曹より裁判所方面に対する希望（弁護士法学博士高根義人君談）

（13）以下紹介するほか○明三九・七・二五　米国法律学士弁護士沢田俊三君談片　○明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）法学士弁護士林龍太郎氏談　○大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　○大一〇・九・二〇　証人訊問の実況に就て（法律新聞）○大一一・二・一八　民事訴訟法中改正法律案　○大一三・一二・五　司法制度改善に関する意見書　東京弁護士会司法制度改善委員大塚春富君

（14）三一五条二項のもととなったドイツ帝国民訴法三六二条二項（一八九八年改正で三九七条二項）は裁判長の許可の下での当事者の訊問権を認めていたが、わが国でこれが採用されるのは大正改正（昭和二三年改正前二九九条）によってである。ドイツ法を明示的に引き合いに出すのは○明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）法学士弁護士林龍太郎氏談　のみである。

（15）明治四年（一八七一）生まれ。明治法律学校卒、二四年司法官試補。広島地裁判事、大阪地裁部長を経て三三年弁護士。昭和三年（一九二八）死去。

（16）増島六一郎の英吉利法律学校での講義録『訴訟法』（明二一・参照は国会図書館デジタル）一八三頁には以下の説明がある。「『くろす、ゑきざみねーしよん』は『ゑきざみねーしよん、いん、ちーふ』とは全く其目的を異にす。之をなすの代言人は訊問せんとする証人と反対の位地に立つ故、自由に設問するの自由を存し居るものなり。…『くろす、ゑきざみねーしよん』をなすの目的に二あり。第一『ゑきざみねーしよん、いん、ちーふ』に証言ありたることを打消す為め、第二証人の信用を減ぜん為めなり」。

（17）○明四二・二・二〇　東京地方裁判所法廷雑観（「某裁判長或る弁護士よりの反対訊問を必要なしとして排反したるも、弁護士再三繰返して訊問を求むるや、裁判長乃ち謂う面倒臭いから聞きましょうと。妙な聞き様もあったもの…」）○大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　○大一〇・九・二〇　証人訊問の実況に就て（法律新聞）。参照、原嘉道「民事訴訟法雑観」曹誌八巻一二号（昭五）二一頁。

（18）撤回の例として○明四四・九・一〇　九州沖縄弁護士大会　大分市に於て開会　○大二・一一・一五　九州沖縄弁護士大会。可決したものとして○大一〇・二・三　司法制度改革の決議　○大一四・一一・一八　中部六県弁護士大会。採否不明のものとして○大一四・一一・二三　中国弁護士大会　岡山弁護士会主催

（19）松本博之ほか『日本立法資料全集一二　民事訴訟法（大正改正編）（三）』［608］（大一一・一二・五）、同『日本立法資料全集一三　民事訴訟法（大正改正編）（四）』［634］（大一四・七・一四）。

（20）以下紹介するもののほか、○明三六・一二・一五　東北地方法況視察（三十一）　○明三七・二・五　和解に就て　慷慨道人　○明三八・六・二〇　裁判雑観　鉄堂子　○明三八・八・二〇　弁護士常議員会議長山田泰造君談片　○明三九・一・二〇　通俗一口ばなし　藤浪生　○明四三・五・五　函館法界日誌抄　函館支局巴港　○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、弁護士法学士木内清君）　○大三・三・五　時論評俎（二）弁護士松本重敏君　○大五・一一・三〇　司法官会議に於ける法相の訓示（法律新聞）　○大六・一・二三　在野法曹より裁判所方面に対する希望（弁護士牧野充安君談、弁護士鈴木富士弥君）　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巌君

（21）○明四〇・五・五　東北弁護士聯合大会　○明四五・四・二〇　松田法相訓示　司法官会議席上

（22）二九一条　人証ノ申出ハ証人ヲ指名シ及ヒ証人ノ訊問ヲ受ク可キ事実ヲ表示シテ之ヲ為ス
二九二条　証人ノ呼出状ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一　証人及ヒ当事者ノ表示
第二　証拠決定ノ旨趣ニ依リ訊問ヲ為ス可キ事実ノ表示（以下省略）
呼出状の一部をなす訊問事項の記載（二九二条二号）は例えば以下のようである。「訊問事項　昨年九月三十日原告が災害を蒙りたる当時は既に暗かりしや、原告は当時泥酔せしや、北区曽根崎八丁目二十一番地長屋にて土窖［掘られた穴のこと］に至るべき入口は如何なる構造を有せるや又土窖の戸の開放し且通路暗かりし為め原告が墜落せしや否や」（齋藤常三郎『注釈訴訟記録』一四七頁）
（23）以下紹介する例のほか、○明三九・六・二五　法衙月旦　社員稲村蘿月　○明三九・七・二五　米国法律学士弁護士沢田俊三君談片　○明四三・二・一五　大阪地方裁判所部長多喜沢君談片　○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士喜多村桂一郎君）　○大六・一〇・一三　法廷総マクリ（四）黒法師
（24）明治八年（一八七五）生まれ。三五年東京帝大法科大学卒、司法官試補。神戸、横浜、東京地裁判事を経て四三年東京控訴院判事、大正七年（一九一八）大審院判事、一〇年司法省参事官、大臣官房秘書課長。
（25）岩本勇次郎。明治一三年（一八八〇）生まれ。三八年東京帝大法科大学卒、司法官試補。四〇年東京区裁判事、四四年東京地裁部長、大正三年（一九一四）東京控訴院判事、一〇年大審院判事。
（26）齋藤常三郎『注釈訴訟記録』（大六）一七八頁は、受訴裁判所は受託裁判所が証拠調をするのに遺漏なからしめるため、「嘱託書と共に訴訟記録を受託裁判所に送付するを可とす。独逸の実際に於ては右取扱方を為すものの如し」としており、わが実務では訊問事項のみが受託裁判所に知らされていたことが看取される。
（27）以下に示す例のほか○大二・一二・二五　司法省参事官応接振り　○大八・五・一八　原司法大臣に対する希望　法相訓示と吾人の希望　○大一〇・九・一五（漫録）近頃裁判所感　弁護士井上豊太郎君談　○大一一・一〇・二八　民事裁判に於ける自由裁量　判事片山通夫君　○大一五・二・一〇　裁判及裁判制度の根本的改善（二）判事法学士松山与三吉君
（28）同旨として○明四〇・六・五　大阪法廷見聞録　松生　○明四一・六・二五　地主対借地人の関係と裁判上の和解（法

律新聞）○明四三・五・三〇　実業家の司法観　神戸貿易商某君談。実業界への知識不足については四章で紹介する。

紹介したように、記事の中には書証の「偏重」を批判するものが一定数みられる。江戸以来の書証優先（明治初期における状況について伊藤孝夫「明治初年における契約と証書」論叢一七二巻四・五・六号（平二五））、仏民法の書証優先の考え方の影響いかんについては、判断が難しい。本研究の対象とする時代とは時間のへだたりがあり、また記事中でこれらの影響を示唆するものは管見のかぎり見当たらない。

(29) 明治二〇年（一八八七）司法省法学校速成科卒、二一年無試験免許代言人。大正二年（一九一三）前橋区裁監督判事。

(30) 明治二四年（一八九一）生まれ。大正五年（一九一六）東京帝大法科大学卒、司法官試補。大阪地裁、区裁判事を経て一〇年高知地裁判事、一三年大阪地裁部長、昭和九年（一九三四）大阪控訴院部長、同年退官し弁護士。「民事裁判の基本問題としての具体的妥当性の研究」を命ぜられている（昭和二年）。片山哲（弁護士として大正後期から社会運動に関与。のち首相）の弟。

(31) 予防法学の欠落を批判し、その必要性を鼓吹することは当時の『法律新聞』の社論であった。この点については五章で論ずる。

(32) 大正改正の立法過程（貴族院での審議）における水上長次郎の発言（松本博之ほか編『日本立法資料全集一三　民事訴訟法（大正改正編）（四）』[646]（大一五・二・二二））「民事訴訟の事件に付ては証拠の如何に拘らず、弁論全体を参酌して、そうして自由なる心証に依って真否を決すると云うことになって居る。所が実際の模様を見ますると…真否の判断と云うよりは、寧ろ証拠の判断と云うことになって居りはしないか…固（もと）より証拠の判断をすれば、真実が其中に含まれて居るのでありますが、真否如何に拘らず証拠さえありさえすれば宜しい。此言葉の上から言えば形式上の真否主義と言いますか、実際証拠があれば真実であるか、証拠さえあれば真実でなくとも構わぬと云う意味合があるように思う」。水上は職権強化の立場で論陣を張った人物であるが（経歴は一章注（66）参照）、いわゆる「証拠裁判」を否定する意味あいで「自由心証」を理解していることが目を引く。

(33) 理論化は容易ではないとしても、裁判官の著作はこのことを認めているように思われる。村松俊夫「裁判についての一考察」「裁判官と法」（同『民事裁判の理論と実務』（昭四二）所収）、田尾桃二「『経験』、『勘』などについての思い出」法曹四八八号（平三）。

(34) 四章で論ずる。
(35) 以下紹介するもののほか、○明三八・七・一○　裁判雑観　○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
(36) 明治七年（一八七四）生まれ。三四年東京帝大法科大学卒、三五年弁護士。第二東京弁護士会長を歴任。昭和一二年（一九三七）死去。
(37) ○明四○・四・一五　大阪法廷見聞録　松生　○明四三・二・一五　大阪地方裁判所部長多喜沢君談片。その他同旨、○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　○大五・二・一五　仙台法況　弁護士野副重一君談　○大五・四・一五　和仁大阪所長談　○大一○・一○・二五　評判の宜い東地民事第三部
(38) 三六○条　当事者ノ提出シタル許ス可キ証拠ヲ調ヘタル結果ニ因リ証ス可キ事実ノ真否ニ付キ裁判所カ心証ヲ得ルニ足ラサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得
　当事者訊問については、水野「『節度ある』職権介入の構想――大正民訴改正における職権証拠調と当事者訊問」（現時点で未刊行）を参照。当事者訊問の沿革について先行研究は、当事者訊問が証拠方法としての当事者宣誓の代替物として出現したという見地から、一九世紀中のイギリスやバイエルン、オーストリアの立法が徐々に採用していったと説明する（岩沢彰二郎「当事者による証拠方法」曹誌六巻一～三号（昭三）、中野貞一郎「当事者尋問の補充性」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収）二○六頁）。本稿では、中世学識訴訟法の大家クヌート・ヴォルフガング・ネルにならい、釈明権が中世学識法手続以来、当事者訊問とほぼ同一の役割を果たしてきたことを強調しておきたい（Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, Berlin 2012, S. 168）。
(39) 同旨、○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大一○・九・二五　当事者本人の訊問に就て（法律新聞）　○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
(40) 明治一七年（一八八四）生まれ。大正三年（一九一四）京都帝大法科大学卒、弁護士。七年判事任官、金沢・大津地裁判事を経て一○年大阪区裁判事。
(41) ○大一五・二・一○　裁判及裁判制度の根本的改善（二）判事法学士松山与三吉君　○大一五・二・一八　裁判及裁判制度の根本的改善（四）判事法学士松山与三吉君　○大一五・二・二八　裁判及裁判制度の根本的改善（八）判事法学士

松山与三吉君。同旨、○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大一〇・九・二五　当事者本人の訊問に就て（法律新聞）

（42）林屋礼二ほか『統計から見た明治期の民事裁判』（平一七）［2－4－2］［2－4－7］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』（平二二）［2－4－2－1］［2－4－7－1］。取下げのうち一定数は裁判外で和解が成立していると思われるので、その前提としての裁判所の和解勧試が一定程度機能していた可能性はありえる。実態について、現時点では判断することを差し控えたい。

（43）以下紹介するもののほか、○明三九・一・二〇　和解の活用（裁判官の技倆）　○明四一・六・二五　地主対借地人の関係と裁判上の和解（法律新聞）　○大一一・一〇・二八　民事裁判に於ける自由裁量　判事片山通夫君　○大一四・六・八　民事裁判所を全廃して新に仲裁調停所を設置せよ（訴訟の弊害と示談の効用）弁護士松倉慶三郎君

（44）その他、書証の成立の真正（いわゆる形式的証拠力。内容の真実性とは区別される）が濫りに争われがちであることをはじめ、鑑定の質の低さ、写真術の応用の必要、証拠調の予算の不十分等についての記事が散見されるが、本稿では省略する。

（45）○明三五・一〇・二〇　法廷見聞録（一）　○明三八・一・二五　弁護士田沢鎭太郎君経験談　○明三九・五・三〇　銀行倶楽部晩餐会（長谷川東京控訴院長）　○明三九・七・一〇　東京地方裁判所部長今村恭太郎君談片　○明四二・五・一〇　函館時事書感　支局巴港生　○明四二・六・二五　実業家と法律（二）大阪支局跳波生　○明四三・二・一〇　伏見部長の大阪に於ける民刑事件観　○明四三・七・二〇　吾人の希望　東京地方裁判所民事裁判長名川侃市氏談　○明四三・一二・二〇　法廷雑観　傍聴子　○大元・一一・一五　宣誓に就て　在大阪贅六生　○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大五・一・二〇　高崎法況　弁護士小林伊蔵君談　○大五・二・一五　仙台法況　弁護士野副重一君談　○大五・四・一五　和仁大阪所長談　○大五・五・二五　大阪弁護士談　○大一三・一二・二〇　司法制度の改善策　江口巴港君　○大一五・二・二七　裁判及裁判制度の根本的改善（七）判事法学士松山与三吉君

（46）○明三九・五・三〇　銀行倶楽部晩餐会（長谷川東京控訴院長）　○明三九・七・一〇　東京地方裁判所部長今村恭太郎君談片　○大五・二・一五　仙台法況　弁護士野副重一君談　○大五・四・一五　和仁大阪所長談　○大一二・七・一五　裁判教育と陪審　法学博士原嘉道君

(47) ○大三・七・二五　独逸民事訴訟法の運用（宣誓の効果）在独逸法学士寺田四郎君
(48) ○明四二・三・二〇　民事訴訟に於ける宣誓の方式　大阪控訴院判事榊原周次郎君　○明四二・五・一〇　函館時事書感　支局巴港生　○大元・一一・一五　宣誓に就て　在大阪贅六生　○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大一四・一一・二三　中国弁護士大会　岡山弁護士会主催　○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。他方○明三六・一二・一〇　宣誓を廃す可し　判事栗原藤太郎　は、宣誓の基盤に宗教があって宗教心に富んでいる外国人（欧米人のこと）とは異なり、わが国の宣誓は単なる模倣にとどまり形骸化しているため廃止すべきである、とする。
(49) ○明三六・一〇・一〇　民事訴訟法改正案に就て　無名氏　○明三九・一二・一〇　中国弁護士大会　○明四三・二・一〇　伏見部長の大阪に於ける民刑事件観　○明四五・二・二五　函館法曹雑話　巴港　○大六・七・二〇　東北弁護士大会（○大六・七・二三　東北弁護士大会決議　を参照）　○大一〇・一二・二三　民事訴訟法改正私論（三）弁護士齋藤巌君　○大一三・一二・二〇　司法制度の改善策　江口巴港君　○大一四・一〇・五　東京弁護士会の建護と其促進　○大一四・一〇・二〇　正義の秤に掛る証拠の取調は最も慎重を要す　ドクトル、ジユリス東京弁護士梅原錦三郎氏談　○大一四・一一・二三　中国弁護士大会　岡山弁護士会主催
(50) ○明三九・六・二五　法衙月旦　社員稲村蘿月
(51) ○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大五・五・二五　大阪弁護士談。イギリス法の立場からわが国における証拠法（証拠法則）の必要性を当時説いていたものとして、江木衷「証拠法制定ノ必要」新報二一巻四号（明四四）がある。江木は『法律新聞』に多く寄稿していた人物でもある。
(52) 口頭弁論調書には、当事者の申立・陳述についての口頭弁論調書（狭義）と証人の証言についての訊問調書があるが、当事者の主張は書面でなされることが基本であった（後述のように、書面審理化していた）し、以下の記事も多くは訊問調書についてのものである。両者を包含して取り上げる記事も少なくないので、本稿では一括して取り上げた。
(53) ○明四〇・八・三〇　長崎法界と民事裁判　○明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　○明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）法学士弁護士林龍太郎氏談　○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む　弁護士法学士喜多村桂一郎君　○大三・三・三〇　公判始末書改竄事件　○大四・一・二五　裁判所書記と

人材登用（訴訟手続の実質上の改革）（法律新聞）○大五・八・一八　官等俸給令中改正（法律新聞）○大六・二・二八　在野法曹より裁判所方面に対する希望　弁護士熊谷直太君談　○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大七・一一・五　原司法大臣に対する希望　司法改良諸問題に就て（判任官Z生）　○大一〇・二・三　司法制度改革の決議　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巌君　○大一三・八・二三　司法改善の二三　弁護士齋藤巌君　○大一四・一・一八　司法革新の急務を論ず　弁護士土屋倫啓君。供述を文語体で記載すると真意がねじまげられるので、口語体での作成を求める指摘もある（○大一三・一二・二〇　司法制度の改善策　江口巴港君）。「其の品の中の一品は被告が之れを知って居ります」という申立を「其の品の中一品は被告が之れを存してゐると申立てた」と記載したため、被告がその中一品を保存しているという意味にとられ敗訴したという。

このように調書作成に対しては弁護士からはかなりの批判があったが、裁判所の見方は異なったようである。裁判所に資料として配布されていたゾキフェルト『独逸帝国民事訴訟法同施行条例註釈（上）』（明三二）二四四頁は、裁判官が口授して書記に書取らせることを認め、大正改正法でもそのスタンスは維持されたと思われる（松岡義正『新民事訴訟法註釈　第四巻』（昭九）八三〇頁）。読み聞かせについても大審院判例は、不遵守は手続上違法であるが調書を当然無効にはしないという姿勢であった。期日後の作成を含め、大正改正法について実務の実態に沿う形で運用がなされたことにつき、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(4)（第二版）』（平三）一四二－一四六条を参照。

(54) ○大五・一二・二〇　無題録　○大六・三・三　在野法曹より裁判所方面に対する希望　弁護士秋山襄君談

(55) 東京の裁判所に対する大阪の弁護士の不満として、○大三・一〇・二五　中央法衙の一隅より

(56) ○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む　弁護士法学士喜多村桂一郎君　○大一二・四・二〇　九州沖縄聯合弁護士大会に提出したる議案に就き敢て当局の清鑑に供す（上）弁護士齋藤巌君

(57) ○大一五・二・一五　改正民事訴訟法案を評す（五）弁護士齋藤巌君

(58) 三六三条　原告若クハ被告カ十分ナル理由ナクシテ供述スルコトヲ拒ミ又ハ訊問期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ其意見ヲ以テ訊問ニ因リテ挙証ス可キ相手方ノ主張ヲ正当ナリト認ムルコトヲ得

(59) 水野浩二「『節度ある』職権介入の構想――大正民訴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）。証拠法各則についての議論の検討は今後にまちたい。

起草過程のリーダーの一人、松岡義正は「形式的真実と実体的真実」法律評論十周年記念論文集（大一〇）で、民訴が不干渉主義を採るのはそれによって多くの場合に真実を発見できるからである、民訴においては結果に直接の利害関係がある当事者に委ねるのが適切である、真実に反する裁判がなされるのは当事者の努力不足ゆえである、という「古典的」な不干渉主義理解を示している。

三章　口頭審理

ここまでの『法律新聞』記事の検討は、訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための裁判官の介入が、一定以上に積極的に評価されかつ期待されていたことを示していた。他方でそれはあくまで理想像であり、実務の現実がそれとは隔たっていたことも看取される。本章以降では現実がいかなるものであったのかを、審理の形態すなわち口頭審理か書面審理か（三章）、裁判官の実態（四章）、そして民事訴訟の利用者のありよう（五章）について論ずることにしたい。

大正民訴法改正の起草・立法過程での重要な論点として、準備手続の一般化と闕席判決の廃止があげられる(1)。そこでは訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための職権介入が、口頭審理という審理の形態とリンクされていた。「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」と「書面審理による迅速化」という二つのアイデアを対立の軸として、激しい議論が展開されたのである。起案者＝司法官僚は「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」に固執したが、明治民訴法下で書面審理化していた実務に慣れた委員たちは「書面審理による迅速化」を主張したため、口頭審理を重視する司法官僚たちのアイデアは成法ではかなりの相対化をこうむることになる(2)。本章では、口頭審理が訴訟関係の明瞭な認識と真実探究にいかなる関連を持ちうるのかについて、『法律新聞』が伝える明治民訴法下の実務の実態と実務法曹の認識を検

討することにする。

一節　口頭か書面か

一〇三条　判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ当事者ノ弁論ハ口頭ナリトス但此法律ニ於テ口頭弁論ヲ経スシテ裁判ヲ為スコトヲ定メタルトキハ此限ニ在ラス

一〇四条　口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス

一一〇条②　当事者ノ演述ハ事実上及ヒ法律上ノ点ニ於ケル訴訟関係ヲ包括ス可シ

③　口頭演述ニ換ヘテ書類ヲ援用スルコトヲ許サス文字上ノ旨趣ヲ要用トスルトキハ其要用ナル部分ニ限リ之ヲ朗読スルコトヲ得

一　書面審理化した実務への肯定的評価

明治民訴法施行の直後は口頭審理が機械的に厳格に行われていた時期もあったようだ(3)が、『法律新聞』に多くみられるのは、明治民訴法一〇三条などが定める口頭審理（当時は「口頭弁論主義」という概念が用いられていた(4)）の厳格な適用を手続遅延の一因として批判し、一定程度の書面審理化を主張する、あるいはそうなっている実務の現状を支持する記事である。よく指摘されるのは、手続の中で一々当事者の口頭での申立・陳述を求めることは手数がかかるというものであるが、不必要に長時間の弁論をおこなう弁護士の存在も指摘されている(5)。とくに上告審については、法律審であるという理由からも書面化が要望される(6)。

他方、書面審理の利点として挙げられる中には、真実探究に関連するものがある。口頭での応答は不正確になりがち(7)、口頭弁論の時間はどうしても制限されるので十分に意を尽くせない(8)、審理が長引く結果裁判官の交代が常態化し

ており、同一裁判官でも記憶が薄れてしまう、[9]口頭審理についての弁論調書作成を行なう書記の能力に問題がある、[10]などが主張されている。

二　口頭審理の意義は？

訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための職権介入、とりわけ釈明権の行使は前章までの叙述で明らかなように、その一定部分は口頭審理において行われ得るものであった。しかしその積極的根拠について明示的に述べている記事は少ない。口頭審理（口頭弁論主義）が民事訴訟の原則であるという指摘はしばしば見られるが、その根拠はどこまで内在的に理解されていたのだろうか。

○大七・三・五　判事霞城氏に答ふ　弁護士清瀬一郎君　は、「如何に達意の文も、文字は畢竟死物なり。彼の単に論理と文法とより来る法律解釈の論さえも、之を演ぶる者の如何に依り、相手に与うる効果の異るは吾人の常に経験する所なり。況んや生きたる事実を含む事実的争点の供述に於てをや。故に余は徹頭徹尾、訴訟法典より口頭主義を排斥するを好まず」と述べる。○大六・六・一五　中央法衙審理の趨勢　も、「[大審院以外の]事実裁判所は民事にあれ刑事にあれ、口頭演述に依るにあらざれば心証を得るに由なし。然るに近来事実審も大審院の例に倣い、当事者の口頭演述を聴くことを厭う傾向あるは、洵に憂う可き現象ならずや。蓋し事実裁判所に於ける案件多き為め、不知不識此傾向を来したるものならんも、裁判の事実を得ると否とは実に当事者に取りて重大の関係あることなるを以て、此点に付敢て判官諸公の賢慮を煩す」としている。現在でも口頭主義の利点として指摘される、直接陳述を聞くことで新鮮な印象をえられる、拙速を図り準備書面でしか主張を事実上認めないのでは真相を得ることができない、という考え方といえる。[11]

○明四五・七・二五　敢望浜田部長　大阪贅六生　は、当事者が準備書面で主張した内容を口頭弁論で修正すること

に否定的な態度をとった裁判官を批判する。松尾寺の讃州金刀比羅神社に対する宝物取戻事件は世間の耳目を集めていた。したがって、裁判所もその審理を丁重にし当事者にいささかの遺憾も無いようにすべきであった。「然るに本月十日開廷せられたる同事件に於ては、世人の予期に反し、控訴人も被控訴人も殆んど一言の弁論を費さず終結せられたり。之を換言すれば、調書には準備書面に基き弁論し、又既に提出したる準備書面に漏れたる事項に就ては更に準備書面を提出せしむる条件の下に結審せられたり」。当事者がその簡便な方法で満足しているなら格別、もし当事者が正則にしたがって口頭弁論を希望する場合には、裁判所はそうしなければならない。いわんや本件のような世人の注目する事件ではなおさらである。「然るに裁判所は、被控訴人が準備書面に脱漏したる点に就て僅か十分間の弁論を為さんとしたるに対し、之を与うるに吝（やぶさか）なりしは、吾人其何の故たるを知るに苦しむものなり。既に控訴代理人中不平の声を漏らし、訴訟関係人の斯かる大事件に対して一言の弁論を為さざりしを其代理人に詰問したりと云うにあらずや」。ドイツ民訴法では準備手続結果の当事者による陳述は、その際に裁判官は釈明を求めて内容の正確な理解を行うことができ、当事者も不正確・不十分と考える部分についてその場で修正できるという実質的な役割を与えられていたが、わが国ではそのような理解は広まらなかったと思われる(12)。

口頭審理の上述の利点を代理人（弁護士）ではなく当事者本人に対して、それもできるだけ手続の早い段階で行使すべしと主張するのが、〇大一〇・九・二五　当事者本人の訊問に就て（法律新聞）である。

「英米の法廷では、事件の当事者を口頭弁論の初発に於て取調ぶるを常とする結果、問題の区域縮少し争点自ら簡単となるのみならず、又当事者をして宣誓せしむることが出来るので、出鱈目放題の陳述を予防するを得べし。日本でも現行民事訴訟法実施前は、事件は必ず勧解を経ることを要し、而かも勧解には代人出頭を許さざる為め、本人に対し協調策を講ずるを得…然るに現行民事訴訟法は、其実独逸民事訴訟法の翻訳に係り、其中二三ヶ条を除くの外他は悉（ことごと）く

之を其儘採用したので、裁判官は之れに拘束せらるる事多く、頗る其自由の活動を欠いて居る観がある。而かも紛議仲裁法の如き良法は之が翻訳を怠り、全然実施しなかった。現行法では審理の末に当事者を訊問するの規定があるも、此規定を適用せずに済ます場合甚だ多い。又当事者の側でも、体裁の悪い事件は代理人を出廷せしめて勝手放題の陳述を為さしむる等、事件の真相が法廷に現われぬことが尠くない。民事訴訟法も畢竟するに事実の真髄を捕捉するを其目的とするものであるから、之が運用の局に膺る者も亦宜しく此観念から離れてはならぬ。…民事訴訟法には当事者訊問の外に猶和解を為す規定がある。和解を為す為めには当事者を呼出し、或程度迄の事実を聴取し和解の方針を定めなければならぬ。法律は既に斯く本人取調の道を拓いて居るのであるから、英米の如く能うべくんば事件の初発より本人呼出を行うことも決して不可能ではない。…我国の司法官たる者も宜しく其心して審判に努め、徒らに条文に拘束せられて事実の真髄を逸するなからんことを期せざるべからず」。

本人を出頭させて早期に直接訴訟関係を明瞭にすることが、和解による解決につながるという認識である。事件の背景に前近代以来の法観念と近代法の齟齬や情誼的関係があることも少なくない状況では[13]、口頭審理は権利義務関係の解明とならんでフェース・トゥ・フェースの説得、和解勧試の場としても認識されていたのかもしれない。

以上要するに、口頭審理が訴訟関係の明瞭な認識や真実解明に資するという認識は、実務法曹において存在しなかったとはいえないがそれほど明確なものとはいえず、実務では書面審理によりかなりに相対化されていた。このことは、弁論の準備をどう性格づけるかにおいて明瞭に立ち現われる。

二節　準備書面と準備手続

大正改正の目玉であった準備手続の一般化について、先行研究は迅速化の手段として導入されたと位置づけてきた。筆者は旧稿で、起案者＝司法官僚が意図していたのは、裁判官と当事者が懇話的な雰囲気の中でのやり取りにより、訴訟の最初の段階で訴訟関係を明瞭に認識し争点整理を行うという「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」にあり、迅速化はあくまでその結果として考えていたことを論じた。従って準備手続はむしろ口頭で行うものとして想定され、単なる準備書面の交換であってはならなかった。司法官僚には、明治民訴法下の実務において準備書面があまりに大量に出され、訴訟関係の認識に困難をきたしているという考えがあったのである(14)。では、『法律新聞』紙上に示された弁論の準備の実態と実務法曹の認識はどのようなものだったろうか。

一　準備「書面」の問題　(1)　内容の不十分・提出の遅延

明治民訴法期を通じて『法律新聞』で頻繁に批判されていたのは、当事者（弁護士）の準備不足による準備書面の記載の不十分さであり、提出の遅れであった。

最も早い例として○明三三・一二・二四　訴状答弁書の記載及提出方に就き　は、大阪地裁所長が大阪組合弁護士会長にあてて以下のような要望をしたとある。

「前年、訴状及答弁書の記載方及提出方等の義に付通達致置候処、近頃に至り再び旧時の状態を顕わし、訴状及答弁書甚だ簡短にして立証方法すら明示せざるあり。殊に答弁書の如きは何等事実の記載なく、而かも之を口頭弁論期日に提出する等、訴訟の進行を渋滞せしむる事実に尠（すくな）からざるに付、今般貴下より尚お貴会各位へ其の注意有之度希望致候也。

一　訴状［原文は「訴訟」］及答弁書には、民事訴訟法第百四条乃至第八条に従い、準備の諸件を記載して之を提出すること。

一　口頭弁論期日に切迫して準備書面を提出し、或は予め完全なる準備書面を提出せずして弁論期日に至り、新に主要なる事実及び立証方法を提出する等ありて、為めに相手方をして期日の変更弁論の延期等を申請するに至らしめざるこ

と。若し此等の申請を為すに至らしめたるものは、其費用を負担せしむることある事」

明治民訴法一〇五・一九〇・一九九条は原告の訴状・被告の答弁書の記すべき内容を明示していたが[15]、この記事にすでに典型的に見られるように、原告の訴状や被告の答弁書に一定の申立ぐらいしか記載がない、事実関係が記されておらず口頭弁論になって初めて判明する、答弁書の提出が遅れ口頭弁論期日になってようやく提出する、証拠方法を具体的に記載せず相手方の抗弁をうけて初めて提出する、証拠調申立書の提出が遅れる、といった実情が頻繁に報告されていた。つまり、準備書面が口頭弁論のための準備として実際上機能していないため、弁論の延期続行という結果をまねき、口頭弁論を数回重ねないと争点が明確になってこず、遅延の大きな原因になっているという批判は、この時期をつうじて極めて多かった[16]。

○明四二・七・二〇　大阪地方裁判所の観たる弁護士　は、大阪地裁が調べた「統計」を紹介している。それによれば、答弁書は一四日の期間内に提出するものは稀有である。最初の弁論期日までの提出が三割、結審までの提出が六、七割、結審後もなお提出しないものも往々ある。証拠写は期日当日の提出が二割、結審までが六割、結審後催促の末ようやく提出するものもある。期日前予め相手方に提出していないため、認否申立のために延期されるケースが二割。一定の申立訂正書は申立の当日提出が三割、結審までが六、七割、証拠調申請書は証拠期日までに提出するものが五割、などとなっている。

これらの批判記事の多くは裁判所サイドによる不満の表明・改善の希望であり、裁判所が管内弁護士に対して正式なかたちで改善を求めた例もすくなくない[17]。弁護士からは批判・改善策の提案が見られる一方で、駆引きとして相手方に情報を与えないようにするのはやむを得ない、抗弁や証拠を事前に全て提出せよというのは困難であるし口頭弁論主義に反する、依頼人が事実を隠蔽しており相手方の抗弁に接して初めて真相を知ることがあるという反論もあるが、それ

ほど多いとはいえない。[18]

(2)　大量提出？

一〇六条①　準備書面ニ於テ提出ス可キ事実ハ簡明ニ之ヲ記載ス可シ

②　此他事実上ノ関係ノ説明並ニ法律上ノ討論ハ書面ニ之ヲ掲クルコトヲ得ス

他方大阪方面の実務では、準備書面が余りに大量に提出されるため遅延の原因になったり、真相を得にくくなっているという批判がなされている。[19]

大阪では簡単な事件でも複雑になる傾向があり、抗弁が非常に緻密で証拠の出し方も多く、準備書面も精密であるとされ、法律上の議論を長々と論文のごとく書き連ねていると批判されていた。〇大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君[20]　によれば、「民事訴訟法第百六条に於ては『準備書面ニ於テ提出ス可キ事実ハ簡明ニ之ヲ記載ス可シ、此他事実上ノ関係ノ説明竝ニ法律上ノ討論ハ書面ニ之ヲ掲クルコトヲ得ス』と在るに拘らず、従来各地の裁判所に於ては…多少事実関係の説明及法律論を包含せる書面を提出せしめ来りたる慣行あり。弁護士も亦之を便なりとし、殊に熱心なる弁護士は努めて自己の主張を書面に認めて之を提出し来りたり」。大正七年（一九一八）前後には大阪控訴院管内で詳細すぎる準備書面は受理しない措置が講ぜられたとみられるが、その原因を〇大七・二・二五　準備書面提出に関する清瀬弁護士の所論に就て　判事霞城君　は辛辣に述べている。

「慎むべきは、討論を書き事件の筋書を記述するが如きは断然為すべきものに非ず（民訴法一〇六の(2)項）。…往々法廷に提出さるる準備書面は主張と証拠とを混用して、下手の長が長がしく見るからに戦慄すべき書面を提出する者あり。又準備書面を以て著述を為すが如く思惟する者あり。或は又演劇の筋書でも記述するが如き心地にて準備書面を認むるものあり。甚だ敷に至りては、短編小説を書くが如き筋書を以てする者あり。準備書面は徒らに容積の多きを以て尊し

とするに非ず。又書き振りの面白きを以て歓迎するに非ず」。大正改正前夜になっても和仁貞吉（東京控訴院長）から、「近時一般に準備書面の分量益嵩み、甚しきは数十枚の多きに達」し、書面審理主義に傾いた弊害なので、爾後は一切受理しないことにしたいと提案されたという（〇大一四・一二・一〇　口頭弁論主義と書面審理主義　弁護士松谷与二郎氏談）。

しかし『法律新聞』では全体的にみれば、準備書面が「浩瀚過ぎる」ことよりも「不十分な内容のものが遅々としか出てこない」ことのほうが問題視されていたと解される。大正改正の起草過程で多数を制したのも、準備書面が大量に提出され書面審理化することを警戒する起案者＝司法官僚の主張ではなく、まともに準備書面が提出されていないことを問題視する弁護士委員らの見解であった[21]。

二　準備「手続」への関心のありよう

(1)　効果――早期の争点確定か迅速化か

他方、準備手続のアイデアについては、オーストリア民訴を範とするかたちで紹介されていた[22]。もっとも早い例として〇明三六・八・二〇　民事訴訟法改正案理由　民事訴訟法草案起草委員法学博士河村譲三郎氏の談　では、明治民訴法の改正を要する第四点として訴訟の迅速化を挙げ、種々の改正点を列挙したうえで「特に一言を付加すべきものあり」として以下のようにいう。

「輓近欧州の諸国に於て訴訟の延滞と之に対する救済策とは、社会の一部に於て実に一大問題と為り居れること是なり。塊国が新訴訟法を編集するに当ても、頗ぶる此点に対して重きを置きたるものの如し。［第一期日で訴訟要件の審査を行ったうえで］若し又進んで更に事実の審理を為すべきを必要と認むるときは、裁判所は即ち準備手続を命じて、一人の受命判事をして証拠調其他の手続の準備を為さしめ、然して後口頭弁論を開始すと云う規定なり。而して之に依て大に訴訟の進行を迅速ならしむると云うは、同国人の唱道する所なり」

このコメントは確かに迅速化の観点から述べられているとはいえ、期間の短縮や職権進行とはことなり、手続冒頭に集中して訴訟関係を明瞭に認識し争点を確定する結果として迅速化を実現できるという立場であった。この後も『法律新聞』では間欠的に準備手続のアイデアが言及されているが[23]、「準備手続を確実にして置くならば、大抵の事件は一回の弁論で終る」など、手続の初期における争点確定によってそれ以降の口頭弁論の迅速化が実現できる、というスキームで論じられていた。〇大一三・一二・一〇　弁護士諸君に告ぐ　大審院長法学博士横田秀雄君[24]　は、イギリスで行われている訴訟準備が迅速化に極めて有用であるとした上で[25]、

「訴訟の争点を明かにするが為めには、事実点、法律点に渉って徹底的に事案の研究をしなければならぬのであります。…訴訟の争点を確定すれば、それと共に審理の範囲も自ら定まって、不必要なる訴訟手続を節略することが出来るのである。…争点は、通例当事者が事実の演述を了った時に、必ず極めたい、或は当事者が進んで争点を確定して之を裁判官の判断に委する、或は又釈明権を行使する裁判長が介入してそうして三者協議の結果争点を定める、孰れかの方法に依りたい」と述べている。同様に大正改正近くの記事には準備手続の採用を、「現行法のドイツ法主義の形式偏重を排し、実利的な英国の公判準備制度を採用した」とイギリス法の影響とするものがみられる[26]。

しかし、手続初期に訴訟関係の認識を丁寧かつ集中的に行うことで口頭弁論段階の迅速化を図るというこのアイデアは、「手続そのものの迅速化」と直結されてしまいがちだったようにみえる[27]。司法官僚サイドのスタンス、すなわち準備手続はあくまで丁寧に行うべきであり、その後の口頭弁論が迅速化されたとしても手続全体にかかる時間はさして変わらない、という認識とはへだたりが生じてゆくのである。

(2)　態様への無関心

他方、準備手続の具体的なすすめ方について関心が向けられた例はごく少ない。〇明三九・一一・五　富山地方裁判

所の管内彙報発刊　で富山地裁所長が、弁護士に準備書面の適正化を求めたうえで、「此点に関する卑見は、弁論期日前事件主任官立会の上、当事者双方に付き事実の争点を確定せしめ、其証拠方法をも予知せしめたる上、弁論の開始するを得策と信ず」と論じたのが最も早いと思われる。[28]〇大一一・一・二五　民事訴訟法改正私論（九）弁護士齋藤巖君は

「裁判所の訴訟指揮権を弁論開始前に活躍せしむるを要す。[訴状・答弁書提出から弁論期日までの間に]訴訟指揮権の活用によりて、請求原因乃至答弁内容を明確ならしめざるべからず。釈明を要する事項を指示して、弁論前の研究を促すべし。其書面にて用を弁ずるものは書面を以てし、口頭にあらざれば用を足し難きものは口頭を以てすべし。之れが為めに別に法廷を開くを要せず。書記課の受付にても、裁判所の応接室にても、判事室にても可なり」とし、続けて弁論前の証拠方法の提示・証拠申請を認めるよう主張している。ざっくばらんな雰囲気のもと口頭で親しく釈明を求めつつ事案を解明してゆくという、大正改正に携わる司法官僚が温めていたアイデア「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」と近似するイメージがここには読みとれる。

しかし、他の記事にはこのような認識を明確に見出すことはできない。大正改正法成立にいたるまで、『法律新聞』紙上で準備手続の具体的なすすめ方が活発に議論され深められていくことは結局なかった。[29]それどころか、起草過程の間内容が秘密にされていた改正法案が公にされると、準備手続を単なる準備書面の交換として認識し、準備手続の導入は書面審理化をもたらすという批判がなされたのである。起草にたずさわった司法官僚たちは、このことについて強い不満を隠そうとしていない。[30]

三　継受法国としての限界

当時、口頭主義の機械的適用が手続遅延の一因と目され、それへの対応として実務上書面審理化が進んでいたことを

念頭に置けば、弁論の準備とは「準備書面のやりとり」であり、準備の充実（による迅速化の実現）とは「準備書面の提出・内容の適正化」と考えられたのは、それとして自然な思考回路であったろう。それに対して大正改正を主導した司法官僚の発想は、準備書面のやりとりが引き起こしていた問題点を改善すべく、裁判官と当事者が口頭で親しくコミュニケーションする準備手続を一般化し、口頭弁論に向けた準備を充実させることで口頭弁論段階の迅速化を実現するというものであった。この「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」というアイデアはしかし、「書面審理による迅速化」になずんだ実務法曹においてはほとんど共有されることはなかったのである。

大正改正法施行後に原嘉道は、自分の学生時代はまだ訴答文例の時代であったので明治民訴法の知識は条文と一、二の註釈書だけから得ざるをえなかった、とした上でこう回顧する。明治民訴法の条文及び精神からすれば、「口頭弁論は必ず書面を以て準備すべきものとして居るのであって、此の書面準備が不完全であれば、口頭弁論主義も其目的を達することが出来ぬのである」、「口頭弁論では、書面に既に現われて居る事柄を更に言語で敷衍陳述し、其趣旨を徹底せしむるに止ま」り、準備書面の規定が遵守されて裁判長が適当に職権を行使すれば、事件は迅速に判決されるはずと思っていた。しかし実務では訴訟準備は著しく不完全で、審理終結は非常に遅延し、期待は全く裏切られた。「尤（もっと）も後に聞いた所に依れば、旧民事訴訟法の模範とされた旧独逸民事訴訟法の下でも同一の現象が起って居たのであるから、我旧民事訴訟法制定当時にも能く独・墺諸国の実際を研究したならば、予め斯（かか）る弊害を防止する法則を採用する考も起ったのであろうが、当時は唯独逸民事訴訟の形式方面のみ模倣するに急であって、訴訟進行の実際の状況を取調べるまでの余裕がなかったので、遂に彼の国と同一の弊害を現出するに至ったものと思われる」[31]。

母法国ドイツでは、一八七九年（明治一二）の帝国民訴法施行後まもなくオットー・ベールによる実務アンケートを契機に[32]、口頭審理の適切な実施には書面での十分な準備や、裁判官・弁護士双方の積極的関与と高い能力が必要とされ

ることなど、具体的な運用レベルでの認識の深化がそれなりに進んでいた[33]。早期に書面審理化していたわが民訴実務のもとでは、書面による適切な準備と口頭審理とを有機的に結合させるアイデアは、実務法曹の共有するところとはならなかったようにみえる[34]。

三節　闕席判決

二四六条　原告若クハ被告口頭弁論ノ期日ニ出頭セサル場合ニ於テハ出頭シタル相手方ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ為ス
二四七条　出頭セサル一方カ原告ナルトキハ裁判所ハ闕席判決ヲ以テ其訴ノ却下ヲ言渡ス可シ
二四八条　出頭セサル一方カ被告ナルトキハ裁判所ハ被告カ原告ノ事実上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ原告ノ請求ヲ正当ト為ストキハ闕席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シ又其請求ヲ正当ト為ササルトキハ其訴ノ却下ヲ言渡ス可シ
二五五条①　闕席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ其判決ニ対シ故障ヲ申立ツルコトヲ得（以下省略）
二六〇条　故障ヲ適法トスルトキハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復ス

明治民訴法は口頭弁論期日に一方当事者が欠席した場合、それまでの弁論・証拠調の結果を顧慮せず欠席者を敗訴させる闕席判決の制度をもっていた。闕席判決に対しては無条件に故障申立が認められるため遅延の原因になっていたとして、大正改正では迅速化のために廃止されたと先行研究は理解してきた。筆者は同改正の起草・立法過程についての旧稿で、闕席判決に代わる制度をどうするかをめぐる激論を、起案者＝司法官僚を中心とする「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」のアイデアと、書面審理化した実務を前提とした「書面審理による迅速化」のアイデアとの対立として整理をこころみた。口頭審理にこだわる論者は、一方当事者欠席の際にすでに提出されている準備書面の記載に依存して判決がどんどんなされてしまうならば、事件の真相から隔たったものになりかねないという危惧を持っていたの

である。[35] 本節では明治民訴法下の闕席判決の実態に対して、一般の実務法曹たちがいかなる認識を持っていたのかを検討する。

一　迅速化の手段――濫用への批判

明治末期より裁判所サイドから「時間励行」キャンペーンが行われ、当事者不在の場合に迅速な処理のために闕席判決がなされるケースは一定以上あり、「ささいな」遅刻による不在でも闕席判決がなされている実態を示す記事は少なくない。[36] そのほとんどは批判的なスタンスであり、「ささいな」ミスに対するあまりの形式主義的・権威主義的なとりあつかい、そして手続無視が批判されている。

東京区裁では近頃急に時間励行となり、八時の呼出を過ぎること一〇分くらいで開廷、出頭しない者にはドシドシ欠席判決を言渡すので多くの弁護士がこの奇禍（？）にあい、ある弁護士は八時三〇分に出廷すると既に欠席判決となっているという騒ぎ（〇明四五・七・二五　青嵐）。東地民事第四部の「裁判長の名川侃市君廷丁を顧みて原告代理人は何うした、ナニ見えない…出頭名刺が出て居るか…出て居ない…ソンならやって仕舞え…被告は原告は出て居らぬが欠席判決を求めるか…然らば欠席判決を言渡す…次の事件は何うしたと廷丁を急き立てる、廷丁は大急ぎで弁護士を呼びと行く有様は之れまでに見たことのない騒ぎようであった、聞けば時間励行の余勢だそうな」（〇大二・一一・二〇法廷ノート）。〇大二・一一・二五　横浜の時間励行　代議士弁護士安村竹松君談　は、東京だけでなく横浜地裁の近来の時間励行は劇しい、時間に在廷しない弁護士に対して呼込もせず、直ちに欠席判決や休止を言渡す。裁判所が裁判をなすのは義務であるという観念があるなら、僅か三分か五分の遅刻で直ちに欠席裁判や休止をなすはずがない。弁護士室でうっかりタバコでも吹かしていれば「もう休止になりました」といわれることは珍しくなく非難が多い、時間励行も所長が代わって物珍しいことをやってみた例の一つだ、と酷評している。[37]

本人訴訟の例として〇明四〇・一一・三〇　大阪区裁判所瞥見（一）松生　は、被告の親類と称して（「自分の小供を被告の方に呉れてあるから被告と親類だと云う」）出廷した被告代理人に対して、判事はそれは法律上の親属でないので代理人として訴訟行為をすることはできない、とかみ砕いて説明し、弁護士を頼んだほうがよいと勧めて退廷させた。「跡で原告は欠席判決の申立をして申立通りの判決を得た。素人訴訟には能くコンナ失敗が多い。チットは注意するが宜い」と筆者は冷ややかであるが、一章で紹介したような丁寧な対応があってよい事例であったとも思われる(38)。

裁判所が迅速化を図ろうとするあまり、手続を無視した実務を行っている例も紹介されている(39)。〇明三九・六・三〇天下一品の欠席判決（佐賀組合某弁護士談）は、

「〇〇区裁判所の呼出時間は午前八時であるが、サテ開廷は何時も十時頃である…是れも裁判所の御都合とあれば致し方なきことなるが、若し訴訟当事者にして八時半までに名刺を差出さざるときは、仮令裁判官は未だ昇庁せざるも裁判所に於ては休と看做して居る。若し又当事者の一方が名刺を差出し居る時は、仮令当事者本人が実際出頭し居らざるにも拘わらず之を出頭したる者と看做し、開廷せず直に欠席判決を言渡す習慣になって居るので、弁護士などは先ず書生をして名刺を差出さしめて、以て天下一品の欠席判決の予防を為し居れり。けれども御承知の通り、区裁判所事件は十中八九までは本人が出頭するので…休止又は闕席判決を言渡されて、狼狽為す所を知らざるものが少くない」。欠席判決は裁判所が為すのであって書記がなすのでないのに、裁判官が登庁していないうちに書記が欠席判決を言渡すなどとんでもない、と批判する。

二　真実探究からの批判

以上紹介した闕席判決の濫用＝拙速批判には、形式主義・権威主義への反発のほか、本来ならできたはずの主張・立証ができずそれまでの弁論・証拠調の結果も顧慮されずに、出席当事者の主張どおりの内容で判決が言渡され（二四七・

二四八条）、真実探究が放棄されていることへの違和感もあったと思われる。明示的にこの点を指摘する記事もわずかではあるが存在する[40]。

大正改正法案起草の中心人物・山内確三郎は、職権探知の加味により裁判所が事実の真相を積極的に解明すべしとしたうえで、「△欠席判決廃止　職権主義を加味して証拠蒐集等に違算なしと仮定せば、判決亦従て正鵠を得るに近かるべく、対席判決と欠席判決とに区別するの謂れなきを思わずんばあらず」として、欠席判決の廃止を主張する（〇大七・一〇・二三　民事訴訟法改正私見　司法省参事官法学博士山内確三郎君談）。弁護士の齋藤巖は、「欠席の故に有る権利を保護せず無き義務を擬制せんとするは、国家制度として褒むべからず」。「欠席以前の立証を全然看過し、適切なる反証あるに拘わらず、一視同仁の自白を擬制」する欠席手続を批判し、民事訴訟法は「飽迄『実真の私権』の保護を目的と」することを明らかにするべく、欠席手続は廃止あるいは制限すべきである。欠席当事者がすでになした主張立証は訴訟資料として考慮し、判決ができるならば判決し、未だ熟していないならば熟せしめた上で対席判決をすればいい。「而して欠席判決を廃止することは、書面審理の加味によりて愈々（いよいよ）必要となり、職権介入を許すことによりて倍々（ますます）効用あらん」（〇大一一・一・二八　民事訴訟法改正私論（十）　弁護士齋藤巖君[41]）。とはいえ、大正改正法の起草過程で当事者欠席の場合にあくまでその出頭を経たうえでの判決にこだわってゆく山内と、恐らくは準備書面の記載に依拠して判決することを念頭においていた齋藤の間には、口頭審理の位置づけに相違があったのではないか。

以上要するに『法律新聞』においては、一方当事者欠席の際に提出済みの準備書面の記載に依存して判決することは、真相からの隔たりにつながりうるとする「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」を重視する視点は、起草・立法過程[42]とは対照的にほとんど見られない。実務法曹においては、闕席判決の濫用が拙速な事件処理につながることへの懸念が示されることはあっても、それが口頭審理の積極的位置づけと結び付けられるには至らなかったのである。

小括

一章・二章で論じたように、裁判官の一定程度積極的な介入により訴訟関係の明瞭な認識と真実探究を行うことは、明治民訴法期をつうじて『法律新聞』では積極的に評価され、その実現を期待する主張がマジョリティとなっていた。しかし、そのための重要な「場」の一つである口頭審理については、やはり当時強く求められていた迅速化、そしてそのための書面審理化という実務の実態のもとで、実務法曹の間では口頭審理の利点は明確に認識されるにはいたらず、口頭審理の運用の具体像についての議論が深まることもなかったと思われる。明治民訴法の下で早期に実務が書面審理化していたことの影響はやはり大きく[43]、司法官僚は欧米諸国の実状をそれなりにフォローした上で大正改正につなげようとしたが、実務法曹との認識の懸隔が埋まることはなかったのだった。

（1）起草過程終了をうけて作成された『改正法律案理由書』（松本ほか編『日本立法資料全集一三（大正改正編）（四）』［639］）では、七項目挙げられる「改正ノ要点」の第一・第二を占めている。

「一　準備手続の制度を拡張し、地方裁判所の管轄に属する訴訟に付ては準備手続を経ることを原則とせり。而して準備手続に於ては、受命判事は当事者をして一切の攻撃防御の方法を提出せしめて争点を整理し、之れが解決に必要なる総ての証拠の申出を為さしめ…以て口頭弁論に於ける審理の迅速と適正とを期したること

二　闕席判決の制を廃止し、当事者の一方が口頭弁論期日に出頭せざる場合と雖（いえども）、裁判所は其の提出したる訴状、答弁書、其の他の準備書面に記載しある事項を斟酌し、出頭したる当事者に弁論を為さしめ、通常の判決を為すことを得るものと為したること」

（2）以上の経緯については水野「口頭審理」の論述を参照されたい。明治民訴法期の口頭審理についての学説の理解と実務

の書面審理化については、さしあたり中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」（『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平一四）所収）を参照。

（3）原嘉道『弁護士生活の回顧』三四、九九頁。前代からの影響について中野「手続法の継受」六〇頁ならびに同所引用の文献は、訴答文例（明治二三年廃止）の書面中心の手続が明治民訴法施行後も実務に大きく影響したのではないかと論ずる。他方、フランス法の影響で明治前期に口頭審理がそれなりに浸透していた可能性を示唆する研究（林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（平一八））もあり、前代からの影響いかんについてはなお検討が必要である。

（4）本間義信「弁論主義理論の展開過程――旧法時代」阪法三九巻三・四号（平二）五一〇－五一一頁によれば、「口頭弁論主義」という概念は今日の口頭主義と弁論主義が一体的に把握されていたことを示すという。口頭主義は当事者の訴訟行為が口頭によってなされることを意味し、当事者の口頭により陳述されたものに訴訟資料は限られるというのである。

（5）○明三三・一二・二四　大審院民事部の改良　○明四四・一・二五　原博士英米司法雑観（承前）　○明四五・六・二〇　法曹談片録　東京控訴院長谷川喬君　○大二・一一・一〇　訴訟延滞の理由　大阪地方裁判所所長和仁貞吉君談　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君。証人や当事者を出廷させること自体が必ずしも容易でない場合があったことについては、二章三節三を参照。

（6）○明三七・一〇・二〇　法界革新の声（四）（大審院判事磯谷幸次郎君談）（前号の訂正）○大四・四・二五　第十回九州沖縄弁護士連合大会　○大五・一二・二五　無題録　○大六・七・三　民事訴訟法改正請願

（7）○明三六・四・一三　法廷見聞録　若翁　○大五・五・一五　逆耳寸言　巴港　○大七・三・一八　朝野法曹見参記（三五）弁護士法学士塩田環君　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君。山内確三郎は宮城控訴院管内を視察したおりに、方言ゆえに裁判官が事実の真相を把握できない危険を痛感した。「この点は、割合に軽視されていて、しかも大きな問題だと思う」としている（「逗子閑談録（一四）」法律新報五八七号（昭一五））。

（8）○大五・六・一八　大審院弁護士室より　○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大七・三・五　判事霞城氏に答ふ　弁護士清瀬一郎君　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君　○大一五・二・二七　裁判及裁判制度の根本的改善（七）判事法学士松山与三吉君

（9）○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大一四・一二・一〇　口頭弁論主

義と書面審理主義　弁護士松谷与二郎氏談　○大一五・二・二七　裁判及裁判制度の根本的改善（七）判事法学士松山与三吉君

（10）二章三節二で詳述した。

（11）○明四四・八・二〇　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て　弁護士法学士林龍太郎氏談　○大四・六・三〇　無題録　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君。但し清瀬と齋藤の論は原則としての口頭主義を支持するも、書面審理の併用を主張するものである。

（12）鈴木正裕「当事者による『手続結果の陳述』」（『金融法の課題と展望（石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男還暦）（下）』（平二）所収）を参照。大正改正の起草過程でも理解は消極的なものにとどまった（水野「口頭審理」二〇－二一頁）。

（13）川口『明治大正町の法曹』序論、第二部第一章など参照。

（14）以上の内容につき、水野「口頭審理」参照。

（15）一〇五条　準備書面ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ

第一　当事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業、住所、裁判所、訴訟物及ヒ付属書類ノ表示

第二　原告若クハ被告カ法廷ニ於テ為サント欲スル申立

第三　申立ノ原因タル事実上ノ関係

第四　相手方ノ事実上ノ主張ニ対スル陳述

第五　原告若クハ被告カ事実上主張ノ証明又ハ攻撃ノ為メ用ヰントスル証拠方法及ヒ相手方ノ申出テタル証拠方法ニ対スル陳述

第六　原告若クハ被告又ハ其訴訟代理人ノ署名及ヒ捺印

第七　年月日

一〇七条①　準備書面ニハ訴訟ヲ為ス可キ資格ニ付テノ証書ノ原本、正本又ハ謄本其他総テ原告若クハ被告ノ手中ニ存スル証書ニシテ書面中ニ申立ノ原因トシテ引用シタルモノノ謄本ヲ添付ス可シ（以下省略）

一九〇条①　訴ノ提起ハ訴状ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ為ス

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
③　此他訴状ハ準備書面ニ関スル一般ノ規定ニ従ヒ之ヲ作リ…（以下省略）
一九九条①　訴状送達ノ際十四日ノ期間内ニ答弁書ヲ差出ス可キコトヲ被告ニ催告ス可シ
②　答弁書ニハ準備書面ニ関スル一般ノ規定ヲ適用ス

（16）○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　○明三六・五・一八　関西管見（一）　特派員煙山生　○明三七・九・一〇　法界革新の声（一）（馬場大審院判事の私見）　○明四一・八・五　民事訴訟減退の原因と其匡救　法学士林龍太郎君　○明四一・一〇・一五　日比谷法廷雑観（1）松岡皐城　○明四二・一一・一五　中国弁護士大会　○明四三・二・一五　大阪地方裁判所部長多喜沢君談片　○明四三・三・二五　土佐法況と其奇風　○明四四・八・二〇　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て　弁護士法学士林龍太郎氏談　○明四四・一〇・一五　手続法規の改正に就て（三）　弁護士佐藤重之君談　○明四五・一・二五　法政時観（民事訴訟の進行に就て　法学博士原嘉道君）（法学新報）　○明四五・五・五　民訴法と社会政策（上）　司法省民事局長法学博士齋藤十一郎君談　○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）　○大三・一二・三〇　時間励行と訴訟準備　東京控訴院書記甲斐渡君談　○大六・一・一三　裁判所方面より見たる在野法曹に対する希望（東京地方裁判所長牧野菊之助君談）　○大六・一・一五　裁判所方面より在野法曹に対する希望　（東京地裁監督書記根岸澄太郎君談）　○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大一〇・一二・一〇　大阪控訴院弁護士室談

（17）○明三三・一二・二四　訴状答弁書の記載及提出方に就き　○明三九・一一・五　富山地方裁判所の管内彙報発刊　○明四二・五・一〇　浦和地方裁判所の掲示　○明四二・六・二五　函館法界日誌抄　巴港生　○明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　○大二・一・一五　長崎弁護士会　○大二・七・二五　新潟裁判所の訴訟進行法　○大一一・八・八　神戸裁判所弁護士会間事務協議会協定事項

（18）○明四二・六・二五　函館法界日誌抄　巴港生　○明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　○明四四・八・

二〇　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て　弁護士法学士林龍太郎氏談　〇大二・七・二五　新潟裁判所の訴訟進行法　〇大八・三・一三　休戦と裁判所　今村神戸所長談　〇大一〇・一二・二〇　民事訴訟法改正私論（二）　弁護士齋藤巖君

（19）〇明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　〇大二・一一・一〇　訴訟延滞の理由　大阪地方裁判所々長和仁貞吉君談　〇大五・六・一八　大審院弁護士室より　〇大五・六・一八　大阪三裁判所時間励行　〇大七・三・五　判事霞城氏に答ふ　弁護士清瀬一郎君　〇大七・三・一〇　司法官に余裕を与えよ　弁護士笠原文太郎君　〇大七・三・一八　朝野法曹見参記（三五）　弁護士法学士塩田環君　〇大一五・一・二〇　民事訴訟法改正と訴訟の促進　東京地方裁判所々長判事今村恭太郎君

（20）明治一七年（一八八四）生まれ。四一年京都帝大法科大学卒、弁護士。大正九年（一九二〇）衆院議員（一四期）、昭和三〇年（一九五五）文相、三五年衆院議長。極東裁判で弁護人。四二年死去。

（21）水野「口頭審理」一六―二〇頁参照。弁護士委員の重鎮・原嘉道は『法律新聞』記事でも以下のように指摘していた。「民事訴訟進行遅延の一大病根は、準備書面の不完備に在り。原告の訴状には、自己の主張する事実上の関係を記載する外、その事実を証明すべき証拠方法を掲ぐるもの極めて少く、全く相手方をして之に対する陳述をなし、併せて自己の事実上の証拠方法を現出せしむるの準備を為すことを得ざらしむること」（〇明四五・一・二五　法政時観（民事訴訟の進行に就て　法学博士原嘉道君））。染野義信「わが国民事訴訟法の近代化の過程」「転回点」（同『近代的転換における裁判制度』所収）の両論文では、準備書面の大量提出による書面審理化を指摘するにとどまっている。

（22）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雉本朗造」一橋研究二三巻一号（平一〇）、松村和徳「わが国におけるオーストリア民事手続法の受容――『手続集中』理念と大正民事訴訟法改正」（早大比較法研究所編『日本法の中の外国法　基本法の比較法的考察』（平二六）所収）。オーストリア民訴法の準備手続については松村和徳「『手続集中』理念とその方策としての弁論準備システム　オーストリア民事訴訟法における弁論準備システムの変遷を中心に」（『民事手続法の比較法的・歴史的研究（河野正憲古稀）』（平二六）所収）を参照。

（23）〇明三九・一一・五　富山地方裁判所の管内彙報発刊　〇明四二・一一・一五　中国弁護士大会　〇明四三・三・三〇　横田博士を訪ふ　〇明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）　法学士弁護士林龍太郎氏談

○大四・八・二五　民事訴訟と職権主義（上）独逸法学博士東京控訴院判事水口吉蔵君　○大一一・一・二五　民事訴訟法改正私論（九）弁護士齋藤巖君　○大一四・二・一五　中央法衙の地方、区裁判所に於ける訴訟事件渋滞の趨勢と原因　東京控訴院長和仁貞吉氏談　○大一四・七・一五　裁判遅滞を根本的に防止する方法と在野法曹一同の覚悟　東京弁護士会新副会長谷村唯一氏談　○大一四・一〇・一五　民事訴訟法改正案

（24）文久二年（一八六二）生まれ。明治二一年（一八八八）東京帝国大学法科大学卒、司法省参事官試補。千葉地裁部長、東京控訴院判事などを経て三四年大審院判事、四二年欧米出張、大正二年（一九一三）大審院部長、一二年大審院長。明治大学学長。昭和一三年（一九三八）死去。

（25）『法律新聞』には、イギリスの民訴手続は日・米と比べ非常に迅速であると評価する記事がみられる。その一因として、手続の初めに争点整理（弁護士同士が書面を交換する、いわゆる訴答手続 Pleading）を行っていることを指摘するものとして、○明三九・七・二五　米国法律学士弁護士沢田俊三君談片　は「口頭審理の真面目と云うものに至っては日本の法廷では迚も見られない、英米の法廷に於て初めて之を知ることが出来る」、「少しく我邦の民事訴訟法を改正するか、縦し改正せずとも今日の如く食い嚙りをせずに、口頭弁論を開いたら必ず其日に終結すると云う主義を執って、証人の必要な者は前以て呼出して置くとか或は自ら連れて来て置くとか、準備書面は前日迄に双方の弁護士間に要領書を交換して互に争点がチャンと分るようにして置いて、翌日法廷で証人を調べ証拠を調べ、弁論を終って直ぐ判決すると云うことになったらどうか」。同旨として○明四一・三・五　平沼民刑局長の談　○大一三・九・一三　スクラットンの裁判四鉄則と我民事訴訟（二）判事竹井廉君。

増島六一郎『英吉利訴訟法』（明二〇・参照は国会図書館デジタル版）六〇頁は、訴答手続を紹介した上でわが民訴（但し当時は明治民訴施行前）を批判していた。「英国訴答の法は再答書に至て大抵訴答の手続結了し、双方の争う所の点、即ち判事の判決すべき論点皆な明白に定まるを以て、頗る訴訟の手続を短縮するの利便多きを観る。今ま翻て本邦の訴訟法を案ずるに全く之に反し、双方に於て互に事実を隠蔽し、己れの主張せんとする所も速かに之を述べず、争点を定むるを務めず、従て判決すべき論点を定むることを知らず、悠々として徒らに日時を延引するの弊風多し。而して、代言人等往々之を倖とし、其弊に乗ずるを以て揚々乎して顧ざるものあり。誠に愚の至りと謂うべし」。

（26）同旨、○大一五・一・二〇　民事訴訟法改正と訴訟の促進　東京地方裁判所々長判事今村恭太郎君。なお、『日本立法資

料全集一一　民事訴訟法（大正改正編）（二）』［関連資料15・16］には、時期は不明だが「英国民事訴訟法に於ける準備手続の概要」についての立法調査が残されている。

（27）この点については水野「口頭審理」三四－三六頁、注（81）などで指摘した。

（28）実務上は弁護士が判事室におもむいて、事件について意見交換をすることがおこなわれていたが、裁判官のスタンスに左右されるものだったようである（〇明三九・六・一〇　法衙月旦　社員稲村蘿月　〇大五・六・一八　大審院弁護士室より）。

（29）Deutsche Richterzeitung 掲載のオーストリア民訴法紹介を翻訳した記事（〇大四・八・二五／三〇　民事訴訟と職権主義（上）（下）独逸法学博士東京控訴院判事水口吉蔵君）では準備手続が詳細に紹介されているが、それが口頭で行われること（二四五条以下）については特に触れられていない。ちなみに『日本立法資料全集一一　民事訴訟法（大正改正編）（二）』［関連資料17］では、立法資料（作成時期は不明）としてオーストリア民訴の準備手続の概要が紹介され、そこでは口頭で行われることが明示されていた。

（30）〇大一五・一・二〇　民事訴訟法改正と訴訟の促進　東京地方裁判所々長判事今村恭太郎君　〇大一五・二・一三　改正民事訴訟法案概観　小林亀郎君　〇大一五・二・一五　改正民事訴訟法案を評す（五）弁護士齋藤巖君。これは立法過程においても同様であった。水野「口頭審理」注（59）、二八頁、三四頁以下を参照。

（31）原嘉道「民事訴訟法雑感」曹誌八巻一二号（昭五）八－一一頁。

（32）Otto Bähr, Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung. in: JherJb 23 (1885) S. 339-434. Adolf Wach, Die Civilprozessordnung und die Praxis. Leipzig 1886.

（33）ドイツの状況についてはさしあたり Hans-Gerhard Kip, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip. Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses. Köln-Berlin 1952. 邦語文献としては近藤完爾「口頭主義の反省」（同『民事訴訟論考　第二巻』（昭五三）所収）。

（34）当時の文献としては仁井田益太郎「口頭審理ノ弊及ヒ其救済」新報一二巻二号（明三五）が、裁判所と当事者（弁護士）に準備書面の適切な交換など法の規定を遵守する「徳義心」がなければ口頭審理の運用は無理、という簡潔な指摘がみられる。

（35）水野「口頭審理」一六、二八、三二頁以下を参照。

（36）但し統計上は、明治民訴法期を通じて地裁・区裁で闕席判決が終局合計に占める割合は五分の一から六分の一でほぼ安定しており、特定の時期を境に有意な変化があったとはいえない。林屋ほか『統計から見た明治期の民事裁判』［2－4－2－2］［2－4－7－2］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』［2－4－2－1］［2－4－7－1－1］を参照。

（37）同旨、○明三四・七・八　事件の呼上と欠席判決　○明三七・四・二○　官憲主義の流行（其二）　○大三・一・二○余録　○大六・三・五　在野法曹より裁判所方面に対する希望　弁護士大井静雄君談

（38）○大一○・一○・一五　区裁判所の和解即決近況　は、闕席判決で強制執行を受けることになりびっくりし、すでに故障申立期間も経過してしまってから駆け込んでくる者がいることを紹介している。当事者本人の法知識不足ゆえに闕席判決により敗訴となり、そこであわてて弁護士に依頼し上訴するケースは珍しくなかったようである。川口編著『明治大正町の法曹』三八二、三八七、三九二頁。水野「口頭審理」注（73）も参照。

（39）以下の例のほか○明四○・一一・二五　神戸裁判所の三十分（十九世紀と二十一世紀）

（40）以下紹介のほか○大一四・四・二八　民事裁判の国民生活擁護実際化を望む　弁護士松倉慶三郎君

（41）齋藤の主張は闕席判決に代えて、すでになされた主張立証による訴訟資料を考慮したうえで通常の対席判決をするというものであり、ドイツ民訴法が一九二四年（大正一三）改正で導入する「記録の現状に基づく裁判 Entscheidung nach Lage der Akten（三三一a条）」に近似している。

（42）山内ら起案者＝司法官僚の主張は、起草過程では「書面審理による迅速化」の委員たちに多数決で敗れたが、立法過程（貴衆両院の委員会）では一定の賛同を得ることになる。この点については水野「口頭審理」一七－二○頁、二八頁、三二－三三頁で詳細に論じた。

（43）「口頭主義の基礎が固まらないうちに、ずるずると［書面審理主義と］妥協してゆかざるを得なかった」という染野義信氏の指摘（「転回点」二八八頁）はこの点によく当てはまると思われる。

（未完）

論　説

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（二）

――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
第二節　課題設定と検討対象

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
　第二節　プライバシーの権益に関する民法学説
　　第一款　プライバシー概念不要説
　　第二款　プライバシー概念肯定説（一元的構成）
　　第三款　プライバシー概念肯定説（二元的構成）
　　第四款　プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）
　　第五款　プライバシーの法的保護の限界
　第二節　実社会のサイバー化とエツィ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、六七巻四号）

（以上、本号）

第二節　プライバシーの権益に関する民法学説

前節で検討したように、日本の最高裁判例ではプライバシー権の明確な定義が今なおなされておらず、解釈にゆだねられている余地が少なくない状況にある。そのこともあって、学説においては、単に日本の判例の展開や海外の理論動向を追うのみならず、論者ならではの複合的なプライバシー理解が展開されてもいる。そこで本節では、民法の体系書・基本書や判例評釈等に述べられるプライバシー権の理解やその相違点を検討することで、日本の民法学説におけるプライバシーの権益論の到達点を確認することとする。(1)

本節の叙述は以下のとおりである。まず、第一款でプライバシー概念不要説を唱える少数説について触れた後で、第二款以降においてプライバシー概念肯定説を検討する。この肯定説について、より具体的には、概念構成を一元的に行うものを第二款で、その欠点を補うために二元的構成をとる見解を第三款で、更なる発展可能性を示す多元的構成を第四款で、それぞれ検討する。その後、第五款において、プライバシーの法的保護の限界として、加害者側の抗弁やその他の利益との衡量等について検討する。最後に第六款においては、近時の理論動向として、プライバシー概念のさらなる再構成を行うものと、現代社会におけるプライバシー権と人格的自律権（自己決定権）との関係性を追究するもの、そして、生命・身体・健康と結びついた「平穏な生活に関する権利・利益」の拡張現象を探究するものを検討する。

（1）債権各論ないし不法行為法に関する文献は相当多数にのぼるため、これらを網羅して詳述することはもとより不可能であるし、必須の文献についても見落としがあるかもしれない。また、本節で言及するそれぞれの見解についても、著作における記述を誤読し、その主張を曲解している可能性も否定できない。これらの点について、ご海容を願いつつ、併せてご教示を乞いたい。

第一款　プライバシー概念不要説

プライバシー概念を日本民法学にとりいれることについて消極的な見解は、研究の黎明期に比較的よくみられる。その代表的なものとして、例えば河原畯一郎（敬称略、以下同じ）の見解が挙げられる。河原はまず、日本民法（七

○九条ないし七一一条）が生命権、身体権、自由権及び名誉権といった人格権を認めていることから、類推によりプライバシーの権利を認め、民事上の保護を与えることも不可能ではないと思われるとする。しかしながら、結果的に同権利を日本法が導入することは時期尚早であるとした(2)。なぜなら、母法であるアメリカにおいてプライバシーの権利によるほか救済の方法がない事件でも、日本民法においては名誉毀損が成立することが少なくないからである。

また、「我国の不法行為法において、『プライバシィ』という概念は確立していないし、確立する見込みもなく、将来ともこの概念を使用するべきではない」とする見解がある(3)。この見解は、前節においても検討し、本節の検討でも明らかになるように、プライバシー概念が多義的であり、捉えどころがないことを懸念するものである。

この論者によると、わが国ではプライバシー概念は未だ確立してないにもかかわらずそれが確立したとの常識ないし錯覚があり、訴訟において当事者からプライバシー概念を用いた主張がなされることも多く、このため裁判所は、その主張内容を探る努力をせねばならないという多大な負担を背負うことになるという。また、プライバシー概念を未消化のまま使用し続けることにより、真に保護すべき利益の実体が曖昧になり、適切な保護を妨げることにもなりかねないという。

以上から明らかなように、プライバシー概念不要説は、名誉権との類似性やプライバシー概念の不明確性・非実用性を根拠としている。しかし今日では、プライバシー概念は名誉概念と別個のものであるとする見解が主流であり(4)、その実用性も否定されてはいないことから、プライバシー概念不要説は少数説であるといえる。

（2）河原畯一郎『言論及び出版の自由』（有斐閣、一九五四）一三四－一三六頁。河原は結果的にはプライバシー権の導入に

消極的であったものの、同権利の日本法への受容を検討する嚆矢であるという点で積極的な評価もできる。

（3）菅野孝久「『プライバシィ』概念の機能の検討――不法行為法における非実用性」ジュリスト六五三号（一九七七）六〇頁。

（4）これは民法学説におけるほぼすべての肯定説が当てはまるといえよう。具体的には、プライバシー侵害は、世間の評価に悪い影響を与えない場合にも成立する点、真実を公表した場合にも違法たることを免れない点、法人については認められない点等から、名誉毀損（ないし侵害）と異なることに触れるものが多い（この点に触れる文献は多岐にわたり、後の引用との関係で煩雑であるため、ここでは以下で検討する文献の該当頁の引用を省略させていただく）。この点につき検討した初期のものとして、三島宗彦「日本民法とプライバシー」法律時報三一巻六号（一九五九）二九頁以下。

ただし、侵害利益や侵害態様の近接性からか、現在においてもプライバシー侵害は名誉毀損と連関的に論じられることが少なくないのも事実である。例えば、藤岡康宏「名誉・プライバシー侵害」星野英一（編集代表）『民法講座6』（有斐閣、一九八五）三八七頁以下や、建部（中島）雅「名誉・プライバシー」内田貴、大村敦志（編）『民法の争点』（ジュリスト、二〇〇七）三〇四頁以下等をはじめ、多くの基本書・体系書等において同様の記述がみられる。

一方で、このようなプライバシー権や名誉権といった各種人格権相互の関係を問い直す試みがないわけではない。フランス法を比較対象としたそのような試みの一つとして、曽我部真裕「『自己像の同一性に対する権利』について」法学論叢一六七巻六号（二〇一〇）一頁以下。

第二款　プライバシー概念肯定説（一元的構成）

第二款では、プライバシー概念肯定説のうち、一元的構成をとるものを検討していく。より具体的には、「ほうっておいてもらう権利」の一元的構成、「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の

一元的重層構成、「自己情報コントロール権」の一元的構成、「ほうっておいてもらう自由」を基礎とした「自己情報コントロール権」の一元的重層構成、「自律権ないし自己決定権」の一元的構成、「自己イメージコントロール権」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成のそれぞれについて、順に検討していく。

一「ほうっておいてもらう権利」の一元的構成

ここでは、プライバシー権を、マスメディア等による不当な詮索から逃れるための消極的な「ほうっておいてもらう権利」[5]として一元的に捉える見解を検討していく。比較的初期の学説と、近時のものであっても、体系書・基本書の方針ゆえか簡潔な記述にとどまったり、憲法上（と当の論者が捉えるところ）の問題を扱うことを躊躇したりするものに採用される構成である[6]。

このような意味でのプライバシーを日本民法に導入するにあたって積極的な役割を果たしたものとして、戒能通孝の一連の研究が挙げられる。彼の一九五五年の論考「人格権と権利侵害の類型化」[7]は、プライバシーという表現を明示的に使用していないものの、「プライヴァシー権を論じたものとして先駆的な論文である」[8]と評されている。またその翌五六年の「新聞と人権」[9]では、概念の意義付けなどがされているわけではなく、中見出しに使われているにすぎないものの、プライバシーの語に触れられている[10]。

また、一九五九年の「プライバシィ権とその保障」では、「プライバシィの権利」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、以下のように持論を展開する[11]。「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、プライバシィ権の侵害である。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『プライバシィ

権』の侵害とならねばならない」。戒能はこの意味で、「プライバシィ権」の問題もまた日本民法上の不法行為の課題として無視できないと信じているのである。

このような黎明期の研究や初期の裁判例を体系書において論じたものとして、まず、我妻栄のそれを挙げよう。

我妻は、「他人に損害を加える行為は、多くの場合、他人の権利を侵害する。」「そして、他人の権利を侵害する行為は原則として違法な行為である。」としつつも、「ただし、いわゆるプライヴァシー」「が無条件に権利と認めうるかどうかはなお疑問であろう」とする[12]。そこでは「侵害される利益の性質と侵害する行為の反公序良俗性（社会的指弾性）との相関関係がとくに慎重に考えられなければなら」ず、具体的には、「いかなる程度までプライヴァシーとして保護すべきか、またそれを侵害する行為の態様はどうであったか、各場合につき、両当事者の職業・社会的地位その他一切の事情を考慮して決すべきである」[13]。もっとも、プライバシー保護の「限界を具体的に定めることはすこぶる難しい」[14]。

このように、我妻はプライバシーの法的保護を必ずしも否定するものではないが、一九七一年という時期にあってなお消極的な叙述が前面に出ていることには留意すべきである。ただ彼は一方で、別の概説書の注において『宴のあと』事件判決に触れつつ、「それにしてもわが国の週刊雑誌などの態度はひどい。日本人はこの問題について不感症なのであろうか」[15]と慨嘆していることから、マスコミによる個人の私生活の暴露については、その法的保護に積極的であると考えてよいのかもしれない。そこで本稿では我妻の見解を、「ほうっておいてもらう権利」としてのプライバシーを採用しているものとして整理する。

次に、広中俊雄の叙述をみよう。広中は、「今日、人間はすべて人間たるの資格に対する一切の侵害から保護されることを予定されており、日本の民法はこのことを『個人ノ尊厳』という言葉で表現していると解される。個人は、肉体的利益であると精神的利益であるとを問わず人間たるの資格にかかわる人格的利益の帰属の主体、すなわち人格権の主

体として保護され、その侵害は当然に違法であって、侵害者に故意または過失があるかぎり――侵害の仕方いかんによっては過失がなくても――不法行為責任を発生させる」[16]としつつ、プライバシーの侵害の場面として『宴のあと』事件判決と、前科照会事件判決に触れる[17]。これら二つの事案に言及する以上、広中の念頭に置くプライバシー権が「ほうっておいてもらう権利」構成に基づいていることは否定できないであろう。

また、加藤一郎は、「報道・出版等に関しては、名誉毀損と別の不法行為の類型として、プライバシーまたはプライバシー権の侵害がわが国でも問題にされるようになってきた」[18]としつつ、『宴のあと』事件判決や、刑事上の最大判昭和四四年一二月二四日に触れる。そして、後者の最高裁判決が「国家権力との間で、憲法一三条を根拠として承諾なしに撮影されない自由」「を認め、その制約にかなりきびしい条件を課していることは、注目される。これは直接には私人の写真撮影に及ぶものではないが、制約の条件はもっと緩やかになるにしても、私人間で私生活の自由をかってにおかされないプライバシーの権利を認めるにあたっての、間接的な手がかりになりうる」とこれを評価する[19]。この記述から加藤は、私法上のプライバシー権を「私人間で私生活の自由をかってにおかされない権利」と捉えていることがわかる。

さらに田山輝明は、「プライバシーとは、一般に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である」[20]と『宴のあと』事件判決の定義を用いる。そして、青野博之は、「プライバシーは、人間の内面に関係する人格的利益である」としつつ、「私生活をみだりに公開されない法的利益」[21]をいうとする。青野はまた、「公開とは、本人以外の者に知られること」をいい、「プライバシーの対象となる事柄は、他人に知られたくない情報である」とする[22]。そのほかに、加藤雅信は、「アメリカでは一九世紀の末以来、一人で放っておいてもらう権利、私事を不当に開示されない権利が、プライバシーの権利と呼ばれ保護されるようになった。このプライバシーの観念は、自己情報のコントロール等の憲法的な観点からも問題とされる」と学説の展開を簡単に述べた後に、「本書では民事法的な私事の不当開示という観

点からの検討にとどめよう」と、「自己情報コントロール権」構成に立つことに消極的な姿勢を示す[23]。ほかにも、田井義信[24]、目崎哲久[25]、森泉章[26]、松尾弘[27]らも、『宴のあと』判決やそこで示されたプライバシー権の定義に触れつつ、プライバシー侵害が不法行為となることに簡潔に言及する。

これらの見解の多くは、プライバシーの定義を『宴のあと』事件判決のそれに依拠して行い、情報を勝手に公開されない権利として捉える。そのため、加藤（雅）の言葉にも表れているように、プライバシーの「自己情報コントロール権」構成、つまり、より積極的な情報の開示・削除等請求権にまつわる問題を考慮に入れていないか、少なくともこれを私法上の問題とは考えていないと理解することができよう。

以上の諸見解が前提とする、プライバシーを「ほうっておいてもらう権利」と構成する古典的定義には、次の三点の欠陥があるとの有力な批判がある[28]。第一に、それは「明らかに広汎に失する」もので、これでは「およそ自由一般ないし権利一般の意味合いを持ちうる」。もしプライバシーが、そのような諸自由・権利の総称に過ぎないなら、何故そもそもプライバシーという概念を用いるのか、その意義が問われねばならない。また第二に、かりにこの定義に沿ってプライバシーを理解したとしても、「ひとりで居させてもらえない」場合ではあるが、プライバシーの侵害とはいえない場合が多々生じてくる不都合がある[29]。第三に、この古典的定義が、消極的な響きを持ちすぎている点である。プライバシー権が意味を持つためには、「人間がまさしく他者と接しなければならない存在であることを前提に、かかる人間の活動の場にも意味のあるものであることが必要である」というのである。われわれは、元来「プライバシーの問題意識が」「高度に複雑な相互依存的な現代社会にあって個人の自由を確保する人間の行動についての合理的ルールを確立する点にあった[30]」ことに留意すべきなのである。

このような不都合を回避するため、のちに検討するように、民法上の学説の多くが「ほうっておいてもらう権利」構

成を基礎としつつ「プロッサーの四分類」に依拠してこれをより具体化したり、さらには「自己情報コントロール権」構成を併用したりするのであろう(31)。

（5）See, Samuel D.Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

（6）一般的人格権概念そのものを肯定する見解としては、例えば、富井政章『民法原論（1）総論（上）〔第二版〕』（有斐閣、一九〇三）一〇九頁や、鳩山秀夫『日本民法総論（上）』（岩波書店、一九二三）二九頁等、明治時代や大正時代の著作にもみられる。しかし、これらの著作では、生命、身体、名誉等が例示されるにとどまり、まだ秘密ないし秘密権には言及されていない。

プライバシー概念が日本においても一般化し、端的に名誉とは異なる法益であるとしてその保護を主張するのみならず、一般的人格権という、ひろく人格的利益を保護する包括的な権利の一部としてプライバシーの保護を論ずる研究が活発になるのは、一九六〇年代に入ってからのことである。そのような観点からの研究として、五十嵐清、松田昌士「西ドイツにおける私生活の私法的保護――一般的人格権理論の発展」戒能通孝、伊藤正己（編）『プライヴァシー研究』（日本評論社、一九六二）一五〇頁以下、柳沢弘士「一般的人格権侵害の法的構成（一）（二・完）」日大法学二八巻三号（一九六二）五六頁以下、四号（一九六二）八八頁以下等。

（7）戒能通孝「人格権と権利侵害の類型化」法律時報二七巻一一号（一九五五）二四頁以下。

（8）戒能通孝（著）、戒能通厚（編集・解説）『戒能通孝著作集Ⅱ 人権』（日本評論社、一九七七）二九三頁（戒能通厚による解説部分）。

（9）戒能通孝「新聞と人権」日本新聞協会（編）『新聞の責任』（岩波書店、一九五六）三三頁以下。

（10）この論考は三島宗彦によって、「プライヴァシー問題を扱った最初のものではなかろうか」と（その正確性はさておき）位置づけられている（三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、一九六五）九－一〇頁）。

（11）戒能通孝「プライヴァシィ権とその保障」民商法雑誌三九巻一・二・三合併号（一九五九）一三七頁。

（12）我妻栄『民法大意〔第二版〕中巻』（岩波書店、一九七一）四八五頁。
（13）同前、四八六－四八七頁。
（14）我妻栄『法学概論《法律学全集2》』（有斐閣、一九七四）一一〇頁。
（15）同前、一一〇－一一一頁。
（16）広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、一九九四）四五三頁。
（17）同前、四五七－四五八頁。
（18）加藤一郎『不法行為〔増補版第5刷〕《法律学全集22－Ⅱ》』（有斐閣、一九七六）二八一頁。
（19）同前、二八四頁。
（20）田山輝明『不法行為法〔補訂版〕』（青林書院、一九九九）七四頁。
（21）大島俊之、久保宏之、下村正明、青野博之『プリメール民法4 債権各論〔第2版〕』（法律文化社、二〇〇三）〔青野博之〕一九四頁。
（22）同前。
（23）加藤雅信『新民法体系Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為〔初版第二刷〕』（有斐閣、二〇〇三）二四二頁。
（24）山口純夫（編）『債権各論』（青林書院、一九九二）二〇七頁〔田井義信〕。
（25）水本浩、遠藤浩（編）『債権各論〔改訂版〕』（青林書院、一九九三）二七五頁〔目崎哲久〕
（26）森泉章『入門 民法〔第3版〕』（有斐閣、二〇〇五）二四一頁。
（27）松尾弘『民法の体系―市民法の基礎―第5版』（慶應義塾大学出版会、二〇一〇）一八頁。
（28）以下の三点の批判について、佐藤幸治「権利としてのプライバシー」ジュリスト七四二号（臨時増刊『情報公開・プライバシー』）一六〇頁。
（29）佐藤は、例えば嫌々ながら源泉徴収をされても「プライバシーの権利」の侵害とはいわないとする（同前）。
（30）佐藤幸治「現代社会とプライバシー」伊藤正巳（編）『名誉・プライバシー《現代損害賠償法講座Ⅱ》』（日本評論社、一九七二）六一頁。
（31）この点、ここで検討した多くの文献が『宴のあと』事件判決に触れており、同判決が「プロッサーの四分類」と矛盾し

ない要件設定をしている以上、これらの見解は、後述の「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成を採用しているとも評価しうる。しかし、これらの論考がプロッサーの類型論に言及したうえでこれを明示的に評価しているわけではない以上、それを積極的に行う後述の竹田・五十嵐の両見解との区別のため、ここでは「ほうっておいてもらう権利」の一元的構成を採用していると整理させていただく。

二　「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成

この見解は、「ほうっておいてもらう権利」構成を基礎としつつ、プロッサーの四分類[32]――①他人の干渉を受けずに送っている私生活に侵入すること、②他人に知られたくない私的事項を公開すること、③ある事実を公開することによって他人に自己の真の姿と異なる印象を与えること、④氏名や肖像を他人が利得のために使用（盗用）すること――によって侵害場面の具体化を図るものである。

このような立場を明確に採用するものとして、竹田稔の見解と、これに修正を加える五十嵐清のそれが挙げられる。

竹田は、まず、「ひとりでほうっておいてもらう権利」というような古典的なプライバシー概念はプロッサーの四類型によって結実したとみてよいとする[33]。

このうち、①と②は、（当時の）多くの国民が抱いているプライバシー侵害のイメージに示されたところ[34]と一致しており、判例にもその傾向が現れているため、「プライバシーの権利を情報コントロール権として把握する場合にも、①②の意味における私生活保護をプライバシーの権利の枠外とすることはできないであろう」と指摘する[35]。

しかし、③要件については、「虚偽の事実の公表により自己の真実の姿と異なる印象を与えることと理解すれば、それは個人の私生活や私的事項とは別個の範疇であり、プライバシーの権利概念からはずすのが概念の明確性からみて妥

当である」とし、また、④要件についても、これは「氏名や肖像の営利的利用であって、パブリシティの権利と呼ばれており、氏名や肖像の持つ経済的側面に着目したものであって、もはや人格権の範疇ではない」と、プライバシー概念から除外することを提案する。[36]

以上より、竹田は、プライバシーの権利を「みだりに私生活（私的領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されたりしない権利」と定義する。[37]

また、五十嵐は、学説の展開について熟知しながらも、わが国の判例では、最高裁はこれまで（執筆当時まで）のところプライバシーという言葉を定義せずに使用していること、下級審裁判例ではプライバシー権を「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」と定義付ける『宴のあと』事件判決に従っていること、これに対して『逆転』事件一・二審判決は自己情報コントロール権説の影響を受けたような定義をしているが、実質的には『宴のあと』事件判決の示した要件に従って判断しており、この定義に大きな意味を与えることはできないことを指摘する。[38]

そのため、「わが国の私法判例の分析を中心とする本書では、プライバシーの定義について新しい傾向に従わず、古典的な定義で満足したい」とする。[39] この点、『宴のあと』事件判決の定義は、公表だけを問題としているが、プライバシーの侵害はすでに私的領域への侵入によって発生するので、五十嵐は竹田の前記提言に従い、プライバシー権を「みだりに私生活（私的生活領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されたりしない権利」と定義する。[40] ただし、このことはプライバシー権を「自己情報コントロール権」や「自己決定権」とみる見解を排除するものではないとも付言する。[41]

このように、竹田・五十嵐の両見解は「ほうっておいてもらう権利」構成を基礎としつつ、プロッサーの四分類に依拠してこれを具体化することで、「ほうっておいてもらう権利」構成に対する批判を回避することを目論んでいるとい

える。しかし、情報社会の高度化が進展し、私企業による情報の利活用が盛んになる中で、公開を必ずしも伴わない情報の不正利用の事案についてどのように対応すべきか、つまり「自己情報コントロール権」構成の問題意識をどのように受容ないし批判するか、という点が、本構成に対する残された課題として存することは否定できないだろう。

(32) William L. Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383 (1960).
(33) 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）一六一頁。
(34) ここで竹田は、関根義男「国民のプライバシー意識」ジュリスト七六〇号（一九八二）四〇頁を参照している。
(35) 竹田・前掲書注（33）一六一頁。
(36) 同前、一六二頁。
(37) 同前。
(38) 五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、二〇〇三）二〇五頁。
(39) 同前。
(40) 同前、二〇六頁。
(41) 同前。

三　「自己情報コントロール権」の一元的構成

科学技術の発展に伴い、個人に関する情報が国家等によって否応なく収集・利用され、従来想定されていたものとは異なるプライバシー侵害が問題とされるようになると、情報に関するプライバシーを自己情報コントロール権と考える

構成が有力化していった[42]。日本におけるその主唱者は、憲法上のものとしては佐藤幸治であり、この見解を（個人情報保護法の制定に携わること等を通じて）公法私法に拘わらない一般的なプライバシーに関する見解として昇華したものとして、堀部政男が挙げられる。この点、堀部は、プライバシー権を、干渉阻止権という消極的・受動的定義に加えて（傍点本稿執筆者）、コントロール権、自己情報支配権という積極的・能動的定義が創造されるようになったとし、両概念を並列的に理解する[43]。それに対し、ここでは「自己情報コントロール権」の一元的構成を主として扱うため、以下では佐藤の見解をとりあげつつ、民法へのその受容を主張する見解を検討したい。

（42）アメリカ法を比較対象とした「自己情報コントロール権」構成のほかに、類似した問題意識を有するものとして、ドイツ法を比較対象とした「情報自己決定権」構成が憲法学説上有力に主張されているものの、民法学説に対する影響は必ずしも大きくはないようである。そのため、民法学説を主たる検討対象とする本稿では、その検討を省略せざるを得ない。

ドイツにおける情報自己決定権につき、木村弘之亮「行政手続及び行政訴訟法における手続基本権の保障」慶應義塾大学法学研究六二巻一二号（一九八九）一一〇頁以下、島田茂「西ドイツ警察行政における情報処理と個人の情報自己決定権」横浜一律大学論集四一巻（一九九〇）一四三頁、ユルゲン・マイヤー（著）、福井厚（訳）「ドイツ連邦共和国の刑事手続及び警察法における情報自己決定権」法政大学法学志林九〇巻二号（一九九二）一頁以下等参照。

また、この学説の日本における主唱者としては、小山剛が挙げられる。その近時の著作であり、日本の判例との関係で情報自己決定権論を検証するものとして、小山剛「なぜ『情報自己決定権』か」全国憲法研究会（編）『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、二〇一五）三三〇頁以下。

（43）堀部政男『現代のプライバシー』（岩波新書、一九八〇）五八頁。

三－一　主張

佐藤はまず、プライバシーの権利は、「自己についての情報をコントロールする権利」と定義できるのではないかとする[44]。それは、単なる秘密でも社会からの隔離でもなく、「他人が自己についてのどの情報をもちどの情報をもちえないかをコントロールすることができる」点に本質的な意義があるというのである[45]。彼は、このようなプライバシーは、「何か他の利益または価値を保護するための手段としてではなく、それが人間の最も基本的な愛・友情・信頼といった関係と不可分に結び付いているが故に、つまりプライバシーなくしてはそのような関係はありえないが故に、保護されるべきだ」としている[46]。その背後には、「人間の尊厳」あるいは「個人の尊厳」の価値が存在する[47]。そして彼は、このような権利が台頭してきた社会的背景として、「社会の産業化・都市化に伴う私生活領域への侵入の危険性の増大」、「第二次世界大戦以降の政府による個人の情報収集の拡大」、及び「技術革新による情報収集方法の変化」を挙げている[48]。彼は、「いわゆるデータ・バンク社会の問題をも視野に入れた包括的定義にして、プライバシー保護法制定への規範的議論の基礎を提供するもの」として、「自己情報コントロール権」という構成を評価しているのである[49]。

佐藤はさらに、ここにいう「情報」の意義を、「本来個人に関するすべての情報ではなく、そのような情報のうち道徳的自律の存在としての個人の実存にかかわる情報を内容とする」「センシティブな情報」と理解する[50]。彼は、このような情報をコントロールする権利の侵害が、プライバシー権侵害だというのである。そして、データ・バンクの問題に言及して、「公権力が、個人の道徳的自律と存在に直接かかわらない外的事項に関する個別情報を、正当な政府目的のために、正当な方法を通じて取得・保有しても、直ちにはプライバシーの権利の侵害とは言えない。が、かかる外的情報も悪用されまたは集積されるとき、個人の道徳的自律と存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利の侵害の問題が生じる」と述べている[51]。このことは、個人に関する情報にも異なる性質のものがあることを示している。

従って、「自己情報コントロール権」としてのプライバシー権は、「文字通り個人に関するすべての『情報』のコントロールを意図しているものではなく、人権論的にいえば、個人が、『固有の尊厳』をもつ人格の自由な展開にとって重要な『情報』を、その展開を妨げられないような姿においてコントロールすることを可能ならしめることを内実とする権利」[52]だという。彼はここで、プライバシーの主張を適切に行うための要件として、個人に関する情報に「プライバシー固有情報」と「プライバシー外延情報」の区別を設ける。前者は、まさにプライバシー固有のセンシティブな情報であり、「道徳的自律の存在としての個人の実存にかかわる情報」をさし、後者はその周辺情報をさす[53]。「プライバシー固有情報」は、具体的には、「人の内部的な身体的状況・特徴とか精神過程にかかわる情報、思想・良心の基本にかかわる情報、きわめて不当な社会的差別の原因となる情報等」[54]とされている。

このようにして佐藤は、固有情報については即プライバシーの権利侵害が問題となりうるのに対し、外延情報では即プライバシーの権利侵害の問題となるものではなく、ただ一定の形態での外延情報の収集・利用はプライバシーの権利の問題としようという二段構えの構成を構想している。そして、固有情報については収集されないこと、固有情報がやむにやまれない政府の利益によって収集される場合、その情報が同種のかかる利益によって正当化される範囲を越えて利用または提供されないこと、外延情報であっても、道徳的自律の存在としての個人の生存様式を危うくするような形で収集・利用または提供されないことが、確保されるべきだという[55]。

このように、プライバシー権を「自己情報コントロール権」として私法上一元的に捉えることを積極的に支持する見解としては、飯塚和之のものが挙げられる。彼はまず、私生活の公表（個人情報の公表）や私生活への侵入事例では、裁判例の多くが「他人に知られたくない私的事項をみだりに公表されない利益」、「私生活の平穏の利益」をプライバシー利益又はプライバシー権として捉えていることを認める[56]。しかしその一方で、判決文中で「自己情報コントロール権」

構成の影響を受けていると思われる言辞を用いる裁判例もみられること、また、学説にはそれらの判決を自己情報コントロール権説から説明するものもあることから、彼自身は、自己情報コントロール権説を支持し、民事法秩序に適合するかぎりでのプライバシー権の内容を構想できると考えている。[57]

しかし、彼のようにプライバシーの「自己情報コントロール権」構成への一元化を狙う見解は必ずしも多くはない。「自己情報コントロール権」構成に肯定的な見解や、あるいはその積極的支持を表明する見解も、後で検討するように何らかの重層的ないし多元的構成を採用している。その理由を明らかにするために、次に、自己情報コントロール権説への批判をとりあげよう。

(44) 佐藤幸治「プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法的考察（一）」法学論叢八六巻五号（一九七〇）一二頁。
(45) 同前、一二－一三頁。
(46) 同前、一三頁。
(47) 同前、一五頁。
(48) 同前、一九－二三頁。
(49) 佐藤・前掲注（28）一六二頁。
(50) 佐藤幸治「プライバシーと知る権利」法学セミナー三五九号（一九八四）二四頁。
(51) 佐藤幸治『憲法』（青林書院、一九八一）三一六－三一七頁。
(52) 佐藤・前掲注（50）二四頁。
(53) 同前、二五頁。
(54) 同前。
(55) 同前、二六頁。

（56）飯塚和之「プライバシーの権利概念」竹田稔、堀部政男（編）『新・裁判実務体系（9）名誉・プライバシー保護関係訴訟』（青林書院、二〇〇一）一三八－一三九頁。
（57）同前、一三九頁。

三－二　批判

佐藤や飯塚のように、プライバシーの権利を「自己に関する情報のコントロール権」と定義した場合、まずそこにいう「情報」や、「コントロール」とは何かが明確にされなければならない。この点については、かねてより有力に批判されている。例えば憲法学者の阪本昌成は、自己情報コントロール権説には「本来コントロウルできない性質をもつ知識・情報をプライヴァシー概念に取り入れようとしているところに、本質的欠陥」[58]があり、そうであるがゆえに名誉とプライバシーの区別が不可能となっているとする。[59]そのため、「プライヴァシー（利益）は、自己情報のコントロウル全般に及ぶのではなく、そのうち一定範囲の保護にかかわるもの」であり、「それ故評価の対象となることのない生活状況または人間関係」という絞りをかけることが必要となるはずなのである。[60]

佐藤はこの批判を一定程度受け入れ、自説をすでに修正しているが、なお「情報」ないし「コントロール」概念がはらむ問題を解決するには至っていない。さらに近年、「自己情報コントロール権」の一元的構成という概念の画定手法によって生ずる「侵害」概念の厳格さや、救済における焦点の相違も指摘されるようになっている。以下、順にみていこう。

（一）「情報」概念の広狭

第一に、「情報」の解釈に関する批判を検討する。

この点、「自己情報コントロール権」構成のうち、「情報」を幅広く捉える見解[61]に対する批判としては、個々人に関する情報には濃淡の差こそあれ、ある種の公共財的な側面があることは否定できないとの指摘[62]が妥当しうる。

また逆に、「自己情報コントロール権」構成が抱える、「本来的に保護すべき情報カテゴリーの狭さ」について指摘するものもある[63]。

この指摘によると、高度情報化社会においては、情報の保存・検索・連結・解析等が技術的・費用的にきわめて容易となり、氏名・住所・生年月日等、それ自体は単純な個人情報が重要な意味を持つようになる。しかし、「自己情報コントロール権」の一元的構成では、他者との関係性構築にとって直接的な影響を及ぼす情報のみが「プライバシー固有情報」としてまずは保護され、上述のような単純な情報は、「プライバシー外延情報」として二次的に、あるいは手段的にしか保護されない。「正直に言えば、当初は、電話番号帳などもあり、人の氏名・住所・電話番号などは自己情報コントロール権として保護されなければならないなどとは思ってはいませんでした」という佐藤の最近の発言[64]も、このプライバシー権論の基本的性格をよく表していると評価することもできる[65]。

(58) 阪本昌成『プライヴァシー権論』(日本評論社、一九八六) 八頁。
(59) 同前、一九二、一九四頁。
(60) 同前、八頁。
(61) このような見解として、例えば、松井茂記のものが挙げられる。
松井は佐藤のようにプライバシーを道徳的人格と結び付けて構成することに躊躇を覚え、「プライバシーの権利が個人の尊厳に基づくものであり、そのようなものとして現在社会において保護されねばならないものであることは、その通りで

あろう。しかし、そのような視点からは、全ての個人情報についてプライバシーの権利の可能性を認めてもよいのではなかろうか」（松井茂記「プライヴァシーの権利について」法律のひろば四一巻三号（一九八八）三八頁）という。彼によれば、プライバシー固有情報と外延情報の区別は明確ではなく、一義的に外延情報の方が固有情報よりも保護の必要性が少ないともいえないことに留意すべきであることになる。

また、個人情報であってもその収集・保有・利用・提供が許される場合もあることに松井も気づいていないわけではない。しかしそれは彼によれば、「プライバシー情報であることを前提にして、正当な収集・保有・利用・提供として正当化されるかどうかで考えていけば足りる」（同前）のだ。

（62）中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」岩村正彦ほか（編）『情報と法《岩波講座現代の法10》』（岩波書店、一九九七）二七一頁。

（63）山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト一四一二号（二〇一〇）八二頁。

（64）佐藤幸治ほか「佐藤幸治 憲法学との対話 討論」法律時報八二巻五号（二〇一〇）五五頁〔佐藤発言〕。

（65）山本（龍）・前掲注（63）八二頁。

（二）「コントロール」の内実について

第二に、「コントロール」の内実に関する批判としては、まず、「そもそもの関心対象のずれ」について検討するものがある。

前述のように、「自己情報コントロール権」の一元的構成は、「いわゆるデータ・バンク社会の問題をも視野に入れた包括的定義」であることを自称し、その姿勢は近時の論考でも変わらない[66]。しかし、それが主として依拠するフリード説は、（堀部が依拠する）ウェスティンの情報プライバシー論とは異なり、高度情報化社会や、データ・バンク社会の問題を射程に入れたものではなかった。フリードが重視したのは電子盗聴器等、「取り付け型」装置の進化や小型化で

あった。[67] 現にフリードの一九六八年論文には、「コンピュータ」という言葉や、「データ・バンク」あるいは「データ・ベース」という言葉は一度も出てこない。そのため、フリード説は、「『自己情報コントロール権』というドライで現代的な名称を与えられながらも、その問題関心を専らウェットで人間的な――愛・友情・信頼の――関係の選択・形成に向けていた」[68]のであり、コンピュータによるデータ処理に強い関心を示すものではなかったとの評価がある。つまり、フリードのいう「コントロール」は、相手と親密な関係を構築する際には自己の情報を隠すだけでなく敢えて開示することもある、という意味での「コントロール」なのであって、コンピュータ・ネットワークを飛び交う情報を「統制」するという意味は直接には有していなかったのである。[69]

また、コントロール権の内実の薄弱性を指摘するものもある。

この批判によると、「そもそも、コントロールという言葉は、管理という言葉にやや近く、強い響きを持っているように感じられる。管理といえば、集められた個人情報を管理する主体は、行政機関その他、自分とは別の所である。そうだとすると、行政機関などの他人情報管理権こそを重視すべきであろう。また、その背後には、情報を記した物などに対する所有権もあるはずである。さらに、情報の管理権者は、同時に、他人情報が流出したりなどしないようにそれを厳重に管理する義務を負っている。これは、場合により、契約上の義務として構成することもできよう。いずれにせよ、情報管理主体の法的地位に注目すべきなのである。それに比べると、自己情報コントロール権者は、情報物を自分で物理的に掌握していないということもあって、地位のより弱いものになりそうである」[70]。そうであるならば、他人所有的な私的事柄に関する限り、プライバシーの内実は、「自己情報コントロール権」ではなく、「自己情報チェック権」という控え目なものとなるはずなのである。

さらに、「コントロール」の結果として民事法上行使できる権限の限界を指摘する批判もある。

その批判によると、「『自己に関する記録を閲覧する権利』、『本来収集されるべきでない情報や誤った情報を発見した場合の訂正・削除請求権』は、原則的にこれを肯定する方向で検討する価値があるが、これをプライバシーの権利に包括することは、民事法の見地からはきわめて困難である」[71]。そのため、「むしろ、プライバシーの権利を明確に人格権の一つとして保障し、プライバシー侵害から被害者の救済を図るためには、個人情報の閲覧、訂正・抹消請求権はプライバシーの権利からはずして別途検討することが妥当である」ということになる[72]。

(66) 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、二〇〇八）四五一頁、四七七頁。
(67) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. at 475-476 (1968).
(68) 山本龍彦「プライヴァシー：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）一四三頁。
(69) 同前、一四三頁脚注（8）。
(70) 内野正幸「プライバシー権についての控えめな考察」公法研究五八号（一九九六）八八頁。
(71) 竹田・前掲書注（33）一六五頁。
(72) 同前、一六六頁。

（三）「侵害」概念の厳格さについて

第三に、「侵害」概念の厳格さを検討しよう。

この点については、以下のような批判が、アメリカの議論を参照しつつなされている[73]。例えば、事実とデータを収集

することによって行われる「データベイランス（dataveilance）」においては、「データは人の目に晒されることなく、人格を持たないコンピュータによって処理される」ため、運用それ自体によっては、特定個人の秘密が暴露されることも、特定個人が強い羞恥心を感じたり、具体的な不利益を被ることもない[74]。そもそも自らが実際の監視対象になっているかどうか不明確な場合も多いであろう。その意味で、高度情報化社会の問題は、特定個人への直接的で個別的な侵害によって生じるのではなく、「無数の、僅かな、おそらくはそれ自体は無害な行為の集積によって組織的に生じる」のである[75]。しかし、プライバシーを専ら個人的に捉える限り、「侵害」もまた特定個人に対するものを中心に査定されるため、このような構造上の問題ないしは抽象的な侵害（generalized harm）を権利「侵害」と捉えることは困難となる[76]。そのため、何らかの形で「侵害」概念を広く捉えない限り、「自己情報コントロール権」の一元的構成では今日的な情報の多角的利活用の問題に対応できないというのである。

（73）山本（龍）・前掲注（68）一四三－一四四頁。
（74）Daniel J. Solove, The Digital Person, 43 (NYU Press, 2004).
（75）Neil M. Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 Geo. L.J. 1097 n.42 (2006).
（76）Id. at 1091.

（四）救済における焦点の相違

最後に、救済における焦点の相違についてみる。

高度情報化社会におけるプライバシーの問題が、情報システムの脆弱な構造やアーキテクチャそれ自体によっても生じ得るとすれば、序章でも論じたように、「プライバシー訴訟における救済は、構造設計的・制度改革的な性格を帯びる必要」[77]がある。しかし、プライバシーの権利を個人主義的に捉える限り、救済の焦点はあくまで特定の精神的苦痛等に当てられることになり、問題がある。そのため、この欠陥を克服するために、憲法学説によってプライバシーの権益の公共的利益化が主張されているのであり、この構想を民法学説がいかに受容するかについても重要な争点となっている。

（77）山本（龍）・前掲注（68）一四四頁。

三－三　小括

以上のように、「自己情報コントロール権」の一元的構成も（憲法学説上は一般に通説的見解とされ、民法学説上も有力でありながら）多くの批判にさらされており、その批判に応ずることは困難な状況にあることがわかる。したがって、プライバシー概念を単一的に自己情報コントロール権と捉えるべきではなく、複合的な構成をとるか、新たな構成をとるか、そのほかの道を模索すべきであるということになろう。

四「ほうっておいてもらう自由」を基礎とした「自己情報コントロール権」の一元的重層構成

以上のように、「ほうっておいてもらう権利」構成も「自己情報コントロール権」構成も、その一元的構成では民事上の法的問題のすべてに対応できるわけではないことがわかる。そこで、次は、「ほうっておいてもらう権利」構成を基礎としつつ、その保護の具体的あらわれが「自己情報コントロール権」であると重層的に構成する見解をみる。[78]

このような構成を主張するのは、山本敬三である。彼はまず、プライバシーの射程は「『社会の正当な関心』がどこまで認められるかによって決まってくる」とする。[79] これによると、プライバシーの射程に入るのは、社会が関心を持つことが正当とはいえない、つまり許されないとされる事柄だということになる。次に、この「社会の正当な関心」がどこまで認められるかという問題は、「規範的な評価の問題である」[80]として、ここでは、「たとえば『私生活』という言葉の言語的ないし慣習的な意味の探求が問題となってくるのではない」とする。山本によれば、ここで問われているのは、「どのような事柄について社会が関心をもつことを正当とし、正当としないかという規範的な判断にほかならない」[81]のである。

このように、プライバシーが認められる前提には、どのような事柄について社会が関心を持つことを許し、また許さないとするかという点に関する社会的な決定があるとすると、第一に、当該「社会」とは何かという問題が生じる。この点について、山本は、「そこでいう『社会』」「は、何か抽象的な単一の『社会』というよりも、むしろ地域的あるいは関係的に切り分けられた部分社会に近いものだと考えられる」[82]とする。また第二に、そこでプライバシーの射程に入るとされたことによって、それぞれの個人にはいったい何が認められることになるのかという問題が生じる。この点について、山本は、「ごく単純にいうならば、これによって個人は、その事柄について社会の関心からまぬがれる自由をもつということになる。ここでいう『自由』とは、その事柄に関する情報を開示してもいいし、開示しなくてもいいという自由だということができる」[83]とする。

もっとも、こうした「自由としてのプライバシー」は、その事柄に関する情報の開示・不開示について法的な強制を受けないという状態に過ぎなくなってしまう。そこで、このような自由をさらに実効的なものにするために、山本は、実際にこの自由が侵される場合に一定の作為・不作為を要求できる権利が認められなければならないことを指摘する(84)。例えば、国家がこの自由を侵すときには、国家に対してそうした行為をしないよう求める権利、つまり防禦権が認められなければならない。また、他の私人がこの自由を侵すときには、その加害者に対してそうした行為をしないよう求めると同時に、国家に対してその侵害からの保護を求める権利、つまり保護請求権も認められなければならない。少なくともこうした権利が、自由としてのプライバシーを補強する権利として認められるべきだというのである。さらに、政府機関や情報産業が保有する自己情報に対するアクセス権や訂正・削除要請という「給付権」まで認められるかどうかという問題も、この延長線上に位置づけられることになる(85)。

いうまでもなく、ここに述べた山本のプライバシーの理解は、基本的に、自己情報コントロール権説のそれに対応している。ただ、そのプライバシーの射程は、「自己情報」のすべてを捉えるわけではないという。なぜなら、そこで捉えられる情報は、あくまでも「社会が関心をもつことが許されない」とされたものだけだからである。その意味で、自己情報のすべてをコントロールする権利と比べると、ここで認められる「プライバシー」は、それよりも限定されたものだということになる。

このように、山本の見解は、これまで「ほうっておいてもらう権利」として議論されてきたものを具体的な権利ではなく自由と捉えることでプライバシー概念の基礎に据え、この自由を守るための具体的な権利を「自己情報コントロール権」構成によって構築しているといえる。このような山本の見解は、場面に応じてプライバシーを構成する多元的なものではなく、単一の事案に対応するための重層的構成である。そのため、前述した「自己情報コントロール権」の一

元的構成に対する批判の多くがこの見解にもなお当てはまることになろう。

また、以上のような山本の見解独自の構想として、プライバシーの判断主体を社会、より具体的には地域社会と捉えることに対して、特に批判がなされている。この批判によると、「この問題を論じる際の少なくとも出発点としての主語というのは、社会とか公共とか、あるいは国家ではない」はずであり、「社会が承認するかどうか、あるいは国家が基本権をどう割り当てるのかといった話とは、問題の次元が少し異なるのではないか」[86]というのである[87]。

いずれにせよ、山本はこの議論を主として判例評釈において展開していることから、その射程が「表現の自由という被告の基本権と、犯罪者の社会復帰にかかわる基本権の保護との衡量」を超えてどこまで及ぶのかについては、残された課題として検討されるべきである。

(78) 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。
(79) 同前、六三六頁。
(80) 同前、六三七頁。
(81) 同前。
(82) 同前、六三七頁の注（17）（注の内容自体は六四三頁）。
(83) 同前、六三七－六三八頁。
(84) 同前、六三八頁。
(85) 同前、六三八頁の注（19）（注の内容自体は六四三頁）。
(86) シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」私法七三号（二〇一一）三〇頁〔水野謙発言〕。

（87）この批判によれば、山本が評釈を行った「逆転事件」のような事例では、「むしろ出発点となるのは、」「社会と個人との『相互行為』の中で個人がどういうイメージを獲得してきたのか、それが被告の提示した異なるフレームの中でどう侵害されてしまったのかという、ここが」「一番ポイントとなる部分」なのである（同前、三〇－三一頁〔水野発言〕）。

五　「自律権ないし自己決定権」の一元的構成

「自律権ないし自己決定権」の一元的構成としてのプライバシーの可能性について嚆矢的に言及したのは、山田卓生である。山田は、プライバシー権がマスメディアの問題のみならず妊娠中絶や避妊の問題にも応用されるようになったアメリカにおけるその後の法発展[88]に言及しつつ、日本においては自己決定権という意味でのプライバシー権の検討がなされておらず、その可能性を追究する必要性について指摘している[89]。この点、彼自身は自律権ないし自己決定権としての私法上のプライバシー概念のあり方について、必ずしも詳細に論じたわけではないことについては、留意すべきであろう。が、彼の見解をそのパイオニア的研究であると位置づけることができることに変わりはない[90]。

このようなプライバシー権の構成に対しては、次のような批判がある。

「自律権的なものはプライバシーの権利とは別個の範疇の権利として考えるべき」である[91]。なぜなら、そのように内容特定的に個別化しないと、包括的基本権たる幸福追求権によってそれらの権利を保護することができないからである。また、アメリカにおいて、このような公権力による干渉からの自由をプライバシーの権利として扱うのは、実態的デュープロセスに端的に立ち戻ることは回避したいという配慮が作用しており、歴史的事柄を異にするわが国にあっては、憲法一三条の幸福追求権の一内実としての「人格的自律権（自己決定権）」として考えていくべきである[92]。

同様に、自己決定権としてのプライバシー、とりわけ人格の自由な展開に関する権利としてのそれは、その含意する

内容が包括的・一般的であるばかりか、人格の展開としての自己決定が社会における他者の行動に対するコントロールにまで及びうるものであることを指摘し、他者の権利・自由との衡量（さらには、公共の利益をも含めた衡量）のもとで自己決定権の内容と限界を確定することなく権利性を承認するのは適切ではないとする批判がある。(93)

また、私的事柄とは何かという定義自体に困難を伴うだけでなく、広範な個人的自由というべき自己決定の自由を民事法上の権利としてプライバシーの権利にとり込むことは、これまで述べてきた意味でのプライバシーの権利との統一的理解と法適用に著しい障害となりかねないとの指摘もある。(94) さらに端的に、自己決定権は、もはやプライバシー権とは別個の権利として承認されつつあることに言及するものもある。(95)

以上のように、「自律権ないし自己決定権」の一元的構成についても批判が根強い。しかし一方で、プライバシーの権利は、もともと私生活への侵入と私事の公開を排除する「ひとりでほうっておいてもらう権利」として成立し、個人の人格的生存にとっての必要不可欠な基本的権利へと発展してきたのは確かなので、「自己決定権は、プライバシーの権利とまったく別個の権利というよりも、情報プライバシー権と並んで広義のプライバシーの権利を構成するもの、と解するのが妥当であろう」(96)という評価もある。そのため、プライバシー権と自己決定権とは別個の権利であるとしつつ、高度情報社会における両者の具体的関連性を問うことが重要な課題として残されているといえる。

（88）アメリカの自律権としてのプライバシー権の展開については、橋本公亘「プライバシーの権利」芦部信喜ほか（著）『アメリカ憲法の現代的展開1 人権』（東京大学出版会、一九七八）三頁以下や、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）七頁以下等も参照。

（89）山田卓生『私事と自己決定』（日本評論社、一九八七）六頁、三四一頁。

（90）この山田の研究にも言及しつつ、憲法上の「自己決定権としてのプライバシー権」構成を論じたのが、橋本公亘である。橋本は、プライバシーの権利は、大きく分けると次の二つからなるという（橋本公亘『日本国憲法』（有斐閣、一九八〇）四一七頁以下）。

すなわち、第一に、個人は「その私生活に属する領域について公権力から侵害を受けない権利」を有する。憲法一三条、三三条、三四条、三五条、二一条二項後段は、この意味におけるプライバシーの権利を保障している。第二に、個人は「その私生活に属する領域について他の私人から侵害を受けない権利」を有する。これは私法上のプライバシーの権利ではあるが、この権利も究極においては憲法一三条に根拠を有するといえる。

憲法上のプライバシーの権利は、一つの総括的、包括的概念であって、権利の内容は多種多様である。それは、例えば自由権という語を用いる場合と同様である。

橋本は、プライバシーの権利を次のように定義する。すなわち、「憲法上のプライバシーの権利とは、個人が公権力に対し自己の私生活に関する自主的決定を主張し、公権力の干渉を拒否する権利」である（同前）。これを分説すると、さらに以下のようになる（同前、四一七－四一八頁）。

①憲法上のプライバシーの権利であるから、個人が国家または公共団体に対して有する権利である。この点で私法上のプライバシーと区別できる。

②この権利は、公権力の介入を拒否する権利である。この点で自由権と共通する。ゲオルグ・イェリネク（Georg Jellinek）流の分類で言えば、消極的権利に属する。

③この権利の基本的な内容は、個人は他から介入されることなく自己の私生活のうち、ある種の領域について自ら決定できるということである。

④私生活のうちの、ある種の領域にどのようなものがあるかは、きわめて難しい問題である。通信のプライバシー、家宅のプライバシー、親密な関係、夫婦関係、家族関係についてのプライバシーその他いろいろ考えられる。

憲法上のプライバシーの権利の究極にあるものは、一体何なのであるのか。橋本によれば、それは、個人人格の尊重という民主主義の理念にある（同前、四一八頁）。個人生活のある領域について、個人が他から制約を受けることなく自ら決定でき、公権力がこれに介入できないとすることは、個人人格の尊重の理念の要請するところである。

プライバシー権をこのように捉えると、一般的自由権との関係が問題となる。このことについて橋本は、たしかに重複するところがあるとしつつも、この権利の発現形態や精神的内面の問題を特に重視する観点から、社会生活の変化に応じて新しい権利を認めるにあたって、前記の意味でのプライバシー権の観念を発展させることは十分に意義のあることであるとする（同前）。

(91) 佐藤幸治「日本国憲法と『自己決定権』――その根拠と性質をめぐって」法学教室九八号（一九八八）七頁。
(92) 佐藤・前掲注（28）一六一頁。
(93) 潮見・後掲書注（131）二〇六頁。
(94) 竹田・前掲書注（33）『プライバシー侵害と民事責任』一六七頁。
(95) 飯塚・前掲注（56）一三九頁。
(96) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第三版〕』（岩波書店、二〇〇二）一二〇頁。

六「自己イメージコントロール権」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的重層構成

プライバシー概念を「自己イメージ」のコントロールの問題を基礎に据えて理解する見解としては、佃克彦のものが挙げられる。

佃は、プライバシー権の定義を「人が通常公開を欲しない情報を収集され、または公表もしくは開示されない権利」と解する[97]。そしてその侵害性の判断は「その情報が、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に収集、公表、ないし開示を欲しない情報かどうか」を基準にすれば足り、これ以上要件を加える必要はないとする[98]。

また、上記の定義・要件は、情報を「収集」されない権利も含む点で、「侵入」類型、すなわち、プロッサーの分類における第一類型、及び竹田のいう定義の中の「私生活（私的生活領域）に侵入され」「ない権利」も含むものである。

「侵入」類型は、情報の収集行為にほかならないといえるからである。

以上の定義・要件に関する佃の見解は、『宴のあと』事件判決から四十五年以上経過した現在の裁判例のいわば最大公約数をカバーするものであるという[99]。また、かような意味でのプライバシー権を保護すべき本質的根拠は、「自己イメージコントロール権」であると彼は考えている[100]。

このような、「自己イメージコントロール権」としてのプライバシー権を主張するのは、憲法学者の棟居快行である。棟居は、プライバシーの権利が前提とするプライバシーの概念自体が明確にされていないという立場から、自己情報コントロール権説を批判し、プライバシーの「基礎概念」自体を検討する必要があると強く主張する[101]。

そこで棟居は、プライバシーを多くの学説が想定しているような「社会関係からの自由」ではなく、「多元的な社会関係を形成する自由」から派生するものと理解しようとする[102]。そして社会関係の形成は「人間相互のシンボリックな相互作用」によってなされるものであり[103]、このような人間関係の本質に迫るため役割理論に着目しなければならないと考える。そして人は社会関係ごとに様々な役割を担い、社会関係の相手方からそれを期待されているが、他方人は期待されている役割を遂行するだけではなく、社会に対してシンボルを操作して自己表現し、自由に社会関係を形成していく存在でもある。すなわち、「人間は様々な社会関係において様々な役割期待を担いつつ、逆に主体的にシンボルを解釈し操作することによって、自己の『役割イメージ』を形成し、それを相手方に演じて見せる」のである[104]。

そこで彼は、プライバシーを「人間が自由に形成しうるところの社会関係の多様性に応じて、多様な自己イメージを使い分ける自由」、プライバシー権を「自由な社会関係を前提とした、自己イメージのコントロール権」と定義する[105]。

つまり、プライバシーの問題は、「生の情報」ではなく「イメージコントロール」の問題だと再定義するのである。

以上からすると、佃の見解は、「自己イメージコントロール権」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の

一元的重層構成とまとめることができよう。

このような見解に対して、棟居の主張する「自己イメージのコントロール権」としてのプライバシー概念は、「プライバシー権行使の一つの効果・機能にすぎない」とする批判がある。[106]

また、棟居の見解それ自体に対する批判とは別に、佃がこれを私法上のプライバシー権の基礎理論としてとりあげる、その根拠の薄弱さを指摘することもできる。なぜ裁判例の最大公約数をカバーするプライバシー概念の基礎に「自己イメージコントロール権」が据えられることになるのか、佃は必ずしも積極的に論じていないように思われるのである。そのこともあってか、佃のとる構成に賛同する見解は必ずしも多くはない。

そのため、「自己イメージコントロール権」の一元的構成も有力な見解として位置づけることは困難といわざるを得ない。

(97) 佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務〔第2版〕』（弘文堂、二〇一〇）五二頁。
(98) 同前。
(99) 同前、五三頁。
(100) 同前。
(101) 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〕）一七四頁。
(102) 同前、一八五頁。
(103) 同前、一八五－一八七頁。
(104) 同前、一八七頁。
そこで彼は、四つの仮説命題を導く（同前、一八七－一九〇頁）。すなわち、

① 人が、その時々の社会関係に応じて形成する役割イメージの多様性は、生の個人情報の選択的開示ではなくして、むしろシンボル、印象、記号の解釈、操作によって達成される（シンボリック相互作用の仮説）。

② 演技者としての人が、多様な社会関係、社会集団に帰属しつつシンボリックな相互作用をなすにあたっては、社会関係の多様性に対応した多様な役割イメージ（「マスク」、「仮面」）を使い分けることが許されている（役割イメージの使い分け自由の仮説）。

③ 演技者は、当該社会関係における役割が最も重要であると考えている、というイメージを相手方聴衆に与えたがるので、他のコンテクストにおける役割イメージが持ち込まれることにより演出上の失敗をおかしてしまう。これを防ぐためには、「観衆の分離」が必要なのである（観衆の分離の仮説）。

④ 人がシンボリックな相互作用を通じて誰と、どのような相互作用をいとなみ、いかなる社会関係に立とうとも、それは個人の自由である（社会関係形成の自由の仮説）。

このうち④の命題は最上位命題であり、そこから②③も導かれるものだとしている。

(105) 同前、一九二頁。

(106) 小林節「名誉権・プライバシーの権利とその保護」ジュリスト八八四号臨時増刊『憲法と憲法原理』（一九八七）一九四頁。

七 小括

以上、本款では、プライバシー概念肯定説のうち、概念の一元的構成を行うものを検討してきた。その結果得られた仮の結論としては、これまで日本において主張されてきた法的プライバシー概念の一元的構成は、民法上のプライバシー権のあり方として、必ずしも肯定的な評価を受けていないということである。

このように、プライバシー概念の一元的構成が学説の多くの支持を得られない理由は、これまでのプライバシー概念が、マスメディアによる報道や国家による情報収集といった特定の侵害態様を念頭に置いてアドホックに構築されてき

たがゆえに、単一の構成では技術の発展の結果多様化している侵害行為に対応できなくなっているからであろう。

そこで、第三款では、プライバシー概念の二元的構成をとる見解を検討することで、プライバシー侵害の多様化に対して民法学説がいかに対応しているかを確認することにする。

第三款　プライバシー概念肯定説（二元的構成）

ここでは、プライバシー概念肯定説のうち、二元的構成をとるものを検討していく。より具体的には、「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成、「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」と「自己情報コントロール権」の二元的構成、「社会の評価からの自由」を基礎とした、「ほうっておいてもらう権利」が「プロッサーの四（引く二）分類」に結実したプライバシーと「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの重層的二元構成について、それぞれ検討していく

一　「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成

この構成は、「ほうっておいてもらう権利」構成と「自己情報コントロール権」構成の並置を志向するものであり、自己情報コントロール権説の主唱者のうち、堀部の見解[107]を基礎とするものであると評価できる。ただ、この見解を採用する民法上の学説には、微妙なニュアンスの差がある[108]。そのため、ここでは、この「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成の見解を、①なお前者に重点があるもの、②後者に重点をおくもの、③両者ともに重視するもの、以上の三つに分類したうえで検討していく。

（107）堀部・前掲書注（43）五八頁。

（108）そのため、この二元的構成というものも、さしあたりの整理であって、正確ではなく誤認を生じさせるおそれがある。より具体的にいえば、二元的構成ではなくむしろ「自己情報コントロール権」の一元的構成への過渡的構成と捉えられたり、並置ではなく重層的な理解を示していたりする見解がここには含まれうる。しかし、その叙述からはかかる見解が一元的構成を示唆しているのか、両構成の並置を目論んでいるのか、判別が困難なものもあるため、両構成に言及している以上ここではさしあたり二元的構成として整理している、そのような見解がいくつか含まれていることに注意を喚起しておく。

一－一　なお「ほうっておいてもらう権利」構成に重点があるもの

この見解は、「ほうっておいてもらう権利」構成を基本的には採用しつつも、今後論ずべき新たな課題ないし近時の有力説として「自己情報コントロール権」構成に触れるにとどまるものが多い。しかし、ここで検討するように、この見解は時代を経るに従って、その重点が徐々に後者の構成に移行しつつあると読むこともできるように思われる。

このような、「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成をとりつつ、前者に重点をおく見解をとるものの嚆矢としては、前田達明のものが挙げられよう。

前田は、「プライバシー（権）とは『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』といわれ」、「近時の情報化社会においては、非常に重要な権利といえよう」とする[109]。なぜかというと、「『私生活をみだりに公開されないという権利』は『静かにほうっておいてもらう権利』という消極的な内容をもち、侵害の恐れあるときに差止請求権、侵害されたときは損害賠償請求権の発生を認めるというのが基本的な思考であるが、現代或いは近い将来においては、もっと積極的に『自己についての情報を自らコントロールしうる権利』として考える必要が出てくる」からであり、な

ぜなら「自らの知らないところで自己についての情報が収集管理されているとき、その開示を請求しうる（たとえば、患者のカルテ閲覧権）といった内容も考えなければならない」からであるとする。(110)

このように、前田は「自己情報コントロール権」構成を採用することに積極的な姿勢をみせるが、しかし、そうする必要があると彼が考えるのが「現代」ないし「近い将来」であって、決して「今日」とか「現在」ではないということには留意すべきであろう。

次に、平井宜雄の見解が挙げられる。平井は、プライバシー権はこれまで「私生活をみだりに公開されない権利」と解されてきたとする。(111) しかし、「最近では、個人に関する各種の情報を収集して電子的に記録・蓄積・再生し、コンピュータ・ネットワークを通じて利用するという行政上の需要が生じたため、この側面におけるプライバシー権の保護が新たな問題となっている。そこで、プライバシー権を」「『自己に関する情報の流れをコントロールする権利』として理解すべきことが説かれるようになってきた」(112)として、堀部の論考を引用する。

以上のように、平井は、古典的な理解を提示しつつ、新たな問題として、「行政上の」問題が生じていることを指摘している。この点のみを重視すれば、平井は「自己情報コントロール権」構成を私法上のものとは考えていないようにも思われる。しかし、彼が引用している自己情報コントロール権説の論者が堀部であることに注意が必要である。なぜなら堀部は、自己情報コントロール権説を公法・私法の枠を超えた理論として積極的に主張しているのである。そのため、単にその学説の紹介にとどまっており、なお伝統的理解に比重がおかれているものの、平井も自己情報コントロール権説に対する積極的な理解を示そうとしていると評価できよう。

また、「ほうっておいてもらう権利」構成と「自己情報コントロール権」構成の二つの見解を、前者は伝統的見解、後者は近時の有力説であるとして簡潔に触れるものとしては、以下のようなものがある。

まず、遠藤浩・川井健・原島重義・広中俊雄・水本浩・山本進一の編著では、「プライバシー権を前述のように『静かにほうっておいてもらう権利』として定義するのが通説であるが、これをもっと積極的に、『自己についての情報を自らコントロールする権利』と定義する有力説がある」[113]とする。次に、平井一雄は、「プライバシーとは、他人に知られたくないことを知られない、人格権であるが、最近は、自己の情報をコントロールする権利としてとらえられることが多くなってきた。ＩＴ時代において、個人情報の価値が高まるとともに、情報の収集加工が容易になってきたことに鑑み、プライバシーの保護の要請は一層求められる」[114]とする。また、淡路剛久もこれらと同様の理解を示す[115]。

このように、学説の理解は時を経るにつれて、「ほうっておいてもらう権利」構成に軸足を置きながらも、「自己情報コントロール権」構成への比重を徐々に増していると読むことができる。

例えば、窪田充見は、「当初、プライバシーは、『ひとりで放っておいてもらう権利』として構想された。そこでは、他人に私生活をのぞき見されないといった利益が考えられていた」としつつ、「それに対して、現在では、こうした消極的な側面だけではなく、『自らに関する情報をコントロールする権利』（情報プライバシー権）といったように、より積極的な形でプライバシーの概念を規定するようになってきている」とする[116]。次に、近江幸治は、「『プライバシー』とは、『個人の私生活に関する事柄について他から干渉されない利益』であって」、「一人にしておいてもらう権利観念が中心の人格的利益・人格的価値である」[117]とする一方で、「近年は、情報化の進展に伴う個人情報管理の場面において、『自己情報をコントロールする権利』（国家機関等に管理されている自己情報の訂正・削除を求めることができる権利）としてプライバシー権が使われている」とする[118]。また、川井健は、「プライバシーについては、もともと私事を公にさらすことによる人の不利益がその内容であったが、その後は、人が自らの情報を自ら管理するところにその保護の狙いがあると見られている」とする[119]。そして内田貴も、「プライバシーとは、本来は、私生活をみだりに公開されない権利（ひ

とりにしておかれる権利）で人格権の一種とされるが、今日では、人が自らの情報を自ら管理する権利という側面が重視されている[120]」とする。この四者の叙述からは、自己情報コントロール権説は憲法上の理論であるとして距離を置くような姿勢は感じられないうえ、この構成を「今日」的問題として扱っている。そのため、民法学説における比重が、「ほうっておいてもらう権利」という伝統的理解から「近時の有力説」へと、徐々に動いている様相を表しているように思われる。

最後に、吉村良一の見解に触れよう。吉村は以下のように述べる。「プライバシー権とは、『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』（東京地判）、あるいはより一般的に『ひとりにしておいてもらう権利』であり、私事にわたる事実の公表がプライバシーの侵害として不法行為となる場合がある。さらに最近では、プライバシーの権利を、そのような消極的な権利としてだけではなく、『自己についての情報をコントロールしうる権利』として構成する考えも有力になってきており、これによれば、自己に関する情報を勝手に第三者に伝達することもプライバシー侵害となる[121]」。なお自己情報コントロール権説を（通説ではなく）有力説として評価しつつも、その構成に基づくプライバシー侵害の可能性を認める吉村の理解も、この類型の当初の見解である前田のものと比べれば、より「自己情報コントロール権」構成への比重が増していることを示しているだろう。

以上の検討からも明らかなように、この分類においては、プライバシー概念における「ほうっておいてもらう権利」的要素と「自己情報コントロール権」的要素の関係が必ずしも明確とはいえない。が、しかし、前述のとおりその一元的構成に対して多くの批判が寄せられている「自己情報コントロール権」構成を、民法上のプライバシー権としてどうにか受容しようという姿勢はみてとれるのではないだろうか。

(109) 前田達明『民法Ⅵ2（不法行為法）《現代法律学講座14》』（青林書院新社、一九八〇）一〇二頁。
(110) 同前。
(111) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為〔初版第3刷部分補正〕』（弘文堂、一九九四）五一頁。
(112) 同前。
(113) 遠藤浩、川井健、原島重義、広中俊雄、水本浩、山本進一（編）『民法（7）事務管理・不当利得・不法行為〔第4版第5刷〕』（有斐閣、一九九九）一四五頁〔前田達明〕。上記の通り、執筆担当者が前田である点には留意。
(114) 平井一雄『民法Ⅳ（債権各論）』（青林書院、二〇〇二）二六八頁。
(115) 淡路剛久『入門からの民法――財産法』（有斐閣、二〇一一）四四〇頁。この点、淡路は正確には「自己情報のコントロール権ないし自己決定権としての面がある、と積極的に理解する見解が有力になっている」（同前）とする。この自己決定権の意義については、自律権としての自己決定権と、情報自己決定権の二つの意味に解釈しうるが、ここでは後者の意味を示していると理解することにする。もっとも淡路は、「不法行為として争われるのは、多くは」私生活をみだりに公開されないという意味「での侵害である」（同前）とする。
(116) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七）一一三頁。
(117) 近江幸治『民法講義Ⅳ 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版第2刷〕』（成文堂、二〇〇八）一三六頁。
(118) 同前、一三六－一三七頁。
(119) 川井健『民法概論4（債権各論）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇一〇）四二五頁。
(120) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、二〇一一）三七五頁。
(121) 吉村良一『不法行為法〔第4版〕』（有斐閣、二〇一〇）四八頁。

一－二　後者に重点をおくもの

一方で、「ほうっておいてもらう権利」構成と「自己情報コントロール権」構成の二元的構成に立ちながら、後者の

要素を重視する見解もある。このようなものとしては、森島昭夫、西山井依子、水辺芳郎のそれが挙げられる。このうち、森島の見解は、論稿に求められる企画趣旨の影響が強いであろうことに留意すべきだが、私法上の「自己情報コントロール権」構成の構築に比較的早く着手した点で、重要である。

森島は、当時の世相として、週刊誌等による覗き見的な私事暴露は止まず、それどころかいっそう激しくなり、私事をみだりに公開されないという意味でのプライバシー権の重要性が減少したわけではないとしつつ、コンピュータの発達とそれに伴う情報通信技術の進歩による社会の情報化の進展が、新たなプライバシーの侵害の危険性を生み出したことを指摘する。佐藤や堀部が指摘するように、社会の情報化が進むと、個人情報は当該個人が知らない間に蓄積、利用され、場合によっては誤った情報が保存されることもある。そこでは、思想・信条・犯罪歴・財産等、他人に知られたくない情報が自分の手を離れたところで他人によってコントロールされているわけである。そのため、「『宴のあと』で問題になった『私生活をみだりに公開されないという権利』としてのプライバシーは、すでに他人の手に握られ、それが第三者に公開される危険が著しく高まって[122]」おり、このような問題領域では、私的生活に対する他人からの不当な干渉を排して個人の尊厳を回復するには、単に消極的に「ほっておいてもらう権利」を主張するだけでは足らず、「自己に関する情報の流れをコントロールする権利」が主張されなければならないことになる。

森島は、「このようにして、情報化社会を迎えてプライバシーの権利の発現形態は変わってきた[123]」として、「自己情報コントロール権」構成を重視する。しかし、「いずれの内容のプライバシー権をとっても、根底には、他から不当に干渉されることのない個人の自律という価値の尊重があることを忘れてはならない[124]」として、「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の双方が重要であることを明記する。そのため、（企画の趣旨ゆえ）後者に重点を置きつつも、「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成をとっていることがわかる。

また、西山は、『宴のあと』事件判決に触れながら、プライバシーの利益又は権利は、「私生活をみだりに公開されない権利」と解されてきたとする一方で、「近年は、コンピュータ社会の到来により」「プライバシー権を『自己に関する情報の流れをコントロールする権利』と定義する考えが有力化し、通説化しつつあ」[125]（傍点引用者）るとする。西山の見解は、森島のそれと比べると両構成の関係が明確ではないが、ノンフィクション『逆転』事件判決に触れながら、「自己情報コントロール権」構成を通説化しつつあるものと積極的に評価していることから、前述の「ほうっておいてもらう権利」構成に重点を置く見解とは一線を画することができる。

さらに、水辺は、「プライバシーとは、『私生活をみだりに公開されない権利』をいい、その侵害に対して、侵害行為の差止・慰謝料請求を認めた判決がある。学説は、プライバシーをより積極的に『自己についての情報を自らコントロールしうる権利』とし、憲法一三条の個人の尊厳の思想に基礎をおき、その保護を判例より強く意識している」とする[126]。判例は伝統的理解に立ちながら、学説は自己情報コントロール権説に立っているとする水辺のまとめ方は、（その記述上の正確性はともかくとして）彼の後者への積極的な理解に根ざすものかもしれない。

（122）森島昭夫「プライバシーの私法的保護」法学セミナー四〇四号（一九八八）五三－五四頁。
（123）同前、五四頁。
（124）同前。
（125）西山井依子『債権各論〔改訂版〕』（大阪経済法科大学出版部、二〇〇七）三三〇頁。
（126）水辺芳郎『債権各論〔第２版〕』（三省堂、二〇〇六）三四五頁。

一－三　両者ともに重視しているもの

この見解は、すでに一定程度後者の「自己情報コントロール権」構成が裁判例や学説に受容されるようになったころの論考にみられはじめる。特に、早稲田大学名簿事件判決のような、情報提供型の事案があらわれたことも大きいかもしれない。ここで検討する見解においては、前述の見解では不分明であった両構成の関係が、自覚的に整理されている。

（一）民法上のプライバシー＝「ほうっておいてもらう権利」、個人情報保護法上のプライバシー＝「自己情報コントロール権」の二元的構成

このような見解をとっていると評価しうるものの一つとして、まず、円谷峻のものをみよう。

円谷は、「プライバシー権の展開」として、『宴のあと』事件判決において、プライバシーという法益がはじめて承認されたことに触れつつ、一方で、「特別法」という項目を設け、個人情報の保護の重要性を指摘しつつ、個人情報保護法の制定に触れる[127]。この点、ここでは「自己情報コントロール権」としてのプライバシーに関する記述はみられないため、なおこの構成が明示されているとはいい難い。そこで本稿では、円谷の見解を、民法上のプライバシー＝「ほうっておいてもらう権利」、個人情報保護法上のプライバシー＝「自己情報コントロール権」の二元的構成をとる、萌芽的見解であると位置づける。

一方で、橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰の共著では、この二元的構成が自覚的にとられていると評価できる。

この著作において、橋本は、「伝統的理解によれば、プライバシーとは、私生活上の事実の公開や私的生活領域への侵入に対する保護（私生活の平穏・自由）を指す[128]」とする一方で、「個人情報の適正な取り扱い」という項を設ける。そこでは、プライバシー権として、自己情報コントロール権説が有力化していることに触れながら、「この議論によれば、

前記の類型とともに、個人情報の不適正な収集・管理・利用という高度情報化社会に特有の問題も、プライバシー侵害の一類型として捉えることができる[129]」とする。さらに、「個人情報の収集・管理・利用に対する関係で、自己情報コントロール権としてのプライバシーは、秘匿性の高い情報はもちろん、単純な個人情報（氏名・住所等）をも対象に含む。プライバシー侵害の不法行為とみなすべきは、これらの個人情報の漏えいや本人同意原則に反した収集・利用（不正手段による取得、無断での第三者提供など）である[130]」として、個人情報保護法に言及する。

以上より、彼らは、民法上のプライバシーを「ほうっておいてもらう権利」として構成し、個人情報保護法上のプライバシーを「自己情報コントロール権」として構成することで、両者の関係を整理していると評価できる。

この点、自己情報コントロール権としてのプライバシーの射程を、端的に個人情報保護法上のものと捉えてよいかは疑問である。なぜなら、序章にも述べたように、個人情報保護法の二〇一五年改正により、不法行為法と個人情報保護法は一体的に適用される方向で定まったといえ、今後民法上のプライバシー権は、個人情報保護法を補充する役割を担いうるからである。そのため、不法行為法上のプライバシーの領域にも「自己情報コントロール権」にまつわる問題領域が含まれうるのであり、その場面における法的構成をいかにして行うかが重要な争点となるのである。

（127）円谷峻『不法行為法・事務管理・不当利得――判例による法形成――〔第２版〕』（成文堂、二〇一〇）八四頁。
（128）橋本佳幸、大久保邦彦、小池泰『民法Ⅴ　事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、二〇一一）一二九頁〔橋本佳幸〕。
（129）同前、一三〇頁。
（130）同前。

（二）民法上のプライバシー＝「ほうっておいてもらう権利」、憲法上の基本権としてのプライバシー＝「自己情報コントロール権」の二元的構成

このような構成をとるものとして、潮見佳男の見解がある。潮見は、前款で検討した山本敬三の見解を参照しつつ、これまでの民法上の裁判例・学説との接合を山本とは異なる形で図っている。

潮見は、プライバシーに関する学説の展開に簡単に触れた後で、プライバシーを「平穏生活権としての人格権・プライバシー」と「情報コントロール権としての人格権・プライバシー」に整理し、以下のように分析する。

（a）平穏権としての人格権・プライバシー

まず平穏生活権について、潮見は、わが国では当初プライバシーが「一人にしておいてもらう権利」として捉えられ、裁判例においてもそれが受容されたことに触れながら、これを「平穏生活権としての人格権・プライバシーの位置づけであ」り、「自己の私事・住居・肖像・思想等について不当な公表や侵入に服さない自由ということもできる」とする。[131]

この文脈では、人格権・プライバシーとは「個人の私的生活空間（領域）や秘密とする事柄について、他者による干渉からの保護を求めることができる権利」を意味する。[132] しかも、私生活の公開とは「公開されたことが必ずしも全て真実でなければならないものではなく、一般の人が公開された内容をもって当該個人の私生活であると誤認しても不合理ではない程度に真実らしく受け取られるものであれば、プライバシーの侵害として捉え」られる。[133] なぜならこの場合には「私生活の精神的平穏が害される点において、真実の内容が公開された場合と差異がないからである」。[134]

このようにして、潮見はプライバシーの消極的・受動的側面を平穏生活権として整理する。

次に、「『権利』としての平穏生活権の輪郭」として、もとより、「私事をみだりに公開されない」ことが「権利」と

して法的に保護されるためには、「問題の事項につき」「社会において生活する個々人が関心を持つことが正当とはいえないこと」が必要であり、これが平穏生活権としての人格権・プライバシーの内容であるとする。[135] こうして、「社会において生活する個々人の関心から免れる自由が規範的に承認されるときに、この自由がおかされれば、それに対して一定の作為・不作為を要求できる」と、前述の山本敬三の見解[136]を引用する。平穏生活権としての人格権・プライバシーの意味をこのように捉えたときには、その権利の内容や外延は、他者の「知る権利」や言論・出版その他の表現の自由との衝突を考慮してはじめて確定することができることになる。

また、私事における精神的平穏は、その保護対象をとりまく私生活の範囲の拡張可能性が問題となっていることを指摘し、「囚われの聴衆」事件判決では「この点が正面から問題となる余地があった」とし、伊藤正己裁判官の補足意見を注目すべきものと位置づける。[137]

（b）情報コントロール権としての人格権・プライバシー

また、潮見は、自己情報コントロール権説が憲法学説上有力化していることに触れながら、「憲法上保護された基本権として、個人情報については、情報主体である個人が排他的に支配し、管理できる権利が認められていると考え、私人間関係レベルにおいても、個人情報を排他的に支配・管理できる権利が憲法上保護された基本権として情報主体である個人に与えられていることにより、情報コントロール権としてのプライバシー権が不法行為法の保護対象となることが正当化される」[138]とする。潮見は、いわゆる基本権保護義務論を援用することで、情報コントロール権としてのプライバシーも民法上の問題であると捉えるのである。[139] もっとも、保護対象とされる個人情報について、「これをすべての個人情報と捉え、一般的情報コントロール権を認めるか」、それとも、「個人の尊厳・個人人格の自由な展開を保護すると

の観点から、道徳的自律的な存在としての個人の実存にかかわる情報と考えるか」についてニュアンスのある見解が示されているとして、松井と佐藤の見解をそれぞれ引用する。

この点について、潮見は、情報コントロール権の対象となる個人の情報は、「個人の内面にかかわる秘匿性の高いセンシティブ情報（たとえば、前科[140]）」であるとする。

また、「秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない」個人情報（非センシティブ情報）も、平穏生活権としてのプライバシーには該当しなくても、情報コントロール権としての人格権・プライバシーの対象となりうるとする[141]。そして、情報コントロール権の具体化として、自己の氏名を他人に冒用されない権利、氏名を正確に呼称される権利、通称や婚姻前の氏名を積極的に使用する権利、肖像権について検討する[142]。

以上のような潮見の見解は、必ずしも山本（敬）のような「ほうっておいてもらう自由」を基礎とした一元的構成をとっているとは評価できない。ここではあくまでも、「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の並置が志向されているのである。さらに、この潮見の構成は、私法上の情報プライバシー権のあり方の整理として、前述の橋本らの見解が個人情報保護法という特別法に依拠するのに対し、これを憲法上の権利と位置づけたうえで、基本権保護義務論を援用することで私法の問題としてとり込むところに特徴がある。

この点、結果的に民法上の問題と捉えるとはいえ、「自己情報コントロール権」構成にまつわる問題を第一義的に憲法上のそれと措定することが、私企業による情報分析の問題が前面化している今日において妥当であるかは疑問である。この点について、いかなる対応をするかというのが、この構成に残された課題であるといえるであろう。

(131) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版第2刷〕《法律学の森》』（信山社、二〇一一）一九六頁。
(132) 同前。
(133) 同前、一九六－一九七頁。
(134) 同前、一九七頁。
(135) 同前、一九八頁。
(136) 山本（敬）・前掲注（78）六三六頁。
(137) 潮見・前掲書注（131）一九九頁。
(138) 同前、二〇〇頁。
(139) この「基本権保護義務論」を日本民法学において積極的に展開しているのは、周知のように山本敬三である。同「不法行為法学の再検討と新たな展望――権利論の視点から」法学論叢一五四巻四・五・六号（二〇〇四年）二九二頁以下、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号（二〇〇八年）七七頁以下参照。
　基本権保護義務論はドイツ法を参考とした議論であり、日本法への受容については賛否がある。これに批判的なものとして、例えば、藤岡康宏「不法行為と権利論――権利論の二元的構成に関する一考察――」早稲田法学八〇巻三号（二〇〇五）一五九頁以下等。賛同するものとして、例えば、道垣内弘人「民法七〇九条の現代語化と要件論」法学教室二九一号（二〇〇四）六〇頁等。
(140) 山本・前掲注（78）二〇〇頁。
(141) 潮見・前掲書注（131）二〇一頁。
(142) 同前、二〇二－二〇六頁。

二　「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」と「自己情報コントロール権」の二元的構成

前述の見解の一つの亜種として、プロッサーの分類を「噛ませて」いるものもある。あるいはまた、この見解は、「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」の一元的構成と、「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成の折衷説であるとも位置づけられよう。

このような構成の嚆矢的なものと思われるのは、四宮和夫の見解である。四宮はまず、「伝統的な意味では、プライバシーの権利は『ひとりにしておいてもらう権利』である」とする[143]。そして、その内容は単純ではないが次の二つが重要であるとして、私生活を覗かれないことと、私事を公開されないことを挙げる[144]。このように伝統的なプライバシーの定義を提示する一方で、四宮は、「行政機関や民間部門における個人に関する情報の収集・蓄積が進行するとともに、近時は、『自己に関する情報をコントロールする権利』という意味の、新しいタイプのプライバシー権（データ・プライバシー）が、主張されるようになった」として、佐藤と堀部の見解を引用する[145]。そして、「かような権利は、主として行政機関に対する憲法上の権利として機能することであろうが、私法上としての権利も含んでいる」と「自己情報コントロール権」構成が憲法上の理論に限られないことを主張する[146]。

次に、澤井裕は、一方で「ほうっておいてもらう権利」を「私生活非公開権」として、「私生活をのぞかれず、私事を公開されない権利である」[147]とプロッサーの分類に従うような形で具体化し、他方で、「自己に関する情報をコントロールする権利」としてのプライバシー権を「私的情報非公開権」として、「行政や民間の機関が個人情報を蓄積するにつれて」「注目されるようになっている」とする[148]。

そして、内田勝一は、プライバシー権に関するリーディングケースとして『宴のあと』事件判決に触れたうえで、プロッサーの四分類に言及する一方、「現代的プライバシー権」（傍点引用者）が「自己に関する情報の流れをコントロールする権利」と定義されているとする[149]。この点、内田がここで強いて「現代的」との修飾語を付しているのは、プライ

バシー権が現代において完全に「自己情報コントロール権」として構成されるようになったことを示唆しているのではなく、伝統的な事案と現代的な事案とが並置されるべきであるとの含みがあるのだろう。

さらに、藤岡康宏、磯村保、浦川道太郎、松本恒雄の共著を検討しよう。

ここでは、プライバシーという保護法益の下で救済されるべきものは多岐にわたるが、主に問題となるのは、ⓐ私的生活領域への侵入、ⓑ私的事柄の公開、ⓒ個人情報の収集・管理・利用であるとされ、ⓑ類型に関する『宴のあと』事件判決で問題とされたプライバシーの内容は、実質的には「ひとりでほっておいてもらう権利」と解すべきものであるとされる。[150]

そして、この伝統的な考え方に対して、近年は、「自己情報コントロール権」構成が通説化しつつあり、この権利がⓒ類型以外にも当てはまる（つまり、ⓐやⓑにも適用され、一元的構成となる）余地がある。[151] しかし一方で、「これによって従来の考え方が不要になるのではなく、新しい定義が必要とされるほど、プライバシー権に基づく保護のあり方は多様化しているとの認識が重要」[152]なのであるという。[153]

以上に言及した見解は、それぞれ、「ほうっておいてもらう権利」を基礎とした「プロッサーの四（引く二）分類」と「自己情報コントロール権」の二元的構成を、判例や学説の整理を通じて採用するものと位置づけられる。これに対して、本構成を独自の観点から自覚的に展開したものとして、木村和成の見解が挙げられる。[154]

彼はまず、篠塚昭次の見解[155]や自身の別の論考[156]を参照しつつ、プライバシー権は、「本質的な利益衡量の結果である人格権に立脚する権利であると考えるべきであり、そして、それは不法行為法上の保護法益としてではなく、そのようなものとして体系上の位置付けを与えられるべきものである」とする。彼のこのような問題意識からすると、プライバシーを保護することには「個人の尊厳や人格の尊重といった理念的意義」[157]が認められなければならない。この観点からすれ

ば、プライバシー権は「『みだりに私生活（私的生活領域）へ侵入されたり、他人に知られたくない私生活上の事実、情報を公開されない権利』と定義されるのはもちろんだが、侵入や公開に『本人の意思に反すること』を付け加える必要があ」る[158]。なぜなら、本人の意思に反しない侵入や公開は、個人の尊厳を冒すものではないからである。

この立場を前提に改めて本人確認情報とプライバシーの関係を検討すると、ここで問題にしなければならないのは、「本人確認情報のプライバシー該当性や情報主体がそうした情報をみだりに開示されたくないと考えたかどうか」という「情報主体の秘匿欲求の法的評価」ではなく、「そうした私生活上の情報が本人の意思に反してみだりに開示された」という「客観的事実の存否」[159]であるという。彼によれば、「本人の意思に反した情報の開示」は、その情報の性質や秘匿性の欲求などを問題とするまでもなく、「個人の尊厳や人格の尊重という理念に支えられたプライバシー権ないし人格権」を侵害する違法なものであると捉えられるべきなのである[160]。

このような木村の見解を参照しつつ従来の議論との接合を行うのが、平野裕之である。

平野は、日本におけるプライバシー権法理の発展に触れながら、二十一世紀に入ってから、個人情報が本人の知らない間に企業により売却され利用される状況に対して、いわゆる個人情報保護法が制定され、「個人情報が無断で流通・利用されることへの保護もされるようになり、判例でも個人情報の公的機関への提供等それ自体が不法行為と認められるようになっていること」に言及する[161]。

そこで彼は、プライバシーの権利について、五十嵐の見解を引きつつも、さらにこれに「自己情報コントロール権も含めて次の三つの保護を受ける権利」として構成する。すなわち、彼によれば、「①私生活への侵入、及び、②私生活上の情報の公表という侵害に対して保護されるだけでなく、③自己情報の違法な取得・提供に対してもプライバシーは保護されるべき」ものなのである[162]。ここには木村の志向するような、「不法行為とは独立した人格権侵害としてのプ

ライバシー侵害」という問題意識はみられない。一般的な不法行為法上のプライバシー権として、この構成が明確にとられている。

(143) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（中）《現代法律学全集10》』（青林書院新社、一九八三）三二六頁。
(144) 同前。
(145) 同前、三二六－三二七頁。
(146) 同前、三二七頁。
(147) 澤井裕『テキストブック　事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣、二〇〇一）一四六－一四七頁。
(148) 同前、一四七頁。
(149) 内田勝一『債権各論講義ノート』（成文堂、一九九四）三三六―三三七頁。
(150) 藤岡康宏、磯村保、浦川道太郎、松本恒雄『民法Ⅳ　債権各論〔第三版補訂〕』有斐閣Sシリーズ』（有斐閣、二〇〇九）二九一頁〔藤岡康宏〕。
(151) 同前、二九二頁。
(152) 同前。
(153) しかし、後にすぐ検討するように、藤岡個人の見解はここに示されているプライバシー理解とは若干異なるため、ここでの記述には共著者の見解か藤岡の改説前の理解が含まれているであろうことに留意すべきである。
(154) 木村和成「民法におけるプライバシー」摂南法学三六号（二〇〇七）六九頁以下。
(155) 篠塚昭次「『環境権』否定判決への疑問――受忍限度論の公害性」法時四六巻五号（一九七四）二一頁。
(156) 木村和成「わが国における人格権概念の特質――その再定位の試み――（二・完）」摂南法学三五号（二〇〇六）一〇一－一〇六頁。
(157) 木村・前掲注（154）九五頁。

(158) 同前、九五－九六頁。
(159) 同前、九六頁。
(160) 同前。
(161) 平野裕之『民法総合6　不法行為法〔第3版〕』（信山社、二〇一三）一一七頁。
(162) 同前。

三「社会の評価からの自由」を基礎とした、「ほうっておいてもらう権利」が「プロッサーの四（引く二）分類」に結実したプライバシーと「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの重層的二元構成

「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成の更なる発展形態として、「社会の評価からの自由」を基礎とした、「ほうっておいてもらう権利」が「プロッサーの四（引く二）分類」に結実しており、あわせて「自己情報コントロール権」としてのプライバシーも問題となるとする構成も主張されている。

この見解を自覚的に採用するものとして、藤岡康宏のそれが挙げられる。藤岡はまず、「プライバシーは私的事柄に関する権利であることはわかるが、名誉が人格的価値に対する社会の評価であるとすると、プライバシーは『社会の評価から自由な領域』である」として、佐伯仁志の見解を引用する(163)。

佐伯は、従来のプライバシー概念が明確ではなく、特に名誉との差異が明確にされていないと批判したうえで(164)、名誉を「社会的評価に重要な事実」にかかわることだとし(165)、プライバシーを「社会の評価から自由な領域」の保護として理解することを提言する(166)。この意味でのプライバシーは「行動の自由それ自体」や「悪臭からの自由」や、さらに「正しい社会的評価を受ける利益（名誉権）」とは異なることになる(167)。彼は、そのようなかたちでのプライバシーの保護が必

要な理由として「社会的評価から自由な領域の存在は、自由で個性を持った人間と多元的で開かれた社会の必要条件だからである」と述べている[168]。そして、社会的評価から自由であるべき領域をどの程度認めるかは、「プライヴァシーの機能的価値を考慮して、規範的に判断されねばならない」が、それは「個人の人格の自由な発展と多元的な開かれた社会の存在を可能にするためには、どこまで社会的評価から自由な領域が必要か」という判断だとしている[169]。

このような「社会の評価からの自由」を基礎としつつ、藤岡は、プライバシーの保護について、「私的事柄それ自体に保護されるべき価値を認める考え方」と、「人格的価値に係る情報のコントロールに焦点をあてる考え方」、二つの視点があるとする[170]。さらに、プライバシーに関する判例には前者の法理のさらなる発展を目指すものと、後者の情報のコントロールという新たな視点を問題意識の起点に捉えるものがあることを指摘する[171]。

このことを踏まえたうえで、彼はまず、「私的事柄は本来他人に知られたくないものであるから、プライバシー権の本旨は人格的価値を平穏の状態に維持することにあり、その点において、プライバシー権とは、人格的価値を他人の干渉からまもる権利、すなわち防御的機能を保障する権利である」とする[172]。次に、「名誉が人格的価値に対する社会の評価であるとすると、プライバシーは社会の評価から自由な領域（私的事柄）をまもる権利である」[173]と先ほどの定義を繰り返し、「プライバシーはこの私的領域をまもる権利であるが、そのような地位が保障されなければならないのは、私的事柄は人格的価値を表象するものであるからである」という[174]。

そして、この「社会から自由な領域」、すなわち「人格的価値を表象する私的事柄」はどのようなものであるべきかを続けて検討する。彼によると、プライバシーは人格的価値を表象する私的事柄であるため、人格的価値の評価（保護されるべき人格的価値であるか否か）に対応すべく、「開かれたもの」である必要がある[175]。そしてその標準型として彼があげるのは、①個人の私的生活領域、②個人の私生活・私事、③個人情報の三類型である[176]。この点、この場合の情報

はプライバシーにかかわる情報、すなわち「人格的価値を表象する私的事柄」にかかわる情報であると付言する。[177]

この点、プライバシーを「社会の評価からの自由」と捉える見解に対しては、次のような批判がある。

まず、社会的評価を問題とする見解について、そもそも何故「評価」を基軸としなければならないのか、はっきりしないという批判がある。[178] この批判によれば、「評価から自由な領域」が何によってどう確定されるのか、定かではない。そこで、これでは結局、プライバシーの定義としてはあまり意味を持ち得ないのではないだろうかとする。[179]

次に、「社会の評価からの自由」としてのプライバシー構成のうち、「単にセンシティブな個人情報が他者によって知覚されてしまったこと自体」をプライバシーの侵害とは呼ばずに、その結果として「他者によって評価される可能性について心配せざるを得ない立場に置かれてしまったこと」がプライバシーの本質であるとする見解[180]に対する批判をみてみよう。

このような見解に対し、「プライバシーとは、それが他者に知られることによって当人の社会的評価が下がる可能性に対抗するものではなく、単に、『本人としては他者に知られたくもない自分に関する情報が他者の手中に入ってしまったこと』それ自体に対抗する利益及び法的力を意味するのではなかろうか」[181]と疑問が投げかけられる。そして、この論者がプライバシーの本質としている「社会的評価を受けない人間関係が確立された状態」というものは、まさに、「プライバシーが保護されている効果の一つに過ぎない」のではないかとの疑念が呈される。[182] また、「他者による評価に晒される危険」は、まずプライバシーが侵害されたあとに、その情報の性質、その人の立場、その情報の公表のされかた、等の状況次第で生ずる場合も生じない場合もあるという問題を有していることも指摘される。[183]

次に、「社会的評価からの自由」としてのプライバシー構成のうち、当人の人格の社会的評価にとって重要ではない情報の公表拒否権としてプライバシーを位置づけている見解について、そこでいう「当人の社会的評価」にとっていか

なる情報が「重要」であるか否かは、その情報の種類、当人の社会的立場、これまでに世間に知られてしまっている程度、時代、場所、等の諸要因の相互関係によって事例ごとに決まることであろうとする批判がある。[184] 従って、そのような不確定な概念を立てることにどれほどの実益があるかが、まず疑問であるということになる。

それに加えて、「私たちの国語的常識によれば、私に関する未公表の情報（であれば何であれ）が『他者によって知られてしまったことそれ自体』が、私にとってはしみじみ不快なのであり、それが、人間としての尊厳を害されたという思いを本人にもたらすのではなかろうか」という批判もある。[185] それによれば、まさに、本人の意に反して誰かに知られてしまったその「段階」で、それが公表には至っていなくともプライバシーは侵害されているのである。そのため、「社会の評価からの自由」としてのプライバシー構成を支持する論者が注目する「当人の人格の社会的評価にとって重要でない情報」は、プライバシーの対象となる情報の一部ではあっても、決してその全部ではないこととなる。[186]

また、仮にプライバシーをそうした「評価からまぬがれること」と理解するとすれば、他人に対して「評価をするな」と要求する権利が導かれることになる。しかし、ある事柄について、それをどう「評価」するかは、それぞれの個人の思想や信条にかかわる自由に属する。一応の優先であれ、こうした人の内心領域にかかわる根本的な自由に対する優先を認めることは、やはり問題だろうとする批判がある。[187]

以上のような批判に応えるために、藤岡は「社会の評価からの自由」を基礎としながらも、それに完全に依拠するのではなく、その他の構成との複合的多元的な構想を行うのであろう。が、しかしなお、個人情報の利活用の問題について「自己情報コントロール権」構成を素朴に採用する以上、そのような「コントロール権」がそもそも個人に帰属するのか、という疑問に応えておらず、この見解も近時の急速なＩＣＴの発展を踏まえた構成であるとは評価することができず、残された課題があるということになろう。[188]

(163) 藤岡康宏『民法講義Ⅴ　不法行為法』（信山社、二〇一三）二二三頁。
(164) 佐伯仁志「プライヴァシーと名誉の保護（一）」法学協会雑誌一〇一巻七号（一九八四）九八一、九八六－九八八頁。
(165) 佐伯仁志「プライヴァシーと名誉の保護（四・完）」法学協会雑誌一〇一巻一一号（一九八四）一七四二頁。
(166) 同前、一六七五、一七三九頁。
(167) 同前、一七三九頁。
(168) 同前、一七四〇頁。
(169) 同前。
(170) 藤岡・前掲書注（163）二二三頁。
(171) 同前、二二五－二二六頁。
(172) 同前、二二九－二三〇頁。
(173) 同前、二三〇頁。
(174) 同前、二三〇－二三一頁。
(175) 同前、二三一頁。
(176) 同前。
(177) 同前、二三二頁。
(178) 松井・前掲注（61）三七頁。棟居・前掲書注（101）一七四－一七六頁。
(179) 今日におけるプライバシー権のあり方を考える場合には、民間における情報産業の展開も無視しえない。しかし、「社会の評価からの自由」を唱える学説は、明らかに報道機関による公表の文脈を想定してプライバシーを考えているように見受けられる。そのため、松井は、「これらの諸定義で、現代の情報化社会に特徴的な情報産業の発展とそこに於ける個人情報の集積の問題に果たして適切に対処できるのか、報道機関によるプライヴァシーの公表だけでなく、私人による自己情報の収集・保有・利用・提供の総ての側面を捉えてプライヴァシーの権利を構想すべきではなかろうか」と批判する（松井・同前、三八頁）。この批判については尤もなところがある。そのため、ここで検討している藤岡も、「社会の評価からの自由」を基礎としつつも、プライバシーを二元的に構成しているのだろう。

(180) 阪本・前掲書注（58）六頁。
(181) 小林・前掲注（106）一九三頁。
(182) 同前。
(183) 同前、一九四頁。
(184) 同前、一九三頁。
(185) 同前、一九三－一九四頁。
(186) 同前、一九四頁。
(187) 山本（敬）・前掲注（78）六三九頁の注（22）（注の内容自体は六四三－六四四頁に記載）。
(188) なお、既述のような二元的構成をとる一方で、藤岡はこの構成のさらなる発展の可能性に言及してもいる。彼によれば、人格的価値に係わるということであれば、プライバシー権には「①平穏生活権や②自己決定権と共通する問題が含まれている」のである（藤岡・前掲書注（163）二三二頁）。これらの権利について、彼は以下のように論ずる。

まず、「①平穏生活権としてのプライバシーは、プライバシーの侵害が違法となる理由を、被害者の平穏な私生活が失われたこと（私生活に対する精神的侵害）に求める。プライバシーの古典的理解では（ひとに知られないことを保障する権利）防御的機能が中心であったが、この考え方の特徴は、平穏生活圏ではプライバシーの権利を積極的に構成できる点にある（平穏な生活を確保する権利）」（同前、二三四頁）。

これに対して、②「自己決定権としてのプライバシーは、『自己情報コントロール権』説と類似性を持つが、情報のコントロールは本人の自己決定にゆだね、その自律的判断を確保することにプライバシー権の本来的意義を認めるものである。自己決定権は人格権の基礎にある権利として重要である」（同前）。

これらの権利と既述の二元的構成の関係は、ここでの叙述からは詳らかではない。あるいは三元的構成へと発展し、あるいはなんらかの包括的な定義に含まれ、二元、ないし一元的構成へと収斂するのかもしれない。その意味で、ここではこの展開可能性については言及するにとどめ、彼の見解は二元的構成であるとひとまず整理しておく。

五　小括

以上、本款では、プライバシー概念肯定説のうち、二元的構成をとるものを検討してきた。本款における検討から明らかになったことは、プライバシー概念の二元的構成といっても、その多くが微妙な相異はあれども結局のところ「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」を並置する構成に収斂すると評価できることである。これは堀部政男の見解と大きく離れてはいないと評価してよいだろう。その意味で、この構成は一方で、マスメディアの放埒な報道等に対する消極的な防御権のみならず、本来は私法上の問題とは別個独立の類型として検討されてきた情報の利活用の問題をも民法上の問題としてとり込んだと評価でき、そのことに大きな意義があるといえる。しかし他方で、この構成は、情報社会が真に高度化し、情報の利活用による利益の享受が公共的な問題となっている昨今の情勢を必ずしも反映しているとはいえず、この点にいかに対応するかについて、残された課題がある。また、ここでみた二元的構成に立つ見解のおおよそすべてが、（アトム的）個人主義を前提としたプライバシー観に（無意識的に）立っているであろうということに、ここでもう一度注意しておくことは無駄ではないだろう。

第四款　プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）

プライバシー概念肯定説には、二元的構成を超える、より発展的な可能性を示唆する見解もないではない。ここではそのような多元的構成（の萌芽を感じさせるもの）を検討していく。

まず、「ほうっておいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「自己決定権としてのプライバシー」の三元的構成の可能性を示唆する見解として、野澤正充のものが挙げられる。

野澤は、「プライバシー権とは、古典的には、『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』である、と定義された」と『宴のあと』事件判決に言及しつつ、この権利がかつては消極的な権利として捉えられていたとする[189]。しかし、一九六〇年代以降、コンピュータの普及に伴い、個人情報とその利用という新たな事態が生じたことから、「自己の情報をコントロールする権利」という、より積極的な権利として定義されるようになったことを紹介し、この意味でのプライバシー権がアメリカでは一九七四年の個人情報保護法に結実したとする[190]。さらに、同国では一九七〇年代には自己決定権として、憲法上の権利であることが承認されたとする[191]。

この見解は、日本における多数説である「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成のうち、民法上のプライバシー＝「ほうっておいてもらう権利」、個人情報保護法上のプライバシー＝「自己情報コントロール権」の二元的構成をとったうえで、自己決定権としてのプライバシーの問題を合わせて考慮する必要性を主張する三元的構成であると理解しうる。しかし、野澤の以上の叙述はあくまでアメリカ法の紹介であって、日本法におけるプライバシー権のあり方を模索するものではない可能性も否定できない。

また、「ほうっておいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「静謐のプライバシー」、「人格的自律（自己決定）のプライバシー」の四元的構成の可能性を示すものとして、吉田邦彦の見解が挙げられる。

彼はまず、プライバシーを「私生活をみだりに公開されない権利」として紹介しつつ、近時は、「『自己の情報をコントロールする権利』として捉えるべきだとする説が有力である」として、堀部の見解を筆頭に紹介する[192]。そして、その具体的問題として、国民総背番号制、戸籍公開の問題――同和問題がらみ、エイズの問題、コンピュータ関連の問題等を挙げる。さらに、発展的な事案として、①電話などによるいやがらせ、非難攻撃からの保護、②地下鉄における商業宣伝放送の差止、③性関係を巡る執拗なストーカー行為、④信教の自由等の事案に触れ、これは、「静謐・平穏生活権

の問題」であるとし、佐藤の見解を紹介する[193]。すなわち、「情報プライバシー」のほかに、「静謐のプライバシー」、「人格的自律のプライバシー」という分類を設けるのである。

この吉田の見解の特徴としては、第一に、自己情報コントロール権説の主唱者を、（すぐ後に佐藤の見解に触れるにもかかわらず）堀部であるとする点である。このことは、吉田が、情報コントロール権の問題を民事上の問題であると捉えており、かつ、「ほうっておいてもらう」構成と「情報コントロール権」構成を堀部同様に並存可能であると捉えていることを示していると理解できよう。

にもかかわらず、その後に佐藤の「情報プライバシー」、「静謐のプライバシー」、「人格的自律のプライバシー」の三分類を紹介することは、いかなる意味をもっているのか。同書の記述からでは必ずしも詳らかではないが、吉田がプライバシーに関する記述の冒頭で「もっとも、アメリカでは、abortion（妊娠中絶）、contraception（避妊）などを巡り、この権利は、実生活に定着している」ものの、日本では実態が異なるため、「日本人は、概して、プライバシーの権利に鈍感ではないか」としていることからも、「人格的自律のプライバシー」をも重視していることが読みとれる[194]。

このことと、「静謐のプライバシー」の問題を上記のように一般的なプライバシー侵害とは別個の事案として紹介していることを考え合わせると、吉田は、「ほうっておいてもらう権利」、「自己情報コントロール権」、「静謐のプライバシー」、「人格的自律（自己決定）のプライバシー」の四元的構成をとっていると理解しうる。

しかしこの理解も、同書の記述のみから読みとるのでは正確性に欠ける恐れがある。

以上からわかるように、プライバシー概念の多元的構成は、詳細に展開されているものは少なく、その可能性を示しているに過ぎないとも評価しうる。しかしここでの検討から、プライバシー権の対象領域が古典的なそれや多数説である二元的構成にとどまらず、より一層広がりをもって学説に受け止められつつあることがわかる。この傾向は、「近時

の理論動向」において後述する見解にも共通するものがある。ただ留意すべきなのは、これら多元的構成において、「自己情報コントロール権」構成が有力説ないし通説的見解として無批判的に受容されているきらいがあるということである。この点、「自己情報コントロール権」の一元的構成には、繰り返し述べるように克服を避けられない喫緊の課題があるのであり、このことは後にみる近時の動向でも、ときに強く意識されている。

また、プライバシーの概念構成として、アドホックに侵害事例を列挙し、多元的複合的に構成し続ける方向性が今日において適切であるか、という問題もある。高度情報化社会におけるプライバシー問題の実情を今一度見つめなおし、侵害類型それ自体を捉えなおすことによって、あるいは法概念の捕捉領域の再整理も可能となるかもしれないことに留意する必要もあろう。なぜなら、今日においては、これまでは別の問題領域とされてきた情報の（不正）取得・利用行為を、情報産業が分野をまたがって代替しつつあるからである。

（189）野澤正充『事務管理・不当利得・不法行為［セカンドステージ債権法Ⅲ］』（日本評論社、二〇一一）一五三頁。
（190）同前。
（191）同前。
（192）吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）一二一頁。
（193）同前、一二五－一二六頁。
（194）同前、一二二頁。

論　説

イギリス企業年金法制における受認者責任（三）

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
第二款　適格退職年金制度
第三款　厚生年金基金制度
第一項　調整年金構想における運用受託機関
第二項　厚生年金基金法案と国会審議
第三項　厚生年金保険法改正と厚生年金基金制度の実施
第二節　受認者責任の導入
第一款　一九七〇－一九八〇年代の動向
第一項　ERISA のインパクトと企業年金法制の改革論
第二項　ERISA 研究
第三項　自主運用と受認者責任
第二款　平成元年厚生年金保険法改正
第三節　受認者責任の「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　受認者責任の形成―信託法理の修正―
第五章　総括

（以上、六七巻三号）

（以上、六七巻四号）

（以上、本号）

第三款　厚生年金基金制度

適格退職年金制度が企業による退職一時金平準化の要望を契機に導入されたことは、前述した通りである。この制度が実施されると、多くの企業では退職年金制度を実施するようになり、我が国において企業年金制度が普及することになった。

しかし、適格退職年金制度の検討過程において、老後の所得保障を図るという点で同様の機能を果たす厚生年金との競合が問題とされたのも事実である。国会での審議において、この問題が取り上げられており、大蔵省としては、厚生年金制度を改革する際に適格退職年金制度と厚生年金制度との調整をするとの考えを示していた。このため、厚生年金制度の改革が問題になると、必然的に両者の調整が問題となる。この調整の結果として設計されたのが厚生年金基金制度である。同制度は企業年金制度としての機能を果たすとともに、厚生年金部分を代行する代行方式も採用されたことから、公的年金制度の機能を果たすことになるのである。もっとも、代行方式が採用されたとしても、年金財産の管理運用については、外部積立方式が維持され、適格退職年金制度から引き続き、信託銀行、生命保険会社が運用受託機関となり、管理運用を担うことになる。

第三款では、このような特徴を有した厚生年金基金制度の創設経緯について検討する。この制度の実施に至る過程の中で「なぜ適用除外方式ではなく代行方式を採用したのか」という問題が専ら議論されることになったものの、この点については先行研究[217]があることから、本稿では必要な範囲で取り上げるにとどまる。本稿が問題とするのは、創設の経緯において「厚生年金基金を設置するとして、なぜ基金を設置することとしたのか」、「なぜ適格退職年金制度と同様に、運用受託機関を信託銀行及び生命保険会社に限定したのか」という点である。この二つの問題を検討する理由は、厚生

年金基金制度が企業年金制度の基本的な制度とされ、後の確定給付企業年金制度の設計にあたって参考とされたこと、基本的な制度の類型（確定給付企業年金制度における基金型と規約型という類型）が厚生年金基金制度を念頭において作られたことから、これらを理解することが、我が国における企業年金法制及び企業年金制度の受認者責任を検討する上で必要であると考えたからである。

第一項　調整年金構想における運用受託機関[218]

一　調整方式の対立

(1)　昭和二九年の厚生年金保険法改正により、五年ごとに年金財政の再計算を行うこととされた。昭和三四年の第一回財政計算を経て、昭和三九年の第二回財政再計算を迎えると、当時の経済成長の進展、生活水準の向上もあって、厚生年金の給付内容を大幅に改善する必要性が広く認識されるようになっていた[219]。しかし、給付の内容を改善するということは、拠出額を引き上げることも意味する。このことから、適格退職年金制度を実施している企業側から、負担増加について問題が指摘されるようになった。前述したように、適格退職年金制度が設けられたのは、退職一時金の平準化について要望があったことに加え、厚生年金の給付水準の低さが背景にあった。厚生年金の脆弱性を見かねて適格退職年金制度を実施した企業側からすれば、増額した厚生年金の保険料をも負担しなければならなくなり、二重の負担を強いられることになる。こうしたことから、企業側としては、厚生年金と企業年金との負担を調整するよう要望することは自然な流れであろう。

(2)　この要望の結果、後述する厚生年金基金制度が実施されることになるが、その実現の過程には多くの困難が伴った。

主として問題とされたことは、厚生年金と企業年金との調整をどのように行うのかという問題、具体的には「適用除外方式」と「代行方式」とのいずれを採用するのかという問題があった。これらがいかなる方式であるのか説明すると、次のようになる。

① 適用除外方式

適用除外方式とは、「厚生年金保険法の適用を受けている事業所において、私的退職年金制度があり、その内容が厚生年金の老齢年金の報酬比例部分としての条件を満たしている時、国がその部分について厚生年金制度の適用を排除する方式」[220]である。この方式によれば、厚生年金保険以上の質の年金を提供すれば、当該企業は厚生年金保険制度から離脱する、すなわち、国家の規律から離脱することが可能になる。

② 代行方式

代行方式とは、「厚生年金保険法の適用を受けている事業所において、事業主と従業員が、厚生年金の報酬比例部分について、国以外の機関から年金の支払いを受けることを望むとき、国は保険料の払い込みを免除」し、国以外の機関は、「報酬比例部分につき国に代わり社会保険の一部として給付・反対給付、財務等の運用を代行する」方式である[221]。また、国以外の機関として予定されているのが独立の公法人としての基金であり[222]、代行部分について、基金が国の事務を代わりに行いつつも、国が最終的な責任を負うことになる[223]。この方式によれば、厚生年金保険の報酬比例部分について、国ではなく、基金が管理運用を行うことになるものの、国家の関与は一定程度存在することになる。

(3)　以上の二つの方式で対立が生じることになるが、方式以外にも問題がある。これらのいずれの方式を採用するとしても、積立金の運用という問題は残る。適格退職年金制度と同様に、厚生年金基金制度においても企業外積立方式が採用されれば、運用受託機関が信託銀行及び生命保険会社に限定され、いずれの方式でも運用機関は変わりがない[224]。この点について、適用除外方式あるいは代行方式を主張するグループは運用方法について、概ね次のような見解を有していた。

二　適用除外方式グループ

まず、適用除外方式を求めた日経連は、「退職金制度と厚生年金制度の調整[225]」と題する報告書において、この点について言及している。同報告書によると、適用除外の認可要件として、次の二つの要件が主として必要であるとしている[226]。

①　退職年金給付が同期間について厚生年金の比例給付額と同等以上のものであること

②　退職年金制度の財政が健全で、かつ安定していること

日経連は、この第二の要件との関係で、運用機関を信託銀行あるいは生命保険会社とするように提言している[227]。すなわち、「年金ファンドは、原資が一定の基準で毎年積立てられること、支払準備が十分であること、他に流用されないこと[228]」が重要であるとされ、基金は企業内積立ではなく、「信託あるいは生保その他政府が認める指定機関による積立制度をとる[229]」と言及されている。適格退職年金制度を踏襲し、信託銀行及び生命保険会社を利用した外部積立方式によって、内部積立方式に存在する流用リスクに対する予防を図ったものと推察される[230]。

三　代行方式グループ

一方、代行方式を支持するグループはどのようなことを主張していたのか。この点について、厚生省の見解を取り上げる。

(1)　厚生省の方針

昭和三六年六月一四日に厚生省保険局が作成した「企業年金の調整方法（案）[231]」によれば、厚生年金と企業年金の調整を認めつつも、法人格を有する年金基金の管理機関（厚生年金基金を指す）を設置して、当該機関に年金の管理を代行させる、と言及している[232][233]。

これに加えて、管理業務を行う機関がすべての業務を行うこととせず、効率的な事務処理及び管理コストといった点から、基金の財産をすべて信託財産として信託会社に委託する方針を示している[234]。

このように、代行方式を主張する厚生省においても、年金基金の管理運用には企業外積立方式を採用し、かつ、その運営スキームとして信託制度を予定していたのである。

(2)　実施に伴う問題点

もっとも、この代行方式に関連して、昭和三七年の間は、厚生省としては調整に踏み切るかどうかの最終的な結論が出ていなかったとされる[235]。その一方で、厚生省保険局厚生年金保険課内部では、調整を実施した場合の検討がなされていたようである。当時の担当者によれば、適格退職年金制度によって調整を行うとすれば、事業主が保険料を滞納した場合に強制的に保険料相当分を徴収する主体、権限がない点が問題とされたという[236]。このため、適格退職年金を参考に

した適用除外方式を採用せず、形式的にでも公法人を設立し、当該法人に強制徴収権を付与して年金の保全を図る方式が目指された、ということである[237]。

このようなこともあり、大蔵省と厚生省との協議が進められるとともに、厚生省内でも調整に向けた意見集約が進んでいった[238]。この結果、昭和三八年一〇月三〇日に、厚生省は「厚生年金保険改正法案要綱」（これについては後述する）を公表し、厚生年金基金の実施、代行方式の採用、年金財産の管理運用主体を信託銀行・生命保険会社とすること、が明らかにされた[239]。

四　代行方式における財産の管理運用に関する問題点

以上のように、適用除外方式にせよ代行方式にせよ、年金財産の管理運用についてみると、企業外積立方式を採用し、かつ、信託制度と生命保険制度を運営スキームとすることで一致していたのである。

もっとも、代行方式に係る議論には、次のような問題も指摘できる。代行方式を採用する場合、事業主とは別個独立の法人として基金を設立することになり、基金が年金給付に係る事務及び年金財産の管理運用に関する業務（の一部）を行うことになる。この制度設計について信託関係の観点からみると、基金を設立する事業主を委託者、基金を受託者とし、実際の運用については信託銀行に委託するという法律関係の設定も可能であるように思われる[240]（適格退職年金制度において問題とされた二重信託と同様の構造となるが、それについては問題がないとされたことから、このような形態を採用することにも問題はないと解される。これについて、第一章第一節第二款第五項脚注二一六参照）。このような制度設計を行った場合には、事業主による年金財産の目的外使用などのリスクは直ちに生じないことになりそうである。また、事業主とは独立している基金が受託者となるのであれば、適格退職年金制度のように、信託銀行を受託者と

する必要性はなくなるはずである。にもかかわらず、厚生省は適格退職年金制度と同様に、信託銀行・信託会社に管理運用を委ねることとした。そして、そのような制度設計をとる理由として、「効率的な事務処理及び管理コスト」を挙げていた。適格退職年金制度における議論を振り返ると、事業主による年金財産の流用といった目的外利用についての懸念から、企業外積立方式を採用すべきことが説かれていた。また、企業外積立方式を採用した場合には、信託銀行や生命保険会社が年金財産の管理運用にとって最適な主体であると論じられていた。しかし、厚生年金基金制度では、基金自身が受託者となる可能性があるにもかかわらず、それについては触れることなしに、「事務処理及び管理コスト」といった簡単な理由付けにより議論が進められている。この背景には、既存の適格退職年金制度に倣った制度設計をする方が実際的であるとの判断があると考えられる。だが、誰を受託者とするのかという問題は、年金財産の管理運用に関する責任主体を誰にするのかという問題につながる。これについて十分な検討がなされなかったことには、現状の企業年金制度における責任主体からすると、問題があったと考えられる。

以上の問題について、これ以降検討されることなく、厚生年金基金制度の実施に至る。

第二項　厚生年金基金法案と国会審議

一　法案における基金設立要件をめぐる問題

(1)　厚生年金基金制度における当事者関係

第一項で明らかになったように、適用除外方式にせよ代行方式にせよ、年金基金の管理運用について、信託銀行及び生命保険会社を運用受託機関とする点では一致していた。厚生省が公表した「厚生年金保険改正法案要綱」においても、

次のように言及されている。[241]

「基金は、年金規約の規定に基づく給付の支給を目的として信託会社（信託業務を兼営する銀行を含む。）または生命保険会社と信託または保険の契約を締結しなければならないこと。この場合における信託または保険の契約は、加入員または加入員であった者を受益者または保険金受取人とするものでなければならないこと。[242]」

厚生省の見解においても、運用受託機関を信託銀行及び生命保険会社に限定しているのである。

なお、この見解には、運用機関の限定に加えて特徴的な事柄が指摘できる。先に見た適格退職年金制度では、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った。ところが、右の要綱によれば、厚生年金基金制度では他益信託をとり、信託銀行を受託者とする点では適格退職年金制度と同様であるものの、基金を委託者、加入員または加入員であった者を受益者[243]とする法律関係をとる点が異なっている。[244]厚生年金基金制度は企業年金制度として適格退職年金制度と同様の機能を果たす。しかし、厚生年金保険制度を代行する点で、公的機能を果たすことになる点が異なっている。そして、この公的年金制度の機能を果たす点こそが、運営主体を事業主ではなく基金とした理由であった。このようなことから、公的年金制度の機能を果たす主体として、基金が位置付けられることになり、その結果として、信託関係における委託者としても位置付けられることになったといえよう。

このように、厚生年金と企業年金とを調整する制度として厚生年金基金制度が設置されること、運用受託機関は信託銀行及び生命保険会社であることとされ、この方針に沿って立法作業が進められていくことになる。

(2)　設立要件をめぐる問題

基金に関する基本的な法律関係は右のようなものであり、これらについては特に問題とされた形跡は見当たらない。問題とされたのは、基金の設立要件であった。厚生省案では、基金の設立にあたり、一、〇〇〇名以上の被保険者が存在することが必要であるとしていた[245]。この設立要件について、生命保険協会[246]、信託協会[247]、日経連[248]から不満が表明され、要望が述べられることになったのである。

しかし、これらの要望を受けても、厚生省の見解は変わることはなかった。厚生省は「厚生年金保険改正法案要綱」を基にして関係省庁との折衝を進め、昭和三九年三月四日に改正案要綱を社会保険審議会に諮問することになった[249]。この諮問を受けて、社会保険審議会では同年三月五日に総会が開催され、この総会以降、厚生年金保険法改正関係について、厚生年金保険部会で六回の審議がなされることになる。

もっとも、この部会審議において、厚生年金基金制度について労使の意見が対立することになった[250]。部会において対立が解消されることなく、公益、事業主、被保険者の代表各々の見解を併記して、総会に報告することになった[251]。四月一四日の総会において最終的に審議されたが、対立が解消されず、最終的に総会は部会長報告を以て答申に代え、同日、厚生大臣に対して答申を行うことになる[252]。

こうした手続きを経て、厚生年金保険法改正法案が国会に提出され、その成立が目指されることになる。

二　国会審議

昭和三九年四月二四日に厚生年金保険法の改正法案が閣議決定され、同月二八日に、国会に提出された。しかし、国会では国際労働機関八七号条約をめぐる紛糾により、審議がなされることなく、廃案となった。

昭和三九年一二月二一日、政府は四月に提出した法案と同一内容の法案を再び国会に提出した。法案成立までの流れは次の通りである。同法案が衆議院社会労働委員会で審議されたのは昭和四〇年三月一七日であった[253]。同年五月七日に衆議院において修正可決され、同日に衆議院本会議を通過して参議院に送付された。参議院では六月一日に再修正され、同日に衆議院に回送されて成立・公布された。

以上の国会審議をみると、四月二一日における衆議院社会労働委員会の審議以外に、厚生年金基金制度について、受認者責任に関わる観点から審議されていないことが確認された。このため、四月二一日の審議、とりわけ、竹内黎一委員と山本正淑政府委員（厚生省年金局長）との質疑応答に焦点を当てて取り上げることにする。なお、両委員の質疑応答について、①財産の管理運用主体、②基金設立の意味、③運用機関と被用者間の法律関係、の三点に整理して取り上げる。

① 財産の管理運用主体

竹内黎一委員により、厚生年金基金制度における財産の管理運用主体について質問がなされた。竹内委員は、年金財産の安全性という点で、信託銀行や生命保険会社に運用を委ねるのではなく、大蔵省の資産運用部などに委ねたほうが良いのではないか、と質問する[254]。

これについて、山本正淑政府委員は、次のように答弁する。

「御承知のように厚生年金の積み立て金は資金運用部に預託いたしまして、一定の利回りによって運用されているわけでございます。それから税制適格年金は信託銀行または生保会社に運用契約を結んで運用させておる。これは

信託銀行及び生命保険会社におきましては、たとえば一般の市中の金融機関よりは運用利回りがいいわけでございまして、そういう意味におきまして信託銀行と生命保険会社に限定いたしてあるわけでございます。今回の調整される企業年金の資金運用につきましても、予定利率を上回る運用、特に政府の場合には現段階におきましては六分五厘に運用されておりますので、六分五厘を上回る運用ということでなければ、下回る運用ということでは適当でないわけでございますので、そういう意味におきまして税制適格年金の例にならいまして信託銀行と生命保険会社の運用ということに限定したわけでございます。ただ厚生年金の報酬比例相当分にプラスアルファがつきますが、厚生年金の報酬比例相当分につきましては、そのうちの一部は政府の指示によりまして資金運用部の資金が運用されておると同様に、政府保証債を引き受けるといったような形で一般財投に協力をする、それからまた一部は還元融資という性格によって運用していくというふうな運用をいたしたい、かように考えております。[255]」

この答弁によれば、信託銀行及び生命保険会社に限定されている理由は、市中銀行以上の予定利率で運用されていること、政府が運用した場合の予定利率以上の運用を確保する必要があること、これらの観点から税制適格年金（適格退職年金）に倣ったこと、が挙げられている。この説明だけ見ると、適格退職年金制度における議論のように、企業外積立を図るといった年金財産を保全する観点ではなく、あくまで政府が運用した場合と同等の運用成果を担保するという観点から、信託銀行及び生命保険会社に限定したように読める。好意的に考えると、企業外積立は企業年金制度において当然の原理であると考えられたため、これについてあえて言及することはせず、その代わりに、運用の利回りが良いというメリットを強調することにしたとも考えられる。いずれにせよ、信託銀行及び生命保険会社に限定した理由について、適格退職年金制度の審議における説明とは異なっていることは明らかである。

② 基金設立の意味

次に、竹内委員は、基金を設立する理由について質問する。[256][257]

山本委員は、次のように答弁する。

「現在税制適格年金は事業主が主体になっておりまして、これは特別に法人的なものはつくってないわけでございます。したがいまして、これは純然たる私的のものでございますが、公的年金の中に取り入れて公的年金として取り扱うということになりますと、これを事業所が主体となって行なうというわけにまいりませんので、どうしても公法人としての基金というものを考えなければ、公的な扱いというものはできないわけでございまして、たとえば企業が掛け金を納めないといった場合に、租税の例によりまして滞納処分を実施するという権限を与えるという意味におきましても、公法人たる基金をつくるという形にせざるを得ないわけでございます。そういう意味におきまして企業自体が行なうというのは現在の税制適格年金におきましては可能でありますが、法律上の調整をいたしますとそういうわけにはまいらないということから、基金の構想をいたしたのでございます。[258]」

この説明をみると、前述した厚生省内における議論（第一章第一節第三款一項三参照）に沿った答弁をしているといえる。厚生年金基金制度は公的年金たる厚生年金を代行する制度である。そのため、企業が掛け金（厚生年金保険料）を納付しない場合には、滞納処分により回収する必要があるため、この権限を授権しなければならない。授権の観点から、公法人としての基金が必要となる。このような観点から、山本委員は基金の必要性を説いているといえる。

③　運用機関と被用者間の法律関係

更に、竹内委員は、こうした厚生年金基金における法律関係の中で、信託銀行及び生命保険会社と被用者との関係について質問している。

これについて山本委員は次のように述べている。

「あくまでも基金が公法上の主体でございまして、したがいまして掛け金の徴収の権利というものも基金にあるわけでございまして、基金は信託銀行、生保会社と信託契約なりそれぞれの契約を結ぶわけでございます。したがいまして、年金の受給者との関係におきましても、基金に対して受給者は年金を請求するし、基金が受給者に対して支払いの義務がある、こういう形になるわけでございます。ただ現実の問題といたしましては、その基金の業務をどの程度それぞれの信託銀行等に委任できるか、かような問題によって法律関係は処理されるわけでございます。[259]」

この説明によれば、基金と信託銀行及び生命保険会社間の契約関係が存在すること、基金と受給者は年金に関する請求と支払いという法関係が存在すると明らかにされるが、受給者と運用受託機関との関係については述べられていない。これらの説明（及び後述する厚生年金基金令）から信託関係について考えると、厚生年金基金制度においては、基金と信託銀行との関係は自益信託とされたものと解される。これは前述した「厚生年金保険改正法案要綱」において示された法律関係とは異なる。改正法案とは異なった法律構成がとられるに至った経緯について、説明がなされていないため不明確である。推測になるが、「基金に対して受給者が請求し、基金が受給者に対して支払う義務がある」という点がポイントになると考えられる。繰り返しになるが、厚生年金基金制度は基金が厚生年金について国家を代行する制度で

ある。基金が受給者から申請を受け、受給者に対して年金を支給することになる制度である。厚生年金基金制度において、基金が中心的な役割を果たすアクターと位置付けられる。他方、要綱で示されたような他益信託では、信託銀行が受給者に対して年金を給付することになるため、基金を中心的なアクターとする基本的な設計構想からは問題が生じる。そうであるからこそ、運用と給付という局面で区分けをし、前者については基金と運用受託機関が法律関係を形成し、後者については基金と受給者が関係する構造としたものと推測される(260)。

また、竹内委員が被用者と運用受託機関との関係について質問した意味が問題となる。「厚生年金保険改正法案要綱」では他益信託をとっていたことから、被用者と運用受託機関との関係は受益者・受託者関係となる。このため、運用受託機関が年金財産の管理運用の際に年金財産に損失を与えた場合、受益者たる被用者は受託者に対して損失填補等を請求することができる。これは従業員保護を図っているとの評価ができよう。しかし、自益信託となれば、被用者・運用受託機関関係は何等の法律関係がないことになる。これでは、運用受託機関の行為によって年金財産に損失が生じた場合など、被用者としては運用受託機関に対して信託関係に基づいて法的請求ができないことになる。こうした点を竹内委員は問題にしたと考える余地があろう（もっとも、以上の当事者関係は、代行方式を採用したことによって、基金が年金財産の管理運用・支給のすべてについて一元的に関与しなければならなくなったことを踏まえると、そのような法関係を採用せざるを得なかったという事情もあると推測される）。

この日以降、六月一日に法案が成立するまで、上記の問題に関連した厚生年金基金に関する質疑応答はなされなかった。

第三項　厚生年金保険法改正と厚生年金基金制度の実施

(1) 関連法の整備

昭和四〇年六月、法律一〇四号による厚生年金保険法一部改正により、厚生年金基金及び厚生年金基金連合会について、厚生年金保険法第九章に規定された。また、厚生年金保険法改正に応じて、他の法令も整備されることになり、昭和四一年九月二七日に、厚生年金基金令及び厚生年金基金規則が制定され、同年一〇月一日に施行された。以下では、基金制度の概要を確認する。

① 設立要件

基金の設立には、一、〇〇〇名以上の厚生年金被保険者が必要とされる（法一一〇条一項、厚生年金基金令一条）。適用事業所の事業主は設立しようとする事業所に使用される被保険者の二分の一以上の同意を得て、「規約」を作成し、厚生大臣の認可を受けなければならないとされた（法一一一条一項）。この「規約」はその内容が法律上規定されており、代議会、役員、加入員に関する事項、「年金たる給付及び一時金たる給付に関する事項」、「信託又は保険に関する事項」を定めなければならないとされた（法一一五条一項九号）。

このように「規約」は厚生年金基金制度の基本的な制度設計にかかわる事項を定めるとともに、給付の内容についても定めており、厚生年金基金制度の制度設計・運営について重要な機能を果たすことになる。しかし、この「規約」の法的性質については明らかにされていない[261]。

更に、当該適用事業所において使用される被保険者の三分の一以上が加入する労働組合が存在する場合には、先の同意に加えて労働組合の同意をも得なければならない（同条二項）。

こうした要件を充足した後に、厚生大臣の認可を求め、認可を得た時に基金が成立することになる（法一一三条）。

② 内部組織

基金の内部には代議員(法一一七条二項)により構成される代議会がおかれた(同条一項)。代議員の定数は偶数であり、その半数は設立事業所の事業主により、設立事業所の事業主及び設立事業所に使用される者のうちから選定され、他の半数は加入員の互選とされた(同三条)。加入員とは基金の設立事業所に使用される被保険者である(一二一条)。

また、理事及び監事が置かれる(一一九条一項)とともに、理事の中から理事長が選任されて(同三項)、理事長が基金を代表して業務を執行する(一二〇条一項)こととされた。この理事長等について、基金と理事長との利益が相反する場合には、理事長は代表権を有しないとされ、その場合には学識経験者の中から選任された監事が基金を代表することになる(一二〇条四項)。

以上の厚生年金基金における基金の役職員は、刑法その他の罰則の適用について、公務に従事する職員とみなすとされた(一二一条)。

③ 管理運用に関わる契約内容

前述したように、基金の設立の際には規約の作成が必要となり、当該規約には「信託又は保険に関する事項」を記載しなければならないとされていた。これについて、他の条項においても、信託会社及び生命保険会社との間で信託契約、保険契約を締結しなければならない、と規定された(一三〇条三項)。

具体的な契約内容は厚生年金基金令二九条及び三〇条おいて規律されている。信託契約の内容について見ると、基金は信託銀行との間で基金を委託者兼受益者、信託銀行を受託者とする信託契約を締結することとされる(令二九条一項一号)[262]。この自益信託(委託者と受益者が同一人格)の形態をとる点が、前述した適格退職年金とは異なっている。

先の国会審議において、竹内黎一委員と山本正淑政府委員との間でなされた基金と被用者間関係に関する質疑応答の中で、山本委員は自益信託をとることを示唆する答弁をしていた。この答弁は、厚生年金基金令において、このような当事者関係を採用することを前提としていたのであった。

④　受認者責任

厚生年金保険法、基金令、基金規則のいずれにおいても、受認者責任に関わる規定が置かれていない。このため、管理運用に関する行為準則は、信託法制に委ねることになる。

⑤　厚生年金基金連合会の設立

次に、厚生年金基金連合会について第九章第二節に規定された。連合会の業務として、中途脱退者に対する年金の支給（一五九条一項）に加え、基金の行う事業の健全な発展を図るために必要な事業であって政令で定めるものを行うことができる（一五九条二項）と規定された。そして、厚生年金基金令四九条三号において、「基金の行う事業及び年金制度に関する調査及び研究」と規定された。

このように厚生年金基金連合会が設立され、年金制度に関する調査研究が規定されたことは、受認者責任を検討する上で特筆すべきことである。というのは、後述するように、企業年金制度における受認者責任の議論の形成・発展に、厚生年金基金連合会が大きな役割を果たすことになるからである。

(2)　法改正後の状況

① 運用規制の整備

厚生年金基金制度の実施を受けて、資産運用上の規制も改正されることになった。政府は通達によって対応したが、この中で重要なのが大蔵省銀行局により発せられた通達「適格退職年金信託及び厚生年金基金信託の資産運用について」（昭和四一年一二月二六日蔵銀第一六九二号）[263]である。この通達は先の適格退職年金制度発足後に発せられた「企業年金信託の信託財産の運用について」を改めたものである。この通達によって、適格退職年金制度に対して課していた運用規制を厚生年金基金制度にも課すことにしたのである。平成九年に「五・三・三・二規制」の廃止が決定されるまで[264]、この通達が厚生年金基金の財産運用に関する規制の根拠となる。

② 厚生年金基金の実施状況

厚生年金基金が実施されると、厚生年金基金設置申請が一〇二件提出され、そのうちの八七件が認可されることになった。これが「第一号グループ」である。業種別にみると、百貨店、食品、金融機関、運輸などが多い。加入員総数は二八四、五二九名であり、加入員最多の企業は鐘紡の二七、五五四名である。基金の設立形態としては、単独設立が四八件、連合設立が三七件、総合設立が二件であった[265]。

制度実施当初の昭和四一年度は一四二基金、加入者数五〇万人であったが、厚生年金基金は昭和四〇年代に急増し、昭和五〇年代末には九二九基金、加入者数五三四万人にまで拡大する[266]。

(3) 問題点

厚生年金基金制度は、適格退職年金制度とは異なり、加入者等と運用受託機関との法律関係に断絶が見られる特徴が

ある。前述したように、厚生年金基金制度では、基金と運用受託機関との関係は基金を委託者兼受託者、運用受託機関を受託者とする信託関係を採用した。これを前提として加入者・受給者の視点に立つと、運用受託機関が財産の管理運用に失敗して年金財産を棄損させた場合、基金が信託関係に基づいて運用受託機関に対して損失填補責任を追及することが可能である[267]。しかし、年金制度における最大の利益享受主体である加入者・受給権者は運用受託機関と信託関係にないため、運用受託機関に対して信託契約に基づき損失填補責任を追及することはできない。また、厚生年金基金と加入者・受給権者間との間に年金支給契約が成立していると解することもできないことから、規約に定めた支給内容が履行されない場合、加入者・受給権者は厚生年金基金に対して法的責任を追及することが困難である[268]。加入者・受給権者が主体的に年金財産の管理運用に関与することが困難な制度設計となっているのである。

もっとも、このような制限は、厚生年金基金制度が厚生年金を代行するという通常の企業年金制度とは異なる企業年金制度であることから生じるものといえる。この点で、通常の企業年金制度と同様の考え方が直接妥当しない、あるいは、出来ないということはやむを得ないものとも評価することができよう。

次に問題となるのが、受認者責任のあり方である。厚生年金保険法をみると、管理運用に関わる行為責任として何等の規定も置かれていない。前述したように、厚生年金基金は代行部分及び企業年金部分の運営を行うものの、年金財産の管理運用は扱わず、それについては信託銀行や生命保険会社に委託することとしていた。このようなことからすると、厚生年金基金及び基金の理事等といった関係者に対して、年金財産の管理運用上の行為責任たる受認者責任を課すのかどうかということは問題になりえない。そのため、厚生年金保険法において、基金及び基金の理事等に対する受認者責任は規定されなかったものと考えられる（ただし、個々の運用受託機関の選任監督については法的責任が生じる可能性があることは指摘できよう。これこそ、後述する厚生年金基金の理事等の「受託者責任」として問題とされる事柄であ

る。）。

一方、信託銀行や生命保険会社に対しては信託業法をはじめとする規律が既になされている。このため、この時点ではそのような法令による規律に委ねることで十分と判断された可能性がある（ただし、序章において指摘したように、旧信託法には忠実義務が規定されず、解釈に委ねられていた問題があるため、当時の法律に委ねることで十分と判断してよいのかどうかは判断が分かれるであろう）。

いずれにせよ、これまでの検討により、厚生年金基金制度創設当初において、受認者責任に関する議論がなされていないことは確認できた。これは現在からみると残された問題であったといえよう。

第一節における検討結果

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には、以下のことがあると明らかになった。まず、戦後のインフレの影響により、退職一時金の平準化が事業主から要求され、日経連・信託協会・生命保険協会といった業界団体において退職年金制度が論じられるようになった。信託協会がこの問題について関与することになったのが、企業年金制度と信託制度とのかかわりの第一歩である。

これらの業界団体の要望を受けて、政府内部において税制優遇措置のあり方を含めて企業年金制度の実施が論じられた。この過程において、母体企業と切り離した年金財産の管理運用が論じられるようになると、企業外積立方式が説かれた。この方式に適合的であったのが信託及び生命保険という二つのスキームであった。このようなことから、これらが適格退職年金制度において利用可能なスキームとされたのである。

しかし、この適格退職年金制度は厚生年金保険法改正までの措置という側面を有していたこともあり、企業年金制度の骨格を定めたとまでは言えず、企業年金制度が我が国において根付くには厚生年金基金制度の実施を待たねばならなかった。

厚生年金基金制度は適用除外方式を採用するかどうかで議論があったものの、年金財産の運用スキームとしては適格退職年金制度とは変わりがなかった。このため、信託及び生命保険に限定することは維持された（もっとも、このような限定は、あくまで事務処理上の便宜が理由であり、適格退職年金制度と同様にこれらの機関に財産の管理運用を直接委託しなければならない必然性はないことも確認された）。厚生年金基金制度は厚生年金との調整のために代行方式をとるとされた結果、大企業により利用されることが多く、我が国における企業年金制度を形作ることになった。以上のことから、厚生年金基金制度において資産運用スキームとされた信託制度が企業年金制度において大きな役割を果たすことになるのである。

もっとも、適格退職年金制度と厚生年金基金制度とは、そのアクターに関する法律関係が異なっていた。前者では事業主が委託者、信託銀行が受託者、従業員が受益者である他益信託とされた。従業員と運用受託機関との法的関係が存在したのである。その一方、厚生年金基金制度では当初そのような法律構成がとられていたものの、結果として成立した厚生年金保険法及び厚生年金基金令では厚生年金基金が委託者兼受益者、信託銀行が受託者となる自益信託とされた。適格退職年金制度とは異なり、従業員が除かれた点が特徴である。

自益信託か他益信託となるか、厚生年金基金との調整がなされるのかなされないのか、という点で違いはあるものの、適格退職年金制度及び厚生年金基金制度において、信託をスキームとした年金制度の運営が実施されることになった。以上のような経緯から、我が国の年金制度において信託が資産運用スキームとして用いられるようになったのである。

ただし、以上の経緯において専ら問題とされたのは企業年金制度の制度設計であり、受認者責任について問題とされた形跡はうかがわれない。このようなことから、制度の運営が進展するにつれて、受認者責任について意識されるようになり問題化する。このような動向について、次に検討する。

(217) 増井・前掲注（1）二四八－二五六頁。
(218) 厚生省年金局企業年金課（監修）・前掲注（183）一七－一〇九頁。
(219) 厚生省年金局企業年金課（監修）・前掲注（183）一七頁、栗原丑基地「退職金・年金への労働組合の対応」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・一九八七年）三七－三八頁。
(220) 適用除外方式の定義について、増井教授の見解によった（増井・前掲注（1）二四九頁）。
(221) 代行方式の定義について、増井教授の見解によった（増井・前掲注（1）二五二頁）。
(222) 増井・前掲注（1）二五二頁。
(223) 増井・前掲注（1）二五二頁。
(224) もっとも、代行方式であれば、独立公法人としての基金が国家に代わって運営することになるため、その点では、適用除外方式と比較して、運用受託機関の関与の度合いが小さくなる、という違いがある。この点について、増井・前掲注（1）二五三頁。
(225) この報告書を入手することが出来なかったため、内容について、日本経営史研究所・前掲注（18）三一九－三二〇頁に掲載されている部分によった。
(226) 日本経営史研究所・前掲注（18）三二〇頁。
(227) 報告書において「信託あるいは生保その他政府が認める指定機関」としており、信託銀行と生命保険会社のみ運用受託機関としているわけではなかった。もっとも、「その他政府が認める指定機関」とはどのような機関であるのかについては言及がない。日本経営史研究所・前掲注（18）三二〇頁。

（228）日本経営史研究所・前掲注（18）三二〇頁。
（229）日本経営史研究所・前掲注（18）三二〇頁。
（230）信託業界においても、この内部積立方式ではなく、外部積立方式である信託の利用を提言していた。例えば、三菱信託銀行は昭和三七年七月二七日に「厚生年金制度と企業年金制度の調整に関する問題点」と題する試案を厚生省に提出していた。同試案では適用除外方式を前提として基金の管理運用について、年金受給権確保の観点から信託型の企業外積立を原則とすべきであり、内部留保方式を採用しないことが要望されていた。以上について、日本経営史研究所・前掲注（18）三二一頁。
（231）内容について、日本経営史研究所・前掲注（18）三二〇頁によった。
（232）この管理機関について、昭和三六年一〇月二〇日付の厚生省資料「適用除外制度試案の問題点」によれば、「厚生年金基金」と仮称されており、昭和三七年六月二〇日に厚生省の局議大綱として「厚生年金基金構想」がまとめられた、とされる（日本経営史研究所・前掲注（18）三二一頁）。
　なお、厚生省内において厚生年金基金構想がまとまった時期について、これとは異なる見解が増井教授により指摘されている。増井教授は、当時の厚生省部内では企業年金と厚生年金との調整そのものに反対意見があり、昭和三七年時点では省内での意見集約がなされていなかった状況があり、まとまったのは少なくとも昭和三八年に入ってからであろう、という見解を示している（増井・前掲注（1）二五四－二五五頁）。
（233）日本経営史研究所・前掲注（18）三二〇頁。
（234）日本経営史研究所・前掲注（18）三二一頁。
（235）厚生団（編）・前掲注（104）一五八頁［曽根田郁夫氏の発言］。なお、厚生省内部の動向について、増井・前掲注（1）二五四－二五五頁。
（236）昭和三七年七月から昭和四〇年八月にかけて、厚生省年金局年金課課長補佐として厚生年金基金制度の立案に関与した中野徹雄氏によれば、次のようなことが指摘されている（厚生団（編）・前掲注（104）一六一頁）。

「……たとえば、税制適格年金を生保なり信託なりで作ったとします。そうした場合において、事業主が保険料を滞納し

た時、これを強制的に保険料相当分を取り立てる機能は全くないわけです。もちろん総合基金（資本関係を異にする複数の企業が集まり設立する基金であり、多くは中小企業協同組合などを母体として設立する基金とされる：筆者注）みたいなものを考えますと、中には払わないところだってあるだろう。それを強制権力で金を取り上げなければ年金を保全できないわけです。だけれども、私的年金の保険料負担の場合はそれは全くできないわけです。一方的に事業主が出すか出さないか、随意だということです。もちろん事業主の労働組合に対する約束はあるのだけれども、しかしそれを保全する組織がないわけです。いざとなった時に金を払わなかったらそれっきりではないか。」

(237) 厚生団（編）・前掲注（104）一六一頁［中野徹雄氏の発言］。この検討の際に参考にされたのは、健康保険組合であることが中野氏の発言から知ることができる。

(238) もっとも、厚生省内においても調整に反対する見解が存在した。例えば、大臣官房企画室から調整を行うことについてクレームがついたとされる。厚生団（編）・前掲注（104）一六〇頁［曽根田郁夫氏の発言］。

(239)「厚生年金保険改正法案要綱」の詳細な作成経緯について明らかにならなかった。

(240) ここではERISAの基本的な考え方を参考にした議論をしている。ERISAでは次のような構造を採っている。事業主や従業員団体といった集団が委託者となり、従業員・受給権者といった受益者のために、ある者を指名受認者として任命し、年金財産の管理運用を託する。そして、指名受認者は財産の運用について信託受託者や投資マネージャーに委任する（以上のERISAの概要について、序章第二節参照）。

以上のような考えからすれば、厚生年金基金制度においてもそのような構造を採用する基礎が存在していたにもかかわらず、全く検討された形跡が見当たらないことは興味深い。

(241)「厚生年金保険改正法案要綱」はその全文が生命保険史料・前掲注（137）二九八－三〇八頁に収録されている。

(242) 生命保険史料・前掲注（137）三〇二頁。

(243) 適格退職年金制度では従業員を受益者として定めるのみであった点で違いがある。同制度における受益者について、第一章第一節第二款第五項一で言及した。

(244) もっとも、後述するように、この法律関係は変更されることになる。

(245) 具体的には次のように定められていた。要綱では設立規模について「第六　企業年金との調整に関する事項　三　基金

の設立」において「政令で定める数以上の被保険者」とし、その政令で定める数について概ね一、〇〇〇名以上であることとするとしている。また、要綱にある「厚生年金保険基金認可方針大綱」には設立形態に応じた人数要件が次のように記してある。①企業単独設立の場合には被保険者が常時一、〇〇〇名以上であること、②連合設立の場合には加入者となるべき被保険者の総数が常時二、〇〇〇名以上で、かつ、中心となるべき企業について、一、〇〇〇名以上、他の企業について三〇〇名以上であること、③総合設立の場合、加入者となるべき被保険者の総数が常時三、〇〇〇名以上で、かつ、個々の企業について三〇〇名以上あること、と定めている。生命保険史料・前掲注（137）三〇一及び三〇五頁。

(246) 生命保険協会は昭和三八年一二月四日に日経連に対して「厚生省案に対する意見（日経連への要望事項）」と題する意見書を提出し、「今回の調整は適用除外と呼び、代行と称しても、いずれにしても社会保障の代行を行うものであるから、その運営においても、取扱機関により差のあるべきものではない。」と述べ、人数要件により取扱機関に差を設けるべきではない旨を主張していた（資料「調整年金構想（厚生省）に関し日経連へ要望」生命保険協会会報四五巻一号（一九六五年）一一八－一一九頁、増井・前掲注（1）二六二－二六三頁）。

また、これと同内容の要望書（「基金認可方針について等」）を一二月一九日に厚生省にも提出し、人数制限が不合理であると伝えている。厚生省案にある一、〇〇〇名以上という制限では調整年金を利用できるのが一部の企業に限られてしまうことを問題にしている。その上で、適格退職年金制度では二五人以上で利用可能であったため、この水準に合わせるよう、次のようなことを述べて要望する（以上の要望について、生命保険史料・前掲注（137）三一九頁に掲載されている）。

「厚生省の案では一、〇〇〇人以上とされているが、これは適格退職年金の例からみても実情に副わないものである。規模の小さい企業については、生保会社の設ける総合設立基金に加入する方法により、厚生年金適用対象企業のすべてが、任意に調整しうるよう取扱われたい。」

大企業よりも中小企業の方が調整年金への要望が強いことが背景にあると解される。

他方、生命保険協会がこのような不満を表明した背景には、次の事情もあると考えられる。信託は大規模な企業に利用されている一方で、生命保険は比較的小規模な企業において利用されている。そうであれば、法案で要求されている一、

○○○名以上という人数は大規模な企業にとっては充足し易い。その点から、信託業界にとっては制度を利用する上で支障がない。しかし、生命保険にとっては、そのような要件を充足することは困難である。このようなことから、生命保険協会は、こうした人数要件について不満を抱いたのであろう。

以上の生命保険協会の要望に対して、厚生省側の認識は次のようなものであった。山本正淑氏（当時の厚生省年金局長）は、厚生省側の生命保険業界の不満に対する認識について述べている。山本氏は厚生省の原案について生命保険協会が不満であったとし、次のように指摘している（厚生団（編）・前掲注（104）一八〇頁［山本正淑氏の発言］）。

「……生保が非常に不満だったのだよね。……信託には非常に有利だが、生保が基金を扱うにはやりにくいような仕掛になっていると言って大分言われたよね。」

「……生保がやりにくいと言うのは、生保が何十人以上がどうだかと言って……。」

この山本発言について、当時の年金課長補佐であった中野徹雄氏は人数の問題であることを指摘し（厚生団（編）・前掲注（104）一八〇頁［中野徹雄氏の発言］）、加えて、当時の年金課長であった曽根田郁夫氏は「結果的に千人だからということかな。」と発言している（厚生団（編）・前掲注（104）一八〇頁［曽根田郁夫氏の発言］）。この山本発言について、増井教授も指摘しておられる（増井・前掲注（1）二六二頁）。

後述するように改正された厚生年金保険法では一一〇条において設立のために必要とされる人数について政令で定めることとし、同法を受けて、厚生年金基金令一条では一、〇〇〇名以上と定められたことから、最低限必要とされる人数について減少されることはなかった。

(247) 信託協会は「調整年金に対する信託協会の要望書」を公表した（要望書は生保協会史料三〇八－三一〇頁に掲載されている）。この要望書によると、基本的な人数要件については一〇〇名以上としている。一〇〇名以上とした理由についても次のように述べられている。

第一の理由として、人数要件は年金財政上の数理的安全性から考慮されるべきであり、そうした考慮がなされている適

格退職年金制度では一〇〇名以上を要件としていることから、調整年金においてもこうした基準が尊重されてしかるべきこと、を挙げている。

第二の理由として、中小企業にも調整年金の要望があることを挙げている。調整年金に対する中小企業の需要を示すために、信託協会は適格退職年金制度を実施している中小企業の数を指摘している。昭和三八年九月末時点における適格退職年金制度実施企業数は三二三社あり、そのうち、加入者数一、〇〇〇名以上の企業は一二社、三〇〇名以上一、〇〇〇名未満が三七社、三〇〇名未満が二七三社に及んでいた。こうした数字からも中小企業において企業年金制度の需要があり、中小企業を対象とするためにも基金の設立要件を緩和するよう要望しているのである（以上の信託協会の要望について、生命保険史料・前掲注（137）三〇八頁）。

(248) 日経連は「厚生年金と企業年金との調整構想」と題する意見書においても取り上げている（この意見書は、生命保険史料・前掲注（137）三一〇－三一二頁に掲載されている）。それによると、明示的に人数要件について言及していないが、基金の設立要件について取り上げており、これについて、信託協会と同様に適格退職年金と同様の基準にするよう要望している（生命保険史料・前掲注（137）三一一頁）。

(249) 厚生省年金局年金課＝社会保険庁年金保険部厚生年金保険課（編）『厚生年金保険法解説［改訂版］』（法研・一九九六年）三五頁。

(250) この対立の背景には、厚生年金保険法改正法案が大幅な給付の改善（いわゆる一万円年金）を予定していたことがある。昭和三七年に社会保障審議会は「社会保障制度の総合調整に関する勧告」において、国民の生活水準、賃金水準に比較して厚生年金の水準が著しく低位であることを問題とした。これを受けて、政府において、標準的な老齢年金の額を月額一万円とすることを柱とした厚生年金制度の改正が検討されていた（以上について、吉原健二＝畑満『日本公的年金制度史』（中央法規・二〇一六年）六二－六三頁）。

このような背景もあり、事業主側は、この給付の改善の前提として、厚生年金と企業年金との調整を主張していた。他方、労働者側は、両制度の調整は厚生年金の社会保障的機能を後退させることになり、社会保障を充実させるという観点からすると、調整年金の実施はこれに逆行すると主張した。

このように、厚生年金の調整と厚生年金の充実とのどちらを優先して行うのかで、両者の見解が対立していたのであっ

た（以上の事業主側と労働者側の対立について、日本経営史研究所・前掲注（18）三二三頁）。

（251）もっとも、厚生年金基金の資産の管理運用について、各々の代表も概ね意見が一致したとされる。厚生省年金局年金課＝社会保険庁年金保険部厚生年金保険課・前掲注（249）五六頁。

（252）以上の経緯について、増井・前掲注（1）二六五頁。なお、審議会の答申について、「時報」生命保険協会会報四五巻二号（一九六五年）八五－八九頁において掲載されている。

（253）以上の経緯について、増井・前掲注（1）二六七頁。

（254）具体的には、次のような質問をしている（昭和四〇年四月二一日第四八回国会衆議院社会労働委員会議録第二一号一七頁）。

「厚生年金にかかわらず、一般に保険の積み立て金の運用というものは非常に重要な問題でございまして、従来からもいろいろと論議があるわけでございます。今回調整年金の資産運用というものは、この法案によりますと、生命保険会社あるいは信託銀行に行なわせる、この二つに限定しているわけですが、しかし民間のそういった運用にまかせるよりも大蔵省の資金運用部への預託といいますか、そういうまだまだ安全な方法もあるのではないか。そういう意味におきまして生保なり信託銀行にやらせるというふうに限定した理由はどこにあるかを明らかにしていただきたいと思います。」

（255）昭和四〇年四月二一日第四八回国会衆議院社会労働委員会議録第二一号一七頁。

（256）具体的には、次のような質問をしている（昭和四〇年四月二十一日第四八回国会衆議院社会労働委員会議録第二一号一七頁）。

「ただいま健康保険組合の話がちょっと出たわけですが、今回調整の方法としては基金と申しますか、特別法人による代行方式を採用していただいたわけです。しかし、考え方としては、これは健保の組合にやらせるとか、あるいは私企業にまかせる適用除外方式というものも考えられるわけですが、基金による方式とする特別な理由は何かあるわけですか。」

（257）この質問以外に、次のような質疑応答がなされている（昭和四〇年四月二一日第四八回国会衆議院社会労働委員会議録

第二一号一七－一八頁）。

竹内委員は、次のような質問をする。

「またその生保、信託の問題に返りますが、生保、信託に限定するならば、わざわざ基金を設ける必要もないじゃないかという議論も私は出てくるかと思うのです。いまの適格年金と同じようにやっていっていいじゃないか、こういう議論も出てくると思うのですが、もう一度その点を御説明願いたい。」

これについて、山本政府委員は次のような答弁をした。

「税制適格年金の例によりまして、事業主が直接に信託銀行なり生保会社と契約するといった形で運用できるじゃないかという御主張はあるわけでございます。ありますが、事業主自体が運用するということにいたしますと、先ほど申し上げましたように、掛け金の滞納の場合における滞納処分というものを事業主にやらすというわけにもまいりませんし、そういった公的な性格というものをこの場合には税制適格年金と違いまして持たす面が多々あるわけでございますので、そういう意味から申しましてやはり公法人という公法上の権利主体というものを明確にするということが適切である、かように考えた次第でございます。」

以上の質疑応答は、本文で取り上げた基金設立の意味と同様、滞納処分の権限を授権する観点から、制度の実施主体を事業主ではなく、基金としなければならないことが理由であるとする。

(258) 昭和四〇年四月二一日第四八回国会衆議院社会労働委員会議録第二一号一七頁。

(259) 昭和四〇年四月二一日第四八回国会衆議院社会労働委員会議録第二一号一八頁。

(260) 運用と給付という一応の区分けは確定給付企業年金法においても踏襲されている。しかし、明確に区分けされているわけではない。このようなことが、序章で指摘したように、同法における受認者責任の不明確性につながる要因と考えられる。

(261) 序章第二節第一款第二項一（1）①脚注（83）において、確定給付企業年金制度における規約の法的性質・機能について、

既に指摘している。ここでは、厚生年金基金制度における規約について取り上げることにする。

確定給付企業年金制度と同様に、厚生年金基金制度においても規約の法的性質を問題にする理由は、事業主と加入者、労働組合の合意により基金が設立されるとして、設立された基金と加入者には契約関係が成立しているのではないのか、契約関係が成立するとすれば、この規約が契約内容となるのではないのかが問題となるためである。

この規約の法的性質・機能について、立法段階において議論されていないことから、問題として意識されていないようである。厚生省年金局企業年金課（監修）・前掲注（183）一八六－一八九頁及び二四一－二四七頁では、規約に定める事項や被保険者及び労働組合の同意について説明されているものの、規約の法的性質について説明されていない。このようなことから、規約の法的性質について、行政解釈としてはいまだ明らかにされていないといえよう。

一方、学説では、森戸英幸教授の論稿以外に検討された様子はうかがわれない。森戸教授は、年金支給に関わる法的関係について契約として構成して説明を試みる中で、規約について次のような見解を示している。

まず、森戸教授は、規約型ＤＢ制度における規約について、二つの見解を示す。第一の見解として、規約が事業主により一方的に定められることに着目して、「事業主が作成するものであるので、規約中の規定の大半は法的には就業規則の一部であると考えてよいだろう」と指摘する。

第二の見解として、規約が就業規則と同様に解されない場合には、序章第二節第一款第二項一脚注（83）において取り上げた松下電器産業グループ（年金減額・大阪）事件（大阪高判平成一八年一一月二八日 労判九三〇号二六頁）、松下電器産業（年金減額・大津）事件（大阪高判平成一八年一一月二八日 労判九三〇号一三頁）を参照して、「規約が合理的でかつ周知されていれば，たとえその具体的内容を知らなくても，規約の定めが加入者・受給権者に関する年金支給契約の内容になると考えることは可能である」と述べる。すなわち、就業規則の一種と解するとしているのである。

以上の見解を前提として、厚生年金基金制度の場合について検討している。もっとも、後述するりそな銀行事件（東京高裁平成二一年三月二五日・労判九八五号五八頁）で示された判示と同様に、基金と加入者・受給者間に、厚生年金基金規約を内容とする年金支給契約が存在していると考えることは困難である見方が示されている。そして、規約についてそれ以上の言及は見当たらない。

以上の森戸教授の見解について、森戸英幸「企業年金と契約」季刊社会保障研究四五巻一号（二〇〇九年）五五頁以下。

(262) 概要について、厚生省年金局企業年金課（監修）・前掲注（183）三四一－三四四頁で説明されている。

(263) 具体的な内容については、銀行局金融年報別冊・銀行局現行通達集昭和四二年版一五〇－一五一頁。

(264) 平成九年一二月二五日の厚生年金基金規則等の一部を改正する省令（平成九年厚生省令第九一号）による。この運用規制の廃止について、資料「基金資産運営で省令改正」週刊社会保障一九七五号（一九九八年）五四頁において、簡潔ながら経緯が説明されている。

(265) 以上の概要について、第一生命・前掲注（5）八〇－八一頁を参照した。

(266) 厚生省五十年史編集委員会（編）・前掲注（78）一四二〇頁。

(267) 旧信託法二七条において、受託者の損失填補責任、信託財産の復旧責任が規定されていた。一方、新信託法では四〇条において、受託者の損失填補責任、原状回復責任を規定している（これらについて、序章第二節第一款第一項一(2)①において引用する脚注（75）も参照されたい）。

(268) 厚生年金基金に係る規約を基にして、厚生年金基金と受給者間に年金支給契約が成立するかどうかについて、契約関係の成立を否定する裁判例がある。脚注（261）で指摘した、りそな銀行事件では、厚生年金基金と受給者間の関係について、次のような判断を示している。

「老齢年金給付（加算部分）は企業年金制度の一形態であり、その制度設計は本来的に厚生年金基金の団体的な意思決定である規約により定められ、母体企業から独立した法人格である同基金によって、代行部分の給付と共に管理運営されるが、同基金には、集団的、持続的、客観的運用が求められるところから、国は公益的観点から認可をとおして、規約を規制し、老齢年金給付（加算部分）についても、政府が管掌する保険給付と同様の方式を採用したものである。厚生年金基金と受給者との法律関係は、個別契約ではなく、法令と同基金の規約とによって規律される。」

このことから、裁判例では、厚生年金基金と受給者間には契約関係はないと解されている。なお、本件の判例評釈として、畑中祥子「判批」白鴎大学法科大学院紀要三号（二〇〇九年）三六九頁、上田憲一郎「判批」季刊労働法二二九号（二〇一〇年）一九七頁等がある。

第二節　受認者責任の導入

第一節では、年金制度と信託制度との関わりについて焦点を当て検討した。その検討から退職一時金の平準化を契機として適格退職年金制度が実施されたこと、厚生年金の給付改善に伴い企業年金制度との調整をする必要から厚生年金基金制度が実施されたこと、当該制度では適格退職年金制度から引き続き信託会社及び生命保険会社が運用受託機関とされたこと、が明らかになった。以上のような経緯により、企業年金制度と信託制度とが結合したのである。

このように年金制度と信託制度とが結合した経緯が明らかになったものの、本稿の問題関心から、次に検討しなければならないことは、年金制度における受認者責任である。序章第二節で指摘したように、我が国における企業年金制度において受認者責任が本格的に問題とされるようになったのは、平成九年に「厚生年金基金の理事等の受託者責任ガイドライン研究会報告書」が公表されたことによる。同報告書において、それまで不明確とされていた厚生年金保険法上の基金の理事等が負う「受託者責任」（本稿でいう受認者責任）について、ガイドラインという形式ではあるものの、明確にされた。この報告書以降、「受託者責任」が企業年金制度において広く論じられるようになり、最終的に、二〇〇一年の確定給付企業年金法により一応の整備がなされることになる。

もっとも、この受認者責任について、序章において、確定給付企業年金法上の規定には理論的に問題があると指摘した。このような理論的な問題が生じた背景には、いかなる要因があるのか。これが問題になる。第一節において厚生年金基金制度発足まで検討したが、同制度の創設に至る議論において受認者責任について論じられた形跡はなかった。そのようなことからすると、厚生年金基金制度発足以降、受認者責任が問題にされるようになったと考えられる。このため、同制度発足以降の議論状況を取り上げ、検討する必要がある。

以上のことから、第二節では、厚生年金基金制度発足以降、受認者責任について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ことが課題となる。

ただし、検討にあたり留保することがある。実は、この問題は企業年金制度において当初は主たる問題ではなかった。企業年金制度において当初は論じられることが少なく、ERISA 研究の一部として取り上げられていたにすぎなかったからである。しかし、企業年金制度、とりわけ厚生年金基金制度において基金の自主性、すなわち、基金による年金財産の自主的な運用について説かれるようになると、自主的に運用するからには基金における運用担当者の責任を論じる必要が生じ、そこから企業年金制度における受認者責任が論じられるようになった経緯がある。このようなこともあり、受認者責任に関する議論は基金による自主運用と切り離すことができない問題である。

このため、第二節では、基金の自主運用を巡る問題と併せて受認者責任について検討することになる。具体的には、以下の通りである。

第一款では、一九七〇－一九八〇年代の動向、具体的には、厚生年金基金制度発足から、一九八九年の厚生年金保険法改正までの受認者責任に関する動向を検討する。受認者責任に関する議論は第三節で取り上げるガイドライン研究会において本格的に論じられることになるのであるが、この一九八九年厚生年金保険法改正までの間に、年金制度における受認者責任に関する検討が進められており、その議論が、一九九〇年代における受認者に関する議論の下地となっている。そうしたことから、この時期の議論状況を明らかにすることは、九〇年代の議論を検討するために必要な作業であると考えられるからである。

第二款では、以上のような議論を経て一九八九年に改正された厚生年金保険法について取り上げる。厚生年金保険法では受認者責任についていかなる考慮から規定されることになったのか、また、どのような形で規定されることになっ

たのか。これについて明らかにする。

第一款　一九七〇－一九八〇年代の動向

適格退職年金制度及び厚生年金基金制度は、法人税法及び厚生年金保険法により運用受託機関が信託銀行及び生命保険会社と定められたものの、善管注意義務及び忠実義務といった受認者責任は信託法制により規律されていた(1)。事業主や厚生年金基金が直接年金財産を運用していたわけではなかったので、適格退職年金制度にせよ、厚生年金基金制度にせよ、その根拠法において受認者責任を規定する必要はなかったのである。

しかし、昭和四〇年に厚生年金基金制度が実施され、平成元年に厚生年金保険法において受認者責任が規定される間の二〇年余り、受認者責任が全く論じられなかったわけではない。実は、一九七〇年代後半になると、アメリカ合衆国の従業員退職所得保障法（以下、ERISAとする）のインパクトもあって、我が国においても受認者責任が検討されるようになったのである。

このようなこともあり、以下ではERISAを契機とする受認者責任の検討状況について取り上げる。もっとも、検討するとしてどのような素材を検討対象とすべきか問題となる。これについては、第一節で日経連、信託協会、生命保険協会といった業界団体の動向を検討対象としたこととは異なり、ここでは専ら厚生年金基金連合会の動向を検討対象とする。厚生年金基金連合会は企業年金の動向を調査・検討する公的機関として昭和四〇年厚生年金保険法改正により設置されたことは前述した。こうした形式的な理由に加えて、厚生年金基金連合会は業界団体と連携して企業年金制度の政策提言を行ってきたこと、厚生省との人的結合が密接であり(2)、企業年金制度の政策形成において大きな影響を与えた(3)

と考えられること、が挙げられるからである。

第一項　ERISA のインパクトと企業年金法制の改革論

一　企業年金制度における二つの問題

厚生年金保険法改正により、厚生年金基金制度が実施されるようになり、厚生年金基金を設立する企業が増加していったことは前述した通りである。こうした状況は、適格退職年金制度及び厚生年金基金制度の創設にあたり参考にされた欧米諸国と同様に、我が国においても企業年金制度が定着しつつあることを示しているといえよう。

しかし、制度が着実に普及・充実していくにつれて、新しい現象が二つ生じた。第一の現象は、企業年金制度の先進国たるアメリカに端を発した。一九七四年の ERISA の制定である。同法はスチュード・ベイカー事件を契機に、従業員の受給権確保のために制定された法律である。[4] 同法では受給権保護を規定することに加え、年金基金を管理運用する受認者（fiduciaries）の行為責任を規定していた特徴がある。それ以前に企業年金制度を統一的に規律した制定法がなかった当時において、ERISA は企業年金制度における運営の観点から注目されることになる。[5]

第二の現象は、日本国内において生じた。企業年金制度が着実に発展していく中で、厚生年金基金制度において自主運用[6]及び自家運用[7]が要望されるようになったのである。我が国の適格退職年金制度及び厚生年金基金制度では税制上の優遇措置、設立要件、行政による監督などについては法律上規定していたが、前述したように、企業外積立方式が採用された結果、適格退職年金制度及び厚生年金基金制度を採用する企業及び厚生年金基金自身は直接年金財産を運用できない。このようなことから、企業年金の管理運用について企業、とりわけ、厚生年金基金の自主性、主体性がないこと

が問題とされ、各制度の状況に応じて、柔軟な管理運用が目指されるようになったのであった。

これら二つの問題が企業年金改革の必要性につながり、厚生年金基金連合会において検討されることになったのである。(8)

二　連合会における議論と「企業年金の望ましいあり方」

(1)　総合企画委員会

昭和五一年五月一四日、厚生年金基金連合会内部において、総合企画委員会が開催され、昭和四九年以来検討されてきた厚生年金基金の制度改善に関する審議メモが発表された。(9)このメモの趣旨について、「今後の基金の方向について問題点を指摘し、審議検討を願う」というものであると説明されている。(10)

こうした趣旨から、厚生年金基金の展望が示されている。この中で、「厚生年金基金の基本的性格」、「諸外国の状況」など一二の問題点が指摘されている。これらの問題点を指摘している特徴として、欧米における年金制度との比較の観点で論じていることが指摘できる。比較対象の欧米諸国として、メモには西ドイツ、アメリカ、ニュージーランド、スウェーデン、フランスが挙げられている。(11)とりわけ、アメリカと西ドイツについてはそれぞれ一九七四年、一九七五年に企業年金法が制定された点を言及していること、アメリカでは積立方式で運営されている一方で、西ドイツではそうではないことが言及されている点が特徴的である。(12)

アメリカが積立方式である点に着目したからであろうか。受給権保護、資産の管理運用といった問題について論じている点が、これまでの企業年金制度の議論とは異なる。まず、現行法上、受給権が保護されていないことを取り上げ、何らかの方策を設ける必要性があるとする。(13)次に、年金資産を運用するとしても、運用受託機関が信託会社または生命

保険会社に限定されており、安全確実に運用しなければならない趣旨からそのように定められた点は理解できるものの、基金の主体性とかかわりなく運用されている点を問題にする[14]。そして、そうした問題を解決する必要性が今後高まってくるという見通しを示し、資産の一部について自主管理を認める要望が現れる可能性を示唆する[15]。

右の指摘のうえで、審議メモでは次のような解決策が示されている。まず、年金財産の運用制限を可能な限り撤廃することである。次に、資産の一部について、範囲、運用方法を定めたうえで、自主的な管理運用の途を開くことである[16]。

以上のような提言に対して、総合企画委員会では具体的な検討がなされなかった。しかし、これらの問題は基金にとって重要であることから、同委員会に小委員会を設置して検討することとした[17]。

(2)　基本問題検討小委員会

これを受けて設置されたのが、基本問題検討小委員会である。同委員会において基金のあり方について検討されることになる。

一方、昭和五二年一二月九日に厚生大臣の諮問機関である年金制度基本構想懇談会から中間意見が出され、また、同月一九日には社会保障制度審議会から「皆年金化の新年金体系」が建議されたことを受けて、連合会内部で従来の検討を発展させる必要性が生じた。

このようなことから、昭和五三年一月、基本問題検討小委員会で、今後の基金制度の問題に関して基金関係者に加えて、母体企業関係者、学識経験者を含めた「企業年金問題懇談会」を設置して検討を進めていくこととされた[18]。

(3)　企業年金問題懇談会と報告書「企業年金の望ましいあり方」

同年二月、「企業年金の望ましいあり方」を検討するために、企業年金問題懇談会が設置された。座長は平田富太郎博士である。メンバーは学識経験者、企業関係者、基金関係者及びアクチュアリー（年金数理人）であった[19]。この懇談会で検討された答申が同年一〇月六日に提出された[20]。答申では、基金の自主性について、「国は企業年金の育成と発展を促進するために、単に税法上の優遇措置の一層の改善のみならず、もっと広範かつ積極的に育成をふくむ各種の措置を講ずるとともに、もっと企業の自主性と創意を尊重することが必要であ」ると述べるにとどまっている[21]。この有り様を見ると、前述した審議メモから後退した印象を受ける。

以上の議論をみると、財産の管理運用に関する一般論にとどまっていたと評価できる。もっとも、こうした一般論にとどまる言及が次第に変化していくことになる。その主たる要因はERISAの研究が進み、諸外国における企業年金制度の理解が深まったことによる。これについて、次に検討する。

第二項　ERISA研究

(1)　ERISA研究の活発化

一九七四年にアメリカにおいてERISAが成立すると、我が国においてもERISAに対する関心が高まり、厚生年金基金連合会、信託協会、生命保険協会をはじめとして、様々な調査が行われることになる[22]。

以下では、厚生年金基金連合会がERISAについて調査した動向を取り上げることにする。このような作業を行う理由は、同連合会が企業年金法制の整備について主導的な役割を果たしてきたことが挙げられる。実務において受託者の

責任についてどのような研究がなされていたのかを理解することは、その後の受認者責任に関わる議論を理解するためには必要な作業であろう。

厚生年金基金連合会は、昭和五三年に「米国における私的年金の主要問題」と題する報告書[23]、昭和五五年に「欧米四ケ国における企業年金の受給権保証保険制度」と題する報告書[24]、昭和五七年に「欧米における受給権保証保険制度の動向：支払不能保険に関する保険者国際会議から」と題する報告書[25]を公刊している。これらのことから、連合会による欧米を中心とした企業年金制度に関する研究が活発化している状況が確認できよう。

(2) 報告書「米国における私的年金の主要問題」

これらの報告書の中で、特に、「米国における私的年金の主要問題」は、他の報告書と異なり、ERISA を主たる研究対象とし、とりわけ、受認者責任について検討していることから、この報告書を取り上げることにする[26]。

報告書中、「8. 受託者（Fiduciary）の責任について」という項目を立てて、次のようなことを述べている[27]。

まず、ERISA は「年金プランの管理運営や年金資産の管理、割当、処分について責任と権限をもつ者を『受託者』として非常にきびしい責任を課した」ことが明らかにされる。そして、ERISA によれば「『指名受託者』（本稿でいう指名受認者である。序章第二節参照――筆者注）を任命しなければなら」ず、「指名受託者はそのプランに関して加入員と受益者の利益を守るためにのみ行動し、加入員と受益者の給付を保障するため資産を保全し、又合理的な運営管理費を支弁するために、あらゆる義務を負う」ということ、そして、「この義務を果たすに当たっては、いわゆる賢者の原則（Prudent Man Rule）に従わなければならない」と説明している[28]。序章第二節で取り上げたように、ERISA の構造として指名受認者が制度運営上の要となることを的確にとらえている。加えて、指名受認者には数々の厳格な義務が

課せられ、それらの義務の中で、とりわけ「賢者の原則（Prudent Man Rule）」に従うことが重要であるとしている。

この「賢者の原則（Prudent Man Rule）」について次のように説明している。

「受託者は、同様の知識と能力をもった賢者ならば、同様の性格と目的をもつ企業の行動と同じ程度に、注意深く、手馴れた、思慮深い、勤勉な行動をとって、これらの義務を履行することが要求されるのである[29]」

加えて、この義務について次のような例示をしている。

「受託者は自分自身の利害のためにプランと取引を行うことは禁じられ、プランの利害関係者（プランを設置した事業主、プラン加入者、関係労働組合やプランの職員）を相手方として売買を行ったり、贈り物を受取ったり、年金資産の中からお金を貸したりする取引をしてはならないし、又資産の運用に当たっては巨額の投資損失を極小化するために投資の多様化に努めなければならない。事業主の発行する証券又はその不動産への投資は年金資産の一〇％を超えてはならない、と定められた[30]」

このように、ERISAにおける指名受認者の役割と責任という法的問題について端的に述べられている点が、これまで問題とされていた動向とは異なっている。これは本報告書が企業年金についてこれまでとは異なる段階の問題に関心を向けるようになったことを示すものであるといえよう。というのは、従来の年金制度に関する調査研究は税制優遇をどのように行っているのか、公的年金制度との関係はどのようなものか、といった点についての検討が中心であったか

らである。

もちろん、年金制度における受認者の責任について蓄積がなかったこともあり、受認者責任に関する理解について疑問もある。指名受認者はあらゆる義務を負うとして、その義務を果たす際に、「賢者の原則（Prudent Man Rule）」に従わねばならないとするが、果たしてそのような理解がERISAの理解として適切であるのかが疑問である。報告書の「賢者の原則」なる用語はPrudent Man Ruleの訳語として記載しているが、Prudent Man Ruleとは法律用語としては「慎重人原則」[31]あるいは「思慮ある合理的な人間を基準とするルール」[32]と訳され、このルールは（善管）注意義務として理解される。加えて、報告書ではこのルールの具体例として、利益相反あるいは利益取得が挙げられている。この利益相反及び利益取得が問題となるのは忠実義務であって、善管注意義務において論じられにくい[33]。

このように「賢者の原則」の内容として善管注意義務と忠実義務の両方を含めて論じていることから、十分な理解がなされていない印象を受ける。

もっとも、このように法的な観点から問題を指摘できるとしても、当時においてはこのような紹介がなされたこと自体に意義がある。このような義務に関する理解がこれ以降どれほど深化するのかが重要である。

(3)　昭和五三年時点におけるERISAについての理解は以上である。ERISA制定から約四年が経過している。厚生年金基金連合会ではERISAについて詳細な研究がなされていたとともに、ERISAについて深く理解していることがわかる。他方、ERISAについて理解が進むにつれて、我が国における年金資産運用上の問題も意識されるようになり、その問題の是正が図られるようになる。これについて、次に検討する。

第三項　自主運用と受認者責任

厚生年金基金連合会をはじめとした企業年金に関わる業界団体において、ERISAに関する研究が行われ、年金財産の運用に関わる問題について論じられるようになった。一方、企業年金行政においても、この問題について検討されることになる。それを表しているのが昭和五七年七月に公表された報告書「企業年金研究会―頼りがいのある企業年金を目指して―」である。また、この報告書を受けて、厚生年金基金連合会において、基金による自主的な年金財産の運用についても議論されるようになった[34]。その議論の結果として公表されたのが報告書「基金主導の資産運用をめざして」である。

それでは、これらの報告書において、いかなることが論じられたのか。これについて、検討する。

一　報告書「企業年金研究会―頼りがいのある企業年金を目指して―」

(1)　意義

昭和五六年六月、厚生省年金局において、企業年金の望ましいあり方について検討を行うために「企業年金研究会」が設置された[35]。昭和五七年七月に同研究会の検討結果が公表された。それが報告書「企業年金研究会―頼りがいのある企業年金を目指して―」[36]である。同報告書には、厚生年金基金の自主性について議論を活性化させた意義がある。加えて、基金自身が負うことになる運用に関わる責任についても取り上げている意義もある。

以上のことから、基金の自主性と自主的な運用に伴って生じる行為責任について、いかなることが提言されているのかを確認する。

(2)　内容の検討

まず、報告書では厚生年金基金制度発足により基金が順調に発展していることが示されている[37]。しかし、そうした発展の一方で、新たな問題も生じているとし、その例として、基金の資産運用に制約があり、そうした制約は基金の発展を妨げていると説く[38]。この資産運用のあり方について、次のような指摘をしている。

「基金の資産運用のあり方については、昭和四〇年の厚生年金保険法の改正によって厚生年金基金制度が制度化された際、すでに適格退職年金制度が発足をみていたために十分な議論が行われることなく、適格退職年金のそれにならったという経緯がある。しかし、基金と適格退職年金とはその設立規模、基金という独立法人を設立し事務処理を行うという点等において基本的な相違があり、資産運用について基金は、適格退職年金のそれにならわなければならないという必然性も必要性も今日では存在しないのである[39]。」

ここでは、厚生年金基金制度が適格退職年金制度に倣い発展してきたことを述べつつも、同制度を踏襲する必然性がなくなりつつある状況を述べている。とりわけ、資産運用について、それが問題になることを強調している。この問題について、更に説明を続ける。

「資産運用については、それが安全であるばかりでなく、有利であることが基本原則である。その前提として、受託機関の健全な自由競争が確保され、展開されていることが不可欠であって、自由競争の制約要因はできる限り除去されなければならない。

このような観点から、基金の資産運用のあり方については、基金の自主運用を含めて、受託機関の範囲拡大、運用規制の緩和、受託機関の変更やシェア変更の弾力化、受託機関から基金に対する報告のあり方（報告の内容、頻度等の改善）、運用に関する情報開示（ディスクロージャー）制度の確立等の諸問題について検討する必要がある。」[40]

これを問題とする背景には、厚生年金基金側が運用受託機関に対して不満を抱いていたことが指摘できる。前述したように法律上、運用について運用受託機関に委ねることとされていたため、基金が自主的に運用受託機関を選定できなかったことに加え、運用受託機関から基金に対して情報提供が不十分であること、様々な運用受託機関があるにもかかわらず利回りが各社横並びであること、といった問題点が指摘されていた。[41] これらの問題は法律上運用受託機関が固定されているために、財産の運用が硬直化すること、運用の専門家が素人に対して適切な対応を十分していないこと、を示しているのであろう。これらについて厚生年金基金制度側が問題視していたこともあって取り上げられ、その解決策が提言されたのであろう。

もっとも、以上のことを論じつつも、問題点の指摘にとどまり、それ以上の検討がなされていない。これについて検討しているのが、次に取り上げる報告書である。

二　報告書「基金主導の資産運用をめざして」

企業年金研究会は右のような認識を示し、その是正を図るよう提言を行った。この提言を契機に、厚生年金基金連合会の資産運用小委員会は、資産運用のあり方について検討を行うために、資産運用専門委員会を設置した。[42] 昭和五八年五月、この専門委員会が検討結果を踏まえて公表したのが、報告書「基金主導の資産運用をめざして」[43]である。この報

告書において、本稿の課題である受認者責任について取り上げられることになる。[44]

(1) 基金の動向・問題点

同報告書において、専門委員会は「資産運用については、昭和四〇年当時すでに設けられていた税制適格退職年金に範を求め、年金数理など枢要な年金業務と同じく信託銀行及び生保会社に全面的に委託することとされた[45]」と述べ、厚生年金基金の歴史的特質を指摘する。加えて、基金の現状について、基金の年金資産も年率三〇％近いスピードで増加していることなど、急速に発展している現状認識を示している。[46]

右のような認識を示した後に、「基金の資産運用について、これまで信託銀行、生保会社が果たしてきた役割と功績は正当に評価しなければならない。しかし、基金の保険者としての立場や資産運用をめぐる環境の変化等に照らしてみると基金の資産運用については次のような問題が指摘できよう」と述べ、以下の六点を指摘している。[47]

① 基金は本来保険者として程度の差はあれ資産運用について最終的な責任を有すると考えられるが、受託機関に全面委託するという体制の中で基金の責任はあいまいなものとなっており、また、増大する基金資産の運用に対する取組みも一般的には不十分なものと言えよう。

② 受託機関は本来の受給者及び加入員の利益のみを考慮して専門家としての高度なノウ・ハウと善良な管理者としての注意義務をもって資産運用に当たるべきであるが、このような受託者としての忠実の義務が十分確保されているか必ずしも明らかでない。

③ 資産運用の実態及び運用成果は信託銀行と生保会社では異なるが、信託銀行だけあるいは生保会社だけについて

みると、各社極めて画一的かつ同調的な結果となっており、基金の実態や経済の動向を踏まえ受託機関ごとの特徴を生かした自由競争による資産運用が行われているか疑問である。これは、主として受託機関が信託銀行（八社）及び生保会社（二〇社）に限定され、自由競争が制約されていることあるいは画一的で厳格な運用規制のためと考えられる。

④　資産運用に関する情報は不十分にしか開示されず、また、開示された情報も断片的で必ずしも運用成果を客観的に把握できるものでないため、基金は資産所有者であるにもかかわらず、資産運用の実態及び運用成果について十分把握することが困難となっている。

⑤　資産運用に関する規制や慣行の中には、今日ではもはや合理的な根拠に乏しいものや基金の主体性ある資産運用にとって阻害要因となっているものが見受けられ、個々の基金の実態や経済の動向等に対応した効率的な資産運用を困難にしている。

⑥　年金資産の運用に当たっては、単年度の運用成果ばかりではなく、長期的にみた運用成果も考慮する必要があるが、現状をみると単年度の運用成果の向上に傾斜した運用が行われており、年金資産の長期性に対する配慮が必ずしも十分でない。

以上の問題点の根本には基金による自主運用の実現があると解されるが[48]、その問題点の指摘に伴い、年金財産の管理運用のあり方についても問題が指摘されている。報告書では、以上の問題点の解決策についても言及しているが、以下で、受認者責任に関わる範囲で、取り上げることにする。

⑵　問題点の解決策――責任主体拡大の端緒――

報告書では、様々な解決策を提言しているが、受認者責任に関わる範囲では、第一に、基金及び運用受託機関の受認者責任、第二に、財産の管理運用方法が問題になる。前者について、報告書中「受託者責任（忠実の義務、善良な管理者の義務）の明確化」と題する項目で論じられている。一方、後者について、「運用規制の緩和」と題する項目で論じられている。善管注意義務が具体的に問題となる管理運用方法を論じている。以下ではこれらの問題を取り上げる。

①　基金

問題点①において、基金の「保険者」（この「保険者」が何を意味するのかが問題になるが、ここでは加入者・受給者に対する年金の支給について責任を負う者といった意味合いであると考えられる）としての資産運用に関する責任が指摘されていた。この基金の責任について、次のように指摘する。

「……基金は保険者として年金給付の責任を負うが、それは資産によって担保されている。したがって基金は年金給付の責任を果たすためには、基金の加入員及び受給者の利益のみを考慮し全力をあげて資産運用に努力すべきである。[49]」

「……基金は資産運用を受託機関に委託したと言えども、保険者としての責任を免れ得るものではない。個々の具体的な運用について責任を有しないが、基金資産の具体的な運用方針を明確にして、その方針を充足すると考えられる運用機関を選択すること及び運用成果を評価したうえで引き続き運用を委託することについて責任を有するの

は当然であろう。」[50]

前述したように、厚生年金保険法においては、加入者・受給者に対する基金の責任は規定されていなかった。このため、報告書では年金財産の管理運用上問題となる事柄について指摘しているといえる。議論を全体としてみると、「保険者」の地位に立つ基金が加入者に対して何らかの責任を負うべきという論調であるといえよう。

前半部の言説では、基金が加入者・受給者の利益のみを考慮するよう説く。この言説をみると、忠実義務の影響がうかがえる。しかし、「年金給付の責任」を前提として、「努力すべき」と説くにとどまっている。法的にみると、この言説には、努力義務を説いているに過ぎないといえよう。

他方、後半部では、基金が運用を委託する場合に問題となる、運用機関の選任・監督に関する法的義務を説くものと理解できる。しかし、基金がそのような義務を負うとして、誰に対して当該義務を負うのかが明らかではない。

このように、報告書による法的な問題提起・立論には不明確な点がみられる。そして、それが如実になるのが、次の運用受託機関に関する言説である。

② 運用受託機関

運用受託機関についてはいかなることを指摘しているのか。報告書は「基金から運用の委託を受けた受託機関も、また極めて重い責任を有する」[51]と指摘し、次のように述べる。

「受託機関は基金の加入員及び加入者の利益のみを考慮し、専門家として高度のノウ・ハウと善良な管理者として

の注意義務をもって資産の運用に当たるべきである。

このような受託機関の責任は信託法に若干の関連規定があるが必ずしも法律上明確ではない。

年金資産の特殊性に鑑みれば厚生年金保険法において以上に述べた基金及び受託機関の責任（忠実の義務、善良な管理者の義務）が法律上明確にされるべきであろう。[52]」

報告書の全体的な論調は、後段に表れている通り、「年金資産の特殊性」（具体的に何を意味するのか不明であるが、おそらく、老後の所得保障という重要な機能を担うことを指すと推測される）から、基金及び受託機関の責任を明確化すべきということであろう。先に見た厚生年金保険法では、受認者責任に関する規定がなかったこと、また、当時の信託法には忠実義務の一般的な規定がないということからすれば、責任を明確化するよう要望することは十分理解できる。[53]

しかし、内容をみると問題を指摘せざるを得ない。前段の指摘について見ると、忠実義務及び善管注意義務をもって資産運用にあたることは、基金の運営スキームとして信託銀行を利用している場合には、信託法制の適用を受けることから、問題になりえない（生命保険制度をスキームとしている場合には、このような義務がないため問題となろう）。問題になるのは、受託機関がそれらの義務を加入者・受給者に対して負うのかということである。厚生年金基金制度では基金が委託者兼受益者、信託銀行が受託者となる自益信託が採用された。このことからすると、信託法制の理解では受託機関（信託銀行）が義務を負う相手方は基金ということになる。そうであるとすれば、信託関係の当事者ではない加入者・受給者に対して義務を負う余地はない。

これについて、このようなことは承知していて、ここでは立法論を主張しているにすぎないという理解もありうる。しかし、報告書の指摘では不十分な立法論と言わざるを得ない。中段に信託法への言及があるが、信託法では受託者は

受益者以外の者に対して忠実義務、善管注意義務を負うことはない。このことからすると、中段の指摘には誤りがある。立法論を説くのであれば、いかなる点が問題となり、法律上そのようなことが可能なのかどうか、可能でないならばいかなる対応が必要になるのかを提示する必要があろう。この点で、本報告書の提言には問題がある。

しかし、当時としては蓄積が乏しい中で、企業年金制度における究極の利益享受主体である加入者・受給者の保護のために、受認者責任を機能させようとした試みは好意的に評価されるべきであろう。

(3)　運用規制について

資産運用規制については、次のような問題があるとしている。現行制度では資産運用について、信託銀行に対しては大蔵省銀行局長通達により、生命保険会社に対しては保険業法施行規則により規制がなされていることを指摘しつつ、以下の問題点を指摘する(54)。

① これらの規制は元本の安全性にのみ着目した規制であり、将来の年金給付を確保するという年金資産の目的に対する配慮が乏しい。

② 基金の資産運用には個別の基金の状況が反映されるべきであるのに、画一的な規制がなされている。

③ 個々の受託機関の安全性にのみとらわれた規制がなされている。

④ 現行の運用規制は受託機関が限定されていることとあいまって、極めて保守的、かつ画一にして同調的な運用を招く大きな原因となっている。

その上で、右の問題を解決するためには、「基金の資産運用に対する規制のあり方としては、基金は年金の成熟度、母体企業、事業所の実態がそれぞれ異なり、極めて多様性に富み、しかも経済情勢は絶えず変化するものであるとの基本的な認識が必要である」とし、「このような基本的な考え方に立てば、我が国においてもアメリカの一九七四年年金法における受託者責任（忠実の義務、プルーデント・マン・ルール等から成る）のように一般的、概括的な規制にとどめるべきであろう」と述べる(55)。これは現行法の運用規制がかえって足枷となっていることから、そうした運用規制を設けるのではなく、投資者が投資者としての専門的な判断に基づいて適切であると考えられる投資を行えるように転換を試みているといえる。

(4)　報告書の意義

このように、本報告書の意義は、前述した「企業年金研究会―頼りがいのある企業年金を目指して―」とは異なり、歴史的に踏襲されてきた適格年金のシステムを克服し、厚生年金基金の自主的かつ独自のシステムを構築する必要性を説くことにある。加えて、そのような独自のシステムを支える仕組みとして、忠実義務（報告書の用語に従えば「忠実の義務」）及び注意義務といった受認者責任の導入・整備を提言する点にある。受認者責任について言及することになった背景には、前述したERISA研究の蓄積があるといえる。

もっとも、受認者責任に関わる議論には混乱も見られた。信託法の基本的な考え方に関する理解に不明確な点が存在していたのである（この問題は現行の企業年金法制においても認められる）。

以降の制度改革の議論は、この報告書に沿って進められていくことになる(56)。以降の議論において、受認者責任に関する議論がどのように進展するのか（あるいは、進展しないのか）が検討課題となる。

三　昭和六〇年代の報告書――自主性の促進と受認者責任の峻別可能性――

(1)　二つの報告書

昭和六〇年代に公表された報告書として、次の二つが重要である。第一に、昭和六二年五月に厚生年金基金連合会が公表した「企業年金制度改善特別委員会中間報告―基金の躍進と自主運用をめざして―」である。第二に、昭和六二年七月に厚生大臣の私的諮問機関である企業年金研究会[57]が公表した「厚生年金基金の育成普及方策のあり方について」である[58]。これらの報告書は、先に取り上げた報告書「基金主導の資産運用をめざして」に示された方向性のもとで、厚生年金基金制度の改革を提言している。加えて、問題について更に踏み込んで指摘している点が特徴である。

もっとも、本稿の問題意識から、取り上げるのは第一の報告書となる。これは第二の報告書では支払保証制度について専ら検討されており（但し、同制度については第一の報告書においても検討されている[59]）、取り上げる意味が乏しいからである。

(2)　報告書「企業年金制度改善特別委員会中間報告―基金の躍進と自主運用をめざして―」

①　基金の自主性

まず、報告書では基金の自主性について、次のように指摘している。現行制度は基金が法人格を有し「目的たる加入者に対する年金給付の業務を遂行するため、自ら意思を決定し、自ら実行することが基本となるべき」であるが、基金の自主性が機能していない状況にある[60]。その要因として、「基金の創設に際し、基金制度が欧米諸国でも類令のない新しい制度であるため、基金運営の安全性の極端な重視が」あったことにあると論じている[61]。

以上のように、基金の自主性の欠如を問題としつつ、裏返しの問題として現行制度上、信託銀行及び生命保険会社に

対して包括的な委託が義務付けられていることも自主性の欠如につながると考えているようである。[62]

② 受認者責任――峻別可能性？――

自主性欠如の解決のために、「資産管理者としての基金の責任を法律上明確にした上で運用方法の決定は基金自身が基金の責任において自主的に行う自主運用を本則とすべきである」と提言している。[63][64] 基金自らが年金財産の運用をすることになれば、その裏返しの問題として、運用に関する基金の責任も問題となる。このような観点から、報告書では、自主運用に伴う基金の運用に関する責任を規定するよう提言しているのであろう。

これに加えて、報告書では受認者責任の明確化について言及している。

「資産運用の受託者は、委託者と受託者間、あるいは委託者と第三者間の利害衝突を回避し、受益者の利益のみを考慮して専門家としての高度なノウ・ハウと善良な管理者としての注意義務をもって資産運用に当たるべきであるが、運用機関、運用規制、運用方法等の弾力化に伴い、こうした受託者責任及びその責任範囲を法令上明確化する必要がある。[65]」

右の言説をみると、基本的には先の「基金主導の資産運用をめざして」を踏襲していることが理解できよう。ただし、右の言及は運用受託機関について取り上げ、報告書が問題としていた基金自身の責任については触れていないことには留意が必要である。基金の自主運用とそれに伴う責任について強調しているものの、具体的な基金の責任内容については言及していないため、不明確なままとなっている。このような取り扱いには、受認者責任を論じる部分において、意

図的に基金の責任と運用受託機関の責任とを区分けしている可能性がある。先の報告書では「保険者」としての基金の責任と「受託機関」としての運用受託機関の受認者責任とが一応区別されていた。そして、本報告書において、基金の「保険者」としての責任は言及されていないものの、そのような区別が踏襲されている可能性がある。

以上の取り扱いをみると、次のようなことが考えられる。現行の企業年金法制が財産の管理運用に関与するかどうかを問わずに、事業主、基金の理事、資産管理運用機関の責任について、受認者責任と理解していることとは異なり、受認者責任について意識的に峻別されているようにも思われる。すなわち、年金を加入者・受給者に支給する基金の責任と年金財産を管理運用する運用受託機関の責任を区別し、後者の責任こそ受認者責任であると整理（年金支給に関する責任は受認者責任ではないとの整理）しているものと解される。このような取り扱いが意識的になされたにせよそうではないにせよ、理論的に基金と運用受託機関の責任が峻別されていると考える余地がある。そうであるとすれば、問題になるのは、このような峻別論から現行企業年金法制のような一体論へどのように変化していったのか、であろう。

③　運用規制の緩和

受認者責任、とりわけ、善管注意義務の観点から、運用規制の緩和についても言及している。

まず、年金財産の運用規制の方法として、「投資可能な資産を限定列挙した上資産種類別に投資の上限又は下限を規定するリーガル・リスト方式」と「個々の基金の特性を重視し、極めて慎重な注意義務の下に弾力的な資産運用を認めるプルーデント・マン・ルール方式」との二つがあると指摘する[66]。そして、日本では（五・三・三・二規制の存在から）リーガル・リスト方式が採用されているが[67]、その方式には、次のような問題があると指摘されている。「将来の年金給付の財源を確保するという年金資産本来の目的に対する配慮が乏し」く、「経済情勢や金融・資本市場の変化に対応し

て機動的な運用を行うことが困難である」といった問題である[68]。そして、その問題を解決するためには、プルーデント・マン・ルール方式の採用が望ましいと説く[69]。

このように、年金財産を運用するとしてどのように運用するのかという事柄について、（善管）注意義務の問題であると把握している。基金の一般的な事務の運営だけではなく、実際の投資判断について善管注意義務の問題であると明らかにしている。受認者責任がいかなる事柄で問題になるのかについて、具体的に論じられつつあることを示すものであろう。

④　運用方法の拡大

報告書では、自主運用に加えて、先に問題とした運用受託機関の拡大も提言している。具体的には、投資顧問会社を例に挙げて新たな運用受託機関とするよう提言している[70]。投資顧問会社を例示した背景について、報告書では示唆している。投資顧問業法が制定されたこと[71]、同法に基づき投資顧問業として登録を受けたのは一八四社に及んでいること、登録を受けた企業の業種が銀行系、証券系、外資系など、多様な設立母体であり、競争原理のもとでそれぞれのノウ・ハウが期待できること、が述べられている[72]。当時、財産の運用スキームとして投資顧問業者が利用されるようになった社会的状況を反映しているといえる。

以上、報告書では、基金の自主性の確保に加えて、運用受託機関の拡大について投資顧問業を追加することを今後の検討課題としたことに特徴がある。

これらの報告書における検討結果が、厚生年金保険法改正につながる。この法改正について次に検討する。

（1）我が国において大正一一年（一九二二年）に初めて信託法が制定された。二〇〇六年に信託法が改正されるまで、基本的には、同法による規律がなされていた。同法二〇条において受託者の負う善管注意義務が次のように規定されていた。

「受託者ハ信託ノ本旨ニ従ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ信託事務ヲ処理スルコトヲ要ス」

一方、忠実義務については一般的な規定が定められなかった。このため、信託法上、どの条文が忠実義務の根拠となるのかという点について、信託法九条を根拠とする見解、一二条を根拠とする見解が対立していた。

もっとも、二〇〇六年に信託法が改正され、新信託法では三〇条に一般的な忠実義務が規定されたことから、この問題は解決した。

以上について、序章第二節第一款第一項一(2)参照。

（2）歴代の連合会の理事長は厚生省の事務次官経験者（そのうち、年金局長を経験した者も含む）であり、調査部の課長などは厚生省職員（多くは年金局関係者）であったことから、連合会と厚生省とは密接な関係にあると推測される。この人的関係は、厚生省年金局＝厚生年金基金連合会（編）『厚生年金基金二十五年誌』（厚生年金基金連合会・一九九三年）九一一三頁に紹介されている（同書について、以下、二十五年誌と記す）。同書における厚生省の歴代年金局長と連合会の歴代理事長就任者をみると、以上のことが明白である。

（3）企業年金に関わる業界団体が法形成過程に大きな影響を及ぼしていたことは、企業年金法制の立案に関与した担当者からも指摘されている。例えば、矢野朝水氏（平成九年から厚生省年金局長として厚生年金基金制度における受認者責任の立案に関与していた）によれば、厚生年金基金制度において運用規制の緩和が問題とされるようになり、立法による解決を図る過程で、受託機関の影響が大きかったことについて、以下のように述べ、示唆している（二十五年誌・二五八頁）。

「運用問題は、基金ができたときの経緯と密接に絡んでいまして。もちろん政府が法律を作ったのですが実質的なところや、あるいはその後の細かなところについては、受託機関に頼ることが多かった。」

（4）同事件を詳細に分析した文献として、ジェイムズ・A・ウーテン（著）＝みずほ年金研究所（監訳）『エリサ法の政治史』（中央経済社・二〇〇九年）五七－九〇頁。

（5）後述するように、厚生年金基金連合会はERISAの研究に着手したが、それ以外にも、信託協会及び生命保険協会といった業界団体もERISAの研究に着手していた。例えば、信託協会では海外の信託業界の視察・調査を企画しており、昭和五二年四月一五日から五月八日にかけて第一五次信託銀行業視察団を欧米諸国に派遣した。派遣先はアメリカ、カナダ、イギリス、西ドイツ、イタリア、フランスである。第一五次視察団の視察テーマは、第一に、「欧米諸国における銀行経営の諸問題」であり、具体的には①銀行経営上の諸原則に対する考え方、②当局の監督規制の現状と対応姿勢である。第二に、「米国における年金信託業務の動向」であり、具体的には①個人退職年金制度（Keogh Plan, IRA）の発達の背景と現状、②年金基金の資産配分の動向である。以上のようなテーマについて視察をした後に、「第一五次信託銀行業視察団視察報告」と題する報告書が公表されている。同報告は、信託一一二号（一九七七年）八－七一頁に掲載されている。

一方、生命保険協会も欧米諸国での調査を行い、年金資産運用海外調査団（編）『欧米主要国の企業年金と資産運用：年金資産運用海外調査団報告書』（社団法人生命保険協会・一九八一年）において調査成果を公表している。この報告書によれば、生命保険協会が昭和五四年秋にアメリカ、イギリス、西ドイツなどで実施した海外調査の結果をまとめたとされる。この報告書においても、ERISAについて検討されている。

（6）自主運用について、法的な定義はない。このため、行政実務の理解によって説明する。それによれば、自主運用とは「年金資産を外部の運用機関に委託するか、個々の資産の取得や処分の意思決定を基金自らが行う自家運用にするかについて、基金自身が基金の実情に応じて自主的に決定すること」とされる（厚生省年金局企業年金課（監修）『実務解説　厚生年金基金の資産運用』（ぎょうせい・一九九〇年）二〇一頁）。

（7）自家運用についても、法的な定義はないため、業界団体等で理解されている説明をする。自家運用とは「企業年金の実施主体が自らその年金資産の運用を行うこと」（三菱信託銀行『最新　年金用語辞典』（ダイヤモンド社・二〇〇二年）一三六頁）、あるいは、「年金資産を外部の運用機関に委託せず、基金自ら運用すること」（厚生省年金局企業年金課（監修）・前掲注（6）一九九頁）とされる。

（8）もっとも、連合会における検討のため、適格退職年金制度まで含めた議論とはなっていない点には注意を要する。

（9）厚生省年金局・厚生年金基金連合会（編）『厚生年金基金十年誌』（厚生年金基金連合会・一九七九年）六六八頁（以下、「十年誌」と記す）。
（10）十年誌・六六八頁。
（11）十年誌・六七〇－六七一頁。なお、一部ではあるが、イギリスについて適用除外制度との関係で取り上げられており、「イギリスでは最近の立法によって、過去の報酬の再評価部分は企業年金で、裁定後のスライド給付部分は国で、支給する方法を一九七八年から実施する予定となっている。」ことが言及されている。十年誌・六八一頁。
（12）十年誌・六七〇頁。
（13）十年誌・六七九－六八〇頁。
（14）十年誌・六八二－六八三頁。
（15）十年誌・六八三頁。
（16）十年誌・六八三－六八四頁。
（17）十年誌・六八四頁。
（18）以上の経緯について、十年誌・八六二－八六三頁。
（19）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）一三〇頁。
（20）この答申は、旬刊福利厚生九四三号（一九七八年）三八－四二頁に掲載されている。
（21）旬刊福利厚生九四三号（一九七八年）四二頁。
（22）信託協会及び生命保険協会による海外調査について、前掲注（5）参照。
（23）厚生年金基金連合会『米国における私的年金の主要問題』（厚生年金基金連合会・一九七八年）。
（24）厚生年金基金連合会（編）『欧米四ケ国における企業年金の受給権保証保険制度』（厚生年金基金連合会・一九八〇年）。
（25）厚生年金基金連合会『欧米における受給権保証保険制度の動向：支払不能保険に関する保険者国際会議から』（厚生年金基金連合会・一九八二年）。
（26）なお、同報告書では、受認者責任以外に、支払保証制度についても検討している。本稿の問題関心とは異なるため、支払保証制度について本文で取り上げることはしないものの、年金財産の保全方法という点では、重要な機能を果たしてい

るため、報告書で取り上げられている概要について、ここで簡単に紹介する。

報告書では「2．年金プラン終了保険と多数事業主プランについて」という項目において、ERISA上の支払保証制度について検討している。報告書によると、ERISA第四章において、年金給付保証公庫（PBGC）が規定されており、規定された趣旨は、確定給付年金制度が給付に要する資産が不十分なまま終了した場合に、労働者や退職者が権利を付与された年金給付を失うことがないように保護するために設置した、と説明されている。

また、PBGCの運営についても取り上げており、PBGCは労働省内におかれ、労働、商務、財務三長官により構成される理事会により運営されること、自己金融により運営されること、公庫の収入源は被保険者たる事業主からの保険料であること、といったことが説明されている。

こうした説明以外にもPBGCの内部構成や給付に要するための原資が不足した場合には財務省から一億ドルを借り入れる権限があること、同権限は実行されていないこと、保険料を引き上げる権限があることなど、PBGCの制度内容について詳細に分析している。

以上のように、昭和五三年段階においてPBGCの内容について詳細に把握していたことが理解できる（以上の内容について、厚生年金基金連合会・前掲注（23）二〇－三四頁）。

（27）厚生年金基金連合会・前掲注（23）五四頁。

（28）厚生年金基金連合会・前掲注（23）五四頁。

（29）厚生年金基金連合会・前掲注（23）五四－五五頁。

（30）厚生年金基金連合会・前掲注（23）五五頁。

（31）田中英夫（編）『英米法辞典』（東京大学出版会・一九九一年）六八〇頁（本稿がよったのは二〇一〇年六月三〇日第一六刷である）。

（32）樋口範雄教授によれば、本文のような訳語が与えられている（樋口範雄『フィデュシャリー［信認］の時代』（有斐閣・一九九九年）一八八頁）。

（33）日本法では善管注意義務と忠実義務が同じ義務であるかどうか議論になるが、イギリス法を見ると異った状況が確認できる。大きくいって、注意義務と忠実義務における義務違反の効果の違いから（注意義務違反は損失補償（損害賠償）で

あり、忠実義務違反（利益相反禁止あるいは利益取得禁止違反）は利得の返還である）、両者は別の義務であると考えることができる。以上のような区分けの参考として、木村仁「エクイティ上の損失補償について」法と政治五七巻一号（二〇〇六年）一一－一四頁、一八－一九頁。

(34) 二十五年誌・四九六頁。

(35) 二十五年誌・一〇二頁。

(36) 同報告書は、二十五年誌・七六四－八〇二頁に掲載されている。

(37) 二十五年誌・七六五頁。

(38) 報告書では、次のように論じている。

「……しかし、量的には普及したものの、企業年金は質的には多くの問題を抱えていることも事実である。年金の実質価値の維持が図られていないこと、資産運用面での制約や税制上の優遇措置の不十分さ等問題は多く……。」

「企業年金の成長発展期である今日、企業年金に対する規制はできる限り緩和されることが望ましく、一層の育成策がとられるべきであるが……。」

右のように、資産運用に関する規制が企業年金制度の発展にとって支障となっているという問題を指摘している。以上の言説について、二十五年誌・七六五－七六六頁。

(39) 二十五年誌・七九七頁。

(40) 二十五年誌・七九七－七九八頁。

(41) 二十年誌・二五三－二五五頁［矢野朝水発言］。

(42) 前述したように、厚生年金基金連合会はERISA研究を行っていたが、それに伴いアメリカの年金制度についての調査も進められていた。アメリカの年金基金に関する理解が進むにつれ、日本の基金は法律により定められているとはいえ、基金自らが制度を運営するという自主性に乏しいことが基金関係者に認識されていたようである。例えば、昭和五六年八

月より厚生省から厚生年金基金連合会に出向していた矢野朝水氏（元厚生省年金局長、厚生年金基金連合会専務理事）は昭和五六年一一月に訪米してアメリカの受託機関及び基金を調査したが、その時の体験に基づいて日本の厚生年金基金について次のような印象を語っている。

「アメリカでは盛んに自由競争が行われており、基金が主体性を持っていろいろな受託機関を使って運用をしている。……アメリカのやり方を見て、我が国の実態を振り返ると情けなくなりました。当時二〇年遅れていると言われていましたが、大きなショックを受けました。」

そうした体験によるのであろうか。矢野氏は帰国後に基金の自主性、資産運用の問題について検討する委員会（資産運用専門委員会）を設置した。時期は定かではないものの、矢野氏によれば昭和五七年一〇月頃とされる。二十五年誌・二五三－二五五頁。

(43) 二十五年誌・八〇三－八二五頁に掲載されている。

(44) もっとも、報告書において「受託者責任」という用語法は見られない。

(45) 二十五年誌・八〇五－八〇六頁。

(46) 二十五年誌・八〇五－八〇六頁。

(47) 二十五年誌・八〇六頁。

(48) 基金自体の問題として、基金が自主性を備えるように提言している。すなわち、「基金は資産運用を運用受託機関へ委託した場合と言えども、保険者としての責任を免れるものではない」こと、「本来資産の運用はその所有者が行うのが原則である。かかる意味から運用受託機関の範囲拡大の一方法として自主運用も認められるべきであろう」ことを提言していることから、現行法上は資産運用を運用受託機関に委ねざるを得ないがそうであるからと言ってすべての責任を他者に委ねるべきではなく、年金制度の運営は元来基金が責任を負っているのであって、そうした責任を果たすべきであり、それこそが本来の企業年金制度の姿であると考えているのであろう。こうした考えの背景には当然のことながらアメリカにおける企業年金制度像があるといえよう。二十五年誌・八〇八、八一〇頁。

(49) 二十五年誌・八〇八頁。
(50) 二十五年誌・八〇八頁。
(51) 二十五年誌・八〇九頁。
(52) 二十五年誌・八〇九頁。
(53) 序章第二節第一款第一項一(2)②脚注(76)参照。
(54) 二十五年誌・八一五－八一六頁。
(55) 二十五年誌・八一五－八一六頁。
(56) 矢野朝水氏によると、この報告書が「その後の進め方の基本となった」という。二十五年誌・二五五頁。
(57) 企業年金研究会は昭和六一年に設立された。二十五年誌・二九四頁。
(58) 報告書は二十五年誌・九四三－九五七頁に掲載されている。
(59) 海外において企業倒産時に年金給付を保証するために保証制度が設けられていることを紹介している。それを踏まえて、日本は外部積立による事前積立方式により運営されていることから、現状ではそのような制度について必要性があまりないとしつつも、将来的には必要となりうること、制度を実施するとしても負担の問題も生じることから、慎重に検討する、と述べるにとどまっている（以上、二十五年誌・九二三頁参照）。
(60) 二十五年誌・九一〇頁
(61) 二十五年誌・九一一頁。
(62) 二十五年誌・九一一頁。
(63) 二十五年誌・九二八頁。
(64) ここで「自主運用」とはどのようなことを意味するのかが問題となるが、報告書によれば「資産運用を外部の運用機関に委託するか、個々の資産の取得や処分の決定を基金自らが行う自家運用（インハウス運用）にするかは、基金自身が基金の実情に応じて自主的に決定することになる」と説明している（二十五年誌・九二八頁）。
(65) 二十五年誌・九三四頁。
(66) 二十五年誌・九三〇頁。

（67）二十五年誌・九三〇頁。

（68）報告書では問題点として次の四点を指摘している（二十五年誌・九三一頁）。

① 元本の安全性に傾斜した規制であり、将来の年金給付の財源を確保するという年金資産本来の目的に対する配慮が乏しい。また、個々の組入比率が規制されているため、経済情勢や金融・資本市場の変化に対応して機動的な運用を行うことが困難である。

② 基金にとってのリスク許容度は個々の基金ごとに異なるにもかかわらず、現行の規制はこのような個別基金の特性を無視した画一的な規制となっており、基金の効率的な資産運用に支障が生じている。

③ 現行の組入限度の規制には、基金の資産全体として運用商品ごとの市場特性を生かすという視点が欠けており、複数の運用機関に委託する場合、個々の運用機関への委託資産ごとに適用されている。すなわち、現行規制は、バランス型の運用機関を前提としたものであり、基金が個々の特性に適合した資産構成を決定し、これを複数の運用機関のもとで効率的に管理することを困難にしている。

④ 現行規制は、信託銀行と生命保険会社という金融機関の性格の違いにもかかわらず、実質的には同一の規制となっており、効果的な運用委託を阻害している。

これらの指摘をみると、運用規制が当時の社会状況に適合しがたくなっていることが把握できる。とりわけ、問題点④にあるように、信託銀行と生命保険会社に対する同質的な規制が、運用の阻害要因として言及されていることは特筆すべきであろう。第一章第一節で検討したように、適格退職年金制度の立法過程において、退職年金の管理運用という同質的な機能を果たす点から、当時存在していなかった信託銀行・信託会社に対する規制について、保険業法に合わせた規制を設ける趣旨が示され、それが実行された。しかし、年金財産の管理運用という点では形式的に共通していても、信託制度と生命保険制度とは異なる機能を果たしている。そのような金融機能の違いが、時代が進むにつれて、社会状況にそぐわなくなった事態となったのであろう。

他方、金融機能の違いに加え、問題点①から③に関する部分は、投資技術の発展に関わる部分であるといえる。本文で

述べたように、報告書では、リーガル・リスト方式ではなく、プルーデント・マン・ルール方式の採用を説いていた。この背景には、証券投資理論の動向があると考えられる。法律上定められている投資可能物件の中から選定するのではなく、投資者が投資者としての能力をもとに投資していくあり方が望まれるようになっていたのであろう。

(69) 二十五年誌・九三二頁。

(70) 二十五年誌・九二九頁。

(71) 投資顧問業は有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律により規律された。同法は法案が昭和六一年三月三一日に第一〇四国会に提出され、可決・成立し、同年五月二七日に昭和六一年法律第七四号として公布された。同法は「米国の投資助言者法等、外国の法制や我が国の消費者保護関連法令等を参考にして立案されているが、登録・認可の二段規制、役務取引におけるクーリング・オフの導入等、従来の立法例ではみられなかった諸措置を盛り込んでおり、消費者保護関係法規としては画期的なものであると考えられる」と指摘されている。参照、長谷川靖「『有価証券に係る投資顧問業の規制等に関する法律』の概要」金融法務事情一一二五号（一九八六年）七頁。

アメリカをはじめとした諸外国について強調している点から、本法律は諸外国の影響を多分に受けているものといえよう。また、同法によって投資顧問業者に対する規制として、開業規制と行為規制の二種類の規制が敷かれ、後者の規制の中には、次のような規制がある。

（忠実義務）
第二一条　投資顧問業者は、法令の規定及び投資顧問契約の本旨に従い、顧客のために忠実に投資顧問業を行わなければならない。

本条の趣旨として、以下のことが述べられている（投資顧問業関係法令研究会（編）『投資顧問業法逐条解説』（大蔵財務協会・一九九四年）九八頁）。

「……投資顧問業のように情報を提供する業務の場合には、対象が無形のものであって、その内容の適不適が有形のもの

に比べ明確ではないことから、本条において、特に、投資顧問業者は常に顧客の利益を第一に考えて忠実にその業務を行わなければならない旨を定めたものである。」

「……有価証券市場においては、投資者としての投資顧問業者と、投資者としての顧客が競合関係に立つ場合もないわけではないことから、特にこの規定を設け、投資顧問業者は顧客と利益相反関係にある場合に立つことを避けるべきであり、顧客との関係において忠実に投資顧問業を行わなければならないこととしたものである。」

投資顧問業者と顧客との情報格差が大きく、潜在的な利益相反の可能性が高いことから、そうした事態を予防するために、顧客の最善の利益を追求するように業務を遂行させるべく忠実義務を課している。この忠実義務について、前述したように、アメリカの影響を強く受けたと言える。これについて、「本法律は、米国の投資助言法をはじめ、英米法を参考にしており、本条は英米法におけるこのような忠実義務を、信任的法律関係を基礎とする投資顧問業及び投資一任契約に係る業務にも導入したものである」と述べ、英米法の忠実義務の影響を受けていることが指摘されている（投資顧問業関係法令研究会（編）・九九頁）。

ただし、英米法の影響を強く受けているとはいっても、英米法における忠実義務違反の代表的な効果としての利得の吐き出しについては採用せず、本条違反の効果を法三八条に基づく大蔵大臣による投資顧問業の登録取消しと法三九条に基づく一任業務の認可取消しとしている。順守すべき行為規範を増やした点には意義があるものの、違反行為に対する法律効果についてみると特徴的なものはない。

（72）二十五年誌・九二九－九三〇頁。

［未完］

＊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。

判例研究

社会保障判例研究

徐　婉寧

台湾における勤務医の過労死と労災救済

Ⅰ．はじめに－台湾の労災救済制度の概要とその特徴

台湾の労災補償制度である職業災害補償制度では、基本的に台湾の労働基準法（以下「労基法」）による使用者の職業災害補償の責任及び労工保険条例（以下「労保条例」）に基づく職業災害保険給付により、労災への補償が行われる。また、労働災害が使用者の民事責任を生じるケースであれば、労働者に損害賠償請求権が認められる。このように、台湾の労災救済制度は、日本と同様、労基法による職業災害補償と民事損害賠償に

よる災害救済（労災民訴）が併存する制度である。そして、被災労働者の権益を保護するとともに、職業災害の予防を強化することで職場の安全を高め、また、経済の発展を促進するため、二〇〇一年に職業災害労工保護法（以下「労災保護法」）が制定された。この労災保護法は、台湾での職業災害による死亡率が高いことを背景として、台湾の民間団体の強い要請に応じて作られたものである。

労災保護法によると、労工保険に加入している労働者は、職業災害保険の給付をうけるうえで、労災保護法による手当を更に申請することができる（労災保護法八条）。また、労工保険に加入していない被災労働者も、労災保護法による手当以外、労保条例上の最低の保険加入賃金[1]に準ずる支給基準に照らして、職業災害傷害・死亡補償を受けることができる（労災保護法六条、九条）。また、同法により、職業災害時の民事損害賠償請求訴訟において、当該災害が職業災害にあたる場合には使用者の過失が推定されるとされたことにより、本来労働者に課される過失の証明責任が使用者に転換された（労災保護法七条）[2]。そして、職業災害の場合の解雇制限も明文化された（同法二三条）。以上のように、同法により労働者の保護は一層強化されたが、一連の法律の適用について、労基法と労保条例との整合性が問題となりうると指摘されている。

また、台湾では、「職業災害労工保険給付（日本における労災保険法上の給付に相当）」の額が低いため、しばしば、労基法上の職業災害補償制度が利用される。その結果、労災保険法が労災補償の中心とされる日本とは異なり、台湾の職業災害補償制度は、個別使用者の労基法上の責任が中心となっている。また、台湾での職業災害保険の根拠である労保条例は、全民健康保険（全国民を対象とする医療保険制度）がなかった時代に労働者の私傷病などに対する補償を与えるために作られたものであり、その内容として業務上の傷病の補償のみならず、それ以外の傷病等への保険（以下「普通事故保険」）をも含んでいる。この制度により、私傷病も台湾の労工保険によってカバーされるようになったが、その後、全民健康保険法が制定され、普通事故保険の給付は、大部分が同法により実施されることとなった。それにもかかわらず、労保条例における普通事故保険の規定が削除されていないため、職業災害保険は、労保条例において、依然として独立した保険になっていない。普通事故保険をも含んでいることを背景として、労保条例による労工保険制度における職業災害の認定には、労基法による職業災害補償制度より、ややゆるやかな基準が用いられているとされているが、

労基法上の職業災害補償事由と労保条例上の職業災害保険事故が同一であるか否かについて、実務・学説では、いまだ議論が決着しておらず、混乱した状況にある。

最近は、労保条例から職業災害保険を独立させて立法しようという動きもあり、労災保護法との整合性、保険加入賃金の等級の設定、強制保険適用の拡大[3]等の議論が大いに注目されている。

台湾では、日本と同じく職業災害補償と民事損害賠償責任の併存主義が採用されているため、職業災害につき使用者に過失がある場合には、被災者またはその遺族は、使用者に対して民事損害賠償責任を追及することができる。この損害賠償責任の性質は、過失責任を前提とするものであり[4]、民法上の債務不履行責任や不法行為責任として構成される。日本と異なるのは、台湾では、使用者の民事損害賠償責任を、不法行為責任（民法一八四条）として追及する法的構成が主流となっていることである。それでも、労働法の特殊性および労働契約と一般契約の性質上の差異に鑑みて、安全配慮義務違反による債務不履行責任（民法二二七条、四八三条の一、四八七条の一）の追及という法的構成もよく論じられる。

不法行為構成について、民法一八四条一項前段は、「故意または過失によって他人の権利を侵害した者は、損害を賠償する責任を負う」と定めている。そして、労働者の生命、身体等の権利も、本条の保護対象に含まれる。そのため、使用者の過失により、作業環境の安全衛生に不備があり、それゆえに労働者に損害が生じた場合には、使用者は本条による損害賠償責任を負うべきであるとされる。また、同条二項は、一九九九年に「他人を保護する法律に反し、これによって他人に損害を生じさせた者は、損害を賠償する責任を負う。ただし、その行為が無過失であることが証明できる者は、この限りでない。」と独立の不法行為の類型に修正された。

そのため、職業災害に関する労働者保護の法律、たとえば、民法四八三条の一、労基法、工廠法、職業安全衛生法等に違反する使用者は、その違反行為または権益の侵害に過失がないと証明できなければ、労働者に対して損害賠償責任を負わなければならないことになる。

債務不履行構成については、主に「被用者が労務に服し、その生命、身体、健康に危害を及ぼすおそれがある場合に、雇用者はその状況に従って必要な予防をしなければならない」という安全配慮義務を規定する民法四八三条の一により、損害賠償責任が追及される。

したがって、労働者が使用者に損害賠償を請求する場合、台湾では、使用者が保護義務に反すると、不法行為と債務不履行責任が両方とも成立する。特に民法一八四条二項が独立の不法行為類型とされ、労働者を保護する法律違反により労働者に損害を与えると、使用者に不法行為責任が成立することになったところ、民法四八三条の一によって明文化されている安全配慮義務が労働者を保護する法律だと解されるため、理論的に言えば、労働者保護法規違反として、不法行為による、使用者の損害賠償責任も簡単に認められることになる。安全配慮義務の違反は債務不履行の構成に属するはずであるが、台湾では、民法一八四条二項を独立した不法行為の類型と考えるため、安全配慮義務の違反が労働者保護法規違反として不法行為とされ、立証責任の軽減が図られているからである。

このように、台湾では、労災に関する救済の道は四つである。すなわち、（1）労基法による使用者の労災補償責任、（2）労保条例による職業災害保険給付、（3）労災保護法による手当・補助、そして（4）民法による損害賠償責任である。一見充実した制度であるが、実は被災者またはその家族にとって、かなり複雑で、整合性を欠き、使いにくい制度である。

以下は労基法の適用がない勤務医について、初めて医師側が勝訴した労災民訴の事件を紹介することにより、台湾の労災救済制度の問題点を浮き彫りにすることを試みる。

Ⅱ．奇美医院事件

1．事実

X（控訴人、一審原告）は、二〇〇六年三月一三日からY病院（被控訴人、一審被告）の外科医を担当し、月給を得ていた。また、Yを保険加入の事業主とし、労工保険及び全民健康保険に加入している。なお、XとYとの間でサインした招聘書によると、契約期間は一年とし、期間満了時に更新するものとされていた。

Xは二〇〇九年四月二三日午前中、執刀前に、手術室の廊下で倒れて、「急性心筋梗塞・不整脈・低酸素性脳症」（以下「当該疾病」）と診断された。

契約によるXの勤務時間は、平日午前八時から一二時、午後一時から五時、土曜は八時から一二時で、宿直の時間は平日午後五時から翌日の午前八時まで、土曜は一二時から翌朝の八時まで、日曜と休日は朝八時から翌朝の八時までとなっていた。Xは二〇〇八年一一月から二〇〇九年四月二一日までの勤務時間、宿直の時間、そして残業して手術をする時間（会議、セミ

ナーに出る時間を除いて）は以下の通りである：

	勤務時間	宿直の時間	残業して手術する時間
二〇〇八年一一月	一七六時間	七四時間	三六時間二五分
二〇〇八年一二月	一九六時間	八九時間	二六時間五〇分
二〇〇九年一月	一三六時間	一一三時間	一九時間一〇分
二〇〇九年二月	一六八時間	一〇四時間	三六時間四〇分
二〇〇九年三月	一八〇時間	七四時間	五七時間四五分
二〇〇九年四月（二一日まで）	一三二時間	五四時間	八時間三〇分

なお、職業災害保険では業務上の災害として認定され、保険給付として二百三十八万七千七百二十三元が支給された。

Xは、当該疾病と長時間労働との間に相当因果関係があり、Yには使用者としての安全配慮義務に違反していた過失があるとし、民法一八四条二項の不法行為責任を負うべきであること、及び、医療保険サービス業の勤務医には労基法の適用がないが、労働者であるために労災保護法の適用があり、同法七条の定めにより、損害賠償を請求することができると主張し、訴訟を提起した。一審判決[5]は、Xの請求を棄却した。

「労工法は従属性があり、他人の指示に従い、他人の利益のため働くもの（労働者）の特別法である。民法にとっては、労働者と使用者の特別法である。それに、医師、弁護士は労基法の適用がないため、労工法上の労働者ではないのはいうまでもない。……労基法が規範する労働契約とは、当事者の一方が相手方に従属する関係で職業上の労働力を提供し、相手方から報酬をもらう契約である。……もし雇用契約の被用者が服する労務の内容が、労委会に労基法の適用を受けない職業[6]であれば（医師、弁護士等）、この雇用契約は、民法の雇用の効力しかないため、労基法またはその他労働保護に関する法令が定める法律上意義を有する労働契約ではない。……いいかえれば、労基法が適用されない職業の被用者が使用者との間に締結している雇用契約は労働契約とは言えず、その被用者も労基法または関連する労働保護法令上の労働者ではない。職災労工保護法が『労働者』を定義しない以上、労働法の基本法である労基法二条一号で定める労働者の定義にしたがうべきである。したがって、労基法の適用がない勤務医は、職災労工保護法七条の適用がないというべきである。」とし、病院と勤務医の間の労働契約の存在を否定し、かつ、医師に対して労災保護法の適用がないと

判断した。また、「原告の勤務時間は、一般的な他の労働者より長いが、……これは医師の職務の特殊性によるものであり、それに、医師は他の労働者より高い報酬をえることができ、より高い社会的地位を有することからすれば、被告が原告を長時間労働させたことが不法行為または法律上の注意義務に反すると認められない。」とし、Xの請求は棄却された。これに対し、Xが控訴した。控訴審判決である本判決(7)は、Xの請求を一部容認した。

2. 判旨

（1）勤務医と病院との間には労働契約関係について

労働者性の判断について、裁判所は従属性の有無により判断すべきとし、「労働者を保護する立場に基づいて、一般的に労働契約関係の成立について、緩やかに認定し、一定の従属性があれば、労働契約が成立するというべきである。」

本件では、裁判所は医師が労基法の適用対象労働者ではないと確認したうえで、「『従属関係』は労働契約の特徴である。就業規則の制定は使用者の権利であり、その内容は労働条件である賃金、労働時間、休暇、ボーナスと手当て、さらに遵守すべき規律、考査、休日、懲戒、そして昇進等の事項に関するため、使用者は労働者を指揮監督し、労働者が使用者に対して従属しているとみとめるべきである。」とし、当事者間の契約によると、XはYのため医療労務を提供し、Yから月給を得ること、発病時の保険加入の事業主はYであること、XはYの就業規則を守らなければならないこと、XがYの企業組織に所属し、Yの権限に服従し、かつ、懲戒処分を受ける可能性があり、ほかの医療従業員と仕事を分担しながら協力する必要があることからすれば、『人格上の従属性』、『労務の従属』、『経済上の従属性』、『組織上の従属性』等の従属性を有するといえ、民法上の雇用関係のみならず、労働契約も成立していた。」

（2）勤務医に対する労災保護法の適用関係について

「労災保護法の立法の目的は労働災害の発生を予防し、被災労働者が労災保護法の関連する規定により様々な補助と手当ての救済を受けるところにある……ため、被災労働者は、労基法で定める労働者であるか否かと関係ない。当事者間の雇用関係は労働契約関係と認められ、Xが労働者であるのは当然であり」、Xが労災保険に加入しているし、労災保護法の規定により生活手当が支給されていることから、……、Xが労災に遭った時は、労保条例と労災保護法が当然に適用される」。

（3）病院の民事損害賠償責任の認定について

A. Xの過労状態の認定

裁判所は所轄行政機関が公布した「職業促發脳血管及心臓疾病（外傷導致者除外）之認定參考指引」（以下「脳心疾病認定参考指針」）を参照し、毎月の時間外労働が七二時間を超えると、業務と発病の間に関連性が強くなる。その上で、Xが発病する前の六か月間に、合計の労働時間が二九八時間を超えるのは四か月であり、二〇〇八年一一月の合計は二九五・五時間であり、二〇〇九年四月は発病のため二二日まで計算しても一九八時間があるため、当該Xの労働は長時間労働といえるため、過労のリスクがあると認められる。

B. 発病と業務との因果関係

本件の因果関係について、裁判所は「『体格検査の報告により、コレステロールが高いという既往症（245mg/dl）があり、発病の時に突発の事故がない：通常の状態を超えるほどのごく強度の仕事によるストレス……すなわち、発病する前の四個月間、毎月オペの時間は一一・一七時間から六三・九二時間まで、平均三六・一九時間で：宿直と時間外労働を計算したら、発病する前の六か月間の時間外労働の平均時間は八四時間である。……本件労働者自身は高脂血症があるものの、明らかに長時間労働にあたるため、職業病の認定基準を満たした。』といえる。『血圧が正常で、コレステロールは二四五で、中性脂肪は一八四である。本件は長時間にわたってオペと宿直を担当し、発病する前の六か月間、毎月約五〇－一一三時間の労働が行われており、……職業病だと認めるべきである。』、『一、参考指針によると、発病する前六か月間における平均の時間外労働（宿直）時間数は80hr／月であり（実際上の労働時間は、より長いはず）、認定基準を満たす。二、高血圧、糖尿病、オーバーウエート、喫煙等の危険要因がなく、コレステロールもわずかに高い程度で、これらの要因は大方排除でき、職業病の診断原則に合う。』」という労保局が業務上利用する資料を引用し、Xの勤務状況、身体状況を考慮し、労保局の業務上の判断は十分な証拠に基づくものであり、したがって、Xの係争疾病は業務によるものであり、上記の勤務状況は、通常、同じ環境・条件の下で、Xの係争疾病を発病させるに足りると思われ、Xの当該疾病の発生について、業務との相当因果関係があるというべきである。」。

C. 民法一八四条一項の不法行為の成立について

労災保護法七条および民法一八四条一項前半の条文を引用した上で、Xは「労基法の適用がないものの、当事者間に民法上の雇用契約が成立し、労働契約関係も成立し、労災保護法の適用がある」とし、当該疾病の発生に相当因果関係があり、Xが

労災による損害を受けたといえ、YはXの勤務状況に過失がないと立証できないため、上記の規定によると、Yは過失があると認めるべきであり、不法行為としての賠償責任を負うべきである」。

D．民法一八四条二項の不法行為の成立について

まず、民法四八三条の一が他人を保護する法律であると認めた上で、Xは「発病する前の六か月に、『長時間宿直または宿直の連続（すなわち宿直と次の宿直の間に二日以上の間隔を置いていない）の状況』が六回もあるため、……Yは行政院衛生省が定める『教学病院評価基準』五．三．三の規定に反するといえ、他人を保護する法律に反するため、当然に過失がある。」とし、Xは「しばしば三〇時間以上連続して仕事をし、……しかもしばしば夜間残業してオペの訓練をうけており、『勤務医労働権益保障参考ガイドライン』（住院醫師勞動權益保障參考指引）に反する」ため、Yは民法四八三条の一、「脳心疾病認定参考指引」、「教学病院評価基準」、「勤務医労働権益保障参考ガイドライン」等の他人を保護する法律に反し、長時間労働をさせ、当該疾病を発病させたこととなる。その長時間労働は、Yの指揮監督の下で行ったものであるため、Yが予見できるものといえ、Xの身体、健康を保護する義務に違反することとなり、不法行為が成立する。

（4）過失相殺の適用について

「高脂血症は、急性心肌梗塞の危険要因であるとし、Xの二〇〇二年八月三〇日の体格検査の結果は身長一六一・一センチ、体重五八・六キロであったが、二〇〇六年二月二七日の体格検査の結果は身長一六一・一センチ、体重六四キロ（約三年七月間で体重が五・四キロ増えた）、注意事項一：コレステロール値が高い、肝機能異常、飲食を注意したほうがいい、外来で経過観察と助言される一方……Xは採用時の一般体格検査[8]しか受けていないし、この間何らかの体格検査を一切やっていないが、医師として飲食と健康問題を相当注意すべきであり、自身の健康管理にミスがあるというべきである。」と判断し、Yの賠償責任を六五％減額するのが妥当であるとした。

3．評釈：結論の一部に賛成、判旨に疑問

（1）本判決の意義

本判決は医師過労死損害賠償事件の中で、初めて医師側が勝訴した判決であり、勤務医過労死の救済について、先例性があるといえる。とくに、労基法の適用がないものの、勤務医と病院との関係を労働関係であることを明らかにした点では、医師

を労働者としての保護しうることを明確にした点について、きわめて有意義だと思われる。

また、労災保護法の立法趣旨に鑑みて、勤務医が労働者だと認められる以上、労基法の適用の有無に関係なく、労災保護法が適用されるべきであるという判断は、初めてのものであり先例がなく、評価すべきである。

（2）判旨に疑問

民法二一七条一項は、「損害の発生または拡大に、被害者に過失があったときは、裁判所は、損害賠償の額を軽減または免除することができる。」と定める。通説によると、その要件は、（1）被害者が法律上の義務に違反すること、（2）被害者が善管注意義務に違反すること、そして（3）被害者の行為が損害の発生について因果関係があることである。[9]

本判決は、「Xは採用時の一般体格検査しか受けないし、この間何らかの体格検査を一切行っていないが、医師として飲食と健康問題を相当注意すべきであり、自身の健康管理にミスがあるというべきである」とし、過失相殺を行った。これが前記三つの要件のいずれに該当するか、非常に疑問である。

A. 健康管理義務はXの法律上の義務だといえるか?

一般的に、被害者は自己を害する自由があり、自己に損害が発生することを防止する義務はないが、損害事故において、他の加害者がいる場合に、損害配分の観点からみて、被害者が自己で回避可能な損害について、自己の危害行為による損害の結果にかかる責任を自分自身で負うべきである。[10] これによると、Xの健康管理義務を「加害者と被害者の間に、被害者が自己に損害を与える危害行為を防止する義務を負うべき義務」と解する余地があるが、[11] これは仮に一般の人身損害事件で問題ないと思われるとしても、労災民訴の場合には、そのまま適用してもよいだろうか。

民法四八三条の一の立法趣旨はもちろん、各業に適用される職業安全衛生法によると、採用時の体格検査、在籍中の健康診断の実施は使用者に課される義務であり、安全衛生勤務ルールの制定も要求され、さらに、この施行細則によると、「健康指導及び管理措置」が参酌すべき事項とされている。すなわち、労働者の健康管理義務は、労働者の義務のみならず、法律により、使用者の義務にもなるため、一般の人身損害事件において被害者のみが負担すべきとされている状況と異なるといえる。

また、医師には労基法の適用がないものの、職業安全衛生法は適用されるため、契約を更新する際に、体格検査を実施しなかったことは、過失相殺の有無の問題ではなく、Yが職業安全

衛生法に違反することになり、民法一八四条二項の不法行為の成立を検討すべきことになる。そもそも、労働者の健康管理義務について、誰が第一次的な責任を負うべきであろうか。とくに、台湾の研究によると、過労、および二四時間の宿直はコレステロールが高くなる主因であるとされているため[12]、労働者の勤務負担を軽減し、労働時間を減らすのは、使用者が取れる健康管理措置である。本件の契約内容によると、Xが宿直を拒否する権利を有しないため、Xの宿直の回数、勤務時間の長さを管理できるのは実はYである。YがXの健康管理措置を取らなかったにもかかわらず、裁判所はXが自分自身の健康管理についてミスがあるという判断をしたところは賛成し難い。

B. Xは善管注意義務に違反するか?

仮に、健康管理義務はXが負うべき法律上の義務としても、Xは善管注意義務に違反するといえるか。

本件では、裁判所は、Xが医師であることを強調し、飲食と健康問題をよく注意すべきであると判断したが、それは、Xが医師であることによって、より高い注意義務が要求されるということを意味する。では、Xが負うのは、従来の通説と判例が要求する善管注意義務であるか、または、自己のためにするものと同一の注意義務に変わったのであろうか。前者であれば、労働者の自己健康管理義務を医師と同じレベルの注意義務にするのは過酷だといわざるをえないが、後者であれば、従来の立場と異なる理由を説明せずに、妥当な判断だとはいい難い。因果関係の認定は、主に労保局の業務上外認定の結果によって判断するものであるが、労保局の産業医学科医三人とも係争疾病は高脂血症により引き起こされると証明できないとした。それにもかかわらず、Xの健康管理のミスと高脂血症との因果関係、または、高脂血症と係争疾病との因果関係を解明しないまま、Xの健康管理のミスと係争疾病との因果関係を肯定する裁判所の判断は、論証が不足しているといえよう。

このように、過失相殺の適用の可否について、深く検討せずに、六五%までも損害賠償額を減額することに対しては、疑問を感じる。

Ⅲ. まとめ

本件は労災民訴の事件であり、そもそも不法行為または債務不履行（安全配慮義務違反）という法的構成で処理されるべきであり、労災保護法の適用の有無は重要なポイントではないはずである。しかし、一審判決は、労基法に適用がない勤務医に、労基法上の法定労働時間という制限がないため、長時間労働を

させても、不法行為や注意義務違反に当たらないとした。そのため、二審では、労働関係が成立し、労災保護法などの労働保護法を受けることが重要であり、また労災保護法七条により、立証責任の転換は勝訴の鍵になると思われる。

本件では、勤務医は労基法の適用対象ではないと確認しつつ、労働者であると明言し、労災保護法の適用もあると判断したのは、将来の勤務医の労災救済に対して、大きな影響があると思われる。

（1）保険加入賃金とは、日本の標準報酬に類似する概念であり、便宜上被保険者の実際の賃金に代わるものとして用いられる金額で、保険料と保険給付の額を決定する際に用いられるものであり、等級区分されている。現時点で、保険加入賃金は二〇等級と区分され、最低の等級が二〇〇〇八元で、その上限は四五八〇〇元である。

（2）労災保護法七条は「使用者は、労働者の職業災害による損害を賠償しなければならない。ただし、使用者が無過失を証明した場合には、賠償しなくてよい。」と定めている。

（3）現行の労保条例六条は以下のように定めている：

「十五歳以上、六十五歳以下の、次の各号に掲げる労働者は、その使用者または所属団体あるいは所属機構を保険加入の事業主とし、被保険者として、労工保険に加入しなければならない。

一　五人以上の労働者を使用する公営・民間工場、鉱場、塩場、農場、牧場、林場、そして茶場の産業労働者および交通・公用事業の職員。

二　五人以上の労働者を使用する会社、個人企業の職員。

三　五人以上の労働者を使用する報道事業、文化、公益および共済事業の職員。

四　法律によって、公務人員保険または私立学校教職員保険に加入できない、官署および公・私立学校の職員。

五　漁業に従事するため雇われる労働者。

六　政府に登録した職業訓練施設で訓練を受けるもの。

七　職業工會に加入し、一定の使用者がいないまたは自營するもの。

八　漁會に加入し、甲類メンバーであり、一定の使用者がいないまたは自營するもの。

前項規定を、従事する業務の質および環境が身心健康に害がないことが所管官署により認められる一五歳未満の労働者にも適用する。

前二項による労働者には、在職する外国籍を有する職員を含む。」。

したがって、現在では原則として五人未満の労働者を使用する工場などを除く、すべての労働者を対象とするにいたっているが、将来は一人しかを雇用しなくても、職業災害保険法の適用対象となるかと議論している。

（4）一九九九年の法改正で、民法四八七条の一が新設された。これは、「被用者が労務に服するため自己に帰責事由がなく損害を受けたときは、雇用者に対し、その賠償を請求することができる。前項の損害の発生について他にその責任を負うべき者があるときは、雇用者はその者に対して求償権を有する。」と定めている。この規定の立法理由は、「雇用契約は委任契約と同じく労務契約に属し、受任者は委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは委任者に対し、その賠償を請求することができるが、被用者にも雇用者に損害賠償請求権を与えるべきである。これにより、被用者の権益を十分に保護できる。」ということである。立法当時の議事録によると、この条文に関しては議論がなく、現行条文のまま異議なしとして同意された。しかしながら、その後この条文の性質に関する論争がある。すなわち、この賠償義務は使用者の無過失責任と解されるべきだとする見解があるものの、被用者が自己に過失がない場合のみ本条を主張できるため、純粋な無過失責任ではないと強く主張する見解もある。裁判例では、民法四八七条の一は無過失責任の危険責任の一つの類型であると明言した判決はあるものの、民法四八三条の一をもって、使用者が安全配慮義務に反する場合に、使用者の過失があると認定したうえで、被用者が「民法四八七条の一をもって、損害賠償を請求することができる」と判断し、民法四八七条の一は使用者の無過失責任の規定ではないという立場がとられるものもある。このように、実務の見解は一致していない。

（5）臺灣臺南地方法院一〇〇年度重勞訴字第五號二〇一二年一二月一九日民事判決。

（6）労基法三条三項は、「この法律はすべての労働関係に適用する。しかし、経営形態、管理制度、そして仕事の特性等の理由でこの法律の適用につき、確実な困難があるもの、かつ中央所轄行政機関が指定し、公布する職業には適用されない。」。当時の中央所轄行政機関が労委会であり、現在の労働部である。

（7）臺灣高等法院臺南分院一〇二年度重勞上字第一號二〇一五年一月八日民事判決。

（8）日本における雇入時の健康診断に相当するものであるが、台湾では定期健康診断を「健康検査」というため、区別するために、ここでは雇入時の健康診断を原文のま

ま「体格検査」とする。

(9) 陳聰富、過失相抵之法理基礎及其適用範囲、台灣本土法學雜誌、九八期、二〇〇七年九月、頁八五。葉啟洲、與有過失、違反保護法律及因果關係之舉證、台灣法學雜誌、第一二九期、二〇〇九年六月、頁二〇四。

(10) 陳聰富、前掲註9、頁八一。

(11) 陳聰富、前掲註9、頁八一。

(12) Cheng Y, Du CL, Hwang JJ, Chen IS, Chen MF, Su TC. Working hours, sleep duration and the risk of acute coronary heart disease: a case-control study of middle-aged men in Taiwan. International Journal of Cardiology 171: 419-422, 2014.

訂正

六七巻四号の「公法判例研究」につき、次のような誤表記がありましたので訂正します。

三〇六頁下段一行目「事実の基礎を欠く場合」を「事実の基礎を欠く場合①」に、同頁下段三行目「合理性を欠くものと認められる場合」を「合理性を欠くものと認められる場合②」に訂正する。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 67 No. 5 (2017)
SUMMARY OF CONTENTS

Bestätigung als Tätigkeit der königlichen Gerichtsbarkeit im deutschen Spätmittelalter (Teil I)

Masaki TAGUCHI*

Die vorliegende Studie bahandelt ein Bereich der Tätigkeit der königlichen Gerichtsbarkeit im deutschen Spätmittelalter. Es handelt sich um Bestätigungen, die die Herrscher selbst und das Hofgericht im Zusammenhang mit der Konfliktbeilegung gegeben haben. Dieses Phänomen ist von der Forschung als einen bedeutenden Zweig der Gerichtsbarkeit am Herrscherhof angesehen worden, aber dazu fehlt eingehende Untersuchung. Dieser Aufsatz sammelt aus der Reihe "Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451" einschlägige Quellen und analysiert sie. Der erste Teil zieht den Zeitraum von 1273 bis 1347 in Betracht. Bei den Bestätigungen von den Herrschern selbst haben die Herrscher sich meistens an den vorausgehenden Konfliktbeilegungen beteiligt, deren Ergebnisse nachher von den Herrschern mit Bestätigungsform genehmigt wurden. Die Bestätigungen der von den delegierten Richtern getroffenen Maßnahmen häuften sich erst ab 1330er Jahren. Die Bestätigungen durch das Hofgericht beginnen meistens erst seit 1340er Jahren und stammen in erster Linie aus der Region Franken.

* Professor of Graduate School of Law, Hokkaido University.

"Muddling through" of Modern Japanese Judges and Civil Procedure: Images in *Horitsu Shimbun* (1900-1926) (2)

Koji Mizuno*

In *Horitsu Shimbun* during the period of Meiji Civil Procedure Code (1891), we can recognize consensus among legal practitioners (judges and attorneys alike) that in proof-taking also, as in fixing issues, party-control principle should be mitigated and judge should intervene more actively in order to clarify "truth". Practitioners were aware of what led to "untruthful" judgements: judges exercised their directive power too formalistically and passively in proof-taking, technical problems in procedure were not little, practice of preventive law was not yet so widespread even in commerce…. In *Horitsu Shimbun* attorneys and judges proposed quite often practical ideas in order to improve this situation and approach "truth". Sometimes they tended to rely on paternalism and long for ideal, "wise and warm-hearted" judges, but it was only a natural reaction for practitioners who were confronted against "mission impossible", i.e. accommodate modern western law to Japanese society in too short a time. In fact, some of their proposal were going to be accepted in civil justice reform at the end of Taisho-era (e.g. Taisho-revision (1926)), although stance of lawmakers was quite moderate as compared to that of practitioners.

In lawmakers' consideration toward Taisho-revision, judge's directive power was linked with oral discussion (*Mündlichkeit*): they thought judge could fix issues, take evidence, and approach "truth" better by communicating orally than relying on written elements (*Schriftlichkeit*). Among practitioners, however, merits of oral discussion remained hardly recognized, because hearing had come to be done under Meiji Civil Procedure Code mainly in writing in order to make procedure quicker, therefore practitioners had no actual interest in how to realize oral discussion.

* Professor. Hokkaido University Graduate School of Law

Les responsabilités et les sanctions frappant le dirigeant en cas de procédure collective en France (1)

Zixian ZHANG*

La question des responsabilités des dirigeants d'entreprises est un enjeu important non seulement pour le droit civil, mais aussi le droit commercial.

Au Japon, les responsabilités du dirigeant en ce qui concerne le droit civil et le droit des sociétés sont réduite. Cependant, par souci d'éviter les pertes associées avec la liquidation d'une société à responsabilité limitée, les créanciers exigent toujours un contrat engageant le dirigeant à cautionner personnellement l'emprunt de son entreprise. En conséquence, ceci est similaire aux sanctions pécuniaires du droit français (Code de commerce : livre 6, titre5, chapitre1). En plus, le droit français prévoit des responsabilités adaptées, particulièrement en cas de procédures collectives, en dehors de la responsabilité de droit commun.

Sur ce point, le droit japonais partage une même tendance à atténuer les responsabilités des dirigeants sociaux avec le droit français[1]. Ainsi, cet article examinera et vérifiera la nécessité historique du droit des procédures collectives français et de la responsabilité des dirigeants à travers leur évolution.

Cet article suivra le plan ci-dessous :

Chapitre 1. Histoire et évolution

Section 1. Une brève histoire du droit des procédures collectives en France

Section 2. Évolution des responsabilités du dirigeant

Section 3. Conclusion du chapitre

L'histoire du droit des faillites en France peut remonter à 16e siècle. Après la codification par Le Code de Commerce en 1807, loi du 4 mars 1889 qui marque la première étape vers la diversification du droit des procédures

* Candidate au doctorat de la Faculté de droit de l'Université Hokkaido.

1 Le principe de proportionnalité: Code de la consommation L.341-4.

collectives qui en 1967 et 1985 ont apporté une nouvelle ère pour la procédure de redressement judiciaire. Après la codification en 2000 et grâce à la création de la procédure de sauvegarde d'entreprise en 2005, la compétence des tribunaux commerciaux intervenant dans les affaires entre les débiteurs et les créanciers a été étendue à la période qui précède la cessation des paiements.

En ce qui concerne les responsabilités et les sanctions adaptées au dirigeant en cas de procédure collective, son évolution dans droit français a connu une variété de changements, en passant d'une sanction simple aux sanctions diverses, et par le passage du châtiment corporel aux responsabilités patrimoniales. Il faut noter que ces changements ont généralement été suivi le processus d'évolution des moyens pour la prévention de la violation morale aux moyens pour protéger les chances de la reconstruction sociale. En 2008, l'article 74, n °10 de la Loi n ° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, précise que «actualiser et renforcer la cohérence du régime des sanctions pécuniaires, professionnelles et pénales en cas de procédure collective. ». (à suivre)

論　　説

ドーピングに対する刑事規制について

小名木　明　宏

Ⅰ．はじめに

1．ドーピングをめぐる昨今の状況

昨今、新聞記事でドーピングに関する話題が非常に目に付く。たとえば、2015年10月７日の産経新聞では、2014年の世界アンチ・ドーピング機構（WADA）の報告により3000件以上で禁止薬物が検出されたとあり[1]、また、2015年８月３日の朝日新聞では、陸上競技とドーピングの問題を取り上げている[2]。2016年２月12日の産経新聞では、中国女子陸上の馬軍団とドーピングの問題が取り上げられている[3]。それ以降も、2016年３月８日の朝日新聞等で報道されたテニスのシャラポワ選手のドーピング問題は、テニス界を超えてセンセーショナルな話題となった[4]。また、ツール・ド・フランスにおける度重なるドーピング不祥事は、この問題の根の深さを浮き彫りにしている。このように、スポーツとドーピングは強いつながりのあるもので、これにどのように対処するかということが、スポーツ関係者の間での問題はもとより、法政策的な問題となっている。とくにリオオリンピックの前後にはこの問題が大きく取り上げら

[1] http://www.sankei.com/sports/news/151007/spo1510070035-n1.html

[2] http://digital.asahi.com/articles/ASH8252RZH82UTQP018.html?iref=comtop_6_05

[3] http://www.sankei.com/premium/news/160212/prm1602120008-n1.html

[4] http://digital.asahi.com/articles/GCO2016030801001126.html?iref=comtop_6_06

れ、ロシアが国としてのオリンピック参加ができなくなったことは記憶に新しい。

2．本研究の目的と意義

本研究は、近年、スポーツ競技において問題となっているドーピングの使用を法的に規制するためにはどのような方策が最適であるかについて、主にドイツを対象として比較研究を行い、わが国におけるドーピングの法的規制のあり方について検討を行うものである。さまざまなスポーツ競技において問題となっているドーピングを法的に規制する根拠はいまだ不明確である。本研究はこれを明確にし、どのようにドーピングを法的に規制するべきかを模索するものである[5]。

折りしも、ドイツでは2015年12月「アンチ・ドーピング法」が成立し、施行された。これによりドイツではドーピング行為を刑事規制することになったのである。その他の国々にもこのような法律は存在するが、他方、わが国にはこのような明確な法規制はない。本研究はこのようなドーピングに対する刑事規制の根拠を示し、法的規制のありかたを検討するものである。

---

[5] 本研究は、ドーピングに対する刑事規制に関する法律学的研究であり、ドーピングの医学的、生理学的、運動学的な観点に関しては著者の能力をはるかに超えている。したがって、いささか机上の空論となるかもしれない危険を含んでおり、そのため、さまざまな関係者に聞き取り調査を行った。国内では、京都大学法学研究科高山佳奈子教授、筑波大学体育系岡出美則教授、新四谷法律事務所伊東卓弁護士にインタビュー調査を行い、意見交換をし、研究への貴重なアドバイスをいただいた。また、海外では、ドイツ連邦共和国ケルン大学マルティン・ヴァスマー教授、ドイツ連邦共和国マールブルク大学ディーター・レスナー教授、ドイツ連邦共和国フランクフルト・アム・マイン大学マティアス・ヤーン教授、ドイツ連邦共和国ゲッティンゲン大学マンフレット・マイヴァルト教授にインタビュー調査を行い、意見交換をし、研究へのアドバイスをいただいた。とくに、レスナー教授、ヤーン教授はドーピング問題が専門であり、貴重な意見を提供していただいた。さらに、中間報告として、2015年10月17日、刑法学会北海道部会において研究報告を行い、研究の客観性を確保し、また、議論を通じて主に刑事法研究者から研究への貴重な示唆をいただいた。あらためて深謝する。

現在までのところ、我が国のスポーツ界はセンセーショナルなドーピングスキャンダルには遭遇していない。海外の研究者と意見交換をした際、「日本はドーピングをやっていないのか」と聞かれることがよくある。「武士道はそのような汚れたことには手を染めない」といって切り返したり、「やっていれば、もっと強いよ」と返したりしている。現に、ドーピングコントロールが厳しくなっている昨今、とくに、リオオリンピックでは、日本はメダル獲得で大成果をあげた。これを日ごろの鍛錬の成果とみるのか、あるいは、他の国がドーピングをしなかったため成果が落ち、日本が相対的に成果をあげたと見るかについては見解が分かれるであろう。いずれにしても2020年の東京オリンピックを控えて、日本のスポーツ界に世界一クリーンなスポーツ環境を実現することは、世界における日本のスポーツ界全体の地位向上に貢献し、ひいては国としての国際的な地位向上につながるものと思われる。ここにドーピングの法規制について正面から論じる意義が認められる。

Ⅱ．ドーピング問題の現状

1．ドーピングの歴史[6]

ドーピングの歴史は非常に古く、ギリシャ時代に遡るといわれている。当時、競走馬に興奮剤を与え、成績向上を試みたといわれている。他方、1865年、アムステル運河水泳競技大会で使用した選手がいたのが、ドーピング使用で残る最も古い記録である。最近では、すでに述べたように、自転車競技や陸上競技において、ドーピング摘発、発覚が話題となっている[7]。

日本においては公益財団法人日本アンチ・ドーピング機構（JADA）

[6] ドーピングの歴史については、高山佳奈子「ドーピングの刑法的規制」法学論叢170巻４・５・６号（2009年）360頁以下が詳しい。

[7] とくにツール・ド・フランスを題材とした、タイラー・ハミルトン、ダニエル・コイル「シークレット・レース―ツール・ド・フランスの知られざる内幕」（小学館、2013年）、ボディビルを題材とした、増田晶文「果てなき渇望―ボディビルに憑かれた人々」（草思社文庫。2012年）があり、現場の状況がよく分かる。

の傘下の各競技団体においてドーピング規制がなされている[8]。また、日本野球機構（NPB）[9]、日本ゴルフツアー機構[10]、日本相撲協会[11]は日本アンチ・ドーピング機構に所属していないものの、独自に検査を実施し、他方、日本ボクシングコミッションは実施の実績はない[12]。

２．各国におけるドーピングの規制

（１）わが国の状況

ドーピングの対象となる禁止薬物についてのリストは世界アンチ・ドーピング機構（WADA）により公表されている[13]。刑事法的にはこれは罪刑法定主義を実現したものでカタログとなっている。ドーピング規制については、2005年に第33回ユネスコ総会においてアンチ・ドーピング条約が採択され[14]、日本も翌年批准している。国内法の整備としては、1961年（昭和36年）のスポーツ振興法を全面改正したスポーツ基本法が2009年に成立している。この法律において、ドーピングについては、２条と29条に規定が存在し、

（基本理念）
第２条
８　スポーツは、スポーツを行う者に対し、不当に差別的取扱いを

[8] JADA 加盟団体リストについては、http://www.playtruejapan.org/about_jada/members_list/ を参照。

[9] http://npb.jp/anti-doping/ni には、ドーピングに関する詳細な情報とガイドラインが掲載されている。

[10] http://www.jgto.org/pc/TourTopicsDetail.do?year=2009&tournaKbnCd=0&conferenceCd=27&languageKbn=0&administerNo=72には、コカ・コーラ東海クラシック2009の最終日終了後に、初のドーピング検査を実施したと記載されており、「陽性の場合は当該大会を失格とし、賞金や副賞は没収され、初回は１年以下の出場停止などの処分が課せられる。」とされる。

[11] http://www.sumo.or.jp/IrohaKyokai/rijikai には、ドーピング防止委員が挙げられている。

[12] https://www.jbc.or.jp/ にはドーピングに関する記載はない。

[13] http://list.wada-ama.org/jp/

[14] http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/17/rls_1019d.html

せず、また、スポーツに関するあらゆる活動を公正かつ適切に実施することを旨として、ドーピングの防止の重要性に対する国民の認識を深めるなど、スポーツに対する国民の幅広い理解及び支援が得られるよう推進されなければならない。

（ドーピング防止活動の推進）

第29条　国は、スポーツにおけるドーピングの防止に関する国際規約に従ってドーピングの防止活動を実施するため、公益財団法人日本アンチ・ドーピング機構（平成十三年九月十六日に財団法人日本アンチ・ドーピング機構という名称で設立された法人をいう。）と連携を図りつつ、ドーピングの検査、ドーピングの防止に関する教育及び啓発その他のドーピングの防止活動の実施に係る体制の整備、国際的なドーピングの防止に関する機関等への支援その他の必要な施策を講ずるものとする。

と規定している。本法律は、制裁規定を持たないが、日本アンチ・ドーピング機構の規程10条「個人に対する制裁措置」により、資格の停止等の制裁があり、さらに、同規程11条「チームに対する措置」、12条「スポーツ関係団体に対する制裁措置」により、競技会での失効や資金拠出やその他の支援の停止といった制裁がある[15]。ここでは、日本アンチ・ドーピング機構に加盟している各競技団体が内部規制の主体として制裁を課すことになる。このように我が国のスポーツ界では、日本アンチ・ドーピング機構の規程の下、競技団体の内部規制によりドーピングが規制されていることになる。

（2）ドイツの状況

ドイツでは、2007年に「スポーツにおけるドーピングの防止を改善するための法律（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Dopings im Sport）」が制定された[16]。これは実質１条からなる法律で、しかも薬

[15] 本規程については http://www.playtruejapan.org/downloads/code/japan_code_2015_jpn_20150401v2.pdf を参照。

[16] このドイツの規定については、高山（前掲６）370頁が詳しい。

事法（Arzneimittelgesetz）を改正する法律でしかない[17]。これにより、スポーツにおけるドーピング目的での「少なからぬ量の薬物の入手または所持」が禁止された。しかし、これに対しては３年以下の自由刑、または罰金が科せられたにすぎない。もちろん、これではドーピングの禁止としては当然に不十分なので、2015年５月に「スポーツにおけるドーピングの防止のための法律案（Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport）[18]」が提出され、「スポーツにおけるドーピング対策法（Gesetz gegen Doping im Sport（Anti-Doping-Gesetz vom 10. Dezember 2015（BGBl. I S. 2210））」として2015年12月に成立し、施行された[19]。マース司法大臣の説明によれば、

（１）自己ドーピングの処罰
（２）関係者の処罰
（３）ドーピング処罰のためのスポーツ連盟との連携体制の強化

が本法律の大きな柱となっている[20]。そして、同法第１条はこの法律の目的として、

「この法律は、競技者の健康を守り、スポーツ競技のフェアネスと機会均等を保証し、よってスポーツの健全性の維持に貢献する目的で、スポーツにおけるドーピングの使用を防止することに資するものである。」

として規定している。つまり、法律の目的として、（１）競技者の健康の保護、（２）フェアネスと機会均等の保証、（３）スポーツの健全性の維持が挙げられている。これは後述する保護法益の問題である。また、

---

[17] Artikel 2 Änderung des Arzneimittelgesetzes により薬事法の個々の条文の文言が修正されている。

[18] https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/GE_AntiDopG.pdf?__blob=publicationFile&v=7

[19] https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/antidopg/gesamt.pdf 参照。なお、立法過程での議論については *Schulz*, Doping als strafbare Gesundheitsgefährdung, 2016, Verlag Dr. Kovač, S. 165 ff. が詳しい。

[20] 2015年５月８日のマース司法大臣の演説 http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/05082015_BR_AntiDop.html?nn=6704226

第３条で自己ドーピングを禁止していることも保護法益の観点と関連する。

本法律は、１条に目的規定、２条にドーピングの処罰範囲、３条に自己ドーピングの禁止、４条に罰則規定（３年以下の自由刑か罰金（１項）、特に重い場合には、１年以上10年以下の自由刑（４項）、そこまで重くない場合には３月以上５年以下の自由刑（５項）、中止犯の規定（８項））、５条に収奪の拡大、６条に命令の授権（連邦保健省は対象薬物を追加できる旨）、７条に薬品の説明書への表示義務、８条に情報交換の規定（裁判所と検察とドイツ・アンチドーピング機構の協力関係）、９条に個人データの範囲、10条に健康データの範囲、11条に裁判管轄、12条にドーピング事案の管轄の集中化を規定している。

（３）オーストリアの状況[21]

オーストリアの刑法では147条「（１）詐欺をした者は３年以下の自由刑に処する」があり、「(1a) スポーツでのドーピングの目的でアンチ・ドーピング条約（BGBl. Nr. 451/1991）に掲げられた禁止された薬剤や禁止された方法により欺罔を行い、少なからぬ損害を与え、詐欺をした者も同様に処罰する。」として、ドーピングを詐欺罪の一類型として規定している。

（４）その他の国々

その他の国々での立法状況に敷衍すると、フランスは「スポーツの健全性の保護とドーピングの克服のための法律（Loi n° 99-223 du 23 mars 1999 relative à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage）」で、スペインは「スポーツ活動におけるスポーツの健全性の保護とドーピングの禁止に関する法律（Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva）[22]」および「スポーツにおける健全性の

[21] オーストリアの状況については、高山（前掲註６）383頁。また、最近の議論の状況については、*Schulz*（前掲註19), S. 190 ff. が詳しい。

[22] http://www.aea.gob.es/aepsad/dms/microsites/aepsad/normativa/

保護に関する法律（Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte）[23]」で、イタリアでは「スポーツ活動の健全性とドーピングの克服のための法律（Disciplina della tutela sanitaria della attività sportive e della lotta contro il doping）[24]」によって規制されている[25] [26]。

３．法的問題点

（１）はじめに

それでは、ドーピングをめぐり、どのような法的な問題点が存在するのであろうか。一口に法的な問題点と言っても、様々な法領域が問題になるが、ここでは刑事法の観点から、ドーピングに対してどのような制裁を課すかという観点から検討したい。

まず、その前提として、「ドーピングはいけないことである」という社会的共通認識が存在すると考えてよいであろう。少なくとも上記命題は、国際的に真であると認められている。そうでなければ、ユネスコ条約や諸外国の罰則規定の説明ができないからである。これとの関連で、倫理学者である加藤尚武は、その著書「合意形成とルールの倫理学」において、「ドーピングの倫理問題」という章において詳述し、「ルール違反である」、「選手の健康を損なう」という２つの理由により、社会的な

---

normativa-nacional/Ley-Organica-3-2013.pdf

[23] http://www.aea.gob.es/aepsad/dms/microsites/aepsad/normativa/normativa-nacional/RD-461-2015-Estatuto-Aepsad.pdf

[24] http://www.coni.it/it/attivita-istituzionali/antidoping/2014-05-27-09-50-26/normativa.html?download=46:legge-376-2000-versione-italiana

[25] イタリアのドーピング問題については、*Maiwald*, Problem des Strafbarkeit des Doping im Sport - am Beispiel des italienischen Antidoping-Gesetzes, in: Dölling/Erb (hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 399を参照。

[26] ポーランドの状況については、A. シュヴァルツ（信太秀一訳）「ポーランドにおけるスポーツ・ドーピングの法的諸問題」西原春夫監訳『ポーランドの刑法とスポーツ法』131頁（2000年、成文堂）参照。

合意が形成されるとしている[27]。

また、日本アンチ・ドーピング機構 JADA の FAQ[28]にも、ドーピングの禁止の理由が「全世界で共有されているスポーツ全体のルールです。（1）フェアプレーの精神に反する、（2）アスリートの健康を害する、（3）反社会的行為である、といった、スポーツの価値の根幹を損なう、スポーツに正々堂々と向かうことができない「ずる」くて「危険」な行為でもあります。」と説明されている。

このように「ドーピングは許されないもの」という点については意識共有されているが、それがどのように理論づけられるものなのかは法学的分析が必要となる。

（2）法益の問題

刑罰を科するにあたって、保護法益を明確にすることは最重要とされていることは刑事法の分野においては論を待たない。何のために刑罰が科せられるかが明確にされなければならないのである。この点、ドイツの条文は法益を意識した規定となっている[29]。ここでドイツの新しい法律の文言に取り入れられた法益を検討してみよう。

（ｉ）競技者の健康の保護

まず、第一に「競技者の健康の保護」があげられている。これは、ドーピングがもたらす身体への悪影響を考慮したものである。その意味で、ドーピングは身体への悪影響、すなわち、傷害結果をもたらすものであり、競技者の身体を保護法益とすることには根拠があることになる。他方で、被害者の承諾の観点からこれを検討すると、そのような傷害が本人の同意によって正当化されるかという問題になる。

この点、本人が承諾している以上、全て正当化されるという考え方は現在の通説ではなく、むしろ一定の場合、本人の同意にもかかわらず、承諾は無効で、傷害罪は正当化されないとする見解が通説、判例の立場

[27] 加藤尚武「合意形成とルールの倫理学」（2002年、丸善ライブラリー）101頁。
[28] http://www.realchampion.jp/faq
[29] 条文については、前掲Ⅱ 2（2）を参照。

である[30]。その例外的事情は、学説によって異なり、たとえば、生命への危険性、良俗、社会相当性などが主張されている。それゆえ、ドーピング禁止の根拠を競技者の健康の保護に求める視点はこの点では間違っていない。また、本人の同意があるといっても、コーチ、チームドクター、スポンサーなどが関わり、チーム全体で勝利に向かっている中で、競技者がすべてを自己の意思で決定できるかというと、これはかなり怪しく、そもそも、自己の意思に基づいた同意があるかさえ疑わしくなってくる。現在の競技はチーム競技であり、アスリートを支え、彼の成果によって、各スタッフの収入が決まる。そのような中で、アスリートがすべてを自己決定できる状況にあると考えること自体、現状ではありえないことなのである。

他方、自己ドーピングの場合には、以上の論理は当てはまらない。自分自身による傷害行為はそもそも自己危殆化の原則に基づき、法益が放棄されるので、構成要件該当性がなく、何罪も構成しないのである[31]。また、たとえ他人の手によるドーピング施術であっても、自己血液ドーピング[32]の場合、健康への危険性もなく、そもそも傷害にも当たらないのである。

ドイツの新法はその３条に自己ドーピングの禁止を規定しており、必ずしも整合性を有するものではない。この点をとらえて、レスナーは、

---

[30] 日本及びドイツにおける被害者の承諾と正当化の限界の問題についての概観は、佐藤陽子「被害者の承諾」(2011年、成文堂) 98頁以下を参照。

[31] フランクフルト上級裁判所判事・フランクフルト大学教授ヤーンの2015年６月17日のスポーツ委員会公聴会での意見陳述８頁。https://www.bundestag.de/blob/378080/9a83684efd215d974e4ba5ebaf8371ff/stellungnahme-jahn-data.pdf

また、2014年11月に内務省・司法省・保健省の共同部局案に対してであるが、自己ドーピングは問題となると *Mortsiefer*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport - eine Erläuterung der neuen Vorschriften, SpuRt, 2015, 2はコメントしている。

[32] 自己血液ドーピングについては、酒瀬川亮介・由利英明「トップアスリートの赤い闇　血液ドーピングなしには勝てない」(2013年、朝日新聞 Web 新書) を参照。

自己ドーピングを禁止する以上、健康の保護を保護法益とするのではなく、機会均等の保証こそが保護法益だと主張している[33]。

（ⅱ）フェアネスと機会均等の保証

ドイツの目的規定の文言に次に登場するのが、「フェアネスと機会均等の保証」である[34]。前者は競技の公正さを意味し、後者は職業選択の自由の保障を意味している。つまり、他人の職業選択の自由を奪っているというのである。競技成績が職業選択につながり、ドーピングをすることでその地位を獲得したのであれば、それによって他者の職業選択の機会を奪っているのである。現在のスポーツ界では、従来のような純粋なアマチュアスポーツではなく、職業としてのスポーツ、ないしは、生活の糧としてのスポーツが主流になって来ている。これはプロ選手の収入の高さや賞金額の高さ、ひいては、関連グッズなどの版権収入を考えれば、納得行くものである。平たく言えば、ズルをしてお金を稼いでいるということである。

このような考え方に対しては、まず、フェアネスという法益があまりに抽象的であるという反論が妥当する[35]。その上で、さらに、現実の競技が真にフェアで機会均等であるか疑わしい。エチオピア、ケニア、プエルトリコ、ジャマイカ人の競技成績を見れば、特定の遺伝子が特定のスポーツに著しい影響をしていることは明白である。さらに、体重別にしている柔道やボクシングを除くと、バスケットボールなどでは、身長差が考慮されていない。また、スキー競技での新しいワックスの使用、

---

[33] 2015年６月17日のスポーツ委員会公聴会での意見陳述４頁以下。https://www.bundestag.de/blob/378906/4c57f67df4e4ec457a6b145cc680473d/stellungnahme-roessner-data.pdf

[34] 2015年11月13日のマース司法大臣による連邦議会での立法趣旨演説では、この点を非常に強調している。http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/05082015_BR_AntiDop.html?nn=6704226

[35] ヤーン意見（前掲註31）10頁以下。さらにこれを個人的法益と一般の期待を混ぜ合わせた「ハイブリッド法益」と命名し、保護法益を倫理化し、ひいてはスポーツの世界への刑法の介入に至る可能性があるとして批判的な見解もある。*Norouzi/Summerer*, DAV-Stellungnahme zum Anti-Doping-Gesetz, SpuRt 2015, 63.

新しい器具の使用など不平等と評価されなくもない。さらに「フェアネス」に関していえば、整形手術[36]をした人は美人コンテストに出られないか？ひいては、化粧で人に接するのはフェアではないか？どちらも職業的な優位さを導き出しているのではないか？スポーツであると否とを問わず、世界にはさまざまな競争が存在し、勝者と敗者があるにもかかわらず、なぜスポーツにおけるドーピングだけが「フェアネス」の下で規制されるのか？このような疑問が生じてくるのである。

（ⅲ）スポーツの健全性の維持

３番目にあげられているのが「スポーツの健全性の維持」である。これはスポーツのインテグリティを維持するということである。スポーツというカテゴリーが一般社会で崇高なものとして一般に承認されているのは、人間が努力して肉体の限界を高め、目標達成を目指し、お互いに競い合うからである。ドーピングはこの理念を根本から覆すものであり、もし、これがまかり通ると、スポーツが一般社会から承認されないものとなってしまうのである。

これに対しては、まず、ドイツの条文では「よって」という文言に導かれている形式が批判される。これはそれ自体が目的であって、保護法益ではなく、ここからは法益を導き出せないというフランクフルト上級裁判所判事・フランクフルト大学教授ヤーンによる批判である[37]。

形式的な批判はさておき、実質的にみると、スポーツを崇高なものと見ているのは、果たして国民全体であろうかという批判ができる。興味のないスポーツには何らの関心を示さないのが一般的であろう。そこで、競技者は彼を目指す後輩たちの模範となるべきであり、だからこそクリーンなスポーツ選手であれというのであり、ドーピングを用いると、模範としてふさわしくないというが、これはスポーツに限ったことであろうか？音楽家はどうか、政治家はどうか、その他の職業はどうか？このような疑問が生じてくるのである[38]。2015年12月17日にフランスで可

[36] 整形手術に伴う法的問題については *Wagner*, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, 2015, Duncker&Humblot が詳しい。

[37] ヤーン意見（前掲註31）34頁。

[38] *Kudlich*, An den Grenzen des Strafrechts, JA 2007, 93.

決された「痩せすぎモデル規制法」はこれを考慮している。また、同様の規定は、スペイン、イタリア、イスラエルにもみられる。

（iv）まとめ

このようにドイツの条文をもとにした分析から明らかなように、ドーピングを禁止するための保護法益の明確化は困難であるといえる[39]。ドイツでの議論で、保護法益に関してこれらを併存させたのも、一元的な視点からでは説明できないということを了解したうえでのことなのである。それでもなお、ドイツの条文は、ドーピングの保護法益の議論に有益な契機を与えてくれる。

まず第１に、「選手の健康の維持」である。確かに、自己ドーピングと自己血液ドーピングで説明ができないという問題点はあるが、ドーピングには危険が伴うということには間違いなく、明らかに生命を縮めたり、健康に障害が発生するのであるから、これを考慮に入れることは妥当であると思われる[40]。

次に、２番目として、「ルールとしての共通の社会認識」が挙げられる。「関係者の処罰による一般予防効果がある」とドイツ連邦共和国のマース司法大臣はドーピング処罰法に関して説明した[41]が、これ自体は、ルールがルールとして妥当するというそのことを認めるということに過ぎず、ルールの自己目的化という批判があてはまると思われる。しかし、それでもなお、積極的一般予防の観点から、また、規範の妥当性の確証という観点から、規範が規範として妥当し、この遵法状態を国民が共有することで法治国家が継続形成でき、国民の規範意識の向上に資すると考えられるのであるから、この観点は肯定できるものと思われる。とくに、ドーピングに限って言えば、ドーピングをすることによって、薬物

---

[39] ヤーン意見はこのようなスタンスで、立法自体に批判的である（前掲註31）。同様に、*Schulz*（前掲註19）, S. 152.

[40] レスナー意見も「無分別な人に対して、国家が個々人の健康をパターナリスティックに保護することを例外的に許したり、個々人の利益を超えて「国民の健康」を定立することも可能ではある」とし、現にそれはBVerfG NJW 1999, 3399, 3401やBGHSt 37, 179, 182で支持されているとしている。同意見（前掲註33）９頁。

[41] 2015年５月８日のマース司法大臣の演説（前掲註20）参照。

に対する規範意識が鈍磨し、ひいては、覚せい剤や大麻という違法薬物へ手を出す危険性が著しく増大することも忘れてはならないのである。

そして最後に３番目として、「フェアネス」が挙げられる。ドーピングをした当人以外は、「ずるい」という意識を持つのであり、この意識がルール化を要求していると考えられる。たとえば、市民のスキーマラソンでスキーを脱いで急な坂道を下る場合、「ルール違反だ！」と大声で叫ぶ人がいるが、要は「ずるい」と考えているからに他ならない。あとはこれが実効性と妥当性を持つものとしてルール化されるかである。この点で、日本のオリンピックメダリストがドーピングを行わなかったことに影響した要因について「テーマ分析法により、【個人の道徳的スタンス】、【内発的動機づけ】などの５つの個人的要因，【親による教育】、【安心した競技スポーツ環境】などの７つの社会環境的要因」を抽出しており、非常に興味深い[42]。他方、アイヴァン・ウォディングトン、アンディ・スミス「スポーツと薬物の社会学：現状とその歴史的背景」は、ドーピングをフェアプレーと不正行為という観点で検討し[43]、薬物を用いて運動能力を向上されることの可能性に言及したうえで、結論としてはハームリダクションとしてドーピングを許容する政策もありうることに言及している[44]。

以上の考察から、ドーピング禁止の保護法益は、「選手の健康の維持」と「フェアネスに裏打ちされたルールの妥当性」と解すべきと考える。

（３）その他の問題

ドーピングに関しては、その他の点で、現行刑法の解釈の問題としても検討される。

---

[42] 日比野幹生、舟橋弘晃、青柳健隆、間野義之「アスリートがドーピングを行わなかったことに影響した要因：オリンピックメダリストを対象とした質的検証」スポーツ産業学研究 Vol.26，No. 1（2016）13頁。
https://www.jstage.jst.go.jp/article/sposun/26/1/26_1_13/_pdf

[43] アイヴァン・ウォディングトン、アンディ・スミス（大平章，麻生享志，大木富訳）「スポーツと薬物の社会学：現状とその歴史的背景」（2014年、彩流社）59頁。

[44] 同書（前掲註43）307頁以下。

まず第１に、傷害罪との関係が問題となる[45]。これは、たとえば、コーチが競技者に秘してドーピングを実施した場合である。栄養剤や食物の中に禁止物質が含まれていた場合がこれにあたる。これについては、健康に障害が発生するか否かによって判断するしかない。また、未成年の場合には、児童虐待の問題ともなりうる。

つぎに、詐欺罪も問題となりうる。いくつかの類型は考えられるが、自己ドーピングを念頭に置くと、競技者がチームに秘してドーピングを実施した場合である。具体的には、自分の能力をドーピングによって高め、選手登録をさせたり、レギュラーに採用されるということで利益を得るわけである。ただ、詐欺罪の場合、欺罔の相手方を特定しなければならないが､これが誰であるかについては問題がないわけではない｡チームなのか、主催者なのか、スポンサーなのか、観衆なのか、必ずしも明白ではない。

さらに、ドーピングの不公正な競争としての側面から経済犯罪の一つととらえようとする見解もある。これを主張するのがマールブルク大学教授レスナーである。これによれば、ドーピングの禁止は、不公正な競争防止の一環であって、ドイツ刑法298条以下の競争に関する罪に加えるべきという提案をしている。このようなとらえ方からすると、ドーピング禁止の保護法益は、職業選択の自由とそれに伴い憲法上要請された基本権保護義務であることになる。したがって、お金を稼ぐプロ競技者だけの問題で、アマチュア競技者は関係ない[46]。

Ⅲ．今後の問題

新しい問題として、頭脳ドーピング（マインドドーピング）をどうするかという問題がある[47]。たとえば、筆記試験に際して向精神薬である

---

[45] 高山（前掲註６）387頁。

[46] レスナー意見（前掲註40）参照。

[47] マインドドーピングについては、*R. Merkel*, Neuartige Eingriffe ins Gehirn, ZStW 2009 (121), 919, *Magnus*, Die Strafbarkeit von Sport- und Minddoping bei Minderjährigen, ZStW 2012 (124), 907参照。

リタリンを服用し、集中力を高めた場合である。筆記試験はスポーツではないので、スポーツの健全性の保証ではカバーできず、せいぜい、フェアネスの問題となるが、集中力を高めるためにコーヒーを飲むことは許されないのかという疑問も生じる。

さらに、スポーツの世界では、物理ドーピングという用語も聞かれるようになっている。2014年にドイツのマルコス・レームは義肢を使い、走り幅跳びのヨーロッパ記録を出し、ドイツ選手権で優勝した。義肢の素材が規定に適合しているかという問題であるが、障碍者が健常者を凌いだのであり、こうなると、自分の足を新素材にすることが「ずるい」ことかどうかが議論されることになろう[48]。

Ⅳ．まとめ

ドーピングの問題について主にドイツを比較対象として検討した。その際、一番大きな問題として、保護法益は何かという問題があり、ドイツの新しい法律と議論をもとにして、「選手の健康の維持」と「フェアネスに裏打ちされたルールの妥当性」を保護法益と解した。さらに、ドーピングは、刑法上、傷害罪や詐欺罪としても問題となるということを示した。最後に、将来的には、従来のドーピングとは異なる形態の、頭脳ドーピングや物理ドーピングが問題となることも示した。

今後、日本でも諸外国と同様に、ドーピングを刑罰で処罰することの是非が活発に議論されるようになるであろう。その際、保護法益の議論は欠くことができないものであり、それを踏まえたうえで刑罰化を図るべきであろう。著者の視点では、スポーツが国民の中に浸透しており、しかも、国威発揚として外交問題にまで発展している現代社会では、スポーツの重要性は単なる趣味というカテゴリーを離れた重要な国家的関心事であり、この問題に国家が関与する、すなわち、法律によってドー

[48] http://www.spiegel.de/sport/sonst/weitsprung-markus-rehm-bleibt-deutscher-meister-a-1000778.html, http://www.zeit.de/sport/2014-07/rehm-nicht-zu-leichtathletik-em-zugelassen-prothese, http://www.zeit.de/sport/2014-07/rehm-prothese-em 等批判的な記事が多い。

ピングを禁止し、健全なスポーツを実現する意義は非常に大きいものと思われる。さらに、ドイツのマース司法大臣が2015年11月13日の連邦議会での立法趣旨演説において、今後、大規模な競技会は反ドーピング法の整備されている国のみで開催されるということになるかもしれないということを発言している[49]。以上のような理由でドーピング罪の創設に与するものである。

また、本論文の脱稿後に、スポーツ庁「アンチ・ドーピング体制の構築・強化に向けたタスクフォース」による最終報告書『アンチ・ドーピング体制の構築・強化について～ドーピングのないクリーンなスポーツの実現に向けて～』[50]に接した。これは、ドーピング問題を克服するためにどのような制度を整備するかについて総合政策の見地から検討を加えたもので、今後の検討の方向性を示したものである。結論を出すのではなく、問題点と議論の整理に中心を置いたものであるが、非常に示唆に富んでいる。さらに、本稿提出後、2016年12月17日には、日本スポーツ法学会第24回大会において「アンチ・ドーピング体制の整備に関する法的課題」がメインテーマとて取り上げられるが、本稿の締め切りとの関係でこれを参照できていない。これらについては、今後、機会をあらためて、検討したい。

なお、本研究は、2015年度、公益財団法人笹川スポーツ財団『助成』金を受けて実施したものであり、笹川スポーツ財団に対しここに深く感謝するものである。

[49] 2015年11月13日のマース司法大臣による連邦議会での立法趣旨演説（前掲註34）。

[50] http://www.mext.go.jp/sports/b_menu/sports/mcatetop10/list/detail/1375009.htm

論　　説

個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（５）

佐　藤　結　美

目　　次

第１章　はじめに
　第１節　問題の所在
　第２節　研究方法

第２章　日本法における個人情報保護の現状
　第１節　秘密漏示罪
　第２節　信書開封罪
　第３節　支払用カード電磁的記録不正作出準備罪
　第４節　不正指令電磁的記録に関する罪
　第５節　不正アクセス禁止法
　第６節　個人情報保護法
　　第１項　成立過程と概要
　　第２項　罰則の方式に関する議論
　　第１款　個人情報保護検討部会の議論
　　第２款　個人情報保護法制化専門委員会の議論
　第７節　小括　　（以上、65巻３号）

第３章　イギリス法における個人情報保護
　第１節　1998年データ保護法の概要
　　第１項　基本事項について
　　第２項　データ保護原則（Data Protection Principle）について
　　第３項　罰則について
　　第１款　データ保護原則の違反

第２款　個人データの不正取得等の罪
第２節　個人データの不法な取得等に対する直接罰規定について
第１項　1998年データ保護法55条の成立まで
第２項　55条違反の犯罪の主観的要素
第３節　情報コミッショナーによる個人情報保護のための活動
第１項　報告書「プライヴァシーの価値とは何か？
（What price privacy?）」
第２項　第２報告書「続・プライヴァシーの価値とは何か？
（What price privacy now?）」
第３項　制裁金について
第４節　センシティブな個人データ（sensitive personal data）に関する法的規制
第１項　センシティブな個人データに含まれるデータについて
第２項　データの取り扱いの条件
第５節　小括　（以上、65巻４号）

第４章　フランス法における個人情報保護
第１節　1978年情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する法律の概要
第１項　基本事項について
第２項　情報処理・全国自由委員会（CNIL）
第３項　刑法典における処罰規定
第２節　刑事罰について
第１項　詐欺的・不誠実・不正な手段による情報収集の罪
（刑法226－18条）
第２項　市場調査等のための情報処理の罪（刑法226－18－１条）
第３項　センシティブ情報の入力・保存の罪（刑法226－19条）
第１款　刑法226－19条・1978年法８条の成立過程と憲法院判決について
第２款　226－19条の罪の成立要素について
第４項　本人への敬意・私生活を侵害する情報漏洩の罪
（刑法226－22条）
第３節　CNIL による制裁について
第１項　CNIL による制裁の実態
第２項　CNIL の制裁と刑事罰
第４節　小括　（以上、66巻１号）

第５章　ドイツ法における個人情報保護
　第１節　連邦データ保護法の概要について
　　第１項　基本事項について
　　第２項　個人データの収集・処理・利用の適法化要件
　　第３項　連邦個人データ・情報自由保護監察官
　　第４項　監督官庁
　　第５項　過料と刑事罰
　第２節　データ保護法における過料と刑事罰について
　　第１項　過料
　　　第１款　客観的な成立要件
　　　第２款　主観的な成立要件
　　第２項　刑罰
　第３節　監督機関による規制の実態
　　第１項　州における監督体制
　　第２項　独立委員会による過料・刑罰
　　　第１款　シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州
　　　第２款　ザールラント州
　　第３項　過料に対する監督機関の姿勢
　第４節　小括　　（以上、67巻１号）

第６章　保護法益としての個人情報と規制方法
　第１節　個人情報の法益性
　　第１項　現行法における他の保護法益への不可包含性
　　第２項　憲法上の価値から導出される保護法益としての個人情報
　　第３項　プライヴァシー権によって保護される個人情報
　第２節　個人情報の侵害に対する妥当な規制のあり方
　　第１項　第三者機関による監視の可能性
　　　第１款　共通番号法成立前の第三者機関に関する議論
　　　第２款　特定個人情報保護員会
　　　第３款　個人情報保護員会
　　　第４款　第三者機関による非刑罰的金銭制裁の可能性
　　（以上、本号）
　　第２項　　刑事規制の可能性
　第３節　小括

第７章　おわりに

第６章　保護法益としての個人情報と規制方法

第３章から第５章まで、イギリス・フランス・ドイツの個人情報保護法制と、第三者機関による情報処理の取り締まりと監督実務について分析してきた。そこで本章では、ここまでの章で得られた知見に基づき、日本の個人情報保護法制における刑罰の可能性と限界について考察する。第１節では個人情報が刑法における保護法益（保護客体）たり得るのかということを検討し、第２節以降では個人情報保護の妥当な方法について検討する。

第１節　個人情報の法益性

第１項　現行法における他の保護法益への不可包含性

現代社会において、個人情報が一定以上の重要性を有することについては争いがないものと思われるが、個人情報という利益は現行刑法典で保護されている他の法益の中に包含することはできないのだろうか。

まず、個人の信用情報や健康状態などといった、当該個人の社会的評価が低下し得る事実を摘示すれば刑法230条の名誉毀損罪が成立するので、個人情報という利益を独自の法益と解さなくとも、「名誉」という保護法益に包含すればよいと解することは妥当だろうか。確かに、個人情報の性質によっては当該個人の社会的評価が低下することは十分考えられるものの、個人情報には氏名、年齢、住所、生年月日といった、当該個人の同一性に関する基本的な性質のものも多く含まれる。このような基本的な情報は、それが第三者に漏らされたり売買の対象となったりすることによって、当該個人の生活に不利益がもたらされる危険性があるものの、必ずしも社会的評価の低下につながるとはいえない。したがって、個人情報という利益を「名誉」という従来の保護法益に包含することは不可能である。

次に、第２章第１節では、秘密漏示罪が一定程度の個人情報を個人的法益として保護する機能を有していることを述べた。刑法134条以外にも、特定の職業に就いている者に守秘義務を科し、それに違反して秘密を漏らす行為を処罰する規定は数多くあるので、秘密という枠組におい

て、個人情報は幅広く保護されているように見える。しかし、刑事事件を起こした少年の精神鑑定につき、精神科医から少年についての秘密資料を得たジャーナリストが処罰されなかったケースのように、守秘義務者から秘密を漏示された非守秘義務者がその秘密を漏示した場合をカヴァーできないという問題がある[1]。

このように、現行の秘密漏示罪には処罰の間隙があるが、個人情報という利益を独立の保護法益とはせず、現行の秘密漏示罪を主体の制限なく「正当な理由なく秘密を漏示する」行為を処罰するという規定に変更すれば足りるといえるのだろうか。

そもそも、秘密漏示罪において、医師や弁護士などの特定の職業に就いている者に行為主体が限定されているのは、これらの者は職務によって患者や依頼人などの個人の利益を図るために当該個人の秘密を知る必要があり、職務を通して得た秘密の管理には特別の責任を有するからである。秘密漏示罪の保護法益に「当該職務への信頼」を含めるか否かは別問題としても、秘密漏示罪が保護対象とする秘密は単なる秘密ではなく、特定の職業に就いている者、または就いていた者の特別な守秘義務を前提とするものであるので、非守秘義務者による秘密漏示行為による被害が甚大であったとしても、秘密漏示罪の行為主体に対する限定を外すことによって解決を図ることはできない。したがって、必ずしも守秘義務の存在を前提とするものではない個人情報という利益を「秘密」に包含することは困難であろう。

また、「秘密」の内容についても、「秘密の漏示が可罰性の根拠となり得る程度に秘密にしておくことについて妥当、かつ相当の理由のあるもの」[2]とされていることから、氏名や住所といった、個人の同一性に関わる基本的な個人情報は、それだけでは秘匿性が高いとはいえず、病歴等の他の秘匿性の高い個人情報と組み合わさることによって、「秘密にしておくことについて妥当」な事項になるものと思われる。

---

[1] 佐藤結美「個人情報の刑法的保護の可能性と限界について（１）」北大法学論集65巻３号（2014年）290 ～ 285頁。

[2] 大塚仁・川上和雄・中山善房・古田佑紀（編）『大コンメンタール（第３版）第７巻』（青林書院・2014年）366頁。

そのように解すれば、秘密漏示罪における「秘密」という保護法益の中に個人情報という利益を包含することは、秘密漏示罪という犯罪の性質上不可能である。

このように、現行刑法における名誉毀損罪と秘密漏示罪は個人情報を一定程度保護しているように見えるものの、各々の犯罪規定の趣旨・目的に鑑みれば、「名誉」または「秘密」という保護法益の中に個人情報を含めることはできないということがわかる。さらに、第１章第１節で述べた通り、窃盗罪や横領罪といった財産犯の解釈によって、有体物に化体されていない個人情報そのものを保護するという理論構成を採ることも困難である[3]。財物には移転可能性がある一方で、情報は誰かに知られたり利用されたりしても、当初の保有者の手元から失われるわけではないので、情報に特有の「非移転性」「非喪失性」は情報の特殊性を示すとともに、情報を財産罪によって保護することの限界を意味している[4]。

以上のことから、個人情報という利益は、現行刑法において保護されてきた名誉や秘密といった法益には包含されない、独立した独自の利益として位置づけられるべきものであるといえる。

第２項　憲法上の価値から導出される保護法益としての個人情報

前項では、個人情報という利益が従来の法益に包含できない独自のものであることを明らかにした。続いて本項では、個人情報の重要性と他の法益への不可包含性により、個人情報を刑法における独自の保護法益として位置づけることが可能かということについて検討する。

第３章から第５章まで、イギリス・フランス・ドイツの個人情報保護法について検討してきた。これら三国では、個人情報の侵害に対して実際に刑罰が科されるケースは少なく、刑罰の濫用は控えられているものの、個人情報保護法の立法段階においては、個人情報の重要性や、個人情報の侵害に関するトラブルの発生という理由から、個人情報の不正収集などを直接的に処罰する規定を設けるという結論が比較的容易に導き出されているように思われる。しかし、刑法の謙抑性の原則に鑑みれば、

[3] 佐藤・前掲注（１）296 ～ 292頁。

[4] 松原芳博「情報の保護」法学教室298号（2005年）54頁。

情報の価値が高いということから直ちに刑法的保護の強化に直結するとはいえない[5]ので、個人情報を独自の保護法益として位置づけるためには更なる議論が必要となる。

個人情報は、科学技術の発展に伴ってその重要性が注目される新しい利益である。個人情報のほかに、現代社会が生み出した諸問題を契機として保護法益化が議論された利益には「環境」がある。「環境刑法」は大気、水、土壌などの環境を保護するために刑罰を用いるという試みであり、従来の刑法が保護してきた生命、身体、財産、自由などの利益以外の新しい利益を刑法における保護法益として位置づけるという点は、本研究の問題意識と共通する。

「環境刑法」については、環境という利益が刑法における保護法益としては無限定であるからこそ、環境の刑法的保護については刑法の倫理形成機能に基づく行為無価値論的理解に立脚した上で、環境倫理の維持を環境刑法の役割とする見解がある[6]。その一方で、「環境」という概念が広範で無限定であることによって「環境」の保護法益性が否定されるものではなく、環境が汚染されれば最終的には人間に対する不利益として還元されることから、「快適な環境」という利益も重要な法益として認められるべきであり、問題となるのは「環境」という利益を保護するために刑法の発動を認めるべきか否かということであるとする見解もある[7]。「不特定・多数人の健康およびその健康と結びつく生活環境という保護『法益』に対する侵害の危険という視点」から、環境汚染行為の処罰根拠と犯罪成立要件を理解することが可能であることも指摘されている[8]。

「環境刑法」には前述のように多様な見解が存在するが、現在の憲法学説において「環境権」が認められていることもあり、環境を保護法益

---

[5] 松原・前掲注（４）54頁。

[6] 伊東研祐「『環境の保護』の手段としての刑法の機能」『団藤重光博士古稀祝賀記念論文集』３巻（有斐閣・1984年）279頁。

[7] 山本輝之「『法益の保護』、『刑法の謙抑性』の原則は維持できるのか？」法学教室223号（1999年）18頁以降。

[8] 内藤謙「法益論の一考察」『団藤重光博士古稀祝賀記念論文集』３巻（有斐閣・1984年）25頁。

として位置づける見解は一定の賛同を得ているものと思われる。実際に、一定程度の環境汚染行為は、水質汚濁防止法や大気汚染防止法等の法律によって罰則の対象となっている。射程範囲が広範であり、社会的法益的性格を有する「環境」が保護法益として認められるのであれば、個人に帰属する個人情報を保護法益として位置づけることには、さほどの困難はないのではないだろうか。「環境」とは異なり、個人情報はその範囲を限定することが比較的容易であるので、「情報倫理の維持」といった行為無価値論的構成を採らなくとも、保護法益として位置づけることは可能だろう。

「環境権」という文言は憲法の条文には規定されていないものの、憲法学説によって権利、つまり法益として認められている。「環境権」は、健康で快適な生活を維持する条件としての良い環境を享受し、これを支配する権利であると理解されている[9]。環境権は、環境破壊を予防・排除するために提唱された権利であり、良い環境の享受を妨げられないという側面では自由権であるから、憲法13条の幸福追求権の一内容であると共に、環境権を具体化・実現するためには公権力による環境保全や改善のための施策が必要であるから、その面では社会権としても位置づけられると解されている[10]。「環境権」という名称の権利を正面から認めた判例は存在せず、大阪空港付近の住民が人格権・環境権を根拠に、損害賠償と午後９時以降の飛行機の発着の禁止を求めて提訴した大阪空港公害訴訟（最決昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）では、過去の損害の賠償のみを認め、環境権を根拠とした差し止め請求を却下した。しかし、その後の下級審裁判例には、道路公害訴訟において一定水準以上の大気汚染物質排出の一部差し止め請求が認められる例[11]や、基地の騒音などについて高額の損害賠償の支払いが命じられる例[12]もあり、良い環境を享受する権利が間接的に認められる方向へと変化しているようである。

---

[9] 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第６版）』（岩波書店・2015年）272頁、辻村みよ子『憲法（第５版）』（日本評論社・2016年）293頁。

[10] 芦部（高橋）・前掲注（９）272頁、辻村・前掲注（９）293 ～ 294頁。

[11] 神戸地判平成12年１月31日判時1726号20頁。

[12] 金沢地判平成14年３月６日判時1798号21頁など。

このように、憲法の領域において法的保護に値するものとして認められている利益には、刑法における保護法益としての地位を付与しても差し支えないのではないだろうか。刑法によって保護される生命・身体・自由・財産・名誉といった法益は当然ながら憲法によっても根拠づけられているので、これらの伝統的な利益に包含されない利益であっても、憲法の領域において保護され得る利益であれば、刑法による保護の対象とすることに何ら問題はない。

実際に、刑法における法益論の先行研究にも、憲法上の価値から法益概念を導き出す見解が複数存在する[13]。ロクシンは、刑法の任務は、憲法的に保障されたすべての基本権の保障(Gewährleistung)に基づいて、市民の自由で平和な共同生活を保護することにあると述べている[14]。続いてルドルフィーも、刑事立法者は人間の有益な社会生活に対する結果を考慮することなく、特定の道徳違反を罰則によって禁止することは許されないという観点から、(1)法益概念の形成においては基本法(憲法)による価値判断に従い、純粋な道徳違反を刑罰威嚇の対象から除外するべきであり、(2)あるいは個人の自由と責任に基づく有益な社会生活のための条件を侵害する、または危険にさらす行為のみが刑罰威嚇の対象となるべきであると解している[15]。そして、日本の刑法学説にも、「刑罰法規による保護の客体としての『法益』の概念は、日本国憲法を基礎

[13] ドイツと日本の両国において、法益論が刑法解釈や刑事立法に果たす機能やその限界についての議論が活発に行われており、先行研究も数多く存在する。最近の代表的な研究としては、法益論は刑事立法に対する制約機能(立法批判機能)を有しており、その意義を失っていないとする、嘉門優「法益論の現代的意義(1)(2・完)－環境刑法を題材にして」大阪市立大学法学雑誌50巻4号(2004年)934～972頁、51巻1号(2004年)96～132頁がある。法益論それ自体についての研究も興味深いテーマではあるが、本稿における筆者の問題意識は、個人情報の刑法における法益性と妥当な規制方法であるので、法益論の沿革と、法益論の刑法学における機能についての詳細には立ち入らない。

[14] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen・Der Aufbau der Verbrechenslehre 4. Aufl, C.H.Beck.2006, S.16.

[15] Hans-Joachim Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrist für Richard M.Honig, zum 80, 1970, S160~161.

とする法の全体系を考慮し、『憲法の基本原理と構造からみて刑罰法規による保護に値する生活利益』という意味での『憲法的・実質的法益概念』でなければならない」[16]とする見解と、「法益とは、国家として憲法に従って構成される（べき）社会の内における当該社会構成員の共同生活の存立の為に必要不可欠な条件であって、且つ、純粋規範によって保護されている（べき）因果的に変更可能な対象である」とする見解[17]がある。

これらの見解は刑法解釈や刑事立法を憲法という観点から制限・拘束するものであり、憲法を根拠に新しく刑罰法規を設けることを可能にするものではなく、憲法の領域で認められる権利を刑法における法益として位置づけるための根拠にはならないという批判も予想される。しかし、日本の憲法学説と判例が認めるに至った「新しい人権」の多くは、従来から存在する憲法13条の幸福追求権の解釈から導出されたものであるので、表現の自由や生存権といった、憲法制定当時から存在する人権も、環境権やプライヴァシー権などの「新しい人権」も、憲法で認められた権利であることには変わりはない。したがって、個人情報という新しい利益であっても、これが憲法における権利として認められる以上、刑法における保護法益として位置づけることは可能である。そこで、次項では、個人情報という利益の憲法上の意義を検討することによって、個人情報の刑法における保護法益性について分析を進める。

第３項　プライヴァシー権によって保護される個人情報

憲法上のプライヴァシー権は、個人情報との関連において「自己情報コントロール権」として理解されるという学説[18]が有力に主張されている。元来、プライヴァシーの権利はアメリカ法において「ひとりで放っておいてもらう権利（the right to be let alone）」として理解され[19]、日本

---

[16] 内藤・前掲注（８）15頁。

[17] 伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂・1984年）414頁。

[18] 芦部（高橋）・前掲注（９）123頁、松井茂記「情報コントロール権説としてのプライバシーの権利」法学セミナー404号（1988年）40頁、佐藤幸治『憲法［第３版］』（青林書院・1995年）454頁、戸波江二『憲法［新版］』（ぎょうせい・1998年）181頁など。

[19] もともとは、19世紀末のアメリカにおけるイエロージャーナリズムに対抗

においても「宴のあと」事件１審判決（東京地判昭和39年９月28日判時385号12頁）[20]が「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」として定義した。このように、プライヴァシー権は、個人の私的領域に他者を無断で立ち入らせないという消極的な権利として理解されてきたが、情報化社会の発展に伴って、自己に関する情報を自らコントロールし、自己の情報とプライヴァシーの保護を公権力に対して請求するという積極的な権利としての側面が重視されるようになっている[21]。確かに、自己についての情報公開や、誤った情報の抹消を行政に請求する権利は保障されなければならないだろう。その意味では、プライヴァシー権を単なる自由権として解するのではなく、請求権としての側面も加味する考え方には一定の意義がある。しかし、個人に関する知識・情報の流通はコントロールできないものであり、他者によって知覚され得るものである[22]。他者によって知覚される可能性があり、知覚されざるをえない

する私法上の権利として主張された見解である（Samuel D.Warren & Louis D.Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv.L.Rev. 193 (1890). 邦訳として、外間寛（訳）「プライヴァシーの権利」戒能通孝・伊藤正己（編）『プライヴァシー研究』（日本評論社・1986年）１～42頁）。

[20] 元外務大臣で、東京都知事選に落選した有田八郎をモデルにした三島由紀夫の小説「宴のあと」において、有田とその妻との夫婦喧嘩や妻への暴力等の私生活を暴露する描写があったことから、有田は三島由紀夫と小説を出版した新潮社を相手取り、プライヴァシーの侵害であるとして損害賠償と謝罪広告を請求した事例である。五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣・2003年）205頁と石井夏生利『個人情報保護法の理念と現代的課題―プライバシー権の歴史と国際的視点』（勁草書房・2008年）213頁によると、本判決で定義されるプライヴァシー権は「ひとりで放っておいてもらう権利」に近い性質のものと理解されている。

[21] 芦部（高橋）・前掲注（９）123頁。

[22] 阪本昌成『プライヴァシー権論』（日本評論社・1986年）８頁。宮下紘「ビックデータの活用とプライバシー保護」法学セミナー 707号（2013年）11頁においても、「『自己情報コントロール権』としてのプライバシー権論については、大量のデータが世界の至る所で処理されている情報化社会において満足に自らのデータをコントロールすることなどできないため、その勢いを失いつつある」とされている。

林紘一郎『「個人データ保護」の法益と方法の再検討：実体論から関係論へ』情報通信学会誌31号（2013年）81～82頁によると、「自己情報コントロール権説」

場合もあることは「センシティブな知識・情報」であっても同様である[23]。この論者の主張する通り、情報の流通は本来であれば個人がコントロールできる性質のものではない。自己についての情報が他者に知覚されたとしても、自己の個人情報が手元から失われることはないものの、情報が一度でも他者に知覚されれば、情報を相手から取り返すことはできない。情報は個人に帰属するものであるが、財物とは異なり、個人がその流通を支配することはできないのである。

また、「自己情報コントロール権」という考え方は、自己に関する情報について何らかの問題が発生する前に解決をするという事前規制的な性格を有しているように見えるので、情報を自己によってコントロールする権利が保護されるのであれば、一度他者の知るところとなった情報は保護されないということになり、不当な結論を導くおそれがあるようにも思われる。しかし、自己情報コントロール権説も私的領域や私事の公開といった古典的なプライヴァシー侵害に対する保護を否定する見解ではなく、そのような侵害に対しては損害賠償や差止めによる救済が図られ得る[24]。そのように解すれば、やはり「自己情報コントロール権説」の問題は、情報のコントロールという概念の是非にある。

まず、「自己情報コントロール権説」に立脚した場合、保護の範囲が曖昧になるおそれがある。この見解は、他人が自己に関するどのような情報をどの程度保有するかを自己決定する権利がプライヴァシーであるとするので、コントロールの対象となる情報は文脈依存的であり、「情報主体が他人に知られたくないと感じている個人情報」が広く保護され

には、次の７つの欠点がある。①コントロールは手段であって保護の内容や権利ではない、②情報と情報主体との関係は多様でパターン化しにくい、③権利内容を事前に細部まで設定できるという誤解に基づく、④技術的にコントロールできるという実効性の保証がない、⑤プライヴァシー侵害の防止に傾きやすく情報の円滑な利用を阻害するおそれがある、⑥実定法上の根拠が明確でない、⑦コントロールを徹底すれば財産権的色彩（排他性）が強くなり弊害が生ずる、というものである。

[23] 阪本・前掲注（22）８頁。

[24] 曽我部真裕・林秀弥・栗田昌裕（編著）『情報法概説』（弘文堂・2016年）曽我部真裕「第６章　個人情報保護」177頁。

ることとなり得る[25]。個人情報保護法２条１項における個人情報の定義は「生存する個人に関する情報であって、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」であって、自己に対する他人の評価や感想等は含まれないので、保護の対象は個人を特定する客観的な事項に限定されるものの、自己情報コントロール権説からは刑法的保護の対象となるべき個人情報の範囲も、可罰的な行為態様の意義も導き出すことはできない。

次に、情報をコントロール可能なものと解する自己情報コントロール権説を突き詰めると、情報プライヴァシー権を財産権のように解することにつながり得る[26]。確かに、個人情報が集積して名簿になったり、過去に犯罪に遭ったことのある者のリストが作成されたりした場合は、当該個人情報は売買の対象となり、金銭的評価が可能になるので、個人情報の侵害行為を財産犯的に構成することも考えられ得る。しかし、単なる興味本位、もしくは公表して本人に恥をかかせるつもりで個人情報を不正取得するような場合には、当該個人情報を金銭的に評価することは不可能である[27]。このように、個人情報はその性質や扱われ方によって、

---

[25] 阪本昌成「プライバシー保護と個人情報保護の違い―私法的保護か、公法的保護か―」Nextcom Vol.12（2012年）27頁、大谷卓史「プライバシーの情報コントロール理論再考」技術と社会・倫理113巻274号（2013年）９頁。

[26] Alan F.Westin, Privacy and Freedom, Atheneum, 1967, P.7 によると、「プライヴァシーとは、個人、集団、または組織が自己に関する情報をいつ、どのように、どの範囲で他者に伝達するのかを決定するという主張」であり、P.324-325によれば、「個人情報は、個人の私的なパーソナリティーを決定する権利として考えた場合、財産権として定義されるべきであり、公的または私的機関によるあらゆる干渉に対する制限となり、わが国の財産権法が極めて説得的に考案した適正手続の保証を受けるべきである」とされる。

石井・前掲注（20）553頁では、Westin は必ずしもプライヴァシー権を財産権として捉えていたわけではなく、人格権としてのプライヴァシー権をより強固な形で保護するために、擬制的に財産権を論じたものと理解すべきであると分析されているが、個人情報をコントロールの対象になり得るものと解すれば、やはり情報プライヴァシー権は財産権に接近することとなろう。

[27] 佐藤結美「財産上の利益と他の無形的利益の区別」刑事法ジャーナル49号（2016年）34頁。石井・前掲注（20）561頁においても、プライヴァシー権を財

金銭的評価の可否が左右されるので、情報プライヴァシー権を財産権的に捉えることは妥当ではない。

このように、「自己情報コントロール権説」には幾多の検討すべき点があるものの、個人情報保護法が制定される以前から、個人情報が保護されるべきことは判例によって提唱されてきた。

まず、地方自治体が弁護士の照会に応じて原告の前科情報を提供した行為につき、原告が自己の名誉・信用・プライヴァシーが侵害されたとして損害賠償を請求した「前科照会事件」の最高裁判決（昭和56年４月14日民集35巻３号620頁）では、「前科及び犯罪経歴は人の名誉、信用に直接かかわる事項であり、前科等のある者もこれ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を有するのであって、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならないことはいうまでもない」ということから、地方自治体が照会に応じた行為は違法な公権力の行使であると判断された。伊藤正己裁判官の補足意見では、「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一つ」であるとされており、情報がみだりに提供されない権利がプライヴァシー権として認められるという趣旨が示されている。

続いて、大学主催の講演会に参加申し込みをした学生の氏名・住所等を記載した名簿の写しを警察署に提出した大学の行為につき、学生らがプライヴァシーの侵害であると主張して損害賠償を請求した「早稲田大学江沢民講演会事件」の最高裁（平成15年９月12日民集57巻８号973頁）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であるから、本件個人情報は、上告人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」と判断した。この事件で問題となった個人情報は前科等のセンシティブなものではなく、氏名・住所といった基本的なものであったが、本件の最高裁は個人情報一般につき法的保護

産権と見ることによって「財価性の認められる情報のみを保護対象とすれば、プライバシーや個人情報と呼ばれるものの一部を保護することしかできない」と述べられている。

が及ぶと解している。

そして、1999年に改正された住民基本台帳法に基づいて、氏名・生年月日・性別・住所の本人確認情報を住民基本台帳ネットワークシステムに取り込むことが、プライヴァシーの侵害にあたるとして、市民が居住する市に対して国家賠償請求を行った「住基ネット事件」の最高裁（平成20年３月６日民集62巻３号665頁）でも、「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」と判断された。もっとも、本件最高裁は問題となった本人確認情報のうち、氏名・生年月日・性別・住所の４つの情報は「秘匿性の高い情報とはいえない」ので、市町村が住基ネットによって情報を管理・利用する行為は「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を侵害するものではないと解しており、個人情報をその秘匿性・重要性によって区別している。

このように、個人情報が法的に保護される利益であることが判例の蓄積によって明らかとなっている。そして、これらの判例は個人情報が保護される根拠として、必ずしも「自己情報コントロール権」という概念のみには依拠せず、自己の意思に反して個人情報を開示されたり探知されたりすることからの自由としても捕えているようである。それでは、このような自由が法的に保護される根拠はどこにあるのだろうか。

「自己情報コントロール権説」を批判しつつ、プライヴァシーの利益を「評価の対象となることのない生活状況または人間関係が確保される状態に対する正当な要求または主張」と定義し、このうち、「法的承認をうけるに値する利益」がプライヴァシー権であるとする見解[28]がある。同様に、刑法の名誉毀損罪に関する学説にも、プライヴァシーの保護は社会的評価から自由な領域の保護として解釈され、正しい社会的評価を受けるべき利益である名誉とは区別されるというものがある[29]。このように、プライヴァシーの利益を「社会的評価からの自由」として解釈する見解には、名誉とプライヴァシーを明確に区別することが可能になる

[28] 阪本・前掲注（22）９頁。

[29] 佐伯仁志「プライヴァシーと名誉の保護（４・完）」法学協会雑誌101巻11号（1984年）65頁。

という利点があり、本来であればコントロールできる性質のものではない情報を財物のように管理・支配可能なものとして扱うことにつながり得る「自己情報コントロール権説」の弱点も克服しているので、本稿においても、「社会的評価からの自由という利益」の側面から個人情報保護を検討する[30]。

プライヴァシーの利益が「社会的評価からの自由」であると解すれば、どのような個人情報が保護の対象となるのであろうか。当該個人の「社会的評価」を左右する性質の個人情報には、前科前歴、健康状態、経済状況などといった、それが漏洩・提供・取得の対象となれば当該個人の社会的評価が低下し得るものは問題なく含まれるだろう。その一方で、氏名・住所といった、基本的な本人確認情報は「社会的評価からの自由」に影響する個人情報であるといえるだろうか。「氏名、住所、電話番号、顔かたち等は、本来社会的に開かれた個人情報であって、公的またはせいぜい中立的な性質の個人情報である」という指摘[31]がなされている。確かに、氏名や住所、性別などの基本的な個人情報が他者の知るところになったとしても、それ自体によって当該個人の社会的評価が左右されるとは考え難い。

しかし、住所などの基本的な情報も、不正使用の対象となることによって当該個人の生活に不利益が生じる蓋然性がある。例えば、本人の知らない間に、もしくは本人に対する情報の使用目的の告知が行われることなく、氏名・住所・電話番号の情報を収集して名簿を作成し、名簿が売買されたことによって本人に勧誘電話が頻繁にかかってくるようになったというようなケースでは、個人情報の不当な取り扱いによる生活への介入・干渉が行われているといえるだろう。このように、「社会的評価

[30] 阪本・佐伯による「社会的評価からの自由」としてのプライヴァシー権という考え方に賛同しつつ、刑法230条の名誉毀損罪について、①社会的評価から自由であるべき私的領域におけるプライヴァシーと、②社会的評価を受けるべき領域において、確実な資料・根拠に基づいて論評される利益としての名誉の２つが保護法益であると再構成する論文として、佐藤結美「名誉毀損罪の再構成―プライヴァシー保護の観点から―（１）（２・完）」北大法学論集62巻５号（2012年）204～157頁、62巻６号（2012年）350～314頁。

[31] 阪本昌成『プライヴァシーの権利』（成文堂・1982年）199頁。

からの自由」を左右しない性質の基本的な個人情報であっても、不当に扱われたことによって損害が発生し得るのであれば、そのような個人情報も保護に値する利益であるといえる。

2015年改正前の個人情報保護法は情報の性質を区別することなく、一律に「個人情報」を保護客体としていた。法改正により、個人情報の定義が「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（他の情報と容易に照合することができ、それにより特定の個人を識別することができるものを含む）」（２条１項１号）または「個人識別符号[32]が含まれるもの」（２条１項２号）として明確化された上で、２条３項において「本人の人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪の経歴、犯罪により害を被った事実その他本人に対する不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要するものとして政令で定める記述等が含まれる個人情報」と定義される「要配慮個人情報」が規定されることとなった。

刑法的保護の対象となる「個人情報」は、第一に、要配慮個人情報のような、「社会的評価からの自由」を左右し得る性質の情報であると考えられる。このような個人情報には、医療情報、前科前歴、信用情報といったものが該当する。続いて「社会的評価からの自由」に影響しない氏名・住所といった情報であるとしても、その不正使用によって個人の生活に不利益が発生し得る場合には、そのような情報も保護の対象となる。その意味において、個人情報を「センシティブ情報」とそれ以外の

[32] 個人識別符号は、「特定の個人の身体の一部の特徴を電子計算機の用に供するために変換した文字、番号、記号その他の符合であって、当該特定の個人を識別することができるもの」（２条２項１号）または「個人に提供される役務の利用若しくは個人に販売される商品の購入に関し割り当てられ、又は個人に発行されるカードその他の書類に記載され、若しくは電磁的方式により記録された文字、番号、記号その他の符合であって、その利用者若しくは購入者又は発行を受ける者ごとに異なるものとなるように割り当てられ、又は記載され、若しくは記録されることにより、特定の利用者若しくは購入者又は発行を受ける者を識別することができるもの」（２条２項２号）のいずれかに該当する文字、番号、記号その他の符合のうち、政令で定めるものをいうとされ、指紋認証データ、運転免許証番号、パスポート番号等がこれに該当する。

一般的な情報を区別するイギリス・フランス・ドイツの個人情報保護法制は妥当であり、日本の改正個人情報保護法もこれに倣うものであろう。いずれの性質の個人情報であっても保護法益としての地位を有することには変わりないが、後者の性質の個人情報の場合は、「社会的評価からの自由」の侵害が認められない以上、処罰がなされるためには情報の不正使用または不正使用に密接に関連する行為がなされたという結果が必要ではないだろうか。

このように、刑法における保護の対象となり得る個人情報は２種類に分けられ、そのような個人情報が保護される背景には、「社会的評価からの自由」または生活に対する不当な干渉・介入からの自由という利益観念されるので、個人情報に対する侵害行為は精神的自由に対する罪として位置付けられる。

本節では、個人情報が刑法における保護法益としての地位を有し得ることについて明らかにしたが、個人情報に法益性を付与することが直ちに「刑法の謙抑性の原則」に違反するとはいえない。どのような個人情報に対して、どのような侵害行為をすれば刑罰の対象となり得るのかという制裁論のレベルにおいて慎重な議論を行うことによって、法益保護と謙抑性原則の均衡を保つことは十分に可能である。

第２節　個人情報の侵害に対する妥当な規制のあり方

前節では、個人情報が刑法における保護法益としての地位を有し得るということを検討した。そこで、本節では、個人情報に対するどのような侵害行為が刑罰の対象となり得るのか、刑罰の他に妥当な規制方法はあるのかということについて、第３章から第５章までで得られた外国法の知見をもとに考察する。

第１項　第三者機関による監視の可能性

イギリス・フランス・ドイツの個人情報保護の在り方で共通しているのは、①中立的・専門的な第三者機関が個人情報の取り扱いを監督しており、第三者機関は法律違反に対して金銭制裁（ドイツの場合は過料）を科す権限を有していることと、②個人情報の不正収集、無断での第三

者提供といった広範な侵害行為を間接罰ではなく、直接的に処罰する規定が多数設けられていること、③刑罰規定が多く設けられているものの、実際には第三者機関による監督や金銭制裁が功を奏しており、刑罰が科されるケースは少ないことである。

個人情報保護法が改正されるまで、日本では個人情報保護法の違反を直接的に処罰する規定は存在せず、中立的・専門的な第三者機関も存在せず、省庁のガイドラインや企業等の自主規制というレベルに留まっていた。一方で、イギリスにおける情報コミッショナー、フランスにおけるCNIL、ドイツにおける連邦データ保護観察官・州の監督官庁や独立委員会が強力な権限を用いて個人情報の取り扱いを監督することによって、刑罰の発動が結果的に控えられているという実態には見るべきものがある。日本においても、そのような第三者機関に対して強力な監督権限を付与することは可能だろうか。社会保障や税の分野を中心に、国民一人ひとりに個人番号を設ける「行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律（以下、共通番号法とする）」の成立に伴って設けられた独立第三者機関である「特定個人情報保護委員会」と、これが改組されて改正個人情報保護法に規定されるに至った個人情報保護委員会と、旧個人情報保護法における主務大臣制度との関係から検討する。

第１款　共通番号法成立前の第三者機関に関する議論

イギリスなどの諸外国では個人情報保護のための第三者機関が設けられている一方で、2015年改正前の日本の個人情報保護法には主務大臣が命令を行うという制度が採られ、独立の権限を有する第三者機関が設けられることはなかった。

旧個人情報保護法施行後、いくつかの審議会等で第三者機関の設置に関する議論が行われてきた。消費者庁に設置されていた国民生活審議会個人情報保護部会の「個人情報保護に関する取りまとめ（意見）」（2007年６月29日。以下、「取りまとめ（意見）」とする。）では、民間部門における個人情報の取り扱いについて、「我が国では、個人情報の取扱いは民間事業者の事業活動の一環として行われ、当該事業活動と不可分なものであるとともに、業種・業態に応じた様々な特性を有していることか

ら、個人情報の適正な取扱いを十分に確保するためには、事業ごとのきめ細かい判断が不可欠であり、また、当該事業活動に関する事務と一体的に遂行することが合理的かつ実効的であると考えられる。こうしたこと等から、当面、主務大臣制を維持することが妥当であると考えられ、第三者機関の設置については、国際的な整合性も踏まえ、中長期的課題として検討することが必要である」とされた[33]。

「中長期的課題として検討する」必要性が指摘されていることから、第三者機関設置の可能性を全面的に否定する考えではないものの、2001年９月25日データ保護コミッショナー国際会議で採択された「資格に関する委員会の基準及び規則並びに認定の原則」[34]が、第三者機関として認められるために次の条件の充足を要求していることを受けて、日本の機関がこの要件を充足することは困難であるとされた。

その条件は以下の通りである。

①適切な法的根拠に基づいて設置された公的機関であること。

②所掌事務の遂行のために適切な水準の自主性・独立性が保証されていること。

自主性については、第三者機関が、法的・実務的に、第三者の許可を得ずに適切な措置を講じる権限を付与されていることが求められる。

独立性については、第三者機関が政治的・行政的干渉を受けずに活動し、既得権益の影響に耐えることができるために重要である。

③所掌事務を定めている法律が、データ保護やプライヴァシーに関する国際的な枠組みに準拠していること。

④適切な範囲の機能を有しており、その実施が法的な権限により担保されていること。

データ保護の第三者機関は、法令順守、監督、調査、救済、指導及び公教育等の分野について、一連の機能を有する。第三者機関は、助言的

---

[33] 国民生活審議会個人情報保護部門「個人情報保護に関する取りまとめ（意見）」24頁。http://www.caa.go.jp/seikatsu/shingikai/kojin/20th/torimatome.pdf.

[34] 2002年９月９日データ保護プライヴァシーコミッショナー国際会議で改定された。

な機能を有するだけなく、法的・行政的な結果を伴う監督権限を有さなければならない。

第３章から第５章で検討してきたイギリス・フランス・ドイツの第三者機関は、各々のデータ保護法にその存在が規定され、独立した監督機関として位置付けられ、命令を行ったり違反に対して金銭制裁を科したりする等の権限を有していることから、これらの条件を充足している。その一方で、「取りまとめ（意見）」では「自主性・独立性や、適切な範囲の機能及びその実施の法的な権限による担保の観点から」、日本の機関は条件を充足できない[35]とされたが、そのような第三者機関を設立することにつき現行法の枠組では限界があるという趣旨なのか、それとも社会的な実態として困難であると解しているのかということは定かではない。

「取りまとめ（意見）」は民間事業者の個人情報の取り扱いに関するものであったが、法改正前は公的部門における個人情報取り扱いにおいても、独立の第三者機関は設置されていなかった。行政機関個人情報保護法と独立行政法人等個人情報保護法では、両法を所管する総務大臣による監督が認められていたが、諸外国の第三者機関のような広範で強力な権限を有するものではない。各々の地方公共団体が保有する個人情報についてはそれぞれの個人情報保護条例が一般法として規定されているが、地方公共団体の条例では執行機関としての委員会や委員を置くことはできない（地方自治法138条の４第１項）ことから、地方公共団体にはイギリス等のような独立した第三者機関を置くことは法律的に不可能であることが指摘されている[36]。

2011年７月に公表された、消費者委員会個人情報保護専門調査会の報告書（以下、「検討課題」）では、第三者機関について、下の３点が検討課題であるとされた[37]。

---

[35] 前掲注（33）25頁。

[36] 宇賀克也「特定個人情報保護委員会について」情報公開・個人情報保護49号（2013年）68頁。

[37] 「個人情報保護法及びその運用に関する主な検討課題」７頁。http://www.

（１）個人情報保護法制の執行に、自主性・独立性を保証された第三者機関が関与すべきとの意見については、社会保障・税番号制度の検討における議論を参照しつつも、個人情報保護法制の全体像を視野に入れた構想として、具体的な在り方や想定される効果等を検討する必要がある。

（２）社会保障・税番号に係る個人情報との関係で設置が検討されている第三者機関に、番号以外に係る個人情報についても苦情の受付や制度運用の監督を行う権限を与えるべきとの意見については、個人情報保護法制の全体像を視野に入れた構想における選択肢の一環として、検討する必要がある。

（３）個人情報保護法上の主務大臣と第三者機関との間における機能配分等の整理については、番号法における議論の進展を注視しつつ、個人情報保護法制としての全体的な整合性・実効性を確保する観点から、個人情報保護法の在り方についても検討する必要がある。

このように、2007年の国民生活審議会の「取りまとめ（意見）」の段階では、個人情報保護分野における第三者機関を設けることについて懐疑的な論調であったのに対して、2011年の個人情報保護専門調査会の「検討課題」では、個人情報保護法制度全体において、独立の第三者機関を設ける可能性が示唆されている。その根拠は、①個人情報保護法を改正せずに番号制度の枠組みで第三者機関がつくられるとすれば、その「番号」を特別に扱う理由が不明確であるということ、②番号制度において設置を検討されている第三者機関が、他の行政機関の個人情報保護についても監督等するのが効率的であり、公的機関以外の民間機関における個人情報・プライヴァシー保護についても、主務大臣制ではなく、法律と技術の専門家を十分に配置した第三者機関で一元化して苦情を受け付け、各事業者を監督したほうがよいのではないかということなどである[38]。

「検討課題」では個人情報保護法における主務大臣制度についても、

---

cao.go.jp/consumer/history/01/kabusoshiki/kojin/doc/houkokusho.pdf.

[38] 前掲注（37）８頁。

個人情報を取り扱う各々の事業分野の特殊性を考慮した監督を行ってきたとして一定程度の評価をしているが、情報についての専門性を有する第三者機関と主務大臣が共存することが期待されている。主務大臣制度のもとでは、個人情報取扱事業者の取扱う事業を管理する権限を有している大臣または国家公安委員会が「主務大臣」として勧告や命令を行うので、経済産業分野における個人情報の取り扱いに何らかの違反があれば経済産業大臣が、医療や介護の分野においては厚生労働大臣が「主務大臣」となる。

このように、当該事業の個別具体的な実態について知悉している主務大臣が取り締まることには、監督業務によって各々の事業が不当に妨害されないという利点があると考えられるので、第三者機関の設置と主務大臣制の廃止の関係について検討する必要がある。

第２款　特定個人情報保護委員会

2013年５月24日に国会で成立し、５月31日に公布された共通番号法では、特定個人情報保護委員会という第三者機関が内閣府の外局の委員会として設置されることとなった。

（１）法律の概要と「特定個人情報」について

この法律における「共通番号制度」の下では、①一人ひとりの個人（住民票を有する在留外国人も対象となる）に対して、住民票コードから生成された固有の「個人番号」が付与される。続いて、②この番号によって紐付けされた同一人の情報は、社会保障分野（年金、医療、介護保険、福祉、労働保険）、税務分野（国税、地方税）、東日本大震災後に追加された災害対策分野において利用するために、複数の府省庁や地方公共団体の間で相互に連携する。そして、③これらの機関で保有している情報について、同一人の情報であることの確認を行う。

このような共通番号制度の意義は、分散されている個人情報の名寄せ・突合せの負担を減らすことによる行政運営の効率化と、本人確認手続の簡素化による負担軽減と利便性の向上にある（共通番号法１条）。この法律では、「個人番号」の他に「特定個人情報」も保護の対象となる。特定個人情報とは、「個人番号をその内容に含む個人情報」であるとされ

ているので（法２条８項）、「個人情報＋個人番号」のセットを指している。共通番号法２条３項によると、「個人情報」とは「行政機関個人情報保護法第２条第２項に規定する個人情報であって行政機関が保有するもの、独立行政法人等個人情報保護法第２条第２項に規定する個人情報であって独立行政法人等が保有するもの又は個人情報の保護に関する法律第２条第１項に規定する個人情報であって行政機関及び独立行政法人以外の者が保有するもの」である。つまり、生存する個人に関する情報であって、特定の個人を識別することができるものを意味している。

共通番号制度は社会保障と税の分野を主な対象としていることから、特定個人情報は秘密性の高い情報とともに使われることになる[39]という指摘があり、特定個人情報の提供・収集・保管が原則的に禁止されていること（19条・20条）は諸外国の個人情報保護法制における「センシティブ情報」の取り扱い条件と類似している部分がある。本法に設けられた第三者機関は、個人情報一般ではなく特定個人情報を取り扱うものであることから、特定個人情報の要保護性はより高く位置づけられているものと考えられる。

共通番号制度そのものに対しては、社会保障等の分野における正確な所得の把握にどの程度役に立つのかという費用対効果が不明であるとの批判があり、新聞等で報道されていることに反して、この制度が導入されたとしても個人情報を一元管理することはできない。番号制度が導入されても、個人情報は従来通り市町村、独立行政法人、健康保険組合といった各行政機関等が保有するという分散管理体制を採る。情報保有機関Ａが他の機関Ｂの保有する個人情報を必要とする場合には、ＡはＢに照会を行うことになっているが、その際に個人番号を直接用いるのではなく、情報照会機関Ａと情報提供機関Ｂがそれぞれ保有する個人番号に

[39] 石井夏生利「個人番号制度と第三者機関」法学セミナー 707号（2013年）15頁。宮下紘「番号制度と個人情報保護個人番号の利用開始に向けて」時の法令1943号（2013年）70 ～ 71頁は、個人番号で扱う情報の機微性ゆえに、職場・財産・収入情報に世帯や障害に関する情報が紐づけられ漏洩すれば、個人情報のみによって偏見・差別や好奇心が助長されることになり、その損害は単純な個人情報の漏洩の比ではないと述べている。

割り当てられている「符号」を用いる。これを前提に、情報照会機関Ａが、照会を希望する特定個人情報名と符号Ａを情報提供ネットワークシステムに送信する。

次に、これを受け取った情報提供システムネットワークでは符号Ａを、情報提供機関Ｂの符号Ｂと変換することによって、情報提供を許可して符号Ａと符合Ｂを紐付ける。そして、情報提供システムネットワークから情報提供機関Ｂに対し、Ａが照会を希望する特定個人情報名と符号Ｂを送信する。これを受信した情報提供機関Ｂは当該特定個人情報を抽出し、情報照会機関Ａに送信して完了するという流れである[40]。

このように、共通番号制度において個々の機関が作成した個々の符号が用いられているのは、個人番号を直接用いることによってどこかの機関から特定の個人番号が漏洩したような場合に、それを用いて特定個人情報すべてを取得されるおそれがあり、それを回避するためである。

また、特定個人情報保護委員会は、個人情報保護法と共通番号法の改正に伴って個人情報保護委員会に改組され、特定個人情報に限定されず個人情報全般について取り扱う第三者機関となったが、独立第三者機関の権限の範囲について検討するにあたり、個人情報保護委員会の前身である特定個人情報保護委員会についても参照する意義がある。以下では、特定個人情報保護委員会の法的位置づけとその権限について述べる。

（２）特定個人情報保護委員会の独立性と専門性

特定個人情報保護委員会は、内閣府の外局に置かれた。内閣府設置法49条３項[41]に基づき設置され、内閣総理大臣の所管に基づく委員会である（共通番号法旧36条）。

この委員会は、国家行政組織法３条に基づく「三条委員会」であり、

[40] 岡村久道『よくわかる共通番号法入門　社会保障・税番号のしくみ』（商事法務・2013年）52 ～ 53頁。

[41] 内閣府設置法49条では、「内閣府には、その外局として、委員会及び庁を置くことができる。２　法律で国務大臣をもってその長に充てることと定められている前項の委員会には、特に必要がある場合においては、委員会又は庁を置くことができる。３　前２項の委員会及び庁（以下それぞれ「委員会」及び「庁」という。）の設置及び廃止は、法律で定める」とされている。

省庁と並ぶ行政機関として位置づけられていることから、委員会が自らの名で命令を発し、施行規則を自ら定めることができる独立性の高い機関である[42]。国家行政組織法８条に基づく審議会等である「八条委員会」に比して、その権限は広範である。

特定個人情報保護委員会は、「委員会の委員長及び委員は、独立してその職権を行う」（旧39条）と規定され、職務の政治的中立性が法によって担保されている。委員会は委員長及び委員６人で構成され（旧40条１項）、委員長と委員は「人格が高潔で識見の高い者」から両議院の同意を得て内閣総理大臣が任命する（旧40条３項）。委員長と委員は、個人情報の保護に関する学識経験のある者、情報処理技術に関する学識経験のある者、社会保障制度または税制に関する学識経験のある者、民間企業の実務に関して十分な知識と経験を有する者及び連合組織[43]の推薦する者で構成される（旧40条４項）。委員長と委員は、在任中は原則的にその意に反して罷免させられることはなく、身分が保障されている（旧42条）[44]。

このように、委員会の構成員は独立性・政治的中立性が法によって担保されているだけではなく、複数の分野の専門的知見を有する者から任命されることが予定されており、複数の分野の専門家による慎重な議論により適切な結論に達することが期待されている[45]。特定個人情報保護委員会が有する独立性と専門性は、イギリス・フランス・ドイツにおける個人情報保護の第三者機関と類似している。

---

[42] 石井・前掲注（39）17頁、岡村・前掲注（40）190頁、水町雅子「番号法の概要」ジュリスト1457号（2013年）39頁。

[43] 地方自治法263条の３第１項の連合組織で、同項の規定による届出をしたものをいう。

[44] 罷免されるのは、①破産手続開始の決定を受けた場合、②共通番号法の規定に違反して刑に処せられた場合、③禁固以上の刑に処せられた場合、④委員会により、心身の故障のため職務を執行することができないと認められたとき、又は職務上の義務違反その他委員長若しくは委員たるに適しない非行があると認められた場合に限る（旧42条１～４号）。

[45] 宇賀・前掲注（36）73頁。

（３）特定個人情報保護委員会の権限

特定個人情報保護委員会の権限には、改正前の個人情報保護法における主務大臣と同様のものもあるが、全体的には主務大臣に比して広範な権限を付与されている。

まず、特定個人情報保護委員会は、個人番号利用事務等実施者に対し、特定個人情報の取り扱いに関して必要な指導および助言をすることができる（旧50条）。個人番号利用事務等実施者には、国の機関も含まれる（２条10項、２条12項）。助言は、個人番号利用事務等実施者による自主的解決を助けるための進言である[46]。指導・助言は、本人からの苦情や主務大臣等からの情報提供を契機として特定個人情報保護委員会が問題点を認識して行う場合もあり、対象者から求められて行う場合もある[47]。

次に、委員会は、特定個人情報の取扱いに関して法令の規定に違反する行為があった場合に、必要があると認めるときには当該違反行為者に対して期限を定めて、当該違反行為の中止その他違反を是正するために必要な措置をとるべき旨を勧告することができる（旧51条１項）。勧告制度は、指導・助言では自主的な問題解決が図られない場合に用いられる。法律の文言上は勧告の前に指導・助言を行うことを要求するものではないが、実際には指導・助言を経た後、その内容を踏まえて行うことが想定されている[48]。ここでいう「法令の規定に違反する行為」は共通番号法のみならず、個人情報保護法、行政機関個人情報保護法などの法令違反も含まれている。「当該違反行為者」とは、特定個人情報を法律に基づいて取り扱う権限のある者のみならず、権限なしに違法に特定個人情報を扱う者も対象となる。したがって、個人番号利用事務等実施者、その事務に従事する者（派遣労働者も含む）、情報提供システムネットワークの運営機関およびその事務に従事する者といった情報実務に従事する者のほか、不正取得によって特定個人情報を保有している者、不正に漏洩した特定個人情報を転得するなどして特定個人情報を保有している者、個人番号の提供を求めることができないのに求めている者といっ

[46] 岡村・前掲注（40）197頁。
[47] 宇賀・前掲注（36）77頁。
[48] 岡村・前掲注（40）198頁。

た者などの、法令違反行為を行った全ての者が含まれる[49]。

続いて、委員会は、勧告を受けた者が正当な理由なく勧告に係る措置をとらなかった場合には、期限を定めて勧告に係る措置をとるべきことを命令することができる（旧51条２項）。正当な理由なく勧告に従わないことが命令の条件となっているので、勧告が事実誤認に基づくものであることが判明したり、大災害等の、勧告を受けた者の責に帰すことのできない理由により勧告を遵守できなかったりした場合には命令を行うことは認められない[50]。

このように、旧51条２項の命令（通常命令）は勧告を前提としているが、特定個人情報の取扱いに関して法令の規定に違反する行為があった場合において、個人の重大な権利利益を害する事実があるため緊急に措置をとる必要があると認めるときは、当該違反行為者に対して、期限を定めて、当該違反行為の中止その他違反を是正するために必要な措置をとるべき旨を命ずることができる（旧51条３項）。これを緊急命令といい、通常命令とは異なり勧告を経る必要はなく、違反行為に対して直ちに命令することが可能である。旧51条２項の通常命令や旧51条３項の緊急命令に違反した者は、２年以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられ（旧73条）、主務大臣による命令の違反と同様に間接罰の仕組みが採られている。

委員会は、この法律の施行に必要な限度において、特定個人情報を取り扱う者その他の関係者に対し、特定個人情報の取り扱いに関する必要な報告もしくは資料の提出を求め、またはその職員に、当該特定個人情報を取り扱う者その他の関係者の事務所その他必要な場所に立ち入らせ、特定個人情報の取扱いに関し質問させ、もしくは帳簿書類その他の物件を検査させることができる（旧52条）。報告・資料要求と立入検査は「この法律の施行に必要な限度」で行うことができるので、特段の違反行為の存在を要件としない。この規定による報告や資料の提出をせず、もしくは虚偽の報告・資料を提出し、また当該職員の質問に対して答弁をせず、もしくは虚偽の答弁をし、もしくは検査を拒否、妨害、忌避し

[49] 宇賀・前掲注（36）77頁。
[50] 宇賀・前掲注（36）78頁。

た者は、1年以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられる（旧74条）。

旧個人情報保護法における主務大臣にも、報告要求、助言、勧告・命令する権限が認められているが、特定個人情報保護委員会にはそれらに加えて立入検査を行う権限が設けられ、それを拒否等することが刑罰で禁止されていることは特徴的である。イギリス・フランス・ドイツの個人情報保護のための第三者機関には立入権限が付与されており、委員会はEU型の第三者機関に類似した存在となっているといえる。さらに、特定個人情報保護委員会は、個人番号その他の特定個人情報の取り扱いに利用される情報提供ネットワークシステムその他の情報システムの構築および維持管理に関し、総務大臣等に対して必要な措置を実施するよう要求したり（旧54条）、特定個人情報保護に関する施策の改善について内閣総理大臣に対して意見を述べたりすることができる（旧55条）。

特定個人情報保護委員会について、共通番号法附則旧６条２項では、「政府は、この法律の施行後１年を目途として、この法律の施行の状況、個人情報の保護に関する国際的動向等を勘案し、個人番号をその内容に含む個人情報である特定個人情報以外の取扱いに関する監視または監督に関する事務を委員会の所掌事務とすることについて検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする」とされているので、個人情報保護法と共通番号法の改正前から、「近い将来において、特定個人情報保護委員会が、個人情報保護全般を対象とする第三者機関に発展する可能性もある」と指摘されていた[51]。

（４）主務大臣制との関係

（３）で見てきたように、特定個人情報保護委員会には様々な権限があり、その中には委員会に独自のものと、主務大臣にも付与されているものがある。具体的には、特定個人情報保護委員会の指導・助言権限、報告・資料要求権限、勧告・命令権限と、主務大臣の報告要求権限（個人情報保護法旧32条）、助言権限（旧33条）、勧告・命令権限（旧34条）の関係が問題となる。特定個人情報保護委員会の権限は、一般的には特定個人情報の取扱いに関するものである一方で、主務大臣の権限は個人

[51] 宇賀・前掲注（36）69頁、石井・前掲注（39）19頁。

情報、個人データまたは保有個人データに関する権限であるが、その対象が重複する場合もある。個人情報保護法が主務大臣による監督の仕組みを採用したのは、主務大臣が各業界の実情についての情報を得やすい立場にあり、膨大な民間事業者を一つの機関が監督することが困難だからであるので、専ら特定個人情報保護委員会が特定個人情報について監督するわけではなく、主務大臣による監督が否定されるものではないとされていた[52]。

主務大臣と特定個人情報保護委員会の分業につき、３つのパターンが提示されている[53]。論者によると、①勧告・命令権限を第三者機関に一元化し、主務大臣が第三者機関の権限発動を求める方法、②主務大臣と第三者機関が勧告・命令権限を行使するが、主務大臣が行使する場合には第三者機関から意見聴取ないし協議する方法、③主務大臣と第三者機関が単独で勧告・命令権限を行使し、互いに通知する方法の３つの選択肢がある。

論者は、個人情報保護施行令の13条１項が「個人情報取扱事業者が行う個人情報の取扱いについて、主務大臣が２以上あるときは…（中略）…主務大臣の権限は、各主務大臣がそれぞれ単独に行使することを妨げない」と規定し、13条２項が「前項の規定によりその権限を単独に行使した主務大臣は、速やかに、その結果を他の主務大臣に通知する」と規定していることを参考条文として挙げており、②と③の類型の使い分けが適切であると解している[54]。

このように、特定個人情報保護制度においても主務大臣制を廃するのではなく、必要に応じて両者を連携させるべきであるとの見解が有力に主張されていた。2015年の改正個人情報保護法では、監督権限が個人情報保護委員会に一元化されているが、後述のように事業所管大臣が権限の委任を受けて監督を行うことがあり得る。

---

[52] 宇賀・前掲注（36）71頁。

[53] 宍戸常寿「パーソナルデータに関する第三者機関について」（2013年10月29日に開催された第３回パーソナルデータに関する検討会における資料２）19頁。http://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/pd/dai3/siryou2.pdf.

[54] 宍戸・前掲注（53）19頁。

第３款　個人情報保護委員会

前款では、現行法における個人情報保護委員会の前身である特定個人情報保護委員会の法的位置づけと権限の範囲について詳述した。続いて本款では、個人情報保護委員会について、特定個人情報保護委員会と比較しつつ述べる。

（１）法的位置づけ

個人情報保護委員会は、改正個人情報保護法の第５章に規定されている。個人情報保護委員会は、旧特定個人情報保護委員会と同様、内閣府設置法49条３項に基づいて設置され、内閣総理大臣の所轄に属する（59条）。委員会の委員長と委員は独立して職務を行うこととされ（62条）、委員長及び委員には「個人情報の保護及び適正かつ効果的な活用に関する学識経験のある者、消費者の保護に関して十分な知識と経験を有する者、情報処理技術に関する学識経験のある者、特定個人情報が利用される行政分野に関する学識経験のある者、民間企業の実務に関して十分な知識と経験を有する者並びに連合組織の推薦する者が含まれる」（63条４項）ものとされるのは、旧特定個人情報保護委員会と同様である。

（２）個人情報保護委員会の権限

法改正により、旧特定個人情報保護委員会が有していた権限が個人情報保護委員会に引き継がれるに至った。まず、「個人情報取扱事業者又は匿名加工情報取扱事業者[55]に対し、個人情報又は匿名加工情報の取扱

[55]「匿名加工情報」は、特定の個人を識別することができないように個人情報を加工して得られる個人に関する情報であって、当該個人情報を復元することができないようにしたものであり（２条９項）、「匿名加工情報取扱事業者」は、「匿名加工情報を含む情報の集合物であって、特定の匿名加工情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したものその他特定の匿名加工情報を容易に検索することができるように体系的に構成したものとして政令で定めるものを事業の用に供している者」（２条10項）であり、法改正によって新たに規定された。個人情報は特定の個人を識別することが可能な個人に関する情報であるので、個人を識別できなくさせる「匿名化」が行われれば、個人情報保護法における保護客体とはならない。

いに関し、必要な報告若しくは資料の提出を求め、又はその職員に、当該個人情報取扱事業者等の事務所その他必要な場所に立ち入らせ、個人情報等の取扱いに関し質問させ、若しくは帳簿書類その他の物件を検査させることができる」（40条１項）。

次に、個人情報取扱事業者と匿名加工情報取扱事業者に対して指導及び助言をすることができる（41条）。指導・助言には法的拘束力がないので、処分性が否定される[56]。

続いて、個人情報取扱事業者や匿名加工情報取扱事業者が個人情報保護法に違反した場合、当該事業者等に対して当該違反行為の中止や、違反を是正するために必要な措置をとるべき旨の勧告をすることができる（42条１項）。

旧法において個人情報取扱事業者の義務として科されていた個人情報の利用目的の特定（15条）、利用目的による制限（16条）、個人情報の適切な取得（17条）、取得に際しての利用目的の通知等（18条）、内容の正確性の確保等（19条）、安全措置管理（20条）、従業者の監督（21条）、委託先の監督（22条）、苦情の処理（31条）といった義務はそのまま新法に引き継がれているが、外国にある第三者への提供の制限（24条）、第三者提供にかかる記録の作成等（25条）、第三者提供を受ける際の確認等（26条）がある。匿名加工情報取扱事業者の義務としては、匿名加工情報を第三者提供する際に情報の項目及び提供の方法について公表し、第三者に対して当該提供に係る情報が匿名加工情報である旨を明示する義務（37条）と、匿名加工情報から個人を識別しない義務（38条）、安全措置をとる義務（39条）がある。

義務違反に対する勧告によって問題が解決されることもあるが、勧告を受けた個人情報取扱事業者や匿名加工情報取扱事業者が正当な理由なく応じず、個人の重大な権利利益の侵害が切迫している場合には、勧告に係る措置をとるように命令することができる（42条２項）。

そして、違反によって個人の重大な権利利益が侵害される事実があるため緊急に措置をとる必要がある場合には、勧告を経ることなく緊急命

[56] 日置巴美・板倉陽一郎『平成27年度改正個人情報保護法のしくみ』（商事法務・2015年）56頁。

令を発することができる（42条３項）。個人情報取扱事業者や匿名加工情報による義務違反に対しては、新設されたデータベース提供罪（83条）が適用されるケースを除いて、直ちに処罰されるのではなく、命令又は緊急命令に違反した場合に処罰対象となるという間接罰方式が採られている（84条）。

このように、個人情報保護委員会には旧特定個人情報保護委員会と同様に、報告要求・指導・助言、勧告・命令・緊急命令といった権限が付与されている。法改正により、主務大臣が有していた権限が個人情報保護委員会に一元化されることとなったが、事業者に対する報告要求や立入検査については、個人情報保護委員会が権限を委任する形によって事業所管大臣が権限を行使することが認められている（44条）。旧法における主務大臣制には、各事業分野の特色に即した実効性ある権限行使がなされ得ることが期待されていたので、法改正後も事業所管大臣の専門的知見を活用するために44条の委任規定が設けられた[57]。各々の事業分野の大臣を監督に関与させるという考え方は、旧特定個人情報保護委員会における議論から引き続くものである。

第４款　第三者機関による非刑罰的金銭制裁の可能性

特定個人情報保護委員会は個人情報一般について監督等を行う機関へと移行して個人情報保護委員会となり、かつての主務大臣制よりも広範な権限を付与されているものの、違反に対して非刑罰的金銭制裁[58]を科す権限までは与えられていない。イギリス・フランス・ドイツの第三者機関には非刑罰的金銭制裁（または過料）の権限があり、情報についての高い専門性とあいまって違反に対する抑止力となっている。特に、フランスでは裁判所による罰金刑よりも第三者機関である CNIL による金銭制裁の方が情報処理者にとって脅威となっていることは第４章で述べたとおりである。日本の個人情報保護委員会に対して、このような非刑

[57] 日置・板倉・前掲注（56）61頁。

[58]「金銭制裁」という用語には罰金や科料という刑罰も含まれるが、「課徴金」という文言は独占禁止法・金融証券取引法に独自の用語であるので、ここでは「非刑罰的金銭制裁」という用語を用いる。

罰的金銭制裁を科す権限を与えることは可能だろうか。

（１）制度設計

①非刑罰的金銭制裁の法的性質

第三者機関が何らかの違反行為に対して非刑罰的金銭制裁を科す例として、独占禁止法違反事件における公正取引委員会による課徴金納付命令が挙げられる。公正取引委員会は内閣府の外局に位置し、独立して職務を行う「三条委員会」として位置付けられているという点で、個人情報保護委員会と同様である。公正取引委員会は課徴金納付命令（７条の２）と排除措置命令（７条）を行政制裁として行うことができるが、違反行為に対して実際に処分を下すか否かの判断は委員会の裁量に委ねられているので、一部の事業者だけに制裁を課したり、制裁を課す対象行為を限定したりすることが可能である[59]。このことは、個人情報保護委員会が違反に対して命令等を行うか否かの裁量を有していることと同様である。

このように、公正取引委員会と個人情報保護委員会は独立性と裁量性という点で類似しているので、非刑罰的金銭制裁を科す権限を個人情報保護委員会に付与することができるか否かという問題を考察する前提として、公正取引委員会による課徴金納付命令という行政制裁が法的にはどのように位置づけられているのかを確認する。

当初の独占禁止法では、不当な取引制限行為に対して排除措置命令と刑罰（89条）で対処していたが、排除措置命令を受けたとしても違反事業者は将来に向かって違反行為をやめれば済むので、違反行為による利得はそのまま違反事業者の手元に残ることから、課徴金制度が導入された[60]。課徴金の金額は、違反行為期間中における当該商品等の売上額に一定率（算定率）をかけた額の２分の１であったが、平成17（2005）年と平成21（2009）年の法改正によって算定率が引き上げられた。そして、違反行為を反復した場合（７条の２第７項）や違反行為において主導的

[59] 矢吹公敏「独占禁止法違反事件における審査・審判手続と課徴金制度の将来像」法律時報85巻12号（2013年）47頁。

[60] 山本雅昭「諸制裁の性質―刑法の視点から」法律時報85巻12号（2013年）15頁。

役割を果たした場合（７条の２第８項）には算定率を上乗せすることで課徴金額が引き上げられることとなった。この法改正により、違反事業者が同一事件について課徴金と罰金を併科された場合には課徴金額から罰金額の２分の１に相当する金額が控除されることが制度化された（７条の２第19項）。課徴金と罰金の併科が二重処罰にあたるのではないかという批判を受けて導入された調整方法である。

課徴金制度が導入された当初は、この制度は違反者から不法な利益を剥奪するために設けられたものとされていたが、法改正や近時の議論に鑑みれば、単なる利益の吐き出しではなく制裁として位置づけるのが妥当であるように思われる。

まず、平成17（2005）年の独占禁止法改正により、自らが関与したカルテル・入札談合の違反内容を公正取引委員会に自主的に報告した場合に、事業者に対する課徴金を減免する制度が導入された[61]。課徴金減免制度の目的は、事業者自らがその違反内容を報告して更に資料を提出することにより、カルテル・入札談合の発見、解明を容易化して、競争秩序を早期に回復することであるとされている[62]。

課徴金減免制度の下では、委員会に対する報告の順位に応じて減免額が左右され、報告が行われたのが委員会の調査開始以前であるか以後であるかによっても減免額が左右される[63]。続いて、違反行為に対する調

---

[61] 課徴金減免制度の導入に伴い、課徴金の減免に係る報告及び資料の提出に関する規則（平成17年10月19日公正取引委員会規則第７号）が制定された。

[62] 公正取引委員会ホームページ「課徴金減免制度について」を参照。http://www.jftc.go.jp/dk/seido/genmen/genmen.html.

[63] 独占禁止法７条の２第10項・第11項は、委員会による調査開始前に報告が行われた場合の減免額について規定している（調査開始後に違反行為をしていない場合に限る）。調査開始前に減免の対象となるのは最大５社までであり、違反行為をした事業者の中で最初に報告を行った者は課徴金を全額免除される（７条の２第10項）。２番目に報告を行った者は50％免除され（７条の２・11項１号、４号）、３番目に報告を行った者は30％免除され（７条の２・11項２号、４号）、４番目と５番目に報告を行った者も30％免除される（７条の２・11項３号、４号）。

また、調査開始後であっても、調査開始前の報告者が５社に満たない場合には、調査開始前と調査開始後の申請者が合計５社になるまで、報告による減免

査への協力の程度を考慮して、委員会の裁量によって課徴金額を決定する制度の導入が議論されている[64]。課徴金制度が不正利益の剥奪のみを目的とするものであると解すると、違反行為後の事情によって課徴金の金額が左右され得ることを整合的に説明することは困難であるので、課徴金は非刑罰的金銭制裁としての機能も有するに至ったと解するのが妥当であると思われる[65]。公正取引委員会と個人情報保護委員会の法的位置づけが同じであることから、個人情報保護委員会にも、非刑罰的金銭制裁を科す権限を付与しても差し支えないのではないだろうか[66]。

制度の利用が認められている。しかし、調査開始後の申請による減免対象者は最大３社までであり、調査開始後の報告の場合の減免率は順序のいかんを問わず30％である（７条の２・12項）。

[64] 裁量型課徴金制度について議論を行う独占禁止法研究会の開催状況と議事録等は、http://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/kenkyukai/dkkenkyukai/dokkinken-kaisai.html を参照。違反に対する課徴金が一律に規定されており、課徴金減免制度における減免の程度も報告の順番で機械的に決定され、減免対象となるのは最大５社までであるという現行制度を見直し、調査協力の有無によって課徴金額を増減させる制度の導入により、調査協力に対するインセンティブを与えることが目的である。

[65] 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣・2009年）114頁（初出は「二重処罰の禁止について」『刑事法学の現代的状況　内藤謙先生古稀祝賀』（1994年）275頁以下）。

また、同書282頁では、公認会計士法における課徴金についても、2007年の法改正に伴い、監査法人が故意により虚偽、錯誤又は脱漏のある財務書類を虚偽、錯誤及び脱漏のないものとして証明した場合には監査報酬額の1.5倍の課徴金が科され、相当の注意を怠って同様の証明をした場合には監査報酬額相当の課徴金が科される（公認会計士法34条の21、34条の21の２）に至ったことから、制裁としての性格が明らかであると論じられている（初出は「経済犯罪に対する制裁について」法曹時報53巻１号（2001年）頁であり、公認会計士法に関しては書籍282頁の［補論］で言及されている）。

[66] 個人情報保護法改正に際して、高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部（IT 総合戦略本部）は「パーソナルデータに関する検討会」を設置し、平成26（2014）年６月に「パーソナルデータの利活用に関する制度改正大綱（改正大綱）」を決定し、改正大綱では「課徴金制度の導入については、その必要性や制度趣旨等について引き続き検討する。」と記載されている。「パーソナルデータに関する検討会」の議事要旨には課徴金制度に関する言及が記載されていない

課徴金が行政制裁としての性質を有しているとしても、日本では独占禁止法や証券取引法といった経済犯罪の分野で課徴金制度が設けられてきたことから、個人情報保護の法分野には非刑罰的金銭制裁の制度は適合しないのではないかとの懸念が予想される。確かに、経済犯罪であれば課徴金額の決定に際し、違法な売り上げの金額を基準にすることができる一方で、個人情報保護の法分野においては情報侵害行為の程度を算定するのは容易ではなく、ともすれば個人情報保護委員会の恣意に左右される危険性がある。しかし、金銭的な行政制裁は経済法分野に限定された制度ではない。例えば、道路交通法における交通反則金制度[67]は、警察本部長が反則者に対して、法令によって規定されている一定額の反則金の納付を通告し、期日までに反則金を納付すれば公訴を提起されないというものであり、当該制度は行政制裁としての性格を有するとともに、行政上の制裁金の支払がなされた場合には類型的に刑事訴追の必要性が失われることも意味する[68]。反則金制度は、交通違反者の増加に伴って刑罰の対象となる者が増大したことにより刑罰の感銘力が失われつつあることと、大量の違反者を犯罪者として取り扱うことは、交通の安全は国民の努力と理解によって進めるべきであるとする交通政策の観点か

ので、いかなる議論が行われたのかは不明であるが、将来的には個人情報保護委員会の権限の中に課徴金の賦課も含め得ることが示唆されている点で興味深い。

[67] 反則金制度の対象となる「反則行為」は、道路交通法別表２に規定されている速度超過、積載物重量制限超過、信号無視、一時停止違反といった行為であり、反則金制度の対象者となる行為者は法125条２項所定の「反則者」に該当していなければならない。

「反則者」とは、①無免許運転者と、免許を有しているものの免許を受けていた期間が通算２年ないし３年に満たないことから、当該反則行為に係る自動車を運転することができないとされている者、②酒に酔った状態、麻薬・大麻等の影響により正常な運転ができないおそれがある状態、またはアルコールを保有する状態で車両等を運転していた者、③当該反則行為によって交通事故を起こした者である。

[68] 宇賀克也・川出敏裕「対話で学ぶ行政法≪第６回≫行政罰」ジュリスト254号（2001年）94頁。

ら妥当ではないことから導入されたものである[69]。

反則金の金額については、道路交通法別表２がそれぞれの反則行為に対して上限を設け、道路交通法施行令別表６が反則行為の種別と車両の種別に応じて反則金額を定めている。反則行為は道路交通法違反の罪に該当する行為の中で比較的軽微なものであるので、本来は懲役刑または罰金刑の対象となる。経済犯罪における課徴金は違法な利益の金額を基準としている一方で、そのような基準を有していない交通反則金制度においては、道路交通法施行令によって規定されている反則金額が道路交通法所定の罰金刑よりも低いものとなっている[70]。反則金制度は犯罪の非刑罰的処理（ダイバージョン）を制度化したものである[71]ことに鑑みれば、罰金刑よりも反則金の方が重いのは均衡を失するという趣旨によるものであろう。そのように解すれば、反則金制度と同じく違法な利益の金額という基準を有していない個人情報保護法制度における非刑罰的金銭制裁の金額も、刑罰の対象となる行為の法定刑[72]が一つの基準となり得るのではないだろうか。

---

[69] 中原茂樹「交通反則金制度」ジュリスト1330号（2007年）10頁、宇賀・川出・前掲注（68）95頁。

[70] 例えば、法定刑が「６月以下の懲役又は10万円以下の罰金」となっている最高速度違反行為（道路交通法118条１項１号）は反則行為でもあるが、道路交通法施行令では最高でも４万円（大型車による高速道路35以上40未満の超過）であり、118条１項１号と同様の法定刑である積載物重量制限超過行為（道路交通法118条１項２号）の反則金は最高でも４万円（大型車による５割以上10割未満の超過）となっている。

[71] 宇賀・川出・前掲注（68）93頁。

[72] 平成27（2015）年の個人情報保護法改正によって、個人情報データベース等提供罪（83条）が新設され、「個人情報取扱事業者（その者が法人（法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるものを含む。）である場合において、その役員、代表者又は管理人）若しくはその従業者又はこれらであった者が、その業務に関して取り扱った個人情報データベース等（その全部又は一部を複製し、又は加工したものを含む。）を自己若しくは第三者の不正な利益を図る目的で提供し、又は盗用したときは、１年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する」と規定されるに至った。保護客体が「個人情報データベース等」に限定されていることや法定刑の是非については第２節第２項で検討する。

②個人情報保護委員会の組織について

経済犯罪に対する制裁については、公正取引委員会や証券取引等監視委員会等の専門的な機関が課徴金の賦課の有無と金額について判断してきた。一方、現行制度の下での個人情報保護委員会は公正取引委員会等とは異なり、違反の内容や程度といった観点から制裁のための審決や執行をする能力はないようにも思われる。確かに、現在の個人情報保護委員会は事業者による個人情報の適正な取り扱いが行われているか否かを監督する機関であり、委員会のメンバーも個人情報保護や消費者保護といった分野の学識経験者で構成されているので、情報侵害の程度に応じた妥当な制裁について判断するのは容易ではないだろう。しかし、フランスの第三者機関である CNIL が破毀院総会で選出された現職の構成員または元構成員をメンバーとしている[73]ことを参照し元裁判官や元検察官を個人情報保護委員会の助言者とすれば、個人情報保護委員会も制裁の有無と程度について、妥当な結論を導くことができるのではないだろうか。

（2）「二重処罰」について

刑罰としての罰金と課徴金（非刑罰的金銭制裁）の関係については本章第２節第２項で改めて検討するが、課徴金はあくまでも行政制裁であって、刑罰ではない。刑罰ではない以上、行政機関は独自の裁量で金銭制裁を科すことが可能であり、公正取引委員会と同様、個人情報保護委員会も、一定の違反に対して金銭制裁を科すことに法的な問題はないように思われる。そして、課徴金（非刑罰的金銭制裁）が刑罰ではないことから、同一の違反行為に対して課徴金と罰金を併科したとしても、「二重処罰」には該当しないはずである[74]。

実際に、課徴金と罰金の金額を調整する独占禁止法７条の２の第19項が新設される前の判例では、「一定のカルテルによる経済的利得を国が徴収し、違反行為者がそれを保持し得ないようにすることによって、社

[73] フランス情報処理・情報ファイル及び諸自由に関する法律（1978年法）の13条１項。

[74] 佐伯・前掲注（65）115頁以下。

会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置」が課徴金であるとして、カルテルの反社会性や反道徳性に対する制裁として科される刑罰とは趣旨・目的・手続等を異にするので、併科は二重処罰にあたらないと判断されている[75]。

しかし、併科することが「二重処罰」にあたらないとしても、併科することに積極的な意義があるか否かは別の問題であり、併科の問題については第２項で検討する。

また、公正取引委員会では、制裁金額については違反による売り上げを基準として一定割合を乗じた金額を課徴金として義務的に課する制度になっているので、事件ごとの特徴を考慮した上で妥当な金額を算定するのが困難となっている[76]。個人情報侵害行為から発生する結果の重大性や行為態様の悪質性といった、事案ごとの個別具体的な事情を考慮しなければ、妥当な制裁金額を算定することはできない。したがって、制裁金の上限を設けた上で、上限を超えない範囲で個人情報保護委員会が金額を自由に判断して決定するという方法を採るのが望ましい。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2014年３月25日授与）「個人情報の刑法的保護の可能性と限界について」に加筆・修正したものである。

なお、第94回日本刑法学会大会（2016年５月21日、名古屋大学）において報告の機会を得た。

[75] 東京高判平成５年５月21日高刑集46巻２号108頁など。

[76] 矢吹・前掲注（59）50頁。

研究ノート

裁判例における強制処分とGPS捜査

堀　田　尚　徳

目　次

第１　はじめに
第２　裁判例における GPS 捜査の強制処分該当性の判断手法
第３　GPS 捜査が強制処分と判断された場合における法的規制
第４　おわりに

第１　はじめに

捜査対象者の位置情報を取得することにより行われる捜査方法には、大きく分けて３つの類型があるとされる。第１に、捜査対象者の携帯電話端末が発する微弱電波を受信した基地局の位置から端末の位置を推知する方法、第２に、携帯電話端末の GPS 機能を利用して端末の位置情報を探知する方法（内蔵型）、第３に、対象に GPS 端末を装着した上で端末の位置情報を探知する方法（装着型）である[1]。これらのうち、第１の類型については、検証許可状（刑訴法218条１項）を得て行われ[2]、第２の類型についても「裁判官の発付した令状に従う」

[1] 他に、例えばＮシステムによる自動車の位置情報取得があるが、裁判所は適法と考えているようである（東京高判平成17年１月19日判時1898号157頁、東京高判平成21年１月29日訟務月報55巻12号3411頁等）。本稿では、Ｎシステムによる自動車の位置情報取得については検討しない。

[2] 池田弥生「携帯電話の位置探索のための令状請求」判例タイムズ1097号（2002

ことが要件とされている[3]。他方で、第３の類型については、捜査実務において任意処分として位置付けられており[4]、学説においてもそのプライバシー侵害の危険性を指摘する声はあったものの、本格的な研究が為され始めたのは、平成18年頃からである[5]。

このような状況下で、近時、上記第３の類型について、捜査対象者が使用する自動車に対して捜査機関がGPS端末を装着した上でその位置情報を取得する行為（以下、「GPS捜査」という）の適法性が争われる事例に関する裁判所の判断が相次いで出されている。例えば、大阪高判平成28年３月２日判タ1429号148頁（以下、「大阪高裁判決」という）は、GPS捜査の適法性について高等裁判所レベルで初めて言及したものである。同判決は、当該事案の下でのGPS捜査は「強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではない」と判示するにとどまり、結論として違法収集証拠排除法則等における違法の重大性を認めず、GPS捜査により得られた証拠の証拠能力を肯定した。これに対して、名古屋高判平成28年６月29日判時2307号129頁（以下、「名古屋高裁判決」という）は、GPS捜査の適法性について高等裁判所レベルで初めて違法と判断したものである。同判決は、当該事案の下でのGPS捜査は「強制処分に当た」り、「令状の発付を受けることなく行われた本件GPS捜査は、違法である」と判示した。もっとも、大阪高裁判決と同様に違法収集証拠排除法則における違法の重大性を認めず、GPS捜査により得られた証拠の証拠能力を肯定した。そして、広島高判平成28年７月21日（LEX/DB文献番号25543571）（以下、「広島高裁判決」という）は、当該事案の下でのGPS捜査は「強制の処分には該当せず、任意処分（任意捜査）と解するのが相当である」と判示した。このように、３つの高等裁判所は、自動車に対するGPS端末の装着という点等で共通する部分の多い事案において、GPS捜査の適法性について異なる判断をした。また、地方裁判所レベルでもGPS捜査の

年）27頁以下。

[3]「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」（平成16年８月31日総務省告示第695号）26条３項参照。http://www.soumu.go.jp/main_content/000365000.pdf 2016年12月１日最終閲覧。

[4] 警察庁は、平成18年に「移動追跡装置運用要領」を作成し、任意処分として位置付けている。

[5] 本論文では、学説上の議論については検討せず、今後の課題とする。

適法性については判断が分かれており、現在の裁判所の態度を明らかにしておく意義があると思われる。

各裁判所の判断が異なった理由は、各事案において証拠上認定されたGPS捜査の手法の違いのみならず、GPS捜査の強制処分該当性の判断手法の違いにもあるように思われる。そこで、本稿では、大阪高裁判決、名古屋高裁判決及び広島高裁判決と共に関連する地方裁判所の判決・決定についても同時に取り上げた上で、GPS捜査の強制処分該当性の判断手法について検討する（第２）[6]。

次に、例えば大阪高裁判決は当該事案の下でのGPS捜査が強制処分に当たり得る点を認めたにとどまったのに対して、名古屋高裁判決は地方裁判所・高等裁判所を含めて初めてGPS捜査に関する新たな立法的措置の検討の必要性について言及した。そこで、GPS捜査が強制処分に該当すると判断された場合における法的規制について検討する（第３）。

最後に、GPS捜査の適法性に関する現在の裁判所の態度をまとめた上で、残された課題を示す（第４）。

第２　裁判例におけるGPS捜査の強制処分該当性の判断手法

１　強制処分と任意処分との区別基準に関する最高裁判例との関係

（１）最高裁判例

前記３つの高裁判決の事案におけるGPS捜査が任意処分ではなく強制処分に該当するならば、刑事訴訟法上の明文の根拠規定が存在しなければならない（強制処分法定主義、刑訴法197条１項但書）。そして、明文の根拠規定が刑事訴訟法上に存在しないのであれば、本件のGPS捜査は強制処分法定主義に反し違法である。また、仮に明文の根拠規定が刑事訴訟法上に存在する（と考えられた）場合であっても、強制処分を行うには現行犯（刑訴法213条）や逮捕に伴う捜索・差押え・検証（刑訴法220条３項・同条１項）のような例外を除き、事前に裁判官の発する令状を得なければならない（令状主義、憲法33条、同法

[6] 第２で取り上げる裁判例の他に、GPS捜査の強制処分該当性について判断したものとして、水戸地決平成28年１月22日（公刊物等未登載）がある。決定文に接することができなかったため、本論文では詳細な検討を行わない。

35条、刑訴法218条等）。前記３つの高裁判決の事案はいずれも捜査機関が GPS 捜査を無令状で行っているため、令状主義に反し違法である。このように、前記３つの高裁判決の事案における GPS 捜査が任意処分ではなく強制処分に該当するか否かは、本件の GPS 捜査の適法性の結論に直結するものである。それでは、強制処分と任意処分の区別基準に関する最高裁判例と、前記３つの高裁判決はどのような関係にあるのであろうか。

強制処分と任意処分の区別基準について、最決昭和51年３月16日刑集30巻２号187頁（以下、「最高裁昭和51年決定」という）は、物損事故を起こした被告人（当時は被疑者）を警察官が警察署に任意同行した際、外見上酒を飲んでいる様子であったことから呼気検査に応じるよう説得していたところ、被告人が急に退室しようとしたため、これを防ごうと被告人の左手首を掴んだという事案において、次のように判示した。すなわち、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない」。上記判示を基に強制処分と任意処分の区別基準をどのように考えるかについて、有力な見解は、実質的な基準として①「個人の意思を制圧」すること、②「身体、住居、財産等に制約を加え」ることの２つとしている[7]。その理由は、第１に「強制的に捜査目的を実現する行為」という判示部分は、強制処分という言葉を言い換えただけに過ぎない、第２に「特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」という判示部分は強制処分法定主義の裏返しの表現に過ぎない、というものである。その上でさらに、上記①の「個人の意思を制圧」することを、

[7] 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）２頁以下、８頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（１）」法学教室283号59頁、小林充「強制処分と任意処分」研修671号３頁等。ただし、井上論文は昭和51年決定が①②を述べていたと解しているわけではない。また、最高裁調査官も①②が要因であると述べている。例えば鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』（法曹会、2010年）289頁以下、298頁、増田啓祐「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成21年度』（法曹会、2012年）371頁以下、383頁。

相手方の明示または黙示の意思に反することと捉え、上記②の「身体、住居、財産等に制約を加え」ることを、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合、とするのである[8]。

その後、最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁（以下、「最高裁平成11年決定」という）は、警察官が、覚せい剤密売事件の捜査の一環として暴力団組事務所における電話を傍受するため、検証許可状を得て２日間にわたり電話傍受を実施した（刑訴法222条の２追加前）ことの適法性が争われた事案において、次のように判示して検証許可状による電話傍受を適法とした。すなわち、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分であるが、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべき・・・である。そして、重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当である」。この最高裁決定は、前記①に対応する通話当事者の意思制圧の有無（あるいは、明示又は黙示の意思に反するか否か）について言及せず、前記②の権利侵害の有無についてのみ言及している。また、傍受した通話の内容に触れることなく、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と判示している。

さらに、最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁（以下、「最高裁平成21年決定」という）は、警察官が、覚せい剤密売事件の捜査の一環として暴力団関係者から某社宛に送られた宅配便の荷物に対して関西空港内大阪税関内でエックス線検査を行ったところ、細かい固形物が均等に詰め込まれた長方形の袋の射影が観察されたことから、捜索差押許可状を得て当該荷物を差し押さえたことの適法性が争われた事案において、次のように判示した。すなわち、「本件

[8] 井上・前掲注（７）11 ～ 12頁等。

エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」。この最高裁決定は、意思制圧の有無について明示的に言及せず、権利侵害の程度のみを考慮して強制処分該当性を肯定すると共に、当該捜査によって具体的に得られた情報ではなく、「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能」であることを考慮し、強制処分に該当すると判断している。

このように、近時の最高裁判所は、前記①の意思制圧の有無（あるいは、明示又は黙示の意思に反するか否か）については言及していないが、判断基準から除外したのではなく、合理的に推認される対象者の意思に反するか否かを黙示的に判断していると理解されている[9]。そして、プライバシーを侵害するような捜査については、少なくとも対象者の黙示の意思に反することが明らかであるから、あえて検討を行っていないと思われる。また、近時の最高裁が言及しているのは、前記②の権利侵害の有無であり、さらにその侵害の程度を考慮している。

（2）大坂地決平成27年６月５日判時2288号138頁

ア　事案の概要

被告人らは、平成24年２月14日から平成25年10月６日の間に長崎県や兵庫県等において普通乗用自動車やカジュアルシャツ等の窃盗、店舗への建造物侵入、及び傷害に及んだ事実により起訴された。

捜査段階において、捜査機関は、令状の発付を得ることなく、GPS 捜査を行っていた。本件の GPS 捜査期間は平成25年５月23日頃から同年12月４日頃までの間、対象車両は合計19台（本件公訴事実に無関係な、被告

[9] 例えば、最高裁平成21年決定について、増田・前掲注（７）384頁。

人の交際相手の車両を含む)、使用されたGPSの測位精度は、電波の届かない場所で数百メートル又はそれ以上の誤差が生じることがある一方で、電波状況の良好な場所では十数メートル程度の誤差しか生じず、数十メートルの誤差に止まることも多かった[10]。そして、GPS端末を用いた位置情報の取得回数は、全期間で1000回を超えるものもあった。

弁護人は、本件GPS捜査はプライバシー権を侵害する強制処分に当たるところ、現行法上はこれが法定されていないから強制処分法定主義に違反し、仮に検証に当たるとしても無令状で行われているため違法であると共に、本件GPS捜査等によって得られた証拠及び派生的証拠は違法収集証拠排除法則の適用により証拠能力が否定される等と主張した[11]。

イ　決定要旨

第1審である大阪地方裁判所第7刑事部は、まず本件GPS捜査等によって得られた証拠及び派生的証拠の証拠能力の有無を検討する前段階として、本件GPS捜査の強制処分該当性について次のように判断した（以下、「大阪地裁6月決定」という）[12]。

---

[10] なお、弁護人が独自に行った実験結果によれば、対象車両がトンネル内を走行している場合は位置情報を取得できないことがあるが、周囲が厚いコンクリートの壁で覆われている立体駐車場（外部と通じる窓はある）内に所在する場合は数百メートル程度の誤差、高速道路を走行している場合は百メートル以内の誤差、周囲に壁や高層の建物等がない最良の条件下の場合は十数メートル程度の誤差で位置情報を取得できたようである。亀石倫子「GPS捜査は令状主義を没却する重大な違法があるとした事例（特集　GPS捜査の問題点と刑事弁護の課題）」季刊刑事弁護85号（2016年）96頁以下、99頁。

[11] 弁護人は本件GPS捜査の適法性以外に、他に次の2点を主張していた。第1に、捜査機関が公訴事実中の一部の事件により被告人を逮捕できたにもかかわらず直ちにこれをせずに捜査を継続し、その結果被告人らが公訴事実中のその他の犯罪行為に及び第三者に重大な法益侵害を発生させたことは、任意捜査の限度を超えているから違法である、というものである。第2に、捜査機関が被告人らを長期間追尾監視しビデオカメラ等で撮影・記録する捜査を行ったことは、プライバシーを侵害するから強制処分であるのに令状なく実施されており、また任意捜査の限界を超えているから違法である、というものである。もっとも、本稿ではGPS捜査の強制処分該当性に関する問題のみ扱うこととする。

[12] 大阪地裁6月決定に対する評釈として、中島宏「判批」法学セミナー729号

「本件捜査に用いられた GPS は、・・・誤差数十メートル程度の位置情報を取得できることも多く、警察官らが被告人らの乗る車両を失尾した後も、GPS 端末の位置情報を取得することによって、再度、同車両を発見し、追尾することができる程度には、正確な位置情報を示すものであった」。「本件 GPS 捜査は、・・・プライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができることに特質がある。本件においても、・・・ラブホテル駐車場内に所在した対象の GPS の位置情報が複数回取得されているところ、・・・施設の性質上、利用客以外の者が出入りすることは予定されておらず、プライバシー保護の合理的期待が高い空間に係る位置情報を取得したものといえる。」「尾行等に本件 GPS を使用するということは、少なくとも失尾した際に対象車両の位置情報を取得してこれを探索、発見し、尾行等を続けることにほかならず、失尾した際に位置情報を検索すれば、・・・対象が公道にいるとは限らず、・・・プライバシー保護の合理的期待が高い空間に所在する対象車両の位置情報を取得することが当然に有り得る・・・。更に、・・・警察官らは、取り付け、取り外しの作業のためにも位置情報を取得したというのであるから、その際にも同様のことが当然あり得る。そうすると、本件 GPS 捜査は、その具体的内容を前提としても、目視のみによる捜査とは異質なものであって、尾行等の補助手段として任意捜査であると結論

（2015年）130頁、黒川亨子「判批」法律時報87巻12号（2015年）117頁以下、山本和昭「判批」専修ロージャーナル11号（2015年）49頁以下、安村勉「判批」判例セレクト2015［Ⅱ］（法学教室426号別冊、2016年）40頁、緑大輔「判批」新判例解説 Watch18号（2016年）181頁以下、宮下紘「判批」平成27年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1492号、2016年）12頁以下、がある。また、指宿信「GPS 利用捜査とその法的性質 - 承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報87巻10号（2015年）58頁以下、亀井源太郎＝尾崎愛美「車両に GPS を装着して位置情報を取得する捜査の適法性―大阪地裁平成27年１月27日決定・大阪地裁平成27年６月５日決定を契機として―」刑事法ジャーナル47号（2016年）42頁以下、清水真「GPS と捜査（特集　トピックからはじめる法学入門）」法学教室427号（2016年）41頁以下も、本決定を検討している。さらに、参考として宮下紘「GPS の捜査利用 - 位置情報の追跡はプライバシー侵害か」時の法令1973号（2015年）50頁以下。そして、事件を担当した弁護人による論稿として、亀石・前掲注（10）96頁以下がある。

付けられるものではなく、かえって、内在的かつ必然的に、大きなプライバシー侵害を伴う捜査であった」。GPS 端末の取り付け、取り外しに際し、「警察官は、少なくともラブホテル駐車場内には立ち入った」ところ、同施設の構造や性質を考慮すると、「管理権者の包括的承諾に疑義のある場所に立ち入って GPS 端末の取付け、取外しを行っている点においても、本件 GPS 捜査には管理権者に対する権利侵害がある可能性を否定し難い。」「したがって、本件 GPS 捜査は対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害することから、強制処分に当たるものと認められる（なお、本件 GPS 捜査によって得られた位置情報が、公道上に存在する対象車両使用者に関するもののみであったとしても、本件 GPS 捜査にかかる前記の特質に照らせば、この結論は左右されるものではない。）。そして、本件 GPS 捜査は、携帯電話機等の画面上に表示された GPS 端末の位置情報を、捜査官が五官の作用によって観察するものであるから、検証としての性質を有する」。

上記のように、大阪地裁第７刑事部は本件 GPS 捜査の強制処分性を肯定し一部の証拠の証拠能力を否定したものの、結論としてはその他の証拠に基づいて被告人に対して有罪判決を言い渡した（大阪地判平成27年７月10日判時2288号144頁）。強制処分該当性の判断に際しては、「本件 GPS 捜査は対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害することから、強制処分に当たるものと認められる」と判示して、判決書上は権利侵害の程度のみを考慮している。

（３）大阪高裁判決

上記の大阪地裁判決に対して、弁護人は、本件 GPS 捜査は検証には当たらず、強制処分法定主義に違反する処分として令状の有無を問わず適法に実施し得ないものであって、その違法の重大性は極限的境地に達している等と主張して、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反に当たること等を理由に控訴した。これに対して大阪高裁は、次のように判示して、GPS 捜査に重大な違法はないとした[13]。

「GPS の技術を用いた車両の位置探索捜査は、一般に、相手方の承諾なく車

[13] 大阪高裁判決に対する評釈として、宇藤崇「判批」法学教室431号（2016年）145頁、中島宏「判批」法学セミナー 741号（2016年）116頁がある。

両やこれを使用する者の所在位置をある程度正確に把握することができ、GPS 発信器が車両に装着されている限り、継続的な尾行・追跡が困難な場合、対象の所在位置の手がかりが全く存しなくなったような場合にも、ある程度即時にその位置情報が得られるものであって、実施方法等いかんによっては、対象者のプライバシー侵害につながる契機を含むものである。本件で実施された GPS 捜査は、一連の窃盗事件の犯人らが移動のために使用する蓋然性があるものと認められた車両を対象に発信器を取り付け、警察官らにおいて、多数回連続的に位置情報を取得したというものであって、これにより取得可能な情報は、尾行・張り込みなどによる場合とは異なり、対象車両の所在位置に限られ、そこでの車両使用者らの行動の状況などが明らかになるものではなく、また、警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握したという事実も認められないなど、プライバシーの侵害の程度は必ずしも大きいものではなかったというべき事情も存するところではあるが、この方法によると、警察官が対象から離れた場所にいても、相当容易にその位置情報を取得でき、本件では、車両によっては位置情報が取得された期間が比較的長期に及び、回数も甚だ多数に及んでおり、そのほか、セコム株式会社では、サービス利用者が事前に登録した時間帯における対象の位置情報及びサービス利用者が検索取得した対象の位置情報が、過去１か月分及び当月分に限られるものの保存されており、警察官らは、このような位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあったと認められるところであり、このような点に着目して、一審証拠決定がその結論において言うように、このような GPS 捜査が、対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではないとしても、少なくとも、本件 GPS 捜査に重大な違法があるとは解されず、弁護人が主張するように、これが強制処分法定主義に違反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できない。」

大阪高裁判決は、「対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではない」（傍点は論文執筆者による）と判示して、判決書上は権利侵

害の程度のみを考慮している[14]。

（4）名古屋地判平成27年12月24日判時2307号136頁

ア　事案の概要

被告人は、平成25年３月16日から平成26年１月27日の間に愛知県や岐阜県において、住居に対する侵入、普通乗用自動車や腕時計等の窃盗、店舗への建造物に対する侵入等に及んだ事実により起訴された。

捜査段階において、捜査機関は、令状の発付を得ることなくGPS捜査を行っていた。本件のGPS捜査期間は平成25年６月13日頃から同年９月30日までの間[15]、対象車両は合計２台（被告人の使用車両のみ）、使用されたGPSによる位置検索回数は合計1637回（１日あたり最大で109回）で大半が位置検索に成功しており、測位誤差は最小で16メートル、最大で4096メートルであった。そして、GPS端末を用いた位置情報の取得回数は、多いときで１日に109回、全期間合計1653回であった。

弁護人は、本件GPS捜査はプライバシーを侵害する強制処分であるにもかかわらず、捜査機関は十分な時間がありながら令状を取得の余地を検討すらせずに本件GPS捜査を行ったのであるから、本件GPS捜査等によって得られた証拠及び派生的証拠は違法収集証拠排除法則の適用により証拠能力が否定されると主張した。

イ　判旨

第１審である名古屋地方裁判所は、次のように判示した（以下、「名古屋地裁判決」という）。

「本件GPS捜査は、捜査機関が、平成25年６月13日頃から同年９月29日までの間、自動車盗・侵入盗等への関与を疑った被告人について、捜査目的を達成するため、被告人の承諾なく、被告人使用車両２台の底部にGPS端末を順次取り付けて多数回その位置検索を行い、その位置情報を取得したというものである。

そこで、本件GPS捜査が強制処分に該当するかを検討すると、〔１〕本

[14] 宇藤・前掲注（13）145頁。

[15] 本件GPS捜査は同年９月30日にも行われたが、被告人がGPS端末の存在に気付き取り外す等したことから位置情報が得られなくなったため、終了している。

件 GPS 捜査は、捜査機関において、被告人使用車両が電波の伝わる範囲にあれば、携帯電話機等の操作といった極めて容易な方法により、被告人使用車両の相当正確となり得る位置情報をその場で取得することを可能にしたこと、〔2〕本件 GPS 捜査は、具体的な終期を定めないまま開始されたものであり、本件 GPS 端末のバッテリー交換を繰り返すことなどによって長期間にわたり位置検索を続けることが可能であったこと、〔3〕前記〔1〕〔2〕に照らすと、捜査機関による位置情報の取得が限定の乏しいものに流れるおそれがあり、得られた位置情報によって、プライバシー保護の期待が強い場所での被告人の行動等が把握されるおそれがあったこと、〔4〕実際に本件 GPS 捜査は、被告人に本件 GPS 端末を発見されるという偶然の事情で終了するまで、3か月以上の相当長期にわたって続き、その間、手動で極めて多くの位置検索が行われ、多くの場合に位置検索が成功し、条件のよい場合には測位誤差数十 m 以下の位置情報を得ることができていたことが認められる。

これらの諸点に照らすと、位置検索の結果を個別に見ていけば、その多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所を示すものであったとしても、本件 GPS 捜査は、任意捜査として許容される尾行等とは質的に異なるものであり、対象車両の使用者である被告人のプライバシー等に対する大きな侵害を伴うものであったといわざるを得ない。本件 GPS 捜査において位置検索により得られた位置情報が捜査機関において蓄積記録されていなかったからといって、プライバシー等に対する侵害が小さなものであるなどとはいえない。なお、セコム社で保管される本件 GPS 端末の位置検索結果の入手が捜査機関において可能だったことも明らかである。

以上によれば、本件 GPS 捜査は、対象車両の使用者のプライバシー等を大きく侵害するものであるから、強制処分にあたると認められる。そして、本件 GPS 捜査は、携帯電話機等に表示される位置検索結果を目視によって認識するものであるから、少なくとも検証の性質を有するものと考えられる。」

検察官は、本件 GPS 捜査は尾行の補助手段として実施されたものであって、当該捜査の必要性、緊急性、相当性が認められ適法な任意捜査に当たると主張する。「しかしながら、尾行により、対象車両の様子を目視によっ

て観察する場合には、人的資源に自ずから限界があり、長期にわたって継続的に対象車両を観察することは困難であるが、本件GPS捜査にそのような障害はなく、長期間にわたり相当正確となり得る位置情報を得ることが容易であったのであり、目視による尾行を続けることとは質的に異なるものであって、任意捜査として許容される尾行の補助手段とみることはできない（本件プリウスに係る捜査についてみたように、１日に100回以上の位置検索をすることや車両の失尾が考えられない状況で数日間にわたり位置検索を繰り返すことが、どのような状況で尾行の補助手段として必要となるのかも証拠上判然としない。）。」また、「本件GPS端末を被告人使用車両に装着したのは店舗駐車場又は公道上であり、その装着態様は相当であるとの主張もあるが、その装着態様がプライバシー等に対する侵害の程度を左右するものではなく、装着態様は本件GPS捜査の強制処分該当性を左右しない。

なお、検察官は、論告において、本件GPS端末の位置検索結果のうち、測位に失敗した数等を挙げ、本件GPS捜査がプライバシーを制約する程度が大きいとはいえないと主張するが、実際に精度の良い位置情報が数多く得られていることに目を向けない議論であり、採ることができない。」

上記のように、名古屋地裁は本件GPS捜査の強制処分性を肯定し違法としたものの、本件GPS捜査によって得られた証拠の証拠能力を肯定し、被告人に対して有罪判決を言い渡した。強制処分該当性の判断に際しては、「対象車両の使用者のプライバシー等を大きく侵害するものであるから、強制処分にあたる」と判示して、判決書上は権利侵害の程度のみを考慮している。

（５）名古屋高裁判決

上記の名古屋地裁判決に対して、弁護人は、本件GPS捜査には重大な違法があり、これと密接に関連する証拠は違法収集証拠として証拠能力が否定されるべきであるにもかかわらず、それらの証拠を用いて犯罪事実を認定した名古屋地裁判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反に当たること等を理由に控訴した。名古屋高裁判決は、次のように判示して、GPS捜査が強制処分に該当するとした。

「本件GPS捜査は、・・・被告人使用車両に本件GPS端末を取り付けて行われたものである。GPS端末を取り付ける物によっては、人のプライバシーに

大きく関わる行動状況そのものを把握できる可能性があるが、本件の場合、取り付けた対象が自動車であるから、被告人の行動状況そのものを把握できるわけではない。また、自動車の所在する場所は、公道上等通常他人から観察されること自体は受忍せざるを得ない場所が多く、そのような場所の位置情報を取得するものにすぎないという側面を有している。対象自動車がプライバシー保護の期待が強い場所にある場合の位置情報が取得される可能性はあるものの、当該自動車がそのような場所に入っていくこと自体は、公道上からも視認可能であろう。とはいえ、GPS 端末を利用した捜査は、対象者に気付かれない間に、容易かつ低コストで、その端末の相当正確となり得る位置情報を、長期間にわたり常時取得できるだけでなく、その結果を記録し、分析することにより、対象者の交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を網羅的に明らかにすることが可能であり、その運用次第では、対象者のプライバシーを大きく侵害する危険性を内包する捜査手法であることは否定できない。

本件 GPS 捜査において、捜査開始の目的は、・・・自動車盗・侵入盗等の嫌疑のある被告人につき、尾行中に失尾した際や、尾行開始に当たって被告人の住居地に被告人使用車両がない場合に、被告人使用車両の位置を確認した上で尾行を行うためのものであったことが認められ、その目的に沿った運用がなされれば、対象車両の使用者のプライバシーを大きく侵害する危険があるとまではいえないであろう。しかしながら、その実施状況を見ると、まず・・・具体的な終期を定めることなく開始されており、その開始の段階から、プライバシー侵害の危険を生じさせうるものであった。その意味では、運用要領が、GPS 捜査の使用の継続の必要性がなくなったときに使用を終了するとしていること自体が、必要な見直しはどのようになされ、使用の継続の必要性の判断がどのようになされるのかが具体的でないこともあって、GPS 捜査を漫然と長期化させる要因となっていることを指摘せざるを得ない。そして、実際に、・・・被告人らに本件 GPS 端末を発見されるという偶然の事情により終了するまでの間、約３か月半にわたり、多数回の位置検索が成功裏に行われ、その精度は誤差が数十メートルの範囲の場合も多く（最小で十数メートル）、1000メートル以上の誤差があるのは少数である上、前記のとおり、運用要領の使用要件である『他の捜査によっては対象の追跡を行うことが困難であるなど捜査上特に必要がある』とは認め難い場合にも、繰り返し位置検索が行われていたことが認められる。このように、本件 GPS 捜査の実施状況は、前記のような捜査開

始の目的の達成に必要な限度内で行われたものとは言い難い。加えて、・・・本件GPS端末の位置検索結果はセコム社において保管されており、その情報は捜査機関において入手可能であったことも併せ考慮すれば、本件GPS捜査は、GPS捜査が内包しているプライバシー侵害の危険性が相当程度現実化したものと評価せざるを得ないから、全体として強制処分に当たるというべきである。原判決も、同様の判断を示しているところ、この結論に誤りはない。

したがって、令状の発付を受けることなく行われた本件GPS捜査は、違法である。

・・・なお、GPS端末を利用した捜査は、本件が正にそうであったように、当初は正当な目的で開始されたとしても、その後、犯人の検挙等に至るまで長期間にわたり漫然と続けられることにより、ともすれば過度の情報収集が行われ、プライバシー侵害の程度も深刻となりうる危険性を相当はらんでいる。

そうすると、GPS捜査が強制処分であると判断される場合も少なくなく、その際どのような法的規制が考えられるのかも当然考慮すべきであろう。本件GPS捜査は、既存の強制処分の類型でいえば検証の性質を有することは原判決が指摘するとおりである。検証として行う場合、GPS捜査の特質を踏まえて合理的な規制をするためには、令状の事前提示に代わる条件、検証の対象や期間の特定等、検討を要する種々の問題があり、解釈論的にも解決の必要に迫られているように思われる。加えて、科学技術の進歩に伴い、GPSの位置検索精度の高度化、端末の小型化、軽量化が進むことは明らかであり、このような科学技術の進歩の成果を捜査に用いること自体は認められてしかるべきである反面、精度が上がり記録化がより詳細かつ容易になることを考慮すると、プライバシー侵害の危険性も一層高まるものと考えられる。自動車以外の対象に利用される可能性も高くなるであろう。より根本的には、GPS端末を利用した捜査全般に関する新たな立法的措置も検討されるべきである。」

名古屋高裁判決は、「本件GPS捜査は、GPS捜査が内包しているプライバシー侵害の危険性が相当程度現実化したものと評価せざるをえないから、全体として強制処分に当たる」と判示して、判決書上は権利侵害の程度のみを考慮している。

（6）広島地福山支判平成28年２月16日判例集未登載（平成25年（わ）144号、平成26年（わ）115号）

ア　事案の概要

被告人は、平成25年６月４日から同年11月10日までの間に広島県や岡山県において、建造物に対する侵入、現金等の窃盗等に及んだ事実により起訴された。

捜査段階において、捜査機関は令状の発付を得ることなく GPS 捜査を行っていた。本件の GPS 捜査期間は平成25年７月１日から同年８月９日までの間[16]、対象車両は合計５台（被告人及び共犯の使用車両）、測位精度は、電波が届かない又は受信しにくい条件下では、１キロメートル程度以上誤差が生じることや位置情報が全く得られないことがあったが、良好な条件下では、５メートルから100メートル前後の誤差で位置情報を取得し得た。そして、GPS 端末を用いた位置情報の取得回数は、各端末につき１日平均20回程度であった。

弁護人は、本件 GPS 捜査が開始された同年７月１日以降に収集された証拠は全て違法収集証拠排除法則の適用により証拠能力が否定される等と主張した。

イ　判旨

第１審である広島地方裁判所福山支部[17]は、次のように判示した（以下、「広島地裁判決」という）。

「検察官は、本件において、任意捜査である尾行の補助手段として GPS 発信器が用いられたに過ぎず、違法な点はない、と主張する。

この検察官の主張は、当裁判所も是認するところである。

すなわち、本件で GPS 発信器によって得られる情報は、その取り付けられた車両の位置情報にとどまる。車両の位置情報というものの性質上、その情報は、公道や、一般に利用可能な駐車場といった場所を示すものと考えられる。確かに、GPS 発信器を利用することにより、被告人がどのような場所を移動し、どのような商業施設に立ち寄ったか等が分かるわけであるから、被告人のプライバシーに係る情報を捜査機関が把握するとみることもできるが、公道や一般に利用可能な駐車場を示す情報である以上、

[16] 平成25年８月９日午前零時頃から GPS 端末の位置情報が得られなくなり、翌10日には GPS 端末が投棄されているのが発見されたため、捜査機関は GPS 端末を用いた追跡捜査を終了した。

[17] Westlaw JAPAN 文献番号2016WLJPCA02166006。

これを得ることが、被告人のプライバシーや移動の自由への制約になるとはいい難い。もとより、GPS 発信器によって車両内での乗員の会話内容が分かるわけでもない。

加えて、財産権への侵害等があるかどうかも検討すると、本件では、各車両の底部に GPS 発信器が取り付けられたのであって、各車両の構造や機能を一切改変していない。理論的には、GPS 発信器の重量が加わることにより当該車両の性能に影響があり得るが、小型の発信器であるので、影響があったとしても無視できる範囲内のものといえる。なお、前記・・・のとおり、捜査官が対象車両に GPS 発信器を取り付けた場所は、コインパーキングや商業施設等の駐車場であって、被告人や共犯者等の限定された人物のみが利用可能な場所ではないから、GPS 発信器取り付け行為時に私有地への違法な立ち入りがあったわけでもない。結局、財産権への侵害があったということもできない。

このように、本件 GPS 発信器を用いた捜査が、被告人のプライバシー、自由や財産権を制約ないし侵害するとはいえず、これが令状を必要とする強制捜査であったということはできない。したがって、本件 GPS 発信器を用いた捜査を違法ということはできない。」「これに対し、弁護人は、GPS 発信器を取り付けられることにより、被告人は自分の知らない間に自分の居場所の情報を発信し続けることになり、プライバシー権に対する深刻な侵害が生じる旨を主張する。

しかし、本件の場合、被告人が公共交通機関を利用したり、徒歩にて移動したりした場合には、GPS 発信器による被告人の居場所の把握はできないのであり、被告人の動静が常時監視されるわけではない。しかも、本件で GPS 発信器によって得られる情報は、公道での移動経路であって、他者に知られることが忌避されるたぐいの情報が含まれるとはいえない。そして、捜査対象者が誰と接触したか等の情報が GPS 発信器から得られるわけでもなく、通常の尾行捜査に比べれば、得られる情報は限定的である（その意味で、GPS 発信器は補助的なものといえる。自動車を使って広範囲に移動する被告人に対する尾行を、限られた人的資源で有効に実施するための手段として、GPS 発信器による位置情報が利用された、ということができる。）。したがって、本件 GPS 発信器を用いた捜査により被告人のプライバシー権への深刻な侵害が生じる旨の弁護人の主張は、事態を

過大に主張していることが明らかである。」

上記のように、広島地裁福山支部は本件 GPS 捜査の強制処分性を否定し、被告人に対して有罪判決を言い渡した。そして、強制処分該当性の判断に際して、「本件 GPS 発信器を用いた捜査が、被告人のプライバシー、自由や財産権を制約ないし侵害するとはいえず、これが令状を必要とする強制捜査であったということはできない」と判示して、判決書上は権利侵害の有無のみを考慮している。

（7）広島高裁判決

上記の広島地裁福山支部判決に対して、弁護人は、本件 GPS 捜査に関連した証拠能力のない証拠を採用した点等において、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があることを理由に控訴した。広島高裁判決は、次のように判示して、GPS 捜査が強制処分に該当しないとした。

「本件 GPS 捜査は、広域を車で移動して窃盗を繰り返しているとうかがわれた被告人らに対し、その使用車両の車底部に磁石で発信器を装着することにより車両の所在を把握し、これを手がかりに捜査員が車両を尾行して張り込み、被告人らの行動を観察して犯跡の採証活動等を行うとともに、最終的には現行犯逮捕することを目的として開始されたものである。終期の定めはなく、最終的には被告人らが気付いて発信器を外すまで行われたが、その間、ほぼ当初の捜査目的どおりの捜査が実施されたと認められる。

磁石による発信器の装着は、通常、車体の損傷を来すものとはいえず、財産権の実質的な侵害を伴う可能性は一般的に小さく、この観点から本件 GPS 捜査が強制処分であると解される余地はない。問題は、プライバシーとの関係である。

本件 GPS 捜査は、性質上、車両の位置情報のほか、少なくとも移動中は事実上使用者の移動も把握することが可能となり、そのプライバシーを制約する面があることは否定できない。所論は、この点から、それが対象者の権利・利益を侵害するものとして本件 GPS 捜査の強制処分該当性をいうものと解される。しかし、車両は、通常、公道を移動し、不特定多数の者の出入り可能な駐車場に駐車することが多いなど、公衆の目にさらされ、観察されること自体は受忍せざるを得ない存在である。車両の使用者にとって、その位置情報は、基本的に、第三者に知られないですますことを合理的に期待できる性質のものではなく、一般的にプライバシーとしての要保護性は高くない。

そうすると、少なくとも、本件のような類型のGPS捜査は、その性質上、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う捜査活動とはいえず、刑訴法197条１項ただし書にいう強制の処分には該当せず、任意処分（任意捜査）と解するのが相当である。

所論は、本件GPS捜査による尾行と任意捜査として認められてきた目視による尾行との異質性を強調する。確かに、本件のようなGPS捜査は、従来、目で対象車両を探索していた捜査員の行動確認能力を大きく補完するものといえる。しかし、その点を除けば、この捜査の基本的性格は、現場での尾行や張り込みによる行動観察、それに伴う採証活動等であり、発信器の利用は、捜査員が対象車両を探索する範囲を絞るための効率的手段にすぎない。今後、測位精度が向上しピンポイントで現在位置を把握できるようになったとしても、その捜査の基本的性格は異ならない。付言すると、本件のようなGPS捜査は、対象車両の使用者に気付かれなければ、顕在化することなく終わり、捜査の適正についてチェックを受けず、恣意的な運用に流れるおそれをはらんでいることは否定し難いと思われる。不透明になりがちなこの種捜査に伴う危うさに着目し、事前の司法審査にかからせるという考え方にも一理あるといえよう。しかし、強制処分に該当するかどうかは、あくまでも刑訴法197条１項の解釈として決すべき問題である。前記のような一般的な懸念から、本件GPS捜査を強制処分として位置付けるのは相当とはいえない。このような運用上の懸念は、捜査の過程を事後的な司法審査に耐え得るように捜査記録として残し、適正な運用が図られる態勢を構築することにより対応するのが相当であろう。現在、仮にこの記録化が行われないなどの運用があるとすれば遺憾なことであるが、そのことが、直ちに、刑訴法上の強制処分該当性の判断を左右するものではないというべきである。

所論は、電子通信事業者のシステム端末を操作して将来の携帯電話の位置情報を取得する場合には検証許可状が請求されているとも指摘するが、同検証は、通信の秘密について守秘義務のある電気通信事業者を被処分者とするものであって、総務省告示「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」により、捜査機関からの要請で位置情報を取得するためには裁判官の発付した令状が必要であるとされていること、携帯電話は人の位置情報と直結していることなどの点で、本件のような車両を対象にしたGPS捜査とは違いがあ

り、同列に論じることはできない。この検証の運用を引き合いに出して、直ちに本件 GPS 捜査の法的性質についての結論を導くのは相当でない。

以上のとおり、本件 GPS 捜査は任意処分であるから、強制処分該当性を前提に、令状審査を経ずに行われた重大な違法があるとする所論は採用できない。」

広島高裁判決は、「本件のような類型の GPS 捜査は、その性質上、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う捜査活動とはいえず、刑訴法197条１項ただし書にいう強制の処分には該当せず、任意処分（任意捜査）と解するのが相当である」と判示して、判決書上は権利侵害の程度のみを考慮している。

（8）小括

これらのことから、GPS 捜査に関する裁判例は、いずれも前記①の意思制圧の有無（あるいは、明示又は黙示の意思に反するか否か）について言及せず、前記②の権利侵害の有無・程度についてのみ考慮している点で、近時の最高裁判所の判断基準を踏襲しているものといえる[18]。

２　GPS 捜査における強制処分該当性判断の基礎事情

権利侵害の程度を考慮して強制処分該当性を判断するとして、権利侵害の程度を考慮する際の基礎事情は何か。この点について、強制処分該当性判断の基礎事情とは「かりに捜査の必要性、緊急性など具体的状況が付け加わっても、特別の根拠規定がない限り、その手段を許容することが相当でないような類型的事情」であり、任意捜査の相当性判断の基礎事情とは「それ以外の場合において手段の許容性に関連する具体的状況」であるとされている[19]。換言すれば、ここでの「類型的」事情は、個別具体的事案における当該捜査手段の必要性・緊急性や、個別事案において実際に対象者の被った法益侵害の程度は無関係と

[18] 大阪地裁６月決定が、最高裁判例に沿ったものであるとする見解として、黒川・前掲注（12）118頁、亀井＝尾崎・前掲注（12）46頁。

[19] 香城敏麿「強制処分の意義と任意処分の限界に関する最高裁判例」『刑事訴訟法の構造』（信山社、2005年）159頁以下、168頁［初出、香城敏麿「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度』（法曹会、1980年）64頁以下］。

いうことである[20]。そこで、以下では、最高裁判所における強制処分の性質決定に際しての類型的判断の例を確認した上で、GPS捜査に関する裁判例が強制処分該当性判断の基礎事情として何を挙げているのかについて検討する。

（1）最高裁判所の判断

最高裁平成21年決定は、「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害する」と判示している。この部分は、内容物の品目等を相当程度具体的に特定することが可能な場合と不可能な場合があることを前提としつつ、可能な場合があることを本件のX線検査の強制処分性を肯定する根拠としている[21]。本件のX線検査では、「細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された」にとどまり、現実には内容物の品目等を相当程度具体的に特定することが不可能な事例であったことから、個別的・具体的な事情を基に本件のX線検査を性質決定すれば任意処分となっていた可能性があった[22]。それにもかかわらず、本件のX線検査を強制処分と性質決定したのは、最高裁判所が、宅配便荷物のX線検査という限度で捜査行為を抽象化一般化し類型的に把握したことを表すものである[23]。このように、近時の最高裁判所は

---

[20] 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）33頁。

[21] 笹倉宏紀「判批」平成21年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1398号、2010年）208頁以下、209頁。

[22] ボウリングバッグ（錠はかけられていなかった）のチャックを開け中身を一瞥する行為（最判昭和53年６月20日刑集32巻４号670頁）や、対象者の着衣の上から身体を触る行為（最判昭和53年９月７日刑集32巻６号1672頁、最決昭和63年９月16日刑集42巻７号1051頁等）について、最高裁は任意処分と性質決定している。これらの事例における捜査行為によって現実に得られた情報と、本件のX線検査によって現実に得られた情報とを比較すると、それほど大きな差はないように思われる。

[23] 笹倉･前掲注（21）209頁。同評釈はこのような把握が可能な理由として、「捜査に関する法的規律は、裁判所による事後評価の基準であると同時に、捜査官が捜査行為に出ようとする際の行為規範でもある。処分の実行に先立ち、いかなる権利利益にいかなる侵害が生じるかを、具体的に、しかも正確に特定することは、予断判断の性質上、困難である」ことを挙げる。また、亀井＝尾崎・前掲注（12）47頁も、「プライバシーが現実にどの程度侵害されたかではなく、捜査の一般的性質を起点として当該捜査の強制処分該当性判断を行った判例」

強制処分の性質決定に際して、当該捜査手法が一般的・抽象的に有する性質も考慮して判断する傾向にある[24]。そして、これを公道上及びパチンコ店内における対象者の容貌等撮影行為について、いずれも「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるもの」であることを根拠に任意処分とした最決平成20年４月15日刑集62巻５号1398頁（以下、「最高裁平成20年決定」という）と合わせて考えると、最高裁判所は、当該捜査手法が一般的・抽象的に有する性質も基礎事情として考えた上で、要保護性の高いプライバシーを侵害する捜査方法について強制処分に該当すると判断しているといえる。

ただし、ここでの当該捜査手法が一般的・抽象的に有する性質を基礎事情とする際には、当該事案の下で実際に行われた（と証拠上認定された）捜査手法を基にしなければならない。例えば GPS 捜査の場合、実際に用いられた GPS 端末の測位誤差が最良の条件下であっても100メートルはあったときに、現代の技術に照らした平均的な性能の GPS 端末の測位誤差を持ち出してきて基礎事情とすることはできない。これに対して、実際に用いられた GPS 端末により取得された位置情報の記録が一定期間業者に保存されており、捜査機関はその記録にアクセスして対象者の過去の位置情報を把握できる状況にあったものの、実際には記録にアクセスしなかったときに、捜査機関が記録にアクセス可能であったことを基礎事情とすることはできる。なぜならば、位置情報の記録が一定期間保存されるのは、実際に用いられた GPS 端末が元々有していた性能等に関わる事情であるところ、このような事情は当該捜査手法が一般的・抽象的に有する性質といえるからである[25]。

としている。

[24] ただし、笹倉・前掲注（21）209頁は、最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁決定と、最判昭和53年６月20日刑集32巻４号670頁等の所持品検査に関する最高裁判例とが整合するか否かは別論としている。

[25] このような考え方は、最高裁平成21年決定の調査官解説である増田・前掲注（７）389頁が、エックス線検査によるプライバシー侵害の程度を検討する文脈において、「エックス線検査の性能等からすれば、荷物を開披して見分するに等しく、あるいは開披するよりも詳しく内容物を把握できる場合もあるのであって、強制処分に当たるか否かの観点からプライバシー侵害の程度を検討するに際し、荷物に対するエックス線検査と荷物の開披検査とを別異に扱うこと

（2）大坂地裁６月決定

大坂地裁６月決定は、GPS 捜査の法的性質について、我が国で初めて強制処分に該当すると判断した。同決定は、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して、

〔ⅰ〕本件の GPS 端末は誤差数十メートル程度の位置情報を取得できるものであり、失尾した車両を再「発見し、追尾することができる程度には、正確な位置情報を示すものであった」こと（個別的・具体的）

〔ⅱ〕「プライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができる」こと（一般的・抽象的）

〔ⅲ〕ラブホテルの駐車場という、施設の性質上「プライバシー保護の合理的期待が高い空間に係る位置情報を取得した」こと（個別的・具体的）

〔ⅳ〕失尾した際及び GPS 端末の取付け及び取外しの際に、「プライバシー保護の合理的期待が高い空間に所在する対象車両の位置情報を取得することが当然」にあり得ること（一般的・抽象的）

〔ⅴ〕GPS 端末の取付け・取外しに際し、ラブホテルに立ち入ったことは「管理権者に対する権利侵害がある可能性を否定し難い」こと（個別的･具体的）

という５点を挙げて強制処分該当性を肯定している[26]。

これらのうち、〔ⅰ〕は本件で実際に用いられた GPS 端末によって得られた位置情報の精度に関する判示であり、測位精度が低ければ位置情報の取得によるプライバシー侵害の程度は低くなることからすると、強制処分該当性判断の前提となる事情である。

では、〔ⅱ〕～〔ⅴ〕は本件の GPS 捜査が強制処分に該当する旨の結論を出す上で必要不可欠なものという位置付けであろうか。この点について手がかりとなるのは、決定要旨中で本件 GPS 捜査が強制処分に該当する旨の結論が示された後の括弧書部分である。すなわち、大阪地裁は「（なお、本件 GPS 捜査によって得られた位置情報が、公道上に存在する対象車両使用者に関するもの

は適当でなく、むしろ前者は後者よりも侵害の程度が高い場合もある」と述べていることとも整合する（傍点は本論文執筆者による）。

[26] ただし、強制処分該当性について述べた部分とは別の所で、判断の基礎となる前提事実として、位置情報が「一定期間、データファイルとして保存されており、これをダウンロードして利用することもできた」ことを認定している。

のみであったとしても、本件 GPS 捜査にかかる前記の特質に照らせば、この結論は左右されるものではない。)」(傍点は本論文執筆者による)と判示している。そうすると、上記〔ⅱ〕～〔ⅴ〕のうち、〔ⅲ〕はラブホテルの駐車場内に所在する対象車両使用者の位置情報を現実に取得したことを表すため、強制処分に該当する旨の判断に際し〔ⅲ〕は必要不可欠なものではなかったことになる。そして、ここでの「前記の特質」とは、「プライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができる」という特質を意味するものであるから、上記〔ⅱ〕及び〔ⅳ〕は強制処分に該当する旨の結論を出す上で必要不可欠なものであったことになる。このことは、決定要旨が〔ⅱ〕〔ⅲ〕〔ⅳ〕を挙げながらも、「内在的かつ必然的に、大きなプライバシー侵害を伴う捜査であった」(傍点は本論文執筆者による)と判示して、個別的･具体的な性質よりも一般的･抽象的な性質を基にプライバシー侵害の有無を判断したことと親和的な表現を用いていることとも整合的である[27]。

では、〔ⅴ〕は強制処分該当性判断に際し必要不可欠なものであったのだろうか[28]。この点について、決定要旨は結論として「本件 GPS 捜査は、対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害する」(傍点は本論文執筆者による)と述べている。ここでの「対象車両使用者」とは被告人らを指し、被告人らについ

[27] 亀井＝尾崎・前掲注(12) 46頁。

[28] 中島・前掲注(12) 130頁は、〔ⅴ〕について「あくまでも本件事案における強制処分性を補強するための判示と読むべきであり、仮に公道上で着脱を行ったとしても、それによって任意処分となるわけではない」としており、本決定において強制処分該当性判断に必要不可欠な要素は〔ⅱ〕〔ⅳ〕である、と捉えたと思われる。緑・前掲注(12) 183頁は「本決定によれば、公道上のみに所在する車両に GPS 端末を取り付けた場合の扱いは不明である」とするが、これは、本決定が〔ⅱ〕〔ⅳ〕〔ⅴ〕を考慮して強制処分該当性を肯定したことまでは明らかであるものの、〔ⅴ〕の事情が存在しない場合に同じ結論が出るか否かまでは必ずしも明らかではない、とするものと思われる。また、亀井＝尾崎・前掲注(12) 46頁は、大阪地裁６月決定が、ラブホテル駐車場の管理権者に対する権利侵害を「強制処分該当性の判断要素に含めている」とするが、この指摘から、同論文が本決定において強制処分該当性判断に必要不可欠な要素は〔ⅱ〕〔ⅳ〕に加えて〔ⅴ〕であるという趣旨まで含むのかについては明らかではない。

てはプライバシー侵害しか述べていない。そうすると、「対象車両使用者のプライバシー等」とは、対象車両使用者のプライバシー及び管理権者の権利と読むべきことになる。このように考えれば、上記〔ⅱ〕及び〔ⅳ〕のみならず、〔ⅴ〕も含めて強制処分性を肯定したとも読める。しかし、決定要旨中の括弧書によれば、本件のGPS捜査によって現実に得られた位置情報が公道上に存在する対象車両使用者に関するもののみであったとしても、本件のGPS捜査が強制処分に該当する旨の結論は変わらないとされている。そして、決定要旨は、本件のGPS捜査の経過に関する判示部分において、警察官らはGPS端末のバッテリー交換の際に、その都度GPS端末の本体ごと取り替えていたところ、当該交換作業は、「管理権者の承諾も令状の発付もなく、商業施設の駐車場やコインパーキング、ラブホテルの駐車場等の私有地で実施されることもあ」り、「交換作業に当たり、交換対象となるGPSの位置情報を取得することがあった」という事実を認定している[29]。そうすると、決定要旨中の括弧書で述べられたとおり、現実に得られた位置情報が公道上に存在する対象車両使用者に関するもののみであったと仮定した場合には、警察官がGPS端末の着脱のためにラブホテルの駐車場に立ち入ることも無かったことになる。そして、そのように仮定した場合であっても本件のGPS捜査が強制処分に該当する旨の結論は変わらないのであるから、上記〔ⅴ〕は必要不可欠なものではないという読み方も可能なように思われる。

それでは、「本件のGPS捜査は、対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害する」（傍点は本論文執筆者による）とした点をどのように考えるべきであろうか。ここでの「プライバシー等を大きく侵害」とは、（必要不可欠な要素として位置付けているかは別として）〔ⅰ〕～〔ⅳ〕に加えて〔ⅴ〕も考慮して結論を出したのは明らかである以上、対象車両使用者のプライバシーに加えて〔ⅴ〕

[29] この部分を、警察官がGPS端末の取付け・取外し作業のためにラブホテルの駐車場に立ち入った事があるのは間違いないものの、その作業が、対象車両がラブホテル駐車場内にあることをGPS端末の位置情報を取得することにより行われたのかについてまでは不明である、と読むこともできなくはない。しかし、主任弁護人による論文によれば、捜査機関がラブホテルの駐車場に管理者の承諾を得ずに立ち入る前に、ラブホテルの位置情報を取得したようである。亀石倫子「捜査による位置情報の取得と弁護（特集・捜査における位置情報の取得）」刑事法ジャーナル48号（2016年）77頁以下、79頁。

で問題となった管理権者の権利を含めて「等」としたに過ぎないと読むことが可能である。また、裁判所は明確にプライバシーのみを被侵害利益と捉えることを避ける場合があり、本決定もその１つであったことが考えられる。例えば、後に検討する名古屋地裁判決のように、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性判断に際し、GPS 捜査の対象車両使用者以外の者に対する権利侵害（大阪地裁６月決定の事案でいえば、ラブホテル駐車場の管理権者に対する権利侵害）を問題としていないにもかかわらず、結論部分で「本件 GPS 捜査は、対象車両の使用者のプライバシー等を大きく侵害する」（傍点は本論文執筆者による）と判示する例がそうである。このような読み方からすると、たとえ結論部分が「プライバシー等を大きく侵害する」となっていたとしても、その事から直ちに、GPS 捜査の強制処分該当性判断に際してプライバシー以外の権利侵害の存在が必要不可欠なものと考えているとはいえないことになる。以上から、本件の GPS 捜査の強制処分該当性判断に際し必要不可欠な基礎事情は、上記〔ⅱ〕～〔ⅴ〕のうち〔ⅱ〕及び〔ⅳ〕ということになる[30]。

（３）大阪高裁判決

大坂高裁判決は、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して、

〔ⅰ〕取得可能な情報の内容が対象車両の所在位置に限られること（一般的・抽象的）

〔ⅱ〕相当期間（時間）にわたり機械的に間断なく位置情報を取得・蓄積し、過去の位置（移動）情報を網羅的に把握した事実は認められないこと（個別的・具体的）

〔ⅲ〕「車両によっては位置情報が取得された期間が比較的長期に及び、回数も甚だ多数」であったこと（個別的・具体的）

〔ⅳ〕「位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）を把握することが特に妨げられない状況にあった」こと（一般的・抽象的）

という４点[31]を挙げて「強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において

[30] もっとも、上記〔ⅱ〕及び〔ⅳ〕を強調して結論を出すと、現在の GPS 端末の精度からすれば、ほぼ全ての GPS 捜査が強制処分に該当することになるのではないかと思われる。

[31] 宇藤・前掲注（13）145頁は、「GPS 捜査期間の長短」「間断ない機械的な情

違法と解する余地がないわけではない」としている。

この大阪高裁判決は、強制処分該当性判断に際して個別的・具体的な事情を考慮している点で、大阪地裁６月決定より大阪地決平成27年１月27日判時2288号134頁（以下、「大阪地裁１月決定」という）に近い考え方をしているように思われる。大阪地裁１月決定は、大阪高裁判決の事案における被告人の共犯者に関する事件について

〔ⅰ〕使用されたGPS端末により「24時間位置情報が把握され、記録されるというものではなかった」こと（一般的・抽象的）

〔ⅱ〕測位精度は「状況によっては数百メートル程度の誤差が生じることもあり、得られる位置情報は正確なものではなかった」こと（個別的・具体的）

〔ⅲ〕「捜査官らは、自動車で外出した被告人らを尾行するための補助手段として上記位置情報を使用していたにすぎ」ないこと（個別的・具体的）

〔ⅳ〕「位置情報を一時的に捜査メモに残すことはあっても、これを記録として蓄積していたわけではない」こと（個別的・具体的）

という４点を挙げて「本件GPS捜査は、通常の張り込みや尾行等の方法と比して特にプライバシー侵害の程度が大きいものではなく、強制処分には当たらない」とした[32]。このように、大阪地裁１月決定は一般的･抽象的事情と個別的･具体的事情の双方を考慮したのに対し、大阪地裁６月決定は一般的・抽象的事情を重視したものといえ、両決定はGPS捜査の強制処分該当性判断に際して異なる判断手法を用いている[33]。そして、大阪高裁判決は、一般的・抽象的事

報の取得・蓄積」「その網羅的・随時的な事後的把握（の可能性）」の３要素が援用されていると指摘した上で、これらの要素は、「GPS捜査が仮に強制処分でないとしても問われ得る要素であることを考えれば、その指摘が、法的規律の中での強制処分性判断〔また、それと結びついた法的整備･令状発付の必要性〕の理論的位置づけに提起する問題は少なくない」とする。

[32] これを基に、大阪地判平成27年３月６日（LEX/DB文献番号25506064）は、被告人を有罪としている（確定）。また、大阪地裁１月決定に対する評釈として、前田雅英「判批」捜査研究770号（2015年）56頁以下、黒川・前掲注（12）117頁以下、山本・前掲注（12）49頁以下、安村・前掲注（12）40頁、亀井＝尾崎・前掲注（12）42頁以下、羽渕雅裕「判批」新判例解説Watch18号（2016年）15頁以下がある。

[33] 黒川･前掲注（12）118頁は、「当該処分によって生じた具体的結果を考慮する」

情と個別的・具体的事情とを併用して結論を導いていることから、大阪地裁１月決定に近い判断手法であるといえる。

（４）名古屋地裁判決

名古屋地裁平成27年12月24日判決は、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して、

〔ⅰ〕「本件 GPS 捜査は、捜査機関において、被告人使用車両が電波の伝わる範囲にあれば、携帯電話機等の操作といった極めて容易な方法により、被告人使用車両の相当正確となり得る位置情報をその場で取得することを可能にした」こと（一般的・抽象的）

〔ⅱ〕「本件 GPS 捜査は、具体的な終期を定めないまま開始されたものであり、本件 GPS 端末のバッテリー交換を繰り返すことなどによって長期間にわたり位置検索を続けることが可能であった」こと（個別的・具体的）

〔ⅲ〕前記〔ⅰ〕〔ⅱ〕に照らすと「捜査機関による位置情報の取得が限定の乏しいものに流れるおそれがあり、得られた位置情報によって、プライバシー保護の期待が強い場所での被告人の行動等が把握されるおそれがあった」こと（一般的・抽象的）

〔ⅳ〕「実際に本件 GPS 捜査は、被告人に本件 GPS 端末を発見されるという偶然の事情で終了するまで、３か月以上の相当長期にわたって続き、その間、手動で極めて多くの位置検索が行われ、多くの場合に位置検索が成功し、条件のよい場合には測位誤差数十m以下の位置情報を得ることができていた」こと（個別的・具体的）

〔ⅴ〕「位置検索の結果を個別に見ていけば、その多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所を示すものであった」こと（個別的・具体的）

〔ⅵ〕「本件 GPS 捜査において位置検索により得られた位置情報が捜査機関において蓄積記録されていなかった」こと（個別的・具体的）

〔ⅶ〕「セコム社で保管される本件 GPS 端末の位置検索結果の入手が捜査機関において可能だった」こと（類型的・抽象的）

という７点を挙げて強制処分該当性を肯定している。もっとも、〔ⅵ〕及び〔ⅶ〕

のが大阪地裁１月決定、「当該処分が有する一般的な性質を考慮する」のが大阪地裁６月決定であるとする。

については、既に「対象車両の使用者である被告人のプライバシー等に対する大きな侵害を伴うものであったといわざるを得ない」という判示がなされた後に出てくる考慮要素であるため、本判決が必要不可欠と考えていた基礎事情は〔ⅰ〕～〔ⅴ〕であったと捉えられる[34]。このように、一般的・抽象的事情と個別的・具体的事情とを併用して強制処分該当性を判断する点は、大阪地裁１月決定、大阪高裁判決と同様である。

（５）名古屋高裁判決

名古屋高裁判決は、当該事案の下でのGPS捜査の強制処分該当性判断に際して、

〔ⅰ〕「取り付けた対象が自動車であるから、被告人の行動状況そのものを把握できるわけではない」こと（一般的・抽象的）

〔ⅱ〕「自動車の所在する場所は、公道上等通常他人から観察されること自体は受忍せざるを得ない場所が多く、そのような場所の位置情報を取得するものにすぎない」こと（一般的・抽象的）

〔ⅲ〕「対象自動車がプライバシー保護の期待が強い場所にある場合の位置情報が取得される可能性はあるものの、当該自動車がそのような場所に入っていくこと自体は、公道上からも視認可能」であること（一般的・抽象的）

〔ⅳ〕「GPS端末を利用した捜査は、対象者に気付かれない間に、容易かつ低コストで、その端末の相当正確となり得る位置情報を、長期間にわたり常時取得できるだけでなく、その結果を記録し、分析することにより、対象者の交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を網羅的に明らかにすることが可能であり、その運用次第では、対象者のプライバシーを大きく侵害する危険性を内包する捜査手法である」こと（一般的・抽象的）

〔ⅴ〕「本件GPS捜査・・・開始の目的は、・・・尾行中に失尾した際や、尾行開始に当たって被告人の住居地に被告人使用車両がない場合に、被告人使用車両の位置を確認した上で尾行を行うためのものであった」が、実際には「具体的な終期を定めることなく開始され」、「被告人らに本件GPS端末を発見されるという偶然の事情により終了するまでの間、約３か月半にわたり、多数回の位置検索が成功裏に行われ、その精度は誤差が数十メー

[34] なお、〔ⅲ〕で「被告人の行動等が把握されるおそれ」とした点は、大阪地裁６月決定と異なる。

トルの範囲の場合も多く（最小で十数メートル）、1000メートル以上の誤差があるのは少数である上、前記[35]のとおり、運用要領の使用要件である「他の捜査によっては対象の追跡を行うことが困難であるなど捜査上特に必要がある」とは認め難い場合にも、繰り返し位置検索が行われていたことが認められる」から、「前記のような捜査開始の目的の達成に必要な限度内で行われたものとは言い難い」こと（個別的・具体的）

〔vi〕「本件 GPS 端末の位置検索結果はセコム社において保管されており、その情報は捜査機関において入手可能であった」こと（一般的・抽象的）

という６点を挙げて強制処分該当性を肯定している。一般的・抽象的事情と個別的・具体的事情とを併用して強制処分該当性を判断している点は、大阪地裁１月決定、大阪高裁判決、名古屋地裁判決と同様である。

（6）広島地裁判決

広島地裁判決は、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して、

〔ⅰ〕GPS 端末から得られる情報が「その取り付けられた車両の位置情報」にとどまるところ、「性質上、その情報は、公道や、一般に利用可能な駐車場といった場所を示すもの」であるから「これを得ることが、被告人のプライバシーや移動の自由への制約になるとはいい難い」こと（一般的・抽象的）

〔ⅱ〕GPS 端末によって「車両内での乗員の会話内容が分かるわけでもないこと」（一般的・抽象的）

〔ⅲ〕「本件では、各車両の底部に GPS 発信器が取り付けられたのであって、各車両の構造や機能を一切改変していない」上、小型の発信器であることから、車両の性能に「影響があったとしても無視できる範囲内のものといえる」から被告人に対する財産権侵害が無いこと（個別的・具体的）

〔ⅳ〕「捜査官が対象車両に GPS 発信器を取り付けた場所は、コインパーキングや商業施設等の駐車場であって、被告人や共犯者等の限定された人物のみが利用可能な場所ではないから、GPS 発信器取り付け行為時に私有地への違法な立ち入りがあったわけでもない」から第三者に対する財産権侵害が無いこと（個別的・具体的）

---

[35] １日当たりで最多109回の位置検索が行われた等の具体的な捜査の実態について判示した部分を指す。

〔ｖ〕「被告人が公共交通機関を利用したり、徒歩にて移動したりした場合には、GPS 発信器による被告人の居場所の把握はできないのであり、被告人の動静が常時監視されるわけではない」こと（一般的・抽象的）

〔vi〕「捜査対象者が誰と接触したか等の情報が GPS 発信器から得られるわけでもなく、通常の尾行捜査に比べれば、得られる情報は限定的である」こと（一般的・抽象的）

という６点を挙げて強制処分該当性を肯定している。もっとも、〔iv〕については、本判決が「本件 GPS 発信器を用いた捜査が、被告人のプライバシー、自由や財産権を制約ないし侵害するとはいえず、これが令状を必要とする強制捜査であったということはできない〔傍点は執筆者による〕」と判示していることから、本件 GPS 捜査が強制処分に該当しない旨の結論を導く上で必要不可欠なものとはいえないという読み方ができる。また、〔ｖ〕及び〔vi〕については、本件 GPS 捜査が強制処分に該当しない旨の判示の後に出てくる基礎事情であることから、結論を導く上で必要不可欠なものとはいえない。そうすると、本判決が必要不可欠と考えていた基礎事情は〔ｉ〕～〔iii〕であったと捉えられる。そして、一般的・抽象的事情と個別的・具体的事情とを併用して強制処分該当性を判断する点は、大阪地裁１月決定、大阪高裁判決、名古屋地裁判決、名古屋高裁判決と同様である。

（７）広島高裁判決

広島高裁判決は、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して、

〔ｉ〕「磁石による発信器の装着は、通常、車体の損傷を来すものとはいえず、財産権の実質的な侵害を伴う可能性は一般的に小さく、この観点から本件 GPS 捜査が強制処分であると解される余地はない」こと（個別的・具体的[36]）

〔ii〕「車両は、通常、公道を移動し、不特定多数の者の出入り可能な駐車場に駐車することが多いなど、公衆の目にさらされ、観察されること自体は

[36]「財産権の実質的な侵害を伴う可能性は一般的に小さく」（傍点は本論文執筆者による）という判示からすると、むしろ一般的・抽象的事情に分類すべきとも思える。しかし、本判決は、「本件 GPS 捜査」を「車両に GPS 発信器を取り付けて位置情報を把握する捜査」と定義しており、磁石による発信器の装着に関するこの判示部分は、個別的･具体的事情と考えるのが適切なように思われる。

受忍せざるを得ない存在である」ところ、「車両の使用者にとって、その位置情報は、基本的に、第三者に知られないですますことを合理的に期待できる性質のものではなく、一般的にプライバシーとしての要保護性は高くない」こと（一般的・抽象的）

〔iii〕GPS捜査の「基本的性格は、現場での尾行や張り込みによる行動観察、それに伴う採証活動等であり、発信器の利用は、捜査員が対象車両を探索する範囲を絞るための効率的手段にすぎない」こと（一般的・抽象的）

〔iv〕「電子通信事業者のシステム端末を操作して将来の携帯電話の位置情報を取得する場合には検証許可状が請求されている」が、「本件のような車両を対象にしたGPS捜査とは違いがあり、同列に論じることはできない」こと（一般的・抽象的）

という4点を挙げて強制処分該当性を肯定している。もっとも、〔iii〕及び〔iv〕については、既に「本件のような類型のGPS捜査は、その性質上、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う捜査活動とはいえず、刑訴法197条1項ただし書にいう強制の処分には該当せず、任意処分（任意捜査）と解するのが相当である」という判示が為された後に出てくる考慮要素であるため、本判決が必要不可欠と考えていた基礎事情は〔i〕及び〔ii〕であったと捉えられる。そして、一般的・抽象的事情と個別的・具体的事情とを併用して強制処分該当性を判断する点は、大阪地裁1月決定、大阪高裁判決、名古屋地裁判決、名古屋高裁判決、広島地裁判決と同様である。

（8）小括

GPS捜査に関する裁判例は、いずれも当該事案の下で実際に用いられたGPS端末の性能を前提に、対象者の使用車両の外部にGPS端末を装着するというタイプのGPS捜査、という範囲で類型化した上で、強制処分該当性を判断している。もっとも、大阪地裁6月決定を除き、裁判所は一般的・抽象的事情に加えて個別的・具体的事情を考慮して判断している。

3　GPS捜査が行われた場合の被侵害利益は何か

最高裁判所は、電話傍受に関する最高裁平成11年決定やエックス線検査に関する最高裁平成21年決定において示したように、電話通信の内容や封緘物の中身をプライバシーの要保護性が高いものと考えている。これに対して、最高裁

平成20年決定は、強盗殺人等事件において、捜査対象者である被告人と犯人との同一性を判断するために、警察官が、被告人宅近くに停車した車両内、あるいは付近に借りたマンションの部屋から、公道上を歩いている被告人の容貌を無令状でビデオカメラで撮影し、また、パチンコ店の店長の協力を得て、店内の防犯カメラ、あるいは警察官が持参した小型カメラを用いて、店内にいる被告人をビデオ撮影した（領置に関する事実関係は省略）という事案において、次のように判示した。すなわち、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」。このように、最高裁平成20年決定は、公道上やパチンコ店内にいる者の容貌や体型等はプライバシーの要保護性が低い、という判断をしている。もっとも、電話傍受に関する最高裁平成11年決定、エックス検査に関する最高裁平成21年決定において、強制処分該当性判断に際しての被侵害利益としてプライバシーは挙がっていたが、その内実は少なくとも決定要旨上明示されていなかった。GPS 捜査の適法性判断際しては、「場所」や「期間」といった捜査の外形にのみ着目するのではなく、捜査の実質、すなわち、当該捜査がいかなる権利を侵害するかを明確にすることが必要である[37]。

（1）大坂地裁１月決定

大坂地裁１月決定は、決定要旨において明示しているわけではないものの、強制処分該当性判断の基礎事情を見ると、位置情報を把握されない利益及び位

[37] 亀井＝尾崎・前掲注（12）44頁。また、酒巻・前掲注（20）33頁も、強制処分該当性判断に際しては、「当該捜査手段が対象者に及ぼし得る法益侵害の内容をできる限り具体的に析出」すべきであるとする。

置情報を記録として蓄積されない利益を被侵害利益として捉えているようである[38]。

（2）大坂地裁６月決定

大坂地裁６月決定は、「私有地であって、不特定多数の第三者から目視により観察されることのない空間」を「プライバシー保護の合理的期待が高い空間」としていることから、同空間に所在すること自体を他者に知られない利益を被侵害利益として捉えているようである[39]。

（3）大阪高裁判決

大阪高裁判決は、決定要旨に明示しているわけではないものの、強制処分該当性判断の基礎事情を見ると、過去の位置（移動）情報を把握されない利益を被侵害利益として捉えているようである[40]。

（4）名古屋地裁判決

同判決は、プライバシー保護の期待が強い場所での行動等が把握されない利益を被侵害利益と捉えているようである。この点で、大阪地裁６月決定に近い。

（5）名古屋高裁判決

名古屋高裁判決は、「交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を明らかにされない利益」を被侵害利益と捉えているようである。

（6）広島地裁判決

同判決は、「プライバシー、自由や財産権」を被侵害利益と捉えているようである。

（7）広島高裁判決

広島高裁判決は、「財産権」及び「プライバシー」を被侵害利益と捉えている

---

[38] 亀井＝尾崎・前掲注（12）48 ～ 49頁は、大阪地裁１月決定が「位置情報を･･･記録として蓄積していたわけではない」とした部分を基に、情報の収集が被侵害利益であるとする。ただし、決定要旨自体から、情報の収集が被侵害利益となる理由は明らかではない、とする。

[39] 亀井＝尾崎・前掲注（12）48 ～ 49頁は、被侵害利益を「私的領域における対象の所在可能性」と捉えつつ、同決定においては私的領域内の所在を明らかにすることが、被疑者のどのような権利を侵害するのかについての説明はされていない、とする。

[40] 記録の保存にも言及されているが、あくまでその保存による過去の位置（移動）情報の把握に重点が置かれているように読める。

ようである。

（8）小括

以上から、各裁判例では、GPS 捜査が行われた場合の被侵害利益の捉え方が異なるといえる。

4　公私区分論の採否

公私区分論とは、当該捜査が公道上等プライバシー保護の期待が小さい（あるいは要保護性が低い）場所において行われたか、私有地等プライバシー保護の期待が大きい(あるいは要保護性が高い)場所において行われたかによって、当該捜査の適法性判断に影響が出るとする考え方である[41]。前記の最高裁平成20年決定においても、撮影を適法とする理由として、公道上や店舗において撮影が為されていた点を挙げていたことから、公道上やパチンコ店内にいる者の容貌や体型等はプライバシー保護の要保護性が低いという判断がなされており、最高裁判所も公私区分論を採用することを前提にしていると思われる。このような公私区分論を、GPS 捜査の適法性に関する裁判例は採用しているのであろうか。

（1）大阪地裁１月決定及び大阪高裁判決

大阪地裁１月決定及び大阪高裁判決は少なくとも明示的には公私区分論を採用していないように読める。

（2）大阪地裁６月決定

大阪地裁６月決定については、公私区分論を採用していないとする見方もあ

[41] GPS 捜査との関係で公私区分論に賛成するものとして、清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報117巻７＝８号（2011年）443頁以下、456 ～ 457頁等。公私区分論に反対するものとして、指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査－ビデオ監視と GPS モニタリングを例に」三井誠ほか『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2007年）165頁以下、同「GPS 利用捜査とその法的性質－承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報87巻10号（2015年）58頁以下、大野正博「GPS を用いた被疑者等の位置情報探索」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2014年）485頁以下、中島･前掲注（12）130頁、黒川･前掲注（12）119頁、宮下・前掲注（12）51頁等。

る[42]。しかし、同決定の決定要旨中の括弧書で述べられた「本件 GPS 捜査にかかる前記の特質」とは、「プライバシー保護の・・・取得することができる・・・特質」のことを指している。そうであるとすれば、実際に得られた情報が公道（プライバシー保護の合理的期待が高くない）上のもののみであったとしても、GPS 端末の使い方によっては「プライバシー保護の合理的期待が高い空間」のものまで得られてしまう点（潜在的な可能性）を重視しているといえる。それゆえ、同決定は公私区分論を前提としていると読むべきである。

（3）名古屋地裁判決

名古屋地裁判決は、「得られた位置情報によって、プライバシー保護の期待が強い場所での被告人の行動等が把握されるおそれがあった」といった判示や、「位置検索の結果を個別に見ていけば、その多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所を示すものであったとしても」といった判示を見ると、公私区分論を採用していると読める。

（4）名古屋高裁判決

名古屋高裁判決は、「自動車が所在する場所は、公道上等通常他人から観察されること自体は受忍せざるを得ない場所が多く」や「対象自動車がプライバシー保護の期待が強い場所にある場合の位置情報が取得される可能性はあるものの、当該自動車がそのような場所に入っていくこと自体は、公道上からも視認可能」といった判示を見ると、公私区分論を採用していないと読める。

（5）広島地裁判決

同判決は、「公道や一般に利用可能な駐車場を示す情報である以上、これを得ることが、被告人のプライバシーや移動の自由への制約になるとはいい難い」という判示を見ると、公私区分論を採用していると読める。

（6）広島高裁判決

広島高裁判決は、「車両は、通常、公道を移動し、不特定多数の者の出入り可能な駐車場に駐車することが多いなど、公衆の目にさらされ、観察されること自体は受忍せざるを得ない存在である」ところ、「車両の使用者にとって、その位置情報は、基本的に、第三者に知られないですますことを合理的に期待できる性質のものではなく、一般的にプライバシーとしての要保護性は高くない」と判示していることから、公私区分論を採用していると読める。

---

[42] 中島・前掲注（12）130頁。

（7）小括

以上から、各裁判例では、公私区分論の採否について判断が分かれているといえる。

5　GPS 捜査と張り込み・尾行との関係（GPS 捜査の特徴についての考え方）

尾行は、大阪高判昭和51年８月30日判時855号115頁等により任意捜査とされている。もっとも、学説上は GPS 捜査と尾行とは精度・組織性・体系性においてはるかに異なるとされている[43]。具体的には、① GPS を用いることで、人的資源の節約、長期間監視の可能性につながる[44]、②記録の蓄積が容易であり、収集されたデータに基づいて被処分者の所在場所や時間に関するプロファイリングが可能となる[45]、③目視で確認できない空間における被処分者の所在情報も把握可能となる[46]、④失尾の際に再発見し、再追跡が可能となる[47]。このような GPS 捜査の特徴について、GPS 捜査の適法性に関する裁判例はどのように考えているのであろうか。

（1）大坂地裁１月決定

大坂地裁１月決定は、「尾行するための補助手段として上記位置情報を使用していたにすぎず」と述べているものの、そのすぐ後で記録の蓄積について着目している[48]ことから、④について明示している。

（2）大坂地裁６月決定

大坂地裁６月決定が決定要旨中で明示しているのは、④の点である[49]。

---

[43] 指宿・前掲注（41）62 ～ 64頁。

[44] 緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻５号（2015年）65頁。

[45] 大野・前掲注（41）485頁以下。

[46] 黒川・前掲注（12）119頁。

[47] 黒川・前掲注（12）119頁。

[48]「GPS 端末からの情報の蓄積量にも着目した点で特徴がある」（傍点は本論文執筆者による）とするものとして、緑・前掲注（12）183頁。

[49] 黒川・前掲注（12）119頁は、大阪地裁６月決定が①の監視機関の長短を問題としていないとした上で、同決定を「たとえ短期間の監視であっても、GPS 捜査には、プライバシー保護の合理的期待が高い私的領域の位置情報を取得する危険性が常にあるために、強制処分該当性を認めたものと解することができ

（3）大阪高裁判決

大阪高裁判決は、「取得可能な情報は・・・行動の状況が明らかになるものではな」いこと、「警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握した」こと、「位置情報が取得された期間が比較的長期に及び、回数も甚だ多数」こと、「位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあった」ことに言及していることから、①②について明示している。

（4）名古屋地裁判決

同判決は、検察官の主張に対する反論という文脈[50]で、「尾行により、対象車両の様子を目視によって観察する場合には、人的資源に自ずから限界があり、長期にわたって継続的に対象車両を観察することが困難であるが、本件 GPS 捜査にそのような障害はなく、長期間にわたり相当正確となり得る位置情報を得ることが容易であったのであり、目視による尾行を続けることとは質的に異なるものであって、任意捜査として許容される尾行の補助手段とみることはできない」と判示していることから、①について言及している。

（5）名古屋高裁判決

名古屋高裁判決は、「GPS 端末を利用した捜査は、対象者に気付かれない間に、容易かつ低コストで、その端末の相当正確となり得る位置情報を、長期間にわたり常時取得できるだけでなく、その結果を記録し、分析することにより、対象者の交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を網羅的に明らかにすることが可能であり、その運用次第では、対象者のプライバシーを大きく侵害する危険性を内包する捜査手法」と判示していることから、①②に

る」と述べる。しかし、同決定の決定要旨中の「本件 GPS 捜査」とは、弁護人の主張の中で述べられた概念であり、その内容は「多数回、長期間にわたり、被告人らの使用車両に GPS 端末を取り付け、その位置情報を取得する捜査」である。そうであるとすれば、「本件 GPS 捜査」の中に期間が長いことは織り込み済みであるといえる。同決定は、あくまで当該事案の下での GPS 捜査期間（平成25年５月23日頃から同年12月４日頃）を前提に判断したものであり、短期間の監視といえるような場合にまで同決定の射程が及はないと考える。

[50] これより前の段階で、既に本件 GPS 捜査が強制処分である旨の結論は出ている。

ついて言及している。

（6）広島地裁判決

同判決は、「自動車を使って広範囲に移動する被告人に対する尾行を、限られた人的資源で有効に実施するための手段として、GPS 発信器による位置情報が利用された」と判示していることから、①について明示している。

（7）広島高裁判決

広島高裁判決は、「発信器の利用は、捜査員が対象車両を探索する範囲を絞るための効率的手段にすぎない」と判示していることから、①について言及している。

（8）小括

以上から、各裁判例では、GPS 捜査の特徴についての捉え方が一致していない。

6　GPS 端末を装着した相手（複数）に対して包括的に強制処分該当性を判断することの是非

強制処分該当性判断は、対象者や対象物ごとに個別の処分に対して行われるのが原則である[51]。もっとも、大阪地裁６月決定は、被告人以外の者及び複数の車両に対する GPS 捜査について、包括して強制処分該当性を判断した点に特徴がある[52]。また、大阪高裁判決は、「対象車両使用者」のプライバシーを大きく侵害としか述べていないが、大阪地裁と同じ事案であるから、包括して判断したものと考えてよいと思われる。広島地裁判決及び広島高裁判決も同様である。

これに対して、名古屋地裁判決は、GPS 端末の装着は被告人１人に対して行われたものの、対象車両は合計２台（１台ずつ時期をずらして装着）という事案であった。そして、「位置検索の結果を個別に見ていけば、その多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所を示すものであったとしても」（傍点は本論文執筆者による）と判示していることから、本来は個別の処分ごとに強制処分該当性を判断しなければならないことを念頭に置きつつも、結論としては本件 GPS 捜査全体を（位置検索の結果を区別することなく）

[51] 最高裁昭和51年決定、最高裁平成11年決定等。

[52] 緑・前掲注（12）184頁。

強制処分に該当すると判断した。また、名古屋高裁判決は、「本件 GPS 捜査は、GPS 捜査が内包しているプライバシー侵害の危険性が相当程度現実化したものと評価せざるを得ないから、全体として強制処分に当たる」（傍点は本論文執筆者による）と判示し、やはり GPS 捜査全体を包括して判断している。

以上から、裁判例は GPS 捜査全体を包括して強制処分該当性を判断しているが、なぜ包括して判断するのかについては明らかでない[53]。

7　処分の対象者以外の者に対する権利侵害の考慮の有無

最高裁平成21年決定は、あくまで捜査対象者である「荷送人や荷受人の」内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するとのみ判示し、それ以外の第三者（例えば、宅配業者）に対する権利侵害が強制処分該当性の判断に際して基礎事情とされるか否かについて、明示的に判断をしていない[54]。

まず、大阪地裁１月決定は第三者に対する権利侵害を基礎事情としていない。次に、大阪地裁６月決定は、GPS 捜査の強制処分該当性判断に際し、第三者（大阪地裁６月決定の事案では、ラブホテル駐車場の管理権者）に対する権利侵害を基礎事情としている[55]。また、大阪高裁判決は、弁護人による公訴権濫用あるいは違法収集証拠排除法則の主張に対応する形で判示した、GPS 捜査の違法の重大性に関する判示の中で「警察官らは、車両への GPS 発信機の取り付け等のために管理権者の承諾や令状なくラブホテルの駐車場といった私有地に立ち入っていたことも認められ、この点は違法の疑いがあるが、その違法の程度は大きいものではない」としており、強制処分該当性判断の基礎事情とはしていない[56]。

---

[53] 緑・前掲注（12）184頁は、大阪地裁６月決定が対象車両の区別なく包括的に強制処分該当性を判断した理由について、「本件では捜査機関が秘密保持のために資料を廃棄したなど、権利利益の制約を個別具体的に認定することが困難だった可能性」及び「情報集積を継続することに意味がある GPS 捜査において『１回の処分』の画定に困難を伴っている可能性を示唆する」と述べる。

[54] ただし、X線検査について宅配業者の承諾が存在した事案であった。

[55] ただし、２で検討したとおり、必要不可欠な基礎事情とは考えていないと思われる。

[56] 宇藤・前掲注（13）145頁は、「強制処分性との関係では、従来、当該捜査処分の目的とされる対象者に生ずる権利・利益の制約が決定的であり、この文

名古屋地裁判決及び名古屋高裁判決の事案では、GPS 端末の装着が店舗駐車場又は公道上で行われたため、第三者に対する権利侵害は問題とならなかった。そのため、第三者に対する権利侵害を強制処分該当性判断の基礎事情とするか否かについては明らかでない。

広島地裁判決は、前記２で検討したとおり、GPS 捜査の強制処分該当性判断に際し、第三者に対する財産権侵害を基礎事情としている[57]。これに対して、広島高裁は第三者に対する権利侵害を基礎事情としていない。

以上から、裁判例において処分の対象者以外の者に対する権利侵害を考慮したものはあるものの、いずれも必要不可欠な基礎事情とはしていない。

８　GPS 捜査の強制処分該当性判断に際しての装着と位置情報取得の区別

大阪地裁６月決定は、検証に当たる旨を述べた際の理由づけ部分についての判示を見る限り、少なくとも装着自体を独立の処分として捉えておらず、装着の場合の被侵害利益についても明らかではない[58]。また、大阪高裁判決は位置情報取得の場面のみを捉えて強制処分該当性判断を行っている。

名古屋地裁判決は、検察官が「本件 GPS 端末を被告人使用車両に装着したのは店舗駐車場又は公道上であり、その装着態様は相当である」旨を主張したのに対して、「その装着態様がプライバシー等に対する侵害の程度を左右するものではなく、装着態様は本件 GPS 捜査の強制処分該当性を左右しない」と判示しており、やはり GPS 端末の装着自体を独立の処分とは捉えていないようである。そして、名古屋高裁判決も、位置情報取得のみを考慮している。

これに対して、広島地裁判決及び広島高裁判決は、位置情報取得のみならず、GPS 端末の装着自体を独立の処分として捉えており、その場合の被侵害利益は財産権であると明示している。

以上から、裁判例において、GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して GPS 端末の装着と位置情報取得とを区別して検討するか否かについては、判断が統

脈において承諾の主体から私有地の管理者を除いたのは、判例に照らし適切であった」とする。

[57] ただし、２で検討したとおり、必要不可欠な基礎事情とは考えていないと思われる。

[58] 緑・前掲注（12）183頁。

一されていないといえる。

第３　GPS 捜査が強制処分と判断された場合における法的規制

１　現行刑訴法に規定されている強制処分のいずれに該当するか

当該事案の下で GPS 捜査が強制処分に該当する判断された場合、現行刑訴法に規定されている強制処分のいずれに該当するのであろうか。

大阪地裁６月決定は、「携帯電話機等の画面上に・・・観察するものである」ことを理由に「検証としての性質を有する」と述べている。

これに対して、大阪高裁判決は「対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではない」と述べている。この判示は、強制処分法定主義違反ではなく令状主義違反に重点を置いたものであるから、当該事案の下での GPS 捜査が強制処分に該当し現行刑訴法で規定された強制処分のいずれかに該当する（おそらくは検証に該当する）ものの、無令状で行われた点で違法であると読むのが素直である。また、同判決は上記判示に続いて「少なくとも、本件 GPS 捜査に重大な違法があるとは解されず、弁護人が主張するように、これが強制処分法定主義に違反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できない」と述べている。この判示の中の「弁護人が主張するように」の後の部分は、弁護人が「本件 GPS 捜査は検証には当たらず、強制処分法定主義に違反する処分として、令状の有無を問わず適法に実施し得ないもの」と主張していた部分に対応するもの。つまり弁護人は、本件 GPS 捜査が強制処分に該当するところ、強制処分法定主義に違反しないためには現行刑訴法上に規定されている強制処分のいずれかに該当しなければならないが、検証に該当しない[59]ことから、本件 GPS 捜査は強制処分法定主義に違反すると主張している。これを否定している大阪高裁判決は、本件 GPS 捜査が強制処分に該当するとしても、現行刑訴法上に規定されているいずれかの強制処分（おそらくは検証）に該当するため強制処分法定主義違反にはならないと判示したのだと思われる。

[59] そして、他の明文の強制処分にも該当しない、という趣旨を当然に内包していると思われる。

次に、名古屋地裁判決は、「本件GPS捜査は、携帯電話機等に表示される位置検索結果を目視によって認識するものであるから、少なくとも検証の性質を有するものと考えられる」と述べている。

また、名古屋高裁判決は、「既存の強制処分の類型でいえば検証の性質を有する」としつつ、「検証として行う場合、GPS捜査の特質を踏まえて合理的な規制をするためには、令状の事前提示に代わる条件、検証の対象や期間の特定等、検討を要する種々の問題があり、解釈論的にも解決の必要に迫られている」と述べている[60]。

このように、裁判所はGPS捜査が強制処分である場合、現行刑訴法上の検証に該当すると考えているようである（但し、大阪高裁判決は明確ではない）。

捜索（刑訴法218条１項）とは、一定の場所、物、人の身体について、物又は人の発見を目的として行われる強制処分[61]であるところ、GPS捜査における位置情報取得は対象に対する物理的侵入・接触を伴わないため、捜索に該当しない。また、差押え（刑訴法218条１項）とは、人の占有を強制的に排除して物の占有を取得する処分[62]であるところ、GPS捜査における位置情報取得は物の占有取得を含まないため、差押えに該当しない。捜査機関が行う領置（刑訴法221条）とは、被疑者等が遺留した物、または所有者・所持者・保管者が任意に提出した物の占有を取得する処分[63]であるところ、GPS捜査による位置情報取得は物の占有取得を含まないため、捜査機関が行う領置に該当しない。鑑定処分（刑訴法225条１項・同法168条１項）に際しては、人の住居もしくは人の看守する邸宅、建造物もしくは船舶内への立入り、身体の検査、死体の解剖、墳墓の発掘、物の破壊を行えるが、GPS捜査による位置情報取得はこれらのいずれにも該当しない。これらに対して、捜査機関が行う検証（刑訴法218条１項）とは、「五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する」[64]活動をいうところ、GPS捜査による位置情報取得はこれに該当し

[60] ただし、名古屋高裁判決は「より根本的には、GPS端末を利用した捜査全般に関する新たな立法的措置も検討されるべき」と述べていることから、GPS捜査を検証に当てはめて考えることに全面的に賛成しているわけではない。

[61] 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）101頁。

[62] 酒巻・前掲注（20）101頁。

[63] 酒巻・前掲注（20）101頁。

[64] 最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁。

得る。以上から、GPS 捜査を現行刑訴法に規定されている強制処分に当てはめるならば、検証になる。

２　GPS 捜査が検証に該当すると考えた場合の問題点

GPS 捜査が検証に該当する場合、当該捜査を行うためには裁判官の発する令状が必要である。もっとも、検証令状によって GPS 捜査を行う場合、次のような問題点が指摘されている。第１に、検証の対象・目的の特定が困難であることから、対象となる位置情報と被疑事実との関連性を裁判官が判断しにくい、第２に、令状の事前呈示をできない、第３に、被処分者が事後的に処分内容を知るための制度的保障がない、というものである[65]。上記の諸点を考慮して、現行刑訴法の解釈による処理には限界があるとして、立法的解決を求める見解もある[66]。

第４　おわりに

１　GPS 捜査の強制処分該当性の判断手法

（１）大阪高裁判決・名古屋高裁判決・広島高裁判決で異なる点

大阪高裁判決・名古屋高裁判決・広島高裁判決で異なる点は、第１に GPS 捜査による被侵害利益の捉え方であった。大阪高裁判決は、過去の位置（移動）情報を把握されない利益を被侵害利益として捉えているのに対して、名古屋高裁判決は、「交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を明らかにされない利益」を被侵害利益として捉えている。そして、広島高裁判決は、「財産権」及び「プライバシー」を被侵害利益と捉えているようである。第２に、公私区分論の採否である。大阪高裁判決及び名古屋高裁判決は公私区分論を採用していないが、広島高裁判決は採用している。第３に、GPS 捜査の特徴についての考え方である。第４に、GPS 捜査の強制処分該当性判断に際しての

[65] 黒川・前掲注（12）119 ～ 120頁等。もっとも、令状の事前呈示が不可能な点及び不服申立手段の欠如の点は、最高裁平成11年決定により対応可能であるとする見解もある。緑・前掲注（12）184頁注８）、清水真「GPS と捜査（特集トピックからはじめる法学入門）」法学教室427号（2016年）41頁以下、44頁等。

[66] 中島・前掲注（12）130頁等。

装着と位置情報取得の区別である。広島高裁判決のみが、GPS 端末による位置情報取得のみならず、GPS 端末の装着自体を独立の処分として捉えており、その場合の被侵害利益は財産権であると明示している。それ以外の、強制処分と任意処分の区別基準や、強制処分該当性判断の基礎事情の内容、GPS 端末を装着した相手（複数）に対して包括的に強制処分該当性を判断することの是非、処分の対象者以外の者に対する権利侵害の考慮の有無については、大きな違いは無いようである。

（2）裁判例の態度

まず、強制処分と任意処分の区別基準について、裁判例はいずれも権利侵害の有無・程度についてのみ考慮している点で、近時の最高裁判所の判断基準を踏襲している。強制処分該当性判断の基礎事情については、大阪地裁６月決定を除いて、裁判所は一般的・抽象的事情に加えて個別的・具体的事情の双方を考慮しているようである。GPS 捜査が行われた場合の被侵害利益、公私区分論の採否、GPS 捜査の特徴についての考え方については、裁判所によって捉え方・判断が異なっている。個々の位置情報取得ではなく全体を包括して GPS 捜査の強制処分該当性を判断することの是非について、裁判例は GPS 捜査全体を包括して強制処分該当性を判断しているが、なぜ包括して判断するのかについては明らかでない。処分の対象者以外の者に対する権利侵害の考慮の有無については、裁判例において必要不可欠な基礎事情とされたものはない。最後に、GPS 捜査の強制処分該当性判断に際して GPS 端末の装着と位置情報取得とを区別して検討するか否かについては、裁判例において判断が統一されていない。

２　GPS 捜査が強制処分と判断された場合における法的規制

第３で見たとおり、GPS 捜査が強制処分に該当するとした場合、現行刑事訴訟法に規定されている強制処分の中で最も近いのは検証であるという点で、裁判所の判断は統一されている。

３　残された課題

本論文で取り上げた裁判例は、いずれも対象者の使用する自動車の外部に GPS 端末が取り付けられた事案である。そのため、自動車の内部に GPS 端末が装着された場合については射程が及ばない。また、自動車以外の物（例えば、

対象者の所持品等より身近な物）に GPS 端末が取り付けられた場合については、射程が及ばない。さらに、例えば捜査機関が予め捜査対象者の購入する物に店側の協力を得て GPS を内蔵させた上で、対象者が当該物を購入した後にその位置情報を取得するといった場合についても、射程が及ばない。

大阪高裁判決及び名古屋高裁判決に対しては、被告人側が上告している。そして、最高裁判所は平成28年10月５日付けで大阪高裁判決の事案について、審理を大法廷に回付した[67]。最高裁判所により、当該事案の下での GPS 捜査の強制処分該当性についてどのような判断が為されるのか、また名古屋高裁判決が指摘した立法的措置について言及がなされるのか、今後の動向が注目される。

本論文は GPS 捜査の強制処分該当性に関する裁判例の動向を検討したものである。GPS 捜査に関する学説の議論についての検討や、仮に当該事案の下で GPS 捜査が任意処分とされた場合にどのような法的規律が求められるのか、また仮に立法的措置が必要になった場合に具体的にどのようなものが考えられるのかについては、今後の検討課題である。

脱稿後、田淵浩二「判批」判時2305号（2016年）171頁以下、羽渕雅裕「位置情報とプライバシー― GPS 捜査に関する二つの大阪地裁決定を契機として―」法学雑誌62巻３＝４号（2016年）１頁以下、河村有教「捜査におけるビデオ撮影と GPS 等使用の適法性について―大阪高裁平成28年３月２日判決、大阪地裁平成27年７月10日判決、大阪地裁平成27年６月５日決定を素材にして―」海保大研究報告61巻１号（2016年）57頁以下、池亀尚之「GPS 捜査―近時の刑事裁判例の考察と法的問題点の整理―」愛知大学法学部法經論集209号（2016年）77頁以下に接した。

[67] 産経ニュース「令状なし GPS 捜査の適法性、最高裁大法廷が判断へ 下級審で判断分かれる」、http://www.sankei.com/affairs/news/161005/afr1610050016-n1.html

研究ノート

フランスにおける鑑定人確保の歴史と展開

―― 全国司法鑑定人協議会のシャリエ委員長への聞き取り調査から示唆を得て ――

上　向　輝　宜

1．はじめに

本稿は、フランスの全国的な規模の鑑定人ネットワークである、全国司法鑑定人協議会[1](Conseil National des Compagnies d' Experts de Justice(「C.N.C.E.J」、以下、「協議会」とする。)において、2015年9月21日に協議会の本部会議室[2]で行った、エマニュエル・シャリエ(Emmanuel Charrier)法務委員長[3](以下、「シャ

[1] 協議会について参考になるものとしては、Arbellot (F.), Delbano (F.), Loriferne (D.), Martin (JP.), Matet (P.), Salati (O.) et Vigneau (V.), sous la direction de Moussa (T.). Droit de l'expertise collection, Paris, Dalloz Action, 2012, Aydalot (M.), L'expertise comptable judiciaire, 2e. Revue par Robin (J.), Paris, Presses Universitaires de France, 1962, Mecum (V.), De l'expert de justice, Paris, C.N.C.E.J, 3e, 2009, C.N.C.E.J, The judicial experts'Handbook, Paris, C.N.C.E.J, 2015がある。

[2] 協議会の本部所在地は、10, rue du Débarcadère, 75852, Paris, Cedex, 17である。

[3] シャリエ委員長は、本来は専門会計士であるが、現在は、フランスおよびベルギーの専門会計士、監査役、パリ、ベルサイユの控訴院および行政控訴院の鑑定人リストに登載される鑑定人であるだけでなく、パリ・ドフィヌ大学准教授、協議会の法務委員長も務めている。

リエ委員長」とする。）への聞き取り調査で得られた情報[4]から示唆を得て、わが国における鑑定人選任の困難を解決するための課題および将来的な全国的規模の鑑定人ネットワークの構築に向けた課題を探求するものである。

従来、わが国では、専門的知見を必要とする訴訟（以下、「専門訴訟」とする。）において、専門的知見を補充する役割をもつ鑑定人を選任することが困難であった[5]。これには多くの原因が考えられるが、そのうちの一つとしては、恒常的な鑑定人選任システムが整備されていなかったために、個々の裁判所の努力で鑑定人を選任するという作業を行わざるを得ず、適切な鑑定人が容易には見つからなかったことが挙げられる[6]。現在でも、IT に関するもの等、近年、鑑定の必要性が増してきた多くの分野では、そもそも鑑定人を選任することが困難であるという問題が残されたままになっている[7]。

このような鑑定人を選任することが困難であるという問題への対策がなされてきた一例としては、医事関係訴訟における運用が挙げられる。医事関係訴訟

---

[4] 本調査は、事前に研究会等で整理した質問事項をシャリエ委員長に送付し、この質問事項について、パリの本部会議室でシャリエ委員長が答え、それに対して質疑応答を行うという形式で行われた。その内容は、①鑑定人協議会について、②鑑定制度一般について、③鑑定の時期について、④鑑定人の確保・選任について、⑤鑑定事項について、⑥鑑定意見と判決について、⑦鑑定と和解について、である。本稿では主に、鑑定を実施するための根本的な問題である、④鑑定人の確保・選任から示唆を得ている。

[5] この問題は、門口正人編集代表『民事証拠法大系 第5巻 各論Ⅲ鑑定 その他』（青林書院、2005年）52－55頁、荻原貞正「フランスの民事事件における鑑定について」大東法学38号127頁（2001）、前田順司ほか「専門的な知見を必要とする民事訴訟の運営」司法研究報告書第52輯 1 号16頁（2000）、渡辺千原「裁判と科学―フォーラムとしての裁判とその手続のあり方についての一考察―」法と社会研究 1 号117頁（2015）など多くの文献によって指摘されている。また、この鑑定人を選任することが困難であるという問題への対策は、司法制度改革審議会の最終意見書においても、医事関係訴訟、建築関係訴訟を代表とする専門訴訟への対応強化の一つとしている。司法制度改革審議会意見書－21世紀の日本を支える司法制度－ http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html#mokuji（最終検索日：2016年9月15日）参照。

[6] 門口・前掲注（5）52頁。

[7] 山本和彦「民事訴訟法10年 その成果と課題」判タ1261号90頁（2008）以下。

では、他の分野での鑑定人の選任と同様、各裁判所が鑑定人候補者を選定し、鑑定を依頼するが、各裁判所で適切な専門家が見当たらない場合には、医療界である程度の権威を有する者を構成員に含む最高裁の医事関係訴訟委員会による推薦システムを利用することができる[8]。しかしながら現在の運用では、この医事関係訴訟委員会による推薦システムが、①システムを利用するのは庁内で適切な鑑定人が確保できない等の例外的な場合に限られるだけでなく、②他庁に依頼する場合には、選任方法や実施方法を含めて依頼先の方式に従うこと、③各庁間の依頼する件数については、ある程度平等になるよう調整すること、という厳格な条件が課されているため、迅速な鑑定人の選任という目的との関係において、十分な機能を果たしているとはいえない状況にある。

そこで、医事関係訴訟においては、鑑定人の負担軽減等といった鑑定人選任の困難の解決という根本的な問題については、各地域で構築された、裁判所間でのネットワークが、その役割を果たしていることが多い。例えば、大阪高裁の専門訴訟委員会が中心となって創設した、大阪高裁ネットワークでの取り組みが挙げられる[9]。このネットワークは、大阪府、京都府、奈良県、滋賀県、和歌山県にある地方裁判所を結びつけて構築したものである。このネットワークによって、鑑定人の推薦依頼を行う窓口を大阪高裁に一本化することで、特定の大学病院に鑑定依頼が集中していないか等といった状況をネットワーク内の裁判所が一体となって把握できるようになった。その結果、このネットワーク

---

[8] 東京地方裁判所医療訴訟対策委員会「医療訴訟の審理運営指針」判タ1237号67頁（2007）、小磯武男「判例展望民事法（38）医学鑑定 その現状と課題」判タ1294号37頁（2007）。

[9] このネットワークは、以下の大学や医療機関によって構成されている。すなわち、大阪大学、神戸大学、大阪市立大学、京都府立医大、滋賀医科大学、奈良県立医科大学、和歌山県立医科大学、近畿大学、大阪医科大学、関西医科大学、国立循環病センターである。なお、大阪地方裁判所第17、第19、第20民事部「大阪地方裁判所医事部の審理運営方針」判タ1335号5頁（2011）が、審理期間等の具体的な内容を紹介している。これ以外にも、平成19年４月１日から東京、横浜、さいたま、千葉の４庁によって構成されている、首都圏鑑定人ネットワークや、長野地裁、甲府地裁、新潟地裁、信州大学医学部、県立病院弁護士等を構成員とする長野医療訴訟連絡協議会では、鑑定人候補者推薦システムの構築が進められている。これらの取組状況については、中山隆夫ほか「千葉県医事関係裁判運営員会第10回定例会」判タ1235号48頁（2007）が詳細に整理している。

内の裁判所が、一部の鑑定人に依頼が集中していないか等の調整を行うことができるようになるだけでなく、裁判所に提出する書式や添付書類等がネットワーク内において統一されることで、手続が容易となり、訴訟当事者の利便性の向上や鑑定人となる者の負担の軽減が図られた[10]。

しかしながらこれらの取り組みは、ネットワークを構築している裁判所間での取り組みに過ぎないために、ネットワークを越えた情報の共有はいまだ十分に行えているとはいえない。そこで、鑑定人の推薦依頼の手続を全国的に統一することや、地域ごとの状況をより具体的に把握し、共有するために、全国的な規模のネットワークの構築を進める必要がある[11]。

そして、鑑定人選任の困難への対応策やこのようなネットワークの構築について参考となりうるのが、フランスにおける協議会とその取り組みである。後述するように、フランスにおける鑑定の歴史は古く、長い間鑑定人を選任することが困難であるという問題に直面してきたところ[12]、フランスでは、この問題を解決するために、専門分野別の鑑定人リスト（以下、「リスト」とする。）の作成、専門家集団の創設、およびその意見、情報を共有するための機関である協議会を創設した結果、鑑定人を選任することへの困難が、ある程度改善されてきている。また、協議会の歴史をみることは、わが国における鑑定人ネットワーク、それを発展させたものである全国的な規模の鑑定人ネットワークの構築に向けて、どのような取り組みを行うことが必要かということを明らかにするのに資する。にもかかわらず、これまでの研究では、フランスにおける専門家集団や全国的な規模の鑑定人ネットワークの存在については認識されては

---

[10] これについては、大島眞一「大阪地裁医事事件における現況と課題」判タ1300号57頁（2009）参照。

[11] 前田・前掲注（5）127頁においても、鑑定人推薦委員会として同様の趣旨の委員会の必要性を指摘する。

[12] 生田美弥子「フランス民事鑑定と鑑定人リスト」、木川統一郎編著『民事鑑定の研究』（判例タイムズ社、2003年）284頁。鑑定の歴史については、杉山悦子『民事訴訟と専門家』（有斐閣、2007年）172頁以下、Olivier (M.), La liste nationale des experts son origine, son établissement, Gaz.Pal.1993, doctrine p.36参照．また、刑事鑑定人リストの歴史については , Chauvard (F.), Les experts du crime : la médecine légale en France au XIX^{e}siècle, Paris, Aubier, 2000が詳しい。

いたものの、協議会の歴史や具体的な活動内容については十分に整理されてこなかった[13]。

そこで本稿では、協議会に注目して、協議会の生成過程とその概略を紹介した後に、フランスでの鑑定人を選任することが困難であるという問題に対する取組み等を紹介したい。具体的には、２においては、鑑定人リストの公開文書化から始まる協議会の生成過程をふり返り、３においては、わが国における先行研究やフランスにおける研究、および協議会の本部会議室で行った、シャリエ委員長への聞き取り調査から得た情報から、協議会の概略を説明し、４においては、鑑定人の負担の軽減および鑑定人へのインセンティブという観点から、現在までの先行研究およびシャリエ委員長への聞き取り調査の整理を行い、５においては、わが国への示唆として、全国的な規模の鑑定人ネットワークの構築に向けて、今後検討の対象とすべきものと考えられる研究課題を示したい。

２．協議会の生成過程

（１）リストの公開文書化[14]

フランスの民事鑑定は、古くは1554年のアンリ2世（Henri Ⅱ de France）の王令によって規定されていた。その当時は、現在のように多様な鑑定は実施さ

[13] 北村一郎「フランス民事訴訟における鑑定人の役割（一）」法協110巻１号14頁（1993）では、固有の職団を有するものとして、会計鑑定士、認証会計士の例が紹介されているし、生田・前掲注（12）314頁では、鑑定人リスト作成の情報収集の手段として、鑑定人協会からの情報収集による方法を言及している。また、前田・前掲注（5）306頁においても、「市販されている鑑定人名簿（裁判所ではなく鑑定人協会等の刊行によるものと思われる）」として、鑑定人協会について言及している。

[14] 現在、フランスにおける鑑定人リストは、1971年法の適用デクレである、1974年12月31日のデクレ1184号が、1960年に改正された刑事訴訟法典第157条の適用デクレともなっているために、刑事と民事で共通のリストとなっている。そのため、本来ならば刑事のリストについてもその歴史を整理するべきではあるが、わが国における先行研究によって、既に詳細に整理されていることから、ここでは、民事のリストの歴史にその対象を限定して整理するに留めている。これらの刑事、民事のリストの歴史については、生田・前掲注（12）283頁が詳しい。

れてはいなかったが、石工、測量技師等が鑑定人となるということはあった。具体的には例えば、パリの建物の互有壁の代金等の評価について、当事者が合意できない場合に、裁判官が石工に壁を評価して報告書を作成させていた。しかしながら専門家は、裁判所の手続に関与することに消極的で、鑑定人を確保することには困難が生じていた。そうした状況の中で、フランスでは、鑑定人を迅速に選任するための制度設計が模索されていくようになった[15]。

まず、リストの作成が進められたのは、刑事の分野であった。刑事の分野では、裁判所の便宜のために、各裁判所の検事局が中心となって、非公開のリストの作成を進めた[16]。その後、鑑定人を選任することを欲する訴訟当事者が,鑑定人を選択することができるようにするために、リストを公開する必要性が認識されるようになって、リストの公開文書化が進められた。簡単にリストの公開文書化の動きをみてみると、鑑定に関する1892年11月30日の法律の適用デクレである、1893年11月21日のデクレに基づき、刑事の分野で医療鑑定人について、初の公開文書としてのリストが作成された[17]。その後もリストの整理、公開文書化のための取り組みは継続されていった。最終的には、1971年6月29日の法律498号（以下、「1971年法」とする。）が、民事のリストを公開文書にすることを規定した。

（2）専門家の組織化

次に、専門家の組織化をみてみると、リストの公開文書化の動きに連動する形で発展してきた。従来、リストを作成する裁判所が、その内部でリストへ登載される鑑定人の整理を行ってきた。そして裁判所は、リストに専門家の意見を反映させるために、専門家集団の創設を働きかけた。この時期には、専門家

---

[15] Olivier・op.cit, (n.12) p.36. また、北村・前掲注（13）13頁以下参照。

[16] 約50年以上前より、非公開文書の形で、リストの整理が進められていた。すなわち、パリでは、毎年パリ控訴院および大審裁判所の司法官が混成する委員会組織が、鑑定人を厳選の上、リストを作成し、これを控訴院長通達の形で採択していた。生田・前掲注（12）287頁。

[17] リストは毎年、第一審裁判所が用意する候補者リストから、控訴院が職権で選出して作成していた。その当時の医療鑑定人リストへの登載要件は、フランスの医学博士として最低５年の経験を有すること、及び管轄内居住者たることであった。生田・前掲注（12）285頁。

においても、どのようにリストに登載される鑑定人が選ばれているのか、ということを把握することができず、リストの整理過程に対する中立性に疑問を持つようになっていたこともあり、裁判所と鑑定人の両者の思惑が一致した。そして、裁判所が作成するリストに対して、その整理過程の専門家への可視化および専門家の意見を反映させたいという思いから、専門家の組織化が進められた。それと同時に、リストへの登載までの過程の中立性を確保するために、裁判所から独立して、リストを管理する機関を創設する必要性が認識されるようにもなった。

具体的な取り組みとしては、1913年にセーヌの第一審裁判所が、会計士らに対して、専門家の意見を集約させて、裁判所の作成するリストにその意見を反映させるために、専門家集団の創設を働きかけて、単一の規律を有する専門家集団である連合会（union）[18]を創設したことが挙げられる。その後、連合会は、鑑定を行う上で、より強力に専門家団体の要望を裁判所に伝えるために、その要望を集約するための上位機関の必要性を認識するようになった。1931年には、建築士であるアンドレ・バック（André Bac、以下、「バック」とする。）が中心となって、ボルドーの控訴院に、約40の連合会を構成員とする裁判所内部の機関を設立した。その後もバックは精力的に活動を続けていき、最終的にはパリの行政裁判所にまでその食指を伸ばした。パリの行政裁判所においてバックは、リストの作成に並行して、リスト登載者らとともに、地域単位および専門分野単位で構成する連合会の創設を進めていき、最終的には協議会の前身である、全国司法鑑定人評議会（Fédération Nationale des Associations d'Experts Judiciaires、以下、「評議会」とする。）を創設した。評議会は任意加入であったために、連合会には多くの専門家が所属していた一方で、評議会に所属する連合会、専門家は多くなかった。第二次世界大戦前後の一時期、その活動が停滞していた期間はあったが、評議会の活動は拡大していき、2008年に、評議会は裁判所から独立して司法省に属する公益団体としての資格が承認され、これに伴って、評議会から現在の協議会に名称が変更された[19]。徐々に協議会に加

[18] 北村・前掲注（13）14頁では、土地資産の測量・書類図面作成等に関して独占権のある不動産測量鑑定士、会計鑑定士、認証鑑定士については、固有の職団があると紹介している。

[19] 2008年5月31日のデクレ参照。

入する連合会は増えていき、2012年10月の時点では、約100の専門分野にわたる連合会が所属し、約9600人の鑑定人が、協議会に所属している[20]。

3．協議会について

（1）協議会の目的、加盟義務、活動内容

協議会が公益団体となったことで、協議会によって管理されているリスト[21]もまた、公式のリストとして扱われることになった。それによって、協議会の管理するリストは、すべて公開されることとなった。そして、公式のリストに登載された鑑定人に関する業務を扱うことから、現在の協議会の活動は、公務・公共サービスを提供する機関としての側面が強くなってきている。協議会は、設立当初の司法鑑定人のリスト管理、専門家の意見を集約するということだけでなく、訴訟当事者へのリスト登載者への信頼を確保するための施策の実施といった、裁判所や鑑定人だけでなく、リストを利用して鑑定人を選任する、訴訟当事者の利便性までも追求するようになった。それだけでなく、協議会は、従来、鑑定監督等を担当する裁判官によって自主的に行われてきた様々な業務についても、裁判所から独立、または協同して行っている。

協議会の活動をまとめると、協議会は、リストの管理および裁判所からリストとして整理された者の認証[22]作業、協議会が定める倫理規定に反する者の調

---

[20] 原則としては、専門家集団である連合会が、協議会に所属する。ただし、連合会に所属していない専門家についても、協議会に所属することはできる。C.N.C.E.J・op.cit, (n.1) p.15-16. およびシャリエ委員長への聞き取り調査より。また、所属団体や専門分野については , C.N.C.E.J・op.cit, (n.1) p.17-20参照。

[21] 協議会は、各裁判所が作成するリストのすべてを管理しているわけではないが、将来的には、すべてのリストの管理を行うことを目標にしている。シャリエ委員長への聞き取り調査より。

[22] 協議会は、現在は、医療鑑定人等の一部の認証を行っているにすぎないが、将来的には、国内における鑑定人の認証をすべて行うことを目標としている。また、国内だけではなく、国外の者からのリストへの登載を申請する者の認証についても、通訳等の一部の分野では、認証を行っている。国外の者によるリストへの登載の申請の認証が問題となった事件としては、Penarroja 事件（スペインの通訳が、パリの控訴院および破毀院のリストへの登載を申請したところ、国籍を理由に拒否された事件、Cass.2e Ch civ.10 sept.2009, n° 09-10.605,

査、鑑定人研修プログラムの実施といった専門家の質の向上のための施策の実施、欧州人権条約に基づく司法の補助（主に欧州人権裁判所への鑑定人の供給）および公平な裁判を実現するための様々な方策を講じること[23]、鑑定人が参考とすることのできるマニュアル等の関連書物の出版、マーケティングおよびITサービスの供給等といった多岐にわたる活動をしている[24]。そして、協議会の業務拡大とともに、協議会を構成する機関の整備も進められた。現在協議会は、諮問委員会（Comité de Reflexion）、欧州委員会（Commission Europe）、懲罰委員会（Commission Penale）、情報科学委員会（Commission Informatique）、法務（検討）委員会（Commission Juridique）、鑑定研修委員会（Commission Formation-Qualité dans L'expertise）および最終的な意思決定機関である理事会（Conseil D'administration）によって構成されている。協議会における各委員会の長および16名の理事は、鑑定において古くから多く用いられている建築、専門会計士、医療の3つの分野の者がその大半を占めており、これらの者のほとんどが、それぞれの分野の実務を10年ほど経験した後に鑑定人になっている[25]。

Penarroja）がある。本件はその後、欧州人権裁判所に申し立てられ、欧州人権裁判所は、欧州人権条約６条に定める公平な裁判を受ける権利に含まれるため、国籍のみを理由とするリストへの登載の拒否は許されないと判断した（欧州人権裁判所2011年５月11日裁決）。それ以降、国外の者からのリストへの登載申請に対する認証も協議会が担っている。これについては、Ruellan (F.), Marie (N.), Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile, Paris, LexisNexis, 2012, p.15.

[23] この取り組みの一つとして、４年に１度、協議会主催で、司法鑑定人集会（Congrès des Experts de Justice）が行われる。聞き取り調査の時点での前回大会は、2012年10月12.13.14日にベルサイユで行われた。ここでは、一つのテーマにつき、協議会に所属する連合会の代表者、弁護士がパネリストとなって、「公平な裁判の原則および対審の原則における鑑定」をテーマに議論した。C.N.C.E.J, l'expertise dans le procès équitable:principe et pratique de la contradiction, Paris, C.N.C.E.J, 2012参照。なお、集会の様子は、協議会のホームページ上でも閲覧できる。http://cncej.org/documents/cncej/index.php?z=1&accueil=1&val=2（最終検索日：2016年９月15日）参照。

[24] C.N.C.E.J・op.cit, (n.1) p.17.

[25] C.N.C.E.J・op.cit, (n.23) HP参照。そのため、法学の知識を有する者も居るが、それぞれが各分野の専門家であるため、法学に関する知識を有する者は多

（2）協議会と裁判所、鑑定人との関係

鑑定の監督等を担当する裁判官と理事との関係をみると、裁判所から独立する前は、両者は日常的に連絡を取り合っていた。しかしながら独立後は、裁判所からの独立性を高めるために、原則として裁判官と理事が個別に連絡を取り合うことはなくなり、両者は、必要に応じて相互の意見交換のために会合を開いている[26]。そこでは、鑑定人リストの質の改善策、鑑定人研修プログラム、現在の鑑定制度で生ずるだろう懸念事項について、相談や提言を交わしている[27]。

鑑定人と協議会との関係をみても、協議会は、原則として連合会に対して連絡等を行うのみで、鑑定人個々との連絡のやりとりを極力行っていない。個々の鑑定人への連絡は、いずれの連合会にも属していない鑑定人について、その

くない。シャリエ委員長は､大学院で会計だけでなく法学についても研究した。シャリエ委員長は、大学院で法学を学び、法律の知識を有しているということが、シャリエ委員長が法務委員長に就いている一要因であると分析して、そのことを「盲人の国では、片眼の人が王になる（Au royaume des aveugles, les borgnes sont rois)」と表現した。

[26] なお、前田・前掲注（5）46頁によると、鑑定監督等を担当する裁判官と鑑定人協会の理事らは、日常的に電話や面談をして連絡を取り合っているとしている。確かに、この文献刊行時の2000年においてはそのような状況であったものと考えられるが、2008年の司法省に属する公益団体としての資格が与えられて以降は、裁判所からの独立をより強固なものとするために、公的な場面以外での両者の接触を減少させているということであった。シャリエ委員長への聞き取り調査より。

[27] 協議会は、司法鑑定人に関する白書という形で、裁判所に行った要望等を公表している。参考までに、2008年の白書では、主として、①裁判所によってリストに登載される者が選定されるが、鑑定人の募集、必要とされる法的資格等の基準が、リスト作成をする裁判所によって示されていない、②鑑定人の報酬が、役務の負担に応じた金額になっていない、ということを陳情している。②については、鑑定費用の平均額は、一時間あたり約71€であり、私鑑定費用の平均を下回るという。他方で、公式のリストに登載された鑑定人の業務ということで公務・公共サービスとしての側面があり、鑑定費用が公共サービスにふさわしい程度の額に抑えられているという一面があることは否定できないだろう。生田・前掲注（12）285、323頁。

者の情報を集める場合にのみ行っている[28]。

（3）鑑定人の質を確保するための方策について

裁判所は、リストの公開文書化によって、リストに登載される鑑定人の地位を向上させるとともに、当該リストに登載された鑑定人を選択する訴訟当事者に対して、リストへの信頼を獲得するために、能力の高い鑑定人をいかに確保するかに強い関心を有するようになった[29]。この鑑定人の質確保の責任は、現在は協議会ではなく、各連合会がその責任を負担しており、各連合会がどのような対策を行っているかについては、協議会がその情報を集約、整理している。また、協議会は、協議会に所属する鑑定人が、その能力や資質に問題があると訴訟当事者から連絡があった場合[30]には、可能な限りその者の情報を集めて、次回のリスト登載者の選定時の参考資料に供するために、リスト登載者の整理を行っている司法省検事局に連絡している[31]。

（4）倫理規定

協議会は、フランス民事訴訟法典に規定されている、技術者に課される義

---

[28] シャリエ委員長への聞き取り調査より。鑑定人への連絡がされる具体例としては、IT 等の分野のような、近年その必要性が認識され始めてきたばかりで、連合会の創設がなされていない場合である。

[29] シャリエ委員長への聞き取り調査より。なお、リストに登載されている鑑定人は、職業としての保護を認められてはいないが、肩書きの独占については認められている。生田・前掲注（12）311頁。

[30] ここでの連絡の多くは、手続の不遵守である。具体的には、両訴訟当事者が、鑑定人の有する専門的知識を共有していないといった当事者主義違反や対審の原則違反である。シャリエ委員長への聞き取り調査より。

[31] 現在、鑑定人リストへの登載申請者の情報収集を行うのは司法省検事局である。また、鑑定人リストへの登載申請時の情報の確認作業は、共和国検事が中心となって行う。共和国検事は、その権限を利用して犯罪記録簿や警察を通じ身元の確認等、候補者の身辺調査を行っている。その際、専門分野に詳しいかどうかの実質的な調査を協議会が担っており、その結果を司法省検事局に連絡している。生田・前掲注（12）300頁。

務[32]を具体化するために、司法鑑定人の倫理規定を設けている[33]。この倫理規定は、美術、科学、技能分野または技術者として協議会に所属するすべての鑑定人、また、特別の規定がある場合には、紛争解決のために必要な技術的な情報および意見を与える者に対して適用される[34]。倫理規定は、以下の6条で構成される。

第一に、対審の原則の遵守および職務上の秘密といった、鑑定人が守るべき義務を11項にわたって定める（第1条）。

第二に、鑑定人は、裁判所の執行士の活動を尊重しなければならないという規定や、裁判官の自由裁量の範囲内にある事項について、その任務を超えて活動または提案をしてはならないといった、裁判所および裁判所の執行官に対する義務を4項にわたって定めている（第2条）。

第三に、鑑定人は、当事者の一方から、すでに同一事項について意見を求められている場合および彼らが独立してその職務の遂行を行っていないものと推定される場合には、その任務から離脱しなければならない、といった規定にみられるような当事者に対する義務が4項にわたって定められている（第3条）。

第四に、協議会に所属する同一連合会の構成員である2人、またはそれ以上の鑑定人間で、当該事案について、その意見に相違がある場合、意見の一致する事項、誰の意見があり、その意見に至るまでに行ったすべての取り組みを、その連合会の長に提出しなければならないといった規定がある。この規定は、同一連合会内での同様の専門分野をもつ者が存在する場合に、どのような対応を取れば良いのかについて、一種の鑑定人の行動指針ともいえる条項が2項にわたって定めている（第4条）。

第五に、鑑定人は、その選任がなされるまで、自ら調査し、意見を与えてはならない、といった、鑑定人による私的調査への規制が8項にわたって定められており（第5条）、最後の第6条は、倫理規定のあらゆる違反について、協議

---

[32] 民事訴訟法典（以下、「CPC」とする。）237条「委託を受けた技術者は、良心に従い、客観的にかつ公平に、その任務を遂行しなければならない。」なお、日本語訳については、法務省司法法制調査部編『注釈フランス新民事訴訟法典』（法曹会、1978年）、若林安雄「新フランス民事訴訟法典」近大法学40巻2号135頁（1992）以下を参照した。以後、条文訳は、これらに拠っている。

[33] Leclerc (O.), Le juge et l'expert, Paris, LGDJ, 2005, p.208.

[34] C.N.C.E.J・op.cit, (n.1) p.57.

会に所属する鑑定人については、協議会が処分するということ、協議会が倫理規定の違反について調査をする場合、協議会は懸念事項を各連合会に知らせ、そして、これら２つの機関が協同して、その者への処分を下す（第6条）、と定めている。

（5）鑑定人研修プログラム

次に、裁判所の実務で行われていたものが、協議会主導で取り組むようになったものとしては、鑑定人研修プログラムが挙げられる。1997年、当時の評議会会長の提唱によって、控訴院長、大審院長、大審裁判所長、鑑定監督裁判長、協議会会長等が発起人となって、パリの控訴院管内に鑑定人の研修センターが設立された[35]。同センターは、執務時間終了後に控訴院内の会議室等を利用して、裁判官、協議会理事、大学教授等が講師となって、リスト登載者に対する研修を行っている。この研修は、主に新規リスト登載者を対象として実施されており、任意参加ではあるが、新規リスト登載者の多くが参加している[36]。そのプログラムの内容は、協議会で検討されており、現在は、フランス司法制度の概要、民事訴訟手続における対審の原則の意義、民事鑑定の実務処理上の留意事項等の研修を実施している。これ以外にも、協議会は、連合会ごとの専門研修にも関与している。例えば、測量士団体が実施している研修プログラムの具体的内容を把握して、助言を与えている[37]。

４．鑑定人となる者への負担軽減とインセンティブ

これまで協議会について整理をしてきたが、協議会を創設するためには、そもそも協議会を創設できるほどの鑑定人となる者が存在することが必要であ

---

[35] 前田・前掲注（5）46頁、生田・前掲注（12）304、315頁参照。

[36] この研修は、連合会主催で行われるものだけでなく、協議会、裁判所が主催するもの、協議会と連合会、裁判所との共催のもの等様々なものがある。また、医療鑑定人等のように、専門分野によっては、研修が義務付けられている分野もある。シャリエ委員長への聞き取り調査、生田・前掲注（12）305頁。

[37] シャリエ委員長への聞き取り調査より。また、シャリエ委員長によると、近年6・7の大学において、授業内で鑑定手続に関する講義を行っているということであった。

る。そして、鑑定人となる者を確保するためには、鑑定人の負担を軽減するだけでなく、鑑定人となることへのインセンティブを与えなければならない。今回の聞き取り調査においても、シャリエ委員長は、鑑定人の時間的・物的負担が軽減されること、鑑定人となることへのインセンティブが働くことが重要であると述べていた[38]。そこで以下では、鑑定人の負担を軽減するためには、フランスでのどのような制度が役立っており、どのようなインセンティブが鑑定人となる者に働いているのかを概観する。

（1）鑑定人の負担軽減

1）早期の鑑定の実施

まず、フランスでは、かなり早い段階で鑑定が実施されていることが、鑑定人の負担を軽減するのに役立っている。すなわち、フランスにおける鑑定は、レフェレという訴訟提起の前段階で行われることが多く、約80％が鑑定レフェレで行われている分野もある[39]。本来、レフェレは、日本法では仮処分に相当する略式裁判で、これを証拠保全に用いている手続であるが、実務ではそれ以外の情報収集の目的を有するものがレフェレで行われており、鑑定レフェレもその一つとして実施されている[40]。これによって、本案では2年ほどかかるもの

---

[38] シャリエ委員長は主として、社会学の視点から、鑑定人へのインセンティブを研究している。Pélisse (J.), Protais (C.), Larchet (K.), Charrier (E.), Des chiffres, Des maux et des lettres-une sociologie l'expertise judiciaires en économie en psychiatrie et en langue, Paris, Armand, A Colin, 2012.

[39] 例えば、建築関係訴訟では、約83％が鑑定レフェレによってなされている。Liste des experts judiciares établie pour le resort de la Cour d'Appel de Limoges.Année 2013.

[40] CPC145条「すべての訴訟に先立って、紛争の解決の基礎となる事実の証拠を保全し又は証明を行う正当な理由が存在する場合には、法律上認められる証拠調べは、すべての利害関係人の請求により、申請に基づいて又はレフェレとしてこれを命じることができる」。レフェレについては、徳田園恵「<世界の司法―その実像を見つめて3> 鑑定の活用をめぐる問題について」判タ1010号42頁（1999）以下、本田耕一『レフェレの研究－フランスにおける仮処分命令の発令要件－』（中央経済社、1997年）等がある。また、町村泰貴「提訴前の証拠保全の正当な利益：フランス新民事訴訟法典145条をめぐって」商学討究43巻3・4号338頁（1993）は、鑑定人による調査のため当事者および第三者は必要な書

が、レフェレでは2ヶ月程度で済み、鑑定人の時間的負担を軽減している[41]。

2）鑑定人自ら鑑定する義務を柔軟に判断することによる軽減

鑑定人が自ら鑑定をしなければならないという義務は、CPC233条１項により定められており[42]、鑑定が命じられるときには、原則１名の鑑定人が指名される[43]。本来、鑑定人は、自己の専門的な識見の故に選任されるのであるから、自らの管理下のある者に鑑定作業を委ねることが許されないだけでなく、鑑定作業自体を自らの管理の及ばない第三者に委ねることはできず、仮に鑑定作業自体をこれらの者に代行させた場合には、その鑑定は無効となるはずである[44]。しかしながらこの自ら鑑定をしなければならないという義務は、厳格な線引きをもって運用されておらず、それぞれの事案によって柔軟に判断されている。例えば、裁判例においても、問題の車が売却されてしまっていて直接検査できず、他者の作成した詳細な報告書を参照して鑑定をした事例では、鑑定として

類を交付しなければならないとされたこと等から、実質的には訴え提起前の証拠開示・情報開示が実現されていたのに近い状態であったと指摘する。

[41] シャリエ委員長への聞き取り調査より。

[42] CPC233条「技術者たる資格に基づいて裁判官により権限を授与された技術者は、自己に託された任務を自身で遂行しなければならない」。ただし、単独の鑑定人が自らの専門分野とは異なる分野の専門家の意見を自由に求めることは認められている（CPC278条、サピター、サピテール（Sapiteur）とも）。CPC278条「鑑定人は、自ら他の技術者の意見を取り入れることができるが、この場合は自己のものと異なる専門分野に限られる。」。Ruellan・op.cit, (n.22) p.22. 北村一郎「フランス民事訴訟における鑑定人の役割（二・完）」法協110巻２号182頁（1993）は、これを「目利き」とも呼んでいる。

[43] CPC264条「裁判官が数人を指名することが必要であると認める場合を除き、鑑定人としてただ１名のみが指名される。」。

[44] Toulouse 20 mai. 1975, D.1975.Somm.85.（建築士が自ら依頼を受けた鑑定作業について、息子に作業および報告書の作成をさせたことを理由に、鑑定が無効となった事例）。Aix-en-Provence 19 oct.1976, Gaz.Pal.1977.1.Somm.210, Reims 8 janv.1980, J.C.P.1980.4.398（鑑定人の責任において、従業員を使用したことについて、その鑑定を無効とした事例）。これについては、北村・前掲注（42）198頁参照。

の欠陥はないと解釈している[45]。これだけでなく、単にアシスタントを使い、自らはそれを監督確認した例についてもこの鑑定の有効性を肯定している[46]。このように、その当時の状況に応じて柔軟に鑑定の有効性を判断することは、多忙を極める専門家の物的、時間的な負担の軽減にも繋がるという一面がある[47]。

3）鑑定人の過失による損害賠償責任を負う場合に対する責任の分散

フランスでは、鑑定人は、その過失により、損害賠償責任を負う可能性がある。例えば、測量士が土地の区画を間違えて測量したが、その訴訟の5年後に間違いが判明したという事案が挙げられる。この事案においては、5年間という時間と転売機会の喪失について、鑑定人に対して、過失に基づく損害賠償が認められた[48]。また、情報提供義務違反の場合にも、損害賠償を請求されることもある。例えば、会計士が企業価値の推定を行ったときに、後に重要な要素が抜けていることが判明したが、それらの情報を依頼主に提供していなかった場合に、情報提供義務違反に基づく損害賠償請求が認められた[49]。これらのような状況になることを防止するために、実際に利用頻度の多い鑑定については、個人または個人が所属する機関によって、鑑定に対する強制保険に加入している[50]。これにより鑑定人は、自らが将来負う可能性のある責任を分散すること

---

[45] Req 26 juill.1926, D.H.1926.565. 北村・前掲注（42）198頁。

[46] Cass.2e Ch.civ 5 mars. 1975, Bull.Civ.2 N.70, Reims 8 janvier 1980, Gaz. Pal.1981.1.Somm.153.

[47] シャリエ委員長への聞き取り調査より。他方で、このように柔軟に判断することは、裁判所に提出しなければその有効性が判断されないのであるから、かえって鑑定人にとっては、証拠として用いられて、その訴訟の結果を左右しうることを念頭に、かなりの時間を要して行われた鑑定の有効性が否定された場合には、自らの労力が無駄になっているように感じる、という一面もあるだろう。

[48] Angers, 15 février 2006, CT0063.

[49] Cass,.soc 15 novembre 1973, n. pub. B.1973-10.259.

[50] また、1984年８月16日のアレテによる保険法典第 A243-1条によって、強制保険とされている建築士の責任保険について、損害の認定・記述・評価を行う建築損害保険鑑定士も存在する。これについては、北村･前掲注（13）14頁、生田･前掲注（12）297頁参照。

ができるため、鑑定人となることを引き受けやすくなる[51]。

4）鑑定人の出廷負担の軽減

フランスでは、アメリカやイギリスのような、当事者が選任した専門家が意見書を提出した後に、法廷で証言するということは、民事ではほとんどない[52]。仮に出廷しても一専門家（証人）として出廷する程度で、鑑定人以外の専門家が証言することはまずないため、鑑定人となる者の負担は少ない。

（2）鑑定人となることへのインセンティブ

以上が、鑑定人の負担を軽減する方法として考えられるが、鑑定人となることへのインセンティブとしては、シャリエ委員長は主として以下の3点を中心に挙げていた。

第一に、難しい問題にチャレンジしたい、というものである。シャリエ委員長によると、鑑定を必要とする事案では、訴訟当事者間の対立や、その専門家間での対立があることも少なくなく、当然のことながら事案も複雑なものとなる。そのような問題を解決に導くことの一助となることができることに、鑑定人は喜びを感じ、やりがいを感じている者も少なくないということであった。

第二に、これから専門家としての地位を築いていきたいという者には、自らの知名度を上げ、ビジネスの機会を増やすというインセンティブがある。シャリエ委員長は、医師等、フランスでは法的な制約で広告ができない職業があり、司法鑑定人になることで、知名度が上がり、顧客に対する宣伝にもなるとする。また、鑑定の報酬が一般の業務を遂行した場合の給料に比べて、20-50％程度となるが、鑑定人になると報酬は少なくとも、鑑定人のコミュニティに入ることが可能となり、資料が手に入り、他の鑑定人とのつながりができるというメリットがあることから、鑑定人となることへのインセンティブになると指摘する。

第三に、前述のように、鑑定の報酬が少ないという一面はあるが、リタイアの準備での補充的な収入としては十分な額である。そのため、これらの補充的な収入を得るために鑑定人となる、ということも挙げられる。シャリエ委員長

[51] シャリエ委員長への聞き取り調査より。
[52] シャリエ委員長への聞き取り調査より。

によると、2004年12月23日のデクレ1463号2条7項によって、全国リストへの登載を申請できるのは70歳までと規定されているが、実質的にも、引退後の者がリストに登載されることが多い。このことは、2007年のパリ、リヨン、アンジェの控訴院リストに対する調査で、言語の分野に属する鑑定人は50歳、精神科学の分野に属する鑑定人が57歳の者がその割合として最も多かったことからもわかる[53]。

これら3つのインセンティブをみると、フランスにおいては、自己の満足を得るという意味での精神的利益、自らの本業に好影響を与えることを期待する、本業における利益、自己の生活費の補充といった経済的利益があることが鑑定人となることへのインセンティブになっているものと考えられる。

5．結びに代えて～我が国への若干の示唆

本稿では、フランスにおける協議会の現状、鑑定人の負担の軽減および鑑定人となることへのインセンティブを紹介してきた。本章では、わが国への示唆として、将来的に全国的な規模の鑑定人ネットワークを構築するために、その前提となる、十分な鑑定人を確保するための施策という視点と、鑑定人を確保後に、鑑定人の公平性・中立性・質を確保するという視点に分類して、今後の課題を述べる。

（1）鑑定人の確保

1）鑑定人の負担軽減について

鑑定人の負担軽減について、まず考えられるのが、複数の鑑定人あるいは専門家が関与することによる、鑑定人の物的・精神的負担を軽減するというものである。フランスにおいては、原則１名の鑑定人が指名される一方で、他の鑑定人やそれ以外の者から援助を受けることを、その状況に応じて、かなり柔軟に認めている。わが国でも、医事関係訴訟において、東京地裁でのカンファレンス鑑定、横浜地裁での専門委員の積極的な活用、千葉地裁での複数鑑定の実施等、徐々に複数の専門家が参加して鑑定人の負担を軽減するための制度設計

[53] Pélisse・op.cit. (n.38) p.37.

が進められている[54]。今後は、これらの制度を発展させるために、他の鑑定人との関係で、その任務の範囲や関与のあり方について精査していく必要があるだろう。

また、フランスにおける鑑定人への過失に基づく損害賠償請求は、日本ではその発想があまりないが、例えば不動産契約に際して誤った測量をした土地家屋調査士への責任が考えうる。そのような場合には、将来、鑑定人が責任を追及される可能性が考えられないわけではなく、フランスのように、強制保険によって、その危険を分散する必要がある。しかしながら、フランスのように公的な機関が運営する鑑定人の強制加入の保険が、そもそも鑑定人の絶対数が少ないわが国においても果たして実現ができるのであろうか。仮に、この強制加入の保険の実現可能性が低い場合には、鑑定人の責任を相当程度免責するという形で認めることによってそのような危険の分散を行うことも考えられるところではあるが、その範囲等、検討すべき課題は多く残されている。

2）鑑定人へのインセンティブ

次に、十分な鑑定人の数を確保するために、鑑定人へのインセンティブを与えることが不可欠であるが、フランスにおける状況が、そのままわが国においても当てはまらないものがある。例えばフランスでは、鑑定人を引き受けることは、それ自体でその分野の権威として認められたことになり、非常に名誉な事柄であると本人が自覚できるのと同時に、一定の社会的評価につながることが、鑑定人となることへのインセンティブになるという。確かに、わが国にお

[54] 秋吉仁美「カンファレンス鑑定の現状と課題－東京地方裁判所医療集中部における鑑定の経験を踏まえて―」法の支配150巻４-14頁（2008）、山嵜進、大西忠博「東京地方裁判所医療集中部カンファレンス鑑定事例の検討－産科大出血事件（東京地方裁判所平成17年9月30日判決（民事第34部）、東京高等裁判所平成19年3月27日判決（第19部民事部））」法律実務研究23号5-63頁（2008）、東京地方裁判所医療訴訟対策委員会「東京地方裁判所医療集中部における鑑定の実情とその検証（上）」判時1963号3-35頁（2007）、同「医療訴訟の審理運営方針（改訂版）」判タ1389号21-22頁（2013）参照。これ以外にも、仙台地方裁判所で行われた、座談会方式も挙げられる。信濃孝一・寺田利彦「座談会方式による私的鑑定人の尋問専門訴訟の証拠調べにおける新たな試み」判タ1131号４頁（2003）以下。

いてもそのような環境が整備されることが望ましく、わが国において鑑定人の地位向上を図ることが、鑑定人選任の困難の解決に向けて、必要であるのは事実であろう。しかしながら、このようなフランスにおける鑑定人の高い地位は、長年をかけて訴訟当事者の鑑定人に対する信頼が醸成されてきたことがその背景にあり、現在のわが国では、鑑定人に対してまだ十分な地位が与えられているということは難しく、長期的な視点で、鑑定人の地位の確立に取り組む必要がある。具体的な取り組みの一例としては、表彰制度を設ける等をして、フランスにおけるのと同様、鑑定人の地位を向上し、鑑定人への信頼を徐々に獲得していく努力をしていくことによって、鑑定人を引き受けることに意欲を持たせる工夫をする必要があるだろう[55]。

（2）鑑定人の質・中立性・公平性の確保

次に、鑑定人の数を確保するだけでなく、質を確保するという視点でみると、まず考えられるのが、リストの作成である。フランスの歴史をみると、かつては、裁判所がリスト作成時の専門家の意見の収集、リストの管理、公開をさせる等という目的から、裁判所が主導となって専門家集団の創設を進めた。その後、専門家集団の意見を集約するために、鑑定人自身が主体となって、専門家集団の創設が進んだのである。

わが国においても、医事関係訴訟のようにリストの作成が進められている分野がある。このリストの作成には、各専門分野において鑑定人にふさわしい識見を有する者を把握するために、各専門分野の学会等の協力が不可欠である。医事関係訴訟では、医療界と法曹界等の参加するシンポジウムが実施されるなど、徐々に相互理解のための環境が整えられつつある[56]。他方で、現在は、学

[55] 実際に千葉地裁では、表彰制度を導入することによって、鑑定人の地位向上を図ろうとしている。小磯・前掲注（8）37頁。

[56] 例えば、東京地方裁判所の医療集中部における医療界の相互理解のためのシンポジウムが、現在までに合計7回実施されている。浜秀樹、荒井勉、森田茂穂「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム（第1回）」判タ1326号5-37頁（2010）、浜秀樹、難波孝一、高瀬浩造「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム（第2回）」判タ1328号5-35頁（2010）、浜秀樹、菅野博之、高瀬浩造「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム（第3回）」判タ1355号4-46頁（2011）、高橋譲、小林昭彦、大森夏織「医療界と法曹界の相互理解のた

会等の既存の専門家団体から示されたリストにそのまま依拠して鑑定人名簿を作成されることが多く、仮にこれらの団体の構成員が訴訟の一方当事者となった場合には、中立性、公平性の観点から、何らかの配慮が必要となる[57]。

これについて、フランスにおける鑑定人に対する倫理規定が参考になる。この倫理規定は、訴訟当事者や裁判所に関連する者だけでなく、他の専門家との関係について規定されていることからも、職業倫理としての性質だけでなく、鑑定人の行動指針という面があることは否定できず、その意味でわが国においても、鑑定人の質だけでなく、中立性、公平性をもって鑑定を実施されるような制度設計を進める上で、検討する価値が大きい。

また、質確保として最も意義があると考えられるものは、鑑定人の研修である。フランスでは、協議会が中心となって、鑑定人の研修を行っている。これに対して、わが国をみると、個々の専門家に一回的に鑑定を依頼するだけで、鑑定人に対して鑑定手続の性質、鑑定人の職責、鑑定手続の進め方、鑑定書の作成要領等についてまとまった説明が十分になされておらず、将来ある程度の質が保証された専門家を育てることが必要であって、鑑定人の研修にも裁判所として取り組んでいくべきである[58]。

以上のように、本稿では、わが国における鑑定人選任の困難を解決するために、将来的な全国的な規模の鑑定人ネットワークの構築に向けて、フランスにおける鑑定人確保策等を参考に整理をしてきた。しかしながら、わが国における鑑定人を選任することが困難であるという問題を解決するための課題は山積しており、これについては、今後の研究課題としたい。

めのシンポジウム（第4回）」判タ1374号56-99頁（2012）、高橋譲、大門匡、高瀬浩造「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム（第5回）」判タ1391号48-88頁（2013）、高橋孝雄、川崎志保里、村上雅彦「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム」判タ1404号5-38頁（2014）、加藤正男、白井幸夫、有賀徹「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム」判タ1416号5-43頁（2015）。また、浜秀樹「すべきことと否定できないこと「医療界と法曹界の相互理解のためのシンポジウム」誕生へ」判タ1355号47-51頁（2011）においても、医療者と法曹では､同じ言葉でも違う意味で用いているということを紹介して、医療界と法曹界での相互理解を深める必要性がある、と指摘している。

[57] 前田・前掲注（5）126-128頁。

[58] 前田・前掲注（5）128頁。

〈追記〉本稿は、渡辺千原「規範形成・社会的意思決定フォーラムとしての医療・科学訴訟の実証的・比較法的研究」（科学研究費基盤研究（B）25285005、2013年採択）の支援を受けている。

研究ノート

フランスの企業倒産手続における経営者責任（1）

張　　子弦

目　次

はじめに
第一章　倒産企業の経営者責任制度に関する法改正の歴史
　第一節　フランス倒産法の沿革
　第二節　経営者倒産責任制度の沿革
　第三節　小括　（以上、本号）
第二章　現行法における経営者倒産責任制度
　第一節　財産上の責任
　第二節　職務上の責任
　第三節　刑事責任

はじめに

日本では、原則として取締役は、会社の債務に個人責任を負わない。倒産手続[1]が開始される場合、管財人が会社法423条によって任務を怠った役員に対して損害賠償責任を追及するのは一般的である。その責任の追及に関して役員の責任の査定手続（破産法178―181条）[2]があり、さらに、債権者を害する目的で、

[1] 本稿は、日仏法を問わずに、「倒産手続」を企業の債務を処理する全ての手続の総称として用いる。

[2] 民事再生法143―147条、会社更生法100―103条も、破産法と同様、役員の責

債務者の財産を隠匿又は損害したなどの行為がある者には、詐欺破産罪（破産法265条）が適用される。

しかし、取締役が会社の経営を破綻させ、会社の積極財産を不足させた場合、管財人は、その取締役の任務懈怠責任を追及するに際して、取締役の過失を立証することが困難な場合が多い。さらには、株式会社の取締役は責任限定契約（会社法427条）や、総株主の同意を得た責任の免除（同法424条）の制度を利用できるため、日本法における取締役の責任制度はかなり弱体化した状態にある。

その一方で、実務上、企業の債権者は、経営者[3]と会社債務の個人保証契約を締結し、保証責任を通して債権の回収を保障する。これによって、事実上、経営者が無限責任を課される状況にある。しかし、経営者の悪意・善意を問わずに、倒産企業の債務が個人保証を提供した経営者によって負担されるという実務は、問題が多い。とりわけ中小企業の場合、それは、経営者が再建型倒産手続の申立てを躊躇させ、起業者の投資意欲と企業の活力を抑え、経営者の個人破産を連鎖的にもたらす可能性も高いという問題がある。そのため、近時の倒産 ADR と、経営者保証をめぐるガイドラインの設定など、特に中小企業が

任の査定手続を定めている。三つの倒産手続においては、類似規定が多いため、以下では、破産法を代表例として、説明する。

[3] ここでは、実務上よくいう「経営者保証」（この言葉についてはさらに注４も参照）の概念と統一するために、「経営者」という用語を用いる。その範囲は会社法における「役員」の範囲とほぼ同じである。ここでいう「経営者」は、フランス語の dirigeant の意味とも近い。フランスでは、広い意味では、dirigeant が事実上の経営者も含めて総称として用いられるが、狭い意味では、dirigeant には会社の法定管理機関の意味を有する。Lebas (Bernard), La responsabilité du dirigeant, PF, 2007, p.22. 奥島孝康「フランス新会社法における法人取締役と常任代表者制度」早稲田大学比較法学６巻２号（1971年）97-131頁においては、「dirigeant」を「経営者」と訳すが、佐藤鉄男『取締役倒産責任』（信山社・1991年）50頁では、「dirigeant」を「理事」と訳している。本稿は、山口俊夫『フランス法辞典』（東京大学出版会・2002年）171頁が、フランス法上の用語「dirigeant」を企業の上級管理者（企業主〔chef d'entreprise〕）とされていることに照らして「dirigeant」を会社の中に実質的な管理権を有する「経営者」と訳すこととする。なお、法律上の経営者と事実上の経営者については、後述する第二章第一節一の２で詳しく検討したい。

倒産した場合、経営者の責任のあり方が見直されつつある[4]。

このように、企業が経営を破綻[5]したときに、いかなる場合、経営者は企業の破綻という結果に対し、どのような責任を負うべきか否かというのが、「経営者の倒産責任」[6]の問題である。この点で、日本法と異なり、フランス、ドイツ、イギリスでは、経営者の倒産責任に関する規定がある[7]。なかでもフランス

---

[4] 経営者保証ガイドラインについて、「個人保証制度見直しの背景――『経営者保証に関するガイドライン』の概要と展望」事業再生と債権管理144号（2014年）26頁以下参照。

[5] 現代の倒産処理手続法には、清算型の手続のみならず、再建型の手続も設けられている。それゆえ、再建見込みのある企業にとっても、「倒産」はもはや悪い結果ではない。後述では、「経営者の倒産責任」と呼ばれるが、当該責任の真の目的は、倒産ではなく、経営者の過失による企業の破綻（すなわち、再生・更生計画の失敗、法人の消滅、又は企業価値の毀損など）を防止することにある。

[6]「責任」という用語は多義的なところがあるが、日本では、民事責任は民法709条の損害を賠償する責任などを意味するが、刑事責任は刑罰を受けなければならない法的地位を意味する（高橋和之ほか編『法律学小辞典（第５版）』（有斐閣・2016年）772-773頁）。本稿では、「責任」という用語をフランス法における「responsabilité」と同質なものとして理解する（山口・前掲注（3）520-521頁）。その上、一定の責任が認められる者に加える填補的・懲罰的な措置を「サンクション」または「制裁」と称する。なお、本稿では、先行研究と統一するために、「経営者の倒産責任」という表現を一般の理解に基づいて使用し、「制裁」と「サンクション」に対しても語義上厳格な区分をしないとする。

また、ここでは、「経営者の倒産責任」に関する先行研究としては、佐藤・前掲注（3）。谷口安平「倒産企業の経営者の責任」『民事執行・民事保全・倒産処理（下）〔民事手続法論集第五巻〕』（信山社・2013年）109頁以下、及び山田泰彦「第三者に対する取締役責任の再検討－フランス法における取締役の責任制度からの示唆を中心として」早稲田法学会誌33巻（1983年）198-199頁、中島弘雅「会社経営者の倒産責任の取り方に関する覚書き――イギリス倒産法からの示唆」本間靖規＝中島弘雅〔ほか〕編河野正憲先生古稀祝賀『民事手続法の比較法的・歴史的研究―河野正憲先生古稀記念論文集』（慈学社・2014年）461-499頁などがある。

[7] 佐藤・前掲注（3）50頁以下、中島・前掲注（6）461-499頁。野村資本市場研究所「各国の事業再生関連手続について―米英仏独の比較分析―」（平成23年2月4日）23-26頁参照。
http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2011fy/E001739.pdf（2016年12月20日 閲

商法典第６巻第５編は、経営者の財産上、職務上及び刑事上の責任を体系的に構築している点が注目される。

フランスの経営者の倒産責任は、会社の積極財産の不足をもたらした行為、あるいは倒産手続の進行を妨げる行為などによって生ずる特殊な手続上の責任として位置付けられている。手続上特殊な取り扱いを受けるとともに、債権者の利益保護の色彩が強いことなどを理由に、一般法上の責任〔responsabilité du droit commun〕[8]と峻別されている。経営者に財産上の責任を課して債権者の債権の回収を保障することがその主たる目的であり、それと同時に、特定の行為を行った経営者に職務上の制裁と刑事制裁を罰するという懲戒的な機能も期待されている。また、日本実務上の経営者保証人の問題に繋がって、近時、フランスの2005年7月26日の法律第2005-845号（Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises）（以下、「2005年法」という）[9]は、再建型倒産手続の申立てを抑制しないように、経営者保証人に対して、より一層柔軟な規定を設けている。この点で、フランスの経営者倒産責任法制は興味深い発展を遂げている。

フランス法上の経営者倒産責任が、取締役の倒産法上の特殊責任とされていることは、1991年に、佐藤鉄男教授により詳細に紹介されている[10]。しかし、

覧）。

[8] 一般法〔droit commun〕という訳は、佐藤・前掲注（3）54頁参照。「一般法上の責任〔responsabilité du droit commun〕」は、フランス民法1382条、1850条にいう責任、及び会社法に定められている経営者責任（具体的には、株式会社〔SA：société anonyme〕の場合、フランス商法典 L.225-251条、L.225-256条、簡易株式会社〔SAS: société par actions simplifiée〕の場合、同法典 L.227-8条、有限責任会社〔SARL：sociétés à responsabilité limitée〕の場合、同法典 L.223-22条に所定の責任である）を意味する。なお、「droit commun」を「普通法」又は「共通法」と訳す先行研究もある。中村眞澄「会社債務にたいする取締役の責任――1940年および1953年のフランス会社法を中心として」早稲田法学38巻３・４合併号（1963年）170頁。マリー＝エレーヌ・モンセリエ＝ボン（片山直也訳）「充当資産の承認による個人事業者の保護（翻訳）――フランスにおける有限責任個人事業者に関する2010年6月15日法」慶應法学研究84巻４号（2011年）80頁。

[9] 2005年法以降のフランス商法典における経営難の企業に関する法の条文訳については、小梁吉章『フランス倒産法』（信山社・2005年）165頁以下を参照。

[10] 佐藤・前掲注（3）50頁以下。

その後四半世紀を経て、フランス商法典には多くの改正が行われてきた[11]。それに伴い、経営者の倒産責任の構造も変わってきたが、その独特な理論と構造、及び評価基準など具体的な問題については、日本において十分紹介されていないといえる。

そこで、本稿では、フランス倒産法改正の沿革を明らかにした上で、現行法における経営者の倒産責任の構造と運用の実態を検討・検証する。具体的には、次のような順序で検討する。まず、第一章の第一節では、フランス倒産法の沿革について簡単に紹介する。そして第二節では、倒産時の経営者責任制度に焦点を絞り、その改正の歴史を説明する。第二章では、現行法における経営者の倒産責任制度に対して、財産上、職務上、刑事上の三つの責任に分けて、紹介をする。

第一章　倒産企業の経営者責任に関する法改正の歴史

第一節　フランス倒産法の沿革

フランスでは、経済社会の変遷に従って、倒産法の内容も変化しつつある。本稿では、まず、経営者の倒産責任の歴史に先立ち、フランスにおける倒産処理手続法の誕生と発展を簡単に説明する。

一　商人破産主義からの変容

フランスの倒産法の歴史[12]は、1536年のフランソワ１世のオルドナンス

[11] 改正後のフランス倒産法を一般的・網羅的に紹介したものとして、小梁・前掲注（9）、およびマリーエレーヌ・モンセリエ＝ボン（荻野奈緒＝斎藤由起訳）「フランス倒産法概説（一）（二）（三）」阪大法学65巻4・5・6号（2015-2016年）157頁以下、が挙げられる。

[12] 本稿では、ローマ法と中世イタリアの慣習法の時代を経過した後の、フランスの倒産法の成文法の時代から、その歴史を簡単にまとめる。それ以前の歴史については、ジャン・イレール（塙浩訳）「フランス破産法通史」塙浩『フランス民事訴訟法史』（信山社・1992年）、及びルノーマリー＝エレーヌ（小梁吉章訳）「フランス倒産法の歴史：債務者の清算と制裁から債権者を犠牲にした再生へ＜翻訳＞」広島法学27巻3号（2004年）24頁以下が詳しい。

〔Ordonnances de François 1er en 1536〕、及び1560年シャルル９世のオルドナンス〔Ordonnance de Charles IX en 1560〕において、支払能力のない債務者の積極財産を譲渡する規則に遡る。しかし、それらは一般人も適用される債務処理の規則であり、商人の破産手続ではないと考えられている[13]。次に、1667年6月2日の「リヨン為替所規則」（Le 2 Juin 1667 : Règlement de la place des changes）（以下、「1667年リヨン為替所規則」という）は、初めて、フランスで破産〔faillite〕[14]に関する成文の規則を定めた[15]。この規定は、「破産〔faillite〕」を債務者の財団〔masse〕の処理に関する手続と位置づけた。ただし、当該規則の適用は、リヨン地方に限られている。

コルベールの1673年商事王令〔Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce〕[16]は、1667年リヨン為替所規則の影響で、その第10、11章において、破産手続に関する内容を規定した。それにより、破産手続が初めてフランス商

---

[13] LE CORRE (Pierre-Michel), *Droit et pratique des procédures collectives*, 7e éd., Dalloz Paris 2013, n° 042.13, p. 22.

[14] 理解の混乱を避けるために、倒産法の歴史に先立ち、「faillite」について説明する。1968年以前では、「faillite」は「破産」の伝統的な呼び方であった。現代フランスにおいても、一方では、「faillite」は「破産」であるという理解は経済・政治・社会等の領域で残されているが、法律上企業の破産手続としての意味はすでになくなった。1968年以降、いわゆる倒産手続は「集団的債務処理手続〔procédures collectives〕」となり、2005年以降「経営難の企業に関する法〔droit des entreprises en difficulté〕」と改称された。他方では、現代フランス法における「faillite」が使われる場合は二つある。すなわち、「個人債務処理手続〔faillite civile〕及び、経営者に科す「個人破産の制裁〔faillite personnelle〕」（この点について、後に詳述する）である。Guinchard (Serge) et Debard (Thierry), *Lexique des termes juridiques* (2015-2016), Dalloz, 2015, p.472.

[15] 1667年リヨン為替所規則においては、現行法にも重要な影響を与えている内容を定めた。例えば、当該規則の第12条で債権者間の平等〔égalité des créanciers〕、第13条で「疑わしい期間〔période suspecte〕」における行為の無効〔nullité〕が規定されたほか、第18条では破産者〔failli (e)〕に適用する職務上の失権〔déchéances professionnelles〕も定められた。

[16] コルベールの1673年商事王令は、その起草者の名をとった「サヴァリ法典」（Code Savary）とも呼ばれる。訳は、小梁吉章「17世紀のリヨンの商事裁判―判決の域外執行と破産手続―」広島法学37巻１号（2013年）488頁参照。

法に編入され、フランス全土で有効となった[17]。その後、1807年に公布されたナポレオン商法典〔code de commerce〕破産編で定めている破産手続は、従前の手続の不完全な部分を多少修正するにとどまっており、1673年商事王令の内容を概ね受け継いだものとなっていた。商人破産主義であった当時のフランス商法典では、破産者〔failli (e)〕とは、商人[18]たる自然人のことを指しており、そのため、当時の破産手続〔faillite〕は、商人のみに適用される手続であった。

7月王政の時期に、商業中産階級〔bourgeoisie commerçante〕の圧力の下で制定された破産と破産罪に関する1838年5月28日の法律（Loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes）（以下、「1838年法」という）は、破産者に柔軟な態度を示す法の時代が到来したことを告げるものであった。1838年法は、自然人である債務者に対する身体の懲罰を軽減するとともに、手続の迅速化、裁判費用の節約に配慮しつつ、疑わしい期間〔période suspecte〕[19]の設定など

---

[17] コルベールの1673年商事王令は、かなり簡潔な法文によって構成された法律である。具体的に、第10章は善意の債務者に適用する「資産譲渡〔cession de biens〕」の制度などを規定し、第11章は破産〔faillite〕と破産罪を13にわたる条文で規定した。その他に、債権者に対抗できる「猶予状〔lettres de répit〕」、及び王の許可による「追訴の一時停止〔suspension des poursuites〕」（６ケ月）、債権者の和議〔concordat〕などを定めた。しかし、当該王令は、支払停止〔cessation des paiements〕、破産手続の開始決定〔jugement d'ouverture de la faillite〕、疑わしい期間〔période suspecte〕、債権の検証と確認手続〔vérification et affirmation〕など、破産手続にとって必要不可欠の内容に触れなかったため、まだ不完全なものであると指摘される。LE CORRE (P.-M), *op. cit.*, n° 042.14, p. 22.

[18] フランスの商人は、手工業者、農業者、自由職事業者と区別されている。フランス法における「商人」の概念は、非常に厳格である。具体的には、商人となる要件は大きく分けて、以下の二つがある、１）権利能力要件。未成年者（親権を解除したかどうかを問わず）と成年障害者〔majeur incapable〕は商人にはなれない。２）資格要件。競業避止などの法律違反があり、あるいは個人破産の制裁（後述第二章第二節の二参照）が科される者も商人にはなれない。３）行為要件。商人は一定の商事行為を遂行する者である。且つ、自ら独立して商行為を常に行う者でなければならない。

[19]「疑わしい期間」という訳は、ムスタファ・メキ（山城一真訳）「債務関係あるいは債務という概念（契約法研究）(1)」慶應法学20号（2011年）238頁参照。「監視期間」の訳は、エレーヌ（小梁訳）・前掲注（12）36頁参照。「準備期間」の訳は、

の改正を施した。そして、1867年7月22日の法律（Loi du 22 Juillet 1867 relative à la contrainte par corps）（以下、「1867年法」という）により、フランス法における破産者の身体に直接関わる制裁が廃止された。

フランス第二帝政以降、産業革命が進み、法人格を有する社団組織の企業が発達した。経済的自由主義の影響で、破産の改正と立法に関する1889年3月4日の法律（Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites）（以下、「1889年法」という）により、従来の手続は自然人の商人のみならず、法人である会社にも適用できるようになった。それにより、初めて自然人たる商人と法人たる会社の両方が破産手続の対象となった[20]。そして、1889 年法は破産手続のほかに、「裁判上の清算手続〔liquidation judiciaire〕」を設けた。1889年法は、会社の債務処理手続の多様化のために踏み出した一歩として、フランス倒産法の歴史において画期的な立法と考えられた。この法律によると、有過失かつ不誠実〔fautif et malhonnête〕の債務者には、①「破産手続」が適用され、その反面、誠実な〔honnête〕債務者に対しては、上述の②「裁判上の清算手続」が二次的な手段として適用される。①の手続においては、管財人〔syndic〕は債務者を代表しながら債務を整理するが、②の手続においては、管財人は債務者を援助することのみができる[21]。債務者は、債権者から債権放棄の同意を得て、簡易な和議〔concordat simple〕を達成することが②の手続の利用条件とされていた。この段階において、破産〔faillite〕は単なる手続にとどまらず、悪質な債務者に対するある種の制裁的機能を有するようになり、債務者のモラルハザートを防止するという当該機能を重視する傾向は、第一次世界戦争中及びその後の10年間維持されていた。

能登真規子「フランス倒産法における保証人の法的地位（１）」彦根論叢351号（2005年）151-152頁参照。本稿では、「疑わしい期間〔période suspecte〕」という訳を採用する。「疑わしい期間」は、支払停止日から経過する一定の期間（18ヶ月を越えることができない）を意味している。この期間内に、締結された契約又は個別的な弁済は無効〔nullité〕と判断されうる。「疑わしい期間」については、1673年商事王令の中に定められていないが、1667年リヨン為替所規則において定められた。前掲注（15）参照。

[20] LE CORRE (P.-M), *op. cit.*, n° 042.32, p. 25.

[21] Jacquemont (André) et Vabres (Régis), *Droit des entreprises en difficulté, 9e éd.* LexisNexis Paris 2015, n° 17, p.10.

第一次世界戦争後、1929年の大恐慌の影響を受け、不運な債務者〔débiteurs malchanceux〕に対する制裁を緩和することを支持する見解が現われてきた。国家干渉主義の発展に従い、大手の企業を消滅させないように、倒産手続において経済･政策的な措置がますます増加した。例えば、1935年8月8日のデクレ･ロワ（以下、「1935年デクレ・ロワ」という）[22]は、破産と裁判上の清算手続の適用範囲を有限責任会社〔SARL：sociétés à responsabilité limitée〕に拡大した。また、和議〔concordat〕は裁判上の清算手続のみならず、破産手続にも適用できることとなった。さらに、商人と手工業者のための和解的整理の承認に関する1937年8月25日のデクレ・ロワ（Décret-Loi du 25 août 1937, règlement amiable homologué au profit des artisans et commerçants）も1935年デクレ・ロワと同様の趣旨で不運かつ善意〔malheureux et de bonne foi〕の債務者企業に柔軟な措置を構築した。

1946年から1975年までの栄光の30年間〔Les Trente Glorieuses〕で、高度経済成長期に入ったフランス社会において、企業活動が社会の発展にとってますます重要な地位を占めるに至った。まず、破産・裁判上の整理手続と復権に関する1955年5月20日のデクレ第55-583号（Décret n°55-583 du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires et à la réhabilitation）（以下、「1955年デクレ」という）は裁判上の整理手続〔règlement judiciaire〕[23]を定め、それによって従来の裁判上の清算手続を代替した。①不運かつ善良な〔malheureux mais bonne foi〕債務者に対しては、裁判上の整理手続が適用でき、②伝統的な破産手続〔faillite〕は無謀な〔indigne〕（無能力の）商人のために残された例外的な手続と位置づけられる[24]。①の手続を申し立てる権利は、債権者のみではなく、

[22] Décret-loi du 8 août 1935 portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et d'administrer une société. 1935年デクレ・ロワは主に個人破産又は破産罪の業務執行者〔gérant〕又は取締役〔administrateur〕への適用に関する内容を規定している。

[23] 裁判上の整理〔règlement judiciaire〕手続は、債務者と債権者との間で和議が成立した場合、会社の経営権が失われないまま、債務を整理する手続である。1985年1月25日の法律第99号で、裁判上更生・清算手続により、裁判上の整理手続が改められた。

[24] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n° 042.34, p. 26.

債務者にも付与された。②の破産手続は二つの機能を有していた。１つは、債務の清算であり、もう１つは、無能な商人を排除する社会淘汰である。この時期において注目に値するのは、再建型手続とされている「裁判上の整理手続」が主たる手続となっていたことである。その他、1955年デクレは、手続の簡易性と効率性を目指して、裁判所の権限を拡大した。

二　1985年前後の集団的な債務処理手続

裁判上の整理、財産の清算、個人破産の制裁および破産罪に関する1967年7月13日の法律第67-563号（Loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes）（以下、「1967年法」という）[25]は、商法の適用対象を自然人の商人から全ての私法人に拡大するとともに、自然人の経営者と企業の「運命〔sort〕」を明確に区別する点で画期的であった。1967年法は、「財産上の清算〔liquidation des biens〕」という手続を創設し、伝統的な破産手続〔faillite〕を廃止した。さらに、1967年9月23日のオルドナンス第67-820号（以下、「1967年オルドナンス」という）[26]は、「停止処分手続〔procédure de suspension des poursuites〕」[27]を設けた。その結果、①企業の経営難が存在しているが、支払停止状態に陥っていない企業に「停止処分手続」が適用され、②支払停止となったが、債権者との和議〔concordat〕

---

[25] この法改正については、霜島甲一「1967年のフランス倒産立法改革について」判タ308号（1974年）２頁以下参照。

[26] 1967年オルドナンス（Ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises）及びそれと関連する条文の訳について、霜島甲一「1967年のフランス倒産立法改革に関する法文の翻訳（１）（２）（３）」法学志林68巻１・２合併号（1971年）88頁、68巻３・４合併号（1971年）106頁、69巻１号94頁以下参照。同オルドナンスの第40、41条において、「停止処分手続〔procédure de suspension des poursuites〕」の内容が規定された。一時停止の期間はおよそ３、４ケ月である。Salgado (Maria-Beatriz), *Droit des entreprises en difficulté*, Bréal 2007, p.11-12. 実際には、コルベールの1673年商事王令は、追訴の一時停止の内容を定めた（前掲注（17）参照）が、1967年オルドナンスは、その制度及び同制度に関する実務の経験を整理し、独立的な手続として定めた。

[27] 本訳は、小梁吉章「2008年フランス債務整理法改正の意義」広島法学33巻２号280頁参照。

を通して、再建の余地がある企業に「裁判上の整理」手続を適用し、③会社財産の競売と譲渡に関しては、「財産上の清算」手続がされることになった。しかし、1967年法における幾つかの措置の利用率は、統計データによって低いと示されていた[28]。この状況の下で、1973年のオイル・ショックに加えて、中小企業のみならず、多くの大型企業が破綻したために、フランス倒産手続に対する新たな改革の必要性が認識されるようになった。

1984年3月1日の法律第84-148号（以下、「1984年法」という）[29]は、裁判上の手続のほかに、和解的整理手続〔règlement amiable〕と事前警告制度〔procedure d'alerte〕を裁判外紛争解決手続として設けた。その後、1985年1月25日の法律85-98号（以下、「1985年法」という）[30]は、「企業の保護」、「事業と雇用の維持」、「負債の履行」（現行商法典 L.620-1条）という三つの目標を打ち立て、多くの改正を行った。1985年法は、従前の裁判上の整理手続を廃止した上で、裁判上の更生〔redressement judiciaire〕[31]という手続を創設した。裁判上の更生手続によって解決不可能な場合にのみ、裁判所は新たな「裁判上の清算手続

[28] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n° 042.42, p. 28. 佐藤鉄男＝町村泰貴「1985年のフランス倒産法に関する法文の翻訳（１）（２）（３）（４）」北大法学論集38巻３号4号、39巻１号3号（1988年）(1) の163頁参照。

[29] 企業の経営難の予防および和解整理に関する1984年３月１日の法律第84-148号（Loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises）。同法について、鳥山恭一「企業経営難の予防（立法照会）」日仏法学14号（1986年）87頁以下、及び大澤慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する法律の生成と展開（１）（２）」比較法学42巻2号3号（2009年）62頁以下で紹介がなされている。

[30] 企業の裁判上の更生と清算に関する1985年1月25日の法律第85-98号（Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises）。当該法律の施行と同時に、1967年法は廃止された。1985年法について、その後、様々な改正が行われたが、2001年に、フランス商法典が、1985年法の主たる規定を引き継ぐこととなった。1985年法については、佐藤＝町村・前掲注（28）が詳しい。

[31] 裁判上の更生手続においては、具体的には、企業の継続〔continuation de l'entreprise〕、または企業の譲渡〔cession de l'entreprise〕が行われる。従前の裁判上の整理〔règlement judiciaire〕手続は、1985年1月25日の法律第99号（企業裁判上更生・清算法）により、裁判上の更生手続に変更された。

〔liquidation judiciaire〕」[32]を宣告する権限を有する。裁判上の更生計画は営業の継続計画〔plan de continuation〕と事業譲渡計画〔plan de cession〕の２つによって構成されている。しかし、1985年法もいくつの問題を有していた。まず、手続の効率性の面にはまだ改善をする余地があった。そのため、企業困難の予防及び取扱いに関する1994年6月10日の法律第94-475号（Loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises）（以下、「1994年法」という）[33]は、催告を受けなかった担保権者の保護を規定するとともに、また、手続の効率性を改善するために、全ての営業を停止した再建可能性のない債務者に対して直ちに裁判上の清算手続が開始されることになった。加えて、1998年12月29日のデクレ[34]と2003年1月3日の法律（Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce）も手続の効率性を高めるために、手続機関とされる司法管財人〔administrateur judiciaire〕[35]と企業清算人〔mandataire judiciaire〕[36]についての規定を改正した

[32] 1985年法における①新たな「裁判上の清算手続〔liquidation judiciaire〕」は、1967年法における財産上の清算手続を基礎として、改正を加えた新たな手続である（「財産上の清算」の呼称が廃止された）。それは、1889年法によって設けられた②旧「裁判上の清算手続〔liquidation judiciaire〕」と同じ名称を使用している。しかし、両者の間には大きな違いが存在する。②は、厳格責任の時代に刑事制裁が支配された従前の破産〔faillite〕と併存し、善意かつ不運な債務者に適用する債務処理手続である。①は、1967年法における「財産上の清算手続」と類似のもので、1985年法において再建型の裁判上の更生手続と併存しており、債務者は支払停止状態に陥って景気回復の見込みはない場合に適用される清算型の倒産手続である。

[33] 1994年法については、西澤宗英「1994年フランス倒産法改正について」青山法学論集36巻2・3合併号（1995年）189頁以下が詳しい。

[34] Décret n° 98-1232 du 29 décembre 1998 modifiant le décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et le décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise

[35] administrateur judiciaire とは、従前の syndic に変わるものである。山本和彦『フランスの司法』（有斐閣・1995年）343頁以下参照。

[36]「mandataire judiciaire」の「企業清算人」という訳は、山本・前掲注（35）350頁以下参照。

（現行商法典 L.811-1以下）。また、1985年法における倒産手続は、担保権者の裁判上の倒産手続期間内の権利執行を禁止し[37]、担保権者に対して過酷な手続であったと批判されている。この批判を受けて、1994年法は、同法40条に所定の新たな債権を有する者の優先権〔priorité〕を定め、また、追及可能の担保権〔sûretés traquées〕と追及不可の担保権〔crédit détraquées〕に分けて改正を行った[38]。

なお、2000年9月18日のオルドナンス第2000-912号（Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce）により、1984年法と1985年法は廃止され、その主たる条文は商法典に編入された。

しかしながら、2003年の倒産処理手続開始申立件数のうち、68％の事件は裁判上の更生手続を申し立てずに、裁判上の清算手続によって処理された[39]。このことから、会社が支払停止状態に陥ったとき、当該会社の資産はほとんど枯渇した状態であることが明らかとなる。そのため、当時の裁判上の更生手続の開始要件は、更生機会の時機を逸したものであったと考えられた。

三　経営難の企業に関する手続

１．2005年法

2005年法は、フランス経済の復活、経営難の企業の問題をより効率的に解決することを目標としている。そのために、一方では、より早期に企業の経営難を発見できるように手続を多様化し、裁判上の更生・清算手続以外に、新たな再建型手続とされる企業救済手続〔procédure de sauvegarde〕を新設した。他方では、裁判上の倒産処理手続をより簡易で迅速なものとした。

2005年法の中核となる企業救済手続は、アメリカ連邦倒産法第11章を模範とし、経営難の企業が支払停止状態に陥る前であっても、裁判上の倒産手続の利

[37] 1985年法の下では、担保権者の個別的追行権は、裁判上の清算手続が開始されてから3ヶ月間、清算人が担保の目的財産の清算に着手しなかった場合にのみ、行使されうる（1985年法161条）。佐藤＝町村・前掲注（28）の（２）421頁。

[38] Jacquemont (A) et Vabres (R), op.cit., n° 24, p.14.

[39] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°051.12 p. 45.

用を可能にするために設けられた手続である[40]。この法律は、裁判所が企業の商業活動に介入する権限をより一層拡大した。

また、伝統的な裁判上の清算手続の中の１つとして、2005年法は商法典第６巻第４編第４章において、中小企業に限って適用可能な「簡易清算手続〔liquidation judiciaire simplifiée〕」を設けている。簡易清算手続は、迅速性と経済性を重視して裁判上の清算手続を効率的なものとする点で注目に値する[41]。

その他、2005年法は、従前の和解的整理手続〔règlement amiable〕を調停手続〔procédure de conciliation〕に変更した。これと同時に、特別代理人〔mandataire ad hoc〕の制度も同改正によって導入された。その申立期間についても、支払停止状態に陥った時点から45日までに延長された。支払停止状態が基準とされることは変わらず、債務者は、基準時から45日までの期間で、調停手続と裁判上の更生の二つの手続のいずれかを選択することができる。

２．2008年12月18日のオルドナンス

2005年法に創設された救済手続をより利用しやすく、より魅力的な手続にするために、経営難の企業について法の改革に関する2008年12月18日のオルドナンス第2008-1345号[42]（以下、「2008年オルドナンス」という）では、企業救済手続の不十分さを改善するため、さらなる法改正を行った。

注目に値する改正は、保証人に対する優遇措置である。企業救済手続の対象となった企業の保証人が自然人である場合は、当該保証人の負担する債務は、企業救済計画の履行期間中、最大２年間の利息停止〔arrêt du cours des

[40] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°042.71、p. 31.

[41] 簡易清算手続は一般の裁判上の清算手続より簡易化された手続である。例えば、2005年法の下で、簡易清算手続は３ケ月以内に終結しなければならない。特定な事情がある限り、裁判所は特別な決定によって手続の期間を延長しうる。

[42] 2008年経営難の企業に関する法の改革に関するオルドナンス（Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté）について、ピエール＝クロック（野澤正充訳）「フランス法における保証と個人の過剰債務処理手続」立教法務研究８号（2015年）77頁以下、及びピエール＝クロック（下村信江訳）「フランス倒産手続における担保の処遇」近畿大学法科大学院論集10号（2014年）170頁以下で言及されている。また、小梁・前掲注（27）には関連内容の紹介がなされている。

intérêts〕（現行商法典 L.622-28条１項）、及び返済猶予〔différé de paiement〕（同条２項）を受けることができる。しかし、これらの優遇を全面的に享受できるのは自然人の保証人のみである。簡易清算手続について、2008年オルドナンスは、さらに、①企業の財産に優良な不動産が含まれない、②手続が開始する６ケ月前に企業の被用者が１人のみ又は１人もいない、③税金を控除した企業の売上げ〔chiffre d'affaires hors taxes〕が３万ユーロ未満、という３つの要件の中で１つでも満たすと、簡易清算手続を必ず開始しなければならないと定める。その他に、被用者が5人未満の場合、若しくは免税売上げが3万ユーロ以上、7.5万ユーロ未満の場合、簡易手続の開始は、裁判所の裁量によることとされている（2008年オルドナンス95条、現行商法典 L.641-2条）。

３．2010年迅速金融再生手続と有限責任個人事業主〔EIRL〕への適用

銀行及び金融機関の規制に関する2010年10月22日の法律第2010-1249号（ Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière）（以下、「2010年法」という）は、アメリカ連邦倒産法のプレ・パッケージ型[43]取扱方法に示唆を受け、「迅速金融再生手続〔SFA：sauvegarde financière accélérée〕」[44]を導入した。当該手続は、調停手続がうまく進行しなかった場合、かつ、債務者は支払い停止に至っていないが自力で経営的困難を打開できない場合、金融債権者[45]の多数決[46]によって、金融債権者の権利変更のために開始する再生型倒産手続である。この手続は、一定の期間内に終結されなければならない点で、迅速性と簡易性を有する手続として位置づけられている。また、2010年法において、当該手続は金融債権者および社債権者のみを対象としたが、経営難の企

[43] 阿部信一郎＝粕谷宇史『わかりやすいアメリカ連邦倒産法』（商事法務・2014年）182頁以下参照。

[44] 迅速金融再生手続〔SFA：sauvegarde financière accélérée〕は、フランス商法典第6巻（困窮企業の債務処理手続）、第2編（企業救済手続）、第8章に導入され、2011年3月1日から実施された手続である。同手続の訳と詳細な内容については、山本和彦「フランス倒産法制の近時の展開―迅速金融再生手続（sauvegarde financière accélérée）を中心に」本間靖規＝中島弘雅ほか編河野正憲先生古稀祝賀『民事手続法の比較法的・歴史的研究―河野正憲先生古稀記念論文集』（慈学社・2014年）503頁以下参照。

[45] 金融債権者の定義について、山本・前掲注（44）517頁が詳しい。

[46] 債権者の多数決については、山本・前掲注(44)518-519、532頁で紹介されている。

業に関する法、及び有限責任個人事業主〔EIRL：entrepreneur individuel à responsabilité limitée〕の過重負債問題の処理手続に関する2010年12月9日のオルドナンス第2010-1512号（以下、「2010年オルドナンス」という）[47]により、当該手続の有限責任個人事業主への適用が可能になった[48]。

４．2014年オルドナンスと2015年マクロン法

上述の様々な立法と改正の結果、現行フランス商法典における倒産手続は、極めて複雑かつ鈍重なシステムになっている。2014年3月12日のオルドナンス第2014-326号[49]（以下、「2014年オルドナンス」という）、及びその適用に関する2014年6月30日のデクレ第2014-736号[50]、2014年9月26日のオルドナンス第2014-1088号[51]は、手続の実用性を踏まえて、より簡潔かつ効率的な手続を目指して現行倒産手続を整理した。例えば、2005年に創設された簡易清算手続における１年の手続期間（手続の開始から終結まで）は厳格で、執行が非常に困難であ

---

[47] Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. 経営難の企業に関する法、及び有限責任個人事業主の過重負債問題の処理手続に関する2010年のオルドナンス第2010-1512号。

[48] それに合わせて、フランス商法典第Ⅵ編において、有限責任個人事業主〔EIRL〕の事業資産及び個人資産に関する処理制度及び充当資産に関する新たな制度が挿入された（現行フランス商法典 L.680-1条から L.680-7条参照）。

[49] Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives

[50] Décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives

2014年オルドナンスとその適用に関するデクレは、杉本和士「企業倒産法制の改革―企業の経営難予防及び倒産手続の改正に関する2014年３月12日のオルドナンス第326号及びその適用に関する2014年6月30日のデクレ第736号」日仏法学28巻（2015年）225-231頁で紹介されている。

[51] 2014年3月12日のオルドナンスを改善するためのオルドナンス（Ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives）。

ると多くの裁判官から批判されていた[52]。2014年オルドナンスは、この点を改善するために、裁判官に手続期間を３ケ月間延長する一般的な権限を与える以外に、現行商法典L.641-2条で所定の場合に、手続終結の宣告を６ケ月に延長する権限を商事裁判所と商事裁判所所長に付与した(2014年オルドナンス84条、現行商法典L.644-5条2項)。また、司法管財人の更生手続における株主総会の招集権と、「清算なき事業再生手続〔procédure de rétablissement professionnel sans liquidation〕」[53]という新たな手続を創設した。また、同法は、迅速金融再生手続〔SFA〕の適用範囲を金融債権者に限定せずに、迅速保護手続〔PSA：procédure de sauvegarde accélérée〕に改称し、全ての債権者に拡大した（商法典L.611-7条１項、以下、特定がない場合に現行商法典の条文を指す)。

2015年８月６日に「経済の機会均等・経済活動・成長のための法律」(Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) が公布された。同法は、経済大臣マクロンによって提案された法律であるため、通称「マクロン法〔Loi Macron〕」とよばれる。マクロン法は、裁判所に強い権限を付与し、例えば、一定の要件を満たす場合、強制譲渡命令を下す権限を定めている。マクロン法の影響で2016年労働法典の改正案が大きな物議を醸しており、これと同様に、今後倒産手続法も新たな変革を迎える可能性がある。

第二節　経営者倒産責任制度の沿革

フランスの企業倒産処理法は、前節で素描したように、社会情勢に応じて、その内容を大きく変遷させてきたが、それに対応して、経営者の倒産責任も変わってきた。本節では、フランスにおける経営者の倒産責任について、1985年法以前の立法と、1985年法の内容、そしてその後の改正状況の段階に分けて説明する[54]。

---

[52] Jacquemont (A) et Vabres (R), *op.cit.*, n°1078, p.615.

[53] 本訳は、クロック（野澤訳)・前掲注（42）90頁参照。なお、杉本・前掲注（50）では、「procédure de rétablissement professionnel sans liquidation」を「職人再生」と訳す。

[54] 1985年法は、1967年法と比べると、大きな変化を遂げた。具体的には、1985

一　1985年前の立法と改正

1．填補責任と手続の拡張

1867年法は、取締役の責任について、「取締役は、普通法の原則に従って、各別にまたは連帯して、各場合に従い会社または第三者にたいして、本法に定める諸規定の違反につき、あるいは業務執行においてなした過失につき、とくに架空の利益配当を行い、またはこれを異議なく行わしめることにつき責任を負うものとする」[55]と規定した。すなわち、原則として、取締役の責任は一般法上の民事責任の基本原則に従う。後の有限責任会社に関する1925年3月7日の法律（Loi du 7 mars 1925 institution des sociétés à responsabilité limitée）（以下、「1925年有限責任会社法」という）も同趣旨である（同法25条1項）。

その後、1933年末に社会の衆目を集めたスタヴィスキー事件（L'affaire Stavisky）が発生した。この事件では、経営者の盗難・詐欺行為によって自ら設立した信用金庫が倒産し、それと関連する政治スキャンダルが露わになった。この事件を背景として、1935年デクレ・ロワは企業経営者責任を強化するために、当時の商法典（破産編）437条1項に、「会社の破産の場合において、会社の蔭に隠れて自己の行動を仮装し、個人的利益のために商行為を行い、かつ会社の資本を自己のものとして事実上処分したすべての者に対して、破産を共通に宣告することができる」[56]（傍線筆者）という内容を挿入した[57]。これは、いわゆる「裁判上の整理または財産の清算の拡張〔extensions-sanction〕」（以下、「手

年法は初めて、より体系的に、「填補責任」及び「手続の拡張」を定めた。また、1967年法では、それらの責任は裁判上の整理・財産上の清算手続の中の内容であったが、1985年法では、「填補責任」及び「手続の拡張」が、個人破産およびその他の禁止措置、破産罪その他の犯罪と並びながら、法人およびその理事に対する特則として単独の編で定められた。その後の改正では、経営者に適用する責任と制裁の内容は、基本的に1985年法の構造を承継している。それゆえ、本稿では、経営者の倒産責任につて、1985年法を分水嶺とする。

[55] 中村・前掲注（8）170頁参照。

[56] 中村・前掲注（8）350頁参照。

[57] 会社の財産が債権弁済に対して不十分である場合、債権回収の効率性確保と債権者利益の保護のために、商事裁判所は、会社の破産宣告とともに、取締役個人に対しても破産手続の開始を宣告するという取扱い（手続の拡張）はフランス裁判所の判例法として存在していたが、1935年デクレ・ロワによってはじめて成文化された。

続の拡張という」)[58]の原型であり、1935年デクレ・ロワはこれについて初めての正式な立法であるといえよう。ところが、1935年の段階では、この規定は経営者責任を表したものではなく、単に法人格否認の法理に相当するものと理解する論者も存在した[59]。この当時、株式会社〔SA：société anonyme〕の概念は、商業経済の発展に大きく貢献したが、株式会社として登記された企業数の急増に従って、株主の有限責任原則を濫用するケースが頻発していたのである。

ここで、特に本稿の問題関心との関係で重要なのは、株式会社に関する1940年11月16日の法律（Loi du 16 novembre 1940 sociétés anonymes）（以下、「1940年株式会社法」という）が、「会社の負債填補責任訴権〔action en comblement du passif〕」（以下、「填補責任」という）を定めたことである[60]。すなわち、1940年株式会社法によって、破産等の手続における責任に関する規定の適用対象が、債務者たる会社のみならず、株式会社の取締役までに拡大された。これまでに、株式会社の取締役又は有限責任会社の理事が商人ではない場合、これらの経営者は填補責任の適用対象とはならなかった。しかし、同法の成立によって、商事裁判所は、会社債務の全部または一部の弁済を取締役に負担させることができるようになった。注目に値するのは、当該責任を追及する際に、会社財産の不足の事実があれば足り、取締役の責任が推定されることである[61]。具体的には、1940年株式会社法は「取締役等がこの責任を免れようと欲すれば、会社業務の執行に際して有償の受任者としての活動と注意をすべて尽したことを証明

---

[58] ここでいう「手続の拡張」とは、法人の裁判上の整理または財産の清算手続が開始された場合、会社の利益を害した経営者に対して、個人の負債の他、法人の負債を加える制裁である。佐藤・前掲注(3)96頁以下で紹介がなされている。

[59] Jacquemont (A) et Vabres (R), *op.cit.*, n°18, p.10.

しかしながら、正式にそのような繋がり（すなわち、自然人である経営者は法人たる企業の倒産責任を負うこと）が法律の規定として認められる嚆矢は、1967年法であった。Renaut (Marie-Hélèene), La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime, RTD com, 2000.

[60] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°042.33, p. 25. なお、「填補責任」の効果などについて、後述第一章第二節の二の１参照。

[61] 従前は、倒産会社の財産によって債務を弁済できない場合について、1867年法は、会社の破綻をもたらした取締役の責任追及を認めていた。しかし、その立証責任は原告側にあったため、現実に、債権者が勝訴できることは多くなかった。この問題を解決するために、1940年法は、責任の推定の構造を定めた。

しなければならない」（同法第４条5項、6項）とした[62]。同法は、当該責任の対象を株式会社（SA）の取締役のみに限定していたが、1925年法の改正と有限責任会社の創立に関する1953年8月9日のデクレ・ロワ（Décret n° 53-706 du 9 aout 1953 modifiant loi du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée）は、填補責任の適用範囲を有限責任会社〔SARL〕の業務執行者〔gérant〕にまで拡大した。

1967年法は、経営者の倒産責任を「第６節　法人及びその経営者についての特則」において体系的に定めたという点で[63]、フランス倒産法の歴史上重大な意義を有する。まず、同法は経営者責任の適用範囲を、「会社の自然人の経営者又は法人経営者の常任代表者」と明確に統一した（同法98条）。次に、会社の債務に対する経営者の「填補責任」について、「法人の裁判上の整理または財産の清算が積極財産の不足を明らかにするときは、裁判所は、管財人〔syndinc〕の申立てによって、または職権によっても、法人の負債は法律上もしくは事実上の、公表されもしくは公表されない、有給または無給の、法人の全ての経営者またはその一部の者によって全部またはその一部について、連帯してまたはしないで、引き受けることを裁判することができる」[64]と規定した（同法99条１項）。この点について、その後の改正は、経営者の身分についての公表及び報酬の有無という評価基準を削除したが、基本的に1967年法の規定を承継している。また、「填補責任」は責任推定の構造を採り[65]、会社の積極財産の不足が明らかである場合、自らの「勤勉」（「自己が法人の事業の管理のために、必要なすべての活動と精勤を怠らなかったこと」[66]）を主張・立証できない経営者は有責と認められることとなった。1967年法は、1935年デクレ・ロワを引き継いだ上で、①填補責任を問われたのに履行しなかった場合に、「手続の拡張」がなされるものとするとともに、新たに②法人に対して一定の詐害行為[67]があった

---

[62] 中村・前掲注（8）351頁参照。

[63] 霜島・前掲注（26）の（１）48頁参照。

[64] 条文の訳は、霜島・前掲注（26）の（１）48頁参照。同様の内容が佐藤・前掲注（3）74-76頁で言及されている。

[65] 填補責任の「責任の推定の構造」について、佐藤･前掲注（3）79-78頁参照。

[66] 佐藤・前掲注（3）74頁。

[67] 一定の詐害行為とは、「法人の財産を自己の財産として処分した」、「自己の陰謀を隠す法人の衣の下で個人利益において商行為を行った」、および「個人

場合にも、「手続の拡張」が課されるものとした（同法101条）。

２．個人破産の制裁と破産罪

1967年法から個人破産の制裁〔faillite personnelle〕[68]と呼ばれる制度（後述第二章第二節の二）は、破産者に対する商業活動の禁止などの制裁を意味する。厳格責任法制の時代に、「破産した商人〔failli (e)〕」に対するサンクション[69]として、実務上存在していた[70]。1935年デクレ・ロワは、経営者の過失が軽過失である場合、あらゆる会社を管理する権利の喪失という制裁を創設した[71]。1940年から1945年までの間に実務上頻発した背信行為〔abus〕などは、商業などの浄化〔assainissement〕と粛清〔épuration〕[72]の動機を与えた。商工業の浄化に関する1947年8月30日の法律第47-1635号（Loi n°47-1635 du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles）は、破産罪の刑事制裁を加えられた経営者に対する単純な商業活動の禁止〔Interdiction pure et simple d'exercer le commerce〕を付加刑とした。その出発点は、世界

利益において、法人の支払停止しかもたらし得ないような赤字経営を、濫用的に追行した」ことである（1967年法101条）。

[68] 霜島･前掲注（26）の（１）45-46頁、及び佐藤＝町村･前掲注（28）の（２）414頁では、「faillite personnelle」を「個人破産」と訳したが、日本法における「消費者破産・個人破産」の表現と混乱しないように、本稿は、当該制度の主要内容に照らして、「faillite personnelle」を「個人破産の制裁」と訳す。

[69] フランス法における「サンクション」の概念と限界について、酒巻修也「一部無効の本質と射程（１）：一部無効論における当事者の意思の意義を通じて」北大法学論集66巻４号（2015年）977頁以下参照。

[70] フランス倒産法では、1673年王令の時代は、倒産者に対する厳格責任としての刑事制裁が支配的であった一方、職務上の制裁も実務上よく用いられた。倒産手続が開始すると、倒産者には厳しい制裁が課せられ、商行為も禁止され、それまでの公職（参事官･商事裁判官）も禁じられ、為替取引から除外される。具体的には、エレーヌ（小梁訳）・前掲注（12）152頁参照。

[71] Matsopoulou (Haritini), Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer, D.2007, p.104.

[72]「épuration」という用語は、フランスの公衆衛生〔santé publique〕の領域から由来した言葉である。Édouard Richard (dir.), *Droit des affaires : Questions actuelles et perspectives historiques,* PUR 2005, n°1271, p. 580. 第二次世界大戦後の対独協力者に用いる。山口・前掲注（3）207頁。

で高く評価されているフランス商人の信義・誠実という重大な名誉を維持するため、商工会議所及び商事裁判所〔chambres de commerce et des juridictions consulaire〕の構成員から商業環境を浄化することが要求されたことにある[73]。1955年法はさらに、「不誠実な債務者は、商業活動から除外する」と明確に規定した。

そして、1967年法は、不誠実〔malhonnête〕な債務者のみならず、会社の経営者〔dirigeant〕にも適用しうる制裁として、個人破産の制裁とその適用対象、構成要件、制裁方法などについてより明確に定めた（1967年法第106―109条）[74]。従来の破産〔faillite〕という概念（法律用語）は二つのことを内包している。一方では、債権者の債権を回収するための執行手続であり、他方では、債務者に職務上の失権（déchéance）を加える手続である。1967年法の重要な意義は、初めて、伝統的な破産手続〔faillite〕から離れて、職務上の失権（会社管理の資格剥奪）等に、「faillite personnelle」という名称を付与したことにある。言い換えれば、1967年法の下での「個人破産の制裁」は「faillite」という用語を引き続き採用したが、それはもはや破綻した商人にのみ適用される債務処理手続ではなく、倒産した商人、手工業者、農業者、および会社の経営者に加える制裁の一種となったのである。ただし、1967年法の時代においては、個人破産の制裁を科された経営者が判決に違反して、禁止された商業行為を行ったとしても、刑事制裁が加えられることはなかった。そのため、それは制裁としては、まだ

---

[73] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°042.33, p. 26.

[74] 霜島・前掲注（26）の（1）40-46頁参照。

個人破産の制裁の構成要件を簡単に整理すると、1967年法106条において、商人の債務者に適用できる要件として、（1）企業財産の流用・債務の増加、（2）法人格濫用行為、（3）財産の混同、（4）詐欺和議行為、（5）商業の規定・慣習の重大違反の五つを定めた。商業の規定および慣習の重大違反と推定されることについて、さらに107条によって具体的に解釈されていた。すなわち、①法令違反業務執行行為、②会計不法行為、③支払停止の確定を遅延させることを意図した低価転売・不採算の運営行為、④過度経費、⑤投機取引、⑥利益相反行為、⑦赤字経営の七つがある。また、債務者または法人の理事に適用される帰責事由について、108条では、（1）フォートの行為者又は無能力者、（2）支払停止申告怠慢行為、（3）財産清算・裁判上の整理の状態にある者の自己和議、の三つを定めた。

不十分なものであった。

破産罪は、倒産手続における刑事制裁として長い歴史を有しており、英語の「倒産処理〔bankruptcy〕」は、ルネサンス期、イタリアの町の成文法〔statut des villes italiennes〕における「破壊された店台〔Banca rotta〕」にその由来がある[75]。

フランス法における破産罪は、1560年シャルル９世のオルドナンス〔Ordonnance de Charles IX〕によって創設された[76]。1835年法584条、591条等に会社の財産の隠匿〔suppression〕について、破産罪〔banqueroute〕が定められたが、その適用対象はやはり自然人の商人のみであった。1985年法以前には、刑事制裁について、破産罪は一般破産罪（単純破産罪）〔banqueroute simple〕と詐欺破産罪〔banqueroute frauduleuse〕[77]とに分けられていた。

二　1985年法における倒産責任

１．填補責任と手続の拡張

「填補責任」と「手続の拡張」について、1985年法は基本的に、1967年法の規定に基づき、「填補責任」と「手続の拡張」に二分化された構造を維持した。また、対象企業の範囲について、「経済的事業を営む私法上の法人」（傍線筆者）に限定した（1985年法179条）[78]。

---

[75] 山本和彦『倒産処理法入門（第４版）』（有斐閣・2008年）4頁。LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°932.11, p. 2535.

[76] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°932.11, p. 2535.

[77] 1985年法前の「一般破産罪」は、経営者に１ケ月から１年間の拘禁を加える。「一般破産罪」が制裁するのは、過度な個人支出、会社財産の投げ売り、会社帳簿書類の不当保存、破産の開始手続に関する違反など経営者の偶然の行為である。この点で、一般破産罪は、行為の常習性を強調する詐欺破産罪と区別されていた。Édouard (dir.), *op.cit.*, n°1253, p.574-575.

[78] LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.11, p. 2415-2416.

1985年法は制裁対象の範囲について、初めて「経済的事業を営む私法上の法人の経営者〔Les dirigeants de personnes morales de droit privé ayant une activité économique〕」と規定した。1994年6月10日法は、「経済的事業を営む」という条件を削除した。したがって、1994年から2005年法改正まで、商法典に所定の経営者責任とその制裁は全ての法人の経営者に適用できるようになっていた（佐藤＝町村・前掲注（28）の（２）416頁）。

「填補責任」について、一方では、1985年法は経営者を「自然人または法人たる経営者、ならびにその法人たる経営者を常任で代表する自然人」と規定した。当該責任が認められる要件として、会社の積極財産の不足が明らかになったという事実、及び会社の積極財産の不足をもたらした経営上の過失が定められている。ただし、1985年法は、填補責任の従来の責任の推定の取扱いを廃止し、民法上の一般原則に近づく構造を踏まえて、改正を行った[79]。他方では、手続上、填補責任訴権は、会社の裁判上の更生・清算の開始を宣告した裁判所の管轄下にあり、申立権者には、管財人、債権者の代表者、計画実施監査人、清算人、共和国検事が含まれた。その他、裁判所の職権によって係属することもありえた。填補責任の追及は、更生計画の確定判決・清算を宣言する判決から３年以内に訴訟を提起しなければ、消滅時効が完成する。なお、控訴期間は判決送達日から15日以内である（同法179条、180条、181条）。会社経営者が「填補責任」に関する判決を履行しない場合には、181条と190条によって、裁判所は同経営者に対して「手続の拡張」、「個人破産」、及び「個人破産の制裁に代わる禁止措置」（同法192条）といった制裁を加えることとされた。

1985年法の下で、「手続の拡張」の適用範囲は、填補責任とは異なり、裁判上の更生手続が開始された場合に限定される。そして、1985年法は1967年法に定められた四つの事由の他に、三つの拡張事由を追加した[80]。裁判上の更生手続が開始された会社の経営者が、1985年法182条に定められている７つの行為のうち、どれか一つを犯した場合、裁判所は当該経営者に対して、更生手続を開始することができる。

２．個人破産の制裁とその他の禁止措置

個人破産の制裁およびその他の禁止措置は、債権者及び企業自身ともに不正

---

[79] 佐藤・前掲注（3）112頁。

[80] 1967年法と1985年法の下での手続の拡張と填補責任の具体的な要件と適用については、佐藤・前掲注（3）77-83頁、97頁、111、112頁が詳しい。追加された事由は、1985年法182条「法人の財産又は信用を、法人の利益に反し、個人目的のため、あるいは自己が直接又は間接に関与する他の法人に資するために使用したこと」（３号）、「虚偽の会計を行い、または法人の会計文書を棄滅させ、あるいは法定の規則に則った会計を行うことを怠ったこと」（５号）、及び「法人の積極財産の全部ないし一部を流用又は隠匿し、あるいは法人の債務を詐害的に増やしたこと」（６号）の３つである。

な経営危機を回避するために、「競争力のない、危険、不誠実、不良な」主体を排除することによって、商業界を浄化して健全な商業環境を作るという目的を有する。1985年法は、制裁の効果について、①指揮、経営、管理、監査行為の禁止（1985年法186条1項）、②1968年1月1日以前の破産〔faillite〕の状態を届けられた者に適用される禁止・資格剥奪（同法186条2項）、③公職遂行の禁止効（同法194条）、といった三つの効果を設ける。しかし、個人破産に代わるその他の禁止を科される経営者に対しては、上記①と③の効果のみが与えられうる。

個人破産の制裁を科すための要件については、1967年法における要件を整理して五つの要件が定められている（同法189条）。1985年法は、それに加えて、手続の拡張の構成要件となる行為の一つを犯した場合にも、個人破産の制裁を併科することができると定めた（同法188条）[81]。

なお、手続上、消滅時効、管轄などについては財産上の責任と同様である。すなわち、申立権者は、管理人、清算人、債権者の代表者、又は共和国検事と定められており、裁判所の職権によっても訴訟が係属しうる（同法191条）。制裁期間についての判断は、基本的に裁判官の裁量にゆだねられている。特別な規定がなければ、最低５年間[82]の個人破産の制裁を言い渡すが、控訴審では、裁判官は当該期間を延長することができないとされている。

３．破産罪およびその隣接犯罪

職務上の制裁によって科された禁止・資格剥奪に違反して職務を遂行した場合、刑事制裁が科される（同法216条）。破産罪について、1985年法は、1967年法における一般破産罪〔banqueroute simple〕と詐欺破産罪〔banqueroute frauduleuse〕の区分を廃止するとともに、破産罪及びその隣接犯罪（infractions voisines）という構成を設け、破産罪は経営者に対する主たる刑事制裁となった。また、1985年法は、1967年法に定められた偏頗弁済行為〔paiement

[81] 1985年法における六つの要件は、①182条の更生手続の拡張の要件を満たした場合、②法令禁止に違反すること、③裁判上の倒産手続の回避を意図した、低価転売・不経済運営行為、④不正契約行為、⑤偏頗弁済、⑥支払停止状態申告怠慢行為である。

[82] 制裁期間は最低５年間とされたが、経営者の年齢によって５年間の内に定年を迎えた場合は例外である。また、195条により、裁判上の清算判決に伴う選挙による公職の遂行不能の存続期間は５年とする。

préférentiel〕、支払停止の申告怠慢行為、偶発的な取引で会社の財産を費消する行為、会社財務状況に反する無対価契約行為、といった四つの行為を削除し、詐欺によって犯した重大な犯罪行為のみ刑事制裁の中に留保した（1985年法197条）[83]。1985年法における経営難の企業に関する手続の条文は、2000年9月18日の法律2000-912号によって、商法典に挿入された。

三　1985年以降の改正

１．積極財産不足の責と支払停止の寄与責任

（１）填補責任から積極財産不足の責任へ

経済の活性化に関する2003年前後の法改正によって、個人起業者は事業活動に参加することが容易になると同時に、財力と信用力の弱い中小企業は経営破綻に陥る事例がますます増えてきた。したがって、事業が危機状態に陥るおそれがある場合、早期に、その防止・回避を図る必要があるため、積極財産の不足をもたらす行為を抑止する必要性が徐々に表面化してきた。

これに応じて、2005年法は、填補責任を削除した。1985年法における填補責任の主たる内容と趣旨が、「積極財産不足の責任〔responsabilité pour insuffisance d'actif〕」[84]によって承継されている。経営者の同責任が認められるためには、次の３つの要件を充たすことが必要である。すなわち、①会社の積極財産の不足が明らかであること、②経営者は会社の積極財産の不足に対して経営上の過失があること[85]、及び、③上記の①と②の間の因果関係を証明することである。これは、伝統的な一般法上の民事責任の原則と一致するように思われる。その適用範囲については、積極財産不足の責任は裁判上の清算手続にのみ適用できることとした。また、倒産手続の開始に従って、会社財産のみならず、経営者の個人財産に損害を被るおそれは、経営者が再生型の倒産手続（救

---

[83] 破産罪の主観的要件について、当事者の主観的故意が要求されているため、ただ破産罪を犯す傾向があるにとどまる場合は、破産罪として刑に処せられない。

[84] これは、積極財産を不足させた行為に対する責任である。当該責任については後に詳しく紹介する。

[85] 経営上の過失は、例えば、経営上の錯誤〔erreur〕、軽率〔inprudence〕、又は法令違反によって生じた経営上のフォート〔faute de gestion〕である。具体的には、後述第二章第一節の二の２で詳述する。

済手続）を申し立てる意欲を阻害すると立法者は指摘している[86]。それゆえ、2005年法で創設された企業救済手続においては、経営者の積極財産不足の責任は免除される。調停手続においては、債務者の申立てにより、裁判所は２年を越えない期間で、有責経営者の債務の返済猶予を認容できる。なお、2010年オルドナンスにより、裁判上の清算が言い渡された有限責任個人事業主に積極財産不足の責任を適用できるようになった。

（2）手続の拡張の廃止と支払停止の寄与責任

2005年法は、債務者に対して柔軟な態度を示しており、会社の負債に対する無限責任を負う自然人と連帯責任者である自然人に対する手続の拡張というサンクションを廃止した。その代わりに、会社債務に対する責任〔obligation aux dettes sociales〕が設けられた。会社債務に対する責任は、積極財産不足の責任の内容と重複しており、且つ性質上両責任は、会社財産と個人財産の各自の一体性（独立性）〔unité〕を守らない行為にサンクションを加えるという趣旨が共通するとの理由で、2009年2月12日のデクレ第2009-106号[87]110条により、商法典第６巻５編２章、及び３章の内容は削除された[88]。それによって、手続の拡張、会社債務に対する責任は最終的に廃止された。

2005年以降、積極財産不足の責任の適用範囲は裁判上の清算手続のみに限定されているため、裁判上の更生手続の進行中に、不誠実な経営者が不法行為をなすことを防止するために、2012年3月12日の法律第2012-346号（以下、「2012年 Petroplus 法」という）[89]は、商法典第６巻において、裁判上の更生手続中に、

---

[86] Rapport n°2095 par Xavier de Roux, Doc. Assemblée Nationale, au nome de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (no. 1596) de saubegarde des entreprise, 2005, p.202.（以下、Rapp. Xavier de Roux, n°2095という）。

[87] 2008年オルドナンスの適用に関する2009年2月12日のデクレ（Décret n° 2009-160 du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble）。

[88] PÉTEL (P), Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E 2005, 1509, n°18, p. 1730 et s.

[89] Loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en

債務者たる会社の事実上又は法律上の経営者に対する「支払停止の寄与責任〔responsabilité pour contribution à la cessation des paiements〕」（後述、第二章第一節で詳述する）を定めた（現行商法典 L.631-10-1条）。

２．個人破産の制裁と経営禁止の制裁

（１）個人破産の制裁

2005年法では、個人破産の帰責事由〔faites répréhensibles〕をより一層縮減し、「支払停止状態の申告怠慢行為」という事由に対する、「個人破産」制裁の適用を廃止し、同行為については、「経営禁止の制裁〔interdiction de gérer〕」[90]の適用のみが残されることとなった[91]。その代わりに、①倒産手続の進行を著

matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet. 当該法律は倒産処理手続における保全措置の運用に関する法律である。同法３条は、商法典に L.631-10-1条を挿入した。それによって、裁判上の更生手続においても、経営者の倒産責任を追及することが可能になった。

[90] ここでいう「経営禁止の制裁」は、1967年法における「その他の制裁〔autres sanctions〕」〔霜島・前掲注（26）の（１）43-46頁の訳参照〕であった。当時の法文に鑑みると、その制裁は個人破産の制裁に付随する効果のみであった。1985年法では、同制裁が「個人破産の制裁に代わる禁止措置〔autres mesures d'interdiction〕」と称された〔佐藤＝町村・前掲注（28）の（２）412頁の訳参照〕。1985年法192条は、当該制裁の個人破産の制裁から切り離す端緒を開いた。1985年以降、当該制裁が徐々に拡充され、個人破産の制裁から独立するものとして形成されている。現行法の第６巻第５編第３章が1985年法の「autres mesures d'interdiction」という名称を引継いだが、経営難の企業に関する法のコンメンタール〔LE CORRE (P.-M), op.cit., n°911.10-90, p. 2359-2385〕は、商法典 L.653-8条に所定のサンクションを「interdiction de gérer」と称し、個人破産の制裁と並べて単独の章で説明する。したがって、本稿は、現行法における同制裁を「経営禁止の制裁〔interdiction de gérer〕」と称する。

[91] Avis n°337 par Christian Gaudin, Doc. Sénat, au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, de sauvegarde des entreprises, 2005, p.93（以下、「Avis n°337」という）。2005年改正法案では当該行為を個人破産の制裁原因の中に維持する意思がみられるが、「フランス元老院経済問題委員会〔Commission des affaires économiques du Sénat〕」は、当該責任に対して「個人破産の制裁は経営者の財産に対する影響は重すぎると考えて、申告義務の偶

しく妨げたこと、且つ、執行機関に協力する意思が欠けている、といった新たな要件が設けられた。また、制裁措置から復権することを容易にするために、個人破産制裁の期間について、上限のない最低５年という従来の規定を改正し、15年を越えない範囲で制裁期間を定める。

2008年オルドナンスは、破産罪の対象となる事実が個人破産制裁の事実と同じものでなければ、破産罪と個人破産制裁とを二重に言い渡すことができると改正した。同一の事実によって民事・商事裁判所によって終局裁判が下された場合でない限り、刑事裁判所も、個人破産制裁と経営禁止について管轄がある。

（2）経営禁止の制裁

2005年法は、個人破産の制裁と共に、経営禁止の制裁の効果として、裁判所によって、経営者が所有する会社の株式又は持分に対する強制譲渡命令（L.653-9条）を創設した。また、同法は商法典L.653-8条３項として、債務者たる法人の経営者に支払停止状態の申告義務を課した。すなわち「債務者たる会社の支払停止状態から45日以内に、裁判上の更生又は清算手続の申立てを怠った場合、商法典L.653-1条所定の全ての者に対し、経営禁止の制裁を宣言することができる。但し、既に企業救済手続を申し立てた場合は別である」（フランス商法典L.653-8条３項）。

３．破産罪とその他の犯罪

1985年以降の法改正は、基本的に1985年法における刑事制裁の骨組みを維持し、微細な部分のみを調整した。例えば、1994年法は、破産罪に帰責事由を一つ追加したのみであり[92]、その内容は2000年オルドナンスによって商法典L.654-2条に編入された。2005年法は、刑事制裁に対して大きな改正を行わなかった。2008年オルドナンスにより、まず、L.654-2条は、裁判上の更生のみならず、清算手続の開始を回避しまたは遅らせる意図がある場合にも、破産罪を科すこととした。また、L.654-5条2項において、破産罪と併科されるその他の隣接犯罪の範囲も拡大されるに至った。

第三節　小括

然的な不履行の場合、経営禁止の制裁は適切である」と指摘したため、2005年法改正によって削除された。

[92] L.654-2条5号　法規定に関連する明らかに不完全、不正な会計を行った場合。

1807年ナポレオン商法典は、商人破産主義の破産手続を法典化した。1889年法は、倒産手続を自然人の商人のみならず、法人[93]である会社にも適用できるようにした。また、1889年法を始めとして、フランスにおける会社の倒産処理手続の多様化が進んでいた。それに従い、フランスの倒産法制は、徐々に、単一の破産手続〔faillite〕から「集団的債務処理手続〔procédures collectives〕」[94]に転換した。

その後、1967年法は伝統的な破産〔faillite〕を廃止した上で、裁判上の整理と財産上の清算を分けながら倒産手続を構築した。1967年法の下では、「faillite」という用語がもはや手続ではなく、不誠実な経営者に加える個人破産の制裁〔faillite personnelle〕として用いられている。1985年法では、倒産手続が裁判上の更生・清算とに二分される一方、倒産責任についても、填補責任の構造に従来の責任の推定ではなく、民事責任の一般原則に近い構造が採られた点で重要な意義を有する。

2000年に、企業の集団的債務処理手続に関する規定が法典化された後に、企業の保護とその再出発を重視する傾向がますます強くなり、2005年法ではフランスの企業倒産処理法が「経営難の企業に関する法〔droit des entreprises en difficulté〕」[95]と称されている。同法により、倒産手続の適用範囲は独立して事業活動を営む自由職事業者〔profession libérale〕[96]にまで拡大された（現行商法

---

[93] 商事会社に関する1867年7月24日の法律（Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciaux）（以下、「1867年法」という）は、株式会社〔SA〕と株式合資会社〔SCA : société en commandite par actions〕などの会社の形態を規定した。その後も、会社法人に関する法整備は着実に行われた。

[94] 直訳すると、「procédures collectives」は「集団的手続」である。その包括的に執行する特徴から、個別的に行われる「執行手続」と対立する概念である。Jacquemont (A) et Vabres (R), op.cit., n° 2, p.2. なお、モンセリエ＝ボン（荻野＝斎藤訳）・前掲注（11）の（一）1123頁では、「集団的手続に関する法」と訳す。

[95] 本訳は、モンセリエ＝ボン（荻野＝斎藤訳）・前掲注（11）の（一）1123頁参照。

[96] 本訳は、モンセリエ＝ボン（片山訳）・前掲注（8）66頁参照。「自由職事業者〔professionnels libéraux〕」については、法律の簡易化と行政管理負担の軽減に関する2012年3月22日の法律（Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives）の29条によって定義されている。簡単に言えば、自由職事業者とは、自らの責任において、専門的な資格を有し、顧客又は公衆の利益を実現するために、職業倫理

典 L.620-2条１項)。また、2010年オルドナンスにより、商法が有限責任個人事業主〔EIRL〕にも適用されることとなっている。

このように、フランス商法典における倒産処理手続法の適用対象の範囲は徐々に拡大されてきた。現代倒産法は、もはや単なる自然人の商人の破産手続に関する法ではなく、法人、及び有限責任個人事業主を含めた独立事業者などに適用可能な倒産企業の債務処理手続法となっている。それと同時に、企業救済手続の創設によって、倒産手続を通して司法権が企業と債権者の私人間の法律関係に介入する時的限界も債務者の支払停止前に拡大された。そして、財産権理論などの発展に従い、経営者の倒産責任の懲戒的色彩が弱体化されるとともに、補填賠償を重視している財産上の責任は経営者の主たる倒産責任となった。

現行法における倒産手続は、基本的に2005年法の内容を基礎としている。また、経営者の倒産責任・制裁に関しては、経済の現代化に関する2008年8月4日の法律第2008-776号（Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie）（以下、「2008年法」という）第74条10号において、「倒産手続における金銭的制裁、職務上の制裁及び刑事制裁に関する体制の一貫性を明確・現代化・強化する」[97]とされた。これら踏まえて、第二章では、経営者の倒産責任を財産上の責任、職務上の責任、及び刑事責任の三つに分けて説明する。

〔未完〕

にかなった民事的サービスを提供している者をいう。例えば、自ら薬局を経営している薬剤師、診療所を開いている医者、弁護士事務所を開設した弁護士などがある。

[97] 規定の原文は：10° actualiser et renforcer la cohérence du régime des sanctions pécuniaires, professionnelles et pénales en cas de procédure collective.

判例研究

民　事　判　例　研　究

濱　口　弘太郎

1　不法行為によって死亡した被害者の損害賠償請求権を取得した相続人が労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金の支給を受けるなどした場合に、上記の遺族補償年金との間で損益相殺的な調整を行うべき損害

2　不法行為によって死亡した被害者の損害賠償請求権を取得した相続人が労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金の支給を受けるなどしたとして損益相殺的な調整をするに当たって、損害が塡補されたと評価すべき時期

最高裁判所平成27年３月４日大法廷判決（平成24（受）第1478号、損害賠償請求事件、上告棄却）

民集69巻２号178頁、裁時1623号１頁、判タ1414号140頁、判時2264号46頁、金判1466号24頁、金法2022号94頁、労判1114号６頁、労経速2247号９頁

〔参照条文〕

１、２につき、民法709条、労働者災害補償保険法16条

２につき、民法412条

【事実】

訴外Ａ（昭和55年生まれ、死亡時25歳）は、平成15年にＹ社に入社し、システムエンジニアとして勤務していた。Ａは、長時間の時間外労働や配置転換に伴う業務内容の変化等の業務に起因する心理的負荷の蓄積により、精神障害（鬱病及び解離性とん走）を発症し、病的な心理状態の下で、平成18年９月15日、さいたま市に所在する自宅を出た後、無断欠勤をして京都市に赴き、鴨川の河川敷のベンチでウイスキー等を過度に摂取する行動に及び、そのため、翌16日

午前０時頃、死亡した。

Ａの相続人は、その父母である、X1とX2（以下、「Ｘら」という。）のみである。Ｘらは、Ａの死亡は、Ｙの従業員がＡに対する安全配慮義務を怠ったことによるものであるとして、不法行為（使用者責任）等を理由に、Ｙに対して損害賠償を請求したところ、１審及び２審は、Ｙの責任を認めた。

１審及び２審は、Ａの死亡による損害を、Ａの逸失利益4915万8583円及び慰謝料1800万円、Ｘらの固有の慰謝料各200万円並びにX1が支出した葬儀費用150万円の合計7265万8583円と認定した。Ａの逸失利益及び慰謝料は、Ｘらが、２分の１ずつ相続した。また、２審は、原告側について、３割の過失割合を認めて過失相殺を行った（なお、１審は、原告側の過失割合を２割としている。）。これらを考慮すると、過失相殺後の損害は、X1について、死亡逸失利益1720万円5504円、慰謝料770万円（固有の慰謝料を含む。X2について同じ。）、葬儀費用105万円、X2について、死亡逸失利益1720万円5504円、慰謝料770万円となる。

一方、X1は、平成19年10月16日、労働者災害補償保険法（以下「労災保険法」という。）に基づく葬祭料として68万9760円の支給を受けた。また、事実審口頭弁論終結時（平成24年２月９日）までに、労災保険法に基づく遺族補償年金として、X1は合計868万9883円、X2は合計151万6517円の支給を受け、または、支給を受けることが確定していた。

損害賠償と労災保険法に基づく給付の関係について、１審（東京地判平成23年３月７日民集69巻２号192頁）は、労災保険法に基づく給付を、まず遅延損害金に充当し、残額について損害元本に充当した。しかし、２審（東京高判平成24年３月22日民集69巻２号246頁）は、後述の最判平成22年９月13日民集64巻６号1626頁を引用して、労災保険給付の「てん補対象となる損害は不法行為の時にてん補されたものと損益相殺的な調整することが，公平の見地からみて相当」と判示し、労災保険給付を過失相殺後の損害元本から控除した。その結果、２審は、Ｙに対して、X1については、1817万5861円及びこれに対する平成18年９月16日から支払済みまで年５分の割合による金員を、X2については、2568万8987円及びこれに対する平成18年９月16日から支払済みまで年５分の割合による金員を、それぞれ支払うように命じた（２審判決の認容額は、X1、X2ともに、１審判決と比べて大きく減少した[1]。）。

[1] １審判決は、X1について、2830万2273円及び内金1137万円に対する平成18年

これに対して、X1らは、２審の判断は、最判平成16年12月20日判時1886号46頁に反するとして、上告受理を申し立てた。

【判旨】上告棄却

「５（１）被害者が不法行為によって死亡し，その損害賠償請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因によって利益を受ける場合には，損害と利益との間に同質性がある限り，公平の見地から，その利益の額を相続人が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図ることが必要なときがあり得る（最高裁昭和63年（オ）第1749号平成５年３月24日大法廷判決･民集47巻４号3039頁）。そして，上記の相続人が受ける利益が，被害者の死亡に関する労災保険法に基づく保険給付であるときは，民事上の損害賠償の対象となる損害のうち，当該保険給付による填補の対象となる損害と同性質であり，かつ，相互補完性を有するものについて，損益相殺的な調整を図るべきものと解される（最高裁昭和58年（オ）第128号同62年７月10日第二小法廷判決・民集41巻５号1202頁，最高裁平成20年（受）第494号・第495号同22年９月13日第一小法廷判決・民集64巻６号1626頁，最高裁平成21年（受）第1932号同22年10月15日第二小法廷判決・裁判集民事235号65頁参照）。

労災保険法に基づく保険給付は，その制度の趣旨目的に従い，特定の損害について必要額を填補するために支給されるものであり，遺族補償年金は，労働者の死亡による遺族の被扶養利益の喪失を填補することを目的とするものであって（労災保険法１条，16条の２から16条の４まで），その填補の対象とする損害は，被害者の死亡による逸失利益等の消極損害と同性質であり，かつ，相互補完性があるものと解される。他方，損害の元本に対する遅延損害金に係る債権は，飽くまでも債務者の履行遅滞を理由とする損害賠償債権であるから，遅延損害金を債務者に支払わせることとしている目的は，遺族補償年金の目的

９月16日から、内金57万5335円に対する平成19年10月17日から、内金1635万6938円に対する平成22年10月16日から各支払済みまで年５分の割合による金員を、X2について、3130万3432円及びこれに対する平成18年９月16日から支払済みまで年５分の割合による金員を、それぞれ支払うように命じている。なお、１審と２審とでは、過失相殺の割合が異なることに加え、口頭弁論終結時が異なるため、損益相殺の対象となり得る遺族補償年金の支給の有無やその額が異なることに留意する必要がある。

とは明らかに異なるものであって，遺族補償年金による填補の対象となる損害が，遅延損害金と同性質であるということも，相互補完性があるということもできない。

したがって，被害者が不法行為によって死亡した場合において，その損害賠償請求権を取得した相続人が遺族補償年金の支給を受け，又は支給を受けることが確定したときは，損害賠償額を算定するに当たり，上記の遺族補償年金につき，その填補の対象となる被扶養利益の喪失による損害と同性質であり，かつ，相互補完性を有する逸失利益等の消極損害の元本との間で，損益相殺的な調整を行うべきものと解するのが相当である。

（2）ところで，不法行為による損害賠償債務は，不法行為の時に発生し，かつ，何らの催告を要することなく遅滞に陥るものと解されており（最高裁昭和34年（オ）第117号同37年９月４日第三小法廷判決・民集16巻９号1834頁参照），被害者が不法行為によって死亡した場合において，不法行為の時から相当な時間が経過した後に得られたはずの利益を喪失したという損害についても，不法行為の時に発生したものとしてその額を算定する必要が生ずる。しかし，この算定は，事柄の性質上，不確実，不確定な要素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に行わざるを得ないもので，中間利息の控除等も含め，法的安定性を維持しつつ公平かつ迅速な損害賠償額の算定の仕組みを確保するという観点からの要請等をも考慮した上で行うことが相当であるといえるものである。

遺族補償年金は，労働者の死亡による遺族の被扶養利益の喪失の填補を目的とする保険給付であり，その目的に従い，法令に基づき，定められた額が定められた時期に定期的に支給されるものとされているが（労災保険法９条３項，16条の３第１項参照），これは，遺族の被扶養利益の喪失が現実化する都度ないし現実化するのに対応して，その支給を行うことを制度上予定しているものと解されるのであって，制度の趣旨に沿った支給がされる限り，その支給分については当該遺族に被扶養利益の喪失が生じなかったとみることが相当である。そして，上記の支給に係る損害が被害者の逸失利益等の消極損害と同性質であり，かつ，相互補完性を有することは，上記のとおりである。

上述した損害の算定の在り方と上記のような遺族補償年金の給付の意義等に照らせば，不法行為により死亡した被害者の相続人が遺族補償年金の支給を受け，又は支給を受けることが確定することにより，上記相続人が喪失した被扶養利益が填補されたこととなる場合には，その限度で，被害者の逸失利益等の

消極損害は現実にはないものと評価できる。

以上によれば，被害者が不法行為によって死亡した場合において，その損害賠償請求権を取得した相続人が遺族補償年金の支給を受け，又は支給を受けることが確定したときは，制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り，その填補の対象となる損害は不法行為の時に填補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることが公平の見地からみて相当であるというべきである（前掲最高裁平成22年９月13日第一小法廷判決等参照）。

上記２の事実関係によれば，本件において上告人らが支給を受け，又は支給を受けることが確定していた遺族補償年金は，その制度の予定するところに従って支給され，又は支給されることが確定したものということができ，その他上記特段の事情もうかがわれないから，その填補の対象となる損害は不法行為の時に填補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることが相当である。

（３）以上説示するところに従い，所論引用の当裁判所第二小法廷平成16年12月20日判決は，上記判断と抵触する限度において，これを変更すべきである。」

【評釈】

１　本判決の意義

本判決の最大の意義は、最二判平成16年12月20日判時1886号46頁（以下、平成16年最判という。）を変更し、損益相殺的な調整について、判例の考え方を明確にした点にある。判例は、最大判平成５年３月24日民集47巻４号3039頁（以下、「平成５年最大判」という。）以降、「損益相殺的な調整」として、損害賠償と社会保険等の給付の調整を行ってきたが、それがいかなる根拠に基づくものであるかは明確にしてこなかった。本判決は、平成16年最判を変更し、また、損益相殺的な調整の理論的根拠を明らかにしたものと考えられ、今後の議論に大きな影響を与えるものと思われる。

以下、本判決の趣旨を確認する。

本判決の争点は、労災保険法に基づく遺族補償年金と、不法行為によって死亡した被害者の損害賠償請求権についての遅延損害金との関係である。本判決は、判旨１および判旨２により、この問題に答えている。

判旨１（判示事項１に関する部分。判決文５（１）に相当）は、労災保険給付

について、費目拘束（利益の調整を、その利益に対応する一定の損害費目に限定すること）があるという従来の判例と同様の立場を踏襲し、遺族補償年金について、被害者の死亡による逸失利益等の消極損害との間で損益相殺的な調整をすべきことを明らかにした。同時に、本件との関係では、遺族補償年金と損害賠償請求権の遅延損害金との間で、損益相殺的な調整は行われないことを明らかにしている。

判旨２（判示事項２に関する部分。判決文５（２）に相当）では、「相続人が喪失した被扶養利益が填補されたこととなる場合には，その限度で，被害者の逸失利益等の消極損害は現実にはないものと評価できる」と、相当踏み込んだ表現[2]を用いて、死亡逸失利益等の消極損害の性質を明らかにしている。その上で、判旨２は、最一判平成22年９月13日民集64巻６号1626頁（以下、平成22年最判という。）と同様、相続人が遺族補償年金の支給を受け、または、支給を受けることが確定したときは、制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り、その填補の対象となる損害は不法行為の時に填補されたものと評価して損益相殺的な調整を行うべきこと、即ち、その限度では、遅延損害金が発生しないことを明らかにした。

これに対して、平成16年最判は、本判決の争点と同じ問題に対して、遺族補償年金等の「支払日までの間の遅延損害金が」発生するとして、「支払時における損害金の元本及び遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときは，遅延損害金の支払債務にまず充当されるべきものであることは明らかである」と判示していた。平成16年最判の判断は、判旨１及び判旨２のいずれにも抵触するものである。本判決は、判旨１及び判旨２の帰結として、平成16年最判を変更している。

そこで、以下では、判例変更の点を、より詳細に明らかにするため、本稿は、まず、平成16年最判を取り上げ、その後、本判決の判旨について検討を行うこととする。

２　平成16年最判

[2] 鈴木和泉「判批」季刊労働法252号231頁は、本判決の結論には賛成しつつも、本文の理由付けについて「踏み込みすぎた判断」と批判している。しかし、後述のように、この理由付けは、充分首肯できるものと考える。

平成16年最判は、交通事故で被害者が死亡したため、その遺族（被害者の父と、事故後に死亡した被害者の母を相続した、被害者の妹）が、加害者および加害車両の保有者に対し、自賠法３条および民法709条に基づき、損害賠償を請求した事案に関するものである。被害者の遺族が、自賠責保険金、労災保険法に基づく遺族補償年金、厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金を受給したため、その調整が問題となった。平成16年最判は、これら年金を「本件遺族年金」と、これら年金と自賠責保険金を併せて、「本件自賠責保険金等」とよんでいる。

平成16年最判の判旨は、次の３点である。

①　本件自賠責保険金等と遅延損害金の関係

不法行為に基づく損害賠償請求権は、不法行為時に、何らの催告を要することなく履行遅滞に陥ること（最判昭和37年９月４日民集16巻９号1834頁）を前提に、「本件自賠責保険金等によってもてん補される損害についても，本件事故時から本件自賠責保険金等の支払日までの間の遅延損害金が既に発生していたのであるから，本件自賠責保険金等が支払時における損害金の元本及び遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときは，遅延損害金の支払債務にまず充当されるべきものであることは明らかである（民法491条１項参照）」と判示した。

②　死亡逸失利益からの遺族厚生年金の控除について

判例を引用して、「不法行為によって被害者が死亡し，その損害賠償請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因によって利益を受ける場合には，損害と利益との間に同質性がある限り，公平の見地から，その利益の額を当該相続人が加害者に対して賠償を求め得る損害の額から控除することによって，損益相殺的な調整を図ることが必要である」（平成５年最大判）、年金受給権者が不法行為により死亡した場合に「その相続人のうちに被害者の死亡を原因として遺族厚生年金の受給権を取得した者がいるときは，その者が加害者に対して賠償を求め得る被害者の逸失利益（被害者が得べかりし障害基礎年金等）に係る損害の額から，支給を受けることが確定した遺族厚生年金を控除すべき」（最判平成11年10月22日民集53巻７号1211頁）と説いた。その上で、「この理は，不法行為により死亡した者が障害基礎年金等の受給権者でなかった場合においても，相続人が被害者の死亡を原因として被害者の逸失利益に係る損害賠償請求権と遺族厚生年の受給権との双方を取得したときには，同様に妥当する」とした。

③　（職権判断で）相続人別控除について

最判昭和50年10月24日民集29巻９号1379頁[3]を引用して、「不法行為の被害者の相続人が受給権を取得した遺族厚生年金等を損害賠償の額から控除するに当たっては，現にその支給を受ける受給権者についてのみこれを行うべき」と判示した（以下、この準則を「相続人別控除準則」という。）。

平成16年最判の判例評釈は、概ね、同最判に対して、批判的である。ここでは、判旨①に関するもののみ取り上げる。まず、本質的な問題として、「民法491条１項は債務の弁済における充当を規定したものであり，遺族年金のような社会保険給付が債務の弁済といえるかどうかは疑問がある」と指摘されている[4]。次に、この判旨がどのような処理を指示しているか、不明である。この遺族補償年金等を、全損害についての遅延損害金に充当すべきか、逸失利益についての遅延損害金のみに充当すべきかが問題となる旨指摘されている[5]。この問題については、逸失利益についての遅延損害金のみに充当すべきであると主張されている[6]。しかし、一方で、自賠責保険金については全損害の遅延損害金に充当することとなるので、そのような複雑な処理を必要とすることについて、実務的な妥当性という点から、疑問が呈されていた[7]。

その後、最高裁は、平成22年最判（後遺症事例）において、労災保険法に基

[3] 国家公務員である被害者が交通事故で死亡したため、遺族らに対して自賠責保険金が、遺族の１人に対して、国家公務員等退職手当法による退職手当、国家公務員共済組合法による遺族年金給付及び国家公務員災害補償法による遺族補償金が支給されたという事案に関するもの。「受給権者でない遺族が事実上受給権者から右各給付の利益を享受することがあつても、それは法律上保障された利益ではなく、受給権者でない遺族の損害賠償債権額から右享受利益を控除することはできない」として、退職手当、遺族年金及び遺族補償金について、これらの受給権者でない遺族の損害賠償債権額から控除することはできない旨判示した。

[4] 佐野誠「自賠責保険金への遅延損害金の充当」67巻２号（2005年）226頁。永下泰之「判批」北大法学論集57巻２号765頁も同旨。

[5] 髙取真理子「公的年金による損益相殺－最高裁平成16年12月20日第二小法廷判決を契機として－」判タ1183号70頁。

[6] 髙取・前掲注（５）「公的年金による損益相殺－最高裁平成16年12月20日第二小法廷判決を契機として－」71頁。

[7] 髙取・前掲注（５）「公的年金による損益相殺－最高裁平成16年12月20日第二小法廷判決を契機として－」71頁。

づく障害年金、国民年金法に基づく障害基礎年金及び厚生年金保険法に基づく障害厚生年金について、「制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り，これらが支給され，又は支給されることが確定することにより，そのてん補の対象となる損害は不法行為の時にてん補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることが，公平の見地からみて相当」であると判示した。同判決は、平成16年最判については、「事案を異にし，本件に適切でない。」としている（「事案を異にし」の意味は、判決文自体からは明らかではないが、死亡と後遺症の違いであるものと考えられてきた[8]。）。最判平成22年10月15日裁時1517号４頁も、これと同様の判断を示した。同判決の千葉裁判官補足意見は、同判決は、平成16年最判に反するものではないとしつつも、若干、踏み込んで、平成16年最判の判断を改めることも検討すべきであるとしている。

平成16年最判の判旨①は、元々前述のように、その根拠や実務上の妥当性について、大いに疑問が呈されていた。それに加えて、死亡事例と後遺症事例の差はあるにせよ、平成22年の２つの最判が出されたことにより、元々脆弱であった平成16年最判の根拠は、さらに、説得力を失ったといえよう。現に、本件では、原告は、本件は平成16年最判と同様死亡事例であるから、遺族補償年金を、まず、遅延損害金に充当すべきと主張したが、２審判決は、これを排斥している。

本判決は、このような状況下で、平成16年最判を変更したものであるが、ある意味では、判例変更は、既に、強く予想されたものであったということができよう。

３　判旨１

（１）問題点

前述の通り、判旨１は、労災保険の遺族補償給付について、死亡逸失利益との間に、費目拘束が認められるという（平成16年最判を除く。）従来の判例の考え方を踏襲したものである。

労災保険給付は、使用者の労働基準法上の災害補償義務を政府が労災保険に

[8] 最判平成22年10月15日裁時1517号4頁の千葉裁判官補足意見、綿引万里子＝岡田伸太「調査官解説」最高裁判所判例解説民事篇平成22年度（下）574頁など。

よって保険給付の形式で行うもの（最判平成８年２月23日民集50巻２号249頁）である。この災害補償給付・労災保険給付は、民法上の損害賠償との間に、機能的に一定の補完関係が認められるとされ、調整規定が置かれている[9]（労働基準法84条２項。労災保険給付については、その類推適用[10]）。もっとも、災害補償給付・労災保険給付と、民事損害賠償は、填補すべき損害の範囲や給付権者を異にしており、制度の発足当初から、その調整方法が問題となっていた。

そこで、以下では、本判決に至るまでの、判例の蓄積を見た上で、判旨１の意義を検討する。

（２）平成16年最判より前の判例

現行の労災保険と損害賠償の調整に関するリーディングケースは、最判昭和37年４月26日民集16巻４号975頁である。これは、労働者が、炭鉱内で死亡したため、その相続人が民法717条を理由に使用者に損害賠償を請求した事例に関するものである。同判決は、「労働基準法八四条二項及び労働者災害補償保険法一二条一項四号、一五条、労働基準法施行細則四二条の法意に基づき被上告人キミヱの受けたる右遺族補償費三六万八八四〇円はキミヱの取得するものとされた前示物質的の損害賠償請求権二一万三七一四円にのみ充てらるべき筋合のものであつて、同人の前示慰藉料請求権にも、亦その他の被上告人の損害賠償（有形無形とも）請求権にも及ばない」と判示し、労災保険の遺族補償費は、労災保険の受給権者が相続した、物質的損害についての賠償請求権とのみ調整されることを明らかにした。なお、ここで「物質的損害」として請求されているのは、具体的には、被害者の死亡逸失利益である。

このように、前掲最判昭和37年４月26日は、労災保険の遺族補償給付と死亡逸失利益との費目拘束を承認したが、これは、労災制度の前身に当たる労働者災害扶助法による扶助金に関する、大判昭和16年12月27日民集20巻1479頁と同様の判断である。

この、労災保険給付や災害補償給付について、費目拘束を認めるという判断は、その後の判例でも、維持されてきた。例えば、最判昭和41年12月１日民集20巻10号2017頁[11]は、第三者行為災害に関するものであるが、「労働者に対す

[9] 西村健一郎『労災補償と損害賠償』（一粒社、1988年）２頁。

[10] 最判昭和52年10月25日民集31巻６号836頁。

[11] 事案は、被害者（労働者）が使用者に災害補償給付を請求したところ、加害

る災害補償は、労働者のこうむつた財産上の損害の填補のためにのみなされるのであって、精神的損害の填補の目的をも含むものではないから、加害者たる第三者が支払つた慰藉料が使用者の支払うべき災害補償の額に影響を及ぼさない」として、慰謝料の支払いは、労働基準法の災害補償責任に影響しないことを確認した。また、最判昭和58年４月19日民集37巻３号321頁[12]は、「労災保険による障害補償一時金及び休業補償金のごときは上告人の財産上の損害の賠償請求権にのみ充てられるべき筋合のものであつて、上告人の慰藉料請求権には及ばない」と判示して、労災保険給付は、慰謝料請求権と調整されないことを確認した。

さらに、最判昭和62年７月10日民集41巻５号1202頁[13]は、「同一の事由」（労働基準法84条２項）の解釈として、「保険給付の対象となる損害と民事上の損害賠償の対象となる損害とが同性質であり、保険給付と損害賠償とが相互補完性を有する関係にある場合」と判示し、労災保険の休業補償給付・傷病補償年金等と「同一の事由の関係にあることを肯定することができるのは、財産的損害のうちの消極損害（いわゆる逸失利益）のみ」であるとした。ここに至って、労災保険の休業補償給付や傷病補償年金と、入院雑費・付添看護費等の積極損害[14]が調整されないことが明らかになった。

このように、平成16年最判より前の判例は、一貫して、労災保険の遺族補償

者が支払った見舞金の控除が問題となったものである。判例は、見舞金を「慰藉料として受領した趣旨」と認定し、災害補償金から、見舞金を控除しなかった原審の判断を正当とした。

[12] 事案は、被害者（労働者・原告）が、加害者の使用者（原告の使用者でもある。被告）に対して、民法715条１項に基づき損害賠償を請求したというもの。被害者が受領した、労災保険による障害補償金及び休業補償金の控除が問題となった。

[13] 事案は、被害者（労働者・原告）が、加害者の使用者（原告の使用者でもある。被告）に対して、民法715条１項に基づき損害賠償を請求したというもの。労災保険法による休業補償給付、傷病補償年金等の控除が問題となった。

[14] 多くの場合、人身損害における積極損害中最大のものは、治療費であるが、労災保険が適用になる場合、療養（補償）給付として、診察・治療等が行われるので、あまり問題とならない（労災保険法12条の８第１項１号、13条１項、同条２項１号、21条１号、22条１項２項）。なお、通勤災害に限り、少額の一部負担金が存在する（労災保険法31条２項本文）。

給付、障害補償給付、傷病補償給付や休業補償給付と、消極損害との間に費目拘束を承認してきた。費目拘束を認める意味は、ある給付が、それに対応する損害費目の額を上回る場合に、当該給付をその他の損害費目から控除しないことにある。例えば、逸失利益として1000万円、慰謝料として400万円の損害が認定されたが、労災から障害補償給付として1500万円の支給があったという事例を考えてみよう（この事例では、その他の損害や給付は考えない。）。この場合、障害補償給付は、逸失利益との間で費目拘束があるから、逸失利益は1000万円－1500万円＝－500万円となり、損害ゼロ（過剰分の500万円は無視する。）となる。一方で、障害補償給付は、慰謝料との関係では調整されないから、慰謝料は、そのまま、400万円である。よって、この場合の賠償額は400万円となり、被害者は、障害補償給付と合わせて、合計1900万円を手にすることができる。このように、費目拘束が承認される結果、被害者は、もし、労災等のその他の給付が存在しないと仮定した場合に、損害賠償のみによって得られる金額より多額の金員を獲得することができることとなる。前述のように、判例は、概ね一貫して、労災保険の各給付と消極損害の間に、費目拘束を承認してきたが、これは、被害者の利得と結びついている。損害賠償法の一般理論としては、利得禁止が説かれてきたところである[15]から、費目拘束の承認は、一般理論の当然の帰結というわけではない。しかし、従来の判例は、その理由を明確にしてこなかった。

（3）平成16年最判

このような判例の流れの中で、平成16年最判が出された。しかし、同判決の判旨は、費目拘束という観点から見ると、二重の意味で、不鮮明である。

まず、遺族厚生年金のような公的年金と遅延損害金との間で、調整を行うべきか、逆に言えば、公的年金は損害元本との間で費目拘束されるのかという問題がある。前述のように、同判決は、死亡逸失利益から遺族厚生年金を控除する旨を説いており、両者の間で費目拘束を認める趣旨と考えられる[16][17]。これは、

[15]「被害者が加害行為を契機として利得をしてはならない」などと説かれる（北川善太郎・潮見佳男『新版 注釈民法（10）Ⅱ』（奥田昌道編、有斐閣、2011年）505頁）。

[16] 平成16年最判の判旨自体からは明確ではないが、同最判の引用する、最判平成11年10月22日民集53巻７号1211頁は、「遺族年金をもって損益相殺的な調整

遺族厚生年金と、死亡逸失利益、即ち、損害元本との間で費目拘束を承認する趣旨とも理解できる。一方で、平成16年最判は、自賠責保険金、労災保険法に基づく遺族補償年金、厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金を合わせた「本件自賠責保険金等」について、「本件自賠責保険金等が支払時における損害金の元本及び遅延損害金の全部を消滅させるに足りないときは，遅延損害金の支払債務にまず充当されるべきものであることは明らかである（民法491条１項参照）」と判示している。「まず充当されるべき」との表現を前提にすれば、遺族厚生年金も、まず、優先的に、遅延損害金の支払債務に充当すべきことになる。しかし、これは、遺族厚生年金が死亡逸失利益とのみ調整されることと矛盾する。

次に、公的年金と遅延損害金との調整が許されるとしても、遅延損害金の全体との間で調整することができるのか、その一部との間でのみ調整することができるのかという問題がある。平成16年最判は、この問いに答えていない[18]。

結局、平成16年最判が、どのような解決を指示したのかは不明であった。そもそも、いかなる理由で費目拘束が認められるのか、また、遅延損害金への優先充当が命ぜられるかなど、平成16年最判は、その根拠を何ら明確にしていなかった。

平成16年最判は、その論理構成や内容は、甚だ、不明確ではあるが、とりあえず、本判決と直接関係する、労災保険の遺族補償年金との関係では、遅延損害金の支払債務に充当すべきものとしている。

を図ることのできる損害は、財産的損害のうちの逸失利益に限られる」としている。

[17] なお、平成16年最判は、本判決で問題となっている、労災保険法に基づく遺族補償年金の費目拘束については言及していない。

[18] 前述のように、平成16年最判の評釈などには、まず、逸失利益の遅延損害金の充当し、その残額を逸失利益の元本に充当すべきものと理解するものもあった（髙取・前掲注（５）「公的年金による損益相殺－最高裁平成16年12月20日第二小法廷判決を契機として－」71頁）が、このような計算方法について、「あまりにも複雑であるため、実務上、妥当であるとは思われない」として、「自賠責保険金も遺族年金も」「区別することなく『自賠責保険金等』として全損害の遅延損害金への充当を認めたものと理解することができる」というものもある（永下・前掲注（４）「判批」766頁）。

（4）平成22年最判

ところが、平成22年最判は、一転して、労災保険法に基づく各種保険給付について、「これらの社会保険給付は，それぞれの制度の趣旨目的に従い，特定の損害について必要額をてん補するために支給されるものである」として、これらの「給付については，てん補の対象となる特定の損害と同性質であり，かつ，相互補完性を有する損害の元本との間で，損益相殺的な調整を行うべき」ものと判示し、損害元本との間で費目拘束を承認した。具体的には、療養給付は「治療費等の療養に要する費用」、休業給付は休業損害、障害年金は逸失利益の、それぞれ元本との間で、費目拘束を承認した。

この判断は、労災保険給付について、費目拘束を承認するという、平成16年最判より前の伝統的な判例の流れに回帰したものということができる。もっとも、平成22年最判は、「社会保険給付は，それぞれの制度の趣旨目的に従い，特定の損害について必要額をてん補するために支給されるものである」と、社会保険給付の趣旨目的だけを根拠に、損害元本との費目拘束を承認しており、若干説明不足の感もあった。また、平成22年最判は、平成16年最判とは、事案を異にするとした。そのため、平成16年最判の判断は、変更されないまま残された。

（5）本判決

このような判例の流れの中において、本判決は、明確に、遺族補償年金と「逸失利益等の消極損害の元本」との間で、費目拘束を承認した。そして、遺族補償年金は、「労働者の死亡による遺族の被扶養利益の喪失を填補することを目的とする」ことを前提に、「損害の元本に対する遅延損害金に係る債権は，飽くまでも債務者の履行遅滞を理由とする損害賠償債権であるから，遅延損害金を債務者に支払わせることとしている目的は，遺族補償年金の目的とは明らかに異なる」として、遺族補償年金と遅延損害金との損益相殺的な調整を否定している。

労災保険給付と民事損害賠償の調整という観点から見れば、判旨１は、伝統的な判例の流れに沿って、費目拘束を承認したものであり、その意味では、特段目新しいものではない。むしろ、労災保険給付に関して、費目拘束について不明確な態度を取った平成16年最判こそが、伝統的な判例の流れの中で異質であったといえる。本判決は、平成16年最判を変更し、伝統的な判例に回帰した点に意義を見出すことができる。

もっとも、本判決が、平成16年最判と異なる結論に至った理由は検討されなければならない。両判決における、遺族補償年金等の損害賠償法における位置付けが問題となる。

前述のように、平成16年最判の判旨①は、「民法491条１項参照」として、遺族補償年金等は「遅延損害金の支払債務にまず充当されるべき」であるとする。民法491条は弁済充当の規定であるから、同最判の判旨①は、遺族補償年金等の調整を、債務の弁済と同様に考えているということができよう。一方、本判決は、遺族補償年金について「制度の趣旨に沿った支給がされる限り，その支給分については当該遺族に被扶養利益の喪失が生じなかったとみることが相当である」という、従来の判例には見られない判示をしている。「被扶養利益の喪失が生じなかった」の意味は、分かりやすくはないが、被害者が死亡し、それによって、遺族を扶養することができなくなったこと自体は否定し得ないところである。それゆえ、同判示は、損害それ自体を否定するものではなく、損害額がないとの意味に理解すべきである（本判決が、賠償額の算定について説示しているのも、これを裏付けるものである。）。即ち、本判決は、遺族補償年金を、被扶養利益の喪失による損害額の算定の問題と位置づけているものと考えられる。

利益を特定の損害費目の算定の問題と位置付ければ、当該利益は、当該損害費目の算定においてのみ考慮されることとなり、仮に、利益が損害を上回っても、他の損害費目から控除する理由はない[19]。このように考えれば、費目拘束の根拠も説明することができる。

もっとも、被扶養利益という損害費目については、検討が必要であろう。

本判決は、遺族補償年金「の填補の対象となる被扶養利益の喪失による損害」は、「被害者の逸失利益等の消極損害と同性質であり，かつ，相互補完性を有する」という。従来の裁判実務においては、被害者死亡の場合の損害は、治療費や葬儀費用等の積極損害や慰謝料の他、消極損害として、被害者の死亡逸失利益が認められてきた。この死亡逸失利益という損害費目は、被害者の逸失利益の賠償請求権が相続人に相続されるという、いわゆる相続肯定説[20]を前提と

[19] 従来の損益相殺の議論に基づいて説明すると、当該利益と他の損害費目の間には、同質性、あるいは、相互補完性がないということになろうか。

[20] 内田貴『民法Ⅱ』（東京大学出版会、2011年、３版）458頁。

している。ところが、本判決は、「不法行為により死亡した被害者の相続人が遺族補償年金の支給を受け，又は支給を受けることが確定することにより，上記相続人が喪失した被扶養利益が填補されたこととなる場合には，その限度で，被害者の逸失利益等の消極損害は現実にはないものと評価できる」という。「被害者の逸失利益等の消極損害」の意味は必ずしも明確ではないが、死後に、遺族に年金が支給されたからといって、被害者本人に逸失利益がないというのは論理的に無理があろう。判例は、相続肯定説を採用するといっても、それは一つの技巧に過ぎず、結局、被扶養利益の喪失といった、相続人の財産の減少を損害と把握しているのではなかろうか[21]。判例の採用している、相続人別控除準則も、このことを裏付けているように思われる[22]。

本件のように、被害者が死亡したことにより、遺族補償年金が支給される場合には、相続人は、たしかに、被害者から扶養を受けることはできなくなったが、遺族補償年金により、金銭的には、満たされていることとなる。そして、死亡逸失利益という損害費目の本質を、相続人の被扶養利益の喪失と考えれば、相続人が遺族補償年金を受ける場合は、その限度で、実質的には、相続人に、当該損害は存しないものということもできよう。

このように、遺族補償年金を、死亡逸失利益または被扶養利益の喪失（消極損害）という損害費目の算定の問題と考えれば、消極損害の元本との間で費目拘束を承認することは当然であろう。そして、遅延損害金は、履行遅滞を理由とする債務不履行に基づく損害賠償であるから、死亡逸失利益等の消極損害とは、異なる損害である。よって、このように考える限り、遺族補償年金を、遅

[21] 死亡事例において、内縁配偶者の将来の扶養利益喪失につき賠償（填補）が行われた場合に、当該填補額を被害者の逸失利益から控除する、最判平成５年４月６日民集47巻６号4505頁の考え方は、これと矛盾するものではない。直接の被害者が、内縁配偶者を扶養しなければならないのであれば、被害者が生存すれば相続人が得られたはずの財産もそれだけ減少するからである。

[22] 本判決の評釈には、死亡逸失利益と被扶養利益の区別の必要性を説くものが散見される。これは、相続構成による死亡逸失利益には、相続人の被扶養利益の喪失と（扶養に用いられるものではないという意味で）被害者固有の利益の喪失が含まれているとの理解を前提とするものと思われる。このような解釈も成り立ちうるものとは思われるが、相続人別控除準則とは整合的でなく、おそらく、判例とは異なる理解に立つものと思われる。

延損害金との間で調整することは困難である。

4　判旨2

（1）問題点

本判決についての先行評釈のほとんどの批判は、判旨2に集中している[23]。そこで、判旨2については、多様な観点から、慎重に検討することとする。

判旨2は、「不法行為による損害賠償債務は，不法行為の時に発生し，かつ，何らの催告を要することなく遅滞に陥る」ことを前提に、平成22年の2つの最判と同様の見地[24]から、遺族補償年金の支給が、「制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り，その填補の対象となる損害は不法行為の時に填補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をする」ことが相当であると判示している。

しかし、このような判断は、手放しで支持できるものではない。まず、使用者行為災害における、労災保険給付と民事損害賠償の調整については、労災保

[23] 例えば、鈴木・前掲注（2）「判批」224頁。三木千穂「判批」ひろば69巻2号62頁。

[24] 最判平成22年9月13日民集64巻6号1626頁は、「不法行為による損害賠償債務は，不法行為の時に発生し，かつ，何らの催告を要することなく遅滞に陥るものと解されるが（最高裁昭和34年（オ）第117号同37年9月4日第三小法廷判決・民集16巻9号1834頁参照），被害者が不法行為によって傷害を受け，その後に後遺障害が残った場合においては，不法行為の時から相当な時間が経過した後に現実化する損害につき，不確実，不確定な要素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に，不法行為の時におけるその額を算定せざるを得ない。その額の算定に当たっては，一般に，不法行為の時から損害が現実化する時までの間の中間利息が必ずしも厳密に控除されるわけではないこと，上記の場合に支給される労災保険法に基づく各種保険給付や公的年金制度に基づく各種年金給付は，それぞれの制度の趣旨目的に従い，特定の損害について必要額をてん補するために，てん補の対象となる損害が現実化する都度ないし現実化するのに対応して定期的に支給されることが予定されていることなどを考慮すると，制度の予定するところと異なってその支給が著しく遅滞するなどの特段の事情のない限り，これらが支給され，又は支給されることが確定することにより，そのてん補の対象となる損害は不法行為の時にてん補されたものと法的に評価して損益相殺的な調整をすることが，公平の見地からみて相当」としている。

険法64条が、遅延利息を考慮するように定めていることから、法律との関係が問題となる。さらに、このような判断が、民法の解釈として支持できるかという問題もある[25]。

（２）労災保険法64条との関係

労災保険法64条は、暫定措置ではあるものの、使用者行為災害の場合について、損害賠償と労災保険給付双方の調整を規定している。

具体的には、同条１項は、まず、事業主に、一定の履行猶予額について、履行拒絶権を与え（同項１号）、履行猶予中に、年金給付又は前払一時金給付の支給が行われたときには、一定の範囲で、事業主は、損害賠償から免責される（同項２号）ものとしている。そして、労働者又はその遺族が、事業主から損害賠償を受けた場合は、政府は、労働政策審議会の議を経て厚生労働大臣が定める基準（支給調整基準）により、一定の年金等を除き、労災保険給付をしないことができる（同条２項）。即ち、大まかに言うと、使用者行為災害において、労働者またはその遺族が、事業主に対する損害賠償請求権と労災保険による年金受給権の両方を有する場合は、一定金額までは、労災保険による年金給付を優先させ、それを越える分については、年金給付を停止することにより、二重負担[26]・二重取りの防止を図っている。

労災保険法64条は、本判決では問題となっていない。同条は、事業主の抗弁権を認めたものと解されているが[27]、判決文を見る限り、同抗弁権が行使された形跡はないので、当然のことであろう[28]。

---

[25] なお、社会法の研究者からは、年金の未支給分も含めて考慮すべきであるとの見解が有力に主張されている。

[26] 労災保険は、国庫負担金もある（労災保険法32条）が、ほぼ全額を使用者が負担する保険料で運営されている（労災保険法30条、労働保険の保険料の徴収等に関する法律31条４項）。なお、平成28年度当初予算労働保険特別勘定労災勘定においては、収入予定額約１兆655億円中、一般会計より受入は約１億9241万円である。

[27] いわゆる権利抗弁に当たる。厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編『労働者災害補償保険法』（労務行政、７訂新版、2008年）740頁。

[28] なお、事業主が、訴訟において、労災保険法64条の抗弁を援用しなかった場合、後訴において、これを援用することはできない（厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編・前掲注（26）『労働者災害補償保険法』741頁。大阪地判平成

本件との関係で注目すべきは、労災保険法64条１項２号は、履行猶予中に、労災保険から年金給付又は前払一時金給付の支給が行われた場合に、事業主は、「その損害の発生時から当該支給が行われた時までの法定利率により計算される額を合算した場合における当該合算した額が当該年金給付又は前払一時金給付の額となるべき額の限度で」免責するとしていることである。これは、年金給付又は前払一時金給付を、法定利率により、損害発生時に引き直して価額を算出し、その限度で事業者は免責されることを意味する。この方式は、一時金給付と年金給付の調整としては、合理的であるようにも思われる[29]。

これに対して、本判決は、遅延利息は発生しないと判示している。もちろん、前述の通り、本件には、労災保険法64条１項の適用はないが、同条項と本判決は、遅延損害金に対する考え方を異にしているように思われる。そこで、このように、本判決は労災保険法64条１項と異なる考え方を採用したという観点から、本判決を正当化できるのか検討する。

本判決に関する先行評釈のうち、この点について論究するものは、本判決の調整方法と労災保険法の調整方法とを比較すると、「理論上はやはり、最高裁判所方式の不公平感は否めない」としつつも、「ただ、最高裁判所方式が適用されるのは、不法行為からまだ日が浅く、中間利息－逆から言えば、遅延利息－もそれほど膨らんでいない時点である。他方、労災保険法方式が適用される時点は、その、ずっと先である」として、「『迅速』を『公平』に優先させ、損害賠償から保険給付を少し多めに引いても許されるほどに、中間利息あるいは遅延利息が膨らんでいないことに鑑みて、最高裁判所方式も許される」[30]、あるい

６年11月11日判タ904号209頁）

[29] 新堂明子「労災保険法に基づく遺族補償年金と逸失利益等の消極損害の元本との間での損益相殺的な調整」（現代民事判例研究会編『民事判例Ⅻ 2015年後期』（日本評論社、2016年））109頁は、不法行為に基づく損害賠償債務に関して、消極損害（逸失利益）について、中間利息を控除しなければならないこととの関係から、「労災保険法方式のほうが理論的矛盾はない」という。しかし、端的に、年金給付には将来の給付が含まれるから、現在の給付を目的とする一時金給付と調整する場合は、年金給付を現在価値に引き直すとするのが自然ではなかろうか（民事執行法88条２項参照）。

[30] 新堂・前掲注（29）「労災保険法に基づく遺族補償年金と逸失利益等の消極損害の元本との間での損益相殺的な調整」109頁。

は、労災保険・社会保険給付と損害賠償の調整について「被害者にとって基本的に有利な取扱いがなされている」ことを理由に「本件のような処理方法を採ると……被害者に不利になることは否めないが……全体的バランスからすれば、本判決が採った『擬制』も説得性の高い合理的なものである」[31]として、問題はあるものの、許容できると考えているようである。

しかし、これについては、まず、本判決の内容に着目すべきであろう。本判決の特徴の１つは、前述のように、遺族補償年金の考慮を、損害の把握算定の問題と認識しているものと考えられることである。これに対して、労災保険法64条は、民事損害賠償と労災の年金給付との調整のための規定である。それゆえ、労災保険法が、併行給付の調整を問題としているのに対して、本判決は、損害賠償法の問題として、現実に発生した利益[32]を損害算定において、いかに考慮すべきかを判示したものということができる。そうすると、両者は、元々、扱っている問題を異にしているということができよう。

そもそも、労災保険法64条は、最判昭和52年10月25日民集31巻６号836頁が、民事損害賠償から未支給分の年金を控除することを否定したことから、労働者災害補償保険法等の一部を改正する法律（昭和55年法律第104号）により、労災保険法67条（当時）として、追加されたものである[33]。それゆえ、労災保険法64条の目的は、将来分も含めた労災保険給付と、民事損害賠償の調整にある。

一方で、判例は、同条の制定後も、若干の修正を除き[34]、将来分の年金給付を損益相殺的な調整の対象とすることを否定し続けている。

労災保険法64条は、同一の損害に向けられた複数の給付（具体的には、民事損害賠償と労災保険給付）が存在する場合に、両者の調整を行う規定であるのに対して、本判決の判示を前提にすれば、判例のいう損益相殺的な調整は、損

---

[31] 西村健一郎「判批」私法判例リマークス52巻（2016年上巻）46頁。

[32] 損益相殺的な調整において債権が考慮されるのは、「現実に履行された場合又はこれと同視し得る程度にその存続及び履行が確実であるということができる場合に限られる」（平成５年最大判）。

[33] 厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編・前掲注（27）『労働者災害補償保険法』728頁。

[34] 平成５年最大判の判例変更により、事実審口頭弁論終結時に、支給を受けていないが、支給を受けることが確定している年金についても、調整の対象となることになった。

害賠償の損害算定において、他の給付を考慮するかという問題であると考えられる。このように考えれば、両者の判断が異なっていても特段不思議なことではない。即ち、前者が調整しようとしているのは、民事損害賠償という一時金給付と労災保険による年金給付である。給付の種類が異なることを前提とするから、単に額面だけを比較して、両者の調整をすることは相当ではない。一方で、後者の損害算定においては、前述のように、将来分の年金給付を考慮することは否定されている。それゆえ、調整の対象となるのは、年金給付全体ではなく、年金として現実に生じた利益だけである。

このように、労災保険法64条は将来に及ぶ年金給付と、損害賠償の一時金給付の調整を目的とするものである一方、損益相殺的な調整は、既に給付された利益を損害賠償においていかに考慮するかという問題であり、両者は問題の性質を異にしている。それゆえ、本判決が、損益相殺的な調整として、労災保険法64条１項と異なる調整方法を採用しても、同条項の法的評価と矛盾抵触するものではないといえよう。

（３）民法上の問題

ア　問題点

もっとも、本判決のように、被害者の相続人が遺族補償年金の支給を受け、または支給を受けることが確定したときに、填補の対象となる損害が不法行為時に填補されたものと法的に評価し、遅延利息が発生しないものとすることは、民法上妥当かとの問題がある。

前述のように、本判決は、（平成16年最判を除く。）従来の判例の流れを継受し、遺族補償年金を、死亡逸失利益等の消極損害の算定の問題として扱っているものと考えられる。しかし、このような取扱いをすることが、論理必然に、不法行為後に、支給され、または、支給が確定した年金全額を損害額から控除することと結びつくわけではない。むしろ、裁判実務は、死亡逸失利益の算定に当たっては、中間利息を控除するという取扱いを行っている。そのため、遺族補償年金のような、不法行為後に得られた利益についても、中間利息を控除した上で、消極損害の元本から控除することが公平ではないかとの疑問も生じうるところである。本判決に批判的な評釈は、このような見地に立っているものと思われる。

損害賠償法の問題としても、利益の調整については、いくつかの方法が考えられる。遺族補償年金は遅延損害金との間で調整されないという判旨１を前提

としても、たとえば、A 単純に、利益を損害元本から控除し、不法行為時から当該利益についての遅延損害金は発生しないものと考える（A 方式。本判決の方式）、B 利益が生じた時点で利益を損害元本から控除するが、その時点までの遅延損害金は発生するとする考え方（B 方式）、C 利益は不法行為より後の時点で発生したことを重視し、逸失利益の算定において、中間利息が控除されていることと同様に考え、不法行為時の損害元本から中間利息控除後の利益を控除し、それについて遅延損害金が発生するとする考え方（C 方式）などがあり得るところである[35]。

以下、これらの方式を前提に、遺族補償年金の考慮について検討する。

イ　遺族補償年金による、通常の利益の発生時期

前述の B 方式は、現実に、遺族補償年金の支給を受け、または、支給を受けることが確定する時まで、損害の元本は減少せず、それゆえ、それまで遅延損害金が生じるという考え方に立脚するものである。

もっとも、この方式では、年金支給による利益が不法行為後に生じることを正面から認めることになる。一般に、不法行為に基づく損害賠償においては、全ての損害は、不法行為時に発生したものとして、賠償額が算定されている[36]。そして、遺族補償年金を、損害算定の要素と考えるのであれば、同年金についてだけ、不法行為より後に生じたとすることは、通常は、困難である。

よって、一般的には、B 方式は採用しがたい。

もっとも、以下のエで述べるように、被害者に、損害に相当する給付を確実に受けさせるという観点から、利益の発生が著しく遅滞した場合は、例外的な扱いをすることも許されるであろう。

---

[35] 賠償額の大小という観点から、これら ABC の方式を比較すると、A 方式が最も賠償額が少ない。B 方式と C 方式は、中間利息控除と遅延損害金の計算方法にもよるが、同じ方式を採用した場合、利益発生時の遅延損害金を含む賠償額は等しくなる。もっとも、B 方式より C 方式の方が、損害賠償請求権（元本）が大きい。そして、遅延損害金は、原則として、単利で計算される（民法405条）ため、元本が大きい方が、時の経過とともに、遅延損害金の総額も膨らんでくる。そのため、利益発生後の賠償額は、C 方式の方が B 方式よりも若干大きい。

[36] 本判決のいうように、死亡逸失利益等の不法行為の時から相当な時間が経過した後に得られたはずの利益を喪失したという損害についても、不法行為時に発生したものとして算定されている。

ウ　遺族補償年金の額の評価

では、遺族補償年金による利益は、不法行為時に生じたものと評価するとしても、実際には不法行為後に生じたものであることを理由に、その金額を低額に評価することはどうであろうか。これについては、本判決で問題となったものではないが、先行評釈で議論されているため、簡単に検討する。

一般に、額面が同じでも、支払時期が異なれば、その利益の価値が異なるとすることは理解できる[37]。しかし、従来の取扱を見る限り、治療費、弁護士費用や葬儀費用等、実際には、不法行為後に発生する損害について、中間利息を控除して、不法行為時の損害額を算定することは行われていない。本判決は、死亡逸失利益、被扶養利益の喪失という損害の算定について、「この算定は，事柄の性質上，不確実，不確定な要素に関する蓋然性に基づく将来予測や擬制の下に行わざるを得ないもので，中間利息の控除等も含め，法的安定性を維持しつつ公平かつ迅速な損害賠償額の算定の仕組みを確保するという観点からの要請等をも考慮した上で行うことが相当である」としている。これによれば、中間利息の控除は、損害の発生や損害額の算定が不確実、不確定であるために必要となるものと考えられる。

そうすると、不法行為後に生じたという一事をもって、遺族補償年金について中間利息を控除すべきということにはならない。さらに、損益相殺的な調整の対象となる遺族補償年金が、現実に発生したものに限定されていることを考えれば、遺族補償年金は、中間利息を控除することなく、消極損害の元本との間で調整することになろう。

エ　利益の発生が著しく遅滞した場合

ただし、本件で問題となっているのは、遺族補償年金という利益の考慮である。利益について、判例は、損害とは異なる考慮を行っている。例えば、既に述べているように、損害については、逸失利益等の発生が不確実なものであっても賠償を認めるが、利益については、公的年金のように、支給を行う者の資力に問題がなく、また、高い蓋然性で今後も支給が継続されるものであっても、現実に支給が行われるか、支給が確定しない限り、考慮することができない。これは、被害者に、確実に、損害に相当する給付を受けさせるためであると考

[37] 経済的に考えれば、現金100万円と、１年後に100万円を受領する権利は、債務不履行の危険を度外視しても、等価値ではない。

えられる。そして、このような観点に立てば、利益が損害から著しく遅延して発生したとしても、それをもって、完全に損害がないということができるかは疑問である。なぜなら、利益が発生するまでの間、被害者は損害に苦しむことになるからである。被害者に、確実に、損害に相当する給付を受けさせるというためには、損害と利益の発生の間に、長期の間隙があっては不都合である。

判例の考え方に立てば、死亡逸失利益の喪失も、不法行為時に生じるものと考えられ、それゆえ、不法行為時から履行遅滞に陥る。もっとも、現実には、逸失利益ないし被扶養利益の喪失は、被害者の死亡後、一定期間にわたって現実化する性質の損害である。そして、遺族補償年金は「遺族の被扶養利益の喪失が現実化する都度ないし現実化するのに対応して，その支給を行うことを制度上予定している」のであるから、「制度の趣旨に沿った支給がされる限り，その支給分については当該遺族に被扶養利益の喪失が生じなかったとみ」ても、あながち不合理とは言えないであろう。

５　平成16年最判との関係

本判決は、判旨１及び判旨２の帰結として、平成16年最判を変更している。ここでは、判例変更の内容及びその意義について、検討する。

本判決は、労災保険の遺族補償年金と遅延損害金の関係についての判示であり、判例変更の対象となるのは、平成16年最判の判旨①のみである。同最判の判旨②は、遺族厚生年金に関する判示であり、本判決では問題となっていない。もっとも、後述のように、本判決の射程は、遺族厚生年金にも及ぶと考えられる。しかし、本判決は、死亡逸失利益から遺族年金を控除することを認めているのであるから、平成16年最判の判旨②とは何ら矛盾するものではなく、むしろ、これを前提とするものであるということができる。また、平成16年最判の判旨③は、相続人別控除準則を採用しているが、これは、本判決でも、当然の前提とされている。

本判決の判旨１は、遺族補償年金と損害賠償債務の遅延損害金とが調整されない旨を判示し、判旨２は、被害者の相続人が遺族補償年金の支給を受け、または、支給を受けることが確定した場合、特段の事情がない限り、填補の対象となる損害が不法行為時に填補されたものと法的に評価し、それについては、遅延利息が発生しない旨を判示している。平成16年最判の判旨①は、遺族補償年金が支給された場合であっても、当該部分について、遅延損害金が発生する

ことを前提に、遺族補償年金等を、「遅延損害金の支払債務にまず充当」すべきことを判示していた。平成16年最判の判旨①が、本判決の判旨１にも、判旨２にも抵触することは明らかであり、本判決が、前述の判旨を採用した以上、判例変更は当然であろう。もっとも、判例変更に至った理由については検討する必要がある。

平成16年最判の判旨①と本判決の違いは、端的に言えば、遺族補償年金の位置付けにあるものといえよう。同最判の判旨①は、自賠責保険金、労災保険法に基づく遺族補償年金、厚生年金保険法に基づく遺族厚生年金について、一律に、損害賠償債務についての弁済と同様の取扱いを指示している。これに対して、本判決は、遺族補償年金について、死亡逸失利益、被扶養利益の喪失という損害の算定の問題として扱っている。

この位置づけの違いを理解することが、判例変更の理由を明らかにすることにつながるものと思われる。

結局のところ、本判決は、平成16年最判の判旨①と異なり、遺族補償年金の給付を、不法行為に基づく損害賠償債務の弁済と性質決定することは無理があると判断したのであろう。もっとも、前述のように、労災保険給付は、使用者の労働基準法上の災害補償義務を政府が労災保険によって保険給付の形式で行うものであり、その運営の費用は、ほぼ全額、使用者の拠出する保険料で賄われている。労災保険に、使用者の責任保険としての性質があることは否定し得ない[38]。そのため、同じく平成16年最判の判旨①で弁済と性質決定された厚生年金と比較して、労災保険給付は、弁済と性質決定することは容易であった。しかし、労災保険は、あくまでも、労働基準法上の災害補償を代行するものであり、民事上の不法行為や債務不履行に基づく損害賠償についての責任保険ではない。そもそも、災害補償の性質については、大いに議論があるところである[39]。もっとも、災害補償については、その給付の内容が、細かく定められて

[38] 労災保険の対象事業であって、災害補償に相当する給付が行われるべきものである場合は、使用者は災害補償の責任を免れる（労働基準法84条１項）。そして、労災保険の支給額が、労働基準法所定の災害補償の額を下回る場合であっても、使用者は、労働基準法84条１項により、災害補償義務の全部を免れる（最判昭和49年３月28日判時741号110頁）。

[39] これについては、西村・前掲注（９）『労災補償と損害賠償』163頁以下が詳しい。

いる（労働基準法75条以下、同法施行規則36条以下）一方で、慰謝料についての補償は認められないなど、特定の損害についての給付を目的とする制度といえる。労災保険は、特別給付金の制度があるなど複雑であるが、基本的には、災害補償と同様の給付項目を用意している。災害補償や労災保険が、特定の給付を実現することを目的とするものである以上、不法行為や債務不履行といった一定の原因によって生じた（因果関係の制限はあるものの）全ての損害の賠償を命じる、民法上の損害賠償制度とは異質であるといわざるを得ない。

3（2）で述べたように、判例は、労災保険と災害補償とを区別することなく、通常の民事上の損害賠償との関係で、費目拘束を承認してきた。これは、民事上の損害賠償の算定と、労災保険、災害補償の定める給付の内容が一致しないため、給付額だけを比較して調整を行うと、法が予定した給付を被害者が受けることが出来ない事態が生じるためではないかと思われる。例えば、災害補償に先行して、民事上の損害賠償として、慰謝料の給付が行われた場合に、それを根拠に、災害補償義務が免除されるとすれば、労働者は、必要な給付を受けることなく、療養給付や休業補償を受ける権利を喪失することとなる。これでは、労働基準法が災害補償制度を設けた意味が没却される。災害補償等が先行した場合でも、同様に、民事損害賠償において賠償されるはずの損害が賠償されないという事態が生じうる。

民法上の損害賠償と災害補償が、性質の異なる制度である以上、たとえ、権利者と義務者が一致したとしても、一方の制度に基づく給付を、当然に、他方の制度に基づく給付でもあるとみることには無理があろう。労災保険給付は、使用者の労働基準法上の災害補償義務を政府が労災保険によって保険給付の形式で行うものであることを考えれば、労災保険給付についても、災害補償と同様、民法上の損害賠償の弁済と性質決定することはできないことになる。

以上のように、本判決は、論理的に無理があり、従来の判例の趨勢と異なる判断をした平成16年最判の判旨①を判例変更したものであり、支持すべき判断であると考える。

6　本判決の射程

本判決は、直接には、労災保険法の遺族補償年金と不法行為に基づく損害賠償との関係についてのみ判示している。しかしながら、平成16年最判の判旨①は、自賠責保険金や厚生年金の遺族厚生年金についても、判断していることか

ら、本判決の射程が、これらの保険金や年金についても及ぶか問題となる。

まず、遺族厚生年金については、労災保険と同様、費目拘束が認められており、労災保険と同様に、「損害の算定」の問題であるものと考えられる。そして、厚生年金も、「死亡による遺族の被扶養利益の喪失の填補を目的とする保険給付」であり、「遺族の被扶養利益の喪失が現実化する都度ないし現実化するのに対応して，その支給を行うことを制度上予定しているものと解される」。そのため、判旨１及び判旨２の根拠が、そのまま、妥当する。本判決は、遺族厚生年金についても、平成16年最判を変更したものと考えられる。

なお、前述のように、社会保険の中では、労災保険は、使用者の災害補償の責任保険としての性質を帯びており、それゆえ、使用者が保険料のほぼ全額を負担するなど、弁済としての性質が最も強い。本判決は、このような性質を有する労災保険についても、民事損害賠償との関係では、損害の算定に該当するものと性質決定したものと考えられるから、その他の社会保険についても、同様に、損害の算定の問題と理解してよいであろう。

一方、自賠責保険は、強制保険であり、その給付内容について国が関与するなど公的色彩を帯びているが、結局のところ、不法行為責任についての責任保険である。自賠責保険の保険事故は、自賠法３条の「保有者の損害賠償の責任が発生した場合」であり（自賠法11条１項２項）、自賠法３条の運行供用者責任は、一般に、特殊な不法行為責任と解されている。また、自賠責保険で、填補されるのは、自動車保有者の損害及び運転者の損害であって、被害者の損害ではない（自賠法11条１項２項）。よって、自賠責保険は、損害賠償債務を弁済するものと性質決定せざるを得ず、損害算定の問題として処理することはできないものと考えられる。

労災保険給付の特徴は、使用者の災害補償義務という、極めて特殊な責任について、政府が労災保険によって保険給付の形式で行うという点にある。労災保険は、災害補償と同様、法定された各種の給付を行うものであって、使用者について、不法行為責任の成立を問題とするものでもないし、使用者の損害の填補を目的としているわけでもない[40]。労災保険と自賠責保険は、ともに、潜

[40] 最判平成元年４月27日民集43巻４号278頁は、「労働者の業務上の災害に関して損害賠償債務を負担した使用者は、右債務を履行しても、賠償された損害に対応する労災保険法に基づく給付請求権を代位取得することはできない」とい

在的な義務者を強制的に保険に加入させて、保険料を徴収し、これを財源に保険給付を行うこととしており、金銭の流れという意味では共通性を有しているといえよう。しかし、保険の目的や保険給付のあり方などは、大きく異なっており、法的な評価としては、両者は性質を異にすると判断せざるを得ないものと思われる。

よって、本判決の射程は、自賠責保険金には及ばない[41]。

7　残された課題

本判決は、労災保険の遺族補償年金の調整は、逸失利益等の消極損害の算定の問題であることを明らかにしたものということができる。大半の判例は、この説明で理解することが可能であるが、若干の判例との関係では、疑問がある。

損害賠償請求権が発生し、被害者等が労災年金等の受給権を取得したが、同時に、被害者に過失が認められる場合に、過失相殺後に年金等を控除するのか（相殺後控除説）、年金等を控除後に過失相殺を行うのか（相殺前控除説）という対立がある。遺族補償年金の調整を損害算定の問題と考えれば、相殺前控除説が自然であろう。しかし、最判平成元年４月11日民集43巻４号209頁（第三者行為災害、休業補償が問題となった事案。）は、相殺後控除説を採用している。同判決は、労災保険法12条の４は、「受給権者に対する第三者の損害賠償義務と政府の保険給付義務とが相互補完の関係にあり、同一の事由による損害の二重填補を認めるものではない趣旨を明らかにしている」としている。これは、特定の損害費目内の損害と利益との間に相互補完性を認めるのではなく、損害賠償義務と保険給付義務という２つの義務の間に相互補完性があるとみて、請求権レベルで調整を行う趣旨と考えられる。被害者は、複数の請求権を有する場合、その一方の給付しか受けることができない（あるいは、多額の請求権を限度としてのみ給付を受けることができる。）と考えるのであれば、民法上、過失相殺後の損害額についてのみ賠償が認められている以上、相殺後控除説に

う。結局、使用者は、自ら労働者の損害を賠償しても、それについて、労災保険から給付を受けることはできない。

[41] 本判決の担当調査官も、「平成16年判決のうち自賠責保険金についての判断が何ら変更されたものではないことは明らか」という（尾島明「判批」ひろば68巻６号72頁）。

行き着くであろう。一方、本判決は、労災保険給付（遺族補償年金）と逸失利益等の消極損害とが、同性質かつ相互補完性を有すると述べている。これは、損害費目の中で、損害と利益を調整する趣旨である。本判決と、この平成元年最判は、異なる解釈に立脚するものと考えられる（なお、平成元年最判には、伊藤正己裁判官の反対意見がある。）。

もっとも、平成元年最判は、労災保険法12条の４の定める代位制度を前提に、労災保険給付と損害賠償義務を対置させている。この点、代位制度の有無を問わず、被害者（側）の利益については、一律に、損益相殺的な調整として、調整を図ることが、平成５年最大判以降の判例の態度である。そして、本判決によって、労災保険についての損益相殺的な調整が、損害算定の問題であることが明らかになったとすれば、平成元年最判の根拠は、二度の判例変更によって、完全に失われたといえるかもしれない。

＊　本判決の評釈として、尾島明・ひろば68巻６号66頁、神吉知郁子・法学教室419号47頁、仮屋篤子・新・判例解説 Watch17号87頁、河本毅・労務事情1309号６頁、島智久・共済と保険58巻９号23頁、鈴木和泉・季刊労働法252号（2016年春季）223頁、宗宮英俊・NBL1064号66頁、嵩さやか・別冊ジュリスト227号（社会保障判例百選・第５版）132頁、谷村武則・ジュリスト1481号60頁、中原太郎・判例セレクト2015［Ⅰ］20頁、中益陽子・ジュリスト1491号119頁、中村昭太郎・労働法令通信2392号20頁、夏井高人・判例自治392号107頁、西村健一郎・私法判例リマークス52号46頁、根本到・法学セミナー 733号99頁、松浦聖子・法学セミナー 732号112頁、松本克美・法律時報88巻５号146頁、三上安雄・労働経済判例速報2247号８頁、三木千穂・ひろば69巻２号62頁、山野嘉朗・損害保険研究78巻２号249頁、米村滋人・ジュリスト1492号（平成27年度重判）79頁、若林三奈・民商法雑誌151巻３号277頁がある。

＊＊　本研究は JSPS 科研費16K17016の助成を受けたものです。

判例研究

公法判例研究

内藤　陽

市営住宅における暴力団員排除に関する条例規定の合憲性

最高裁第二小法廷平成27年３月27日判決

（平成25年（オ）第1655号建物明渡等請求事件）

民集69巻２号419頁

【事案の概要】

本件は、西宮市（原告、被控訴人、被上告人。以下、Xとする）が、市営住宅の入居者であるY_1並びにその同居者Y_2、Y_3（いずれも被告、控訴人、上告人）に対しY_1が暴力団員であることを理由に当該市営住宅の明渡し等を求めた事案である。

平成17年８月、Xは、西宮市営住宅条例（以下、「本件条例」とする）の規定に基づき、市営住宅のうち当該住宅（以下、「本件住宅」とする）の入居者を上告人Y_1とする旨決定した。

本件条例46条１項柱書は「市長は、入居者が次の各号のいずれかに該当する場合において、当該入居者に対し、当該市営住宅の明渡しを請求することができる。」と規定しているところ、Xは、平成19年12月、本件条例を改正し、同項６号として「暴力団員であることが判明したとき（同居者が該当する場合を含む。）」との規定を設けた（以下、同項柱書及び同項６号の規定のうち、入居者が暴力団員であることが判明した場合に市営住宅の明渡しを請求することができる旨を定める部分を「本件規定」とする）。本件条例において、「暴力団員」とは暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律２条６号に規定する暴力団員をいう（本件条例７条５号）。

平成22年８月、Xは、Y_1に対し、その両親であるY_2及びY_3を本件住宅に同居させることを承認した。その際、Y_1及びY_2は、「名義人又は同居者が暴力団員であることが判明したときは、ただちに住宅を明け渡します。」との記載のある誓約書（以下、「本件誓約書」とする）をXに提出した。また、Xは同年９月、Y_2に対し、本件住宅の同居者であることを前提に、本件住宅の当該駐車場（以下、「本件駐車場」とする）の使用を許可した。

平成22年10月当時、Y_1は、暴力団である六代目山口組三代目吉川組大和會に所属する暴力団員であった。Xは、同月、兵庫県警察からの連絡によって、Y_1が暴力団員である事実を知った。そこで、Xは、Y_1に対し本件規定に基づいて同年11月30日までに本件住宅を明け渡すことを請求するとともに、Y_2に対しても、本件駐車場の明渡しを請求した。

ただし、Y_1は、従前から別の建物を賃借してそこに居住しており、本件住宅には現実に居住することはなく、Y_2及びY_3のみが本件住宅に居住していた。

各審級の判断は以下のとおりである。

１審[1]では、（あ）Y_1が平成22年10月当時暴力団員であったか、（い）暴力団員と判明した場合に明渡しを求める条項は憲法に違反するか、について争われた。神戸地裁尼崎支部は、（あ）についてY_1が平成22年10月当時暴力団員であり、（い）についても本件明渡し請求を求める条項は憲法に違反しない旨を述べ、請求を認容した。

原審[2]では、１審での争点（あ）と（い）に加え、（う）本件明渡請求が信頼関係を破壊しているか、について争われたが、大阪高裁は、１審と同じく（あ）と（い）についてY_1らの主張を採用せず、（う）についても「信頼関係を破壊しない特段の事情があるということはできない」と判断し、Y_1らの控訴を棄却した。

そこで、Y_1らが上告した。上告理由については以下のとおりである。

①本件規定は合理的な理由のないまま暴力団員を不利に扱うものであるから、憲法14条１項に違反する。

---

[1] 神戸地裁尼崎支部判平成25年６月28日判例地方自治395号71頁。なお１審・原審ともに民集69巻２号430頁以下に収録されているため、本稿ではそちらを引用する。

[2] 大阪高判平成25年６月28日判例地方自治395号75頁。

②本件規定は必要な限度を超えて居住の自由を制限するものであるから、憲法22条１項に違反する。

③ Y_1は近隣住民に危険を及ぼす人物ではないし、Y_2及びY_3はそれぞれ身体に障害を有しているから、本件住宅及び本件駐車場の使用の終了に本件規定を適用することは憲法14条１項又は22条１項に違反する。

【判旨】

上告棄却。

「地方公共団体は、住宅が国民の健康で文化的な生活にとって不可欠な基盤であることに鑑み、低額所得者、被災者その他住宅の確保に特に配慮を要する者の居住の安定の確保が図られることを旨として、住宅の供給その他の住生活の安定の確保及び向上の促進に関する施策を策定し､実施するものであって(住生活基本法１条、６条、７条１項、14条)、地方公共団体が住宅を供給する場合において、当該住宅に入居させ又は入居を継続させる者をどのようなものとするのかについては、その性質上、地方公共団体に一定の裁量があるというべきである。

そして、暴力団員は、前記のとおり、集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれがある団体の構成員と定義されているところ、このような暴力団員が市営住宅に入居し続ける場合には、当該市営住宅の他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれを否定することはできない。他方において、暴力団員は、自らの意思により暴力団を脱退し、そうすることで暴力団員でなくなることが可能であり、また、暴力団員が市営住宅の明渡しをせざるを得ないとしても、それは、当該市営住宅には居住することができなくなるというにすぎず、当該市営住宅以外における居住についてまで制限を受けるわけではない。

以上の諸点を考慮すると、本件規定は暴力団員について合理的な理由のない差別をするものということはできない。したがって、本件規定は、憲法14条１項に違反しない。

また、本件規定により制限される利益は、結局のところ、社会福祉的観点から供給される市営住宅に暴力団員が入居し又は入居し続ける利益にすぎず、上記の諸点に照らすと、本件規定による居住の制限は、公共の福祉による必要かつ合理的なものであることが明らかである。したがって、本件規定は、憲法22

条１項に違反しない。

そして、上記１の事実関係によれば、上告人 Y_1は他に住宅を賃借して居住しているというのであり、これに、上記１（３）記載の誓約書〔引用者注：本件誓約書を指す〕が提出されていることなども併せ考慮すると、その余の点について判断するまでもなく、本件において、本件住宅及び本件駐車場の使用の終了に本件規定を適用することが憲法14条１項または22条１項に違反することになるものではない」。

【評釈】

はじめに

本判決は、入居者が暴力団員であることを理由に市営住宅の明渡し等の請求を認める、いわゆる暴力団員排除に関する条例の規定の合憲性について、最高裁として判断を示したものである。

類似のケースとしては、広島市市営住宅等条例の暴力団員排除規定（条例40条１項６号ないし８号）に基づく明渡請求が問題となった平成21年の広島高裁判決[3]がある。しかし、広島市の事案では、「すぐに、上告及び上告受理申立てがされたが、何の審理もなく、上告棄却、上告受理申立不受理[4]」がなされており、これまで最高裁が暴力団員の市営住宅からの排除規定について内容に踏み込んだ判断をすることはなかった。本判決は、この問題に関して最高裁が初めての具体的な憲法判断を示したものである。

そこで本稿では、本件駐車場の明渡しに関する論点を除く、当該市営住宅の明渡請求に関する最高裁の憲法判断について検討を行う。

本稿の構成は以下のとおりである。まず、本件条例もその一環であるところの暴力団排除を目的とした諸々の取組みや制度を確認し、本件規定と関連法令との関係の検討を行う**（一）**。次に、本件規定及びその適用の合憲性についての各論点を上告理由の①～③に沿う形でそれぞれ検討する**（二～四）**。その後、判旨の射程について検討する**（五）**。そして最後に、残された課題について、

---

[3] 広島高判平成21年５月29日（D1-Law 判決 ID28222122）。

[4] 最一小決平成21年10月１日（D1-Law 判決 ID28222123）。中井克洋「広島市営住宅からの暴力団員建物明渡請求事件」危機管理研究会編『実戦！ 社会 VS 暴力団』（きんざい、2013）144頁。

本判決の評釈を半歩踏み出すことを意識しつつ、若干の考察を行う（**おわりに**）。

一．評釈の前提

①暴力団排除に関する諸々の取組み等について

現在行われている暴力団対策に関する様々な取組みの出発点が、平成４年３月１日に施行された暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（以下、「暴対法」とする）である。この暴対法は、法制度上暴力団を初めて法的規制の対象たる存在として位置づけ、一定の要件を満たした暴力団を「指定暴力団」と規定し、犯罪として検挙することまではできない指定暴力団員の不当な行為を規制の対象とし、暴力団の活動を多面的に抑止することを可能とする画期的なものであった[5]。しかし、暴力団も、暴対法の施行によって重大なダメージを受けたものの、法の網を潜り抜ける形にその活動を変化させることで生き残りを図った。かような暴力団の活動の変化に対応するため、５度の暴対法の改正が行われたが、暴力団の勢力は法施行前よりも縮小したとはいえ依然として維持されたままであった。そこで、「暴対法という『法律』だけに頼らない新たな手法の確立」や、「暴力団問題を転換させる画期的な動き」が模索されることになったのである。

このような状況の転換点となったのが、平成19年６月19日に政府の犯罪対策閣僚会議幹事会において申合わされた「企業が反社会的勢力による被害を防止するための指針」である。この政府指針は、暴対法のように暴力団を規制するのではなく、暴力団と関係を持ち、利益を与える企業側に対して暴力団排除を行うことを指針として示すものであった。そして、この指針をうけ、証券、銀行、建設、そして不動産業界などにおいて反社会的勢力の排除が現在も進められている。

ただし、この政府指針はあくまでも指針であって法規範ではなく、また指針に違反しても制裁を伴わないことや、対象が企業に限定され、企業活動を行わ

[5] 以下、犬塚浩＝加藤公司＝尾崎毅編著『暴力団排除条例と実務対応』（青林書院、2014）３頁〔犬塚浩執筆〕。また参照、鈴木敏夫「暴力団勢力の推移～暴力団対策施行法20年を通して」危機管理研究会編・前掲注（４）２頁以下、竹花豊「暴対法制定・施行後、暴力団はどう変化したか～成立期から今日を考える」危機管理研究会編・前掲注（４）28頁以下。

ない社会全体を律するルールではない、という限界があった。そこで、暴対法や上記指針を補完する形で、社会全体からの暴力団排除を進める手法として、暴力団排除条例（いわゆる暴排条例）が、平成21年７月の佐賀県による条例制定を嚆矢として、各地方公共団体において制定されるようになった[6]。

さらにまた、このような社会全体から暴力団を排除する動きと並行して、地方公共団体が管理する住宅から暴力団員を排除する取組みが行われるようになった。

かような取組みが行われるきっかけとなったのが、平成19年４月20日に東京都町田市の都営住宅で発生した暴力団員による立てこもり発砲事件である[7]。こ

---

[6] 暴排条例について、参照、大井哲也＝黒川浩一＝エス・ピー・ネットワーク総合研究所編『暴力団排除条例ガイドブック』（レクシスネクシス・ジャパン、2011）273頁以下〔黒川執筆〕。前警察庁刑事局組織犯罪対策部企画分析課課長補佐（当時）であった黒川によれば、暴排条例の背後にある考えは、「暴力団のない社会を実現するためには、警察の取締まりだけでなく、我々市民も暴力団対策の担い手となる必要があり、いわば『警察対暴力団』という構図から『社会対暴力団』という構図への転換を図る必要がある」というものであり、行政や警察に対する責務等だけでなく、各民間事業者に対しても、利益供与の禁止といった責務や、契約に暴力団排除条項を導入することについての努力義務等を定めていることに特徴がある。かような暴排条例については、暴力団員の人権に関する諸問題や、立法ではなく条例によってかような排除規制が行われていること、警察ではなく事業者が暴力団と直接に対決しなければいけないこと（ただし、暴力団事務所使用差止請求訴訟については、暴対法平成24年度改正によって、都道府県暴力追放運動推進センターのうち国家公安委員会が認定したものが、付近住民等から委託を受けて自ら差止請求を行うことができるようになった（法32条の４））などが、問題点として指摘されており、議論となっている。さしあたり、橋本基弘「暴力団と人権」警察政策13巻（2011）１頁以下、「特集暴力団排除条例と市民社会」都市問題103巻10号（2012）所収の諸論文、宮崎学『ヤクザに弁当売ったら犯罪か？』（筑摩書房、2012）、安念潤司「暴対法・暴排条例によるフロント企業の規制は違憲か？」危機管理研究会編・前掲注（４）487頁以下、溝口敦『山口組動乱！！ 日本最大の暴力団ドキュメント2008 ～ 2015』（講談社、2015）336頁以下、など。

[7] 以下、参照、中井克洋＝森谷長功「公立住宅からの暴力団員の排除」日本弁護士連合会民事介入暴力対策委員会『反社会的勢力と不当要求の根絶への挑戦と課題』（きんざい、2010）182頁以下。

の事件を受け、国土交通省が地方公共団体を対象に調査を行った結果、公営住宅における暴力団員による各種不法行為等が全国的に多発していることが明らかになった。そこで、平成19年６月１日に国土交通省住宅局長によって、公営住宅･改良住宅について「公営住宅における暴力団排除について（国住備14号）[8]」と題する通知[9]が発せられた。上記通知を受けて、各地で地方公共団体が管理する住宅から暴力団員を排除する条例の制定または改正が行われることになったのである[10]。

今回問題となった西宮市営住宅条例46条１項６号も、かような流れの下で平成19年12月に設けられた規定である。そこで次節では、本件規定や関連法令の構造を検討する。

②本件規定の構造

本件規定は、西宮市長が市営住宅の入居者が暴力団員であるときに明渡しを請求することができる旨を定めたものであるが、ここでいう「市営住宅」の定義は西宮市営住宅条例２条１号によって定められている。それによれば、市営住宅とは「市が建設、買取り又は借上げを行い、市民等に賃貸し、又は転貸するための次号から第７号までに規定する住宅及びその附帯施設」であり、同条２号から７号では、普通市営住宅、改良住宅、コミュニティ住宅といった名称

---

[8] http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha07/07/070601/01.pdf、2016年11月18日 最 終閲覧。また公共賃貸住宅については、平成19年12月13日付けで通知が発せられた（国住備第70号・国住市第237号）。

[9] その概要は、以下のとおりである。（あ）入居申込者（同居者を含む。以下同じ）が暴対法に規定される暴力団員である場合には入居決定をしないことを原則とする。（い）同居承認、入居承継承認も暴力団員に対しては承認しない。（う）上記に反し、暴力団員の不正入居が判明した場合、明渡請求、損害賠償等の厳正な法的対処をする。（え）既存入居者が暴力団員である場合、近傍同種の住宅家賃を課することを原則とし、自主的な退去の促進に勤める。また、不正入居や家賃の滞納、設備の毀損等があった場合には、明渡請求、損害賠償等の厳正な法的対処を行う。（お）入居後に暴力団員となった場合には、明渡請求、損害賠償等の厳正な法的対処を行う。参照、中井＝森谷･前掲注（７）183 ～ 184頁。

[10] 平成20年４月１日現在における、各自治体の条例制定または改正状況については、平成20年７月２日付け国土交通省住宅局住宅総合整備課「『公営住宅等における暴力団排除』の実施状況について」（http://www.mlit.go.jp/report/press/house03_hh_000002.html、2016年11月18日最終閲覧）。

を与えられた住宅が、根拠法令等と関連付けられながら具体的に定義づけをされている。

ここで注意しなければならないのが、西宮市営住宅条例においては、市営住宅のうち２条２号で規定された普通市営住宅のみが公営住宅法によって規定される住宅、すなわち公営住宅に該当するということである[11]。３号で規定されている住宅地区改良法に基づく改良住宅や、４号の国土交通大臣の承認を得た整備計画に基づき施行される密集住宅市街地整備促進事業に係るコミュニティ住宅等は、市営住宅であっても公営住宅ではないのである[12]。

結論として、本件明渡規定は、市営住宅一般、すなわち公営住宅を含む西宮市が建設運営等を行う住宅一般について、市長が明渡しの請求をできることを認めていると解される[13]。公営住宅（本件条例の用語では普通市営住宅）に対してだけ明渡請求を可能とすることを定めた規定ではない。

さて、かような法の構造を踏まえると、１審及び原審と最高裁では、判決文中に明確な差異が存在していることがわかる。すなわち、１審及び原審は判決文のなかで公営住宅という単語を使用しているが、最高裁は、一度も公営住宅という単語を使用していないのである。そこで、節を改め、このことの意味について検討する。

③「市営住宅」と公営住宅制度

まず、１審では、本件規定が14条に違反するか否かを検討する箇所[14]において、「公営住宅から暴力団員を排除することに合理的な理由があると認められ

---

[11] 西宮市営住宅条例２条２号「普通市営住宅　低額所得者に賃貸し、又は転貸するための住宅で、公営住宅法の規定による国の補助に係るものその他これに準ずる住宅を言う。」

[12] 公営住宅法の逐条解説によれば、「地方公共団体が整備した住宅であってもこの法律によらないで国の補助を受けたものや、そもそも国の補助を受けてないものは、公営住宅法でいう公営住宅ではない。したがって特定優良賃貸住宅や特定公共賃貸住宅、地方公共団体が単独で低額所得者のために整備した賃貸住宅などは公営住宅ではない」。住本靖ほか『逐条解説 公営住宅法［改訂版］』（ぎょうせい、2012）11頁。また、中井＝森谷・前掲注（７）182頁は、このような地方公共団体が整備管理する住宅一般を「公立住宅」と呼んでいる。

[13] 「匿名コメント」判例時報2258号（2015）41頁。

[14] 民集69巻２号443 ～ 444頁。

る」としたうえで、その理由のひとつとして、上述の平成19年４月の町田市の発砲事件発生以降の各地域における暴力団員排除を目的とした公営住宅に関する条例の改正等の経緯を述べており、原審もこの部分を修正せずに引用している[15]。また原審は、本件明渡請求が信頼関係を破壊しているかについても判断しているが、そこで、公営住宅の使用関係について公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法に優先される旨を説明したうえで、Y_1らの本件住宅の使用方法が「真に住宅に困窮している者に対して住宅を供給するという公営住宅の趣旨にそぐわない行為であった」と判断している[16]。

以上のことから、１審及び原審は、本件規定によって公営住宅以外の市営住宅（条例２条の３号から７号に該当する住宅）についても明渡請求ができることを特に考慮していない。確かに、本件住宅そのもの（西宮市西宮浜４丁目５番２―609号、第１審判決別紙物件目録記載１）は、西宮市営住宅条例施行規則１条及び別表１によれば、普通市営住宅であったようである。しかし、各審級の判決文や第１審判決別紙物件目録を読む限り、西宮市営住宅条例施行規則は参照されておらず、本件住宅が普通市営住宅＝公営住宅であることの認定が行われているのか不明瞭である。むしろ１審及び原審は、本件規定は公営住宅制度に包摂されているような規定だと捉えているようにも見える[17]。

これに対して、最高裁は、先に述べたように判決文中において「公営住宅」という単語を使用せず、公営住宅から暴力団員を排除する条例改正等が行われるようになった経緯についても触れていない。そのかわりに、最高裁は、公営

---

[15] 民集69巻２号451頁。

[16] 民集69巻２号452 ～ 453頁。

[17] 本件規定について明確にこのような捉え方をしていたのが、Ｘの１審での主張である。すなわち、Ｘは、「西宮市における市営住宅の暴力団排除条項は、……公営住宅における暴力団員の殺人障害などの犯罪や、不正入居、不正使用、家賃滞納など公営住宅の使用に係る問題事例、職員や住民に対する恫喝その他不法行為等が全国的に多発したことを踏まえて、①入居者及び周辺住民の生活の安全と確保、②真に住宅に困窮する者が増加している状況において、税金による補助等により低廉な家賃で供給された公営住宅に暴力団員を入居させること自体への疑問及びその結果として暴力団員が不当な利益を受け、ひいては暴力団の維持存続に繋がるという社会正義上の問題（公営住宅制度への信頼確保）のために定められたものである」と主張している（民集69巻２号438頁～ 439頁）。

住宅法や住宅地区改良法、特定優良賃貸住宅の供給の促進に関する法律といった国や地方の住宅制度に関する基本法として位置づけられる住生活基本法を参照している。この住生活基本法は１審及び原審では一切参照されていなかったものである。

最高裁の論理構成は以下のようなものである。すなわち、「市場において自力では適正な水準の住宅を確保することが困難である者についての居住の安定を確保することを基本理念の一つとして明らかにした[18]」住生活基本法６条や、その理念に沿った国及び地方公共団体の責務を規定した同法７条１項[19]を根拠として、住宅を供給する場合、当該住宅に入居させまたは入居を継続させる者をどのようなものとするのかについて地方公共団体に一定の裁量を認めたうえで、本件規定の憲法14条及び22条の適合性審査を行う、というものである。

さて、かような論理構成を最高裁が行った理由を推測するに、それは最高裁が、地方公共団体が管理運営する住宅一般についての暴力団員排除規定の合憲性を積極的に示そうとしたからではないだろうか。１審及び原審は、西宮市の市営住宅一般について適用しうる本件規定の合憲性を公営住宅制度に引きつけて判断する論理構成を採った。しかしこの論理構成では、公営住宅制度の枠内から明白に外れているような地方公共団体が管理運営する住宅[20]に係る部分についても合憲判断の射程が及ぶのかどうかが問題として残りかねない。このようなことを念頭において、最高裁は、基本法たる住生活基本法を参照し、公営住宅に限られない地方公共団体が管理運営する住宅一般に広く射程が及ぶようなかたちで憲法判断を行おうとしたと考えられる。

二．本件規定は憲法14条１項に違反するのか

①本判決の構造

最高裁はまず判旨の第１段落において、住生活基本法の各条を引用して、地

---

[18] 国土交通省住宅局住宅政策課監修・住宅法令研究会編『逐条解説 住生活基本法』（ぎょうせい、2006）82頁。

[19] 住宅法令研究会編・前掲注（18）88 ～ 89頁

[20] この例として、低額所得者に対して提供されることを目的とした公営住宅（公営住宅法１条）に対して、西宮市営住宅条例２条６号でも規定されている中堅所得者に賃貸される特別賃貸住宅が挙げられるだろう。

方公共団体に「住宅を供給する場合において、当該住宅に入居させまたは入居を継続する者をどのようなものとするか」についての一定の裁量を認めた。そして、次の段落において、（あ）暴力団員が市営住宅に入居し続ける場合、他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれがあること（い）暴力団員は自らの意思で暴力団員でなくなることが可能であること（う）暴力団員の市営住宅以外での居住を制限するものではないこと、を指摘し、第3段落で、「以上の諸点を考慮すると、本件規定は暴力団員について合理的な理由のない差別をするものということはできない」ので、本件規定は14条１項に違反しない、と判示した。

②憲法14条１項適合性の審査手法に関する学説・判例

本判決は待命処分事件判決（最大判昭和39年５月27日民集18巻４号676頁）と成田新法事件判決（最大判平成４年７月１日民集46巻５号437頁）を判旨の最後に引用しているが、このうちの前者が憲法14条１項適合性審査についての引用判例であり、後者が憲法22条１項適合性審査についての引用であろう。

待命処分事件判決は、憲法14条１項は、「国民に対して絶対的な平等を保障したものではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に相応して合理的と認められる差別的取扱いをすること」は許される[21]、と判示する。この立場は以後の最高裁でも基本的に踏襲されており[22]、本判決においてもそうである。そこで、争点となっている別異取扱いが事柄の性質に応じて合理的と認められるかどうかということが審査されることになるが、その審査をどのような手法で行うのか、という問題が生じる。この問題に関する本判決の判断枠組みを考察するために、本節では従来の判例そして学説を検討する。

さて、待命処分事件判決が、14条１項解釈のリーディングケースとなっているという理解は学説においても争いがない。通説的見解は、そのうえで合理性の判定を「具体的な場合に何が合理的で何が不合理かを決定するための基準」＝違憲審査基準の類型化という形で精微化しようとした[23]。かような取組みの思考方法を端的に表しているのが、芦部信喜による「『二重の基準』の考え方に

[21] 民集18巻４号678頁。

[22] 廣瀬孝「判解」ジュリスト1486号（2015）72頁。

[23] 井上典之「法の下の平等」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法［第２版］』（弘文堂、2013）139 ～ 140頁。

基づき、対象となる権利の性質の違いを考慮して、立法目的と立法目的を達成する手段の二つの側面から合理性の有無を判断するのが妥当である[24]」という記述であろう[25]。

そこで通説的見解は尊属殺重罰規定事件判決[26]に注目した。先の待命処分事件判決は、問題となっている処分が「任命権者の裁量権の範囲に属するとして、処分を目的・手段に分解することなく合憲の判断を下し[27]」たものであるが、これに対して尊属殺重罰規定事件判決は、立法目的及び立法目的達成のための手段を「二段構え[28]」で判断する、という審査手法をとっていた[29]。通説的見解は、この尊属殺重罰規定事件判決こそが最高裁の別異取扱いの正当化に関する審査手法の範疇を定式化する判例と解釈し[30]、その目的・手段双方の合理性審査について先の違憲審査基準論を導入し精微化するよう求めたのである[31] [32]。

---

[24] 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法［第６版］』（岩波書店、2015）131 ～ 132頁。

[25] このような通説的見解についての学説史を描いたものとして、木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、2008）227 ～ 231頁。

[26] 最大判昭和48年４月４日刑集27巻３号265頁。

[27] 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開［第２版］』（日本評論社、2014）112頁。

[28] 田尾勇「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度（1975）115頁。

[29] 法廷意見は、目的達成の手段に関する審査について、「程度が極端であって、前示のごとき立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければいけない」とし、刑法200条の規定がそれに当たると述べて、憲法14条１項に違反すると判示した。この点につき、田中二郎裁判官の意見は、刑法200条の定める法定刑が過酷にすぎるかどうかは憲法14条ではなく憲法36条の視点から判断するべきだ、と批判する。刑集27巻３号267頁。この田中裁判官の意見について、参照、井上典之『憲法判例に聞く』（日本評論社、2008）52頁。また、刑の加重を国家刑罰権の正当性に関わる憲法問題と観念し、比例原則の問題を読み取るものとして、奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993）138頁。

[30] 渡辺康行「平等原則のドグマーティク」立教法学82号（2011）６頁、またそこの脚注で挙げられている諸文献。

[31] 参照、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的展開』（日本評論社、2013）160 ～ 161頁。かような通説的見解からすると、昭和25年ごろから尊属殺重罰規定事件判決以前までの判例は、このうちの目的審査（「価値合理性の審査」）のみを行っていた、という理解になる。常本照樹「平等権判例の到達点」法学教室201号（1997）55 ～ 56頁。

しかし、かような学説の働きかけに対して最高裁は長い間冷淡であったとされる[33]。尊属殺重罰規定事件判決が示した目的・手段審査は、判例法理において決して確立した法理とはならなかった[34]。「二段構え」の正当化審査は必ずしも常に行われてはいなかったのである[35]。

かような状況下で判例と学説の距離を埋めるものとして好意的に受け止められた[36]ものが、明確に「二段構え」審査[37]が行われた国籍法事件判決[38]であった。ところが、国籍法事件判決で最高裁が示したような審査手法が今後行われていくのではないかという期待に反するように、平成25年非嫡出子法定相続分規定事件決定[39]では「二段構え」の審査手法は使用されなかった。そのうえ、最高

---

[32] 通説的見解に対し、ドイツ基本権ドグマーティク流の新たなアプローチを提出する見解も存在する。参照、井上・前掲注（23）145 ～ 146頁。また、参照、渡辺・前掲注（30）53 ～ 63頁。

[33] 淺野博宣「法の下の平等 判例の流れ」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法［増補版］』（信山社、2014）59頁。

[34] 以下、参照、渡辺・前掲注（30）25 ～ 26頁、49 ～ 50頁。また「二段構え」で審査を行った場合であっても、「手段」ではなく「区別の態様」や「区別」が審査されることもあった。その例として、サラリーマン税金訴訟事件判決（最大判昭和60年３月27日民集39巻２号247頁）、平成７年非嫡出子法定相続分規定事件決定（最大決平成７年７月５日民集49巻７号1789頁）など。

[35] 台湾住民元日本兵死傷者の損失補償請求事件判決（最三小判平成４年４月28日判時1422号91頁）、堀木事件判決（最大判昭和57年７月７日民集36巻７号1452頁）、東京都外国人管理職選考拒否事件判決（最大判平成17年１月26日民集59巻１号128頁）など。

[36] 淺野・前掲注（33）59頁、駒村・前掲注（31）163 ～ 165頁、高橋和之ほか「鼎談 国籍法違憲判決をめぐって」ジュリスト1366号（2008）55頁〔高橋和之発言〕、渡辺・前掲注（30）49 ～ 50頁など。

[37] ただし、そこでの「二段構え」は、「『立法目的』と『区別』の審査とする場合と、『立法目的』と『手段』という捉え方をする場合を併存させている」。渡辺・前掲注（30）29頁。

[38] 最大判平成20年６月４日民集62巻６号1367頁。

[39] 最大決平成25年９月４日民集67巻６号1320頁。なお、当該決定は、憲法14条１項は事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づかない差別的取り扱いを禁止する趣旨である、ということを述べる場所で待命処分事件判決に加えて尊属殺重罰規定事件判決を引用した。

裁は当該規定の立法目的自体も明示的に審査せずに[40]、立法事実に関する諸要素を総合的に考察して当該差異取扱いの合理的な根拠が失われていた、と判示したのである[41]。

この平成25年決定についての調査官解説が、現在の最高裁の見解を探るにあたり、注目に値する。そこでは、国籍法事件判決や尊属殺重罰規定事件判決、平成７年非嫡出子法定相続分規定事件決定が「二段構え」で審査を行っていることが指摘されたうえで、しかし、「憲法14条１項違反が問題とされる事案は多種多様であり、上記三段階の審査基準的な説示にこだわってそのいずれを用いるべきかを判断したうえで区別の合理性を検討したり、立法目的を厳密に認定したうえで区別の合理性を検討したりするよりは、端的に区別の合理性の有無を検討することが相当である場合もある」のであり、最高裁は「事案に応じた枠組みで判断しているように思われる」と述べられていた[42]。

かような事案に応じて柔軟に審査の枠組みそのものを選択しているとする見解が、現在の最高裁の憲法14条１項の適合性審査における基本的な態度を考えるにあたり、最も整合的だと考えられる[43]。すなわち、憲法14条１項の適合性

---

[40] 伊藤正晴「判解」ジュリスト1460号（2013）90頁。

[41] 参照、佐々木雅寿「判批」判例時報2293号（2016）152頁。

[42] 伊藤正晴「判解」法曹時報68巻１号（2016）303 ～ 307頁。

[43] 本評釈が対象とする判決以降に下された平成27年12月16日の再婚禁止期間訴訟事件判決（最大判平成27年12月16日民集69巻８号2477頁）では、民法733条１項の憲法14条１項及び24条２項の適合性について、憲法24条の規定の趣旨を踏まえたうえで、「二段構え」での審査が行われている。この判決の調査官解説は、上記平成25年非嫡出子法定相続分規定事件決定の調査官解説で示された考え方を引用しつつ、当該規定で重視すべきは「区別そのものではなく、区別の対象となる権利利益の問題として、本件規定が憲法24条にいう『婚姻』を制約するものという点」にあり、「『婚姻をするについての自由』の重要性と、本件規定がこれを直接的に制約するものであるという事柄の性質を十分に考慮して、立法目的・手段の合理性を検討すべきと考えられる」と述べている。参照、加本牧子「判解」ジュリスト1490号（2016）92 ～ 93頁。なお、同日に出された夫婦別姓訴訟事件判決（最大判平成27年12月16日民集69巻８号2586頁）では、民法750条の憲法14条１項審査において、当該規定は憲法14条１項が禁止する形式的な不平等には該当せず、「夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占める」という結果も当該規定の在り方自体から生じているものではないとして、14条１項

が争わる事案において、そのどちらが主流的手法なのか[44]は判断が分かれるところであろうが、最高裁は「二段構え」審査手法を行うこともあるし、「端的に区別の合理性の有無を検討する[45]」総合考慮方式を行うこともあるのである[46][47]。

以上で、憲法14条１項の適合性が問題となる事案の判断枠組みについての学説・判例の検討を終える。

③検討

本節では、前節を踏まえたうえで、本判決の論理構造を検討する。

本判決は、「二段構え」審査を行わず[48]、地方公共団体に市営住宅の入居者等についての裁量権を認めたうえで、問題となっている別異取扱いの合理性の有無を三つの要素の総合考慮方式によって判断した。

先述の広島市の事案においても、暴力団構成員であるということのみによって差別することの合憲性が争われたが、広島高裁は「暴力団構成員という地位は、暴力団を脱退すればなくなるものであって社会的身分とはいえず、暴力団のもたらす社会的害悪を考慮すると、暴力団構成員であることに基づいて不利益に取り扱うことは許されるというべきであるから、合理的な差別であって、憲法14条に違反するとはいえない」と判示している[49]。

に違反しないと判示した。参照、畑佳秀「判解」ジュリスト1490号（2016）99～100頁。

[44] 宍戸・前掲注（27）113頁は、主流的手法はむしろ後者だと見ている。

[45] 伊藤・前掲注（42）306頁。

[46] 参照、宍戸・前掲注（27）111～113頁。宍戸は後者の系譜として待命処分事件判決、東京都外国人管理職選考拒否事件判決、学生無年金訴訟事件判決（最判平成19年９月28日民集61巻６号2345頁）、そして平成25年非嫡出子法定相続分規定事件決定を挙げている。

[47] もちろん、この二種類以外の審査手法も存在する。例えば、投票価値の平等を巡る諸判例（最大判昭和51年４月14日民集30巻３号223頁等）である。

[48] 山本龍彦「判批」判例セレクト2015［Ⅰ］（2016）８頁は、本判決が具体的な判断枠組みを提示しなかった点について、本判決でも裁判長を務めた千葉勝美裁判官が強い影響を与えたのではないか、と論じている。また佐々木・前掲注（41）152頁は、「結論がある程度明らかで、詳細な理由を示す必要がないと最高裁が判断した可能性」を指摘している。

[49] 参照、前掲注（３）。

本判決の判断枠組みは、広島高裁と比較すると、「二段構え」審査を行わず端的に区別の合理性を総合的に考慮している点について類似しているが、地方公共団体の住宅の供給に関わる裁量に言及している点で異なる。かような本判決の論理構成は、地方公務員の待命処分を誰に命ずるかについて任命権者の裁量権を指摘したうえで、その任命の基準の合理性を「原審の確定したような諸事情[50]」を考慮のうえで判断した待命処分事件判決の系譜[51]に本判決が位置付けられうることを明確に示している。

さて、本判決において最高裁は三つの諸事情を考慮した。

まず、(あ) 暴力団員が入居し続けることで、他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれがある、という危険である[52]。この点につき、かような観念的・抽象的危険を指摘するのみでは足りず当人の生活実態に即した実質的審査を行うべきではないのか、とする指摘がある[53]。しかし、現在〔平成28年秋〕行われている指定暴力団同士の抗争状況に鑑みても、当人の生活実態がどうであろうと、所属する暴力団による抗争が起きれば、他の入居者等の生活の平穏が害される可能性がある、と言わざるを得ない[54]。

次の考慮要素は、(い) 暴力団員は自らの意思で暴力団員でなくなることができる、という暴力団からの脱退可能性である。学説の多くが、この点に着目して暴力団員のみを狙い撃ちする規制は法の下の平等に違反しない、としている[55]。

最後に、(う) 明渡し請求が暴力団員の当該市営住宅以外における居住を制限するものではない、という本件規定の適用によって暴力団員が受ける具体的な制限の性質である。最高裁は、本件規定の適用によって暴力団員が本件住宅を明渡しても、暴力団員は別の建物に住むことができるため、制限の程度は低

---

50 矢野邦雄「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和39年度 (1964) 149頁。

51 参照、宍戸・前掲注 (27) 110頁。

52 矢田尚子「判批」判例地方自治407号 (2016) 83頁。

53 門田孝「判批」新・判例解説 Watch18号 (2016) 13頁。

54 この点は、佐々木雅寿教授より頂いたご指摘を筆者なりに再構成したものである。

55 佐々木・前掲注 (41) 152頁。なお、暴力団員が暴力団から脱退することの実際上の困難について語るものとして、溝口敦『溶けていく暴力団』(講談社、2013) 100頁以下。

いと考えたと解される。実際、本件においても暴力団員であるY_1は別の建物に居住しているのである。なお、この点と関連して、地方公共団体が暴力団員を自らが管理運営する住宅から追い出すということが、危険な存在である暴力団員を社会へ解き放つことに繋がるのではないか、という論点を提起しえる[56]。しかし、地方公共団体が住宅を管理運営するのは「低額所得者、被災者その他住宅の確保に特に配慮を要する者の居住の安定の確保」のためなのであって、暴力団員の居住を公的に引き受けることまでは負わされていない、と考えるべきであろう。

従って上記の検討を踏まえると、最高裁は諸点の考慮をもって本件規定の合理性を認め憲法14条１項に違反しない旨を判示したが、その結論は妥当であるといえよう。

これで、本件規定の憲法14条１項適合性審査についての検討を終える。

三．本件規定は憲法22条１項に違反するのか

①本判決の構造

最高裁は、この論点について、本件規定により制限される利益は「社会福祉的観点から供給される市営住宅に暴力団員が入居しまたは入居し続ける利益にすぎず」、さらに上記の憲法14条１項適合性審査で考慮した諸点に照らして、制限が「公共の福祉による必要かつ合理的なものであることが明らかである」と判示した。

②検討

憲法22条１項で保障される居住の自由について、学説では、経済的自由の側面だけでなく人身の自由や精神的自由の側面があり、その限界もそれぞれの場合に応じて具体的に検討するべきである、と考えられている[57]。この点につき、Y_1らも上告理由において、居住の自由には経済的自由の側面だけでなく「人身の自由、個人の人格形成に不可欠な基盤形成を保障するという意味合い」があ

[56] 本稿は平成28年７月22日の北大公法研究会における筆者の判例報告を基にしたものであるが、この問題はその際の質疑応答において提起されたものである。

[57] 芦部・前掲注（24）230 ～ 231頁。また、参照、伊藤正巳「居住移転の自由」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系（７）基本的人権Ⅰ』（有斐閣、1965）200頁以下。

ると述べ、そのうえで厳格な基準による違憲審査を求めていた[58]。

これに対し、最高裁は、本件規定によって何らかの利益が制約されていること自体は認めつつも、被制限利益の性質が「社会福祉的観点から供給される市営住宅に暴力団員が入居しまたは入居し続ける利益にすぎ〔ない〕」ため、厳格な基準による審査を行う必要はない、と応答したと考えられる。

すなわち、最高裁が引用している成田新法事件判決では、憲法22条１項の適合性審査に関して、厳格な基準の適用に触れることなく利益較量論を採用し[59]、「もたらされる居住の制限は、公共の福祉による必要かつ合理的なものである」と判示した[60]。本判決もこの論理構成を踏まえて、上記の被制限利益の性質や、憲法14条１項適合性審査で考慮した諸点、つまり、他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれという危険や暴力団員の脱退可能性、規定の適用によって暴力団員が受ける具体的制限の性質等を比較考量したと考えられる。

かような本判決の論理構造について、違憲審査の客観性を担保するためにも判断枠組みとその判断枠組みを採用した理由を明示すべきではないか、という指摘がある[61]。しかし、仮に具体的に目的・手段審査を行った場合も、本件規定の憲法22条１項適合性は導かれる[62]と考えられる。従って結論としては妥当であろう。

四．本件規定の適用が憲法14条１項または22条１項に違反するのか

①本判決の構造

本判決は、本件規定の法令合憲を前提としたうえで、本件規定の適用についても憲法には違反しない旨を判示している。その理由づけは、Y_1が他に住宅を賃借して居住していること、そして本件誓約書が提出されていることを考慮すると、その余の点を判断するまでもなく、本件規定の適用は合憲である、というものである。

②論理構造の検討

---

58 民集69巻２号487頁。

59 千葉勝美「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成４年度（1995）242 ～ 245頁。

60 民集46巻５号442 ～ 445頁。

61 山本・前掲注（48）８頁。

62 参照、佐々木・前掲注（41）154頁。

Y_1らは、適用違憲の主張において、Y_1の人物性やY_2・Y_3の身体的事情の考慮と、さらにY_1と「〔Y_1の〕活動とは無縁である」Y_2・Y_3を分けて検討することを求めていた[63]。これに対して、１審・原審は、Y_2・Y_3に対する明渡し請求の合憲性をY_1へのそれとは別に論じていた[64]。しかし、最高裁は、Y_1の人物性やY_2・Y_3の身体的事情等といった点には触れずに、単に本件住宅への本件規定の適用が合憲であると判示した[65]。また、最高裁は、事案を把握するにあたっては、X の本件住宅の明渡請求がY_1に対しては本件規定に基づくものであり、Y_2・Y_3に対しては所有権に基づくものである、と区別していたにもかかわらず、判旨部分においては、この違いについても立ち入らずに本件規定の適用の合憲性を判断している。

そもそも、最高裁は、本件規定を適用することが違憲であるのかを審査するにあたり、何ら具体的な判断枠組みを提示しておらず、なぜ上記諸事情を挙げることによって本件規定の適用の合憲性が導かれるのか等も明らかにしていない。

ここで本件規定を確認すると、西宮市長は入居者が暴力団員であることが判明した場合に市営住宅の明渡しを請求することができる、といういわゆる「できる規定」である。それゆえ、西宮市長には、暴力団員である入居者であれば必ず明渡請求をしなければいけない義務があるとは法文上解せない[66]から、実際に明渡請求をするかしないかについて一定の裁量があることになる。このことを踏まえて考えると、本判決で行われている適用違憲の審査とは、この明渡請求の裁量権について、逸脱・濫用が行われていないかを具体的な諸事実の考慮を通じて検討したものであり、しかるのちに結論だけを上告理由と合わせる形で本件規定の適用が憲法14条１項と22条１項に違反しない、と判示したにすぎないのではないだろうか。そのため、各人についての憲法14条１項及び22条

---

[63] 民集69巻２号429頁。

[64] そこでは、Y_2・Y_3は、本件住宅について、入居者ではなく同居者としての承認を得たにとどまることが重視されていた。民集69巻２号444 ～ 445頁。

[65] 参照、江原勲＝榎本洋一「判批」判例地方自治397号（2015）８頁。

[66] 類似した規定として、公営住宅法29条の、高額所得者に対して「期限を定めて、当該公営住宅法の明渡しを請求することができる。」と定めた規定があるが、原則的には明渡請求を行うべきとされているものの、義務とまでは考えられていないようである。参照、住本ほか・前掲注（12）138 ～ 139頁。

１項による人権保障といった「憲法論[67]」は裁量の問題に吸収され、ここでは重要な役割を果たしていないと考えられる。

このような理解に立って、次節では最高裁が挙げた考慮要素について具体的に検討を行う。

③列挙事項の検討

（あ）Y_1がほかに住宅を賃借して居住していることについて。

まずY_1については、「低額所得者、被災者その他住宅の確保に特に配慮を要する者」に当たらないことが明白であり、本件規定適用後もY_1は現に居住している住宅に住み続ければよい。また、西宮市営住宅条例31条２号においても、入居者が「市営住宅を正当な理由なく引き続き15日以上使用しないこと」は禁止されている。

一方、Y_2・Y_3との関係では、この事実はどのように評価できるのか。実際に明渡請求によって住んでいる家から出て行かねばならないのは、入居者ではなく同居者であったはずのY_2・Y_3ということになる。すると、本件住宅の明渡し後、Y_2・Y_3がどこに住めばいいのか、という問題が生じる。このことについて、上告理由によれば、X は、Y_2・Y_3はY_1が現在住んでいる住宅で同居すればよい、と主張していた[68]。このとき、Y_2・Y_3に対して、いくら実の子供であるとはいえ暴力団員との同居を迫るのは問題があるようにもみえる。しかし、１審・原審が平成24年７月時点でもはやY_1は暴力団員ではなかったと認定しているため[69]、最高裁は合憲判断することに特に問題はないと考えているのだろう。

（い）本件誓約書が提出されていることについて。このことについては、Y_1らが虚偽の誓約をしたとして最高裁が消極的評価を行ったとも考えられる。しかし、Y_2・Y_3はY_1が暴力団員であることを知らなかったということを一貫して主張しており、また各審級もそのことについての事実認定を行っていない。それゆえ、虚偽の誓約ということについて最高裁が何らかの評価をしたとは考え

---

[67] 宍戸・前掲注（27）312 ～ 314頁。

[68] 民集69巻２号429頁。

[69] １審について民集69巻２号441 ～ 442頁。原審はこの部分をそのまま引用している。

にくい。従って、本件誓約書の提出という事実[70]によって、Y_1らが本件規定の存在について知り、了承していた事実があり、またXがY_1らに対して本件規定の存在を周知させていたということを最高裁は指摘したと考えるべきであろう[71]。

さて、残る問題は、本件規定の適用の合憲性を判断するにあたりこの二つの事項の考慮だけで充分なのか、ということである[72]。

この問題に関して、やはり、Y_1が他に住居を賃借しあまつさえそちらの住居に住んでいるという事実は、入居者の重大な不正行為であり、本件規定の適用によって生じる被制限利益が実質的に存在しないということからも、本件規定の適用の合憲性を判断するにあたっては十分な考慮要素であったと評価できよう。ただし各審級の事実認定からは、XがかようなY_1の事実を知った上で明渡請求を行ったのか、それとも請求後にこの事実を知ったのかは明らかではない。裁量権者の判断過程の統制という観点からは、この点についてきめ細やかな事実認定が必要であったのではないか。

また、Xによる本件規定の適用とY_2・Y_3との関係について考えても、Y_2・Y_3は同居人にすぎないから本件規定の適用の直接的な対象ではなく、身体的な事情を抱えるなどの具体的な事情も最高裁は考慮すべきだったとは言い難いところがある。

ただし、Y_2・Y_3の実質的な救済という観点からは、訴訟戦術上の問題があったように思われる。すなわち、Y_2・Y_3が本件住宅に引き続き住むことを達成

---

[70] 民間の実務においても、このような誓約書の提出をさせることが「相手方が約款等に記載されている暴力団排除条項の内容を了解していたことの証明手段」になる、と考えられているようである。愛知県弁護士会民事介入暴力対策特別委員会編『Q&A 誰でもわかる暴力団対策関係法の解説』(民事法研究会、2010) 221頁。

[71] 前述の広島高裁判決では、中井＝森谷・前掲注(7) 191頁によれば、暴力団員排除規定の合憲性とともに、一方当事者が後から契約条件を変更して他方当事者を拘束することができるか、が重要な争点として争われていたが、広島高裁の認定する事実によれば、本件のような誓約書の提出は行われていなかったようである。

[72] 以下の文章は、前掲注(56)で述べた北大公法研究会の報告の場で質疑応答として行われたものを筆者なりに再構成したものである。

目標とするのであれば、Y_1から入居資格を承継しさえすればよい。ところが、西宮市営住宅条例19条によれば、同居者の入居の承継については市長の承認を得なければならず、同条２号で、その承認の決定または不決定は規則で定めるところにより行う、と定められており、そして西宮市営住宅条例施行規則18条１号で、入居者が暴力団員であるときには市長は入居の承継の承認を行わない旨が定められているため、Y_2・Y_3は入居資格の承継を得られなかったと推測できる。先にも述べたようにY_2・Y_3が引き続き本件住宅に住むことを達成目標とするならば、本件訴訟において争うべきは、入居者が暴力団員であるときには同居者が入居資格の承継を得られない、というこの制約の合憲性であったように思われる。この論点においてならば、制約の直接の対象であるところのY_2・Y_3の事情も全面に主張し争うことができたのではないだろうか。

以上の検討を踏まえると、最高裁が、この事案においては、本件規定の適用が合憲であると判断したことは妥当であろう。

五．射程

①本件規定を合憲であると判断したことの射程

本判決が下した本件規定の合憲性は、地方公共団体が管理運営する住宅一般[73]の暴力団員[74]排除に関する条例規定の合憲性に対して射程が及ぶと考えられ、その意味で本判決の射程は広い。

しかし、注意しなければいけないのは、合憲であると判断された本件規定とは、「入居者が暴力団員であることが判明した場合に市営住宅の明渡しを請求

[73] なお、公的な住宅制度としては、他にも、例えば独立行政法人都市再生機構のような独立行政法人が管理運営する賃貸住宅等があり、そのような住宅においても暴力団員排除の取組みが行われているところである。一例として、都市再生機構における暴力団員排除について、参照、http://www.ur-net.go.jp/press/h18/ur2006_press_1124_bouhai.pdf、2016年11月18日最終閲覧。ただし、管理運営主体が地方公共団体ではなく独立行政法人であることや、賃貸借契約書において暴力団員排除条項が定められていることから、かような取組みの合憲性について、本判決の論理構造は直接的には妥当しない。

[74] 偽装離脱した元暴力団員や密接交際者、共生者といった暴力団員以外の反社会的勢力に対する本判決の射程の問題については、田中博章「判批」金融財政事情3134号（2015）32 ～ 33頁。

することができる旨を定める部分」であるということである。すなわち、西宮市営住宅条例46条６号は明渡請求事由として「暴力団員であることが判明したとき（同居者が該当する場合を含む。）」と定めているが、括弧書きの部分、つまり同居者が暴力団員であることが判明した場合にも市長が明渡請求を行うことができる、という部分の合憲性については判断されていないのである。例えば、西宮市の市営住宅制度では、親子が親名義で市営住宅に入居しているケースで、親の反対にもかかわらず同居人である子供が暴力団に加入した場合であっても、市長が当該住宅の明渡請求を親に対してできることになっている。しかし、このような同居人が暴力団員であるような事案には本判決の合憲判断の射程は及んでいないと考えるべきであろう。

②本件規定の適用を合憲であると判断したことの射程

本件規定の適用については、それが違憲となる余地を残していると指摘する学説がいくつかある[75]。本判決が本件規定の適用についての合憲性を判断する際に、Y_1が暴力団員であったというだけでは適用違憲の主張を斥けるに足らず、それゆえ上で検討したような特殊事情を理由に挙げていた[76]とすれば、その疑いはさらに強まる。入居者、あるいは同居者にとって、本件規定の適用が「著しく酷であるような場合」には適用違憲となる[77]可能性があると考えるべきであろう。ただし、かような場合であっても、本件のように入居者がほかに住居を賃借して居住しているという事情や、あるいは広島市の事案のように当該入居者が刑事事件を起こしていたり交渉に来た広島市の職員に対して大声でどなり散らしたりする[78]というような事情が無いことがその前提となろう。そこから翻って考えると、本件は特殊な事案であったと評価できよう[79]。

---

[75] 門田・前掲注（53）14頁、斉藤一久「判批」法学セミナー727号（2015）116頁、佐々木・前掲注（41）155頁。

[76] 仲野武志「判批」平成27年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1492号）37頁。

[77] ただし、判例時報匿名コメントは、「本件規定の適用が入居者にとって著しく酷となるような事案」の明渡請求については、適用違憲ではなく民法１条３項の権利濫用での処理の可能性を見て取っている。参照、前掲注（13）44頁。

[78] 参照、前掲注（３）。

[79] なお、本件規定の適用が憲法に違反しない旨は、判例集の判示事項とされていない。

おわりに

これまで本判決の内在的な分析を行ってきた。最後に、判決の内在的分析を半歩超えて、本件でも表面化した現在の暴力団排除に関わる取組みや制度についての問題点を指摘したい。

第一に、暴力団員の認定に関する仕組みの問題である。本件の西宮市がそうであったように、自治体は具体的な入居の申請者が暴力団員であるかを把握していない。そのため都道府県警察本部に照会をすることになるのだが、警察が管理する「暴力団員該当性情報」の性格は、警察が捜査活動に用いるための内部情報にすぎない。それゆえ、法制度的に担保されておらず、身分関係の把握を警察情報のみに依存するのは正確性の点で問題があるのである[80]。さらにまた、原審においてY1らが主張したように、この警察による調査には告知と聴聞の機会が与えられておらず[81]、結果、自治体からの明渡請求があって初めて、請求を受けた者は、自治体が自分を暴力団員であると認定していることを知るのである。実際は暴力団員でない人間にも暴力団員認定がされる可能性があることを考えれば、かような仕組みは、正確性だけでなく手続的にも大きな問題があると言える。

第二は、「暴力団員の家族の人権」の問題である。

世には「ヤクザ『必要悪』論」なるものがあり、確かに「ヤクザにしかなれない人間がいる[82]」ことにはそれなりの理由がある。けれども、それが暴力団の存在を正当化することにはならないし、社会は暴力団をなくす方向で最大限努力せねばならないはずである[83]。

しかし、問題はその目的を達成するための手法や制度がどこまで許されるの

---

[80] 亘理格＝北村喜宣編『重要判例とともに読み解く 個別行政法』（有斐閣、2013）463頁〔北村執筆〕。また、大沢秀介「判批」平成27年度重要判例解説・前掲注（76）21頁は、プライバシー保護の観点から、暴力団員であるか否かについての「暴力団情報データベース」の諸問題を指摘する。

[81] 民集69巻２号449頁。

[82] このような見解について、さしあたり、参照、「『暴力団排除条例』の廃止を求め、『暴対法改定』に反対する表現者の共同声明」辻井喬ほか『あえて暴力団排除に反対する』（同時代社、2012）102頁。

[83] 参照、前田雅英「ヤクザ“必要悪論”との法的戦いの重要性」危機管理研究会編・前掲注（４）438頁、446頁。

か、ということである。

現在、社会から暴力団を排除しようとする様々な取組みを行った結果、暴力団員の家族等の人権が不当に侵害されているケースが多数生じているのではないだろうか。本件はまさにこのような暴力団員の家族の人権問題が背後に存在する事案であった。確かに、暴力団員は、最高裁が判示しているように自らの意思で暴力団を脱退することができるのかもしれない。しかし、暴力団員の家族、特に暴力団員の子供は、自らの意思では暴力団員の家族であることから抜けだすことは困難なはずである[84]。我々は、一方では社会の一員として暴力団と対峙しつつ、他方で「暴力団員の家族の人権が侵害されていること」についても敏感でなければならないのではないだろうか[85]。

[84] 最も重大な問題となるのが、おそらく銀行取引からの暴力団員排除の取組みの影響であろう。実務では、暴力団員が日常的な活動に使う口座であっても暴排条項に基づき、口座の解約を行うことを是としているようであるが（参照、東京都弁護士会民事介入暴力対策特別委員会編『暴力団排除と企業対応の実務』（商事法務、2011）130頁）、その結果、暴力団員の児童手当の振込口座が解消されたり（参照、田中・前掲注（74）33頁。ただし田中はかような場合と本件とは事案の性質が異なるとも述べている）、子供の授業料の自動引き落とし等ができなかったり（溝口・前掲注（６）342頁）するような事態が生じている。

[85] 2016年11月18日脱稿。なお、本判決の評釈として、これまで挙げたもののほかに、宗宮英俊「判批」NBL1060号（2015）69頁以下、橋本勇「判批」自治実務セミナー641号（2015）68 ～ 69頁、比山節男「判批」判例地方自治404号（2016）67頁以下、がある。

書　　評

法の表出効果に関する研究動向

評 Richard H. McAdams, The expressive powers of Law: Theories and Limits, Harvard (2015), 322pp

郭　　薇

1　はじめに

人はなぜ法に従うか、いわゆる法遵守行動のメカニズムは法学と社会学の古典的な問題とも言える。従来、人々がサンクションや正統性（Legitimacy）の効果によって法に従うという説明は主流であった。Richard H. McAdams による新刊 The expressive powers of Law: Theories and Limits, Harvard（以下、本書と呼ぶ）は、合理的選択理論を用いて、法の expressive powers という側面に焦点を当てて、法遵守の問題に新たな答えを提示しようと試みる。

著者である Richard H. McAdams は、2000年以後、法の表出理論に関する多様な論考を公表しており、それらの議論を総括するために改めて本書を書き下ろした［Heagney, 2014］。McAdams は、1982年に The University of North Carolina at Chapel Hill の経済学部を卒業、1985年に The University of Virginia School of Law の JD を取得しており、法と経済学の研究者として現在 Chicago University で教鞭を取っている。2013年に Lee Fennell 教授と共著した *Fairness in Law and Economics* が刊行されているが、本書は彼の初単著である。

McAdams がいう「expressive」とは、当事者同士の紛争を処理すること以外、裁判や立法など法実践が一定の価値や行動指針など「メッセージ」を関係者や不特定多数の大衆に伝えることを指す。McAdams の主張は、極めてシンプルである。それは、法規範の内容やその運用状況を認知することで、すなわち法に関する情報の共有が人々の法遵守を促進するという独自な主張である。なお、

「expressive」の訳語に関しては、情報の共有過程を強調している本書の意図を考慮し、以下は主に「表出」を使用する。

2　Richard H. McAdams による法の表出効果論

紹介「損得計算と正統性の代わりに」(Alternatives to Deterrence and Legitimacy) として本書は、まず運転ルールを分析することから始まる。アメリカでは道路のセンターラインなどの標識で、一定の運転ルールを示している。多くの人は「慣習」でそれらのルールに従っている。そうした「慣習」が形成されたのは、人々が交通事故を回避する動機があるからである。著者によれば、上述の道路センターラインを例に、法は、共通な作法の明示によって、人々の協力動機を実現させる効果があると説明しつつ、これまでの損得計算いわゆるサンクションと正統性 (legitimacy) と異なる、法遵守に関する新たな行動のメカニズムである、という。本書は、その現象を法の表出効果 (expressive powers) と呼んでいる。

第1章「法に関する表出論」(Expressive claims about law) では、本研究の理論的な位置付けが検討される。著者は、法と表現に関する理論を四つに分類する。それは、事実論としての①法効果の表出理論と②法表現の政治理論と、規範論としての③法表現に関する理論と④表現作用に関する理論、である。①は「表現は意識を、意識が行為を変える」という法遵守に関する行為理論を指す。②は法運動において当事者が法というシンボルを通じて自身の価値が公的認知を獲得する現象、いわゆる法の象徴的機能についての議論である。③は例えばアメリカ憲法の平等保護の領域において関連の法律がそれらの理念にふさわしい表現をしているかを検討するものである (文化戦争)。④は個人の表現行為における道徳的なバイアスに注目し、そこに含まれる「メッセージの害悪」をいかに解消することが目的とする。

著者によれば、これまでの研究は法システムの運用における表現的効果の存在を示すことに成功したが、表現的行為と効果の関連性が不明確の上、法の制定者側によるレトリック戦略に過ぎない、有力な事例研究が欠けているなどの問題点も残っている。それに対して、著者は、①行動理論の立場から、とりわけ受け手の視点 (audience meaning) を導入し法の表出理論を実証的に再構成しようとしている。

各論として、本書は、フォーカル・ポイント効果と情報効果二つの側面を取

り上げて、法の表現効果について検討を試みる。第２～４章はフォーカル・ポイント理論および法システムへの応用を取り上げ、第５～６章は立法、法執行や司法における法を通じて発信行為とその効果を論じている。第７章は以上の二つの理論を総合し、仲裁過程における表現効果を検討している。最後の第８章では、本書の表出理論が法実践や法解釈へ与える示唆を展望している。

２．１　フォーカル・ポイント理論と法（第２～４章）

第２章「表出のフォーカル・ポイント効果」(The focal point power of expression) では、経済学とりわけゲーム理論におけるフォーカル・ポイントの一般理論が紹介される。ノーベル経済学賞を受賞した Thomas Scheling が最初に提示したフォーカル・ポイント理論は、多動機混交 (mixed motive) の協力型行動に着目したものである。具体的には、①当事者がお互いに協力的であり、かつ②複数の選択肢の間にはっきりしたコストの差がない場合、③顕在化した第三者の表現 (行為) は当事者の行動選択に影響を与えるというものである。著者は、法あるいは法的言説は、社会の中に広く認識されることから、一つの有力な第三者の表現になれると主張した。また、著者は、フォーカル・ポイントの理論が、必ずしも形成プロセスと内容の公平さに依存しない、つまり従来の正統化と異なる機能を明らかにしたと考えている。

第３章「フォーカル・ポイントとしての法」(Law as focal point) は、以上のフォーカル・ポイント理論を法規制の現象に適用することの試みである。その理由について、現代社会が法システムを通じる構成員間に協力できる環境を作り上げ､そして根本的な協力問題 (basic coordination problem) を解決する際、人々が政治や法システムの貢献を期待している、という。そのため、法的要素 (legal actor) は、上述のようなフォーカル・ポイントの効果を発揮しやすい、と指摘される。ただし、法の表出効果とりわけフォーカル・ポイントを実現するには四つの条件がある。すなわち、一つ目は単純な紛争ではなく、当事者の間に協力し合う部分もあること、二つ目は法規定が実質的に明確であること、三つ目は法規定が実質的に公開されていること、そして四つ目は他の有力な、かつ競争的なフォーカル・ポイントが存在していないこと、である (本書、pp62)。続いて、以上の仮説を検証するため、国際法、憲法、交通規制、タバコ規制など多領域における法のフォーカル・ポイント効果が分析される。

第４章「ダイナミックな視点から見る法のフォーカル効果」(Law`s Focal power in Dynamic perspective) では、主に法の表現効果と社会運動や習慣

(custom) を検討している。法の表出効果と社会運動について、本章ではタバコ規制を例として取り上げ、早期の法律がまず喫煙者と非喫煙者を分け、分煙のスペースを設けることにしたことに注目する。分煙に関するルールのフォーカル効果として、非喫煙者が集める場所を作り出し、意見交換など社会活動を促進し、タバコ規制をめぐる社会運動参加者の団結力を高めることがあげられる(本書、pp103－105)。また、慣習に対して、法は社会に対して辞書(dictionary)的な役となり、曖昧なインフォーマルなルールすなわち慣習を拾い上げ、「共有知」として明確させるという (本書、pp107－109)。

２．２　法の情報機能 (第５～６章)

著者が次に提示したのは、情報の提供と呼ばれる法の表現効果である。その効果とは、「法は情報を提供し、その情報が意識を変え、そして新しい意識が行動に影響する」(本書、pp136) ことを指す。具体的に、著者は、規制された行動に対する公的評価についての「(社会)態度情報のシグナリング」(attitudinal signaling)、規制された行動のコストと利益についての「リスク情報のシグナリング」(risk signaling) と違法行為が発生する頻度についての「違法状況のシグナリング」(violations signaling) 三つのモデルに分け、法と法システムの情報機能を検討する。

第５章「情報としての立法」(legislation as information) では、上述のモデルを基礎に、立法過程による社会発信とその効果が分析される。例えば、タバコ規制の場合、関連の立法プロセスは、社会構成員にタバコ規制に関するマジョリティーの意見 (「(社会) 態度の発信」)、タバコが健康に悪影響を与えることによって喫煙行為のコストと利益 (「リスクの発信」) や、一定数の人々が既存のタバコ規定を守れなかった事実「違法状況の発信」、三つの「メッセージ」を知らせることができる、と説く。

第６章「法執行での情報提示」(Revelation of information by Legal enforcement) では、司法判決や行政執行の場合も立法と同様に三つの情報発信を果たしていることが指摘される。とりわけ、刑事罰のメカニズムを理解するため、特定の行為に関する社会認識の再確認という象徴的な側面の重要性が言及される (本書、pp173－179)。ただ、情報機能の実現に関しては、明確な受け手解釈 (clear audience meaning)、公開性 (publicity) そして専門的 (expertise) あるいは多数意見 (aggregation) を反映しうる内容構成、三つの条件を満たさなければならない。

２．３　総合的応用（第７～８章）

第７章「仲裁による表出の効果」（The power of Arbitral Expression）は仲裁過程に注目し、法のサンクションと正統化の効果に依存しない、表現機能を通じての紛争処理の可能性を力説する。そこでは、仲裁人の介入自体がフォーカス・ポイントの機能を果たしており、また仲裁過程における事実の認定は共通信念（common belief）の構築すなわち情報を共有させる効果を有することが検証される。

第８章「規範論的示唆」（Normative Implication）では、著者はまず法執行において本書の表出理論が一定の示唆を与えると主張する。それは、①フォーカル・ポイント機能によれば、協力型行為と非協力型行為に対する規制手法の区別や明確なルールの提示が求められ、②情報機能の知見からみれば、日常生活に密接している法改正が社会の意識啓発に効果的であることや、公益を反映するように「見える」法改正が人々に受け入れやすいなどの知見を得ることができる。また、本書の認識論から、著者はアメリカ憲法での政教分離条項、平等条項及び遡及効の解釈を取り上げ、そこでの社会通念を実質的あるいは客観的なものではなく、法の表出効果や人々の法意識も考量に入れるべきだという立場を示した。

３　考察

長年研究の集大成とも言える本書に対しては、刊行後複数の書評が公表されるなど、早くから注目が集まった。単なる新書の紹介はあるが[1]、より具体的に内容を検証するものも既にみられる。Gulati は，McAdams の洗練された方法論や斬新な問題提示を評価したが、法の表出効果と法的サクションによる利得の計算や正統性といった従来の説明との相互関係についての説明が不十分であること、そしてインドの例を取り上げながら政府や国家法への社会信頼度や現実の立法設計など法の表出以外のファクターによる影響を指摘した[2]。Geisinger と Stein による詳細の書評では、法遵守行動を説明する第三の原理として本書

[1] 例えば Patrick Mckinley Brennan, The expressive Powers of law:Theories and Limits, The review of Metaphysics69-3 (2016):628-630。

[2] Mitu Gulati, Compliance on the cheap, The New Rambler, August05, 2015, http://newramblerreview.com/book-reviews/law/compliance-on-the-cheap.

が提示した法の表出効果を称賛したものの、彼が扱った行動理論の不完全さによって法の表出効果を予見しにくくなることを指摘し、さらに障害をもつアメリカ人法（Americans with Disabilities Act、略称 ADA）の運用を検討し、McAdams が言及していなかった「法遵守行動の可視度」（the Visibility of Compliance）すなわち法遵守の状態自体をいかに示すかが法遵守の促進に有効であるさらに法の表出効果論を具体化する[3]。いずれにせよ、本書は法のメッセージ性に関する重要な研究の一つであることは共通認識のようである。また、Geisinger と Stein の書評からわかるように、例えば実際の法現象に適用することによって、本書のアプローチをさらに発展させることも可能であろう。

ただ、本書評では、あえて具体的な立法例ではなく、McAdams が扱った法のメッセージ性（send a message）に注目して、その理論意義と原理的な問題点を検討する。こうした側面は、上述の書評に言及された彼の表出理論と現実の立法過程や法運用との間に存在する「ギャップ」を理解することに役立つと考えられる。

３．１　McAdams 理論の意義

２で紹介した McAdams の理論は、立法や司法など法実務に関わる人々の意思に拠らず、法が存在する社会に訴えかけたメッセージという法のメッセージ性について、合理的選択理論をベースに実証的かつ厳密に論証するものである。また、そのメッセージ性とは、条文または判決等法的判断の内容だけではなく、法という社会構造の在り方それ自体、そこに取り入れられている人々の行動の中にこそ凝縮されている、という著者の主張を読み取ることができる。

とはいえ、法のメッセージ性自体は新たな発見ではない。以前から、法言語学や法社会学などの研究にも類似の関心が存在している。McAdams の表出理論を把握するため、法のメッセージ性をめぐる議論の系譜を知っておくことが有益であろう。ここでは、アメリカでの議論状況[4]をスケッチしながら、

---

[3] Alex C.Geisinger=Michael Ashley Stein, Expressive Law and the Americans with Disabilities Act, Michigan Law Review114 (2015):1061-1079.

[4] 法の表出理論とは、様々な分野で、時に独立に、時に相互に関連しあって成立したものであり、ダイナミックな法のメッセージ性およびその効果を把握するのが本論の目的を超えている。ここでの学問系譜に関する検討は、あくまで大まかな整理を試みるのにすぎない。詳細な学説史を描くことは、はじめから断念する。

McAdams 理論の意義を検討してみたい。

①二つの位相のコンセプト

「法は一定のメッセージを伝達する」という社会現象に対して、アメリカの研究者が用いた表現は異なる。McAdams が本書の表題としたのは、「expressive」であるが、先行研究として第一章で取り上げられた Murray Edelman と Jeseph Gusfield が使ったのは、「symbolic」である。他に、「cultural cognition」や「cognitive reflection」という表現も見られる[5]。その「expressive」はある感情・感覚や見解を明確に公然と表明することを指し、本書ではこうした「expressive effect」を法理念への感情的反応と明言されている（本書、pp13）。「symbolic」は文字や映像など表現媒介を通じて特定の価値や理念を示すことであり、また「cultural cognition」や「cognitive reflection」も特定の集合意識にコミットする意味合いが強く、「symbolic」との考え方に近い。

「expressive」と「symbolic」とは、重なって考えられている時期が長かった。まず、1960－70年代に盛んであった社会学シンボリック相互作用論から影響を受け、法システム及び法の思考様式に含まれている特定の価値とその社会的効果が注目された。例えば、Murray.Edelman は、象徴（「symbolic」）といった概念装置を用いて、法言説がもつ「客観性」のメッセージは政治・法制度の運営を正当化する、すなわち公的議論を「鎮静」する効果があると主張した。そこで、彼は法を一種の文化現象と捉え、大衆はその伝達過程、すなわち「法的言語」が法律家・政治家の提供する神話・メタファーに対してのみ反応するようになる、と指摘した［Edelman, 1967］。そこで、「symbolic」すなわち象徴された価値はもちろん、受け手への作用についても言及している。また、Joseph R. Gusfield も、飲酒運転に関する事例研究で法をめぐる言説の「symbolic」に着目し、社会の共通知識を「アルコール関連インフォメーションの秩序」と捉え、立法に関する一連のパフォーマンスは「インフォメーションと経験的事実の実態を直接反映するものではないこと、論理的で首尾一貫した一つの世界を構築する」ものを論じ、法が持つ独自のメッセージを検証していた［Gusfield,

[5] Dan M.Kahan, *Ideology, Motivated Reasoning, and cognitive Reflection*, Judgment and Decision Making 8, No.4 (2013):407-408;Dan M.Kahan and Donald Braman, *Cultural Cognition and Public Policy*, Yale Law and Policy Review 24 (2006):149-172

1968][6]。以上のアプローチは、主に法言説あるいは法運動に注目し、そこに含まれていた価値判断を明らかにしている。

他方、1990年代以後、多文化的問題を抱えているアメリカ社会では、多文化主義という政治・社会文化の理念が浸透しつつ、それに対する抵抗から「社会的争点」ないし「文化的争点」と呼ばれる論争、すなわち「文化戦争」という現象が見られる[7]。法学者とりわけ刑法や憲法領域の学者は、こうしたアイデンティティをめぐる争い（「平等保護の問題」）に対する法・法学の解決策を検討する際、しばしば法的メッセージ性について言及している。そこでの法的メッセージ性とは、単に法言説が持つ「客観性」や「理性」の神話ではなく、そうした法言説に包まれたある特定の価値へのコミットメント、一つの表現媒体として存在すること自体において発揮する力のことである。例えば、ソドミー法のような事例は、法的な規定が特定の行為にマイナスのスティグマを付与し、行為者への社会的評価を低下させる恐れがある。つまり、法表現は必ずしも中立的ではなく、時に一定の権力・暴力性も伴っている[8]。法という「意思表現」を通して、公権力が当該社会の構成員が共有する価値観や美意識を操作する可能性が考えられる［Karst, 1990］。従来、法的作用の考察射程は、「被害者―加害者」「原告―被告」の２項関係を中心としているが、この時期になって「法の表出（表現）理論」は、第三者、いわゆる公権力の責任問題に焦点を当てていた。そうした研究関心の移行は、むしろ人々が容易に法の象徴性にのみ込まれうる

[6] 日本における紹介として、千葉正士＝北村隆憲「法の象徴的機能研究とガスフィールドの意義」『法律時報』60巻10号（1988）72－75頁を参照。

[7] アメリカにおける文化戦争の背景について、志田陽子『文化戦争と憲法理論：相剋と模索』法律文化社（2006）3－7頁を参照。

[8] その議論内容の概要については、福嶋敏明「法・政府行為の表現的次元とその問題性に関する考察―アメリカ合衆国における『法の表現理論』をめぐる議論状況」早稲田法学会誌第54巻（2004）を参照。日本の公法学者はここでの「expressive」を「表現」と訳し、この時期の法のメッセージ性に関する一連の議論を「法の表現理論」と呼んでいる。ただ、それらの議論では、メッセージの内容自体を中心に検討しつつも、こうしたメッセージがいかに社会に浸透するがという社会的メカニズムを具体的に検討していない。従って、同じ「expressive」という言葉を使っても、McAdams の理論はよりプロセスに重視したものであることがわかる。そのため、本書評では従来の「表現」という内容志向の訳語ではなく、「表出」というより行動志向の言葉が選択されている。

存在でこそ、法制度に癒着している有害なメッセージを確定し、発信源（立法者や法の執行者）からいかに排除しうるかという実際のニーズとも関係していると思われる。こうした議論は、上述 Edelman や Gusfield の研究と同様に法の「symbolic」、いわゆる価値の象徴を意識するものの、研究の対象を法規定の内容及び効果へ集中させ、法がいかなる公的な「ストーリー」を構築しているかを探求する。

1990年代半ば以後、法のメッセージ性に関する研究において、法と社会的意味（social meaning）あるいは社会規範（social norm）との連動を重視する傾向が強くなってきた。それは、憲法学者である Lawrence Lessig と Cass R. Sunstein の議論によって確認することができる。社会構築主義の立場を取っている Lessig は、個人・集団行動の産物として社会的意味の概念を用いて、法を通じて公権力（政府）が社会的意味を創出・伝達することの可能性を指摘している［Lessig, 1995］。そして、行動科学に通じている Cass R. Sunstein は、直接個人の行動をコントロールするより、法の制定力執行は社会規範や社会的意味を変え、従って個人の行動選択に一定の影響を与える効果がある、という持論を展開した［Sunstein, 1996］。同じく行動経済学の手法で法のメッセージがいかに個人の動機に作用することに注目する点から見れば、McAdams の議論は Sunstein のアプローチを発展したものともいえる。こうした議論には、法の神話性すなわち「symbolic」（象徴）の内容自体を示すより、メッセージの伝達過程に重点を置いている。ここでは同じ「expressive」を使われていても、「表現」というより、その意味合いはより「伝達」へと接近しているように思われる。このような研究系譜を踏まえつつ、法のメッセージ性に関する研究の視点は次のようにまとめられるだろう。

法のメッセージ性に関する研究視点

視点	研究分野	研究対象	研究素材
社会的意味	社会学・経済学	コンテクスト	価値・象徴
文化・制度の観点	言説分析・文化研究	コンテンツ	物語・意味形成
現象面の作動	認知心理学・行動経済学	インターフェース	知覚・行為

（著者作成）

②表出効果とその意義

上述の通り、これまで法のメッセージ性に関する研究が取り扱ってきたのは、伝統的に法的言説や決定の正当化過程などをめぐる問題群が有力的であり、法と社会の経験的研究に対してそれがどのような理論的立場を提供できるかに関する検討が少ない。また、法によるメッセージの受信効果に関する研究は主に質的な事例研究であり、集合意識の一般作用について有効な実証的手法さえ確立されていないのが現状である。

McAdams の理論においては、まさにこうした研究状況を打破することが目指されている。法のメッセージ性に関する研究の系譜から、本書の革新的な点として、以下の三つを挙げることができる。

まず、Mcadams の法表出効果論は、受け手の立場を徹底的に貫いており、法の表現内容の効果より法に関わる情報の伝達や理解の過程に注目している。「法が一定のメッセージを発信できる」いわゆる法のメッセージ性には、法を情報伝達の過程として捉えるという発想から、元々「情報の受信」という視点が内在しているとも言える。ただし、ここでの「法の受信者」は直接法規制を受ける者だけではなく、法の情報に接触できる人々も含まれる。そうすると、法の公開性という法治国の原則を背景にする以上、その「受信者」の構成は極めて複雑であり、多数かつ不確定な社会構成員の反応を直接に把握するのは難しい。従来の研究が、政治家や法律家など特定の発信者及びその言説戦略に注目することも、マスコミの言説分析を大衆言説の代用物に使うことも、こうした研究上の事情と無縁ではないと思われる。それに対して、McAdams は、発信側が意図的に持ち込む特定の価値とその受容過程という視点ではなく、他者への理解やリスク計算など人々の一般的な行動に注目し、そこで法制度の内容及び運用を通じて読み取れる多様なメッセージを抽出する手法を開発した。この理論は、「symbolic」という曖昧な概念の代わりに、行動経済学のモデルに基づき「協力行為の実現」や「情報の提供」を法機能として厳密かつ明確に提示し、法改正や法執行などの効果に関する理解を深めた。検証可能な機能論の枠組を通じて「法のメッセージ性」理論の精緻化した本書の研究は、この点で賞賛に値する。

次に、McAdams の法表出効果論は、経済学に基づく超領域的な行動パターンから、個別事例研究より広い応用射程を持っている。それは、刑事法、民事法、国際法、憲法など多様な法分野に渡る事例の分析から読み取れるだろう。これまで法のメッセージ性に関する考察は、社会的関心の高い政治運動や司法

判断の場面に集中する傾向があった。それに対して、McAdams による法表出の行動理論は、行政過程や仲裁、さらに人々の日常行動など法の事前規制に至るまで法のメッセージ性およびその効果を、一貫した分析枠組で検証してきた。行動経済学や認知心理学の学際的な成果を導入することで、法のメッセージ性が一種の総合的理論として成り立つことは、彼の理論が示唆するところである。

そして、McAdams の法表出効果論は、他人への配慮、すなわち人々の行動類型と法遵守との関連性を提示した。彼の理論によれば、法の表出効果は行動者が置かれた環境とりわけ協力傾向が強いか否か、に依存している。その指摘は、従来の議論において論じられなかったと思われる。例えば、法の象徴機能論では、逆に法は共同体価値への再確認であり、社会を再統合する機能を果たすものとして考えられている。前述の Lessig や Sunstein の表出理論においても、法には他の社会規範を変える力を持っており、社会の合意形成に影響を与えるものと捉えている。しかし、McAdams の理論では、法の介入が他の社会規範を変えるかという点に対して慎重な態度を示している。すなわち、法のメッセージ性によって行動の社会的意味や社会規範を直接変えることはできないが、メッセージの影響を受けた行動戦略の積み重ねは本来の社会規範を変える場合もある、という（本書、pp167）。その結論から考えれば、McAdams の理論は、法の表出理論を社会の合意形成に寄与する強いバージョンから、他者に関する情報の提供という相対的に弱いバージョンにシフトさせたといってもよい。法の伝達過程には、行動者の動機や法理解など複雑かつ予測困難な要素が介在しており、直接に社会の合意形成に影響を与えていくからである。その結論は、価値重視の「symbolic」からプロセス重視の「expressive」への理論的転換に拍車をかけ、今後の研究方向に一定の影響を与えるものと推測できる。

３．２　McAdams 理論の課題と展望

McAdams の法表出効果論は、従来の「法の表出理論」あるいは「法の象徴機能論」を行動経済学によって再構成しようとする野心的研究である。ただし、これまでの書評や著者が最後の結論で自ら認めたように、このアプローチに関する経験的な検証はまだ十分ではない。しかし、本書が開拓した研究領域は、単に事例の蓄積で進化を遂げられるのか、あるいは他の根源的な問題を解決しなければならないのか。以下では、「方法としての法表出効果論」及び「法表出効果の限定条件」から本書の問題点および今後の課題を簡単に敷衍する。

①方法としての法表出効果論

まず、概念使用についてである。McAdams は、先行研究における個人の法遵守に対する狭い理解を超えた、法遵守の現象自体の複雑さに寄り添う実証研究を意識している。本書は、前半部分で経済学の「フォーカル・ポイント」という抽象的な理論モデルに沿って説明し、理論の可能性を探求するが、後半の「情報機能」部分で態度、リストや違法状況への認知など日常の経験に近い社会現象を通じて理論の検証を行う、という構成になっている。しかし、前半と後半との分析概念はその性質が異なっており、議論は平行線のまま終わっている。そうした概念使用の問題点は、「サンクション」「正統性」と「法の表出効果」との対峙においても現れる。本書では「サンクション」を実際の法規定が当事者に課す直接の不利益と理解されているが、法利用者からすれば、それと「不利益」を回避するリスク評価と区別できない場合も考えられる。本書ではリスク評価を法が持っている情報（提供）機能の一つとして捉えている。そうだとすると、「法の表出効果は『サンクション』と異なる、新たな法遵守メカニズムである」という本書の主張との間に相容れなくなる。また、「正統性」とはどのような行動あるいは認知パターンを指すかについて本書の分析は必ずしも明確ではない。もし「正統性」を正しいと思われる法にコミットするという意味で使うとしたら、代わりにルールの「内面化」（internalization）という従来社会学で検討してきた議論にもつながるように思われる。前述の3. 1で述べられたように、法の表出によって従来社会構成員を法制度またはその理念に納得させる側面も考えられる。その場合、法の表出効果は、「正統性」から独立したものより、法を正統化あるいは「内面化」させる一手段として捉えるだろう。

アメリカにおける書評でも指摘された通り、事例検証が多様かつ豊富であるが、論理的一貫性が弱いというところは本書の弱点である。この点について、Robert E. Scott は、行動経済学の観点から、McAdams の理論について、規範意識に関連する変数の設定が曖昧であり、法の表出効果に関する検証は十分ではない、と指摘している［Scott, 2000］。つまり、行動経済学の立場からみれば、この理論による方法論への貢献が少ないのである。奇妙なことに、行動の一般モデルに着目している彼の議論は、方法論の普遍性や一般性を目指しているはずであるが、その結論は「記述的な（descriptive）」個別な現象に依拠する考察に止まっている。

さらに、事例の検証と理論の分析との関係にも議論の余地が残る。上述のように、法のメッセージ性に関する研究は、社会構築主義の認識論との親和性を

推測させるものであったが、それと行動科学が持つ「客観主義」の傾向との間に原理的な緊張が存在しているという疑いを拭いさることはできない。加えて、行動経済学の理論はもともと個人（当事者）間の行動選択に関心を向けており、社会意識や制度レベルの集合現象を得意とするわけではない。というのも、法に関わる人間行動をすべて「科学的」解明にできるほど行動理論は進歩していないからである。そうすると、法のメッセージ性を的確に描き出すにあたっては、出来事の主観的・社会的な意味構成に長けているナラティブ分析など言説分析と行動科学との融合が不可欠になる。行動や意味の構成に至る多様な経験的資料が扱われている本書は、方法論的解説に不明確な点がある。例えば、受け手の立場を強調してはいるもののが、受け手の動機を「正統性」、「損得回避」と「情報の影響」三つに絞る根拠はどこにあるのか、それ以外の動機は考えられないのか、または受け手はどのような現象を「法の発信」として理解しているか、についての経験的な検証が行われているわけではない。そういう意味で、理論的主張と実証研究に関する本書の記述にはやや図式的であり恣意的な部分が残されている。しかし、これは望蜀というべきである。むしろ、McAdams自身が最後で述べたように「法の作用に関するより多様な理論によって、より実証的に情報または協力行動としての法の力を検討する」ことは、彼または法のメッセージ性を研究する者の課題である。その先に、法の遵守という極めて複雑な行動に対して、さらに具体的に探る方向へと進み、これまでいない総合的な分析手法の開発も必要だろう。

②法表出効果の限定条件

本書において、McAdamsは一方「正統性」と「損得計算」という二つの異なる「法の表出効果」の存在を主張したが、他方で、「法の表出効果」を実現するには複数の条件をクリアしなければならないことも強調している。「法を理解すること」はその一つである。「フォーカル・ポイント効果」では法の内容について行動者の間に共通した理解が求められる（本書、pp236）。また、「情報機能」の場合、例えば身近にあるローカルな法改正や公益を反映する法改正、つまり行動者にとって理解しやすい法制度により顕著な表出効果が見られることも言及されている（本書、pp162またはpp172）。この２点からわかるように、McAdamsの法表出効果論は単なる法条文を公開し、その内容を認知するのではなく、行動者に対して共通の法認識を要求している。つまり、人々の法遵守の動機が異なるとしても、同様の法理解がなければ法の表出効果は発動できな

い、という。現在、多くの法治国家は法情報サービスや裁判の公開など「法の公開」を原則として定めている。しかし、本書で提示された法の公開条件は遥かにそれらの規定の想定を超え、個人（行動者）の法理解を統一させるほど強いものである。

本書における法表出効果論は、こうした明確かつ単一な法理解を求めている。果たして、そうした条件は実際に実現可能なのか。次では、「明確な法理解」と法の表出効果との関係について、四つの側面から本書で検討されていなかった課題を示す。

第一の課題は、発信者の意図と行動者の法理解についてである。それは、いわゆる3.1で述べた法の象徴機能論が想定したような例が典型である。その理論によれば、政治家や法律家の言説や法運動の PR は、言説の特徴またはレトリックを利用し、受け手の法イメージあるいは法理解を変えることができる。もしそうだとすると、各受け手（グループ）の特徴に合わせて法の発信活動を展開すれば、行動者の間に異なる法理解を作り出すのも不可能ではない。法の発信活動に関する読者･視聴者の戦略をいかに構築するかに帰結する。そして、異なる経歴や背景の持ち主である行動者に対して、大衆の法理解がどの読者層に統一されるのか、そのような手段にして実現しうるか、が問題となる。McAdams の法表出効果論において、それらの論点は検討していなかったが、受け手の特徴が法の表出効果にどの程度の影響を与えるかについてはこれから中心的なテーマの一つとなるだろう。

第二の課題は、法に関わるデータの利用可能な状況と行動者の法理解との関係である。第一の延長線にあるが、ここでは、単に発話者の言説戦略だけではなく、現在情報通信技術の高度化に合わせて法など公共データの活用ができるかどうか問題となる。近年、日本も含め世界各国では官民の情報共有が図られることによって、行政が提供した情報だけではなくそれらの情報に基づく民間の情報サービスもしばしばみられる。法条文の公開のみで人々が法の内容まで同様な理解を共有できるかについて疑問は残るが、データ分析の技術によって、可視化などの形式も含めてより理解されやすい形で法規定の内容を人々に提示することができるかもしれない。そうした状況を考慮に入れれば、McAdams が提示した強い法の公開条件は、現代社会において実現可能かもしれない。ただ、その実現過程ではまた新たな課題が浮上すると思われる。例えば、法の知識を如何に他の媒介形式に「翻訳」することができるか、その間で生じた情報

のロスを許容範囲に留める方法はあるのか、等々。

第三の課題は、社会的文脈が法理解に対して影響を与えている状況である。川島武宜における法意識論は、そのよい例である。彼は、日本人は日本社会における特有な文化や慣習に従って行動するため、国家法である訴訟制度を利用しない傾向が強いと指摘した（川島、1967）。法表出効果論の観点からすれば、川島の観察結果に関して二つの要因が考えられる。それは、日本社会の文化や慣習は当時の国家法より強いフォーカル・ポイントであるため、行動者は国家法ではなく文化や慣習のルールを選択したという説明と、当時日本の法制度は一般人にとってかなり難解なものであったことと、公開かつ明確的な法が「メッセージ」として提示することができなかったため、当時の（日本の）市民は、身近い既存の社会規範（日本の法文化）や慣習を選択したという説明、である。川島の理論は、遵法行為の理由を主に「正統性」の立場を取っているが、そこでは法の公開効果や法制度の弱いフォーカル・ポイント性が関係することを法の表出効果論から指摘できるかもしれない。もしその読み方が正しいとしたら、本書のような法の表出効果論が示した法がうまく機能する「社会」の条件は、実は川島流の問いかけにもつながる。法の表出効果論のアプローチは、これから法制度の形成とその背景に関する研究に新たな視点を与えるであろう。

第四の課題は、「曖昧」な法規定による法のメッセージとその効果に関するものである。本書において、McAdams は、法に具体的な行動や状況を公示することを求めている（本書、pp113－114）。ただ、周知のように、法規定が全て明確な行動を提示しているわけではない。

まず、行動者の裁量に委ねる規定がある。例えば、2016年５月に可決された取調べの可視化に関する刑事訴訟法の改正案（301条２の４号）は被疑者が十分な供述をできないと警察・検察の取調官が判断した場合、録画しなくてもよい「例外」規定を設けている。その場合、少ないとも被疑者がこうした条文から明確な行動指針を得ることは困難である。McAdams の議論からすれば、そうした「曖昧」な規定によい評価を与えないかもしれない。ただ、現実の立法過程において法条文を明確化させない場合も考えられる。近代の民主社会において法はある意味有権者による合意の産物に過ぎない。したがって、各利益の衝突、ある意味当該問題に関する分裂した社会の認識自体は法改正に反映されることも不思議ではない。例として、近年日本における「理念法」や「感情立法」では実務や法律学の意見より、抽象的な価値（治安維持）という合意しやすい

部分を先に法条文化する傾向が見られる。類似した法改正はヨーロッパにも確認される。Willem J. Witteveen はこうした現象を「象徴立法（symbolic legislation）」と呼び、ここには、まず「平等」など抽象的な法原則を通じて多様な価値観を包括する合意の形成を図り、さらに具体的な行動規範について議論を行う、という二段階モデルがあると指摘した［Witteveen, 2005］。「象徴立法」の発想に従えば、法の表出効果の実現には、統一の法認識を前提にする必要があるわけではなく、むしろ民主参加の一環としてあえて「曖昧な」法規定を提示することが重要である。なぜなら、こうした法改正による「メッセージ」は当該社会問題への対応の難しさを逆に顕在化し、人々の関心やそれに関する議論を継続させる可能性があるからである。したがって、強い公開条件が必要となる McAdams 流の法の表出効果論は、社会の合意形成を議論の外部に置かれているため、「象徴立法」のような法現象が果した情報機能を見落とす恐れがある。

結びに代えて

McAdams の表出理論は、法遵守という古い課題に「法のメッセージ性」という観点を加え、法過程をめぐる多様な事例を通じてダイナミックな視点から法表出効果のメカニズムを描き出している。その圧倒的なスケールはまずもって魅力的である。また、厳密な行動理論を適用することは、本書の説得力を増した。「一般人の行動」「情報」の枠組を用いたことで、法学のサークルを超え、隣接分野の研究者や市民からの反響も期待できるだろう。そのような意味で、本書のアプローチには、学際的な研究も含め豊かな鉱脈が眠っているといえるだろう。

McAdams の理論は、協力問題という前提にしながら、強い個人の情報能力や適切な法情報コントロールに依存する法遵守の実現も示唆的である。ただし、McAdams の表出理論を実現する際に、人々の法意識つまり法言説・法情報に対する態度がその効果に左右する側面を無視することはできない。この点は、まさに従来議論されてきた象徴性に関わる問題である。McAdams の法表出効果論における「理想モデル」の検討は、一見一般性の高いいわゆる法の「科学化」といった潮流に位置づけられるが、従来の研究で指摘されているような法象徴・法表現にある価値のバイアスをいかに克服するかについて注意すべきかもしれない。

参照文献

Edelman, Murray. (1988). *Constructing the Political Spectacle*. University of Chicago Press.

Edelman, Murray. (1967). *The symbolic use of politics*. University of Illinois Press.

Heagney, Meredith. (2014). *How I wrote a book:Richard McAdams*. 参照先 : The Record (Alunmimagezine): http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall14/howiwroteabook

Karst, L Kenneth. (1990). *Boundaries and Reasons :Freedom of Expression and the Subordination of Groups*. University of Illinois Law Review, Vol95, 95-149.

Lessig, Lawrence. (1995). *The Regulation of social Meaning*. The University of Chicago Law Review vol62, 944-962.

Gusfield, Joseph R. (1968). *On legislating Morals:The symbolic Precess of Designating Deviance*. California Law Review vol56, 54-73.

Scott, Robert E. (2000). *The limits of behavioral theories of Law and Social norms*. Virginia Law Review vol.86, 1620-1625.

Sunstein, Cass R. (1996). *law, Economics, &Norms:on the Expressive Function of law* University of Pennsylvania Law Review vol144, 10-11.

Witteveen, Willem J. (2005). Turning to communication in the study of lagislation. KlinkZeegers=Willem Witteveen=Bart VanNicolle, Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law, The Edwin Mellen Press, 18－24.

川島武宜（1967）『日本人の法意識』、岩波書店

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹	北海道大学大学院法学研究科教授
吉田邦彦	北海道大学大学院法学研究科教授
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
川村行論	北海道大学大学院法学研究科助教
小名木明宏	北海道大学大学院法学研究科教授
佐藤結美	上智大学法学部准教授
堀田尚徳	北海道大学大学院法学研究科助教
上向輝宜	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
張子弦	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
徐婉寧	台湾国立政治大学法学院副教授
濱口弘太郎	北海道大学大学院法学研究科助教
内藤陽	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
郭薇	北海道大学大学院法学研究科助教

平成29年１月30日　印　刷
平成29年１月31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
加藤智章

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 67 January 2017 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Bestätigung als Tätigkeit der königlichen Gerichtsbarkeit im deutschen Spätmittelalter (Teil I) ☆ ····· Masaki TAGUCHI 1
Reconsidering Reparations Issues regarding Abandoned Poisonous Gas Weapons in China (1): Based on the Meetings with Sufferers in Qiqihar ····· Kunihiko YOSHIDA 37
"Muddling through" of Modern Japanese Judges and Civil Procedure: Images in *Horitsu Shimbun* (1900-1926) (2) ☆ ····· Koji MIZUNO 47
Theory of Privacy in a Cyber Age (2) ···· Kazumasa KAKUMOTO 109
Fiduciary Duties (3): The Principles of Corporate Pensions Law in the UK ····· Takanori KAWAMURA 173
Strafrechtliche Sanktion gegen Doping im Sport ····· Akihiro ONAGI 486[1]
The possibilities and the limits of personal data protection under Japanese criminal law (5) ····· Yumi SATO 468[19]

NOTES

Compulsory Measures and Global Positioning System Monitoring in Criminal Law Cases ····· Hisanori HOTTA 428[59]
Évolution relatif au moyen de trouver des experts en France— Selon une interview M. Charrier ····· Teruyoshi UEMUKAI 382[105]
Les responsabilités et les sanctions frappant le dirigeant en cas de procédure collective en France (1) ☆ ····· Zixian ZHANG 360[127]

CASE NOTES

Note on Social Security Law Case ····· HSU, Wan Ning 241
Note on Civil Law Case ····· Kotaro HAMAGUCHI 328[159]
Note on Public Law Case ····· Akira NAITO 298[189]

BOOK REVIEW

The new theory of expressive law: Richard H. McAdams, The expressive powers of Law: Theories and Limits, Harvard (2015), 322pp ····· Wei GUO 272[215]

[ ]…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