



Title	北大法学論集 第67巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 67(6)
Issue Date	2017-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/65027
Type	journal
File Information	lawreview_vol67no6.pdf



北大法学論集

第 67 卷 第 6 号

論 説

- 中国での毒ガス兵器遺棄を巡る戦後補償問題（2・完）
—— チチハル毒ガス被害者の聞取りを受けて ——
..... 吉 田 邦 彦 1
- 葛藤する法廷（3・完）
—— 『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 25
- 中世後期ドイツ国王裁判権の活動としての確認行為（2）
..... 田 口 正 樹 75
- サイバー時代におけるプライバシーの法理論（3）
—— 私法上の問題を中心に —— 角 本 和 理 103

講 演

- 公開講演会：「近代政治学と先住民族問題」
北米先住民をめぐる「再生」と「和解」
..... ジェイムズ・タリー 256[1]
..... 辻 康夫・山田 健 訳
- 戦後日本の政治学と先住民問題 —— 反省を込めて
..... 加 藤 節 250[7]

研究ノート

- 裁判例における接見交通権と写真撮影
—— 「接見」の概念を中心に ——
..... 堀 田 尚 徳 244[13]
- フランスの企業倒産手続における経営者責任（2・完）
..... 張 子 弦 224[33]

判 例 研 究

- 刑事判例研究 岡 部 天 俊 190[67]

2017(平成29)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷	伊藤	今井	白石	岡本	小川	小川	奥田	神原	木佐	近藤	笹田	東海	白取	鈴木	瀬川	曾野	高見	高野	道幸	中村	長井	畠山	林田	林田	林田	稗貫
大	弘	道	史	龍	一	三	弘	安	茂	芳	榮	邦	高	信	和	勝	哲	研	陸	長	武	清	俊	文	文	文
行	行	行	行	憲	憲	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法
政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政
治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治
史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史
学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学

教授

藤岡	古岡	松澤	松久	松村	宮本	山田	吉田	亘理	池澤	岩谷	上田	遠藤	尾崎	小崎	岸本	桑原	児野	権左	佐藤	嶋木	城下	鈴木	曾野	空井	田口	田村	
康	弘	陽	三	三	二	克	格	己	恒	清	信	一	明	智	朝	マ	正	武	雅	拓	裕	裕	裕	正	善	之	之
民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民	民
法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	
史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	史	
学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	

*

*

*

准教授

辻	常	中	中	野	長	藤	眞	町	水	宮	山	山	山	吉	吉	吉	米	池	磯	木	西	橋	村	林	村	池	伊	岩
康	照	晶	比	子	志	耕	正	泰	浩	淳	幹	竜	哲	邦	彦	徹	雅	茂	真	惠	弘	清	壯	悠	一	隆	川	
夫	樹	兒	兒	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	
政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	政	
治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	治	
学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	

*

*

*

特任講師

郭	川	櫛	栗	小	佐	田	西	根	馬	前	村	山	山	山	李	郭	郭	郭	川	川	姜	酒	津	丁	堀
舜	力	香	輔	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	子	
法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	法	
論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	論	
度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	度	
学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	学	

*

*

*

中国での毒ガス兵器遺棄を巡る戦後補償問題（二・完）

——チチハル毒ガス被害者の聞取りを受けて——

吉田 邦彦

三、判例の概況

中国遺棄毒ガス廃棄を巡る日本政府の国家賠償（国家賠償法一条一項）に関する裁判例は以下の通りである。事案と

してみる限り、中国東北部のものが圧倒的に多いことがわかる。⁽⁹⁾ できるだけ判決例に忠実に紹介したい。責任肯否の判断は、最初のもの(①)(平成一五年九月東京地判)だけ積極的で、それ以外はすべて消極判断である(なお、以下の判決例紹介での傍線部は、新判断を示す)。

(1) 第一次訴訟：佳木斯市(一九七四年)(松花江「紅旗〇九号」の浚渫中の事故。被害者は、肖慶武、李臣、劉振起の各氏)、牡丹江市(一九八二年)(光華街の排水暗渠における被毒。被害者は、邢女俊、仲江、司明貴、孫文斗の各氏)、双城市東前村(一九九五年)(道路工事中の砲弾爆発。被害者は、齊広越(即死)、齊広春の各氏)

①東京地判平成一五・九・二九判時一八四三号九〇頁(〇)(遺棄毒ガス兵器、砲弾については、条理により、危険状態を解消するための作為義務があり、その要件は、(i)人の生命・身体への差し迫った重大な危険、(ii)結果発生 of 具体的予見可能性、(iii)作為による結果回避可能性である。そして本件ですべて認められる。中国政府に遺棄兵器の調査・回収の申出、兵器・その処理方法の情報を提供して、被害発生防止のための措置を委ねることができたのであり、本件事故の結果回避可能性があった。だから作為義務は存在し、日中共同声明(一九七二年九月)以降の、その継続的不作為は、違法な公権力行使である。一九九七年の化学兵器禁止条約発効以前でも、国際的に課される義務に違反している)。



中国毒ガス被害者事情に詳しい高曉燕・黒竜江省社会科学院副院長と日中友好協会北海道連との面会(ハルビン・昆倫大酒店にて)
(高さんは、左から3人目)

②東京高判平成一九・七・一八判時一九九四号三六頁（×）（事故発生防止の高度の蓋然性（結果回避可能性）否定（結果回避可能性については、技術的・経済的・社会的制約などのための困難を考慮する必要がある。毒ガスの中国における配備は、広範囲に及び遺棄地点は未だ特定されるに至っていない。事故防止の一般的・抽象的可能性は高まつても、これにより事故発生を防止できた高度の蓋然性があつたとは到底認められない。その意味で、条件関係が認められないとする。付言があり、「法律の解釈適用による権利救済には限界があり」、広義の戦争損害に対する補償の一環をなすものとして、財政的・政治的・外交的考慮の下に立った総合的政策判断の下に全体的且公平な救済措置が策定されることとが求められる」「本件事故の化学兵器禁止条約及び覚え書き締結前の事故だからと言って、補償の埒外に置くことは正義にかなうものとは考えられない」とする（四七一四八頁）

③最決平成二一・五・二六未公表

（2）第二次訴訟：チチハル（一九五〇年）（黒竜江省第一師範学校に、校舎建設工事中に発見されたドラム缶の液体が持ち込まれる。その化学教師が手・腕に塗布。その後研究活動は十分にできなくなる。被害者は崔英勳氏）、拜泉県龍泉鎮衛生村（一九七六年）（鍛冶職人が、廃鉄場から持ってきた鋼材の砲弾を鉄鋸で切断して刃物を作ろうとし、黒褐色の流出液体を手足に付着させる。被害者は張岩氏）、依蘭県依蘭鎮（一九八〇年）（石炭小屋建築の際の砲弾爆発事例。被害者は張喜明氏）、チチハルフルキ区（一九八七年）（中国第一重型機械集団公司での被害事故。被害者は、既に触れている李国強さん以外に、王岩松、盛淑琴の各氏）

④東京地判平成一五・九・一五訟月五〇卷一一号三一四六頁（×）（予見可能性を認めつつ、結果回避可能性否定。中国は、

平成二（一九九〇）年まで毒ガス兵器について自らの行政措置により対処してきたのであり、被告（日本政府）が、回収・保管を依頼したとしてもこれを行うか否かは、中国政府の判断に委ねられ、調査・情報伝達しても結果回避できたと認められないとする（三三二七―三三二九頁）* 時期的限定つきの判断か。

⑤ 東京高判平成一九・三・一三訟月五三卷八号二二五一頁（×）（予見可能性を認めつつ、結果回避可能性否定。一審（④）同様に、中国の合意がないからわが主権を行使できないということの他に、回収・保管業務依頼には、放置されている毒ガス兵器の所在場所、種類、数量などを具体的に記載しておらず、毒ガス遺棄場所情報を特定するまでに至っていないとして、結果回避可能性を否定する。後半の理屈づけは、②的であり、これに先行している）（毒ガス兵器が旧日本軍遺棄のものであることは推認する）

⑥ 最決平成二一・五・二六未公表（藤田宙靖裁判長）

（3）第三次訴訟（チチハル訴訟）（二〇〇三年）（四〇数名）（事実内容は、前述）

⑦ 東京地判平成二二・五・二四訟月五六卷一二号二六二五頁（×）（予見可能性を認めつつ、本件ガス兵器の発見・廃棄義務はない（本件事故時までのすべての調査は困難だとする。もつとも、チチハル飛行場付近に限定すれば発見できたかも知れないが、それを他地域より優先すべきであつたと認められないとする）。ゆえに行為義務なし）

⑧ 東京高判平成二四・九・二一訟月五九卷一十一号二七六七頁（×）（本件兵器遺棄の予見可能性（具体的可能性）はない。それが無いと、被害防止策を講じられないとする。高曉燕黒竜江省副院長の証言などからも、軍事関係施設跡地に化学兵器が存在する一般的予見可能性はあつたが、本件ドラム缶発見現場（五一六部隊自体の施設ではない）での兵器遺棄

の具体的可能性は無く、事故回避措置は執り得なかったとする（二八一八―二八一九頁、二八二〇頁、二八二一―二八二四頁、二八二五―二八二六頁、二八二八―二八二九頁）

⑨ 最決平成二六・一〇・二八未公表

（4）第四次訴訟（敦化訴訟）（敦化市蓮花泡（馬鹿溝）林場）（二〇〇四年）（同地で遊んでいた子どもが、砲弾をいじくり、手足に付着。被害者は、周桐、劉浩の各氏）

⑩ 東京地判平成二四・四・一六訟月六〇卷七号一四八二頁（×）（遺棄化学兵器による本件事故の危険についての概括的認識はあるとしつつ、その具体的危険は認識されていないとする（この判示は、具体的予見可能性の否定に類似する）。

同時に、国賠一条一項の違法性判断として、とくに化学兵器禁止条約発効以降について（それ以前は、廃棄義務の慣行を否定する）、（i）本件事故発生における過去の被害規模、発生頻度、発生原因、被害の性質、地域の自然的・社会的条件、事故防止対策の緊急性の有無・程度、それについての中国政府の認識・日本政府への要請など諸般の事情、（ii）

遺棄化学兵器処理事業の財政的・技術的・政治外交的・社会的制約の下での同種被害防止対策の一般水準・社会通念に照らし、（iii）同条約の締結国の廃棄義務規定の趣旨から、著しく不合理であったか否かが問題になるとして、否定する）

（一四八五頁、一五〇五―一五〇六頁、一五〇八―一五〇九頁）（原告の毒ガス被害を防止できなかったのは、真に遺憾なことだとはする）

⑪ 東京高判平成二五・一一・二六訟月六〇卷七号一四六二頁（×）（埋設・遺棄・隠匿の兵器存在の予見可能性はない。だから結果回避義務もない）

⑫ 最決平成二六・一〇・二八未公表

* 最決は、いずれも上告不受理決定。

四、若干の分析（法解釈論）

（一）判例の推移の整理——その後退

先に見た判例の状況を整理するならば、それは以下のような形で、遺棄毒ガスがもたらして事故補償責任について、——最初の①（平成一五（二〇〇三）年九月）判決が、積極的判断だったが——その後、どんどん消極的な立場に推移したと見ることができる。

すなわち第一に、毒ガス弾の「**危険性除去の結果回避可能性**」を否定する判断^④が出されるに至った。その皮切りは、④（平成一五（二〇〇三）年九月）（東京地判）だったが、それはこの事案が、やや古い事故に関するもので、平成二（一九九〇）年までは、毒ガス兵器の回収・管理が、中国の行政措置によるという立場だったから、日本政府のコントロール外というような判断で、『期間限定』のもので、それ以降の第三次訴訟などならば、積極的判断ということになりそうである。しかし、その後別論拠から、一般的に「結果回避可能性」を否定する論拠が出されている。それが、②（平成一九（二〇〇七）年七月）（東京高判）であり、毒ガス配備は広範に及び、「技術的・経済的・社会的制約」を考慮すると、事故防止の高度の蓋然性はないという理屈である。そしてその原型は既に、⑤（平成一九（二〇〇七）年三月）に出されている。なお、これに対して、⑦（平成二二（二〇一〇）年五月）は場所限定の方向性も示し、それならば積

極的判断もあるとする余地を残している。

さらに第二に、同じ高裁レベルで、毒ガス兵器存在の予見可能性、しかも（その一般的な可能性は肯定しつつも）具体的予見可能性はないとの立場が示された（だから、被害防止策は講じられないとする）。それが、⑧（平成二四（二〇一二）年九月）（東京高判）であり、⑩（平成二四（二〇一二）年四月）（東京地判）は、既にその嚆矢となっており、その後も踏襲されている（⑪（平成二五（二〇一三）年一月）（東京高判））。

なお、第三に、⑩判決（平成二四年四月前掲）（東京地判）は、別の違法性否定の論理を提供している。廃棄措置は、化学兵器禁止条約を受けた裁量性あるものとして、（i）本件事故発生における過去の被害規模、発生頻度、発生原因、被害の性質、地域の自然的・社会的条件、事故防止対策の緊急性の有無・程度、それについての中国政府の認識・日本政府への要請など諸般の事情、（ii）遺棄化学兵器処理事業の財政的・技術的・政治外交的・社会的制約の下での同種被害防止対策の一般水準・社会通念に照らし、（iii）同条約の締結国の廃棄義務規定の趣旨から、目下なされている遺棄化学兵器処理事業が、著しく不合理であったか否かが問題になるとする（そして本件で著しい不合理性を否定する）。

以上の、近時の裁判例が掲げる責任の消極判断の論拠を以下では批判的に検討してみたい。

（二）他の領域との不整合（例えば、医療過誤領域）

こうした動向は、他の不法行為判例、例えば、医療過誤に関する判例動向と、必ずしも整合的ではないということを示そう。例えば、第一に、過失が抽象的過失か、具体的過失か、に関しては、前者が通説ということに決着している^⑩。そして実務に即しているならば、結果の重大性は、過失の高度化をもたらし、例えば、梅毒輸血事件（最判昭和三六・二・一六民集一五卷二号二四四頁）では、医療慣行と齟齬を来すまでに、高度の問診義務（梅毒の感染の可能性ある売春婦

などと寝たかどうかについての問診義務)を課し、その問診による梅毒の損害の予見可能性、そしてその回避可能性を(あるいはそういう問診の実施可能性)などはいちいち問題にせずに、過失を認定している。

だから第二に、予見可能性は一般的なもので良いとされている(この点で、ルンバールショック死事件(最判昭和五〇・一〇・二四民集二九卷九号一四一七頁)は、因果関係の立証について、「高度の蓋然性の証明」を要するとし、一見②判決と類似する言辞を用いるが、実は毒ガス弾事例よりも、はるかに容易に認めていることに留意されたい¹²⁾)。しかも、過失の行為義務の前面化・前倒し化現象というものがあり、そうした行為義務違反の過失があれば、あとは結果(損害)の予見可能性は、一般化・希釈化されて、行為義務違反があれば、比較的容易に損害との間の因果関係はざっくり認められるという傾向がある。例えば、未熟児網膜症事例における転医義務の肯定(最判昭和六〇・三・二六民集三九卷二号一二四頁)、能書き通りの頻回の血圧測定義務違反(同平成八・一・二三民集五〇卷一号一頁)(虫垂炎手術で、一〇分毎ではなくて、能書き通りに二分毎の血圧測定義務があるとする)、抗生物質の過剰投与(同平成九・二・二五民集五一卷二号五〇二頁(顆粒球減少症の事例))で過失ありとし、その場合に副作用発生との発生機序に複雑な場合があっても、比較的容易にざっくりと因果関係は肯定する。そうした過失があつた場合の損害結果の予見可能性、ないしその結果回避可能性を厳密に問うことはせずに、一般化して積極的判断をするのである。このような判例理論と、毒ガス被害の場合の予見可能性、結果回避可能性を具体的に、厳密に要求する本件場合の立場とは、齟齬があるように思われ、同じ不法行為理論で、統一性が取れているのか、疑問である。

また第三に、場合によっては、因果関係が無くとも、いわば確率論的救済として、期待権侵害、延命利益損害として賠償を肯定するのである(最高裁は、「そのときの死」ではなかったという理屈から、同様の救済を実現する)(例えば、同平成一一・二・二五民集五三卷二号二三五頁(肝硬変患者に対するアルファー・フェトプロテイン反応測定による肝

癌早期発見義務違反）、同平成一五・一一・一一民集五七卷一〇号一四六六頁（急性脳症の事案につき、開業医の転送義務違反を説き、早期適切な医療の有無を問題にする）、同平成一六・一・一五判時一八五三号八五頁（スキルス胃癌に関する内視鏡検査による早期発見義務違反）。そうだとすると、毒ガス被害についても、より早期の発見・回収義務違反により、当該エリアにおいて回収がなされたかどうかの子細な検討をするのではなくて、少なくとも、一定の確率的救済は認めるというのが、一貫した不法行為救済ではないか。既に紹介した判例動向は、この領域において、アンバランスに慎重な過失判定をしていると言えないだろうか。そういう過失判定の齟齬に疑問がある。

（三）通時的見方

言語学者のソシユールは、通時的（diachronic）という分析手法を——共時的（synchronic）手法と対置させて——論じているが、それをここでの問題に応用してみると、戦後七〇年のタイムスパンで、毒ガス兵器に関する隠蔽・秘匿の歴史がある場合に、早い段階で同兵器の抜本的な回収・除去事業を進めていけば、廃棄・遺棄関係者のヨリ適格・詳細な証言を基礎として、周到な情報開示の下に、今よりも毒ガス被害の予見可能性・結果回避可能性は高められたはずである。⁽¹³⁾ それなのに、関係者も粗方いなくなった今になって、広大な埋設現場において、その回収義務を課することは、難きを強いて、損害防止可能性はないと判断するのは、ある種の《開き直り》ではないかとの疑問が出る（①判決でも、そのような結果回避可能性否定論（できるだけ多くの場所で、できるだけ発見されにくい方法で遺棄・隠匿し、関係書類も焼却して、年月が経てば、遺棄兵器の場所を具体的に把握できず、結果回避可能性もなくなり作為義務もなくなるとの立場）は、採用できないとの判示がある（判時一八四三号一〇三頁）。確かに、一九六〇～七〇年代の中国の文化大革命期にこうした毒ガス調査義務の遂行を求めることができるかという問題はあらかも知れないが、そこまで遡らな

くとも、せめて二一世紀の毒ガス事故が起こる前に未然に防ぐような迅速な防止義務を説いてもおかしくない。被害者サイドは少しでも早期の危険除去を求めているのであり、現下の遺棄化学兵器処理事業が最善であるとして、現状追認的に開き直る、前記第三の消極論拠にも疑問が残る（この点は、さらに後述する）。

（四）「予防警戒原則」との関係

イペリットやルイサイトなどの糜烂性の障害をもたらす毒ガス被害は、単なる皮膚損傷に止まらない、実に様々な機能障害をもたらし、決して治ることのない不可逆的で、致命的で、重篤の「不治の病」であることも、被害者に直面して、改めて思い知らされた。取り返しのつかない不治の病をもたらすゆえに、そうした毒ガス事故が生ずる前に、事前に可及的迅速な損害解消が求められるという意味で、環境法学上の「予防・警戒原則 (precautionary principle)」と類⁽¹⁴⁾の法理が要請されていると言えよう。被害者の損傷状況が得体の知れないものであるとの告白は、まさしくポスト近代的事態であり、この法理がまさに要請される局面と言える。

だとするならば、同原則に向けた予見義務・調査義務、そして結果回避義務という規範レベルの高度の設定、その引上げが求められる。すなわち、「予防・警戒原則」の法解釈学的反映として、——日仏比較法研究を通じて——損害の予見可能性・結果回避可能性を論ずる結果不法アプローチよりも、医療過誤法理として先に見たような、そこから一歩手前の「予防義務」「情報提供義務」「フォートの稠密化」(「警告義務」「追跡義務」など) (そしてさらには免責の制限など) という「行為義務違反」を論じようとする、いわゆる行為不法的アプローチが打ち出されてくることも指摘されている(今野論文)⁽¹⁵⁾のは注目すべきである。

こう考えてみると、「予防・警戒原則」的考慮が必要な毒ガスの環境被害問題において、同原則の法解釈学として諸

外国で説かれているのとは、逆向きの対応を近時の裁判例は示していることがわかる。判例で示される、事故が生ずるのを待つて事後的に対応する（救済もしない）という後追いの対応は、同原則とは対蹠的事態となっているが、それによいのかと言うことである。規範的な予見・調査義務設定が問われているのに、判例のように、特定の・具体的予見可能性・結果回避可能性を要求することはそれに反することである。例えば、⑦判決では、チチハル飛行場付近（あるいは旧日本軍五一六部隊関連施設領域）という具合に、調査場所の限定次第では、予見可能性は肯定できたとする（つまり予見可能性レベルを高める）方向性も示している。それなのに、⑧で行政上の遺棄化学兵器処理の優先順位をそのまま追認するような思考様式では、いかななものか。行政とは独立に、司法がそれに批判的に予見義務を設定するという姿勢が、三権分立のあるべき姿として求められるのではなからうか。

（五）遺棄兵器廃棄の不作為の違法性——毒ガス兵器遺棄の違法性との対比で

ところで本稿に見る裁判例では、毒ガス兵器遺棄の違法性については、ほとんど認めており（その関連の国際法として、一九〇七年のハーグ陸戦条約、一九二五年のジュネーブ議定書（わが国の批准は、一九七〇年のことである）、さらに、より包括的なものとして、一九九三年の化学兵器禁止条約（その発効は、一九九七年）であることは既に見た）、ここで焦点となるのは、その廃棄義務を尽くしていないことの国家賠償法上の違法性の問題である。

これへのアプローチの仕方として、裁判例は、二分でき、第一は、大多数の立場であり、作為義務違反があれば（そしてその要件として、（i）違法な先行行為の存在、（ii）それにより危険性・切迫性、（iii）化学兵器の埋設・遺棄に関する予見可能性、（iv）それについての損害防止の結果回避可能性が必要だとされる）、違法とするという立場であり、これに対して第二は、国賠法一条一項の違法性を絞り込もうとする^⑩判決（「第三の消極論拠」）であり、化学兵器廃棄・

回収・処理について裁量性を認め、それが「諸般の事情、諸制約、廃棄義務の趣旨から著しく不合理か否か」で、その違法性を判断するという立場である。後者の立場だと、前者よりも現状追認になり、それに対するチェックの度合いは弱まる。(なお、学理上の議論として、不作為不法行為について詳細な研究をされた橋本佳幸教授を中心に、類型的整理がなされている。それによれば、第一に、「危険源関係型」として、法益侵害が危険源からの因果系列として生じ、加害者がその危険源を放置した場合であり、第二に、「法益関係型」であり、加害者が法益侵害を放置する場合で、法益侵害が加害者の支配領域で生じ、その法益保護・救助を懈怠したという場合である。そして潮見佳男教授は、これを受けて、「危険源創設の先行行為型」と「危険源の支配管理型」とに分けられる。⁽¹⁶⁾ここではこの点は深入りしないが、本稿で扱う、遺棄毒ガス弾廃棄の不作為不法行為の類型としては、さしあたり前者(危険源関係型、危険源創設の先行行為型)と考えて、論を進めることにする。⁽¹⁷⁾)

考えるに、本件の場合の被侵害法益の重大性に鑑みて、アプリアオリに(その実質的論拠なしに)国の不法行為ならば、違法性が制限されると考えることには疑問があらう。これは国賠法一条の違法性判断一般にも通ずる問題であるが、近時の重要判決(例えば、最判平成一六・四・二七民集五八巻四号一〇三三頁(筑豊じん肺訴訟)、同平成二六・一〇・九民集六八巻八号七九九頁(泉南アスベスト訴訟))では、「著しく合理性を欠く」という用語をもちいても、「著しい」との絞り込みは枕詞的に、規制権限不行使の違法性を述べていて、制限的な絞り込みをかけておらず、規制基準の設定も個別具体的ではなく、相当に抽象的であり、⁽¹⁸⁾このようなアプローチが望ましいであろう(国の責任ならば、あまり説明もなしに、二分の一とか三分の一になるといふ発想は、理解しがたいが)。本件のような深刻な環境被害の場合には、先に紹介した医事法類似の行為義務の前面化アプローチが望ましいことにも確認しておきたい。そういう意味で、⁽¹⁹⁾判決の論理は批判的に見られるべきだろう。

この点で、行政法研究者の見解を見ると、「危険管理責任における不作為の違法性要件」の議論を利益考量的に飛躍させた遠藤博也博士の研究以来、(i) 被侵害法益の重大性、(ii) 予見可能性、(iii) 回避可能性、(iv) 期待可能性をメルクマールとしており、(iv) の考量は、(i) に対応するところがある⁽²⁰⁾、本稿に見た裁判例の多数のアプローチと対応することがわかる。そこで違法性に制約が加わるとしていたのは、「私人の権利自由尊重との関係で回避可能性が制限される場合」であると、遠藤博士は指摘され（しかし法益保護の期待要件から、高度の予見・回避義務が課せられるともいわれる⁽²¹⁾）、さらに、芝池・宇賀両教授は、被規制者がいない「二面関係」の場合には、被規制者の利益考慮の必要が無く、不作為の違法性が認められる場合は広いと述べられることにも、留意しておきたい。

こうして考えると、遺棄毒ガス廃棄処理作業には、それに伴い不利益を被る被規制者がいるという意味では確かに「三面関係」的側面があるが（これも⑩判決が指摘する⁽²²⁾）、被侵害法益ないし廃棄への期待可能性はそれを凌駕するほど大きく、こうした居住福祉の根本を揺るがす環境問題に、被規制者の住民が不利益を盾に強く抵抗するとは思われない。また化学兵器埋設情報の収集などの調査義務を課することにより、被規制者の不利益を軽減することもできるのであり、安易に裁量性を強調して行為義務違反の違法性を消極に解することはできないものと思われる⁽²³⁾。

（六）化学兵器禁止条約と民法（不法行為法）との関係

日中間の化学兵器廃棄問題は、国際的問題であるので、これに関する民法と条約などの国際法・国際人権法との関係も前提問題として考えておく必要があるだろう。とくに裁判例で対立があるのは、化学兵器禁止条約の発効前は、民法（不法行為法）上の兵器廃棄義務があるのかどうかという点であり、①判決（平成一五（二〇〇三）年九月）（東京地判）はそのような国際法的な義務があるとしたのに対し、⑩判決（平成二四（二〇一二）年四月）（東京地判）は意識的に、

国際法的に法実証主義的に否定したので、論点が顕在化した（この点は、とくに第一次・第二次訴訟が、発効以前の事故なのでこの点が切実な論点となるが、多くはこの点は、①の立場に依っているのだろう）。

考えるに、化学兵器禁止条約を締結しない国ならば（目下（二〇一三年一〇月時点で、締結国・署名国は、一九二ヶ国で、非署名国は、北朝鮮、エジプト、ウガンダなどごく少数である）、反対解釈で廃棄義務を負わないと解することもある）も可能であろうが、問題は、締結した場合に、⑩判決の如く、これを創設的に考えて、それまでは何らの廃棄の義務を負わないと考えてよいかである。この点はやはり多くの判決例の如く、化学兵器禁止条約の締結とは別に、不法行為法上の義務として廃棄義務を考えるべきであろうし、既に一九〇七年のハーグ条約以来の国際法蓄積からの付度として、同様の国際法の慣習があると捉えるべきであろう。ともかく民法の規範問題として現状の化学兵器処理事業などとは別途に義務違反を論ずるべきである。関連することとして、一九九〇年の中国からの処理要請、一九九一年以降の日中政府間協議、そして一九九九年の日中間の遺棄化学兵器廃棄の覚え書き、二〇〇〇年度以降の日中遺棄化学兵器処理事業などは、一応の指標とはなるであろうが、被害者サイドからすれば、もっと早期の救済要請があったことも事実であり、そうした現実交渉ゆえに、それに自己満足的に、何らの不法行為法の責任も生じさせないというのは、おかしいことであらう。

以上を要するに、法解釈論として、遺棄責任に消極的な近時の裁判例に対して、批判的に議論を展開することは可能であると考ええる。とりわけ、遺棄毒ガスによる事故は、近時の現在にも繋がる深刻な不法行為事故として、戦争補償とは区別して、法解釈論的に不法行為法上の保護を与える可能性は、①判決が切り拓いたとおりであり、他の不法行為事例と同様に、損害の予見性、結果回避可能性の規範的レベルを、深刻な環境被害に求められる予防・警戒原則に忠実に

高めていけば、積極的判断はおかしくないと考える。

五、法政策的展開の必要性

（一）「法政策訴訟」裁判例のディレンマとその今後への方向性

しかし以下では、上記の法解釈論とは別に、法政策的には、無過失責任措置の可能性はある。裁判例で責任消極の判断を下した裁判官でも、②判決（平成一九（二〇〇七）年七月）（東京高判）の小林克己裁判長が、「付言」として、「広義の戦争損害補償の一環をなすものとして、総合的政策判断として全体的且公平な救済措置の策定が求められる」とし、「日中覚書締結以前の事故だからとして、補償の埒外に置くことは正義にかなうものではない」としていることが重要であろう。考えるに、法規範というものは、通常は、「裁判規範（評価規範）（事後規範）」と「行為規範（事前規範）」とが、一体をなしているのだが、分けて考えてみるのが便宜だろう。²⁴すなわち、消極的判断を下した裁判官は後者（行為規範）を主たる懸念事項として、《果たして現になされている遺棄化学兵器処理事業以上の行為義務を課することが实际的に可能なのか》という形で、問題を立てたのではないかと推測される。（因みに、《法と経済学》においても、主にこうした事前的行为規範に関心は注がれる。）無意識的であろうが、法政策志向が前面に出る国際問題訴訟の特質としては、往々に事前的行为規範、行為指針に囚われるのであろう（そういう意味でも、遺棄兵器訴訟は、平井宜雄博士が言われる「政策志向型訴訟」²⁵である）。

しかし皮肉なことに、これが不即不離なものとして、裁判規範（評価規範）と直結してしまい、重篤な被害者に対する不合理的な救済拒否を導いてしまったのである。前記付言は、偽らざるディレンマの告白であり、それならば、いっそ

のこと本稿のように事後規範に忠実な被害者保護を貫徹しようのにはと思われるが、日中関係の国際的現場が、慎重さを招いているのだろう。しかし個別的な被害者との関係では、矯正的正義に忠実に無過失責任対応することも十分に考えられてよい。つまり、遺棄兵器処理事業のペースとは切り離して、被害者保護の迅速な貫徹を行うことで、立法的な対応でも、外交的な対応でも、こうしたことは急務であろう（この点で、西埜教授は、今村博士の見解を引きつつ、危険責任（結果責任としての無過失責任）の余地を説かれている⁽²⁶⁾。法解釈論としては、やや無理があると思われるが、目指す方向は、ここに説くことと、大差ないと思われる）。

（二）今後の人道的支援の充実の必要性

本来ならば、国家責任の問題なので、政治主導での被害者保護立法が望ましいが、わが国の補償問題への構造的取組みの遅れも関係してか、遅々として進んでいない。二〇〇三年のチチハルでの事故だけを個別に取り上げて、三億円支払の対応で終わりとするなどと言うことも、理解に苦しむことである。

こうした遅れに対応してか、今後は、草の根の救済基金の充実も求められるところである。この点でとりわけ、NP O法人「化学兵器被害者支援日中未来平和基金」（代表理事小野寺利孝弁護士）が設立された（二〇一六年三月）ことは意義深い（既に、二〇一四年一〇月二八日に設立合意がなされ、翌二〇一五年八月一四日に設立調印がなされていた⁽²⁷⁾）。

六、むすび

結びとして確認しておきたいのは、遺棄毒ガス事故に関わる不法行為責任は、戦争補償の一環であるが、それが近時

の現在進行中の不法行為事例であり、その法的・道義的補償責任は切実且緊急性が高い。それなのに、わが司法は十分に救済要請に答えておらず、立法的・外交的救済も頓挫しているということである。しかも、わが国民の一般的認識度・関心度も低い。

この点で、一九四四～四五年に自ら学徒動員として大久野島（毒ガス島）で働いた、岡田黎子さんは、昭和天皇の死を契機に、自ら気球製造、そして間接的に毒ガス製造に関与したことへの道義的責任意識を痛感されて、ご自身の絵画を通じて、この問題の意識喚起に尽力されていることも貴重であろう⁽²⁸⁾。

これまでしばしば触れたように、被害者からの聞き取りからわかることとして、不治の病に対する新薬の入手などで財産蕩尽し、救済状態である被害者も少なくなく、救済要請は深刻である（日本でも、大久野島での毒ガス製造関与者など類似的被害者はいるが、そこでは一定の救済制度があることとの対比でも、アンバランスである）。従って、毒ガス被害の補償のタイプとしては、——J・トーパー教授（ニューヨーク市立大学の補償社会学者）⁽³⁰⁾の分類によるならば、——経済的補償（economic reparations）であらう。慰安婦の場合の問題が、象徴的補償（symbolic reparations）であり、経済的救済の必要というより、補償・謝罪の誠実さ、その前提となる過去の不正義事実の加害者の認識態様が一番問われているのとは、やや事情が異なる。



玄関先にて。岡田さんの両側は、同行してくれた今野正規・水野吉章准教授（関西大学）



岡田黎子さん宅を訪ねて
（2016年9月）

被害者救済においては、わが国が、第一次的責任を負うことはいうまでもないであろうが、中国側の協力態勢も気になるところである。眼前にこれだけ苦しむ被害者がいるのに、他人事の如く扱うのではなく、まずは肩代わりの救済し、その後は、求償的に連携態勢で被害者とともに、日本に要求するということもあつてよいであろう。被害者に対する社会的差別なども、中国社会の問題でもあることから、中国サイドの事態進展の努力も必要である。

確かに中国での遺棄毒ガス弾 砲弾処理は、気の遠くなるような重要案件である。この点で、アメリカの類例として、遅まきながら、ラオスにおけるアメリカの砲弾処理に関する責任について、オバマ大統領は、向こう三年間で、九〇〇万ドルの砲弾処理への支援の約束をした（九月六日）⁽³¹⁾ ことも報ぜられている。こうした国際的補償の気運の高まりとともに、国際的圧力を日本政府にかけていくことも求められるかも知れない。ともかく、物的処理事業の必要性とともに、既に生じてしまっている深刻な人的被害に対する救済もせずに、放置していることの問題の重大性への意識喚起を進捗させていくことは急務であろう。

(9) 事実関係については、各裁判例の事実認定が参考になるが、高・前掲書（注5）も詳細で参考になる。なお本稿では、固有名詞を伏せていないのは、こうした書物で、毒ガス問題研究関係者には、周知のことだからである。

(10) 例えば、幾代通〔徳本伸一補訂〕不法行為（有斐閣、一九九三）四〇頁など。この論点に関わる文献もあるが（例えば、柳沢弘士「ケメラの民事不法理論（一）」（三・完）日本法学三一巻一号、二号、四号（一九六六・六七）、あまりそういうところにこだわるのは、ドイツ法学的所産ともされる（例外は、石田穰・損害賠償法の再構成（東大出版会、一九七七）三二頁）。

(11) この分析の代表的なものとして、例えば、平井宜雄・損害賠償法の理論（東大出版会、一九七四）四〇三―四一二頁参照。

(12) 服部麻里子・自治研究八五巻一〇号（二〇〇九）一四七一―一四八頁も、ルンバール判決の立場に立つならば、②判決と

は逆に、「高度の蓋然性」(結果回避可能性における条件関係)は肯定されるべきだとする。

- (13) この点で、毒ガス兵器遺棄・隠匿という先行行為により、積極的な危険状態を作り出した事情から、結果回避可能性の判断は、抽象的レベルに設定されるという見解(人見剛「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟における作為義務(結果回避義務)について」法時七六卷一(二〇〇四)四八頁、西荻章・判例評論五四七号(二〇〇四)二七頁、藤澤整「遺棄毒ガス・砲弾被害訴訟東京高裁判決の問題点」週刊法律新聞一七三〇号(二〇〇七)二面など)も、同旨であろう。

- (14) この義務の生態系を意識した新たな環境法学(緑の所有権)との関係で、また哲学的には、近代の科学主義・合理主義・法知主義を超える法理的意味を持つことについては、さしあたり、吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開」新・損害賠償法講座二巻(日本評論社、一九九八)同・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)四二頁以下、とくに四四〇頁以下(なお、本論文は、淡路剛久ほか編・リーディングス環境二巻権利と価値(有斐閣、二〇〇六)にも収録)、同「法主体の再検討」法社会学六四号(二〇〇六)同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」(有斐閣、二〇一一)三七五頁以下参照。同・不法行為等講義録(信山社、二〇〇八)七五頁以下も参照。

- (15) 今野正規「リスク社会と民事責任(三)」北法六〇巻三(二〇〇九)九一八―九四五頁、「(四・完)」同六〇巻五(二〇一〇)一三一―一三三七頁参照。なお、行為不法的アプローチについては、潮見佳男・民事過失の帰責構造(信山社、一九九五)九〇頁以下、二七六頁以下、吉田邦彦「過失の意義と因子——大阪アルカリ事件」民法判例百選Ⅱ債権(五版補正版)(有斐閣、二〇〇五)一六二頁(この叙述を始めたのは、三版(一九八九)である)など。

- (16) 橋本佳幸・責任法の多元的構造——不作為不法行為・危険責任をめぐって(有斐閣、二〇〇六)五九頁以下、潮見佳男・不法行為法Ⅰ(信山社、二〇〇九)三四七頁。

- (17) この点で、第三次訴訟(チチハル訴訟)で、最高裁に提出された淡路剛久教授の「意見書」では、戦後の遺棄兵器廃棄を巡る日中交渉及び被毒事故の累積の過程で、後者(法益関係型、危険源の支配管理)の側面も加味されて、作為義務(予見義務)は高まるとの見解を示されて、具体的予見可能性を要求する⑧判決を批判されており、貴重である(同意見書五頁以下、一一頁以下参照)。なお、意見書をお見せ下さった同教授のご厚意に感謝申し上げます。

- (18) この点は、例えば、下山憲治「アスベスト国賠訴訟と規制権限不行使の違法判断に関する一考察」環境法研究四号(二〇一六)六九―七三頁参照(予防的・事前警戒原則にも触れる)。

- (19) 遠藤博也・国家補償法上巻（青林書院新社、一九八一）二一九頁、三七七頁以下、同「危険管理責任における不作為の違法要件の検討」北法、三六卷一―二合併号（富田追悼）（一九八五）四六四頁以下。
- (20) 例えば、芝池義一・行政救済法（三版）（有斐閣、二〇〇六）二五六頁以下、宇賀克也・国家補償法（有斐閣、一九九七）一五四頁以下、同・行政法概説Ⅱ（三版）（有斐閣、二〇一一）四一三頁以下。
- (21) 遠藤・前掲（注19）四七六頁、四七九頁。
- (22) ⑩判決では、遺棄毒ガス処理という公権力の行使には、広範囲の住民の立ち入り禁止措置を伴い、そのための住民の理解が必要で、そうした事故防止措置を早急に実施すべき顕著な危険性を（具体的に）認識できたと認められないと、違法性限定に作用させている（訟月六〇巻七号一五〇八頁）。しかしこうした居住福祉の根本問題で、住民の理解取り付けの不利をあまり強調するのは、現実と反するというべきである（現に、例えば、第四次訴訟が関わる敦化の事故後には、速やかに毒ガス弾回収作業はなされているのである）。
- (23) 因みに、翁長雄志沖縄県知事による辺野古埋め立ての承認処分取消し（公有水面法四条一項一号、二号）に関する不作為の違法確認訴訟（地方自治法二五一条の七）に関する福岡高裁那覇支判平成二八・九・一六（多見谷寿郎裁判長）は、「裁量の衣を取り払って」の裁判所の審査権限を主張して、翁長知事の取消処分の違法性を論ずる。しかし米軍基地建設のための埋め立て承認・取消しの可否という裁量性の高いマターでの違法性判断と、本稿で扱った深刻な権利侵害がなされている場合の違法性判断とは、裁量性への接し方は真逆ではないかと思われる。（なお、その上訴審最判平成二八・一二・二〇（鬼丸かおる裁判長）は、「元の承認判断が違法・不当と認めなければ取り消せず、その意味で問題がないのに取り消したのは違法だ」として、原審のような辺野古移設の是非判断を行わずに、その結論を支持し、辺野古移設承認を確定させた。）
- (24) これに関する分析の端緒としては、新堂幸司・民事訴訟法（筑摩書房、一九七四）三二頁。また内田貴「民事訴訟における行為規範と評価規範」新堂幸司編・特別講義民事訴訟法（有斐閣、一九八七）三頁以下参照。
- (25) これについては、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇）同・不法行為法理論の諸相（平井著作集Ⅱ）（有斐閣、二〇一一）一五五頁以下。
- (26) 西莚章「日本軍毒ガス・砲弾遺棄被害と国の責任」法政理論（新潟大学）三四卷一―二合併号（二〇〇一）二三頁以下、

同・判例評論五四七号（二〇〇四）二八頁。引用されるのは、今村成和・国家補償法（有斐閣、一九五七）一二八頁以下（戦争災害補償などの危険責任）である。

(27) さしあたり、日中友好新聞二三八〇号（二〇一六年三月二五号）一面参照。

(28) 岡田黎子・大久野島・動員学徒の語り（毒ガス島歴史研究所、一九八九）、同・子どもたちの太平洋戦争（富士写真館、二〇〇九）（合冊版が、同・絵で語る子どもたちの太平洋戦争——毒ガス島・ヒロシマ・少国民（文芸社、二〇一三））がそれであり、今では、大久野島を語るもので、岡田さんの絵を引かないものはいくらでもある。彼女（八七歳）は、当時の大久野島（毒ガス島）での学徒労働の「生き証人」としても貴重であるので、その聞き取りから注目すべきことだけでも記しておこう。

第一に、労働環境であるが、秘密労働だからといって、同島に隔離的に居住させられたわけではなく、毎日自宅（幸崎能地所在の善行寺）からの通勤で（但し、忠海に寄宿舎もあった）、八時間ほどの労働で、長時間の奴隷労働（強制労働）というものではなかったとのことである。しかし島での労働は、秘密事項とされ、秘密厳守は、家族間でも同様だとされた。第二に、毒ガス製造の工具の労働とは峻別されていて、何が製造されているかの認識はなかった。但し、製造工程内部を瞥見することはあった。第三に、一番大変だったのは、ドラム缶に入った貯蔵毒ガスの大三島への疎開であり、一日一三回往復（距離にして延べ一六キロ）（保管庫から栈橋まで）させられたときだが、白い軍手をはめての駆け足作業で、軍手は肌に触れないように忠告されて、学徒に関してはそれほど深刻な被毒災害は大久野島サイドでは起きなかったが、疎開先の大三島での動員学徒の上級生には、安全教育がそれほど徹底しておらず、そこでの被毒被害には、深刻なものがあつたようである。第四に、ドラム缶の中に猛毒があるとの認識はなかったようであり（ただならぬものの製造というくらい認識）、疎開作業以外の大きな仕事としては、発煙筒作り、そして気球作り（それをアメリカに飛ばして、被害をもたらすことで、現に作った気球によるアメリカでの被害はあつたようである（一九四五年五月のオレゴンでの被害など））があつた。しかしそれでも、労働従事者のほとんどは、慢性的気管支炎にはなっており、さらに入市被爆もあり（原爆投下後の救護活動による）、下痢・微熱・出血は日常茶飯事だったとのことである。他方大久野島の毒ガス製造の工具の方の被害状況はもっと深刻だったとのことである。

(29) 一九五四年二月ガス障害者救済のための特別措置要綱（蔵計二八〇号）（公務傷病年金・一時金、災害年金者遺族一時金、

療養費の支給、健康診断の実施) による (この場合には、毒ガス障害者についての被害者の立証が必要)。さらに、二〇〇三年一二月に、毒ガスによる健康被害者への医療補償を行っている。例えば、辰巳・前掲書(注2) 一三〇頁以下(ガス障害調査委員会における認定を巡る諸問題の指摘は、一三四―一三六頁)。

(30) See, John Torpey, "Making Whole What Has Been Smashed": Reflections on Reparations, 73 J. OF MODERN HISTORY 333, at 335(2001); do. ed., POLITICS AND THE PAST: ON REPAIRING HISTORICAL INJUSTICES (Rowman & Littlefield Pub., 2003) 10; do., MAKING WHOLE WHAT HAS BEEN SMASHED (Harvard U.P., 2006) 54.

(31) Mark Landler, *Obama Acknowledges Suffering Caused by America's Shadow War in Laos*, THE NEW YORK TIMES, September 7th, 2016, A6 (ラオス訪問中のオバマ大統領は、九月六日にラオスにおけるアメリカの秘密戦争を表に出し、それによる苦しみ・犠牲を承認することに、皆さんとともに進めていきたいと述べた。ベトナム戦争時には、二〇〇万トンもの爆弾をこの国には落とし、それは、ドイツや日本に対して落とした以上のものであり、ラオスは、国民一人あたりでは、もともと爆弾を落とされた国である。村々や谷は爆弾で消されたところもある。限らない市民が殺された。その原因や意図はともかく、無幸の人々は多大な被害を受けた。サフラン色の服をまとう仏教僧侶も入り交じる一〇七五名の聴衆に『我々は今、これを記憶することが大事なのだ』と述べた。大統領は、爆弾に対して、公式謝罪はしなかったが、しかし『関係和解の精神から』ラオス支援を倍増させて、今後三年間は、年間三〇〇万ドル当てて、不発弾の爆弾廃棄に努めると述べた。こうした爆弾は今なお野や村に埋設され、何千もの子どもや農夫などを殺害し不具にしている。かくて、この日アメリカは東南アジアにおけるアメリカの戦時中の負の遺産を大統領の今後の支援に繋げることとなった。そしてこれは同大統領のキューバやミャンマーへの新たな交わりの序章開拓とも通ずる)。さらに、マッテオ・ファゴット「オバマ過去の清算、ラオスに残る傷——オバマ演説でも住民の怒りは消えずベトナム戦争時の大規模爆撃が残した米軍による一億発近い不発弾の被害は続く」ニューズウィーク日本版三一巻三六号(通巻一五二三号)(二〇一六年九月二〇日号)二八―二九頁(一九六四―一九七三年に米軍はラオスに二〇万トン以上の爆弾を投下し、CIA主導の下に、極秘作戦としてなされた。北ベトナムへの補給路を断ち、共産ゲリラを掃討するのが目的だった。人口六八〇万の貧しい内陸国ラオスは、「人口一人あたり世界で最も多くの爆弾を落とされた国」だ。そして投下された爆弾の内の三分の一が不発となり、毎年平均五〇〇人が不発弾の被害に遭っている。バラク・オバマ大統領は、米現役大統領として初めてラオス訪問し、今後三年間

の不発弾除去、リスク啓発に九〇〇〇万ドルの拠出を発表した。しかし爆撃当時の一日あたり一八〇〇万ドルかけた爆弾投下（インフレ調整した現在価値）に比べたら、微々たるものだ。現在の撤去ペースならば、二〇〇年以上かかる）も参照。

葛藤する法廷（三・完）

——『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、六七巻五号)

(以上、本号)

四章 裁判官の理想と現実⁽¹⁾

訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための職権の介入は、明治民訴法期の『法律新聞』においてポジティブにとらえられていたが、はたして当時の裁判官は高い期待を寄せられるに足る存在だったのだろうか。本章では『法律新聞』記事に見られた裁判官への批判を素材にして、裁判官の実態を検討してみたい。⁽²⁾

一 裁判官の「非常識」

大正初期までの『法律新聞』においては、裁判官の「非常識」がキャンペーン的に強い批判の対象とされている。今日の裁判官は学校で学んだ外国由来の法律や、机上のハイカラ的新学説をいたずらに振り回している。法律の理解が形式的で、機械的解釈をおこないがちである。国情民俗の実態にあわせて法律を適用するのではなく、実態を無理やり法律に適合させようとしている——「非常識」とはこういうところだろうか。^③

(1) 学理偏重

大正民法改正のキーマン・松岡義正について、○明三七・四・一五 弁護士控所に於る東京控訴院各部長の評判の酷評をみよう。

「元来君は仏蘭西法出身の法学士であつたが、卒業後大に悟了する処があつたか急に独法に指を染むることになつたは、抑々君の出世を早からしめた。…ナポレオンコードの蒼苔厭う可しに引換え、日進開発の論理を経緯したる独法を学得（？）して以来、天狗は独り弁護士に対するのみでなかつたことは、同勤の陪席若しくは同輩も一様の觀察であつたらしい。勿論デルンブルヒは大学での教科書先ず之れを讀過した後古い本だが、差し向きゾツフェルトやガアープの民事訴訟法を繙読して我邦民訴の由来を訪ねて大に悦に入り、盛んに法廷に於て形式をむつがッたは蓋し此時代であらう。松岡君の白州に被告は五割方贏だとの噂は、君が民訴研鑽の資料に贅せられたる原告方の不幸を意味し…後日の大成を期しての所存が、折々裁判そつち除けに書籍を訟廷に縋て居つたは、君の脱帽の癖と共に目障りであつたに過ぎない。…一体近頃の裁判官には裁判を弄ぶの弊があつて、自分の頭脳が余りよからぬ処へ無暗に独逸書杯^{など}を注ぎ込み、四通八達の達路^{みち}に迷うて法律学を此上なき洪難のものと心得、法廷に望むや髣髴たる理論を夢みて、ヤレ貸金？貸金では分らぬ消費貸借？ナニ預金？消費貸借かと得意がり、法廷はテクニカルに言語を交すべきものの如くに考え、テクニ

カルならざるものは丁稚小僧の疾く了解することさへ、一々問題に上せて奇論妙説を闘さんとするの習癖あるは、慨わしき事の極みである。松岡君が：徐に問答を始めると：法学生の討論会か但しは口述試験の推問と云う体裁があつたは、裁判に熱心と言わんより、寧ろ攻学に氣を取らるると云う方が適当らしく見ゆるは、甚だ残念である」。○明三九・九・二五 大審院判事柳田直平君談片 は明治九年の出仕生徒（司法省法学校の速成科のこと）として養成を受けた柳田の談話である。自分が学校を出た時分は、資格の有無に関係なく希望するものは裁判官にズンズン採用され、今と比べれば法律の知識は実に幼稚だったが、「其割合に事実裁判をすると云う上に於ては、今日と較べて敢て法律の進歩が違う程には其結果が違わなかつたように感ずる」。その後「法律学の研究が盛になつた結果として、又裁判が法律一遍に傾いてしまつて、どうも事実の真相を鑿つと云うことが十分に届かぬ傾向を生じて来て：」と回顧している。

法律家の卵たる法学生についても辛辣な批判が見られる。ある者たちは、教師に吹き込まれた難解な法理学説の暗記を重んずるばかり、簡単な法文さえ忘れてしまふ。逆に他の者たちは法文ばかり重視し、些細な法文の欠点不備を知れば熱を上げて議論する。「前者は本郷辺「東大」の学生に多く、後者は神田辺「私学」の書生に多きが如し」。

それらの法律・学理がわが国の社会が自ら生み出したものでなく、輸入品であることも批判される。英国民が法律を自分たちの共同生活の自然の条件と考えているのに対し、わが国民は明治以降新法典が沢山できてしまふも多くは外国法からとられたためか、法律はお上から与えられるものと考え、裁判官もいきおい法律が社会を生み出す、法律で社会を導こうとする始末である。フランスにおいてはまず私権が発展し、そこから政権「公権のこと？」が発達したゆえ、私権の保護尊重が重視されているが、日本の判事は学校で機械的に法律を学ぶだけであり、法律の真精神を会得し私権を保護するという考えが毫もみられない、とも批判される。条約改正のために、自分たちの法律が日本に急速に導入されるのを見ていた、外国人の目にはどう映っていたらうか。日本の裁判所の「裁判は法文に拘泥して形式に流れ、事実の

真相をあやまるものあり。：日本の司法官は法律を暗唱したる学生にして、法理を咀嚼するの精神を有せざる者なれば、彼等に訴訟の判決を請うも蓋し無益の業なり」。甚だ無礼な言ではあるがわが司法官も猛省すべき、とまとめられる（〇明三四・八・一九 我裁判官に対する外人の批評）。こうした認識は以下述べる、法の形式的適用と社会の実態からの乖離に対する批判へとつながることになる。

(2) 法の形式的適用と現実からの乖離

法律の理解・適用が形式的なものであるために、「常識からは受けいれがたい」解釈・判決が下され、実害が生じていると激しく非難されている。〇明四一・一二・五 法律の害用と執法者の注意 判事松沢常四郎君 は、貸金の担保として行つた養子縁組（芸妓の抱主と芸妓、高利貸と債務者の娘）を有効としたり、雇用契約の違約金特約に基づいて製糸業者に対する工女の賠償責任（親に渡した手付金の二〇（五〇倍）を認めたりするのは（民法四二〇条一項・三項）、縁組届や契約証など表向きのみ立派な証拠にとらわれた、上滑りの判決だと厳しく非難する。「僅に壹円や貳円の手付金のために、二三十倍乃至五十倍の違約損害金を契約すると云うが如きことは、常識を以ては想像の出来ないことであるし、且つ其契約証書は何れも不動文字の印刷物なる点より考うるに、其間何等かの消息があるのではあるまいか。：工女の父兄の無識なるを利用し、単純なる手付金の受領証なりと詐り、読聞を為さずして署名捺印を為さしむるのではあるまいか。：執法者のより以上の深切と努力とは、当事者の適切なる立証と相須ちて、之を救済することが出来ようと思う」。

大正初期にかけてキャンペーン的に取りざたされたのは、裁判官の商事実務への無理解であつた。とりわけ約束手形の記載ミスめくり、裏書譲受人「下谷商業銀行」とその次の裏書譲渡人「株式会社下谷商業銀行」を同一銀行と認めない、振出地を「何区何町何番地」とのみ記載し「東京市」の記載を欠くものは無効とする等の判例に、実業界が大混

乱をきたしているといった多数の批判記事が一時期見られた⁽⁸⁾。手形以外でも、仮登記抹消請求事件で訴状の一定の申立及び原因には「築地三丁目」、口頭弁論では「築地二丁目」と述べたため、同一物でなく訴の原因の変更に当たるとして原告を敗訴させたり、金銭授受の終了しないうちに登記した抵当権は無効と判断したりなど、様々な事例が批判的に取り上げられている⁽⁹⁾。三井・三菱の両銀行の幹部は次のように非難する——「▲裁判官は非常識也……〔破産申立事件で〕被申立人が私の銀行に預金があるから、其範圍で手形を割引して金を貸付けた事実から、銀行の預金は凡て小切手で預主勝手に引き出す事などを「証人として」詳細に説明しました。処^{ところ}が其裁判官は私に更に反問をして云うには、被申立人が銀行に対して貸金即ち預金があるにも係わらず、手形の割引を依頼して金を借り受くる道理がないと云われるのであります。而して小切手で自由に金を引き出すと云う方法が何うしてもおかりにならぬと見えました：」「〔手形振出地の判例を挙げて〕僅かの手落から莫大の損失を招く、是れ^{ただ}啻に理論のみに止らず取引上屢々遭遇する事実である。故に吾々の如き者は、法律ほど恐るべきものは無いと思う。殊に銀行家としては、寧ろ法律に依て取引することは成るべく避けたい。また到底完全に制規の手続を履行することは出来ない。：何十口とある日々の取引に、一々法律に抵触せざるや否やを顧慮したら間に合うものでない⁽¹⁰⁾」。東京地裁所長が財界の巨頭・渋沢栄一に裁判事務の改善を要する事項について調査を依頼し、東京銀行集会所（全銀協の前身）が詳細な意見書を提出するなど、この問題が深刻に受け止められていたことが知られる⁽¹¹⁾。『法律新聞』主幹の高木益太郎は宮城屋銀行の小僧を勤めながら東京法学校に通い、弁護士として尾張屋銀行の設立（明治三十三年）に関与、同行の監査役を務めたりするなど実業界での活動もさまざまあり⁽¹²⁾、実業家も読者として想定していた。

大正中期以降においては学理偏重・常識の重要性を主張する記事は大きく減少するが、その内容には大きな変化は見られない⁽¹⁴⁾。大正末期に至っても〇大一一・五・二五 司法官会議（第三日）平沼大審院長訓示は、

「法の文詞に拘泥し形式的理論を基礎として裁判を為すときは、実生活の要求と背馳し、社会生活の安全を保障するを以て目的とする法律の精神を没却するに至るであらう。…従来法学を修むる者、法の文詞と形式論理の研究に偏倚する弊に陥りたるの觀があつたが…実務の指導に力められんことを望む。又裁判官たる者、法理は裁判に於て闕くべからざる要素として、之に精進せざるべからざるは勿論なりと雖も、…其見聞を拡張し不断の努力により実験の法則を検出し、其裁判をして実生活に適應せしむることを期せなければならぬ」と訴えねばならなかつた。

二 「常識・人格」の賞揚

学識偏重が批判されたことの帰結として、裁判官が「常識」を備えること、法についての学識のみならず、学識よりも「常識」に沿った訴訟手続・判決を下すことが大正初期までの紙面では強く主張され、かつ賞賛されている。⁽¹⁵⁾ ○明三九・九・五 大審院民事部長判事寺島直君談片⁽¹⁶⁾は、

「世間で彼是^{かれこれ}言う常識論だが、吾々は如何にも当然かと思つて居る。現に大審院に於ける事件でも、法律上の理窟としては控訴院の裁判通りで差支えないように見えるが、如何にも常識に外れた裁判であるから、先ず受理して置いて一同で一つ考えて見ようじゃないかと云うことが往々ある。…今は少しく常識を参酌して、理窟も常識に適つた理窟でなければ採用出来ぬと云うような傾きになつて来た」と明確に述べる。○大五・四・二五 大阪法曹談片は、大阪区裁の片山判事は自分は法律など少しも知らないといつていたが、非常に常識が発達しており事実認定が常に事実に符合するので、上訴審で覆ることが殆んどなかつた。若林判事はやかましい法律家で判決は理窟がよく通つていたが、上訴審でよく覆つていた、今日の司法官には常識が欠けている、とする。○明四五・三・一五 時事小言 巴人は「社会的裁判所に付きて」と題して、「国民共同生活の発作其心理、依つて来れる行為の性質を解剖し、総ての法律關係を社会的

に觀察」するものとしての「社会的な」裁判所・裁判官を望む声がドイツで出て来ると紹介する。「吾人は欧米に於ける最近の趨勢に鑑みて、裁判官に常識を要求するの希望が、独り日本国民のみにあらざるを知ると共に、全国三千の判検事諸君に向つて、切に社会を觀察するの勞を取られんことをこゝろが希うもの也」。

その関連で、大岡越前・玉乃世履・『ヴェニス17の商人』のポーシャなどが名判官として賞賛される。18○明四一・三・二五 司法官の修養 宮城控訴院長法学博士前田孝階君演説 は宮城法曹懇話会で、「司法官にしていやく苟も社会の事情に迂遠であるならば、到底当代の大岡越前守となる事は出来ぬ。即ち情理併せ尽す処の明法官と為つて邦家に貢獻すると云う事は、到底思いもよらぬ事と思う（拍手起る）。思うに大岡越前守は、必ずしも其時代に於て法律の真理に曉通したる人であると云う事は出来ぬが、寧ろ其当時の社会の情況人情の微細の点に迄頭を廻らし、事の表裏を知り其虚実を明らかにし、而して理に則り情を酌んで裁断を為したために、遂に其赫々たる名声を博するに至つたものと思われ」と評している。判検事試験では外国語の知識などより社会上の事実20に眼を向けさせるべきであり、弁護士・裁判所書記から裁判官を採用し、司法官試験に社会実習をさせるなどの提案がなされる。

当時は徐々に無學歷や学制未整備期の裁判官が引退へと追い込まれてゆく過渡期であり、いわゆる「老朽判事」たちは明治三二年（一八九八）、大正二年（一九一三）、そして一〇年（一九二一）の大規模な人事異動により、徐々に淘汰されてゆく。21しかし『法律新聞』では、経験をつみ世情各般に通じ常識に富んだ「老朽判事」を司法当局が引退に追い込むことへの批判がみられる。老年判事の排斥により意図的に経験の蓄積を排斥した以上、「今日の裁判所に常識がなく、唯だ一に理屈と法律とのみが残つて居るのは当然の結果であつて、今更常識欠乏論など杯を唱うるは、殆んど因果の二つを知らぬ愚論である」。22特に区裁判事には老練な裁判官を積極的に任用すべきとする主張が見られる。磯谷幸次郎（大審院判事）は「区裁判所の取扱う事件は輕微のものなるが如きも、決して然らず。社会の實際に日常発生する多くの問題23

は、最も直接に社会全般に至大の影響を与うるものなり：今日の如く、腰掛的に試補上りの年少者を用ゆるは、大に策の誤まれるものなり：構成法改正の暁には、区裁判所判事の地位数等高め、年老いて社会の経験にも富める敏腕家を挙げべきなり」とする。つづけて磯谷は、試補として麹町区裁判事だったおりの失敗談として、立退請求事件で契約書の「地代滞納の際は直ちに立ち退く」規定を文字通り受取って立退を言渡した。後になって「東京には地代さえ払えば早速立退を命ぜらるる筈なしとの慣習あるを知り、独り若気の至りなりしを心に恥じたることありし」と述懐している。⁽²⁴⁾

この時期一五年間にわたり大審院長を務めていた横田国臣⁽²⁵⁾は、世人の憧憬しつつある大岡裁判のごとき名裁判を実現すべく「情実裁判所」の設置が望ましいという（○明四二・八・一五 陪審制を排して情実裁判所の設置に及ぶ（下）大審院長法学博士横田国臣君）。

「命じて情実裁判所と云う、語甚だ奇異なるが如しと雖も、敢て情実を以て裁判せよと云うに非ず。即ち其裁判官たるものには法律家たると否とを問わず。老实にして能く世故に老け、正直にして義を枉げざる人物を以てし、訴訟手続又は法律適用の如きも甚だしき杓子定規的小天地に跼蹐^{きよくきよく}「恐れてびくつくこと」せしめず、其裁判官の自由裁量に委ね、以て普通控訴院に於て法理と情実との適合に困難を感じたる事件を情実裁判所に出訴することを得せしめ、此の裁判に對しては上訴することを得ざらしむるに在り」。刑事と異なり裁判官の手心を加えることが難しい、民事裁判について一層情実裁判所設置の必要がある、と主張するのである。大正民訴改正のキーマン・山内確三郎も、無料の和解手続の前置を義務付けて、判事が干渉主義で事件の真相を捉えドシドシ裁決することを主張した。「今は不干渉主義である上に最初から弁護士を付ける。弁護士は法律を楯に取て黑白を争うから、裁判官亦法律に依て是非とも黒とか白とかハッキリした判断を下さなければならぬ。：往々裁判官の常識を云^{うんい}為する者がある。併し之は制度の上から自然法律に拘泥するようになって来るのだ」として、なるべく和解で解決するようにすれば、法律に常識を調和させた鼠色の良い裁判

を実現できるはず、と説く（○明四五・四・二五 鼠色の裁判 司法省参事官法学士山内確三郎君談）。

むろん、経験や世情につうじた「名判官」が希求されたのは、現実がそれから遠く隔たっていることの表れであつたろう。裁判官の人格そのものに問題があるとして、ややセンセーショナルに批判する記事もみられる。⁽²⁶⁾「司法官常識欠乏の」批難あるは、彼の最も外国語に堪能なる帝国大学の卒業生なりと信ず。如何となれば大学卒業生たるや、実には生の半をお部屋住居のぼっちゃん生活に終り…平穩無事誠に御目出度成長せる所の者にして、錯綜せる社会の状态等如何で知悉し得べき。…此点に於ては、私学出の判検事は比較的時弊^{すくな}尠く、常識發達したる人多数にして人材又豊富なり。殊に各省裁判所其他の官署に奉職するか、又は弁護士公証人等の食客を為す傍法律学校を卒業し、試験に登第して判検事となりたる人に付き、特に其然るを覚ゆるなり」。司法官は一般人や行政官と違い世間知らずである。「一例を挙げれば、司法官の宴会は通常よりは三割位安く、以て通常よりは慥かに二時間位は長居し、茶代は勿論芸者に花を遣ること殆んど之れなきが如し。擬洋服の着形は如何と見れば十年前の最も旧式の、而かも体格に符合せざるもの甚だ多く、襟は必ず垢付きて茶色ならざるもの尠し。某種婦人等が、一見或種の司法官たることを識別し得べしと誇るあるを聞く、決して偶然にあらず。其の他人に対する態度は…面強く他人の厚意に背き、理由なく公会の席を欠くこと珍らしからず。甚だしきは新聞雑誌を見ざるものさへ少なからず。…社会の状态人情等を基礎として定めたる法律なるに於ては、苟も之が運用に任ずるもの、社会の状态人情等を度外にして何に依て以て運用を適当ならしむべきや、吾人大に疑わざるを得ず」。⁽²⁷⁾

三 權威主義

「常識」の賞揚と同一ライン上の現象として、偉ぶらず肩ひじ張らない対応をする裁判官への好意的な評価をあげることができる。○明三六・一・一 平民的判事石川浅之助氏⁽²⁸⁾は、長年弁護士を務めてから茨城・太田区裁判事となった

石川について、赴任初日まず最初に弁護士控所に挨拶に来、受付事務を改善し、「訴訟人に対するには極めて平易の語を以て、田夫野人にも了解せらるるように裁判せらるる：判決を言渡すにも『原告の請求を却下す』などと云う四角張りたる語を用いず、原告に向つて『お前が敗けた其訳は云々である』と云う様な工合」。水戸管内では上官にへつらう弊風があり、「所長又は検事正の私宅を訪問して坐布団の上に座ると云うは、上官に対する礼を失するかの如く考えられてある。然るに石川氏は：坐布団の上に座るは愚か、アグラをカイト共に談笑すると云う有様だから、下々の評判は善いが上の方に対しての受方はどうであらうと云う人もある」。もし氏のような裁判官が多数出れば、司法部の国民に対する信用は一層高まるだろう、と記事はしめくくられる。○明四〇・一・三〇 西川岡山区裁判所監督判事就任演説も冒頭で、「人民へ接するには尤^{もつと}親切丁寧ならねばなりません」と述べ、裁判所はとかく忌避されがちな場所であり、「事に慣れざる田舎の人などは裁判所へ出でてどきまぎするもの」だから、「叱つたり怒つたりするは人民が矛盾したる事を云うとか、又は指図通り事を為さざるによる場合に多いものです。然れども、人民が矛盾の陳述を為し又は指図通りに為さざるは、当局者が其道を尽さざるによること多きを考えねばなりません」。「人民に接する言葉を平易にせねばなりません。：田舎の何も知らざる人に向い、期間は如何送達は受けたるや等の言葉を遣うも、何がキカンやら何がソーダツやら頓と判りませぬ。只判らぬ儘にへいへいと返事をするものです」と諭している。⁽²⁹⁾本稿でもすでに指摘したように、裁判官が難解な法律用語をふりまわすために、釈明権の行使や証拠調に実際に支障が生じていた。これも西洋近代法継受の過程で、「外国法の翻訳語」としての「漢字熟語」が大量に用いられるようになったことの、一つの帰結であった。⁽³⁰⁾

親しみやすい裁判官への賛辞は、やはり現実のうらがえしだったかもしれない。裁判官の官尊民卑・權威主義的な姿勢への批判が大正中期以降の時期にやや目に付く。⁽³¹⁾○大六・一一・五 審理の公正（判検事と弁護士とに望む）（法律新聞）は、「地方裁判所以下区裁判所に至りては、判検事は官吏の威厳を以て、往々弁護士を凌辱せんとする傾きあり。

都会地以外の裁判所に於て特に其弊の甚しきを見るが如し。…弁護士にして卑弱ならんか、判検事の前に叩頭せざるべからざるに至る」として、弁護士が判検事の前では常に戦々恐々とし、裁判長閣下とか裁判長殿と呼んで低頭平身する、「此の現象が審理の公正を紊^{みだ}り、裁判の神聖を害するの虞れなきや否やを疑うこと久し」。他にも証人などを「貴様」「お前」呼ばわりする、法廷の弁護士席は判検事席より低く敷物もない、はては裁判所の食事について弁護士や一般人は食器も中身も官吏より悪いのに、値段は高いことまでがあげつらわれる。○大八・一〇・一八 第十四回九州沖縄聯合弁護士大会 の決議では、

「一、司法官の内には公正誠実の心念に乏しく、吻りに暴威を張り訴訟人を叱咤し不親切の挙動を為す者あり。是を以て人民は其暴威に懼れて憤慨し裁判所を怨むに至り、毫も之を親むことなし。…二、司法官にして訴訟人又は「原文は「又」に」証人を軽蔑し、或は馬鹿と罵り或は愚物と侮辱し、当人は勿論傍聴者に至っても憤慨の止むべからざるに至ることあり。曾て数万の財産を有する老婆ありて訴訟せし者あり。司法官は此老婆に対して発する言語は粗暴にして侮辱極めたり。老婆退廷の後大に立腹して曰く、将来如何なる侵害を受くとも再び裁判を求めず」としている。

これらの指摘は権威主義への批判や、弁護士の判検事に対する平等化運動というべきものであるが、親身な裁判官への憧憬と、それからへだたった現実の裁判官のありようを示すものといえよう。

四 人格への期待と「イギリス法」

裁判官の人格や「名判官」に期待する記事の中には、このイシューを継受法との関連で捉えるものがみられた。

○明三八・八・二〇 弁護士常議員会議長山田泰造君談片³³ は、現時の裁判官は学識は優れているが、法律を社会の現状に即して適用するには経験も必要とし、「尚望むらくは之に徳望を加味したい。而して裁判を受けた者は如何にも御尤^{もつと}であると云って、帰服する程度に進めたい。…徳望があれば、裁判の信用と云う点も至って大に其価値を認むる

のである。孰^{いず}れかと云えば、余は此信用なるものが受判者に満足を与うる一番必要なものであらうと思う」⁽³⁴⁾として、学識・経験・徳望を具備した「英吉利流儀」の裁判のやり方を希望するという。

司法官からも人格の向上に関連して、イギリスへの高い評価が見られる。○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⁽³⁵⁾は、英国の大法官以下の人物は学識・経験・品行をすべて兼ねそなえたジェントルマン中のジェントルマンである。独仏は自国の法官の品位を高めて英国風にしようと努めており、文化や公德の水準が独仏に劣る我が国において、司法官を英国風たらしめることは容易ではない。単に増俸するだけではなく、無形の材料を必要とする主張する。当時の司法官僚の巨頭・横田国臣も、わが国の文明は学問はかなり発達したが、人の品性・人格の修養はなおざりである。「近來学問界に独逸流行の結果は、彼の新開国の特徴たる学問上の文明を取るの風一層甚だしく、精神方面を無視するの導火線たるに至った。之を英国に見よ。彼の国は不文法国家たるに拘わらず、又学問の点に於て縦令独逸の様なシステムチックになつて居らないとしても、其判例は立派なもので、裁判官も社会の實際に適さない様な判決はしない。是と云うのが畢竟裁判官其人の人格に於て、大に他国の国法と異なるものがあるからではないか」(○明三八・一〇・一〇 横田検事総長を訪ふ(承前))。

○明四五・一・一 新年試筆 で記者が「維新以降泰西文物輸入の急は、官民を通じて智能を偏重し、其極人格の如何を問わざるに至れり。是れ現代の弊患に非ずや」とするのは、明治末期の思潮の一面であつたろう。別の記者が十年後のわが司法界を予想して、「○情弊を打破し上級司法官を弁護士より採用すること頻繁なり ○司法官独逸書を罷^やめ記録を精査し傍ら常識的の文学を志す ○人材の拔擢は人格を本位となす故に判事意地悪るなし ○人格向上し理性の判断を感情に馳^はすることなきが故に弁護士は気楽 ○弁護士判事を信用すること厚し従て民衆の尊敬司法官に集まる」とするのは、イギリス流の法曹一元論との結びつきが看取される。

五 近代法学識の必要性の認識

(1) 近代法学識の偏重が問題視されていた一方で、端的に学識が不足し、不適切な判断をしている裁判官もまた非難の対象であった。

○明三九・六・二〇 山杜鵬 は、長崎控訴院弁護士室での弁護士達のぼやきを紹介する。熊本・人吉区裁の貸金事件で、債権者が先ず債務者の財産を仮差押してから訴訟を起こしたところ、債務者本人が法廷で、財産をすべて差し押さえられて信用も失墜し、ドウすることもできず弁済を怠ったと哀れげにまことしやかに申立てた。「裁判所は被告の弁疏を採用して古今無類の裁判を下したよ。即ち判決主文に於て『原告は仮差押の解放を為すべし』『被告は仮差押解放後直に支払うべし』と云うのであった。流石の僕も啞然として開た口が塞がらなかった」。○大二・一・二〇 老朽判事の淘汰と書記の人選 判事法閑坊 も、「吾輩の知って居る司法官中に：今時全然民事は勿論のこと刑事の判決書さえ綴れないものがある。と云えば嘘の様だが決して嘘でない。常に書記や雇にそれとなく相当の報酬を払い、其代作を請負わして居るから驚くではないか」と批判し、そういった判事は区裁に多いとして「年功に依り司法官となりし十九世紀代のもの、代言試験及第者とか新民法『明治民法のこと』前の判検事試験及第者」を追放し、「少壮有為の新智識たる法学士連」に地位を与えるよう主張する。○大二・三・三〇 司法五案決定（法律新聞）も区裁には統計上老朽判事が多く、明治三〇年ごろの法制一新を考えれば問題があると指摘している。

ほかに、家屋明渡の訴えで原告が三月前までの解約申入れ（民法六一七条）をしていなかった事例で、「裁判確定後三ヶ月後に明渡すべし」との判決をしたり、小作料は法定果実なので日割計算するという弁護人の主張（民法八九条二項）を、判決文中に「小作料は天然果実なり」と大書して退けたり、判決に仮執行宣言を付することを弁護士の申立により生まれて初めて知った裁判官が、大岡以上のとんちを働かせて「原告代理人は如何云う宣言をして貰いたいの

すか」と尋ねて切り抜けたり、法律問題の解釈に自信がない裁判官が事実認定として裁判し、上級審での破棄を免れようとするなどの事例が取りざたされている。⁽³⁶⁾ こういった裁判官の状況に対し、法廷運営そのものについての監督や研修の実施などの提言もみられる。⁽³⁷⁾ 当時、司法省が強力に主導するかたちでの「老朽判事」更迭が行なわれており、弁護士団体にもそれを支持する声は少なくなかったとみられる。⁽³⁸⁾

学歴があれば十分な学識を持っていたわけでもない。○大九・一〇・二〇 帝大出身の司法官再教育は、好景気ゆえに帝大卒業生からのリクルートが難しくなり、採用標準点を卒業成績七五点以上から六七点以上に下げて、採用の過半数を帝大卒から、残りを私立卒の試験及第者から採用していた。「為に大正六年以降の帝大卒業司法官の学力が著しく低下し、一年有半の事務を修習しても一片の判決すら満足に書けぬと云う心細い状態で、司法省でも頗る手古摺った揚句、結局司法官試補として更に再教育を施すより外に途がないという事に一決し」、かつて前例のない学校様のものを設けて、百余名の司法官試補に法律研究のやり直しをさせたという。⁽³⁹⁾

(2) 「常識」ある裁判官への憧憬が大正初期にかけての『法律新聞』の支配的な論調であったとはいえ、すでに証拠調について指摘したように、それを「常識」偏重として批判する記事もなかったわけではない。⁽⁴⁰⁾ 明四一・四・五 司法官の修養 宮城控訴院長法学博士前田孝階君演説 は、民法や商法の実施によって實際上不幸な結果を蒙った者が少なくなかったことを認めたくえで、新法実施の際には法律の不完全・司法官の不注意・民衆の法律思想の欠乏ゆえに不都合な結果が生ずるのもやむを得ないと述べ、以下のように続ける。

「然るに我が国に於ては、一時は司法官に常識なしとの批評を試みた者もありまして、誠に片腹痛き事でありました。試みに其批評を為したる者に対しては私は、常識なる語の解釈を求めて見たいと思います。恐らくは其人は：法は民をして之に依らしむ可し、知らしむ可からず、と云う時代に於ける常識の意味であろうと思いますが、是等は固より歯

牙に懸くるに足らざる事柄であつて、世の毀譽褒貶は我々法曹の関する処ではなく、我々は単に行政権に対してのみ其独立を確保すべきものではないのであつて、社会の評論に対しても亦た十分に其独立を維持するの覚悟あるべきは、最も必要の事柄であると信じます」

たとえ外來の継受法ではあつても法知識を持つことの必要性、そして裁判官は世論にあまり過敏に反応すべきでないという主張である。次章で示すように、実業家たちの「非常識」批判に対して、それは実業家が余りに法に無知・輕視しているゆえという反論もすくなくはなかつた。

「弱者」偏重の姿勢への痛烈な批判として、○明三七・五・一五 吏弊一斑（不動産取扱に就て）は「近来我が地方司法部の方針が、債務者のみに多大の同情を与え債主を攻むる」ことになっている。鵜の目鷹の目的に債権者側の瑕疵をあげつらい、少しでも証書に不完全な所があれば敗訴とし、「又事実も証拠も立派なる時は、判官は『貴様は高利貸に非ずや』『高利貸同様のことを言うな』『示談せよ示談せよ証人もなんにも入つたものか』『何だと先ず先ず元金さえ取れば善いじゃないか』などは平素の事」。そうと知つて債務者は付け上がり、虚構の口実に基づいてみだりに告訴告発を行うので貸金業者は直ちに入獄せしめられる。その結果、「近日大阪市の如き名古屋市の如き豊橋・岡崎・一の宮・岐阜・大垣の如き、貸金業者は勿論銀行も皆、言合せたる如く貸出を為さざる事に相成候^{いたす}：皆な貸して叱らるる手間取らせらるる拘留せらるるの危険あるにより、徒に「金銭が」蓄積死蔵するの已むを得ざることに相成りたる事に御座候」と嘆いている。横田国臣の情実裁判所論に対しても、法律と情実が一致していないゆえの不都合は法律を情実に適合するよう改正することに対応すべきであり、また英国のように常識を備えた弁護士を裁判官として採用すればよいという批判がある⁴¹。

東京と大阪、中央と田舎で偏差もあつたようである。○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　は、「東京の方は法律の解釈に重きを置き、大阪の方は事実の真相を得ようとする点に重きを置いて居る傾向がある」とした上で、大阪の判決は「常識の濫用も余りに甚し過ぎる」。東京は「如何に法律の解釈が立派だからと云った所で、判決の結果が実際の事情に適して真に私権保護の実を挙げると云うことにならねば：何等の効のないことになって仕舞う」。「東京地裁の」名川裁判長の審理振は、先ず申立や争点を明確に極めて、調書などは一々自分で要領を述べて書記に書取らせると云う風で総てがキチンとして居る所など、所謂東京式と云うのだろう：反^{これにほんし}之大阪の遺口^{やぐち}は、多くは裁判長が自分一人で一切呑込で置くと云う風な遺口で、調書なども一切書記任せにして居ると云う風がある」。「大阪控訴院」古莊院長⁴²は、『裁判と云うものは善い方を勝たして、悪い方を敗かすようにさえずれば宜いものだ』と常に云つて居られると云うことであるが、ソレが前に云うた大阪の事情を見て裁判すると云う傾向と一致して居る。反之「東京地裁」鈴木「喜三郎」所長などは、学識に重きを置いて居られるそうで：原書の読めるものでなくではお覚が目出度ないとか云うことであるが、その為めか東京の傾向が法律解釈に重きを置いて事情の方を閑却する風が見えるのも、偶然でないように思う——無学歴の古莊一雄（明治九年（一八七六）任官）と、帝大法科出身の鈴木喜三郎（明治二十四年（一八九二）任官）の世代の相違は示唆的である⁴³。

しかし全体としてみれば、「常識」偏重への批判は『法律新聞』では少数・周辺のものではあった。

小括

訴訟関係の明瞭な認識と真実探求のために、裁判官が積極的に介入することへの期待とはうらはらに、現実の裁判官はしばしば近代法の学識を權威主義的にふりまわす、「非常識」な存在であった。継受法と旧来の法伝統とが齟齬をき

たすのは不可避かつ普遍的な現象であるとしても、欧米（ドイツ）由来の法をおよそ前提条件を異にするわが国において形式的に解釈し適用しようとしたことが、実務レベルで不当な帰結をもたらしたケースは少なかつたろう。⁽⁴⁴⁾「非常識」批判に「權威主義」批判が合体した時、釈明権や証拠調についてすでに指摘したように、常識や人徳に富んだ「名判官」へのときに過剰な期待がみられたのは、自然な反応だったといつてよい。

しかしそれは単なるファンタジーや「伝統への回帰」とは異なっていたと考える。これも釈明権や証拠調についてすでに指摘したように、「名判官」への憧憬は手続レベルの具体的改善の提言と相伴うものであり、さらにドイツ法への批判的視座とイギリス法への関心をともなうものであったようにみえる。なにより『法律新聞』で「名判官」を憧憬していたのは、西洋近代法の知識をそもそも欠いた素人ではなく、次章で論ずるように、あくまで西洋近代法を必死で身につけ、そのわが国への定着を強く主張していた実務法曹たちであったことを軽視すべきではない。

継受法の定着期とはこの二つの側面をもつ時代だった。年輩の裁判官たちは経験と人徳に富んでいるとする高い評価と、現行法の知識に乏しい「老朽判事」だとする非難との並存は、そのコロラリーというべきものである。そして明治民法法期において「常識」を重視する「名判官」という一見空想的・復古的な主張は、「非常識」から「常識」へナイーブに移行しているらしいが⁽⁴⁵⁾あるとしても、現状に対する理念レベルの批判として位置づけられるものであった。

(1) 本章以降では実業家について経歴を紹介することがあるが、主に芳賀登他編『日本人物情報体系31〜40企業家編』（平一）ならびに同別巻『企業家編被伝記者索引』（平一三）によった。

(2) 岩谷十郎「明治刑事法廷異聞」（同『明治日本の法解釈と法律家』（平二四）所収）は、『日本弁護士協会録事』（明治三

○年創刊)の漫録・雑報欄を素材として当時の裁判官や弁護士の実情を素描している。本章で以下紹介する内容が同論文とかさなる部分が少なくないことは、これらの内容を当時の実務法曹(とくに弁護士)における認識の最大公約数と理解できることを示している。

- (3) 以下紹介する以外に、○明三四・七・二二 判事論 在名古屋弁護士不破清警 ○明三四・一一・四 法学者と法官新潟区裁判所詰司法官試補大沢唯治郎 ○明三五・四・二一 磯谷君の法曹会拡張の議に付て 弁護士塩入太輔 ○明三六・八・二〇 時論大観(読売新聞) ○明三七・二・五 和解に就て 慷慨道人 ○明三七・四・一〇 遺憾なく審理を尽されたる裁判 ○明三七・四・二〇 法衙の近状に感あり 肋骨 ○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 ○明三七・一一・五 法界革新の声(二) (東京組合弁護士某君の意見) ○明三七・一二・二〇 清浦男爵を訪ふ 蘿月生 ○明三七・一二・三〇 法律濫解の弊 司法官試補香取久吉 ○明三八・四・二〇 某弁護士の法界革新談 ○明三九・一・一五 更に新法相に望む(法律新聞) ○明三九・六・五 法衙月旦 社員稲村蘿月 ○明四〇・二・一〇 大阪だより 東弁護士と野平弁護士談 松生 ○明四二・二・一五 大阪地方裁判所部長評 大阪支局麗東生 ○明四三・六・五 東京の裁判所 松本弁護士の談 ○明四四・六・二〇 無題録 ○明四四・一一・二五 新法相に望む(下) 朝鮮慶北書記内村文彦君 ○明四五・二・一〇 司法所感 森作太郎君談 ○大元・九・二五 偶言一束 判事常陽生 ○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む(弁護士伊藤秀雄君) ○大一一・一・一〇 役人から弁護士となりて 弁護士山口貞昌君
- (4) 嘉永二年(一八四九)生まれ。明治一二年(一八七九)司法省法学校速成科卒、判事補。宮城控訴院、東京控訴院を経て二六六年大審院判事、三九年依願休職。昭和七年(一九三二)死去。
- (5) ○明三七・一〇・二五 法曹の両極端(法律新聞)。同旨の批判として、○大一一・七・一三(時論一括)日本の法学教育と試験問題(日子)
- (6) ○明三八・四・二〇 某弁護士の法界革新談 ○明四五・二・一〇 司法所感 森作太郎君談
- (7) 多数存在するが、紹介するもののはか例えは○明三七・一〇・五 法界革新の声(一)(大審院判事磯谷幸次郎君談) ○明三八・二・一〇 法律と実業の關係(農商務省参事官岡実君談) ○明三八・一一・三〇 実業の觀念と在朝法曹 ○明四〇・七・一五 実業社会を顧慮せざる判決 ○明四〇・一〇・五(世論一斑)大審院の失態(株式競売問題)(東京

毎日子) ○明四一・七・一五 商業地の裁判官 大阪銀行小僧 ○明四三・五・三〇 実業家の司法観 神戸貿易商某君
談 ○大二・一・一 実業家より法律家に望む ○大四・一二・三〇 裁判官と裁判 (二) 大阪控訴院判事法学士最江漁
夫君

(8) 件数は極めて多い。例えば○明三四・八・二六 何々銀行と株式会社何々銀行との異同 ○明三四・六・二四 手形振
出地の釈義と世論

(9) やはり件数は多い。例えば○明三四・六・一七 一字千金の禍 ○明三九・一・一〇 通俗一口ばなし 藤浪生

(10) ○明四二・六・二五 実業家と法律 (二) 大阪支局跳波生(米山梅吉氏の法曹観) ○明三八・九・五 三菱合資会社銀
行部副長三村君平君談。米山梅吉は明治元年(一八六八)生まれ。東京英和学校(後の青山学院)卒、二年オハイオ・ウェ
スリアン大に留学、法学を学ぶ。三一年欧州派遣(銀行事務取調)。三井銀行横浜・大阪支店長、三井信託社長、三井合名
会社参与・理事を歴任。昭和一三年(一九三八)貴族院議員。三村君平は安政二年(一八五五)生まれ。明治一一年(一
八七八)百十九銀行設立、その後三菱合資会社銀行部部長。

(11) ○明三九・四・一五 裁判と実業の關係(法律新聞)。○大二・二一・五 大阪法況 弁護士法学士菅沼豊次郎君談 は、
大阪控訴院長が数名の裁判官に手形交換所での実地取り扱いを見学させた旨を伝えている。

(12) 『法政大学人物誌校友篇その一(法政大学史資料集一八集)』六五―八九頁。

(13) 改善されたと指摘するものとして、○大六・一・一 已歳生れ法曹の気焰(弁護士丸岡東治君談) ○大二三・六・一〇
司法官招待席上首相挨拶

(14) ○大九・一二・三 司法官任用に就て 某公証人談 ○大一一・九・三〇 裁判時弊所見 (一) 弁護士小林亀郎君 ○
大一二・一 今後の法律解釈と裁判の実際化 大審院長横田秀雄君談 ○大一二・七・二五 裁判官士氣振作の急務(上)
横田大審院長演述 ○大一一・一・一八 司法革新の急務を論ず 弁護士土屋倫啓君。大木遠吉法相のいわゆる司法官化
石発言(大正九年)をめぐる記事は一般論に終始しているので取り上げない。

(15) 下で挙げる記事のほか、○明三八・八・二〇 長谷川東京控訴院長を訪ふ(下) 稲村生 ○明三八・八・二〇 弁護士
常議員會議長山田泰造君談片 ○明三九・七・一五 横田大審院長の司法記者招待会 ○明四〇・八・五 聞々録 蔵六
菴 ○明四〇・八・一〇 続其日くら誌 雨山居士 ○大二・七・三〇 法律五分常識五分 代議士弁護士高野金重君

- (16) 天保八年(一八三七)生まれ。明治四年(一八七一)本保県出仕、八年判事、宮城上等裁判所、東京上等裁判所、熊本裁判所長などを経て一七七年大審院判事、三十九年退官。ボアソナードと民法編纂に従事。四三年死去。
- (17) 文政八年(一八二五)生まれ。明治四年(一八七二)司法中判事、八大大審院長、一二年司法大輔兼元老院議員、一四大大審院長(再任)、一七年訴訟規則取調委員。一九年自殺。名判官として知られ「明治の大岡」といわれた。
- (18) ○明四〇・九・二五(世論一斑)判検事試験の問題(読売子) ○明四一・一・二〇 明治座とヴェニス法廷
- (19) 安政五年(一八五八)生まれ。明治一七年(一八八四)司法省法学校正則科卒、司法省勤務。一九一三年欧州出張、一三年宮城控訴院判事、三一年東京地裁所長、三八年宮城控訴院長、四三年死去。
- (20) ○明三八・八・五 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(三) ○明四二・九・五 横田大審院長の情実裁判所設置意見に就きて 弁護士野村嘉六君 ○明四四・一一・二五 新法相に望む(下) 朝鮮慶北書記内村文彦君 ○明四五・三・一五 時事小言(社会的裁判所に付きて) 巴人
- (21) 楠精一郎『明治立憲制と司法官』(平元)、岩谷十郎「近代日本法史研究における『学識』判事との遭遇——法学教育史研究と『日本法曹界人物事典』」(『日本法曹界人物事典 別巻』(平八)所収)、鈴木『日本2』一九二一・二六二頁、三阪『近代日本の司法省』第二編第一章、新井ほか『ブリッジブック』。例えば大正二年の人事異動では、出仕生徒(法学校速成科)と(おそらく)試験導入前の司法省出仕者という学歴の者が大きく淘汰されている(鈴木『日本2』二二二頁注(43))。
- (22) ○明四二・一一・二五 札幌各地法況(四) 函館支局弁護士巴港君。そのほか○明四一・五・五 大阪だより 大阪支局松生 ○明四三・五・五 函館法界日誌抄 函館支局巴港 ○大四・九・二〇 大阪法衙より(若翁生)
- (23) 慶応元年(一八六五)生まれ。明治二年(一八八九)帝国大学法科大学卒、判事試験。長崎控訴院判事、東京控訴院部長を経て三六大大審院判事、大正二年(一九一三)欧米出張、一〇年名古屋控訴院長。
- (24) ○明三七・一〇・一五 法界革新の声(三) (大審院判事磯谷幸次郎君談。そのほか○明三八・七・三〇 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(二) ○大六・一・一〇 裁判所方面に対する在野法曹の希望 弁護士松田義隆君談 ○大六・七・二〇 東北弁護士大会
- (25) 嘉永三年(一八五〇)生まれ。明治九年(一八七六)司法省、一九一四年独仏派遣。二四年司法省参事官、二五年民刑局長、二九年司法次官、三一年検事総長、三九年大正一〇年(一九二一)大審院長。二二年死去。

- (26) ○明三八・二・五 野々山佐賀地裁検事正を訪ふ(承前) ○明三九・二・二八 司法官に警告す 高橋空哉君 ○明四四・一一・二五 新法相に望む(下) 朝鮮慶北書記内村文彦君
- (27) 司法官の待遇が行政官に比べて劣っており、優秀な人材の確保に支障をきたしているという批判は『法律新聞』記事にしばしば見られた。鈴木『日本2』一二二頁以下も参照。
- 大野『職業史としての弁護士』六一―六五頁は、職業裁判官による非常識判決をなくすために、「常識」に富んだ弁護士から裁判官を採用する法曹一元を導入すべきとする主張が当時唱えられていたことを、『日本弁護士協会録事』を史料として指摘する。三阪『近代日本の司法省』第二編第二章は、「非常識」批判が帝大法科特権廃止などの裁判所構成法・弁護士法一部改正(大正三年)につながっていったことを論じている。
- (28) 東京法学校卒、明治一五年(一八八二)代言人。太田・佐野区裁判事などを経て四四年宇都宮地裁判事。
- (29) 同旨、○明三七・四・一〇 遺憾なく審理を尽されたる裁判 ○明三七・一一・三〇 鳥取区裁判所地所明渡の判決書 ○明三八・八・五 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(三) ○明三八・一一・二〇 裁判上の用語に就て(法律新聞) ○明三九・二・二八 戦後経営の良法官柳原盛岡地方裁判所長の訓令 ○明四〇・四・二〇 函館区裁判所監督判事島倉龍治氏就任演説 ○大一一・五・五 法律の民衆化運動 其の社会化及び倫理化に就いて(承前) 弁護士特許弁護士金城善助君
- (30) 一章三節二、二章二節一(1)。この論点については岩谷十郎「判決文の近代化——『元長』と批判された判決書の分析」(明治日本の法解釈と法律家『平二四』所収)三一―四頁を参照のこと。
- (31) 以下紹介するものの他、○大一二・一・一〇 民衆を愛する裁判(法律新聞) ○大二・九・二五 裁判所に於ける判検事の用語に就て 弁護士井本常治君 ○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む(弁護士森作太郎君) ○大五・七・二三 大阪新築控訴院に就て ○大五・八・五(漫録) 秦始皇帝と齋藤控訴院長 ○大五・八・五 無題録 ○大七・一一・五 原司法大臣に対する希望 用語を統一せよ ○大七・四・二五 法廷印象記 弁護士影法師 ○大七・一一・八 原司法大臣に対する希望 ○大一一・五・一五 弁護士に対する時代錯誤の官僚思想(法律新聞) ○大一一・一〇・二〇 大審院法廷に於ける判事の態度に就て 弁護士菊江久治君 ○大一一・二・一〇 朝野法曹の接触 弁護士不破清警君 ○大一一・二・二八 司法官の法廷に於ける態度に就て(法律新聞)

- (32) 大野『職業史としての弁護士』四七一六頁はこの問題を、主に刑事訴訟について詳細に叙述している。
- (33) 天保一四年(一八四三)生まれ。明治一〇年(一八七七)代言人。二三年衆院議員(五期・立憲自由党)。大正六年(一九一七)死去。
- (34) 慶応三年(一八六七)生まれ。明治二四年(一八九二)帝国大学法科大学卒、司法官試補。三三年独逸出張、三五年司法省参事官、三七年大審院検事、四四年民事局長、大正二年(一九一三)大阪控訴院長、関西大学学長も兼任。九年死去。
- (35) 同旨、○明三八・八・二〇 長谷川東京控訴院長を訪ふ(下) 稲村生
- (36) ○明三四・七・二二 和仏法律学校卒業式上の花 ○明三六・一〇・一五 山梨特信 今大町峽法 ○明四〇・七・二〇 弁護士吉崎亀之助氏を訪ふ 松生 ○明四〇・八・三〇 長崎法界と民事裁判 ○明四二・二・二〇 長崎控訴院弁護士室談 ○明四五・三・一〇 支払命令申請と拳証
- (37) ○明三七・八・一〇 裁判監視官の設置(法律新聞) ○明三七・九・一〇 司法行政に就て当局に望む(大審院民事部某法官の意見) ○明三八・一二・一〇 地方在任の司法官をして中央各裁判所の執務実況を視察せしむるの議(法律新聞)
- (38) 注(21)の文献を参照。三阪『近代日本の司法省』一九五―二六頁は明治三〇年代の「老朽判事」淘汰処分について、当時の裁判官の資質に少なからず批判がよせられていたことを認めつつ、その解決のために司法省の指導性のみが強調され裁判所・裁判官の自律性がなおざりにされたことを重視する。この評価は司法制度論としては全く正当であるけれど、具体的な事件処理の観点に着眼する本稿としては、知識不足の裁判官の判断に服せざるを得ない当事者の利益の保護がより喫緊の課題だった、と考えたい。
- (39) その他の例として○大一〇・一〇・一三 甲府区裁判所の珍判決 甲府法界坊投
- (40) 以下にあげるもののほか、○明三八・七・一〇 裁判雑観 常識と没常識 大阪生 ○明四〇・七・一〇 暑中賜暇と裁判官 亀谷生 ○明四〇・七・二〇 弁護士吉崎亀之助氏を訪ふ 松生 ○明四一・五・五 大阪だより 大阪支局松生 ○明四四・六・二五 裁判官の評判 ○大三・一・一〇 裁判官より弁護士に望む(行政裁判所評定官宮内国太郎君)
- (41) ○明四二・九・五 横田大審院長の情実裁判所設置意見に就きて 弁護士野村嘉六君 ○大一・七・一〇 判事の高利貸征伐に対する一考察 弁護士安間五六君
- (42) 古荘一雄。嘉永元年(一八四八)生まれ。明治九年(一八七六)司法省出仕、一四年判事、二五年東京地裁所長、三一

年函館控訴院長、三八年大阪控訴院長、大正二年（一九一三）司法異動により休職。関西大学学長も務める。昭和六年（一九三一）死去。

(43) 同旨、○明四〇・八・五 閑々録 蔵六菴 ○明四二・二・一五 大阪地方裁判所部長評 大阪支局麗東生 ○明四三・

六・五 東京の裁判所 松本弁護士の談

(44) 岩松三郎『ある裁判官の歩み』（昭四二）一一七頁以下では、岩松（大正六年（一九一七）東京帝大法学卒、八年司法官試補）や聞き手の裁判官たちによる批判が展開されている。…ドイツの本と違って日本の民訴の本は実務に役に立たない、「表には出さないけれども、この表現がこういうようになってるのは、こういうことを考えているからなんだという、そのベースがない。私にいわせると翻訳法学だからなんです。…翻訳の原語の意味がどういう中身をもっているかということの理解なしの翻訳法学だ」、「だから判事がドイツへ行って勉強してくるのなら、裁判所へ行って、実際にやっているところを見て…くればいいんじゃないかな」。

(45) 大平祐一「日本法史43年——名裁判とその意味するところ」立命三三三・三三四号（平二二）一九一〇頁以下は江戸時代の裁判について、訴訟の抑圧・不公正な審理・訴訟遅延・上訴制度の不備など深刻な問題が多くあったとしたうえで、理想の裁判官像たる「大岡裁き」が親しまれたのは、そのような実態の裏返し現象だと位置づけている。この考え方がもし明治民訴法期にも当てはまるとすれば、「名判官」への憧憬を単なるファンタジーや「伝統への回帰」と解釈するのは適切とはいえないだろう。

五章 西洋近代法と日常生活

明治民訴法期の『法律新聞』においては、近代的民事訴訟の「原理」たる不干渉主義にかなりの疑問が呈され、訴訟関係の明瞭な認識と真実解明のために職権のある程度までの積極的関与が期待されていた。その背景となっていた論点

の多くは、西洋近代法のあまりに急速な継受に起因するものであった。実務法曹——一般の裁判官と弁護士——における問題点についてはすでに論じたので、本章では民事訴訟の利用者たちにおける問題点を『法律新聞』⁽¹⁾がいかに認識していたのか瞥見し、そこに看取される実務法曹たちの西洋近代法継受へのスタンスを素描することにした。

一 法知識普及の必要性

『法律新聞』では、一般の国民が継受された近代法への知識をほぼ欠いていることが問題視され、国民各般への法知識普及が焦眉の課題として認識されている。⁽²⁾○明四〇・四・二〇 日本弁護士協会臨時大会演説 で森作太郎⁽³⁾は「国民の法律思想」と題していわく、今日の法律は君主と国民の共有物なのだから、国民は法律を了解し尊重する思想がなければならぬはずだが、遺憾ながらその思想に乏しい。「欧州の新聞紙は、毎回裁判の事実を掲げなければ売行が悪いのに反して、日本では唯一法律新聞を除く外、各新聞共に殆ど裁判の事実が載って居らぬ。又欧州の法廷は毎日法律学校の生徒で充されて居るが、我邦の現状は如何。：今日有形の法律は稍完備^{やや}して居るけれども、未だ無形の法律は完備して居らない」。○明三七・二・五 国民と法律（法律新聞） も、「嗚呼国民の法律教育の必要なる此時より急なるはなし。試みに民商法の数条を執りて之を世人に示せ、能く之を解するもの果して幾人ぞや」。何々するを妨げず、何々の限りにあらず、滌除、第三取得者…

同様の主張は少なからずなされており、法的紛争の予防のためにも国民に広く法知識を普及させる必要があるとして、判検事が暑中休暇中に各地で法律講演をすること、法学者・司法官・弁護士が一堂に会して連続大講演会を開催すること、小学校長を対象とする法政講習会をおこなうことまで提案されている。「或は言わん、国家の法律は公布によりて国民一般に之を知る様に出来て居る。之を知る様にしてありて知らざるは、知らざる者の罪で自ら招くものであると。

之れ理窟でありて實際でない。實際上法律を知らしむるには、公布にのみ満足すべきでなく、更に進みて法律知識普及の最善の教育方法に付て、政府も地方団体も個人も努力すべきである」(○大一・九・二五 農村法律教育の必要を論ず 弁護士松倉慶三郎君)。

わが国における権利義務についての意識の弱さを批判し、その強化を唱える見解も少なくない⁽⁴⁾。○明三三・一一・五 弁護士経験談 府會議員前東京弁護士副会長齋藤孝治君⁽⁵⁾は、訴訟するほどつまらないことはないとしつつ、日本人は本当の権利思想を持つべきだと主張する。田舎の慈善家のお爺さんが友達に金を貸して、期限が切れてもすぐには訴えたりせず猶予してやり、五六年後に仕方なく裁判所に持ってゆくと裁判官に請求を却下されてしまった。他方高利貸が期限を一日経過したただけですぐに訴えたところ、裁判官はすぐに債務者に支払えといつて差押までやったので大層口惜しがったなどというのは、「此田舎の爺さんの心事を分析すると、全く慈善と云うものと権利と云うものを半分々々に用いて居るからいかぬですな。若も^{もし}全く慈善主義であるならば、始めから証文を取らぬ方が宜いのです。証文を取つて而して猶予をして遣るのが慈善だと云う考は間違つたことなんです。それだから終いに訴訟をして金が取れない上に、友達を失つて二重の損をするようになるのです」。

二 実業界への批判

とりわけ、実業家における法知識の欠乏、輕視は強い批判の対象となつてゐる。大正初年にかけての裁判官や判決を「非常識」とする非難については前章で論じたが、実業界が法知識を輕視し法に従つて營業を行つていないことこそ問題だといふ指摘は、裁判官・弁護士を問わず多くみられる⁽⁶⁾。

○明四一・二・五 歳暮と中元は義務不履行の言訳か(商人の發憤を望む)は、『報知新聞』紙上匿名で發表された日本觀を紹介する。日本商人は完全なる商法の下にありながら、權利義務の思想がない。契約違反で客が談判すれば、「御

宅ばかりが御客じゃない」ぐらゐの暴言を吐き、客の側も不平ながらも「仕方が無い」と泣き寝入る。欧州でこんな乱暴な商売をしたら一年と店はもたないだろう。自分の義務不履行を歳暮と中元と叩頭でまぬかれようとしている限りは、権利の主張などおぼつかない。商法を捨てて顧みず、世界に類のない「義理」の聖語が不義理きわまる形に害用されている現状は、いつとき健訟の弊におちいるとしても万代不易の商業道德国になるために大改良されねばならない、と高唱する。○明四一・七・二〇 大阪日より 大阪支局竹生 は、大阪商人に対する弁護士批判を紹介する。「彼等の商業帳簿と云うものは頗る不整頓に出来て居る。…大きな商店なと扨になれば別だが、小さな商店では商業帳簿は大概ソノ年限りで反古はごにして仕舞う。又た取引に関する信書や、其の他の証拠書類をキッシリ保存して居る扨云うものは誠に少ない」。それゆゑ訴訟となると立証が極めて困難になっている。

背景の一として、法曹界同様に実業界においても世代間の学識差が指摘されている（○明三六・一〇・二五 実業界と法律思想（法律新聞）。「味噌汁を啜り麦飯を喫し、早朝より夜半に至るまで主人に随使いしせられて徒弟生活を送ること十数年、斯くして独立の商人と」なった丁稚小僧上でちがりの商人は、経験に富んではいても學術に暗く進歩改良を顧みない。他方高等の学校で法律經濟を修めた者は、現時点ではまだ実業界での経験が浅く継子扱ひそいされている。「眼を転じて官界を見るに、政界の長者たる元老又は元勳の徒や、或は自ら海外に遊び又外國人を傭聘して陰かに師とし、將た後俊を牽て自ら援となす。又司法界に於ても老朽の判官漸く淘汰せられて…民間の法曹界亦新智識の人に富み、新律綱領又は「旧民法の」人事編的法律家は今日の司法界に漸く跡を絶たんとす」。法律思想を最も必要とするのに最もそれに乏しいのは、実業界ではないのか。

もう一つの背景として、訴訟や弁護士へのスタンスに前代の影響が残存していたことがある。○大二・一・一 実業家より法律家に望む（男爵洪沢栄一君）は、昔の人は社会一般のことをゆきなり次第で経営し、何でも在来先の例や

慣習に従いなるべく議論臭いことを避けた。法律や訴訟も、商売上の取引や雇用に関するものはほとんどなく、犯罪事件で公事宿に出入りする「外代^{げだい}」は当事者をひどい目に合わせていた。「以上の様な考えを以ていた所に、維新後に至り外代の代りに代言と云うものが出て、是亦随分悪いことをやったものだから、私なども随分今の弁護士の前身なる代言人は嫌ったものである」。現在ではだいたい改善されたとはいえ、「実業家で法律家をまだ昔の外代的代言的のものとして看做して、^{かなり}可成法律家を遠けようと言う頑迷の者があると同時に、又實際外代的三百的弁護士が随分あるようだから、其間充分の近き^{ちかづ}が出来ない」。

「非常識」キャンペーンが一段落するとこの種の反論は減つたように見受けられるが、その後も事態が大きく改善されたとはいえないようである。○大八・九・二〇 法律家より見たる実業家の欠点 弁護士海野普吉君談⁽⁷⁾ は、我が国実業家の法律思想は権利義務の觀念の盛んな欧米諸国の実業家に比べまことに幼稚であり、取引上の交渉でも、法律上ぜひともし取り決めておかねばならないことが放置されていることが多い。具体的には「第一、取引の際の交渉が頗る不徹底で、権利義務の關係が明白でない。第二、交渉後契約書の作成が充分に行われて居らぬ。第三、事前に法律家の意見を聞くと云うことがなく、何時も事後に何か問題が起きてから始めて法律家の意見を求ると云う風がある⁽⁸⁾」。

三 予防法学定着への熱意

上述の認識を受けて、弁護士⁽⁹⁾の活動を訴訟行為にとどめず、予防法学の重要性が説かれることとなる。当時の弁護士法（明治二六年（一八九三）施行）は、「弁護士ハ当事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ從ヒ通常裁判所ニ於テ法律ニ定メタル職務ヲ行フモノトス但特別法ニ因リ特別裁判所ニ於テ其職務ヲ行フコトヲ妨ケス」（一条）として、弁護士の職務を裁判所における訴訟行為として位置づけており、訴訟外の法律事務についての規定を欠いていた⁽¹⁰⁾。

和仁貞吉（大審院判事⁽¹¹⁾）は、実業家は常に法律を知った人に相談してやってほしいとする理由を以下のように述べ

る。「法律上から云えば簡単な手続で權利を確實にして、法律上の目的を達し得る場合であるに拘らず、非常に煩雜な手続をして取引の敏活を欠いて居るようなことがある。：法律を知らぬ為め、造り事をする弊があると思う。造り事をするが為めに、非常に法律關係を錯雜ならしめて事實の真相を分らなくするが為めに、裁判上不利益を招くことが少なくない」（○大ニ・一・一 法律家より実業家に望む（大審院判事法学士和仁貞吉君）。弁護士からも厳しい意見が寄せられている。「実業家の頭が、一二の例外を除く外旧來の習慣に支配されて、只管ひたすら簡易な手続を尊び不用意なる取引をなすを以て商業上の妙手と心得、単に信用云々を口にして、面倒なる法律の手続又は充分なる証拠となるべき証書若しくは書面を尊重せざる結果、往々意外の損害を蒙り、自他の損害を受けることと少くない」、「近時実業家が、未然の相談を必要とするの傾向を増加し来りしは：我々の喜ぶ所也。：二三流の実業家に至りては、公証人役場に至れば何にとか纏まとまるものと誤解し、其事實關係を詳悉して纏めたる意見を求めず、直に役場多くは其筆生の物語し活版刷の証書を得て得々たるものあるは、事後支障を免れざるは当然なり」、「何れの会社でも銀行でも、大抵は日常の法律關係を処理するには弁護士を雇わずして、法律学校の出身者とか法学士とか実業家にあらざる所謂生嚙り連中を雇って、素人療治の姑息手段を以て一時を糊塗して居る」（○大ニ・一・一〇 法律家より実業家に望む（弁護士石山弥平君、弁護士三宅碩夫君、弁護士川島仟司君）。弁護士界のリーダー的存在だった原嘉道は、たびたび弁護士による予防法学の必要性を唱え、実業家に關係ある特殊な法令・法理の知識に特化した弁護士の養成のために、財政的援助を実業家たちにもとめている（○大ニ・一・一 法律家より実業家に望む（弁護士原嘉道君））。

明治末期から大正半ばにかけ長きにわたり大審院長をつとめた横田国臣も、わが国でも会社・銀行・金持ちなどが「訴訟以外に弁護士を利用するようになれば、総ての取引や人事關係が法律的になり」訴訟も少なくなる。本當の法治国とはそういうものであり、私はぜひそうしたい。弁護士の側でも東京ばかりに集中せず、「満州、支那、朝鮮、台灣、其

他各地方の田舎に行き」訴訟以外の事務に係り、一般の取引や人事関係を法律的ならしめるよう努めてもらいたい、と述べている（○大六・一・一五 無題録）。

もともと契約の内容が明確に決められておらず、口約束だけで書面化されていなければ、訴訟に持ち込まれても何をめぐって争いが生じているのか理解しづらく、そしてそれについての立証に困難をきたすのは明らかである。ここまで、弁護士への対応が不適切であるがゆえに、職権が一定程度積極的に介入すべきという主張が広くなされていたことを指摘してきたが、代理人たる弁護士のせいとはいえないケースも多々存在したであろう。多くの実務法曹が西洋近代法の国民各般への浸透を希望し、それを推進する主張が『法律新聞』の社論として事実上位置づけられていたのは、その意味では自然なことであった。

当時のわが国で予防法学的配慮が十分に機能していなかったことは、職権の積極的介入に寄せられる期待や、民事訴訟が追求すべき「真相」の内容を考えるうえで、無視できないファクターと思われる。釈明権の行使がエレメンタリな事項の指摘に少なからず振り向けられ、証拠能力が高いとは言いがたい人証に頼らざるを得ない、さらにはスーパーマン的「名判官」に課題の解決が期待されることは、そのライン上にある事象であつたらう⁽¹³⁾。

四 旧来の日常生活への郷愁と法の肥大化

他方で、西洋近代法の民事訴訟が旧来の日常生活へ浸透してゆくことへの違和感も間々表明されている⁽¹⁴⁾。○明四〇・四・一五 大阪法廷見聞録 松生 は、弁護士がとうとうと弁論する一方で、傍聴席の当事者本人（村のお百姓ドン）は「眉間に八の字を描きつつ六つかしそうな顔付」で、熱心に聴いてはいるも弁論の趣旨がどうしても分からないようにす、お百姓ドンだから法律上の弁論が分からないのも無理はない。「予を誤解して、法律を知らざる者は権利を主張する資格なしとするものと為すなかれ。彼れ等は未だ、真正の権利思想なるものを有せざるなり。既に真正の権利思想を

有せず、焉いずくぞ亦た確然たる権利主張の意思を有せんや。果して然らば彼れ等法廷に権利を争うと云う、既に半ば以上彼れ等の権利争は無意味に帰す。既に然らば彼れ等寧ろ去つて田を耕すに如かずと云うもの、亦た一理なからんや。予自から以て多少の真理此の裡うちにあるを信ず矣」。従前からの日常生活とは隔絶された近代法の世界で、当事者を置き去りにして事件が表面上処理されてゆくことへの疑念が示されているといえよう。

西洋風の権利意識への違和感を述懐したものとして、○明三六・八・二〇 法の塵 は

「▲法曹界の丸持長者と云えば、誰れ知らぬ者なきバリストル増島「六一郎」博士(16)は、流石英米の仕込みだけあって、権利思想の発達と来ては、驚嘆せぬものは一人もない位である」とし、校長をしていた東京法学院「現・中央大学」が大火のおり類焼したことを知らされても、「並大抵の人なら、氣も顛倒し倉皇駈付けたに相違ない。▲処が法律思想や権利感念を以て頭腦を充たされ居る博士だから、其時チツとも騒がず、悠然として机に憑より、先ず保険金請求書に署名せられたとは、法曹界の逸話」である。「▲斯こう云う按排あんはいであるから、博士の権利主張と来ては、また格別である：高橋弁護士（庄之助）が大審院弁護士控所で博士を評して云うには、増島サンは金持だから、債務を負担する様なことはあるまいが、若し債務を負担したと仮定し、増島サンの様な遣り方で履行を請求したなら、必ず自殺するに違いないと云つて哄笑せられたが、並居る弁護士は、何故か苦笑するのみであつた。記者は此談話を傍聴し、唯喟然きぜん「ため息をつく」嘆声を発するのみである。借問す、博士の行動はアイス・クリームのか將た又バリストルの歟」。

商事についても同様の指摘が見られる。「前橋に来て見ると、到る所義侠の精神に富み意気を重んずる風があつて、商業上の取引に於ても手形を授受するなど云うことは極めて少なく、所謂手札一枚で何千円何百円の取引をして居る。そうして若しソレを支払わねば誰れも取引するものがなく、又手札を出したものは命にかけても支払をすると云つた風で、昔の所謂武士が借金を払わなかつたときにはお笑い被下度くんだされたしと云つた風がある。しかし此美風なども文明の進歩と

生活難の爲めに、段々衰退の傾向があるのは頗る遺憾である」(○大三・六・五 前橋法況 前橋地方裁判所長杉坂実君談⁽¹⁷⁾)。

近代における法システムの肥大化を批判するものもあつた。商法改正案(取締役兼任の制限)について関西財界の人物・小山健三は、「国家の命令を以てせなければ商業の発展を期することが出来ないと云えば、誠になさけない現象」である。精神的不文法により社会生活を維持発展させなければ、永久に円満優美の国家をつくることはできない。理想としては、英国において盛んな「チャータードアカウンタント(特許会計検査協会)」などによる、行政機関の干涉によらないかたちでの規律によるべきと主張する。⁽¹⁸⁾ ○大二・一・一 実業家より法律家に望む(南日本精糖株式会社専務取締役山本久顯君⁽¹⁹⁾) は、「今日の一切の弊は、繁瑣なる法律であるまいか」。六法をはじめ法律は百千にして足らず、勅令・府県令・市町村規則など「今日の如く法令雨下と云う風になつては、聊か角を矯めんとして牛を殺すの憾がある。英国民の遵法的精神が独逸国民以上なるを知るものは、法律教育というものの、必ずしも繁瑣なる法律の規定のみに依るものでないことを知るであらう」。専門家でさえ知悉できないものを、素人が仕事のたびに法令を搜索して左眊右顧するようでは煩繁な商取引など無理である。法令を簡単にしてその大綱を振張するに勉めよ、法律整理の断行こそ今日の最大急務であると論ずる。ここにも、社会の近代化に合わせあまりに肥大化し手に余るようになった法システムへの冷めた視線が見て取れるが、イギリスのあり方が、この時期支配的な影響を及ぼしていたドイツ法と対照的に積極的評価を受けている点が注目される。

五 法継受への問題意識

大正民法改正の起草過程で長らく中心的な関与をなした司法官僚、山内確三郎と池田寅二郎はこのようにのべていた。

山内 (○大七・一〇・二八 無題録) 「法律を作るには、我邦の民情習慣に合する様にせねばならぬ。以前の法律の如く外国法律其儘を直訳した天ぷら法律では困る」

池田 (○大七・一二・一八 英国に於ける法律及び裁判の特長 司法省参事官法学博士池田寅二郎君談) 「英国に於て法律を改廃制定せんとするに当たりては、先ず以て自国内に於ける輿論に問うのである。：私がアチラへ行つた時に赤面した話がある。法律などに付て全然素人なやお婆さんが私に向つて、『貴君のお国の法律はどうであるか』と云う様な質問をされたから：日本も文明国として、恥かしからぬ丈の法律制定を有して居ると云うことを知らしむる為めに、英国や独逸を引つ張り出して、欧州と日本とは制度文物に於て先進国と劣らぬことを示そうとした所が、其お婆さんは非常に驚いた顔をして『そんなことでよく日本国が治まって行くものだ』と云う様なことを言つて居た。つまり英国人は、其国の風俗習慣に基礎を置いた法律でなくては駄目である、と云う考が各人の頭に深く彫り付けられて居るから、輸入法律で其国が治まって行くなどとは夢想だもしないのである。：只管^{ひたすら}外国の事物を模倣して我事足れりとするものに比すれば、甚だ賞むべきことと思われる」

外国法の模倣ではだめであり、わが国の実情に即した法制度や法学を模索するというスタンスは、当時の『法律新聞』には珍しいものではなかつた。⁽²⁰⁾ その際に、ドイツ法の影響が批判の対象とされ、そのアンチテーゼとしてイギリス法が称揚されるという図式がしばしば見受けられる。

○大ニ・一・一 実業家より法律家に望む (三井物産会社庶務課長田中文蔵君)⁽²¹⁾ は「謄写的法律は我国情に適せず」と題して、「概して独逸の形式法学に捉われ：一も二もなく独逸主義を輸入するの傾きがあつて、我国三千年来の歴史、或は現下の経済状態等を考察するの点に於て、注意が欠けて居りはせぬかと思わるる一事がある」として民商法の実例を挙げたうえで、「我国の法令中には往々、独逸法を其儘コッピ―した形跡のほの見ゆるものが無いではない」と批判

する。⁽²²⁾ 単にドイツ法がそのまま移植されていることのみならず、ドイツ法の性質にも疑念が向けられる。「朝野法曹を通じて何時とはなしに独逸一流の権力的形式主義、自由牽束主義、官僚主義的法制觀念の跋扈するを見るに至れり」(○大六・五・一八 将来の法学教育(二)(法律新聞))。

他方、「英国民の如きは法律は吾等共同生活を為す自然の条件」と考えている。明治以降外国法にもとづく法典が導入され、法律は社会を導くためにお上から下げられたものと思っているわが国民とは大きく異なっている。英国の制度は一番完全なものではあるが、それは歴史のしからしむる所である、他方独逸の制度は自然的でなく急にこしらえたものである。⁽²³⁾ さらに○大三・九・二〇 戦乱と法学(法律新聞) は、英法について以下のような認識を示す。「英仏両国の法学が日本を支配したりし時代に於ては、吾人その法学、法典、裁判に多少の日本思想を認むることを得たりき。然かも組織、構成、分類の整然たる独逸法学が、滔々たる勢いを以て法学界を風靡し終るや、日本の法学思想、法典、裁判の傾向、悉く独逸化せるを認む」。『法律新聞』では、自らの伝統に立脚し觀念性・体系性が弱いと受け止められたイギリス法は、わが国の実情をふまえた法制度を模索する際の一つのモデルとして位置づけられ、ドイツ法べつたりと認識されていた現状を修正するための一つの選択肢として再認識されていたようにもみえる。⁽²⁴⁾

わが国の「伝統」「道德」をふまえた法にしてゆくべきという主張⁽²⁵⁾として、例えば平沼騏一郎は「私は日本の法律は日本に適した發達をして行きたいと思つて居る。外国法の模倣も時には必要だが、筋道は何うしても日本固有の道德、思想——日本国民の思想、道德に適応した法律の發達をさして行きたいものだと思ふ」と論ずる(○大四・一・一 卯年氣炎くらべ(大審院検事総長法学博士平沼騏一郎君談))。○大二三・六・二五 淳風美俗と法律 大正十三年六月十四日於東京弁護士会館 検事総長小山松吉君 は、各々の民族には特有の伝統的民族精神、すなわち淳風美俗があるが、日本ではそれが等閑視されている。「従来独逸に於ては概念論が盛にして、特に法律に於てそうであつたけれども、之

は少くとも今日に於ては失敗に終わったのであって、此淳風美俗の觀念を加味しなければならないと云うことが盛に称えられて来たのである。英国は不文法の国であると言ふことで有名である。そして常に立法の上に此民族精神が加味されているようである。此に於て独逸人は、此英国流を研究し出したのである。小山は淳風美俗の内容として皇統の連続性・他国の支配を受けたことがない・忠君愛国・貴賤の差の小ささを挙げている。とはいえそれらの内容は、ドイツ法べつたりと認識されていた現状を修正するためのアンチテーゼ・シンボルとしてはともかく、民事訴訟の具体的な制度の改善にむずびつく精度を備えるものではなかったらう。⁽²⁶⁾

小括

『法律新聞』記事で実務法曹たちは、紛争の予防と訴訟時の主張・立証のために、広く一般人の間に西洋近代法の知識を普及させ、弁護士が適切に利用されるように強く主張していた。実務法曹たちは他方で、旧来の日常生活への郷愁を間々かいま見せつつ、単なる翻訳の段階を脱し学ぶべき点は学んだ上で、わが国の実情を考慮した自立的な法（学）を樹立することを唱えていた。——これが、西洋近代法のあまりに急速な継受がわが日常生活との間でさまざまな葛藤を生み出していたことに対する、実務法曹たちのスタンスであった。

そうだとすれば、彼らが不干渉主義に反発し批判したとしても、それは単純な「伝統への回帰」ではありえなかったろう。ときおり「伝統」が唱えられたとしても、それが不可逆的に失われゆくものへの哀惜か、「ドイツ法べつたりの現状」を批判するためのシンボルにとどまることは、十分承知されていたように思える。実務法曹たちは実務レベルで直面した問題群に具体的な解決策を与えることを通じて、西洋近代法と日常生活の間の葛藤を克服し、西洋近代法の継受をよ

り実質的・批判的なものへと深化させていったのである。そしてその際には、裁判官に一定の役割を果たすことの期待が——ときに過大だったとしても——寄せられたのだった。

- (1) 西洋近代法の継受のあり方は、明治以降わが国が西洋近代に対していかなるスタンスで臨んだかという問題に無論つながっており、多くの研究が蓄積されてきたテーマである。以下の検討はそれらすべてを踏まえたうえでのものでももちろんなく、本稿のテーマと関連の強いと思われる記事に着眼したに過ぎない。
- (2) ○明三五・九・二九 法律と教育 弁護士福田又一 ○明三六・二・九 松山地方裁判所入交検事正君の談 山々子
○明四〇・一二・三〇 大阪だより 大阪支局松生 ○明四二・三・一五 法律衛生論 弁護士法学士安東俊明君 ○明四五・二・一五 時事小言 巴人（法政思想の養成に就きて） ○明四五・二・二五 時事小言 巴人（法益侵害に対する防御準備） ○大三・七・五 暑中休暇と法官の講演（法律新聞） ○大四・四・三〇 法学者の大会同を望む（法律新聞）
○大五・九・一三 小学校長の講習（更に法政智識を与へよ）（法律新聞） ○大七・八・一五 法律の教育化（法律新聞）
○大八・五・二三 法律と文化（法律新聞） ○大一四・一二・三 司法制度裁判事務取扱と国民生活安定淳風美俗維持司法制度の改善 弁護士松倉慶三郎君
- (3) 安政二年（一八五五）生まれ。明治九年（一八七六）司法省出仕、大阪上等裁判所判事補をへて一四年代言人。二〇年・二五年大阪組合代言人会長、三五〜三八年大阪弁護士会長。
- (4) 例えば○明三四・五・二〇 日本弁護士協会総会演説要旨（齋藤隆夫君） ○明三五・九・二九 法律と教育 弁護士福田又一 ○明三八・八・一〇 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感（四） ○明四三・一・二五 民事訴訟用印紙法改正案の提出（法律新聞） ○明四三・七・一五 時事小言 巴人（外国婦人の鉄道庁に対する勝訴） ○明四三・一〇・一五 自ら保護せよ 借地権保護会に於ける演説 万朝報記者斯波貞吉氏 ○明四三・一二・二〇 想ひだし記（一） 不角山人 ○明四五・二・二九 外遊雑感（上） 万国議員会議参列員代議士弁護士法学士宮古啓三郎君談 ○大元・一〇・三〇 示談か権利の主張か ○大二・一一・一五 権利思想の養成 行政裁判所評定官法学士島村他三郎君談 ○大八・七・

五 新裁判所に望む (法律新聞)

(5) 安政三年 (一八五六) 生まれ。明治法律学校卒、明治一五年 (一八八二) 代言人。三二年東京府會議員。大正六年 (一九一七) 死去。

(6) 以下紹介するものほか○明三五・一一・三 商事裁判所設置の議に就て (法律新聞) ○明三七・一〇・五 法界革新の声 (二) (大審院判事磯谷幸次郎君談) ○明三八・八・五 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感 (三) ○明三九・四・一五 裁判と実業の關係 (法律新聞) ○明三九・五・五 本社七週年会 ○明三九・五・三〇 銀行俱樂部晚餐会 ○明四〇・一二・二五 法律と実業 (佐藤判事の談) ○明四一・一一・二〇 長野に於ける日本弁護士協会臨時大会 (承前) 松岡阜城 ○明四二・四・一五 遵法的精神 (国民性の二大欠陥) ○明四五・四・二五 実業家と法律思想 東京区裁判所監督判事手塚彦太郎君談 ○明四五・六・二〇 時事小言 巴人 (実業界の法律智識) ○大二・一・一 実業家より法律家に望む (三井物産会社庶務課長田中文蔵君) ○大二・一・一 法律家より実業家に望む (東京控訴院部長今村恭太郎君、仏国法律博士原夫次郎君、弁護士花井卓蔵君、弁護士今村力三郎君) ○大二・一・一〇 法律家より実業家に望む (弁護士小川平吉君、弁護士花岡敏夫君) ○大四・五・一五 所感数則 名古屋控訴院長水上長次郎君 ○大五・四・二五 法界雜感 青森地方裁判所長百島一八君談

(7) 明治一八年 (一八八五) 生まれ。大正三年 (一九一四) 東京帝大法科大学卒、弁護士。昭和二年 (一九四七) 第二東京弁護士会長、三二年日弁連会長。四三年 (一九六八) 死去。

(8) 同旨、○大二三・一二・五 司法省及中央法衙内巡訪記 (11)

(9) 同旨、○明四二・三・一五 法律衛生論 弁護士法学士安東俊明君 ○明四二・四・五 財産衛生論 弁護士猪股淇清君 ○明四三・四・二〇 会社と法律顧問 法学博士弁護士原嘉道君談 ○明四三・五・三〇 実業家の司法観 神戸貿易商某君談 ○大二・一・一 法律家より実業家に望む (東京帝国法科大学教授松本丞治君、東京地方裁判所予審判事尾佐竹猛君) ○大二・一・一〇 法律家より実業家に望む (弁護士山口憲君) ○大二・一・一五 法律と実業 (法律新聞) ○大四・一・一 卯年気炎くらべ (弁護士原嘉道君)

(10) 大野『職業史としての弁護士』四三頁、六九―七二頁、林真貴子「日本における法専門職の確立——職域の形成とその独占」(鈴木秀光他編『法の流通』(平二二) 所収)。

- (11) 明治三年（一八七〇）生まれ。二七年東京帝大法科大学卒、司法官試補。三五年東京控訴院判事、四四年大審院判事、大正二年（一九一三）大阪地裁所長、七年欧米各国へ出張、その後控訴院検事長を経て一三年東京控訴院長。
- (12) 川口『明治大正町の法曹』では、明治から大正にかけての農村（但馬地域）において、一定程度の予防法学的な法使用がみられたことが指摘されている。
- (13) 参考、岩松『ある裁判官の歩み』一一二―一三頁。対照的ともいえるドイツの実務の実際を、かなり時代は下るがわが実務家の眼から描いたものとして、近藤完爾『西ドイツハンブルク地方裁判所における民事実務について』（『近藤完爾民事訴訟論考第一巻』（昭五三）所収）一一九―一二三頁。
- (14) 他に例えば、○明三三・一一・五 弁護士経験談 府会議員前東京弁護士副会長齋藤孝治君
- (15) 他に例えば、○明四一・四・一〇 大阪法廷見聞録 大阪支局松生 ○明四三・四・二〇 三井家に係る一万五千円の訴訟 ○明四四・二・一〇 法廷へ柳行李を担込む 何所までも凶太いカーロー夫人 ○大一一・八・二〇 学問の弊歟 医士と弁護士（一）弁護士播磨龍城君
- (16) 安政四年（二八五七）生まれ。明治一二年（一八七九）東京大学法学部卒。英国ミドル・テンプルで学び一六年パリスター。米国法律事務所をへて一七年無試験免許代言人、一八年英吉利法律学校初代校長。涉外事件を多く扱い、全米・カナダ・ニューヨーク州弁護士会など名誉会員。昭和三年（一九四八）死去。
- (17) 明治元年（一八六八）生まれ。二四年東京法学院卒、二六年司法官試補。三八年大阪地裁部長、四三年岐阜地裁検事正、大正二年（一九一三）前橋地裁所長、七年新潟地裁所長、一〇年広島地裁所長。
- (18) ○明四二・六・五 実業家と法律 大阪支局跳波生。但し記者は末尾で、欧米各国の趨勢は事毎に法律制定に傾いていることを知らないのではないかと締めくくっている。小山健三は安政五年（一八五八）生まれ。文部省出仕、明治二五年（一八九二）秘書官、二八年東京高商校長、三一年文部次官、三二年三十四銀行（のちの三和銀）頭取。財界での活動を多数歴任し、渋沢栄一とならぶ金融界の人物とされた。大正一二年（一九二三）死去。
- (19) 明治三年（一八七〇）生まれ。同志社に学んだ後米国・オハイオ大卒。中国貿易、ついで鉱山業で広く活躍。
- (20) ○明三七・一・一 法界小言（一）松郎子 ○明四〇・七・五 大阪だより 松生 ○明四〇・一一・一〇 本社祝宴会 ○大二・一・一五 法律と実業（法律新聞） ○明四一・三・五 平沼民刑局長の談（東朝） ○大二三・九・二〇 戦

乱と法学(法律新聞) ○大八・七・一〇 無題録 ○大一〇・一一・一五 放屁嘲笑会 弁護士城陽迂史君

(21) 明治七年(一八七四)生まれ。二四年東京法学院(現・中央大学)卒。同校雑誌編集員を経て二八年三井物産入社、大正一〇年(一九二一)三井物産取締役。中央大学評議員・理事など歴任。

(22) 同旨、○明四四・九・二〇 新法相に対する希望 東京弁護士笠原文太郎君 ○大六・五・二三 将来の法学教育(四)(法律新聞)

(23) ○明三八・四・二〇 某弁護士の法界革新談 ○明三九・六・一〇 大審院判事小山温氏の外遊雑感

(24) わが民法へのイギリス法の影響についてはつとに指摘されている。北川『日本法学の歴史と理論』、五十川直行「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響(序説)」(星野英一ほか編『現代社会と民法学の動向(下)(加藤一郎古稀)』(平四)所収)、水本浩編『日本民法学史・通史』(平九)。

わが民事訴訟法に対するイギリス法の影響いかにについては、今後の検討の余地があるかもしれない。明治民訴法施行まではイギリス法教育が複数の法学院で盛んに行われ、明治民訴法期にはイギリス法のそれなりの知識を持つ実務法曹が一定数存在した。特に増島六一郎・江木衷などによるイギリス(訴訟)法の紹介はさまざまな形でなされ、『法律新聞』にもイギリス民事訴訟に関する紹介記事は珍しくない。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)二二三頁は「欧州各国の法律を交互比較するときは、人皆な英国訴訟法（このころは）「ここでは民事訴訟法のこと」を以て訴訟法の最も完全なるものとなせり。是即ち入費を省き、審判を速かにし、且其手續簡易なればなり。加之（し）一千八百七十六年訴訟

手續を改革したるより、尚お一層の進歩を致したりと云うべし」と高く評価し、同書の各所でイギリス民訴の立場から当時のわが民訴(訴答文例期)を批判している。明治民訴法期に、学説・研究者ではなく実務法曹による紹介というチャンネルで、「イギリス民事訴訟法」の漠然としたイメージがそれなりに広まっていた可能性は注目すべきものと思われる。英法派と『法律新聞』の人的コネクションについても今後検討する必要がある(江木衷は頻繁に寄稿している)。以上についてさしあたり、山崎利男『英吉利法律学校覚書 明治前期のイギリス法教育』(平二二)を参照。

(25) 以下紹介するほか○大二・一・一 実業家より法律家に望む (三井物産会社庶務課長田中文蔵君) ○大七・七・二八 消暑閑語一折 城陽君

(26) 大正後期の淳風美俗論の展開については、さしあたり伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』(平一二)九五―一〇

五頁を参照。

おわりに

一 本論のまとめ

争点整理のために訴訟関係を明瞭に認識し、その争点についてなるべく真実に近い事実認定を行うために、裁判官が積極的に口頭審理を通じて介入する——この視点から本稿では『法律新聞』の記事を素材にして、明治民訴法期の訴訟実務の実態と実務法曹の認識、そしてその多様な背景を検討してきた。職権のある程度積極的な介入は裁判官・弁護士を問わず大筋で支持されていた一方、その「場」としての口頭審理への関心は一貫して低調であった。

(1) 実務法曹において裁判官の介入に期待が寄せられていた背景は、大要以下のようにまとめられる。

①資質に問題のある弁護士がそれなりの数存在した。⁽¹⁾ ②近代法の知識や予防法学的配慮が、実業界をふくめ日常生活にあまり浸透しておらず、法学識へのアクセスも容易でなかった。③手続のテクニカルなレベルで、実務上さまざまな支障が生じていた。④書面審理化ゆえに裁判官が介入を適切に行なえていないという問題意識が、司法官僚にはあった。

⑤裁判官の形式的な法適用や権威主義が非難され、「常識」や「人格」を備えた「名判官」への憧憬があった。⑥訴訟の迅速化が強く叫ばれる中、それを拙速に陥らずに実現すべきと考えられていた。

これらの問題の大部分は、極めて急速な法継受の帰結といふべきものである。実務レベルで生じていたさまざまなひずみへの対処は、しばしば裁判官の職権に期待されたのだった。⁽²⁾

(2) 右の結論には、研究対象と研究方法に起因する射程の限界が少なからず存在する。

本研究はあくまで『法律新聞』という一メディアに示された限りで、当時の状況を検討したに過ぎない。紙面構成の変動が激しいメディアを史料とし、個々には断片的な意見表明しか残していない実務法曹たちの認識を論ずるにあたり、「集団としての」実務法曹が、「明治民訴法期に」——時系列的な前後関係は捨象している——何を考えていたのかという、大数的なかたちで論ぜざるをえなかった。『日本弁護士協会録事』『法律日』など他の法曹メディア、さらに立法・判例・学説から得られる知見とのすり合わせが今後必要であらう。

江戸時代や明治前期からの影響いかんも検討から外されている。⁽³⁾ 検討対象とした記事の中で前代の影響が明示的に指摘されることが少なく、近代的法典が一通り整備されてからそれなり以上の時間が経過してもいる。他の要素との兼ね合いもあり、容易な評価を許すものではない。

あまりに急速な継受ゆえに理解・運用が不十分だった部分と、当事者主義（不干渉主義）そのものに内在していた問題点の分別も今後の課題である。わが国が継受法国であるがゆえに問題がより先鋭化したことは無論重要だが、ドイツやオーストリアではほぼ同時期に職権強化へとかじが切られていることは、当事者主義そのものにも問われるべき点が多々あったことを教えている。⁽⁴⁾ 同時期の母法国における、とりわけ実務の実態の解明が不可欠の作業とならう。

以下では、右に掲げた結論に関連の深い論点を提示し、今後の研究の方向性を示唆してむすびとしたい。

二 大正改正の起草・立法過程との関連

実務法曹において広くみられた職権の一定の積極的介入を求める動向は、同時代に進行していた大正改正に向けての起草・立法過程にそれなりには反映されていたといえる。⁽⁵⁾ もちろん認識には少なからざる差異が見られ、

法改正に直接携わった者たちは一般により謙抑的なスタンスをとっていたし、口頭審理のように実務法曹との認識のズレが際立っている論点も存在した。改正法の内容が法案提出に至るまではほぼ秘密にされていたことも、起草・立法過程の議論（とりわけ起草者たる司法官僚）と実務法曹の受け止めの偏差の一因であったろう。これらの認識の相違は成法における規定、そしてその実務での運用に大きく影響を及ぼしたと考えられる。

ただし、認識の相違はあくまで手続の具体的論点の扱いについてであり、裁判官の介入をポジティブに評価するといふ基本線は起草・立法過程に携わったエリート法曹と実務法曹を問わず、また裁判官・弁護士を問わず歓迎かつ期待されていたことは強調しておきたい。職権の介入は裁判官・司法官僚と弁護士が対立する論点であるかに思われるが、それは周辺のなエピソードにとどまっていたのである。⁽⁷⁾

三 法学識の多様なリソース

本稿では法学識のリソースとして裁判官と弁護士しか取り上げなかったが、それ以外のリソースが果たした役割にも目を向ける必要がある。

(1) 実務向け文献

実務法曹向けに手続上必要な知識を平易簡便に提供する解説書・書式集は、明治民訴法施行と同時にあらわれており、判例集もドイツほどではないとしてもそれなりに出版されてゆく。素人に簡便に法知識を提供する、あるいは本人訴訟を念頭においたマニュアル的文献もみられる。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

こういった実務向け文献は場合によっては立法・学説よりも直接的に実務に、ひいては立法にも影響を与えうるものと考えられる。実務向け文献は法解釈学や学説史からは重視されてこなかったように見受けられるが、継受法の定着を考える上で見落とせないテーマであろう。

(2) 法律相談・人事相談

『法律新聞』には主に大正中期以降、弁護士による法律相談事業や行政（警察署など）による人事相談の記事が見られる。

- (a) 法律相談事業として紹介されているのは、主として社会運動系のものである。⁽¹⁰⁾ ○大七・六・二八 平民法律相談所の成績 では、芝烏森社会政策実行団の事業が開始一か月で七八件を取り扱い、相談は一件五〇銭一年一二円、民事訴訟は一件五円という手数料で対応していた。内容としては「先ず家屋明渡しや家賃に関するものが第一位で十四件もある。…物価騰貴の影響と、家主が新しい借家人に代らせて家賃を上げる算段と、小成金が地所を拡げるために立退を請求するのは時節柄の現象と見るが好い。次が売掛代金貸金請求事件の十二で、之も物価騰貴の為めといえよう。離婚沙汰が九件の第三位「原文は第二位」で、職工連が景気の好い為めに新しい女を作って、頭の上らない古い細君と喧嘩をした末離婚沙汰と云う不都合千万な傾向があるとの事。其の他の刑事問題が八件ある…人事と戸籍で八件、遺産争いの四件、雇傭関係が三件で、売買や其の他契約破棄の事件が六件もある。又婆さんが孫娘を引取って育て上げた所孫娘が別嬪なので、其の親が孫娘を親権を以て連れて行き芸妓家へ売るとの事で婆さんが泣き込んだのや、陸軍省の馬丁が馬丁になる株を担保にして金を借りたという株券ならぬ株担保の紛^{ふん}紖^んや、電灯値上を延期して置きながら東灯「東京電灯。東電の起源」が一時払を請求して来たという青山学院の細君の申込みなどであるそうな」というのが大体の傾向であった。安価・簡便な法知識の提供による紛争の解決と予防をめざすものであり、記事のスタンスは好意的なものである。⁽¹¹⁾
- (b) 警察における人事相談所は、警視庁が大正八年九月に設置したのが最初のようにである。⁽¹²⁾ 社会政策的配慮にもとづき、庶民の間のいわゆる社会問題一般について、なるべく相談しやすいよう平服姿で対応するなど配慮がみられた。家屋賃貸借は大きな問題となっており、○大九・三・八 警視庁相談所 相談所主任岩村政寿君談 は

「借家払底の影響で、借主が明けると云つて明^{あけ}ないものも大分あるようで：府で経営の貸家が出来れば悪家主の家が明くようになり、悪い評判が伝^{つた}り却つて家主の不利になるから、悪家主は今の内に考えて無理なことをしないのが利益であると思う。しかし借家人の中にも悪いのがある。畳数が二十一畳からあつて十一円の家賃であつたのを、何ヶ月も家賃を溜めて払わぬので十四円に値上をしたら、大に家主を嚇^{おど}したなど云うのもある。」「家主や借家人だけでなく」差配にも随分性質の悪いのがある。家主の知らぬことを差配が一人でやつて居ることがあり、又借家人に付届を仄めかす差配人などもあり：「家主と借家人間の衝突の原因として」家主が代理人を頼んで交渉させるので、代理人が自然成功を急ぐため：争になるようなことも少なくない」とし、家主と借家人ができるだけ誠意をもつて話をつけるほうが、かえつて双方のために利益だと述べている。

記事のスタンスとしては好意的なものもあるが、警官が不十分な法知識に基づいて威圧的に解決を押し付ける、司法権を侵害し弁護士業務を侵すなどの批判もみられる。¹⁴ 右で紹介した警視庁相談所主任は、取り扱う対象を「弁護士が当然やるべき関係のことには手を付けぬことにして居る。：純粹な民事問題は一切取扱わず、只だ犯罪に係る事柄のみ取扱つて居る。中には呼出状を出しただけで解決するのがある」とはいうものの、民事事件との境界が常に明瞭だとは限らなかつたと思われる。

(3) 代書人・三百代言

弁護士は地方において少なく、金銭的な理由からも必ずしもアクセスが容易ではなかつた。紛争解決のために簡便・安価に法知識を提供する代書人や三百代言の助力は必要なものであつたし、司法当局も彼ら非弁護士の活動に期待するところがあつた。¹⁵ 弁護士に頼ることが難しい場合における予防法学や紛争解決を考える上で、彼らの役割は今後さらに検討される必要があろう。

四 西洋近代法のわが国への適応

新しい法典Ⅱ明治民訴法を運用するなかで、実務法曹がさまざまな問題を認識しその改善策を盛んに論じたのは一見自然に思える。しかし、それがけつして容易な道ではなかったことは、先行研究が正當に指摘するところである。つとに三ヶ月章教授は、わが国ではドイツの民訴制度を範としてとりこむことに急であつたために、かえつて出発点當時のドイツの制度・理論に強く繫縛され、ドイツがその後果敢な脱皮を試みてもそれを弾力的にフォローすることがわが国では億劫がられてしまつた、と述べていた。⁽¹⁶⁾ 中野貞一郎教授も、わが国では近代的かつ体系的な明治民訴法典の偉容に威圧されて、継受した民訴法を日本の土壤に適合させるための実務上の活動はなほだ低調だつた。「外來の訴訟法規を日本の国情に適合させるための正當な実務内努力が、しばしば、當時の開化思潮のもとで旧慣墨守として忌まれ、あるいは萎縮していつたことは、十分に想像できる」と論じている。⁽¹⁷⁾

たしかに、明治民訴法期の『法律新聞』では訴訟關係の明瞭な認識と眞実探究について、ドイツの実務レベルの新しい動向が報じられることはほとんどなかつた。民訴法の法文こそほとんど同一とはいへ、さまざまな前提を大きく異にするわが国でそれを運用するに当たり生じて當然の齟齬は、ドイツでの実務レベルの工夫への関心よりは、むしろドイツ法の「形式主義・權威主義」という大難把な批判、そしてイギリス法への関心へと向かいがちだつたように見える。

本研究はそのような限界を認識した上で、実務法曹が継受法たる明治民訴法を実務レベルで適切に機能させるために、積極的に取り組もうとしていたことに光をあてるものである。法典・制度レベルの継受をまがりなりにも終えたわが国は、実務への西洋近代法の適応・洗練、一定の批判的視座を伴つたより深い理解の時期を迎えていたのだつた。それは現実性の低い「名判官」や、失われつつある旧來の日常生活への憧憬と時に交錯することはあつても、西洋近代法の必要性自体が疑われることは実務法曹においてはなかつたのである。眼前に突き付けられた現実の問題に対して具体的レ

ベルの改善策を提示することに徹したところに、実務法曹たちの矜持と真面目があつたといえよう。

「訴訟法規でもなく学説でもない、それでいて訴訟を形成しているもの。それも、法典や学説に随伴してはるばるドイツからやってきたであろうか。そのようなことは、誰が考えても、全くありそうにない」(中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」)。本研究は、およそ異なる法伝統をもつ西洋から民事訴訟制度を継受したわが国が、その実務での運用にさいして直面した葛藤を描き出すことを目的としていた。「思えば、わが国のドイツ法継受の時期が不運であつた。ドイツの訴訟立法史上、争点整理のための特別な方策を認めないという異例の立法を継受したのである。そのために、理論上実務上争点整理の必要を痛感しないという雰囲気のまま推移してきた」(鈴木正裕「争点整理の方策について——その史的考察」)のように、わが国が継受した民事訴訟制度が、西洋史のなかでも個人の自律を重視する思潮のとりわけ強い時代のものであつたことが、われわれにとって問題をさらに難しくしたようにおもえてならない。⁽¹⁸⁾

*本稿は、文部科学省科学研究費・基盤研究C「『当事者のために介入する裁判官』の歴史的系譜——ヨーロッパ私法史から大正民訴改正へ」、同「民事訴訟における職権介入の虚像と実像——実務のまなざしから出発する法史学の試み」(いずれも代表者・水野浩二)による研究成果である。

(1) 先行研究には、大正改正における職権探知強化を本人訴訟を念頭に置いたものと位置づけるものもあるが(柴野「転回点」二八一頁注(39)、二八八頁)、必ずしも同意できない。水野「口頭審理」注(85)も参照。

- (2) 本論で言及したように、いわゆる「弱者」保護の視点は実務法曹においてそれなりのモメントとなっていた。大正民訴法改正の起草・立法過程(のうち大正後期)において社会政策というアイデアが出てこない指摘されるのは、やや偏差があるかもしれない(鈴木『日本』二八二・二八七頁、注(128))。ちなみに大審院長・横田国臣は〇六七・四・一〇中央法衙の一隅より、で、「今後の社会は精神上の共産主義で行かなければならぬ。ソウでなければ将来はやって行けぬ。従って裁判所でも其積りで、貧乏人などは可成助けてやるような方針で万事やって行かねばならぬ」と述べている。
- (3) 裁判官の權威主義、「名判官」待望論、偽証の多さ、予防法学の欠落などが考慮対象になりえよう。
- (4) ドイツ帝国民訴法典(CPO)施行後早い時期に、いわゆる処分権主義・弁論主義をめぐって詳細な議論が行われるに至った。Falk Bomsdorf, Prozelmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozel. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO. Berlin 1971. Jürgen Damrau, Die Entwicklung einzelner Prozelmaximen seit der Reichszivil-prozelordnung von 1877. Paderborn 1975. Bert-Hagen Strudthoff, Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozel in historischer Perspektive. Frankfurt am Main 2004. Sebastian Adler, Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preußischen und deutschen Zivilprozelgesetzgebung. Hamburg 2006. 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・オーストリア』(平二八)。当事者主義の高唱の結果としてドイツ帝国民訴法典が争点整理手続を欠いていたことについては、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』(平二三)の詳細な叙述を参照されたい。
- (5) 大正民訴改正法案については、『法律新聞』では、当事者主義の立場からの批判は少数にとどまる。〇六一五・二・一二改正民事訴訟法案概観 小林亀郎君 は、民事訴訟法は私権の保護を目的とする以上処分権主義「ここでは当事者主義のこと」を重視するのが当然で、近來の立法思潮が職権主義へ傾斜していることはきわめて遺憾である、改正案は職権主義から出発しているために首肯できない条文が少なくない、と批判している。
- (6) 染野「転回点」二四四、三〇五頁、鈴木『日本』二八〇頁を参照。
- (7) 先行研究には「在朝法曹对在野法曹」の対立軸を強調するものもみられるが、本研究の対象とするテーマには必ずしも当てはまらないと考える。
- (8) 明治民訴法施行当時のものとして、三坂繁人『民事訴訟法釈要上中下巻』(明二三)、沢井重蔵『民事訴訟実用』(明二四)などがある。

(9) 例え田丸税稔『民事訴訟独案内 付諸書式』(明三五)は、広島地裁所長だった田丸が、訴訟の開始から執行に至るまで原告本人に弁護士が事務所で助言を与える形で平易に解説し、巻末では書式を詳細に紹介する。

(10) ○大七・五・二五 新橋平民食堂内に平民法律所開かる ○大七・一一・一五 簡易法律相談所が出来る ○大八・四・五 帝大学生基督教青年会法律相談所の事業成績 ○大八・八・一〇 大阪自由法律相談所の成績 ○大九・一・一五 日比谷の中央法律相談所 ○大九・一・三〇 大阪基督教青年会に法律相談所 ○大一〇・一二・八 法律相談無料公益デ一の元祖 弁護士若井孝太郎君 ○大一二・三・六・五 左傾派弁護士相談所を組織す ○大一一・四・九・三〇 用法の妙致は国家の幸福 弁護士松倉慶三郎君。官の側からは小河滋次郎(大阪府嘱託)の講演、○大五・六・一五 必要な人事相談所がある。参照、伊藤孝夫『大正デモクラシー』二六―二七、五〇―五四頁。

(11) ドイツでは、一九世紀末には組織的かつ大規模な法律相談事業が行われるようになっていた。Hiroki Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, Berlin 2014.

(12) 以下紹介するもののほか、○大八・一一・八 人事相談所の成績 ○大八・一二・三三 人事相談所開始の動機 ○大九・二・八 警視庁人事相談所拡張 ○大九・二・八 薄幸なる寡婦の相談に乗る ○大九・二・二三 警視庁人事相談所の成績 岩村主任談 ○大九・三・八 警視庁相談所 相談所主任岩村政寿君談 ○大一〇・二・八 横浜水上署に人事相談所 ○大一〇・三・二五 警視庁人事相談課の独立 ○大一一・九・一五 (懸賞論文) 再び司法制度の改善に就て 弁護士小林栄太郎君

(13) ○大一〇・一一・二〇 警視庁の人事相談所近況 によると、同年一〇月の総件数は六五二、うち精神上の相談(身の上・家庭戸籍婚姻など)一二五、職業上の相談(求職など)九八、雇用上の相談(給料の請求など)二六、感化保護(不良少年・病者)一九、衛生(消毒など)二、家屋賃貸借一一〇、その他(売買請負、各種届出)二七二となっており、一日平均二一―二二件であったという。「本月は市内六十個所」の相談所を合算すると三千五百件となるかも知れない。

(14) 好意的なものとして○大九・六・二五 一寸した気付き 人事相談所職業紹介所係員に申す 原胤昭君 ○大一一・一〇・二〇 町村人事相談所の責任及所員の修養を論ず 弁護士松倉慶三郎君 ○大一一・一〇・二五 警察署の人事相談所は憲法違反なるや否 弁護士松倉慶三郎君。批判的なものとして○大一一・六・二八 和歌山弁護士会の警察人事相談廃止の決議 ○大一二・八・一八 遣り過ぎる人事相談所。賛否両論として○大一一・四・七・二五 東北六県弁護士大会。

- (15) 代書人についてはさしあたり、林真貴子「日本における法専門職の確立——職域の形成とその独占」（鈴木秀光他編『法の流通』（平二二）所収）、大出良知「司法書士は司法制度上どのような位置を占めてきたのか——司法書士史の編纂を通して」月報司法書士四七九（平二四）、中山弥保「司法代書人法制定沿革小史」慶大法學研究科論文集五四（平二六）など。三百代言については橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平一七）、同「再論 在野「法曹」と地域社会」民衆史研究七八（平二二）、三阪佳弘「近代日本の地域社会と弁護士——一九〇〇年代の滋賀県域を題材として」法と政治六二卷一号（平二三）、同「明治末・大正期京滋地域における弁護士と非弁護士——続・近代日本の地域社会と弁護士」阪法六三卷二号（平二五）を参照。
- (16) 三ヶ月章「ドイツの司法制度について——その歴史的背景と現在の問題ならびに改革の動向。あわせて日本との対比」同『民事訴訟法研究四』所収（初出昭三八）四一―四二頁など。同時代（一九世紀後半―一九二〇年代）のドイツでは、民事訴訟手続全般に関して立法・判例・学説における認識はわが国よりはるかに深化し、実務法曹の間でも具体的問題意識が深められていた。中世後期以来、法学的な訴訟手続が法伝統として根付いてきたという差は大きいと思われる。
- (17) 中野「手続の継受」六〇―六一頁。
- (18) 参照、星野英一「日本民法学の出発点——民法典の起草者たち——」（向坊隆ほか『明治・大正の学者たち（東京大学公開講座26）』（昭五三）所収）二四一頁以下。

中世後期ドイツ国王裁判権の活動としての確認行為（二）

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―一三二三年）
- 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

（以上六七卷五号）

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

三、カール四世本人による確認行為（一三四六―一三七八年）

一 カール四世の治世（一三四六―一三七八年）に関しては、まずカール本人による確認行為の展開を叙述することにしよう。⁽¹⁾ 一四世紀半ばまでと同様、支配者自身が何らかの形で関与して成立した和解を、支配者が別に証書を出して確認することは、カール四世のもとでも、確認類型の一つを構成している。一三四七年一月に、カール四世は、ノルトガウの国王都市ヴァイセンブルク *Weissenburg* とヴュルツブルク *Wülzburg* 修道院の間の木材利用等をめぐる紛争に⁽²⁾ 関して、ニュルンベルクのブルクグラーフ・ヨハンが下した決定を大印章 *Majestätsiegel* を付した証書で確認した。⁽³⁾ その前日にヴァイセンブルク市が発行した証書によれば、市は国王とブルクグラーフ兄弟の助言と同意により、修道院との和解に達したのであった。⁽⁴⁾ 一三五四年三月にルクセンブルクで、カール四世は、彼の継母でボヘミア（ベーメン）王ヨハンの寡婦であったベアトリクスとヴェルダン市との和解に関して証書を発行した。カールは、両者の間の紛争を終わらせるべく、特にベアトリクスの側が和解に反してヴェルダン市と市民を侵害すべきでないことを述べる。また証書は、今後紛争が生じた場合の仲裁規定について両者が彼の元で合意したことを伝える。⁽⁵⁾ なお、同日付の別の証書でカール四世は、ヴェルダン市が下した死刑判決を確認しているが、おそらく同じ紛争の文脈に属するものと思われる。本件

の和解へのカール四世の関与は、一三五四年一月に彼の大叔父トリリア大司教バルドウィンが死去した後に始まった、カール四世の一連のライヒ西部政策に属する措置であつた。⁽⁶⁾

一三五九年四月には、カール四世はアーヘンで、マーストリヒトの聖セルヴァティウス参事会教会の懇望を容れて、自身の異母弟であつたルクセンブルク公ヴェンツェルおよびその妻ヨハンナとセルヴァティウス教会との間のベルナウ Bernau 村の裁判権をめぐる紛争の解決に關して同年一月に発行されたヴェンツェルの証書と、一二三二年にアーヘンとマーストリヒトの参事会教会首席司祭 Propst オットーが発行した古い証書とを、挿入したうえで確認した。⁽⁷⁾ 違反の際の贖罪金として、一〇〇金ポンドが規定され、確認証書にはカールの大印章が付された。この場合も、一月の取り決めは、皇帝が関与して結ばれたものであつた。⁽⁸⁾ 一三五九年一〇月にはカール四世は、皇帝戴冠前の一三五四三年三月に自身がライン宮中伯ループレヒト一世および二世の間に成立させた和解を、皇帝としての大印章を付した証書で改めて確認した。⁽⁹⁾ 一三六〇年一月にカール四世はマインツで、カイザースラウテルンのプレモントレ会修道院の要請を容れて、一三六〇年七月に出された同修道院とカイザースラウテルン市との間の取り決めに記した証書を、挿入したうえで確認している。⁽¹⁰⁾ 七月の証書によれば、両者の間の取り決めは、皇帝および皇帝から同市の質入れを受けていたライン宮中伯ループレヒト一世の同意のもとに成立したものであつた。⁽¹¹⁾

一三七二年六月にカール四世はマインツで、前日に成立したヨハン・フォン・イーゼンブルク Johann von Isenburg とゼルボルト Sebald 修道院の和解を、ヨハンが発行した和解証書を挿入したうえで確認した。⁽¹²⁾ この和解も、皇帝の命令と意向を受けて成立したものであつた。⁽¹³⁾ 一三七四年一〇月にニュルンベルクで、皇帝は、ヴェルテンベルク伯エーバーハルトとエスリンゲン市との和解を規定した皇帝証書に言及しつつ、大印章付き証書で改めて確認したが、この和解も当時皇帝が成立させたものであつた。⁽¹⁴⁾

また、一三六〇年一〇月にマインツで出された皇帝証書は、皇帝と諸侯の前で成立した、ウルリヒ・フォン・ハーナウとフィリップ・フォン・イーゼンブルクの間の和解の内容を記した（フィリップにより出された）証書が、皇帝および諸侯が臨席する前で読み上げられ、その和解証書が紙に急いで書かれたものであったため、ウルリヒの求めにより皇帝証書が発行されて皇帝の小印章 *Sekreisiegel* が付されたことを述べる。⁽¹⁵⁾ これも確認行為に類似したケースと見なすことができよう。

一方、和解した両当事者の間で国王による確認を得ることがあらかじめ合意されており、それが確認が求められる理由となったと考えられるケースもやはり存在する。一三五一年一二月にマインツで出された大印章を付した証書で、カール四世は、シトー派修道院ブルトシャイト *Burtscheid* と国王都市アーヘンとの間でなされた、ブルトシャイト村に関する支配権の修道院から市への譲渡を、市の求めに応じて確認した。⁽¹⁶⁾ 同年一〇月に出された両者の取り決めに關する証書において、国王による確認を得ることが定められており、⁽¹⁷⁾ それに対応する措置であった。このような場合には、当事者側のイニシアティヴによって、国王による確認行為を説明することができるであろう。

二 皇帝・国王の権利が問題となっていたことが、確認の背景となっていると考えられるケースもある。とりわけ、皇帝・国王から授与されるレーン（封）が紛争の対象となった場合に、紛争当事者の間で成立した和解などがカール四世によって確認される例が比較的多く見られる。一三五〇年四月にカール四世はニュルンベルクで大印章付きの証書を発行して、バーデン辺境伯家の支配をめぐる紛争に關して、辺境伯ヘルマンなど辺境伯家のメンバーの間で成立した和解を、国王が授与したレーンに關する限りで確認している。⁽¹⁸⁾ 同じく西南ドイツからの事例として、一三五九年四月に、カール四世はマインツで大印章付き証書を發行して、フライブルク伯エゲン *Egen* と女伯クララ・ハッハベルク *Hachberg* 辺境伯ハインリヒ・フライブルク市との紛争に關して成立した和解を、当事者たちの要望に応じて確認した。⁽¹⁹⁾ この紛争はその

少し前から宮廷裁判所で争われていたが、その後和解に至ったのであった。この紛争においても問題になっていたのは帝国レーンであり、皇帝は同日付の証書で、クララからエゲンの手に渡ったニーダーブライスガウ *Niederbreisgau* のラントグラーフシャフトを、エゲンに授封している。⁽²¹⁾ 加えて、宮廷裁判所で紛争が扱われていたことが、皇帝自身による確認を当事者たちに求めさせることになったのかもしれない。

一三五五年七月にもカール四世はレーゲンスブルクで、ボンメルン・シュテッティン公バルニム *Barinim* とブランデンブルク辺境伯ルートヴィヒとの間で成立した和解を、黄金印章付きの証書で確認しているが、両者の紛争も辺境伯が皇帝から得ていたレーンに関するものであり、それらが和解によって辺境伯からボンメルン公に譲渡されたことを受けて、カールは公への授封も行っている。⁽²³⁾ 大印章付きの別の確認証書によれば、確認はボンメルン公の求めに応じて行われた。⁽²⁴⁾

一三五六年八月にカール四世はプラハで、シュレージェンのオールス *Oels* 公コンラートとテッシェン *Teschén* 公ブレミッセル *Premiszel* の間で取り決められた所領分割を、分割を取り決めた証書を挿入したうえで、彼の前に出頭した両当事者の求めにより確認しているが、この確認行為も、シュレージェンの公たちに対するカール四世の封主としての地位によるものと考えられる。⁽²⁶⁾ カール四世の父ヨハンのもとで一三二〇年代から、ボヘミア（バーメン）⁽²⁷⁾ 王は、ピアスト家の系統でシュレージェンに分立していた公たちを、レーン関係を通じて支配下に収めていったが、カール四世は一方でシュレージェン全体のボヘミア王国への編入 *Inkorporation* を行いつつ、公たちとの個別のレーン関係を父の代から継承していた。⁽²⁸⁾ 一三五九年七月には、シュレージェンのリーゲニッツ公ヴェンツェルとシュレージェンのブリーク公ルートヴィヒの間の、両者の父の遺産分割をめぐる争いについて成立した和解が、カール四世によって皇帝の大印章を付した証書で確認された。⁽²⁹⁾ カールはここでボヘミア王として確認を行っており、⁽³⁰⁾ また同日付の別の証書でも、ボヘミア

王として、争われたレーンを公ルートヴィヒに授封している。⁽³¹⁾ 上述のように、シュレージェンの公たちのルクセンブルク家とのレーン関係は、公たちとボヘミア王との関係であつたが、上記のカールの行動はこの点に対応している。

一三五七年六月には、カール四世は、テューリンゲンのシュヴァルツブルク伯たちの間で結ばれた取り決めに、大印章を付した皇帝証書で確認した。⁽³²⁾ 取り決めの内容は、皇帝とライヒから得ている諸権利を共有にするというものであり、おそらくこの点で皇帝による確認を必要としたのであろう。同様にシュヴァルツブルク伯関係の事例として、一三七六年三月にカール四世はニュルンベルクで、後見人指定等に関するシュヴァルツブルク・アルンシュタット伯ハインリヒとグンターの取り決めに關して、伯たちの要請に応じて、取り決めの証書を挿入しつつ大印章付きの皇帝証書でそれに同意を与え、その効力を確認した。⁽³⁴⁾ ここでも、伯たちの取り決めは、彼らが皇帝およびボヘミア王としてのカールとライヒから受領していたレーンに關わるものであつた。

一三五九年七月には、ケルンの聖アンドレアス参事会教会とアルンスベルク伯家のハインリヒとヘルマンの兄弟との間の紛争についての和解が、大印章を付された皇帝証書により確認された。⁽³⁵⁾ 証書によれば、皇帝による確認を要請した聖アンドレアス教会は、争われた権利が皇帝とライヒから別の者に空きレーンとして授封されないように、と要望の背景を述べており、⁽³⁶⁾ ここでも帝国レーンが問題であつたことがわかる。一三六一年一二月にカール四世はニュルンベルクで、ヴェルテンベルク伯エーバーハルトとウルリヒの兄弟が伯領の相続をめぐる彼らの紛争に關して結んだ和解を、兄弟の求めに応じて和解証書を挿入したうえで、皇帝並びにボヘミア王として、皇帝の大印章を付した証書を發行して確認した。⁽³⁷⁾ 伯兄弟の和解は、伯領を分割せず共有とすることを取り決めていたが、ヴェルテンベルク伯が帝国レーンおよびボヘミア王のレーンを受領していたことが、カールによる確認をもたらししたものと考えられる。⁽³⁸⁾

一三六九年一〇月、ヴィッテルスバッハ家のバイエルン公たちが、ティロールをめぐる対立に關してハプスブルク家

と和解し諸要求を放棄したことをカール四世に伝え、また皇帝に対しても彼らの諸要求を放棄し、ティロールをハプスブルク家に授封することおよびこの和解を確認することを皇帝に要請している。⁽³⁹⁾ この場合も、争いの対象となったティロール伯領が皇帝から授与されるレーンであったので、皇帝による確認が求められたと見ることができる。

カール四世は、おそらくフランス王権の封政策に触発されて、諸勢力の統合にレーン関係を積極的に利用していた。⁽⁴⁰⁾ その際、上述の確認事例でもしばしば見られたように、皇帝・ドイツ王を主君とするレーン関係とボヘミア王を主君とするレーン関係が密接に結びついた形でレーン政策が展開されていた。⁽⁴¹⁾ ここで見たレーンに関する確認行為も、カール四世のそうした活発なレーン政策を背景として理解するべきであろう。証書の文言上は和解や取り決めに成立させた当事者の側からカール四世による確認が求められている場合であっても、封臣によるレーン関係の変動を少なくとも視野の中にとどめようというカールの姿勢が、当事者たちの行動を促すという面があるものと思われる。⁽⁴²⁾

カール四世治世、特にその初期に現れる特徴的な類型として、ユダヤ人およびその財産に関する和解の確認がある。後述のような、王権とユダヤ人の特別な関係を考えれば、この類型も、国王の権利が問題となった場合の一つと見ることができる。

一三四九年四月九日にシュパイアーで発行した証書でカール四世は、国王都市シュヴェービッシェ・ハルとヴェルテンベルク伯エーバーハルトおよびウルリヒの兄弟との間で成立した和解を、大印章を付した国王証書で確認している。⁽⁴³⁾ 問題となったのは、市側が市内のユダヤ人たちを殺害したことで、一三三八年のユダヤ人大量殺害の一部をなした行為であった。⁽⁴⁴⁾ 国王証書によれば、国王はユダヤ人たちをヴェルテンベルク伯に委ねていたのであるが、そのようにユダヤ人に対する権利者となっていた伯兄弟に対して、市側が八〇グルデンを支払うことで和解に至ったのである。このように伯と市が和解したために、国王は今や市内のユダヤ人たちの財産は市に譲渡されたものと見なし、ユダヤ人殺害に

関するすべての請求を放棄することを表明した。同様の国王証書は、四月二〇日に、やはりヴェルテンベルク伯兄弟と和解したシュヴァーベン⁽⁴⁵⁾の国王都市ロイトリンゲンに対しても発行されている。また、カール四世は、一三四九年六月にも、同様にユダヤ人殺害に関して上シュヴァーベンのラントフォークトであったヘルフェンシュタイン伯と上シュヴァーベンの国王都市メミンゲンとの間で成立した和解を小印章付きの国王証書で確認し、今後この件で市を追及しないことを約束している⁽⁴⁶⁾。治世当初のユダヤ人殺害からは離れるが、一三五八年四月にはカール四世はフランクフルト市にあてた小印章付きの証書で、オッペンハイムのシュルトハイス、ハインツ・ツム・ユンゲン *Heinz zum Jungen* が同市とマインツ大司教ゲアラッハの間で成立させた和解を確認した⁽⁴⁷⁾。この対立も、フランクフルトのユダヤ人の負担を巡ったのものであった。

このように国王証書によってユダヤ人関係の和解の確認がなされたことの背景は、王権とユダヤ人の特別な関係、すなわちユダヤ人が王権に直属してその保護を受ける一方、その人身と財産について王権の直接支配に服し、王権に対して種々の財政負担を負うという関係であったと思われる⁽⁴⁸⁾。カール四世の治世における、ユダヤ人関係証書の確認の意義については、宮廷裁判所による確認の箇所⁽⁴⁹⁾で更に論じることしよう。

また王権と特に関係の深い国王選挙権に関して、確認がなされているケースもある。一三五四年五月にカール四世はエルザスで、彼の父ボヘミア王ヨハンが一三三九年三月に発行した証書をライン宮中伯ループレヒト一世が提示したのを受けて、挿入されたその内容が真実であることを、大印章付きの国王証書で宣言した⁽⁴⁹⁾。ヨハンの証書は、ライン宮中伯の国王選挙権をループレヒトの兄であったルードルフ二世が単独で行使することに同意したものであった。カール四世は、同日付の別の証書で、ルードルフ二世を相続したループレヒト一世が選挙侯であり、彼だけが選挙権を行使することを確認した⁽⁵⁰⁾。実の父であるボヘミア王が出した証書を確認したものであるが、第一の証書はラテン語（元のヨハン

の証書もラテン語）で、一方第二のそれはドイツ語で書かれている。上述のようにカール四世は、一三五四年三月に国王選挙権の行使などを巡るライン宮中伯ループレヒト一世と二世の対立を調停していたが、本件確認も同じ対立に関係してなされたものである。⁽⁵¹⁾

三 支配者が紛争解決を委任し、委任を受けた裁判官などの措置や決定を支配者が確認するという関係は、既述のようにルートヴィヒ四世期からいくらか登場し始めていたが、カール四世のもとで、一三五五年四月の皇帝戴冠以後、特に一三六〇年代を中心に、より広く展開した。

一三五六年一月、カール四世は、マインツ大司教ゲアラッハとライン宮中伯ループレヒト一世に決定を委任していた、ニュルンベルクのドイツ騎士修道会とニュルンベルク市民との紛争について、委任裁判官たちが下した決定を確認した。三通の皇帝証書のうち、一通は一月一日付でドイツ語で書かれており、おそらく大印章が付されていた。それに対して後の二通は翌一二日付でラテン語で書かれており、大印章が付されている。⁽⁵²⁾ ドイツ語証書は、皇帝が紛争に関する決定を二人の諸侯に委任したことを述べており、⁽⁵⁴⁾ 二通のラテン語証書は、それに加えて、この件について彼らに委譲された皇帝の権威によって彼らが決定を下したことに言及している。⁽⁵⁵⁾ このようにここで見られるのは、委任裁判官たちによる決定を、皇帝の確認によって補強しようとした措置である。一三五八年五月には、テューリンゲンのミュールハウゼン市とミュールハウゼンのドイツ騎士修道会との対立に関する仲裁判決が、関係証書を挿入した大印章付きの皇帝証書によって改めて確認された。⁽⁵⁶⁾ 仲裁自体皇帝が委任して実現したものであって、そこでの決定がやはり事後に皇帝によって補強されている。一三五九年二月にブレスラウで出された大印章付きの証書によれば、カール四世は、ヴェッテラウのラントフォークト、ウルリヒ・フォン・ハーナウが、フランクフルトの市内対立に関して都市参事会と手工業者ツンフトとの間で成立させた和解を確認した。⁽⁵⁸⁾ ウルリヒは、皇帝の命令と権限委任を受けてこの問題に関与していたので、⁽⁵⁹⁾

本件も委任裁判官による決定の事後的確認と類似したケースと見ることができる。

一三六三年六月の皇帝証書によれば、カール四世は、ヴュルツブルク Wülzburg 修道院のフォークト、ハインリヒ・マルシャル・フォン・パッペンハイム Heinrich Marschall von Pappenheim による圧迫についての修道院側からの訴えに関して、アイヒシュテット司教ベルトルトとアイヒシュテットの司教座聖堂参事会員ハインリヒ・フォン・ハイデック Heinrich von Heideck に解決を委任していたが、二人が成立させた和解について、司教と修道院の求めに応じてその内容を確認した。⁽⁶⁰⁾ 上記の一三五九年の確認事例と同様のケースである。一三六五年二月に、カール四世はプラハで、ケンプテンの参事会教会 Stiftskirche とケンプテン市の間の和解を、教会側の要望に応じて確認した。⁽⁶¹⁾ 和解は、皇帝の命令と意向を受けたシュヴァーベンのラントフォークト、ヘルフェンシュタイン伯ウルリヒとボヘミア・モラヴィア（メーレン）のドイツ騎士修道会管区長 Landkomtur、ルードルフ・フォン・ホムブルク Homburg が成立させたものであったから、この例も、皇帝の委任を受けた者たちの現地での活動の結果を、事後に皇帝自身が確認したものであった。また、ケンプテン参事会教会側が発行した和解証書によれば、両当事者は皇帝のもとに赴いて和解内容を知らせ、皇帝の決定をおおぐことで合意していた。⁽⁶³⁾ このケースの場合、参事会教会側が和解の実効性に関して不安を持っており、皇帝による補強を望んだのであろう。皇帝の異母弟ルクセンブルク公ヴェンツェルとヴァルラム・フォン・ファルケンブルク Walram von Valkenburg は、一三六五年六月に彼らの争いを下ラインのラントフリーデによる仲裁に委ねることに合意したが、カール四世は同年七月にゼルスツで発行した証書で、この仲裁合意証書を引いたうえで、ラントフリーデに決定を授權し、その決定に前もって皇帝による確認を付与し、紛争当事者たちに決定の遵守を命じた。⁽⁶⁵⁾ 更に、不服従者に対しては金一〇〇〇マルクの贖罪金支払いが規定されている。事前に確認を与えている点は、通常のパターンと異なっており、当事者（特にヴァルラム）をラントフリーデの決定に従わせることが困難であると予想されていたのか

もしれない。⁽⁶⁶⁾

一三六六年八月にカール四世はフランケン⁽⁶⁷⁾のイプホーフェン⁽⁶⁸⁾で、フランクフルトのシユルトハイス、ジークフリート・ツム・パラディース⁽⁶⁹⁾ Siegfried zum Paradies のために、彼にフランクフルト近くの森林に関する諸権利を認めたウルリヒ・フォン・ハーナウの同年四月の証書を、証書自体を挿入しつつ確認した。当時ヴェッテラウのラントフォークトであったウルリヒは、カール四世の要請によつてジークフリートに権利を認めたのであったから、本案件も、皇帝の意を受けた解決を、皇帝自身による確認によつて補強するものと見ることができるとする。皇帝は特にフランクフルト市に対してジークフリートの権利の尊重を命じるとともに、不服従者に二〇〇銀マルクの贖罪金支払いを科している。一三六六年九月にカール四世がフランクフルトで発行した証書は、マインツ大司教ゲアラッハとマインツ市との間の紛争に関する仲裁判決を、判決証書を挿入したうえで確認している。五人の仲裁人を任命したのは皇帝自身であったから、⁽⁷⁰⁾両当事者同意のもとで成立した仲裁判決を両当事者の要望によつて確認したこの行為も、委任裁判官の措置の確認に類似したものであった。カール四世は一三六八年二月にもフランケンのハイディングスフェルト⁽⁷¹⁾ Heidingfeld で大印章付きの証書を発行して、フランクフルト市の参事会と手工業者たちの対立に関して、マインツ大司教ゲアラッハがとつた諸措置に従うよう、フランクフルト市に対して指示している。ゲアラッハも皇帝によつて現地に送られ、皇帝の名のもとに活動していたのであるから、これも委任裁判官の措置の確認に類したケースである。

一三七一年二月にカール四世がフランケンのフルステンベルク⁽⁷²⁾ Furstenberg で発行した証書は、皇帝自身が主催する法廷において、ヘルスフェルト修道院とヘルスフェルト市の争いに関して成立した和解の確認が両当事者によつて求められ、そのように確認がなされたことを伝える。⁽⁷³⁾ 証書には和解証書が挿入され、また大印章でなく宮廷裁判所印章が付されている。和解の成立を導いたシユトラースブルクの聖ペーター参事会教会の首席司祭、ゲッツ・フォン・グロ

シュタイン・Götz von Grösteinと騎士ステイスラフ・フォン・ヴァイトミュール Sislav von Weitmühlは明らかに皇帝の委託を受けて活動したものである⁽⁷⁴⁾、これも委任裁判官の活動の皇帝宮廷による確認という類型に属する。この一三七一年二月の証書は、両当事者の求めにより、同年四月に更に皇帝によって確認されている⁽⁷⁵⁾。新たな確認証書には、二月の証書が挿入されたうえで、黄金印章が付されており、確認に大きな権威を与えようとしたことがうかがわれる。一三七七年六月にカール四世はタンガーミュンデ Tangermünde で小印章付き証書を発行して、自身および国王ヴェンツェルとシュヴァーベン⁽⁷⁶⁾の国王都市との対立について、皇帝が全権を与えたヴェンツェルがまとめた和解を遵守すると約束した。これも広い意味で、委任裁判官の措置を確認する類型に属するであろう。

このように、一三六〇年代を中心に、皇帝によって案件を委任された者が現地で活動した結果を皇帝が確認する、という類型に属する事例がかなり見出される。中世後期ドイツ王権のもとで、紛争当事者の所在地に近い諸侯・貴族や国王役職の保持者に紛争解決が委任される例がしばしば見られたことは既に知られており⁽⁷⁷⁾、とりわけ一五世紀後半には重要な仕組みとして多用されていた⁽⁷⁸⁾。ここで見たような皇帝自身による確認事例は、既にカール四世のもとでこの仕組みが機能を広げており、しかも委任裁判官などの行動と決定が、皇帝による決定と連結されていたことを示しているのである。

なお、委任裁判官などではなく宮廷裁判所の判決を、皇帝自身が確認する場合もあった。一三六二年三月にニュルンベルクで発行した大印章付き証書で、カール四世は、マインツ大司教ゲアラッハが提示した一三五九年四月の宮廷裁判所証書を、証書自体を挿入しつつ確認した⁽⁷⁹⁾。裁判所の証書は、ブルクハルト・フォン・シュトルムフェーダー Burkhard von Strumfeder 親子の資産に対する二〇〇〇銀マルク分の用益ゲヴェーレ Nutzgewere を大司教に認めたものであった⁽⁸⁰⁾。おそらく大司教側は、宮廷裁判所で得た勝訴判決の実現に手こずっていたと思われる、対応策として皇帝本人に

よる確認が求められたのであろう。皇帝証書は、件の宮廷裁判所証書に限らず、この事案に関して宮廷裁判所で得られた他の証書もあわせて確認しており、また宮廷裁判所証書等を提示された場合は大司教の権利実現に協力するよう命じている。

四 以上見てきたように、カール四世本人による確認行為は、いくつかの類型に分類することができるのであるが、文脈がそれほどはっきりしない事例も、なおいくらか残る。カールより前の国王などによって発行された証書の効力を確認しているが、それ以上に特定の事情が明らかでないようなケースである。

そのうちいくつかは、都市と都市領主たる聖界諸侯やその他の教会との対立に関係している。一三五三年九月にウルムで出された大印章付き証書でカール四世は、彼の前任者たちによって出された証書に記された、プレモントレ会のヴァイセナウ Weissenau 修道院と近隣の上シュヴァーベンの国王都市ラーフェンスブルクの間で結ばれた和解を確認した。⁽⁸¹⁾ 和解証書として、ルートヴィヒ四世によって一三三三年に出された二通の証書が知られているが、一三三三年の証書中に挿入されているわけではない。カール四世は、和解を破る者に対しては二〇銀マルクの贖罪金を科し、その半分は国王財庫へ、残り半分は修道院へ支払われることとした。更にラントフォークトに対して、この贖罪金を確実に徴収するよう命令した。ここではおそらく市側による違反行為を念頭に、それを抑制するための措置が取られている。

一三五八年八月にも皇帝は、ヴィンブフェンの聖ペーター参事会教会の求めに応じて、同教会とヴィンブフェン市との紛争に関する、ルードルフ一世・アルブレヒト一世・ハインリヒ七世の国王証書と騎士ゲルング・フォン・ヘルムシュタット Gerung von Helmstadt らによって下された仲裁判決を、先行する証書を引きつつ確認した。⁽⁸³⁾ 同じ案件に関しては、前述のように既にルートヴィヒ四世によっても、確認証書が出されていた。⁽⁸⁴⁾ 確認証書は、侵害行為に対して一〇〇金マルクの贖罪金（半分は皇帝財庫、半分は被侵害者へ）をも規定する。ブランデンブルクのレンツェン Lenzien を発

行地とする一三七五年一〇月のカール四世の証書によれば、ケルン大司教フリードリヒが、大司教とケルン市の対立についての仲裁判決（いわゆる大仲裁）を記した一二五八年の証書（内容はそのまま挿入されている）を提示したのに対して、皇帝はその写しを作らせ、写しに大印章を付し、写しがオリジナル同様の効力を持つことを宣言した。⁽⁸⁵⁾同日付の別の皇帝証書は、一二五九年から六〇年にケルン大司教が出した四通の証書についても、同様の手続が取られたことを伝えている。⁽⁸⁶⁾これらの事例は既に長年紛争が続いていたケースであり、カール四世としては新たな内容の決定を下したりすることなく、以前の国王の決定や古い証書の確認にとどめるといふ対応を取っているのである。

一三五八年一〇月に、カール四世はプラハで、ウルリヒ・フォン・ハーナウが提出した古い和解文書を、挿入したうえで大印章付きの皇帝証書で確認した。⁽⁸⁷⁾一二六六年に発行された同文書は、ハーナウの従属民のフランクフルトへの受け入れに関する両者の和解を記したものであった。⁽⁸⁸⁾確認を侵害する者に対しては、二〇金マルクの贖罪金支払い（半分は皇帝財庫へ、半分はハーナウへ）で威嚇された。この件の場合は、ウルリヒが長年ヴェッテラウのラントフォークトをつとめ、カール四世と特に密接な関係にあったことが背景なのかもしれない。⁽⁸⁹⁾一三七三年一月にカール四世はプラハで、バンベルク司教ランプレヒトの仲介に応じて、シュヴァーベンシトール派修道院ケーニヒスブロン⁽⁹⁰⁾Königsbrunnのために、挿入された一三四七年二月の国王証書と一三六〇年一月のプフレンドルフ市の証書を確認した。⁽⁹¹⁾バンベルク司教も、カール四世と関係の深かった聖界諸侯である。しかしそのような深い関係が特に見られないケースもある。一三七四年一月には、カール四世はマインツで、フィリップ・フォン・ボランデン⁽⁹²⁾Philip von Bolandenの要請に応じて、挿入された一三七一年七月のフィリップの証書と一三七〇年一〇月のシュボンハイム伯ハインリヒの証書で大印章付きの皇帝証書で確認している。⁽⁹²⁾

一三七二年七月にエルトヴィルで出された大印章付き皇帝証書によれば、バーゼル市民が皇帝の前で従来の諸特権を

提起して、その確認を求めたところ、皇帝は望みどおりそれらを確認した。⁽⁹³⁾同日付の別の皇帝証書では、バーゼル市民がラント裁判所への召喚によって不利益を被っている状況が指摘され、それについての指令がラント裁判官あてに指示されている。⁽⁹⁴⁾後者の証書から、当時バーゼル市に関して何らか具体的な紛争が存在したことがうかがわれるが、それを背景にバーゼル市は、従来の諸特権の確認という、他の場合にも一般に広く行われていた措置を得ようとしたものと思われる。

最後のケースが示すように、これらの確認は、それ自体を取って見ると、支配者が過去の証書を確認するという、中世に頻繁に行われていた行為であるが、その背後に何らかの紛争・対立の存在が想定された結果、史料要録に収録されているのである。本稿冒頭で述べたような、通常の確認行為と、史料要録に採られる確認行為との区別が特に難しい事例であると言えよう。

五 以上のように、何らかの紛争に際しての支配者本人による確認行為は、カール四世のもとで、一四世紀半ばまでと比べてより活発な展開を見せた。ただ、その場合でも、いくらか不明なケースは残るものの、確認行為はいくつかの類型に分類することができ、広くさまざまな法的行為の確認が支配者に求められたというわけではない。

以前の皇帝・国王や自分自身などが発した既存の証書を改めて確認するという、中世の支配者としてはありふれた行為を別にすれば、カール四世による確認行為は、①確認に先行する紛争解決過程にカール四世が何らかの形で関与していた場合か、②支配者の権利ないし支配者の地位と関係の深い権利が紛争の対象であった場合にほぼ限定されていた。支配者本人が関係して和解などが成立する類型、支配者が解決を委任した裁判官などの行為を確認する類型、宮廷裁判所の判決を確認する類型（これは一例だけであったが）が①に属する。一方、帝国レーンに関する紛争の類型、ユダヤ人関係事件の類型、国王選挙権に関する類型が②に属する。他に、紛争の両当事者の間で事後に支配者の確認を得ると

いう合意がされている場合があったが、これは一例のみ見られた。これらの類型の中では、特に委任裁判官などの行為を確認する類型に属する事例が一三六〇年代を中心にかなり見られ、カール四世のもとの国王裁判権の活発化を反映している。また、帝国レーンに関する確認の事例もかなりの数にのぼっており、レーン制の活用に積極的なカール四世の姿勢と対応しているものと思われる。

このように、全体としての支配者本人による確認行為は、いくつかのパターンに分類してその由来を説明できるのであるが、背景となった紛争の当事者の地理的広がりを見ると、ライヒ内の各地域に散らばっており、特定地域への限定は見られない。この点で、以下で見る宮廷裁判所による確認行為は対照的な様相を呈している。

- (1) カール四世にひびいた、ちよとたり、Herbert GRUNDMANN, Wahlkönigtum, Territorialpolitik und Ostbewegung im 13. und 14. Jahrhundert (1198-1378), in: DERS., (Hg.), Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, 9. Aufl., Bd. 1: Frühzeit und Mittelalter, Stuttgart 1970, S. 426-606, S. 554-578; Ferdinand SEIBT, Die Zeit der Luxemburger und der hussitischen Revolution, in: Karl BOSL (Hg.), Handbuch der Geschichte der böhmischen Länder, Bd. 1: Die böhmischen Länder von der archaischen Zeit bis zum Ausgang der hussitischen Revolution, Stuttgart 1967, S. 349-568, S. 384-413; Heinz THOMAS, Deutsche Geschichte des Spätmittelalters 1250-1500, Stuttgart 1983, S. 218-308; Peter MORAW, Von offener Verfassung zu gestalter Verdichtung. Das Reich im späten Mittelalter 1250 bis 1490, (Propyläen Geschichte Deutschlands, Bd. 3), Berlin 1985, S. 240-256; Heinrich KOLLER, Das Reich von den staufischen Kaisern bis zu Friedrich III. 1250-1450, in: Ferdinand SEIBT (Hg.), Europa im Hoch- und Spätmittelalter, (Theodor SCHIEDER (Hg.), Handbuch der europäischen Geschichte, Bd. 2), S. 383-467, S. 422-433; Jörg K. HOENESCH, Die Luxemburger. Eine spätmittelalterliche Dynastie gesamt-europäischer Bedeutung 1308-1437, Stuttgart 2000, S. 105-192; Ferdinand SEIBT, Karl IV. Ein Kaiser in Europa 1346-1378, München 1978; Jiří SPĚVÁČEK, Karl IV. Sein Leben und seine staatsmännische Leistung, Wien u. a. 1978; Heinz STROOB,

- Kaiser Karl IV. und seine Zeit, Graz u.a. 1990. Martin KINTZINGER, Karl IV. (1346-1378). Mit Günther von Schwarzburg (1349), in: Bernd SCHNEIDMÜLLER und Stefan WEINFURTER (Hg.), Die deutschen Herrscher des Mittelalters. Historische Portraits von Heinrich I. bis Maximilian I. (919-1519). München 2003, S.408-432 を参照。彼の国王支配の側面に関する一九七〇年代末までの研究については、Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978) 44-46 Ferdinand SEIBT (Hg.), Kaiser Karl IV. - Staatsmann und Mäzen, München 1978 所収の諸論文を参照。旧東ドイツにおける研究として、Evamaría ENGEL (Hg.), Karl IV. Politik und Ideologie im 14. Jahrhundert, Weimar 1982. その後の研究のうち、金印勅書に関する多面的な検討として、Evelyn BROCKHOFF und Michael MATTHÄUS (Hg.), Die Kaisermacher. Frankfurt am Main und die Goldene Bulle 1356-1806. Aufsätze, Frankfurt a. M. 2006; Ulrike HOHENSEE u. a. (Hg.), Die Goldene Bulle. Politik - Wahrnehmung - Rezeption, 2 Bde., Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Berichte und Abhandlungen, Sonderbd. 12), Berlin 2009. 美術史などのアプローチについては FAJT (Hg.), Karl IV. Kaiser von Gottes Gnaden. Kunst und Repräsentation des Hauses Luxemburg 1310-1437, München-Berlin 2006. 彼の支配観と統治の宗教的性格をめぐって強固した最近の研究として、Martin BAUCH, Divina favente clemencia. Auserwählung, Frömmigkeit und Heilsvermittlung in der Herrschaftspraxis Kaiser Karls IV., (Forschungen zur Kaiser- und Papstgeschichte des Mittelalters, Bd. 36), Köln u. a. 2015. 日本語文献としては、池谷文夫「ドイツ王国の国制変化」山田欣吾他編『世界歴史大系 ドイツ史 1』(一九九七年 山川出版社)二九一-三三三頁、三〇六-三一九頁、薩摩秀登『ブラハの異端者たち 中世チエコのフス派にみる宗教改革』(一九九八年 現代書館)四五-七四頁。
- (2) Friedrich BATTENBERG (Bearb.), Die Königszeit Karls IV. (1346-1355 März). (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 6), Köln u. a. 1990 (Zur UR6 参照), Nr. 14; Monumenta Germaniae Historica, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. VIII, Hg. v. Karl ZEUMER und Richard SALOMON, Hannover 1910-1926, (以下 MGH Const., 8 参照), Nr. 323.
- (3) UR6, Nr. 13, "... mit gutem rat und mit veranthen willen und auch mit gunst und mit willen und wort [des Königs Karl] ...".
- (4) UR6, Nr. 524; Monumenta Germaniae Historica, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. XI, Hg. v. Wolfgang D. FRIITZ, Weimar 1978-1985 (Zur MGH Const., 11 参照), Nr. 90, "... nos volentes ex regalis regiminis debito,

ut partes eedem vivant pacifice et quiete, nec super sopitis discordiis ad recidive veniant materie questionem, dignum ducimus auctoritate regia finaliter decernendum ...” 434 仲裁人の判断が一致した場合、事案は上位者への國王直接の命令で持ち出されるべきものとされている。 ”... si vero aliquid difficultatis aut dubii fuerit in eisdem, quod per eosdem compositores amiables non poterit terminari, id ad diffiniendum et componendum per nostre maiestatis beneplacitum ad nostram presenciam tanquam ad superiorem perterant et perducant, ...” 証書のオリジナルは伝存しないが、大印章の追加を告げる文言がある。このケースにおける國王の最終決定権が宣言されたものの意義については、 Heinz THOMAS, Die Beziehungen Karls IV. zu Frankreich von der Rhenser Wahl im Jahre 1346 bis zum Großen Metzler Hoftag, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978), S. 165-201, S. 186 f. を参照。

(15) UR6, Nr. 525; MGH Const., 11, Nr. 89, 11のオリジナルは伝存しない。

(9) ヴェルダンへの介入を含む全体の脈絡については、 H. THOMAS, Die Beziehungen (注4), S. 180 ff.

(7) Friedrich BATTENBERG (Bearb.), Die Zeit Karls IV. (1355 April - 1359), (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 7), Köln u. a. 1994 (Zür UR7 254), Nr. 432, Monumenta Germaniae Historica, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. XII, Hg. v. Ulrike HOHENSEE u. a., Wiesbaden 2013 (Zür MGH Const., 12 254), Nr. 443.

(8) UR7, Nr. 415, "... [Kaiser Karl] nos instantanter rogando requisivit, ... ut ad iustam et debitam determinationem questionis antedictae condescendere graciosae vellemus ...”

(6) UR7, Nr. 493; MGH Const., 12, Nr. 565. 11354年の和解で UR6, Nr. 530; MGH Const., 11, Nr. 101. 113511352年に宮中伯ルートルフ二世が死去した後、残った二人の宮中伯ループレヒト一世とその甥ループレヒト二世の間で支配権の調整が必要となった。ループレヒト二世は支配の分割を望んだが、結果としては基本的にループレヒト一世の意向に沿って彼の優位のもとバイエルン宮中伯領の一体性が保たれるようになった。 Jörg PELTZER, Der Rang der Palzgrafen bei Rhein, Die Gestaltung der politisch-sozialen Ordnung des Reichs im 13. Und 14. Jahrhundert, (RANK, Politisch-soziale Ordnung im mittelalterlichen Europa, Bd. 2), Ostfildern 2013, S. 147 ff. を参照。

(10) Ronald NEUMANN (Bearb.), Die Zeit Karls IV. (1360-1364), (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und

Hofgerichts. Bd. 8). Köln u. a. 1996 (ズレ UR8 ヽ略チ), Nr. 83. Adam Friedrich GLAEFFY (Hg.). Anecdotorum S (anci) r (omani) I (imperi) historiam ac ius publicum illustrantium Collectio. Dresden-Leipzig 1734. S. 400-403. Nr. 277. ナンテンナは伝わらず、皇帝宮廷の発行台帳からのみ知られる。

(11) UR8, Nr. 46; A. F. GLAEFFY (Hg.), a. a. O. (注 9), S. 400-403, Nr. 277. "... willen und verhenknüße ...".

(12) Ekkehart ROTTER (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1372-1378, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts. Bd. 10). Köln u. a. 2014 (ズレ UR10 ヽ略チ), Nr. 39; Heinrich REIMER, Hessisches Urkundenbuch, Abt. 2, Urkundenbuch zur Geschichte der Herren von Hanau und der ehemaligen Provinz Hanau, Bd. 3: 1350-1375, (Publikationen aus den königlichen Preussischen Staatsarchiven. Bd. 60). Leipzig 1894 (ND Osnabrück 1965), Nr. 640. 13世紀の写しに伝わらなすが、証書には大印章の付加を告げる文言がある。

(13) UR10, Nr. 39. "... wan solich ... verrichtunge teydinge vnd Sune von vnserm keiserlichen geheisse willen vnd wissen geschehen vnd verbriefet sein...". UR10 ヽ H. REIMER, a. a. O. (注 11). で読みが異なるので、ナツでは前者に従う。なお、和解証書は、H. REIMER, a. a. O. (注 11), Nr. 639 (ただし五月三十一日の日付が与えられていない)。和解証書にみれば、ローザンブルクはメインン大司教コンンの意向を受けて修道院と和解した。"... daz wir mit willen und wissen und verhengnisse des erwidigen, yn got valir und herren, herren Johans erzbischoff zu Mentze gesunet, geeynmudiget und verrichtet sin myt ersamen geistlichen herrn, herren Johann apte des cloisters zu Selbolt ...". 皇帝が大司教に解決を委託したのかも、これらが、そでたとするこのケースは、後述の、委任裁判官等の行為を確認する類型に属するものにあらう。

(14) UR10, Nr. 205. 確認された証書は、一三六一年八月より一三六二年三月のものであった。Johann Friedrich BÖHMNER und Alfons HUBER (Hg.). Regesta imperii. VIII : Die Regesten des Kaiserreichs unter Kaiser Karl IV. 1346-1378. Innsbruck 1877 (ND Hildesheim 1968) (ズレ RI, 8 ヽ略チ), Nr. 3736, 3861. 国王領・国王都市を支配下に入れ、ナツを通じて領邦の拡大をはかるヴェルテンベルク伯とエスリンゲンなどのトシエヴァーベン国王諸都市の対立は、中世後期を通じて見られた。一三六〇・七〇年代の情勢について、ヤンナリ Dieter MERTENS, Württemberg, in: Meinrad SCHAB u. a. (Hg.), Handbuch der baden-württembergischen Geschichte. Bd. 2: Die Territorien im Alten Reich, Stuttgart 1995, S. 1-163, S. 37-42; Hans-Georg HOFACKER, Die schwäbischen Reichslandvogteien im späten Mittelalter, (Spätmittelalter und Frühe

Neuzeit, Bd. 8, Stuttgart 1980, S. 245-276.

- (15) UR8, Nr. 79, H. REIMER, a. a. O. (註 31), Nr. 344, "... von eyner suone wegen, die vor uns und den fursten geret ist ...". フリープの証書がその中に挿入されている。なお UR8, Nr. 82, 110 が示すように、皇帝自身、イーゲンブルクと対立しており、ハーナウとイーゼンブルクの和解は、皇帝自身をも含む紛争の一部であった。ウルリヒ（三世）・フォン・ハーナウは、カル四世の没後二〇年以上ヴェッテラウのラントフォークターをつとめ、カル四世の中ライン政策を支える存在であった。Fred SCHWIND, Die Landvogtei in der Wetterau. Studien zu Herrschaft und Politik der staufischen und spätmittelalterlichen Könige. (Schriften des Hessischen Landesamtes für geschichtliche Landeskunde, Bd. 35), Marburg 1972, S. 139-161. 聖ローレンツ・ノット・バーギンブルクの按察に「うべ」Ebenda, S. 147 f.
- (16) UR6, Nr. 463, Monumenta Germaniae Historica Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. X, Hg. v. Margarete KÜHN, Weimar 1979-1991 (註 1 MGH Const., 10-14 巻), Nr. 780.
- (17) UR6, Nr. 463, Anm. 1: Christian Friedrich HEMPEL, Allgemeines Europäisches Staats-Rechts-Lexicon ..., Teil 5, Frankfurt/Leipzig 1753, S. 261-264, "... daß wan und zu welcher Zeit sie uns staettigen und confirmiren thun von einem Roemischen Kayser, oder Koenig, ...".
- (18) UR6, Nr. 262, MGH Const., 10, Nr. 121, "... umb ir herrschaft, lant un (d) leute, bey namen von den, die von uns und [dem] Reiche zu lehen gen, ...". 一四世紀のベーン辺境伯家「うべ」ヤン・ファン・Hansmartin SCHWARZMAIER, Baden, in: M. SCHAAß u. a. (Hg.), a. a. O. (註 37), S. 164-246, S. 182-187; DERS., Baden. Dynastie - Land - Staat, Stuttgart 2005, S. 95-100 を参照。
- (19) UR7, Nr. 443, MGH Const., 12, Nr. 462, Heinrich SCHREIBER (Hg.), Urkundenbuch der Stadt Freiburg im Breisgau, Bd. 1, Abt. 2, Freiburg im Breisgau 1828, Nr. 249, ベーン辺境伯の分家であるハーンブルク辺境伯「うべ」H. SCHWARZMAIER, a. a. O. (註 38), S. 186 f.
- (20) UR7, Nr. 242-245, 309, 315, 317, 318, 319, 331, 「うべ」Heiko HAUMANN und Hans SCHADEK (Hg.), Geschichte der Stadt Freiburg im Breisgau, Bd. 1: Von den Anfängen bis zum "Neuen Stadtrecht" von 1520, 2. Aufl., Stuttgart 2001, S. 169 f.

- (15) UR7, Nr. 443. Ann.; MGH Const., 12, Nr. 461, "... und sein von der vorgeannten landgrafschaft und von den Juden und von allen andern guetern und dingenn, die sie von dem reiche haben, unser, unser nachkomen an dem reiche und desselben reichs getrewe lehenman und des alleweg von uns und den obgenannten unsern nachkomen und von dem reiche zu rechtem lehen erkennen, ...".
- (16) UR7, Nr. 12. Friedrich RIEDEL (Hg.), Codex Diplomaticus Brandenburgensis. Sammlung der Urkunden, Chroniken und sonstigen Quellschriften für die Geschichte der Mark Brandenburg und ihrer Regenten, 2. Hauptteil: Urkundensammlung zur Geschichte der auswärtigen Verhältnisse der Mark Brandenburg und ihrer Regenten, Bd. 2, Berlin 1845, Nr. 993.
- (17) "... ac in nobile et rectum feudum Imperiale omnia et singula superdicta dicto duci concedimus, assignamus, tradimus, conferimus et largimur, ...".
- (18) UR7, Nr. 13. F. RIEDEL (Hg.), a. a. O. (註2), Nr. 1104. 本ページの確證は、UR7, Nr. 32 (1345年10月). カール四世の、既に1348年6月に国王として、スレシヤのボヘミア・マティアス公領を継承している。本ページの1345年の措置は、皇帝戴冠後に改めて行われたものである。1348年の授封は、事情によって、Klaus CONRAD, Die Belehnung der Herzöge von Pommern durch Karl IV. im Jahre 1348, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978), S. 391-406.
- (19) UR7, Nr. 159. Colmar GRÜNHAGEN und Hermann MARKGRAF (Hg.), Lehn- und Besitzurkunden Schlesiens und seiner einzelnen Fürstenthümer im Mittelalter, T. 2, Leipzig 1883 (ND Osnabrück 1965), S. 426, Nr. 12.
- (20) UR7, Nr. 159. Ann.
- (21) 一面は、ポーランド王の政治的関係によって、Emil SCHMIDT, Politische Geschichte von 1327-1526, in: Ludwig PETRY u. a. (Hg.), Geschichte Schlesiens, Bd. 1: Von der Urzeit bis zum Jahre 1526, 5. Aufl., Sigmaringen 1988, S. 157-237, S. 158-189. 対照資料として、Gernot von GRAWERT-MAY, Das staatsrechtliche Verhältnis Schlesiens zu Polen, Böhmen und dem Reich während des Mittelalters (Anfang des 10. Jahrhunderts bis 1526), (Diss. iur., Freiburg, 1971), S. 114-133. 一面・一面は、ポーランド王の政治によって、Peter MORAW, Das Mittelalter (bis 1469), in:

- (38) ウルリヒによる分割要求が退けられて、伯支配の一体性が保持されたことについては、D. MERTENS, a. a. O. (注14), S. 38 f. ヴェルテンベルク伯がバイエルシュタイン Beistein などをボヘミア王のレーンとして受領したことについては、Ebenda, S. 40.
- (39) Ronald NEUMANN und Ekkehart ROTTER (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1365-1371, (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 9), Köln u. a. 2003 (以下 UR9 と略す), Nr. 277. ティロールは、伯領を統治していたヴィッテルスバッハ家の系統が一二六三年に断絶した後、ハプスブルク家のルードルフ四世の支配下に入り、カール四世も既に一二六四年にティロールをルードルフに授封していた。バイエルン公などヴィッテルスバッハ家側は、ティロールの奪回を図ったが果たせず、結局一二六九年にシェルディンク Scharding の和約でハプスブルク家のティロール領有を承認したのであった。この間の経緯については、たとえば、Karl-Friedrich KRIEGER, Die Habsburger im Mittelalter. Von Rudolf I. bis Friedrich III., Stuttgart 1994, S. 135 ff.; Alois NIEDERSTÄTTER, Die Herrschaft Österreich. Fürst und Land im Spätmittelalter, (Herwig WOLFRAM (Hg.), Österreichische Geschichte 1278-1411), Wien 2001, S. 154-158 を参照。
- (40) F. SEIBT, Die Zeit der Luxemburger (注一), S. 405.
- (41) ボヘミア諸領邦以外のドイツ、特にブラハとフランクフルトを結ぶ線上の、オーバー・フマルツやフランクエンにおけるボヘミア王のレーンとそれに関するカール四世のレーン政策については、Hans Hubert HOFMANN, "Böhmisch Lehen vom Reich", Karl IV. und die deutschen Lehen der Krone Böhmen, in: Bohemia. Jahrbuch des Collegium Carolinum 2 (1961), S. 112-124 を参照。
- (42) 中世後期の皇帝・国王を主君とするレーン関係における、封臣によるレーン処分とそれに対する主君による許可および介入については、Karl-Friedrich KRIEGER, Die Lehnshoheit der deutschen Könige im Spätmittelalter (ca. 1200-1437), (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF, Bd. 23), Aalen 1979, S. 409-413 を参照。なお、中世後期の皇帝・国王のレーン裁判権については、Ebenda, S. 492-555 の論究があるが、通常の裁判権との関係も含め、より詳しい検討が必要であると思われる。
- (43) UR6, Nr. 104, Monumenta Germaniae Historica. Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tom. IX, Hg. v. Margarete KÖHN, Weimar 1974-1977 (ゾレ MGH Const., 9 と略す), Nr. 254.

- (44) 今のユダヤ人の広い範囲で発生したユダヤ人殺害などの影響についての上から入った考察について、Frantisek GRAUS, Pest, Geisler, Judenmorde. Das 14. Jahrhundert als Krisenzeit, (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Bd. 86), 3. Aufl., Göttingen 1994, S. 155-389.
- (45) UR6, Nr. 109, MGH Const., 9, Nr. 242. やはり大印章が付されている。
- (46) UR6, Nr. 150, MGH Const., 9, Nr. 367. MGH 刊本の編者キューンはオリジナル写本にない語句を補って、国王自身と市との和解と解釈しているが、やはりこの UR6 の編者バントンの読みに従う。
- (47) UB7, Nr. 344, MGH Const., 12, Nr. 260.
- (48) 中世中期から後期のユダヤ人王権とキリスト教との関係について、一般的には、Peter AUFGEBAUER und Ernst SCHUBERT, Königium und Juden im deutschen Spätmittelalter, in: Susanna BURCHARTZ u.a. (Hrsg.): Spannungen und Widersprüche. Gedenkschrift für Frantisek GRAUS, Sigmaringen 1982, S. 273 - 314; Dietmar WILLOWEIT, Vom Königsschutz zur Kammerknechtschaft. Anmerkungen zum Rechtsstatus der Juden im Hochmittelalter, in: Karlheinz MÜLLER, Klaus WITTMANN (Hrsg.), Geschichte und Kultur des Judentums, (Quellen und Forschungen zur Geschichte des Bistums und Hochstifts Würzburg, Bd. 38), Würzburg 1988, S. 71 - 89.
- (49) UR6, Nr. 559; Karl ZEUMER, Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV., Teil 2: Text der Goldenen Bulle und Urkunden zu ihrer Geschichte und Erläuterung, (Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des Deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit, Bd. 2, Heft 2), Weimar 1908, S. 64 f., Nr. 8.
- (50) UR6, Nr. 560; K. ZEUMER, a. a. O. (註 52), S. 65f., Nr. 9. やはり大印章が付けられている。
- (51) J. PELTZER, a. a. O. (註 53), S. 148.
- (52) UR7, Nr. 117, MGH Const., 11, Nr. 721.
- (53) UR7, Nr. 118, 119, Nr. 118 の諸書と MGH Const., 11, Nr. 722 と同じ文になっている。
- (54) MGH Const., 11, Nr. 711, "Des haben wir den ufoft und stoz, ... empfohlen dem erwiridigen Gerlach erczbyschof zu Meintz, ... und dem hochgebom fuesten Rupprechten dem elern pfälzizgraven by Ryn, ...".
- (55) MGH Const., 11, Nr. 722, "... hoc modo pronunciarunt et auctoritate nostra in hac parte sibi tradita statuerunt ...". ナー

ル四世とドイツ騎士修道会との関係について、Bernhart Jähne, *Der Deutsche Orden und Karl IV.*, in: *Blätter für deutsche Landesgeschichte* 114 (1978), S. 103-149. 一三五五年から五六六年にかけて、カール四世はドイツ各地のドイツ騎士修道会に対して、数多くの特権確認を行っていた。Ebenda, S. 111 ff. 一三四七年以来の、ニルンベルクのドイツ騎士修道会への特権授与に関してはEbenda, S. 117を参照。

- (56) UB7, Nr. 351, 352. 前者はドイツ語で、後者はラテン語で書かれている。確認された仲裁判決（皇帝の書記局長であったライネモシエル Leimosch 司教ヨハンに与る）は、UR7, Nr. 325. また、その後には、皇帝が司教ヨハンに権限委任した証書を挿入されている。UR7, Nr. 300; MGH Const. 12, Nr. 187.

- (57) UR7, Nr. 300. MGH Const. 12, Nr. 187. „diner truwe ganze volle macht von unsir keisirlicher gewalt und mit rechter gewisse gegeben und geben an disen brive ...“; UR7, Nr. 351. „... entscheiden und von unsir keisirlicher entfehnize wegen berichtet hat ...“; UR7, Nr. 352. „... decist et virtute nostre imperialis commissionis discussit ...“.

- (58) UR7, Nr. 419; MGH Const. 12, Nr. 432. ウルリッヒの関与により成立した和解の内容を伝える一三五八年一十一月の証書は、UR7, Nr. 401; Johann Friedrich Bömer (Hg.), *Codex diplomaticus Moenofrancofurtanus. Urkundenbuch der Reichsstadt Frankfurt*, T. 1, Frankfurt am Main 1836, S. 658 f. フランケンフルトの市内対立とウルリッヒ自身との関係については、F. SCHWIND, a. a. O. (注57), S. 149 ff. の注60の皇帝による確認について、Ebenda, S. 150.

- (59) 一三五七年三月の皇帝からウルリッヒ・フォン・バーナウへの指示が残っている。UR7, Nr. 232; J. F. Bömer, a. a. O. (注58), S. 653. „Wir bevelhen deinen truwin als wir dir gelouben, daz du selbir von unsirn wegin an dem rate unsir und des reichs stat zu Frankenfort ernstlich erfarest, ... so wollen wir, daz du von unsir keisirlichen macht dem vorgenanten rate festeklich gebiestest, ...“.

- (60) UR8, Nr. 378. オリジナルでなく一五世紀の写しでのみ伝わるが、証書には大印章が付されたことを示す文言がある。皇帝からパッペンハイムへの命令であるUB8, Nr. 379も参照。なお、その後の推移について、UR8 Nr. 451.

- (61) UR9, Nr. 32. 一八世紀の写しだけが伝存するが、大印章の付加を示す文言がある。一三六四年七月にコンスタンツで成立した和解自体を伝えるケンプトン参事会教会側の証書は、UB8, Nr. 433; Konrad Ruser (Bearb.), *Die Urkunden und Akten der oberdeutschen Städtebünde*, Bd. 2, Städte- und Landfriedensbündnisse von 1347 bis 1380, Teil 2, Göttingen

- 1988, Nr. 1110. 同日付の都市側証書に残る。UR8, Nr. 433, Ann.
- (62) UR9, Nr. 32, "... von unserm haiss und gutem willen ...".
- (63) UR8, Nr. 433, "... das wir ... oder unser ietwedeis tailis botschaft ze baiden siten für unsern herren den romschen kaiser komen sont und im verkunden sont die lieplichen und fruntlichen richtung, die wir baidenhalben genannder uffgenommen hant; ... und wie dann der kayser weg vindet, das wir baidenhalb genannder beibint und bestan sôin zwischen der burg und der stat, das sôin wir och danne baidenhalb genannder stât haben und vollführen ...".
- (64) フォルトンブルク家の直系が断絶した後の「傍系のヴァルラムに与る遺産争い」それに對するカール四世の関与について Wilhelm JANSSEN, Karl IV. und die Lande an Niederrhein und Untermaas, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978), S. 203-241, S. 221 f.
- (65) UR9, Nr. 67, "... dairumme han wir den ... gantzze macht gegeben und gebin mit disen bryeve ... Voert sal dheynd der partyen von disen zachtin zu dheyne andern rechte sich nit mogen beruffen, verandern noch verwandeln daz recht, daz die gezworne sprechin sullen und overgeven sülle, eynd recht recht zin und biben, wellich recht wir von vollkommenheyt keyserlicher mechte veste doen und confirmeren wir mit dyesem bryeve, und wollen, daz igliche partie daz stede und veste halde ...". 註釋の「*ハヤム*」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. 895. オリジナルでなく複数の写りのみ伝わるが、証書には大印章の付手を示す文言がある。なお「*ラントフリーデ*」に与る決定自体は、UR9, Nr. 68.
- (66) 実際、ヴァルラムはその後ラントフリーデによる決定の実施をサポートし続けた。W. JANSSEN, a. a. O. (注64), S. 222.
- (67) UR9, Nr. 132. 印章は失われているが、証書には大印章の付手を告げる文言がある。ウルリッヒ・フォン・バーナウの証書は、H. REIMER, a. a. O. (注61), Nr. 530.
- (68) H. REIMER, a. a. O. (注61), Nr. 530, "... herre Karl, romischer keyser, czu allen czeiten merer des reiches und kunig czu Beheim, unser lieber gnediger herre, uns gebeden hat ...".
- (69) UR9, Nr. 136. 印章は失われているが、証書には大印章の付加を示す文言がある。なお、同日付の仲裁判決は UR9, Nr.

135.

- (70) UR9, Nr. 136. „ haben wir mit beider teile wissen und willen empfollen dieselben stoezze, uffleuffe und missehelungen zu richten genczlich und czuernal ... ”
- (71) UR9, Nr. 245; J. F. BOHMER, a. a. O. (註89), S. 720 f.
- (72) マーティン大司教サートマンのイマム調停活動の記録 F. SCHWIND, a. a. O. (註94), S. 153 f.
- (73) UR9, Nr. 395.
- (74) UR9, Nr. 393. Anm. 確認された和解書自体 三日後の日付で同ハナステンヤンに送られた。 UR9, Nr. 394.
- (75) UR9, Nr. 413.
- (76) UR10, Nr. 438; Julius WEIZÄCKER, Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel Abt. 1: 1376-1387, (Deutsche Reichstagsakten, Bd. 1), München 1867, Nr. 109, „... wenn wir ... Wenzlawen ... unserm lieben sone empfollen haben und unsere vollen gewalt und macht gegeben, ... ”
- (77) Peter OESTMANN, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren. (UTB 4295), Köln u. a. 2015, S. 84 f.
- (78) Ralf MITTSCH, Die Gerichts- und Schlichtungskommissionen Kaiser Friedrichs III. und die Durchsetzung des herrschaftlichen Jurisdiktionsanspruchs in der Verfassungswirklichkeit zwischen 1440 und 1493, in: Bernhard DIESTELKAMP (Hg.), Das Reichskammergericht. Der Weg zu seiner Gründung und die ersten Jahrzehnte seines Wirkens (1451 - 1527), (Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 45), Köln u. a. 2003, S. 7-77.
- (79) UR8, Nr. 294.
- (80) UR7, Nr. 444.
- (81) UR6, Nr. 410; MGH Const., 10, Nr. 591.
- (82) Friedrich BÄTTENBERG (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 (ZfL UR5 254), Nr. 169, 170.
- (83) UB7, Nr. 380, 381; MGH Const., 12, Nr. 347, Nr. 380 には大田喜なむのイムスな 382 には大田喜なむのイムスな。ハの聖のイムスな UR7, Nr. 381, Anm. 9 にはイムス。確認された國王證書は Ute RöDEL (Bearb.), Die Zeit Adolfs von

Nassau, Albrechts I. von Habsburg, Heinrichs von Luxemburg : 1292-1313 (Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts, Bd. 4), Köln u. a. 1992, Nr. 229, 441. また仲裁の「レバニョム」一世が発行した国王證書について
 なるべし。

- (84) UR5, Nr. 361. 本誌六七巻五号一四頁。
- (85) UR10, Nr. 282.
- (86) UR10, Nr. 284. 一二三四年から一五六六年にかけてのケルン市とケルン大司教および皇帝との対立状況について、Anna-Dorothee von DEN BRINCKEN, Privilegien Karls IV. für die Stadt Köln, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978), S. 243-264, S. 258 ff. を参照。
- (87) UR7, Nr. 391; MGH Const., 12, Nr. 368.
- (88) Heinrich REIMER, Hessisches Urkundenbuch, Abt. 2, Urkundenbuch zur Geschichte der Herren von Hanau und der ehemaligen Provinz Hanau, Bd. 1: 767-1300, (Publikationen aus den königlichen Preussischen Staatsarchiven, Bd. 48), Leipzig 1891, Nr. 415.
- (89) F. SCHWIND, a. a. O. (註5), S. 139-161.
- (90) UR10, Nr. 159. 確認された一二三四七年の国王證書は、RI. 8, Nr. 476.
- (91) Ernst SCHUBERT, Franken als königsnaher Landschaft unter Karl IV., in: Blätter für deutsche Landesgeschichte 114 (1978), S. 865-895, S. 888. Helmut FLACHENCKER, Francis RAPP, Art. Lamprecht von Brunn, in: Erwin GATZ (Hg.), Die Bischöfe des Heiligen Römischen Reiches 1198 bis 1448. Ein biographisches Lexikon, Berlin 2001, S. 52-54.
- (92) UR10, Nr. 211.
- (93) UR10, Nr. 58. Rudolf WACKERNAGEL (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Basel, Bd. 4, Basel 1899, Nr. 353. 同時に行われた一般的な特権確認は、Ebenda, Nr. 352.
- (94) UR10, Nr. 59. R. WACKERNAGEL (Bearb.), a. a. O. (註6), Nr. 355.

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。

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（三）

—— 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

第六款 近時の理論動向

第三節 本章の総括と若干の検討——従来の研究に残された課題

第一款 課題① 情報の利活用を行う事業者等にかかる責任を負担させるか

第二款 課題② 情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか

第三款 課題③ 利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか

第四節 プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説——次章への橋渡しとして

第二章 実社会のサイバー化とエツイオーニのプライバシー理論

第三章 若干の考察——情報のサイバーネーションとプライバシー

第五款 プライバシーの法的保護の限界

以上、前款まで、プライバシーの権益の概念構成に関する学説の分布をみてきた。ここでは、そのようなプライバシー

（以上、六七巻四号）

（以上、六七巻五号）

（以上、本号）

の権益を法的に保護するにあたっての限界について検討していく。この点について、理論的な観点から比較的包括的かつ詳細に考察を行った初期のものとして、伊藤正己のそれが挙げられる。⁽¹⁾そこで、ここでは彼の検討に依拠しつつ、その他の研究にも適宜触れながら、プライバシーの法的保護の限界について、以下の三点を検討していく。すなわち、要件（権益の内容画定）上の限界、相手側の抗弁に基づく限界、公共的な利益との衡量に基づく限界である。

一 要件（権益の内容画定）上の限界

不法行為法上、他人の権益を侵害した場合に、侵害者は常に損害賠償や差止めに応じなければならないわけではなく、違法性が存在しなかったこと等を主張することにより、その責めを免れることができる。⁽²⁾例えば、名誉毀損の場合には、判例・通説によれば、人の社会的評価の低下に対し、真実性の抗弁・相当性の抗弁によって違法性が阻却されるとされている。⁽³⁾これに対して、プライバシー侵害の場合は、真実性の抗弁・相当性の抗弁という枠組み自体が妥当せず、判例においては個別的な比較衡量によって違法性の有無を判断しようとする見解が主流となっていることは既述の通りである。⁽⁴⁾プライバシーの法的保護の限界に関するこのような観点からの考慮は、権利・利益侵害の要件のレベルで、プライバシー権の内容画定（権利の存否判断）にあたり行われていると評価することができる。⁽⁵⁾

この要件上の限界について、伊藤は、プロッサーの四分類に基づいて検討しているが、ここではそのうちの、平穏な私生活の侵害と表現行為による私事の暴露の問題における、プライバシー保護の限界について検討していく。そして彼の分析をベースとした上で、情報の不正利用の場面における課題についても、併せて検討する。

まず、伊藤は、平穏な私生活の保護の侵害が成立するためには、社会的に認められる限度を超えた侵害がなくてはならないとする。

われわれの社会生活において、プライバシーの保護は重要ではあるが、ある程度は私生活に外部から干渉が加えられることを甘受しなければならない場合も多い。したがって、通常人が受忍しなければならないものは、不法行為を構成しないことになる。⁽⁶⁾その決定について、伊藤は、「結局は、社会通念によるほかはない」とする。⁽⁷⁾

また、表現行為による私事の暴露の類型に属するプライバシーの侵害は、とくにその権利の限界を画する問題が多いといえる。なぜなら、この第二の類型に属するものには、侵害行為たる表現そのもののうちに、報道価値や教育価値等のいわば公的な価値が含まれており、憲法上の表現の自由の保障を受けるべき性質を持っている。したがって、表現の自由と個人の私生活の保護という利益が相互に抵触する場面であることになる。このようにして、特にこのような場合には権利侵害の違法性の認定が困難になり、他面からみるならば、プライバシーの権利の限界が問題になることになる。⁽⁸⁾以上のような理由で、この類型においては違法性が阻却されることの少なくないことを留保しなければならない。

より具体的にいえば、社会生活をしている以上、当然に受忍しなければならない程度の私事の公開は、これを違法な侵害とはいえない、ということとなる。何が通常人の感覚からみて受忍しなければならない侵害であるかについて、伊藤は、「結局は社会的良識によって決定されるほかはない」⁽⁹⁾とする。そのため、他人の私事を表現行為によって無断で公開するときにも、「社会的良識の線をこえないものであれば、違法な行為とならない」⁽¹⁰⁾。また伊藤は、この要件によって、被告が原告の私事を公開したとみられるときも、その実質的な利用ではなくて、たまたま細かな点での公開にすぎないときには、責任がないということとも繋がるだろうとする。⁽¹¹⁾

ここで留意すべきなのは、情報社会の高度化が進み、情報の利活用が多角化する昨今にあつて、ここで言及される「社会通念」や「社会的良識」といったものをどのように捉えるべきか、ということである。この点に関する民法学上の議論は、表現行為等の事案と比べると、必ずしも充分になされているとはいえないように思われる。加えて、ここにいう「社

会」をどのレベルのものと指定するべきか、という問題も重要である。前に検討したように、これを地域社会のレベルで捉えるべきであると主張する見解もある一方で、伊藤の見解からはそのような意図は必ずしも汲みとれない。高度情報化社会においていかなる「社会」を想定してプライバシーの限界を画するかは結論を大きく変える可能性のある喫緊の争点であることを意識すべきであろう。

(1) 伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、一九六三)。本書は、プライバシー法理に関する日本初の体系書といえるものである。

(2) 不法行為責任の成立要件としての「違法性」(その確立に多大な影響を与えたのは末川博『権利侵害論』(弘文堂書房、一九三〇)である)については、いわゆる過失一元論(平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、一九七二))からの有力な批判がみられる。しかし、特にプライバシー侵害の事案では、既述のように判例はなお「違法性」というタームを用いているといえる。そのため、本稿ではさしあたり、この「違法性」という枠組みを維持したうえで検討していく。

(3) この点については、さしあたり、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)三〇四頁以下等参照。

(4) 本稿第一章第一節第二款参照。

(5) 潮見佳男『不法行為法I(第2版第2刷)』(信山社、二〇一一)二二六頁。

(6) これは、主として公害・生活妨害の場面で援用される、いわゆる受忍限度論と類似した理論枠組みである。この点、その主たる論者とされる加藤一郎は、公害訴訟の局面において、受忍限度論を請求原因ではなく、抗弁と解している点には留意(加藤一郎「序論」同(編)『公害法の生成と展開』(岩波書店、一九六八)二八頁)。

(7) 伊藤・前掲書注(1) 八五頁。

- (8) 同前、九五―九六頁。
- (9) 同前、一一〇頁。
- (10) 同前。
- (11) 同前、一一一頁。
- (12) 本稿第一章第二節第二款四参照。

二 相手側の抗弁に基づく限界

次に、加害者（とされる者の）側の抗弁に基づくプライバシーの限界を検討する。この種の限界を画するものとして注目されるのは、いわゆる「被害者の同意」である。⁽¹³⁾ 不法行為法の領域では、「同意は違法性を阻却する」(volenti non fit injuria)との原則が一般に認められており、プライバシー侵害の場合にもこれは当然に適用されることとなる。そのため、不法行為訴訟においてもこの「同意」の有無が争われるが、ここにいう「同意」は明示のものに限らず黙示のものでも足り、事後の同意でもよいとされる。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

この「被害者の同意」をめぐる問題の一つに、黙示の同意という考え方をどこまで拡大できるか、という争点がある。例えば表現行為の対象となった人物が有名人といわれるような社会的地位を占めているときは、その肖像写真の利用について黙示の同意をしたのであるという理論構成が主張されうる。しかし、ここにいう黙示の同意は、伊藤によれば、「具体的な特定の表示について、公開に反対しない意思を推知するのが合理的な行動が、原告によってとられている場合に限るべきである」⁽¹⁶⁾という。そのため、有名人のような場合、たしかに一定の場合にプライバシーの権利の侵害が認められないことがあるが、ここでは擬制的な同意の存在を理論的基礎付けに用いるのではなく、他に免責事由を求めるべき

であることとなる。すなわち、このような場合、被害者の同意とか不同意という問題ではなく、後述するような、表現の公益性とプライバシーの利益との対立として捉えていくことが妥当であることになる。⁽¹⁷⁾

同意をめぐるもう一つの問題は、公開に一度同意を与えた者がその撤回を許されるかどうかである。伊藤によれば、理論的には、同意が無償で与えられているときは、契約も存在せず、自由に撤回しようと考えられ、同意が契約によって与えられているときは、撤回することはできず、その契約条項の認める範囲内で他人のプライバシーを利用することは差し支えないことになる。⁽¹⁸⁾

しかし、他方で同意があっても、合理的にみて、その同意した範囲をこえる利用がなされたときには、そこまで同意されたとは考えられない。⁽¹⁹⁾したがって、他の要件を充たすならば、プライバシーの権利の侵害が成立すると、伊藤は主張する。これは、序章において検討した、個人情報保護にまつわる契約責任構成の主張と通じるところがある。⁽²⁰⁾

一方で、本人の承諾がなければプライバシーの侵害はすべて違法となるというわけではなく、本人の承諾を求めるように努力したが、例えば本人の所在不明のために目的を達することができなかったような場合は、利益衡量に際し、有利な一要素となるとの見解もある。⁽²¹⁾

この「被害者の同意」という抗弁は、本稿が主として念頭に置く情報の多角的利活用の問題においても非常に重要な争点となっている。なぜなら、情報の利活用を行う事業者は、情報の取得・利活用に関する取引約款にこの手の「同意」文言を規定することが多いからである。それを知らずに、あるいは知ついてもやむをえず同意した消費者等の情報主体が、いかなる対応策を有するのか、というのが、今日において大きな問題となっているのである。

- (13) 同前、一六九頁。
- (14) 同前。
- (15) 五十嵐清『人格権法概説』(有斐閣、二〇〇三)二二四頁。
- (16) 伊藤・前掲書注(1)一七〇頁。
- (17) 同前。
- (18) 同前、一七四頁。
- (19) 同前、一七五頁。
- (20) 本稿序章第一節第二款一一参照。
- (21) 五十嵐・前掲書注(15)二二五頁。

三 公共的な利益との衡量による限界

プライバシーの権利の限界を決定するにあたって、伊藤は、前述の「被害者の同意」のような擬制的な技巧ではなく、いっそう厳密にことの実体を検討することが必要であるとする。⁽²²⁾この立場は、結局、具体的な場合において、侵害行為に含まれている価値と、私生活の平和や私事の秘密を保護する価値のいずれを優先するかによって権利の限界を見極めようとする判例の立場と共通するものである。そのため、ここではそれぞれの場合の具体的事実に応じて権利の限界を決定するほかなくなる。

その場合の判断を指導するものとして、伊藤は、表現行為の場合を念頭に置きつつ、次の二つのものをあげる。一つは、侵害を行う行為そのものに含まれる「公けの利益」、つまり公共性がどの程度かを類型的に追及していくことである。今ひとつは、侵害を受けたと主張する者の社会における地位のもつ公的性格の程度、つまり被害者が「公けの存在」か

どうかを考えるものである。⁽²³⁾

(22) 伊藤・前掲書注(1) 一九一頁。

(23) この点について詳細に論じたものとして、小堀憲助「著名人の人格権」有泉亨(監修)、伊藤正己(編)『現代損害賠償法講座2』(日本評論社、一九七二)一八五頁以下、山川洋一郎、山田卓生(編)『有名人とプライバシー』(有斐閣、一九八七)等も挙げられる。

三ー 「公けの利益」(public interest) の理論

プライバシーの権益と対立する「公けの利益」が何であるかを定めることは、必ずしも容易ではない。

この点につき、伊藤は、「少なくとも、ある場合に、プライバシーの権利に優先する公益を含む言論のありうることとはとくまでもない」という。⁽²⁴⁾ このような言論は、「社会の構成員が、一定の事実を知ること(25)に正当な(legitimate)関心を持ち、それを知ることが社会全体の利益になること」によって、「公けの利益」を含むものであることになる。⁽²⁶⁾ そのため、単に民衆の好奇心を充たすに過ぎないものは、正しい関心の対象とはいえない。

それでは、このような対象となりうるものは、具体的にどのようなものだろうか。伊藤は、アメリカの多くの判例が、報道的価値のある内容、教育的価値、啓発的価値のある内容のものを挙げることを指摘する。⁽²⁶⁾ これを敷衍して、交通安全・環境美化・青少年の不良化防止等の社会的キャンペーンを報道することは、社会を啓発するうえで必要なことであり、その場合に個人のプライバシーと多少抵触することがあっても、社会の知る権利が原則として優先すると考えてよ

かろうとする見解もある。⁽²⁷⁾

この点、「それぞれの間で差異があるにしても、事件を報道し、あるいは教育や啓発を行う目的で情報などを提供する場合に、ある者の氏名や肖像その他の私事を利用することに公けの利益があると認められ、プライバシーの侵害が成立しないとされる場合のありうることは確かである」⁽²⁸⁾としながら、しかし伊藤は、「果して表現が保護を受けるためにもたねばならない価値は、ここにあげられたものに限られるとは思われない」⁽²⁹⁾という。

要するに、報道、解説、さらに娯楽的表現等の形式の如何を問わず、そこでは、それに含まれている「公けの価値」が問題になるのであり、それとプライバシーの価値とが較量され、もし前者が優先するときに、私事の保護は譲歩せざるを得ないことになるのである。もしそうであるとすると、表現が報道であるか、教育的目的をもつ記事であるか、娯楽的目的を持つものであるかは、問題を解決してしまう鍵ではなく、この価値較量にあたって考慮される一要因であることになる。

そのほかにも、「公けの利益」の一要素として、犯罪捜査を挙げるものもある。五十嵐によると、「何人にも、その住居や所持品の不可侵の原則が憲法上保障されている（三五条）。これは、プライバシーの觀念の古典的な表現といえる。しかし、この原則も無制限ではなく、犯罪捜査のため、捜査官による搜索・押収が一定の範囲で許される。それは、公共目的による違法性阻却の一場合ということができる」⁽³⁰⁾とされる。これは今日では、「公共の安全」という利益として括られるものである。この利益の拡大傾向について、近時「監視社会」論の観点から批判的な研究がなされていることは、序章にて既述の通りである。⁽³¹⁾

この点、今日の情報の多角的利活用場面でも、「公共の利益」というものが引き合いに出されることが多い。しかし、ここにいる公共的利益とはいかなるものか、公共とは国家を指すのか、あるいは地域社会か、はたまた何らかの中間的

団体か、それともわれわれ市民全体のことを指すのか、言論の問題を念頭に置いて検討する伊藤の見解からは必ずしも明らかとはいえない。同様に、犯罪捜査を公共の利益に含める五十嵐の検討についても、必ずしも犯罪捜査とはいえないものの、公共の安全にかかわる情報を扱う技術による利益や、それとはまた異なる利益である公衆衛生に資する技術がどれほど重視されるのかも明らかではない。このような、ICTの発達の結果議論の俎上にのぼるようになった公けの利益について、一方でより具体的にプライバシーの権益と比較し、その限界を画する作業が求められており、他方で、その衡量の大枠としての理論的指針の精緻化が求められている。

- (24) 伊藤・前掲書注（1）、一九三頁。
- (25) 同前。
- (26) 同前、一九五頁。
- (27) 三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、一九六五）三三九頁。
- (28) 伊藤・前掲書注（1）二〇〇―二〇一頁。
- (29) 同前、二〇一頁。
- (30) 五十嵐・前掲書注（15）二二八頁。
- (31) プライバシーにまつわる刑事上の諸問題を扱った比較的初期の文献として、五十嵐清、田宮裕『名誉とプライバシー』（有斐閣双書、一九六八）二六〇頁以下〔田宮〕等。
- (32) 本稿序章第一節第二款一―四参照。

三二「公けの存在」(public figure)の理論

「公けの存在」の理論は、「プライバシーが侵害された」と主張する人の社会的地位や重要性に着眼して、その者のプライバシーの権利の限界を認めようとするもの⁽³³⁾である。

第一に、ここにいう「公けの存在」とは何を意味するか。伊藤は、これは、「世に人気を求める職業といつてよい、俳優、歌手、プロのスポーツ選手を含むが、これよりも広く考えてよいであろう⁽³⁴⁾」とする。具体的には、より広く芸能人一般や、作家、政治家、高級公務員が含まれる⁽³⁵⁾。また、自発的な意思による「公けの存在」とは差異があるとは認めるが、「世を騒がせる犯罪の実行者、さらにはその家族、被害者など、自発的意図によらないで民衆の正当な関心の的になった者⁽³⁶⁾」にも、この理論の適用を認めてよいとする。ただこれに対しては、犯罪被害者のプライバシーについて、特にレイプ被害者を念頭に置きつつ、「本人の意思に反したレイプ被害者の実名報道もまた、被害者の人間としての尊厳と人格を侵害する『暴力』⁽³⁷⁾と考えるべきである」との批判がある。

第二に、この理論の根拠となる理由は、プロッサーに従いつつ、三つのものが考えられるという。

その一つは、「自己の私事の公開に同意をしたもので、これに不服を申し立てる権利を失ったとするもの⁽³⁸⁾」である。この点は、すでに考察したように、「公けの存在」一般に拡大することは必ずしも妥当ではない。しかし「少なくとも自己の意思で世に知られることを欲して、その地位を勝ち得た人には、この理由も当てはまるものが少なくない⁽³⁹⁾」とする。つぎに、「公けの存在」といわれる人物の人格やそれをめぐる出来事は、「すでに公的なものとなっており、もはや彼自身の私事と考えられない⁽⁴⁰⁾」ということである。プライバシーの侵害が「私事の公開」であることから明らかにように、何らかの出来事が私事でないということになると、その構成要件を充たさないことになる。この点については、「場合によっては、このような理由が妥当することも十分に考えられ⁽⁴¹⁾」る。最後に、表現者の側は、民衆が妥当な

関心を持つような「公けの存在」について、民衆に知らせる権利をもち、これは憲法上保護を受けているものである。⁽⁴²⁾ この論拠は一般的に「公けの存在」の理論を支持しうるといえる。

伊藤が第三に指摘するのは、この「公けの存在」の理論が適用されるのは、前述したプライバシーの権利の諸類型のうち、表現行為にまつわる、いわば純粹のプライバシーの場合であることである。⁽⁴³⁾

最後に、「公けの存在」の理論が実益を上げるのは、「私事、すなわち氏名、肖像、経歴などが、営利性を離れた表現によって利用され、他人に公開された場合」であるという。⁽⁴⁴⁾ このような場合に、「公けの存在」は、「通常人に比して権利の保護が希薄であり」、「プライバシーの権利の侵害が認められないのが原則」なのである。⁽⁴⁵⁾ しかし、このような場合に、常に「公けの存在」の権利が否定されるか、その限度がどこにあるかが問題になる。

この問題については、つぎのような点が考慮されねばならないと伊藤はいう。

その一つは、「公けの存在」といっても、純然たる私生活があり、それは保護されてよいことである。⁽⁴⁶⁾ これに対し、公の存在の理論の限界を認めつつも、「報道の自由は健全なものに限定されるとすること」は、「これに対する不当な干渉に通ずる危険がある」ため、「大きな弊害がない限り、公衆の寄せる関心の対象について報道する自由を認めるべきである」との見解もある。⁽⁴⁷⁾

今一つの考慮すべき問題は、たとえ「公けの存在」であっても、それが永久性をもたず、時の経過によって公共性を失い、通常人と同じだけのプライバシーの権利を復活せしめうるのではないかという点である。⁽⁴⁸⁾ この点について敷衍して、伊藤は以下のような具体例を挙げる。「公けの存在」も終生そのままであることはできず、平凡な生活に復帰することも少なくない。まして、「公けの存在」を広くみて、犯罪者や犯罪の被害者を含めるとき、過去の事実はできるだけ隠しておきたいものである。それにもかかわらず、「公けの存在」の理論が時の経過に関連なく適用され続けることは、

妥当とはいえないのである。⁽⁴⁹⁾

このように議論される「公けの存在」理論であるが、その弱点として、有名人とか公人とかの範囲を画することの困難性が挙げられる。⁽⁵⁰⁾ 現に、インターネットやそこにおける表現活動が発展した昨今にあつては、あらゆる市民が「公けの存在」に当たりうるというかたちで、妥当範囲が急速に広がりつつあるように思われる。⁽⁵¹⁾ また、スマートシティのような、ある意味で人々の行動を「丸裸」にするシステムを積極的に利用する人々はすべて「公けの存在」なのであると構成する、そのような方向性も考えられる。このように、今日においては、「公私の境界」の問い直しが重要性を帯びているといえる。

- (33) 伊藤・前掲書注(1) 二二九頁。
- (34) 同前、二四一頁。
- (35) 五十嵐・前掲書注(12) 二二六―二二七頁。
- (36) 伊藤・前掲書注(1) 二四二頁。
- (37) 辻脇葉子「犯罪被害者のプライバシー」明治大学短期大学紀要六七号(二〇〇〇) 二三頁以下。同旨、三島・前掲書注(27) 三三九頁。三島はここで、読売新聞社の記事基準を参考にして、比較的包括的な例示を行っている。
- (38) 伊藤・前掲書注(1) 二四三頁。
- (39) 同前。同旨、三島・前掲書注(27) 三三七頁。
- (40) 伊藤・前掲書注(1) 二三四頁。
- (41) 同前。同旨、三島・前掲書注(27)
- (42) 伊藤。前掲書注(1) 二三四頁。
- (43) 同前、二四四頁。同旨、三島・前掲書注(27) 三三六頁。

(44) 伊藤・前掲書注(1) 二四五頁。

(45) 同前。

(46) 同前、二四六頁。

(47) 三島・前掲書注(27) 三三七頁。三島は、公けの存在の理論の限界として、公の人物の家族を例に挙げる。

(48) 伊藤・前掲書注(1) 二四八頁。

(49) 五十嵐・前掲書注(15) 二二七頁。

(50) 同前、二二五頁。

(51) このような傾向に対して、インターネット上にある個人情報を検索結果から削除してもらうよう検索事業者に要請することのできる「忘れられる権利」(the right to be forgotten)という新たな権利が誕生してきている。このような権利に関する論考として、序章において触れたもののほか、例えば、上机美穂「忘れられる権利とプライバシー」札幌法学二五巻二号(二〇一四)五九頁以下、宮下紘「忘れられる権利」をめぐる攻防」比較法雑誌四七巻四号(二〇一四)二九頁以下、今岡直子「『忘れられる権利』をめぐる動向」調査と情報八五四号(二〇一五)一頁以下等。また、日本で初めて「忘れられる権利」に言及しその法的保護を認めた裁判例として、さいたま地決平成二七年一月二二日がある(ただし、この決定は控訴審である東京高決平成二八年七月一二日において取消されている)。

この点、その上告審である最決平成二九年一月三十一日は、「忘れられる権利」を巡る事案について、プライバシー侵害に関する従来の判断枠組みを維持したうえで、かかる権利の存在について否定的な姿勢を示した点で注目される。しかし、この決定は本稿の校正段階において出されたため、詳しく論じることができなかった。他日を期したい。

四 小括と若干の検討

以上、本款ではプライバシーの法的保護の限界について、要件上の限界、相手方の抗弁に基づく限界、公共の利益との比較に基づく限界について検討してきた。

ここで留意されるべきなのは、従来は、プライバシーの権益にそもそも含まれる社会性（要件上の限界）と、プライバシーの権益を外部から限定することになる公共的利益（公共の利益との比較に基づく限界）の区別が不分明だったように思われる点である。このことは、特に表現行為の場面に於いて顕著である。そのため、このような議論の立て方自体に意義がないとする見解もあるようである⁽⁵²⁾。

しかし、本稿の主たる検討対象とする問題では、この区別が重要となる。なぜなら情報管理のあり方について、一方で情報を地域社会において一定程度共有して積極的に活用することを望みながら、他方で無条件にグローバルなレベルで流通させることは望まない、そのような態度がありうるのであり、そこでは二段階の判断がなされうるからである。

例えば、個人のプライバシーにまつわる権益と地域社会等コミュニティの利益との比較をしてプライバシーの権益に社会性を含める段階と、そのようなプライバシーの権益とより広い意味での公共的な利益とを比較して、いっそう広範な領域に情報を流通させるべきかを判断する段階である。ここでは、伊藤の示唆する枠組みが妥当しうる。これは地域社会の価値観に配慮しながらも、プライバシーの権益に関する判断を当該地域社会にすべて任せてしまうわけではないという意味で、山本敬三の見解とも異なるものである。

この点に留意したうえで、情報の多角的利活用とプライバシーの問題について、要件上の限界、相手方の抗弁に基づく限界、公共の利益との比較に基づく限界をいかなる形で画するべきか。この争点の多くはなお理論上空白状態にあるといえるが、その解決への手がかりとなるものとして、つぎに、近時の理論動向を検討することとする。

(52) 例えば、潮見・前掲書注(5) 二二六―二二七頁がこのような理解を示しているように思われる。

第六款 近時の理論動向

以上、これまでは、民法の体系書・基本書や判例評釈等の論考にみられるプライバシー概念の諸構成を中心に検討すること、日本民法学におけるプライバシー法理の展開を俯瞰することを試みた。そこでは、プライバシー権の一元的構成は多くの批判にさらされており、事案類型に即してアドホックに構成される「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成が今日の多数的見解となっていることが明らかとなった。また、そのように構成されるプライバシーの権益の法的保護の限界について、要件上の限界、相手方の抗弁に基づく限界、公共の利益との比較に基づく限界の三つの観点から議論がなされていることをみた。

本款では、以上の傾向に対して新たな知見を加える三つの動向について検討していく。第一は、プライバシー概念のさらなる再構成を、多数説の前提とするアトムの個人主義に批判的な観点から行うものである。第二は、プライバシー権と自己決定権（自律権）の法益間の関係を、現代的観点から追究するものである。そして第三は、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」の拡張現象に光を当てるものである。

一 「社会の評価からの自由」と「自己イメージコントロール権」の二元的構成

既述の通り、前款で検討してきた民法上の見解の多くが、「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成をベースとしてしていると評価でき、それが現時点の民法学説の多数説であると理解することも可能である。しかし、このような傾向に挑戦する新たな理解を示すものもないではない。

一 プライバシー概念の再構成

そのような再構成の萌芽を感じさせるもののひとつとして、例えば、幾代通・徳本伸一の見解が挙げられる。まず、幾代・徳本は、『宴のあと』事件判決を引きつつ、プライバシーないしプライバシーの権利とは、「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」であるとする⁽⁵³⁾。そして、プライバシー権がこれまでは、「個人の私生活を他人によって公開されないこと（そのような公表に対しては法的救済が与えられること）を中心的な利益内容とする権利」、いわば「消極的自由権」として説かれてきたことを指摘する⁽⁵⁴⁾。ところが、近年は、「行政機関や民間部門」においてコンピュータ等による「個人に関する情報の収集・管理」が一段と進む傾向にあり、保有された個人情報情報の濫用や誤った情報からいかに個人を保護するか、という点が重要な問題となってきた⁽⁵⁵⁾。そして、このような事情を背景として、プライバシー権を「より積極的に、『自己に関する情報をコントロールする権利』とか、あるいは『自己のイメージをコントロールする権利』というふうに定義づけることが提唱されている」として、前者のものとして佐藤と堀部の論考を、後者のものとして棟居の論考を引用する⁽⁵⁶⁾。

幾代・徳本のこの見解はまず、「情報の収集・管理」の問題が「行政機関や民間部門」について問題になっていることを述べていることから、本問題を民法問題でもあると捉えていると理解することができる。あわせて、自己情報コントロール権説に立つ見解として、佐藤のみならず堀部をも引用していることから、この学説を単なる憲法上の学説であるとは理解していないことが示される。そして、棟居の見解を引用している点が特徴的である。かりに幾代・徳本が、本問題を民法上のプライバシーの問題であると考えたうえで棟居の見解を引用したのだとすると、棟居の見解を民法上のプライバシー論に應用できると考えていた嚆矢的論考であったと評価することも可能であろう。

ただ、これらの記述からでは、幾代・徳本が「ほうつておいてもらう」構成と「自己情報コントロール権」構成ない

し「自己イメージコントロール権」構成の間の関係をどのように捉えていたかは必ずしも明らかとはいえない。あるいはこれまで検討してきた見解とは全く異なる複合的な理解が示されうるかもしれないが、結局のところそれらと帰一してしまう可能性も否定できない。

つぎに、前田陽一は簡略な記述ではあるが、以下のように論ずる。

『宴のあと』事件判決は「私生活の平穩の利益をプライバシーとして把握するものであるが、その後の学説では、プライバシーに自己情報コントロール権ないし自己決定権としての位置づけを与える議論や、社会の正当な関心がどこまでみとめられるかの問題であるとする議論がなされている」⁽⁵⁷⁾。このように前田は、プライバシーの議論の展開について、多くの見解を紹介している。

この前田の立場は、牽強付会を恐れずに再構成を行えば、「ほうつておいてもらう権利」構成を採用することを前提として、そこに「自己情報コントロール」か「自己決定のプライバシー」か「社会の関心からの自由としてのプライバシー」を考えあわせる多元的構成か、あるいは前三者の權益が、「社会の関心からの自由としてのプライバシー」に帰一していく重層的な一元的構成を採用しようとしていると位置づけられなくもない。しかし、前田の以上の記述からでは、その構成を明確にすることはやはりできない。

このように、プライバシー概念のさらなる再構成の萌芽的動きがみられながらも、その理論的な詰めはなお十分とはいえない状況にあった。この点、通説たる「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成への挑戦の姿勢がはつきりと示されている見解が、近時現れている。それは、水野謙の主張する「社会の評価からの自由」と「自己イメージコントロール権」の二元的構成である。

水野は、不法行為帰責論の文脈では、「情報」について一方当事者の排他的な支配を認めることは不適切であるとい

う立場を前提としたうえで、プライバシーの問題について、つぎのように論じている。

一・二 「自己情報コントロール権」としてのプライバシーへの懷疑

まず水野は、「情報コントロール権としてのプライバシー」という考え方については、その射程及び論拠をめぐって、大きく二つの問題点が内在しているという。すなわち、「情報コントロール権としてのプライバシー」を民事問題に適用することへの疑問と、「情報コントロール権としてのプライバシー」の正当化根拠に対する疑問である。

第一に水野は、「情報コントロール権としてのプライバシー」という考え方は、現代社会において「公権力に対する、いわば対抗原理として、一定の意義を有するのかもしれない」としつつ、しかし「この考え方を対公権力ではなく、私人間の紛争に当然に適用することには慎重でなければならない」と主張する⁽⁵⁸⁾。なぜなら、私人間の紛争においてプライバシー侵害が問題になりうる場面は多様であるからであり、例えば、代表的な紛争事例として、①一定の団体が個人情報収集し利用しようとする場面と、②一定のメディアが個々人の私生活に何らかの形で介入してくるような場面を考えることができるが、このとき、「両場面における加害者の被害者に対するアプローチの仕方はそれぞれ異なっており、民事責任のあり方もおのずから違ってくる⁽⁵⁹⁾」のである。

そして、このうち前者の、一定の団体による個人情報の収集の場面⁽¹⁾にあっても、『情報コントロール権』なるものを、ア・プリオリに措定する実益があるのかは疑わしい⁽⁶⁰⁾と水野は主張する。なぜなら、個々人に関する情報にはある種の公共財的な側面があることは否定できないのであり、これを当然に、個人の排他的な支配下におくことに十分な合理性があるとはいえないからである。個人情報保護法制定後のわが国における過剰ともいえる反応からも明らかにように、行き過ぎた情報のコントロール権を個人に認めることは、かえって自由な社会・経済活動を制約する危険を伴っ

ている。また、個人情報の収集や蓄積が問題となる場面では、当該収集や蓄積それ自体がプライバシー侵害となるのではなく——むしろ今日では、それぞれの市民が他者による情報管理を積極的に求める場合もある——、不適切な情報の流用や情報管理の不備こそがプライバシー侵害になるという見方も可能であるとして、阪本俊生の見解を引用する⁽⁶¹⁾。したがって、上記①の場面における課題は、「ある人の個人情報に対する自由なアクセスを好ましいと考える他者の利益を尊重する一方で、当該個人が、自己の情報についてどのような文脈で、どのような利益を有しているのかに着目して、両者の調整や、情報の望ましい管理のあり方について、事例ごとに検討していくこと」であると⁽⁶²⁾する。

また、「情報コントロール権としてのプライバシー」という考え方について、水野は第二に、「そもそも、人が、自己の情報をコントロールしうるという発想がどこから生まれ、それはどのように正当化できるのか」と疑問を投げかける⁽⁶³⁾。

前述のように、憲法学説上の通説たる情報コントロール権説は、「道徳的自律の存在としての個人」ないし「個人の尊厳」という考え方を、その出発点に据えている。これは、プライバシーを自己決定権との関係で捉えようとする立場にも、おそらく共通していることである。なお、平穩生活権としてのプライバシーという考え方については、個々人をどのように捉えているのかは必ずしも明確ではない。しかし、個人の自律や尊厳という考え方と少なくとも排斥しあう関係にはないものと考えられる。

これに対し、水野は、このような「個人の自律や尊厳」という理念を当然の前提として、現実の社会で日々生起しているプライバシー侵害の問題を議論するというアプローチ自体に限界があるのではないかと問う⁽⁶⁴⁾。パーソナルな自律性を確保するものとしてプライバシーを捉える考え方は、社会的な役割や規範への拘束から自由な個人、あるいは他者に依存しない強い自己を観念し、それを前提としているように見える。しかし、問題は、「このような想定が、現実の社

会認識として、またはプライバシー侵害という社会的問題に規範的にアプローチする際に、果たして適切か」ということなのである。⁽⁶⁵⁾

以上より、水野は、その背後にあるアトムの個人主義の発想を批判しつつ、「自己情報コントロール権」構成を自身の理論構成の一部として援用することをすら拒否する。

一三 「自己イメージコントロール権」としてのプライバシーの魅力と問題点——三元的構成へ

水野は一方で、「棟居の説く、社会関係のコンテキストごとに多様な自己イメージを使い分ける自由としてのプライバシー」という考え方は、プライバシー侵害の一事例（『逆転』事件のようなケース）を鮮やかに説明することができ、その意味で極めて魅力的である」という。⁽⁶⁶⁾

しかし他方で、果たして、このような考え方だけでプライバシー侵害の事例のすべてを説明できるのかは、次の大きく二つの点で疑問であるとする。

第一に、社会関係の多様性に応じて、自己イメージを能動的に「使い分ける」ことが、どこまで可能なのかという問題である。第二に、個人が諸個人の相互作用に先立つ存在ではないという考え方が、常に承認されるべきなのかという問題である。そこで水野は、自己意識心理学の知見やシンボリック相互行為論研究の第一人者の見解を引きつつ、以下のように自説を展開する。

まず、プライバシーの意義については、原告となつている個人が、「紛争が生じるまでの間に、社会の人々と、どのように相互行為を行つて、どのような自己の『役割』を社会の中で獲得し、どのような自己の『印象』を社会の人々に呈示していたのか」をまず認定したうえで、「そのような役割や印象が、被告によって異なる文脈の中で解釈されるこ

とによって、意図しない『フレーム』化がなされ、それが社会に流布したために、原告がどのような精神的苦痛を被ったのか」ということを検討する必要があるとする⁽⁶⁷⁾。

この場面では、「他者に依存しない自己」という観念は後ろに退き、個々人のアイデンティティは、他者との相互行為の中で揺れ動く存在として把握される。そしてこのような、解釈・フレーム化・流布を行う主体としては、個人情報収集・利用しようとする団体というよりも、小説・新聞・ラジオ等のメディアの存在を第一に想定することができる。この意味で水野は、「社会の評価からの自由な領域」こそがプライバシーの「本来の」領域と捉える立場にも、「(我々の世界)には面子や名誉という価値はあるがプライバシーという価値はない」と割り切る立場にも、与するものではないということになる⁽⁶⁸⁾。

しかし他方で、個人の尊厳を重視した、もう一つの意味のプライバシーも、法的な保護の対象となることを率直に認めるべきであると水野はいう⁽⁶⁹⁾。いいかえると、「社会に向けた自己の役割取得とはさしあたり切り離された次元で、原告が自己の内面をどのように見つめ、自分の世界観を作り上げようとしていたのか」ということを認定し、「それが、被告によってどう侵害されたのか」について、事例ごとに検討することもまた、水野は重要だと考えるのである⁽⁷⁰⁾。つまり、「相互行為におけるプライバシー」に加えて、「社会の評価からの自由な領域」の中に、もう一つのプライバシーを観念する必要があるというのだ⁽⁷¹⁾。

以上より、水野は、この二つのプライバシー概念を意識した形で、実際に起こりうる紛争に対して複眼的なアプローチをとるのが、最も無理の少ない解釈態度であると主張する。この点、この二つの理念型としてのプライバシーは、現象面にとどまらず、理論的にも、密接な関係に立っていることに彼は注意を促す。すなわち、一方で、社会の人々との相互行為の中で、自己の役割をどのように獲得していくのか(外側を向くベクトル)というレベルにおいても、他方で、

自己が自分自身をどのようにみつめ（内側を向くベクトル）、それぞれのアイデンティティを形成する「自己物語」を紡ぎあげる際に、他者の存在をまったく切り離すこともまた、できないはずなのである。⁽⁷²⁾

以上のように、水野は、「社会的生活におけるプライバシー」と、「個人の尊厳を重視した、もう一つの意味のプライバシー」の複眼的保護をする必要があるとする。具体的には、原告である被害者が社会に対する関係で取得した「役割」を、一定のメディアが、異なるコンテクストの下で「フレーム」化した場合に問題となりうる「社会生活におけるプライバシー」侵害においては、原告の被侵害利益は、従来の判例が説いていたような名誉、名譽感情、またはプライバシーのいづれとも、少しずつずれていく側面があること、あるいは、自己が内面をどのように見つめ、固有の世界観を作り上げようとしていたのかという場合に問題となりうる、もう一つのプライバシー侵害事例にあつては、（モデル小説「案などで求められる」原告の同定可能性は、被告の責任の発生要件とはなりえないのではないか、という問題提起を行うのである。

一四 水野の見解に対する批判

このような水野の見解については、「問題の核心は、『社会においてどこまでの情報をプライバシーとして承認するか』という社会的・公共的な決定ないし約束事をどのように設定ないし行うかというところにある」とする立場から、「このような問題に関する判断をどのようにして行うのかということが、決定的な問題になる」との指摘がなされている。⁽⁷³⁾

また、水野の構成は、社会学上の理論的な理解としてなら格別、これでもって実際に法的にプライバシー侵害に当たるかどうかの判断を導くことは難しいとする批判がある。この見解によると、「法的判断としては、実生活における個人の生の利益、知られたくない、介入されたくないをまず全面的に保護する可能性を前提として、いかなる対立概念が

それを制約していくのかを、表現の自由、公共の利益、コミュニケーションの必要などの考察から詰めて行くことによって、制約の限界を探るほうが適當ではないか⁽⁷⁴⁾というのである⁽⁷⁵⁾。

このように、必ずしも賛同が多く得られているわけではないが、しかし、序章にて検討したように、この見解には脱アトムの個人主義の流れに関する重要な契機が含まれてもいる。ただし、この見解が従来の民法学説とは異なる独自の概念構成をとる一方で、結局のところ念頭に置かれる事案類型が表現行為にかかわるものであつて、本稿の主たる対象である情報の多角的利活用の問題については、詳細な検討が必ずしもなされていないことも、この見解の限界として指摘できよう⁽⁷⁶⁾。そのため、脱アトムの個人主義の動きを踏まえたくえて、情報の多角的利活用の事案についてプライバシー保護のあり方を追究することも、残された課題のひとつであるといえる。

(53) 幾代通、徳本伸一『不法行為法』(有斐閣、一九九三) 九五頁。

(54) 同前、九六頁。

(55) 同前。

(56) 同前。

(57) 前田陽一『債権各論Ⅱ(不法行為法)』(弘文堂、二〇〇七) 四六頁。

(58) 水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察：人は自分の姿とどう向き合うのか」学習院法学会雑誌四五卷二号(二〇一〇) 二頁。

(59) 同前、二二三頁。

(60) 同前、三頁。

(61) 同前、三三四頁。

- (62) 同前、四頁。
- (63) 同前。
- (64) 同前、五頁。
- (65) 同前。
- (66) 同前、一〇頁。
- (67) 同前、一四頁。
- (68) 同前、一四―一五頁。
- (69) 同前、一五頁。
- (70) 同前。
- (71) 水野謙「プライバシーの意義——「情報」をめぐる法的な利益の分布図」NBL九三六号(二〇一〇)三七頁。
- (72) 水野・前掲注(58)一五頁。
- (73) 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)二九―三〇頁〔山本敬三発言〕。
- (74) 同前、三一―三二頁〔滝沢聿代発言〕。
- (75) このような滝沢の疑問に対し、水野は次のように応えている。
「当然そういうお考えを持たれる方も多いかと思いますが、今、先生がおっしゃった実生活における個人の生の利益、つまり知られたくない利益とか介入されたくない利益が、そもそも何なのかということに私の報告の力点はあったつもりなのです」(同前、三二頁〔水野発言〕)。
- (76) この点、水野は情報の多角的利活用の問題について全く検討していないというわけではない。例えば、窪田充見(編)『新注釈民法(15)債権(8)』(有斐閣、二〇一七)〔水野謙〕五四二頁以下では、ビッグデータ分析の問題(特に行動ターゲティング広告の場面等)について論及している。しかしこの文献は本稿の校正段階において出版されたため、ここでは詳しく論ずることができなかった。

二 公共圏や市民社会における自律とプライバシー

以上のように、プライバシー概念のあり方そのものをさらに突き詰める努力がなされている一方で、プライバシーとその周辺概念（とくに自己決定権ないし自律権）との関係性を問うことによって「公私の境界」のあり方を見つめなおそうとする検討もなされている⁽⁷⁷⁾。

ここでは、そのような検討として、職場における不利益処分とプライバシー、市場における外国人差別とプライバシー、個人の自己決定と家族のプライバシーの問題を検討するものをそれぞれみていく。

二一 職場における不利益処分とプライバシー

職場における不利益処分（解雇等）とプライバシーの問題を扱うものとして、吉田克己の論考が挙げられる。

吉田は、「近代社会から現代社会への変容を踏まえつつ、《国家―社会―個人》の相互連関構造に関する現代的な理論を描く⁽⁷⁸⁾」ことを狙う論考の中で、以下のように論じる。「労働者の自律と人格的利益を擁護するためには、企業による労働者の私的領域に対する干渉を可能な限り排除することが重要であり、⁽⁷⁹⁾「ここでは、職場におけるプライバシーと自己決定をどのように確保するかが課題となる」。

このような問題関心から、吉田はまず、プライバシー権と自己決定権との関係について、その対象となる事項は重なり合う部分もあるが、同一ではないとして概念的に区別する。そして、この二つの権利について、その制約が認められる基準が異なることを指摘する。すなわち、「プライバシー権の場合には、本人の同意がない限りその侵害の違法性が原則として阻却されない」のに対して、「自己決定権は、①『他者加害原理』、②生存権、社会権実現のための経済的自由の制約、③『自己加害阻止原理』（パターンリズム）などによってその制約が正当化される」のである⁽⁸⁰⁾。

このような区別をしたうえで、特にプライバシー権について、吉田は以下のようにその範囲を画する。第一に、その保護の対象となる「私的領域」の範囲をどう考えるか。吉田は、次のように「私的領域」の重層構造を想定すべきではないかと考える。すなわち、『私的領域』には、まず、①相手方との関係がどのようなものであっても、また契約によっても踏み込むことができない『核心的・内密的領域』がある。②しかし、同時に、相手方との関係に依じて相関的に決まってくる『私的領域』もある⁽⁸¹⁾のである。具体的には、「仕事のパートナーとの関係」において、「通常の場合よりは私的領域が縮小する可能性があろう」としつつ、今後、これらの観点に基づいて、きめ細かく考えていく必要があるとする。

次に、この問題領域における私事に関する自己決定権尊重の課題については、パターンリズムによる自己決定権侵害は基本的には重要性を持たないとしたうえで、自己決定権の範囲を「他者加害原理」に基づいて判断していく。具体的には、「私事に属するとみられる行為を理由とする処分（解雇が典型）」を念頭に置いている。

例えば、髪型や服装等に関する規制に反する行為がなされた場合、それを理由とする処分が可能か。これについて吉田は、「基本的には自己決定権の範囲の問題と捉えるべき」であり、「他者加害原理」（そのような規制が企業の不利益を防ぐために合理的か、そのような違反行為が企業にとって不利益となるか）を基準に判断すべきであるとする⁽⁸²⁾。

さらに、従業員の交際関係を理由とする処分を想定しつつ、この場合には、プライバシーと自己決定の問題が重層的に現れるとして、次のように論ずる⁽⁸⁴⁾。第一に、交際関係という私的領域に属するとみられる事項について企業が調査しうるかという問題が現れる。次に、交際関係が分かったとして、それに基づいて不利益処分をすることができるといふことが問われる。吉田は前者のプライバシーの問題について、その保護に積極的であり、後者の問題については、企業に対して客観的に不利益を与えるかという考慮に基づく判断がなされるべきであるとする⁽⁸⁵⁾。

このように、吉田は、雇用の場面を念頭に置いて「私的領域」の範囲を確定する作業を通じて、プライバシー権と自

己決定権といふあるひとりの者に帰属する二つの法益の重層的な関係について探究している。その検討対象たる領域は必ずしも広くはないが、「現代における《国家―社会―個人》の相互連関構造を踏まえたプライバシー権と自己決定権の重層的関係の探究」の必要性を問うという視角は、職場における勤務状況の監視・管理が、ICTを利用することによって新たな段階を迎えている昨今の状況を鑑みるに、本稿の検討対象にも及びうる重要なものであるといえよう。

(77) 憲法学の観点からプライバシー権と自己決定権ないし(人格的)自律権の関係を論ずるものとして、例えば、阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一(編)『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』(日本評論社、一九九四)二二〇頁等。

(78) 吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社、一九九九) i 頁。

(79) 同前、二〇〇頁。吉田はほかに、消費者契約におけるプライバシーと自己決定の関係について以下のように言及している。「賃借人のライフスタイルなど私事に属することがらを賃貸借契約解除の前提となる信頼関係破壊判断の一要素とすることができるか、という形で、私事に関する賃借人の自己決定尊重の問題が提起され」うる一方で、「消費者取引においても、勧誘行為の態様によっては、『ひとりではっておいてもらう権利』という古典的な意味におけるプライバシーの侵害が問題になることがあるう」(同前、一七二頁)。つまり、「プライバシーの権利は、自己決定権と」「共通の面を持っているのである」(同前)。

(80) 同前。

(81) 同前、二〇一頁。

(82) 同前。吉田はそのほかの例として、通常であればプライバシー侵害となりうる病歴・学歴の調査等が、結婚相手との関係では正当とされうることも挙げる。

(83) 同前。

(84) 同前。

(85) 同前、二〇一―二〇二頁。

二二 市場における外国人差別とプライバシー

また、市場における外国人差別の問題をプライバシーと絡めて検討するものとして、大村敦志のそれが挙げられる。⁽⁸⁶⁾

大村は、公衆浴場において入浴（入場）を拒絶された「外国人」⁽⁸⁷⁾が浴場経営者等に対して損害賠償請求を求め、これが認容された札幌地判平成一四年一月一日等の事案を検討しつつ、「一見すると、プライバシーと外国人差別との間に接点を見出すことは難しいと思われるかもしれない。しかし、『公私の境界』という観点に立つと、両者は裏腹の関係にあることがわかる」⁽⁸⁸⁾と指摘する。なぜなら、「私人が限られた範囲の私人との間で個別に関係を結ぶ場合には、誰を相手方とするかは相互の合意によって自由に決定することが許される」⁽⁸⁹⁾が、このことは、「どのような観点から誰を選んだか」「外部から容喙されるべきことがらではないという意味で」、「『プライバシー』に属するともいえる」⁽⁹⁰⁾からである。

ここにいう「プライバシー」は、「契約の自由」や「結社の自由」と言い換えられるものであるが、しかし、大村によると、この「プライバシー」は今日では無制限には認められていない。例えば、前記札幌地判は「私人による基本権の侵害につき、『私的自治』に対する一般的な制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等によって、基本権侵害＝無効・違法とすべきであるとする」こと、そのうえで「入浴拒絶は人種差別にあたり、それは人格権の侵害に当たるとしている」こと、「この判断に際して、財産権の保障＝営業の自由を考慮に入れつつも」、「公衆浴場が

公衆衛生の向上に資するものであるという「『公共性』の観点から、すべての人の利用可能性が確保されなければならない」とし、浴場経営者の相手方選択の自由を限定していると評価できる⁽⁹¹⁾。

つまり、大村によると「本判決は、平等原則（差別禁止）違反が人格権侵害となり不法行為責任を生じさせることを明示するとともに、公共性を帯びた営業に関しては、営業主体が私人であっても、顧客の不合理な選別を行ってはいらないという考え方を示した⁽⁹²⁾」のである。

大村はさらに、前記判決と類似の事案である、宝石店へのブラジル人の入店拒否に関する静岡地浜岡支判平成十一年一〇月一二日⁽⁹³⁾、ゴルフクラブへの入会拒絶に関する東京地判昭和五十六年九月九日及び東京地判平成七年三月二三日⁽⁹⁴⁾、賃貸アパートへの入居拒絶に関する大阪地判平成五年六月一八日⁽⁹⁵⁾を検討し、つぎのように主張する。

これらの判決においては、「『公衆』に向けて、すなわち『公開』の形で相手方を求める以上は、恣意的な排除・選別を加えることなく、条件を満たす者を等しく受け入れることが期待され⁽⁹⁷⁾」ており、「不合理な理由による差別的な取扱いは、相手方の人格を傷つける行為とされ⁽⁹⁷⁾」ている。そのことと、「今日では、『公衆』⁽⁹⁸⁾を帯びていると評価される行為が増えている⁽⁹⁸⁾」ことを考え合わせると、「平等取扱いこそが原則であり、相手方選択の自由は限られた例外的な局面においてのみ働くと考えるべきかもしれない⁽⁹⁸⁾」。

以上のように、大村は、公共性を重視する観点から「契約の自由」を再構成し、（事業者側の）プライバシーと（消費者側の）自律ないし自己決定という二者間で対立する二つの法益の関係の内実に切り込んでいくのである。行動ターゲティング広告等、情報を多角的に活用することによって市場からの締め出しが知らず知らずのうちになされる昨今においては、大村のこのような視点は肝要であるといえる。

(86) 大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』(有斐閣、二〇一一)一六七頁以下、特に一九五頁以下。また前述の吉田克己も、大村と同様外国人差別の問題について検討している(吉田克己『市場・人格と民法学』六八一―八三頁)。しかし吉田は、この論考においては自己決定とプライバシーとのかかわりという視角は前面に出ていないようである。ただ一方で、吉田が前述(本稿注(79))のように、賃貸借をも含める広義の消費者契約における自己決定とプライバシーの問題について言及していることからすると、ここで検討される外国人差別の問題をプライバシーと関連づけて理解していないわけでは必ずしもないだろう。

(87) この事件の原告はX①とX③の三名であり、X①とX②はそれぞれドイツ・アメリカ国籍を有するが、X③は帰化により日本国籍を取得しており、法的な意味での外国人ではなかったが、外見上は「外国人」であることに変わりはないとして入場を拒絶されていた。

(88) 判時一八〇六号八四頁。

(89) 大村・前掲書注(86)一九五頁。

(90) 同前、二〇五頁。

(91) 同前、一九九―二〇〇頁。

(92) 同前、二〇〇頁。

(93) 判時一七一八号九二頁。

(94) 判時一〇四三号七四頁。

(95) 判時一五三一号五三頁。

(96) 判時一四六八号一二二頁。

(97) 大村・前掲書注(86)二〇四―二〇五頁。

(98) 同前、二〇五頁。

二一三 個人の自己決定と家族のプライバシー

さらに、現代社会における自己決定権論ないし不法行為法による自己決定権の保護の意義について、プライバシー権や私的自治等、類似の概念との整理をしつつ論ずる論稿の中で、家族のプライバシーと個人の自己決定の関係に言及するものとして、吉村良一のそれが挙げられる⁹⁹。

吉村は、『プライバシー』という枠組みにおいては、通常は、『私的領域』内の、家族や、家族に匹敵する親密な人間関係が、国家や社会一般の介入から守られることになるわけであるが、そこでは、そもそも、そうした『高められた保護の対象としての私的領域』をどう定義するか、という問題から出発して、さらには、これらの複数の諸個人間の利益相克をどう評価すべきか、また、それはどのような役割であるべきかという問題は「必ずしも十分な解決を与えられてこなかったと感じられるようになってきている」¹⁰⁰。その結果「一九八〇年代に提起される家庭内暴力問題においては、むしろ家族単位のそれとして、家族内個人抑圧的に機能してきた」とする中山道子の論考¹⁰⁰を引用しながら、プライバシー概念の自己決定権とは異質な団体主義的性格についての問題に留意する必要があるとする¹⁰¹。

このような問題について検討したうえで、吉村は、自己決定権は万能ではありえないのであり、「①それが語られる場と内容に留意しつつ」、「②それが積極的意義を持ちうる場」「を確定(画定)し」、「③『保護』ないし『支援』と自立・律の(きわどい)バランスをとりながら、④国家による『支援』、(NPOを含む様々の)中間団体の役割や地域社会のあり方等、多様な『支援』の組み合わせの中から、自己決定権(すなわち市民の自立と自律)の条件を探っていくことが重要である」と試論を述べる¹⁰⁰。

このような吉村の立場は、彼自身いうように、「一方での自立と自律を求める人々の法意識の高まりと他方でのそれを困難にする状況の進行、とりわけわが国における三重のパターンリズム(管理国家・企業社会・日本的画一主義)に

抗して新しい社会のあり方を構想する」ために、「市民の自立と自律を基本理念とする、近代法パラダイムの現代的発展としての自己決定権」を追究するものであると評価できる。⁽¹⁰⁸⁾

この吉村の議論は、団体（主として家庭内暴力の加害者となる夫ないし親）のプライバシーと、個人（家庭内暴力の被害者となる妻や子）の自己決定という、二者間で対立する二つの利益の関係の内実を、主として家族という場を主題として検討しているものである。高齢者や子供の見守りシステムによる利益と当事者のプライバシー・自己決定の衡量の問題を検討するためには、このような観点を踏まえる必要があるだろう。

(99) 吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学二六〇号（一九九八）六二九頁以下。この論稿は後に「自己決定権論の意義と課題」として改題・改稿のうえ、吉村良一『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社、二〇一六）一三頁以下に所収されている。しかし、本稿で引用する部分については、むしろ「覚書」のほうが端的にわかりやすく彼の立場を表明しているように思われるため、ここでは改稿前の「覚書」から引用することとする。

(100) 中山道子「自己決定と死」岩村正彦ほか『岩波講座 現代の法（14）自己決定権と法』（岩波書店、一九九八）一〇二頁以下。

(101) 吉村・前掲注（99）六三五頁。この、プライバシーの団体主義的性質が如実に表れている家族にまつわる法的課題としては、他にも、親子法上のものとして、嫡出推定（民法七七二条）の排除の問題がある。この争点において伝統的通説とされる見解は、嫡出推定制度の趣旨は家庭の平和と夫婦間のプライバシーを保護することであり、国家は夫婦生活の秘事には立ち入るべきではないとし、夫の出征・外国滞在・収監あるいは事実上の離婚等、夫婦間に子が産まれないことが外観上明白な場合には、本条の推定を排除することを認める（我妻栄『親族法（法律学全集）』（有斐閣、一九六二）二二二頁）。これに対して、妻や子の利益を保護する観点から理論的な批判や家裁実務での対応がなされているが、DNA検査技術の濫用によるプライバシー侵害を懸念する立場（水野紀子「判批」判評四三五号（一九九五）五五頁、松川正毅「DNA鑑

定の放任とその問題点」同『医学の発展と親子法』(有斐閣、二〇〇八) 三二九頁以下〔初出、二〇〇五〕等〕による再批判がみられ、通説を完全に覆す状況にはないようである。このような家族法上の議論につき、むしろICTの発展によるプライバシー観の変容を踏まえたくうえで議論を展開することで、新たな方向性が示されるのではないか、との指摘を行ったものとして、拙稿「判批」北大法学論集六六卷一号(二〇一五) 一〇七頁以下、特に一二四頁以下。

(102) 同前、六五一―六五二頁。

(103) 同前、六五一頁。

三 「平穏生活権」の拡張現象とプライバシー

近年、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、多様な権利や利益の保護が問題とされるようになってきており、それらの権利ないし利益の保護のための差止訴訟が提起されることも少なくない⁽¹⁰⁴⁾。そのような多様化する権利・利益のうち、本稿の検討課題に密接に関連するものとして、既述の自己決定権のほかに、「平穏生活権」ないし「平穏な生活を営む利益」の拡張現象が挙げられる。

平穏生活権ないし平穏な生活を営む利益が不法行為訴訟において問題とされるケースには、プライバシー侵害⁽¹⁰⁵⁾、騒音被害⁽¹⁰⁶⁾、暴力団事務所の使用禁止⁽¹⁰⁷⁾、廃棄物処理場の差止⁽¹⁰⁸⁾、遺伝子組み換え等の実験施設の差止⁽¹⁰⁹⁾、葬儀場・火葬場に関する紛争等⁽¹¹⁰⁾、多様なものが含まれる。この点、特に重要なものは、以上の事案では、一口に「平穏生活権」といっても、「生命・身体・健康と結びついた平穏に関する権利としての平穏生活権」と、「主観的利益を掬いあげるものとしての平穏生活権」、二つの権利・利益が問題とされていることである⁽¹¹²⁾。そして前者の、生命・身体に対する侵害の危険が、深刻な危険感や不安感となって精神的平穏や平穏な生活を侵害している場合の「平穏生活権」は、身体的人格権(身体権)と区別され

それとは切り離された全き精神的人格権ではないものの、身体権そのものでもないためやはり精神的人格権の一つである。そのため、これを新たなタイプの人格権の生成と確立の一つの場合とみる事ができる。⁽¹³⁾

このような、「生命・身体・健康と結びついた平穩に関する権利としての平穩生活権」の射程は、近時、一層の拡張傾向にある。なぜなら、前述した暴力団等「以外の団体・自然人の行動により生活の精神的平穩がおよびやかされたり、不安感が惹起・憎悪されている場合の法的処理に関する問題にもつながるひろがりを見せている」⁽¹⁴⁾からである。

この、平穩生活権の拡張傾向に肯定的な論者のひとり、須加憲子である。彼女は、高度な危険を有する研究施設による「不安感・恐怖感」と「平穩生活権」との関係を検討する論考において、「不安感・恐怖感」に対する有力な保護手段としての意義を、平穩生活権に積極的に盛り込むことを主張する。⁽¹⁵⁾

また、淡路剛久は、福島第一原子力発電所事故に関する論考において、本件原子力事故によって被災者が侵害された法益を、「地域において平穩な日常生活をおくることのできる生活利益そのもの」、すなわち、「生存権、身体的・精神的人格権——そこには身体権に接続した平穩生活権も含まれる——及び財産権を包摂した『包括的生活利益としての平穩生活権』」⁽¹⁶⁾として考えるべきであると主張する。そしてそこでは、地域生活ないし地域コミュニティが破壊されたことから、「地域生活を享受する権利」が侵害され、損害が生じているため、「地域コミュニティが果たしていた法的利益の実態を反映する無形の損害賠償」がなされるべきであるとする。⁽¹⁷⁾

平穩生活権や平穩な生活を営む利益は、不法行為法上の保護法益としては、いまだ確立した概念であるとはいえない。しかし、ここにいうような意味での「平穩生活権」ないし「平穩に生活を営む利益」が拡張することによって、ICTを活用した事業を展開する事業者の法的責任の軽重や、情報時代におけるプライバシーの法的保護のあり方に影響が生ずることは必定であろう。

この点、従来この争点は、「安全」とプライバシー、「監視社会」とプライバシーという観点から論じられてはいたものの、平穩生活権とプライバシー権という、個人に帰属する具体的な権利間の衡量の問題としては必ずしも扱われてこなかったように思われる。このように、かつては個人の權益を抑圧するための(国家の恣意による)「公共的な利益」と指定されてきた「安全」や「監視」への要請が、今日においては法的に保護される「われわれの權益」にまで高まってきたおり、これと「われわれのプライバシー」とを私法上衡量する必要性が生じていることを意識しなければならない。

(104) 二〇一〇年度の私法学会のシンポジウムでは、このような多様な法益を不法行為法上どのように位置づけるかが議論されたが、そこでの問題意識は、『新しい法益』、『新種の法益』が不法行為法による保護の射程に入ってきているという現象から出発して、そこに理論的にどのような問題が生ずるかを明らかにする(能見善久「新しい法益と不法行為法の課題総論」NBL九三六号(二〇一〇)八頁)というものであった。

(105) 比較的最近の事例として、神戸地尼崎支決平成九年二月一二日判時一六〇四号一二七頁、東京地判平成一〇年一月三〇日判時一六八六号六八頁、東京地判平成九年六月二三日判時一六一八号九七頁等。

(106) 東京高判昭和六二年七月一五日判時一二四五号三頁等。

(107) 静岡地浜松支決昭和六二年一〇月九日判時一二五四号四五頁、秋田地決平成三年四月一八日判時一三九五号一三〇頁、大阪高判平成五年三月二五日判時一四六九号八七頁等。

(108) 仙台地決平成四年二月二八日判時一四二九号一〇九頁、熊本地決平成七年一〇月三一日判時一五六九号一〇一頁、福岡地田川支決平成一〇年三月二六日判時一六六二号一三一頁等。

(109) 水戸地土浦支判平成五年六月一五日判時一四六七号三頁、東京地判平成一三年三月二七日判時一七六七号五一頁等。

(110) 水戸地判平成二年七月三一日判時一三六八号一一〇頁、京都地判平成一〇年二月一八日判タ一〇五三号一六四頁、最判平成二二年六月二九日判時二〇八九号七四頁等。

(111) この点につき裁判例を整理・検討したものとして、須加憲子「高度な危険を有する（バイオハザード）研究施設による『不安感・恐怖感』と『平穩生活権』について——国立感染症研究所実験等差止事件を契機として——」早稲田法学七八巻一
号（二〇〇二）一六七頁以下、吉村良一「平穩生活権の意義」同『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社、二〇一六）初
出二〇一（一）二七三頁以下等。

(112) このような分類をするものとして、吉村・同前、二八四頁。この点につき、潮見佳男は、前者の領域では、「プライバシー
関連で普通に用いられている意味での平穩生活権・人格権と異なり、むしろ周辺住民の生命・身体に対する侵害の危険、
精神的平穩に対する侵害が問題とされている点で、被害利益の点では絶対権・絶対的利益侵害と同質である」（潮見・前
掲書注（五）二五一―二五二頁）と指摘する。

(113) 淡路剛久「人格権・環境権に基づく差止請求権」判例タイムズ一〇六二号（二〇〇二）一五二頁。

(114) 潮見・前掲書注（五）二五二頁の注（368）。

(115) 須加・前掲注（111）一七一頁。

(116) 淡路剛久『包括的生活利益としての平穩生活権』の侵害と損害——福島原発事故賠償問題研究会・連載の序論を兼ねて」
法律時報八六巻四号（二〇一四）一〇一頁。

(117) 同前、一〇二頁。

四 小括と若干の検討

以上、本款では、近時のプライバシーに関する民法学上の理論動向として、（多数説の前提とする）アトムの個人主
義に批判的な観点からプライバシー概念の再構成を行う見解と、公共圏や市民社会におけるプライバシー権と自己決定
権の関係を追究する見解、そして「生命・身体・健康と結びついた平穩に関する権利としての平穩生活権」の拡張現象
を探究する見解を検討してきた。ここでは、これらの動向をもう一度簡単に振り返りつつ、本稿において検討すべき課

題を抽出していく。

まず、プライバシー概念の更なるあり方を追究し、「社会の評価からの自由」と「自己イメージコントロール権」の二元的構成を主張する見解は、繰り返し述べるように、脱アトムの個人主義の潮流の一支流と位置づけられるため、多数説に対する批判的学説であると評価できる。ただ留意すべきなのは、以上のような構成を採用することで、当の論者が「プライバシー侵害を認められる範囲も、従来より、もしかしたら広がるのかもしれない」と考えていることであろう。一方で個人情報情報の過剰な「保護」に反対する彼であるが、他方で必ずしもプライバシーの保護範囲の縮小を意図しているわけではないのである。

また、このように多数説に対する批判的学説であると位置づけられる本構成であるが、多数説たる「ほうつてにおいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成と比較すると、「ほうつてにおいてもらう権利」を「社会の評価からの自由」としてのプライバシーへ、「自己情報コントロール権」を「自己イメージコントロール権」へと発展させているという意味で、一対一に対応しているようにもみえる。そのため、事案類型にアドホックに対応する姿勢は維持しているという意味で、多数説と通底するものもあると評価することができ点には留意すべきであろう。

さらに、この構成の位置づけを理解する際に肝要なのが、この論者が「自己情報コントロール権」構成を否定的に評価する際に、情報の多角的利活用という問題領域を必ずしも最重要視しない点である。このことは、今日の日本社会においてICTがどれほど急速に発展しているか、その現実を直視していない態度を示しているとも評価でき、ICTの急速な発展という事情があるがゆえに私法上のプライバシーの見直しを主張する本稿とはやや立場が異なるように思われる。

次に、公共圏や市民社会におけるプライバシー権と自己決定権の関係を追究する見解は、次のような二つの方向性で

もってプライバシーの問題を検討していた。

第一は雇用の場面を念頭に置いて「私的領域」の範囲を確定する作業を通じて、プライバシー権と自己決定権というあるひとりの者に帰属する二つの法益の重層的な関係について探究していた。この論者の、「現代における《国家―社会―個人》の相互連関構造を踏まえたプライバシー権と自己決定権の重層的関係の探究」の必要性を問うという視角は、本稿の検討対象にも及ぶ重要なものであるといえる。この論者はまた、「私的領域」には、相手方との関係がどのようなものであっても、また契約によっても踏み込むことができない「核心的・内密的領域」と、相手方との関係に応じて決まる「相関的領域」があるとする点で、水野と共通する面があると評価できる。

また第二は、ある者のプライバシーとその他の者の自律ないし自己決定という、二者間で対立する二つの法益の関係の内実に切り込んでいくものである。より具体的には、市場における外国人差別の問題をプライバシーと絡めて検討するものと、家庭内暴力の問題に当てはめて検討するものがあつた。このうちの前者の見解は、公共性を重視する観点から「契約の自由」を再構成し、(事業者側の)プライバシーと(消費者側の)自律ないし自己決定を検討していた。特に、この論者の、今日の契約形態においては平等的取扱いこそが原則であるとするとする視点は重要である。また、後者の見解は、家族(主として家庭内暴力の加害者となる夫ないし親)のプライバシーと、個人(家庭内暴力の被害者となる妻や子)の自己決定の関係について、プライバシーが家族内個人を抑圧する方向に作用しがちであることを指摘するものである。これらの検討は必ずしもICTの発展を視野に入れたものではないが、高度情報社会における公私の境界の再検討を行うにあたって、本稿と通底する問題意識を持つていると評価できる。そのため、これらの検討を踏まえうえて、情報の多角的利活用とプライバシーの問題を検討することが、ここでは求められている。より踏み込んでいうならば、職場での監視行為、市場における差別、家族の見守り、これらすべての問題について、今日では情報産業の提供するシス

テムが何らかの役割を担うようになっていたため、本来的には別個の問題領域であることを意識しながらも、情報システムの統御という共通点もあることを意識して議論をしなければならぬのである。

最後に、「平穩生活権」の拡張現象とプライバシーの関係に関する問題を検討した。

かつてはプライバシー侵害や騒音問題等、「主観的利益を掬いあげるもの」として活用されてきた平穩生活権が、近時、暴力団事務所の使用禁止、廃棄物処理場や遺伝子組み換えの実験施設の差止等の事案においては、「生命・身体・健康と結びついた平穩な生活に関する権利」としての機能を有するようになってきている。そしてこの後者の機能をより一層拡張することが学説において主張されている。より具体的には、「不安感・恐怖感」に対する有力な保護手段としての意義を積極的に盛り込むことや、平穩生活権を「地域において平穩な日常生活をおくることができる生活利益そのもの」として捉えることが主張されているのである。

このことを重視するならば、特に「まちづくりとプライバシー」の領域では、事業者は一方で、人々の「生命・身体・健康」に直接関係する権益のみならず、これと結びついた権利としての平穩生活権を保護することを事業の主たる内容としつつ、他方で人々のプライバシーを不当に侵害しないよう配慮する必要があるということになる。これまでの検討からも明らかなように、両権益はともに個人のそれとしても境界が不明確であり、かつ、双方とも今日においてはある種公共的な問題となっている——プライバシーは情報システムの管理の問題として、平穩生活権は地域において平穩な日常生活をおくるための、人々の権益の問題として、それぞれ公共的な問題と捉えることができる——ため、その衡量に当たっては、非常に困難な/cgi取りが求められることになる。

(118) シンポジウム・前掲注(73) 三一頁〔水野発言〕。

第三節 本章の総括と若干の検討——従来の研究に残された課題

以上、本章第一節では日本の最高裁判例を、第二節では学説を、ときに筆者の観点からの評価も交えつつ検討すると、日本民法学におけるプライバシー理論の展開と現在の到達点を明らかにしてきた。ここでは、これまで検討してきた日本の従来の研究が、本稿の序章に掲げた三つの課題——①情報の利活用を行う事業者等にかかる責任を負担させるか、②情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、③利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか、という課題——にどれほどの応答性を有しているかを検討することで、日本民法学に残された課題を明らかにしていく。

第一款 課題① 情報の利活用を行う事業者等にかかる責任を負担させるか

これは、従来の民法学において、プライバシー侵害の成立要件として議論されてきた問題である。ここでは、従来の議論をもう一度簡単に振り返りつつ、この点について検討していくことにする。

従来、日本の最高裁判例においてプライバシー権（及びこれと同視しうる法益）にまつわる問題として把握されてきたものは、第一に物理的な侵入、第二に表現行為による暴露、第三に情報の不正提供、第四に情報システムの管理の問

題である⁽¹¹⁹⁾とまとめることができる。

これらの事案について、最高裁は、大きく分けて二種類の判断を行ってきた。第一は、利益の侵害に当たる行為を行った場合は原則違法となるという判断である。そして第二は、利益に抵触しうる行為をなす理由と当該行為によって侵される利益の保護の必要性との個別的・等価的な比較衡量を行うことで、後者が前者を上回るときに不法行為責任の成立を認めるという判断である。前者の事案として判決に表れているのは、例えば情報の不正提供に関するものであり、後者として判決に表れているのは主として表現行為にまつわるものである。

最高裁の判断の根拠がこれらの事案において分かれているのは、後者が表現の自由という憲法上の保護に値する利益がかかわっている一方、前者にはこれがかかわっていなかったということに求められうる。ただし、最高裁は近時、情報システムの管理に関する事案においても、情報の取得ないし利用によってただちに違法となるような判断によらず、個別的等価的な比較衡量を行っている。そのことを考え合わせると、表現行為に関わらない事案においても、侵害に当たりうる行為（情報の不正提供や情報の不正流出）が現になされているかいないかによって、原則違法とするか比較衡量を行うかを場合分けしていると理解することもできる。

この点、特に情報システムの管理の問題について、判例はその法的統御の方向性について比較的詳細に示している。ここで問題となったのはいわゆる住基ネットであるが、判決によれば、「システムの技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかず又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じている」か否かが重要となってくるのである。

この点、特に、システム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされる等して本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険があるか否かを問う本判決の説示と、従来の判例が「現に情報の不正提供などがなされたこと」をプライバ

シー侵害であると捉えていることと対比して、これは新たな侵害要件であるとの評価がみられることは検討した。しかし、情報システムの発展が著しい昨今においては、いかなるものを情報システムの欠陥と認定し得るのかは不明確である。特に、IoTによって情報収集システムが多角化し、人工知能というある種の「成長型」の情報分析システムを活用することが主流となるだろう今後においては、この「情報システムの欠陥」の判断は、ハッキング等に起因する情報流出への対策だけがもつぱら問題とされるわけではなくなるため、容易にはできないように思われる。

つまり、情報の利活用場面において求められる事業者の責任は、なお残された課題が多く、今後の研究に委ねられているところが大きいといえよう。

この点の究明について、従来の民法学説がほぼ着手していないことは本章の記述からも明らかであろう。この観点からの検討は、序章で扱ったように、別領域において積極的ななされている状況にある。

例えば、個人情報保護の契約責任構成は、情報の利用に関する何らかの契約を取り結んだ事業者に対しては、その取扱いについて善管注意義務を負わせることができる⁽¹⁰⁾とする。また、情報の管理責任の信託構成は、情報管理に関する忠実義務を負う事業者が、情報主体のかわりに何らかの研究や事業等にその情報を提供し、又はこれを拒否することを可能とする制度を構想する⁽¹¹⁾。

この点、本稿で扱うような発展著しい新しい技術が問題とされる局面においては、「善管注意義務」とか「忠実義務」といった法概念を用いればおのずとその法的責任の内容が明らかになるわけでもない。結局、これらの見解で主張される責任の具体的内容や程度は、なお検討すべき課題として残っているといつてよいように思われる。

また、プライバシーの社会公共的利益化を目論む見解も、プライバシーの問題を個人のそれとするのではなくシステムの問題であると捉えることで、プライバシーの問題を公共的なものと再構成することを目論むものの、その結果事業

者が遵守を要求される法的責任の具体的な内容については、検討すべき課題を多く残しているように思われる。⁽¹¹²⁾

さらに、情報プライバシーの財産権構成は、情報取引を自由化することによって事業者に社会的費用を負担させ、情報の適切な管理をするようなインセンティブを与えることを志向するが、このような市場は情報の公共財的性質に配慮することができず、適切に機能する可能性が低いという問題点が指摘されている。⁽¹¹³⁾

そして、脱アトムの個人主義の議論では、プライバシーを社会規範の遵守を要求するものとして捉えたり、当事者のコミュニケーションに着目することでプライバシーの再構成を図ったりするが、では具体的に事業者にどのような責任を要求するのか、という点についての法的な検討は詳細にはなされていない。⁽¹¹⁴⁾

このように、情報の多角的利活用の問題について、プライバシーの基礎理論上一定の努力がなされているものの、事業者に対して具体的にどのような責任を負わせるべきなのかという点については、なお不明確な状況にある。

このことは、改正個人情報保護法のレベルにおいても同様である。なぜなら、情報システムの運用にまつわる事業者の責任を明らかにするために重要な「利用目的制限」や「安全管理措置」の内容については、今後の運用に委ねられている部分が多いからである。⁽¹¹⁵⁾

そのため、このような、別の法領域における議論ないしその問題意識を一定程度受容・継承しつつも、私法上の問題としてより具体的に、情報の利活用ないし事業それ自体の実態に即した形で事業者の責任のあり方を追及する意義は、今日にあってもなお少なくないように思われる。

(119) 本稿第一章第一節第二款参照。

- (120) 本稿序章第一節第二款——参照。
- (121) 同前。
- (122) 本稿序章第一節第二款——三参照。
- (123) 本稿序章第一節第二款——一参照。
- (124) 本稿序章第一節第二款——二参照。
- (125) 本稿序章第一節三参照。

第二款 課題② 情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか

この問題は、プライバシーにまつわる人々の権益をどのように構成するかという問題と接続する。そこでここでは、プライバシーの権益の内実と、そこに必然的に包含される社会性の内実について検討することで、情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるかという課題に関する解決の糸口を探ることにする。

この点について、最高裁は「他人にみだりに知られたくない事柄」をプライバシーと捉え、このうちの「他人にみだりに知られたくない」という要素を「通常一般人」の観点から推し量るという手法を採用していると評価できる。ここでは、プライバシーの内実もそれを判断する基準も双方ともに必ずしも明確とはいえず、解釈に委ねられている面が大きいといえる。

そこで以下では、これらの点に関する学説の議論の応接を振り返りつつ、その残された課題を探っていく。

一 権益の内実

プライバシーの権益の内実について、日本の学説は一見多岐にわたるようにも思われるが、大勢としては一元的構成と二元的構成に分けられ、そのうちの「ほうつておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成が通説的見解であることを本稿では確認した⁽¹⁶⁾。これら多数説がプライバシー概念を多元的に構成する理由は、プライバシー概念がこれまで侵害態様に即してアドホックに構成されてきたため、一元的な構成では念頭に置く類型以外の事案にはうまく対応できないからである。

ここでは、この多数説を形成する二つのプライバシーの概念構成について論じたうえで、近時の批判的見解と比較することにする。

一 「ほうつておいてもらう権利」としてのプライバシー

日本法におけるプライバシー概念の受容は、戦前におけるアメリカの比較法研究(秘匿権としてのプライバシー)と、戦後における西ドイツの比較法研究(一般的人格権としてのプライバシー)に端を発する⁽¹⁷⁾。そしてその蓄積と、その後伊藤正己による包括的なプライバシー権研究とが相まって、『宴のあと』事件判決に結実したと評価できる。

この『宴のあと』事件判決は、下級審ながら、今日の日本のプライバシー権の原型を示したものとして、現在においても広く評価されていることは、学説の検討からも明らかであろう。ここにおいて、人格権の一類型としてのプライバシー権が、名誉とは異なる利益として不法行為法上保護されることが明らかになったといつてよい。

この点、『宴のあと』事件判決が示したプライバシーの概念は、「私生活をみだりに公開されないという法的保障なし権利」であり、その侵害の成立要件は、①私生活上の事実、または私生活上の事実らしく受けとられるおそれのある

事柄であること、②一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合、公開を欲しないであろうと認められる事柄であること、③一般の人々に未だ知られていないこと、④このような公開によって当該私人が実際に不快・不安の念を覚えたことである。

この事案がいわゆるモデル小説に関するものであることもあって、以上の要件が、今日的な情報の多角的利活用の場合にどれだけ応用できるかといえ、心もとないところが大きからう。より具体的にいえば、①については、「私生活」という要素が、今日の、「公」「私」の区別に拘わらず多様な情報が収集され利活用される社会にあって、どこまで重要であるか不明確である。②・③については、情報の多角的利活用の場面にあって、「公開行為」を前提とすることにまつわる限界が指摘できる。④については、システムによる情報分析によって被害者が実際に不快・不安を覚えることを要件とすることが妥当であるか、議論の余地がある。本理論構成に以上の限界が生じた原因は、当時の研究が問題の焦点を表現行為に合わせてしまっていたという、時代背景にあるといえるだろう。そのため、時代が下がり、科学技術が進歩するに従って、この判決のプライバシー概念及び侵害成立要件は、学説による批判にさらされていくことになる。このことはまた、プライバシーに関する最高裁判例の判示をみてもわかる。本稿で検討した最高裁判例はいずれも、プライバシーを「他人にみだりに知られたくない事柄」といった茫漠とした概念で捉え、これを比較的明確に定義した『宴のあと』事件判決とは対照的な姿勢をみせている。⁽²⁸⁾

そこで本稿も、この「ほうっておいてもらう権利」構成を「まちづくりとプライバシー」の問題にそのまま応用することはせず、新たな問題に対応した要件を模索していくことにする。

ただし一方で、当時の研究が、表現行為にまつわる問題において、情報の一次的収集の是非というよりもむしろ、表現行為という二次的な行為態様に着目していたのは、正当な問題関心であったともいえるだろう。なぜなら、表現行為

によるプライバシーで問題とされたのは、マス・メディア等により大々的に秘密が公となってしまふことの不当性であり、仲間内等でそれが明らかになる場合は、⁽¹²⁾ して不法行為とする必要性に乏しいと指摘されていたのである。現在ではこれが表現行為ではなく多角的な利活用となっているため別個の考慮が必要だが、そこにおいてより重視されるべきなのは、細かな情報の一次的な収集ではなく、二次的な収集・蓄積・利用の不当性なのではないだろうか。後の研究——特に自己情報コントロール権説の出現——によって、その方向性が一次的収集をも含めた情報主体の同意の問題に向かつてしまったことは、脱アトムの個人主義の試みが指摘するように、或いは混乱のもとだったのかもしれない。

一 二 「自己情報コントロール権」としてのプライバシー

その黎明期において、私法上の、マスコミの報道に対する消極的な「ほうっておいてもらう権利」として構成されたプライバシーが、社会の情報化に伴って、憲法上ではより積極的な「自己情報コントロール権」として再構成され、これが一定程度受容されてきた。

この点、自己情報コントロール権説が憲法学説上通説となったといっても、その全てが首肯されているわけではない。まず、ここにいる「自己情報」を「プライバシー固有情報」と「プライバシー外延情報」に二分し、前者の保護を重視する点については、当初より学説上の批判が強くなされている。これは、氏名や住所といった、「プライバシー固有情報」の定義には必ずしも含まれないものが法的に保護されるようになったその後の展開からみても、有力な批判であったといえるだろう。そのため、情報の重要度について、より柔軟な枠組みを構築することが求められている。

つぎに、情報の「コントロール」といっても、具体的にどこまでコントロールできるのかという批判も多くみられる。この点、コントロールという積極的なものに見えるが、事実上はチェック権といった控え目なものに過ぎないとする

批判は、このような権利の定義にもかかわらず名簿屋等の悪徳事業者に情報を好き勝手に利用されている現状を見透かしたような、正鵠を射た指摘であろう。さらに、特に通説がここで「道徳的自律の存在としての個人」を想定することをもまた、批判されていた。これは脱アトムの個人主義の動きに繋がる批判であったといえよう。

このうち、とくに本稿の問題関心との関連から重要なのが、前述のように、自己情報コントロール権説の出現とその受容によって、情報の一次的収集と二次的利用の不当性の問題が同じ位相に収斂してしまったか、あるいはむしろその重点が一次的収集の不当性に寄ってしまったように思われることである。このような傾向のある自己情報コントロール権説を情報の多角的利活用の領域に適用することは、多くの批判がみられる通り、あるいは情報の公共財的性質への配慮を欠く結果に繋がるように思われる。

さらに、この時期における議論の共通点として、情報の収集行為等に対して個人がどう対処するか、情報が公になることによって個人がどう社会に評価されるか、個人が人間関係をどう築いていくか、と、あくまで国家と対置された個人を中心に議論が進んでいることも見逃せない。これらの議論が憲法学説上のものである以上、そのような議論の立て方が筋違いの不当なものであると述べるつもりは全くないが、そこにおいては、今日の主たる課題が個々人の情報が集約された情報システムの管理のあり方いかんとなっていることや、「まちづくり」における人びとの共同決定的な観点が重要であることが、あまり考慮されてこなかったことも事実であるように思われる。そのため、「まちづくりとプライバシー」という観点から問題を論じる際には、以上のことを踏まえないように思われる。

一三 「社会の評価からの自由」と「自己イメージコントロール権」の二元的構成

前述のように、「ほうつておいてもらう権利」構成も「自己情報コントロール権」構成も現代における新たな課題に

対応することは難しく、かりにそれを二元的に構成したところで、アドホックに事案に対応するものに過ぎない以上、本稿で検討する課題を克服することは難しいように思われる。

そのため、ここでは、近時の私法上のプライバシー概念の再構成を主導する、「社会の評価からの自由」と「自己イメージコントロール権」の二元的構成の利点と課題を検討することにする。

この見解は、現実社会の人間個人は決して原子論的な「個人」ではなく、相互に依存していると考ええる立場を前提に、一方で外向きの「社会生活におけるプライバシー」なるものを自己決定権の一種に類似したかたちで構想し、社会における役割や印象といった、「自己のイメージをコントロールする権利」として構成する。しかし他方で、そのような社会化した個人にあっても、内向きの「関係性からの自由」ないし「個人の尊厳を重視したプライバシー」というものを想定するべきであり、これらふたつのプライバシーを複眼的に保護する必要があるとする。

この見解は、現代のような情報の多角的利活用が活発化した世の中にあつて、プライバシーを人々のコミュニケーションと絡めて理解する点と、そうであつてもやはり個人の私的な領域はどこに残されるべきであると主張する点に一定の意義がある。しかしながら、従来ならば私的空間であつたといえる領域における多くの行動が、デジタルデータとして収集・統合・分析されつつある昨今においては、この論者の前者の想定には重要な意義があるものの、後者の想定がどこまで有効であるのか、そのような私的領域をどのように決定するのかについては、不明確であり検討すべき課題であるといえるだろう。様々な情報技術を介して人間関係を構築したり、心情を密かに吐露したり、必然的に各種情報システムと関わってしまったっているわれわれの情報は、情報システムの中にあるのであつて、われわれの手元には端から存在しない。このような状況においてコミュニケーション行為的にプライバシーを再構成すると、もはやプライバシーは存在しないのだ、という方向に流れがちであるようにも思われるが、果たしてどのように考えるべきか。

このことは、序章で検討した「監視社会」論に依拠する立場からすれば、次のような課題に結び付けられる。すなわち、かつては私的空間とされた領域における行動であっても、今日の情報社会では、われわれは何者かに監視されていることを意識させられることによって、一定のコントロールをうけているのであり、もはやわれわれに純粋な意味での「自由」は存しないのである。

このような社会にあつて、われわれは本当に、「既存の倫理的な空間——市民的〈公共〉であれ、「世間」であれ——から遮断された〈私〉的空間において、真に実存的な決断を下すことができる」⁽³⁰⁾のだろうか。そうであるとして、われわれはその利益をどのように保護すればよいのだろうか。

この点については、より詳細に検討すべき課題として残されているように思われる。

(126) 本稿第一章第二節第三款参照。

(127) 本稿序章第一節第一款二及びその注を参照。

(128) 本稿第一章第一節第一款参照。

(129) 例えば伊藤正己は、名誉毀損の場合とはかく、プライバシーの場合には、「広い範囲で公けにされることが必要」であるとする（伊藤・前掲注（一）九八頁）。そのため、原告の使用者やある一個人、さらには小さなグループに伝えることは、なお十分の公開ではないということになる（同前、九八―九九頁）。ただ、表現行為によるプライバシー侵害の主張される事案のほとんどが、当時既に「マス・メディアやこれに準ずるものが利用されたときであり」、「当然に広い範囲に公開される手段が用いられて」いるので、「この要件が特に問題となることは少ない」とする（同前、九九頁）。インターネットが発達した現代においても、このことは当てはまろう。

(130) 石川健治「イン・エゴイストス」長谷部恭男、金泰昌（編）『公共哲学12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、

二〇〇四）二〇二頁。

二 プライバシーの權益に包含される社会性の内実

前述の概念構成いかなとは別の問題として、プライバシーは、個人の人格的利益の権利性を承認する段階で、潜在的な他者の権利・利益との衡量を経て、その内実と外延が確定される。そのため、社会のあり方によって、本問題で認められる情報主体のインシアチブに大きな影響がある。

この点について、かつて『宴のあと』事件判決は、ある事柄の公開がプライバシー侵害に当たるかを判断する基準として、「一般人の感受性」をメルクマークとした。ここにいう「一般人」は抽象的なそれであり、その画定の際には必然的にある種の普遍的な社会性が入り込む。

これに対し、最高裁判例のうち、平成一五年九月判決が「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思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきもの」としていることからすると、被害者本人の感受性を基準にすることもありうる。⁽¹³¹⁾

しかし一方で、ここにいう「本人」とは請求者本人を指すのではなく、当該氏名・学籍番号等の帰属主体を一般的に指しているとも読め、そうであるならば、開示されたくないと思えるか否かについては、「一般普通人」の感覚を基準として判断しているとも考えられる。⁽¹³²⁾ このことは、前掲平成二〇年判決が、「当該個人がこれに同意していない」情報の利用等であっても必ずしも自由を侵害するものとはならないとしていることから読み取ることができる。⁽¹³³⁾ そこでこの事案では、情報を管理される本人の意思よりもある種の社会性が重視されたと理解することができることになる。

このような権益の限定について、学説は、プライバシー保護の要件上の限界の問題として、「社会通念」や、「社会的良識」による判断を介在させるかたちで議論してきた⁽¹³⁾。

この点、ここにいる「一般通常人」や「社会通念」、「社会的良識」というものを、今日においていかに措定するかについては困難が付きまとうように思われる。なぜなら、これまで問題となった事案の多くは、週刊誌や小説、ノンフィクションといった全国に流通しうるメディアや、あるいは公的に提供されるデータベース等、その全国的展開がもはや前提となっている技術に関する事案だったからである。しかし一方で、本稿が主たる検討対象とする、まちづくりとプライバシーの問題では、各種ICTが地域社会の必要性に応じて複合的に提供される事が目論まれている。すると、この「一般人の感受性」をいかなるかたちで措定するべきかは必ずしも明確ではない。原告本人の観点に立ってしまいうことは行き過ぎの恐れなしとしないが、しかし一方で全国的抽象的な一般人を想定することも不適切であるように思われる。そこでは何らかの形で当該地域社会の観点をとり込むべきであるように思われるのだ。

この点について、学説の中には、「地域社会」の価値観に焦点をあてる見解もみられるところではある⁽¹⁴⁾。しかしこの見解は、表現行為を前提とした議論を展開しているうえ、プライバシーの権益の画定の基礎を、問題となっている地域社会の価値観にあたかも完全に委ねてしまうかのような言辞をとっているように思われる。しかしながら、本問題では、地域社会の観点を重視する必要がある一方で、当該地域社会を超えた全国的ないしグローバルな情報流通の必要性への配慮も求められるため、プライバシーの権益の判断を地域社会にすべて委ねてしまうのは行き過ぎの恐れなしとしない。そのため、そのプライバシーの権益の画定に際し、どの要素が地域社会ならはものであるのか、取捨選択が求められている。

プライバシーに必然的に包含される社会性には、普遍的なものないし全国的なもの、地域社会ないしコミュニティな

らではのもの、といった、いくつかのレベルがありうることを前提として議論をする必要があるのである。この点について、より理論的に突き詰めていく必要がある。

また、プライバシーに含まれる社会性の内実を理解するに当たって、自己決定権や平穏な生活に関する権利との区別・調整の今日的なあり方を探究することも重要な課題である。

プライバシー権と自己決定権とのすみわけの問題は、そもそもはプライバシー概念を自己決定権概念で一元的に代替することを目論む学説が登場し、それに対する批判がなされたことから始まったと評価できる⁽¹³⁶⁾。この点、現在では自己決定権としてのプライバシーを一元的に追究する試みは主流ではなく、むしろこれらが異なる權益であることを踏まえ、両權益をどのように区別するかが問題となっている。

この争点については、近時、職場における情報取得と不利益の取り扱い、市場における外国人差別とプライバシー、家庭内暴力の場面における家族のプライバシーと自己決定の調整といった具体的な場面において、検討がなされていることを確認した⁽¹³⁷⁾。これらを踏まえつつ、しかし、ICTを積極的・多角的に活用する社会においては、情報産業が以上の事案すべてについて主たる役割を担うこととなることを意識したうえで、両權益の調整を行っていくことが求められる。

さらに、プライバシーの法的保護の限界を画するに当たって今後重要な役割を果たすと思われるのが、生命・身体・安全に関わる「平穏な生活に関する権利・利益」である⁽¹³⁸⁾。この權益は、そもそもは暴力団組員の活動や各種実験施設の営業と近隣住民の權益の調整が問題になった際に根拠となったものであり、つまりは「ある種の危険を有する者の自己決定権」と「その影響を受ける者の平穏な生活に関する權益」との関係が焦点となっていたといえる。しかし今後は、当該「平穏な生活に関する權益」の拡張の結果、かかる具体的な權益を保護せんとする情報システムと、そのシステム

に情報を収集・分析される主体のプライバシーとの衝突が喫緊の問題となるように思われる。

いずれにせよ、ICTの急速な発展を踏まえたうえで、これらの権益とプライバシーとの調整を行うことが求められているのである。そのことによって、プライバシーに含まれる社会性の内実が明らかにされ、ひいては情報主体のインシアチブがどのように方向づけられるかを定めることができるようになるのではないだろうか。

(131) 本稿第一章第一節第二款参照。

(132) 同前。

(133) 同前。

(134) 本稿第一章第二節第五款参照。

(135) 本稿第一章第二節第二款四参照。

(136) 本稿第一章第二節第二款五参照。

(137) 本稿第一章第二節第六款二参照。

(138) 本稿第一章第二節第六款三参照。

第三款 課題③ 利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか

ここでは、情報の利活用によって得られる公共的利益の妥当性をどのように規範付け、そしてかかる公共的な利益と個人の権益との衝突をどう具体的に調整するかが問題となる。ここでの問題は、プライバシーの権益の構成に必然的に

含まれる社会性を越えたレベルで、どのような公共的な利益がその法的保護に制限を課しうるのかが問題となる。

このことは、先に検討した、個別的等価的比較衡量を行う際の基準を考えるととも密接にかかわってくる。しかし、これまでの民事上の最高裁判決は、具体的事案について個別的に対応しているにとどまるように思われ、そこに通底する調整理念を掴みとることは困難である。

例えば、情報システムのあり方に関する平成二十年判決では、プライバシーと対立する利益として、地方公共団体の有する情報システムを活用した「住民サービスの向上及び行政事務の効率化という」「行政目的」を挙げている。このうちの「住民サービスの向上」という公共的な要請が、今日において急速に拡大していることはもはや改めて指摘するまでもないだろう。この要請の拡大の結果、単に氏名住所等を登録し、行政的な事務の効率化を図るような情報システムはごくごく一般的なものとなり、近時はより複雑な、住民の安全や安心を追求するものが開発されるに至っている。しかし、それらのシステムが「住民サービスの向上」を目的としているからといって、そのシステムに起因するすべての問題が法的に等閑視されるべきであるとは思われない。

この点、プライバシー侵害に関する事例のうち、表現行為の場面では公共的な価値として憲法上の表現の自由が言及されることはしばしばであるが、情報の不正利用の場面における公共的な価値がいかなるものであるかについてはさして明確ではない。そこで本稿ではさしあたりの手掛かりとして、伊藤の検討した「公けの利益」の理論と「公けの存在」の理論を叩き台とした。

まず、「公けの利益」としては、これまで、教育目的、啓蒙目的の表現行為や、犯罪捜査に関する問題が検討されており、これらの行為に対してはときにプライバシーの法的保護は劣後するとされる。¹⁰⁾これに対し、最近では、広い意味での公衆衛生も、重要な公共的な利益となっている。具体的には、公害や感染症の対策のみならず、自動車の交通渋滞の解消

や、環境政策の一環としての省エネや物流システムの改善等が挙げられよう。また、犯罪捜査とは必ずしもいえないもののその延長線上に位置づけられる「公共の安全」も重要な利益である。そのような利益を達成するものとして、例えば、未成年者や高齢者の見守りシステム等が挙げられよう。

このようなシステムによって保護される利益が、今日においては「平穏生活権」侵害の一場面として、むしろ個人の権益として生成・展開していることは既述の通りであるが、これらの利益を達成することを目的とした情報システムの発展とプライバシーの衡量についても、ときに個人間の利益調整を超えたものとして検討する必要があるように思われる。なぜなら、例えば当該情報システムの導入段階でその適法性が争われる事案においては、序章で検討した脱権利論の見解が主張するように、個人のプライバシーにまつわる権益に対する侵害を観念しがたく、ある種の公共的な問題の一環として問題を捉えざるを得ないであろうからである。

また、「公けの存在」の理論では、芸能人、スポーツ選手、政治家、高級官僚、犯罪者が一般人と比べてプライバシー保護の範囲が狭まらざるを得ないことが議論されてきた。⁽¹⁴⁾このような理論の延長線上として、SNS等ワールドワイドウェブ上のインターネットサイトやその他各種情報システムに蓄積されるデータはもはやプライバシーの保護対象ではないと構成する方向性も考えられる。これに対し、最高裁判例は情報システムの管理の問題をなお個人のプライバシーの問題の一領域として捉えている一方で、学説では、プライバシーの権益を公共的なものとして捉えることでもって、情報システムの管理の問題をなおプライバシーの捕捉領域と再構成する方向性があることは確認したとおりである。

この点、本稿は、ここにいう「公共的な利益」を、前述の「プライバシーの権益に必然的に含まれる社会性」とはさしあたり異なる、より広範なレベルのそれを意味していると捉えるものである。より具体的にいうならば、個人の権益としてのプライバシーには、その内実としてコミュニティないし地域社会の価値観が必然的に含まれているが、その法

的保護の是非を判断するにあたって、それらコミュニティの違いを超えた全国的・普遍的に共通する利益と衡量する場があると措定するのである。⁽¹⁴²⁾そしてそのことによって、個人・地域・国家・グローバル市場の間の利益の調整を図るのである。

しかし、そのような観点から「公共の利益」を措定するとしても、具体的にどのような利益ないし価値が個々人、各コミュニティ、各地域社会、国家、グローバル市場に共通して妥当しうると考えるかは、論者によりけりとなるであろう。そのため、この点について規範的に検討し、その態度を明らかにしなければならない。そしてそのうえで、個人の権益と公共の利益の間のバランスを具体的にどのようにとるべきかを詰めていく必要があるのである。

(139) 本稿第一章第二節第五款三一参照。

(140) 本稿序章第一節第二款一—三、第一章第二款三一—二参照。

(141) 本稿第一章第二節第五款三一—二参照。

(142) この二つの「公共性」の違いについては、表現行為によるプライバシー侵害の事案では、明確に意識されてこなかったように思われるため、留意が必要である。

第四節 プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説——次章への橋渡しとして

以上、第一章では、日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題を明らかにしてきた。ここでは本章の検討

を踏まえ、プライバシーの法的保護のあり方について日本民法学が直面している理論的・法政策的課題を解決するための方向性を、粗雑なものであるが、一つの仮説として提示し、次章への橋渡しを行いたい。

第一に、事業者の責任のあり方について検討する。

この問題については、前節第一款において、民法理論の抱える課題として、その他の法分野における近時の議論・問題意識を一定程度受容する必要があること、及び、情報の利活用の実態に即した形で事業者の責任のあり方をより具体的にかつ詳細に検討すべきであることを確認した。

この点、今日において、情報の多角的利活用（特にその街づくりへの応用の場面）に参画する事業者は、一方で、情報の利活用によって、「安全」や「安心」といった、人々が平穏な生活を享受する権益の充足・拡充をなすことを、不法行為法上の責任としてではなく、契約上の責務として私法上、負うこととなると考えられる⁽¹⁸⁾。この平穏な生活に関する権益は、今日においては——基本的には不法行為上の保護権益としてではあるが——ときに「地域において平穏な日常生活をおくることができる生活利益そのもの」とも主張されるほど拡張してきているため、この種の利益を達成するための契約にはある種の公共性が必然的に入り込み、その観点を踏まえた責任構成が求められる。もともと、このような権益は必ずしも確立されたものであるとはいえないため、その充足・拡充に関する契約責任の内容を確定することには困難がつきまとう。

また他方で、このような平穏な生活の拡充にまつわる契約責任とはさしあたり離れたレベルにおいて、事業者は情報主体のプライバシーにまつわる権益に配慮することが私法上、求められてもいる。この点、情報の多角的利活用の場面では、人々の情報が各種システム内に蓄積され、これらが統合されたうえで利活用されていることから、プライバシー

の法的保護の問題についても、個人のレベルを超えた、ある種の公共性を帯びてきていることは否定できない。

このように、情報の多角的利活用を行う事業者がその事業を展開するにあたって、具体的にいかなる行為態様に注意を払わなければならないかはなお不透明な状況である。しかしそこでは、ごくごく単純化すれば、情報処理による平穩生活権益の充足と、情報処理によるプライバシーの侵害が対置されているとみることができ、いずれにせよ、この情報処理のあり方をいかなる観点から統御するかが検討すべき課題となるように思われる。

また、このような特殊な類型においては、訴訟における加害者側の抗弁としての「被害者の同意」原則の妥当性が問題となるように思われる。情報主体が情報の利活用に対し真に同意をしている場合は格別、そうではなく、利活用の不当性を訴えている場合は、事業者が「被害者の同意」を盾にその法的責任を回避することは妥当性に欠ける場面が少なくない。なぜなら、ICTが発展した今日の社会においては、人々の情報は単に激しく流通するのみならず、その情報の利活用に関する技術革新が専門家ですら容易には予想できない形でなされており、情報の利活用に関する当初の同意を超えた範囲での利活用がむしろ当然となってきたからである。このような状況に鑑みるに、従来の議論においては権益侵害の訴えに対する抗弁として認められてきたこの原則も、少なくともこの場面においてはその妥当性を失いつつあるのではないだろうか。

本稿では、このように、情報の利活用を行う事業者等の法的責任のあり方について、事業の内容及びシステムが孕む公共性と、行為態様としての情報処理の程度に着目しつつ、当事者の同意を最重要のメルクマールとはしない方向性を前提として、より詳細に検討していくものである。

第二に、情報主体のイニシアチブないしプライバシーの権益のあり方について検討する。

この問題については、前節第二款において、私法上のプライバシーのあり方について、第一に、ICTの急速な発展に対応する必要があること、第二に、プライバシーをコミュニケーション行為の観点から捉える方向性と、情報システムの管理という公共的な問題であると捉える方向性の双方を踏まえる必要があること、第三に、自身や他者の自己決定権や（身体や健康と結びつく）平穏生活権との調整を行う必要があること、以上の三点を確認した。

このような類型において法的に保護されるプライバシーの権益は、個人にまつわる要素と、コミュニティないし地域社会にまつわる要素が必然的に混ざり合って構成されていると措定する必要がある。なぜなら、既述のように、その権益を形づくる際に考慮すべき対立関係にある権益として、訴訟の場では事業者の経済活動の自由と人々のプライバシーが前面化しているようにみえるとしても、その背後には、かかる地域における人々の平穏な生活に関する権益（例えば、安全、安心）と、かかる地域における情報の利活用による人々の不利益（例えば、差別的取扱い）の対立があるためである。そのため、本問題においてプライバシーの権益の内実を確定する際に第一義的に配慮されるべき社会性は、グローバルなものでもナショナル（全国的）なものでもなく、リージョナル・ローカル（地域的）なものなのである。^(出)

この点、プライバシーの権益のうち、具体的にどの要素が個人の観点から理解され、どの要素がコミュニティの観点から理解されるべきであるかは、これまでの検討からは必ずしも明らかとなっていない。また、プライバシーの権益の構成に関する基本的な方向性としては、その権益をコミュニケーション行為の観点から捉える方向性と、情報システムの管理の問題であると捉える方向性を採用するとしても、現段階では、これら二つの方向性と、ここに掲げたリージョナル・ローカルなプライバシーのあり方に配慮するという仮説とを総合的に理解するための要素を欠いている状況にある。そのため、本稿ではこの点につき引き続き追究する必要がある。

第三に、公共の利益と個人ないしコミュニティの権益との衡量のあり方について検討する。

この問題については、前節第三款において、本問題における公共の利益を、リージョナルないしローカルあるいはコミュニティのレベルに止まらない、より広範な領域に妥当する価値として位置づけたうえで、かかる価値と個人及びコミュニティの権益との衡量を規範的に行う必要性があることを確認した。

この点、ここにいる公共の利益は、情報の利活用にあたつては、情報主体（個人やコミュニティ）が恣意によってなし得る、情報の不提供・情報の利活用の拒絶を法的に統御し、その提供や利活用を促すものと措定される。より具体的にいえば、ここにいる公共の利益に適う情報については、個人や団体、地域社会の範囲を超えた透明性が求められるということになり、プライバシーとしての法的保護に妥当しないことになる。ただし忘れてはならないのが、ここでプライバシーと比較衡量される公共の利益は——表現行為に関する場面では表現の自由が妥当することから明らかなように——決して国家等の「個を超越した全体」の恣意を許すための根拠ではないということである。

本稿では、情報の利活用の場面における公共の利益を、従来「監視社会」論の領域において槍玉に挙げられてきた「公共の安全」という価値よりも広く、（狭義の、伝染病の予防といった意味での）「公衆衛生」や、（より広義の意味での「公衆衛生」としての）「環境への配慮」といったものをも含むものと措定する。なぜなら、まさにこのような利益を達成することが、「ICT街づくり」等、情報の多角的利活用の局面では目的とされているからであり、そのことには一定の規範的妥当性があると考えられるからである。⁽¹⁶⁾ また併せて、ICTを活用する事業の拡大によって得られる便益や効用等、経済（学）的利益についても、場合によってはこの段階でプライバシーと比較衡量されるものと措定されることになろう（例えば、工場から排出される化学物質と近隣住民の位置情報の細密なモニタリング技術およびその情報共有のシステムは、単に生命・身体に関する個人の権益や、環境という公共的な利益の保護に資するのみならず、訴訟経

済の観点からみても画期的なイノベーションとなる可能性がある。ただ、本稿の立場は、序章でも述べた通り、必ずしもプライバシーに対する公共的利益の優越をア・プリオリに認めるのではなく、情報のそもその帰属主体であった個人やそれを一定の範囲において利活用するコミュニティがより広範な（例えばグローバルな）情報の流通に対し異議を唱える機会を認める立場をとりたいと考えている。

もつとも、ここにいう意味での公共の利益と、個人ないしコミュニティの権益の比較衡量の具体的なあり方については、民法上の理論のそれとしては、なお空白状況にあるといえるのではないだろうか。そのため、本稿においては、公共の利益に配慮しながらも個人ないしコミュニティの権益の不当な抑圧は回避する、そのような比較衡量のあり方について、より詳細に詰めていかなければならない。

以上の仮説をより確かなものとする手がかりとして、次章ではアメリカの社会学者アミタイ・エツィオーニの議論を中心に検討し、他の論者の議論との比較を通じてその限界を見極めたうえで、日本法への示唆を抽出することとする。

(143) この点につき、淡路剛久は、福島原発事故に遭い避難した浪江町民に対する国や東電の不法行為責任について、以下のように自説を展開する。「原子炉建屋の爆発があり避難を始めてから二三日間、政府からも東電からもなんらの情報も伝えられず」、「高濃度汚染地域に避難し、そこが高濃度汚染地域であることを知らされて別の地域に避難するという恐怖に満ちた避難の繰り返しを余儀なくされた」人々が安心感を得るまでの「恐怖感」は、それ自体で賠償されるべき精神的損害と評価できるのではないか（淡路剛久「福島原発事故の損害賠償の法理をどう考えるか」環境と公害四三巻二号四一五頁）。

本稿はこの発想の延長線上として、ある種の見守りシステムを構築し、避難誘導等のサービスを提供する事業者は、そ

の利用者に対し、避難情報等を適切に伝える契約上の責任を負うのではないかと考えるものである。

ただし、仮にこのような事業者の債務ないし契約責任が成立するとしても、その不履行責任を問うためには、かかる事業者がとるべき(あるいはとってはいけない)行為態様が具体的にどのようなものであるかが肝要となる。この点につき重要な示唆を与える議論として、例えば、結果債務・手段債務二分論が挙げられよう。関連する初期の学説として、川島武宜、平井宜雄『契約責任』石井照久、有泉亨、金沢良雄(編)『経営法学全集第一八巻 企業責任』二六八頁以下。また、その後の学説の展開にとって重要な役割を果たしたものとして、平井宜雄『債権総論』(弘文堂、一九八五)五三―五四頁及び五八―六〇頁(等の関連部分)、吉田邦彦『債権の各種——『帰責事由』論の再検討』星野英一(編集代表)『民法講座 別巻2』(有斐閣、一九九〇)一頁以下、森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣、二〇〇二(初出:一九九三))一頁以下。その他、この争点につき、「なす債務」「与える債務」というまた別の枠組みを設定したうえで議論をするものとして、潮見佳男『契約責任の体系』(有斐閣、二〇〇〇(初出:一九九六))二二一頁以下。

(144) この点、いわゆるコモنزの悲劇やアンチ・コモنزの悲劇の問題を検討することを通じて、「不法行為法の基礎となる権利自体、実は社会的厚生(必ずしも、社会全体という意味ではなく、目的に応じてその都度設定された範囲で定義される社会という意味も含む)に基づく正当化が試みられている」(傍点引用者)ことを指摘するものとして、山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』——不法行為法の目的論のために——」民商法雑誌一三三巻六号(二〇〇六)八七六頁以下。特に引用部分については、八九八頁。

(145) 例えば、環境問題について吉田邦彦は、環境権を公共的・共同体的所有権として捉えることで、土地所有者に他の生命の種に対する一種の信託義務を負わせ、生態系を害する土地利用(開発)について規制を課し、それに違反すれば不法行為となることを構想する(吉田邦彦「環境権と所有理論の新展開——環境法学の基礎理論序説」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(有斐閣、二〇〇〇)四二二頁以下。特に四二七頁、四四三頁、四四四頁)。本稿はこのような方向性を突き詰めた先に、環境を害するような行為をICTでもってモニタリングし、かかる情報を積極的に提供させることで公共的な利益を達成する社会がありうるということを——吉田が本稿の方向性に同調するかはさておいて——前提としているのである。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 67 No. 6(2017)
SUMMARY OF CONTENTS

“Muddling through” of Modern Japanese Judges and Civil Procedure: Images in *Horitsu Shimbun* (1900-1926) (3)

KOJI MIZUNO*

During period of Meiji Civil Procedure Code legal practitioners wished judges to intervene actively in fixing issues and proof-taking for the benefit of parties. Real judges in those days, however, only tended to thrust their bookish knowledge of law against parties and were harshly criticized for their authoritarianism and lack of “common sense”. Admiration for ideal, “wise and warm-hearted” judge was its natural reaction, but it should never be regarded as simple “backrush toward old tradition”: such admiration always went hand in hand with possible ideas for improving civil procedure practice. Moreover, it was often accompanied by criticism against predominant influence of German law and interest in England law.

Period of Meiji Civil Procedure Code, in which received modern law was gradually taking root in Japan, had these two sides inevitably: on the one hand, *Horitsu Shimbun* insisted strongly diffusion of modern law among non-professional and use of attorneys for preventive law and proof-taking. On the other hand, practitioners sometimes hinted skepticism against modern western law: nostalgia for “good old days” and independence from German influence.

Too rapid reception of modern western law had caused so much conflicts with “traditional” legal practice and legal sense. Practitioners had to face

* Professor, Hokkaido University Graduate School of Law

these challenges daily in court and, giving them realizable solution one by one, they came to understand received modern law more substantially and critically on practical basis. Opposition to party-control principle was one of its examples. Practitioners, judges and attorneys alike, often expected judge's directive power to play a more active role, in some cases going too far indeed.

Bestätigung als Tätigkeit der königlichen Gerichtsbarkeit im deutschen Spätmittelalter (Teil II)

Masaki TAGUCHI*

Die vorliegende Studie behandelt 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 zweite Teil behandelt die Bestätigungen durch Karl IV. selbst, der von 1346 bis 1378 regierte. Er entfaltete in diesem Bereich regere Tätigkeiten als seine Vorgänger. Die meisten Bestätigungen kann man dabei in zwei Grundtypen teilen. Bei dem ersten beteiligte sich Karl IV. an der vorausgehenden Konfliktbeilegung selber, durch delegierte Richter oder durch das Hofgericht. Der zweite Typ bezog sich auf die Konflikten, bei denen es sich um die herrscherlichen Rechte handelte. Zu diesem Typ gehören die Bestätigungen der Vereinbarungen über die Reichslehen und die böhmischen Lehen. Man kann ebenfalls diejenigen Bestätigungen in diese Kategorie einordnen, die bei den Streitigkeiten über die Juden gewährt wurden. Was die geographische Abstammung der beteiligten Parteien betrifft, verbreitete sie sich weit im Reich, was dem breiten Aktionsradius Karls IV. entsprach.

* Professor of Graduate School of Law, Hokkaido University.

Les responsabilités et les sanctions frappant le dirigeant en cas de procédure collective en France (2)

Zixian ZHANG*

Dans la deuxième partie, cet article clarifiera la nature de ces responsabilités et ces sanctions frappant les dirigeants en cas de procédure collective, ainsi que leurs applications pratiques.

Le Code de commerce français en vigueur prévoit plusieurs responsabilités spéciales tel que la responsabilité en cas d'insuffisance d'actif, la responsabilité pour contribution à la cessation des paiements, la faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction, la banqueroute et les autres infractions (Livre 6, Titre 5 du Code de commerce).

Chaque responsabilité possède des fonctions spécifiques et variés. Selon le droit français, cet article traitera de ces responsabilités en 3 parties : responsabilités patrimoniales, professionnelles et pénales.

Elle suivra le plan ci-dessous.

Chapitre 2 Présentation à propos des responsabilités des dirigeants

Section 1. Responsabilités patrimoniales

Section 2. Responsabilités professionnelles

Section 3. Responsabilités pénales

Premièrement, la responsabilité patrimoniale possède deux fonctions : l'une concerne de combler la dette de l'entreprise, l'autre concerne de reprocher le dirigeant qui a commis une faute de gestion en ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Elle reflète l'intention législative d'attacher de l'importance à la compensation des créanciers.

Deuxièmement, la responsabilité professionnelle a été créée afin de protéger l'intérêt collectif des commerçants contre les risques posés par les commerçants incompetents ou malhonnêtes, créant ainsi un environnement

* Candidate au doctorat de la Faculté de droit de l'Université Hokkaido.

¹ Le principe de proportionnalité: Code de la consommation L.341-4.

commercial plus sain et sauf. Autrefois, le droit japonais contenait certaines dispositions similaires, cependant, elles ont été supprimées par la loi n° 86 du 26 juillet 2005 sur le droit des sociétés.

D'ailleurs, comme le droit japonais, le Code de commerce français a aussi été simplifié au niveau de la responsabilité pénale de manière générale, suivant la tendance de la dépenalisation. La fonction de prévention demeure toutefois son caractère principale.

Le droit français a aussi été modifié dans le but de systématiser les responsabilités des dirigeants tout en laissant une discrétion au juge pour le cas par cas. À travers l'étude de l'expérience législative et pratique du droit français, l'objectif de cet article est de trouver les aspects effectifs et fonctionnels concernant la responsabilité du dirigeant d'entreprise qui pourraient encourager une réforme du droit japonais.

L'article ci-présent couvrant l'histoire des responsabilités du dirigeant dans le droit français s'inscrit dans le contexte d'une étude comparative des deux systèmes légaux de plus grande envergure. La question des problèmes pratiques rencontrés par la justice française et les leçons que pourrait tirer le droit japonais du droit français seront abordées dans un article suivant.

公開講演会「近代政治学と先住民族問題」*

北米先住民をめぐる 「再生」と「和解」

ジェイムズ・タリー
辻 康夫・山田 健 訳

はじめに

北海道大学アイヌ・先住民研究センターで、カナダと北米の先住民についてお話しする機会をいただきましたことにお礼を申し上げます。このような機会は大変光栄です。ここ北海道におけるアイヌ民族の状況は、カナダ先住民の状況とは異なると理解しています。そこで、まずカナダと北米の先住民について手短にお話しし、その後、アイヌ民族との類似点や相違点について皆さんと議論したいと思います。

私は1990年から、カナダ先住民とともに活動してきました。カナダにおける先住民と非先住民の関係は紆余曲折を経てきており、20分で要約することはできません。ですから、現在何が起きているのかということに焦点を当てていきたいと思います。というのも、北米全体、そして南米においても重要な議論が行われているからです。実さいのところ、今日の最も重要な変化の一つは、インターネットのおかげで、世界の先住民の間に、相互の学び合いや協調的行動のネットワークが構築されたことです。私がタイアイアケ・アルフレッドと共同で設立した、ビクトリア大学の「先住民ガバナンス大学院課程」はこうし

*この公開講演会は、2016年10月26日、北海道大学アイヌ先住民研究センターおよび法学研究科高等法政教育研究センターの共催で行われたものです。

た動きの一例です。太平洋岸北西部で始まり、現在では世界規模となっている「気候変動に関する先住民ワーキンググループ」もその例です。このように、カナダや北海道で生じることが、以前よりも早い速度で、先住民世界に反響するようになっていきます。

「再生」と「和解」への転換

現在、カナダ先住民がおこなっている取り組みは、一般には「再生 (resurgence)」と「和解 (reconciliation)」という2つの概念によって理解されています。

この二つの概念が強調される以前には、「承認 (recognition)」のための取り組みが主要課題と考えられていました。すなわち、先住民が自らの法秩序によって自治を行う権利、伝統的な土地を管理する権利、自己決定の権利、ライフ・チャンスを改善する権利、を承認することです。これらの取り組みにより、先住民とその権利はカナダ憲法第35条や数々の重要な訴訟において認められました。しかしながら、カナダ国家が承認をおこなうこの枠組は、同化主義的であるとして、先住民によって批判され、また多くの人々によって拒否されました。もちろん、自治や伝統的な土地の管理、民族自決への取り組みは続いていますが、現在は「再生」と「和解」という概念に基づきその取り組みが行われています。

「承認」にかわって「和解」が用いられるようになった理由の一つは、カナダの寄宿学校の歴史に関する重要な調査が、「真実和解委員会」の名のもとに行われたことです。この委員会は、カナダ全土で聞き取り調査を実施し、寄宿学校で100年にわたり15万人の先住民に対して行われた「文化的ジェノサイド」や、この恐ろしい寄宿学校が現在に至るまで何世代にも渡って先住民に及ぼしてきた悪しき影響について調査しました。被害者のうち存命の人々には、この不正義に対する補償金が支払われました。

この委員会は「94項目の行動要請」に示された調査結果に基づき、教育から土地所有権の要求にいたるまで、カナダ社会の大きな変革を要求しました。また、この委員会はカナダが2010年と2016年に支持を表明している「先住民族の権利に関する国連宣言」の批准と実施を求めました。このように、現在、多くの人々にとって「先住民族の権利に関する国連宣言」は先住民の取り組みを概念化する際の枠組みとなっています。

「再生」を第一に

しかし、多くの先住民、特に若者世代は、彼らの取り組みを、ファースト・ネーションの伝統にしたがって定義することを強く望んでいます。ここで「再生」が問題になるのです。これは、多くのファースト・ネーションが彼らの伝統的な土地と再びつながり、それぞれの土地において自らの経済的自立と自治権行使のやり方に従い、それぞれの経済発展をコントロールする動きに表れています。この再生の主な特徴の一つは、生きている大地、つまり彼らの伝統的な土地を形作る生態系と再びつながることです。そして生態系を社会システムにおいて活用し、それによって生態系を再生し、未来の世代へと持続させていくのです。これは、生態系を構成する生命体との「贈り物の交換」の関係と循環、という伝統的な表現によって概念化されます。

このように「再生」は、カナダやアメリカにおいて支配的な、資本主義の資源開発のモデルと対比されます。したがって、先住民の伝統的な土地における資源開発やパイプライン建設に対する抗議や阻止の行動が起こるのです。もっとも、この問題に関して先住民は一枚岩ではありません。豊かな多国籍企業と利益の高い契約を結び、雇用や金銭的補償の見返りに、資源開発を許すファースト・ネーションもあります。また、独自の資源開発会社を設立したファースト・ネーションもあります。ですから、北米先住民は大きく分裂しています。

先住民・非先住民の政府および人々の和解

2つ目の「和解」という用語は、一方における先住民政府および先住民と、他方における非先住民の政府とカナダ国民の間の関係を和解させる努力を意味します。つまり、先住民の自治権が合意の上で解決される関係を樹立すること。そして、先住民と非先住民が相互利益のために特定の統治権力を「共有」し、教育、医療、資源開発、環境などに関して、特定の土地を共同管理する領域を設置することです。ですから、「和解」とは「連邦の関係」、すなわち「共通の統治」と「固有の統治」の組み合わせを意味します。

このような「和解」の合意には、裁判を通して作られるものもあります。しかし、主として用いられるのは「ネーションとネーションの合意」と呼ばれる方法です。これは国王（連邦政府および州政府）とファースト・ネーションの首長との「条約交渉」の長い歴史に由来しています。これまで数多くの協定が結ばれており、成功したものもあれば、失敗したものもあります。これについ

てお話ししましょう。

先住民の中にはこの和解交渉を植民地化や同化の一種と見る人もいます。そのような人々は和解交渉を拒否し、その代わりに「伝統的土地」での「再生」をめざします。

「再生」と「和解」を組み合わせる

他方で、和解交渉は必要であると主張する人もいます。先住民が第一に「再生」に取り組むなら、和解交渉は、自己決定や「先住民族の権利に関する国連宣言」の権利の実現への手段となり得ます。つまり、根本的に不平等な関係で行われるこれらの交渉に取りかかる前に、ファースト・ネーションの強さと力を高めておくということです。

「和解」と「再生」を結び付けることにより、「和解」に対する別の考え方も出てきます。すなわち、再生に取り組む先住民がこの生きている大地との関係において「和解」をおこなっているということです。つまり、環境にたいして破壊的で搾取的な関係を、贈り物の交換の関係、すなわち、再生と相互の配慮という土地の保護管理の関係へと変化させることです。それは「私たちは母なる大地を守り、母なる大地はその見返りに私たちを守る」と表現することができます。このような考え方にたてば、第一に「命ある大地との和解」としての「再生」と、第二に、非先住民カナダ人との「和解」のための条約交渉という二つの要素が、「和解」のプロセスを構成することになります。

「再生」と「和解」の実践

「再生と和解」の運動は、カナダやアメリカの多くの環境保護運動の支援を受けてきました。これらの活動において、先住民と非先住民の活動家、法律家、経営者、研究者の間で多数の協定や協力関係が結ばれました（これらは通常、非公式の条約関係と見なされます）。

さらに、この「再生と和解」の活動により、カナダとアメリカの先住民の間で、それぞれの土地における石油パイプラインや環境破壊をもたらす資源開発を阻止するべく団結する複数の条約が締結されました。カナダとアメリカの多数のファースト・ネーションの間で条約が結ばれたのは過去300年間でこれが初めてです。例を挙げると、180を超えるファースト・ネーションが「地中に埋めておけ (keep it in the ground)」という運動をおこし、石油パイプラインを阻

止するこの種の条約に調印しました。これはダラス・ゴールドトゥースがサウスダコタ州にて組織し、9月には大規模なパイプライン開発を阻止しました。

先住民とマイノリティの権利

最後になりますが、先に述べた通り、南北アメリカ大陸の先住民は彼らの権利や責任を「マイノリティの権利」や「多文化主義」の枠組みで語られることを望みません。彼らはそれが、自分たちをさげすみ、植民地化するものとみなしています。彼らは、「自治」、「自己決定」、「ファースト・ネーション」など、私がこれまでに使ってきた概念を強く主張しており、国連や南北アメリカ大陸の多くの国々、オーストラリア、ニュージーランドはこれを受け入れています。

私のこれまでの仕事の一つは、カナダ人に対してこうした事情を説明し、これらの用語は脅威ではないと示すことでした。カナダ人はむしろ、先住民がこれらの概念を使う仕方を知ること、民主主義者や自由主義者、社会主義者、保守主義者が重視している価値の多くに気づくことになるのです。

注意すべきことは、先住民コミュニティの大多数のメンバーの数は1万人以下であり、5千人以下のコミュニティも多いということです。このような状況においてこれらの概念が意味することは、カナダ連邦とのパートナーシップにより、先住民が自分たちの問題に関して相当な自治権を行使することができるということです。その結果として、コミュニティのメンバーの一人一人に自由で平等な市民として生きるための力を与えること。それぞれの政府において有効かつ決定的な発言力を持ち、自分たちの生き方を自分たちで決めること。そして、カナダ連邦のメンバーとの関係から恩恵を享受することができるということなのです。

ここまで、非常に手短にご紹介させていただきました。ご清聴ありがとうございました。次はみなさんから学ばせていただきたいと思います。

追記

昨年私は、アニシナアベ族の偉大な法学者ジョン・ボロウズとともに、「再生と和解」に関する会議を、ビクトリア大学のファースト・ピープルズ・ハウスで開催しました。カナダとアメリカから先住民と非先住民の、研究者、学生、活動家が集まり、これらの概念や、現実に行進している実践について議論しました。この会議の記録は2017年に書籍として刊行されます。

公開講演会「近代政治学と先住民族問題」

戦後日本の政治学と先住民問題 —反省をこめて

加 藤 節

はじめに

ただいま御紹介をいただきました加藤でございます。本日は、このような場でお話しする機会を与えていただき、大変嬉しく、また光栄なことに思っております。お声をかけて下さった辻康夫教授に対しまして心からの感謝と御礼とを申し上げます。

さて、私は、先ほどの J. タリー教授の御報告によって、「承認」から「再生」および「和解」へという大きな流れの中で進展してきたカナダやアメリカにおける先住民問題への取り組みの歴史と現状とについて多くのことを教えられました。また、タリー教授が理論と実践との双方にわたって先住民問題と真摯に向き合ってこられた学者であるだけに、その御報告は理論性と現実性とが見事に調和したものになっており、同じ政治学者として強い共感を覚えました。

このように、私にとりまして、タリー教授の御報告は多くの示唆を与えてくれるものでありましたが、同時に、深い学問的な反省を迫るものでもあったことを率直に告白しなければなりません。私が専門とする政治学という学問領域に限って申し上げますと、戦後日本の政治学者は、私も含めまして先住民問題にほとんど関心を払ってこなかったといわざるをえず、その点で北米の学界との大きなギャップを痛感しないわけにはいかないからです。

そうした反省をこめまして、これから、日本の戦後政治学がなぜ先住民問題に鈍感であり続けてきたかについて考えるところを述べさせていただくことに

いたします。ただし、私には日本の戦後政治学全体の動向について論じる資格も能力もありませんので、あくまでも戦後世代に属する一人の政治学者の私見ということでお聞きいただければ幸甚です。

報告を、ジョン・ロックという十七世紀のイギリスに生きた政治思想家をめぐる戦後日本の研究状況を振りかえることから始めさせていただきたいと思います。それには二つの理由がございます。私自身が、これまで、タリー教授や辻教授と同じようにロックを研究対象としてきたということが第一の形式的な理由ですが、より積極的な第二の理由は、ロックをめぐる研究に、戦後日本の政治学における先住民問題への関心の低さがいわば象徴されているということにあります。

1 戦後日本の課題とロック研究

戦後日本のロック研究には、その後の研究の出発点を画することになった重要な作品がありました。日本の戦後政治学に大きな影響を与えた丸山眞男が一九四九年に発表した「ジョン・ロックと近代政治原理」という論文がそれです。この論文のなかで、丸山は、ロックを、「人間の自由と平等」・「代議政」・「権力分立」・「人民主権」といった要素からなる「近代政治原理」の確立者と規定しました。その上で、丸山は、世界においてはロックが構想した「近代政治原理」が「常識化」したにもかかわらず、日本においてはまだそうではないとして、次のように述べております。「十七世紀末にロックによって展開された諸政治理論がいま漸く新憲法のなかに実現されて、これからの日本政治の究極的なノルム（規範—加藤）になろうとしているのが否めないわれわれの現実なのである」。

こうした評価が示しますように、丸山の基本的な問題関心は、ロックに代表される「近代政治原理」を定着させることによって戦後の日本の政治体制を近代化し、民主化することにあります。そこには、ロックの政治思想が、神としての天皇の主権を否定し、国民主権による民主的な近代国家の形成を目指した戦後日本の課題を解決するための指針として役立つという丸山の判断がありました。ロックは、国王の権力は神が授けたものとみなす王権神授説という考え方を否定し、抵抗権、さらには革命権にまで行き着く国民主権を唱えた思想家だったからです。

そして、以上のような丸山のロック解釈は、戦後の日本において開花したロッ

ク研究に基本的な方向や枠組みを与えることになりました。丸山以降、ロックの政治思想をめぐる日本の研究は、民主主義・社会契約説・立憲主義・自由主義・「市民政治」論といった観点からロックを分析するものが主流になりましたが、それらは、力点の置き方に相違はあるものの、いずれも、天皇制に基づく旧体制の清算、民主主義による近代国家の形成という戦後日本の課題を解く重要な鍵をロックの政治思想に求めようとする基調を共有していた点で、あきらかに丸山の問題関心を引き継ぐものであったからです。

このように、丸山を起点として開始された戦後日本のロック研究は、民主主義による近代的な国家の形成という基本的な枠組みのなかで展開されてまいりました。しかし、こうしたロック研究の動向には、一つの重大な欠落や欠陥があったといわなければなりません。それは、ロックの政治思想を戦後日本の民主的な国家形成のための指針として積極的に生かすことに圧倒的な力点が置かれた結果、近代性や自由の強調のようなロックの政治思想の肯定的な面にだけ光が当てられ、それがもつ否定的な面、問題的な要素が視野の外に置かれてきたことにほかなりません。

2 ロック研究における欠落

ロックの政治思想には、国家権力を制限し、法の支配を説き、個人の自由を幅広く認める自由主義的性格のほか、見落とすことのできないもう一つの重要な特徴がありました。労働が私有財産を産むという後の労働価値説につながるような思想を打ち出した点がそれです。ロックは、それを、神は世界を人類の共有物として与えたこと、その世界の中には国家状態ではない自然状態が多く残されており、北アメリカはその典型例であること、その自然状態においては、未開拓で所有者がいない土地に特に農業のための開墾という労働を付加した「勤勉な」者にその開墾地への私的所有権が自然法によって合法的に与えられることという一連の論理で説明いたしました。

肉体労働を卑しいものとしてきた古典古代以来のヨーロッパの長い伝統を考えますと、労働が価値を産みだすとするロックのこうした思想は、宗教改革に淵源をもつ人間観の近代的転換を受け継ぐ新しい考え方でした。しかし、ロックのこうした所有権論は、あきらかに、イギリス人が、北アメリカにおいて、現在では‘Native American’と呼ばれる先住民を排除する形で行った植民地経営を理論的に正当化する側面をもっていたといわなければなりません。北ア

メリカを自然状態とみなすロックの考え方に立つ限り、そこの土地を自らの労働によって開拓した者はその土地を合法的に自分の所有物にできるわけですから、ロックの立場は立派な植民地主義容認論であるというほかはないからです。そこには、「文明化された人々」による「未開の人々」の征服は許されるという価値判断が働いていたことも否定できないと思います。

しかし、ロックの政治思想におけるこうしたいわば負の側面は、戦後日本のロック研究のなかでほとんど取り上げられてきませんでした。そうした側面が批判的に指摘されるようになったのは、植民地主義を考え直そうという流れ、通常「ポストコロニアリズム」とよばれる考え方が日本でも強まった1990年代になってからのことでした。私も含めまして、何人かの研究者がロックの所有権論がもつ植民地主義的な側面について指摘するようになったからです。

しかし、その場合にも、論点は、ロック解釈内部の問題、例えば、テキスト理解の問題やロックと北アメリカにおけるイギリスの植民地経営との関係の問題にはば限定されており、ロックの理論を手がかりにして、日本国内における植民地問題、例えば、明治以降、国策として展開された北海道の開拓の歴史が引き起こしたアイヌ民族の人々の過酷な運命について思想的に考えてみるといった視点はほぼ皆無でした。次に、なぜそうなったかを、もう少し広く、戦後日本における政治学研究との関連で考えてみることにいたします。

3 先住民問題への関心の不在

ロック研究の場合に典型的であったように、戦後日本の政治学は先住民問題に正面から向き合ってきませんでしたが、私の見る限り、その理由は主として以下の三つにあるように思います。

第一は、戦後日本の政治学が、「一つの民族(nation)、一つの言語(language)、一つの国家(state)」という十九世紀的な国家モデルを暗黙の前提にしていたことです。戦後政治学も、明治以来のこうした国家モデルを引き継いだ上で、先に見たロック研究に示されていたように、「国家」についてだけ、その近代的で民主的な形成の条件を問題にしてきたといえるからです。その結果、戦後政治学では、日本における「民族」や「言語」の多様性への感受性が失われ、歴史を、未開の「前近代」から文明化された「近代」への進歩とみなす直線的な歴史観にも支えられて、明治以来の「国民」の育成や「国語」教育によって「民族」や「言語」の問題には歴史的な決着がついたものと見なされる傾向が強まりま

した。日本について、「一民族神話」や「一言語神話」に違和感をもつ政治学者は今では少なくありませんが、そうした人々でも、在日韓国・朝鮮人や「日本人」であることに微妙な違和感を抱く沖縄の人々や定住外国人労働者のケースに言及することはあっても、アイヌ民族まで視野に入れている例は決して多くはありません。その意味で、戦後政治学における先住民問題への無関心は、明治期に抱かれてから今日に至るまでこの国に根強く残り続けている十九世紀型国家モデルと深く関連しているといわなければなりません。

戦後政治学が先住民問題と向き合うことが少なかった第二の理由は、日本の戦後政治には質よりも量を重視する考え方が強く、政治学もそれに影響されたということにあるように思います。「政治は数だ」という田中角栄元首相の言葉に象徴されるように、戦後日本の政治の世界では数や量の多さが重視されてきました。日本の戦後政治学も、そうした政治のあり方に規定されて、例えば、憲法改定の発議に必要な国会議員の議席数の問題や数字に表れた投票率の低さの問題、議会多数派による少数意見の無視の問題や高い集票数が見込まれるタレント議員の問題のような量や数に関連した問題に強い関心を寄せてきました。政治や政治学における量的な思考の強さは、ある意味で、「生活の質」よりも経済の量的な拡大に優先順位を与え、「大きなこと、多いことはいいことだ」としてきた戦後日本の一般的な風潮の反映だったともいえるのですが、いずれにせよ、量や数の多さに意味を求める量的な思考が強く質的な思考が弱い場合には、多数派民族の政府が強制する同化政策によってアイデンティティを奪われた先住民の人々の苦悩のような質的な問題は、それが少数者のものだという理由で無視されることになってしまいます。その意味で、例えば、統計上の人口が少ないから「アイヌ民族は存在しない」といった政治家の暴言がはかれたり、ロック研究も含めて戦後政治学において先住民問題への関心が低かったりした背景には、政治や政治学の世界において、少数者が心の奥深くでかかえる差別の苦しみのような質的なものを切り捨ててしまう量的な思考が強かったということがあったように思います。

戦後政治学の先住民問題への取り組みの弱さをもたらした第三の理由は、植民地主義の問題を日本によるアジアへの侵略の側面だけで理解し、国内における植民地化や植民地主義の問題にまで想像力を働かせてこなかったことに求められると思います。戦後日本の政治学は、先の戦争への痛切な反省から出発しました。その結果、戦後政治学は、戦後の日本を平和国家にするための条件を

問うとともに、アジア諸国への植民地主義的侵略がなぜ生じたかを批判的に分析する仕事にも積極的に取り組んできました。しかし、この植民地主義の問題が圧倒的に対外的なレベルで論じられてきた結果、明治、あるいはさらにそれに先立つ時代からの国内植民地主義の歴史とその現在とを先住民問題として、また、多数派民族による少数派民族の抑圧と同化との問題として論じるということとはほとんどなされないままでした。先に、ロックの政治思想における植民地主義的側面が日本の文脈においてもつ意味を考察する研究がほとんどなかったということを申し上げましたが、これも、日本の戦後政治学全体の傾向のロック研究への反映だったとっていいかと思います。

おわりに

以上、日本の戦後政治学における先住民問題への取り組みの弱さを自分自身の反省をこめて述べてまいりました。今後、明治以降の近代日本が「国民国家」として辿ってきた歴史の「隠された次元」に改めて光を当てるためにも、かつて、『アイヌ神謡集』の「序」で知里幸恵さんが「亡びゆくもの」と嘆き、また哀しまれたアイヌ民族の歴史や文化への関心を私なりに持ち続けて行くことをお約束して、私の拙い報告を終えさせていただきたいと思います。有難うございました。

（本稿は講演会の原稿に若干の加筆を行ったものです。ただし、基本的な論点に変更はありません）。

裁判例における接見交通権と写真撮影

——「接見」の概念を中心に——

堀 田 尚 徳

目 次

- 第1 はじめに
- 第2 接見交通権の意義に関する最高裁判所の立場の概観
- 第3 接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かに関する裁判例の検討
- 第4 おわりに

第1 はじめに

身体の拘束を受けている被疑者・被告人は、弁護人又は弁護人となろうとする者と、立会人なく接見することができる権利を有している（接見交通権、刑訴法39条1項）。

従来の判例・裁判例において論じられてきた接見交通権の問題は、次のように分類できる。第1に、接見指定制度に関するものがある。一般的指定¹の可

¹ 接見指定権者が、一般的指定書（接見日時・場所・時間を「別に発すべき指定書のとおりに指定する」旨が記載された書面で、接見指定が必要と考えられる事件について、接見指定権者から被疑者が収容されている刑事施設の長等に対して渡されるもの）を予め発しておき、弁護人等から接見の申出があればその都度、具体的指定書（接見の具体的な日時等が記載された書面）を交付して、それに基づいて接見を認める運用のこと。

否に関する問題²、「捜査のため必要があるとき」(同法39条3項本文)の解釈に関する問題³及び「被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限するようなもの」(同法39条3項但書)に関する問題⁴である。第2に、面会接見の可否に関するものがある。被疑者・被告人がその構内に接見室を備えていない場所にいる間に弁護士から接見の申出が為された場合、捜査機関はどのような対応をするべきかという問題である⁵。第3に、任意取調べ中の面会に関するものがある。被疑者・被告人が身体を拘束されず任意で取調べを受けている間に弁護士から接見の申出がなされた場合、捜査機関はどのような対応をするべきかという問題である⁶。第4に、接見内容の秘密性に関するものがある。例えば、拘置所職員が接見の際に再生する予定のビデオテープの内容を事前に検査しようとしたことの適法性が争われた事例⁷、捜査機関が取調べの際に接見内容を被疑者・被告人から聴取したことの適法性が争われた事例⁸、捜査機関が被疑者・被告人と弁護人間の信書の内容を知ろうとしたことの適法性が争われた事例⁹等である。

上記のような問題が論じられてきた中、東京地判平成26年11月7日判タ1409号306頁以降、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かが争点となっている国家賠償請求訴訟が相次いで提起され、それらに対する裁判所の判断が出されている。例えば、東京高判平成27年7月9日判時2280号16頁は、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かについて高等裁判所レベル

² 最判平成3年5月31日判時1390号33頁等。

³ 最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁、最判平成3年5月10日民集45巻5号919頁、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁等。

⁴ 最判平成12年6月13日民集54巻5号1635頁。

⁵ 最判平成17年4月19日民集59巻3号563頁、名古屋高判平成19年7月12日判時1997号66頁、広島高判平成24年2月22日判タ1388号155頁等。

⁶ 福岡高判平成5年11月16日判時1480号82頁。

⁷ 大阪地判平成16年3月9日判時1858号79頁、大阪高判平成17年1月25日訴月52巻10号3069頁、最決平成19年4月13日(公刊物未登載)。

⁸ 鹿児島地判平成20年3月24日判時2008号3頁、京都地判平成22年3月24日判時2078号77頁、佐賀地判平成22年12月17日訟務月報57巻11号1頁、福岡高判平成23年7月1日判時2127号9頁、鹿児島地判平成27年5月15日判時2262号232頁等。

⁹ 大阪地判平成12年5月25日判時1754号102頁、大阪地判平成27年3月16日(公刊物未登載)等。

で初めて判断をしたものである。同判決は、結論として、弁護人が接見の際に証拠保全目的で被疑者の容貌・姿態の写真撮影をすることに接見交通権の保障は及ばないとした。また、最高裁判所も弁護人側の上告及び上告受理申立てを退ける旨の決定を行い、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かについて見解を示さなかった¹⁰。これに対して、他の国家賠償請求訴訟については、現在（2016年11月）も高等裁判所に係属中のものがある¹¹。今後の裁判所の判断が注目される状況下において、現時点で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。

本論文では、まず接見交通権の意義に関する最高裁判所の立場を概観する（第2）。次に、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かについて、前記の東京高判平成27年7月9日判時2280号16頁等の裁判例がどのような判断を示したのかを分析し、その判断の特徴を明らかにする（第3）。最後に、現在の裁判所の態度をまとめた上で、今後の検討課題について検討する（第4）。

第2 接見交通権の意義に関する最高裁判所の立場の概観

最高裁判所が接見交通権の意義について最初に判示したのは、最判昭和53年7月10日民集32巻5号820頁（杉山事件最高裁判決）においてである。事案は、弁護士が弁護人となろうとする者の資格に基づき、被疑者との接見を求めたところ、接見を拒否され、約4時間後ようやく接見を行えたため、それが違法であるとして国家賠償請求訴訟を提起したというものである。最高裁は、「憲法34条前段は、何人も直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ抑留・拘禁されることがないことを規定し、刑訴法39条1項は、この趣旨に則り、身体の拘束を受けている被疑者・被告人は、弁護人又は弁護人となろうとする者（以下『弁護人等』という。）と立会人なしに接見し、書類や物の授受をすることができると規定する。この弁護人等との接見交通権は、身体を拘束された被疑者が弁護人の援助を受けることができるための刑事手続上最も重要な基本的

¹⁰ 最決平成28年6月15日（公刊物未登載、LEX/DB 文献番号25543533）。最高裁へ提出された意見書の内容について、後藤昭「弁護人接見の際の容貌撮影行為の法的性格」青山法務研究論集11号（2016年）23頁以下がある。

¹¹ 福岡高等裁判所平成27年（ネ）第333号国家賠償請求控訴事件。

権利に属するものであるとともに弁護人からいえばその固有権の最も重要なものの1つであることはいうまでもない。身体を拘束された被疑者の取調べについては時間的制約があることからして、弁護人等と被疑者との接見交通権と捜査の必要との調整を図るため、刑訴法39条3項は、捜査のため必要があるときは、右の接見等に関してその日時・場所・時間を指定することができる」と規定するが、弁護人等の接見交通権が前記のように憲法の保障に由来するものであることにかんがみれば、捜査機関のする右の接見等の日時等の指定は、あくまで必要やむをえない例外的措置であって、被疑者が防禦の準備をする権利を不当に制限することは許されるべきではない（同項但書）。』と判示した。

続いて、最判平成3年5月10日民集45巻5号919頁（浅井事件最高裁判決）及び最判平成3年5月31日民集163号47頁（若松事件最高裁判決）も、接見交通権が憲法の保障に由来する旨を明示した。もっとも、これまでの最高裁判決における「接見交通権が憲法の保障に由来する」という判示部分については、その趣旨をめぐって見解の対立が存在した。

この「憲法の保障に由来する」という判示部分について、その意味するところが明確になったという評価がなされている¹²のが、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁（安藤・斎藤事件）である。事案は、弁護人が被疑者との接見を求めたところ、検察官は接見指定書の受領・携帯を求める方針を変えなかったため、それが違法であるとして国家賠償請求訴訟を提起したというものである。最高裁は、「憲法34条前段は、『何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。』と定める。この弁護人に依頼する権利は、身体拘束を受けている被疑者が、拘束の原因となっている嫌疑を晴らしたり、人身の自由を回復するための手段を講じたりするなど自己の自由と権利を守るため弁護人から援助を受けられるようにすることを目的とするものである。したがって、右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。刑訴法39条1項が、『身体拘束を受けている被告人又は

¹² 大坪丘「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成11年度』（法曹会、2001年）250頁以下、278頁。

被疑者は、弁護士又は弁護士を選任することができる者の依頼により弁護士となろうとする者（弁護士でない者にあつては、第31条第2項の許可があつた後に限る。）と立会人なくして接見し、又は書類若しくは物の授受をすることができる。』として、被疑者と弁護士等との接見交通権を規定しているのは、憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護士等と相談し、その助言を受けるなど弁護士等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る・・・。」と判示した¹³。

このように、最高裁は刑訴法39条1項が「憲法の保障に由来する」ものであることの意味を明らかにした。

もっとも、最高裁は「相談し、その助言を受ける」に続けて「など」という表現を用いており、接見に際して「相談」「助言」以外に何を行えるのかについては明らかではないところがあった。次の第3で検討する裁判例は、上記の問題のうち、接見の際の写真撮影に関するものである。

第3 接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かに関する裁判例の検討

1 検討の視点

接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かが問題となった裁判例は、いずれも弁護士が証拠保全目的で被疑者・被告人の容貌の写真撮影を行った事案である。そこで、以下では、①「接見」（刑訴法39条1項）の意義について裁判例がどのような立場を取っているか、②証拠保全目的であることが、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かの判断に影響を与えるか、

¹³ この最高裁判決については、「それ自体に制約の文言を含んでいない刑訴法39条1項の接見交通権自体が憲法34条前段によって直接保障されるとはせず、あくまで、同項に基づく自由な接見交通権は憲法34条前段の趣旨にのっとり、あるいは憲法の保障に由来するものにとどまると位置づける」もの、「換言すれば、憲法34条前段は、いわば刑訴法39条3項による制限を内在させた接見交通権を保障しているという立場に立つ」ものとの評価が為されている。田中開＝成瀬剛「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（有斐閣、2011年）78頁。

という視点から裁判例を検討する¹⁴。

2 「接見」(刑訴法39条1項)の意義

(1) 東京地判平成26年11月7日判タ1409号306頁¹⁵

ア 事案の概要

平成24年3月30日、弁護士Bは被告人A(外国籍)との接見のため、通訳2名と共に東京拘置所に赴いた。Aは精神状態が不安定であり、接見の際も体が小刻みに震える、ぶつぶつと呟く等の状態であった。Bは、裁判所に対する精神鑑定の申し出に関する証拠として用いるためにAの様子を撮影して保全する必要があると考え、持参していたデジタルカメラ(写真及びビデオ撮影・再生機能のみ)でAを写真撮影した(1枚のみ)。拘置所内を巡回していた拘置所職員K₁は、Bがカメラを構えている様子を面会室のドアの小窓越しに見つけたことから、ドアをノックし「失礼します」等と述べて面会室内に立ち入った。K₁は面会室内へのカメラの持込みは禁止されており、撮影したのならばデータを消去するよう求めたが、Bは応じなかった。K₁は一度面会室から退室し、他の拘置所職員K₂に事情を報告した。報告を受けたK₂は、首席矯正処遇官K₃にK₁からの報告内容を伝え、Bが撮影した画像のデータを消去しない場合は面会を終了させる方針を確認した上で、面会室内に立ち入り、Bに対して撮影した画像のデータの消去を求めた。Bがこれを拒否したため、拘置所職員らはAを面会室から退室させた(接見終了)。

Bは、接見を中断させられた上、面会室内での写真撮影を禁止され、接見を終了させられた措置が接見交通権を侵害する違法なものである等と主張して、国家賠償請求訴訟を提起した。

イ 判旨

¹⁴ 以下で検討する裁判例の中には、接見交通権を制限する「法令」(刑訴法39条2項)上の根拠として、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」(刑事収容施設法117条、同法113条1項1号ロ)に該当するか否か等が争われたものもあるが、本論文では検討せず、今後の課題とする。

¹⁵ 本判決に対する評釈として、赤川理「判批」判例セレクト2015〔I〕(法学教室425号別冊、2016年)12頁がある。

「原告は、本件撮影行為は『接見』に該当し接見交通権に含まれるものとして保障されるため、東京拘置所が本件撮影行為を禁止することはできない旨主張するので検討する。原告は、〔１〕本件接見の前からＡの刑事事件において心神喪失の主張をしていたこと、〔２〕精神鑑定の申立ての必要性を補充するための報告書に本件写真を添付して裁判所に提出していること、〔３〕Ａの様子を撮影して裁判所に対する鑑定の申出に関する証拠として保全する必要があると考えて本件撮影行為を行っていることからすれば、本件撮影行為はＡとの意思疎通の内容を備忘するために行われたのではなく、専ら証拠保全として行われたものであると認めることができる。**接見交通権は、未決拘禁者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保するという未決拘禁者との意思疎通を確保するために認められたものであるといえるところ、原告は、将来公判等において使用すべき証拠をあらかじめ収集して保持しておくという証拠保全を主な目的として本件撮影行為を行っており、少なくともこのような写真撮影行為については、接見交通権に含まれるものとして保障されているとはいえない。この様に解したとしても、原告としては、刑法179条に定める証拠保全を行えば足りるのであり、弁護活動を不当に制約することにはならない〔フォント変更は執筆者による〕」。**

「原告は、未決拘禁者が弁護人から適切な援助を受けながら当事者として十分な防御活動を行うため、『接見』は、意思疎通にとどまらず、相互の情報発信・取得をも含む概念であると解すべき旨主張する。しかし、本件撮影行為によりＡの状態を正確に記録化できることは、原告が弁護活動を行うに当たって便宜ではあるものの、必要不可欠とまではいい難く、少なくとも本件撮影行為のように、**専ら証拠保全として行われた写真撮影行為は、『接見』に含まれると解することはできない〔フォント変更は執筆者による〕。**」

ウ 検討

東京地裁判決は、(2)で見る東京高裁判決のように「接見とは」といった形での判示はしていないものの、被疑者・被告人の状態を正確に記録化することが弁護活動を行う上で必要不可欠といえるような写真撮影であれば、「接見」に含まれると考えているように読めなくもない判示をしている(ただし、本件の写真撮影行為は必要不可欠なものではないとした)。また、原告の主張を退けていることからすると、「接見」の中に、相互の

情報発信・取得を含めることに慎重な態度を取っており、「接見」の内容は「意思疎通」を基本とする立場である。もっとも、「接見」の内容について「意思疎通」を基本とする理由は明らかではない。

(2) 東京高判平成27年7月9日判時2280号16頁¹⁶

(1)の東京地裁判決に対して、原告・被告の双方が控訴し、原告は次のように主張した。①接見とは、単なる意思疎通にとどまらず、意思疎通及び情報発信・取得としてのコミュニケーションと定義することがふさわしく、このことは、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁が弁護人等と相談しその助言を受ける「など」としていることとも整合する。ところが原判決は、弁護人の援助を受ける機会の確保を意思疎通の確保であると限定的に解釈しており根本的な誤りがある。②写真撮影等は、情報の記録化のための行為である以上、証拠保全の目的で行われたとしても、「接見」に含まれる。

これに対して、東京高裁判決は「接見」(刑訴法39条1項)の意義について次のように判示した。

ア 判旨

「憲法34条前段の規定は、単に形式的に被告人が弁護人を選任することができること、あるいは弁護人の選任を捜査機関が実質的に妨げてはならないというにとどまるものではなく、被告人に対し、弁護人を選任した上で、弁護人と面会して相談し、その助言を受けるなど弁護人からの十分な援助を受ける機会を持つことを保障しているものと解すべきである。刑訴法39条1項が、・・・接見交通権を規定しているのは、憲法34条の上記の趣旨の通りに、被告人が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、憲法の保障に由来するものであるということが出来る(平成11年最高裁判決参照。)

しかしながら、刑訴法39条1項の『接見』という文言は一般的には『面会』

¹⁶ 本判決に対する評釈として、武田芳樹「判批」法学セミナー 733号(2015年) 92頁、岩本浩史「判批」新・判例解説 Watch18巻(2016年) 45頁以下、橋口英明「判批」形政127巻4号(2016年) 82頁以下、石原裕二「判批」訟務月報62巻4号(2016年) 1頁以下、宮木康博「判批」法学教室430号(2016年) 153頁、横井弘明「判批」中央ロー・ジャーナル13巻1号(2016年) 85頁以下がある。

と同義に解されること、『接見』と『書類若しくは物の授受』が区別されていること、同規定が制定された昭和23年7月10日当時、カメラやビデオ等の撮影機器は普及しておらず、弁護士等が被告人を写真撮影したり、動画撮影したりすることは想定されていなかったことなどからすれば、同項の『接見』とは、被告人が弁護士等と面会して、相談し、その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けることをいうものであって、被告人が弁護士等により写真撮影やビデオ撮影されたり、弁護士が面会時の様子や結果を音声や画像等に記録化することは本来的には含まれないものと解される。

これに対し、一審原告は、写真撮影等が刑訴法39条1項の『接見』に含まれる根拠として、弁護士が、面会室内での被疑者・被告人に対する助言や記録化といった様々な活動をする機会が保障されなければ、弁護士依頼権が実質的に保障されたとはいえないから、刑訴法39条1項の『接見』とは、単なる意思疎通にとどまらない、意思疎通及び情報発信・取得としてのコミュニケーションであると解すべきであり、平成11年最高裁判決が弁護士等と相談し、その助言を受ける『など』と判示していることとも適合する旨主張する。

しかし、平成11年最高裁判決は、刑訴法39条1項の被告人と弁護士等の接見交通権について、憲法34条の趣旨にのっとり、被告人が弁護士等と相談し、その助言を受けるなど弁護士等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、憲法の保障に由来するものであるということができると説示するものの、それ以上に『接見』の定義を明らかにしたものではなく、その判示自体からしても、『接見』の意義を一審原告が主張する『意思疎通及び情報発信・取得としてのコミュニケーションをいう』と解しているということとはできない。また、刑訴法39条1項が、接見交通権の方法としては、『接見』、『文書若しくは物の授受』と区別して規定するところ、一審原告の主張するように『接見』の意義を解とした場合には、『文書若しくは物の授受』自体も『接見』に含まれ得ることになるから、同条項の規定の仕方とそぐわない。

したがって、一審原告の上記主張は採用することができない〔フォント変更は執筆者による〕。

イ 検討

東京高裁判決は、「接見」を「被告人が弁護人等と面会して、相談し、その助言を受けるなどの会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けること」と定義しており、意思疎通を基本とする点で東京地裁判決と同様の考え方といえる（もっとも、後記「3（2）ア判旨」で紹介するように情報の記録化のための行為について、一定の場合に接見の内容に含める、とする）。そして、その根拠として以下の①②③を挙げている。また、一審原告の主張に対応する文脈で④⑤に言及している。

- ① 「刑訴法39条1項の『接見』という文言は一般的には『面会』と同義に解される」
- ② 刑訴法39条1項において「『接見』と『書類若しくは物の授受』が区別されている」
- ③ 刑訴法39条1項が「制定された昭和23年7月10日当時、カメラやビデオ等の撮影機器は普及しておらず、弁護人等が被告人を写真撮影したり、動画撮影したりすることは想定されていなかった」
- ④ 最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁は、刑訴法39条1項の接見交通権が憲法の保障に由来すると説示したが、「それ以上に『接見』の意義を明らかにしたものではなく、その判示自体からしても、『接見』の意義を一審原告が主張する『意思疎通及び情報発信・取得してのコミュニケーションをいう』と解しているということとはできない」
- ⑤ 「刑訴法39条1項が、接見交通権の方法としては、『接見』、『文書若しくは物の授受』と区別して規定するところ」、一審原告の主張するように、「接見」とは「単なる意思疎通にとどまらない、意思疎通及び情報発信・取得としてのコミュニケーションである」と解した場合には、「『文書若しくは物の授受』自体も『接見』に含まれ得ることになるから、同条項の規定の仕方とそぐわない」

上記の根拠のうち、①は文理解釈によるものであり、「接見」についての東京高裁判決の立場を導く根拠として決定的なものではない。そうすると、東京高裁判決が挙げた根拠の中で重要なものは、根拠②③④⑤ということになる（もっとも、②及び⑤は同じ内容を述べているように読める）。しかし、各根拠に対しては、それぞれ疑問がある。

まず、根拠③は、要するに刑訴法39条1項が規定された当時、写真撮影が想定されていなかったというもので、立法者意思を重視するものである。

しかし、この根拠を推し進めると、例えばDNA鑑定のように立法当初想定されていなかったような科学的な鑑定手法を用いることも認められない可能性が出てくることになってしまい、現在の運用に反する事態が生じる¹⁷。このように考えると、根拠③は立法者意思に拘束され過ぎており、「接見」についての東京高裁判決の立場を導く根拠として決定的なものではない。

次に、根拠④は最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁の読み方に関するもので、要するに同判決は刑訴法39条1項の接見交通権が憲法の保障に由来すると説示したが、それ以上に「接見」の意義を明らかにしたものではないというものである。確かに、同判決は「接見」とはこういうものである、といった形での判示はしていない。しかし、一審原告が主張するとおり、最高裁は弁護人からの援助の内容として「相談し、その助言を受けるなど〔傍点は執筆者による〕」と述べており、「相談」や「助言」といった会話による意思疎通以外のものを許容する余地があるように読むのが素直である。このように考えると、東京高裁判決のように、「接見」の意義を「会話による面接を通じて意思の疎通を図り、援助を受けること」に限定する必然性はない。根拠④は、「接見」についての東京高裁判決の立場を導く根拠として決定的なものではない¹⁸。

最後に、根拠②及び⑤は「接見」と「書類若しくは物の授受」との関係に関するもので、要するに「接見」の中に情報発信・取得としてのコミュニケーションまで含めると、「書類若しくは物の授受」との区別がつかなくなる、というものである。この根拠の背景には、被告人の容貌を写真撮影することは撮影時における被告人の状態という情報を発信・取得することに該当するところ、情報の発信・取得は文言上の「書類若しくは物の授受」の場合に限られるという考え方があるように思われる。このような考え方が存在したため、「接見」に一審原告の主張するような情報の発信・取得が含まれるとすると「書類若しくは物の授受」との区別ができず、法が両者を

¹⁷ 後藤・前掲注(10) 25頁。

¹⁸ なお、大坪・前掲注(11) 250頁以下は、最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁が「相談し、その助言を受けるなど〔傍点は執筆者による〕」と判示した意味について何も述べていない。

区別して規定した意味を失わせることになる」と判断したのではないだろうか。そして、上記のような考え方が存在したため、弁護人と被疑者・被告人間で物の移転があるわけではない写真撮影を「書類若しくは物の授受」に準じて考える¹⁹、という判断もできなかったように思われる。しかし、本判決のように考えない限り「接見」と「書類若しくは物の授受」を区別できないものではなく、文字どおりの「物」の移転以外の手段による情報の発信・取得を「接見」の内容と考えることで、両者を区別する余地は残っている。このように考えると、根拠④も、「接見」についての東京高裁判決の立場を導く根拠として決定的なものではない。

以上から、東京高裁判決が「接見」の意義を会話による意思疎通に限定して考えた根拠は、いずれも決定的なものとはいえない。

(3) 福岡地小倉支判平成27年2月26日判時2276号15頁²⁰

ア 事案の概要

弁護人Bは、道路交通法違反、窃盗、覚せい剤取締法違反の各罪により起訴された被告人Aの国選弁護人を務めていた。平成24年2月29日、Bは、小倉拘置支所に収容されていたAから「至急、昼から面会願います。ケガされた事。」等と記載された電報を受け取り、同拘置支所に赴いた。Bは、弁護人待合室に入り、所持していたデジタルカメラ機能付き携帯電話を弁護人待合室内のロッカーに入れて施錠し、その鍵を持って面会室に向かった。なお、弁護人待合室の壁には、「弁護士の方へお願い」と題する同拘置支所長名義の文書が掲示されており、同文書には「次のことについて、お手数ながら御了承の上、協力方お願いします。」「八 面会室にカメラ・ビデオカメラ・携帯電話その他通信・撮影機器を持ち込まないでください。」「十 刑事施設の規律及び秩序を害する行為が認められた場合は、刑事収容施設法第百七十七条により面会を一時停止することがあります。」等と記

¹⁹ 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法第1巻〔第3版〕』（立花書房、2011年）460頁〔植村立郎〕。

²⁰ 本判決に対する評釈として、橋口・前掲注（16）がある。また、本判決が出る前の時期に、当事者の主張を整理して紹介したものとして、安元隆治「拘置所接見室内での写真撮影の可否をめぐる田邊国賠」季刊刑事弁護75号（2013年）128頁以下がある。

載されていた。

接見の際、BはAから、同拘置支所の職員から暴行を受けて右頬を負傷した旨を聞くと共に、Aの右頬に擦過傷が存在するのを認めた。Bは、Aに対する同拘置支所職員の特別公務員暴行陵虐罪の証拠又はAが職員を蹴ったとの事実で起訴された場合における正当防衛等の主張を裏付ける証拠とする必要があると考えたことから、一旦弁護士待合室へ戻り、持参していたデジタルカメラ機能付き携帯電話をロッカーから取り出し、再度面会室に入り、Aの上半身を1枚写真撮影した。

同拘置支所職員K₁は、BがAを写真撮影したのを見つけ、面会室内に入り、撮影した画像を消去するよう求めた。しかし、Bはその求めに応じず、逆にK₁に対してAとの接見を続ける必要がある旨を述べて面会室からの退出を求めたため、K₁は面会室から退出した。

BがAとの接見を終えて弁護士待合室に戻ると、同拘置支所職員K₂・K₃が弁護士待合室を訪れ、撮影した画像を消去するよう繰り返し求めた。Bは応じられない旨を述べ、K₂らとのやり取りは約30分間に及んだが、K₂らの態度が変わらないと考え、不承不承画像を消去し弁護士待合室を退出した。

なお、少なくともBが面会室を退出してから同拘置支所建物を退出するまでの間、弁護士待合室への出入口には南京錠で施錠がされており、Bは同拘置支所から退出する際、出入口が南京錠で施錠されていたことに初めて気が付いた。

後に福岡地検小倉支部は検察事務官を同拘置支所に派遣し、Aの容貌の写真撮影を行った。撮影された写真を添付した報告書については、後にBに開示され、Aに係る被告事件において証拠として取り調べられた。

Bは、撮影した画像の消去を強要される等して接見交通権を侵害された等と主張して、国家賠償請求訴訟を提起した。

イ 判旨

「原告の本件面会室内における写真撮影行為については、Aの擦過傷の状態を証拠として保全する目的でされたものであると認められる。原告としては、Aの申立てを前提とする限り刑事施設内において同職員から暴行を受けたということを聞き及んだものであるから、このような事案の性質上、原告がAからの求めに応えるべく本件面会時にその容ぼうを撮影する

行為に及んだこと自体については、弁護活動の一つとして一定の理解ができないわけではない。しかし、前記のとおり、**接見交通権**は、被疑者等が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど**弁護人等から援助を受ける機会を確保する**という**弁護人等と被疑者等との意思疎通を確保するために認められたものである**と解されるところ、刑事施設内の面会室において**証拠を保全する目的で写真撮影を行うことは、弁護人等と被疑者等との間で行われる意思疎通には当たらず、また、これを補助するものとみること**もできないから、接見交通権の保障の範囲に含まれると解することはできない〔フォント変更は執筆者による〕。

ウ 検討

福岡地裁小倉支部判決は、接見交通権について、あくまで「弁護人等と被疑者等との意思疎通を確保するために認められたもの」という理解に基づいて判断している。そうすると、この判示部分については東京地裁判決及び東京高裁判決と同様の立場に立っているといえる。そして、「接見」の内容について「意思疎通」を基本とする理由は明らかではない。もっとも、福岡地裁小倉支部判決は、上記判示に続けて、「「刑事施設内の面会室において証拠を保全する目的で写真撮影を行うことは、弁護人等と被疑者等との間で行われる意思疎通には当たらず、また、これを補助するものとみること」もできない」と判示している。そうすると、「接見」の概念の中には、意思疎通そのものに加えて、意思疎通を補助するものというカテゴリーが含まれることになる。この意思疎通を補助するものというカテゴリーの中に、具体的に何が含まれるのかについては明らかではないが、情報の記録化のための行為といった限定を付していないことから、東京高裁判決よりはいくらか「接見」の範囲を広く捉える趣旨を含んでいるのかもしれない。

3 証拠保全目的であることが、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かの判断に影響を与えるか

(1) 東京地判平成26年11月7日判タ1409号306頁

ア 判旨

「2(1)イ判旨」で紹介したとおり、東京地裁判決は「証拠保全を主な目的」とする「写真撮影行為については、接見交通権に含まれるものとして保障されているとはいえない。この様に解したとしても、原告としては、

刑訴法179条に定める証拠保全を行えば足りる」と判示した。

イ 検討

東京地裁判決によれば、刑訴法179条に証拠保全制度が定められている現行刑訴法下においては、「証拠保全を主な目的」として行われる写真撮影について接見交通権の保障範囲内とされる余地はないことになる。もっとも、本判決は、「2（1）イ 判旨」で紹介したように、別の所で「専ら証拠保全として行われた写真撮影行為は、『接見』に含まれると解することはできない。」とも述べている。いずれが本判決の意図とするとところかは定かではないが、本判決の立場によっても、備忘目的と証拠保全目的とが併存した上で備忘目的が主である場合及び専ら備忘目的である場合には、写真撮影が接見交通権の保障範囲内とされる余地があることになる。

（2）東京高判平成27年7月9日判時2280号16頁

ア 判旨

「一審原告は、写真撮影等が、メモと同じく、情報の記録化のための行為である以上、刑訴法39条1項の『接見』に含まれる旨主張する。

しかし、情報の記録化のための行為であれば、当然に『接見』に含まれると解することはできない。

もっとも、弁護人が被疑者・被告人との接見（面会）の接見内容を備忘のために残すことは、その後の円滑な弁護活動のために必要なことが多いから、メモのように弁護人の接見交通権の保障の範囲内として認められるべきものもあるといえる。しかしながら、上記のとおり、情報の記録化のための行為であれば、当然には接見の内容に含まれるものではないから、**メモ以外の情報の記録化のための行為が許されるか否かは、記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮して検討されるべきものである。**

本件において、一審原告は、本件撮影行為の意義として、『Aの心身の状態を理由とする勾留執行停止の申請、責任能力の主張立証、情状事実の主張立証等の弁護活動に向けて』接見室内でAの容貌姿態の撮影を行っている、本件撮影行為は、接見室内における弁護人と『被疑者・被告人』との間の『意思疎通及び情報発信・取得』としてのコミュニケーションであり、憲法で保障された弁護活動の自由が及ぶ弁護活動そのものであると主張するものであるが、写真撮影等が弁護活動に必要なコミュニケーションとし

て保障されるものではないことは前説示のとおりである。また、本件撮影行為がAとの面会の内容を備忘するために行われたのでもなく、証拠保全として行われたものであると認めができるところ、上記のような接見交通権が規定された趣旨に鑑みれば、将来公判等において使用すべき証拠をあらかじめ収集して保持しておくという証拠保全の目的は、接見交通権に含まれるものとして保障されているとはいえず、この様に解したとしても、一審原告としては、**刑法179条に定める証拠保全を行えば足りる**のであり、弁護活動を不当に制約することにはならない。

したがって、一審原告の上記主張は採用することができない〔フォント変更は執筆者による〕。

イ 検討

本判決は、まず、備忘目的でメモを取ることが接見交通権の保障範囲内として認められるものとする。

次に、本判決は、メモ以外の情報の記録化のための行為が許されるか否かについて、「記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮」という判断基準を示した。この判断基準によれば、「記録化の目的」は考慮事情の1つに過ぎず、仮に証拠保全目的であっても一定の場合に写真撮影が認められる余地があるようにも読める。ところが、本判決はその後の当てはめ段階において、本件の写真撮影行為が接見内容の備忘目的で行われたのではなく証拠保全目的で行われたと認定した上で、「将来公判等において使用すべき証拠をあらかじめ収集して保持しておくという証拠保全の目的」での写真撮影は、接見交通権の保障範囲外であるとした。そして、その根拠として、①「被告人が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられた」という接見交通権の趣旨、②「刑法179条に定める証拠保全を行えば足りるのであり、弁護活動を不当に制約することにはならない」という2点を挙げている。

本判決は、原審と異なり、専ら証拠保全目的（あるいは、証拠保全を主な目的）であるとまでは述べていないから、例え備忘目的が併存している場合であっても、証拠保全目的が主たる目的であるか否かを問わず、写真撮影を接見交通権の保障範囲外とするようにも読める。しかし、本件の弁護人が行った写真撮影は、本判決も認定するとおり、「Aの心身の状態を

理由とする勾留執行停止の申請、責任能力の主張立証、情状事実の主張立証等の弁護活動に向け」たものという専ら証拠保全目的（あるいは、証拠保全を主な目的といえるもの）であった。そうすると、本判決の立場によっても、原審と同様に、備忘目的と証拠保全目的とが併存した上で備忘目的が主である場合及び専ら備忘目的である場合には、写真撮影が接見交通権の保障範囲内とされる余地があることになる。ただし、「記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮」という限定がかかる。

次に、本判決が証拠保全目的の写真撮影を接見交通権の保障範囲外とした根拠について検討する。根拠①は「被告人が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられた」という接見交通権の趣旨であった。しかし、「2(2)イ 検討」で述べたとおり、本判決の最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁の捉え方に疑問がある。次に、根拠②は「刑訴法179条に定める証拠保全を行えば足りるのであり、弁護活動を不当に制約することにはならない」というものであった。しかし、第1に、証拠保全制度（刑訴法179条）が存在することは、その利用を強制されることを意味せず、任意手段による証拠保全を妨げる理由にはならない²¹。第2に、根拠②はいわば証拠保全制度利用を強制するものであるが、その証拠保全制度には期間の問題がある。すなわち、証拠保全を行う際には、検察官に立会権があるため通知が必要（刑訴法179条2項、113条、142条、157条）となるが、検察官の予定が合わない場合には手続きが進まないことになる。また、取調べの際に暴行を受けた痕がある場合等、証拠保全制度の利用を待てない場合があることも指摘されている²²。このように考えると、根拠②には疑問がある。以上から、本判決が証拠保全目的の写真撮影を接見交通権の保障範囲外とした判断には、決定的な根拠が無く、また弁護活動の実態に合わない点で賛同できな

²¹ 後藤・前掲注(10) 26頁等。

²² 現在の証拠保全手続きでは、実施までに相当の時間を要するため、証拠を的確に確保しえないとするものとして、横井・前掲注(16) 91頁等。反対に、証拠保全手続きを取ってもそれほど長い時間や膨大な手間が掛かるものではないとするものとして、橋口・前掲注(16) 90頁等。

い。

(3) 福岡地小倉支判平成27年2月26日判時2276号15頁

2(3)で述べたとおり、福岡地裁小倉支部判決は、接見交通権の意義について「接見交通権は、被疑者等が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保するという弁護人等と被疑者等との意思疎通を確保するために認められたもの」と解した上で、「証拠を保全する目的で写真撮影を行うことは、弁護人等と被疑者等との間で行われる意思疎通には当たらず、また、これを補助するものとみることできない」と判示した。東京高裁判決のように、メモ以外の情報の記録化のための行為が許されるか否かの判断基準（「記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮」）を用いて検討することはなく、また、東京地裁判決のような「専ら」「主な目的」といった表現を用いずに、単に証拠保全目的の写真撮影を接見交通権の保障範囲外とした。これらの点を強調するならば、福岡地裁小倉支部判決は、証拠保全目的と証拠保全以外の目的が併存した写真撮影であっても接見交通権の保障範囲外と考えていると読む余地もあるように思われる。

第4 おわりに

1 現在の裁判所の態度

(1) 「接見」(刑訴法39条1項)の意義

本論文で取り上げた3つの裁判例は、「接見」(刑訴法39条1項)の意義について意思疎通を基本とし、情報発信・取得によるコミュニケーション²³は含まれないと考えているようである。もっとも、そのように考える理由については、明らかでないか、決定的な理由が挙げられていない。

²³「接見」の意義について、意思疎通に限定されず情報の発信・取得をいうとする見解として、葛野尋之『未決拘禁法と人権』（現代人文社、2012年）360頁以下、361頁、同「接見にさいしての弁護人の写真撮影をめぐる法的問題（1）」一橋法学15巻2号（2016年）69頁以下、81頁、横井・前掲注（16）90頁等。これらの見解は、現在の接見実務において、単なる面会や意思疎通を超える弁護活動が行われている点を指摘する。

(2) 証拠保全目的であることが写真撮影を接見交通権の保障範囲に含めるか否かの判断に影響を与えるか

本論文で取り上げた3つの裁判例は、いずれも、証拠保全目的であることが、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かの判断に影響を与えることを認めている。もっとも、証拠保全目的の写真撮影であれば全て認められないとまでは考えていないように読める裁判例も存在する。例えば、「第3 3 (2) イ検討」で述べた東京高裁判決は、メモ以外の情報の記録化のための行為が許されるか否かについての判断基準として、「記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮」する旨を示し、接見の際に行われる写真撮影のうち、証拠保全目的のものは接見交通権の保障範囲外であると判示したものの、備忘目的と証拠保全目的とが併存した上で備忘目的が主である場合及び専ら備忘目的である場合には、写真撮影が接見交通権の保障範囲内とされる余地があることになる（ただし、東京高裁判決の立場によれば「記録化の目的及び必要性、その態様の相当性、立会人なくして行えることからくる危険性等の諸事情を考慮」という限定がかかる）。

2 今後の検討

本論文は、接見の際の写真撮影に接見交通権の保障が及ぶか否かが争点となった裁判例を取り上げ、「接見」(刑訴法39条1項)の意義に関する部分を中心に検討したものである。裁判例の中には、接見交通権を制限する「法令」(同法39条22項)上の根拠として、「刑事施設の規律及び秩序を害する行為」(刑事収容施設法117条、同法113条1項1号ロ)に該当するか否か等が争われたものもあり、また学説の検討を十分に出来ていない所もあるが、これらの点については今後の検討課題としたい。

フランスの企業倒産手続における 経営者責任（２・完）

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、67巻5号)

第二章 現行法における経営者倒産責任

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

おわりに

(以上、本号)

第二章 現行法における経営者倒産責任

現行フランス商法典は、第6巻第5編第1章において、積極財産不足の責任、個人破産の制裁とその他の禁止措置、及び破産罪とその隣接犯罪を定めている。

これらの責任と制裁は、各々の性質によって、それぞれ被害填補、又は一般予防の機能が認められ、責任ごとにその作動するメカニズムも異なっている。本章では、学説の位置づけにしたがって、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に分類した上で、それぞれ責任制度の全体構造、及びその手続上の特色と実務上の運用について紹介する。

第一節 財産上の責任

一 財産上の責任の一般論

1. 責任の性質と機能

財産上の責任〔responsabilité patrimoniale〕とは、講学上の概念であり、経営者の個人財産に直接に課されるサンクションをいう。倒産手続が開始された会社の財産が不足している場合、債権者の正当な利益を侵害されており、経営者の財産上の責任が認められると、裁判所は判決によって、経営者が個人財産で会社財産の不足部分を補完することを命じることになる。そのため、この責任は、経営者の過失に対するサンクションの機能〔fonction sanctionnatrice〕、及び倒産会社の弁済原資を増殖する財政上の機能〔fonction de financement〕を有する⁹⁸。財産上の責任は、実務上、金銭的なサンクション〔sanctions pécuniaires〕とも称されている。

財産上の責任は、その適用範囲から以下の二種類がある。すなわち、①裁判上の清算手続において、経営者の過失行為が、会社の積極財産の不足に寄与した場合の、積極財産不足の責任〔responsabilité pour insuffisance d'actif〕（後述二）、②裁判上の更生手続において、経営者の経営上の過失が法人の支払停止に寄与した場合の、「支払停止の寄与責任〔responsabilité pour contribution à la cessation des paiements〕」（後述三）である。

前者は、2005年以降の倒産手続における財産上の責任の中心的地位を占めるものとなっている。後者は、裁判上の清算手続以外に、経営者の倒産責任制度の空白を埋め合わせるために、裁判上の更生手続のみ（商法典 L.631-10-1条。以下、条数のみ記載する場合には、現行フランス商法典の条文番号を意味する）に適用できる責任訴権〔action en responsabilité〕である。

2. 責任の対象

（1）法律上の経営者

A. 定義と特徴

法律上の経営者とは、法人の定款に従って会社を管理する職務を有しており、且つ法人を代表している者である。すなわち、法律上の経営者と認められるた

⁹⁸ Saintourens(Bernard) et Saint-Pau (Jean-Christophe), *La responsabilité du chef de l'entreprise en difficulté*, Cujas, 2013, p. 31.

めに、法人に対する①管理する権限〔pouvoir de gestion〕と、②法人を代表する権限〔pouvoir de représentation〕を同時に有しなければならない。ただし、代表取締役を選任した株主総会の決議に瑕疵があることは、経営者が倒産責任を負わない理由にならない⁹⁹。法律上の経営者とは、具体的には、取締役会の議長〔PCA: président du conseil d'administration〕又は合名会社〔SNC: société en nom collectif〕の取締役などを指している。その他、財産上の責任はこれらの最高経営責任者の補佐人〔adjoints〕又はそれが法人である場合、その代表者にも適用できる。ただし、専門的な職務を執行する者を除くので、技術開発の責任者〔directeur technique〕などはその範囲に含まれない。

B. 退任した会社経営者の責任

実務上、倒産手続が開始された日に経営者が退任していた場合でも、支払停止状態が在任中の行為によって引き起こされた場合には、たとえ退任した時点で、支払停止状態になっていないとしても、その経営者に責任を負わせることができる¹⁰⁰。裁判所は経営者の管理行為が支払停止をもたらしたことを認定した以上、経営者の退任が公示されるかどうかは責任追及に大きな影響を与えない¹⁰¹。なぜなら、その職務停止に関する法定公示〔publicités légales〕の有無は、対第三者関係で対抗要件にすぎないため、公示の欠如は会社財産の不足に対する責任を阻却する理由にならないからである。

C. 法人経営者

フランスでは、法人も経営者となること〔personnes morales dirigeantes〕が認められている¹⁰²。L.651-1条は、経営者が法人である場合、当該経営者の財

⁹⁹ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.13, p. 2417.

佐藤・前掲注(3) 76頁が、同じ内容について言及している。

¹⁰⁰ Cass. com. 27 févr. 2007, n°05-20038, Non publié au bulletin (NP).

Cass. com. 14 oct. 2008, n°07-19000, NP.

¹⁰¹ なお、1967法と1985年法の下における経営者の退任に関する内容について、佐藤・前掲注(3) 76頁参照。

近時の判例について、Cass. com., 14 oct. 2008, n°07-19.000, JurisData n°2008-045428. Dr. Société 2008, p.19. note Legros. が挙げられる。

¹⁰² LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.14, p. 2418. フランスでは、1966年7月24日の法律第91条により、法人は経営業務の責任者となることが認められている。

産上の責任を、当該法人の常任代表者〔représentant permanent〕¹⁰³に課している。その他、公法上の法人も経営者となることが考えられる。たとえば、市町村〔commune〕¹⁰⁴や政府〔État〕¹⁰⁵が経営者となる場合である。

（2）事実上の経営者

A. 定義と特徴

事実上の経営者とは、直接に又は介在人〔personne interposée〕¹⁰⁶を通して、積極的に会社の経済活動を行う者、又は法人の取締役会から独立している機構で、法人の法定代理人〔représentants légaux〕の代わりに経営を行う者である。事実上の経営者として認定するには、①積極的な指揮行為〔actes positifs de direction〕を行った者であり、②その指揮行為が独立性〔indépendance〕を有することという二つの要件を同時に満たさなければならない¹⁰⁷。

B. 親会社が子会社の経営を支配している場合

親会社が子会社の経営活動など重要事項を指揮・決定する場合、または子会社の株式を所有することで、自ら経営者を派遣した場合、そのような親会社が子会社の事実上の経営者となるか否かが問題になる。特に、最近、親会社が外国企業であり、破産した子会社の環境責任などを怠る事件が、フランスで注目されている¹⁰⁸。

¹⁰³ フランス会社法における常任代表者制度は、商社会社に関する1966年7月24日の法律第66-537号（Loi n°66-537 du 24 juillet 1966, sur le société commerciales）によって創設されたものである。「法人は取締役として選任される場合、常任代表者を指名しなければならない。常任代表者は自己の名において取締役である場合と同一の条件および義務に従い、同一の民事責任及び刑事責任を負う。ただし、この者が代表する法人の連帯責任を妨げない」。これは、日本法における代表取締役の代表権から生じる第三者に対する損害賠償責任（日本会社法350条）と比べると、相違点が若干存在している。フランスの常任代表者制度について、奥島・前掲注（3）97-131頁。

¹⁰⁴ T. confl. 2 juill. 1984, D. 1984. 545, note. Derrida.

¹⁰⁵ Cass. com. 16 févr. 1993, n°90-18389. D.1981, obs. Vasseur.

¹⁰⁶ 山口・前掲注（3）303頁参照。

¹⁰⁷ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.21, p. 2419. 具体的に、どんな者が事実上の経営者として認められるかについて、判例ごとに、裁判所は事実と裁量によって判断する。

¹⁰⁸ 2003年3月のMétaleurop Nord社の清算事件〔L'affaire de la liquidation de

実務上、親会社の事実上の経営管理行為は、介在会社〔société interposée〕¹⁰⁹または持株会社〔holding〕の子会社に対する干渉行為の存在によって認証される。ただ単に子会社の99%の持分を持っている事実だけでは、事実上の経営者であると認めるのはたりないという裁判例がある¹¹⁰。しかし、これに対して、子会社が、なんらの自主的な経営権限もなく、全て親会社によってコントロールされている場合、親会社が事実上の経営者であることが認められる¹¹¹。

C. 有限責任個人事業主

有限責任個人事業主はその企業の経営者として擬制〔assimilation〕できるため、有限責任個人事業主に経営者責任を課すことができる。有限責任事業主の財産は、充当資産〔patrimoine d'affection〕¹¹²の制度によって充当財産（事業財産）

Métaleurop Nord〕は、多くの議論を引き起こした。事件の始末を簡単に説明すると、Métaleurop Nordは非鉄金属の取扱いをする会社であるとともに、スイスにあるその親会社は子会社の倒産事件の後に、子会社の土壤汚染などの問題を無視していた。大審院は、Métaleurop Nord社の清算人が主張した親会社に対する「手続の拡張」（2005年前の民事責任訴権について、前述第1章第2節参照）の請求を棄却した後に、破毀院は、事実上の経営者とみなされる親会社に対する責任訴権を認めた。この裁判例において、破毀院は、積極財産不足の責任における事実上の経営者の理論に基づき、土壤汚染の責任を追及する突破口を開いたと思われる（破毀院判決：Cass. com., 19 nov. 2013, n°12-28367, NP.）。立法者は、その責任訴権をここにいう「財産上の責任訴権」に統合しようとしていたが、以下の二点で経営者の財産上の責任と異なっているので、批判されている。すなわち、①この責任の目的は債権者への弁済ではなく、環境責任の負担を親会社に課すことにある。②責任の制裁対象は一般の経営者ではなく、筆頭株主など実子会社を指揮権のある親会社である。LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°925.09, p. 2515.

¹⁰⁹ フランス語の〔interposer〕は、人の介在を意味している。山口・前掲注（3）303頁参照。したがって、「介在会社〔société interposée〕」とは、他の会社の経営・管理に介在又はそれを代行する〔intérimaire〕会社である。

¹¹⁰ Cass. com. 2 nov. 2005, n°02-15895, NP.

¹¹¹ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.21, p. 2421-2422.

¹¹² 訳は、モンセリエ＝ボン（片山訳）・前掲注（8）65頁以下参照。マリーエレーヌ・モンセリエ＝ボン（荻野奈緒＝斎藤由起訳）「目的充当資産—フランス法における大きな革新—」阪大法学第65巻2号（2015年）では、同制度を「目的充当資産」と訳す。簡単に言えば、充当資産の制度は、特に有限責任個人事業主などの場

と非充当財産（個人財産）に分離される。しかし、債権者に弁済できる充当資産に不足がある場合、裁判上の清算手続が開始される前に、この充当資産の不足に有限責任個人事業主の過失が認められた場合、裁判所は、その非充当資産によって債務の全部又は一部を負担することを命じることができる¹¹³。

3. 手続上の問題

（１）管轄

倒産手続の管轄集中原則〔principe de concentration du contentieux des procédures collectives〕により、積極財産不足の責任訴権の管轄権は、倒産手続の開始決定を言い渡した裁判所に属する（R.662-3条）。もっとも、会社の倒産手続の前に、会社経営者に対する個人名義の倒産手続が既に開始されていた場合、管轄権は、係属中の個人の倒産手続が係属している裁判所に属する¹¹⁴。

法律上の経営者と事実上の経営者の区別を必要とするとき、倒産手続の開始を言い渡した裁判所のみが「事実上の経営管理行為」を認定する権限を有する。

債務者が私法人であるが、地方公共団体〔collectivités territoriales〕又は市町村などの公法人によって経営・管理されている法人である場合、その経営者の責任に関する訴えの管轄権は司法裁判機関〔ordre judiciaire〕と行政裁判機関〔judiciaire administrative〕のどちらに付与するのかについては、一般的に、権限裁判所〔tribunal des conflits〕がその公法人の行為の性質によって判断する¹¹⁵。

合、会社の事業資産と企業主〔chef d'entreprise〕の個人資産を分離することを意味している。倒産手続が開始されたときは、本文で述べた行為がない限り、原則として、充当資産のみによって破産債権を弁済することになる。

¹¹³ モンセリエ＝ボン（片山訳）・前掲注（8）80頁。モンセリエ＝ボン（荻野＝斎藤訳）・前掲注（117）653-654頁。

¹¹⁴ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.34, p. 2433.

¹¹⁵ 基本的には、法律に明文の規定がある場合、権限裁判所はそれに従って判断する。その他に、破産院の意見によると、①公法人〔Établissement public〕が会社又は社団を管理するとき、その行為の性質が工業・商業の特徴〔caractère industriel et commercial〕を有する場合、②その業務資金を自ら調達した場合、③公法人が混合経済会社（地方公共団体一般法典〔Code général des collectivités territoriales〕L.1524-5条）を管理する事実上の経営者とみなされる場合など、司法裁判機関に管轄権がある。それに対して、公法人が運営している会社又は社団は、社会公共福祉手当などによってサポートされている場合、

(2) 申立権者

現行法では、積極財産不足の責任訴権の申立権者は、原則として清算人〔liquidateur〕と検察官のみである（L.651-3条1項）¹¹⁶。清算人の不作為がある場合、債権者の多数決によって選定された監査委員〔contrôleurs〕に訴訟を提起する権利がある（L.651-3条2項）¹¹⁷。新たな支払停止の寄与責任訴権は特別な制度であり、その係属は、司法管財人・企業清算人の請求がある場合、裁判所所長の職権によって決められる。

また、裁判所の職権による積極財産不足の責任訴訟の係属は廃止された。その理由は、人権保護と手続の公平性を考慮するEU人権条約〔CEDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme〕第1節第6条に所定の「公平な裁判を受ける権利の保護」に照らして、不適切であるからということにある¹¹⁸。しかしながら、この点について、会社の経営者自身が、早期に倒産手続

または、経営者の過失行為には公共サービス事業のために行われたところから明らかである場合、経営者責任訴権の管轄は行政裁判機関に与えられる。LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°921.35, p. 2434-2435.

¹¹⁶ フランスでは、再建型倒産手続（企業救済手続または裁判上の更生手続）において、企業清算人〔mandataire judiciaire〕の選任は強制的である。これに対して、司法管財人〔administrateur judiciaire〕の選任は、被用者20人以上、かつ年間売上高（CA : chiffre d'affaire）は3,000,000ユーロを上回る会社の再建型倒産手続にのみ強制的ではあり、その以外の場合、任意的である（L.621-4条第3項4項、L.631-9条1項、R.621-11条）。再建型倒産手続から裁判上の清算手続に移行する場合、企業清算人〔mandataire judiciaire〕は自動的に清算人〔liquidateur〕になることもあり得るが、裁判所は企業清算人以外の者を清算人として選任することも可能である。現行法の下で、積極財産不足の責任は裁判上の清算手続にのみ請求される。それゆえ、その責任訴権の申立人は清算人および検察官と限定される。

¹¹⁷ 具体的には、催告があるにもかかわらず、コンセイユ・デタのデクレに定める期間および条件の下で、清算人が同条に定める訴権を提起しない場合、債権者の過半数の同意によって選定された監査委員も裁判所に申立てをすることができる。

¹¹⁸ Rapport n°335 par Jean-Jacques HYEST, doc. Sénat. au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, de

の申立てをしなかった場合であっても、裁判官は財産上の責任訴訟の係属を決断することができないため、その廃止は不合理であるとしばしば指摘されている¹¹⁹。

（3）時効

財産上の責任訴権の時効は3年であり、責任に関わる事実の発生時からではなく、裁判上の清算手続の開始された時点から起算される（L.651-2条3項、2008年オルドナンス131条）。たとえ当事者が清算手続の開始決定に不服を述べたとしても裁判上の清算手続の開始日から起算する。

責任の対象となる経営者が数人である場合、これらの経営者の間で連帯責任が認められる場合を除き、経営者の倒産責任訴権の時効は経営者ごとに決められる。

（4）裁判所の裁量

会社の積極財産の不足をもたらした行為の主観的態様の程度（錯誤[erreur]、軽率[imprudence]¹²⁰又は法令違反[violation des règles légales]）¹²¹に基づいて、どの経営者に、会社債務についていかなる金額で責任を負わすか、及びいかなる期間内に責任を履行すべきか等についての判断は、裁判所の裁量に委ねられている¹²²。具体的には、積極財産の不足によって生じる損害の範囲及び責任の額を評価する場合、事実審の裁判官は、債務者たる会社の債務状況のみならず、経営者の財務状況も考慮に入れながら検討しうる。また、経営者が幾つかの会社債務に対して個人的な保証を提供している場合、その個人保証も一つの特別な要素として評価される¹²³。なお、破毀院は、会社の積極財産の不足を招致した幾つかの経営上の過失がある場合、それぞれの過失の程度を勘案した上で、

sauvegarde des entreprises (2005), p.53, p.455.

¹¹⁹ Rapp. Xavier de Roux, n°2095, p.411.

¹²⁰ 軽率[imprudence]は不法行為責任または刑事責任の発生原因ともなり、故意によらない非行[faute non-intentionnelle]の一種である。軽率は本人の故意性・率先的行為を前提としている点で「怠慢」[négligence]と区別されている。

¹²¹ Saintourens (B) et Saint-Pau (J.-C), *op.cit.*, p. 31-32.

¹²² 佐藤・前掲注（3）74頁。LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°922.41, p.2477.

¹²³ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°922.51, p. 2479.

フランスにおける過大な保証を防ぐための規制については、能登真規子「保証人の過大な責任—フランス保証法における比例原則」名古屋大学法政論集227巻371-395頁、大澤・前掲注（29）2号47-90 頁、3号25-73頁、が詳しい。

比例原則〔principe de proportionnalité〕¹²⁴に従って判断すべきであると指摘している。

二 積極財産不足の責任

1. 責任の特徴

積極財産不足の責任は、従来の填補責任と会社債務に対する責任の内容を引き継いだものである。その追及は、一般法上の責任〔responsabilité du droit commun〕より優先されている¹²⁵。しかし、破産院は、倒産手続が開始されても一般法上の責任追及が認められるいくつかの例外を設けた。具体的には、倒産法上の財産上の責任が認められない場合¹²⁶、手続開始後に行われたフォートに基礎づけられる場合¹²⁷、一般法上の責任による訴えは受理されうる。

積極財産の不足を理由とする経営者責任の訴えを設ける目的は二つある。一つは経営上の過失を犯した経営者への非難であり、もう一つは会社財産の補填である¹²⁸。倒産手続において、会社の元本とされている財産を確保する経済的・補償的な効用は、積極財産不足の責任を設ける最も重要な趣旨である。

2. 責任の構成要件

積極財産不足の責任は、L.651-2条1項に定められている。この実質的な要件は、従来の「填補責任」と「会社債務に対する責任」における責任推定の構造とは異なり、一般法上の責任の伝統的な構造に回帰する傾向を有する。

まず、要件の一つとして債務者たる企業の積極財産が会社債務を弁済するため不足している状態が明確でなければならない。この要件が欠けると、訴え

¹²⁴ Saintourens (B) et Saint-Pau (J.-C), *op.cit.*, p. 31. Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-21906, JurisData n°2009-050876. JCP G. 2010, N°6, 155 P.285, note, Roussel Galle.

¹²⁵ Gaël (Couturier), *Droit des sociétés et des entreprises en difficulté*, LGDJ 2013, n° 703,p.409-410.

Cass.com., 28 février 1995, D. 1995. I.R., p.84.

¹²⁶ 積極財産の不足が証明されない場合、会社法上の規定による請求が受理される事例が挙げられる。Cass.com., 28 mars 2000, JCP E 2000, chr.p.1566, obs. P.PETEL;Cass.com., 27 juin 2006 JCPE 2006. 2241, p.1433.

¹²⁷ Cass. com., 14 mars 2000. D. 2000, act. Jurispr.,p.187, obs. A.LIENHARD; JCP E 2000, p.1527, note D. Poracchia.

¹²⁸ Saintourens (B) et Saint-Pau (J.-C), *op.cit.*, p. 32.

は認められない。すなわち、終局判決で認定される責任の金額が、積極財産の不足分を超過しえないという限界がある以上、不足している状態が確かであることが必要である。なお、積極財産の不足は裁判上の清算手続の開始日を基準として確定される。ここで、注意を要するのは、倒産手続が開始される前に存在していた会社債務のみが考慮要素に入れられることである。ただし、貸金債務の場合は、倒産手続の開始後に発生したとしても、貸金債務の原因となる労働行為が倒産手続開始前に存在しているならば、ここでいう会社債務に算入できる。

また、経営上の過失となる行為について、商法典では詳しく定義されていないが、それは、事実審の裁判官によって、通常の経営者として期待される合理的な行為と比較しながら評価されるものである¹²⁹。実務上、これは広く解釈されており、単なる経営上の過失のみならず、管理・代理上の過失、無謀な決定、及び不当な融資又は過度な投資の行為なども含まれる。前述した会社債務と同様に、過失は倒産手続の開始決定が言い渡される前に存在していなければならない。なお、有限責任個人事業主〔EIRL〕の場合は、資産が充当されたときに、財産の混同行為、L526-6条2項に定められた法定充当資産の創出〔constitution〕¹³⁰に違反した場合、又はL526-13条に所定の経済活動の明示義務の不履行があれば、ここでいう経営上の過失を構成する（L621-2条3項）。

最後に、原告は経営者の経営上の過失が債務者たる会社の積極財産の不足に寄与したことを証明しなければならない。その証明が欠けている場合、請求は認められない¹³¹。これはいわゆる過失、損害〔préjudice〕と因果関係〔lien de causalité〕によって形成される実質上の構成要件と同じように見えるが、立法者は、「引き起こす〔causer〕」という法的因果関係を表す用語ではなく、「寄与〔contribuer〕」という表現を用い、法的因果関係より一層緩やかな制度を設ける。すなわち、経営上の過失が積極財産の不足をもたらした幾つかの原因の中の一つであると、因果関係を認容することができ、他の原因があっても当該因果関係の構成を阻却しない¹³²。これは、一般民法上の因果関係理論における「条

¹²⁹ Jacquemont (A) et Vabres (R), *op.cit.*, n°1123, p.655.

¹³⁰ 訳は、モンセリエ＝ボン（荻野＝斎藤訳）・前掲注（117）643頁参照。

¹³¹ Cass. com., 25 fév. 2004, n°01-11862. NP.

¹³² Cass.com., 11 oct. 2011, n°10-20423, NP; Cass.com., 21 Juin 2005, n°04-12087, D.

件等価説」[équivalence des conditions]¹³³である。

3. 認容判決の効果

(1) 責任財産の帰属

現行法は、債権者集団 [groupement de créanciers] には法人格がないとの理由で、判決によって被告の経営者が賠償する金銭を、債務者たる会社の財産 [patrimoine du débiteur] に帰属させるという従来の取扱いを維持している¹³⁴。そして、当該金額は債権者の間で、優先弁済の順位を問わずに、比例的に [au marc le franc] 配当すべきとされる (L.651-2条)。もっとも、2008年オルドナンスにより、L.651-2条3項において、「会社の経営者は、有責判決によって支払った資金の債権者分配に参加することができない」という内容が挿入された (したがって、2010年に責任の主体を有限責任個人事業主に拡張したことによって、積極財産不足の責任を負う有限責任個人事業主も、配当に参加できないことになっている)。

しかし、給付判決が言い渡された後に、その具体的な執行が実現しにくい事例が多く存在していた。そこで、2012年 Petroplus 法によって、会社の支払不能のリスクが顕在的 (évident) であり、且つ経営者が支払不能 (insolvabilité) の状態になるおそれがある場合に、保全措置の利用が認められることとなった。

(2) 責任の不履行に対する制裁

現行法では、有効な判決により所定の財産上の責任が加えられたにもかかわらず、その判決を履行しない経営者に対し、L.654-14条により、刑事制裁を科すことができる。また、裁判上の清算の言渡し判決から3年を経過してもなお、経営者が判決を履行しない場合、個人破産の制裁 [faillite personnelle] (後述

2005, AJ 1805, obs. Lienhard.

¹³³ フランス民法上の因果関係理論には、近因理論 [théorie de la proximité des causes]、条件等価説 [théorie de l'équivalence des conditions]、適切因果関係説 [théorie de la causalité adéquate]、及び因果関係の継続説 (La théorie de l'empreinte continue du mal) の四つがある。ここでいう「条件等価説」は、たとえある事実が主要な原因でないとしても、損害の結果をもたらした原因の一つであれば因果関係を認める。これは、いわゆる日本法における「条件説」と類似している。山口俊夫『概説フランス法 (下)』(東京大学出版会・2004年) 170-171頁参照。

¹³⁴ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°922.61, p. 2482-2483. 佐藤・前掲注 (3) 84-85頁。

本章第二節参照）を言い渡すことができる（L.653-6条）。

なお、経営者自身が債務の支払停止状態に陥った場合で¹³⁵、当該債務が職務上の債務〔*dette professionnelle*〕である場合、経営者は個人多重債務処理手続〔*procédure de surendettement*〕の申立てをすることができない¹³⁶。

三 支払停止の寄与責任

１．責任の特徴

裁判上の更生手続の中で、債務者たる会社の事実上又は法律上の経営者の過失〔*faute*〕が債務者の支払停止に寄与した場合には、司法管財人・企業清算人の申立てにより、裁判所所長がその経営者が所有している財産を勘案した上で、経営者の財産に保全措置を下すことができる。支払停止の寄与責任は、裁判所が保全措置によって経営者に追及する財産上の責任である（L.631-10-1条）。

原則として、支払停止の寄与責任の摘要は、裁判上の更生手続に限定されている。しかし、裁判上の更生計画が解除され、会社の支払停止状態が存続しており、裁判上の更生手続から清算手続へ移行する場合、裁判所所長〔*président du tribunal*〕は、経営者の財産に対して、適切な保全措置を維持することもできる（L.651-4条2項）。

２．責任の構成要件

（１）賠償されうる損害

支払停止の寄与責任訴権が裁判上の更生手続に限定される以上、裁判所が認容できる損害は更生計画の範囲内で認定されるべきである¹³⁷。そして、当該責

¹³⁵ Rapp. Xavier de Roux. n°2095, p.418.

¹³⁶ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°922.64, p. 2484.

自然人たる経営者にとっては、個人債務の蓄積によって、経営者が支払停止となった場合、個人多重債務処理手続を利用することができるが、その債務は必ず、職務上の債務以外の非職務上の債務でなければならない。なお、多重債務処理手続について、町村泰貴「フランス消費者倒産の実務（上）（中）（下）」商学討究47巻2・3号253頁以下、及び後藤巻則＝野澤正充＝町村泰貴＝柴崎暁「フランスの消費者信用法制」（クレジット研究・2002年）88頁以下参照。

¹³⁷ 山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会社・1986年）98頁以下参照。すなわち、企業がこうむる損害には、確実性、直接性、及び正当な保護法益を備えており、賠償されうる損害である。

任は、一般法上の責任理論と合致しているので、損害は賠償されうる損害で〔*préjuice réparable*〕なければならない¹³⁸。もっとも、実務上、その損害の確定について、不明確な点が多い。例えば、裁判所が更生計画を実施し、計画通りに弁済された場合、債務は消滅するが、その場合に、会社の支払停止をもたらした過失のある経営者が負担すべき責任の額は、どのように計算すべきかなどの問題については、いまだ決着が付いていない。

（２）支払停止に寄与した過失

ここでは、積極財産不足の責任における、「条件等価説」による因果関係の認定が同様に適用〔*mutatis mutandis*〕される。経営上の過失は、支払停止をもたらした主要な原因でなくても構わない。すなわち、支払停止となった原因の一部であっても、保全措置を利用するための要件を満たす。

支払停止の寄与責任は、一般法上の責任構造によるものではなく、独特〔*sui generis*〕の特徴を持つ。責任を申し立てた原告は、経営者の経営上の過失が債務者たる会社の支払停止に寄与したことを証明しなければならない。経営者の過失と支払停止との間、厳格な因果関係ではなく、積極財産不足の責任と同様に、その過失は支払停止に寄与した原因の一つであると言えれば、当該責任が認容される。

３．保全措置について手続上の取扱い

まず、2012年3月12日の法律第2012-346号（以下、「2012年法」という）¹³⁹4条1項は、保全措置の運用について規定した。すなわち、「財産に対する保全〔*conservation*〕または保管・占有〔*détention*〕のため費用が生じる場合、もしくは、財産の価値が下落する可能性がある場合、主任裁判官〔*juge-commissaire*〕は、司法管財人（選任された場合）・企業又は清算人に、決められた価値と条件によって財産譲渡の権限を付与することができる。また、財産譲渡によって得られた対価は、直ちに預金供託金庫にある預金帳簿及び供託金に算入される」（L.663-1-1条1項）。R.631-14-1条によって、保全措置の対象となる財産の範囲については、「原告が主張する損害賠償の金額を超えない」とされている。

¹³⁸ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°926.22, p. 2521.

¹³⁹ La loi du 12 mars 2012 n° 2012-346 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet.

また、2012年法4条2項は譲渡所得の用途を定めた。すなわち、「債務者の処分可能な財産が不十分である場合、財産所有の環境および会社責任を守ること確保するために、財産所有者の経営を管理する目的で、主任裁判官 [juge-commissaire] は、譲渡所得を、司法管財人・企業清算人、または清算人の報酬に充当すること [affectation] ができる。」¹⁴⁰。

しかし、支払停止の寄与責任を認容した判決の不履行に対して、どのようなサンクションを与えるべきであるか、保全措置の範囲など具体的な問題については、いまだ明らかになっていない。

4. 位置づけ

支払停止の寄与責任が、商法典の経営者の責任及び制裁と同じ箇所（商法典第6巻第5編）ではなく、商法典第6巻第3編（裁判上の更生）に設けられている。積極財産不足の責任と比べて、その目的は、債権者の損害を填補することではなく、主に手続に必要となる費用に充当するためである。この意味で、支払停止の寄与責任は、伝統的意味における実体法上の責任と峻別され、手続法上の責任として帰結されるだろう。なお、欧州人権裁判所 [CEDH] が作成した議定書 [protocole] の第1条にいう財産権 [droit de propriété] に関する基本原則を害するおそれがあることから、支払停止の寄与責任の正当性を批判する見解もある¹⁴¹。支払停止の寄与責任については、判例の蓄積にしたがって、さらに検討する余地があるといえよう。

第二節 職務上の責任

一 職務上の責任の一般論

1. 責任の性質と機能

L.653-1条が規定するのは、経済界から不良企業・商人（すなわち、無能な [incompétentes]・不誠実な [malhonnêtes] 商事主体）を排除することにより、

¹⁴⁰ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°926.33, p. 2523.

債務者が必要な財産を所有していない場合、財産の売却によって得られる資金を財産管理のための報酬に充当することは、受命裁判官によって授權されることができる。

¹⁴¹ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°926.33, p. 2524.

健全な商業環境を作り、債権者及び企業・商人を不良企業との取引にともなうリスクから保護するために設けられている職務上の制裁〔sanctions professionnelles〕である。それゆえ、職務上の制裁は、浄化・追放措置〔mesures d'assainissement et d'élimination〕とも呼ばれる¹⁴²。現行法では、個人破産の制裁〔faillite personnelle〕と経営禁止の制裁〔interdiction de gérer〕が「職務上の制裁」を構成している。これらの差異については、後述する。

職務上の制裁の法的性質は、一般の民事制裁でもなく、刑事制裁でもない。この制裁は、「失権〔déchéance〕」、経営の禁止などの手段を用いるため、制裁の方法と効果から見ると典型的な民事責任たる財産上の責任の違反に対する制裁ではないと考えられている¹⁴³。しかも、この制裁は、個人利益ではなく、集団的な職務上の利益保護と関連しているものであるから、民事制裁とするのは不適切である。他方、経営者が破産罪に問われた場合、公職、職業活動、または会社で勤務することが一切禁止されることとなる（L.654-5条）ことに鑑みると、職務上の制裁は刑事的な制裁と類似している。しかし、実務上、罪刑法定主義〔principe de la légalité des délits et des peines〕という重要な刑事原則の適用が認められないこともある¹⁴⁴。

なお、破産院商事部により、独自の構造・目的を有する職務上の責任は、刑事制裁ではなく、「公衆の利益〔intérêt public〕」を保障し、職務上の浄化という目的を実現する公共的な制裁措置と位置づけられている¹⁴⁵。また、フランスの倒産法に関する一般的な文献を参照すると、当該制裁を民事責任の一環の非金銭的な制裁として、金銭的な制裁と並べて紹介している例もたしかに存在するが、職務上の制裁と財産上の制裁、刑事制裁と並べて説明する例もみられる¹⁴⁶。

経営者に対する職務上の制裁は裁判上の更生・清算手続に適用される。それ

¹⁴² Pérochon (Françoise), *Entreprises en difficulté*, 10^e éd, LGDJ 2014, n° 1725, p.794.

¹⁴³ Matsopoulou (Haritini), *op.cit.*, p.104.

¹⁴⁴ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°911.11, p. 2361-2362.

¹⁴⁵ Cass. Com., 9 déc. 2006, pourvoi n°05-19088. Bull 2006 IV n° 259.

Cass. Com., 16 oct. 2007, pourvoi n°06-10805. Bull 2007 IV, n° 219.

¹⁴⁶ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, ; Jacquemont (A) et Vabres (R), *op.cit.*, ; Pérochon (F), *op.cit.*

に対して、企業救済手続は、支払停止になる手前で、企業債務者の債務を整理し、その再出発を目指しており¹⁴⁷、職務上の制裁を課すことは企業救済手続の趣旨と矛盾する。そのため、企業救済手続には、職務上の制裁は適用されない。

2. 制裁の対象

（1）自然人の債務者

現行法では、職務上の制裁が、自然人であるすべての商人、手工業者、農業者、または独立事業者〔professionnel indépendant〕¹⁴⁸に適用できるようになった¹⁴⁹。2008年オルドナンスは、L.653-1条1項1号に所定の独立事業者の登記要件を廃止し、「法的地位に服し、その名称が保護されている自由職を含む独立して事業活動を営むあらゆる自然人」と改正した。ただし、個人債務者が死亡した場合、職務上の制裁は適用されない。その理由は、死亡した人が商業行為から離れたため、制裁の必要がなくなったからというものである。

（2）経営者

法人の自然人たる法律上または事実上の経営者は、職務上の責任の制裁対象となっている。法律上の経営者と事実上の経営者の認定について、前述した財産上の責任と同様に処理する。経営者が法人である場合¹⁵⁰、職務上の制裁がその自然人たる常任代表者に課される。また、現行法では、実際に事業活動がない法人¹⁵¹であっても、経営者に個人破産又は経営禁止の制裁が課されうる。

ただし、L.653-3条の1項と L.653-5条に所定の帰責事由は、独立に職務を営み、その名で懲戒規則〔règles disciplinaires〕に服している自然人又は法人の経営者に適用されないとされている（L.653-1条1項）¹⁵²。

¹⁴⁷ Rapp. Xavier de Roux, n°2095, p.442 et 443.

¹⁴⁸ 訳について、モンセリエ＝ボン（片山訳）・前掲注（8）66頁参照。

¹⁴⁹ ここでいう独立事業者〔professionnel indépendant〕とは、自らの計算で労働する者である。山口・前掲注（3）283頁参照。

¹⁵⁰ フランスでは、企業の経営者は自然人ではなく、法人である場合も存在している。この内容について、本文第二章第一節2の（3）制裁の対象を参照。

¹⁵¹ 2005年法以前の法制の下では、個人破産又は経営禁止の制裁の対象は事業活動のある企業の経営者に限定されていた。この限定条件は、元老院法制審議会による修正で廃止された。

¹⁵² このただし書に所定の適用除外は、自然人の自由職事業者を指している。例えば、同様に自由職事業者であるが、診療所の医者は自由職の自然人であるた

(3) 有限責任個人事業主

L.653-3条の2項において、有限責任個人事業主に適用する個人破産の制裁の帰責事由が規定された。すなわち、①手続により示された責任財産に属する財産を、他の責任財産に充当帰属するものとして、処分したこと（同項1号）。②手続に示された経営活動の外見の下で、個人の陰謀を隠して、会社の利益を図ること以外の目的で取引行為を行ったこと（同項2号）。③手続により示された企業の財産または信用について、個人の目的のため、または自己が直接もしくは間接に利害関係を有する法人もしくは企業を利するために、当該企業の利益に反する使用を行ったこと（同項3号）、の三つである¹⁵³。

また、この制裁を免れるために、個人事業者は自らの勤勉な経営・管理〔gestion rigoureuse〕、充当資産の創出義務の遵守を証明しなければならないとされている。

3. 手続上の問題

(1) 管轄

原則として、民事・商事裁判所は職務上の制裁を言い渡すことができる。しかし、刑事制裁を科すことを前提とした上で、さらに職務上の制裁を付加的なサンクション〔sanction complémentaire〕として言い渡す場合、刑事裁判所も職務上の制裁を言い渡す権利を有する。

(2) 申立権者

個人破産と経営禁止という制裁は、2005年法以降、裁判所はもはや職権で開始することができなくなった。現行法の下で、職務上の制裁の申立権は、企業清算人、清算人又は検察官に属している。

従来、企業清算人が申立権を獲得するには、職務上の制裁を正当化できる事実を共和国検事又は主任裁判官に通知することが条件とされていた。現行法では、代わりに検察官に通知することが前提条件となり、この通知の手続は

め、但し書に所定の責任免除を適用できるが、商業登記をした薬局の経営者は、商人であるため、責任免除の対象とはならない。関連判例としては、CA Paris, 3e ch. A, 23 sept. 2008, JCP E 2008, 2436, n°10, note Cerati-Gauthier. が挙げられる。

¹⁵³ これらの要件は、それぞれ、日本会社法における取締役の帰責事由と類似的な特徴を有する。具体的には、①は「資本充実義務」、②は「法人格の否認」、③は「利益相反取引」と相当する。

L.653-8条に所定の経営禁止の制裁を申し立てる場合も同様である¹⁵⁴。

その他、積極財産不足の責任における取扱いと一致させるために、債務者が自由職事業者である場合を除き、申立権者の不作為があるときに、債権者委員会〔comité des créanciers〕¹⁵⁵で債権者の過半数の同意によって指名された監査委員〔créanciers contrôleurs〕にも申立権が認められている（L.622-1条2項）。しかし、上述した通り、監査委員の当該権利は、企業清算人の申立権の怠慢がある場合にのみ用いられるため、従属的な権利である。また、債務者会社からかけられる圧力を避け、債権者の集团的な利益を保障するために、少なくとも二人の監査委員を選任することとされている¹⁵⁶（2005年12月28日のデクレ324条、商法典 R.653-2条）。

（３）時効

2005年法は、個人破産及び経営禁止の制裁のための訴権の時効を積極財産不足の責任と同様に３年と定めた（L.653条2項）¹⁵⁷。手続が裁判上の更生手続又は企業救済手続から清算手続に移行した〔conversion〕場合、先行手続の終結裁判は後行手続の開始裁判と同義であると認識されており、時効は後行手続の開始の日から起算される。訴訟承継〔succession〕の場合、企業救済手続と更生清算手続との承継において、手続の開始裁判が二つ存在することとなるが、その場合は後の開始決定から時効を起算する¹⁵⁸。

¹⁵⁴ これが、2009年2月12日のデクレ第2009-160号（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）の111条によって規定される。

¹⁵⁵ フランスでは、債権者委員会〔comité des créanciers〕が、2005年法によって創設され、2008年オルドナンスでさらに改正が加えられた。債権者委員会については、杉本・前掲注（50）28頁において言及されている。

¹⁵⁶ LE CORRE (P.-M) *op.cit.*, n°911.31, p. 2366-2367.

¹⁵⁷ 佐藤＝町村・前掲注（28）の（2）413頁。Rapp. Xavier de Roux, n°2095, p.439. 1985年法188条では、裁判所は倒産手続中のいつでも個人破産の制裁を言い渡すことができると定める。責任訴権の時効は、2005年法の改正案においては、5年とされていたが、詐欺破産罪、積極財産不足の責任訴権、会社債務に対する責任訴権と一致させるために、最終的に、2005年法は3年と改正した。

¹⁵⁸ Rapp. Xavier de Roux, n°2095, p.425 et 426.

(4) 制裁期間

L.653-11条1項では、従来の最低5年という期間が廃止され、職務上の制裁期間が、上限15年に限定されている。この背景として、一方では、憲法解釈に整合させて、刑事罰の個別化〔individualisation〕と比例的な均衡性〔proportionnalité〕の要求に応えるとともに、他方では、刑法典改正の沿革に従い、最低刑期という概念が廃止されたことが挙げられる¹⁵⁹。その結果、15年以下の範囲で制裁期間を決める裁量権が裁判官に付与された。

また、L.653-10条により、経営者会での投票権の行使不能の制裁と、個人破産の制裁が同時に言い渡された場合、裁判官が決めることのできる具体的な制裁期間は、5年以下に限定されている。この制裁期間は、判決が言い渡された日から起算される。

(5) 復権

復権とは、経営者に下された職務上の制裁による失権・禁止が失効するとともに、その本来の権利が回復することを意味している。具体的には、一定の要件に基づいて復権が自然に発生する当然復権と当事者の申立てに基づく裁判による復権の二種類がある。

A. 当然復権

まず、L.653-11条1項によると、失権、禁止および選挙による公職遂行の不能等の制裁（後述の脚注177で詳述）は、15年間の制裁期間が満了した場合、判決の言渡しを要せずに、職務上の制裁が終了し、当然に復権する。

また、同条2項によると、債務の消滅、又は言い渡された有責判決に基づいて債務を履行した後、有限責任個人企業主、又は債務者会社の経営者の権利は回復する。

B. 申立てによる復権

復権訴訟は、当事者又は検察官〔ministère public〕の申立てによって提起される。復権を申請する当事者は、自らが会社債務の弁済に十分に寄与したことを証明しなければならない。当事者は自らが会社債務の弁済に一部のみ寄与した場合、職務上の制裁を一部免除することを請求できる（L.653-11条3項）。

二 個人破産の制裁

¹⁵⁹ Rapp. Xavier de Roux, n°2095, p.440.

１．責任の特徴

個人破産の制裁とは、裁判上の更生・清算手続が開始された場合、一定の行為を行った経営者に、企業の指揮・経営・管理・監査を禁止するなどの効果を有する制裁である。個人破産の制裁は、職務上の責任の主たる部分である。この制裁についての実体上・手続上の取扱い方は独特であり、それはその特別な性質から導かれる。まず、個人破産の制裁は財産上の制裁と併科する〔cumulativement〕ことができる。また、刑事制裁の付加刑〔peine complémentaire〕として言い渡すこともできる。2008年オルドナンスは、2005年法で創設された会社の債務に対する責任を廃止したと同時に、当該責任が課される幾つかの帰責事由を個人破産の制裁の下に編入した（L.653-4条）。かつて1967年法の下では、個人破産の制裁は宣告の方法により、「裁量的個人破産〔faillite personnel facultative〕」と「強制的個人破産〔faillite personnelle obligatoire〕」の二つに分けられたが¹⁶⁰、現行法においては、個人破産の制裁に関する規定はすべて裁量的な〔facultative〕規定であり、帰責事由があったとしても、裁判所は経営者に個人破産の制裁を言い渡さないことも可能である。

２．帰責事由

個人破産の制裁について、商法典は、帰責事由を適用対象によって分けている。すなわち、①有限責任個人事業主に適用できる事実（L.653-3条2項）、②法人の経営者のみに適用できる事実（L.653-4条）、および③L.653-1条1項に所定の全ての主体に適用できる事実（L.653-3条の1項、L.653-5条）の３種類である。これらの帰責事由の内容は一部重複しており、その特徴に従って整理すると、以下の八種類の帰責事由が存在する¹⁶¹。

（１）会社財産に対する処分行為

経営者が、会社の財産を不当に処分した場合、裁判所は会社の経営者に個人破産の制裁を加えることができる。具体的には、①経営者が会社の財産に対する管理権を有さないのに、会社の積極財産を自己所有の財産として処分した不

¹⁶⁰ 福井守「フランス新破産法における企業と企業指揮者との分離」駒澤大学法学論集6巻（1969年）225頁。

¹⁶¹ なお、この帰責事由の分類は、各事由の特徴に基づいて、筆者が整理したものである。

当行為¹⁶² (L.653-4条1号)、②企業の積極財産の全部もしくは一部を流用・移転・隠匿した行為または法人債務者の不利益に債務を負担させる行為 (L.653-4条5号)、の二種類が存在する。②の事由は破産罪の構成要件ともなりうる。

有限責任個人事業主に適用できる帰責事由の中には、①の帰責事由に類似している事由がある。倒産手続において、裁判所によって責任財産として決められた財産を、他の財産に充当・処分した行為、いわゆる不正な「財産の充当行為」である (L.653-3条2項1号)。

(2) 個人又は第三者の利益のために会社の利益と経営を害する行為

①利益相反行為。これは、経営者が自己または経営者と直接もしくは間接に関連している第三者のために、企業の財産または信用を債務者たる企業の不利益に処分した行為 (L.653-4条3号) を指す。有限責任個人事業主についても、L.653-3条2項の3号に同様の内容が定められている。

②濫用的な赤字経営行為：法人の経営者が個人利益のために、会社が支払停止に至るような濫用的な赤字経営 [exploitation déficitaire] を行った結果、会社財産の不足をもたらした場合は、個人破産の制裁が加えられる (L.653-4条4号)¹⁶³。

(3) 法人格の濫用

会社の経営者が、経営活動の外見の下で、個人の陰謀を隠して会社の利益を図ること以外の目的で取引行為を行った場合も制裁される (L.653-4条2号)¹⁶⁴。有限責任個人事業主については、同法典 L.653-3条2項の2号に同様の内容が定

¹⁶² この行為は、「会社財産と個人財産の混同」と類似の特徴を有すると思われる。

¹⁶³ 赤字経営の行為が経営者の責任を追及する根拠として主張される場合に、原告は、赤字経営の事実のみならず、経営者の当該行為がその個人利益に資することを証明しなければならない。不当な経営を行い、会社の支払不能をもたらした場合、個人利益は経営者に対して責任を負わせるために、必要不可欠な要件である。判例：Cass. Com. 3 mai 2011, n°10-16.709, NP。この反面、例えば、休眠会社の場合、会社の経営が既に停止されているため、支払停止が経営者の利益の下でもたらされたわけではないので、経営者は制裁を免れる。関連判例 CA. Paris, 3^e ch. A, 5 févr. 2008, Dr. Sociétés 2008, n°205, note Legros。

¹⁶⁴ これは、いわゆる日本法における法人格否認の法理が適用される場面と類似する。

められている。

なお、（２）および（３）は、会社の財産及び取引を不正に取り扱った行為（処分・使用・流用・隠匿・経営）であるという点において（１）と類似するよう
に思われるが、（２）（３）の帰責事由は、原告が行為者のそれぞれの主観的態
様を証明しなければ成立しないという点において（１）と区別される。また、
（１）から（３）の帰責事由は、自然人である独立事業者の経営者を除いて、す
べての経営者に適用できる。以下の事由は自然人の独立事業者の経営者を含め
てすべての経営者に適用される。

（４）法令規定又は有責判決に対する違反

現行法は、従来の1985年法189条1号の規定を踏襲した¹⁶⁵。具体的には、L.653-5
条1号は、法定の経営等の禁止を無視して、商業、手工業もしくは農業の活動
または法人の経営もしくは管理職務を行った場合、個人破産の制裁が課される
と定めている。さらに、当事者が経営者である場合、従前下された経営禁止の
決定（後述本節 三、「経営禁止の制裁」を参照）を遵守しなかった者に対し、
個人破産の制裁が言い渡される可能性もある¹⁶⁶。

そのほかに、積極財産不足を原因とする有責判決が下された場合、損害賠償
責任を履行しない経営者に対しても職務上の制裁を加えることができる。これ
は、財産上の制裁の効果を保障するためである（同法典 L.653-6条）。

（５）契約上の詐害行為

また、第三者と契約を締結する時に、対価を得ないで署名した場合、かつ企
業もしくは法人の状況に照らしてそれが極めて重要な契約と認められる場合、
その署名した者（法人の経営者に限らない）には制裁が加えられる（L.653-5条3
号）¹⁶⁷。

（６）偏頗弁済行為

次に、L.653-5条4号は、会社が支払停止となった後に、経営者は債権者間の
平等を害して会社財産を特定の債権者に弁済した場合、その者は職務上の制裁

¹⁶⁵ 佐藤＝町村・前掲注（28）の（2）413頁。1985年法189条参照。

¹⁶⁶ CA. Rouen, civ et com., 15 sept. 2011, RG n°10/01152, JCP E 2012, n°1247, note Dalattre.

¹⁶⁷ このような会社の利益に反する契約の締結行為は、いわゆる日本民法上の詐
害行為に相当すると思われる。

を受けることと定める。この場合、原告側は、不正な弁済をした経営者の故意・過失を証明しなければならない。例えば、経営者は、受益債権者から利益を受けている事実等による証明がある¹⁶⁸。

(7) 倒産手続の進行を確保する独特な帰責事由

まず、L.653-5条2号は、裁判上の更生もしくは清算手続の開始を回避または遅らせる意図で、低額転売のために買い入れ、または不経済な手段によって資金を手に入れた行為を帰責事由としている。

次に、同条5号により、裁判所は、倒産手続の諸機関への協力を意図的に差し控え、手続の良好な進行を妨げた経営者に対し、個人破産の制裁を加えることもできる。この帰責事由は、経営者の故意・過失が明らかに存在していることを要求している。同様の行為は、刑事制裁の帰責事由にもなっている。

また、同条7号は、債権者の名を名乗り、虚偽の債権を申告した詐欺行為を定めている。なお、当該規定は2014年オルドナンスによって追加された帰責事由である。法文上、刑事制裁の部分においても、類似の記述がある¹⁶⁹。

(8) 違法な会計行為

最後に、会計上の違法行為は、会計の権限を有する者が、会計文書を滅失し、又は法律によって義務付けられている会計を行わない場合、虚偽・不完全・不正な会計帳簿を提出した場合¹⁷⁰、会計帳簿の提出をしなかった場合等に成立する (L.653-5条6号)。

この帰責事由は、破産罪の帰責事由とも構成でき、同時に併科することも可能である。

3. 制裁の効果

個人破産の制裁効果は、大きく分けると二つある。まず、1) 主たる効果として、L.653-1条に定められている全ての事業主体に対する指揮、経営、管理又は監査することの禁止効 (L.653-2条) があり、また、2) 補充効果として、

¹⁶⁸ LE CORRE (P.-M), *op.cit.*, n°912.17, p. 2392. ただし、調停手続のために行われた個別支払行為は、その限りではない。

¹⁶⁹ L.654-9条2号 (試訳) 企業救済手続、裁判上の更生または清算手続において、他人の名を名乗り、または仲介者を通して、詐欺によって虚偽の債権を申告した場合。

¹⁷⁰ Cass. Com., 10 mai 2012, n°10-28.689, NP.

個人破産の制裁を言い渡された経営者に対する、株主総会での議決権又は取締役会での投票権を失う「失権効」¹⁷¹（L.653-9条）、又は公職遂行の不能〔incapacité d'exercer une fonction publique électorale〕（L.653-10条）¹⁷²がある。

これらに加えて、裁判所は、経営者が所有する株式もしくは持分を強制的に譲渡することができる。会社の債務を経営者が負担している場合に限り、強制譲渡によって得られた売却代金をその会社債務の弁済に充当することを定めている（L.653-9条）。また、L.643-11条3項1号によると、倒産手続が終結した後に、債権者が債務者に対して個別的に請求することはできないが、個人破産の制裁が加えられている経営者たる債務者に対してはその限りではない。したがって、これらの制裁効果を見ると、個人破産の制裁に財産上の制裁の効果が全くないとはいえないと思われる。

三 経営禁止の制裁

1. 責任の特徴

職務上の義務違反を抑止するために、立法者は個人破産と経営禁止の二つの制裁手段を設けているが、その相違点は性質上の差異であるというより、むしろ制裁の程度の差であることに注意を要する。

経営禁止の制裁は第二位の制裁手段として、個人破産の制裁の小型版〔diminutif〕であると考えられている¹⁷³。また、個人破産の制裁と比べると、経営禁止の制裁は異なる財産上の効果を持っている。例えば、上述した通り、「個人破産の制裁」が言い渡された経営者に対し、裁判上の清算手続が終結したとしても、債権者は積極財産不足を理由として個別的な追行ができるとされている（L.643-11条3項1号）。一方で、「経営禁止の制裁」が言い渡された経営者に対しては、裁判上の清算手続の終結後は、積極財産不足の責任による個別的な追行ができない。

¹⁷¹ 失権効を受けている経営者の代わりに、裁判所が指名した特別代理人〔mandataire ad hoc〕によって、株式総会又は取締役会での議決権が行使される。

¹⁷² 「公職遂行の不能」の翻訳は、佐藤＝町村・前掲注（28）の（2）412頁を参照。その効果は、具体的には、選挙法典〔Code électoral〕199条に所定の選挙による公職遂行の不能をもたらすことを指す。この選挙は、国会議員の選挙、市町村レベルの地方選挙、及び EU 欧州議会議員の選挙を含む。

¹⁷³ Saintourens (B) et Saint-Pau (J.-C), *op.cit.*, p. 36.

2. 制裁の効果

(1) 個人破産に代わる禁止措置

L.653-3条から L.653-6条に定められた場合において、裁判所は、個人破産に代えて経営禁止を言い渡すことができる。経営禁止の制裁が個人破産の制裁と異なる点は、必要に応じて効果を定めることができる点である。企業の経営者に経営禁止の制裁を課すべきかどうかについての法的評価は、経営者の不誠実性・不運・無能力に応じて、裁判官によって判断される。すなわち、裁判官は経営者の行為によって、特定の分野における経営活動の禁止を言い渡すことができる。例えば、近時の裁判例では、経営者が大規模商事会社での管理活動を禁止されたが、個人事業主〔auto-entrepreneur〕¹⁷⁴としての活動は許容された例が存在する¹⁷⁵。

(2) 独自の帰責事由

A. 情報提供義務の不履行

裁判所は、司法管財人、企業清算人、もしくは清算人に対して、倒産手続の開始日の翌月中に L.622-6条により提供する義務のある情報を悪意によって提供しなかった者、または L.622-22条2項に定められた情報提供義務¹⁷⁶を故意に履行しなかった者について、経営禁止の制裁を言い渡すことができる。

このような情報提供の欠如は、ほとんどの場合、会計帳簿の隠滅や、詐欺等の不正の会計行為によって行われるため、裁判所は、倒産手続の諸機関への協力意図の有無を確認した上で、個人破産の制裁か、経営禁止の制裁かについて判断しなければならない。

¹⁷⁴ 「個人事業主」は、EU の small business プロジェクトの推進にしたがって、経済を活性化するために、2008年法によって導入された新しい法人形態である。個人が容易に起業できるように、個人事業主を成立するために、資本金要件と登記要件が免除されているほかに、軽減税率のオプションも与えられた。Lexique des termes juridiques (2009), 17^{éd}, Dalloz.2010, p.75.

¹⁷⁵ CA Paris, 7 sept. 2010, n°RG 10/00299, JurisData n° 2010-029722 ; RJDA 2011/01, n° 70, p. 66.

¹⁷⁶ L.622-6条によると、情報提供義務は、債権者リスト、債務額、主たる契約及び訴訟に関する情報を倒産手続の機関に提出しなければならないことを内容とする。L.622-22条2項に所定の通知義務は、債務者は倒産手続が開始されてから10日以内に、債権者に通知しなければならないことを内容とする。

B. 支払停止状態の申告怠慢

L.653-8条3項は、債務者たる法人の経営者の支払停止状態の申告義務を定めている。当該義務は、1994年6月10日に発効した法律によって創設された。1985年法189条2項5号に所定の「15日以内」という申告期間は2005年法によって「45日以内」に延長された、また、2005年改正法では、怠慢行為に対する「個人破産」制裁の適用を廃止し、「経営禁止の制裁」のみが残されることとなった¹⁷⁷。

なお、上述の個人破産の制裁における経営等の禁止も含むすべての職務上の禁止措置は、全国データベース [fichier national]¹⁷⁸に登録・公布することによって実施する¹⁷⁹。

第三節 刑事責任

一 刑事責任の一般論

1. 責任の性質と機能

現行法では、倒産手続における刑事制裁は、破産罪及びその隣接犯罪によって構成されている。

刑事制裁の機能は、二つの側面から解釈できる。一方では、刑事制裁は詐欺によって債権者の利益を侵害する行為を一般的に抑止するという目的に基づき、債権者の利益を保障する機能がある。他方では、刑事制裁は、企業救済計画を妨害するおそれのある破産犯罪行為を行った経営者を制裁する目的を有しているため、会社の再建の機会を保障する機能がある。

2. 制裁の対象

刑事制裁の適用範囲は、職務上の制裁と同様に、自然人債務者（商業および

¹⁷⁷ 2005年改正法案は当該行為を「個人破産」の制裁原因の中に維持しようとしたが、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与える影響が重すぎると考えられ、申告義務の偶発的な不履行の場合、経営禁止の制裁のみで適切である」と指摘する。

Avis n°337. Christian Gaudin, *op.cit.*, p.93.

¹⁷⁸ 訳は、後藤＝野澤＝町村＝柴崎・前掲注（141）94頁以下参照。

¹⁷⁹ Pérochon (F), *op.cit.*, n°1727, p.795.

手工業、農業活動を行っている自然人)、会社の経営者及び法人経営者の常任代表者を含んでいる (L.654-1条)。特に、刑事制裁が法人にも適用できるのはフランス倒産手続における刑事制裁に独自のものである (L.654-7条)。また、職務上の制裁と同様、刑事制裁は企業救済手続に服している企業の経営者に対しては適用されない。しかしながら、企業の救済計画が取り消された後に、支払停止状態になった場合に限り、裁判所は破産罪を言い渡すことができる¹⁸⁰。

3. 手続上の問題

(1) 時効

フランス刑事訴訟法典第8条によると、軽罪の場合、犯罪行為が終わった時から3年間を経過した時に、公訴権の消滅時効が完成する。しかし、救済手続、裁判上の更生・清算手続の開始判決が言い渡された場合、その時効は倒産手続の開始時から起算される (L.654-16条)。また、犯罪行為が倒産処理手続の開始決定後に発生した場合、その時効はやはり通常通りに行為の発生時から起算される。

(2) 申立権者

破産罪及びその隣接犯罪の本質は刑事的な制裁であるため、裁判所は検察官の公訴権申立て (起訴) によって審理を開始する。もっとも、裁判所は、企業清算人、被用者代表、計画実施監査人の請求によって審理を開始することもできる。また、積極財産不足の責任訴権と同様に、企業清算人が同条に定める訴権を行使しない場合、債権者の集団的な利益を踏まえて、債権者の過半数の賛成によって選任された監査委員が裁判所に申立てをすることができる。

(3) 職務上の制裁との競合

詐欺破産罪を言い渡された経営者に対して、個人破産の制裁を言い渡すことができるかどうかの問題となった。破毀院刑事部が、破産罪以外に、8年の個

¹⁸⁰ LE CORRE (P-M), *op.cit.*, n°932.21-22, p. 2538-2540. 詐欺破産罪の制裁対象は、L.654-1条に所定の内容通りであるが、隣接犯罪の場合、L.654-8条から L.654-15条までは、債権者、管財人、清算人ないし破産者の親族 (身分犯) に適用する規定がある。

人破産の制裁¹⁸¹、15年の経営禁止の制裁¹⁸²をそれぞれ言い渡した裁判例がある。裁判所は、L.653-11条1項に所定の制裁を付加刑として認識しているため、破産罪と併科することができると指摘されている。2008年オルドナンス142条は、その取扱いをL.654-6条に編入した¹⁸³。

二 破産罪

1. 特徴

破産罪は、刑事制裁の中心である。2005年改正法は、1985年法の脱刑罰化〔dépénalisation〕の改革をより一層発展した。その結果、一般破産罪が廃止され、その構成要件が詐欺破産罪の構成要件と統一され、現行法における破産罪となった。現行法における破産罪の構成要件のなかには、個人破産の制裁に類似する内容もある。しかし、破産罪は刑事制裁であり、個人破産の制裁と比べると、そのサンクションの程度が比較的重いため、特別な主観的要件を満たす場合のみ、裁判官は裁量によって刑事制裁を科することができる。

2. 構成要件

（1）会社を不正に存続させる行為

個人破産の制裁の帰責事由にならって、破産罪の構成要件を類型化すると、次の三つに分類される。一つめは、裁判上の更生・清算手続の開始を回避または遅延させる意図で、低額で転売するための買入れをなし、あるいは資金を入手するために破滅的な手段を用いた行為である（L.654-2条1号）。ただし、破産罪が科されるには、当事者の具体的な故意がなければならない。

（2）会社財産を害する行為

二つめは、積極財産を減少させたり、会社債務を不当に増加させる行為である（L.654-2条2号3号）。つまり、会社財産を害する行為である。処罰の根拠は、当該行為が、債権者の利益を害し、会社財政を悪化させ、会社の再建の機会を

¹⁸¹ Crim. 8 nov. 2006, n°05-85.922. D. 2007. AJ 10, obs. Lienhard. D. 2007. Pan.1630, obs. Mascala; JCP E 2007. Chron. 1450, n°16, obs. Pétel.

¹⁸² Crim. 8 nov. 2006, n°06-81.862, Bull crim 2006, n° 280, p. 1015.

¹⁸³ 破産罪を認容・宣告した刑事裁判所は、民事・商事裁判所によって個人破産・経営禁止の制裁が宣告されない場面において、その者がL.653-8条に所定の個人破産制裁か、経営禁止の制裁の帰責事由を犯した場合、後者を同時に下すことができる（L.654-6条）。

妨げる点にある。

この行為者の主観的要件として、「債権者の利益を害する」¹⁸⁴意図を有することが要求されている。近年、財産の横領行為がある場合、経営者の主観的要件を満たしていると見なされ、債権者の利益を損なう意思の証明は不要であると指摘する裁判例がある¹⁸⁵。

(3) 不当な会計行為

最後に、会社の帳簿に関する不正行為である。法文は、企業または法人の虚偽の会計を行い、または会計文書を紛失させ、あるいは法定の会計義務を怠ったこと及び、法規定に照らして明らかに不完全、不当な会計を行った場合を構成要件として規定している。当該行為を列挙する立法目的は、債権者の監督をさけるために、債務者の会計帳簿で不実な記載をするという行為を抑止することにある。

3. 罰則

破産罪が科された者は、一般的に、5年間の拘禁および75000ユーロの罰金が科せられる(L.654-3条)。これに加えて、制裁対象の自然人、法人、法人の経営者によって異なる補充的な懲罰が付け加えられる。具体的には、特に、投資サービス事業の経営者の場合、7年間の拘禁および10万ユーロの罰金に処せられる(L.654-4条)。法人の場合、フランス刑法典131-38条に所定の罰金及び活動の禁止、および同法典131-39条に定められた罰則、公開市場調達活動制限〔exclusion des Marchés Publics〕等の懲罰を受けることがありうる(L.654-7条)。また、制裁の対象が個人である場合、刑法典における失権、職務上の制裁が課されていない限り、最長5年の社会活動の禁止なども定められている(L.654-5条)。

三 破産罪の隣接犯罪

1. 特徴

破産罪の隣接犯罪〔infractions voisines de la banqueroute〕¹⁸⁶は、詐欺破産罪の他に、それと関連している軽罪〔délit〕によって構成されている罪である。

¹⁸⁴ CA Toulouse, 16 mars 2005, Rev. Société 2005, p.186, obs. Salomon.

¹⁸⁵ Cass. Crim., 8 nov. 2006, pourvoi n° 05-85.271, D.2007, p.1626, note. Mascala.

¹⁸⁶ Saintourens (B) et Saint-Pau (J.-C), *op.cit.*, p. 43.

隣接犯罪の制裁の効果について、破産罪の刑と比べると、立法者は、相対的に軽い刑を設けるが、場合によって、破産罪と同様の刑も科せられる。その制裁対象は広く、破産罪の制裁対象のほかに、手続の機関とされている司法管財人、企業清算人、清算人、または計画実施監査人、及び破産罪を犯した者の親族なども制裁の対象となりうる（L.654-10条）。本稿では、経営者に適用されるいくつかの帰責事由を整理する。

２．構成要件

（１）一般的な構成要件

手続の期間内などを問わずに、上述の第二章第三節一の２に所定の刑事制裁の制裁対象に含まれている全ての者に適用される一般的な構成要件が存在する。L.622-7条に違反して株式の譲渡、又は不正な弁済行為〔paiements irréguliers〕を行った場合、２年の拘禁および３万ユーロの罰金に処せられる（L.654-8条1号）。また、前述の職務上の制裁（L.653-2条とL.653-8条）、すなわち職務活動又は公務活動の禁止、失権又は失格に関する判決に違反して職務的な活動を行った場合、２年の拘禁および３万ユーロの罰金に処せられる。

（２）企業救済計画・裁判上の更生計画・事業譲渡計画を阻害する行為

会社が存続するために必要不可欠な財産について、企業救済計画又は裁判上の更生計画に定めた債務の弁済方式に違反する弁済・処分行為があった場合、会社の再出発の機会が奪われるため、フランス商法典では、会社の再建と継続の目標を達成するために、統一的な刑事制裁を設けている。すなわち、観察期間内¹⁸⁷、又は企業救済・裁判上の更生計画の実施期間内の、不正な弁済行為〔paiements irréguliers〕もしくは不正な処分行為があった場合、上記（１）と同様の刑に処される（L.654-8条2号3号）。

また、事業譲渡の履行期間中、譲渡不可能な財産¹⁸⁸を処分する場合も、同様の刑に処される。ここでの制裁対象は、譲渡計画の履行期間中になされた違法

¹⁸⁷ 観察期間内は、連帯賠償債権又は劣後債権、個人債務者の生活に必要な財産と関連している債権、及び扶養関係の債権を除き、全ての債権に対する弁済が禁止される。

¹⁸⁸ L.642-10条によると、裁判所は、譲渡計画において、譲渡不可の財産を調整することができる、調整は譲渡財産の全部又は一部を対象として、確定期間内に実施しうる。

行為である。その立法趣旨は、譲受会社の経営活動の続行を保障するために、必要な財産が消滅することを回避することである（L.654-8条4号）。

（３）破産罪に準じる制裁

破産罪に準じる制裁、いわゆる準破産罪の制裁の立法趣旨は、破産罪を犯す共同の故意〔concert frauduleux〕の立証が困難な場合でも、当事者の行為に鑑みると、破産罪を犯すおそれのあるため、破産罪と同様の制裁を加えることにより、その不正な行為を防止することにある¹⁸⁹。

具体的には、以下の二つの構成要件を満たす場合に、L.654-3条からL.654-5条に定められている破産罪の刑に処せられる。①自分の財産又は手続に関わる財産の処分行為。すなわち、法人の経営者が自分の動産・不動産の全部または一部を隠匿・減少した場合、若しくは有限責任個人事業主が手続に係属している財産を隠匿・減少する場合（L.654-9条1号）¹⁹⁰である。②虚偽な債権の申告。すなわち、企業救済手続、裁判上の更生・清算手続において、他人の名を名乗りまたは仲介者を通じて、詐欺によって虚偽の債権を申告した場合（L.654-9条2号）である。

（４）責任の負担を回避する故意がある場合

フランス商法典は、L.654-14条で経営者のみに適用される構成要件を定めた。その後、2010年オルドナンスにより、同条は有限責任個人事業主にも適用できるようになった。倒産手続が開始された場合、以下の経営者に、破産罪と同様の懲罰が加えられる。すなわち、①法人、及び法人の株主、債権者の追及から、自らの責任を免除させる目的で、法人の財産の全部ないし一部を詐取ないし横領し、若しくは減少させた行為があり、又はこれらの行為をする傾向がある経営者、あるいは②法人が負担すべきではない負債を詐害的に同意した経営者、に対して隣接犯罪を科すこととなった。当該隣接犯罪は前述の隣接犯罪と同じく財産を処理する行為を対象としているが、経営者が責任の追及を回避する重大な悪意〔mauvaise foi〕のあるところが、他の罪と異なる点である。

おわりに

倒産企業の経営者の責任は、従来から倒産法の難問である。会社の債務を経

¹⁸⁹ Saintourens(B) et Saint-Pau (J.-C), *op.cit.*, p. 45.

¹⁹⁰ ①のすべての場合は、フランス刑法典121-7条の適用を妨げない。

営者に負担させることを容易にし、経営者の責任と制裁を重く規定すると、企業の活力が失われるおそれがあり、倒産手続の申立てに対するインセンティブを過度に減殺する事態を招く。その反面、経営者倒産責任の要件を厳しくすると、経営者のモラルハザードが生じる可能性があり、会社が倒産に瀕した時期に、法人格の濫用、弁済原資の不足による債権回収の困難などの問題も生じる。倒産手続は、債権者、債務者、経営者、さらに会社の将来性、被用者の生活保護など、さまざまな利益が交わっている法律分野であるので、利益の均衡性を維持しながら、実務上の問題を解決する必要がある。

フランスでは、職務上の責任と刑事責任の関係からみると、1967年法において、刑事制裁として規定する偏頗弁済行為〔paiement préférentiel〕、支払停止の申告怠慢行為、取引で会社財産の不正費消行為、会社財務状況に反する無対価の契約行為などは詐欺破産罪の帰責事由からは削除され、現行法における職務上の制裁の帰責事由となった。これは、脱刑罰化〔dépénalisation〕の方針に従っていることの現れであり、従来の経営者の倒産責任の職務上の道德違反を厳しく制裁する傾向は徐々に弱まっていることも示している。それと比較すると、日本法において、フランス破産法を模倣した商法破産編には資格制限・勤務禁止・公民権停止¹⁹¹の規定が定められていたが、大正11年の商法改正からこれを設けなかった。しかし、多くの個別法には、消費者破産手続が言い渡された者に対する資格制限の規定が残されている。また、日本の詐欺破産罪には、フランス法における刑事制裁の構成要件と共通している部分が多い。

財産上の責任について、一般法上の責任では、経営者の過失と会社の積極財産の不足との間に因果関係を証明することが困難であったため、1967年法は填補責任が責任の推定の構造を定めた¹⁹²。フランスでは、経営者の填補責任が「一種の危険責任」¹⁹³と捉えられている。当時、この制度設計の出発点は、商業社

¹⁹¹ 園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂・2009年）250頁。

¹⁹² 佐藤・前掲注（3）79頁。すなわち、管財人などが経営者の過失に対する十分な立証ができなくても、裁判官は責任の追及を認容しうる責任である。

¹⁹³ 佐藤・前掲注（3）74頁。フランス民法上、過失責任主義は、民法理論上長い歴史を持っている。しかし、経済・技術の発展と交通事故の増加に伴い、フランスでは、過失責任主義の適用は実務上様々な齟齬を生じていた。それ故、近代民法理論における無過失責任主義と危険責任の理論〔théorie du risque〕の運用が、民法及びその他の法分野で徐々に発展してきた。山口・前掲注（142）

会の経済性と効率性を追求するために、倒産手続において債権者の利益の保護を優先することになったと理解できる。1985年法は、「負債の履行」を優先目的とする伝統的な破産手続とは異なり、「企業の保護」、「事業と雇用の維持」、「負債の履行」という三つの目標を重視することとなった。そうすると、従来「填補責任」は時代遅れの、1985年法の目標の実現を妨げる制度となったと批判された¹⁹⁴。それゆえ、2005年法改正以降に設けられた「積極財産不足の責任」と「支払停止の寄与責任」を主張する原告には、単に財産上の損害と経営者の過失のみならず、損害と過失との間の因果関係の証明（「条件等価説」に準じる）が要求されるようになった。このように、財産上の責任は、一般法上の責任が従う過失責任主義の伝統的な構造に再帰〔retour〕したように考えられ¹⁹⁵、債務者の利益保護を再検討する傾向がみえる。今後、さらに検討に値するのは、経営者の民事責任（一般法上の責任と財産上の倒産責任）に対して、日仏法の考え方が若干異なっているところである。

フランス倒産法における経営者責任の立法経緯を俯瞰すると、その責任制度の変遷は、繁雑から簡略へ、刑罰主義から民事制裁へ、道徳違反の予防手段から再建機会の保障手段へのプロセスを辿った。経営者に会社の債務を負担させる手続上の条件はやや厳しくなり、職務上の制裁と刑事的制裁は軽減されているので、近時の改正は多くの債務者に再出発の機会を保障する傾向を示しているといえる。これは、アメリカ連邦倒産法第11章の影響もあるが、2005年法に創設された再建型の企業救済手続と一致する方向で、経営者の裁判上の更生・清算手続の申立てを躊躇することを防止しようとする意図もあると考えられる。

以上の中で最も関心を惹かれるのは、再建型の企業救済手続が開始される場合、上述様々な責任の追及が禁止される改正であり、それに加えて、経営者保証人に対しても柔軟な対処規定も設けていることである。これは、所謂、飴と鞭〔carrot and stick〕という政策の法的実現であり、日本法にとっては極めて

93-94, 96頁。

¹⁹⁴ Project de loi n° 1596, Sauvegarde des entreprises, Doc. AN (Assemblée Nationale), mai 2004, Exposé des motifs, p.5.12. 13.

¹⁹⁵ M. François F. Commentaire sur la Décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre (Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif), 2014, p.2
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014415QPC2014415qpc_ccc.pdf (2017年3月1日検索)

参考とする意義があるものといえよう。

このようにフランスの立法と実務の経験と教訓を参考として、今後より合理的、効率的な経営者倒産責任制度の構築を目指して、研究を進めていきたい。

刑事判例研究

岡部 天俊

金融商品取引法167条3項違反の罪が成立するためには公開買付者等関係者から公開買付け等に関する事実の伝達を受けることが必要とされ、伝達行為自体については罰則が設けられていなかった（平成25年法律第45号による改正前）にも拘わらず、公開買付けの実施に関する事実を知人に伝達した被告人の行為につき金融商品取引法167条3項違反の罪の教唆犯が成立するとされた事例¹

東京高裁平成27年9月25日第8刑事部判決

平成25年（う）第1830号：金融商品取引法違反被告事件

公刊物未登録 LEX/DB 文献番号25541270

I 事案の概要

原審²により認定された事実は以下の通りである。

A証券株式会社の執行役員投資銀行本部副本部長であった被告人は、平成22年12月13日頃から平成23年4月27日頃までの間に、A証券が株式会社Cほか2

¹ 本判決の評釈・解説として、小島陽介「判批」金沢59巻1号（2016）63頁以下、白井智之「判批」警論69巻3号（2016）175頁以下、平山幹子「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）18号（2016）171頁以下がある。

² 横浜地判平成25年9月30日裁判所ウェブサイト。同判決の評釈・解説として、鈴木優典「判批」刑ジャ40号（2014）158頁以下、田川靖紘「判批」法教413号別冊付録（判例セレクト2014〔1〕）30頁、豊田兼彦「判批」法セ709号（2014）123頁、堀口勝「判批」洋法58巻1号（2014）181頁以下、宮下央＝石原慎一郎「判批」金法1997号（2014）96頁以下、蜂巢優二「判批」商事2018号（2013）62頁がある。

社との間で締結したアドバイザー業務委託契約等の締結の交渉または履行に関し、C社ほか2社の業務執行を決定する機関が、それぞれ株式会社東京証券取引所が開設する有価証券市場に株式を上場していた株式会社Dほか2社の株券の公開買付けを行うことについての決定をした旨の公開買付けの実施に関する事実を知り、同年2月22日頃から同年4月28日頃までの間に、知人B³に「D株がTOBになる。」などと電話で言って、前記各事実を伝え、その公表前にD社ほか2社の株券を買い付けるように促すなどして唆し、よって、同人にその旨の決意をさせた上、上記各事実の伝達を受けた同人をして、法定の除外事由がないのに、上記各事実の公表前である同年2月22日から同年9月2日までの間、E証券株式会社を介し、東京証券取引所において、F名義で、D社ほか2社の株券合計6万7167株を代金合計6426万7400円で買い付ける犯罪を実行させ、もって、Bを教唆して金融商品取引法違反の罪を実行させた。

弁護人は、判例（最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁及び最判昭和51年3月18日刑集30巻2号212頁）によれば、法が必要的共犯の一方のみを処罰し、他方を処罰する規定を置いていない場合には、他方については不可罰と解すべきであって、この論理は、純粋な対向犯以外の場合であっても妥当するところ、金商法167条3項の取引については、構成要件上、公開買付者等関係者による情報伝達行為が当然に予想されるばかりか、むしろ必要不可欠な関与行為であるにもかかわらず、同法は、これを処罰する規定を置いていないのであるから、これを不可罰とする趣旨であると解すべきであって、同項の教唆犯ないし幫助犯として処罰することは許されないと主張したが、原審・横浜地裁は以下のように述べて、この主張を斥けた。

「〔1〕しかしながら、弁護人が指摘する判例のうち、前者は、弁護士法違反の事案について、ある者が弁護士でない者に対して法律事件を依頼し、弁護士法に違反して、いわゆる非弁活動を行わせた場合について、弁護士法が弁護士でない者に対して報酬を与えるなどの行為をした依頼者を処罰する規定を置いていないことから、その依頼者を弁護士法違反の罪の教唆犯として処罰することはできない旨を判示したものであり、後者は、いわゆる導入預金の事案について、預金等に関する不当契約に関する法律には、預金者又は媒介者と通じた

³ この者はすでに、金商法167条3項違反の罪で有罪判決（第一審で確定）を受けていた（横浜地判平成25年2月28日金法1980号153頁）。

特定の第三者については、その者自身が媒介者となる場合を除いて、これを処罰する規定がないことから、特定の第三者が預金者又は媒介者と通じたことの内容が、一般的には、これらの者との共謀、教唆、又は幫助に当たる場合であっても、特定の第三者を預金者又は媒介者の共犯者としては処罰しない趣旨である旨判示したものである。これらの判例は、弁護士法あるいは預金等に関する不当契約に関する法律という個々の法律の立法趣旨に即して、特定の行為の相手方を教唆犯あるいは共同正犯、幫助犯として不可罰である旨判示したにとどまり、およそ一般的に、法が特定の行為の一方を処罰する規定を設けている場合に、その相手方が共犯者として不可罰である旨判示したものでないことは明らかである。

〔2〕そもそも金商法がTOB等に関するインサイダー取引を規制した趣旨は、公開買付者等関係者は、一般投資家が知り得ない会社内部の特別な情報に接することができることから、このような立場にある者が、職務上知り得た情報を利用して株取引を行った場合には、一般投資家に比べて著しく有利になり、そのような取引は極めて不公平であることに加え、このような不公正な取引を放置すると、証券市場の公正性と健全性が損なわれ、ひいては、証券市場に対する一般投資家の信頼が失われることから、このような不公正な取引を防止することにあると考えられる。このようなインサイダー取引の典型が、公開買付者等関係者が公開買付け等に関する重要事実を知って、自ら取引を行う場合であって、金商法は、167条1項各号においてこれを規制しているが、公開買付者等関係者が自ら取引をしない場合であっても、第三者に情報を提供して、脱法的に第三者に取引を行わせる場合があり得るほか、公開買付者等関係者から重要事実の伝達を受ける者は、公開買付者等関係者と何らかの特別な関係があると考えられ、そのような重要事実の伝達を受けた者が取引を行った場合にも、公開買付者等関係者が自ら取引を行った場合と同様、証券市場の公正性が害されるから、証券市場に対する一般投資家の信頼を保護する見地から、同条3項において、公開買付者等関係者からインサイダー情報の伝達を受けた第一次情報受領者による取引も禁止の対象としている。このように、同条3項の規制は、同条1項各号の規制を補完し、上記のインサイダー規制の趣旨を徹底することを目的としたものと理解することができる。

〔3〕次に、インサイダー取引の罪の共犯の処罰の在り方を検討すると、金商法上、公開買付者等関係者が重要事実を伝達するなどの方法により、同法

167条3項の身分を持つ者の取引に関し、自己の犯罪を犯したといえる程度に重要な役割を果たした場合には、同条1項各号の共同正犯として処罰されることは明らかであって、弁護人もこの点を争っていない（その場合に、検察官の当初の訴因のように、同条1項各号の共同正犯が成立し、第一次情報受領者については刑法65条1項が適用されるのか、検察官の変更後の訴因のように、公開買付者等関係者には金商法167条1項各号が、第一次情報受領者には同条3項がそれぞれ適用されるのかが問題となるが、当裁判所の認定しない事実を前提とする議論であるので、立ち入らないことにする。）。

上記のような一般投資家の信頼保護の見地からインサイダー取引の規制の徹底を図ったという同条3項の趣旨からすれば、公開買付者等関係者が自己の犯罪を犯したといえる程度に、第一次情報受領者によるインサイダー取引に重要な役割を果たした場合に至らなくても、公開買付者等関係者が第一次情報受領者によるインサイダー取引の犯行を決意させたり、あるいはその犯行を容易にした場合には、証券市場の公正性と健全性を損なうことになり得るという意味においては、同条3項の教唆犯又は幫助犯として処罰する実質的な理由があり、その教唆又は幫助の手段が、重要事実の伝達の方法によるか、それ以外の方法によるかによって、区別すべき理由はないというべきである。

さらに、弁護人が引用する2つの判例は、いずれも、特定の行為の相手方について、教唆、幫助はもとより、共同正犯を含むあらゆる共犯形式による処罰を否定したものと解されるから、共同正犯の可罰性に争いのない金商法167条3項の罪について教唆犯の可罰性を論じるには、適切でないというべきである。

〔4〕弁護人は、金商法が公開買付者等関係者から第一次情報受領者に対する情報伝達行為そのものを処罰する規定を置いていないことをとらえて、同法は、これを不可罰とする趣旨であると主張する。しかしながら、同法が情報伝達行為を処罰する規定を置いていないのは、公開買付者等関係者が第一次情報受領者に対して重要事実を伝達した全ての場合において、第一次情報受領者が実際に買付け行為を行うとは限らず、買付け行為が行われなかった場合には、必ずしも証券市場の公正性が害されるとはいえないことを考慮して、重要事実の伝達行為を一律に処罰するまでの必要性はないと判断したことによるものであって、およそ重要事実の伝達行為に可罰性がないということを意味するものではない。それゆえ、本件のように、公開買付者等関係者が第一次情報受領者に対して重要事実を伝達し、これを受けて第一次情報受領者が実際の買付けを

行った場合に、公開買付者等関係者の行為を処罰すべきか否かは、解釈に委ねられているというべきである。」〔 〕内、筆者。以下同じ）

Ⅱ 判旨

弁護人は、原審と同様に、被告人の行為を教唆犯として処罰することはできないとの主張を展開し、これに対して東京高裁は、以下のように判示した。

「1 原判決は、株券の公開買付けの実施に関する事実をAに伝えるなどした被告人の行為には金融商品取引法167条3項違反の罪の教唆犯が成立すると判断した。

弁護人は、金融商品取引法167条3項違反の罪の成立にあたっては、株券の公開買付け等の実施に関する事実の伝達行為が構成要件上不可欠とされているのに、同法には伝達行為を処罰する規定が置かれていないのであるから、伝達行為は不可罰であると解すべきであって、原判決判示の被告人の行為に同条項違反の罪の教唆犯の成立を認めた原判決の法令の解釈・適用には誤りがある、という。

しかしながら、以下のとおり、原判決の法令の解釈・適用に誤りはない。

2 原判示の行為が、金融商品取引法167条3項違反の罪の教唆行為に該当することは明らかである。それが可罰的であるか否かの判断にあたっては、いわゆるインサイダー取引を罰則をもって規制している金融商品取引法の趣旨を考慮する必要があるところ、同趣旨に関する原判決の説示は、要約すると次のとおりである。

金融商品取引法が、同法167条1項各号において、公開買付者等関係者が公開買付け等に関する事実を知って自ら取引を行うことを規制している趣旨は、公開買付者等関係者が、職務上知り得た、一般投資家が知り得ない会社内部の特別な情報を利用して株取引を行った場合には、一般投資家に比べて著しく有利になるのであって、そのような取引は極めて不公平であることに加え、そのような取引を放置すると、証券市場の公正性と健全性が損なわれ、ひいては、証券市場に対する一般投資家の信頼が失われることから、そのような不公正な取引を防止しするところにあると解される〔原文ママ＝筆者注〕。そして、公開買付者等関係者が自ら取引をしない場合であっても、第三者に公開買付け等に関する事実を伝達して、脱法的に第三者に取引を行わせる場合があり得るのであり、そうでないとしても、公開買付者等関係者から公開買付け等に関する事

実の伝達を受ける第三者は、公開買付者等関係者と何らかの特別な関係にあると考えられ、そのような者が取引を行った場合にも証券市場の公正性が害されるから、金融商品取引法は、同法167条3項において、公開買付者等関係者から公開買付け等に関する事実の伝達を受けた第一次情報受領者による取引も禁止の対象としている。このように、同条3項の規制は、同条1項各号の規制を補完し、インサイダー規制の趣旨を徹底することを目的としたものと理解できる。

このように、金融商品取引法は、公開買付者等関係者自身が公開買付け等に関する事実を知って自ら取引を行うことを規制しており、それに加えて第一次情報受領者による取引をも規制してインサイダー取引の規制の徹底をはかっているのであって、そのような金融商品取引法のインサイダー取引の規制のあり方に照らせば、同法167条3項違反の罪の教唆行為は十分に可罰的であると解すべきであって、その教唆行為に対して刑法総則の教唆犯の規定を適用することは、同条の立法趣旨に何ら反していないと解される。

以上のとおりであるが、このような原判決の説示は正当である。

3 所論は、弁護士でない者に、自己の法律事件の示談解決を依頼し、これに報酬を与えもしくは与えることを約束しても、弁護士法72条違反の罪の教唆犯は成立しないと解すべきであるとした最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁及び預金等に係る不当契約の取締に関する法律2条に定める金融機関に預金する者または金融機関に預金等をする事について媒介をする者と通じた特定の第三者については、その者が自ら預金等をする事について媒介をする場合を除き、同法2条2項違反の罪の共犯は成立しないと解すべきであるとした最判昭和51年3月18日刑集30巻2号212頁に照らせば、仮に原判示事実が認定できるとしても、被告人の本件教唆行為を処罰することはできない、という。

しかし、所論の引用する各判例は、本来の行為者である非弁護士や導入預金者等とは違法性や責任非難の点で相当異なり、それゆえに処罰からは排除されていることが立法の趣旨等から認められる関与者についてのものであって、本件とは事案を異にする。金融商品取引法は、前記のとおり、公開買付者等関係者が公開買付け等に関する事実を知って自ら取引を行うことも規制しているのだから、所論指摘の判例とは法規制のあり方が異なっていることが明白である。また、一般にインサイダー情報の伝達、漏洩には、目的、相手方等に関し様々な場合があり得るのであって、不正取引に無関係な情報漏洩等を含めて一律に可罰性の有無を論じることは困難であるところ、他人がインサイダー情

報を利用して不正な取引をすることを教唆、幫助する目的で情報を提供した場合には、その行為に可罰性があることは明らかであり、その処罰を免れさせる実質的な理由は何もなく、その場合には刑法総則の規定に従い不正取引をした者の共犯として処罰されるのは当然のことである。インサイダー情報の提供自体についてこれを一律に処罰する規定がないことのみから、金融商品取引法がどのような情報提供もおおよそ処罰しないという趣旨で立法されているとは到底解されず、所論は採用できない。

また、所論は、金融商品取引法は平成25年6月12日に改正され（平成25年法律第45号）、公開買付者等関係者が、当該公開買付け等に係る株券等の買付け等をさせることにより利益を得させる目的で、当該公開買付け等事実を他人に伝達する行為等を新たに規制したが、それは、同改正前は公開買付け等事実を他人に伝達する行為が不可罰であったからである、という。

しかし、いわゆるインサイダー取引の教唆・幫助が一般に可罰的であったとしても、インサイダー情報の伝達等についてその処罰の要件や範囲を明確化するために新たな立法をすることはあり得るのであって、同改正時の金融審議会の議論でも、同様の立場から検討がなされて、インサイダー情報の伝達等を受けた者が売買等をしたことを処罰条件にするなどして立法化に至ったのであるから、所論は採用できない。」

Ⅲ 評釈

1 はじめに

必要的共犯とは、構成要件上当然に数人の行為者を予想するものをいい、この概念はさらに、二人以上の者が同じ方向に向けて行為する多衆犯と、二人以上の者が向き合って行為する対向犯とに区別される⁴。そして、対向犯のうち、一方にしか処罰規定が存在しないものを、片面的対向犯という⁵。本判決は、公開買付者等関係者からの情報受領者によるインサイダー取引罪（金融商品取引法（以下、法という）197条の2第13号、167条3項）が片面的対向犯に該当しその関与行為についての可罰性が否定されないかが争点となったものであり、

⁴ 団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、第3版、1990）432頁、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）227頁。

⁵ 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009）33-34頁。

結論として可罰性を肯定したものである⁶。この結論に反対する見解は見られないものの⁷、仮に本罪が片面的対向犯に該当するのであれば⁸、かつて最高裁がその関与行為の可罰性を否定した弁護士法72条違反の罪や預金等不当契約取締法2条違反の罪と同様であるということになる⁹。それゆえ、片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為の可罰性を否定した二つの最高裁判例と本判決がどのような関係にあるかは、理論的に重要な意味を有する上、この点が明らかとなれば、いかなる場合に上記の最高裁判例の射程を外れるのかという点についても示唆を得ることができるため、実務的にも重要であると思われる。本

⁶ 従来、公開買付者等関係者から情報伝達を受けた第一次情報受領者がインサイダー取引を行ったという事案で、公開買付者等関係者が教唆犯として起訴されたものはほとんどないようであり（堀口・前掲注（3）190頁）、金法1980号（2013）の編集後記（160頁）によると、原判決は情報伝達者につきインサイダー取引罪の教唆犯の成立を認めたものとしては「わずか2例目」であるという。公開買付者等関係者との間に共謀が認められ、公開買付者等関係者によるインサイダー取引罪（法197条の2第13号、167条1項）の共同正犯とされた事例は少なからずある（たとえば、大阪地判平成15年7月3日裁判所ウェブサイト）。

⁷ 蜂巣・前掲注（2）62頁は「実務感覚からはほぼ妥当な結論かと思われる」とし、また、宮下＝石原・前掲注（2）99頁も「一般論として、情報伝達者に対してインサイダー取引の教唆犯が成立し得ることについてはあまり争いがないと思われる」とする。

⁸ もっとも、本判決も指摘しているように、平成25年金商法改正（平成25年法律第45号）により公開買付者等関係者による情報伝達行為につき独立の罰則（法197条の2第15号、167条の2第2項）が創設された。ただし、所定の目的のもとでなされたことが要件とされている上、罰則の適用は第一次情報受領者が実際に取引を行ったことを条件とする。この点については、佐伯仁志「刑法から見たインサイダー取引規制」金法1980号（2013）6頁以下、齋藤将彦＝滝琢磨＝上島正道＝山辺紘太郎「公募増資に関連したインサイダー取引事案等を踏まえた対応」商事2012号（2013）24頁以下、澤飯敦＝上島正道「金融商品取引法等の一部を改正する法律の概要」商事2006号（2013）6頁以下参照。

⁹ 現に、平山・前掲注（1）173頁は、「本件弁護人らが主張するように、情報伝達は第一次情報受領者によるインサイダー取引罪に欠くことができない行為であり、かつ、立法者がとくにこれを処罰する規定を置かなかった場合であるから、伝達者を共犯として処罰することはできないと解することも不可能ではないようにも思われる」とする。

稿は、こうした観点から、本判決の検討を行うこととする。

2 法167条におけるインサイダー取引規制の概要

(1) 保護法益

インサイダー取引規制は、インサイダー取引が放置されてしまえば、証券市場の公正性と健全性が損なわれ、ひいては一般投資家の証券市場に対する信頼が失われるという観点から、昭和63年証券取引法改正によって整備されたものである。したがって、インサイダー取引罪は、証券市場の公正性および健全性、ひいては一般投資家の証券市場に対する信頼を保護法益とするものである¹⁰。

(2) 公開買付者等関係者によるインサイダー取引(1項)

法167条は、まず1項において、公開買付者等関係者によるインサイダー取引を規制する。その禁止対象者の範囲については1号から6号が定めるが、本件被告人はその所属する株式会社が公開買付者との間で締結したアドバイザリー業務委託契約等の締結の交渉または履行に関し公開買付けを行うことに関する事実を知ったと認定されているから、4号関係者に該当するということになる。

(3) 情報受領者によるインサイダー取引(3項)

法167条は、さらに3項において、1項の禁止対象者に加えて公開買付者等関係者から情報の伝達を受けた者にまで禁止対象者を拡張している。本件被告人の知人Bは、まさに同項の禁止対象者に該当することになる。原判決および本判決も指摘するように、同項は、同条1項の規制を補完し、インサイダー取引規制を徹底する趣旨のものである¹¹。

3 二つの最高裁判例

片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為の可罰性について判断を

¹⁰ 川村正幸編『金融商品取引法』(中央経済社、第5版、2014) 597頁〔品谷篤哉〕、神崎克郎ほか『金融商品取引法』(青林書院、2012) 1212頁、横畠裕介『逐条解説 インサイダー取引規制と罰則』(商事法務研究会、1989) 9頁以下。

¹¹ 横畠・前掲注(10) 121頁、188頁。

示した最高裁判例として、本件の弁護人も指摘しているように、いわゆる非弁行為を依頼した者の可罰性に関する最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁¹²（以下、昭和43年判決という）、および、いわゆる導入預金において預金者と通謀していた第三者の可罰性に関する最判昭和51年3月18日刑集30巻2号212頁¹³（以下、昭和51年判決という）がある。

（１）最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁

（a）事案の概要

① 被告人Xは、A自動車工業株式会社から中古パワーショベルを230万円で購入し、その代金として現金80万円と中古ブルドーザー1台を150万円と見積もって引き渡したうえ、右パワーショベルを使用していたが、その性能が悪いことを理由としてA社に他のブルドーザーとの交換または買戻しの交渉をしたが応じてもらえなかったことから、昭和40年9月下旬頃、Bおよび被告人Yに報酬を払う約束で示談解決を依頼し、被告人Yらをして、A社代表取締役Cに対し被告人Xからパワーショベルを買戻すことを要求すること、同人をしてこれを180万円で買戻すことを承諾させること、その頃右契約を履行させることを決意・実行せしめ、報酬として現金35万円を支払い、もって弁護人でない被告人Yらをして一般の法律事件に関し法律事務を取り扱うに至らせた。

② 被告人Yは、昭和40年9月中旬頃、DがEモーター株式会社から中古普

¹² 同判決の評釈・解説として、生田勝義「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第5版、2003）194頁以下、内田文昭「判批」警研44巻10号（1973）122頁以下、海老原震一「判解」最判解刑事篇昭和43年度458頁以下、神山敏雄「判批」我妻栄編『刑法の判例』（有斐閣、第2版、1973）160頁以下、北野通世「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第4版、1997）198頁以下、京藤哲久「判批」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第7版、2014）198頁以下、斉藤誠二「判批」法セ261号71頁以下、中義勝「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第2版、1984）188頁以下、西村克彦「判批」藤木英雄編『統刑法判例百選』（有斐閣、1971）252頁以下、匿名解説・法時41巻4号（1969）114頁以下などがある。

¹³ 同判決の評釈・解説として、大越義久「判批」警研48巻9号（1977）69頁以下、小田健司「判解」最判解刑事篇昭和51年度80頁以下、落合誠一「判批」経済法20号37頁以下、匿名解説・法時48巻6号（1976）124頁以下などがある。

通乗用自動車を月賦で買い受けるにあたりこれを斡旋したが、同月16日頃、D に対するガソリン等の代金債権者Fが同債権を確保するため前記自動車を担保として受け取り保管していると聞き、右自動車がE社の所有であることから、同社のため返還を要求したところ、FはこれをGに貸与し、同人がこれを運転中交通事故で車体を損傷したことから、Fが示談解決の交渉をBに依頼したことを知り、Bに対し「謝礼を出すからGが損傷した自動車を同人に45万円くらいで買わせるか、修理代16、7万円を提供させるように示談交渉してもらいたい」旨依頼し、Bをしてその旨決意させ、同月24日、Gに対し「こわした車を買うことができなければYの要求どおり20万円を支払え」などと申し向けるに至らせて、Gが自動車修理代として20万円を支払うことを承諾させ、同人から10万円宛2回にわたってその交付を受け、その報酬としてBに対し現金2万円を支払い、もって弁護士でない同人をして一般の法律事件に関し法律事務を取り扱うに至らせた。

(b) 判旨

最高裁は、以下のように判示して、弁護士法違反の罪の教唆犯の成立を認めた原判決を破棄した。

「…弁護士法72条は、弁護士でない者が、報酬を得る目的で、一般の法律事件に関して法律事務を取り扱うことを禁止し、これに違反した者を、同法77条によつて処罰することになっているのであるが、同法は、自己の法律事件をみずから取り扱うことまで禁じているものとは解されないから、これは、当然、他人の法律事件を取り扱う場合のことを規定しているものと見るべきであり、同法72条の規定は、法律事件の解決を依頼する者が存在し、この者が、弁護士でない者に報酬を与える行為もしくはこれを与えることを約束する行為を当然予想しているものといふことができ、この他人の関与行為なくしては、同罪は成立し得ないものと解すべきである。ところが、同法は、右のように報酬を与える等の行為をした者について、これを処罰する趣旨の規定をおいていないのである。このように、ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない以上、これを、関与を受けた側の可罰的な行為の教唆もしくは幫助として処罰することは、原則として、法の意図しないところと解すべきである。

そうすると、弁護士でない者に、自己の法律事件の示談解決を依頼し、これ

に、報酬を与えもしくは与えることを約束した者を、弁護士法72条、77条違反の罪の教唆犯として処罰することはできないものといわなければならない。しかるに、本件において、被告人らにつき、弁護士法違反教唆の罪の成立を認めた原判決には、法令の解釈適用をあやまつた違法があり、右違法は、判決に影響を及ぼすことが明らかであつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。」

なお、事件当時の弁護士法72条は、次のようなものであった。

《弁護士法72条（昭和61年法律第66号による改正前）》

弁護士でない者は、報酬を得る目的で訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件その他一般の法律事件に関して鑑定、代理、仲裁若しくは和解その他の法律事務を取り扱い、又はこれらの周旋をすることを業とすることができない。但し、この法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。

（c）検討

この昭和43年判決は、片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為を処罰する明文の規定がなく、しかもその関与行為が不可欠なものである場合には、その関与行為を共犯として処罰することが「原則として」許されないといいことを示したものとして注目に値する¹⁴。同判決が「原則として」という留保

¹⁴ もっとも、本判決が示したような考え方は、判例上まったく新しいものというわけではなく、大審院がすでにそのような考え方を示していた（大判明治37年5月5日刑録10輯13巻955頁）。すなわち、大審院は、贈賄罪の規定が存在しなかった時代における贈賄者につき収賄罪の共犯が成立しない旨、判示していたのである。判旨は以下の通り。

「若シ夫レ立法ノ主旨カ贈賄ヲ以テ反法行爲トシ之ヲ罰スルニ在リトセンカ贈賄者ニ對シテモ亦タ刑罰ノ制裁ヲ付スルコト尚ホ刑法第三百五十三條ニ於テ特ニ明文ヲ設ケ姦通罪ノ正犯タル有夫ノ婦ニ對シテ刑罰ヲ科スルト同時ニ其對手人ニ對シテモ亦タ刑罰ヲ科スルト同一般ナルヘキヲ當然トス然ルニ事茲ニ出テスシテ贈賄者ニ對シテ何等刑罰ノ制裁ヲ設ケサルヨリ推究スルトキハ其性質ニ於テ官吏収賄罪ノ加擔行爲タル贈賄ノ所爲ハ我刑法上犯罪ヲ以テ目スルコト能ハサルモノト論セサルヲ得ス贈賄ノ行爲カ収賄行爲ノ反面ニシテ其必要的加

を付した趣旨については、不可欠という程度を超えた関与行為についてはこの限りでない旨示しているとする見解¹⁵が多数であるが、この理解は不正確であるように思われる¹⁶。なぜなら、この部分は、あくまでも一方の関与行為が「欠くことができない」ものである場合について言及したものであり、不可欠でない関与行為については言及していないと読むのが素直だからである。したがって、いかなる場合が例外に当たるかは、この判決からは必ずしも明らかでない¹⁷。

(2) 最判昭和51年3月18日刑集30巻2号212頁

(a) 事案の概要

被告人Xは不動産売買の事業などのために資金を必要とし、被告人Yは同Xの資金繰りに協力していたが、被告人Xにおいて定期預金の各預金日の数日前ないし前日に、福岡県A所在のB信用組合の代表社員（専務理事）として、同組合の行う預金の受入れ、払戻し、保管ならびに貸付け等その業務一切を統轄処理していたCに対し預金を見返りとした融資を依頼した後、被告人YにB信用組合への預金者の斡旋を依頼した結果、同被告人はこれを了承してDに昭和42年8月19日から昭和43年2月27日まで前後5回にわたり同組合へ定期預金をさせた。被告人兩名は、Dにいわゆる裏金利を得させる目的であった。

擔行爲タルニ拘ハラス其行爲ヲ爲シタル贈賄者ニ何等刑事上ノ責任ナキ以上ハ贈賄者ハ収賄ノ教唆者トシテモ其從犯トシテモ責任ヲ負フコトナシト論斷セサルヘカラス何トナレハ官吏収賄ノ必要的加擔者タル贈賄者ヲ罰セサル所ノ刑法ハ同一犯罪ノ教唆又ハ從犯トシテモ之ヲ罰セサルノ精神ナリト解釋スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ」

¹⁵ 海老原・前掲注(12) 466頁、北野・前掲注(12) 199頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(有斐閣、2002) 1417頁。その可能性を示唆するものとして、内田・前掲注(12) 129頁。

¹⁶ 生田・前掲注(12) 195頁も多数説的理解を否定する。

¹⁷ 西村・前掲注(12) 253頁は、同判決が「原則として」という留保を付した点について、「この点についての判旨は不明瞭であるし、一般に、対向犯の場合に妥当する原則（その内部関係には共犯規定の適用はないということ）の例外をみとめようとする説にも、合理的な根拠を見いだすことはできない」と指摘する。

(b) 判旨

「本法は、特定の第三者に対する融資を条件として金融機関が預金を受け入れるいわゆる導入預金のうち一定の形態のものの取締りを目的として制定された法律であるが、2条1項において、金融機関に預金等をする者（以下、預金者という。）が金融機関から融資を受け又は債務の保証を受ける特定の第三者（以下、特定の第三者という。）と通じて金融機関と不当契約をすることを禁止し、2条2項において、金融機関に預金等をするについて媒介をする者（以下、媒介者という。）が特定の第三者と通じて又は自己のために金融機関と不当契約をすることを禁止し、これらの規定に違反した者に対して罰則を定めている（4条1号）。

しかるに、特定の第三者については、その者が自ら預金等をするることについての媒介をする場合を除いて、これを処罰する規定がないのである。

このような本法の規定からすれば、右特定の第三者については、その者が自ら預金等をするることについて媒介をする場合を除いて、これを処罰しない趣旨であると解すべきであつて、預金者又は媒介者と特定の第三者が通じたことの内容が、一般的にはこれらの者との共謀、教唆又は幫助にあたりと解される場合であつても、預金者又は媒介者の共犯として処罰しない趣旨であると解しなければならない。

原判決の認定した事実によれば、被告人はC信用組合の専務理事Dと面接し、自己への融資方を申し込むとともに併せて同組合の貸出し資金の確保については然るべき預金をあつせんすることを約したうえ、Bに対し、自己が事業資金とするために同組合から融資を受けようとしているが、それについては引き当てとなる預金が必要なので、預金者には相応の謝礼をするので然るべき預金をあつせんしてくれるよう依頼したというのであるから、かかる被告人の行為はひつきようBに対し預金の媒介を依頼したものにすぎず、かかる行為は特定の第三者が媒介者と通じることの内容として通常予想される行為に止まるものであつて、かかる行為をとらえて、被告人が預金等をするについて媒介をした者として本法2条2項、4条1号により処罰することは許されないものといわざるをえない。」

なお、預金等不当契約取締法2条は、次のようなものである。

《預金等不当契約取締法2条》

- ① 金融機関に預金等をする者は、当該預金等に関し、特別の金銭上の利益を得る目的で、特定の第三者と通じ、当該金融機関を相手方として、当該預金等に係る債権を担保として提供することなく、当該金融機関がその者の指定する特定の第三者に対し資金の融通をし、又は当該第三者のために債務の保証をすべき旨を約してはならない。
- ② 金融機関に預金等をする者について媒介をする者は、当該預金等に関し、当該預金等をする者に特別の金銭上の利益を得させる目的で、特定の第三者と通じ、又は自己のために、当該金融機関を相手方として、当該預金等に係る債権を担保として提供することなく、当該金融機関がその者の指定する特定の第三者若しくは自己に対し資金の融通をし、又はその者の指定する特定の第三者若しくは自己のために債務の保証をすべき旨を約してはならない。

(c) 検討

この昭和51年判決は、基本的には最高裁昭和43年判決を踏襲したものであるが¹⁸、次の二点において重要な意義を有する。第一に、最高裁昭和43年判決では、片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為を処罰する規定がない場合、「原則として」それを処罰することはできない旨を判示したのであるが、同判決は、そのことが共謀共同正犯にも妥当することを示したという点である¹⁹。第二に、同判決が、可罰性が問題となる関与行為は、不可欠関与行為の内容として、少なくとも「通常予想される行為」である限り、不可欠関与行為に該当するという判断手法を示した点である。

上記第二点に関して、昭和51年判決は不可欠という基準に替えて「通常予想される」という基準を採用したとする見解²⁰もある。しかし、同判決は、預金の媒介を依頼する行為が預金等不当契約取締法2条2項違反の罪の成立にとって「通常予想される」関与行為であるとしたのではなく、あくまでも、当該行為が、不可欠関与行為である「媒介者と通じること」の内容として「通常予想される」としているにすぎない。したがって、昭和51年判決は、昭和43年判決

¹⁸ 大越・前掲注(13) 72頁。

¹⁹ 生田・前掲注(12) 195頁、大越・前掲注(13) 72頁。

²⁰ 生田・前掲注(12) 195頁。

と異なる基準を採用しているのではなく、可罰性が問題となる関与行為が不可欠関与行為に該当するか否かを判断する手法を具体化したものと見るべきであろう。

(3) 判例理論

昭和43年判決および昭和51年判決による判例理論は、次の通りである。

ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない場合には、原則として、その関与行為を共犯(共同正犯を含む)として処罰することはできない。そして、ある関与行為が不可欠関与行為の内容として通常予想されるものであれば、不可欠関与行為に該当する。

ただし、この判例理論における「原則」に対する例外は、必ずしも明らかではない。

4 学説の状況

(1) 立法者意思説

片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為の可罰性が制限される根拠については、いわゆる立法者意思説が伝統的に主張されてきた。この見解からは、たとえば次のように主張される。

「対向犯的な性質をもつ a・b という二つの行為の中で、法律が a 行為だけを犯罪定型として規定しているときは——当然に定型的に予想される b 行為を立法にあたって不問に付したわけであるから——b 行為は罪としない趣旨だと解釈しなければならない。したがって、b 行為が a 罪の教唆行為または幫助行為にあたるばあいでも、それが a 罪に対する定型的な関与形式であるかぎり、これを a 罪の教唆犯・幫助犯として罰することは許されないものと解すべきである。その限度で、六一条・六二条は適用を制限されることになる。」²¹

なお、注意を要するのは、ここでいう「立法者意思」とは、二つの対向的行為が前提とされたはずであるのに一方についてのみ処罰規定が設けられてい

²¹ 団藤・前掲注(4) 432頁。さらに、vgl. *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 698; *Jürgen Wolter*, Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS 1982, S. 345.

いという、条文から読み取ることのできる立法者意思であるということである。それゆえ、立法者意思説の論者は、立案過程における議論の推移などについては考慮に入れるわけではないと思われる。

(2) 実質説

これに対し、片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為の不可罰性の根拠を、実質的に考える見解もある。たとえば、「共犯者に違法性がないか、責任がないかのどちらかである場合」には、必要的共犯は処罰されないとする見解²²がこれである²³。

(3) 折衷説

しかし、上記二説は相矛盾するものでなく、いずれの観点も取り入れようとする見解が有力である。たとえば、実質説は「基本的に妥当な方向を示すもの」と評価しつつも、「違法・責任の両面において当罰的であってもなお可罰性の枠外に置かれる領域を認めることは十分可能だといわなければならない」という主張²⁴がこれである。この見解はいわば、立法者意思説の主張を、共犯構成要件の存否に関係するものとして、実質説の主張を、(共犯構成要件の存在を前提とした場合における) 処罰の実質的根拠に関係するものとして位置づけるものと言えよう²⁵。

²² 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975) 379頁。松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第4版、2009) 252頁以下も同旨。さらに、vgl. Wolter, a. a. O. (Fn. 21), S. 345 ff.

²³ さらに、最近では、「他者侵害的な片面的対向犯」における必要的共犯の不可罰性を「増幅不法」という概念から説明する見解(豊田・前掲注(5) 106頁)もあり、注目される。

²⁴ 西田・前掲注(4) 235頁以下。このほか、丸山雅夫「必要的共犯」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007) 114頁以下など。

²⁵ 内藤・前掲注(15) 1420頁も、「…必要的共犯において対向者の一方について処罰規定がないときは、立法者意思説により、対向的関与行為は、原則として不可罰と解することから出発すべきである。それは定型的(類型的)関与形式として当然予想される関与行為である限りは、共犯の構成要件(違法類型)に該当しないことを意味する。そして、必要的関与行為の定型性(類型性)・通常性を越えて(たとえば、積極的に働きかけて)、共犯の構成要件に該当すると認

5 片面的対向犯と共犯規定との関係

(1) 異なる二つの次元

学説における折衷説が指摘するように、立法者意思説と実質説は、そもそも互いに次元を異にするものであると思われる。というのは、片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為に可罰性が認められるかという問題は、①罪刑法定主義の観点からその関与行為を処罰することができるかという問題²⁶、つまりその関与行為を捕捉する共犯構成要件の存在を認めることができるかという問題と、②その関与行為を捕捉する共犯構成要件の存在を認めることができるとしても、その関与行為を処罰する実質的な根拠が存在するかという問題の二つを含んでいるからである。これと対応して、立法者意思説は①の問題を扱うものであるのに対し、実質説は②の問題を扱うものであると位置づけるのが適切であると思われる。

(2) 不処罰を導く二つの根拠

(a) 共犯構成要件の不存在

片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為の不可罰性を導く根拠は、上記①および②と対応して、二つ存在する。

その第一は、共犯構成要件の不存在である。ある関与行為を捕捉する共犯構成要件がないのにそれを処罰することは、罪刑法定主義に反する。問題は、共

められたときは、実質説が登場し、関与行為者が被害者であるときは実質的違法性がなく、関与行為者に期待可能性がないときは責任が認められないとして、共犯者として処罰されないと考えることになる」とするが、まさしくこうした考え方に立脚するものと思われる。なお、*Triffterer* も、「必要的関与(notwendige Mitwirkung)とは、構成要件がその記述からして複数の者の共働を前提しながら、そのうちの一人のみに刑を科している場合である」とし、この場合、刑を科されていない他の者は、たとえ処罰の実質的な理由が欠けるわけではないとしても、(最低限の関与にとどまる限り)必要的関与者として常に(*stets*)不可罰となるとする(*Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kap. 16 Rn. 5 f.*)。

²⁶ 「罪刑法定主義上の制約」と明言するものとして、京藤・前掲注(12)201頁。また、「罪刑法定主義の観点」から立法者意思説を支持するものとして、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻』(青林書院、第2版、1999)98頁〔村上光鷗〕。

犯構成要件の存否をどのように検討するかということである。

立法者意思説の論者が指摘するように、ある一つの事象が完成するために複数の対向的行為が不可欠であるにも拘らず、そうした対向的行為の一部のみが構成要件該当行為とされている場合には、罪刑法定主義の観点から、その他の対向的行為に対しては刑法が介入しない、つまり各則構成要件と共犯規定からなる共犯構成要件が存在しないと解さねばならない。この判断は、罪刑法定主義の観点からなされるものである以上、問題となる対向的行為の可罰性を否定する実質的根拠が存在するか否かとはまったく無関係である。昭和43年判決はまさにこうした趣旨のものと解される。

もっとも、ここでいう「不可欠」を極めて厳格に、すなわち「最低限」という意味に解すれば、ほとんどすべての関与行為に対して共犯構成要件の存在を肯定することになろう²⁷。しかし、不可欠関与行為の内容として最低限とは言えないが、不可欠関与行為の内容として通常想定されるような関与行為を、共犯規定の適用により処罰することは、実質的には、対向的行為の一部（一方）について処罰規定が設けられていないという実態を覆い隠してしまうことになり、昭和43年判決の意義を消滅させてしまうように思われる²⁸。それゆえ、不可欠関与行為の内容として最低限とは言えずとも、不可欠関与行為の内容として通常想定されるような関与行為であれば、それに対する共犯構成要件の存在が否定されると解すべきである。

²⁷ 現にドイツの判例においては、「最低限の関与 (*Mindestbeteiligung*)」を超える、教唆および役割を超える方法 (*in rollenüberschreitender Weise*) での支援については、必要的共犯の可罰性が肯定されている (BGHSt 15, 377 *uzw.*; vgl. *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 21), S. 698)。

²⁸ 中・前掲注 (12) 188-189頁は、わいせつ文書を単に購買する行為は不可罰であるが購買を申し込む行為は可罰的であるという考え方を「購買そのものが罪とならぬのに、これに関連してその周辺に位する行為が罰せられるということは、どう考えてみても当をえない」とした上で、「対向犯中の一方が不問に付せられているばあいには、たとえば購買に関連してなされる行為が販売に対する教唆または幫助にあたるときでも、それが購買行為に附随する通常の——定型——行為である限り、処罰規定をもつ犯罪の共犯とはされず、この限度で共犯規定の適用は制限されるものと考えねばならない」とするが、本稿の見解と同旨と思われる。

(b) 不法または責任の欠如

片面的対向犯において処罰規定を欠く側の関与行為を捕捉する共犯構成要件の存在が認められる場合であっても、その関与行為が可罰的であるためには、それを処罰する実質的根拠が存在しなければならないことは当然である。したがって、共犯構成要件の存在が認められても、不法および責任の観点からその関与行為を処罰する実質的な根拠が存在することを確認する必要がある。

6 本判決の検討

本件被告人が、法167条3項違反の罪の教唆犯としての可罰性を備えるか否かは、これまで確認してきたように、①インサイダー情報の伝達行為を捕捉する共犯構成要件が存在すると言えるか、そして、②同行為を共犯として処罰する実質的根拠があるか、という二つの観点から検討がなされねばならない。

1) 本判決の判旨は、終始、②の点に集中していたように思われる。インサイダー取引規制（ひいては法167条3項の存在）の趣旨に関する原判決の説示を是認する部分だけでなく、昭和43年判決および昭和51年判決と本判決が事案を異にすることを根拠づける部分においても、インサイダー情報の伝達による教唆行為を処罰する実質的根拠を詳細に示そうとしている。本判決も指摘するように、本件教唆行為を処罰する実質的根拠が存在することは、インサイダー取引規制の趣旨からして明白であろう²⁹。

2) しかし、本判決は、①の点に対する説明、つまり昭和43年判決および昭和51年判決と事案を異にすることについての説明が不十分であったように思われる。昭和43年判決および昭和51年判決は、可罰性が問題となる関与行為を処罰する実質的根拠があるか否かに関係なく、その関与行為を捕捉する共犯構成要件が欠ける場合が存在することがあり得るということを判示したものと理解すべきである。たしかに、不可欠関与行為を処罰する共犯構成要件が欠如すると考えられる場合には、そのことを合理的に説明し得る根拠があるのが通例であるが³⁰、たとえそのような根拠がないときであっても、——共犯構成要件

²⁹ なお、立案担当者も、情報伝達行為はインサイダー取引罪の共犯として処罰されるという前提に立っていたようである（横畠・前掲注(10) 127頁、昭和63年5月19日参議院大蔵委員会会議録15号20頁）。

³⁰ Vgl. *Günter Stratenwerth*, *Sweizerisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl.

が存在しない以上——当該不可欠関与行為を処罰することは許されない。それゆえ、インサイダー情報の伝達による教唆行為を処罰する実質的根拠が存在するとしても、前記最高裁判例との関係においては、そうした教唆行為の処罰を妨げる形式的根拠、つまり共犯構成要件が欠如するという懸念が存在しないということを示す必要があると思われる。ところが、正面からこのことを示したと思われる部分は、本判決には存在しないのである。

では、本件において①の点についてはどのように考えるべきであったのであろうか。ここで手がかりとなるように思われるのは、法167条3項違反の罪が身分犯であるということである³¹。つまり、本罪が、「公開買付者等関係者…から当該公開買付者等関係者が第1項各号に定めるところにより知つた同項に規定する公開買付け等の実施に関する事実…の伝達を受けた者」を行為主体とする身分犯であるということである。身分とは、構成要件該当行為自体ではなく、その行為主体を特徴づける構成要件要素である。それゆえ、ある要素を身分として理解することは、その要素が行為主体に要求される前提事実にすぎず、その要素自体は処罰の対象となる行為を構成しないと理解することを意味する³²。そうすると、身分犯における身分自体は処罰の対象ではない以上、対向的行為のうち的一方（一部）を内容とする身分が構成要件要素となっている身分犯は、そもそも片面的対向犯ではないということになる³³。それゆえ、「対向的行為のうち的一方（一部）のみが処罰の対象とされている以上、他方（他部）は処罰の対象とされていないと考えなければならない」という論理が成立しなくなるのである。つまり、A₁という身分（本件ではインサイダー情報の被伝達者）とBという行為（本件では株券の買付け）を構成要件要素とする身分犯が存在

1996, § 13 Rn. 149.

³¹ 原審は適用法条に刑法65条1項を挙げており、本判決もこれを前提とするものと思われる。

³² 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013）410頁、山口厚『「共犯の因果性」の一断面』齊藤豊治ほか編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（成文堂、2006）354頁も同旨。さらに、vgl. *Adrian Eugen Hollaender*, Strukturelle Kommutabilität von zweiaktigem Delikt und Sonderdelikt bei § 81 Abs 1 Z 2 StGB?, AnwBl 2005, S. 501.

³³ つまり、身分の内容が対向的行為を前提とするに過ぎず、構成要件該当行為の内容は対向的行為を前提としないということである。

し、 A_1 の創出にとって対向的行為 A_2 （本件ではインサイダー情報の伝達行為）が不可欠である場合、その構成要件において処罰の対象とされているのは（行為主体が A_1 を備えていることを前提とした） B であって A_1 ではないのであるから、「対向的行為である A_1 と A_2 のうち前者のみが処罰の対象とされている以上、後者は処罰の対象とされていないと考えなければならない」という論理は成立しないのである。このような、身分を創出するのに不可欠な対向的関与行為は、まさしく昭和43年判決が言うところの「ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為」ではあるが³⁴、片面的対向犯における処罰規定を欠く側の関与行為にはあたらない以上、昭和43年判決および昭和51年判決とは事案を異にし、その可罰性を肯定することができるように思われる。

こうした観点から昭和43年判決および昭和51年判決とは事案に異にするということを説明するならば、本判決における、インサイダー情報の伝達および漏洩に関する言及はその一つの要素となろう。すなわち、本判決は、「一般にインサイダー情報の伝達、漏洩には、目的、相手方等に関し様々な場合があり得るのであって、不正取引に無関係な情報漏洩等を含めて一律に可罰性の有無を論じることは困難である」とするが、目的等を度外視したインサイダー情報の伝達または漏洩という事象自体は、刑法上の不法性を帯びないという点で正しい。それゆえにこそ、法167条3項違反の罪は、インサイダー情報の伝達を受けた者を行為主体とする身分犯なのである。したがって、弁護人による昭和43年判決および昭和51年判決との抵触の主張に対する反論としては、この点を強調すべきであった。それによって、本項の冒頭で述べた①の点についての説明となり得るように思われる。

3) なお、情報伝達者を直接捕捉する罰則が創設されたという事情は、本件被告人の処罰を妨げるものではないであろう。本判決も指摘するように、もともと共犯規定によって捕捉し得た関与行為につき、罰則の明確化や法定刑の適正化などのため、独立の構成要件を創設するということも十分に考えられるからである³⁵。したがって、本判決によるこの点についての判示は、妥当である。

³⁴ 前掲注（9）参照。

³⁵ 情報伝達行為の規制と法167条3項違反の罪との関係については、小島・前掲注（1）72頁以下、佐伯・前掲注（8）15頁参照。

7 おわりに——判例理論における本判決の位置づけ

本判決は、昭和43年判決が「原則として」という留保を付した効果が発現した例外的な事例として理解すべきであろう。つまり、本件情報伝達行為も、「ある犯罪が成立するについて当然予想され、むしろそのために欠くことができない関与行為について、これを処罰する規定がない」場合に該当するものの、（身分犯における）身分を創出するのに不可欠な対向的関与行為であるにすぎないことから、——片面的対向犯が問題とならない結果として——昭和43年判決および昭和51年判決とは事案を異にするものであったと理解すべきである。

本件は、可罰性が問題となる関与行為を処罰する実質的根拠が明白な事案であった。それゆえ、本件は同時に、必要的共犯の理論の存在意義が問われた事案でもあったと言えよう。本稿が示したように、必要的共犯の理論が、形式的側面（共犯構成要件の存否の問題）と実質的側面（不法および責任の存否の問題）に区別されるのだとすれば、前者は罪刑法定主義の問題であり、後者は——前者がクリアされたとしても——処罰の実質的根拠があるかという問題である。それゆえ、前者の観点における可罰性が肯定されるためには、可罰性が問題となる関与行為を処罰する実質的根拠ではなく、その関与行為を捕捉する共犯構成要件が存在すると考えられる根拠が示されねばならず、それが肯定された後に、後者の観点における可罰性が確認されねばならない。共犯としての処罰の実質的根拠が明白な事案においては、必要的共犯の理論の形式的側面が見落とされがちではあるが、この点についても慎重な検討が要請されるのである。

執筆者紹介（掲載順）

岡部天俊	張子弦	堀田尚徳	加藤節健	山田健	辻康夫	ジェイムズ・タリー	角本和理	田口正樹	水野浩二	吉田邦彦
北海道大学大学院法学研究科修士課程	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程	北海道大学大学院法学研究科助教	成蹊大学名誉教授	北海道大学大学院法学研究科修士課程	北海道大学大学院法学研究科教授	カナダ・ビクトリア大学名誉教授	北海道大学大学院法学研究科助教	北海道大学大学院法学研究科教授	北海道大学大学院法学研究科教授	北海道大学大学院法学研究科教授

平成29年3月29日 印刷
平成29年3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 March 2017 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Reconsidering Reparations Issues regarding Abandoned Poisonous Gas Weapons in China (2): Based on the Meetings with Sufferers in Qiqihar	Kunihiko YOSHIDA	1
“Muddling through” of Modern Japanese Judges and Civil Procedure: Images in <i>Horitsu Shimbun</i> (1900-1926) (3) ☆	Koji MIZUNO	25
Bestätigung als Tätigkeit der königlichen Gerichtsbarkeit im deutschen Spätmittelalter (Teil II) ☆	Masaki TAGUCHI	75
Theory of Privacy in a Cyber Age (3) ...	Kazumasa KAKUMOTO	103

LECTURE

Modern Political Theories and Indigenous Peoples			
Resurgence and Reconciliation of Indigenous Peoples in North America	James TULLY	256[	1]
Translated by Yasuo TSUJI, Ken YAMADA			
Neglecting Indigenous People: Some Reflections on the Postwar			
Political Studies in Japan	Takashi KATO	250[	7]

NOTES

Confidential Communication and Photography in Criminal Law Cases	Hisanori HOTTA	244[13]
Les responsabilités et les sanctions frappant le dirigeant en cas de procédure collective en France (2) ☆	Zixian ZHANG	224[33]

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case Takatoshi OKABE 190[67]

[]...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