



Title	北大法学論集 第71巻 第3号 全1冊
Citation	北大法学論集, 71(3)
Issue Date	2020-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79348
Type	journal
File Information	lawreview_71_3_all.pdf



北大法学論集

第 71 卷 第 3 号

論 説

憲法 9 条の解釈と学説の現況 齊 藤 正 彰 1

行政への民主的統制と委任

—— 科学技術・イノベーションにおける現状と展望 ——

..... 村 上 裕 一 59

フランス法における詐害行為取消権の行使と倒産手続（2・完）

..... 張 子 弦 99

複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論（2）

..... 岡 部 天 俊 137

「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察（4）

—— ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ——

..... 橋 本 伸 167

書 評

「家」制度研究における政治史と法制史の対話

—— 福島正夫著『日本資本主義と「家」制度』再訪 ——

..... 山 中 仁 吉 223

2020(令和2)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名 誉 教 授

厚 谷 襄 兒 (経 済 法)
 今 井 弘 道 (法 哲 学)
 臼 杵 知 史 (国 際 法)
 大 塚 龍 児 (商 法)
 岡 田 信 弘 (憲 法)
 小 川 晃 一 (政治思想史)
 小 川 浩 三 (法 史 学)
 奥 田 安 弘 (国際私法)
 加 藤 智 章 (社会保障法)
 神 原 勝 (行 政 学)
 木 佐 茂 男 (行 政 法)
 小 菅 芳太郎 (法 史 学)
 近 藤 弘 二 (商 法)
 笹 田 栄 司 (憲 法)
 東 海 林 邦 彦 (民 法)
 白 取 祐 司 (刑事訴訟法)
 杉 原 高 嶺 (国 際 法)
 鈴 木 賢 (比 較 法)
 瀬 川 信 久 (民 法)
 高 見 勝 利 (憲 法)
 高 見 進 (民事訴訟法)
 田 口 正 樹 (法 史 学)
 田 村 善 之 (知的財産法)
 常 本 照 樹 (憲 法)
 道 幸 哲 也 (労 働 法)
 長 井 長 信 (刑 法)
 中 村 研 一 (国際政治)
 畠 山 武 道 (行 政 法)
 林 靖 子 (商 法)
 林 田 清 明 (法 社会 学)
 稗 貫 俊 文 (経 済 法)
 人 見 剛 (行 政 法)
 藤 岡 康 宏 (民 法)
 藤 原 正 則 (民 法)
 古 矢 旬 (アメリカ政治史)
 町 村 泰 貴 (民事訴訟法)
 松 澤 弘 陽 (政治思想史)
 松 久 三四彦 (民 法)

松 村 良 之 (法 社会 学)
 宮 本 太 郎 (比較政治経済学)
 山 口 二 郎 (行 政 学)
 吉 田 克 己 (民 法)
 亘 理 格 (行 政 法)
 教 授
 會 澤 恒 (比 較 法)
 池 田 清 治 (民 法)
 伊 藤 一 頼 (国 際 法) *
 岩 谷 將 (政 治 史)
 上 田 信太郎 (刑事訴訟法)
 遠 藤 乾 (国際政治) *
 尾 崎 一 郎 (法 社会 学)
 小 名 木 明 宏 (刑 法)
 岸 本 太 樹 (行 政 法)
 桑 原 朝 子 (日本法制史)
 児 矢 野 マ リ (国 際 法)
 権 左 武 志 (政治思想史)
 齊 藤 正 彰 (憲 法)
 佐 々 木 雅 寿 (憲 法)
 佐 藤 陽 子 (刑 法)
 ○ 嶋 拓 哉 (国際私法)
 城 下 裕 二 (刑 法)
 鈴 木 一 人 (国際政治経済学) *
 曾 野 裕 夫 (民 法)
 空 井 護 (現代政治分析) *
 辻 康 夫 (政 治 学)
 中 川 晶 比 兒 (経 済 法)
 中 川 寛 子 (経 済 法)
 中 山 一 郎 (知的財産法)
 西 村 裕 一 (憲 法)
 根 本 尚 徳 (民 法)
 野 田 耕 志 (商 法)
 ハズハ・ブラニスラブ (知的財産法)
 林 誠 司 (民 法)
 眞 壁 仁 (日本政治思想史)
 松 尾 誠 紀 (刑 法)
 水 野 浩 二 (法 史 学)
 宮 脇 淳 (行 政 学) *

山 木 戸 勇 一 郎 (民事訴訟法)
 山 崎 幹 根 (行 政 学) *
 山 下 竜 一 (行 政 法)
 山 本 哲 生 (商 法)
 吉 田 邦 彦 (民 法)
 吉 田 徹 (ヨーロッパ政治史)
 吉 田 広 志 (知的財産法)
 ○ 米 田 雅 宏 (行 政 法)
 特 任 教 授
 朝 倉 靖 (民 事 実 務)
 池 田 茂 徳 (法実務基礎)
 磯 部 真 士 (刑 事 実 務)
 加 藤 智 章 (社会保障法)
 小 林 俊 彦 (刑 事 実 務)
 橋 場 弘 之 (法実務基礎)
 △ 長 谷 川 晃 (法 哲 学)
 松 長 一 太 (民 事 実 務)
 准 教 授
 池 田 悠 (労 働 法)
 伊 藤 隼 (民事訴訟法)
 川 村 力 (商 法)
 櫛 橋 明 香 (民 法)
 栗 原 伸 輔 (民事訴訟法)
 小 濱 祥 子 (アメリカ政治史) *
 徐 行 (比 較 法)
 ○ 鈴 木 敦 (憲 法)
 田 中 啓 之 (行 政 法) *
 津 田 智 成 (行 政 法)
 馬 場 香 織 (比較政治) *
 前 田 亮 介 (日本政治史)
 三 宅 新 (商 法)
 村 上 裕 一 (行 政 学)
 ○ 森 悠 一 郎 (法 哲 学)
 ○ 山 本 周 平 (民 法)
 助 教
 許 仁 碩 (法 社会 学)
 崔 碩 鎭 (現代政治分析)
 前 田 星 (法 史 学)
 山 崎 皓 介 (憲 法)

憲法9条の解釈と学説の現況

齊 藤 正 彰

目 次

はじめに

I 横糸を再紡する意味

1. 9条解釈の縦糸と横糸
2. 9条の法規範性
 - (1) 政治的マニフェスト説の再評価論
 - (2) 政治的マニフェスト説と政治規範説の径庭
 - (3) 政治規範説と政治過程
3. 憲法変遷論と解釈の枠
 - (1) 憲法変遷論の再評価論
 - (2) 9条解釈の枠
 - (3) 新変遷論と他の選びうる解釈

II 学説整理の意味と無意味

1. 学説の形成と論理
 - (1) 学説整理の観点
 - (2) 図式的分類の完成と陥穽
 - (3) 遂行不能説は通説か
 - (4) 峻別不能説の原風景
 - (5) 遂行不能説Aが想起したもの
 - (6) 遂行不能説Bの手がかり
2. 自衛戦力合憲説の無理
 - (1) 自衛戦争と国連憲章
 - (2) 憲法学説の自省
 - (3) 古い学説に新しい解釈
3. 遂行不能説における目的・手段の構成と「峻別不能」論

- (1) 遂行不能説だけが拙劣か
 - (2) 9条の構成と遂行不能説の思考
 - (3) 峻別不能説は堅牢か
 - (4) 遂行不能説の構造と「峻別不能」論
 - (5) 峻別不能説の一念
 - (6) 峻別不能説の遂行不能説への収斂
- Ⅲ 自衛権を論じる意味
- 1. 自衛権論の視座
 - (1) 国際法上の「権利」としての自衛権
 - (2) 憲法上の「権限」としての自衛権
 - (3) 国家の「権能」としての自衛権
 - 2. 「放棄」と「行使不能」の距離
 - 3. 「武力なき自衛権」説の無意味
- Ⅳ 自衛のための実力の保持・行使
- 1. 禁止説
 - 2. 許容説
 - (1) 消極的並立論
 - (2) 積極的許容論
 - (3) 方向づけ論
 - 3. 要請説
- おわりに

はじめに

本稿の目的は、日本国憲法9条の解釈、とりわけ自衛のための実力（自衛力）の保持・行使についての憲法学説の現況を整理することである。したがって、憲法9条をめぐる議論の総体を対象とするものではない。9条解釈におけるすべての論点に註釈を行うものではないし、関係する法令や種々の事象について個別に検討するものでもない。

9条解釈については、憲法制定過程から今日まで、膨大な議論の蓄積がある。学説の分類・整理も、繰り返しなされてきた。しかし、旧来の学説の積み重ねに基づく整理は、今日の議論水準からみて見直すべき要素を含み込んだままになっているおそれがある。

そこで、本稿は、改めて、現在の憲法学説における9条解釈を検討す

る。その筋道に関する最小限の作業を行なったうえで（Ⅰ～Ⅲ）、学説の現況を概観する（Ⅳ）。なお、9条解釈に関連の深い「平和的生存権」論については別稿を準備しており、集団的自衛権についてはすでに論じたことがあるので¹、本稿では扱わない。

Ⅰ 横糸を再紡する意味

1. 9条解釈の縦糸と横糸

後述する自衛戦力合憲説、遂行不能説、峻別不能説は、「いずれも9条の法規範性を前提としているのであるが、そのいずれを採用するかを9条解釈の縦糸とすると、9条を裁判によって執行されうる規範と考えるかどうか、というのが横糸である」²とされる。9条の法規範性に関する議論としては、近時の註釈書によれば、「本条は単なる政治的宣言（マニフェスト）であり、その条文の字句から何らかの法的効果を導き出すことはできないとする政治的マニフェスト説（高柳賢三）や、9条の法規範性を認めながらも、「高度の政治的判断を伴う理想」が込められていることを理由として、本条の裁判規範性を否定し、「法令や政府の行為が9条違反か否かは、主として、国会、選挙その他政治的な場において検討され決定される」と主張する政治規範説（伊藤正己）」と、「①憲法制定当時における9条の規範的意味は非武装平和主義であったが、②その後の国際情勢と日本の国際的地位の変化によって同条の規範的意味は変化し、③国民の規範意識も自衛隊を容認しているとして、憲法の変遷を理由に自衛のための防衛力の整備は9条に違反しないと主張する（橋本公旦……）」9条変遷論が挙げられる³。これらの「政策的な配慮を色濃

¹ 齊藤正彰『憲法と国際規律』（信山社・2012年）207頁以下、齊藤正彰「集団的自衛権と憲法9条解釈のスタンス」北星学園大学経済学部・北星論集55巻2号（2016年）1頁以下。

² 常本照樹「戦争の放棄（9条）」法教260号（2002年）15頁。

³ 辻村みよ子＝山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社・2018年）47頁、438頁〔愛敬浩二〕。

く反映した個人説」⁴とも評される「横糸」をめぐるのは、従来、「教科書的叙述では、話の枕として、……今は懐かしい学説上の旧跡を一渉り回るのが作法となっている」⁵という批評が同様に当てはまる状況にあった。しかし、近時、再び「横糸」を手繰ることを試みる学説がある。

2. 9条の法規範性

(1) 政治的マニフェスト説の再評価論

これまで通説的見解を担っていたとされる学説から、「非武装平和の憲法を……より強く世界に訴えていく、しかし一方で必要最小限の自衛力も当分の間、暫定的に認める、そういう立場を採るためには、政治的マニフェスト説の今日的意義を再検討しなければならないのではなかろうか」⁶との問題提起がなされたとされる。

これについては、「『政治的マニフェスト』を単なる政治的な宣言と解すべきではなく、憲法遵守の義務をもつ政府の政策決定を方向づけるものの、……将来にむけて政府の行動を方向づける理念として理解すべき」とするものであって⁷、「要するに、9条は、いま、現にある自衛隊をその理念に向かって方向づける機能をもっている、と理解する」見地に立っていたのではないかとし、「9条を改正せずに生かしていく」という趣旨で政治的マニフェスト説を再検討するものと評されている⁸。

⁴ 鈴木敦「9条学説史から見た『憲法学説』の規整力」法時92巻3号(2020年)102頁。

⁵ 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(上)』(有斐閣・1993年)166頁。もちろん、引用部分は外国人の人権に関する学説について述べたものである。

⁶ 芦部信喜先生記念講演録『平和憲法五十年の歩み——その回顧と展望』(信山社・2017年)31頁。

⁷ 高橋和之＝高見勝利ほか「〔座談会〕戦後憲法学の70年を語る——高橋・高見憲法学との対話(42・第11回)憲法と政治」法時90巻7号(2018年)72頁[高見]。丸山真男「憲法第九条をめぐる若干の考察」世界235号(1965年)48頁に依拠して論じられている。

⁸ 高橋＝高見ほか・前掲座談会(註7)72頁[高見]。

その際、9条は「枠というスタティックなものではなく、ダイナミックなものになる」⁹とされるが、「ダイナミック」の意味を、次のような「動態的憲法理解」に通じるものと解するならば、すなわち、「正解釈」/「にせ解釈」の二分論……のような解釈観をはじめから退け、「わく」の中と外に切り分けることのできる解釈の正邪のラインは元来理論的に論証可能なものとしては存在せず、ただ多様な憲法解釈アクター（政府、裁判機関、政党、学説、市民等々）がそれぞれの政治的経済的社会的利害認識から、各々に好ましい解釈論を掲げて自らが主観的に正しいと信じる解釈論の正当性を押し通すべく政治的攻防戦を繰り広げているだけだ、という一見ニヒリスティックな解釈観¹⁰に結びつくものと解するならば、この「動態的憲法理解」論は、「9条法原理」説とも称される「穏和な平和主義」論に共鳴しているところ¹¹、「穏和な平和主義」論に対しては9条を「単なるマニフェスト」として扱う説を支持する見解であるとの評価¹²がなされていたことに逢着する¹³。

⁹ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）72頁〔高見〕。

¹⁰ 山元一「九条論を開く——〈平和主義と立憲主義の交錯〉をめぐる一考察」水島朝穂編『シリーズ日本の安全保障（3）立憲的ダイナミズム』（岩波書店・2014年）100頁。

¹¹ 山元一『グローバル化時代の日本国憲法』（放送大学教育振興会・2019年）239-240頁。

¹² 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第3版）』（有斐閣・2001年）158頁〔高見勝利〕。なお、同書第4版（2006年）にも同旨の記述が引き継がれていたが、第5版（2012年）では削られている。

¹³ ただし、「9条を「原理」と捉える説」は「高柳と類似する問題意識から、9条の規範としての性格を考え直す議論」であるが、「9条の法規範としての意味を否定するわけではなく、それを原理として理解すべき」とするものとされる（毛利透ほか『憲法Ⅰ——総論・統治（第2版）』（有斐閣・2017年）141-142頁〔毛利〕）。同様に、「高柳説に近いようにみえるが、……憲法九条を基本的には憲法規定とみる立場にたっているとみることができる」（岩間昭道『合法性と正当性』（尚学社・2019年）94頁註38）とする見解がある。他方、「九条は主に政治過程に関わる条文なので、九条を「原理」ととらえると、九条の規制力は「政策」レベルまで、すなわち、「政治的マニフェスト」にまで弱まるおそれがある」（愛敬浩二『改憲問題』（ちくま新書・2006年）153頁）とされ、また、政治規範説と

「九条は非武装の平和主義を基本にしている、という立場をそのまま維持しながら、自衛隊の存在も肯定する、そういう解釈を採る」¹⁴ことは、「9条を単なるマニフェストとして扱う説」の再評価ではないはずであり、そこでの「ダイナミック」の意味は、次のように解されることになる。すなわち、9条を「政策決定の枠だと考えたところでこの枠のなかでは漸増しようが漸減しようがどっちでもいいという結論にならざるをえない」のであって、それは「スタティック（静態的）な理解にとどまっている」ことになるのに対して、9条は「政策決定の方向づけを示している」と考えれば、「方向性を決定する現実的な規定として第九条というものが生きて来る」のであって、「方向性が見れば、枠というスタティックなものでなくて、ダイナミックなものになる」ということである¹⁵。そのようにして、「政府としては、防衛力を漸増する方向ではなく、それを漸減する方向に今後も不断に義務づけられている」とされるのである。

（2）政治的マニフェスト説と政治規範説の怪癖

政治規範説は、政治的マニフェスト説や9条変遷論とともに、「9条の法規規範性等を否定することで、複雑な条文操作を回避する議論」と位置づけられることがある¹⁶。

そして、そのような観点から、政治規範説については、「9条の裁判規範としての効力を否認」するものとの評価¹⁷が導かれる傾向がある。「9条を政治規範とする見解は、その裁判規範性を、およそ一般的に否定することになる。しかし、違憲審査制を設けた憲法のもとで、ある条

の「区別は相対的なもの」（芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編『新基本法コンメンタル憲法』（別冊法セ・2011年）50頁〔愛敬浩二〕）とされる。

¹⁴ 芦部先生記念講演録・前掲書（註6）29頁。

¹⁵ 丸山・前掲論文（註7）48頁。

¹⁶ 芹沢ほか編・前掲書（註13）54頁〔愛敬〕、ただし、政治的マニフェスト説との異同について、同書50頁。また、「高柳学説の継受者として、伊藤正己がいる。伊藤の見解は、基本的には高柳説と同一である」（加藤一彦『憲法〈第3版〉』（法律文化社・2017年）294頁註3）との評価もある。

¹⁷ 山内敏弘「「防衛力」肯定論の憲法的基礎」奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学（4）統治機構の基本問題Ⅰ』（有斐閣・1976年）27頁。

項の裁判規範性を——とりわけ本文の条項について——およそ一般的に否定してしまうには、それだけの特別の根拠が必要なはずであるが、それが示されているとはいえない¹⁸とされる。また、同説は「9条の厳密な法解釈を放棄」¹⁹するものとも批判された。

しかし、政治規範説は、「高度の政治的判断を伴う理想がこめられた九条は、裁判規範としての性格がきわめて希薄」²⁰とするものであって、裁判規範性を完全に否定する趣旨ではないと解される。政治規範説は、9条の条文解釈として、「必要最小限度の自衛権の行使までも排除されていないと理解すべき」であり、「自衛権行使に必要な最小限度の戦力の保持は禁止されていない」とするのである²¹。そして、自衛の範囲として「具体的にいかなる手段・方法をとることになるかは、政治過程で決定されなければならない」としている²²。

(3) 政治規範説と政治過程

政治規範説は、「九条の解釈とその運用について国民のコンセンサスが得られていない状況のもとでは、裁判所は何がその規範的意味かを確定しがたく、たとえ何らかの法的意味を明示しえたとしても、その結果、司法が政治的紛争の渦中に巻き込まれ、司法本来の機能を果たしえなくなるおそれが多分に存している」²³ことを指摘するのである。ここで、「時

¹⁸ 樋口陽一ほか『注解法律学全集(1) 憲法I〔前文・第1条～第20条〕』(青林書院・1994年) 147頁〔樋口〕。

¹⁹ 山内・前掲論文(註17) 27頁。

²⁰ 伊藤正己『憲法(第3版)』(弘文堂・1995年) 169頁。

²¹ 同書177頁。

²² 同書173頁。なお、「現在の自衛隊の実体は、軍隊と呼んでも少しもおかしくないほどの力をそなえているようにもみえ、自衛のための必要最小限度の戦力を超えているとの判断も可能である。現実には、平和主義の理念から離れる方向に進んでいるようにみうけられる」(同書177頁)とされる。

²³ 同書169頁。その流れを汲む見解によれば、「9条が理想主義的な性格なために、その具体的意味については多様な見解が存在し、裁判規範性が希薄とならざるを得ない」のであり、また、「政治過程での9条論議がしばしば激しい論争状態を生み出し、そこから裁判規範の土台となるような意味をくみ取ることが困難とさせている。そうであるため、司法部門は、政治的論議の渦中に取り

をかせぐ」²⁴ことの効用を説いて裁判所に拙速に憲法判断を迫ることを戒めた見解に論及しつつ、「司法による「裁断」がないため、合憲・違憲は依然として決着がついていない」から、「論議が政治過程の場に寄せられたままになっている」のであり、「研究者を含む法職業家層のはたらく余地が残されている」とする指摘²⁵を想起することもできるであろう。

「最高裁は、これまで、自衛隊が違憲か否かの判断を避けてきた。かりに最高裁がこれを取り上げたとしても、砂川事件判決などの論理からして、いわゆる統治行為論に基づいて、その判断を政治部門ないし国民に委ねるであろうことが予測される。その場合、主権者たる国民が最終決着をはかることになる」²⁶。

なお、「憲法は政府のプロセスを樹立し、規律したものであって、……憲法の立脚する民主主義原理の下ではこの政治参加のプロセスの保障こそが裁判所にふさわしい役割であるとするプロセス的司法審査理論」²⁷を提示する学説は、「9条の文言と憲法制定当時の説明に照らす限り、自衛隊を9条に違反しないといえるかどうかかなり疑問である」としつつ、裁判所としては「一見きわめて明白に憲法に違反するといえない限りは、政府の行為は違憲とはいえないと判断すべき」であり、「争いは政治プロセスを通じて解決されるべきもの」としている²⁸。

込まれないようにとの配慮を働かす」のである。「このような状況であるから、最高裁判所が9条の意味を積極的に示すことを控え目にしていることは、司法のあり方として当然だといえる。とりわけ、自衛隊についての合憲性判断が最高裁判所によって一度もなされていないことについては、司法過程における憲法秩序の形成にとって、異常なことであるとはいえない」（戸松秀典『憲法』（弘文堂・2015年）52-53頁）とされる。なお、政治規範説によれば、「九条のもとに存する現実の状況にのみとらわれる理解が排され、憲法変遷があったとして九条解釈をする考え方は生ずる余地がない」（伊藤・同頁）とされる。

²⁴ 宮沢俊義「憲法裁判について」ジュリ370号（1967年）29頁。

²⁵ 奥平康弘「第九条における憲法学説の位置」法時76巻7号（2004年）32頁。

²⁶ 野中俊彦ほか『憲法I〈第5版〉』（有斐閣・2012年）176頁〔高見勝利〕。

²⁷ 松井茂記『日本国憲法〈第3版〉』（有斐閣・2007年）4頁。

²⁸ 同書196-197頁。

3. 憲法変遷論と解釈の枠

(1) 憲法変遷論の再評価論

9条の解釈については、「憲法変遷というのが立憲主義にとって一番無難ではないか」²⁹⁾ともいわれるようになっている。「9条の維持と立憲主義とのバランスをはかる理論構成」として、「憲法9条の変遷を解釈論として認めれば、自衛隊を違憲という必要はなくなる。しかも、憲法9条は消滅するわけではなく、一時的に妥当性を失い「眠り」についているにすぎない。国民意識が変化し、9条を支持するに至れば、9条は眠りから覚めうる」³⁰⁾とされる。他方、「憲法規定の中で規範性がない規定というのは認めるべきではない、憲法条文はすべて規範性をもっていると考えべきだ、マニフェストとかプログラム規定というのは許されない」³¹⁾のである。

(2) 9条解釈の枠

この見解は、憲法変遷をめぐる学説を整理した際に、憲法解釈の「枠」に関する問題について、次のように論じていた³²⁾。

「従来、憲法条文の意味の解釈には一定の客観的な枠があると考えられてきた。その枠は、少なくとも原理上は認識可能であり、枠を越える解釈は解釈論の範囲を越えるものとして許されない、枠内において可能な意味のいずれを採るかは究極的には価値判断の問題である、というのが基本的な考え方であった」。

「一般に言語表現の担いうる意味の広がりや、その時点、時点において歴史的・文化的に規定された限度があると思われるから、言語表現として存在する憲法条文の担いうる意味にも限度（枠）があ

²⁹⁾ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕。

³⁰⁾ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』（有斐閣・2020年）68頁。「問題は、この解釈をとるためには、憲法変遷の成立要件をある程度緩和しなければならず、そのことが立憲主義をその分形骸化させる危険をもつことである」（同頁）。なお、高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕。

³¹⁾ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）72頁〔高橋〕。

³²⁾ 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣・2006年）214-215頁、224頁。

ると考えるべきであろう」。

憲法変遷という言葉は、「思考様式の点からも2つの用法が区別」される。「1つは、解釈の枠を不変不動と考え、その枠外の憲法実例について変遷を考える用法であり、他の1つは、解釈の枠自体が動きうるものと考え、その枠の変動に着目して変遷を考える用法である」。解釈論のレベルに焦点を合わせた場合には、「便宜上、前者の思考様式を採る解釈論を法源変遷論、後者のそれを枠変遷論と呼ぶ」。

「枠変遷の発想においては、一定の要件の下に枠変遷の法的効果を認めた場合、新たな枠がその後の評価規準となり、それまで枠外で違憲とされていた実例も枠内の合憲のものと評価されることになる」。

「法源変遷の場合は……、一定の要件が認定されると、憲法規定は効力を停止して「眠り」に入り、以後はそれまで違憲であった憲法実例（それを支える規範）が評価規準となる」。

（3）新変遷論と他の選びうる解釈

この見解は、「立憲主義を護るためにはどのように考えるのがよいか、憲法変遷論の中心問題」³³であるとする。他方で、とりうる立場の可能性を提示しつつ、最終的にどの立場を選択するかは必ずしも明示しないスタンスをとってきたとみられる³⁴。そのなかで、以下の3つの選択肢が示されているようにみえる³⁵。

①「解釈論上で変遷の概念を用いることに賛成できない。違憲の実例

³³ 高橋・前掲書（註30）476頁。

³⁴ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕参照。

³⁵ 「いま問題にしているのは、もともとの意味が規範であるべきではなかったのかということです。それに対して政府の考えでいいとすれば、基本的には2つの説明の仕方があると思うのです。1つは、もともと政府の立場は、憲法解釈として認められうるものなのだというもの。もう1つは、いや、もともとはそうでもなかったけれど、一定の解釈方法論を前提とすれば、政府のような立場も許されると言えるのだというものです」（高橋和之ほか「〔座談会〕憲法9条の過去・現在・未来」ジュリ1260号（2004年）19頁〔高橋〕）。

は、憲法改正がなされない限り違憲であり続けると考える」³⁶との立場を取り続けることが考えられる³⁷。

②この見解が、「非武装中立主義の立場もこれまでの政府の立場も解釈論として許容範囲内であり立憲主義に反するとは考えていない」³⁸という理解を示したことが注目される³⁹。これを上述の枠変遷論をとったものと解さないならば⁴⁰、「条文が担いいうる意味には幅があり」⁴¹、自衛隊のような実力保持を違憲とする解釈も、必要最小限度の自衛力の保持を認める解釈も、いずれも9条の枠内に収まるものである考えられていることになる⁴²。

³⁶ 高橋・前掲書（註32）226頁。

³⁷ 「研究を始めた頃は自衛隊違憲論が解釈としては正しいだろうと思っていましたし、現在でも当時の状況や、制憲議会なんかの議論などを基礎にして考えると、制憲当初は、現在の自衛隊のようなものができたら誰でも違憲だと考えたのではないかと思う」としつつ、「もうこれは憲法変遷という以外にないという気持ちを内心ではもつようになり、それで憲法変遷論を勉強した」とされるが、「9条を憲法変遷論で書くことにまでは踏み切れなかった」（高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕）。

³⁸ 高橋和之「立憲主義は政府による憲法解釈変更を禁止する」奥平康弘＝山口二郎編『集团的自衛権の何が問題か——解釈改憲批判』（岩波書店・2014年）203頁註15。

³⁹ 「憲法九条の原意が「自衛のための必要最小限度の実力」保持を可とする政府解釈とまったく相容れないものであったかどうかは、なお議論の余地がある」（野坂泰司「憲法解釈の理論と課題」公法66号（2004年）27頁）とされる。この点について、高見勝利『芦部憲法学を読む——統治機構論』（有斐閣・2004年）480-489頁も参照。

⁴⁰ 山元・前掲論文（註10）94頁、98-99頁参照。

⁴¹ 高橋・前掲書（註30）476頁。

⁴² この選択肢の可能性について、「発足当初から自衛隊は実は合憲だったのであり、自衛隊合憲論は、はじめから「にせ解釈」ではなかった、と考える立場」の一種とする理解が示されている（山元・前掲論文（註10）93頁、98頁）。そして、「この考え方に立つと、少なくとも理論的には、将来……自衛隊を違憲と考える政党が政権を握り、内閣法制局にそのような見解を代弁するように強要しようとする場合、九条の規範内容を具体化するルールの変更を引き起こすために、立憲主義の名の下に、九条改正（＝九条が非武装主義を意味することを明示的

③憲法変遷について法源変遷論を採用し、「玉砕を避け被害を最小限にしてひとまず撤退するという戦略」⁴³をとることも考えられる。

Ⅱ 学説整理の意味と無意味

1. 学説の形成と論理

(1) 学説整理の観点

「9条解釈について、当初最大の論争点となったのは、自衛のための戦争までも放棄されたのかどうかであった」⁴⁴とされる。そうした論争をめぐって形成された学説の分類が、今日も維持されている。そして、「現時点では、9条の1項、2項の文理をめぐる解釈論は沈静化している」⁴⁵ともいわれる。しかし、「政府の解釈と従来の憲法学における護憲派の解釈の本当の対立は、どこにある」のか、「結局は自衛隊を必要と考えるかどうか、そこが分かれ目になっているのではないか」との問題提起がなされていたところである⁴⁶。

に確認するための改正)が求められることになってしまう」(同論文100頁)と批判されている。しかし、この批判が当てはまるのは、ここでいう自衛隊合憲論が「自衛力を保持しなければならない」という解釈の場合であろう(ただし、そのような解釈は「非武装中立」解釈と枠内で共存することは難しいと考えられる)。ここで「政府見解」とされているのは、「自衛権行使に必要な、戦力に至らない「実力」を保持することを憲法は禁じていない」(同論文193頁)というものであり、自衛力を保持しない政策に転換する場合にも憲法改正は必要ではないと考えられる。山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』(信山社・2019年)225頁註47も参照。

⁴³ 高橋＝高見ほか・前掲座談会(註7)71頁[高橋]。

⁴⁴ 高橋・前掲書(註30)53頁。

⁴⁵ 戸松・前掲書(註23)49頁。

⁴⁶ 高橋ほか・前掲座談会(註35)16頁[高橋]。さらに、「何が本当に解釈を分けているのかということを考えるときにいちばん大きなポイントは、自衛力が必要と考えるかどうかだと思う」(同頁)、「憲法の背景に当たる事実を「憲法事実」と言うのであれば、9条の憲法事実が変わってきたということで、その変わってきた憲法事実を解釈にどう取り入れるか、取り入れるべきでないか」(同頁)

ここでは、この先の学説整理のために、従来の学説分類をめぐる議論を再確認しておきたい。

9条解釈の考慮点としては、①9条は（諸外国の憲法にもみられる）侵略戦争放棄⁴⁷に立脚するものと考えるか（「国際紛争を解決する手段としては」という規定を不戦条約の文言を受け継ぐものと解するか）、②侵略目的の戦争・武力行使と自衛目的のそれとの峻別は困難であると考えるか（国家が武力行使するときには自衛を謳う）、③国連憲章は武力行使禁止原則を採用しており、「自衛のための戦争」も禁止されていることとの整合性をどう考えるか、という3点が肝要と解される。

①を強調しつつ②は（明示的ではなくても当然の前提として）否定して自衛戦争は放棄されていないとするのが(a)「自衛戦力合憲説」である。しかし、この考えでは、③で国際法学の理解と衝突することになる。

①を9条の目的として承認しつつ、その達成手段の選択において②を考慮するのが、(b)「遂行不能説」であるということができる。それに対して、②を強く掲げて①を否定（超越）しようとするのが(c)「峻別不能説」である⁴⁸。いずれも、結論においては③と整合しうる。

（2）図式的分類の完成と陥穽

学説の分類名としてはさまざまなものがあるが、従来、限定放棄と全

とされている。なお、井上典之「平和主義」ジュリ1289号(2005年)81頁以下参照。

⁴⁷ 「20世紀以降、侵略戦争の防止や禁止を定める憲法としては、1931年スペイン憲法、1935年フィリピン憲法、1946年フランス第四共和制憲法、1947年イタリア共和国憲法、1947年ビルマ憲法、1949年ドイツ連邦共和国基本法、1987年大韓民国憲法など多数の国の憲法がある。ほかにも、国際紛争を解決する手段としての戦争を放棄し、国際協調を明示する国（ポルトガル、ハンガリー等）、中立政策を明示する国（スイス、オーストリア等）、核兵器等の禁止を明示する国（ベラウ、フィリピン、コロンビア等）がある。また、コスタリカ憲法は常備軍の禁止を定めている（12条）」（辻村＝山元編・前掲書（註3）39頁〔愛敬〕）。

⁴⁸ 侵略戦争と自衛戦争は峻別できないという思考は、後述するように、峻別不能説に固有のものではなく、遂行不能説の中核にもあると解される。その意味で、峻別不能説という呼称には誤導的なところがあるが、A説・B説・C説というのも分かりにくいので、人口に膾炙した名称を用いることとする。

面放棄の区別を取り入れた名称（それもさまざまな例がある）が少なくない。しかし、限定放棄・全面放棄の問題は、9条1項の戦争放棄についても論じられるし、2項の戦力不保持（その結果9条全体としての戦争放棄の結論）についても論じられるので、混乱が生じうる。その点を明確にしようとなると、学説の名称が冗長になる。

また、限定放棄／全面放棄を図式的に捉えて呼称することで、論理の異なる学説を無機的に束ねてしまうことの弊害が懸念される。

多くの文献でみられる学説整理の思考を図示すると、次のようになるであろう。

表 I

	①自衛戦争（1項）	②自衛戦力（2項）
(a) 自衛戦力合憲説	○	○
(b) 遂行不能説	○	×
(c) 峻別不能説	×	×

つまり、①と②の2つの論点があり、それぞれ○（可）と×（不可）の回答があり、ただし①が×で②が○ということは論理的にあり得ないので、(a)～(c)のパターンがあることになる。そして、戦力不保持についての結論（網かけの部分）に着目して、戦争・戦力の全面放棄が「学説の圧倒的な大勢」あるいは「通説」とであるという評価がなされてきた⁴⁹。

また、この分類過程を流れ図的にみれば、まず、1項において戦争の「限定放棄」の立場をとる(a)と(b)は、2項の解釈については、戦力の「限定放棄」の(a)と「全面放棄」の(b)という正反対の立場に分かれる。(b)は、結局のところ2項解釈の結果として戦争の「全面放棄」という(c)と同じ結論となる。そのようにみると、1項の解釈としては「限定放棄」と説くことに意味があるのかという批判が生じることにな

⁴⁹ ただし、芹沢ほか編・前掲書（註13）53頁〔愛敬〕は、「圧倒的な通説」の下位区分として峻別不能説と遂行不能説を「類型化」という、逆方向の思考を示す。

る⁵⁰。つまり、この整理方法が、〈(b) 遂行不能説によると9条が立法技術的に「拙劣な規定」になってしまう〉との批判に結びついているのではないかと疑われるのである。

(3) 遂行不能説は通説か

それでも、遂行不能説が「通説」とされることが多い⁵¹。しかし、同時に、峻別不能説が「有力説」として紹介されることも少なくない⁵²。有力説が対置される通説とはいかなるものであろうか。遂行不能説が通説とされる根拠も不分明であることが多い⁵³。遂行不能説と峻別不能説が結論に

⁵⁰ たとえば、樋口ほか・前掲書（註18）154-155頁〔樋口〕。

⁵¹ たとえば、愛敬浩二「平和主義」辻村みよ子編著『基本憲法』（悠々社・2009年）321頁、芹沢ほか編・前掲書（註13）58頁〔愛敬〕、市川正人＝倉田原志編『憲法入門』（法律文化社・2012年）131頁〔奥野恒久〕、糠塚康江＝吉田仁美『エスプリ・ド憲法』（ナカニシヤ出版・2012年）297頁、新井誠ほか『憲法Ⅰ総論・統治』（日本評論社・2016年）40頁〔曾我部真裕〕、辻村＝山元編・前掲書（註3）49頁〔愛敬〕。

⁵² たとえば、安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〈第2版〉』（有斐閣・2009年）87頁〔青井未帆〕、野中ほか・前掲書（註26）168頁〔高見〕、安西文雄＝巻美矢紀＝穴戸常寿『憲法学読本〈第3版〉』（有斐閣・2018年）39頁〔巻〕、本秀紀編『憲法講義〈第2版〉』（日本評論社・2018年）100頁〔本〕、只野雅人＝松田浩編『現代憲法入門』（法律文化社・2019年）35頁〔岡田健一郎〕。なお、芦部信喜監修『注釈憲法（1）』（有斐閣・2000年）401-403頁〔高見勝利〕は、「『国際紛争を解決する手段としては』の文言を、「従来の国際法上の通常用語例」に従って、理解したもの」を「通説」とし、そうした用語例に拘泥しない立場を「有力説」としたうえで、「通説」のうち遂行不能説が「多数説」とであるとす。

⁵³ たとえば、麻生多聞『憲法9条学説の現代的展開——戦争放棄規定の原意と道徳的読解』（法律文化社・2019年）19頁は、「憲法学説において通説の地位を占めてきたのは、間違いなくこの憲法9条2項全面放棄説 [= 遂行不能説] であることを、ここで確認しておきたい」として、その根拠には、①芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第6版）』（岩波書店・2015年）58頁、②浦部法穂『憲法学教室〈第3版〉』（日本評論社・2016年）430-432頁、③辻村みよ子『憲法〈第6版〉』（日本評論社・2018年）66頁、④山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社・1992年）65頁、等が挙げられている。しかし、①は、「これが通説」としていて「これ」の指示内容が必ずしも分明ではない。結論としての全面放棄説を指しているともとれる。芦部信喜『憲法学Ⅰ憲法総論』（有斐閣・1992年）261頁では、遂行

において同一であるとして、学説の論理を詰める作業が疎かになってきているのではないかと懸念される。註釈書における9条の担当者——本条について有力な研究者と目される執筆者——が峻別不能説を採用することが多いことも、「通説」認定の曖昧（不安定）さに影響しているかもしれない。

（４）峻別不能説の原風景

峻別不能説を採用する註釈書執筆者の一人は、別の論文において、「九条一項の解釈がほぼ真二つに分かれるのにもかかわらず、二項解釈をあわせると、九条によって一切の戦争と一切の戦力が否定されたとするのが、学説の圧倒的な大勢である」⁵⁴と評価しつつ、「そのなかで、戦後憲法学に指導的役割を果たした宮沢俊義、清宮四郎の二人がいずれも、九条一項を戦争等の全面放棄条項と解していたことは、記憶に値する」⁵⁵と指摘していた。

9条の制定過程をみると、第90回帝国議会に提出された「帝国憲法改

不能説（B説）と峻別不能説（C説）について、「B説ないしC説を妥当とすべきである。両者は結論は異ならないが、長年にわたる国際法上の用例にも配慮したB説が多数説であり、私はその説をとる」としている。ここでは、「通説」ではなく「多数説」としている。②は、遂行不能説について、「この説が、学界の多数説のようである」（432頁）とするが、同書は峻別不能説を支持する。③は、遂行不能説が「通説といえる」としつつ、峻別不能説も「有力である」とする（66頁）。④は、「憲法九条が、全体としては、自衛のための戦争をも含めて一切の戦争を放棄したものであると捉える点では、通説の立場は、一致しているが、そのような自衛戦争をも含めた全面的な戦争の放棄が九条の一項によってすでに含意されているとするのか（一項全面放棄説）、それとも、一項ではいまだ侵略戦争の放棄だけが規定されているにすぎず、自衛戦争等をも含めた全面的な戦争の放棄は、九条の二項によってはじめて明記されるに至っているとするのか（二項全面放棄説）については、見解の相違がみられる」（63頁）として、峻別不能説と遂行不能説を合わせて「通説」としたうえで、「通説のなかでも、この見解〔＝遂行不能説〕の方が、どちらかといえば多数説であるといってよい」（65頁）としている。

⁵⁴ 樋口陽一「戦争放棄」同編『講座・憲法学（2）主権と国際社会』（日本評論社・1994年）111頁。

⁵⁵ 樋口・前掲論文（註54）132頁註4。

正案」においては次のような条文であったとされる（便宜的に項番号を追加した。以下も同じ）。

- ①国の主権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、他国との間の紛争の解決の手段としては、永久にこれを抛棄する。
- ②陸海空軍その他の戦力は、これを保持してはならない。国の交戦権は、これを認めない。

2項の冒頭に「前項の目的を達するため」といった文言がなく、1項と2項は並列されているだけで、両者の構造的関係は示されていない。

このような条文を前提とすれば、1項で自衛戦争を留保しても、2項で無条件に戦力不保持を規定しているから、結局は無駄なことになると解するのが自然であろう。しかも、1項の「他国との間の紛争の解決の手段としては」という文言は、「国際紛争解決ノ為戦争ニ訴フルコトヲ非トシ」かつ「国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争ヲ抛棄スル」とした不戦条約の規定とは（現行規定に比べて）少し距離があるようにもみえる。

（5）遂行不能説Aが想起したもの

その後、衆議院の帝国憲法改正案委員小委員会において、芦田均小委員長が提案した修正案は、当初、次のようなものであった。

- ①日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、陸海空軍その他の戦力を保持せず。国の交戦権を否認することを声明す。
- ②前掲の目的を達するため、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

ここで、2項冒頭の「前掲の目的を達するため」とは、1項冒頭に追加された「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」と同様に国際平和を念願していることを示す文言を入れたいが、それでは1項と2項とで重複するから、繰り返しを避けるために——しかも、1項全体ではなく冒頭部分だけを指示する趣旨で「前項」ではなく「前掲」として——挿入されたものとされる⁵⁶。

⁵⁶ 衆議院事務局編『第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員小委員会速記

このように「前項の目的を達するため」という句が、第一項冒頭の「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という句と同時に、議会であらたに加えられたものであり、それを指すのが立法者の意思であった⁵⁷という経緯⁵⁸を承知しているならば、1項と2項の順序が戻された後も、「前項の目的」とは、「前項を定めるに至った目的」、すなわち、むしろ「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」の箇所を指す⁵⁹のであって、「戦力を保持しないと定めたことの動機をのべたにすぎず、戦力の不保持そのものは全く無条件に規定されていることになるから、自衛のための戦力保持も許されないこととなる」⁶⁰とする遂行不能説Aを主張することになったものと解される。この理解では、「前項の目的を達するため」は同じ文言の繰り返しを避けるための表現にすぎず、1項と2項が単なる並列的ないし重複的な規定ぶりであった政府の改正原案の（2項を確認的規定とする）理解を引き摺ることになる。

（6）遂行不能説Bの手がかり

周知の通り、小委員会の確定案は現行9条と同じ構成・文言となった。

- ①日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、
国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

録』（衆衆会・1995年）194頁参照。なお、小針司『続・防衛法制研究——憲法と防衛法制〈全訂新版〉』（信山社・2003年）91頁。

⁵⁷ 法学協会編『註解日本国憲法（上）』（有斐閣・1953年）222頁。

⁵⁸ 「前項の目的を達するため」とは、「憲法議会の衆議院において、一項の冒頭の一句が挿入されたのに呼応して同時に附加されたものであり、本項の冒頭でも重ねて「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求するため」と書くべきところを、重複を避けて「前項の目的」として受けたものと解することができる」（佐藤功『ポケット註釈全書：憲法（上）〈新版〉』（有斐閣・1983年）116-117頁）。

⁵⁹ 佐藤・前掲書（註58）116頁。

⁶⁰ 後述の遂行不能説Bを採用する法学協会編・前掲書（註57）222頁も、遂行不能説Aの論理をこのように説明している。

②前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

戦争を「国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」こととなり、不戦条約の文言に一步近づいたといえる。また、1項と2項が「前項の目的を達するため」という文言で結ばれ、構造的な関係を読みとることができるようになった。

こうした条文を前提に、「ひとたび規定となった以上は、立法者の意思は、一つの参考にすぎず、その規定自体に即して解釈をすべき」⁶¹とすれば、「前項の目的を達するため」という文言を手がかりに1項と2項に目的・手段の関係を見出すという遂行不能説Bの理解が成立する。

いわゆる芦田修正⁶²の後の条文に基づいて1項と2項のつながりを論じるという形式面では、たしかに、遂行不能説Bと自衛戦力合憲説とは共通している。

しかし、「前項の目的を達するため」という文言を手がかりに何を論じようとするかという意図は全く異なるのであり、その論理を捨象して、前掲の表Ⅰの(a)と(b)を1項についての「限定放棄説」と括することには疑問が残るのである。

2. 自衛戦力合憲説の無理

(1) 自衛戦争と国連憲章

自衛戦力合憲説⁶³の帰結は、現行国際法によって規制を受ける（それは憲法優位説を前提としても対抗できない）。したがって、自衛戦力合憲説では、9条の規律が国連憲章の規律を下回り、結局、日本国政府の行為は国際法の規律のみを受けることになって、9条は無意味化する。

⁶¹ 同書222頁。

⁶² 芦田小委員長の本来の意図とは異なるから、「芦田修正」ではなく「小委員会修正」と称するべきであるとの見解（小針・前掲書（註56）99頁）もあるが、ここでは立ち入らず、一般化した呼称として「芦田修正」の語を用いている。

⁶³ 「芦田修正論」というほうが通りがよいかもしれないが、いずれにしても、芦田均氏の言動をここで考慮する必要はない。

そのような解釈は、憲法解釈として不適切である⁶⁴。

(2) 憲法学説の自省

すでに憲法学においても、9条1項が認めるのは「自衛戦争」の禁止以上を要求する規範であると解釈すべき⁶⁵との注意喚起がなされている⁶⁶。さらに、「国連憲章を軸にした国際法の展開によらずして、「戦争」の種別を決め手とする憲法学界の姿勢はいただけない⁶⁷との強い批判がなされている。国連「憲章は、1928年の不戦条約とは異なって、「自衛戦争」という用語・概念を意図的に避けていることにも我々はセンシティブにならなければならない」とされるのである。たしかに、「自国の憲法典において、戦争を類型化し、一定種の戦争（例えば、侵略戦争及び報復戦争）の放棄を定めることは、その国の自由になし得るところであり、その国の立憲主義と現実の政治過程にとって重要な意義をもっている。しかし、だからといって、“わが国憲法は、侵略戦争を放棄したものであって、自衛戦争を放棄していない”という主張は、国際法上の法的紛争においては、この戦争を合法化する論拠とはなり得ない。国連憲章の枠組みの下で国家の採り得ることは、「自衛の措置」であって、「自衛戦争」ではない」とされる⁶⁸。

(3) 古い学説に新しい解釈

近年も、「芦田修正」を好意的に取り上げ⁶⁹て、「9条のように理念

⁶⁴ 「戦後の国際立憲主義体制においては、日本国憲法九条を待つまでもなく、すでに「戦争」そのものが法的正統性を完全に剥奪されており、dejureにおいて（法的観点から見ると）現在の世界でいかなる国家も適法な仕方ですべて「戦争」をすることはできない（日本国憲法の特異性は、九条二項の非武装規定の方にあり）」（山元・前掲論文（註10）79頁）。

⁶⁵ 横大道聡「平和主義・国際貢献・集団的自衛権」法時86巻5号（2014年）48頁。

⁶⁶ さらに、小針司『文民統制の憲法学的研究』（信山社・1990年）279頁以下が論じていたところである。

⁶⁷ 阪本昌成「武力行使違法化原則のなかの9条論」ジュリ1334号（2007年）57頁。

⁶⁸ 同頁。

⁶⁹ 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社・2020年）398頁註3。なお、芦田修

そのものについて対立がある一方で文言は憲法条文としては相対的に詳細である条文であればこそ、文言解釈の一つとして同論の可能性を尽くす必要がある⁷⁰と指摘し、「9条の文言に密着した解釈論」⁷¹を提唱する見解がある。「長い冷遇を経てようやく光が当てられてしかるべき」と評価して、「芦田修正の今日的適用としては、要するに日本の存立に関係のない「国際紛争」にあえて介入する列強的振る舞いや、ましてや侵略行為は当然に斥けられる」から、「9条の下でもなお自衛隊の海外派遣および「戦力」に至らない実力の行使が許容されることになる」という⁷²。

しかし、「条文の文理の「枠」のなかでのA説からB説への変異」⁷³は許されるとはいえ、「たとえ自国の領域内に侵攻した外敵を排除するという自衛戦争であっても、それは同時に「国際紛争」に他ならない。一項の「国際紛争を解決する手段としては」という文言（およびそれと結びつけて二項の「前項の目的」という文言）があることを奇貨として、一項に侵略戦争と自衛戦争との二分論を持ち込むことには土台無理がある」⁷⁴とされていたものを、「日本国の存立および日本国民の生命・安全等が、明白かつ現在の危険で脅かされる事態を避けるためのやむを得ない場面にのみ、かつ海外派遣が必要最小限度の手段・態様でなされるかぎりでのみ、「国際紛争」への介入ではないことになる」⁷⁵とするのは、——「文理に反した合憲説（政府見解）」を選択するわけではなく、「九条が無手勝流以上の何らかの規範内容を有してはいないのかなどは、なお論じ残しの多い憲法解釈学の課題」との留保がなされていたとしても⁷⁶——、牛刀を振り降ろすに等しいのではないかとの疑念が生じる。

正の政府解釈との関係について、同註および芹沢ほか編・前掲書（註13）53頁〔愛敬〕。

⁷⁰ 棟居・前掲書（註69）399頁註4。

⁷¹ 同書406頁。

⁷² 同書398-399頁。

⁷³ 同書397頁。

⁷⁴ 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社・2012年）100頁。

⁷⁵ 棟居・前掲書（註69）398-399頁。

⁷⁶ 棟居・前掲書（註74）101頁。

いずれにしても、自衛戦力合憲説（いわゆる芦田修正論に依拠する見解）は、しばしば③の問題に無頓着であるようにみえる。「自衛戦争」の概念を限定的に用いている可能性もあるが⁷⁷、その点を自覚的に説明せずに自衛戦力合憲説という革袋を用いるのは剣呑ではなかろうか⁷⁸。

3. 遂行不能説における目的・手段の構成と「峻別不能」論

（1）遂行不能説だけが拙劣か

峻別不能説から遂行不能説に対する著名な批判は、「第一項では、侵略戦争だけを放棄しておき、次いで第二項でそのほかの戦争をも放棄するというふうに、ひとつの目的をわざわざ二つのちがった趣旨の規定に書き分けた、と……すれば、本条は、立法技術的に見て、いかにも拙劣な規定だということになる」⁷⁹というものであろう。「無用な解釈の迂路をたどっている」⁸⁰とか、「論理的には成り立たないわけではないとしても、すっきりとはしていない」⁸¹ともいわれていた。

しかし、1項で全ての戦争・武力行使が放棄されたとするなら、2項の戦力不保持は当然のこととも考えられる⁸²。そうすると、「九条二項前

⁷⁷ 「国連憲章の下で「自衛戦争」はありえないが」、「9条の文言との関係では、「自衛戦争」という用語は便宜であり、一般にも通用していると解されるので、この言葉を」、「自衛のための武力行使・威嚇」を含む意味で用いる」（芹沢ほか編・前掲書（註13）53-54頁〔愛敬〕）とされることもある。

⁷⁸ 9条2項が「自衛のための戦力は保持しうとの規定であると解するならば、自衛戦争を放棄していない以上、そのための戦力は保持しうことは自明のことなのであるから、本項は全くの不必要の規定となるが、本項はそのような不必要の規定として置かれたものとは解されない」（佐藤・前掲書（註58）117頁）との批判に、どのように応答するかも問題となろう。

⁷⁹ 宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社・1978年）163頁。同じく、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）93-94頁。

⁸⁰ 橋本公亘『憲法（改訂版）』（青林書院新社・1976年）395頁。

⁸¹ 浦部法穂『憲法学教室（第3版）』（日本評論社・2016年）433-434頁。

⁸² 峻別不能説の代表的見解は、「本条第一項の戦争等の放棄という目的を実効的ならしめるために、第二項で、戦力を否認しようというのが、第二項の趣旨だと解すべき」（宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）166頁）として、遂行不能説

段は単に一項の意味内容の論理的な帰結を述べているにすぎず、その意味で不要な規定になるのではないか、という批判⁸³も可能であろう。

また、峻別不能説においては、「国の交戦権」を戦争を行う権利と解すれば、交戦権の否認は、「第一項に当然含まれている趣旨を重ねて規定したことになる」とか、「第一項と同じことを別の言葉でいいあらわしたにすぎないことになる」とされる⁸⁴。他方、交戦国の国際法上の権利と解した場合も、「本項は、第一項から生ずる当然の結果をいわば注意的に規定したものにはかならないことになる」⁸⁵とされる。

(2) 9条の構成と遂行不能説の思考

他方、遂行不能説の思考は「無用な解釈の迂路」ではなく、「きわめて明確な意図をもった構成物として第9条を読むことになる」ものである⁸⁶。

その意図とは、「自衛のための戦争を容認した不戦条約により阻止し得なかった第二次世界大戦に対する反省に立って9条が制定されたという経緯を踏まえれば、侵略戦争の放棄という目的(1項)を実効的に実現する手段として、全面的な「戦力」の不保持と「交戦権」の否認(2項)が定められたという説明も可能であろう」⁸⁷とされるものである。これ

における目的・手段の構成に接近している。

⁸³ 安念潤司「集団的自衛権は放棄されたのか——憲法九条を素直に読む」松井茂記編著『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』(有斐閣・2016年)286頁。「軍事力の行使が一定の範囲に限定されてしまえば、保持できる戦力の範囲もそれに応じて当然に限定される、と考えるのが論理的」(同頁)であるとされる。ただし、この見解は、「一個の法典の内容も、論理的な完璧はなかなか期し難いものがあり、理屈をいえば不要な確認的規定が混入する事例はいくらでもあります」(同頁)としている。

⁸⁴ 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書(註79)175頁。

⁸⁵ 同書176頁。

⁸⁶ 大須賀明ほか『憲法講義(2)基本的人権』(有斐閣・1979年)369頁〔横田耕一〕。

⁸⁷ 木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール憲法(第2版)』(日本評論社・2019年)105頁〔木下〕。そして、「9条の解釈としては、1項で侵略戦争を放棄しつつ、その目的の達成のために、2項で外敵と戦うための実力組織である軍隊=戦力を全面的に保持しないことにしたとする解釈が、今なお最も妥当だといわざるをえない」(毛利ほか・前掲書(註13)138頁〔毛利〕)。

は初期の著名な註釈書が唱えた論理であり、目的・手段の構成をとる遂行不能説Bである。

そこでは、「侵略的な戦争が自衛権の発動という口実ではじめられたことが従来非常に多く、殊に日本においてはそうであった。そこで、軍備を全廃し、自衛の戦争や制裁の戦争までも放棄して、武力を侵略的に行使するおそれを全く消滅させようというのが、第二項の規定の設けられた理由である」⁸⁸、あるいは、「戦力をもっていれば、自衛のためと称しながら侵略戦争を行う危険もあるから、戦力を全く保持しないこととして、侵略戦争ないしは侵略のための武力の行使の可能性を全くなり、第一項の目的を完全に達せしめようとするのがこの規定である」⁸⁹という趣旨が示されていたのである⁹⁰。

このように、遂行不能説は、「自衛戦力と侵略戦力とは本質的に区別できず、侵略戦争等を真に放棄する（目的）ためには、いっさいの戦力を保持しないこと（手段）が妥当であるが故に、戦力の完全不保持が規定されたと理解する」⁹¹ことに立脚して、9条1項と2項を目的・手段の関係で捉えるものと理解すべきである。

したがって、〈すべての戦争の放棄〉を2つに書き分けた「拙劣な規定」ということにはならないし、1項の「戦争放棄」を侵略目的だけに限定するのは「まったく観念的なこまかさのためだけの議論ではないか」⁹²と

⁸⁸ 法学協会編・前掲書（註57）221頁。

⁸⁹ 同書223頁。

⁹⁰ 今日の峻別不能説の代表的見解においても、遂行不能説は「侵略戦争放棄の目的を確実に達成するために、いっさいの戦力をもたないことを定めている——とする見解」（浦部・前掲書（註81）432頁）と紹介されている。

⁹¹ 大須賀ほか・前掲書（註86）365-366頁〔横田〕。

⁹² 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）162頁。なお、芦部監修・前掲書（註52）409頁〔高見〕は、この疑問に答えるために、遂行不能説を採用しつつ、国連憲章が認める自衛行動を超える自衛戦争は「国際紛争を解決する手段」として放棄されているとして、このような憲法の国際法適合的解釈を施すことで、「侵略戦争」と「自衛戦争」の峻別を前提とした従来の遂行不能説と峻別不能説の「対立は少なからず相対的なものとなろう」とする。しかし、「峻別不能」論自体は、9条の核心的＝革新的な思考であって、相対化されてはならない。それを1項で論じるか、2項で考慮するかは対立が、峻別不能説と遂行不能説の違いと解す

いう疑問も、「9条が全体としていっさいの戦争を放棄していると解する以上、1項と2項とをわざわざ分離して解釈しなければならない必然性は、ないはず」⁹³であるという批判も当たらない。

(3) 峻別不能説は堅牢か

峻別不能説が遂行不能説に対して主張する優位点として、両説は「実際上の帰結に変わりはないが、憲法改正問題との関係では異なりうる」とされることがある⁹⁴。すなわち、遂行不能説であれば9条の「1項には手を着けず、2項を削除するのみで、国連憲章が容認する戦力の保持が可能となる」のに対して、峻別不能説ならば「1項も改正しなければ、それは許されないことになる」というのである。そのことから、「近年の改憲構想の中には、1項を維持し、2項を改正（ないし削除）することを提案するものが少なくないため、憲法改正における両説の帰結の差異は、実践的な意味合いをもちつつある」とされる⁹⁵。

これに関しては、「「永久に」という言葉から、法理論的にいって、本条が憲法改正権の範囲外にあると論結することは、正しくない」⁹⁶が、「平和主義が日本国憲法の基本原理を構成するがゆえに、その根本的な変更は（変更の程度にもよるが）、憲法としての同一性を失わせ、論理的に不可能である」⁹⁷とされる。しかし、「このことは、本条2項の戦力不保持の条項も理論的に改正不能であるということを意味しない」⁹⁸とされるところである。

峻別不能説が、「9条1項の解釈においてすでに、自衛戦争も含めたすべての戦争を放棄したと解する（9条1項全面放棄説）ため、2項の

べきであろう。

⁹³ 浦部・前掲書（註81）433頁。

⁹⁴ 芹沢ほか編・前掲書（註13）59頁〔愛敬〕。すでに、樋口ほか・前掲書（註18）156頁〔樋口〕。

⁹⁵ 芹沢ほか編・前掲書（註13）59頁〔愛敬〕。

⁹⁶ 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）165頁。

⁹⁷ 木下＝只野編・前掲書（註87）104頁〔木下〕。

⁹⁸ 芦部監修・前掲書（註52）397頁〔高見〕。

解釈は1項を確認しさらにこれを具体化するためのもの⁹⁹とする趣旨ならば、2項の有意な改正は考えにくいのではなからうか。1項の〈すべての戦争の放棄〉の範囲内で2項を改正するとしても、文言の調整や明確化を超えて可能な選択肢を探すのは困難であろう。逆に、1項に対して例外を規定するような2項改正が可能ならば、1項が改正限界として維持されたといえるであろうか。

他方で、遂行不能説においては、前述のように、9条1項と2項は目的・手段として関係づけられており、1項は改正限界だが2項は改正できるという思考を安易には許さない。2項の改正が完全には禁止されないとしても、改正条文は、1項の目的達成の手段として（改正前の2項に対する）合理的な代替物でなければならないと考えることになる。

（４）遂行不能説の構造と「峻別不能」論

峻別不能説と遂行不能説の「分かれ目は、「国際紛争を解決する手段としては」という語句の伝統的用例にこだわるかこだわらないかである¹⁰⁰とされることがある。そして、「9条全体としては結局、自衛戦争もできないという結論であるわけだから、なぜとくにこの語句にこだわらなければならないのか、その理由が必ずしも明確でない¹⁰¹と批判される¹⁰²。

しかし、遂行不能説が国際法の用例に拘泥しているのではなく、峻別不能説が殊更に無視しようとしているのである。

この文言が不戦条約の用例に淵源を求めうることについては、（遂行不能説以外の論者も含めて）広汎な了解があるといえる。そうであれば、諸国の憲法にも類例がみられ、不戦条約という国際合意にも結実した——しかし達成できなかった——「侵略戦争放棄」を、9条は改めて目的に設定したものと解することができる¹⁰³。

⁹⁹ 辻村みよ子『憲法〈第6版〉』（日本評論社・2018年）68頁。

¹⁰⁰ 浦部・前掲書（註81）433頁。

¹⁰¹ 同頁。

¹⁰² 同旨の批判として、芹沢ほか編・前掲書（註13）59頁〔愛敬〕。

¹⁰³ 「他国の侵略戦争放棄を掲げた憲法に比して、非武装平和主義を掲げた日本

憲法制定過程においても、金森徳次郎国務大臣は、「不戦条約ノ趣旨ヲ明カニスルヤウナ規定ハ、世界ノ諸国ノ憲法中類例ヲ若干見得ルモノデアリマス、日本バカリガ先駆ケテ居ルコトデハゴザイマセヌ」が、「第一項ノ規定、詰リ或種ノ戦争ハヤラナイト云フコトヲハツキリ明言スルダケデハドウモ十分ナル目的ハ達シ得ナイ」のであって、「諸国ノ憲法モ之ニ類スル定メハ甚ダ不十分」であり、そうになると、「更ニ大飛躍ヲ考ヘテ、第二項ノ如キ戦争ニ必要ナル一切手段及ビ戦争カラ生ズル交戦者ノ権利ヲモナクスルト云フ所ニ迄進ンデ」いるのであると説明していたところである¹⁰⁴。

（５）峻別不能説の一念

これに対して、峻別不能説からは、「日本国憲法に特有な徹底した平和主義は、「国際法上の用例」を超える意味を１項の文言に担わせた点にある」¹⁰⁵との応答がなされている。こうした峻別不能説の主張の背景にあるのは、侵略戦争と自衛戦争との厳格な区別は困難であるという「峻別不能」論である。

「峻別不能」論については、峻別不能説の支持者を超えて広く賛同が得られよう。問題は、それを９条解釈のどこで打ち出すかである。峻別不能説は１項解釈において、侵略戦争と自衛戦争は峻別できないという実感を直截に打ち出している。しかし、そうした「実感でのレベルでの議論は、理論のレベルで置き換えられなくてはならない」¹⁰⁶とすれば、遂行不能説は、「峻別不能」論の思考を２項解釈において、侵略戦争放棄という目的達成を担保する手段の選択についての理屈立てとして投入

国憲法の特徴は９条２項の規定にあると考えれば、２項の意義を確認規定としてしか捉えない第１説 [= 峻別不能説] よりは、９条２項の意義を強調することになる第３説 [= 遂行不能説] のほうが、説得力が大きい」（辻村みよ子『憲法〈第４版〉』（日本評論社・２０１２年）８１頁）。

¹⁰⁴ 「第九十回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録」１２号（昭和２１年９月１３日）１２頁。

¹⁰⁵ 芹沢はか編・前掲書（註１３）５９頁〔愛敬〕。

¹⁰⁶ 水島朝穂ほか「〔討論〕１国家主権と平和」法時６９巻６号（１９９７年）１７頁〔石川健治〕。

するものである¹⁰⁷。

峻別不能説からは、「本条1項が、旧大日本帝国すら不戦条約によってすでに世界に約束していた「国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争」の放棄をただけだ、と解するのは、前文が平和主義を憲法制定の目的としてまで示した趣旨を、軽視しすぎるもの」¹⁰⁸と指弾される。しかし、峻別不能説は「峻別不能」論を直截に強調するあまり、不戦条約との繋がりを否定してしまい、侵略戦争放棄という国際的要請との関係を断絶して、9条の出発点ないし繫留点を見失わせてしまうおそれがある。峻別不能説の一念が終戦当時の軍の不存在という「憲法事実」¹⁰⁹と国民の悔恨あるいは厭戦感情に根ざすものならば¹¹⁰、それが時の経過に耐えられるのか懸念される。

(6) 峻別不能説の遂行不能説への収斂

峻別不能説に対しては、「わざわざ「国際紛争を解決する手段としては」という文言を限定的に付け加え、しかもその文言が従来国際法や諸国の憲法において一定の意味合いをもって用いられてきたとするならば、どうしてもそれと異なる解釈をしなければ九条全体の意味内容が結論的におかしくなってしまうというのでない限りは、この文言については、従来の意味内容に即した捉え方をすることが、解釈論としては適切」

¹⁰⁷ 憲法制定過程において「峻別不能」論を述べたとされる吉田茂首相の著名な答弁も、峻別不能説ではなく遂行不能説に立っていたものと解することができる。他方、「峻別不能」というのは事実上の問題で、法概念としては区別可能とするのが自衛戦力合憲説であろう。

¹⁰⁸ 樋口ほか・前掲書（註18）155頁〔樋口〕。

¹⁰⁹ 高見・前掲書（註39）466頁以下。なお、「憲法事実」について、同「平和主義の現在と未来——岐路に立つ9条論」ジュリ1222号（2002年）125頁、高橋ほか・前掲座談会（註35）16頁〔高橋〕。

¹¹⁰ 樋口ほか・前掲書（註18）143頁、155頁〔樋口〕、芹沢ほか編・前掲書（註13）59頁〔愛敬〕。愛敬・前掲論文（註51）321頁は、峻別不能説は9条2項を確認規定としてしか捉えないことになるという批判があっても、「日本国民の戦争体験を重視する立場から」峻別不能説が妥当とする。

とされる¹¹¹。

前述のように、遂行不能説は、9条1項の目的が不戦条約に示された国際社会の合意の実現にあり、2項はその手段として軍備の全面放棄という徹底した方策をとったものであると理解している。そこでは、侵略目的と自衛目的の「峻別不能」論は、侵略戦争放棄のために軍備を全面放棄する理由に昇華される。「侵略戦争だけを放棄するという方式での憲法上および国際法上の努力をすでに多年にわたってつづけてきた人類が、にもかかわらず第二次世界大戦——とりわけわが国が体験した核戦争——の惨禍を防ぐことができなかった、という経験をふまえて」¹¹²、日本国憲法は、あえて従来の方策を超える戦力不保持という手段を採用したのである。そのようにして、普遍的目的を掲げる1項に対して、独自の手段をとる2項の固有性が明らかとなり、9条1項だけが改正限界であるという、さして根拠のない従来理解の見直しを迫る可能性を有するのである¹¹³。

結局のところ、峻別不能説は、侵略目的と自衛目的の「峻別不能」論を強調すること以外には特段の意義は見出されないと解される。他方で、「『国際紛争を解決する手段としては』の規範的意味を希薄化するという難点」¹¹⁴があるだけでなく、「前項の目的を達するため」も軽視して1項と2項の構造的関係の説明が十分ではないのであって、条文の文言を2か所も等閑視する解釈は、文理解釈として疑問がある。そうであるとすれば、「結論において異なるものではない」¹¹⁵遂行不能説に吸収されてし

¹¹¹ 山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社・1992年）65頁。同様に、「この文言があたかも存在しないかのように解することには問題がある」（杉原泰雄『憲法Ⅱ統治の機構』（有斐閣・1989年）129頁）として峻別不能説を厳しく批判する見解が存在していた。

¹¹² 樋口ほか・前掲書（註18）155頁〔樋口〕。

¹¹³ 「九条二項は「戦力不保持」を定めていますが、二項のない九条は九条たり得ません。戦後果たしてきた九条の規範としての機能は、二項の変更によって事実上なくなります」（石川健治「『非立憲』政権によるクーデターが起きた」長谷部恭男＝杉田敦編『安保法制の何が問題か』（岩波書店・2015年）231頁）。

¹¹⁴ 芦部監修・前掲書（註52）〔高見〕409頁。

¹¹⁵ 同書408頁。

かるべきものである。

Ⅲ 自衛権を論じる意味

1. 自衛権論の視座

(1) 国際法上の「権利」としての自衛権

「国家が「自衛権」をもつとは、国際法上は、外国からの急迫不正な侵害を排除するためにとられた一定限度の武力行使は国際法上許されるということを意味する」¹¹⁶とすれば、このような国際法上の「権利」としての自衛権は、「憲法が放棄ないし否定できる筋合のものではない」のであって、「本来憲法と無関係な「自衛権」を九条の解釈にもちこむことは筋ちがいである」とされる¹¹⁷。

もし、このような自衛権が憲法で認められたものだとなると、「憲法が相手国の侵害を排除するために必要な実力行使の権利を認め、同時に効果的な実力行使を禁ずるというのは、あたかも刑法が個人の正当防衛権を認めて、ただし腕力を用いてはならないと定めるのと同じ矛盾である」¹¹⁸ということになる。

(2) 憲法上の「権限」としての自衛権

憲法上の問題は、「例外的武力行使の正当化理由」としての「国際法上の自衛権」ではなく¹¹⁹、「自衛権の名のもとに、国会や内閣など、どの国家機関がどのような権限を有し」ているかであって、「これは、国際法上、日本にも自衛権が認められることによって明らかになることではなく、日本国憲法によって基礎づけられなければならない問題である」とされ

¹¹⁶ 佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』（三省堂・1991年）67頁〔岩間昭道〕。

¹¹⁷ 尾吹善人『学説判例事典(1)憲法』（東出版・1970年）31頁。

¹¹⁸ 尾吹善人『日本憲法——学説と判例』（木鐸社・1990年）49頁。

¹¹⁹ 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社・1995年）59頁。

る¹²⁰。

このことに注意を喚起した見解は、次のように述べていた¹²¹。

国際法上の「自衛権は、自衛という抽象的な理念や目的を示す権利ではなく、自衛のための武力行使という具体的な手段の違法性を阻却する権利である」

「多くの憲法上の自衛権論は、このような国際法上の自衛権論で言われていることを、憲法という国内法のレベルに言わば移し替えて論じるという形になっている」

「憲法上の自衛権は、その内容においては他国との関係で行使するものと観念されるが、その性格を見れば、他の国家機関や国民との関係で国家機関が有する権限として問題になる」

「したがって、これは国際法上の問題とは別の問題であり、憲法上の根拠を必要とする問題である」

「ここで論ずべきなのは、国家機関の憲法上の権限であり、国際法における国家の基本的地位によって憲法上の自衛権を基礎づけることはできない。憲法の戦争放棄規定に反して武力行使すれば、それは違憲であるが、国際法上は、自衛権の要件を充たせば、違法性が阻却される。逆に、国家が国際法上このような自衛権を認められる地位にあることは、武力行使の憲法適合性を何ら論証するものではない」

このように国際法上の「権利」としての自衛権と、憲法上の「権限」としての自衛権を区別すべきことは確かである。しかし、この見解が、憲法学説において「いわれている自衛権は、国家主権の一つの側面を表わすものとして、具体的に何ができるかということとかかわりあいのない、抽象的な権利であるように思われる。そこから軍事力を引き出す議論と、軍事に直結しないとする議論が生まれている」¹²²とみることには疑問が

¹²⁰ 浦田一郎「憲法9条と平和主義」法セ470号（1994年）63頁。なお、同・前掲書（註119）142頁。

¹²¹ 同書141-143頁。なお、同「自衛権論が意味するもの——立憲主義とのかかわりにおいて」法時59巻6号（1987年）111頁。

¹²² 浦田一郎「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ（第2版）』（別冊ジュ

ある。

「国家が「自衛権」をもつという命題により国内法理上主張されてきたことがらは、「国家の存立」や「国民の生存と安全」を外国からの緊急不正の侵害から守ることは、「国家」(＝公権力)の基本的な任務と権限に属するという考え(国家観)である」。そのような任務の遂行が、「外国からの侵害等の危急事態が発生した場合には、こうした考えに基づいて、公権力(政府)に対して」強く要請されるであろう。しかし、その「任務の遂行は憲法・法律により提供されている権限に基づいて行われなければならない、とりわけ、平和と人権の不可分の認識に基づいて、安全保障の問題を憲法事項とした現代の立憲主義のもとでは、国家の安全保障に関し、公権力にどのような任務と権限(手段)を与えるかは、主権者の決定に委ねられている」とされるのである¹²³。

日本国憲法には、国防(自衛)の権限についての明示の規定はない。「軍隊の指揮権や戦争の開始・終結などに関する規定をおいていないことからすれば、少なくとも武力を通じた自衛権の行使は許されないと解するのが自然であろう」¹²⁴と論じられることも多く、自衛権は憲法上の「権限」としては認められていないということになりそうであるが、直ちにそう論結できるかについては一考の余地がある¹²⁵。抽象的違憲審査権につ

り・1988年) 345頁。

¹²³ 佐藤編著・前掲書(註116) 67-68頁[岩間]。

¹²⁴ 只野雅人『憲法の基本原理から考える』(日本評論社・2006年)129頁。すでに、宮沢[芦部補訂]・前掲書(註79) 162頁が戦争の全面放棄の論拠として言及している。

¹²⁵ 「憲法上の権限の不在は、その行使が違憲である明確な理由になる」(木村草太「集団的自衛権と7・1閣議決定」論ジュリ13号(2015年) 24頁註12)とする見解もある。「軍事権のカテゴリカルな消去」(同『自衛隊と憲法——これからの改憲論議のために』(晶文社・2018年) 48頁)ともいわれる。しかし、「国内で放火や殺人を排除するための行動はできるのに、外国が武力行使をして建造物を破壊したり、人を殺したりした場合には、それを排除できないというのは不合理だから」、「個別的自衛権については、「行政」権に含まれると解することは、十分に可能である」(同論文23頁註10)というのであれば——「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない」という明文の規定にもかかわらず可能であると説明されるのであるから——「消去」範囲の解釈次第という面もある

いての法律委任説の存在などを想起すれば、重要な権限についての憲法規定の要求は相対的であるとも考えられる。寡黙な日本国憲法において、明示の規定の不存在から積極的な否定・否認の趣旨を読みとることは、必ずしも容易ではないかもしれない¹²⁶。

(3) 国家の「権能」としての自衛権

「『国家が国民の生命・身体および財産の安全を保障するために必要な制度である』との主張は、ある意味では、近代憲法それ自体と不可分のものである」とされ、そうした「『自衛権』は、基本的人権の保障・民主主義・権力分立などの原則を備えた『近代的意味の憲法』の大多数においても、承認されてきた」のである¹²⁷。「国家が『国民の生存と自由を擁護する責務と権能』をもっていること自体は、否定することができない。それは日本国憲法のもとにおいても同様である。そうした『責務』を有する点にこそ、国家の存在意義があるともいえるであろう」¹²⁸。しかし、「各国において『自衛権』をどう規定するかは、いうまでもなくそれぞれの憲法の問題である」から、「『自衛権』が『国家主権』の本質的要素である」としても、「『主権者』の意思によって『主権』を『制限』することは可能である」¹²⁹。

このように、国家が「国民の生存と自由を擁護する責務と権能」を有することは、憲法の規定を待たずとも認められるとされ、「独立主権国

かもしれない。なお、青井未帆「閣議決定で決められるものではない——7・1閣議決定批判」世界860号(2014年)150頁以下参照。

¹²⁶ その意味では、「宣戦その他戦争に関する規定の全くないことからみて、少なくとも、自衛権の行使は必要最小限度のものに限っているとの理解が可能である」(伊藤・前掲書(註20)173頁)との程度にとどまるのかもしれない。

¹²⁷ 只野・前掲書(註124)129頁、131頁。

¹²⁸ 同書132頁。最高裁が砂川事件判決(最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁)において「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」と判示した際の「国家固有の権能」というのも、この趣旨と解される。

¹²⁹ 只野・前掲書(註124)133頁。

家固有の権能」として存在しているとみられている¹³⁰。「外的な侵略行為に対して軍事力をもって「国家が国民の生命・身体および財産の安全を保障する」¹³¹というのもその権能の一端であり、その場合の武力行使は、国際法上は「国家固有の権利」として違法性を阻却されることがある。「自衛権」が当然に「国家に固有」といえるかについては議論の余地があるが¹³²、いずれにしても、問題は、日本国憲法が、国民の生存と自由を擁護するための政府の対外的な実力行使を認めているか否かであろう。

つまり、「自衛権とは国際法上の観念であるから、国内法たる憲法により自衛権を否定したり放棄したりすることはできないとしても、自衛権行使の手段としてどのような措置を講ずるかは国内法によって自由に決しうることである。したがって、わが国が、過去の経験にもとづいて、憲法により自衛権行使の手段としての軍事力を保持しないと決定することは、法的には可能である」¹³³と考えられるのである。

2. 「放棄」と「行使不能」の距離

従来、遂行不能説のもとでも、自衛権は国際法上で認められたものだから放棄できず、日本国も保有するが、武力による自衛権の行使はできないとする説（自衛権留保説・「武力なき自衛権」論）と、自衛権は武力行使を本質とするものであり、憲法が戦力不保持を規定する以上、自衛権は実質的に否認ないし放棄されたことになるとする説（自衛権放棄説）とが対立するとされてきた。

しかし、今日、この対立はそれほど重要ではない。両説は、〈権利を保持するならば、その行使が問題になる〉という思考を前提としていると解される。それに対して、現在の多くの学説は、権利の保持と行使は

¹³⁰ 山内敏弘「平和主義」芦部信喜編『憲法の基本問題』（別冊法教・1988年）41頁。

¹³¹ 只野・前掲書（註124）131頁。

¹³² 栗城壽夫「自衛隊と憲法第九条」清宮四郎ほか編『新版憲法演習1〈改訂版〉』（有斐閣・1987年）63頁、樋口ほか・前掲書（註18）158頁〔樋口〕、長谷部恭男『憲法〈第7版〉』（新世社・2018年）64頁。

¹³³ 岩間昭道『憲法綱要』（尚学社・2011年）350頁。

別問題と理解しているはずである。

自衛権放棄説は、行使できない権利は放棄したものと解しているようにみえる。ただし、憲法自身も、戦争・武力行使を行わないことを「放棄」と称している（9条1項）。これについては、「国家の有する権利と考えられる」ものを「権利主体自らが否認するという意味で、「放棄する」といったのである」とされる¹³⁴。自衛権放棄説も、その意味で、国際法上の権利の「不行使」を「放棄」と称しているのかもしれないが、あるいは、「憲法上の権限の否認」のことを指しているのではないのか紛らわしいところがある。

つまり、そこで論じられているのが国際法上の権利としての自衛権であるならば、〈自衛権は国際法上は日本国にも認められているが、憲法上は行使が制限されている〉と考えればよいことである。すでに、集団的自衛権については、そのような論じ方が一般的であり、それと同様に考えるべきである。国際法上の権利から直ちに憲法上の権限の存在が論証されるとはいえない。

3. 「武力なき自衛権」論の無意味

国際法上の権利の保持と行使の区別が不十分であったことによる典型的な議論が「武力なき自衛権」論である。この無用の議論を放擲すれば、「自衛権はあると言っても、その自衛権は、外交交渉による侵害の未然回避、警察力による侵害の排除、民衆が武器をもって対抗する群民蜂起、などによって行使されるものにとどまる」¹³⁵とすることによる非人道的な帰結も考えずに済むであろう¹³⁶。

¹³⁴ 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）165-166頁。なお、「放棄する」という文言は、不戦条約に倣ったものとされる（芦部監修・前掲書（註52）397頁〔高見〕）。

¹³⁵ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第7版）』（岩波書店・2019年）62頁。ただし、周知の通り、この記述は、第3版（2002年）以降は更新されずに維持されることになっている。

¹³⁶ 「私人にゲリラ戦や群民蜂起〔ママ〕を求めること（または期待すること）は過酷であり、国家として無責任である」（阪本・前掲論文（註67）56頁註23）。

IV 自衛のための実力の保持・行使

ここまでの整理を前提に、日本国憲法の下で国家が自衛のための実力（自衛力）を保持・行使することが許されるかという問題¹³⁷について、現在の学説を大まかに分類する。

憲法学説は、自衛のための実力の保持・行使は違憲であるとする「禁止説」、自衛のための実力の保持・行使は違憲ではないとする「許容説」、自衛のための実力の保持・行使は合憲であるばかりでなく、保持しないことは認められないとする「要請説」に分類することができると解される¹³⁸。

従来、「通説」とされていたのは、禁止説である。しかし、「政府は、自衛権は「国家の自然権」として日本も保有するのであり（制憲議会においても政府はそうに答弁していた）、憲法もそれは否定していないという理解を前提に、自衛権がある以上それを行行使するための「実力」（自衛力）は「戦力」に至らない限り許されるのであり、自衛隊はそのような自衛力として合憲であると説明し」、「最近では、この政府解釈を認める学説も次第に有力になってきていた」とされる¹³⁹。実際、少なからぬ有力な研究者が禁止説をとっていないことに留意すべきである。

自衛力違憲論（典型的には、従来「通説」とされていた立場）と、自衛

¹³⁷ 「現行憲法下において、その名称は何であれ……、およそ対外的防衛をその主たる任務とする国家的実力組織を設けるとはいかなることを意味するのか、又かかる実力組織の存在を合憲化する学説とはいかなる論理構造から成り立っているものなのか」（小針・前掲書（註66）279頁）という問題、あるいは「対外的防衛をその主たる任務とする国家の実力組織を自衛のため（設置目的）にのみ設け、かつ自衛の場合（出動の局面）にのみ用いる」（同書305頁）ことの憲法適合性の問題ということもできる。

¹³⁸ この分類は、学説の状況に見通しをつけるための便宜的なものであり、後述するように、それぞれの論者の主張を論理的にこの3種類に分類し尽くせるわけではない。なお、学説のスタンスの分類として、山元・前掲論文（註10）92-93頁、青井未帆「憲法九条と自由」阪口正二郎編『自由への問い（3）公共性——自由が／自由を可能にする秩序』（岩波書店・2010年）114-115頁。

¹³⁹ 高橋・前掲書（註30）69頁。

力合憲論（典型的には、従来——少なくとも2014年7月の閣議決定以前——の政府見解の立場）が、9条解釈の枠との関係でどのような配置になるかについて、各説のイメージを図示すれば、次のようになるであろう。

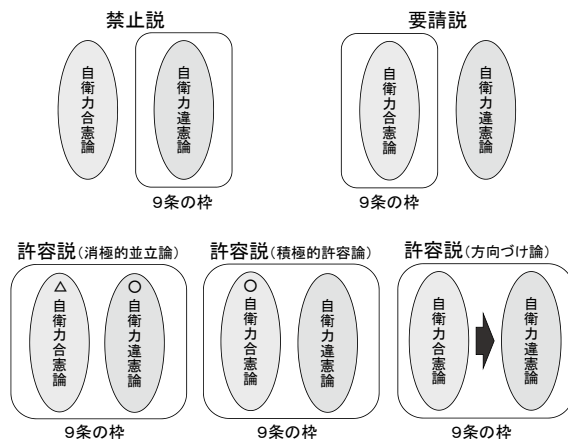


図 I

1. 禁止説

かつては、「解釈のわく内で行なわれる解釈を、かりに、本解釈または正解釈と名づけ、わくを越えた解釈をにせ解釈または邪解釈と名づけよう。解釈の仮装のもとに、解釈者の特別の目的に利用される解釈などは、わくを越えた、にせ解釈である」として、「自衛隊は、にせ解釈による違憲の存在である。合憲であるという見解もあるが、どう見てもそうは考えられない」とする学説¹⁴⁰が典型とされた。

今日の概説書・体系書は、図式的な学説の分類を客観的に記述して、控え目な論評を付すにとどまるものが多いようにみえる。自衛隊の海外活動等をめぐる近時の論点についても論及されているが、それが自身は禁止説に立ちながら仮に政府解釈の自衛力合憲論を前提として論じてい

¹⁴⁰ 清宮四郎『国家作用の理論』（有斐閣・1968年）193頁、199頁。

なのか、許容説の見地から条文の枠内の他の解釈について批判を加えているのかは、必ずしも判然としないことがある¹⁴¹。禁止説を「通説」と評価する文献は少なくないが、自ら禁止説を展開する文献の数は、管見の限り、それと均衡しない。

禁止説(a) 現在、禁止説の代表的見解とみられる学説は、「政府見解においては、「自衛力」と「戦力」との区別が、いちばんの問題になる。しかし、政府は、どの程度の実力が「自衛力」として憲法上認められるのかについて、それは、国力・国際情勢・科学技術の進歩などに応じて変わる相対的なもので一概にはいえない、としているから、じつは区別できないと言っているのに等しい」として、学説における「戦力」の定義上は、「自衛のために必要な最小限度の実力」もまた、当然に「戦力」にあたるのである。これを戦力でないというのは、烏を鷲と言いくるめるの類にほかならない」と政府見解を厳しく批判する¹⁴²。

さらに、この学説は、「自衛権」があるといってもないといっても、9条の解釈には、本来、なんらの影響も及ぼさないのである。逆にいえば、「自衛権」があるかないかの議論は、そこから一定の武力行使や武力保持を肯定するという結論を引き出すためにのみ、意味をもつにすぎない」のであって、「憲法第9条のもとで「自衛権」の有無を論ずることじたい、不適當であり、ましてや、「自衛権」があるから「自衛力」あるいはそのための武力行使・保持が認められるという見解は、まったくの誤り」として、政府見解を根底から否定するのである¹⁴³。

禁止説としては、政府見解およびそれに基づく自衛隊法と自衛隊の活動は「違憲」ということになるのであるが、「かりに、百歩ゆずって、こうした政府見解を前提にしても、そこにいう「自衛権」や「自衛力」は、憲法9条によって、なお限界づけられると考えなければならない」¹⁴⁴と

¹⁴¹ 禁止説と許容説（消極的並立論）のいずれにしても、自身が「自衛隊違憲説をとった上でも、現実の自衛隊の規模・活動を政府解釈の観点から批判的に評価することは、憲法学説の重要な役割として残る」（毛利ほか・前掲書（註13）139頁〔毛利〕）。

¹⁴² 浦部・前掲書（註81）437頁。

¹⁴³ 同書442-443頁。

¹⁴⁴ 同書443頁。

して、自衛のための実力の保持・行使の実際について、批判的に検討が行われるのである。

禁止説 (b) 政府解釈である「[「自衛のための必要最小限度を超える実力」説は、自衛のための実力組織は憲法の文言にかかわらず保有することができるというのであるから、自衛隊の合憲性を説明するというよりも、その超憲法的正当性を述べているというべきものである。国家がこのような超法規的根拠に基づいて、暴力手段を保有することができるのか。国家論の根幹にかかわる問題であるが、国家権力への拘束を主眼とする立憲主義の観点からは大いに疑問とすべきであろう。国際法上あらゆる主権国家が自衛権を有しているといっても、個々の国家がその自衛権をどのように行使するかは、それぞれの国家が国内法で定めるべきものである。いくら「国家固有の権利」であっても、国家の権力発動は国内で法的に認められていなければならないという要請を掘り崩すことはできず、したがって最高法規たる憲法の領分を限定することもできないはずである」¹⁴⁵と論じる見解がある。

この学説は、さらに、政府見解に対して、「何が必要最小限度かは、日本がその時々におかれた国際状況からしか判断できず、しかもその判断には不可避免的に主観的要素が入り込むから、明確な限界づけは不可能に近い。現在の自衛隊も限界内だという主張は、この限界づけの有名無実性を如実に示している」¹⁴⁶との批判を展開する。

「憲法は実力組織である国家権力を拘束するというその性質上、国家権力が「憲法など守らなくてよい」と開き直れば本来遵守されがたいものである。憲法を超える国家固有の自衛権を持ち出す政府解釈は、9条について開き直ったものともいえる」¹⁴⁷という評価からも、政府解釈を可能な選択肢とはみていないものと解される。

禁止説 (c) 「政府の「自衛力」論はかなり苦しい解釈である」として、「政府の「自衛力」論は、9条1項の解釈から自衛権が放棄されていないという結論を引き出し、それに合うように2項を無理矢理に解釈すると

¹⁴⁵ 毛利ほか・前掲書(註13) 137-138頁[毛利]。

¹⁴⁶ 同書138頁[毛利]。

¹⁴⁷ 同書138-139頁[毛利]。

いうものであるが、憲法が軍事力の保有に対してどのような立場を取っているかは9条全体を見て判断すべきものである」と批判する見解¹⁴⁸もある。

この見解は、「自衛のために必要な最小限度の実力である「自衛力」と自衛のために必要な最小限度を超える実力である「戦力」との境界はかなり微妙であり、具体的場合において「戦力」と「自衛力」との区別をすることはかなり困難」であって、「このような「自衛力」概念によって保持が許される軍事力を限界づけることは著しく困難であり、「自衛力」論は、わが国が超軍事大国にならないということ以上の保証とはならない」とする¹⁴⁹のである¹⁵⁰。

2. 許容説

(1) 消極的並立論

論者自身は自衛力違憲論をとるが、政府見解のような自衛力合憲論も解釈としては成り立つ(9条の枠内)とするものである。したがって、自衛力違憲論と自衛力合憲論の双方が9条の枠内に併存することを認める意味で許容説である。

消極的並立論 (a) 「自衛力肯定説も九条解釈として論理的には成り立ちうる」¹⁵¹が、「自衛隊が違憲かどうかは、②説 [=警察力を超える実力説] と④説 [=自衛に必要な最小限度を超える実力説] のいずれをとるかが最後の決め手となる」としつつ、「②説の理解を正当とするが、しかし、④説も解釈上成り立ちえないわけではなく、政府の公定解釈として、現実には防衛法制の根拠となっている」とする見解¹⁵²は、ここに属

¹⁴⁸ 市川正人『基本講義憲法』(新世社・2014年) 56頁。

¹⁴⁹ 同書56-57頁。

¹⁵⁰ 自衛力合憲論が解釈として成立しないことを明言するものではないが、政府見解の基礎にある「自衛力」論を厳しく批判しており、政府解釈を許容しないものと解される。ただし、自衛力合憲論に〈ほぼ否定〉のスタンスをとることと〈きわめて消極的〉であることとの径庭はわずかであろう。

¹⁵¹ 野中ほか・前掲書(註26) 172頁[高見]。

¹⁵² 同書176頁[高見]。

するといえるであろう。

「もとより、解釈の前提となる憲法の「枠」自体、必ずしも明確なものではなく、ある解釈がこの「枠内」のものか、それとも「枠外」に踏み出したものかの判断は決して容易でない。とくに、内政のみならず、外交・国際政治の状況とも密接にかかわる9条の場合、その「枠外」にあると見られる「違憲事実」についても、これを「合憲」とする「解釈」が唱えられる可能性は少なからず存在する。主権国家に固有の「自衛権」を根拠とするいわゆる「違憲の後法（54年の自衛隊法）」の合法化（政府見解）は、9条について論理的に可能な目一杯の意味解釈」¹⁵³であったとされるのである。

消極的並立論 (b) 政府見解は「日本の再軍備を正当化するための目的論的解釈として形成されたもので、解釈論上に無理があり、妥当ではないといえよう」¹⁵⁴とする見解も、政府見解の立場が「成立しうる」¹⁵⁵ことは認めていると解され、その意味ではここに含めることができるであろう。

前述の、「非武装中立主義の立場もこれまでの政府の立場も解釈論として許容範囲内」¹⁵⁶とする見解も、ここに分類されることになる。

消極的並立論 (c) 法的な要素のみならず政治的・社会的な要素も含めて「9条のプロジェクト」と把握することを提唱する見解は、「9条が誕生した時点で、9条の規範内容が明らかになるものではなく、それから現在まで70年以上をかけて9条がどのようなことを意味するものかが

¹⁵³ 高見・前掲論文（註109）130頁。これに対して、「その枠を超え、「集団的自衛権」の「容認」ないし「行使」に踏み出すことは、「制限規範」としての9条の「枠」そのものを破毀してしまうことになるのではなからうか」（同頁）とされ、他方、通説的見解からすると、政府見解は「第9条の枠を超えた「にせ解釈」による違憲の存在だということになる」が、「政府見解を支持する立場からすると、しかし、それは、枠内での許された解釈であり、これを「にせ」解釈と評するのは、自己の解釈と異なる見解を貶めるための言辞だということになる」（同頁註46）とされる。

¹⁵⁴ 辻村・前掲書（註99）70頁。

¹⁵⁵ 同書68頁。

¹⁵⁶ 高橋・前掲論文（註38）203頁註15。

作りあげられてきた、という側面を強調すべきだ」として、「憲法の前文や9条というテキストを核に、政府解釈・学理解釈、関連諸政策が周りを囲み、さらには平和という価値への国民的コミットメントが全体を支える形で、1つのプロジェクトのように展開されてきたと理解」されるところの、「内閣・内閣法制局、国会、裁判所、法律家共同体、国民といったアクターが動的に作り出してきた、1つのパラダイム」を描き出している¹⁵⁷。

この見解によれば、日本国憲法は、国家の実力の統制方法として、「権限配分において「軍を否定する」(九条)という、諸国に例を見ない方法」を採用したとされる。そして、学説と政府見解は「違憲か合憲かを見れば確かに対立しているが、……九条が「軍を否定している」と理解することについては、学説・政府解釈の間に広範な一致があった」とする。「この結果として、九条が軍を否定していること自体は解釈の対象ではなかったものであり、これが、実力の統制の仕組みにおいては重要である。なぜなら、「軍の否定」を制度の論理として九条のもとで諸制度が構築されることで、統制がなされてきたからである」。この視座からは、「政府解釈は、圧倒的に多くの学説の採る、九条を文面通りに解釈する理解の正当性を認めるからこそ、自衛隊を憲法の禁ずる「戦力の保持」には当たらないと説明し、軍とは違うものとして性格付けなければならなかった」と論じられる¹⁵⁸。

この見解は、「これまでの歴史の中で九条の果たしてきた重要な役割は、「軍の否定」という論理の提供であった」¹⁵⁹とする。そして、学説が「戦後の統治力学のなかで、憲法九条の純理的解釈論は、否応なく戦後憲法体制における権力分立の一翼を担う権力問題と化し、実定的な自衛隊法および軍隊組織の正統性を、現実の民意を超えた正統化根拠により剥奪し続けるという作業に従事」してきたとする学説¹⁶⁰に依拠して、9条を

¹⁵⁷ 青井未帆「武器の購入、開発・輸出と憲法9条」法セ761号(2018年)41頁。

¹⁵⁸ 青井・前掲論文(註138)112-113頁。

¹⁵⁹ 同論文113頁。

¹⁶⁰ 石川健治「軍隊と憲法」水島編・前掲書(註10)126頁。「九条が理想的でありすぎることに倦んで、憲法学が正統性剥奪に基づく軍事力統制の課題を安易

文面通りに理解する学説の解釈は、国家の実力の管理に資するものであったとみるのである¹⁶¹。

そうした観点から、「政府解釈が誤った解釈であると断言」するような解釈は、「学理解釈に止まり、絶対的な正しさを主張しうるものではない」のであって、「これまでの政治が憲法に従ったものではないという批判は、相対的な見方として主張できるに過ぎない」と評する¹⁶²。それに対して、この見解は、「政府解釈を受け入れるわけではないが、ありうる解釈であると認める」¹⁶³という立場をとるのである。

このように、論者自身は「自衛隊を違憲とする」立場をとるが、——戦略的ではあれ——「自衛隊を合憲とする政府解釈」も成り立つ（9条の枠内）とするのであって、自衛のための実力の保持・行使は違憲では

に放棄することが、我が国の国家機構の権力バランスを損なうことになりはしないか。権力分立と権利保障を最低限度の関心事とする立憲主義憲法学は、この点に責任をもって対処すべき」（同論文127頁）として、「典型的な公共財である防衛サービスの提供という実体的目的よりも、執政権の統制のための手続保障（立憲主義の課題）を、優先させるという選択」（同論文129頁）を唱える。なお、同「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題8号（1997年）105頁以下、水島ほか・前掲討論（註106）13頁以下〔石川〕、同「民主主義・立憲主義・平和主義——憲法に自衛隊を明記するとはどういうことか」法時91巻2号（2019年）88頁以下。「戦後憲法学は、「非現実的」という非難に耐えながら、その解釈論を維持してきた。……その際、過少に見てならないのは、……そのような「非現実的」な主張と政権与党の側の「改憲」の立場がきびしく対立する緊張関係があったからこそ、現在かくあるような「戦後日本」を暴走させないできた、という事実である」（樋口・前掲論文（註54）129頁）。

¹⁶¹ 青井・前掲論文（註138）113頁。この見解は、「一つの条文をめぐる二つの解釈の拮抗的対立と応答的対話の継続の中に軍事組織のコントロールのための貴重な規範形成が行われてきた、という理解を示している」（山元・前掲論文（註10）102頁）とも評される。なお、「政府解釈の基礎にも非武装平和主義解釈の存在がある。したがって、9条の条文があっても、非武装平和主義解釈とそれによる政府解釈の正当性にたいする疑問が弱まると、それだけ政府解釈の軍事力抑制的役割が弱まると考えられる」（浦田一郎『自衛力論の論理と歴史——憲法解釈と憲法改正のあいだ』（日本評論社・2012年）51頁）。

¹⁶² 青井・前掲論文（註138）115頁。

¹⁶³ 同論文114-115頁。

ないとする「許容説」のうちの消極的並立論に分類しうると解される。

(2) 積極的許容論

9条解釈として自衛のための実力の保持・行使は合憲となりうることを、論者自身も主張するものである。

「自衛隊の合憲性を考えるには、現実の国際情勢や日本の防衛政策との関係で、憲法九条の理念が支持されうるかどうかにについて考えることが必要である」¹⁶⁴との指摘がなされてきた。この指摘によれば、「国際秩序が相対的に安定している現代において、他国が日本へ侵略するという事態はほぼ想定されない」し、「冷戦構造の解消によって、軍事による国の防衛という思想は基本的にその存在根拠を失っている」とされ、「他方で、自衛隊が創設されてからすでに四〇年を経て、国民の多数が自衛隊の存在を肯定しているという現状の下で、自衛隊が違憲であるとのみ主張する解釈が実際に適していないことも明らかである」とされるのである¹⁶⁵。そして、「自衛隊が、国会・政府によってそれが合憲であるという前提で設置された組織であり、合憲のものとして社会的に認知され、通用していることを看過すべきではない。そして、自衛隊が合憲であることを前提に、どこまで自衛隊の活動に憲法九条の拘束が及ぶかを考えていくことが必要」¹⁶⁶との問題提起もなされていたところである。

積極的許容論 (a) 「国際紛争を解決する手段としては」という限定の文言は「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかるとみて、「およそ「戦争」はすべて放棄したことになり、そして、「国際紛争を解決する手段として」の「武力による威嚇又は武力の行使」も放棄することになる」と説明する見解がある。この見解によれば、「不法に侵入した外国軍隊を排除するため武力を行使することは、本条によっては禁止されていない」のであって、「したがって自衛のための武力の行使は憲法上容認されていると解すべき」とされる¹⁶⁷。

¹⁶⁴ 戸波江二『憲法〈新版〉』（ぎょうせい・1998年）99頁。

¹⁶⁵ 同書99-100頁。

¹⁶⁶ 同書100頁。

¹⁶⁷ 佐藤・前掲書（註79）94頁。

9条の条文解釈としては文言上やや無理があるものの、憲法の英訳文をみると、むしろ「国際紛争を解決する手段としては」の文言は「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかると解するのが妥当であること、「不戦条約や国際連合憲章の用例やマッカーサ・ノートからの変移を考え、総司令部案の表現が日本文の表現に変わったにもかかわらずなお現行憲法の英訳文に引き継がれていることなどを考慮すると」、このような解釈も十分成立しうるとされる¹⁶⁸。

積極的許容論 (b) 9条の文言解釈としての優位性を主張して自衛戦力合憲説(芦田修正論)に依拠する見解も示されている。ただし、前述の③の問題に注意が払われており、その実質は、「自衛戦争」を捨象し

¹⁶⁸ 同書94頁。なお、同「日本国憲法の成立とその基本原理」同編著『憲法Ⅰ総論・統治機構』(成文堂・1986年)123-125頁。すでに覚道豊治『憲法(改訂版)』(ミネルヴァ書房・1977年)313-314頁は、「武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」のであるから、自衛権行使の範囲内で武力行使をすることは認めているものと解せられる」としていた。そこでは、英訳文は根拠として明示されていなかったが、他方、宮沢(芦部補訂)・前掲書(註79)164-165頁は、英訳文を手がかりとすることについて論及していた。日本国憲法の制定過程についての考察に基づいて、「(i)「国際紛争を解決する手段」(一九二八年不戦条約一条参照)及び「武力による威嚇又は武力の行使」(国連憲章二条四項参照)に関する国際法的な用法と解釈を踏まえるとともに、(ii)「自らの安全を保持するものとしても」という文言が削られていったマッカーサー・ノート以来の第九条の立案・制定過程などを顧みると、「前項の目的を達するため」といった芦田修正に関わりなく、現行憲法は、少なくとも自衛のための武力行使、したがって、そのための武力の保持を禁止していない、と解すべき」(大石眞『憲法講義Ⅰ(第3版)』(有斐閣・2014年)68頁。なお、同『憲法史と憲法解釈』(信山社・2000年)135-136頁)とする見解がある。憲法制定過程の資料に依拠して自衛戦力合憲説の復権を主張する見解として、佐々木高雄『戦争放棄条項の成立経緯』(成文堂・1997年)が知られるが、「前掲」から「前項」への変更を「すり替え」あるいは「強引なすり替え」(同書347頁)と評する根拠は必ずしも分明ではない。これを引き継ぐ見解として、鈴木敦「憲法史の解釈論的意義——第九条を素材として(三・完)」論叢168巻4号(2011年)67頁以下、同「憲法制定史研究と憲法解釈——第9条を素材として」比較憲法学研究24号(2012年)141頁以下、同・前掲論文(註5)101頁以下等がある。いずれも、前述の③に関する問題がある。

た〈自衛のための武力行使合憲論〉であると解される。「日本としては自衛「戦争」と呼ばれるに相応しい本格的な軍事行動に出ることは許されない」¹⁶⁹とされている。

そうした解釈を主張する代表的な見解は、「条文を日本語として素直に読む」¹⁷⁰ことを標榜し、初期の政府解釈を「ネガティブ・リスト論」¹⁷¹と呼んで、それに依拠しつつ、9条2項後段が交戦権を否認しているから、「自衛の目的であっても、「戦争」は許されていない」としつつ、「自衛のための軍事力の使用は許されているから、自衛のために必要な最小限度において、敵将兵を殺傷し、敵施設を破壊するなど、交戦権と内容的に重なり合う行動をとることは許される」とする¹⁷²。

この見解は、遂行不能説は「少なくとも伝統的な法解釈の常道を外れています」¹⁷³と批判する。「一項で軍事行動を一定の範囲で認めておきながら、二項でそれを全面的に覆して無意味化・無効化するというのは尋常ではありません。規定が存在する以上は、それぞれにそれなりの意味を与える、昔風の言い方をすれば、それぞれにその所を得しめる、というのが解釈論の常道です」¹⁷⁴というのである。そこで、9条の「一項と

¹⁶⁹ 安念潤司「有事法制と交戦権」ジュリ1279号(2004年)33頁。

¹⁷⁰ 安念潤司「日本国憲法における「武力の行使」の位置づけ」ジュリ1343号(2007年)27頁。他方で、「非常に技巧的」で「いささかイカサマくさい解釈」とも称している(高橋ほか・前掲座談会(註35)16頁[安念潤司])。「芦田修正によって自衛のための戦力を合憲化する論理は、1項・2項に付された条件の反対解釈を積み重ねるものであり、戦力保持の合憲性という重大事項の結論を導くための手法としては、あまりに技巧的である」(毛利ほか・前掲書(註13)136頁[毛利])。

¹⁷¹ 安念・前掲論文(註170)32頁。

¹⁷² 同論文30-31頁。ちなみに、国連憲章とは異なり、憲法9条は「戦争」と「武力行使」を区別しているが、両者の相違は「戦闘の規模や強弱」といった量的なものではなく、「宣戦布告等の形式を伴わない」という点にある(樋口ほか・前掲書(註18)151頁[樋口])。

¹⁷³ 安念・前掲論文(註83)284頁。

¹⁷⁴ 同論文285頁。もちろん、こうした批判も、遂行不能説に対する従来の「拙劣な規定」批判の域を出るものではないであろう。そして、遂行不能説からも、峻別不能説に対して、「九条が一項と二項に分けて規定している以上は、一項

二項とが矛盾しないように、しかしそれぞれに存在意義を与えるような解釈」として、この見解は、「日本語の続き加減としてはスムーズではありませんが、二項前段の「前項の目的を達するため」という文言は、一項で国際紛争を解決する手段としての軍事行動を放棄したその目的を達するため、と読むしかなく、その結果、それ以外の軍事行動に必要な程度の戦力の保持は許容されると解さなければなりません」と主張する¹⁷⁵。

そして、「国際紛争を解決する手段か否かで二分する解釈論の下では、許容される軍事行動の範囲が茫漠たる広さをもちえます」ということを承認する。そして、今日、「軍事行動は、防衛的・警察的な目的を名分に掲げて起こされるようになってきています」としたうえで、「国際紛争（を解決する手段）という言葉の解釈次第ではありますが、この種の軍事行動が憲法上押し並べて許容されるという事態が生じかねません」とする。この③の問題について、この見解は、9条の下では許容されても、国連憲章が厳重な歯止めをかけていることによって、国際法上は行うことはできない（9条よりも国連憲章のほうが軍事行動禁止の範囲が広い）という帰結となることを受け容れるのである。そして、次のような割り切りを示す。すなわち、「この点ではむしろ、国際法上の規則のほうが重要になってきつつあるようです。憲法九八条二項の議論には立ち入りませんが、国際法上禁止されている軍事行動は、憲法の解釈がどうであれ、結局は行いえないからです」として、「したがって今後は、憲章が例外的に許容している軍事行動の範囲を研究することが必須であると考えられます」とするのである¹⁷⁶。

積極的許容論(c) 「軍事権のカテゴリカルな消去」を論じる見解も、9条の解釈については、ここに連なるものと解される。この見解は、「域内実力行使」（その国の領域内での実力行使）は9条の規制を受けるもの

には一項なりの意味が、そして二項には二項なりの意味があると解することにも、それなりの根拠がある」（山内・前掲書（註111）65頁）と主張されているのである。

¹⁷⁵ 安念・前掲論文（註83）285頁。

¹⁷⁶ 同論文293-294頁。

ではなく、したがって、「外国の爆撃機が攻撃の意思を持って領空に侵入する事態」に自衛隊が「やむを得ず反撃」することも「警察とは違う組織による警察活動」として説明できるとする¹⁷⁷。さらに、「域外実力行使」のうち、「攻撃に対してやむを得ずに反撃する場合」である「消極的域外実力行使」¹⁷⁸については「戦争」に含まれないとし¹⁷⁹、「外国政府に対する域外実力行使については、厳格な国際法の規制がある」として国連憲章にも留意しながら、「憲法9条1項は、「国際紛争を解決する手段」としての戦争・武力による威嚇・武力行使を禁じている」のであって、「基本的に日本国からの積極的な実力行使を禁じたものであり、攻撃を受けた場合の反撃については、特に何も言っていない」とする。

そして、「2項は、「前項の目的を達するため」と規定しており、あくまで同1項の禁じる積極的な実力行使のための実力や権限の保有を禁じるのみである」から、「消極的な実力行使のための実力の保有は、憲法9条2項によっても禁じられない」と解するのが、「文言からすれば」自然であろうとする¹⁸⁰。

たしかに、この学説は、遂行不能説について「かなり説得的な解釈」¹⁸¹であるとし、他方、「芦田修正説は、憲法9条自体の読み方としてはありうるとしても、国会や内閣の規定を視野に入れて考えると、憲法の体系とは整合しません」¹⁸²としているのであるが、しかし、上記のような9条解釈は、実質的には、❸の問題に留意して「自衛戦争」を捨象した〈自衛のための武力行使合憲論〉であると解されるのである¹⁸³。

¹⁷⁷ 木村草太「憲法9条の機能と意義——国家の実力行使の諸類型と憲法」論ジュリ9号(2014年)56頁。

¹⁷⁸ 同論文54頁。

¹⁷⁹ 同論文56頁註4。

¹⁸⁰ 同論文57-59頁。

¹⁸¹ 木村・前掲書(註125)44頁。

¹⁸² 同書51頁。

¹⁸³ 「こうした解釈を是とするものとして、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)第3章、長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年)第1章、座談会「憲法9条の過去・現在・未来」ジュリ1260号(2004年)15頁[安念潤司発言]など参照」(木村・前掲論文(註177)59頁註13)とされる。

さらに、この見解は、「国際法と憲法9条により禁じられないというだけでは、それを合憲とするには足りない。国家が活動をするためには、何らかの憲法上の根拠が必要である」として、憲法13条の要請による「日本国民の生命・身体・財産保護」という「義務や責任を果たすには、日本政府自身が維持されていなければならない、日本政府が自らへの攻撃から身を守る作用についても根拠がある」とする。「そうすると、日本政府や日本国民を保護するための活動については、憲法13条という根拠規定が存在することになる」というのである¹⁸⁴。そうして、この学説は、「「憲法9条の下でも、国民の生命等を守るために必要最小限度の実力を持つことは許される」との政府解釈には、かなりの説得力がある」¹⁸⁵としている。

(3) 方向づけ論

現在の国際情勢の下では例外的に自衛力合憲論をとらざるを得ないが、9条の本旨は戦力不保持＝自衛力違憲論であり、その実現を目指すべきであるとするものである。9条を本旨通りに実現することが可能となる状況（逆に言えば、自衛力の保持が許される状況）をどうみるかによって、自衛力漸減への方向づけを現実に関律する強度に相違が生じうる¹⁸⁶。

¹⁸⁴ 木村・前掲論文（註177）59頁。

¹⁸⁵ 木村・前掲書（註125）58頁。

¹⁸⁶ たとえば、芦田修正論に依拠して「自衛のための戦力」は保持できるとするとし、しかも政府解釈も同旨と解している点で問題があるが、「理念としての九条（あるいは、いわば根本規範としての平和主義）は、非武装平和、すなわち、一切の戦争を放棄し、また、したがって一切の戦力をも持たないことを要求しているのであるが、現実のわが国の実定法体系の中の最高法規としての九条は、それぞれの歴史的な時期に対応して、現実に関行可能な内容に即した規範的拘束力をもつにとどまる」として、「今日の国際政治の現実の下では、当面は、国家の自衛権を否定することはできないし、また、必要最小限の自衛戦力も否定できない」とする見解がある。「過渡的措置として自衛権および自衛戦力が許容されうるとするにとどまる」から、「現実の戦力としての自衛隊が「自衛のため真に必要なか」というきびしいチェック」が求められ、「国には、常に、軍備縮小への努力義務」があるとされる（藤井俊夫『憲法と国際社会（第2版）』（成

方向づけ論 (a) 「9条がどのような機能を果たすべきか、という規範論の観点から、再検討することが重要」としつつ、法的拘束力を一切認めない「プログラム規定説」は否定し、「9条が法的効力をもつことを前提として、法的効力をもつことの意味を、固定的ではなく段階を追って考えていくべきではないか」とする見解¹⁸⁷がある。

この見解によれば、「現在は、個別の国家が武力行使をして平和を維持するという段階から、それを禁止する戦争の全面違法化の時代に移行したはずであり、憲法9条がこの戦争観に立脚している以上、本来は、軍事力をもつことは違憲となるはずである」が、しかし、「現実の国際政治は、この戦争観を支える、担保手段としての国際連合の安全保障理事会とその執行機関である国際連合軍が編制されていないので、各国が有する自衛権の担保手段はもたざるをえず、現在の自衛隊の存在は、暫定的に、内閣法制局の解釈技法によって肯定せざるをえない。他方で、軍備の全面廃止というのは、到達目標、つまり理念を示す法規範としての効力もち、本来の国際連合による安全保障の実現をめざす義務を課し、このような行為を怠る行為は、当該義務違反として常に内閣不信任の原因となるものと解すべき」¹⁸⁸とされる。

方向づけ論 (b) 「ドイツの学説では、社会国家を定めた基本法の規定(二〇条一項)や環境保全を定めた規定(二〇a条)などを国家目標規定(Staatszielbestimmung)と説明する立場がみられる」ことを手がかりに、「憲法九条を国家の目標を定めた法規範を内容とする規定とみる」見解¹⁸⁹がある。

文堂・2005年) 290-291頁)。しかしながら、「自衛隊の長期間の存続によって、それを違憲と述べることの現実的意味が著しく低下していることも明らかである。自衛隊違憲論が国民多数の支持を得る状況の到来は予測できず、また裁判所が今後そのような解釈を採用することも考えにくい」(毛利ほか・前掲書(註13) 138頁[毛利])ともいわれる。

¹⁸⁷ 渋谷秀樹『憲法(第3版)』(有斐閣・2017年) 84頁。ここで「プログラム規定説」とは、政治規範説を指すものとされている。

¹⁸⁸ 同頁。

¹⁸⁹ 岩間・前掲書(註13) 88頁。すでに、ドイツの学説の国家目標規定論を紹介して、それによれば「日本国憲法でいえば、少なくとも第九条の平和主義、二

この見解は、次の理由から、9条を国家目標規定と解する。すなわち、
 「①非武装規定としての憲法九条は、わが国の道義を表明したものと
 して、また、戦後日本の精神的支柱を形成するものとして堅持されるべき
 こと、②国連の集団安全保障体制を一層発展させることにより全世界の
 国々が非武装化されることが世界平和実現のひとつ有力な途であるとす
 れば、全世界の国々の非武装化は国際社会が目指すべき正しい目標であ
 り、憲法九条はそうした正しい目標を世界に先駆けて掲げた規定である
 こと、③国連の集団安全保障体制がなお十分機能しておらず、したがっ
 て前提条件が存在していない以上、憲法九条を通常の憲法規定とみるこ
 とは困難であること、④憲法九条を国家目標規定とした場合には、憲法
 九条は公権力に対して軍備の撤廃という目標の達成を政治的・道徳的にの
 みならず、法的にも義務づける規定となること、⑤国連の集団安全保障
 体制はなお十分に機能しておらず、かつ、今日の不透明かつ不安定な国
 際社会の状況のもとで、国民の生存と国家の存立を守るという重要な責
 務を課せられた公権力が軍備の撤廃という目標を達成するにあたって
 は、手段の選択や方法について広い裁量が認められる必要があること、
 ⑥憲法九条は、戦争事態という勝義の非常事態にさいしての手段に関す
 る規定であり、この点からも手段の選択にさいしては広い裁量が認めら
 れる必要があること、⑦しかし、そうした手段の選択は政治部門の完全
 な自由委ねられるべきではなく、裁量権の濫用・逸脱の場合には憲法九
 条違反となる場合がありうるとするのが妥当であること」¹⁹⁰である。

この見解によれば、9条は、憲法25条と類似した性質をもつとされる。
 「憲法九条の実現にあたって政治部門にある程度の裁量が認められると
 しても、憲法九条はたんなる政治規範あるいはプログラム規定と解され
 るべきではなく、国の措置が裁量の逸脱・濫用とみざるをえないような
 場合には、当該措置は憲法九条に照らして違憲と判断されるべきであり、
 そうした意味で、憲法九条は裁判規範としての性質をもつとみなければ

七条の勤労の権利、二五条一項・二項などは、国家目標規定であると解される
 ことになる」と説く見解（小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値
 の実現』（尚学社・2004年）295頁）があった。

¹⁹⁰ 岩間・前掲書（註13）89頁。

ならない」とする。他方、25条によって国は生存権を保障する責務を有するが、「責務を履行するためにどのような措置を講ずるかについて政治部門に裁量が認められざるをえず」、しかし、「政治部門が裁量権を濫用したような場合には違憲となる」。そして、「財政状況により政治部門が当該責務をかりに果たすことができていなかったとしても、憲法二五条が定める目標が正しいものであるとすれば、憲法二五条を改正すべきことにならない」のである。そのうえで、この見解は、9条が「プログラム規定に墮することなく、政治部門を拘束する法規範でありつづけるためには、何よりも、……、非武装規定としての憲法九条は正しい目標を定めているということについてのコンセンサスが、国民の間にひろく形成される必要がある」というのである¹⁹¹。

方向づけ論(c)「今日の文脈では、9条の非武装平和主義の規範内容そのものは、「志望目標」としての性格を色濃く持つ」として、「現実を一步步「志望目標」に近づけていくには、その違憲評価ゆえに政府解釈を突き放してしまうのではなく、むしろ政府解釈をたぐり寄せ、それに一定の憲法規範性を承認し、そして積極的にその規範性を用いて現実を律し・枠づけ・統制していくことが不可欠である」とする「二段構えの規範構造で公権力を制約する」ことを唱える見解¹⁹²がある。

「二段構え」の第1段目は、現実には主として「志望目標(aspiration)」¹⁹³として機能する「非武装平和主義の規範」である。第2段目は、2014年7月1日の閣議決定に先立つ歴代内閣が、9条は、「個別的自衛権の行使のみを容認し集団的自衛権の行使を禁止する」と解釈してきた従来の政府解釈による規範であり、これは「第一段目の規範が通用力を持つような現実を構築できるまでの暫定的な規範であるが、それまでの間、現実の憲法的な規範として機能する」ものとされる。「54年政府見解に基づく規範を、このように9条についての立憲主義の第二段目の規範として位置づけうるのは、この規範がそれ自体としては、「普通の国」と比

¹⁹¹ 岩間・前掲書(註133)355頁。

¹⁹² 佐々木弘通「日本の立憲主義と憲法第9条」佐々木弘通＝宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』(弘文堂・2015年)300頁。

¹⁹³ 同論文299頁。

べて格段に「平和主義」的なものだからである」。この「第二段目の規範に関する課題は、第1に、この規範を固守してそれが「普通の国」の規範へと後退するのを阻止すること」とされる。そして、「『国民』が第一段目の規範を真面目に追求することが、第二段目の規範をその「平和主義」的な内容のまま維持する力となる」のである¹⁹⁴。

ところで、この見解は、自衛隊の存在・活動と9条の整合性を保つための従来の政府解釈について、「制憲時の理解では、憲法上有する自衛権の裏づけとなる武力の保持と行使を、9条2項の前段と後段の明文で禁止・否認した」のであり、「制憲時の理解が明確に意図したことを真面向から否定している」として、「それを政府解釈は、「解釈」の名の下に9条2項から引き出す」が、「しかしそれは、9条の「解釈」としては成り立たないと言うほかない」と断じる¹⁹⁵。このように政府解釈(自衛隊合憲論)の存立を否定するならば、この見解は禁止説に分類されるべきものと解されるかもしれない。たしかに、今日の「現実の中で、9条が非武装平和主義を要請すると主張すること」は、具体的には「相応の時間をかけてその目標に向けて現実を動かしていく」ということであるといわれるように、そもそも、自衛力違憲論が、「自衛隊法をはじめとする違憲の諸法律を即座に廃止して自衛隊を解散すべし、という単純かつ乱暴な主張ではありえない」とすれば¹⁹⁶、禁止説と、「現実」に対して9条の「原意」に還ることを強く働きかけるような(許容説における)方向づけ論との懸隔は、その意味では、大きくないといえるかもしれない。

¹⁹⁴ 同論文300-301頁。

¹⁹⁵ 同論文295頁。

¹⁹⁶ 同論文299頁。すでに、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店・1987年)490頁以下においても、自衛隊を含む現況を、時間をかけて憲法の理念に近づけてゆくための考察がなされていた。なお、水島朝穂「自衛隊の平和憲法的解編構想」深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために——日本国憲法からの提言』(勁草書房・1998年)、同「平和政策への視座転換——自衛隊の平和憲法的「解編」に向けて」深瀬忠一ほか編著『平和憲法の確保と新生』(北海道大学出版会・2008年)。

3. 要請説

「穏和な平和主義」論と称されるこの見解は、「現実には平和の維持も国民の生命・財産の保全も困難であるにもかかわらず、それでもなお軍備を全廃すべきである」との主張の背後にあるのが、それが人としての「善き生き方」だからという前提があるのだとすれば、多元的な価値観が相剋するこの社会において、そうした特定の「善き生き方」をすべての国民に強いることは、日本国憲法の拠って立つ立憲主義と両立し難い¹⁹⁷という問題提起において注目されているが、9条の規定の解釈については、自衛のための実力の許容性ではなく必要性を論ずるものである点に留意すべきである。

この見解は、「一国のみが通常兵器を含めて軍備を全面的に放棄してしまえば、他国は軍縮へのインセンティヴを失ううえに、侵略によって得られる期待利得を増大させることになり、非武装によって生じた力の空白は、逆に周辺地域を含めて不安定化し、武力紛争の危険をもたらす危険がある」ということを前提として、「いかなる個人、民族も、他国を含めた周辺地域の平和を危うくしてまで軍備を全面放棄する権利は有していないのではなかろうか」と論ずるのである¹⁹⁸。

「自然状態で暮らしていた人々が公共財の適切な享受を求めて国家を建設する際、典型的な公共財といえる防衛サービスの供給を全面的に禁止するとはにわかに想定しにくい¹⁹⁹として、「理性的な防衛サービスの維持と執行」²⁰⁰すなわち「適切な軍備の保持」²⁰¹が要請されるとする。しかし、「こと防衛に関する限り、民主政の欠陥はあまりにも深刻であり、失敗のコストが過大であるため、なんらかの形で決定の幅自体を最初から限定しようとする立場」²⁰²をとるのが9条であるとする。

¹⁹⁷ 長谷部・前掲書（註132）69頁。

¹⁹⁸ 同書68頁。

¹⁹⁹ 同書68頁。

²⁰⁰ 同書66頁。

²⁰¹ 同書68頁。

²⁰² 同書66頁。

このように、「穏和な平和主義」論は、自衛のための実力の保持・行使は違憲ではないとするばかりではなく、自衛のための一定の実力を保持しないという選択は許されない（立憲主義に反する）と論ずる——その意味で自衛のための実力の保持・行使が要請されるとする——ものである。

9条の条文解釈に関しては、「表現の自由などの憲法上の権利の保障を定める条文の多くは、原理を定めている」ものであり、「文字通り「一切の」表現の自由が保障されるわけではない」のであって、「9条の文言をたよりに自衛のための最小限度の実力の保持が許されないとする立場は、9条（とくにその第2項）の文言を all-or-nothing で答えを決める準則として理解していることになる。しかし、なぜ原理ではなく、準則として理解しなければならないかについて説明がなされることは稀である」とする²⁰³。

そのうえで、「かりに第九条から明確な限界を引き出すことができないのであれば、合理的拘束といっても尻抜けに終わるおそれがある」けれども、それは、「憲法第二条の表現の自由をはじめとする他の憲法上の合憲性判断基準についても同様に生ずる問題である。表現活動に関する制約を一切認めないというのであればともかく、それについて何らかの合理的制約を認めるという立場をとる以上は、「明白かつ現在の危険の基準」や「LRA の基準」など、一切の表現の自由を認める憲法の文言自体には手掛かりのない具体的制約の基準を引き出してこざるをえない。しかし、一旦設定された基準については、憲法の文言には格別の根拠がないとしても、なおそれを守るべき理由がある。譲歩を始めると、そもそも憲法の文言に格別の根拠がない以上、踏みとどまる地点はどこにもないからである。同じ状況は、憲法九条の下で守られるべき具体的基準を設定する場合にも妥当するであろう」²⁰⁴。

近年は、より9条の文言を重視して、「1項には2項の規定の趣旨・目的を明らかにし、その意義を限定する肝要な役割を見るべき」であり、「不戦条約の文言と意義に照らして憲法第9条を読み直すことで、日本

²⁰³ 長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会・2016年）5頁。

²⁰⁴ 長谷部恭男「平和主義の原理的考察」憲法問題10号（1999年）60頁。

語として意味が読み取りにくく、また文言相互の関連性が明らかでないこの条文を、全体として整合的に理解する途が拓かれる」とし、不戦条約では「個別的自衛目的での武力の行使までもを禁止することは想定されていなかった。不戦条約の文言を受けた日本国憲法第9条第1項も同じ趣旨のものとして、そして禁止の対象を武力による威嚇と武力の行使へと拡大したものとして、受け取るのが素直である」と論じられるようになっている²⁰⁵。

おわりに

本稿は、憲法9条の解釈において、現在の学説が自衛力違憲論と自衛力合憲論をどのように位置づけているかを整理することを試みた。

枠の中と外に切り分けることのできる解釈のラインは理論的に論証可能なものとしては存在しないとする「動態的憲法理解」は、政府解釈（自衛力合憲論）を「にせ解釈」とする主張が論じた憲法解釈の枠²⁰⁶を、その出発点に設定している。そのように、自衛力合憲論を当然に憲法解釈の枠外とする学説を「最も正統的な憲法解釈論」あるいは「戦後日本憲法学における正統的な考え方」と措定したうえで²⁰⁷、本稿にいう許容説に分類される学説の成立可能性を論難するが、「多様な憲法解釈アクター」がそれぞれの「利害認識」から繰り広げる「解釈ゲーム」の「政治的攻防戦」²⁰⁸に解釈論の帰趨を委ねようとする「動態的憲法理解」にとっては、種々の憲法学説の中から「正統的な」解釈論を選定して他を検証

²⁰⁵ 長谷部恭男「国際紛争を解決する手段としての戦争の放棄」二宮正人先生古稀記念『日本とブラジルからみた比較法』（信山社・2019年）639頁。なお、同『憲法講話——24の入門講義』（有斐閣・2020年）47頁、同『戦争と法』（文藝春秋・2020年）29頁。

²⁰⁶ ただし、「理屈からいうと、正しい解釈は、一つしかなく、憲法の規定の意味は一つであるべきであり、二つも三つあるというのはおかしい」ともいえるが、実際には、限界内で行なわれる解釈であっても「かなり異なる結果が生ずる」（清宮・前掲書（註140）192頁）とされていた。

²⁰⁷ 山元・前掲論文（註10）90頁、100頁。

²⁰⁸ 同論文101頁。

するアプローチは親和的ではないようにもみえる。

「今日の憲法学界では、……文言は唯一の規範意味を体現しており、解釈とはこの唯一の意味の正しい認識であるという見解は、例外的な少数説とみてよいであろう」とされるのであって、「憲法典の文言の解釈には幅があるが、同時に限界＝枠もあるという立場」が、「日本の憲法学者の多くが想定する」ものであるとされる²⁰⁹。さらに、「制定憲法の枠は制憲者の意図したところにより規定されるが、この枠自体も微妙に変化する」²¹⁰といわれる。「それでもこれ以上は許されないという限界があるはずで、それを越えた解釈論の展開は「解釈の限界」を逸脱したものということになる」²¹¹のである。そして、「動態的憲法理解」が法的議論である限りは、解釈の「攻防戦」の各場面で、ゲームを成立させ、勝敗を判定するための「枠」を必要とするのではなかろうか。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

²⁰⁹ 赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』（信山社・2008年）604頁。

²¹⁰ 野坂・前掲論文（註39）25頁。

²¹¹ 同論文25頁。

行政への民主的統制と委任

—— 科学技術・イノベーションにおける現状と展望 ——

村 上 裕 一

目 次

1. はじめに
 - 1.1. 行政への統制と委任
 - 1.2. 本稿の問題意識
 - 1.3. 本稿の構成
2. なぜ日本の研究開発費の政府負担割合が低いのか
 - 2.1. 状 況
 - 2.2. 分 析
 - (1) 戦後の科技体制解体とレガシー
 - (2) 民間企業の自律的な研究開発
 - (3) 科技庁による「権限なき調整」
 - 2.3. 小 括
3. なぜ科技基本計画の投資目標額が達成されないのか
 - 3.1. 状 況
 - 3.2. 分 析
 - (1) 科技政策特有の可能性
 - (2) 文言調整過程のエピソード
 - (3) 目標額設定の力学とその変容
 - 3.3. 小 括
4. 欧州の科技イノベーション行政の動向
 - 4.1. Horizon Europe
 - (1) 推進体制
 - (2) 策定過程：2018～2019
 - (3) EIC の設置理念

4.2. スウェーデンのイノベーション行政

- (1) 官民の補完的關係
- (2) イノベーションを促す政府調達
- (3) holistic な政策統合

4.3. 日欧比較：統制と委任の理念型？

- (1) 財政当局等の事前統制の抑制
- (2) 予算調整と政策実施の關係整序
- (3) 科技行政とイノベーション行政の區別

5. 終わりに

5.1. まとめ

5.2. 結 論

5.3. 今後の課題

1. はじめに

1.1. 行政への統制と委任

科学技術・イノベーション（以下、「科技イノベ」と記す）行政と民主的統制との關係を、私たちは一体どのように考えるべきか。一般的に行政統制、すなわち「主権者である国民が、職務・権限を委任する行政組織に責任を問えるということ」が民主主義国家の条件であるということに、異論はないだろう。しかしながら、国民による統制を行政活動の細部にまで及ぼせることは物理的に難しいし、仮にそれができたとしても、行政の効率性や専門性といった委任の旨味が大きく減殺されてしまう恐れがある。したがって、いかなる行政統制があるべきかを論じる際には、委任のあり方、すなわち、国民からしかるべき人や組織に、いかなる行政活動を、どのように任せるべきかという問題との關係で、練引きの議論が必要になる。

この問題は、数ある政策分野のうち、大きな不確実性と専門性が伴う科技イノベ分野において、より顕在化する。例えば、将来的にどの科学技術が社会問題の解決に資するか（もしくは、政府や民間にとって「金のなる木」になるか）、そのために現時点で一体どれだけの行政資源を（他分野に優先して）注ぎ込むべきか、注ぎ込んだ行政資源（インプット）に対してどれだけのアウトプットやアウトカムが期待できるかといった

ことは、(相対的に真理に近いところにいる)専門家でさえ、十分に予測することができない。もちろん、誰にも「答え」が分からない中で、多くの国民に「参加」を求めることにより、多様な視点・価値観によりその政策判断を「正統化」することはできるかもしれないが、科技イノベーションにおいては、国民からの負託を受けた政治家や官僚による予算調整と、相対的により合理的な科学的判断を下し得る専門家による、「選択と集中」を伴う決定と実施に委任をする領域が、どうしても広くならざるを得ない。すなわち、民主主義国家の科技イノベーションでは特に、専門家への委任の程度と態様との対比で、民主的統制のあり方が問題となる。

1.2. 本稿の問題意識

本稿では、上記のことを踏まえた上で、実態分析により、日本の科技イノベーションへの民主的統制はある意味において強過ぎるのではないか(その部分における委任の幅をもう少し広げていいのではないか)という問題提起をしたい。これは、いかなる民主的統制があるべきかというこれまでの議論に隠れていた視点だが¹、本稿では行政に対する統制と委任という、原点とも言うべきポイントに立ち戻った上で、あるべきその民主的統制について論じたい。

政府のとりわけ科技系統組織からよく挙がる指摘として、最近の日本の研究開発費の政府負担割合が、フランス、イギリス、アメリカといった先進諸国を下回っているというものがある。また、日本では2001年からの第2期科技基本計画以降、同計画が当初掲げた研究開発投資目標額が達成されていないという指摘もある。本稿ではまずその原因を考察し、日本のそうした特徴が我が国の科技イノベーションに対する民主的統制のあり方によってかなり規定されているのではないか、ということを示してみたい。

とはいえ、このことを示し、また批判するだけでは何も始まらない。思うに、日本において、内閣府や文部科学省(以下、「文科省」と記す)

¹ 山本清(2014)「科学技術とアカウンタビリティ」『会計検査研究』、第50号、pp. 5-10。

といった科技政策所管府省、及び、その付置研究所、大学等の高等教育機関、そして民間企業等によって多元的・多層的構造をなす科技政策推進体制には、本稿の分析と成果からすれば、行政統制の観点からそれなりに有意義な面もあると言える。なぜならば、多元的・多層的な政策推進体制を構成する諸組織が政策論議において活発に競い合うことにより、科技イノベーションに対するある種の行政統制がうまく機能する可能性が高まると考えられるからである²。もしその多元的・多層的な政策推進体制に多少の問題があるとしても、制度運用を改善することによって、本稿で指摘する我が国特有の「拙さ」が克服される可能性もある。本稿では、これを裏付けるために、欧州等、他の国・地域の科技イノベーションに対する民主的統制の態様との比較を行いたい。欧州が常に理想的というわけではなく、単純比較もできないが、それらとの比較によって、日本の特徴を浮かび上がらせられると考えている。

1.3. 本稿の構成

本稿では、上記の問題意識の下で、科技イノベーションに対する民主的統制がいかなる形で行われるのが望ましいかについて、日欧の制度・運用比較を通して検討する。そのために、まず、**2**で、日本の研究開発費の政府負担割合が他の先進諸国よりも低水準にとどまっている原因を分析する。次に、**3**で、日本で第2期科技基本計画以降、研究開発投資目標額が達成されていないことの原因を分析する。そして、これらの分析結果から、日本では科技イノベーションに対するある種の民主的統制が強過ぎると指摘する。その上で、**4**で、欧州連合でまさに実行されようとしているイノベーション行政の枠組み Horizon Europe 策定の過程と理念、及び、スウェーデンのイノベーション政策推進の体制と理念を概観し、上記の考察結果と比較することによって、科技イノベーションに対する望ま

² 同趣旨の主張は、Marks, G., & Hooghe, L. (2004). Contrasting vision of multi-level governance. In Bache, I. & Flinders M. (eds.), *Multi-level Governance*. Oxford Univ. Pr. pp.15-31からも読み取れる(村上裕一(2020)「条約実施分析・試論：ワシントン条約を素材として」『北大法学論集』、第70巻第6号、pp. 1-29を参照)。

しい民主的統制のあり方を論じる。

2. なぜ日本の研究開発費の政府負担割合が低いのか

2.1. 状 況

日本と他国の研究開発費については、科学技術・学術政策研究所 (NISTEP) の『科学技術指標2019』の第1章で分析されている³。それによると、2017年の日本の研究開発費総額は対 GDP 比で3.48%。4%を超えるイスラエルと韓国に次いで世界第3位 (OECD 推計では3.20%で世界第6位) である。これはスウェーデン (3.27%) などと同水準だが、アメリカ (2.76%)、フランス (2.25%)、イギリス (1.68%) といった先進諸国を上回っている。同じ世界ランキングで日本は1990年代から2008年にかけて世界第1位だったのであり、この点でも、日本が他国に見劣りするものではない、ということは確認しておく必要がある。

しかしながら、2008年以降、日本の研究開発費はその総額でも対 GDP 比でも減少に転じ、世界ランキングの順位を下げていった。このことは、政治・行政的背景として、2009年の自民党から民主党への政権交代と無関係ではないかもしれない。すなわち、政権担当経験のなかった民主党が、事業仕分けに象徴されるようなキャンペーンを展開したことがここに多少作用した可能性がある。ちなみに、日本では1991年から2014年の24年間、ほぼ一貫して年度当たりの研究開発費総額は増加しているが、その間に7回、それが前年度比減になったことがある。その7回には、その間にあった3回の (衆議院議員総選挙を経た) 政権交代の年が含まれる。それは、自由民主党から日本新党等へと政権交代した1993年 (-1.4%)、自由民主党等から民主党等へと政権交代した2009年 (-8.3%)、民主党等から自由民主党等へ政権交代した2012年 (-0.3%) である。政治体制が流動的だと官民合わせた研究開発費が減る、という何らかのメカニズムがあることを窺わせている (ただし、政府の研究開

³ NISTEP ホームページ (https://www.nistep.go.jp/sti_indicator/2019/RM283_00.html)。なお、本稿で引用・参照したウェブサイトへの最終アクセスは、2020年5月11日である。

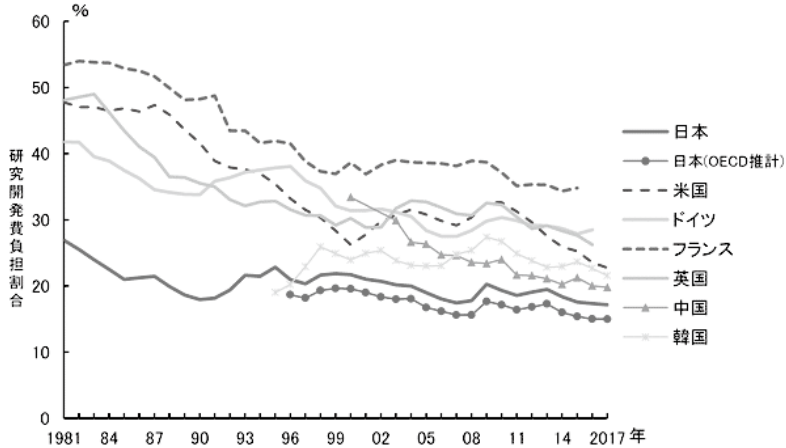


図1 主要国研究開発費の政府負担割合の推移

出典：NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月（図表 1-2-4）。

発予算との間には有意な相関関係がない)。いずれにしても、これについては、各政権と財政当局との関係性を含め、さらなる実証的な分析が必要である。

さて、これに対し、日本の科技系統組織を中心に、日本の研究開発費の政府負担割合が低いことがよく指摘される。確かに、2015 年の研究開発費の政府負担割合は日本で15.41%と、フランス (34.59%)、イギリス (27.98%)、アメリカ (24.04%) といった先進諸国を下回っている (図1)。NISTEP はこれについて、「日本の研究開発費の負担割合を見ると (中略)、企業 (72.2%) に加えて、大学 (9.3% (中略)) の負担割合が他国と比較して高いため」と分析している。図1を見れば、統計のある1981年以降ほぼ一貫して、日本の政府負担割合は先進諸国のそれを下回っている。

確かに、研究開発費の政府負担割合が高ければ研究開発やイノベーションが促進される、というものでは必ずしもない。ただ、科技行政担当者の立場からすれば、全体の中でより多くの予算を獲得し現場に配分することがその存在意義になる。そうだとすると、政策のアウトカムをさらに高めるためには、政府負担割合を上げていくべきではないかとい

うことになる。次節では、なぜ研究開発費の政府負担割合が低いかを考察していきたい。

2.2. 分 析

(1) 戦後の科技体制解体とレガシー

このことを探るには、やはり歴史を遡ってみる必要がある。まず、第2次世界大戦終戦後、日本の非軍事化と民主化を目標とした経済機構の根本改革を基本方針としたGHQの対日管理政策の中で、従前の科学動員体制が消失してしまったことは大きい。このとき、放射性同位体分離・航空機・加速器・テレビ・レーダー等に関する研究が禁止され、関連施設は撤去された。1942年1月、内閣に設置された技術院は、我が国の科技に関する基礎研究・応用研究・工業化研究を専門別に一貫して統轄指導し、また各専門相互間に有機的に連絡調整する機能を持つ科技行政機関だった。この技術院は1945年9月に廃止され、その機能は内閣調査局・文部省科学教育局・商工省特許標準局に三分された。その後、現在の科技政策推進体制にも通じる日本学術会議（1948年7月）と科学技術行政協議会（STAC）（同年12月）が設立され、紆余曲折を経て旧科学技術庁が創設されたのは1956年5月のことであり⁴、この点において、日本は他国に後れを取った。

実証は難しいが、歴史が浅く若い省庁が、実績の少ない初入閣の大臣をあてがわれるなどして⁵、予算や政策の調整で不利な地位に置かれるということは充分にあり得る。実際、「技官の官庁」だった科技庁は通産省の威を借りて活動することが少なくなく、原子力官庁としての特性が強かったのに対し、総理府外局にありながら科技政策の総合調整権限は極めて弱かった⁶。このことは、日本の予算過程において、科技庁のよう

⁴ 村上裕一（2015）「『司令塔機能強化』のデジャ・ヴュ：我が国の科学技術政策推進体制の整備を例に」『年報公共政策学』、第9号、pp. 143-168。

⁵ 村上裕一（2018）「国土政策と地方創生との関係について」小磯修二・村上裕一・山崎幹根編著『地方創生を超えて：これからの地域政策』、岩波書店、pp. 76-77（表2）。

⁶ Murakami, Y. (2019). Improving the current administration's Local Revitalisation Policy: Promoting a recently co-authored publication. *Annals*,

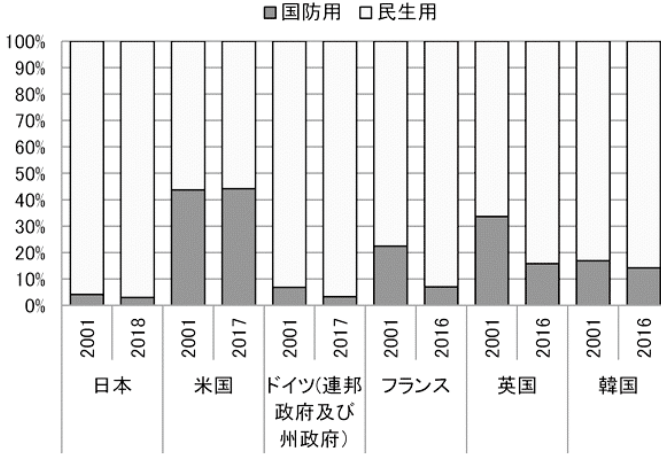


図2 民生用と国防用の科学技術予算の割合

出典：NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月（図表 1-2-1）。

な「横割り」の調整官庁よりも現場と直結する「縦割り」の各省の方が当時から強かったという事実とかなり連動している。「縦割り」の各省の背後には「省庁（府省）共同体」が控えている⁷。その核である各省が相互に調整を行う過程を経て、公共事業や社会保障など、科技研究開発以外に予算が注ぎ込まれてきたということは、民主的統制が間接的に、研究開発費の政府負担を抑制する方向へと作用してきたと考えることができる。これは後述する通り、「研究開発費は民間が負担すべきものだ」という社会的了解の裏返しでもある。

さらに、敗戦という事実と戦後に築かれてきた体制は、軍事技術の民生利用に対するアレルギーという重い影を今の科技政策に落としてしている。民生用科技予算が9割以上を占める日本に対し、アメリカでそれは約6割を占めるに過ぎず、残りの約4割は国防用科技予算である（図2）。

Public Policy Studies, Vol. 13, pp. 101-102.

⁷ 「相互に自律的な府省組織を核として、それぞれ一定の所管領域を「分担管理」し、その領域の維持拡大を図りつつ共存している」（森田朗（2017）『現代の行政・新版』、第一法規、p. 99）。

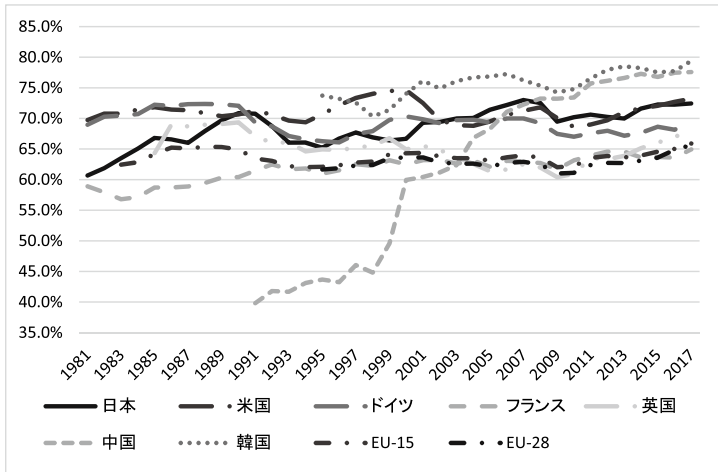


図3 主要国研究開発費の企業負担割合の推移

出典：NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月を基に、筆者作成。

デュアル・ユース技術という言葉があるように、今や軍事技術と民生技術とを分ける意義は失われていると言っても良いが、それでも予算の出所をメルクマールとして、国防（防衛）予算が研究開発に注ぎ込まれることに対するアレルギーは日本で強い。例えば、第2次安倍政権下で2014年、「武器輸出三原則」から「防衛装備移転三原則」への移行が話題になったことは記憶に新しい。また、「学者の国会」である日本学術会議は2017年3月、「軍事的安全保障研究に関する声明」で、「近年、再び学術と軍事が接近しつつある中」、「大学等の研究機関における軍事的安全保障研究、すなわち、軍事的な手段による国家の安全保障にかかわる研究が、学問の自由及び学術の健全な発展と緊張関係にあることをここに確認し」、「戦争を目的とする科学の研究は絶対にこれを行わない」とした1950年の声明と、1967年の「軍事目的のための科学研究を行わない声明」を「継承する」としている。また、「防衛装備庁の「安全保障技術研究推進制度」（2015年度発足）では、将来の装備開発につなげるという明確な目的に沿って公募・審査が行われ、外部の専門家でなく同庁内部の職員が研究中の進捗管理を行うなど、政府による研究への介入が著しく、問題が多い」とし、「学術の健全な発展という見地から、むしろ必

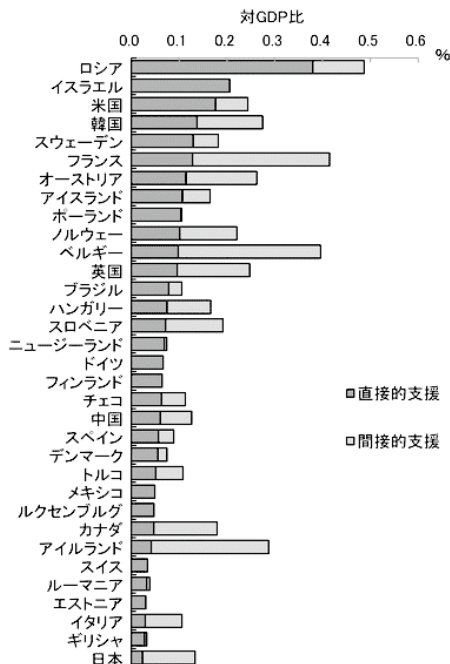


図4 企業の研究開発への政府支援

出典：NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月（図表 1-3-9）。

要なのは、科学者の研究の自主性・自律性、研究成果の公開性が尊重される民生分野の研究資金の一層の充実である」とした⁸。

アメリカ国防総省の国防高等研究計画局（DARPA：Defense Advanced Research Projects Agency）が⁹、連邦議会から相当独立し、大統領と国防長官の直轄で新技術の研究開発に豊富な予算を注ぎ込んでいることはよく知られているが、日本ではこれと同じ仕組みを採用するに至っていない。このことの良し悪しを一概に論じることにはできないが、上記のアレルギーが、これまで研究開発費の政府負担割合を抑制してきた面があることは否定できない。この問題は、日本の場合、国会において野党か

⁸ 日本学術会議ホームページ（<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-23-s243.pdf>）。

ら政府に対して問い質されることが多く、ある種の民主的統制として、科技行政に作用してきたと言える。

(2) 民間企業の自律的な研究開発

次に、研究開発における官民関係について考えてみたい。戦後日本において、世界的にも稀な経済成長が政府の采配によって可能になったのか、それとも民間の努力によって可能になったのかについては議論がある。それは、両極端に、日本政府が設定する社会的・経済的目標が重要なインプットになったとするチャルマーズ・ジョンソン(『通産省と日本の奇跡』)と、日本政府の産業政策は、余計な副作用がなかったという意味において効果が限定的だったとする大山耕輔(『行政指導の政治経済学』)とを位置づけることができる。さらにその間には、①政府内の政策・組織間に牽制があり、結果として政府の過度な介入が防止されたとする説、②政府と企業とその系列が相互協調的にネットワークを形成し、影響力を持っていたとする説、③管轄を広げ市場を統制することを志向した官僚(政府)と市場競争を志向した企業が、その闘争の中で「相互承認」し合ったとする reciprocal consent 説などがある。本稿ではこれを量的に捉えるべく、その1つの証左であろう研究開発費の出所(負担元)に注目してみたい。

まず、研究開発費に占める企業負担割合の推移を示した図3によれば、もともと企業負担割合がフランスより高かった日本は、1980年代に60%から70%へと徐々に上昇し、バブル経済が崩壊した1990年代に若干下げるもドイツやイギリスと同水準を保ち、2000年代に70%を超えてアメリカをも上回り、2010年代に入って、中韓より低く欧州各国より高いという位置付けになるに至っている。概ね研究開発費の政府負担割合の推移(図1)の裏返しになっていると言ってよいが、図1と図4とを併せて推察するに、中韓は政府負担の一定額が企業に直接入り、その企業から研究開発費として支出が行われているとみられることから、図3におけるそれらの企業負担割合の高さを額面通りに受け取ることはできない。企業負担割合が日本と同水準のアメリカも、政府が直接・間接に企業へと支援を行っている。これらのことから、図3の日本の実質的な企業負担割合、及び、その主要国中の位置付けは、外見以上に高いと解釈する

ことができる。これを踏まえると、総合科学技術・イノベーション会議（以下、「CSTI」と記す）における民間出身有識者議員の「(研究開発予算について) 政府ももっと努力をすべき」との発言にも、一理あると言わざるを得ない。

確かに日本では、政府から企業に対する間接的な支援（NISTEP 調査資料によれば、「企業の法人税のうち、研究開発税制優遇措置により控除された税額」）が比較的手厚いが、政府が企業に補助金などとして資金を直接提供し、それを通して何らかのコントロールを及ぼす程度はあまり高くなかったと考えることができる。実際、企業の研究開発費に占める政府負担割合は、日本が1%なのに対し、アメリカが6%、ドイツが3%、フランスが8%、イギリスが8%、韓国が5%となっている⁹。このことは、上記の官民関係論議で概ね共有された理解、すなわち「政府は確かに行政指導をしてはきたが、民間に資金提供することによって直接的な介入をしてきた（もしくは、そうした介入ができた）わけではない」という理解とも¹⁰、かなり整合的である。つまり日本の科技行政では、一部政府に近い企業を除き、民間企業が政府に対してある程度の距離感を保ち、自律性を有してきたと考えることができる。

このことは、日本が科学技術における世界的プレゼンスを最近下げているとされることの背景として、大企業がこれまで数多くの成果を生むのに貢献してきた中央研究所が縮小されたり閉鎖されたりしている現実がある¹¹、という指摘とも矛盾しない。上記のような日本の技術開発をめぐる官民関係の構造は、研究開発費は基本的に民間が負担すべきという社会的了解と結びついている。すなわち、研究開発への政府負担を

⁹ NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月（表1-3-10）。同表によれば、2017年の日本政府の企業への直接的支援額の9割近くは、従業員500人以上の大企業へのものである。この理由を調整過程における政治力学に求めることができるか、また、後述のイノベ政策の観点からこれが果たして適切かなど、検討すべき論点も多い。

¹⁰ 村上裕一（2016）『技術基準と官僚制：変容する規制空間の中で』、岩波書店（第一章第二節第三項（2））。

¹¹ 山口栄一（2016）『イノベーションはなぜ途絶えたか：科学立国日本の危機』、筑摩書房。

(企業負担よりも)抑制する民主的統制が、ここに作用してきたと考えられる。換言すれば、高い不確実性と専門性を伴う研究開発への投資判断に際し、リスクを伴う投資をすべきではないというリスク回避的な主張は、コーポレート・ガバナンスにおける株主からの統制よりも、国民からガバナメント(科技行政)に対する民主的統制におけるそれの方が強かった。すなわち、民主的統制が科技行政により強く効いていたと考えることができる。

もっとも1990年代以降、日本企業にも「株主価値の最大化」の考え方が導入されている。それまで株主が軽視されていたということでは必ずしもないものの、バブル経済の崩壊以降特に、「株主の視点が経営に生かされるきっかけになった半面、企業が長期的なリスクを取れなくなる弊害も生んだ」と考えられる¹²。上記のようにかつてリスクを取ることに比較的寛容だった民間企業でさえ、今やこうなっているのである。

(3) 科技庁による「権限なき調整」

前述した通り1956年5月に設置された科技庁は、原子力等に加え、科技政策の総合調整を所管した。1959年2月には、後に総合科学技術会議やCSTIへと発展的改組されていく科学技術会議が設置された(科技庁科技政策局政策課がその庶務を総括・処理)¹³。同会議は、各省庁の研究開発機関や審議会を包括する政策の策定組織に過ぎず、それだけその答申等は一般的な内容にとどまった¹⁴。具体的な政策方針は各省庁の審議

¹² 毎日新聞「幻の科学技術立国」取材班『誰が科学を殺すのか:科学技術立国「崩壊」の衝撃』、毎日新聞出版、Kindle の位置 No. 2548-2552 (山口栄一発言部分)。

¹³ 村上裕一(2016)「政治と公共政策:科学技術の省庁再編をめぐる」北海道大学公共政策学研究センター監修・西村淳編『公共政策学の将来:理論と実践の架橋をめざして』、北海道大学出版会、pp. 99-130。同会議は、①科技一般に関する基本的かつ総合的な政策の樹立、②科技に関する長期的かつ総合的な研究目標の設定、③研究目標を達成するために必要な研究で特に重要なものの推進方策の基本の策定などについて、総理からの諮問を受けて答申することや、必要に応じて意見を申し出ることを任務とした。

¹⁴ 有本建男・佐藤靖・松尾敬子(2016)『科学的助言:21世紀の科学技術と政策形成』、東京大学出版会、pp. 151-152。

会で議論されるため、科技会議はその「ホチキス止め」機関になり下がってしまう恐れに常に晒されたのである¹⁵。予算編成大綱の柱に科技振興が明記された1981年以降、科技庁に一括して計上され、同庁の政策官庁化と制度官庁化を促したとされる科振費創設後も¹⁶、科技行政では公募、審査、資金配分、中間・事後評価といった具体的な運用を担った文部・通産両省の存在が目立ち、科技庁の「権限なき調整」はむしろ¹⁷、その後の、総合科学技術会議の司令塔機能強化の必要性を言う根拠としてよく引き合いに出されることとなった。

そうした中、科技基本法が制定された経緯に注目すべきである。科技基本法制定は、それ以前にもチャンスがあったが、科学研究全般の振興も盛り込むべきとの学術会議の反発や、宇宙開発をめぐる科技庁と文部省・大学の対立があって、実現してこなかった¹⁸。ところが、かつて産官学の共同研究に消極的だった学者グループにも組織の壁を越えた研究開発が必要不可欠、との認識が広がっていった1990年代¹⁹、バブル経済の崩壊で研究開発費が減少する中、科技振興こそが経済活性化に必要との認識と期待が国会でも大きくなっていった。こうして、1992年4月の閣議決定「科技政策大綱」（「できるだけ早期に政府の研究開発投資額を倍増するように努める」）に続き、1995年11月に議員立法で科技基本法が成立した。

ここで注目すべきは、①1990年代の（政権交代を含む）政治体制の流動化が、同法制定に多少作用したとみられること、②科技庁創設の経緯

¹⁵ 村上裕一（2019）「旧科学技術庁の省庁再編後の行方：「総合調整」から「司令塔」への進化？」青木栄一編著『文部科学省の解剖』、東信堂、pp. 178-183。

¹⁶ 大熊健司（2009）「科学技術庁政策の発展史」新技術振興渡辺記念会『科学技術庁政策史：その成立と発展』、科学新聞社出版局、p. 16。

¹⁷ 「権限なき調整」については、村上裕一（2018）「政策現場と内閣主導：「地方創生」を通して見るそれらの関係」『季刊 行政管理研究』、第161号、pp. 4-18も参照。

¹⁸ 鈴木淳（2010）『科学技術政策』、山川出版社、pp. 109-110。

¹⁹ 尾身幸次（1996）『科学技術立国論：科学技術基本法解説』読売新聞社、pp. 276-277。

にも似て²⁰、同法制定に向けた一部商工族議員のリーダーシップに技官（技術官僚）が乗じたとみられること、そして、③予算の増大を警戒する大蔵省の抵抗が²¹、同法案提出の手法やタイミングをかなり規定したということである²²。日本官僚制のキャリア・パスで事務官より冷遇されがちな技官が、商工族議員と結びついてその地位向上を図ろうとするということは、科技分野に特化した族議員団というものが観念しにくい中では、ある意味において自然なことだったのかもしれない。

橋本行革の理念を踏まえるならば²³、科技政策の「総合調整」がその後、真の意味で「司令塔機能」へと進化したのかが問われなければならない。第2次安倍政権下の総合科学技術会議が、各府省が概算要求の検討を始める前から、科技担当大臣を議長とし、財務省を除く関係府省庁幹部から構成される下部会議において重複排除と連携調整を行い、その上で資源配分方針を調査審議・議決したことは象徴的である。同会議は、各省庁の提案に基づくヒアリングを実施し、重点化の対象施策をアクション・プランにより特定した。しかし、2013年度の科技関係予算（3兆5975億円）のうち科技振興費は1兆3007億円（36.2%）に過ぎず、府省庁別予算の相対シェアに大きな変化は起こらなかった。2014年度の科技イノベーション推進費予算（517億円）の概算要求では当初、内閣府による一括計上が目指されたが、結果的にそれができたのは5億円に過ぎず、各府省庁の科技振興費から4%以上の拠出を受ける形となった²⁴。さらに、健康・医療戦略推進本部のような他の司令塔の出現によっても、CSTIが調整可能な予算の範囲は縮小している²⁵。

こうして、依然として科技行政に見られるのは、各府省の予算要求を積み上げ、財政当局が国民になり代わってそれを要所要所で統制するという旧来の総合調整過程であり、司令塔機能強化論が目指したように、

²⁰ 村上裕一・前掲（注4）論文、pp. 151-157。

²¹ 尾身幸次・前掲（注19）書、pp. 281-282。

²² 村上裕一・前掲（注15）論文、pp. 183-184。

²³ 村上裕一・前掲（注13）論文、pp. 100-102。

²⁴ 榎孝浩（2013）「科学技術イノベーション政策の司令塔機能の現状と課題」『レファレンス』、平成25年11月号、pp. 114-118。

²⁵ 村上裕一・前掲（注13）論文、pp. 99-130。

他の様々な社会・経済政策に対して科技政策が「特別扱い」されるには至っていない。すなわち、橋本行革が構想したごとく、国民からの負託を得た内閣が司令塔として主導することで大胆な「未来への投資」をし得る科技行政への委任幅は、実際のところあまり大きくない。逆に、各府省を核とする「府省共同体」が競い合うという形によって担保され、それゆえにインクリメンタルな政策変化をもたらしがちな民主的統制が、科技行政にもいまだ強く効いているのである。

2.3. 小 括

本章では、日本の研究開発費の政府負担割合が他の先進諸国よりも低水準にとどまっている原因について考察し、①戦後の科技体制解体とそのレガシー、②民間企業の自律的な研究開発、③科技政策の政治的・行政的リーダーシップの不在（「府省共同体」に対する、科技庁の「権限なき調整」）という3点を挙げた。いずれにも直接・間接に、ある種の民主的統制が強く効いていると捉えることができる。

ちなみに、政府の研究開発投資の重点化（「選択と集中」）にはかなり柔軟な面もある。CSTIでは、例えば「国家的に重要な研究開発」など自らが選定した研究開発について、S・A・B・Cや継続・中止・方向転換といった評価を下す中間・事後評価が行われている。もっとも、それらは大部分が質的な評価である上に、評価結果のどの部分がどのように次年度の重点化や資源配分に反映されているのか、一見したところ分かりにくい。それに対して、例えば日本人からノーベル賞受賞者が出たり、高齢社会対応やスマート農業といった新規のニーズが出てきたりした際には、CSTI 本会議で研究者に対するヒアリングが行われ、一気に脚光を浴びる。こうした応答的な動きは、CSTI がトップダウンの仕組みだからこそ可能になるとともに、政策の目玉を演出したい政権や事務局官僚の期待に副うものでもある。CSTI では、企画立案や評価に多くの研究者や専門家が関わる重層的な組織構造を通じた積み上げ式的意思決定と、上記のような、状況即応的な意思決定とが共存している。不確実性の高い科技行政では両者のミックスが有効であるに違いないが、それぞれある種の民主的統制（委任）を背後に受けた両者のバランスには、注意すべきだろう。

表 1 科技基本計画における研究開発投資目標額・根拠と実績・達成状況

	目標額	根 拠	実績	成否
第 1 期 (1996～2000年)	約17 兆円	5年後に政府全体で4兆円超の経費が必要との見通し	17.6 兆円	○
第 2 期 (2001～2005年)	約24 兆円	欧米主要国の動向意識、第1期での科技振興の努力を継続 対 GDP 比 1%、GDP 名目成長率3.5%を前提	21.1 兆円	×
第 3 期 (2006～2010年)	25 兆円	GDP 比率で欧米主要国の水準を確保 対 GDP 比 1%、GDP 名目成長率3.1%を前提	21.7 兆円	×
第 4 期 (2011～2015年)	25 兆円	①新成長戦略、②諸外国との比較、③諸外国における拡充 官民対 GDP 比 4%以上、政府対 GDP 比 1%、GDP 名目成長率2.8%を前提	22.3 兆円	×
第 5 期 (2016～2020年)	約26 兆円	「経済・財政再生計画」との整合性を確保しつつ 官民対 GDP 比 4%以上、政府対 GDP 比 1%、GDP 名目成長率3.3%を前提	23.8兆円 (暫定)	?

出典：第1～5期科技基本計画、及び、文科省ホームページ等を参考に、筆者作成。

3. なぜ科技基本計画の投資目標額が達成されないか

3.1. 状 況

ある新聞報道によれば、「政府は（筆者注：2020年2月）4日、2016年から2020年度の5年間で総額約26兆円を投ずるとした第5期科学技術基本計画の目標の達成が難しいと明らかにした」。それまで投入されたのは総額23.8兆円で、「2020年度の補正予算などを加えても届かない見通し」と報じられた²⁶。

科技基本計画は、1995年11月に公布・施行された科技基本法の第9条に基づき、科技振興施策を総合的・計画的に推進するため、政府がCSTIの議を経て作成する。同条には、政府が、科技基本計画の実施に関し必要な資金の確保を図るため、必要な措置を講ずるよう努める、とも書かれている。科技基本計画の「議を経る」べきCSTIはまさに各府省調整の場であり、その大きな論点の1つには、どれほどの規模の研究開発投資目標額を計画に明記するかという予算問題がある。

その政府研究開発投資目標は、第2期以降、達成できていない(表1)。具体的な金額もさることながら、官民合わせた研究開発費対GDP比率も、4%を目標としながら前述の通り3%台に止まり、政府研究開発投資も1%に満たず他国を下回っている状態である(図5)。他国との比

²⁶ 2020年2月5日付け東京新聞朝刊6面「けいざい News box 科技計画目標が達成困難に」。

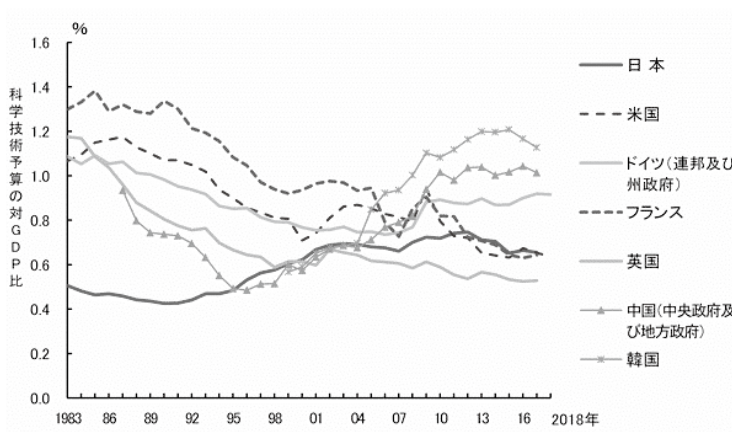


図5 主要国政府の科学技術予算の対 GDP 比率の推移

出典：NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月（図表 1-2-2）。

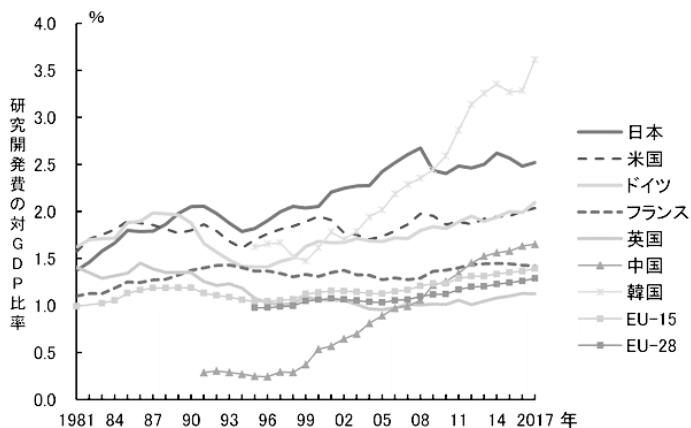


図6 主要国の企業部門の研究開発費の対 GDP 比率の推移

出典：NISTEP『科学技術指標2019』調査資料-283、2019年8月（図表 1-3-4）。

較で日本の企業負担の対 GDP 比は高く（図6）、2.2. (2) で論じた日本企業の研究開発の相対的な強さがここでも推測される。なお、日本の科技関係予算そのものは毎年増加しており、2019年度の科技関係予算案で

は過去最大規模の約4.2兆円を計上している²⁷。

3.2. 分 析

(1) 科技政策特有の可能性

この目標額不達成に、まず、科技政策独特の背景があることは否定できない。すなわち、科技政策は特に不確実性と専門性が高いことから、①目標設定の前提となる事実関係の評価(調査)が不十分なことにより、過大な金額を設定してしまう場合、②大胆な目標設定をすることにより、研究開発に対する官民投資を増やそうという「呼び水効果」をあえて狙う場合、③実績をアピールしたい政治家と予算と縄張りを獲得したい官僚とが、あえて過大な金額を設定する場合、はあり得る。すなわち、設定された目標額自体を疑ってみることもできなくはない。そうだとすれば、目標が達成されないことはさほど大きな問題ではない。

さはさりながら、基本計画で掲げられ、政府がその確保に努力すべき目標額の数字そのものには、それなりの重みがある。ゆえにその目標額に関する調整過程があり、その攻防は毎年度の予算調整にまで持ち込まれることとなる。計画策定時の文言調整で妥協せざるを得なかった誰かが、毎年度の予算調整過程で「巻き返し」を図った結果として、目標が達成できなくなっている可能性もある。その誰かは、財政当局や、予算獲得の競争相手である他政策分野の当事者であり得る。そうだとすると、科技予算の調整と執行における政治力学の傍証として、計画策定時の文言調整過程を振り返ってみる意義があると言える。ここでは、方々で語られている、投資目標設定に関する文言調整過程のエピソードを見てみよう。

(2) 文言調整過程のエピソード

まず第1期については、政府研究開発投資比率を欧米主要国並みに引き上げるという考え方を前向きに捉える機運が国会議員にもあり、「2000年度予算を4兆円超として、1996年度から前年度比増加率額を一

²⁷ 文科省ホームページ (https://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/html/hpaa201901/detail/1418141.htm)。

定と仮定し試算された」。これに大蔵省は消極的だったが、「補正予算などを含め向こう5年間の総額で記述するならば可能」とのことで、最終判断に至った²⁸。同じ第1期について、「実際、当時を知る財務官僚の1人は「(目標額は)どうしても書かせたくない数字だった」と明かす。大蔵省は激しく抵抗したが、尾身(筆者注:幸次)氏は一歩も引かなかった。大蔵省との折衝に同席した当時の科技厅幹部の1人は「尾身さんはひたすら「カネ(予算)だ」と。抵抗する大蔵省を政治力で押し切ったと振り返る。首相官邸が絶大な権力を持った現在と違い、当時は与党の力が強かった」という描写がある²⁹。これは、内閣機能強化より前の時代の話である。

第2期については、「(筆者注:野心的な投資目標)を後押ししたのは、産業界の要人(中略)「科学技術会議」委員だった前田勝之助・元東レ会長(中略)だ。当時、政府の科学技術予算は国内総生産(GDP)比で0.6%だったが、前田は「欧米並みの1%に引き上げる」を持論に、大幅な増額を主張した。バブル崩壊後の不況で政府の財政事情は厳しく、大蔵省はもちろん、科学技術会議の中にすら慎重論があった。第2期基本計画の内容を議論する作業部会の席上、ある委員が「カネはないところにはないんだ」と発言すると、前田(中略)は激昂して一喝した」とある³⁰。結果、科学技術予算全体を底上げし、増やした投資額を重点分野に集中させるべく、第1期基本計画の1.4倍という野心的な投資目標が示されたのは表1の通りである。第2期基本計画策定に、「科技厅は文部省、通産省と特別チームを作って(中略)当たっていたが、大蔵省との間で激しい議論が交わされた」³¹。

²⁸ 木場隆夫(2002)「科学技術庁の政策形成過程」城山英明・細野助博編『続・中央省庁の政策形成過程:その持続と変容』、中央大学出版会、pp. 39-42。

²⁹ 毎日新聞「幻の科学技術立国」取材班・前掲(注12)書、Kindleの位置No. 1814-1817。

³⁰ 毎日新聞「幻の科学技術立国」取材班・前掲(注12)書、Kindleの位置No. 1821-1834。

³¹ 毎日新聞「幻の科学技術立国」取材班・前掲(注12)書、Kindleの位置No. 1858-1867。なお、第2期基本計画では、「科技厅側が求めた(筆者注:科研費等の競争的研究資金の)間接経費の導入が盛り込まれた一方、国立大学の基盤

第4期については、具体的な投資目標を掲げることに財政当局から批判がある中、国会審議で当時野党の自民党議員が当時与党の民主党の姿勢を問い質したことを受けて、科技政策担当大臣（当時）が具体的な投資目標明記に積極的な意思を表明した結果、調整が政府内で一気に進み目標の明記に至ったという³²。

ちなみに、2013年の第2次安倍政権による「日本再興戦略：JAPAN is BACK」では、第4期科技基本計画の投資目標額を引きつつ、「我が国の財政状況が一層悪化し危機的な状況となる中、財政健全化との整合性の下、基本計画に掲げる施策の推進に必要な経費の確保を図ることとする」とわざわざ記されている（p. 41）。これは、内閣官房（日本経済再生総合事務局）と財務省との文言調整の結果である。目標額設定に関する協議は、既出の政府文書の文言を根拠に激しいものとなった。

（3）目標額設定の力学とその変容

上記のエピソードにおいて、目標額設定についての各立場は明快であり、それは我が国の一般的な予算調整における政治力学をかなり反映していると考えて良い。

21世紀の行政のあり方を構想した1990年代の橋本行革は、「政治主導」を目指した。これは政治家主導でも与党主導でもなく、内閣主導に他ならない。橋本行革以前の第1期基本計画では、議論をかなり主導した政治家や与党が大蔵省と激しくやり合っていたことが窺われる。確かに政治家や与党も選挙を通じて国民の負託を受けているが、大蔵省も、無尽蔵な財政支出を食い止めるべしという国民の負託を受けており、まさに民主的統制の担い手である。したがって、目標額設定に当たって両者は互いに国民の負託を受けてぶつかり合っていることになり、ここでは結

経費の全廃は見送られた」。このとき、「大蔵省との交渉の落としどころとして「基盤経費のあり方を検討する」という文言が入る」という「省庁間ディール」もあった。国立大学法人化直前の2003年秋、政府から「法人化後、基盤経費の代わりに国から国立大に支出される運営費交付金を毎年削減する」という方針が示されたのは、周知の通りである。

³² 有本建男ほか・前掲（注14）書、p. 164。

果的に政治家や与党が押し勝った。ところがこの力学は、橋本行革によって変容していくことになる。

なお、前述した通り、やはり政治家主導の色彩の濃い科技基本法制定も、その法制化は「科学技術と政策の会」という議員連盟が中心となって進められた。1994年6月に発足した同議員連盟は超党派で、1999年当時、国会議員144名と学識経験者10名から組織された³³。この議員連盟は2019年になっても存続しており、総理に提言をしたりしている³⁴。

これに対し第2期は、橋本行革が志向した「政治主導」へのいわば移行期に当たる。もしそこに内閣主導の萌芽が見出せるならば、科技会議の民間議員が発言力を持ったということだろう。すなわち、そこは後に総合科学技術会議やCSTIへと発展的に改組される科技会議の場であり、総理官邸のトップダウン的要素もここに多少見出せる。総合科学技術会議の司令塔機能強化をめぐる議論にも似て³⁵、目標額設定は、民間出身有識者議員が文部・通産・科技各省庁に担がれる形で、大蔵省と対峙する構造だったと見ることもできる。小泉政権下の経済財政諮問会議等、内閣主導の仕掛けと財務省とが近くなっていた時代的背景に鑑みても、エピソードが示唆する通り、まさにこの移行期の科技会議において、財務省とそれ以外(経産省や文科省等)との間での鏖迫り合いがあった、と見ることができよう。

³³ 松原克志(1999)「参加報告：議員連盟「科学技術と政策の会」第5回シンポジウム「科学技術の国民的普及に向けて」に参加して」(<http://stsnj.org/nj/essay98/giinrenmei.html>)。中山太郎と松前達郎(科技庁創設に尽力した松前重義の長男)が代表を、近江巳記夫が幹事長を、鳩山由紀夫が幹事長代行を、それぞれ務めた。自由民主党がその息をかなり吹き返してきていた時期のことと推測される。

³⁴ 2019年5月10日付け科学新聞「議員連盟「科学技術と政策の会」が安倍首相へ提言」。細田博之(自由民主党)が代表を、平野博文(国民民主党)が代表代行を、齊藤鉄夫(公明党)が幹事長を、それぞれ務める。2019年4月には、安倍総理に対し「グローバル外交の緊急課題」と「科学技術力の強化に向けた提言」を提出した。

³⁵ 村上裕一・前掲(注4)論文、pp. 143-168。

第4期では、民主党政権が強く訴えた「政治主導」がさらに進み³⁶、最終的には科技政策担当大臣の「鶴の一声」が実際の目標額設定に繋がった形である。もっとも、目標額設定の根拠の1つとなった民主党政権の「新成長戦略」には、「財政運営戦略」と「相互に補完し合う関係にあり、両者を一体的に推進していくことが必要不可欠」や、「『財政運営戦略』に基づき財政健全化を着実に進める」といった表現が見られ (p. 11)、それを根拠にした科技基本計画上の目標額には、財政当局の意向がすでに埋め込まれていたと言っても良い。戦後ずっと燻っていた「内閣 vs. 大蔵・財務省」の対立構造を、ここにも見出すことができる。

3.3. 小 括

以上を総合するならば、日本で第2期科技基本計画以降、研究開発投資目標額が達成されていないことの原因として、まずは我が国の科技行政への予算調整における（さらには目標額設定という、かなり早い段階での）財政当局の一貫した強さを挙げることができる。それには、科技行政特有の不現実性（投入予算に対する見返りが予測できず、アカウンタビリティを果たしにくいこと）も、多かれ少なかれ作用していよう。このことは、2で指摘した3点にも影響されながら、全政策分野の中で科学技術の優先順位が下がる（もしくは、上がることがない）ことに繋がる。状況は、本来大胆な「未来への投資」の理念を提示すべき立場にあり、科技行政の強い推進力でもあった政治家や与党が、「政治主導」の進展により政治力を発揮しにくくなったことによって、より厳しくなっていると考えられる。皮肉なことではあるが、「鶴の一声」により大胆な投資をすべき科技行政が、新しい「政治主導」の下ではトップダウンの強みを発揮しきれず、旧来型の積み上げ式の予算調整を続けざるを得ない状況に置かれている、とも言い換えられよう。ここでは、上記の問いに対する答えとして、①科技政策特有の不現実性、②行政過程に一貫した財政当局の強さ、③かつて科技行政を推進した「政治家主導」

³⁶ ただし、その「政治主導」の運用には多少の混乱があったとされる（高田英樹（2012）「国家戦略室の挑戦：政権交代の成果と課題」（<http://weathercock.main.jp/nationalpolicyunit.pdf>））。

からの移行（「政治主導」の機能不全）と整理しておこう。ここにも、ある種の民主的統制が効いているのである。

4. 欧州の科技イノベーション行政の動向

4.1. Horizon Europe

Horizon Europe (HE) は、欧州連合 (EU) における2021年から2027年までの研究・イノベーション (R&I: Research and Innovation) 政策の枠組み・戦略である³⁷。

これはR&Iの「コンセプトからマーケットまで」を支援するもので、EUが重点分野とする健康、高齢化、安全保障、環境汚染、気候変動といったグローバルな課題について、EU加盟各国・地方自治体を資金面で補完する根拠となる。欧州委員会 (European Commission: EUの執行権者) は、HEにより、R&I分野で10万人の雇用を7年間に創出することと、EUのGDPを25年間で最大0.19% (≒3.7兆円) 増やすことを見込んでいる。ちなみに日本の「未来投資戦略2018」は、第5期科技基本計画の「Society 5.0の実現に向けた戦略的取り組みが日本経済の潜在成長力を大幅に引き上げ」、「名目GDPを600兆円 (2020年頃) から更に押し上げる」(p. 3) と表現している。

(1) 推進体制

HEは、①卓越した科学 (Excellent science)、②グローバルな挑戦と競争力 (Global challenges and competitiveness)、③イノベティブな欧州 (Innovative Europe) を3本柱とする。加えて、EU加盟各国の研究開発のポテンシャルを最大化することにより、欧州研究圏 (ERA: European Research Area) を強化する。ERAは、加盟各国の行動計画・戦略に基づき、研究者と科学的知識・技術を域内で障壁なく流動させることを目指し、2012年から検討されてきたものである³⁸。

³⁷ European Council/Council of the European Union ホームページ (<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/horizon-europe/>)。

³⁸ European Commission ホームページ (<https://ec.europa.eu/info/research->

上記①は、科学分野における欧州の主導性を強化し知識と能力の質をさらに高めることを指し、②は、ゼロ・エミッション・シティなどといった特定の研究のミッションやそこでのパートナーシップを想定しつつ、デジタル社会、エネルギー、モビリティ、天然資源といった領域の社会課題と産業技術に資する研究を支援することを指す。そして③に関しては、高いポテンシャルを持った研究者からのアクセスをワンストップで受け付けイノベーションを促す、欧州イノベーション理事会 (EIC : European Innovation Council) を設けるとしている。EIC の設置構想は2002年頃からあったようだが、2014年11月、ユンカー欧州委員長とモエダス欧州委員 (研究・科学・イノベーション分野) の下で実現し³⁹⁾、2017年から活動を本格化させている。2019年までの2年間で、2,078件のプロジェクトに計8億9,300万ユーロ (約1,070億円) を配分した⁴⁰⁾。

EIC に係る予算は、複数年度財政枠組み (MFF : Multiannual Financial Framework) の施行手続の一環という位置付けである。MFF は、予算統制に配慮し EU 財政の予測可能性を維持・向上しつつ、政策の優先順位に沿った各年度の予算策定に資するものである。EU 政策の重点分野に対し、複数年度の予算シーリングが設けられ、単年度予算はその範囲内で策定される。これには、当然重点分野間での激しい予算争奪戦はあるものの⁴¹⁾、単年度予算制度で生じがちな非効率を克服し、より長期的な展望により政策の効果を上げていくことが期待されている。

and-innovation/strategy/era_en)。

³⁹⁾ European Commission ホームページ (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/knowledge_publications_tools_and_data/documents/ec_rtd_factsheet-eic_2019.pdf)。

⁴⁰⁾ European Commission ホームページ (<https://ec.europa.eu/research/eic/index.cfm?pg=about>)。なお、この HE に伴い、EU の R&I 枠組みプログラム (参加や普及のルールを含む)、欧州原子力共同体設立条約 (EURATOM) に基づく研究・人材育成プログラム、国際熱核融合実験炉 (ITER) の欧州共同事業確立に関する決定が修正されとのことで、これらはすべて連動しつつ、イノベーション戦略の大きな「傘」に組み込まれていくようである (「傘」については、村上裕一・前掲 (注2) 論文、pp. 24-28を参照)。

⁴¹⁾ EU 政策過程研究者へのヒアリングによる。

欧州委員会から提案される MFF は、EU 理事会 (Council of the European Union : EU 加盟各国の代表者 (担当大臣等) が会し、法律制定や政策調整を行う立法権者) において協議の上、全会一致で決定される。これには欧州議会の同意が必要だが、欧州議会はこれに同意可否の判断を下すことしかできない (修正を加えることはできない)⁴²。1988年に始まり、リスボン条約 (2009年発効) に基づく今の MFF は、確かに欧州議会に「拒否権」を持たせてその地位を高め、その分だけ欧州議회를巻き込んだ、持つ者 (net contributors) と持たざる者 (net beneficiaries) の「交渉」を活発化させた。とはいえ、例えば2014年から2020年までの MFF に関する欧州議会との調整事項は、それが複数年度に及ぶものであった分、大きな政策領域の中での優先順位付け、全体的な予算規模や各国拠出額算出基準の適否、EU の独立した税財源の要否、中間評価など予算執行システムのあり方といった、大枠に関わるものだったようである。EU の財政的資源について公式な形で発言できるのは、あくまで欧州委員会・EU 理事会・欧州理事会 (加盟各国首脳、欧州理事会議長、欧州委員会委員長などが会し、EU の一般的政策方針と優先順位を決定する執政権者) となっている。この MFF に伴って、単年度予算調整手続は簡素化された (もっとも、パラレルに意思決定を進める EU 理事会と欧州議会とが「同等」の地位に置かれたこともあり、一連の調整が容易に進むとは限らない)⁴³。

EU の R&I に何らかの形で関係してくる共通農業政策 (CAP : Common Agricultural Policy) や欧州地域開発基金 (ERDF : European Regional Development Fund)、高等教育政策 (Erasmus) など、MFF のプログラムである。それらを実施していくに当たっての分野横断的目標 (cross-cutting objectives) には、① simplification (単純性)、② flexibility (柔軟性)、③ coherence (一貫性)、④ synergies (相乗性)、⑤ focus on

⁴² European Council/Council of the European Union ホームページ (<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-budgetary-system/multiannual-financial-framework/>)。

⁴³ Costa, O., & Brack, N. (2019). *How the EU Really Works*. Second Edition. Routledge. pp. 247-254.

performance (効率性) がある⁴⁴。これらの目標は、分野間の調整原理になるとともに、前身の Horizon 2020を踏まえ新たな HE で掲げられた、戦略的プランニング、ファンディング形式、多種財源のブレンドなどといった改善点の、インパクト評価指標になることも想定されている。例えば、戦略的プランニングが coherence に、ファンディング形式が simplification に、多種財源のブレンドが flexibility に繋がるのが、期待されているのである⁴⁵。

(2) 策定過程：2018～2019

HE は、2018年6月7日に欧州委員会から提案された。その予算規模1,000億ユーロ(≒12兆円)は、2014年から2020年までの Horizon 2020の1.5倍で、これまでで最大である。内訳は、プログラム実施の資金としての約940億ユーロ、欧州投資計画(ユンカー・プラン)による InvestEU ファンドからの35億ユーロ、EURATOM の研究・人材育成プログラムへの資金としての24億ユーロである。

2018年9月27～28日には、EU 加盟各国の関係閣僚が集った競争力理事会(CC: Competitiveness Council)で、HE の枠組みと実施計画、その他様々な手続について検討が行われ、同年11月29～30日には partial general approach が合意に至った(その予算については MFF に基づく、という意味で partial なものである)。general approach は、EU で原則的な、EU 理事会と欧州議会との共同決定手続(co-decision)の例外で、欧州議会の法案審議(第1読会)に先立って EU 理事会の意見を整理し欧州議会に示すことで、スピーディな立法作業を可能にするものである⁴⁶。あくまでインフォーマルなものだが、これにより欧州議会は「落としどころ」を予見することができる⁴⁷。

⁴⁴ European Commission. (2018). *A New Horizon for Europe: Impact Assessment of the 9th EU Framework Programme for Research and Innovation*. pp. 94-98.

⁴⁵ European Commission・前掲(注44)資料、p. 99。

⁴⁶ European Council/Council of the European Union ホームページ (<https://www.consilium.europa.eu/en/council-eu/decision-making/>)。

⁴⁷ EU 政策過程研究者へのヒアリングによる。

翌2019年2月19日、CCはHEの効果についての評価を行った。このとき、欧州議会との交渉の進展状況に関する情報もメンバーに公開された。同年3月27日には、欧州議会も含めEU内でHEの一部について共通理解に至ったことが確認された。このとき、ルーマニアの担当大臣は、「HEは、EUにおける研究開発の重点分野を研究者に伝えるとともに、市民の声にきちんと耳を傾けているという事実を市民に伝えるものだ」と述べている。これは、Horizon 2020でも重視された「責任ある研究・イノベーション (Responsible Research and Innovation)」に引き続き配慮していることの証左と言えよう⁴⁸。同年4月15日には、HEの主要目標について議論していたCCで、研究開発の大まかな方向性やEICの運営、ERAの機能強化といったポイントについて合意に達した。ただし、前述の通り、MFFに関する交渉事項、すなわち財政問題についてはここから除外されている。同年5月28日、CCはHEの効果評価の結果を踏まえつつ、EUのR&I政策と予算について議論した。メンバーの大半は、MFFに基づきHEそのものへ相当の予算を充てるべきと述べたという。同年9月27日、CCはHEと他のプログラムとのリンケージやそれによる相乗効果について議論した。具体的には、例えばEU構造基金や欧州投資銀行の基金などがどういう形でHEに組み込まれるのが望ましいかや、国・地方の研究開発プログラムとHEとの相乗効果をいかにして最大化していくかといった点についてである。同年11月29日、CCでは、HEと他のプログラムとのリンケージについて partial general approachで扱うとともに、MFFがEUで合意に至ればCCが欧州議会との交渉を始めるということが確認された⁴⁹。この戦略を「現場」で実施していくための議論は今も進行中で、フランス等のEU加盟各国では、これを受けた法制度設計とそれを巡っての社会的対話が行われている。

⁴⁸ Stilgoea, J., Owenb, R., & Macnaghten, P. (2013). Developing a framework for responsible innovation. *Research Policy*, 42, pp. 1568-1580. は、Responsible Research and Innovationのポイントとして、① anticipation、② reflexivity、③ inclusion、④ responsivenessの4点を挙げる。

⁴⁹ European Council/Council of the European Union ホームページ (<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/horizon-europe/>)。

る⁵⁰。

(3) EIC の設置理念

マルチレベル・ガバナンスが展開される欧州では、そもそも市場統合を大目標とした EU こそが、「市場を創造するイノベーション」を実現する上でも最適な政府の「レベル」だと認識されている⁵¹。すなわち、大きなリスクを取るにも、既存産業内で連携するにも、新規産業で一定の活動幅を確保するにも、個々の自治体や加盟国の範囲内では難しい。一定の広さを持った領域の中で統一された欧州市場でこそ、効率的なそれが可能になるということである。

EU のイノベーション行政は、ハイリスク・ハイインパクトな研究 (pathfinder) とイノベティブな中小企業とベンチャー (accelerator) に対する支援を目的とする。①研究の成果を財やサービスとして市場に展開すること、②欧州の民間の研究開発への投資 (政府負担と企業負担) を世界水準にまで引き上げること、③ベンチャー・キャピタル・マーケットを整備することの3つをミッションに掲げ、EIC はそれを進める加盟各国政府を支援するとしている。EIC に当初パイロット的に設けられた、世界から集めたイノベータから成る諮問委員会は、HE の下で公式化する運びとなっている。欧州委員会が予算案を策定し決定に漕ぎ着けるのに対して、この諮問委員会はイノベータの視点で政策実施 (中身) とそのフォローアップに取り組む、という役割分担がなされている⁵²。

EIC は、産業界、大学、研究機関、非営利組織などとのネットワークを活かし、ERC (European Research Council) や EIT (European Institute of Technology) の活動を「補完」するとしており、そこには役割分担が

⁵⁰ 村上裕一 (2020)「フランスにおける諸改革と社会：年金制度、高等教育・研究のいま」、公益社団法人北海道地方自治研究所『北海道自治研究』、第615号、pp. 18-19。

⁵¹ Tataj, D., Verganti, R. (2017). The European Innovation Council: Strategic Reflections ([https://re.public.polimi.it/bitstream/11311/1053129/1/RISE %20Book% 20-% 20Verganti.pdf](https://re.public.polimi.it/bitstream/11311/1053129/1/RISE%20Book%20-%20Verganti.pdf)).

⁵² 以下、European Commission ホームページ (<https://ec.europa.eu/research/eic/index.cfm?pg=about>) を参照。

あると言える。研究を所管する ERC には、研究の成果をイノベーションに繋げるアリーナを提供する。また、イノベーションに適した環境整備として、EIC があらゆるイノベータや技術分野に対して開放的なワンストップ・サービスの窓口になるとしている。EIC のコンセプトである「迅速なスケールアップか諦めか (scale-up or fail fast)」は、①スリムな行政・管理、②開放的な「実験」の推奨、③統制ではなく信頼により物事を進める文化、などによって支えるとする。

EIC の設置理念は、①（その出自に関わらず）イノベータ個人とそのポテンシャルに注目すること、②境界を越えた開放性 (openness) に留意すること、③シンプルで迅速で反復的な (iterative) 手続へ転換すること、の3つである。①について、EIC のアカウントビリティの要諦は、どういったイノベータをどういう基準で選び、いかにシームレスな支援をしていくのかという部分をオープンにすることだとしている。②については、プロジェクト・リーダーがメンバーを国籍に関わらず集めてきて成果を生んでいる ERC を手本にしつつ、これまでのファンディングが分野や組織、官か民かといった属性に囚われ過ぎていたことを改めるとしている。また、そのためにイノベータには申請のチャンスを増やし、決定を迅速に行うともしている。③については、そもそも「選択と集中」は難しいということを認めた上で、現状の複雑で杓子定規な手続を改め、イノベータからの申請を随時受け付けること、実績に基づきイノベータやチームのポテンシャルを見極めること、事後評価に重きを置きつつも、失敗に制裁を課さないこと、イノベータが成果を挙げればその選定者にボーナスを出す（そうして選定者の士気を上げる）ことをポイントとしている。実際の活動に当たっては、開放性とボトムアップ性を維持しつつ、中小企業対策等、隣接政策と一体のプラットフォームを構築すること、新しいアイデアを常に取り入れながら、新技術の成熟・成長段階に応じた支援をすること、EU のベンチャー・キャピタルを巻き込んだ官民共同の資金調達の仕組みを整えること、中小企業に大企業と協力できる機会を提供すること、成功事例を産み出しそれを分かりやすく伝えていくこと、を挙げている。

EU のイノベーション行政は、イノベータ選定もさることながら、新技術のインパクトに関する事後評価に重きを置くべく、しかるべき態勢

を整えるとしている。具体的指標については未設計であるものの、顧客満足度、投資受入額、関係者の認知度、欧州に止まって活躍するイノベータの数、EUのブランド力調査などが候補に挙げられているとのことである。

4.2. スウェーデンのイノベーション行政

スウェーデンにも、日本の内閣主導のCSTIと同様の仕組みがある。同国では、2015年2月に首相を議長とするイノベーション理事会(NIC: The Swedish National Innovation Council)が発足した。同国では科技行政の理事会とは別にイノベーション行政の理事会を設けており、この点は日本と異なると言える。これは、イノベーション行政が科技行政(linear model)とは異なるアプローチ(holistic policy)を採るためである⁵³。

NICには、産業界(大・中小企業の代表者各3名)、労働組合(代表者1名)、学界(大学教授3名)から計10名の委員がおり、議長の首相のほか、財務、企業・イノベーション、科学研究、環境の各大臣が議論に参加する⁵⁴。事務局が各省の一段上にある首相府に置かれているというのも、日本(内閣府)と同様である。スウェーデンでは、NICでの議論を各大臣・政務官が持ち帰り、具体的な実施法を詰める形が事実上定着している。同国のイノベーション行政の特徴として、①官民の補完的關係、②イノベーションを促す政府調達、③holistic(全体視野的)な政策統合が挙げられる。

⁵³ 以下、イノベーションの専門家によるEdquist, C. (2019). Towards a holistic innovation policy: Can the Swedish National Innovation Council (NIC) be a role model? *Research Policy*, Vol. 48, Iss. 4. pp. 869-879.に基づき、スウェーデンのイノベーション行政の特徴を3本柱に整理して記述する。

⁵⁴ CSTIでは、総理、官房長官、科技政策担当大臣、総務大臣、財務大臣、文科大臣、経産大臣に加え、学界から5名、産業界(富士通株式会社、株式会社三菱ケミカルホールディングス、日本電信電話株式会社(NTT))から3名が参加している(村上裕一・前掲(注15)論文、203頁(図7-5)、及び、CSTIホームページ(<https://www8.cao.go.jp/cstp/yushikisyahoka.html>)を参照)。

(1) 官民の補完的關係

スウェーデンのイノベーション行政では、まず、官と民とがしかるべき役割分担をすることが重視されている。民間にできることに政府が重ねて取り組む必要はないということで、政府が介入すべき根拠について厳格な事前評価が行われる。これは、政治的イデオロギーではなく、正確なデータに基づく実態分析の結果によって決定される。イノベーション行政に重きを置く同国政府内では、こうした意味における事前評価へも、それなりの資源配分がなされているようである。

同国ではかつて、イノベーションの成果が表れそれが市場に出てきた頃に支援に乗り出す傾向があり、その頃にはすでに民間投資がなされていることも多かった。そこで、NIC はあくまで補完的であるべきというイノベーション行政の基本方針を確認し、それを持ち帰った企業・イノベーション大臣は、2016年8月までの約17か月間という短期間で、約534億円を投じる新しい public risk capital company の仕組みを設ける法律を議会で通した。これは、首相や企業・イノベーション大臣といった閣僚の主導性によるところが大きいと考えられる。

(2) イノベーションを促す政府調達

イノベーションは、政府調達により促されるということがあり得る。そのために、例えば政府調達に機能要件を設けることには一定の効果が期待できる。政府が調達するものについて、政府がある機能 (what) を要求する一方、その具体的な実現方法 (how) については供給者に委ねることで、革新的なアイデアが生まれ得るということである⁵⁵。例えば公共交通で、騒音防止のために政府が防音壁を設けるのではなく、騒音を小さくする方法を供給者に考えさせる。これは公共交通サービスの供給方法にも関わるため、業界の壁を超えた競争が起こる可能性もある。

2014年2月から政府調達に関係する大臣等、責任者が集まって議論をし、9月には政府調達を司る総務大臣にこの任務が課され、2015年9月にはこの仕組みを運用する政府組織が立ち上がった。政府は2016年6月

⁵⁵ 村上裕一・前掲(注10)書、第三章で取り上げた、建築規制における官民連携手法を参照。

に政府調達戦略を策定し、その柱に機能要件による政府調達を掲げた。これによる新たな政府支出はなく、それどころか、研究分野の年間予算が約3,740億円のスウェーデンで、政府調達の10%をこれに充てるだけでも約7,500億円となって、イノベーションへの大きなインプットとなった。これは、科技行政を補完し、需要者側の立場に立ったイノベーション行政の視野を広げ効率化するものである。これにも、NIC は大きな刺激となった。

(3) holistic な政策統合

ここで holistic とは、イノベーションに関係するあらゆる政府の活動を統合するという意味である。逆に言えば、スウェーデンのこれまでのイノベーション行政は視野が狭く、断片的に行われてきた。それは、どちらかと言えば科技行政に親和的な直線的な (linear) ものの見方に基づき、イノベーション行政をも実施してきたためである。ここでは、最新のイノベーション研究を前提とし、イノベーション行政ではあらゆる要素を統合した上で大胆に優先順位を付けることとした。社会システムも含め⁵⁶、全体を変容 (transformation) させていくマネジメントも重要である⁵⁷。その際、優先順位を付けるべき対象物は既存府省の所管と一致しないことも多く、場合によっては府省間連携が必要なこともあることから、NIC がその調整役を担う。こうして、制度設計とその運用で異なる思想を採る科技行政とイノベーション行政とは、役割分担をしながら補完し合う関係に置かれた。イノベーション行政が一定の独立性を持った政策分野として確立しつつあるスウェーデンで、その holistic な特性を支えるのがまさに NIC なのである。

⁵⁶ Rogge, K. S., & Reichardt, K. (2016). Policy mixes for sustainability transitions: An extended concept and framework for analysis. *Research Policy*, 45, pp. 1620-1635.

⁵⁷ Schot, J., & Steinmueller, W. E. (2018). Three frames for innovation policy: R&D, systems of innovation and transformative change. *Research Policy*, 47, pp. 1554-1567.

4.3. 日欧比較：統制と委任の理念型？

日欧比較により、我が国の科技イノベーション行政にとって参考になり得る点がいくつか見出せるが、ここでは「日本ではある種の民主的統制が強過ぎる」という本稿前半での成果を踏まえ、我が国の科技イノベーション行政における望ましい民主的統制と委任のあり方に関して、以下の3つのポイントを提案する。

(1) 財政当局等の事前統制の抑制

第1に、欧州の事例には、科技イノベーション行政に対する民主的統制の一部を一時的に遮断する仕組み・タイミングが埋め込まれていると考えることができる。例えば、欧州のイノベーション予算について、その細部に議会がフォーマルに関わる機会は仕切れ、複数年度に跨る MFF で設けられたシーリングの中で、各年度に改めて細かな調整を行うことは効率性や一貫性の観点から望ましくないとされている。もちろん予算争奪戦は各所にあり得、また EU が地域連合であるという特殊性もあるが、この点は、科技基本計画で目標額を調整して設定しながら、それが各年度の再調整の中で結果的に実現されなくなる日本とは多少異質に見える。また、欧州の戦略策定にも、欧州議会という民主的統制の一部バイパスする取り扱いが見られた。もちろん、欧州委員会の予算原案作成の中で財政当局的な観点は多少反映されるだろうし、加盟各国間で格差の大きい EU には厳格な財政ルールがあり、またイノベーション予算決定に加盟各国の全会一致を要求している以上、予算の大枠に対して一定の統制が及ぶ仕組みにはなっている。それは、財政健全化、すなわち未来にツケを回さないという観点から極めて重要であることは疑いない。しかしながら、長いタイムスパンのイノベーション行政で、単年度主義をはじめとする諸手続の非効率を克服するということが殊更に強調されていることは、注目に値する。

スウェーデンの NIC には、日本と同じく財務大臣も出席しているが、一見するところそれはあくまで閣僚団の一員としてであり、首相の主導性がより前面に出る形となっている。イノベーション予算については、インプットそのものに対してよりも、それを無駄なく活用していくための手続の合理化やアウトプット・アウトカム評価を通して、統制がなさ

れているようである。

そうすると、本稿前半の検討結果に鑑みれば、科技イノベ行政に対する民主的統制の比重を、より大枠の部分へ、また事前統制から事後評価へと移していくべき（その限りで、科技イノベ当局への委任幅を広げるべき）ということになる。そのためには、政策の効果（もしくは、せいぜいアウトプット）を評価し、それを次の予算（配分）へと反映していくテクニックの開発が必要になろう。

（２）予算調整と政策実施の関係整序

第２に、欧州のイノベーション行政では、予算調整と政策実施とを（その担い手も含め）分けて捉えることができるように思われる。例えば、HEに係る予算調整や大まかな仕組みづくりは、欧州委員会やEU理事会の閣僚、欧州議会議員らの政治的なプロセスの中で行われている。その一方で、イノベータの選定やそれらへの予算配分・支援方法の検討は、予算の大枠がかなり確定する政治的なプロセスの後に続く行政的なプロセスの中で、イノベータを巻き込んで行われている。このことにより、場合によっては他の政策分野とゼロサムの「奪い合い」にもなる予算調整過程と、それが済んだ後の具体的な政策実施過程とが一応別物として捉えられ、「政治」と「行政」との間に生じがちな混乱が回避されている。

この点は、民主的統制やアカウンタビリティの観点からも重要である。すなわち、ガバナンスには、理念的に、国民から負託を受けた政治家らが国民に対して責任を負うという統制（委任）関係が埋め込まれた「政治」の領域と、政治家らから負託を受けた官僚や研究者、イノベータが政治家らに対して責任を負うという統制（委任）関係が埋め込まれた「行政」の領域とがあると考えられる（もっとも、その狭間で官僚の位置付けは微妙である）。これらが分けてあることによって、「政治」ではある力学の中で思い切った予算調整ができるのに対し、「行政」では専門技術的かつ効率的な政策実施に専念することができる。民主的統制を実質化するという観点から科技イノベに係る「政治」と「行政」の関係を整序するに当たっては、両者を媒介する立場にある政治家等（国会議員、閣僚、調整官僚等）に民主的統制が及ぶ（一定の説明責任を課す）仕組みをまず整えることが、有効であるように思われる⁵⁸。

(3) 科技行政とイノベーション行政の区別

第3に、日本では、総理等の閣僚と産学の代表者から構成されたCSTIが、科技行政とイノベーション行政両方の司令塔たることが期待されている。4.3. (2) で述べたように、内閣のトップダウンによる予算調整（の制度）には大きな意義があると考えているが、その実施（予算執行）部分に関して、欧州の事例を踏まえると、科技行政とイノベーション行政とで基本となる思想や政策手法が異なっている。

それに伴い、各行政に対する民主的統制と委任のあり方も違ってくる。欧州では科技とイノベーションとで異なる推進体制があり、それらが補完し合うことが目指されているが、それらは概して、トップダウンで進められる科技行政とボトムアップで進められるイノベーション行政、という区別ができる。確かにいずれにおいても予算確保は政治レベルの調整案件となるが、イノベーション行政では、イノベータ候補の裾野にまで視野を広げ、そこから上がってくる様々なアイデアを政策へと吸い上げていくことに主眼が置かれる。それとともに、政府が支援する先の選定を行う基準や手続をオープンにすることや、窓口をワンストップ化した上でイノベータが踏むべき手続をできるだけ簡素なものにすること、そして、政府予算のインプットに対していかなるアウトプットとアウトカムが得られたかをきちんと評価し次の段階に活かすことが、特に行政統制の観点から重視されているようである。これは（もちろん重なる部分もないわけではないが）重点分野を選定し政策資源を集中投下すべき科技行政とはかなり異なる。

また、新奇性ある財やサービスを市場に投入・展開することを究極的な目的とするイノベーション行政は、科技行政以上に広い視野を持ち、官民の境界に囚われ過ぎない活動が必要になるとともに、その裏返しとして、行政が担うべき部分と民間投資や市場メカニズムに委ねる部分との役割分担を常に気にする必要がある。スウェーデンでは、linear な科技行政に対して holistic なイノベーション行政という特徴付けもなされ

⁵⁸ これは、マルチレベル・ガバナンスにおける、政策の決定と実施の概念的・戦略的分離と同様のことを目指している（村上裕一・前掲（注2）論文、pp. 21-24）。

ていた⁵⁹。どちらかと言えば科技行政には政府が計画に基づいて重点分野を選定するという手法が親和的であり、これは日本ではすでに科技厅時代から（少なくとも形式的には）行われてきた⁶⁰。これに対する民主的統制は、専門家が多角的に関与して作成する「答申」を受けて、国民の負託を受けトップダウンに最終的な政策判断を下す内閣（総理）に直接届くべきである（そこから先は、委任されるべき領域である）。他方でイノベーション行政については、広い裾野を持ったボトムアップ型で holistic な実施過程となり、それが展開していく中で行政統制が多層的・多層的に作用することが期待される。

5. 終わりに

5.1. まとめ

本稿では、まず**2**で、日本の研究開発費の政府負担割合が他の先進諸国よりも低水準にとどまっている原因として、①戦後の科技体制解体とそのレガシー、②民間企業の自律的な研究開発、③科技政策の政治的・行政的リーダーシップの不在、の3点を挙げた。次に**3**で、日本で第2期科技基本計画以降、研究開発投資目標額が達成されていないことの原因として、①科技政策特有の不確実性、②行政過程に一貫した財政当局の強さ、③かつて科技行政を推進した「政治家主導」からの移行、の3点を挙げた。そして、いずれにしても日本では、科技イノベーション行政に対する財務省や国会などからの民主的統制が内閣などからのそれよりも強く効き過ぎていると指摘した。その上で、**4**で、欧州連合でまさに実行されようとしているイノベーション行政の枠組み Horizon Europe 策定の過程と理念、及び、スウェーデンのイノベーション行政推進の体制と理念を概観し、上記の考察結果と比較することによって、科技イノベーション行政にとって望ましい民主的統制と委任のあり方を検討した。

⁵⁹ Edquist, C. (2016). The Swedish National Innovation Council: Innovation policy governance to replace linearity with holism. *Papers in Innovation Studies*, Paper no. 2016/24, pp. 1-52.

⁶⁰ 村上裕一・前掲（注15）論文、pp. 177-186。

5.2. 結 論

本稿での検討を踏まえて、ある種の民主的統制が強過ぎる日本の科技イノベーション行政に提言したいのは、①財政当局等による事前統制の抑制（科技イノベーション当局への委任幅や事後的なインパクト（もしくはせいぜいアウトプット）評価の拡大）、②予算調整過程と政策調整過程の関係整序、③トップダウンの科技行政とボトムアップのイノベーション行政の区別、である。

本稿前半で示した現状との比較で言うならば、科技イノベーション行政全体に係る予算調整はトップダウンで、大胆に行うことを可能にし、それに応じた民主的統制が内閣（総理）に直接及ぶようにする一方、特にイノベーション行政では、その具体的な実施（イノベータの募集・選定等）でボトムアップ的手法を採ることにより、多元的・多層的な行政統制が（事後的な評価の方に比重をやや移しつつ）及ぶようにするというのである。これらの中には、CSTIの実質的な司令塔機能強化により実現するもの、すなわち、現制度の運用改善で解決し得るものも多い。一言で言えば、行政を統制する（科技イノベーション行政にとっての）「外部者」をどのタイミングでどう関わらせ、逆にそれをどのように一時的にでも遮断して（科技イノベーション行政にとっての）「内部者」に任せる領域を作るかを、実態を踏まえて再考してみる必要がある。

5.3. 今後の課題

折しも、政府が科技基本法をこの度初めて本格的に改正し、自然科学に人文科学も加えて新しい価値を生み出すことを目的とした科学技術・イノベーション基本法の案をまとめ、2020年国会での成立を目指していることが報じられた。政府は、関係する法律を改正して内閣府に科学技術・イノベーション推進事務局を新設し、「省庁を横断した司令塔の機能を強化する」ともしている⁶¹。本稿の検討結果を踏まえるならば、民主的正統性を第一義的に背負った内閣による主導性をこの分野で（も）担保することにより、我が国において強過ぎてきたと考えられる行政統制、

⁶¹ 2020年3月11日付けNHK News Web「科学技術基本法を改正へ：人文科学の幅広い領域も支援へ」。

すなわち財務省や国会などから直接に科技行政へと作用する民主的統制を、一部抑制できる可能性は高まる。他方で、内閣それ自体における調整過程によっては、財務省等による統制が目に見えない形で、科技行政に重く押し掛かってくる恐れもある。そうなれば、制度趣旨にある司令塔機能が形骸化するばかりでなく、この分野でより重要と考えられる委任のメリットが阻害されるということにもなり得る。

また本稿では、科技行政とイノベーション行政とでは依拠すべき行政統制の理念と手法が根本的に異なる、とも論じた。すなわち、基本法案では両者を充分区別せずに扱っているが⁶²、科技行政とイノベーション行政それぞれに関して望ましい行政統制の形がある。科技行政において、国民から委任を受けた政治家や官僚による予算調整と、相対的に真理に近いところにいるという意味において正統性のある専門家による科学技術の選別（答申）に基づく政策決定とがトップダウン的に行われるべきなのに対し、イノベーション行政では、ベンチャー企業等を巻き込んだボトムアップ的なプロセスにより多様な技術のシーズが政策形成の俎上に載り、それらの間で競争が自然に発生することが必要である。この点に留意した各々の制度やプロセスの設計が必要であり、それには、本稿で述べた欧州の①民主的統制の一部・一時的な遮断（科技イノベーションへの委任幅の拡大）、②科技当局とイノベーション当局との補完的關係、③司令塔の制度設計と運用手法などが参考になり得る。

確かにこれまでの積み重ねもあり、改革は一筋縄ではいかないだろう。また、上記の結論や提案に対しては、財政当局こそ国民の委任を受けて財政健全化を主導するべきではないかや、防衛当局が予算を多く獲得して研究開発を推し進めることは望ましくないのではないか、政策調整過程から「政治」の要素を排することはできないのではないかといった反論もあり得る。これらについてはまさに社会的対話が必要な部分だが、いずれにしても、科技イノベーション行政において、現場に一定の緊張感を保ちつつもそこを萎縮・疲弊させない民主的統制・委任とはいかなるものかということが、究極的に社会全体にとっても重要な論点であり続けると考えている。

⁶² Edquist, C.・前掲（注59）論文は、日本を名指ししてこのことを指摘している。

謝 辞

本稿は、2018～2020年度 科学研究費補助金「日・仏・欧比較による多層的規制モデルの構築」(代表：筆者)、2020年度 同「マルチレベル・ガバナンスの研究：人や組織の discretion による事例分析」(代表：筆者)、及び、2017～2019年度 同「規制機関の多層性と規制の公益性」(代表：筆者)の成果の一部をまとめたもので、2020年度 日本公共政策学会研究大会(企画委員会企画セッション②：科学技術政策と民主的コントロール)における口頭発表の内容に加筆・修整を施したものである。上記セッションを企画してくださった山谷清秀先生(青森中央学院大学)、討論者として貴重なコメントをお寄せくださった南島和久先生(新潟大学)、セッションで意見交換をさせていただいた定松淳先生(東京大学)と橋本圭多先生(神戸学院大学)、さらには、本研究にご指導・ご協力くださった、Sciences Po Bordeaux の Professor Gilles Pinson、Professor Olivier Costa、Professor Andy Smith、Professor Xavier Itçaina をはじめとする皆様に、深く御礼申し上げる。

フランス法における詐害行為取消権の 行使と倒産手続（２・完）

張 子 弦

目 次

はじめに

一 フランスの詐害行為取消権と倒産手続の概観

1. 民法上の詐害行為取消権
2. フランス倒産手続とその機関

小括

二 倒産手続における債権者による行使

1. 裁判例
2. 学説

小括

（以上、70巻6号）

三 倒産手続の機関による行使

1. 裁判例
2. 学説

小括

四 詐害行為取消権の個別行使と包括的行使の関係

1. 現行法の状況
2. 学説の到達点

小括

おわりに

（以上、本号）

三 倒産手続の機関による行使

17世紀のフランスでは、遠隔地間の交易が盛んに行われていたが、情報伝達手段が未発達だった時代に、遠く離れた取引相手の財務状況を迅速に把握することは非常に困難であった。それに加え、当時の商業慣習においては担保権の設定が要求されておらず、詐害行為によって無担保債権者の利益が損なわれる事例が多発していた。このような背景の下では、取引の安全を図るために、商法の領域においても詐害行為を規制する特別な制度を設ける必要があると認識されてきた。フランスでは、1667年6月2日の「リヨン為替所規則」（以下、「1667年リヨン為替所規則」という）⁶⁴によって、特別法においても詐害行為を規制する制度⁶⁵が設けられた。これは、イタリア都市法における詐害行為の無効推定という制度に由来するものである⁶⁶。その後、数度の法改正にとともに、商法上の詐害行為排除制度の規制対象の範囲が拡大されてきている。1807年ナポレオン商法典及び1838年商法典により、特別法上詐害行為の無効制度が法典化された（1807年商法典444条-447条、1838年商法典446-448条参照）。フランスの商事法典において、具体的に列挙する形で詐害行

⁶⁴ 1667年リヨン為替所規則（Le 2 Juin 1667 : Règlement de la place des changes）13条は、「倒産手続の開始決定日より前10日以内になされた、破産者の財産の譲渡及び移転は無効となる」と定めている。これは、「疑わしき期間無効制度」の前身であり、日本破産法における「否認権」制度と比べると異なっているところが多いが、日本法と同様に倒産法における詐害行為に関する制度として位置付けられる。フランス法における「疑わしき期間無効」という制度の沿革史については、稲垣・前掲注（28）の（二）393頁以下、下森定「詐害行為取消権制度の法的構造と機能」『詐害行為取消権の研究』（信山社・2014）29頁以下が詳しい。

⁶⁵ 本稿では、商事法における制度と、民法上のバウルス訴権とともに、債権者の利益を害した詐害行為を排除するための制度を構成していると考えている（以下、「詐害行為取消排除制度」という呼称を総称として使用する）。

⁶⁶ Eliacin Naquet, *Étude sur l'action paulienne : en droit romain et en droit français*, Ch. Noblet Paris 1869, p.211. 中世のイタリアにおいて商業の盛んなフィレンツェの町では、破産宣告後になされた詐害行為の無効推定という制度が運用されていた。

為を定めていたため、条文で定めている行為に該当しなければ無効請求は認められなかった。

本稿の問題関心との関係で重要なのは、1967年法である。1967年法による改正において、詐害行為に対する制裁は、「無効」から「対抗不能」に変更された（1967年法29条、31条及び33条）⁶⁷。換言すると、1967年法の下で、債務者の支払停止後に行われた詐害行為は倒産手続の開始によって形成される債権者団体 [la masse] に対抗できないということである。1985年法は、この対抗不能の効果を廃止し、詐害行為の絶対無効と一部無効の条文を設けた（1985年法107条、108条）⁶⁸。これを踏襲した現行法における「疑わしき期間の無効」という制度（現行フランス商法典 L.632-1-L.632-4条）は、民法上の詐害行為取消権と峻別される別個の制度となっている。それに加えて、商法上の詐害行為排除制度の適用範囲が限定されており、倒産手続開始後にも、倒産手続外で民法上の詐害行為取消権の適用余地を残す必要がある。そのため、フランスでは、倒産手続進行中、民法上のパウルス訴権の行使が許容されている⁶⁹。

しかしながら、倒産の局面において、民法上の詐害行為取消権を行使する主体が限定されていない。倒産手続開始後、個別債権者のみならず、場合によって倒産手続の機関も詐害行為取消権を行使することができる。以下では、裁判例及び学説を踏まえ、フランス法における倒産手続の機関が詐害行為取消権を行使する要件、効果、位置づけ等を検討する。

⁶⁷ 霜島・前掲注(35)の(1)74-72頁。

⁶⁸ 佐藤＝町村・前掲注(23)の(2)436-437頁。

⁶⁹ 例えば、コルベールの1673年商事王令〔Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce〕（以下、「1673年商事王令」という）では、詐害行為の事例におけるパウルス訴権に関する民法上の一般法理の適用が言及された。1967年法29条、31条及び33条において債権者団体に対抗不能の詐害行為が定められているほか、その78条により、「和議〔concordat〕の認可決定からその取消又は無効の間に債務者によってなされた行為は、債権者の権利に対する詐害の場合、かつ、民法典1167条の規定に従うのでなければ、取り消されない。」と規定されている。逆に言えば、民法典1167条の要件が満たされれば、倒産手続開始後、民法上の詐害行為取消権の行使も認められる。

1. 裁判例

倒産手続の機関による訴訟追行について、1967年法13条1項では、「裁判上の整理および財産の清算を宣告する裁判がなされた後、破産債権者によって構成される債権者団体〔la masse〕が破産管財人によって代表されることになり、当該破産管財人のみが（債権者のために）訴えを起こすことができる。その場合、破産管財人による訴訟が債権者団体を拘束〔engager〕することになる（括弧内、筆者追記）。」⁷⁰と定めている。同条の趣旨は1985年法46条1項によって踏襲されている。しかし、1985年法46条1項は、「債権者団体」という文言を使用せずに、「債権者の名義で、債権者の利益〔intérêt des créanciers〕のために訴えを提起する資格は、裁判所の指名した債権者代表のみが有する。」と規定している⁷¹。2000年フランス商事法における法典化改革により、1985年法46条はフランス商法典に編入された（フランス商法典 L.621-39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し、法典名を省略する）。その後、2005年法による改正において、商法典 L.621-39条が廃止され、同条の主要内容は倒産手続の機関の権限を定めている条文に編入された。例えば、L.622-20条1項では、「債権者の利益」という文言が「債権者の集团的利益〔intérêt collectif des créanciers〕」に改められている（L.622-20条1項前段⁷²等）。

⁷⁰ 霜島・前掲注(35)の(1)79頁では、1967年法13条1項を「裁判上の整理および財産の清算を宣告する判決は、管財人の代表する集団に債権者を統合する。管財人は、単独で自己の名で訴えを起こし、集団を拘束することができる」と訳しているが、本稿では詐害行為取消訴訟に関する議論との整合性を考慮して、本文のように、「constituer」を「構成する」として、「agir」を「訴えを起こす」として理解する。

⁷¹ この訳は、本稿で取り上げる「詐害行為取消権」、「訴権」及び「債権者代表」の呼称と統一するために、先行研究（佐藤＝町村・前掲注(23)（1）142頁の訳を一部修正したものである）。

⁷² 現行フランス商法典 L.622-20条1項は基本的に1985年法46条1項の内容を踏襲し、倒産手続の機関の訴権について、「裁判所の指名した裁判上の受任者のみが、債権者の集团的利益〔intérêt des créanciers〕のために、債権者の名に

このような法改正の経緯に従って、倒産手続の機関の詐害行為取消権の行使可否という問題に関しては、裁判例において如何なる変化が生じたのかを究明する必要がある。以下では、1985年法の前後に分けてフランスの裁判例を考察する。

(1) 1985年法以前の取扱い

1967年法の下で、下級審裁判例の中、破産管財人による詐害行為取消権の行使を認容し、その理由を判示した代表的なものとして、〔3〕1975年3月13日パリ控訴裁判所判決⁷³がある。そこでは、「1967年法13条1項および78条⁷⁴に基づいて、債権者平等を考慮し、債権者団体の代表たる破産管財人が提起した詐害行為の取消請求が認められる」と判示した。また、その性質について、詐害行為取消権は、「もっぱら債権者の個人損害を賠償する個別訴権のみではなく、破産管財人によって行使される場合、総債権者の債権額の限度までその利益を保護するための集団訴権〔action collective〕の性格を有する。」としている。その効果については、「倒産手続において、債権者団体のすべての構成員は、破産管財人の詐害行為取消訴訟により利益を享受することができる。」と判示されている。つまり、〔3〕判決（1975）で判示されているのは、①倒産手続の機関によって行使された詐害行為取消権は集団訴権であること、②破産管財人は「債権者団体」の名義で、詐害行為取消権を行使できること、及び③破産管財人は破産債権者の債権額の限度において、詐害行為の取消しを請求できること（下線筆者）、の三点である。

その後の破毀院裁判例では、倒産手続の機関の詐害行為取消権の有無は個々の倒産債権者の訴権と一定の関連性があることが示されている。例えば、〔4〕1976年3月9日破毀院商事部判決⁷⁵の前審、1974年5月29日のDijon控訴裁判所判決は、賃借人(薬局)の財産の清算手続において、

において、訴えを提起する資格を有する。②ただし、裁判上の受任者がその責任を怠った場合、監督委員に任命された債権者は「[国務院のデクレによって規定された条件の下で]前述のように訴えを提起することができる。」と規定している。

⁷³ Paris, 13 mars 1975. D. 1976, p.161, obs. F. Derrida.

⁷⁴ 1967年法78条について、霜島・前掲(35)の(1)56頁又は前掲脚注(69)の訳を参照。

⁷⁵ Cass. com., 9 mars 1976, n°74-14428. Bull. civ. IV, n° 86, p.73.

破産管財人の賃貸借契約を対象とする詐害行為の取消請求が否定された。控訴裁判所は、「かかる破産債権者は民法上の詐害行為取消権を行使できない（破産債権者が対象行為たる賃貸借契約締結後に薬局の運営との関係で債権を取得したため、民法典1167条の要件が満たされていない）場合、破産管財人も民法典1167条に規定している詐害行為取消権を行使できない」と判示した。破産院は、控訴裁判所の判断は適法であるとして上告を棄却した。

したがって、1985年法より前の下級審裁判例からは、以下の二点が確認できる。第一に、詐害行為取消権の集団的性格が肯定されていたことである。つまり、倒産手続の機関によって提起した詐害行為取消訴訟の効果はすべての債権者に及ぶということである。第二に、倒産手続の機関が債権者の詐害行為取消権を行使する権限は、①債権者団体の代表であることと、②詐害行為取消権は集団訴権であることから根拠づけられることである。ところが、破産院では、倒産手続の機関による詐害行為の取消請求を受理できるかどうかについては、債権者の同請求を主張する資格の有無によって判断されている。

（２）1985年法以降の状況

フランスの立法者は、債権者の利益保護の色彩が強い制度から債務者の再出発を促す手続への改革を図るために、「債権者団体の財産」より「債務者の財産」という文言のほうが適切であることを理由に、1985年法による改正において債権者団体という概念を廃止した。1985年法が施行された後には、債権者団体の法人格が認められない以上、倒産手続の機関がその代表者として詐害行為取消権を行使するということは論理的に成り立ちにくくなっている。このような背景の下で、倒産手続の機関の詐害行為取消権の行使可否に関して、下級審裁判例の結論が分かっている。民法上の詐害行為取消権の相対的效果（個別効果）から、その債権者の固有訴権の特性が導かれる。それに基づいて倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使を否定した裁判例がある⁷⁶。反対に、1985年法

⁷⁶ CA Aix-en-Provence, 8^e ch., 9 avr. 1998; JCP E 1998, n° 38, p.1429. 1989年10月に債務者会社は自社の機械工房を債権者会社に売却した後、1991年1月に開始された債務者会社の裁判上の更生手続において、計画遂行委員は、債権者の

の46条に基づいて、総債権者の利益のためであれば、倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使を肯定した裁判例もある⁷⁷。この問題に関しては、破毀院の判決で、一定の規律が示されている。以下では、1985年法以降の破毀院判決について考察する。

ア、倒産手続開始前の詐害行為取消訴訟

倒産手続開始前に係属している債権者による個別訴訟に対する倒産手続の機関の権限について判断がなされた破毀院の裁判例として、〔5〕1993年11月30日破毀院商事部判決⁷⁸がある。その一審では、自己所有の不動産の虚有権〔nue-propriété〕を娘に贈与した債務者の裁判上の更生手続⁷⁹において、債権者が、債務者の財産贈与を詐害行為として訴えを提起した。裁判所によって選任された債権者代表(倒産手続の機関)は、係属中の個別債権者による詐害行為取消訴訟に任意参加〔intervention volontaire〕した。その後、一審原告の請求を認めた判決に対して一審被告は不服があるとして上訴した。控訴審で、一審原告(債権者)は自ら訴えを取り下げたが、債権者代表(倒産手続の機関)は原審判決を支持して自ら応訴した。控訴裁判所は、他に応訴を求める債権者の存在が証明できないこと、及び、一審原告たる債権者が訴えの取下げを行った以上、債権者代表(倒産手続の機関)は訴訟追行権〔droit d'agir〕を有し

名義で詐害行為取消権を主張した。Aix-en-Provence 控訴裁判所は、「詐害行為取消権の固有訴権の性質に基づいて、計画遂行委員はそれを行行使することができない」として、計画遂行委員の請求を否定した。

⁷⁷ CA Lyon, 26 févr. 1999; RTD com. 2001, p.215 et s., obs. C. Saint-Alary-Houin. CA Grenoble, ch. Com., 12 oct 2000; JCP 2001, IV 1715; JCP E 2001, pan. 686. 1999年の Lyon 控訴裁判所判決と2000年の Grenoble 控訴裁判所判決においては、1985年法の46条に基づいて、それぞれの手続機関に詐害行為取消権を行行使する権限を認めた。

⁷⁸ Cass. com., 30 nov. 1993. Bull. civ. IV. n° 438, D. 1994. 175, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

⁷⁹ 商人破産主義をとるフランスでは、前述一2.(1)で紹介した倒産手続は、独立して活動している商人、農業者、手工業者、自営業者、及び営業停止になった私法上の法人にも適用される。そのため、本文の〔5〕判決(1993)判決は、民事会社を営んでいる個人事業主たる債務者の裁判上の更生手続が開始された事例である。

ないことを理由に、債権者代表（倒産手続の機関）の請求を不受理とした。そこで、債権者代表は、控訴裁判所の判断を不服として、破毀申立てをした。破毀院では、控訴裁判所の判旨において「訴えの取下げ」と「訴権の放棄」との違いについて誤りがあるにもかかわらず、債権者の代表の権限が、債権者の権限を超えてはならない理由で、訴えの不受理という判断を支持して、破毀申立てを棄却した。フランスの学説においては、〔５〕判決（1993）は「債権者団体」という概念廃止後に倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使を否定した裁判例として位置付けられている⁸⁰。しかし、当該判決の流れに鑑みると、本稿では、〔５〕判決（1993）の意義は、倒産手続の機関の詐害行為取消権の有無という問題より、むしろ、倒産手続開始前に係属している債権者の個別訴訟に対する、倒産手続の機関の訴訟上の権限についての意見を示したことにあると考えている。上に述べたように、フランスでは、倒産手続の開始により、詐害行為取消訴訟の当事者適格が、債権者から倒産手続の機関に移転すると解されていない。そのため、倒産手続開始後においても、倒産手続の機関は、手続開始前に係属した債権者の個別訴訟を受継することはできないが、係属中の訴訟に参加することができるとされている。

また、同じように倒産手続の機関の参加の権限を認めている判決のうち、特に〔６〕2009年11月10日破毀院商事部判決⁸¹の判旨は注目に値する。

⁸⁰ C. Pizzio-Delaporte, op. cit., (note 1), n° 32, p.726. Y. Guyon, op. cit., (note 50), p.28. Fernand Derrida et Jean-Pierre Sortais, note sous Cass, com. 30 nov. 1993 : Bull. civ. IV n°438; D. 1994, p.175.

Michel Cabrillac, Philippe Pétel, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, JCP 1997, I 4004, n°10, p.102 (P. Pétel).

Emmanuelle Bost, Le représentant des créanciers et le commissaire à l'exécution du plan peuvent exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers, note sous Cass. com., 13 nov. 2001, JCP 2002. II. 10151, p.1744.

⁸¹ Cass. Com. 10 nov.2009, n°08-13346, NP; n°1024 F-D; LPA 8 mars 2010, n°47, p.15, note J.-P. Sortais; RTD com. 2010. 789, n°5, obs. A. Martin-Serf. ところが、同判決において、裁判所は債務者が自ら所有している株式を第三者に贈与したとき、その財産と負債とを比べて、明らかに支払不能の状態に陥ったとはいえない状況であった。それに基づき、詐害行為取消権の行使要件が満たされないとして、債権者の主張を否定した。

事実審において、贈与行為が行われた際、債務者が明らかに支払不能の状態に陥ったとは言えない状況であったということが判明したため、詐害行為取消権の行使要件が満たされないとして、債権者の主張が否定された。それにもかかわらず、裁判上の清算人は係属中の詐害行為取消訴訟に任意参加〔intervention volontaire〕（フランス民訴法典329条）⁸²できると判示された。つまり、〔6〕判決（2009）で示されているのは、原告債権者の請求が認められるか否かとは無関係に、倒産手続の機関が詐害行為取消訴訟に参加する権限の有無の確認である。

イ、倒産手続開始後の詐害行為取消訴訟

倒産手続開始後の裁判例において、まず、倒産手続の機関たる計画遂行委員〔commissaire à l'exécution du plan〕の詐害行為取消権を認めた〔7〕2001年11月13日破毀院商事部判決⁸³がある。その原審たる Aix-en-Provence 控訴裁判所の判決では、「①詐害行為取消権の個別効果からすると、裁判上の更生手続開始後に計画遂行委員による包括的行使が認められない、また、②倒産債権者全員の利益のためでなければ、計画遂行委員が総債権を代表して訴えを提起することはできない」という理由に基づいて計画遂行委員の請求を否定した。これに対して、〔7〕判決（2001）において破毀院は、「民法典1167条所定の詐害行為取消権は、債権者個人に付与している訴権だけでなく、債権者の集団的利益を保障するためにその代表（倒産手続の機関）によって行使できる集団訴権である。再生計画が終結する前に総債権者の利益を保護する目的で、計画遂行委員に債権者の詐害行為取消権の行使権限が付与されている。」と判示している。それに基づいて、破毀院は、控訴裁判所の判決が法の適用を誤ったとして、原審判決を破棄し、Montpellier 控訴裁判所に差戻した。従来の裁判例と比べると、〔7〕判決（2001）の意義としては、Aix-en-Provence 控訴裁判所の上記①と②の判断を否定したことにより、倒産

⁸² フランス民訴法典329条「独立参加」については、法務大臣官房司法法制調査部編『〔注釈〕フランス新民事手続法典』（法曹会・1978）220-222頁を参照。

⁸³ Cass. com., 13 nov. 2001. n°98-18292. Bull. civ. IV n°178; LPA 7 août 2002, n°157, p. 8, note M. Senechal; D 2001, p. 3617, obs. A. Lienhard; RTD civ. 2002, p. 102, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD com. 2002, p. 151, obs. C. Saint-Alary-Houin.

債権者全員が詐害行為取消権を行使する資格を有するとは限らない場合であっても、倒産手続の機関が詐害行為取消権を行使する可能性を認めたことにある。

また、2013年の二つの破毀院判決は注目を集めている。まず、〔８〕2013年４月23日の破毀院商事部判決⁸⁴においては、債務者の裁判上の清算手続において、事業者が行った公証差押禁止宣言〔déclaration notariée d'insaisissabilité〕⁸⁵の申立てを詐害行為とした裁判上の清算人による詐害行為の取消請求が認められないと判示した。つまり、倒産手続の機関による訴訟追行はすべての債権者の集团的利益のためであり、本件において、裁判上の清算人は倒産債権者のうち一部の債権者の利益のために、詐害行為の取消しを求めることはできないというのである⁸⁶。

これに対して、〔９〕2013年５月29日破毀院民事部判決⁸⁷では、債務者の相続放棄の宣言がなされた時点において、債権を取得していた債権者は医療保険金庫（CARMF）のみであった。破毀院では、詐害行為取消訴訟を主張できる債権者は一人だけの場合にも、清算人は当該債権者の

⁸⁴ Cass. com. 23 avr. 2013, n° 12-16.035. D. 2013. 1127, obs. Lienhard; JCP 2013, n° 767, note P. Pétel.

⁸⁵ フランスの「公証差押禁止宣言」とは、自然人企業者の住居を企業活動に用いられていない部分について、強制執行を制限するというものである。フランス法における「公証差押禁止宣言」という制度の詳細について、柴崎暁「フランス法における公証差押禁止宣言——責任財産の限定と私的自治——」亜細亜法学40巻1号（2005）以下を参照。

⁸⁶ フランスの公証差押禁止宣言の制度について、当該宣言に従い、差押禁止の制限を受ける債権者は、差押禁止宣言の公示以降発生した債権、かつ宣言申立人の職業的活動に際して発生した債権を有する者である。言い換えれば、差押禁止宣言の公示前に債権を取得した債権者、および職業的活動と無関係の債権を有する債権者であれば、差押禁止の制限を受けておらず、債務者の不動産の差押えを行ったり、強制執行の申立てをしたりすることが可能である。そのため、本文でいう〔８〕判決において、倒産手続の機関が提起した公証差押禁止宣言を対象とする詐害行為の取消請求は、倒産債権者のうち一部の債権者の利益となるため、倒産手続の機関の集团的訴権に含まれないと課されている。

⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-16541. FD, NP; B/JE sept. 2013, p. 298, note L. Sautonie-Laguionie.

ために詐害行為取消権を行使することができると判示した。言い換えれば、〔9〕判決において、倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使に関して、1985年法46条に定められている「債権者の利益」という文言は、個々の債権者の利益の総和ではなく、抽象的なものであると解されている⁸⁸。

（3）裁判例の位置づけと示唆

倒産手続開始前に係属した債権者の詐害行為取消訴訟に対する、倒産手続の機関の権限については、前述した〔5〕と〔6〕判決が示しているように、倒産手続の機関が債権者の個別訴訟に参加する権限を有しているが、すでに係属中の個別債権者の訴訟を左右するまでの権限を有しない。特に、〔5〕判決（1993）における倒産手続の機関が債権者の訴えの取下げに反して応訴する権限を有しないという判断は、前述した倒産手続の開始により、個別債権者の詐害行為取消訴訟における当事者適格が倒産手続の機関からは剥奪されないというフランス法の伝統的な考え方（前述二2.（2）参照）と一貫している。倒産手続の機関の債権者による詐害行為取消訴訟に参加する権限は、多くの裁判例によって肯定されているが、係属中の詐害行為取消訴訟に任意参加した倒産手続の機関がいかなる立場に立っているかの問題については判示されていない。この点に関して〔6〕判決（2009）が、債権者の実体法上の訴権の有無と独立して倒産手続の機関の訴訟参加の権限を肯定したことは、示唆に富む。個別債権者による詐害行為取消訴訟の勝訴判決の効果は他の債権者に及ばない⁸⁹ため、倒産手続開始前に係属した詐害行為取消訴訟において、倒

⁸⁸ 実には、〔9〕判決（2013）より以前、下級審において2000年 Grenoble 控訴裁判所判決において、倒産債権者の中、一人の債権者が債務者の詐害行為に加担したにもかかわらず、倒産手続機関の詐害行為取消権が認められている。CA Grenoble, ch. Com., 12 oct 2000; JCP 2001, IV 1715; JCP E 2001, pan. 686.

⁸⁹ これに従ってさらに考えると、倒産手続において、倒産手続の機関が従前の個別債権者の詐害行為取消訴訟の判決をそのまま援用して、逸出した財産を取り戻して倒産債権者の間で配当することはできないという結論が導かれている。例えば、2012年11月20日の破毀院判決においては、このように判示されている。Cass Com. 20 nov. 2012, n^{os} 11-20256, 11-22295, NP.

産手続の機関の債権者の代表としての参加は解釈として成立しない⁹⁰。

次に、倒産手続開始後、すべての債権者のためであれば、倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使は、1985年法以前の判例法理において認められている。しかし、債権者団体という概念の廃止に伴い、1985年法以降、倒産手続の機関が債権者団体の代表として債権者の訴権を行使する正当性に疑念が生じる。こうした中で、〔7〕判決（2001）は、倒産手続の機関の詐害行為取消権を肯定した。同判決において、破毀院は、「すべての債権者の利益のためでなければ、計画遂行委員は総債権を代表して訴えを提起することができない」という原審（控訴裁判所）の判断を否定することにより、倒産手続の機関の権限を認めた。

2005年法により、債権者の「集团的利益」という概念が明文化された。しかし、具体的に、債権者の「集团的利益」という概念を如何に捉えるべきかという問題に関しては、〔8〕〔9〕判決は異なる意見を示している。公証差押禁止宣言の申立ての取消請求を否定した〔8〕判決（2013）においては、「集团的利益」は一部の債権者の利益ではなく、倒産債権者全員の利益であるという厳格な捉え方を示している。これに対して、その後の〔9〕判決（2013）では、倒産債権者のうち、一人の債権者のみが詐害行為取消権を行使できる場合であっても、倒産手続の機関の訴権を認めている。これによって、〔9〕判決では、債権者の「集团的利益」という概念を柔軟に解釈しているといえる。

要するに、従来裁判例では、倒産債権者全員が詐害行為取消権を行使できるか否かが、倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使可否を判断するための重要な要素とされている。これに対して、近時の裁判例では、破毀院は、倒産手続の機関の詐害行為取消権の行使の可否という問題に対して、「集团的利益」の有無に基づいて判断しているという傾向が読み取れる。もっとも、詐害行為取消訴訟の事案において、具体的に債権者の「集团的利益」を如何に捉えるべきかの問題に関しては、裁

⁹⁰ ところで、平常時の詐害行為取消訴訟において、取消債権者は債務者を訴訟への引込み／呼び出しができる（前述一の1．参照）ことからすると、筆者は、倒産手続開始後に、倒産手続の機関が係属中の訴訟へ参加を認められるのは、債務者の代わりとしてではないかと考えている。

判例の結論が統一されていないため、議論の余地が残されている。

2. 学説

前述したように、1985年法以降、倒産手続開始後、個別債権者による詐害行為取消訴訟の効果は、取消債権者にのみ受益させる個別効果に転換された。それにもかかわらず、フランスの倒産手続において、個別債権者による詐害行為取消権の行使が許容されている一方で、場合によっては倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使も可能となっている。このような独特な取扱いにおいて、倒産手続の機関の法的地位とは何か、どのような場合に倒産手続の機関が詐害行為取消権を行使できるかの問題を検討する必要がある。

以下では、まず、倒産手続の機関の訴権を規定している1985年法46条の趣旨に関する民事訴訟法の学説を確認する。次に、「集团的利益」という概念をめぐって、特に1985年法以降の学説を考察する。最後に、詐害行為取消権の局面において、倒産手続の機関の集团的利益訴権の有無に関するフランスの議論の状況を概観する。

(1) 1985年法46条1項の趣旨に関する学説

倒産手続の機関の法的地位という問題を究明するためには、倒産手続の機関による訴訟追行を一般的に定めている1985年法46条1項（現行L.622-20条1項等）の趣旨を検討する必要がある。1985年法46条1項の法文自体が曖昧であるため、当該条文の立法意図については、フランスの民訴学者の間でも見解が分かれている。

ア、代理人権限説

まず、1985年法46条1項（L.622-20条1項）は、倒産手続の機関の権限〔pouvoir〕を定めている条文であるという考え方がある（以下、「代理人権限説」という）⁹¹。そこで、倒産手続の機関は債権者の裁判上の代

⁹¹ Cécile Chainais, Frédérique Ferrand, Serge Guinchard, Lucie Mayer, *Procédure civile : Droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd. L.G.D.J 2014, n° 326, p.254.

S. Guinchard, *op. cit.*, (note 53), n°102.202, p.23.

理人〔représentant judiciaire〕とされており、すべての倒産債権者の利益を保護する場合に限って、その独占の訴権が正当化される。

倒産手続において、裁判所が選任した倒産手続の機関に、総債権者のための訴訟追行権を与えるのは、法定委任〔mandat légal〕の一例であると解されている。倒産手続の機関が債権者の訴権を行使することは、訴権の裁判上の代理〔représentation judiciaire à l'action〕（以下、「訴権代理」と称する）⁹²の理論によって根拠づけられている。反対に、倒産手続の機関が債権者のための訴訟から直接に利益を受けていないため、前述の条文は訴訟追行の資格を規定しているものではないと考えられている⁹³（後述イ．訴訟資格説に対する批判）。

1985年法以前には、債権者団体という概念が存在していた1967年法の下で、倒産手続の機関は債権者団体の代理人として、債権者に帰属する訴権を行使できると解されていた。しかし、1985年法では「債権者団体」という概念を廃止した。その結果、倒産手続の機関が債権者団体の代理人として提起した総債権者のための訴えを受理した判例法理の妥当性が問われ始めた⁹⁴。そこで、代わりに「集团的利益」という概念によって倒産手続の機関の訴権を解釈している見解もある（以下、「集团的利益説」という）（後述三．2．（２）参照）。これに対して、債権者団体の法主体性が認められなくても、倒産手続の機関が倒産債権者の代理人として位置づけられるという考え方もある⁹⁵。

⁹² フランス民事訴訟法には、訴訟代理〔représentation à l'instance〕と訴権代理〔représentation à l'action〕の二種類の代理制度がある。訴権代理とは、法令の規定に従い、裁判所の指名又は当事者からの授権によって訴権を代理する権限を得ることである。訴権代理人は自ら訴えを提起するイニシアチブ及び弁論権を有することで、訴訟代理人と区別されている。なお、フランス法における「訴権代理」という制度は、「裁判上の代理」とも称される。C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer, *op. cit.*, (note 91), n° 310, p.242, n° 812, p.579.

⁹³ C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer, *op. cit.*, (note 91), n° 326, p.254.

⁹⁴ F. Derrida, P. Godé, J-P. Sortais, *op. cit.*, (note 49), n°525, p. 393-394, note 2365.

⁹⁵ C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer, *op. cit.*, (note 91), n° 326, p.254-255.

イ、訴訟資格説

また、1985年法46条1項の趣旨は、すべての倒産債権者のための訴訟において、当事者⁹⁶として訴訟追行の資格〔qualité à agir〕（「当事者適格」に相当する）を倒産手続の機関に付与することにあると考えられている（以下、「訴訟資格説」という）⁹⁷。この考え方に従うと、裁判上の受任者等は倒産手続の機関として位置付けられ、法は債務者の負債に対する検査（査定）〔apurement du passif〕という職務に基づいて、債権者のための訴訟追行の資格を倒産手続の機関に付与しているということになる⁹⁸。

訴訟資格説においては、1985年法46条1項の趣旨がフランス民事訴訟法典31条後段⁹⁹に定めている特定主体の当事者適格に該当すると解されている¹⁰⁰。フランス民事訴訟法31条が規定している当事者適格は、訴権の成立要件の一つである。訴訟資格の欠如は、訴えの不受理事由の一つとされている¹⁰¹。一方、フランス民事訴訟法典117条では、「訴訟追行の

⁹⁶ 厳密にいうと、倒産債権者の利益を保護する訴訟において、倒産手続の機関は主たる当事者ではなく、単なる従たる当事者〔partie jointe〕として、訴えを提起したと考えられている。S. Guinchard, *op. cit.*, (note 53), n°102.201, p.33.

⁹⁷ Jacques Héron et Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé 4^e éd.*, LexisNexis 2010, n°86, p.87-88.

しかし、この説を主張している訴訟法学者の書籍において、司法受任者による債権者代位権の行使はL.622-20条に所定の集团的利益のための訴訟の典型とされているが、詐害行為取消権の行使については言及されていない。

⁹⁸ Loïc Cadet, *Droit judiciaire privé*, Litec 1992, n° 420, p.215.

C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, (note 11), n°415, p.227.

⁹⁹ フランス民事訴訟法典31条では、「訴権は、申立の成否について正当な利益を持つすべての者に与えられる。ただし、ある申立をなしあるいは争い、若しくは一定の利益を守る資格を特定人に認めることにより、法律が訴訟をする権利をその者のみに付与している場合は、この限りではない」と定めている。前掲注(82) 73頁を参照。

¹⁰⁰ 前述した詐害行為取消権の裁判例において、フランス民事訴訟法典31条に言及したものとしては、前述した〔8〕判決(2013)がある。Cass. com. 23 avr. 2013, n° 12-16.035. D. 2013. 1127, obs. Lienhard; JCP 2013, n°767, note P. Pétel.

¹⁰¹ 前述の〔5〕判決(1993)を参照。フランス民事訴訟法典122条において、訴

権限〔pouvoir d'agir〕と「訴訟の能力〔capacité d'agir〕」のどちらも訴訟行為の有効要件であると解されている。訴訟追行の権限が欠ければ、訴訟自体が無効になる。これに基づいて、1985年法46条1項が規定しているのは、倒産手続の機関の権限ではなく、独自に訴訟を提起する資格であると解されている¹⁰²。

また、訴訟資格説は、裁判上の受任者等が裁判所によって選任された者である¹⁰³ことから、裁判上の受任者等を倒産債権者の裁判上の代理人とする見解を批判している。それに、倒産債権者は完全な法律行為を行う能力を有しているにもかかわらず、倒産手続の機関によって訴訟を代行させることは考えられないとも主張している¹⁰⁴。

なお、訴訟資格説は、前述の二2.（3）で紹介した倒産の局面における詐害行為取消権を特別訴権とする学説との連続性を見ることが可能である。フランスの民事訴訟法学者の中では、訴訟資格説は少数であるが、商法学者の中では、L.622-20条が倒産手続の機関の訴訟追及の資格を定めている条文とする考え方が見受けられている。例えば、集团的利益の概念を論じる際、倒産手続の機関の訴訟資格に言及した見解¹⁰⁵もあり、前述した一人の債権者のために倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使を認めた〔9〕判決（2013）を踏まえて、訴訟資格説を支持する見解¹⁰⁶もある。これに対して、どちらの学説を支持するかは明示してお

訟資格の欠如は、不受理〔fin de non-recevoir〕の事由と定められている。ただし、これは、訴えの不適法性の抗弁理由と解されている。

¹⁰² J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, (note 97), n°83, p.86.

¹⁰³ L. Cadiet, *op. cit.*, (note 98), n°420, p.215.

¹⁰⁴ J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, (note 97), n°85, p.87.

¹⁰⁵ Pierre-Michel Le Corre, L'intérêt collectif est-il l'intérêt de tous les créanciers? *BJE* 2016, n° 3, p. 214. Le Corre 教授はその論文において、債権者の共同担保に資する訴訟において倒産手続の機関の「訴訟資格」に言及した（後述三2.（2）参照）。

Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien 1995, n°691, p.386-387.

¹⁰⁶ François-Xavier Lucas, *Manuel de droit de la faillite 2^e éd.* Puf 2016, n°205, p.200.

らず、L.622-20条には訴訟資格の付与と訴訟の権限の両方の趣旨が含まれると論じている学説もある¹⁰⁷。近時、倒産手続の機関の訴権に関する商法・倒産法の学説のほとんどは、特に1985年法以降、債権者の「集团的利益」という概念に対する理解に焦点をあてている。以下では、「集团的利益」という概念をめぐる学説の沿革とその新たな発展を概観する。

(2) 債権者の「集团的利益」と倒産手続の機関の訴権

1985年法により「債権者団体」という概念が廃止されたが、現行法においても倒産手続の機関の倒産債権者とかかわる訴訟に対する権限が依然として維持されている。これを裏付ける理論を再構築するために、フランスでは、新たな学説が登場した。

ア、「集团的利益」の一般論

「集团的利益」という概念は、フランス法において昔から存在し、様々な法律分野において用いられている。フランス民事訴訟法の基礎理論において、債権者の個人利益を保護するための個別訴権は個人に付与される¹⁰⁸が、集团的利益を擁護するための訴権が非営利社団・協会〔association〕、法人の代表、手続の機関¹⁰⁹等に付与される¹¹⁰。例えば、

¹⁰⁷ Alain Lienhard, *Procédures collectives 2019-2020*, 8^e éd, Delmas 2018, n°44.22, p.129.

¹⁰⁸ これと類似するように、公法においては、個人利益〔intérêt individuel〕を保護するための訴訟追行権は個人に与えられているが、一般利益〔intérêt général〕又は公共利益〔intérêt public〕を保護するための訴訟追行権は検察官〔ministère public〕に付与されている。フランス法における「一般利益」の概念を紹介した先行研究として、ムスタファ・メキ著「フランス法における一般利益に関する序論的考察」新世代法政策学研究1号(2009)125-156頁、ムスタファ・メキ〔著〕幡野弘樹＝齋藤哲志(訳)「私法における一般利益と基本権」新世代法政策学研究1号(2009)229-285頁がある。本稿では、私法の領域における規律に限りて検討を行う。

¹⁰⁹ 倒産の場合、倒産手続の機関の訴権は、検察官の職権と競合する関係にある。2005年法は1985年法の脱刑罰化〔dépénalisation〕の改革をより一層推進した。その結果、現行フランス倒産法において、検察官の職権範囲が以前よりも狭くなってきているが、倒産事件における刑事責任及び職業上の責任を追及する場合、検察官は依然として一般利益又は公的利益のための訴権を有する。

¹¹⁰ S. Guinchard, *op. cit.*, (note 53), n° 102.200, p.32.

株主に与えられる会社訴権〔action sociale〕¹¹¹（株主代表訴訟）、労働事件における労働組合の代位訴権〔action de substitution〕、消費者被害回復に関するグループ訴権¹¹²もその典型例である。

1976年１月7日の Laroche 判決¹¹³及び1978年3月31日の Chaix 判決¹¹⁴は、債権者の「集团的利益」について言及している。それ以来、フランスの判例法理は、債権者の集团的利益の有無と倒産手続の機関の訴訟追行権の有無との関連性を示すことにより、債権者の「集团的利益」とい

1967年法の下で、集团的利益を保護するために、個別債権者にも集団訴権を行使する権限を与えている。前掲二、１、又は後述「*ut singuli*」に関する内容を参照。

¹¹¹ フランスでは、会社の資産〔fond social〕を確保・再構築するために用いられる、会社が被った損害を賠償する目的の訴権は、「会社訴権〔action sociale〕」と称されている。「action sociale」とは、会社又は組合資産の侵害に関する会社（又は社員／組合員）による損害賠償請求訴権・訴訟である。山口・前掲注（41）15頁。

¹¹² フランスのグループ訴権については、町村泰貴「フランスの不当な消費者取引に対する制裁と被害回復制度：グループ訴権の実情を中心に（シンポジウム 消費者被害の救済と抑止の手法の多様化）」比較法研究79巻34-35頁が詳しい。

¹¹³ 集团的利益訴権を倒産手続の機関に付与するという取扱いを一般化したのは、1976年１月７日破毀院商事部判決（Cass.com., 7 janv. 1976, D.1976, p.277, note F. Derrida et J.-P. Sortais, JCP 1976, II, 18237, note Ch. Gavalda et J. Stoufflet.）（以下、「Laroche 判決」と称する）である。破産管財人の集团的利益訴権を認容したリーディング・ケースとして位置付けられている Laroche 判決は、権限濫用〔soutien abusif〕に基づく取引銀行の責任追及の事案において、破産管財人が、債務者の積極財産を減少したり、消極財産を増やしたりする行為に対し、訴訟追行権を有すると判示した。

¹¹⁴ 経営者の積極財産不足責任訴権に関する1978年３月31日破毀院商事部判決（Cass.com., 31 mars 1978, D.1978, 646, note F. Derrida et J.-P. Sortais, JCP, 1979, 2, 19119, note Brunet.）（以下、「Chaix 判決」と称する）において、債務者企業の財産の清算手続〔liquidation des biens〕が開始された場合、すべての債権者の利益を保護するために、経営者の責任を追及する訴訟を提起する権限は破産管財人に専属するものであると判示されている。前述した Laroche 判決〔前掲注（113）〕は、破産管財人が集团的利益訴権を有することを確認したが、1978年３月31日破毀院商事部判決は、はじめて破産管財人の集团的利益訴権に対する独占〔monopole〕の地位を強調した。

う概念の倒産手続における運用を促すよう努力してきた¹¹⁵。

1985年法による改正に対応するために、学説においても債権者団体という人的団体の代わりに、「集团的利益」という概念を倒産の局面において再定義することによって倒産手続の機関の訴権を正当化した学説が増えてきている¹¹⁶。それに基づく倒産手続の機関の訴訟追行権は、倒産手続の機関に付与されている、債権者の集团的利益を保護するための訴権である（以下、「集团的利益訴権」と略称する）と位置付けられている。例えば、「疑わしき期間の無効」に関する訴権、及び「積極財産不足の責任訴権 [responsabilité pour insuffisance d'actif]」¹¹⁷は、集团的利益訴権の典型であり、倒産手続の機関に専属する訴権として位置づけられている¹¹⁸。

判例法理と学説の影響を受けて、債権者の集团的利益という概念は、2005年法で明文化されている（L.622-20条1項）。近時の裁判例において、訴権が債権者の「集团的利益」と一致するか否かは、倒産手続の機関がこの訴権の有無を判断するための重要なポイントとなっている。

しかし、具体的な事案において、債権者の「集团的利益」という概念を如何に解すべきかという問題について、従来の裁判例では、統一的な判断基準を示さなかったため、議論が続いている。

イ、債権者の「集团的利益」の判断基準

——「共同担保 [gage commun]」の概念

¹¹⁵ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, (note 105), n° 5, p. 269.

¹¹⁶ Laura Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, L.G.D.J. 2008, Paris., n°791 p.547 et s.

Yves Guyon, *Droit des affaires, T2, Entreprises en difficultés - Redressement judiciaire - Faillite 9^e éd*, Economica 2003, n°1163, p.183.

André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté, 6^e éd*, Litec 2009, n°270, p.156.

Yves Chaput, *Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, 2^e éd*, Puf 1990, n°317, p.286-287.

¹¹⁷ 積極財産不足の責任訴権 [responsabilité pour insuffisance d'actif] の詳細については、拙稿・前掲注 (20) (2・完) 127頁以下を参照。

¹¹⁸ A. Jacquemont et R. Vabres, *op. cit.*, (note 11), n°497, p.311.

前述した1978年の Chaix 判決及び1993年3月16日の判決¹¹⁹は、債権者の集团的利益は、一部の債権者の利益ではなく、倒産債権者全員の利益を指していると判示した¹²⁰。これに対して、倒産手続の機関による集团的利益を構成する総債権者の中の一人に対する訴訟追行を認容している裁判例がある¹²¹。また、詐害行為取消権の局面において、前述した〔８〕と〔９〕の裁判例は、債権者の「集团的利益」に関しては異なる見解を示している。つまり、問題の焦点は、倒産債権者のうち、一人又は一部の債権者のみが訴権を行使できる場合において、債権者の集团的利益のための倒産手続の機関による訴訟追行が認められるか否かということにある。

この点に関して、学説においては、近年、「共同担保 [gage commun]」¹²²という概念を用いて、債権者の「集团的利益」の範囲を解釈する見解が存在する（以下、「共同担保説」という）。この考え方は、日本法における学説と近接しているように見えるため、注目に値する。簡単に言えば、共同担保説では、債権者の「集团的利益」が債権者の「共同担保」の維持もしくは再構築を意味する。ひいては、倒産手続の機関に付与されている集团的利益訴権は、債権者の共同担保の維持もしくは再構築に資する

¹¹⁹ Cass. Com., 16 mars 1993, n°90-20188.

¹²⁰ 1993年3月16日の破産院裁判例の他に、倒産手続の機関の権限は、倒産債権者全員の利益を保護する場合に限って生じるため、一部の債権者の利益のための訴訟追行は認められないと判示した裁判例として、下記のものが挙げられる。

Cass. com 7 jan. 2003, n°99-10781, P IV, n°1; D 2003. AJ 274, obs. Lienhard.

Cass. Com 9 nov. 2004, n°02-13.685, P IV, n°193; D. 2005. 292, obs. Le Corre et Lucas.

Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-14757, NP.

¹²¹ CA Grenoble, ch. Com., 12 oct 2000; JCP 2001, IV 1715; JCP E 2001, pan. 686.

Cass. ass. plen., 9 juil. 1993, n°89-19211; Bull 1993 A. P. n° 13 p. 21.

¹²² フランスの「共同担保」という概念に関する近時の学説については、瀬戸口祐基「共同担保概念の民法上の意義：フランスにおける資産 (patrimoine) 概念をめぐる議論を通じた考察（１～６完）」法学協会雑誌135巻1号1-72頁、3号403-478頁、5号1030-1106頁、7号1599-1684頁、9号2097-2165頁、11号2551-2615頁（2018）が詳しい。

訴権である。このような「共同担保」という概念に基づく判断基準は、Marc Sénéchal の倒産手続の実効性に関する論文（2002年）¹²³においてはじめて言及された。その後、「共同担保」という概念によって債権者の集团的利益の有無を分析する研究が多くなってきている¹²⁴。特に、Le Corre は、『フランス倒産法とその実務』¹²⁵という書籍において、Marc Sénéchal の見解を引用し、共同担保による判断手法に対する理解をさらに発展させた。その後の2015年6月2日の破毀院商事部判決（以下、「2015年判決」という）¹²⁶では、倒産の局面において、債権者の集团的利益は「債権者の共同担保の維持又は再構築である」と定義されている。

しかしながら、債権者の「共同担保」の具体的な構成、性質ないし範囲に対する理解は分かれている。まず、Le Corre は、「共同担保」を手続法上の概念として理解している。つまり、この考え方では、倒産手続の機関は、債権者の共同担保の維持と再構築に資する訴訟において当事者適格を有すると主張されている。また、勝訴判決によって回収されてきた財産がすべての債権者に公平に配当される訴訟のみは、債権者の「共同担保」に資する訴訟であると考えられている。つまり、これは、ある訴権が債権者の集团的利益（「共同担保」の維持又は再構築という目標）に合致するか否かは、当該訴権がすべての倒産債権者によって行使できるかどうかの点から判断するよりは、むしろ、その訴訟の効果又は訴訟

¹²³ Marc Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec 2002, n° 67.

¹²⁴ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°792 et s.

Mathilde Dols-Magneville, L'intérêt collectif des créanciers, In : *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur?* Presses de l'Université Toulouse 1, 2017 n°32.

¹²⁵ Pierre-Michel Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, Dalloz 2015, 8^e éd n° 611.31.

¹²⁶ Cass. Com. 2 juin 2015, n°13-24714, D. 2015.1205, obs. A.Lienhard. 2015年6月2日の破毀院判決において取り扱われている問題は、労働事件において解雇された労働者の代わりに、倒産手続の機関は訴訟を提起することができるかどうかという問題である。本稿では、当該裁判例は、許害行為取消権の行使と直接に関係する裁判例ではないが、債権者の「集团的利益」という概念の定義を示した裁判例として、考察の価値があると考ええる。

の目的から判断すべきであるという考え方である¹²⁷。

これに対して、Pérochon¹²⁸は、倒産手続の機関の訴権を債権者の「集团的利益」（共同担保）に基づいて判断した2015年判決の意義を認めた上で、倒産の局面における債権者の「共同担保」が民法上の「一般担保」（現行フランス民法典2284-2285条）であると解し、原則としてすべての債権者の利益が含まれていると指摘している。Pérochon は、夫婦間の共通財産が存在している事例¹²⁹において不都合が生じること、訴訟の効果から判断する方法は先験的〔*a priori*〕であり、その合理性が検証されていないというのを理由に、Le Corre 教授の「共同担保」の概念を手続法上の概念とする主張を批判している。

（３）倒産手続の機関の独占訴権と詐害行為取消権

2005年法以降、債権者の「集团的利益」に関する議論はますます活発になってきている。詐害行為取消権の局面において倒産手続の機関の訴権を検討すると、問題はさらに複雑になる。フランスの倒産手続における詐害行為取消権に対する処遇は、多様な法改正を経て今の形に至っている。詐害行為取消権の性質に対する異なる解釈によって、倒産手続の機関による行使は可能かどうかという問題の結論が異なる。1967年法の下で、倒産手続が一旦開始されると、詐害行為取消権はすべての債権者に受益させる集団性のあるものに変えられる。これを踏まえると、詐害行為取消権は個別訴権と集団訴権という二つの側面があるものであ

¹²⁷ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, (note 105), n°3, p. 214.

A. Lienhard, *op. cit.*, (note 107), n°44.22, p.128.

¹²⁸ François Pérochon, L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception, *BJE mai 2016*, n°3, p.218.

¹²⁹ Pérochon は、婚姻前に債権を取得した債権者が存在している場合、清算人は夫婦の共通財産を換金できなくなるため、Le Corre の見解は不適切であると指摘している。Le Corre は、「共同担保」という概念は不変的かつ絶対的なものではなく、前述の事例において原則として差押可能〔*saisissabilité de principe*〕な共通財産の存在を述べたうえで、自らの「共同担保説」が改善できると主張している。これに対して、Pérochon は、Le Corre の見解は Marc Sénéchal の論文において論じた「すべての者に共通する」ということに反し、シンプルな概念をあえて複雑化したと批判している。

た。しかし、1985年法による改正後、個別債権者の詐害行為取消訴訟は、個別効果のみがあると解されている。この影響で現行法の下では、詐害行為取消権の集団性の有無によって、倒産手続の機関の訴権に関する学説が以下のように分かれている。

ア、倒産手続の機関の訴権を否定する見解（否定説）

まず、「倒産手続が開始されたとしても、債権者の詐害行為取消訴訟の効果は取消債権者に限って生じる」（個別効果）と判示した前述〔2〕判決（1996）を踏まえて、倒産手続の機関はもはや債権者の固有訴権たる詐害行為取消権を行使できないとする考え方がある¹³⁰。

また、現行法において、債権者団体という概念の廃止に従い、倒産手続における詐害行為取消権の民法上の個別訴権としての側面はますます強くなってきている。倒産手続における詐害行為取消権の集団的效果は、債権者団体という概念が存在していた1967年法の下での特別な取り扱いであった。現行法の下では、倒産手続における詐害行為取消権の集団的效果を維持すべきではないと考えられている¹³¹。これに基づいて、倒産手続の機関の詐害行為取消権に対する独占は否定されている¹³²。1985年法による改正後暫くの間、このような見解が論じられていたが、現在では、詐害行為取消権の集団性を肯定する見解は多い。

イ、倒産手続の機関の訴権を肯定する見解（肯定説）

これに対して、債権者の集団的利益という概念に対する解釈により、債権者団体の法主体性の欠如に起因した不都合を解決できるため、従来

¹³⁰ F. Derrida, P. Godé, J-P. Sortais, *op. cit.*, (note 49), n°510.

Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd, Montchrestien 1999, n°655, p.404.

¹³¹ C. Pizzio-Delaporte, *op. cit.*, (note 1), n° 32, p.726.

Fernand Derrida, Redressement et liquidation judiciaires :note sous Cass. com., 8 oct. 1996, Bull. civ. IV, n°227. D 1997, Jur. 87, p.89.

¹³² もっとも、この見解では、詐害行為取消権が倒産手続の機関に専属することを否定したが、倒産手続の機関は債権者を補助する立場に立っていると考えている。そのため、債権者が詐害行為取消権を行使しなかった場合、倒産手続開始後、倒産手続の機関がその代わりに訴訟追行の余地があるということになる。

の取り扱いを維持する余地があると述べている見解がある¹³³。言い換えれば、倒産手続における詐害行為取消権の集団性を残す余地があるため、倒産手続の機関による行使が可能であると考えるのである。なぜなら、詐害行為取消訴訟は、倒産手続の機関の責務と一致しているからである¹³⁴。

現在では、特に破毀院の〔７〕判決（2001）以降、詐害行為取消権の倒産手続の機関による行使を肯定する学説が多い。しかし、フランス民法典に規定している詐害行為取消権自体は、厳しい構成要件が設けられている制度である。そのため、平常時に詐害行為取消権を行使できる債権者、及びそれを行使できない債権者が共に倒産手続に参加した事例がしばしば見られる。それゆえ、問題となるのは、複数の債権者のうち一人又は一部の債権者のみが詐害行為取消権を行使できる場合で、倒産手続の機関による独占は認められるのかということである。

倒産手続の機関の詐害行為取消権を行使する権限を認めている「肯定説」の中でも、倒産手続の機関の独占訴権の範囲に関しては、債権者の「集団的利益」の捉え方によって、倒産債権者全員が詐害行為取消権を行使できる場合のみ独占が認められる見解と、損害を被った一人又は一部の倒産債権者のためにも倒産手続の機関による行使を認める見解、の二つに分かれている。

①「集団的利益」を厳格に捉える考え方（厳格説）

まず、伝統的な考え方に従うと、倒産債権者のうち一部の債権者のみ

¹³³ M. Cabrillac, P. Pétel, *op. cit.*, (note 80), n° 10, p.101-102 (P. Pétel).

B Soinne, *op. cit.*, (note 30), n°1802.

P.-Y. Gautier, F Pasqualini *op. cit.*, (note 46), n°6, p.2, n° 99, p.16.

¹³⁴ Aldo Rizze, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, L.G.D.J. 2007, Paris, n°368, p.364-365.

L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°797, p.551. 例えば、L. Sautonie-Laguionie の論文では、前述した共同担保説に基づいて、倒産手続の機関の集団的利益訴権は債務者の財産（共同担保）を再構成することを目的としている。詐害行為取消権は、債務者を貧困化する詐害行為を排除する機能があり、債権回収の可能性を高めるという倒産債権者の集団的利益と合致している。これに基づいて、倒産手続の機関は、詐害行為取消権を行使できると主張している。

が詐害行為取消権を行使できる事案において、倒産手続の機関（破産管財人）による訴訟を積極的に認めるべきではないという考えがある（以下、「厳格説」という）。その理由は、倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使を積極的に認めると、換金された財産はすべての倒産債権者に配当されることになり、かえって不公平が生じるということにある。なぜなら、一方で、民法上は詐害行為取消権を行使できなかった個別債権者が、倒産手続の機関による（総債権者の利益のための）詐害行為取消訴訟の結果を受益できることになり、他方で、平常時に民法上は詐害行為取消権を行使できる債権者の債権回収の利益が稀薄化されるからである¹³⁵。

この考え方を貫くと、倒産手続において債権の届け出を行った債権者全員が詐害行為取消権を行使する資格を有するということが証明できないければ、倒産手続の機関は詐害行為取消権を行使できないということが導かれる。

なお、厳格説を支持する学説では、倒産手続の詐害行為取消訴訟に對する独占を肯定しているが、一定の範囲に制限すべきであると考えられている。具体的には、倒産の局面において如何に倒産手続の機関の独占訴権の守備範囲を判断するかに関して、集团的利益と個別利益に分けて分析すべきであるという考え方がある（後述四、2（3）で詳述）。

②「集团的利益」を柔軟に理解する考え方（拡張説）

これに対して、倒産債権者の全員が詐害行為取消権を行使できる場合でなくとも、倒産手続の機関による詐害行為の取消請求が認められるという見解がある（以下、「拡張説」という）。この見解では、まず、債権者の集团的利益は、個々の債権者の債権額によって構成されている定量的なものではなく、その外観を超えて解される抽象的な概念であると位置づけられている¹³⁶。それに、債務者と受益者との間に行われた詐害行為が、最終的にすべての債権者の利益を害するため、債権取得の時期が

¹³⁵ F. Derrida, op. cit., (note 131), p.89.

¹³⁶ Michel Cabrillac, L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métémpsychose de la masse des créanciers, Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz 2001, n°9.

詐害行為の前か後かで債権者を区別する必要はないと考えられている¹³⁷。

また、Sautonie-Laguionie は詐害行為取消権を総括的に研究した論文において、前述した「共同担保」に関する議論を基礎として、倒産債権者の「集团的利益」をより柔軟に解すべきであると主張している。彼は、倒産の局面における債権者の「集团的利益」というのは、債務者の財産からの債権回収の可能性を指すと論じている¹³⁸。また、前述した〔７〕判決（2001）は、集团的利益を個々の債権者の利益の総合とする厳格な捉え方を否定した裁判例であると主張している¹³⁹。逆に、集团的利益を個々の債権者の利益の総合として考えると、倒産手続において多くの支障が生じると指摘している¹⁴⁰。

なお、拡張説を支持する学者の中には、倒産手続の機関による独占を認めるが、その任務懈怠がある場合、債権者による行使を認める余地が十分あると考えている者もいる¹⁴¹。

小括

結論として、倒産手続開始後、詐害行為取消権を行使する権限は、債権者のみではなく、倒産手続の機関にも付与されている。

¹³⁷ Arlette Martin-Serf, *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse*, *Mélanges Honorat*, éd. Frison Roche, 2000, p. 148.

Philippe Pétel, Irrecevabilité de l'action paulienne du liquidateur contre une déclaration notariée d'insaisissabilité, note sous Cass. Com., 23 avr. 2013, n° 12-16035, JCP 2013, 767, p.1328.

¹³⁸ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°791, n° 794 p.547-548.

¹³⁹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°798 p.552.

¹⁴⁰ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°795, p.548. 具体的に、倒産手続の機関は、以下の場合において訴訟追行ができなくなり、倒産手続の進行は妨げられている。すなわち、①倒産債権者の中の一員を被告とする場合、②特定債権者の固有訴権に基づいて訴えを提起しようとする場合、③一人又は一部の倒産債権者が債務者の詐害行為から損害を被っていない場合、である。

¹⁴¹ M. Cabrillac, *op. cit.*, (note 136), p. 69.

1985年法より以前の裁判例においては、倒産手続の機関が債権者団体の代表と解されていたため、その訴権は個々の債権者の訴権の成立を前提とする傾向があった（〔4〕（1976）〔5〕（1993）判決参照）。これに対して、1985年法以降の裁判例において、債権者団体という概念の廃止に伴い、倒産手続の機関による詐害行為取消権の行使可否に関しては、争われていた。2005年法による改正では、債権者の「集团的利益」という概念が明文化された。近時の裁判例において、債権者の集团的利益の有無に基づいて判断される傾向がある。しかし、集团的利益の具体的な判断基準については裁判例では判断が分かれている。倒産債権者全員が詐害行為取消権を主張できる場合でないにもかかわらず、倒産手続の機関の詐害行為取消権を肯定した裁判例がある（〔7〕判決（2001）および〔9〕判決（2013）参照）。

学説においては、L.622-20条の趣旨に関して、民事訴訟法の学者の中でも見解が分かれている。その中で「訴訟資格説」及び新たな「集团的利益説」のいずれも、「債権者団体」という概念の廃止によって招致した混乱を十分対応できる。そのため、1985年法以降、倒産手続の機関の訴権の有無を判断する際、商法・倒産法の学者は「集团的利益」及び「共同担保」という概念に基づいて、新たな解釈を試みている。

四 詐害行為取消権の個別的行使と包括的行使の関係

1. 現行法の状況

現行フランス倒産法において、詐害行為取消権の、債権者による行使と倒産手続機関による行使との関係については、以下のようにまとめることができる。すなわち、①債務者の倒産手続の開始により、既に係属中の債権者による詐害行為取消訴訟が影響されることはない、②倒産手続の機関は、倒産手続開始前に係属した債権者の詐害行為取消訴訟に参加することができる、③倒産手続進行中に、個別債権者は詐害行為取消権に基づいて新たな訴訟を起こすことができる。それとともに④債権者の集团的利益のためのであれば、倒産手続の機関も詐害行為取消権を行使できる、という四点である。以下では、まず、倒産手続開始後、詐害

行為取消権の個別債権者による行使と倒産手続の機関による行使は、手続法において如何に位置付けられているかという問題を検討する。

（１）詐害行為取消権の個別的行使と包括的行使

フランスでは、集团的利益を保護するための訴訟追行は、その原告がだれかによって、二つに分けられる¹⁴²。一つ目は、集团的利益訴権の「個別行使 [*ut singuli*]」¹⁴³である。集团的利益訴権の個別行使とは、集団の構成員の一人が第三者に対して訴えを提起し、すべての集団構成員がその訴訟から利益を受ける訴訟を指す。二つ目は、集团的利益訴権の「包括的行使 [*ut universi*]」¹⁴⁴である。集团的利益訴権の包括的行使は、集団が自らの名義で第三者に対して訴えを提起することを意味する。

平常時において、株主代表訴訟は会社訴権の個別行使の典型である。これに対して、会社が自らの会社訴権を行使する場合は、会社訴権の包括的行使となる¹⁴⁵。

倒産の局面においては、債務者会社の訴訟上の権利が剥奪されたため、その当事者適格は倒産手続の機関に移転されている。また、倒産手続の終結は会社の法人格の消滅という結果をもたらす可能性があるため、平常時に株主の利益によって構成されている集团的利益は、清算型倒産手続の開始により、倒産債権者の集团的利益に転換されたと解される。そうすると、前述の三で紹介したすべての債権者が受益できる倒産手続の機関による訴訟追行には、倒産債権者の集团的利益訴権の *ut universi* という性格があると言える。他方、1967年法の下では、一人の倒産債権者が起こした詐害行為訴訟の勝訴の結果により倒産債権者の全員が受益

¹⁴² C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer, *op. cit.*, (note 91), n°315, p.245-246.

¹⁴³ C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer, *op. cit.*, (note 91), n°315, p.245.

¹⁴⁴ Raymond Guillien, Jean Vincent, Serge Guinchard, *Lexique des termes juridiques 2010*, Dalloz, 2015, p.731.

¹⁴⁵ 会社の第三者に対する訴訟が勝訴した場合、その結果としてすべての株主の利益が保護される。株主の視点からみると、会社が原告となる訴訟は、会社訴権の包括的行使「*action sociale ut universi*」である。株主代表訴訟と比べると、会社が自ら「会社訴権」を行使することが会社訴権の本来的行使とも言える。

できるという訴訟追行は、倒産手続における *ut singuli* として位置付けられている（前述二参照）。

そこで、債権者団体が廃止された必然の結果として、1985年以降、倒産手続における *ut singuli* は認められなくなっている（倒産時においても債権者による詐害行為取消訴訟の効果は取消債権者に限って生じる）という見解がある¹⁴⁶。これに対して、2005年法によって設けられた、倒産手続の機関がその任務を怠った場合、監督委員に付与された訴訟追行権（L.622-20条1項後段）は、*ut singuli* の復活のあらわれであると考ええる見解もある¹⁴⁷。

（2）問題の所在

倒産手続開始後、個別債権者による詐害行為取消訴訟は、倒産手続の機関による訴訟と同様に、すべての倒産債権者が受益できる集団的效果を有するとされていた1967年法の下で、債権者の個別訴権と手続機関の集団的利益訴権との間の優先順位を決めることはさほど重要ではなかった。しかし、現行法の下では、債権者の詐害行為取消権請求が認められると、取消債権者に限って対抗不能の効果が生じる。つまり、現行法においては、倒産手続開始後、債権者の訴権と倒産手続の機関の訴権の両方とも認められる場合、そのどちらを優先させるかによって、個々の債権者が受ける弁済額に影響が出る。

本稿の最後の部分で究明したい課題は、倒産手続開始前に個別債権者による詐害行為取消訴訟がなかった場合、倒産手続開始後に、債権者の個別訴権と倒産手続の機関の訴権、どちらを優先させるべきかという問題である。この問題は、債権者平等の原則と倒産手続自体の効率性につながるため、慎重に検討する必要がある。

2. 学説の到達点

厳密に言うと、これまでの裁判例において、倒産手続開始後、個別債権者の詐害行為の取消請求と倒産手続の機関の詐害行為取消の訴えとが

¹⁴⁶ A. Rizze, op. cit., (note 134), n°369, p367.

¹⁴⁷ M. Dols-Magneville, op. cit., (note 124), n°28, II, B.

同時に提起され、その優先順位が争われた事例はなかった。しかし、詐害行為取消権の債権者による行使と倒産手続の機関による行使の両方が認められているフランス法では、今後、債権者代位権と積極財産不足責任訴権の場合と同様に、両者の優先性について争われる可能性は否定できない。以下では、詐害行為取消権の事例に絞って債権者の個別訴権と集団的利益訴権との関係をめぐるフランスの学説を整理する。

（１）倒産手続の機関の集団的利益訴権優位説

債権者による詐害行為取消訴訟に比べて、倒産手続の機関による訴訟の優位を認める見解がある¹⁴⁸。

その理由としては、まず、倒産手続の効率性への重視が挙げられる¹⁴⁹。また、倒産手続が開始されると、集中原則〔*principe collective*〕が発効し、債権者の集団的利益を保護するための訴権は、倒産手続の機関に専属することになると考えられる¹⁵⁰。加えて、「詐害行為取消の倒産手続の機関による包括行使は、最終的に債権者の共同担保の再構成に資する効果があるため、集団的利益訴権の一つとして考えられ、L.622-20条に基づいて、その優位を認めるべきである」という指摘もある¹⁵¹。

なお、倒産手続の機関の訴権の独占の地位を認める前提で、債権者の利益保護という立場から、倒産手続の機関がその責任を怠った場合、もしくは倒産手続の機関の総債権者の利益の最大化という職務と矛盾しない場合、債権者による個別行使を認める余地があると論じられている¹⁵²。

（２）債権者の個別訴権優位説

債権者の詐害行為取消権に優位を認める見解がある。それは、①債権者が詐害行為取消権を行使できなければ、倒産手続の機関も詐害行為取消権を行使できないこと（〔５〕判決（1993）参照）、②倒産手続の機関は

¹⁴⁸ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°791 p.547. n°798 p.552.

A. Martin-Serf, *op. cit.*, (note 137), p. 148.

¹⁴⁹ A. Martin-Serf, *op. cit.*, (note 137), p. 154.

¹⁵⁰ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n°791 p.547. n°798 p.552.

¹⁵¹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, (note 116), n° 794, p.548.

¹⁵² A. Rizzo, *op. cit.*, (note 134), n°368, p.364-365.

債権者の意思に背いて詐害行為取消権を行使することができないこと（〔4〕判決（1976）参照）、及び③債権者の詐害行為取消権は倒産の局面における個別権利行使の停止原則によって規制されていないことから、導かれた考え方である¹⁵³。この見解では、倒産手続の機関は、債権者を補助〔associer〕する立場に立っている。極端に言うと、債権者団体の中で詐害行為取消権を行使できる債権者が一人いれば、当該債権者が自ら詐害行為取消権を行使しなかった場合、債権者を補助するために倒産手続の機関による訴訟追行が可能であるということとなる。

（3）折衷説

そのほかに、フランスの詐害行為取消権は、個別債権者の損害回復（個別効）と倒産手続における集団的利益保護という二つの側面を兼ねているという見解がある（以下、「折衷説」という）¹⁵⁴。この考え方に従うと、倒産手続において、「集団的利益」を保護する目的で訴えを提起したということが証明できれば、倒産手続の機関の倒産関連訴訟に対する独占が認められる。逆に、これが証明できない場合、債権者による個別行使を優先すべきである。つまり、倒産手続の機関は、債権者の集団的利益を保護する場合に限って詐害行為取消権を行使できる。

折衷説の中には、債権者の訴権と倒産手続の機関の訴権との関係という問題に関して、個別利益と集団的利益の場合、言い換えれば個別損害

¹⁵³ C. Pizzio-Delaporte, *op. cit.*, (note 1), n° 32, p.726.

F. Derrida, *op. cit.*, (note 131), p.89.

¹⁵⁴ P.-M. Le Corre, *op. cit.*, (note 10), n° 621.311, p.1915.

A. Jacquemont et R. Vabres, *op. cit.*, (note 11), n°664, p.401.

F. Pérochon, *op. cit.*, (note 11), n°1470, p.673.

Bertrand Fages, *Droit des Obligations*, 5^e éd, L.G.D.J.2015, n°531, p.421.

Corinne Regnaud-Moutier, La donation effectuée en période suspecte peut être attaquée par une action paulienne de la part du créancier et du liquidateur, note sous Com. 10 nov 2009, n°08-13346, NP; *Act. Pro.coll.* 2010/1, n°3 p.3.

Jean-Pierre Sortais, Procédures collectives et action paulienne, note sous Com. 10 nov 2009, n°08-13.346, NP; n° 1024 F-D; *LPA* 8 mars 2010, n°47, p.15 et s.

と集团的損害の場合に分けて分析すべきであるという考え方がある¹⁵⁵。具体的には、(i)損害は、すべての債権者が共有する損害である場合、その損害を回復するための訴訟追行は手続機関の独占の権限であり、詐害行為取消権が倒産手続の機関に専属するものになり、債権者による個別行使が排除される。(ii)損害は、他の債権者が被った損害と峻別できる個別損害もしくは単一類型の債権者のみが被った損害であれば、個別債権者の訴権を優先的に認めて、倒産手続の機関の詐害行為取消権を制限すべきである、と考えられている。その上で、個別利益と集团的利益について、例えば、前述した〔２〕判決（1996）においては、強制売却の対象となる不動産はもっぱら租税債権の債権者のために供するものであり、不動産の売却行為の取消しを求めた租税債権者は、他の債権者の利益と区別できる個別利益のために詐害行為取消権を行使したと考える見解がある¹⁵⁶。また、公証差押禁止宣言の事例において、差押禁止宣言の対象となる不動産はもとより倒産手続から排除された財産である。この財産は、すべての倒産債権者のための共同担保の構成要素ではないため、当該財産を対象とする訴訟も集团的利益訴訟とは言えないと論じられている¹⁵⁷。こうしてみると、折衷説は、債権者の「集团的利益」を厳格に解釈する（前述の三 2（2）（3）参照）傾向がある。そこで、実際に債権者の「集团的利益」は、「一般債権者」又は「劣後債権者」の利益と解されていると言えよう。

しかし、詐害行為取消権の事案において、特に不動産の場合、個別利益と集团的利益を特定・区別するには困難があるという批判がある¹⁵⁸。

小括

倒産手続開始後、債権者と倒産手続の機関のそれぞれの詐害行為取消権は如何なる関係にあるかの問題については、上に述べたように、①倒

¹⁵⁵ C. Regnaut-Moutier, op. cit., (note 154), n°3 p.3.

¹⁵⁶ C. Regnaut-Moutier, op. cit., (note 154), n°3 p.3.

¹⁵⁷ P.-M. Le Corre, op. cit., (note 105), n° 3, p. 214.

¹⁵⁸ Y. Guyon, op. cit., (note 50), p.27-29.

産手続の機関の訴権を優先とする、②債権者の訴権を優先とする、および③個別利益と集团的利益の場合に分けて判断するという三つの考え方がある。①と②の見解は、それぞれ倒産手続の機関の詐害行為取消権に対する独占を肯定する見解と、それを否定する見解(前述の三の2.(3)参照)との共通性が見られる。③の見解は、「集团的利益」を厳格に捉える観点に近い。フランスでは、③の見解を支持する学者が多くみられるが、詐害行為取消権の事例における個別利益と集团的利益を如何に特定するかの問題がその難点である。

要するに、フランス法において、総債権者の集团的利益を保護するために倒産手続の機関に付与した集团的利益訴権は、債権者の個別訴権を完全に排除しているわけではない。特に、詐害行為取消権の事例において、倒産手続の機関の当該訴権に対する独占は一定の範囲に抑えられている。

おわりに

1. フランス法のまとめ

以上のように、本稿では、フランス法の裁判例と学説を踏まえて、倒産手続の開始後、詐害行為取消権の個別債権者による行使と倒産手続の機関による行使、及び両者の関係を考察した。この問題に関するフランス法の対処は、次のようにまとめることができる。

一方では、フランス民法典における詐害行為取消権は、その個別的對抗不能の効果により、個別の債権回収の手段として機能している。このような特徴は、倒産手続における詐害行為取消権の処遇にも影響を与えている。具体的に、個別債権者が提起した詐害行為取消訴訟は倒産手続が開始しても中断せず、倒産手続の機関に受継されることもない。倒産手続進行中に、個別債権者は新たな詐害行為取消訴訟を提起することも否定されていない¹⁵⁹。

¹⁵⁹ 倒産手続終結後、債権者はその残余債権に基づいて詐害行為取消権を行使できるとされている。それは、債務弁済を目的とする倒産手続の終結は、対抗

他方では、倒産手続開始後、一定の条件が満たされる場合、民法上の詐欺行為取消権を行使する権限は、倒産手続の機関にも付与されている。比較法的観点からみると、倒産手続の機関に詐欺行為取消権を行使する独自の資格の付与は、不思議なことだと思われる。しかし、このような取り扱いは債権者団体の法主体性を認める伝統があり、「訴権の裁判上の代理」ないし「集団的利益訴権」など独自の理論が整備されているフランス法にとっては、なじみのあるものであろう。また、「疑わしき期間無効」という制度の規制範囲よりも、民法上の詐欺行為取消権のほうに規制対象の範囲が広がっているという不都合を解消したことからは、その意義を見出すことができる。

ところが、債権者の利益保護という色彩が強かったイメージを変え、債権者の再生を重視する手続に転換するために、1985年法は債権者団体という概念を廃止した。その後、倒産手続の機関が債権者団体の代表として、債権者の訴権を包括的に行使することの正当性が批判され始めた。しかし、手続の効率性を保障するために、倒産手続の機関が倒産を機に派生した訴訟を包括的に処理する必要がある。そのため、フランスの学説においては、債権者団体の代わりに、債権者の「集団的利益」という概念を用いて、新たな解釈が試みられている。ただし、詐欺行為取消権は倒産手続の機関に絶対的に専属するものではなく、ほかの債権者と区別できる個別利益があれば、債権者は倒産手続外で詐欺行為の取消を求めることができる。本稿では、このような制度設計のメリットとして、①取引相手たる一般債権者の連鎖倒産の防止、②個別債権者の利益を救済する手段の多様化¹⁶⁰、③倒産手続の機関の職務遂行を監督すること等

不能訴権たる詐欺行為取消権の消滅という結果をもたらさないからである。A. Jacquemont et R. Vabres, *op. cit.*, (note 11), n° 662, p.400. この点を明らかに示した裁判例としては、以下のものがある。Com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232, P IV, n° 214; D 2005. AJ 2873, obs. Lienhard; D 2006. Somm. 83, obs. Le Corre; JCP E 2006, Chron. 1569, p.673, n° 11, obs. P. Pétel.

¹⁶⁰ 日本法と比べると、フランス倒産法においては、倒産手続の機関の任務懈怠により債権が全額回収できなかったことで損害を被った債権者は、倒産手続の機関の任務懈怠責任を追及することのみならず、倒産手続進行中においても自らの訴訟追行によって救済を求める機会が与えられている。

があると考えている。

以上をまとめると、フランスでは、倒産手続開始前にすでに係属している詐害行為取消訴訟が、倒産手続開始後、直ちに、集団的効果を有する訴訟に変えられないと解されている。そこでは、民法上の詐害行為取消権の一般理論に対する尊重が示されている。これに対して、倒産法において特別訴権（否認権）の守備範囲が限られている場合、民法の規定が柔軟に適用され、倒産手続の機関による権利行使は可能となっている。

実は、詐害行為取消権という訴権自体は多面的・複合的な制度であり、倒産手続における詐害行為取消権の行使可否という問題を検討する際、その性質、訴訟の構成、要件、効果等様々な要素を含めて考えなければならない。1985年法による改正以降に形成してきたフランスの解決策では、民法上の詐害行為取消権の対抗不能訴権の特徴を示している一方で、訴訟法上の理論に基づいて倒産手続の機関による包括的行使が維持されている。最近の裁判例においては、債権者の「共同担保」の概念に基づいて、倒産手続の機関の訴権が柔軟に認められている。このようなところから、フランス法の対応は日本法と接近する傾向も見られる。

2. 日本法の課題

日本法では、2020年4月1日に施行された改正民法（債権法）425条において「取消しの請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有する。」と規定されている。本稿では、同規定の趣旨をどう理解すべきかについて、まだ議論の余地があると考えている。仮に、その趣旨を、改正前民法425条と同様に原則として取り戻された財産を債務者の財産に組み入れ、すべての債権者に分配するという集団的効果として解すと、日本の詐害行為取消訴訟は、1985年法以前のフランス倒産法で認められていた債権者の集団的利益訴権の *ut singuli* と類似するものであるといえよう。日本法において、債権者が提起した詐害行為取消訴訟は倒産手続の進行を妨げるというよりは、むしろ倒産手続の利益と一致するように思われる。しかしながら、日本倒産法においては、倒産手続の開始により、係属中の詐害行為取消訴訟が中断されることになる（破産45条、民再40条の2、会更52条の2）。破産

管財人は、中断した詐害行為取消訴訟を受継することもできるが、自ら否認権訴訟を提起することもできる¹⁶¹。

こうしてみると、フランス法と比べて、すくなくとも詐害行為取消権の事案において、日本の破産管財人の権限は、比較的広いということが言える。しかし、破産管財人が常に否認権の行使等によって積極的に債権者の利益を保護できるとは限らない。現行法の下で、全額弁済を受けなかった債権者の損害を填補するためには、破産管財人に善管注意義務違反に基づく損害賠償責任（日本破産法85条2項）を負担させる、もしくは役員に会社法上の第三者に対する責任（会社法429条）を負担させる、といった手段が考えられる。本稿では、このような対応のみでは不十分であり、倒産手続の機関の職務遂行を監督するためにも、また、債権者が自らの利益を守る機会を与えるためにも、債権者による詐害行為取消権行使の余地を残す必要があると考えている。

この点に関して、日本では、倒産手続開始後に個別債権者による詐害行為取消権を行使できるかという問題について明文規定が設けられておらず、議論の余地が残されている。大判昭和4年10月23日民集8巻787頁は、破産手続進行中に、破産債権者が提起した詐害行為取消訴訟を不適法として却下した。東京地判平成19年3月26日判時1967号105頁により、民事再生手続進行中の詐害行為取消請求が棄却された。学説では、否定説¹⁶²が圧倒的に多いが、肯定説¹⁶³も存在する。まず否定説の主要な

¹⁶¹ 破産管財人が詐害行為取消訴訟を受継した場合、請求の趣旨を変更して否認訴訟（日本破産法160条）に切り替える可能性も議論されている。山本克己＝小久保孝雄＝中井康之〔編〕『新基本法コンメンタール破産法』（日本評論社・2014）130頁〔池田辰夫〕、兼子一監修・三ヶ月章＝竹下守夫＝霜島甲一＝前田庸＝田村諄之輔＝青山善充〔著〕『条解会社更生法（中）』（弘文堂・1973）222頁、231頁を参照。

¹⁶² 伊藤眞ほか編『注釈民事再生法（上）〔新版〕』（きんざい・2002）439頁〔山本和彦〕。伊藤眞監修『新注釈民事再生法（上）〔第2版〕』（きんざい・2010）211頁〔深山雅也〕。園尾隆司＝小林秀之『条解民事再生法〔第3版〕』（弘文堂・2013）219頁〔河野正憲〕。

¹⁶³ 旧和議法の時代において、相当異質な否認権制度しか設けられていなかった背景下で、詐害行為取消権と否認権の併存説を論じている見解として、麻上

理由としては、①民法上の詐害行為取消権と否認権との共通性、②破産財団の管理処分に関する訴訟の当事者適格が破産管財人に移転すること、③債権者による詐害行為の行使は個別的権利行使の禁止に抵触するものであること、という三つが挙げられる¹⁶⁴。本稿で検討してきたように、フランスでは、債権者の第三者に対する訴訟における原告適格は、債務者の倒産手続の開始により、ただちに倒産手続の機関に移転することはできない。もっとも、日本の詐害行為取消訴訟は、受益者又は転得者が被告となる訴訟であるが、集団的効果を原則としている（改正民法425条）点から、否認権と共通しているところがある。そして、この点で、日本の詐害行為取消権は、現代フランス法における詐害行為取消権と区別されている。議論の前提が異なるため、当事者適格の移転という問題について、日本法でもフランス法と同様な結論が導かれるかどうかは疑問である。前述した理由②は、管財人が債務者の財産に対する管理処分権を持つこと（日本破産法78条1項）から導かれた考え方であろう。この考え方において、破産管財人の権限に吸収される訴訟追行権の範囲は、現に確定できる破産財団に関する訴えだけでなく、将来的に債務者の責任財産に組み入れる可能性のある財産に関する訴えまで拡張されている。それに伴い、「個別的権利行使の禁止」という原則に対する解釈においては、日仏法の相違点が見られる。

ただし、改正民法で新設された424条の9により、被保全債権が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものである場合の「事実上の優先弁済効」が明文化されている。改正民法424条の9が想定する場面において、詐害行為取消訴訟は個別的な債権回収の手段として期待されている。少

正信＝谷口安平編『注解和議法〔改訂〕』（青林書院・1993）239頁〔宗田親彦〕が挙げられる。改正法以降の肯定説として、①否認権が認められない場合に限定すべき考え方として、宗田親彦「否認権制度と問題点（下）」銀法577号27頁）、および②否認権と詐害行為取消権の異質性の点から倒産手続における詐害行為取消権の行使を肯定する見解（園尾隆司「否認の手続と否認訴訟」伊藤眞ほか『倒産法の実践』（有斐閣・2016）340頁、佐藤鉄男「倒産手続と詐害行為取消権—否認権との併存可能性—」『民事特別法の諸問題（第六巻）』（第一法規・2020）796頁以下がある。

¹⁶⁴ 山本＝小久保＝中井・前掲注（161）116頁〔垣内秀介〕。

なくとも、倒産手続の開始により、同条を適用した詐害行為取消訴訟の原告適格が破産管財人に移転するということは論理的に成り立ちにくいといえる。しかし、現行日本破産法の下で、全ての詐害行為取消訴訟は、債務者の倒産手続の開始により中断され、破産管財人によって受継さる（日本破産法45条）。その場合、取消債権者は自らに対する金銭の支払又は動産の引渡しの利益を失うおそれがある。そこで、訴えを提起した取消債権者の訴訟上の利益を如何に保障すべきかの問題について、改正民法と相まって、日本破産法45条の趣旨とその妥当性を改めて検討する必要がある。

本稿は、フランス倒産手続における詐害行為取消権の処遇にかかわる制度設計は、倒産実体法と倒産手続法の一貫性を保つことにおいて示唆的であると考えている。日本では、改正民法（債権法）の実施に伴い、詐害行為取消権の規律が大きく変わったため、倒産手続開始後、詐害行為取消権の行使という問題を再検討する必要がある。その検討については別稿に譲ることにしたい。

＊この論文は、平成31年度科学研究費助成事業（研究活動スタート支援）「フランス倒産手続と債権者個別訴訟との関係——管財人の訴訟上の地位という視座から——」課題番号19K20850による研究成果の一部である。

複数人の事実的共働による 身分犯の実現に関する理論（２）

岡 部 天 俊

目 次

序章 はじめに

第 1 章 正犯概念と共犯概念

第 1 節 客観的帰属の質的相違としての正犯と共犯

第 2 節 共同正犯の位置づけ

第 3 節 各則構成要件による正犯概念の拡張

第 2 章 身分犯概念とその具体的内容

第 1 節 身分犯の定義

第 1 項 刑法65条から導かれる身分犯の特殊性

第 2 項 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要素としての身分

第 2 節 Sonderdelikte 概念と身分犯概念

第 1 項 ドイツおよびスイス

第 2 項 オーストリア

第 3 項 小括 (以上、71巻2号)

第 3 節 身分犯概念の具体的内容

第 1 項 主観的要素

第 2 項 消極的な主体要素

第 3 項 法文上明示されない主体要素

第 4 項 構成要件該当行為の一部なのか
身分なのかが問題となる要素

第 5 項 混合法規 (Mischgesetze) と身分

第 6 項 行為環境の限定による
反射的な行為主体の限定 (以上、本号)

第 3 章 身分犯固有の無価値発生機序

第４章 身分犯の単独正犯としての實現

第５章 身分犯の共犯としての實現

終章 おわりに

第３節 身分犯概念の具体的内容¹

第１節では、身分犯の定義を再確認した。すなわち、身分犯とは、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要素としての身分を構成要件要素とする犯罪類型である。しかし、こうした身分犯の定義だけをもって、個別具体的な犯罪類型が身分に該当するか否かを判断することは極めて困難である。それゆえにこそ、従来、様々な犯罪類型において身分犯か否かについての争いが引き起こされてきたものとも思われる。そこで、本章では、身分犯性が問題となる局面の各類型に応じた、身分犯性を判断するための下位基準を演繹していくというアプローチで、身分犯概念の具体的内容について検討することとする²。

第１項 主観的要素

（１）総説

既述のとおり、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。とすれば、「一定の主観的状态の者」というかたちでの行為者の特徴づけも十分あり得るということになる。したがって、身分としての主観的要素は存在し得る。とはいえ、身分としての主観的要素が存在し得るのだとしても、すべての主観的要素が身分にあたるわけではないということは、広く共有されてきたように

¹ 個別具体的な要素の身分性について判断を示した判例および学説の展開については、岡部天俊「身分犯概念の再構成とその具体的内容をめぐる考察（１）」北法68巻4号（2017年）150頁以下参照。

² なお、ある一つの要素について本章における下位基準を複数用いなければならない場合もあるが、どの下位基準も、それに適合しない要素が身分たり得る可能性を否定するものであるから、ある下位基準には適合するが別の下位基準には適合しないような要素は、身分性が否定されることになる。

思われる。たとえば、故意や各種予備罪における目的、各種偽造罪における行使の目的などが身分にあたと正面から主張する見解がほとんど見られないことは、このことを示しているといえよう³。したがって問題は、いかなる主観的要素が行為者を特徴づけているといえるのかということである^{4・5・6}。

(2) 判断基準の展開

(a) 客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素

——客観的構成要件該当行為との対応性の基準

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。したがって、主観的要素の身分性の判断も、それが構成要件該当行為自体に属する要素なのか、あるいはそうではなく、

³ 佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義(その2)」警論68巻4号(2015年)147頁も、「単なる主観的意図や目的を『身分』概念に取り込むならば、各種偽造罪(148条以下)でいう『行使の目的』はもちろん、故意や過失までが身分となりかねない」と指摘する。さらに、日高義博「共犯と身分」川端博先生古稀記念(上巻)(成文堂、2014年)757頁参照。

⁴ Hoyer も指摘するように、すべての主観的要素が行為主体の人格に関係するという意味において一身の (*persönlich*) であるといえるから (vgl. Andreas Hoyer, in: Hans-Joachim Rudolphi et al. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 35. Lfg., 2001, § 28 Rn. 17)、そのような意味での一身性を身分性の基準とすればすべての主観的要素が身分にあたるということになってしまい、故意や各種予備罪における目的、各種偽造罪における目的までもが身分に該当することになりかねないであろう。

⁵ 判例においても、こうした問題意識が垣間見える。すなわち、大判昭和9・12・17刑集13巻1743頁は旧競馬法における「業として」という主観的要素を「犯罪行為の態様」と解して身分性を否定したのに対し、最判昭和42・3・7刑集21巻2号417頁は旧麻薬取締法における「営利の目的」という主観的要素を「犯人の特殊の状態」として身分性を肯定しており、犯罪行為自体に属する主観的要素と行為者の人格に属する主観的要素との区別を前提としているのである。

⁶ オーストリア刑法14条における「特別の一身の資格又は関係」と主観的要素の関係をめぐっては、vgl. Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 24; Hebert Wegscheider, Die Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, ÖJZ 1979, S. 66; OGH EvBl 1995/99.

その行為主体に属する要素なのかに依存することになる。そこで、いかなる主観的要素が構成要件該当行為自体に属するのかを探るべく、行為の構造に目を向けてみる。

行為は一般に、客観的側面と主観的側面によって構成されるものと解されている⁷。こうした理解を前提とすれば、行為の客観的側面と対応する意思（行為意思）は行為の内部的側面として把握されることになる。このような考え方は、刑法規範による規制の対象を人間の行為に限定するという「行為」概念の機能から導かれるものである⁸。そうすると、行為の客観的側面と対応する意思は、行為の主観的側面として行為自体に内在するということになる。換言すれば、行為の客観的側面と対応する意思は行為そのものの一部をなしているということになる。

以上のことは、構成要件該当行為についても同様である。すなわち、客観的構成要件該当行為と対応する意思は、構成要件該当行為自体に内在する要素であるということになる。よって、客観的構成要件該当行為⁹と対応する意思は、構成要件該当行為自体を特徴づける要素であり、身分にはあたらないということになる（客観的構成要件該当行為との対

⁷ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、第2版、2018年）264頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（成文堂、第3版、1995年）86頁、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（有斐閣、増補版、1959年）143頁、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）43頁など。

⁸ 井田・前掲注（7）246頁。

⁹ なお、ここでの客観的構成要件該当行為とは、狭義の行為（身体的動静）としての客観的構成要件要素だけでなく、行為の不法に影響を与える客観的構成要件要素すべてを含むものである（したがって、いわゆる所為像（Tatbild）に該当する行為である（vgl. *Otto Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kap. 9 Rn. 10)）。なぜなら、狭義の行為としての身体的動静も、そこから生ずる結果やその主体に備わる身分によって刑法上意味づけられるため、そうした要素が行為意思の内容に含まれているか否かによって、行為の主観的側面が変わってくるからである。したがって、客観的な身分を構成要件要素とする身分犯における故意のうち身分に対応する部分にも、客観的構成要件該当行為との対応性が認められることになる（ただし、責任身分は、そもそも故意の対象ではない（vgl. *Triffterer*, a. a. O., Kap. 9 Rn. 10)）。

応性の基準)。それゆえに、客観的構成要件該当行為と対応する意思の内容の問題としての既遂罪における故意や故意の内容に関する主観的要素(知情など)は、身分にあたらないうことになるのである。

(b) 一見客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的要素 ——仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準

では、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素(主観的超過要素)のすべてが身分にあたるのかといえ、そうではない。一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であっても、実質的には客観的構成要件該当行為と対応するものが多数存在するからである。

その典型は、未遂罪における故意および予備罪における目的である。これらの主観的超過要素が客観的構成要件該当行為と対応していないのは、犯罪成立時期の早期化のために、一部の客観的構成要件要素の実現が断念されたからであるにすぎない。したがって、これらは、本来は客観的構成要件該当行為と対応する主観的要素であり、立法者が犯罪成立時期を早期化した結果として一部の客観的構成要件要素との対応関係を失われたにすぎない。それゆえ、こうした主観的要素は、構成要件該当行為そのものに内在するものであり、行為主体を特徴づける機能を有しているわけではないということになる¹⁰。

このことは、未遂罪における故意および予備罪における目的以外の多くの主観的超過要素においても妥当することになる。未遂罪における故意および予備罪における目的以外の主観的超過要素を含む犯罪の中にも、本来は行為者自身または他人によるさらなる行為の遂行もしくはさらなる結果の発生によって初めて成立するという性格を持つものの、犯罪成立時期の早期化のために、それらの実現が断念されたものが存在す

¹⁰ ドイツ連邦通常裁判所(以下、BGHという)は、「単なる既遂時期の早期化(bloße Vorverlagerung des Vollendungspunkts)によって、それがなければ明らかに行為関係的(tatbezogen)である要素が行為者関係的(täterbezogen)なものになるということとはあり得ない」(BGHSt 55, 229)と判示したが、犯罪成立時期の早期化が要素の行為関係性を変更しないのと同様、犯罪成立時期の早期化は要素の非身分性を変更しない。

る。こうした犯罪の存在は、特にドイツでは古くから指摘されている¹¹。以下ではこうした犯罪を、実質的には本来想定されていた犯罪の未遂または予備の段階にすぎないものが独立の既遂罪として規定されているという意味において、「実質的な前既遂罪」¹²という。実質的な前既遂犯における主観的超過要素も、本来は客観的構成要件該當行為と対応する主観的要素であり、立法者が犯罪成立時期を早期化した結果として一部の客観的構成要件要素との対応関係を失わされたものにすぎない。したがって、実質的な前既遂罪における主観的超過要素も、未遂罪における故意および予備罪における目的と同様に、そもそも行為者を特徴づける機能を有していないということになる。

¹¹ *Karl Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Band, 2. Hälfte, 1916, S. 1163 ff.; *Albin Eser/Björn Burkhardt*, Strafrecht I, 4. Aufl., 1992, 7. Fall Rn. 32 ff.; *Klaus Gehrigh*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S. 33 ff., 45 ff. u. 79 ff.; *August Hegler*, Anm. zum Urt. des RG v. 3. 4. 1922, JW 1923, S. 609; *Theodor Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, S. 1894; *Marios Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung, 2004, S. 74; *Rudolf Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2014, § 16 Rn. 5 ff.; *Erich Samson*, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, S. 453; *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 133 ff.; *Tobias Witzigmann*, Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA 2009, S. 490 f. なお、短縮された二行為犯（不完全二行為犯）および断絶された結果犯という目的犯類型に言及する国内の文献として、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）124頁などがあるが、これらの目的犯類型はまさに、犯罪成立時期早期化のために一部の客観的構成要件の実現が断念されたものであるといえよう。

¹² *Joecks* はこうした犯罪を「偽装された未遂構成要件 (*verkappte Versuchstatbestände*)」と表現する (vgl. *Wolfgang Joecks*, in: *ders./Klaus Mießbach* (Hrsg.), Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2011, § 28 Rn. 36)。もっとも、*Stratenwerth/Kuhlen* が指摘するように、本来の犯罪の予備 (Vorbereitung) 段階が目的犯というかたちをとって独立の既遂罪として処罰されることもあり得るため (vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, a. a. O. (Fn. 11), § 8 Rn. 134)、本稿では未遂罪のみならず予備罪をも含む趣旨で「前既遂罪」としている。

以上のように、一見客観的構成要件該当行為と対応しない主観的要素であっても、実質的には客観的構成要件該当行為と対応するものが存在するのである。こうした主観的要素はいわば、——犯罪成立時期の早期化がなければ客観的構成要件該当行為として規定されていたはずの——仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものであって、行為主体を特徴づける機能を有していないため、身分にはあたらないということになる（仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準）。そして、主観的超過要素が仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するか否かは、その主観的超過要素の内容の実現が、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するか否かによって決せられることになる¹³⁻¹⁴。

これに対して、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係が認められない主観的超過要素¹⁵は、「そうした主観的状态の者」というかたち

¹³ Hoyerが超過的内心傾向の行為者関係性 (Täterbezogenheit) を判断する際に用いる、「追求された外界事象 (angestrebtes Außenweltereignis) が発生した場合に (共に) 保護される法益の追加的な侵害 (zusätzliche Beeinträchtigung (mit)geschützter Rechtsgüter) を表現するかどうか」という基準 (vgl. Andreas Hoyer, Zur Akzessorietät der Teilnahme bei überschießenden Innentendenzen, GA 2012, S. 128) と、かなり近いものとなろう。

¹⁴ ある主観的超過要素が法益侵害性を高めるものと理解される場合、そこにはさらに大別して二つのヴァリエーションが含まれている。その一つは「その存在によって典型的に構成要件的行為そのものの法益侵害性が高まる」場合であり、もう一つが「その実現が保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味する」場合である。その内容が直接的には保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではない前者の主観的超過要素のみが身分にあたることになるため、身分犯性の判断においては、主観的超過要素が構成要件に現れるに至る機序が重要となる。

¹⁵ Fuchs/Zerbesは、所為像の実現を超えて伸び出た故意 (über die Tatbildverwirklichung hinausreichender Vorsatz) ではない、すなわち更なる法益侵害に対する故意 (Vorsatz auf eine weitere Rechtsgutsbeeinträchtigung) ではない、目標 (Ziel)・動機 (Motiv)・心情 (Gesinnung) といった客観的構成要件実現の際における行為者の特定の意思方向 (bestimmte Willensrichtung des Täters bei der Verwirklichung des Tatbildes) を、「強化された内心傾向 (intensivierte Innentendenz)」と呼ぶが (Helmuth Fuchs/Ingeborg Zerbes, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, 10. Kapitel Rn.

で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要素であり、身分にあたるということになる^{15a・16・17}。

（３）判断基準からの帰結

（a）判例との関係

本稿の基準によれば、旧競馬法14条3号における「業として」を身分にあたらないと判断した大審院判例¹⁸、公職選挙法235条2項における「当選を得させない目的」や毒物劇物取締法3条3項における「販売の目的」を身分にあたらないと判断した下級審裁判例¹⁹は、結論としては妥当であったといえよう。これらの主観的要素の内容の実現はまさに、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味し、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係があると考えられるからである。

また、旧麻薬取締法64条2項における「営利の目的」を身分にあたると判断した最高裁判例²⁰も、結論としては支持することができる。営利の実現自体は保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するものでは

61)、これはまさに、(仮想的な客観的構成要件該当行為と対応しないがゆえに)身分にあたる主観的超過要素と重なるものと思われる。

^{15a} 同旨の見解として、松原芳博「目的犯と共犯」研修864号(2020年)4-5頁。

¹⁶ こうした主観的超過要素は、公務員などの客観的な身分と同様、いわば構成要件該当行為の外部から構成要件該当行為の評価に影響を与える要素であるといえる(vgl. *Wegscheider*, a. a. O. (Fn. 6), S. 66)。

¹⁷ *Triffterer* も、オーストリア刑法141条1項における「困窮から(aus Not)」、「無頓着から(aus Unbesonnenheit)」、および「欲望を満足させるため(zur Befriedigung eines Gelüstes)」、ならびに、同法150条1項における「困窮から(aus Not)」といった動機が、同法14条2項における「特別の一身の資格又は関係にあたりと解しているが(a. a. O. (Fn. 9), Kap. 16 Rn. 419)、これらはまさに、仮想的な客観的構成要件該当行為との対応関係が認められない主観的超過要素であるといえる。

¹⁸ 大判昭和9・12・17刑集13巻1743頁。

¹⁹ 順に、東京高判昭和53・5・30高刑集31巻143頁、東京地判昭和62・9・3判時1276号143頁。

²⁰ 最判昭和42・3・7刑集21巻2号417頁。

ないからである²¹。また、ストーカー行為罪（ストーカー規制法13条、同法2条）を身分犯とした下級審裁判例²²も、「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」は、その内容が現実化したとしても、保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するわけではないと考えるならば、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応するものではないから、少なくとも結論としては妥当であろう²³。もっとも、「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する」という目的の内容が、一見すると保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味していないとしても、さらなる法益侵害や危殆化をパラフレーズしたものにすぎないとの理解もあり得、そのように考えるならば、ストーカー行為罪を身分犯とした結論は不当であるということになる。

営利目的拐取罪（225条）における「営利の目的」を身分でないと判断した大審院判例²⁴については、支持することはできない。たしかに、「営利」を被拐取者の自由を侵害することによる営利というかたちで限定的に解釈するならば²⁵、「営利の目的」も、同条におけるその他の目的と同様に、その内容の実現が仮想的な客観的構成要件該当行為における保護法益の侵害を意味することになるため、身分ではないということになる。しかし、大審院は単なる報酬目的をもって「営利の目的」を認定してい

²¹ 平野・前掲注（11）128-129頁も、法益を侵害するような客観的事実を内容としない主観的要素を「心情要素」と定義した上で、旧麻薬取締法における「営利の目的」を心情要素としている。

²² 東京地立川支判平成26・3・6LLI/DBL06930064、東京地立川支判平成26・4・16LLI/DBL06930256。

²³ 同目的は、それを備える行為者による各種行為が特に危険であることから規定されたものと解されるが、その内容自体が保護法益のさらなる侵害ないし危殆化を意味するとはいえない。前掲注（14）参照。

²⁴ 大判大正14・1・28刑集4巻14頁。

²⁵ こうした解釈を採用するものとして、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（成文堂、第7版、2018年）89頁。

るため、そのような考え方を前提としていないであろう²⁶。「営利の目的」を、その実現が必ずしも法益侵害を意味しない内容のものと解する以上、同目的は仮想的な客観的構成要件該当行為と対応せず、身分にあたるということになる。

（b）その他の要素

客観的構成要件該当行為との対応性の基準からは、既遂犯における故意や取得後知情行使等の罪（152条）における「それが偽造又は変造のものであることを知って」などは身分にあたらないことになる²⁷。

仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準により身分にあたらない主観的要素は、刑法典上のものに限定したとしても、きわめて多数となる。その反面、同基準により身分にあたる主観的要素は、比較的少数である。同基準により、身分にあたらない主観的要素および身分にあたる主観的要素の概要を以下の表にまとめる²⁸。

身分にあたらない主観的超過要素	（刑法） 「国の統治機構を破壊し、又はその領土において国権を排除して権力を行使し、その他憲法の定める統治の基本秩序を壊乱する…目的」（77条1項）、「外国に対して侮辱を加える目的」（92条1項）、「外国に対して私的に戦闘行為をする目的」（93条）、「公務員に、ある処分をさせ、若しくはさせないため、又はその職を辞させるため」（95条2項）、「強制執行を妨害する目的」（96条の2）、「強制執行の申立てをさせず又はその申立てを取り下げさせる目的」（96条の3第2項）、「報酬を得、又は得させる目的」（96条の5）、「公正な価格を害し又は不正
-----------------	--

²⁶ 最決昭和37・11・21刑集16巻11号1570頁も、「刑法225条所定の営利誘拐罪にいわゆる『営利の目的』とは、誘拐行為によって財産上の利益を得ることを動機とする場合をいうものであり、その利益は、必ずしも被誘拐者自身の負担によって得られるものに限らず、誘拐行為に対して第三者から報酬として受ける財産上の利益をも包含するものと解するを相当とする」と判示している。

²⁷ ただし、知情が取得後であるという事情は身分である。

²⁸ なお、表中では、身分にあたらない特別刑法上の主観的要素よりも、身分にあたる特別刑法上の主観的要素の方が多く列挙されているが、それは、身分にあたらない特別刑法上の主観的要素が無数にわたるため、筆者が例示的に列挙するものの数を制限したからであるにすぎない。

な利益を得る目的」(96条の6第2項)、「法令により拘禁された者を逃走させる目的」(100条)、「暴行又は脅迫をするため」(107条)、「販売の目的」(136条、137条)、「あへん煙の吸食のため」(139条2項)、「行使の目的」(148条1項、148条2項後段、149条1項、149条2項後段、150条、152条)、「貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的」(153条)、「行使の目的」(154条1項、155条1項、156条、159条1項)、「人の事務処理を誤らせる目的」(161条の2第1項、3項)、「行使の目的」(162条、163条1項)、支払用カード電磁的記録不正作出等の罪(163条の2)における「人の財産上の事務処理を誤らせる目的」(163条の2、163条の3)、「第163条の2第1項の犯罪行為の用に供する目的」(163条の4)、御璽偽造罪(164条1項)における「行使の目的」(164条1項、165条1項、166条1項、167条1項)、不正指令電磁的記録作成等の罪(168条の2第1項)における「人の電子計算機における実行の用に供する目的」(168条の2第1項、168条の3)、「人に刑事又は懲戒の処分を受けさせる目的」(172条)、「有償で頒布する目的」(175条2項)、「第199条の罪を犯す目的」(201条)、「他人の生命、身体又は財産に対し共同して害を加える目的」(208条の2第1項)、「生命若しくは身体に対する加害の目的」(225条)、「近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的」(225条の2第1項)、「所在国外に移送する目的」(226条)、「生命若しくは身体に対する加害の目的」(226条の2第3項)、「所在国外に移送する目的」(226条の2第5項)、「第224条、第225条又は前3条の罪を犯した者を幫助する目的」(227条1項)、「第225条の2第1項の罪を犯した者を幫助する目的」(同条2項)、「生命若しくは身体に対する加害の目的」(同条3項)、「第225条の2第1項の目的」(同条4項前段)、「第225条の2第1項の罪を犯す目的」(228条の3)、「強盗の罪を犯す目的」(237条)、「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的」(247条)²⁹

²⁹ 本目的は、任務違背行為の故意性を強調するものである。この点については、後述参照。

	（特別刑法） 「向精神薬を…譲り渡す目的」（麻薬等取締法66条の４第１項）、「薬物犯罪を犯す意思」（麻薬特例法８条）、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的」（職業安定法63条２号）など
身分にあたる主觀的超過要素	（刑法） 「営利の目的」（182条）、「営利、わいせつ、結婚…の目的」（225条）、「わいせつ、結婚…の目的」（226条の２第３項）、「営利、わいせつ…の目的」（227条３項）、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するため」（238条）³⁰ （特別刑法） 「営利の目的」（麻薬等取締法64条２項、同法64条の２第２項、同法64条の３第２項、同法65条２項、同法66条２項、同法66条の２第２項、同法66条の３第２項、同法66条の４第２項）、「営利の目的」（覚せい剤取締法41条２項、同法41条の２第２項、同法41条の３第２項、同法41条の４第２項）、「営利の目的」（大麻取締法24条２項、同法24条の２第２項、同法24条の３第２項）、「営利の目的」（銃刀法31条の２第２項、同法31条の４第２項、同法31条の７第２項、同法31条の９第２項）、「営利の目的」（武器等製造法31条２項、同法31条の２第２項）、「営利の目的」（入管法74条２項、同法74条の２第２項、同法74条の４第２項、同法74条の６、同法74条の６の２第２項、同法74条の８第２項）、「営利の目的」（旅券法23条２項）、「政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的」（破壊活動防止法39条、40条）、「自己の性的好奇心を満たす目的」（児童ポルノ禁止法７条１項）など

³⁰ 財物取還防止目的のみを考えれば、その内容の実現が、不安定な占有を確立するという法益侵害の実現を意味すると解することも不可能ではない。しかし、これらの目的はすべて、窃盗の機会という書かれざる構成要件要素と相まって、強取目的での暴行・脅迫に匹敵するような危険性の高い暴行・脅迫に限定する趣旨のものと解される。そうであるとすれば、これらの目的は、単なる動機を意味するものにすぎず、仮想的な客觀的構成要件該當行為と対応するものではないから、身分にあたるということになる。なお、これらの目的が身分に

(4) 小括

主観的要素の身分性の判断基準は、次のようになる。

まず、客観的構成要件該当行為と対応関係にある主観的要素は、構成要件該当行為自体を特徴づけるものであるから、身分にはあたらない(客観的構成要件該当行為との対応性の基準)。そして、一見客観的構成要件該当行為と対応関係にないが、その内容の実現がさらなる法益侵害を意味するような主観的要素も、実質的には客観的構成要件該当行為と対応関係にあり、構成要件該当行為自体を特徴づけるものであるから、身分にはあたらない(仮想的な客観的構成要件該当行為との対応性の基準)。それに対して、仮想的な客観的構成要件該当行為と対応関係にない主観的超過要素は、構成要件該当行為自体ではなくその行為者を特徴づけるものであるから、身分にあたることになる。

なお、身分あたらない主観的要素および刑法65条1項の身分に該当する主観的要素は、通常の構成要件要素と同様に従属的な性質を有するのに対し、刑法65条2項の「身分」に該当する主観的要素は、非従属的な性質を有することになる。したがって、刑法65条2項の「身分」に該当する主観的要素が共犯者にも帰責されるためには、共犯者が自らその主観的要素を備えていたものでなければならないから、正犯者にそれが存在することを認識していたというだけでは不十分ということになる。最高裁が、薬物犯罪における「営利の目的」による刑罰加重を共犯者にも及ぼすためには、共犯者が正犯者においてそれが存在することを認識していたことではならず、共犯者自身が営利を「犯行加担の動機」としたものでなければならないと解している³¹のも、まさにこのことによるものと思われる。もっとも、先述の通り、主観的要素のほとんどは身分にはあらず、共犯者はそれが正犯者に存することを認識してさえいれば、共犯者にも帰責されることになる。

あたる可能性を指摘するものとして、佐伯仁志「事後強盗罪の共犯」研修632号(2001年)8頁。

³¹ 最判昭和42・3・7刑集21巻2号417頁および最決昭和57・6・28刑集36巻5号681頁参照。

第２項 消極的な主体要素

（１）消極的な主体要素の非身分性

身分犯という身分が、構成要件該當行為自体ではなく行為者を特徴づける要素であるとすれば、消極的な主体要素³²は、特徴づけを欠くということを示すものに他ならないから、身分にはあたらないということになる。消極的な主体要素はいわば、阻却的身分を有する者が行為主体から除かれた痕跡を標識する構成要件要素である（非身分犯としての犯罪類型と阻却的身分犯³³とを結合させて規定した犯罪類型であるともいえよう³⁴）。

このことは、形式論理にとどまるものではない。まず、消極的な主体要素が身分にあたるとすれば、権利者自身が主体から除かれる財産犯、ひいては、法益主体が主体から除かれる個人的法益に対する罪はすべて身分犯であるということになるだろうが、そのような結論は不合理である³⁵。

³² Von Weber は、消極的な構成要件要素を「その内容がある状況の存在の否定（*Verneinung des Vorliegens eines Sachverhaltes*）によって決定されるような構成要件要素」（*Hellmuth von Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, in: Karl Engisch/Reinhart Maurach (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 184*）と定義するが、消極的な主体要素とはこのうち行為主体に関係するものである。

³³ 阻却的身分者は、少なくとも直接単独正犯という関与形式では犯罪が成立しないのであるから、「阻却的身分犯」という表現は不自然であるが、便宜上これを用いる。

³⁴ 非身分犯としての基本犯と阻却的身分犯とを結合させて規定した犯罪類型を創設する場合と、それらを独立させて規定する場合（たとえば、235条と244条）とに分かれるのは、前者の場合は、単に身分者につき刑罰が阻却されることを記述すればよいのに対し、後者の場合は、それでは足りない（たとえば、105条では、「これらの者〔犯人又は逃走した者〕の利益のために」という主観的要素に加え任意的刑罰阻却を規定する必要がある、244条では、身分者についての刑罰阻却を記述する（１項）だけでなく、その場合の親告罪化（２項）および共犯への適用（３項）を規定する必要がある）からであると思われる。後者の場合にのみ、阻却的身分が明文として出現することになる。

³⁵ Rittler は、財の所有者以外の者（*vom Eigner des Gutes verschiedene*

このような意味において、「身分は、これを有するのが特殊で、有しないのが通常なものでなければならない」³⁶という指摘は、的確である。また、消極的な主体要素が身分にあたるとすれば、ある身分犯が存在する場合、それと表裏の関係にある、「その身分がない」という刑罰加減の身分または刑罰阻却の身分というものが観念されることになるが、これもやはり不合理である。このように、消極的な主体要素を認めることは、実際上も不可解な結論を導くことになる。

(2) 具体的な帰結

そうすると、無免許者や無資格者という属性は身分に該当せず、このように解した判例³⁷および裁判例³⁸は妥当である。これらの場合はむしろ、有免許者や有資格者という特徴が阻却の身分であり、そうした身分を有する阻却の身分者が犯罪の主体から除外された結果として、無免許者・無資格者という補集合が現れるにすぎないのである。

犯人蔵匿罪(103条)の客体は他人でなければならないが、証拠隠滅罪(104条)の客体は他人の刑事事件に関する証拠でなければならないが、こういった他人性は身分にあたらない。また、財産犯の客体も他人の物でなければならないが、こういった他人性も身分にあたらない。前者における他人性は、後述のように一身の刑罰阻却事由を裏側から示したものにすぎず、また、後者における他人性は、阻却の身分を裏側から示したものにすぎないからである。

Person) にしか犯すことのできない、個人の財に対する侵害 (Angriff auf die Güter des einzelnen) としての犯罪を身分犯ととらえるかのような記述を展開していたが(vgl. *Theodor Rittler*, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1954, S. 279)、疑問である。

³⁶ 小野慶二「共犯と身分」日本刑法學會編『刑事法講座第三卷』(有斐閣、1952年) 493頁。

³⁷ 大判大正4・10・4刑録21輯1376頁、大判昭和12・10・29刑集16巻1417頁。

³⁸ 東京高判昭和47・1・25判タ277号357頁、札幌高判平成20・3・6LEX/DB28145248。

第３項 法文上明示されない主体要素

（１）判断基準の展開

行為主体に一定の特徴が要求されることが法文上明示されていなくとも、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるという場合がある。しかし、極端に言えば、いかなる構成要件該当行為についても、それを遂行可能な行為主体の範囲というものを想定し得るため³⁹、一定の特徴を備える者のみが構成要件該当行為を遂行可能である場合すべてにおいてその特徴に身分性を肯定してしまえば、すべての犯罪類型が身分犯であるということにもなりかねない。それゆえ、一定の特徴を有する者のみが構成要件該当行為を遂行可能であるが、その特徴が法文上明示されていない場合についても、身分犯性の判断基準が必要となる。

身分犯にいう身分を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として理解する以上、問題となる特徴に身分性が認められるか否かは結局、その特徴が行為主体を特徴づける構成要件要素として当該構成要件に潜在しているか否かによって決定されることになる（行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在性の基準）。

法文上明示されない、行為主体を特徴づける構成要件要素は、Nowakowski も指摘するように⁴⁰、行為客体の特徴として潜在している場

³⁹ たとえば、偽造通貨行使などの行使行為は、行使する客体を所持する者のみが遂行可能である。さらに、いかなる行為も、それを遂行する能力を備える者のみが遂行可能である。

⁴⁰ Nowakowski は、「ある犯罪類型が主体の特別な性質 (besondere Qualität des Subjekts) を要求しているということは、常に言語上の構造から一見して明らかであるというわけではない (nicht immer schon nach dem sprachlichen Aufbau auf den ersten Blick ersichtlich)。そのため、主体が言語上は一般的な „Wer“ により特徴づけられているものの、客体が、主体を詳細に記述するような主体との関係 (Beziehung zum Subjekt, die dieses näher beschreibt) によって特徴づけられているということもあり得る」(Friedrich Nowakowski, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch extranei, in: Zum neuen Strafrecht, Bd. 1, Österreichische Richterwoche 1974, S. 150 f.) と指摘

合が多い。この場合はいわば、行為客体のみが特徴づけられているように見えるものの、実際には、行為主体と行為客体が同時に特徴づけられていると理解することができる。たとえば、横領罪(252条1項)は、「自己の占有する他人の物」が行為客体とされるが、これはまさに行為主体との関係において特徴づけられているものであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる。また、各税のは脱罪(所得税法239条1項、法人税法159条1項など)は、「偽りその他不正の行為により…税を免れる」という法文であり、一見したところ行為客体は行為主体との関係において特徴づけられているわけではない。しかし、同犯罪類型の不法が認められるには、行為客体としての税はおよそ何らかの税であればよいのではなく、自己に課せられた税でなければならないことは当然である。その意味で、やはりここでも、行為客体が行為主体との関係において特徴づけられているのであるから、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められることになる⁴¹。これに対して、偽造通貨行使罪(149条2項)は、「偽造の貨幣、紙幣又は銀行券を行使する」という法文であり、これに該当する行為を遂行可能であるのは偽貨を所持する者のみである。しかし、同犯罪類型の不法(または責任)が認められるには、行為客体としての偽貨はおよそ何らかの偽貨であればよい。その意味で、同罪の行為主体が偽貨を所持する者に限られるのは、単なる事実上の問題にすぎず、構成要件上の問題ではない(つまり、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められない)ということになる。

もっとも、行為主体を特徴づける構成要件要素は、必ずしも行為客体の特徴として潜在しているとは限らない。たとえば、かつての強姦罪(旧177条)は、「暴行又は脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫する」という

する(so auch *Einhard Steininger*, *Starfrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2012, Kap. 21 Rn. 100)。なお、*Kienapfel* も、「刑法典の特別犯は、常にそうしたもののとして容易に認識し得るわけではない。このことは、より詳細な犯罪の解釈の際に初めて明らかとなる場合が多い」(*Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2007, Z 24 Rn. 28)としている。

⁴¹ Vgl. OGH SSt 50/2.

法文であったが、「姦淫」という行為自体が男女という行為主体と行為客体を同時に含むものであるから、行為主体が男性に限られるのは、単なる事実上の問題ではなく、構成要件上の問題である。その意味で、ここでは、行為主体を特徴づける構成要件要素が行為自体に潜在していると理解することが可能である⁴²。

以上のことから、法文上、主体が特徴づけられた行為者に限定されていない犯罪類型を、「疑似身分犯」⁴³、「表見的身分犯」⁴⁴として身分犯から排除することはできないと思われる⁴⁵。

（２）判断基準からの帰結

そうすると、行為主体が法文上明示されていないにも拘わらず、強姦罪や横領罪を身分犯と解した判例は適切であったと言える。

これに対し、最高裁が身分犯性を否定した特別刑法上の犯罪類型は、結局、行為主体を特徴づける構成要件要素の潜在が認められないもので

⁴² オーストリア刑法201条1項は、1974年の同法制定以来、女性（Person weiblichen Geschlechtes）を暴行等により婚姻外の性交のために利用する（zum außerehelichen Beischlaf mißbrauchen）という犯罪類型であったが、1989年の刑法改正（BGBl 1989/242）により、人（Person）を暴行等により性交またはそれと同視される性的行為の実行または受忍へ強要する（zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigen）という犯罪類型となっている。そのため、オーストリアでは、旧201条1項は（特別犯の一種である）自手犯であると解されていた（vgl. OGH StS 54/58; NRsp 1994/56）。旧オーストリア刑法の強姦罪については、vgl. Friedrich Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, S. 103;

⁴³ 松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第5版、2017）308頁、山口・前掲注（7）328頁。

⁴⁴ 泉健子「身分犯概念について——表見的身分犯との関連——」一法98巻5号（1987年）748頁以下。

⁴⁵ 藤木英雄「判批」ジュリ402号（1968年）65頁による「犯罪の性質上、特別の地位、身分、関係にある者でなければ違法を犯し得ないものについては、とくに明文によって行為の主体を限定していなくても、身分犯と解しなければならぬことは当然である」との指摘も、本稿と同旨であると思われる。

あったため、ここで身分犯性を否定した判断も適切であったということになる。

第4項 構成要件該当行為の一部なのか身分なのかの問題となる要素

(1) 判断基準の展開

これまでにも確認したように、ある先行事実としての構成要件要素が構成要件該当行為自体の一部であるのか、あるいは、身分であるのかと争いとなる場合がある。そうした場合も、身分性の判断における指導的な基準は、その要素が構成要件該当行為自体を特徴づけているのか、行為者を特徴づけているのかであるが、さらに具体的な下位基準が導かれ得る。

こうした要素の身分性を判断する際に重要なのは、既に複数の論者が的確に指摘しているように、その要素の内容を行為主体が有責に惹起する必要があるか否か、ということである⁴⁶。ある要素が身分であるとすることは、すなわち、その要素が当該犯罪類型の前提状況にすぎず、その要素の内容を行為主体が有責に惹起する必要がないと理解することを意味するからである。

オーストリアの *Hollaender* は、この点についてさらに詳しく述べている。*Hollaender* は、オーストリア刑法81条1項2号⁴⁷の犯罪が二行為犯 (zweiaktiges Delikt) であるのか、あるいは、特別犯であるのかとい

⁴⁶ 松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）410頁。また、表現は異なるが、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年）352頁以下も同旨。

⁴⁷ オーストリア刑法81条「①過失により、(二)単なる過失によるにせよ、所為前にアルコールの飲用又はその他の麻醉薬の使用によって責任能力を阻却しない酩酊状態に陥り、しかもその者が、このような状態においていったんその種の挙動をとれば他人の生命、健康又は身体の安全に対する危険を招来し又は増大することのあり得るような挙動をとりやすいことを予見していたか、又は予見し得たであろうことにより、他人の死を招来した者は、3年以下の自由刑に処する。」

うことをテーマとした論文において⁴⁸、以下のような考え方を展開している。

Hollaender はまず、「言語論理上の同等性 (sprachlogische Äquivalenz)」というものを前提とする。すなわち、多くの形容詞 (Adjektive) や、すべての形容詞的に用いられる分詞 (adjektivisch gebrauchte Partizipien) は、言語論理上同等であるまま、関係文 (Relativsatz) その他の文肢文 (Gliedsatz) として解消され得るということである。たとえば、「後悔している罪人は、赦しが約束される (*Dem reuigen Sünder ist Vergebung verheißen*)」という文章は、言語論理上同等であるまま、「罪人は、後悔した後、赦しが約束される (*Dem Sünder ist Vergebung verheißen, nachdem er bereut hat*)」という文肢文にも解消され得る。また、「酔った後に他者を殺害した者は、可罰的である (*Strafbar ist derjenige, der einen anderen tötet, nachdem er sich angetrunken hat*)」という文章は、言語論理上同等であるまま、「酔った者が、他者を殺害した場合、可罰的である (*Der Angetrunkene ist strafbar, wenn er einen anderen tötet*)」という文にも解消され得る。*Hollaender* によれば、こうした言語論理上の同等性は、二つの表現方法の対等な代替可能性 (gleichwertige Kommutabilität) を生じさせるという。つまり、純粋な言語論理上、すべての特別犯は二行為犯となり得、反対に、すべての複数の行為を含む犯罪 (mehraktiges Delikt) は特別犯となり得るということである⁴⁹。それゆえ、このような言語論理上の同等性によって、二行為犯か特別犯かという「解釈上の二者択一 (Deutungsalternative)」が生ずることがある。そこで *Hollaender* は、ある先行事実が二行為犯における第一行為であるのか、あるいは、特別犯を標識するメルクマールであるのかを決定する際に、当該先行事実自体が無価値を構成するか否かを基準とする。つまり、当該先行事実自体が無価値を構成するのであれば、それは二行為犯における第一行為であり、反対に、そのような無価値の構成が認められずそのような状態 (先行事実が発生した状況) での行為がはじめて無

⁴⁸ *Adrian Eugen Hollaender*, Strukturelle Kommutabilität von zweiaktigem Delikt und Sonderdelikt bei § 81 Abs 1 Z 2 StGB?, AnwBl 2005, S. 497 ff.

⁴⁹ *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 48), S. 500.

価値を構成するのであれば、それは特別犯を標識するメルクマールであるとする⁵⁰。

このように、ある犯罪が二行為犯⁵¹か身分犯かについては、文理だけでは決定し得ない(言語論理上の同等性)⁵²。二行為犯か身分犯かが問題となる場合には、身分性が問題となる先行事実自体が、当該犯罪類型の不法を構成するか否かを基準として、その身分性を判断すべきことになる(独立不法構成の基準)^{53・54}。すなわち、それ自体が当該犯罪類型の不法を構成する先行事実、まさに構成要件該当行為の一部をなすものであるから、身分にはあたらないということになる。それに対して、それ自体は当該犯罪類型の不法を構成しない先行事実、構成要件該当行為の一部をなすものではなく、構成要件該当行為の主体に要求される状態

⁵⁰ Hollaender, a. a. O. (Fn. 48), S. 501.

⁵¹ 理論上は、二行為犯にとどまらず、三つ以上の行為が一つの犯罪を構成する多行為犯もあり得る。

⁵² 文理のみをもって身分犯か否かを決するのは、「形式的な論理の問題であるに過ぎない」(中森喜彦「判批」判評353号(1988年)217頁)のである。

⁵³ 松原・前掲注(46)410頁も同旨であろう。なお、岡本勝『犯罪論と刑法思想』(信山社、2000年)327-328頁も、身分犯と非身分犯の区別について、「『身分』を有していることが既に犯罪を構成するものであるか否かの基準によって決せられるべきである」としており、本稿の基準と近いものと思われるが、先行事実それ自体が何らかの犯罪を構成していないからといって、必ずしも身分に当たらないということにはならないと思われる。それ自体が何らかの犯罪を構成していない先行事実であっても、それ自体が不法を構成し、その不法と後の行為による不法とが結合してはじめて、刑法上重要な不法が生ずるという場合があり得るからである。

⁵⁴ 同旨と考えられる見解の中でも、基準の表現に差異がある。すなわち、問題となる先行事実が不法を構成するか否か(中森・前掲注(52)217頁参照)、問題となる先行事実を有責に惹起する必要があるか否か(松原・前掲注(46)410頁参照)、問題となる事実が処罰を基礎づけるか否か(山口・前掲注(46)354頁参照)などの基準がある。しかし、ある先行事実が処罰を基礎づけること、および、ある先行事実を有責に惹起する必要があるのは結局、その先行事実自体が不法を構成するからであろう。そのため本稿は、問題となる事実が不法を構成するか否かということを基準として定式化することが最も確かつ明快であると考えこれを採用している。

を意味することになるから、身分にあたるということになる^{55・56}。したがって、ある先行事実が構成要件該當行為の一部であるとともに身分であるということとはあり得ない⁵⁷。二行為犯も、第一行為をなした者のみが遂行し得る犯罪であるから身分犯であるという論理は、たしかに当該第一行為を消去する限りでは成り立ち得るが、それは二行為犯としての一つの犯罪を正しく評価するものではないのである⁵⁸。

（２）判断基準からの帰結

そうすると、典型例である、事後強盗罪における「窃盗」については、

⁵⁵ これは、*Hollaender* も示唆するように、あらゆる身分において貫かれていることがらであるといえよう。なぜなら、言語論理上の等価により、たとえば「公務員が」という文言も、「公務員になって」というかたちで——純粋な言語論理上は——第一行為として解釈することも不可能ではないからである（vgl. *Hollaender*, a. a. O. (Fn. 48), S. 500）。その意味で、すべての身分が、それ自体は当該犯罪の不法を構成しない要素なのである。

⁵⁶ したがって、たとえば、興行場法 4 条 1 項は「入場者は、興行場において、場内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為をしてはならない」と規定しており、これに対する違反の罪（同法 10 条）は身分犯であるが、仮に同法 4 条 1 項の文言が「興行場に入場して、場内を著しく不潔にし、その他公衆衛生に害を及ぼす虞のある行為をしてはならない」という形式となっていたとしても、これに対する違反の罪は依然として身分犯である。なぜなら、興行場への入場自体は何ら不法を構成するものではないからである。

⁵⁷ 坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判時 1202 号（1986 年）20 頁も、「身分犯にいう身分は、刑の輕重あるいは犯罪の成否を決めるという意味で犯罪の成立要件の一つであるが、実行行為ではなく、実行行為の主体となるべきものの備えるべき地位ないし資格であるにすぎない。従って、ある特定の一つの犯罪においては、実行行為と身分とは別個のものであって、実行行為が同時に身分であるとか、身分が実行行為を兼ねるなどというようなことはない」と明確に指摘する。

⁵⁸ *Nowakowski* が、二行為犯は第一行為（*erster Akt*）が第二行為（*zweiter*）に与るための特別の主体資格（*besondere Subjektqualität*）をなすものであるとしつつ、オーストリア刑法 14 条は適用されないと考えていたのも（*Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 40), S. 159）、こうした趣旨であろう（vgl. auch *Steininger*, a. a. O. (Fn. 40), Kap. 21 Rn. 103）。

まさに「窃盗」とその後の暴行・脅迫が一体となって事後強盗という法益侵害行為と評価されるのであるから、当然に身分にはあたらないということになる⁵⁹。同じく、強盗致死傷罪（240条）や強盗強姦罪（241条前段）、強盗強姦致傷罪（241条後段）における「強盗」は身分にあたらない⁶⁰。また、墳墓発掘死体損壊等の罪（191条）は、墳墓発掘行為と死体損壊行為等の二行為を包括して処罰する二行為犯であるから⁶¹、同罪における「第189条の罪を犯して」と身分として解釈することはできない。そのほか、自動車運転死傷行為処罰法2条1号における「アルコール又は薬物の影響により正常な運転が困難な状態」、同法3条1項における「アルコール又は薬物の影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」、同法3条2項における「自動車の運転に支障を及ぼすおそれがある病気として政令で定めるものの影響により、その走行中に正常な運転に支障が生じるおそれがある状態」などは、そうした状態にあること自体は当該犯罪の不法を構成するものではないから、身分にあたることになろう⁶²。

（3）必要的共犯の理論に対する影響（補論）

稀ではあるが、先行事実が対向的行為を前提とするものである場合が

⁵⁹ 山口・前掲注（46）352頁以下。

⁶⁰ なお、林幹人「事後強盗罪の新動向」刑ジャ2号（2006年）52頁は、「最判昭和24・3・24刑集3・3・376は、強盗傷人罪は、『強盗たる身分を有する者』による『強盗罪と傷害罪との結合犯』だとしたが、そのような理解は十分に成り立ち得る」と指摘するが、強盗傷人罪も身分犯であるという趣旨であれば妥当でない。当該最高裁判決も、強盗傷人罪が、強盗という身分を有する者が傷害行為を行った場合に強盗罪と傷害罪を結合犯として処罰するものとしたにすぎず、強盗傷人罪が身分犯であると判示しているわけではないと思われる。

⁶¹ 団藤重光『刑法綱要各論』（創文社、第3版、1990年）366頁、西田（橋爪補訂）・前掲注（25）433頁などが同罪を「結合犯」と解しているのは、これと同旨であろう。

⁶² なお、同法2条3号における「その進行を制御する技能を有しないで」は、消極的な主体要素であることから身分に該当しない。また、同法第6条各号における無免許運転による刑罰加重事情の趣旨は、無免許運転行為と当該各行為を二行為犯として併せて処罰する趣旨であると解されるから、ここでの無免許運転という事情は身分に該当しない。

ある。その場合、当該先行事実が構成要件該當行為の一部であるのか、あるいは、身分であるのかということは、必要的共犯の理論にも影響を及ぼすことになる。つまり、対向的行為を前提とする先行事実が身分である場合、当該先行事実自体は不法を構成せず、当該先行事実自体が処罰されているわけではないということになるため、当該先行事実の成立にとって不可欠な対向的行為が処罰の対象からは除外されているという論理が成り立たなくなるのである。たとえば、金融商品取引法167条3項のインサイダー取引罪が成立するためには、インサイダー情報の伝達を受けて取引を行うことが必要とされる。しかし、かつては伝達をした者のための罰則が存在しなかったため、伝達行為者を167条3項の共犯として処罰できるかが問題となった⁶³。この場合、インサイダー情報の伝達を受けること自体は不法を構成しないから、同法167条3項は、伝達を受ける行為と取引行為という二つの行為を包括的に処罰する二行為犯ではなく、伝達を受けた者による取引行為を処罰する身分犯であるということになる⁶⁴。そのため、「伝達を受ける行為は処罰の対象とされているのに、伝達する行為は処罰の対象とされていないのであるから、伝達する行為は共犯としても処罰しないというのが立法者の意思である」という論理は成り立たないのである⁶⁵。

⁶³ 東京高判平成27・9・25LEX/DB25541270およびその原審である横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁参照。

⁶⁴ 横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁も、情報伝達者たる被告人に第一次情報受領者によるインサイダー取引罪の教唆犯の成立を認める際に刑法65条1項を適用している。

⁶⁵ 金商法167条3項のインサイダー取引罪が、仮に伝達を受ける行為自体をも含めて処罰する二行為犯であるとした場合、伝達行為が不可欠であるにもかかわらず受伝達行為のみが可罰的行為とされていることになるから、伝達行為者は同法167条3項の罪への関与については必要不可欠な程度を超えない限り不可罰ということになろう。伝達行為者による同法167条3項の罪への可罰的関与の可能性を肯定した東京高判平成27・9・25LEX/DB25541270およびその原審である横浜地判平成25・9・30判タ1418号374頁は、結論としては妥当であった。しかしいずれも、インサイダー情報の伝達行為を不可罰とする実質的理由がないという点については詳細な理由づけを展開しているものの、一定の関与行為が形式的な観点から不可罰となる場合があるとする従来の必要的共犯の理

第5項 混合法規 (Mischgesetze) と身分

(1) 混合法規における身分性判断

一つの条文の中に、複数の犯罪類型が含まれている場合がある。このように複数の犯罪類型を含む条文のことを、主にオーストリアでは、「混合法規 (Mischgesetze)」⁶⁶または「混合犯 (Mischdelikte)」⁶⁷と呼ぶ。前者の方が実態を的確に示した表現であると思われるため、本稿では前者の呼称を用いることとする。

混合法規のもとでは、そこに含まれる犯罪類型の一部は身分犯でないものの、一部は身分犯であるということもあり得る。それゆえ、混合法規のもとでは、身分犯か否かは、その混合法規に含まれる各犯罪類型ごとに検討されるべきことになる⁶⁸。たとえば、毒物劇物取締法3条3項本文は、「毒物又は劇物の販売業の登録を受けた者でなければ、毒物又は劇物を販売し、授与し、又は販売若しくは授与の目的で貯蔵し、運搬し、若しくは陳列してはならない」と規定し、これに対する違反につき罰則 (同法24条1号) が存在するが、このうち販売罪および授与罪については身分犯性が問題とならないとしても、販売目的での貯蔵等の罪は別個身分犯性が問題となり得るのである (ただし、ここでの目的が身分

論がなぜ適用されないのかという点についての説明が不足していたと思われる。そもそも伝達行為および伝達を受ける行為自体は無価値判断の対象とされていなかったということが、その点についての説明となろう。なお、現在では伝達行為自体に対する罰則 (金商法197条の2第15号、同法167条の2第2項) が存在するが、これも結局、第一次情報受領者により実際に取引がなされたことを条件とするものである。この問題については、岡部天俊「判批」北法67巻6号 (2017年) 67頁以下参照。

⁶⁶ Edmund Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 195 f.; Nowakowski, a. a. O. (Fn. 42), S. 46; Rittler, a. a. O. (Fn. 35), S. 95; Triffterer, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 3 Rn. 71 ff.

⁶⁷ Fuchs/Zerbes, a. a. O. (Fn. 15), 10. Kapitel Rn. 56; Kienapfel/Höpfel/Kert, a. a. O. (Fn. 5), Z 9 Rn. 39 ff.; Stefan Seiler, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 2016, Rn. 129 f.

⁶⁸ 香川・前掲注(7) 160頁以下は、同一の条文中に真正身分犯と不真正身分犯が共存し得るかという問題について論じており、論者自身はこれにつき肯定的である。

にはあたらないことは、先述の通りである）⁶⁹。

（２）不真正不作為犯の身分犯性

わが国では、判例および学説上、不真正不作為犯の処罰が肯定されている。しかし、わが国の刑法は、不真正不作為犯の処罰を一般的に規定する条文を持たないため⁷⁰、不真正不作為犯の処罰を肯定するのであれば、一見したところ作為犯のみを規定する条文の中に不作為犯も規定されていると考えざるを得ないことになる。したがって、不真正不作為犯の処罰が肯定される犯罪類型にのみとは、実際には、作為犯としての犯罪類型と不作為犯としての犯罪類型が共存しているということになり、当該不真正不作為犯を規定する条文はまさに混合法規をなすものであるということになる。

そうすると、不真正不作為犯は、ともに混合法規をなす作為犯が身分犯でないとしても、別個に身分犯性が問題となり得る。そして、不真正不作為犯は、その行為主体が法益との関係において保障的地位にある者に限られる犯罪類型である以上、身分犯であるということになる⁷¹。

⁶⁹ 同じ条の中に、非身分犯である項と身分犯である項が共存し得るということとは、少なくとも暗黙裡に認められていると思われる（最判昭和42・3・7日刑集21巻2号417頁参照）。

⁷⁰ オーストリアでは、不真正不作為犯における作為義務は、特別犯を標識するメルクマールと解されている（*Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn. 20 f., 29）。しかし、オーストリア刑法2条が、一定の条件のもとでの不真正不作為犯の処罰を規定しているため、オーストリアでは、2条と各則構成要件が結合した修正構成要件を觀念し得るため、上記の理解は導かれやすいといえよう。

⁷¹ 井田・前掲注（7）156頁。山口・前掲注（7）389頁も同旨だが、「不真正不作為犯については同項〔刑法65条1項＝筆者注〕の適用は必要がないと解される」とする。Vgl. auch *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 31; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn. 20 f., 29.

第6項 行為環境の限定による反射的な行為主体の限定

以上のほか、一見身分が存在するように見えるものの、それは行為が特定の環境のもとでなされることが要求されることによって作り出される虚像にすぎない場合がある。本節では、これについて若干の検討を加える。

たとえば、消火妨害罪(114条)は、「火災の際」という行為状況を構成要件要素としているが、本罪は見方を変えれば、行為主体が「火災現場にある者」に限定される身分犯であるとも考え得る。しかし、こうした主張がなされることはないといってよいであろう。ではそれがなぜかと言えば、「火災の際」などの行為状況は、もっぱら行為自体の環境を特徴づけるものであり、行為主体が限定されているように見えるのは、その反射的な帰結に過ぎないからである。

これに対して、一見行為状況とも考え得るオーストリア刑法79条⁷²における「出産の間 (*während der Geburt*)」および「まだ出産の影響を受けている間 (*noch unter der Einwirkung des Geburtsvorgangs*)」は、一般に特別犯のメルクマールと解されている⁷³。それは、これらの要素が直接特徴づける対象が、行為自体の環境ではなく、母親という同罪の行為主体そのものだからである。

こうした考え方から、真正不作為犯には、例外的に身分犯ではないものがあり得る。*Triffterer* が、「立法者は、わずかな例外的場面においてのみ、何人 (*jedermann*) に対しても作為義務を認める」ものの、「その他すべての不作為犯は、行為者の範囲が、特別の事情により (*durch besondere Umstände*) 作為が義務づけられた者に制限されるため」特別不作為犯 (*Sonder-Unterlassungsdelikte*) であるとして、真正不作為犯

⁷² オーストリア刑法79条(出産の際における嬰兒殺)「子を、出産の間又はまだ出産の影響を受けている間に殺した母親は、1年以上5年以下の自由刑に処する。」

⁷³ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 44; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 16 Rn. 130; vgl. auch Erläuternde Bemerkung zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, 30 der Beilagen XIII. GP, S. 81, 197.

に非身分犯と身分犯が併存することを指摘していたように⁷⁴、真正不作為犯には、行為主体と法益との間の特別の事情に基づくことなく、一定の状況に基づいて作為義務を基礎づけるものが存在するのである。そうした真正不作為犯も、一見行為主体が作為義務者に限定される身分犯であると考え得るが、実際には、そこには身分としての構成要件要素は存在せず、行為の環境を特徴づける構成要件要素が存在するだけなのである。

さらに、*Triffterer* が、オーストリア刑法における真正不作為犯としては95条⁷⁵および286条⁷⁶のみが普通犯であるとしたように⁷⁷、わが国においても、非身分犯としての真正不作為犯は少数であると思われる。例としては、軽犯罪法1条18号の罪が挙げられる。本罪における申告義務は、自己の占有する場所内に要扶助者等が存在するという環境下において何人に対しても発生するものである。それゆえ本罪は、非身分犯としての真正不作為犯であるといえよう。

過失犯が注意義務を身分とする身分犯であるとされることがないのも、ここでの考え方に基づくものであろう⁷⁸。つまり、過失犯は、行為

⁷⁴ *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn.20.

⁷⁵ オーストリア刑法95条（援助を怠ること）1項「災害又は公共の危険（第176条）に際し、死亡又は著しい身体傷害若しくは健康侵害の危険から人を救助するために明らかに必要な援助を行うことを怠った者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。ただし、援助を怠った結果、人の死亡を生じさせるに至ったときは、1年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。ただし、行為者に援助を期待できないときはこの限りでない。」

⁷⁶ オーストリア刑法286条（刑罰を科せられるべき行為の阻止の懈怠）1項「刑を科せられるべき行為が故意になされるであろうということを認識しながら、その直接切迫し又はすでに着手された実行を阻止することを怠り、又は、通知があれば阻止が可能となる場合に、官庁（第151条第3項）又は危険の切迫した者に通告することを怠った者は、可罰的行為が少なくとも着手されかつ行為に1年を超える自由刑が科されているときは、2年以下の自由刑に処する。ただし、その刑は、種類と量において、阻止されなかった所為について法律が予告している刑よりも重いものであってはならない。」

⁷⁷ *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 9), Kap. 14 Rn. 20.

⁷⁸ もっとも、当然、過失犯においても何らかの身分が要求される身分犯があり

主体が注意義務者に限定されるという意味において身分犯であるという理解も一見あり得ないではないように思われるが、過失犯における注意義務も、一定の環境下において何人に対しても発生するものである以上、行為主体を特徴づける性質のものではなく、行為自体の環境を特徴づけているのである。換言すると、過失犯における注意義務の存否の判断は、過失犯としての可罰性が問題となる行為が、注意義務が発生する状況においてなされたか否かについての判断であり、それは、消火妨害罪としての可罰性が問題となる、消火用の物を隠匿するなどの行為が「火災の際」になされたか否かについての判断と同様なのである。

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2019年9月25日授与)「複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、日本学術振興会特別研究員奨励費(18J112250)の助成を受けた。

得る。これについては、vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 5), E 7 Rn. 11.

「利益吐き出し」原状回復救済に 関する理論的考察（４）

—— ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として ——

橋 本 伸

目 次

序章——問題の所在および分析方法・検討の順序

第１節 問題の所在——わが国の議論状況とその問題点

第２節 分析素材——ヒト由来物質の無断利用問題

第３節 分析方法および叙述の構成 (以上、69巻5号)

第１章 ヒト由来物質の無断利用と利益の帰属問題

第１節 Moore 事件前史

第２節 Moore 事件の概要

第３節 学説の動向——Moore 事件以後の議論状況

第４節 本章の小括 (以上、69巻6号)

第２章 英米法における伝統的な利益吐き出しの根拠論

第１節 利益吐き出しの理論的根拠の析出

第１款 はじめに——検討対象の限定

第２款 イギリス法 (以上、70巻6号)

第３款 アメリカ法

第１項 有体物侵害——不動産・動産の侵害

第２項 無体物侵害①——知的所有権の侵害

第３項 無体物侵害②——プライバシー侵害および名誉毀損

第４項 関係侵害①——信認義務違反

第５項 関係侵害②——契約違反

第６項 小括

第４款 本節の小括 (以上、本号)

第３款 アメリカ法

次に、アメリカ法（特に判例法）における利益吐き出しの状況を概観することにしよう。具体的には、イギリス法の考察と同様に、（i）有体物侵害として、①不動産・動産の侵害（第１項）、（ii）無体物侵害として、②知的所有権の侵害（第２項）と③プライバシー侵害および名誉毀損（第３項）、（iii）関係侵害として、④信認義務違反（第４項）と⑤契約違反（第５項）の場面を順に取り上げることとする。その際には、イギリス法との相違に留意しつつ考察することとする。

第１項 有体物侵害——不動産・動産の侵害

まず有体物侵害の場面における利益吐き出しの可否についてみていくことにしよう²³⁵。具体的には、①不動産侵害と②動産侵害を取り上げる。これらにつき、アメリカ法は、基本的には、イギリス法の立場を踏襲しつつも、例外的に利益吐き出しを認める立場を示した判例がいくつか散見される。以下では、これらの例外的なケースを中心にみることにする。

（１）不動産侵害の場面

不動産侵害のうち、注目すべき判断としては、無断使用の場面が挙げられる。判例は、原則として、不動産の無断使用を理由としては、コモン・ロー上の準契約に基づく不当利得返還訴権により、不動産の客観的な使用料の返還を認めるにとどまる²³⁶。

これに対し、この場面において、エクイティ救済である利益の清算を

²³⁵ 本項の考察は、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・体系書等〕PALMER, *supra* note 1, at 53 ~ , 73 ~ , 157 ~ ; DAGAN, *supra* note 12, at 73 ~ ; DOBBS, *supra* note 1, at 408 ~ ; LAYCOCK, *supra* note 1, at 569 ~ ; KULL & FARNSWORTH *supra* note 1, at 308 ~ .

〔論文〕Ernest J. Weinrib, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 THEORETICAL INQ. L 1, 12 (2000) ; James Steven Rogers, *Restitution for Wrongs and The Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment*, 42 WAKE FOREST L. REV. 55, 70-76 (2007) ; Nicholas W. Sage, *Disgorgement: From Property to Contract*, 66 (2) U. TORONTO L.J. 244 (2016).

²³⁶ 従来の立場については、PALMER, *supra* note 1, at 73 ~ , 157 ~ を参照。

認めた判例も例外的に存在する。具体的には、〔米1〕Edwards v. Lee's Administrators 事件が挙げられる²³⁷。本件事案の概要は以下のとおりである。すなわち、Y (Edwards) の土地および X (Lee) の土地の地下に洞窟があり、その洞窟の3分の2はYの土地の下、3分の1はXの土地の下にそれぞれある。しかし、当該洞窟への入り口はY所有地の側にしかなく、Xは自らアクセスすることはできなかった（ただし、ケンタッキー州法によると、アクセスできなくても、Xの土地の下の洞窟の部分の所有権はXに帰属するとされていた）。このような状況の下で、Yは地下の洞窟(X所有部分も含む)を「Great Onyx Cave」と名付けて、1923年から1930年までの間、観光客を誘致して、入場料を徴収することにより約7万ドルの（正味の）利益を上げた（なお、Yがこれらの観光客の宿泊のためのホテルも建設し、その営業からも多額の利益を上げた）。YはXに知られないようにあらゆる手段を講じていたため、当初は、Xはこの事実を知らなかったが、数年後に知った。そこでXは、その洞窟の一部が自己に帰属するとして、Yに対して、Xの洞窟部分を不法侵害することを禁止する差止命令およびXの洞窟部分の無断使用から得た利益の清算を求めて訴えを提起した。

ケンタッキー州の控訴裁判所は、Yが故意の不法行為者であると認定したうえで、差止命令および利益の清算を認めた。そして後者の根拠として「違法行為者は自分自身の違法行為から利益を得るべきではない」という点を挙げた²³⁸。もっとも、吐き出しの対象となるのはYが得たすべての利益ではなく、YがXの土地の部分を無断で使用することから得た利益——具体的には、Xの洞窟部分（3分の1）に相当する正味の利益——にとどまると判示した（なお、Yがホテルの運営から得た利益については原審で否定され、控訴裁判所も同様の判断を示した）。要するに、本件では、利益吐き出しを認めつつ、その利益の一部がYの権利に起因することを踏まえて、後述の利益の配分（apportionment）が行

²³⁷ 96 S.W. 2d 1028 (1936 CA Kent). 本件の洞窟をめぐる一連の事件については、Bruce Ziff, *The Great Onyx Cave Cases: A Micro-History*, 40 N. KY. L. REV. 1 (2013) が詳しい。

²³⁸ 96 S.W. 2d 1028, 1032.

われたものと評価できる。

このように、本判決は、不動産の無断使用の場面において、イギリスの判例では認められていなかったエクイティ上の救済である利益の清算により侵害者が得た利益の吐き出しを正面から認めたものであり²³⁹、アメリカのみならず、その他のコモン・ロー諸国においても注目を集めてきた²⁴⁰。もちろん、本判決の結論に対しては、自ら洞窟にアクセスする手段を持たない X に過大な保護を与えるものではないかという疑問が提起されている²⁴¹。また本判決をどこまで一般化することができるかについては留保が必要である。というのも、本判決の判断の基礎には以下のような事情が作用していると考えられるからである。

第 1 に、Y は X に知られないようにあらゆる手段を講じていることを踏まえると、本件は故意による不法侵害の事案であったという点である²⁴²。そのため、本判決は、善意の侵害の場面において、利益の吐き出

²³⁹ もっとも、本判決は、コモン・ロー上の不法侵害を理由にエクイティ上の救済手段である利益の清算が利用可能な理由については何ら言及していない（*See, PALMER, supra* note 1, at 79）。この点は、コモン・ローとエクイティの峻別に対する英米のスタンスの相違（アメリカ法では、イギリス法のように、別建てのエクイティ裁判所まで設置しておらず、イギリス法ほど両者の峻別する立場が採用されなかったこと）に求められようか（*See, Rotherham, supra* note 73, at 539. また、伊藤正己＝木下毅『アメリカ法入門（第 4 版）』（日本評論社、2008）104 頁以下も参照）。そのため、問題の本質は、利益吐き出しを認めるべきか否かの実質論にあると解される（*See, PALMER, supra* note 1, at 165）。

²⁴⁰ 本判決をめぐる学説の議論状況については、Ziff, *supra* note 237, at 44 ～が詳しい。

²⁴¹ E.g. WILLIAM L. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS (4th ed.) (West Publishing, 1971) 73. *See also, PALMER, supra* note 1, at 163（意図的な違法行為者からすべての利益を剥奪することは公平であるけれども、本件では利益を生むことに対する Y の貢献が考慮されていないと指摘する）。

²⁴² ただし、単に Y が X の権利を侵害していることを知っていただけではなく、Y の行為の不法性が問題となっていると説かれている。具体的には、本件においては、唯一の「公正な市場価格」は、X と Y の交渉により合意される価格となるものの、Y はその交渉を迂回して、その使用の価値を算定する唯一の公平な方法を奪ったことが、その結果に影響を及ぼしたとされる（Rogers, *supra* note 235, at 71-2）。

しを肯定するものではないと解される。

第2に、本件は判決でも指摘されているように、不動産侵害とはいっても、通常のそれと異なり、地下の洞窟の無断使用が問題となったというかなり特殊な事案であった²⁴³。このような事案の特殊性は、本件においてYの正味の利益の吐き出しの判断の可否に影響を及ぼした可能性がある。具体的には、①地下の洞窟であるため、Xの洞窟部分の使用料について客観的な市場価値を算定することが困難であり、侵害者の利益以外に認識可能な算定基準が存在しなかったことが挙げられる²⁴⁴。また②①の損害額の算定が仮に可能であるとしても、通常的不法侵害とは異なり発見が困難であるため、客観的な使用料では侵害行為の抑止としては不十分であったことも挙げられる²⁴⁵。このような特殊性が利益吐き出しの可否の判断に影響を及ぼしている可能性がある。

このような本件事案の事情を踏まえると、本判決は、あくまで事例判断であり、一般化には慎重になるべきであろう²⁴⁶。

(2) 動産侵害の場面

次に、動産侵害の場面についてみると、無断使用の場面において²⁴⁷、動産の使用料を算定する際に、他人の動産を使用することで節約された利益を考慮して判断した判例が注目される。具体的には、[米2] Olwell v. Nye & Nissen Co. 事件²⁴⁸が挙げられる。本件事案の概要は以下の通

²⁴³ 96 S.W. 2d 1028.

²⁴⁴ PALMER, *supra* note 1, at 162-3. もっとも、Xの洞窟部分の公正な市場価格の賃料を肯定する見解もある (LAYCOCK, *supra* note 1, at 575)。

²⁴⁵ See, Rotherham, *supra* note 73, at 549.

²⁴⁶ BARNETT & HARDER, *supra* note 1, at 442.

²⁴⁷ 動産の売却を伴わない場面においては、準契約に基づく不当利得返還訴権が利用できるか否かについては、アメリカの判例において理解が分かれている (See, PALMER, *supra* note 1, at 54 ~)。

²⁴⁸ 173 P.2d 652 (Wash. 1946). 本件については、Rogers, *supra* note 235, at 72 ~のほか、Hanoch Dagan, *Encroachments: between private and public*, in: DAVID JOHNSON AND REINHARD ZIMMERMAN EDS., UNJUSTIFIED ENRICHMENT: KEY ISSUES IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (Cambridge U. P., 2002) 348 ; LAYCOCK, *supra*

りである。すなわち、XとYは卵事業の共同事業主であったが、Xはその事業に対する権利をYに売却した。しかし、当該契約には卵洗い機 (egg-washing machine) については含まれていなかった。そのため、Xは、その機械の所有権を保持し、そしてYの占有する土地に隣接するスペースに保管した。しかし、その後、戦争の勃発により人手不足となったため、Yは、Xの同意を得ることなく、上記機械を持ち出し、1941年5月31日から約3年間にわたって無断で使用した（使用頻度は、Yの事業の通常業務において、1週間につき1日程度であった）。1945年1月頃に、Xはこの事実を知った。Xは、Yに対して、600ドル（原価の約2分の1の価格）でその機械の買取りを提案したものの、Yは50ドルで逆提案したため、価格で折り合わず、成立しなかった。そこで、XはYに対して、Xの機械の合理的な使用料（具体的には、不当な使用の開始から事実審審理のときまでの期間につき一月25ドルの金額。総額900ドル）を回復することを求めて、訴えを提起した（なお、Yの使用により機械に損害は生じていなかった）。

事実審裁判所は、Xが不法行為に基づく訴権を放棄して、準契約に基づく引受訴訟を選択することができるとしたうえで、その機械の使用がその使用者に利益（手洗いと比較して、卵洗い機を使用することにより節約された人件費相当分であり、利用された1日につき10ドルの費用）をもたらしたと認定した。そして裁判所は、1560ドル（156週×10ドル）をXに認めた。

ワシントン州最高裁判所は、以下のように判示し、事実審裁判所の認容した額の減額を命じた。すなわち、Yがその機械を使用することにより労働費用を節約した点で利益を得ており、そしてXがそれを使用していなかったことはこのことと関係しない。その使用が不法であり、そしてYが財産の使用により不当に利得を得ている。Xは填補賠償を求めることができたが、「不法行為訴権を放棄し」そして「黙示の契約」に基づき訴える資格を有した。Yは当該利益を取得する際に意図的に不法であったために、その機械の使用から得られたすべての利益が剥奪される。そのため、事実審裁判所の判断が維持されうる。しかし、本件では、

note 1, at 569 ～も参照。

Xは900ドルを請求したにとどまることから、それ以上の額を認めることができない。そのため、本件では、その利益はXが事実審で主張した額（一月につき25ドル）に従って算定される（すなわち、900ドル）と判示された。

最高裁の判決は、結論としては、機械の使用料を認定したにとどまり、直接的には本稿の対象とする利益吐き出しを認めたものではない。もっとも、最高裁は、侵害者の非難性の程度が高い場合には、侵害行為に起因するすべての利益が剥奪されると判示しており（ただし、その根拠は明確ではないが、行為態様を重視している点を踏まえると、処罰と解されようか）、利益吐き出しに積極的な立場が示されているともいえる。では、本件では、何ゆえ一般論と結論との間に齟齬が生じたであろうか。その原因としては、本件事案の特殊性があるように思われる。すなわち、①YがXの機械を使用することで直接得た利益については何ら明らかにされていなかったこと、②Yが節約した人件費（1560ドル）については証明されていたこと、③Xが主張した損害額は900ドルであったこと、④本件機械の客観的な使用料も明らかにされていないこと、⑤Xは訴訟前にYに対して600ドルで買取りを申し出ていることなどが挙げられる。このような中で、事実審は、暗黙裡に最高裁のような一般論を前提として、可能な範囲内で上限の②を認めたものといえる（最高裁のような考え方を前提としなければ、従来の理解に従って、④の客観的使用、または⑤の申込額を上限とした③のXが主張した額により判断したであろう）。もっとも、事実審は、Xが②を主張していなかった点を見過ごしていたため、最高裁は、③の900ドルを全額認容するにとどめた。このような事案の特性が、最高裁の一般論と結論との齟齬をもたらしたといえる。

そのため、最高裁は、Xの訴答（pleading）における誤りがなければ、——600ドルの売却価格の提案があったとしても——、②を認める意思を有していたであろうと解されている²⁴⁹。この点は、最高裁が、③の価格を全額認容したものの、④の客観的な使用料として妥当であったか否

²⁴⁹ Rogers, *supra* note 235, at 73.

かについては何ら判断していない²⁵⁰（その意味で、従来のように客観的な使用料の返還とは全く異なり、その金額に何らの必然性はない）ことから伺える。そして、このような論理を推し進めれば、Xが、②ではなく、①を主張・立証していれば、——②が必然性なく認められたのと同様に——本件のような故意による動産侵害の事案においては、最高裁の一般論を前提とする限り、利益の吐き出しが認められることになる²⁵¹。

（３）学説の議論状況

上記の二つの判決は、事案の特殊性があり、学説では批判的な評価もみられるが²⁵²、不動産や動産の侵害を理由とする利益吐き出しについて

²⁵⁰ Rogers によれば、そもそも本件においては客観的な使用料を算定することは困難であったとされる。その理由は以下の通りである。すなわち、Xは1929年当時には無益とも思われた卵洗機に投資を行った。しかし、その後第一次世界大戦が勃発したことにより、人手不足・人件費の高騰により、本件機械への投資が実った。そしてYは、そのような段階になって、Xの機械を無断で利用した。そのため、それ以前の客観的な使用料についての市場価格が存在せず、Yが受けた利益を評価することは困難であり、1941年のワシントン州における本件の卵機械の合理的な使用料を証明することはできなかったからである（*See, id.* at 76）。

²⁵¹ 本件の最高裁の立場が利益吐き出しと好意的であると評価するものとして、BARNETT & HARDER, *supra* note 1, at 443. なお、この点で、事実審裁判所が裁定した節約された利益の返還をより積極的な動産の無断使用から得た直接的な利益の吐き出しとして構成する見解もある。すなわち、YがXと契約して本件機械を賃借した可能性を想定し、（本件では、市場価格は不明であったが）仮に賃料の市場価格が月10ドルであったとすると、3年間の使用により360ドル（10ドル×36か月）が機械の価値（Xの損害）となる。そのため、節約された利益からXの損害を差し引いた1200ドル（1560ドル－360ドル）がその機械の侵害行為により生じた余剰価値であり、節約された利益の返還も直接的な利益の吐き出しと構成することが可能となる（このような理解については、LAYCOCK, *supra* note 1, at 574を参照）。

²⁵² たとえば、〔米2〕Ollwells 判決に対しては、「市場基準からこのはるかに逸脱する回復は少なくとも疑わしい」との指摘（PALMER, *supra* note 1, at 161）やXが本件機械を販売することから欲した最高価格である600ドルを50%も超え

一般的にみれば、肯定する見解も存在している。その根拠としては、①侵害行為の抑止に求める見解 (Huber²⁵³)、②所有権侵害 (所有権の排他性) に求める見解 (Weinrib²⁵⁴)、③権利の論理的な範囲という点から説明する見解 (Sage²⁵⁵) などが挙げられる。

(4) 小括

以上の考察からは、以下の点が明らかとなったといえる。

第1に、アメリカ法は、イギリス法と比較すると、不動産侵害および動産侵害の場面において、利益吐き出しに対して柔軟な立場を示しているという点である²⁵⁶。具体的には、エクイティ上の救済である利益の清算を肯定した〔米1〕Edwards 判決と侵害者の不法性が高い場合に一般論ではあるものの、利益の吐き出しに肯定的立場を示した〔米2〕Ollwell 判決が挙げられる。もっとも、いずれも、一般化には留保が必要であろう (たとえば、前者は、不動産侵害といっても地下空間の無断使用というかなり特殊な事案である。また後者も結論として認められたわけではない)。

第2に、利益吐き出しの根拠としては、「違法行為者は自分自身の違法行為から利益を得るべきではない」という一般原理 (Edwards 判決) や処罰論 (Ollwells 判決) に求められているということである。もっとも、

る金額を認容しており、当該機械の使用価値に基づき算定すべきとの指摘もある (Weinrib, *supra* note 235, at 19)。なお、〔米1〕Edwards 判決に対する批判としては、注 (241) を参照。

²⁵³ Huber, *supra* note 26, at 100 ~ .

²⁵⁴ Weinrib, *supra* note 235, at 12.

²⁵⁵ Sage, *supra* note 235, at 247 ~ (②の見解のように「物に対する権利」か否かでは不十分であるとして、より一般化し権利の論理的な範囲から利益吐き出しを導くことを志向する。その実益としては、契約違反による利益吐き出しについても応用することができる点にある)。

²⁵⁶ なお、第三次原状回復・不当利得リステイトメントは、利益吐き出しが認められる違法行為の一種として、「不法侵害、動産侵害、または類似する侵害行為」を挙げている (RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §40 (2011))。もっとも、リステイトメントの内容自体には本稿では立ち入らない。

Edwards 判決は、事案の特殊性を踏まえると、損害額の算定代手段として、あるいは侵害行為の抑止の手段として利益吐き出しが用いられた可能性もあり、検討を要する。

第２項 無体物侵害①——知的所有権の侵害

次に、無体物侵害による利益吐き出しについて取り上げる。ここでは、無体物の代表例である知的所有権侵害の場面、より具体的には、①著作権侵害、②特許権侵害、③営業秘密侵害²⁵⁷、④商標権侵害の場面について順にアメリカ法の立場を概観する²⁵⁸。結論を予告的に述べれば、アメリカ法は、イギリス法とは一部の場面（特許権侵害の場面）で異なる立場を採用しており、また結論として同じでも、多様な根拠付けを行っている²⁵⁹。以下ではこれらの点を中心に、言及することとする。

（１）著作権侵害の場面

まず著作権侵害による利益吐き出しについて取り上げる²⁶⁰。アメリカ

²⁵⁷ アメリカ法では、営業秘密の保護は、特許権と併せて論じられることが多いこと、またイギリス法のようにエクイティ上の守秘義務違反法理が用いられていないことから、知的所有権侵害に含めて考察することとする。

²⁵⁸ アメリカの知的所有権法一般については、アーサー・R. ミラー＝マイケル・H. デービス著（藤野仁三訳）『アメリカ知的財産権法』（八朔社、2008）を参照。

²⁵⁹ なお、第三次原状回復・不当利得リステイトメントも、利益吐き出しが認められる違法行為の一種として、「知的所有権侵害および類似する権利の侵害」を挙げている（RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §42 (2011)）。もっとも、リステイトメントの内容自体には本稿では立ち入らない。

²⁶⁰ ここでの考察については、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・モノグラフ〕DAGAN, *supra* note 12, at 82～；FARNSWORTH, *supra* note 1, at 117～。

〔論文〕Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery Under the Copyright, Patent and Trademark Acts*, 45 TEX. L. REV. 953 (1967)；Andrew W. Coleman, *Copyright Damages and the Value of the Infringing Use: Restitutionary Recovery in Copyright Infringement Actions*, 21 AIPLA. Q.J. 91 (1993)；Dane S. Ciolino, *Reconsidering Restitution in Copyright*, 48 EMORY L.J. 32 (1999)；Stephen E. Margolis, *Law and Economics of Copyright Remedies*, in: RICHARD

法における著作権の保護は、判例法と制定法である連邦著作権法によって行われている。

アメリカ法は、19世紀以降、著作権侵害を理由とするエクイティ訴訟において、侵害者が侵害行為により取得した利益の吐き出しを（差止命令に付随する）エクイティ上の救済手段として著作権者に認めてきた²⁶¹。しかも、イギリス法と同様に、侵害者の主観的要件を問うことなく——侵害者が善意で侵害したとしても——利益の吐き出しを認めている。そして、こうした取扱い、その後の連邦著作権法にも基本的に継承されているといつてよいであろう（1909年著作権法、1976年著作権法）。すなわち、1976年連邦著作権法は、著作権侵害による救済手段として、（i）非金銭救済として、①差止命令（502条）と②破壊命令（503条）を規定し、また（ii）金銭救済として③現実損害賠償（504条(a)）および④侵害者の利益（504条(b)²⁶²）、⑤法定損害賠償（statutory damages）（504

WATT ED., HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF COPYRIGHT: A GUIDE FOR STUDENTS AND TEACHERS (Edward Elgar, 2014) 241.

アメリカの著作権法一般については、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』（信山社、2004）、山本隆司『アメリカ著作権法上の基礎知識』（太田出版、2004）を参照。

²⁶¹ 1909年著作権法以前には、制定法において利益の清算を認める規定はなく、判例において認められていたにとどまる（PALMER, *supra* note 1, at 87-8; Ciolino, *id.* at 14）。なお、著作権侵害による利益の清算の歴史的な展開については、David McGowan, *The Apportionment Problem in Copyright Law*, (2017) LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER SERIES RESEARCH PAPER No. 17-307, *available at* SSRN: <http://ssrn.com/abstract=3059053> (last visited August 18, 2020) が詳しい。

²⁶² 17 U.S.C. §504 (b). 504条(b)は以下のように規定する（なお、以下の訳は、（社）著作権情報センター〔山本隆司＝増田雅子共訳；available at <https://www.cric.or.jp/db/world/america.html> [last visited March 19, 2020]〕に負う）。

（b）現実損害賠償および利益

著作権者は、侵害の結果被った現実損害の額、および侵害に起因して侵害者が受けた利益で現実損害の額の算出にあたり考慮されなかった額の支払を受けることができる。（後略）。

条(c))、⑥費用および弁護士料(505条)を規定しており²⁶³、④は(侵害行為に起因する)侵害者の利益の吐き出しを認める救済手段である。

もっとも、利益の吐き出しの根拠付けは、イギリス法と異なり、一様ではない。すなわち、——

第1に、侵害者の不当利得の防止に求めるものが挙げられる。たとえば、〔米3〕Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp. 事件²⁶⁴は、Yが「Letty Lynton」という映画でXの「Dishonored Lady」という脚本(playing)を無断で使用したのに対し、XがYの侵害行為の差止命令および利益の清算を求めて訴えを提起した事案である。結論としては、連邦地方裁判所から連邦最高裁判所に至るまで、利益の清算が一貫して認められた(ただし、利益の配分が認められるか否かについては、理解が分かれ、この点が本件の主たる争点となった²⁶⁵)。連邦最高裁判所は、利益の清算の根拠を「不当利得を防止すること」に求めた²⁶⁶。このような理解は、1976年法の立法制定時の議会の理解とも一致している²⁶⁷。

第2に、侵害行為の抑止に求めるものが挙げられる。たとえば、〔米4〕Taylor v. Meirick 事件²⁶⁸は、YがXの著作物(釣り用のイリノイ州の3つの湖の地図)を許可なしにコピーして販売したのに対し、XがYに対して損害賠償を請求した事案である。本件では、損害賠償がXの損失とYの利益のいずれを基準に算定されるかが争点となった。本件において、第7巡回区控訴裁判所は、「侵害者が著作権者よりも効率的な生

²⁶³ これらにつき白鳥・前掲書注(260)238頁以下を参照。See also, Ciolino, *supra* note 260, at 6～.

²⁶⁴ 106 F.2d 45(2d Cir. 1939), *aff'd*, 309 U.S. 390 (1940). なお、本件は、1909年法の下で生じた事件である。

²⁶⁵ この点は第4章に譲る。

²⁶⁶ 309 U.S. 390, 399 (「罰(punishment)を課すこと」ではないとも言及する)。

²⁶⁷ H.R. Rep. No. 1476, 94th Cong (「504条(b)は、損害賠償の裁定および利益の裁定により担われる異なる目的を承認する。損害賠償は、当該侵害行為からの損失を理由に著作権者に賠償するために裁定される。そして利益は、侵害者が不法行為から不当な利益を得ることを防止するために裁定される。」と指摘する)。この点については、山本・前掲書注(260)216頁を参照。

²⁶⁸ 712 F.2d 1112 (7th Cir. 1983).

産者であるか、異なる市場で売却したために、著作権者が失ったもの以上に侵害者がより大きな利益を得るならば、たとえ追加の利得が著作権者にとっての損失を示さないとしても、著作権者はその利得を入手することができる。侵害者の優位な効率性を理由に侵害者を罰し、そして著作権者に棚ばたを与えることは誤っているようにみえるかもしれない。しかし、それは侵害行為をやめさせる。侵害者があらゆる正味の利益を取得することを防止することにより、あらゆる潜在的な侵害者(would-be infringer)が著作権を盗み、そして著作権者に損失を理由に裁判所から補償を求めることを強制することにより市場を迂回するのではなく、侵害者が使用したい著作物の著作権者と直接交渉させるであろう。」と判示した²⁶⁹。ここでは、利益吐き出しの根拠は、著作権の侵害行為を抑止し、そして侵害者と著作権者との直接交渉を誘導することであると理解が示されている。また利益吐き出しに伴う棚ばたの問題については、その一部が「侵害者がライセンスを求めたならば、著作権者が侵害者に著作権をライセンスすることから取得したであろう利益になり得る」としてその正当化も試みられている²⁷⁰。最後に、本判決において注目すべきなのは、——後述の効率的契約違反の提唱者として有名な——Posner 裁判官が判決を書いている点である。

以上の考察からは、アメリカ法は、著作権侵害を理由に利益吐き出しを認めているものの、その際の根拠としては、①不当利得の防止や②侵害行為の抑止に求めていることが明らかといえよう。

(2) 特許権侵害の場面

次に、特許権侵害による利益吐き出しについてみる²⁷¹。アメリカ法に

²⁶⁹ *Id.* at 1120 (per Posner, J).

²⁷⁰ *Ibid.* もっとも、棚ばたを完全に正当化するものとはいえないであろう。

²⁷¹ ここでの考察については、以下の文献に負うところが大きい。

[教科書・ケースブック・モノグラフ] PALMER, *supra* note 1, at 87 ~; DAGAN, *supra* note 12, at 87 ~; ROGER D. BLAIR & THOMAS F. COTTER, *INTELLECTUAL PROPERTY: ECONOMIC AND LEGAL DIMENSIONS OF RIGHTS AND REMEDIES* (Cambridge U. P., 2005); KULL & FARNSWORTH, *supra* note 1, at 329 ~.

[論文] Hubbard, *supra* note 260, at 968 ~; Mark A. Lemley, *Property*,

おける特許の保護は、判例法と制定法である連邦特許権法によって行われてきたが、特許権侵害による利益吐き出しをめぐる議論が変遷していることから、以下では1946年特許法制定以前の伝統的立場と1946年法特許法制定以後の立場に分けて考察することとしたい²⁷²。

（ｉ）1946年特許法前史

特許法は、伝統的に、特許権侵害による救済として、（ α ）差止命令と（ β ）損害賠償を規定し、そして後者として、①逸失利益（lost profits）、②確定実施料（established royalty）、③合理的実施料（reasonable royalty）、④侵害者利益の清算（an accounting for the infringer's illicit profits）の４つの方法を用意していた。④から利益吐き出しが認められていたことは明らかといえよう。このような救済は、1819年特許法によってエクイティに差止命令を発効する権限が付与され、それに付随するものとして「侵害者利益のエクイティ上の清算を命令する権限」が与えられたことに起源を有する。

判例においてもそのような利益の清算を認めたものが散見された。たとえば、〔米7〕Tilghman v. Proctor 事件²⁷³は、XがYほかに対して、1854年に1月9日から20年間Xに認められた、脂肪酸を製造する方法（process）等についての特許権の侵害を理由に、差止命令、侵害者利益の清算、損害賠償を求めて、訴えを提起した事案である。連邦最高裁判所は、侵害者利益の清算の根拠として、第1に、侵害者利益の清算が当

Intellectual Property, and Free Riding, 83 TEX. L. REV. 1031 (2005) ; Caprice L. Roberts, *The Case for Restitution and Unjust Enrichment Remedies in Patent Law*, 14 (2) LEWIS & CLARK L. REV. 653 (2010) ; Amanda Frye, “*Inextricably Commingled*”: A Restitution Perspective in Patent Remedies, 26(2) HARV. J. L. & TECH 669 (2013).

アメリカの特許法一般については、ヘンリー幸田『米国特許法研究——特許法の歴史、原理、そして実務を考える』（ILS出版、2008）、木村耕太郎『判例で読む米国特許法（新版）』（商事法務研究会、2008）を参照。

²⁷² 以下の考察は、田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004）149頁以下；Roberts, *id.* at 656～；Frye, *id.* at 673～を参照。

²⁷³ 125 U.S. 136 (1888).

事者間の完全な正義を実現すること、第2に、違法行為者が彼自身の違法行為により利益を得ることは認められないこと、第3に、侵害者の利益を単一の手続きにおいて完全な救済を付与するための「コモン・ロー上の損害賠償の等価物または代替物」とみなされること²⁷⁴などを挙げた²⁷⁵。

以上の考察からは、アメリカ法は、伝統的に特許権侵害による利益吐き出しを肯定してきたものの、その際の根拠としては、①当事者間の正義の実現、②不当利得の防止、③損害額算定の代替手段に求めてきたことが明らかといえよう。

(ii) 1946年特許法以降

ところが、こうした伝統的立場はその後、制定法（1946年特許法）により修正されることとなる。すなわち、同法は、特許権侵害による救済手段として、従来と同様に（ α ）差止命令（283条）と（ β ）損害賠償（284条）を規定しつつも、後者については①逸失利益、②確定実施料、③合理的実施料の3つの方法のみを規定し²⁷⁶、侵害者利益の清算を規定から削除した²⁷⁷。もっとも、侵害者利益の清算が、1946年法の下で完全に否定されたといえるのか否かをめぐっては、同法制定後の下級審の裁判例

²⁷⁴ *Id.* at 148. エクイティにおける利益の清算は、差止命令に付随するものとして認められた。

²⁷⁵ *Id.* at 145-6. 上記のほかに、「エクイティ上、特許の侵害者によりあげられた利益は、特許権者に帰属し、そして侵害者に帰属しないこと」も挙げられるが、これは何ゆえ侵害者に利益が帰属するかについて何ら言及しておらず、結論先取といわざるをえない。

²⁷⁶ ①～③の損害賠償については、田村・前掲書注（272）151頁以下、ヘンリー幸田『米国特許法逐条解説（第6版）』（発明協会、2013）416頁以下、宮脇正晴「米国法における特許権侵害に基づく損害賠償」日本工業所有権法学会年報41号（2018）95頁以下などに譲る。

²⁷⁷ 35 U.S.C. §284. ただし、意匠特許については、利益の認定が容易であったためか、残す措置となった（§289）（幸田・前掲書注（276）418頁参照）。なお、意匠権侵害による利益吐き出しについては、本稿では立ち入らない（この点は、Pamela Samuelson & Mark Gergen, *The Disgorgement Remedy of Design Patent Law*, 108 CALIF. L. REV. __ (forthcoming, 2020), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3353536> [last visited August 18, 2020] が詳しい）。

においては理解が分かれていたものの、その後の連邦最高裁の判決²⁷⁸において、完全に排除されるとの立場が示された²⁷⁹。それゆえに、現在、アメリカ法は、——たとえ侵害者が故意により利益を取得し、また当該利益が侵害行為との間に因果関係があるとしても——特許権侵害による利益の吐き出しを直截には認めない²⁸⁰。

もっとも、侵害者利益の清算についての規定が削除された理由は明確とは言えず、強いてあげれば、吐き出すべき利益の「範囲」の確定（とくに、特許発明に配分されるべき額の立証）に付随する訴訟費用という実務上の問題を考慮した結果に過ぎない²⁸¹。つまり、このような変更は、利益吐き出しの理論的な根拠が不十分であること²⁸²、あるいは利益吐き出しが特許法の制度目的（産業の発展）と調和しないことなどの実質論を踏まえたものではなく²⁸³、利益吐き出しを肯定する余地が全くなく

²⁷⁸ Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co., 337 U.S. 476 (1964) (Aro II). ただし、本件事案は、直接には侵害利益の清算が問題となった事案ではなく（特許法271条(c)の間接侵害に関する事案である）、この点についての判断が必要だったか否かなど、先例として疑問の余地も残されていたが、その後の裁判実務は、このような理解を支持している（田村・前掲書注（272）165頁参照）。

²⁷⁹ Brennan 判事は、特許権の損害賠償が、侵害者の利得ではなく、特許権者の損失にのみ依存することを明白にした（*Id.* at 507）。

²⁸⁰ もっとも、侵害者の利益額を逸失利益や合理的な実施料の算定する証拠として利用することは否定されない（PALMER, *supra* note 1, at 92；木村・前掲書注（271）280頁）。

²⁸¹ PALMER, *id.* at 92. また、幸田・前掲書注（271）213頁（「問題となったのは、侵害者が侵害行為により得た利益の算定方法である。固定経費、変動経費、価格の変動、返品、保険、税金、…利益の算定における要素は絶え間なく変動し、かつ錯綜する。加えて侵害者の得た利益の中には、宣伝活動、企業努力、他の特許、無関係の部品等、原告の有する特許とは全く関係のない要因も含まれる。／従って、侵害者の得た利益のすべてを特許権者に返還させるのは合理的根拠に欠ける。いったいどこで区切ればよいのだろうか。」と指摘する）も参照。

²⁸² この点は、——特許権侵害については利益吐き出しが否定されたもの——先述したように、著作権侵害や商標権侵害では利益吐き出しが維持されている状況からも明らかであろう（PALMER, *id.*, at 94）。

²⁸³ See, Roberts, *supra* note 271, at 661 ～.

なったわけではない（そのような可能性は、立法資料からも読み取れるとされる²⁸⁴⁾²⁸⁵。近時の学説の中には、利益吐き出しを肯定する立場を示す者が散見されるが、それはこのためであろう（後述）。

（３）営業秘密侵害

ここでは営業秘密の侵害による利益吐き出しについて取り上げる²⁸⁶。営業秘密は、特許権と比較すると、①主としてコモン・ローおよび州の制定法に基づき²⁸⁷、そしてエンフォース可能性の前提条件として政府の

²⁸⁴ Robertsによると、議会の（上院）報告書は、利益の配分の困難性から利益吐き出しを非難するものの、最後の箇所において、「本法案 (bill) は、裁判所主事 (master) の前で手続をすることを不要とし、そしてエクイティ裁判所に利益に関わらず一般的な損害賠償を評価する権限を与えることにより、一般的な損害賠償の要素として利益の回復を排除しないであろうけれども、その算定基準は、委員会の判断において、長く遅れた提案された立法を体现する。」(S. Rep. No. 79-1503, at 2 (1946))と言及しており、特許権者のための利益吐き出しを完全に否定する趣旨ではないとされる (*Id.* at 662 ~、同趣旨として、MYM Mohamed, *Unjust Enrichment for Patent Infringement: A Novel Idea*, 4 J. INTELL. PROP. L. 123, 156 ~ (1996) も参照)。

²⁸⁵ もっとも、特許権侵害と著作権侵害における利益吐き出しの取扱いが異なることを正当化する余地が全くないわけではない。ある学説は、①権利の性格の相違（著作権の場合には、過失による侵害行為は起きにくいのに対し、特許の場合には、アイデアであるために、起こり得ること）、②効率的な侵害行為を認めるか否かの相違（特許権の場合には、効率的違反を認める可能性があるのに対し、著作権の場合にはそれがないこと）を根拠として、その違いを説明する (Margolis, *supra* note 260, at 246-7)。

²⁸⁶ ここでの考察は、PALMER, *supra* note 1, at 97 ~ ; DAGAN, *supra* note 12, at 98 ~ に負うところが大きい。

アメリカの営業秘密法一般については、金春陽『営業秘密の法的保護——アメリカ・中国・日本の比較法研究』（成文堂、2007）45頁以下、小野・前掲書注（81）236頁以下、Sharon K. Sandeen（足立勝訳）「米国営業秘密法——その発展と適用」知的財産法政策学研究47号（2015）29頁以下を参照。

²⁸⁷ ただし、州ごとにルールが異なることによる不都合を踏まえ、統一法を作る動きが強い。たとえば、①第一次不法行為法リステイトメント (Restatement of Torts) における営業秘密に関する規定の制定 (757条～759条)、②統一営業

部門の承認行為を要求しないこと、②非自明性要件は要求されないこと（秘密である限り、人に競争利益を提供するあらゆる情報は、潜在的に営業秘密として保護され得る）、③公衆への開示は要求されないこと、④保護期間が不確定であり、また保護が失われやすいことを特徴とする²⁸⁸。保護期間中は、営業秘密の所有者は、とりわけ、窃盗やスパイ行為などの「不適切な手段」によりその情報を取得する者を排除し得るものの、その秘密の対象を独立で発明し又は発見した者がそれを使用することを排除することはできないし、また他者が、リバース・エンジニアリングを通じてその秘密を発見し、そしてその後に開発することを試みることを阻止することができないという点で、特許と比較すると保護が弱いとされる²⁸⁹。

では、具体的に、営業秘密が不適切な手段により取得された場合にどのような救済手段が認められるであろうか。この点につき、統一営業秘密法は、（i）差止命令と（ii）金銭救済を認めており、また後者として、①逸失利益、②合理的な実施料、③利益の清算、④懲罰的損害賠償などを認めている²⁹⁰。ここから、他の場面と同様に、利益吐き出しが認めら

秘密法（Uniform Trade Secret Act）の制定（全12条）、③第三次不正競争法リステートメント（Restatement (Third) of Unfair Competition）における規定の制定（39条から45条）などが挙げられる。また2016年には、連邦法として④連邦営業秘密防衛法（Defend Trade Secret Act of 2016、通称「DTSA」）も制定された。①～③につき、金・前掲書注（286）51頁以下を参照、④につき、山根崇邦「アメリカにおける営業秘密の保護（1）（2）——連邦営業秘密防衛法（DTSA）の運用実態と日本の営業秘密訴訟との比較」知的財産法政策学研究53号（2019）1頁、54号（2020）1頁以下を参照。

²⁸⁸ 以上については、Roger D. Blair & Thomas F. Cotter, *An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law*, 39 WM. & MARY L. REV. 1585, 1598-99 (1998) を参照。

²⁸⁹ *Id.* at 1599. そのため、営業秘密法は、社会的には有益であるが、特許法により要求される20年間の排他的所有に値するには十分には価値がないかもしれない情報に対する限定的な所有権を付与することにより、特許制度を補完する機能を果たすとされる（*Id.* at 1600）。

²⁹⁰ UNIFORM TRADE SECRET ACT §§2-3. この点につき、Sandeep・前掲書注（286）33頁以下も参照。

れていることが明らかといえよう。

判例においても利益の清算は認められている。たとえば、〔米8〕Adolph Gottscho v. American Marking Co. 事件²⁹¹は、Y (American Marking Corporation) が、X (Adolph Gottscho) の元従業員 A から営業秘密の情報を入手し、その情報を含む機械を販売することにより利益を上げたのに対して、X が Y に対して差止命令および利益の清算を求めた事案である。本件において、ニュージャージー州の最高裁判所は、営業秘密の利用から現実化された利益の清算を認めた。このような立場は、第三次不正競争リステイトメント (45条²⁹²) などにおいても追認されている²⁹³。もっとも、判例においてはその根拠は明確ではないが、リステイトメントのコメントでは、営業秘密の性格から生じる逸失利益の算定の困難性が挙げられており²⁹⁴、損害額の算定の代替手段として根拠付けられることになろうか。

以上から、アメリカ法は、営業秘密の不正利用を理由に、利益吐き出しを肯定しているものの、その根拠は明確とはいえないものの、損害額の算定の代替手段となっているといえよう²⁹⁵。

²⁹¹ 26 N.J.229 (1958).

²⁹² RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45 (1995). なお、連邦法である DTSA でも認められている (18 U.S.C. §1836(b)(3)(B)(i)(II)).

²⁹³ ただし、すべての州で利益の吐き出しが採用されているわけではない。たとえば、ニューヨーク州は、(懲罰的損害賠償を認めるものの) 利益吐き出しを認めていない (以上については、Pamela Samuelson, John M. Golden & Mark P. Gergen, *Recalibrating the Disgorgement Remedy in Intellectual Property Cases*, (2020) 1 at 32, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3529750> [last visited August 18, 2020]).

²⁹⁴ RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45 cmt. c は、「競争市場の性質によっては、原告が営業秘密の不当利用に帰すべき売上その他の損失を証明することがしばしば困難である。同様に、公の開示によって滅失した営業秘密の価値も通常の実確性をもって証明できない (speculative) ことが多い。」と指摘する。同条およびコメントの翻訳については、茶園成樹=小泉直樹「アメリカ不正競争法リステイトメント試訳(5)」民商112巻2号(1995)135頁、174頁以下を参照。

²⁹⁵ もっとも、このような立場を前提とすると、次のような疑問が生じる。す

（４）商標権侵害の場面

ここでは、商標権侵害による利益吐き出しについて取り上げる²⁹⁶。商標の保護は、判例法と制定法である連邦商標法により行われている。商標も、著作権や特許権と同様に、投下資本の回収（商標を認知してもらうまでに商標権者はかなりの時間および費用を投下しており、模倣者からその投資を保護する必要があること）のために認められている点は異なるものの、それとは異なる独自の意味、すなわち、公衆の利益の保護（消費者の誤認混同を防止すること）の役割を持っている²⁹⁷。もっとも、このような目的の相違は、利益吐き出しの可否の判断には影響していないようである。

アメリカの判例は、——一部では棚ぼたの問題を指摘して、利益吐き

なわち、特許権よりも保護が弱いはずの営業秘密が、利益吐き出しの場面では、より手厚い保護が与えられているになり、逆転現象が生じているのではないかという問題である。この点をどのように解するかは、管見の限り、アメリカ法学の文献において十分な議論を発見することはできなかった。可能性としては、①救済手段の違いはそれほど本質的なものではないこと、あるいは②先述のように特許権侵害において利益吐き出しが否定されたのは、実務における運用上の問題によるものであることを踏まえると、理論的に矛盾するものではないことが挙げられようか。

²⁹⁶ ここでの考察については、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・体系書〕PALMER, *supra* note 1, at 87; DAGAN, *supra* note 12, at 85 ～.

〔論文〕Hubbard, *supra* note 260, at 974; James M. Koelemay, Jr., *Monetary Relief for Trademark Infringement under the Lenham Act*, 72 TRADEMARK REP. 458 (1982); William G. Barber, *Recovery of Profits Under the Lanham Act: Are the District Courts Doing Their Job*, 82 TRADEMARK REP. 141 (1992); Dennis S. Corgill, *Measuring the Gains of Trademark Infringement*, 65 FORDHAM L. REV. 1909(1997); Bryan M. Otake, *The Continuing Viability of the Deterrence Rationale in Trademark Infringement Accountings*, 5 UCLA ENT. L. REV. 221 (1997); Danielle Conway-Jones, *Remedying Trademark Infringement: The Role of Bad Faith in Awarding an Accounting of Defendant's Profits*, 42 SANTA CLARA L. REV. 863 (2002).

²⁹⁷ Otake, *id.* at 226. ただし、①の側面の方が強いとされる（白鳥・前掲書注(260) 20頁参照）。

出しに警鐘を鳴らすものもあるが²⁹⁸——市場において購入する消費者の間で混乱を生む状況において、他人の商標を不当に使用することにより商標権を侵害した場合には、著作権侵害と同様に、エクイティ訴訟において、侵害者に利益の吐き出しを求める救済手段を商標権者に認めてきた。そしてこうした取扱いは、その後の制定法（1905年商標法、1946年商標法〔通称、ランハム法〕²⁹⁹）にも継承されている。すなわち、1946年法は、商標権侵害による救済として、（i）非金銭救済として差止命令と（ii）金銭救済を規定し、そして後者について（a）損害賠償、（b）利益の清算、（c）三倍賠償を用意している（商標法1117条〔ランハム法35条〕³⁰⁰）。

もっとも、その根拠付けは、他の場面と同様に一様ではない。具体的にみると、次の通りである。すなわち、——

第1に、損害額の算定の代替手段に求めるものが挙げられる³⁰¹。たとえば、〔米5〕Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co. 事件³⁰²は、YはXの高性能の靴およびゴム製のヒールについての商標を自分の品質の劣るヒールに付けて販売することにより、Xの商標を侵害した事案である（XとYとの間に直接競争関係あり）。本件において、地方裁判所は、①購入者の中に、自己がXの製品を取得しているとの信頼により誘導された者がいる「合理的な可能性」があること、②Xの商標をよく知っている通常の購入者は、Yにより売られたヒールが

²⁹⁸ Bandag, Inc. v. Al Bolser's Tire Stores, Inc., 750 F.2d 903, 918 (1984)（「原告は、棚ぼたに対する権利を有しない」と指摘する）。See, RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §37 cmt. e (1995).

²⁹⁹ なお、Trademark Act という場合と Lanham Act という場合とでは、同一の条文であっても条文番号が異なることがある（白鳥・前掲書注（260）17頁参照）。そのため、以下では両方の条文を併記する。

³⁰⁰ 15 U.S.C. §1117 (codifying section 35 of the Lanham Act)。なお、他の知的所有権侵害の場面と異なり、ランハム法は、損害賠償と利益の清算を累積的に用いることを認めており、商標権者により厚い保護を与えている（ミラーほか・前掲書（258）184頁参照）。なお、RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §37 (1995) も肯定する。

³⁰¹ See, Conway-Jones, *supra* note 296, at 884-885.

³⁰² 316 U.S. 203 (1942).

Xの会社の製品であると当然に信じることから、Xの標章が侵害されたと結論付けたうえで、③将来の侵害行為を禁止し、かつ購入することを誘導された購入者への販売からYが上げた利益をXに清算することを命じた。その根拠として、購入者はそのヒールがXのヒールであると信じており、そしてXがさもなければその売上げを得ていたであろうことを挙げる³⁰³。また、連邦最高裁判所も、「利益の裁定は、侵害者が自己に帰属しなかったものを奪うことによりもたらした損失を理由にXを完全にするために設計されている」と述べた³⁰⁴。ここでは、判例は、商標権者の損害（逸失利益）と侵害者の利益との間に一定の関係性があり、前者の損害の「近似値（approximation）」ないし「代用基準（surrogate measure）」として後者の利益を用いていると解される³⁰⁵。

第2に、所有権の排他性ないし侵害者の不当利得の防止に求めるものが挙げられる³⁰⁶。たとえば、〔米6〕Hamilton-Brown Shoe Co. v. Wolf Bros. & Co. 事件³⁰⁷は、「AMERICAN GIRL」という商標を付けて女性用の靴を作るXが、自己の商標と類似する「AMERICAN LADY」という商標を付けて女性用の靴を販売するYに対して、商標権侵害を理由に利益の清算を求めた事案である。連邦最高裁判所は、「商標を使用する権利は、一種の所有（property）として承認される。商標の所有者は、それが現実に使用される範囲で、排他的な享受を求める権利を有する。侵害者は、信託受益者の財産の不法な使用により取得された利益を受託者に負担させる原理と類似する原理に基づき、真の所有者のためにエクイティ上清算し、そして彼の利得を真の所有者に引き渡すことを要求される。」と判示した。ここからは、利益の吐き出しの根拠は、所有（property）の本質である排他性、あるいはそのような排他的な権利の

³⁰³ *Id.* at 204.

³⁰⁴ *Id.* at 206. ただし、吐き出すべき利益の範囲については、最高裁は地方裁判所の立場を支持していない。

³⁰⁵ *See*, Corgill, *supra* note 296, at 1918 ; Conway-Jones, *supra* note 296, at 879-80, 884-85.

³⁰⁶ *See*, Barber, *supra* note 296, at 158-62 ; Conway-Jones, *supra* note 296, at 880-883.

³⁰⁷ 240 U.S. 251 (1916).

侵害により得た利得が不当利得になることに求められていると解される³⁰⁸。

第3に、侵害行為の抑止を求めるものが挙げられる³⁰⁹。たとえば、〔英7〕W.E. Bassett Co. v. Revlon, Inc. 事件³¹⁰は、Yが、Xの製造および販売するマニキュア道具の商標（「TRIM」）を無断で使用して、Yの角質切りの製品に付けて販売した事案である。本件では、XとYは、美容ケア製品の市場において競争していたものの、Xは角質切り製品を販売していなかったため、Xのビジネスや評判に対する現実の損害や推定的な損害が全くなく、またYの利益がXの商標権の侵害行為に起因しないことが明らかな商標権侵害の事案であった。そのため、第2巡回区控訴裁判所は、「完全な清算は抑止として適切である」として、抑止理論を根拠に利益の清算を肯定した³¹¹。

以上の考察からは、アメリカ法は商標権侵害による利益吐き出しを認めており³¹²、そしてその根拠としては、①損害額の算定の代替手段、②所有権の排他性（ないし不当利得の防止）、③侵害行為の抑止のいずれか（またはその複数）に求めていることが明らかといえよう³¹³。

（5）学説の議論状況

最後に、知的所有権侵害を理由とする利益吐き出しをめぐるアメリカの学説の議論状況について一瞥を与えておくこととする。

多数説は、判例・制定法において利益吐き出しが肯定されている場面（著作権侵害、商標権侵害、営業秘密侵害）のみならず、否定されている場面（特許権侵害）においても、肯定的見解を支持している（特に後者の場面における議論が多い）。もっとも、その根拠は一樣ではない（な

³⁰⁸ *Id.* at 259.

³⁰⁹ *See*, Barber, *supra* note 296, at 158-9.

³¹⁰ 435 F.2d 656 (CA 2 1970).

³¹¹ *Id.* at 664.

³¹² もっとも、連邦地方裁判所はランハム法35条に基づく利益の清算を与えるのに消極的であるとされる（各連邦巡回区の立場については、Barber, *supra* note 296が詳しい）。

³¹³ とりわけ、多くの裁判所は、抑止論に利益の清算の根拠を求めているとされる（Otake, *supra* note 296, at 242）。

お、以下の一つのみならず、複数の根拠を挙げる見解も多い）。具体的には、以下が挙げられる。すなわち、①不当利得の防止に求める見解（Hubbard³¹⁴、Keenon³¹⁵、Conway-Jones³¹⁶など）、②知的所有権の目的（発明者および創造者の情報創造に対するインセンティブを維持し、過小生産を回避すること³¹⁷）を実現するためには、正の外部性を完全に内部化することが必要であり、そのためには侵害行為を抑止することが必要であるとする見解（Blair & Cotter^{318 319}、Otake³²⁰、Margolis³²¹など）、③

³¹⁴ Hubbard, *supra* note 260, at 955（侵害者が他の人の所有権の盗用および使用から利益を得ることが非良心的であるという理論に基づき、利益吐き出しは、侵害者の不当利得を防止するために裁定されると指摘する）。

³¹⁵ Wade R. Keenon, *Monetary Recovery Under the Copyright Act: Calculation of Damages*, 65 OREGON L. REV. 809, 824 (1986).

³¹⁶ Conway-Jones, *supra* note 296, at 882（公正な競争市場を維持するために、不当利得による利益吐き出しが正当化されると説く。ただし、抑止理論にも肯定的）。

³¹⁷ なお、インセンティブ論を含む知的所有権の正当化については、さしあたり、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008）1頁以下、吉田邦彦「『知的所有法・サイバー法』原論の試み——デジタル化時代・多文化的国際化時代における情報学の新たな展開（アメリカ法学からの示唆）」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、2008）121頁以下を参照。

³¹⁸ BLAIR & COTTER, *supra* note 271, at 42～（同書の第2章および第3章は、Blair & Cotter, *supra* note 288を加筆修正したものである。以下は、前者による）。Blair & Cotterによれば、企業がある発明に投資するインセンティブを持つのは、将来の発明による期待利益（の現在フロー）が研究費用および開発費用の総額を上回る場合（投資をすることの正味の現在価値が正である場合）であるが、第三者が企業の発明にフリーライドし得る確率は、前者の期待利益を減らし、企業の投資へのインセンティブを減らす。そのため、発明投資へのインセンティブ構造を維持するためには、法的救済手段が必要となり、その手段としては、差止命令が重要となる（知的所有権の救済手段としてプロパティールールによる保護が望ましいとする[at 41]）が、それのみでは不十分であり、金銭救済による補完が必要であるとして、侵害行為を利益の出ないものにする利益吐き出しの必要性を説く（at 42～）。もっとも、利益吐き出しが適法な行為の過剰抑止をもたらす可能性があることに留意し、侵害者と特許権者のいずれが効率的な生産者か否かにより、利益吐き出しが認められる場面を決定する。そしてこのような枠組みは、営業秘密侵害や著作権侵害、さらに（若干検討を要するものの）商標権侵害にも妥当すると指摘する（at 66～）。

損害額算定の代替手段として利益を捉える見解(Gordon³²²)、④応報や矯

なお、Cotter は、近時、この問題について単著で多数の論稿を発表しているものの (e.g. Thomas F. Cotter, *A Comparative Law and Economics Analysis of Damages for Patent Infringement*, in: THEODORE EISENBERG & GIOVANNI B. RAMELLO ED., *COMPARATIVE LAW AND ECONOMICS* (Edward Elgar Publishing, 2016) 262)、本稿では立ち入ることができなかった。

³¹⁹ 特許権の場面において、抑止論を挙げるその他の見解として、Niva Elkin-Koren & Eli M. Salzberger, *Toward an Economic Theory of Unjust Enrichment Law*, 20 INT'L REV. L. & ECON. 551, 566 ~ (2000) (侵害行為に起因する正味の利益の吐き出しは、発明者への補償を確保しつつ、プロパティールに伴う拒否権の行使を否定するため、両当事者間の交渉を促進すると指摘する) ; Allison Pruitt, *Keeping Patent Applications Honest: A Proposal to Apply Disgorgement Remedies to Findings of Inequitable Conduct During Patent Prosecution*, 13 (2) JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 465, 487 (2006) (抑止論に加えて、不当利得の防止も挙げる) ; David W. Opperbeck, *Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law*, 89 B.U.L.REV. 127, 132 (2009) (利益吐き出しが「経済的に効率的であり、そして社会的に望ましい結果を促進するであろう」と述べる) ; Roberts, *supra* note 271. at 671 ~ (一方で、利益吐き出しの目的を侵害行為の抑止および市場における取引の促進と解しつつ、他方で、特許法の目的を一定の保護期間、完全な排他性を認めるために強い保護を提供することであるとし、利益吐き出しは潜在的な侵害者と特許権者の間の取引を促進することにより、特許法の目的を促進すると説く) ; Edward V. Filardi, *The Adequacy of Compensation for Patent Infringement—An Analysis of Monetary Relief Under 35 U.S.C. § 284*, 3 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 57, 87 (1992) などが挙げられる。また営業侵害の場面については、Michael Risch, *Why Do We Have Trade Mark?*, 6 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 1, 58-59 (2007) が挙げられる。

³²⁰ Otake, *supra* note 296, at 242 (商標権侵害の場面を念頭に、抑止に基づく利益の清算は、①より大きな、洗練化された企業の侵害者による、洗練化されていない、小規模の商標権者の抑圧を防止するため、②社会的な非難を常習犯人やプロの偽造者に焦点を置いたため、③原告の商標権の損害や損失の発見を証明困難にする被告による秘密の活動の為の負のインセンティブを提供するために、正当化されると説く)。その他に、商標権侵害の場面において抑止説を挙げる見解として、Corgill, *supra* note 296, at 1914など。

³²¹ Margolis, *supra* note 260, at 247 (著作権侵害の場面を念頭に置く)。なお、Margolis は、懲罰的要素として、著作権侵害による利益吐き出しを説明するが、

正的正義を挙げる見解（Keele³²³）、⑤特許権者および侵害者双方にとって公正であることに求める見解（Frye³²⁴）などに分かれている。

これに対し、否定する見解も少数ながら存在する（Ciolino、Lemley、Koelemay³²⁵など）。その根拠としては、以下の点が挙げられる。すなわち、①公共財としての性格（非競合性および非排除性）を持つ情報は有体物と同様に扱うことができないこと（たとえば、有体物と異なり、境界が不明確であり、境界を越えた侵害者への制裁は、有体物ほど厳格にすべきではないとされる）³²⁶、②肯定説は知的所有権法の目的実現のために、利益吐き出しの必要性を説く（肯定説②）が、必ずしも必要ではないこと（たとえば、正の外部性の内部化が完全になされていなくても、生産者が合理的な利益を含む費用をカバーするのに十分な見返りを得ることができれば、生産活動が行われることがあり、このことは情報創造に対するインセンティブを生むためには、自己が生んだ社会的価値を完

そこでの「懲罰」の意味は、潜在的な侵害者に侵害するよりもライセンスを取得する（取引をする）ことを推奨することであり、抑止の手段として用いられているに過ぎないと思われる。

³²² Wendy J. Gordon, *An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent and Encouragement Theory*, 41 STAN. L. REV. 1343, 1384 (1989).

³²³ Layne S. Keele, *Copyright Infringement's Blurred Lines: Allocating Overhead in the Disgorgement of Profits*, 2017 B.Y.U.L.REV. 1059, 1091 ~ (2018).

³²⁴ Frye, *supra* note 271, at 689 ~ (特許権者にとっては、侵害者の違法に得られた利益の原状回復は、特許の取引を実現する。また侵害者にとっても、不公正に上げられた利益に原状回復の上限を制限することは、公正である)。

³²⁵ Koelemay, *supra* note 296, at 547 (商標の事案における侵害者の利益の清算は、効用よりも伝統により生き残っているコモン・ローの化石である、として消極的な立場を述べる)。

³²⁶ Ciolino, *supra* note 260, at 42 ~. See also, Lemley, *supra* note 271, at 1050 ~ (①有体物と異なり無体物である情報は、過剰使用により枯渇される恐れはないこと、また②情報の模倣は、そのアイディアを拡散し、そしてそれゆえに他者がそれを使用し、かつ享受することを認めることにより、利用可能な資源を増やすと指摘する)。

全に内部化する必要はないことを示唆するとされる)³²⁷、③知的所有権法の目的実現するために正の外部性を内部化する必要があるとしても、その目的を実現するための救済手段は、すでに現行法の中に存在しており、それに加えて利益吐き出しを認める必要性はないこと³²⁸、④知的所有権を過剰に保護することは、様々な費用をもたらし、却って非効率を導くこと³²⁹などが挙げられる。

³²⁷ Lemley, *supra* note 271, at 1046.

³²⁸ Ciolino, *supra* note 260, at 26 ～. Ciolino は、著作権侵害の場면을念頭に置いたうえで、利益吐き出しを認めることが不必要であるのみならず、逆効果であると指摘する。その理由としては、前者については、①著作物の創造のインセンティブを生む際に、利益吐き出しがその役割を担うと考えられていたが、差止命令および損害賠償によりその役割は既に担われており、利益吐き出しが認められるか否かは不確定であり、現在の創造のインセンティブとならないこと、また、②利益吐き出しが市場促進機能を有すると一般に説かれるが、そのような役割は他の手段（たとえば、刑事制裁、懲罰的損害賠償など）によっても担われており、利益吐き出しの代替に十分なり得ることが挙げられる。また、後者（逆効果であること）については、③著作権侵害の場面では、善意の侵害者も吐き出さなければいけないために、著作物の適法かつ有益な使用が過剰に抑止し、また潜在的な使用者は注意深く交渉相手の権原を調査しなければならず、取引費用の増加を導き、著作物のための市場需要を減らすこと、そして④利益吐き出しが権利者に棚ぼたという魅力を与える見込みがあり、権利者は交渉するよりも侵害されることを優先するインセティブを持つことになり、モラル・ハザードの問題が生じ、利益吐き出しがかえって使用者および所有者がそのような作品のための市場を迂回することを推奨することが挙げられる。

³²⁹ Lemley, *supra* note 271, at 1058 ～. Lemley は、知的所有権を保護することに付随する費用として以下を具体例として挙げる。すなわち、①知的所有権は、競争規範からの逸脱をもたらし、消費者にとっての価格を上げることで、死荷重を生み、(静的な) 非効率をもたらす。②知的所有権により完全な支配を認めると、その後の二次利用を阻害し、(動的な) 非効率をもたらす（いわゆるアンチ・コモンズの悲劇）。さらに、③知的所有権の見込みは、社会的には無駄なレントシーキング（とりわけ、議会によるより厚い保護を求めて、ロビーイング活動を行う）の行動を推奨し、戦略的費用をもたらす。そして④知的所有権のエンフォースメントには費用が伴うこと（通常は、知的所有権制度による利益のほうがこれらの費用を上回るが、費用の方が上回る場合もある）、⑤知的所有権による正の外部性の完全な内部化は、その他の形式の生産と比較し、

これらの見解の当否はここでは立ち入らないが、いずれにせよ、イギリス法とは異なり、アメリカ法では、——否定されている領域もあってか——知的所有権侵害を理由とする利益吐き出しの理論的根拠をめぐって多様な議論の展開がされていることが注目される。

（６）小括

以上の考察からは、以下の点が明らかとなった。

第１に、現在のアメリカ法は、著作権侵害、商標権侵害、そして営業秘密侵害を理由に、利益の吐き出しを認めているが、特許権侵害を理由としては——かつては認めていたものの——利益吐き出しを認めていないという点である。もっとも、特許権侵害による利益吐き出しを否定するのは利益の算定の困難性という実質的な問題によるものであり、理論的根拠（実質論）の観点から詰められたものではなく、検討の余地は残されている（学説でも肯定する見解が多数みられる）。

第２に、アメリカ法は、知的所有権侵害を理由とする利益の吐き出しの根拠として、大まかに言えば、①損害額算定の代替手段、②不当利得の防止、③侵害行為の抑止、④所有権の排他性、⑤当事者間の正義の実現のうちのいずれか（またはそれらのいくつか）を挙げているという点である。

第３項 無体物侵害②——プライバシー侵害および名誉毀損

次に、無体物のうち、より人格的な性格の強いプライバシーの侵害および関連して名誉侵害（名誉毀損）による利益吐き出しの問題について順にみていくことにしよう³³⁰。

イノベーションへの過剰投資を推奨し、経済的な均衡を歪めることになることである。

³³⁰ 本項の考察は、以下の文献に負うところが大きい。

〔教科書・体系書・モノグラフ〕PALMER, *supra* note 1, at 120 ～；DAGAN, *supra* note 12, at 89 ～。

〔論文〕Friedmann, *supra* note 10, at 511 ～；Harder, *supra* note 113, at 69 ～；Lauren Henry Scholz, *Privacy Remedies*, 93 IND. L.J. 94 (2019)。

(1) プライバシー権侵害による利益吐き出し

(i) 判例の立場

プライバシー権侵害³³¹についてみると、アメリカではプライバシー侵害が独立の不法行為を構成することに異論はない³³²。もっとも、その救済手段として利益吐き出しを認めることには従来消極的に解されてきた。たとえば、利益吐き出しの問題が最も顕在化する有名人などの名前や肖像が金銭的利益を目的として無断で利用された場面ではそのような取扱いがなされている³³³。以下では、この点についての従前の判例の立場を確認しておくこととする。

まず〔米9〕O'Brien v. Pabst Sales Co. 事件³³⁴は、Y がビール広告の

³³¹ 周知のとおり、プライバシーをめぐるのは①私生活を公開されない権利という消極的な意味で解する見解と②より積極的な自己の個人情報コントロールする権利という積極的な意味で解する見解に分けることができるが、本稿では立ち入らない。この点については、伊藤正己『プライバシーの権利』(岩波書店、1963) 24頁以下、石井夏生利「プライバシー・個人情報の『財産権論』——ライフログを巡る問題状況を踏まえて」情報通信政策レビュー2号(2011)66頁以下、村上康二郎『現代情報社会におけるプライバシー・個人情報の保護』(日本評論社、2017) 59頁以下などの先行研究に譲る。

³³² この点は、Warren & Brandeis の論文 (*supra* note 120) の影響力が強かったことに起因するであろう。なお、同論文については、石井夏生利『個人情報保護法の理念と現代的課題——プライバシー権の歴史と国際的視点』(勁草書房、2008) 25頁以下の詳細な紹介も参照。

³³³ Prosser のプライバシーの4つの分類論——①私生活への侵入、②私的事実の公表、③公衆への誤解、④肖像の盗用 (appropriation) ——のうち、④として論じられていた類型である (William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIF. L. REV. 383, 422-23 (1960)). 同論文については、石井・前掲書150頁以下の詳細な紹介も参照)。①～③と異なり、④は財産的利益の側面が強いため、プライバシーの一側面と解するか、パブリシティ権として独立の権利と解するかについては、州により異なる (PALMER, *supra* note 1, at 126 ~)。パブリシティ権については、さしあたり、田倉保「アメリカ合衆国におけるパブリシティ権に関する議論の動向」『パブリシティの権利をめぐる問題』(著作権情報センター附属著作権研究所、2009) 21頁以下、佐々木秀智「パブリシティ権とアメリカ合衆国憲法修正第一条」法律論叢84巻2=3号(2012) 331頁以下を参照。

³³⁴ 124 F.2d 167 (5th Cir. 1941), *cert. denied*, 315 U.S. 823 (1941). See, KULL &

カレンダーで X（有名な大学フットボール選手）の写真が無断で使用したのに対し、X がプライバシー権侵害を理由に損害賠償を請求した事案である（なお、X は若者のアルコール飲酒に反対する団体の構成員の一人であった）。

本件においては、控訴裁判所の多数意見は、原審の判断を支持して、X がすでに有名人であり、大学の広報雑誌に名前や肖像を用いることを認めており、本件のポスターに掲載したからといって、プライバシー権侵害にはならないとして、X の請求を棄却した³³⁵。これに対し、反対意見は、傍論において、X が「そのような使用が被上訴人 [Y] により盗用された範囲で、広告目的のために彼の写真の取引および商業における使用の合理的な価値を回復する」権利を有すると判示した³³⁶。その根拠は、「プライバシー権は、商業広告のために人の名前や写真を使用する権利とは異なる。後者は、すべての人に帰属する財産上の権利（property right）である。」という点に求められた。要するに、X がパブリシティ権侵害と主張していれば、損害賠償は認めらるという趣旨であろう。

もっとも、本件において X は、プライバシー権侵害による損害賠償請求を主張したに過ぎない（使用料の返還を求めたものではない）。おそらく、X は、若者の飲酒に反対するという自己の従前の社会的立場と矛盾する印象を公衆に与えるポスターに掲載されたことを問題視したものと推察される。その限りでは、反対意見のような結論は X の望むものではなく、X が拘ったプライバシー権侵害の法律構成の枠内で肯定することを目指すべきであったといえる。

では、パブリシティ権侵害による、利益吐き出しは、認められるか。この点につき、フロリダ州の [米10] Cason v. Baskin 事件は否定的な立場を示した。本件は、Y が友人 X のことについて書いた本を出版した（その本の中で X は「怒りやすく、かつ有能なカナリヤに似た年を感じさせない未婚女性」として描写されていた）のに対し、X がプライバシー権侵害を理由とする損害賠償およびパブリシティ権侵害を理由として Y

FARNSWORTH, *supra* note 1, at 337 ~.

³³⁵ *Id.* at 170.

³³⁶ *Ibid.*

が本の売上により受け取った利益の一部の吐き出し（分配）を求めて訴えを提起した。フロリダ州最高裁判所は、前者については肯定したものの、後者について否定した³³⁷。その理由は、① X の身の上話がその本の売上を生む際に価値を有するような性質のものではないこと、② 人の伝記的スケッチを含む本の公刊は、法的にその人にそのような本の販売から現実化された利益の分配を受ける資格を与えないこと、③ これを肯定する先例がないことなどに求められた。これらの理由のうちのいずれを重視するかにより理解が分かれるかもしれないが、② の点を重視するのであれば、人のプライベートな情報が商業的に利用されたとしても、その利益に対して本人は権利を有しないということになるだろう。

このように従来アメリカ法においては、人の肖像や名前などが金銭利益のために無断で使用された場面では、パブリシティ権侵害を理由に、損害賠償は認められるものの利益吐き出しまでは認められていない^{337b}。

（ii）学説および近時の動向

もっとも、こうした判例の消極的立場に対して、学説では、肯定的立場を採る見解が多い。その根拠としては、① 不当利得の防止に求める見解（York³³⁸）が多いが、その他に② 被害者の自律的な意思決定権の侵害に求める見解（McCarthy³³⁹）や③ プライバシー権侵害の抑止に求める見

³³⁷ 155 Fla. 198, 220, 20 So. 2d 243, 254 (1944).

^{337b} ここでの記述は Palmer の著書に依拠している (PALMER, *supra* note 1, at 128 ~)。もっとも、アメリカでは、パブリシティ権は州法により規律されており、同書においてすべての立場が確認されているわけではないため、留保が必要であろう。なお、不正競争法リスティメント 49 条は、肯定的立場を採る（ただし、善意の侵害者を除く）。See, RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §46 and cmt. c~d (1995).

³³⁸ Kenneth H. York, *Extension of Restitutional Remedies in the Tort Field*, 4 U.C.L.A.L. Rev. 499, 537(1957). その他については、PALMER, *supra* note 1, at 128 n.24 掲載の文献を参照されたい。

³³⁹ J. THOMAS MCCARTHY, *THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* (1st ed.) (CLARK BOARDMAN CALLAGHAN, 1987) §11.8 [B] (利益吐き出しを認めないことが「本質的に不公正」であると説く。その理由としては、「もし被告が原告のアイデンティティの不当な使用を理由に支払わなければならないものすべてが任意の交渉に

解（Scholz³⁴⁰）などが挙げられる。

これらの根拠のうち③の抑止論の理解は、マスメディアの過剰な取材活動から個人の私生活を保護するために、取材活動を規制する手段の一つとして利益吐き出しを導入するカリフォルニア州法（具体的には、カリフォルニア州の1998年プライバシー保護法）において採用されているといえよう³⁴¹。すなわち、同法は、侵害者がプライバシー権侵害を営利目的で行ったならば、侵害者が得た利益の吐き出しを求める権利を被害者が有すると定めており（カリフォルニア州民法典1708.8条(d)³⁴²）、——被害者のプライバシーに金銭的・商業的価値が有るか否かではなく——侵害者の目的（動機）を考慮して、利益吐き出しを正面から認めている。ここには明確にプライバシーの公表されない利益を重視し、パパラッチの取材活動を抑止することが意図されている³⁴³。

において支払われたであろう合理的な実施料であるならば、・・・被告は不当な収用を理由により不利にならない。・・・〔それゆえに、原告は〕誰が自己のアイデンティティを使用するか、そしていつ、そしてどこで使用するかを任意に決定する権利を〔失う〕と説く）。このような理解は、後述する Dagan の見解との類似性をみることができるようと思われる。

³⁴⁰ Scholz, *supra* note 330, at 685 ～（ただし、個人情報の不正取引の場面）。個人情報の不正取引の場面においては、被害者が不法行為に基づいて損害賠償請求するためには「損害」要件を立証しなければならないが、これがハードルとなっており、それを回避するための手段として、利益吐き出しが注目されている。もっとも、この点については本稿では立ち入らない（さしあたり、Daniel J. Solove & Danielle Keats Citron, *Risk and Anxiety: A Theory of Data-Breach Harms*, 96 TEX. L. REV. 737 (2018) を参照されたい）。

³⁴¹ この問題については、佐々木秀智「アメリカにおける過度な取材活動とプライバシー侵害」法律論叢73巻4＝5合併号（2001）343頁、谷上健次「パパラッチと有名人のプライバシー——カリフォルニア州法と近時の裁判例から」日本大学大学院法学研究年報38号（2008）143頁、特に167頁以下（利益吐き出しについて）が詳しい。

³⁴² Cal. Civ. Code §1708.8 (1999).

³⁴³ もっとも、本条に対しては、言論の自由を定める合衆国憲法修正1条との関係で違憲の疑いも指摘されている（アメリカでは、プライバシー権と表現の自由を対等に置き、衝突するときには比較衡量するイギリスとは異なり、表現の自由が優先される点に留意）が、ここでは立ち入らない（*See*, David A

このような州法にみられるように、プライバシーの価値を重視して、侵害行為の抑止という観点から、プライバシー権侵害による利益吐き出しをより一般的に認める可能性はあり得る。しかし、従来の議論では、——他の領域におけるのと異なり——このような見解は一部にとどまっていた。その原因としては、プライバシーをめぐるはその定義をめぐる議論や法的性質をめぐる議論などが主たる関心となり、具体的に侵害された後の救済手段への関心が弱かったことが挙げられる³⁴⁴。その意味で、プライバシーの領域は特殊な取扱いとなっていたといえ、根拠論を含めて、再検討の余地があろう。

(2) 名誉毀損による利益吐き出し

次に名誉毀損についてみていくことにする³⁴⁵。まず、他人の社会的評価を低下させる名誉毀損³⁴⁶による救済は、(i) 金銭救済が主たるもの

Browde, *Warning: Wearing Eyeglasses May Subject You to Additional Liability and Other Foibles of Post-Diana Newsgathering- An Analysis of California's Civil Code Section 1708.8*, 10 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 697 (2000))。

³⁴⁴ See, Scholz, *supra* note 330, at 661. プライバシーの保護は、同時に他の対抗する価値を否定する側面があるため、どのような形で両者のバランスを図るかが問題となる。一つの方法は、プライバシーの定義づけにおいてその範囲を限定する方法であり、もう一つの方法は、救済手段の場面で対応する方法である。従前は前者の方法が中心を占めていたのに対し、Scholz は、後者の方法の可能性を示唆する。本研究は、こうした Scholz の指摘を踏まえ、こうした方向性を模索する。

³⁴⁵ 名誉毀損を理由とする利益吐き出しのアメリカ法の状況についてまとまって紹介する文献は少ない。ここでは、DAGAN, *supra* note 12, at 89 ～に負うところが大きい(ただし、Dagan 自身の見解については後述に譲る)。

また、アメリカ法における名誉毀損による救済一般については、藤倉浩一郎「アメリカにおける名誉毀損に対する懲罰的損害賠償」田中英夫先生還暦記念『英米法論集』(東大出版会、1987) 479頁、特に481頁以下、塚本重頼「アメリカ法における名誉毀損」同『英米法における名誉毀損の研究』(中央大学出版会、1988) 131頁、吉村顕真「アメリカ名誉毀損法における損害賠償の現代的な動向——損害推定の機能に着目して」青森法政論叢17号(2016) 67頁を参照。

³⁴⁶ 名誉毀損の不法行為が成立するためには、原則として、①表現者がある事

となっている。具体的には、①名目的損害賠償、②填補賠償、③懲罰的損害賠償（マスメディア等の表現者に悪意がある場合などに限定）が挙げられる。これに対し、（ii）非金銭救済としての差止命令は、表現者に対する抑圧的效果が極めて高く、言論および出版の自由に制約をもたらすことから従来消極的に解されてきた³⁴⁷。

それでは、利益の吐き出しはどのように扱われてきたか。従来、この救済手段は取り上げられることは少なかったものの³⁴⁸、アメリカの判例は、名誉毀損による利益吐き出しに対しても、消極的な立場を採ってきた。具体的には、〔米11〕Hart v. E. P. Dutton & Co. 事件³⁴⁹はその例として挙げられる。本件は、第二次世界大戦中の敵の枢軸国（Axis

実についての表現を第三者に公表したこと、②公表された表現は名誉毀損にあたること、③表現は原告に関わるものであること、④表現が虚偽であること、⑤損害を被ったことが必要である（ただし、後述のように⑤は法により推定され、反証は許されない）と解されてきた（藤倉・前掲注（346）484頁参照）。もっとも、例外的に、言辞の対象が公務員または公人であり、あるいは公的関心事である場合には、表現・報道の自由を保障した合衆国憲法修正第1条の要請が働き、発表者が虚偽であることを知っているか、または虚偽であることを無謀に無視した場合にしか、名誉毀損は成立しない（いわゆる「現実的悪意」の法理である）。なお、この法理は、当初、公務員のみを念頭にいていたが、その後、有名人などの公人にまで拡張されている（この点については、藤倉・前掲注（345）491頁以下、山田隆司『名誉毀損——表現の自由をめぐる攻防』（岩波書店、2009）216頁以下を参照）。そのため、この法理は、本稿が名誉毀損による利益吐き出しの場面として念頭に置く、マスメディアが有名人のスクランダルな記事を書いて利益を得た場面にも妥当することになり、利益吐き出しの前提問題として、名誉毀損の成立を拒むハードルとなっているといえる。

³⁴⁷ 藤倉・前掲注（345）481頁以下、塚本・前掲書注（345）286頁以下参照。もっとも、近時は肯定する動きもみられるようであるが、この点については、付彦淇「名誉毀損の救済方法としての差止めについての一考察（１）（２・完）——アメリカにおける現代的なルールについて」阪大法学69巻2号（2019）285頁、5号（2020）901頁が詳しく、それに譲る。

³⁴⁸ たとえば、塚本・前掲書注（345）249頁以下は、本文で挙げた救済などには言及するもの、利益吐き出しについては何ら言及していない。

³⁴⁹ 197 Misc. 274, 93 N.Y.S. 2d 871 (1949), *aff'd*, 277 App. Div. 939, 98 N.Y.S. 2d 773, *reargument denied*, 277 App. Div. 962, 99 N.Y.S.2d 1014 (1949).

power) のエージェントであった X を誹謗中傷する本を公表した Y に対し、(損害賠償請求が時効により制限されたため) X が準契約に基づき Y が名誉毀損の表現を含む書物から得た利益(売上金)の吐き出しを請求した事案である。本件において、裁判所は、利益の吐き出しを否定した。その理由としては、① Y に当該本の出版から生じた利益を清算することを要求することは、「不衡平な」状況——「X の不当な利得」——になること(いわゆる「棚ぼた」論)、②当該利益は、Y により何年もの間使われた費用および努力に起因するという事実、③利益を配分することは困難であることなどが挙げられた³⁵⁰。もっとも、これらの理由は、他の利益吐き出しの場面においても問題となるものであり、これらを理由に否定されるのであれば、他の場面でも否定されることになり、本質的理由とはいえないであろう。

そのため、このような消極的立場の根拠は、他の事情に求められなければならない。具体的には、以下の点が考えられる。すなわち、④コモン・ローにおける従前の利益吐き出しへの消極的態度、⑤名誉毀損がいわゆるそれ自体訴えることができる不法行為(tort actionable per se)と解されており³⁵¹、被害者側の損害発生が推定されること(その結果、被害者は損害の立証を回避するために利益に訴える必要性がないこと)、⑥コモン・ローにおいては懲罰的損害賠償が存在しており、利益取得型の名誉毀損において用いられていたこと³⁵²、⑦従来の判例において用い

³⁵⁰ 利益吐き出しに対し、被告が不法に使用した原告の名誉権の客観的価値の回復の可能性についても、否定的に解される。というのも、一般にプライバシー権は安く手放されることがあるが、名誉は安く手放されることがなく、市場により評価され得るものではないからであるとされる(PALMER, *supra* note 1, at 130)。

³⁵¹ 英米法では、名誉毀損による不法行為は、口頭による名誉毀損(slander)と文書による名誉毀損(libel)の二つに大別されるが、従来、後者については損害要件の立証が一律に不要であると解されてきた。もっとも、前者についても、一定の場合には不要と解されている(塚本・前掲注(345)148頁以下、吉村・前掲注(345)68頁および注(15)参照)。

³⁵² 桑原壯一「アメリカ名誉毀損法における懲罰的損害賠償」現代社会文化研究 6号(1996)135頁、特に138頁。もっとも、名誉毀損を理由とする懲罰的損害

られる根拠によっては名誉毀損を理由とする利益吐き出しの根拠付けが困難であることなどである。もっとも、④～⑥については、現代においては説得力を持つとはいえない。すなわち、④の点に対しては、これまでの考察からも明らかなように、コモン・ローの領域においても利益の吐き出しを肯定する先例が近年登場しており（たとえば、[米1] Edwards 判決や [英16] Blake 判決など）、名誉毀損がコモン・ロー上の訴訟原因であるという理由だけで否定する理由にはならないであろう。また⑤の点に対しては、被害者の損害の立証を回避することという本来の目的を超えて、加害者に対する事実上の制裁として機能しているとして、1960年代以降、連邦最高裁の判決を通じて、修正が加えられており³⁵³、損害の立証が困難な場面では、利益吐き出しが必要となり得てであろう。さらに⑥の懲罰的損害賠償を用いることに対しては、賠償額の決定を事実認定者（陪審または事実審裁判官）の裁量に委ねことになり、利益吐き出しと比較して、望ましくない結果をもたらすとの批判がなされており³⁵⁴、利益吐き出しの独自性が説かれている³⁵⁵。それゆえに、⑦の点こそが本質的な理由といえようか³⁵⁶。

賠償はその適用範囲が限定されている点に留意されたい。というのも、これは、先述の「現実的悪意」の法理による表現者の免責とのバランスの下で採用されたものであり、実際に適用されるのは、被害者が公的存在に当たらないと認定された場合か、または名誉毀損されたとする公務員や公的存在の側が被告側の「現実的悪意」を立証できたという例外的なケースにとどまるからである（この点につき、右崎正博「名誉毀損訴訟における損害賠償高額化と表現の自由」法時74巻9号（2002）106頁、特に109頁を参照）。

³⁵³ 詳細については、桑原・前掲注（352）140頁以下、吉村・前掲注（345）68頁以下に譲る。

³⁵⁴ DAGAN, *supra* note 12, at 92. より一般的な名誉毀損による懲罰的損害賠償に対する批判としては、藤倉・前掲注（345）506頁以下も参照。

³⁵⁵ 桑原・前掲注（352）151頁参照。

³⁵⁶ なお、名誉毀損による利益吐き出しを肯定する見解も少数ながら存在する。たとえば、Friedmann, *supra* note 10, at 511（所有権の排他性に利益吐き出しの根拠を認める立場を前提としたうえで、通常は名誉は財貨ではないものの、商品のように扱われた場合には利益吐き出しが認められるべきであると説く）が挙げられるが、実質的根拠は不明である。

(3) 小括

以上の考察からは、アメリカ法は、伝統的には、プライバシー権侵害や名誉毀損を理由とする利益吐き出しに消極的な立場を採ってきたものの、前者の場面では、一部の領域（パパラッチ等による取材活動）であるものの、利益吐き出しが認められていること（ただし、州法による）、そしてその根拠としては、侵害行為の抑止に求められていることが明らかとなった。

第4項 関係侵害①——信託義務違反

最後に、関係侵害についてみることにする。ここでは、信託義務違反を取り上げる³⁵⁷。以下では、判例における取扱いについて確認した後に、学説の議論状況に一瞥を与える³⁵⁸。

³⁵⁷ アメリカ法における信託義務違反による利益吐き出しについては、以下の文献に負う。

〔教科書・体系書〕PALMER, *supra* note 1, at 141 ～。

〔論文〕Robert Cooter & Bradley J. Freedman, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 N.Y.U.L.REV. 1045 (1991) ; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J.L. & ECON. 425 (1993) ; Robert H. Sitkoff, *The Economic Structure of Fiduciary Law*, 91 B.U.L.REV. 1039 (2011) (Sitkoff①) ; Deborah A. Demott, *Causation in The Fiduciary Realm*, 91 B.U.L.REV. 851 (2011) ; Robert H. Sitkoff, *An Economic Theory of Fiduciary Law*, in: ANDREW GOLD & PAUL MILLER EDS., *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FIDUCIARY LAW* (Oxford U.P., 2014) 197 (Sitkoff ②) ; Daniel B. Kelly, *Double Deterrence*, (2020) available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2952755> (last visited June 27, 2020) ; Bray, *supra* note 11に負うところが大きい。

またわが国の先行研究としては、藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻2号(2000) 283頁以下、樋口範雄「信託と契約」信託法研究(1997) 57頁以下、樋口・前掲書注(207) 224頁以下、タマール・フランケル著(溜箭将之監訳)『フィデューシャリー「託される人」の法理論』(弘文堂、2014) 249頁以下も参照。

³⁵⁸ なお、信託義務(忠実義務)が生じる場面の典型である信託と契約の関係については、従来、英米法では信託は契約に還元できない独自のものとして位置付けられてきた。しかし、近年は、法と経済学の側から株式会社の取締役の忠実義務の任意規定化が有力に説かれ、その影響から、信託も契約と解する見解

（１）判例の立場

アメリカ法の状況は、基本的にイギリス法のそれと同様である³⁵⁹。すなわち、信託義務違反による救済手段としては、（i）非金銭救済として①特定履行、②差止命令、③解任があり、（ii）金銭救済として、④損害賠償、⑤利益吐き出し（擬制信託や利益の清算）、⑥懲罰的損害賠償が挙げられる³⁶⁰。本人は、④と⑤を選択的に行使することができる³⁶¹。利益吐き出しは、具体的には、（ア）受託者が本人の財産を不当に処分した場合、（イ）受託者の地位を利用して第三者と取引した場合（賄賂の取得等）、（ウ）受託者の地位から得た情報を利用した場合（未公開情報の利用等）などで問題となっている。

これらの場面において、判例は、信託義務違反により受託者が利益を得たときは、その利益が本人の損失によるか否かを問わず、利益吐き出しを認めてきた。たとえば、（イ）のうち、受託者が賄賂を取得した場

がみられる（この点は、フランケル＝樋口・前掲注（207）を参照）。もっとも、契約と性質決定したとしても、従来の契約違反と同様に、忠実義務違反による救済として利益吐き出しを否定することを必ずしも意味せず（後述の Cooter & Freedmann や Easter Brook & Fischel などの見解がその例である。この点につき、藤田・前掲注（357）288頁も参照）、その違いは本稿の文脈では現れない。そのため、本稿はこの問題には立ち入らない。

³⁵⁹ RESTATEMENT (SECOND) OF TRUSTS §205 (1959) ;RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS §205 (1992) (両者の規定については、樋口・前掲書注（167）224頁以下を参照）。 See also, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §43 (2011).

³⁶⁰ アメリカ法における信託義務違反による救済手段一般については、Bray, *supra* note 11, at 452 ~ ; Kelly, *supra* note 357, at 21 ~ を参照。なお、④の懲罰的損害賠償は従来否定されてきたが、近時の判例の中には違反が目に見える場合には、例外的に肯定されることもあるが、この点には立ち入らない（See, Kelly, *supra* note 357, at 4 ; Samuel L. Bray, *Punitive Damages against Trustees?*, in: D. GORDON SMITH & ANDREW S. GOLD EDs., RESEARCH HANDBOOK ON FIDUCIARY LAW (Edward Elgar Publishing, 2018) 201 ~ [信託受託者の信託義務違反による懲罰的損害賠償の可否について理論的な検討を加える]）。

³⁶¹ 信託の受託者の場面について、両者の選択を認めるものとして、RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS §100 (1992) が挙げられる。

面についてみると、〔米12〕United States v. Drumm 事件³⁶²は、合衆国政府の被用者（養豚検査官）である Y が検査の対象である加工業者から報酬（compensation）（約35,000ドル）を受け取ったのに対し、X が受け取ったものの清算を求めて訴訟を提起した事案において、裁判所は、その被用者が「自分自身を利益相反および忠実義務に反する立場に置いた」ことを根拠に³⁶³、この報酬を清算する義務があると判示した。しかも、このような清算義務は、報酬の受領が現実には X の決定に影響を及ぼしたか、あるいは、Y の行為により X に損害が生じたか否かを問わないとされた³⁶⁴ ³⁶⁵。

このように判例は、信認義務違反による利益吐き出しの根拠を受認者の忠実義務に求めており、そのような義務の目的が忠実義務違反の抑止であることを踏まえると、利益吐き出しの実質的根拠を抑止に求めると解される。

（２）学説の議論状況

学説においても、信認義務違反による利益吐き出しを肯定する見解が多い。その根拠として、①不当利得の防止に求める見解（Palmer³⁶⁶）、②信認義務違反の完全な抑止に求める見解（Cooter & Freedman³⁶⁷）、

³⁶² 329 F.2d 109 (1st Cir. 1964).

³⁶³ *Id.* at 112.

³⁶⁴ *Id.* at 113. PALMER, *supra* note 1, at 148.

³⁶⁵ その他の場面についても同様に認められている。E.g., Marcus v. Otis, 168 F.2d 649 (2d. Cir. 1948), *aff'd* on rehearing, 169 F.2d 148 (2d. Cir. 1948) ((ア)の場面)、Diamond v. Oreamouno, 24 N.Y.2d 494, 248 N.E.2d 910 (1969) ((ウ)の場面)。See, PALMER, *id.* at 143 ~ , 150.

³⁶⁶ PALMER, *id.* at 141.

³⁶⁷ Cooter & Friedman, *supra* note 357, at 1049 ~ (受認者の信認義務違反を理由とする利益吐き出しは、取引費用のない世界において、当事者が契約により定めたものである。利益吐き出しは、受認者の行動を〔自己〕監視する効率的な方法を提供し、そして受認者が信託財産を不正に利用することを〔完全に〕抑止する、と指摘する。なお、発見することが困難な場合には、利益吐き出しでは不十分となり、発見されない確率を乗数として加重する必要があるものの、信認法は、義務を厳格に解することにより、義務違反に見えるものをすべて違

③信認義務違反を抑止したうえで、受認者と本人の再交渉を推奨することに求める見解（Easterbrook & Fischel³⁶⁸、Sitkoff³⁶⁹、Kelly³⁷⁰）、④本人

法行為として扱うことにより、発見される確率を増やし、調整しているとされる）。なお、Cooter & Freedman の見解については、藤田・前掲注（357）290頁も参照。

³⁶⁸ Easterbrook & Fischel, *supra* note 357, at 444 ～（利益吐き出しを信認関係において「現実の交渉を促進する手段」であると説く。とくに、最適なアプローチを知ることが困難なとき、司法府の評価がでたらめであるとき、事後の取引費用が小さいときに、契約を強制させることが望ましいとする）。

³⁶⁹ Sitkoff ②, *supra* note 357, at 207. Sitkoff によれば、信認義務違反による利益吐き出しは、当事者間に情報の非対称性がある場面において、情報を持つ受認者が、義務違反からの利益を保持することを抑止しつつ、本人に情報を開示することで利益分配についての交渉を誘導するペナルティ・デフォルト（罰則的任意規定）（その嚆矢は、Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 (1) YALE L.J. 87 (1989) である。同論文については、吉田邦彦「契約の解釈・補充と任意規定の意義——日米を中心とする比較法理論的考察」同『契約法・維持法の関係の展開』（有斐閣、2003）116頁以下（初出、広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅰ 一般の考察』（有斐閣、1998）を参照）として機能すると解される。もっとも、このような理解は、本人が受認者の秘密の利益を常に発見することができるとの理解を前提としており、本人がそれを発見できないと受認者が判断したときは、利益吐き出しではこのような交渉を誘導することは難しく、より強い救済（具体的には、懲罰的損害賠償）が必要になるとされる。

なお、Sitkoff の信認法一般の理解については、山中利晃「信託法の経済分析——Sitkoff 教授とその示唆」金融商事法ワーキングペーパー・シリーズ（2015）1頁以下、同「Robert H. Sitkoff 教授による信託法研究——経済・実証分析の展開」信託法研究40号（2015）259頁以下も参照。

³⁷⁰ Kelly, *supra* note 357, at 30 ～（懲罰的損害賠償と利益吐き出しの役割を区別したうえで、信託の受託者の忠実義務違反を理由とする最適な救済手段は、損害賠償〔損害が利益より大きい場合〕と利益吐き出し〔利益が損害より大きい場合〕の選択を受益者に認めることであると説く。その根拠は、救済手段の選択を認めることが、忠実義務に違反するインセンティブを排除するという点に求められる。ただし、受託者が責任を回避し得る場合には、懲罰的損害賠償と懲罰的吐き出しの選択を認める必要があるとされる。利益吐き出しは、受託者と受益者の「市場取引」を推奨するために必要であると説く）。

の正当な地位の回復と解する見解 (Bray³⁷¹) などがある。もっとも、(②や③の理解に対しては) 信認義務違反による利益吐き出しは、受認者が義務違反について善意の場合にまで認められることから、過剰抑止をもたらし、結果的に本人の利益に反するのではないかという批判も提起されている³⁷²。

(3) 小括

以上の考察からは、アメリカ法は、信認義務違反による利益吐き出しを認めていること、そしてその形式的根拠としては忠実義務に、そして実質的根拠としては義務違反の抑止に求めていることが明らかとなった。

第5項 関係侵害②——契約違反

次に、契約関係の侵害、特に契約違反による利益吐き出しの問題についてみてみよう^{373 374}。以下では、まず従来の消極的伝統的な判例の立

³⁷¹ Bray, *supra* note 11, at 3 ~ (信認義務違反の救済手段の目的は、原告の正当な地位を回復することであるとして、最適な抑止を説く見解を批判する)。

See also, Cooter & Freedman, *supra* note 357, at 1074 ~ (低いエンフォースメントなどから抑止論では不十分であるとし、利益吐き出しは、盗用がなければ受認者が享受したであろう状況と類似するそれにエージェントを戻すことを目的とすると指摘する)。

³⁷² John H. Langbein, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 YALE LAW JOURNAL 929, 951 ~ (2005) (本論文は、信託の受託者の忠実義務の厳格性に対して批判的な検討を加えるものであり、その一環として、忠実義務違反による利益吐き出しの問題点を指摘する)。なお、本論文の紹介として、佐藤智晶「英米信託法における忠実義務の目的とその実現手段」アメリカ法2006-1号(2007) 94頁がある。

³⁷³ 本項の考察は、以下の文献に負うところが大きい。

[教科書] PALMER, *supra* note 1, at 80 ~。

[論文] Elkin-Koren & Salzberger, *supra* note 319, at 530 ~ : Melvin A. Eisenberg, *The Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 MICH. L. REV. 559 (2006) ; Caprice L. Roberts, *Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 LOY. A. L. REV. 131 (2008)(Roberts ①) ; do., *A Commonwealth of Perspective on Restitutionary Disgorgement*

場を確認したうえで、近時における利益吐き出しを肯定する動向（とりわけ、第三次原状回復・不当利得リステイトメント39条の制定）をみる。そして最後に、学説の議論状況に一瞥を与えることとする。

（１）伝統的な判例の立場

（い）原則：利益吐き出しの否定

アメリカ法は、従来、イギリスの伝統的立場を踏襲し、契約違反による利益吐き出しに消極的な立場を示してきた³⁷⁵。たとえば、[米13] *Acme Mills & Elevator Co. v. Johnson* 事件は、XY 間での小麦の売買契約（１ブッシェル当り1.03ドル）を締結した後、売主Yは、その履行期前に当該小麦を１ブッシェルあたり1.16ドルで第三者に売却したのに対し、XがYが当該契約違反により第三者に売却して得た利益の吐き出しを求めた事案である。裁判所は、Yが第三者への売却により得た利益の吐き出しを否定した³⁷⁶。こうした消極的な立場は、基本的にイギリス法

for Breach of Contract, 65 WASH. & LEE L. REV. 945 (2008)(Roberts ②) ; do., *Restitutionary Disgorgement as a Moral Compass of Breach of Contract*, 77 U. CINN. L. REV. 991 (2009)(Roberts ③) ; do., *Supreme Disgorgement*, 68 FLA. L. REV. 1443 (2016)(Roberts ④) ; Steven Thel & Peter Siegelman, *You Do Have to Keep Your Promises: A Disgorgement Theory of Contract Remedies*, 52 WM. & MARY L. REV. 1181 (2011) ; Kelsey A. Hayward, *Disgorgement of Defendant's Gains from Opportunistic Breach of Contract: Its Fit in Rhode Island*, 22 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 614 (2017).

わが国の先行研究として、山田八千子「売主の契約違反と買主の損害——アメリカ法における利得吐き出し法理の適用をめぐる」東洋法学34巻2号(1991) 87頁以下がある。また、第三次原状回復・不当利得リステイトメント39条に関しては、志馬康紀「意図的な契約違反に対する『利益吐き出し』法理について——米国第3次原状回復・不当利得リステイトメント第39条」国際商事法務47巻6号(2019) 728頁がある。

³⁷⁴ アメリカ法における契約関係の侵害による利益吐き出しの問題群としては、上記の債務者の契約違反の問題のほかに、第三者による契約侵害の問題があるが、後者については本稿では立ち入らない。

³⁷⁵ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §370 (1981).

³⁷⁶ 141 Ky. 718, 133 S.W. 784 (1911). 本件については、木下・前掲書注(193)

におけるのと同様に、①履行利益の賠償により受約者の損害は十分に填補されること³⁷⁷や②契約違反による利益吐き出しは「効率的な契約違反 (efficient breach of contract)」を阻害するとの考え方に根拠付けられている³⁷⁸。とりわけ、従来は後者の考え方が強かった。そこで後者について若干敷衍して説明を加えておくことにしよう。

効率的契約違反の理論によれば、売買契約締結後に、契約目的物をより高く評価する者（第三者）が登場した場合には、売主は契約を違反して第三者と契約を締結することが望ましいとされる。というのも、契約違反により買主に生じる損害を売主が填補したうえで、売主の手許に利益が残るのであれば、その契約を違反することは、結果的に社会的厚生を増やすため、経済的に効率的であるからである³⁷⁹。そのため、効率的契約違反理論は、利益吐き出しに対して消極的な立場を従来示してきた。その理由としては、第1に、この理論は資源の効率的な配分を実現する——契約の目的物である財を最も高く評価する者（第三者）に帰属させる——が、利益の吐き出しは契約を違反する売主のインセンティブを排除することになること、また第2に、取引費用が掛からない理想的状況の下では、利益吐き出しは、契約当事者間の再交渉を導くが、取引費用が掛かる現実の世界では、契約当事者間の再交渉は、「双方独占 (bilateral monopoly)」となるため、うまくいかず、結果的に損失（死荷重）をもたらすこと³⁸⁰が挙げられる。

411頁を参照。

³⁷⁷ Sidney W. De Long, *The Efficiency of a Disgorgement as a Remedy for the Breach of Contract*, IND. L. REV. 737, 756 ~ (1989) (期待利益賠償が完全な履行の等価物を受約者に与えることができると説く)。

³⁷⁸ その他に、契約違反による利益吐き出しが、損害軽減義務の考え方と相容れないことも指摘されているが、本稿ではこの点は立ち入らない（この点は、Roberts ①, *supra* note 373, at 148 ~ が詳しい）。

³⁷⁹ RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (2nd ed.) (Little Brown, 1977) 89 ~. 効率的契約違反理論については、樋口・前掲注 (203) 222-3頁も参照。

³⁸⁰ De Long, *supra* note 377, at 756 ~; RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (7th ed.) (Wolters Kluwer Law & Business, 2007) 119 ~.

（ii）例外：一部の領域につき利益吐き出しを肯定

もっとも、こうした原則的な立場に対して、例外的に一部の領域において契約違反による利益吐き出しに肯定的立場を示したものもみられる。

第１に、不作為特約に関する義務違反を理由とする利益吐き出しを肯定した判例が挙げられる。具体的には、[米14] *Snepp v. United States* 事件³⁸¹が挙げられる。本件事案の概要は以下の通りである。すなわち、Y (Frank Snepp) は、CIA の被用者（諜報部員）であった。雇用契約を締結する際に、Y は、X（合衆国政府）の事前の許可なく雇用期間中に取得した情報等を公に出さないことを約する契約に署名した。Y は CIA を辞めた後、雇用期間中の CIA 活動についてまとめた本（ただし、機密情報は含まれていなかった）を CIA の事前の許可を得ることなく公刊した。これに対し、X は、Y に対して契約違反に基づきその本の出版から得た利益の吐き出しを求めて訴えを提起した。最高裁の多数意見は、Y の取得した利益の吐き出しを命じた³⁸²。その根拠として、裁判所は、政府が Y の本により損害を被ったけれども、その損害の立証は非常に困難であることを挙げた³⁸³。

第２に、不動産の二重譲渡による契約違反の場面において、擬制信託の成立を認め、利益吐き出しを肯定する判例が挙げられる。[米15] *Laurin v. DeCarolus Constr. Co., Inc.* 事件³⁸⁴がその例として挙げられる。

³⁸¹ 444 U.S. 507(1980). 本件については、フランケル＝樋口・注(207)27頁注(34)も参照。

³⁸² ただし、本件は、Y を X の受認者として性格づけることにより利益吐き出しを肯定している。こうした手法は、[英16] *Blake* 判決以前において用いられていた常套手段である。もっとも、こうした手法に対しては、受認者概念を拡張しすぎるきらいがあり、フィクションとしての性格が強く、利益吐き出しの本質的な理由を不明瞭にするという批判が提起されている (BARNETT, *supra* note 1, at 127)。

³⁸³ See, LAYCOCK, *supra* note 1, at 592 (本件におけるレビュープロセスは、市場価値を有しないと指摘する)。

³⁸⁴ 363 N.E.2d 675 (Mass. 1977)(ただし、最高裁は、これを否定した)。その他に、*Coppola Enterprises, Inc. v. Alfone*, 531 So. 2d 334 (Fla. 1988) (不動産の二重売買。最高裁は期待利益の賠償の形で実質的に利益吐き出しを肯定)もある (See, Eisenberg, *supra* note 373, at 582)。

本件事案の概要は以下の通りである。すなわち、X（買主）がY（売主）の建設する不動産を購入する契約（売買価格269,000ドル）を締結した。本件不動産は、樹木がよく茂っている地区に建設されることになっていた。しかし、Yは、当該契約成立後に、自分自身の使用のために、その土地の樹木の多くをブルドーザーで整地し、そして砂利（gravel）および壤土（loam）（6480ドルの価値に相当する）を取り去った。XはYに対し、取り去った樹木等の価値の返還を求めて訴えを提起した。事実審裁判所は、Xが契約締結時以降、（擬制信託による）不動産の「エクイティ上の所有者」であり、Xが所有理論に基づき利益吐き出しを求める権利を有するとして、6480ドルの返還を認めた。その理由として、Yが違反しなかったならば、これらの利益をXが取得することができたことが挙げられた。もっとも、ここで用いられる利益吐き出しは、Yの契約違反を抑止するためではなく、Xの損害額、とりわけ期待利益賠償を算定する代替手段として用いられているに過ぎない。

以上から、アメリカの伝統的な判例は、効率的契約違反の考え方の影響を受け、原則として、利益吐き出しに否定的な立場を示してきたものの、例外として、一定の場面においては、利益吐き出しを肯定していること、そして後者においては、利益吐き出しは、損害の立証、あるいは損害額の算定の代替手段として捉えられていたといえる。

（２）近時の動向——第三次原状回復・不当利得リステイトメント39条の制定

（i）39条制定の背景

このような伝統的な立場に対し、2011年に制定された第三次原状回復・不当利得リステイトメントは、機会主義的な契約違反による利益吐き出しを正面から認める立場を打ち出した（39条³⁸⁵⁾386。このような立場の転

³⁸⁵ RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT §39 (2011). 同条は、以下のように規定する（訳は、志馬・前掲書注（373）731頁注（7）に依拠しつつ、若干変更を加えた）。

39条 機会主義的違反から生じた利益

（１）計画的な契約違反によって、契約に違反した約束者に利益がもたらさ

換の背景には、第１に、効率的契約違反の理論に対する内在的批判——すなわち、この理論は、①第三者が受約者（買主）から契約の目的物を取得することができるという事実を見過ごしていること³⁸⁷、②取引費用を考慮していないこと³⁸⁸、③不正確な事実を前提としていること³⁸⁹、

れ、かつ、受約者の契約上の権原が、利用可能な損害賠償が受約者の契約上の権原に十分な保護を与えない場合には、受約者は契約違反の結果として約束者により現実化された利益の原状回復を求める請求権を有する。本条の規律による原状回復は、損害賠償による救済の代替手段とする。

（２）損害賠償が受約者の契約上の権原に十分な保護を与えない一つの場合は、通常、受約者が、損害賠償によっては、約束された給付と完全な等価物を代替取引で得られない場合である。

（３）契約違反が利益をもたらす場合とは、契約違反により、被告が得た利益（損害の潜在的な法的責任における正味の額）が、被告が契約を履行していれば得た利益を上回る場合をいう。契約違反から得られる利益は、節約された出費および契約違反がなければ被告が実現しなかった結果的な利益を含み、これらは、吐き出しの他の事案に適用する規則（51条5項）を用いて、算定される。

³⁸⁶ 第三次原状回復・不当利得リステイトメントにおける契約違反による利益吐き出しに関しては、Robertsの一連の業績（注（373）参照）が詳細に紹介・検討を加えている。なお、この問題は、契約違反による救済の問題でもあり、そのような観点からは、契約法リステイトメントの領分であったともいえるのである。しかし、新契約法リステイトメントの制定がいつになるか見込みが不明であったため、原状回復リステイトメントに挿入したとされる（Roberts ①, *supra* note 373, at 139-140）。

³⁸⁷ Daniel Friedmann, *The efficient breach fallacy*, 18 (1) J. LEGAL STUD. 1, 6～（1998）。See also, Elkin-Koren & Salzberger, *supra* note 319, at 565～（効率的契約違反理論は、より高い代金を支払う用意のある第三者を探すことができるのは売主であると考えるが、買主の方が第三者を探すことができる場合もあるとされる）。

³⁸⁸ 効率的契約理論は、取引費用がかからないというコースの定理を前提としている（Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. OF LAW & ECON. 1（1960））。しかし、現実の世界では、①消極的な取引費用（契約違反後の話し合う費用）や②外部性（社会に影響を及ぼすが、商品の価格に反映されていない費用や利益）を伴うが、この理論は考慮していない。そして、契約違反を推奨する理論は、個人の非協調的な行動を誘発することになる（以上につき、Ian R.

そして④むしろ非効率をもたらすこと³⁹⁰などの批判——が提起されていること³⁹¹、また第2に、先述のイギリスにおいて契約違反による利益吐

Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. REV. 947, 954 ~ (1982) を参照)。その結果、社会の契約に対する信頼を喪失することになり、信頼費用という損失をもたらすことになる。なお、以上の指摘に加えて、効率的契約違反理論に対して、Macneil は、そこで前提とされている人間像(孤立的、合理的な〔個人主義的な〕利益最大化を図る機会主義的な人)を批判をするが、ここでは立ち入らない。文献も含め詳細は、吉田・前掲注(207) 255頁、特に279頁以下、同「(論文紹介) Ian Macneil, *Economics Analysis of Contractual Relations*」アメリカ法1989-1号(1990) 80頁、特に83頁以下、同『都市居住・災害復興・戦後補償と批判的「法の支配」』(有斐閣、2011) 345頁以下(初出、2010)に譲る。

³⁸⁹ Eisenberg, *supra* note 373, at 571 ~ (効率的違反理論は、①受約者が主観的に履行と損害賠償との間で無関心であること、および②約束者が履行または違反の決定をするときに、約束者は受約者が契約した商品に置く価値を知っていることを前提とする。しかし、①に対しては、期待利益賠償は、様々な理由により〔損害賠償の範囲に関するルールや弁護士料の除外などのため〕、完全な賠償を提供しないため、受約者は、両者のいずれでもよいということにはならない。また②に対しては、受約者はその情報を約束者に伝えると価格を吊り上げられる可能性があるため、通常教えないため、約束者は受約者にとっての商品の価値を知らないとされる)。

³⁹⁰ Eisenberg, *supra* note 373, at 573 ~ (効率的契約違反の理論の効率性は、(ア) 法的救済、(イ) 評判の効果および(ウ) 社会規範の内部化〔特に「約束は守るもの」という道徳規範〕という3つの制度に依存するが、その理論は、(ウ) の力を弱め、結果的に契約制度に内在する道徳的規範〔費用が掛からない〕を喪失させ、訴訟に訴える必要性〔費用が非常に掛かる〕を非効率に増大させるとして、効率的契約違反の非効率性を指摘する)；BARNETT, *supra* note 1, at 30, 109 ~ (効率的契約違反を認めることは、短期的には違反者に利益をもたらすかもしれないが、長期的に見た場合には、契約制度一般に対する信頼損害をもたらす)。See also, Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance : Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 (2) MICH. L. REV. 341, 369-70 (1984) (事前の再交渉費用と事後の管理費用を比較すると前者の方が低くなるとし、効率的契約違反の前提理解を批判する)。

³⁹¹ 効率的契約違反に対する批判については、上記の文献のほかに、藤田友敬「契約法の経済学：契約関係への最適投資のためのインセンティブ・メカニズム」

き出しを認めた〔英16〕Blake 事件の貴族院判決が登場したこと³⁹²などの事情がある。

もっとも、Blake 判決は、非商事的な場面において問題となった事案であり、商事的な場面にまで射程が及ぶものではなかった。これに対し、39条の規定は、後者の場面にまで拡張したものであり、リステイトメントの役割（これまでの判例を再述すること）を超えて、「本質的に新しい」ルールを提案するものであると評されている³⁹³。

（ii）39条の概要

39条は、機会主義的な契約違反の特定抑止と一般抑止の双方に根拠づけられると解されている。また応報的な視角からは、道徳的に批判すべき行為を理由に違反した当事者を罰することを目的とすると解されている³⁹⁴。

このような考え方は、従来の契約違反に対する伝統的な立場を否定することとなることから、利益吐き出しが認められる場面を限定することで（具体的には、①被告の違反が「計画的である（deliberate）」こと、②違反によって「利益が出る（profitable）」こと、③原告の契約上の権原が損害賠償により十分に保護され得ないことの3つの要件を要求する）、反対派との妥協を図ったといえる（もっとも、要件論の詳細はここでは立ち入らない）。そして本リステイトメント制定後に、契約違反による利益吐き出しを肯定する判例も登場している³⁹⁵。

（3）学説の議論状況

最後に、契約違反による利益吐き出しをめぐる学説の議論状況に一瞥を与えることにしよう。

ソフトロー研究第11号（2008）141頁、特に145頁以下、小林秀文「不動産の二重譲渡と『法と経済学』」中京法学48巻3=4号（2014）1頁、特に48頁以下も参照。

³⁹² Roberts ②, *supra* note 373, at 954 ～.

³⁹³ *Id.* at 950（もっとも、Roberts 自身は、アメリカにおいて先例がなかったわけではないとも指摘する）。

³⁹⁴ *Id.* at 1004.

³⁹⁵ E.g. *Kansas v. Nebraska*, 135 S. Ct. 1042 (2015).

先述のように、かつては効率的契約違反理論の影響力が強かった時代には利益吐き出しについても否定する見解が見られたものの (Farnsworth³⁹⁶)、近時は肯定する見解が有力になりつつある。その根拠は、究極的には、契約違反を抑止することがむしろ経済的に効率的な結果を実現するという点に求められている。より具体的には、①受約者の損害を正確に司法府が決定することができない場合には、事後の管理費用が事前の取引費用 (再交渉費用) を上回ることになるとして、利益吐き出しは裁判所の管理費用を節約することになると説く見解 (De Long³⁹⁷)、②契約法における吐き出し利益の保護は、約束者に効率的なインセンティブを提供し、かつ契約を実行すると説く見解 (Eisenberg³⁹⁸)、③利益吐き出しが約束者の拘束装置 (bounding device) (約束者が契約を確実に履行するか否かは不確実であるため、その部分が契約価格から値引きされるが、利益吐き出しを認めることで、受約者に対する契約を履行する旨のシグナリングとなる) として機能し、約束者にも利益をもたらす点で効率的であると指摘する見解 (Thel & Siegelman³⁹⁹) などに

³⁹⁶ Farnsworth, *supra* note 201.

³⁹⁷ De Long, *supra* note 377, at 756 ~ (原則として、利益吐き出しを否定しつつも、例外的に、上記の場面でのみ肯定する)。See also, Thel & Siegelman, *supra* note 373, at 1224 ~ (契約違反による期待利益の賠償額の算定は、契約が履行されていたならば享受したであろう状況を想定することが必要となるが、それは裁判所にとって困難であることを指摘する)。

³⁹⁸ Eisenberg, *supra* note 373, at 580 ~ . 具体的な場面としては、(i) 受約者が約束者の違反からの利得を交渉していたケース、(ii) 特定履行の代わりのケース、(iii) 期待利益賠償の代わりとしての吐き出しのケース、(iv) 契約の目的が収益目的以外の利益を担う場合 (国家機密などのセンシティブ情報の管理目的)、(v) 契約の目的が外部性を生むことである場合を挙げる。

³⁹⁹ Thel & Siegelman, *supra* note 373, at 1227 ~ (より具体的には、期待利益賠償はシステムティックに過小賠償となる [受約者は弁護士費用を負担しなければならないこと、損害賠償の範囲についてのルールが存在、契約違反が常に発見されるわけではないことなどを原因とする] という事実を前提とすると、受約者が契約価格の減額を主張する結果として、約束者に損害をもたらすのに対し、約束者は利益吐き出しを保証することにより、契約価格を引き上げることができる。約束者は、自ら契約違反しない限り、何ら損失を被らない、と指摘する)。

分かれている。

（４）小括

以上の考察からは、アメリカ法は、伝統的には契約違反に対して消極的な立場を示していたものの（ただし、一部の領域では、損害の立証、あるいは損害額の算定の代替手段として利益吐き出しが認められていた）、近時の第三次原状回復・不当利得リステイトメントを変更し、肯定する立場を明確に示したこと、そしてその根拠としては、契約違反の抑止や応報（処罰）に求められていることが明らかとなったといえよう。

第6項 小括

最後に本款のまとめをしておこう。本款では、アメリカ法における利益吐き出しの実相を明らかにするために、利益吐き出しが問題となる場面として（i）有体物侵害として、①不動産・動産侵害、（ii）無体物侵害として、②知的所有権侵害（著作権、商標権、特許権、営業秘密）および③プライバシー侵害および名誉毀損、（iii）関係侵害として、④信認義務違反および⑤契約違反を取り上げた。これらの考察からは以下の点が明らかとなったといえよう（【別表2】も参照されたい）。

第1に、アメリカ法は——その要件や範囲などは一様ではないものの——①不動産・動産侵害、②知的所有権侵害、③プライバシー侵害（ただし、州法によるものであり、またパパラッチ等による有名人の取材活動によるものに限る）、④信認義務違反、⑤契約違反の場面において利益吐き出しを認めているということである。ここでは、イギリス法との違いだけ指摘しておくことにしよう。まず、コモン・ロー上の訴訟原因である①においても早い段階で肯定する立場が採用されていた点が注目される（もっとも、不動産侵害の判例は、特殊事例であり、動産侵害の判例も一般論である点に留保が必要であるが）。ここには、イギリス法とは異なり、コモン・ローとエクイティの相違に対する両国の違いがあったと考えられようか。また②の場面において、アメリカ法は、特許権侵害の場面において利益吐き出しを否定する立場を採用している点でイギリス法と異なる。もっとも、これは、特許権侵害による利益吐き出しが実質論の観点から望ましくないという価値判断を踏まえたものではな

【別表2】

		アメリカ法	判例の挙げる根拠
有体物侵害	不動産侵害	○ (特殊事例)	(iii) 違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理
	動産侵害	○ (一般論)	(v) 処罰論
無体物侵害	特許権侵害	○ → × (1946年法 特許法以降)	(vii) 当事者間の正義の実現 (i) 不当利得の防止 (ii) 損害額算定の代替
	著作権侵害	○	(i) 不当利得の防止 (iv) 抑止論
	商標侵害	○	(iv) 所有権の排他性 (ii) 損害額算定の代替 (iv) 抑止論
	営業秘密侵害	○	(ii) 損害額算定の代替(?)
	プライバシー侵害	× ※一部につき、 カリフォルニア 州法○	(iv) 抑止論
	名誉毀損	×	—
関係侵害	信認義務違反	○	(iv) 抑止論
	契約違反	× (例外あり) → ○	(ii) 損害額算定の代替 (iv) 抑止論、(v) 処罰論

く、訴訟における利益算定の困難性という実際上の問題からのものであった（なお、このような利益の算定の困難性は、後述するように、イギリス法でも指摘されることであるが、イギリス法では否定されていない点も留意されたい）。

第2に、アメリカ法は、文脈に応じて、利益吐き出しを認める際の根拠を使い分けているということである。具体的には、(i) 不当利得の防止(②)、(ii) 損害額算定の代替手段(②⑤)、(iii) 違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理(①)、(iv) 抑止論(②③④⑤)、(v) 処罰(応報)論(①⑤)、(vi) 所有権の排他性(②)、(vii) 当事者間の正義の実現(②)などが挙げられる。これらの検討は次節で行うこととする。ここからは、アメリカ法もイギリス法と同様に、一つの根拠によってすべての利益吐き出しを説明しようとする立場をとっておらず、むしろ、その困難性を自覚し、文脈に応じて根拠付けの仕方を変えているといえよう。

第４款 本節の小括

最後に本節におけるこれまでの考察をまとめておこう。本節では、利益吐き出しがいかなる権利・利益・関係の侵害の場面において認められるか、また認められる場合にはいかなる根拠に基づき正当化がなされているかを明らかにするために、英米の判例法を中心に考察を加えた。そこでの考察結果を踏まえ、以下では、まず英米の判例⁴⁰⁰における利益吐き出しの可否についての分布状況を確認し（→（１））、次に、利益吐き出しが認められる場面で挙げられている理論的根拠を整理する（→（２））。最後に、これらの判例法を中心とした考察から示唆される利益吐き出しの方向性を示すことにしよう（→（３））。

（１）利益吐き出しの分布状況

まず本稿は、利益吐き出しが問題となる場面として、①有体物侵害（不動産と動産）、②知的所有権侵害（特許権、著作権、商標権・詐称通用、営業秘密などの機密情報）、③プライバシー侵害および名誉毀損、④信認義務違反、⑤契約違反の場面を取り上げ、英米の状況を確認した⁴⁰¹。その結果、両国における状況は概ね一致していることが明らかとなった。相違が生じるのは、①不動産・動産侵害（イギリスでは否定、アメリカでは肯定）と②知的所有権侵害の中の特許権侵害の場面（イギリスでは肯定、アメリカでは否定）のみである。もっとも、前者については、ア

⁴⁰⁰ 本稿において取り上げた判例は、英米の文献で重要なものとして取り上げられているものとどまっており、まったく包括的なものではない（また、第三次原状回復・不当利得リステイトメントを十分に検討することができていないという欠点もある）。そのため、以下の考察は、これまで析出した利益吐き出しの根拠が判例において用いられている根拠のすべてであると提唱するものではなく（いまだ零れ落ちた根拠が存在しうであろう）。もっとも、後述のように、利益吐き出しの根拠が判例において多元的に用いられていることを示すという本稿の目的にとっては、こうした不十分な考察でも、さしあたり足りると考えている。取り上げることができなかった判例において用いられている根拠については、他日を期したい。

⁴⁰¹ ただし、イギリスでは名誉毀損による利益吐き出しについて直接判断する判例が確認できなかったため、取り上げていない。

アメリカの判例を一般化できるかは留保が必要であり、また後者についても、アメリカ法において、特許権侵害による利益吐き出しを否定するのは、利益吐き出しを理論的に否定する実質的根拠を踏まえたものではなく、利益の算定の困難性という実務上の運用の観点からのものである点に留意されたい。

一致している点について確認すると、とりわけ目に付くのが②知的所有権侵害と④信託義務違反の場面である。これらの場面は、利益吐き出しの中心領域を従来形成してきたこともあり、広く利益吐き出しが認められている（ただし、アメリカの特許権を除く）。もっとも、近時は、より拡張する傾向がみられる。具体的には、⑤契約違反（イギリスでは、不作為特約違反、およびアメリカでは、機会主義的契約違反）の場面における承認が顕著であり、また③プライバシー侵害の場面（イギリスでは、肖像の商業利用、アメリカでは私生活への介入）の場面においても一部ながら承認されつつある（ただし、前者は一般論。また後者は一部州法に限られる）。とりわけ、⑤の契約違反の場面については、利益吐き出しを認めてきた英米法においても従来消極的な立場を示されていたために、彼地においても注目されている。

（２）利益吐き出しの理論的根拠

次に、利益吐き出しが認められる場面において用いられる理論的根拠について確認する。ここでもイギリスとアメリカにおいて、用いられている根拠論は、若干の違いがみられるものの、概ね一致していることが明らかとなった。すなわち、共通して用いられているものとして、（i）不当利得の防止、（ii）損害額算定の代替手段、（iii）違法行為から利益を得るべきではないとの一般原理、（iv）抑止論、（v）処罰論、（vi）所有権の排他性（ただし、イギリス法は、否定する文脈で用いられているため、所有権侵害の不存在となっている）であり、アメリカでは、これらに加えて、（vii）当事者間の正義の実現が追加されるにとどまる。

そして、これらの根拠論は、これまでの考察から明らかなように（先述の【別表１】および【別表２】を併せて参照されたい）、利益吐き出しが問題となる場面によって異なるものが用いられており、また同じ場面でも、複数の根拠が併用されることもみられる。

（３）利益吐き出しの方向性——多元的根拠付けの可能性？

では以上の英米法の考察から、我々はいかなる示唆を得ることができるであろうか。それはおそらく、——英米法の議論をわが国の議論に直ちに直結することには慎重になるべきではあるものの——このような英米法における利益吐き出しの根拠付けの多様な状況からは、（わが国における従来の議論にみられるように）利益吐き出しを一元的に捉えるのではなく、多元的に根拠付けるといいう方向性があり得るといことではなかろうか。この点につき以下で若干敷衍しておくことにしよう。

判例において挙げられる根拠のうち、利益吐き出しが問題となる多様な場面を一元的に正当化する根拠がないわけではない。たとえば、(iii)の「違法行為者は自分自身の違法行為によって利益を得てはいけない」という一般原理は、広い射程を有するものである。それにもかかわらず、判例は、(iii)によりすべての場面を説明するとの立場を採っておらず、それを用いずに他の根拠により正当化がなされており、一元的な根拠付けに拘っていない。それはなぜか。おそらく、——後述の根拠論の検討からも明らかのように——このような根拠付けは、説得力を有するかどうかはともかく、広い射程を有するものの、それが諸刃の剣となって、逆に判例で認められていない（ないし否定されている）領域の正当化を困難にするからである（この点は、後述する学説において指摘されている点でもある）。このような問題を認識してか、英米の判例は根拠論を多元的に用いることにより、利益吐き出しの拡張を正当化する一方で、利益吐き出しの無限定な拡張を回避することを志向しているといえないであろうか。

もちろん、こうした理解が正鵠を射ているか否かは、判例で用いられている個別の根拠論の意義および限界を明らかにした上で、判断すべきことであり（というのも、(iii)以外の根拠で、無限定な拡張を回避しつつ、説得力を兼ね備えた根拠が存在する可能性も否定できないからである）、現段階において早急に結論付けることはできない。ここでは利益吐き出しの多元的根拠付けの可能性があることのみを指摘しておくに留める。そこで次節において、これまでに挙げられた英米における利益吐き出しの伝統的な理論的根拠を個別に取り上げ、学説の議論状況により立ち入って検討することにより、上記の方向性を探ることにしよう。

〔附記〕本研究は、令和元－3年度(2019-2021年度)科学研究費補助金(若手研究)(研究課題番号19K13552)の成果の一部である。

「家」制度研究における 政治史と法制史の対話

—— 福島正夫著『日本資本主義と「家」制度』再訪 ——

山 中 仁 吉

I. はじめに

家族を紹介しろと言われたら、あなたならどのように答えるだろうか。未婚で両親が健在であれば、両親が家族であると答えるであろうし、もし兄弟姉妹がいるのであれば彼らを挙げることになるだろう。すでに兄弟姉妹が結婚している場合には、彼らを家族として他人に紹介しないかもしれないし、あるいは彼らの配偶者やその子どもも含めて家族と考えるかもしれない。このほかに祖父母を挙げる人もいるかもしれない。そのとき母方が父方もしくはその両方のいずれかを家族として捉えるかは人それぞれだろう。既婚者であれば配偶者の家族や自分の子どもや孫などが増え、どこまでを家族と捉えるかはより複雑になるだろう。さらに血縁・夫婦関係だけでなく、経済状況や信頼関係の差異によっても誰を家族と考えるかは変わってくるのではないだろうか。

このように家族は多様な実態を持つのであるが、中央／地方政府は「国民」の管理という目的のもと家族を鑄型にはめ込む。たとえば戸籍は通常夫婦およびこれと氏を同じくする未婚の子を単位として編成され、本籍や氏名、出生に加え、戸籍筆頭者との続柄が記載される。また2020年4月に新型コロナウイルス感染症に関する経済対策として、個人に10万円を特別定額給付金として給付することが決まったが、給付を受け取る受給権者は個人ではなく、個人の属する世帯の世帯主とされた。

制度としての家族は国民を規律する重要なものだが、意外にもこれが形成される起源を探った日本史研究は多くない¹。そのためその起源を知りたいければ

最近の研究ではなく、古典的な研究にあえて立ち戻る必要がある。その際、制度としての家族は多くは法律によって規定されてきたため、法制史の研究を参照することになる。これに関して石井紫郎や利谷信義などによる重要な研究があるが²、本稿では明治初期における「家」制度の形成の研究を牽引し、法社会学や政治史にまで目配せした重要な著作を数多く残している福島正夫に注目する。

そこで本稿では福島正夫著『日本資本主義と「家」制度（再版）』（東京大学出版会、1969年）をとりあげる³。法制史家福島正夫（1906～1989）は戦後における「家」制度研究を牽引した人物の一人である⁴。福島は1929年に東京帝国大学法学部を卒業し、会社勤めをするが、治安維持法違反で辞職したあと、我妻栄の指導の下に明治初年の土地制度論の研究を開始した。この研究の中で、土地に対する前近代的拘束の一環として、家族制度の持つ意味に着目し、福島の家族制度研究は始まった。1952年、福島は代表者となり「家」制度研究会を創設した。本書はこの研究会における共同研究の一つの成果であり、個別に発表された論文を集成した論文集である。研究会は本書のほかにも研究成果として当時において三つの資料集を刊行しており⁵、本書はその資料集の成果を存分に活かした

¹ 戸籍制度を扱う日本史研究として遠藤正敬『戸籍と国籍の近現代史』（明石書店、2013年）があるが、これは戸籍がいかなる思想と機能をもって「日本人」なるものを支配しようとしたのかを歴史的に検討し、「日本人」とは何かを問い直すものであり、戸籍あるいは制度としての家族の形成過程を解明するものではない。

² たとえば石井紫郎「「イエ」と「家」」『日本国制史研究Ⅲ 日本人の法生活』（東京大学出版会、2012年、初出笠谷和比古編『公家と武家Ⅱ—「家」の比較文明的考察』思文閣出版、1999年）や、利谷信義（福島正夫と共著）『明治以後の戸籍制度の発達』『家族問題と家族法Ⅲ 家事裁判』（酒井書店、1957年）など。

³ 本書は1967年に初版が出ているが、「再版序」によると、再版を機に「誤植のみならず内容的なミスおよび遺漏、初版以後に出た参考文献の補充などを、技術上許される範囲内でおよびかぎり行なった」とあり（p.1）、内容上趣旨の大きな変更はないが、読解の上で重要な修正があると考えたため、本稿では1969年の再版を扱うこととする。

⁴ 福島の家族制度研究の歩みについては、利谷信義「解説」『福島正夫著作集 第二巻 家族』（勁草書房、1996年）を参照した。

⁵ 福島正夫編『「家」制度の研究 資料編一』（東京大学出版会、1959年）、同編『「家」制度の研究 資料編二』（東京大学出版会、1962年）、同編『「家」制度の研究 資料編三』（東京大学出版会、1967年）。

実証的な記述となっている。詳しい検討に入る前にまずは次節で本書の内容を紹介する。

Ⅱ. 本書の構成と要約

はじめに以下に目次を掲げる。

序説

第一部 戸籍制度と「家」制度

第一章 戸籍制度の発展と「家」制度

第二章 幕政改革、廃藩置県と戸籍法—明治四年戸籍法の歴史的な前提

第三章 明治四年戸籍法の成立

第二部 維新の土地改革と「家」制度

第四章 地租改正と「戸主の法」

第三部 国家機構と「家」制度

第五章 徴兵令および戸長制と「家」制度

第六章 公法諸制度と「家」制度

第四部 日本資本主義の発展と「家」

第七章 山村の「家」と資本主義—飛騨白川村の分家事件を通じて

第八章 財閥家憲と「家」制度

第九章 現代都市家族の近代性と前近代性—「家」意識の問題を中心として

本書は大きく四部構成になっている。第一部から第三部までは法制度上で規格化された「家」制度がとりあげられ、第四部では歴史的・社会的な実在としての「家」が実態調査から考察される。

まず序説では、「家」および「家」制度の概念が極めて不明確かつ多義的なことから出発し、一応のところ「家」制度は「国家法であり、中央集権的な日本国家で一律に規格化され法制化されたところの制度」(p.2)であると説明される。制度上の「家」は現実の「家」から遊離した理念的なものであるが、国家法たる戸籍をもってその法的な実効性を保障される。「家」制度の観念性はイデオロギー的な性質を帯びてゆくが、経済から遊離したものではなく、資本主義の発展と「家」制度は緊密な関連があるという。

第一部では、戸籍制度が検討される。第一章は、明治維新から戦後までの戸

籍制度の変遷を概観している。戸籍制度は「それぞれの時代にそれぞれの社会とそこにある国家権力の政治を反映すると同時に、その政治の用具としての機能を果たしてきたし、またいまも果たしている」(p.19)との冒頭での言葉は、著者の問題意識を表現しており、本書は戸籍制度の社会的・歴史的な前提を意識した記述となっている。

第二章は、戸籍が明治維新の変革の中で幕藩体制のものからいかにして改編されていったのかを、藩政改革から廃藩置県へと至る過程において検討している。藩政改革については、和歌山藩や高知藩、福井藩の改革がとりあげられ、「四民平等」の精神のもと封建的身分制限の撤廃が進められた様が明らかにされている。

第三章は、この改革の流れを前提として明治4年に制定された戸籍法を分析している。とくに戸籍法の前身である京都府戸籍仕法や東京府戸籍法令などと戸籍法を対比し、その特徴点を明らかにし、過渡的法として戸籍法を位置付ける。

第二部は第四章のみであり、地租改正における地券方式による土地の個人所有の原理と、家産観念を中心とした「家」制度の原理との関係を扱っている。個人の原理を重視する太政官・大蔵省と「家」制度の原理に固守する司法省・内務省との対立過程から、政府がいかにしてこの関係を処理し、妥協させていたかが検討されている。

第三部は、明治以降の国家制度の発展において「家」制度の果たした役割を検討している。第五章では、地方統治の末端機構となった戸長制度と、徴兵制と「家」制度の関係が、第六章では、刑法、税制、選挙といった公法諸制度と「家」制度の関係が明らかにされている。

第一部から第三部の制度上の「家」の議論を前提として、第四部では、「家」制度研究会における実態調査の成果をもとに、社会的な実在である「家」と日本における資本主義の発展との関連が検討される。第七章では、農村の「家」、とくに大家族制が行われていた白川村での「家」を分家事件から分析する。第八章は、日本の財閥の家憲からその「家」を考察する。第九章では、東京と川崎の二つの地域での実態調査に立脚し、都市に居住する近代産業の労働者の家族が分析される。

「家」の実態を探る第四部を除き、第一部から第三部で制度としての「家」を扱っているが、その半分は「家」制度を規律する戸籍法自体ではなく、土地所有、

徴兵制、公法諸制度といった分野との関わりから論じられている。このような隣接分野の研究は、それ自体として「家」制度研究とは必ずしも関連せずに発展してきたであろう。冒頭で古典に立ち返る必要性を述べたが、隣接分野で研究が進展していることを踏まえ、本稿では政治史を中心とした隣接分野の近年の成果と合わせて位置付けることで「家」制度研究の「未発の可能性」を探りたい。

Ⅲ. 「未発の可能性」を求めて

1. 地租改正と「家」制度

著者の「家」制度への関心は土地制度研究に発している。その最初の仕事として1941年に「明治初年の地租改正に於ける土地改革に就いて」を著したという⁶。さらに1950年にはこの論文の一節を拡充し「明治初年の土地所有と家族制度」(『法学志林』48巻3号)を発表した。本項では、戦後の「家」制度研究の嚆矢となった、第四章で展開された土地所有における「家」制度の在り方をめぐる問題に焦点を当てる。

廃藩置県後、土地政策は大蔵省が主管し、地租改正によって現物資租は金納地租形態に改められた。土地所有はすべての人に等しく認められ、土地の売買を自由とするとともに、その手段として地券の制度が作られた。地券とは、府県が各筆の土地につき発行しその所有権を証明する政府の証券であって、土地に関する情報と所有者の氏名が記載される。それではこの地券は何を基礎としてだれに交付されたのか。前者について交付の根拠は幕藩領主が作成保持する検地帳によった。検地帳とは貢納すべき土地につきその所在や持主名などが石高とともに記載された村単位の帳簿である。ここに記された持主名は「家」の名前としての性質を持つものであり⁷、これに苗字を加えた名前が地券に転記されることになる。したがって、検地帳から地券への転記は「家」の同一性を表象するものであって、持主名は戸主である。つまり地券に表示される土地は「家」およびその代表者たる戸主のものとなる。

⁶ 利谷・前掲註(4) p.499。

⁷ 著者は「検地当時の名前が代々ひきつがれるものと、相続また分家によって変更するものと、また売買により他人に移るものと、いろいろであるが、当時において、それらはすべて「家」の名前の性質をもっていた」(p.135)と言う。

このような地券の制度について、明治6年末に神奈川県から大蔵省に対して伺いが出された。伺いの内容は、明治5年の布告によって土地売買の自由が許されたが、その売買自由とは戸主にしか存在しないのか、それとも家族員も土地を買い受け所有し処分する権利を持つのかというものであった。これについて大蔵省はさらに太政官に伺いを立て、太政官は次のような指令を出した。非戸主であっても私財をもって買い受けた土地や私有する土地を売買譲渡することは自由であるが、取引に当たっては売買証書に戸主の連印を要する。太政官は「家」の原理と個人の自由な土地所有との矛盾に対して妥協的な方法を選択したのである。著者は、この二つの原理の対立がより顕著となったという二つの事案をとりあげている。この二つの事案を簡単に確認し、考察を行う。

まず、明治8年に敦賀県から内務省に伺い立てられた養子離縁の際の財産処置である。これは離縁となった元養子戸主がその養家の家産たる土地を離縁後の新戸主に名義変更を拒否した事案である。内務省はこれを検討し、太政官へ伺いを立てた。そこで内務省は戸主名受け地券と非戸主名受け地券との二種類を認め、全国の土地の大部分は戸主名受け地券すなわち家産とし、養子戸主の離縁の際には非戸主名受け地券としての持ち帰りを許すべきではないとした。次に、隠居相続の場合に、通常土地売買のときと同じく地券書替の手続きを経なければ移転しないという太政官布告に対して、司法省が「家」の原理の貫徹を求めて改正を要望した。司法省は、家督の相続によって戸主になった後は、その「家」の財産は前戸主の生死にかかわらず相続者である新戸主に存するとしたのである。

第一に、著者は、明治初年の土地制度において「家」の原理と個人的所有との対立に注目するが、「家」的所有すなわち戸主による土地所有は法制度上どのように規定されていたのかという疑問が生ずる。検地帳から地券に戸主の名前が転記されたという事実は、現実において戸主による土地所有が行われていたとは言えるが、政府による土地政策に「家」の原理が存在したことにはならないのではないか。事実としての「家」的な土地所有ではなく法制度、政策における「家」的土地所有すなわち「家」の原理を考察することで、政策上の「家」的土地所有と戸籍制度との政策上の関連を探ることができるのではないだろうか。

第二に、太政官、内務省、司法省は土地所有についてそれぞれ異なる立場をとっているが、なぜこのような立場の違いが生ずるのであろうか。各官省にど

のような論理が存在したのかを検討することで、土地政策における「家」の在り方を総体的に明らかにすることができるのではないだろうか。その際、丹羽邦男が、明治初年の租税改革と地租改正を開明官僚の形成や一連の改革政策の中で問い直したように⁸、土地政策を政治過程に位置付けることで具体的な政策実施過程が明らかになるのではないか。

また、地租改正事業の実務を担当した地方官と中央政府との間、また地方官の間でも地租改正への対応は異なってくるであろう。地方官の対応について、御厨貴氏は、明治9年に行われた府県統廃合や地方官の任期の長期安定化が、中央政府の意向を各地方に迅速に反映しやすくさせると同時に、地方官の中央政府からの相対的独立傾向を促したことを指摘する。この改革は地租改正事業に反映され、中央政府による一方的な施策に対して地方官と地元農民は批判を行い、地方ごとに各種の対応をした⁹。中央からの自由度や地元農民との緊張関係に依じて、地方官の対応に差異が生じるのである。この地方官の行動や中央官省とのやり取りを検討していくことで、中央地方関係を問い直すことになるのではないか。

最後に、また丹羽は、地租改正を含む改革を行った開明官僚について、彼らの近代化構想は「王土王民」論に立脚していたことを明らかにしているが¹⁰、「王土」の下で土地の「私有」とはいかに行われるのかといった問題が生じてくる。この観点からすると、第一点目で政策における「家」的所有の解明の必要性を説いたが、「家」的所有と個人の所有の対立という構図は果たして適切なのだろうか。「王土王民」論の存在を前提としつつ、政策においていかなる所有形態が企図されたのかを問い直す必要がある。この問題に取り組む際には、石井紫郎氏の所有権に関する一連の研究が参考になるだろう¹¹。

⁸ 丹羽邦男『地租改正法の起源』（ミネルヴァ書房、1995年）。

⁹ 御厨貴「地方制度改革と民権運動の展開」『明治史論集』（吉田書店、2017年、初出井上光貞ほか編『日本歴史大系 第4巻近代Ⅰ』山川出版社、1987年）pp.140-146。

¹⁰ 丹羽・前掲註（8）第4章。

¹¹ たとえば石井紫郎「土地の「私有」とは何か」『中央公論』94（6）号1979年、同「近代国家の形成」『日本国制史研究Ⅱ 日本人の国家生活』（東京大学出版会、1986年、初出同編『日本近代法史講義』青林書院新社、1972年）、同「西欧近代的所有権概念継受の一齣」『日本国制史研究Ⅲ 日本人の法生活』（東京大学出版会、2012年、初出『季刊 日本思想史』創刊号1976年）。

もっとも、横山百合子氏のような近年の社会史研究が示すように、明治新政府による人民把握政策は、「開明官僚」たちによる一貫した近代化プログラムに維新直後から則ったわけではない。むしろ、いったん試みられた身分制の再編による対応が困難に直面することで、はじめて近代化（身分制の廃棄）政策が廃藩置縣期に始動したのである¹²。

2. 徴兵制と「家」制度

本書によると、明治前半期の国家機構の発展において「家」制度が果たした役割は顕著であった。各種国家制度のなかで第五章として一章を与えられるのが、徴兵制である。まず、本書が徴兵制と「家」制度がいかなる関係にあると説明しているのかを確認しながら、両者の関係を検討することの意義について述べる。

維新政権の急務は統一国軍の創設と殖産興業であった。前者について、兵員確保のため、四民平等のスローガンのもと士民の区別なく兵員をとることが要求された。国民の大多数を占める農民は納税に加え、兵役が課されることになった。徴兵が本質上貢納にひとしい賦役の一種であったため、その課徴方法は「家」と基本的には一致すべきであった。ここにおいて徴兵制と「家」制度の関係が浮上する。

兵役という義務は一家の労働力を奪うことを意味する。このことは農業生産の拡大や農民の担税力に障害をもたらす。ここで殖産興業と統一国軍の建設との間に矛盾が生ずる。この解決方法として、徴兵令において戸主免役の制度が求められた。戸主免役の制度が規定されたことで徴兵令は「家」制度と密接な関連を持つ。著者は、民法典が存在しない当時において現実の民法の在り方を規律していた点をもって、明治22年の戸主免役の制度の廃止に至るまでのこれらの規定と関連法令を「徴兵民法」と称している（p.188）。戸籍法やその関連法規を除き身分を規律する法令が存在しないなかで、「徴兵民法」と呼ばれる徴兵令を分析することは、明治初期の「家」制度を問い直すことになるだろう。

軍当局は兵員の確保のために戸主免役の制度の縮小に躍起になった。一方で

¹² 横山百合子『明治維新と近世身分の解体』（山川出版社、2005年）。さらに、近代移行期の身分制解体という横山氏の視角を引き継いで「制度変容」と解釈した松沢裕作氏はそうした「制度」論的な視角を近年、地租改正政策や家族政策にも敷衍している。

人民にとって徴兵は一家の労働力を奪う一大事であったため、免役制度を利用して徴兵逃れを盛んにおこなった。このような状況に鑑みると、当時の徴兵令を検討することは、「家」制度というフィルタを通して軍隊と国民の関係を解き明かすことになる。これに関して、大江洋代氏は、国家における軍の位置づけと近世期の社会の感覚が残存していた地域社会での「国民軍」の受容やその郷土化という軍と国民の関係を結びつけ、明治期日本における軍の近代化を総体的に論じた¹³。それゆえ軍と国民の関係を見る際には、国家における軍の統御の問題にも目配せする必要がある。

ここまでで徴兵制と「家」制度の関係について確認し、研究の意義について述べたが、ここからは本書に述べられた、より具体的な論点を二つ紹介し、議論の問題点や発展可能性を指摘したい。

第一に、徴兵令を含む身分関係立法の修正への軍の圧力である。上述したように徴兵の基礎には「家」があった。しかし、当時「家」を規律していた戸籍法は、徴兵を行う軍にとっては詳密ではなく不完全なものだった。そのため軍は身分関係法令の改正に積極的に干渉し、徴員の減少の原因となると考えていた戸主免役を含む免役条項の削減に取り組んでいったのである。具体的には明治8年10月に陸軍省が内務省に免役条項の縮小を要求し、さらに明治14年9月には陸軍卿の大山巖が戸籍法は「混淆錯雑」と述べ、その改正を要求した。

その後も改正要求は続き、免役条項は消滅に至るが、著者はこの過程を免役条項という「家」への譲歩の完全な「撤回」と評価する(p.229)。この評価は、加藤陽子氏によって夙に指摘されているように¹⁴、軍の要求と免役条項を二項対立的にとらえている点で問題である。軍は兵員の確保のために免役条項の縮小を要求したというが、政府には板垣退助のように士族による義勇兵制を主張している者もあり、政府内で必ずしも国民皆兵の実現について一致していたわけではないのである。それゆえ誰によってどのような要求がなされたかより実質的に吟味する必要がある。また「家」への譲歩とあるが、当時において「人民大衆」の中に確然たる「家」があったのだろうか。著者が述べるように「家」とは政府が作り出した制度であった。徴兵令の免役条項は、「家」との対立そして譲歩として生まれたのではなく、まさに「家」を創出し規定する役割を果

¹³ 大江洋代『明治期日本の陸軍—官僚制と国民軍の形成』（東京大学出版会、2018年）。

¹⁴ 加藤陽子『徴兵制と近代日本』（吉川弘文館、1996年）p.6。

たしたのではないか。今後はこのような観点から徴兵令を検討し、政府（とくに陸軍省）による「家」制度の形成・展開過程を見直す必要がある。また、大島明子氏によると、特定個人の政治家に統率されるような軍隊の解体、すなわち「非政治的軍隊」の創出のために徴兵制が導入された¹⁵。それゆえそもそも徴兵制がいかんにして導入されたのか、徴兵令がいかんにして制定されたのかという問題をも検討に含めなければ、当時における徴兵制の意義、ひいては徴兵制における「家」の意義を解明することはできないのではないだろうか。

徴兵制と「家」制度をめぐる第二の問題として、元老院における徴兵令改正審議がある。明治6年1月制定に制定された徴兵令は、明治12年10月、明治16年12月、明治22年1月に大規模な改正がなされている。当時は法令の決定あるいは改正に元老院の審議を経る必要があった。元老院会議では徴兵令の毎回の改正について激しい議論が交わされた。本書では元老院で議論された争点として次の四つが述べられている。戸主免役の趣旨、国体論と「戸主の法」、一家承継の保護か一家生計の保護か、分家と分産である。それぞれについて詳しく述べることはしないが、どれも戸主免役に代表される「家」制度の保護と国民皆兵の原理との対立、さらに進んで国民皆兵の原理が貫徹されていく過程について書かれている。

元老院は改正審議を通じて徴兵令に大きな修正を加えたが、これは元老院が明治の軍隊の在り方を規定したということであり、この点で元老院会議を検討することは重要であるが、いくつかの疑問点が指摘できる。

第一の点として、度重なる徴兵令の改正を経て明治22年の免役条項の廃止によって国民皆兵の原理が貫徹されるというが、元老院内で一致した国民皆兵の理念が存在したと想定してよいのか、反対に国民皆兵に対抗する原理として徴兵令に「家」の保護が確かなものとして規定されていたと考えてよいのだろうか。これは免役条項を利用した「人民大衆」と免役条項の修正を要求した軍を対立的に捉えていたということと共通する問題である。「家」の保護の想定が困難であることは先に述べたとおりであるが、一方で会議の当初から議員に国民皆兵の理念が共有されていたのであろうか。

この問題について、尾原宏之氏は、そもそも国民は兵役に服する義務を持つ

¹⁵ 大島明子「一八七三（明治六）年のシベリアンコントロール—征韓論政変における軍と政治」『史学雑誌』117（7）号2008年。

ているのかという問いから、明治12年の徴兵令改正に際して元老院で国民皆兵の前提条件をめぐる議論があったことを明らかにしている¹⁶。国民皆兵についてもこの原理を所与のものとして想定することは困難なのである。二つの原理を対立的に捉えるのではなく、両者の内的な連関を見ていく必要があるであろう。

第二点目に、論点ごとに議官の発言が文脈を無視して抜き出されている点である。たとえば戸主免役の趣旨について、明治12年の徴兵令改正の審議である議官の発言を引用したのちに、その発言を説明するために明治16年改正における審議、さらに明治15年になされた戸籍規則案の審議における他の議官の発言を引いている。審議が行われた当時の議官の構成や政治状況によって元老院における議論の在り方や議官の発言の背景にある考え方は異なってくると考えられるし、内容が類似していても審議している法令が異なれば、議論の焦点は必ずしも一致しないであろう。また、元老院は、議官が自らの意見を「表明」するだけの場ではなく、政治を「議論」する場であるはずである。それゆえ議官の発言を議論の流れの中で位置づける必要があるのではないだろうか。

著者は「徴兵令の「家」への譲歩は撤回され、戸主免役制は、日本の国軍建設過程における一場のエピソードに終わってしまった」(p.261)と述べているが、近年の研究成果をもとに本書を改めて読んでみると、単なるエピソードにとどまらない意義が戸主免役制という論点には残されているように思われる。

3. 選挙と「家」制度

選挙制度と「家」制度の関りは、第六章第三節で論じられている。地租改正や徴兵制でみたように経済・行政では「家」が重要な意味を持ったが、選挙とはいかなる関係があるのか。この点につき、明治以後導入された公選議会の選挙においては、経済・行政とは事情が異なるという。そもそも政府は公選議会について自己に有利な勢力を選択する必要がある、そこでは普通財産制限をもってするが、「家」的選挙を導入する二つのモメントがある。一つは町村寄合という「家」的構成の会議体の伝統を持った町村会の場合、もう一つは普通選挙の導入を余儀なくさせられた場合にこれを財産以外から制限するときである。本項では明治前半期の「家」制度の形成期において問題となった町村会の

¹⁶ 尾原宏之『軍事と公論—明治元老院の政治思想』（慶応義塾大学出版会、2013年）第1章。

選挙をとくにとりあげる。

町村会は地方民会で一番古い歴史を持つが、早くは明治6年に地方官の発意によって開設された。それは兵庫県令神田孝平による民会議事章程略と町村会議心得書の発布に始まる。この規則は神田が翻訳した和蘭邑法・州法などと合わせて他の府県の地方官に影響を及ぼし、全国約三分の一の県に町村会ができたという。初期の町村会では選挙資格に戸主要件が定められ、それに土地所有要件を付け加える場合が一般的であった。

しかし、明治11年に三新法が定められ町村会が全国に普及したが、三新法中の府県会規則で戸主要件は規定されず、内務省も戸主要件はない旨を指摘している。この点について著者は「町村会のように、末端の小単位で古い伝統をもち共同体と密接につらなるものを、「家」から切り離すのは、あまりに革新的で不自然である」(p.275)と述べる。その後、明治13年の区町村会法で区町村自身が区町村会規則を制定するようになってから、戸主要件が復活したようである。

徴兵制度や税制の対象として「家」が単位とされたのにもかかわらず、なぜ一度戸主要件が規定されなかったのだろうか。これについて本書では説明がなされていない。また内務省は土地所有に関しては戸主に所有権を認める司法省の立場に近かったが、町村会の選挙資格に戸主要件を認めなかったこととの間にいかなる関連があるのだろうか。このように事実として選挙における戸主要件の存在が明らかになっているものの、実質的な検討が行われておらず、依然として検討の余地があると考えられる。今後この論点を分析することで、町村会選挙を通じて、町村における「家」制度の在り方を明らかにすることができだろう¹⁷。

ところで明治期の国政選挙については近年研究が進展している。稲田雅洋氏は第一回総選挙の選挙戦の実態や当選人などを膨大な資料を基に明らかにしている¹⁸。明治初期の町村会を含む地方民会についても、戸主要件を認めるのか否かという選挙規則や議会規則を分析するだけでなく、選挙はどのように行われ

¹⁷ 地方民会についての最新の研究として、池田勇太『維新変革と儒教的理想主義』（山川出版社、2013年）第3章。

¹⁸ 稲田雅洋『総選挙はこのようにして始まった―第一回衆議院議員選挙の真実』（有志舎、2018年）。

たのか、当選人たちは議会をどのように運営したのかなどの実態を明らかにしていく必要がある。稲田氏によると、第一回総選挙の当選人300人のうち200人は府県会議員の経験者であり¹⁹、国会と府県会には人的な連続性が認められるのであって、国政選挙を検討するうえでこの点は重要である。

とくに選挙戦の実態を考える際には、国政選挙において各地で行われた、選挙干渉についても考慮に入れる必要があるのではないかと²⁰。先述したように福島は本書で政府は公選議会について自己に有利な勢力を選択する必要があると述べており、種々の改革が民衆の反発を引き起こしていた国家形成期において、これは喫緊の課題である。自己に有利な勢力を当選させるために政府が取りうる手段として、選挙資格を制限することに加えて、直接的な対応として選挙干渉が考えられる。国政選挙で問題になった選挙干渉も含め、地方民会における選挙の在り方を今後検討していかなければならないのではないかと²¹。

Ⅳ. 最後に

本稿では、福島正夫の古典的著作を読み直すことで、明治前半期における土地所有、軍隊建設、選挙という三分野における「家」制度研究の「未発の可能性」を再発見することをめざしてきた。土地所有については、個人的所有と「家」的所有との間に原理的な鋭い対立があり、各省はその調整に苦慮していた。しかし、本書では具体的な事案ごとに検討がなされていたため、土地所有における「家」の政策の総体や戸籍制度との関りを見ることはできていなかった。次に、徴兵制の問題であるが、免役条項という「家」の保護と、軍における兵員確保の必要性や国民皆兵の原理との対立構造がとりあげられていた。結果として免役条項は廃止されるが、これを国民皆兵の原理の勝利として捉えてはならない。「家」も国民皆兵という原理も当初から確固として存在したものではないのである。今後は両者の内的な連関を明らかにしていく必要がある。最後に、選挙

¹⁹ 稲田・前掲註(18) pp.212-214。

²⁰ 末木孝典『選挙干渉と立憲政治』(慶應義塾大学出版会、2018年)。

²¹ ただし、升味準之輔によると、初期においては府県会議員という地位が経済的利益や社会的名誉を意味していなかったため、選挙は盛り上がりせず、当選しても辞職するものが多かった。升味準之輔『日本政党史論 第2巻』(東京大学出版会、1966年) pp.59-61。また、同じ点を稲田も指摘している。稲田・前掲註(18) pp.76-78。

制度については明治初期の町村会を見た。町村会の選挙資格における戸主要件という問題は、廃藩置県以降も近世期の「旧慣」を多く残していた村落において「家」制度がいかに存立しえたかを明らかにする手掛かりとなる。

本稿で見た「家」制度の問題はアクチュアリティを失っていない。第Ⅰ節ですでに今日における戸籍や世帯の問題を見たが、「国民」の管理という局面において、現代でも「家」制度は影響力を発揮している。とくに「家」制度を強く規定する戸籍制度は、明治におけるその誕生以降、それが持つ経路依存性ゆえに、その制度変化の幅は大きく制約されており、現在日本に存在する番号制度は、戸籍制度を新たな制度に置き換えることなく、行政領域ごとに分立した状態で成立しているのである²²。

最後に、本書を再読することで、「家」制度研究の「未発の可能性」を見い出し、今後の「家」制度の研究において、その形成過程まで遡行していくことの意義を評者は確認することができた。本稿は今後の評者自身の研究にとって重要な前提作業となるものである。

²² 羅芝賢『番号を創る権力—日本における番号制度の成立と展開』（東京大学出版、2019年）第1章。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 71 No. 3(2020)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Democratic Control and Governmental Delegation
Reality and Prospects in Science, Technology, and Innovation Policy**

Yuichi MURAKAMI*

Based on case analyses, this paper first points out why the Japanese government's share of research and development (R&D) expenditures is lower than those of France, Britain, and the US: (1) its science and technology (sci-tech) system was once dismantled (just after World War II), and its legacy remains there, (2) private companies have been allowed to work on R&D relatively autonomously from the government, and (3) political and administrative leadership has been absent in sci-tech decision-making. Second, this paper clarifies why Japan's R&D investment targets have not been achieved since the second version of the Sci-Tech Basic Plan in 2001: (1) uncertainty unique to sci-tech policy, (2) continuous intervention from the Ministry of Finance in the overall budget coordination, and (3) the recent transition from a politician-centred process, which once strongly promoted sci-tech policy, to a cabinet-centred process. Third, after a comparison with innovation policy and its implementation in the European Union and Sweden, which have similar ambitions as Japan but different policy systems, this paper concludes that (1) ex-ante budgetary control on sci-tech and innovation policy should be curbed and should delegate more responsibility to the department in charge and to ex-post impact (or output, at least) assessment,

* Associate Professor, Hokkaido University School of Law, and Visiting Researcher, Sciences Po Bordeaux.

(2) budgetary coordination and implementation processes should be separated to avoid excessive democratic control on the latter, and (3) top-down sci-tech policy and bottom-up innovation policy should be recognized as distinct because their recommended policy tools and favourable ways of control differ.

執筆者紹介（掲載順）

齊 藤 正 彰	北海道大学大学院法学研究科教授
村 上 裕 一	北海道大学大学院法学研究科准教授
張 子 弦	琉球大学大学院法務研究科講師
岡 部 天 俊	北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育 研究センター研究員
橋 本 伸	小樽商科大学商学部准教授
山 中 仁 吉	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

令和2年9月23日 印 刷
令和2年9月30日 発 行

編 集 人	米 田 雅 宏
発 行 人	北海道大学大学院法学研究科長 池 田 清 治
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. 71 September 2020 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

- Interpretation of Article 9 of the Constitution of Japan and Current
Status of Theories Masaaki SAITO 1
- Democratic Control and Governmental Delegation:
Reality and Prospects in Science, Technology, and Innovation Policy ☆
..... Yuichi MURAKAMI 59
- L'action paulienne dans les procédures collectives en France (2)
..... Zixian ZHANG 99
- Lehre von Verwirklichung eines Sonderdelikts durch
faktische Zusammenwirkung mehrerer (2) Takatoshi OKABE 137
- Theoretical analysis of restitutional remedy regarding disgorgement
of profits (4) Shin HASHIMOTO 167

BOOK REVIEW

- The Dialogue between Political History and Legal History on the
Study of 'Family' System:
Revisiting Fukushima Masao, Capitalism in Japan and 'Family' System
..... Jinkichi YAMANAKA 223

[]...Indicates the pagination for articles typeset vertically 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