HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第71巻 第4号 全1冊
Citation	北大法学論集, 71(4)
Issue Date	2020-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79802
Type	journal
File Information	lawreview_71_4_all.pdf,



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 71 巻　　第 4 号

論　　説

解釈基準としての平和的生存権 …… 齊　藤　正　彰　　1

移民法の諸問題、基礎理論のディレンマ構造と市民権（公民権）の意義（1）
—— とくに民法（所有法）との関連で ——
…… 吉　田　邦　彦　　43

複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論（3）
…… 岡　部　天　俊　　81

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（七・完）
—— 私法上の問題を中心に —— …… 角　本　和　理　　326[　1]

研究ノート

非公開URLと不正アクセス行為概念
—— いわゆるZoom-bombing問題を契機として ——
…… 岡　部　天　俊　　109

Electoral System Formation in Scottish Parliament 1989-1995 :
Cooperation between party and civil society (1) …… Seita SHOJI　　127

資　　料

下請代金支払遅延等防止法の推移 …… 厚　谷　襄　児　　185

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

厚谷襄児（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）
林竧（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）
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）
櫛橋明香（民法）
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）
曽野裕夫（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）
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）
小濵祥子（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）
土井翔平（国際政治）＊
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

岡部天俊（刑法）
許仁碩（法社会学）
崔碩鎭（現代政治分析）
内藤陽（憲法）
前田星（法史学）
山崎皓介（憲法）
楊瑞賀（民法）
横堀あき（憲法）
ロドリゲズサムディオルベンエンリケ（比較法）

雑誌編集委員　○印　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　　説

解釈基準としての平和的生存権

齊　藤　正　彰

目　次

はじめに
Ⅰ　「平和的生存権」論をめぐる自縄と自縛
　1.「平和的生存権」論に対する批判の自縄
　　（1）解釈基準性の承認
　　（2）解釈基準であることの内実
　　（3）日本国憲法の平和的生存権の意味
　2.「平和的生存権」論の自縛
　　（1）〈特定の内容を有する一個の権利〉への志向
　　（2）平和的生存権構想の有意性
　　（3）９条と第３章の結合
Ⅱ　深瀬説の構造
　1．個別的人権の総体としての平和的生存権
　　（1）基本的人権の包括的総体
　　（2）根拠条文の総合化という誤解
　　（3）深瀬説における13条の意味
　2．平和的生存権の二層構造
　　（1）深瀬説の構想：２つの場合分け
　　（2）個別人権規定の解釈基準としての機能
　　（3）深瀬説の継承と変奏
　3．個別人権規定の解釈
　　（1）深瀬説の展開
　　（2）政府見解：徴兵制と憲法18条
　　（3）深瀬説の今日的意味
Ⅲ　「穏和な平和主義」論の発問

1.「穏和な平和主義」論と「平和的生存権」論
（1）穏やかでない受けとめ
（2）「穏和な平和主義」論の初発
（3）「穏和な平和主義」論の精錬
2.「穏和な平和主義」論と立憲主義
（1）軍備の保持と立憲主義の存立
（2）社会契約における軍備の保持
（3）個人主義と軍隊
おわりに

はじめに

〈平和的生存を固有の主題として、特定の内容を有する一個の権利が、日本国憲法によって保障されている〉と主張する「平和的生存権」論は、その問題設定のために困難に逢着している。

日本国憲法は、前文で、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」としている。ここに平和的生存権の根拠を求めれば、前文の法規範性ないし裁判規範性が問われる。さらに、その「全世界の国民が」という文言から、権利主体についての議論が生じる。権利の内容においても、「戦争を許容する平和的生存権」と「許容しない平和的生存権」の理解[1]がありうる。

前文を離れて憲法９条に根拠を求めれば、そこでも実力の保持を認める解釈が成り立ちうることは措くとしても、９条から権利を導くことができるのかとの批判に晒される。新しい人権として13条に依拠するならば、「平和的生存権」論が登場したのが憲法制定後であるとはいえ、その権利の位置づけからして、これを憲法が列挙しなかった新しい人権とするのは平和憲法としての日本国憲法の意義を毀損することになりかね

[1] 岡田信弘「平和的生存の権利――「国際社会における日本国憲法」の視点から」憲法問題２号（1991年）69頁、同「国際社会における平和的生存権論と日本国憲法」明治学院論叢478号（1991年）250頁。

ないであろう。

こうした従来の「平和的生存権」論の行き詰まりの要因は、〈特定の内容を有する一個の権利〉を当然に想定するという議論の立て方にあると考えられる。これに対して、「平和的生存権」論の嚆矢とされる星野安三郎「平和的生存権序論」[2]は、日本国憲法の特質を「平和的生存権を保障する規範の全体という意味で、「平和国家の憲法」ととらえることが重要だ」とするものであった。そして、初めて平和的生存権の語を標題に掲げて総合的に検討した研究書である深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年）――以下、同書の内容とそれに連なる見解を「深瀬説」と称する――は、〈特定の内容を有する一個の権利〉という理解とは次元の異なる議論を展開していたはずである[3]。しかし、従来は、図式的な学説分類の中で整理されていたようにみえる。

他方で、「平和的生存権」論を批判する側も、同様に、憲法上、平和的生存権は〈特定の内容を有する一個の権利〉として成立しておらず、とりわけ裁判上で主張できる具体的権利とはいえないと難じていた。

---

[2] 小林孝輔＝星野安三郎編『日本国憲法史考』（法律文化社・1962年）３頁以下所収。

[3] その著者は、議会制研究や解散権の憲法上の制約についての高い水準の研究で知られた研究者であり（岡田信弘「深瀬憲法学における統治機構論を再考する――議院内閣制と二院制を中心に」稲正樹＝中村睦男＝水島朝穂編『平和憲法とともに――深瀬忠一の人と学問』（新教出版社・2020年）93頁以下、高見勝利「解散権行使に対する憲法上の制約――深瀬忠一の「憲法習律」論再考」同書108頁以下、中村睦男「深瀬憲法学のフランス憲法研究および日仏交流への貢献」同書126頁以下。さらに、同「あとがき」同書349頁以下参照）、かつ、その最初の論文は憲法と条約の関係を扱うものであり（深瀬忠一「フランス憲法史における条約と国内法（1）－（3）」北海道大学法学会論集７巻２号（1956年）、７巻３＝４号（1957年）、８巻１＝２号（1957年））、その後も、国際規律との関係を意識した論稿を多く示している（同「フランスの議院と条約修正権」ジュリ199号（1960年）18頁以下、同「戦後五〇年の世界の「諸憲法と国際平和」の新たな展望（5）（6）」法時68巻７号（1996年）51頁以下、法時68巻８号（1996年）70頁以下等）。なお、同「平和的生存権論の生成と展開について――その憲法的・国際法的側面の総合的考察」国際人権２号（1991年）７頁以下に深瀬説の概要が示されている。

そして、裁判例も通説的見解も、〈憲法前文の平和的生存権は憲法の解釈基準としての意義を有する〉にとどまるとしていた。しかし、平和的生存権が憲法規定の解釈基準となるということは、相応の重みを有するはずである。

Ⅰ 「平和的生存権」論をめぐる自縄と自縛

1.「平和的生存権」論に対する批判の自縄

（1）解釈基準性の承認

憲法学説は、憲法の規定――しかも前文ではなく本文の規定――の法的拘束力が減殺ないし否定されることを論じるときに、政治的マニフェスト、政治規範、プログラム規定、倫理的規定といったことを唱えてきた。しかし、平和的生存権については、多くの憲法学説は、「その主体・内容・性質などの点でなお不明確であり、人権の基礎にあってそれを支える理念的権利と言うことはできるが、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは難しい」[4]とするものの、「憲法における各種の基本的人権条項の解釈基準（それは同時にそれらの条項を具体化するための立法の基準でもある）の指針として用いられるべきもの」[5]と位置づけている。そして、「前文の規定をそれ自体として、具体的裁判において適用する必要性は少なく、あくまで憲法典の各条文の規範内容についての解釈に際しての重要な規準として援用すれば事足りる」[6]と論じていたのである。

「平和的生存権」論に対して否定的な立場を採ったとされる百里基地訴訟第一審判決（水戸地判昭52・2・17判時842号22頁）においても、平和を規定する「憲法前文第二項は、形式上憲法の一部を構成するが、憲法本文各条項がみぎのごとき理念ないし目的に従つて解釈さるべきであ

[4] 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第７版〉』（岩波書店・2019年）38頁。
[5] 佐藤功『ポケット註釈全書：憲法（上）〈新版〉』（有斐閣・1983年）31頁。
[6] 初宿正典「憲法前文の法的効力」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（ジュリ増刊・2008年）15頁。

るという、本文各条項の解釈基準を明らかにしているもの」としているのである[7]。

（2）解釈基準であることの内実

それが平和的生存権の法的意味をゼロとしないためのリップサービスでないのなら、「解釈基準」であることの意義を真摯に考察しなければならないはずである。「問題はこの権利を理念的な権利であるといって、終わるのではなく、その理念的ということの意義である」[8]。そして、「理念だからこそ、あらゆる場面・問題について、この理念を実現する方向での処理・解決がはかられなければならない。「平和的生存権」を理念的権利だと位置づける説は、こういう意味を含んでいる」[9]とされる。

さらには、憲法前文の裁判規範性をめぐる「肯定説と否定説との対立は、一見して思われるほど実質的なものではない」のであって、「否定説も、本文各条項の「解釈基準」として前文を援用することは承認しており、本文各条項の意味を解釈によって充塡するときに前文を用いるならば、実質上、肯定説と大差のない効果をひき出すことができる」とされるのである[10]。

「解釈基準」として機能するためには、それ自体として裁判規範性を

---

[7] 百里基地訴訟控訴審判決（東京高判昭56・7・7判時1004号３頁）も、「平和的生存権」について、「それを独立の権利と呼ぶかどうかは別としても、あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基礎的な条件であつて、憲法の基本原理である基本的人権尊重主義の徹底化を期するためには、「平和的生存権」が現実の社会生活のうえに実現されなければならないことは明らか」としたうえで、憲法前文に「表明された基本的理念は、憲法の条規を解釈する場合の指針となり、また、その解釈を通じて本文各条項の具体的な権利の内容となり得ることがある」としている。

[8] 矢口俊昭「前文」芦部信喜監修『注釈憲法（１）』（有斐閣・2000年）107頁。

[9] 浦部法穂『憲法学教室〈第３版〉』（日本評論社・2016年）423-424頁。

[10] 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）41頁［樋口］。前文の裁判規範性についての「否定説も、「前文」が憲法本文の各条項の解釈の基準となることを承認しており、判例もその趣旨のものと解されうる点は注意を要する」（佐藤幸治『日本国憲法論〈第２版〉』（成文堂・2020年）42頁）。

有する一個の権利である必要はないとしても、その趣旨が定まっていることが求められるであろう。そうであるとすれば、平和的生存権を憲法規定の解釈基準と位置づける通説的見解は、日本国憲法の平和的生存権が憲法解釈を方向づける特定の趣旨を有することを承認していることになる。

（3）日本国憲法の平和的生存権の意味

憲法解釈を方向づける日本国憲法の平和的生存権の趣旨とは――平和的生存権を解釈基準と位置づけてきた通説的見解の憲法９条解釈を前提とすれば――、前文は全世界の国民の――必ずしも戦争・武力行使の全面的否定を意味しない――広義の平和的生存権を承認したうえで、その実現に寄与するために、国際法の要請である不戦条約以来の侵略戦争放棄を目的として掲げ（９条１項）、しかもその実現を担保するために戦争・武力行使の全面的放棄と戦力の不保持を規定した（９条２項）という理解に基づくものとなろう。

そのようにして、「国際条約上の「平和への権利」が戦争の全面否定に基づいていないのとは異なって、日本国憲法では、九条で戦争の全面放棄と非武装を掲げたことによって、その意味内容が具体化された点に特徴がある。いいかえれば、前文と九条が結合することによって、日本国民の戦争拒否の権利、政府に対する平和請求権としての（狭義の）平和的生存権が保障されたと解される」[11]のである。

そのような理解に基づき、憲法前文だけでは仮に武装防衛の方向がとられたとしても「平和的生存権の侵害として構成できるわけではない」が、９条とともに「第３章の各条項をもその根拠とする」ことによって、平和的生存権が「９条により内容的に戦争放棄・非武装の限定をうける利点がある」ことから、「９条との総合的把握によって「平和的生存権」の内容充填をしてゆく方法がありうる」とされる[12]。また、「第３章の個別的・具体的人権のなかに「平和的生存権」の具体的内容を読みとろう

[11] 辻村みよ子『憲法〈初版〉』（日本評論社・2000年）125頁。

[12] 横田耕一「平和的生存権」大須賀明ほか『憲法講義２基本的人権』（有斐閣・1979年）336-338頁。

とする」試みにおいて、解釈基準として「「平和的生存権」概念を導入することによって解釈の方向づけはかなり明確になる」ともいわれる[13]。

２．「平和的生存権」論の自縛

（１）〈特定の内容を有する一個の権利〉への志向

通説的見解による批判に対抗して、「平和的生存権」論を提唱する学説の多くは、〈特定の内容を有する一個の権利〉としての存立を論証することに力を振り向けてきた。

「平和的生存権」論において、国際社会の動向[14]や原理論的検討[15]に関心が向けられるのも、〈特定の内容を有する一個の権利〉の論証の手がかりを得ようとする試みと解される。

「平和的生存権を狭義と広義の二つに分けて捉えること」を提唱する見解が、「平和的生存権の核心的部分を狭義の平和的生存権として抽出し、明確にしておくことが有用」であると考え、「戦争や軍隊によって自己の生命を奪われ、あるいは生命の危険にさらされないで生存する権利それ自体……を中核としたうえで、その外延に、より広い意味での生活・活動を平和的に行う権利としての、広義の平和的生存権が存在している」とするのも[16]、〈特定の内容を有する一個の権利〉としての平和的生存権を確立するためであると解される[17]。

---

[13] 同論文340頁。

[14] 岡田信弘「日本国憲法における平和主義の「国際性」」プライム26号（2007年）61頁以下。

[15] 麻生多聞『平和主義の倫理性――憲法９条解釈における倫理的契機の復権』（日本評論社・2007年）、同『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）、河上暁弘『日本国憲法第９条成立の思想的淵源の研究――「戦争非合法化」論と日本国憲法の平和主義』（専修大学出版局・2006年）。

[16] 山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社・1992年）292頁。

[17] しかし、問題が「生命についての権利」の剥奪・危険に至っている場合に、そのうち戦争や軍隊によるものだけを切り分けて論じる必要があるかは疑問である。なお、「平和的生存権」論を生命権と結びつけて論じるものとして、山

平和的生存権について「憲法上の権利性と裁判上の権利性を区別」[18]して論じるべきことを提唱し、従来の議論が裁判上の権利性に集中していたことを批判する見解が、前文は憲法典の一部として法規範性が承認されていることから、平和的生存のために、政策に対抗できる憲法上の権利性が認められるとし[19]、平和的生存権は「理念的広がり」をもつが、９条の戦争放棄が明らかにしている「最小限の内容を権利として保障していると考えることができる」[20]とするのも、〈特定の内容を有する一個の権利〉として平和的生存権が機能する場面があることを示そうとするためと解される[21]。

平和的生存権の具体的内容を第３章の諸規定と結びつけて論じることに対して、「「平和的生存権」の独自の存在意義を唱えるものとしては、いささか弱い」[22]、あるいは「せっかくの「平和的生存権」があまりにも包括的な内容のものとなり、逆に、その独自性を希薄化する結果になってしまう」[23]として、「「平和的生存権」を独自の憲法上の権利＝人権として

内敏弘『人権・主権・平和――生命権からの憲法的省察』（日本評論社・2003年）、上田勝美「世界平和と人類の生命権確立」深瀬忠一ほか編『平和憲法の確保と新生』(北海道大学出版会・2008年) 15-18頁。

[18] 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社・1995年）108頁。

[19] 同書115頁。

[20] 同書120頁。

[21] しかし、この見解が主張する「憲法上の権利」は、それが存在することが認められれば、それを「政治の場面」で主張するために特別の理論構成を要するものではなかろう。この見解が種々論じていることも、結局は、憲法上の権利の裁判規範性がどのように認められるかということに繋がっていると解される。裁判規範性（裁判上の権利性）には争いがあるとしても「憲法上の権利」としては〈特定の内容を有する一個の権利〉といいうる内容がある、という主張は、本来論ずるはずのことの手前で議論を停めているようにみえる。従来の「平和的生存権」論が〈特定の内容を有する一個の権利〉であることの論証に注力してきたのは平和的生存権の裁判規範性を確立するためであるとすれば、憲法上の権利として〈特定の内容を有する一個の権利〉であると論じても当初の目的には結びつかないと解される。

[22] 浦部・前掲書（註９）424頁。

[23] 同書425頁。

構成すべき」[24]だとする見解は、「憲法前文で確認された「平和的生存権」は、その最小限の内容が９条によって具体化されているのであり、９条が「平和的生存権」の具体的内容を示している」のであって、「国が戦争や武力行使を行うことはもちろん、軍備を保有することも、「平和的生存権」の侵害となる」とするが[25] [26]、まさに〈特定の内容を有する一個の権利〉としての平和的生存権を追求するものと解される[27]。

このように、平和的生存権が〈特定の内容を有する一個の権利〉として成立することを論証する努力がなされてきたが、しかし、〈特定の内容を有する一個の権利〉を強く志向するほど、「平和的生存権」論は隘路に入り込み、その主張の力が減殺されることになっていたようにみえる。積み重なる議論にもかかわらず、平和的生存権の根拠規定・権利主体・権利の具体的内容のいずれについても、説得力ある説明が示されているとはいえないという評価が繰り返されてきたのである[28]。

---

[24] 同書427頁。

[25] 同書428-429頁。

[26]「平和的生存権は明確な内容をもっている」と説くものとみて、この見解に賛同する学説として、後藤光男『人権としての平和――平和的生存権の思想研究』（成文堂・2019年）55頁。

[27] しかし、この見解がいうように憲法９条の規定の内容は明確であるとするには、種々の解釈が対立する９条についてこの見解が示す解釈に同意する必要があろう。そのことは措くとして、「９条と「平和的生存権」をイコール」だとするのなら、「軍備の保有を違憲とする理由としては９条違反ということで十分であって、これをあえて「平和的生存権」侵害として構成することの実益に乏しいではないか」という批判に対して、この見解は、「９条違反ではあるが人権侵害ではない」という場合の実益を挙げて反論する（浦部・前掲書（註９）429頁）。この見解の主張が、〈特定の内容を有する一個の権利〉として「憲法９条違反のない状態の下で生存すること」を挙げ、「憲法９条違反の国家行為があればその取消し等を求める原告適格を有するとするもの」であるならば（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）24頁［大河内美紀］）、それについては、いわば政教分離原則を人権規定と捉える見解に対するのと同様の批判がなされうるのではなかろうか。

[28]「平和的生存権」論が「伝統的な権利論に立つ人々を十分に納得させるほど明確に特定されたか」は疑問とされる（野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第５版〉』（有斐閣・2012年）158頁［高見勝利］）。

（2）平和的生存権構想の有意性

他方で、平和的生存権を構想することの意味が否定されていたわけではないと解される。

平和的生存権のように「平和」を「人権」の問題として論ずることについては、「これまで、基本的人権が比較的保障されていた国家においても、戦時において人権が何ほどか制限されるのは当然とされてきた。こうしたときに、平和を人権として把握し、従来の国家のありかたや国民生活に反省を迫った点での重要性はきわめて大きい」[29]と評される。

それは、平和の問題を、公共財としての防衛サービスを国家がどの程度提供し、それに対してどの程度の費用を国民が負担すべきかを、国民の代表である議会が決定する[30]という問題と捉えるのではなく、思想の自由や表現の自由と同じように、議会制民主主義の原理によって決められるべき問題ではない、多数決によって制限・剥奪が認められてはならないと捉えることを意味する[31]。「平和を国家間関係上の状態と考えない

---

[29] 横田・前掲論文（註12）343頁。

[30] 長谷部恭男『憲法〈第７版〉』（新世社・2018年）63頁。民主的政治過程を経て決定された政策について、自己の信条と異なるからといって、直ちに自律的な私的生活の平穏が侵害されたと法的に主張することは、通常は困難であろう。しかし、平和ないし軍事に関する問題は、後述のように、賭命義務との関係で、立憲主義と個人について重大な影響をもたらすものであるとすれば、多数決で決定できる問題であるかどうかについて再考が求められうる。

[31] 高柳信一「平和的生存権」法セ275号（1978年）４頁。「近代政治理論においては、……戦争か平和かは、主権をもつ人民が、討議と多数決とを経て自ら選択すべきものであり、選択肢をどちらか一方にあらかじめ限ってしまうことは、人民の民主的意思形成を束縛し、かえって民主主義に反するとする……考え方の方が現在にいたるまで支配的であった」し、「近代の公法の論理においては、戦争そのものは悪とされず、ただ、非民主的に、国民の意思に反して敢えて戦争を起すことが非難された」のだと考えられるが（同「平和と人権の論理と状況」日本平和学会編『平和と人権』（早稲田大学出版部・1979年）32-33頁）、「現代においては、平和が確保されなければ、議会制民主主義も、それが機能するための前提条件である市民的自由も存立しえないのですから、平和を、議会制民主主義の運営によって、多数決の結果にもとづいて、或いはこれを選択し、或いはこれを捨て去りうるものと考えるのは論理矛盾でしょう」（同・前掲「平和的

で、国内の内政上の問題、つまり、国民の国内政治権力に対する関係における権利の問題として追及して行かなければならないということを意味する」[32]のである。

「あくまでも憲法学が平和主義の問題を扱うときには、他の法分野あるいは他の政治学の分野と違って、個人に立脚するということが大事なこと」[33]であるとすれば、日本国憲法においては、９条と「結合させることによって「平和的生存権」はかなりの射程範囲をもった権利として構想されうる」のであり、戦争を起こす政府の手を縛る道具として「格好の権利を国民は手に入れることができる」とされる[34]。

（３）９条と第３章の結合

（ｉ）平和的生存権の祖型

国民が平和的生存権を手に入れたことを憲法施行から15年を経た時点で謳いあげた見解は、その内容を次のように描いていたのである。すなわち、「この「平和に生きる権利」は、具体的には、兵役の義務を規定した明治憲法とそれにともなう軍事立法の廃止によって保障されたものである。すなわち、兵役法および同施行規則・徴発令・馬籍法・同施行規則・鉄道軍事供用令・国家総動員法・国民徴用令・土地収用法・国民体力法・防空法・軍機保護法・刑法等の廃止又は改正によって、徴兵検査

生存権」12頁）。「議会制民主主義は、人権の尊重・保全を基底とする政治理念に最も適合的な政治システム原則として採用されたものですが、現代において、戦争と平和の問題をこの政治システムによって処理すると、基底的原理そのものが毀損され結果が不可避のようであります」（同「国家の自衛権より人民の平和権へ」法セ増刊『総合特集シリーズ（22）憲法と平和保障』（1983年）16頁）。なお、同「人権としての平和」法時47巻12号（1975年）33頁以下。

[32] 高柳・前掲「平和的生存権」（註31）９頁。

[33] 水島朝穂ほか「〔討論〕１国家主権と平和」法時69巻６号（1997年）20頁［蟻川恒正］。

[34] 横田・前掲論文（註12）343頁。なお、「平和」を「人権」の問題として論ずる構想として、辻村みよ子「「人権としての平和」論の再構築――平和主義の「ジェンダー化戦略」を契機として」山内敏弘先生古稀記念論文集『立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社・2010年）85頁以下参照。

や、戦争と軍隊に必要な体力向上のための体力検査を受けたり、家族や友人を戦場に送るため役場に届出をしたり、持馬を軍馬として徴用されたり、土地や建物を接収されたり、軍事機密を守るため言論・出版・報道の自由を制限されることから、解放されるようになったのである。そして、このようにして、はじめて、「恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存する権利」が保障されるようになったのである」[35]。

このような、〈国民が日常的に身近に保護されている具体的権利の諸形態〉およびその維持・増進が焦点にあるとすれば、憲法第３章の個別人権規定との関係が問題となる。それは、従来の「平和的生存権」論においても、９条と第３章の結合として、しばしば論じられてきたものである。

（ii）平和的生存権の外延

「憲法前文が「全世界の国民」の権利とした平和的生存権（広義）と、（前文と結合した）９条・13条から抽出される個人の実定的権利としての平和的生存権（狭義）との分離が必要」であることを説きながら、狭義の平和的生存権については、９条の戦争放棄規定と人権規定を「一体化して捉える」ことで「その構造を理解する」ことができるとし、また、13条の解釈にあたっては、「「公共の福祉」の内容に国防・有事への対応等を含ませることで人権制約を正当化することは許されないと解すべき」とする見解[36]は、「平和的生存権の周辺に位置する種々の人権（「外延」）についても、「人権としての平和」論構築の観点から明らかにすることが必要となる」[37]としている。そして、この見解は、平和的生存権の外延（その概念に対応する事物ないしその集合）として、第３章の各種人権規定を挙げているのである。

（iii）個別的人権との結合への批判

しかし、「平和的生存権」論においても、〈国民が日常的に身近に保護されている具体的権利の諸形態〉を平和的生存権に結びつける考え方に

---

[35] 星野・前掲論文（註２）６頁。

[36] 辻村みよ子「「人権としての平和」と生存権――憲法の先駆性から震災復興を考える」GEMC journal ７号（2012年）50頁。

[37] 同論文52頁。

対しては、「個別的な現実的利益のレベルに、少々限定しすぎている」[38]として、「日本国憲法の掲げる「平和的生存権」は、こういった目に見える具体的な不利益を排除するというだけの権利ではない」[39]とする批判がある。

たしかに、従来の「平和的生存権」論において「九条と三章の人権規定の結合」が説かれるときには、「平和にかかわる」人権論についての、それらは「二章の戦争放棄と三章の人権保障の結合から自動的に出てくることであって、わざわざ平和的生存権をもち出さなくてもよいとする議論」に対して、「平和的生存権がなければ、九条は客観的憲法原則として主観的な人権と結びつきにくい。その結合を意識させるのが、平和的生存権である」と主張するところに重点があったのかもしれない[40]。

たとえば、「九条によって内容が確定された「平和」」が、「第三章の個別の人権と結合しうる場合には、それら個別の人権に平和的生存権の内容を付加し、ないし充填させる、という理解を採る」としつつ、「平和的生存権のカヴァーする保障範囲は、第三章の個別の人権に尽くされない」とする見解[41]は、結局は、「平和的生存権と一体となりうるような個別の人権が第三章中にある場合」には「両者」を援用すると考えるものであって、「九条違反を構成する問題を、平和的生存権を媒介させることにより、主観的権利侵害の問題に転化させることができる」というこ

[38] 浦部・前掲書（註９）427頁。

[39] 同書428頁。「たとえば、兵隊にとられるとか軍事目的で財産を収用されるとか、あるいは、まさかのときに攻撃を受けるとかの不利益は、たしかに、日本国憲法のもとで、国民に強要することの許されないものである」（同書427-428頁）が、「そういう現実的・具体的な形の不利益が国民に及ぶか否かにかかわらず、むしろ、それ以前の問題として、「平和」の阻害それじたいを権利（人権）侵害と位置づけることによって、国による「平和」阻害行為を排除しようとするのが、日本国憲法における「平和的生存権」の考え方なのである」（同書428頁）とする。

[40] 浦田一郎「平和的生存権」樋口陽一編『講座・憲法学（２）主権と国際社会』（日本評論社・1994年）154頁。

[41] 小林武『平和的生存権の弁証』（日本評論社・2006年）70頁。

とに力点を置いている[42]。したがって、「九条を即、人権保障規定とみて、その違反があれば直ちに全国民が救済を求めて裁判提起ができるとする見解」に対しては批判的であるが、「平和的生存権は九条によって内容が確定された「平和」を人権としてとらえたもの」であって、「その憲法上の根拠と外延・内包、つまり権利内容・享有主体・成立要件・法律効果などから成る構成内容のいずれの点をとっても権利としての具体性に欠けるところはなく、裁判規範性を具えた」ものであるとする[43]。つまり、〈特定の内容を有する一個の権利〉の軛から自由ではないと解される。

しかし、平和的生存権の構想として、それ自体が裁判規範性を有する〈特定の内容を有する一個の権利〉として確立する方途が長らく「道半ば」であることに鑑みるならば、やはり、原点に帰って、異なる径路を真摯に考えることが求められるであろう。

Ⅱ　深瀬説の構造

1．個別的人権の総体としての平和的生存権

（1）基本的人権の包括的総体

深瀬説は、平和的生存権を、「原理的」には「戦争と軍備および戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存し、またそのような平和な国と世界をつくり出してゆくことのできる核時代の自然権的本質をもつ基本的人権」であると定義する。そして、「その保障尊重が憲法および国際法の目的であり、したがってその確保手段は、目的を破壊・抑圧するような現代的戦争手段（核通常戦力）であってはならず（それは縮少・廃棄に向かうべきで）、目的実現にふさわしい平和的・非軍事的手段でなければならないという論理を、明確に貫くべきことになる」として、「戦争を許容しない平和的生存権」理解に立つことを明らかにしている。そして、「人類普遍の自然権的人権」である平和的生存権を、日本国民は「憲法によっ

[42] 同書71頁。
[43] 同書128頁、133頁。

て実定法的に」保障されているとする[44]。

そのようにして、深瀬説は、平和的生存権とは自然法に基づく基本的人権であって、「前文においてそのことを明示的に「確認」したうえ、憲法第二章（第九条）で戦争と軍備放棄という明確な客観的・制度的保障を規定するとともに、憲法第三章の具体的・個別的な諸条項においてその主観的権利の諸態様を保障しているもの」[45]であるとする。

深瀬説は、平和的生存権の規範的構造と性格について、「憲法の平和主義の客観的制度の側面（第二章第九条の戦争放棄・軍備不保持）と主観的権利の側面（第三章の平和に徹した諸基本的人権）の統合的理解」[46]を提唱するのである。

さらに、「憲法は、第九条においてわが国の主権を明確な文言によって制限し、戦争放棄・軍備不保持・交戦権否認により実定憲法の客観的制度の側面から「平和的生存権」を保障するとともに、第一三条および第三章の諸条項において主観的権利の側面から平和に徹した基本的人権を具体的に保障し、その他統治機構上戦争体制を一切予定せず（七六条二項軍事法廷禁止等）、司法審査制により裁判的に担保することによって、全体として「平和的生存権」保障の実定憲法体制をほとんど完備したといえる」[47]とする。

そのような思考において、平和的生存権を、「戦争と軍事目的によって侵害・抑制されることのない」、「日本国憲法の諸基本的人権の包括的総体」と定義づけるのである[48]。

---

[44] 深瀬・前掲「平和的生存権論の生成と展開について」（註３）９頁。

[45] 深瀬忠一『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義――転換期の視点に立って』（日本評論社・1975年）325頁。「平和憲法において、統治機構（客観的制度）上の平和の保障が、国民生活（主観的権利）上の人権の保障と結びついて、平和的生存権の保障論に統合されたのである」（深瀬・前掲「平和的生存権論の生成と展開について」（註３）８頁）。

[46] 同書297頁。

[47] 深瀬忠一「日本国憲法の理念と現実――平和主義を中心として」ジュリ875号（1987年）13頁。

[48] 深瀬忠一「平和憲法は冬眠しているか――憲法解釈学の一つの今日的課題」法時56巻６号（1984年）32頁。「憲法前文、とくに第九条および第一三条、また

（2）根拠条文の総合化という誤解

このような深瀬説の構成は、平和的生存権を〈特定の内容を有する一個の権利〉として追求しようとする観点とは距離がある。そのため、学説の分類・整理において、適切な位置づけを与えられないことがある。たとえば、註釈書においても、〈前文・９条・第３章の人権規定全体から成立するとする説〉であるとか、〈憲法前文はもとより、９条、13条および第３章の諸条項を複合して、根拠を憲法上の多くの諸規定に求めるもの〉といったような整理がなされる。

しかし、深瀬説は、前文、９条、13条のいずれもが単独では根拠条文として十分ではないために、それらを包括的に列挙するというものではない。深瀬説は、〈特定の内容を有する一個の権利〉について、その根拠条文を総合化するものではないのである。

さらに、深瀬説が平和的生存権を「日本国憲法の諸基本的人権の包括的総体」とみることに対して、「平和的生存権の内容とされるものが、在来的人権でもカバーしうるものであれば、特に平和的生存権を「新しい人権」として提唱する意義はないともいえるので、在来的人権との関係あるいは区別を明確にすることは、平和的生存権の独自の存在意義を説くうえではどうしても必要な作業である」[49]と論じられるのも、〈特定の内容を有する一個の権利〉を志向する観点からのものと解される。

（3）深瀬説における13条の意味

深瀬説において、「第一三条および第三章の諸条項」としてとくに憲法13条に言及されるのは、平和的生存権が「憲法第一三条の日本国民個人の尊厳の根本規範に基づき、同条が一般的・包括的に保障している国民個人の基本的人権のうちで最も重要なものであり、前文の明示的確認および第九条の交戦権の否認、戦争放棄と軍備不保持の規定によって、また、一三条ほか第三章の基本的人権保障規定に国防軍事目的の留保を認めていないことによって、第一三条の規定する人権制約原理としての

第三章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である」（同『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年）227頁）。

[49] 山内・前掲書（註16）293頁。

「公共の福祉」の内容から「軍事的公共性」を排除し」たところの基本的人権の総体であると考えるからである[50]。

ここで「個人の尊厳と人権保障の総則的規定」[51]という憲法13条の位置づけを、このような深瀬説の構想において、どのように理解するかが肝要である。深瀬説が13条に論及するのは、もちろん「新しい人権」としての平和的生存権をそこから導出する趣旨ではなく、公共の福祉から軍事的内容が排除されることを述べるためだけでもないはずである。ここでは、深瀬説の構造を、著名な学説である「人格的自律権」論[52]に準えて理解することを試みたい。

すなわち、深瀬説は、平和が人間にとってかけがえないものであるという意味で、平和的に生存しうることを「権利」とみて、これを「平和的生存権」と呼ぶものと解される。平和的生存というような抽象的なものを「権利」と呼ぶことには異論があろう。しかし、「権利」は特定・明確性を特徴とするとしても、その程度は一様ではないのではないか、また、「権利」には、「核となる権利」と「派生的権利」との別があり、「権利」が他の権利の根拠になるということもありうると考えられるとすれば、平和的生存権は、たしかに抽象的・一般的であり、(a) 諸々の人権の派生してくる大本となる権利という側面をもつと同時に、(b) 諸々の人権と並ぶ個別特定的な権利としての側面をもつと考えられる。すなわち、後述する (a)「個別的基本的人権保障条項と複合する場合」と、(b)「単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合」との二層構造を有するのである。

このようにして、憲法13条が、平和的生存権の構想の第３章への「導入」をはかっているとみるのである。平和的生存権は、憲法上の人権の保障を根底的に支え統合するものである。換言すれば、憲法の保障する各種人権は、平和的生存権を実現すべく期待されているもので、その意味で

---

[50] 深瀬忠一「恒久平和のための日本国憲法の構想――核時代の平和を先取りした立憲民主平和主義」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) 82頁。

[51] 深瀬・前掲書 (註48) 225頁。

[52] 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣・2002年) 138-139頁参照。

それら各種人権の包括的総体を「平和的生存権」と呼ぶことができるとするのが深瀬説の構成と解されるのである。

２．平和的生存権の二層構造

（１）深瀬説の構想：２つの場合分け

このような深瀬説においては、平和的生存権は、(a)「国民が日常的に身近に保護されている具体的「平和的生存権」の諸形態」として「広く存在し、重要である」とされる「個別的基本的人権保障条項と複合する場合」と、(b)「「平和的生存権」の全面的・根本的ないし集中的な破壊・侵害からの保護・救済が問題となる」ところの、「単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合」とがあるものとされている。

(a) は、「憲法第三章保障の包括的ないし個別的人権（一三条以下、三九条まで）と前文の平和主義第九条（および若干の統治機構にかんする規定）とが複合して、憲法上の基本的人権として法（裁判）的に保護される場合」であって、これが「日常的でもっとも基本的かつ重要である」とされる。この (a) は、通説的見解による理解に合わせていえば、前文の平和的生存権が個別人権規定の解釈基準として機能する場合である。深瀬説は、そのように解釈された人権の総体を「平和的生存権」と理解しているのである。

このように、深瀬説における平和的生存権は、(a)「日常的状況における保護」とされる個別人権規定の解釈基準としての機能と、(b)「極限的状況に対する保護・救済」とされる具体的権利としての機能という二層構造を有している。

たしかに、深瀬説も、(b) において、平和的生存権が〈特定の内容を有する一個の権利〉として主張される場合を想定しているのではないかといわれるかもしれない。しかし、(b) についてみると、「戦争あるいは武力衝突の危険あるいは軍事演習等により、生命・身体・健康・財産・環境・精神的圧迫が具体的に集中し、重大な「恐怖と欠乏」状況に追いつめられた場合には、差し止め請求、妨害排除請求、行政処分執行停止、取消訴訟、国家賠償請求訴訟等により、「平和的生存権」を独立した一つの総合的権利として、裁判所に出訴して救済をもとめることができ

る」[53]と説明されている。

もちろん、「国民一般の抽象的な「平和的生存権」の侵害を理由に裁判所に出訴することは、わが国の現行訴訟法体系からいって（個別的具体的立法がないかぎり）無理である」とされる[54]。しかしながら、「「平和的生存権」侵害の危険性が重大かつ根本的であるような場合、また、具体的条件や範囲が一定の特定性をもつ場合、憲法訴訟としての法的権利性（住民の「平和的生存権」を「訴の利益」として認める）を排除する理由はないと考えられる」[55]とされるのである。このような(b)の内容は、〈特定の内容を有する一個の権利〉を志向する他の「平和的生存権」論におけるような、一般的・抽象的な定義に比して、より具体的な状況における訴訟提起の可能性を念頭に「凝縮」されたものと解されるのである[56]。

（2）個別人権規定の解釈基準としての機能

---

[53] 深瀬・前掲書（註48）240頁。

[54] 同書240-241頁。

[55] 同書241頁。

[56] 深瀬説における二層構造のうち、(b)限界状況における機能の問題である「単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合」ばかりが論じられ、(a) 個別人権規定の解釈基準としての機能が等閑視される嫌いがある（たとえば、野中ほか･前掲書（註28）158-159頁［高見］）ことも、〈特定の内容を有する一個の権利〉という思考の軛と解される。深瀬･前掲「平和的生存権論の生成と展開について」（註３）9-10頁によれば、平和的生存権の「実定憲法的規範性については多様な場合を注意深く厳密に分析・総合しなければならない」。第１に、平和的生存権は、その「立体的構造」をみれば、「憲法前文が「権利」と明示しているように、一般的･抽象的権利としての法的性格を否みえない」のであり、それが「解釈の指針として、関連する憲法条項や諸法令の解釈を指導規制する」というかたちで「９条および13条、第３章によって構造的に保障を具体化している平和的権利の総体であるところに実定憲法的保障の特色がある」。第２に、そのような「平和的生存権を理由に、通常・一般的に、その救済を裁判所に訴求することは困難であろうが、軍事的侵害・圧迫・脅威が、物的・精神的・環境的に集積されるような場合、平和的生存権を単独の法的権利として裁判所に保護を請求しうることを排除する理由はないと考えられる」のである。後者にばかり注目するのは、深瀬説の理解として適切ではないと解される。

深瀬説における平和的生存権の（a）個別人権規定の解釈基準としての機能は、まさに「従来の通説の基本線にそい一歩進めたもの」[57]である。深瀬説は、「前文……の平和的生存権を直ちに実定法により保障される「権利」（実定法上の権利）であると認めることは困難」[58]とする著名な註釈書の一節を引用したうえで、「「前文」から「直ちに」実定法的保障ありとはかなり困難」ということには同意している[59]。

そのうえで、深瀬説は、「憲法における各種の基本的人権条項の解釈基準……の指針として用いられるべきものである」[60]という註釈書の記述を引用しつつ、「第九条等との総合解釈により、……より積極的に展開する解釈が可能かつ必要と解する」[61]としているのである。

ここで、深瀬説が９条を「人権保障規定でもある」というのは、同条が「戦争および軍備と戦争準備による基本的人権の侵害・抑制・圧迫行為の合法性の根元を断った」ということが、第３章の人権規定に対する「制度的裏づけ」となっていることをもって、「根本において人権保障の意義を有する」としているものと解される[62]。

ところで、この註釈書は、「平和的生存権は戦争を防止し平和を確保・促進するための一切の権利であるとした上で、その具体的内容を第三章の個別的人権条項のなかに読み込もうとする主張」について、その内容は「いずれも平和的生存権の内容というよりは、むしろ第三章の保障する各種の人権、特に自由権（たとえば身体の自由、学問の自由、財産権、集会・結社・表現の自由など）が戦争・軍事目的のために制限されてはならず、平和目的のために行使されなければならないこと、また、生存権（二五条）の確保・拡充が平和の維持と戦争被害の救済に重点を置くべきであることを主張しているものというべき」であって、「そうであるとすれば、この主張は「公共の福祉」の解釈、生存権保障規定の解釈

[57] 深瀬・前掲書（註48）227頁。
[58] 佐藤・前掲書（註５）31頁。
[59] 深瀬・前掲書（註48）245頁註30。
[60] 佐藤・前掲書（註５）31頁。
[61] 深瀬・前掲書（註48）245頁註30。
[62] 深瀬・前掲書（註48）225-227頁。

の基準として平和的生存権の原理を用いることと異ならないというべきであり、特に平和的生存権という権利の具体的内容を示したものとはいいえないように思われる。前文の平和的生存権の意味を第三章の諸権利と結びつけて捉える必要があるとする主張は正当であるが、その結びつきは以上のように平和的生存権を第三章の諸条項の解釈の基準として位置づけることによっても十分に可能である」[63]としている。

この記述のうち、①平和的生存権の具体的内容を第三章の個別的人権条項に読み込むこと、②前文の平和的生存権の意味を第三章の諸権利と結びつけて捉えること、③平和的生存権を第三章の諸条項の解釈の基準として位置づけることは、実質的にはほぼ同じことを意味していると考えられる。そして、それが「正当」であり「十分に可能」であるとされるのであれば、深瀬説における (a)「個別的基本的人権保障条項と複合する場合」すなわち個別人権規定の解釈基準としての機能は充足されることになろう。

（3）深瀬説の継承と変奏

このような深瀬説における二層構造は、今日の著名な体系書において同型の思考を見出すことができる。すなわち、平和的生存権は、「すべての基本的人権の享有を可能ならしめる基礎条件をなすもの」であって、「自由権や社会権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利」ということができ、(a)「憲法本文の各条項の解釈の基準となりうる」こと、(b)「政府の行為によって国民の権利・自由が具体的・直接的に脅かされるといえるような一定の事実状況がある場合に、「平和のうちに生存する権利」を語ることが意義を有する場合がありうる」ことが論じられているのである[64]。

そこで論じられている内容は、次のように理解することも可能であろう。すなわち、平和的生存権が「13条の「幸福追求権」によって補充的に保障される人権」ではないとすれば、必ずしも、「明確で特定具体的

[63] 佐藤・前掲書（註５）30頁（下線は齊藤）。

[64] 佐藤・前掲書（註10）95-96頁。ただし、(b) については、同書初版（2011年）84頁の表現を引用した。

な内実を指し示すもの」である必要はない。平和的生存権には、(b)「司法的救済も視野に入れつつ端的にそのような「権利」として構成できるかどうか」が問題になる場合があるとともに、(a)「法規範性を有し、憲法本文の各条項の解釈の基準となりうる」のであるから、「具体的な権利・義務をめぐる訴訟において、「平和的生存権」への言及が実質的意味をもつ場合がありうる可能性」は否定されず、そうであるとすれば、「今後は、付随的違憲審制下［ママ］にあって、どのような事実状況の中でどのような法的構成によれば司法的救済に辿り着けるのかをより具体的に問わなければならないことになろう」といいうるのである[65]。

他方、いわゆる自衛隊イラク派遣違憲訴訟の控訴審判決（名古屋高判平20・4・17判時2056号74頁）は、「平和的生存権は、現代において憲法

[65] 同書（第２版）96-98頁参照。ただし、この学説は、憲法９条の解釈において、自衛のための実力の保持が許容されるとしている。したがって、思考の枠組みは同型であっても、そこに読み込まれる平和的生存権は「戦争を許容する平和的生存権」であると解される。しかし、そのことと、この学説が立脚する「人格的自律権」論との関係については、「戦争を許容しない平和的生存権」からの次のような指摘が、慎重な説明を要求することになるかもしれない。すなわち、「戦争は、われわれが市民社会で行えば犯罪になる、そういう殺人行為を大量に行うこと」であり、「そういう犯罪行為は国家が「戦争をするぞ」という意思を決定表示した瞬間から合法になしうる――むしろ、国民が義務としてなすべきことがらになる」。しかも、「国家（政府）が戦闘行動を任務づけた人（戦闘員）がやれば大変立派な行動も、国家から任務づけられない人がやれば極刑で処断されるべき違法行為となる」のである。これは、「全く同一の行為が、国家がそれを欲した時・態様においてなされたか、あるいは、国家がそれを欲していないのになされたか、という専らその一事によって正反対の価値をもつということ」である。「換言すれば、戦争においては、人民のあるいは個人の意思と価値判断はゼロに近いものとされているということ」であって、「そこにおいては、人は人格的存在として自己を主張しえないということ、個々の国民はすべて単なる戦闘力手段とみなされ、そう扱われるということ」である。「戦争の論理の下では、自らの生命を投げ出し、また、個人を殺傷するという、人の人間性の最奥に関する行動であるのに、当該個人の思想良心にもとづく決断を全的に排除する形で諸関係が進行せしめられ」るのであり、「人間は、道具としてはともかく、人格――権利主体・意思主体――としては全く視野の外にある」といえるのである（高柳・前掲「平和と人権の論理と状況」（註31）33-35頁）。

の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であるということができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない」とし、さらに「平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合がある」と判示して、注目された。

たしかに、この判決の論理は、平和的生存権の「具体的な現れ方には多様な諸形態がある」[66]とする深瀬説と、平和的生存権を〈すべての基本的人権の享有を可能ならしめる基底的権利〉とする上記の学説の流れを汲むかのようにみえる。

しかし、「裁判において、具体的に執行可能な権利と明言したことの意義は大きい」[67]との評価もあるものの、平和的生存権について、名古屋高裁判決の判示にどれほどの意義があるのかは不明である。同判決が「平和的生存権に具体的権利性がある」場合として例示したものは、「憲法９条に違反する国の行為」によって生命・自由が侵害されたり被害や恐怖にさらされるような場合や、「憲法９条に違反する戦争の遂行等」への加担・協力を強制されるような場合であって[68]、そうであれば、そのような自由の侵害や協力の強制を端的に９条違反と論ずることもできるであろう。

長沼事件第一審判決（札幌地判昭48・9・7判時712号24頁）の「平和的生存権」論は、自衛隊の存在の直接的危険性によって原告適格を拡大するという意味を有した。

それに対して、自衛隊の海外活動が日本国内の一般市民に現実の強力

66　深瀬・前掲書（註48）234頁。

67　渋谷秀樹「判批」ジュリ臨増1376号『平成20年度重要判例解説』（2009年）10頁。

68　ここでの思考は、前出の「平和的生存権は九条によって内容が確定された「平和」を人権としてとらえたもの」とする説（小林・前掲書（註41）133頁）に類似するものとみられる。深瀬説の捉え方を前提とするものと解されるとの見解（渋谷・前掲論文（註67）10頁）もあるが、深瀬説との結びつきは間接的であろう。

な侵害・強制等を生じさせるとは考えにくい。つまり、イラク派遣訴訟の原告においては、深瀬説の二層構造において具体的権利が認められるところの、(b)「極限的状況に対する保護・救済」が必要とされる状況が生じていたとは考えにくく、むしろ、(a)「日常的状況における保護」の問題として個別人権規定の解釈基準としての平和的生存権の可能性が追求されるべきであったと解される。しかるに、名古屋高裁判決は、平和的生存権に(b)「極限的状況に対する保護・救済」が必要とされる場合があることを一般論として述べつつ、具体的には、唐突に「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」という、憲法９条の内容と平和的生存権の保障を結びつける説に近い思考を示している。そして、そのような権利を掲げても、通常は具体的侵害が認められないという結論に至るであろう。

３．個別人権規定の解釈

（１）深瀬説の展開

深瀬説においては、日本国憲法の「平和的生存権」の具体的内容は、次のように展開される。

「生命の確保および人身の自由・意に反する苦役からの自由（一三条、一八条）からいって徴兵制は違憲である（個人が兵役を強制されない主観的権利と制度的に徴兵制が許されないことが一体である）。幸福追求権の一種としてのプライヴァシーの権利（一三条）により、軍事目的の国勢調査・情報収集はできない。軍事的に国を守る愛国心ないし忠誠心の審査はもちろんできない（一九条）。過去の戦争・軍国主義を礼讃・美化・復活するような傾きのある宗教団体ないし施設に公権力が好遇ないし援助を与え礼拝を強要することは違憲性を強める（二〇条、八九条。制度的保障の側面が大きい）。集会、結社、言論、出版、取材、報道、集団行動等の表現の自由に対する国防・軍事目的の見地からする制限・禁止・処罰（軍事機密を保護し軍事基地を特別に保護するため）は許されない（二一条）。居住・移転、職業選択の自由を軍事目的・軍事計画によって制約しえない（強制疎開や強制徴用など。二二条一項）。外国移住や海外渡航・出入国および国籍離脱を軍事的見地から制約しえない

（暴動のための兵器の搬入などは、一般刑法によって禁止しうる。二二条二項）。軍事的研究や軍事的国防教育を意に反して強制されない（二三条、二六条）。国防・軍事目的のための土地や財産の強制収用は許されない（二九条。……）。軍事目的による罪刑法定・適正手続の保障の特別な改変・緩和は認められない（三一条）。軍事的な裁判を強制されない（三二条、七六条二項）。軍事的見地から、逮捕・抑留・拘禁・住居侵入・捜索・刑事被告人の諸権利等の憲法的保障は変更できない（三三条、三四条、三五条、三七条、三八条、三九条、四〇条）」[69]。

また、「国防軍事的見地から、一般勤労者の「労働三権」を剥奪制限し、労働権を制約することは許されない（二七条、二八条）。「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」および社会保障等を受ける権利が軍事防衛予算によって不当に圧迫されることは許されないという政治道徳的拘束がある（二五条）」[70]とされる。

（2）政府見解：徴兵制と憲法18条

徴兵制が日本国憲法の下では許されないことの根拠として、多くの学説が憲法９条を援用するのに対して、政府見解は、専ら18条を根拠としてきた[71]。しかし、諸外国の憲法が、人身の自由を保障しつつ、兵役についてはその保障の枠外として合憲としてきたことから、政府見解に対しては批判がなされている。それにもかかわらずこの政府解釈が維持されていることの意図はともかく、その解釈を成り立たせる論理は、上記の深瀬説によって説明できるであろう[72]。つまり、前文の平和的生存権

---

[69] 深瀬・前掲書（註45）322-323頁。

[70] 同書323頁。

[71] 徴兵制に関する質問に対する答弁書（第94回国会・衆院・昭和56年３月13日）は、「徴兵制度を違憲とする論拠の一つとして憲法第十八条を引用する従来の政府の解釈を変更することは考えていない」、「政府は、憲法第九条は自衛のための必要最小限度の実力組織を保持することを禁止していないが、その要員を充足するための手段については規定していないと解しており、いわゆる徴兵制度を違憲とする論拠の一つとして同条を引用することは考えていない」としている。

[72] 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

と９条の制度的裏づけが、18条の解釈基準となるのである[73]。そのような解釈基準としての平和的生存権によって、18条は、立憲主義諸国の通常の人身の自由の保障とは異なり、徴兵制の禁止を含むものとなっているのである。

（３）深瀬説の今日的意味

ここまでにみた深瀬説の内容――少なくとも二層構造における（a）――については、通説的見解、すなわち、〈特定の内容を有する一個の権利〉としての平和的生存権を志向する学説に批判的なスタンスをとり、平和的生存権を憲法規定の解釈基準と位置づける学説においても、これを排除する理由は有しないのではなかろうか。

さらに、深瀬説が示すところに関連して、近時の具体的諸問題について、解釈基準としての平和的生存権の理解から、いくつかの議論が可能であろう。

（ｉ）民間船員の有事徴用と憲法22条

防衛省は、日本の南西地域での有事を想定した場合に、武器や自衛隊員を輸送する船舶や操船者が不足することから、民間フェリーを選定し、有事の際には防衛省が利用するしくみを策定すると同時に、操船者が足りないため、民間船員を海上自衛隊の予備自衛官として、有事の際に操船させることとしたと報じられた[74]。

防衛省は「予備自衛官になるよう船員に強制することはない」としているとされるが、全日本海員組合は、「事実上の徴用で断じて許されない」とする声明を発表した。「太平洋戦争では民間の船や船員の大部分が軍に徴用され、６万人以上の船員が亡くなった」という歴史に鑑みるとき、専門的な技能を要する職業に従事する個人――ないしそうした個

北星論集55巻２号（2016年）10頁参照。

[73] 深瀬・前掲書（註48）227頁。

[74] 毎日新聞2016年１月29日。全日本海員組合「民間船員を予備自衛官補とすることに断固反対する声明」（2016年１月29日）、「海上自衛隊による民間船舶借り上げ及び民間船員の予備自衛官任用に関する質問主意書」および答弁書（内閣衆質190第149号・平成28年３月４日）参照。

人を雇用する企業やその業界団体等――に対して軍事への協力を求めることは、平和的生存権の意味を憲法22条の規定と結びつけて捉えた場合、職業の自由を侵害するものと解する余地も生じよう。

（ii）防衛研究と憲法23条

軍事的研究を意に反して強制されないことは、深瀬説が述べていたところである。近時、軍事的研究への協力拒否と学問の自由・大学の自治との関係が論じられているが、そこでも、平和的生存権の趣旨を憲法23条の規定に読み込むことが有用であろう。

（iii）戦争宣伝の禁止（B規約20条）と憲法21条

日本国は、人種差別撤廃条約については、憲法21条との関係で留保を行ったが、B規約20条の戦争宣伝禁止等については、留保も解釈宣言も行っていない。これに関して深瀬説は、「同規約の戦争宣伝禁止規定（二〇条一項）、国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道禁止（同二項）は、法律による表現の自由の一定の制限となる。これを、平和憲法下の「平和国家的公共の福祉」と解しうるかについては異論もありえ、解釈上微妙重大な問題があるが、表現の自由を不当に圧迫しないよう慎重な配慮を加えた立法による制限、および違反が明白・重大な場合には処罰（司法審査により濫用防止）可能と解してよかろう。しかし、逆に「有事立法」や軍事機密保護法等は、「戦争宣伝」に傾むきやすい国防軍事目的による表現の自由・知る権利の侵害・制約であるから、規約のこの精神からも疑問があり、違憲性を強める」[75]としている。ここで注目されるのは、B規約の戦争宣伝禁止規定の趣旨を、政府言論の問題に導入する視座であろう。

Ⅲ　「穏和な平和主義」論の発問

1.「穏和な平和主義」論と「平和的生存権」論

（1）穏やかでない受けとめ

〈特定の内容を有する一個の権利〉を志向する「平和的生存権」論が、

[75] 深瀬・前掲書（註48）284頁。

それ自身の問題設定のために隘路に立ち至っていたとしても、二層構造を有する深瀬説は、その困難を共有するものではないと考えられる。ところが、いわゆる「穏和な平和主義」論が提起した問題については、「戦争を許容しない平和的生存権」論としての深瀬説も無縁ではいられないかもしれない。しかも、日本国憲法に関する「平和主義」論ないし「平和的生存権」論は、「穏和な平和主義」論を重く受けとめているようにみえる[76]。

憲法９条をめぐる近時の代表的な論者は、「穏和な平和主義」論を検討した論稿において、その議論を次のようなものと把握している。すなわち、「穏和な平和主義」論は、「戦力保持への有効な代案を伴わないなら、戦力不保持の議論は私的理由付けに基づくもので、立憲主義との関係で難点を抱える」と主張するものであって、その議論を要約すれば、「公的な討論に際しては公的な理由付けをする必要があるが、戦力を保持しないという絶対平和主義の考え方は私的な理由付けにとどまる。なぜなら、たとえば非暴力不服従といった手段を用いて平和の実現や回復を期するのは困難であるにもかかわらずこれを主張するのだから、絶対平和主義は道徳的に正しいからという理由によっていると考える他ないからだ。ここで立憲主義とは、人びとの間の根底的な価値観の対立が社会生活の枠組み設定に侵入して深刻な対立を招き、民主政治のプロセスでは処理できずに社会のまとまりが不可能となることを避けるため、換言すれば「国内の平和」を切り開くために、「善き生」についての私的な理由付けを私的領域に囲うものである。したがって戦力不保持の主張は、

[76]「長谷部は戦力保持以外の代案の存在可能性を徹底的といってよいほどに論破しており、これまでになされてきたこの道筋をゆく長谷部への反論で、説得力をもって成功している議論は――本稿筆者自身が以前提示したものも含め――残念ながら、ないといっていいだろう」（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）117頁）。なお、愛敬浩二「平和主義――「相対化の時代」における憲法９条論の課題」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社・2011年）123頁以下、同「立憲・平和主義の構想」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）225頁以下。

立憲主義との関係で難点を抱える」とするものである[77]。

たしかに、「穏和な平和主義」論自身も、最近において、次のように概説している。すなわち、「そもそも日本が直接に武力攻撃を受けた場合さえ、必要な限りで武力を行使してこれに対処することをも否定する立場は、……近代的な意味の立憲主義と両立しません。ただ攻撃されるがままであるべきだという主張は、それが人としての唯一正しいあり方だという信念に支えられてはじめて可能なものでしょう。そうした信念を持つ人がそれを貫くことはその人の自由ですが、すべての国民にそうした特定の価値観を押しつけるべきではありません。国民の生命と財産を守るという政府として必要最低限のサービスを否定することはできないはずです」[78]。

（2）「穏和な平和主義」論の初発

ところで、「穏和な平和主義」論は、その初発の主張と現在の形態の間に距離がある。

当初、「広い意味における平和主義を実現するいくつかの選択肢」の中で、第１に、「各国が自衛のための何らかの実力組織を保持することを完全には否定しない選択肢」を「穏和な平和主義」と呼ぶものとされた[79]。

他方で、以下の４つの選択肢は、政府による軍隊の保持は許さないとするものである[80]。すなわち、第２の選択肢は、外国軍隊の侵攻に対して、人民が群民蜂起やパルチザン戦をもって抗争するものであるが[81]、「際限なき地獄」を招くことになり、絶対平和主義の理念と衝突する。第３の選択肢は、外国軍隊の侵攻に際して、組織的な非暴力不服従運動で対抗するものであるが、相手方が jus in bello を遵守することを想定してい

---

77 青井・前掲論文（註76）116頁。

78 長谷部恭男『憲法講話』（有斐閣・2020年）49頁。なお、同『戦争と法』（文藝春秋・2020年）33頁。

79 長谷部恭男「平和主義の原理的考察」憲法問題10号（1999年）59頁。

80 同論文60-62頁。

81 「法学協会『註解日本国憲法』上二四三－二四四頁（有斐閣、一九五三年）、芦部信喜『憲法』新版六一頁（岩波書店、一九九七年）」が参照指示されている。

る点で、戦争は「際限なき地獄」へ至るという絶対平和主義の前提と衝突する[82]。第５の選択肢は、世界統一国家による「全世界を覆う警察サービス」を実現して戦争を廃絶するものであるが、まずその現実性が問題となる。

これに対して、第４の選択肢は、「たとえパルチザン戦や組織的不服従運動が実効的な解決につながらず、あるいは際限なき地獄を現出し、あるいは相手方による血みどろの圧政につながるとしても、なおそれが道徳的に正しい選択であるがゆえにそうすべきだという立場」とされる。これに対しては、「個人レベルの倫理として語られるのであればともかく、それを国の政策として執行することは、国を守るために前線に赴くよう個人を強制する措置と同様に立憲主義の根本原則と正面から衝突するのではないかという疑問」[83]が示され、この第４の選択肢が立憲主義との衝突という批判の主たる対象となっている。なお、この第４の選択肢の立場を採る日本の学説は、そこでは具体的には摘示されていない。

この第４の選択肢については、「なおそれが道徳的に正しい選択であるがゆえに」というところの「それ」が何を指すのかが、必ずしも分明ではないように解される。〈パルチザン戦や組織的不服従運動を遂行すること〉を指すのならば、パルチザン戦は絶対平和主義の理念と衝突するとされ、組織的不服従運動は絶対平和主義の前提と衝突するとされるのであるから、第４の選択肢は、立憲主義と衝突するという以前に、絶対平和主義と矛盾するものであろう。「それ」が〈政府による軍隊の保持は許さないこと〉を指すと解するのは、文理的には苦しいかもしれないが、〈パルチザン戦や組織的不服従運動という方法は採用できないとしても、政府による軍隊の保持は許さないことにすべきだ〉という主張として理解は可能であろう。しかし、〈政府による軍隊の保持は許さないこと〉は、「国の政策」の問題であって「個人レベルの倫理として語られる」余地は少ないように解されるから、第４の選択肢に向けられた批判的評価の記述と整合しない。しかも、第５の選択肢も〈政府による軍隊

[82] なお、「穏和な平和主義」論も、「jus in bello はかなりの蓋然性で遵守されるであろうことを前提としている」（長谷部・前掲論文（註79）59頁）。

[83] 同論文61頁。

の保持は許さないこと〉は共通であるから、この点でも、整合的な記述として理解することが難しいことになる[84]。

つまり、深瀬説はもちろん、その他の「平和的生存権」論についても、この第４の選択肢に該当するとは考えにくい。日本国憲法の解釈として、このような主張をする学説が実在するのか疑問である[85]。それ以前に、第４の選択肢が何を意味しているのかについても、不分明な点が存するようにみえる。

（３）「穏和な平和主義」論の精錬

「穏和な平和主義」論は、政府による軍隊の保持は許さないことの代替として市民に〈パルチザン戦や組織的不服従運動を遂行すること〉を「道徳的に正しい選択」として強要することは立憲主義に反する、という思考を出発点にしていたと解される。その思考には、〈実力をもって国家を防衛することはいかなる場合にも決して許されないという絶対平和主義〉とされる立場をとる今日の論者も多くは同意するであろうし[86]、

---

[84] これらの選択肢については、長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書・2004年）、同「立憲主義と憲法第９条」自正60巻６号（2009年）11頁以下も同旨。

[85]「たしかに、絶対平和主義の立場を「善き生」だから守るべきだとして正当化したとすれば、長谷部教授のいうとおりであるが、管見のかぎり、そのような理由を決定的な正当化根拠とした議論を私は知らない」（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『集団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）。ただし、山内・前掲書（註17）261頁は、「日本国憲法の戦争放棄原則は、究極的にはこのような非暴力抵抗の思想によってもっともよく正当化され得る」としている。「穏和な平和主義」論からの批判に対して、同『改憲問題と立憲平和主義』（敬文堂・2012年）198-200頁参照。

[86] 軍備を保持しないからパルチザン戦や組織的不服従運動が選択肢として問題になるという思考は、憲法９条の下でも自衛権は否定されないが戦力不保持であるから「武力なき自衛権」であるとして群民蜂起等を論じていた学説（芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註４）62頁。この点に関する記述は、第３版（2002年）以降は更新されないことになっている）に照応しているようにもみえる。あるいは、そのような「武力なき自衛権」論を批判するのが、「穏和な平和主義」論

そして、それらの論者は自らが批判の対象になっているとは考えない可能性がある。「絶対平和主義」を信奉しない国民にも、有事にはパルチザン戦や組織的不服従運動に参加することを強要するというスタンスの「平和的生存権」論は、必ずしも一般的ではないであろう。

その後、「穏和な平和主義」論は、〈パルチザン戦や組織的不服従運動を遂行すること〉の強制という議論を弱め、〈政府による軍隊の保持は許さないこと〉の強要を主眼に据えたようにみえる。すなわち、「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」[87]とされているのである。

しかし、徴兵制を前提としない以上、「絶対平和主義」の下でも「穏和な平和主義」論の下でも、軍事要員ではない一般国民は防衛活動への積極的参加を求められないことに変わりはなく、また、国家による防衛サービスが完全な安全を保障するものではないことも当然であろう。軍事力（自衛力）の保有が「平時」に抑止力として有効であると信ずることを別とすれば、「絶対平和主義」が「穏和な平和主義」論とは異なる特別の「生き方」を強いるものといえるのかは理解しにくい。

ところで、「穏和な平和主義」論は、その立ち上がりにおいて、「国のために死ぬことの意味と無意味」を考察していた[88]。そこでは、「国家は、

の当初の目的であったのかもしれない。長谷部恭男『憲法の imagination』（羽鳥書店・2010年）56頁参照。

[87] 長谷部・前掲書（註30）69頁。なお、そこでは、「憲法上の権利として「平和的生存権」を観念する余地があるとしても、それはあらゆる人に生まれながらにして認められる権利ではなく、平和の維持という社会全体の利益を実現するために憲法によってとくに認められた権利であり、したがってこの平和の維持をはじめとする重要な社会的利益によって制約されうる権利として捉えられるべきであろう」（同頁）とされており、平和的生存権を「憲法上の権利」として観念する余地が認められていることが注目される。

[88] 長谷部恭男「国家権力の正当性とその限界」岩波講座『現代の法（1）現代国

個人の自己保存への権利をよりよく実現するために設立されたものにすぎない」[89]とされ、「われわれはそうすることがわれわれ自身の自己保存に役立つような場合に限って、国家の権威に従うべきである。しかしながら、戦争や武力行使に従事するようその国民を強制する国家は、少なくとも強制される個人の側から見るならば、自己保存をむしろ困難にする。自己保存が個人の究極の目的であり、自己保存の権利が最も根底的な権利であれば、前線に赴くよう国家に指示されたとき、その指示を受け入れるべき理由は薄弱となる」[90]と論じられていた。そして、市民に生きる意味を付与しない自由主義的立憲国家は、「外敵と戦って死ぬよう、市民を強制することは困難」であって、「個人主義に立脚する立憲主義国家にとって最大限可能なのは、せいぜい傭兵と志願兵に頼ること」であるとされる[91]。つまり、「国を守るために前線に赴くよう個人を強制する措置」は「立憲主義の根本原則と正面から衝突する」という思考が、「穏和な平和主義」論の背後に存在するのである[92]。

この点では、「穏和な平和主義」論は、「絶対平和主義」の有力な論者の次のような指摘に接近するようにみえる。すなわち、「そもそも、自衛戦争とは、あくまでも「国家」の自衛のための戦争である。要するに「国家」を守るための戦争であり、それはイコール「権力」を守るための戦争ということにほかならない」のであり、「個人の視点に立って考えれ

家と法』（岩波書店・1997年）153頁以下（同『比較不能な価値の迷路――リベラル・デモクラシーの憲法理論〈増補新装版〉』（東京大学出版会・2018年）19頁以下所収）。その趣旨は、長谷部・前掲論文（註79）にも引き継がれている。

89 長谷部・前掲論文（註88）156頁。

90 同論文156頁。

91 同論文157頁。

92 長谷部・前掲論文（註79）61頁。なお、「実際に防衛サービスが切実に必要となった危機的場面において、サービスを供給するはずの人々が本当に防衛サービスを真摯に提供する保証はやはりない。危機的場面になれば、誰しも自分の命が惜しくて、それに応じた行動をとるのが自然であろう」（同・前掲書（註88）20頁）とされる。自ら防衛サービス機構の構成員となった者であっても、市民として同様に「逃亡する自由」が保障されるとするならば、一般的な軍隊とは相当異なる組織が想定されていることになろう。

ば、いかなる戦争にも（そしていかなる軍隊にも）決して「正義」はない、ということになるはずである。権力の視点からみていかに「正しい」戦争であろうとも、それは、個人の生命や生活を根こそぎ破壊するという点において、「正しくない戦争」となんら異なるものではない」という指摘[93]である。

ところが、「穏和な平和主義」論は、憲法９条の下でも軍事力の保持が可能であるとするだけではなく、自衛のための実力の保持が立憲主義の要請であるとする[94]。しかし、市民に兵役負担を強制することは許されず、一部の個人の、「傭兵」や「志願兵」になるという「生き方」の選択に依存して防衛サービス機構が維持されるのである。

２．「穏和な平和主義」論と立憲主義

（１）軍備の保持と立憲主義の存立

憲法学においては、「個人の自由という立憲主義の究極的価値と関連づけて第九条を位置づける」ことの重要性を説く「自由の問題としての第九条」論[95]が知られている。他方で、「軍への立憲主義的統制は、非常に困難な作業である。この危険を重視し根本的な解決策、つまり軍の存在自体を許さないという策をとることは、周辺諸国が国際法を遵守する蓋然性がそれなりにあると見込める場合には、合理的衡量としての資格を主張できる」[96]とされる。「軍が存在する限り、どれほど法的手だてを尽くしても、クーデターの危険は事実として存在する」[97]とされるのである。

---

93 浦部・前掲書（註９）434頁。

94 齊藤正彰「憲法９条の解釈と学説の現況」北法71巻３号（2020年）54-55頁参照。

95 樋口陽一「戦争放棄」同編・前掲書（註40）120-121頁。

96 毛利透ほか『憲法Ⅰ――総論・統治〈第２版〉』（有斐閣・2017年）144頁［毛利］。「これに対し、日本には立憲主義が定着したのであり、軍が暴走して国民を弾圧するなどという事態はもはや現実的には想定できないと考えるなら、国際法の不完全さからして、軍を全くもたないという選択肢に合理的根拠を見出すことは不可能となる」（同頁）。

97 同書143-144頁［毛利］。

このように、軍備の保持と統制は、立憲主義にとって重要な課題である。立憲主義が多元的な価値観の相剋を前提とするとして、「絶対平和主義」という特定の信念を排除する、ということが容易にいえるのかが問題である。軍備の保持と統制は、立憲主義の存立自体に関わる考慮事項である。「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」[98]という一般論がありうるとしても、また、「冷戦が終結した後も、民族対立、宗教対立による地域紛争の危険は残っている」[99]という地域があるとしても、それとは別に、日本国の具体的な状況についての「冷徹な状況判断と計算の能力が必要となる」[100]であろう[101]。

（2）社会契約における軍備の保持

「穏和な平和主義」論は、「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。平和のうちに生存する権利は、逆に適切な軍備の保持への要請を正当化するとも考えられる」[102]とする。

これに関しては、憲法９条は「合理的選択の結果である社会契約の内容に当然に反するものではなく、……戦力不保持という考え方こそがわ

---

98 長谷部・前掲書（註30）68頁。

99 長谷部・前掲書（註30）68頁。

100 長谷部・前掲書（註30）69頁。

101 「「非武装中立」解釈と政府解釈の違いは、私の理解では、武力で自衛すること、および、そのために武力を保持し行使することを可能にする法体制を整備することが生み出す「利益」と「不利益」の評価、両者の利益衡量の結果の違いであり、その際、「非武装中立」説は「不利益」として政府がその権限を濫用する危険をかなり大きなものと評価していたと思う。長谷部教授の支配的学説に対する批判には、この危険性の問題がほとんど触れられていないことが気になるところである」（高橋・前掲論文（註84）203頁註15）。

102 長谷部・前掲書（註30）68頁。

れわれの社会契約の一内容である、という見方も可能であろう」[103]との指摘がある。

この見解は、「一部の者が他人の安全や全体の経済的繁栄のために自らを犠牲にするという負担（軍役）を織り込んだ社会契約」の成立可能性に疑問を呈し、「自分の生命を他人に捧げることになるかもしれない（その逆かもしれない）という命のやりとりは、コストが大きすぎて契約不成立に終わりかねない」とも指摘する。もちろん、外敵に対するコスト共通化の観点から、「特別の犠牲を払って他人や国土を守る者（徴兵制でも志願制でも同じことである）に対する費用弁償を、社会全体の負担で行う」こととし、「外敵に立ち向かうための戦闘要員と非戦闘要員との間の負担を公平化することによって、全員が外敵に対して戦闘要員でなければならない、という割高の事態を避ける（軍人という職業を成立させる）」という選択も可能である。ただし、「九条の存在のゆえに、わが国においては以上のような防衛共同体的な意味での社会契約を擬制することは出来ない」とされる[104]。

他方で、「自力救済を繰り返す、という不安定な社会を回避するために社会契約が擬制されるとすれば、それによって正当化されるのは安定的な国内法秩序の創設と、それを維持するための必要最小限の警察力である」から、「犯罪抑止に必要な程度の警察力以上の実力装置を政府に持たせるわけにはいかない」のであって、「職業軍人に率いられ警察以上に武装した常備軍の存在は、国内的には不安定化要因に分類される」こととなる。「現実に軍部によって立憲主義を蹂躙された経験をもつわが国では、戦後日本国憲法に先行する社会契約にそのような内容が込められていたと擬制しやすい」。つまり、「戦前の軍部の暴走については、そもそも軍隊を持つことの危険性の教訓と考える」という観点を前提として、憲法９条は「いわば「戦力なき社会契約」を掲げている」とされるのである[105]。

---

[103] 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社・2012年）105頁。

[104] 同書105-106頁。

[105] 同書106-107頁。「憲法は集団自決の誓約書ではない」と批判される（長谷部恭男『憲法学の虫眼鏡』（羽鳥書店・2019年）66-67頁）が、「正確な情報や冷静

この見解が指摘することのすべてに同意するかどうかは別として、軍備を保持しない選択肢が常に立憲主義と両立しない「私的な理由付け」として排除されるものではなさそうである。他方で、「穏和な平和主義」論が立憲主義を根拠に「絶対平和主義」の排除を主張するのは、立憲主義についての自らの「信念」に基づく「私的な理由付け」ではないかという疑念が生じうる。「穏和な平和主義」論も、民主主義の下で軍備を保有することの危険性を論じて、そのための合理的拘束としての意義を憲法９条に見出す。そこでは、外敵から立憲主義を防衛することと、内部からの立憲主義の瓦解を防ぐこととの間で「冷徹な状況判断と計算」が行われるであろう[106]。その際に、憲法条文によって軍備を「制限」することは立憲主義に資するが、軍備を「廃止」することは立憲主義に悖ると切り分けることが可能であろうか。

（３）個人主義と軍隊

「穏和な平和主義」論が「典型的な公共財といえる防衛サービスの供給」を国家が行うことを当然視していることの前提には、「攻撃によって生ずる負担や損害と、攻撃によって得られる利益の費用対効果で、国家が

な計算能力を欠いた有権者やその代表が、一時の民族感情や根拠のない幻想につき動かされて決定を行う」という、防衛サービスの提供に関する民主的政治過程の危険（同・前掲書（註88）20頁）の結果、「集団自決」を誓約させられた経験が日本国憲法の背景にあるとされるところである。今日、国家の解体により、個人には「生存の可能性はいくばくかは与えられる」という状況下にあって、「なおかつ国家の防衛ということを考えようとするならば、〈人間にとって価値あるのは単なる生存、あるいは隷属的生存ではなく、人格の自由な発展が保障された人間に値する生存であり、そのためには独立した政治的共同社会、即ち国家が不可欠で、これなくしては人間の価値実現はありえないという考え方〉にその理由を見出すほかない」（小針司『文民統制の憲法学的研究』（信山社・1990年）155頁）とすれば、それも「特定の価値観」あるいは「私的な理由付け」に基づく考え方ということにならないであろうか。

106　長谷部・前掲書（註30）69頁。「穏和な平和主義」論が指摘する「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」（同書66-67頁）ことも、考慮されるはずである。

行動を合理的に決するとの考え」[107]があり、「どんな組織と権限を持った装備があれば、国民全体のセキュリティーをより効率よく、効果的に守れるかという問題」の計算があるとされる[108]。

そのような思考が「穏和な平和主義」論の基礎にある立憲主義あるいは個人主義と親和的なものであるのかについては疑問が残る。

ところで、「軍隊」とは、従来の通説的見解においては、「外敵の攻撃に対して実力をもってこれに対抗し、国土を防衛することを目的として設けられた、人的・物的手段の組織体を言う」[109]、あるいは、「目的および実体の両面からみて、対外的軍事行動のために設けられている人的組織力と物的装備力」[110]というように定義されてきた。しかし、実力組織の多様化に鑑みて、「軍隊」を他の組織と識別するために、事実的・量的な区別ではなく、法的・質的な区別を考える必要がある。

そこで注目されるのは、「賭命義務」である。公務員の職務の中には、それを遂行するうえで生命の危殆に直面しうるものがある。しかし、事実的・結果的に生命の喪失に至る場合がある公務員と、「軍隊」の構成員の相違点は、賭命義務にあると解される。自衛隊法52条は、服務の本旨として、隊員に対し、「事に臨んでは危険を顧みず、身をもつて責務の完遂に努め」ることを求めている。これに基づき、隊員は「服務の宣誓」（同法53条）を行っているとされる[111]。警察職員や消防職員に対して同種

---

[107] 青井・前掲論文（註76）117頁。

[108] 長谷部恭男＝杉田敦『これが憲法だ！』（朝日新書・2006年）71頁。そのうえで、「一般的に導かれる解が、「抑制された必要最小限の常備軍」であるという結論を導く」（麻生・前掲書（註15）43頁）ものと評される。

[109] 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註４）61頁。

[110] 野中ほか・前掲書（註28）174頁［高見］。

[111] 「危険を顧みず、身をもって責務を完遂させる」ための「絶対的命令服従」を本旨とする特殊な公務員制度の設置の問題を論じるものとして、古川純「自衛官と市民的自由――４・27行政訴訟と比較軍法論の必要性」東京経大学会誌97＝98号（1976年）381頁以下。こうした賭命義務が、ドイツ連邦共和国において「他の公務員には見られない、兵士特有の義務」とされ、「自己の身体的な危険への恐れがある場合にも、兵士はこの義務の遂行を免れることはできない」とされるものと同種のものであることは、かねて指摘されていたところである（山内敏弘「西ドイツの軍隊と兵士の人権」獨協18号（1982年）209頁）。また、「軍

の義務を課すならば、憲法18条との関係で問題が生じるであろう。

「軍隊」の本質を構成員に賭命義務を課す組織体であるところにみるならば、政府が「軍隊」を保有することを必須とする「穏和な平和主義」論が前提とする「立憲主義」とは、一部の個人に賭命義務を課すことを不可欠の前提とするもの、つまり――たとえ志願して防衛サービス機構の構成員となった者であるとしても――特定の個人に自己の生命を国家のために犠牲にするよう命じることも可とするものである。「穏和な平和主義」論のいう「傭兵と志願兵」については、「軍隊」の構成員となる時点で「強制」がなければ、賭命義務を承諾する服務宣誓をした以上、具体的な指揮命令の時点では問題は生じないということであろうか[112]。

「そもそも国家の存立自体が人権保障の目的に仕えるものでなければならず、死刑は国家による人権制約の究極的な形態であるという本質」[113]に注意が喚起されるべきであるならば、犯罪の嫌疑すらない個人に対して賭命義務を課すしくみを、立憲主義が前提にすることができるのかに

隊にあっては、警察などと異なる特別の服務規律あるいは制裁規定（例えば抗命罪等）が要求されてくる」（同・前掲書（註16）70頁）とされる。「軍人関係における一般的義務として、「軍人は、ドイツ連邦共和国に忠実に奉仕し、ドイツ国民の権利自由を勇敢に防衛する義務を負う」（軍人法§七）と規定され」、「この義務には、勇敢である義務が含まれ、生命・身体の危険を理由としてその義務の履行を回避できず（したがって、軍人は自己の生命・身体への現在の危難を理由として緊急避難を援用することはできない）、そのことは「危険に屈しないことを軍人の義務が要求するとき、個人的危険への恐れは行為義務を免除するものではない」（軍刑法§六）ことを意味する」（山中倫太郎「ドイツ防衛法制の現況と展望――防衛義務制を中心として(1)」論叢155巻３号（2004年）61頁）とされる。さらに、「個人主義的国家観」と「勇敢防衛義務」について、同「ドイツ防衛法制の現況と展望――防衛義務制を中心として（２・完）」論叢155巻5号（2004年）96頁参照。

[112] 「純然たる防衛用（……）の軍隊が志願兵から成るとしても、結局兵士を死に追いやる点では徴兵制の場合と変りがない。ただ、自己の死に対する自由意思による事前の了解がえられている点に違いがあるにとどまる。けれども、この事前了解が、国家に課せられている人間の尊厳尊重・保護義務を免除するか否かは別問題である」（小針・前掲書（註105）128頁）。

[113] 辻村みよ子『憲法〈第６版〉』（日本評論社・2018年）270頁。

ついて、十分な説明が求められるのではなかろうか[114]。自らの自由意思により軍人の職を選択したことを理由に、生命に関わる著しい不利益を強いることが当然に許容されることになるのか、個人主義ないし立憲主義についてそのことが有する意味をなお真剣に受けとめるべき理由があることは、否定できないように解される[115]。

---

[114]「個人にその生命まで犠牲にさせ国家の防衛にあたらせるということは、もはや個人主義を以てしては説明困難であり、個人を越える存在の最高価値性を認める以外ないのではないか」(小針・前掲書(註105)155頁)。なお、長谷部・前掲『戦争と法』(註78)221頁。

[115]「「国家の存立」を第一義」とし、「立憲主義も法秩序も個人の権利も国家の存在を前提とするものであり、したがって、「国家の存立」を維持し保障することこそ最も重要なことがらである、という考え方」に結びつく「集合主義的」国家観においては、「「国家」(「始源的支配力を付与された定住せる人間の団体的統一体」と定義される)……および国家権力(=「支配力」)に先在しそれを拘束する法や個人の権利(前国家的人権)という観念は基本的に否定されている」のに対し、「日本国憲法が前提としかつ立脚している国家観(個人主義的国家観)」においては、「国家にたいする個人の権利と法の先在性と優越性」が認められ、国家権力は「国家固有の「始源的力」ではありえず、「始源的力」は個人の権利のみ」であって、「個人の人権を保障することこそが国家の最も重要な任務であり、それ故にまた、個人の人権を保障するためには究極的には国家の消滅も肯定される」とする見解は、「外国からの侵略など」が発生した場合に「自らの人権を守るためにかような事態にたいしていかに対処すべきか、自らの生命を賭して抵抗するか降伏するかあるいは亡命するかといったことがらについての最終的決定権の留保にこそ人権の究極の核心が存在する」としている(岩間昭道「非常事態と法」小林直樹先生還暦記念『現代国家と憲法の原理』(有斐閣・1983年)285-289頁)。また、「個人主義的世界観」から「一体一個の人間をして死までも要求するものは何か、それを正当づけうるものは何か」を問う見解は、「個人の権利・自由が共同社会の価値のために犠牲にされるのは、後者によってそもそも個人の権利・自由が保障されるのであるからこの保障のために一定程度の犠牲はやむをえない、と通常は説かれる。が、この論理は平時にあって個人のこうむる犠牲が自己の生命の喪失まで意味するものではなく、なお依然として共同社会の一員たる地位にとどまりながら、後日利益還元がなされうるという可能性を前提としてのみ了解可能である」とし、「徴兵制や戦争で賭けられているのは、個々人の生命そのものであって、財産といったものではない」のであって、「個々の人間の次元で考えるならば、個人の権利保障

おわりに

深瀬説について考究したうえで、解釈基準としての平和的生存権について、次のように述べる学説がある[116]。それによれば、平和的生存権の「規範的効果は、特定の政治的決定の正当性に明確に白黒をつけるようなルール的なものではなくて、政治的決定の正当性を論証するための議論を一定の方向へと導く原理的なものである。これまで多くの憲法学説は平和的生存権の抽象性を否定的に捉えてきた。このような否定的態度は、法システムをルールの自律的なシステムと理解し、ルールとはまったく異なる規範的効果をもつ原理の存在身分を法システムのなかに認めない実証主義の立場に由来する」。しかし、平和的生存権は、原理としての性質をもつと理解される限りにおいて、「それは通常「解釈の指針」たる性質をもつことになる」のであり、しかも、「それは権利の本有的性質からいえることであって、多くの憲法学説が主張するように、憲法前文の規範的効果から導かれる帰結ではない」とされる。「原理たる性質をもつ平和的生存権が解釈指針としての意義をもつことは、それが原理であることの概念必然的な帰結として説明されるべきである」とされるのである。

本稿は、解釈基準としての平和的生存権について、「従来の通説の基本線にそい」主張できることを探る試みである。しかし、それは、この学説が展開する原理としての「平和的生存権」論と対立するものではない[117]。

の手段とみなされた国家がその手段的価値を決定的に喪失した場合、手段そのものの否定ということは思考上十分にありうる」として、「個人は人間の尊厳（存在価値）を盾にとり、この国家からの離脱、あるいは極論を言えば、国家の解体を主張しえないか問われねばならない」とする（小針・前掲書（註105）150頁、154頁、157頁註８）。

116 岩本一郎「「深瀬教授の平和的生存権」覚書き」深瀬忠一先生古稀記念『深瀬忠一先生の人と学問』（非売品・1997年）124-131頁。

117 なお、本稿は、深瀬説を二層構造として捉えたが、ここでは、深瀬説における平和的生存権が権利の３つの「位相」において規範的意義を有することが分析されている（同論文126頁以下）。

さらに、この学説は、深瀬説と「穏和な平和主義」論との関係を考えるうえでも、重要な指摘をしている。すなわち、「伝統的に、自然権には (a) 国家の存在根拠を示し (b) 国家権力の限界を画するという二つの規範的意義があると考えられてきた。そして、自然権概念には、国家による暴力を制約する論理と国家による暴力を正当化する論理がともに内在している」ことを確認したうえで、「自然権概念は国家に自然権の尊重を求める。ところが、この要請により正当化される戦争状態における暴力は、当然に自然権の制約と侵害をもたらすはずである。それが国家の自然権尊重義務と両立すると考えられていることの背後には「牧歌的な」想定がある。それは、現実に戦争を遂行するものとそれ以外のものが区別でき、後者に属する人々は前者に比して圧倒的に多数であるという想定である。しかし、総力戦と核兵器によって特徴づけられる現代戦争は、自然権概念の牧歌的な想定を完全に無効にした」と指摘する。ここに、「平和的生存権というより高次の自然権が要請される」事情がある。つまり、「自然権概念はもともと、国家の存在理由を示し国家権力の限界を画する目的のために確立した概念であり、核時代においてこの二つの要請を調和的に満たすために必要不可欠な権利として、平和的生存権は位置づけられるのである」。

立憲主義は、政府権力の統制という課題に取り組むうえで、すでに存在する「軍隊」というしくみに関わらざるをえないことがあり、その場合に「軍隊」の存在を否定することが立憲主義から直ちに導かれるとはいえないかもしれない。しかし、個人に賭命義務を課すことを本質とする「軍隊」という組織を、立憲主義が前提として要請する場合には、当該立憲主義の側が、それが自明といえるのかを論証すべきことになるのではないかと解される。

＊引用に際して、原典に付された圏点や下線は（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。

論　　説

移民法の諸問題、基礎理論のディレンマ構造と市民権（公民権）の意義（1）

―― とくに民法（所有法）との関連で* ――

吉　田　邦　彦

目　　次

1．はじめに（日本の状況の変化）
（1）入管法改正――外国人労働者問題
（2）難民受入れの恐るべき少なさ
（3）家族法上の国籍絡みの紛争
（4）問題意識――考察の機縁
2．移民問題の所在
2－1．アメリカの移民問題
（1）中国人差別――19世紀後半
（2）1965年移民法及び一時的労働者受入れ策
（3）トランプ政権の反移民政策（それ以前の政策との比較）
① トランプ大統領によるイスラム人排除政策
② 無権限移民(unauthorized/undocumented/illegal migrants)の問題――とくにその子ども、親子統合の問題
③ 送還システムの強化
2－2．難民問題――とくにシリア難民
2－3．問題の所在　（以上、本号）
3．「所有論」「公民権（市民権）」と移民問題――D・エイブラハム教授の研究に沿いつつ　（以下、次号）
4．移民問題の哲学的・原理的検討の進捗――移民コントロールの諸見解
5．若干の検討

１．はじめに（日本の状況の変化）

今や移民法学は、アメリカ法学で（そして比較法学的にも）最も活況を呈している重要分野であるが、それなのに日本では（それに対応する）国際私法ないし国籍法・国際民事訴訟法は、法学教育システム上は、周縁化していてその日本特殊性が目につくところである。民法が専門の私が論ずることを奇異に思う読者も多かろう。この分野の勉強を始めたのは、数年前からであるが[1]、ロースクールでの科目としては、確かに《行政法の一分野》としての性格も強く法技術的な細かい議論も多いが、他面で、「国家とは何ぞや？」などの根本的な原理的課題とも密接不可分であることも魅力であり、かつ難民問題などは、21世紀で重要な世界的法現象として、法社会学的にも、考察を余儀なくされると言って良い。

「住所」が海外になったときに、どのような居住・消費・職業などが

---

*本稿は、北大法理論研究会（基礎法学の教員を中心とする研究会）（同民法理論研究会（210回）と共催）で、2020年２月21日に報告したものである。わが法学では「日陰の分野」として、あっという間に終わるかと思いきや、基礎法学教員の関心は思いのほか高く（他方で、国際私法・国籍法の担当者も含めて、民事法教員の参加者は皆無であり、近時の民事法学の萎縮化・分断化現象を思い知らされた）、研究会時間は３時間半に及ぶ充実したものだった。出席し、積極的に議論してくださったすべての方にお礼申し上げる。

[1] 移民法学の研究は、前々回のマイアミ大学ロースクールでの長期海外出張時（2012年８月～2013年９月）に開始した。批判法学の拠点などの同大学の特色は、吉田邦彦「何故マイアミ大学ロースクールなのか？」J-mail（北大高等法政教育研究センター報）41号（2013）同・東アジア民法学と居住・災害・民族補償問題（前編）――総論、アイヌ民族補償、臨床法学研究（民法理論研究５巻）（信山社、2015）311頁以下参照。マイアミは、《ラテンアメリカのゲートウェイ》と言われるが、移民問題の宝庫であり、それを反映してか、本稿でも注目するD･エイブラハム教授をはじめとして、数名の移民法学の専門家がおり、同ロースクールの強みとなっており、そのリーガルクリニックでは、移民問題が前面に出ている。既に移民法学はアメリカ法学の注目分野となっており、同教授の講義やゼミ（米移民・通関実施局・クローム拘束施設（Krome ICE Detention Center）（住所は、18201 SW 12th St, Miami, FL 33194）など訪問した）に参加することは至極自然なことであった。



（北大法理論研究会にて）（2020年２月）

展開されて、いかなる日常生活（の法律関係）になるか等ということは、グローバル化時代が説かれて久しい昨今、民法学研究者（さらに労働法研究者）は当然考察対象として広めなければいけないことなのである。私としては従来進めてきた所有論の最終局面としての思いでもいる。それでは、本稿の皮切りとして、議論の低調な日本でも、どのようなめぼしい動きがあるのだろうかというところから論じてみよう。

（１）入管法改正――外国人労働者問題[2]

入管法の正式名は、「出入国管理及び難民認定法」で、1951年（昭和26年）にポツダム政令として制定されたものに由来するが、近時（とくに2018年暮れ）のその改正による外国人労働者問題は、昨今議論が多いところである。外国人の入国管理は、同法２条の２が規定する「在留資格」を通じてなされており、これが充分に学理的に詰められているというようには思われない（つまりこの解釈が、挙げて法務省の関係官僚の運用に委ねられているという状況で、未だ法学者間で学問的に議論されてい

[2] これについては、例えば、内藤正典・外国人労働者・移民・難民って誰のこと？（集英社、2019）94頁以下（「内なるグローバル化はひどく遅れる」とされる（123頁））。ヨリ本格的なものとして、坂中英徳ほか・出入国管理及び難民認定法逐条解説（改訂４版）（日本加除出版、2012）120頁以下など参照。



（北大法理論研究会に参加の面々）（左から順に、菅原寧格教授（法哲学）（北海学園大学）、鈴木敬夫教授（中国法）（札幌学院大学）、尾崎一郎教授（法社会学）（北大）、一人挟んで、森悠一郎准教授（法哲学）（北大）など）（撮影筆者。以下同じ）

る風ではなく、それは恰度、一世代前に、医療保障法が厚労省（当時厚生省）官僚に委ねられていたのと類似する）。

わが国では、移民政策は採らないというのが、かねての日本政府の立場であり、外国人労働者は例えば、「技能の研修・実習」という形で、国際貢献・協力の体裁で、外国人労働者（その数は、目下146万人を超えている[3]）を受け入れている（そのような移民に対する消極的な捉え方

[3] 厚労省・「外国人の雇用状況」の届出状況まとめ（2018）によると、平成20年（2008年）には48万6398人、100万人を超えたのは同28年（2016年）で108万3769人、また同30年（2018年）10月末段階で、146万463人で、その構成は、①身分に基づく在留者（定住者、永住者、日本人の配偶者など）（49万5668人）、②技能実習生（30万8489人）、③専門的・技術的分野（弁護士、会計士など）（27万6770人）、④資格外活動（留学生のアルバイトなど）（週28時間以内）（29万8461人）、⑤「特定活動」（EPA（経済連携協定）に基づく外国人看護師、介護福祉士候補生（これについては、インドネシアとの間では、2008年度から、フィリピンとの間では2009年度から、ベトナムとの間では2014年度からなされている）、ワーキングホリデー、外国人建設労働者、造船労働者など）（３万5615人）である。さらに、永吉希久子・移民と日本社会――データで読み解く実態と将来像（中公新書）（中央公論新社、2020）30頁以下も参照。

が何に由来するのか不明だが、隣国からの強制連行・労働に由来する、外国人労働者・居住者に対する差別思想もあるのではないか[4]。すなわち、1989年の入管法改正で、「研修」枠ができて、1990年から研修生制度が始まり、1991年には、JITCO（公益財団法人・国際研修能力機構）が設立され、1993年から技能実習制度となっている（当初は最長１年間。1997年４月から３年となり、2015年３月からは５年となっている）。2009年の入管法改正で、ようやく「技能実習」の在留資格が創設され（それまでは「特定活動」だった。技能実習１号では１年、技能実習２号では２年）、さらに、翌2010年から労働基準法など労働関係法令が適用されることとなった。

技能実習の中身としては、かまぼこ製造、干し物製造、漁業、板金、塗装、ビル清掃、家具製作、織物・カーペット製造など多様であり、外国人技能実習機構（OTIT）（Organization for Technical Intern Training）（2017年１月設立）はあるが、送り出し国側のブローカーによる搾取、受入れ側（日本の各地）の企業による劣悪労働、賃金の不充分さ等から、多くの失踪者もいて、待遇の悪さなどは問題とされているところである[5]。

そこで、2018年12月の入管法改正（2019年４月施行）により、新たにも受けられる外国人労働者受入れ制度である、「特定技能制度」であるが、①「特定技能１号」は特定産業分野で、「相当程度の知識・経験を必要とする技能」を要する業種に従事するものであり、期間は１年で（６ヶ

[4] 札幌地方自治法研究会（2020年１月25日）での吉田博氏（長年札幌市役所に勤務。目下札幌学院大学）の「多文化共生の法と政策、そして地方自治について」と題する報告では、行政実務では、移民政策をあからさまにすると、右翼団体からの威嚇に接するとのことである。さらに、高谷幸編著・移民政策とは何か――日本の現実から考える（人文書院、2019）も参照。

[5] 法務省・技能実習生の現状（不正行為、失踪）（2018）によると、例えば、2012年2005人、2013年3566人、2014年4847人、2015年5803人、2016年5053人、2017年7089人という具合である。その待遇問題については、例えば、安田浩一・ルポ差別と貧困の外国人労働者（光文社新書）（光文社、2010）、傳松佐一・外国人実習生「SNS 相談室」より（風媒社、2017）、巣内尚子・奴隷労働――ベトナム人技能実習生の実態（花伝社、2019）、指宿昭一・使い捨て外国人――人権なき移民国家、日本（朝陽会、2020）参照。

月、４ヶ月毎の更新が認められ、上限は５年までである）、家族の帯同は認められない。他方で、②「特定技能２号」は、特定産業分野で、「熟練した技能」を要する業務に従事するもので、期間は３年で（１年、６ヶ月毎の更新が認められ、上限はない）、家族帯同はできる。日本語能力については、特定技能２号の場合には、試験などによる確認は不要とされるが、同１号の場合には、試験による確認が求められる（技能実習２号終了の場合には、免除される）。

以上が、法務省系列の外国人労働者制度であるが、他方で、総務省系列では、2006年の「地域における多文化共生推進プラン」の策定がなされているが、その前提として、例えば、2001年５月の浜松市の提唱にかかる「外国人集住都市会議」が結成され（さらに、同年10月には、首長会議で外国人住民との共生の都市作り、外国人の定住化を前提とする体制整備を国に求める「浜松宣言・提言」が発表された）、2005年には、川崎市の「多文化共生社会推進指針」（さらに同市では、（2016年の国のヘイトスピーチ対策法対策法を受けて）ヘイトスピーチ禁止条例〔差別のない人権尊重のまちづくり条例〕可決（2019年12月）（2020年７月に施行））及び立川市の「多文化共生推進プラン」が出されていた（2015年から第３次プランである）。また、2007年７月には、宮城県で全国初の多文化共生社会の形成推進に関する条例が施行され、2008年12月には静岡県でも多文化共生推進基本条例が施行された。

これらの動きの背後には、日本における人口減少社会・少子高齢化社会の進行、第１次産業や介護などの人材不足の実情、反面で、人材活用のグローバル化の経済界からの要請もあり、この点で、日本は遅れをとっているとの指摘があることである。しかし他方で、外国人労働者の処遇には問題があり、人権問題として介在すべきところが多く、冒頭に述べたように、わが国では、外国人労働者への排外主義的なヘイトクライムに繋がる抑圧思潮が未だに根強いとの構造的問題があるわけである[6]。「入管法改正」にしても、「多文化共生」にしても、移民法学の原理的課題の方向性が見えてこなければ、問題解決にはならないだろう。

[6] この点で、例えば、外国人人権法連絡会編・日本における外国人・民族的マイノリティ人権白書（同連絡会、2019）参照

（2）難民受入れの恐るべき少なさ

難民に関しては、1951年の難民条約（Refugee Convention: Convention relating to the Status of Refugees）による法的規律が図られるが、日本が批准したのは、1981年のことである。そして同条約では、「難民」とは、「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団であること又は政治的意見を理由に、迫害を受けるおそれがある充分に理由がある恐怖を有するため、国籍国の外にいる者で、その国籍国の保護を受けられない又はそのような恐怖を有するから国籍国の保護を受けることを望まない者」であり（1条）、重要なのは、同条約33条の「難民を彼らの生命や自由が脅威にさらされる恐れのある国に強制的に追放したり、帰還させたりしてはいけない」というノン・ルフールマン（non-refoulement［no return］）原則である。

実態としては後にもまた触れるが、世界には、約7950万人の難民（この内、国際難民は約2600万人）（庇護請求者は420万人）及び国内避難民（約4570万人）（2019年の数値）がおり、「国連難民高等弁務官」（UNHCR: United Nations High Commissioner for Refugees）が管掌することになっている。

これに対して、日本での難民認定は、2011年21人、2012年18人、2017年でも20人（認定率0.2％）、2018年42人（申請者は1万493人なので、認定率0.4％）にとどまるのである。この恐るべき少なさに対しては、「難民鎖国」だと批判されているが（根本かおる氏）[7]、日本の国際法に関する遵法精神の希薄さを如実に示すものであろう。さらに、難民申請者の処遇の悪さについても、指摘されて久しいところである[8]。わが国が敢えて、

---

[7] 根本かおる・日本と出会った難民たち――生き抜くチカラ、支えるチカラ（英治出版、2013）36頁。根本氏は、元国連UNHCR協会事務局長である。さらに、坂元茂樹「日本の難民認定における現状と課題――難民該当性の立証をめぐって」松井芳郎ほか編・グローバル化する世界と法の課題（東信堂、2006）389頁以下も参照。

[8] これについては、村上正直「難民認定申請者の収容」浅田正彦編・21世紀国際法の課題（有信堂高文社、2006）125頁以下、樫田秀樹「（ルポ）人権非常事態――死に追いやられる難民申請」世界927号（2019）181－183頁、小坂田裕子「入管収容の現在」法時92巻2号（2020）58頁以下等参照。

この方面で誇れるのは、故緒方貞子氏（第８代国連難民高等弁務官）が職務に就いていた1991年に、イラク紛争でのクルド難民、またユーゴ紛争で、ボスニア人虐殺を前にして、「国内避難民（IDPs）（Internally Displaced Persons）」に対するUNHCRの救済を開始したことであろう[9]。

（３）家族法上の国籍絡みの紛争

民法（家族法）との関係でも、移民の問題（わが国では移民法はないので、国籍法（昭和25年（1950年）法律147号）が、前述入管法以外の重要分野である）絡みの事例が増えていることも、近時のグローバル化の動きの反映として、注目されるところである[10]。わが国では、ヨーロッパ諸国同様に、「血統主義（jus sanguinis）」であり（しかもかつては、父系主義であったが、父母系主義に変わっている（昭和59年（1984年）国籍法改正））、これに対して、アメリカ合衆国とカナダでは、「出生地主義（jus soli）」である（なお、フランスは、出生地主義と説かれることがあるが、ヨーロッパではローマの頃から「血統主義」の基盤があり、それに出生地主義の要素（選択肢）があるということであり、米・加とは意味合いが異なる（もっとも、カナダでも血統主義を併用している）。ドイツは、従来フランスよりも血縁主義的色彩が強く、日本と類似していたが、それでも近時出生地主義の要素が加味されたことは後述する）。

関連するのは、国籍法２条、３条であるが、問題となる第１は、「国籍の生来的取得」（同法２条１号）であり、嫡出子の出生及び胎児認知の場合に限定している。つまり、次述の「事後的取得（第２の場合）」の場

---

[9] これについては、さしあたり、緒方貞子･私の仕事（草思社、2002）111頁以下、同・紛争と難民――緒方貞子の回想（集英社、2006）など参照。

[10] もっとも、近時の家族法の教科書類で、この点に触れるものは多くない（例えば、窪田充見・家族法（民法を学ぶ）（４版）（有斐閣、2019）など）。こうした中で指摘しているのは、大村敦志･家族法（３版）（有斐閣、2010）322頁以下、さらに、吉田邦彦・家族法講義録（信山社、2007）185頁以下、同・民法学と公共政策講義録（信山社、2018）147頁以下も参照。なおこれは既に、石黒一憲・国際家族法入門――家族生活の国際化と法（有斐閣選書）（有斐閣、1981）、奥田安弘・家族と国籍――国際化の進むなかで（有斐閣選書）（有斐閣、1996）などが論じていた視角である。

合に問題となる認知は、国籍との関係で、不遡及である（だからこのカテゴリーではない）ことが謳われる（同法３条）。しかし「特段の事情」があれば、認知不遡及の例外を認め微調整を認めて、２条問題として、日本国籍を取得することを認めているのが、判例である（最判平成９年10月17日民集51巻９号3925頁〔出生後３ヶ月で法的手続きがとられた事例〕、同平成15年６月12日判時1833号37頁〔婚姻関係がある夫とは、２年以前から別居しその後協議離婚・同人の所在不明。親子関係不存在確認訴訟が子の出生後８ヶ月余り後だった事例についても、「特段の事情」肯定。横尾裁判官は反対〕）。本来ならば、認知による事後的な国籍取得を認めれば良いのだが、３条には次述の制約が従来あったために、２条に問題が持ち込まれていたという経緯があるわけである。

そこで問題の第２は、「認知による国籍取得」（３条）であるが、その場合には、（婚姻）準正子であることが要求されていたために（当該カップルが婚姻していることが要求されたわけである）、その点が、非嫡出子にとって差別（不平等）ではないかと問題したのが、平成20年大法廷判決（最大判平成20.6.4民集62巻６号1367頁）だったわけである（事案は、日本人父とフィリピン人の母との間の出生子が、父から認知を受けたことを理由に、日本国籍取得を申請したもの。国籍要件を欠くとされ、日本国籍確認、退去強制処分取消し請求）。本判決では、国籍法３条は、平成15年当時に、憲法14条違反としたが、非嫡出子の差別的取り扱い（親子関係（血縁主義）に加えて、婚姻によるわが国との密接な結びつきの一定の要件として要求する）につき、立法目的との間に合理的関連性を欠くとして違憲とした（なお、藤田意見は、非準正子でも、同法３条の要件を満たすという拡充解釈を示唆する）。

他方で、認知者が血縁上の父子関係がないことを理由とする認知無効請求を認めたものが判決も出て（最判平成26.1.14民集68巻１号１頁〔認知当時、血縁上の父子関係がないことを知る事例（子どもが８歳時に認知し（認知準正）、その後の認知無効請求時には当該子どもは中学生）で、同判決では、民法785条（撤回禁止を規定する）[11]との齟齬を孕む形で、

[11] 梅謙次郎・民法要義巻之四親族編（有斐閣、1912）（復刻1984）267頁。なお、水野紀子「認知無効について（2）」法学64巻２号（2000）154頁以下では、準正

撤回を認めて、認知無効請求を認容したのである[12]）、これも同じく母親がフィリピン人、父親が日本人の事例で（もっとも婚姻しており国籍取得の点では、平成20年大法廷判決による必要はない）、国籍法上の帰結がでかねないので留意しておく必要がある。すなわち、家族法学上の多数説は従来実体法的無効説であるので、認知無効には遡及効が認められ、当該子どもは国籍を失いかねないのであるから、深刻であろう（もっとも訴訟法的な通説のように、形成的無効と考えれば、このような不都合は避けられる）。

（４）問題意識――考察の機縁

それではここで、以上に瞥見した日本の移民問題の現状を機縁にここでその検討をする際の問題意識を論じておこう。

第１に、移民問題は、世界のグローバル化の反映として、人々の越境現象の増大に関わる問題を扱う分野である。グローバル化の裏面としての貧富の格差の増大・資源の偏在も益々顕著になり、それに直面して何らかのコミットをしなくて良いのか否かを道義的に問題にすることが背後にあると言ってよい（このことは、シリア難民、ソマリア難民、ロヒンギャ難民などの難民・庇護請求者の処遇のあり方を考えればすぐに分る）。私は既に、ハイチ地震やネパール震災などの災害復興のあり方として、既に国家レベルの災害復興では無理があり、別次元のグローバルな対応、つまりグローバルな正義論が求められることを論じているが[13]、

子などの地位の安定に配慮し、母法フ民339条では、肯定する立場から出発しながら、1972年１月３日法で、身分占有による制限を設け（同条３項）、更にテリー報告書（最大６ヶ月の期間制限の提案）から、消極的見解を示す。

[12] なお、寺田逸郎裁判官意見では多数意見の理由付けに反対するが（認知者の翻意を肯定する積極的な理由はないとする。同様の見地から反対意見を述べるのは、大橋正春裁判官である）、フィリピン法上血縁上の父との間に当然の父子関係が認められるから、本件認知には二重の父子関係をもたらし、無効・取消し原因があるとして、本件結論に賛成する（水野解説はこの同国法理解に反対）。しかし、私は、日本法解釈で無造作にフィリピン法解釈してよいか疑問を持つ。

[13] 吉田邦彦・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（後編）――災害・環境・

今後21世紀社会で、地球温暖化による災害の広域化が進むとこの問題はいよいよ切実なものとなるであろう。移民法学の基本的な考量軸の一つはこれに関わるであろう。

それに関連して、アメリカ合衆国では、トランプ政権になって以降、メキシコとの国境の政治的争点となり（その他、ヨーロッパ諸国では、シリア難民を巡る国境の意味、さらに中東では、イスラエルではユダヤ人とパレスチナとの壁作り（ないしイスラエル国内のアラブ人に対する不正義[14]）が問題となり、「国境」を巡る議論は、法学界にとどまらず大変盛んとなり、とくに哲学領域で議論の蓄積も近時見られるようになり、それを本稿でも紹介・検討することとしたい。すなわち、《移民の自由な移動》が国際人権法上求められる一方で、《「国境」の存在》は、従来当然のものとして措定されるが、それは原理的に何に由来し、移民コントロールはどのように根拠づけられ、両者の鬩ぎ合いにどう対処するかということが切実な原理的課題として、前面に出る（しかも実践的に重要な課題が従来詰められていない）ことがすぐに分るであろう。

第２に、移民法学はアメリカ法学において、もっとも活況を呈している領域であり、日本の法学界、少なくとも法学教育上周縁化されているのとは対蹠的である。既に少し見たように、日本社会の移民・難民・外国人労働者に対する見方も、諸外国とは著しく立ち後れていることの反映と言ってよいかも知れない。

民法との関わりという角度から見ても、移民問題は住所・居所の移動であり、その所有法学上の問題は民法問題といっておかしくない。アメリカ法学については、（本稿でも示すように）私は所有法学・労働法学の延長線上で、移民法学を手がけている研究者から、この分野の手ほどきを受けて、この分野の研究を開始したが、今でも民法学の延長線上のつもりである。本稿の副題で、「所有法・民法との関連で」と記してい

居住福祉破壊現場発信集（信山社、2019）274頁以下、とくに、285頁以下、307頁以下など参照（初出、法時86巻１号、２号（2014）、居住福祉研究25号（2018））。

[14] これについて、私自身扱ったものとして、吉田邦彦「イスラエル・ベドウィン先住民族の強制立退き問題と近時の研究への所感」（瀬川信久＝吉田克己古稀記念）社会の変容と民法の課題（下巻）（成文堂、2018）529頁以下がある。

るのはその趣旨である。

わが民法学を振り返ると、星野英一博士など我々の恩師の民法学へのスタンスは、「すべての法領域の総元締め」のような感覚で、「末広がり」ですべての法領域に繋がっていて、そうあらなければいけないというのが、先生のメッセージであったと私は受け止めている[15]（平井宜雄博士の法政策学[16]にしてもすべての法領域に関わっている。『法解釈方法論』の議論を牽引したのも民法研究者であり、そのようなジェネラリスト的姿勢は健全で、アメリカ法学の状況とも類似するところが多かった。これに対して、ときに『民法帝国主義』などという批判を投ぜられることがあったが、そのようなやっかみは放っておけば良い。各分野の法学研究者がそうした姿勢を取れば良いだけのことだからである）。ところが近時の民法学はどうだろうか。ほんの30年ほどの違いだが、「蛸壺化」は深く進行し、法典を軸に「領域設定」して内向き志向は高まっている（近時の民法改正運動はそうした方向付けに拍車をかける如くで、従来の法解釈論レビューの後ろ向きな『注釈学派』的な色彩が強く、新たな社会問題に対峙して、創造的な民法学を作っていくという性格のものでもなく、そうした方向性は感じ取ることは難しく、ここにおいて、日米の懸隔は益々極まっていると言っても過言ではない）[17]。本稿はそうした近時の深刻な状況へのささやかな「解毒剤」（antidote）となればと念じている。

関連して第３に、移民を巡って問題となる概念として、「市民権ないし公民権（citizenship）[18]」なる概念がある。そして欧米では、この概念

---

[15] 星野博士のそうしたスタンスの関連文献は多数あるが、さしあたり、星野英一「民法学の方法に関する覚書――『実定法学』について」民法論集５巻（有斐閣、1986）71頁以下（初出、法学協会百周年記念論文集３巻（有斐閣、1983））参照。

[16] 平井宜雄・法政策学初版（有斐閣、1987）、同第２版（有斐閣、1995）。

[17] 近時の日本民法学の変貌ぶりについては、吉田邦彦「日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途――『民法理論研究』を求めて」北法70巻２号（2019）283－314頁、同「民法学と公共政策――近時の日本民法学変貌を踏まえて『債権法改正』を考える」北法70巻５号（2020）977－1008頁参照。

[18] 従来の訳としては、「市民権」が多かったのであろう。しかしこの用語理解の出発点ともなる影響力の大きいＴ・Ｈ・マーシャル博士（元ロンドン・スクール・オブ・エコノミックスの教授（社会学））の理解によるならば、第１に、「市

を巡る相当の議論の積み上げがなされているが、従来の（日本）民法学はこの点に関する関心も希薄である。この概念は、具体的には、居住権・所有権なる民法直結の概念以外にも、教育権や医療・福祉を受ける権利や政治に参加する権利などの権限の束である。また従来は、「国籍（nationality）」と密接不可分にも使われることも通例であった。本稿では、こうした概念と所有法との関わりなども考察したい。

第４に、付随的だが、筆者が研究する「先住民族法（indigenous peoples' law）」との関わりも問題としたい。古く地球上には、狩猟・採集を生業とする先住民族ばかりであったはずだが、文明が誕生し、近代国家形成後も――この分野の代表的論客であるＪ・アナヤ教授（コロラド大学ロースクール・ディーン）によると[19]――歴史的に一貫して周縁化される存在であるが、ようやく21世紀となり、そうした先住民族の復

民的要素」として、身体の自由、表現の自由、思想・信条の自由、所有権、契約の自由、裁判を受ける権利があり、第２に、「政治的要素」として、政治権力への参加の権利、第３に、「社会的要素」として、社会保障の権利、社会的遺産への文化的権利が含まれるとされる（T.H. Marshall & Tom Bottomore, Citizenship and Social Class (Pluto Press, 1992) 8 (original, 1950)）。いわば、消極的自由のみならず、積極的自由や社会権・文化権も含み込む広汎な概念であることが分る。他方で、民法学上は市民法と社会法との対置で、「市民法」には狭い捉え方があり、アメリカ法学上も「公民権運動（civil rights movement）」なる用法があり、そこでは黒人が獲得すべき諸権利という包括的な意味合いもあり（もっとも、田中英夫編・英米法辞典（東大出版会、1991）148頁では、これを「市民的権利」と訳していて、ややカオス的だが、一般的には圧倒的に「公民権」であろう）、ここではそれにヒントを得て、本稿では、むしろ「公民権」なる概念を志向したい。

[19] See, e.g., S. James Anaya, Indigenous Peoples in International Law (2nd ed.) (Oxford U.P., 2004) 15-23, 26-48.

なお、私の手になるアイヌ民族ないし諸外国の先住民族問題の包括的なものとしては、例えば、吉田邦彦・アイヌ民族の先住補償問題――民法学の見地から（さっぽろ自由学校「遊」、2012）（同・東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）――総論、アイヌ民族補償、臨床法学教育（民法理論研究５巻）（信山社、2015）６章として、加筆・所収）、同「国際人権法実現システム（とくに米州・アフリカ人権委員会・裁判所）における先住民族の権利保護の状況」（二宮正人古稀）日本とブラジルからみた比較法（信山社、2019）461 ～ 529頁参照。

権の時代となり、2007年には「国連の先住民族権利宣言（UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples［UNDRIP］）」も出され、そこで中心的概念とされる集団的自己決定権を核として、その統治国家的な先住民族団体の再構築が求められているわけである。従って、多くの先住民族は、これまでの長年の同化政策の帰結として、各国民国家の中に周縁化されてしまっている（ときには、恣意的に国境線を引かれて分断化されてしまっていることも多い）のであるが、そうしたウェストファリア体制が流動化し、移民問題が前面に出て、公民権や国籍の批判的検討を行う際には、先住民族の復権問題も、それに交錯する形で浮上すると思われる。

２．移民問題の所在

それでは次に導入をかねて、移民問題で主だったものを幾つかかいつまんでみることにしよう。大別して、前半に「移民国家」とも言われるアメリカ合衆国の移民法の目立った議論を概観し、後半は近時の難民問題を見てみよう。

２－１．アメリカの移民問題

（１）中国人差別――19世紀後半[20]

移民法の原理的問題にも繋がる法現象としてまず注目されるのは、中国からの移民に対する制限的な対処であった。同移民は苦力（クーリー）と呼ばれて鉄道工事などに多数従事したが、その背景としてあった関連条約は、1868年の米中間のバーリンゲーム条約（Burlingame Treaty）

[20] この関連文献は多数あるが、Gerald Neuman, Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders and Fundamental Law (Princeton U.P., 1996); Hiroshi Motomura, Americans in Waiting: The Lost Story of Immigration and Citizenship in the United States (Oxford U.P., 2005) chap.1,3; Daniel Kanstroom, Deportation Nation: Outsiders in American History (Harvard U.P., 2007) chap.3 等参照。



（中国人移民排除の歴史の展示がある「アメリカ中国歴史協会博物館」（SF の中華街に所在））

であった（中国人移民労働者の西部への流入を認める互恵条約で、中国が史上初めて国際法原理を承認したのもこの条約だった。米国外交官A･バーリンゲーム（Anson Burlingame）（1820 ～ 1870）（中国公使（1861 ～ 68））による協定なのでこう呼ばれる）。しかし、1870年代には労働市場での緊張は高まり、1880年の大統領選挙には中国人移民制限が民主・共和両党の公約目的とされて、その結果としてできたのは、1882年の中国人排除法（Chinese Exclusion Act）（22 Stat. 214）であり、その後1888年法では、さらに制限されて、中国人のアメリカ入国は理由を問わず拒否されることになった（そしてその後の1892年ゲアリ法（Geary Act）で、さらに10年間それは伸長された）。中国人移民排斥の舞台となったのは、サンフランシスコ郊外の島のエンジェル島だった（東海岸では、エリス島が有名だが、その西海岸版である）。

そしてこうした中国人移民排除の法制度への以降との関連で、幾つかの著名裁判例が出された。その第１は、「排除」に関するもので、チェ・チャン・ピン事件（1889年）[21]であり、統治権内在的に排除できるとされ

[21] Chae Chan Ping v. U.S., 130 U.S.581 (1889). 事案は、1875年にアメリカに入国して、12年後に中国に戻り、帰米の際に証書があったのに、再入国を拒否されたというもの。類似の事件として、Nishimura Ekiu v. U.S., 142 U.S. 651(1892)（横



（エンジェル島拘留所（現在は博物館になっている）（2017年１月訪問時））

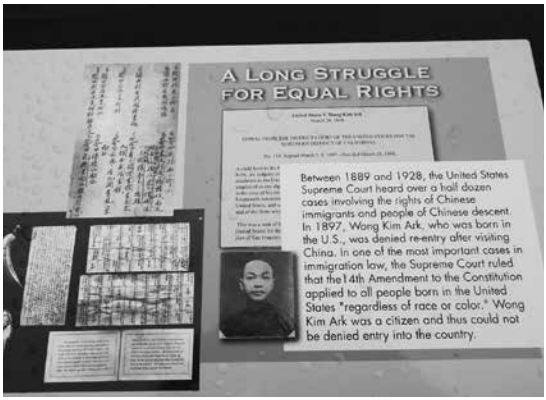
た。これに対して、第２に、「入国後の送還」に関しては、憲法上の保護が及ぶとされた。この点で最も著名なのが、ウォン・キム・アルク事件（1898年）である[22]。

そしてその背後にあるのは、とくに国境の外にある前者（第１）の場合には、統治権むき出しの「全権（plenary power）」法理と言われるもので、E･バッテル[23]を引用し、統治国家の内在的な不可譲の権利として、外国人の入国を禁ずることができるという論理である（グレイ裁判官）。

浜からの日本人女性（25歳）の入国拒否の事例）がある。

[22] U.S. v. Wong Kim Ark, 169 U.S. 649 (1898). 本事案では、サンフランシスコ出身（1873年生まれ）の労働者ウォンさんが、1890年に中国へ一時帰国し、同年船でアメリカに戻ったところ、阻止･送還されるのかが問われた。判決では、第14修正（平等条項）が適用されて、彼は保護された。これに対して、Fong Yue Ting v. U.S., 149 U.S. 698 (1893) は、一般論は認めつつも、送還は刑罰ではないから、アメリカ憲法の適用はないとしており（事案は、証明書を申請せずに、ニューヨークで逮捕、送還されたというもの）、Wong Wing v. U.S., 163 U.S. 228 (1896) では、米国の入国が違法と判断された中国市民は、陪審の評決無しに刑罰に処せられるとの1892年移民法が問題とされた。

[23] Emmerich de Vattel, Le Droit des Gens (Law of Nation) (1758). これについては、Arthur Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations (revised edition) (Macmillan, 1954) 参照。



（前記エンジェル島にあるウォン事件の標識）（屋外展示）

ここには、その是非はともかく、直感的な移民コントロールの根拠があるといってよく、とくに国境の内と外とが峻別されて、国境の外では、憲法分析は放棄されるのである。これに対する対抗議論（反対意見・少数意見）として、領域内の「非市民」の送還につき、人間としての手続的保護を認めるべきだとする（ブルーワー裁判官、フラー裁判官、フィールド裁判官）[24]。

ここには、背後に「黄禍論」と呼ばれる人種差別があったことは否めない（判文に明示的ではないにせよ）。そしてこうした中国人差別立法（中国人排除ないし中国人の帰化禁止）が排されたのは、日米関係が険悪化してきた1943年のことであり、そのための対中友好策であった。しかし移民法の人種に関する構造的問題は、基本的には変わっておらず、1924年の出身国クオーター法（National Origin Quota Act/ Immigration Act of 1924, 43 Stat. 153）があり、アングロ・サクソンのアメリカ合衆国の維持が図られた。移民国家アメリカにとっては、移民現象は安定し、「凪の時代」であったとされる（もっとも、東部・南部ヨーロッパ及びアジ

[24] とくにこのフィールド裁判官の法理について分析するものとして、Victor Romero, *Elusive Equality: Reflections on Justice Field's Opinions in Chae Chan Ping and Fong Yue Ting*, 68 Okla. L. Rev. 165 (2015); David Martin, *Why Immigration's Plenary Power Doctrine Endures*, 68 Okla. L. Rev. 29 (2015) 参照。

アからの移民を封ずるクオーター制度により、1925年以降の移民者数は30万未満に落ち込み、P・モーザー教授ら（ニューヨーク大学）の同制度下での移民者動向の研究によると、科学ないし経済的投資活動を低下させており、それは当時の特許の６－７割低下を招き、知識労働を衰退させたと実証的に指摘する[25]。

（２）1965年移民法及び一時的労働者受入れ策

今日のアメリカ移民法の基礎をなしているのは、1965年の移民法（Immigration and Nationality Act of 1965, 79 Stat. 911〔The Hart-Celler Act〕）である。本法律により、出身国クオーター制度は廃されることになった（もっとも、数による制限は続き、例えば、メキシコ人の場合には、1968～80には、毎年２万人とされていた）。そして家族統合が、米移民法の中核となった。この法律で、７つの優先システムが認められたのだが、このシステムで、すべてのビザの74％（移民者全体の65％）ほどが、市民ないし永続居住者（legal permanent residents［LPR］）（グリーンカード取得者）の家族に留保されることになった[26]。

ここでは、一時的労働者（guest workers）の受入れ策を概観しておきたい。アメリカ合衆国では、230万6962人のそういう労働者がいて（2015年）、その内訳は、特定職業（H-1B ビザ）、農業労働者（H-2A ビザ）、園芸・掃除・レストランなどの労働者（H-2B ビザ）に分けられる。M・ウォルザー教授等は、こういうタイプの移民は、「二流市民」を作ることになるとして平等性要請から反対する[27]のだが、定着していると言えよう

---

[25] Petra Moser & Nber Shmuel San, Immigration, Science, and Invention: Evidence from the Quota Acts (2019) (https://econ2017.sites.olt.ubc.ca/files/2019/09/pdf_seminar-paper_Petra-Moser_20-Sep.pdf). See also, Austn Goolsbee, *Cuts in Immigration Can Threaten U.S. Economy*, The New York Times, International Edition, October 14th, 2019, p.7.

[26] 近時（1995～2014）の内訳の詳細は、例えば、Alexander Aleinikoff, David Martin, Hiroshi Motomura, Maryellen Fullerton, & Juliet Stumpf, Immigration and Citizenship: Process and Policy (American Casebook Series) (8th ed.) (West, 2016) 283参照。

[27] Michael Walzer, Spheres of Justice (Basic Books, 1983) 60-61.

（なおドイツでは、アメリカよりも古い外国人労働者（トルコ人など）の歴史があり、その保護は厚い）。この草分けとなったのは、第２次世界大戦中のブラセロ・プログラム（1942 ～ 1964）[28]であり、メキシコ農業労働者プログラムの合意により始められ、1947年には、雇用者に一時労働者の移入・送還が認められ、今も個別の労働者に固定される形で、一時労働者は位置づけられている。こうしたブラセロ・ビザによって、20年間で合計460万人の労働者が受入れられ、1952年からの移民法（Immigration and Nationality Act of 1952, 66 Stat.163）では、Hカテゴリーとなり（毎年17万5000人程）、近年は、農業労働者のかなりの割合を占める100万人以上もの非正規移民（後述する）の取り締まり強化にともない、季節出稼ぎ労働者（H-2A プログラム）に急速にシフトしている（2005年の４万8336人に対して、2019年には、25万7667人になっている）。

（３）トランプ政権の反移民政策（それ以前の政策との比較）

①トランプ大統領によるイスラム人排除政策

アメリカ移民法の目立った点の最後として、トランプ政権になってからの反移民政策を見ることにする。D･トランプ氏は、大統領就任（2017年１月）早々に、公約（2015年12月）通りに、イスラム７カ国（イラン、イラク、リビア、ソマリア、スーダン、シリア、イエメン）からの米国入国拒否、また難民受入れ120日間中断の執行命令を打ち出した（2017年１月27日（Executive Order 13769）及び同年３月６日（Executive Order 13780）のそれ（後者は、イラクを除外する）（Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, Exec. Order No.82 F.R.8977; F.R.13209）（Muslim ban; Trump Travel ban））。その理由としては、国家安全の脅威だとされた（なお、同年９月24日の大統領

[28] ブラセロ・プログラムについては、Ernesto Galarza, Merchants of Labor: Mexican Bracero Story (MacNally & Loftin Pub., 1964); do., Spiders in the House and Workers in the Field (U. Notre Dame P., 1970); Mae Ngai, Impossible Subject: Illegal Aliens and the Making of Modern America (Princeton U.P., 2004); Kitty Calavita, Inside the State: The Bracero Program, Immigration, and the I.N.S. (Quid Pro Books, 2010).

宣言（Presidential Proclamation 9645）により、チャド、北朝鮮、ベネズエラを加え、スーダンを除外した）。しかし、宗教・人種と公共の安全とを結びつける合理的理由は怪しく、この命令は混乱をもたらし、司法的抵抗が見られた（こうした宗教的不寛容・差別は、政治と宗教との分離を説く第１修正に違反し、また大統領の権限踰越だとするとする）[29]。

その他、公衆衛生上の排除として、1987年レーガン大統領下でのHIV/AIDS感染者の排除の例があり（2009年オバマ大統領による解除まで続いた）、近時は2020年１月31日に、コロナウィルス問題との関連で、トランプ大統領は、２週間以内に中国に滞在した外国人の米入国を拒否する大統領宣言を出し（Presidential Proclamation 9984）（市民及び永続居住者、その配偶者、親、兄弟、子どもは別だとする）、またその措置をイランに拡張し（同年２月29日）（Presidential Proclamation 9992）、更にその範囲を、シェンゲン協定を結んでいるヨーロッパ諸国26カ国にも及ぼした（同年３月11日）（Presidential Proclamation 9993）。そしてこれを英国及びアイルランドに及ぼした（３月14日）（Presidential Proclamation 9994）。

②無権限移民（unauthorized/undocumented/illegal migrants）の問題――とくにその子ども、親子統合の問題

さらに近時のアメリカ移民法上の喫緊の大きな課題は、メキシコ国境（米墨国境）を越えて、中央アメリカ諸国からやってきて、所定の移民手続を経ずに越境してアメリカ移民した人たちの扱いで、既に1100万人ほどいるとされ（ピークが2007年の1220万人、それに比すると、2017年には1050万人で14％減っており、米人口の４％とされる）[30]（立場により、

[29] E.g., International Refugee Assistance Project et al. v. Donald Trump, 857 F. 3d 554 (4th Cir., 2017); State of Hawaii and Ismail Elshikh v. Donald Trump, 859 F.3d 741 (9th Cir., 2017).

[30] ワシントンDCの非党派的シンクタンクであるプー研究所（Pew Research Center）（2004年設立）のデータによると、1990年には350万人、1995年には570万人、2000年には860万人、2005年には1110万人、2010年には1140万人、2015年には1070万人ということで、1990年代から2000年代前半が鰻登りで、オバマ政権時には既に横ばいになっていることが分る。Jens Manuel Krogstad

呼び方が異なり、きちんと移民法上のコントロール・規制を受けるべきだとする側からは、「不法移民」とされる)、トランプ政権はこうした人に対しても、厳しい目を向ける。

従来の米移民行政は比較的この問題について寛大であったが(例えば、1980年代のレーガン大統領、G・W・ブッシュ大統領の頃は、無権限移民の長期居住による適法化立法を制定したりした(Immigration Reform & Control Act of 1986))、そして今でも移民リベラル派からは引用されることが多い、プライラー判決(1982年)は、無権限移民の子どもであっても、公共教育への権利は憲法上保障されるとして、それを差別的に禁じた(その教育財政支援の否定の措置をとり、年間1000ドルの学費の支払いを要求した)テキサス州法は、違憲(第14修正〔平等保護条項〕違反)としていた[31]。

しかし、1990年代になり、この問題の前面化とともに、連邦議会は送還システムの一律化を図り、オバマ政権下では建前的規律は厳しくしていた。しかし問題は、子どもの保護は他方で必要ではないかという点で、プライラー判決の系譜の保護であり、既に2001年には、ドリーム(Development, Relief and Education for Alien Minors［DREAM］Act)立法の提案がなされていたが、それが実現したのは、オバマ政権時代の第１の執行指令(メモランダム)[32]による2012年からのダッカ(DACA)(Deferred Action for Childhood Arrivals)プログラムであり(同判決30周年の日(2012年６月15日)に発表され、その２ヶ月後から申請が受け付けられた)、これで約70万ないし80万人の不法(非正規)移民の子どもが保護される(16歳未満で米国に来た子どもで、一定の教育上・兵役上の基準を充したものは、送還を延期できるというものである)ことになっ

---

et al., *5 Facts about Illegal Immigration in the U.S.* (6/12/2019), https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/12/5-facts-about-illegal-immigration-in-the-u-s/

[31] Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).

[32] 執行メモは、大統領宣言(presidential proclamation)の系譜であり、細かくなるが、執行命令(executive order)との違いは、Federal Register への公表が義務づけられるか否かの違いであり、あとは事後的変更のし易さの点くらいであり、実質的相違はあまりない。

た。

他方で、家族統合に関しては、第２の執行指令（執行メモ）として、2014年から始められたダッパ（DAPA）（Deferred Action for Parents of American Children）プログラムであり、これはアメリカ市民及び永続居住者でかなり長期間生活した者の非権限移民の親を対象としており、これで約370万人が保護されることとされた。しかしこれに対しては、テキサス州その他25州の訴訟で、ストップがかかり、米連邦最高裁では、４対４の判決が出されて、連邦地方裁判所のプログラムストップの判決が維持された[33]。そしてこれを受けて、2017年６月にトランプ政権は、このプログラムを取り消したので、親子統合の面での保護は脆弱化している。

因みに、この不法移民（不適法移民）の問題をどう解決するかは、かねての立法的課題でもあり、2013年６月27日には上院レベルで、超党派のその適法化の法案が通過した（その内容は、非権限移民に13年間のプログラムで市民権を取得させる道筋を付け、雇用者の職場確証システムで不明朗さを避け、非熟練者の新たな W ビザプログラムを作り（他方で、熟練の特定職業の H-1B プログラムの濫用防止、若者雇用プログラムなども含む）、世界中の労働者を吸引し（それまでの家族統合中心の移民法を塗り替えて、雇用ベースに力点を置いた移民法にするとされて、野心作であった）、他方で、国境の安全を確保すべく予算確保する（４万人の国境管理員の増強）というものであった（68票対32票）[34]。オバマ大

[33] United States v. Texas, 136 S. Ct. 2271 (2016).

[34] 第113回連邦議会で、2013年４月16日に提案され、提案者は、Ch・シューマー上院議員（民主、ニューヨーク州出身）を中心とする「８人のギャング」、そしてR・メネンデス（民主、ニュージャージー州）、J・マッケイン（共和、アリゾナ州出身）、M・ルビオ（共和、フロリダ州出身）らの各上院議員であった。法案名は、「2013年国境安定・経済機会・移民現代化法」（Border Security, Economic Opportunities, and Immigration Modernization Act of 2013）であった。なお、故マッケイン議員は、2005年から法案を出すなどして、この問題にかねて尽力していた。See, e.g., NYT Editorials, *Immigration Reform, Finally: The Success of an Ambitious Bipartisan Bill in the Senate Puts Pressure on the House*, The New York Times, June 28th, 2013, A24（この30年間でもっとも野心

統領もこれを支持していたが、下院では結局検討の対象とならず、廃案

的な移民法の改革案が、上院で68対32で通過し、共和党の議事妨害を排除し、下院に対して、この改革が超党派のもので、迅速に通し、大統領に渡すべき旨のプレッシャーを与えることとなった。下院議長のベーマー氏は、下院の多数はこれに関心を持っていないと述べているが、そんなことではいけない。この移民法改革は、完全ではないにしても、良い面がある。メリットとして、第１に、不法移民者の逮捕・送還にさいなまれる地位の改善（2011年までに米国に入ったものについて、10年間の待機期間と３年間の帰化期間で市民権取得。その際に、グリーンカード取得後の約2000ドルの罰金支払い、英語と市民知識の取得を求める）、第２に、農業労働者やドリーマー（子どもとして移民した不法移民者）に簡易な市民権確保の道の付与（５年間での市民権取得）、第３に、送還者の家族との再会を認め、第４に、一時労働者の枠の拡大（H-1B ビザ（熟練労働者）の拡大（６万5000から、11万、さらには18万にする）、W ビザ（非熟練労働者）の発足（７万5000人枠）、H-2A（農業労働者）の拡大（30万枠））がある。それによる滞貨の減少をはかるが、他方で妥協により、労働者確認システムの採用、国境警備への予算増強などもなされているし、市民権取得の道や費用も容易ではない。下院での状況は楽観視できないが、しかしこの改革案の廃棄は、大きな打撃となることを認識すべきである）．See also, L. Gordon Crovitz, *The Economics of Immigration*, The Wall Street Journal, February 4th, 2013, A11（技術に熟達した移民労働者を増やすのが、経済を活気づける最高の早道とする。シリコンバレーは、そのイメージキャラクター的なところであり、移民者が創業者の例も多かったが、その傾向は減り、そこでも外国人が市民権を得るという例も少なくなった。S・ジョッブズが、この点の改革をしなかったオバマ大統領に2011年、怒っていたことも頷ける。移民政策を改革した直近は、1986年であり、再選されたオバマ大統領は、ロムニー候補とは対照的に、移民は、わが労働力を若くするとする。アメリカの移民法の歴史を検討してみると、その目的は、人種的・民族的な制限を設けるところにあり、世界中から優秀な人を集めるためではなかった。1899年から移民は、人種・民族ごとに認められ、1882年の中国人排除法による労働者禁止を別として、1920年代までは、あまり制限はなかった。しかし1924年移民法で、アメリカの同質性を保護するために、プロテスタントのヨーロッパ人を優遇するような民族枠（クオータ制度）がとられた。それは吸収の経済学とは無縁だった（Mae Ngai, Impossible Subject (2004)）。多くの移民システムが、未だクオータ制で、永久的居住者へのビザは、各国７％までとし、雇用関連のグリーンカードも、年間14000件が上限とされる。だから、ギニアやベルギーなどの小国には好都合だが、中国やインドのような人口が多い国では、何十年も待たなければいけなくなる。さらにアメリカは、

とされ、トランプ大統領はもちろん顧みることはない。

先進国の中でも、移民者からの潜在的経済的利益という捉え方は弱かった（Pia Orrenius）（ダラスの連邦準備銀行関連の経済学者）。毎年出される110万のグリーンカードの85％は、家族メンバーに対してか、人道的理由によるものである。残りの15％のみが、高技術を有する雇用がらみの移民者である。そしてその半数は、労働者の配偶者ないし子供である。高技術の労働者の移民に関しては、オーストラリアやイギリス、カナダの方が勝る。1990年にできた H-1B ビザ制度は、年間65000人の高技能の労働者へのビザ発給がなされるが、今はそうした労働者への需要が高まり、数時間で発給が終わってしまうほどである。しかし考えると、移民の拡充により、公共サービスは、230億ドルかかるようになるが、今後10年間で、480億ドルをもたらすものである。今や移民者が国家にもたらす経済的機会を考えるべきときである）．移民の経済的効果を重視する経済学的論考である。

もっとも、このように無権限移民を引き受けることの経済的評価は、当時から分かれていた。E.g., Annie Lowrey, *Struggling to Measure An Economic Impact,* The New York Times, June 27th, 2013, A22（移民法改革により、連邦財政にどのような影響を及ぼすか。この点について、見方が対立している。自由尊重主義のカトー・インスティチュート、保守的なアメリカン・アクション・フォーラム、リベラルなアメリカ進歩センターは、財政の不足を緩和するとする。しかし他方で、ヘリティッジ財団などは、財政を悪化させるとする。経済学者は全体として、移民は経済売上げや生産性にとって良く、経済全体に利益をもたらすとする。近時の議会予算事務所（Congressional Budget Office）が出した報告書では、予算にもプラスの影響があり、向こう10年間で2000億ドルの財政不足解消、更にその次の10年間で、7000億ドルの不足解消としている。それは消費や歳入の増大から来ている。もちろん、今後の10年間は、メディケイドの支出など2620億ドルの追加支出があるが、他方で歳入が4590億ドルの増加があると見通している。さらに重要なこととして、不法入国者の場合に市民権付与の段階で政府からの福祉上の利益の受領が許されず、その分のコストがかからないし、労働力の拡充、長期的な賃金の上昇、資本投資の増大、生産性の向上など経済的なプラスのインパクトが大きいとする。これに対して、保守的なヘリティッジ財団の報告書では、適法化される不法移民による社会的利益享受額は、その納入税額を上回り、１年1060億ドルの赤字コストをもたらすし、彼らが退職するときには、社会保険ないしメディケアには年間1600億ドルの純負担をもたらすとする。政府の先の報告書は帰結を全体的に分析しているわけではない）; Eduardo Porter, *Overhaul May Benefit, Not Hurt, U.S. Workers,* The New York Times, June 26th, 2013, A18（改革案は、上院から下院に回され

③送還システムの強化

非権限移民の送還手続一般については既にオバマ政権から強化されていたが、トランプ政権になり、益々強化されている（壁建設動きとともに）。近時の実務面での強化でとりわけ注目されているのは、「移民保護プロトコル」（Migrant Protection Protocols［M.P.P.］）として、2019年１月下旬に国土安全省から打ち出した、「メキシコ待機措置」政策（“Remain in Mexico” policy）である[35]。すなわち、中央アメリカからの約５万5000人の庇護請求者の扱いとして、従来の審理中はアメリカ合衆国に一時滞在できるというやり方を変更して、審理手続き中もメキシコに滞在しなければならないという方式とし、そのために、メキシコ滞在中に誘拐・犯罪に晒されたり、医療不充分であったりすることが報道されている[36]。こうした手続の実務上の変化の事実上の効果は大きいが、

るが、この不法移民者に関わる改革により、もともとアメリカにいる労働者は、熟練・非熟練の移民者により影響を受けるのか。しかし、こうした移民者の増加により、アメリカの労働者の状況はむしろ良くなると思われる。連邦議会局はその趣旨の報告書をこのほど出し、それによれば、2023年までに労働者は600万人増え、2033年までに900万人増えるとされる。そして平均賃金は、2023年までに0.1％低くなるが、その後上昇し（事業がこの拡充労働市場に投資してくれればそうなる）、2033年には0.5％上昇すると述べる。米労働者は押し出されるという信念は、使用者が何もしないという前提に立っているが、しかし実際には会社側は投資してくれるのである。移民者により、生産性及び経済の成長率は高まる。この点については、経済学者の間でも対立があり、ハーバードの経済学者は、ニューカマーにより（これまでの）非熟練の労働者は押し出されるとするが、キャリフォーニア大学デイビス校のペリ氏は、アメリカ人労働者の通信関連のものは継続し、非熟練のものも利益を受けるとする。先の報告書では労働者の類別により、影響は異なるとみている）.

[35] https://www.dhs.gov/news/2019/01/24/migrant-protection-protocols

[36] E.g., Miriam Jordan, *Ransomed at the Border: Turned Back by the U.S., Migrants Confront New Dangers in Mexico*, The New York Times, International Edition, December 24th, 2019, p.1, 4（トランプ政権は、庇護請求審査の裁判所手続の間、メキシコでの待機を要求するようになり、その間の誘拐犯罪が著増している。2019年１月から626件、同年11月だけでも293件に及ぶ。実数はもっと多いのではないかとされる。例えば、ホンヂュラスから逃れてきたホセさん（28歳）は、３歳の息子と共に、11月25日に誘拐され、暴行を受

人道上の深刻な問題を抱えていることを見過ごしてはならないだろう。

け、ニュージャージー州に居住する妻に3000ドルが身代金として要求され、彼女が手持ちのお金がないとなると、借金しても3000ドル払えと供給された。また、エルサルバドルからのノラ（28歳）は、国境付近で２回誘拐されて、強姦と共に身代金要求され、ヒューストンにいる家族が2200ドルを送ると解放された。このように麻薬取引のカルテルメンバーが、移民を襲いだしたのである）; Stephen Dinan, '*Remain in Mexico' Policy Expands after Surge in Arizona*, The Washington Times, January 3rd, 2020, A1, A4（国土安全省は、１月２日にトランプ大統領の「メキシコへ留め置き」政策は、南アリゾナの違法移民の上昇に対応し、そこにも拡充すると発表した。MPP は庇護請求が認められるまで、リオグランデ川の南側に留め置くというものだが、違法移民の押え込みに奏功している。そして例外であったアリゾナ州で移民が激増し、それに対しても、同様の対策をとろうとするものである。かくして、アメリカ政府は、ノガレスの国境の越境についても、MPP に加わる７番目として、メキシコに留め置かれることになる。MPP のねらいは、妙なアメリカへの足がかりをつかませずに、とくにインチキの請求者を追い払うところにある。これにより、国境の移民コントロール業務は、2019年５月ないし６月初めは、毎日4000件ほどあったのだが、今は1000件あまりに減っている。国境の居住施設は、かつては２万人近くで溢れかえっていたが、今では4000人くらいに下がっている。MPP により、昨年は、５万6000の移民者が、メキシコに戻されたことになる。しかし他方で、アリゾナ国境は、抜け道になっていて、違法移民の家庭が144％上昇しており、他の場所が平均64％減少であるのと対照的だった。今回はこれに対処したものである。しかし、正当な庇護請求者まで脅威に晒すものであるとの批判があり、アリゾナにも適用されることで、請求者は何時間もかけて、裁判所の聴聞に出てこなければならなくなる。国境管理当局は、メキシコないし国際的組織と連携しているとするが、怪しい。このプログラムは1996年法に依拠するが、連邦裁判所からは、批判的に見られており、正当な庇護請求者の保護として充分ではないとされる。MPP がうまく行かないと、国境が人道主義的に危機におかれるわけで、不幸から利得を得ようとするものが暗躍することになる）; Zolan Kanno-Youngs, *U.S. Overlooks Ill Asylum Seekers: Advocates Say Exemptions in 'Remain in Mexico' Policy Are Largely Ignored*, The New York Times, International Edition, February 28th, 2020, p.4（米墨国境のメキシコ側北東部でのマタモロスでは、疾病を抱えた庇護請求者がごった返している。例えば、グアテマラから逃げてきたＭ・サムさんは、９歳の息子が屡々発作を起こし、顔色が紫になっても、アメリカ側のブラウンズウィルの病院に行くことができない。その他、ホンジュラスから来た母子の子どもは自閉症を抱えて

〔なお、2020年３月後半以降、新型コロナウィルスのパンデミック現象

おり、その近くには７歳の滑沢脳で、もはや余命が３年という子どももいる。ほんの１年ほど前には、中央アメリカの暴力を避けて国境沿いに来て、庇護請求するものには、まず「捕らえられるが、その後解放された。」つまり庇護請求について審査されている間は、アメリカにとどまり、米病院や収容施設を利用することができた。しかし移民保護プロトコル（M.P.P.）は移民者をメキシコ側に追いやり、審理中もメキシコ側で待たせることとなった。国家安全省は、拷問・迫害の充分な恐れがあり、身体的・精神的医療問題がある場合には、別だとするが、そうした例外は、約６万人あまりの移民がメキシコ側に追い返される際に、大体無視される。マタモロス市では、そうしたもの2500人くらいを収容するテント村が出来ているが、そこにはトレイラーを簡易な医療センターに作り替え、そこをリードするＭ・サモン医師（40歳）は、そのチームは大体１日に40人ほどを診療しているとするが、鎌状赤血球貧血、低酸素症、敗血症、癩癇、発育不全、HIV、卵巣癌、虫垂炎などの患者がいるとする。これらは、M.P.P. によって作られたとするのである。メキシコ側の医療は不充分である。国土安全省は、この新たな「メキシコ居残り」政策により、庇護請求はぐんと減ったという。６万1097人が移民手続に付されるが、結局米国入国が認められたのは、263人であると、国家移動記録情報センター（TRAC）は答える。トランプ大統領は、８ヶ月連続して、国境付近での逮捕者は減少している（2019年５月には、14万4100人だったが、2020年１月には、３万6600人である）と成果を強調する。辛うじてアメリカに入国できたヨデレイさんは、トキソプラスコ症で、視野が狭まって手遅れだと失明する病気だが、入国できた頃には殆ど目が見えない状況だった）.〔なお、コロナウィルス・パンデミック後の移民・難民状況の激変を記すものとして、Kirk Semple, *Global Migrant Flows Slow to a Trickle: Virus Outbreak Has People Going Back Home Instead of Seeking Better Work*, The New York Times, May 5th, 2020, A1〔International Edition, May 8th, 2020, p.3〕（メキシコの南部グアテマラとの国境沿いのテノシケにあるシェルター“La72”は長らく、中央アメリカからアメリカ合衆国に向かう移民・難民のなじみのところで、昨年は毎月2000人以上が滞在したが、最近はその数は殆どいなくなり、逆に逆流現象が見られる。３月後半から、コロナウィルスのパンデミックのために、100人も利用していない状況である。そのシェルターの前所長のＲ・マルケさんは、「こんな状況はかつて見たことがない」とする。コロナウィルスのために、国境が閉じられ、庇護請求プログラムの中断、ステイ・ホームの都市封鎖などで、世界中で移民・難民の数は急激に減り、とくに貧困国から富裕国への移動がなくなった。ラテンアメリカから、中央アメリカ・メキシコ経由で、アメリカ合衆国に行くルートはかつて賑わったが、トランプ政

が生じてしまい、それは移民・難民の状況を激減させられている。それは、ここでのラテンアメリカ・中央アメリカから米への移民・難民ルートに限らず、世界的現象であり、コロナウィルス感染防止策の一環で、世界中が、一層強固な国境封鎖状況に事実上なってしまって、移民・難民排除の帰結をもたらし、季節出稼ぎ労働者も本国に閉め出される事態となっており、それは貧困国の更なる貧窮化という経済問題の深刻化の事態がもたらされている（そして米国は、こうした事態にも拘わらず、

権が、国境を殆ど全ての移民者に封じて、コロナウィルス感染排除していることから、すっかり静かになっている。問題はここだけではなく、東アフリカからアデン湾を越えて、豊かなペルシャ半島に行こうとする移民も落ち込んでいるし、東ヨーロッパから西ヨーロッパへの出稼ぎ季節労働者も封鎖され、今や労働者不足である。ワシントン DC の移民政策機構の共同代表（名誉代表）の D・パパデメトリウ氏は、「パンデミックにより、国際的移民・移動の殆どが、封ぜられている」と指摘する。場所によっては、その移民は、U ターンとなっていて、それは本国で政治的混乱があり経済的危機であっても、そうせざるをえないところがある。例えば、コロンビアからベネズエラに戻る何千もの労働者、イラン・パキスタンからアフガニスタンへの帰還、ドミニカ共和国からハイチへの帰郷などである。国連難民局の高等弁務官補佐の G・トリッグズ氏は、「大量の労働者の送出国への出戻り現象が見られる。彼らはそうしないと生活していけないからである」「何とか海外に踏みとどまった労働者も、同国の社会のピラミッドの最底辺にいる」という。これまでは、何万もの人が、中央アメリカからメキシコ経由で合衆国に、庇護請求や不法移民した。近時は国境での不法移民の逮捕例も増えていた。2020年３月の米当局による逮捕者は、２万9953人であり、その前月から、少し減っていた。それにしても、４月に入ったら、それもめっきり減少していると思われる。やはりメキシコ国境沿いの町ティファナにあるシェルター「移民の家（Casa del Migrante）」の所長の P・マーフィ牧師は、「この２週間で寝泊りにやってきたのは、10人ほどである。その殆どは、アメリカからの送還者である」という。コロナ感染のために、そうしたシェルターは閉じているところも多い。移民者擁護者たちは、せめてコロナ終息まで、送還をストップさせるべきだと言うが、トランプ政権は、国境取締りを緩めようとしない。移民・難民の機会はコロナウィルスのために、深刻なまでに世界中で落ち込んでいるが、送還手続きは擁護者の反対にもかかわらず続けられて、それが公衆衛生上の損害ももたらしている。例えば、グアテマラに送還されたもの、ハイチからの移民で2500人ものパナマに足止めされたものなどには、感染陽性反応が出たりして事態は深刻である）参照。〕

いわゆる不法移民の強制送還手続は継続させ、それが感染者増幅の事態も生んでいる）ことを補足しておきたい。〕

２－２．難民問題――とくにシリア難民

世界的に、移民・難民現象を見た際に、やはり近時の特筆すべき問題はシリア難民である。2011年以来の内戦で、（それ以前のシリアアラブ共和国の人口は2200万人と推測され）、そこから国連が（強制移住させられ）難民化して人道支援が必要とされると認識したのは1350万人（2016年）とされ、その内国内避難民（国内難民）は、600万人以上、国外に出たシリア難民は1000万人以上で（その内登録されたのが、約560万人。この内、UNHCR への「転居」申請者は、21万人にとどまる）、世界の難民2540万人（2017年６月）の実に25％を占めている。そして注意したいのは、その多くは隣接国に滞在することである（2019年登録者として、トルコには361万人、レバノンには92万人、ヨルダンには66万人、イラクには24万人、エジプトに13万人である。そしてこのような事態は、難民条約（1950年）（前述）が予定した難民の配分とはかけ離れていることは確認しておいてよい）。

そのピークは2015年であり、100万人以上のシリア人がヨーロッパに移住を求めて庇護請求し、その64％はドイツ及びスウェーデンとされる（EU 諸国の難民受け入れの根拠となる国際取決めは、ダブリン規約（Dublin Convention（1990）その修正が、Dublin Regulation II, III（2003）（2013））であり、庇護申請国による審理で、たらい回しを認めないものだが、2015年５月にヨーロッパ移民・難民アジェンダが出され、割当制度が公表された。メルケル首相が、シリア難民を引き受ける判断をした根拠は、基本法16条 a の庇護権である）（また、2016年３月に EU とトルコとの間で、「難民対策合意」（トルコ声明）が結ばれ、それを前提に、同年11月には、「EU・トルコ共同行動計画」（Joint Action Plan with Turkey）が始動し、第１に、トルコは難民を国外に密航させないこと、第２に、EU は30億ユーロをトルコに支払い、トルコ国民にシェンゲン圏内のビザ無し渡航を認めることとしたが、2019年段階で、その支払いは完全実現していない）。

もっとも、2019年の後半からアサド大統領政府軍及びロシア軍は、反対派の拠点のシリア北西部のイドリブ地方に総攻撃を仕掛け、これにより新たに100万人が難民化して、爆撃に晒された野宿生活をしつつトルコ国境に押し寄せているとの報道がなされており[37]、その地方の拠点都

[37] E.g., Carlotta Gall, *No Shelter for Fleeing Syrians: Almost a Million People Are Stranded in the Cold Near the Turkish Border*, The New York Times, International Edition, February 20th, 2020, p.1, 2（何百ものシリア難民がトルコに逃げようとする中で、ナップサックを背負う痩せた綿のジャケットで身を包むＹ・ジャマル君（21歳）は、数ヶ月前にトルコに逃げたのだが、再度シリアに入り、逃げ惑う家族を連れ出そうとしている。シリア政府は、これまで反対派が押さえてきたイドリブ地方に対して、2019年12月から総攻撃を仕掛け、そのあたりの90万人の住民（その殆どは女性と子どもである）は逃げ惑い、2011年からのシリア内戦による難民（亡命者）に加わろうとしている。殆どは北部に向かい、トルコ国境を目指している。しかしトルコは、既に300万人のシリア難民を抱え、2015年以来、更なる難民の流入を防ぐために門戸を閉ざす。トルコの国境の町レイハンリでは、果樹園と綿農場が続く、農業町だが、うねうねと国境の壁が巡らされている。数台のトラックがシリア支援の衣類やブランケット、食料を載せて、シリアに向かっている。しかし爆撃の危険を絶えず気にしながら、青天井のオリーブの木の下などで野宿するほかはない。食糧も仕事もない。医師のモハメドさんは、１日300人の患者を診ているが、すべての医療物資が欠落しているという。トルコ国境への道20マイルは、難民で数珠つなぎだが、数時間はかかる。シリア＝ロシア連合軍は、アルアタリブまで到達して、物資の供給網を絶とうとしている。この70万人もの住民は、包囲されているのだ。トルコの何百もの軍隊は、トルコ国境を守っており、エルドアン大統領は、シリア政府に対して、2020年２月末までに元の位置まで撤退するように申し入れているが、住民たちはそうしてくれるとはトルコ軍隊に期待していない。「アサド大統領は、我々を殺戮している。毎日何百もの住民が死んでおり、今やアメリカ軍が支援に動き出すべきだ。」という。３人の子どもの母親のＯ・ムスタファさん（26歳）は、故郷のマアラト・アルノアマンから強制移住を強いられ、国境近くのカフルカルミンに移ってきた。「あたりの村にはもう誰もおらず、食糧は欠落している。」と彼女は言う。シリアの救済組織ヴィオレットの創設者Ｆ・Ｓ・イサさんは、1000人ほどのボランティアを配置し、例えば、アリバからの１万7000人の住民を救ったが、「この世の終わりのようだ。テントには人が溢れかえり、キャンプが欠落している」という。国連は今5000のテントしか用意できていないが、実際にはさらに６万のテントが必要だ。

市のイドリブ市でも、生死隣り合わせの極度の緊張の高まりが伝えられ

「そして一刻も早くトルコは門戸を開放すべきだ。」と彼は述べる）; Vivian Yee & Hwaida Saad, *Syrian Children Dying of Cold: Families Who Fled Bombs toward Turkey's Border Now Face Intense Suffering*, The New York Times, International Edition, February 28th, 2020, p.1, 4（シリア北西部のイドリブ地方で、野宿的な生活をしているリーラ家の18ヶ月の娘のイマン・レイラちゃんは、凍える寒さで死亡した。外気温は、華氏20度ちょっとのところまで（摂氏では、－7度）下がっていた。寒さと風を凌げる窓のついた通常の家は、このあたりでは見込めない。アサド大統領は、シリア内戦の勝利者として、最後の反対派の拠点のイドリブ地方の攻撃に出ており、ロシアの援軍も得て、100万人近くのそのあたりの住民は難民化して、トルコ国境に押し寄せている。皆テント生活、野宿生活をしており、イマンちゃんは、この間に外気温で死んだ９人の子どもの一人である。この数は、内戦で1300万人を強制移住させ、何十万人もの死者の中でも最大規模の逃亡者であり、これは2017年のロヒンギャの難民〔ミャンマーからバングラデシュに65～70万人の難民が、既にいる30万人の難民に合流した。さらに国内的難民は、12万8000人いるとされる〕に次いで、二番目のものである。その量はすさまじく、アサド軍は、最前線の病院を攻撃するから、難民にとって恐怖と不確実な世界が生成される。逃げ惑うシリア難民は、国境近くのキャンプで安全を求め、辺りの町々は何時砲撃されてもおかしくない状況である。幸運な人はシェルターにありつけるが、多くは、テントで寝て、さらには路上ないしはオリーブの木の下で、また枝にビニールを乗せて野宿生活をしている。余裕のある人は、暖房の燃料を入手するが、それがない場合には、適宜木を燃やし、なくなれば、あり合せの衣類や靴を燃やして暖をとっている。レイラさんの故郷は、ダマスカスの郊外の東ゴウタだったが、既に２年前にアサド軍に落ち、イドリブ地方に逃げてきた。ことほどさように、イドリブ地方の人口は膨れ上がり、100万人の民間人がそちらに（強制）移住している。ジハード軍や反乱軍がそこに加わると、アサド軍に攻撃の口実を与えている。もはやお金があっても、テントも入手できない状態である。道路はごった返し、支援物資も行き渡らない。2019年春に政府軍が攻撃をするまでは、イドリブ地方は脆弱ながら比較的安定していた。その際には、政府軍を支持するロシア軍、反対派を支持するトルコ軍との休戦状態もあった。ロシアが約束に違反して、民間人の病院を爆撃し、トルコ軍はそれに抵抗する砲撃をしたが、虐殺が終わるという風ではない。アメリカ軍はシリア南部・東部に500部隊いるが、北西部の紛争からは手を引いている。トルコ側の国境都市レイハンリ市にいるA・サラットさん（31歳）は、ここに2014年に逃げてきたが、家族はまだシリアの故郷ビニッシュにいるという。その兄（32歳）は同市で鍛冶屋をし

ている[38]。それとともに、新たな難民がヨーロッパに流れ込もうとして

ているが、家族のことを考えると夜も寝られないという。さらに、I・アロウシュさん（47歳）は、結腸癌での化学業法のために、先に同市に来ているが、30マイル離れたイドリブにいる家族を連れてきたいと話す。トルコは既に300万人のシリア難民を抱えており、更なる難民の受け入れは拒絶している。しかし難民側は、更なる受け入れを願っている。シリア側でのテント生活では、学校もなく、トイレはバケツである。そして子どもたちが寒さと飢えで泣くのをなだめている状況なのである）.

[38] E.g., Carlotta Gall, *"The Only Choice Is to Wait for Death": For Syria's Remaining City Held by Rebels, the Worst Appears Yet to Come*, The New York Times, International Edition, March 9th, 2020, p.3（シリア内戦の前は、イドリブ市は、木々の連なる町並みで、白い石の家屋が軒を連ねる穏やかな地方都市だった。今日は、内戦で家を追われた家族が溢れかえり、100万人近くにもなっている。爆撃でやられた建物に退避する者もいれば、サッカー競技場にテントを張る者もいる。皆食糧支給に行列をなしている。居住者は砲弾に慣れっこになっているようで、誰も、爆音に尻込みする風でもない。しかしこの反対派側の拠点のイドリブ市は、さらに状況がひどくなりそうでもある。この北部には、100万人もの人が、路上ないしオリーブの木の下などで、人道的には最悪の状態で暮らしているし、南部・東部には、ロシア軍の指示を受けたアサド政府軍が５マイルのところまで迫っており、占領されたら、この100万もの人が北部に逃げ込むことになる。かくして、整形外科医のヒクマト・アルカティブさんは両親にそのように告げたら、母親はそこにとどまるとして、彼女が述べた言葉、つまり「逃げても死を待つだけだ」との答えに驚かされている。スタジアムは緊急シェルターとなっていて、100家族ほどが居住している。アサド大統領はイドリブ地方を攻撃し続けるとし、反対派は抵抗するとする。競技場を出ると、生活は戦争と隣り合わせで、車と人々が行き交うが、電気は１日２時間だけである。イドリブ地方はこれまでのシリア内戦で、アサド政府のコントロールを免れてきた。警官たちは、反対派に忠実で、政府や警察の建物の外で、守りを固めている。広告掲示板では、人々に闘いに加わるように求めている。「ジハードなくして我々に誇りはない」という。ジハード反対派（ハヤト・タリール・アルシャム）は国連からはテロリスト集団とされているが、近時トルコと連携し、反ロシア・シリアの国際的圧力をかけるために、西側ジャーナリストをイドリブ市に入れ始めた。その地域の300万の住民は民間人である。彼らは皆、トルコ軍の反撃が自分たちを助けてくれると考えている。イドリブ市が攻撃されるようなことになったら、この都市は100万の大都市であり、行き場所はない。そこから北部に向かうと、境界地域の岩場ないしオリーブの木々

おり（まずはギリシアのレスボス島やサモス島に押し寄せるが、2015年の時のような歓迎ムードはない〔さらに2020年９月には、ヨーロッパ最大の規模であるレスボス島のモリア難民キャンプでは、（コロナ感染処理〔キャンプ毎の隔離政策〕に反発して）キャンプの大火災が生じて、悲惨なことになっているが、基本的に欧州連合は冷淡な移民政策を採り続け、将来の展望が見えない状況である〕[39]）、「新たな危機」を迎えてい

には、あばた状にキャンプが張られている。そこに何十万もの人々がこの６週間で加わった。モスクや学校、開いた家屋、工場に寝泊りしている。A・アブラスさん（37歳）は、「野良犬のようだ」と形容する。「夫とともに生涯かけて築いたものはすべて失った。ゼロ状態だ。この二日間路上生活した。瓦礫に中に、子どもたちとともに死んでしまいたい」と述べている。キャンプ場の余地もなく、新たに来た者がいる場所は悪臭垂れ込める下水場の傍しかない）.

[39] E.g., Jason Horowitz, *A Scenic Isle of Migrant Chaos: Locals and Asylum Seekers Coexist in Unhappy Limbo amid Greek Olive Groves*, The New York Times, International Edition, February 15th to 16th, 2020, p.1, 2（サモス島は、ギリシア領のエーゲ海の島だが、従来は古代からの遺跡、カラフルな漁師の村、甘いマスカットワインで有名だったが、今や移民者（庇護請求者）のキャンプで溢れかえる状況になっている。約6800人の庇護請求者がキャンプ場に押し寄せ、その下の古風な港町には、土着の6200人の人が住んでいる。その市長のG・スタンツォスさんは、熱心なスキューバダイバーでもあるが、2015年の難民危機の頃は、溺れる人たちを何人も救った。しかし今は広場でうろうろする難民たちを批判した。難民キャンプが爆発して観光客たちに悪影響を与えないように、ギリシア政府に支援を求めている。キャンプは当初648人収容のために作られたが、今や3000人以上の人が溢れている。出身は、アフガン、コンゴ、イラクなど様々である。土着のG・メレチュウさん（60歳）は、ジープで丘に登っていき、難民の子どもたちに会うと、手を振る。しかし彼の別の近くの廃屋は、難民たちに適宜燃料などとして持ち去られている。この島は、ギリシア政府の機能不全、EUの対応の冷たさ、中東の混乱、地政学上のトルコの計算等が相俟って、コントロールできないまでの難民問題に逢着している。丘には2000人近くの子どもがいて、その内351人は孤児状態で、子どもの580人ほどは幼児で、40人くらいしか学校に行けていない。市長たちは別のキャンプへの移送を目指して尽力している）; Matina Stevis-Gridneff, *Greeks Say 'No More': Angry Locals Form Patrols to Repel Asylum Seekers Arriving from Turkey*, The New York Times, International Edition, March 9th, 2020, p1, 2（ギリシアのレスボス島では、トルコからの多くの難民を乗せたボートが、そこには妊婦もいるの

ると言ってよい。

に、上陸を拒まれている。島民たちは、「これ以上は駄目だ！」と気勢を上げている。2015年のシリア難民危機のときには、多くのヨーロッパ諸国が反発する中で、ギリシアは難民救済に積極的だった。レスボス島民は、ノーベル平和賞に推薦されるほどだった。ところが今や反応は敵意を帯びている。ギリシアの中道右派の政権は暫定的に難民の受け入れを中断し、難民問題は各地の住民の問題とされている。国境住民は、自警団を組織し、移民たちを封じ込め、キャンプに追いやろうとしている。トルコはもう自国に300万人以上のシリア難民を抱えており、何千もの新たなシリア難民は、ギリシアに送り込み、ヨーロッパに圧力をかけようとしている。レスボス島の3000人用の難民キャンプには、既に１万5000人以上の難民がおり、モリア村にいるフォチニさんは、「５年間の連帯はもう限度です。」という。トルコがEUとの合意で、難民の流れを閉ざしたあとでも、何千もの難民が来ている。暴力的に阻止しようとする動きすらある。ギリシアとトルコとの間には、長く緊張関係もある。ギリシアのK・ミツォタキス首相は、「トルコは、公然とEU諸国に難民を密輸（密航）させている。こうした事態をギリシアは容認できない」と述べた。今月初めからのトルコからギリシアへの移民・難民者の数は数千である。国連の難民局は、昨年暮れまでに7500人以上が移動しているとする。レスボス島民は、国際支援者が、密航を支援していると苦情を述べている）.

〔さらに、2020年９月のレスボス島モリア難民キャンプでの火災に関しては、Patrick Kingsley, *The Refuge Was Miserable/ Now It's Destroyed: Arson-set Blaze Damaged a Camp in Greece Known for its Cramped Condition*, The New York Times, International Edition, September 11th, 2020, p.3（ヨーロッパでの最大の難民キャンプがある、ギリシア・レスボス島では、もう長い間、間に合わせの家屋に何千もの難民・移民が住んでいた。トイレ、シャワー、医療提供もひどいところである。もう何年も、権利擁護グループは、こうしたひどい状況では、いずれ人道主義上の災害が起きるとしていた。それがまさに2020年９月８日の夜に起きた。12000人以上が居住するモリア・キャンプで火事があり、焼け出された。2015年以来、多くがアフガン難民だった。ここには、3000人を予定するキャンプに２万人以上が詰め込まれ、ひどいテント生活だった。欧州統合の執行の欧州委員会代表のU・ヴォン・デア・ライアン氏は、「深い悲しみ」を表明し、西部ドイツの知事であるA・ラッシェット氏は、そこから1000人くらいの難民を受け容れると述べた。難民キャンプ居住者の幾人かは、島の中心都市チミレーネに逃れている。火事は、キャンプ居住者で怒りのあまり放火したからともされる。島は大混乱状況であり、何千もの人が路上生活をしている。ギリシアの移民副大臣のG・コウモウツアコス氏は、居住・災害弱者の3000人

その他、日本に近いアジア領域で起きている難民問題としてロヒンギャ難民（Rohingya Refugee Crisis）がある。ロヒンギャは、ミャンマーのイスラム教のマイノリティであるが、1970年代から軍部による迫害行動は始まり、近時では、とくに2012年から虐殺・迫害行為がひどくなり、2015年にはボートピープルとなり、2017年のミャンマー西部のラキネ州

あまりに移住居所を提供するとしている。モリアには、2015年以来、トルコから85万人の戦争難民・移民が来て、さらに、30万人がその後来ている。2015年の危機でヨーロッパ諸国が態度を硬化して、その象徴的な存在である。移民たちには、カビが生えた食料が与えられ、果てしなく続く、庇護請求手続を待っており、精神医療危機が覆っている。ミツォタキス首相は、放火したものを問責しているが、他方で、この災害は、生活条件の改善のきっかけになるともいう）; Matina Stevis-Gridneff & Mauricio Lima, *No Place to Live Again: Their Camp Razed by Fire, Refugees in Greece Fear What May Come Next*, The New York Times, International Edition, September 16th, 2020, p. 1, 4（約4000人の子供（そこには何百もの乳幼児も含まれる）及び8000人の大人が、ギリシア・レスボス島のモリア難民キャンプの火事で焼け出され、1.5マイルの海岸線沿いの路上などに右往左往している。2015年から16年にかけての移民・難民危機に続く、欧州統合の冷徹な移民政策の象徴で人道主義的災害である。欧州統合は、ここの不潔さ、疾病状況に責任を持とうとしない。資金は提供するが、「最初の到達点」で基本的に面倒をみるようにとのスタンスである。しかしギリシアでの庇護請求（庇護申請）のプロセスには、１年以上かかるとのことである。モリアは当初は3000人収容の予定だったが、ここに２万人以上いた（目下、コロナとの関係で１万2600人になっているが）。M・アザニさん（15歳）は、「路上で寝るのは、辛いけれど、10ヶ月いたモリア・キャンプはもっとひどい」「監獄のようだ」という。ここでの移民・難民者の３分の２は、アフガニスタン出身である。2020年９月からコロナ感染が広まり（目下少なくとも感染者は35名である）、ギリシア側は、個別的隔離ではなく、キャンプまるごとの隔離を主張し、それに対する反発もあり、火事となった。島民も、かつては親切だったが、そうした寛大さもなくなった。同政府は、被災者はレスボス島に基本的にとどめ置く予定だ。もちろん、１万2600人のうち、孤児など400人は、ギリシア国内に移され、さらに1200人は難民としてドイツに行くことになった。しかしそれ以外については、公平な処遇の道が見つかっていないようだ。しかし路上生活をするY・タヘリ君（16歳）は、教育を受けるために、同島を出たいと言う）参照。さらに、朝日新聞2020年９月17日11面（「ギリシャ難民キャンプで火災」〔河原田慎一＝青田秀樹＝野島淳執筆〕）も参照。〕

での殲滅作戦が激しく（このときだけでも70万人以上もの難民が生まれた）、周辺国各地に逃亡し[40]、とくにバングラディッシュ（とくにそのコッ

[40] ミャンマーにおけるロヒンギャ民族への不正義・虐殺については、Azeem Ibrahim, The Rohingyas: Inside Myanmar's Genocide (Hurst & Co., 2016; 2018 (revised version)) 参照。なお、2017年から19年にかけてのミャンマー軍部によるロヒンギャ迫害につき、最近加害者側からの証言が始まろうとしていることに関しては、例えば、Hannah Beech, Saw Nang & Marlise Simons, *Myanmar Soldiers Tell of Rohingya Slaughter*, The New York Times, International Edition, September 10th, 2020, p.3（元ミャンマー軍隊の兵士二人（ミオ・ウィン・ツンとザオ・ナイン・ツン）が、2017年８月の命令で、『ともかく目に入ったロヒンギャ村民はすべて殺せ』と言うことで、殺戮、大量死体埋葬、村落殲滅、強姦などを行った旨証言している。これはタトマダウといわれるミャンマー軍隊の集団殺戮の一環でなされたものである。この兵士は、先月〔2020年８月〕ミャンマーから脱出したが、2020年９月７日には、国際刑事裁判所のあるヘーグに移送されて、司法手続を受けることになる。『権利強化』という人権ワッチ団体の代表役員のＭ・スミス氏は、「これはミャンマー市民の正義を求める闘争で、記念碑的なことで、初めての犯罪者の側からの証言だ」とする。2017年のミャンマーのロヒンギャ殺戮は、数週間の間で75万もの国籍のない人々が、ミャンマー西部のラキネ州から生まれた。同州では、武装隊が、銃、斧及び付け火で荒らし回った。国境なき医師団によると、2017年８月下旬から９月下旬にかけて少なくとも子供730人を含めた6700人が殺戮され、2017年から2019年にかけて、ロヒンギャの村落は殲滅されたと国連は報告している。しかし、ノーベル平和賞受賞者のアウン・サン・スーチー氏は、ミャンマーを擁護していた。今回の二人の兵士の証言は、こうした公的な見方を打ち砕くものと思われる）参照。また2020年の国連地図からミャンマーのラキネ州からロヒンギャ村が抹殺されていることの問題については、Poppy McPherson, *Rohingya Villages Erased from Myanmar Maps: U.N. Mapping Agency, Which Says It Relies on Government Data, Also Removes Targeted Sites*, The Japan Times, September 15th, 2020, p.6（2017年にミャンマー軍が73万人のロヒンギャの人々を追い払う（国連が「民族的浄化の典型例」とする事例）前には、カンキャ村〔ミャンマーのラキネ州とバングラデシュの国境沿いのナフ川から約５キロ〕はロヒンギャの人の村落だった。しかしミャンマー軍は、民族虐殺との問責に対して、暴徒の掃討作業だったとし、今やそこには、ミャンマー政府及び軍の建物が建ち並び、2020年の国連の地図によると、モーンドー・タウンの一部とされている。カンキャ村は、2017年にミャンマー軍により破壊された400ほどの村落の一つ

クスバザール半島）には、86万人もの（100万人近くとも）ロヒンギャ難民がいるとされ、地球温暖化とともに劣悪な居住環境を強いられている[41]。

である。カンキャ村の傍の村落の元議長（宗教的リーダー）のM・ロフィオさんは、今は、バングラディッシュの難民キャンプで暮らしているが、「ミャンマー軍の意図は、我々を帰還できなくさせるところにある」という。ミャンマーの社会福祉省は、この村落名抹消についてコメントしないし、問題を移送された、一般行政省（GAD）のスーチー代表も、返答をしない。国連の地図からもミャンマー政府に依拠して、ロヒンギャの村は消されており、英国に拠点があるアラカン・ロヒンギャ全国組織（ロヒンギャ権利擁護組織）の不服申し立てにより、その意味を検討中である。元国連人権高等弁務官でミャンマー公使だった李亮喜（リャンヒ）氏（成均館大学教授）（1956～）は、「ミャンマー政府は意図的に難民の帰還を難しくしようとしている。アンデンティティ殲滅のやり方だ。地図に関して、国連もこれに加担している。」と述べる。仏教徒が多数派のミャンマーでは、イスラム教徒のロヒンギャの市民権は否定され、バングラディッシュからの侵入者と捉えられる。同国は2017年の迫害から逃れた難民の帰還にはオープンだとするが、それには適正な手続が必要だとする。ミャンマーとバングラディッシュとの交渉は頓挫し、帰還した難民は違法な入国を理由に逮捕されている。2019年にGADの指令により、殆どがロヒンギャの16の村落だったところの再編成がなされ、モーンドー・タウンの区とされ、6つの村の名前は存続し、10の村の名前は消されている。ロヒンギャは、「バングラディッシュからの外国人」とされ、2017年の迫害前には93％だったのが、今では60％となっている）参照。

[41] E.g., Bhadra Sharma & Mike Ives, *Water Rise Across South Asia, Causing Dozens of Deaths in Region: Floods and Mudslides Force Tens of Thousands to Flee Their Homes*, The New York Times, July 16th, 2019, A7（世界最大の難民キャンプである南西部バングラディッシュでは、50万人のロヒンギャの人が暮らしているが、そこも洪水被害を受けている。毎年、モンスーンシーズンには、豪雨による南アジアの被害はあり、2017年には、1000人以上が水害で死亡し、何千もの家が破壊され、数十名の者が流された。しかし今年（2019年）は、とくに被害は厳しい。インドでは7月初めの段階で32人が死亡し、南部バングラディッシュでは、4万5000人以上の難民が、4月末から水害絡みで影響を受け、ネパールでも水害は地球温暖化、インド国境の道路・インフラ建設、チュア山脈での自然資源の鉱業の影響で、被害は悪化していると懸念されている。水力発電ダムの影響も懸念材料である。中国でも、水資源省は377の河川で洪水が

２－３．問題の所在

こうした諸問題を前に、本稿で検討したい理論的問題の所在を論じておこう。すなわち、これらの諸事例を見ると、移民・難民を受け付けることについて、規範的コンセンサスを得られそうであるが実はそう単純ではない。例えば、シリア難民の EU 受け入れについても、「現実」は筋書き通りにはならず、バックラッシュが起きており、《建前と現実（本音）とのズレ・緊張関係》は、移民法学の世界では、遍在している。むしろそれがこの領域の法学の本質的・核心的な問題としてあるのではないか。

ヨリ具体的には、例えば、《移民を受入れた場合の国内労働者との緊張関係》がそれであり、まさにその点を衝いたのがトランプ大統領である。私は彼の後押しする方向性など持ち合わせてはいないが、彼がこうしたロジックで大統領にのし上がってしまったことはこの緊張関係が閑却できない《強靱なもの》であることを示しているし、それに対する「対抗議論」を民主党側（進歩派側）は説得的に論じていないと説くのは、この分野の論客の一人であるイェール大学ロースクール（難民法）の P・シャック教授である[42]ことも興味深い。

ことほどさように、移民法学の核心的ディレンマを踏まえた反論を意識した「対抗議論」の彫琢無しになかなか方向性が見いだせないであろう（この点で、ようやく政治哲学領域でこの素材でごく最近ようやく賛否の議論をかみ合わせる論議が始まったことも示唆的で、後に紹介分析したい）。そもそも、ディレンマの根源をなす「境界」（border）の意味、移民排除の根拠、ないしそれへの対抗議論も従来詰められてこなかったといっても過言ではないのである。世界中で喫緊の課題、しかも21世紀的なテーマであるのに、この学問的詰めの欠落は驚くべきことで、本稿執筆の一端もそこにある。

あるとした）.

[42] See, Peter Schuck, *Playing Trump's Immigration Game: Democrats Are Mostly Responding to His Outrages with Empty Rhetoric*, The New York Times, August 17th, 2019, A23.

論　　説

複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論（３）

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　客観的帰属の形式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、71巻３号）
第３章　身分犯固有の無価値発生機序

第１節　問題の所在
第２節　オーストリア刑法14条１項２文とそれをめぐる理論
第１項　総説
第２項　自手犯と特別義務犯
第３項　小括
第３節　ドイツおよびスイスにおける議論
第１項　特別犯概念の細分化
第２項　正犯者メルクマールの区別とドイツ刑法28条
第３項　正犯者メルクマールと間接正犯
第４項　小括
第４節　不法身分犯固有の無価値と不法身分犯の区別
第１項　直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯
第２項　責任身分犯について　（以上、本号）
第５節　各論的検討
第４章　身分犯の単独正犯としての実現
第５章　身分犯の共犯としての実現
終章　おわりに

第３章　身分犯固有の無価値発生機序

第１節　問題の所在

正犯と共犯の相違が客観的帰属の質的な相違であるのだとすれば、不法身分犯の正犯および共犯の成否は、不法身分犯固有の無価値が完全なかたちで惹起され、その無価値が客観的に帰属され得るかという点に帰着することとなる。しかしながら、不法身分が前面者に備わってさえいれば、非身分者たる背後者に対して必ず不法身分犯固有の無価値が（間接正犯として）客観的に帰属されるとは限らず、また、不法身分が正犯者に備わってさえいれば、非身分者たる共犯者に対して必ず不法身分犯固有の無価値が（共犯として）客観的に帰属されるとは限らない。なぜならば、不法身分がどのような意味において、あるいは、どのようなメカニズムで不法に影響を及ぼすかということに応じて、不法身分犯固有の無価値の発生条件も変動するはずだからである。そこで、わが国にお

ける身分犯概念と極めて近似する概念である特別犯概念を採用するオーストリア刑法14条およびそれをめぐる議論に目を向けてみると、まさしく、不法身分が不法へと影響するメカニズムには複数の類型があり、それに応じて不法身分の連帯的作用（非身分者への帰属）の要件も一様ではないと考えられている。そのため、オーストリア刑法14条およびそれをめぐる議論を参照することは、わが国における不法身分の連帯的作用の内在的制約を明らかにする上で、極めて示唆に富むものと思われる。そこで、以下では、オーストリアにおける議論を中心的に参照することで、身分の連帯的作用の内在的制約について検討を行う[1]。

第２節　オーストリア刑法14条１項２文とそれをめぐる理論

第１項　総説

オーストリア刑法14条は、次のように規定している。

《第14条（行為者の資格及び関係）》

① 法規が、可罰性又は刑の量を、所為の不法（*Unrecht* der Tat）にかかわる行為者の一身的な特別の資格又は関係（besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse）に依存させているときは、このような資格又は関係が関与者のうちの一人にだけ存する場合であっても、すべての関与者にこの法規を適用するものとする。ただし、所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の保持者がその所為を直接的に実行し（unmittelbar ausführen）又はその他特定の方法でこれに加功する（sonst in bestimmter

[1] なお、*Schünemann* も、特別犯の不法の分析が十分になされてこなかったことを明確に指摘している（*Bernd Schünemann*, Herrschaft über Hilfslosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte?, GA 2017, S. 678: *„Dass das Unrecht von bestimmeten Voraussetzungen in der Person des Täters abhängen könnte, wurde lange Zeit nicht als eigentliches allgemeines Problem erkannt und analysiert.“*）。

Weise mitwirken）ことに依存しているときは、このような条件もみたされていなければならない。

② これに反して、一身的な特別の資格又は関係が専ら責任（*Schuld*）にかかわるときは、その法規は、このような資格又は関係を備えている関与者に対してのみ適用するものとする。

オーストリア刑法14条は、特別犯への関与（Beteiligung am Sonderdelikt）に関する規定であり[2]、同条にいう「特別の一身的資格又は関係」とは、特別犯概念のメルクマールを指すものである。本条は、注目すべきことに、特別犯メルクマールが不法に関係するか責任に関係するかに応じて、その作用を決定するという立場を採用している[3]。

オーストリア刑法14条１項は、１文において不法に関係する特別犯メルクマールの連帯的作用を定めているが、２文ではその但書に相当する内容が示されている。その意味で、オーストリア刑法14条は、不法に関係する特別犯メルクマールの連帯的作用を規定しつつも、その連帯的作用には制約が付されているのである[4]。そして、２文前段の「所為の不法が、一身的な特別な資格又は関係の保持者がその所為を直接的に実行…

---

[2] *Ernst Eugen Fabrizy*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 112. Lfg., 2014, § 14 Rn. 1; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 1; *Stephanie Öner/Hannes Schütz*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 14 Rn. 1; *Einhard Steininger*, Starfrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2012, Kap. 21 Rn. 104; *Otto Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, Kap. 16 Rn. 115; *Bettina Weisser*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 317; Erläuternde Bemerkung zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, 30 der Beilagen XIII. GP (zit.: EBRV 1971), S. 81

[3] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 2; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 3, 16 ff.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 5 f., 16; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 115; *Weisser*, a. a. O. (Fn. 2), S. 317; EBRV 1971, S. 81.

[4] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 13; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 26 f.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 9; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 112.

する（*unmittelbar ausführen*）ことに依存しているとき」とは、「自手犯（eigenhändige Delikte）」を指すものと解されており、２文後段の「所為の不法が、一身的な特別の資格又は関係の保持者が…その他特定の方法で（*sonst in bestimmter Weise*）これに加功することに依存しているとき」とは、「特別義務犯（Sonderpflichtdeikte）」を指すものと解されている[5]。こうした、不法に関係する特別犯メルクマールの連帯的作用の制約はどのようにして生ずると考えられているのであろうか。以下では、その点について検討を進める。

第２項　自手犯と特別義務犯

（１）自手犯

自手犯（eigenhändige Delikte）とは、身分者が一定の行為を直接実行しなければ固有の不法を基礎づける無価値が発生しないような犯罪類型をいう[6]。換言すれば、自手犯とは、身分と一定の行為が分離されてしまえば、不法を観念し得なくなるような犯罪類型である[7]。それゆえ、自手犯においては、関与者のうちの誰かに身分が備わっていたとしても、身分者が一定の行為を直接実行していない限り、不法が観念され得ず、非身分者たる関与者に対して身分が連帯的に作用することはないというこ

---

[5] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 13 ff.; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 28 ff., 32 ff.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 10; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 112 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 121 ff.; EBRV 1971, S. 81.

[6] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 14; *Adrian Eugen Hollaender/Christoph Mayerhofer*, Grundlagen des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil I, 2007, S. 151; *Kieapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 28; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 113; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 122; *Weisser*, a. a. O. (Fn. 2), S. 320.

[7] *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 113: „Die besondere Eigenschaft des Tatsubjekts und die Tathandlung sind von Unrechtsgehalt derart verwoben, dass sie nicht getrennt werden können, ohne dass auch der typische Unrechtsgehalt entfiele."

とになる。2文前段はこのことを規定するものと解されている。自手犯の典型例として挙げられているのは、オーストリア刑法211条の近親相姦罪（Blutschande）であり、*Steininger* はこれに関して次のように説明している。「自手特別犯の典型例は、必然的に、特別の資格または関係の保持者（この場合、特定の近親者）どうしが性交することを前提とする211条1項ないし3項の近親相姦罪である。そうした場合にはじめて、この犯罪の不法が生ぜしめられる。それに共働する第三者は、このような前提のもとにおいてのみ可罰的である。身分者が何らかの方法で加功しなければならないという14条1項1文の一般的規定は制限される。すなわち、たとえば兄（弟）が見張りをしている間に、第三者が彼の妹（姉）と性交したという場合、事態はまったく異なる。つまり、近親相姦罪の根本的な不法の基礎づけ（prinzipielle Unrechtsbegründung）が欠けているのである。関与者の誰も、すなわち身分者も非身分者も、可罰的ではないのである」[8]。

（2）特別義務犯

次に、特別義務犯（Sonderpflichtdelikte）とは、身分者が故意により特別の義務に違反するかたちで共働しなければ固有の不法を基礎づける無価値が発生しないような犯罪類型をいう[9]。したがって、オーストリア刑法14条1項2文後段にいう「その他特定の方法で」とは、故意により特別の義務へ違反することをいうと解釈されることになる。こうした特別義務犯という不法特別犯のカテゴリーの存在を明確に指摘したのが、*Nowakowski* である。彼は、法益侵害が身分者による故意的関与に依存するような特別犯が存在することは否定できないという主張を展開し、その理由を各論的考察から帰納的に導いている。すなわち、特別犯の中には、オーストリア刑法311条のように、明らかに資格者による故意的関与が要求されるものが存在し、このことは、その不法が資格者による

[8] *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 113.

[9] *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 15; *Hollaender/Mayerhofer*, a. a. O. (Fn. 6), S. 151; *Kieapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 32; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 116; *Weisser*, a. a. O. (Fn. 2), S. 321.

故意的関与を前提とするような特別犯の存在を示唆しているのであって、そうした特別犯においては、故意のない資格者をして客観的に義務に違反する行為を実行させたとしても、刑罰が想定する背信（*Vertrauensbruch*, den die Strafdrohung meint）が実現されておらず、不法が生じていないとするのである[10]。特別義務犯の典型例として挙げられるのは、背任罪（オーストリア刑法153条）や職権濫用罪（同302条）である。両罪においては、資格者が故意的に職権を濫用することが不法の前提とされており、この前提が欠ける場合には不法も欠如すると解されている[11]。

なお、こうした特別義務犯の理解は、非身分者が特別義務犯に対する関与としての罪責を負うための故意の要件にも影響を及ぼすこととなる。すなわち、OGH 判例によれば、非身分者が特別義務犯に対する関与者としての罪責を負うためには、非身分者の故意が、身分者が少なくとも未必の故意をもって義務違反を行うということに及んでいなければならないとされ[12]、こうした理解は学説上も概ね支持されている[13]。

（3）分類の意義

不法特別犯を自手犯と特別義務犯に分類する意義は、不法身分犯においては固有の無価値が発生するメカニズムが一様ではないために、その相違を明らかにするという点にある[14]。そして、そのような固有の無価

---

[10] *Friedrich Nowakowski*, Die Sonderdelikte, beurteilt nach ihrer Begehbarkeit durch extranei, in: Zum neuen Strafrecht, Bd. 1, Österreichische Richterwoche 1974, S. 158.

[11] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 34.

[12] OGH SSt 61/116; SSt 58/74; RZ 1987/4; 14 Os 143/09z; EvBl 2001/45; EvBl 1998/80.

[13] Siehe *Margarethe Flora*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 153 Rn. 46; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 39; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 11.

[14] *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 113: „Ob ein solches eigenhändiges Sonderdelikt vorliegt, ist stets durch Interpretation der betreffenden Strafnorm zu ermitteln. Im Mittelpunkt steht, wie bereits angedeutet, die Frage, ob

値発生機序の内容によって、不法特別犯における可罰的関与の要件も導かれることになるのである。*Steininger* は、14条の構造について、次のように述べている。「包括的な１文を背景として、１項２文は、特定の制限を規定している。すなわち、所為の不法が、『特別の一身的資格または関係の保持者が所為を直接的に実行しまたはその他特定の方法でこれに加功することに依存しているときは、こうした前提も満たされていなければならない』。ここでも中心にあるのは、当該犯罪の不法である。特別の関係または資格の保持者（身分者としての行為主体）が所為を直接的に実行し（前段）、または、その他特定の方法でこれに加功した場合においてのみ、犯罪固有の無価値（*deliktstypischer Unwert*）が生ぜしめられるような状況というものが存在するのである。前段が自手（特別）犯を、後段が特別義務犯を規定している。いずれも、14条１項における１文に対する制限として理解されねばならない。身分者がこうした特別の方法で加功していないのであれば、身分者もその加功者も不可罰となる」[15]。また、*Kienapfel/Höpfel/Kert* も、「ある特定の犯罪における法益侵害（＝所為の不法）は、特別の一身的資格または関係の保持者が所為を自ら、すなわち直接行為者として実行し（「自手犯」）、もしくは、その他特定の方法で（たとえば故意で）これに加功する（いわゆる特別義務犯）ということに依存し得る」ことから、14条１項２文は、自手犯と

---

der *besondere Unwert der Strafnorm* erst dann hergestellt wird, wenn der Normadressat das deliktische Verhalten selbst unmittelbar vornimmt.“ und Rn. 117: „Entscheidend ist, dass Intraneus [...] den *Unwert des Delikts* erst dadurch herstellt, indem er gegen eine ihn treffende, besondere Pflicht handelt. [...] Die besondere Mitwirkung des Intraneus an der Pflichtverletzung wird nämlich bei diesen Delikten [Sonderpflichtdelikten] vor allem darin gesehen, dass sich dieser der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewusst ist. Gerade diese subjektive Komponente stelle den *Unwert der Sonderpflichtdelikte* her.“

[15] *Eihnard Steininger*, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 38. Lfg., 2018, § 14 Rn. 20; ebenso *ders.*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 112; vgl. auch *Helmuth Fuchs/Ingeborg Zerbes*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, 35. Kapitel Rn. 18, 20a.

特別義務犯に関する限りにおいて、１文を修正しているのだとする[16]。さらに、オーストリア刑法1971年草案の理由書も、「関与者のうちの一人が行為主体としての資格を備えていれば、常に所為像的不法が実現されるわけではない」として、不法身分犯における不法が、身分者の関与方法に依存していることを前提としていたのである[17]。

（４）自手犯でも特別義務犯でもない不法身分犯の存否

オーストリア刑法14条１項２文は、同項１文に対する制約としての機能を担うものであるが、同項１文のみが適用され同項２文は適用されないような不法身分犯が存在するかについては争いがある。オーストリア刑法14条１項の構造からすれば、同項２文は１文に対する例外的な規定と解するのが自然である[18]ことから、条文解釈としては肯定説が妥当であるようにも思われる。しかし問題は、実際にそうした不法身分犯が存在するのかということである。

これを肯定的に解する *Bertel* は、実例としてオーストリア刑法156条の詐欺的破産罪および同158条の債権者庇護罪を挙げている[19]。*Bertel* はまず、「身分者が何らかの方法で（in irgendeiner Weise）所為像の実現において共働するということで足りる身分犯というものが存在する。そして、身分者がまさに実行行為を実行し（刑法14条１項２文前段）また

---

[16] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 26 f.

[17] EBRV 1971, S. 81 f.: „*Nicht immer wird das tatbildmäßige Unrecht schon dadurch hergestellt, daß einer der Beteiligten die Qualifikation als Tatsubjekt aufweist.* Manchmal kommt es darauf an, daß der Qualifizierte in bestimmter Weise an der Tat beteiligt ist. So insbesondere bei den eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten, deren Unrecht durch den Bruch eines besonderen Vertrauensverhältnisses seitens der qualifizierten Person mitbestimmt wird. […] Es genügt also nicht, daß die besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse bei einem beliebigen Beteiligten vorliegen. *Sie müssen vielmehr so vorliegen, daß dadurch das dem gesetzlichen Tatbild entsprechende Unrecht hergestellt wird.*“

[18] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 26; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 112.

[19] *Christian Bertel*, Mitschuld an Kridadelikten, RdW 1991, S. 134 f.

は『その他特定の方法で』所為像の実現において共働しなければならない（刑法14条１項２文後段）身分犯というものが存在する。『特定の方法』の本質は、多くの身分犯においては、身分者が所為像の実現において何らかの方法でということではなくまさに故意で共働しなければならないという点にある。例として用いられ得るのは、背任罪（刑法153条）および職権濫用罪（刑法302条）である。背任罪は、行為の内的側面において代理権の意図的な濫用を要求しており、職権濫用罪は、統治上の権限の意図的な濫用を要求している。虚偽の証言により裁判官をして誤った判決をさせた証人は、――当該裁判官が正しいと考えて行動しており刑法の意味における職権濫用が存在しない限りにおいて――裁判官による故意でないかたちで遂行された職権濫用に関与したわけではなく、偽証罪（刑法288条）を遂行したのである」[20]として、オーストリアにおける身分犯の分類について述べた上で、オーストリア刑法156条および158条を特別義務犯に分類する *Mayerhofer* の見解[21]を次のように批判している。「刑法156条および158条は、行為の内的側面として故意を超えるものを要求していない。所為像に該当する不法の客観的要素は、156条の場合は、債務者がその財産を減少させることによって債権者に損害を与える点に、158条の場合は、債務者が他の債権者を優先的に満足させることによって債権者の一部に損害を与える点にある。これらの不法要素は、身分者が故意で行為していないとしても実現され得るし、非身分者によりその故意のもとで着手され得る。債権者保護団体の幹部が、たとえば債権者に対して債務者の経済状況が実際よりもよいと言うなどの作為により、故意で、債務者が赤字の事業を継続することによりその財産を減少させ債権者に損害を与えるのに寄与した場合には、彼が、債務者が義務違反的な事業継続により故意でまたは故意なく遂行した詐欺的破産に対する寄与正犯として可罰的とされるべきでないということの根拠は、法

[20] *Bertel*, a. a. O. (Fn. 19), S. 134 f.

[21] *Christoph Mayerhofer*, Keine Mitschuld des Gläubiger an der Krida des Schuldner – ein Beitrag zur Beihilfe am Sonderdelikt, ÖJZ 1989, S. 238; vgl. auch *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 15), 35. Kapitel Rn. 30.

政策的にも刑法理論的にも存在しないのである」[22]。ここで *Bertel* は、オーストリア刑法156条および158条が特別義務犯に該当しないことから、自手犯にも特別義務犯にも該当しない身分犯として位置づけているようである。しかしながら、オーストリア刑法156条は、一般条項的に構成要件該当行為を「その他実際に又は外観上財産を減少させる（sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringern）」と規定しており、*Bertel* が示す事例においても、身分者による直接的な財産減少行為の実行が存在する。また、同158条も構成要件該当行為を「ある債権者を庇護する（einen Gläubiger begünstigen）」として規定しており、債務者が故意なく一部の債権者の利益となるようふるまった場合には、債務者による直接的な庇護行為の実行が存在する。このように、結局のところ、オーストリア刑法156条および158条は、身分者たる債務者が客観的に財産減少行為ないし庇護行為を直接的に実行することを要求するものと解され、オーストリアにいう自手犯に該当することになる。したがって、オーストリア刑法156条および158条は、第三類型としての身分犯の存在の例証にはなっていないと思われる。

これに対して、自手犯にも特別義務犯にも該当しない不法特別犯の存在を否定的に解する見解は、むしろ理論的にそのような不法特別犯が存在しないということを根拠とする。たとえば、*Triffterer* は次のように述べている。「14条１項の文言は、同項２文が同項１文において一般的に表現された規定に対する制限を含んでいるという印象を与える。しかし刑法典において、たしかに14条１項１文が適用されるが、14条１項２文のいずれにも該当しないような特別犯というのは、不明である。というのも、身分者が（たとえば、身分者が何も知らず単に被害者を犯行場所へと連れて行くなどして）何らかのかたちで因果的に（irgendwie kausal）共働したというだけで足りる場合が存在しないため、その不法が基礎づけられるには（für die Unrechtsbegründung）、身分者と所為像実現との間に（たとえば、直接実行といった）ある特定の事実的関係（bestimmter *faktischer Bezug*）またはある特定の法的関係（bestimmter *rechtlicher Bezug*）が前提とされるからである。したがって、14条１項

[22] *Bertel*, a. a. O. (Fn. 19), S. 135.

２文の前段・後段は、いずれにも属しないもののない二分割（*abschließende Zweiteilung*）として理解される」[23]。

上記の *Triffterer* の見解は、きわめて説得的であるように思われる。不法特別犯は、身分が関係することによってはじめて生ずる固有の無価値を前提としている以上、身分と構成要件実現との間には特別な結びつきが認められるはずであると解されるからである。肯定説からは、自手犯でも特別義務犯でもない不法特別犯の例として横領罪が挙げられるが、横領は領得意思の発現によって認められ一見他人を通じて実現されたように見えたとしても常に身分者による直接的な実行が問題となるのであり、だからこそオーストリアの通説も横領罪を自手犯として分類しているのである。このように、一部の自手犯においては、その構成要件該当行為が、一見他人を通じて実現させたように見える行為をも含むかたちで設定されているのであって、これをもって自手犯でないとする理由にはならないように思われる。結論としては肯定の立場を採る *Friedrich* が、そうした構成要件はまったく不要であるとする[24]のも、こうした趣旨であろう。

第３項　小括

以上の検討から明らかなように、オーストリアにおいては、特別犯メルクマールがどのようなかたちで不法に影響を及ぼすのかというメカニズムに関しては複数の類型が存在するということが自明の事柄として理解されており、それを前提とした上で、特別犯概念はさらに少なくとも自手犯と特別義務犯に区別されている。このような区別によって、外形上特別犯の実現に関与した非身分者の罪責は非常に明快に説明されることになる。すなわち、自手犯の場合には、身分者が一定の行為を直接的に実行している限りにおいて、背後において可罰的関与を実現することが可能であるのに対して、特別義務犯の場合には、身分者が故意的に関

[23] *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 121.

[24] *Wilhelm Friedrich*, Triffterers Beteiligungslehre – eine vermittelnde Lösung?, RZ 1986, S. 259.

与している限りにおいて、背後において可罰的関与を実現することが可能である。こうしたオーストリアにおける理論は、不法身分犯を一緒くたに扱ってきたわが国の議論に対して、非常に大きな示唆を与えるものといえよう。

第３節　ドイツおよびスイスにおける状況

行為主体の制限が、構成要件において前提とされる無価値が事実上一定の者によってのみ惹起可能であることに基づいているのか､あるいは、構成要件において前提とされる無価値が特別の義務への違反をその内容としていることに基づいているのかを区別する考え方は、オーストリア固有のものというわけではない。すなわち、ドイツおよびスイスにおいても、特別義務に由来する正犯者メルクマールとそれ以外の正犯者メルクマールを区別した上で、それを備えない共犯者に対する影響が論じられてきたのである。そこで、本節では、ドイツおよびスイスにおける特別犯論ないし正犯者メルクマール論を検討し、行為主体制限の根拠が必ずしも一元的ではなく、特別義務に由来するものとそうでないものが存在するという理解がドイツおよびスイスにおいても広く共有されているという点について確認する。

第１項　特別犯概念の細分化

義務犯論の発展に伴い、伝統的な特別犯概念は再考を迫られるに至った。すなわち、正犯者の範囲が一定の資格者に限定される犯罪としての特別犯概念の中に、義務犯という犯罪が存在することが認知されるようになったが、特別犯のすべてが義務犯であるというわけではないということも同時に認知されるようになったのである。*Pariona Arana* は、明確に、次のように述べている。「前述のような新しい正犯概念の特徴づけからは、必然的に、以下のような結論を導き得る。すなわち、義務犯というカテゴリーは、（単純な）特別犯（bloße Sonderdelikte）というカテゴリーとは異なるということである。両カテゴリーは、異なる内容と機能を有している。義務犯は、正犯者の法的な特別の義務との関係にお

いて定義される。すなわち、特別の義務（たとえば財産保護義務）の侵害がまさに正犯性の基準であるために、特別の義務が正犯性の決定に際して重要な役割を担うのである。背任罪（刑法266条）および枉法罪（332条）は義務犯である。というのは、正犯性が、これらの構成要件においては、行為者の法的な特別の義務を前提としており、その侵害が正犯性を基礎づけるからである。それに対して、『特別犯』という概念は、正犯者範囲の決定（のみ）を可能にするメルクマールに関係するものであり、このメルクマールは通常、正犯性を決定する基準ではない。たとえば、刑法332条における『公務担当者』というメルクマールは、正犯者となる可能性のある者の範囲、つまり規範の名宛人のみを決定している。つまり、『公務担当者』というメルクマールを示す者のみが、当該構成要件の正犯者たり得るのである。しかし、『公務担当者』というメルクマール自体は、正犯基準ではない。」「義務犯論は、特別の義務の決定的な重要性を発見した。さらに、特別の義務の意義は、次のような結果へと至らしめる。すなわち、義務犯というカテゴリーは、たとえば正犯者の人格においてある法的な特別の義務を前提とするすべての構成要件を含むため、特別犯というカテゴリーよりも広範であるということである。これによって、伝統的な見解によれば特別犯ではない犯罪が義務犯の範囲に属するということとなった。それゆえ、正犯者範囲が特定の職業集団に限定されていない犯罪も義務犯である。同様に、義務犯の領域は、特別犯の領域よりも小さい。すなわち、囚人による暴動（刑法121条）のように、すべての特別犯が義務犯に属するわけではない。というのは、『囚人』という構成要件メルクマールは、正犯者範囲のみを記述しており、特別の義務には関係していないからである」[25]。このようにして、正犯者の範囲が限定されるドイツ流の特別犯概念の中にも、特別義務への違反を要素とするものとそうでないものとが含まれているという認識が広がりを見せ、両者の区別を前提とした正犯論が展開されているのである。

こうした考え方を立法上取り入れたのが、スイス刑法26条である。す

[25] *Raúl Pariona Arana*, Täterschaft und Pflichtverletzung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, 2010, S. 77 f.

なわち、スイス刑法26条は、「特別犯に対する共犯（Teilnahme am *Sonderdelikt*）」という見出しが付され、「可罰性が正犯者の特別の義務（*besondere Pflicht* des Täters）によって基礎づけられ又は高められるとき、この義務を課せられていない共犯者は、刑が減軽される」という内容の規定となっているため、スイス刑法は、同条にいう「特別の義務」が特別犯を標識するメルクマールであるということを前提としているのである。したがって、スイス刑法の用語法によれば、特別犯とは、正犯者の範囲が制限される犯罪類型一般ではなく、そのうち特別義務への違反が要素とされるものをさすということとなる。

第２項　正犯者メルクマールの区別とドイツ刑法28条

さらに、ドイツ刑法28条の適用の有無をめぐる正犯者メルクマールの区別も、同様の方向を示すものである。すなわち、近時ドイツおいて有力な見解によれば、正犯者メルクマールには、特別義務に由来するものとそうでないものが存在し、ドイツ刑法28条が適用されるのは前者のみであるとされているのである。

たとえば、*Puppe* は、正犯者メルクマールの中には行為者の特別義務を示すもの（特別義務メルクマール（Sonderpflichtmerkmale））が存在し、こうした正犯者メルクマールについてはドイツ刑法28条の適用がある[26]とした上で、次のように述べている。「特別義務メルクマールと区別されなければならないのは、いわゆる機能上は物的である正犯者メルクマール（*funktionell sachliche* Tätermerkmale）である。［……］それらは、以下の点によって特別義務メルクマールから区別される。すなわち、それらは、それを備える者に対して、高められた一身的な法的義務を課すわけではないということである。したがって、それらに対しては、28条は適用し得ない」[27]。

---

[26] *Ingeborg Puppe*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2017, §§ 28, 29 Rn. 54.

[27] *Puppe*, a. a. O. (Fn. 26), §§ 28, 29 Rn. 58; ebenso *dies.*, Jedem nach seinem Schuld, ZStW 2008, S. 513 ff.: „Es gibt jedoch Tatbestände, die eine besondere

Heine/Weißer も、「法規がその可罰性をある特定の人的範囲に限定している場合、このことの根拠は必ずしも、この者が、当該行為が彼らにおいてのみ当罰的またはより当罰的であると思わせるような特別の義務（Sonderpflichten, die die betreffende Handlung nur bei ihnen als strafwürdig (er) erscheinen lässt）を有するという点に存するわけではない。法規は時折、それによって特別の義務およびそれに伴い正犯者を特徴づける特別の不法を表現するというわけではなく、単に構成要件該当行為を特定の生活領域ないし社会的状況に帰すために、正犯者の記述を用いることがある。このような類の事例においては、正犯者範囲の特徴づけによって、同時に法益も決定されているのである。特別の義務が人的不法要素を基礎づけるような事例グループに対してのみ、28条１項の適用が事物に適うと思われるのに対し、第二の事例群においては、従属性原理が適用されなければならない。たとえば、枉法罪等はまさしく、特別の人的な義務違反という要素によって特徴づけられるため、非資格者に対しては当然に28条１項が適用され得る。それに対して、執行妨害罪（288条）においては、たしかに正犯は執行債務者に限定されているが、その人格は行為の不法にとって決定的な意義を有しない。誰でも、執行債務者という状況に陥り得る。正犯者範囲の限定は、債権者に対する何らかの特別な忠実義務（人的不法）から生ずるものではなく、ただ行為が特定の生活状況においてのみ遂行され得るということから生じている

Rechtstellung des unmittelbaren Täters voraussetzen, ohne dass diesem daraus eine besondere Vertrauensstellung gerade gegenüber dem verletzten Rechtsgut erwächst. [...] Dass gerade diese Personen als unmittelbare Täter der genannten Straftatbestände in Betracht kommen, liegt nicht daran, dass ihnen die durch diese Tatbestände geschützten Rechtsgüter besonders anvertraut sind, sondern lediglich daran, dass sie die besondere Machtstellung besitzen, die erforderlich ist, um diese Rechtsgüter in der tatbestandlich beschriebenen Weise anzugreifen. Es besteht danach kein Grund, Gehilfen oder Anstifter milder zu bestrafen, wenn sie nicht diesem Personenkreis angehören. Die Zugehörigkeit zu diesem Kreis ist ein reines Unrechtsmerkmal, das voll akzessorisch zu behandelt ist. Man bezeichnet solche Merkmale der Täterperson als „*funktional sachliche*“ Merkmale.“

のである」[28]とする。

このように、ドイツ刑法28条の解釈論においても、正犯者メルクマールの中には、特別義務に由来するものとそうでないものが併存しているということが指摘されるに至っているのである。

第３項　正犯者メルクマールと間接正犯

ドイツおよびスイスの通説によれば、正犯者メルクマールが要求される特別犯においては、正犯者範囲が制限されることから、特別犯においては間接正犯はおよそ成立し得ないとされる[29]。しかしながら、こうした結論は、必ずしも十分な基礎が与えられているわけではない。この点について明確に指摘しているのが、*Puppe* である。「すべての正犯者メルクマールが非資格者による間接正犯としての構成要件実現を排除するという事実は、すべての正犯者メルクマールを28条１項の意味における特別の一身的な義務メルクマールに分類する場合にのみ、規範的に正当化され得る。たしかに、間接正犯者は、道具としての資格者を通じて行為することにより、法益に対する犯罪固有の侵害可能性を獲得する。そうであるにもかかわらず彼が当該構成要件において不可罰であるということは、正犯者メルクマールが間接正犯者には到達し得ない要素を含んでいるということによってのみ説明され得る。そうなり得るのは、侵害法益に対する資格者の一身的な特別義務のみである。しかし、こうした結論は、まったくもって、常に特別犯における間接正犯の構成要件不該当性から導かれるわけではない。完全に従属的に取り扱われる正犯者メルクマールにおいては、非資格者の間接正犯の排除は、刑法の断片的性格の現象形態として説明される。構成要件における不法の類型化の明確さのため、立法者は、非資格者による間接正犯者としての構成要件における類型的な侵害という稀有な事例を、資格者の正犯者としての行為と比較して無価値の相違を示さない構成要件においても、不問に付してい

---

[28] *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2014, § 28 Rn. 18

[29] Siehe *Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, S. 352 f.

るのである」[30]。つまり、*Puppe* によれば、特別義務に由来する正犯者メルクマールが要求される犯罪類型においては、非資格者による間接正犯はそもそも構成要件的に不可能であるのに対して、それ以外の正犯者メルクマールが要求される犯罪類型においては、謙抑性の見地から非資格者による間接正犯が否定されるにすぎずそれが構成要件的に不可能であるというわけではないということである[31]。そうであるとすれば、ドイツにおいても、非資格者による間接正犯の成立の余地を完全に排除する正犯者メルクマールと必ずしもそうではない正犯者メルクマールが併存しているということになろう。

第４項　小括

以上のように、ドイツおよびスイスにおいても、特別の義務に由来する正犯者メルクマールと、そうではなく保護法益に対する侵害の事実的な可能性に由来する正犯者メルクマールとが併存するという理解が広がりを見せており、（不法）身分を細分化せずに扱ってきたわが国の議論に再考を迫るものといえよう。わが国における身分についても、単に法益侵害の事実的可能性に基づくものと特別の義務に基づくものへの区別が妥当し、そのような区別を基礎に置いてはじめて、身分犯への可罰的関与の成否に関する正しい検討が可能となるものと思われる。また、そうした検討にあたっては、正犯者メルクマールの発生根拠次第で、間接正犯の成否をめぐる結論も影響を受けるという *Puppe* の指摘が参考になるであろう。

第４節　不法身分犯固有の無価値と身分犯の区別

第１項　直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯

（１）直接実行型不法身分犯

[30] *Puppe*, a. a. O. (Fn. 26), §§ 28, 29 Rn. 60.

[31] Vgl. auch *Puppe*, a. a. O. (Fn. 27), S. 515.

わが国においても、オーストリアにおける意味での自手犯に相当する犯罪類型が存在する。たとえば、単純逃走罪（刑法97条）においては、当然のことながら、「裁判の執行により拘禁された既決又は未決の者」自身が逃走することが固有の無価値の前提とされている。ここではまさに、身分者による逃走という行為の直接的な実行が不可欠とされている。このような不法身分犯においては、構成要件該当行為の全部または一部が、非身分者によっては代替し得ないものとして設定されているのである[32]。

こうした考え方は、わが国においても既に各論的なレベルで示唆されている。たとえば、秘密漏示罪および虚偽公文書作成罪をめぐる、「Aが患者Cの希望により自己の病名を聞いてきてほしいと依頼されたと医師Bを欺罔してCの秘密を聞き出した場合、そこでは秘密漏示罪（134条）の構成要件に該当する違法事実が実現されている。もちろん、Bの漏示行為は錯誤によるものであるが、秘密漏示罪が医師の守秘義務という職業倫理を保護法益とするものでない以上、構成要件に該当する法益侵害は存在するのである。また、Aが深夜、役所に侵入し、公務員Bの机上にある書類の中に内容虚偽の文書を紛れ込ませ、翌日事情の知らないBがこれに署名・押印した場合も虚偽公文書作成罪（156条）の構成要件に該当する違法事実は実現されている。だとすれば、これらの場合に、Aを秘密漏示罪、虚偽公文書作成罪の間接正犯とすることも可能なように思われる」[33]との指摘は、134条においては、医師による漏示行為の（客観的な）直接実行が、156条においては、公務員による作成行為の（客観的な）直接実行がありさえすれば、固有の無価値が基礎づけられるとの理解を示すものにほかならないであろう[34]。

以上のようなカテゴリーの不法身分犯を、「直接実行型不法身分犯」

---

[32] Vgl. *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 114: „Typisch für den Charakter als eigenhändiges Delikt ist, dass die gerade von jenem Tatsubjekt geforderte Handlung, nämlich die Hilfeleistung am Verletzten, nicht durch Handlungen Dritter strafrechtlich „substituiert" werden kann."

[33] 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（弘文堂、第３版、2019年）358頁。

[34] もっとも、後述のように、本稿の理解によれば、例示されている事例においては間接正犯は成立し得ないことになる。

と呼ぶこととする。直接実行型不法身分犯においては、巨視的にいえば、身分者による直接的な実行が要求される一定の行為を身分者が直接的に実行していない限り、固有の無価値が発生していないこととなり、それに対する可罰的関与は、正犯としてであれ共犯としてであれ不可能であるという帰結が導かれることとなる。

（２）特別義務違反型不法身分犯

さらに、直接実行型不法身分犯とは別に、身分者に課せられた特別義務の故意的な侵害が固有の無価値を基礎づける不法身分犯も存在する。その固有の無価値が身分者による故意的な特別義務違反を前提とする身分犯の存在は、現行法の立法者によっても示唆されている。わが国の刑法には156条の虚偽公文書作成等罪および157条の公正証書原本不実記載等罪が存在するが、後者は、非身分者が情を知らない身分者を利用して所定の公文書を作成させるなどした場合に成立し、身分者が情を知っていた場合には成立しないと解されている[35]。そうすると、後述のように、刑法156条が、文書の実質的真正性に対する社会一般の信頼に加えて、公務員が実質的真正性を備えた文書を作成するということに対する社会一般の信頼をも保護しているということと併せ考えるならば、立法者は、後者の保護法益はまさに公務員が故意をもって虚偽の公文書を作成した場合にはじめて侵害されるとの理解を前提としていたと考えられる[36]。

こうした考え方も、様々な論者によって各論的なレベルで指摘されてきている。たとえば、収賄罪をめぐる、「収賄罪の法益は、職務行為の

---

[35] 佐久間修『刑法各論』（成文堂、第２版、2012年）351頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論』（弘文堂、第７版、2018年）390頁、山口厚『刑法各論』（有斐閣、第2版、2010年）454頁。

[36] *Fuchs/Zerbes* も、公務員による職権濫用罪（オーストリア刑法302条）に関して、「公務員が粗略（nachlässig）であることは由々しき（schlimm）ことかもしれないが、彼（公務員であり第三者ではない）が意図的に彼の義務に違反した場合に、はじめて302条の固有の不法が完全に生ぜしめられるのである」と指摘している（a. a. O. (Fn. 15), 35. Kapitel Rn. 20a; ebenso *Helmut Fuchs*, Probleme der Beteiligung mehrerer, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 14, 1986, S. 23）。

不可買収性(Unentgeldlichkeit und Unkäuflichkeit der Amtshandlungen)、すなわち公務員の清廉性にあると解せられるべきであるが、公務員が他の公務員または非公務員を道具としてその法益を侵害することはもちろん可能である。だが、非公務員が、故意を欠く公務員、または強制された公務員を利用することによっては、本罪は犯しえぬとおもう。けだし、さような公務員の行為を利用することによっては、そもそも公務の清廉性は害せられないからである」[37]、「私人Aが公務員Bに『菓子箱』だと誤信させて『現金の入った箱』を渡した場合に収賄罪（197条）の間接正犯が成立するわけではない。しかし、それは、公務員に『賄賂』の認識が欠けるため収賄罪の構成要件に該当する違法性が実現されていないことによるのである」[38]といった指摘[39]は、収賄罪固有の無価値が、身分者による故意的関与によって構成されているということを前提とするものであろう。さらに、虚偽公文書作成罪をめぐっては、私人による同罪の間接正犯が成立し得ないことの一つの理由として「本罪の保護法益としては、文書の真実性に対する公共の信用だけでなく、公務員に対する信頼も含まれており、ここで問題となっているように当の公務員が情を知らない場合には、公務員に対する信頼はさほど侵害されない」[40]という

---

[37] 大塚仁『間接正犯の研究』（有斐閣、1958年）267頁。

[38] 西田・前掲注（33）334頁。

[39] そのほか、「収賄罪（刑法一九七条）は公務員がその職務に関して賄賂を収受することなどで成立する犯罪であるが、身分者は非身分者を通じてこの犯罪を犯すことができるが、非身分者は故意のない身分者を通じてこの罪を犯すことはできないと解せられている。この罪は公務員という身分があることによって廉潔の義務を負う者についてその義務違反を前に出し、公務員の不可買収性ないし職務の廉潔という法益の保護をその背後においている犯罪であって、義務違反というのは故意の義務違反でなければならないから、故意のない公務員を通じてこの罪を犯すことはできないと解せられる」とするものとして、青柳文雄『犯罪と証明』（有斐閣、1972年）78頁。このほか、滝川幸辰『刑事法判決批評　第二巻』（立命館出版部、1937年）135頁、松宮孝明『刑法総論講義』（成文堂、第５版、2017年）307-308頁参照。

[40] 林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、第２版、2007年）377-378頁。なお、ゆえに論者は、刑法157条の趣旨を、「私人が公務所で公務員に虚偽の申立てをし、公務員をして公文書に虚偽の記載をさせる行為は、公務員自身が故意をもって

ことを挙げる見解があるが、こうした見解も、虚偽公文書作成等罪固有の無価値が、身分者による故意的関与によって構成されているということを前提とするものであろう。

ただし、こうした不法身分犯における固有の無価値の発生は、身分者による故意的な特別義務違反がありさえすれば認められるというわけではなく、刑法156条と同157条の関係が示唆するように、身分者による正犯としての（すなわち自律的な）、かつ故意的な特別義務違反が必要であると解される[41]。したがって、身分者が脅迫され一応故意的な特別義務違反を実行させられたような場合には、なお固有の無価値の発生が認められないことになる[42]。

本稿では、以上のような不法身分犯を「特別義務違反型不法身分犯」と呼ぶこととする。特別義務違反型不法身分犯においては、巨視的にいえば、身分者が自己に課せられた（保護法益から導かれる）特別義務を自律的かつ故意的に侵害していない限り、固有の無価値が発生していないこととなり、それに対する関与は、（間接）正犯であれ共犯であれ、

虚偽文書作成したのではないために、公務員に対する国民の信頼の侵害の程度は低く、前条の罪の不法内容を充足しない。のみならず、間接正犯も認めがたい。それにもかかわらず、客体がきわめて重要な公文書である場合には、私人によるこのような行為から公文書の真実性が確保されなければならない」（同379頁）と説明する。

[41] もっとも、これは故意犯たる身分犯を前提とするものである。過失犯たる身分犯というものも存在し得（vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 11; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 122）、そうした場合には、過失的な特別義務違反の存在が固有の無価値によっての不可欠な要素となろう。現行法上の過失身分犯として、特定秘密の保護に関する法律23条４項、同５項がある。また、旧刑法上の過失身分犯として、150条がある。Vgl. auch *Bertel*, a. a. O. (Fn. 19), S. 134: „es gibt Sonderdelikte, bei denen der Qualifizierte [...] „sonst in bestimmter Weise“ an der Tatbildverwirklichung mitwirken muß (§ 14 Abs 1 zweiter Satz zweiter Fall StGB). Die „bestimmte Weise“ besteht bei *manchen* Sonderdelikten darin, daß der Qualifizierte an der Tatbildverwirklichung nicht irgendwie, sondern gerade vorsätzlich mitwirken muß.“

[42] 大塚・前掲注（36）267頁参照。Vgl. *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 10), S. 150.

不可能であるという帰結が導かれることとなるのである[43]。

特別義務違反型不法身分犯においては、身分者による自律的かつ故意的な特別義務への違反が認められることによってはじめて固有の無価値が発生したと評価され、関与者の可罰性の基礎が生ずることになる。問題は、ここでいう特別義務の発生根拠、換言すれば、どのような犯罪類型が上記のような独自のカテゴリーの身分犯として分類されるかということである。この点については、オーストリアにおける議論が非常に示唆的である。1971年政府草案理由書[44]や *Nowakowski*[45]、*Fuchs*[46]などが示唆していたように、身分者による特別義務への違反が固有の無価値を基礎づける不法身分犯として認められる犯罪類型は、一般化していえば、一定の個人・集団が別の個人・集団に対して向ける信頼が保護法益とされ、信頼が向けられている個人ないし集団の構成員による義務違反的な（背信的な）行為がそうした法益の侵害を意味するようなものである。そうであるとすれば、ある身分犯が特別義務違反型不法身分犯であるか否かは、当該身分犯の保護法益の解釈によって定められることとなる。

さらに、特別義務違反型不法身分犯は、身分者と非身分者が共働した場合について、重要な帰結をもたらすことになる。すなわち、特別義務違反型不法身分犯は、身分者による特別義務への違反によってもたらされる無価値に着目して創設されるものであることから、特別義務違反型不法身分犯に該当する構成要件において、非身分者によっても実現可能なものがその要素とされている場合、他人の自律的な行為を介してそれを実現するような身分者の行為も、当該構成要件に直接該当することに

---

[43] Vgl. *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 19: „Wirkt der Intraneus nicht mit der vom Gesetz geforderten vorsatzgeprägten Ausführungsart an der Tat mit, so sind die beteiligten Extranei straflos, sofern nicht das Gesetz anderes anordnet".

[44] EBRV 1971, S. 81 f.

[45] *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 10), S. 157 ff.

[46] *Helmut Fuchs*, Probleme der Beteiligung mehrerer, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Bd. 14, 1986, S. 23. ここでは、オーストリア刑法302条の公務員による職権濫用罪において、社会一般が公務員に対して寄せる信頼（Vertrauen, das die Allgemeinheit den Beamten entgegenbringt）の侵害が義務違反行為として捉えられている。

なるということである[47]。特別義務違反型不法身分犯においてはまさに、第１章第３節で述べた、各則構成要件による正犯概念の拡張が行われていると解される。それゆえ、特別義務違反型不法身分犯においては、その一部を（非身分者を含む）第三者に実現させ、当該第三者との間に共同正犯関係が認められないとしても、身分者が単独正犯であるということがあり得る。具体的な帰結については、後に詳述する。

（３）その他の不法身分犯の存否

オーストリアにおける議論の検討の中でも既に述べたように、わが国においても、直接実行型不法身分犯と特別義務違反型不法身分犯のいずれにも分類されない不法身分犯は存在しないと思われる。不法身分犯として規定されるのは、身分が一定の行為と何らかのかたちで密接不可分に結びついているためであり、こうした結びつきのない不法身分犯は存在しないであろう[48]。注意を要するのは、一部の直接実行型不法身分犯

---

[47] Vgl. *Fabrizy*, a. a. O. (Fn. 2), § 14 Rn. 15: „Die Strafbarkeit eines Sonderdeliktes mit Missbrauchscharakter erfordert [...] den vorsätzlichen Befugnismissbrauch durch den Qualifizierten. Dieser muss jedoch nicht – wie bei den eigenhändigen Delikten – unmittelbarer Täter sein; es genügt, wenn er in irgendeiner Täterschaftsform des § 12 an der Tat beteiligt ist.“; *Christoph Mayerhofer*, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2009, S. 163; *Nowakowski*, a. a. O. (Fn. 10), S. 159; *Lyane Sautner*, Anmerkung zur Entscheidung des OGH 15 Os 16/02, JBl 2003, S. 333: „[...] als unmittelbarer Täter des Sonderpflichtdelikts nur der Träger der „besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse“ in Betracht kommt. Der Begriff des Missbrauchs ist dabei durchaus weit zu verstehen. Nicht auf das letzte schadenskausale Verhalten kommt es als unmittelbare Ausführungshandlung an, sondern – materiell gesehen – auf ein der Befugnis zuwiderlaufendes Verhalten.“; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 110: „Delikte, bei denen die Tathandlung mit der besonderen Subjektstellung des Qualifizierten rechtlich untrennbar verbunden ist, scheiden hingegen aus. Hier kann nur der Intraneus unmittelbarer Täter sein.“; *ders.*, a. a. O. (Fn. 15), § 14 Rn. 28.

[48] Vgl. *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 121; auch *Friedrich*, a. a. O. (Fn. 24), S. 259.

は、（非身分者を含む）他人を利用する行為をも直接捕捉するかたちで規定されていることがあるということである。この場合には、直接実行の対象が拡張されているにすぎない。したがって、非身分者によっても実現可能な行為が前提とされているからといって、直接実行型不法身分犯への分類が否定されるわけではないのである。この点についても、各論的検討の中で詳述する。

（4）わが国における従来の身分犯論（特に義務犯論）との関係

わが国においては、長きにわたって、（不法）身分犯の本質について議論がなされてきた。すなわち、一方では、身分者に課せられた特別義務への違反がその不法をなしているというところに身分犯の本質を見出す考え方[49]が主張され、他方では、事実上身分者のみが直接単独正犯形式において法益を侵害することができるというところに身分犯の本質を見出す考え方[50]が主張され、それぞれが対立する状況が続いてきたのである。しかしながら、本稿の立場からすれば、いずれの見解も、不法身分犯の本質の一側面を明らかにするものではあるが、それ以上に不法身分犯全体の本質を明らかにするものではないということになる。

近時有力に主張されるに至っている義務犯論は、かつてわが国において意識されてこなかった身分犯固有の無価値を示唆するものとして、大きな意義を有するように思われる。たとえば、「『義務犯』型の身分犯」の存在を指摘する論者は、収賄罪の不法をめぐって、次のように述べている。「どこの世界に、『職務の対価』すなわち賄賂であることを秘匿して公務員に金銭を贈る者がいるであろうか。そんなことをすれば、『賄賂』を贈る意味がなくなってしまう。『賄賂であるとの情を知らない公務員を利用した贈収賄罪の間接正犯』というものはありえない。金銭は、『職務の対価』であるという当事者間の取り決めがなければ、『賄賂』になりえないのである。したがって、ここでも、賄賂罪の保護法益は、そ

---

[49] 佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（４・完）」立命320号（2008年）964-965頁、松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（二）完」姫路23＝24号（1988年）114頁以下、松宮・前掲注（38）307-313頁。

[50] 西田典之『共犯と身分』（成文堂、新版、2003年）190頁。

れを公務に対する公衆の信頼と解するのであれ職務の不可買収性と解するのであれ、端的に『公務員の忠実義務』を担保することで保護されることになる。否、むしろ法益と義務とは密接不可分だというべきであろう」[51]。ここでは、不法身分犯において、身分者が単に何らかの行為を直接的に実行するだけでは固有の無価値が基礎づけられるには不十分なものが存在し、むしろ身分者に課せられた特別義務への違反が固有の無価値を基礎づけるものが存在するということが、明確に示されているのである。このように、わが国における義務犯論は、不法身分犯固有の無価値の発生機序の非一元性を示唆したものとして重要な意義を有するように思われる。

第２項　責任身分犯について

本章では、不法身分犯に重点を置きその不法発生機序の非一元性と内容について検討を行ってきたが、身分が責任にのみ関係するような身分犯も存在し得る。しかしながら、オーストリアにおいては既に広く認知されているように、責任身分犯の存在は極めて例外的なものである[52]。わが国においては、特に刑法65条をめぐる近時有力な理解を念頭に置きつつ、様々な犯罪類型を責任身分犯として位置づけようとする見解も見受けられるが、こうした傾向に対してはわが国においても的確な批判が向けられている[53]。したがって、身分犯は、直接実行型不法身分犯、特別義務違反型不法身分犯、責任身分犯に区別され、後にも述べるが、責任身分犯に関しては、身分者との関係においてのみ可罰性評価に影響を及ぼすものである以上、非身分者による関与をめぐって困難な問題は生じないことになる。以下では、責任身分犯というカテゴリーも含めた上

---

[51] 松宮・前掲注（38）307-308頁。また、同「身分の連帯作用について」刑雑38巻１号（1998年）83頁も同旨。

[52] *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 2), E 7 Rn. 45: „relativ begrenzt“; *Steininger*, a. a. O. (Fn. 2), Kap. 21 Rn. 124: „relativ selten“.

[53] 小林憲太郎「西田教授の身分犯論」山口厚ほか（編）『西田典之先生献呈論文集』（有斐閣、2017年）55頁。

で、各種の検討を行う。なお、こうした区別によって生ずる、正犯論および共犯論における具体的な帰結については、第４章および第５章に譲ることとする。

【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。

研究ノート

非公開 URL と 不正アクセス行為概念

—— いわゆる Zoom-bombing 問題を契機として ——

岡　部　天　俊

目　次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．非公開 URL によるアクセス・コントロールの概要
Ⅲ．不正アクセス行為概念の概要
Ⅳ．法２条における非公開 URL の位置づけ
Ⅴ．非公開 URL 提供行為の可罰性
Ⅵ．おわりに

Ⅰ．はじめに

新型コロナウイルス感染症（COVID-19）の流行に伴い、従来対面で行われてきた活動の非対面化が急速に進みつつある。そのために不可欠なツールの一つとなってきたのが、いわゆるウェブ会議システムである。ウェブ会議システムをめぐっては、利用者の急増に伴い、セキュリティ上の懸念も指摘されるようになった。とりわけ、ウェブ会議システム「Zoom」においては、参加者として想定されていない第三者が悪意をもって参加する “Zoom-bombing” という攻撃が世界中で確認されたとされる。わが国でも、Zoom を利用した香川大学経済学部の新入生ガイダンスにおいて、第三者が侵入し、約２分間にわたり性的な画像が表示されるなどしたという事案が発生している[1]。

こうした事態は、わが国において新たな解釈論的問題を提起しているように思われる。すなわち、Zoom-bombing が問題となった主な要因の一つは、参加しようとする者が会議用の URL（Uniform Resource Locator）を入手するだけで参加することができる点にある。そして、この URL は、（事前申込みなく誰でも参加可能なものを除き）主催者が参加を認めた相手にのみ通知することが前提とされている。そのため、URL のみによって参加可能な会議においては、ID やパスワードを用いる一般的な認証方法を URL が簡便化して代替しているということができる。したがって、ある会議に参加することが認められていない者が会議用の非公開 URL を入手し侵入する行為は、不正アクセス行為の禁止等に関する法律[2]（以下、「不正アクセス禁止法」または単に「法」という）に

---

[1] 朝日新聞2020年４月30日朝刊17頁、読売新聞2020年５月11日大阪夕刊11頁。さらに、https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/boston/news/press-releases/fbi-warns-of-teleconferencing-and-online-classroom-hijacking-during-covid-19-pandemic（FBI Boston “FBI Warns of Teleconferencing and Online Classroom Hijacking During COVID-19 Pandemic”）参照。なお、本稿において引用するウェブサイトの最終閲覧は、2020年７月13日である。

[2] 平成11年法律第128号。後に、不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律（平成24年法律第12号）により改正されている。本法の逐条解説として、不正アクセス対策法制研究会（編著）『逐条不正アクセス行為の禁止等に関する法律』（立花書房、第２版、2012年。以下、「逐条」として引用する）がある。また、立案担当者によるその他の解説等として、大泉雅昭「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の概要について」捜研576号（1999年）11頁以下、北村滋「『不正アクセス行為禁止法』の概要と課題」日経コンピュータ483号（1999年）26頁以下、北村博文「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の制定の経緯（特集・ハイテク犯罪対策法制の整備――不正アクセス行為禁止法を中心として――）」警論52巻11号（1999年）８頁以下、同「ネットワーク・セキュリティの確保――不正アクセス行為の禁止等に関する法律」時法1609号（2000年）６頁以下、黒澤正和「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の制定について（特集・ハイテク犯罪対策法制の整備――不正アクセス行為禁止法を中心として――）」警論52巻11号（1999年）１頁以下、千葉陽一「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の概要」警察公論54巻11号（1999年）17頁以下、露木康浩＝砂田務＝檜垣重臣「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の解説（特集・ハイテク犯罪対策法制の整備――不正アクセス行為禁止法を中心として――）」警論52巻11号（1999年）28頁以下、檜垣重臣「不正アクセス行為の禁止等に関

おける不正アクセス行為罪（法11条、３条）に問われる可能性がある。しかしながら、従来は、非公開 URL の入力によるアクセスが不正アクセス禁止法上の「不正アクセス行為」に該当し得るかという点は、ほとんど論じられていない[3]。

無論、この問題は、Zoom-bombing との関連においてのみ問題となるものではない。たとえば、クラウド・ストレージ上のファイルの共有（Dropbox、Google ドライブ、OneDrive 等）や非公開ウェブページの共有にあたっては、しばしば非公開 URL が利用される。したがって、特定の者にのみ通知されることが前提とされる非公開 URL を何らかのかたちで入手しそこへアクセスするという行為の不正アクセス行為該当性は、インターネット利用に際し様々な場面で問題となり得、これについて検討を加えておくことには一定の意義があると思われる。そこで、本稿では、非公開 URL の入力によるアクセスと不正アクセス行為概念の関係について検討を加える。

する法律について」ジュリ1165号（1999年）51頁以下、同「ハイテク犯罪の現状と対策について」自正51巻10号（2000年）26頁以下、郵政省電気通信局電気通信事業部データ通信課「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の概要」NBL674号（1999年）32頁以下（以上、改正前の解説等）、川原匡平「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律」警察公論67巻７号（2012年）20頁以下、同「不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律について」捜研733号（2012年）13頁以下、蔵原智行「『不正アクセス行為の禁止等に関する法律の一部を改正する法律について」警論65巻６号（2012年）21頁以下、同「フィッシング行為、ID・パスワードの不正取得等の禁止・処罰等」時法1909号（2012年）４頁以下、四方光「不正アクセス禁止法改正の背景・経緯及び不正アクセス対策の今後の課題」警論65巻６号（2012年）13頁以下（以上、改正法の解説等）などがある。

[3]「隠し URL」によるアクセス制御が不正アクセス禁止法上の「アクセス制御機能」に該当するかという点に言及するものとして、田中規久雄「不正アクセス禁止法における不正アクセス行為の概念」阪法60巻６号（2011年）66-67頁がある。この点に触れるウェブサイト上の記事として、https://www.bengo4.com/c_23/n_11182/（弁護士ドットコム「香川大でも『Zoom 爆弾』、ガイダンス中『性的画像』の共有…犯罪にならないの？」）。

Ⅱ．非公開 URL によるアクセス・コントロールの概要

非公開 URL によるアクセス・コントロールの方式としては、少なくとも次の２種類が存在する。

第一は、認証情報が埋め込まれた URL を用いる方式である（以下、①方式とする）。この方式は、認証自体は ID・パスワード等を用いる一般的なかたちで行われることを前提として、ID・パスワード等の認証情報が既に埋め込まれた URL を特定の者に通知し、アクセスさせるものである。たとえば、Zoom では、設定において「ワンクリックで参加できるように、ミーティングリンクにパスワードを埋め込みます」という項目が存在し、これがオンにすることで、ID と暗号化されたパスワードがミーティング用リンクに組み込まれ、これを用いれば、参加者が別途 ID・パスワードを入力するという手間が省かれる仕様となっている（2020年７月13日現在）。上記の設定がオンになっている場合には、ミーティング ID「XXX XXX XXXX」、パスワード「a1b2c3……」であるミーティングに参加するためのリンクは、「https://us04web.zoom.us/j/XXXXXXXXXX?pwd=b2c3d4.....」などとして生成される（「b2c3d4.....」は本来のパスワード「a1b2c3.....」が暗号化された文字列）。

第二は、文字列が複雑化された URL を用いる方式である（以下、②方式とする）。この方式は、一般的なかたちでの認証を前提とせず、推測することが事実上不可能なかたちで複雑化された URL を特定の者に通知し、アクセスさせるものである。たとえば、クラウド・ストレージ・サービス「Dropbox」では、クラウド・ストレージ上のファイルを共有する際に、共有リンクを用いることができ、その場合、当該ファイルに対して共有リンクが生成され、当該共有リンクを知る者のみが当該ファイルにアクセスすることができる。たとえば、ある PDF データにつき共有リンクを生成すると、その URL は、「https://www.dropbox.com/s/xc7p9mddlukm38c/%E9%9D%9E%E5%85%AC%E9%96%8BURL%E3%81%A8%E4%B8%8D%E6%AD%A3%E3%82%A2%E3%82%AF%E3%82%BB%E3%82%B9%E8%A1%8C%E7%82%BA%E6%A6%82%E5%BF%B5.pdf?dl=0」などとして生成される。

以上の２つの方式は、前提となる認証の方法が異なり、不正アクセス禁止法上の位置づけも異なり得るため、以下ではこれらを踏まえつつ検討を進める。

Ⅲ．不正アクセス行為概念の概要

（1）総説

現行の不正アクセス禁止法は、２条４項において「不正アクセス行為」について定義した上で、３条によりこれを一般的に禁止し、３条に違反した者に対しての罰則として11条を用意している（３年以下の懲役または100万円以下の罰金）。その保護法益は、アクセス制御機能に対する社会的信頼であるとされる[4]。

２条４項の不正アクセス行為の定義の中で登場する各種文言については、同条１項ないし３項において定義されており、１項が「アクセス管理者」、２項が「識別符号」、３項が「アクセス制御機能」を定義している。以下では、それぞれの一般的な解釈について概観しておく。

（2）アクセス管理者（法２条１項）

まず、「アクセス管理者」とは、「電気通信回線に接続している電子計算機の利用につき当該特定電子計算機の動作を管理する者」をいう（法２条１項）。

「電気通信回線に接続している電子計算機」とは、電気通信回線設備と結合して電気通信が可能な状態に構成されている電子計算機をいい[5]、不正アクセス禁止法はこうした電子計算機を「特定電子計算機」と略称し、特定電子計算機を電気通信回線を通じて利用することを「特定利用」と略称することとしている。

特定電子計算機の利用につき当該特定電子計算機の「動作」を「管理」するとは、主として、当該特定電子計算機による情報処理を誰に特定利用させるかを

---

[4] 逐条･前掲注（２）140頁、露木＝砂田＝檜垣･前掲注（２）58頁。また、「ネットワーク内部でのデータ処理の確実性とそれへの信頼」あるいは「コンピュータ・データの処理に利害関係を有する不特定多数の者の、データ処理の確実性に対する信頼」が保護法益であるとするものとして、今井猛嘉「『不正アクセス』の意義をめぐって」研修719号（2008年）９頁。不正アクセス行為罪の保護法益をめぐっては、石井徹哉「不正アクセス禁止法の意義と限界」千葉19巻３号（2004年）15-27頁、成瀬幸典「不正アクセス罪についての一考察」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法の現代的課題』（第一法規、2004年）357頁以下、渡邉卓也『ネットワーク犯罪と刑法理論』（成文堂、2018年）214-223頁も参照。

[5] 逐条・前掲注（２）36頁。

決定することをいう[6]。

（3）識別符号（法２条２項）

次に、「識別符号」とは、「特定電子計算機の特定利用をすることについて当該特定利用に係るアクセス管理者の許諾を得た者及び当該アクセス管理者に、当該アクセス管理者において当該利用権者等を他の利用権者等と区別して識別することができるように付される符号」であって、１号ないし３号の「いずれかに該当するもの」または１号ないし３号の「いずれかに該当する符号とその他の符号を組み合わせたもの」をいう（法２条２項柱書）。なお、不正アクセス禁止法は「特定電子計算機の特定利用をすることについて当該特定利用に係るアクセス管理者の許諾を得た者」を利用権者と略称し、この利用権者と当該アクセス管理者を併せて「利用権者等」と略称することとしている。

（a）利用権者等

「当該特定利用に係るアクセス管理者」とは、特定電子計算機の特定利用につき当該特定利用がされる特定電子計算機の動作を管理する者をいう[7]。「当該特定利用に係る」という限定が付されているのは、特定利用の対象となる特定電子計算機に係るアクセス管理者が複数存在し得ることから、「許諾」を与える主体を特定する趣旨である[8]。

「許諾」とは、アクセス管理者がその特定利用につき動作を管理している特定電子計算機の特定利用をすることを権原を付与するような形で認めることをいい[9]、その方式に限定はない[10]。なお、不正アクセス禁止法は、アクセス管理者または利用権者が特定利用を個別にまたは一時的に認めることを「承諾」（法２条４項１号・２号）としており、「許諾」とは区別している[11]。

---

[6] 逐条・前掲注（２）37頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）37頁。したがって、アクセス管理者が当該特定電子計算機を所有していることは必要でない（逐条・前掲注（２）38頁）。

[7] 逐条・前掲注（２）39頁。

[8] 逐条・前掲注（２）40頁。

[9] 逐条・前掲注（２）40頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）38頁。

[10] 逐条・前掲注（２）40頁。

[11] 逐条・前掲注（２）40頁。

（b）利用権者等の識別

法２条２項の識別符号たり得るには、それが利用権者等に「付される」ものでなければならないから、利用権者等に付されているわけではないIPアドレス等の識別情報は識別符号に該当しない[12]。また、識別符号を「付」す主体に限定はない[13]。

加えて、法２条２項の識別符号たり得るには、「当該利用権者等を他の利用権者等と区別して識別することができるように」付されるものでなければならず、複数の利用権者等に同一の符号が付されないようにすると同時に、どの利用権者等に付されたものであるかが分かるように付されていることが必要である[14]。立案担当者による解説等においても必ずしも明らかではないが、後述のように、この要件は符号を付す客観的な目的を示すものと解されるため、問題となる符号が区別・識別のために付されていることが客観的に明らかとなっている必要があろう。なお、同一の符号を複数の者が利用することが想定されるグループID等も識別符号に含まれ得る[15]ことから、同一の符号を複数の者が利用するという事情があったとしても、この要件は充足され得る。

なお、「符号」とは、番号、記号、模様、単位信号の組合せその他の人が認識することができるしるしをいう[16]。

（c）なりすましの排除

識別符号たり得るには、さらに１号ないし３号の「いずれかに該当するもの」または１号ないし３号の「いずれかに該当する符号とその他の符号を組み合わせたもの」でなければならない。

本稿の内容と関係する１号の内容は、「当該アクセス管理者によってその内容をみだりに第三者に知らせてはならないものとされている符号」である。「みだりに」とは、正当な理由がないことをいう[17]。また、「第三者に知らせてはな

---

[12] 逐条・前掲注（２）41頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）38頁。
[13] 逐条・前掲注（２）42頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）38頁。
[14] 逐条・前掲注（２）41頁。
[15] 逐条・前掲注（２）40頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）38頁参照。
[16] 逐条・前掲注（２）43頁。
[17] 逐条・前掲注（２）44頁。

らないものとされている」とは、アクセス管理者によって利用権者等に対しそれを第三者に知らせないよう求められていることをいい[18]、その方法に限定はない[19]。

なお、１号ないし３号の「いずれかに該当する符号とその他の符号を組み合わせたもの」とは、ID とパスワードの対が対象となることを明らかにするものであるが、法２条２項柱書からも明らかなように、必ずしも複数の番号・記号等が用いられる必要はない[20]。

（４）不正アクセス行為（法２条４項）

不正アクセス禁止法は、不正アクセス行為として３類型を想定しており、それらは、２条４項１号の不正ログインと同項２号および３号のセキュリティ・ホール攻撃に大別される[21]。

本稿の内容と関係する１号の内容は、「アクセス制御機能を有する特定電子計算機に電気通信回線を通じて当該アクセス制御機能に係る他人の識別符号を入力して当該特定電子計算機を作動させ、当該アクセス制御機能により制限されている特定利用をし得る状態にさせる行為（当該アクセス制御機能を付加したアクセス管理者がするもの及び当該アクセス管理者又は当該識別符号に係る利用権者の承諾を得てするものを除く。）」である。

「電気通信回線を通じて」なされることが必要であることから、キーボードを用いて電子計算機に直接識別符号を入力する行為等は除外される[22]。

「入力」とは、電気通信回線を通じて対象となる特定電子計算機に他人の識別符号を送信することをいい、キーボード操作等は必ずしも必要ではなく、自動的に識別符号を送信するコンピュータの機能を用いることをも含む[23]。

---

[18] 逐条・前掲注（２）44頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）39頁。
[19] 逐条・前掲注（２）44頁。
[20] 逐条・前掲注（２）39頁、46頁。
[21] 逐条・前掲注（２）61頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）44頁。
[22] 逐条・前掲注（２）65-66頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）45頁。
[23] 逐条・前掲注（２）67頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）45頁。

Ⅳ．法２条における非公開 URL の位置づけ

（1）総説

アクセスにつき許諾を得ていない第三者が、非公開 URL によるアクセス・コントロールがなされている特定電子計算機に、非公開 URL を用いてアクセスする行為が、法２条４項１号の不正アクセス行為に該当するか否かは、とりわけ､非公開 URL（の全部または一部）が「識別符号」（法２条２項）に該当し、かつ当該非公開 URL によるアクセス･コントロールが「アクセス制御機能」（法２条３項）に該当することが必要となる。以下、それぞれ順に検討を加える。

（2）非公開 URL の識別符号該当性

（a）①方式における非公開 URL

まず、①方式における非公開 URL は、識別符号に該当するものと考えられる。①方式における非公開 URL には、ID・パスワード等の認証情報が埋め込まれており、当該 URL にアクセスすると、アプリケーションの実行に加え、当該アプリケーション内での ID・パスワード等の入力が自動的に行われるという仕組みになっている。したがって、①方式における非公開 URL は、識別符号に他ならないということになろう[24]。

なお、ここで前提となる認証につき、パスワードは不要とされており ID のみが必要であるような仕様であったとしても、先述のように、識別符号は必ずしも相異なる符号の組み合わせである必要はないから、当該 ID およびこれを含んでいる URL が第三者への通知が禁じられている限りにおいて、非公開 URL は識別符号に該当し得る。

（b）②方式における非公開 URL

②方式における非公開 URL については、①方式におけるそれとは異なり、

[24] これに対し、Zoom の「URL 自体が識別符号であるという解釈もあり得なくもありません」としつつ､「サーバ自体は一般に向けてアクセスを許しており、パスワードを別途入力して入ったわけではない以上、URL を識別符号と見ることは困難だと思われます」とするものとして、前掲注（3）ウェブサイト〔伊藤諭弁護士コメント〕。

そもそも ID・パスワード等による認証を前提としないことから、より慎重な検討を要する。

まず、②方式における非公開 URL は、なりすましの排除の要件については比較的容易に満たすことになる。すなわち、ある URL がアクセスが許された者に対してのみ通知されることとされている限り、当該 URL は、法２条２項１号にいう「当該アクセス管理者によってその内容を第三者に知らせてはならないものとされている符号」に該当することになるからである。

他方で、②方式における非公開 URL がその他の要件を満たすのは、非常に例外的な場面に限られるように思われる。ある符号が利用権者等の識別の要件を満たすためには、まず当該符号が利用権者等に付される符号である必要がある。それゆえ、非公開 URL につきこのことが肯定されるためには、当該非公開 URL がファイル等に付されたものではなく利用権者等に付されたものであると認められる事情が存在しなければならない。そうすると、たとえば、あるウェブサイトを用意しておき、後に当該ウェブサイトを閲覧させたい相手が現れた時にのみ、当該相手に当該ウェブサイトの URL を通知するというような場合、当該 URL は、あくまでも当該ウェブサイトに付された符号であることから、「利用権者等に…付される符号」とはいえない。これに対し、クラウド・ストレージ上のあるファイルにつき、それを誰かと共有する度ごとに、新たに共有リンクを生成してそれを通知するというような場合、当該リンクは、当該ファイルではなく当該相手に付される符号であることから、「利用権者等…に付される符号」であるといえよう。つまり、ここでは、問題となる非公開 URL の利用形態から、当該非公開 URL がファイル等というよりもむしろそれを利用する利用権者等に付されていると評価できる事情が必要であると思われる[25]。

さらに、ある符号が利用権者等の識別の要件を満たすためには、当該符号が「当該アクセス管理者において当該利用権者等を他の利用権者等と区別して識別することができるように付される符号」である必要がある。これはいわば符号を付す目的を示すものであるが、これが満たされるためには、当該符号から

[25] 当然、形式的には URL はファイル等に設定されるものであるが、法２条２項の解釈・適用の問題として、URL が利用権者等に「付される」という評価もあり得るように思われる。

アクセス管理者が利用権者等の区別・識別を目的としていることが客観的に明らかであることが必要であると解される。そうであるとすれば、非公開 URL につきこのことが肯定されるためには、その推測を困難にすることを目的としていることが客観的に明らかであるような文字列の構成になっていることが必要であろう。

以上のように、②方式における非公開 URL が法２条２項にいう識別符号に該当するのは非常に例外的な場合に限られるが、その可能性は十分存在する[26]。具体的には、当該非公開 URL がファイル等ではなく利用権者等に付されたものとであるいえ、かつ当該非公開 URL において利用権者等の区別・識別を目的としていることが明らかであるといえる限りにおいて、識別符号該当性が認められることになる。

（３）非公開 URL によるアクセス・コントロールのアクセス制御機能該当性

（ａ）①方式におけるアクセス・コントロール

①方式におけるアクセス・コントロールは、問題なくアクセス制御機能該当性が肯定される。繰り返し述べているように、①方式の場合には、ID･パスワード等による一般的な認証が前提とされており、ID・パスワード等を入力するためのユーザー側の操作が通常と異なるにすぎないからである。

（ｂ）②方式におけるアクセス・コントロール

②方式の場合には、そのアクセス・コントロールのアクセス制御機能該当性についても、慎重な検討を要する。あるアクセス・コントロールが法２条３項にいうアクセス制御機能に該当するには、それが特定電子計算機に「付加」された「当該特定利用をしようとする者により入力された符号が当該特定利用に係る識別符号であることを確認して、当該特定利用の制限の全部又は一部を解除する」機能（以下、確認･解除機能という）と評価できることが必要である。非公開 URL と不正アクセス行為の関係について言及する文献においては、「隠し URL」は識別符号たり得るとしつつ、これによるアクセス・コントロールについては、「URL を入力しさえすれば HP が表示されると言った場合、そこ

[26]「隠し URL」が識別符号に該当する可能性を示唆するものとして、田中・前掲注（３）66頁。

には付加された機能は存在しない」として、アクセス制御機能該当性を否定する見解が示されている[27]。こうした見解から示唆されるように、②方式におけるアクセス・コントロールのアクセス制御機能該当性をめぐっては、そもそも法２条３項が要求している確認・解除機能が存在しているといえるかという点に加えて、（それが肯定されたとして）特定電子計算機の動作内容として認証プロセスを別途追加しているわけではないにもかかわらず確認･解除機能が「付加」されているといえるか、の２点が問題となるように思われる。以下では、これらの点について検討を行う。

まず、②方式におけるアクセス・コントロールが、そもそも法２条３項が要求している確認・解除機能を備えているといえるかについて検討する。ID・パスワード等を用いる通常の認証では、識別符号が入力されると、入力された識別符号とパスワード・ファイル等との照合が行われ、その照合が完了するとアクセス制御が解除され要求されたアクセスが実行されることになる。ここでは、法２条３項の要求する確認・解除機能が独立したプロセスとして存在している。これに対して、②方式におけるアクセス・コントロールでは、先述のように、正しい非公開 URL が入力されると、ただちに要求されたアクセスが実行されることから、確認・解除機能が独立したプロセスとしては存在していない。そのため、②方式におけるアクセス・コントロールには、一見、確認・解除機能が存在しないようにも見える。しかしながら､②方式におけるアクセス･コントロールにおいては、確認・解除のみを目的としたプロセスが省略されているものの、確認・解除機能そのものが存在していないわけではない。そこでは、正しい URL が入力されてアクセス要求がなされたこと自体が、確認・解除の役割を担っているのである。したがって、②方式におけるアクセス・コントロールにおいても、法２条３項が要求する確認・解除機能が存在していると考えられる。

次に、以上のように考えたとしても、②方式におけるアクセス・コントロールでは、確認・解除機能が独立したプロセスとして別途追加されているわけではないことから、その機能が特定電子計算機に「付加」されたものといえるかどうかが問題となる。まず、法２条３項にいう「付加」とは、立案担当者による逐条解説によると、単に特定電子計算機の特定利用を制御する機能をコン

[27] 田中・前掲注（３）66-67頁。

ピュータにもたせることをいうとされており[28]、確認・解除のみを目的とした動作を別途追加することまでは含意していないと考えられる。そうすると、法２条３項がなぜ「付加」という文言を用いたのかが一つの疑問となるが、わが国における不正アクセス行為概念は、法２条４項からも明らかな通り、電気通信回線を通じて、システムに内在する（systemimmanent[29]）アクセス制御を免れる行為を前提とするものであり、法２条３項における「付加」は、アクセス制御機能の定義においてもこのことを明らかにし、アクセス制御機能が特定電子計算機自体に備わっているものである必要があることを確認的に示す趣旨のものと考えられる[30]。したがって、法２条３項にいう「付加」とは、確認・解除

[28] 逐条・前掲注（２）48頁。

[29] Vgl. *Karl Lackner/Kristian Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 202a Rn. 4.

[30] 締約国に対し「コンピュータ・システムの全部又は一部に対するアクセスが、権限なしに故意に行われること」を犯罪化することを義務づけるサイバー犯罪条約２条（違法アクセス；illegal access）は、後段において、「締約国は、このようなアクセスが防護措置を侵害すること（*infringing security measures*）によって行われること…をこの犯罪の要件とすることができる」と規定しており、比較法的にもこれに対応する要件を設けることが多い（日本、ドイツおよびスイスは、解釈宣言（declaration）によりこれを明確にしている（https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/declarations?p_auth=XIPNEcyx））。ここでいう「防護措置」については、物理的な防護措置をも含むとするかどうかで各国において相違があり、たとえば、ドイツ刑法202a条およびオーストリア刑法118a 条のもとでは、物理的な防護措置でも足りるとされる（siehe [Deutschland] *Jörg Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, 4. Kapitel Rn. 15; *Klaus Malek/Andreas Popp*, Strafsachen im Internet, 2. Aufl., 2015, Rn. 157; *Annette Marberth-Kubicki*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl., 2010, Rn. 93; [Österreich] *Susanne Reindl-Krauskopf/Farsam Salimi/Martin Stricker*, IT-Strafrecht – Cyberdelikte und Ermittlungsbefugnisse, 2018, Rn. 2.22）。これに対し、スイス刑法143条の２の元では、「データ通信装置を用いて（auf dem Wege von Datenübertragungseinrichtungen）、アクセスから特別に保護されている他人のデータ処理システムに、無権限で侵入する」ことが構成要件とされており、このうち方法に関する文言が、防護措置のシステム内在性を要求する趣旨であるとされる（siehe Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes

機能を独立したプロセスとして別途追加することを意味するわけではなく、②方式におけるアクセス・コントロールも、「アクセス制御機能」に該当し得る。

（4）非公開 URL へのアクセスの不正アクセス行為該当性

非公開 URL が法２条２項にいう「識別符号」に該当し、これによるアクセス・コントロールが法２条３項にいう「アクセス制御機能」に該当する場合には、アクセスの許諾を得ていない第三者が当該非公開 URL を用いてアクセスする行為につき、不正アクセス行為該当性が肯定されることになる。

具体的には、まず①方式の場合には、問題となる非公開 URL にアクセスすると、アプリケーションの実行および当該アプリケーションでの識別符号の入力が自動で行われることになる。したがって、アクセスの許諾を得ていない第三者が問題となる非公開 URL にアクセスした段階で、自動入力機能を用いた他人の識別符号の入力が認められ、認証が完了した段階で、アクセス制御機能により制限されている特定利用をし得る状態に至らしめたことが認められることになる。

他方で、②方式の場合には、アクセスの許諾を得ていない第三者が問題となる非公開 URL にアクセスした段階で、他人の識別符号を入力し、かつアクセス制御機能により制限されている特定利用をし得る状態に至らしめたと評価されることになる。

(Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) sowie betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Strafbestimmungen) vom 24.4.1991 (BBl 1991 II 969), S. 1011; *Niklaus Schmid*, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, 1994, § 5 Rn. 23; vgl. *Christian Schwarzenegger*, Die internationale Harmonisierung des Computer- und Internetstrafrechts durch die Convention on Cybercrime vom 23. November 2001, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, 2002, S. 316 Fn. 51; *Philippe Weissenberger*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II, 4. Aufl., 2019, Art. 143bis Rn. 16)。わが国では、スイスと同様に、法２条４項が「電気通信回線を通じて」として行為態様を限定しているが、法２条３項にいう「付加」の文言によってこれが確認的に示されているといえよう。

なお、香川大学経済学部の新入生ガイダンスにおいて発生したZoom-bombingの事例は、①方式が問題となったものであり、ミーティング用URLを利用してガイダンスに侵入した者の行為につき、先述のようなかたちで不正アクセス行為罪の成立が認められると考えられる。

Ⅴ．非公開URL提供行為の可罰性

ある非公開URLが「識別符号」に該当し、かつこれによるアクセス・コントロールが「アクセス制御機能」に該当する場合には、当該非公開URLを第三者に提供する行為も処罰の対象となる。

まず、非公開URLを単に提供した、すなわち第三者が利用できる状態に置いた段階で不正アクセス助長罪（法13条、５条）が成立する[31]。さらに、提供行為時に「相手方に不正アクセス行為の用に供する目的があること」の情を知っていた場合には、加重類型としての知情提供罪（法12条２号、５条）が成立する[32]。さらに、非公開URLの提供を受けた者による不正アクセス行為が既遂に至った場合には、提供者につき不正アクセス行為罪（法11条、３条）の共犯が成立する[33]。

具体的には、ワンクリックで参加することが可能なミーティング用URLを当該会議等への参加につき許諾を得ていない者に対し伝達したり、SNSにおいて公開するなどの行為は、不正アクセス禁止法による処罰の対象となり得る。また、クラウド・ストレージ上のファイルを共有する際の共有リンク等につい

[31]「提供」の意義につき、逐条・前掲注（２）90頁。不特定多数の者に対して公開する行為等も含まれる。

[32] 知情提供罪の趣旨については、蔵原・前掲注（２）〔警論〕29頁、同・前掲注（２）〔時法〕15頁参照。

[33] その場合、法12条２号の罪はこれに吸収される（逐条・前掲注（２）149頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）60-61頁）。なお、法12条２号の罪は、特定の相手方が不正アクセスの用に供する目的を有していることを知ってなされる提供行為を対象としていると解されるから、誰かが不正アクセスの用に供する可能性を認識しつつ不特定多数の者に対して公開する行為が問題となる場合には、法13条の罪が不正アクセス行為罪の共犯に吸収されるということもあり得よう。

ても、当該共有リンク等がその利用形態からして識別符号と評価され得る限りにおいて、同様である。

Ⅵ. おわりに

アクセスの許諾を得ていない者が非公開 URL を入手しアクセスするという行為の不正アクセス行為該当性は、従来ほとんど論じられていなかった問題であるが、結論として、こうした行為は不正アクセス行為に該当し得る。①方式の場合には、ID・パスワード等の典型的な識別符号を用いたアクセス制御が前提となっており、その入力が URL を利用するかたちになっているにすぎないことから、当然に不正アクセス行為該当性が問題となり得る。他方で、②方式の場合には、問題となる URL はファイル等に付されたものであって利用権者等に付された符号ではないことが多いことに加え、問題となる URL において利用権者等の区別・識別を目的とする趣旨が表れているとはいえないことが多いことから、原則として、当該 URL は識別符号に該当せず、不正アクセス行為該当性は問題とならない。しかしながら、利用権者等に付され、利用権者等の区別・識別を目的とする趣旨が表れた符号として評価できるような事情の存する場合においては、不正アクセス行為該当性が問題となり得るであろう。

わが国における不正アクセス行為罪は、同じくサイバー犯罪条約２条を担保する諸外国における犯罪類型と比較すると、その処罰範囲は相当程度狭くなっている。というのも、わが国の不正アクセス行為罪は、識別符号によるアクセス制御というものを想定し、これを突破する行為のみを対象とするものであるのに対し、諸外国における同種犯罪は、こうした具体的な限定をしていないため、いわゆるファイアウォールを突破する行為等をも対象としているからである[34]。そうであるからこそ、わが国の不正アクセス行為罪において前提とされ

[34] わが国の不正アクセス禁止法が、ファイアウォールによるアクセス制限を突破する行為を適用対象外としているという点につき、北村（滋）・前掲注（２）28頁、北村（博）・前掲注（２）〔時法〕13-14頁、露木＝砂田＝檜垣・前掲注（２）41頁注６。立法論的にはそうした行為等も不正アクセス行為の対象とすべきであるとするものとして、今井猛嘉「ネットワーク犯罪」法教303号（2005年）56頁、西貝吉晃「コンピュータ・データへの無権限アクセスと刑事罰（１）」法協135巻２号（2018年）301頁、渡邉・前掲注（４）225頁。

る識別符号によるアクセス制御という概念が、新しい形態のアクセス・コントロールとどのような関係にあるのかを考えることが重要になってくるものと思われる。

非公開 URL を利用したアクセス・コントロールの利便性は非常に高く、今後も幅広く利用されていくことが想定されるため、今後の議論の蓄積に期待したい。

研究ノート

Electoral System Formation in Scottish Parliament 1989-1995: Cooperation between party and civil society (1)

Seita SHOJI

Part 1

1 Chapter 1-Introduction
The question of electoral system formation in the Scottish Parliament
Literature Review on the electoral system formation of the Scottish Parliament
Territorial parties and their principles
Case and methods
Theories on electoral system change
Modern Scottish politics research and 'new politics'

2 Chapter 2-UK and Scotland: The meaning of territory and demand for autonomy
Devolution to Scotland and the request of autonomy
On actors—Labour and the SCC
The Additional Member System (AMS)

3 Chapter 3 -Consensus building for the establishment of the Scottish Parliament and Labour (1989-1990)
Establishment of the SCC and its operation
Addressing Home Rule and acceptance of proportional representation

---------- (Ⅰ)

Part 2

Chapter 4- Constitutional Commission and implementation of AMS (1991-1995)
The advancement of the Scottish Constitutional Commission
The acceptance and final construction of the completed report

Chapter 5　Discussion: Logics of political parties in territory and cooperation
Cooperation between Labour and the SCC: logic of autonomy
Labour's inherent logic: logic of union

Chapter 6　Conclusion

---------- (Ⅱ)

A brief comment should also be mentioned with regards to this article (Electoral System Formation in Scottish Parliament 1989-1995 Cooperation between party and civil society (1)) as part one of further articles which will be in subsequent volumes.

1 Introduction

This article explores the course of the electoral system formation in Scottish Parliament focusing on the Scottish Labour Party (Labour Party) and the role of a cross-party civic organisation, the Scottish Constitutional Convention (SCC). After the detailed description of the system formation, this article will also demonstrate a party's principle behaviour within territory based on the two different logics with a focus on the collaboration between a party and civil society.

In considering relative cases, it will answer the research question of why Labour formed a disadvantageous system for themselves in terms of the number of seats. The Scottish electoral system known as the 'Additional Member System' was the combination of 'First Past the Post'(FPTP) and 'proportional representation' systems. It worked in some ways for the dominant Labour party at that time, as through (FPTP) they could have gained more seats, however, it also caused disadvantages in seat maximisation due to the need for proportional representation. It seemed

irrational for the Labour party to form the system intuitively, but the party in fact did concede to make a fairer electoral system for Scotland based on Scottish interest. This was through the cooperation of civil society, the Scottish Constitutional Convention and both the Labour and Liberal Democrat Party. One reason Labour accepted the plan, could be interpreted as two different territorial logics: logic of autonomy and logic of union.

The research question breaks down a posed question into three steps.

The first question is why proportional representation introduction was realised as necessary in the period between 1989 to 1990. In this period, SCC and Labour cooperated actively to form the system. In this collaboration, this article will focus on the role of the SLA, which is a group promoting Home Rule[1]. Second, why the seat allocation system which was formed should be addressed particularly in the period from 1993 to 1994. As stated before, AMS in the Scottish Parliament adopted the d'Hondt method, a modified version of a system used for balancing the seats between the single constituency (FPTP) and proportional representation parts. The divisor is added to the number of seats each party gained in a single constituency within a multi-member constituency making it difficult to gain seats through proportional representation. If a party gains many seats, the seats would be added to the divisor in the proportional representation part so overall making it harder to increase the number of seats in multi-member constituencies. Formation of this seat allocation system should be argued by considering the role of the Scottish Constitutional Commission, which is an independent commission of the SCC. The third question asks why the current number of seats was decided and this will be clarified by an analysis of political course in 1995 with a focus on the internal negotiation within Labour.

As stated above, a goal was set for the demonstration of the party's principle on behaviour in territory and an answer to this research question

[1] Although Home Rule is the term suggests independence, it is used to refer to the self-government of a nation within a wider state(Cairney and McGarvey 2013:3).

will be shown in the following construction of this article.

In the first chapter and second chapter, the analytical framework and some background information of this article will be presented. By interrogating the existing literature, it clarifies an analytical concept and a theoretical framework. From the third chapter, the specific political course of electoral system formation will be examined, especially that of the period from 1989 to the end of 1990. It will be traced from the establishment of SCC to the acceptance of proportional representation by Labour in 1990 and as a result the first SCC report detailing the establishment of the Scottish Parliament. In the next chapter, after a brief consideration on the period over two years from 1991 to 1992 it will address the consensus on the electoral system in 1992, the course of cooperation between Labour and SCC, and how an argument of electoral system had developed since 1992. The latter part of chapter four will consider the political course from 1993 to 1995 from the formation of the seat allocation system in AMS, the debate with regards to the number of seats within Labour, to the completion of the system. In the fifth chapter, with the consideration of the case described from chapter two until four, the system formation of how the 'logic of autonomy' and the 'logic of union' contributed to build the system will be demonstrated. Then, it will examine the characteristics of the two logics by demonstrating the operation of each case. Whilst also considering the potential limitation and conditions of operating the two logics as an implication. Chapter six will conclude, through presenting both the contribution of, and limitations presented within this article.

The question of electoral system formation in the Scottish Parliament

Viewing the background of the electoral system in the Scottish Parliament is critical to the understanding of the research question of this article and arguing why it matters. As a prerequisite of this article's theme, the situation of Labour, which was the dominant party in Scotland, will be described here, confirming that FPTP was an effective system at that time. Lastly, this sub-section illustrates why the research question continues to remain a puzzle.

The seat allocation of proportional representation of AMS disadvantages the party that could gain a majority in a single constituency area, which will be discussed in further detail in the following chapter. Historically Labour remained strong in Scotland and as the ruling party held 78 percent of seats in the parliamentary election in 1997. In the period of system formation from the late 1980s to 1990s, Labour continuously gained strong support.

【Table 1】Votes and seats gained by Labour in UK parliamentary election in Scotland

	1974	1979	1983	1987	1992	1997
Votes (%)	36.3	41.5	35.1	42.4	39.0	45.6
Seats	41	44	41	50	49	56
Percentages of seats	57%	61%	57%	69%	68%	78%

Created referring to Lynch (2013)

As the chart shows, Labour had gained an overall majority in Scotland in the 1970s and from 1987 onwards; maintaining around 50 seats in the election, benefiting the party at that time (see Table 1). Thus, it questions why Labour formed the system that eventually disadvantaged them at the expense of seat maximisation. Being an instrumental actor in the formation of the system, Labour could have developed the system to benefit their party more. In 1999, in the first Scottish election, Labour was able to get 73% of seats, which was 53 seats against 73 seats in total in the constituency part; however, it acquired only three seats in proportional representation so they could not gain an overall majority against a total of 129 seats due to the type of electoral system. In reflecting on the result of the election, it leads to the question of the reason why Labour formed a system that eventually was not beneficial to them, even though they could have retained strong support for seat percentage.

Furthermore, it should be questioned why FPTP had changed in that period. In the 1990s, electoral reform was being trialed worldwide, for instance in Japan, Italy, New Zealand and Israel. It may not be surprising therefore that Scotland was also pushing for reform in the 1990s. Though considering the internal context of the UK, the situation is dissimilar to these

aforementioned countries.

The FPTP's introduction in the UK was supported in the UK parliamentary election as it had remained for a long period of time. It did not face obstructions as political parties were used to the system being in place. In the 1990s, the UK Parliament saw much opposition against electoral reform in the main two parties. Mainly, the Conservative party which supported the maintenance of FPTP at all levels of elections in the UK (Norris 1995:76). Blau argues that the possibility of change to FPTP was unlikely, this is because the UK parties would constantly discuss the possibility of, but would struggle to pass a bill with a majority (Blau 2008). Besides, the consistency of the electoral system also matters, however an exception to this is in Northern Ireland where there is a unique historical context. The UK has sustained FPTP at all levels of the election including the European Parliament election. Nowadays although the Scottish local government election has electoral reform, other parts of the UK still continue to use FPTP in local elections. In considering the context around the time of the 1980s, it can be assumed that the electoral reform in the UK would have been a difficult task for political parties. The 1978 Scottish Act had planned to implement FPTP, thus in no way was it considered detrimental to the Scottish Parliament in adopting the FPTP system in the 1990s.

As stated above, Scotland had also gained strong support from the electorate, so the merit of introduction of FPTP would be a great way to consolidate that support. Former First minister[2], Henry McLeish looked back the history of the 1990s, and he emphasised as follows;

> **"If you look at the history of the Labour Party, our support for first-past-the post voting(FPTP) and our hegemony in national and local government politics in Scotland, Labour had no need to commit to proportional representation" (McLeish 2004:52).**

[2] The First Minister of Scotland is the leader of the Scottish Government as equivalent to the Prime Minister in the UK.

Therefore, in this context, the electoral system was in some ways newly formed, but it could be understood as electoral reform in a broader context within the UK[3]. Thus, this article refers to some of the literature of electoral system change and positions its theme within this context.

Going forward, Labour's formation of AMS must be questioned when it disadvantaged them in terms of seat maximisation. This question should be analysed by splitting it into two sub-questions. First, Labour could have widened the support base for themselves, which should have been possible, but why did they not? Second, why was the dominant electoral system in British politics, FPTP reformed in the 1990s?

From the two points considered above, it demonstrates the significance of making the research question of this article clear. Why did Labour introduce an electoral system that disadvantaged them? Previous studies will be examined concerning the electoral system formation in the Scottish Parliament through referring to the studies of territorial politics, which is the central field of this article, and in conclusion the analytical framework of this article will be introduced.

Literature Review on the electoral system formation of the Scottish Parliament

This sub-section will outline how the Scottish Parliament electoral system formation was explained in existing literature. First, as an example of an intra-party compromise model, it introduces Curtice's research. In contrast to the model, Convery and Lundberg advanced the explanation of a rational choice and an ideological one. After the reconsideration of previous work, it argues the existing literature gives limited answer to the research question stated above.

Curtice explains the formation of the electoral system of the Scottish

[3] This would be controversial statement because this case should be positioned as the system 'formation'. Nevertheless, the seat maximisation's perspective of party can be arguable and useful therefore, this article pragmatically uses the framework of an electoral 'reform'.

Parliament based on the negotiation between Labour and the Liberal Democrats, which consist of the SCC. When Labour tried to negotiate with the Liberal Democrats, the Liberal Democrats persisted for the need of proportional representation rather than the current electoral system. Labour partially amended the FPTP as a political compromise and created AMS as an alternative (Curtice 1996, 2006).

In this explanation, it regards SCC as a political arena among parties. The Liberal Democrats consistently pushed for the modified STV system, but, in fact, ultimately failed to adopt it. However, Labour had been influential dominantly throughout the 1990s, so Curtice's explanation supposedly might not engage with the point enough. It also may not coincide with the actual political course described in the later chapter. Labour and the Liberal Democrats' negotiations can be observed in the latter stages, prior to then, the majority of discussions fostered within SCC involved the development and advancement in the political decisions of Labour's agenda.

Most importantly, the intra-party compromise model might not sufficiently take into account the role and influence of SCC or the power exerted by the pressure group within SCC in the electoral system formation. McLeish summarised the influence of SCC in the electoral system formation as "(It was) the Convention that influenced on electoral reform, not the other way around" (McLeish 2004:52). Therefore, Curtice's explanation did not give a convincing answer to the research question of this article.

Convery and Lundberg critically review the problem, and they propose a well-grounded explanation by taking into account SCC's role in the system formation. In their research, they emphasise the role of the SCC and explain the electoral system from a different viewpoint with two explanations based on rational choice and ideological commitment to 'new politics'. Using this framework, they demonstrate the electoral system formation by using archive resources of the SCC, political parties sources and also interviews with politicians.

Nonetheless, although the explanation of Convery and Lundberg seems plausible, it has still not yet answered the question of why Labour formed a

system that disadvantaged them in terms of seat maximisation. It could be said that the research was approximate to the actual political course and descriptive to a great extent, however, three points are still unclear. First, it does not address the background of collaboration and its substance between Labour and the SCC so the research did not reveal the motivation of Labour to form the system and where the source of the idea of the seats allocation system came from. Second, the relationship between rational choice and ideological commitment is uncertain. How the two explanations had an influence on the political course and its observable implication is imprecise, and how it combined within the system formation is not explained enough. Thus, a mechanism of interaction and transformation in the relationship between Labour and SCC is not examined thoroughly. Third, Convery and Lundberg contended that "overall, the same dynamics found by scholars at the national level applied here to this sub-state case" (Convery and Lundberg 2018:13), but this may be debatable. In their article, the concept of 'new politics' is different from the Westminster model, in the way the concept should be understood, as an idea existing only in Scotland thus competing with the UK Parliament. Therefore, as long as the idea is applied as an independent variable, it could be controversial to argue the same level of dynamics observed because the idea was specific to territory. Territory has its own mechanism in party politics, so that the existing literature should be critically assessed from the viewpoint of whether the extant framework was applicable or not.

Thus, with a specific territorial explanation this enables us to provide a more persuasive description of the collaboration between Labour and the SCC. For improving some pitfalls of previous work, the specific explanatory variable in territorial politics, and the application of territorial logic will be explored, which is the framework of this research.

Territorial parties and their principles

In this sub-section, the literature on territorial party politics will be examined, which is the central research field of this paper. After assessing

the existing literature, it introduces the analytical concept, territorial logic. As territorial logic is critically reconsidered, this article will shed new light on the territorial logic and re-conceptualise it as two different logics which will present the theoretical framework for this article.

The comparative research on territory and party politics was not undertaken until the end of the 1990s, thereafter, it developed gradually (Keating 2008:71). As considered by the literature referring to the work of Keating, territorial rescaling had much influence on the party system. Although it has a specific significance in regional politics, it failed to address specific mechanisms on party politics within territory until the recent theoretical development of the field. Hough and Jeffery referred to the ignorance of 'vertical' differences which means the differences between sub-state and statewide election, is described as follows;

> **"That tendency to view sub-state political mobilisation through the lens of statewide politics produce, implicitly, a characterisation of sub-state politics that is significant only for what it tells us about statewide politics" (Hough and Jeffery 2006:6).**

Therefore, in this framework the region was likely to be neglected in the scholarly literature through analysis of the party system. If so, as considered by Hough and Jeffery, it could be the major flaw of statewide politics which could generate a national bias towards traditional party research (Hough and Jeffery 2006; Detterbeck 2012).

As a result of the weaknesses currently in research for multi-level party politics and regional politics, the work of Swenden and Maddens is able to bridge scholarly literature between the study on regionalisation and the party. The focus on party organisation and campaigning, arguing the importance of multi-level party system and interaction within the system being important (Swenden and Maddens 2009). Detterbeck, with an admission to the electoral differentiation between statewide and sub-state level, also argues that territorial party systems have grown apart and government formation has become more incongruent. Then he also points out the increased scope for a distinct logic in regional party competition (Detterbeck

2012:Chapter 9).

From here, the development of party politics research in territory has grown recently with a focus on the territorial dynamics in each region. In recent work, a local branch of statewide parties is understood to be a significant actor of territorial politics in pushing for the autonomy of a territory (Hepburn 2018). Thus, it is still important to theorise territorial party politics with a focus on the local branch of national parties like the Labour party. Furthermore, as Detterbeck mentions a distinctive regional logic in party competition is a motivation of a party in each territory and should therefore be explored. The growing body of literature in territorial party politics takes a new look at the territorial dimension of the organisation, campaign, and electoral results, whereas there are few investigations about how the political parties behave in the territory. Consequently, Toubeau and Massetti's seminal paper suggest that three logics could explain the principle of the party's behaviour in the territory;(1)electoral logic;(2)ideological logic; and(3)territorial logic.

First, the electoral logic refers to the behaviour of a party based on the motivation for seeking office, and gaining more votes. Under this logic, a party is interpreted as an entity which intends to preserve and enlarge its existing social, territorial composition for the sake of ensuring access to office and maintaining the governments' stability. Second, the ideological logic relates to the aspect of a party's concept or manifest, making use of explaining a party's ideological position compared with other parties, instead being motivated by ideology than short-term strategy. Third, it is the territorial logic that "(the territorial logic) refers to parties acting as the agents of particular territorial communities". Moreover, in contrast to the former statewide logics, Toubeau and Massetti follow as "when competing, political parties articulate the interests of particular regions or constituent entities, and put forth policies that seek to improve the terms of their membership within the unitary, regionalised or federal state" (Toubeau & Massetti 2013：302). Therefore, the party's policy goal in the territory is the redistributive effects of particular public goods and territorial arrangements.

Here, Toubeau and Massetti identify a party's motivation when applied to territory rather than a state-wide perspective and, in a sense, their research has been groundbreaking in looking at the motivation of parties in the territory. In the territorial logic, it is assumed that a party's principle for behaviour refers to the main actor inducing interest towards a territory within a unitary state or federal state by pushing for a redistributive effect of the countries. Otherwise, the relationship among the three logics is disputable. It is arduous to prioritise which logics succeeded in their argument among others when comparing those three logics. Moreover, it could make it difficult to deliver an adequate framework to explain the party's behaviour without revisiting a constitutional issue in territory.

Thus, I first argue the former two logics are fundamentally linked with territorial logic in a territory like Scotland, and the territorial logic functioning as an underpinning effect in directing other logics related to the specific factor of a territory. That is, the territorial logic operates a preference in formation in an election, rational interest seeking behaviour and the construction of ideas being symbolised as 'new politics'. In this case, articulating the interests of particular regions is insufficient to capture the dimension for considering a unique political dynamic in territory for characterising the civil movements in the demand for autonomy. Thus, in this article, in the consideration of autonomous demand for territory, the following framework should be suggested.

In a territory whose political agenda hinged on a constitutional issue substantially including independence, the territorial logic should be expressed as two forms of 'logic of autonomy' and 'logic of union', and a party should operate in a territory based on the two logics. Under the logic of autonomy, a party behaves as an agent of the territory to push for the agenda of autonomy for expressing the demand in territory even though it disposes of vote-seeking behaviour in an election. Thus, in this logic, the ultimate goal of a party is an advancement of specific policy in a territory and an increase in autonomy within a state. Conversely, in the logic of union, a party behaves as an agent of territory too, but its goal is the maintenance of the constitutional

position of the party. For the realisation of the goal, the party behaves by seeking widening support in a territory, and to sustain its influence in a territory. This logic cannot be applied to the party advocating independence based on that definition.

In this article, a theoretical framework is presented as a function of 'logic of autonomy' and 'logic of union'. The formation of the system was developed in stages and due to the way of operating two logics within the system being changed depending on the time period meant separate functioning of the mechanism.

The explanation of the research question stated above with an analytical concept and theoretical framework is presented accordingly in this article. Labour and the SCC's collaboration fostering the logic of autonomy led to the acceptance of proportional representation in the Scottish Parliament. Thus, with the initiatives of SCC, due to an establishment of the independent commission from party politics resulted in the idea that it compensates for the imbalance between votes and seats of FPTP by proportional representation, which suggests, it succeeded in forming a distinctive electoral system. Next, some of the Labour party's politicians were afraid of the decline of their influence in a territory and the disintegration of the United Kingdom under the logic of union, therefore, Labour restrained the effect of the electoral system to maintain its constitutional position. Thus, the number of seats in the parliament were reduced and the political course changed due to their behaviour.

To sum up, the latter chapter will consider how this 'logic of autonomy' and the 'logic of union' under what condition functions, and how the two logics could be observed and transformed within the actual political course, and conclude based on this consideration. The next sub-section will look at the case and methods used in this article in how this research question can be approached.

Case and methods

In this article, the demonstration of a causal mechanism of two different

logics from observations will be revealed and will answer the research question. First, this sub-section will consider how this theme can be interpreted as a case. Next, this article applies process tracing with a single case study, so it will briefly examine the strength of this method, and show the approach of this article will follow.

As a methodology, this article will use process tracing with a single case study. According to Collier, process tracing is defined as "the systematic examination of diagnostic evidence selected and analyzed in light of research questions and hypotheses posed by the investigator" (Collier 2011). In this article, the operation of the logic of autonomy and the logic of union with a descriptive evidence selection will be traced, and it will analyse how it influences the process with an analysis of research questions, so this methodology should be appropriate.

In process tracing, there are different empirical tracing tests, including hoop tests, smoking gun tests, and straw in the wind tests according to Mahoney. A hoop test proposes that the specific evidence is required to demonstrate a hypothesis as a necessary condition which should lead to the elimination of a hypothesis rather than confirming one. In contrast, a smoking gun test proposes that if the specific evidence is present, it contributes to validating the hypothesis as a sufficient condition. While a straw in the wind test can neither confirm nor eliminate the hypothesis (Mahoney 2012). This article tries to demonstrate the existence of the two different logics and a causal mechanism contributing to the formation of the electoral system therefore the smoking gun test should be applied to support this.

This article is classified as a single case study only focusing on the Scottish Parliament electoral system formation. George and Bennett concede the single case study to some extent has limitations in demonstrating its ability, such as in case selection bias. In contrast, they argue the benefits of a case study in conceptual validity, deriving new hypotheses, exploring causal mechanisms, and modelling and assessing complex causal relations (George and Bennett 2005: Chapter 1). This especially can be seen in a causal mechanism, "within a single case, we can look at a larger number of

intervening variables and inductively observe any unexpected aspects of the operation of a particular causal mechanism or help identify what conditions present in a case activate the causal mechanism"(George and Bennett 2005:21). This research focuses on the mechanism of a causal relationship between the two logics and the system formation within a detailed single case study highlighting the strength of the case study in this aspect even though it has some weakness.

Thus, it reconsiders the electoral system formation from a field of territorial politics with its own variable. Moreover, as a methodology of the demonstration of two different logics, process tracing clarifies the causal-inference mechanism to specify the cause of system formation.

Beyond the contribution to territorial politics, the implications in some existing literature on electoral system change and modern Scottish politics will be presented in the following sections. It may be that the volume would be excessively lengthy as a literature review of the article as not directly relevant to the main research, though some concepts are significant in this paper and are therefore argued here.

Theories on electoral system change

First, in this sub-section, the motivation of actors in electoral reform in the literature will be examined. Next, it will describe the type of actors, who they are involved with, and how they participate in decision-making based on Renwick's studies. This sub-section also clarifies how this case should be presented in the scholarly context accordingly.

As an overview, how the actor's motivation was investigated in literature will be focused on first. Political scientist, Benoit, claims that in relation to a condition of electoral reform, the motivation for electoral system change correlates with the rational party's demand for maximisation of seats and enlargement of percentages of seat shares in parliament (Benoit 2004).

Colomer also reveals, existing parties first tend to consolidate or strengthen current political configurations rather than creating a new system (Colomer 2005). This presupposes that parties involve electoral reform for maximising

their benefits or to stabilise the current situation.

On the other hand, based on the assumption that self-interest is not the only way to drive electoral reform, Katz provides a different perspective against the rational choice view. First, an electoral reform can be perceived as a response to a complaint expressed by the people, for example empowerment for female representation and minority groups representation in parliament can spur the reform. Finally, more generally, the demand for change in the essence of politics can be the motive of actors. Especially advocates of proportional representation, they intend less partisanship, making the polity more cooperative (Katz 2007:311). From here, literature for the normative motivation of politicians for reform has been advanced[4].

Shugart understands political reform as a by-product through explaining it in two factors, inherent and contingent factors. An inherent factor is defined as a normative demand generated by a current systemic failure. Especially FPTP which generally tends to result in an unacceptable consequence for voters. On the other hand, a contingent factor, is when a ruling party can brand themselves as a 'reformer', and parties utilise electoral reform as an agenda in an election. Therefore, in the example of a contingent factor, it displays the benefit as being outcome-oriented. Parties disadvantaged by the current system through this reform, are able to benefit through their own conduct in promoting (or preventing) the reform, thereby positively influencing public opinion and subsequently improving their chances in electoral results (Shugart 2008). According to this, Shugart's explanation can be understood by combining the two perspectives stated above. Katz' and Shugart's theory extend to include the influence of citizens.

The kind of actors and their way of involvement within reform will be further examined. Renwick lists politicians, citizens, judiciary, and pressure from international actors, as actors involved in exerting an influence in electoral reform. Additionally, he puts forward two inventive theoretical categories to answer the question of how the actors behave in electoral

[4] These understandings were based on the work of Renwick (2018).

reform.

The first category is 'elite-mass interaction'. In this category, electoral reform will be realised if citizens actively express a preference for electoral reform. In the process of electoral reform, the demand for it is expressed in the form of anger against the political system, and politicians try to alleviate this by addressing an agenda of electoral reform. In this category, the skewing of electoral results is not enough for prerequisite. Rather it is crucial for people to feel the sense of the political system influencing their lives.

The second, 'elite-majority imposition' , comparing to the former example, is not only that people are not interested in pushing for electoral reform, but also, that they are unable, and do not want, to penalise those in power who manipulate the electoral system. In this case, the constraint of political legitimacy is low, and people are used to the manipulation of the electoral system by historical precedents. The form of electoral system chosen depends on a politician's motivation (Renwick 2010). From Renwick's theorisation, the emphasis of politicians and citizens as actors, together with their interests matters in classifying this category.

In this sub-section, the overview of the actor's motivation has been given, and it examines what kind of actors are involved with electoral reform, and categorises how actors behave within reform. The motivation of actors can be looked at from two perspectives, being a compromise between parties' seat maximisation demand and some normative views. In the perspective of seat maximisation demand towards the formation of the Scottish Parliament electoral system, one of the rational ways would be an introduction of FPTP. If it were not for applying the specific seat allocation system of AMS, a relationship with FPTP and proportional representation would not have been correlated, and the ruling party could have secured more seats for themselves. From the seat maximisation perspective, it would be difficult to answer the research question of this article stated above thoroughly. Otherwise, when arguing if an idea and norm had an influence on the formation of AMS, it seemingly did have an influence but was not robust enough to give a clear answer to the research question. Looking at this point,

Shugart discussion scopes a rational behaviour of political parties for gaining support through electoral reform, and argues both perspectives including the reason behind the complaint about a current electoral system and the response to it. The research is implicative in terms of considering the perspective of the seat maximisation idea and norm, but it cannot be addressed yet as its own mechanism of territory in the explanation for the motivation of actors. Accordingly, this point should be revisited in a later section.

Renwick's categorisation is actively influenced by citizens, and it is implicit to look at the interaction between citizens and politicians. Nevertheless, this article's main actor, SCC, was a collective actor of civil society and therefore its interaction with parties should be distinguished from the studies towards emphasising citizens as a whole. In the next sub-section, the position of this study is examined in the course of previous studies about the Scottish politics field.

Modern Scottish politics research and 'new politics'

In this sub-section, the study of modern Scottish politics will be outlined briefly, and it will show the uniqueness of this research in considering the concept of 'new politics'.

Scotland has been a significant factor within the UK from 1999 onwards since the legislation of Scottish law, the establishment of Scottish Parliament and government, and the development of devolution, therefore the total number of empirical studies of Scottish politics has increased. A referendum in 2014 was a watershed moment for Scotland, and it made a significant devolution figure even though it failed to gain a majority vote. Due to this background, whether Scottish politics diverge from UK national politics or not has been controversial in existing literature. The term 'new politics' in some ways embodies a series of development for Scottish modern politics studies.

The term 'new politics' relates closely to the direction of politics which was intended by SCC. SCC defines the future of politics thusly, "Scottish

parliament will usher in a way of politics that is radically different from the rituals of Westminster: more participative, more creative, less needlessly confrontational[5]". This demonstrates a substantial part of the content of 'new politics'. Consultative Steering Group (CSG) also plays an essential role in constructing the meaning of 'new politics'. CSG, chaired by the Labour politician Henry McLeish, discussed a plan for setting up the Scottish Parliament. The four key principles proposed by CSG are, (1) Sharing the Power, (2) Accountability, (3) Access and Participation, and (4) Equal Opportunities[6]. Parliamentary reforms under the ideal of 'new politics' was also exemplified such as an online petition system and the Scottish civil assembly (Cairney 2011).

The term 'new politics' has been frequently used among modern Scottish politics researchers and commentaries. The interpretation can be separated in two ways. First, the researchers evaluate an idea of 'new politics' positively, as SCC's report and CSG report argued, which intended for the politics to be radically different from Westminster politics (Brown 1998,2000). Second, the empirical researches demonstrate a condition of politics since 1999, focusing on the gap between ideal and reality (Mitchell 2000; Cairney 2011 Cairney and McGarvey 2013).

Therefore, in the latter part of the research, the terminology of 'new politics' was critically assessed to point out the gap between ideal and actual situation or criticised the concept itself. The literature insists that political reform under 'new politics' remained unchanged in nature, so that the reformers could not achieve the goal (Mitchell 2000; Mitchell 2010; Lundberg 2014). Mitchell, though he admitted electoral reform as a major change, points out the homogeneity between AMS and FPTP in a single constituency. He also evaluates reformers of 'new politics' (in his term, Home Rulers) as

---

[5] SCC (1995) "Scotland's Parliament, Scotland's Right", pp.9.

[6] CSG (1998) "Report of the Consultative Steering Group on the Scottish Parliament 'Shaping Scotland's Parliament'" (https://www.parliament.scot/PublicInformationdocuments/Report_of_the_Consultative_Steering_Group.pdf)

"unrealistic, based on underestimating the extent of political differences in Scotland and overestimating the power of formal institutions to affect processes and political behaviour". He mentioned SCC's preparatory work as being "drew consciously on models from abroad, if erratically and not always fully understood" (Mitchell 2000:606).

This perspective has been shared in the scholarly literature relatively often. Cairney and McGarvey also argue that the issue of 'new politics' had been an issue in its composition between 'old Westminster' and 'new Holyrood[7]', and the gap it had between widespread expectations among citizens(often exaggerated) and actual consequences of the reform(Cairney and McGarvey 2013). The two perspectives of modern Scottish politics studies are persuasive, and it is difficult to conclude and judge, however, it could be argued that the latter part of studies have been influential and supposedly evident in scholarly literature.

Otherwise, the perspective of the former view, when evaluating 'new politics', appears to be overlooked even in the study of the period of system formation in the 1990s. This is partly because the results and disillusionment of 'new politics' might have led to a focus on the empirical research after 1990s in examining the results and limitations of political reform under 'new politics'. Thus, it is important to observe the description of the new electoral system, along with its effects and limitations (Paterson et al. 2001; Mitchell 2010; Cairney 2011; Cairney and McGarvey 2013), but how it was created although less investigated would be worth researching more. The role of an idea of 'new politics' in the system formation period should be analysed, and will have an impact in the research field. That is why, it can be said that, considering how Labour and SCC tried to realise 'new politics' in the system formation period, it was one of the research agendas that the previous work had failed to address enough.

In the next chapter, as a preliminary work of the detailed description of the process in electoral system formation, the background will be explored

[7] Denoting in reference to Scottish Parliament

more in this article. The chapter encompasses the following sections; the relationship between the UK and Scotland, the brief history of self-autonomy and civil society in Scotland, an introduction of actors in this article, and an explanation of AMS adopted in Scottish Parliament.

2 UK and Scotland: The meaning of territory and demand for autonomy

The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, in particular the relationship with each constituent region, England, Scotland, Wales, and Northern Ireland is a vital part of the issue of governance in British politics. With regards to the relationship between Scotland and the UK, Scotland had been an independent country until 1707. In 1707, under the Treaty of Union, Scotland was united into "One Kingdom by the name of GREAT BRITAIN". In Scotland, according to Devine, "there seems to have been overwhelming popular opposition to the loss of the parliament and angry hostility to the whole idea of an 'incorporating' union" (Devine 2012:16).

For 300 years, the United Kingdom has been a single unitary state which sovereignty rests in the UK Parliament. Scotland had been developed as a constituent in the UK without having its own parliament until 1999. However, the relationship between the UK and Scotland has fluctuated constantly until now as Scotland is in an evolving state of devolution. This creating an ongoing divergence of party identification and levels of support between the UK and Scotland.

To capture those changes between the UK and Scotland, it requires a framework to analyse the relationship. Thus, this article positions each composite state in the UK as a territory, and within this context it considers the politics developed in Scotland. A framework of territorial politics applies to this article within the tradition of the research field as stated above. Lastly, it demonstrates the background of the difficult ongoing issues in the relationship between the UK and Scotland and subsequently devolution within the UK.

Thereafter, it considers the meaning and position of territorial politics in previous work in contrast to local government studies with reference to

Michael Keating, who is a pioneer of territorial politics. According to Keating, the territorial politics in Europe has come to relate with the territorial construction of various state's integration and disintegration. Thus, it can be captured in other research subfields in political science, such as local government studies and urban studies. Each study applies different theoretical, methodological methods in scholarly literature and after developing the research, two different literatures begin to come together. Local government studies in contrast to the study of territorial politics, have tended to be national. Hence, the national level research has a comparative perspective. However, local government studies often have not been researched by comparative aspects due to the position known as 'national exceptionalism' (Keating 2008:68). In contrast to the local government studies, territorial politics seems to have a domestic characteristic and in comparison territorial politics focuses on a regional framework.

In 1990, there was a renaissance of new regionalism with regards to local politics studies. The literature pointed out that new spatial scaling across upper-level and sub-level of government could be observed, leading to de-territorialisation and re-territorialisation. In the 1970s and 1980s, the local government studies revealed that with a juxtaposition of functional differentiation, there was a continuity and reinvention of the territorial framework. It caused doubt in the views of classical modernists who argued a victory of function over territory. That is why, in politics, there is a coexistence of function and territory, but the dominant territorial framework has been the nation-state. Thus it helps for us to obliviate the existence of territorial framework (Keating 2008:69-70). That is, the nation state is taken for granted in the territorial framework, ultimately leading to it being forgotten. Through the statement of de-territorialisation and re-territorialisation, such as Scotland and the UK, it can be interpreted that territory is still pivotal in political science as a research object.

Keating also made it clear that phenomena of territorial decentralisation of nation-state and territorial rescaling can be positioned in various literature. The rescaling can be observed in three dimensions; functional, political, and

institutional. A functional dimension can be argued from the fact that economic development and change transferred from nation-state to European and global level, along with both regional, urban level. Therefore, provoking a political response in the sphere between a party and society in the rescaling of political dimensions, for example devolution, which is accompanied by functional rescaling of the ties between society and political parties on the whole. Devolution gives more power to and creates new economic ties with political parties and private sectors. Parties and voting behaviour also comes into question over the ideas of national tendency, and it creates various political interests of each region. From an institutional dimension, the state faces a change in functional norms and risks losing its regulatory capacity through observing local plans, local government reform, and development agencies (Keating 2013: chapter 1). Hepburn and Detterbeck evaluate the interactive phenomena of territorial rescaling as a demonstration of a response from the nation-state to the request from territory asking for a small autonomous political community to be recognised and accommodated (Hepburn and Detterbeck 2018:4).

Development of local government studies and public administration studies shows a comparison of two distinctive directions of analysis. One is a reflection of state-centric political views based on function, and it leads to valuing private actors and reassesses a territory as its analytical unit. Another is the transition of theorising power from the perspective of a top-down to bottom-up structure. From the stream of new regionalism, it can be interpreted as a new spatial rescaling of territory and a direction of critical assessment toward nation-state as a central framework of the analysis.

It can, therefore, be accepted that Scotland is an example of territorial rescaling and territory, expressing a request for autonomy and receiving a response from the UK. Territorial rescaling from the UK to Scotland and how devolution has been performed until now will be addressed in the next sub-section. It focuses on how the power from the bottom in territory is expressed in parallel to the top-down power structure. This article will position Scottish political tradition in the latter 1980s and 1990s.

Devolution to Scotland and the request of autonomy

Before the 20th century devolution reform, the UK had established a territorial ministry to deal with some political and public administration issues specific to Scotland. Since 1885, the Scotland Office has gradually widened the scope of this administration to address a variety of issues affecting Scotland. The UK has also responded to it by supporting aspects of devolution (Yamazaki 2011).

Of course, there is an aspect of functional management in devolution as the top-down power structure, but devolution to Scotland developed not only as functional management, but also as a response to an autonomy demand from the territory as discussed earlier when considering the argument of territorial rescaling. Thus, it is essential to consider how that autonomous demand was expressed historically in Scotland. This sub-section will briefly look at how this was described throughout the course of stating a request for autonomy within Scotland, focusing on the role of political parties and civil society whilst giving an overview of the course of devolution.

In looking at the course of autonomy within the politics of Scotland, it is necessary to investigate a significant actor, the Scottish National Party (SNP). SNP is a regional political party which advocates Scottish independence from the UK, and has been influential in recent British politics holding a significant number of parliamentary seats in the House of Commons especially following the referendum in 2014. Historically, along with political parties, some other civil society organisations played a pivotal role in advocating the autonomy issue as an agenda. Thus, considering Lynch's previous studies, this sub-section will outline the movement for autonomy from the end of the 19th century to the first part of the 20th century until the formation of the SNP in 1934.

First, one of the influential organisations arguing the issue of self-autonomy was the Scottish Home Rule Association (SHRA) which was founded in 1886. SHRA consisted of some of the prominent Labour politicians such as Keir Hardie and Ramsey MacDonald, miners' leaders, and some parliament members of the Crofter's Party. It organised conferences to promote the

Home Rule issue, and it also formed a cross-party group to promote advocacy activities to the parliament members. However, a bill supporting Home Rule was rejected because supporters of self-autonomy could not reach a parliamentary majority at that time. Another important organisation at the time was the Scots National League (SNL). Unlike SHRA, the SNL's first intent was to establish its political party and move on the Home Rule issue. After some organisational reform and discussions between SNL, SHRA and the Scottish National Movement, the National Party of Scotland (NPS) was subsequently formed. NPS gained stable support to some extent, but it was limited due to their vague ideological position. After the merger with the party called Scottish Party based on compromise, the SNP was eventually established in 1934 (Lynch 2013: chapter 2).

Lynch pointed out three common features of the organisations in this period. First, they were different in terms of their political strategies and goals. They did not have a common understanding of what the Scottish autonomy government was. Next, in contrast with the dissimilarities of their strategies, they did share interests. The leaders of these organisations recognised each other. Lastly, NPS and the Scottish Party were able to merge into one despite their rivalry at that time (Lynch 2013:31-32).

Thus, in the political movements for self-autonomy in Scotland, there were two ways to express their demands. Firstly, exercising influence by acting as a political party (SNL, NPS, SNP) which can be defined as the party-centred approach. Secondly, by civil society organisations (SHRA) lobbying existing political parties, which can be classified as a civil society approach. While the political movement for Home Rule plateaued at a lower level for two decades after WW2, it had a significant effect on the development of the movements advocating for self-autonomy. Subsequently one of the most influential actors in modern Scottish politics, the SNP's strength was established in this period.

The Home Rule issue had been promoted as a response from two major parties in British politics. In terms of civil society organisations, unlike the party route, they had invented another way of promoting Home Rule through pressure given from one side of civil society during this time. The campaign

by SHRA was a particular example of that, and it could be observed as a bottom-up power structure through the grassroots activity initiative. More interestingly, SHRA established an organisation called Scottish National Convention to lobby members of parliament in the House of Commons. Along with this there was the dissolvement of the campaign trial of the SHRA, which created new support for two separate cross-party movements within the NPS. In 1950, a similar type of cross-party organisation was also created, the Scottish Covenant Movement which also set up to promote this trial campaign. In the end neither of them was able to achieve their goal, intended for Scottish Parliament (Lynch 2013:83).

After the movements for Home Rule in the period, there are some watershed moments to discuss in the promotion of self-government. First, it was in 1967 that SNP got a parliamentary seat in Westminster. It enabled the other two main parties Labour and the Conservatives to have a devolution agenda created through pressure put on by the SNP. Thereafter, a defeat in the 1979 referendum, led to the appearance of the Campaign for Scottish Assembly (CSA) and SCC which pursued a civil society or cross-party approach instead of party-centred approach previously acted by the SNP and NPS. In the 1990s, Labour responded to it actively and collaborated to establish the Scottish Parliament. Those movements by Labour in the 1990s may be overlapped that of early 20th century methods and the positive involvement of political parties overall during the 1990s was distinctly apparent.

As an underpinning reason for these Home Rule movements, campaigns, and activities for self-autonomy, would have been due to the existence of a strong, independent Scottish identity. As previously discussed, Scotland had been an independent state before the formation of the United Kingdom. After its unification, Scotland had maintained its own key institutions including the Scottish legal system, the Presbyterian Church of Scotland, the Scottish educational system, and local authorities (Kellas 1989a:2). Despite having a strong identity in different historical and cultural contexts does not always lead to political implications(Yamazaki 2011:6), considering the continuous

appeal for self-autonomy from the past, it would not be unnatural to suppose identity as the main driver of the Home Rule movements. In empirical research, the causal relationship of Scottish identity and voting behaviour had been tested repeatedly to check its correlation (Brown et al. 1990: chapter 9; Brown et al. 1999; chapter 3, Paterson et al. 2001; chapter 7). When it comes to the relationship between identity and political movements, it could also be said that it depended on the context. Nevertheless, we could see the nature of identity in the continuous request for self-autonomy from the 1980s to 1990s onwards. Due to limited scope of this article, it does not try to argue the relationship between identity and appeal for self-autonomy in detail, but this is vital in understanding the politics of territory.

Thus, in the case of this article, politics relating to self-autonomy from 1989 to 1995 in the historical course and development of movements supporting self-autonomy can be posited. Development of two approaches in early 20th century movements, can be confirmed as party-centred approach and civil society approach. In a sense, interestingly, the idea of a cross-party was advocated at an early stage, and in the 1980s and 1990s, it could be argued that the two approaches were brought together. Moreover, the rise of appeal for the two approaches being brought together can be assumed in the 1980s and 1990s based on the content of political movements. In the next sub-section, this article will examine the actors in the 1980s and 1990s in the movements for self-autonomy, including their position and an interpretation of it.

On actors — Labour and the SCC

In previous sub-sections, it considers the relationship between the UK and Scotland, and it examines the course of devolution and self-autonomy. Through this consideration, the theme of this article positions where Scotland lay in terms of space and territory and the juxtaposition this had within the time period in which it is presented. This sub-section will focus on the actors within self-autonomy in the 1980s and 1990s.

The main actors within this article are the Labour Party and SCC. Of

course, the Liberal Democratic Party (Liberal Democrats) was an important actor within the make-up of the SCC, but the main party was clearly Labour when looking at the course of politics in the 1980s and 1990s. Therefore, this article develops a description and analysis focusing mainly on these two actors. In this sub-section, it briefly introduces the two parties and clarifies the organisation. With regards to the Labour Party, this article mainly interrogates the Scottish Labour Party. Thus, in this sub-section, Labour's position will be examined in some ways compared to the National Labour Party (NLP) and its autonomy in the party system. Then, it focuses on the interpretation of SCC in literature and indicates their significance as an independent body.

First, it examines how the Labour Party was positioned in their relationship with NLP. From 1915 to 1994 Labour in Scotland was known initially as the Scottish Advisory Council (Lynch and Birrell: 2004:176). After the establishment of Scottish Labour in NLP as a regional branch, it started its unique development. Following this was the renaming of the Scottish Advisory Council which became the Scottish Council of the Labour Party, its official title given by the Labour Party (Hassan and Shaw 2012:223). Finally, in the Scottish Conference in 1994 held at Dundee, it formally announced its name as Scottish Labour Party (Lynch and Birrell 2004:177).

By changing its name we came to understand Labour's development as a regional branch in Scotland. Briefly allowing for consideration of the autonomy of Labour in NLP in terms of discretion in the party and its uniqueness within the party. Changing the name of the party allowed Labour to emphasise its distinctive identity, but it centralised at the discretionary level on the issues of finance, human resource, and membership. Therefore despite committing to a devolution stance, the Labour party maintained a characteristic as a local branch of NLP (Lynch and Birrell 2004:177-178). As observed at the Labour constitution in 1918, Labour could be seen as a 'regional' party, the equivalent of the English North East with little autonomy over policy, finance and party bureaucracy (Hassan 2002b).

From here, we see Labour's development as a Scottish branch of NLP in

terms of discretion. Therefore, it can be observed that the centralised party structure limited the autonomy of the Labour party within Scotland to some extent. However, it cannot be assured as being equivalent to that of one region in England.

In Labour's annual conference, during most of the post-war period, it argued noncommittal matters such as the economy, housing, and education. It gradually declined after the resolution passed for the abolishment of veto on non-Scottish subjects, and this led to the discussion of greater autonomy within NLP. This was argued at Scottish Labour Action (SLA), and therefore created the development of a range of matters to be addressed through Home Rule, including anti-poll tax campaigns and the agenda of the Scottish Parliament (Hassan 2002b:31).

Hassan, who published a variety of works regarding the Labour Party, pointed out three differences between NLP and Labour. First, the Scottish party had a traditionally smaller membership than the NLP. Second, Labour was an institutionalised party through governing the public life of Scotland. Third, it also sought dominance in intellectual and cultural terms over Scotland (Hassan 2004:4-5).

From here, Labour's discretion had been centralised at NLP, but how it existed in Scotland and developed was unique within the UK. Additionally, the centralised party structure did not necessarily prevent it from committing to devolution issues. One of the prominent politicians in the UK at that time, and leader of the NLP from 1983 to 1992, Neil Kinnock supported devolution in the period of system formation in Scotland. The following party leader, John Smith, was an enthusiastic supporter as he made a speech at the conference of SCC in 1990. Such continuous support from influential politicians even at national level, allowed Labour to continue the commitment for devolution throughout the 1990s. That is why Labour could demonstrate a distinctive move in the centralised party. Hassan described Labour as follows:

> **"The Scottish Labour party is a strange creature. It is a party with its own distinctive origins, history and culture; yet it exists within one of the most centralised political parties in western Europe" (Hassan 2002a:144).**

Hassan evaluated that the Labour party retained a unique identity through their development within a centralised political party, the NLP.

Another main actor which will go on to be discussed is the SCC, and how they are interpreted within this political realm. The SCC consisted of Labour, the Liberal Democrats, Scottish Trade Union Council (STUC), some church organisations and COSLA (Convention of Scottish Local Authorities), a national association of Scottish local authorities. It was interpreted differently due to its characteristic as an umbrella organisation. Peter Lynch, a prolific writer within Scottish politics, introduced the four perspectives of SCC.

First, is a positive interpretation emphasising its achievement in formulating a plan in which the interests of various political organisations are considered. SCC's capacity to harmonise the interests of both Labour and Liberal Democrats is considered a good example of democracy, pluralism, and consensus politics. Second, in contrast with the positive interpretation, a more sceptical interpretation focuses on the motivation of participant groups. Based on its perspective, SCC is evaluated as promoting a nationalistic response with the intent of defeating SNP by reducing their level of support. Thus SCC can be viewed as a constitutional choice of devolution within the Labour party, and therefore, offer an alternative to SNP's independence card. Third is a partisan one. It reveals the aspect of party politics in SCC that despite being promoted as a cross-party organisation, it comprises only Labour and Liberal Democrats participants who competed against Conservatives and SNP, and subsequently proposes that it was simply an opportunity for Labour to present themselves as a driving force in Scottish political interests. Fourth, was an interpretation of pressure groups. In this interpretation, SCC is shown as using this political platform to promote their own various interests, e.g. Liberal democrats used the platform to push for proportional representation (Lynch 1996 2-4).

In the first two categories involving the evaluation of SCC, it is being viewed as a simplified collective party. SCC is treated as one party so it can emphasise its effect in formulating the plan for devolution. Contrastingly, the latter two categories argue that it used the group as an arena for various actors, highlighting the aspect that individuals from each party and pressure group are using the platform to exert power in their own interests.

Conversely, Levy proposes the critical view on the interpretation of SCC. He criticises the fact that SCC could not give a clear answer in the question of sovereignty and highlighted the contradiction within SCC's plans. Additionally, he believed that Labour did not show the intention of reform and the discussion veered into the direction of the goal to dominate territory (Levy 1992).

Reflecting on the views of the two political scientists, there are different interpretations to be considered when looking at SCC. With regards to the interpretations that it used its platform as an arena of party politics, it is not impossible to establish a counterargument. For example, in the sceptical interpretations, SCC can be considered in competition with SNP, however, in the course of movements in SCC, they partially made an offer to cooperate with the SNP which they attempted throughout the 1990s. Levy also espoused the view that the parties in SCC did not try to reform, but as shown later through the Labour party, they actually had various views and some groups favoured the proportional representation system, so they were actually, in some ways, reforming. The Labour Party formed a system which consequently constrained their ability for seat maximisation. This shows an argument against Levy and his criticism that they were not wanting to reform and this point will be examined in further detail in the following chapter.

In classifying the SCC as being a framework of party politics, it limits the interpretation and perspective of analysis to some extent. Therefore, in this article, to allow an independent analysis of the function of SCC, it values the view of it being a collective actor and takes a similar position to the positive interpretation in Lynch's classification. This article's argument will position

itself based on this interpretation for a better understanding of the active functions of the SCC in forming the electoral system. Therefore, this article defines the SCC as a cross-party civic organisation. Through this definition, this article will focus on the mutual interaction between Labour and SCC and analyse the course of the electoral system formation with consideration of how preferences were advocated within the Labour party.

The actors in this article were examined and defined respectively. Labour, was defined as having a focus on retaining the unique Scottish identity within the centralised party. SCC was defined as a cross-party civic organisation, which held different views from specific parties. The two actors in this article will be interrogated as stated, developing an analysis in line with the definition. Then, in the next sub-section, the electoral system, the theme of this article, will be addressed.

The Additional Member System (AMS)

In the previous sub-section, it considers briefly the characteristics and history of the SCC and Labour as actors in the electoral system formation. This sub-section will address how the electoral system in the Scottish Parliament was demonstrated as an electoral system and what effect it had.

In reviewing the meaning of an electoral system, Gallagher and Mitchell define it as "the set of rules that structure how votes are cast at elections for a representative assembly and how these votes are then converted into seats in that assembly" (Gallagher and Mitchell 2005:3). This article will also look at this point of how votes are cast at elections and become seats within the parliament. The limitations of the domain within cast votes being used to define seat allocation will be described in the proceeding paragraphs.

In an election, the voters utilise a system relating to the rules of how the electorate cast votes and how these votes are allocated and translated into seats. Rae's work was useful and influential in supporting comparison analysis of the system in various countries. The criteria used by Rae in comparing the system has been shared in the scholarly literature (Gallagher and Mitchell 2005; Farrell 2011).

Rae advocates three main components to give standards for comparison of the electoral system. Firstly, 'district magnitude' is the standard based on the size of a constituency and the number of candidates elected per one constituency. It enables us to distinguish between a single constituency and a multi-number constituency by measuring the number of candidates elected i.e. where one candidate is elected this constitutes a single constituency whereas, when more than one candidate is elected this constitutes a multi-number constituency. Secondly, 'ballot structure' indicates how the vote is cast. 'Categorial or nominal' vote invites the electorate to vote for a specific party or candidate. 'Ordinal' voting invites electorates to number their vote in order of preference. Finally, there is the 'electoral formula'. which involves seat allocation, that transmits the number of votes converting into seats. It allows various classifications, though the main categories are the plurality system which emphasizes the plurality as a standard to decide for electing and the proportional representation system which values the (dis)proportionality instead[8] (Rae 1971).

There are variations in 'electoral formula'. With regards to proportional representation, in categorical standards, a candidate list is used to decide the seat allocation and votes are divided amongst candidates through totaling and dividing appropriately all votes made. A candidate list can be on a different scale depending on the type of election, for example, a regional list or a national one. Moreover, there is a mixed system to combine the plurality system with the proportional representation system, which is called a 'mixed-member electoral system' (Farrell 2011). This type of system has been adopted in Germany, Italy, Japan, and New Zealand.

[8] The concept of the relationship between these categories are independent, or sometimes related. For example, in the 'district magnitude', single constituency elects one candidate, then the 'ballot structure' has several variations but in the "electoral formula" it specifies within plural systems. In this example, "district magnitude" correlates strongly with 'electoral formula'. In the typical example, there is a Westminster electoral system, Single-Member Plurality System. In other words, it is so-called first past the post (FPTP).

The AMS system, introduced in Scottish Parliament, can be understood as an example of the mixed-member electoral system. This method can be explained as the combination of a plurality system and proportional system.

In 'district magnitude', there are two kinds of districts. There are 73 single constituencies, and eight multi-member constituencies elected by proportional representations. These two constituencies overlap. Each multi-number constituency contains eight to ten single constituencies. For example, the Lothian multi-member constituency including the capital city of Edinburgh, contains nine single constituencies, Almond Valley, Edinburgh Central, Edinburgh Eastern, Edinburgh Northern and Leith, Edinburgh Pentlands, Edinburgh Southern, Edinburgh Western, Linlithgow, and Midlothian North and Musselburgh. Each multi-member constituency elects seven people. This amounts to 73 single constituency elected members, and 56 multi-member constituency elected members, 129 in total.

In 'ballot structure', electorates have two votes and each vote is cast for a single constituency, and multi-constituencies respectively. In a single constituency, as in a Westminster parliament election, a candidate is voted for. The electorate then votes for a party or an independent candidate. Thus, each electorate should be represented by parliamentary members, one politician elected by a single constituency, and several politicians (called list MPs) elected by multi-member constituents.

In terms of 'electoral formula', the way of combining two systems needs to be considered when looking at how the position is made and subsequently understood within an electoral system. As a framework, multi-member constituencies elect through proportional representation via a closed list, whereby parties could choose candidates in order of preference. In the proportional representation part, the divisor of the AMS is unique in comparison to similar systems e.g. like Germany's electoral system (Lundberg 2014:354). In AMS, the number of seats is fixed independently from the beginning, so it is different from Germany's system in that way too.

In proportional representation AMS adopts the d'Hondt method of seat allocation. However, in the AMS, the d'Hondt method is a modified version

for balancing the seats between the single constituency and proportional representation parts. In the d'Hondt method, the divisor adds the number of seats each party gained in a single constituency seat within a multi-member constituency. Thus, after the single constituency seats are allocated to all the parties, the proportional representation's seat allocation correlates with the result of a single constituency part. Therefore, any party gaining the majority in a single constituency would have difficulty in gaining seats in the proportional representation part. If a party gains many seats in a single constituency, the seats would add to the divisor in the proportional representation part so that it will be hard to increase the number of seats in multi-member constituencies.

Accordingly, AMS has unique setting as an electoral system in comparison with different systems. Thus, it would be intriguing why this sort of system became well-grounded in Scotland. For answering the research question of why Labour formed a disadvantageous system for themselves in terms of number of seats, the following chapter will go on to explore the political process of system formation.

3 Consensus building for the establishment of the Scottish Parliament and Labour (1989-1990)

In this chapter, the question of why Labour came to accept proportional representation will be examined. First, the establishment of the SCC and cooperation in discussion between the SCC and Labour and its organisational features will be considered. For consideration, the political course towards the decision of the acceptance of proportional representation in Labour's Annual conference in 1990 is described with a focus on SLA, which promoted an issue of autonomy within Labour, by utilising Minutes of STUC and the resource of SCC. Next, this chapter will address the publication of SCC's first report, 'Towards Scotland's Parliament' and view the results of the discussion from 1989 to 1990.

Establishment of the SCC and its operation

SCC's structure and its aim

SCC held its first public meeting on 30th of March in 1989 at the assembly hall of Scottish Church[9]. The organisation itself had been envisioned in the document called "Claim of Rights" published by Campaign for Scottish Assembly (CSA), which was the previous Home Rule movement group in the 1980s. In the preparatory phase, from January a cross-party discussion was held and discussed the party's participation, and consequently, the establishment was officially announced[10]. In a first consultative document of SCC, "Towards a Scottish Parliament" described themselves as "a gathering of representatives from all parts of Scotland and from all areas of Scottish life[11]".

With regards to the involvement of politicians, SCC contained 80 % of the politicians who stood in the House of Commons and European Parliament elected in Scotland[12] with local councillors. The reason for this was because they got the support from local councillors, along with continuous financial backing from COSLA, which was, at that time, the peak organisation of Scottish local governments (McFadden 1995:217). When it comes to the political parties SCC consisted of participants from Labour, the Liberal Democrats, Green, and the Communist party (Wright 1997:124). The common chair was served by David Steel from the Liberal Democrats and by Harry Ewing from Labour(Wright 1997:116), and its secretary was Bruce Black[13]. The involvement of political parties, politicians and the support from peak organisations of local government denotes that SCC had a high public profile.

---

[9] *The Herald* (27 March 1989).

[10] *The Herald* (27 January 1989).

[11] SCC (1989) "TOWARDS A SCOTTISH PARLIAMENT CONSULTATION DOCUMENT AND REPORT TO THE SCOTTISH PEOPLE", pp.1, National Library of Scotland (NLS).

[12] 55 MPs and 7MEPs(a Member of the European Parliament) (McFadden 1995).

[13] SCC (1992) 'Schedule of Membership' ,(28 September 1992), SPA/KW/SN/1/2/2/1.

Here SNP was also requested to join, but they withdrew after the temporal participation before the official establishment of SCC. Conservatives never participated throughout the period from the first meeting as a formal policy[14].

Aside from political parties, SCC was also composed of civil organisations. As a main actor, STUC, Scottish Churches, pressure group, Gaelic organisations, and ethnic groups participated in SCC. From its operation, SCC came under criticism for the number of Labour MPs as "Labour's rigged Convention[15]". Nonetheless, containing various civic organisations and an organisational structure which ensured a representation of other organisations, allows us to consider it as an independent organisation from a political party to some extent.

Additionally, SCC consisted of the Executive committee, which applied a principle of unanimity with other constituents (McFadden 1995:216-7). The chair of Executive committee was appointed from the Church organisations, Kenyon Wright[16]. The Executive committee was composed of ten MPs, five local councillors, and one party organisation member all from Labour. It amounted to more than a half in total. Aside from it, two members from the Liberal Democrats, two from other parties, another two from church organisations, Campbell Christie, who was the General Secretary from STUC, one from the Women's Forum Scotland, and one from the CSA which promoted an autonomy issue before SCC. Although the political parties are presumably influential in SCC, the Executive committee was chaired by

---

[14] The chief executive of Scottish Conservative Party, John MacKay, said that the Scottish Constitutional Convention was a gathering of people who wanted to disunite the United Kingdom, either partially or completely (*The Herald*, 17 January 1989).

[15] *The Herald* (31 January 1989).

[16] Wright was General Secretary of Scottish Churches Council when he was appointed. Before then, he had been an active member of Labour in his university life and had a political experience in Glasgow University Union. Later he served as a missionary in India then came back to Scotland (Wright 1997).

Kenyon Wright from a Church background and not by political parties, which, in a way, had a symbolic meaning.

Other actors apart from those in political parties also participated in a substantial discussion in the system formation. In working groups of SCC, there were various actors involved from STUC, CSA, and even some island representatives. Furthermore, even within political parties, there were differences in preference with regards to the Home Rule issue. The Labour MPs actively participating in SCC should not be identified with other Labour party members in terms of intensity for ideological commitment to Home Rule. Therefore, the SCC should be recognised as an independent body from Labour (and NLP).

The task of SCC was intended "to draw up a scheme for the better government of Scotland that meets the aspirations of the Scottish people; and to establish that this has the backing of the Scottish people; and to ensure that such a scheme is implemented", in the consultative document, "Towards a Scottish Parliament"[17]. The chair of SCC's Executive committee, Wright, introduced three goals in the early period of SCC, which are as follows; 1. To agree a scheme for a Parliament for Scotland; 2. To mobilise Scottish opinion and ensure the approval of the Scottish people for that scheme; and 3. To assert the right of the Scottish people to secure the implementation of that scheme(Wright 1994:44).

Thus, referring to the SCC's interpretation, the goal of SCC can be understood as drawing a substantial grand plan for an establishment of the Scottish Parliament and the Scottish government, and implementing the plan in line with the Scottish people's will. In calling for support from people to convince them that the plan was persuasive, the cooperation of the party and the participation of MPs would be pragmatically crucial in that sense. It can be said that the creation of the electoral system as a concrete scheme was an important agenda for the SCC and thus, accounted for a vital part of their

[17] SCC (1989) "TOWARDS A SCOTTISH PARLIAMENT CONSULTATION DOCUMENT AND REPORT TO THE SCOTTISH PEOPLE", pp.1,NLS.

discussion. Another important aspect was that the SCC not only wrote a scenario for devolution, but they also needed to make their campaign plan appealing. Thus, SCC played an active role in the movement towards obtaining a broader consensus to realise the devolution with the formation of a detailed devolution scheme. It can be argued that the way of forming a system itself and what kind of a system is formed functions as a significant appealing point to the public, therefore, gaining support at the same time. By setting the goal in that way, the cross-party organisation, SCC was born and operated to achieve their goal.

SCC's activity and the start of forming the electoral system

SCC established four working groups including constitutional/legal position of a Scottish Parliament; Finance for a Scottish Parliament; Powers for a Scottish Parliament and; issues particularly affecting women, that should be addressed by a Scottish Parliament[18].

The consultation process was conducted with over 150 organisations asking questions regarding the system (Wright 1997:124). Then, a second meeting of SCC was held at Inverness in July. Besides four working groups, a committee to deal with public participation and support was launched and a sixth ad-hoc committee relating to the special role of islands in Scotland was established too[19] (Wright 1997:125).

In the meeting, the Executive committee reported the progress of the activity at that time. It said that it was too early to make a final decision and a meeting should be planned to make a general response. Moreover, as it remained an important issue, they raised the issue of the electoral system with an emphasis on the difficulty of reaching a consensus. A minimum

[18] STUC(1989)'Minutes of the meeting of the general council 3rd May 1989' in " STUC Minutes June to July"

[19] SCC (1989) 'A PROGRESS REPORT FROM THE EXECUTIVE REPORT TO THE MEETING OF THE SCOTTISH CONSTITUTIONAL CONVENTION'(7 July 1989), SPA/KW/SN/1/2/1.

principle at this stage was that "any Scottish Parliament should be as genuinely participative and representative of the people as is possible." It also stated that this should be reserved to the Executive committee at that time[20]. Contrary to SCC's relatively deliberative position on electoral system formation, the Liberal Democrats clarified their stance for proportional representation at that time, Malcolm Bruce, who was the leader of Liberal Democrats argued an introduction of proportional representation with STV was fundamental in support of SCC[21].

Interestingly, the inclusion and expansion of SCC was conducted at this time. In May, 1989, Wright told of their intention to include Conservative party in their argument at the general conference of the Conservative party at Perth[22]. In June, Campbell Christie asked SNP to join the debate in SCC again by letter[23]. As a result of this trial, it did not succeed in gaining support from them, but it shows the independence of SCC from political parties to some extent for exerting its resort. The argument for the electoral system moved on, and the question was raised on proportional representation. As a response, STUC vice secretary conducted a consultation to all parties except Conservative, and to the Electoral Reform society as to which system should be supported[24].

After the second meeting in July, SCC's secretary, Black, outlined a whole process to publish the consultative document of SCC. Then, it planned, as the consultative document would be published around the end of September, setting a consultation period for two months until 30th November. The

---

[20] SCC (1989) 'A PROGRESS REPORT FROM THE EXECUTIVE REPORT TO THE MEETING OF THE SCOTTISH CONSTITUTIONAL CONVENTION'(7 July 1989), SPA/KW/SN/1/2/1.

[21] *The Herald*, (5 April 1989). *The Herald* (14 June 1989).

[22] *The Herald*, (16 May 1989).

[23] 'From Campbell Christie to Gordon Wilson'(19 June 1989), in "STUC Minutes June to July".

[24] STUC (1989)'Minutes of the meeting of the general council 5th July 1989' in " STUC Minutes August".

response to the SCC's document would be presented at SCC's meeting in December[25]. Thereafter the Executive committee on the 19th September, agreed to distribute leaflets of SCC, and to prepare the detailed consultative document by working groups. In November, 350,000 leaflets and about 1000 consultative documents were published as planned.

There are various points of discussion proposed in the leaflet "A parliament for Scotland". In the section "what kind of parliament?", there are three choices including "a directly elected Scottish Parliament within the United Kingdom which would take responsibility for those functions presently exercised by the Scottish Office", "A directly elected Scottish Parliament which could be the forerunner of similar assemblies in Wales and the English Region with Federal Parliament", "An elected Parliament of an independent Scotland[26]". From here, as we can see, an argument of constitutional/legal position was raised at this time. In the question of power and discretion of the Scottish Parliament, choices were presented in a relationship with the UK. In the working group of the constitutional issue, Bob McCreadie, a young Liberal Democrat lawyer, played a role as chairman, and negotiated with Labour's general secretary, Murray Elder. A success in the consensus-building in the discussion of constitutional issues was generated by the chemistry between them, Wright looked back[27].

Otherwise, regarding the electoral system, it lists the electoral system in a neutral way including using the current system (FPTP), or a variant of it, or by one of the systems of proportional representation[28]. In the consultative

---

[25] STUC (1989)'Minutes of the meeting of the general council 30th August 1989' in "STUC Minutes October".

[26] SCC (1989) 'A PARLIAMENT FOR SCOTLAND DISCUSSION LEAFLET', SPA/JMC/SN/CC.

[27] McCreadie seemed to be fiery sometimes; in contrast, Elder was calm. Wright needed to hold the line between them, and for him, it was a political education (Wright 1997:132).

[28] SCC (1989) 'A PARLIAMENT FOR SCOTLAND DISCUSSION LEAFLET', SPA/JMC/SN/CC.

document, a similar system to AMS was introduced, but the position of this system as a new choice was not given any privilege. As the FPTP was also considered and remained prevalent as one of the choices, it could have potentially been any system formation in 1989.

In this consultative process, it is important not only in obtaining a good direct response from the public but in maintaining a high level of interest and debate throughout Scotland according to Black. It was expected to secure clear lines of agreement on a framework or outline a scheme at the SCC's meeting on 19th January[29]. Executive committee in December, questioned it as follows:

a. What kind of parliament should be established.
b. How could the Scottish Parliament be made truly representative.
c. What should the fundamental rights be.

The committee did not reach a consensus on the electoral system though proportional representation planned to be considered at spring[30]. In the actual meeting, the third meeting held in Glasgow, some of the powers of the Scottish Parliament and its mode of operating were agreed, but agreement could not be reached in terms of financial issues and electoral issues therefore, these would be discussed at the next meeting in Dundee[31].

SCC did start to operate a scheme for the creation of a Scottish Parliament in 1989. Six working groups, including an ad hoc group, were established, and the discussion on the legal and constitutional issue and powers of the parliament was developed. In a description of the leaflet, a discussion on the legal and constitutional issues and powers of the parliament was relatively advanced compared to other issues. The argument for the electoral system

[29] SCC (1989) 'All Members of the Convention', (14 November 1989), in "STUC Minutes December".
[30] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 10th January 1990' in "STUC Minutes February to March".
[31] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 7th February 1990' in "STUC Minutes February to March".

was delayed since there was no conclusion even after the third meeting had finished. As a minimum, the consensus was that "any Scottish Parliament should be as genuinely participative and representative of the people as is possible," as a more normative ideal than a concrete scheme. Although the Executive committee meeting was held in February, it concluded it was impossible to complete SCC's task in the next meeting, and it should have two more meetings at least[32].

At this time, it can be observed that a continuous pressure was put on SCC from Liberal Democrats politicians like Malcolm Bruce regarding the introduction of proportional representation. Moreover, due to the argument on the constitutional issue, Labour and Liberal Democrats had an antagonistic relationship with each other. Nonetheless, SCC deliberately developed the argument calmly as we could see by the intervention of Wright to mitigate the confrontation in the working group. This attitude could be evaluated as an independent body attempting to maintain harmony with all the political actors.

Again, the issue of the electoral system was left to the Executive committee to oversee to ensure the Liberal Democrats were not in a privileged position regarding proportional representation. The fact should be noted, however, that Labour also developed an argument for proportional representation. In the next section, from a Labour perspective, a commitment to Home Rule and the relationship with SCC should be examined by describing the political course until the political decision of acceptance for proportional representation was reached in March at Labour's conference.

Addressing Home Rule and acceptance of proportional representation

Agenda as Home Rule and renaissance of SLA

For Labour, Home Rule was a controversial and intractable issue. NLP launched Labour's new Scotland Bill in 1984, but predictably it was voted

[32] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 7th March 1990' in "STUC Minutes February to March".

down in Westminster (Hassan and Shaw 2012:48-9). Conservative, under Thatcher's governance, had an apathetic attitude to devolution particularly (Kellas 1989b:525), making it difficult to promote an autonomy issue. In the background, there was a "potent sense of disappointment and inadequacy to the challenges and context of the environment" (Hassan and Shaw 2012:49). In McLean's work[33] published by SLA, it argues the disappointment at the special conference in 1987 which could not address the cross-party work, convention, campaign initiative, and prompted the formation of SLA in late February 1988. SLA was publicly launched in March thereafter (McLean undated:41-3). SLA then contributes to the debates on Poll tax, the SCC, powers, finance, constitutional issues, and electoral system (McLean undated:42). The Contribution of SLA fostered a culture of commitment to Home Rule in this period. Their activity increased Labour MPs' drive to push for the autonomy agenda within the party.

SLA was supported by MPs in Westminster including Dennis Canavan, Dick Douglas, Robin Cook, John McAllion and George Galloway. As well as these, some Labour activists Bob McLean, Ian Smart, and Susan Deacon, who later became a Member of the Scottish Parliament backed SLA. Later Scottish Parliament members, Jackie Baillie, Sarah Boyack, Pauline McNeill and Jack McConnell, who later became the third First minister of Scotland, also participated in SLA (Hassan and Shaw 2012:49).

In February, SLP published a booklet called "Proposals for Scottish Democracy" to provoke a public discussion. The booklet is composed of five chapters:

1. An Assembly in Control
2. Electing the Assembly
3. An Open and Democratic Assembly
4. Labour in the Assembly
5. Local Government and the Assembly

[33] Bob McLean published a name as Robert McLean in the book. He was also known by the name, and his life history was detailed in *The Scotsman*, (20 July 2012).

The introduction is written by McConnell, and sets objectives as the full development of Scottish democracy, with democratic checks built into a new system of the Scottish government, ensuring the Executive is accountable, and its members represented. These objectives would not be met by creating a replica of the House of Commons, according to McConnell. In chapter two "Electing the Assembly", proportional representation is discussed here. The section begins by stating, "a list of the political benefits of the current electoral system can be balanced by a similar list of the system's inadequacies". Then it concedes the merit of FPTP as the system that creates a strong government with majority's party governance, and to some extent it reflects general trends in public opinion. Otherwise, it argues that FPTP could actually leave a majority of the electorate without influence over those representatives elected to serve their interests, because there is no real proof that individual members elected are held accountable for their actions. Lastly, it argued FPTP contributes towards the widespread cynicism about politics and politicians. Thereafter, as alternatives, STV is critically examined and two forms of Alternative votes are introduced as possible choices[34]. Neither of them are similar to AMS, but adopt some parts of a single constituency like AMS. Nevertheless, it is interesting to see SLA's intention of reform from FPTP in 1989 even before SCC started to be active. SLA, tried to criticise and review FPTP, and from the introduction, it has the specific intention of diverging from Westminster.

SLA's pamphlet formed a majority part of the agenda and discussions in Labour's conference in 1989. In the background, the problem of 'dual mandate' was on the table. MPs supported 'dual mandate' and, like SLA, argued that "Scottish Labour MPs should seek a specific Scottish mandate and then use it as a platform for action irrespective of the British result"(Hassan and Shaw 2012:55). From what we could observe in this statement, dual meant serving the UK as a whole and for the Scottish people, and in a way, it was dual. This led to the argument connected with territorial logic, and it would not be a

[34] SLA(1989)'PROPOSALS FOR SCOTTISH DEMOCRACY', NLS.

coincidence that the argument was advocated in the year that Labour joined SCC. Consequently, the debate was remitted back to the party executive for further consideration (Hassan and Shaw 2012:56). Nevertheless, as we could see in the topic of the dual mandate, the issue of autonomy was enhanced within Labour with an immense influence of SLA.

SLA's contribution was to emphasise the importance of engaging with SCC in the Labour conference in 1989. In the programme called "The Work of the Scottish Executive Committee" within the conference, the Executive committee confirmed Labour backed the idea of constitutional convention and therefore should proceed with it as soon as possible. Moreover, it suggested the continuous active role of Labour to ensure the initiative of SCC[35]. Labour did not conclude the issue of 'dual mandate' though it did move forward on a positive note for developing the Home Rule issue and SCC. It can be interpreted as a process of developing the issue by the influence of SLA.

SLA also published a pamphlet called 'Real Power for Scotland' to respond to a consultative process of SCC that started from September 1989. The pamphlet, in the section called "Making the Parliament Truly Representative", introduces the policy of the electoral system under the name "A Fair Electoral System". First, it points out that the current electoral system does not adequately represent people and the Labour party. Based on that, it also requests a refusal of the implementation of FPTP and suggests that Labour should support a Scottish Parliament election by genuine proportional representation. Next, it raises four criterias regarding the desirable electoral system; ① The system should allocate seats in reaction to votes cast; ② The system should effectively represent the sparsely populated areas of Scotland; ③ The system should enable parties to exercise positive action to ensure the fair representation of all sections of society, most notably women; and ④ The identifiable link between constituents and elected representatives should be

[35] Labour Party Scottish Council (1989) "74th Annual Conference Inverness 1989", pp.9, NLS.

maintained[36].

Thus, under this process, SLA was born in the Labour party, and the issue of autonomy gradually became influential with the existence of SLA. SLA proposed the refusal of FPTP based on the idea that the Scottish Parliament should be different from Westminster in the early stage of system formation in 1989. Moreover, it supported a system similar to the majority system in February of that year. Interestingly, in the consultation process, "Real Power for Scotland" was considered an introduction of proportional representation. Setting the four criteria had significantly improved the process of the formation of the electoral system and its subsequent completion.

It may be debatable how SLA was influential at that time within Labour, however, as seen in the argument of 'dual mandate', it is not deniable that the issue of autonomy accounted for the main agenda in Labour in this period, therefore SLA can be interpreted as a pressure group to realise the agenda[37]. The fact that the SLA membership became influential in this period (as later they take a role in the Scottish Parliament), indirectly shows their impact to an extent. From the next sub-section, I will consider how the argument of the electoral system bears fruit in this period by interrogating the discussions in Labour's annual conference in 1990.

Labour's annual conference and "Towards Scotland's Parliament."

Eventually the annual conference at Dunoon was held in March 1990. In this conference, the resolution of excluding FPTP from the electoral system for the Scottish Parliament was decided with a resolution of supporting equal 50/50 representation for men and women[38]. In "The Work of the Scottish

[36] SLA (1989) 'REAL POWER FOR SCOTLAND', SPA/JMC/SN/CC.

[37] In July, SLA member, McConnell demanded a discussion on proportional representation, and it was supported at Labour's Executive committee, *Herald*, (3 July 1989). It demonstrates the influence of SLA partially at that time.

[38] Labour Party Scottish Council (1991) "76th Annual Conference Aberdeen 1991", pp8, pp29, NLS.

Executive Committee," it confirmed Labour played an important role in, and involvement with, the development of SCC for as long as possible. It emphasised the flexibility of Labour's approach to SCC, and it clarified that Labour was prepared to help the consensus in SCC even if it changed the fixed policy of Labour. Moreover, regarding the electoral system, the Executive committee admitted the consultation to affiliated organisations that Labour had undertaken. Lastly, it emphasised that Labour's efforts to reach consensus at SCC was concluded[39].

After the end of the annual conference, where it was decided to accept proportional representation, it moved forward to the completion of the first report of SCC, "Towards Scotland's Parliament" published in November 1990. The fourth SCC meeting was held at Glasgow in April, and it advanced the two issues of "Making a Scottish Parliament Truly Representative" and financial support for the parliament reaching a consensus for the establishment of two working groups[40].

In Wright's speech at the conference, under the chapter of "Making the Scottish Parliament Truly Representative", he argued that the subject for SCC was not only limited to acceptance of proportional representation but rather it was important to make the parliament truly representative. Moreover, in relation to the electoral system, he emphasised it as a remarkable shift in Scottish politics, describing how, "all the major constituent groups in this Convention have now accepted that the present electoral system does not produce a just and truly representative legislature". It also put on the table the content of the system, and declared a beginning of intense and difficult discussion. In conclusion, it discussed the representation of women, ethnic groups, and of rural areas[41].

---

[39] Labour Party Scottish Council (1990) "75th Annual Conference Dunoon 1990", NLS.

[40] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 2nd May 1990'in "STUC Minutes June".

[41] 'Address by Canon K Wright to the fourth meeting of the Scottish

It is the consensus that this speech emphasised the non-acceptance of FPTP. Before then, from the meeting, FPTP had been considered as one of the likely choices as it could succeed in advancing the argument of the electoral system by excluding one influential option. Symbolic words from Wright's speech declare that "for Scotland at least we recognise that we must find another way". Following this speech, it can be assumed that the development of the electoral system argument led to the establishment of the working groups. Then the political course from April to November will be described, when the first report was published.

Based on the meeting in April, the working group for the electoral system was set up and started a discussion. At the first meeting of the working group "Making a Scottish Parliament Truly Representative", the purpose of the meeting was defined as (a) to give all the parties represented on the Working Group the opportunity of submitting their respective suggestions for an electoral system for a Scottish Parliament; (b) determine their position on the question of representation of women and ethnic minorities in a Scottish Parliament, and (c) determine what level of detailed agreement could realistically be reached by the July meeting of the Convention, and by the September meeting of the Convention[42].Thereafter the working group submitted a written document for consideration to the Executive meeting[43].

In the document, it was confirmed by consensus that SCC did not accept the present system for the Scottish Parliament. The document also presents six principles for the electoral system to be assessed. These include ;(a) that it produce results in which the number of seats for various parties is broadly related to the number of votes cast for them; (b) that it ensures or at least

---

Constitutional Convention Glasgow City Chambers, Friday 20th April 1990', SPA/KW/SN/1/1/1.

[42] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 2nd May 1990' in "STUC Minutes June".

[43] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the organisation and policy committee 20th June 1990' in "STUC Minutes August".

takes effective positive action to bring about equal representation of men and women, and encourages fair representation of ethnic and other minority groups; (c)that it preserves a real link between the member and his or her constituency;(d) that it is as simple as possible to understand; (e)that is ensure adequate representation of less populous areas; (f) that the system be designed to place the greatest possible power in the hands of the electorate. Additionally, it confirmed not to make a final judgement for a single electoral system in this stage[44].

In July, the fifth meeting of SCC was held, and it confirmed that an argument on the electoral system remained to be resolved[45]. Then, the sixth meeting of SCC discussed a final draft for the report and proposal[46]. In the "Report for Meeting of Convention on 27th September", the Executive committee accepted the report about the agreed decision and position until that point. Based on the argument and the decision further made, the detailed plan of the electoral system was set to be published in the first report in the 30th November event.

Moreover, as the sixth principle stated above, there was a final draft included, therefore it meant the working group's discussion had reached a consensus[47]. In the meeting on 30th November, SCC planned to publish the final version of the report and invite audience, media, and newspaper to obtain public support[48]. From September, the SCC focused on the completion of the first report, and in November, it also decided to distribute a tabloid

---

[44] SCC (1990) 'MAKING THE SCOTTISH PARLIAMENT TRULY REPRESENTATIVE', Agenda Item 7, in "STUC Minutes August".

[45] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 1st August 1990' in "STUC Minutes October".

[46] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 3rd October 1990' in "STUC Minutes October".

[47] SCC (1990) 'Report for Meeting of Convention on 27th September 'in "STUC Minutes October".

[48] SCC (1990) 'Meeting of Convention on 30th November 1990' in "STUC Minutes October".

paper[49].

Here, I would like to mention the STUC. In this process, STUC criticised the point that the electoral system did not ensure gender equality in the mechanism, despite it being promised in the course of discussion. To strengthen the mechanism, STUC proposed a modification that was not accepted, leading to doubt about the direction of discussion[50]. This subject became an issue of conflict later though it was observed that STUC acted as a pressure group to advance the issue of gender equality in SCC.

After months of preparation, the meeting "Towards Scotland's Parliament" was eventually held on 30th November. It invited various parliament members including John Smith MP, who later became the leader of the Labour party, who made a speech there. Norman Shanks from Churches, Malcolm Bruce MP from Liberal Democrats, Councillor Jean McFadden from COSLA, Campbell Christie from STUC and Isobel Lindsay from CSA who also all made speeches[51]. John Smith, who looked back at the experience of engaging in the Scotland Act in 1978, mentioned as follows;

> **I retain a sense of pride in being involved in an important stage in the development of Scotland's institutions albeit that my disappointment at not in the end being to achieve the objective was, and remains, intense. It has been for me, as for many of my Parliamentary colleagues, a crucial objective as yet unfulfilled- a task remaining to be completed…Speaking for the Labour Party- as I am proud to do- we salute the work of this Convention with enthusiasm and a sense of satisfaction. We pledge ourselves to**

---

[49] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 7th November1990' in "STUC Minutes December".

[50] STUC (1990) 'Minutes of the meeting of the general council 3rd October 1990' in "STUC Minutes November".

[51] SCC (1990) Pamphlet 'TOWARDS SCOTLAND'S PARLIAMENT', SPA/KW/SN/1/2/2/2.

> **work with all those present and represented here today to bring to reality the aspirations for a better Scotland, which we have together worked to achieve[52].**

The discussion of the report "Towards Scotland's Parliament" on the electoral system should now be examined. In the report, there is the chapter "Making the Scottish Parliament Truly Representative," which leads with a criticism of FPTP "confidence in the present electoral system has been badly undermined by the bitter experience of recent years". It analysed an effect of the system, as having the result that a government can be elected with a substantial majority in parliament but a minority share of the votes as exemplified by the Thatcher government. It also pointed out that there were inequalities in Scotland and FPTP produced weighted results. Then, it said, "the Convention's view is that an imbalance of this type would not be acceptable in a Scottish Parliament". It also showed the risk of fragmentation and the tendency towards a coalition government, and clarified a need for the system "under which the seats won more accurately reflected the votes cast for each party". Thus, the Convention decided that FPTP would not be used. After the report confirmed the six principles stated above, it concluded with the aim of the Scottish Parliament "to encourage an open, accessible, and democratically accountable government and a participatory democracy which will bring Parliament and people close together in determining what is best for Scotland[53]". In the newspaper "Scotland's voice", which was distributed at the event, Donald Dewar talked about the electoral system and Labour's attitude towards SCC as follows;

---

[52] Smith, J.(1990)'SPEECH BY THE RT HON JOHN SMITH QC MP TO THE SCOTTISH CONVENTION ON FRIDAY 30 NOVEMBER 1990 AT GLASGOW ROYAL CONCERT HALL',SPA/KW/SN/1/2/2/1.

[53] SCC (1990) "TOWARDS SCOTLAND'S PARLIAMENT", SPA/KW/SN/1/2/2/2.

We have faced up to the need for electoral reform and the long-standing under- representation of women in the political process when considering our approach to the new democratic machinery the Convention is proposing for Scotland…Labour is committed to the Convention scheme. We believe it represents the wishes of the Scottish people and will when implemented help create a fairer society[54].

The 30th of November 1990 was a significant date for establishing the Scottish Parliament and for SCC itself. It was crucial in the discussions of the electoral system. It first published a formal policy on the electoral system, and additionally, it clarified a refusal of FPTP at this time for the Scottish public. Moreover, the six principles were formally launched, and the argument for system formation was further advanced in this period than before. Interestingly, these six principles are quite similar to that of SLA's four criteria. SLA's ③ point corresponded with six principle's (b), ④ with (c), and ② with (e) respectively. In reviewing the process, it can be assumed that the decision for accepting proportional representation at Labour's annual conference had a remarkable influence on the development of the argument in SCC. SLA's argument also contributed a lot to the support for proportional representation. Therefore, the acceptance of proportional representation was not understood as the result of conceding under pressure from Liberal Democrats but interpreted as a result of intrinsic innovation within Labour.

Here, the interaction between SCC and Labour should be confirmed. At the 'Towards Scotland's Parliament' event, John Smith, quite an influential figure in the party, showed up and made a speech. From the comment of Dewar in "Scotland's voice", the active attitude of the Labour's involvement with the Home Rule issue, and its positive cooperation with SCC in advancing the scheme for the establishment of the parliament in Scotland, can be observed. From the annual conference of Labour, the attitude of compromise was

[54] SCC (1990) 'SCOTLAND'S VOICE', SPA/JMC/SN/CC.

repeatedly emphasised.

Therefore, the event on the 30th of November can be interpreted as a success to the appeal for self-autonomy in Scotland. STUC also evaluated its beginning as a success and the prepared document as excellent[55]. In the next chapter, the development of an argument after the event will be considered. Although the development of the electoral system argument could be seen as a denial of FPTP, the detailed content within these system facets in 1990 had not yet been decided. Next, a detailed consideration of the electoral system and campaign will be developed from 1991 onwards.

Reference list

Benoit, K. (2004) "Models of Electoral System Change," *Electoral Studies* Vol.23(3), pp. 363-389.

Blais, A. (eds.)(2008) *To keep or to change first past the post? : The politics of electoral reform*, Oxford University Press.

Blau, A. (2008) "Electoral reform in the UK: A veto player analysis" Blais, A. (eds.) *To keep or to change first past the post? : The politics of electoral reform*, Oxford University Press.

Brown, A. (1998) "Deepening democracy: Women and the Scottish parliament", *Regional & Federal Studies*, Vol.8(1), pp.103-119.

Brown, A. (2000) "Designing the Scottish parliament", *Parliamentary Affairs,* Vol.53, pp.542–546.

Brown, A. McCrone.D Paterson.L(eds.)(1996) *Politics and Society in Scotland*, Palgrave Macmillan.

Brown, A. McCrone.D., Paterson,L. Surridge.P.(eds.) (1999) *The Scottish Electorate The 1997 General Election and Beyond*, Macmillan Press.

Cairney,P. (2011) *The Scottish Political System Since Devolution: From New Politics to the New Scottish Government*, Imprint Academic

Cairney, P and McGarvey,N. (2013) *Scottish Politics An Introduction (Second ed.),* Palgrave Macmillan.

Collier.D.(2011) "Understanding Process Tracing" *Political Science and Politics*, Vol 44(4),pp.823-830.

[55] STUC (1991)'Minutes of the meeting of the general council the 5th of December 1990' in "STUC Minutes February".

Colomer, J. M. (2005) “It’s Parties That Choose Electoral Systems (or, Duverger’s Laws Upside Down”, *Political Studies*, Vol.53(1), pp.1–21.
Convery, A. and Lundberg, T.C.（2018）“Rational Choice Meets the New Politics: Choosing the Scottish Parliament’s Electoral System”,*Government and Opposition*,Vol.55(1), pp.1-16.
Curtice, J. (1996) ‘Why the additional member system has won out in Scotland’ *Representation*, Vol.33 (4),pp.119-124.
Curtice, J. (2006) “Forecasting and Evaluating the Consequences of Electoral Change: Scotland and Wales” *Acta Politica*, 41, pp.300–314.
Detterbeck, K. (2012). *Multi-level party politics in Western Europe*, Palgrave Macmillan.
Detterbeck, K. and Hepburn, E(eds.)(2018) *Handbook of territorial politics*, Edward Elgar Publishing.
Eckstein,H. (1975) ”Case Study and Theory in Political Science”, Greenstein, I,F. and Polsby,W.N.*Handbook of Political Science vol.7: Strategies of Inquiry*, Reading Mass. :Addison-Wesley.
Farrell, D. (2011) *Electoral systems : A comparative introduction (Second ed.)*, Palgrave Macmillan.
Gallagher,M and Mitchell, P. (2005) *The politics of electoral systems*, Oxford University Press.
George.A and Bennet. A.(2005) *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*, MIT press.
Greenstein, I,F. and Polsby,W.N. (1975) *Handbook of Political Science vol.7: Strategies of Inquiry*, Reading Mass. :Addison-Wesley.
Hassan, G. (2002a) “A Case Study of Scottish Labour: Devolution and the Politics of Multi - Level Governance”, *Political Quarterly*,Vol.73(2), pp.144-157.
Hassan, G.(2002b), “The Paradox of Scottish Labour: devolution, change and conservatism,” Hassan,G and Warhurst,C.(eds.)*Tomorrow’s Scotland, Lawrence & Wishart*.
Hassan, G.(eds) (2004) *The Scottish Labour Party*, Edinburgh University Press.
Hassan, G. (2004) “The People’s Party, Still? The Sociology of Scotland’s Leading Party,” Hassan, G.(eds) *The Scottish Labour Party*, Edinburgh University Press.
Hassan,G. and Shaw, E(2012) *The Strange Death of Labour Scotland*, Edinburgh University Press.
Hassan,G and Warhurst,C.(eds.)(2002)*Tomorrow’s Scotland*, Lawrence & Wishart.
Herron E.S, Pekkanen R. J, and Shugart, M.S(eds.)(2018) *The Oxford Handbook*

of Electoral Systems, Oxford University Press.
Hepburn, E. (2018)"Multilevel party competition: a theory of territorial contagion," Detterbeck, K. and Hepburn, E(eds.), *Handbook of territorial politics*, Edward Elgar Publishing.
Hepburn,E. and Detterbeck,K. (2018)"Introduction to the Handbook of Territorial Politics,"
Detterbeck, K. and Hepburn, E(eds.)*Handbook of territorial politics*, Edward Elgar Publishing.
Hough,D.and Jeffery,C.(2006). *Devolution and electoral politics*, Manchester University Press.
Katz, R. S.(2007) "Comment," *Representation*, Vol.43(4), pp. 307–314.
Keating, M. (2008) "Thirty Years of Territorial Politics" *West European Politics*, Vol.31,(1-2), pp. 60-81.
Keating, M. (2013) *Rescaling the European state : The making of territory and the rise of the meso*, Oxford University Press.
Kellas,J.G. (1989a) *The Scottish Political System*, Cambridge University Press.
Kellas,J.G. (1989b) "Prospects for a new Scottish political system", *Parliamentary Affairs*, Vol.42(4) pp. 519–532.
Kellas,J.G. (1992) "The Scottish constitutional convention," *Scottish Government Yearbook 1992*, pp.50-58.
Levy, R. (1992) "The Scottish Constitutional Convention, Nationalism and the Union," *Government and Opposition*, Vol.27(2), pp.222–234.
Lundberg,T.C. (2014) "Tensions Between Constituency and Regional Members of the Scottish Parliament Under Mixed-Member Proportional Representation: A Failure of the New Politics" *Parliamentary Affairs* Vol.67, pp.351-370.
Lynch,P. (1996) "The Scottish Constitutional Convention 1992-5", *Scottish Affairs*, Vol.15, pp.1-16.
Lynch, P. (2013) *SNP The History of the Scottish National Party (second ed.)*,Welsh Academic Press
Lynch,P and Birrell,S. (2004) "The Autonomy and Organisation of Scottish Labour," Hassan, G. (eds) The Scottish Labour Party, Edinburgh University Press.
Mahoney. J.(2012) "The Logic of Process Tracing Tests om the Social Sciences" *Sociological Methods & Research*, Vol 41(4), pp.570-597.
McFadden,J. (1995) "The Scottish Constitutional Convention." *Public Law, summer*, pp.215–223.
McLeish, H. (2004) *Scotland First: Truth and Consequences*, Mainstream

Publishing.
Mitchell,J. (2000) "New Parliament, New Politics in Scotland," *Parliamentary Affairs*, Vol.53(3), pp.605-621.
Mitchell,J. (2010) "The Narcissism of Small Differences: Scoland and Westminster" *Parliamentary Affairs*, Vol.63(1), pp.98-116.
Norris, P. (1995) "The Politics of Electoral Reform in Britain," *International Political Science Review*, Vol.16(1), pp.65-78.
Paterson L, Brown A, Curtice J, Hinds K, McCrone,D, Park, A, Sproston K, Surridge, P. (2001)*New Scotland, New Politics?*, Edinburgh University Press.
Rae, D. (1971) *The political consequences of electoral laws*, Yale University Press.
Renwick, A. (2010) *The Politics of Electoral Reform: Changing the Rules of Democracy*, Cambridge University Press.
Renwick, A. (2018) "Electoral System Change," Herron E.S, Pekkanen R. J, and Shugart, M.S(eds.)*The Oxford Handbook of Electoral Systems*, Oxford University Press.
Shugart, M. (2008) "Inherent and contingent factors in reform initiation in plurality systems," Blais, A. (eds.) *To keep or to change first past the post? : The politics of electoral reform*, Oxford University Press.
Swenden, W. and Maddens, B. (2009) *Territorial party politics in Western Europe*, Palgrave Macmillan.
Toubeau, S. and Massetti E. (2013) "The Party Politics of Territorial Reforms in Europe," *West European Politics*, Vol.36(2), pp.297-316.
Wright,K.(1994)"Democracy and participation history and hopes of the Scottish constitutional convention," *Representation*, Vol.32, pp.43-45.
Wright, K. (1997) *The People Say Yes*, Argyll Publishing.
Yamazaki,M.(2011)*Ryouiki wo meguru bunnkenn to tougou*, Iwanami.

・Newspaper
The Herald, The Scotsman.

・Primary Sources
Scottish Constitutional Convention（1989）"Towards A Scottish Parliament Consultation Document and Report to the Scottish People, NLS.
Scottish Constitutional Convention (1990) "Towards Scotland's Parliament", SPA/KW/SN/1/2/2/2.
Scottish Constitutional Convention (1995) "Scotland's parliament, Scotland's

Right"
Scottish Labour Action (1989) "Proposals for Scottish Democracy", NLS.
Scottish Labour Action (1989) "Real Power for Scotland", SPA/JMC/SN/CC.
McLean,R.(Scottish Labour Action) (undated) "Labour and Scottish Home Rule", Scottish Labour Action, SPA/BM/SLP2.
Labour Party Scottish Council (1989) "74th Annual Conference Inverness 1989" , NLS
Labour Party Scottish Council (1990) "75th Annual Conference Dunoon 1990", NLS
Labour Party Scottish Council (1991) "76th Annual Conference Aberdeen 1991", NLS
Radical Scotland (1989) No 40, Aug/Sep'89, SPA/BM/RS.
・Sources on Scottish Parliament
Consultative Steering Group (1998) "Report of the Consultative Steering Group on the Scottish Parliament 'Shaping Scotland's Parliament" (https://www.parliament.scot/PublicInformationdocuments/Report_of_the_Consultative_Steering_Group.pdf.).

・Unpublished Primary Sources (STUC)
"STUC Minutes" (From 1989 to 1990)
In Glasgow Caledonian University, Campbell Christie Collection.

・Unpublished Primary Sources (SCC,Labour)
Bob McLean Collection (SPA/BM)
Jack McConnell Collection (SPA/JMC)
Kenyon Wright Collection (SPA/KW/SN)
In Stirling University, Scottish Political Archive

資　　料

下請代金支払遅延等防止法の推移

厚　谷　襄　児

目　　次

はじめに
第１章　下請法の目的及び制定の背景
第２章　下請法における中核概念
第３章　親事業者と下請事業者の区分基準
第４章　親事業者の遵守事項
第５章　親事業者に対する規制
第６章　公的規制（１）―報告及び検査
第７章　公的規制（２）―勧告
第８章　公的規制（３）―公表・罰則
第９章　下請法と独占禁止法との関係
むすび
○参考文献

はじめに

下請代金支払遅延等防止法（以下「下請法」）は、昭和31（1956）年に制定され、当時、条数12条の小さな法律である。制定以来10回にわたって改正され[1]、２ケ

[1] 下請法（昭和31年法律第120号）は、制定後10回に亘り改正されている。このなかには、例えば商法の改正に伴い下請法も改正されたものもある。

本稿では、昭和31年制定法を「31年制定法」、「31年法」といい、昭和期の改正は、「昭和○○年改正法」、「○○年改正法」、「○○年改正」といい、平成期の改正は、「平成

条が加えられた。それらの改正は、適用範囲の拡大ないし規制の強化に繋がるものである。

下請法は、親事業者の遵守事項を定め（４条）、それを遵守しなかった親事業者に対する勧告・公表[2]を規制手法とし、それに至るまでの過程を定めた特色ある法律である。

本稿は、31年制定法からその後の度重なる改正に沿って論点を摘示しつつ、下請法の推移を概観しようとするものである。

第１章　下請法の目的及び制定の背景

第１　下請法の目的

１　下請法は、その目的を「この法律は、下請代金の支払遅延等を防止することによって､親事業者の下請事業者に対する取引を公正ならしめるとともに、下請事業者の利益を保護し、もって国民経済の健全な発達に寄与することを目的とする」と定める（１条）。

この目的規定には、下請法の規制の対象、規制の成果である固有の目的及び究極の目的が定められており、制定当初から変わっていない。

○○年改正法」､「平成○○年法」､「平成○○年改正」という。

昭和37年５月15日法律第135号（第１次改正）

昭和38年７月20日法律第157号（第２次改正）

昭和40年６月10日法律第125号（第３次改正）

昭和48年10月15日法律第115号（第４次改正）

平成11年12月３日法律第146号（第５次改正）

平成12年11月27日法律第126号（第６次改正）

平成15年６月18日法律第87号（第７次改正）

平成17年４月27日法律第35号（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律―19条）

平成17年７月26日法律第87号（会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律172条）

平成21年６月10日法律第51号（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律―25条）

[2]「公表」に係る規定（７条３項）は、平成15年改正で削られた。

2　下請法は、親事業者の下請事業者に対する「取引」、つまり「下請取引」[3]に係る多様な問題のうち、「下請代金の支払遅延等を防止する」ことにより、「下請取引を公正ならしめ」併せて「下請事業者の利益を保護」するという規制の成果がすなわち固有の目的である。この目的を達成するため、わが国の経済社会において常態化している親事業者の下請事業者に対する取引の公正でないことを正常化しようとするものである。

「親事業者の下請事業者に対する取引」とは、下請法特有の概念である「製造委託」（２条１項）、「修理委託」（２項）である。さらに、平成15年改正により、規制対象として、「情報成果物作成委託」（３項）と「役務提供委託」（４項）が加わった。これらは、サービス業の下請取引である。

これらの下請取引を「公正ならしめ」併せて「下請事業者の利益を保護」することが「国民経済の健全な発達に寄与」という究極の目的の達成に寄与するのである。究極の目的は、独占禁止法と同じである。

第２　下請法制定の背景

1　わが国の産業構造は、製造業についてみるなら、完成品メーカーの製造過程は、部品等を自ら製造（内製）するより、中小の部品メーカーに製造を委託（外製）する割合が高いという特色があり、これが製造工程における「二重構造」といわれた。賃金構造も、二重構造を反映していた。この産業構造を背景に完成品メーカーは、部品等を製造する中小メーカーに対し、取引交渉力が勝っていた。昭和25年中頃、部品等を発注する完成品メーカーによる代金の支払いが遅延し、その上、長期手形による支払いが問題視された。朝鮮戦争の影響でいったん鎮静化したが、昭和26年６月に休戦となると、発注の減少、単価の引き下げ、代金支払の遅延がわが国の経済・社会問題とされ、独占禁止法により規制できないかが問われた。

2　独禁止法による規制の困難

昭和28年の独占禁止法改正において、不公正な取引方法の規制の一として、「取引上の優越した地位の濫用行為」（２条７項５号、現２条９項５号）が定められ、それに基づき一般指定告示10（昭和28年告示第11号）が指定された。

[3] 下請法９条に、「親事業者の下請事業者に対する製造委託又は修理委託に関する取引（以下単に「取引」という。）・・」という条文があり、この「取引」を「下請取引」ということとする。

この規定が下請問題処理の法的根拠として具体化されたのである[4]。

公正取引委員会は、独占禁止法による下請取引問題に対処するために、「下請代金の不当な支払遅延に関する認定基準」（昭和29年３月）を公表し、具体的な規制基準を明らかにした。これにより下請取引の規制を始めたが、それには難点があることが認識された。その一は、下請事業者からの申告を期待できないこと、その二は、下請代金等の契約がはっきりしていないことが多いので、不当値引き等を有効に規制できないこと、その三は、独占禁止法の手続が複雑で時間が掛かることから、適切な規制が期待できないものとされた[5]。そこで、独占禁止法の不公正な取引方法の考え方を背景にした独立の立法が下請法である。

３　下請法の制定

下請法の制定について、当時の横田正俊公取委委員長は、次のように提案理由を述べている[6]。

「下請代金の支払い遅延など親事業者の不公正な行為は、わが国の経済において重要な役割を担っている中小事業者の事業経営を圧迫することになり、ひいては我が国経済の健全な発達を阻害することになります。従って、下請事業者の利益を保護するためには、下請代金の支払い遅延などの防止について、さらに積極的な措置を講ずる必要があると考えられるのであります。」

下請法による親事業者の行為に対する措置は、行政機関である公正取引委員会（下請法の制定当時は、準司法的権限を有していた。）の行政措置によるものであり、その行政措置が親事業者と下請事業者との取引の公正をもたらし、それが下請事業者の利益を保護し、そのことが「国民経済の健全な発達に寄与する」とするものである[7]。

４　親事業者と下請事業者との間の法的関係

（１）31年法の下では、下請法における「親事業者の下請事業者に対する取引」（１条）は、「製造委託又は修理委託に関する取引」である（９条）から、親事業者と下請事業者との関係は「取引」、つまり経済的価値の交換である。

---

[4] 公正取引委員会編・独占禁止政策20年史（昭43）170頁

[5] 前掲（注４）543頁　小川政府委員の発言（昭和31年３月20日衆議院商工委員会）

[6] 前掲（注４）542頁　下請法案提案理由（昭和31年３月20日衆議院商工委員会）

[7] 下請法と独占禁止法との関係については、第９章で触れる。

これを「下請取引」ないし「下請取引関係」ということとする[8]。製造委託・修理委託は、長期に亘るものが多い。「継続的下請関係」といえよう。

製造委託・修理委託は、事実行為であるが、その前提として、親事業者と下請事業者との間に民法・契約法に基づく契約が締結されており、それは、多くの場合、「請負」あるいは「製作物供給契約」である。前者は、民法上の有名契約であり、後者は無名契約である。「請負」（民632条）及び「製作物供給契約」は、有償・双務・諾成契約である。その親事業者と下請事業者との契約を「下請契約」[9]ということとする。また、「下請契約」は長期に亘るものが多い。それを「継続的下請契約」という[10]。

---

[8] 岡田外司博・下請法の検討（日本経済法学会年報27号）34頁（有斐閣、2006）。岡田教授は、この論文において、下請取引とは、「相対的に大規模な事業者（親事業者）が、自己の企業内で製造又は提供が可能な部品等や役務について、コストを削減し、需要の変動に伴うリスクを避ける等の動機に基づき、小規模な事業者（下請事業者）に、当該部品等の製造又は当該役務の提供を継続的に委託する取引である」という。この定義は、実質的な定義の提示である。

[9] 下請法の規制の対象となる製造委託・修理委託は、親事業者による下請事業者に対する取引であるが、その前提となっている下請契約は、下請法の適用がないのであるから、その当事者は、発注事業者と受注事業者というべきであるが、便宜上親事業者又は下請事業者という。

[10] 親事業者と下請事業者との間の契約については、川越憲治編著・下請取引の法務（商事法務・2004）169頁以下、平井宣雄・いわゆる継続的契約に関する一考察―「『市場と組織』の法理論」の観点から―（日本民法学の形成と課題［下］星野英一先生古希祝賀記念）（有斐閣1996）697頁以下

平井博士は、下請契約とは、「『ある事業者が他の事業者に対して自己の製造販売する商品・その原材料・部品・半製品等につき、特定の仕様を指定してそれらの製造を委託又は請け負わせる契約』である。この契約は、原材料と金型の工具や機械等の支給・工業所有権やノウハウの実施許諾・設計図の支給および管理・秘密保持義務・競業避止義務等に関する契約とあわせて締結されるのが通常である」という（704頁）。

平井博士は、継続的契約は、「取引特殊性」があり、当事者は「封じ込められる」（lock-in）し、機会主義的行動にでるし、中間組織であるという。下請型契約もそのような性格を有し、中間組織型契約であるという。また、「『下請型』という名は、かつての「日本経済の二重構造」を想起させ、必ずしも適当ではないかもしれない。むしろ、『メーカー＝サプライヤー型』の方が、中立的な用語と思われるが、とりあえず伝統的用語法に従っておく」という（注（14）、（714頁）。下請法は、その二重構造からの流

下請契約は、親事業者と下請事業者とが対等の立場で締結し、そこに債権・債務関係が成立し、その下請事業者は部品等の製造という債務を負担し、親事業者は、代金支払いの義務を負うという、契約当事者双方が債権・債務を負という水平的な関係が想定されている。しかし、現実の下請契約は、親事業者が下請事業者との取引交渉力等において勝っているので、親事業者が取引上の有利さを利用して下請事業者に対し、自ら負担している下請代金の支払遅延等を行うのである。この現象を契約問題として捉えるなら、民事訴訟をはじめとする民事紛争の解決手続によって解決すべきものであろう。

しかし、親事業者と下請事業者が相対する水平的契約関係が現実には垂直的な関係に転形しており、親事業者の下請代金の支払遅延といったことにより取引上の格差が表面化し、それを是正するために民事紛争手続によっては解決困難な事情が認識されてきた。

親事業者と下請事業者との継続的下請契約は、多くの場合長期に亘り、しかも基本契約と個別契約と分けられ、その内容は製造委託・修理委託それ自体のもののほか、それに付随する、例えば、保管、運送といった事項など種々のものが織り込まれる。その上、31年法制定当時、きちんとした契約書が作成されず口頭のものが多く、基本契約事項と個別契約事項の区別がつかないものがあったであろうし、文書によるものであっても両者が入り混じっていたであろう。

（2）下請事業者は、親事業者による代金不払いに対しては、債務不履行として訴訟を提起し、たとえ勝訴となり、損害賠償を得たとしても、その結末は、下請契約の解消ということになるであろう。このような事態は、次に摘示するように、親事業者にとっても下請事業者にとっても望ましくない帰結である。

親事業者の立場から、下請取引関係が解消されることが望ましくない理由として、次のことがあげられよう。

① 下請事業者が親事業者の製品についての特別の技術を習得していて、その下請事業者に代わる者がいない。

② その下請事業者に下請代金を支払って下請取引を継続したい。

出する問題を捉えた法律であるといえよう。

③　製品の受注があり、部品の製造を下請に出さざるを得ない。

下請事業者の立場から、下請取引関係が解消されることが望ましくない理由

①　親事業者からの受注が大半を占めているので、契約を解消したら、新しい取引先の見出すことが困難である。

②　その親事業者からの受注に対応して、新規投資をしたが、それを活用する機会がなくなり、しかも支払いができなくなるおそれがある。

③　その親事業者から代金を支払ってもらえれば下請取引を継続していることが望ましい。

5　このようにみてくるなら、親事業者と下請事業者との下請契約上の問題は、親事業者に債務不履行という民事上の責任があっても下請契約を解消するのではなく、下請契約を継続しつつ、発生した下請代金支払遅延等の解決に当たることが望まれるのである。しかも、このような下請代金支払遅延等の問題は、特定の親事業者と下請事業者との間だけのことではなく、全国的に親事業者と下請事業者との間で発生していたのである。そうであるから、行政介入が求められ、その法的手段として別途の法律による規制が望まれたといえよう。

第２章　下請法における中核概念

第１　31年法における中核概念の定義

1　31年法は、目的規定（１条）に次いで親事業者による下請事業者に対する具体的取引形態である「製造委託」（２条１項）、「修理委託」（２項）、規制の主体である「親事業者」（３項）、保護の対象である「下請事業者」（４項）及び「下請代金」（５項）という中核となる５つの概念を定義している。

これらの定義規定により用語の意味が明らかにされるばかりでなく、下請法の適用範囲が画定される。下請法の適用範囲は、事業者による「製造委託」・「修理委託」という行為の内容と事業者の範囲が限定された「親事業者」・「下請事業者」という主体によって定まる。

下請法は、親事業者による下請事業者に対する「製造委託」・「修理委託」[11]

[11] 平成15年改正により、親事業者の下請事業者に対する取引として、新たに「情報成

に係る「下請代金の支払遅延等」（１条、４条）の行為を規制する法律である。

２　「製造委託」及び「修理委託」

（１）下請法は、先ず、「製造委託」（２条１項）及び「修理委託」（２項）の定義規定をおいている。

「製造委託」とは、「事業者が業として行う販売若しくは業として請け負う製造（加工を含む。以下同じ。）の目的物たる物品若しくはその半製品部品、附属品若しくは原材料又は業として行う物品の修理に必要な部品若しくは原材料の製造を他の事業者に委託すること及び事業者がその使用し又は消費する物品の製造を業として行う場合にその物品又はその半製品、部品、附属品若しくは原材料の製造を他の事業者に委託することをいう」（２条１項）。

「修理委託」とは、「事業者が業として請け負う物品の修理の行為を他の事業者に委託すること及び事業者がその使用する物品の修理を業として行う場合にその修理の行為の一部を他の事業者に委託することをいう」（２条２項）。

（２）「製造委託」及び「修理委託」は、その主体が「事業者」であり、事業者が他の事業者に対する行為である。「製造委託」・「修理委託」は、それを行う事業者が「業」として他の事業者に「委託」する行為である。「業」として行うというのは、「事業者がある行為を反復継続的に行っており、社会通念上、事業の遂行とみることができる場合」である[12]。また、「製造委託」・「修理委託」は、事業者が他の事業者に、物品等の製造・修理を委託することであるから、事業者の単独の行為[13]である。

果物作成委託」（２条３項）及び「役務提供委託」（４項）の定義が定められた。これらを併せて「製造委託等」という（２条５項）。

[12] 下請代金支払遅延等防止法に関する運用基準（全部改正平成15年12月11日公正取引委員会事務総長通達、改正平成28年12月14日公正取引委員会事務総長通達15号）。以下「運用基準」という。

[13] 札幌高等裁判所平成31年３月７日判決（LEX ／ DB25562791）は、「RB 米取引は製造委託契約によるものというべきである。したがって、同取引には下請法が適用され、下請事業者である原告は同法によって保護される」と判示している。この判示が、「製造委託契約」に下請法が適用されるというのであるなら疑問である。なお、本判決の評釈には、柏木祐介・ジュリスト1534号６頁、平山賢太郎・公正取引829号71頁、長尾

（3）下請法に「製造委託」・「修理委託」という新しい法概念を持ち込んだのは、親事業者と下請事業者との間には、既に法的に契約関係という民法・契約法上の関係があり、そこに下請代金の支払に係る紛争が生じたとしても行政機関がその契約問題に直接介入することは、不適切であるとの認識があり、そこで、行政機関が下請関係に介入するために、「製造委託」・「修理委託」という法概念を創出し、その意義を明らかにするため、その定義を規定したものと思われる。

3　「親事業者」及び「下請事業者」

（1）「製造委託」・「修理委託」の主体である「事業者」のうち、下請法により規制されるのは、「親事業者」である。「親事業者」とは、「資本の額又は出資の総額が1千万円をこえる法人たる事業者・・であって、個人又は資本の額若しくは出資の総額が1千万円以下の法人たる事業者に対し製造委託又は修理委託をするもの」である（2条3項、現7項)[14]。

親事業者から「製造委託」・「修理委託」を受けるのが「下請事業者」である。「下請事業者」とは、「個人又は資本の額若しくは出資の総額が1千万円以下の法人たる事業者であって、親事業者から製造委託又は修理委託を受けるもの」である（2条4項、現8項)。

（2）「親事業者」と「下請事業者」は、資本金額により一律に区分されており、「親事業者」は、資本金額が1000万円超であり、「下請事業者」は、資本金額が1000万円以下である。このような定め方をしたのは、下請法の適用範囲を明確にすることにより、法的安定性、規制の明確性を確保しようとしたものといえる[15]。

下請事業者について従業員数を加味して定義すべきであるという見解もあり得る。しかし、従業員数は容易に変化するので法的安定性の見地、ま

愛女・ジュリスト1544号247頁がある。

[14]「資本の額」という用語は、「会社法の施行に伴う関係法整備等に関する法律」（平成17年法律第87号）172条により「資本金の額」と改められた。本稿では、旧来の条文の引用では条文どおり「資本の額」と表現し、文章では「資本金額」という。また、旧来の「資本の額又は出資総額」又は「資本金の額又は出資総額」を文章では「資本金額」という。

[15] 親事業者と下請事業者との区分については、「第3章　親事業者と下請事業者との区分」（13頁以下）で述べる。

た、資本金額に併せて従業員数を加えると親事業者の範囲が狭まることとなるから、それを避けたのであろう。

（3）親事業者・下請事業者は「事業者」であり、独占禁止法における「事業者の定義（2条1項）と同じであると解し、「商業、工業、金融業その他の事業を行う者」である。

このように、親事業者・下請事業者の範囲が画定された上で、親事業者が下請事業者に対する取引が「製造委託」・「修理委託」という枠内に当てはまるものであるか否かの判断が求められ、それらの枠内の取引が下請法の適用を受けるのである。

4 「下請代金」

「下請代金」は、親事業者が製造委託・修理委託をした場合に下請事業者の給付に対し支払うべき代金である（2条5項、現10項）。

下請代金は、下請事業者が委託を受けて製造なり修理を終えた「給付」を親事業者が受領して支払われるべき金銭である。「給付の受領」という事実がメルクマールとなっている。

5 下請法は、「製造委託」及び「修理委託」の定義により行為に対する適用範囲を、「親事業者」及び「下請事業者」の定義により同法の主体に適用範囲を明確に画定している。そこで親事業者による下請事業者に対す製造委託・修理委託において生ずる下請代金の支払遅延等の防止という同法の目的に応えようとするものである。

第2 平成15年改正法による規制対象の拡大

1 平成15年改正において、新たに規制対象として、「情報成果物作成委託」（2条3項）と「役務提供委託」（4項）が加えられ、その定義規定が定められた。この改正は、平成14年12月12日総合規制改革会議の「規制改革の推進に関する第2次答申」における、「経済のソフト化・サービス化という環境変化を踏まえれば役務の委託取引についても取引の公正化のための有効な枠組みを確立する必要性が高まりつつ」あり、「下請法の対象を一定の役務取引に拡大」すべきであるとの提言などを背景としている。そこで、役務の委託取引という広範囲に亘るもののうち、「情報成果物作成委託」及び「役務提供委託」という二つの役務の提供が法定された。

さらに、製造委託の定義（2条1項）に「金型」の製造委託が加えられた。事業者が金型の製造を発注しても、金型自体を販売するのでなければ、下請

法の「製造委託」に該当しなかったが、受注者としての立場にある金型製造業者としては、実体的には、下請事業者と同じであるといえるので、平成15年改正において、金型の製造を製造委託に加えた。

2　「情報成果物作成委託」

（1）「情報成果物作成委託」とは、「事業者が業として行う提供若しくは業として請け負う作成の目的たる情報成果物の作成の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること及び事業者がその使用する情報成果物の作成を業として行う場合その情報成果物の作成の行為の全部又は一部を他の事業者に委託することをいう」（2条3項）。

作成委託の対象である「情報成果物」という用語自体なじみがなく不確定で多様なものが含まれ、その全部を下請法の対象とすることができないので、下請法の規制対象となる「情報成果物」を次のように定義している（2条6項）。

「この法律で『情報成果物』とは、次に掲げるものをいう。

1　プログラム（電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わされたものをいう。）

2　映画、放送番組その他影像又は音声その他の音響により構成されるもの

3　文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合により構成されるもの

4　前3号に掲げるもののほか、これらに類するもので政令で定めるもの」

「情報成果物」自体は、技術的、社会的に新たに生じるものがあり得る流動的概念であるので、その範囲を拡大できるように政令で定めることとした[16]。現在、その政令は制定されていない。

（2）「情報成果物作成委託」するのは、「事業者」であり、その事業者が①「業として行う提供」の目的及び②「業として請け負う作成の目的」たる情報

[16]「情報成果物」の追加（2条6項4号）は政令事項であるが、独占禁止法の不公正な取引方法（2条9項6号）及び再販売価格維持契約の対象商品（23条1項）については、公正取引委員会の指定事項であることに比すると、公正取引委員会と内閣との関係の変化が窺われる。

成果物の全部又は一部を他の事業者に委託すること、並びに③「その使用する情報成果物の作成を業として行う場合にその情報成果物の作成の行為の全部又は一部を他の事業者に委託することである。「情報成果物の作成の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること」とは、情報成果物のうち、情報成果物それ自体の作成、又は情報成果物を構成することとなる情報成果物の作成を作成することを委託することである（運用基準第２・３）[17]。情報成果物の作成行為を委託する事業者は、情報成果物作成事業者でなく他の業種の事業者ということもあり得る。

３「役務提供委託」

「役務提供委託」の定義について、次のとおり定める（２条４項）。

「この法律で『役務提供委託』とは、事業者が業として行う提供の目的たる役務の提供の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること（建設業（建設業法（昭和24年法律第100号）第２条第２項に規定する建設業をいう。以

[17] 情報成果物及び情報成果物を構成することとなる情報成果物の例として次のものがある（運用基準第２・３）。

情報成果物	構成することとなる情報成果物
ゲームソフト	プログラム 映像データ ＢＧＭ等の音響データ シナリオ キャラクターデザイン
放送番組	コーナー番組 番組のタイトルＣＧ ＢＧＭ等の音響データ 脚本 オリジナルテーマ曲の楽譜
アニメーション	セル画 背景美術等 ＢＧＭ等の音響データ 脚本 絵コンテ キャラクターデザイン オリジナルテーマ曲 設計図 ポスターのデザイン 商品、容器のデザイン コンサルティングレポート 雑誌広告

下この項において同じ。）を営む者が業として請け負う建設工事（同条第１項に規定する建設工事をいう。）の全部又は一部を他の建設業を営む者に請け負わせることを除く。）をいう。」

「役務提供委託」は、「事業者が業として行う提供の目的たる役務の提供の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること」であり、建設工事における役務提供委託が除かれる[18]。

役務提供委託は、事業者が「役務の提供の行為の全部又は一部を他の事業者に委託すること」であるから、受託する下請事業者は、委託事業者と同様の役務を提供する同業者ということになる。

４　「金型の製造委託」

機械製造の事業者が、その製造に使用する金型を自ら製造するとともにその一部を他の事業者に製造を委託する場合、下請法が適用される。兼ねてはそうであった。ところが、事情が変わり、機械製造の事業者が金型を自ら製造しないで他の金型製造業者に製造を発注するなら、下請法の適用がない。金型は機械製造の部品と同様に使用されるものであり、しかも、それを他の機械製造に使用することができないことに照らすなら、それに適合した法的扱いをすべきであろうということで下請法の「製造委託」の定義に「『金型の製造を』他の事業者に委託すること」が織り込まれた。

[18]「役務提供委託」における建設業との関係について

「役務提供委託」の定義規定（２条４項）において、「(建設業（建設業法（・・）第２条第２項に規定する建設業をいう・・）を営む者が業として請け負う建設工事（同条第１項に規定する建設工事をいう。）の全部又は一部を他の建設業を営む者に請け負わせることを除く。)」と定めている。適用除外されるのは、建設業者が建設業法２条１項に規定する建設工事の全部・一部を他の建設業者に請け負わせる場合である。建設業法２条１項の建設工事は「別表第の上欄に掲げるもの」である。そこで、例えば「ガラス工事」とあり、それについてみるなら、①建設工事において「ガラス枠」をはめる工事は、下請法の適用除外となるが。②建設業者が「ガラス枠」を製造していて、その一部のガラス枠を製造業者に製造委託をするなら、下請法が適用され、③建設業者がガラス枠を製造していない場合に、ガラス枠の製造業者への製造委託は、下請法の適用はない。

第３章　親事業者と下請事業者の区分基準

第１　下請法は、「下請代金の支払遅延等の防止することによって、親事業者の下請事業者に対する取引を公正ならしめる」ことを固有の目的としているので、「親事業者」及び「下請事業者」の範囲の画定如何は、下請法の運用の在り方を左右する。親事業者と下請事業者との区分は「資本金額」を基準としている。これにより下請法により規制される主体の範囲を明確に画定している。「個人」は常に「下請事業者」である。

１　31年法においては、資本金額１千万円を基準に区分した。

（１）「親事業者」の範囲は、資本金額１千万円超の法人事業者であって、個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者に対し製造委託又は修理委託するものである。

（２）「下請事業者」の範囲は、個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者であって、親事業者から製造委託又は修理委託を受けるものである。

２　経済が発展し企業規模が拡大するに伴い下請事業者の資本金額が増大する。下請事業者の立場にある事業者の資本金額が１千万円超になると、その事業者は、「下請事業者」としての利益の保護を受けられなくなるから、親事業者から代金の支払遅延等を余儀なくされるという現象がみられた。そこで、昭和38年以降数回下請法の適用範囲を拡大する改正が行われた。

３　38年改正において、親事業者及び下請事業者の区分基準が次のように改められた。

（１）「親事業者」の範囲は二つに分けられた（２条３項）

①　資本金額５千万円超の法人事業者が個人又は資本金額５千万円以下の法人事業者に対し製造委託又は修理委託をするもの

②　資本の額又は出資の総額が１千万円超５千万円以下の法人事業者であって、個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者に対し製造委託又は修理委託をするもの

（２）「下請事業者」の範囲は、親事業者の範囲に対応して二つに分けて定められた（２条４項）

①　個人又は資本金額が５千万円以下の法人事業者であって、上記（１）①の親事業者から製造委託又は修理委託を受けるもの

②　個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者であって、上記（１）

②の親事業者から製造委託又は修理委託を受けるもの（２条４項）

（３）38年改正における親事業者の範囲は、二つに区分され、その一は資本金額５千万円超の法人事業者であって、個人又は資本金額５千万円以下の法人事業者へ製造委託・修理委託をするものである（２条３項１号）。

親事業者がこれのみであるなら、資本金額１千万円超・５千万円以下の法人事業者が、個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者へ製造委託・修理委託をする場合には、下請法の適用がないことになる。これでは、それまで下請事業者として保護の対象とされてきた個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者の事業者の利益を侵すことになる。

そこで、資本金額１千万円超・５千万円以下の法人事業者が個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者へ製造委託・修理委託する場合、その法人事業者を「親事業者」とし、個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者は、「下請事業者」として、これまでと同じように下請法を適用することとした。この定めが上記（１）②の親事業者であり、（２）②の下請事業者である。「区分の細分化」である。このようにみると、資本金額１千万円以下の下請事業者は「原下請事業者」といえよう。このようなことは、資本金額のみにより区分して、その額が高くなると避けられないことである。

上記のことは、下請法は、独占禁止法の優越した地位の濫用の考え方を背景にしているが、法の適用は優越した地位の濫用そのものではなく、下請法は相対的な独自性を有しているといえよう。

4　昭和38年に中小企業基本法（以下「基本法」）が制定され、その後の改正により、「第２章中小企業の経営基盤の強化」の一である「取引の適正化」において、「国は、中小企業に関する取引の適正化を図るため、下請代金の支払遅延の防止、取引条件の明確化の促進その他の必要な施策を講ずるものとする」（20条）と定められた。

下請法は、一方では独占禁止法の優越した地位の濫用規制の考え方を受け継ぎ、他方では下請事業者は実態的には中小企業からなるものであることから、概念としては下請事業者と中小企業とでは異なるが、政策的には中小企業と実質的に同様の扱いがされているといえよう。

親事業者・下請事業者の範囲の画定において、基本法が下請法と係わる。基本法の中小企業の概念は、資本の額と従業員数によっている（２条）が、

下請法は資本金額のみを基準とし、その額を基本法に従って下請事業者の範囲を定め、それに合せて親事業者の範囲を定めるようになった。このことは、下請法が実質的に中小企業政策の一環を担っているといえよう。

5　親事業者及び下請事業者の区分は、昭和38年改正の後、昭和48年及び平成11年の改正において、親事業者及び下請事業者の区分基準の資本金額が引き上げられた。いずれも基本法の中小企業の範囲を定める「資本の額」（２条１項）の引上げに倣って下請事業者の資本金額が引き上げられ、親事業者の範囲を定める資本金額が引き上げられたものである。

（１）48年改正

①「親事業者」（２条３項）。

（ア）資本金額１億円超の法人事業者であって、個人又は資本金額が１億円以下の法人事業者に対し製造委託・修理委託をするもの

（イ）資本金額・出資総額が１千万円超１億円以下の法人事業者であって個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者に対し製造委託・修理委託するもの

②「下請事業者」（２条４項）

（ア）個人又は資本金額が１億円以下の法人事業者であって、上記①（ア）に規定する親事業者から製造委託・修理委託を受けるもの

（イ）個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者であって、上記①（イ）に規定する親事業者から製造委託・修理委託を受けるもの

（２）平成11年改正

①「親事業者」（２条３項）

（ア）資本金額が３億円超の法人事業者であって、個人又は資本金額が３億円以下の法人事業者に対し製造委託・修理委託をするもの

（イ）資本金額額が１千万円超３億円以下の法人事業者であって個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者に対し製造委託・修理委託をするもの

②「下請事業者」（２条４項）

（ア）個人又は資本金額が３億円以下の法人事業者であって、上記①（ア）に規定する親事業者から製造委託・修理委託を受けるもの

（イ）個人又は資本金額が１千万円以下の法人事業者であって、上記①（イ）に規定する親事業者から製造委託又は修理委託を受けるもの

6　48年及び平成11年のいずれの改正においても、当時の経済成長に合わせて下請事業者の資本金額が拡大することにより、下請法が適用されなくなり、その利益を享受できなくなることを回避しようというものである。したがって、区分基準が昭和48年には、下請事業者１億円以下、親事業者１億円超に、平成11年には下請事業者３億円以下、親事業者３億円超に改正された。そして、いずれの改正においても、資本金額１千万円以下の下請事業者は、資本金額１千万円超の親事業者からの製造委託・修理委託については、下請法が適用されるという「原下請事業者」の立場は維持されている。

第２　親事業者と下請事業者の区分基準の追加

1　平成15年改正において、新たに規制対象として「情報成果物作成委託」及び「役務提供委託」が加えられた。これに伴い、親事業者と下請事業者との区分基準が改正され、複雑となった。

先ず用語であるが、「製造委託等」というのは、製造委託、修理委託、情報成果物作成委託及び役務提供委託をいう（２条５項）。

親事業者と下請事業者との区分を、製造委託・修理委託と新たな「情報成果物作成委託・役務提供委託とに分けて説明する。

2　製造委託及び修理委託

（1）親事業者（２条７項）

①　資本金額３億円超の法人事業者が個人又は資本金額３億円以下の法人事業者に対し製造委託・修理委託をするもの（１号）

②　資本金額が１千万円超３億円以下の法人事業者であって、個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者に対し製造委託・修理委託をするもの（２号）

（2）下請事業者（２条８項）

①　個人又は資本金額が３億円以下の法人事業者であって、資本金額が３億円超の法人事業者から製造委託・修理委託を受けるもの（１号）

②　個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者であって、資本金額が１千万円超３億円以下の法人事業者から製造委託・修理委託を受けるもの（２号）

3　情報成果物作成委託及び役務提供委託

親事業者及び下請事業者は資本金額によって三分される。

（1）情報成果物のプログラム並びに役務の運送、物品の倉庫における保管及

び情報処理の４業種

① 親事業者は、上記２・（１）（２条７項）の親事業者の範囲と同じ[19]。

② 下請事業者は上記２・（２）（２条８項）の下請事業者の範囲と同じ。

（２）４業種以外の業種－１

① 資本金額５千万円超の法人事業者であって、個人又は資本金額が５千万円以下の法人事業者に対し４業種以外の情報成果物作成委託又は役務提供委託をする親事業者

② 個人又は資本金額が５千万円以下の法人事業者であって、４業種以外の情報成果物委託又は役務提供委託を受ける下請事業者

（３）４業種以外の業種―２

① 資本金額１千万円超５千万円以下の法人事業者であって、個人又は資本金額１千万円以下の法人事業者に対し４業種以外の情報成果物作成委託又は務提供委託をする親事業者

② 個人又は資本金額が１千万以下の法人事業者であって、資本金額１千万円超５千万円以下の法人事業者から４業者以外の情報成果物又は役務提供委託を受ける下請事業者

４ 親事業者及び下請事業者の区分基準のまとめ

（１）製造委託及び修理委託の親事業者及び下請事業者の区分基準は、平成11年改正以来変わっていない。

（２）情報成果物のプログラム並びに役務の運送、物品の倉庫における保管及び情報処理の４業種の親事業者及び下請事業者の区分基準は、製造委託及び修理委託と同じである。

（３）情報成果物のプログラム並びに役務の運送、物品の倉庫における保管及び情報処理の４業種以外の情報成果物委託及び役務提供委託の親事業者及び下請事業者の区分基準は二分される。

① ５千万円超の親事業者と個人又は５千万円以下の下請事業者

② １千万円超の親事業者と個人又は１千万円以下の下請事業者

---

[19]「（政令で定める情報成果物作成委託及び役務提供委託にあっては、それぞれ政令で定める情報成果物作成及び役務に係るものに限る。）」（２条７項）。「下請代金支払遅延等防止法施行令（［平成13年１月４日政令第５号、改正平成15年10月３日政令第452号］１条）

５千万円以下の下請事業者を創設したのは、４業種以外の情報成果物作成・役務提供にあっては、比較的資本金額の低い親事業者と下請事業者との委託関係が多いからであろう。また、「原下請事業者」の地位は維持された。

５　平成15年改正において、「下請代金」の定義規定で役務提供委託には「給付」という概念に当てはまるものがないので、「役務の提供」に対する代金とした。

第３　トンネル会社の規制

１　40年改正において、いわゆるトンネル会社の規制が定められた（２条５項、現２条９項）。トンネル会社規制は、親事業者が下請事業者に対し製造委託・修理委託するに当たり、親事業者がその組織上支配下にある会社を通じて製造委託・修理委託をすることにより、下請法の適用を回避しようとするのを規制するものである[20]。トンネル会社を利用した脱法的行為の規制である。親事業者と下請事業者とを資本金額のみにより区分することは、規制の明確性が確保されるが、逆にトンネル会社のように資本金額による区分だけで親事業者の範囲から逃れるなら、トンネル会社の下請事業者に対する製造委託・修理委託は、下請法の適用の網を避けることができる。トンネル会社規制はそれを阻止するためのものである。

２　トンネル会社規制に関与するのは、親事業者、トンネル会社及び下請事業者である。それぞれの関係をみてみる。

（１）親事業者を「甲」という。甲は、「資本金の額又は出資の総額が１千万円を超える法人たる事業者」である。

（２）トンネル会社を「乙」という。乙は、親事業者から「役員の任免、業務の執行又は存立について支配を受け、かつ、その事業者から製造委託又は修理委託を受ける法人たる事業者」、すなわち「親事業者の子会社」である。

（３）「再委託を受ける事業者」を「丙」という。丙は、下請事業者である。

①　甲が丙に製造委託をするなら、下請法の適用がある。それを回避するために、甲は、その子会社である乙に製造委託をする。

②　乙は、甲が乙にした製造委託と同内容の製造委託を丙にする。乙と丙との間には、下請法の適用がない。甲は乙を通じて丙に対する製造委託

[20] 辻吉彦著・生駒賢治改訂・詳解下請代金支払遅延等防止法（改訂版）31頁（公正取引協会・平12）によると、トンネル会社問題の発端は、親事業者の一部に、自社の購買部門を別会社にして、この法律の適用を免れようとすることであったという。

は、下請法の適用を回避できる。そこで、乙を親事業者と見做して、乙と丙との間に下請法を適用するというのが、トンネル会社問題である。

③　乙を親事業者と見做すためには、二つの要件がある。

（ア）甲は資本金額１千万円超の親事業者であること

（イ）乙は甲の「役員の任免、業務の執行又は存立について支配を受け、かつ、その事業者から製造委託又は修理委託を受ける法人たる事業者」、つまり「子会社」であること

乙を親事業者と丙を下請事業者とみなすことにより、乙に下請法を適用するということである。

３　平成15年法の下では、「（第７項第１号又は第２号に該当する者がそれぞれ前項第１号又は第２号に該当する者に対し製造委託等をする場合及び第７項第３号又は第４号に該当する者がそれぞれ前項第３号又は第４号に該当する者に対し情報成果物作成委託又は役務提供委託をする場合を除く。）」と定める。

括弧書きは、乙が親事業者の立場で製造委託等をするなら、トンネル会社規制の条項でなく下請法を直に適用するというのである。

第４章　親事業者の遵守事項

第１　規制の仕組み

下請法の規制は、下請取引における親事業者の下請代金の支払遅延等を規制することにより下請事業者の利益を保護しようというものである（１条）。

下請法の規制の仕組みは、親事業者に対する規制と公的規制に分けられる。親事業者に対する規制は、親事業者が自らなすべき３つの措置、即ち「書面の交付」（３条）、「遵守事項」の遵守（４条）及び「書類の作成・保存」（５条）である。これらは、親事業者が下請事業者に対し製造委託等をした場合に、遵守事項を遵守させ、そのために、書面の交付及び書類の作成・保存を義務づけるのである。

公的規制は、下請法の施行行政機関である公正取引委員会がその執行のための権限行使の仕組み（これには中小企業庁長官などが含まれるものもある。）であり、公正取引委員会等の行政調査（９条）、勧告（７条）のほか中小企業庁長官の措置請求（６条）がある。

本章では、親事業者に対する規制の仕組みのうち親事業者の遵守事項について述べ、第５章において親事業者の「書面の交付」及び「書類の作成・保存」について、第６章において「公的規制の仕組み」について述べる。

第２　31年法における親事業者の遵守事項

１　親事業者の遵守事項とは、親事業者が下請事業者に対し製造委託又は修理委託をした場合に、「してはならない行為」であり、親事業者が問われるのは、遵守事項、つまり「してはならない行為」の「不遵守」行為である。次の４項目を定める（４条、現４条１項）。

（１）下請事業者の責めに帰すべき理由がないのに、下請事業者の給付の受領を拒むこと（受領拒否）。

（２）下請事業者の給付を受領した後、下請代金を遅滞なく支払わないこと（支払遅延）。

（３）下請事業者の責に帰すべき理由がないのに、下請代金の額を減ずること（代金減額）。

（４）下請事業者の責に帰すべき理由がないのに、下請事業者の給付を受領した後、下請事業者にその給付に係る物を引き取らせること（返品）。

２　上記の遵守事項４項目の特色として、次の点を摘示する。

（１）親事業者が問われるのは、下請事業者による「給付」を巡る下請代金の支払遅延等である。「給付」は、下請事業者が製造委託・修理委託を受けた仕事を終え、その成果を親事業者に提供することである。それに対し、下請代金が支払われる。「下請代金」は、「下請事業者の給付に対し支払うべき代金」であるから、「給付」に係るものである。遵守事項をみると、下請代金の支払遅延（２号）はもちろんのこと、下請代金の減額（３号）は下請代金の一部の遅延である。また、給付の受領拒否（１号）及び給付に係る物の引取（４号）は、「給付」を巡るものである。

（２）下請事業者は、親事業者が、「給付の受領」により、製造委託・修理委託が完結し、その時点において、下請取引の負担から解放される（但し、１，３、及び４号は、「責めに帰すべき理由がない」場合。）。

（３）親事業者は、下請事業者の「給付の受領」以後、下請代金の支払遅延（２号）のほかに「下請事業者の責めに帰すべき理由がない」のに、給付の受領拒否（１号）、下請代金の減額（３号）又は給付の引取（４号）が遵守事項の不遵守行為として問われる。下請法の規制の狙いがここにあり、「下

請代金支払遅延『等』」といわれる所以である。

（４）親事業者による遵守事項の不遵守行為が問われる実質をみると、下請代金の支払遅延は、下請事業者の給付を受領したにもかかわらず、下請代金を支払わないことである。下請代金の減額は、親事業者による製造委託・修理委託をした際に交付した書面に記載した下請代金の額の一部の支払わないことである。また、「給付」の受領拒否及び返品も間接的な下請代金の支払の回避である。このように、31年法の遵守事項は親事業者の「給付」に係る行為が問われるのであり、その実質はいずれも下請代金の支払いの回避の問題である[21]。

親事業者と下請事業者との下請取引の前提には下請契約が締結されている。下請契約によるなら、下請代金の額及び支払時期は自由に定めることができる。他方、下請法は、下請契約の内容を、親事業者による製造委託・修理委託という単独行為の枠組みで捉え、下請事業者の「給付」を巡っての親事業者の受領の拒否、下請代金の支払遅延等という実質的には下請代金の不払いを問うているのである。

３　31年法に定められている遵守事項４事項は、親事業者が下請事業者に対し製造委託・修理委託をするなら当然遵守しなければならないものである。これを「遵守事項第１類」ということとする。

第３　親事業者の遵守事項の追加

１　37年改正において、親事業者の遵守事項として、親事業者による買い叩き（４条５号、現４条２項５号）、購入強制（６号）及び報復行為（７号）が加えられた。40年改正において、４条２項の規定が加えられ、有償原材料等の対価の早期決済（４条２項１号）、割引困難な手形の交付（２号）が定めら

[21] 下請代金の支払いを手形の交付によることについて、「下請代金の支払手段について」（平成28年12月14日）（中小企業庁長官と公正取引委員会事務総長名）において、「親事業者による下請代金の支払について、①下請代金の支払は、できる限り現金によるものとすること、②手形等により下請代金を支払う場合には、その現金化にかかる割引料等のコストについて、下請事業者の負担とすることのないよう、これを勘案した下請代金の額を親事業者と下請事業者で十分に協議して決定すること、③下請代金の支払に係る手形サイトについては、繊維業90日、その他の業種120日以内とすることは当然として、段階的に短縮に努めることとし、将来的には60日以内とするよう努めること」としている。

れた。さらに平成15年改正において、新たな規制対象として「情報成果物作成委託」（２条３項）及び「役務提供委託」（４項）が加えられ、それに対応して、新たな親事業者の遵守事項として、経済上の利益の提供の強制（４条２項３号）及び給付の内容の変更・やり直し（４号）の規定がおかれ、今日に至っている。次にこれらの加えられた親事業者の遵守事項についてみてみる。

２　37年法における親事業者の遵守事項の追加

（１）37年法において親事業者の遵守事項（４条１項）として、親事業者による買い叩き（５号)、購入強制（６号）及び報復行為（７号）が定められた。

①　下請事業者の給付の内容と同種又は類似の内容の給付に対し通常支払われる対価に比し著しく低い下請代金の額を不当に定めること（買い叩き)。

②　下請事業者の給付の内容を均質にし又はその改善を図るため必要がある場合その他正当な理由がある場合を除き、自己の指定する物を強制して購入させること（購入強制)。

③　親事業者が給付の受領拒否（４条１号）若しくは下請代金の支払遅延（２号）に掲げる行為をしている場合若しくは下請代金の減額（３号）から前号（給付の返還、［４号]、買い叩き［５号]、購入強制［６号]）までに掲げる行為をした場合に下請事業者が公正取引委員会又は中小企業庁長官に対しその事実を知らせたことを理由として、取引の数量を減じ、取引を停止し、その他不利益な取り扱いをすること（報復行為)。

（２）上記３つの新遵守事項は、既に定められている４事項（４条１～４号）と性格を異にする。４条１号ないし４号の遵守事項は、親事業者が下請事業者に対し、特定の製造委託・修理委託をし、下請事業者がその仕事を終え、親事業者による下請事業者の「給付の受領」を基点とする下請代金の支払遅延、減額ないし給付の受領の拒否・返品という間接的下請代金支払の回避である。

新たな遵守事項のうち、不当な買い叩き（５号）及び購入強制（６号）は、親事業者が下請事業者に対し製造委託・修理委託をするという下請取引関係はあるが、特定の製造委託・修理委託の下請事業者による「給付」とは係りがない。

①　不当な買い叩きは、親事業者が製造委託・修理委託をするまでに不当

に低い下請代金の額を定めることであるから、不遵守行為をなす時点が守事項第１類の不遵守行為と異なる。

② 購入強制（６号）を求める品目には、特定の製造委託・修理委託との係わりある物と係りのない物がある。係りのある物については、「給付の内容を均質にし又はその改善を図るため必要がある場合その他正当な理由がある場合」には、購入を求めることができるが、それ以外の物の購入を求めることが不遵守とされる。また、係りのない物については、全てが不遵守行為とされる。親事業者は、物の購入を強制しているという認識がないこともあり得る。

③ 報復行為（７号）は、親事業者による遵守事項の不遵守行為を正そうとする下請事業者の行為に対する親事業者の行為を問うものである。報復行為は、下請事業者に対し「取引の数量を減じ、取引を停止し、その他不利益な取り扱いをすること」である。報復行為の内容は、下請事業者の事業活動それ自体を左右するものである。

（３）不当な買い叩き（５号）における「通常支払われる対価に比し著しく低い下請代金の額を不当に定めること」は、下請代金の「額」そのものと「その額」の定め方（例えば「額」の決定過程）の「不当」性が問われる。また、買い叩きは、親事業者が特定の製造委託・修理委託をする以前の価格決定の交渉過程おける下請代金の決定の仕方が問われるのであり、親事業者の取引交渉力の優位性の発現といえよう。

（４）親事業者による下請事業者に対する物の強制購入（６号）においては、不確定概念である「正当な理由」がある場合が除かれる。その例示として「下請事業者の給付の内容を均質にし、又はその改善を図るため必要がある場合」が挙げられているように、「正当な理由」は、下請事業者の「給付」の内容に係わる場合に限定されよう。「正当な理由」なく親事業者が下請事業者に対し、物の購入を強制できるのは、優位な取引交渉力の行使である。

（５）下請事業者に対する報復行為（７号）は、下請事業者が親事業者による遵守事項の不遵守の事実を公正取引委員会・中小企業庁長官に伝えたことに対する報復である。その具体的内容は、取引の減量、停止、その他不利益な取り扱いであるから幅広い。親事業者による報復行為が問われることにより、下請事業者からの親事業者の不遵守行為の申告が期待された。親

事業者が下請事業者に対し報復行為ができるのは、取引交渉力の優位さの表れであるといえよう。

（6）新たに遵守事項とされた買い叩き、購入強制及び報復行為を「遵守事項第２類」ということとする。

3　40年改正における親事業者の遵守事項の追加

（1）40年改正において、新たな遵守事項が「項」を改めて４条２項に「親事業者は、下請事業者に対し製造委託等をした場合は、次の各号に掲げる行為をすることによって、下請事業者の利益を不当に害してはならない」と次の２項目が定められた。

① 「自己に対する給付に必要な半製品、部品、付属品又は原材料（以下「原材料等」という。）を自己から購入させた場合に、下請事業者の責に帰すべき理由がないのに、当該原材料等を用いる給付に対する下請代金の支払期日より早い時期に、支払うべき下請代金の額から当該原材料等の対価の全額若しくは一部を控除し、又は当該原材料等の対価の全部若しくは一部を支払わせること」（１号）（有償原材料等の対価の早期決済）。

② 「下請代金の支払につき、当該下請代金の支払期日までに一般の金融機関（預金又は貯金の受入及び資金の融通を業とする者をいう。）による割引を受けることが困難であると認められる手形を交付すること」（２号）（割引困難な手形の交付）。

（2）新たな規定の柱書に「次の各号に掲げる行為をすることによって、下請事業者の利益を不当に害してはならない」と定められた。

遵守事項第１類（４条１号～４号）の規定は、遵守事項の不遵守行為自体を規制している。遵守事項第２類（４条５～７号）もそうである。

他方、40年改正において新たに定めた遵守事項（４条２項）の規定には行為の影響が加味され、その評価基準として、不確定概念である「不当に」という文言が織り込まれた。「不当に」は、「下請事業者の利益」、つまり下請法の目的に係るものである。不確定概念の該当性の判断は、公正取引委員会によらざるを得ないことである。

（3）「有償原材料等の対価の早期決済」が不遵守行為であるというのは、次のとおりである。

下請事業者が親事業者から原材料を有償支給された場合に、その原材料の代金を支払わなければならない。その支払時期が支給された原材料を使

用した給付を親事業者が受領する時点より、早期であるなら、下請事業者は、下請代金が支払われるより事前に原材料の代金を支払うこととなり、下請事業者にとっては不利益を負わされる。そこで、下請事業者の不利益を避けるため、「当該原材料等を用いる給付に対する下請代金の支払期日より早い時期に、次のことを禁止した。

① 支払うべき下請代金額から当該原材料等の対価の全部又は一部を控除すること。

② 当該原材料等の対価の全部若しくは一部を支払わせること。

上記①において、親事業者が禁止されているのは、支払うべき下請代金額から当該原材料等の対価の全部又は一部を「控除」することである。

金額でみると、原材料等の代金額＜下請代金額である。

そこで、親事業者の立場からすると、原材料等の代金額と下請代金額を民法上「相殺」（民505）の意思表示をして、それぞれの請求額を同額消滅させることができる。これにより、親事業者が支払うべき原材料等の代金額相当額の下請代金額が消滅し、その残額の支払いということになる。

親事業者が下請代金の額から原材料等の下請代金額を「控除」するというのは、原材料等の代金額を全額支払い、その中から原材料等の代金額を「控除」するのである。下請事業者の受け取る金額は同じであるが、この規制には、親事業者は、下請事業者に対し、下請代金を全額支払わなければならないという考え方が横たわっているといえる[22]。下請事業者の立場からみると、製品の下請代金の受け取りより原材料費を先払いとなる不利益を阻止する規定である。

（4）割引困難な手形による支払いを遵守事項とした。下請法の下では、手形の交付は、下請代金の支払いと認められるが、割引困難な手形は、下請代金の支払いとはいえないということは先に触れた[23]。下請事業者に与える影響は、下請代金の支払遅延と同じであるから、それを遵守事項とした。

下請代金の支払について、下請代金の支払期日までに一般の金融機関（預金又は貯金の受入れ及び資金の融通を業とする者）による割引を受けるこ

[22] 労働基準法24条の賃金全額支払原則の考え方に通じるものがある。

[23] 前掲（注21）

とが困難であると認められる手形であってはならない。

割引困難な手形であるか否かは、親事業者あるいは下請事業者それぞれの事情によるので、個別に判断しなければならない。

（5）「有償原材料等の対価の早期決済」における「対価の早期決済」及び「割引困難な手形による支払」における割引「困難な」手形による支払いが下請事業者に不利益をもたらすが、いずれも製造委託・修理委託における下請代金の支払いに係るものである。これらについては、４条２項の規定の柱書に、「次の各号に掲げる行為をすることによって、下請事業者の利益を不当に害してはならない」と定めている。このような不確定要件を判断するには、親事業者の自主的な判断を期待できず、それを本法の施行機関である公正取引委員会に委ねざるを得ない。

（6）40年改正で遵守事項として挿入された「有償原材料等の対価の早期決済」及び「割引困難な手形の交付」は、いずれも「下請事業者の利益を不当に害してはならない」を判断要件として定めていることから、「遵守事項第３類」ということとする。

4　平成15年改正における親事業者の遵守事項の追加

（1）平成15年改正において、親事業者による下請事業者に対する取引に係る定義規定として「情報成果物作成委託」〔２条３項〕及び「役務提供委託」（２条４項）が加えられ、さらに、遵守事項として、「経済上の利益の提供」（４条２項３号）及び「給付の変更・やり直し」（４号）が加えられた。

３号「自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること」（経済上の利益の提供）

４号「下請事業者の責めに帰すべき理由がないのに、下請事業者の給付の内容を変更させ、または下請事業者の給付を受領した後に（役務提供委託の場合は、下請事業者がその委託を受けた役務の提供をした後に）給付をやり直させること」（変更・やり直し）。

（2）経済的利益の提供（４条２項３号）は、製造委託等の下請代金とは係わりなく、協力金、協賛金などの名目により金銭の支払いを求めることである。

そのようなことは、経済社会において広く行われているが、親事業者が下請事業者に対し、協力金、協賛金などの支払いを求めるのは、親事業者の取引優位性の活用である。下請代金の減額（４条１項３号）との区別は、先ず「給付」と係わりの有無であり、「給付」と係わりない場合に、本号

が問われる[24]。また、４条本文の柱書に定められている「不当」か否かを判断するのであるが、これは公正取引委員会に委ねざるを得ない。

（３）「変更・やり直し」（４条２項４号）のうち、「変更」は、「下請事業者の給付の内容を変更させ」ることであり、親事業者が「給付」を受領する前のことである。「やり直し」は、「下請事業者の給付を受領した後」のことである。判断時点は、親事業者が給付を受領する以前であるなら、下請事業者が給付をなし終えていても「変更」である。いずれも、下請事業者としては、改めて「給付」するコストが増大する。そのコスト増大額を「下請事業者の責めに帰すべき理由がないのに」負担させることが不遵守行為とされる。「下請事業者の責めに帰すべき理由」があるなら、やり直しが許容される。事業者の都合によるなら、「不当に下請事業者の利益を害する」に当たるであろう。

「役務提供委託」について、４条１項括弧書に「（役務提供委託をした場合にあっては、第１号及び第４号を除く。）」と定められたのは、「役務提供」には「給付」という概念がないからであり、４条１項６号の「購入強制」には「自己の指定する‥役務を強制して利用させること」が加えられた。また、４条２項の柱書に「次の各号（役務提供委託をした場合にあっては、第１号を除く。）」と定められた。これらは、２条10項の「給付」を「役務の提供」との読み替えが適用されたものである。

（４）遵守事項の分類からは「経済的利益の強制」は「遵守事項第３類」といえよう、また、「給付の変更・やり直し」は、給付の内容自体を改めさすのであり、他にない類型であるので「遵守事項第４類」とする。

第４　下請代金の支払遅延の規制に係る改正

１　31年法の親事業者の遵守事項にあって最も重要なのは、下請代金の支払遅延（４条２号）の規制である。下請法の施行後、同法の執行に照らし、下請代金支払遅延の規制に係る改正がなされた。その一は、37年改正の親事業者による下請代金の支払期日の法定（２条の２）であり、これとの係りで37年

[24] 伊東章二外２名・下請の法律実務（三協法規出版㈱、平23）142頁本号は、「下請代金の減額ではなく、下請事業者が親事業者から直接協賛金の提供を求められ支払った場合は、その規制に該当しないが、親事業者からの要請であれば断りにくい場合も多く、結果として下請代金の減額と同様の効果をもたらすことになる。」

改正において下請代金の支払遅延に対する遅延利息の支払義務が法定（４条の２）された。その二は､40年改正の給付の受領と検収との関係の明確化（２条の２）であり、その三は、40年改正における遅延利息不払いに対する勧告規定の新設（７条１項）である。なお、37年改正において、下請代金の支払期日が設定されたことに伴い下請代金に支払遅延となる時点の改正（４条２号）がなされた。いずれの改正も下請代金の支払い規制の強化である。

２　下請代金の支払期日の法定

（１）37年改正法は、新たに「下請代金の支払期日は、親事業者が下請事業者の給付を受領した日から起算して60日の期間内において、かつ、できる限り短い期間内において、定められなければならない」という規定を定めた（２条の２）。

下請代金の支払期日が法定されたことに伴い二つの課題が派生した。その一は、支払期日を定めなかったときの扱い及びその二は60日より遅い日を定めたときの扱いである。これに対処して２条の２第２項に新たに「みなし規定」をおいた。前者については､「下請代金の支払期日が定められなかったときは親事業者が下請事業者の給付を受領した日が､」また後者については､「親事業者が下請事業者の給付を受領した日から起算して60日を経過した日の前日が」下請代金の支払期日と定められたものとみなすという規定である。

（２）下請代金の支払期日の規定を併せると、次のようになる。

給付を受領した日から起算して

①　支払期日を定めた場合

ａ）支払期日を60日以内、かつ、できる限り短い期間内

ｂ）支払期日を60日超に定めた場合、60日を経過した日の前日

②　支払期日を定めていない場合　給付の受領の日

（３）支払期日の法定の意義

①　31年法の下では､下請代金支払時点は､給付の受領を基準に｢遅滞なく｣と定めた。｢遅滞なく｣というのは､｢親事業者にそれだけの支払能力がなければ、不当な支払遅延とはいえない｣[25]という親事業者の事情を加

[25] 公正取引委員会事務局編・｢下請代金支払遅延等防止法｣解説（公正取引協会、昭31）23頁

味していた。下請代金の支払期日を法定して明確にしたことにより、下請事業者の利益に適う運用が期待されるのである。

② 親事業者による下請代金の支払いについての４条２号の規定の仕方が「遅滞なく」と抽象的であるため、下請代金の支払いが事実上遅れがちとなる。そこで法定期限を定めることにより、親事業者に対する規制の「明確性」を新たにした。よって、下請代金の支払い遅延に決着をつけたといえよう。

③ 下請代金の支払期限の法定は、契約自由の原則からみると画期的規定である。さらに、２条の２第２項のみなし規定及び４条２項の遅延利息の規定は、規定の漏れを埋めるという意味で「穴埋め規定」といえよう。

これらの規定を併せて下請代金の「支払期日」の一括規定とみることができる。

3 下請代金の支払遅延の明確化

下請代金の支払いについては、上記の改正前は、「下請代金をその支払期日の経過後なお支払わないこと」（４条２号）と定められていた。下請代金の支払期日の法定に伴い、この規定は、「下請事業者の給付を受領した後、下請代金を遅滞なく支払わないこと」と改めた。

4 給付の受領と検収との関係の明確化

40年改正において、２条の２第１項の規定の「下請代金の支払期日は、」の次に「親事業者が下請事業者の給付の内容について検査をするかどうかを問わず」という文言が挿入された。37年改正において、「下請代金の支払期日」について、親事業者が下請事業者の給付を受領した日から起算して60日以内と法定された。ところが、実際の支払期日は、親事業者が下請事業者の給付を事実上支配した日からの起算するのではなく、親事業者による給付の検査が終わった日から起算する。このため、下請代金の支払期日が給付の受領の日からの起算との間に齟齬が生じることとなる。そこで、上記の文言を定め、検査の完了は、下請代金の支払期日とは関係がないことを明確にした。この改正も「穴埋め規定」の挿入といえよう。

5 下請代金の不払いに対する 遅延利息規定の新設

（１）37年改正において、親事業者が下請代金を支払期日までに支払わなかったとき、遅延利息の支払いを義務づける規定（４条の２）をおいた。親事業者が下請代金を支払期日までに支払わなかったときは、下請事業者に対

し、「下請事業者の給付を受領した日から起算して60日を経過した日から支払をする日までの期間について、その日数に応じ」て遅延利息を支払わなければならないとした。

その遅延利息の利率は、遅延利息に係る公正取引委員会規則（昭和37年５月15日第１号）において、遅延利息を日歩４銭と定めた（昭和45年５月８日改正年14･6パーセント）と定められた。

親事業者が下請事業者に対し、下請代金をその支払期日までに支払わないなら、それ以降は民法上の履行遅滞と同様であるので、遅延利息を支払うべきである。その遅延利息の支払は親事業者の意向に委ねられた。これは、遵守事項の遵守が親事業者の自主的履行に期待されたのと同じであるといえよう。

（２）40年改正において、勧告の対象として「第４条の２の規定による遅延利息を支払い」と定めた。これは、37年改正において遅延利息についての規定が定められた当時、親事業者は下請代金の支払遅滞の利息を自発的に支払うものとして、勧告規定（７条）の適用を明記しなかった。しかし、現実には親事業者が自発的に遅延利息を支払うという気運が生じなかった。そこで、40年改正において、遅延利息の不払いに対し「勧告するものとする」とし、遅延利息の支払いも親事業者の自発的支払いから、公正取引委員会の主導によることになった。

第５章　親事業者に対する規制

下請法における親事業者に対する規制として､既に述べたように遵守事項（４条）のほか書面の交付（３条）及び書類の作成･保存（５条）が定められている。下請法制定前には、発注事業者と受注事業者間の契約の内容が明確でないことが多く、その場合、不利益を被るのが受注事業者であった。そのことが本法の制定理由の一である。そこで、親事業者の下請事業者に対する製造委託・修理委託の内容を明確にすることにより、遵守事項を逸脱しないようにしたものといえる。

第１　親事業者の書面の交付

１　31年法は、書面の交付について、「親事業者は、下請事業者に対し製造委託又は修理委託をした場合は、直ちに、下請事業者の給付の内容及び下請代

金の額を記載した書面を下請事業者に交付しなければならない」（３条）と定めた。

31年法の親事業者の遵守事項は、いずれも下請事業者の「給付」を巡る親事業者による下請代金の支払遅延、下請代金の減額、あるいはその受領の拒否・返品に係るものであるから、交付書面（「３条書面」ともいう。）の記載事項は、それに対応して給付の内容と下請代金の額が法定された。給付の内容及び下請代金の額を明確に記載することにより、親事業者と下請事業者との間の下請取引の内容の理解を共有することとなり、そのことが下請問題解決の基本的要因である。さらに、親事業者は、自ら記載した書面の記載事項に自己拘束される。また、書面の記載事項は、書類の作成･保存義務（５条）あるいは公正取引委員会による調査（９条１項）に対応するための原資料である。

２　37年改正において、新たに下請事業者への交付書面の記載事項として、「支払期日」が定められた。これは、代金の支払期日が「親事業者が下請事業者の給付を受領した日から起算して、60日の期間内において、かつ、できる限り短い期間内において、定めなければならない」（２条の２，１項）と定められたことに対応したものであり、下請代金の支払遅延を防止するに有効な手段となるものである。

３　40年改正において、下請事業者への交付書面の記載事項が「公正取引委員会規則で定めるところにより下請事業者の給付の内容、下請代金の額、支払期日及び支払方法その他の事項」と定められた。記載事項が法定されている「下請事業者の給付の内容、下請代金の額、支払期日及び支払方法」については、公正取引委員会規則でその記載方法を定め、「その他の記載事項」については「公正取引委員会規則」で記載事項及び記載方法を定めることとなる。

この改正以前には、交付書面の記載事項が法定されており、新たに記載事項を増やすごとに法律改正をしなければならなかった。それを避け、公正取引委員会規則を経済取引の実情に即応して改正し、下請事業者の保護により適切に対応できるようにするためといえよう[26]。

４　平成12年に「書面の交付等に関する情報通信の技術の利用のための関係法

[26] 長谷川・植木・事例解説下請代金支払遅延等防止法（競争問題研究所、昭53）33頁

律の整備に関する法律」（平成12年11月27日第126号）が制定され、この法律で下請法３条２項の規定が次のように追加された。

「親事業者は、前項の規定による書面の交付に代えて、政令で定めるところにより、当該下請事業者の承諾を得て、当該書面に記載すべき事項を電子情報処理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法であって公正取引委員会規則で定めるものにより提供することができる。この場合において、当該親事業者は、当該書面を交付したものとみなす。」

この規定より、親事業者は、書面交付に代えて電磁的方法により書面の記載事項を提供できることとなった。そのための要件は、①親事業者は、政令で定めるところにより、下請事業者の承諾を得ること、②交付書面の記載事項を電子的方法で提供することができることである。法的効果は、「当該親事業者は、当該書面を交付したものとみなす」ことである。

これは、情報通信技術の発達が親事業者と下請事業者との間の交付書面の在り方を変えたものである。なお、政令は「下請代金を支払遅延等防止法施行令第２条」であり、公正取引委員会規則は、「下請代金支払遅延等防止法第３条の書面の記載事項等に関する規則第２条」である。

5　平成15年の改正により、法３条１項但書が追加された。この改正は、情報成果物作成委託が下請法の対象とされたことに対応するものである。

親事業者が下請事業者に対し、製造委託等をした場合に、「公正取引委員会規則で定めるところにより下請事業者の給付の内容、下請代金の額、支払期日及び支払方法その他の事項を記載した書面を下請事業者に交付しなければならない」（３条１項本文）のであるが、但書において、①「これらの事項のうちその内容が定められていないことにつき正当な理由があるものについては」、②その記載を要しないものとし」、③「この場合には、親事業者は、当該事項の内容が定められた後直ちに、当該事項を記載した書面を下請事業者に交付しなければならない」とした。

この改正は、「ソフトウエア開発や放送番組制作等情報成果物作成委託取引では、作業着手時に明確に給付内容を確定することが困難であるため、委託を行った時点では、３条規則の記載事項とされている給付内容をはじめ下請代金の額や支払期日などが確定できない場合がある」[27]ことによる。

[27] 粕渕功・杉山幸成編著・下請法の実務（第３版）（公正取引協会、平22）77頁

第２　書類の作成及び保存義務

１　親事業者の義務として、「親事業者は、下請事業者に対し製造委託又は修理委託をした場合は、公正取引委員会規則の定めるところにより、下請事業者の給付、給付の受領、下請代金の支払その他の事項について記載した書類を作成し、これを保存しなければならない」と定めた。

この親事業者の義務は、親事業者と下請事業者との間の下請取引の内容を記録させることにより、①親事業者に発注について計画性をもたしめ、併せて下請取引の内容を自覚せしめ、②親事業者としての利益を確保するとともに下請取引の公正化に寄与し、③下請法の施行行政機関（公正取引委員会、中小企業庁の調査（９条）を機動的に実施できることを狙いとしている[28]。

その規則は、「下請代金支払遅延等防止法第５条の規定による書類の作成及び保存に関する規則」（公正取引委員会規則第３号、昭和31年６月２日）であり、記載事項９事項が定められた。

２　平成12年改正は、「電磁的記録」の採用に対応したものであり、「電磁的記録」は、「電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られた記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるもの」である。

３　平成15年改正は、情報成果物作成委託及び役務提供委託が規制の対象に加えられたことに対応したものであり、それらを含め「製造委託等」をした場合の書類の記載事項として、「‥給付の受領（役務提供委託をした場合にあっては、下請事業者した役務を提供する行為の実施）」と括弧書きが加えられた。これは、「役務提供委託」に「給付の受領」ということがないからである。

４　作成・保存される書類の記載事項は、公正取引委員会に対する報告あるいは立入検査の際の基本的資料となる。

第６章　公的規制（１）－報告及び検査

31年法の制定当時の公的規制は、報告・検査（９条）→勧告（７条１、２項）→公表（７条３項）の順に進行し、その間に、中小企業庁長官による措置請求（６

[28] 公正取引委員会事務局編・改正下請法の解説（(社）中小企業調査協会・昭37）125頁

条）が定められている。規制の仕組みは、規制手法が勧告・公表であり、報告・検査は、規制手法を実施するための情報の収集である。

第１　報告及び検査

１　31年法は、公正取引委員会が親事業者の遵守事項の不遵守に対する規制手法である勧告（９条１・２項）及び公表（３項）をするために情報を収集しなければならず、そのために報告・検査に係る規定（９条１項）を定めている[29]。

報告・検査、つまり調査の規定は、調査を求める主体、目的、対象及び方法（９条）を定めるとともに調査の拒否等への罰則（11条）を定める。

調査[30]の主体は、公正取引委員会（９条１項）、中小企業庁長官（２項）および親事業者又は下請事業者の営む事業を所管する主務大臣（３項）である。

調査の目的については、上記調査の主体に沿って法定されている。

調査をする要件は、公正取引委員会については、「親事業者の下請事業者に対する製造委託又は修理委託に関する取引（以下単に「取引」という。）を公正ならしめるため必要があると認めるとき」であり（１項）、中小企業庁長官については「下請事業者の利益を保護するため特に必要があると認めるとき」であり（２項）、そして親事業者又は下請事業者の営む事業を所管する主務大臣については「中小企業庁長官の第６条の規定による調査に協力するため特に必要があると認めるとき」である（３項）。

条文では、公正取引委員会、中小企業庁長官及び主務大臣とでは、調査の目的に広狭があるが、調査の手法は条文上違いがなく、目的に対応して調査の範囲が異なるのであろう。

２　下請法９条１項は、公正取引委員会は、「親事業者若しくは下請事業者に

---

[29] 下請法６条に定める中小企業庁長官の「調査」は、９条２項の「報告」及び「検査」を含む用語である。本稿においてもそれに倣いを「報告」及び「検査」を合わせて「調査」ということがある。

[30] 行政調査についての近時の論稿としては、曽和俊文・行政法の法的統制（行政法研究双書［38］（弘文堂、2019）、野村武司・行政による情報の収集、保管、利用等―行政による情報管理の法（磯部・小早川・芝池編・行政法の新構想Ⅱ［行政作用・行政手続・行政情報法］315頁以下（有斐閣・2008）、村上裕章・スタンダード行政法・法学教室474号66頁（2020）

対しその取引に関する報告をさせ」又は「その職員に親事業者若しくは下請事業者の事務所若しくは事業所に立ち入り、帳簿書類その他の物件を検査させる」ことができると定めている。この規定は、公正取引委員会の調査を「報告」と「立入検査」に区別している。

報告は、情報収集を狙いとしている。下請法の制定の契機となったのは、受注事業者が発注事業者による不当な行為に対し、公正取引委員会に申し出をしないという事情があったからである。そこで、公正取引委員会などの調査により親事業者だけでなく下請事業者からも情報を収集するという、広い調査権限を定めている。

報告は、親事業者及び下請事業者を対象とした書面調査である[31]。その性格は、予備的調査であり、この段階では、未だ親事業者の遵守事項の不遵守の事実は不明であり、その端緒を見出そうとするものである。親事業者は自己に不利な事実を報告しなければならないこともある。

立入検査の対象は、報告の結果遵守事項の不遵守を疑われる親事業者であり、その方法は親事業者の事務所等への立ち入り、帳簿書類等の検査である。身分証明書を携帯しなければならない（９条４項）。

いずれの調査にも、違反に対し、３万円以下の罰金に処するという罰則規定（11条）がおかれている。

野村武司教授は、行政調査を「相手方の応答を予定する行政調査」と「相手方の受忍を伴う行政調査」に分ける[32]。この分類によるなら「親事業者若しくは下請事業者に対しその取引に関する報告をさせ」るのは前者、「その職員に親事業者若しくは下請事業者の事務所若しくは事業所に立ち入り、帳簿書類その他の物件を検査させる」のは後者ということになる。

調査に対し、「報告をせず、若しくは虚偽の報告をし、又は検査を拒み、妨げ、若しくは忌避」するなら、３万円（平成15年改正で50万円）以下の罰

[31] 鈴木満・下請法実務講座第16回「下請法第９条に基づく調査」・公正取引640号62頁によると、公正取引委員会が下請事業者を対象に書面調査を始めたのは、昭和48年以降であるという。横田直和・下請法実務講座第12回「調査・勧告など」・公正取引733号76頁によると、下請事業者に対する書面調査は、下請法９条の権限行使のものでなく、任意に協力を依頼するものであるという。

[32] 野村武司・前掲（注29）328頁

金に処せられる（11条）。

3　中小企業庁長官の請求

下請法６条は、中小企業庁長官は、親事業者による遵守事項の不遵守行為を調査し、その事実があると認めるときは、公正取引委員会に対し、「この法律の規定に従い適当な措置を採るべきことを求めること」という措置請求権限を定めている。

中小企業庁長官は、措置請求に先立ち、「親事業者が第４条第１号若しくは第２号に掲げる行為をしているかどうか又は同条第３号若しくは第４号に掲げる行為をしたかどうかを調査」できる権限を定めている。この場合の調査において、下請法９条２項に規定する権限を行使できる。

調査の結果、「その事実があると認めるときは、公正取引委員会に対し、この法律に従い適当な措置を採ることを求める」のである。「適当な措置」は勧告である。したがって、勧告は、公正取引委員会に一元化されており、これは親事業者に対する二重の勧告の防止、下請法の解釈、執行の統一の観点からであろう。

中小企業庁設置法１条は、「中小企業の育成発展のための諸条件を確立することを任務とする」と定め、３条７項に「中小企業が他の事業者の不当な取引制限若しくは不公正な取引方法によりその事業を阻害されているかどうか（略）を調査し、公正取引委員会に対しその事実を報告し、及び適当な措置を求めることができる」と定めている。行政庁間の協力の規定であり、下請法の運用における公正取引委員会と中小企業庁との協力の法的根拠である。

第７章　公的規制（２）―勧告

第１　勧告の意義

1　親事業者による遵守事項の不遵守行為に対する規制手法は、勧告（７条）である。親事業者に対してのみ勧告する。勧告は、法定行政指導である。

31年法は、遵守事項について「親事業者は、下請事業者に対し製造委託又は修理委託をした場合は、次の各号に掲げる行為をしてはならない」と定め（４条）、「公正取引委員会は、親事業者が「第４条第１号又は第２号に掲げる行為をしていると認めるときは」（７条１項）又は「第４条第３号又は第４号に掲げる行為をしたと認めるときは」（２項）、その親事業者に対し、「勧

告をすることができる」と定める。公正取引委員会が勧告をするか否かは、その裁量である。このことは、下請法の運用の柔軟性を示すものであった。

勧告の内容は、遵守事項の給付の受領拒否（４条１号）及び下請代金の支払遅延（２号）について、「行為をしていると認めるときは」と不遵守行為が現在形であり、勧告の内容は、前者には「すみやかにその下請事業者の給付を受領」することであり、後者には「すみやかに・・その下請代金を支払うべきこと」である。また、下請代金の減額（３号）及び給付の返品（４号）の「行為をしたと認めるときは」と不遵守行為が過去形であり、勧告の内容は、前者には「すみやかにその減じた額を支払」うことであり、後者には、「その下請事業者の給付に係る物を再び引き取るべきこと」である。不遵守行為の状況の違いに対応した下請取引の「正常化措置」である[33]。「違反」という文言を使用していない[34]。

２　下請法の規制手法が勧告であることの理由は、次のように思料する。

（１）親事業者による遵守事項の不遵守行為は、製造委託・修理委託という事業者間の下請取引上のトラブルに係ることであり、実質的には、製造委託・修理委託の前提となっている契約関係にも係ることである。それに行政機関である公正取引委員会が介入するのであるから、その介入は、勧告という行政指導に止まらざるを得ない。

（２）勧告の下請事業者に対する正常化措置は、独占禁止法の不公正な取引方法に対する排除措置では命ずることができない[35]ので、下請法における規

---

[33] 勧告の内容を「原状回復措置」であるというものがある（粕渕・杉山・前掲（注26）186頁、鈴木満・[改訂版] 新下請法マニュアル（商事法務、2009）222頁）。しかし、勧告の内容として、「原状回復措置」とはいえないものもある（例えば、報復行為（４条１項７号）。そこで、本稿では、勧告の内容を「正常化措置」ということとする。

[34] 独占禁止法の不公正な取引方法（19条）の禁止規定では、「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない」と定め、20条前条の規定に「違反する行為があるときは事業者に対し、当該行為の差し止め・・その他当該行為を排除するために必要な措置を命ずることができる」と規定している。事業者の特定の行為を不公正な取引方法に該当し「違反」であると法的評価をした上で行政処分である排除措置命令を出す。

[35] 鈴木　満・前掲（注33）222頁　下請法が制定された昭和31年当時の独占禁止法の不公正な取引方法の違反に対する排除措置は、「事業者に対し、当該行為の差止め、契約条項の削除その他当該行為を排除するために必要な措置」（20条）であるから、下請法

制手法として、勧告に止めたのであろう。

（3）親事業者による遵守事項の不遵守行為を勧告という行政指導に止めて下請業者との間の下請取引が継続することが望ましいと思料したのであろう。

3　31年法の下での親事業者の遵守事項の不遵守行為であるなら、それに対する「勧告」が裁量的であり、その内容が金銭的正常化措置ないしは給付の受領・返品であるから親事業者による不遵守行為の自発的解消でも不都合はない。そのことは、下請事業者にとっても有益である。また、勧告を受ける事前に親事業者の自発的不遵守の状態を解消するなら、勧告の要がなく、また、そのことが望まれたともいえよう[36]。

第2　勧告の対象の拡大及び内容の拡張

1　37年改正において、親事業者の遵守事項として、新たに買い叩き（4条5号）、購買強制（6号）及び報復行為（7号）が規定された。これに伴いそれぞれの不遵守行為に対する勧告の内容が定められた。

報復行為については、「行為をしていると認めるとき」に「その不利益な取扱いをやめるべきこと」を、買い叩き及び購買強制については、「行為をしたと認めるとき」に、前者については「その下請代金の額を引き上げ」ること、後者については、「その購入させた物を引き取るべきこと」を勧告するというものであり、正常化措置がそれぞれ具体的に定められた。

2　40年改正において、遵守事項として原材料の有償支給（4条2項1号）及び割引困難な手形の交付（2号）が加えられた。これに対応して、勧告について、新たに7条3項を起こし、「公正取引委員会は、第4条第2項各号の一に該当する事実があると認めるときは、その親事業者に対し、すみやかにその下請事業者の利益を保護するために必要な措置をとるべきことを勧告するものとする」と定めた。

「下請事業者の利益を保護するために必要な措置」という定めは、二つの

のような原状回復措置を命ずることができなかった。

[36] 前掲（注3）543頁　下請法の提案理由の補足説明において、勧告について、「勧告という行政措置によって親事業者にみずから反省する機会を与え、その行為を改めるため、みずから積極的な努力をなすべきことを促し、問題を迅速かつ円滑に解決しようとするものであります」としている。また、伊東ほか2名・前掲（注24）10頁は、「勧告制度が採られたのは、親事業者に対し自主的に違反状態の改善に努力する機会を与えて、事案の迅速かつ円滑に処理できるようにしたものである」という。

不遵守行為について一括しており、31年法及び37年法の正常化措置の定め方と異なる。このような定め方をしたのは、40年改正で定められた４条２項の柱書で「次の各号に掲げる行為をすることによって、下請事業者の利益を不当に害してはならない」と定めたことに対応して、勧告の内容は「下請事業者の利益を保護するために必要な措置」となったのであろう。これは、下請法の目的に沿ったものである。

親事業者による行為それ自体が即不遵守行為ではなく、その行為により下請事業者の利益を不当に害するときというように、行為の影響を加味して不遵守行為と認められるのである。ここには「不当に」という不確定概念が織り込まれている。そこで、親事業者が自らの行為を不遵守であるか否かと判断することが難しく、下請法の執行機関である公正取引委員会が「不当性」を評価しなければならない。

また、勧告の内容は、「・・必要な措置」と抽象的となっている。具体的には「事態を改善させるために妥当かつ十分な措置を広く含むが、例えば、４条２項１号の違反行為については有償支給原材料等の代金として早期に決済することにより、支払わなかった下請代金を速やかに支払わせること、同項２号の違反行為の場合は、その行為によって下請事業者が負担した過大な額の割引料を補てんさせ、又は手形の交付を止めさせ、現金で支払わせることなどである」という[37]。行為の差止めではなく、作為を命ずるのである。

親事業者による遅延利息の不払（７条１項）について、40年改正において、「公正取引委員会は、・・第４条の２の規定による遅延利息を支払いを勧告するものとする」と定めた。親事業者の遅延利息の支払いについては、その自発的行為に委ねるのみであった。しかし、親事業者は、実際に遅延利息を支払わなかったのであろう。遅延利息の不払いに対しても、勧告の対象としたのである。

第３　平成15年改正における勧告事項の拡大

１　平成15年改正において、新たな規制対象として「情報成果物作成委託」（２条３項）及び「役務提供委託」（２条４項）が加えられ、それに伴い遵守事項として新たに「経済上の利益の提供」（４条２項３号）及び「給付の変更等」（４号）が定められた。新たに加えられた遵守事項の不遵守行為に対する勧

[37] 長谷川・植木前掲（注26）85頁

告の内容は、40年改正の勧告の内容と同じである。

2　従来から勧告の対象であった４条１項の不遵守行為に対する勧告の内容として、７条１項及び２項の規定に「その他必要な措置をとるべきこと」が加えられた。「その他必要な措置をとるべきこと」の内容として、下請法遵守体制の整備、一定の不作為、親事業者からの一定期間下請取引に係る報告が挙げられている[38]。

これは、不遵守行為の再発防止措置であり、独占禁止法違反の排除措置命令の内容とほぼ同様である。下請法の勧告は、行政指導であるが、実質は行政処分に近づいている。[39,40]

なお、７条３項の規定は、40年改正において「速やかにその下請事業者の利益を保護するため必要な措置をとるべきことを勧告するものとする」と定められており、この規定の内容には、新たな７条１項に定める「その他必要な措置をとるべきこと」の内容に含まれると解し、特段の改正をしなかったのであろう[41]。

第４　裁量的勧告から必要的勧告へ

40年改正において、勧告について、「勧告するものとする」と必要事項とした。改正前には、「勧告することができる」と裁量事項であった。31年法の遵守事項の４事項は、いずれも下請代金の支払いに係ることであるから、親事業者が

---

[38] 粕淵・杉山前掲（注27）187頁

[39] 粕淵・杉山前掲（注27）186頁は、「これにより、従来は、親事業者における下請法遵守体制の整備といった違反行為の再発防止措置等までは勧告することができず、また、親事業者が勧告までに改善措置を講じた場合には勧告することができなかったが、法改正後は、違反状況が改善された後であっても再発防止措置等を勧告可能となった」という。

[40] 不公正な取引方法の再発防止の排除措置の規定は、独占禁止法20条２項において準用する７条２項の規定である。この規定は既往の違反行為に対し、「特に必要があると認めるときは、‥当該行為が既になくなっている旨の周知措置その他当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置」を命ずるものである。下請法は、この規定に倣ったものであるが、再発防止を勧告の要件が緩くなっている。下請法の措置が「勧告」という行政指導であるということによるものであろう。

[41] 平成21年度正取引委員会年次報告（公正取引協会版）196頁には、㈱マルハニチロ食品による下請代金減額（４条１項３号）及び不当な利益の提供要請の禁止（２項３号）事案において、後者についても再発防止策を講じる旨を勧告している。

自発的に下請代金を支払うなら、不遵守は解消するので、それを期待して、勧告を裁量事項としたものといえる。しかし、現実には、親事業者による不遵守の自発的是正が事実上期待できないことが明らかになってきた。

さらに、新たな遵守事項が加えられ、その遵守事項の不遵守の要件をみると、４条１項５号の「買い叩き」に「不当に」という不確定概念が、また４条２項の柱書の「下請事業者の利益を不当に害してはならない」という不確定要因が挿入された。親事業者は自己の行為がこれらの遵守事項に沿っているかどうかどうかを自ら判断できないので、それを下請法の執行機関である公正取引委員会に委ねざるを得ない。そうであるなら、公正取引委員会が裁量により勧告することは不適切であるということで、勧告を必要事項としたものといえる。

なお、公正取引委員会は、近時、自発的措置の取扱いについての方針を公表した[42]。また、勧告に至らない事案については「指導」という措置をしている[43]。

第５　勧告の法的性格

１　下請法における「勧告」は、行政指導であるといわれる。事務局解説では、「勧告の制度が設けられことは本法の特色の一つであり、下請取引の公正化を図るため下請取引の特殊性に着眼して創設されたこの制度は、わが国でもあまり例を見ない」[44]とするが、勧告の法的性格については触れていない。行政指導が法的に論議されるようになったのは、その後のことである。

---

[42] 公正取引委員会は、下請法違反行為を自発的に申し出た親事業者の取扱いについて（平20・12・17公正取引委員会）を公表した。

40年改正により、勧告が必要的措置となった。自発的措置は、勧告に至らず、公表が回避されるので親事業者にとってはメリットであろう。

公正取引委員会は、自発的申出について、次のように５項目の要件を挙げている。

「親事業者の自発的な改善措置が下請事業者の受けた不利益を早期回復するなら、下請事業者の利益を保護するために必要な措置を採ることを勧告するまでの必要はないものとした。

今後、当該事案と同様な申出が親事業者からなされ、かつ、以下のような事由が認められた場合には、親事業者の法令遵守を促す観点から、同様の取扱いをすることにする」。

[43]「指導」は、勧告まで至らない行政指導である。粕淵・杉山前掲（注27）184頁によると「勧告を行うか指導により是正するかは、違反行為の内容、当該行為が下請事業者に及ぼす影響親事業者に過去の下請法違反歴等を勘案して判断される」という。

[44] 事務局編前掲（注27）206頁

31年法では「公正取引委員会は、前２項の規定による勧告をした場合において親事業者がその勧告に従わなかったときは、その旨を公表することができる」（７条３項）と定めた。このような規定がおかれたのは、下請法の制定当初から親事業者に対する勧告に従わないことがあると想定されたからであろう。

事案が「公表」へ移行するなら、その「公表」により事案の処理は完結することになる。勧告の法的性格が「行政指導」であるので、被勧告者がそれに従わない場合があり得るが、勧告に従わないことにより公表に移行した事案はなかった。

２　「勧告」が行政指導の一形態であるなら、行政手続法との関係が問われる。下請法には、行政手続法「第４章行政指導」の規定の適用除外規定がないから、「勧告」について行政手続法第４章の規定が適用される。行政指導について、行政手続法２条６号は、「行政指導」とは「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないものをいう」と定義する。この規定によるなら、下請法の「勧告」は、行政手続法上の「行政指導」に該当し、「処分に該当しないもの」という[45]。

下請法の勧告は、規制的行政指導と理解される。規制的行政指導は、相手方の行為・活動を規制することを目的とする。

行政手続法32条によるなら、①行政指導にあっては、行政指導に携わる者は、いやしくも当該行政機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意しなければならない（１項）及び②　行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない（２項）、と定めている。下請法の「勧告」と行政手続法32条２項の規定との係りついては、次の第６において述べる。

第６　勧告への不服従

１　親事業者による遵守事項の不遵守行為は、「勧告に従ったときに限り」、不公正な取引方法に係る手続規定が適用除外（８条）となる。それでは、勧告

[45] 小早川光郎・青柳馨・論点体系判例行政法１（第一法規・平成29）297頁〔川合敏樹執筆〕

に従わなかった場合には、どうなるのか。

平成15年改正以前において、「公正取引委員会は、‥勧告をした場合において親事業者がその勧告に従わなかったときは、その旨を公表するものとする」という規定（７条３項、40年改正で同条４項）があった。平成15年改正で、この規定が削られた。そこで、平成15年改正前後の公表の扱いについてみることとする。

２　親事業者が勧告に従わなかったときは、その旨を公表することができるという規定があった当時は、この規定の下では「公表」に移行すれば、それで事は足り、事案は完結する。

平成15年改正において、親事業者が勧告に従わなかった場合の「公表」規定は削られた。そこで、「勧告」に従わない場合どうするのかという問題が浮上した。これについて、公正取引委員会は、「事業者が公正取引委員会の勧告に従わない場合には、独占禁止法に基づく排除措置命令や課徴金納付命令が行われることがある」[46]としている。

この考え方の論拠は、平成15年改正以前には、下請法は、「勧告に従ったときに限り」独占禁止法の手続規定が適用除外となるので、その反対解釈として、勧告に従わなかったときには、適用除外とはならず、親事業者は不公正な取引方法の一である取引上の優越した地位の濫用（２条９項５号）に該当するものとして、独占禁止法の手続により排除除措置命令及び課徴金納付命令を出すことができるというのであろう。

３　親事業者が勧告に従わない場合に、取引上の優越した地位の濫用に当たるとして、独占禁止法の手続に則り処理することには、次のような問題がある。

（１）下請代金の支払遅延などに適合した措置を独占禁止法の排除措置命令により命ずることができるのか。下請法が定められた理由の一は、下請取引の事案を独占禁止法の不公正な取引方法違反とするのが不適切であるからであり、それを独占禁止法で処理するというのは論理が一貫していないのではないか。

（２）勧告で事案の処理は完結しており、勧告時における事情が変わっていないのに事案を勧告に従わないといって独占禁止法違反で処理するというの

[46] 下請取引適正化推進講習会テキスト（令和元年）88頁

は、一事不再理の原則の適用がないにしても、適切な処理といえるか[47]。

（3）現行の勧告のときの「公表」は、「公表」規定があったときの「公表」と事実として同一視できるのではないか。

上記の諸点からみるなら、勧告に不服従の事案を独占禁止法違反として処理することは法的に難しいのではないか。また、行政手続法32条２項の規定に照らして、下請法の勧告に不服従した場合に、独占禁止法の排除措置命令の手続に移行することが適切かということが論議されよう。

第８章　公的規制（３）－公表・罰則

第１　公表規定の性格と変容

１　31年法は、公表について、「公正取引委員会は、前２項の規定による勧告をした場合において、親事業者がその勧告に従わなかったときは、その旨を公表することができる」（７条３項）と定める。法定公表である。

この公表規定は、次のようなものであった。

①　公表するのは、「親事業者がその勧告に従わないとき」である。

②　「公表することができる」というので裁量的である。

③　「親事業者がその勧告に従わないとき」というのは、「・・要するに、勧告の応諾を拒んだ場合と、勧告を応諾した後、公正取引委員会の適当と認めた一定期間中に勧告した事項を実現することについて誠意がなかったという二つの場合をいうことになるであろう」という[48]。

④　公表は、制裁的性格を有する。「‥本法のような場合においては問題の性格上、会社の経理、ひいては会社全体の社会的信用にかかわる問題でもあるので、一種の社会的制裁としてきわめて有効な措置であると考えられる」[49]。

---

[47] 小早川光郎・行政法講義下（初版第６刷）（弘文堂、平成21）29頁は、行政法上の一事不再理の原則にとは、「行政機関がある案件をいったん処理し終えた後に、何らかの事情により、当該案件又はそこに含まれていた問題につき、同じ機関又は別の機関においてその見直しを行うべではないという原則である」、そして「立法で明定されている場合（例、海難審判法７条）以外は、必ずしも明らかでない」という。

[48] 事務局編 前掲（注25）117頁

[49] 長谷川・植木 前掲（注26）86頁。

公表規定が定められていた当時勧告に従わないということがなかったので、この規定による公表の事例はない。

2　40年改正において、公表規定（７条４項）[50]が改正され、「公正取引委員会は、前３項の規定による勧告をした場合において親事業者がその勧告に従わなかったときは、その旨を公表するものとする」となった。勧告に係る公表が裁量事項から必要事項となったのである。この改正は、勧告が裁量から必要に改められたことに対応する。しかし、勧告に従わないということが事実上ないので、公表が必要事項になっても事実上変わらない。

第２　公表規定の除去と事実上の公表

1　平成15年改正において、「公表」の根拠規定（７条４項）が削られた。その理由は、次のようである。

「『公表』の規定があるので、『公表』できるのは、勧告を受けた親事業者がその勧告に従わなかったときであり、それに限定される。したがって、勧告を受けてそれに従っているなら、勧告を受けた事実が公表されないので、親事業者は、その事実を秘匿する。そこで、勧告に従ったときにも、勧告をしたという事実を公表し、遵守事項の不遵守の抑止効果を高めようというというものである」[51]。

2　平成15年改正後、公正取引委員会は、親事業者に対し、「勧告した場合は原則として事業者名、違反事実の概要、勧告の概要等を公表することとしている」（「現行公表」という。）のである[52]。

平成15年改正以前の公表は、法的根拠を有し、親事業者が勧告に不服従の場合であり、「一種の社会的制裁」、すなわち制裁機能を有するものと理解されていた[53]。他方、その公表規定が定められているので、勧告の時点では公表ができないと公正取引委員会は判断していたのであろう。そこで、公表規定が削られたので、逆に勧告の時点で遵守事項の遵守、不遵守を問わず公表できるというのであろう。

---

[50]「公表」の規定は、31年法では「７条３項」であったが、40年改正において「７条４項」となった。

[51] 横田直和・公正取引733号78頁

[52] 下請取引テキスト前掲（注45）88頁

[53] 事務局編前掲（注25）113頁

当然にこの考え方のようにはならない。公表規定が削られたことは、公表するか否かが白紙となったということである。公表するとしても根拠規定なしの事実上の公表である。現行公表は、法定公表とは性格が異なる。

その公表する理由について、「下請法に関する公正取引委員会の法運用の透明性を高めるとともに、どのような行為が下請法違反とな るのかを明らかにすることで、事業者の予見可能性を高めて下請法違反の未然防止に資することとなるとの理由によるものである」[54]という。

3　公正取引委員会は、平成15年改正以前において、「公正取引委員会年次報告（公正取引協会版）」に下請法の勧告の概要を掲載している。この扱いは公表といえる。公正取引委員会年次報告（平成16年版・公正取引協会）には平成15年度の下請法の勧告事例（275頁）として、勧告を受けた親事業者を「電気機械部品等の製造を下請事業者に委託しているＡ社」と記載するほか、違反事実の概要、勧告の概要を掲載している。これは法的根拠のない事実上の「公表」であり、親事業者の名義を明示していないので、これは、情報提供機能の公表として、法的根拠を要しないというのであろう。この公表の趣旨は、上記の粕渕・杉山の解説と同趣旨といえよう。そこで、上記の公表と現行公表とではどのような違いがあるのかが問われる。

第3　現行公表の在り方

1　現行公表は、平成15年改正以前の事実上の公表とでは、法的根拠を欠くことは同様であるが、勧告を受けた親事業者名を掲載していることが異なる[55]。この違いは法的には大きく異なる。氏名の公表は「行政上の制裁」と位置づけられるからである[56]。

---

[54] 粕淵・杉山前掲（注27）187頁

[55] 平成17年版 公正取引委員会年次報告（公正取引協会）には、公表規定が削られた平成16年度の勧告事例〔301頁〕が掲載されており、そこでは「輸送用機械器具製造業」の「○○㈱」と親事業者名が明記されている。平成15年改正後では勧告を受けた親事業者名が明記されているほかは、従前の記載と変わっていない。

[56] 村上裕章・スタンダート行政法（法学教室473号（2020年）76頁）は、「行政上の制裁」として「氏名等の公表」を摘示する。

「公表」に親事業者名が明記されることは、そのこと自体が制裁機能を果たすだけでなく、「公表」されたその親事業者名と「違反行為の概要、勧告の概要」が一体として制裁機能を果たしているものと理解する。

平成15年改正以前の勧告事例の年次報告の掲載による公表は、法的根拠の欠く事実上の、しかも情報提供機能のものである。これに対し、現行公表も法的根拠のない事実上のものであるが、その性格は制裁機能のものである。そこで、制裁的機能を有する公表には法的根拠を要するのでないかという問題が提起される。

2　公表が行政法学の観点から論議されたことがある[57]が、近時一層注目されている。公表を情報提供機能と制裁的機能に分けるのは学説にも容れられ、制裁的機能を有する公表には、法的根拠を要するというのが大勢であるといわれる[58]。この考え方によるなら、公正取引委員会が下請法の勧告をし、その内容を公表するには、その法的根拠を定めるべきであるということになろう。なお、公表については、Ｏ－157集団中毒公表事件東京高裁判決がある[59]。

3　この問題は、下請法の運用において、勧告に従わない場合に法的根拠なく公表することと行政手続法32条２項の規定とが関連してくる。

行政手続法32条２項は「行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない」と定める。このように、法的根拠なしに行政指導に従わない相手方の氏名等の公表が、上記32条２項に違反するのでないかというのである。

有力学説もまた行政指導への不服従に対し法的根拠なく制裁目的の公表は許されないという[60]。

---

[57] 早い時期における公表については、雄川一郎ほか・行政強制―行政権の実力行使の法理と実態（ジュリスト増刊、1977）105頁以下

[58] 藤田宙靖・［新版］行政法総論上302頁（青林書院、2020）は、「今日では、学説上、少なくとも『制裁的公表』については法律の根拠が必要であるという考え方がほぼ支配的であるということができよう」という。

天本哲史・行政による制裁的公表の法理論（日本評論社、2019）69頁

[59] 東京高裁判決平成15・5・21　判時1835号77頁）。

この判決については、村上裕章・ジュリスト1258号（2003）118頁、土井翼・法学教室468号（2019）10頁、仲野武志・行政上の公表論（法執行システムと行政訴訟―高木先生退職記念論文集［弘文堂、2020］）89頁）参照。

[60] 塩野宏・行政法Ⅰ［６版］（有斐閣、2015）334頁）「行政指導に対する不服従の事実の公表は、・・それが制裁目的としてなされることは、許されない。」、宇賀克也・行政

4　現在の公正取引委員会による親事業者に対する勧告の際の公表は、法的根拠なく、制裁機能を有するものであろう。勧告の制裁機能に着眼するなら、法的根拠の有無を問わず行政指導としては同様であり、一方に法的根拠を要し、他方には不要という差異を合理的に説明することはできないであろう。そうであるなら下請法７条の規定による勧告について、公正取引委員会による親事業者名、違反事実の概要、勧告の概要の公表は、法的根拠を要するものと思料する。

立法論として、消費税転嫁特措法６条２項の規定のように「公正取引委員会は、前項の規定による勧告をしたときは、その旨を公表するものとする」という趣旨の規定を定めるべきであろう[61]。

第５　勧告・公表の「処分性」

1　平成15年改正において、親事業者の遵守事項の不遵守行為に対する「勧告」があり、その上、根拠規定なく事実上「公表」することができるとの理解の下で「公表」されている。勧告は行政指導であるから、「処分性」を欠き、司法救済を受けられないという考え方が大勢であろう。勧告と公表を一体あるいは関連性からみて、処分性が認められないかが論議される。有力な行政法学の学説は次のようにいう。

「私人は、自己を対象とした公表の違法性を、果たして、またどのような方法によって争うことができるか、という問題がある。公表は、近時では、‥勧告という、それ自体、本来単なる行政指導としての性格を持つに止まる行為と結合して用いられる場合が多いのであって、このような場合一層切実な意味を持ってくることになる」との観点[62]から、「抗告訴訟と行政指導」について、「学説上においても、とりわけ不服従者に対する公表等の不利益的な措置が結合されている行政指導に対しては、たとえこの不利益が法的効果を伴う不利益ではなくても、取消訴訟の提起が認められる、と明確に説く

手続法の解説［第４次改訂版］（学陽書房、2005）148～９頁「公表を制裁目的のものと理解すると、たしかに、行政手続法32条２項の精神に違反することになろう。‥（制裁目的の公表となると、法律や条例の根拠なしに行うことはできないと考えられる。）」

[61] 白石忠志・多田敏明編著論点体系独占禁止法（第一法規、平26）703頁（村田恭介執筆）は、「消費税転嫁特措法６条２項のように『勧告をしたときは、その旨を公表する』と定めればすむ話である」という。

[62] 藤田宙靖・行政法総論上（青林書院、2020）302頁

ものがある。」として、次の論説を挙げる[63]。

「問題となるのは、行政指導の実効性が不服従の公表の制度又は事前に警告された抑制的措置によって担保されている場合であるが、この場合には、相手方は抗告訴訟による救済を必要とするから、その対象になると解すべきであろう」[64]。

下請法の公表は、法的根拠に欠けるが、司法救済という観点から公表の立法措置が望まれるのではないか。

2　行政指導について「処分性」を認めた最高裁判決がある[65]。この判決の理解は多様であるが、この最高裁判決の法理を参考に下請法の警告・公表の処分性を認めることが可能か否かを検討することが今後の課題である。実務上は、訴訟が提起されなければ不明である。

第6　罰則

31年における罰則規定は、書面の作成、保存（5条）について、その違反行為をした親事業者の代表者、代理人、使用人その他の従業者（10条）、及び報告・検査に対し「報告をせず、若しくは虚偽の報告をし」又は検査妨害した者、いずれも3万円以下の罰金に処するというものである（11条）。

罰則規定は、①書面の不交付には罰則がない。②書面の不作成・不保存（5条）は親事業者のみが対象である。③不報告・検査は、親事業者・下請事業者も対象である。

その後40年改正により、「第3条の規定による書面を交付しなかったとき」が加えられた。書面不交付に対する罰則の新設は、「・・従来は、必ずしもこの義務を履行していない親事業者もあり、これに対しては、公正取引委員会は、行政指導で是正させていた。しかし、行政指導では不徹底な面もあるので、親事業者の第5条の規定による書類の作成、保存義務に対する旧10条の罰則に合せて、罰則を新設することになったもの」という[66]。

---

[63] 藤田　前掲（注62）375頁

[64] 山内一夫・行政指導（弘文堂・昭和52年第2刷）157頁

[65] 最高裁2小判平成17・7・15民集59巻6号1661頁

大久保規子・病院開設中止勧告事件・論究ジュリスト3号94頁、亘理格・北村喜宣編著・重要判例とともに読み解く個別行政法（2013、有斐閣）425頁（前田雅子執筆）など

[66] 川合克倭　公正取引177号33頁

罰則は、書面を不交付及び記載事項の不記載に課せられる。不記載は、不交付と実質的には同じであるからである。平成12年に罰則規定が改正され、書面の作成、保存義務に「電磁的記録」が加えられた。

平成15年改正において、いずれの罪に対しても罰金額が50万円以下と引上げられた。これまで、罰則が科された事例はない。

第９章　下請法と独占禁止法との関係

第１　下請法と独占禁止法との法的関係

下請法と独占禁止法とは、多面的である。先ず、下請法と独占禁止法との関係について、下請法は、独占禁止法の「補完法」あるいは「特別法」であるといわれる。

公正取引委員会は、「下請事業者の利益を確保するためには、独占禁止法の違反処理手続とは別の簡易な手続が必要であるとの考えから、下請代金支払遅延等防止法（・・）が、昭和31年に独占禁止法の補完法として制定された[67]」というように、もっぱら手続の観点から「補完法」と位置づけている。他方、独占禁止法の実体規定の観点からも論じられることが多い[68]。「補完法」であるというのは、他の法律では適用できない規定・事実に対し適用できるようにするということであり、両者の間に特段法的関連があるのではない。

下請法が独占禁止法の「特別法」であるともいわれる[69]。「特別法」は一般法に優先するというのであるから、ある事案には先ず下請法を適用すべきであるということになる。下請法の制定は、独占禁止法では下請関係を巡る問題を適切に規制できないと判断したからであり、そこからは、法適用の後、先という関係はないのでないか。

下請法は、独占禁止法の優越した地位の濫用規制の考え方を採り入れているが、法的には、両法はそれぞれ独立した法律である。目的規定をみても、独占禁止法の目的は一般消費者の利益を確保することであり、下請法は下請事業者

---

[67] 事務局編前掲（注25）１頁

[68] 伊東ほか２名前掲（注24）５頁、多田敏明・下請法（舟田・土田編著・独占禁止法とフェアコノミー（日本評論社2017）160頁

[69] 粕渕・杉山　前掲（注27）３頁

の利益の保護であるから、それぞれの法理があるものと理解する。

第２　独占禁止法の適用除外規定

１　下請法８条は、同法と独占禁止法の適用除外についての規定である。31年制定法は、次のように定めていた。

「公正取引委員会が前条第１項又は第２項の規定による勧告をした場合において、親事業者がその勧告に従ったときは、親事業者のその勧告に係る行為については、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（・・）第48条、第49条、第53条の３及び第54条の規定は適用しない。」

この適用除外規定について、「この第８条によれば、勧告の対象となった行為が同時に独占禁止法に違反することとなる場合であっても、同法の手続によって更に重複的に責任は問われないことになっているのである」と説明された[70]。下請取引には独占禁止法が適用されないことの確認であろう。

この規定は、40年改正において次のように改められた。

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（‥）第48条、第49条、第53条の３及び第54条の規定は、公正取引委員会が前条第１項から第３項までの規定により勧告した場合において、親事業者がその勧告に従ったときに限り、親事業者のその勧告に係る行為については、適用しない。」

この規定は、独占禁止法の適用除外規定であるから、条文の始めに適用除外される条項を定め、次いで適用除外される場合、適用除外の対象を明示するように改めたものであろう。文面が大きく改められたが、内容は特段変わりなく、改正の狙いは、「独禁法との関係をより明確にするため、規定を整備するもの」である[71]という。

２　その後、平成17年改正において、独占禁止法の審判手続の廃止に伴い条文が整理され、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（・・）第20条の規定」と改められ、平成21年改正において不公正な取引方法への課徴金の賦課に伴う改正があったのでそれに対応して、「第20条の規定」を「第20条及び第20条の６の規定」と改められた。不公正な取引方法の手続規定の適用除外であることが明らかになった。

３　下請法８条の規定により適用除外となる対象は、個別事案である。その事

---

[70] 事務局編　前掲（注25）118頁

[71] 長谷川・植木前掲（注26）31頁

案の主体である親事業者に対し、勧告に従うなら手続規定を適用しないという。

第３　勧告以前の時点で親事業者を不公正な取引方法に該当するとして独占禁止法の手続により処理できるか。

１　31年法の事務局編の解説では、次のようにいう。

「公正取引委員会は、第４条各号に規定する親事業者の行為が、『取引上の地位を不当に利用して』おり、私的独占禁止法にも違反していると認めるときは、必要に応じ、例えば、その行為が極めて悪質であり、同法による制裁を加えるべきであると思料するとき、あるいは、勧告等の措置をもってしては充分な効果が期待されないと認めるような場合は、本法の勧告等の措置を経ることなく、直ちに私的独占禁止法の手続をとることができるのである」[72]。

いずれの法律によっても処理でき選択的であるという考え方は、「元来、親事業者が４条各項各号の行為を行うことは、独占禁止法に規定する『不公正な取引方法』を用いる場合に該当するものであり、その違反者に対しては、同法に基づく審決によって排除措置を命ずることもできる・・」[73]という。

２　この考え方には次の点から疑問である。

（１）下請法が制定されたのは、事案を不公正な取引方法として処理するのが不適切であるというのであるから、制定後も不公正な取引方法による処理の不適切さは変わらない。

（２）下請法は、遵守事項を守らない親事業者の行為について、規制手法は「勧告」は行政指導であり、「公表」が制裁的機能を有する。 不公正な取引方法の優越した地位の濫用に対しては、排除措置命令という行政処分を出すほか、課徴金を課す。制裁の重さの違いからみて大きな差があり、これを埋めるだけの合理的理由があるか疑問である。

（３）下請法の勧告の対象の全ての事案が選択的であるとはいえない。例えば、親事業者の資本金額３億円超で、下請事業者の資本金額２億９千万円とするなら、下請法で処理できるが、親事業者を優越した地位の濫用行為として違法とはいえないのでないか。

---

[72] 事務局編　前掲（注25）119頁

[73] 長谷川・植木前掲（注26）84頁

（4）これまで、全て下請法により処理してきている。下請法で処理することが慣行となっているのでないのか。そのような状況の下で、ある事案を不公正な取引方法として処理するということを合理的に理由づけることができるか。違法な事件処理となるのでないか。

さらに、次のようにいえる。

下請法制定以来60有余年経過したが、その間、下請法によって処理できる事案を独占禁止法によって処理したというものはない。それにもかかわらず、ある不遵守事案を独禁止法の優越的地位の濫用行為に該当し、不公正な取引方法であるとして排除措置命令と課徴金納付命令を出すことは、法律の執行の差別的取扱いであり、憲法14条法の下の平等に反するという主張に直面するであろう[74]。この主張に堪え得ることができるかが問われる。

公正取引委員会は、実務上は、「独占禁止法第２条第９項第５号と下請法の双方が適用可能な場合には、通常、下請法を適用することとなります」と答えている[75]。したがって、実際には、選択的運用はなされないであろう。

むすび

1　これまで、下請法による規制を時系列によってその推移をみてきた。31年制定法の特色として、次のようにいえよう。

（1）①５つの中核概念を定義することにより、下請法の適用領域を定め、②「親事業者」と「下請事業者」を資本金額のみによって区分し、③規制基準に「不当に」、「正当な理由なく」というような不確定概念を採らず、④規則事項が書類の作成・保存規定にあるのみで、規制を法定して完結している。

このような規制の仕方は「明確性」といえよう。

（2）目的規定の親事業者による「下請代金の支払遅延等」の「防止」を規制

---

[74] 芦部信喜・憲法学Ⅲ人権各論（１）［増補版］（有斐閣2000）16頁
中村睦男ほか・憲法Ⅰ第３版（有斐閣、平13）264頁

[75]「『優越した地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方』（原案）に対する意見の概要とこれに対する考え方」６頁

の対象とし、親事業者の遵守事項の不遵守行為に対し、勧告としているのは、親事業者が遵守事項を守らない事態が生じても、それを正した上で下請取引の継続が望まれるからである。これを「継続性」といえよう。

（3）「勧告」が裁量的規制であり、公正取引委員会の柔軟な法運用がのぞまれ、また、勧告前に、親事業者が自発的に不遵守を是正も法運用の柔軟性を示すものといえよう。これを「柔軟性」といえよう。

2　下請法の改正と現状の特色

下請法は、その目的規定及び31年制定法を基底におき、親事業者と下請事業者との間の下請代金の支払等の紛争（トラブル）を勧告（行政指導）によって解決しようとすることは、制度としては基本的に変わっていないが、時勢に応じて度重なる改正を行われ、それは一貫して規制強化の歩みであった。

（1）明確性の観点からは、下請代金の支払遅延（4条1項2号）の規定は、支払期日の法定(37年改正)に合わせて規制基準が明確になったといえる。他方、遵守事項は制定時の第1類から、逐次第2類、第3類、第4類と拡大、遵守事項の規定に不確定概念が導入され、明確性は後退した。

（2）継続性の観点からは遵守事項が拡大し、その不遵守行為に対する措置の内容が詳細になったが、勧告として特段変わっていない。

（3）「柔軟性」の観点からは、規制手法である勧告が必要的となり、親事業者の自発的是正が後退し、また、勧告の内容に再発防止が組み入れられ、勧告の際に公表されるようになり、公正取引委員会の主導的規制に移行している。

3　勧告の内容が独占禁止法違反の行政処分と実質的に変わらないものとなり、それが公表される。公表は、制裁的なものである。とするなら、勧告と公表と併せてそこに処分性を認められるかが論点となろう。

〇参考文献

公正取引委員会独占禁止政策20年史（昭和43）
公正取引委員会独占禁止政策30年史（昭52）
公正取引委員会独占禁止政策50年史（上）（平9）
公正取引委員会事務局編「下請代金支払遅延等防止法」解説（(財)公正取引協会、昭31）
公正取引委員会事務局編　改正下請法の解説（(社) 中小企業調査協会、昭37）

公正取引委員会・中小企業庁　下請取引適正化推進テキスト（令和元年）
長谷川古監修・植木邦之編著　事例解説　下請代金支払遅延防止法（競争問題研究所、昭53）
植木邦之・注解経済法（下巻）（青林書院、昭60）
高梨圭介ほか・下請取引の実務（別冊 NBL14）（商事法務研究会）
川井克倭・中山武憲・鈴木恭蔵　Q＆A下請法（青林書院、2004）
鈴木　満［改訂版］新下請法マニュアル（商事法務、2009）
岡田外司博・下請法をめぐる検討（日本経済法学会年報27号（有斐閣、2006）
粕渕功・杉山幸成編著　下請法の実務（第３版）（公正取引協会、平22）
伊東章二外２名・下請の法律実務（三協法規出版㈱、平23）
鎌田　兼　下請法の実務（第４版）（公正取引協会、平29）
長沢哲也　優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析（第３版）（商事法務、2018）
中山武憲　講演　下請法の構造とその実務　名古屋経済大学企業法制研究所企業法研究２３号（2011）
白石忠志・独占禁止法（第３版）（（有斐閣、平28）
白石忠志・多田敏明・論点体系独占禁止法（第一法規、昭26）（執筆村田恭介）
多田敏明　下請取引と独禁法・下請法（舟田正之・土田和博編著・独占禁止法とフェアコノミー・公正な経済を支える経済法秩序のあり方）（日本評論社、2017）

上記のほか公正取引（公正取引協会）をはじめ法律諸誌には公正取引委員会事務総局の職員、研究者、弁護士その他の方々の論説が掲載されており、適宜本稿において引用している。

論　説

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（七・完）

――私法上の問題を中心に――

角本和理

目　次

序章
第一章　日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
　第一節　プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節　プライバシーの権益に関する民法学説
第一款　プライバシー概念不要説
第二款　プライバシー概念肯定説（一元的構成）
第三款　プライバシー概念肯定説（二元的構成）
第四款　プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）（以上、六七巻五号）
第五款　プライバシーの法的保護の限界
第六款　近時の理論動向
第三節　本章の総括と若干の検討――従来の研究に残された課題
第四節　プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説――次章への橋渡しとして（以上、六七巻六号）
第二章　実社会のサイバー化とエツィオーニのプライバシー理論
第一節　はじめに
第二節　リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理論
第三節　サイバーネーションによる侵害の規制
第四節　人工知能（ＡＩ）の活用・統御の方向性（以上、六八巻五号）
第一款　ＡＩ後見者
第二款　ＡＩを活用したプライバシー保護・私的選択の補佐
第三款　エツィオーニらの主張の小括（以上、六九巻二号）
第四款　リバタリアン・パターナリズムとの比較
第五節　本章の総括と若干の検討――日本法への示唆
第一款　民法学上の判例・学説との比較
第二款　プライバシーの理論的再構成の動きとの比較
第三款　本稿の提示した課題に対する応答性（以上、六九巻四号）
第三章　若干の考察――情報のサイバーネーションとプライバシー

第一節　はじめに
第二節　近時の展開を踏まえた判例法理の再検討
第一款　はじめに
第二款　権益論
第三款　違法性と過失
第四款　小括
第三節　私法上のプライバシーに関する一管見――近時の社会問題を素材として
第一款　リクナビ事件
第二款　新型コロナウイルス感染症対策
第三款　小括
第四節　結びに代えて
第一款　本稿のまとめ
第二款　残された課題

（以上、本号）

第三章　若干の考察――情報のサイバーネーションとプライバシー

第一節　はじめに

以上、前章では、本稿で設定した日本プライバシー法の抱える三つの課題（情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか、情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、利活用による公共的

利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか）について、アメリカの社会学者の議論を中心として検討し、これを踏まえて考察してきた。この考察によって、サイバー時代における私法上のプライバシー保護の在り方について、おおまかな方向性は示されたことと思われる。そこで本章では、これまでの検討から得られた知見を、（日本）不法行為法の基礎理論に接合すること、及び、プライバシー侵害にまつわる直近の社会問題について考察すること、以上二つの課題に取り組んでいくこととする。

叙述の順序は次のとおりである。第一節では、近時出されたプライバシー侵害に関するふたつの最高裁判例と、関連する理論研究を踏まえ、不法行為の基礎理論（特にプライバシーの権益論及び違法性・過失要件の理論的整序）につき、仮説を提示する。先取的にその方向性を示すと、次のようなものになる。

権益論については、技術の発展（インターネット技術の発展、ＩｏＴ・ビッグデータ分析・ＡＩ技術の発展）と社会によるその受容の在り方（いわゆるプラットフォーマーの台頭、技術の受容による実社会のサイバー化）に根差す権益の変容が進みつつあり、個人の権益と公共的利益のとらえ方にダイナミックな変動が生じつつあることを示す。

違法性・過失要件の理論的整序については、これまでの理論研究をふまえ、違法性要件、過失要件双方ともに、「潜在的加害者の行動の自由と潜在的被害者の権益との衡量を行いうるものである」と措定しながら、近時のプライバシー侵害に関する判例が両要件を意識的に使い分ける姿勢を見せていること等から、その衡量の在り方、衡量にあたっての発想が両要件では異なることを指摘する。

いずれも、一言でまとめるとするならば、リベラル・コミュニタリアニズムの観点から、要件論を再構成していることになる。

第二節では、高度なアルゴリズムのかかわる事案である、いわゆるリクナビ事件と新型コロナウイルス感染症対策、二つの喫緊の社会的課題について、一管見を示すこととする。

第三節では、本稿における検討のまとめを行ったうえで、残された課題を提示し、本稿を結ぶこととする。

第二節　近時の展開を踏まえた判例法理の再検討

第一款　はじめに――主として取り上げるふたつの判例

本節では、前章までの検討を踏まえつつ、第一章にて扱うことのできなかった近時の最高裁判決・決定を素材として、プライバシー侵害に関する判例法理の再検討を行っていく。具体的には、Ｇｏｏｇｌｅ検索結果削除請求事件についての最決平成二九年一月三一日[1]と、ベネッセ個人情報漏洩事件についての最判平成二九年一〇月二三日[2]及びその差戻審判決を中心に、それ以外の判例も必要に応じて適宜採り上げることで、判例法理の権益論、違法性・過失要件論に関する検討を改めて行い、不法行為法の基礎理論への示唆を析出する。具体的には、第二款にて権益論を検討し、その後、第三款で違法性・過失要件に関する考察を行う。

本節での検討に先立って、ここではこれらふたつの事案の概要につき、略述する。

まず、平成二九年一月決定は、インターネット上のウェブサイトを利用者の求めに応じて検索し、ウェブサイトを識別するためのＵＲＬ等を検索結果として当該利用者に提供する事業者Ｙが、原告Ｘに関する（他の利用者による）検索の求めに応じ、Ｘの前科前歴等の事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのＵＲＬ並びに当該ウェブサイトの表題及び抜粋を検索結果の一部として提供する行為の違法性の有無が問題になったものである。この検索サービスは、いわゆるロボット型検索エンジンを活用している。これは、インターネット上のウェブサイトに関する情報の収集から、検索結果の表示まで、プログラムないしアルゴリズムの果たす役割が非常に大きいタイプのものである。本件検索事業者は、その検索結果を生成するプログラムを管理しているということになる。

次に、平成二九年一〇月判決は、通信教育を目的とする被告会社Yにおいて管理していた顧客（原告の子A）の氏名、性別、生年月日、住所、電話番号、Aの保護者Xの氏名等の個人情報が、Yの業務委託先Bの従業員Cによって不正に持ち出され、複数の名簿業者に売却されることによって漏洩したことが、Xのプライバシーを侵害するかどうかが争われたものである。

第二款　権益論

一　はじめに

本稿第一章第一節第一款において、プライバシーの権益論に関する日本の最高裁判例の理解は、公的空間と私的空間の峻別を必ずしも前提とせずやや広範な人格的利益の保護を認めており、情報の（不当な入手という古典的な類型に加えて）不当な「公表・開示」をプライバシー侵害の典型例と捉えながらも、情報システムの問題においては、法理に変化の兆しがみられることを確認した。すなわち、必ずしも実際に情報漏洩（不当な開示）が起こっていなくても、当該システム等に情報漏洩を起こす可能性のある不備があるのであれば、プライバシー侵害が成立する余地を認めたと理解することもできるのである。このような、技術の発展に応答する傾向は、近時の判決からも看取することができる。

本款では、そのような判例法理の変化のうち、プライバシーの権益の射程が高度な情報システムのかかわる問題にも及んでいることを確認したうえで、学説の議論をふまえつつ、若干の検討を加える。

ここで明らかにしたいのは、次の諸点である。第一に、高度な情報システムが問題になっている類型で保護される法益は、プライバシーの権益と考えれば十分なのか、それとも別の新たな権益を想定するべきか。第二に、その法益の射

程は具体的にどのような事案に及んでいるのか（また今後及ぶ可能性があるのか）。第三に、その法益の保護の在り方を検討することによって、翻って不法行為の基礎理論（権益論）にいかなる示唆をもたらすか。

二　インターネット上のロボット型検索エンジンとプライバシー

ここでは、平成二九年一月決定を素材としつつ、新たな権利としての「忘れられる権利」とプライバシーの関係について検討する。

二―一　最決平成二九年一月三一日の示した権益論

検索事業にまつわる平成二九年一月決定は、被侵害利益につき、最判昭和五六年四月一四日[3]、最判平成六年二月八日[4]、最判平成一四年九月二四日[5]、最判平成一五年三月一四日[6]、最判一五年九月一二日[7]を引用し、「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである」と確認したうえで、「児童買春をしたとの被疑事実に基づき逮捕されたという本件事実は、他人にみだりに知られたくないXのプライバシーに属する事実であるものではある」とする。本件ロボット型検索サービスによる当該情報の表示につき、プライバシー侵害にあたりうることを（結果的には消極に解したものの）認めているのである。この点、本件第一審では、本件の被侵害利益をいわゆる「忘れられる権利」の範疇でもあるとし、その法的保護の必要性を是認したため、学説における盛んな議論が惹起された。

二―二　プライバシーと忘れられる権利

（a）忘れられる権利に関する初期の議論

本件で問題になっている、検索事業者に対する削除請求の根拠となる「忘れられる権利」（ないし「忘却権」、「消去権」等）については、日本においては、インターネットの発展・普及によって何らかの出来事がかつてとは異なり忘れ去られづらくなっているという社会的背景を前提とし、検討が進んできた[8]。具体的には、EU個人データ保護規則提案の紹介・検討[9]を始めとして、その後成立した一般データ保護規則の紹介・検討[10]、EUの規定の母法であるとされるフランス法等、海外の動向の紹介・検討[11]というかたちで、蓄積が進んでいる。それらの研究では、インターネット時代とそれ以前の人の記憶の在り方や情報の記録の在り方の違いを踏まえ、インターネット時代にはあえて情報を記録から削除する必要性があることが論じられている。

この点、忘れられる権利の問題は、当初は、必ずしも検索サイトのみを議論の対象とするものではなく、行動ターゲティング広告とネット利用者の閲覧履歴情報の取扱いの問題等についても言及する論考もみられた[12]。が、Google検索結果の削除に関するEUの二〇一四年五月一三日先決裁定[13]が出され、そこに焦点を当てた検討が多くなされるようになると、日本における「忘れられる権利」に関する議論は、「検索結果の削除」の論点に収束し始める。

これらの研究では、「インターネット上ないしコンピュータ内の情報の削除」という論点の重要性を強調するにとどまるものが多く、日本法に「忘れられる権利」を導入することに積極的な見解は必ずしも多くはない。また、平成二九年一月決定第一審のいう「忘れられる権利」と、EUないしフランスにおける「忘れられる権利」は同一のものであると理解できるわけでは必ずしもない。なぜなら、本件では前科が問題になっている一方、EUの先決裁定では破産情報が問題となっているからである。

（b）忘れられる権利と従来の人格権の関係性

上記の検討に前後して、諸外国で議論される「忘れられる権利」と、日本法における人格権の関係性に関する検討も見られるようになる。

このような検討には、忘れられる権利の意義を積極的に評価するものも一部にみられるもの[14]、その多くは、少なくとも検索結果の削除請求については従来の人格権による保護の対象に含まれるため、「忘れられる権利」の導入の必要性は必ずしも高くないと結論付ける論考が多い[15]。

例えば、「忘れられる権利」に固有の意味が認められうる場合を、次の二つの場合に限定する立場がある。すなわち、「検索エンジンが名誉毀損やプライヴァシー侵害の主体になり得るかという問題について、なり得ないとの結論を導いたうえで、にもかかわらず検索エンジンに対して個人データの消去等を求めようとする場合」と、「名誉毀損もプライヴァシーも問題にならない場合に、データ主体の『消去して欲しい』という意思を尊重しようとする場合」である[16]。ただし、この見解は、後者の場面については、その対応を「プライヴァシー法理の枠内で行うことも十分に考えられ」るともする[17]。

次に、本論点について、プライバシー法理の枠内で対処するとして、どのような権益構成を採用するかも問題になる。この点につき、自己情報コントロール権構成に拠ることで解決を図る見解[18]や、自己イメージコントロール権構成による見解[19]、「ネットワーク化された自我を造形する権利」として構成する見解[20]があるが、理論的な決着がついているわけではない状況にある。

二―三　平成二九年一月決定の被保全権利に関する判断に対する評価

既述の通り、一方で本件の第一審は、「更生を妨げられない利益」の保護にあたって、「忘れられる権利」に言及し、

その保護の重要性を強調した。他方で、原審は、「忘れられる権利」の必要性を明確に否定し、名誉・プライバシーの枠内の問題として処理した。これらに対し、本決定が「忘れられる権利」について一切言及せず、プライバシーの問題として本件を処理したことについては、それまでの学説の大勢と一致するためか、否定的な見解は必ずしも見られない。ただし、学説の多くは、本決定が忘れられる権利の保護を終局的に否定したとは評価せず、日本法が忘れられる権利を受容するか否かについてはなお残された課題であると理解している[21]。また、本決定が本件事実を「プライバシーに属する事実」としたものの、プライバシーの内実については何ら触れるものではないことから、権益論に関する解釈について決着しているわけではないことも、共通認識といってよいだろう[22]。以上を前提として、平成二九年一月決定の示した権益論の特徴といえるのは、本件検索システムが高度なアルゴリズムによって稼働していることを指摘したうえで、なお本件被侵害権益をプライバシーの射程に含めていることにある。結果としてプライバシー侵害の成立を認めなかったものの、本判決は、ビッグデータ分析を応用したアルゴリズムの情報処理について、（開発者等によるプログラミングが「表現行為の側面を有する」というかたちで、やや技巧的な論理構成を採用しているものの）プライバシーの権益の保護対象だと判断していることは明らかなのである。ただし、この事案は、アルゴリズムによる確率的推測のみが問題となっているのではなく、それを検索サービスというかたちで広く社会に公開していることも問題となっていることには留意しなければならない。

三　情報の適切な管理とプライバシー

次に、民間事業者による大規模な情報漏洩が問題になった平成二九年一〇月判決の示した権益論の意義を検討する。

三―一　最判平成二九年一〇月二三日の示した権益論

本判決は、最判一五年九月一二日を引用し、「Aの氏名、性別、生年月日、郵便番号、住所及び電話番号並びにAの保護者としてのXの氏名といったXに係る」「本件個人情報は、Xのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである」とする。本判決は、本件情報につき、従来の判決と同様「プライバシーに係る情報」としており、プライバシーそのものではないかのような言辞を採っているが、その保護の必要性の程度を必ずしも低く捉えていないことは明らかである。

三―二　プライバシーに係る情報と、その適切な管理に対する「合理的な期待」

この点、平成二九年一〇月判決も引用する、情報の不正提供につきプライバシー侵害を認めた、早稲田大学講演事件に関する最判平成一五年九月一二日は、本件「プライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある」とする。そして、「本件講演会の主催者として参加者を募る際にXらの本件個人情報を収集したY大学は、Xらの意思に基づかずにみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきである」とする。本判決に関する調査官解説は、この判示事項につき、利益衡量を経た違法性判断を前提としつつも[23]、被侵害利益を自己情報コントロール権構成にひきつけて理解しているように思われる[24]。

最判平成一五年九月一二日の示したプライバシーに係る情報の適切な管理に関する「合理的な期待への裏切り」について、学説においては、端的に自己情報コントロール権説を採用し、権利侵害要件の問題と考えるべきであるとする見解が見られる[25]。これをさらに一歩進めて、「信頼関係に基づく情報の分配状況そのもの」をプライバシーの保護法益と

して捉える見解もあらわれている[26]。

一方で、これを被害者個人の主観的な同意・不同意の問題とすることに対する危惧も見られたところである。特に、本件について、民事上の賠償責任を論ずる局面では、自己情報コントロール権の侵害（権利侵害要件）の問題として捉えるのではなく、「期待の裏切り」という非難の可能性（つまり過失要件）の問題として捉えるべきことを指摘するものがある[27]。

本稿は、後者の立場に立って検討を進めるものである。そのためこの点については、過失要件について検討する箇所で後述する。

三―三　アルゴリズムによる情報分析と情報の適切な管理

（a）平成二九年一〇月判決の意義　その①――情報の適切な管理

平成二九年一〇月判決は、平成一五年判決と比較すると、次のような異同がある。共通点としては、両事案共に、問題となっている情報は住所や氏名等のいわゆる個人情報であり、思想信条や病歴と比べると秘匿性が必ずしも高いものではないこと、そのような情報であっても適切な管理につき合理的な期待を抱くことが許されており、その期待を裏切る行為があったとされたことである。異なる点としては、平成二九年の事案は、データベースに登録された個人識別情報の大規模な漏洩であること、漏洩した情報は原告個人の情報では必ずしもなくその子供のものであること、漏洩先が名簿業者であること、情報の漏洩者が顧客から情報提供を受けた者ではないことである。

このような事案の相違を踏まえつつ、本件においては、原告やその子が平穏に私生活や社会生活を送る利益が実際に侵害されたとは必ずしもいえないため、不快感や不安感が生じたことを被侵害利益としては認められないものの、

そのような法益が損なわれるリスクが抽象的に増大することから保護される利益として、認めたものであるとの評価がある。[28]

それはすなわち、第一章第一節にて検討した住基ネット訴訟判決やそれに対する学説による評価を踏まえて考察すると、情報漏洩を起こしたこと自体によって、古典的な個人の人格的・精神的利益を超えた、ある種公共的な利益が侵害されていると再評価することもできることとなる。

いずれにせよ、司法が狭い権利利益理解にとらわれることなく不法行為の成立を認めているといえるのである。

（b）平成二九年一〇月判決の意義　その②――アルゴリズムによる確率的推測

この点、平成二九年一〇月判決は、あくまで情報流出が問題にあった事案であり、本稿で主たる検討対象の一つとしているＡＩによるセンシティブな情報の確率的推測が直接に問題になった事案では必ずしもない。にもかかわらず、その差戻審では、ＡＩによる確率的推測の抽象的危険性、つまり情報の二次的な利活用の危険性を踏まえたうえで、プライバシーに係る情報を適切に管理することの重要性が指摘されている。この判示からは、プライバシーの権益が、ある情報を活用して別の情報を推知することそのものにも及びつつあると評価することもできなくはない。しかしながら、この判示はやはり、（情報流出した結果）推知に悪用されないために情報を適切に管理しなければならない、その注意義務の程度を高度なものに設定するためになされているのであり、推知の問題そのものに射程を及ぼしているわけでは必ずしもないだろう。ただ、その足掛かりを残していることは確かである。

四　若干の検討――不法行為法の基礎理論（権益論）への示唆

以上、近時の判例が示したプライバシーの権益の理解としては、情報漏洩の事案について、個人の不快感（が発生していること）といった古典的な要件にとらわれずにプライバシー侵害を認め、情報分析の事案について、アルゴリズムの問題をその範疇に取り込みつつあることが示されていることがわかる。ただし繰り返しになるが、私法上の判例は、確率的推測のみが問題となっている事案については、なお判断を示していない。本稿は、このような場面についても、プライバシーの権益の射程に含めるべきであることを主張するものである。

この点、本稿第一章第二節では、日本民法学のプライバシー理解について、ほうっておいてもらう権利（ないしその拡張概念としての私生活上の平穏）と自己情報コントロール権構成の二元的な構成が有力となっていることを確認した。これに対し、駒村圭吾は、ほうっておいてもらう権利構成を「私生活領域に全面撤退するのは不可能」として退けたうえで、近時有力になっている、自己情報コントロール権構成と「社会生活の平穏」構成、これらふたつのプライバシー概念が融合すると、結局のところ社会生活領域を閉じる力学が働くことになるとの危惧を前提に[29]、「共同体を形成する動因としての信託関係としてのプライバシー」という構成を採用したうえで、プライバシーの権益は「そういう信託関係に対する期待」と捉えるべきであるとする[30]。そうすると、この「信託関係」の広がりをどう捉えるかということが問題になり、ひいてはその延長ないし関連で「共同体」の在り方について検討する必要が出てくる。そこでこの見解は、「従来の共同体論では、プライバシーと共同体は対抗的、対立的に考えられていた」ことを指摘したうえで「むしろ逆に、個人情報の信託関係が成立する範囲や度合いで共同体を構想する」べきであるとし[31]、「信頼できる人にはプライバシーを開示する」という我々の日常生活をふまえたうえで、一定の合理的な信託によって結ばれた期待圏の中で共同体というものを構想する[32]。

本稿は、特に高度な情報システムを活用する場面について、アメリカで主張される、コミュニティの観点を重視する

立場から自己情報コントロール権説を再構成する見解に学び、日本の不法行為法上の議論を展開するものであるが、その示唆を受け止める縁として、この駒村の議論は参照に値する。しかしながら、留意すべき点もある。エツィオーニによれば、個人と共同体の関係を構想するにあたっては、常に自律と秩序の「逆転共生関係」を意識しなければならない。これに対し駒村は、個人と共同体の関係について、従来対抗的に考えられていた個人と共同体の関係をむしろ逆に共同体を形成する動因として考えることで、「地域社会圏の構想とプライバシーが共同歩調をとれるのではないか」[33]という面を強調する。しかし、この共同歩調、共生関係は、いずれバランスの崩れることがあるものとして捉えるべきであり、不法行為責任に関する理論としては、むしろそのバランスの崩れるタイミングにも敏感でなければならないのである。

　すると、プライバシーの権益の二元構成が社会生活関係を閉じる方向に作用する可能性があることに駒村が抱く危惧については、懐疑的にならざるを得ない。われわれには、やはりコミュニティの監視から解放されるべき領域が必要なのである（このことは駒村も否定しないだろう）。しかしながら、そのような社会関係を閉じる作用を認めるかどうかにあたっても、社会の観点を踏まえる必要もある。そのため、本稿としては、駒村の発想を、プライバシーの概念構成の在り方そのものとしてはなく、その基礎として受け止めて理論的な下地として採りこみ、この情報の取り扱いに、まつわる関係性への着目を前提とした、「ほうっておいてもらう権利」（の発展形としての「社会生活の平穏」構成）と（ＩＣＴの発展に対応するために再構成された）「自己情報コントロール権構成」の二元構成を基軸とするのである。

　この点、高度情報社会において、われわれはいかなる者と情報の管理に関する関係を取り結んでいるだろうか。それはすなわち、プラットフォーマーである。この「プラットフォーマー」とは、ネットショッピングモールや検索エンジン、ＳＮＳ等の、いまやわれわれの社会経済生活の基盤となっている情報サービス（プラットフォーム）を提供する事業者のことであり、代表的存在としては、アメリカ発のグローバル企業、グーグル・アマゾン・フェイスブック・アッ

プルが挙げられる。

これまでインターネット上の法的問題については、技術の特性に由来する分散性、越境性が重大な課題として挙げられてきたが、今日ではその特性を（ある程度維持しつつも）事実上塗り替える形で、巨大ＩＴ企業の役割が前面化している[34]。情報技術にまつわるサービスをプラットフォーマーが半ば独占的に提供するようになり、我々の情報はこのプラットフォーマーのもとに集積されるようになっているからである。

このような事態について、中世になぞらえるかたちで、次のような指摘がなされている。すなわち、今日では「国家と個人の中間にあったはずの存在――共同体や教会・企業を典型とする『中間団体』が国家の垣根を超えて肥大化し、相互接続し、世界規模で影響力を持っていくという事態が生じている」、「ヨーロッパ中世におけるカトリック教会がまさにそうであったように、それぞれの国家では『中間』にあるように見える団体は国家の境界を超えて相互に結合した統一体になり、国家とは別にわれわれ個人をコントロールし、われわれの行為に影響を与えようとする。情報の流通を握るものは国家から個々の中間団体へと移り変わって」きている[35]。

このような主張を前提として、プラットフォーマーが膨大なデータ保有量やユーザー数を背景に、「主権国家に対抗しうる力を有し、時に国家の権力行使からユーザーの自由を保護する『私的』防波堤として機能するという事実」に着目し、実際、プラットフォーマーは、「中世の荘園領主と同様、国家や『ならず者』（不当に個人データを収集・販売するようなデータ・ギャング）から『領民』としてのユーザーを保護しながらその生活基盤を支える反面、ユーザーから『貢租』としてパーソナルデータを取り立ててその自由を制約し、自らの『場』に囲い込む両義的存在である」とする指摘がある[36]。

本稿は序章にて示した通り、このような国境・国家を超えた「中間団体」ともいえる事業者の提供するＩＣＴをいか

にコミュニティが受け止めていくかという観点を基軸として論を進めている。この点、ここにいうコミュニティは、エツィオーニの見解を踏まえると、家族、学校、地域社会等の様々な中間団体を言うが、情報産業の構築するプラットフォームそのものをも「コミュニティ」ととらえるべきかどうかが問題となる。

エツィオーニは、情報通信産業と国家の融合やそれによる経済合理性の過度の追求については憂慮しつつ、伝統的コミュニティが情報技術をうまく活用し価値観を刷新・変容していくことについては積極的な面もある。そうであるならば、情報産業の形成する巨大なサービスを、①そもそもわれわれの価値観を顧慮することのない、経済的効率性のみを追求する市場そのものとして受け止め、ここにいうコミュニティではないと捉えるべき場面と、②ここにいうコミュニティとして捉えることを前提として、ⓐこれをわれわれ個人の利益の擁護にとって積極的なものであると捉えるべき場面と、ⓑ我々個人の利益を害するものであるとして消極的に捉えるべき場面の三つの局面があることとなる。この点については、第二節において、リクナビ事件と新型コロナウイルス感染症対策の場面を素材として、具体的な検討を試みるが、ここではこの三つの局面がありうることを前提に、引き続き、不法行為法の権益論に対する示唆を抽出する。

このように、情報の提供に関する関係から共同体を構成するという発想から、部分的にではあってもプラットフォームそのものをコミュニティとして捉える可能性を認めるとすると、不法行為法の権益論において有力に主張される、「被侵害利益の公共化」（及びその前提にある外郭秩序論）にまつわる議論については、次のような示唆が得られよう。今日の状況では、グローバル企業が運営することが一般的なプラットフォームにおいて醸成される（保護法益としての）公共的利益は、国家の枠に収まらない中間団体に由来するものであるため、この議論が所与の前提としているように思われる発想を超えうるものとなる[37]。例えば、世界的に普及するプラットフォームサービス事業者に対し、ある国Aに暮らす個人が訴訟を起こした結果サービスの在り方に変化が生じると、その影響が必然的・直截的にその他の国の人々に

影響を与える、ということがありうるのである。そこで一方では、このような、国家の枠を超えるコミュニティの醸成する（公共的）利益について、法がいかに受け止めるかが問題となる。しかしながら他方で、新たなＩＣＴは、家族単位、地域社会単位で利用されることもあり、むしろ従来型の中間団体の役割が前面化する場面もあるため、これまでのコミュニティ理解を活かしつつ、新たなコミュニティを位置づける必要があることになる。そしてそれを、類型化してつぶさに分析する必要があるのである。

すなわち、この場面では、ＩＣＴの発展に伴い、公（国家）と私（市場）の領域が絡まりあい、その区別が容易につかなくなっていることを前提として、従来念頭に置かれていた（基本的には国家の枠内に収まる）伝統的なコミュニティと、国家の枠を超えた（新たな）コミュニティの相互作用によるプライバシー観の形成を同定する必要があるのである。しかも、その同定にあたっては、公共的な利益に資する透明性を重視しながらも、個人の自律の不当な抑圧は回避する、そのような権益論が求められているのである。例えば、平成二九年一月決定では、検索事業それ自体が生み出す（経済的・公共的）利益やウェブコミュニティ由来の価値観については、目配せしながらも謙抑的に配慮する一方で、（検索サービスを活用して情報を得る）地域社会の事情については考慮要素として重視しており、ここで示した本稿の方向性とも矛盾しないように思われる（この点については後に、違法性要件の意義と絡めて再び検討する）。

このような観点から権益構成することを、本稿は基本的には私法上の議論として展開しているが、無論、憲法の領域における議論[38]や、個人情報保護法の領域における議論[39]と平仄を合わせることも可能となろう。

（1）民集七一巻一号六三頁。

（2）判時二三五一号七頁、判タ一四四二号四六頁。
（3）民集三五巻三号六二〇頁。
（4）民集四八巻二号一四九頁。
（5）裁判所時報一三二四号五頁、判時一八〇二号六〇頁、判タ一一〇六号七二頁。
（6）民集五七巻三号二二九頁。
（7）民集五七巻八号九七三頁。
（8）先駆的な論考として、伊藤英一「情報社会と忘却権―忘れることを忘れたネット上の記憶」慶応義塾大学法学研究八四巻六号（二〇一一）一六一頁、宮下紘「忘れられる権利――プライバシー権の未来」時の法令一九〇六号（二〇一三）四七頁、杉谷眞「忘れてもらう権利―人間の『愚かさ』の上に築く権利―」Law & Practice七号（二〇一四）一五四頁、宮下紘「忘れられる権利をめぐる攻防」比較法雑誌四七巻四号（二〇一四）二四頁、上机美穂「忘れられる権利とプライバシー」札幌法学二五巻二号（二〇一四）五四頁等。
（9）前掲の文献の他、例えば、今岡直子「『忘れられる権利』をめぐる動向」調査と情報八五四号（二〇一五）一頁等。
（10）例えば、宮下紘『EU一般データ保護規則』（勁草書房、二〇一八）、石井夏生利『EUデータ保護法』（勁草書房、二〇二〇）。
（11）フランスの状況について検討する論考として、例えば、石川裕一郎「フランスの忘れられる権利」奥田喜道（編）『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』（現代人文社、二〇一五）一四〇頁、野澤正充「『忘れられる権利』（droit à l'oubli）」Law & Technology七〇号（二〇一六）五〇頁、村田健介「『忘れられる権利』の位置付けに関する一考察」岡山大学法学会雑誌六五巻三・四号（二〇一六）四九三頁、羽賀由利子「フランスおけるプライバシーと忘却：『忘れられる権利』の由来をたどって」金沢法学六〇巻二号（二〇一八）一二三頁。ドイツの状況について検討するものとして、例えば、實原隆志「ドイツの『忘れられる権利』」奥田喜道（編）『ネット社会と忘れられる権利 個人データ削除の裁判例とその法理』（現代人文社、二〇一五）一五四頁、鈴木秀美「『忘れられる権利』と表現の自由―ドイツ連邦通常裁判所の判例を手がかりに――」メディア・コミュニケーション六六号（二〇一六）一五頁。アメリカの状況について検討するものとして、例えば、宮下紘「忘れられる権利と検索エンジンの法的責任」比較法雑誌五〇巻一

号（二〇一六）三五頁。

（12）例えば、伊藤・前掲注（8）一七三―一七五頁。

（13）本先決裁定について特に検討するものとして、例えば、中西優美子「Ｇｏｏｇｌｅ事件）」同『ＥＵ権限の判例研究』（信山社、二〇一五〔初出：二〇一四〕）三二一頁、中村民雄「忘れられる権利事件」法律時報八七巻五号（二〇一五）一三二頁。

（14）安藤均「『忘れられる権利』は新しい人権か　～「忘れられる権利」をめぐるプライバシーの検討～」旭川大学経済学部紀要七六号（二〇一七）九九頁。

（15）例えば、民法学上のものとして、村田・前掲注（11）四九三頁以下、栗田昌裕「プライバシーと『忘れられる権利』」龍谷法学四九巻四号（二〇一七）三三四頁等。

（16）村田・前掲注（11）五三〇頁。

（17）同前、五二九頁。

（18）本問題について自己情報コントロール権構成に立つものとして、例えば、水野正「個人情報保護の為の検索結果に対する削除権」日本法学八二巻一号（二〇一六）六一頁。本決定を自己情報コントロール権構成に近いものと評価するものとして、村田健介「プライヴァシー侵害による差止請求権と『忘れられる権利』――最決平二九・一・三一を踏まえて――」岡山大学法学会雑誌六七巻二号（二〇一七）六二頁。

（19）棟居快行「判批」法学教室四四一号（二〇一七）四七頁。

（20）この論者は、プライバシー権の父（のひとり）ルイス・ブランダイスの見解の再評価を行ったうえで、「オンライン空間において、」「自我を形成し、解釈し、発展させ、そして表現するための概念は担保される必要があると考える。その意味でプライバシー権は、オンライン空間で常時他者との関係をもちつつ自我の布置関係を整える過程において、ネットワーク化された自我を造形する権利として新たな側面をもちつつあるように思われる」とする（宮下紘『プライバシー権の復権　――自由と尊厳の衝突――』（中央大学出版、二〇一五）三三一頁）。

（21）この点を指摘する評釈類として、例えば、債権者側の代理人である神田知宏は、いわゆる「忘れられる権利」は抗告許可申立て理由には記載していないとする（神田知宏「判批」判例時報二三二八号（二〇一七）一三頁）。

（22）さらに、本決定の射程は名誉権に及ばないとする理解が多数であるといえる。例えば、同前二三頁。
（23）杉原則彦「最判調査官解説」法曹時報五六巻一一号（二〇〇四）二二九頁。
（24）同前、二二七頁。
（25）前田陽一「判批」ジュリスト一二六九号（二〇〇四）九〇頁。
（26）斎藤邦史「信認義務としてのプライバシー保護」情報通信学会誌三六巻一・二号（二〇一八）一三二頁。
（27）水野謙「判批」判例セレクト二〇〇三（法学教室二三二号別冊）二一頁。
（28）同前「判批」私法判例リマークス五八号（二〇一九）三二頁。
（29）山本理顕「復興の原理としての法、そして建築」駒村圭吾・中島徹（編）『3．11で考える　日本社会と国家の現在』（日本評論社、二〇一二）二〇二頁〔駒村圭吾コメント〕。
（30）同前、二〇二頁〔駒村圭吾コメント〕。
（31）同前、二〇三頁〔駒村圭吾コメント〕。
（32）山本理顕ほか「パネルディスカッション」駒村・中島（編）同前書二一二頁〔駒村圭吾発言〕。
（33）山本・前掲注（29）二〇三頁〔駒村圭吾コメント〕。
（34）プラットフォーム規制に関する近時の論考として、例えば、森亮二ほか「〔特集〕プラットフォーム規制の現在地」ジュリスト一五四五号（二〇二〇）一四頁以下。
（35）渡部明ほか『情報とメディアの倫理』（ナカニシヤ出版、二〇〇八）五四―五五頁〔大屋雄裕〕。
（36）山本龍彦「プラットフォームと戦略的関係を結べ」ＰＨＰ総研（二〇二〇年五月一四日）〈https://thinktank.php.co.jp/voice/6230/〉（最終アクセス二〇二〇年七月三〇日）
（37）吉田克巳にあっては、環境秩序という、問題領域によっては国家の枠を超えた問題に関する秩序やそこにおける公共的利益を構想するものの、具体的には（国立景観訴訟を前提とした）「地域社会における景観利益」を検討するため、念頭に置く秩序や、中間団体の公共的利益は国内に閉じる場面が前面に出ているきらいがある。例えば、吉田克己「シンポジウム　環境秩序への多元的アプローチ（二・完）　報告四　環境秩序と民法」北大法学論集五六巻四号（二〇〇五）二三四頁以下を参照。

（38）特にＡＩ関する近時の憲法学上の総合的研究として、山本龍彦（編著）『ＡＩと憲法』（日本経済新聞出版社、二〇一八）が現れている。

（39）近時、頻繁に取りざたされるものとしては、「個人情報保護法二〇〇〇個問題」がある。これは、日本国内における個人情報の取り扱いに関する法的ルールが、民間部門を対象とする個人情報保護法、国を対象とする「行政機関個人情報保護法」、研究機関・国立大学・国立病院等を対象とする「独立行政法人個人情報保護法」、各自治体が定める「個人情報保護条例」（四七都道府県、一七一八市町村（二〇一四年四月現在）、東京二十三区、一〇〇超の広域連合それぞれの条例）と多岐にわたっており、すべてを合わせるとおよそ二〇〇〇個に及ぶことから、疾病患者、要介護者、災害時要配慮者の生命・身体・健康、財産等を維持するうえでの個人情報の利活用に格差ができたり、法概念の解釈や利活用に関する手続が様々なので自治体間連携の妨げにもなったりしていることを問題とする標語である。この問題に関する代表的な論客としては、鈴木正朝があげられる。その論考として、例えば、鈴木正朝「ＩｏＴ時代における識別子の脅威とプライバシー・個人情報保護法とコンピュータ三四号（二〇一六）四一頁。

第三款　違法性と過失

以上、第二款ではプライバシーの権益論について検討してきた。以下、本款では、プライバシー侵害の成否判断において特に重要となる、違法性要件と過失要件について検討する。ここで違法性要件と過失要件双方について検討するのは、後述するように、近時の判例においてこれらの要件が分化・並存傾向にあり、むしろ両要件の関係性を整序することが求められているためである。叙述の順序は次のとおりである。

第一に、プライバシー侵害における当事者間の利益の比較衡量の基本的構造を、平成二九年一月決定の示した考慮要素と違法性要件に関するこれまでの伝統的な議論を素材として確認する。ここでは、利益の比較衡量に当たって、本決

定が被害者の人格的権利・利益保護の為に「検索サービスの性質・社会的重要性」を考慮要素からあえて除外し、その結果（バランスをとるために）「侵害権益優越の明白性」を求めるに至っていることを指摘する。第二に、本決定が示した比較衡量における「被侵害権益優越の明白性」の意義を、いわゆる利益衡量（考量）論に関する議論を交えつつ考察する。ここでは、近時の議論を踏まえると、利益衡量にあたっての価値秩序は静的なものではなく、常に動的に、自己反省的に行われるため、被侵害利益が優越することが明らかであるといえる場面は限定的となるため、この「明白性」要件の意義は、むしろ文言通りの意味以外のところにあるのではないか、という仮説が示される。第三に、「明白性」要件の意義を確認するさらなる準備作業として、プライバシー侵害における過失要件の意義を、平成二九年一〇月判決の示した判断と過失要件に関するこれまでの議論を素材として検討する。ここでは、情報の適切な管理の局面にあっては、当事者間の関係に即した高度な注意義務が要求されることもあることが示される。最後に、違法性と過失の議論を統合的に検討する。ここでは、明白性要件が考慮要素から落としたのは過失要件に係る要素と事業の社会的重要性という（被侵害利益と比較衡量される）公共的価値であり、もって要求された明白性要件は、被害者側にとって単に厳しい条件を加重するものではなく、責任成立を緩やかにしすぎないための調整弁であるにすぎないことを示す。そのことを前提として、ＩＣＴが発展したサイバー時代を前提とした違法性要件と過失要件のすみわけの在り方について、試論を示すこととする。

一　違法性判断の基本的構造について

ここでは、平成二九年一月決定の示した違法性判断の考慮要素の特徴を、違法性要件に関する伝統的議論（相関関係説、受忍限度論等）と比較することで、ひとまず大まかに掴むことを目的とする。

一―一　プライバシー侵害における違法性判断に関する判例法理

検索結果削除請求訴訟に関する、平成二九年一月決定は、表現行為類型で示されてきた総合的な比較衡量の枠組みを採用したうえで、違法性判断に当たって、検索サービスにまつわる諸事情につき配慮して考慮要素を確定している。そのうえで、削除を認めるに当たって、従来の判例では示されていなかった比較衡量における「被侵害利益優越の明白性」を要求した点で、特徴がある。以下、本決定の示した違法性判断の基本構造を確認する。

本決定は、検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのＵＲＬ等情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるか否かは、当該事実を公表されない法的利益と当該ＵＲＬ等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきとする。具体的には、①当該事実の性質及び内容、②当該ＵＲＬ等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、③その者の社会的地位や影響力、④上記記事等の目的や意義、⑤上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、⑥上記記事等において当該事実を記載する必要性等の事情である。このような本決定の示した比較衡量の判断構造それ自体は、推知報道に関する最判平成一五年三月一四日の示した法理を踏襲しているといえる。

上に示した考慮要素のうち、本件では、「当該事実の性質及び内容」、「当該ＵＲＬ等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲（とその者が被る具体的被害の程度）」、「（上記記事等が掲載された時の社会的状況と）その後の変化」が特に検討され、結果的には債権者の請求は認められなかった。

このうち、「公表時の社会的状況」に「その後の変化」が付け加えられている点に着目すると、更生を妨げられない利益の保護を前面に押し出してプライバシー侵害の成立を認めた『逆転』事件に関する最判平成六年二月八日とは論理

構造が異なるものの、本決定も「時の経過」を重視しないわけではないことがわかる。

また、情報が「伝達される範囲」について、本決定は、本件検索結果が「Xの居住する県の名称及びXの氏名を条件とした場合の検索結果の一部であること」を重視している一方で、最判平成一五年三月一四日において示されたのは、「読者が仮名報道を読んでXが当該少年犯罪を犯した者だと知りうる範囲」であり、両者の考慮要素にも共通性がある。

以上からすると、本決定の考慮要素は、最判平成六年二月八日と最判平成一五年三月一四日を統合し整理したものであると理解することができる。このように、いわゆるマスメディアの報道に関するふたつの判決を統合した判断基準を採用する本決定の考慮要素には、しかしながら、アルゴリズムのかかわる類型ならではの特徴もある。

本決定では、比較衡量の枠組みを示すにあたって、①検索事業における情報の収集、整理及び提供がプログラムにより自動的に行われるものであることや、②検索システムがインターネット上の情報流通の基盤としての大きな役割を果たしていることにつき、言及している。これはすなわち、検索サービス（の中核となるアルゴリズム）の性格や、サービス自体の社会的重要性を、最高裁が認識していることを示している。にもかかわらず、比較衡量の直接的な考慮要素には、これらの要素が取り込まれていない。

その理由は本決定それ自体からは詳らかではないが、本件調査官解説では、「現時点における人格的な権利利益の保護範囲を事実上狭めること」を避けるためであることが示唆されており[40]、注目される[41]。その理論的含意を考察するために、以下ではひとまず、違法性要件の具体的考慮要素の在り方につき検討していく。

一―二　違法性判断の考慮要素に関する学説の議論

ここでは、違法性要件に関する学説の議論[42]のうち、特に相関関係説と受忍限度論について検討する。これらの考え方

は、ともに不法行為責任の「権利侵害」要件の狭隘性を克服するために、ドイツ法の比較研究をもとにこれを「違法性」と読み替える立場[43]を採用したうえで、その要保護性を次のような要件構成のもとに検討するものである。

前者の相関関係説の考えは、不法行為の一般的成立要件を①自己の故意又は過失ある行為に基づくこと、②行為者に責任能力があること、③行為が違法であること、④違法な行為に因って損害を生じたこととしたうえで[44]、③の要件を、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係において考察するべきであるとする[45]。そして、人格的権益については、これを権利とする根拠を探求する必要はさほど大きくはなく、侵害行為の態様を特に問題とすべきであり、法規違反乃至公序良俗違反の場合にのみ違法性が生ずると考えるべきであるとする[46]。

後者の受忍限度論の考えは、相関関係説（すなわち違法性と故意・過失の二元的構成）を前提として、人格的利益侵害のうち、特に生活妨害等の場面では、社会生活上受忍すべきだと考えられる範囲内においては、他人の利益を侵害しても違法性はないとする立場である[47]。この立場は、実際にどの程度までの侵害が一般に受忍すべきものとして違法性を持たないかについては、基準を立てることは極めて困難であり、社会生活上の良識によって決めるほかはないとしており、必ずしも明確ではない[48]。しかしながら、相関関係説が被侵害利益の種類と侵害行為の態様という二つの因子を相関的に衡量することを主張する一方で、この受忍限度論は、①被侵害利益の性質及び程度、②地域性、③被害者があらかじめ有した知識、④土地利用の先後関係、⑤最善の実際的方法ないし相当な防止措置、⑥その他の社会的価値及び必要性、⑦被害者側の特殊事情、⑧官公庁の許認可、⑨法令で定められた基準の順守といった様々な事由が違法性判断に当たって考慮されるべきであると、比較的具体的に説いた点で意義がある。

この二つの学説に対しては、それぞれ批判が試みられてきた。

まず、相関関係説への批判としては、次のようなものがある。すなわち、被侵害利益は違法評価の対象の問題である

のに対し、加害行為の態様は違法評価の基準であって、両者は平面を異にしており、相関的に衡量できない、というものである。[49] この批判は、所有権・人格権侵害や、法規違反・良俗違反と結論しうるのであれば、違法性要件は完結するはずであり、さらに、そのうえに行為態様や被侵害利益をそれぞれに考察することがそもそも無意味であるという点では、正しいといえるとの評価がある。[50] しかしながら、被害の程度を無視して刑法上の犯罪といいうる例外的なケースは別として、とくに公害・生活妨害のような複雑な違法判断に対しては、この相関関係説はきわめて適切な判断ルールを提示しているとの擁護もなされている。[51] この擁護を踏まえながらも、相関関係説は結局のところ、法秩序の用意すると考えられる違法判断形式による判断と、利益衡量による違法判断形式に分解して理解することが可能であり、プライバシー侵害のような侵害行為の背後にある利益を考慮する場合については、別途利益衡量の方式につき検討する必要があるとする批判[52]もあり、傾聴に値する。

次に、受忍限度論については、社会共同生活を営む上で侵害行為につき一定の受忍限度のあることは否定できないとの擁護もあり[53]、公害・生活妨害の類型では、判例・通説の立場であるといえる。しかしながら、権利が侵害されているにもかかわらず、行為の態様等の総合衡量を行うこと自体について、根本的な批判を受けている。[54]

そのほかに、そもそもの違法性要件の存在意義に対する批判として、ドイツ法特殊の理論的背景を前提とする「違法性」要件は、日本民法においては、権利侵害要件が拡張したことによってその役割を終えた等とする見解もある。[55]

このように、違法性要件の意義につき、理論的に応酬が見られるものの、判例は今もなお本要件を維持しているように見受けられる。このような判例の傾向について、「違法性」要件は侵害の回避可能性も含めて、加害行為に対する否定的評価全般を包摂でき、被害者の受けた不利益に対する否定的評価を違法と呼ぶこともできるという評価[56]や、七〇九条の違法性要件には過失要件に吸収しきれない意義もあり、政策的な価値判断を行う調整機能を有するとする立場もあ

るため、[57]理論的決着は必ずしもついているとは言えない状況にある。

さらに、受忍限度論については、さらなる展開も見せている。この「受忍限度」という基準については、（主観的過失と並置される）違法性要件の一基準であると考えるのが一般的であるが、論者によっては、さらに一歩進んで、「権利侵害（違法性）」と「故意・過失」という二元的構成を廃し、一元的に「被害が受忍限度を超える」という要件に集中しようとする。[58]この、新受忍限度論と呼ばれる立場は、被害が重大であれば、それだけで受忍限度を超える結果、七〇九条のレベルでも過失を考慮することなく、不法行為責任を認めることができる（場合がある）とする立場である。この新受忍限度論の理論構成については後に検討することにして、ここでひとまずは、平成二九年一月決定の示す、違法性判断における「被侵害利益が優越することが明らかであればプライバシー侵害を認める」という判示と、新受忍限度論の論理構造に類似するところがあることを確認しておこう。

一―三　小括

以上、違法性要件に関する伝統的な議論を簡単に振り返った。この議論のうち、本稿の観点から重要となるのは、次の諸点である。第一に、相関関係説については、プライバシー侵害のような侵害行為の背後にある利益を考慮する必要がある場合については、別途利益衡量の方式につき検討する必要があると指摘されていることである。第二に、受忍限度論については、地域性等の個別事情が違法性の重要な考慮要素となっていること、そもそもこのような考慮要素の選択の在り方につき、（判例の蓄積を総合しているという性格ゆえか）精緻に理論化されているわけでは必ずしもない点につき、看過すべきでない。第三に、違法性要件が被侵害利益と公共的利益との衡量を許すことによって、被害者保護にとって大きな悪影響があると批判されていることも重要である。

ここではさらに、違法性要件に関するのちの検討の準備作業とするために、本稿第一章にて検討したこれまでの判例と、平成二九年一月決定の判断構造の大きな違いと、その意義を簡潔に指摘する。それはすなわち、平成二九年一月決定においては、侵害要件の具体的考慮要素が意図的に操作されていることが示唆されている、ということである。具体的には、検索サービスの性質とその重要性が、考慮要素から除外されているのである。そしてその結果、被侵害利益優越の明白性が求められるにいたっているという関係にあるのである。このような平成二九年一月決定の姿勢と、新受忍限度論の意図するものには近似性があることに気づかされる。ここではこの点に関する注意喚起をするにとどめ、詳細は後に検討することとし、次項では、また別の準備作業として、いわゆる利益衡量（考量）論について検討する。

（40）高原知明「最決平成二九年一月三一日調査官解説」ジュリスト一五〇七号（二〇一七）一二一頁。ちなみにここにいう「保護範囲」は特定の学説を意識した用語法ではないであろう。

（41）本決定の違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」要件の意義につき、筆者はすでに別稿にて検討している。拙稿「判批」末川民事法研究六号（二〇二〇）九一頁参照。

（42）一般不法行為の違法性要件について判例や学説を検討するものとして、例えば、錦織成史「違法性と過失」星野英一（編集代表）『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、一九八五）一五九頁以下、山本隆司「権利侵害・違法性と過失」古賀哲夫・山本隆司（編）『現代不法行為法学の分析』（有信堂、一九九七）三頁以下、前田達明「権利侵害と違法性」山田卓生（編集代表）『新・現代損害賠償法講座2 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、一九九八）二頁以下、瀬川信久「民法七〇九条（不法行為法の一般的成立要件）」広中俊雄・星野英一（編）『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、一九九八）五八五頁以下、窪田充見（編）『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、二〇一七）二八五頁以下〔橋本佳幸〕等。

（43）末川博『権利侵害論』（弘文堂、一九三〇）。

（44）我妻栄『新法学全集 事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、一九三七）一〇三頁（頁数は一九八八年の復刻版

による。以下同じ）。
(45) 同前、一二五頁。
(46) 同前、一四二頁。
(47) 加藤一郎『法律学全集22―Ⅱ　不法行為法〔増補版〕』（有斐閣、一九七四）一二六頁。
(48) 同前。
(49) 柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論（三）」日本法学三一巻四号（一九六六）一五八―一五九頁。
(50) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望――違法性と過失――」法学セミナー二九六号（一九七九）七八頁。
(51) 同前。
(52) 四宮和夫『現代法律学全集10　事務管理・不当利得・不法行為　中巻』（青林書院新社、一九八三）三五三―三五六頁。
(53) 沢井・前掲注（50）八三頁。
(54) 大阪弁護士会環境権研究会（編）『環境権』（一九七三）一〇二―一〇三頁。原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号（一九七六）九八頁以下。
(55) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）三六七頁以下。
(56) 瀬川・前掲注（42）六二四頁以下。
(57) 能見善久「不法行為の機能・要件の再構成」NBL九三七号（二〇一〇）一八頁以下。
(58) 野村好弘「故意・過失および違法性」加藤一郎（編）『公害法の生成と展開』（岩波書店、一九六八）三八七頁以下、特に四〇〇頁、淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト四五八号（一九七〇）三七五頁。

二　利益衡量（考量）論と被侵害利益優越の明白性

これまで繰り返し言及するように、主として表現行為にまつわるプライバシー侵害の成否判断にあたって、判例法理は、侵害される側の利益と侵害する側の利益・事情を比較考量することで、違法性の有無を判断している。ここでは、先述の、「プライバシー侵害等の侵害行為の背後にある利益を衡量する場合には、別途その方式が重要となる」との指

摘を踏まえて、次の検討を行う。第一に、平成二九年一月決定が示した、利益衡量の在り方に関する特徴的な判示事項を確認する。そしてそのうえで、民法解釈方法論のうち、価値判断に非常に重きを置くいわゆる利益衡量（考量）論について検討する[59]。そしてそれを踏まえて、判例法理の特徴ないし課題を析出する。

二―一　被侵害利益優越の明白性

平成二九年一月決定は、プライバシー侵害の成否の判断については、当該事実を公表されない法的利益と当該ＵＲＬ等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較考量して判断すべきものであるとし、従来の判断構造を基本的には維持している。しかしながら、それに加えて、「その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該ＵＲＬ等情報を検索結果から削除することを求めることができる」とする。

本件では、既述の考慮要素のうち、「当該事実の性質及び内容」、「当該ＵＲＬ等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲（とその者が被る具体的被害の程度）」、「（上記記事等が掲載された時の社会的状況と）その後の変化」が特に検討され、結果的には債権者の請求は認められなかった。

学説においては、この明白性要件の意義や射程をどう理解するかについては議論があるが[60]、本要件を従来の要件に加重されたものとして理解しているという点では、これらは総じて共通していると評価できる。しかしながらこの点につき調査官解説は、「印刷メディアの伝統的な法理に沿った比較衡量の判断枠組みを基本としつつ、削除の可否に関する判断が微妙な場合における安易な検索結果の削除は認められるべきではないという観点から、プライバシーに属する事実を公表されない法的利益の優越が『明らか』なことを実体的な要件として示したものと思われる」とする[61]。ここで重要となるのは、「削除の可否に関する判断が微妙な場合における安易な検索結果の削除は認められるべきではない」と

いう箇所の含意であり、本稿はこの明白性要件を、違法性判断における特定の要素を判断基準からあえて外すことと引き換えに求められた要件であるものとして捉え、単に「従来の要件に加重されたものである」とは考えない。

この理論的意義を幾ばくかでも明らかとするために、次に、利益衡量の在り方に関する理論研究を検討していくことにする。

二―二　利益衡量の在り方に関する学説の議論

利益衡量（考量）論とは、法解釈にあたって、「実質的な利益衡量」[62]や、「どのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのように保護すべきか、という判断」[63]を重視するべきであるという立場である[64]。この理論は、本稿の主題とするプライバシー侵害のような、（新しい問題であったりハードケースであったりするがゆえに）法規等の拘束を必ずしも受けずに判断するときの思考様式として活用される。利益衡量論のいう「利益」とは、個人の利益だけでなく「取引の安全」のような社会的価値をも含み、金銭や財産等の物質的・経済的な利益・価値だけでなく、名誉やプライバシー等の精神的利益・価値も含む[65]。この点、この「利益」には、個人あるいは社会という（実体的な）主体が存すると考えられており、その「衡量」とは、個人・社会に諸利益を配分したり、主体間の利益を調整したりするものと考えられている。

（a）利益衡量（考量）論の代表的見解

ここでは、利益衡量（考量）論の代表的論者である、加藤一郎と星野英一の見解を検討する。

これらの考え方は、異質な利益の間で衡量・選択するときの原理として、次のような指針を提示する。

加藤一郎のそれ（利益「衡量」論）は、抽象的には、「歴史的・社会的認識を踏まえたうえで、『最大多数の最大幸福』とか、『国民多数の意思（一般意思）』」を重視する。彼は、「無内容に近い普遍的価値を信ずる自然法論あるいは新自然法論より[66]」、「歴史の流れとか近代法の在り方というものが、絶対的ではないが有力な基準になる[67]」と考える。ただ、具体的な事件では、対立する諸価値・諸利益を衡量して、その和を「社会的最大値」とする功利主義的な基準による[68]。

星野英一のそれ（利益「考量」論）は、異質な利益のバランスは利益考量ではなくて価値判断による、と考える[69]。この価値は「取引の安全」のような低次の具体的なものから「人間の尊厳」「平等」のような高次の抽象的なものまでヒエラルヒアを成す、とする[70]。この考えは、原理的な価値の規準として「何人も否定することのできないような価値」というものを示すものの、詳細な価値体系を示すわけではない。

このような利益衡量（考量）論に対しては、「利益状況の分析」の必要性については異論が見られない状況にあるが[71]、いくつかの点について批判がなされている。そのうち、利益分析・価値選択を行うときの規準についての方向性を提示するものとしては、「近代法のあり方」にまとめると、不明確であるとする批判がなされている。このような批判は、大別すると、より明確な基準を立てるべきとしてその他の規準を模索するものと、反証可能性を前提とした「議論」の重要性を主張するものが見られる。

（b）「近代法」の在り方、歴史・社会の発展方向を基準にすべきとの批判

第一の、利益分析・価値選択を行うときの規準につきその他の方向性を提示するものとしては、「近代法のあり方」を基準にすべきとするものや、歴史・社会の発展方向を重視するべきであるとするものがある。

前者の、「近代法のあり方」を基準にすべきとする立場は、次のように批判する。民法解釈学は、国家権力による紛争処理としての裁判に対して評価・批判・指導という役割を有するもので、その役割を縮減ないし否定する見解は危険

な国家観に通ずるというべきであるが、このような立場からすると、利益衡量（考量）論は、裁判官への選択の白紙委任につらなるものとして、同様に危険な国家観に通ずる[72]。利益衡量（考量）論における無内容な「基準」と異なり、実質的に基準たるものの設定が必要であり、例えば、土地所有権対土地利用権の関係その他の具体的諸問題について設定された基準の総括表現である「近代法のあり方」ともいうべき基準によるべきであるとする[73]。

後者の、歴史・社会の発展方向を重視するべきとする立場からは、次のような批判がある。「歴史の発展が、前近代から近代へと進んでくるということが人間社会の進歩の法則として認められるならば」、「その方向へ歴史を形成するような法律論を構成することは、法律家として当然ではなかろうか[74]」との見解や、「歴史の発展なり近代法のあり方なりの認識を価値判断」「の基準として機能させることは、科学が近代文明を形成してきたことを是認する以上、妥当なこととして許さるべき[75]」との見解である。

このような〝歴史の発展〟といった決定論的な発想については、利益衡量（考量）論の立場から、反論がなされている。加藤は、このような発想について、その有用性を一定程度認め、判断の一つの拠り所とすることについては賛成しつつも、それらは抽象的な基準にすぎず、判断が分かれうるうえ、価値観が入り込んでくることは避けられないため、具体的な基準たりえないとする[76]。

これに対して、星野は、抽象的な基準としてもこれに反対する。まず、基準を「歴史の発展方向」に求める立場は、人間の歴史がよりよい価値の実現に向かっている、という判断を前提にしていると思われるが、これは科学的に認識できることではなく、一つの信仰であり、「目的論的形而上学」であって、「歴史が将来そうなる」という事実から出発するこの見解の発想と矛盾をきたすことになるという[77]。また、「近代法のあり方」を基準にする立場については、この立場は将来あるはずの姿を基準とせず、現在あるはずの姿を基準にしているが、論理構造は「歴史の発展方向」と同様で

あると評価したうえで、「近代法のあり方」については複数ありうると理解することも可能であるが、なぜそのうちの一つを選ぶのか説明しなければならないし、結局のところ当の論者が「よいと考えているあり方」を「近代的」と評価しているだけであり、一種のごまかしではないかと批判する。(78)

（c）「議論」の重要性を指摘する批判

また第二の、反証可能性を前提とした「議論」の意義を重視する立場は、利益考量論のいう「価値のヒエラルヒア」や、価値判断の基準、その客観的妥当性の基礎づけが、それぞれ必ずしも明確ではないとする。(79)価値基準が明確でないのに法解釈は価値判断によるべきだと強調すると、反論不可能な価値に辿り着いて争いそのものがなくなるか、あるいは争いは相交わることのない「価値判断」の相違に帰着するか、のいずれかであり、「議論」によって「正当化」をはかる法律家的作業と最も遠い帰結を理論的にはもたらすことになる。(80)また、価値には対立する価値が常にあるから、価値のヒエラルヒアはありえずコンフリクトしかないため、価値のヒエラルヒアという考え方自体が適切ではない。(81)

この立場によると、法解釈は、まず、「客観的に妥当な（あるいは「正しい」）」価値判断を発見する方法が、問題解決の試みと離れてアプリオリに存在すると考えてはならない。(82)次に、そのようにして打ち出された規範言明は、「議論」の場において反論および再反論にさらされなくてはならない。(83)そのうえで、「議論」という生存競争に堪えて「生き残った言明」は、そのような意味で「客観化」されており、かつ「議論」の前提として受け容れられる可能性が高いという意味で、多くの法律家にとっていわば共通財産となっている。この意味でのみ、かつその限度のみ、われわれは「客観的に妥当な」規範言明について語ることができる、ということになる。(84)

以上より、価値判断ないし法解釈の客観性については、そもそも問題は「客観性」存否にあるのではなく、「『客観性』

を保証する社会的制度すなわち、『議論』、『法律論』または『相互主観的な批判的討論』を確保する場という、制度的枠組みを維持拡充すること、およびそれを支える規範を発展させること、にある」のである。(85)

（d）利益考量における動的価値秩序論

このような、利益考量（衡量）論と「議論」論を折衷ないし止揚するものとして、利益考量論を大枠としては採用しつつも、「民法の価値秩序」として静態的・堅固に体系的な、価値のヒエラルヒアのようなものを考えるのではなく、絶えず異質で拮抗する価値原理、考量ファクターが緊張・相剋関係をもって存在しており、そのようなジレンマを内包しながら形成される「秩序」を想定する見解もある。(86) この見解は、「価値判断」の流動性・不安定性・不確定性を踏まえたうえで、法解釈的実践においては、批判的「脱構築的」態度が要請されるとし、価値原理の実態だけを議論していてもなかなか埒が明かないことを指摘する。(87) そこで、法律家にとって重要なのは、ともすると忘却され、周縁化される視角に目をつけ、光をあて――価値のコンフリクトに留意しつつ――多面的議論を説得的に展開することであるとする。(88) なお、拮抗する法的議論の説得的批判のためにも、何らかの超越的な法的正義論は必要であろうが、ただそれは「人間的充実（human flourishing）」「良き生（good life）」等という曖昧なものにならざるを得ず、状況によって評価が異なったり、同一場面でも評価視角によって緊張関係を孕むものであるとしたうえで、「善」や「徳」等に関する法的評価に積極的になるべきだとする（アメリカ法学の）動向には学ぶところがあるとする。(89)

この見解は、議論を通じての進展的な法価値論について、発展的・拮抗的に法価値論が提示され、それぞれの紛争当事者が（ないしは、そのような多元的な法的視角から第三者が検討を加えて）流動的・実践的に議論し合う過程で法的正義を見ていくというものであり、ダイナミックな転回がなされているとして、「議論」論を積極的に評価する。(90)

二―三　若干の考察

このような理論的展開と本稿のこれまでの検討を踏まえると、プライバシー侵害訴訟のうち、比較衡量の問題とする判例の枠組みについては、再評価を行うことが可能となるように思われる。(91)

本稿が参照するアメリカの社会学者、アミタイ・エツィオーニは、価値の衡量にあたって、「モラル対話」という方式を重視するものである。これは、簡潔にいえば日々のコミュニケーションや内省によって価値観を徐々に醸成・刷新していく過程を指すものであり、利益考量論における動的価値秩序論に親和的である。また、エツィオーニの議論を踏まえつつ行った本稿の検討では、次のようなことが明らかとなった。

すなわち、価値の考量においては、次の二段階の判断がなされるべきである。第一に、ナショナルないしグローバルなレベルで最低限実現すべき――本稿の立場からすれば、安全、衛生、平等等の――共通の価値は何なのかを検討する段階がある。第二に、地域等のコミュニティごとの多様性に配慮して形成される――例えば本稿で検討するプライバシーのような――価値の保護の在り方について検討する段階がある。

これらの価値の在り方について、ここでの検討と総合すると、次のようなことが言えよう。価値の秩序はそれぞれ客観的に確立されているわけでもトップダウンで権威的に強調されるわけでも決定論的に方向性が定められているわけでもなく、〝議論〟によって定期的に精査され、結果的に刷新されていく可能性のあるものである。さらにそれぞれの価値は、その定め方につき議論の在り方が異なるものであるが、しかしながら、連関的に作用し影響を与えあうものでもある。

このような構造を前提として、プライバシーに係る利益が優越することが明らかである場合を検討することになるわけであるが、ここで注意すべきなのは、反論可能性を重視する近時の見解を前提として、利益衡量にあたっての価値秩序は必ずしも静的なものではなく、常に動的に、自己反省的に行われると措定するならば、結局のところ、被侵害利益

が優越することが明らかである場面は、相対的な価値であるプライバシーの問題では、非常に限定的なのではないか、ということである。一般不法行為法における違法性判断にせよ方法論としての利益衡量（考量）にせよ、そもそもこれらは、責任の成否判断につき複雑な考量が求められる場面に適性があるものである。プライバシー侵害にあっても、一般論としては一概にどちらが優越するともいえない関係にある諸利益を衡量するのであり、文字通りいずれかの利益が明らかに優越するといえるためには、安易に「近代法の在り方」や「歴史の発展方向」、はたまた技術決定論に飛びつくべきではなく、例えば、当該論点につきすでに学術研究も進み、多くの訴訟がなされて議論が尽くされており、対抗思潮に根差す社会運動も現れていないというような状況が最低限求められることになろう。そのような状況は、特に利用の在り方等について社会的な合意をこれから築いていこうという新たなＩＣＴにまつわる法的問題を検討するにあたって、存在しうるのであろうか。

そのような課題もあってか、この「明白性」要件については、優越の有無を慎重に判断すべきことを要請する意義しか有しないとする指摘がある[92]。本稿としてもこの見解に同調しつつ、さらに既述のとおり、本要件はプライバシー侵害の成否の考慮要素から「検索サービスの性質」と「検索サービスの社会的重要性」を意図的に外したことから、責任成立の下限が不相当に緩やかになることを防ぐものである（にすぎない）と理解すべきであると考え、論を進める。

ここで問題となるのは、①これらの要素が違法性判断から排除された理由、②その理論的含意、③そのような要件操作の在り方の理論化及び、④そもそもそのような要件操作を行うことの是非・限界を考察することである。

これらの課題のうち、「検索サービスの性質」と「社会的重要性」を考慮要素から外していることの意義と理論的含意を検討するために、次項からは過失要件の意義について、考察を進める。

（59）日本における民法解釈方法論の展開につき検討する論考として、瀬川信久「民法の解釈」星野英一（編集代表）『民法講座　別巻1』（有斐閣、一九九〇）一頁、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」民商法雑誌一五四巻一号（二〇一八）一頁、水津太郎「法律学基礎論・法解釈方法論と平成の民法学」法律時報九一巻九号（二〇一九）七〇頁等。

（60）明白性要件の意義については、①プロバイダ責任制限法四条一項一号の「明らか」と同様、「違法性阻却事由の存在を伺わせる事情の不存在」を要求するとする立場（神田・前掲注（21）二一頁）、②優越の程度の違いを表し、厳格な基準を示したものであるとする立場（古田啓昌・赤川圭・早川晃司「判批」判例時報二三二八号（二〇一七）一六頁）、③損害賠償の場面の要件に加重することで、立証の程度の違いを表しているとする立場（高部眞規子「判批」法の支配一八七号（二〇一七）七四頁）が主張されている。

明白性要件の射程については、①本件が差止請求に関する事案であることに着目して、本決定は差止請求について明白性を要求したとみる立場（高原・前掲注（40）一二一頁）、②本件が仮処分に関する事案であることに着目して、本決定は仮処分による差止について明白性を要求したとみる立場（村田・前掲注（18）六一頁）、③本決定が判断基準を示すにあたり、検索事業者の役割の重要性に言及していることに着目し、本決定は検索事業者に対する請求について明白性を要求したとみる立場（高部眞規子「インターネット時代のプライバシー」金融商事判例一五一二号（二〇一七）一頁）、以上三つの立場が主張されている。射程に関する議論については、互いに排他的関係にあるわけでは必ずしもない。本稿は少なくとも、本決定の射程を差止請求や仮処分の事案に限られるものとしては捉えないことを前提に検討を進める。

（61）高原・前掲注（40）一二一頁。

（62）加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、一九七四）二四頁以下。

（63）星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集第一巻』（有斐閣、一九七〇）一一頁。

（64）加藤一郎の利益衡量論と、星野英一の利益考量論は、いくつかの相違点があるものの、大掴みをするのであれば同じ立場であると理解することができる。

（65）加藤・前掲注（62）三四頁、加藤一郎「民法の解釈」法学教室二五号（一九八二）一九―二〇頁、星野・前掲注（63）二一―三三頁。

(66) 加藤一郎「〔補論〕利益衡量について」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、一九七四）六九頁。
(67) 同前、七六頁。
(68) 同前、七六、六八―六九頁。
(69) 座談会「民法学の課題（二）」法律時報三九巻四号（一九六七）六六頁〔星野英一発言〕。
(70) 星野「民法解釈論序説『補論』」同『民法論集第一巻』（有斐閣、一九七〇）五七頁、同「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」同『民法論集第七巻』（有斐閣、一九八九）九〇頁。
(71) そもそも「法の解釈は価値判断を含む」という点について打ち出し、学会においてほぼ異論なく承認されたのは、来栖三郎と川島武宜の所論である点には留意。両者の本問題に関する論考として、例えば、来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守（一）（二・完）」法律協会雑誌六八巻五号（一九五〇）一六頁、八号（一九五一）五五頁、同「法の解釈と法律家」私法一一号（一九五四）一六頁等、川島武宜『科学としての法律学』（弘文堂、一九六四）等。
(72) 広中俊雄「現代の法解釈学に関する一つのおぼえがき」同『民法論集』（東京大学出版会、一九七一）三八六頁。
(73) 同前。
(74) 渡辺洋三「社会科学と法の解釈」法哲学年報一九六七巻（一九六八）六九頁。
(75) 水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果」民商法雑誌六四巻二号（一九七一）五〇頁。
(76) 加藤・前掲注(62)六七頁。
(77) 星野・前掲注(63)三八頁。
(78) 同前、三九―四〇頁。
(79) 平井宜雄「戦後日本における法解釈論の再検討」同『法律学基礎論の研究』（有斐閣、二〇一〇）五二頁〔初出：一九八九〕。
(80) 平井宜雄「戦後法解釈の批判的考察」同前書一三八―一三九頁〔初出：一九八九〕。
(81) 同前、一二三頁。
(82) 平井宜雄「法解釈論の合理主義的基礎づけ」同前書二二四頁〔初出：一九九一〕。
(83) 同前、二二五頁。

（84）同前。
（85）平井宜雄「『議論』の構造と『法律論』の性質」同前書八八頁〔初出：一九八九〕。
（86）吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、二〇〇〇）一五〇頁。
（87）同前、一五〇頁。
（88）同前、一〇七頁。
（89）同前、一二五頁。
（90）同前、一二六頁。
（91）この点、利益衡量論の主唱者である加藤一郎は違法性説を前提とした受忍限度論を主張しており、利益考量論の主唱者である星野英一は違法性要件の意義に懐疑的であり、利益考量論を批判する平井は後述する過失一元論の主唱者であり、利益考量論と「議論」論を統合する吉田邦彦も、違法性要件の存置については批判的ながらも、過失一元論を無条件で支持するものではない（同『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）二二頁）点については、それぞれ留意すべきであろう。
（92）根本尚徳「判批」民商法雑誌一五四巻一号（二〇一八）一六八頁以下。

三　プライバシー侵害における「過失」要件の意義について

これまで見てきた通り、一般に違法性要件における利益衡量が問題となるとされるプライバシー侵害の類型にあっても、過失要件が問題となる類型がかねてより見られる。そのように考えることができるもののうち、情報の不正提供に関する事案としては、早稲田大学講演事件に関する最判平成一五年九月一二日と、住基ネット訴訟に関する最判平成二〇年三月六日が挙げられる。ここでは、これらの判決と、過失を正面から問題とした平成二九年一〇月判決を比較することで、プライバシー侵害における過失要件の意義を明らかにする。

三―一　判例法理における「過失」

（a）情報システムからの情報漏洩とデータの転売

ベネッセ個人情報漏洩事件に関する最判平成二九年一〇月二三日は、本件漏えいによって、Xは、そのプライバシーを侵害されたといえるとしたうえで、「本件漏えいについてのYの過失の有無」（並びにXの精神的損害の有無及びその程度）等について、更に審理を尽くさせるため本件を原審に差し戻すとし、情報の管理に関する「過失」の検討の重要性を、正面から認めている。

その後出された差戻審（前掲大阪高判令和元年一一月二〇日）では、情報漏洩に関する委託先企業B及びYの予見可能性及び結果回避義務につき詳細に事実認定をしたうえで、次のように判断している。

Yは、個人情報提供者から提供を受けた個人情報を適切に管理すべき立場にあるところ、本件漏洩のリスクを予見できたのに、当該個人情報の利用を認めた委託先企業Bに対する、①執務室内への個人スマートフォンの持込み禁止（及び②セキュリティソフトの変更や③特定デバイスの使用制御措置）等についての適切な（七〇九条の）監督義務に違反した。その結果、従業員Cによる本件漏洩を生じさせたため、Xに対し、これによって生じた損害について不法行為責任を負うとする。

さらにこのことは、Yが本件漏洩当時、ⓐその他の点においてはセキュリティ対策を明らかに高度な水準で施しており、ⓑ本件対策についてガイドライン等に必ずしも記載がなく、ⓒ同様の措置を採っている企業が少なかったとしても変わらないとの理解が示されている。

以上を前提として、以下、情報の提供に関する従来の判例との比較を行っていく。

（b）情報の提供に対する承諾取得の容易性

最判平成一五年九月一二日は、既述のとおり、本件「プライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある」とする。そして、「本件講演会の主催者として参加者を募る際にXらの本件個人情報を収集したY大学は、Xらの意思に基づかずにみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきである」としたうえで、次のように判示する。

すなわち、「同大学が本件個人情報を警察に開示することをあらかじめ明示した上で本件講演会参加希望者に本件名簿へ記入させるなどして開示について承諾を求めることは容易であったものと考えられ、それが困難であった特別の事情がうかがわれない本件においては、本件個人情報を開示することについてXらの同意を得る手続を執ることなく、Xらに無断で本件個人情報を警察に開示した同大学の行為は、Xらが任意に提供したプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであ」る。よって、Xらのプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成する。

このような判断枠組みは、既述のとおり、慎重に取り扱う必要のあるXらのプライバシーに係る情報についてYが適切に扱わなかったことの帰責性について、違法性要件において判断しているものであり、学説においてはそれを権利侵害の問題として考えるものもある一方で、これを有責性の問題として捉えるべきであるとする学説も見られるところである。後者の立場によると、本判決も、違法性要件の中で事実上過失について検討しているものであると理解することもできる。

（c）情報システムと保護法制の「構造」

本稿第一章第一節第二款でも検討した通り、住基ネット訴訟に関する最判平成二〇年三月六日は、情報システムの構築の不備に関する違法性判断につき、詳細な基準を示している。ここでもう一度紹介すると、次のようなものである（この点、本件では、民法七〇九条は問題とならず、国家賠償法三条の違法性要件がもっぱら問題になっている点に留意）。

本判決は、不法行為の成立について、「利用等されない利益」と「利用等する利益」を比較考量している。より具体的には、「住基ネットによって、管理、利用等される本人確認情報は、」「個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない」としつつ、「住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものということができる」とする。

この点、本件システムの運用がプライバシー侵害に当たらないのは、「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと」、「受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること」、「住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていること」等に照らせば、そのような危険はないとする。

このように、情報の管理に関する法制度やシステムの構造の不備（の有無）を問題として不法行為の成否を検討することは、既述のとおり、権益論への理論的影響も大であるが、それだけではない。なぜなら、ここで問題となっているのは、（違法性要件における）利益衡量というよりもむしろ、客観的な結果回避義務の問題そのものと理解できるからである。

（d）小括

以上の検討と、前科照会事件に関する前掲最判昭和五六年四月一四日の判示を総合すると、端的には、次のようなことが言える。

すなわち、情報の不正提供・情報漏洩類型においては、判例はむしろプライバシーに係る情報の適切な管理に関する過失（結果回避義務違反）の有無を主として検討している、あるいは検討するようになってきているのではないか、ということである。

三―二　過失に関する学説の議論

この点、過失の理解については、歴史的に変遷がある(93)。ここでは、プライバシー侵害における過失要件の意義を考察する準備として、過失に関するこれまでの議論を確認する。

（a）「違法性・過失」二元論と過失一元論

不法行為責任の成立につき、重要な要件として「違法性」をたてる伝統的通説は、違法性を客観的要件として、過失を主観的要件として、二元的な判断を行う。この考え方は、過失要件を、意思の弛緩に対する有責性を問う要件を意味すると理解しているのである(94)。

一方で、過失要件を、主観的な有責性判断の基準とするのではなく、客観的な、予見可能性を前提とした結果回避義務の違反を意味すると理解する立場もある。判例は、早くからこのような立場を採用しているとみられ(95)、その後学説も一般にこれを客観的なものと捉えるようになる。

その後、違法性要件の意義を否定する、いわゆる過失一元論の立場から、過失要件を、「ハンドの公式」を媒介として、「損害発生の蓋然性」と「被侵害利益の大きさ」を掛け合わせたものよりも「回避コスト」が小さいにも拘らず回避措置を採らなかった場合に過失ありとすべきであると主張されるようになる。[96] この立場は、違法性と過失は事実上同質化しているため、過失要件に（違法性のみならず権利侵害要件をも）一元化すべきとする。[97] この立場は、伝統的通説の基盤を揺るがす大きな議論を巻き起こしたが、批判もある。

第一に、損害発生の事後的衡平をはかることを理念とする損害賠償法では、「損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさ」自体が法的評価の対象となるのではなく、これに応じて、被告がいかなる「作為・不作為」の姿勢をとったかが問題となるのであり、総体としての行為の含む危険度が全く同じでも、尽くした防止措置の程度が異なれば、法的評価も当然異なることになるべきである（これはまさに、相関関係説のいう「侵害行為の態様」である）。[98] 第二に、過失一元論が権利侵害要件をも過失要件に吸収したうえで、功利主義的に衡量する結果として権利の相対化を行う嫌いがあることにつき、違法性要件の課題を克服できていないとの批判もある。[99]

（b）「信頼責任」と違法性一元論

このような過失一元論に対し、違法性要件を再評価し、過失にまつわる要素についても違法性要件内で考慮することを主張する違法性一元論の立場から、過失要件の帰責根拠を、「信頼原則」に求める見解が主張されている。[100] この立場によると、故意の場合は、意思への非難としての有責性原則が帰責根拠となるが、過失要件の規準を、個人の能力を離れた抽象的過失としての注意義務に置く限り、有責性非難は完徹し得ないため、次のように考えるべきということになる。[101] まず、法は、法益侵害（ないし権利侵害）惹起の危険性を最小限度に（すなわち、社会相当な程度に）抑えるよ

う、各場合に各社会構成員に、社会生活上必要な注意（作為、不作為）義務を分配するわけだが、このとき、他人は、われわれがその注意義務に従って、ふるまうことを信頼する。すなわち、他人は、われわれの秩序にかなった行動を、自己の外界支配の中に算入して、行動する。そして、われわれが、他人の信頼を破って、注意義務に反して行動したとき、その信頼を保護する意味で、損害の賠償義務を負うことになる。われわれの極度に高度化した現代技術社会においては、各人が一般標準人としての行為基準を守って行為することを期待信頼するところに、はじめて円滑な生活が可能となるという事実が、これを裏付けるとする。

この立場については、過失の帰責根拠を信頼責任に求めることについては賛同するものの、そもそもの「違法性」概念の有用性ないし違法性要件に一元化することにつき、疑義が示されてもいる[102]。

（c）「事前の思慮」による過失の拡張・高度化

さらに、過失については、①侵害が問題となっている行為につきミスがあったかどうか、②その行為をなすべきかなすべきでないかに関する事前の判断のミス、これらふたつの過失を区別すべきであるとの指摘がなされ[103]、「情報収集義務などの事前の思慮」への拡張がなされている[104]。

この立場によると、不法行為法においては、結果発生の具体的危険が存在している場面での行為義務と並んで、結果発生の抽象的危険が存在している段階で、具体的危険を探求するための行為義務として、予見義務（情報収集ほかの事前の思慮の義務）が課されていることとなる。具体的には、ⓐ具体的危険が現実化している可能性がある場合に、その具体的危険を認識するために、行為義務としての予見義務が行為者に課される場合、ⓑ危険が将来において現実化することは予見できるが、具体的にどのような危険となって発現するかが不明確な場合にも、発現するであろう具体的危険

を認識するために、行為義務としての予見義務が行為者に課される場合、ⓒ完全には制圧することのできない危険源を社会生活にもちこむことが許容されている場合において、たとえ将来において危険が現実化することが予見できなくても、その危険源に関係する行為をするに際して、行為義務としての予見義務が行為者に課されることになる。[105]

このうち、特にⓒの場面での予見義務は、いわゆる「警戒（予防）原則」の考えとも近接してくる。この考えによると、人体に脅威を与える物質と人体への侵害とを結びつける科学的証明が困難であっても、いったん発生すると回復不可能な重大な損害が発生する場合には、損害発生前のリスクを回避し、または提言するために事前の思慮を行うべきであるとの観点から、民事過失論を充実化させていくことが目論まれている。[106]しかしながら、この場面では、抽象的な危険にとどまる段階で行動の自由を制約する形で行為者に作為・不作為の義務を課すことになるため、問題の危険が実現したとしたら想定される権利・法益侵害の重大性と衡量のうえ、過剰な制約をもたらさないように予見義務の存否と内容を確定していくべきであるともされる。[107]

このように、行動の自由という加害者の権利と、予想される潜在的被害者の権利との衡量は、（権利侵害要件の存置を前提としたうえで）まさに過失要件において行うべきであるとの考え[108]が示されているところである。しかしながらこのような議論による過失の高度化も、基本的には公害による生命・身体の侵害を前提にしていることについては留意しなければならない。

（d）プライバシー侵害における信認義務

一方で、特にプライバシー法の領域においても、注意義務の高度化の努力がなされていることは、序章においても指摘したとおりである。このうち、日米における信託に関する議論や、医師や弁護士等の人々と特殊な信頼関係を築く者

に対して信義則上求められる付随義務に関する議論を根拠とし、情報の利活用を行う事業者に情報の管理等に関する高度な義務（信認義務）を課そうとする見解がある。[109]

この見解は、「信頼関係に基づく情報の分配状況そのもの」ないし「情報の適切な管理についての合理的な期待」を保護法益としてのプライバシーとしてとらえたうえで、「サービスの提供を受けるためには財産や裁量を託すことが不可欠である場合」等の条件を満たす場合であれば、当事者間の関係が委任契約や信託契約に該当しない場合であっても、信義則を媒介として消費者の「期待」が保護され、事業者に高度な注意義務としての信認義務が課されるべきであるとする。[110] 具体的には、秘密保持と情報開示について、高度な義務が導かれることになる。[111]

この見解は、その記述からは詳らかではないが、プライバシーの権益を「信託関係に対する期待」と捉える駒村のプライバシー観等を踏まえつつ、「合理的な期待」を保護法益としてとらえ、アメリカの議論について「信認義務」が「不法行為法の保護法益として機能する」[112]と評価する点に鑑みると、法益侵害と注意義務違反を同一地平上で扱っていることになる。これを私法の不法行為法の理論として受け止めるのであれば、（その文言からすると権利侵害要件一元論とも読めるが）その実態としては、少なくとも情報の管理に関する局面では、（権利侵害要件をも吸収する類の）過失一元論的志向を持っていると評価できるのではないだろうか。

三―三　若干の検討

このように、過失要件の意義についても、理論的な決着を今なお見ない状況であるが、これらの議論を踏まえてプライバシー侵害に関する近時の判例法理を検討すると、次のように考えることができる。

第一に、平成一五年九月判決の法理は、その文理からすると、信頼責任を前提に、違法性の枠内で過失を検討してい

ると評価することができる。しかしその実質としては、ハンドの公式にも親しむものとなっている。なぜなら、情報の提供に対する情報主の同意をとることが容易であったにもかかわらず加害者側がこれを怠ったことを問題にしているからである。

第二に、平成二〇年判決では、比較衡量によりつつも、情報システムや保護法制の構造の在り方を検討するにあたって、過失要件を問題としているとも評価できるが、本判決は明文で違法性のみを問題にしているため、やはり違法性一元説に近い判断構造となっている（しかしその理由としては、違法性要件のみを問題とする国家賠償法の構造によるところが大きい）。

平成二九年一〇月判決では、打って変わって、問題とされている不作為について、明示的に過失要件の問題として検討する必要性を示す一方、違法性への言及は全くない。そのため、違法性一元説とやや距離を置く論理構成となっているように思われる。また、本件不作為は、（単純な）ハンドの公式からすると、措置を講じていなかったとしても過失がないと判断されかねないほどのコストが掛かりうる回避措置を要求している点にも留意すべきである。そのため、本判決は、客観的抽象的に求められる一般的な結果回避義務ではなく、より高度な義務を要求していると理解することができよう。

以上、情報の管理不行き届きの類型における判例法理を検討すると、これまでは（一般的な）信頼責任を前提とした過失が違法性の枠内で問題となってきたものの、近時は過失要件が独立して問題とされるようになり、その注意義務の程度が高度化していると評価することができる。

このように、場合によっては信認義務とも取れる高度な注意義務が課されうることを前提として、その妥当領域をいかに画すかが問題となる。この点、判例が高度な回避措置を要求する理論的根拠としては、当事者の利益衡量の結果、

情報漏洩の被侵害利益としての重大性を、生命・身体に比肩しうべきものとして高く評価していると捉えることもできなくはないが、いずれにせよ実際に高度な注意義務を事業者に課すことができる場面は、限定的であると思われる。プライバシー侵害における信認義務の在り方につき分析を加える見解が「秘密保持」と「情報開示」に対してのみこの義務の射程を及ぼそうとしている点に留意すべきであろう。

ここで重要となるのは、この「信頼」ないし「過失」の意義をどのように捉え、そして過失要件が違法性要件から独立したことをどう位置づけるかである。情報の二次的利活用が盛んになりつつある状況において、情報システムの管理や、情報の分析を行うＡＩ技術の在り方につき、われわれはいかなる信頼を寄せることができるのか、寄せるべきなのか、検討しなければならない。

この点、少なくとも近時の判例の方向性としては、個人に関する様々な情報が多角的に利活用される社会においては、自身にかかわる情報が蓄積されるデータベースに高度な情報セキュリティが施されることを期待し、適切な情報管理がなされるであろうことを信頼することが、個人単位でみて被害が重大であるか否かにかかわらず許されていると評価できる。

しかしながら、プログラムを活用した自動的な情報処理によってセンシティブな情報を確率的に推測すること自体に対して、一般的抽象的な期待をなしうるかについてはなお詳らかではない。次にこのことを検討していく。そしてそのうえで、プライバシー侵害における違法性要件と過失要件のすみわけに関する管見を示す。

（93）一般不法行為の過失要件について立法過程や判例・学説を検討するものとして、例えば、錦織・前掲注（42）一三四頁以下、瀬川・前掲注（42）五六〇頁以下、窪田（編）前掲注（42）三二九頁以下〔橋本佳幸〕等。

(94) 我妻・前掲書注（44）一〇三頁、一〇五頁、加藤・前掲書注（46）七一頁。
(95) 例えば、大阪アルカリ事件に関する大判大正五年一二月二二日民録二二輯二四七四頁等。
(96) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）、特に四〇三頁以下。
(97) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』（弘文堂、一九九二）二二一―二三頁。
(98) 沢井・前掲注（50）八四頁。
(99) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望――権利論の視点から」法学論叢一五四巻四・五・六号（二〇〇四）三一七―三二〇頁。
(100) 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、一九七八）。
(101) 同前、一八八頁、二一二頁。
(102) 沢井・前掲注（50）八七頁。
(103) 星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」同『民法論集　第六巻』（有斐閣、一九八六）三二〇―三二一頁。
(104) 大塚直「不法行為における結果回避義務」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向（上）』（有斐閣、一九九二年）五六頁、潮見佳男『民事過失の帰責構造』（信山社、一九九五）九八頁。
(105) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第二版〕』（信山社、二〇〇九）二九七―二九八頁。
(106) 同前、二九八頁。
(107) 同前、二九八頁。
(108) 同前、二九二―二九三、二九五頁。
(109) 斎藤・前掲注（26）一二七頁。
(110) 同前、一三二頁。
(111) 同前、一三二―一三四頁。
(112) 同前、一二九頁。

四　プライバシー侵害における「違法性」と「過失」の分化

四―一　はじめに　違法性論と過失論

以上のように、情報漏洩にまつわるプライバシー侵害の事案では、判例は行為の帰責性を判断するにあたって、加害者側の「過失」を明示的に考慮するようになっている。一方で、既述のとおり、表現行為に関する判例は、（その基準のたて方が精緻に理論化されているわけではないものの）大枠としては「違法性」判断を行っており、そこでは総合的な比較衡量がなされているといえる。

この点、例外的ではあるものの、表現行為による公開・暴露類型でも、責任成立の一要素として、客観的な注意義務違反をも考慮することがあると評価できる事案もある。特に、最判平成元年一二月二一日は、侵害に関する受忍限度の検討をしたうえで、明文で予見可能性を前提とした「過失」をも検討し、結果として違法性を認定している。このような姿勢は、最判平成六年二月八日にもみられる。本判決では、明文で「過失」ないし結果回避義務につき言及があるわけではないが、「実名使用の是非をYが判断し得なかったものとは解されない」として、結果の回避に関する判断が示されているとも読めるからである。しかしながら、これらは違法性要件の中で、あるいはこれと同時に、過失を問題としていたことになる。

これに対し、平成二九年一月決定は、違法性判断において、これまでの事案と異なる判断を示したことは、繰り返し述べる通りである。本稿はその意義を、ⓐ高度なアルゴリズムが抱える「ブラックボックス」問題のため立証が非常に困難となりうる人工知能の設計・管理に関する過失の要素と、ⓑ当該システムそのものの社会的重要性を、比較衡量の要素から意識的に排除していると捉えるものである。特にⓐについては、表現類型でもときに問題となり、既述の情報システムの類型で主たる争点となる過失（客観的注意義務違反）に関する考慮を、あえて除外する意図があったのでは

ないかと措定する。そしてそれを踏まえ、プライバシー侵害類型にあたっては、違法性要件と過失要件の〝役割分担〟がなされつつあることを指摘する。

これまでの準備作業を踏まえ、以下、この点についての検証を進める。

四―二　違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」と新受忍限度論

この検討の準備作業として、ここでは改めて違法性・過失の関係性に関する議論につき、新受忍限度論を中心として確認する。

新受忍限度論は、既述のとおり、「権利侵害（違法性）」と「故意・過失」という二元的構成を廃し、一元的に「被害が受忍限度を超える」という要件に集中し、被害が重大であれば、それだけで受忍限度を超える結果、過失を問題にすることなく不法行為責任を認めることができる（場合がある）と考えるものである。

このような理論構成に対しては、「受忍限度」という言葉に置き換えれば明文上の「過失」要件を排除できるとするのは、飛躍した論理であって法解釈として成り立たない等の批判がある[113]。この批判に応答するために、新受忍限度論を採用する論者は、あるいはこれは七〇九条の枠外にある責任法理であると構成し[114]、あるいは前述の「過失一元論」に拠ることによって[115]、理論的な難点の克服を試みている。後者の考え方は、危険な活動を営むことによって利益を得ている企業の責任が問題となる場面で、結果発生の具体的危険に関する予見可能性を要求すると、予見不可能な損害について被害者が負担することになり、結果的に企業が損害を負担する必要がないことが多くなるため損害の衡平な分配とは言えなくなるとして、具体的危険の予見可能性がなくても結果回避義務違反が認められるべきであるとする[116]。

このような議論の応酬を踏まえ、違法性や受忍限度ではなく、七〇九条の条文に忠実に「過失」要件の問題と捉えこ

れを高度化することによって、同様の目的を果たそうとする見解もあることはすでに論じた。この点、違法性要件における新受忍限度論にせよ、過失要件における「事前の思慮」論にせよ、双方ともに公害ないし環境の問題を前提として、被害の重大性を根拠に（一般的な）客観的注意義務の課題を克服しようとしている点については相違ないことに留意すべきである。すなわち、そこで前提となっている重大な被害というは、生命・身体の侵害であることが当然に含意されている。

以上を前提として、ここからは、再び最決平成二九年一月二九日に目を転じ、本決定の示した違法性の判断基準と「被侵害利益優越の明白性」要件の関係につき、検討していく。(117)

（a）「検索サービスの性質」について

本稿の随所で言及することではあるが、近時、様々な分野で研究・開発・実用化のすすむ、特に深層学習型のＡＩは、開発者でさえも予測できない動作をすることが避けられないうえ、その判断過程の検証が非常に困難である、つまり「ブラックボックス」となっていることが指摘され、それが「（ある種の）ＡＩの本質的な特徴」であるとも言及される。(118) そのため、ＡＩの自律的な判断について真に予見不可能なのであれば、そのようなＡＩの判断等については、開発者としても問題行動の回避策を講じて事故を未然に防止することは不可能となりかねない。従ってＡＩが何らかの事故を起こしたとしても、開発者等の過失が認定されず、その不法行為責任は成立しないだろうことが懸念されている。(119) そのため、ＡＩのプログラム等に関する過失があったとの立証責任を被害者側に負わせることは酷であることが指摘され、(120) 日本においてもこの問題の解決策、特に無過失責任や無過失補償の可能性につき主に（立法論の観点から）議論されている。(121) これがすなわち、調査官解説にて言及される、プログラムによって自動的に稼働するロボット型検索サービスの性質（に

由来する問題）と理解することができる。

このような過失の立証困難については、民事上の判例・学説は、これまでも検討してきた通り、様々な場面について対応してきた[122]。そのような発想を応用すれば、本件のような、高度なアルゴリズムが関わる事案についても過失の立証困難という課題は緩和される可能性がある。しかしながら、本決定はそのような、過失要件による対応はせず、あくまで違法性要件において過失を考慮しないかたちで対応する道を選んでいる。このような本決定の判断の裏には、単にプライバシー侵害について判例が爾来違法性を主たる基準としていた以上の理由があるのではないだろうか。

第一に、ロボット型検索エンジンに起因するプライバシー侵害の場合、本件債務者が主張するように、古典的なプライバシー侵害と比べると、（債務者側の「人間」の）意思的な連関は必ずしも強くはない。そのため、本件はシステムの設計・管理に関する、過失不法行為（なかでも不作為不法行為）が問題となりうるものであるとも評価できる。そのことを前提に、例えば平成二十九年一〇月判決のように過失を争点のひとつとしてしまうと、アルゴリズムの性質上、被害者側にとっては結果回避義務違反の立証が不可能でなかったとしても非常に困難であって酷となるという問題が生じうる。この課題を克服するために（一般的な）過失の高度化を行うとしても、本件では被侵害利益がプライバシーであって、公害の場面のような生命・健康は必ずしも直接的には侵害されていないという問題があり、あるいは情報共有に関する信認義務の問題とするとしても、検索サービス事業者と原告との間には、情報共有に関する特殊な関係は必ずしもあるとはいえない。かといって本件を純粋に従来通りの個別的比較衡量の問題と扱うとすると、第二に、検索サービス事業者のような実質的には情報発信者とはいえない主体の行為について、典型的な情報発信者を想定する比較衡量の基準を適用するのは妥当でない、とする批判に応じなければならなくなる。

そこで本決定は、「検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する」と判断することで、シス

テムの設計・管理に関する客観的注意義務が主要争点となりかねない事態（のみならずシステムの構造そのものの詳細な検討）を回避し、さらに、表現行為にまつわるプライバシー侵害の延長線上で責任の成否を判断することを可能にしたのである。ここでは、アルゴリズムのプログラミングの問題に対しては、結果回避のための（予防原則に基づく）高度な調査義務を加害者側に要求できないという価値判断がある可能性もあろう。

つまり、本決定は、本件が高度なアルゴリズムを活用したシステムに関する事案であるからこそ、違法性要件において考慮要素の操作を行っており、本類型では「過失」を問題にしないという姿勢が窺われるのである。(123)

（b）「検索事業の重要性」について

平成二九年一月決定の示した違法性判断の特徴は、過失の不考慮のみにとどまらない。本件で問題になっているような高度なアルゴリズムを活用するサービスが社会的に重要なものとなっていることは周知のとおりであるが、調査官解説では、この事情についても本決定の（被侵害利益と比較衡量される利益としては）考慮要素から除外されていることが示唆されている。その意義としては、違法性要件の性質そのもののとのかかわりがある。

違法性要件は、七〇九条の条文では必ずしも求められない要素――特に今日では、加害者側の事情――をも勘案する要件として機能している。そうすると場合によっては、何らかの公共的な利益と個人の利益の衡量が結果として加害者側の利益の保護に傾き、不当にも被害者の救済につながらないという課題が発生しうる。この点については、前述のとおり、権利を擁護する立場（権利論）から根源的な批判が夙になされてきたところである。

検索サービスの社会的重要性を特に本件原審の判断ほどは直截的には考慮しないという方向性を採用した本決定の判断は、このような権利論の批判を（あくまで違法性要件の中でではあるが）一定程度取り込むものであると評価できる。

このことは、様々な情報サービスを寡占的に提供する事業者が「プラットフォーマー」という国家を超えうる存在として独自の地位を確立しつつある昨今においては、非常に意義深い。しかしながら、あくまでそれは、高度なアルゴリズムを活用するシステムそのものの公益性を考慮に入れないということであって、児童買春に係る情報を知る側（及び伝える側）の利益と、その事実を知られたくない者の利益を比較しないというところまでは踏み込むものでは決してないことに留意が必要である。このことは、表現行為類型以外の情報分析類型では、例えば、事業者が情報システムを活用することによってその充実化を図る、生命・身体・健康と結びついた平穏生活権とプライバシーとを比較衡量することにつながることとなろう。

（c）小括

平成二九年一月決定は、違法性要件における過失とサービスの公益性の不考慮と引き換えに、「被侵害利益優越の明白性」要件を課すことにより、バランスをとっている。より敷衍すると、次の通りである。

本決定が示した違法性判断における「被侵害利益優越の明白性」の意義は、違法性判断に当たって被害者救済のために特定の事情を敢えて考慮要素から除外する場合に、加害者側の責任認定の下限が下がりすぎないようその他の考慮要素の検討が相対的に重要になることを示す（符牒にすぎない）ものであり、決して被害者側に単に厳しい要件を加重するものではない。具体的には、本件では、①検索システムは高度なアルゴリズムを活用しているが、当該システムに由来する不法行為責任については事業者の結果回避義務違反を立証することが困難かもしれないという事情と、②検索システムがすでに人口に膾炙し、その社会的重要性が非常に大きなものになっているという事情が具体的考慮要素から排除されており、それゆえにバランスが求められているのである。

この理解を前提に、次にプライバシー侵害類型における違法性要件と過失要件の役割分担につき、試論を示すこととする。

四―三　プライバシー侵害における「違法性」と「過失」のすみわけに関する一試論

既述のとおり、不法行為法基礎理論における違法性要件・過失要件の意義については、混迷状況と評される状況に至って久しい。一方では、違法性一元論が主張され、他方で過失一元論が主張されている。このような状況を前提として、それぞれの理論構成（特に新受忍限度論と過失の高度化論との対立）に伏在する発想の違いにつき、公害問題に関する不法行為責任の場面を念頭に、「公害を、現代社会においては（経済的・技術的な面から）不可避的に生ずる現象であり、場合によれば、ある程度までは相互に受忍しなければならない（少なくともそのような現象をも含む）ものとみるか、公害においては加害者と被害者に立場の対等性や互換性がなく、被害も生命・健康被害などの絶対的損失が中心となるので、相互の受忍ということはありえ」ず、侵害は原則として防止すべきと「考えるかの違い」があったであろうことを指摘するものがある。(124)

この指摘はあくまで、新受忍限度論と過失の高度化論をそれぞれ別の理論構成として評するものである（そして公害訴訟の多くの判決が過失の高度化理論を採用したことを評価するものである）。この発想を、近時の、違法性と過失を使い分けるプライバシー侵害の判例法理に当てはめると、同様に、新受忍限度論的に比較衡量の問題として考えている類型については、現代社会においては不可避的に発生する現象であり、ある程度まで相互に受忍しなければならない場面もあると考えており、過失要件で検討している類型については、相互の受忍ということはありえないと考えていると解釈することができる。そうすると、最高裁は、（表現の自由という重要な価値のかかわる）表現類型のみならず、

ＡＩの情報分析（ビッグデータ分析）類型についても我々には社会的に受忍すべき一定の状況があるとしており、客観的な注意義務の違反を問題にする情報漏洩・不正提供類型については、そうではないと考え始めているということになる。(125)

以上の議論を縁としつつ、近時のプライバシー侵害の判例法理の特徴をいま一歩踏み込んで整序すると、次のようにいえるのではないか。

すでに検討した通り、過失要件は、客観的な注意義務（結果回避義務）の違反を問題とするものであり、その基礎には（抽象的な）「社会の信頼」がある。これは局面によっては、結果を回避するにあたっての事前の配慮（調査義務）も課される高度なものとなる可能性もある。この要件を問題とする情報漏洩については、いわゆる相対的利益と評価されるプライバシーに〝係る情報〟、すなわち必ずしもプライバシーそのものではない（ためより小さな価値しかないと措定されかねない）情報の管理についても、今日では、情報産業の事業者等に対して高度な注意義務を求めている。その理論的根拠のひとつとして、当事者間の情報共有に関する関係性が挙げられる。この点、この注意義務は客観的なものであり、一定の普遍性をもって類似の事案に波及することになる。その実質的な意義については、グローバルな情報社会を念頭に再定位しなければならない。すなわち、過失要件は、抽象的観点から行為の帰責性を判断し、客観性・普遍性を志向する帰責性判断の基準であり、今日においては、インターネットの分散性、越境性を踏まえたグローバルな社会においても、広く規範の遵守を求める意義を有するものと考えるべきなのである。

一方で違法性要件は、かつては権利要件の狭隘さを克服するために主張され、その後、公害等の事案で地域性等の個別事情や過失の立証困難という被害者側の特殊な問題を考慮するための要件として機能してきた。それがプライバシー侵害において、（基本的には国内に閉じたマスメディアのかかわる）表現行為類型において加害者側の利益・事情

（表現の自由）を衡量し、近時は（調査官解説によれば被害者の権利利益の保護の観点から）アルゴリズムのブラックボックス化に対応する姿勢を見せつつ、加害者側の事情を過度に考慮しないよう謙抑的な判断を示している。つまり違法性要件は、具体的観点から（も）行為の帰責性を判断し、事案の個別性への配慮を（より）志向する基準なのだと考えられる。これはインターネット社会における個別性、コミュニティの多様性等に配慮するものであると評価すべきなのである。

違法性要件においても、過失要件においても、潜在的加害者の行動の自由と潜在的被害者の権利との衡量はなされうる。しかし、その衡量の在り方、根本にある発想・志向性がこのように異なるのである。この点につき不十分ながら試論的な管見を開陳するならば、個別性への配慮を志向し、ある種の多文化主義的な取り扱いを行うことをも任務とする（不法行為法の）違法性要件は、普遍性を志向する近代法として制定された民法の条文に記載がなくとも、そのこと自体は不思議ではなく、判例法で認められていれば（現時点においては）充分であると再評価することも可能ではないだろうか。そしてこれが、リベラル・コミュニタリアニズムに基づく不法行為の基礎理論（の一端）であると考えることもできよう。今後は、以上の理論的整序を前提とした、違法性・過失二元論の精緻化を図っていく必要がある。

（113）沢井裕「差止と利益衡量」法律時報四三巻八号（一九七一）一一頁、好美清光「日照権の法的構造」ジュリスト四九四号（一九七一）一一八頁。
（114）野村好弘「受忍限度論について」公害研究一巻三号（一九七二）七一頁。
（115）淡路剛久『公害賠償の理論〔増補版〕』（有斐閣、一九七八）九八頁。
（116）同前、九二頁。

(117) 以下の議論については、拙稿・前掲注（41）にてすでに論じているところ重なるところも多い。

(118) 人工知能の性質については、本稿第三章のほか、日本の研究者による文献としては、松尾豊『人工知能は人間を超えるか』（角川ＥＰＵＢ選書、二〇一五）、樋口晋也・城塚音也『決定版ＡＩ　人工知能』（東洋経済新報社、二〇一七）、中川裕志『裏側から視るＡＩ』（近代科学社、二〇一九）等を参照。

(119) 平野晋「ＡＩネットワーク時代の製造物責任法」福田雅樹・林秀弥・成原慧（編著）『ＡＩがつなげる社会』（弘文堂、二〇一七）二六九頁。

(120) 例えば、伊藤博文「人工知能の民事責任について」愛知大学法学部法経論集二〇六号（二〇一六）六七頁。

(121) 自動車事故につき、藤田友敬「自動運転をめぐる民事責任法制の将来像」同（編著）『自動運転と法』（有斐閣、二〇一八）二七五頁、後藤元「自動運転車と民事責任」弥永真生・宍戸常寿（編著）『ロボット・ＡＩと法』（有斐閣、二〇一八）一六七頁。ロボット手術につき、弥永真生「ロボットによる手術と法的責任」同前書一八七頁。いわゆる「電子人格」の意義につき検討しながらも、強制保険や無過失補償制度の必要性を重視するものとして、栗田昌裕「ＡＩと人格」山本・前掲書注（38）二〇一頁。また、ＡＩ・ロボット時代における「総合救済システム」論の再検討の必要性に言及する研究報告として、赤坂亮太「不法行為法におけるＡＩの法的人格に関する検討」二〇一八年度人工知能学会全国大会（第三二回）。本稿筆者も、この争点に関する報告を行っている（拙報告「総合救済システム論再考――いわゆる〝第四次産業革命〟を契機として」末川民事法研究会二〇一八年四月二二日）。

(122) 例えば、製造物責任に関する類型では、東京スモン訴訟第一審判決（東京地判昭和五三年八月三日判タ三六五号九九頁）、大阪スモン訴訟判決（大阪地判昭和五四年七月三一日判時九五〇号二四一頁）は被告に高度の予見義務を課し、カネミ油症事件判決（福岡地判昭和五二年一〇月五日判タ三五四号一四〇頁）は安全性確保義務を課し、あるいは松下テレビ発火事件判決（大阪地判平成六年三月二九日判タ八四二号六九頁）は過失の推定を行うことによって、責任の成立を認めてきた。

(123) しかしながらそれによって、加害者側に対し、結果回避にまつわる事前の調査義務を課す道も絶たれかねないという課題がある点には留意すべきである。

(124) 吉村良一「公害における過失責任・無過失責任」立命館法学二七一・二七二号下巻（二〇〇〇）一一一〇―一一一一頁。

(125) ＡＩによる情報分析にあたって、「ＡＩを監督するＡＩを適切に活用していたかどうか」という基準を設けることで、Ａ

Ⅰの情報分析にまつわる問題領域についても過失の問題として捉える可能性が開かれる。この問題につき判例法理をどう整序するかについては、なお開かれた問題であるといえよう。

第四款　小括

以上、本節では、日本不法行為法の基礎理論のうち、第二款で権益論、第三款で行為の帰責性判断（違法性と過失のすみわけ）について検討してきた。それをサイバー時代におけるリベラル・コミュニタリアニズムの観点からのプライバシー理論と総合することによって、次のような仮説が導かれた。

まず、権益論については、情報の提供に関する関係性からコミュニティを構想し、そのコミュニティとの（逆転）共生関係を前提に、情報共有を開くか、閉じるかを考えることになる。ここでは、ＩＣＴの発展に伴い、公（国家）と私（市場）の領域が絡まりあい、その区別が容易につかなくなっていることを踏まえつつ、従来念頭に置かれていた（基本的には国家の枠内に収まる）伝統的なコミュニティと、国家の枠を超えた（新たな）コミュニティの相互作用によるプライバシー観の形成を同定する必要がある。

次に、行為の帰責性判断（違法性と過失のすみわけ）の在り方については、高度な情報システムのかかわる場面について、本稿の理論研究と近時の判例法理を接合すると、次のようなことが言える。形式的な類型論としては、①ロボット型検索エンジン等、高度なアルゴリズムの情報分析については、違法性要件で対応し、②情報システムからの漏洩・不正提供は過失要件で対応することになる。

この点、過失要件に基づく行為の非難性はコミュニティを超えうる普遍性を志向するものであり、違法性要件に基づ

く行為の非難性はコミュニティ内に閉じる志向性をもつ場面もあることが肝要である。ここにいうコミュニティは、グローバル時代におけるコミュニティであり、伝統的な、単なる一国民国家の一地域・一家族をのみ意味するものでは必ずしもない（しかしながら、伝統的なコミュニティの観点を閑却するものでもない）。

一方で、一般不法行為法においては、権益侵害要件においても、コミュニティ等の多様性への配慮を行うこととなる。そこで不法行為責任の検討にあたっては、権益侵害要件＋過失要件で検討する際に、普遍性の入り込む程度が過度な場合には、違法性要件に置き換える、ということもありうる。しかし逆に、権益侵害要件＋違法性要件で検討することによって、コミュニティの抑圧が強まりすぎないよう、配慮する必要もある。

権益論におけるコミュニティへの配慮の度合いと、行為の帰責性判断（違法性と過失）におけるコミュニティへの配慮の度合い、これらの組み合わせによって、総合的なプライバシー保護の在り方が決まることになる。逆に考えると、問題となる行為の非難性につき、普遍的に妥当しうる志向を持つものと考えるか、コミュニティに閉じる志向を持つものと考えるかによって、帰責性判断の基準、すなわち過失か違法性かを選択することになることが、形式的な類型論の背景にある、理論的な含意として導かれる。これが不法行為法の違法性要件と過失要件の、少なくともプライバシー領域における今日の理論的意義であると考えられる。

第三節　私法上のプライバシーに関する一管見――近時の社会問題を素材として

ここでは、これまでの検討を前提として、近時、日本社会で物議を醸している象徴的かつ対照的な二つの社会問題をモデルケースとして、サイバー時代における私法上のプライバシー（の保護）の在り方につき管見を示す。ひとつは、

いわゆる「リクナビ」事件であり、ひとつは、新型コロナウイルス感染症の世界的流行である。これらの事案では、表現行為でもなく、単純な情報流出でもない、情報分析そのものの非難性が問題とされうる点が、特徴である。

第一款　リクナビ事件

一　事件の経緯

本問題は、就職情報サイト「リクナビ」を運営するリクルートキャリア社が、サイト登録者のウェブ閲覧記録等をもとに「内定辞退率」等のデータを算出し、企業に販売していたことが取り沙汰されたものである[126]。同社が無断でデータを提供した数は二万六〇六〇人分にのぼり、自動車メーカーや総合商社等、三八の大手企業がこのデータを購入したことが明らかになっている。

問題となったサービス「リクナビDMP[127]フォロー」は、二〇一八年三月から提供されていた[128]。これは、サイト登録者のウェブサイト閲覧履歴等を企業が一元的に管理、分析することにより、登録者ごとの嗜好や行動特性に合わせた広告を配信する等し、効率的なマーケティングを実現することを目論むものである。リクナビは本サービスを、単に広告配信にのみ利用するのではなく、さらに、就活生に対する「選考と内定という異なる段階でのフォロー」に活用することを考えていたという。具体的には、就職活動生の、「選考離脱可能性」と「内定辞退可能性」という二つの「スコア」を算出し、企業に提供していた。このスコアは、例えば、「選考離脱可能性」の高い応募者には企業が職場見学を手配する等し、「内定辞退可能性」が高い就活生に対しては社員が入社前のさまざまな相談に乗る等する、そのようなかたちでの利用が考えられていたという。これらのスコアは、過年度の就職活動生の選考状況や内定の諾否、企業や業界の

各種サイトの閲覧履歴等を用いてアルゴリズムを作成した上で、このアルゴリズムに対象となる就活生のデータを突き合せることで算出されていた。具体的には、リクナビだけではなく、外資就職ドットコム等の外部サイトや、リクルートが提供する「ＳＰＩ」をはじめとする多岐にわたる適性検査の結果も、スコア算出のために利用されていたという[129]。

この問題につき、個人情報保護委員会は、二〇一九年八月二六日付で、勧告及び行政指導を行った[130]。さらに厚生労働省は、学生本人の同意の有無にかかわらず、企業への同種のデータ提供は「学生の立場を弱め、不安を惹起（じゃっき）させ、就職活動を萎縮させる恐れが高いものと言わざるを得ない」とし、職業安定法につき、「情報主の同意があっても法律違反」という厳格な見方を示した[131]。その後、個人情報保護委員会は、継続調査によって、当該勧告等の原因となった事項以外にも個人情報保護法に抵触する事実が確認されたため、改めて勧告を行った[132]。

労働関係における採用時の調査とプライバシー・自己決定・個人情報保護の問題については、三菱樹脂事件に関する最大判昭和四八年一二月一二日[133]によって、採用時の調査の自由を広く認める立場が示されたものの、その後、日本の法規制の状況は特に特別法の領域において大きく展開している。特に一九九九年の職業安定法の改正によって、「その業務の目的の達成に必要な範囲内で求職者等の個人情報を収集し、並びに当該収集の目的の範囲内でこれを保管し、及び使用しなければならない。」（五条の四　第一項）との規定が盛り込まれている。学説でも、労働関係における使用者の調査の自由がプライバシー・個人情報保護の観点から制約を受けることに関しては、異論は見られないような状況にある[134]。

このリクナビ事件を一つのきっかけとして、就職活動の募集・採用過程における応募者等の個人に関する情報の保護の在り方について、特にＨＲテックを念頭に、再検討がなされ始めている[135]。本款では、ＡＩによる確率的推測と推測結果の不正提供に関する私法的検討――特に不法行為法上のそれ――を試みる。

二　不法行為法の観点からの若干の検討

本件で問題となっているのは、時系列順としては、就活生の選考過程における情報やウェブ閲覧履歴等の取得・収集、アルゴリズムによる情報分析により「選考離脱可能性」と「内定辞退可能性」といったデータを算出したこと、そしてそれを複数の企業に売却したこと、それによって選考過程において実際に不利に扱われた可能性があること、以上の四点である。

この問題につき、プライバシーに係る情報としてのセンシティブさについては次のように言える。まず、選考過程の情報やウェブの閲覧履歴それ自体の（少なくとも一次的な収集それ自体に関する）センシティブさは非常に高いものでは必ずしもない。これらについては、個々の情報が統合され、ボリュームが増していくにつれ、要保護性が高まることになる。次に、アルゴリズムの推測によって得られた内定辞退率等の推測データについては、職業安定法や個人情報保護法の規定、個人情報保護委員会の勧告、就職活動生や所属する大学等による反対運動の広まりを見るに、私法上のプライバシーとしても、センシティブな程度が高いと評価するに十分な社会的背景がある。

以上のプライバシーに該当しうる情報の（不正）利用につき、本件ではプライバシー侵害が成立するだろうか。以下、情報の不正提供の妥当性、情報の分析行為の妥当性という順序で検討していく。

まず、情報の不正提供の妥当性について検討する。ここでは、情報の提供にまつわる（高度な）注意義務の違反の有無が問題となる。

第一に、本件では、第三者に対する情報提供につき、同意をとっている利用者と、同意を必ずしもとることができていなかった利用者とがいたことが確認されている。その違いによって、不法行為責任の成否につき差を設ける立場もありうるが、本稿がそのような立場には必ずしもくみしないことは繰り返し述べる通りである。問題は同意の有無そのも

の（のみ）ではなく、本サービスに登録しないと事実上就職活動に困難をきたすということや、当該推測データにつき第三者企業に実際に売却・提供しており、その数も三八と少なくないことをどう評価するかにかかっている。この点、就職活動を充実した環境で行うためのサービスを広く社会に提供すべきであること、寡占的サービスであるということに託けて利用者を搾取することは慎むべきであること、売却先企業の数が決して少なくないこと等に鑑みると、本件行為の不当性は決して小さくはない。加えて、リクナビが（建前として）掲げる利用方法を提供先企業が守らず、就活生に不利な形でデータを活用する可能性にリクナビ側は思慮を及ぼし、特別な配慮をすべきであったといえることも考慮しなければならない。以上から、本件不正提供については、「適切な管理に対する期待」に反する過失があったと考えるべきである。

本件のように、採用の選考過程で活用することを前提とした情報提供の不当性については、普遍性を志向するものと考えるべきである。具体的には、物理的な地域や大学はもちろん、リクナビというウェブコミュニティに閉じる問題ではないと考えるべきである。このことからも、この類型を過失の問題と捉えることの規範的妥当性が導かれる。

次に、情報の分析行為の妥当性について検討する。

この点、平成二九年一月決定の判断構造からすると、その違法性の主張にあたって、システムの設計にまつわる注意義務違反（算出したデータの不正確性等）を被害者側が立証することは必ずしも求められていないと理解すべきである。ここで求められているのは、当該算出された情報について、センシティブであると法や関係者が捉えていることの立証なのである。また、企業側の反論として、本件データを活用することによる公共的利益との比較衡量がなされる可能性がある。しかしこの点についても、サービスそのものの利益を過度に考慮することは許されるべきではない。算出されたデータを利用する側の利益と、利用される側の利益について、経済的効率性のみを過度に重視しないよう配慮しつつ、

慎重に比較考量することが求められている。これらの点につき検討すると、本件内定辞退率等のスコアの算出目的も、実際の使われ方も、基本的にはあくまで企業の効率性を高めるものに過ぎないと評価できる。このような使い方については、結果として不当な差別や不平等をもたらす可能性があり、それを恐れる情報主の行動の萎縮をもたらすこととなる。本稿の観点からは、公衆衛生等の公共的利益に必ずしも資するわけでもないこのような行動変容を肯定することはできないため、情報分析それ自体につき違法性があり、プライバシー侵害に該当すると考えるべきである。

第二款　新型コロナウイルス感染症対策

一　新型コロナウイルス感染症の世界的流行の経緯

二〇一九年末より、新型コロナウイルス（SARS-CoV-2）の感染による、急性呼吸器疾患（COVID-19）が発生し、世界的に流行している。当初、中国中部の湖北省武漢市で原因不明のウイルス性肺炎の症例が続出して以降[136]、感染は中国以外の（日本を含む）アジア諸国、欧米諸国へと広まり、その後、それ以外の世界各地にも拡大している。

二〇二〇年一月三一日、世界保健機構（WHO）は「国際的に懸念される公衆衛生上の緊急事態」を宣言し[137]、同年二月二八日には、この疾患が世界規模で流行する危険度を最高レベルの「非常に高い」に引き上げた[138]。そして三月一一日、ついに、テドロス事務局長は本感染症の流行を「パンデミック（世界的流行）相当」との認識を表明した[139]。その後、感染の影響は断続的に長期化することが見込まれるようになっている。

これまで世界各国で、旅行制限、検疫、外出禁止令等の公衆衛生上の対応措置が採られている。具体的には、中国では、感染源となった武漢をはじめとするいくつかの地域が〝封鎖〟され、様々な外出禁止措置が取られているほか[140]、日

本では当初、感染者を含む乗客を乗せた英国船籍のクルーズ客船が検疫を受けた[141]。その他にも、市中感染が進行中の地域への渡航に対する各国政府機関による注意・警戒情報等の発令や、感染地域からの渡航の制限・停止がなされる等、規制の強化が世界中で進んでいる[142]。その他、国内の（短距離の）移動についても、例えば鉄道駅等で体温チェックがなされる等したり[143]、不要不急の往来の自粛が要請されたりもしている[144]。

これらの人的移動制限措置は、世界同時不況をも齎している。日本では、二〇年の一月から三月までのＧＤＰの伸び率の平均値が年率マイナス二・八九％と試算され、二期連続でマイナスとなり、「リーマンショック以来の水準」、「東日本大震災以来のマイナス」等と、経済指標も相次いで厳しい状況が示されている[145]。ニューヨークの株式市場も、急速な値下がりによる取引の自動停止を繰り返し、大幅な値下がりが続いた[146]。その後の情報では、コロナ危機が本格化した四～六月期の日本のＧＤＰの二次速報は、物価の影響を除いた実質（季節調整値）で一～三月期比で七・九％減、年率換算では二八・一％減だとされている[147]。このように、公衆衛生が経済的効率性にとって重要な条件であるということが（改めて）明らかになっている。

このような状況において、本稿の問題関心と関連のある動向としては、新型コロナウイルス感染症対策の新たなＩＣＴが続々と開発・運用されはじめていることが挙げられる。例えば中国では、移動情報等のビッグデータを分析することで感染者との濃厚接触の可能性を判定するアプリが運用されているようであり[148]、米国ではスマートフォンの位置情報の活用について議論が起こり[149]、日本でもＡＩ搭載の多人数同時高精度体温検知システム[150]や接触感染アプリ[151]の活用が始まっている。そしてこのような技術の開発には、グローバルに展開する巨大ＩＴ企業の役割が非常に大きなものとなっている[152]。この点、これら新たな技術の積極的な活用に対しては、プライバシーに関する深刻な懸念が表明されてもいる[153]。しかしながら一方で、ＷＨＯの事務局長が「感染拡大を抑えるためには感染が疑われる人を隔離し、検査し、治

療し、感染ルートを追跡しなければならない。隔離や検査などの措置は、すべての国で対策の柱とされるべきだ」[154]とするように、このような技術の積極的な活用が求められてもいる。他方で、先述のクルーズ客船の乗客の顔写真をテレビ局が当人に許可なく番組で使用したことにより、当該元乗客が三回のＰＣＲ検査で陰性だったにもかかわらず生活の様々な局面において差別的取り扱いを受けていることが明らかになったり[155]、その他ネット上の「特定」等によって迫害の原因になったり、感染者に対する様々な差別等が各地で起こってもいるため[156]、情報の適切な共有の在り方については、予断を許さない状況にある。そんな中、愛知県が感染者の個人情報をホームページに誤掲載したことも問題となっている[157]。

これらの事例は現時点では民事的な争訟に発展しているものでは必ずしもないが、現時点において私法の観点から感染症のパンデミックとプライバシーの問題について検討することにも、少なくない意義が認められるだろう[158]。二〇〇三年のサーズ（ＳＡＲＳ）、二〇一二年のマーズ（ＭＥＲＳ）、そして今回と、定期的に新型コロナウイルス感染症の広域的な流行が起こっていることに鑑みるに、本論点については、一過性の問題としてではなく、将来また起こる可能性のある課題として検討する必要もあろう[159]。

二　不法行為法の観点からの若干の検討

ここで問題になるのは、感染症対策のために行動履歴等の情報を収集・蓄積し、それを情報システムで分析することが許されるか、そしてそれを同意なく行う場合はどうか、さらにそのデータの流出・二次的利用についてどのように考えるか、という点である。はたまた、感染者に関する情報についてエンドユーザーがインターネット上で共有し、匿名性を剥ぐ「特定」行為等につき、いかに考えるかも問題となる。

そもそもの前提として、感染症対策を行うにあたって、病原体の性質や感染拡大の状況等に応じた感染制御のための目標（つまり、公衆衛生の在り方）をいかに定めるかが重要であることが指摘されている[160]。すなわち、ⓐいわゆる実行再生産数を一未満にすることで感染症の完全制圧を目指す方針、ⓑ感染症の拡大を許容し、いわゆる「集団免疫」の獲得、すなわち一定数以上の住民が既感染となるか免疫を獲得した状態を目指す方針、ⓒそれらの中間として、一般住民に一定の行動制限をかけて感染を遅らせはするものの、完全制圧は目標とせず緩徐な感染拡大を許容し、長期間をかけて集団免疫の獲得を目指す方針、大きくわけて以上の三つのうちから、今回の新型コロナウイルス感染症に対してどのような戦略を用いるかが問題となる。例えば、エボラ出血熱のような危険性の極めて高い（日本にとって）外来の病原体に対しては水際対策を中心とするⓐの完全制圧を目指す方針が妥当するであろうし、通常の風邪や季節性のインフルエンザであれば、ⓑの集団免疫の方針が妥当しうる[161]。

この課題設定は、感染症対策とプライバシーの調整の問題にあたっても同様に重要である。特に本稿が念頭に置く、ICTの積極的な活用とプライバシーとの調整においても、そもそもそこで問題となっている感染症がどのようなものであるかによって、活用される情報システムの在り方に大きな違いが生じるからである。

まず、新型コロナウイルス感染症にまつわる情報のセンシティブさの程度について検討すると、感染症に罹患しているか否か、罹患しているとしてその病状はどうか等という情報は紛れもない医療情報であるため、本来であれば高度にセンシティブな情報であり、プライバシー該当性は非常に高い。しかしながら、（これまで明らかになった情報によると）新型コロナウイルス感染症は飛沫により感染する、比較的感染力の強いものでありながら、ワクチンや特効薬は現時点で存在しないという課題のある病である。そしてその感染は世界的に拡大しているうえに、日本国内においても（地域によってムラがあるものの）全国的な拡大がみられる。そのため、公衆衛生を達成するために、その要保護性に一定の

制限がかけられることは避けられず、情報の取扱いに当たって情報主体の自由意思に完全に依拠しなければならないものでは必ずしもないことは確かであろう。個人情報を利活用する情報システムにより、従来の感染症対策をより効率的に実施できるようになったり、これまで不可能であったような施策が実現できるようになったりする可能性があるからである。

それでは、いかなる行為がプライバシー侵害に該当するか。

まず、同意のない取得や二次的利活用について、日本の個人情報保護法（一三条）のみならず、プライバシー保護の程度の高いEUのGDPR（二三条）においても、公衆衛生に適う利用については例外事項として規定されていることは踏まえなければならない。例えばいわゆる「接触確認アプリ」を個人の端末にどのように導入するかという点については、前述の感染症対策に関する目標ⓐ～ⓒを踏まえつつ、その目的に適い、プライバシーの制限が最低限度にとどまるような利用であるかどうかを検討することになろう。この観点からすると、日本の「COCOA」については、氏名等の個人情報は収集されず、位置情報等個人が特定されうる情報は記録されず、陽性者との接触情報は中央サーバーでマッチングされるわけではないため[162]、そもそも情報主の意思やプライバシー・個人情報に配慮した設計となっていると評価できる。そうであるがゆえにそもそも狙いとする効果を達成できるかにつき疑義があるものの、プライバシーの問題としては、システムの利用自体が即座に不法なものと評価されるとは考えづらい[163]。このようなアプリを含む情報技術を活用することによる行動変容も、公衆衛生にかなうものであり、その要請が過度でない限り、本稿の立場からすると原則として問題とはならないと評価できよう。

しかしながら、このような公衆衛生を根拠とするプライバシー保護に対する例外は、ネット上の「特定」行為や、それに基づく「自粛警察」等感染者に対する差別・迫害行為一般を擁護するものでは決してない。この問題については、

日本政府の危機管理能力の欠如、法的強制の回避によって法の支配が掘り崩されていることを慨嘆し、政府が法的強制力を伴う危機管理対策を実行していればこのような社会的同調圧力による専制は抑制されていたとする見解[164]がある一方で、政府よりもむしろ大衆がより強力な緊急事態宣言を望んでいた日本の現況を踏まえるときには、理想を言えば強制力よりは自粛――権力性を内面化しただけの自粛ではなく、市民としての自己拘束――が求められるとする見解[165]もある。国家やそれ以外――ここではプラットフォーマーや新たなＩＣＴ、例えば人工知能そのもの――に強力な権威を求めることを警戒し、プライバシー観の醸成についてはコミュニティに一定程度委ねながらも、「自粛警察」のようなものは、コミュニティの圧力が強くなりすぎている例として、個別に不法行為法上の問題として対応することが求められよう。

最後に、ここで得られた医療情報を、公衆衛生とは必ずしもかかわらない、何らかの信用スコア等の算出のために紐づけることも防止されるべきであろう。現に、「コロナ差別」として、新型コロナ罹患者や罹患者ではないにもかかわらず同じ属性を有する者（例えば、同じ○○大学生、同じ医療関係者という職業、等）について、入店拒否や解雇等の問題が発生しているが、このような行為につき一層効率化するようなシステムの開発は、厳に慎まなければならないことを指摘するのも、無駄ではないだろう。当然、情報漏洩もあってはならず、そのために私法の果たす役割は小さくはないはずである。あくまで、本件情報は、公衆衛生を向上させるために必要な限りで、活用・共有されなければならない。

ハンセン病患者に対する差別的な規定を多く含む「らい予防法」の例を挙げるまでもなく、国家による不当な抑圧・コミュニティによる不必要な迫害は、本場面においても抑止されなければならない。

第三款　小括

このように、今日では、表現行為にかかわらない、情報分析によるプライバシー侵害の問題が社会問題化している。これらの問題は、現時点では必ずしもすべてが私法上の争訟として現れているわけではないが、私法上の理論研究による精緻な議論が求められていることは明らかであろう。本稿では紙幅の都合や（コロナ禍における）資料収集の限界もあり、これらの問題に関する検討は簡潔なものにならざるをえず、基本的には本稿で示した理論構成との整合性の確認に終始してしまった。より詳細な検討については、他日を期したい。

（126）嶋井健太「検証！『リクナビ』問題」ＮＨＫ ＮＥＷＳ ＷＥＢ（二〇一九年一二月二六日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20191226/k10012229231000.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）参照。

（127）ＤＭＰは「データ・マネジメント・プラットフォーム」の略。

（128）本サービスの詳細については、慶応塾生新聞会「《違法サービスはなぜ生まれたか　ルポ・内定辞退予測》（上）合否・『オワハラ』への影響は　リクナビと行政、食い違う説明」慶応塾生新聞（二〇二〇年二月二九日）参照。〈https://www.jukushin.com/archives/40675〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）参照。

（129）慶応塾生新聞会「《違法サービスはなぜ生まれたか　ルポ・内定辞退予測》（中）外就、みん就、ＳＰＩ　吸い取られるデータ」慶応塾生新聞（二〇二〇年三月二日）〈https://www.jukushin.com/archives/40690〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）参照。

（130）個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律第四二条第一項の規定に基づく勧告等について」個人情報保護委員会ウェブサイト（二〇一九年八月二六日）〈https://www.ppc.go.jp/files/pdf/190826_houdou.pdf〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

（131）産経新聞ニュース「同意得ても法律違反　厚労省のリクナビ行政指導」（二〇一九年九月六日）〈https://www.sankei.com/life/news/190906/lif1909060033-n2.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(132) 個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律に基づく行政上の対応について」(二〇一九年一二月四日)〈https://www.ppc.go.jp/files/pdf/191204_houdou.pdf〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(133) 民集二七巻一一号一五三六頁。

(134) 労働関係、特に採用時における個人情報の利用と保護に関する近時の比較法研究として、例えば、河野奈月「採用の局面における個人情報の利用と保護――米仏の情報収集規制の比較法的検討」論究ジュリスト三三号(二〇二〇)一二四頁。

(135) 例えば、竹地潔「リクナビ内定辞退率販売事件――現行法の対応と今後の課題」法学教室四七二号(二〇二〇)五七頁、工藤郁子・荒井ひろみ・江間有沙「採用におけるプロファイリング・サービスの倫理的課題」人工知能学会全国大会論文集(第三四回全国大会・二〇二〇)〈https://www.jstage.jst.go.jp/article/pjsai/JSAI2020/0/JSAI2020_4N3OS26b02/_pdf/-char/ja〉、弁護士ドットコムニュース「批判が噴出した『Yahoo スコア』問題、板倉陽一郎弁護士が考える論点」(二〇二〇年六月一五日)〈https://www.bengo4.com/c_23/n_9764/〉(最終アクセス二〇二〇年九月九日)等。

(136) CNNニュース「原因不明のウイルス性肺炎、中国・武漢で感染者続出　新型ウイルスか」CNN.co.jp(二〇二〇年一月七日)〈https://www.cnn.co.jp/world/35147669.html〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(137) Medical Tribune「新型コロナ、WHOが緊急事態宣言」(二〇二〇年一月三一日)〈https://medical-tribune.co.jp/news/2020/0131524120/〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(138) BCCニュースジャパン「新型ウイルスの世界的危険度、最高レベルに引き上げ＝WHO」(二〇二〇年二月二八日)〈https://www.bbc.com/japanese/51685708〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(139) ロイター「新型コロナは『パンデミック』に相当、WHO事務局長が表明」(二〇二〇年三月一一日)〈https://jp.reuters.com/article/coronavirus-who-pandemic-idJPKBN20Y2PC〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(140) NHK NEWS WEB「中国 武漢封鎖から1か月 住民の厳しい外出制限続く」(二〇二〇年二月二三日)〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200223/k10012297961000.html〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(141) NICOLE KOBIE「『ダイヤモンド・プリンセス』が、新型コロナウイルスの〝危険地帯〟になった3つの理由」WIRED.jp(二〇二〇年二月二一日)〈https://wired.jp/2020/02/21/diamond-princess-coronavirus-cruise-ship-japan/〉(最終アクセス二〇二〇年三月一九日)。

(142) ＮＨＫ ＮＥＷＳ ＷＥＢ「日本からの渡航者に入国制限 75の国と地域に」（二〇二〇年三月一七日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200316/k10012333741000.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(143) 日本の例として、ＮＨＫ ＮＥＷＳ ＷＥＢ「乗車前にサーモグラフィーで顔温度チェック 都営地下鉄」（二〇二〇年三月四日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200304/k10012313091000.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(144) 例えば、大阪府知事により、大阪・兵庫間の往来に関する自粛要請がなされている。笹川翔平、高橋大作、青瀬健「大阪―兵庫間の行き来、３連休中の自粛要請 大阪府知事」朝日新聞デジタル（二〇二〇年三月一九日）〈https://www.asahi.com/articles/ASN3M5X1TN3MPTIL01Q.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月二一日）。

(145) 影圭太、坪井宏彰「世界同時不況のおそれ？ 新型コロナで景気は…」NHK NEWS WEB（二〇二〇年三月一七日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200317/k10012335671000.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(146) ＮＨＫ ＮＥＷＳ ＷＥＢ「ＮＹ株式市場 急落で一時売買停止 過去最大の値下がり幅記録」（二〇二〇年三月一七日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200316/k10012334511000.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(147) 山本知弘「ＧＤＰ落ち込み『戦後最悪』 回復まで三～五年の見方」朝日新聞デジタル（二〇二〇年九月九日）〈https://www.asahi.com/articles/ASN987DZLN98ULFA00Q.html〉（最終アクセス二〇二〇年九月九日）。

(148) 中国の例として、ＢＣＣニュースジャパン「新型ウイルス感染の可能性を確認 中国の『濃厚接触』アプリ」（二〇二〇年二月一三日）〈https://www.bbc.com/japanese/51484377〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(149) Craig Timberg, Elizabeth Dwoskin and Tony room, *U.S. government, tech industry discussing ways to harness location data to combat coronavirus*, (Mar. 19, 2020) 〈https://www.seattletimes.com/business/technology/u-s-government-tech-industry-discussing-ways-to-harness-location-data-to-combat-coronavirus/〉 (last visited Mar. 19, 2020).

(150) 時事ドットコムニュース「【新型コロナ対策】最大30人の体温を同時測定、ＡＩ搭載の高精度体温検知システム」（二〇二〇年三月一七日）〈https://www.jiji.com/jc/article?k=000000001.000055490&g=prt〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

(151) 高橋暁子「新型コロナ接触確認アプリ「ＣＯＣＯＡ」 六割普及に必要なこと」ＮＥＷＳポストセブン（二〇二〇年七月一二日）〈https://www.news-postseven.com/archives/20200712_1576050.html?DETAIL〉（最終アクセス二〇二〇年七月

一三日）。

（152）関口聖「グーグルとアップルの『濃厚接触通知アプリ』ＡＰＩが登場、開発の課題は何だったのか」ケータイｗａｔｃｈ（二〇二〇年五月二二日）〈https://k-tai.watch.impress.co.jp/docs/interview/1253907.html〉（最終アクセス二〇二〇年七月一八日）

（153）ベンジャミン・パワーズ（著）、山口晶子（訳）「コロナ拡大のなか、大規模監視はプライバシーへの脅威となる」コインデスク・ジャパン（二〇二〇年三月一五日）〈https://www.coindeskjapan.com/43934/〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

（154）ＮＨＫ ＮＥＷＳ ＷＥＢ「ＷＨＯ『隔離と検査 感染ルートの追跡を』対策強化求める」（二〇二〇年三月一九日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200319/k10012339051000.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月一九日）。

（155）ｇｏｏニュース「『モーニングショー』、クルーズ船客の顔写真無断使用で謝罪も〝差別問題〟指摘で疑問の声」（二〇二〇年三月一九日）〈https://news.goo.ne.jp/article/npn/entertainment/npn-20000237.html〉（最終アクセス二〇二〇年三月二〇日）

（156）辻田真佐憲「脅迫・中傷・投石・落書き・密告…多発する『コロナ差別事件』の全貌」現代ビジネス（二〇二〇年四月三〇日）〈https://gendai.ismedia.jp/articles/-/72245〉（最終アクセス二〇二〇年八月五日）。

（157）その後愛知県は、該当者に損害賠償を支払うこととした。ＮＨＫ ＮＥＷＳ ＷＥＢ「愛知県 コロナ感染者の個人情報 ＨＰに誤掲載で賠償金支払い へ」（二〇二〇年五月二八日）〈https://www3.nhk.or.jp/news/html/20200528/k10012448871000.html〉（最終アクセス二〇二〇年七月一八日）。

（158）パンデミックと自己決定の問題について、公法及び基礎法学的見地から検討する近時の研究として、大林啓吾・大屋雄裕・瀧川裕英・鵜澤剛「パンデミックと法」法学セミナー七二三号（二〇一五）四三頁以下。

（159）新型コロナウイルス感染症の世界的流行に起因する、感染症対策の在り方に関する法的検討を行うものとして、例えば、米村滋人ほか「〔小特集〕感染症対策の正義と法」法律時報九二巻九号（二〇二〇）六一頁以下。

（160）民法（医事法）学研究者によるものとして、米村滋人「感染症対策の法的ガバナンスと専門家の役割」法律時報九二巻七号（二〇二〇）一―二頁。

（161）同前、二頁。
（162）以上については、厚生労働省「新型コロナウイルス接触確認アプリ（ＣＯＣＯＡ）」〈https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/cocoa_00138.html〉（最終アクセス二〇二〇年九月二七日）参照。
（163）「ＣＯＣＯＡ」について法学の観点から検討するものとして、例えば、曽我部真裕「『接触確認アプリ』の導入問題から見える課題」法律時報九二巻九号（二〇二〇）一頁。
（164）井上達夫「危機管理能力なき無法国家」法律時報九二巻九号（二〇二〇）六三―六五頁。
（165）江藤祥平「匿名の権力――感染症と憲法」法律時報九二巻九号（二〇二〇）七七頁。

第四節　結びに代えて

第一款　本稿のまとめ

以上、本稿では、ＩｏＴ・ビッグデータ分析・ＡＩ技術の発展した社会における、プライバシー保護の在り方について、アメリカのリベラル・コミュニタリアニズムの議論を参照しつつ、私法上の観点から検討した。その内容を今一度まとめると、次のとおりである。

本稿において設定した課題は、次の三点であった。①情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか、②情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、③利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか。それぞれ課題に対する本稿の応答を簡潔に示すと、次のとおりである。

課題①については、情報のサイバーネーション（自動処理）の統御、情報システムに施すアカウンタビリティの高度

化が求められる。具体的には、情報のセンシティブさ、ボリューム、サイバーネーション、アカウンタビリティの四要素をもとに、「プライバシー保護に対する合理的な期待」をより明確化した基準を定立するべきであり、特にセンシティブでない情報を活用したセンシティブな情報の推測（積極的なサイバーネーション）と、不適切なシステム構築による情報漏洩（消極的なサイバーネーション）につき、事業者の責任が問題となることが示された。

課題②については、「共同体を形成する動因としての信託関係としてのプライバシー」という発想を、プライバシーの権益構成の在り方そのものとしてではなく、その基礎にあるものとして受け止め、これを基礎とした、人とのコミュニケーションから「ほうっておいてもらう権益」構成（の発展形としての「社会生活の平穏」構成）と、情報システムの「不当なサイバーネーションに応答する権益」構成の二元構成を基軸とする。そのうえで、伝統的なコミュニティと情報社会における新たなコミュニティの在り方、両者の相互関係を踏まえた権益構成が求められる。この点、ここにいうコミュニティの価値観は、プライバシー保護のための判断要素のうち、特にセンシティブさの理解に影響を与えるものである。このような本稿の方向性は、脱アトム的個人主義の潮流や地域社会の観点を重視する見解をふまえつつ、人間と人工知能との相互作用を一定程度積極的に評価する立場から議論を一歩進めるものであるといえよう。

課題③については、衡量の対象となる価値については、第一に、ナショナルないしグローバルなレベルで最低限実現すべき共通の価値は何なのかを検討する段階と、第二に、地域等のコミュニティごとの多様性に配慮して形成される価値の保護の在り方について検討する段階があると措定すべきである。そのそれぞれの価値と、プライバシーの権益が、場面に即して比較衡量されることになる。この衡量の在り方は、プライバシー侵害が問題となっている具体的場面――例えば、個人のプライバシーがコミュニティや国家に侵害されているのか、あるいは、国家やグローバル市場の要請との関係でコミュニティのプライバシーが問題となっているのか等――に即して、調整されるべきものである。

さらにここで得られた知見を、不法行為法の基礎理論に接合することも試みた。それにより、権益構成におけるコミュニティの役割が複雑化していることが示され、違法性・過失要件の二元的構成の理論的整序につき新たな視角を得られた。それぞれにつき要約すると、次のようなものとなる。

権益論については、次の知見が得られた。ＩＣＴの発展に伴い、公（国家）と私（市場）の領域が絡まりあい、その区別が容易につかなくなっていることを前提として、従来念頭に置かれていた（基本的には国家の枠内に収まる）伝統的なコミュニティと、国家の枠を超えた（新たな）コミュニティの相互作用による権益の形成を同定する必要がある。

この点、グローバル企業がけん引するプラットフォームの浸透に伴い、国家の枠を超えた（宗教団体等とはまた異なる）中間団体の醸成する公共的利益を、国家がどう受け止めるかという課題が生じていることが示された。この問題は、不法行為法の帰責論においては、権益侵害要件のみに閉じた問題ではなく、違法性・過失要件等と複合的な問題として検討する必要がある。

違法性・過失要件の理論的整序については、次の知見が得られた。違法性要件においても、過失要件においても、潜在的加害者の行動の自由と潜在的被害者の権利との衡量はなされうる。しかし、その衡量の在り方、根本にある発想・志向性が異なり、それぞれ、インターネット技術の分散性・越境性と、プラットフォーマーの役割等を踏まえ、過失要件はグローバルな情報社会に広く及ぶ普遍性を志向する帰責性判断の要件として、違法性要件はグローバルな情報社会にあってコミュニティごとの個別性や多様性に（も）配慮する余地を残した帰責性判断の要件として、それぞれ再定位されるべきである。

この点、近時の最高裁判例では、ＡＩによる情報分析が問題になっている局面（Ｇｏｏｇｌｅ検索結果削除請求）では違法性要件が、情報システムに施すセキュリティが問題になっている局面（ベネッセ情報流出事件）では過失要件が、

それぞれ問題とされている。つまり、本稿の枠組みからすると、サイバーネーションの問題では違法性要件が、アカウンタビリティの問題では過失要件が争点となっていると評価できる。今後はＡＩの統御をどこまで普遍的な社会の規範の問題とすることができるのか（違法性要件内で過失を顧慮しない対応はあくまで例外なのか、個別性への配慮のために引き続き求められるのか）が問題とされることになるだろう。

第二款　残された課題

以上、序章で掲げた課題に対し、試論ではあるが一定の方向性を提示し、私法上のプライバシー侵害及び不法行為基礎理論に対する示唆につき検討してきた。ここでは、本稿で必ずしも詳細に検討することのできなかった争点について、残された課題として触れておきたい（これまで随所で指摘してきたものについては、ここでは繰り返さない）。

まず、本稿の最後に示した管見は、あくまで現時点の技術の発展や判例法理等との接合を意識した検討に過ぎない。今後の展開に合わせて、不断の彫琢が求められており、場合によっては改説が求められることもあるであろうことにつき、指摘したい。例えば、本稿は、ＩｏＴ・ビッグデータ分析・ＡＩ技術とプライバシー・自己決定の関係につき論じるものであり、ブロックチェーンによるシステムの自動化と私法上のプライバシー・自律の関係は射程外である。

次に、本稿で得られた不法行為法の基礎理論への示唆は、効果論との兼ね合いを筆者の能力の限界ゆえに意識的に排除して検討している。しかしながら、被侵害利益優越の明白性の意義については、端的に、削除（差止）請求なのか損害賠償請求なのかという効果論の観点から理解することも可能である。よって、効果論との兼ね合いも踏まえた総合的な検討を行う必要がある[166]。

そして、すでに別稿にて指摘しているように、平成二九年一月決定の示した違法性要件に関する法理は、プライバシー侵害以外のＡＩの係る問題領域に及ぶ可能性があるため、その点に関する理論研究も行う必要がある。

また、本稿で展開した違法性と過失要件のすみわけに関する試論は、あくまでプライバシー侵害という一領域における主として二つの判例の検討の結果導いたものに過ぎず、牽強付会の憾みが強い。この問題を克服するためには、今後のプライバシー侵害に関する事案の蓄積を踏まえた再調整が必須であるし、この試論を不法行為の基礎理論一般の問題として敷衍するためには、他の領域の判例を踏まえた総合的研究を行う必要もある。

さらに、本稿はあくまでプライバシー侵害に論点を限定したが、見守りサービス等のＩＣＴや「ＡＩを監督するＡＩ」の活用については、例えば七一五条の使用者責任や、七一四条の監督義務者責任のみならず、より広い意味での（新たな）「七〇九条の監督義務」という視角から、さらなる研究を行うことも可能であろう。

本稿においても言及したように、ＡＩ・ロボットのかかわる不法行為類型については、立法論において、無過失責任・無過失補償制度に関する議論が進んでいる。本稿にて示した試論を、このような議論と整序し検討する必要性もある。

最後に、ＡＩによる情報分析を活用する社会が発展することで、金融資本の重要性が低下し、経済が金融資本主義から「データ資本主義」へと軸足を移し、市場の在り方が変動していくとの指摘がなされてもいる[167]。このことを踏まえるならば、土地や貨幣に係る財産権の保護を第一義的に考える近代法の前提を、いよいよ改める必要性がでてくるかもしれない。この「データ資本主義社会」においては、近代法の法秩序を前提にプライバシー権を財産権化するのではなく、むしろ（人格的な）プライバシー権の保護を第一義的に位置付けたうえで権益論を抜本的に再構築する等、様々な研究を行う必要があるだろう[168]。

以上各点について、それぞれ、次の機会を期したい。

(166) この点、差止の請求根拠について、少なくとも判例は、生命・身体等の排他的な権利といえるものについてはいわゆる権利構成に立っていると理解できるものの、それ以外の利益については権利構成に立っているとは必ずしも言えない状況にあり、本稿の検討するプライバシーのような排他的というわけでもない利益については、侵害行為の態様（故意や過失等）を考慮せざるを得ないという理解もありうる。そのため、「にもかかわらず平成二九年一月決定は過失の要件を検討していないということが特徴である」とする本稿の理解は、差止の要件論に関する判例法理と少なくとも矛盾はしないであろうということは、ここで指摘しておきたい。

(167) Viktor Mayer-Schoenberger, Thomas Ramge, Reinventing Capitalism in The Age of Big Data (Basic Books, 2018). 邦訳として、ビクター・マイヤー＝ショーンベルガー、トーマス・ランジ（著）、斎藤栄一郎（訳）『データ資本主義』（ＮＴＴ出版、二〇一九）。

(168) このような研究の準備作業として、筆者は次の研究報告を行っている。拙報告「データ資本主義社会における『人』『物』概念の『交錯』と『転生』」民法学研究会（二〇二〇年八月二二日）。本報告は加筆修正のうえ、公表を予定している。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二四日授与）「サイバー時代におけるプライバシーの法理論――私法上の問題を中心に――」に対し、大幅に加除・修正を施したものである（本号掲載分の内容については、上記論文提出後の研究の進展や社会状況の変化を踏まえ、新たに書き下ろしたに等しい箇所も多い）。加筆した箇所については、日本私法学会第八二回大会における個別報告（二〇一八年一〇月）や末川民事法研究会における判例報告（二〇一九年一〇月）等、本研究にかかわる拙報告に対する質疑につき反芻し、その応答を試みたものである。そのため、拙報告に対しご指摘いただいた諸先生方に負うところ大である。記してお礼申し上げつつ、本稿の内容は尚も甚だ不十分なものなので、さらなるご叱正を乞いたい。

本研究（の一部）は、科学研究費補助金「不法行為法における『違法性』要件の意義再考：AI時代の到来を契機として」（20K13379）の助成を受けたものである。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 71 No. 4 (2020)
SUMMARY OF CONTENTS

Theory of Privacy in a Cyber Age.

Kazumasa KAKUMOTO*

This thesis examines the Japanese civil law protection of privacy in a Cyber age, by reference to Amitai Etzioni's sociological discussion (liberal communitarianism) in the USA. In recent years, digitization of the physical world's information is progressing by a combination of the Internet of Things (IoT), Big Data Analytics, Artificial Intelligence (AI). We are already living in "a cyber age" not in a paper age, so we need to discuss how to protect our privacy in a cyber age.

The questions are as follows: (1) we should impose what liability to companies in the information technology industry, (2) we should decide how we will balance our privacy against the public interest.

The findings of this thesis are as follows.

(1) It is essential that we prohibit excessive cybernation (processing, analyzing, sharing) of all information except insensitive personal information, and ban the use of insensitive information to divine sensitive information. we should also consider the degree to which various accountability mechanisms (e.g. firewalls, encryption, audit trails) impose limitation on cybernation. The more extensive and effective accountability measures are, the less cybernation occurs, and the better privacy is protected. And because of the "Black Box" problem of AI, the law in the cyber age requires new instruments much more than new laws itself. To enforce above regulations,

* Associate Professor, Ritsumeikan University College of Policy Science.

we should consider mandating the use of AI to audit and monitor AI surveillance programs.

For the better civil law protection of privacy in a cyber society, we should focus on the risks to privacy posed by the collection of high volumes of information of high sensitivity, paying special attention to the extent to which the information is cybernated. We should also verify the usefulness of using AI-assisted oversight as accountability to curb AI-enhanced cybernation.

(2) Privacy cannot be extended to the point where it undermines the common good (e.g. public safety, public health, and equality); conversely, duties set to maintain social order cannot be expanded to the point where they destroy privacy. Then, we should discuss the sensitivity of information. The concept that some kinds of information are more sensitive than others has been often articulated by privacy scholars. In each society, the legislatures and courts operationalize these differences in the normative standing of different kinds of information. So, the measurements of sensitivity should reflect the values of the society, in particular, "community" in question.

Japanese civil code article 709 provides the general rule of tort liability. Under this provision, The Japanese Supreme Court held that the standard of liability for privacy violation that (a) the wrongdoer infringed any right or legally protected interest of others [infringement requirement] (b) the defendant acted unlawfully[unlawfulness requirement], intentionally, or negligently. We should examine the sensitivity of information in the infringement requirement, balance the individual interests and the contributions to the common good in the unlawfulness requirement. This is basic policy of this problem based on which the interpretation and the operation shall be made. The interests of all parties (individuals, communities, nation, and global society) must be specifically balanced.

Overviewing the History of amendments of Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors

Joji Atsuya*

［対訳表示（テキスト）］

［原文］	［訳文］
目次	Table of Contents
はじめに	Introduction
第１章 下請法の目的及び制定の背景	Chapter 1 Purpose of the Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors and Background of Establishment of This Act.
第２章 下請法における中核概念	Chapter 2 Core Concepts of the Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors
第３章 親事業者と下請事業者の区分基準	Chapter 3 Definitions of Main Subcontracting Entrepreneur and Subcontractor
第４章 親事業者の遵守事項	Chapter 4 Compliance by Main Subcontracting Entrepreneur
第５章 親事業者に対する規制	Chapter 5 Regulations to Main Subcontracting Entrepreneur
第６章 公的規制（１）－報告及び検査	Chapter 6 Regulations of the Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors (1) − Collection of Reports and inspection
第７章 公的規制（２）－勧告	Chapter 7 Regulations of the Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors (2) − Recommendation
第８章 公的規制（３）－公表・罰則	Chapter 8 Regulations of the Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors (3) − Publication and penal provisions
第９章 下請法と独占禁止法との関係	Chapter 9 The Relation with the Act on Prohibition of Monopolization and Maintenance of Fair Trade
むすび	Conclusion
○参考文献	○References

* Attorney at Law, Emeritus Professor of Hokkaido University

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
吉田邦彦	北海道大学大学院法学研究科教授 南京師範大学兼職教授
岡部天俊	北海道大学大学院法学研究科助教
角本和理	立命館大学政策科学部准教授
庄司清太	北海道大学大学院法学研究科博士後期課程・ 日本学術振興会特別研究員
厚谷襄児	北海道大学法学研究科名誉教授

令和２年11月17日　印　刷
令和２年11月27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　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886
発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 71 November 2020 No. 4

CONTENTS

ARTICLES

The Right to Live in Peace ····· Masaaki SAITO 1

Problems and Theoretical Dilemmas of Immigration Law: From Civil Law (Property Law) and Citizenship Perspectives (1) ····· Kunihiko YOSHIDA 43

Lehre von Verwirklichung eines Sonderdelikts durch faktische Zusammenwirkung mehrerer (3) ····· Takatoshi OKABE 81

Theory of Privacy in a Cyber Age (7) ☆ ····· Kazumasa KAKUMOTO 326[1]

NOTES

Unpublic URLs and the Concept of "Act of Unauthorized Computer Access" ····· Takatoshi OKABE 109

Electoral System Formation in Scottish Parliament 1989-1995 : Cooperation between party and civil society (1) ····· Seita SHOJI 127

MATERIAL

Overviewing the History of amendments of Act against Delay in Payment of Subcontract Proceeds, Etc. to Subcontractors ☆ ····· Joji ATSUYA 185

[ ]···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