



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第73巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 73(6)
Issue Date	2023-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/88690
Type	journal
File Information	lawreview_73_6_all.pdf



北大法学論集

第 73 卷 第 6 号

論 説

- 「法人の人権」論の消失点 齊 藤 正 彰 1
- 信頼に値する規制の独立性と透明性 村 上 裕 一 23
- 契約責任法における責任内容確定の構造と方法（1）
—— 損害論の視角からの分析 —— 林 耕 平 55
- 日本の学問の自由とアメリカのアカデミック・フリーダム（2）
—— 高柳信一『学問の自由』再訪 —— 盛 永 悠 太 123
- 公権の現代化（4）
—— EU環境法における「個人の権利」とそのドイツ行政法に対する
影響を手がかりとして —— 谷 遼 大 232[1]

判 例 研 究

- 公法判例研究 菅 澤 紀 生 155
- 労働判例研究 植 田 達 167

* * *

- 権左武志教授の経歴と業績 辻 康 夫 191

2023(令和5)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷 襄 兒 (経済法)
 今井 弘 道 (法哲学)
 白杵 知 史 (国際法)
 遠藤 乾 乾 (国際政治)
 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 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 賢 (比較法)
 瀬川 信 久 (民法)
 高見 勝 進 (憲法)
 高見 進 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)
 長谷川 晃 一 (法哲学)
 林 靖 靖 (商法)
 林田 清 明 (法社会学)
 稗貫 俊 文 (経済法)
 人見 剛 剛 (行政法)
 藤岡 康 宏 (民法)
 藤原 正 則 (民法)
 古矢 旬 旬 (アメリカ政治史)
 町村 泰 貴 (民事訴訟法)
 松浦 正 孝 (政治史)
 松澤 弘 陽 (政治思想史)

松 久 三 四 彦 (民法)
 松村 良 之 (法社会学)
 宮本 太 郎 (比較政治経済学)
 宮脇 淳 淳 (行政学)
 山口 二 郎 (行政学)
 吉田 克 己 (民法)
 亘理 格 格 (行政法)
 教 授
 會澤 恒 恒 (比較法)
 池田 清 治 (民法)
 池田 悠 悠 (労働法)
 岩谷 將 將 (政治史) *
 上田 信太郎 (刑事訴訟法)
 宇野 二 朗 (行政学) *
 尾崎 一 郎 (法社会学)
 小名木 明 宏 (刑法)
 川村 力 力 (商法)
 ○岸本 太 樹 (行政法)
 桑原 朝 子 (日本法制史)
 児矢野 武 志 (政治思想史)
 権左 武 志 (政治思想史)
 ○齊藤 正 彰 (憲法)
 齋藤 由 起 (民法)
 佐々木 雅 寿 (憲法)
 佐藤 修 二 (行政法)
 嶋 拓 哉 (国際私法)
 城下 裕 二 (刑法)
 曾野 裕 夫 (民法)
 空井 護 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)
 中村 督 督 (ヨーロッパ政治史)
 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・ブラスラバ (知的財産法)
 林 誠 司 (民法)
 ○眞壁 仁 仁 (日本政治思想史)
 ○松尾 誠 紀 (刑法)

水野 浩 二 (法史学)
 三宅 新 新 (商法)
 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 広 志 (知的財産法)
 米田 雅 宏 (行政法)
 特任教授
 見野 彰 信 (法実務基礎)
 仲世古 善 樹 (刑事実務)
 新川 生 馬 (法実務基礎)
 林 賢 一 (民事実務)
 林 由 希 子 (民事実務)
 横山 和 可 子 (刑事実務)
 吉田 邦 彦 (民法)
 准教授
 ○伊藤 隼 隼 (民事訴訟法)
 開出 雄 介 (国際法) *
 郭 薇 薇 (法哲学・法社会学)
 川久保 寛 寛 (社会保障法)
 小濱 祥 子 (アメリカ政治史) *
 徐 行 行 (比較法)
 鈴木 敦 敦 (憲法)
 津田 智 成 (行政法) *
 土井 翔 平 (国際政治) *
 馬場 香 織 (比較政治)
 林 耕 平 (民法)
 前田 亮 介 (日本政治史)
 村上 裕 一 (行政学) *
 森 悠 一郎 (法哲学)
 山本 周 平 (民法)
 横路 俊 一 (民事訴訟法)
 助 教
 大串 倫 一 (憲法)
 鈴木 繁 元 (憲法)
 谷 遼 大 (行政法)
 盛 永 悠 太 (憲法)
 楊 廸 耕 (民法)
 林 償 紘 (刑法)
 郎 晴 晴 (比較法)

権左武志教授は、本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

ここに同教授の肖像を掲げて、多年にわたる本研究科へのご貢献に対し、厚く感謝の意を表します。

北海道大学大学院法学研究科



権左 武志 教授

「法人の人権」論の消失点

齊 藤 正 彰

問題の所在

最高裁は、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべき¹とし、また、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき²としている。憲法上の人権の享有主体が自然人に限られるかが問題となる法人についても、国民（国籍保有者）に限られるかが問題となる外国人についても、判例・通説は享有主体性を肯定したといわれる。しかし、人権の本質に照らして、自然人と対置される法人の人権享有主体性に関する議論（「法人の人権」論）には慎重な考慮が求められるのではなかろうか。

I 判 例

「法人の人権」論をめぐるのは、八幡製鉄政治献金事件判決（最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁）が、上掲の判示に続けて、「会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附も

¹ 最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁。

² 最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁。

まさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない」とした。

この判決の前年に、「アール・ケー・ビー毎日放送株式会社 外三名」の抗告申立人³に下された博多駅テレビフィルム提出命令事件決定（最大決昭44・11・26刑集23巻11号1490頁）は、「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕するものである。したがつて、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法二一条の保障のもとにあることはいうまでもない」とした。そして、本件で「報道機関が蒙る不利益は、報道の自由そのものではなく、将来の取材の自由が妨げられるおそれ」とどまり、「この程度の不利益は、報道機関の立場を十分尊重すべきものとの見地に立つても、なお忍受されなければならない」とした。

その後の三菱樹脂事件判決（最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁）、昭和女子大事件判決（最判昭49・7・19民集28巻5号790頁）、殉職自衛官合祀拒否訴訟判決（最大判昭63・6・1民集42巻5号277頁）等については、「法人の「人権」が相手方たる個人の「人権」に対置されることによって、法人と個人とは形式的に対等の関係に置かれ、私人双方の権利・利益主張を裁判所が比較衡量して裁くという図式」がみられるとされる⁴。

しかし、南九州税理士会事件判決（最判平8・3・19民集50巻3号615頁）は、「法人は、法令の規定に従い定款又は寄付行為で定められた目的の範囲内において権利を有し、義務を負う」が、「税理士会は、会社とはその法的性格を異にする法人であつて、その目的の範囲については会社と同一に論ずることはできない」のであり、「本件決議は、……被上告

³ 原審の福岡高決昭44・9・20高刑集22巻4号616頁における抗告人は、「金子秀三 外三名」である。金子氏は、当時のRKB毎日放送株式会社代表取締役社長である。

⁴ そして、「利益衡量に際しては、密かに団体主義的発想が忍び込みやすい」ことが指摘される（芹沢斉「人権」と法人の憲法上の権利の享有」青法38巻3＝4号（1997年）439頁）。奥平康弘「人権総論」について」公法59号（1997年）83頁も参照。

人の目的の範囲外の行為を目的とするものとして無効」とした。団体の規律権と構成員の権利の対立をめぐるのは、三井美唄炭鉱事件判決（最大判昭43・12・4刑集22巻13号1425頁）、国労広島地本事件判決（最判昭50・11・28民集29巻10号1698頁）、群馬司法書士会事件判決（最判平14・4・25判時1785号31頁）等が俎上に載せられる。これらの労働組合、税理士会、司法書士会も法人であるが、いずれの判例においても八幡製鉄判決の「法人の人権」論は引用されていない。

Ⅱ 学 説

学説においては、「人権は、個人の権利であるから、その主体は、本来人間でなければならない」けれども、「経済社会の発展にともない、法人その他の団体の活動の重要性が増大し、法人もまた人権享有の主体であると解されるようになった」として、「法人の活動が自然人を通じて行われ、その効果は究極的に自然人に帰属することに加えて、法人が現代社会において一個の社会的実体として重要な活動を行っていることを考えあわせると、法人に対しても一定の人権の保障が及ぶと解するのが妥当」とするのが通説的見解となった。もっとも、「人権は個人の権利として生成し発展してきたものであるから、それを法人に認めると言っても、限定的に解することが必要」であるとして、「人権規定は原則として法人にも各法人の固有の性格と矛盾しない範囲内で適用される」と説明されていた⁵。

学説は、アメリカの判例やドイツの憲法規定も参照し、また、明治憲法下の状況にも言及しているが⁶、法人の人権享有の根拠については、㊦法人の活動の効果は自然人に帰属するとの「自然人還元論」ないし「法

⁵ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第7版〉』（岩波書店・2019年）89-90頁。詳しくは、同『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・1994年）159頁以下。

⁶ ただし、「天賦人権説に立たない大日本帝国憲法にあっては、日本国憲法よりも、法人に憲法上の権利・義務規定を適用することの抵抗は少なかったのかもしれない」（木下智史『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社・2007年）167頁、同「戦後憲法学における集団と個人」憲法問題19号（2008年）7-8頁）。

人擬制説的理由付け」と、①現代社会において法人が自然人と同様に活動する実体であるとの「社会的実在論」ないし「法人実在説的理由付け」とが知られる⁷。⑦は、本来の人権享有主体が個人であることを重視しているが、自然人に還元・解消できるなら法人に別個の人権享有主体性を認める必要はないと批判される。①は、法人の人権享有を広く認めやすいが、事実から規範を導き出すものと批判される⁸。

法人の人権享有主体性については、早くから強い否定説が存在した。すなわち、「基本的人権は……、人間の基本的権利であり、……人間が人間なるがゆえに当然有する権利としての自然権の考えから由来してい

⁷ ⑦は、宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社・1978年）188頁、①は、伊藤正己「会社の基本権——序説的考察」石井照久先生追悼論文集『商事法の諸問題』（有斐閣・1974年）1頁以下が代表的な見解とされる。呼称は渋谷秀樹『憲法〈第3版〉』（有斐閣・2017年）127頁および木下・前掲書（註6）169頁による。

⁸ ⑦では「人的基礎のない団体（財団法人と営造物）には人権主体性は否認される」のに対して、①ではそれが「肯認される」（佐藤幸治編著『憲法Ⅱ基本的人権』（成文堂・1988年）57頁〔中山勲〕。大沢秀介「法人と人権」法教190号（1996年）26-27頁、渋谷・前掲書（註7）127頁も同旨）。「社会的実体に根拠を求める以上、法人のほか、現実に社会的実体として機能しているいわゆる「人格なき社団」など、法人格なき団体についても、同様に権利・自由の享有主体性を認めるべき」（佐藤功『ポケット註釈全書：憲法（上）〈新版〉』（有斐閣・1983年）178頁）とされる。社団法人と財団法人の制度上の混在ないし接近も指摘されている（遠藤直哉『新団体法論——国家・会社・社団・財団の法動態論』（信山社・2022年）196-197頁）。なお、学校法人は、私立学校法において、財団法人に類似するものと規定されている。①が「一般的に受け入れられたのも、その理論的妥当性の故ではなく、……法人の社会経済活動を法的に説明するのに最も都合がよく、社会の実際に適していたから」（横坂健治「法人・外国人と人権」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎(2)憲法学の基礎概念Ⅱ』（勁草書房・1983年）188頁）とされる。そのため、①については、「団体を個人の統御可能性から切り離し、独立した権利主体として設定する学説であったため、個人の権利という視点から切り離された法人活動を追認する結果を招いた」（橋本基弘『近代憲法における団体と個人——結社の自由概念の再定義をめぐって』（不磨書房・2004年）196-197頁）との批判がある。⑦①両説への批判として、長谷部恭男『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（弘文堂・1992年）33-34頁も参照。

るのであって、人間の尊厳という観念に基づいている。それゆえその本質上もともと人間個人がその主体と考えられるべきであり、したがって法人は憲法の保障する基本的人権の主体ではない」とされ、「法人はもともと個人が基本的人権を享受する上において必要な法的技術として法律上考え出されたものであって、個人の基本的人権としての集会・結社の自由および財産権を保障する上において設けられた制度であり、法人自体が個人同様に基本的人権の主体であると考えする必要はない。基本的人権は思想および良心の自由、人身の自由、婚姻の自由、参政権など、性質上法人には関係のない性質のものが多く、肯定説もそのような権利は例外と考えるけれども、むしろそのような権利に人権の本質的なものが存する」とされるのである⁹。ただし、このような正面からの否定説への支持は拡がらなかった。

その後、「憲法史上の認識の問題として、人権はもともと中間団体（ここでいう法人）からの個人の解放という意味をせおって登場してきた」として、「法人の権利主体性が法律以下の法規範によって承認されることと、法人が自然人＝個人と同じ意味で憲法上の権利の主体と考えてよいかということとは、別のことがら」とであると強調し、「巨大法人が大きな社会的役割を演ずるようになってきている今日だからこそ、「法人の人権」ではなくて法人からの人権が問題とされる必要がある」とする問題提起¹⁰によって、従来の「法人の人権」論は厳しく批判されることになった¹¹。

⁹ 覚道豊治『憲法〈改訂版〉』（ミネルヴァ書房・1977年）202-203頁。

¹⁰ 樋口陽一『憲法〈第4版〉』（勁草書房・2021年）180-182頁。同『近代憲法学にとっての論理と価値——戦後憲法学を考える』（日本評論社・1994年）、同『転換期の憲法？』（敬文堂・1996年）に所収の諸論文も参照。

¹¹ 同種の批判は、奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）111-114頁においても展開されている。これらの批判は、「法人等の利益と個人の人権もしくは個人の極めて重要な法益とが衝突するような事例に「法人等の人権」を持ち出すことは「個人の人権」の確保にとって有害であることを主張するもの」であり、法人が憲法上の権利を享有することまで否定するものではなく、「人権」観念の濫用を厳に戒めるもの」（芹沢斉「法人と「人権」」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂・1995年）30頁）とされる。「法人

それでも、概説書・体系書においては、「法人の人権」論について説明するという「慣例にしたがう」¹²ものが少なくない。その背景には、最高裁判例の存在もあるかもしれない。しかし、八幡製鉄判決については、「会社も納税者であり、また法律上の人格者であるから、自然人たる国民と全く同様の政治的行為をなす自由を有するという理論は、あまりにも大胆であり、あまりにも行きすぎ」で、政治資金の寄附は国民の「参政権の行使に直接の影響を及ぼすようなものではないから、さしつかえないという程度のものにすぎぬ」のであって、「判旨は会社も広く自然人と同様の政治的活動の自由を有し、その一環として政治資金の寄附もできるのだというが、政治資金の寄附の否定を排撃するために、このような前提を立てる必要はない。とんだ勇み足の議論というほかない」との批判¹³も著名である。同判決の調査官解説も、会社に「憲法上禁止されていないといういみの政治的自由があることを宣明したものにすぎないと解することもできるであろう」¹⁴としていた。また、「学説上は、本判決における法人の憲法上の権利についての判示は傍論にとどまるとの指摘がなされて」いるうえ、「その後の最高裁諸判決の中で、この判示は先例としてまったく参照されていない」のであって、「法人の基本権享有主体性についての判示は、実務上も傍論として扱われていると判断

の人権」批判の急先鋒である樋口陽一」は、私人間の紛争において「法人の人権」論が「法律解釈における憲法論の役割の拡大を阻止するという、……憲法の領分を限定するための憲法論」となっていることを指摘したのであり、「法人が「自然人＝個人の憲法上の権利と「同様」の資格でそれと対抗的に」基本的人権を主張する局面こそを、厳しい批判の対象とした」のであって、その意図は「憲法による保護を古典的な個人の自由権のみに限定することではなく、むしろ社会的権力から個人を保護するために、憲法がその規範的射程を正しく拡大することにあった」として、このような「「法人の人権」批判論が本当に闘おうとしたのは、わが国の法秩序における実定法としての憲法の領分の、過大ではなく過小である」とされる（林知更『現代憲法学の位相——国家論・デモクラシー・立憲主義』（岩波書店・2016年）369頁）。

¹² 渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権（第8版）』（有斐閣・2022年）336頁〔渋谷〕。

¹³ 鈴木竹雄『商法研究Ⅲ会社法(2)』（有斐閣・1971年）332頁〔初出は、商事法務研究531号（1970年）112頁〕。

¹⁴ 柳川俊一・最判解民事篇昭和45年度（下）906頁。

してよい」との評価もなされている¹⁵。

Ⅲ 検 討

1 「法人」に人権？

法人は、自然人のみを権利義務の主体とした場合に生ずる法律関係の複雑化を回避するための技術である。〈法律上の権利義務の主体となりうる法人に、憲法上の人権が保障されるか〉という問いが生じることは、ある意味では自然かもしれない¹⁶。しかし、「憲法上の権利享有の有無を制定法上与えられた法人格の有無にかからせる趣旨とすれば不当である」¹⁷。

そこで、学説においては、「法人」ではなく「団体」の人権享有主体性としたり、両者を併記したり、「団体（法人）」とする例も増えている。しかし、「法人」に限定せず団体一般に人権享有主体性を認めることには、「集団」の人権享有主体性に対する疑問¹⁸が向けられるかもしれない。

¹⁵ 毛利透「法人の基本権享有主体性」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第7版〉』（2019年）19頁。「傍論」との指摘について、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』（有斐閣・2020年）104頁、松井茂記『日本国憲法〈第4版〉』（有斐閣・2022年）297頁、安念潤司「会社の基本権」ジュリ1155号（1999年）103-104頁。なお、伊藤・前掲論文（註7）3頁。

¹⁶ とはいえ、「私法的概念としての法人を、そのまま憲法論にもちこんでただちにそれに人権主体性をも認めるのは唐突」（寿田竜輔「法人と人権」奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学(1)人権の基本問題Ⅰ』（有斐閣・1976年）32頁）である。

¹⁷ 木下・前掲書（註6）166頁。しかも、法人制度においては、「法人が「公共の福祉」に反する活動を行なった場合」や「法人格付与の目的に反するような事態が生じた場合」には、「法人の消滅を図ることもできる」（大石真『憲法と宗教制度』（有斐閣・1996年）251頁）。

¹⁸ 横田耕一「「集団」の「人権」」公法61号（1999年）46頁以下。「ここで「集団」というのは、団体や組織はもとより、ある種の属性において人々が括られている「まとまり」を意味している」（同頁）。なお、団体の分類について、佐藤編著・前掲書（註8）232-233頁〔阪本昌成〕、同『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1995年）147-148頁参照。

また、たとえば八幡製鉄という「企業」について、憲法学は法人＝株式会社のみを念頭に置くのか¹⁹、「1人の使用者の権威の下に置かれた労働者集団により形成される社会組織」²⁰にも社会的実在性を認めるのだろうか。

「法人の人権」と記していても、〈法律に基づいて法人格を付与された「法人」に限らず、広く団体一般を対象とする〉と述べられることもある。しかし、私法上の「法人」に限定されないというだけでなく、「憲法上の法人」の定義（団体一般との区別）がなされなければ、「法人格なき法人」という特異な概念を用いることになりかねない。

2 人権規定の準用

従来、「法人（団体）等」にいかなる範囲の人権規定が適用されるかについて、……通説は、適用される人権の範囲は広く認めているが、その保障の程度や限界については、自然人と同様ではありえないとする立場を採っている²¹とされる。とりわけ、個人の人権と衝突する場合には特別の制約が認められる²²。しかし、少なからぬ主要な人権を厳しく制限され、それも「権利の性質」によって論理的に定まるのではなく、「様々な段階の価値衡量を経た上でのごとくでしかない」²³のならば、人権享有主体性を肯定する意義に疑問が生じる²⁴。

¹⁹ 「法人たる会社の一部として現実に行う個人は、それに雇われて働く被用者であり、端的にいいかえれば、その「法人」の手足にすぎない」（藤井俊夫『憲法と人権Ⅰ』（成文堂・2008年）75頁）。なお、株式会社の株主には、機関投資家等の法人も含まれ、それらは「内国の法人」とは限らない。

²⁰ 西谷敏『労働法〈第3版〉』（日本評論社・2020年）37頁。

²¹ 大沢・前掲論文（註8）27頁。木下・前掲書（註6）173頁も同旨。

²² ただし、常に自然人の権利に劣後するののかについては疑問も示される。木下・前掲書（註6）173頁参照。

²³ 西原博史「公益法人による政治献金と思想の自由」ジュリ1099号（1996年）99-100頁。「政策的」に特別な制約が課されることもある（伊藤正己『憲法〈第3版〉』（弘文堂・1995年）202頁、渋谷・前掲書（註7）129頁）。

²⁴ 「同様の人権の制約が他の国民についても認められる危険をもたらすことに

「法人もほんらい基本的人権の享有主体であると考えのではなく、ほんらいは自然人のみに適用されるべき憲法上の基本的人権保障規定がその性質上可能な限り、法人にも適用されるべきであると考えのほうが妥当である」のであって、「法人にも基本的人権の内容をなす権利・自由が認められるとしても、それは自然人の場合のように包括的に、かつ同じ程度で常に保障されるものではなく、……個別的にその保障の範囲と程度を判断すべきもの」²⁵であるとするならば、そのような従来 of 学説の思考は、「憲法の人権条項が、類推的に法人に「準用」される場合があり得る」²⁶ことをいうものと解される。「法人の人権享有主体性の問題は、準用しても問題のない人権の種類と、その範囲を、個々の法人の存在目的に照らして、考えていく問題と割り切つてよい」²⁷と考えられる

なる」(長谷部恭男『憲法<第8版>』(新世社・2022年)126頁)と懸念される。また、「人権の享有主体性を一般的に認めることと、個別問題において人権の種類や範囲を画定することの間には、論理的なつながりを見出すことができない」のであって、「そこでは、せいぜい、必要性の有無が議論されているにすぎない」から、そこで「語られる「性質上」とは、したがって、「必要上」と同義である」と指弾される(橋本・前掲書(註8)251頁)。

²⁵ 佐藤・前掲書(註8)178-179頁。「法人の制度はあくまで自然人の理想・利益の追求手段として便宜上設けられたもの」(渋谷＝赤坂・前掲書(註12)339頁[渋谷])であって、「法人は原則として憲法上の権利を享有しないということから出発して、具体的に存在する法人の設立目的・活動の実態、その活動の社会に対する影響力等の観点から個別の憲法上の権利ごとにその性質をも総合的に考えてその享有の有無と程度の正当性と合理性を検証すべき」(渋谷・前掲書(註7)132頁)とする今日の学説も、従来 of 説明を受け継ぐものと解される。

²⁶ 西原・前掲論文(註23)99頁。公共の福祉に基づいて保障される権利という観念は別として、その基盤にある「法人に憲法上の権利を認めるためには、それを正当化する根拠を個別に探すべきであり、独立の主体であるという理由で一括して享有主体性を認めるべきではない」(長谷部・前掲書(註8)34頁、同・前掲書(註24)128頁)という思考も、「準用」と径庭はないようにみえる。

²⁷ 川添利幸＝山下威士編『憲法詳論<改訂版>』(尚学社・1990年)141頁[根森健]。そして、憲法の「各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用される」という八幡製鉄判決も同様に解する可能性が示される(長谷部恭男『権力への懐疑——憲法学のメタ理論』(日本評論社・1991年)148頁註11、同・前掲書(註24)128-129頁)。

のである²⁸。

外国人の人権享有主体性に関して、入管法の定める在留資格制度は「個人が、断片化されいわば輪切りにされた特定領域の……活動の遂行だけを許されるというシステム」であり、法律によって「セグメント化された活動が許されているにすぎない」ことが、憲法の人権保障の思考と相容れないとされたが²⁹、この理は「法人の人権」論にこそ当てはまるのではなかろうか。

3 人権の集団・共同行使

それでは、なぜ人権規定の「準用」が求められるのであろうか。ここで、従来の「法人の人権」論の実質的意義を、人権の集団・共同行使の保護に見出す傾向が注目される³⁰。その嚆矢となった学説は、「社会全般にわたる人間の組織的活動の普及と表裏して、国民個人は各種の人権を単独に行使するばあい以上の保障効果を期待しつつ他の個人と共同集团的にそれを行使するばあいがとみに増加しつつある」ことに着目し、「そのような実態に即して、憲法としても人権の保障を個人にのみかぎることなく、人権の共同行使を目的とするもろもろの団体にもその保障をおよ

²⁸ 対照的に、外国人の人権享有主体性についての準用説(萩野芳夫「外国人の人権」奥平=杉原編・前掲書(註16)5頁)は厳しく批判された。

²⁹ 安念潤司「「外国人の人権」再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(上)』(有斐閣・1993年)171-172頁。この「安念教授のパラドックス」(長谷部恭男「「外国人の人権」に関する覚書——普遍性と特殊性の間」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣・2001年)389頁。なお、西村裕一「「外国人の人権」についての雑感」エトランデュテ4号(2022年)256頁以下参照)は、外国人に関しては、その前提に疑問がある(齊藤正彰「多層的立憲主義と日本国憲法」(信山社・2022年)228-229頁)。

³⁰ 「法人ないし団体それ自体に人権享有の能力を認めるほうが、権利の集团的行使の役割が増大した現代社会の実態に適合し、その要請に応えるゆえんである」(芦部・前掲書(註5)162頁)。「通説的地位を占めた法人実在説的理由付けは、その地位を、構成員の人権の共同行使とみる見解に明け渡しつつある」(木下・前掲書(註6)194頁)と評される。

ばす必要」があると論じている³¹。「法人の人権」論の焦点は、目的を共有する他の個人との人権の集団・共同行使の保護にあるとされるのである。

ここで集団・共同行使が観念される「人権」は、憲法上の人権の前提にある〈人間の権利〉³²と考えるのが整合的であろう。束ねられて力を増した〈人間の権利〉については、それが、①公権力に対抗するために政府に向けられる場合、②団体外部の私人に向けられる場合、③団体内部の個人（団体の構成員）に向けられる場合に、場面を分けて考察するのが一般的である。①の対国家の場面では、個人の「憲法上の人権」の保障と重なることになり、「個人の人権の擁護に仕えるので問題はない」³³とされる。これに対して、②では、束ねられて増強された権利行使が社会的権力となって他者に対する権利侵害の問題が生じる。これは、憲法論としては人権規定の私人間効力論の枠組みで論じられてきた。③は、団体の目的達成のための規律権・統制権と団体構成員の権利の衝突が生じる場面である。団体の目的の範囲と構成員の協力義務の限界を検討する調整のあり方は、私法関係における人権保障の特別の種類といえよう。

個人が権利を単独行使する場合以上の効果を期待することについては、(a)資本主義社会において、より大きな利益を求めて財産権を集団・共同行使する場合と、(b)政治社会において、より強い保障効果を期待して人権を集団・共同行使する場合とがあるとされる³⁴。

初期の憲法学説は、「法人が元来自然人とは別個独立の財産権の主体として構想されたこと」から、集団・共同行使(a)を中心的に想定していたと解される³⁵。これに対しては、「法人の法律行為の効果が自然人に帰

³¹ 寿田・前掲論文（註16）33頁。

³² これは、理念的権利としての〈生まれながらの人権〉である。齊藤・前掲書（註29）112-113頁参照。

³³ 芹沢「法人に人権？」法セ503号（1996年）41頁。

³⁴ 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣・2012年）233頁〔中村睦男〕。

³⁵ 渋谷＝赤坂・前掲書（註12）336頁〔渋谷〕。「法人の活動は、結局はその効果が自然人に帰属するもの」であり、「法人の概念は、主として、財産権の主体となることにその意味をもつものであるから、人権宣言の規定は、主として財産法上の権利義務に関しては、法人にも適用される」（宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』

着する点は、財産取引安定のための実定法（特に私法上）の法技術の所産にすぎず、……この論拠づけは、法律上の権利と憲法上の「基本的人権」とを混同することになる」³⁶との批判がなされる。しかし、そのようなものであるからこそ、「法人の人権を保障するといったところで、その利益は結局自然人に属するのであるから、人権の保障が自然人だけにおよぶといっても、そのほかに法人にも（その性質上許されるかぎり）およぶといっても、実際にも、あまりちがいはない」³⁷といわれていたのではなかろうか。それは、「法人に人権主張を認めても、その効果は（法人が自然人から独立に享受するのではなく）結局は自然人が享受するのであるから、かまわないではないか、ということ述べているにすぎない」³⁸とされるところである。つまり、財産権の集団・共同行使の手段として、法人という技術が用いられているのである。それは個人の財産権行使の態様ないし方法の問題であって、人権享有主体性の問題として説明することを要するものではないと考えられる。実際に、スーパーマーケットを営む株式会社が不許可処分を求めた訴訟において、薬事法違憲判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁）は、「法人の人権」論に触れることはなかったのである。

4 結社の自由と「法人の人権」論

他方、おもに集団・共同行使(b)を念頭に置く場合は、「法人の人権」論を結社の自由結びつけて考えることになる。たとえば、「人間の結社活動には、①基本的人権享有主体たる個人（自然人）がある目的のために他者と関係を結んで団体を作り、必要に応じて法人格を取得し、②その団体（法人）がその目的に沿って必要な諸活動を展開する、という

（有斐閣・1971年）245頁）と説かれた。法学協会編『註解日本国憲法（上）』（有斐閣・1953年）441頁、565頁も、22条・29条の解釈において法人に言及している。

³⁶ 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂・1993年）188頁。

³⁷ 宮沢・前掲書（註35）246頁註1。

³⁸ 高橋和之「団体の人権主張適格」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社・2004年）29頁註14。

ことが含まれる」³⁹と説明される。

結社の自由と「法人の人権」論を結びつけることには疑念も示される。「結社の自由とは、個人が「他者と結社する」自由であり、結社（団体）の（対国家的にも）つ自由ではない。つまり、結社の自由の主体は、個人であって団体ではない⁴⁰と批判されるのである。これに対して、従来の憲法学説は、「結社の自由は、第一に個人に対して、団体を結成しそこで活動する自由を、第二に団体それ自体に対して、その成立・存続および活動の自由を保障する」という「双面的基本権」であるとしてきた⁴¹。そこには、共通目的を有する「集団は個々の構成員の意思の総和以上の意思を実在的に創造する」のであって、「結社自体が構成員の意思から独立した一つの意味主体となる」との理解があると考えられる⁴²。団体は「雑多な個人の単なる集まり」ではなく、「構成員たる個人の自由な行動の集積が団体としての活動となるわけではない」とされるのである⁴³。楽団の意義は、集まった人数分だけ音量が増大することにとどまるものではなからう。

従来は、憲法21条の「結社」には、あらゆる目的の団体が含まれるとされていた⁴⁴。しかし、学説では、営利目的の団体は、結社の自由の対

³⁹ 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』（成文堂・2020年）171頁。なお、渋谷＝赤坂・前掲書（註12）336頁〔渋谷〕参照。

⁴⁰ 高橋・前掲論文（註38）17頁。なお、この見解は、「生存権を侵害された」と主張する人々が……結社したからといって、その団体が、その活動との関連で例えば表現の自由の主体性を認められることはあるにしても、生存権の主体性を獲得するわけではない」（同頁。23頁も参照）とするが、通常、当該団体は生存権侵害をより強く「主張」するために結成されたと考えるのではなからうか。木下・前掲書（註6）196頁註79参照。

⁴¹ 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）（増補版）』（有斐閣・2000年）533頁。同様に、佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院・1995年）550頁。

⁴² 阪本・前掲書（註36）189頁、同・前掲書（註18）89頁。

⁴³ 長谷部・前掲書（註24）128頁。

⁴⁴ 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註7）245頁、佐藤・前掲書（註8）324頁、芦部・前掲書（註41）524-526頁およびそこに掲記の学説、初宿正典『憲法2基本権（第3版）』（成文堂・2010年）321頁。ただし、団体の活動に経済活動としての面があることと、営利目的の団体であることとは、区別されるべきである（大石眞「権

象とならないとする傾向が強まっている⁴⁵。そうであるとすれば、「法人の人権」論を結社の自由に依拠して説明する場合には、基本的に、財産権に関する集団・共同行使(a)は含まれないと解することができる⁴⁶。

そのようにして結社の自由に根拠を求めるものを政治社会における人権の集団・共同行使(b)に限定するとしても、従来の「法人の人権」論において享有の対象として挙げられていた人権は、なお多様である。「団体が刑事手続の対象とされたとき、結社の自由は刑事手続上の権利主張まで内包すると論ずるのは、容易なことではなさそうである」⁴⁷と指摘される。裁判を受ける権利をはじめ、集団・共同行使の主目的ではない人権の保障までが、結社の自由に基づいて説明できるかが問題となるのである。そうした種々の人権をも結社の自由(団体の活動の自由)の内容として論じるならば、それらの個人人権が結社の自由の下にその内容として包括されるかのようなこととならないであろうか。

利保障の諸相」(三省堂・2014年)259頁参照)。「営利団体」とは、「構成員に経済的利益を配分することを目的とする団体をいうのであって、たんにある団体が営利活動や収益事業をおこなうといった意味をもつわけではない」(大石眞『憲法概論Ⅱ基本権保障』(有斐閣・2021年)307頁)とされる。従来の学説が、「営利目的」を区別の指標とすることをどれほど意識していたかは分明ではない。

⁴⁵ 長谷部・前掲書(註24)233頁、高橋・前掲書(註15)265頁、大石・前掲『憲法概論Ⅱ』(註44)307-308頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権』(日本評論社・2016年)274頁[工藤達朗]。なお、小野善康「結社の自由」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣・2004年)194-195頁参照。また、「財団の設立は、29条で保障された財産権の内容の1つのあり方」(渋谷・前掲書(註7)459頁註32)とされる。

⁴⁶ なお、労働組合については、法人格の有無にかかわらず、憲法28条の解釈問題となる。

⁴⁷ 高橋・前掲論文(註38)17頁。ただし、「結社の事務所についての35条の住居侵入・捜索・押収に対する保障……について、結社自身の憲法上の権利が保障されることが、個人の結社をつくる自由を実質的に保障することになる」(小野善康「結社の憲法上の権利の享有について——「法人の人権」論の再検討」Artes liberales 72号(2003年)96頁)とする見解もある。

5 集団・共同行使の主体

そこで注目されるのは、①「個別の基本権規定の解釈として構成員たる自然人から独立した団体固有の利益が保障されている場合に限り、団体が本来の意味での基本権の主体であることを認め」、②「それ以外の場合には、団体の意義、団体と構成員の関係等から、団体が構成員の基本権を代表的に行使できる場合がある」とする近年の学説⁴⁸である。

まず、②については、すでに、「団体は、人権の主体ではありえないが、しかし、一定の場合、自然人の人権を主張する適格性は認めてよいし、認めるべきだ」とする説が唱えられている。このような団体の「人権主張適格」説は、「団体自身が人権をもつということは認めがたいが、しかし、個人の人権享有を実質化し、あるいは、促進するのに役立つ場合には、一定の要件の下に個人の人権を主張する適格性を承認することは、認められてよい」とするものである⁴⁹。

団体の「人権主張適格」説は、「人権主体の問題と裁判における人権主張の問題を区別し、前者を個人へと純化する一方で、「法人の人権」は憲法訴訟論上の「第三者の権利の主張適格」に類似の問題として捉えようとする」試みと評される⁵⁰。

そうであるならば、団体には固有の人権享有主体性はないのであるから、構成員を代表して団体名義で権利主張できる制度を整備するという「法律レベルの問題」⁵¹となろう。つまり、団体の「人権主張適格」とは、訴訟制度の問題と解される。「法人という法技術を採用しながら、

⁴⁸ 渡辺ほか・前掲書(註45)41頁[宍戸]。

⁴⁹ 高橋・前掲論文(註38)18頁。浦部法穂『憲法学教室〈第3版〉』(日本評論社・2016年)69頁も同旨をいうものと解される。なお、「人権論の構図からいえば、団体が人権を主張しうるのは国家と対峙する場合であり、団体がその構成員と対峙する場合には人権を主張する立場にはない。団体が外部の個人と対立する場合には、団体も(構成員の人権の代位主張として)人権を主張する適格をもちうる」(高橋・前掲書(註15)103頁)とされる。ただし、木下・前掲書(註6)197頁参照。

⁵⁰ 林・前掲書(註11)367頁註50。

⁵¹ 高橋・前掲論文(註38)15頁。

その意義を喪失してしまうような法的扱いをすることは背理」であるが、それは、「立法にはそれ自体整合性が備わっていなければならないという一般原則の存在が想定されるからにすぎず、憲法の人権規定が適用される結果ではない」のである⁵²。「法人の人権」論が「自然人以外の法主体が基本権侵害を根拠に公権力に対して訴訟上争い得るか否かという問題」であるとすれば、ドイツ基本法19条3項が「ドイツ連邦共和国の法体制において有する意味」は、憲法異議を提起しうる者に法人が含まれるという解釈に根拠を与えることであると指摘される⁵³。日本国憲法の違憲審査制においては、そのような必要はない⁵⁴。

①に関しては、一般に結社の自由が想起されよう。そこでは、「団体を結成する個人の意思には、個人から一定程度独立した団体が、個人的行動に還元できない団体自身の活動を行うことも含まれている」とする見解が注目される。個人が「尊厳性」を保つために団体に属することも憲法は保障しており、個人と団体の関係は「個人の判断に委ねられている」として、団体を結成する「個人の意思によって、団体自身の人権行使が基礎づけられる」ことで、「団体には、①その目的に直結する人権の享有が認められ、②目的に付随する人権も付随的に認められるが、③それ以外の人権は認められない」ため、団体には「部分的な人権享有主体性」が認められるとされる。従来は、憲法上の人権は個人の自律のた

⁵² 戸波江二ほか『憲法(2)人権』(有斐閣・1992年)45頁[安念潤司]。「政府が設営する裁判制度を利用する権利」は、訴訟法上の規定によって「訴訟遂行の便宜をはかっている」ことで実現されているのであって(渋谷・前掲書(註7)131頁)、「結社の円滑な活動を可能にする法制度を整備」(小野・前掲論文(註47)93頁註3)することが憲法の趣旨に沿うとしても、それを「憲法上の要請」と解する必要はないであろう。

⁵³ 鳥居喜代和「法人の基本権能力に関する覚書——団体の憲法上の人権享有主体性研究序説」札院11巻1号(1994年)10頁、33頁。

⁵⁴ ただし、「法人の人権」論とは、立法者が「団体を結節点とする様々な利害の調整に踏み出したとき」に、「憲法という特殊な審級」において「自らの利益を主張する資格の配分に関わる問題でもある」とする見解(林・前掲書(註11)354頁以下)がある。なお、「日本で「法人の人権」論が議論された具体的な文脈を再検討」した場合の問題について、同368-369頁参照。

めのものであるとして「団体の人権享有主体性」が疑われたのを、逆に、「個人の自律的判断」によって団体が結成されたとして、「団体の人権享有」を「団体を結成する個人の意思」に根拠づけるのである⁵⁵。

この見解は、結社活動に付随的に関わる人権をも団体に保障するために、「個人の自律的判断」を根拠に「団体の人権享有主体性」を認めようとするものと解される。それは、手続や裁判に関する人権が結社の自由（団体の活動の自由）を通じて保障されると説明することの困難性に鑑みてのことかもしれない。

6 集団・共同行使を本質的に含む人権

そこで、①で「団体が本来の意味での基本権の主体である」とされる前提として、「個別の基本権規定の解釈として……団体固有の利益が保障されている」という場合が、結社の自由の他に、どのように存在するかに関心が向かう。それは、換言すれば、「個別の基本権規定の内容が、特定の性格の団体が社会的に実在し活動することを前提としていると解される場合」⁵⁶であるとされる。

ところで、従来、「宗教法人が信教の自由（二〇条）、報道機関が報道の自由（二一条）を有する」⁵⁷ことが「法人の人権」論の枕詞のように言及されてきた⁵⁸。

⁵⁵ 佐々木雅寿「人権の主体——「個人」と「団体」の関係を中心に」公法67号（2005年）125-128頁。ただし、憲法21条は「表現活動を目的とした結社の結成等についての保障」であって、「多様な目的のため他人と結びつく一般的な結社の自由」の条文上の根拠は13条とする見解（木下・前掲書（註6）194-195頁）に与するものではないと解される。

⁵⁶ 渡辺ほか・前掲書（註45）42頁〔六戸〕。ただし、そこでは、①には報道機関を挙げ、宗教団体は②に結びつけている。なお、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室（第2版）』（日本評論社・2020年）90頁註10〔上田健介〕参照。

⁵⁷ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註5）90頁。

⁵⁸ 従来の議論には、「ある特定の種類の団体について必須の権利の享有（たとえば、放送会社にとっての報道の自由）を論じつつ、それを一般的抽象的に「法人の人権」という言葉で束ねることによって、その権利の享有をあらゆる団体

しかし、同時に、憲法学説では、「沿革的に、宗教的結社の自由は、信仰および宗教的行為の自由を確保するために不可欠とも言つてよいほどそれらと密接に結びつくものと考えられてきたので、伝統的に信教の自由の内容の一つに数えられ」⁵⁹ているとされる。他方で、宗教法人が裁判所による解散命令（宗教法人法81条）を受けても、法人格を持たない宗教団体として活動することは可能であり、ただちに信教の自由を侵害するものではないとされている⁶⁰。

信教の自由は、(1)「同じ信仰をもつ者同士が宗教団体を結成する自由」を含んでいることから、(2)宗教団体は「団体の組織のあり方や内部運営についても自主的な決定権」を有するといわれる⁶¹。(1)が前述④の対国家の場面であり、憲法上の人権の問題である。また、(2)について公権力による介入がなされた場合には、それは(1)の侵害と同視することが可能であろう。これらは、信教の自由の行使の態様ないし方法の問題と解されるのである。それに対して、(2)が⑤宗教団体内部において信者（構成員）との間で問題になる場面では、それらの「決定権」等は各団体において自律的に基礎づけられるものである。(2)の世俗面に関して法人制度等によって法律が規律する場合があるとしても、(2)の「決定権」等を団体固有の「憲法上の人権」と観念して、宗教団体をその享有主体とみる必要は乏しいと解される。宗教団体への強制捜査が宗教活動を抑圧することになれば、信者の信教の自由の制約となろう。

このように、信教の自由は、集団・共同行使がその本質的内容に含まれていると解されるのである。また、憲法以前に存在する伝統的宗教に個人が帰依していることを自発的結社活動とみて教団に人権享有主体性を認めるよりも、宗教活動は集団的に行われることを本質とするがゆえに、信教の自由が集団的権利の側面を有すると解するほうが自然ではな

一般に拡散させてしまう」(木下・前掲書(註6)172頁)との批判がある。安念・前掲論文(註15)100-101頁も参照。

⁵⁹ 芦部・前掲書(註41)525頁。

⁶⁰ 最決平8・1・30民集50巻1号199頁。最高裁は、宗教法人に対する解散命令を、人権享有主体を消滅させる問題としてではなく、「信者の宗教上の行為」についての法的制約または事実上の支障の問題として検討している。

⁶¹ 大石・前掲『憲法概論Ⅱ』(註44)240頁。

かろうか。

報道の自由の享有主体とされる「報道機関」については、判例・学説とも、その定義が必ずしも明確ではない⁶²。株式会社である「法人」とみる立場⁶³が一般的であろうが、「何故に報道機関と俗称される一営利企業たる大新聞社・TV局……、たまたま大資本を有し情報を独占しているにすぎぬ人びとや機構のみが他の国民と区別して重く保護される理由は何かが明確に論証されねばならない」⁶⁴と指弾される。「報道機関」とプレスやマスメディアの異同、「情報伝達を意図する国民」⁶⁵あるいは「報道者」⁶⁶とジャーナリストの集合体・組織体との関係、それらと法人としての報道各社との関係には議論がある⁶⁷。法令上も、報道やその主体

⁶² 榎原猛『表現権理論の新展開』（法律文化社・1982年）200頁以下参照。

⁶³ 芦部・前掲書（註5）170頁、伊藤・前掲書（註23）202頁、野中ほか・前掲書（註34）235頁〔中村〕。

⁶⁴ 横田耕一「取材フィルムの提出命令と取材の自由」別ジュリ『憲法判例百選〈第3版〉』（1974年）71頁。

⁶⁵ 横田耕一「取材フィルムの提出命令と取材の自由」別ジュリ『憲法判例百選 I 〈第4版〉』（2000年）159頁。

⁶⁶ 「少なくとも公衆に対する情報伝播を目的とする過程で、内々の信頼関係を通じて得られた情報を現実に使用する意図を立証」（佐藤幸治「表現の自由と取材の権利——取材源秘匿の権利を中心に」公法34号（1972年）144頁）した者と説明される。

⁶⁷ 鈴木秀美「マス・メディアの自由と特権」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法〈第2版〉』（弘文堂・2013年）176頁以下参照。「企業体としてのマスメディア」とは区別される「プロフェッショナルなジャーナリスト集団」、その意味で「プレス」と呼ばれることのあるものと把握する見解（水谷瑛嗣郎「プレスの自由の「更新」に向けて——これまで、そしてこれから」帝京31巻1＝2号（2018年）363頁、369頁）も提唱される。また、「株式会社の場合、その正規の構成員は株主であるが、株主でない従業員も含めて考えることができよう」（市川正人『ケースメソッド憲法〈第2版〉』（日本評論社・2009年）60頁註5）として、「法人である新聞社や雑誌社（雑誌を発行する出版社）、放送事業者」は、「ジャーナリスト（マスコミ従事者）が共同で行う表現活動」の「自由を実現するためにこそ、憲法21条の保障する表現の自由の享有を認められる」（同『表現の自由の法理』（日本評論社・2003年）27頁）との説明もなされるが、「個人も法人もともに憲法上の自由を主張できるなら、両者は互いに相殺し合って、結論を導く

の定義には種々のものがある⁶⁸。「法人の人権」論でいわれるほど享有主体は明確ではないとすれば、最高裁が博多駅事件決定において報道機関の「立場を十分尊重すべき」としていたことに留意すべきかもしれない。

今日の報道の多くは、記者やニュースキャスター等の個人的な活動として行われうるものではなく、多数人による組織的活動を必要とする。それ自体としては表現行為そのものとはみられないような業務に従事する人々との組織的活動が報道を実現するために必須であるとするれば、報道の自由は、集団・共同行使を本質的要素とすると考えられる。

このように、「個別の基本権規定の解釈として構成員たる自然人から独立した団体固有の利益が保障されている場合」であっても、「団体が本来の意味での基本権の主体であることを認め」ることは必要ではないと解される。人権の集団・共同行使をめぐる議論の重心は、人権の享有主体性を概括的に論じることから、人権行使の態様ないし方法を具体的に検討することに移行すると考えられる⁶⁹。日本国憲法には、結社の自由の他にも「人と人の結びつきを前提にした権利がいくつかある」⁷⁰とされ、それらは集団的権利の性格を有する場合がある。しかし、それを「集団の権利」と捉えてその享有主体を問題とするのではなく、集団的行使という態様ないし方法に焦点を合わせるべきであろう。

人権の集団・共同行使のために個人が団体を結成した場合——もちろん

上での決め手とはならなくなり、あとは「私的自治」に委ねる他ない」(林・前掲書(註11)369頁)ということにならないであろうか。

⁶⁸ 山田健太『法とジャーナリズム〈第4版〉』(勁草書房・2021年)48頁以下参照。

⁶⁹ 「従来の議論では〈法人の人権享有主体性〉一般の論証にエネルギーが費やされてきた」のに対して、人権の集団・共同行使の保護は、「〈法人の人権享有主体性〉の概括的根拠ではなく、具体的事例で憲法上の権利を準用する際の一つの観点と位置づける方が適切」とされる(西原・前掲論文(註23)104頁註7)。「法人あるいは団体の形態を通じて権利を行使する場合を、個人で権利を行使する場合に比べて不利に扱ってはならないとの原則」とされる「フィールド理論」(木下・前掲書(註6)195頁)も、同旨に至るのではなからうか。また、大久保史郎『人権主体としての個と集団——戦後日本の軌跡と課題』(日本評論社・2003年)157頁参照。

⁷⁰ 橋本・前掲書(註8)iii頁。

ん、人権の集団・共同行使を殊更に意識しないような趣味・親睦の団体であっても——、団体の活動を制約されたならば、結社の自由の問題となる。しかし、団体の名義で表現活動や訴訟活動を行うに際して、団体を憲法上の人権の享有主体とみる必要があるかは疑問である。結社の自由については、「概念上、他者との共同行使を前提としており、個人が単独で行使しうるわけではないが、それは結社そのものの性格の問題であり、結社の自由の主体とは関係のないこと」⁷¹といえるのではなからうか。団体によって行われているとしても、憲法上は、団体構成員の人権の集団・共同行使と解することができる。個人による人権行使の態様ないし方法の問題に分解して考えることで、多少は思考が複雑化するとしても、法律レベルの権利義務において法人格を必要とすることの比ではあるまい。そうであるとすれば、人権の享有主体は個人であることの貫徹を優先することも許されよう。

いまや「学説の関心は、団体の権利が個人の人権とは異なることを正当化する点にある」のであって、「問題となるのは団体の権利規制立法の審査基準ないし審査密度」であるとすれば、「そもそも法人が人権を享有するか否かという問いに実益があるかは、疑問」とする指摘⁷²は、「法人になることができるかどうかをもっぱら立法政策の問題とする一般の理解」を指弾して、「日本の現行法制で、法人設立の条件が厳しく、かつ、その運用も厳しい」ことこそ、「結社の自由との関係で問題にされなければならない」という問題提起⁷³と相俟って、結社の自由における沃野

⁷¹ 高橋・前掲論文（註38）17頁。

⁷² 木村草太＝西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣・2014年）182-183頁〔西村〕。

⁷³ 樋口・前掲『憲法』（註10）235-236頁。結社からの自由の意義を強調していた見解が、いわば「結社への自由」の重要性を提唱しているものと解される。「法人格の付与は独立の権利主体であることを一般に公示する意味をもち、結社に積極的な意義を認めるなら、その適切な管理・運営のために法人格をもちうるようにすることが、結社の自由を尊重する趣旨にかなう」（大石・前掲『権利保障の諸相』（註44）260頁）のであって、「法人格の付与という問題は、憲法上の原理と密接に関係している」ことから、結社法制の整備によって「憲法上の結社の自由を実質化する」ことの重要性が説かれる（大石・前掲『憲法概論Ⅱ』（註44）310頁）。さらに、「団体・法人に関する諸制度を結社の自由保障に資する「結

を指し示しているように解される。

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

社制度」として把握した上で、それらを「憲法論・人権論の対象」として「理論化・体系化すること」が目指されるべきであり、その際に、従来「憲法学の結社の自由論が見落としてきた法分野」である「民法をはじめとする他の法分野をも視野に入れなければならない」のであって、「結社の自由の実効的保障のために、憲法学は、憲法規範を出発点としつつも、他のさまざまな法制度や法分野との緊密な連関を意識する必要がある」ことが指摘されている（井上武史『結社の自由の法理』（信山社・2014年）347-348頁）。

信頼に値する規制の独立性と透明性

村 上 裕 一

目 次

1. はじめに：規制をめぐる「距離」とバランス
2. IAEA が推奨する独立性と透明性
 - 2.1. 機能的分離としての独立性
 - 2.2. IAEA の推奨事項
 - ① 規制機関の一般的特徴
 - ② 独立性について
 - ③ 透明性について
 - 2.3. 小括：信頼を得るための独立性と透明性
3. IAEA の推奨事項の再検討：制度・組織・活動
 - 3.1. 「制度」について
 - 3.2. 「組織」について
 - 3.3. 「活動」について
4. 規制機関の内側への着目：合議体について
 - 4.1. 合議体による決定の意味
 - 4.2. 合議体のメリットと留意点
 - 4.3. 合議体に関する独立性評価
5. 各国原子力規制機関の現況
 - 5.1. 日本：原子力規制委員会
 - 5.2. 東アジア諸国・地域等について
 - 5.3. 小括：何についての独立性に重きを置くか
6. おわりに：規制の質向上から信頼構築へ

1. はじめに：規制をめぐる「距離」とバランス

2011年3月の福島第一原子力発電所事故を検証する中で、我が国の原子力規制の独立性と透明性の欠如は問題点として厳しく指摘された。規制を国民の信頼に値するものにしていくためにその独立性と透明性を具体的にどう実現していくかは、極めて重要な論点である。

規制行政、とりわけ独立規制機関 (Independent Regulatory Agencies) のあり方については、アメリカでそれが創設される条件として大統領と議会多数派の政党の一致・不一致と大統領の支持率に着目した研究や¹、その独立性を、①規制機関の長の地位、②委員会 (会議体) 委員の地位、③政府や議会との関係、④財政的・組織的自律性、⑤規制権限といった観点から評価した研究がある²。最近では、行政組織の制度設計には官僚や内閣よりも与党 (政治家) の影響力が強く反映されるという前提の下、議院内閣制で政治任用が限定的な日本では、野党との合意調達にかかる政治的取引費用 (コンセンサス・コスト) を小さくしようという与党の意向が、行政組織の制度設計に最も利くことを示した事例研究や³、日本の多くの行政組織について、その独立性と上記①～⑤をはじめとする諸要素を計量分析の対象とし、当該組織の構成員 (委員) の人数それ自体はその独立性とそれほど関係がないことや、委員の任免権限のあり方が当該組織の独立性に最も寄与することなどを指摘した実証研究が注目される⁴。原発の再稼働に積極的だったとされる安倍政権期にフォーカス

¹ Lewis, D.E. (2003) *Presidents and the Politics of Agency Design, Political Insulation in the United States Government Bureaucracy, 1946-1977*. Stanford University Press.

² Gilardi, F. (2008) *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in the Western Europe*. Edward Elgar.

³ 河合晃一 (2019) 『政治権力と行政組織：中央省庁の日本型制度設計』、勁草書房。弱い与党は、後に野党に転落した場合に被るかもしれない政治的損失 (コミットメント・コスト) 抑制のために、政権から自律性の高い行政組織を創設しようとするという理論に挑戦している。

⁴ 池田峻 (2022) 「行政組織の制度的独立性」、日本行政学会編『年報行政研究 (57)』、86～103頁。

し、そこでは政権の政策選好を反映して原子力規制委員会と原子力規制庁の人事がそれぞれ原子力事業者に近い委員と旧通商産業省出身職員によって占められていたものの、規制活動（新規制基準に基づく適合性審査）には政権の意向が反映されなかったことを示した研究もある⁵。

これらの研究が（そのタイトルにもあるように）主として制度的独立性に着目したものであるのに対して、規制行政の独立性は、その制度のみならず組織や活動の局面も含めて総合的に評価すべきと考えられる。その総合的な評価は、規制を信頼に値するものにしていくにはどうすべきかを考えるに当たっても有益だろう。

こうした問題意識から、筆者は2013年の論考において、「独立性」を「財政的資源、法的権限、人的資源・組織、情報といった、当該組織が活動をする上で必要とする行政資源を、政治（党派性等）、政府他部局、行政活動の相手方等へ依存しないこと」と定義した上で、それを日本で「独立性を標榜する行政の組織や活動」の分析に用い、実際の独立性が、①上級機関の指揮監督権の遮断や制限、②当該組織への勧告権付与、③内閣による合議体構成員任命など、様々な仕組みによって担保される一方で、①長（政務など）への一定の応答責任、②事務局の位置付け（自前の事務局か否か）、③意思表示の権限制約などによって、一定の限界を孕んでいることを明らかにした。その上で、規制行政に実態としてある統制・調整・協働といった政府内組織間関係の多様性や行政と社会の相互作用をも加味する必要があることから、「行政の独立性と、民主的正統性（事後的な責任追及）や専門技術性の調達、政策の一貫性・総合性の保持等の必要性とは両立し難い場合があり、実際には様々な要素間のジレンマの中で、行政の組織や活動と他との適切な「距離」やバランスのとれた関係性の築き方を検討することが求められ」るのではないかと、この問題を提起した⁶。中でも「政策の一貫性・総合性の保持」、あえて言い換えるならば物事を他の決定事項と矛盾なく決める必要性をめぐって

⁵ 松浦淳介（2020）「原子力規制委員会の独立性を検証する：安倍政権と原発の再稼働」、『法學研究：法律・政治・社会（93（8））』、63～83頁。

⁶ 村上裕一（2013）「行政の組織や活動の「独立性」について」、『社会技術研究論文集（10）』、117～127頁。

は、多元的な独立機関が政策討議を闘わせる状況を創出するべく、(首相主導・内閣主導の路線と決別し)「政策過程の多元的停滞を甘受する覚悟が必要」との主張も見られるところである⁷。では、それを具体的にはどう実現していくか。

こうした問題状況の中で、本稿では、上記の独立性とその他様々な必要性との狭間で保たれるべき諸組織間の(付かず離れずの)「距離」や組織内のバランスについて、検討したい⁸。すなわち、規制の独立性に関する既存研究においては、規制機関の外在的・制度的特徴(他機関との関係でどのように位置付けられるべきか)が注目されがちだったが、それに対して本稿では、日本の原子力規制委員会を念頭に置きつつ、制度のみならず組織や活動の特徴、及び、規制機関の内在的特徴(その意思決定がどのような人的構成で、どのようなプロセスで行われるべきか)を含め、規制行政全般について検討する。その際、そこに透明性がどのように絡んでくるのかということも見てみたい。

これを考えるに当たっては、規制機関の独立性と透明性に関する国際原子力機関(IAEA: International Atomic Energy Agency)の規定が参考になる⁹。そのため、本稿ではまずそれを読み、規制機関にはいかなる意味における独立性や透明性が期待されるのかを確認する(2.)。次に、それを踏まえて、上記の「距離」やバランスの重要性について、制度、

⁷ 伊藤正次(2018)「合議制行政組織における政策論議の健全性: 国家戦略特別区域諮問会議と原子力規制委員会の事例から」、日本行政学会編『年報行政研究(54)』、21～40頁。

⁸ 村上裕一(2022)「『より良い規制』のための評価システムの条件」、『日本評価研究(22(2))』、97～109頁。

⁹ 独立性と透明性は、規制そのものを所管する規制機関にとって重要な属性だが、その規制の評価・審査を行う規制監視機関が(場合によっては重層的に)存在しているとき、それらにも求められる属性だと考えられる。規制監視機関については、Wiener, J.B., & Alemanno, A. (2010) Comparing regulatory oversight bodies across the Atlantic: the Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU. In Rose-Ackerman, S., & Landreth, P.L. (eds.), *Comparative Administrative Law*. Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA: Edward Elgar, pp. 309-335.

組織、活動の各側面から検討するとともに(3.)、それを実現していくに当たって、規制機関の「内側」に目を転じ、それがしかるべき条件を備えた合議制組織であることが重要だとの指摘をして(4.)、その観点を東アジア各国の原子力規制機関の現況の評価に取り入れて比較する(5.)。最後に、①IAEAの推奨事項の再解釈、②「政治」等に対する独立性、③合議制組織としての特長に関する本稿の主張をまとめ、今後の研究課題(各国の規制運用実態との照合など)を整理する(6.)。

2. IAEAが推奨する独立性と透明性

2.1. 機能的分離としての独立性

IAEAは、原子力規制機関の独立性について、General Safety Requirements(一般安全要件) Part 1「安全のための行政上、法令上及び規制上の枠組み」(Governmental, Legal, and Regulatory Framework for Safety)(GSR Part1(Rev.1))の「規制機関の一般的特徴」(General Characteristics of a Regulatory Body)に要件を定め、これを満たす上で必要な「推奨事項」(Recommendation)を記したSafety Guide(GSG-12)を作成し公表している¹⁰。

そこには、「規制の独立性が必要なのは、主に、安全と競合する可能性のある利害関係からの不当な圧力なしに規制上の判断を下し、執行措置を講じることができるようにするためである。国民の規制機関への信頼性は、規制機関が規制対象組織から独立しているかどうか、原子力技術を促進する他の政府機関や業界団体から独立しているかどうかによる」とある。すなわち、IAEAの言う原子力規制の独立性は、原子力利用の推進と規制の機能的分離を指す。そして、安全性確保の障害となり得る不当な圧力を回避して的確な規制を講じることができれば、国民から信頼を得られる可能性が高まる、ということである。他に機能的分離

¹⁰ IAEA. (2018) Organization, Management and Staffing of the Regulatory Body for Safety. (<https://www.iaea.org/publications/12272/organization-management-and-staffing-of-the-regulatory-body-for-safety>) (2022年11月12日アクセス)。

が求められる例としては、財政と金融の分離（中央銀行）、原因究明と責任追及の分離（運輸安全委員会）、リスク評価とリスク管理の分離（食品安全委員会）がある¹¹。

2.2. IAEA の推奨事項

① 規制機関の一般的特徴

規制機関が行政官の行動を規律し、効果的かつ効率的に作動する組織の基礎を築き、自身に課されたミッションに沿った強固な安全文化を醸成していくために、IAEA の「規制機関の一般的特徴」では次のポイントが挙げられている（以下、長い引用になるが、括弧書きは Safety Guide (GSG-12) の段落番号を示す）。

それは、①独立で(independent)、不偏で(impartial)、透明で(transparent)、比例的な(proportionate)、客観的な(objective) 証拠に基づく(evidence based) 意思決定、②科学的・技術的アプローチに基づく、個人・集合的安全へのコミットメント、③公益(public interest) のために行動し、合理的説明のつく公共サービスを提示し、決定に関して説明責任を負う、④規制機関のすべての活動においてリスペクト、公正性、礼儀を重んじる、⑤公衆その他の利害関係者への対応における公開性と透明性により、規制機関の判断や決定への信頼を築く、⑥規制機関と当事者との間で率直でオープンかつフォーマルな関係を築き、相互理解とリスペクトを引き出す、⑦規制機関内外での不服申立、トラブル、苦情への対応を含め、率直でオープンかつ誠実なコミュニケーション、⑧個々人の誠実さ、専門性、プロ意識を尊重したサポート体制、⑨継続的な学習と改善へのコミットメント、⑩何事も問う姿勢、である(2.1.)。

規制機関は、その機能を効果的に発揮できるように、「体系的なアプローチ」を適用すべきとされる(2.2.)。「体系的アプローチ」とは、注釈によれば、技術的、人的、組織的要素の相互作用を適切に考慮して、システム全体を視野に入れて働き掛けを行うことである。技術面のみならず、人的、組織的要素にまで及ぶ幅広い視野を持つことが重視されている点が注目される。

¹¹ 村上・前掲注(6)論文、119頁。

② 独立性について

続いて、独立性についての記載がある。繰り返しになるが、原子力規制機関の独立性は、原子力利用の推進者と規制者の分離を指すとしている。2007年6月、原子力安全・保安院(当時)に関して、資源エネルギー庁からの独立を法律で明確にすることをIAEAが推奨した際には、まさにこの点が問題になっていた。その上で、規制機関の独立性は、原子力安全をあまり重視しない利害関係者の不当な圧力なしに規制判断と強制措置ができるようにするために、また、規制機関が信頼に値するかどうかは、規制機関が規制対象者から独立しているかや、原子力利用を推進する他省庁や業界団体から独立しているかどうかにかかっているために、必要だとしている(2.3)。この点は、次章で論じる制度、組織、活動に関する独立性と重なる。

規制機関は政府の法令と予算により作動するため、他省庁から完全に独立ではあり得ないが、規制機関が外部からの影響を受けずに人間と環境の放射線防護に関する決定を下せるだけの効果的な独立性が、規制の有効性と信頼性に資する(2.4)。一方で、規制機関の独立性は、規制者・規制対象者等、関係当事者の敵対的關係を意味しない、ともしている。これについては、後で引用する後段において、法令、財務、能力、利害関係者とのコミュニケーション、監査・ピアレビュー・国際協力の各側面から説明されている(2.5)。

まず、独立性に関する総論として、規制機関の意思決定が不当な影響から効果的に独立しているためには、規制機関がいかなる政治的・経済的な圧力からも、また、権限を有する他省庁の圧力からも、自由でなければならない(2.6)とする。しかしながら、規制機関は、人間や環境を保護するミッションを効果的・効率的に果たす際に、政府と国民に対する説明責任を負わなければならない。これを果たすための公式なルートとして、政府高官に直接報告するラインの確立、定期的な監査・ピアレビューの実施とその結果の公表、利害関係者とのコミュニケーションなどがある(2.7)としている。ここでは、不当な圧力を受けないよう工夫する必要があるとしつつ、政府や国民としかるべき関係性を築くことで、規制機関としての説明責任を果たす必要があると確認しているのである。裏を返せば、規制機関が独立性を突き詰めるあまり政府他省庁や国

民との関係を絶ってしまつては、説明責任を果たすことができなくなる。

その上で、まず法令面について。政府は、法制度を通じて規制機関を設立・維持しなければならず、原子力規制の責務を果たすために必要な法的権限と能力と資源を提供しなければならない(2.8)。また、規制機関の権限を定める法的枠組は、不当な干渉から安全規制の意思決定の独立性を守るメカニズムを持っていなければならない。それには、規制機関の決定やその法的・技術的説明の文書化・公開の手続が含まれる(2.9)とある。原子力規制機関を1つに統合すれば、責任の所在が明確になり、包括的で均整のとれた、一貫性のある規制アプローチになり得るが、実際の規制は複数の組織に跨っている。それらのギャップや重複を避けるために、権限と責任の明確なラインを確立する必要がある、そこで適切な調整と協力を確保するため、連絡の取り方、作業の進め方の取極や手順を確立しておくことが求められる(2.10)。

例えば、以前、事業者等に対して安全規制を実施する原子力安全・保安院(当時)を専門的・中立的な立場から監査・監督する原子力安全委員会(当時)の位置付けが問題視されたことがある。これに関してIAEAは、「規制機関としての原子力安全・保安院や原子力安全委員会の役割を、特に安全指針の策定において明確にすべき」と提言した。また、福島第一原発事故後の2012年、日本政府はIAEA特別会合で、「規制組織が分散されていたことが責任を不明確にし、大事故に際して力を結集して俊敏に対応する上で問題があった」とした¹²。

次に、財務面について。規制活動に十分で安定的な資金は独立性確保の基本になるため、資金調達については法的枠組の中で明確に定められなければならない¹³。規制機関の予算は、規制に係る料金を含めること

¹² 村上・前掲注(6)論文、118頁。

¹³ しかしながら、政権が独立行政機関に対するコントロールを強めようという場合には、予算面からのコントロールという手段が採られがちなため要注意である。英国キャメロン政権が、官僚制への不信感が募る中、独立行政機関の支出やその透明性についての基準設定や、独立行政機関と管轄官庁との連結予算促進により独立行政機関へのコントロールを強化したことについて、高安健将(2018)「英国における執政機能の強化：首相の権威・内閣の合議制・各省の自律性」、『年報行政研究(53)』、26～62(特に49～50)頁を参照。同論文では、

もできるが、強制措置による罰金などに依存してはならない。また、原子力技術の開発・利用の推進を所管する機関がそれを決定・承認するものであってはならない(2.11)。規制機関の予算全体は政府が決めることができるが、規制機関がその活動への予算配分権限を持つことにより、規制の効果と効率を最大化することが求められる(2.12)。規制機関の資金調達のための具体的な規定は、国の法的枠組や予算過程を通じて確立されなければならない。これが最善の形で実現されるには、規制対象の種類や規模、規制機関の関連作業量、規制機関の構造(内外の能力活用形態)、他国の規制機関の資金調達例を考慮すべきである(2.13)。規制機関の資金調達に関する、オープンで透明性のあるガバナンスと監査のシステムが導入されるべきで、規制機関の予算の審査・承認は、原子力に関して実質的に中立である政府機関のみが行うべきである。このアプローチにより、規制機関の独立性はさらに保証されるのだ(2.14)とする。日本では、人事院、国家公安委員会、公正取引委員会が、予算の編成と処理を含む管理上の事項について職権行使の独立性を害さない程度の統轄しか内閣から受けないことになっている。人事院や会計検査院のように、内閣がそれらの経費要求に修正を加える場合、国会での追加の説明責任を内閣に課すことで、内閣からの独立性を担保するやり方もある¹⁴。規制に関して、やはりそれを歪ませるような予算統制は慎まれるべきものと言える。

能力(competence)面について、規制機関の意思決定の独立性が職員の力量に大きく依存することから、規制機関は、その所管分野において十分な技術的専門知識を有している必要がある。したがって、規制機関の管理者は、規制に必要な能力と技術的専門知識を有する職員を擁する権限と責任を持つべきである。そこで必要な能力や専門知識には、①科学技術関連分野における能力、②規制対象の施設、組織、活動に関する

合議制(委員会システム・集会的決定)を基本原理の1つとする英国の政府運営が、キャメロン政権下で独任制化していった様子が描かれる。

¹⁴ 村上・前掲注(6)論文、122頁。こうしたことを踏まえて、同論文では、原子力規制機関についても人事院等のように内閣の所轄下(under the jurisdiction of the Cabinet)に位置付けていく可能性について言及した。

能力、③基盤となる法的枠組、倫理原則、行動規範に則って規制を実施する能力が含まれる(2.15)。

規制機関は、必要に応じて、一時的・恒常的に、技術等専門的な助言やサービスを得ることができるべきである。外部から得る助言等は、不偏で利益相反(後述)のないものでなければならず、規制機関の責任を免れさせるものであってはならない。規制機関は、コアとなる能力を適切に構築・維持するために、知識や情報を獲得の上、維持・管理すべきである。その目的は、正確な情報に基づく意思決定を行い、諮問機関や外部専門家、関係当事者からの助言を正しく評価する能力を持つことである。コアとなる能力の構築と維持は、規制機関固有の統合的マネジメントシステムの中で実施されるべきである(2.17)。

利害関係者とのコミュニケーションや協議について。規制機関は、放射線リスクの他、規制の意思決定過程とその決定そのものについて、利害関係者とのコミュニケーションについて定める権限と責任を有するべきである。利害関係者への情報提供と協議は、透明でオープンで一貫性ある継続的なコミュニケーション過程によるべきである(2.18)。

監査、ピアレビュー、国際協力について。規制機関の意思決定の独立性を高めるため、規制の実績についてピアレビュー監査の体系的なプログラムを導入するべきである。これには、しかるべき専門家の国際協力への参加や規制活動に対するピアレビューも含まれる(2.19)とある。

③ 透明性について

公開性(openness)、透明性(transparency)、一貫性(consistency)については、次のように記載されている。規制とガイドは明確で曖昧さのないものでなければならず、規制権者(authorized parties)が明快に理解できるように記述されなければならない(2.25)。利害関係者との効果的なコミュニケーションは、規制枠組を確立・修正する際、規制機関が他の視点を考慮するのに資する(2.26)。規制機関は、規制や要件が放射線リスクに見合った、一貫性があって予測可能な、透明性のある、バランスのとれた方法で適用されることを保証しなければならない。規制機関は、機密情報の保護に十分配慮しつつ、最高水準の安全性を確保するために、段階的アプローチ、透明性と一貫性、情報とアイデアの幅

広い共有の方針を確立する必要がある。透明性と開放性は、規制機関への信頼 (confidence) と信用 (trust) を高める (2.27)。

なお、「段階的アプローチ」(graded approach) とは、「原子力施設の安全確保の方法や安全規制の厳格さがその危険性と釣り合うことを求める概念」で、「合理的に達成可能な最高の安全水準で人間と環境を放射線災害の影響から守ること」である¹⁵。

2.3. 小括：信頼を得るための独立性と透明性

本章では、IAEA の推奨事項を改めて読んだ。本稿の論旨との関係では、下記のポイントを挙げておくべきと考えられる。第1に、ここでは、原子力安全と競合する可能性のある利害関係者からの不当な圧力なしに規制上の判断を下し、執行措置を講じることを妨げない独立性が求められているということ¹⁶。第2に、規制を信頼に値するものにしていくために、独立性もさることながら、規制の専門性や透明性、一貫性などについてもその重要性が併せて強調されているということ。第3に、規制機関がそのミッションを効果的・効率的に果たせるように、むしろ利害関係者とのコミュニケーションなどを通じ、政府や国民への説明責任を果たすべきとされているということ、である。すなわち、独立性は規制機関が有すべき属性の1つに過ぎず、単に独立でさえあればよいとしているわけではない。それでは、この付かず離れずの「距離」をどのように実現していくか。規制の制度、組織、活動の観点から検討するのが次章である。

¹⁵ 与能本泰介ほか (2020) 「「グレーデッドアプローチに基づく合理的な安全確保検討グループ」活動状況中間報告 (2019年9月～2020年9月)」、『JAEA-Review (2020-056)』、1頁 (<https://jopss.jaea.go.jp/pdfdata/JAEA-Review-2020-056.pdf>)。また、IAEA ホームページ (<https://www.iaea.org/sites/default/files/20/11/rasa-applying-graded-approach.pdf>) も参照 (いずれも、2022年11月16日アクセス)。

¹⁶ ちなみに、原子力規制庁は、原子力規制委員会の事務局機能を果たす。なお、合議(制組織)と執行(機関)の関係については、他分野を含め、大島菜穂子(2015)『戦後日本の教育委員会：指揮監督権はどこにあったのか』、勁草書房、第1章に詳しく整理されている。

3. IAEA の推奨事項の再検討：制度・組織・活動

IAEA の言う原子力規制機関の独立性が原子力利用の推進と規制の機能的分離を指すということは、前章で見た通りである。これをどのように実現していくかを検討するために、本章ではひとまず民主制国家を念頭に置いて話を進めたい。民主制国家では、国民が選挙するなどして表示した意思が議会に反映され、議院内閣制の場合は、議会の最大多数の政党を中心に内閣が形成される。そこでは、議会や政治家と内閣の関係、民主制と行政のインターフェイスとしての内閣（もしくは官邸）の機能、その内閣と行政官僚制・各府省の関係といったことが問題になる。これを「制度」と呼ぶことにしよう。次に、行政の司令塔とも言うべき内閣から降りてくるミッションを行政官僚制が引き受け、省庁間調整の中でそれをどのように動かしていくのが問題になる。これは政府内の組織動態に注目するものであり、「組織」と呼ぶ。さらに、その行政官僚制や行政機関（官）が国民（民）に対してどのように働きかけ、その際、行政と社会とでいかなる相互作用があるのが問題になる。これを「活動」と呼ぼう¹⁷。

「規制機関が規制対象組織から独立しているかどうか、原子力利用を推進する他の政府機関や業界団体から独立しているかどうか」が重要だとする IAEA の推奨事項は、まさにここで言う制度、組織、活動に関する独立性を問題にしているのである。

ただし、前章で確認した通り、原子力規制の究極的な目的は、規制機関の独立性そのものではなく、不当な圧力を撥ね返して適切・的確な規制を実施し原子力安全を守ることである。本来はそこから逆算して、原子力規制を歪ませない独立性や透明性とはいかなるものかが問われなければならない。原子力規制機関の独立性や透明性にこだわるあまり、極論すれば、それが周囲から孤立無援に陥ったり、正統性や正当性のない規制が行われたり、公開すべきでない機微情報が漏洩したりして、原子力規制の質が保てないということになると、それは本末転倒である。だからこそ、方や独立性や透明性と言いながらも、利害関係者としかるべ

¹⁷ 森田朗 (2022) 『新版 現代の行政〔第2版〕』、第一法規、第1章。

き協働やコミュニケーションが図られるべきである。すなわち、適切な（付かず離れずの）「距離」とバランスが重要になる。例えば、ある場面では独立性を徹底するが、また別の場面では切り離すことをせず、むしろ繋ぐ努力をするといった、きめ細やかな仕組みの設計と運用が重要になる。

3.1. 「制度」について

行政機関に他ならない原子力規制機関が、「制度」から完全に独立しているということはあり得るのだろうか。確かに、原子力規制に関する「行政」的判断は本来、党派性や政権の意向といった「政治」から影響を受け過ぎるべきではない。しかし、「独立性を突き詰めて内閣等の統制が及ばないということになれば、行政権が内閣に属しその行使について国会が責任を負っていることを潜脱することになる」との指摘があるように¹⁸、民主制国家の基本構造からすると、それが「政治」から無縁であるということもあり得ない。これは「政治」と「行政」の境界をどう考えるかにもよるが、「行政」的判断は、「政治」的判断による大方針に基づいて下されるものはずである。すなわち、すでに「政治」的に決まっている事柄を肅々と「行政」的に実行していくときに、不当な圧力でその判断が歪められるのは望ましくないが、実際にはその大元に「政治」的判断があるため、「行政」的判断はそこから完全に逃れることはできない。さらに、今後の長期的な原子力政策といった大きな論点については、「政治」的に決着をつけるべきである。あるいは、そういうことにしておかなければ、その決定が結果的に誤っていたという場合に「政治」に責任を取らせることができなくなってしまう。「政治」が将来の失敗を見越してその責任領域から案件を切り離し独立させようとするのを国会（もしくは内閣）の政治的利得の最大化だと捉えるならば¹⁹、そのよ

¹⁸ 宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕(1978)『全訂日本国憲法』、日本評論社、497頁。

¹⁹ 長谷部恭男(2022)『憲法〔第8版〕』、新生社、390～391頁。政権の政治的利得(報酬)最大化を前提とするならば、たとえ安定的な政権下でも、利害調整が難しかったり不確実性が高かったりする案件が出現し、政治決定の責任を回避することが好都合だと判断される場合は、独立機関を設けようとするこ

うにして独立であることを理由に「政治」が結果責任の追及を免れられてしまうというのは、やはり民主制国家として望ましくない。したがって、「制度」について完全なる独立は考えにくい。

なお、ここでは便宜上、「政治」的判断と「行政」的判断はかなり明快に区別できるものと考えた。しかしながら、これについては、たとえ科学的・技術的な判断だとしても、真理は1つだとして答えが一義的に決まるかという、常にそうとは限らない。すなわち、専門技術的で「行政」的な判断にも振れ幅があることは否定できず、それについては最終的に、様々な科学的知見を闘わせて、できる限り科学的方法で、一定の「政治」的判断を下さなければならない場合があるということにも留意する必要がある²⁰。これはいわば、科学の（解釈の）多義性と、科学と政治の不可分性である。

そうした中で、規制機関が独立しているか否かは一体どのように評価したらよいのだろうか。例えば、日本の原子力規制委員会がその本領を發揮したと評価された事例に、高速増殖炉もんじゅの廃炉がある。これは2015年11月、相次ぐトラブルを受けて、原子力規制委員会が文部科学大臣にもんじゅ運営主体の変更を勧告し、翌年12月に政府がもんじゅの廃炉を決定したという事例である²¹。これに関しては、当時支配的な空気に水を差したり、政府方針の逆を行ったりする規制措置が独立性の証左だとされがちだが、常にそう言い切れるかどうか。逆に、政府方針を覆すことのない原子力規制機関が独立ではないと言い切れるのだろうか。こうして結果（だけ）を見て判断しても良いのかどうかは、原子力規制（機関）の独立性を評価する上で難しい問題だと言わざるを得ない²²。

になる。

²⁰ Bergeon, H., Borraz, O., Castel, P., & Dedieu, F. (2020). *Covid-19 : une crise organisationnelle*. Paris: Presses de Scineces Po.

²¹ 2022年9月19日付、日本経済新聞朝刊、12面。

²² この点については、原子力安全・保安院（当時）に対する原子力安全委員会（当時）の「規制調査」の評価も左右し得る。村上裕一（2009）「原子力安全規制体制の課題（補論）：規制調査の現状と課題」、SEPP『原子力法制研究会 社会と法制度設計分科会 中間報告』、133～160頁。

3.2. 「組織」について

規制の策定や実施に当たっては、しかるべき専門家との連携が必要であり、これがIAEAの言う適切な規制実施のための協働、コミュニケーションである。すなわち、この部分についても、独立性を突き詰めるあまり周囲との関係性を絶ち切ることは、専門性確保の観点から適切ではない。

例えば、2012年に原子力規制委員会が発足するに当たり、独立性を象徴する「ノーリターン・ルール」が導入された。これは、原子力規制庁職員に、原子力政策を推進してきた経済産業省や文部科学省への復帰を認めないルールである。これについては、当初5年間の適用除外が設けられたほか²³、審議官以上の幹部職員には原子力規制庁から直接に経済産業省、文部科学省へ異動することを認めない一方、一般職員については、経産、文科両省のうち原子力に強く関わる一部部署を除いて異動が可能とされ、さらに他省庁を経由する場合には、職位を問わず、「相当の期間」経過後、両省のどの部署へも異動が可能とされた²⁴。とはいえ、専門職員の「親元」への復帰にこうして多少の制約が課せられたことにより、原子力規制庁に異動し得る専門職員は結果的に限定されざるを得なかった。また、原子力規制庁職員に原発関連企業などからの出向者が含まれることへの懸念の声も聞かれる²⁵。これについては、規制に係る専門性を有し自立した人材をどう確保するのか、その際、原子力利用を推進する立場の産業界との利益相反問題にどう対処するかという課題が指摘されていたところだが²⁶、実際にも、行政官僚制にとって基本となる人的資源の利用に非効率が生じ、規制機関の専門性が維持しづらく、規制の障害になった面がある。適切な規制実施という観点からは、「組織」の部分についても、文字通りの独立性に一定の留保が必要となる。

専門家委員の選定に当たっては、利益相反の防止が不可欠だが、専門

²³ 2022年9月19日付、河北新報朝刊、6面。

²⁴ 2015年10月4日付、北海道新聞朝刊、5面。

²⁵ 2012年6月18日付、下野新聞、4面。

²⁶ 尾内隆之(2012)「原子力規制の「実効的独立性」をどう確保するか」、『科学(82(7))』、731～735頁。利益相反問題への対応については、後述の通り。

家も各分野にそれほど大人数がいるわけではないため、それを乗り越える工夫が必要である。利益相反は、例えば、新薬の承認を公正に判断するという専門家委員としての公的目的と、製薬会社から研究費支援を受け取るという研究者としての私的利益とが相反してしまい、その判断に携わる者として適切に責任を果たすことができなくなる場合が典型であり²⁷、実際にそれで判断が揺らぐことがないとしても、そうなるかもしれないと周りに受け止められてしまう場合も、これに含めて考えるべきである。

このように、ある分野について優れた知見を有する専門家でも、規制機関の構成員として適格ではない場合がある。意識的・無意識的を問わず、そうした専門家が特定の企業に有利な判断をしてしまう可能性は否定できず、公正な判断が鈍っているのではないかという疑念を国民に抱かせる。このとき、本来は自ら構成員を辞退すべきであり、それを選定する側もそうした専門家を構成員から外すべきだが、タコソボ化した各専門分野で助言し得る専門家は限られていることが多く、そうした専門家を一斉排除して的確な政策判断ができるかという点、現実には難しい。利益相反問題に抵触する専門家が最もその分野に詳しいということは少なくなく、実際にはそういう専門家に利害関係者からの受託研究費が集まっている²⁸。2007年には、インフルエンザ治療薬タミフルの副作用を巡って、その安全性を根拠付ける調査に携わった研究者の利益相反が問題となった。また、2013年に国と製薬会社の責任を否定した判決が確定した肺がん治療薬イレッサを巡っても、その副作用の審査に参加した委員に利益相反の疑いがあった²⁹。

そういう中で落としどころとなっているのは、どういう場合に規制機関の構成員から排除されなければならないかという利益相反規制のルールや基準を明確に設定し、構成員名簿を公開した上で、政策決定に参加してもらおうというやり方である。例えば、政府（厚生労働省）は、各大

²⁷ 有本建男・佐藤靖・松尾敬子・吉川弘之（2016）『科学的助言：21世紀の科学技術と政策形成』、東京大学出版会、45～46頁。

²⁸ 有本ほか・前掲注（27）書、46頁。

²⁹ 有本ほか・前掲注（27）書、100～102、104～105頁。

学利益に利益相反に係る審査に当たる委員会の設置を促し、設置のない大学には科学研究費補助金を交付しないこととした。確かに利益相反をあまり厳格に規制し過ぎると、研究の進展や研究の成果の社会還元が阻害されかねず、各分野で最も優れた研究者がその規制によって排除され、政策の立案や実施に差し障るということもあり得る。そこで、利益相反の弊害を最小化する方法として、情報公開が行われているのである³⁰。

3.3. 「活動」について

IAEA が、独立性の半面で利害関係者とのコミュニケーションを重視している点が注目される。これについては、多くの分野において、規制に必要な専門性が政府（規制機関）よりも民間事業者（規制対象者）の方にあることが多いということとも関連している³¹。すなわち、原子力等の技術に係る規制に必要な専門性は、それを有する民間事業者とのコミュニケーションの中で（も）調達できるようにしておかなければならない。さらに近年では、規制の（狭義の）利害関係者のみならず、いざというときのための防災・減災対策や避難計画の実行に参画・協働してもらうことになる自治体や地域住民とのリスク・コミュニケーションを明確に制度化すべきとの指摘も³²、重要性を増している。他方で、規制対象者である民間事業者との関係は規制を歪める可能性も高いため、特に要注意でもある³³。

³⁰ 有本ほか・前掲注(27)書、102～104頁。

³¹ 村上裕一(2009)「官民協働による社会管理：自動車安全のための技術基準策定プロセスを素材として」、『国家学会雑誌(122(9-10))』、1266～1330頁。

³² 尾内・前掲注(26)論文、733頁。

³³ 村上裕一(2016)「いわゆる Corrosive Capture とその予防方策」、『年報公共政策学(10)』、141～165頁。その「予防方策」として、規制権限の分割(単一規制者に権限を集中しない)、行政手続の統制、メディアを通じた精査、消費者の地位向上、多様で独立な専門性の保持、多様な視点や利益の反映、規制に対する司法審査、執政レベルからの費用対便益分析がある(Moss, D.A., & Carpenter, D. (2014) Conclusion: A Focus on Evidence and Prevention. In Carpenter, D., & Moss, D.A. (eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. New York: Cambridge Univ. Press. pp.

例えば、日本の原子力規制委員会については、新基準が義務付けたテロ対策施設の設置について、期限見直しを求める電力業界の要請を撥ね付けたことが「成功」事例と評価されている。その一方で、東京電力柏崎刈羽原発6・7号機の審査では、東京電力の原子力事業者としての適格性を疑問視してきたその姿勢を原子力規制委員会が突如転換し、保安規程を微修整して合格とした「失敗」事例がある³⁴。最近では、原子炉等規制法で原則40年・最長60年と定められている原子力発電所の運転期間について、経済産業省が60年超の運転に向けた制度改正案を示し、今後原子力規制委員会で審査される旨も報じられている³⁵。ここには、専門性確保や合意形成の必要性和原子力利用・規制のフィージビリティを主張する民間事業者に囚われてしまう恐れとの間でジレンマがあり、これもやはり適切な「距離」やバランスの中で解決していく必要がある。なお、この点は、規制対象となる各国の原子力事業者の特性（国営企業やそれに準ずるものなのか、純粋な民間企業なのか）による部分も大きい。

その上で、政治としかるべき「距離」を保った制度の中での、バランスを失しない組織による、実効的な活動の積み重ねを国民が実感することによって、規制は信頼に値するものになると考えられる。例えばアメリカでは、鉱山での悲惨な事故が広く報道されたのを受けて、規制機関は、規制対象者からの反発や「規制の虜」(regulatory capture) を回避しながら積極的に規制を新設したり強化したりすることができた³⁶。このとき、「(それまでの規制の実績に関する)世評 (reputation)」と「(規制実施に必要な)専門性」が規制機関の活動の正当性の根拠となり、それが規制機関の自律性を高めたと考えられる。

451-465.)。

³⁴ 2022年9月20日付、愛媛新聞朝刊、2面。

³⁵ 2022年11月9日付、日本経済新聞電子版。

³⁶ Gordon, S.C. & Hafer, C. (2014) Conditional Forbearance as an Alternative to Capture: Evidence from Coal Mine Safety Regulation. In Carpenter, D. & Moss, D.A. (eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. New York: Cambridge University Press. pp. 208-231.

4. 規制機関の内側への着目：合議体について

4.1. 合議体による決定の意味

ここまで、基本的には規制機関が政治（党派性等）(3.1.)、政府他部局(3.2.)、行政活動の相手方(3.3.)との関係でどのように位置付けられるべきか、すなわちそれらと保つべき「距離」について検討してきた。しかしながら、そこには規制機関の独立性（非依存性）を制約する（依存を許容せざるを得ない）要素もあったため、規制機関が目指すべき独立性が担保されるかという不安が残る。そこで本章では、その部分を補うべく、規制機関の内側（内在的特徴）について考えてみたい。

例えば日本の原子力規制委員会は合議制組織であり、「3条機関」である³⁷。すなわち、「8条機関」である審議会よりもランクが上で、上級機関から指揮監督を受けず、独立して権限を行使することが保障されている。合議制組織は独任制組織と対置され、複数のメンバーで構成されるという特徴があり、そうであることが独立であることの根拠の1つだとされる³⁸。その意味では、誰か1人の指揮命令ではなく、合議で物事が決まるということ自体が特長であり、したがって、やはりそこでは多様な構成員の合議を通してバランスの取れた結論が導かれることが期待される。このことは確かに責任の所在を曖昧にするが、結論を出すのが極めて難しい問題について、皆で意見を闘わせて、勝者総取りではない「中庸」な意思決定に繋げることができるというメリットもある。

例えば、フランス憲法評議会（Conseil constitutionnel）では、大統領と上・下院議会議長が3名ずつ任命した計9名の裁判官が、大統領等からの付託を受けて、議会可決後、大統領審署・発効前の法律の合憲性を

³⁷ 原子力規制委員会設置法第2条に「国家行政組織法（中略）第3条第2項の規定に基づいて、環境省の外局として、原子力規制委員会を設置する」とあり、その第3条第2項には「行政組織のため置かれる国の行政機関は、省、委員会及び庁とし、その設置及び廃止は、別に法律の定めるところによる」、また、同条第4項には「第2項の国の行政機関として置かれるものは、別表第1にこれを掲げる」とあり、その別表第1で、原子力規制委員会は、公害等調整委員会、公安審査委員会、中央労働委員会、運輸安全委員会と同列に記載されている。

³⁸ 村上・前掲注（6）論文、119頁。

審査する。1958年の第5共和制憲法で創設され、1970年代以降、違憲審査機関としての機能を拡大し、2000年代以降は事後審査も行う人権擁護機関として重要な役割を果たすようになった³⁹。新型コロナウイルスのパンデミックという緊急事態への対応でも⁴⁰、憲法評議会の陣容を見る限りそれが党派性から完全に解き放たれることはなかったが、その憲法評議会が「一般意思の表明」である法律に異を唱えることができたのは、威厳のある場で「賢人たち (Les Sages)」を介して党派性が国民の目に見える形で改めて共鳴し合うことで、しかるべき結論が導き出されるという実績があったからではなかったか⁴¹。そこでの合議には大統領経験者も参加できることから、過去の「民意」に影響され過ぎるという批判も聞かれるが、憲法評議会には、過去と現在の様々な「民意」を調整するメカニズムが埋め込まれているとも捉えられよう。

そのフランスの民生用原子力に係る活動は、独立行政機関である原子力安全局 (ASN : Autorité de Sûreté Nucléaire) が規制している。ASNで重要な決定を下す委員会 (le collège)、すなわち文字通りの合議体は、委員長を含む5名の委員 (commissaire、任期6年) で構成され、うち委員長を含む3名は大統領による任命、残りの2名は上・下院議会議長による1名ずつの任命である。委員は身分が保証され、政府や他機関から指示を受けることなく公平にその職務を遂行することが求められているが⁴²、ここでも、憲法評議会と同様の任命方式が採られていることが注目される。

以上のことを踏まえると、日本の原子力規制委員会のような合議制の規制機関について重視されるべきは、そこにおいて構成員の多様性が保たれ、できるだけ多くの視点や情報 (専門性)、価値観を入れて丁寧な議論の上、結論が出されているか。さらに、その議論へ参加する者の属

³⁹ 大山礼子 (2013) 『フランスの政治制度 [改訂版]』、東信堂、118～130頁。

⁴⁰ 村上裕一 (2021) 「北海道自治研究会：フランスの地方自治の体感」、公益社団法人北海道地方自治研究所『北海道自治研究 (633)』、14～25頁。

⁴¹ 2020年9月12日付、北海道新聞朝刊、21面。

⁴² フランス原子力安全局ホームページ (<https://www.asn.fr/tout-sur-l-asn/presentation-de-l-asn/l-organisation-de-l-asn#le-directeur-general-et-le-comite-executif>) (2022年11月23日アクセス)。

性やプロセスが国民にも分かる形できちんと公開されているか、ということになる。そうすると、IAEA が独立性と透明性を併せて掲げていることにも頷けよう。

4.2. 合議体のメリットと留意点

それでは、合議制にはいかなるメリットと留意点があるか。これについては、裁判における合議制に関する議論の動向を整理した論考を引用して検討する。

日本では、遅くとも1890年以降、地方裁判所では常に合議制が、区裁判所では単独制（単独裁判官による）が、それぞれ採られていたが、1947年法で地方裁判所でも単独制が原則となり、1950年のGHQの要請に基づく最高裁判所通達が重要な節目になって、1954年以降、現在に至るまで、合議制の割合は6%前後と低く推移している。しかしながら、実務的には合議制の審判によるべき事件がもっとあるはずだと考えられているほか、近年の訴訟事案の複雑化、困難化、非定型化により、合議制が見直され始めているというのである。この点、フランスでは、単独制の展開も見られたものの、それは訴訟両当事者の「黙示の同意」を前提とする特徴があり、同論考では「合議制の原則に固執している印象を受ける」とされている。それに対しドイツでは、裁判官の負担軽減と手続の迅速化、制度全体の運用統一のために単独制が原則化される方向にある。ただし、往々にして大陸法国で合議制が原則とされがちであることについては、その司法官僚制の伝統ゆえ、新人裁判官を合議制の中で養成していく必要があったからではないかということ、また、特にフランスでは、官僚制＝中央集権制が強いことと、州が司法予算を負担するドイツほどにここへの予算圧力が強くないことが、同国の合議への執着・期待に繋がっているのではないかと考察されている⁴³。

その上で、仏独日における合議制のメリットとデメリットに関する議論は、本稿にとって示唆に富む。同論考で取り上げられているのは日本の裁判所法逐条解説だが、その表現を原子力規制委員会のような合議制

⁴³ 山本和彦 (2018) 「合議制のあり方について：ドイツ・フランスの議論を参考に」、『判例時報 (2382)』、111～113頁。

の規制機関に引き付けて整理するならば、次のようになる。

すなわち日本では、合議制の利点として、まず、①各委員が他の委員との対話により自己の理解を深め、まとめることができること、②各委員の意見の主観性が捨象され、決定事項が客観性を備えること、が挙げられており、これは独仏両国で合議制のメリットとして指摘されていることとも重なる。日本ではこれに加え、③各委員の異なる知識を活用し、分担した調査・情報収集が可能となり、事実や準拠すべきルールの見落としも少なくなり得ること、④合議制組織に権威を持たせ、利害関係者の信頼も得やすいこと、⑤合議の手續に一定の恒久性を持たせられること、⑥陪席者の養成に寄与すること、が挙げられている。それに加え、フランスの裁判に関しては、(裁判官の匿名性により)当事者や社会からの批判を気にせず独立した判決を下すことができる⁴⁴、ドイツでは、(裁判長のリスク・テイクにより)従来の見解に固執せず新たな考え方へのブレイクスルーが容易になるという、注目すべき指摘が紹介されている⁴⁵。

これに対し、多くの人員や時間を要するといった合議の非効率性や個々の構成員の質や責任観念の低下が欠点として指摘されることも多い。しかしながら、近時の実務家ヒアリング等でそれを批判する声はほとんど聞かれなくなっている(特に、合議によって時間がかかり過ぎるということはない)といい、その意味で、合議制が見直されているとのことである。合議に関しては、議論することに加えて他者に説明することの意義がここで強調されており、日本の裁判の単独制原則の中では、争点整理段階に緩やかな合議制を取り入れるなど、柔軟な制度運用が提

⁴⁴ 「陪席者」は、将来の委員候補などと考えるべきか。公開される議事録上で、発言者を匿名化するかしらないかについては検討の余地がある。顕名化することで議場での発言が萎縮するというは大いにあり得るため、匿名化は率直な発言を促す上である程度有効だが、出席者名簿が公開されている限り、発言内容を見れば誰の発言かが大体分かってしまう、というのも現実である。しかしそれでも発言者を特定して明記しているわけではないため、その限りにおいて、萎縮せずに発言できるとも考えられる。

⁴⁵ 山本・前掲注(43)論文、113～114、117頁。

言されている⁴⁶。

さらに、ファクト・ファインディング(事実発見)が重要になってくる規制行政に対しては、裁判における事実認定や証拠調べに関する指摘も大いに参考になる。すなわち、事実認識に重要となる社会的認識枠組は人それぞれであり、合議はそれを中立化する上で有意義である。その際に重要になるのは、構成員の①非同質性(多様性)と②非支配性である。①については、どれだけ大人数であっても、同質の構成員であれば認識枠組の中立化の意味は小さく、②については、仮に支配的構成員が存在すると、他の構成員が迎合して中立化作用が大きく減退する⁴⁷。したがって、単に多くの構成員が集まったの合議であればよいというわけではなく、構成員が同質でないことや、そこに支配関係がないことに配慮が必要となる。支配性については、当該規制機関の長(原子力規制委員会であれば委員長)が合議の内容に関与し過ぎない(議事整理に徹すること、構成員の昇進等、身分的な利害に関与しないことが重要であり、長は、自分の意見が決定的な重みを持ち得ることを自覚し常に慎重に合議に関与する、すなわち、構成員の自由な意見表明を封殺していないかを常に反省する必要がある、とされている⁴⁸。

さらに、和解や判決の場面でも、合議により多様な点に目配りがなされた丁寧な和解案・判決を作成できる可能性が高まる。これに加え、複数の裁判官が丁寧に考えてくれたという印象が、当事者による受容に積極的に作用し得るとされている⁴⁹。

4.3. 合議体に関する独立性評価

以上のことを踏まえると、原子力規制機関の独立性や透明性を実現するには、その組織(法)的位置付けもさることながら、むしろその内側、

⁴⁶ 山本・前掲注(43)論文、114～116頁。

⁴⁷ 山本・前掲注(43)論文、116頁。「迎合」だけでなく、「萎縮」もあり得るだろう。

⁴⁸ 山本・前掲注(43)論文、117頁。

⁴⁹ 山本・前掲注(43)論文、116頁。なお、知的財産高等裁判所の5人合議による審理・裁判(「大合議制度」)が持つ判断統一等の効果については、中山一郎(2018)「知的財産高等裁判所の大合議制度の評価と課題」、『知的財産法政策学研究(52)』、1～39頁を参照。

すなわち構成員(委員)の多様性(非同質性)と専門性が保たれているか、また、それらが同じ土俵の上で率直に意見を闘わせられるようになっていくか(非支配性)、さらに、そこでの議論の内容が国民にも分かる形で公表され、それに国民が納得・信頼できるか、が重要だということになってくる。

この点、科学的・技術的独立を謳っている日本の原子力規制委員会は、構成員が原子力関連分野の専門家となっているが、韓国では、弁護士などの専門家も加わって、技術面にとどまらない多様性、すなわち独立性を目指しているようである(5.2.)。ここで提案したいのは、すでに指摘のあるように原子力規制委員会の独立性や中立性は実現が必ずしも容易でないことを踏まえつつ⁵⁰、まずは構成員個人が不偏不党であるということに期待するのはやめて、構成員個人にはそれぞれに思想信条や利害関係があるという前提の下、合議制組織全体でバランスを取って偏りをなくす、という発想である。この時、構成員の非同質性と非支配性への配慮がない限り、構成員が多ければ多いほど良いということにはならない。極端な利害や主張を持った構成員がいる場合には、そのカウンターバランスになる構成員を加えて組織全体の中立化を図るのが望ましい。このように、合議制組織の独立性を評価する際には、構成員の人数そのものよりも、上記のことへの配慮がなされているのかを問題とすべきである。

5. 各国原子力規制機関の現況

以上のことを踏まえると、原子力規制機関の独立性と透明性を評価する際に重要なのは、それと制度、組織、活動の中での(付かず離れずの)「距離」もさることながら、その構成員(委員)の非同質性と非支配性、すなわちそこでの合議のバランスと、議事の内容やプロセスの公開性である。これに加え、構成員が専門性などの意味において個別に信頼に値する人物かも重要である。本章ではこうした観点で、東アジア各国・地域等の原子力規制機関(日本の原子力規制委員会と同等の機関)の現況

⁵⁰ 新藤宗幸(2017)『原子力規制委員会：独立・中立という幻想』、岩波新書。

を見てみよう。

5.1. 日本：原子力規制委員会

日本の原子力規制委員会が「科学的・技術的な見地から、独立して意思決定を行う」と謳っている背景には、同委員会が「2011年3月11日に発生した東京電力福島原子力発電所事故の教訓に学び、2度とこのような事故を起こさないために、そして、我が国の原子力規制組織に対する国内外の信頼回復を図り、国民の安全を最優先に、原子力の安全管理を立て直し、真の安全文化を確立すべく、設置」されたということがある⁵¹。

原子力規制委員会は環境省の外局として設置され（設置法第2条）、行政委員会であって内閣からの独立性が高い（同第2条、第5条）。委員長及び委員4人をもって組織され（同第6条第1項）、委員長及び委員は、人格が高潔であって、原子力利用における安全の確保に関して専門的知識及び経験並びに高い識見を有する者のうちから、両議院の同意を得て内閣総理大臣が任命する（同第7条第1項）。ただし、一般的な欠格事項のほか、「原子力にかかる製錬、加工、貯蔵、再処理もしくは廃棄の事業を行う者、原子炉を設置する者、外国原子力船を本邦の水域に立ち入らせる者、もしくは核原料物質、もしくは核燃料物質の使用を行う者、またはこれらの者が法人であるときはその役員（中略）、もしくはこれらの者の使用人その他の従業者」に該当する者は委員長または委員となることができない（同第7条第7項）。委員長はその任免を天皇が認証する認証官である（同条第2項）。委員長及び委員の任期は5年で、再任されることができる（同第8条第1項、第2項）。その所掌事務を遂行するため必要があると認めるときは、関係行政機関の長に対し、原子力利用における安全の確保に関する事項について勧告し、及びその勧告に基づいてとった措置について報告を求めることができる（同第4条第2項）。

2012年7月3日の「原子力規制委員会委員長及び委員の要件について」

⁵¹ 原子力規制委員会ホームページ (<https://www.nra.go.jp/nra/gaiyou/idea.html>) (2022年11月20日アクセス)。

が⁵²、少なくとも野田政権下での人選において考慮されたようである⁵³。同委員会委員の専門分野（2022年9月現在）は、原子力工学・核燃料工学・材料分野（委員長、1955年生）、核燃料サイクル・放射性廃棄物研究（1950年生）、原子炉安全工学・リスク評価研究（1968年生）、放射線影響・防護（1963年生）、地質学（1953年生）となっている。地質学は日本に特徴的だが、構成員は専ら原子力及びその関連分野の専門家であり、人文社会系や政務はいない。

5.2. 東アジア諸国・地域等について

韓国の原子力安全委員会は、福島第一原発事故を受けて2011年10月にその独立性を高めるべく教育科学技術部を離れ大統領直属となったが、2013年3月、原発拡大をエネルギー政策の基調とする朴政権下で国務総理室所属となった。同委員会が国務総理（＝原子力振興委員会委員長）の室所属に過ぎなくなったということは、それが原子力振興委員会より格下になったものと解される。現に原子力安全委員会委員長は大臣級ではなく事務次官級となり、原子力産業所管部局と対等に渡り合い自律的な意思決定ができるかは疑わしくなった⁵⁴。原子力安全委員会はその設置・運営法によれば委員長を含め9名の委員から構成されるものとされ、「原子力安全に関する識見と経験の豊富な人物の中で任命、もしくは委嘱し、原子力・環境・保健医療・科学技術・公共安全・法律・人文社会等原子力安全に貢献できるような関連分野の人材も含まれるべき」とし

⁵² 内閣官房ホームページ (<https://www.cas.go.jp/jp/genpatsujiko/info/120703/guideline.pdf>) (2022年11月22日アクセス)。

⁵³ 松浦・前掲注(5)論文、70～71頁によると、各委員の原子力事業者との関係（寄附、学生の就職、委員歴）の有無は、2012年9月（野田政権）では「有」1人（寄附のみについて）に対して「無」4人（委員長を含む）であり、2017年9月（安倍政権）では「有」2人（すべてについて）に対して「無」3人（委員長を含む）だった。本稿の趣旨からすれば、バランスのとれた状態に近付いたとも言える。

⁵⁴ 崔鐘敏・尹順貞・李秀澈・河津早央里・周瑋生（2020）「韓国の原子力政策と原子力安全規制制度：福島原発事故が規制制度に及ぼした影響と評価を中心に」、『名城論叢（20（4））』、151～152頁。

ている。原子力関連技術については同委員会傘下の原子力安全技術院に専門家がそれなりに多くいることから、同委員会では人文社会を含む多様性の中で、政策的な判断を下すことが期待されているようである。なお、その後の文政権では朴政権期に比べて原子力関連の委員が減ったことが指摘されている⁵⁵。2022年11月現在の委員は7名で、それは弁護士、カナダ原子力公社上級安全分析官 OB、原子力医学院原子力病院病理課長、韓国環境研究院自然環境研究室名誉研究委員、漢陽大学原子力工学科教授、韓国原子力安全技術員・責任研究員、韓国機械研究院製造装置研究所長である⁵⁶。

これに対し中国では、国家核安全局が原子力安全を所管し、現在それは生態環境部に置かれている⁵⁷。これは原子力開発・推進組織である国家原子力機構や国家能源局と並立しているが、原子力利用の推進と規制の機能的分離が不十分であり、安全規制の独立性は必ずしも高くないと評されている⁵⁸。国家核安全局が、生態環境省副大臣、生態環境省原子力安全主任技術者、原子力施設安全規制局長、原子力安全監督部長、放射線源安全監督局長により構成されるのに対し⁵⁹、専門的な事柄を受け持つ国家原子力安全専門家委員会は、123人の上級メンバーと、政府部門、科学研究、設計、生産、製造、運営部門、高等教育機関の核科学関連分野の専門家で構成され⁶⁰、行政と技術の切り分けが見られる。同国では

⁵⁵ 崔ほか・前掲注(54)論文、153頁。

⁵⁶ 韓国・原子力安全委員会ホームページ (https://www.nssc.go.kr/ko/cms/FR_CON/index.do?MENU_ID=90) (2022年11月22日アクセス)。原子力事業は、韓国電力公社の子会社(50%強を政府等が出資)の韓国水力・原子力発電会社が担っている。

⁵⁷ 周蓓(2022)「中国における原子力政策と住民参加」、田中良弘編著『原子力政策と住民参加：日本の経験と東アジアからの示唆』、第一法規、356頁。

⁵⁸ 河津早央里・周璋生・李秀澈・崔鐘敏・尹順眞(2020)「原発事故事象の原因分析と中国の原発安全規制制度」、『名城論叢(20(4))』、172～173頁。

⁵⁹ 中国・国家核安全局ホームページ (<https://nnsa.mee.gov.cn/zjjg/jld/>) (2022年11月22日アクセス)。

⁶⁰ 中国・国家核安全局ホームページ (https://nnsa.mee.gov.cn/zjjg/gihaqzjwyh/202006/t20200602_782275.html) (2022年11月22日アクセス)。

原子力事業が国策国営として運営されているということにも、注意が必要である。

また、台湾の行政院原子能委員会は13人から構成され、財団法人工業技術研究院特聘研究官、国立台湾大学化学工程系名誉教授、国立台湾大学環境工程学研究所所長、中央研究院環境変遷研究センター研究員、国立清華大学工学・システム科学科名誉教授、新北市土城病院画像科部長、行政院原子力委員会元書記長、行政院政務委員、教育部部長、經濟部部長、衛生福利部部長、国家科学・技術委員会主任委員、行政院環境保護署署長となっている⁶¹。原子力の専門家と政務が混在していることや、公表されている名簿に委員の性別が付記されていることなどが特徴である。

フランス ASN の合議体 (le collège) を構成する委員の専門分野は、原子力安全・放射線防護監視 (委員長、2018年11月13日から6年間、大統領任命)⁶²、生物物理学・核医学 (2020年12月15日から6年間、大統領任命)⁶³、放射線防護・原子力安全 (2016年12月21日から6年間、大統領任命)⁶⁴、橋梁・水・森林のジェネラル・エンジニア (生態移行省出身で、人文科学と経済学の学位を持つ。前任者の残りの任期を引き継いだため、2021年4月21日から2023年12月9日まで、上院議長任命)⁶⁵、原子力エン

⁶¹ 台湾・行政院原子能委員会ホームページ (https://www.aec.gov.tw/share/file/about/NdHLGpDqpMy30DaR88DQaQ_.pdf) (2022年11月22日アクセス)。原子力事業は唯一の公営電力会社である台湾電力会社が担う。なお、台湾はIAEAの原子力安全条約に未署名だが、締約国に準じて原子力利用をするものとされている。

⁶² フランス・ASN ホームページ (<https://www.french-nuclear-safety.fr/asn-informs/news-releases/bernard-doroszczuk-appointed-asn-chairman>) (2022年11月30日アクセス)。

⁶³ フランス・ASN ホームページ (<https://www.french-nuclear-safety.fr/asn-informs/news-releases/ms-geraldine-pina-jomir-appointed-asn-commissioner>) (2022年11月30日アクセス)。

⁶⁴ フランス・ASN ホームページ (<https://www.french-nuclear-safety.fr/asn-informs/news-releases/appointment-of-sylvie-cadet-mercier-asn-commissioner>) (2022年11月30日アクセス)。

⁶⁵ フランス・ASN ホームページ (<https://www.french-nuclear-safety.fr/asn-informs/news-releases/bernard-doroszczuk-appointed-asn-chairman>) (2022年11月30日アクセス)。

ジニア（2018年12月21日から6年間、下院議長任命）となっている⁶⁶。男女比は2対3となっており、性別に関しては結果として無理なくバランスが図られているようである。個々の委員は偏りを排し、政府等他機関の指示を受けることなく活動するものの、憲法評議会と同じく大統領と上・下院議長それぞれが任命していることから、党派性を全く帯びていないわけではない。専門分野には委員間に一部重複が見られるものの、これは冗長性（redundancy）とも捉えられ、人文科学を含めできるだけ広い範囲をカバーする形となっている。

5.3. 小括：何についての独立性に重きを置くか

韓国、中国、台湾、フランスを単に並べるだけでは比較にならないが、これを横断的に見る限り、各規制機関のミッション、すなわち、それが科学的・技術的独立性の追求に主眼を置くのか、政治的・政策的・社会的独立性までも視野に入れて規制方針を答申・決定するのかに対応する形で、当該規制機関の構成員の多様化が試みられているようである。当該機関に、政治・政策、組織、技術、社会などいかなる意味における独立性を期待するかによって、追求されるべき構成員の多様性の内容、及び、政策決定過程全体の組織フォーメーションが決まってくる。その際、何をもって構成員や組織の正統性・正当性の根拠とするかも重要になってこよう。男女比も1つの切り口だが、ここでそれを他の多様性より優先すべきかどうかは、原子力規制を歪ませないという究極的な目的を念頭に検討されるべきだろう。

今後、これらをより深く検討していく際には、各国の規制体制に関して、IAEAの推奨事項に照らして独立性や透明性が乏しいとされている点のうち、実際に不適切な規制に繋がったポイント、及び、実際には適切な規制を保っているポイントとは何か。逆に、独立性や透明性が形式

informs/news-releases/ms-laure-tourjansky-is-appointed-asn-commissioner)
(2022年11月30日アクセス)。

⁶⁶ フランス・ASNホームページ (<https://www.french-nuclear-safety.fr/asn-informs/news-releases/mr-jean-luc-lachaume-appointed-asn-commissioner>)
(2022年11月30日アクセス)。

的にはあるとされている点のうち、実際には不適切な規制に繋がってしまったポイントとは何か。そしてその原因・理由とは何かを明らかにする必要がある。各国において、規制に不当な圧力が及ぶのは一体どのような形でか。規制における失敗事例とはどのようなものか。これは、IAEAの推奨事項自体の妥当性確認にも繋がる。

6. おわりに：規制の質向上から信頼構築へ

本稿では、規制機関の独立性と透明性の観点から保たれるべき「距離」やバランスについて検討するべく、まずIAEAの推奨事項を読み直し、規制を歪ませない独立性や透明性が追求されるべきことを確認した(2.)。次に、それを踏まえて、規制行政の制度、組織、活動の各場面で見られる統制・調整・協働といった組織間関係の多様性をそれらの間で保たれるべき「距離」と捉え、その重要性を整理した(3.)。続いて、規制機関の「内側」に目を転じ、独立性や透明性を実現していくには、構成員のバランス(非同質性・多様性と非支配性)を備えた合議制組織であることが重要だと、仏独日の裁判における合議制の研究動向に依拠して指摘した(4.)。そして最後に、日本の原子力規制委員会と同等の、各国の原子力規制機関を見て、それぞれが目指す独立性の意味合いによってその構成が異なるということを指摘した(5.)。

本稿の主な主張は次の3つである。第1に、原子力等の規制機関が単に独立・透明であればよいというのではなく、規制行政を歪ませない独立性と透明性はどういったものかという視点が重要であるということ(この点、独立性・透明性相互の関係・位置付けは、IAEAの推奨事項では必ずしも明快ではなかった)、第2に、様々な意味で不確実性を抱える各種規制において、アカウンタビリティ(説明責任)とレスポンシビリティ(応答性)を実現していく際、独立性が求められるゆえに「政治」その他周囲との関係を絶ち切ることは、むしろ有害になり得る(したがって、付かず離れずの適切な「距離」が模索されるべきである)ということ、第3に、規制行政機関の外在的・制度的特徴に加えてその内側、すなわち合議制組織であるがゆえに生まれる独立性(=構成員の多様性とそのバランス)と透明性に注目して、あるべき規制体制をより広い視野で考

えていくべきではないかということ、である。このいわば「高い専門性と多様性の結果として生まれる独立性」は、確かに規制に係る諸決定の「停滞」を招く場合があるかもしれないが、我々はそれを「甘受」できるだろうか。

その上で、本稿では、独立性や透明性によって実現する適切な規制の実績の積み重ねが国民からの信頼に繋がる可能性を示した。規制が適切なものかどうかについてはそうした評価が下せるまでに多少のタイムラグがあり得るが、これについては、「政治」や政権の意向と規制機関の決定の単なる一致・不一致に気を取られ過ぎることなく、まずは本稿で検討したしかるべき独立性と透明性が確保されているかを見極める必要がある。そうすることで、規制行政をより良いもの (better regulation) へと繋げられる可能性が一層高められよう。

謝 辞

本稿は、2020～2022年度 科学研究費補助金「マルチレベル・ガバナンスの研究：人や組織の discretion による事例分析」(代表：筆者)の成果の一部をまとめたもので、環境経済・政策学会 (SEEPS) 2022年大会における企画セッション「東アジアの原子力安全規制機関の国際比較：独立性と透明性の視点から」(2022年10月2日午後、座長：藤川清史先生)の討論のために準備した原稿を基にしている(ただし、同セッションでの報告ペーパー等からの引用はせず、既発表論文を参照した)。本研究には、日本評価学会第23回全国大会における自由論題「行政」(同年12月10日午前、座長・討論者：南島和久先生)でも貴重なコメントをいただいた。ご指導くださった皆様に深く御礼申し上げます。

(以 上)

契約責任法における 責任内容確定の構造と方法（1）

—— 損害論の視角からの分析 ——

林 耕 平

目 次

- 第1章 はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 検討の対象・方法・手順
- 第2章 ドイツ法の検討
 - 第1節 ドイツ損害賠償法の問題構造
 - 1 責任設定と責任充足の区別——責任成立論と責任内容論の区別に対応
 - 2 賠償範囲論と金銭的評価論の区別の存在
 - 3 小括
 - 第2節 責任内容論
 - 1 損害概念の析出
 - (1) 一般債務不履行責任における責任内容論
 - ア 問題の所在——「抽象的損害計算」の基礎づけ
 - イ 19世紀の判例・学説——市場価格ルールの適用
 - ウ 20世紀以降の判例・学説
 - (ア) 前提——制定法の状況
 - (イ) 転売利益限定説
 - a 内容
 - b 批判——理論と結論との不整合
 - c 分析——金額差額説と転売利益限定説の関係
 - (ウ) 転売利益非限定説
 - a R. ノイナーの見解

- b ラーベルの見解 （以上、本号）
- c Chr. クニューテルの見解
- d リームの見解
- e J. W. フルーマの見解
- エ 小括
- （2） 瑕疵担保責任における責任内容論
- （3） まとめ——一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の接合
- 2 析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
- 第3節 損害賠償分類論
- 第3章 日本法の検討
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに

1 問題の所在

（1）責任内容論

契約責任の領域における損害賠償法（以下、単に「契約責任法」と呼ぶ）は、大きく分けて、「責任成立論」——どのような場合に契約（債務）不履行に基づく損害賠償責任の成立を認めるべきかという問題（具体的には、本旨不履行要件（改正前民法¹415条前段・改正民法415条1項本文）の解釈論と、帰責事由ないし免責事由要件（改正前民法415条後段・改正民法415条1項ただし書）の解釈論）——と、「責任内容論」——債務者は、成立が認められた損害賠償責任につき、どのような内容の責任を負うべきかという問題——の2つからなるということが出来る²。本稿

¹ 本稿では、「民法の一部を改正する法律」（平成29年法律第44号）による改正後の民法典を「改正民法」、改正前の民法典を「改正前民法」と呼ぶ。ただし、当該条文が改正の対象となっていない場合や、改正の対象とはなっていないが、文脈上特に改正の前後で区別する必要がない場合には、単に条数のみを記す。

² 「責任成立論」・「責任内容論」に代えて、「要件論」・「効果論」と呼ぶことも考えられる。しかし、その用語法の場合、何が認められるための「要件」を問題にするのか（何が認められた場合の「効果」を問題にするのか）によって、そ

は、そのうち、後者の「責任内容論」に取り組むものである。この責任内容論は、以下のように、総論的な問題と各論的な問題に分けることができる。

ア 総論的な問題——責任内容論の問題構造と各問題領域の相互関係

総論的な問題としては、そもそも責任内容論はどのような問題領域から構成され、各問題領域は相互にどのような関係に立っているのか——責任内容の確定はどのような（複数の）作業から構成され、各作業は相互にどのような関係に立っているのか——という問題を挙げることで

れぞれの意味内容が変わってしまう（不法行為責任について同旨の指摘をするものとして、窪田充見編『新注釈民法(15)』（有斐閣・2017年）275頁〔橋本佳幸〕）。例えば、①「当該事案において賠償されるべき損害についての損害賠償義務」が認められるための「要件」を問題にするのであれば、「賠償されるべき損害の発生」が「要件」とされることになる。これに対して、②（賠償されるべき損害の発生の有無を捨象した）「観念的な意味における損害賠償義務」が認められるための「要件」を問題にするのであれば、「賠償されるべき損害の発生」は「要件」には含まれない。賠償されるべき損害の発生の有無は、むしろ、「観念的な意味における損害賠償義務」が認められた場合の「効果」の問題として扱われることになる。こうした多義性を避けるため、本稿では、責任の基礎づけ〔帰責〕と責任の内容の区別の観点から、「責任成立論」・「責任内容論」という用語法を採用したわけである（これは、今挙げた「要件論」・「効果論」の捉え方の例でいうと、②の例を採用したことになる）。

こうした本稿の用語法は、不法行為法において橋本佳幸が提唱し、その後、長野史寛が支持することとなった「責任成立論」・「責任範囲論」・「責任内容論」の三分法（橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法V 事務管理・不当利得・不法行為（LEGAL QUEST）』（有斐閣・2011年）90頁〔橋本佳幸〕、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）6頁以下）に示唆を受けたものである。なお、不法行為法における「責任範囲論」——「加害者がどこまでの権利侵害について帰責されるかという問題」（長野史寛「不法行為法における責任内容確定規範の考察」私法76号（2014年）183頁）——は、加害行為と権利侵害を区別して観念するからこそ生じる問題であり、そのような区別を観念しない契約責任法においては、本旨不履行の有無の問題に解消される（奥田昌道編『新版注釈民法（10Ⅱ）』（有斐閣・2011年）325頁〔潮見佳男〕も参照）。そのため、「責任範囲論」を「責任成立論」とは独立に観念する必要はない。

きる。

（ア）学説の展開——賠償範囲論・金銭的評価論融合説から
分離説へ

この点については、伝統的通説とそれを批判する平井宜雄の間に見解の対立がある。伝統的通説は、416条は相当因果関係の考え方を定めたものであると理解したうえで、債務不履行に基づく損害賠償責任の内容は、その相当因果関係の基準により（一元的に）判断されるとしてきた³。これに対して、平井は、伝統的通説が相当因果関係の問題としてきたものの中には、事実的因果関係・保護範囲・金銭的評価という3つの異なる問題が含まれていると主張した⁴。この対立を整理すると、伝統的通説が責任内容の判断に際して賠償範囲論——どこまでの損害が賠償されるべきかという問題——と金銭的評価論（算定論）——賠償されるべき損害をどのように金額に評価すべきかという問題——を区別していなかったのに対して、平井は、（事実的因果関係・）保護範囲と金銭的評価の分離という形で、この2つの問題領域が区別されるべきであることを説いたということになる⁵。

³ 鳩山秀夫『日本債権法 総論』（岩波書店・増訂改版・1925年）74頁・80頁以下、我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店・1964年）120頁・124頁以下、於保不二雄『債権総論』（有斐閣・新版・1972年）139頁・142頁以下。このほか、近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法 債権編 総則 上巻』（巖松堂書店・1934年）186頁以下・197頁以下、田島順『債権法』（弘文堂書房・1940年）53頁以下・59頁も参照。

⁴ 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会・1971年）135頁以下。

⁵ なお、伝統的通説に対する平井の批判は、契約責任法だけではなく不法行為法も含めた損害賠償法全体にわたるものとして展開されているが、ここではそのうち契約責任法についてのみ取り上げている。これは、平井の批判が、（平井において自覚されているかは必ずしも明らかではないものの、）契約責任法と不法行為法で異なる意味合いを有しているからである。というのも、不法行為法において、平井は、権利侵害を損害とみる立場に立っていると考えられる（これについては、第3章で言及する）。そうすると、不法行為法における「保護範囲」と「金銭的評価」の区別は、——もちろん「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の分離としての意味を持たないわけではないが、それ以上に——（加害者がどこまでの権利侵害について帰責されるべきかという）「責任範囲論」と「責

a 前提——賠償範囲論と金銭的評価論の観念上の区別

しかし、注意を要するのは、伝統的通説においても、賠償範囲論と金銭的評価論が観念的には区別されること——責任内容論が賠償範囲論と金銭的評価論という2つの問題領域から構成されること——は認識されていたということである。例えば、伝統的通説を代表する於保不二雄は、「損害賠償額の算定には、如何なる範囲までの損害を賠償すべきかということと、賠償すべき損害を如何にして計算するかということを含む」としている⁶。

b 対立点——金額包含的損害把握の採否

このように、2つの問題領域の観念上の区別という点においては見解が一致していたにもかかわらず、実際に責任内容を判断するにあたっての判断枠組みにおいて伝統的通説と平井が対立することとなった原因はどこにあるのか。それは、両者の基礎にある損害概念の理解の違いだと考えられる。

(a) 金額差額説——金額包含的損害把握——賠償範囲論・金銭的評価論融合説

伝統的通説においては、損害概念には金額が含まれるとする金額差額説⁷が採られていた。例えば、於保は、「債務の不履行による損害は、債務の本旨にしたがった履行がなされたならば債権者がうくべかりし利益と不履行によって債権者がうけている利益との差額」であると⁸。こ

任内容論」の分離としての意味を持つことになる。このように、同じ「保護範囲」と「金銭的評価」の区別という言葉が使われていても、平井の批判は、契約責任法と不法行為法で異なる意味を持つことになるわけである。

⁶ 於保・前掲注(3)141頁。すでに、勝本正晃『債権総論 上巻』(巖松堂書店・訂正3版・1934年)386頁に同旨の指摘がみられる。

⁷ 本稿では、(引用箇所を除き)単なる「差額説」という名称を避け、「金額差額説」という名称を用いる。これは、単に「差額説」と呼んだ場合には、事実状態の差を損害とみる「事実状態比較説」も含まれるとの誤解を招くおそれがあるからである(潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』——実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報63巻1号(2011年)5頁注(6)を参照)。

⁸ 於保・前掲注(3)135頁。同様の見解として、近藤=柚木・前掲注(3)172頁、田島・前掲注(3)46頁。

のように考えた場合、賠償範囲を画定する作業は、必然的に損害額を確定する作業を包含することになる⁹。

（b）損害事実説——金額非包含的損害把握——賠償範囲論・金銭的評価論分離説

これに対して、平井は、損害概念には金額が含まれないとする損害事実説を採ることにより、賠償範囲論と金銭的評価論を分離した¹⁰。

（イ）賠償範囲論・金銭的評価論分離説に対する疑問

賠償範囲論と金銭的評価論を分離すべきであるという平井の主張は、大きな反対を受けることなく、概ね受容されているということができ¹¹。しかし、この見解に対しては、以下の問題点を指摘することができる。

a 賠償範囲論と金銭的評価論の棲み分けを決定づける損害事実の抽象度に関する考え方が不明であること

すでに述べたところからも示唆されているとおり、平井の見解に立った場合に、分離された賠償範囲論と金銭的評価論の棲み分けを決定づけることになるのは、損害事実の捉え方——より具体的には、どのような抽象度において損害事実を捉えるか——である。一例を挙げると、100万円の商品の売買契約において、売主が不履行に陥ったため、買主が解除のうえ市場から代替品を150万円で調達したとする。買主がその150万円（あるいは代金額との差額50万円）の賠償を請求した場合に、150万円という金額に対する評価は、どちらの問題領域において行われることに

⁹ 平井・前掲注（4）261頁も、金額差額説の必然的な帰結として2つの問題領域の融合が生じたことを指摘する。

¹⁰ 平井・前掲注（4）259頁以下、同『債権総論』（弘文堂・第2版・1994年）50頁以下・68頁。

¹¹ 石田穰『損害賠償法の再構成』（東京大学出版会・1977年）163頁注（1）、星野英一『債権総論（民法概論Ⅲ）』（良書普及会・1978年）70頁、奥田昌道編『注釈民法（10）』（有斐閣・1987年）561頁・562頁〔北川善太郎〕、林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論』（青林書院・第3版・1996年）150頁以下〔林良平＝安永正昭〕、淡路剛久『債権総論』（有斐閣・2002年）167頁、潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害』（信山社・第2版・2003年）326頁。

なるだろうか。仮に、「代替品購入のための150万円の支出」を損害事実とみると、その評価は、150万円という金額に対する予見可能性の有無の審査という形で、賠償範囲論において行われることになる。これに対して、損害事実の抽象度を上げて、「商品の引渡しを受けなかったこと（要するに、給付の不取得）」を損害事実とみると、150万円での調達は金銭的评价のための資料という位置づけになり、150万円という金額に対する評価は金銭的评价論において行われることになる。

平井の枠組みにおいて損害事実の抽象度がこうした重要な役割を担っていることに照らすと、平井は、損害事実の抽象度に関する考え方を明らかにしておく必要があったはずである。ところが、平井は、損害事実の定義——「損害の事実とは、原告にとって何らかの不利益を受けたと観念される一定の事態である」¹²——においても、損害事実に関するその他の記述¹³においても、損害事実の抽象度に関する考え方を明らかにしていない。その結果、平井の見解は、分離された賠償範囲論と金銭的评价論の棲み分けについてどのように考えるのかが明らかにされていないという問題点を抱えることとなっている¹⁴。

b 根拠づけの問題性

¹² 平井・前掲注(4)162頁。

¹³ 平井は、損害事実の具体例として「他から代物を購入するために金銭を支払った」という事実を挙げている(平井・前掲注(10)69頁)ため、本文の例においては「代替品購入のための150万円の支出」を損害事実とみている可能性がある。しかし、仮にそうだとすると、なぜそのような抽象度において損害事実を捉えるかという肝心の部分が明らかにされていないため、結局、損害事実の抽象度に関する考え方が明らかにされているとはいえない。

¹⁴ 賠償範囲論と金銭的评价論を分離する立場に立った場合に両者の棲み分けについて難しい問題が生じることを指摘するものとして、奥田昌道『債権総論』(悠々社・増補版・1992年)183頁以下、前田達明『口述債権総論』(成文堂・第3版・1993年)188頁以下、中田裕康『債権総論』(岩波書店・第4版・2020年)206頁、大村敦志『新基本民法4 債権編』(有斐閣・第2版・2019年)114頁、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』(東京大学出版会・第4版・2020年)189頁。なお、債権法改正の審議においても、同様の指摘はされていた(法制審議会民法(債権関係)部会第3回会議議事録(<http://www.moj.go.jp/content/000047261.pdf>・2022年10月23日最終アクセス)42頁以下[山本敬三幹事])。

以上の指摘は、賠償範囲論と金銭的評価論を分離するという考え方を受け入れたうえでの指摘であった。これに対して、そもそも分離を行うこと自体についても、疑問を差し挟む余地がある。というのも、以下のとおり、平井による分離の根拠づけには問題があるからである。

（a）「理論的根拠」とその問題性

まず、分離の「理論的根拠」¹⁵となりうるのは以下の2点であるが、いずれにも問題がある。

1) 金銭賠償主義が自明の法技術ではないこと——観念上の区別までしか導かれない

1点目は、金銭賠償主義（417条）は自明の法技術ではなく、例えば（自然的）原状回復主義を定めるドイツ民法典（BGB249条1項）¹⁶のように、それと異なる法技術が他の多くの国で見出せるということである¹⁷。しかし、ここから導かれるのは、賠償範囲論と金銭的評価論が観念的に区別されることまでであって、損害概念に金額を含めるべきではないということまでは導かれない。

2) 制限賠償原則と金額差額説が相容れないこと——制限賠償原則と金額包含的損害把握は両立しうる

2点目は、損害概念に着目した根拠づけであり、本稿の関心からはより重要であるといえる。平井によると、金額差額説は、「完全賠償の原則の法技術的表現」¹⁸である。ところが、日本民法は416条において制限賠償原則を採用しているから、「差額説を受け入れるべき法技術的基盤は存在しない」¹⁹。

確かに、金額差額説は、歴史的には、19世紀中頃のドイツ普通法学において、完全賠償原則——（債務不履行・不法行為と因果関係を有する）すべての損害が賠償されるべきであるという考え方——を実現するため

¹⁵ 平井・前掲注（4）209頁。

¹⁶ 条文については後掲注（82）、（自然的）原状回復主義については第2章第1節2（1）を参照。

¹⁷ 平井・前掲注（4）140頁以下。同261頁も参照。

¹⁸ 平井・前掲注（10）67頁。

¹⁹ 平井・前掲注（4）261頁以下。

の損害概念として登場した²⁰。しかし、完全賠償原則の実現と論理的な関係を有するのは、金額差額説の主張内容のうち、債務不履行・不法行為と因果関係を有する損害²¹であれば賠償可能であり、予見可能性などによる制限はかからないという部分²²のみである。この部分は、厳密には、賠償範囲論に関する主張であって、金額差額説を構成する他の主張——とりわけ、損害概念は金額を含むかどうかといった、損害把握に関する主張——との間に論理必然的な関係を有しない。したがって、制限賠償原則を採りつつ損害概念に金額を含めることは、十分にありうるわけである。それにもかかわらず、平井は、制限賠償原則の採用は、賠償範囲論に関する主張に限られない金額差額説を構成するすべての主張と相容れないとの前提のもと²³、損害概念に金額を含めない損害事実説を導いており、ここに論理の飛躍がある。損害概念に金額を含めるべきかどうかという問題については、これを賠償範囲論から切り離したうえで、損害把握に関する問題として正面から取り組まなければならない。

(b) 「実際上の根拠ないし『実益』」とその問題性

平井は、以上の「理論的根拠」に加えて、賠償範囲論と金銭的評価論を分離することの「実際上の根拠ないし『実益』」²⁴を論じているが、これをもってしても、分離するという考え方を十分に根拠づけることはできていない。

- 1) 基準時に関する判例法理を整合的に説明できるようになること——平井とは異なる立場から整合的に

²⁰ 損害概念をめぐるドイツの学説史については、北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」法学論叢73巻4号(1963年)1頁以下、平井・前掲注(4)31頁以下などを参照。

²¹ 付言すると、金額差額説は損害の定義中に因果関係の要素を取り込んでいるため、「賠償されるべき損害」と「賠償されるべきでない損害」の区別は生まれず、「損害」にあたればすべて賠償されるべきことになる。

²² この主張が相当因果関係説につながっていくこととなる。

²³ 平井におけるこの前提は、平井宜雄「『損害』概念の再構成(1・未完)」法学協会雑誌90巻12号(1973年)2頁の記述に特に顕著に表れている。同・前掲注(4)25頁以下・139頁以下・261頁以下、同・前掲注(10)67頁以下も参照。

²⁴ 平井・前掲注(4)209頁。

説明する可能性を排除しきれていない

まず、基準時間問題について、賠償範囲の画定作業と金銭的評価の作業は融合する——基準時は416条の適用によって決まる——という立場に立つと、説明できない判例が残ってしまう——例えば、予見可能性の有無を問うことなく解除前や解除後の一定の時点を基準時とした判例を説明できない——こと²⁵、これに対して、平井のように両作業を分離する立場に立つと判例法理を整合的に説明できること²⁶が示される。具体的には、平井の立場に立った場合、判例が基準時間問題においても弁論主義の適用を肯定していることも併せて考えると、債権者の選択した基準時が（金銭的評価において妥当する一定の実体的基準²⁷を満たす限り）裁判官によりそのまま採用されるべきことになる。それゆえ、判決に現れる基準時が債権者の選択に応じて多種多様なものになるのだという。

確かに、予見可能性の有無を問うていない判例については、両作業が融合するという考え方から説明することは難しいだろう。したがって、平井は、両作業が常に融合すると考える立場が判例法理と相容れないことまでは論証することができているといえる。しかし、判例の中には、転売利益——買主が締結していた具体的な転売契約から得られたはずの転売利益——の賠償が請求された事案において、明示的に転売代金の額に対する予見可能性を要求しているものがある²⁸。こうした判例については、むしろ両作業が融合するという考え方からのほうが説明しやすい。このようにみると、平井は、場面によって——例えば、賠償請求の対象となっている損害の種類によって——両作業は融合することも分離することもあるという立場までは排除しきれていない（そのような立場が判例法理と相容れないことまでは論証することができていない）ということができる。つまり、平井は、自らと異なる立場から判例法理を整合的に説明する可能性を完全には排除しきれていないわけである。したがっ

²⁵ 平井・前掲注（4）212頁以下。

²⁶ 平井・前掲注（4）213頁以下・251頁以下。

²⁷ 平井はこれを「全額評価の原則」と呼んでいる（平井・前掲注（4）263頁など）。詳しくは、第3章で取り上げる。

²⁸ 例えば、大判昭和4年4月5日民集8巻373頁。

て、この論拠によっては、両作業を（常に）分離するという平井の立場は十分には根拠づけられていないといえることができる。

2) 自由裁量肯定説を採用できるようになること——

自由裁量肯定説自体に対する批判が強い

また、平井は、金銭的評価につき、裁判官の自由裁量を肯定すべきである——例えば、弁論主義の適用を否定すべきである——と主張している²⁹。そして、賠償範囲論と金銭的評価論を分離することによってこの自由裁量肯定説を採用できるようになることも、分離の実益の1つだと考えているようである³⁰。しかし、自由裁量肯定説に対しては、周知のとおり、民事訴訟の当事者主義の観点などから強い批判がある³¹。

イ 各論的な問題

以上でみてきたように、責任内容論のうち、総論的な問題——賠償範囲論と金銭的評価論の相互関係——については、再検討の必要があると考えられる。続いて、各論的な問題、つまり、賠償範囲論内部の問題および金銭的評価論内部の問題についてみていこう。

(ア) 賠償範囲論——検討対象外

このうち、賠償範囲論内部の問題——416条の理解をめぐる相当因果関係説と保護範囲説の対立や、416条2項の「当事者」の意味、予見可能性の判断時期など——については、本稿は直接の検討対象とはしない。これは、賠償範囲論については従来から活発に議論が展開され、——あくまで金銭的評価論と比べるとではあるが——研究が進展していることを考慮に入れると、まずは金銭的評価論に優先的に取り組み、賠償範囲論についてはその後その成果も踏まえて改めて検討するという手順を踏むことも許されるだろうと考えたためである。

(イ) 金銭的評価論

他方の金銭的評価論には、大きな問題が残されている。

a 一般理論——いまだに提示されず

まず、従来の議論は、次項で述べる基準時間問題に偏っており、契約責

²⁹ 平井・前掲注(4)489頁以下。

³⁰ 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(弘文堂・1992年)76頁を参照。

³¹ 前田・前掲注(14)204頁など。

任法における金銭的評価論全体を視野に入れた一般性の高い理論はいまだに提示されていない³²。

すなわち、基準時問題では、主として、①売買契約において②売主が目的物を引き渡さなかった場合の③市場価格による算定の④基準時が検討対象とされてきた³³。

その反面、①' 売買契約以外の契約類型——例えば、請負契約などの役務提供契約——における金銭的評価や、②' 無履行ではなく契約不適合の場合——例えば、請負人が契約に適合しない仕事をした場合³⁴——の金銭的評価、また、③' 市場価格に依拠しない場合——例えば、営業利益による場合——の金銭的評価については、研究が手薄であったといえる。さらに、④' 市場価格に依拠する場合でも、特に買主が商人の場合には、調達のための市場と転売のための市場で市場価格が異なる可能性がある。しかし、この点を意識して基準となる市場を論じたものも少ない³⁵。

このように、従来の議論は、射程が狭いものであるうえ、取り上げる論点も限定的であり、一般理論の構築が学界に残された大きな課題であるといえる。

b 一定の側面に焦点を当てた検討

金銭的評価の一般理論は構築されていないとはいえ、一定の側面に焦

³² 同様の指摘として、笠井修「損害賠償額算定の理論と規範」同『契約責任の多元的制御』（勁草書房・2017年・初出2015年）167頁。笠井自身は、契約責任法における金銭的評価論について、アメリカ法を素材とした比較法的検討を行っている（同176頁以下）。日本法に妥当すべき一般理論の提示には至っていないものの、笠井がアメリカ法から得た示唆は、一般理論の構築を目指すうえで参考になるものである（これについては、第3章で取り上げる）。

³³ 同様に、基準時問題に関するものとしてこれまでわが国で取り上げられてきた判例法理の射程の狭さを指摘するものとして、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017年）485頁。

³⁴ 笠井・前掲注（32）208頁以下は、この場合における金銭的評価をめぐるアメリカ法の議論を紹介・分析している。

³⁵ この点に関して、笠井・前掲注（32）188頁は、履行の「市場価値」という場合の「市場」の意味をめぐるアメリカ法の議論を紹介している。

点を当てた検討は行われてきている。すでに触れた基準時問題もその1つであるが、ここでは、それに加え、人的基準の問題を取り上げることとする。

(a) 基準時

金銭的評価論を時間の観点から考察するのが、基準時問題である。

1) 学説の展開

これについては、主として判例法理の理論的説明を行うという意図のもと、次のような議論が展開されてきた。かつては、判決時³⁶や責任原因発生時³⁷など、基準時を1つの時点に固定する見解が支配的であった。しかし、それでは多種多様な基準時を採用する判例法理を説明できないことから、その後、基準時を多元的に理解する見解が広まった。その代表例が、債権者に複数の時点からの選択を認める実体的多元説³⁸である³⁹。さらにその後、こうした多元的な理解に対して、損害軽減義務という新たな観点から、代替物の売買においては「代替取引をすべき時」が基準時となるとの見解も現れており⁴⁰、基準時をめぐる議論はいまだに決着をみていない。

2) 先行学説の問題点——損害論の視角からの分析の不足

ところで、基準時問題に限らず、金銭的評価の問題においては、(賠償されるべき)損害を金額に評価する作業が問題になっているわけであるから、そこで評価の対象となる「損害」とは何かを的確に理解することが不可欠の前提となるはずである。ところが、従来の基準時をめぐる議論においては、この点に対する意識が十分ではなかったと思われる⁴¹。

³⁶ 石坂音四郎『日本民法 債権総論 上巻』(有斐閣・1916年) 351頁以下。

³⁷ 於保・前掲注(3) 142頁以下。

³⁸ 北川善太郎「損害賠償額算定の基準時」法学論叢88巻4～6号(1971年) 152頁以下。

³⁹ このほか、先に触れた平井の見解も、多元的な理解に含めることができる。詳しくは、第3章で取り上げる。

⁴⁰ 内田貴「契約の拘束力——強制履行と損害賠償」同『契約の時代——日本社会と契約法』170頁(岩波書店・2000年・初出1990年) 194頁。

⁴¹ 北川善太郎は、「基準時の問題は、損害概念と一つの接点をもっている」と

例えば、実体的多元説と、「代替取引をすべき時」を基準時とする見解とで、前提とする損害概念は本当に一致しているのかといった観点からの分析はみられない。基準時問題を解明するためには、何よりもまず、各場面で賠償請求の対象となっている「損害」は何なのかという点を明らかにしなければならない。従来議論についても、各見解はどのような損害概念を基礎に置いているのかという観点から整理しなおす必要があるだろう。

（b）人的基準——抽象的損害計算・具体的損害計算

他方、金銭の評価論を人の観点——当該債権者に着目して損害を算定するかどうかという観点——から考察するのが、人的基準の問題である。

1）北川による先駆的な研究——損害論への着目

これについては、北川善太郎による先駆的な研究がある⁴²。これによると、損害の算定方法には、「抽象的損害計算」——「被害者の具体的事情を捨象して客観的な方法で調査・確定する方法」——と、「具体的損害計算」——「被害者の具体的事情を顧慮して算定する方法」——がある⁴³。より具体的に述べると、「債権者がその目的物について転売行為をしていたか、あるいは他から必要な目的物を調達するために填補行為をしていたかどうかといった具体的事情を捨象して、一定の基準時の時価により賠償額が算定される」場合が、「抽象的損害計算」である。これに

して、本稿の視点とも通ずる視点を示唆していた（北川・前掲注（38）154頁。同153頁も参照）のだが、この示唆の意味が真に理解され、理論的に深められることのないまま約半世紀が経過してしまった。もっとも、近時、潮見佳男が公表した基準時問題に関する論文（潮見佳男「価格騰貴と履行に代わる損害賠償——売主による給付義務の不履行の場合」法曹時報72巻12号（2020年）1頁）は、北川の示唆を受け止め、損害論の視角から基準時問題を分析した（とみることができ）ものとなっている。潮見の見解については、本稿の検討結果を示した後で、本稿の立場との違いにも触れつつ第3章で詳しく取り上げることとする。

⁴² ドイツにおける抽象的損害計算をめぐる議論については、すでに、北川善太郎「損害賠償論序説（1）・（2・完）——契約責任における」法学論叢73巻1号20頁以下・3号37頁（1963年）に紹介がある。

⁴³ 奥田編・前掲注（11）571頁〔北川〕。

対して、「債権者が債務不履行のために他から同種同類のものを購入した場合の填補購入額と約定代価との差、あるいは、債権者が他にその目的物を転売していた場合は、その転売価格と約定代価との差、あるいは、それに転売契約の不履行に対する賠償額を加えたものをもって損害賠償額とする場合」が、「具体的損害計算」である。そして、2つの方法のうち「いずれによるかは債権者が選択しうる」⁴⁴。

さらに、本稿の関心に照らして重要なのは、北川が「抽象的損害」・「具体的損害」という概念を立てているということである⁴⁵。これは、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」の区別が、(同じ損害についての)単なる算定方法の違いではなく、そもそも基礎に置かれる損害概念の違いを反映したものであるとの考えをうかがわせるものである⁴⁶。金銭的評価が(賠償されるべき)損害を金額に評価する作業であることを踏まえたとき、まず評価の対象となる「損害」が何であるかを明らかにしようとするこうした姿勢は、正当なものであると評価できる。

2) その後の学説の問題点——損害論の視角からの分析の不足

北川の研究の後、契約責任法において、人的基準の問題に対する関心は必ずしも高まりをみせていない⁴⁷。もっとも、基準時間問題が論じられ

⁴⁴ 奥田編・前掲注(11)573頁以下[北川]。

⁴⁵ 奥田編・前掲注(11)571頁・577頁[北川]、奥田編・前掲注(2)315頁[北川=潮見]。

⁴⁶ 北川・前掲注(38)153頁も、損害論と人的基準の問題の連関を示唆する。また、奥田編・前掲注(11)577頁[北川]は、「抽象的損害計算」が「差額説に対する伝統的な『物の価値』と系譜的につながる」ことを指摘する。

⁴⁷ 体系書・教科書においても、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」を取り上げるものは少ない。例外的にこの問題につき詳論するものとして、加藤雅信『債権総論(新民法大系Ⅲ)』(有斐閣・2005年)135頁以下、潮見・前掲注(11)313頁以下、同・前掲注(33)442頁以下、同『新契約各論Ⅰ』(信山社・2021年)158頁以下。なお、不法行為法においては、周知のとおり、1960年代以降、損害論と結びつけた形で人的基準につき新たな見解を打ち出す死傷損害説(西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号(1965年)114頁以下、同「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリスト339号(1966年)26頁以下)や労働能力喪失説(楠本安雄『人身損害賠償論』(日本評論社・1984年)127頁以下)

る際に、目的物の時価による算定が当然のように認められていることを踏まえると、契約責任法において「抽象的損害計算」が認められることは、すでに当然視されているとみることもできる⁴⁸。しかし、そこでは、損害概念に立ち返った分析はほぼ行われていない⁴⁹。このことは、必ずしも理論的な根拠が明らかにされないままに「抽象的損害計算」が用いられてしまっているということの意味する。こうした問題を解消するためには、北川の方向性をさらに推し進め、「抽象的損害」・「具体的損害」という概念をその当否も含め検証し、より精緻な損害概念を立てることにより、人的基準の問題に理論的基礎を与えることが必要となろう。

（2）損害賠償分類論

本稿は、ここまでみてきた責任内容論を中心的な検討対象とするものである——本稿のタイトルがもっぱら責任内容論を念頭に置いたものとなっているのも、そのためである——が、これと並んで、「損害賠償分類論」とも呼ぶべき問題をも検討対象とする。

ア 填補賠償をめぐる従来議論

債務不履行に基づく損害賠償は、填補賠償と遅延賠償に分かれるといわれる。前者は、「債務が履行されたのに等しい地位を回復させるに足るだけの損害賠償」であるとされ、典型例としては、目的物の価格相当額の賠償が挙げられる。後者は、「履行が遅延したことによる損害の賠償」であるとされ、典型例としては、金銭債務の不履行における遅延損害金の賠償が挙げられる。そして、填補賠償と遅延賠償の間には、履行請求に加えて請求できるかどうかという点に違いがあるとされる⁵⁰。

（ア）主たる議論の対象——填補賠償付加要件論

が登場し、その後も議論が蓄積している。

⁴⁸ 同様の見方を示していると考えられるものとして、潮見・前掲注（7）7頁注（9）。

⁴⁹ 例外的に、潮見は、「抽象的損害計算」や「具体的損害計算」が行われる際には何が「損害」として捉えられているのかという点に言及している（潮見・前掲注（41）8頁注（18）・46頁・47頁、同・前掲注（47）158頁以下）。潮見の見解については、第3章で詳しく取り上げる。

⁵⁰ 以上につき、平井・前掲注（10）70頁。

このうち、填補賠償に関して主として議論されてきたのは、履行不能が生じておらず、かつ解除がされていない場合であっても填補賠償を請求することができるのか、できるとしてそれはどのような要件を満たした場合なのかという問題である⁵¹（以下、履行不能・解除も含め、填補賠償の請求のために必要な要件のことを、本旨不履行と帰責事由という基本要件に加えて必要な要件という意味で「填補賠償付加要件」、この問題自体のことを「填補賠償付加要件論」と呼ぶ）。債権法改正により新設された「債務の履行に代わる損害賠償」に関する改正民法415条2項は、まさにこの点について定めるものである。もっとも、同項については、契約不適合の場合の追完に代わる損害賠償にも類推適用されるのか⁵²という点が未解決の問題⁵³として残されている。

（イ）どのような損害賠償が填補賠償にあたるのかという問題をめぐる議論

こうした填補賠償付加要件論が改正前後を通じて活発に議論されてきたのに対して、「そもそも填補賠償にあたるのはどのような損害賠償なのか」という問題については、十分に議論が行われてきたとはいえない状況にある。以下では、この問題をさらに2つに分けて、従来の議論状況をみていきたい。

⁵¹ このほかにも、例えば、双務契約における填補賠償の内容は債権者が負う反対債務の価額を控除したものとなるのか（ドイツでは「差額法(Differenzmethode)」と呼ばれる）、それとも控除はされずに反対債務が存続するのか（ドイツでは「代償法(Surrogationsmethode)」と呼ばれる）という問題が議論されている。

⁵² これについては、第3章で取り上げる。

⁵³ 未解決の問題は、他にもある。まず、填補賠償付加要件論について述べると、改正民法415条2項のもとで争いの余地があるのは、追完に代わる損害賠償の場合に限られない。同項の本来の適用場面である「履行に代わる損害賠償」についても、填補賠償の請求を可能とする事由は同項に列举された事由に限定されるのか、それとも、同項に列举された事由はあくまで例示であって、他にも事由が存在するのかにつき、議論の余地が存在する。また、填補賠償付加要件論以外の問題に目を向けると、「填補賠償付加要件充足後・填補賠償請求前」または「填補賠償請求後・解除前」に債務者による履行・追完を債権者が拒絶することができるかという問題や、填補賠償請求後に債権者が（翻意して）履行請求をすることができるかといった問題が残されている。

a 区別基準そのものに関する問題——履行の受領との両立可能性の有無を基準とする近時の見解の妥当性

まず問題となるのは、填補賠償（履行に代わる損害賠償）とそれ以外の損害賠償（遅延賠償に代表される、履行とともにする損害賠償）の区別基準はどこにあるのかという点である。要するに、ここでは、填補賠償の意味ないし定義が問題となる。

債権法改正前は、——体系書・教科書で前述のようなごく簡単な定義が示されることはあったものの——填補賠償の意味について取り立てて議論されることはほぼなかったものとみられる。

これに対して、債権法改正後は、改正民法415条2項が新設されたことに伴い、填補賠償の意味について詳しく論じる論文がいくつか現れている⁵⁴。そのうちの1つによると、『履行に代わる損害賠償』は、本来の債務の履行を受けることと両立しないという点に着目したものであり、その内容は、「本来の債務の履行を受けることと両立しない利益の賠償」であるとされる⁵⁵。

填補賠償の意味を検討する際には、填補賠償（履行に代わる損害賠償）とそれ以外の損害賠償（履行とともにする損害賠償）の区別がどのような「観点」に基づくものなのかという点に立ち返る必要があると考えられる。すでに述べたところからも示されているとおり、区別の「観点」としては、履行の受領との両立可能性の観点と、付加要件の観点の2つを挙げることができる⁵⁶。つまり、填補賠償（履行に代わる損害賠償）については、履行とともにする損害賠償とは異なり、履行を受領したうえで、それに加えて賠償を受けることができない。また、填補賠償（履行に代わる損害賠償）については、履行とともにする損害賠償とは異なり、

⁵⁴ 福田清明「改正民法415条の『履行に代わる損害賠償』と『その他の損害賠償』について——双務契約上の債務の不履行による損害賠償に関連して」名城法学69巻1＝2号（2019年）147頁、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』（1）」NBL1173号（2020年）6頁以下、高田淳「損害賠償種類論における時期的区分説の骨子」新井誠先生古稀記念論文集『高齢社会における民法・信託法の展開』（日本評論社・2021年）272頁など。

⁵⁵ 田中洋・前掲注（54）7頁。

⁵⁶ この2つの観点を指摘するものとして、高田・前掲注（54）273頁。

填補賠償付加要件——改正民法のもとでは、415条2項に定められた付加要件——を満たしてはじめて請求することができる。要するに、填補賠償は、「履行の受領と両立せず、かつ填補賠償付加要件を要する損害賠償」と言い換えることができる。したがって、填補賠償の意味・定義については、履行の受領と両立せず、かつ填補賠償付加要件を要するのはどのような損害賠償なのかという視角から検討する必要がある。

このようにみたとき、先ほどみた債権法改正後の見解が、履行の受領との両立可能性という区別の「観点」に着目して、——ほぼ同語反復であるとはいえ——「本来の債務の履行を受けることと両立しない利益の賠償」という定義を導き出しているのは、妥当なものと評価することができる⁵⁷。このように、填補賠償とそれ以外の損害賠償の区別基準そのものについては、それほど大きな問題は残されていない。

b 区別基準へのあてはめに関する問題——損害論の視角からの分析の不足

しかし、填補賠償該当性を判断するためには、区別基準を明らかにするだけでは十分ではない。具体的な事案において債権者が請求している損害賠償が填補賠償にあたるかどうかを判断するためには、それに加えて、当該具体的な損害賠償をその区別基準にあてはめるという作業が必要となる。先ほどの「本来の債務の履行を受けることと両立しない利益の賠償」という定義を採用した場合、あてはめの作業としては、「履行によって債権者のもとに実現される利益」と「当該損害賠償によって債権者のもとに実現される利益」を比較して、両利益の両立可能性の有無を判断するという作業が必要になる。このようにみると、填補賠償該当性の判断においては、当該損害賠償によって債権者のもとに実現される利益はいったいどのようなものなのか——裏を返すと、当該損害賠償によって賠償される損害はどのようなものなのか——という点を的確に把握することが必要不可欠であるということができる。

例えば、100万円の商品の売買契約において、売主が不履行に陥ったため、買主が市場から代替品を150万円で調達したとする。買主がその

⁵⁷ 実は、同様の定義は、付加要件の観点からも導き出すことができる。これについては、第2章第3節で説明する。

150万円（あるいは代金額との差額50万円）の賠償を請求した場合、この損害賠償は、填補賠償にあたるだろうか。先ほども少し触れたが、ここでは、どのように損害を把握するかという点について複数の考え方がありうる。仮に、「商品の引渡しを受けなかったこと（要するに、給付の不取得）」を損害とみた場合、当該損害賠償（および買主による代替品の調達）によって実現される利益は、「商品の引渡しを受けたのと同じ利益状態」だということになる。この利益は、もちろん、履行（商品の引渡し）によって実現される利益と両立しない（両取りが許されない）ものであるため、この考え方によると、当該損害賠償は填補賠償に分類されることになる。これに対して、「代替品購入のための150万円の費用（の支出）」を損害とみた場合、売主が遅れて履行をしたとしても買主がすでに支出した費用が戻ってくるわけではないということを踏まえると、当該損害賠償によって実現される利益——「150万円を支出せずに済む」という利益——は、履行によって実現される利益と両立する（両取りが許される）ものであるとみることもできる。したがって、この考え方によると、当該損害賠償は、むしろ履行とともにする損害賠償に分類されるということにもなりそうである。

以上、填補購入費用の賠償の例に即して説明したが、その他の場合——例えば、買主が当該商品を利用した営業を予定していた場合の営業利益の賠償や、買主が当該商品の転売を予定していた場合の転売利益の賠償——においても、填補賠償該当性を判断する際に損害（利益）の的確な把握が重要となるということに変わりはない。

ところが、填補賠償該当性に関する（債権法改正後も含めた）従来の議論をみても、——そもそも填補賠償該当性については議論が少ないということもあるのだが——こうした損害概念（利益概念）に立ち返った分析はほとんど行われていない⁵⁸。填補賠償該当性の問題が、履行の受領との両立可能性、填補賠償付加要件の賦課という2つの点で結論に影響を与えうる問題であることを踏まえたとき、この問題について損害

⁵⁸ 例外的に、田中洋・前掲注（54）7頁は、填補賠償該当性を判断するにあたって、損害賠償によって実現される利益の内容に着目している。田中の見解の意義（と問題点）については、第3章で取り上げる。

概念(利益概念)という視角から分析を行うことは、債権法改正後に残された重要な課題の1つだといえることができる。

イ 損害賠償分類論の位置づけと検討の意義

(ア) 損害賠償分類論の位置づけ——責任成立論の前提問題

本稿では、「どのような損害賠償が填補賠償にあたるのか」という問題も含め、「ある一定の損害賠償が填補賠償・遅延賠償・それ以外の(債務不履行に基づく)損害賠償⁵⁹のいずれに分類されるのか」という問題を「損害賠償分類論」と呼ぶ。ここでは、債務不履行に基づく損害賠償がある一定の観点から3種類に「区別」されることを前提として、具体的な事案において債権者が請求している損害賠償がそのうちいずれに「分類」されるのかを検討することになる⁶⁰。

ここでいう3種類の損害賠償の区別の「観点」とは、履行の受領との両立可能性の観点と、付加要件の観点である(詳しくは第3章で取り上げるが、実は、遅延賠償についても、理論上は、本旨不履行——履行の「遅延」——とは別に、412条の「遅滞」という付加要件がかかっているとみることができる)。すなわち、履行の受領との両立可能性の観点からは、履行に代わる損害賠償(填補賠償)と履行とともにする損害賠償が区別される。また、付加要件の観点からは、改正民法415条2項の付加要件を要する填補賠償、412条の付加要件を要する遅延賠償、付加要件を要しない「それ以外の損害賠償」が区別される。

このように、「損害賠償分類論」が、(ある具体的な損害賠償が)一定の付加要件を要する損害賠償にあたるかどうかを(も)扱う問題だということを踏まえると、「損害賠償分類論」は、本稿の採用する「責任成立論」と「責任内容論」の区別との関係では、強いていうならば、「責任成

⁵⁹ ドイツ法では、「単純な損害賠償(einfacher Schadensersatz)」と呼ばれている。これについては、第2章第3節で取り上げる。

⁶⁰ 本稿では、債務不履行に基づく損害賠償が填補賠償・遅延賠償・それ以外の損害賠償の3種類に分かれることを指して、損害賠償の「区別」と呼ぶ。これに対して、具体的な事案において債権者が請求している損害賠償がこの3種類の損害賠償のうちいずれにあたるのかを判断する作業を指して、損害賠償の「分類」と呼ぶ。つまり、「分類」という用語は、常に具体的な損害賠償を念頭に置いて用いられる。

立論」に属する——より厳密には、「責任成立論」の前提問題にあたる——ということが出来る。

（イ）損害賠償分類論を検討する意義——責任内容論と共通の分析視角を設定し、両者を併せて検討することによる相乗効果への期待

そうすると、「損害賠償分類論」は、本稿の中心的な検討対象である「責任内容論」とは異なる次元にある問題だということになる。それにもかかわらず本稿が「損害賠償分類論」をも併せて検討対象とする理由は、先ほど述べたように、「損害賠償分類論」の検討に際しても、やはり損害概念に立ち返った分析が必要であるということにある。

すなわち、本稿では、「責任内容論」と「損害賠償分類論」について、「損害論」という共通の分析視角を設定して検討を行う。これにより、「責任内容論」と「損害賠償分類論」のいずれか一方の検討によっては得られないような「損害論」に関する知見を獲得したり、あるいは、いずれか一方の検討によって得た「損害論」に関する知見をもう一方の検討に際して再検証したりすることが可能になると期待される。つまり、「責任内容論」と「損害賠償分類論」の両方を併せて検討することにより、「損害論」に対する理解をより深めることができ、それがひいては「責任内容論」と「損害賠償分類論」のいずれの検討にもメリットをもたらすと期待されるわけである。こうした相乗効果への期待こそが、本稿があえて「責任内容論」に加えて「損害賠償分類論」を取り上げることとした理由である。

2 検討の対象・方法・手順

（1）検討の対象——履行利益の賠償への限定

本稿の検討対象は、履行利益の賠償——債務が履行されたとすれば債権者が得たであろう利益の賠償——に限定される。すなわち、信託利益の賠償——契約が不成立または無効となる（である）にもかかわらず、契約が有効に成立する（した）と信託したことによって債権者が被った損害の賠償——や、費用賠償⁶¹——有効に成立した契約において、債務

⁶¹ 費用賠償につき論じるものとして、福田清明「ドイツ新民法典284条の費用
北法73(6・76)888

が履行されることを信頼して債権者が支出したものの、債務が履行されなかったことにより無駄になった費用の賠償——、完全性利益ないし保持利益⁶²の賠償——債権者の生命・身体・健康・所有権その他の利益の賠償——は、検討対象から外れる⁶³。これは、履行利益の賠償が契約責任法における最も基本的な賠償の類型であり、まずはその内容を明らかにする必要があると考えたことによる。

(2) 検討の方法

ア 分析視角——損害論

すでに述べたとおり、本稿は、直接の検討対象である「責任内容論」と「損害賠償分類論」を検討するにあたって、「損害論」を共通の分析視角とする。

(ア) 前提——「損害論」の意味

賠償請求権」明治学院論叢685号(2002年)1頁、同「費用賠償請求権について——債務不履行に基づく損害賠償のもう一つの可能性」山田卓夫先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』(日本評論社・2008年)527頁、同「費用賠償請求権の視点から見たプリンスホテル日教組大会事件」明治学院大学法科大学院ローレビュー17号(2012年)61頁、上田貴彦「ドイツ給付障害法における費用賠償制度の概観——契約利益賠償論の再構築を見据えて」同志社法学57巻5号(2006年)127頁、同「遅滞責任としての費用賠償の可否とその特異性——契約の巻戻しを目的としない原状回復的損害賠償」中京法学54巻3=4号(2020年)47頁、金丸義衡「契約法における支出賠償の構造」姫路法学47号(2007年)33頁、同「契約清算局面における支出賠償の意義と機能」私法73号(2011年)175頁、同「支出賠償請求権の現状と課題」甲南法学54巻3=4号(2014年)39頁、同「支出賠償における支出概念と賠償範囲」甲南法学60巻1~4号(2020年)125頁、藤田寿夫「民法416条と無駄になった出費の賠償」ゲルハルト・リース教授退官記念論文集『ドイツ法の継受と現代日本法』(日本評論社・2009年)279頁など。

⁶² 連載第2回(第2章第2節1(1)ウ(ウ)d)で説明するように、「完全性利益」という用語は、ここで示した意味とはまったく別の意味で用いられることがある。そこで、本稿では、2つの「完全性利益」の混同を避けるため、ここでの「完全性利益」のことを「保持利益」と呼ぶこととする。

⁶³ ただし、「損害賠償分類論」の箇所では、保持利益の賠償も取り上げることになる(第2章第3節を参照)。

a 従来の議論における“損害論”の多義性

ここでまず確認しておかなければならないのは、本稿における「損害論」の意味である。「損害論」は、「『損害』とは何か」という問題である。しかし、そこでいう「損害」をどのレベルで用いるかによって、「損害論」という問題の意味も変わってくる⁶⁴。すなわち、従来、“損害論”という問題設定のもとで行われてきた議論においては、賠償範囲論と金銭的評価論の観念上の区別に対応して、次のようなレベルの“損害”概念が混在していたとすることができる。

- ① 賠償範囲の判断を受ける前の不利益（事実的因果関係と保護範囲を区別する立場からは、さらに、㊦事実的因果関係の判断を受ける前の不利益⁶⁵と㊧事実的因果関係ありと判断されたことにより、保護範囲の判断対象となった不利益が区別されることになる）
- ② 賠償範囲に含まれると判断されたことにより、金銭的評価の対象となった不利益⁶⁶
- ③ 金銭的評価の結果として導かれた金額⁶⁷

b 本稿における「損害論」の意味——金銭的評価の対象

⁶⁴ 同じく「損害」概念の多層性を指摘するものとして、中田・前掲注（14）172頁以下。

⁶⁵ 損害事実説のいう「損害」概念は、このレベルのものである（平井・前掲注（4）135頁以下を参照）。

⁶⁶ 金額差額説のいう“損害”概念は、損害の定義（「債務の本旨にしたがった履行がなされたならば債権者がうくべかりし利益と不履行によって債権者がうけている利益との差額」）の中に因果関係の要素を取り込んでいるため、このレベルのものである。

⁶⁷ 例えば、中島玉吉『民法釈義 卷之三 債権総論 上』（金刺芳流堂・訂正4版・1924年）503頁が一方で「損害其ノモノハ具体的損害〔引用者注：「加害原因ニヨリ被害者カ其財産又ハ身体等ニ受ケタル損害其ノモノ」（同502頁）のこと〕ヲ意味スルハ疑ナキ所ナリ」としつつ、他方で「本法於テハ……金銭賠償主義ヲ取ルカ故ニ原則トシテ損害ト云ヘハ被害前後ノ差額ヲ意味スルモノト解スヘシ」と述べる時、後半の記述で念頭に置かれている“損害”概念は、この③のレベルのものである。中島の記述について同様に理解するものとして、高橋眞「損害論——日本における学説史と現状」同『損害概念論序説』136頁（有斐閣・2005年・初出1990年）。

となる不利益をどのように把握すべきかという問題

では、本稿では、このうちのどのレベルの「損害」概念を前提とすべきだろうか。本稿では、ここまで、様々な問題について、損害概念に立ち返った分析が必要であることを説いてきた。そこで、それぞれの問題について、どのような意味での「損害論」を分析視角とすべきかを確認しておこう。

まず、総論的な問題——賠償範囲論と金銭的評価論の相互関係をめぐる問題——について考えると、ここでは、賠償範囲の判断対象となる「損害」に金額が含まれるかどうかによって賠償範囲の画定作業と金銭的評価の作業が融合するか分離するかが決まるわけであるから、①(①⑦)の「損害」概念を採用すべきだといえることができる。

次に、各論的な問題——基準時間問題や人的基準の問題といった、金銭的評価論内部の問題——について考えると、ここでは、金銭的評価の対象となる「損害」とは何かを的確に理解することが不可欠の前提となるわけであるから、①または②の「損害」概念を採用すべきだといえることができる(なお、①でもよいのは、仮に賠償範囲に含まれると判断されれば金銭的評価の対象となる「損害」、つまり、金銭的評価の対象となりうる「損害」がどのようなものを把握できれば十分だからである)。

最後に、損害賠償分類論について考えると、ここでは、当該損害賠償によって債権者のもとに実現される「利益」はどのようなものなのかを的確に把握することが必要不可欠となるわけであるから、債権者に生じた「不利益」——「利益」の不取得ないし喪失——を問題にしている①または②の「損害」概念を採用すべきだといえることができる。

以上を踏まえると、すべての問題について共通の「損害」概念を採用するのであれば、①(①⑦)の「損害」概念を採用すべきだといえることができる。そうすると、本稿において、「損害論」は、「賠償範囲の判断対象となる(そして、賠償範囲に含まれると判断されれば金銭的評価の対象となる)不利益をどのように把握すべきか」という問題を意味することになる。

もっとも、これは、「損害」は事実的に把握することができる——したがって、損害の把握という作業と賠償範囲の画定という作業を区別することができる——という前提のもとでの定義である。これに対して、

そもそも「損害」を事実的に把握することはできないのであって、賠償範囲の画定という規範的判断によってはじめて「損害」が確定されると考える立場もありうる⁶⁸。この立場をも取り込んだ形で「損害論」を再定義するならば、「（賠償範囲に含まれると判断されれば）金銭的評価の対象となる不利益をどのように把握すべきか」という問題となる。

以上のように「損害論」の意味を特定することにより、従来“損害論”の名のもとで行われてきた議論について、その争点を明確化することが可能となるとともに、必ずしも「損害論」という形をとっていない議論であっても、実質的に金銭的評価の対象となる不利益（裏を返すと、金銭的評価の対象となる利益）について論じていると考えられるのであれば、それをも「損害」概念について論じたものとして理解することが可能となる。

（イ）契約責任法における損害論をめぐる議論の乏しさとその原因——議論の実益が見出されてこなかったこと

ところで、損害論をめぐることは、これまで、体系書・教科書において債務不履行・不法行為に共通の、あるいはそれぞれの損害の定義が示されることがあるのを別とすると、主として不法行為法において——それも、交通事故や公害・薬害といった人損事例を中心として——議論が展開されてきた⁶⁹。そこでは、伝統的な金額差額説を基礎とした金銭的評

⁶⁸ 潮見・前掲注(33)433頁以下は、この立場に立つものと理解することができる。

⁶⁹ 議論が活発になった1960年代以降の代表的な文献は、以下のとおりである。西原・前掲注(47)私法107頁、同・前掲注(47)ジュリスト25頁、平井・前掲注(4)、同・前掲注(23)1頁、吉村良一「ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学150～154号(1981年)494頁、同「ドイツ法における人身損害の賠償」立命館法学159=160号(1982年)1頁、同『人身損害賠償の研究』(日本評論社・1990年)、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』(有斐閣・1984年)、同「差額説・相当因果関係説による不法行為損害論の近時の動向——損害論に関する新たな議論への準備的考察」同編『新・現代損害賠償法講座6 損害と保険』(日本評論社・1998年)1頁、楠本・前掲注(47)、潮見佳男「財産的損害概念についての一考察——差額説的損害観の再検討」判例タイムズ687号(1989年)4頁、同「人身侵害における損害概念と算定原理(1)・(2)完——『包括請求方式』の理論的再検討」民商法雑誌103巻4号1頁・5号43頁(1991年)、同・前掲注(7)1頁、若林三奈「法学的概念としての『損害』の意義(1)

価のあり方に問題があることが指摘され、新たな金銭的評価のあり方を理論的に基礎づけるために、金額差額説に代わる損害概念が主張されてきたといえることができる⁷⁰。これに対して、契約責任法においては、これまで、損害論をめぐって議論がされることはあまりなかった⁷¹。これは、不法行為法において新たな金銭的評価のあり方が模索されてきたのとは対照的に、契約責任法においては、それに対応するような損害論を論じる実益が見出されてこなかったことによるものと推測される。

(ウ) 本稿の目的——損害論をベースとした責任内容論・損害賠償分類論の理論枠組みの定立

このこととの関係では、本稿は、まさに契約責任法において損害論を論じる実益があることを明らかにしようとする試みにほかならない。すなわち、本稿は、損害論は責任内容論と損害賠償分類論を検討するにあたって避けては通れない問題であるという認識のもと、その損害論に徹

～(3・完)——ドイツにおける判例の検討を中心に」立命館法学248号(1996年)108頁・251号(1997年)105頁・252号(1997年)62頁、岡本詔治「人身事故損害賠償のあり方」淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座6 損害と保険』(日本評論社・1998年)129頁、山口成樹「人身損害賠償と逸失利益(総論)」淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座6 損害と保険』(日本評論社・1998年)159頁、水野謙「損害論のあり方に関する覚書——近時の最高裁判決を手掛かりに」ジュリスト1199号(2001年)2頁、同「損害論の現在——権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリスト1253号(2003年)192頁、高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣・2005年)、窪田充見「損害概念の変遷」日弁連交通事故相談センター編『交通賠償論の新次元』(判例タイムズ社・2007年)75頁、同「[講演]損害賠償法の今日的課題——損害概念と損害額算定をめぐる問題を中心に」司法研修所論集120号(2010年)1頁、難波讓治「損害の抽象性と具体性——損害の段階構造に関する覚書」立教法務研究1号(2008年)105頁、長野・前掲注(2)。

⁷⁰ 議論の概観として、高橋・前掲注(67)159頁以下など。

⁷¹ 高橋・前掲注(67)156頁も、「北川論文[引用者注：北川・前掲注(42)および同・前掲注(20)]においては債務不履行責任における損害概念が扱われた。この問題は、『序説』論文に見るように、相当因果関係論とともに賠償範囲論の一環をなす。しかし後の賠償範囲論は、民法416条の構造と賠償原理、これと相当因果関係論との関係等を中心に展開し、直接には損害概念の分析をあまり行っていない」とする。

底的に取り組み、契約責任法においてはどのような損害概念（利益概念）を観念すべきなのかを明らかにしたうえで、その検討結果——本稿は、最終的に、契約責任法においては3種類の異なる損害概念（現実給付の不取得、給付の客観的価値の喪失、給付の利用利益の価値の喪失）を観念すべきであることを明らかにする予定である——を共通の基盤として、責任内容論と損害賠償分類論について一貫した理論枠組みを定立することを目的とするものである⁷²。

イ 素材

（ア）素材とする外国法——ドイツ法

本稿は、そのための素材をドイツ法に求める。

a 素材としてのドイツ法の有用性

（a）責任内容論・損害賠償分類論をめぐる議論の豊富さ

ドイツ法を素材とするのは、まず第1に、ドイツにおいては、本稿の直接の検討対象である責任内容論と損害賠償分類論をめぐる議論が豊富だからである。

まず、責任内容論——債務者に損害賠償責任が成立する場合における責任内容の確定方法に関する問題——については、一方で、売主が引渡しをしなかった場合の買主による損害賠償請求において「抽象的損害計

⁷² 笠井・前掲注（32）172頁以下は、契約責任法における算定論についてわが国では従来十分な検討が行われてこなかったことを指摘したうえで、「この状況をのりこえるひとつの鍵は、損害賠償によって保護されるべき利益論から説き起こした算定論を採求することではないかと考える。すなわち、債務不履行による損害賠償によって保護されるべき利益の性質・内容を起点とすることにより、その金銭的評価において取り込まれるべき要素やその処理についてもそれを具体化する方向が見出されるように思われる」と述べており、この限りで、本稿と同じ方向性にあるものとみることが出来る。もっとも、笠井が「利益論」として想定しているのは、主として、「期待利益 (expectation interest)」・「信頼利益 (reliance interest)」・「原状回復利益 (restitution interest)」という3種類の利益概念の区別のこのようであり（同176頁などを参照）、あくまで履行利益（の賠償）——「期待利益（の賠償）」に相当する——の中で3種類の損害概念を観念しようとする本稿とは重点の置き方が異なる。

算」をどのように基礎づけるかという問題——この問題は、損害の算定方法を扱うものであるから、いうまでもなく責任内容論に属する——をめぐって、古くから議論がされてきた。他方で、瑕疵担保責任については、近時、請負の領域において、仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否という問題——この問題も、債務者（請負人）の責任内容として「仮定的瑕疵除去費用の賠償」が認められるかどうかを扱うものであるから、責任内容論に属する——に関する判例変更があったほか、それに続いて売買の領域においても同様の問題に関する判例が登場しており、これらをめぐって議論が活発化している。

次に、損害賠償分類論については、「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」をはじめとする3種類の損害賠償の区別が導入された2002年債務法改正以降、そうした3種類の損害賠償の区別を前提として、様々な場面における（具体的な）損害賠償をそのうちいずれに分類すべきかをめぐって議論が重ねられてきたうえ、近時、「早すぎた填補購入」という場面について重要な判例が現れており、損害賠償分類論をめぐる議論はさらに活発化することとなっている。

(b) そうした議論を損害概念析出の手がかりとすることができること

もっとも、ドイツにおいて、責任内容論と損害賠償分類論が本稿と同じように損害論の視角から分析されているかということ、「(「抽象的損害計算」の基礎づけをめぐる議論を除き、) 必ずしもその傾向は強くない。しかし、責任内容論や損害賠償分類論が論じられる際に、それぞれの論者において、金銭的評価の対象としてどのような不利益が想定されているのか、あるいは、債権者に実現されるべき利益としてどのようなものが想定されているのかといった観点から議論を眺めてみると、ドイツの議論は損害概念を析出する格好の素材であるということが分かる。これが、本稿がドイツ法を素材とする第2の理由である。

b ドイツ法を素材とすることの許容性——完全賠償原則と制限賠償原則の違いが必ずしも妨げとはならないこと

ところで、損害賠償法(のうち責任内容論)に関しては、周知のとおり、ドイツ法と日本法で大きく異なる点がある。それは、ドイツ法がBGB249条1項において完全賠償原則——(債務不履行・不法行為と因

果関係を有する)すべての損害が賠償されるべきであるという考え方——を採用している⁷³のに対して、日本法は（現在の一般的な理解によると）416条において制限賠償原則——賠償されるべき損害の範囲は（予見可能性という基準によって）制限されるべきであるという考え方——を採用している⁷⁴という点である。本稿がドイツの損害賠償法の分析から日本法への示唆を得ようとするものである以上、こうした両法の前前提の違いがその妨げにならないかという点をまず確認しておく必要がある。

これについては、以下の理由から、上記のような前前提の違いは必ずしも本稿がドイツ法を素材とした検討を行うことの妨げにはならないと考えられる。

（a）本稿が賠償範囲論を検討対象とするものではないこと

まず、完全賠償原則と制限賠償原則の対立は、あくまで賠償範囲論に関するものである。これに対して、本稿が取り組むのは、責任内容論の中でも特に金銭的評価論であり、賠償範囲論は検討対象から外れている。したがって、——もちろん、後述するように、賠償範囲論に関する前前提の違いが金銭的評価論に及ぼす影響については慎重に検討する必要があるものの——さしあたり、金銭的評価論に関するドイツの議論を参照すること自体には問題はないといってよいだろう。

では、（本稿が分析視角として設定した）損害論に関する示唆を得るためにドイツの議論を参照することについては、問題はあるだろうか。前述のように、平井は、金額差額説は完全賠償原則を前提としたものであり、制限賠償原則を採用している日本法のもとでは金額差額説を採りえないと述べていた。仮に、平井のいうように賠償範囲論と損害論の間に論理必然的な関係があるのだとすると、賠償範囲論について根本的に

⁷³ Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 2021, S. 310; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-254, 2021, § 249 Rn. 1 (-Clemens Höpfner); Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, Vor § 249 Rn. 3 (-Christian Grüneberg).

⁷⁴ 平井・前掲注(4) 146頁以下、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社・1968年) 74頁、星野・前掲注(11) 69頁、奥田・前掲注(14) 173頁、淡路・前掲注(11) 164頁以下、内田・前掲注(14) 183頁以下など。

異なる立場を採用しているドイツ法を参照することには問題があるということになりそうである。しかし、先にも指摘したとおり、完全賠償原則と論理的な関係を有するのは、金額差額説の主張内容のうち、債務不履行・不法行為と因果関係を有する損害であれば賠償可能であり、予見可能性などによる制限はかからないという部分のみである。この部分は、厳密には、賠償範囲論に関する主張であって、金額差額説を構成する他の主張——とりわけ、損害概念は金額を含むかどうかといった、(純粹な)損害論に関する主張——との間に論理必然的な関係を有しない。例えば、制限賠償原則を採りつつ金額差額説(損害概念に金額を含める見解)を採ることも、完全賠償原則を採りつつ損害事実説(損害概念に金額を含めない見解)を採ることも、十分にありうるわけである。したがって、損害論との関係でも、ドイツの議論を参照することにさしあたり問題は無いといってよいだろう。

(b) 賠償範囲論に関する前提の違いが金銭的評価論や損害論に及ぼしうる影響については、日本法に妥当すべき理論枠組みを考察する際に入念に検討すれば十分であること

以上で述べたのは、両法で前提が異なる賠償範囲論と、本稿が検討する金銭的評価論・損害論は一応別問題だということにすぎないのであって、賠償範囲論における前提の違いが金銭的評価論や損害論に何らかの影響を及ぼす可能性は、もちろん残されている。しかし、この点については、ドイツ法の検討を終えた後、日本法に妥当すべき理論枠組みを考察する際に入念に検討すれば足りると考えられる。すなわち、本稿は、ドイツ法の分析から得られた検討結果をそのまま日本法に妥当させようとするものではない。あくまで、ドイツ法の検討結果を1つの「手がかり」としつつ、ドイツ法と日本法の間が存在する前提の違いに留意しながら、改めて日本法に妥当すべき理論枠組みを考察しようとするもの——この意味において、ドイツ法を1つの「素材」として利用しようとするもの——である。したがって、検討の過程で、両法の前記の違いが金銭的評価論や損害論に影響を及ぼすことが判明した場合には、その違いを日本法の理論枠組みに反映する予定である。そうであるならば、ひとまずその「手がかり」を得るためにドイツ法を参照することは許されるであろう。

（イ）素材とする事案類型

また、本稿で素材とする事案類型は、以下の2つの観点から限定される。

a 現実給付債務の不履行への限定

第1に、金銭債務の不履行は検討対象としない。すなわち、検討対象は、現実給付債務——金銭債務以外の債務——の不履行に限定される。これは、ドイツでの議論の乏しさを理由とするものではない（むしろ、ドイツでは、買主不履行事例における責任内容論をめぐる議論が多くみられる）。そうではなくて、その理由は、金銭債務の不履行の特殊性にある。例えば、金銭債務の不履行における責任内容論について、日本法には419条1項・2項という特則があり、その趣旨や規律内容、射程をめぐって議論がされている⁷⁵。こうした特殊性を踏まえると、まずは売主不履行事例をはじめとする現実給付債務の不履行を検討し、次に、それにより得られた理論枠組みを金銭債務の不履行にも応用することができるかどうかを検討する——そのなかで、419条1項・2項の位置づけも明らかにする——という順をたどるのが適切であると考えられる。

b 売買・請負を中心とした検討

第2に、契約類型については、売買と請負を中心として検討することになる。これは、ドイツの議論がこの2つの契約類型を中心に展開されており、その他の契約類型については議論が乏しいことによる。とはいえ、その他の契約類型についても、責任内容論（・損害賠償分類論）の理論的・実務的な重要性は否定されるものではなく、本稿の検討結果を踏まえて、改めて検討していく必要があることはいうまでもない。

（3）検討の手順

以下では、まず、第2章において、責任内容論と損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析する。次に、第3章において、ドイツ法からの示唆に基づき責任内容論と損害賠償分類論の理論枠組みを提示し

⁷⁵ 419条をめぐる議論を詳しく紹介するものとして、窪田充見「金銭債務の不履行と損害賠償——問題分析の視角」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題（下）』（成文堂・1995年）327頁。

た後、その理論枠組みに照らして、日本の先行学説・判例を分析する。最後に、第4章において、本稿を総括した後、残された課題を指摘する。

第2章 ドイツ法の検討

本章では、責任内容論と損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析する。

第1節 ドイツ損害賠償法の問題構造

まず、責任内容論・損害賠償分類論の検討に入る前に、(不法行為法も含めた)ドイツの損害賠償法がどのような問題領域から構成されているのかをみることにする。

1 責任設定と責任充足の区別——責任成立論と責任内容論の区別に対応

ドイツ損害賠償法の問題構造に関してまず言及されるべきは、「責任設定 (Haftungsbeurteilung)」と「責任充足 (Haftungsausfüllung)」の区別である⁷⁶。

(1) 責任設定

「責任設定」とは、損害賠償義務の「原因 (Grund)」に関わる問題領域のことである⁷⁷。これは、本稿のいう「責任成立論」に対応する。BGB では、債務不履行責任につき改正 BGB⁷⁸280条以下、不法行為責任につき

⁷⁶ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 8. Aufl., 2019, § 249 Rn. 1 (-Hartmut Oetker); Medicus/Lorenz, a.a.O. (Fn. 73), S. 309; Staudinger, a.a.O. (Fn. 73), Vor §§ 249 ff. Rn. 4 (-Höpfner).

⁷⁷ Medicus/Lorenz, a.a.O. (Fn. 73), S. 309.

⁷⁸ 本稿では、2002年債務法改正後のドイツ民法典を「改正 BGB」、改正前のドイツ民法典を「改正前 BGB」と呼ぶ。ただし、当該条文が改正の対象となっていない場合や、改正の対象とはなっていないが、文脈上特に改正の前後で区別する必要がない場合には、単に条数のみを記す。

823条以下にそれぞれ規定がある⁷⁹。

⁷⁹ 以下、本稿の検討対象である債務不履行責任につき、主要な規定を掲げておく。

【改正 BGB 第280条（義務違反に基づく損害賠償）】

（1）債務者が債務関係から生じる義務に違反した場合には、債権者は、これにより生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その義務違反を債務者の責めに帰すべきでない場合には、この限りでない。

（2）債権者は、給付の遅延に基づく損害賠償を、第286条の付加要件のもとでのみ請求することができる。

（3）債権者は、給付に代わる損害賠償を、第281条、第282条又は第283条の付加要件のもとでのみ請求することができる。

【改正 BGB 第281条（給付が行われなかったこと又は給付が債務の内容に従って行われなかったことに基づく給付に代わる損害賠償）】

（1）債務者が履行期の到来した給付を行わず、又は債務の内容に従って行わない限り、債権者は、債務者に対して給付又は追完のための相当な期間を設定したにもかかわらずそれが徒過した場合には、第280条第1項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が一部給付を行った場合、債権者は、その一部給付に利益を有しないときに限り、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が給付を債務の内容に従って行わなかった場合、債権者は、その義務違反が軽微であるときには、給付の全部に代わる損害賠償を請求することができない。

（2）債務者が給付を真剣かつ終局的に拒絶し、又は両当事者の利益を衡量して損害賠償請求権を即時に行使することを正当化する特別の事情がある場合には、期間設定を要しない。

（3）略

（4）債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、直ちに排除される。

（5）債権者が給付の全部に代わる損害賠償を請求する場合には、債務者は、第346条から第348条までに従い既に給付したものの返還を請求することができる。

【改正 BGB 第282条（第241条第2項の義務に違反したことに基づく給付に代わる損害賠償）】

債務者が第241条第2項の義務〔筆者注：保護義務〕に違反した場合において、債権者が債務者からの給付をもはや期待することができないときは、債権者は、第280条第1項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。

【改正 BGB 第283条（給付義務が排除される場合における給付に代わる損害賠

(2) 責任充足

これに対して、「責任充足」とは、損害賠償義務の「内容 (Inhalt)」に関わる問題領域のことである⁸⁰。これは、本稿のいう「責任内容論」に対応する⁸¹。BGB では、249条以下に規定がある⁸²。249条以下は、債務不履

償)】

債務者が第275条第1項から第3項までにより給付をする必要がない場合には、債権者は、第280条第1項の要件のもとで、給付に代わる損害賠償を請求することができる。この場合においては、第281条第1項第2文及び第3文並びに第5項を準用する。

【改正 BGB 第286条 (債務者の遅滞)】

(1) 債権者が履行期到来後に催告をしたにもかかわらず債務者が給付をしない場合には、債務者は、催告により遅滞に陥る。給付の訴えの提起及び督促手続における支払督促の送達も、催告と同様とする。

(2) 次の各号に掲げる場合には、催告を要しない。

1. 給付をすべき時期が暦に従って定められているとき
2. ある出来事が給付に先行すべき場合において、給付をすべき相当な時期がその出来事を起点として暦に従って計算されることにより定められているとき
3. 債務者が給付を真剣かつ終局的に拒絶するとき
4. 両当事者の利益を衡量して、特別の理由から、即時に遅滞に陥ることが正当化されるとき

(3)～(5) (略)

⁸⁰ *Medicus/Lorenz*, aa.O. (Fn. 73), S. 309.

⁸¹ なお、不法行為法における「責任範囲論」(前掲注(2)を参照)は、「権利侵害」としての「後続侵害」の「帰責範囲」の問題と捉えれば、どちらかといえば「責任充足」ではなく「責任設定」の問題であるともいえそうである。しかし、ドイツでは、後続侵害の問題は、「損害」としての「後続損害 (Folgeschaden)」の「賠償範囲」の問題として論じられている。そのため、ドイツにおいては、「責任範囲論」は、「責任充足」の問題、つまり「責任内容論」に吸収されることとなる。以上につき、長野・前掲注(2)18頁を参照。

⁸² 以下、規定を掲げておく。なお、249条2項2文は、2002年損害賠償法改正によって追加されたものである。また、253条2項に相当する規定は、もともと不法行為法に関する特則として847条に置かれていた。しかし、非財産的損害の賠償を不法行為の場合に限るのは妥当ではないとの批判を受けて、2002年損害賠償法改正により債務法総則に移されることとなった。さらにその際、併

行責任と不法行為責任に共通に適用される規定である。

せて保護法益として性的な自己決定が追加された。

【第249条（損害賠償の方法と範囲）】

（1）損害賠償の義務を負う者は、賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない。

（2）身体の侵害又は物の毀損に基づき損害賠償をすべきときは、債権者は、原状回復に代えて、そのために必要な金額を請求することができる。物の毀損の場合には、第1文に定める必要な金額が売上税を含むことになるのは、それが実際に課される場合及び範囲に限られる。

【第250条（期間設定後の金銭による損害賠償）】

債権者は、賠償義務者に対して、原状回復のための相当の期間を定めて、その期間の経過後は原状回復を拒絶する旨の意思表示をすることができる。適時に原状回復が行われない場合には、債権者は、その期間の経過後に、金銭賠償を請求することができる；この場合においては、原状回復を求める請求権は排除される。

【第251条（期間設定によらない金銭による損害賠償）】

（1）原状回復が不能であり、又は債権者に対する賠償として不十分である場合には、賠償義務者は、債権者に対して、金銭による賠償をしなければならない。

（2）原状回復が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、賠償義務者は、債権者に対して、金銭による賠償をすることができる。（以下略）

【第252条（逸失利益）】

賠償されるべき損害は、逸失利益も含む。事物の通常の経過に照らして、又は既に行われた措置及び準備その他の特別の事情に照らして、蓋然性をもって期待することができた利益は、逸失利益とする。

【第253条（非財産的損害）】

（1）財産的損害以外の損害については、法律に定める場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。

（2）身体、健康、自由又は性的な自己決定の侵害を理由として損害賠償をすべき場合には、財産的損害以外の損害についても、金銭による適切な賠償を請求することができる。

【第254条（共働過失）】

（1）損害の発生に際して被害者の過失が共働した場合には、賠償の義務及び行われるべき賠償の範囲は、一方又は他方の当事者が主として損害を惹起した範囲その他の事情によって定まる。

（2）被害者の過失が、債務者が知らず、かつ知る必要もなかった異常に大き

2 賠償範囲論と金銭的評価論の区別の存在

もっとも、「責任充足」といわれるとき、そこに「賠償範囲論」が含まれること⁸³は明らかであるとしても、「責任充足」が「賠償範囲論」と「金銭的評価論」という2つの異なる問題領域から構成されると明示的に述べられることはあまりない⁸⁴。しかし、それにもかかわらず、ドイツにおいても、「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の（観念上の）区別は（暗黙のうちに）前提とされていると考えられる。その理由は、以下のとおりである⁸⁵。

（1）（自然的）原状回復主義の採用

249条1項によると、賠償義務者は、「賠償義務を基礎づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなければならない」。これは、損害賠償の方法が原則として金銭賠償ではなく「自然的原状回復 (Naturalrestitution)」——詳しくは後ほど説明する⁸⁶が、「原状回復

な損害についての危険を債務者に知らせなかったこと、又は損害を回避若しくは軽減しなかったことに限られる場合も、前項と同様とする。この場合においては、第278条〔筆者注：履行補助者責任〕の規定を準用する。

⁸³ *Medicus/Lorenz*, aa.O. (Fn. 73), S. 309を参照。このことは、賠償されるべき損害の範囲を画する因果関係を指して「責任充足的因果関係 (haftungsausfüllende Kausalität)」と呼ばれる (Münchener, aa.O. (Fn. 76), § 249 Rn. 105 (-Oetker)) ことから明らかであるといえる。

⁸⁴ その原因については、ドイツ法の検討を終えた後で考察することとする。なお、「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の区別に明示的に言及する数少ない例外として、*Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl., 2017, S. 397, 357.

⁸⁵ 以下本文で指摘する2点を同じく指摘するものとして、平井・前掲注(4) 287頁。もっとも、平井は、この2点を、ドイツにおいて「賠償範囲論」と「金銭的評価論」が（観念的に区別されているだけでなく）実際の判断においても分離されている（すなわち、金額は損害に含まれないと理解されている）とみることができる理由として挙げている。しかし、仮に、損害が金額を含まない場合があると理解されていることまでは導けたとしても、あらゆる損害概念が金額を含まないものであると理解されていることまでは導けないだろう。

⁸⁶ 連載第2回（第2章第2節1（1）ウ（ウ）d）を参照。

措置」を講じることを賠償義務者に対して直接請求するという方法であり、例えば、損傷を受けた自動車の修理を加害者に対して請求する場合がこれにあたる——であることを定めたものである。ここには、（金額を含まない）事実としての損害を——実際に観念するかどうかは別として——観念しうること、そして金銭賠償の際にはその損害を金額に評価する作業が必要となることを認識する契機があるといえる。

（2）「損害算定」という問題の捉え方

こうした認識の存在を裏づけるのが、多くの体系書・教科書において、賠償範囲論を意味する「損害帰責 (Schadenszurechnung)」とは別に「損害算定 (Schadensberechnung)」という項目が立てられ、「抽象的損害計算」・「具体的損害計算」の問題などが論じられているということである⁸⁷。

3 小括

以上のように、ドイツにおいても、「責任成立論」と「責任内容論」の区別、そして「責任内容論」内部における「賠償範囲論」と「金銭的評価論」の区別がされており、その点において本稿の前提とするところと異ならないと考えられる。それでは、このことも踏まえつつ、次節では、「責任内容論」の検討に入ることとしたい。

第2節 責任内容論

本節では、責任内容論をめぐるドイツの議論を紹介・分析する。まず、前半では、ドイツの議論において（しばしば暗黙のうちに）前提とされ

⁸⁷ *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 511 ff.; *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 231 ff.; *Josef Esser/Eike Schmidt*, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, S. 216 ff.; *Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 248 ff.; *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl., 2022, S. 413 ff. など。

ている損害概念を析出することを試みる(1)。続いて、後半では、そうして析出された(複数の)損害概念を踏まえつつ、責任内容論をめぐる議論を紹介・分析する(2)。

1 損害概念の析出

以下では、損害概念の析出を試みる際の素材として、一般債務不履行責任をめぐる議論と瑕疵担保責任をめぐる議論の2つを取り上げる。

(1) 一般債務不履行責任における責任内容論

まず、一般債務不履行責任をめぐる議論をみていく。

ア 問題の所在——「抽象的損害計算」の基礎づけ

一般債務不履行の場面においては、「抽象的損害計算」をめぐる議論が展開されてきた。以下では、ケースに即してその問題の所在を確認しておく。

(ア) ケースの設定

例えば、新車の売買契約において、売主が履行期に引渡しをしなかったため、買主が(必要な要件を満たしたうえで)給付に代わる損害賠償(Schadensersatz statt der Leistung)(改正 BGB280条3項・281条1項1文)——填補賠償のことであり、債務法改正前においては、不履行に基づく損害賠償(Schadensersatz wegen Nichterfüllung)(改正前 BGB 326条1項1文・2文⁸⁸)がこれに相当する——を請求したとする。このとき、その損害額はどのように算定されるべきか。

⁸⁸ 【改正前 BGB 第326条】

(1) 双務契約において一方当事者が自らに義務づけられた給付につき遅滞に陥っている場合には、他方当事者は、相手方に対して、給付を行うための相当の期間を定めて、その期間の経過後は給付の受領を拒絶する旨の意思表示をすることができる。給付が適時に行われなかった場合には、他方当事者は、期間の経過後に、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除する権利を有する；この場合においては、履行請求権は排除される。期間が経過するまでに給付の一部が行われない場合には、第325条第1項第2文の規定を準用する。

(2) 遅滞の結果、契約の履行が他方当事者の利益とならない場合には、他方当事者は、期間設定を要することなく、第1項に定める権利を有する。

（イ）解決のあり方

a 「具体的損害計算」——争いなし

まず、買主が市場において実際に代替品を購入するのに要した費用（以下、「事実の填補購入費用」と呼ぶ）（と代金額の差額）による算定や、買主が締結していた具体的な転売契約の代金額（と原契約の代金額の差額（以下、「具体的代金額依拠型転売利益」と呼ぶ））による算定のように、当該債権者に固有の指標に基づく算定（以下では、さしあたり、これを「具体的損害計算」と呼ぶ⁸⁹）が認められることに争いはない⁹⁰。

b 「抽象的損害計算」——基礎づけにつき争いあり——
損害論との関連性

他方、「具体的損害計算」とは別に、市場価格（と代金額の差額）による算定（以下では、さしあたり、これを「抽象的損害計算」と呼ぶ⁹¹）の可能性があることについても、一般に認められている。しかし、①そうした算定方法は買主が商人の場合に限り認められるのか、それとも買主が商人以外の場合にも認められるのか、②事実の填補購入費用が市場価格より低額の場合には事実の填補購入費用による算定に限定されるのか、それとも市場価格による算定も許されるのか、③調達のための市場と転売のための市場のいずれを基準とすべきか——特に買主が商人の場合には、両者で市場価格が異なる可能性がある——といった点については、争いがある。以下で示すように、これらの問題の基礎には、そもそも「抽象的損害計算」はどのように正当化されるのかという「抽象的損害計算」の基礎づけの問題がある。そして、この基礎づけの問題をめぐる議論は、損害論と密接に結びついた形で展開されており、損害概念を析出する格好の素材を提供している。そこで、以下では、この点に関す

⁸⁹ 「具体的損害計算」をどのような意味において理解すべきかについては、第2章第2節2で改めて検討する。

⁹⁰ *Huber*, a.a.O. (Fn. 87), S. 242 f.; *Münchener*, a.a.O. (Fn. 76), Vor § 281 Rn. 45 (-*Volker Emmerich*); *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 255-304, 2019, § 280 Rn. E 98 ff. (-*Roland Schwarze*); *Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 73), § 281 Rn. 26 (-*Grüneberg*).

⁹¹ 「抽象的損害計算」をどのような意味において理解すべきかについては、第2章第2節2で改めて検討する。

る議論をみていくこととする。

イ 19世紀の判例・学説——市場価格ルールへの適用

BGB 制定・施行前の19世紀において、判例・学説は、主として商取引の場面で、市場価格ルール (Marktpreisregel) による不履行損害の算定を認めていた。これによると、買主には、(不履行損害の賠償の要件を満たす限り、) 市場価格と代金額の差額の賠償が直ちに——例えば、その市場価格における転売可能性などを証明することなく——認められることになる⁹² (なお、1861年に一般ドイツ商法典 (ADHGB) の草案が完成して以降は、定期商事売買につき市場価格ルールを定める ADHGB357条3項⁹³の規定内容が定期売買以外の商取引にも妥当するかどうかという形で議論が行われていた)。

こうした算定方法の基礎づけについては、——必ずしも活発に議論がされていたわけではないが——大きく分けて、売主が履行していれば買

⁹² 学説として、*Heinrich Thöl*, Das Handelsrecht, Bd. 1, 1841, S. 275; *Büff*, Ueber den Zeitpunkt der Schätzung beim Werthersatz, AcP 33 (1850), S. 115; *Karl Adler*, Zum Rechte des Termingeschäftes, ArchBürgR 17 (1900), S. 137. 判例として、ROHG 3, 94 (96); ROHG 11, 182 (183); ROHG 14, 140 (142) など。

⁹³ 【ADHGB 第357条】

(1) 商品が定められた時期又は定められた期間を厳守して引き渡されるべきことが約定された場合には、第356条は適用されない。買主及び売主は、第354条又は第355条により認められる権利を、自らの選択に従って行使することができる。ただし、あくまで履行を求めようとする場合には、その旨を上記の時期又は期間の経過後遅滞なく相手方に通知しなければならない；通知をしなかった場合には、買主又は売主は、後になってから履行を求めることができない。

(2) 売主が履行に代えて遅滞に陥っている買主の計算において売却しようとする場合において、商品が市場価格又は取引所価格を有するときは、売主は、前項に規定する時期又は期間の経過後遅滞なく売却しなければならない。売却が遅れた場合には、その売却は、買主の計算において行われたものとはされない。(以下略)

(3) 買主が履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求する場合において、商品が市場価格又は取引所価格を有するときは、売主が行うべき損害賠償の金額は、売買代金額と、引渡しを行うべき時期と場所における市場価格又は取引所価格との差額となるが、このことは、買主が証明可能なより高額の損害を主張することを妨げない。

主が得られるはずであった目的物の価値（以下、給付の「客観的価値」と呼ぶ）を示すものとして市場価格による算定を認めるもの⁹⁴と、仮に填補購入をすれば要するであろう費用（以下、「仮定的填補購入費用」と呼ぶ）を示すものとして市場価格による算定を認めるもの⁹⁵の2つがあった。

ウ 20世紀以降の判例・学説

こうした判例・学説の状況は、20世紀に入ると大きく変わっていく。

（ア）前提——制定法の状況

まず、20世紀が開始した時点における制定法の状況を確認しておく。

a HGB——定期商事売買につき市場価格ルールを規定

定期商事売買につき市場価格ルールを定めていた前述の ADHGB357 条 3 項は、ADHGB に代わって 1900 年に施行されたドイツ商法典（HGB）376 条 2 項⁹⁶に引き継がれている⁹⁷。

⁹⁴ 学説として、*Thöl*, a.a.O. (Fn. 92), S. 275 (*Adler*, a.a.O. (Fn. 92), S. 137 も参照)。

判例として、ROHG 14, 140 (141, 142)。

⁹⁵ ROHG 11, 182 (183); ROHG 14, 140 (142)。

⁹⁶ 【HGB 第376条】

（1）一方当事者の給付が定められた時期又は定められた期間を厳守して行われるべきことが約定された場合において、給付が定められた時期又は定められた期間内に行われなかったときは、他方当事者は、契約を解除するか、債務者が遅滞に陥っている場合には履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。他方当事者が履行を請求することができるのは、上記の時期又は期間の経過後直ちに相手方に対しあくまで履行を求める旨を通知した場合に限られる。

（2）不履行に基づく損害賠償が請求された場合において、商品が取引所価格又は市場価格を有するときは、売買代金額と、給付すべき時期と場所における取引所価格又は市場価格との差額を請求することができる。

（3）他で行われた売却又は購入の結果については、商品が取引所価格又は市場価格を有する場合には、その売却又は購入が約定の給付時期又は給付期間の経過後直ちに行われたときに限り、賠償請求権の基礎とすることができる。（以下略）

（4）略

⁹⁷ 買主の請求に関する限りにおいて、ADHGB357 条 3 項からの変更はない。変更点は、ADHGB357 条 3 項が買主の請求に限って市場価格ルールを定めて

b BGB——市場価格ルールは規定されず

これに対して、同じく1900年に施行されたBGBにおいては、市場価格ルールを定めた条文が設けられなかった。

(イ) 転売利益限定説

以上のような制定法の状況を前提として、多くの判例が採用し、学説においても伝統的通説を形成することとなったのが、「転売利益限定説」とも呼ぶべき考え方⁹⁸である。

a 内容

(a) 転売利益構成による「抽象的損害計算」の基礎づけ

これによると、「抽象的損害計算」は、転売利益の賠償として認められるものである⁹⁹。すなわち、「売主による履行が行われていれば、買主は、市場価格を代金額として転売契約を締結し、その代金額と原契約の代金額の差額を転売利益（以下、「市場価格依拠型転売利益」と呼ぶ）として取得していたであろう」ということが認められる事案において、その市場価格依拠型転売利益の賠償を認めると、市場価格と（原契約の）代金額の差額による算定、つまり「抽象的損害計算」が認められたこと

いたのに対して、HGB376条2項では買主の請求と売主の請求を区別することなく市場価格ルールを定めたことにある。

⁹⁸ この考え方を紹介するものとして、北川・前掲注(42)「序説(1)」20頁以下。

⁹⁹ 判例として、RGZ 68, 163 (164 f.); RGZ 90, 305 (306)=JW 1917, 901 Nr. 4; RGZ 91, 99 (103); RGZ 99, 46 (48 f.); RGZ 101, 217 (218)=JW 1921, 333 Nr. 2; BGHZ 2, 310 (313); BGHZ 29, 393 (399)= NJW 1959, 1079; BGHZ 62, 103 (105 f.) など。学説として、Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 343-375, 12./13. Aufl., 1926, Anh. zu § 374 Anm. 59 f. (-Heinrich Koenige); Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S. 227 f.; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-327, 10./11. Aufl., 1967, § 252 Rn. 21 (-Alfred Werner); Esser/Schmidt, a.a.O. (Fn. 87), S. 129 f. (ただし、買主の具体的事情を理由とする推定の覆滅が可能であることを踏まえ、「抽象的損害計算」と呼ぶことを避けている (S. 130)); J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 315-327, 2001, § 325 Rn. 58, 65 f. (-Hansjörg Otto); Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, § 325 Rn. 16 f. (-Helmut Heinrichs); Fikentscher/Heinemann, a.a.O. (Fn. 84), S. 405; Münchener, a.a.O. (Fn. 76), Vor § 281 Rn. 25 f., 35 (-Emmerich) など。

になる。要するに、転売利益限定説は、市場価格依拠型転売利益という構成（損害把握）によって、「抽象的損害計算」を基礎づけるわけである。

1）根拠条文——BGB252条2文

転売利益は逸失利益の一種であるから、転売利益限定説において、「抽象的損害計算」の根拠条文は、逸失利益につき規定する BGB252条2文に求められることになる。

2）要件

その252条2文によると、逸失利益として賠償されるためには、「事物の通常の経過に照らして、又は既に行われた措置及び準備その他の特別の事情に照らして、蓋然性をもって期待することができた利益」にあたらなければならない。これは、逸失利益の存在および範囲についての証明負担を軽減した規定であると理解されている¹⁰⁰。すなわち、逸失利益の証明は積極的損害と比べて困難であることから、「(ある範囲において)利益を取得したであろう」という事実を直接に証明しなくとも、その「蓋然性」を基礎づける事実さえ証明すれば、利益取得の事実が推定される。これに対して、賠償義務者は、請求権者が取得したであろう利益が推定よりも少ないこと、あるいは請求権者が利益を取得しなかったであろうことを証明することにより、推定を覆すことができる。

ア) 推定を生じさせる事実——買主が商人であること

判例・伝統的通説によると、「買主が商人である」という事実があれば、「事物の通常の経過に照らして」、買主が目的物を市場価格¹⁰¹において転売したであろうという蓋然性が基礎づけられ、推定が生じる。逆に、買主が商人ではない場合（例えば、末端の消費者である場合）には、この推定は生じない。

¹⁰⁰ 判例・通説である。判例として、BGHZ 29, 393 (397 ff.)=NJW 1959, 1079; BGH, NJW-RR 1996, 1077など。学説として、*Esser/Schmidt*, aa.O. (Fn. 87), S. 212 f.; Münchener, aa.O. (Fn. 76), § 252 Rn. 31 (-*Oetker*); *Medicus/Lorenz*, aa.O. (Fn. 73), S. 336など。BGB252条2文の理解をめぐる議論については、平井・前掲注(4) 196頁以下に詳しい紹介がある。

¹⁰¹ 市場価格が存在しない場合には、「売却可能価値 (Verkäuflichkeitswert)」が基準となる (RGZ 68, 163 (165))。

イ) 推定を覆す事実——転売意思または転売可能性がないこと

理論的には、推定が生じた場合でも、買主に転売意思または転売可能性がないこと（あるいは、買主が市場価格よりも低額で転売した（であろう）こと）を売主が証明した場合には、推定が覆されるはずである。しかし、判例は、推定の覆滅を容易には認めない傾向にある。

a) 推定の覆滅が肯定された例

まず、推定の覆滅が肯定されたのは、例えば、当該市場価格（騰貴価格）での転売が法律上禁止されている場合である¹⁰²。

b) 推定の覆滅が否定された例

これに対して、買主が転売目的で目的物を購入したのではない場合——例えば、自ら消費する¹⁰³、加工する¹⁰⁴、営業に使用する¹⁰⁵といった目的で目的物を購入した場合——には、推定の覆滅が否定されている。その際には、買主はそうした場合であっても翻意して転売することができたという理由が持ち出されることが多い¹⁰⁶。

(b) 転売利益以外の構成による「抽象的損害計算」の基礎づけの否定

転売利益限定説は、市場価格依拠型転売利益以外の構成（損害把握）によって「抽象的損害計算」を基礎づけることはできないということを前提としている¹⁰⁷（「転売利益限定説」と呼んでいるのも、そのためであ

¹⁰² RGZ 96, 284 (285 f.); RG, JW 1918, 225 Nr. 15など。

¹⁰³ RGZ 101, 421 (423) など。

¹⁰⁴ RGZ 101, 217 (219 f.)=JW 1921, 333 Nr. 2.

¹⁰⁵ RG, LZ 1909, Sp. 320 (320 f.).

¹⁰⁶ RGZ 101, 217 (219 f.)=JW 1921, 333 Nr. 2; RGZ 101, 421 (423).

¹⁰⁷ RGZ 99, 46 (49); Staub, a.a.O. (Fn. 99), Anh. zu § 374 Anm. 60 (-Koenige); Staudinger, a.a.O. (Fn. 99), § 252 Rn. 22 (-Werner); Esser/Schmidt, a.a.O. (Fn. 87), S. 130などを参照。

ただし、厳密にいうと、転売利益限定説は、「抽象的損害計算」を基礎づけるもう1つの構成を認めている。それは、「事実的填補購入費用の推定」という構成である（判例として、BGH, WM 1998, 931; BGH, NJW 1998, 2901 (2902)=BB 1998, 1499. 学説として、Esser/Schmidt, a.a.O. (Fn. 87), S. 130; Staudinger, a.a.O.

る）。これは、市場価格依拠型転売利益の取得が認められない場合——例えば、買主が末端の消費者である場合——には、買主が（填補）賠償を受けるためには、（具体的代金額依拠型転売利益によることができる場合を除き）填補購入を行って（事實的）填補購入費用の賠償を請求せざるをえないということを意味する。

b 批判——理論と結論との不整合

以上のような転売利益限定説に対しては、学説から強い批判が投げかけられてきた。批判の要点は、転売利益限定説が基礎に置く理論——「抽象的損害計算」は転売利益の賠償として（のみ）認められるものであるという考え方——と、その理論に基づいて実際に導かれる結論との間に不整合があるという点にある¹⁰⁸。

まず、推定を生じさせる段階についてみると、転売利益限定説の考え方からすると、買主が商人でなければ推定は生じず、「抽象的損害計算」

(Fn. 99), § 325 Rn. 64 (-*Otto*); Palandt, aa.O. (Fn. 99), § 325 Rn. 17 (-*Heinrichs*); Münchener, aa.O. (Fn. 76), Vor § 281 Rn. 26 (-*Emmerich*)). これによると、買主が商人であれば、商品を転売し、かつ、(売主の不履行に直面した現実において、) その転売契約を履行するために市場価格において事實的填補購入をしているはずであるという推定が働く。そうすると、結局、買主の損害は、(事實的填補購入費用としての) 市場価格と原契約の代金額の差額に存することになる。この構成は、買主の事實的填補購入という措置により、逸失利益が転売利益相当額から事實的填補購入費用相当額(と代金額の差額)にまで縮減するという考え方に基づいており、転売利益構成と同じく252条2文を根拠条文として——転売利益構成と選択的に——認められるものである(ただし、Staudinger, aa.O. (Fn. 99), § 325 Rn. 64 (-*Otto*)は積極的損害として構成する)。この構成が買主にメリットをもたらすのは、転売のための市場における市場価格を確定することはできないが、調達のための市場における市場価格を確定することはできる場合や、商品が加工された状態で転売されることになる場合であるとされる(*Huber*, aa.O. (Fn. 87), S. 247)。

¹⁰⁸ *Robert Neuner*, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931), S. 285; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 180 ff.; *Ulrike Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, S. 57 ff.; *Christian Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), S. 570 f.

は認められないことになるはずである。ところが、判例は、軍事国庫 (Militärfiskus) がエンドウマメを購入したという事例につき、軍事国庫が商人ではないことは認めつつも、売主が商人であるため商事売買にあたるという理由から推定を認めた原審の判断を支持している¹⁰⁹。

また、推定を覆す段階についてみると、先にみたように、転売利益限定説の考え方からすると、買主に転売意思がなければ推定が覆り、「抽象的損害計算」が否定されるはずである。ところが、判例は、推定の覆滅を認めていない¹¹⁰。

このように、転売利益限定説は、その基礎にある理論からすると本来認められない場面についても、「抽象的損害計算」を認める傾向にある。そこで、批判論者は、転売利益限定説に代わる新たな理論を打ち立てていくことになるわけだが、これをみる前に、そもそも (伝統的通説において) 転売利益限定説という考え方が採られるのはなぜなのかという点を明らかにするため、転売利益限定説を損害論の視角から分析しておく。

c 分析——金額差額説と転売利益限定説の関係

結論から述べると、転売利益限定説は、(論理必然的とまではいえないものの) 金額差額説の帰結であると考えられる。以下、このことを敷衍する。

(a) 金額差額説の内容

まず、(不法行為責任も含めた損害論一般に関する見解としての) 金額差額説の主張内容を分析することから始める¹¹¹。

1) 損害概念の構成要素——モムゼンらの見解

19世紀中頃のモムゼン (*Friedrich Mommsen*)¹¹²に端を発する金額差額説によると、「利益 (Interesse)」とは、「侵害事態後におけるある人

¹⁰⁹ RGZ 101, 217=JW 1921, 333 Nr. 2.

¹¹⁰ ただし、例外的に、RGZ 99, 46 (49) は、転売利益限定説の考え方を貫徹して、買主に転売意思がない事例につき、推定の覆滅を認めている。

¹¹¹ 以下では、単に「損害」といった場合でも「財産的損害 (Vermögensschaden)」のみを指すことがある。

¹¹² モムゼンの見解を紹介するものとして、北川・前掲注 (20) 31頁以下、樫見由美子「ドイツにおける損害概念の歴史的展開——ドイツ民法典成立前史」金沢法学38巻1=2号 (1996年) 213頁以下など。

の現在の財産と、その事態の介入がなければ達していたであろう財産の額との差」であり、これが損害賠償の対象となる¹¹³。このように理解された損害概念は、以下のように、複数の構成要素に分解することができる。

ア) 個別的損害把握の採否——総体財産着目説

第1に、損害を総体財産の喪失（ないし減少）として把握するのか、それとも個別客体の喪失として把握するのかという問題がある。周知のとおり、金額差額説は前者を採っている¹¹⁴。

イ) 金額包含的損害把握の採否——金額包含的損害把握

第2に、損害概念に金額を含めるかどうかという問題がある。この点について、例えば、20世紀初頭における金額差額説の代表的な論者であるフィッシャー（*Hans Albrecht Fischer*）は、「ある主体に帰属するすべての財貨は、その金銭的価値に従って評価され、そして合算される。……そのようにして、純粋財産が明らかにされる。Aが20,000マルクの財産を有するといわれるときの財産は、この意味において用いられているのである。……こうした価値統一体としての財産に合致するのが、損害賠償法における利益である。損害は、計算上の操作によって確定される」と述べる¹¹⁵。このように、金額差額説は、損害概念に金額を含める立場に立っている¹¹⁶。

¹¹³ *Friedrich Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse*, 1855, S. 4, 60. 損害賠償の対象となる「利益」ないし「財産的損害」について概ね同様の定義を示すものとして、*Hans Albrecht Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, 1903, S. 21; *Enneccerus/Lehmann*, a.a.O. (Fn. 99), S. 58; *Staudinger*, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 9 (-*Werner*).

¹¹⁴ *Fischer*, a.a.O. (Fn. 113), S. 25 f.; *Staudinger*, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 86 (-*Werner*) など。

¹¹⁵ *Fischer*, a.a.O. (Fn. 113), S. 20 f.

¹¹⁶ 同様の見解として、*Staudinger*, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 9 (-*Werner*). もっとも、金額差額説の創始者であるモムゼンは、「評価 (Schätzung) が行われることは利益概念にとっては必要ではないし、利益がもつぱら金銭の形で存することも必要ではない」としたうえで、「他方で、利益の算定の際に考慮の

ウ) 人的基準——主観的損害計算一元説

第3に、厳密には損害把握の問題を超えて金銭的評価の問題にまで射程を広げることになるが、人的基準の問題——損害の算定にあたって請求権者の具体的事情を考慮すべきかどうかという問題——がある。

この点について、モムゼンは、「物の価値」と「利益」という2つの概念を異なる概念として峻別すべきであると説いた¹¹⁷。

モムゼンによると、「物の価値 (Sachwert)」(「共通価値 (gemeiner Wert)」と呼ぶ論者もいる)とは、「客体があらゆる者に対して有する価値」のことである。この「物の価値」の算定は、客体がある人にもたらしうる「特別の利益」を考慮することなく、「完全に客観的な基準」によって——例えば、市場価格によって——行われる¹¹⁸。要するに、モムゼンは、「物の価値」の賠償においては請求権者の具体的事情を考慮しない算定(以下、「客観的損害計算」と呼ぶ¹¹⁹)が行われることを述べているとみることができる。

これに対して、「利益 (Interesse)」¹²⁰の賠償においては、「物が債権者

対象となりうるように、あらゆる損害——損害がすでにある一定の金額の喪失という形をとっている場合を除く——について、金銭への評価が許されなければならない」としており (Mommsen, aa.O. (Fn. 113), S. 14. また, S. 12 f. も参照)、一定の場合を除き、損害概念には金額が含まれないという立場に立っていたものとみられる (モムゼンの見解につき同様の理解を示すものとして、Hans Stoll, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 1973, S. 16)。しかし、本稿の関心からすると、転売利益限定説が主張されはじめた20世紀前半に通説となっていた金額差額説の内容を確認することが重要であるため、この論点に関しては、モムゼンの見解を本文で取り上げることはしなかった。

¹¹⁷ Mommsen, aa.O. (Fn. 113), S. 18.

¹¹⁸ Mommsen, aa.O. (Fn. 113), S. 16.

¹¹⁹ 「客観的損害計算」(および次に説明する「主観的損害計算」という用語法は、必ずしもドイツで一般的に採用されているわけではない。しかし、「抽象的損害計算」(・「具体的損害計算」)という用語法との差別化を図るにあたって有用であることから、本稿ではこの用語法を採用することとした。

¹²⁰ 「利益 (Interesse)」という概念は多義的である (Lange/Schiemann, aa.O. (Fn. 87), S. 28 f. も参照) が、モムゼンをはじめとする金額差額説においては、「物の価値」の対立概念としての意味合いが強いといえる。なお、本稿では、この

の財産に対して有する特別の価値」——これは、多くの場合「物の価値」を超えることになる——の賠償が認められる¹²¹。要するに、モムゼンは、「利益」の賠償においては請求権者の具体的事情を考慮する算定（以下、「主観的損害計算」と呼ぶ）——典型例は、逸失利益による算定¹²²——が行われることを述べているとみることができる。

ここで注意を要するのは、金額差額説における「客観的損害計算」の扱いである。この点について、創始者であるモムゼンにおいては、「物の価値は物があらゆる者に対して有する価値を表すものなので、物は、常に当該債権者に対しても少なくともこの価値を必然的に有している」とされ¹²³、「物の価値」に賠償の下限を画する役割が認められていたほか、——「利益」が「物の価値」を上回る場合を念頭に——例外的に「利益」ではなく「物の価値」の賠償に制限される場合もあるとされていた¹²⁴。このように、モムゼンにおいては、損害賠償の枠内で「主観的損害計算」と「客観的損害計算」の両方が認められていた。しかし、その後のヴィントシャイト (*Bernhard Windscheid*) においては、損害賠償と「利益」の賠償が同視されるようになり¹²⁵、「客観的損害計算」の地位が低下しはじめる。さらに、20世紀初頭のフィッシャーに至ると、——損害賠償と「利益」の賠償が同視されたうえで——賠償の対象となる「利益」が「物の価値」を下回る場合があることが明確に認められるようになり¹²⁶、「主観的損害計算」への一元化がより強固なものとなった。こうして、金額

意味における「利益」以外に、「損害」概念の裏返しという程度の意味で「利益」という用語を使う場合がある。

¹²¹ *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 16 f.

¹²² 「利益 (Interesse)」に「逸失利益 (*lucrum cessans*)」が含まれることについては、*Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 11を参照。

¹²³ *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 17.

¹²⁴ *Mommsen*, a.a.O. (Fn. 113), S. 66 f.

¹²⁵ *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 6. Aufl., 1887, S. 35 ff. モムゼンからヴィントシャイトへの展開については、北川・前掲注 (20) 48頁以下、奥田編・前掲注 (2) 264頁 [北川=潮見]を参照。

¹²⁶ *Fischer*, a.a.O. (Fn. 113), S. 14, 38. さらに、*Staudinger*, a.a.O. (Fn. 99), Vor §§ 249-255 Rn. 86 (-*Werner*).

差額説においては、徐々に「客観的損害計算」が排除されていくこととなった¹²⁷。

2) 各構成要素相互の連関——メルテンスの分析

以上、金額差額説が基礎に置く損害概念の3つの構成要素をみてきた。では、これらの構成要素は、相互にどのような関係に立つのだろうか。つまり、これらの構成要素は、相互に無関係なものなのか、それとも相互に連関しているのか。

この点については、メルテンス (*Hans-Joachim Mertens*) の研究が参考になる¹²⁸。すなわち、メルテンスは、財産的損害概念を論じる前提として、財産概念を論じている。そして、(後述するように、)そこで示される財産概念の理解は、金額差額説の基礎にある財産概念の理解と同じものであるとされていることから、結局、メルテンスにおいては、金額差額説の基礎にある財産概念(ひいては損害概念)の分析が示されるとみることができるわけである¹²⁹。

ア) 財産概念の理解——主体関連的財産把握

メルテンスによると、「財産(Vermögen)」という言葉の意味としては、「ある者が『できる(vermögen)』こと」という主観的な意味と、「ある者が対象として(gegenständlich)持っているもの、つまり彼に帰属するもの」という客観的な意味の2つがありうる。

日常用語としては、純粹に客観的な意味で使われる傾向にあり、それに対応して、損害法上も、財産を「ある人に帰属する権利や財貨の総和」とみる「客観的・総和的」な財産把握が通説となっている¹³⁰。しかし、そ

¹²⁷ こうした流れを概観するものとして、Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 241-304, 2007, §§ 249-253, 255 Rn. 60 (-*Nils Jansen*), §§ 280-285 Rn. 64 (-*Martin Josef Schermaier*).

¹²⁸ メルテンスの見解を紹介するものとして、吉村・前掲注(69)「財産的損害」527頁以下、若林・前掲注(69)「『損害』の意義(1)」137頁以下、長野・前掲注(2)131頁以下・199頁以下。

¹²⁹ もっとも、ドイツでは、メルテンスの研究のこうした側面——金額差額説の分析としての側面——にはあまり関心が持たれてこなかったようである。

¹³⁰ *Hans-Joachim Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 124 f.

のように財産を理解する場合、損害の確定の際には個別の財貨のもとに生じた損害項目を合算すれば足りることになるため、財産概念は損害を論じるにあたって特に必要のない概念だということになってしまう¹³¹。

そこで、メルテンスは、「財産」の主観的な意味と客観的な意味を統合して¹³²、損害法においても、財産を「そこにおいて、またそこを起点として財産的人格を展開することができる対象領域」とみる「主観的・機能的」な財産把握を採用する¹³³。そのポイントは、財産が、「経済財の獲得に役立つ主体の活動」をはじめとする、主体の「生活の展開 (Lebensentfaltung)」と関連づけられて理解される点にある¹³⁴。つまり、財産は、「主体のあらゆる生活目標を実現するための自由な社会的活動領域を対象として保障するもの」であるとされる¹³⁵。メルテンスは、金額差額説——彼自身の表現によると、「損害の主観的解釈 (subjektive Deutung des Schadens)」——の基礎にあるのも、こうした財産把握にほかならないという¹³⁶。

イ) 主体関連的財産把握と各構成要素の連関

メルテンスは、以上のような主体関連的財産把握を前提として、そこから導かれる損害法上の様々な帰結を論じている¹³⁷が、本稿では、先にみた3つの構成要素との関係に絞ってみていくこととしたい。

a) 総体財産着目説との連関

第1に、メルテンスによると、主体関連的財産把握を採用した場合、損害は、必然的に総体財産の減少として把握されることになる。例えば、ある企業の機械が壊れたという事例において、「その機械の個別の価値」のみに依拠して損害を算定した場合、その価値の中では、「必然的に、その機械が企業の全収益に対して有する意味が完全に抜け落ちてしまう」。それを回避しようと、機械とともに「利得の見込み」を独立の財貨

¹³¹ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 45, 126.

¹³² Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 124.

¹³³ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 129 f.

¹³⁴ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 130.

¹³⁵ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 130.

¹³⁶ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 128.

¹³⁷ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 139 ff.

とみなした場合、今度は「財産的価値を二重に把握することになる」。したがって、「損害は、総体財産と関連づけなければ確定することができない」。換言すると、「財産を主観的・機能的に関連づけた場合、財産は、構造化された統一体 (strukturierte Einheit) となる。この統一体は、財産的損害の問題が生じたときには常に考慮 (mitdenken) しなければならないものである」¹³⁸。

b) 主観的損害計算一元説との連関

第2に、メルテンスは、「抽象的・定型的損害計算 (abstrakt-typisierende Schadensberechnung)」と「抽象的・規範的損害計算 (abstrakt-normative Schadensberechnung)」を区別する¹³⁹。前者は、単なる定型的な算定であり、具体的な事案をみると債権者は損害を被っていないという反論を債務者に許すものであるとされる。これは、まさに転売利益限定説のいう「抽象的損害計算」そのものである。また、本稿の用語法に照らすと、「抽象的・定型的損害計算」は、「主観的損害計算」に含まれることになる。これに対して、後者は、具体的な状況にかかわらず認められる算定であるとされる。これは、本稿の用語法に照らすと、「客観的損害計算」にあたる。

以上の区別を前提として、メルテンスは、原則として「抽象的・定型的損害計算」のみを認めるという立場に立つ。「抽象的・規範的損害計算」は、「法律を補充する法の継続形成 (Rechtsfortbildung praeter legem)」が行われ、そうした算定が慣習法上認められるようになった場合に例外的に認められるものであるとされる¹⁴⁰。

このようにみると、メルテンスは、(原則として)「主観的損害計算」のみを認める立場に立っているとみることができる。これは、メルテンスが主体関連的財産把握を採用していることの必然的な帰結であると考えられる。なぜなら、主体関連的財産把握によると、主体の「生活の展

¹³⁸ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 140 f.

¹³⁹ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 76 Fn. 76.

¹⁴⁰ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 220 ff. なお、メルテンスは、商事売買において「抽象的・規範的損害計算」を認めるべきかどうかについては、態度決定を保留している (S. 222 Fn. 51)。

開」、すなわち主体の（具体的な）活動との関係で財産概念、ひいては損害概念が規定されることになるからである。

c) 金額包含的損害把握との連関

aa) メルテンスの記述

第3に、メルテンスは、「客観的・総和的な理解」においては、「損害賠償が金銭の形で与えられるべき限り」、個別の財貨を「金銭の形で表すことのできる価値に換算することが必要となる」（傍点は引用者）のに対して、「本書の主張する主観的・人的財産理論においては、最初から（von vornherein）価値概念に依拠しなければならない」と述べている。また、「財産の個別の構成部分は、主観的・人的財産理論にとっては常に、財貨を媒介とする経済的項目（die durch ein Gut vermittelte wirtschaftliche Position）である。つまり、財貨そのものではなく、財産的価値としての財貨である。この〔財産的価値という〕概念は、本書においては、必然的に、主観的に把握される。それは、財産的人格にとっての価値を意味する」とも述べている¹⁴¹。

bb) 本稿の分析

このメルテンスの記述については、——必ずしも明確ではないものの——「客観的・総和的」な財産把握のもとでは、金銭的評価の作業が独立に行われることになる（つまり、賠償範囲論と金銭的評価論が分離されることになる）のに対して、メルテンスの主体関連の財産把握のもとでは、すでに財産概念に金銭的価値の観点が含まれ、それゆえ損害概念にも金額が含まれるために、金銭的評価の作業が独立には行われなことになる（つまり、賠償範囲論と金銭的評価論が融合することになる）ということを述べたものであると理解できるのではないと思われる。メルテンスの見解をこのように理解すると、彼が最後の部分で財産的価値は主観的に把握されると述べていることについても説明がつく。というのも、主体関連の財産把握のもとで財産概念に金銭的価値の観点を含めた場合、その金銭的価値も主体の活動との関係で規定されることになると考えられるからである。

問題は、なぜ主体関連の財産把握のもとでは財産概念に金銭的価値の

¹⁴¹ Mertens, a.a.O. (Fn. 130), S. 134.

観点が含まれることになる（それゆえ損害概念にも金額が含まれることになる）のかという点である。この点については、——メルテンスの明示的な記述はないものの——次のように説明することができるのではないかとと思われる。

主体関連的財産把握のもとでは、主体の活動との関係で財産概念、ひいては損害概念が規定される。つまり、損害は、主体が財貨——契約責任では、給付——を用いて活動することにより取得したであろう利益の喪失——ここには、主体が財貨を用いて活動していれば免れたであろう不利益の発生も含まれる——として理解されることになる。契約責任におけるその典型例としては、消極的損害として転売利益の喪失や営業利益の喪失、積極的損害として（事實的）填補購入費用の支出や転買主への損害賠償金の支払を挙げることができる。

さて、ここで、例えば市場価格100万円に依拠した転売利益の賠償が請求されているとして、賠償請求の対象となっている「損害」ないし「財産的利益」には、100万円という金額は含まれると考えるべきなのだろうか。すなわち、主体関連的財産把握のもとでは、金額も含めた「100万円の転売利益（の喪失）」を財産（的利益）ないし損害とみる¹⁴²ことになるのか、それとも、より抽象度の高い、金額を捨象した「転売利益（の喪失）」を財産（的利益）ないし損害とみることになるのか。

主体関連的財産把握は、財産概念や損害概念を主観的に把握する点に特徴がある。つまり、当該主体の活動によってはじめて生じる利益（の喪失）、換言すれば、当該主体に固有の利益（の喪失）を財産（的利益）ないし損害とみているわけである。ところが、抽象度の高い財産把握（損害把握）をしてしまうと、その財産概念（損害概念）の主観性が損なわれてしまう。先の例でみると、金額を捨象した「転売利益（の喪失）」を財産（的利益）ないし損害とみた場合、90万円でも110万円でもなく100万円の転売利益であるという点に当該債権者の固有性が発揮されているにもかかわらず、それが財産概念（損害概念）に反映されないこととなっ

¹⁴² 念のため述べておくと、金額も含めた「100万円の転売利益の喪失」を損害とみることと、推定を用いた定型的な算定（損害の認定）を行うことは、両立しうる。

てしまう。

このように財産概念（損害概念）の主観性を薄めてしまうことの不当性は、結論の不当性としても表れてくる可能性がある。先の例でみると、金額を捨象した「転売利益の喪失」を損害とみたうえで、その損害の金銭的評価を客観的に——当該債権者の活動とは無関係に——行った場合には、例えば100万円という評価が導かれたとしても、その金銭的評価は、当該債権者が給付目的物を転売することにより100万円の転売利益を取得したであろうかという点の審査を経たものではないことになる（これに対して、金額も含めた「100万円の転売利益の喪失」を損害とみた場合には、定型的な算定（損害の認定）が行われるときであっても、推定が覆されないかどうかという形で必ずこの点の審査が行われることになる）。これは、金額を捨象した「転売利益の喪失」を損害とみた場合、当該債権者が100万円の転売利益を取得しなかったであろうにもかかわらず100万円の転売利益の賠償が認められるという不当な結論が導かれる可能性があることを意味する。

以上を踏まえると、主体関連的財産把握との親和性がより高い（そして、結論的妥当性の観点からも支持しうる）のは、財産概念に金銭的価値の観点を含める（損害概念に金額を含める）考え方であるということができよう。

（b）転売利益限定説との関係——金額差額説の帰結

以上のとおり、金額差額説の3つの構成要素は、すべて、主体の活動と関連づけられた財産把握ないし損害把握から導くことができる——この意味において、3つの構成要素は相互に関連している——と考えられる¹⁴³。ここで、一般債務不履行の場面に話を戻すと、次に問題となるのは、

¹⁴³ なお、メルテンス自身は、物損などの場面において、総体財産に着目した損害把握と並んで、個別の財貨の価値に着目した損害把握も必要だと説く。そして、その理由を、「物の価値は、特定の具体的な財産利用のみに着目して構成されているのではなく、物を自分の好きなように投入することができるという主体の可能性からも導き出される」ことに求め（*Mertens*, aa.O. (Fn. 130), S. 141 f.）、「こうした客観的損害は、主観的利益論の外部ではなく、内部に位置づけられる」という（S. 148）。このメルテンスの考え方につき、詳しくは、長野・前掲注（2）132頁以下を参照。

その金額差額説と転売利益限定説の関係である。

1) 転売利益構成が採用される理由

まず、転売利益という構成は、まさに主体である債権者の転売という活動との関係で損害を把握するものであるから、金額差額説と整合的である。伝統的通説は、「主観的損害計算」のみを認めるという立場に立ちつつも、市場価格依拠型転売利益の賠償(において行われる算定)が「主観的損害計算」でありながら「抽象的損害計算」でもあるという点をうまく利用して、「抽象的損害計算」を基礎づけていたわけである。

2) 転売利益以外の構成が採用されない理由

また、転売利益以外の構成によって「抽象的損害計算」が基礎づけられない¹⁴⁴のも、金額差額説の帰結といえることができる。

というのも、転売利益以外の構成としては、目的物(ないし市場価格として表れるその客観的価値)を取得しなかったこと自体を損害とみる構成が考えられる¹⁴⁵。しかし、この構成は、主体である債権者の活動と切り離して損害を把握している点において、金額差額説と相容れないのである。

ただし、転売利益以外にも、金額差額説と整合する構成がないわけではない。それは、「現有価値」¹⁴⁶とも呼ぶべき構成である。これは、債務者による履行が行われていれば債権者は現在(判決時)に至るまで目的物(の客観的価値)を保有しつづけていたはずであるのに、履行がされなかったことによりそうはならなかったことを損害とみる構成であり、債権者の保有という活動との関係で損害を把握している点において、金額差額説と整合しうる。実際、ドイツにおいても、少数ながら、これにあたりとみられる構成が主張されている¹⁴⁷。しかし、そのほとんどは、

¹⁴⁴ ここでは、すでに紹介した「事実的填補購入費用の推定」という構成(前掲注(107)を参照)については度外視している。

¹⁴⁵ 後に紹介する転売利益非限定説が採用する構成である。

¹⁴⁶ 「現有」とは、本文ですぐ後に述べるように、「(債務者による履行が行われていれば)現在保有していたであろう」という意味であり、「(債務不履行に直面した現実において)現在保有している」という意味ではない。

¹⁴⁷ Knütel, a.a.O. (Fn. 108), S. 562 f., 588; Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 2021, S. 363 f. また、OLG Hamm, VersR 1996, 1119

金額差額説との整合性を維持しきれていない。というのも、この「現有価値」構成のもとで現在（判決時）の市場価格による賠償が認められるためには、債権者が現在（判決時）に至るまで目的物を保有しつづけていたであろうことだけでなく、その目的物の価値が（債権者の使用などにより）減少しないまま維持されたであろうことまで認められなければならないはずである。なぜなら、金額差額説の考え方に忠実であろうとする限り、債権者の具体的な保有状況が決定的な意味を持つからである。ところが、この「現有価値」構成においては、——「具体的損害計算」による賠償額がこの「現有価値」構成による賠償額を下回る場合には前者が適用されるという留保が付されることはある¹⁴⁸もの——（ごく一部の例外¹⁴⁹を除き）目的物の価値が維持されたであろうかということまでは考慮されておらず、その限りで金額差額説が貫徹されていないのである。

以上のように、転売利益限定説は、金額差額説の帰結であるということが出来る¹⁵⁰（ただし、「現有価値」構成を採りうる点において論理必然的とまではいえない）。このことは、モムゼンの損害概念理解から「物の価値」概念が徐々に削ぎ落とされ、純粋な金額差額説が完成した時期と、転売利益限定説が通説化しはじめた時期が、ともに20世紀初頭であるという事実からも裏づけられる。

（ウ）転売利益非限定説

以上のような転売利益限定説に対抗する形で1930年代以降有力化していったのが、「転売利益非限定説」とも呼ぶべき考え方である。

a R. ノイナーの見解

その嚆矢となったのが、R. ノイナー（*Robert Neuner*）の見解であ

も参照。

¹⁴⁸ *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 147), S. 364.

¹⁴⁹ その例外にあたるのが、連載第2回（第2章第2節1（1）ウ（ウ）c）で紹介するクニューテル（*Christian Knütel*）である。

¹⁵⁰ 同旨の指摘として、*Barbara Dauner-Lieb*, *Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch!*, in: *Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag*, 2020, S. 105 f. なお、以上の論証は、金額差額説以外の損害概念理解から転売利益限定説を導く可能性を排除するものではない。

る¹⁵¹。ノイナーは、不法行為責任も含めた損害論一般につき、「客観的損害論」と呼ばれる見解を提唱した¹⁵²。

(a) 損害の定義

これによると、財産的損害は、一元的に把握されるべきものではなく、以下の2種類のものを含むと考えるべきである。

1) 直接損害——給付の客観的価値

第1は、「直接損害」である。これは、「財産的価値ある利益、すなわち取引上金銭との交換において取得・譲渡される財貨に対する侵害」であり、この利益は「客観的に評価」される¹⁵³。端的にいうと、「直接損害」とは、「権利または保護された利益の侵害それ自体」である¹⁵⁴。契約責任においては、「給付の客観的価値」がこれにあたる¹⁵⁵。

こうした「直接損害」の賠償を求める請求権は、履行請求権や物権的請求権のような「権利追求的な請求権 (rechtsverfolgender Anspruch)」——「権利から直接に生じ、権利自体を直接に保護する請求権」——「に代わる、あるいはそれと並ぶ」ものであるとされている¹⁵⁶。

2) 間接損害

第2は、「間接損害」である。これは、「被害者にさらに生じた不利益な結果すべて」であり¹⁵⁷、ここでは、「損害は差額説により算定されなけ

¹⁵¹ ノイナーの見解を紹介するものとして、北川・前掲注(42)「序説(1)」22頁・「序説(2)」41頁・43頁、吉村・前掲注(69)「財産的損害」517頁以下、潮見・前掲注(69)「人身侵害(1)」11頁以下、若林・前掲注(69)「『損害』の意義(1)」126頁以下、長野・前掲注(2)57頁以下・169頁以下・199頁など。

¹⁵² その淵源は、ヴァルスマン (*Hans Walsmann*) とエルトマン (*Paul Oertmann*) の「具体的損害論」(*Hans Walsmann, Compensatio lucri cum damno, 1900; Paul Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901*) にまで遡る (*Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 277 ff.* を参照)。

¹⁵³ *Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 290.*

¹⁵⁴ *Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 314.*

¹⁵⁵ *Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 293, 302, 313.*

¹⁵⁶ *Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 291.*

¹⁵⁷ *Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 314.*

ればならない」¹⁵⁸。この「間接損害」の賠償において行われるのは、権利の追求ではなく、「損害の填補（Wiedergutmachung des Schadens）」である¹⁵⁹。

（b）損害概念の構成要素

では次に、金額差額説のときと同じ要領で、以上の2種類の損害概念を構成要素ごとに分解していこう。

1）直接損害

「直接損害」の構成要素は、以下のとおりである。

ア）個別的損害把握の採否——個別客体着目説

まず、「直接損害」においては、権利・利益侵害自体を損害とみるわけであるから、総体財産の減少ではなく個別客体の喪失を損害と捉えていることになる。

イ）人的基準——客観的損害計算

次に、前述のとおり、「直接損害」は、「客観的に評価」される。契約責任に関していうと、給付の客観的価値は、「賠償の最小限」を画するものであり、債務者は、「債権者の財産的利益が給付の客観的価値よりも小さい」ことを証明して賠償額を下げるができない。なぜなら、「仮にそれを許した場合、まさに不履行に対するプレミアムとなってしまふからである」。つまり、債務者は、履行請求を受けた場合には、原則として、債権者の利益が給付の客観的価値よりも小さいことを主張することができない。それにもかかわらず、不履行損害の賠償請求を受けた場合にはそうした主張ができるとすると、債務者は、履行請求の場合と比べて不当にも有利な地位に置かれることとなってしまふというわけである¹⁶⁰。

¹⁵⁸ Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 296.

¹⁵⁹ Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 291を参照。

¹⁶⁰ Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 293 f. なお、ノイナーは、履行が不能でない場合の賠償請求について「不履行に対するプレミアムになる」という理由づけを、履行が不能の場合の賠償請求について「債務者が有利な地位に置かれることとなる」という理由づけを持ち出しているが、不能の有無はここでは意味を持たず、2つの理由づけは結局同じ内容に帰すると判断したため、本文のように紹介した。

そして、ノイナーは、「抽象的損害計算は、我々の理論によると、逸失利益の算定……ではなく、行われなかった給付の客観的価値を算定する方法である」という¹⁶¹。

要するに、ノイナーにおいては、「直接損害」の算定方法として認められる「客観的損害計算」により「抽象的損害計算」が基礎づけられているということが出来る。

ウ) 金額包含的損害把握の採否——金額非包含的損害把握

また、「給付の客観的価値」を損害とみた場合、「算定の基準となる時点がいつか、そして様々な場面においてその価値をいったいどのようにして測るべきなのかに関するルールが必要となる」という記述¹⁶²からは、損害に金額が含まれておらず、金銭的評価論が独立の問題領域として想定されていることがうかがわれる。

2) 間接損害

次に、「間接損害」の構成要素は、ノイナーの記述から確認できる限り、以下のとおりである。

ア) 人的基準——主観的損害計算

まず、「間接損害」の賠償においては、「差額説」により、「客観的価値」と対置されるところの「利益 (Interesse)」が賠償される¹⁶³。この記述に照らすと、「間接損害」の賠償においては「主観的損害計算」が行われるものと理解することができる。

そして、「[金額差額説による]算定の結果、客観的価値を超える金額が導かれた場合、より高いその金額に従って賠償が行われる」¹⁶⁴。

イ) 金額包含的損害把握の採否——金額包含的損害把握

また、「間接損害」は、「現実の財産状態と侵害がなければあったであろう財産状態を比較した際に差として現れる限りにおいて、金銭損害で

¹⁶¹ Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 302.

¹⁶² Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 302.

¹⁶³ Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 302.

¹⁶⁴ Neuner, a.a.O. (Fn. 108), S. 296.

ある」という記述¹⁶⁵からは、損害に金額が含まれていることがうかがわれる。

b ラーベルの見解

こうしたノイナーの見解を基本的には承継しつつ、契約責任に関してより立ち入った検討を行うのが、ラーベル (*Ernst Rabel*) である¹⁶⁶。

(a) 責任内容の確定方法の概観

ラーベルによると、契約責任の内容を確定する方法には、以下の2つがある。

1) 客観的算定

第1は、客観的算定¹⁶⁷である。これは、さらに以下の2つに分かれる。

ア) 抽象的算定

1つ目は、抽象的算定である。これは、売買目的物の市場価格と売買代金額の差額によって損害を算定する方法である¹⁶⁸。

その基礎づけについては、以下のように述べられている。「契約の効果は、具体的な契約または定型的な契約の目的と骨子 (Rahmen) から取り出されなければならない」¹⁶⁹。そして、「債務者の給付すべき目的物は、債権者が契約をもって追求し、債務者がその履行を引き受けた目的を表す」¹⁷⁰。したがって、給付目的物は、「〔契約〕違反後、それどころか、滅失・損傷後ですら、なお債務の内容形成にとって重要な意味を持ちつづける」¹⁷¹。それゆえ、債権者は、「給付目的物の代償物 (Surrogat)」としての損害賠償を請求することができる¹⁷²。

ラーベルの記述を子細にみると、こうした「給付目的物の代償物」としての損害賠償という基礎づけの具体的な意味としては、2つのものが

¹⁶⁵ *Neuner*, a.a.O. (Fn. 108), S. 314.

¹⁶⁶ ラーベルの見解を紹介するものとして、北川・前掲注(42)「序説(1)」22頁以下・「序説(2)」37頁、潮見・前掲注(69)「人身侵害(1)」12頁以下。

¹⁶⁷ *Ernst Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, 1936, S. 468を参照。

¹⁶⁸ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 454.

¹⁶⁹ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 452.

¹⁷⁰ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 453.

¹⁷¹ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 450. さらに、S. 453も参照。

¹⁷² *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 453.

挙げられている。

a) 客観的価値による基礎づけ

まず、客観的価値による基礎づけが挙げられている¹⁷³。ここでは、ノイナーが引用されており、ラーベルの見解は基本的にノイナーの見解を承継するものであるということが分かる。

b) 仮定的填補購入費用による基礎づけ

これに加えて、ラーベルにおいては、ノイナーにはみられなかった仮定的填補購入費用による基礎づけが挙げられている¹⁷⁴。もっとも、2つの基礎づけがどのような関係に立つのかについては、触れられていない。ともあれ、この仮定的填補購入費用という基礎づけは、ラーベル以降、数多くの論者が採用するところとなり、非常に有力化していくこととなる¹⁷⁵。

イ) 填補購入を基礎とする算定

2つ目は、「填補購入を基礎とする算定」である¹⁷⁶。これは、事實的填補購入費用による算定のことである。ここで注目すべきは、ラーベルにおいては、この算定方法が、抽象的算定と併せて、客観的算定として位

¹⁷³ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 451.

¹⁷⁴ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 457. なお、ラーベルに先立って、「抽象的損害計算」を仮定的填補購入費用によって基礎づけるという考え方を示していたものとして、*Oskar Pisko*, *Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes*, 1923, S. 189; *Walter Wilburg*, *Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung*, *JherJB* 82 (1932), S. 144 f.

¹⁷⁵ *Ernst Steindorff*, *Abstrakte und konkrete Schadensberechnung*, *AcP* 158 (1959/1960), S. 460; *Ernst von Caemmerer*, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, 1962, S. 8; *Arwed Blomeyer*, *Allgemeines Schuldrecht*, 4. Aufl., 1969, S. 193; *Herbert Wiedemann*, *Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung*, in: *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag*, 1984, S. 721, 723; *Huber*, a.a.O. (Fn. 87), S. 248 f.; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 87), S. 348; *Thomas Riehm*, *Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung*, in: *Gedächtnisschrift für Hannes Unberath*, 2015, S. 373 f.; *Johannes W. Flume*, *Marktaustausch*, 2019, S. 161.

¹⁷⁶ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 468.

置づけられていることである。すなわち、ラーベルは、「調達価格は、買主の個人的な財産状態とは異なり、客観的な指標（Merkmal）となる」とする¹⁷⁷。ここには、事実的填補購入費用は、金額差額説的な意味における損害ではなく、客観的な損害算定方法であるとの理解をうかがうことができる。

さらに、ラーベルは、かつての「共通価値」概念が現代において復権しつつあることを説くなかで、それを示す例として、抽象的算定だけでなく事実的填補購入費用による算定も併せて取り上げている¹⁷⁸。このことも踏まえると、「給付目的物の代償物」という考え方は、——必ずしも明言はされていないものの——実は抽象的算定だけでなく事実的填補購入費用をも射程に収めたものであったと理解することができる¹⁷⁹。

2) 具体的損害 [利益] の賠償において行われる算定

以上の客観的算定とは別の算定方法として、第2に、「具体的損害」ないし「利益（Interesse）」の賠償において行われる算定がある。その具体例としては、転売利益や転買主への違約金の支払などが挙げられている¹⁸⁰。

（b）各算定方法の内容

では、以上の各算定方法の内容を詳しくみていこう。

1) 客観的算定

¹⁷⁷ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 468.

¹⁷⁸ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 450.

¹⁷⁹ ラーベルにおいては、「商取引においては、また、ほとんどの国の法においては、単に3つの異なる算定があるというだけではなく、2つの異なる損害概念が存在している」という注目すべき記述がみられる。3つの算定とは、抽象的算定・「填補購入を基礎とする算定」・「具体的損害」の賠償において行われる算定を、2つの損害概念とは、「抽象的損害」・「具体的損害」を指すようである（*Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 452）。ここで、ラーベルにおいて事実的填補購入費用が金額差額説的な意味における損害ではないと理解されていることを踏まえると、「填補購入を基礎とする算定」は、「抽象的損害」が問題となる場合に含まれることになると考えられる。このことも、本文で示した理解を裏づけている。

¹⁸⁰ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 473.

まず、客観的算定をみていく。

ア) 個別損害把握の採否——個別客体着目説

客観的算定においては、前述のとおり、「給付目的物の代償物」としての損害賠償が問題となっている。したがって、ここでは、給付目的物という個別客体の喪失が損害として捉えられているといえる。

イ) 人的基準

また、客観的算定においては、「債権者の個人的な状況とは関係なく」算定が行われる¹⁸¹。

a) 抽象的算定——客観的損害計算

客観的算定のうち、抽象的算定については、ノイナーと同じく、「買主は、市場価格により算定される損害に対して常に請求権を有する」とされ、賠償の「最小限」を画することが認められている¹⁸²。その理由についても、ノイナーと同じく、利益 (Interesse) が抽象的算定により導かれた金額を下回るという主張を売主に許すと、「契約違反に対してプレミアムを与えることになる」ことに求められている¹⁸³。このように、抽象的算定は「客観的損害計算」にあたる。

b) 填補購入を基礎とする算定——主観的損害計算

これに対して、「填補購入を基礎とする算定」は、客観的算定としての位置づけを与えられつつも、債権者の填補購入という具体的事情を考慮している点において、本稿の用語法に照らすと「主観的損害計算」であるということになる。したがって、この算定方法は、客観的な側面と主観的な側面を併せ持つものであるとみることができる¹⁸⁴。

ウ) 金額包含的損害把握の採否——金額非包含的損害把握

そして、客観的算定においては、損害概念に金額が含まれておらず、

¹⁸¹ Rabel, aa.O. (Fn. 167), S. 450.

¹⁸² Rabel, aa.O. (Fn. 167), S. 459.

¹⁸³ Rabel, aa.O. (Fn. 167), S. 460.

¹⁸⁴ ラーベルも、填補購入は「一般的具体的損害を生じさせる」と述べており (Rabel, aa.O. (Fn. 167), S. 456)、こうした二面性を強調している。

金銭的評価論が賠償範囲論とは分離されていると考えられる。

というのも、後に詳しくみるように、一方で、抽象的算定においては、債権者の投機可能性の排除という——賠償範囲論とは異質の——考慮に基づき、基準時問題について一定の見解が導かれている¹⁸⁵。

他方で、「填補購入を基礎とする算定」においても、「信義誠実に従った」填補購入の実施という——賠償範囲論とは異質の——考慮に基づき、賠償額を決定する一定のルールが導かれているのである¹⁸⁶。

2) 具体的損害 [利益]

では、具体的損害はどうか。

ア) 人的基準——主観的損害計算

具体的損害においては、もちろん、「買主の個人的な財産状況」¹⁸⁷に着目した「主観的損害計算」が行われることになる。「最小限」としての抽象的算定に対して、具体的損害は賠償額を付加する役割を果たすということについても、ノイナーと同様である¹⁸⁸。

イ) 賠償範囲論を論じる必要性

この具体的損害については、賠償可能な損害を限定することが問題となる。ラーベルは、周知のとおり、契約利益説を採用¹⁸⁹。本稿の関心に照らして重要なのは、契約利益説そのものというよりも、ラーベルがこうした賠償範囲論を具体的損害についてのみ論じていることである。ここには、客観的算定においては「給付目的物の代償物」としての損害賠償が問題となっているから、給付内容さえ確定されていれば賠償範囲論をそれとは別に論じる必要がないという理解をうかがうことができる。

ウ) 金額包含的損害把握の採否——金額包含的損害把握

そして、その契約利益説による賠償範囲の画定に際しては、金額に対

¹⁸⁵ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 464 f.

¹⁸⁶ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 471.

¹⁸⁷ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 468.

¹⁸⁸ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 474.

¹⁸⁹ *Rabel*, aa.O. (Fn. 167), S. 496.

する予見可能性も必要であるとされている¹⁹⁰。ここには、損害概念には金額も含まれるという理解をうかがうことができる。

* 本研究は、JSPS 科研費 JP22K13306の助成を受けたものである。

¹⁹⁰ *Rabel*, a.a.O. (Fn. 167), S. 509.

日本の学問の自由とアメリカの アカデミック・フリーダム（2）

—— 高柳信一『学問の自由』再訪 ——

盛 永 悠 太

目 次

- 序論 問題の所在と本稿の構成について
- 第1節 先行研究の概観と問題の所在
 - 第1款 学説における焦点
 - 第2款 学説における高柳説の扱い（1）：原点として
 - 第3款 学説における高柳説の扱い（2）：批判対象として
 - 第4款 多様な「読み」あるいは「散在」？
 - 第2節 本稿の分析手法・構成
 - 第1款 本稿の分析方法
 - 第2款 本稿の構成 （以上、73巻5号）
- 第1章 学問への憧憬と公法学者への道程
- 第1節 研究者としてのキャリア形成
 - 第1款 初期のキャリア
 - 第2款 転機としての留学
 - 第2節 「近代国家における基本的人権」
 - 第1款 問題意識と方法論
 - 第2款 理性・進歩・精神的自由権
 - 第3款 市民的自由の原理
 - 第4款 使命としての真理探求
 - 第3節 小括と検討 （以上、本号）
- 第2章 『学問の自由』：市民的自由とプロフェッショナルリズムの架橋
- 第3章 アカデミック・フリーダムの生成と展開：継受と切断
- 第4章 世界大戦・冷戦とアカデミック・フリーダム：自由と忠誠

第5章 同時代の言説から見る高柳説
結論 高柳説とは何であったのか

第1章 学問への憧憬と公法学者への道程

第1章では、『学問の自由』¹（高柳説）分析の準備作業として、高柳信一が学問の自由を研究するに至るまでの道筋を辿り、1968年に公表された論文「近代国家における基本的人権」を検討する²。

高柳説の内在的理解のために、これらの検討が必要な理由を述べる。前者については、高柳自身が『学問の自由』の「あとがき」において、「本書主題の探究が、若かりし頃のかなり単純率直な問題関心から発し、ほとんどそれに終始している」と語っている³。このことから明らかなように、高柳説の内在的理解のためには、研究者となるまでに本人の内側に生じていた種々の思索や問いかけを知ることを通じて、彼が学問の自由を本格的に研究するに至るまでの背景を探る必要がある。

後者を検討する理由として、高柳は学問の自由を論じる一方で、「近代国家における基本的人権（それも専ら精神的自由権）」についても論じ、この二つがいわゆる「思想の自由市場」論を媒介に結びついていることが挙げられる。

言い換えると、「高柳信一の日本国憲法23条論」というものは、決してそれ単独で生成されたものではないということである。そしてこのことは、少なくとも高柳と比較的近い世代の研究者の間では諒解されていたと考えられる。「先生の思想・信条・信教の自由にかんする関心は、先に言及した学問・教育の自由のそれと通底するものがある」という奥平康弘の言葉は、そのことを明瞭に物語る⁴。高柳にとって、「いわゆる

¹ 高柳信一『学問の自由』（岩波書店、1983年）。

² 高柳信一「近代国家における基本的人権」東京大学社会科学研究所編『基本的人権1 総論』（東京大学出版会、1968年）。

³ 高柳・前掲注（1）374頁。

⁴ 奥平康弘編『現代憲法の諸相』（専修大学出版局、1992年）iii頁〔奥平康弘執筆〕。

精神活動の自由は『基本的人権』の核心をなすものであったから、教授のこの方面の関心は、『基本的人権』にかんする原理論、あるいはその思想史的な総括へと向う。その成果こそ、東京大学社会科学研究所編『基本的人権』第1巻所収の論文「近代国家における基本的人権」であった⁵。

上記の奥平の指摘を前提とすると、高柳説を理解するにあたってはまず彼の人権論・自由論を取り上げる必要がある。そもそも、『学問の自由』所収の「Ⅱ学問の自由——原理——」も、元は上記『基本的人権』の第4巻所収の論文であったことからすれば⁶、論文「近代国家における基本的人権」の検討は高柳説の内在的理解にあたって避けては通れない⁷。

以上を踏まえ、本章では次の二点を検討の対象とする。まずは高柳の

奥平は、高柳の研究とその体系について、次のようにまとめている。すなわち、1957年から60年の在外研究を経て、ドイツ行政法研究に加えて、英米行政法へと研究対象を拡げる。それと同時に、アメリカ憲法研究、すなわち合衆国型の市民的自由の体系、それと関連して合衆国型の司法審査制度が、研究関心の中心に据えられるようになる。そして、英米滞在中に「なかならず力を入れて考究されたテーマ」と奥平が推察しているのが“academic freedom”であり、その成果が1960年代全般に渡って公開された「大学の自治」あるいは「学問の自由」を冠した多くの論文、70年代頃からの教育の自由・教育法学である。なお、奥平は高柳によるアメリカ憲法研究の中心的な主題として、信教の自由・政教分離の原則、行政手続における適正手続要件、司法審査論も挙げている（以上について、同 ii - iii 頁参照）。

⁵ 『現代憲法の諸相』・前掲注(4) iii 頁 [奥平康弘執筆]。論文「近代国家における基本的人権」に対して、高柳に捧げられた古稀記念論文集では、「基本的人権研究のための基本文献」(『現代憲法の諸相』・前掲注(4) iv 頁)、「基本的人権論の古典」(兼子仁・宮崎良夫編『行政法学の現状分析』(勁草書房, 1991年) ii 頁)という評価が与えられている。同論文に対する当時の学界における評価を示す重要な記述と考えられる。

⁶ 高柳信一「学問の自由と大学の自治」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 4 各論 I』(東京大学出版会, 1968年)。

⁷ 公法学者としての高柳信一の全体像を明らかとするには、彼の信教の自由・政教分離論や司法審査論、果ては行政法研究についても取り上げる必要がある。しかしながら、本稿はあくまでも高柳の「学問の自由」論を検討の俎上に載せるものであることから、内容上の連関が深い論文「近代国家における自由」のみを扱う。

研究者としてのキャリア形成である。高柳が公法学者として出発するまでの半生および研究者としての初期の活動から英米留学に至るまでの時期を、後年の回想も含めて本人の証言に依拠しつつ明らかとする。それを通じて、高柳の学問・研究に対する姿勢と方法論、研究者としての在り方への思索や問いかけが、学問の自由それ自体への関心に繋がっていく様相を描く（第1節）。

その上で、次に論文「近代国家における基本的人権」を取り上げる。同論文を読解することで、高柳の中で基本的人権あるいは自由の問題が、専ら精神的自由の問題として捉えられていたこと、そこでいう（市民的）自由とは理性と進歩の概念と密接に関連し、市民的自由の原理の延長線上に「使命としての真理探究」行為が位置づけられていたことが明らかとなる（第2節）。

第1節 研究者としてのキャリア形成

第1款 初期のキャリア

高柳信一は、1921年5月5日に生まれた⁸。同じ1921年生まれ⁸の憲法学者には、小林直樹や星野安三郎、渡辺洋三らがいる。前後数年を見ても、和田英夫（1918年生）、清水英夫（1922年生）、芦部信喜（1923年生）、長谷川正安（同上）など錚々たる面々が並ぶ。

高柳の生まれは東京であるが、これは三井物産社員であった父親が当時ボンベイにいたところ、たまたま帰国の命令が出て東京に帰ってきたタイミングでの出生であった。それから生後1年も経たないうちに、父親が大連へ転任する。今度は5年間をそこで過ごした後日本へ帰国するも、また1年も過ぎないうちに、現在インドネシアのジャワ島スラバヤ（当時オランダ領）へ移り、スラバヤの日本人小学校へ入学する。スラ

⁸ 詳細については、高柳信一ほか「座談会 変革期と公法学研究30年」社会科学研究第33巻3号（1981年）319頁以下、『現代憲法の諸相』前掲注（4）および『行政法学の現状分析』前掲注（5）中の「略歴・著作目録」の参照を乞う。本章の以降の記述においては、これらの文献を参照したものの、煩雑さを避けるため出典表記は最小限とした。

バヤでの2年間の生活の後、日本へ帰国する。後年の本人は、この一連の経験を指して「偶然的な要素」と振り返っている⁹。

青少年期については、次のような証言がある。東京高等学校高等科(文科)に在籍していた頃はドイツ文化に憧れていたものの、当時は「マルクスはもちろんヘーゲルも禁じられていた時代」であった。仮にそうしたドイツ文化の洗礼を受けるなり、戦後日本に近い程度に社会科学が解放されている状況下で、「旧制高等学校の学生としての生活を送る立場」に置かれていれば、全く異なる思想生活を送っていただろう。晩年の高柳がこの時期のことを顧みて、「学問・思想の自由が保障されないということが、いかに国民の精神生活の形成にとって致命的な影響があるかということをも痛感する」と述べていることは、見過ごせない¹⁰。

1941年4月、高柳は東京帝国大学法学部政治学科に入学する。弁護士・裁判官には向いていなさそうだから一番つぶしのきく行政官の道を進もうと考えた、とは本人の弁である¹¹。この1941年から43年の頃は、丁度戦時体制の時期にあたる。しかし、当人の回想によれば、法学部生であったとき、河合事件や蠟山政道の辞任のほかは「暗い時代の負の衝撃」を受けることはなかったという。むしろ、末弘巖太郎の民法講義や川島武宜の所有権法講義、田中二郎の行政法講義に強い印象を受けたこと、安井郁の国際法の演習で Carl Schmitt の著作に接し惹かれるものがあり、それが戦後 Schmitt に再三回帰するきっかけとなったと語る¹²。この時期の東京帝国大学内部の雰囲気をも率直に述べたものと評価すべきだろう。

1941年12月には、アジア・太平洋戦争へ突入する。このときの法学部生間の空気について、高柳は、戦争への批判的な感情が呈されることはほとんどなく、公の場での戦争への疑問の表明は例外中の例外であったとする一方で、全体としては「これはたいへんなことになった」、「いっ

⁹ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)319頁(高柳信一発言)。

¹⁰ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)322頁(高柳発言)。

¹¹ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)323頁(高柳発言)。

¹² 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)323-324頁(高柳発言)、引用は323頁。末弘・川島の講義を経た後、田中の行政法講義を聴いて「そういう近代市民法に対して行政法というものはどういう関係にあるのか」に強く関心を抱いたという(同328頁[高柳発言])。

たいわれわれはどうなるのだろうか」という受け身の姿勢であったと総括している¹³。

この間、戦争の影響で学年短縮がなされ、第2学年は半年となる。高柳は、1943年9月に卒業することとなる。高等試験（いわゆる高文）の行政科を受けるつもりであった高柳にとっては、43年3月の高等試験が唯一の機会となってしまった。さらに試験後には、体調不良となり半年近く入院を余儀なくされる。筆記試験には合格していたものの、口述試験は受けられず、大学3年の試験も見送る羽目に陥った。休学も検討していた中で、文科系の学生の徴収猶予が停止されるとの発表に接する。これに伴い、最高学年在学中の者で一定単位を取得している者は、入営の時点で仮卒業、1年後に学位授与という措置が採られることになった。

1943年12月、高柳は、いわゆる学徒出陣により仮卒業、現役兵として入隊することとなった。もし第3学年時に病気に罹らず、43年9月に正規の卒業をしていればどこかの戦地で戦死していたかもしれない。あるいは、無理をして高等試験の口述試験を受け就職していれば、後に研究者の道に転身し得ただろうか——そのようなことを考えると、「偶然によって運命が大きく左右されたという感じ」を抱いたという¹⁴。

軍隊生活においても、この「偶然」が働いたと言える。金沢師団の砲兵連隊に所属した高柳は、数ヶ月後に経理部幹部候補生となり、今度は東京の陸軍経理学校の幹部候補生隊に入り5ヶ月間の教育を受ける。入

¹³ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）325頁（高柳発言）。こうした発言の背景として、次のようなエピソードが語られる。ある学生が戦争への疑問を述べたことに対して、別の学生が「中国大陸における戦闘行動については、泥沼にはまってしまったような重苦しさを感じているが、今や米英の帝国主義と戦うということになったことについては心の迷いはない。こういう大戦争に直面したことの歴史的使命といったものを感じる」と応じて、そこで話が終わってしまった。またある時には、横田喜三郎の国際法講義の中で「戦争の防止」という表題が読み上げられた途端、学生の中から「非常に冷やかな嘲笑のざわめき」が生じた。曰く、「われわれ世代は、……戦争の中で育った……戦争はわれわれの生育環境そのものの切り離しがたい一環」であった（同上）、と。

¹⁴ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）326頁（高柳発言）。

営から1年、経理部見習士官の高柳は、経理学校付教育部所属となり、後輩の幹部候補生や特別甲種幹部候補生を教育する立場となる。統帥権の独立や兵役法、動員や戒厳といった軍制を講義する傍ら、軍の書庫で当時発禁となっていた美濃部達吉『憲法撮要』、『マルクス・エンゲルス全集』や『資本論』、『日本資本主義発達史講座』、果てはプロレタリア文学などを見つけ、「軍隊の中ではじめてこれを読むことになった」¹⁵。

1944年9月に、高柳は東京帝国大学を正式に卒業する。翌1945年6月には予備役編入され、引続き臨時召集となる。敗戦直前は、特別甲種幹部候補生区隊長であった。この頃には、戦前の国家体制の矛盾というものを体感し、今やそれが崩壊しようとしている歴史的時点に立っている自覚と見通しを持っていたという¹⁶。

1945年9月に召集が解除される。10月には、東京大学大学院特別研究生として大学に戻る事となる¹⁷。復学後は、田中二郎の指導を受けたとされる(田中の助言を踏まえ、Otto MayerやGeorg Jellinekなどドイツ公法学の基礎的文献を読んでいる)¹⁸。

1950年9月の大学院修了後、10月から12月まで北海道大学法経学部(当

¹⁵ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)326-327頁(高柳発言)、引用は327頁。

¹⁶ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)328頁(高柳発言)。

¹⁷ この間の経緯について、本人は大要次のように語る：学生時代に末弘敏太郎の民法や川島武宜の所有権法、そして田中二郎の行政法講義を聴き、近代市民法に対する行政法の関係に興味を抱いたこと。実現可能性のない理想や憧れとして研究者の道を思い浮かべたこともあったが、当時は「学問が好きで、自分が希望すれば自由に選べるものでは必ずしもなかった」ため、現実的可能性のある選択肢としては考えたことはなく、敗戦後は将来の身の振り方で悩んでいたこと。そのような最中、新聞で南原繁が仮卒業で軍隊に入った層へ補習教育を大学で行うべしと述べたことを知り、その詳細について聞くため、田中二郎を訪問した際、「勉強したいなら研究室に残ったらどうか」と言われたことがきっかけであった(学生時代の講義だけでなく、経理学校時代に田中の出張講義がありそこで何度か会っていたこと、上官から論文を書くよう言われた際に文献等について田中に相談していたことが、訪問の理由であったという)。以上については、「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)328-329頁参照。

¹⁸ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)332頁(高柳発言)。

時)の非常勤講師、1951年4月に東京大学社会科学研究所研究員となり、翌1952年9月には社研の助教授となった。研究者として駆け出しの頃の高柳は、丸山眞男主宰の読書会で Harold Joseph Laski の『政治学大綱』を読み、「定義などなしにいきなり具体的問題にはいって行く柔軟なその思考態度」に衝撃を受けると共に惹きつけられたという¹⁹。Laski は、後に高柳も度々引用していることから一定の影響を窺える。

1954年には最初の単著として、『近代プロイセン国家成立史序説』²⁰（以下、『成立史序説』）を刊行する。1957年から60年には、アメリカ・イギリスへ留学（後述）。帰国後は、1965年に、社研の教授に昇進する。以後、1982年3月の定年退官まで社研に所属する。退官後の1982年4月からは、専修大学法学部教授となる²¹。以上が、高柳の半生である。

高柳の初期の研究キャリアにおいては、日本国憲法制定直後に法学協会から刊行された『註解日本国憲法』の執筆者の一人であることが注目される^{22 23}。しかし、ここでは最初の単著である『成立史序説』に着目し

¹⁹ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）333頁（高柳発言）。

²⁰ 高柳信一『近代プロイセン国家成立史序説』（有斐閣，1954年）。

²¹ 東京大学社会科学研究所での高柳の活動は、1977年3月発刊の「社会科学研究所の30年」からある程度知ることができる。同資料については、東京大学社会科学研究所 Web サイト「社会科学研究所のあゆみ」（<https://jww.iss.u-tokyo.ac.jp/overview/30year.html>）から閲覧等が可能である（2022年11月26日最終閲覧）。

専修大学での退職記念号における略歴によれば、1978年5月から1985年7月まで日本学術会議の学問思想の自由委員も務めている（「高柳信一教授履歴・業績」専修法学論集第55・56合併号（1992年）669-670頁）。

²² 法学協会編『註解日本国憲法 上中下巻』（有斐閣，1948-19450年、改訂版上下巻1953-54年）。

²³ 『現代憲法の諸相』・前掲注（8）の「刊行にあたって」[奥平康弘執筆]によれば、高柳はそのうち「12ヵ条」を担当したという（ii頁参照。同書および『行政法学の現状分析』・前掲注（5）所収の「略歴・著作目録」にも同様の記述がある）。

もっとも、具体的にどの条文を担当したのかまでは不明である（「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）332頁参照。同箇所では、司法権は三ヶ月章、基本権の経済条項は矢澤淳、家族条項は加藤一郎の担当、とある）。なお石川

たい。同書の内容は本稿の主題である「学問の自由」とはそれ自体関係しないものの、同書に現れた高柳本人の思想や同書についての回想には『学問の自由』へ通ずる点も多いためだ。

例えば、『成立史序説』を書く上で問題意識の形成にあたっては、川島武宜から、日本はプロイセン型と言われているが、そもそも「プロイセン型とは何であり、日本がどの程度プロイセン型であって、どの程度そうではないかについてはまだ問題が残っている」ため、法（とりわけ公法）の世界におけるプロイセン型を根本的に研究する必要があるとの助言を受けたという²⁴。

この点に関連して、東大退官間際の高柳を囲む座談会に参加した渡辺治との間で興味深い問答がある。曰く、当時の高柳は川島武宜『所有権法の理論』²⁵の公法版、すなわち「近代市民公法の原理」を研究していく上で、「一方でプロイセンというモデルがネガのようなものとしてありながら、他方それと対蹠的な英米公法の体系に関する関心」の強さを抱えていたのではないかと²⁶。この問いかけに対して高柳は、マッカーサー草案と英米法のインパクトは肯定しつつ、当時の自身の関心は国制史にあり、近代市民公法への関心は『成立史序説』執筆時よりも後に芽生えた、と答えている。しかし同時に、プロイセン型国制史の追究とは、社会経済史で言えばイギリス型を前提にした「二つの道」論であるため、その意味でイギリス型との対比が念頭にあった、と渡辺の問いを遠回しではあるが肯定している²⁷。

座談会の場でも指摘されているように、若き日の高柳は『成立史序説』の「問題の所在」において、日本国憲法の制定に伴い「ドイツ法系とイギリス・アメリカ法系との間の政治組織乃至公法制度に関する相違」に興味を抱いていたと述べる²⁸。後に見るように、渡辺治が言うところの

健治によると、『註解』の23条の項目は三ヶ月章により執筆されたという（「解説」鵜飼信成『憲法』（岩波書店、2022年）454頁参照〔石川健治執筆〕）。

²⁴ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）334-335頁（高柳発言）。

²⁵ 川島武宜『所有権法の理論』（岩波書店、1949年）。

²⁶ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）336頁（渡辺治発言）。

²⁷ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）336頁（高柳発言）。

²⁸ 高柳・前掲注（20）1頁。

ネガとしてのドイツ（そしてその延長線上にある日本）と、その対比としての英米という捉え方は、高柳の中で人権論や「学問の自由」においても通底していたと評価すべきであろう。

また『成立史序説』の「あとがき」において、高柳は次のような宣言をしている。「私は、法学が真に社会科学たりうるためには、歴史研究——歴史的發展法則の究明——が必要であると思つていたのである」²⁹。歴史研究への強い関心と傾倒は、高柳の議論の特徴であるが、そもそもこうした認識を抱くに至った経緯について、当時33歳の高柳は次のように語っている。すなわち、「私は、学者としての生涯に多大の憧憬をいだきながら、大学における研究生活は選ばれた少数の秀才の特権だと思ひこんであきらめていたので、もし、順調に戦争中に卒業していれば、おそらく、学問に対する郷愁を絶ちがたいままに、他の道を歩んでいたことであろう」。「ところが、大学の最後の学年において病をえたという偶然的事情のために」、仮卒業組として就職しないままに入営する。そこで「天皇制軍隊と帝国主義戦争の矛盾」を体験し、敗戦により「世界史の必然の流れ」を感じ、「歴史的發展法則に対する自らの無知と認識の欲求とをきわめて現実的なものとしてもつた」³⁰。

若き高柳にとっては、自身の人生における偶然的事情だけでなく、天皇制、軍隊、帝国主義、敗戦といった日本社会における諸々の出来事や事象が歴史への関心を生み、ひいては学問への強烈な憧憬へと繋がっていく要因となった。「私の研究生活への出発が、8・15より始る日本社会の大転換のそれと時期を同じくしていたこと、……戦争・敗戦における強烈な体験が学問に対する情熱をかきたてる動因であつたということは、私の学問的興味の方向を決定した」。敗戦後、禁圧されていた社会科学の復活を迎えると、「わが国公法原理乃至はそれがよつて範としたドイツ公法原理の後進性を分析してみたい」という欲求が彼自身の内側

²⁹ 高柳・前掲注(20)(巻末)5頁。この後には、必ずしも一人の人間が歴史的研究と実定法研究を同時に行うべきということにはならず、「正しい意味での学問の分業と協同が必要」と述べる(同上)。

³⁰ 高柳・前掲注(20)(巻末)5-6頁。

から湧き上がるようになった³¹。

しかし同時に、こうした積極的な動機の裡で、高柳は現代的課題の存在を感じながらも一見現在とは関わりのない数世紀前の問題を研究することへの焦燥、公法学を専攻としながら歴史に首をつっこむことへの気兼ねを抱えこんでいた。それは、ある機会に渡辺洋三から投げかけられた「学問を私有財産視する意識」という言葉を反芻する程であった³²。学問に対する情熱と特権意識への忌避感。『成立史序説』で語られる高柳の学問への相反する心性は、学問に対する憧憬を抱きつつも、それに耽溺することへの疚しさであった。

第2款 転機としての留学

先に触れたように高柳は、1957年から60年にかけてアメリカ・イギリスへ留学、在外研究に従事する³³。この留学の経緯や当時の所感については、『学問の自由』の「あとがき」部分にも記されている。

それによれば、1945年に研究者の道を歩み始めて間もなく、学問の自由および大学の自治をめぐる重大な問題ないし事件が相次いで生じていた³⁴。こうした問題への関心を有してはいたものの、この時点では未だ当時の日本国内の複雑な環境や体制変革から生じる現象や課題のうちの一つに留まっていた。しかし、同時に次のような思いを抱えていたともいう——当時の大学理事会案・大学商議会議案或いはイールズ声明などのように、占領軍当局がその教師たるをもって任じていたところのアメリカ型民主主義論をふりかざして迫ってくる挑戦に対して、特殊ドイツ的

³¹ 高柳・前掲注(20)(巻末)6頁。関連して、日本評論社法律編集部編『法学者・法律家たちの八月十五日』(日本評論社、2021年)。

³² 高柳・前掲注(20)(巻末)8頁。

³³ 1957年6月にStanford大学、同年秋から2年間はColumbia Law School、その後は英国での在外研究を経て1960年7月に帰国する(「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)342頁[高柳発言]および365頁参照)。

³⁴ 高柳・前掲注(1)371頁。そこでは、国立大学地方移譲問題(1947年)、大学理事会案・大学商議会議案問題(1948年)、共産主義教授追放を説いて回ったイールズ演説事件(1949年)、国家公務員の政治活動を厳しく制限する人事院規則の国立大学教員への適用問題(1949年)、ポポロ事件(1952年)が挙げられている。

な「学問の自由」で対抗するだけでは有効ではないのであって、むしろ、かれらの土俵そのものの上に立ち、これらの一見民主的な論旨を、その立論の基礎において掘り崩して行くような新しい理論的対応の局面を切り開いて行かなければならないのではないか³⁵。

『学問の自由』の「あとがき」が書かれたのは1983年初春。このとき既に高柳は東大を退官して1年近く経過している。若かりし頃の回顧という性質上、過去の事象や自身の記憶に対して再構成が働いている可能性はある。しかしながら、第1款で取り上げた『成立史序説』（1954年）内の記述や定年間際の座談会での回顧（1981年）と突き合わせてみると、基本的に叙述の内容は一貫しているため、信頼性は高いだろう。とりわけ、『成立史序説』の「あとがき」に現れる歴史への関心、ドイツモデルと英米モデルの対比、学問への憧憬とその裏返しとしての特権意識への忌避感³⁶は、高柳の文章に常に一貫して登場するため、留学前の高柳も（後年ほど明確であったかはともかく）似たような問題意識を抱いていたと考えられる。

次に留学に至るまでの経緯に話を移そう³⁶。

高柳は早くから英米法への関心を有していたものの、それまで研究していたドイツ法に比べて下地がほとんどなく、英米法を初歩から根本的集中的に身につける機会を求めていた。そのような折、社研の鶴飼信成（1956年当時 Standard 大学客員教授でもあった）に相談したところ、同年夏に東大でアメリカ研究セミナーが開催されること、法学関係では「コロンビアの J・N・ハザード教授」³⁷がアメリカ憲法を担当すること、セミナー参加者の中からアメリカへの留学生を選抜することを聞かされ、セミナーへの参加と留学生への応募を勧められたという。高柳はこの勧めに従いセミナーに参加し、アメリカへの留学生に選抜され、翌57年から渡米することとなる。

このときの受け入れ先の教員については、「アメリカ行政法の第一人

³⁵ 高柳・前掲注（1）371-372頁。

³⁶ 詳細は、「座談会 変革期と公法学研究30年」前掲注（8）341-342頁（高柳発言）。

³⁷ Columbia 大学に在籍し、ソ連法・ロシア関係を講じ研究していた John Newbold Hazard（1909-1995年）と思われる。

者であり、また鶴飼先生も親しくしておられたコロンビアのウォルター・ゲルホン教授の名を聞き及んでおりましたので、コロンビアに行くことにしました」という³⁸。ゲルホン教授こと Columbia Law School の行政法学者 Walter Gellhorn は、当時鶴飼信成や田中二郎らと親しく交流をしており、著書の邦訳³⁹、日本の法律雑誌への度重なる寄稿⁴⁰を始め日本の法学界と深い交わりがあった⁴¹。

それだけでなく、1958年の来日時に Gellhorn は、当時の日本における深刻な法的問題として、人事院規則にある「政治的行為」が国立大学職員に適用されることを挙げている⁴²。これは、公務員の政治的行為の問題であり、大学教員の政治的行為の問題でもあった。Gellhorn にとっ

³⁸ 「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注(8)342頁(高柳発言)。

³⁹ ウォルター・ゲルホン、早川武夫・山田幸男(訳)『基本的人権：日米憲法の比較法的研究のために』(有斐閣、1959年)、ウォルター・ゲルホン、早川武夫・山田幸男(訳)『日本国憲法についての論評』(憲法調査会事務局、1959年)、W. ゲルホーン、猪俣幸一ら(訳)『言論の自由と権力の抑圧』(岩波書店、1959年)。

⁴⁰ 主に二つの時期に大別される。一つは初来日時に近い1958-59年のもの、もう一つは1965-67年にかけてのものである。前者の分類として、W. ゲルホン、早川武夫(訳)「議院の国政調査権」国家学会雑誌72巻5号(1958年)、W. ゲルホン、早川武夫(訳)「日米における労働組合のピケッティング」法律時報30巻7号(1958年)、W. ゲルホン、早川武夫(訳)「言論の公的規制」ジュリスト158号(1958年)等がある。後者の分類として、W. ゲルホン、田中英夫(訳)「合衆国における人種問題：1964年」アメリカ法1965年1号(1965年)1-11頁、W. ゲルホン、早川武夫(訳)「日本における公務員との紛争の解決1～5」ジュリスト338～342号(1966年)および早川武夫による解説(ジュリスト344号(1966年)93頁以下)、岩佐忠哉による補充説明(ジュリスト346号(1966年)69頁以下)などがある。

⁴¹ 和田英夫「ゲルホン先生の逝去とコロンビア・ロースクール」判例時報1551号(1996年)3-8頁、橋本公旦「ウォルター・ゲルホーン教授を偲ぶ」ジュリスト1085号(1996年)47-51頁、アメリカ法1996年1号(1966年)1-18頁は「ゲルホーン先生」と題して、伊藤正己、早川武夫、園部逸夫、塩野宏、西村利郎、藤倉皓一郎ら6人による追悼文を載せている。

⁴² W. ゲルホーン「日本の法学と法学教育——日本の印象」ジュリスト176号(1958年)36-46頁。邦語文献では、法学協会編『注解日本国憲法 上』(有斐閣、1953年)465-466頁注17参照。

て、この問題は、行政法のみならず市民的自由（とりわけ公務員のそれ）とアカデミック・フリーダムの観点から看過し得なかつたのである。高柳の証言によれば、Gellhorn はアメリカからの「帰国後、しきりに、日本の公法学者がこのことに問題を感じないのは、アカデミック・フリーダム擁護の観点からいって理解しがたい」と自分に対して述べていたという⁴³。

留学先で高柳は、Gellhorn と上記問題について何度か意見を交わすうち、「かねてから胸中にわだかまっていたところの、『学問の自由』法理の再構成の必要という問題意識」がより具体化すると共に、この課題を検討する意欲を強く感じるようになったという⁴⁴。Gellhorn はこれに応え、文献・判例・資料等についての助言のみならず、「これに関する研究者、アメリカ大学教授協会（AAUP）の指導的理論家、教育行政官僚等との面接に積極的に紹介の労をとる」など多大な助力を与えた⁴⁵。ここにいう文献・判例・資料等とは、おそらく『学問の自由』において挙げられている諸文献である、との推定が働く。これに対し、Gellhorn が紹介したという理論家や教育行政官僚らについては不明である。

この当時、アメリカに滞在し、マッカーシズムの影響を直接見聞していた人物は少なくない。しかしこの当時の Columbia 大学は、「学問の自由」を研究する上で極めて優れた環境であったと言える。高柳の留学に先立つこと 2 年前、Columbia 大学とその関係者（他ならぬ Gellhorn もその一人）を中心に担われた“American Academic Freedom Project”とその成果としての二冊のモノグラフが刊行されている。Richard Hofstadter & Walter P. Metzger, “The Development of Academic Freedom in the United States”⁴⁶、Robert M. MacIver, “Academic

⁴³ 高柳・前掲注（1）372頁。

⁴⁴ 高柳・前掲注（1）372頁。

⁴⁵ 高柳・前掲注（1）372頁。併せて、英国における「学問の自由」法理の研究と英国行政法研究に関する在外研究を希望する高柳に対して、Gellhorn は快く応じロックフェラー財団による研究助成への推薦をしたという。

⁴⁶ RICHARD HOFSTADTER & WALTER P. METZGER, THE DEVELOPMENT OF ACADEMIC FREEDOM IN THE UNITED STATES (Columbia University Press, 1955). 邦訳として、R. ホフスタッター（著）、井門富二夫・藤田文子（訳）『学問の自由の歴史 I カ

Freedom in Our Time”⁴⁷の二冊は高柳も頻繁に引用する著作である。高柳が渡米した1957年は、マッカーシズムの悪夢が未だ覚めやらぬ時期であり、Gellhorn も含めその渦中に身を置いていた人物には事欠かず、関連する話や事例にも数多く接したことであろう。受入先の教員であるGellhorn から、“American Academic Freedom Project” や刊行されたばかりの二冊のモノグラフが話題に出され、高柳にこれを紹介・教示した蓋然性は少なくない。

さらに上記二冊の研究史上の位置づけも重要である。寺崎昌男（1932年生）は、1967年頃を回想して、この当時大きな影響を受けた著作にHofstadter & Metzger を挙げている⁴⁸。また同書を訳した井門富二夫（1924年生）も、自身がアメリカ留学した1955年当時、「新刊のこの原著が学生の間でもすでに評判になっていた」と語る⁴⁹。年齢の近い井門だけでなく、後続世代にあたる寺崎も当時影響を受けたことを認める研究書に、高柳はアメリカ本国での出版から2年も経過していない時点で接する機会があり、執筆陣の一人からアカデミック・フリーダムについて専門家や著作を紹介される環境に身を置いていた。こうした在外研究時の成果を我が国の「学問の自由」の議論に接ぎ木した可能性が高い⁵⁰ことは、高柳説を評価する上で重要である。

ここまで高柳の研究者としてのキャリア形成と初期の研究から窺える思想および方法論、そして1957年から60年にかけての留学について論じた。次節では、高柳の人権論・自由論を検討するため、論文「近代国家における基本的人権」を取り上げる。

レッジの時代』（東京大学出版会、1980年）、W. P. メツガー（著）、新川健三郎・岩野一郎（訳）『学問の自由の歴史Ⅱ ユニバーシティの時代』（東京大学出版会、1980年）がある。

⁴⁷ ROBERT M. MACIVER, *ACADEMIC FREEDOM IN OUR TIME* (Columbia University Press, 1955).

⁴⁸ 寺崎昌男『大学研究の60年』（評論社、2021年）75頁参照。

⁴⁹ 「解説」『学問の自由の歴史Ⅱ』・前掲注（46）694頁〔井門富二夫執筆〕。

⁵⁰ この点について、『現代憲法の諸相』・前掲注（4）ii・iii頁〔奥平康弘執筆〕参照。

第2節 「近代国家における基本的人権」

第1款 問題意識と方法論

前述の通り同論文は、東大社研刊行の『基本的人権』シリーズの第1巻に収録されたものである。高橋幸八郎による「序」によれば、同シリーズは1964年から3年間に渡った課題研究『基本的人権の研究』の成果である⁵¹。その巻頭論文が「近代国家における基本的人権」であり、小林直樹の論文「現代国家と人権」がそれに続く⁵²。

「近代国家における基本的人権」は、「序」(一)において、問題意識と研究方法、人権や自由という用語の問題を述べた後、「中世封建社会における自由と権力」(二)、「近代的公権力の形成」(三)を概観し、「基本的人権の成立」と「展開」(四、五)、「意義づけ」と「機能」(六、七)、そして「基本的人権と人間解放」(八)を論じるもので、その紙数は130頁を超える。その全てを詳細に取り扱うことは困難なため、本稿の関心から見て重要と思われる箇所を瞥見することとする。

高柳は、「一」で基本的人権の定義として、まず宮沢俊義『憲法Ⅱ』、次にユネスコ編・平和問題談話会訳の『人間の権利』所収の A. J. ライエンの論文を引用する。すなわち、基本的人権とは「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利」

⁵¹ 高橋幸八郎「序」『基本的人権 1』・前掲注(2) 1頁。研究会の模様については、同箇所詳しく記されている。

⁵² 小林直樹「現代国家と人権——立憲制の人権保障機能の検討——」『基本的人権 1』・前掲注(2) 133頁以下。「現代においては、一方、基本的人権にたいする懐疑と挑戦は増大し強化され、他方、その擁護の要求は〔基本的人権の：筆者注〕宣言の当初には予想されなかったような広い諸階層によって、多様な意義づけをもってうちだされてきている。この『現代国家と人権』という問題の全貌とその本格的考察は次章〔小林論文〕において扱われる」(高柳・前掲注(2) 10頁)。

ただし、長谷川正安は、小林論文には「高柳論文との内的つながりがほとんどみられ」ず、むしろ第3章の渡辺洋三「現代資本主義と基本的人権」『基本的人権 1』・前掲注(2) 207頁以下こそ、高柳の議論に対応していると指摘している(長谷川正安「基本的人権研究のために：『基本的人権の研究』1 総論の書評として」社会科学研究第23巻1号(1971年) 167頁および168頁)。

であり(宮沢)⁵³、人権は人間をして人間的存在・人類の一員たらしめる本質であり、人間の尊厳を支える基石である(ライエン)⁵⁴。この定義を内容的に掘り下げ、「歴史社会の基本構造と関係づけて再理解すること」こそ、同論文の課題であった⁵⁵。

なお関連して、「基本的人権」という用語の問題がある。ただし論文内においては、名称上の相違に応じて異なるものが意味されているとは捉えず、「すべて基本的人権論である」とする。高柳も論者や時代による用語・用法の違いを全く無視しているわけではない。しかし、それこそまさに「同一主題についての見方の相違」、「その内容の時代的変遷」であり、共通の主題に関するものであるからこそ、見解の対立・時代的変遷を問題にすることが意味を持つという趣旨である⁵⁶。

例えば、アメリカの「市民的自由」、ドイツ憲法の「基本権」、イギリス思想家の「イギリス人の古来の権利」という言葉の意味するものや考え方の違いは確かに存在する。しかし、それらを具体的に検討する前に、まずは諸々の異なる考え方の背後に存在する「近代国家の基礎的構造的特質によって規定された(国家)の権力と(個人)の自由の関係にかんする基本的原則をみつけだすこと」、次にそれとの関係で「基本的人権一般論」と称されるものを構成し、これに照らして個々の人権観念の違いを検討する——以上が、本論文の目的であり検討手法である⁵⁷。

また、歴史ないし過去の解釈という行為に対して、高柳が一種の醒めた目を向けていることも指摘すべきだろう。そもそも、自然権理論や社会契約説は「独創的かつ巧妙な理論」であったが、それは「客観的(ないし歴史的)事実によって検証されるべき理論ではなく、イデオロギーの主張をみちびきだすための一種の擬制的説明前提」⁵⁸である。

それ故、高柳は人間が不可侵不可譲の権利を持つという命題の論証は

⁵³ 宮沢俊義『憲法Ⅱ』(有斐閣, 1959年)75頁。

⁵⁴ A・J・ライエン「人権の本質とその実現に関する断想」ユネスコ編、平和問題談話会訳『人間の権利』(岩波書店, 1951年)6頁参照。

⁵⁵ 高柳・前掲注(2)3頁。

⁵⁶ 高柳・前掲注(2)5頁。

⁵⁷ 高柳・前掲注(2)5頁。

⁵⁸ 高柳・前掲注(2)6頁。

「通常の意味の実証科学の問題」とは見なさず、そのような自由論に立った歴史理解に対しても一定の距離を置いている。例えば、邪悪な意思が原始時代以来数万年にわたって人類の種々の自由を収奪してきたと考えるのは、現実離れの感を禁じ得ないし、そのような歴史理解はもはや「科学」ではない。しばしば「18世紀の近代市民革命によって、人権を侵し奪う邪悪な石をもつ権力が打倒され、人権が全き姿において実現した」とされるが、果たして事態はそれほど単純明快なものであるかどうか。これこそがまさしく高柳の出発点なのである⁵⁹。

こうしたまなざしは、人権宣言や権利章典にも向けられる。当為性を有する人権の理念が人権宣言や権利章典に定められている（いた）ことは、それらが現実で保障されている（いた）ことと同じではない。その例の一つとして、マッカーシズム下での「赤狩り」が挙げられているように、「自由の宣言は自由の存在とは別物」なのである^{60 61}。

あるいは、近代市民革命によって1000年の暗黒時代が終焉し、幽囚の理性が解放され自由の王国が実現されたというが、近代以前における不自由と近代における自由といっても、それは程度の違いや量的多少の問題ではないか、との疑問を高柳は率直に吐露する⁶²。しかし、その一方で、彼は「人間の超歴史的な欲求として、人間解放の要求を前提にせざるをえない」とも語る⁶³。権利は要求を前提としてはじめて権利として観念さ

⁵⁹ 高柳・前掲注（2）7-8頁参照、引用は8頁。

⁶⁰ 高柳・前掲注（2）8頁。ここでは、RALPH S. BROWN, *LOYALTY AND SECURITY* 183 (Yale University Press, 1958)、ALAN BARTH, *THE LOYALTY OF FREE MEN*, 75-76 (pocket Books Inc., 1952) (Viking Adult, 1951) が引かれている。

⁶¹ 高柳・前掲注（2）8-9頁。自由を事実として見た場合、精神的自由が容認されていなかったとされがちな中世について、高柳は宗教改革運動以前と以後の違いに注意を促している（ここでは、ミルトン（著）、石田憲次ほか（訳）『言論の自由——アレオパゼティカー』（岩波書店、1953年）15頁以下が引用されている）。その上で、中世の大学においては正統の教義を疑い否定する研究の自由がなかった一方で、教義によって積極的に定められた極一部の領域以外の間隙においては、高度な研究が可能であったと論じている（高柳・前掲注（2）9頁。ここで引かれているのは Hofstadter & Metzger, *supra* note. 46である）。

⁶² 高柳・前掲注（2）9頁。

⁶³ 高柳・前掲注（2）10頁。

れるのであり、人間解放の要求なくして基本的人権という理念は生じない。自由や人権は、この要求を前提にはじめて意識化され、理論化されたのである⁶⁴。

論文「近代国家における基本的人権」とは、以上のような複雑な前提を踏まえた上で、人間開放の要求と市民的自由との同視・混同を戒めつつ、前者の超歴史的要求の中で後者がいかなる構造と機能を持って登場し、いかなる歴史的役割を果たしたかを考察せんと試みるものであった⁶⁵。

ここで顕著なのは、歴史に対する慎重な姿勢である。同論文の「中世封建社会における自由と権力」(二)において、高柳は歴史の進行や人智の発達と共に邪悪の意思が後退し自由が増大したという理解を表面的と一蹴した上で、「諸歴史社会における自由は、それぞれ特有の構造をなして存在していたのであり、そのような自由の質を立体的動態的に把握することが必要である」と論じる⁶⁶。

それでは、ここでいう「特有の構造」とは何か。この点、同論文の主題があくまでも法や自由・人権であることは疑いない。しかし、論文の叙述において主軸をなしているのは(とりわけ「二」～「四」において)、法や自由・人権を成り立たせる歴史・経済への言及である。例えば、「基本的人権の成立」(「四」)内の表題は、「1 商品交換関係の進展」、「2 所有権の自由」、「3 宗教的自由」、「4 思想およびその交換の自由」であるところ、前半二つ(経済・所有権)の内容が後半二つ(宗教・思想の自由)に先立つ形となっている。高柳の中では、法や自由・人権を取り巻く構造(歴史、経済、政治、社会)というものが、極めて重要な要因として位置づけられていることが分かる。

このことは引用文献からも裏付けられる。論文内においては、自身の研究である『成立史序説』やドイツ法学からの引用もされているが⁶⁷、そ

⁶⁴ 高柳・前掲注(2)10-11頁。

⁶⁵ 高柳・前掲注(2)11頁。

⁶⁶ 高柳・前掲注(2)14頁。

⁶⁷ Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 3 (Akademische Druck-u. Verlagsanstalt, Graz, 1954)、Fritz Kern, *Recht und Verfassung in*

れ以上に言及される頻度が高いのが、高橋幸八郎（1912年生）、世良晃志郎（1917年生）、石母田正（1912年生）、堀米庸三（1913年生）、川島武宜（1909年生）、大塚久雄（1907年生）、岡田与好（1925年生）、戒能通孝（1908年生）、丸山眞男（1914年生）といった人文・社会学者たちの著作である⁶⁸。高柳の法学は、数多くの人文・社会科学の研究が基盤・前提となっていたことを窺わせる⁶⁹。

第2款 理性・進歩・精神的自由権

高柳の「学問の自由」論との関わりでは、「基本的人権の展開」（「五」）以降が重要である。

論文内では、市民革命の果たした役割として、第一に所有権の絶対性の確立、第二にそれが現実に機能するように国家権力を編成運用することが挙げられている。しかし、ここで問題となるのは、所有権以外の市民革命の権利宣言が謳う自由（精神的自由、居住移転・職業選択の自由等）

Mittelalter (Benno Schwabe, Basel, 1953) 辺りが目を引く。

⁶⁸ 言及された順に、高橋幸八郎『近代社会成立史論』（日本評論社、1947年）、同『市民革命の構造』（御茶の水書房、1966年）、世良晃志郎「西洋中世法の性格（1）～（3）」法学16巻1～3号（1952年）、後に同『西洋中世法の理念と現実』（創文社、1991年）所収、石母田正『封建国家に関する理論的諸問題』歴史学研究会編『国家権力の諸段階』（岩波書店、1950年）、堀米庸三『中世国家の構造』（日本評論社、1950年）、川島武宜『所有権法の理論』・前掲注（25）、大塚久雄『近代欧州経済史序説 上巻』（日本評論社、1944年）、岡田与好『イギリス初期労働立法の歴史的展開』（御茶の水書房、1961年）、戒能通孝『市民の自由』（日本評論社、1951年）、丸山眞男『ジョン・ロックと近代政治原理』法哲学四季報3号（1949年）、後に同『戦中と戦後の間 1936-1957（新装版）』（みすず書房、2018年）所収。

外国語文献では、Thomas Hobbes、John Locke、Jean-Jacques Rousseau といった古典への言及が多い。それ以外では、Ernst Troeltsch、Laski、John Edward Christopher Hill、Stanley Bertram Chrimes や Maurice Herbert Dobb などの名前が頻出する。これらに比べれば言及されることは少ないものの、Karl Marx、Friedrich Engels からの引用もされている。

⁶⁹ 長谷川正安は、論文「近代国家における基本的人権」の優れている点として、「人権の思想と規範と制度が、経済史の知識を土台にして、統一的かつ総合的に展開されているところにある」と指摘する（長谷川・前掲注（52）166頁）。

の現実での保障である⁷⁰。

高柳の見るところ、市民革命後の英仏では信教の自由にしる、言論・出版の自由にしる、労働関係(居住移転・職業選択の自由)にしる、その実態は「宣言」とは程遠く、市民革命から間もない頃の国家で実現された「人権」とは、あくまでも所有権とその保障機構であった⁷¹。もっとも、所有権の保障が主眼であったとはいえ、市民革命によって人間理性の解放と科学の発達をもたらされたのもまた確かである。市民革命の前提でもあった産業技術・科学技術は、革命後により一層の発展を遂げ、その成果は人々に権威や信仰ではなく、理性が自ら自然の神秘を解明しうることを確信させた。それはあくまでも、科学者というごく限られた範囲の人々の間において、という留保を付す必要はあったものの、「自由に物を考える権利」の自覚とそのために闘う精神を涵養し、技術の進歩による観察用具の改善は、自然の法則の洞察を一層進め、科学は益々発展していく⁷²。

その一方で、富の追求の衝動が、自然をより多く支配し富をより多く獲得するために、科学的成果を求めるという欲求をもたらした。所有権の行使による富の獲得が強いほど、生産技術の進歩・改善への欲求は強く、それは科学のより一層の発展と生産力の上昇を促す。高柳は、18世紀半ばから展開する英国産業革命をこのように理解する⁷³。

その果てに到来するのが、自由放任主義である。ここでは、自由放任

⁷⁰ 高柳・前掲注(2)84頁。

⁷¹ 高柳・前掲注(2)84-87頁参照。例えば、市民革命の過程において求められ勝ち取られたのは「議会の特権としての・ないし議会における市民における言論の自由」であり「市民個人のそれでは必ずしもなかった」。「ミルトンの検閲制廃止論も主としては偉大な知者の自由の擁護であり、一般市民の権力批判の自由、多数者の憎む異端的思想の表現の自由の承認では必ずしもなかったのである」(同85頁)。高柳にとって「重要なことは当時『表現の自由』とされたことの中身」であった(同93頁注19)。

⁷² 高柳・前掲注(2)87-88頁。なおここで引用されているのは、ハロルド・ラスキ(著)、石上良平(訳)『ヨーロッパ自由主義の発達』(みすず書房、1951年)である。

⁷³ 高柳・前掲注(2)88頁。

主義による基本的人権の理念とその具体的実現への影響に目が向けられる⁷⁴。それは、第一に、(労働者の) 居住移転・職業選択の自由。第二に、精神的自由権である。

産業革命と精神的自由権はいかなる関係にあるか。産業革命は、「自由に物を考える権利」の行使の結果である科学の発達・技術の進歩と不可分であり、国家から独立する(自由放任) 経済・投資を求める資本の増大(資本主義的進歩)の観念を生んだ。「科学的進歩の観念と資本主義的進歩の観念」、言い換えれば「自由に物を考える権利」と産業上の「自由放任主義」が、二本の縄のごとく相互作用し螺旋状に上昇する社会の発達をもたらしたのである⁷⁵。

その帰結の一つが「人間の過去に対する優越の確信」、もう一つは「人間の自然に対する優越の観念」である。急速な知識の進歩と莫大な知識の獲得によって、「古い時代は黄金時代ではなく暗黒時代」と考えられるようになり、現在に比べて未来のより一層の進歩、その帰結として人類の絶えざる進歩が確信されるようになる⁷⁶。そして自然に対する優越の観念は、人間が自然を支配・征服しこれを人間に奉仕させる権利を持つとの考えを醸成し、動植物は人間の幸福に役立つ限りにおいて価値があるとされ、人間と動植物の決定的相違は、人間が理性を持つからである、とされた。「ここに、理性をもった人間人格の生得の尊厳性の自覚がうまれる」⁷⁷。

このような自然の支配者としての人間像を成立させるのは、人間が理性を用いて自然の法則を認識し得たというところにあり、そのような認識は権力や権威から解放された理性の自由で合理的な活動の所産である——というストーリーである。このようにして、人間精神の自由の価値が具体的(ある意味で功利的)に自覚されていく⁷⁸。

以上のような人類の永遠の進歩、理性の生得の尊厳性、精神の自由の

⁷⁴ 高柳・前掲注(2) 89頁。

⁷⁵ 高柳・前掲注(2) 90頁。

⁷⁶ 高柳・前掲注(2) 90頁。

⁷⁷ 高柳・前掲注(2) 90頁。

⁷⁸ 高柳・前掲注(2) 90頁。

観念は、1世紀以上前に宣言された基本的人権（精神的自由）に内実を与え、それを高めるものとして作用していく。それ故、人を獣（自然）から分かち精神（理性）の営み、すなわち思想・言論を多数者の意思で制限し奪うことは許されないであろう、という論理が登場する。人間の自然の法則に対する認識が絶えず進歩し、永遠絶対の真理が存在しないならば、たとえ少数者のそれであっても、新しい真理の登場を多数決で抑えつけ、国家権力で葬ることは許されるべきではない。その一方で、産業は投資の拡大と利潤のため、国家権力に拘束されない資本と労働の自由な取引・労働生産性の向上を求める。その要件こそ、科学技術の進歩と人間理性の自由である。この論理の帰結が、国家は経済に対しても人間精神に対しても干渉・侵害を慎むべき、という要求である⁷⁹。

ただし、ここで表裏一体をなしているかの如く映る二つの自由の要求の間には、潜在的な対立可能性がある。一方の産業上の自由の要求は、あくまでも利潤を求める。そこで求められる技術の進歩とは、ただ営利に必要な限りのそれであって、必ずしも（先の観念のように）高尚な理念を懐くとは限らない。さらに、反対者を含む全ての人の理性活動を普遍的・無条件的に保障することは、進歩の果てに現存の体制を含む一切のものを有限のものとして葬り去る可能性をも内包する。ここにブルジョアジーが、進歩・自由を営利に直接必要な限りのものとして制限しようとする動機が生じる。「短見の見地から許容される限られた自由と真の普遍的自由とは矛盾緊張をふくんで対立せざるをえない」。しかし、知識や真理を都合よく分割し用いることは長期的には不可能であり、ブルジョアジーも進歩そのものを放棄することはできない⁸⁰。

第3款 市民的自由の原理

こうした内容を踏まえ、高柳は「基本的人権の意義づけ」（「六」）を論じる。ここで問題とされるのは、「公法次元の自由」と「私法次元の自由」である。

この二つの自由は次のように説明されている。すなわち、いわゆるり

⁷⁹ 高柳・前掲注（2）90-91頁。

⁸⁰ 以上、高柳・前掲注（2）91-92頁、引用は91頁。

ヴァイアサンの国家が誕生し、それに伴って前国家的自由（特定身分に基づいた特定具体的自由）の否定がなされる。その際、一方で人民の国家に対する関係で一般的不自由が生じる側面が、もう一方では人の人に対する関係における自由な諸関係の創出がなされる側面が存在する。このうち前者が公法次元の自由、後者が私法次元の自由にあたる。基本的人権の理念は、この三重に重なりあった不自由（公法次元）・自由（私法次元）・不自由（私法次元）の関係の全国民国家規模での激しい運動の所産として、特定の歴史主体によって闘いとられたものである⁸¹。

公法次元の自由は、人の権利・義務は国家の何が公益であるかの判断（法により表現される）によってその内容が規定され、個人の権利は国家権力（司法権）に依拠してのみ実現しうる他者依存的・受動的であるという点で不自由である。

これに対し、私法次元の自由はより複雑である。まず、封建領主の土地に対する支配権が否定され、土地に対する純粹な所有権が成立することで、（時間的経過を捨象すれば）結果的に土地を私的に独占・排他的に支配する階層と、そうでない農民との並存を生み出した。ここには、前者において領主制や共同体的所有から解放されているという意味での自由が、後者においては、個々の領主に対する身分制的隷属から解放されたという意味での自由と、自らの労働力を売ることしか生計を立てられず、自らの意思に基づいて他人に雇われて賃金を得るという意味での自由がある。私法次元の自由は、賃金労働関係という社会的経済的に不自由・従属的な関係を内包するものである⁸²。

高柳は、ここで登場する賃金労働関係・労働力という物差しを用いることで、国家権力に媒介されない自律的・自己完結的に営まれる法則、すなわち商品の等価的交換（価値法則）によって規定される社会を観念する。このようにして、社会から切り離され孤立した個人が、自由意思による合意を形成することで社会関係に入るかのように見え、社会は国家から独立・独自の存在であり、国家以前に自然的に存在しているよう

⁸¹ 以下の内容については、高柳・前掲注（2）95-97頁参照。

⁸² 高柳・前掲注（2）96-97頁参照。

に観念されることになった⁸³。

その眼目は、国家の機能と権力の限定にある。すなわち、社会が前国家的存在であり、国家とは無関係の自律的・自足的な規範体系を有した存在であるならば、社会の自己保存・存立、公共利益の実現に対する侵害が生じた際、他律的・強制的機能を持たない社会に代わり、これを果たすためにつくられ、機能を託されたのが国家と理解される（この議論は、Locke と Thomas Paine からの立論である）⁸⁴。

この議論には、国家権力の発動条件と役割・機能を限定する意図がある。近代国家の権力は、中世国家のそれと比べると、全ての社会的諸関係を改変しうる力を抽象的可能性として有するという点で強力である。その意味で、近代国家はあらゆる権利の源泉としての主権性を持つが、ブルジョアジーは市民革命によって、国家権力がブルジョア社会の論理に従って発動するよう後国家的制度で枠付けをした。この場合、国家権力は市民社会の基礎法の貫徹を担保する救済・制裁権力として、または事後的・受動的な紛争解決能力として発動すべきこととなる。そして、国家権力の活動範囲を限定することにより、国家権力が及ぶ現実的可能性のない領域（人民の公法次元における自由の領域）が観念されることとなる。「近代における基本的人権とは、この特有の構造と性格をもった人民の自由のことにほかならない」⁸⁵。

言い換えれば、社会において「自律的自足的規範（市民社会の基礎法）」の体系が確立しているからこそ、国家は不干渉であるべきとされるのであり、市民社会の基礎法への違反（自然犯・不法行為）に制裁を科すことは、自由と矛盾せずむしろ「市民的自由を市民的自由たらしめる論理的前提」とされる（ここでも、Locke の議論が援用される）⁸⁶。

基本的人権はその行使の結果として市民法を侵害（自然犯、民事上の不法行為や債務不履行等）しない限り、いかなる国家権力による制裁・鎮圧を受けない。これこそが、市民的自由すなわち基本的人権の不可侵

⁸³ 高柳・前掲注（2）99頁。

⁸⁴ 高柳・前掲注（2）101頁。

⁸⁵ 高柳・前掲注（2）105頁。

⁸⁶ 高柳・前掲注（2）107頁注13。

性の原理である^{87 88}。

なお「公法次元の自由」と「私法次元の自由」に関連する内容として、高柳が行政法研究において、「公法は、近代市民社会における自己完結的な裁判規範の体系たる市民法を前提にして、……市民法を補完又は修正する必要がある場合に、そのようなものとして、その限度で存在を認められるものとして、理解されるべき」と論じていた⁸⁹。こうした発想を採用する理由は複数挙げられているが、「公法規範は、その補完と修正の必要性と程度に関し、たえざる吟味を受けなければならない⁹⁰」というのが一番の理由と考えられる。

そして「市民法」については、川島武宜の理論の見解を引いた上で、「商品交換によって媒介された市民社会の内部法として、『意思自由の原則』を基本原理とする自己完結的な規範体系としての市民法 (bürgerliches Recht) が成立する」と説明される^{91 92}。

⁸⁷ 高柳・前掲注（2）107頁注13。

⁸⁸ 言うまでもなく、その次に基本的人権の現実における機能という問題が生じる（「七」）。「自由に物を考え、いいたいことを自由にいう機会は、つねに経済的独立性の函数であり、後者をもたない労働者は完全な意味の思想・言論の自由をもちえない」（高柳・前掲注（2）114頁）。論文内では、その他に具体的な例として、信教の自由、職業・身分・人種等の平等や経済・財産上の平等、労働力の売買（契約の自由）における不平等や貧困の問題、事実上の（富の）不平等（例えば国家の警察権との関わり）、事実上の経済的不平等と政治的自由（参政権）などが挙げられている（同108-114頁参照）。

⁸⁹ 高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店、1985年）93頁。

⁹⁰ 高柳・前掲注（89）97-101頁参照、引用は101頁。

⁹¹ 引用は、高柳・前掲注（89）85頁。川島武宜の著作は、川島・前掲注（25）、同『民法講義 第1巻 序説』（岩波書店、1951年）、同『民法総則』（有斐閣、1965年）が挙げられている。

⁹² この主張は、「国家と市民社会の二元的対立」関係を、「人間の自由の観点」すなわち「解放」、「自由意志」、「意思自由の原則」から再構成しようと試みたものであるという。「座談会 変革期と公法学研究30年」・前掲注（8）357頁（高柳発言）参照。

第4款 使命としての真理探求

最後の「八」であるが、ここで高柳は次のような問いを立てている。すなわち、基本的人権の尊重と擁護がブルジョアジーの支配の是認と一層の強化を意味するのか、基本的人権の思想は階級的イデオロギーに他ならないのか、と。

これに対し高柳は、否と応える。なぜならば、人格的に自由な生産者が存在し、賃金労働関係が展開し、技術の進歩による労働生産性の向上があってはじめて独占ではなく競争の要求が生じ、何よりもまずプロレタリアートの形成と自由への要求があったからこそ、ブルジョアジーは独占・特権の体制の廃棄（市民社会）を志向したからである⁹³。

確かに近代工業の求める技術的変革は、それ自体は営利に直結した狭い範囲での技術的改善の域を出ない。しかし、どんなに小さい技術的改善であっても、自然の法則の認識に基づかねばなし得ず、実用的な知識に対する実利的な要求が知識一般（真理）の探求に対する積極的な態度を醸成する可能性はある⁹⁴。

とはいえ、資本家が科学者をつくるわけではない。知的探究それ自体を喜びとし献身する科学者がまず存在した。「かれらはいつの時代にも存在したし、資本制社会においても、誰にたのまれなくても右の機能を使命と感ずる真理探求者がかれら自身として存在する」。ブルジョアジーは、直接的にまたは国家財政を通して間接的に「研究に投資し、研究手段からきりはなされている学問研究者の学問研究の現実的条件を充足して、かれらの職能を社会的規模で成り立たしめる基礎をあたえる」⁹⁵。

そこにおいて、真理は権力・金・何人にも命令されず、ただ理性にしたがって自然と社会の法則を追究することによってのみ獲得される。研究への投資が効果を挙げるには、何らかの範囲において「真理探究の自由」を認めざるを得ない。そうして、「自由に物を考える権利」が自覚され、権利の行使の結果、人間の自然に対する支配力が高まれば「人間精神の自由と尊厳の価値」が確信されるようになる。こうした人間理性に

⁹³ 以上については、高柳・前掲注（2）116-117頁参照。

⁹⁴ 高柳・前掲注（2）125頁。

⁹⁵ 高柳・前掲注（2）125頁。

対する確信は、それと表裏一体をなして、理性の活動の結果によって従来の既成観念が改められることを素直に是認する謙虚さを培う。営利のための自由が、「資本家社会の法則に媒介されることによって」、精神の自由、人類の進歩の理念へ高められる条件を獲得する⁹⁶。この転換こそ、高柳の自由論・人権論において最も特異な点であろう。

そして、理性に対する確信から、国家権力が精神内容的な価値（真・善・美）およびその基準から切り離され、価値の選択・判断が個人および社会集団に委ねられることになる。そこでは、永遠絶対の真理は認められず、社会の中で多元的な価値が競争し、新たな考え方が多数者の支持する既成観念に挑戦すべく「思想の競争場裡」に登場する。公益とは何か、何が正しいかに関する競争において勝利した思想が、国家の公の意思となる。国家の役割とは、「社会における思想の競争が自由に公正に行われる条件を確保することに専念すべき」ことになる。高柳によれば、基本的人権を保障とする国家とはこのようなことを建前とする国家なのであった⁹⁷。

第3節 小括と検討

本章では、高柳の半生と研究者としてのキャリア形成期、および留学時の経験を扱い（第1節）、論文「近代国家における基本的人権」を読み解くことで、高柳の基本的人権・自由に関する理解ならびに彼の研究における方法論を明らかにした（第2節）。

論文「近代国家における基本的人権」は、歴史学、経済学、社会学、政治学など広く人文・社会科学の議論に立脚した叙述を行いつつ、「諸歴史社会における自由……それぞれ特有の構造」を把握⁹⁸し、超歴史的な人間解放の要求の中で、市民的自由がいかなる構造と機能、歴史的役割を果たしたか⁹⁹を考察するものであった。

⁹⁶ 高柳・前掲注（2）125-126頁。

⁹⁷ 高柳・前掲注（2）126-127頁。

⁹⁸ 高柳・前掲注（2）14頁。

⁹⁹ 高柳・前掲注（2）11頁。

こうした研究手法は、高柳が研究者になる以前の段階から歴史に対して深い関心を抱いていたことの反映であった。最初の著作『近代プロイセン国家成立史序説』に記された回想等では、1945年の「敗戦」に伴う種々の社会的変革と、その前後での強烈な体験が歴史への関心のみならず、公法学ひいては学問それ自体に対する情熱をかきたてる動因となった。しかし、この時点で既に高柳の中では、学問それ自体に対する憧憬と同等に「学問を私有財産視する意識」への抵抗感、そして特権意識への忌避感が醸成されていた¹⁰⁰。

こうした事情と相まって、高柳は1957年から60年の英米留学の最中に、Columbia大学のWalter Gellhornの指導・助言を受けつつ「学問の自由」への関心を高めていく。この時期のアメリカのアカデミック・フリーダムに関する探究が、帰国後の成果へと繋がると共に、我が国の「学問の自由」の議論へアメリカの議論を継受する契機となった。

論文「近代国家における基本的人権」について見ると、先に指摘した人文・社会科学の議論に基づいた立論、人間解放の要求と市民的自由の関係、自由の特質・構造・機能への着目以外に、次の点が特徴として挙げられよう。

第一に、人権宣言制定当初は、所有権とその保障が主眼であり、その後の精神的自由権の確立過程では、理性と進歩に対する確信（および裏面にある人間の過去に対する優越の確信）が大きな役割を担った、との見立てがなされる。

第二に、人民の公法次元での一般的不自由と、私法次元での自由・不自由という三重の関係から、私法次元の賃金労働関係・労働力という物差しを用い、商品の等価的交換という法則を導き、自律した個人から成る社会を基本に、国家はあくまで限定された役割と機能を果たす存在であるとの立論を行っている。

第三に、そこから「自律的自足的規範（市民社会の基礎法）」¹⁰¹を侵害しない限り、いかなる国家権力による制裁・鎮圧・干渉を受けないことこそ市民的自由イコール基本的人権の不可侵性の原理である、との結論

¹⁰⁰ 高柳・前掲注(20)(巻末)8頁。

¹⁰¹ 高柳・前掲注(2)107頁注13。

を導き出している。

第四に、市民社会の内側では、真理探究を使命とする研究者に対し、営利目的から科学技術に関心を抱き、限定的ながらも真理探究に積極性を持つブルジョアジーが存在するが、「人間理性に対する確信」を媒介にすることで、理性の活動の結果によって従来 of 既成観念が改められることを是認するという結果が導かれる。営利のための自由が、「資本家社会の法則」に媒介されることで、精神の自由、人類の進歩の理念へ高められる条件を獲得する¹⁰²という転換を看取する点で、この議論は極めて特異である。

第五に、上記の「理性に対する確信」の論理が、高柳流の「思想の自由市場」論へと繋がる。すなわち、国家権力を精神内容的な価値（真・善・美）と基準から切り離し、価値の選択・判断を個人および社会集団に委ねることで、永遠絶対の真理というものを否定すると共に、社会の中で多様の・多元的な価値や考えが「思想の競争場裡」に登場する場面で、国家の役割を社会における思想の競争が自由・公正に行われる条件確保に限定させる¹⁰³。

以上が、論文「近代国家における基本的人権」の内容および特徴である。本章では高柳の基本的な思考、学問に対する態度や方法論だけでなく、彼が法・自由・人権を論じる上では、特に歴史へと目を向けていたことを明らかにした。これらは、次章で取り上げる主著『学問の自由』においても通底している。それだけでなく、論文「近代国家における基本的人権」で度々登場した理性と進歩を巡る人々の意識、市民的自由の原理、使命としての真理探究、そして「思想の自由市場」論は、『学問の自由』においても欠くことのできない重要な鍵概念である。高柳の中では「学問の自由」の議論と論文「近代国家における基本的人権」は、紛れもなく関連していた。このことを踏まえ、次の第2章では、主著『学問の自由』の検討を行う。

¹⁰² 高柳・前掲注（2）125-126頁。

¹⁰³ 高柳・前掲注（2）126-127頁。

【付記】

「日本の学問の自由とアメリカのアカデミック・フリーダム（1）——高柳信一『学問の自由』再訪——」北大法学論集第73巻5号（2023年）77-101頁の校了後、松田浩『知の共同体の法理：学問の自由の日米比較』（有信堂高文社，2023年）に接した。

公法判例研究

菅澤紀生

令和4年5月31日札幌地方裁判所泊原発電廃炉訴訟判決¹について
ー伊方原発最判を基礎とする立証責任論等、原発訴訟に関わる公法、私法にまたがる問題ー

第1 事実の概要と判決の要旨

1 事実の概要

本件は、日本国内または国外に居住する原告ら1201名が、北海道電力に対し、人格権に基づき、北海道古宇郡泊村に所在する北海道電力泊原発1号機ないし3号機の①運転の差止、②核燃料の撤去、③廃炉を求めた民事訴訟である。

泊原発1号機は、1989年6月、2号機は1991年4月、3号機は2009年12月にそれぞれ運転を開始し、2012年5月に3号機の運転が停止されて以降、運転をしていない。

2011年11月11日原告約600人の提訴、2012年11月12日原告約600人の追加提訴があった。

北海道電力は、2013年7月8日、新規性基準が定められるのと同時に、泊原発1～3号機が同基準に適合するものとして、変更許可申請をした。しかし、本件口頭弁論終結時において、原子力規制委員会はこれを許可せず、新規制基準適合性審査が継続していた。

¹ 裁判所ウェブサイト。評釈としては、黒川哲志「泊原発の運転差止を認容し、核燃料撤去・廃炉請求を棄却した判決」新・判例解説 Watch 環境法 No.107（2022年）がある。

原告の主張する人格権侵害の蓋然性の根拠は、主として、積丹半島西岸沖の海底活断層の存在、泊原発敷地内の断層の存在、津波防護施設が存在しないことであり、これらが事実の主たる争点となった。

適合性審査で公表された資料や指摘された問題点を示した議事録などが原告から本訴訟で証拠提出され、上記の論点に絞られていったが、基本的に北海道電力は適合性審査で認められてから本訴訟でも安全性の主張をするというスタンスをとってきた。

口頭弁論最終時である2022年1月18日の時点で、原子力規制委員会における適合性審査（以下「適合性審査」という。）は終了しておらず、具体的な終了時期も明らかでない状態であった。

2 判決の要旨

判決は泊原発から半径30km 圏内に居住する原告について①運転差止を認容し、その余の請求（①判決30km 圏外に居住する原告についての運転差止、②核燃料の撤去、③廃炉）を棄却した。

運転差止を認める理由として、「口頭弁論最終時において、泊発電所について、基準地震動による地震力及び基準津波に対して津波防護機能を保持することのできる津波防護施設は存在しておらず、設置居基準規則5条1項が定める津波に対する安全性の基準を満たしていないと言わざるを得ない。」「泊発電所が津波に襲われた場合に予想される事故により人格権侵害のおそれのある原告らについて、人格権侵害のおそれが推定され、この推定を覆すに足りる証拠はない。」「そうすると、泊発電所の安全性に関するその余の争点について判断するまでもなく、当該範囲の原告らについては、人格権に基づき、本件各原子炉の運転の差止めを求める権利がある。」とした。

第2 判旨

1 結審した理由（判決書8～16頁）

（1）本判決の特徴

本判決の意義は、原発の変更許可申請についての適合性審査手続中に、結審、判決に至り、伊方最判の審査基準の転用をした上で、その第一段階（後述する。）を適用し、差止を認容したことにある。

他の原発差止訴訟とは異なり、科学的な争点には踏み込まず、判決理由も

簡潔であり、判決本文は全体で33頁に過ぎない。そのうち、8頁もの分量を割いて、なぜ結審に至ったかの理由を説明している。

(2) 適合性審査の進捗状況(判決書8～11頁)

本判決は、まず前提事実として、適合性審査の進捗状況を認定する。そこでは、結審した時点で「いまだ終了しておらず、具体的な終了時期も明らかでない。」とし、また新たな防潮堤も「基準津波が決まっておらず、防潮堤の構造も未定で、着工時期及び完成時期も明らかでない。」と評価を加えている。

(2) 本件訴訟の経緯等(判決書11～16頁)

次に、本判決は、本件訴訟の経過を整理した上で、原発差止民事訴訟の配慮事項を列記している。すなわち、「安全性の調査及び検討には、相当の期間を要する」こと、「慎重な審理が一般的に求められている」こと等から「各当事者の主張及び立証のための期間を合理的かつ適切に確保することが求められる」として、審理に通常の事件よりも期間を要することを認める。また、更なる安全対策で「判決の既判力が直ちに及ばない」、「実質的な紛争解決に結びつかない可能性を一定程度含む」とする。

それでも、「しかしながら」、「本件適合性審査が終了する時期は、およそ見通すことができない状況」であり、「約8年半という期間は、原子力発電所の安全性という事柄の重大性、専門性を考慮しても、社会通念に照らして短いものとはいえず」、「これだけの期間を要してなお被告が主張及び立証を終えることができないことは、泊発電所が抱える安全面ないしその審査における問題の多さや大きさをうかがわせる」と評価し、「事情が変化するような事態が仮に生じた場合には、請求異議の訴え等によって」紛争解決を図ればよいとする。

その結果、「審理をなお継続するのは相当でないと思料し」、弁論を終結し、判決をするとした。

2 立証責任(判決書16頁以下)

本判決は、人格権に基づく差止請求における人格権は、生命及び身体であるとする(同16頁)。

そして、原子力規制委員会策定の基準に不合理な点がない限り、それに適合する場合は、安全性を具備するとする(同17頁)。

その上で、被告の側において、基準が求める安全性を満たしていることを「主

張立証する必要があるというべきであり、被告がこれを尽くさない場合には、当該原子力発電所が自然現象に対する安全性を欠くものであり、それによって予想される事故により被害を受けるおそれがあると認められる範囲の周辺住民について、人格権侵害のおそれがあることが事実上推認される」と立証責任の転換をしている（同18頁）。

3 差止請求の結論及びその他の請求について

差止請求について、津波に対する安全性の基準を満たしていないとし、「その余の争点について判断するまでもなく、当該範囲の原告らについては、人格権に基づき、本件各原子炉の運転の差止を求める権利がある」とした。

そして、権利がある原告の範囲として、燃料の冷却が必要であるとしたうえで、近藤駿介氏作成のシナリオ（一般的に「最悪シナリオ」と言われており、本判決では「本件シナリオ」と表記されている。）は、泊原発にあてはまらないとして、原告の250km圏の主張を認めず、避難計画を前提に30km圏内の原告について差止を認容した。

使用済燃料の撤去の請求については、請求不特定として棄却、廃炉請求についても、私法上の義務とはいえないとして棄却した。

第3 検討：立証責任

1 伊方原発最高裁判決

本判決は、明示はしていないが、立証責任の転換について、伊方原発最高裁判決²の審査基準を（以下「伊方最判」とする。）参照している。

「原子炉施設の安全性に関する被告行政庁の判断の適否が争われる原子炉設置許可処分取消訴訟においては」、「被告行政庁の判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず」、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議において用いられた「具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁

² 最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁

が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される。」

2 民事訴訟への転用

(1) 論文及び解説

女川原発についての仙台地判平成6年1月31日判決³以降、多数の原発差止に関する民事訴訟及び仮処分（以下まとめて「民事訴訟」とする。）で、伊方最判の判断枠組みが転用されている。学説上も「伊方の定式」（交告尚史）⁴や、「伊方・女川型アプローチ」（淡路剛久）⁵と位置づけられている。

とはいえ、女川仙台地裁判決以降、全ての民事訴訟で、伊方の流用がされているわけではない。この点、高浜・大阪高裁平成29年3月28日決定の無署名解説⁶は女川・仙台地裁判決から高浜・高裁決定までの13の判決及び決定を整理しているものの、それ以降も多数の決定等が出ており、これらは未整理である。報告者としては、これらの解説を参照しつつ、重要と思われる裁判例を分類する。

(2) 転用していない例

まずは、少数派となる伊方の転用をしていない例をあげる。

志賀・金沢地裁平成18年3月24日判決⁷（福島第一原発事故前）、大飯・福井地裁平成26年5月21日判決⁸、高浜・福井地裁平成27年4月14日決定、これらは、住民側が勝訴したものであるところ、淡路の整理によれば、「実態判断・相当程度の可能性立証アプローチ」とされる⁹。

大間・函館地裁平成30年3月19日判決は、建設中という事情を重視し、伊方の転用をする前段階で（基準の合理性のみ判断）、具体的危険性を否定した。

注目すべきなのは、最近の高裁レベルの例である伊方・広島高裁令和3年

³ 判時1482号3頁

⁴ 交告尚史「伊方の定式の射程」森嶋昭夫・塩野宏編『変動する日本社会と法』（2011）245頁

⁵ 淡路剛久「原発規制と環境民事訴訟」環境法研究5号（2016年）66頁

⁶ 判時2334号5-6頁

⁷ 判時1930号25頁

⁸ 判時2228号72頁

⁹ 淡路前掲注5、63頁

3月18日（異議審）決定である。理由中、伊方を転用しないことを明示した。「本件において当裁判所に求められているのは、当事者双方が主張しているとおり、あくまでも本件原子炉の運転により債権者らの生命、身体又は健康が侵害される具体的危険があると法的判断として認められるか否かであり、原子力発電所の設置許可処分等の当否が問題となる行政訴訟とは異なり、上記の規制委員会における判断やその判断の合理性の有無等は、いずれも上記の具体的危険性の存在を判断する上での重要な事実の一つにとどまるものというべきである。」伊方最判の「審理判断基準を本件の判断に直ちに持ち込むことは相当でないと考える。」「当裁判所としては、現在の科学的知見からして、本件原子炉の運転期間中に本件原子炉の安全性に影響を及ぼす大規模自然災害の発生する可能性が具体的に高く、これによって債権者らの生命、身体又は健康が侵害される具体的危険があると認められなければ、本件原子炉の運転差止めを命じるという法的判断はできないというべきであり、この疎明責任は、民事保全事件の原則のとおり、債権者らが負うべきであると考え」。この決定は、後述する伊方・広島高裁令和2年1月17日決定（平成31年（ワ）第48号）（伊方を転用しつつ、活断層判断過程に過誤、欠落あり、破局的噴火判断不合理として差止を認容）の異議審であり、伊方を転用したままでは差止認容を覆すことができなかつたからではないかとの評価もあり得る。

（3）転用した例

ア 転用の文言は様々であるが、転用したものは以下の二段階の審査過程を経る。第一段階は、被告（事業者）側が安全性に欠ける点がないことを主張・立証する。それがされると、第二段階で、原告（住民）側が安全性に欠ける点があることを主張・立証する¹⁰。

裁判例の中では、第一段階に審査基準の合理性を含むものと含まないものがある。

イ 第二段階（事業者側の主張・立証対象）に基準の合理性も含むもの

女川・仙台地裁平成6年1月31日判決、その控訴審仙台高判平成11年3月31日¹¹、泊・札幌地裁平成11年2月22日判決¹²、島根・松江地裁平成22年

¹⁰ 前掲注6 高浜・大阪高裁決定無署名解説5-6頁

¹¹ 判時1680号46頁

¹² 判時1676号3頁

5月31日判決、高浜・大津地裁平成28年3月9日決定¹³、川内・福岡高裁宮崎支部平成28年4月6日決定¹⁴、伊方・広島高裁平成29年12月13日決定（差止認容、火山降下火砕物過小評価）、伊方・広島高裁令和2年1月17日決定¹⁵（差止認容、活断層判断過程に過誤、欠落あり）、破局的噴火判断不合理的）、東海第二・水戸地裁令和3年3月18日判決（差止認容、避難計画は原告側立証）。

このうち、広島高裁の2つの決定は、第二段階で規制の判断に過誤、欠落、不合理な点があったとした。水戸地裁判決は、第一段階の対象とならない避難計画の欠落について、第二段階で原告側の主張・疎明が成功した例である。

- ウ 第一段階（事業者側の主張・立証対象）に基準の合理性を含まないもの
浜岡・静岡地裁平成19年10月26日判決、志賀・名古屋高裁金沢支部平成21年3月18日判決¹⁶、高浜・大阪高裁平成29年3月28日決定¹⁷は、事業者側に基準の合理性の主張・立証を求めている。例えば、高浜・大阪高裁決定は、「規制委員会の定めた安全性の基準に適合すること」を主張立証の対象としている。これらは、「伊方最高裁判決の趣旨から変質している」¹⁸、「『伊方の定式』の修正」¹⁹と評価されている。

（4）評価

そもそも、民事訴訟に伊方を転用すること自体の評価はどうか。この点、神戸秀彦は、「行政訴訟（取消訴訟）の伊方判決の枠組みを本件のような民事裁判で用いるのは、訴訟物が異なるとの観点からは問題があろう。」と批判する²⁰。

¹³ 判時2290号75頁

¹⁴ 判時2290号90頁

¹⁵ 判時2357号300頁、山下義昭判例評論（判時2374号（2018年）132頁）

¹⁶ 判時2045号3頁

¹⁷ 前掲注6

¹⁸ 前掲注6 高浜・大阪高裁決定無署名解説5-6頁

¹⁹ 黒川哲志、高浜・大阪高裁決定判例評論（判時2359号（2018年）162頁）

²⁰ 神戸秀彦、環境法判例百選第3版（2018年）207頁川内原発差止請求事件解説。なお、神戸は、「原発訴訟の立証責任は志賀金沢地裁の考え方によるべき」と主張している（「新規性基準下での原発差止め訴訟の考察（1）」法と政治67巻1号（2016年）177頁）。

また、神戸は、第一段階に基準の合理性を含まない高浜・大阪高裁決定について、「裁判所の審査権限を、行政機関との関係で、事実上、極めて限定する趣旨のように見える」と批判する²¹。淡路も、伊方の転用は、司法審査の形式化のおそれが内在していたとし、原告側の立証責任は軽減されないと、やや消極的な評価をしている²²。

とはいえ、伊方の転用が、実務上ここまで広く用いられている実情からすると、転用を前提として、第一段階の主張・立証の実質化を考えていくべきであろう。伊方・広島高裁令和3年3月18日決定は、近時の高裁の決定ではあるものの、これまでの先例を覆す積極的な理由を提示することなく伊方を用いないと結論だけ述べていることからすると、今後の裁判をリードする例とはならないものと思われる。

本件の泊・札幌地裁判決は、伊方の転用をした上で、被告が第一段階の立証をしていないことから、差止認容の結論を導いた。規制委員会の適合性審査が継続中に、裁判が結審したことから、伊方の第一段階に照らし、この判決の結論は予想されていた。

第4 課題：判断の時期

1 民事訴訟はいつまで待つべきか

第2判旨で示したとおり、本判決はなぜ結審に至ったかにかなりのボリュームを割いて説明している。それだけ、裁判所の原発差止民事訴訟の進行についての苦慮が表れているといえる。浜岡原発及び志賀原発は、泊原発と同様に規制委員会の審査が長期化しており、これらについての民事訴訟は、言わば塩漬け状態となっている。本判決のポイントが、伊方の転用の立証責任を前提としつつ、規制委員会の審査中に裁判が結審したことにあるとすれば、原発差止民事訴訟において、裁判官はいつまで規制委員会の判断を待つべきなのかが今後の課題として重要となる。

規制委員会の審査中に結審、判決に至ったのは、大間・函館地裁判決と本件のみである。

²¹ 神戸秀彦「新規性基準下での原発差止め訴訟の考察（2）」法と政治68巻2号（2017年）187頁

²² 淡路前掲注5、61頁

この点、大間・函館地裁判決は、「規制委員会以外の機関が重大事故発生防止の観点から発電用原子炉施設の安全性を審査することは予定していないものと解される。そうすると、裁判所が、規制委員会による安全審査及び処分を待たずに、原子炉施設の安全性に関する審査を規制委員会に代替して行うことは相当でない」とする。

これに対し、本件判決は、「事柄の性質上、このような安全性の調査及び検討には、相応の期間を要するものと認められる。…一定の法規制やそのための専門組織が設けられており、その運転の許否は、専門家による議論及び最新の知見の集積をも踏まえて判断されるのが相当な面があることも否定し難い。民事訴訟の目的が、社会に生起する法的紛争を、紛争の実態に即して、適正かつ妥当に解決することにあること、そのためには、当事者が、当該訴訟の争点について、十分な主張及び立証をすることが必要であることに鑑みると、裁判所は、当該事案の性質等を踏まえて、当事者が主張及び立証の準備を適切に行うのに必要となる合理的な準備期間を考慮して訴訟を進行することが求められるのであり、原子力発電所の再稼働の可否に関する本件訴訟においては、原子力発電所の性質やその運転許否の判断に関する上記の特質を考慮して、各当事者の主張及び立証のための期間を合理的かつ適切に確保することが求められる。」とする。その上で、本件判決は、変更許可申請から約8年が経過していること、終了する時期は、およそ見通すことができないこと、この期間が社会通念に照らしても短いものとはいえないこと、審査に合格して再稼働に至った原発が複数あること等の事情を勘案して、「本件口頭弁論終結時点において裁判をするのに熟した（民訴法243条1項）と判断して弁論を終結し、判決をする」という過程を明示した（13～15頁）。

この点についての学説はまだ見当たらない²³。原発差止民事訴訟自体を否定的に捉える高木光の主張²⁴はさておき、民事訴訟が適法とされる以上、裁判官

²³ 唯一期間の経過について言及しているものが見つかったのは、廣金沙季子「浜岡原発訴訟に見る、訴訟の役割と政策形成のあり方」大阪大学学術情報庫 OUKA (Osaka University Knowledge Archive) 平成28年度学部生による自主研究奨励事業研究成果報告書(2017年)である。同研究報告は、訴訟が長期化する原因は裁判官の交代と適合性審査の影響の二つであるとしている。

²⁴ 高木光「原発訴訟における民事法の役割－大飯3.4号機差止め判決を念頭において」自治研究91巻(2015年)10号22頁以下

は立証責任に応じて主張と証拠を判断することは可能であり、判断すべきである。結審の時期は、本件判決のごとく、規制委員会の審査状況を勘案しつつ、通常の民事訴訟と同様に裁判をするのに熟したと判断された時期であろう。

2 行政手続はいつまで審査すべきか

規制委員会の審査が長期化している場合に、民事訴訟もそれに依拠して長期化している傾向があるところ、そもそも、規制委員会の審査の長期化自体が問題である。通常の許可申請手続においては、許可申請の補正や補充が認められるとしても、基準を満たさない場合には不許可とされるはずである。この点、本件判決の翌日である令和4年6月1日、原子力規制委員会更田豊志委員長（当時）は、同日の会見で、泊原発の審査について、「のりくり右往左往して、原発の安全性などまじめに立証する姿勢が見られず、あまりに長期間にわたり、停滞するのであれば、審査の中断や不許可もあり得る」と述べた²⁵。

原発の変更許可申請手続には期間の限定はない。もっとも、行政手続法6条は、行政庁は、申請がその事務所に到達してから当該申請に対する処分までに要する標準的な期間を定めるよう努め、定めた場合には公にしておかなければならないとする。審査期間についての裁量を一定程度限定する条理もあり得るのではないか。

不許可処分義務付け訴訟が考え得るところであるが、この点に関連し、橋本博之は、事前救済型抗告訴訟の利用可能性は低いと述べる²⁶。すなわち、「重大な損害が生ずるおそれ」要件について、生命・身体の損害であるから要件充足は認められそうに思われるが、橋本は、事故発生の蓋然性が不確定ないし高くないためハードルが高いとする²⁷。

高浜・名古屋地裁令和4年3月10日判決（バックフィット義務付け訴訟）²⁸は、「『重大な損害を生ずるおそれ』が認められるか否かは、現在の科学技術水準に

²⁵ NHK <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220601/k10013653481000.html>（2022年7月28日最終アクセス）

²⁶ 橋本博之「原発規制と環境行政訴訟」環境法研究5号31頁

²⁷ 橋本前掲注26、31頁

²⁸ 原告団ホームページに判決書が掲載 <http://toold-40-takahama.com/bfsosyo/>（2022年7月28日最終アクセス）

照らして、本件各原子炉施設の安全性に欠ける現実的な可能性があるか否かによって判断するのが相当」とし、降下火砕物に対策について「口頭弁論終結時においても、原子炉施設に安全性に欠ける現実的な可能性があるものと認めるのが相当」と重損要件充足を認めた。決定文は、同要件の充足性の検討において、かなり詳細な実質的判断をしており、橋本の言う高いハードルを超えたものと評価できる。なお、同決定は、裁量権逸脱・濫用までは認めなかった。

また、橋本は、本案訴訟要件について、行政裁量の事前規制が問題となる場合にいかなる司法審査が可能か未知数であるとも述べる²⁹。

もっとも、審査期間や決定すべき時期は、専門的技術裁量の問題ではなく、裁判所も判断しやすい事項であるとも考え得る。

第5 課題：被害範囲と人格権

1 本判決は、原発運転差止の根拠となる人格権は生命及び身体に限られるとする(16頁)。しかし、福島第一原発事故の被害を考えた場合、直ちに健康被害が生じないと言われながらも、自主避難した人たちの賠償も認められている。これらは、純粋な財産権侵害ではなく、地域のアイデンティティの喪失といった精神的苦痛や生活の侵害も人格権の一部として、保護法益として認められているといえることができる。この点に関し、平穏生活圏の提唱³⁰が参考となる。

本判決は、人格権侵害の認められる原告の範囲を半径30km圏内とかなり限定的に捉えたが、原告の多くは、直ちに強制的に避難しなければならないほどの生命・身体危険を想定しているのではなく、福島第一原発のような広範囲にわたる損害を防ぎたいという思いから訴訟提起に至っている。

差止の根拠たる人格権は広く解すべきである。その上で、受忍限度論による調整をすべきである。

2 淡路は、原発差止民事訴訟において、身体的人格権という概念を用い、不利益の大きさを問うことなく差止めを請求しようと評価する³¹。実際に、全

²⁹ 橋本前掲注26、32頁

³⁰ 藤井康博「〈3.11〉後の事前配慮原則と人格権(3) - 憲法・環境法から見た原子力のリスクと将来(平穏生活権再問)」大東法学25巻11号(2015年)95頁以下

³¹ 淡路前掲注5、55頁

ての原発差止民事訴訟では、受忍限度論による比較衡量をすることなく、人格権侵害の具体的危険性が直ちに判断されている。

これに対し、生命・身体の周辺に位置づけされる人格権については、発電事業者の経済的自由とのバランスを取るべく、受忍限度論による比較衡量を挟み、差止の適否を判断すべきと考える。原発事故が生じた場合、損害賠償は広範囲に及び、被害を受ける人数は多数であり、事後賠償によって損害回復が十分とはいえない。したがって、差止の可能性を否定すべきでない。騒音や振動などの発生源に対する差止は、受忍限度論による被侵害利益の内容や侵害の程度、侵害行為の公益性、公共性などが事情として考慮されるのが一般である。ただし、こうした判断をするためには、各原告の住所地での職業や生活状況などを個別に主張、立証する必要がある、これまでの原発差止訴訟では主張されていない。今後の課題である。

労働判例研究

植田 達

研修費用返還合意の有効性（労働基準法16条適合性）

一 独立行政法人製品評価技術基盤機構事件（東京地判令和3・12・2労経速2487号3頁）

I 事案の概要

1 独立行政法人X（原告）は、平成13年4月1日に成立した、工業製品等に関する技術上の評価等や、工業製品等の品質に関する情報の収集、評価、整理及び提供等を行う行政執行法人であり、平成27年3月以前は特定独立行政法人として組織されていた。Xは、経済産業省（以下「経産省」という。）が所管しており、化学物質の審査及び製造等の規制に関する法律（以下「化審法」という。）などに関する施行支援業務（審査関連業務、届出関連業務等）を目的とする化学物質管理センター（以下「化学センター」という。）を設置している。化学センターの業務は、化審法等を所管する経産省製造産業局化学物質管理課の業務と密接に関連していたほか、化審法を共管する厚生労働省（以下「厚労省」という。）や環境省の所管業務とも関連する部分があった。Xは、職員の長期派遣研修制度を設けている（以下「本件研修制度」という。）。

2 Y（被告）は、平成13年4月にXに採用され、経産省への出向を経た後、

*常葉大学専任講師。池田悠先生より「北海道大学労働法研究会」での報告および本稿執筆による研究発表の機会を賜ったこと、また、同研究会の場でご参加者より貴重なご意見を賜ったこと、この場を借りて心より御礼申し上げます。

平成18年4月、化学センターの安全審査課に復帰した。Yは、平成17年ころ、経産省への出向中に、XのP3理事から、化学センターで国際関係業務を今後強化するため、海外派遣を打診され、化学センターへの復帰後も、化学センターのP1所長（経産省からの出向者）から海外研修を勧められた。Yは、平成19年6月ころ、米国コロンビア特別区に所在する米国有害物質規制法（以下「TSCA」という。）を所管する米国環境保護局（以下「EPA」という。）での研修を実施することに了解し、同年9月7日、Xの企画管理部人事企画室の指示により、「研修の期間の末日の翌日から起算した職員としての在職期間が60月に達するまでの期間に自己都合により退職した場合、Xが支出した総額に相当する金額又は一部を返還する」と定めた誓約書に署名押印し、Xに提出した（以下「本件誓約書1」という。）。Xは、同年11月15日、Yに対し、同年12月28日から平成20年12月27日まで、EPAを研修機関とする研修命令を発した。Yは、平成19年12月28日から、EPAに派遣され、研究員として週40時間・休日は土日祝日等で勤務する（以下「本件研修」という。）とともに、勤務時間外にEPAの近隣に所在する大学院（ビジネススクール）にパートタイムで通学した。Yは、平成20年9月10日ころ、化学センターのP2所長に対し、本件研修期間の延長がXにとって有益であるとして研修期間の延長を求めるとともに、大学院の通学を継続して学位取得を目指したいという意向を伝えた。Yは、同年10月15日、Xの企画管理部人事企画室の指示により、本件誓約書1と同じ条項を定めた誓約書に署名押印し、Xに提出した（本件誓約書2。以下、本件誓約書1と併せて「本件各誓約書」という。）。Xは、同年11月10日、Yに対し、同年12月28日から平成21年12月27日までのEPAでの研修命令を発した。

- 3 Yは、平成21年12月27日、本件研修を終了して日本に帰国し、翌28日、化学センターに復帰した。Yは、平成25年9月30日、自己都合によりXを退職した。Xは、同年12月4日、Yに対し、本件研修費用の残額1141万3100円（総額1234万7238円のうち、Yは、平成22年2月22日、Xに対し、93万4138円を返納した。）のうち、本件研修終了後の在職期間45か月分を控除した285万3275円の返還を求めたが、Yはこれに応じなかったため、Xは、Yに対し、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還等を求める本件訴訟を提起した。

II 判旨（請求棄却）

1 請求原因：本件消費貸借契約の成否

「Yは、本件研修に係る長期派遣研修員に選定されてEPAに派遣される際及び米国滞在中に本件研修の期間が延長される際に、本件各誓約書に署名押印してX代表者に提出したこと、本件各誓約書には、いずれも『研修の期間の末日の翌日から起算した職員としての在職期間が60月に達するまでの期間に自己都合により退職した場合、〔X〕が支出した総額に相当する金額又は一部を返還する』旨が明記されていること、XはYをEPAに派遣するに当たり、本件研修費用として合計1234万7238円を支出したことが認められる。以上の事実によれば、Yは、本件研修に参加し、また、研修期間が延長されるに際して、研修終了後60月（5年）以内にXを自己都合により退職した場合には、Xが負担した本件研修費用の一部又は全部を返還するという意思を有し、これをXに表示したといえるから、XY間には、YがXに対し本件研修費用の一部又は全部を返還する債務を負うが、Yが本件研修の終了後、Xでの勤務を5年間継続したときは、XはYに対し上記の返還債務を免除する旨の条件付き金銭消費貸借契約（本件消費貸借契約）が成立した」。

「また、『返還金額及び返還方法については、〔X〕企画管理部人事企画室に相談すること』との記載もされていることを踏まえ、本件消費貸借契約の締結に係るXとYの意思を合理的に解釈すれば、XY間では、客観的に確定し得る本件研修費用の総額を上限としつつ、Xの裁量等により減額され得る範囲の金額につきYが返還義務を負う旨の合意が成立したものと認められるから、本件各誓約書に顕れたYの返還債務の内容が消費貸借契約の有効な成立を肯定し得ないほどに不特定又は不明確であるとはいえない」。

2 抗弁：本件消費貸借契約の労基法16条適合性

(1) 「Yは、Xの職員として採用されることで国家公務員（一般職）の身分を付与されていたところ、Xは、本件消費貸借契約を締結した平成19年及び平成20年当時は特定独立行政法人とされていたから…、その職員について、国家公務員（一般職）に属する職員に対する労基法の適用除外について定めた国家公務員法附則16条は適用されず、Yには労基法が適用されていた」。

労基法16条は、「労働者の自由意思を不当に拘束して労働関係の継続を強要することを禁止した規定であるから、使用者であるXが負担した本件研

修費用について、労働者である Y が一定期間内に退職した場合に Y にその返還債務を負わせる旨の本件消費貸借契約が『労働契約の不履行について違約金を定め、又は損害賠償額を予定する契約』に当たるものとして同条に違反するか否かも、同契約の前提となる本件研修制度の実態等を考慮し、本件研修が業務性を有しその費用を X が負担すべきものであるか、本件消費貸借契約に係る合意が労働者である Y の自由意思を不当に拘束し労働関係の継続を強要するものか否かといった実質的な見地から個別、具体的に判断すべきものと解すべきである。』

- (2)ア 「X は、かねてから、… 中長期的な視点に立って戦略的に国際的な人材を育成するという施策に取り組んでおり、… 職員の長期海外派遣に関する具体的な仕組みや手続を整備していたこと、Y は、経産省に出向中の平成18年に X の P3理事から海外派遣を打診され、平成19年4月に化学センター(原文ママ)に復帰した後も P1所長から本件研修制度に基づく海外研修を勧められていたこと、Y の派遣先となった米国の EPA は専ら X において選定されたこと、EPA における勤務条件等は、主に P1所長から依頼を受けた経産省の P4課長補佐と EPA との間の交渉により決定され、Y の具体的な業務も受入れ先となる EPA から提案された業務を X が了解するといった過程で決定されたこと、Y は、平成19年9月時点で20回以上の海外出張や国際会議等への出席の経験を有しており、国際コミュニケーション英語能力テスト (TOEIC) においても900点のハイスコアを保持していたこと、Y は、本件研修に併せて、EPA の勤務時間外にパートタイムで米国のビジネススクールに通学することを希望し、これを踏まえて、派遣期間が当初の予定時期よりも数か月後に変更され、また、本件研修の期間の延長の希望を P2所長に上申した際にも、ビジネススクールの通学を継続して学位取得を目指したいという意向を伝えていたことが認められる。

以上の諸事情に照らせば、Y は、自らの意思により本件研修に参加したものと見え、また、派遣時期や米国滞在中のビジネススクールへの通学など Y 自身の希望も派遣計画に一定程度反映されていたといえるが、一方で、Y において積極的に海外派遣を X に求めたものではなく、研修先の選定や研修内容の確定に当たっても Y の意向が反映された形跡はうかがわれず、かえって、X において、化学センターが取り扱う専門技術の分野に精通し、海外経験も豊富で語学力にも全く問題がなかった Y を長期海

外派遣の適任者として選定し、派遣先や研修内容も X において主導的に調整、決定した上で Y を EPA に派遣したものと認められる。」

イ 次に、「Y の派遣先として EPA が選定された理由の 1 つは、化審法の施行支援業務等を業務とする化学センターと米国における化学物質管理に関する法律である TSCA を所管する官庁である EPA とで業務内容に共通する部分があるという点にあったこと、X においては、Y を EPA に派遣するについては、職員の人材育成という観点のみならず、総合的化学物質管理について多くの実績があり、国際的にも主導的な役割を果たしている EPA の取組みを研修成果として獲得し、これを X の業務に還元することで、今後の化審法改正による化学物質の総合評価・管理の分野で X が中核機関としての役割を果たすことも目的としていたこと、Y は本件研修に参加する時点で既に海外経験も豊富で語学力にも全く問題がなかったことが認められる。このようにみれば、本件研修は、実態としては、語学力の獲得や海外経験を積ませることで職能を高めさせるといった Y 個人の能力向上のみならず、EPA の取組みを Y に体得させ、また、EPA との人脈を形成することによって事後の情報交換を容易にすることで、日本の化学物質管理行政の分野における X のプレゼンスを高めるという組織的目的に基づき実施された面も相当程度あった」。

ウ さらに、「Y は、EPA においてはリサーチスカラー（研究員）の肩書を与えられ、週40時間という EPA 職員と同一の労働条件で勤務していたこと、本件研修における Y の業務は X の関心事項等も踏まえた調査研究を行うこととされていたが、一方で、調査研究の結果を自発的に化学センターに報告したり、化学センターの職員のみならず、経産省、厚労省及び環境省といった他の組織の職員らの求めに応じて、EPA の内部情報も含めて、調査、検討を行い、迅速にその結果を報告しており、Y の報告は、X における改正化審法の検討等の業務に資するものであったこと、Y は、平成21年2月、経産省の打診を受け、米国産業界の大規模会議であるグローバルケムで我が国の化審法改正について報告したほか、米国化学工業会（ACC）の依頼によりアジア太平洋域化学品規制に関する会合にも出席し、化審法の改正動向を説明するなどしたこと、帰国後も、本件研修で培った EPA 職員との人脈を生かして X と EPA との間の定期的な電話会議を立ち上げるなど X の業務に関連する業務に就いていたことが認められる。

このように、YのEPAにおける本件研修は、形式的には独自の調査研究とXに対する報告を主とするものとされていたが、これにとどまらず、Xほかの関係機関からの頻繁な調査研究依頼に対応して化学物質管理に関するEPAの情報を調査検討して報告したり、化学センターが所管する化審法の改正等の情報を米国内の会議で紹介するなどしていたというのであって、その業務内容はXや所管庁である経産省等の業務に密接に関わるものであり、Xの職員としての業務性も相当程度帯びていた」。

- エ 加えて、YがEPAにおいて従事した上記以外の様々な業務は、「XにおけるYの業務内容と深く関係する一方で、化学センターないし経産省における公共政策に関わる非常に専門的な分野に関する経験であるため、必ずしもXや関係省庁以外の職場や化学物質管理に関する業務以外の業務分野における汎用的な有用性を有するものではなかった」。
- (3) 「以上のとおり、本件研修は、派遣先や研修内容の決定についてX側の意向が相当程度反映されており、本件研修を通じて得られた知見や人脈は本件研修終了後のXにおける業務に生かし得るものであった一方で、Xや関係省庁以外の職場での有用性は限定的なものであったといえ、一般的な留学とは性質を異にする部分が少なくなかったものと認められる。他方、P1所長ほかのXの職員及び経産省ほかの所管省庁の職員らは、Yに対し、頻繁な調査依頼を行うなどし、Yも、これに対応していたが、これらの調査は、X及び経産省ほかの所管省庁にとってみれば、その本来業務にほかならないというべきである。このようにみれば、本件研修は、主としてXの業務として実施されたものと評価するのが相当であり、そうであれば、本件研修費用も本来的に使用者であるXにおいて負担すべきものとなるところ、本件消費貸借契約は、本件研修の終了後5年以内にYがXを自己都合退職した場合に本来Xにおいて負担すべき本件研修費用の全部又は一部の返還債務をYに負わせることでYに一定期間のXへの勤務継続を約束させるという実質を有するものであり、労働者であるYの自由な退職意思を不当に拘束して労働関係の継続を強要するものといわざるを得ないから、労基法16条に違反し無効と解するのが相当である。」
- (4) また、「Yは、P1所長から、経産省化学物質管理課からの調査依頼については可能な限り臨機応変に対応するよう指示されていた上、厚労省及び環境省からの調査依頼についても、これらが化審法の所管官庁であることを踏ま

えれば、YにおいてXの業務とは無関係に対応していたものとはいえない。」

Ⅲ 検討（判旨に概ね賛成）

1 問題の所在・本判決の意義

使用者が労働者の能力開発などのために費用を負担して労働者の研修や留学（以下、研修・留学を併せて「修学」ともいう。）を実施する場合、研修や留学の終了直後に労働者が退職すれば使用者の投下資本が無駄になってしまうことから、使用者は、それら研修や留学の費用を労働者に貸し付ける形にし、研修や留学から帰任してから一定期間勤務を継続したことを条件に費用の返還を免除する仕組みを活用することが多い。そのような仕組みとして締結される修学費用返還合意は、労働者に費用返還債務を負担させてその退職を躊躇させる効果をもちうることから、その契約としての法的性質と関連して、労働契約における賠償予定の禁止を定める労基法16条との関係が問題となる。

本件も、研修費用返還合意の成否と効力が問題となったものであり、その判断について一事例を加えるものである。また、その法的性質および労基法16条との関係を前提に、研修費用返還合意に基づく費用返還請求に関する要件事実的な位置づけに触れたという意義もある。

2 労基法16条の伝統的意義と現代的機能

民法では、契約自由の原則の下で、当事者の合意により、債務不履行についての損害賠償額の予定をすることができるものと定められている（420条1項）。損害賠償額の予定には、損害発生の有無やその金額をめぐる紛争の回避に加えて、債務者による履行の促進や、債務者の賠償リスクの予測可能性の確保といった機能がある¹。もっとも、現実の損害額と比較して著しく過大な（または過小な）損害賠償額の予定が合意されたような場合、当該合意は、債権者（または債務者）によるいわゆる暴利行為に該当すれば、公序違反として無効になる（民法90条）²。そして、特に労働契約においては、かつて使用者が、交渉力格差を背景に、

¹ 我妻栄『新訂 債権総論』131-132頁（岩波書店、1964年）、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』538頁（信山社、2017年）、中田裕康『債権総論（第4版）』221頁（岩波書店、2020年）。

² 大判昭和7年4月8日民集11巻582頁、大判昭和19年3月14日民集23巻147頁、我妻・

労働者の使用者に与えた損害について過大な損害賠償額が予定され、または期間途中の退職について違約金が定められるなどして、一定額の損害賠償や違約金の支払いを労働者本人やその身元保証人に約束させる、という慣行が横行していた³。こうした約束によって労働者が身分的従属や足止めを強いられる事態を防止するため、労基法16条は、労働憲章規定の1つとして、民法が認めている損害賠償額の予定や違約金を定める契約を特別法として禁止する、賠償予定の禁止を定めた⁴。同条に違反してそのような契約を締結すれば、刑罰の対象にもなる（同法119条1号）。ただし、懲戒処分としての減給は、違約金の定めに当たるものの、労基法自身が認めた16条の例外である（91条）と解されている⁵。なお、使用者が労働者に対して損害賠償を求めること自体は、禁止されていない⁶。

しかし今日では、労基法16条が典型的に想定する前近代的な合意が交わされることはほとんどないと思われる⁷。それに代わって現在では、同条が伝統的な意義や趣旨とは異なる機能を営むようになってきている。その中でも主要なものが、

前掲注（1）133頁、潮見・前掲注（1）543頁、中田・前掲注（1）222頁など。

³ 荒木尚志『労働法（第5版）』78頁（有斐閣、2022年）、厚生労働省労働基準局編『令和3年版労働基準法（上）』248頁（労務行政、2022年）。

⁴ 同条は、工場法施行令24条（大正5年）を承継したものである。

⁵ 荒木・前掲注（3）78頁、厚生労働省労働基準局編・前掲注（3）252頁。

⁶ ただし、その損害賠償請求は、信義則（民法1条2項、労契法3条4項）により制限されうる。茨城石炭商事事件・最一小判昭和51・7・8民集30巻7号689頁。また、新協運送事件・大阪地判平成11・2・17労判754号17頁は、現実の損害の発生を要件とし、賠償額の上限を事故態様に応じて現実の損害額または3万円に限定する債務負担の合意は、労基法16条に違反するとはいえないとした。

⁷ 現在でも見受けられる労基法16条違反の例として、例えば、労働者の使用者に対する一切の債務を担保するために将来の損害賠償債権との相殺を予定している保証金預託合意（カーゴスタッフ事件・静岡地判平成25・8・9判例集未登載（LEX/DB 文献番号25501645））、雇用期間満了を条件に返還義務が免除される金銭消費貸借契約（BGC ショウケンカイシャリミテッド・東京地判平成26・8・14判時2252号66頁。医療法人北緋会事件・大阪簡裁平成7・3・16労判677号51頁も参照）、賃金に当たる交通費を貸付けとする就業規則上の規定（グレースウィット事件・東京地判平成29・8・25労判1210号77頁）、違約金条項を含む交際禁止同意書（キャバクラ運営A社従業員事件・大阪地判令和2・10・19労判1233号103頁）などがある。

本件でも問題となった返還免除特約付⁸の修学費用返還合意⁹である。このほか、(期間の定めのない)労働者に対して継続勤務を奨励する目的で使用者が支払う報酬について、一定期間内に辞職した場合に雇用開始時に支払われた契約締結金(サインングボーナス)を返還することを定める合意は、同条の違反により無効となる¹⁰。これに対し、継続勤務したことを条件に報酬を支払う旨の後払いの合意であれば、損害賠償などの債務による威嚇を通じての足止めとはいえないため、直ちには同条の違反にならない¹¹。また、退職後の競業禁止特約との関係で同条が問題になった例もある¹²。なお、退職後の競業禁止義務違反に関し、一般的に損害(逸失利益)の立証が困難であると認識されているにもかかわらず、損害賠償の予定条項が置かれることがあまり見られないのは、同条が存在することに加えて、退職後の労働者による競業行為には退職金不支給条項で対処する手法が実務上確立している¹³ことが要因の1つであると推察さ

⁸ 養成所授業料貸与金(月額1万円、総額12万円)の返還が、入社した場合に退職まで猶予されるに過ぎず、入社や一定期間の継続勤務を条件に返還義務を免除する特約を含むものではなかった事案で、労基法16条違反でない¹⁰と判断した河合楽器製作所事件・静岡地判昭和52・12・23労判295号60頁。

⁹ 社外での研修や留学ではない、使用者による一般的な従業員教育の域を出ない指導についての講習手数料を支払う約定は、労基法16条違反の問題が生じる。サロン・ド・リリー事件・浦和地判昭和60・5・30労判489号85頁。

¹⁰ 日本ポラロイド事件・東京地判平成15・3・31労判849号75頁。東箱根開発事件・東京高判昭和52・3・31判タ355号337頁も、実質的に賃金の一部である勤続手前貸金を勤続1年未満の退職者に支払わないまたは既払いのものを返還させる約定を労基法16条違反と判断した。

¹¹ アール企画事件・東京地判平成15・3・28労判850号48頁。

¹² 競業禁止義務違反に関連して損害賠償額の予定を行うことが労基法16条の趣旨に照らして無効であるとする例として、総合行政調査会地方人事調査書事件・東京地判昭和59・11・28労判459号75頁。同条には違反しないとする例として、トータルサービス事件・東京地判平成20・11・18労判980号56頁、富士薬品・八光薬品事件・大阪地判平成30・3・5裁判所ウェブサイト。違約金条項(民法420条3項参照)について特に労基法16条との関係を問題にしなかったヤマダ電機事件・東京地判平成19・4・24労判942号39頁、リーフラス事件・東京地判平成24年1月17日判例集未登載(LEX/DB文献番号25491225)。

¹³ 退職後の競業行為を退職金の不支給事由と定め、これに基づき退職金の全部または一部を不支給とすることは、同条には違反しないと解されている。三晃社事件・最二

れる。

3 修学費用返還合意の有効性

(1) 裁判例等の分析

ア 修学費用返還合意の法的性質と成立要件

これまでの裁判例において、修学費用返還合意が金銭消費貸借契約であることを前提に、使用者は、労働者に対し、消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を訴訟物として、修学費用の返還を請求してきた。修学費用返還合意の労基法16条適合性に関する先駆的事例であるとされている長谷工コーポレーション事件（東京地判平成9・5・26労判717号14頁）は、社員留学制度に基づく学費等の支出および一定期間内に退職した場合の返還条項の法的性質につき、留学制度への応募そのものや留学先の選択が労働者の自由意思によること（後記①❶）、留学による経験や学位取得は労働者にとって、勤務を継続するか否かに関係なく、有益なものであること（後記①❷）を考慮し、当該留学の業務性を否定するとともに、金銭（留学費用）の返還約束および金銭の交付の事実があったことから、学費についての返還免除特約付の金銭消費貸借契約が成立したと判断した。そして、この金銭消費貸借契約が労働契約とは別の契約であることから、留学費用返還債務は、「労働契約の不履行」によって生じるものではなく、労基法16条に違反しない、と述べた。

これに対し、その後の裁判例は、消費貸借契約（民法587条）成立の要件事実が金銭の返還約束および金銭の交付（要物性）であるという理解¹⁴に沿って、金銭の返還約束および金銭の交付の事実があったことを理由に¹⁵、修学費用の免除条件付金銭消費貸借契約が成立したと判断した上で、当該修学の業務性については、労基法16条に違反するかどうかの判断において考慮する傾向にある。したがって、金銭消費貸借契約成立に関する使用者の請求原因事実の主張立証

小判昭和52年8月9日労経速958号25頁。

¹⁴ 司法研修所『紛争類型別の要件事実—民事訴訟における攻撃防御の構造（3訂）』28頁（法曹会、2021年）。

¹⁵ ただし、金銭の返還約束に加えて、金銭の交付の事実にも明確に触れたものは少数だと思われる。東亜交通事件第一審・大阪地判平成21・9・3労判994号41頁、医療法人杏祐会元看護師ほか事件・広島高判平成29・9・6労判1202号163頁。

としては、金銭の返還約束と金銭の交付で足り、修学に業務性がない（希薄である）ことまたはその評価根拠事実は不要である¹⁶。この金銭の返還約束は、個別の合意からではなく、就業規則の効力（労契法7条本文・10条本文）として労働契約の内容になった規程上の返還条項から、肯定された例もある¹⁷。なお、貸金返還（消費貸借契約の終了）の要件事実として、返還時期の合意がある場合、返還時期の合意および返還時期の到来が必要である¹⁸ことから、修学費用返還合意に基づいて返還を求めるには、上記に加えて、不確定期限（修学終了後の退職）の定めおよび当該期限の到来の主張立証も必要となると解される¹⁹。

返還すべき費用や範囲の不明確さに起因して金銭消費貸借契約の成立や内容が争点になることもある。これらは具体的な事案の下での金銭消費貸借契約をめぐる事実認定に関する問題であり、裁判例には、返還債務の免除基準に曖昧な点があるとしても「社会常識に照らしある程度の特定はできうる」として金銭消費貸借契約自体の成立を否定しなかったもの²⁰や、住居確定前の宿泊費などをめぐって返還対象の定めが限定列举か例示列举かが争われたところ、一定の場合に留学費用の一切を返還する旨を説明していたことや全ての費目を誓約書に記載することが現実的でないことから、例示列举と解釈して留学費用全てについての金銭消費貸借契約の成立を認めたもの²¹、賃金に該当しうる渡航準備費や住居確定までの宿泊費などは含まれず、授業料および出願料に限定したものの²²がある。

¹⁶ 一方、長谷工コーポレーション事件・東京地判平成9・5・26労判717号14頁と同様の枠組みで判断したと思われる例として、東亜交通事件・大阪高判平成22・4・22労判1008号15頁。

¹⁷ 新日本証券事件・東京地判平成10・9・25労判746号7頁、徳島健康生活協同組合事件・高松高判平成15・3・14労判849号90頁。この理解は、修学費用返還制度が「労働条件」（労契法7条本文・10条本文）に該当すると解する立場が前提となる。反対説として、山川隆一「労働契約法の制定一意義と課題」日本労働研究雑誌576号9頁（2008年）。

¹⁸ 司法研修所・前掲注（14）28頁。

¹⁹ 山川隆一「判批（徳島健康生活協同組合事件）」ジュリ1281号172頁（2004年）参照。

²⁰ 前掲注（16）・長谷工コーポレーション事件。明治生命保険（留学費用返還請求第2）事件・東京地判平成15・12・24労判881号88頁も、誓約書の文言が合理的に解釈できることから、金銭消費貸借契約の成立は否定しなかった。

²¹ みずほ証券元従業員事件・東京地判令和3・2・10労判1246号82頁。

²² 明治生命保険事件・東京地判平成16・1・26労判872号46頁。

イ 修学費用返還合意と労基法16条との関係

修学費用返還合意と労基法16条との関係について、裁判例の多くは、修学費用返還合意に同条が適用されるという立場をとっている²³。この見解は、修学終了後の一定期間勤務することが労働契約上の義務となり、その期間の満了前に退職することによるその不履行が同条にいう「労働契約的不履行」である、と解するものである²⁴。その上で、同条の強行法規性から、合意や契約の名称・形式に関係なく、その実態に即して一定期間勤務する契約についての損害賠償額の予定または違約金の定めであるかどうかを判断すべきと説明する見解がある²⁵。

その一方で、同条の「労働契約的不履行」とは期間途中の退職または労務不提供などの義務違反をいい、返還合意（金銭消費貸借契約）も「損害賠償額〔の〕予定」に当たらないと解し、修学費用返還合意に同条は適用されないという見解もある。これによれば、修学費用返還合意の有効性は、公序違反性の問題となるが、その判断に当たって労基法16条の趣旨も考慮要素となりうる²⁶。また、修学費用返還合意が金銭消費貸借契約である場合（前記ア）については「労働契約的不履行」に関する同条を直接適用することを疑問視する見解もある。この立場は、（私法上の規定としての）同条の類推適用または公序違反の有無を問題とする²⁷。裁判例にも、労基法16条そのものの適合性を問うのではなく、同条の「法意に反するものとして無効」としたものがある²⁸。ただ、この見解も、修学費用返還合意が実質的にみて労働契約（一定期間勤務する義務）の不履行に対する賠償額の予定または違約金の定めと評価できるかにより、その有効性を判断する。なお、前記アの通り、前掲・長谷工コーポレーション事件は、修

²³ 野村証券事件・東京地判平成14・4・16労判827号40頁、前掲注（22）・明治生命保険事件、前掲注（15）・医療法人杏祐会元看護師ほか事件、前掲注（21）・みずほ証券元従業員事件など。

²⁴ 荒木・前掲注（3）79頁。

²⁵ 水町勇一郎『詳解 労働法（第2版）』269頁（東京大学出版会、2021年）。

²⁶ 下井隆史『労働基準法（第4版）』89頁（有斐閣、2007年）。なお、下井隆史『労働基準法（第5版）』99頁（有斐閣、2019年）ではやや異なる説明がなされている。

²⁷ 山川・前掲注（19）172-173頁。

²⁸ 和幸会事件・大阪地判平成14年11月1日労判840号32頁、医療法人杏祐会元看護師ほか事件第一審・山口地裁支部判平成29・3・24労判1202号169頁。

学費用返還合意が金銭消費貸借契約である場合には同条に違反しない（修学の業務性を契約の性質決定で考慮すると思われる）という立場である²⁹。

以上のように、いずれの立場をとっても、修学費用返還合意は、当然に有効になるものではなく、労基法16条または同条の趣旨などに違反するかどうかの問題となる。この点につき、野村證券事件（東京地判平成14・4・16判判827号40頁）は、次のように判示している。すなわち、仮に免除条件を付した留学費用返還請求が「許されないとすれば企業としては多額の経費を支出することになる海外留学には消極的にならざるを得ない³⁰。また、…海外留学は人材育成策という点で広い意味では業務に関連するとしても、労働者個人の利益となる部分が大いのであるから、その費用も必ずしも企業が負担しなければならないものではなく、むしろ労働者が負担すべきものと考えられる。他方、労働者としても一定の場合に費用の返還を求められることを認識した上で海外留学するか否かを任意に決定するのであれば、その際に一定期間勤務を継続することと費用を返還した上で転職することとの利害得失を総合的に考慮して判断することができるから、そのような意味では費用返還の合意が労働者の自由意思を不当に拘束するものとはいえない」。この判示のように、修学費用返還合意の問題は、本質的には、修学費用に関する本来的な負担者が使用者と労働者のいずれであるかという費用負担の点にあると理解されている。そして、その費用が、使用者が負担すべきものであるにもかかわらず、労働者に負担させている場合、本来負担しない債務での威嚇による労働者の拘束・足止めとして、労基法16条（またはその趣旨）の適合性が問題となりうるという趣旨だと思われる。

こうした背景から、裁判例は、修学費用返還合意の労基法16条の適合性につき、①修学が使用者の業務として行われたものであって、その費用が本来的に使用者の負担すべきものといえるかどうかを、次のような要素から判断して

²⁹ このほか、労基法16条の適合性の問題とはせずに、資格取得後の継続勤務の約定を紳士協定として法的拘束力を否定した武谷病院事件・東京地判平成7・12・26判判689号26頁や、賃金に該当する奨学金の返還合意を錯誤（民法95条）により無効とした東光会事件・さいたま地判平成14・3・27判判824号90頁もある。

³⁰ 大内伸哉「判批（長谷工コーポレーション事件）」ジュリ1130号135頁（1998年）、川田琢之「判批（長谷工コーポレーション事件）」菅野和夫・西谷敏・荒木尚志編『労働判例百選（第7版）』28頁（2002年）、土田道夫『労働契約法（第2版）』88頁（有斐閣、2016年）も参照。

いる。すなわち、①修学の実施や内容決定が、使用者の意向・命令などによるものか労働者の希望によるものか、②修学による習得内容が、使用者での業務との密接な関連性があるものか汎用的な有用性をもつものであるか、③修学の期間中の業務従事の有無、④修学制度の下での費用返還が、労働者との個別合意によるものか就業規則の効力として労働契約の内容になった規程によるものか、⑤修学の期間中に労働者に支払われる金銭が、賃金の性質を有するかどうか、という修学そのものに関する事情である。加えて、②退職の自由を保障する労基法16条の趣旨に照らし、修学費用返還合意が「労働者の自由意思を不当に拘束し労働関係の継続を強要する」³¹か否かという、当該合意がもつ退職の自由に対する制約的効果の観点から、①所定の勤続期間の長短、②返還すべき金額の多寡（その労働者の賃金額との対比において大きな負担となる返還額であるかどうか）、③帰任後の勤続年数に応じた減額措置の有無、などの帰任後の事情、さらに、③返還義務の具体的内容に関する修学前の労働者の認識内容や使用者からの説明の有無なども考慮されることがある。

先駆的事例である前掲・長谷工コーポレーション事件では、①当該留学の業務性の有無を、①および②の要素から判断した。その後の裁判例の具体的な判断としては、富士重工業事件（東京地判平成10・3・17労判734号15頁）は、研修への応募は労働者の意思によるものだったが、研修先は使用者の関連企業でもあり、使用者が派遣先として定めたこと（①①）、海外企業研修員派遣制度が、使用者の関連企業での業務従事を通じて使用者の業務遂行に役立つ語学力や海外での業務遂行能力を向上させる「社員教育の一態様」であること（①②）、研修期間中も使用者の業務に従事していたこと（①③）から、その派遣費用は使用者が負担すべきものとして、返還合意は労基法16条に違反し無効と判断した。なお、債務免除に帰任後5年間の勤務を要する点については、特に期間の長短（②①）の評価はなかった。新日本証券事件（東京地判平成10・9・25労判746号7頁）は、留学の決定後は、使用者が、その業務に関連する学科を専攻するように定め、留学期間中の待遇を勤務している場合に準拠し、留学派遣の業務命令を発していること（①①）や、帰国後も留学中に習得した知識を活用する業

³¹ 前掲注（23）・野村證券事件、コンドル馬込交通事件・東京地判平成20・6・4労判973号67頁、前掲注（21）・みずほ証券元従業員事件。前掲注（8）・河合楽器製作所事件も参照。

務に従事したこと(①②)、返還制度が個別合意ではなく就業規則の効力に基づくものであったこと(①④)から、返還制度につき、業務性を肯定し、労基法16条に違反して無効だと判断した。同事件判決でも、帰任後5年間の勤務について期間の長短(②①)の評価はなかった。

前掲・野村證券事件は、留学は、形式的に業務命令によるものであったとしても、労働者個人の強い意向によるものであり、留学中の科目選択や生活が労働者の自由に任せられていたこと(①①)、それにより獲得した経験や資格により労働者は転職が容易になったこと(①②)から、業務性を否定し、帰任後5年間という債務免除までの勤務期間(②①)も考慮して労基法16条に違反しないと判断した。これと概ね同様に、明治生命保険事件(東京地判平成16・1・26判例872号46頁)も、留学は、その業務命令が発せられるものの、労働者本人の意思に反して派遣されることはなく、留学中、毎月簡単な報告書の提出が義務づけられていたが、留学先は、一定範囲に制限されるが労働者が自由に選択でき、そこでの科目選択も自由であったこと(①①)、履修内容には使用者の業務に直接には関連しないものも含まれ、汎用的なもので、それにより獲得した経験・資格は使用者以外でも通用するものであったこと(①②)から、業務性を否定した。もっとも、帰任後5年間の債務免除までの勤務期間については、長短(②①)の評価は特になかった。みずほ証券元従業員事件(東京地判令和3・2・10判例1246号82頁)でも、ほぼ同様の判断がなされており、同事件でも、労働者は留学期間中に報告や届出を求められていたところ、それらは使用者の業務に直接関係なく、使用者の人事管理上の目的に基づくものだったため、業務性を肯定する事情として重視されなかった。また、帰任後の配置が取得資格を前提としたものではなかったこと(①②)も指摘されている。加えて、帰任後5年間という債務免除までの勤務期間(②①)を「不当に長いとまではいえない」と評価した。

大成建設事件(東京地判令和4・4・20判例集未登載(LEX/DB文献番号25592956))は、社外研修としての留学は、応募・辞退は任意と定められており、労働者が自らの意思で参加し、研修機関や研修テーマ、履修科目も選定したことや、延長に難色を示していた上長との調整を経て研修期間を延長したこと(①①)、履修科目に汎用性が高いものが多く含まれていたこと(①②)に加え、帰任後5年間という債務免除までの勤務期間が「不当に長いとまではいえない」こと(②①)、貸与金返済額が労働者の収入額に照らして不当に高額とまでは

いえないこと(②②)から、労基法16条に違反しないと判断した³²。

以上のような外国での研修や留学は、その費用が高額に上り、選抜された幹部候補職員を対象にする傾向があるが、そのような修学のみならず、業務に関わる資格取得課程やセミナー受講などについての費用返還合意でも、労基法16条適合性は同様に問題になりうる。コンドル馬込交通事件(東京地判平成20・6・4労判973号67頁)は、普通第二種免許は、業務に不可欠な資格であるが、労働者にとって退職しても利用できる個人的利益があり(①②)、本来労働者が負担すべきものであることに加え、返還すべき金額も少額(②②)で、債務免除までの勤務期間が2年であった(②①)ことから、労基法16条に違反しないと判断した。同様に、東亜交通事件(大阪高判平成22・4・22労判1008号15頁)も、費用の一部につき、自動車教習の受講が、労働者の自由意思に委ねられていて指揮命令下でない(①①)ため、業務とはいえず、普通第二種免許取得は労働者の利益になる(①②)もので、本来労働者が負担すべき費用であり、質金的性格をもつものではない(①⑤)、と述べた。

一方、医療法人杏祐会元看護師ほか事件(広島高判平成29・9・6労判1202号163頁)は、看護学校進学は、業務命令ではない(①①)が、使用者における資格確保のための養成の一環であり、使用者の業務に直結するものであること(①②)、貸付金の実質が賃金の補充であること(①⑤)、貸付規定の内容を労働者が認識したのが退職の意思表示時点で、労働者にとって貸付の返還・免除条件が明確でなかったこと(③)、帰任後6年間という債務免除までの勤務期間は、労基法14条が定める3年間の2倍であり、同条の趣旨からも逸脱した³³

³² さらに、同事件判決は、研修費用返還合意(金銭消費貸借契約)に基づく貸金返還債権および利息債権と労働者が使用者に対して有する債権とを相殺する合意相殺につき、日新製鉄事件(最二小判平成2・11・26民集44巻8号1085頁)が示した枠組みの下で、労基法24条1項本文に違反せず有効であると判断した。その理由として、相殺合意の内容の簡明さや、労働者が十分な情報提供を受けたこと、労働者が貸与金や相殺に異議を述べずに誓約書(金銭消費貸借契約書)に署名押印したことのほか、労働者が自らの意思で応募し、研修機関などを選定したことや、研修内容が使用者以外での勤務にも通用する知識などの獲得に寄与したこと、返還免除特約があることも挙げた。合意相殺にかかる労働者側の債務が労働者自身の利益になったものであることが考慮されたものと考えられる。

³³ 学説にも、労基法14条1項が労働契約の期間の上限を原則として3年(5年とする

著しい長期間であり³⁴ (②①)、帰任後の勤続年数に応じた減額措置も全くなく (②③)、返還金額が、修学時点での労働者の基本給の約10倍の金額であった (②②) ため、貸付規定による退職の自由への制限が目的達成手段として均衡を著しく欠いて不合理であることから、労基法16条に違反して無効だと判断した。

ダイレックス事件(長崎地判令和3・2・26労判1241号16頁)も、同様の要素を挙げており、セミナー受講は、労働時間であり (①①)、その受講料は本来的に使用者が負担すべきものであって、内容も汎用性がなく (①②)、退職の自由を制限していること、その具体的金額は、事前に知らされていなかった(労働者が負担金額を使用者に確認することは、退職の意思を表明することに等しく、事実上は困難である、と指摘している。)こと (③)、労働者の給与額と比較して少額でなかったこと (②②) から、労基法16条に違反し無効と判断した。

以上の裁判例から、修学費用返還合意の労基法16条適合性の判断に当たっては、②修学内容の使用者の業務との密接関連性の有無を中心として、①修学の業務性を支える事情の有無が重視されていることが窺われる。これは、修学費用返還合意の労基法16条適合性は、まずは、労働者に対する拘束・足止めの強度(②の各要素)よりも、その拘束・足止めの前提となる不当な債務負担が存在するかどうかという意味で、当該修学に関する当事者間のあるべき費用負担が問題である、と整理されたためだと考えることができる。そして、使用者が、その円滑な事業運営につながる労働者の能力開発のために修学の機会を提供している以上、その修学の業務性が皆無であるということは想定しがたい³⁵。したがって、この業務性には強弱があることが各裁判例のルール的前提であり³⁶、修学の業務性が強い(修学費用を使用者が負担すべき)場合は、労基法16条違反が成立しやすくなる反面、業務性が弱い(修学費用を労働者が負担すべき)場合は、同条違反が否定されやすくなる。なお、要件事実論的には、労働

例外がある。)に制限していることを考慮し、免除条件としての帰任後の勤務期間は3年以内を基本とすべきとする見解がある。西谷敏『労働法(第3版)』94頁(日本評論社、2020年)。前掲注(8)・河合楽器製作所事件も参照。

³⁴ 前掲注(28)・同事件第一審は、この勤務期間につき、労基法14条に触れずに「相当長期間」と評価した。

³⁵ 龔敏「損害賠償予定の禁止と研修費用の返還請求」土田道夫・山川隆一編『労働法の争点』45頁(有斐閣、2014年)、土田・前掲注(30)88頁、西谷・前掲注(33)93頁。

³⁶ 川田・前掲注(30)29頁も参照。

者が業務性を基礎づける事情などの同条違反（修学費用返還合意が実質的に労働契約の不履行について違約金を定め、または賠償額を予定したものであること）の評価根拠事実を、使用者が業務性を否定する事情などの同条違反の評価障害事実を、それぞれ主張立証すべきであると整理できよう。さらに、請求原因において被告たる労働者と原告たる使用者との間の労働契約の存在が摘示されていない場合、労基法16条が適用されるために労働契約の存在の主張立証が必要となる³⁷。

返還すべき金額の多寡（②②）や帰任後の勤続年数に応じた減額措置の有無（②③）を修学費用返還合意の有効性判断において考慮する裁判例もある一方で、①の各要素から合意が有効であるとしても、留学費用の多額に及ぶ可能性や帰任後の一定期間の勤続実績などを考慮し、使用者の返還請求権の行使が信義則（民法1条2項、労契法3条4項）や権利濫用法理（民法1条3項、労契法3条5項）によって制限ないし限定される可能性を指摘する裁判例もある³⁸。この考え方によれば、これらの法理による貸金返還請求の制限は、修学費用返還合意に基づく貸金返還債権が存在すること、すなわち当該合意が労基法16条に違反せず有効であることを前提としているため（また、権利を部分的に制限するものであれば一部抗弁となるため）、同条違反の抗弁との関係では予備的抗弁として位置づけられる。

以上の裁判例の傾向に加え、業務性の程度に強弱がある（裏を返せば、労働者個人の利益にも大小がある）ことも踏まえ、学説には、労働契約とは別個の金銭消費貸借契約の締結（①④と関わる）、返還制度の内容の明確化・説明（③と関わる）、労働者の自由意思の担保（①①と関わる）、修学終了後の勤続期間の相当性（②①と関わる）を返還合意の有効要件とし、①②の要素を考慮しないという見解がある³⁹。また、企業における修学制度の設計上、全額についての返還義務の有無のみが問題となることが少なくないが、そのような all or

³⁷ 一方、金銭（修学費用）の返還約束が規程などによって根拠づけられている場合は、労働契約の存在は請求原因において摘示される必要があると思われる（労契法7条本文・10条本文）。山川・前掲注（19）172頁参照。

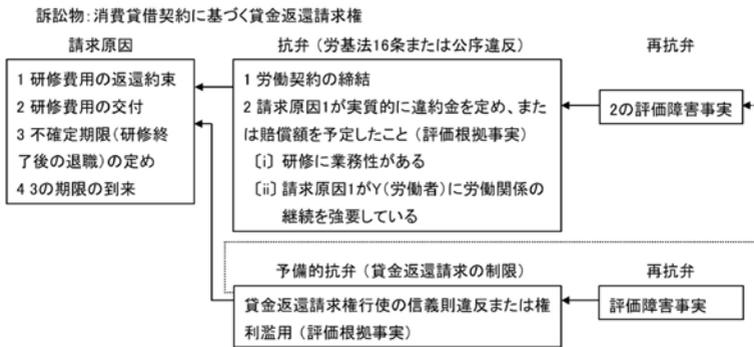
³⁸ 前掲注（16）・長谷工コーポレーション事件、前掲注（23）・野村證券事件、INPEX事件・東京地判令和4・3・10判例集未掲載（LEX/DB 文献番号25605063）。

³⁹ 土田・前掲注（30）88頁。

nothing の枠組みよりも、帰任後の在職期間に応じて償還額を減減させる「国家公務員の留学費用の償還に関する法律」(償還法) 3条1項2号のように、業務性の程度と労働者のキャリア形成上のメリットとの両面を考慮した合理的な返還方法を模索すべきである、という指摘もある⁴⁰。帰任後の一定期間の勤続などを考慮し、信義則などに基づいて返還請求権を限定する立場は、この指摘と親和的であるように思われる。

以上で検討してきた裁判例の理解を前提にすると、研修費用の返還を求める訴訟におけるブロックダイアグラムは、下記の図のように整理できる⁴¹(弁済や消滅時効のような金銭消費貸借契約に対する一般的な抗弁については省略する)。

【図 研修費用返還合意に基づく研修費用返還請求の要件事実】



(2) 本判決の検討

本判決は、消費貸借契約に基づく貸金返還請求権を訴訟物として(事案の概要3)、まず、請求原因として、本件研修費用の返還義務と復帰後60か月間の勤務という免除条件を定めた本件各誓約書による金銭の返還約束および本件研修費用の支出による金銭の交付から、免除条件付の金銭消費貸借契約の成立を認め、消費貸借契約の成立を否定するほど不特定・不明確でもないと述べた(判

⁴⁰ 荒木・前掲注(3)80頁。

⁴¹ 山川・前掲注(19)172頁および吉田哲郎「判批(野村證券事件)」季労204号244頁(2004年)も参照。

旨1)。これは、前記(1)アで述べたこれまでの裁判例に沿った判断という意味では妥当である。

その上で、本件消費貸借契約が労基法16条に適合するかどうかを被告たる労働者の抗弁として位置づけた。本判決は、XYに労基法16条が適用されることを確認し、同条に違反するかどうかにつき、本件消費貸借「契約の前提となる本件研修制度の実態等を考慮し、〔i〕本件研修が業務性を有しその費用をXが負担すべきものであるか、〔ii〕本件消費貸借契約に係る合意が労働者であるYの自由意思を不当に拘束し労働関係の継続を強要するものか否かといった実質的な見地から個別、具体的に判断」する、という判断枠組みを示した(判旨2(1))。

その具体的な判断としては、本件研修への参加はYの意思に基づくものもあり、その実施時期もYの希望に沿って調整・延長されてはいる(前掲・大成建設事件と類似している。)が、この点は重視せず、その研修先および研修内容の決定・調整をXが主導的に行った点を重視している(①①、判旨2(2)ア)。次に、本件研修の実態が、本件研修開始前から語学力や海外経験のあったY個人の能力向上のためだけでなく、研修先の取組みの習得および研修先との人的関係の形成を、Yを通じて行うことにより、Xの組織的実質目的を実現するためのものでもあった点を指摘している(①②、判旨2(2)イ)。さらに、本件研修期間中にYが自発的に、またはXやこれを所管する経産省、厚労省、環境省の職員の求めに応じて行った調査研究結果の報告が、Xの化審法改正などの業務に資するものであったこと(Yは、経産省からの調査依頼に対応するよう指示も受けていた。判旨2(4))や、Xが行う同業務について研修期間中に大規模会議で報告するなどしたことから、本件研修はXの職員としての業務性も大きいと指摘した(①③、判旨2(2)ウ)。そして、Yが研修先で従事したほかの様々な業務もXでの業務と密接に関わるものであって、汎用性に欠けるものだった(①④、判旨2(2)エ)。以上のような事情から、本件研修の①業務性が強いと評価したものと思われる。

一方、復帰後の5年間の勤続という免除条件(②①)については、当事者間にその評価の争いはあったものの、本判決は、その期間の長短に関する評価は行ってない。また、Xが、誓約書には定められていなかったが、償還法3条1項2号に合わせて、本件研修費用の返還請求金額から本件研修終了後の在職期間45か月分を控除した点(②③)についても、特に考慮されておらず、これ

が債務の一部免除に当たるかなどの法律上の意味も明確にされていない。これらの点については、本件研修の①業務性が強かったことから労基法16条違反が基礎づけられたため、考慮されなかったと考えることができる。

このように本判決は、①業務性の判断に関し、前記(1)イで述べた、これまでの裁判例において特に重視されてきた要素を中心に考慮したものであり、判断枠組み(判旨2(1))のうち、「〔ii〕労働者…の自由意思を不当に拘束し労働関係の継続を強要するものか否か」の位置づけや内容がなお不明確ではあるが、修学費用返還合意に関する判断として、これまでの裁判例に沿っているという意味では、概ね妥当といえる。

加えて、本件事案の特徴として、Yが研修期間中に業務そのものとも評価できる活動に従事している(①③。判旨2(3)も、Xらにとっての「本来業務にほかならない」と述べている。)ことも重要な点だと思われる。この点は、労働者が通常の研修員とは異なる立場で派遣され、使用者の指示を受けて本来の研修以外にも研修先の経営内容の調査・報告や、使用者の業務を行っていた前掲・富士重工業事件と類似している。本判決の労基法16条適合性の判断では触れられていないが、本件では、本件研修期間中にP1所長らが行ったYの人事評価において研修先からのYの報告内容を評価するコメントの付記があった事実も認定されており、Yが行った報告は、単なる人事管理上の目的に基づく報告(前掲・みずほ証券元従業員事件)とは業務性の程度が大きく異なる。その意味では、本件研修は、単なる研修というよりも実態は出向に近いともいえそうなものだった⁴²。

そのように考えると、例えば、本件研修費用の支出の実質的な趣旨は、Yへの貸付けではなく、Yの賃金そのものだったなどとして(ただし、事実認定において本件研修費用は「(内訳略)」と述べられているため、本件でそのように評価できるかは不明である。)、金銭消費貸借契約の成立自体が否定されるという判断もありうると思われる。前記(1)アで述べた裁判例の流れから、前掲・長谷工コーポレーション事件は、一見すると修学費用返還合意に基づく費用返還請求に関する過渡的な法律構成だったとも思われるが、契約の性質決定におい

⁴² 労基法16条違反とされた修学費用返還合意の事例の中には、判例研究において、その合意にかかる修学の実態が出向だったと指摘されたものもある。山川・前掲注(19)173頁、香川孝三「判批(富士重工業事件)」ジュリ1147号134頁(1998年)。

て修学の業務性を考慮した同事件判決は、修学に業務性がある（修学の業務性が強い場合は費用返還合意を労基法16条違反とする見解を前提にすれば、単に修学の業務性が強いことにとどまらず、修学が純然たる業務である）場合は、金銭交付の趣旨が異なるという意味で金銭消費貸借契約の成立を否定するもの（すなわち、金銭の返還約束の否認）として位置づけることも可能だろう。同事件判決と同様の枠組みで判断したと思われる前掲・東亜交通事件も、賃金的性格を有する費目と有しない費目のうち、後者についてのみ、金銭消費貸借契約の成立を認めた上で、金銭消費貸借契約であることから労基法16条に違反しないと判断した。一方、前者の費目については、金銭消費貸借契約の対象に含めず、労基法16条違反の問題にも触れなかった。

現在では、労基法16条が伝統的意義を超えた幅広い機能を営んでいる（前記2）が、修学費用返還合意に同条を（直接）適用することが同条の枠組みの限界を超える⁴³という考え方を進めれば、前掲・長谷工コーポレーション事件のように、修学の業務性は契約の性質決定に関わるという立論もありうる。修学における業務性の強弱の判断が、修学費用の本来的な負担者を判別するために行われるものだとすれば、それをより直截に金銭交付（費用支出）の趣旨の問題と位置づけ、労基法16条適合性の問題にする必要はないと考えることもできる。このように考えたとしても、結論や立証すべき事実にあまり大きな違いは現れないと思われる。すなわち、労働者は、（労基法16条が適用されると解する立場の下では、抗弁として、労働契約締結の事実と修学が業務であることなどの同条違反の評価根拠事実を主張立証することになるのに対し、）否認の理由（民訴規則79条3項参照）として、金銭の交付が、消費貸借契約（金銭の返還約束）ではなく、労働契約に基づくものであると主張する（修学が業務でないことは、消費貸借契約の存在を推認させる間接事実となる。）ことになろう。また、修学に業務性がない（または希薄である）ことから金銭交付の趣旨が貸金だった場合も、修学費用が高額に及ぶときや帰任後相当期間にわたって勤務を継続したときには、貸金返還請求権の行使が、労働契約上の信義則や権利濫用によって制限されうるだろう（同事件判決もそのように読むことができる。）。

* 本稿は、日本学術振興会科学研究費助成事業・基盤研究（C）「雇用終了後の

⁴³ 前掲注（26）の下井説や前掲注（27）の山川説参照。

競業避止義務の実現手段に関する比較法的展開」(課題番号：22K01197)による成果の一部である。

権左武志教授の経歴と業績

辻 康 夫

1. 経歴

権左武志教授は、2023年3月31日をもって、北海道大学大学院法学研究科の定年を迎えられる。

権左教授は1984年3月に東京大学法学部を卒業され、1986年3月に北海道大学大学院法学研究科修士課程を修了された。1989年4月に同博士課程を単位取得退学され、同年5月に北海道大学法学部助手に採用された。1990年7月から1992年7月まで、ドイツ連邦共和国・ポッフム大学ヘーゲル・アルヒーフに客員研究員として滞在し、帰国後の1993年6月に北海道大学から法学博士号を取得された。1993年8月に北海道大学法学部助教授(政治思想史担当)に就任され、1998年7月に同教授に昇任された。1999年9月から2000年9月までは、ハイデルベルク大学哲学・歴史学部に客員研究員として滞在された。2000年4月の北海道大学の組織替えに伴って、同大学大学院法学研究科教授となられ、2009年4月から北海道大学大学院公共政策学連携研究部に所属され、2011年4月に再び北海道大学大学院法学研究科に所属され、現在に至っている。

この間、北海道大学法学部・法学研究科では、『北大法学論集』編集委員長や大学院教務委員などを歴任され、全学でも学生委員会委員、教務委員会委員、入試関係の要職等において力を尽くされた。学外では、政治思想学会の理事や日本ヘーゲル学会の理事を長年にわたって務められ、学界の発展に貢献された。

2. 教育

権左教授は、北海道大学の全学教育においては、「歴史の視座」や「一般教育演習」などを、法学部においては「西洋政治思想史」の講義や「演習」などを担

当された。大学院法学研究科および公共政策大学院においては、「現代欧米政治思想」、「現代政治思想論Ⅰ」、「政治思想史学特殊演習」、「政治思想史学特別講義」、「外国語特殊演習」などを担当された。

「西洋政治思想史」の講義は、最初は古代から近代まで、次第に近世から現代まで政治思想の通史をカバーし、難解な議論を明快に解説され、現代の課題を通史的に考える意義を示すことで学生の関心を大いに喚起された。大学院や3・4年生の「演習」では、主としてマキャヴェリからアレントまで思想史の古典的テキストを精読する授業を、1・2年生の「演習」では、主として20世紀の歴史書を多読する授業を展開され、学生および教員の間でも高い評価を得た。全学教育では、文系学生向けに「ナショナリズムと冷戦の歴史」を講義し、現代史の知識が不足したまま大学に入学した1年生の歴史教育に力を尽くされた。

権左教授を慕って大学院修士課程に進学した学生も多く、また、大学院博士課程においても、3名の研究者を主指導教員として教えられ、博士号取得と研究者養成に貢献された。

3. 研究業績

権左教授の研究業績は、(1)ヘーゲルの政治思想の研究、(2)カール・シュミットの政治思想の研究、(3)現代民主主義論の研究に分けることができる。以下、それぞれについて概観する。

(1) ヘーゲルの政治思想の研究

大学院に進学した権左教授が選ばれたテーマは、ヘーゲルの政治思想であった。かつてヘーゲルは、プロイセンと結びついた国家主義的・保守的な政治思想家と見なされてきたが、第二次世界大戦後、その近代的側面が見直され、近代革命や産業革命との関係、アリストテレス以来の西洋実践哲学との関係、近代倫理学との関係などが注目されつつあった。あわせて、ヘーゲルの全集の刊行作業がすすみ、文献学的研究や伝記的研究が飛躍的に進展しつつあった。権左教授はこれら新しい研究の水準をふまえて、ヘーゲル政治思想の体系的な解明をめざされた。初めに取り組みられたのは、『法哲学綱要』にいたるヘーゲル法哲学の発展史の解明である。新たに利用可能になった法哲学講義の講義録や新しい草稿にもとづいて発展史をたどり、これをふまえてベルリン時代の『法

哲学』を解釈し、博士論文を執筆された。その後、新刊の講義録の分析と、ライン同盟改革についての最新の歴史研究を手がかりに、ヘーゲル主権理論についての新たな解釈を提示された。すなわちヘーゲルにおいて、フランス革命のもたらした歴史的断絶は、神聖ローマ帝国の解体とライン同盟改革を通して認識され、これをうけた法哲学講義の主権理論が、『法哲学綱要』に結実するというものである。この成果は、国際的学術誌 *Hegel-Studien* にドイツ語で発表され、高い国際的評価を獲得した。

権左教授がつぎに取り組まれたのは、ヘーゲルの歴史哲学である。権左教授は各年度の歴史哲学の講義録を、未公開のものを含め比較検討しつつ、ヘーゲル歴史哲学に関して以下の新たな知見を発表された。第一に、発展段階説として理解されているヘーゲルの歴史哲学は、文化接触を通じた発展として再解釈しうること、第二に、歴史の目的としての「歴史における理性」の観念が、キリスト教の三位一体説にもとづく精神の概念によって構想されたこと、を示された。さらに第三に、ヘーゲルは、教会財産の没収により教会権力が排除され、人格と所有の自由というキリスト教の本来の原理が実現される運動としてフランス革命をとらえており、このような広義の世俗化の過程として欧州近代史を理解していたことを示された。

権左教授のヘーゲル研究の第三のテーマは、体系原理である「精神」の発展史的分析である。その理解によれば、青年期からイエナ初期を経て、『精神現象学』を執筆したイエナ後期に精神概念が初めて定まる。彼にとって、精神概念とは、啓蒙主義とロマン主義、換言するとプロテスタント原理とギリシア精神、の二つを弁証法的に総合したものであり、この総合は、自己反省を通じた自己意識モデルと、キリスト教の三位一体説の受容により成し遂げられたというのが独創的な結論である。

以上の研究成果をまとめた『ヘーゲルにおける理性・国家・歴史』（岩波書店、2010年）は高い評価を受け、2010年度和辻哲郎文化賞・学術部門を受賞している。また、ヘーゲル思想の全体像を一般読者向けに解説した『ヘーゲルとその時代』（岩波新書、2013年）の意義も大きく、長く読み継がれると思われる。これらの研究を通じて、かつての諸解釈に代えて、「啓蒙と革命」というヘーゲル解釈の新たなパラダイムを確立された功績は大きい。

(2) カール・シュミットの政治思想の研究

権左教授は、丸山眞男をはじめ、戦後日本の政治思想研究者の多くがシュミットの議論から決定的影響を受けていることを認識し、丸山によるシュミットの受容と批判を跡づけた「丸山眞男の政治思想とカール・シュミット」(1999年)を発表され、ついで、シュミットの研究を本格的に始められた。

おりしも、シュミット遺稿中の日記帳の解読をもとに、ナチス信奉者としてのシュミットの解釈を根本的に見直す可能性が開かれた時期であった。すなわち、シュミットがワイマール末期のある時期までは、ヒトラーの政権掌握を防止する国家非常事態計画に関与していたことが明らかになった。権左教授は、日記や書簡を使用しながら、ヒトラー政権掌握前後のシュミットの思考をあとづけ、授権法制定後のシュミットがヒトラー支持に転じた原因を分析された。その成果は、「第三帝国の創立と連邦制の問題—カール・シュミットはいかにして国家社会主義者となったか？」(2012年)、「ヴァイマル末期の国法学とカール・シュミットの連邦主義批判」(2015年)にまとめられたほか、シュミット『政治的なものの概念』の翻訳(2022年)や、次の『現代民主主義』にも生かされている。

(3) 現代民主主義論の研究

権左教授の第三の研究業績は、現代民主主義論であるが、その焦点は19世紀から20世紀前半期における民主主義思想の展開にある。権左教授はかねてから、ルソー流の民主主義と全体主義の関係に関心を持たれていたが、ヘーゲル研究やシュミット研究の成果を踏まえて、このテーマの通史的研究を構想された。その成果は、『現代民主主義 思想と歴史』(2020年)にまとめられた。フランス革命に発し、自己決定を重視する民主主義の思想は、内発的ナショナリズムを生み出すが、これに対抗してドイツで生じた外発的ナショナリズムは、啓蒙の普遍主義的価値との結合が弱く、国民の同質性を想定し、歴史主義に結びつく。民主主義に内在する危険を論じるトクヴィルやJ・S・ミルの自由主義思想は、ドイツでは力をもたず、ドイツ・ナショナリズムの強力な磁場の中で、ヴェーバーの指導者民主主義をへて、シュミットの独裁論が生まれる流れが分析される。権左教授は、カリスマの支配や例外状態論の起源・概念化・適用を分析し、議会制民主主義が直接民主主義の神話により崩壊し、ファシズムへ転落する危険と、その克服の方向性を示された。あわせて、歴史認識の断片化の

傾向に抗して、民主主義やナショナリズムのような政治思想史上の重要問題を、学説の発展史を通じて考えることの重要性を雄弁に示された。

以上のように、権左教授はそれぞれの研究領域で大きな業績をあげられたが、これらの研究は、ドイツ史研究会を中心にした学内外の歴史研究者・思想史研究者との研究プロジェクトからの支援を得て行われた。これらが学界の共有財産となって、今後の政治学・政治思想史研究が進むことが期待される。

権左武志教授の経歴

【学歴・職歴】

1959年10月京都府生まれ

1984年3月東京大学法学部第三類卒業

1986年3月北海道大学大学院法学研究科修士課程修了

1989年4月北海道大学大学院法学研究科博士課程単位取得退学

1989年5月北海道大学法学部助手

1990年7月－1992年7月ドイツ連邦共和国・ボッフム大学ヘーゲル・アルヒーフ客員研究員

1993年6月法学博士号取得

1993年8月北海道大学法学部助教授（政治思想史担当）

1998年7月北海道大学法学部教授（政治思想史担当）

1999年9月－2000年9月ドイツ連邦共和国・ハイデルベルク大学哲学・歴史学部客員研究員

2000年4月北海道大学大学院法学研究科教授（政治思想史担当）

2009年4月北海道大学大学院公共政策学連携研究部教授

2011年4月北海道大学大学院法学研究科教授（政治思想史担当）

【受賞歴】

2010年度第23回和辻哲郎文化賞・学術部門（受賞作：『ヘーゲルにおける理性・国家・歴史』岩波書店、2010年）

【学会活動】

- (1) 日本政治学会会員
- (2) 政治思想学会：監事（2002-2003年）、理事（2004-2022年）、ニューズレター編集委員（2006-2008年）、企画委員長（2010-2011年）
- (3) 日本ヘーゲル学会：公募論文審査委員（2007-2010年）、国際シンポジウム実行委員（2008-2009年）、理事（2009-2013年）、公募論文審査委員長（2009-2011年）、著作権処理委員会委員（2010年）、調査委員会委員（2011年）

【社会貢献活動】

- (1) 2006年度科学研究費委員会専門委員（2006年度科学研究費補助金・第一段審査（政治学））
- (2) 2007年度科学研究費委員会専門委員（2007年度科学研究費補助金・第一段審査（政治学））
- (3) 2009年5月-2011年5月、財団法人北海道大学クラーク記念財団選考委員会委員
- (4) 2017年度科学研究費委員会審査委員（審査第三部会・社会科学小委員会）

権左武志教授の業績

I 著書

- (1) 『ヘーゲルにおける理性・国家・歴史』岩波書店、2010年、393頁
- (2) 『ヘーゲルとその時代』岩波新書、岩波書店、2013年、248頁
- (3) 【編著】『ドイツ連邦主義の崩壊と再建—ヴァイマル共和国から戦後ドイツへ』岩波書店、2015年、272頁（v-x、92-121、269-271頁執筆）
- (4) 『現代民主主義 思想と歴史』講談社選書メチエ、講談社、2020年、288頁

II 論文

- (1) 「ヘーゲル法哲学講義をめぐる近年の論争(1)」『北大法学論集』40巻5・6号、1269-1305頁、1990年
- (2) 「ヘーゲル法哲学講義をめぐる近年の論争(2)」『北大法学論集』41巻1号、145-176頁、1990年
- (3) 「ヘーゲル政治哲学の生成と構造(1) —ヨーロッパ精神史との関連におい

- て』『北大法学論集』45巻3号、1-62頁、1994年
- (4) 「ヘーゲル政治哲学の生成と構造(2) —ヨーロッパ精神史との関連において」『北大法学論集』45巻4号、91-130頁、1994年
 - (5) 「フィヒテ相互承認論の構造とその意義—『自然法の基礎』(1796 / 97年)を中心として」『理想』655号、110-122頁、1995年
 - (6) 「西欧思想史におけるヘーゲルの国家論—その起源と位置づけ」『思想』1996年7月、865号、28-48頁、1996年
 - (7) 「ヘーゲル政治哲学の生成と構造(3) —ヨーロッパ精神史との関連において」『北大法学論集』47巻5号、195-249頁、1997年
 - (8) 「丸山眞男の政治思想とカール・シュミット(上) —丸山の西欧近代理解を中心として」『思想』1999年9月、903号、4-25頁、1999年
 - (9) 「丸山眞男の政治思想とカール・シュミット(下) —丸山の西欧近代理解を中心として」『思想』1999年10月、904号、139-163頁、1999年
 - (10) 「『歴史における理性』は人類に対する普遍妥当性を要求できるか? —ヘーゲル歴史哲学の成立とその神学的-国制史的背景」『思想』2002年3月、935号、4-26頁、2002年
 - (11) 「『歴史における理性』はいかにしてヨーロッパで実現されたか? —ヘーゲル歴史哲学の成立とその神学的-国制史的背景(続)」『ヘーゲル哲学研究』8号、56-71頁、2002年
 - (12) „Kann ‚die Vernunft in der Geschichte‘ Allgemeingültigkeit für das Menschengeschlecht in Anspruch nehmen?: Entstehung der Hegelschen Geschichtsphilosophie und ihr theologisch-verfassungsgeschichtlicher Hintergrund“ 『北大法学論集』52巻6号、298-270頁、Feb. 2002
 - (13) 「ヘーゲル歴史哲学講義に関する研究報告—クロイツァー論争の影響作用と1830年度講義の近代叙述」『ヘーゲル哲学研究』9号、110-125頁、2003年
 - (14) 「イラク戦争はなぜ『正しい戦争』ではないのか? —イラク戦争の正当性をめぐるハーバーマスの考察」『創文』463号、1-6頁、2004年
 - (15) 「ワイマール期カール・シュミットの政治思想—近代理解の変遷を中心として」『北大法学論集』54巻6号、1-56頁、2004年
 - (16) 「ワイマール共和国の崩壊とカール・シュミット—大統領内閣期のプレレン活動を中心として」『思想』2004年3月、959号、5-29頁、2004年

- (17) 「カール・シュミットの正戦批判—その起源と射程」『創文』477号、19-22頁、2005年
- (18) 「帝国の崩壊、ライン同盟改革と国家主権の問題—ヘーゲル主権理論の形成とその歴史的背景」『思想』2006年11月、991号、4-28頁、2006年
- (19) 「二〇世紀における正戦論の展開を考える—カール・シュミットからハーバーマスまで」、山内進【編】『「正しい戦争」という思想』（勁草書房）、175-203頁、2006年
- (20) „Reichsauflösung, Rheinbundreformen und das Problem der Staatssouveränität: Entstehung der Hegelschen Souveränitätstheorie und ihr geschichtlicher Hintergrund,“ *Hegel-Studien*, Bd. 41 (2006), p. 113-147, 2007
- (21) 「世俗化運動としてのヨーロッパ近代—一八三〇年度ヘーゲル歴史哲学講義における自由の実現過程とその基礎づけ」久保陽一【編】『ヘーゲル体系の見直し』（理想社）、239-259頁、2010年
- (22) 「第三帝国の創立と連邦制の問題—カール・シュミットはいかにして国家社会主義者となったか?」『思想』2012年3月、1055号、41-61頁、2012年
- (23) 「ヘーゲルのエジプト論—特殊な主体性から普遍者の自覚へ」『ヘーゲルとオリエント：平成21-23年度科学研究費補助金・基盤研究(B)・研究成果報告書』、109-114頁、2012年3月
- (24) 「ヘーゲルのロマン主義批判—受容から克服へ」『ヘーゲル哲学研究』18号、33-45頁、2012年
- (25) „Die europäische Neuzeit als Säkularisationsbewegung — Der Realisierungsprozess der Freiheit und ihre Begründung in Hegels Vorlesungen über die Geschichtsphilosophie 1830/31“, in: Ch. Jamme / Y. Kubo (Hg.), *Logik und Realität : Wie systematisch ist Hegels System?*, Fink Verlag p. 259-275, 2012.
- (26) 「日本ナショナリズムの呪縛とその克服—丸山眞男のナショナリズム論とドイツ思想」『現代思想』8月臨時増刊号、64-75頁、2014年
- (27) 「ヘーゲル—啓蒙と革命の間の政治哲学」、犬塚元【編】『岩波講座 政治哲学2 啓蒙・改革・革命』（岩波書店）223-244頁、2014年
- (28) „Der Bann des Nationalismus. Ein Blick auf Deutschland aus japanischer Sicht“, in : T. Matějčková, R. Mehring, E. Morkoyun (Hg.), *Blicke auf*

Deutschland! Schlaglichter zur Flüchtlingsfrage, Mattes Verlag p. 126-129, 2016.

- (29)「現代日本はヘーゲルから何を学べるか？」『松山大学地域研究ジャーナル』第26号、2-8頁、2016年2月
- (30)「ヘーゲルにおける革命・戦争・主権国家」『ヘーゲル哲学研究』22号、106-117頁、2016年

Ⅲ 翻訳

- (1) ウィリアム・コノリー (翻訳: 杉田敦・斎藤純一・権左武志) 『アイデンティティ\差異』岩波書店、1998年、421頁 (179-293頁執筆)
- (2) エバーハルト・コルプ、ヴォルフラム・ピタ (翻訳: 権左武志・福田宏、解題: 権左武志) 「パーベン、シュライヒャー両内閣における国家非常事態計画」『思想』2004年3月、959号、30-61頁、2004年
- (3) ゲルハルト・シュック (翻訳: 権左武志・遠藤泰弘) 「ライン同盟改革と一八〇〇年前後の連続性問題」『北大法学論集』55巻5号、171-190頁、2005年
- (4) ヴァルター・イエシュケ (翻訳: 権左武志) 「応答: ドイツ観念論における精神概念と神義論—権左氏へ答える」『ヘーゲル哲学研究』12号、28-30頁、2006年
- (5) エミール・アンゲールン (翻訳: 権左武志・小島優子) 「ヘーゲル『法哲学』における主体的自由の権利」『ヘーゲル哲学研究』18号、10-18頁、2012年
- (6) ラインハルト・メーリング (翻訳・解題: 権左武志) 「1933年9月ベルリンのマルティン・ハイデガーとカール・シュミット」『思想』2013年9月、1073号、7-18頁、2013年
- (7) カール・シュミット (翻訳: 権左武志) 『政治的なものの概念』岩波文庫、岩波書店、2022年、293頁

Ⅳ 書評・論説・コメント

- (1) 「2003年12月21日ヘーゲル研究会シンポジウム・コメント」『ヘーゲル哲学研究』10号、87-90頁、2004年
- (2) 「特定質問: ドイツ観念論における精神概念と自由—イエシュケ氏へ問う」『ヘーゲル哲学研究』12号、26-28頁、2006年

- (3) „Wie hat sich 'die Vernunft in der Geschichte' in der europäischen Welt verwirklicht?: Über den theologisch-verfassungsgeschichtlicher Hintergrund der Hegelschen Geschichtsphilosophie“ (Zusammenfassung), *Jahrbuch für Hegelforschung*, Bd. 10/11 (2004/2005), p. 247-248, 2006
- (4) „Forschungsbericht über Hegels Vorlesungen der Geschichtsphilosophie: Unter besonderer Berücksichtigung der Wirkung der Kreuzer-Debatte und der Darstellung der Moderne in Vorlesungen 1830/31“ (Zusammenfassung), *Jahrbuch für Hegelforschung*, Bd. 10/11 (2004/2005), p. 253-254, 2006
- (5) 「ナショナリズムと指導者民主政は個人の主体性を高めるか？—今野元『マックス・ヴェーバー—ある西欧派ドイツ・ナショナリストの生涯』を読む」『政治思想学会会報』第29号、8-12頁、2009年
- (6) 「書評：遠山敦『丸山眞男—理念への信』」『週刊読書人』2010年9月17日、4面
- (7) 「歴史の探求には何の意味があるのか？—和辻哲郎文化賞を受賞して」『北海道新聞』2011年4月28日夕刊、4面
- (8) 「書評：荻部直『歴史という皮膚』」『週間読書人』2011年7月22日号、3面
- (9) 「書評：山口周三『南原繁の生涯—信仰・思想・業績』」『週刊読書人』2012年12月14日、4面
- (10) 「書評：先崎彰容『ナショナリズムの復権』」『週刊読書人』2013年7月26日、3面
- (11) 「ゲオルク・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲル」、杉田敦・川崎修【編】『西洋政治思想資料集』（法政大学出版局）、190-197頁、2014年
- (12) 「書評：杉田敦『両義性のポリテイク』」『週刊読書人』2015年12月11日、4面
- (13) 「書評：熊谷英人『フランス革命という鏡—十九世紀ドイツ歴史主義の時代』」『政治思想研究』17号、458-459頁、2017年

V 学会報告・シンポジウム・講演

- (1) 「西欧思想史におけるヘーゲルの国家論—その起源と位置づけ」、政治思想学会研究会、東京都立大学、1994年5月29日
- (2) 「『歴史における理性』は人類に対する普遍妥当性を要求できるか？—ヘーゲル歴史哲学の成立とその神学的—国制史的背景」、ヘーゲル研究会、法

政大学、2001年9月30日

- (3) 討論者：日本政治学会・分科会 B「主権概念の再検討—政治思想史の視点から」、立教大学法学部、2001年10月13日
- (4) コメント：ヘーゲル研究会・シンポジウム「ヘーゲル『法哲学』の射程」、お茶の水女子大学、2003年12月21日
- (5) 「ワイマール共和国の崩壊とカール・シュミット—大統領内閣期のブレン活動を中心として」、思想史研究会、成蹊大学、2004年2月28日
- (6) 「帝国の崩壊と国家主権の自覚—ヘーゲル主権理論の形成とその背景」、ヘーゲル研究会、お茶の水女子大学、2004年12月19日
- (7) 「二〇世紀における正戦論の展開—カール・シュミットからハーバーマスまで」、一橋大学 COE プログラム「ヨーロッパの革新的研究」第1回ワークショップ「『正しい戦争』とは何か?」、一橋大学、2005年2月21日
- (8) 「一八二〇年以前の法哲学講義と国家主権の析出」、日本ヘーゲル学会シンポジウム「ヘーゲルの国家観再考」、駒澤大学、2005年6月19日
- (9) 特定質問者：イエシュケ氏講演会「ヘーゲルの体系」、日本ヘーゲル学会、法政大学、2005年10月11日
- (10) “Carl Schmitt and the Genealogy of Criticism of ‘Just War,’” *International Political Science Association World Congress, Session: Carl Schmitt’s Significance in the 21st Century* (Fukuoka), paper-giver, 12 p., 11. 7. 2006
- (11) 「カール・シュミットと正戦批判の系譜」、慶応義塾大学院講演、慶應義塾大学三田キャンパス、2006年10月21日
- (12) 「丸山眞男とその時代—『丸山眞男回顧談』から何を学ぶか?」、北海道大学・高等法政教育研究センター主催イブニング・セミナー、2006年11月28日
- (13) 「民主主義思想とその現代的変容」、北海道大学法学部公開講座「市民生活と民主主義」、2007年7月26日
- (14) コメント：シンポジウム「近代日本における国内秩序と世界秩序の秩序構想」、政治思想学会、岡山大学、2008年5月23日
- (15) 「近代民主主義の思想とその現代的変容」、分科会 A1「デモクラシーと権力」、日本政治学会、関西学院大学、2008年10月11日
- (16) „Europäische Neuzeit als Säkularisationsbewegung — Realisierungsprozess der menschlichen Freiheit und ihre Begründung in den Vorlesungen über

die Geschichtsphilosophie 1830/31“, *Internationales Symposium „Wie systematisch ist Hegels System?“*, Komazawa University (Tokyo), 6. 3. 2009

- (17) 「ヘーゲルのエジプト論—実体性倫理からの主体性の析出」、日本ヘーゲル学会第13回研究大会シンポジウム、お茶の水女子大学、2011年6月19日
- (18) 合評会『ヘーゲルにおける理性・国家・歴史』自著紹介、日本ヘーゲル学会第14回研究大会、神奈川大学、2011年12月17日
- (19) 「ヘーゲルのロマン主義批判—受容から克服へ」日本ヘーゲル学会第14回研究大会シンポジウム、神奈川大学、2011年12月18日
- (20) 「ヘーゲル政治哲学における理性と意志—『ヘーゲルとその時代』を再読する」、慶應義塾大学大学院講演、慶應義塾大学三田キャンパス、2014年6月26日
- (21) 「現代日本はヘーゲルから何を学べるか?」、松山大学法学部学術講演会、松山大学カルフルホール、2014年11月14日
- (22) 「ヘーゲルにおける革命・戦争・主権国家」、日本ヘーゲル学会研究大会シンポジウム、中央大学後楽園キャンパス、2015年12月19日
- (23) 「戦後民主主義の思想と冷戦終焉後の変容」、2016年度北海道大学公開講座「[国のかたち]を案ずる時代の知恵」第4回、北海道大学・情報教育館、2016年7月14日
- (24) 「『現代民主主義 思想と歴史』著者の立場から」、日本政治学会2022年度研究大会「いま、デモクラシーをいかに論じるか—書評ラウンドテーブル」、龍谷大学深草キャンパス、2022年10月2日
- (25) 「ホッブズの自然状態論と英国宗教内戦」、北大道新アカデミー・2022年後期講義「リスク・安全・秩序を考える」、2022年11月12日
- (26) 「カール・シュミットの例外状態論とドイツ革命」、北大道新アカデミー・2022年後期講義「リスク・安全・秩序を考える」、2022年11月19日

VI 報告書・報告記事

- (1) 「野村真紀助教授の経歴と業績」『北大法学論集』55巻3号、327-337頁、2004年
- (2) 「二〇〇九年度公募論文審査経過報告」『ヘーゲル哲学研究』15号、181-182頁、2009年

- (3) 「二〇一〇年度公募論文審査経過報告」『ヘーゲル哲学研究』16号、186-187頁、2010年
- (4) 「ヘーゲル1822/1823年「世界史哲学講義」抄訳註」「2.4. エジプト」『ヘーゲルとオリエント：平成21-23年度科学研究費補助金・基盤研究（B）・研究成果報告書』、651-683頁、2012年3月
- (5) 「2011年度研究会企画について」政治思想学会編『変革期の政治思想（政治思想研究第12号）』、482-483頁、2012年5月
- (6) 「自由論題・分科会A」政治思想学会編『変革期の政治思想（政治思想研究第12号）』、490頁、2012年5月

Ⅶ 研究プロジェクト・外国研究者招聘

- (1) 「一九世紀初期ドイツにおける主権理論の前期的形成とその歴史哲学的背景」、日本学術振興会・特定国派遣研究者、2003年度
- (2) 「国家主権と帝国—ドイツにおける主権概念の歴史的前提と形成に関する多角的研究」、日本学術振興会・科研費補助金・基盤研究（C）、研究代表者、2003-2005年度
- (3) 「帝国モデルと主権国家モデルの理論的—歴史的比較考察：超国家的連邦制の学際的研究」、日本学術振興会・科研費補助金・基盤研究（B）、研究代表者、2007-2010年度
- (4) 「ヘーゲル世界史哲学にオリエント世界像を結ばせた文化接触資料とその世界像の反歴史性」、日本学術振興会・科研費補助金・基盤研究（B）、連携研究者、2009-2011年度
- (5) 「ドイツ連邦主義の連続と断絶に関する多角的研究：ワイマール期を中心とする比較考察」、日本学術振興会・科研費補助金・基盤研究（B）、研究代表者、2011-2013年度
- (6) 2009年3月にエミール・アンゲールン教授（バーゼル大学）を招聘し、日本ヘーゲル学会主催国際シンポジウムや関連社会科学研究会（東京大学）で講演会を開催、成果を翻訳（2012年）で公表。
- (7) 2013年3月にクリストフ・シェーンベルガー教授（コンスタンツ大学）を招聘し、北海道大学法学会、日独法学会（東京大学）、大阪大学法学研究科で講演会を開催、成果を編著（2015年）等で公表。
- (8) 2013年9月にラインハルト・メーリング教授（ハイデルベルク教育大学）

権左武志教授の経歴と業績

を招聘し、世界問題研究所（京都産業大学）、思想史研究会（成蹊大学）で講演会を開催、成果を翻訳（2013年）等で公表。

公権の現代化（四）

—— EU 環境法における「個人の権利」と
そのドイツ行政法に対する影響を手がかりとして ——

谷 遼 大

目 次

序章

第一節…問題意識

第二節…本稿の手法と構成

（以上、七二巻六号）

第一章・E U環境法における個人の権利の生成

第一節・個人の権利の基層

第一款・E U法の直接効果——一九六三年 van Gend & Loos 事件

第二款・指令の直接効果——一九七四年 van Duyn 事件

第三款・構成国の国家責任——一九九一年 Francovich 事件

第四款・検討——個人の権利の機能化

第二節・一九九〇年代の判例における個人の権利

第一款・一九九一年地下水判決

第二款・一九九一年大気質判決 I——T A Luit 判決

第三款・一九九一年大気質判決 II

第四款・一九九一年表層水判決

第五款・一九九六年貝類水域判決

第六款・検討

第三節・一九九〇年代の法務官意見における個人の権利

第一款・法務官 van Gerven——地下水判決

第二款・法務官 Mischo——二つの大気質判決

第三款・法務官 Jacobs——表層水判決と貝類水域判決

第四節・小括

第二章・E U環境法における個人の権利の展開

第一節・自然保護の利益——ヨーロッパザルガイ漁判決

第二節・大気質に関する判例

第一款・二〇〇八年 Janeck 判決

第二款・二〇一一年 Stichting Natuur en Milieu 判決

(以上、七三卷一号)

- 第三款：二〇一四年 Client Earth 判決
- 第四款：整理
- 第三節：オーフス条約に関する判例
 - 第一款：二〇一一年 Slowakischer Braubär 判決
 - 第二款：二〇一六年 Slowakischer Braubär II 判決
 - 第三款：二〇一七年 Protect 判決
- 第四節：中間総括
 - 第一款：個人の利益
 - 第二款：利害関係
- 第三章：公権のヨーロッパ化
 - 第一節：行政裁判所法四二条二項と公権
 - 第二節：訴訟的解決策
 - 第三節：実体的解決策
 - 第四節：立法的解決策
 - 第一款：特別規定の創設
 - 第二款：行政裁判所法四二条二項の削除
 - 第五節：判例
 - 第一款：連邦行政裁判所第七法廷判決（二〇一三年）
 - 第二款：バイエルン上級行政裁判所判決（二〇一六年）
 - 第三款：検討
 - 第六節：小括
- 第四章：行政裁判権の機能と限界——行政裁判権の正統化と団体訴訟をめぐる考察
- 第五章：公権の現代化

（以上、七三巻四号）

（以上、本号）

第三章…公権のヨーロッパ化

第三章は、第一章と第二章で確認した連合法上の個人の権利に対応するために、ドイツ国内において、どのような解決策のアプローチが模索されてきたのかを確認し、検討することを目的とする。ここでは、とりわけ、連合法上の個人の権利をドイツの国内法において実現するかを確かめ、検討するにあたって問題となる、原告適格について定めたドイツ行政裁判所法四二条の二項の解釈論及び立法論が論じられることになる。それに対して、続く第四章以降では、ヨーロッパ法がドイツの既存の行政法学の体系や行政裁判権の機能等に対して及ぼしうる影響について、より広い観点から、とりわけ理論的な考察が行われることになる。

これまでの検討から明らかになったように、連合法上の「個人の権利」は、ドイツの伝統的な「公権」(第一節)よりも緩やかな基準に基づいて、広範に認められている。これに対して、ドイツの学説は、連合法上の権利を国内法において適切に実現するための対応策として、次のようなものを検討してきた。すなわち、訴訟的解決策(第二節)、実体的法的解決策(第三節)、そして立法論的解決策(第四節)などである。以下では、こうした整理に従いながら、それぞれのアプローチの特徴を明らかにし、ドイツの国内法の動向を把握することに努めたい。

第一節…行政裁判所法四二条二項と公権

まず、ドイツの行政訴訟における原告適格及び個人の権利の関連規定について簡単に確認しておきたい。ドイツにおいて、行政訴訟における原告適格は、原則として行政裁判所法（Verwaltungsgerichtsordnung）四二条二項によって規定されている。すなわち、「法律に別段の定めがない限り、原告が行政行為またはその拒否ないし不作為によって自らの権利を侵害されると主張する場合にのみ、訴えは許容される」。この点、後段の「原告が（…）自らの権利を侵害されると主張する場合にのみ」という文言によって、原告の権利侵害の主張が原告適格の原則的な要件であるとされる一方で、前段の「法律に別段の定めがない限り」という文言により、その例外が存在することも明らかにされている。むろん、原則論からいえば、ドイツにおいて行政訴訟の原告適格は、違法な行政活動を通じて自らの権利を侵害されたと主張する者へのみ認められるのであって、自らの権利と関わりのない公益訴訟のようなものは、少なくとも原告訴訟の枠内においては、原告適格の要件を満たすことができず、認められないのである。こうしたドイツの行政訴訟の原告適格は、周知の通り、他のヨーロッパ諸国よりも相当に狭く厳格なものとなっている。

さて、法律の解釈にあたって問題となりうるのは、この行政裁判所法四二条二項のいう「権利（Rechte）」の意味である。これは、ドイツ公法学で用いられる講学上の「公権（subjektives öffentliches Recht）」の概念と一致するものとして、あるいは、より広いものとして捉えられる余地がある。また、その際、ある規範が個人に公権を付与しているかどうかは、「規範が、公益に資するのみならず、利益の主体に法規の遵守を要求する権限を授けることにより、少なくとも個別的利益にも資するように規定されている」⁽¹⁾かどうかという、いわゆる「保護規範説（Schutznormtheorie）」の基準によって判断されることになる⁽²⁾。

なお、行政裁判所法には一一三条一項や五項にも、本案審理の勝訴要件について、「自らの権利が侵害された限りにおいて」という文言が存在しており、この行政裁判所法一一三条の「権利」もまた、四二条二項のそれと一致する概念

であると考えられている。⁽³⁾したがって、四二条二項の「権利」を解釈する上では、一一三条の規定との整合性にも目を向ける必要があるといえる。

以上がドイツにおける原告適格及び公権に関する行政裁判所法の規定の概要であり、これを前提に、EU法にドイツ法がどのように適応しているのか、その解決策を確認していきたい。

第二節・訴訟的解決策

連合法上の個人の権利をドイツの国内法において実現するための手段として、まず考えられるのが、訴訟的解決策 (prozessuale Lösung) である。訴訟的解決策とは、結論からいえば、連合法上の権利を行政裁判所法四二条二項の例外として位置付けるものであり、その帰結として、連合法上の権利を公権の概念や保護規範説の範囲から除外する考え方である。

先述の通り、行政裁判所法四二条二項は原告適格を認めるにあたって、後段において原告の権利侵害の主張を原則として要求しつつ、前段においてその例外の存在を認めている。訴訟的解決策は、連合法上の権利を、この四二条二項後段の意味での「権利」として理解するのではなく、四二条二項前段のいわゆる「開放条項 (Öffnungsklausel)」を活用することによって、つまり権利侵害を必要としない例外事項に当たるものとして処理することによって、保護規範説の適用を回避しようとするアプローチである。こうした立場を採用する Rainer Wahl は、次のように説明した。

「ドイツ法の視点からみると、このようにして認められる〔連合法上の個人の権利に基づく——訳者註〕発議権 (Initiativrechte) は、ストレートにドイツ行政法の公権として解釈される必要はない。公権は、国家権力に対する個人

[6]

の実体的な地位に関わるものであって、この関係においては、EUの機関についても、そうであると理解されるべきである。この共同体の機関または国内の行政庁と、個人との関係が問題になるところでのみ、利害関係者に、公権の全・用・域（仮の権利保護や結果除去請求権など）を得させることが示されているのである。これに対して、個人を、共・同・体・法・的・実・効・的・な・貫・徹・という利益の中で、広範な行政統制のために道具化することが問題になる場合には、原告には単・形・式的な発議権が認められることで十分なのである。そしてこの『権利』は、行政の措置が違法であると裁判で訴える機会の中で汲み尽くされる。実体的な地位が原告に斡旋される必要はないのである」（強調は原文）⁽⁴⁾。

このようなアプローチを採用する場合の帰結として、ドイツの伝統的な保護規範説に手を加えることなく、連合法上の権利を国内において実現できるという点が指摘できる⁽⁵⁾。そしてまた、その意味において、保護規範説を緩和しようとすることによって生じうる、いわゆる「保護規範説の内部崩壊」を引き起こすおそれがないという点が、このアプローチの長所として挙げられることがある。ただし、この点については、保護規範説はそもそも一定程度の柔軟性を備えた理論であって、その柔軟性が弱みであるとともに強みでもあると指摘されている点にも注意が必要であろう⁽⁷⁾。

また、連合法上の権利を公権として構成しないがゆえに、基本法一九条四項一文目の権利保護の保障の枠組みから外れるという点も、このアプローチの重要な特徴である⁽⁸⁾。このことは、連合法上の権利についての裁判的統制を国内法において内容形成するにあたり、より大きな柔軟性をもたらすものとして評価される⁽⁹⁾。

以上のように、訴訟的解決策は、結果として、ドイツの行政訴訟法秩序の中に、この原告適格が純粹に国内法に基づくものなのか、それとも連合法に基づくものなのかに応じて、二元的な規律体系を生じさせることになる⁽¹⁰⁾。

ただ、この訴訟的解決策は、ドイツではいくつかの理由から、「失敗に終わっている」との評価がみられるところである⁽¹¹⁾。まず、連合法上の権利を国内の訴訟法体系に例外として位置づけることによって、法適用の複雑化が生じる

という、実務面からの問題を指摘することが可能である。⁽¹²⁾そして、行政裁判所法は、本来的には四二条二項後段を原告適格に関する一般的な原則としているのであるから、連合法上の個人の権利を通じて、四二条二項前段の活用が一般化してしまふことも、一つの懸念となりうるだろう。⁽¹³⁾

また、連合法との関係に目を向けると、基本法一九条四項一文目の保護の射程外となってしまうことによつて、連合法違反の疑いを生じさせる可能性がある。⁽¹⁴⁾なぜなら、連合法上の権利であるからといって一律に「公権」ではないとして除外してしまうことにより、個人保護的な性格を有する連合法上の権利もまた、基本法一九条四項一文目の保護の射程から外れてしまふからである。このことは、ヨーロッパ法上の差別禁止の原則の観点からも問題視されうるといえる。⁽¹⁶⁾

そして、このアプローチを採用する上での最大の問題は、四二条二項前段の「法律に別段の定めがない限り」という文言の解釈にあたって現れることになる。このいわゆる開放条項は、法律によつて明確に訴訟機会や原告適格が定められていることを前提としたものだと理解されている。⁽¹⁷⁾しかしながら、既に確認してきた通り、連合法上の個人の権利は、そのほとんどが明確に規定されているわけではなく、E U法、つまり指令の解釈を通じて導き出されてきたものである。そして当然のことながら、ヨーロッパ司法裁判所によつて認定されてきた連合法上の個人の権利について、それを実現するための訴訟機会の全てをドイツ国内の実定法上でそのつどに規定しようとすることも、困難を極めるといわざるをえない。⁽¹⁸⁾

また、最後に、行政裁判所法一一三条一項および五項との関係についても言及しておく。先に確認した通り、これらの条文は本案審理について定めるものであり、「自らの権利を侵害された限りにおいて」という文言が行政裁判所法四二条二項の文言と対応している。この点、連合法上の個人の権利に基づく訴訟を権利侵害の主張から独立した訴訟と

して構成するということは、訴訟の本案審理においても権利侵害を要求しないということ、つまりもっぱら適法性の審査に焦点を当てると直結する。したがって、このアプローチを採用する場合には、結果として訴訟における審査範囲の拡大がもたらされる（反対に、統制密度は削減される）ことになると考えられる。ただ、このアプローチの利点はまさにEU法が国内法に対して及ぼす影響を最小限にとどめることができるという点にあったはずであるが、結果として、かえってEU法上の個人の権利に関する問題の審査範囲が国内法のそれよりも広くなるという結果を生じさせてしまうことになりかねない。¹⁹⁾ こうした点もまた、訴訟的解決策があまり支持されていない理由の一つなのであろう。

第三節・実体法的解決策

このような訴訟的解決策に対して、現在の学説において支持を集めているのが、実体法的解決策（materiell-rechtliche Lösung）である。²⁰⁾ このアプローチについては、連邦行政裁判所第七法廷の判決のほか、近年のいくつかの下級裁判所の判決にもみられはじめているところである。²¹⁾ 実体法的解決策とは、連合法上の個人の権利を行政裁判所法四二条二項後段の意味での「権利」として理解するものであり、行政裁判所法四二条二項の連合法適合的解釈であるといえることができる。²²⁾ このような理解は、理論的にみても訴訟的解決策とは対照的な帰結を多くもたらすことになる。

まず、短所と評価しうる点として、原告適格の構造に著しい不安定性を生じさせる可能性がある。²³⁾ むろん、原告適格の判断における柔軟性は弱みであるとともに強みであるともいえるのはあるが、他方で連合法上の権利の認定基準がそもそも完全に明らかになっていないわけではなく流動的なものである以上、少なくともその過渡期においては、ドイツ国内における原告適格の判断について不安定性が増すことは否定できないだろう。²⁴⁾ 特に、原告適格を認めるにあたって、

いわゆる「人的基盤 (personales Substrat)」が必要かどうかという点は、連合法上の個人の権利をめぐるでも議論が分かれている。仮に人的基盤が不要であるとすれば、生命・身体・財産のように明白に個人と関係する利益のみならず、種の保全のように個人との関係を指摘しがたい利益についても、権利性が認められる余地が生じることになる。

また、行政裁判所法四二条二項のいう「権利」として承認することで、連合法上の権利であっても基本法一九条四項一文目による権利保護の保障の範囲内に収まり、高い統制密度が維持されるという帰結も指摘することができる。そして同時に、問題となる規範が国内法か連合法かに応じて区別を行う必要がなくなる。この点は、裁判所の負担の増加というリスクと隣り合わせではあるものの、おおむね長所として捉えることができる。

ただし、この解決策を採用するとしても、必ずしも連合法上の権利を講学上の「公権」として理解することと直結するとは限らないという点には注意を要するように思われる。すなわち、保護規範説を「内在的に拡大する」のであれば、公権の概念それ自体の拡大を意味することになり、その際には連合法上の権利は公権に包摂されることになる。しかしながら、法律の解釈としては、連合法上の個人の権利を単に行政裁判所法四二条二項の意味での権利としてのみ捉えるということも考えられるのである。²⁵⁾つまり、行政裁判所法四二条二項の「権利」と講学上の「公権」を同一視しないとき、連合法上の個人の権利は、あくまでも行政裁判所法四二条二項の意味での「権利」として理解されるにとどまることになる。このような理解に立つとすれば、それは、講学上の「公権」の概念に異物が混入することを防ぎつつ、しかしながら原告適格についてEU法の要求水準を満たしうる国内法解釈を試みるものだと捉えることが可能であろう。

第四節…立法論的解決策

最後に紹介をしておきたいのが、立法論的解決策である。このような考え方は、問題となる行政裁判所法四二条に直接手を加えることによって、連合法上の権利についての取り扱いを明確化したり、法解釈上の困難を克服しようとするものである。こうした発想から考えられるのは、例えば、四二条に追加する形で連合法上の権利の取り扱いに関する特別規定を創設するというアプローチや、あるいは権利侵害を要件とする四二条二項を根本から削除してしまうというアプローチである⁽²⁶⁾。

第一款・特別規定の創設

前者の、行政裁判所法に連合法上の権利についての特別規定を創設するというアプローチについては、とりわけ Bernhard Wegener による提案が有名である。彼の提案は、行政裁判所法四二条二項の二文目に、「一文目にかかわらず、原告が利益の侵害を主張しており、その防御をヨーロッパ共同体法の規範が原告に認めている場合にも、訴えは許容される⁽²⁷⁾」という文言を追加するというものである⁽²⁸⁾。

この特別規定の創設というアプローチについては、訴訟的解決策との相違点に言及されるべきである。両者のアプローチは、連合法上の権利を行政裁判所法四二条二項の意味での「権利」とみなさないという点で一致する。しかし他方で、特別規定を創設するアプローチは、四二条二項の開放条項を用いる訴訟的解決策のアプローチとは異なって、連合法上の権利を、開放条項を通じた例外としては処理しない点に特徴がある。すなわち、訴訟的解決策を採用しがたい理由として挙げられていた、「開放条項は法律上で明示的に訴権の付与を規定することを前提としている」という有力な批判を、このアプローチは乗り越えることができる⁽²⁹⁾。立法的措置の必要性という意味において別の次元でのハードルはあるもの

の、これによって現行の法体系上に安定的に連合法上の権利を位置づけることが可能となる。⁽³⁰⁾

しかしながら、ドイツの現状に目を向けると、一九九〇年代から二〇二二年の現在に至るまでの間、行政裁判所法四二条二項の改正は行われておらず、ドイツ法はこのような立法論的な解決策を採用しないという道を歩んでいる。この点、行政裁判所法四二条二項が実体的権利や主観的権利保護システムというドイツの行政訴訟法の根幹と結びついていることを考えると、四二条二項前段という例外に加えて、さらに特別規定を創設することには抵抗感も強いであろう。⁽³²⁾

第二款・行政裁判所法四二条二項の削除

それに対して、行政裁判所法四二条二項を削除してしまうというやや急進的なアプローチも考えられる。このようなアプローチは、行政裁判所法四二条二項の権利侵害の要件については、いずれにせよ本案審理（行政裁判所法一一三条一項および五項）において再び判断されることになるため、原告適格の段階で権利侵害について判断する必要はないのではないかと、訴訟経済的な理由にも後押しされている。⁽³³⁾

他方で、原告適格に関する四二条二項の権利侵害の要件については、権利侵害の「可能性」を主張すれば足りるとさされているのに対して、本案審理に関する一一三条一項および五項の権利侵害の要件については、現実に権利侵害がなされているのが問題となる。そのため、原告適格の判断における権利侵害の可能性の審査は、確かに本案審理とは異なった役割を果たしているということになる。

また、行政裁判所法四二条二項の削除というアプローチは、本案審理に関する一一三条一項および五項の維持を前提

としている。しかしながら、「行政裁判所法一・二三条一項一文目前段に基づく行政行為の取消しは、たとえ行政裁判所法四二条二項に基づいて原告の訴えが認められるとしても、裁判官によって確認された違法性が原告の主観的権利の侵害と『一致する』ことを、少なくとも要求している⁽³⁴⁾」。つまり、本案審理において行政行為の取消しを認めるためには、結局のところ客観的違法と主観的権利侵害が一致することが必要なのであるから、原告適格に関する四二条二項を削除したとしても、ドイツ国内における連合法上の個人の権利の貫徹可能性が確保されるとは限らないのである⁽³⁵⁾。

また、原告適格を定める規定があるということは、少なくとも原告適格が誰にでも認められるわけではないということ、すなわち、立法者が法律によって明確に民衆訴訟を排除する意思を示していることをも意味する⁽³⁶⁾。反対に、原告適格に関する規定を削除するということは、民衆訴訟の可能性を開くことにもつながりかねないであろう⁽³⁷⁾。このように考えると、行政裁判所法四二条二項を削除するという発想は、ドイツの行政訴訟の長い歴史と伝統に鑑み、やはり現実的な提案とはいえないのであつて、肯定的な見解は多くはみられないようである⁽³⁸⁾。

第五節…判例

ところで、連合法上の個人の権利の位置づけについて、ドイツの立法者は、必要に応じてそのつど指令に対応した法改正を行うにとどまり、根本的な立法による解決策については講じてこなかった。そのため、最後に、近年のドイツの行政裁判所の判例の動向について、簡潔にはあるが言及しておくことにしたい。近年注目を集めているのは、連合法適合的解釈によって、行政裁判所法四二条二項後段の「権利」の範囲を広く捉える判決である。

なお、ドイツの行政裁判所においてこの解釈が問題となるのは、多くの場合、環境保護団体の訴権である。オフィス

条約九条三項は、構成国に対して環境保護団体に広く訴権を認めることを要求しているが、オーフス条約九条三項は内容が抽象的であり、かつ構成国に具体化の余地を残しているため、原告はその規定を直接に援用することはできないものと理解されてきた。しかしながら、ヨーロッパ司法裁判所は、*Slowakischer Braubär* 判決において、オーフス条約九条三項の直接効果を否定しつつ、国内法の基準を満たした環境団体に對して広く司法アクセスを認めるような国内法解釈（条約適合的解釈）を行うことを義務付けていた。³⁹⁾ この判決が下されてから、ドイツでは、このような環境団体の原告適格をどのようにして構成するかという点につき、議論が行われてきた。すなわち、このオーフス条約九条三項から認められるべき環境保護団体の訴権を、行政裁判所法四二条二項後段を適用し「権利」として構成するのか、それとも行政裁判所法四二条二項前段の開放条項を活用し、「法律の別段の定め」があるものとして、環境団体に認められる団体訴訟の権限として構成するのかが⁴⁰⁾という点である。以下で取り上げる判例は、この環境保護団体の訴権に関わるものである。これは、確かに自然人という意味での個人の権利とはいえないものの、ドイツの行政裁判所法との関係において「権利」概念の拡大を考える上では、重要で示唆に富むものである。

第一款・連邦行政裁判所第七法廷判決（二〇一三年）

連合法適合的解釈に関して必ず言及されなければならない重要判決は、二〇一三年の連邦行政裁判所第七法廷判決⁴¹⁾である。これは、オーフス条約九条三項の基準からすれば環境保護団体に訴権を認めなければならないものの、ドイツの立法者はこれに対応する立法を行っていなかったというケースに関するものである。本件では、環境・法的救済法（*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz*）二条に基づく承認を得た環境保護団体が原告となり、ダルムシュタット市に対して大

気汚染防止計画の変更を求めて一般給付訴訟を提起した。ドイツにおける環境団体訴訟に関する根拠法として考えられるのは、連邦自然保護法と環境・法的救済法であるが、今回はどちらの法律もその適用範囲に当たらないものであるとされた。⁽⁴²⁾しかし他方で、ヨーロッパ司法裁判所が既に示している通り、オース条約九条三項の規定もまた、直接適用可能な規定ではない。⁽⁴³⁾したがって、EU法の求める水準に対応するための国内法が存在しておらず、そして環境保護団体はオース条約九条三項を直接に援用することができないという状況において、しかし当該環境保護団体には訴権が認められなければならないという状況であった。

これについて、下級審にあたるヴァイスバーデン行政裁判所は、次のような考え方に基づき、環境保護団体の原告適格を認めた。すなわち、行政裁判所法四二条二項によれば、訴訟は、法律で別段の定めがない限り、自己の権利が侵害されたと主張する者のみ認められる。ゆえに、いわゆる民衆訴訟は、法律の規定が行政裁判所法四二条二項とは別に原告適格を認めている場合にのみ認められる。本件環境保護団体による訴えは、公益的（利他的）団体訴訟に当たり、自己の権利侵害を主張するものではなく、また、ドイツの国内法には団体に原告適格を認める別段の定めも存在しない。しかし、裁判所は、ヨーロッパ司法裁判所の判例に基づき、国内法を連合法に適合するよう解釈しなければならない。⁽⁴⁴⁾め、国内法に原告適格を認める条文が（まだ）存在しないとしても、当該環境保護団体には原告適格が認められる。こうした記述からすれば、ヴァイスバーデン行政裁判所は、本件について、行政裁判所法四二条二項後段の「権利」概念から切り離し、四二条二項前段を活用したのだと理解することができる。⁽⁴⁵⁾

それに対して、連邦行政裁判所第七法廷は、ヴァイスバーデン行政裁判所の原告適格に関する判断は、結論において正当であるが、理由において誤りがあるとす。すなわち、連邦イミシオン防止法四七条一項は、自然人のみならず環境・法的救済法三条によって承認された環境団体に対しても大気汚染防止計画の作成を求める権利を認めており、行政

裁判所法四二条二項後段を適用することで、環境保護団体を実体的な主観的権利の主体とみなし、原告適格が認められると判断したのである。⁽⁴⁶⁾ その理由は、次の通りである。

「この法律の目的とする人間の健康の保護から、イミシオン限界値の超過に直接に利害関係のある自然人のための訴権が導き出される。このことは、ヨーロッパ司法裁判所によって明らかにされている」⁽⁴⁷⁾。

「原告は法人であるから、自らの健康に関係することはない。つまり原告は、身体の不可侵性の保障から生じる、イミシオン限界値の遵守を求める主観的権利の侵害を主張することはできない。従来の主観的権利の概念の理解によると、大気質法が環境それ自体の保護に資するものであるか、またはそれとともに一般利益に資するものである限りにおいて、それは妥当する」⁽⁴⁸⁾。

「しかしながら、連合法は、大気質法から生じる主観法的地位の拡大解釈を要求している。ヨーロッパ司法裁判所は、直接に利害関係のある法人には自然人と等しく訴権が認められるということから出発している。ヨーロッパ司法裁判所は、主観的な、訴訟可能な法的地位の接続点としての利害関係の基準について、詳しくは説明していない。しかし、そこには、個別的な法的地位の主張を越えた権利保護機会の拡大が⁽⁴⁹⁾あてがわれている」。

「イミシオンの作用領域との地域的な関連性によって利害関係が規定される場合には、法人は、——判決の Pt. 38⁽⁵⁰⁾で強調された規定の保護の方向性に照らすと——例えばそこに住所を置く企業として、その従業員の健康といった、他者の利益 (ein fremdes Interesse) を自らの関心事とすることが許される。このようにして連合法によって認められた法的な力は、行政裁判所法四二条二項後段の連合法適合的解釈において、EU条約四三項から生じる実効性の要請の利益の中で、主観的権利として承認されなければならない。それは同時に、連合法の貫徹のために出された構成国の規定の理解を規定し、主観的権利の概念の延長という結果をもたらす。このような理解は、連合法の発展を考慮している。

当初から、主観的権利を緩やかに承認することにより、連合法を分散的に貫徹するためにも市民を動員するという傾向が、特徴づけられている。市民は、それと同時に、——連合法の実際上の有効性と一体性の確保をめぐる客観的利益に
 関して——『監視者的な』法的地位を占めているのである」（強調は訳者）⁽⁵¹⁾。

第二款・バイエルン上級行政裁判所判決（二〇一六年）

そして二〇一六年には、バイエルン上級行政裁判所もまた、先の連邦行政裁判所第七法廷判決に追随し、規範統制手続⁽⁵²⁾に関する行政裁判所法四七条二項一文目の連合法適合的解釈を行うことで、環境保護団体に申立人適格を認めている⁽⁵⁴⁾。本ケースにおいても環境・法的救済法三条に基づく承認を得た環境保護団体が原告となり、生息地指令⁽⁵⁵⁾四項の侵害の可能性を主張して提訴している。そして今回もまた、連邦自然保護法と環境・法的救済法の団体訴訟に関する規定を適用することができないケースであった⁽⁵⁶⁾。バイエルン上級行政裁判所は、次のような理由により、環境保護団体に申立人適格を認めた。

「申立人は、その定款にある権利に利害関係のある、環境・法的救済法三条に基づいて承認された自然保護団体として、生息地指令四条四項の侵害の可能性を主張する監視者的な法的地位を占めている。この点に、行政裁判所法四七条二項一文目の意味での自己の連合法上の法的地位の侵害の可能性がある⁽⁵⁷⁾」。

「ヨーロッパ司法裁判所によって確立された判例によると——最近では、いわゆる Janacek 決定ならびに Stichting Natuur en Milieu 決定において確認されるように——、（通常は指令における）連合法の無条件かつ十分に詳細な規定は、その侵害の可能性を主張したり、または裁判でその遵守を強制できなければならぬ、直接の利害関係者の主観的

権利を根拠付ける。指令によって課された義務を利害関係にある人が主張することを原則的に排除するのは、EG条約二四九条（またはEU機能条約二八八条三項）が指令に付与する強行的性格とは相容れない。ヨーロッパ司法裁判所は、このような個人保護的な意義を、とりわけ連合法上の環境に関する基準に認めている。さらにヨーロッパ司法裁判所は、直接に利害関係のある法人には、自然人と同様に、このような連合法の（主観的な）無条件かつ十分に詳細な規定に関して、訴権が認められるべきだということから出発している。たとえヨーロッパ司法裁判所が、直接に影響を受ける法人の主観的な、訴訟可能な法的地位の接点としての利害関係についての基準を詳細には説明していなくとも、そこには、個別的な法的地位の主張を越えた権利保護機会の拡大があてがわれている。行政裁判所法四七条二項一文目の連合法適合的解釈において、市民と並んで、環境・法的救済法三条に基づき承認された申立人のような、直接に利害関係のある法人もまた、連合法の実際上の有効性と一体性の確保をめぐる客観的利益に関して、連合法上の個別的な法的地位を自らの関心事とすることを許す『監視者的な』法的地位を占めているのである。この行政裁判所法四七条二項一文目の理解は、連合法上の実効性（EU条約四三三項）から、オーフス条約に鑑みて生じるのである⁵⁹。

「したがって、オーフス条約九条三項に照らして、そして連合法上の実効性の要請の利益において、申立人のような承認された環境団体が、連合法に服する事情に関してさらなる司法アクセスが保障されなければならない場合には、連邦行政裁判所によって主観的権利の概念を拡大する中で認められた、承認された環境団体の監視者的な法的地位は、（連邦イミシオン防止法四七条一項のような）無条件かつ十分に規定された主観的なヨーロッパの環境規範に限定されるものではない。それはむしろ、無条件かつ十分に規定された客観的な連合法の規定をも取り込まなければならないのである⁵⁹」。

第三款・検討

以上の二つのケースは、EU法上で認められるべき個人の権利は、自然人のみならず法人に対しても認められることを前提としている。そして、行政裁判所法の規定について連合法適合的解釈を行うことによって、環境・法的救済法三条によって承認された環境団体のような、直接に利害関係のある法人に対して、「監視者的な法的地位⁶⁰」という言葉を用いながら、行政裁判所法上の原告適格または申立人適格の前提となる「権利」を認めたのである。

ドイツにおいては、二〇一一年に *Slowakischer Braubär* 判決が下されてから、オーフス条約九条三項に対応するために国内法をどのように解釈すべきかという問題が、盛んに議論されてきた。いわゆる実体法的なアプローチを採用した上記の二つの判決は、この問題に対して、一つの解決策を提示したとすることができる。

連邦行政裁判所第七法廷は、大気質指令を国内法化したイミシオン防止法四七条一項が、人間の健康の保護を目的とするものであることから出発する。そして、それに基づいて自然人の訴権を認めた上で、連合法の実効性やオーフス条約九条三項に鑑みながら、自然人に認められる訴権は直接に利害関係のある法人にも認められなければならないとしてその範囲を拡大することにより、環境団体の訴権を根拠付けたのである。裁判所が述べるところによれば、環境保護団体は、「例えば、そこに住所を置く企業として、従業員の健康といった、他者の利益を自らの関心事とすることが許される⁶¹」。しかしながら、こうした記述からすると、あくまでも規範が人間の健康の保護を目的としているという理解が出发点とされているのではないかと疑義が生じることになる。つまり、この連邦行政裁判所第七法廷判決からは、生命、身体、そして財産のような人的基盤に關係する利益が依然として問題とされなければならないのか、換言すれば、種の保全のような人的基盤が存在しない純粋な自然保護に關する利益が問題となる場合にまでこの判決の理解が妥当し

うるのか、必ずしも明らかにはなっていないようにみえる。⁽⁶²⁾

しかし他方で、バイエルン上級裁判所は、こうした疑義のある連邦行政裁判所第七法廷判決をさらに推し進める。すなわち、生息地指令四条四項のように連合法上の個人の権利が認められるケースであれば、それに基づいて直接に行政裁判所法上の権利侵害の可能性を構成する。既に確認したように、EU環境法においては、指令の目標が自然保護だとしても、個人の権利を認めるには十分なのである。実際、このケースにおいては、自然保護法上の規則を廃止することによる生息地指令四条四項に関する構成国の義務違反が問題となっており、人的基盤と関係しない、まさに種の保全に関する利益が問題となっているのである。バイエルン上級行政裁判所が明確に指摘するように、ここでは、「(連邦イミシオン防止法四七条一項のような)主観的なヨーロッパの環境規範」のみならず、「無条件かつ十分に規定された客観的な連合法の規定」もまた、いわゆる「監視者的な法的地位」を認めるものとして、行政裁判所法四二条二項後段の「権利」概念と結びつけられているのである。⁽⁶³⁾

ただし、いずれの判決についても、裁判所が行政裁判所法四二条二項を中心とする原告適格に関する条文について、一般的な拡大を志向したと評することはできない。これらの判決は、EU法に関わる問題について、いずれもドイツの国内法による対応が迫られており、裁判所が原告適格を認めないという選択肢に向かうことは考え難かったケースに関するものである。その際に、一つの選択肢として、両裁判所は、連合法上の権利を行政裁判所法四二条二項後段(あるいはそれと対応する条文)の意味するところの「権利」とみなし、連合法に適合する解釈を行ったというにすぎない。⁽⁶⁴⁾この点、連邦行政裁判所第一法廷は、二〇二〇年のある判決の中で、二〇一三年連邦行政裁判所第七法廷判決について、「この判例は、環境分野における共同体の利益を有効に保護するという利益の中で、客観法の貫徹のために個人の法的な力を拡大するものであるが、しかしながら、客観法保護のシステムによって主観的権利保護のシステムを包

括的に代替することを目指すものではない」と指摘しているところである。⁽⁶⁵⁾ 判例の射程は、当然、EU環境法に関わる環境保護団体の原告適格という特殊な事例に限定されるのであって、それが今後ドイツの行政訴訟法一般に対して及ぼす影響については、また別の問題ということになる。⁽⁶⁶⁾ しかしながら、これらの判例がドイツの「公権」概念の拡大に向けた鎗矢となる可能性を秘めたものであることは否定しがたく、今後の判例・学説の動向には注視していく必要がある。⁽⁶⁷⁾

一九九〇年代以降、EU環境法における個人の権利について論じられるようになってから、二〇年以上が経過した。しかしながら、各裁判所の判断が依然として一枚岩ではないことから分かるように、連合法上の個人の権利を国内においてどのように実現するのかという論点は、いまなお決着がつかっていない、発展途上の問題である。そして、これらの二つの判決において環境団体の訴権が問題となっており、ことから読み取ることができるように、この問題をドイツにおいて論ずる際には、環境団体訴訟との関係を避けて通ることはできない。すなわち、ドイツ法の理解においては、個人の保護という観点が必要である。個人の身体や健康を中心とした個々人に排他的に帰属する個別的利益が個人の権利を基礎付けるのであるから、法人に「権利」が認められる余地は乏しいのである。しかし他方で、EU法の理解においては、個人の保護という観点に加え、「法の貫徹のための市民の動員」⁽⁶⁸⁾ という観点が重要である。規範の追求する保護目的を実現するために動員される市民は、何も自然人である必要はない。このように、EU法とドイツ法の構想において最も顕著に差異が生じうるのが、環境団体訴訟という領域なのである。そして、その領域を題材として、EU法とドイツ法の構想の違いをどのようにして接続するのかという点で、ドイツ法において試行錯誤が積み重ねられているのである。

第六節・小括

これまでみてきた通り、連合法上の個人の権利は、ドイツの行政裁判所法四二条二項の適用にあたって、問いを投げかけている。訴訟的解決策や、連合法上の権利に関する特別規定を創設するというアプローチは、連合法上の権利をあくまでも法体系の例外と位置づけ、公権とは距離を取ることで、結果としてドイツの行政訴訟法秩序に対する影響を最小限に抑えるものと理解することが可能であろう。他方、実体的解決策は、それが「公権」概念それ自体の拡大まで志向するものであればドイツの行政法学に多大な影響を及ぼしうる一方で、「公権」と行政裁判所法四二条二項の意味での「権利」を区別しつつ、後者を公権と連合法上の個人の権利の両者を含む概念として理解するのであれば、既存のドイツの公権論に対する——少なくとも直接的な——影響は大きくはならないように思われる。⁽⁶⁹⁾

ドイツの学説においても、公権の概念に手を出すことには慎重な態度が多く、可能な限り連合法の影響を国内法のドグマティックから遠ざけようとする傾向がみられている。⁽⁷⁰⁾このような態度は、EU法が——少なくとも建前上は——構成国の法体系の自律性を尊重していること、そして現在のドイツの行政法学が長い歴史と伝統の上に積み重ねられてきたことに鑑みれば、十分に納得しうるものである。しかし他方で、ドイツ法がEU法に適應する必要性が生じたことを契機として、他のヨーロッパ諸国の法との比較がさらに進展するとともに、ドイツの行政法学が抱えてきた弱点、あるいは特徴がこれまでに以上に露呈し、攻撃され、そして反省を迫られていることも確かである。続く第四章および第五章では、EU法がドイツ国内の行政法学に対して及ぼしている影響を踏まえつつ、ドイツの国内法理論の発展可能性と限界について考察することにした。

- (1) Klaus Ferdinand Gärditz, in: ders. (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 2. Aufl. 2018, §42 Rn. 56.
- (2) なお、負担的行政処分の名宛人に対しては、日本と同様に特段の検討を要することなく原告適格が認められることについて、本稿(一)・北大法学論集(北海道大学)七二巻六号(二〇二二年)一二頁以下の註(16)を参照。
- (3) ただし、原告適格に関する行政裁判所法四二条二項については、権利侵害の可能性の主張が足りる(いわゆる「可能性説(Möglichkeitstheorie)」)とされる¹⁹。この点については、Rainer Wahl/Wolfgang Schütz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, §42 Abs. 2 Rn. 64ff.; Gärditz, aa.O. (Fn. 1), §42 Rn. 107.
- (4) Rainer Wahl, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Vorb. §42 Abs. 2 Rn. 128.
- (5) Annette Guckelberger, *Deutsches Verwaltungsprozessrecht unter unionsrechtlichem Anpassungsdruck*, 2017, S. 49f.
- (6) Angela Schwerdtfeger, *Der deutsche Verwaltungsrechtsschutz unter dem Einfluss der Aarhus-Konvention*, 2010, S. 210.
- (7) Hartmut Bauer, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AöR 113 (1998), 582 (607), *zu den* 西上裕「『法律上の利益』と公権論(一・定)」民商法雑誌一五五巻二号(二〇一九年)二〇二頁以下も参照。
- (8) Stephan Neidhardt, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 80ff.; Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 50.
- (9) Schwerdtfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 211f.
- (10) Schwerdtfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 211.
- (11) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 50.
- (12) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 50.
- (13) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 51.
- (14) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 51.
- (15) ヨーロッパ法上の差別禁止の原則とは、連合法に関する問題において、「国内法が、同様の、純粋に国内の事情について決定が下される手続と比べて、差別されることなく適用されなければならない」というヨーロッパ司法裁判所によって確立された原則である。例えば、Neidhardt, aa.O. (Fn. 8), S. 83; EuGH, Rs. C-205/82 bis 215/82, Slg. 1983, I-2633 (Deutsche

- Milchkontor), Rn. 19. 7)の原則及び基本法一九条四項との関係については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、二〇〇〇年)四三〇頁を参照。
- (16) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 50f.; Schwerdtfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 213f.
- (17) Martin Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 84; Klaus Ferdinand Gärtitz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, NVwZ 2014, 1 (6); Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 51f.
- (18) Ebers, aa.O. (Fn. 17), S. 84.
- (19) Vgl. Schwerdtfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 212f.
- (20) Schwerdtfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 214f.
- (21) BVerwGE 147, 312; VGH München, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 15.1870, 19の判例については、第五節で取り上げる。
- (22) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 52ff.
- (23) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 57f.
- (24) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 57f.
- (25) Vgl. Schwerdtfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 215.
- (26) Vgl. Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 60ff.
- (27) Bernhard Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 296. ただし、この提案は、その先を見据えた「過渡期の解決策 (Übergangslösung)」ではなく、この指摘をめぐって (S. 306)。
- (28) なお、同様の立法による解決策を志向するものとして、Neidhardt, aa.O. (Fn. 8), S. 178. Neidhardt は、行政裁判所法四一条に三項および四項を新設し、連合法上の権利に基づく個人訴訟のほか、自らの権利侵害の主張を必要としない団体訴訟に三つ目の定めを置くことを提案する。
- (29) そもそも、Wegener が法律に特別規定を創設するよう提案するのは、このような趣旨によるものである。この点については、Wegener, aa.O. (Fn. 27), S. 295f. に加え、山本・前掲註 (15) 四三二頁の註 (23) も参照。
- (30) 特に団体訴訟については、Christian Marxsen, Der subjektive Rechtsschutz nach klassischem Konzept und Tendenzen seiner Objektivierung, Die Verwaltung 53 (2020), 215 (225).

- (31) Vgl. Dirk Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, 1999, S. 63.
- (32) 434 Ehlers, aa.O. (Fn. 31), S. 61 Fn. 276 は、Wegener による行政裁判所法四二条二項に二文目を追加する提案に反対するが、その理由については詳しく述べられていない。
- (33) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 64f.
- (34) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 65.
- (35) なお、このアプローチを採用する場合には、行政裁判所法四二条二項前段が定めている例外規定についても削除されてしまったため、一三一条一項にそれに対応するための規定を付け加える必要性が指摘されている。この点については、André Niesler, Individualrechtsschutz im Verwaltungsprozess, 2012, S. 257; Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 64.
- (36) 行政裁判所法四二条二項が民衆訴訟を排除するところについては、例えは、Christine Steinbeiß-Winkelmann, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 2010, 1233 (1237); Gärditz, aa.O. (Fn. 1), §42 Rn. 50.
- (37) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 66. 旧法がオーストリア条約を、明らかに民衆訴訟を導入するところまでは要求していない。
- (38) Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 65f.
- (39) Slowakischer Braunbär 判決 (EuGH, Rs. C-240/09, Slg. 2011, I-1255) にては、第二章第三節第一款を参照。
- (40) 今のドイツは、例えは、Remo Klingner, Der slowakische Braunbär im Dickicht des deutschen Verwaltungsprozessrechts, EuRUP 2013, 95 (96f.) は、行政裁判所法四二条二項後段を用いて、団体の定款目的に抵触する行為を「権利」侵害として評価する、または、四二条二項前段を用いてドイツ国内におけるオーストリア条約の同意法律 (Zustimmungsgesetz) を「法律の別段の定め」として評価する可能性を指摘していた。
- (41) BVerwGE 147, 312. この判決を取り上げ、詳細に検討するものとして、西上・前掲註(ア)二〇六頁以下も参照。
- (42) BVerwGE 147, 312 (319f.). その類推適用もまた、否定された。
- (43) BVerwGE 147, 312 (322f.); vgl. auch EuGH, Rs. C-240/09, Slg. 2011, I-1255 (Slowakischer Braunbär), Rn. 39.
- (44) VG Wiesbaden, Urteil v. 16.08.2012 - 4 K 165/12 WI, Rn. 35ff. なお、ウィースバーデン行政裁判所における先例として、VG Wiesbaden, Urteil v. 10.10.2011 - 4 K 757/11 WI, Rn. 60f.
- (45) BVerwGE 147, 312 (315f.).

- (46) BVerwGE 147, 312 (323, 326).
- (47) BVerwGE 147, 312 (324).
- (48) BVerwGE 147, 312 (324).
- (49) BVerwGE 147, 312 (324). 「これは、ヨーロッパ司法裁判所による Janacek 判決が参照されている。Janacek 判決 (EuGH, Rs. C-237/07, Slg. 2008, I-6221) にては、第二章第二節第一款を参照。」
- (50) BVerwGE 147, 312 (323): 「連邦イミグレーション防止法四七条一項は、直接に影響を受ける自然人のみならず、環境・法的救済法三条によって承認された環境団体にも、大気質法の強行規定に対応した大気汚染防止計画を作成するよう求める権利を認めらるる」。
- (51) BVerwGE 147, 312 (324). ただし、引用文中の参照指示は省略した。
- (52) 規範統制 (Normenkontrolle) の概念については、異智彦「ドイツ行政裁判所法上の規範統制手続の裁判の一般的拘束力と参加制度」成蹊法学 (成蹊大学) 八一号 (二〇一四年) 一一〇頁の註 (2) も参照。
- (53) 行政裁判所法四七条二項一文目は、「法的規定ないしその適用によって自己の権利を侵害され、または侵害されるおそれのあることを主張する自然人または法人、そして行政庁は、法的規定の告示から一年以内であれば、「規範統制を求める一訳者註) 申し立てを行うことができる」と規定する。行政裁判所法四七条二項一文目においても四二条二項と同様に権利侵害を主張することが要求されているが、これは立法理由書から読み取れるように、四二条二項の文言に基づくものではないとする。Jochen Kerkmann/Elisabeth Huber, in: Gärditz (Hrsg.), Verwaltungsgesichtsordnung, 2. Aufl. 2018, §47 Rn. 74.
- (54) VGH Bayern, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 15.1870.
- (55) Richtlinie 1992/43/EWG (FFH-Richtlinie/Habitatrichtlinie).
- (56) VGH Bayern, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 15.1870, Rn. 29ff.
- (57) VGH Bayern, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 15.1870, Rn. 34.
- (58) VGH Bayern, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 15.1870, Rn. 37f. ただし、引用文中の参照指示は省略した。Janacek 判決については第二章第二節第一款を、Stichting Natuur en Milieu 判決については第二章第二節第二款を参照。

- (59) VGH Bayern, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 151870, Rn. 47. ただし、引用文中の参照指示は省略した。
- (60) らむの「監視者の法的地位 (prokuratorische Rechtsstellung; status procuratoris)」については、第五章を参照。
- (61) BVerwGE 147, 312 (324f.).
- (62) Vgl. Guckelberger, aa.O. (Fn. 5), S. 57f.
- (63) VGH Bayern, Urteil v. 28.07.2016 - 14 N 151870, Rn. 47. ただし、引用文中の参照指示は省略した。
- (64) 本判決については、学説においては、連邦行政裁判所第七法廷は、行政裁判所法四二条二項後段の「権利」を「公権」概念から切り離して理解したところを見解が有力である。例えば、Sabine Schlaacke, in: Gärditz (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 2018, Nach §42 Rn. 18 は、本判決について保護規範説の適用を回避したものと指摘する。この点については、西上・前掲註(7)二〇九頁以下も参照。
- (65) BVerwGE 167, 366 (382).
- (66) 例え、Wolfgang Kahl, Subjektives öffentliches Recht im Unionsrecht, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, §94 Rn. 68 は、連邦行政裁判所第七法廷判決 (BVerwGE 147, 312) が展開した監視者の権利の図式について、行政裁判所法四二条二項前段か後段かという二元的構想を打ち破る。ドイツの行政訴訟法における体系破壊ないし異物であって、裁判官による法の継続形成の限界を超えるものだとした上で、「特殊なケースにおいて、連合法違反の状態を回避するための、領域に特有の逐一的な、暫定的『緊急解決策』であると整理する。
- (67) その後の判例として、例えは、VGH Bayern, Urteil v. 14.03.2017 - 22 B 1712, Rn. 41ff. は、両判決を前提としたものではあるが、個人の法的地位に影響が及ぶ場合には裁判官による法の継続形成 (richterliche Rechtsfortbildung) は憲法上で制限されることも指摘し、最終的に行政裁判所法四二条二項後段の連合法適合的解釈を認めなかった。
- (68) Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.
- (69) なお、訴訟的解決策と実体的解決策は、必ずしもどちらか一方を選択して一貫して採用しなければならないと理解されているわけではない。例えば、Eberhard Schmidt-Abmann, in: Manz/Dirig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 152c は、「EU法が主に客観的な統制目的のみを訴訟資格と結びつけるところでは」「行政裁判所法四二条二項前段を活用し (訴訟的解決策)、反対に「このような明確な方向性がないところでは」「行政裁判所法四二条二項後段を活用する (実

体法的解決策)と述べて、両者の併存を指摘する。この点については、Schwertfeger, aa.O. (Fn. 6), S. 218f.

- (70) 例として、Walter Frenz, *Notwendige Unterscheidung von Umweltschutz- und Individualklage*, UPR 2014, 1 (1ff.); Claus Dieter Classen, *Unionsrechtlicher Einfluss auf die Funktion der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, NJW 2016, 2621 (2622).

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 73 No. 6(2023)
SUMMARY OF CONTENTS**

**Independence, or Autonomy, and Transparency
in Ensuring Trustworthy Regulations**

Yuichi MURAKAMI*

Trustworthy regulatory agencies must be independent and transparent concerning politics or the elected administration, other competing promotive ministries, and regulated parties. It is more relevant to nuclear regulation, with references to the International Atomic Energy Agency guidelines and lessons learned from the catastrophic Fukushima disaster. This paper proposes a new framework for assessing a nuclear regulatory body's autonomy and transparency. It works to avoid 'regulatory capture' while also ensuring regulatory accountability and responsibility by maintaining a certain 'distance' from other institutions, on the one hand, and making balanced decisions, paying attention to non-homogeneity and non-controlling relations between well-specialized members in the open collegiate body, on the other hand. Continued and appropriate regulatory implementation, enabled by such autonomy and transparency, will result in a good reputation and thus public trust. The framework is used to examine nuclear regulations in East Asia and in France and conclude that the composition of their agencies varies depending on the type of autonomy (e.g. political, organisational, or technological) that each country seeks.

* Associate Professor, Hokkaido University School of Law, and Public Policy School

執筆者紹介（掲載順）

齊藤正彰 北海道大学大学院法学研究科教授
村上裕一 北海道大学大学院法学研究科准教授
林耕平 北海道大学大学院法学研究科准教授
盛永悠太 北海道大学大学院法学研究科助教
谷遼大 北海道大学大学院法学研究科助教
菅澤紀生 北海道大学大学院法学研究科博士後期課程
植田達 常葉大学法学部法律学科講師
辻康夫 北海道大学大学院法学研究科教授

令和5年3月24日 印刷
令和5年3月31日 発行

編集人 岸本太樹
発行人 北海道大学大学院法学研究科長
尾崎一郎
印刷 北海道大学生協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886
発行所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 73 March 2023 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Human Rights of the Corporate Person	Masaaki SAITO	1
Independence, or Autonomy, and Transparency in Ensuring Trustworthy Regulations ☆	Yuichi MURAKAMI	23
Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (1) – Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs	Kohei HAYASHI	55
“Academic Freedom” in Japan and United States (2): Revisiting SHINICHI TAKAYANAGI, ACADEMIC FREEDOM	Yuta MORINAGA	123
Die Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts (4): Rechte Einzelner im EU-Umweltrecht und ihre Auswirkungen auf das deutsche Verwaltungsrecht	Ryota TANI	232 [1]

CASE NOTE

Note on Public Law Case	Norio SUGASAWA	155
Note on Employment Law Case	Toru UEDA	167
* * *		
Prof. Takeshi GONZA’s Curriculum Vitae and Publication	Yasuo TSUJI	191

[]···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