HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第76巻 第1・2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 76(1-2)
Issue Date	2025-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/95807
Type	journal
File Information	lawreview_76_1・2_All.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 76 巻　　第 1･2 号（合併号）

論　　説

外国人の人権とマクリーン判決
——出入国管理の憲法的統制—— …… 齊藤正彰　1

集団的紛争の効率的解決に向けたドイツの試み
——指針裁判手続（Leitentscheidungsverfahren）の導入——
…… 伊藤隼　33

「助言」から「共有」へ：情報化に伴う法専門職の
変容可能性に関する序論的考察 …… 郭薇　69

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（6）
——損害論の視角からの分析—— …… 林耕平　127

環境刑法における法益保護（2）
——環境媒体侵害の刑法的規制を中心に——
…… 梁小煒　177

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative
Law Perspective (4) …… ルベン・ロドリゲズ・サムディオ　221

司法の優越をめぐる法と政治（5）
——アメリカにおける議論を手掛かりとして——
…… 鈴木繁元　291

司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（7）
——日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に——
…… 鄭明政　315

研究ノート

「個人化する社会」と「不確定性」に向き合う法（学）の可能性
——「横溢する」感情と「閉塞する」法（学）——
…… 菅原寧格　363

判例研究

公法判例研究 …… 奥谷知冬　397

2025（令和7）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
臼杵知史（国際法）
遠藤乾（国際政治）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
加藤智章（社会保障法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
権左武志（政治思想史）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田口正樹（法史学）
田村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
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（法哲学）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
藤原正則（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松浦正孝（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（行政学）
山口二郎（行政学）
山下竜一（行政法）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田悠（労働法）
岩谷將（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）
川久保寛（社会保障法）
川村力（商法）
岸本太樹（行政法）
木下和朗（憲法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
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）
徐行（アジア法）
鈴木敦（憲法）
曽野裕夫（民法）
辻康夫（政治学）
中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
○中村督（ヨーロッパ政治史）
中山一郎（知的財産法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
○牧佐智代（民法）
松尾誠紀（刑法）

○水野浩二（法史学）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）＊
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
山崎幹根（行政学）＊
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

池田清治（民法）
大崎康二（法実務基礎）
城下裕二（刑法）
髙島麻子（刑事実務）
綱森史泰（民事実務）
濱岡恭平（民事実務）
林順敬（刑事実務）
渡邉宙（法実務基礎）

准教授

伊藤隼（民事訴訟法）
開出雄介（国際法）＊
郭薇（法哲学・法社会学）
川端倖司（行政法）
クォン・キ・ジュン（知的財産法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
千坂知世（比較政治）＊
○津田智成（行政法）
土井翔平（国際政治）＊
○林耕平（民法）
氷見哲洋（民法）
松本洵（日本政治史）
森悠一郎（法哲学）
山本周平（民法）
横濱和弥（刑法）
横路俊一（民事訴訟法）

助教

左婷雨（刑法）
渡口紘子（法社会学）
梁小煒（刑法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　　説

外国人の人権とマクリーン判決

—— 出入国管理の憲法的統制 ——

齊　藤　正　彰

はじめに

「外国人の人権」をめぐっては、従来、マクリーン判決が桎梏とされてきた。半世紀近くを経てもなお、判決の「間違い」箇所を指摘し、あるいは、国際人権法が進展する以前の古い判旨を「超えて」いくべきことを提唱して、マクリーン判決への攻撃が続行されている。しかし、それが奏功しないことについて、学説の側に誤りがないかを点検してみる必要があるのではなかろうか[1]。

[1] 本稿は、科研費「入管行政における裁量統制の原理的・実証的研究——マクリーン事件判決の克服に向けて」（代表：村上正直、課題番号：22H00781）による研究会（2025年３月29日、於：名古屋大学）における報告「マクリーン判決をめぐる憲法学説の間違い箇所を超えて」のために用意したものである（報告の機会をくださった村上教授および御指摘・御教示をいただいた研究会参加の諸先生に感謝申し上げます）。なお、本稿の内容には、齊藤正彰「出入国管理と最高裁のスタンス——マクリーン判決への再見当」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用』（信山社・2015年）839頁以下に基づく齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』（信山社・2022年）第７章と、日本公法学会第88回総会（2024年10月12日）における報告「空間軸から見た「国民」および「住民」」を元にしている部分がある。

Ⅰ　憲法学説の基本的な誤認

1　人権享有主体性論の二重性

⑴「外国人の人権享有主体性」の２つの意味

いわゆるマクリーン事件についての最大判昭53･10･４民集32巻７号1223頁（以下、マクリーン判決という）における、「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」という判示部分（以下、〈性質説の判示〉という）について、学説は、これが「外国人の人権享有主体性」についての一般論を示したものと説明してきた。

しかし、「外国人の人権」という主題の下には、①外国人にも日本国憲法上の人権が帰属するかという「外国人の人権享有主体性」そのものの一般的問題と、それが認められたうえで、②外国人であること、つまり国籍を理由とする人権制限がどのような場合にどの程度認められるかという、具体的な法律の違憲審査の問題とがある。

外国人の人権	①人権享有主体性	権利能力レベルの、有・無の問題
	②国籍による制限の合理性	制限が許される範囲・程度の問題

人権の帰属主体となりうるかという①の問題は、いわば「権利能力」レベルの問題である。それに対して、②の国籍に基づく人権制限、換言すれば、各種制度（法律）における国籍要件の合憲性の問題は、それぞれの「権利の性質」に応じて、正当化される事由を具体的に考えなければならない。ところが、従来の学説においては、①の一般的な理論問題と、②の具体的な合憲性の問題との区別が、必ずしも明確ではなく、両者が渾然一体となっているようにみえる[2]。

[2] 天皇・皇族について、学説は、①人権享有主体性を認めても、②個別の人権の多くが厳しく制限されることから、①人権享有主体性の承認の意味が損なわれると懸念して、①人権享有主体性を否定する説が唱えられるものと解される。

たとえば、〈外国人は社会権を享有しない〉という説明は、憲法レベルの「人権享有主体性」の問題なのか、法律レベルでの制限の問題なのかが不明確になりがちである。社会保障法制における国籍要件の廃止によって、外国人の社会権保障の問題は実質的に解消されたとされる。それが、国籍要件の廃止という法律レベルの変化によって、憲法レベルの人権享有主体性が否定から肯定に変化したという意味ならば、論理的には逆立ちしているであろう。

法律レベルでの国籍要件の廃止によっても、憲法レベルでは社会権の享有主体性が認められたわけではないとすれば、外国人の社会権は、法律によって認められているだけということになる。しかし、それでは、外国人に人権を保障するか否かは専ら立法政策の問題であり、外国人に人権を保障しなくても違憲の問題を生ずることはないとしていた、憲法上の人権享有主体性の否定説の思考を、部分的に共有することになりかねない。

今日、外国人の人権の問題は、①の外国人の人権享有主体性の問題、すなわち権利能力の有無のレベルではなく、②の国籍を理由とする人権の制限に合理的な根拠があるか否かの問題として検討すべきとの指摘は、すでに、主要な教科書においてなされている[3]。

⑵　人権の「制限」と「剝奪」

それでも学説が外国人の人権保障の問題を②の国籍による人権制限の合理性の問題として割り切ることができないのは、外国人に選挙権を全く認めない現行法制は、もはや〈人権の制限〉を超えて、法律による〈人権の剝奪〉を意味することになってしまうと懸念するからかもしれない。

それに対して、法人の人権を論ずる学説は、個別の人権ごとに法人にも保障を及ぼすべきかを検討するのが一般的であろう（つまり、①と②を区別する意識が弱い）。そのような考え方は、個人の尊厳を根拠に保障される「憲法上の人権」を、法人ないし団体に「準用」するものと説明されることもある。従来の憲法学説による「外国人の人権」の論じ方は、自然人である天皇・皇族よりも、法人の場合との共通性が高いようにみえる。

[3] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第６版〉』（有斐閣・2024年）95-96頁、長谷部恭男『憲法〈第８版〉』（新世社・2022年）123-124頁。

しかし、選挙権については、憲法15条が憲法レベルで一般的な制約の根拠を与えていると解することが可能である。判例もそのように説明でき、国際人権条約との関係でも問題は生じないであろう。

なお、「活動に基づく資格で滞在する外国人については、職業の自由が大きく狭められている」として、それは「保障されているが制約されているということではなく、……そもそも基本権としての保障がないというのが正確」との指摘もなされる[4]。

しかし、在留資格のうち「当該外国人が日本で行う活動を特定して在留を認めるもの」については、在留の目的に直結する就労が認められ、また、在留の目的に付随する就労も付随的に認められるが、それ以外の就労は認められないと考えるのが自然であろう。在留資格のうち「地位や身分に着目して在留資格を定めるもの」について、就労の余地を認めないような扱いをした場合に、職業の自由の制約の合憲性が問題となると考えられる[5]。

⑶ 〈性質説の判示〉の位置

従来の学説のようにマクリーン判決の〈性質説の判示〉が「外国人の人権享有主体性」についての一般論を示したものと説明するならば、次のような疑問も生じる。なぜ一般論としての〈性質説の判示〉がなされる前に憲法22条について論じているのか、そして、早くから外国人も憲法上の人権を享有することを認めていた最高裁が、なぜここで〈性質説

---

[4] 曽我部真裕「外国人の基本権保障のあり方」法教483号（2020年）72頁。興津征雄「入管法と行政法――入管法の体系的理解に向けて」有斐閣 Online ロージャーナル L 2410001（2024年）¶040。

[5] 「国家は、その主権的権利の属性として外国人の入国条件を定めうるので、特別の永住許可を得た者以外は職業選択の自由は有しないと一般に解されている」（佐藤幸治「基本権の主体」阿部照哉編『判例と学説Ⅰ憲法』（日本評論社・1976年）68頁）との指摘もあるが、「職業選択の自由は有しない」という評価が、①人権享有主体性と②国籍に基づく人権の具体的制限のいずれの問題として扱われているのかを、慎重に検討する必要がある。なお、横田耕一「外国人の人権――マクリーン事件」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂・1982年）101頁。

の判示〉を行ったのか、という疑問である。

最高裁の判例では、マクリーン判決以前に①「外国人の人権享有主体性」そのものの一般的問題には解答が示されていた。マクリーン判決においては、権利の性質によって、国籍を理由とする人権の制限がありうることが示されている。つまり、マクリーン判決における〈性質説の判示〉は、②国籍を理由とする人権制限の具体的な合憲性の問題に関するものと解される。

最高裁は、国民の入国の自由も憲法22条によっては保障されていないと解していたので、マクリーン判決では、22条について②外国人への保障の「程度」を問題にすることもなく、〈性質説の判示〉も必要なかったのである。

2　性質説の性質

⑴「国民説」の無理

外国人の人権享有主体性の否定説を「国民説」と呼んで再評価する見解について、在留外国人をめぐる「情勢の変化を踏まえ、……有力化しつつある」[6]との指摘がある。しかし、「国民説」の論理は、「外国人の人権」の問題にとどまらず、「憲法上の人権」の観念そのものを傷つけるおそれがある。

「国民」の概念は後国家的に生じ、国籍保有者の範囲は法律によって特定されるものである。それを指標として前述の①人権享有主体性そのものの承認を論じることは、国家以前の「個人の尊厳」を根拠とする憲法の人権保障の考え方と整合しないであろう。また、国籍法制について、多くの学説のように、憲法10条により広汎な立法裁量が認められている

[6] 曽我部・前掲論文（註４）73頁。「教科書では過去の説として言及されがちな国民説であるが、近年、有力化しつつある」（同頁）と再言されている。ただし、「国民説をとる学説の紹介を含めた包括的な検討」として、加藤隆之「外国人の人権享有に関する「国民説」の再評価」新報120巻１＝２号（2013年）57頁が挙げられるものの、曽我部・同論文73頁以下は、「国民説」の３つの論拠について否定的な評価を展開するものと解される。

と解するならば、「憲法上の人権」の享有主体の範囲設定を立法政策に委ねることになる。

著名な概説書の説明[7]に基づけば、〈個人の自由と生存を確保し、尊厳性を維持するために必要な一定の権利〉というものが〈憲法以前に成立していると考えられる〉のであり、これが「生まれながらの人権」と解される。そして、このような「生まれながらの人権」を〈憲法が実定的な法的権利として確認したもの〉が「憲法上の人権」である。

「国民説」は、①「人権享有主体性」そのものの一般的問題、換言すれば、憲法上の人権享有の基盤に関わる決定を、法律に委ねることを意味する。人権享有主体性は、法律レベルで任意に設定・変更が可能なものではなく、人間であることによって論理的に承認され、そのことが憲法レベルで確認されているものと考えなければ、外国人はおろか、日本国民の人権保障の根拠すら不確かなものとなってしまうであろう。

⑵ 性質説の論拠

性質説に対して、「その根拠について原理的な考察が必ずしも充分に行われていない」ことに疑念を抱き、「より精緻化」することが必要とする見解は、「人権理念の普遍性からただちに、憲法上の権利が外国人にも原理的に及ぶという結論に至るのは、些かの論理の飛躍がある」と批判する[8]。それは、近年の憲法学説における「超憲法的な「自然権」「人権」と、実定憲法上保障される「基本権」「憲法上の権利」との区別を強調」[9]する傾向を前提に、従来の性質説は「自然権」の享有から「憲法上の権利」を承認しているとするものであるが、その論旨には疑問がある。

〈人間の権利〉と「憲法上の人権」の相違についての認識が肝要であるとしても、両者の相違は、②の具体的な人権制限の場面でのものであ

---

[7] 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第８版〉』（岩波書店・2023年）84頁。

[8] 柳井健一「外国人の人権論――権利性質説の再検討」愛敬浩二編『講座人権論の再定位⑵人権の主体』（法律文化社・2010年）159頁・160頁・168頁。さらに、性質説は「原理的にかならずしも明確ではない論拠に基づいて外国人に対して憲法上の権利の保障が及ぶことを論証しておきながら、その実際の効果としてむしろその制約の合理性を説くことに傾きがち」（同169頁）と評する。

[9] 曽我部・前掲論文（註４）74頁。

ろう。「憲法上の人権」が〈人間の権利〉に淵源することを想起すれば、①「人権享有主体性」そのものの一般的問題については、両者に相違はないはずである。

憲法15条のように、憲法上に明示の手がかりがある場合は別として、法律によって「憲法上の人権」の享有主体性を否定することを認めるならば、国民を含む個人の人権保障は危殆に瀕する可能性があることは前述のとおりである。

⑶　文言説を否定する意味

外国人の人権享有主体性を承認する見解のなかでも、憲法第３章の規定における「国民は」とか「何人も」といった主体の定め方によって外国人への保障の有無を判断する文言説に対しては、否定的態度がとられる。

文言説を否定する際に、憲法の教科書は異口同音に、日本国民だけが対象となるはずの「国籍離脱の自由」を規定する憲法22条２項が「何人も」としているのは背理とする。しかし、日本に在留する外国人が本国の国籍からの離脱を望む場合に、日本国政府が故なく当該外国人の日本国籍の取得を拒むことは、日本国憲法の空間内で日本国政府が外国人の国籍離脱の自由を制約することになりうる[10]。つまり、22条２項が「何人も」としていることは、論理的に矛盾しているとは断言できない。

もちろん、ここで、文言説の復権を唱える趣旨ではない。他方で、あまり一方的に文言説を批判するならば、憲法15条１項の「国民固有」や93条２項の「住民」という規定の意味を論じることとの平仄も問題となりそうである。性質説は、〈文言だけが決め手ではない〉〈文言だけでは決められない〉と述べるもので、憲法の文言を等閑視するものではなかったはずである。

3　入国の自由の不存在

ところで、教科書的には、参政権、社会権、入国の自由が、外国人に

[10] 齊藤正彰「移動の自由の構造」北法73巻３号（2022年）14-15頁参照。

保障されない人権の御三家のように提示されるのが一般的である。

ただし、参政権と社会権は、日本国民に憲法上の人権として保障されるものが、外国人には保障されないという問題である。それに対して、「入国の自由」は、そもそも憲法には規定されておらず、日本国民についても憲法の人権規定による保障に含まれていないという問題である。

マクリーン判決が引用する最大判昭32・6・19刑集11巻6号1663頁（以下、「入国の自由」判決という）の多数意見は、憲法22条の保障は「日本国民に局限されていない」が、同条が保障する居住・移転の自由は国内に限られるとしていた。

「入国の自由」判決の調査官解説は、「国の構成員がその国に在住するという関係は、基本的人権以前の問題というべきであり、憲法の保障をまつて明らかにされるべきものではない」[11]としている。国際法上も、各国家は、自国の構成員を領域内に受け入れる義務を有するとされる。たとえ国外で出生した日本国民が初めて日本の土を踏む場合であっても、それは「入国」ではなく「帰国」である。

憲法学説は、「入国の自由」という憲法上の人権が存在することを前提として、それが外国人には否定されていると論じてきたものと解される。しかし、最高裁は、「入国の自由」が、そもそも（国民についても）憲法上の人権としては規定されていないとしていたのである。

Ⅱ　学説の取り組みの功罪

1　「出入国システム」論の独り歩き

⑴　「在留制度のわく内」論

マクリーン判決は、〈性質説の判示〉の直後に、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、……外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」と判示している。このような「在留制度のわく内」論は、ある意味で、順当な憲法解釈といえるはずである。憲法学説は、世界各地のあらゆる人々の人権保障を論じてきたのではなく、日本国内の在留

[11] 城富次・最判解刑事篇昭和32年度323頁。

外国人に対する「憲法上の人権」の保障を問題としてきた。そうであれば、人権保障の対象となる在留外国人の特定は、基本的に、実定法上の在留制度の定めを前提とすることになるであろう[12]。

憲法学説は、「憲法上の人権」の保障の射程が法律上の在留制度によって枠づけられると受けとめて、強く批判したのかもしれない。しかし、学説自身の立論の前提にも関わる「在留制度のわく内」論を、簡単に打ち破ることはできないはずである。

⑵　出入国システム優位説というモデル

ところが、「在留制度のわく内」論をマクリーン判決の主要な問題点と捉えるのが、従来の判例批判の大勢である[13]。こうした理解の定着に寄与しているのが、「出入国システム優位説」をモデル化した見解であると解される。

「出入国システム優位説」（マクリーン判決）
出入国システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国にかかわる事柄は基本的人権の射程には含まれず、外国人の基本的人権は出入国システムの枠内で保障される。
「基本的人権優位説」（初期の最高裁判決）
出入国システムも基本的人権の射程に含まれ、基本的人権は外国人にも保障されるが、権利の性質上国民と異なる制約が課せられうる。

[12] ただし、入管法上、「入国」と「上陸」は区別されており、「在留」は上陸以後の問題であるから、外国人在留制度との関係では、外国人の人権について「わが国に既に入国している外国人についての問題」（佐藤幸治『日本国憲法論〈第２版〉』（成文堂・2020年）161頁）と整理することには注意が必要かもしれない。上陸前あるいは入国前の外国人に対する公権力行使の憲法的統制について、別途の考察が必要であろう。

[13] 近年では、泉徳治「マクリーン判決の間違い箇所」判時2479号臨増『統治構造において司法権が果たすべき役割〈第２部〉』（2021年）が著名であろう。「在留制度のわく内」論の判示は、換言すれば、「法務大臣は憲法の拘束を受けずに在留に関する処分を行うことができる」ことを意味していて「明らかに誤り」（186頁）であり、「外国人在留制度が憲法の上にあり、法務大臣の処分について違憲の問題は生じない」とするのは「完全に誤り」（191-192頁）であるとされる。ただし、「完全な誤り……とまでは言えないと考える」（曽我部真裕「マクリーン事件判決及びそれに関する最近の議論について」国際人権33号（2022年）17頁註５）との指摘もある。

その見解は、入管法が定める在留制度を「出入国管理システム」ないし「出入国システム」と呼び、初期の最高裁判決が採っていた基本的人権優位説はマクリーン判決において廃棄され、最高裁の「思考枠組」は出入国システム優位説へ転換されたとする[14]。しかし、そのような判例の評価に十分な根拠があるかは疑問である[15]。

(3) モデル化の弊害

この見解は、「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」というモデルを設定したが、問題の焦点は、２つのモデルのいずれが採用されるべきかではない。重要なのは、「在留制度のわく内」論を前提に、それに対する憲法的統制をどこで・どのように・どの程度まで及ぼすことができるかを解明することである。この見解は、そこに十分に踏み込まないままに[16]、マクリーン判決の「在留制度のわく内」論に「出入国システム優位説」という呼称を与え[17]、「出入国システム」を憲法の人権保障とは別次元のものとする理解を独り歩きさせてしまったのではなかろうか[18]。

---

[14] 日比野勤「外国人の人権(2)」法教217号（1998年）44頁。

[15] 「出入国システム優位説」モデルは、まさに「完全に誤り」であり、最高裁もそのような立場を採用していないことは、論者が自ら認めるとおりである。他方、「入国の自由」判決は、入国の自由が憲法上の人権であるとはしておらず、初期の最高裁判決が「基本的人権優位説」モデルを採っていたという説明も成り立たないが、論者はこの点の説明を明確にしていない。齊藤・前掲書（註１）227-228頁も参照。

[16] 「日比野論文は、行政法において裁量審査に関する判例・学説（とりわけ論証過程・判断要素の審査……）が発展を遂げる前の時代に書かれたためか、行政裁量の統制の理解が現在から見ると硬直的である嫌いがある」（興津・前掲論文（註４）¶013註27）との指摘もなされる。

[17] 宍戸常寿「人権享有主体」警論75巻５号（2022年）78頁も、「判例の立場は、学説の説く権利性質説とは異なる側面があり、その点で「出入国システム優位説」と呼ばれることもある」として、日比野・前掲論文（註14）44頁を参照指示する。

[18] 実務家からは、「「出入国管理システム優先論」の射程は無限定に拡大している」（高橋済「在留資格のない人（外国人）の人権と行政裁量の統制に関する一

近時、「出入国システム優位説」が最高裁判例においては「システム優位は貫徹されていない」[19]と述べたことを受けて、「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」が「妥当する領域」の「切り分け」も提唱されている[20]。その学説は、「入国・在留に関わる場面」は出入国システムの問題として憲法の人権保障の射程に含まれないが、活動制限としての在留資格は憲法の人権保障の射程内にあると捉え、「出入国管理行政の個々の場面で憲法的保障に相違を持たせようとする」ものであると説明される[21]。

しかし、そのような「切り分け」は、国際人権条約に不当な制約をもたらすことが懸念される。憲法の人権保障が及ばない「場面」があるのは、「入国・在留に関わる場面」を直接規律する人権規定が憲法には存在しないことによるものである。他方、国際人権条約には、出入国管理を直接規律する（裁量判断を直ちに違法＝条約違反としうる）規定が存在する。それにもかかわらず、出入国管理に関わる「場面」や「領域」による「切り分け」をして、「出入国システム優位」の「領域」として条約の適用を排除するのは、不合理であろう[22]。

考察」国際人権32号（2021年）56頁）と評されている。

[19] 日比野「外国人の人権(3)」法教218号（1998年）80頁。

[20] 曽我部・前掲論文（註４）75頁は、「著名な憲法判例には、当事者が外国人であるものもあるが、在留制度とは無関係の事件であれば、外国人である点は特に考慮されることなく判断が行われている」という「複層的・二元的な構造」があることを指摘しながら、「マクリーン事件判決の示した二元論的な構造……が否定できないとすれば、基本権の種類ごとの検討だけではなく、制限の性質にも留意しなければならない。また、ある領域について、どちらの論理が妥当するのかについては、出入国管理システム優位説の根拠が、入国の可否及びその条件の設定に関する主権にあることを踏まえ、そこからの距離を図りつつ検討する必要がある」とする。

[21] 尾形健「行政裁量の憲法的統制について――出入国管理行政をめぐる司法審査の一側面から」立命393=394号（2021年）194頁。

[22] 児童の権利条約に関する前田直子「外国人の在留管理における児童の権利条約の適用可能性――日本政府の解釈宣言に関する「解釈」をめぐって」国際113巻４号（2015年）は、次のように指摘する。すなわち、近年の下級審判決が「児童の最善の利益や家族的再統合の保護、親子の分離の禁止といった利益は、「考

2 「安念教授のパラドックス」のパラドックス

(1) 安念教授のパラダイム

マクリーン判決の「在留制度のわく内」論を「外国人の人権」の議論の焦点とすることは、入国の自由・在留の権利を認めずに在留中の人権保障を論じるのは矛盾しているとする「安念教授のパラドックス」[23]を「難問」[24]として抱え込むことにもつながる[25]。

慮要素となることは否定できないものの、これを超えて、法務大臣等の判断を直接的に規制するものとはいえ」ないとの判断を示している」(86頁) ところ、「児童の権利条約の場合、それこそ国内裁判所も認識しているように、退去強制手続をはじめ、各国の入管法制を念頭に置き、その運用との関連性に着目した規定がある」(89頁) のであり、「法務大臣の自由裁量論も、入管法制の枠組みのなかでは通用するが、在留管理にかかわる人権の保障を射程におさめる条約の規範との関係では絶対的ではない。「抽象的原理」とも言えるマクリーン基準を信奉し、個別審査を実質的に放棄してきた司法の態度は、再考すべきである」(89頁)。なぜなら、「外国人の在留権自体が、国際慣習法上当然のものとして認められないとしても、日本の管轄下にある人の取扱いは、日本が締結し、かつ国内的効力を有する人権条約の規範によって制約を受けることに違いはない」(93-94頁) のである。これは、「日本の国内裁判において、在留管理に関連する児童の権利の保障を定めた条約諸規定は、裁判規範性を認められておらず、人管法制の枠組みの片隅で、せいぜい「考慮すべき要素」として認識されているにすぎない」(93頁) 状況を批判するものである。それは、「在留制度のわく内」論に対する統制をどこで・どのように・どの程度まで及ぼすことができるかについて、憲法と国際人権条約が有する権利規定による相違を示すものであろう。なお、岡田正則＝古谷修一＝渡辺彰悟「〈対談〉マクリーン判決を乗り越える――行政法・国際法の視点から見たマクリーン判決と退去強制処分取消訴訟」Law & practice 2 号 (2008年) 69頁 [古谷] も参照。

[23] 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 [長谷部・後掲書 (註30) 所収]、樋口陽一ほか『注解法律学全集(1)憲法 I 』(青林書院・1994年) 189頁 [佐藤幸治]。

[24] 佐藤幸治「人権の観念と主体」公法61号 (1999年) 34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) 251頁以下は、マクリーン判決をめぐる今日の「誤解」や「暴走」の背景として、「安念教授のパラドックス」が、その公刊の「直後に、当時の代表的なコンメンタールにおい

しかし、「安念教授のパラドックス」が成立するような状況は、自らが認めるとおり当初から限定されたものであった。そもそも、「安念教授のパラドックス」は、マクリーン氏のような「本邦外から本邦に上陸して在留する外国人に限定」[26]しての問題である。他方で、「安念教授のパラドックス」が大きな問題となりうるのは、非就労活動も含めて資格外活動を一般的に禁止しているかにみえた平成元年改正前の入管法の下においてである[27]。

つまり、「安念教授のパラドックス」は、平成元年改正前の法制度の下で成立しうるものであるが、その当時の「外国人問題は、在日コリア

てシリアスに受け止め」られ、著名な「概説書において、このような「難問」を「主権国家というものを前提とする限り解消することのできない」ものであると位置づけ」る記述がなされ、そして、日本公法学会の総会報告におけるその「難問」をめぐる叙述が、マクリーン判決を「当該事案の射程を越えて、「人権と国民国家」に関する一般論を宣告した判決であると理解」することにつながるものであった点に注目している。そこで展開された批判は、性質説の論拠の不足を懸念する見解が敷衍して示した思考（柳井・前掲論文（註８）169頁以下）にも当てはまるであろう。

[25] 佐藤・前掲論文（註24）35頁は、「この「難問」に対する明快な答えはありそうも」ないとするが、「外国人の入国・在留を認めるか否かは各国家の主権的作用であることを前提におきながらも、個々人の差異や特性に配慮した適正な運用を図る」（同頁）という方策は示されている。そうした方策は、すでに言及されていたものである。たとえば、同『憲法訴訟と司法権』（日本評論社・1984年）53頁は、「許可・不許可の決定は、公正な手続と理由によるものであることは必要」であり、また、「平等原則が外国人にも妥当するとされる以上、同じ状況下にある外国人を恣意的に差別することは許されない」とする。そして、「マクリーンの政治活動が表現の自由の保障の……範囲内のもの」であり、「不許可処分」の理由に「恣意性がある場合には、本件処分は、裁量権の濫用として違法とすべきではなかったか」としていた。この記述は、現在の体系書にも引き継がれている（佐藤・前掲書（註12）161頁註51参照）。

[26] 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）168頁。

[27] 制度の詳細については、興津・前掲論文（註４）¶048-051、小畑郁「日本の外国人法史における「在留資格」概念の肥大化」広渡清吾＝大西楠テア編『移動と帰属の法理論――変容するアイデンティティ』（岩波書店・2022年）88頁参照。

ン問題であった」[28]とされる。「安念教授のパラドックス」は、〈安念教授のパラダイム〉においてはその該当者が限られるという「パラドックス」を抱えるものであったといえる。

⑵ 憲法学説の「セグメント化」思考

ところで、「安念教授のパラドックス」は、当時の入管法の在留資格制度について、「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、在留資格として「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批判していた[29]。

この「安念教授のパラドックス」が当時の外国人在留制度の難点として指摘したのと同じ思考が、憲法学説に残存しているのではないかが問題である。外国人は参政権を享有するか否か、社会権の享有主体性は認められるかどうか、という形で問いを立ててきた学説は、外国人の人権享有主体性を、いわば縦割りに、セグメント化して扱ってきたのではなかろうか。

⑶ 「ライフ・セーバー」論

「安念教授のパラドックス」と命名した学説は、それを、「人である以上、……普遍的に保障されるはずの権利が、外国人であることを理由にきわめて不完全な形でしか保障されない制度の正当化根拠」の問題と定式化して、解決策を提示している[30]。

そこで持ち出されるのが、「ライフ・セーバー」の喩えである。すなわち、「海水浴場で誰かが溺れそうになっているとき」は、救助の疎密を防ぐため、「予め指定されたライフ・セーバーが救助に赴くこととす

---

[28] 曽我部・前掲論文（註４）71頁。

[29] 安念・前掲論文（註26）171-172頁。ただし、このような批判は、在留資格制度を現行法の規定以上に強固なものとして理解した場合に成立するものであろう。福山宏「出入国管理及び難民認定法（入管法）の構造と行政的理解」広渡＝大西編・前掲書（註27）146頁註68参照。

[30] 長谷部恭男『憲法の理性〈増補新装版〉』（東京大学出版会・2016年）119頁。

ることで効果的に救助活動を遂行」できるとされるのである[31]。

この「ライフ・セーバー」の喩えは、担当する領域内に要救助者があれば、それが誰であっても救助することを意味するもののように解される。ところが、「広大な海水浴場を何人かのライフ・セーバーが……分担する仕方として、それぞれが特定の集団を受け持つこととしている状況」が導入され、「国籍を調整問題を解決するための標識として捉える」ことが正当化される[32]。

しかし、「安念教授のパラドックス」が問題とする「外国人の人権」は、国家を樹立する目的でありライフ・セーバーの任務とされるはずの、生まれながらの〈人間の権利〉のことではない。「外国人の人権」とは、〈人間の権利〉を保護するための政府の行為に過誤や恣意があった場合に、救済のために持ち出される「憲法上の人権」のことであろう。そこでは、領域内での、外国人への公権力行使に対する「憲法上の人権」の保障も問題となる[33]。その場合、ライフ・セーバーとしての政府は、侵害者として指弾される側にあることになる。

3　「特別の条約」論と国際人権条約の普遍性

⑴　マクリーン判決における「特別の条約」の留保

マクリーン判決が「「特別の条約」がない限りと留保している点に着目」して、「国家の出入国管理権限は、もはや絶対的な権限ではなく」、日本が締結した「条約」によって制限されるとの主張がなされる[34]。

---

[31] 同書124頁。

[32] 同書125-126頁。

[33] 安念・前掲論文（註26）166頁。

[34] 安藤由香里『ノン・ルフルマン原則と外国人の退去強制――マクリーン事件「特別の条約」の役割』（信山社・2022年）4－7頁。なお、裁判を受ける権利の観点から、マクリーン判決のいう「特別の条約」に難民条約が含まれるとみる憲法学説として、笹田栄司『裁判制度のパラダイムシフト』（判例時報社・2023年）221-223頁。

(2) 「特別の条約」論の錯綜

マクリーン判決にいう「特別の条約」の留保を手がかりとする議論において、「特別の条約」が何を指すかをめぐって、表の(a)～(d)のような理解の相違がみられる[35]。

---

[35] (a)最も狭く解する理解は、旧・日米行政協定や、日米地位協定、国連軍地位協定（「日本国における国際連合の軍隊の地位に関する協定」）のように、入管法の外側で、それとは別個・独立に存立する出入国のしくみを定める条約を指すとするものである。「日米地位協定や国連軍地位協定について、入管法の適用を除外する法律の規定は存在しないが、日米地位協定９条２項、国連軍地位協定３条２項において、米軍および国連軍の構成員および軍属ならびにそれらの家族は「外国人の登録及び管理に関する日本国の法令の適用から除外される」と定められているため、条約の国内的効力により入管法等の適用が包括的に除外されると解される」（興津・前掲論文（註４）¶015註34)。この(a)の理解は講和条約発効後の入国管理体制をめぐる国会審議において外務省が説明したものであること、裁判所もそうした理解に立っていることが指摘される（小畑郁「戦後日本の外国人法と国際法・人権条約――「国際慣習法」/「特別の条約」の二元・棲み分け構造とその克服への展望」薬師寺公夫＝小畑郁編『移住労働者とその家族の人権――国際人権基準に基づく法基盤整備をめざして』（信山社・近刊）参照)。(b)国際法学説においては、「通商航海条約等、締約国が出入国の裁量権を相互的に制限・撤廃することを定める条約、あるいは日韓法的地位協定等、外国人を日本とのつながりによって類型化（永住者等）して出入国に関わる条件に区別を設定するような、出入国管理に直接関わる条約」が含まれると説明されることがある（徳川信治「外国人の出入国と慣習国際法――マクリーン事件」小寺彰ほか編『国際法判例百選〈第２版〉』（有斐閣・2011年)93頁。岡田ほか・前掲対談（註22）57頁［古谷］)。(c)出入国管理について国家の広汎な裁量を認めてきた「国際慣習法」に変更を迫るものとして、難民条約や、出入国管理に直接関わる国際人権条約の規定を「特別の条約」として主張する見解もある（安藤・前掲書（註34）４－７頁、近藤敦「マクリーン判決を超えて――国際慣習法の新地平と入管法等改正案の問題点」法時93巻７号（2021年）54頁以下)。そこでは、主に、国際人権条約上のノン・ルフルマン原則の義務や、家族結合の権利に重点が置かれている。(d)さらに広く、出入国管理に直接関係のある条約規定でなくても、退去強制や在留期間の更新不許可が条約の保障する権利に抵触する可能性はあるとして、マクリーン判決以後に締結されてきた国際人権条約が「特別の条約」として主張されることもある。ただし、国際人権条約のなかで(c)と(d)の類型が截然と区別されるわけではなく、グラデーショ

(a)入管法とは別個・独立に存立する「出入国のしくみ」を定める条約 旧・日米行政協定、日米地位協定、国連軍地位協定	入管法の外側
(b)出入国の裁量権を制限・撤廃する等、出入国管理に直接関わる条約 通商航海条約、日韓法的地位協定	入管法の枠内で特別扱い
(c)難民条約、出入国管理に直接関係する国際人権条約の規定 ノン・ルフルマン原則、家族の保護	
(d)（マクリーン判決以後に締結されてきた）国際人権条約一般 国際人権規約等のすべての権利規定	入管法の内側

(a)が入管法の外側にあるのに対して、(b)～(d)は入管法のしくみの内部で扱われる。(b)や(c)が特別の扱いの要請を含むとしても、それは入管法（あるいはその特例法）に対応する規定が設けられて、入管法の枠内で対処されることになる[36]。裁判所が(a)の立場をとるものとすれば、(c)や(d)の見地から行われる国際人権条約に基づく主張が受け容れられず、すれ違いが生じるのも、無理はないことかもしれない。

マクリーン判決が判例として引用する「入国の自由」判決は、まさに「入国」が争点となった事案についてのものであり、「特別の条約」とは、一般的な入管法制とは別立ての入国経路を定める条約という(a)の理解によるものと解される。たしかに、在留（の継続）が問題となる事案では、(c)や(d)のような条約に関する考慮が求められる場面も生じよう。しかし、そのような現実の要請があることと、判例の論理構造とは別問題であろう[37]。

ンがあるといえるかもしれない。たとえば、村上正直「外国人の出入国と家族の保護」黒澤満先生古稀記念『安全保障論――平和で公正な国際社会の構築に向けて』（信山社・2015年）405-406頁では、「特定の場合に国家の裁量を限定する明文規定」と「一般的な規定」が区別されている。

[36] 入管法内部での難民法制の特別性について、「①外国人の出入国および在留の管理に関する一般的規定（法２条の２～59条の２）と、②難民の認定に関する規定（法61条の２～61条の２の18）の２つ」は、「どちらも広い意味では外国人の出入国在留管理に関する制度であり、相互に密接に関連するが、基本的なコンセプトはまったく異なっている」（興津・前掲論文（註４）¶008）とされる。

[37] マクリーン判決は「外国人の入国・在留の権利と、それを含まない憲法上の基本的人権とを区別している」（興津・前掲論文（註４）¶013）。「入国や在留の権利自体が憲法上認められるかは別として、入管法の内容や運用には国際人

また、国際人権条約の規定には(c)類型と(d)類型があることの認識は、(c)類型に該当する規定（入国の自由・在留の権利）がない日本国憲法との対比において重要である。このような条約と憲法の相違が、前述（Ⅱ1(3)）の「出入国システム優位説」と「基本的人権優位説」の「妥当する領域」を「切り分け」する思考の問題点に関わる。しかし、裁判所が「特別の条約」を(a)と理解して、(a)類型とそれ以外の間で区別の線引きをしているとすれば、(c)類型と(d)類型の区別の重要性を「特別の条約」論で主張することには困難があろう。

(3)「入国の自由」判決における「国際慣習法」論

ところで、「入国の自由」判決の調査官解説では、世界人権宣言および各国憲法に外国人の入国の自由を保障する明示の規定がみられないことと、「多くの国において外国人の入国規整が自主的裁量の下に行われている現状」を述べて、そのことから、「外国人の入国許可義務を認めない国際慣習法は、なお維持されている」という説明がなされている[38]。また、マクリーン判決では、「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではな」いとされているが、〈国際慣習法上、外国人には入国の自由がない〉という判示は見当たらない。

「入国の自由」判決は、その当時の「現状」について「世界人権宣言および各国憲法」を斟酌して判断したものである。判例のいう「国際慣習法」は発展に開かれており、その徴憑が国際人権条約であると解することも可能である。つまり、「入国の自由」判決ないしマクリーン判決の時点での認識としては、「国際慣習法上、外国人の入国の許否は当該国家の自由裁量により決定し得る」ということであったとしても、その後の国際規律の進展・深化によって、今日では出入国管理についての国家の裁量（国家管轄権）は、相当程度制約されていると考えることもで

権法及び憲法の両面からの統制が必要であり、裁判所が果たす役割は重要である」（前田直子「入管法改正と日本の難民認定制度の現在――国際人権法の視点から」ジュリ1591号（2023年）77頁）。

[38] 城・前掲判解（註11）323頁参照。

きる[39]。

そうであるとすれば、国際人権条約を「国際慣習法」の原則に対する個別の例外として「特別の条約」に分類するのではなく、「国際慣習法」そのものに関する問題として扱うのが、国際人権条約の性質に相応しいと解される[40]。

Ⅲ　マクリーン判決の中の人権

1　判決の構成と違憲審査

⑴　〈性質説の判示〉と合憲限定解釈

マクリーン判決は、「二　当裁判所の判断」において、（一）で、国際慣習法にも依拠しながら、在留期間の更新について「法務大臣の裁量権の範囲」を広汎なものとしている法律の規定は憲法に違反しないと判断

---

[39]「自由権規約委員会および欧州人権裁判所は、従来の慣習国際法規則の存在を承認しながらも、なお規約および条約の適用を認めているから、その範囲で当該慣習国際法原則を修正していると理解する余地がある」（村上正直「退去強制と家族の保護」薬師寺公夫ほか『法科大学院ケースブック国際人権法』（日本評論社・2006年）218頁）。村上・前掲論文（註35）408-409頁も参照。

[40] (c)類型の条約規定においても、ⓐそれが国際慣習法の内容を形成しているとみられる段階にあるものと、ⓑ「一般に、慣習国際法と条約とは一般法と特別法の関係にあるから、関係する条約の規定が慣習国際法とは異なる規則を定める場合には、当該条約の締約国相互間においては、当該条約規定が優先的に適用され、その限りにおいて当該国際慣習法規則の適用は排除される」（村上正直「退去強制をめぐる日本の裁判例と人権条約」世界人権問題研究センター研究紀要14号（2009年）26頁）と考えられる段階のものとがありうる。ただし、ⓑの場合に、一般法としての国際慣習法に対して国際人権条約が「特別法」とされることと、マクリーン判決のいう「特別の条約」とは、区別して考えるべきであろう。なお、ⓑのように解される場合には、㋐裁判所が(a)の立場をとるとしても、「国際慣習法」そのものに対する特別法として国際人権条約を扱えばよく、㋑裁判所が(c)や(d)の立場をとるならば、判例の「特別の条約」論は〈国際慣習法と条約とは一般法と特別法の関係にある〉ことを確認したものであり「論理的にみて特段の問題はない」（同頁）と解することになろう。

している。これは、法律の違憲審査の問題である。次に、（二）で、合憲とされた法律に基づく「法務大臣の裁量権」の行使についての裁判所による審査のあり方を示す。そして、（三）の、法務大臣による「処分の適否について検討」する段階で、〈性質説の判示〉が登場する。

「二　当裁判所の判断」
（一）憲法は外国人に入国の自由・在留の権利を保障していない
　　（憲法は規定せず、国際慣習法上の義務もない）
　　↓
　　法律が在留期間の更新を権利として保障していないのは合憲
　　↓
　　在留期間更新の許否について法務大臣に広汎な裁量権
（二）裁量権行使についての裁判所による審査のあり方
（三）外国人にも政治活動の自由はある（違法な資格外活動ではない）
　　（〈性質説の判示〉による法律の合憲限定解釈）
　　↓
　　在留期間の更新不許可は違法・違憲ではない
（四）原審の判断は正当（結論）

最高裁は、法律上の在留資格の規律にもかかわらず外国人の表現活動が認められることを示すために、〈性質説の判示〉を行ったと解される。この点で、〈性質説の判示〉は、資格外活動一般を広く禁止するかにみえる法律について、合憲限定解釈に相当する作業を担っていたということができる[41]。つまり、マクリーン判決においては、入国・在留の条件を国家が自由に決定することができるといっても、憲法の規律の下にあることが前提なのである[42]。

[41] 日比野・前掲論文（註14）52頁。

[42]「在留外国人には当然に人権が保障されているのだと考えて、現行在留資格制度がどのような規定のしかたをしているにせよ、在留外国人には当然に人権が保障されるのだと考えて、現行制度の間隙を人権によって充塡するという構成を……理論的な含意としては、マクリーン事件最高裁判決自身が採用していたと見ることができる」（安念・前掲論文（註26）179頁）とされる。「外国人在留制度の運営も国家権力の行使である。国家権力の行使は憲法の枠内で行使し

マクリーン判決は、結論としては、法務大臣が上告人の在留期間中の政治活動を斟酌して在留期間の更新を不許可としたことは違憲・違法ではないとした。しかし、〈性質説の判示〉を行って外国人の政治活動の自由を認めたことは、形式的な資格外活動を理由とする在留期間の更新不許可の判断を認めない趣旨と解される。

⑵「在留制度のわく内」論の意味

マクリーン判決が〈外国人は入国の自由を保障されていない〉とした趣旨は、外国人には入国・在留の許否を決定する国家の裁量を直接拘束するような人権の保障はない、ということであろう。他方、マクリーン判決は、法務大臣の裁量権も、法律が定める「在留制度のわく内」で与えられたものとしている。

すでに旧稿において考察したとおり[43]、在留期間中の政治活動を理由に在留期間の更新不許可処分がなされたとしても、それは「政治活動をしたことに対する直接の不利益処分として」行われるわけではない[44]。もちろん、マクリーン氏の政治活動自体が妨げられたわけでもなく、政治活動を理由に在留資格を剝奪されたわけでもない。その意味では表現の自由は制約されていない。

学説は、入国の自由・在留の権利が保障されないことは承認しながら、憲法で保障された人権の行使といえる在留期間中の活動が在留期間の更新に際して不利益に斟酌されることを批判してきた。しかし、在留期間更新についての法務大臣の裁量を拘束するはずの在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を否定しながら、「政治活動の自由から法務大臣の裁量権に制約をかける構成」[45]には困難が伴う。「適法行為を当不当の面から評価すること及びその行為事実から他の事実を推認

なければならず」（泉・前掲論文（註13）192頁）という指摘を、尾形・前掲論文（註21）196頁は高く評価し、曽我部・前掲論文（註13）17頁註６も一定の理解を示すが、すでにマクリーン判決の前提になっていたと解される。

[43] 齊藤・前掲書（註１）233頁。

[44] 越山安久・最判解民事篇昭和53年度449頁。

[45] 小山剛「外国人の政治活動の自由（マクリーン事件）」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ基本的人権』（悠々社・2010年）２頁。

することは、当該適法行為が憲法の保障を受けるからといって何ら妨げられるものではなく、憲法の保障はそのような評価及び事実の推認を禁止する効力を含むとは考えられない」[46]という指摘に対する学説の応答は、必ずしも十分ではなかったと解される。

⑶ 法務大臣の裁量の統制

「安念教授のパラドックス」が「ほとんど戦慄すべきもの」[47]としたように、世界中の国々から（北海道から東京都へ旅行や転居をするのと同じように）自由に外国人が日本に入国し在留できる（その権利がある）と考えるのは難しいであろう。

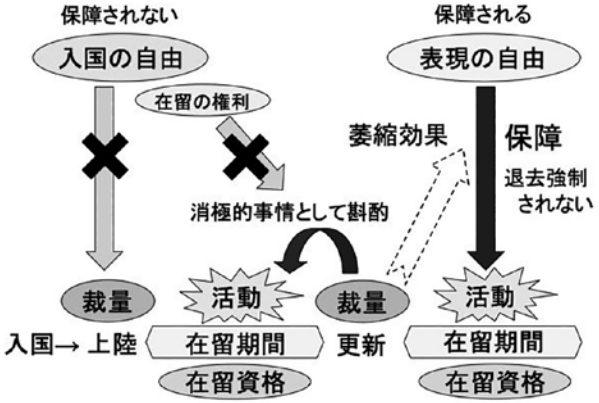
学説が、入国の自由・在留の権利が保障されないことは承認しながら、憲法で保障された表現活動を理由とする在留期間更新不許可処分は外国人の表現行為に対して萎縮効果を及ぼすと批判することができたのは、短期間での在留更新が実質的に表現活動に対する事後制裁と同視しうることによるものと解される。しかし、入国の自由・在留の権利を否定している以上、「結局、憲法上外国人に対する在留の許否は国の裁量に任されていることと外国人の他の憲法の基本的人権の保障との間の優劣ないし調整の問題に帰する」とされることになる[48]。

そうすると、問題は、在留期間の更新に際しての法務大臣の判断について、裁判所がどの程度まで踏み込んで審査するかであろう。外国人在留制度においては、在留期間が比較的短く設定されている。在留目的を達成するために在留期間の更新を反復することが必要となるような制度設計であるとすると、在留期間中の活動が次の更新時の考慮要素になる。それは、実質上、定期的に在留中の活動について審査を受け、不都合があれば在留が打ち切られることを意味するであろう[49]。そこで、問題とされる在留中の活動が、憲法の保障を受ける人権の行使ならば、そのことは相応の「重み」をもって考慮されるべきであろう。

---

[46] 越山・前掲判解（註44）450頁。
[47] 安念・前掲論文（註26）180頁。
[48] 越山・前掲判解（註44）449頁。
[49] 横田・前掲論文（註５）98頁参照。

マクリーン判決は、「判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合」に限って違法となるとした。これは、法務大臣の裁量を広く認めるものとして、批判されてきた[50]。この裁量統制の密度（裁判所がどれだけ踏み込んだ審査を行うか）が検討の焦点のはずである。



マクリーン判決も、法務大臣の裁量判断を無条件に広く認めたわけではないと解される。これについて、かつて、〈出入国管理令が在留期間の更新許可条件を概括的に規定しているところ、マクリーン判決は、更新不許可事由を上陸拒否事由に準ずるところまで絞り込んで判断した〉という趣旨を述べたことについて、〈絞り込んだ〉という表現には語弊があるのではないかとの指摘を受けている[51]。

ただ、マクリーン判決をめぐっては、〈出入国管理令は、上陸拒否事由に該当しない限り当然に在留期間の更新が受けられるという建前をとってはいない〉とした上で、本件の判断においては、外国人の政治活

[50] 他方で、マクリーン判決については、「実際にはいろいろなことを検討した上での結論」（藤田宙靖〔聞き手：蟻川恒正＝中川丈久〕「藤田宙靖先生と最高裁判所（３・完）」法教402号（2014年）45-46頁［藤田］）であり、また、後の判断過程統制の手法につながる要素を有するとの指摘（橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂・2009年）161頁、村上裕章『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂・2019年）241頁註27も参照）もなされている。

[51] 興津・前掲論文（註４）¶063註84。

動が少なくとも上陸拒否事由である「日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」に該当する場合には「更新を不許可とすることは許される」と説明されている。しかも､「判断要素の選択や判断過程に著しく合理性を欠くところがないか」を判断すべきなのは当然であるとされていた[52]。

たしかに、マクリーン判決は､「所論のように上陸拒否事由又は退去強制事由に準ずる事由に該当しない限り更新申請を不許可にすることは許されないと解すべきものではない」としている。しかし、これは、上陸拒否事由および退去強制事由との関係について、常に政治活動の場合と同様に論じうるとはいえないためであろう。また、マクリーン判決では、上告人は上陸拒否事由に相当すると判断したため、退去強制事由にも上陸拒否事由にも該当しない場合については判断を留保している。

上記の指摘をした学説も、マクリーン判決が「必ずしも法務大臣にフリーハンドの裁量を認めたわけではなく、少なくとも上陸拒否事由と同レベルの粒度での説明（正当化）を求め、それに基づいて明白な合理性の欠如等を審査したとする趣旨であれば、重要な指摘である」[53]としている。

2 「憲法上の人権」と裁量統制

⑴ 違憲審査と行政裁量の統制

ここで、念のため、行政機関の裁量判断が人権を侵害しているとされる場合の、裁判所での審査のあり方について確認しておきたい[54]。

行政処分によって人権が侵害されたという場合、まず、❶処分の根拠となっている法律の合憲性が問題となる。法律が合憲とされた場合には、❷処分が法律によって与えられた裁量権の逸脱・濫用に当たるかが問題となる。

---

[52] 越山・前掲判解（註44）443頁・450頁・445頁。関連して、興津征雄『行政法Ⅰ行政法総論』（新世社・2023年）436頁・449-450頁参照。

[53] 興津・前掲論文（註４）¶063註84。

[54] 齊藤正彰『力点憲法』（信山社・2024年）61-62頁参照。

国民の代表が定めた法律（そこに示された判断）を覆すためには、憲法を持ち出す必要があるというのが、❶違憲審査（法律の合憲性審査）の問題である[55]。それに対して、行政機関の判断に疑問があるならば、まずは、❷それが法律に違反していないか（行政処分の適法性）が問題となるはずである。個人の権利を不当に制限する処分については、処分の根拠となる法律の違憲性(憲法違反)が直ちに問題となるのではなく、処分の違法性（法律違反）を検討することになろう。

ところが、法律が行政機関に広い裁量を認めている場合に、法律自体は違憲とはいえないとしても、行政処分が個人に打撃を与えていることがありうる。そこで、法律自体を違憲といえなくても、処分が憲法上の人権を侵害しているとして、「処分違憲」とする可能性が論じられるものと解される[56]。

⑵　判断過程統制における考慮要素

近年、「人権制限が問題であるように見えるにもかかわらず、明示的に憲法何条（違反）と挙げることなく、行政裁量の踰越・濫用の枠組みで事案を処理した一連の判例」が注目される。それらは「人権条項なき憲法訴訟」と呼ばれる[57]。そして、そこでの行政裁量の審査では、判断過程統制の手法が用いられることが多いとされる[58]。

「人権条項なき憲法訴訟」においては、「法に授権された裁量の「中」で公益を構成する諸利益・諸事情の一つとして人権が働く」[59]とされる。

---

[55] 「違憲審査基準が議会と裁判所の役割分担の問題なのだとすれば、そのような違憲審査基準を行政処分との関係でも用いてよいかは疑問視されるべきである」(櫻井智章「裁量をめぐる憲法論」神橋一彦ほか『憲法と行政法の交差点』(日本評論社・2025年) 257頁) とすれば、マクリーン事件の裁量統制を目的・手段審査で行うべきことを論じる泉・前掲論文 (註13) 195頁以下は、「間違い」ということになるかもしれない。

[56] 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〈第２版〉』(日本評論社・2014年) 298頁。

[57] 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法71号 (2009年) 100頁。

[58] 同論文104-105頁。「裁量の「中」で働く人権は判断過程統制の手法に対応」(同109頁) するともいわれる。

[59] 宍戸・前掲論文 (註57) 107頁。

つまり、憲法上の人権は、裁量審査における判断過程統制での考慮要素として作用する可能性があるといわれる[60]。すなわち、Ⓐ人権は、裁量判断において考慮に入れなければならない「要考慮事項」であって、人権について考慮しなかった場合には裁量判断が違法とされる可能性があり、Ⓑ人権は、関連する諸事情や諸利益の重要度の評価について「重みづけ」をするものとして働く可能性があり、Ⓒ人権が比較衡量の要素となった場合には、行政機関には「慎重な衡量」が義務づけられることになり、それゆえ裁判所の審査密度も高まる可能性があるとされる。

⑶ 行政裁量の「中」と「外」

ところが、「人権は裁量を「外」から枠づけるものであり、人権侵害行為は自由裁量性が否定されるか裁量踰越とされるか」であるとされる。それに対して、「行政裁量の「中」で働く人権の機能は、憲法学が想定する、立法をも拘束する人権のイメージとは容易に整合」しないとされる[61]。

しかし、「制度をも破る人権」の追求が「人権論の第一の課題」であるとしても、「裁量の「中」の人権」とは、その裁量権が授権され位置づけられる「制度の中の人権」であり、それも「重要な人権の機能」である[62]。そして、ここでの問題設定は、外国人在留制度を「破る」ような入国の自由・在留の権利が存在しないことを前提とし、「在留制度のわく内」論を前提に、それに対する憲法的統制をどこで・どのように・どの程度まで及ぼすことができるかを解明することである。

なお、裁判所は「人権条項なき憲法訴訟」における裁量審査で判断過程統制が義務づけられる場合を明示しておらず、「最小限審査への逃げ道」を残していることが懸念されている。そこでの問題意識は、日本で

---

[60] 同論文106頁、平裕介「「宮本から君へ」事件と「裁量論と人権論」の新展開」判時2582号（2024年）6－7頁参照。

[61] 宍戸・前掲論文（註57）106-107頁。「行政裁量の「中」で働く人権の機能」をめぐる議論について、櫻井・前掲論文（註55）256-258頁、髙佐智美「裁量統制論によるマクリーン判決「解体」の試み――収容施設における医療処遇を例に」エトランデュテ4号（2022年）195-196頁参照。

[62] 宍戸・前掲論文（註57）109頁。

は、「裁判所は「統制されざる統制者」であり、裁判所自身が人権に拘束されるという観念が希薄」ということにあろう[63]。一般の裁判所の裁量を人権によって枠づけて統制するドイツ連邦憲法裁判所の「統制者」としての役割は、日本の最高裁に関しては、「国際審級」[64]に期待することが考えられる。

3　出入国管理の憲法的統制

⑴　外国人在留制度の枠内での裁量統制

ここまでの検討から、入管法制の定める外国人在留制度そのものが違憲ではないことを前提に、合憲の法律が定める外国人在留制度の枠内で与えられた法務大臣の裁量権の行使に対する憲法的統制を考えることが重要と解される[65]。

---

[63] 同論文107-108頁。

[64] 齋藤民徒「国際人権法の審級論――日本国裁判所と仮想の「第四審」」法時94巻4号（2022年）37-38頁。

[65] 「外国人に入国・在留の権利を否定することと、在留期間更新拒否処分の裁量審査を❷［＝自由権規約をはじめとして同判決当時には未締結・未批准であった諸国際人権条約が考慮に入れられるべきこと］・❸［＝同判決当時から現在に至る行政法上の裁量審査手法の進化・深化を踏まえた裁量審査が行われるべきこと］の観点から強化することとは、両立する。いいかえれば、外国人の入国・在留の許可をなおも国家の裁量に委ねつつ、外国人が適法に在留している間の合憲合法で平穏な態様の政治活動が在留期間の更新申請の審査に際して不利益に考慮されることを厳格にコントロールする裁量審査を憲法・国際人権法・行政法から根拠づけることは、論理的に可能である」（興津・前掲論文（註4）¶013）。そこでは、「外国人に「引き続き在留する権利」までは認めずに、憲法および国際人権法の観点から裁量統制を強化すること」（同¶013註27）が肝要である。「国内法である入管法が「国際法の精神」や「日本国憲法の精神」を法務大臣の考慮事項として採り入れていると解し、これらに対する考慮が適正を欠く場合（たとえば、平穏な態様での合憲合法な政治活動を、正当な理由なく過度に不利益に考慮した場合など）に、裁量権の濫用を認めることは、可能である」とされ、それは「いわば国際法や憲法が入管法の内側で法務大臣の裁量権に対する重しとなるというイメージ」であるとされる（同¶013註27）。こうした理解を否定する出入国システム優位説に対しては、「国内法である入管法に基づ

⑵　法律上の申請権

行政法学の見地から、「在留資格および在留期間を決定する処分」については、「入管法の規定に基づいて、申請者たる外国人に申請権が認められること」が「重要」であるとされている[66]。在留資格および在留期間については、それに関する拒否処分に対して申請者が取消訴訟や無効確認訴訟を提起できることの前提を確認しておくべきとされるのである。

なぜなら、外国人に「入国の自由」や「在留の権利」が保障されないことを前提とする場合には、「申請された在留資格または在留期間の決定を拒否する処分によって当該外国人の権利は何も侵害されることがなく、当該外国人は拒否処分に対して訴えを提起することができない（訴えの利益もしくは原告適格を欠く、または拒否決定が処分性を欠く、などの理由で）という解釈も、理論的には成り立ちうるから」[67]である。

そのように指摘した行政法学説は、しかし、「在留資格や在留期間を決定する処分の申請権は、入管法が申請の仕組みを設けていることから解釈により導かれる」[68]と説明する。そして、その効果として、「拒否処

いて裁量権を行使する法務大臣が、性質上外国人に対しても保障される一般的な基本的人権を無視または軽視してよいという解釈には無理がある」として、「出入国システム優位説のもとでは、基本的人権は裁量判断における考慮事項として考慮されるにとどまる（したがって、在留中の人権行使を不利益に考慮することがおよそ許されないとはいえない）が、相対的に重く考慮され、在留中の人権行使を不利益に考慮して在留期間の更新を不許可とする場合には、それを上回る対抗利益（正当化事由）の存在を示すことが法務大臣に求められるというべきではないだろうか」との批判がなされる（同 ¶013註27）。

66　同論文 ¶064。

67　同論文 ¶065。興津征雄「在留資格と訴えの利益――一在留一資格の原則は訴えの利益を否定する理由にならない」浅野有紀ほか編『グローバル法・国家法・ローカル法』（弘文堂・2025年）100頁以下も参照。

68　興津・前掲論文（註４）¶066。ただし、それは「入管法の明文で規定されたものではない」（同 ¶066）。ここでいわれる申請権とは、「行政庁に対し、①申請に対する諾否の応答（認容処分または拒否処分）を求める権利、および、②申請を違法に拒否しないことを求める権利」を内容とするものとされる（同 ¶064）。

分の取消訴訟または無効確認訴訟を提起することができる」[69]とされる。

このように、法律によって付与された権利の存在に基づき、法務大臣の具体的な処分が、外国人在留制度の枠組みと齟齬していないかを検討することになろう。

⑶　憲法学説の彼方への展望

「およそ国家権力の行使は合理的なものでなければならない」というのが「憲法も採用する法治国家原理の要求するところであり、そうした意味での憲法上の制約は当然存在する」けれども、しかし、「それだけであれば裁判所の審査密度はそれほど高まらない」と指摘される[70]。そこで、出入国管理についての憲法的統制を要請する基盤を考える必要がある。

最高裁は、昭和32年の「入国の自由」判決と、出国の自由について判断した同年の判決（最大判昭32･12･25刑集11巻14号3377頁）において、出入国管理の問題が憲法とりわけ22条２項の規律を受けるという理解に収束しつつあったものとみることができる[71]。

そして、翌年、いわゆる帆足計事件に関する最大判昭33･９･10民集12巻13号1969頁（以下、帆足計判決という）において、最高裁は、憲法22条２項から「外国旅行の自由」を導き出した。帆足計判決は、国内も含む「旅行の自由」一般を対象にするのではなく、旅券法が移住と旅行を区別していないことから､「海外渡航の自由」の問題としたものである。最高裁が22条に基づいて海外渡航の自由を認めたことは、22条が出入国管理の統制を射程に収めていることを意味している[72]。

---

[69] 興津・前掲論文（註４）¶064。上註にいう②の効果とされる。マクリーン判決において「訴えの利益を含む訴えの適法性が何ら問題とされていない」ことについても、このような理由で説明が成り立つとされる（同 ¶065）。

[70] 曽我部・前掲論文（註42）17頁註６。

[71] 齊藤・前掲書（註１）221-223頁参照。

[72] なお、帆足計事件そのものに関しては、占領下にあった当時の国際情勢など「特殊の事情を考慮することによって本判決の結論もあながち理解できないわけではない」との説明がなされていた（井口牧郎・最判解民事篇昭和33年度235-236頁）。

その後、最判昭44・7・11民集23巻8号1470頁は、旅券発給拒否処分の適否について裁判所は「広汎な判断権を有する」との理解に立ち、出入国管理について踏み込んだ裁量統制を行う態度を示したものと解される[73]。

たしかに、日本国が旅券発給の権限および責任を有する日本国民と、入管法で規律される外国人とでは相違があり、同一には論じられない面があるかもしれない。それでも、日本国籍保有者に対しては旅券発給という対人主権との関係で出入国管理の統制が問題となるのに対して、外国人に対しては領域主権との関係で出入国管理が問題となる。場合によっては、憲法22条の「法意」[74]が及ぶということもできるかもしれない。

そのようにして、憲法22条に基づく出入国管理に対する憲法的統制は、在留資格・在留期間に関して入管法が定める法律上の申請権をめぐる適法性審査の場面に及び、「在留制度のわく内」で法務大臣に与えられている裁量権の統制において、関連する人権規定を適切に考慮することを要請するものと考えられる[75]。

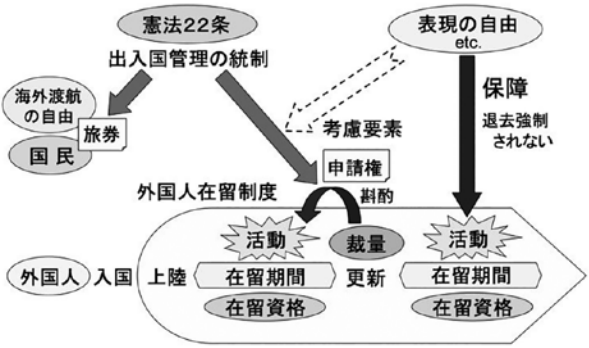
---

[73] この旅券法昭和44年判決は、判断過程統制を行ったものと評価される（宍戸・前掲論文（註57）104頁）。その後、渡航先国による入国拒否を理由とした旅券発給拒否処分を裁量権の逸脱・濫用があり違法とした、東京地判令6・1・25判時2616号9頁は、海外渡航の自由が憲法で保障されることについては帆足計判決を引用したが、裁量統制については、旅券法昭和44年判決を引用していることが注目される。

[74] 齊藤・前掲書（註1）236頁。

[75] 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）164頁・326-327頁が指摘するように、入国の自由・在留の権利を、公共の福祉によって制約される弱い権利として設定することは、本稿の論旨と径庭がないといわれるかもしれない。ただし、判例では、国民には「憲法上の人権」として保障される「入国の自由」が外国人には全く保障されていない／弱くしか保障されていないのではなく、「入国の自由」という「憲法上の人権」は存在しない（国民にとっては「憲法上の人権」以前の問題である）とされている。また、憲法22条1項は居住・移転、2項は外国移住と規定しており、日本国外にいる外国人が日本国内に向けて移動することを保障対象に含めるためには、これらの条項が合わせて「移動の自由」を保障していると解すること（同164頁）が受け入れられる必要がある。なお、齊藤・前掲論文（註10）12-14頁参照。

在留目的のためには、比較的短く設定されている在留期間の更新を反復することが必要となりうる。そのような外国人在留制度の設計を前提として、適切な出入国管理の要請が憲法22条から導かれる。こうした制度設計においては、在留期間中の活動が定期的に審査を受けるかたちになる。それが憲法上の人権として保障を受ける活動である場合には、その憲法上の人権（マクリーン事件の場合であれば21条）が裁量判断の考慮要素として適切に衡量されるべきことを、22条が基礎づけるのである。



おわりに

マクリーン判決に対しては、「間違い箇所」が多く、その判示を「超えて」行くべきものとして、手厳しい批判の言葉が投げつけられてきた。そうした学説の側の気迫に見合った成果が示されない状況の継続は、かえってマクリーン判決を「乗り越える」ことの困難な障壁であるかのように描き出すことにつながっているのではないかと懸念される。

憲法学説においても、行政法学における裁量審査の研究の進展に注目して、法務大臣の裁量統制がマクリーン判決の勝負どころであるとの指摘がみられるようになっている。そのような裁量統制への注目は、憲法の論理の追究とは別の「より現実的」な方途[76]なのではなく、それこそ

[76] 高佐・前掲論文（註61）197頁は、「行政裁量の「外」から、声高に憲法ないし人権条約による行政裁量の排除ないし制限を主張しても、マクリーン判決に盲

がマクリーン判例に憲法学説が理論的に取り組む際の要諦と考えられるのである。

目的に追従している裁判所にその声が届くことは、残念ながらほとんど期待できないと思われる。であるならば、まだ裁判所にとってなじみがあり、受け入れやすいと思われる行政裁量の「中」から、憲法や人権条約における人権の価値を事実上確立する方途を模索していくことが、より現実的ではないだろうか」とする。

論　　説

集団的紛争の効率的解決に向けたドイツの試み

―― 指針裁判手続（Leitentscheidungsverfahren）の導入 ――

伊　藤　　隼

目　次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．指針裁判手続について
　1．前提事項
　2．立法経緯
　3．立法理由
　4．論者の評価
　5．第1号事案
Ⅲ．検討
　1．指針裁判手続の構想と当事者の処分権
　2．指針裁判の（事実的）効力と手続保障
　3．想定される負担軽減の程度
　4．対象になる法律問題の範囲
Ⅳ．おわりに

Ⅰ．はじめに

消費者紛争や環境紛争においては、顕在的・潜在的な利害関係人が多数に上り、これらの者によって共通の事実関係および法律問題に基づく複数の訴訟が同時にまたは順次に提起される事態は珍しいことではない。これは裁判所の側から見れば、それらの逐一の解決あるいは処理の

ために、幾度となく同様の判断を迫られ得ることを意味し、何らかの手を打たない限り、純粋に負担の増加につながることとなる。場合によっては、裁判所の間で判断が分かれ、救済に著しい差異が生じるなどして、司法に対する国民の信頼が揺らいでしまう可能性も否定できない[1)]。

とはいえ、そういう弊外に鑑みて、すべての（少なくとも顕在的な）利害関係人の関与を必要的として、紛争の一回的解決を図るのも必ずしも現実的とは思われない。利害関係人が数千、数万を数えるケースも想定され、そのような場合に全員を把握して当事者の地位を与えるべきとする――漏れがあれば究極的には訴えが不適法になるとみる――と、不可能を強いることともなりかねず、仮にそこまでではなくても、相当の時間と費用とを要するうえに、手続が非常に重いものとなるのは想像に難くない[2)]。そうだとすると、実践的には、個別訴訟を許容しながら裁判所の負担軽減と判断の可及的な統一とを模索するのが、相対的に無理の少ない解決策であり得ることとなろう。

---

1) 当事者の利益保護の観点から言っても、同一の問題について裁判所の判断が区々になる事態は、（法的には織込み済みであるとしても、）実際上望ましいものとはいえないであろう。

2) 判決効の拡張による対応も考え得るが、共通の事実関係および法律問題にかかる（理由中の）判断に拘束力を認めないと意味が乏しいし、第三者の手続保障をいかに図るかがいずれにせよ問題になろう。本稿の直接の対象ではないものの、この文脈では、最近の投資家ムスタ手続法（KapMuG）の改正による方針転換が興味深い。旧規定では、ムスタ手続の対象たる特定の確認目的に依存する係属中の同種の手続すべてが職権で中止されて、ムスタ裁判は中止された（全部の）手続との関係で広く拘束力をもつものとされていた（旧８条・22条）。これに対して、新規定では、同種の手続の中止はもっぱら当事者の申立てを前提とすることとなり、ムスタ裁判はそのようにして中止された（一部の）手続との関係でのみ拘束力をもつものとされた（新10条・25条）。このようなオプト・イン型の規律の採用の背景には、膨大な関係人の存在によって手続の効率的な追行が著しく阻害されているのでその数を減らす必要があるとの認識があるが（BT-Drucks. 20/10942, S. 25 f.）、これは視角を変えれば、そのような弊害に鑑みて、関連紛争の一回的（・画一的）解決の要請を一定範囲で後退させて、個別訴訟の続行を望む当事者の意思を尊重するという選択がなされたことを意味するといえる。

大量の個別訴訟の提起に伴う裁判所の負担の増加は、言うまでもなく、わが国に特有の問題ではない。後に詳しく見るように、ドイツでも、フォルクスワーゲン社（以下「VW」という）の排ガス不正事案[3]等において、多数の同種の訴訟が提起されたにもかかわらず、最上級審レベルの判断がなかなか示されなかったために、下級裁判所が（拠るべき道標のないまま）多大な労力の投入を迫られ、司法の機能不全が憂慮される事態を経験することとなったといわれている。

このような危機への対策として、最近ドイツで導入されたのが、連邦通常裁判所（以下「BGH」という）における指針裁判手続（Leitentscheidungsverfahren）である。本稿は、この制度について紹介するとともに、その検討を通じて、集団的紛争の効率的解決の（望ましい）在り方について示唆を得ることを目的とする[4]。なにぶん新しい制度であるため、今後も議論が積み重ねられていくものと思われるが、在外研究中[5]に生じた注目すべき深い動きであるとともに、ドイツの近年の関心を伝える格好の素材であると考えられるので、取り急ぎ筆を執ることとした次第である[6]。

---

3) ドイツにおいては „Abgasskandal“ „Dieselskandal“ あるいは „Dieselgate“ などと呼ばれている。

4) ここまでの叙述から明らかなように、本稿で主として念頭に置かれる集団的紛争は、個々の利害関係人の被害が（個別訴訟の提起が割に合う程度に）割合高額である場合――高田裕成教授のいう「多数多額被害タイプ」――である。集団的紛争の類型については、高田裕成「集団的紛争における判決効」新堂幸司編代『講座民事訴訟 6 裁判』（弘文堂、1984）177頁、178-179頁のほか、伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂、1978）101-104頁、高橋宏志「紛争解決過程における団体」『岩波講座基本法学 2 団体』（岩波書店、1983）287頁、297-304頁参照。

5) 筆者は2023年10月から（2025年８月までの予定で）ボン大学において在外研究に従事している。

6) 本稿の執筆に当たり参照したインターネットの情報の最終アクセス日は2025年３月25日である。

Ⅱ．指針裁判手続について

指針裁判手続は、2024年10月24日成立、同30日（官報）公布、同31日施行の「連邦通常裁判所における指針裁判手続の導入のための法律[7]」１条によるドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」という）の改正によって新設された。以下では、関係する条文と制度の大まかな構想とを描写したうえで（→１）、立法経緯・立法理由をやや詳しく採り上げる（→２、３）。その後、この制度に対する論者の暫定的な評価を確認し（→４）、最後に、指針裁判手続の指定のなされた第１号事案について紹介することとしたい（→５）。

１．前提事項

指針裁判手続は、いわゆる大量手続（Massenverfahren）――「多数の同種の（＝本質的に同様の事実関係および法律問題にかかる）事案に関係する訴訟」などと定義される[8] ――において、BGHが早期に確実に基本的な法律問題について見解を明らかにし（て法形成[9]・法統一の機

---

[7] Gesetz zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof, BGBl. I 2024 Nr. 328.

[8] *Deutscher Richterbund, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren*, Vorschläge zur besseren Bewältigung von Massenverfahren durch die Justiz, (2022 https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2022/Loesungsvorschlaege_AG_Massenverfahren.pdf), S. 7. この定義に基本的に従うものとして、*Lerch/Valdini*, Herausforderungen an den Zivilprozess bei Massenverfahren, NJW 2023, S. 420, 420 Rn. 1; *Lerch*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 1 Rn. 1（後注24）参照）。

[9]「法形成（Rechtsfortbildung）」の語は多義的であるが、本稿では、法律の文言を超えて新たな法規範・法制度を創設する場合にとどまらず、法律の文言の枠内で新たな解釈を提示する（ことで規範を形成する）場合まで含む（訴訟法的な）意味で用いる。*Felix Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010, S. 23 ff. にいう「規範形成（Normbildung）」に対応するが、この語は（わが国では）未だやや耳慣れないもののように思われたため、意味するところを補足しつつ、より一般的な語をベースにすること

能を果たし）て、下級裁判所に道標を与えることで、他の訴訟のスムーズな解決を可能とし、負担の軽減を図るものである。関係する条文としては、ZPO 552b条・565条・148条４項がある。試訳を掲げたうえで[10]、制度の内容をスケッチしておこう。

ZPO 552b条

上告の提起する法律問題の裁判が他の多数の手続にとって重要である場合には、上告裁判所は、上告に対する答弁（Revisionserwiderung）の到達後又は上告理由の送達から１か月の経過後[11]、決定で、当該上告手続を指針裁判手続に指定することができる。この決定は、事実関係及びその裁判が他の多数の手続にとって重要な法律問題の説示を含むものとする。

ZPO 565条

⑴　指針裁判手続に指定された上告が実質的な理由の付された判決の言渡しなく終了した場合には、上告裁判所は、決定で、指針裁判をする。この決定は、口頭弁論を経ないでする。

⑵　決定には、次に掲げる事項を記載する。

１．上告が終了したことの確認

２．第552b条による決定に掲げられた法律問題に対する指針裁判

⑶　決定には、理由を付さなければならない。理由付けは、重要な法律問題の裁判のための検討に限らなければならない。

とした。なお、「法形成」という訳語を充てているのも、従前の議論との兼合いで分かりやすさにおいて分があると考えたからにすぎず、筆者として（最もよく体を表すものと考えて）これに積極的にコミットしようという趣旨ではない。„Rechtsfortbildung“ の用語法あるいは訳語の問題については、北村幸也『裁判と法律のあいだ』（成文堂、2020）17頁以下参照。

[10] 試訳に際しては日本語としての自然さを優先したため、文の構造は元のドイツ語と必ずしも同じではない。

[11] この期間は、附帯上告期間（ZPO 554条２項２号）に合わせたものである（附帯上告期間が経過したタイミングで指針裁判手続の指定が可能になる）。Vgl. BT-Drucks. 20/8762, S. 14.

ZPO 148条

(4) 裁判所はさらに、訴訟の裁判が上告裁判所に係属中の指針裁判手続の対象とされた法律問題に依存する場合には、当事者の意見を聴いて、指針裁判手続の終結まで弁論を中止することを命ずることができる。〔ただし〕、当事者の一方が中止に異議を述べ、かつ、これについて重大な事由を疎明した場合には、中止はなされてはならない。〔以下略〕

上告の提起する法律問題が他の多数の同種の事案において広く問題になり得る性質のものである（がゆえに重要である）場合には、BGHは係属中の上告手続を指針裁判手続に指定することができる（ZPO 552b条）。そしてその指定をしたときは、BGHは、上告手続が当事者の意思によって――上告取下げ[12]、和解等によって――終了した場合でも、その法律問題について見解を示すこととなる（ZPO 565条）。明文規定はないものの、指針裁判手続の指定の裁判も、指針裁判も、憲法上の要請として、適当な方法で、遅滞なく公開することが予定されている[13]。指針裁判は手続的拘束力は有しないが、下級裁判所および公衆にとって規準（Richtschnur）・手引（Orientierung）としての意味をもつものとされる[14]。BGHの見解を考慮できるように、下級裁判所は、指針裁判手続の対象たる法律問題が自らの裁判の前提問題である場合には、当事者の一方が重大な事由を疎明して異議を述べない限り、手続を中止することができる（ZPO 148条4項）。

---

[12] 念のため付言すれば、ドイツにおいては、（2013年10月10日の改正法の施行日である）2014年1月1日以降、被上告人が口頭弁論において本案について弁論をした後は、原理的な（勝訴）判決の取得に対する利益に鑑み、上告取下げに被上告人の同意を要するとされている（ZPO 旧565条2文、現555条6項）。

[13] BT-Drucks. 20/8762, S. 15. そこで参照されている連邦行政裁判所の判例（*BVerwGE* 104, 105, 108 f.）によれば、「すべての裁判所は……憲法上、その裁判体の裁判を公衆に公開する任務を負う。この点で、裁判所の裁判の公開は公的任務（öffentliche Aufgabe）である。これは、その公開について公衆が利益を有し、又は有し得るすべての裁判に及ぶ」とされる。

[14] BT-Drucks. 20/8762, S. 1, 10 f., 15.

2．立法経緯[15)]

（1）ドイツ裁判官協会の提案

指針裁判手続の元となった構想は、2022年5月13日にドイツ裁判官協会の大量手続ワーキンググループ（Deutscher Richterbund, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren）が公表した「司法による大量手続のよりよい処理のための諸提案[16)]」の中で示されたものであった[17)]。背景としては、次のような事情が語られている。すなわち、投資家あるいは（VWの）ディーゼルカー購入者の損害賠償請求とか保険会社に対する請求とかの事案では、裁判所が本来のキャパシティを優に超えて対応を迫られるほど多数の訴訟が提起されている。その種のケースに特化した弁護士事務所等が特定の状況にある消費者を積極的に募集している現状に鑑みれば、このような傾向の終焉は全く見通せない。しかるにそうした事案では、個々のケースとの関連の乏しい膨大かつ乱雑な書面・データが提出されるうえ、期日にはしばしば知識も権限も乏しい代理人が出てくるだけである。かくして、大量手続に携わる裁判官の仕事は、一方では（膨大な記録から個々のケースの特性を発見・評価する必要性ゆえ）非常に時間のかかるものに、他方では（同種のケースの数の多さゆえ）著しく単調かつ冗長（monotoner und redundanter）なものになり、

---

15) 以下の叙述に際しては、*Gregor Albers*, Kampf ums Recht? Massenverfahren und Rechtsverwirklichung im Lichte der neusten Gesetzgebung, JZ 2024, S. 261, 267 f. を参照した。

16) *Deutscher Richterbund*, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren, a.a.O.（Fn. 8）. この諸提案は、その悲観的な現状描写から、「絶望の文書（Dokument der Verzweiflung）」とも呼ばれる。Vgl. *Plog*, Stellungnahme zum CDU/CSU-Antrag, S. 5（後注24）参照）.

17) 2021年6月に開催された第92回司法大臣会議（92. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister: JUMIKO）でも、大量手続にかかる基本的な法律問題の最上級審による迅速な解明のための方策が俎上に載ったが、そこで第一次的な選択肢として想定されたのは、（すぐ後に見る）先決裁定手続であって、指針裁判手続ではない。Vgl. JUMIKO-Beschluss, TOP I. 10（https://www.justiz.nrw.de/sites/default/files/imported/files/2021-06/TOP-I_-10---Vorabentscheidungsverfahren.pdf）.

ただでさえ困難な後進の獲得への影響が懸念されるほどである。大量手続に時間がとられるようになると、他の手続に用い得る時間は減ることとなり、重要な手続が遅延し、事件処理における従前のような高い質的水準が保てなくなるおそれもある[18]、と。

このような状況にあって、大量手続がもたらす弊害を可及的に除去すべく、種々の提案がなされるのであるが、ここでは指針裁判手続との関係で重要と思われるもののみ紹介する。第一に、BGHにおける先決裁定手続（Vorabentscheidungsverfahren）である[19]。大量手続の裁判にとって決定的な基本的な法律問題について、下級審が上告審に予め付託（Vorlage）して解釈を示してもらうことで、その負担を軽減することを狙いとする[20]。第二に、上告手続の終了にもかかわらず上告審が重要な法律問題について判断できるようにする制度――これが直接に指針裁判手続に連なる――である。上告審ではしばしば、敗勢を悟った当事者がBGHの判断を免れるために上告取下げ、和解等に打って出る事態――「上告からの逃走（Flucht aus der Revision）[21]」と呼ばれる――が生じるが、これでは重要な法律問題についてBGHの解釈が示されず、法的安定性が損なわれかねないので、客観的な解明の利益がある場合には、BGHがいずれにせよ当該法律問題について判断できることとするものである[22]。第三に、中止の規定の拡充である。下級審の裁判が先決

---

18) *Deutscher Richterbund, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren*, a.a.O.（Fn. 8）, S. 5–7.

19) ここにいう先決裁定手続は、EU 運営条約（AEUV）267条に倣ったものである。同条によれば、条約の解釈に関する問題または EU の機関（Organ）、組織（Einrichtung）その他の官署（Stelle）の行為の有効性および解釈に関する問題が構成国の裁判所に提起された場合には、当該裁判所は、それについての裁判が判決の言渡しのために必要であると考えるときは、当該問題を欧州司法裁判所に裁判のために付託することができる（１、２項）。

20) *Deutscher Richterbund, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren*, a.a.O.（Fn. 8）, S. 14.

21) この現象について、vgl. *Stefan Klingbeil*, Die Flucht aus der Revision – Zum Problem der Verhinderung von Grundsatzentscheidungen in Zivilsachen, GVRZ 2019, S. 14, Rn. 8.

22) *Deutscher Richterbund, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren*, a.a.O.（Fn. 8）,

裁定手続または上告手続で判断される法律問題に依存する場合には、(当事者の意思にかかわらず) 手続を中止し得ることとして、上告審の判断を待って下級審が判断できるよう取り計らうものである[23]。

(2) CDU/CSU による議案の提出

これらの提案は、ドイツキリスト教民主同盟・バイエルンキリスト教社会同盟の統一会派 (CDU/CSU) によって採り入れられ、2023年2月7日に「民事司法の崩壊を防ぐ－大量手続の処理のための有効な規律を創る (Kollaps der Ziviljustiz verhindern – Wirksame Regelungen zur Bewältigung von Massenverfahren schaffen)」と題する議案[24] として提出された。

(3) 連邦政府草案とその修正

2023年6月14日に連邦司法省草案 (Referentenentwurf: RefE)[25] が示された後、同年8月16日に連邦政府草案 (Regierungsentwurf: RegE)[26] が公

S. 18 f.

[23] *Deutscher Richterbund, Arbeitsgemeinschaft Massenverfahren*, a.a.O. (Fn. 8), S. 15.

[24] BT-Drucks. 20/5560. 要求のうち1、3、4が、先に採り上げたドイツ裁判官協会の提案にほぼ対応する。なお、この議案に対する公聴会が2023年5月10日に行われたが、議論の拡散の防止のため、詳細には立ち入らない。そこで述べられた意見 (https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/940868-940868から閲覧・ダウンロードできる。引用は「*意見者名*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, 該当箇所」の形による) には、指針裁判手続に関係する限りで、後に暫定的反応を紹介する際に併せて触れる。

[25] https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Leitentscheidungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=3. 連邦司法省草案に対して寄せられた意見 (https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Leitentscheidungsverfahren.html から閲覧・ダウンロードできる。引用は「*意見者名*, Stellungnahme zum RefE, 該当箇所」の形による) には、行論に必要な範囲で、後に暫定的反応を紹介する際に併せて触れる。

[26] https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/

表されたが、そのタイトル（Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof）に現れているように、先の諸提案のうち、そのまま採り上げられたのは、指針裁判手続の導入だけであった。下級裁判所の手続の中止に関する規定の拡充も盛り込まれているものの、両当事者の同意が（積極）要件とされ、裁判所の一存では行えなくなっている点で重要な変更を被っている[27]。背景には、民事訴訟の根幹を成す当事者主義（Parteimaxime）への配慮があり、当事者は、望むならば、BGHによる法律問題の解明を待つことなく、可及的に迅速に自らの争訟について裁判を要求できてしかるべきと説明されている[28]。

連邦政府草案に対しては、2023年12月13日に公聴会が行われたが[29]、とりわけ異論が強かったのが、下級裁判所に係属中の並行訴訟（Parallelverfahren）の中止について両当事者の同意を要するとされている点であった[30]。細部のニュアンスはやや異なるが、そこにおいては大局的には、BGHの裁判を手がかりとして下級裁判所がスムーズに裁判できるようにする――それによって負担を軽減する――との狙いが当事者の一方の意向によって妨げられることとなるのは妥当でないという

RegE_Leitentscheidungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2. ただし、本稿での引用は、（すでにそうしているが、）内容の充実度に鑑み、2023年10月11日の連邦議会資料（BT-Drucks. 20/8762）をベースに行う。

27) BT-Drucks. 20/8762, S. 7, 10, 14.

28) BT-Drucks. 20/8762, S. 24. この説明は、手続の休止と当事者の同意とをリンクさせると下級裁判所の負担軽減という目的が大きく損なわれかねないので両当事者の同意要件は削除すべきとする連邦参議院の意見（S. 22 f.）に対する反論として述べられたものである。

29) 連邦政府草案に関する公聴会で述べられた意見（https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/978300-978300から閲覧・ダウンロードできる。引用は「*意見者名*, Stellungnahme zum RegE, 該当箇所」の形による）には、ここでは最低限の言及にとどめて、後に暫定的反応を紹介する際に改めて触れることとしたい。

30) *Allgayer*, Stellungnahme zum RegE, S. 9; *Bruns*, Stellungnahme zum RegE, S. 9; *Legal Tech Verband Deutschland*, Stellungnahme zum RegE, 3 b); *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme zum RegE, II. 4, III. 2.

認識が示されているといえる[31]。もっともこれに対しては、同意を要しないとなると当事者は異議を述べる機会のないまま自己の手続の遅延を甘受せざるを得なくなる[32]、指針裁判に（手続的）拘束力がないことからして（も）BGHの判断を待つか否かを当事者が吟味できるようにすべきである[33]、などとして、当事者主義の尊重の観点から、草案に賛成する向きも見られた[34]。

こうした意見を踏まえて、法務委員会は、手続の中止の規定に関して、当事者の意見聴取を必要的としつつ「当事者の一方の反対＋重大な事由の疎明」を消極要件とすべきとの修正勧告を行った[35]。大量手続における下級裁判所の負担軽減という目的に鑑みて、両当事者の同意までは要求しないこととする一方で、（差し迫った倒産のおそれ、高齢などといった事情によって）重大な不利益が見込まれる場合には、例外的に中止できないこととして、バランスを図る趣旨である[36]。そしてそれに従い、修正勧告通りの規定が設けられる形で決着を見た。

最終的に出来上がった条文の内容は先に掲げたとおりである[37]。下級裁判所の負担軽減のため、より早い段階でBGHの立場を明らかにできるようにすべきとの提案も依然としてあったものの、容れられるところとはならなかった。結果として、BGHは、（従前の審級制度の下で）上告がなされた機に、上告手続の終了を望む当事者の意思にもかかわらず、

---

31) 両当事者の同意に基づいて手続を中止（休止）する可能性はZPO 251条1文によって実際上すでに認められているので、連邦政府草案の規定ではほぼ利点がないとも指摘されている。*Allgayer*, Stellungnahme zum RegE, S. 7; *Bruns*, Stellungnahme zum RegE, S. 9; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme zum RegE, II. 4.

32) *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme zum RegE, S. 3.

33) *Rentsch*, Stellungnahme zum RegE, S. 6.

34) *Allgayer*, Stellungnahme zum RegE, S. 10は、これにさらに応じて、当事者は手続の進行に関して原則として決定できないので、同意を不要としても当事者主義は本質的な影響を受けないという。

35) BT-Drucks. 20/13025, S. 4 f.

36) BT-Drucks. 20/13025, S. 12.

37) Ⅱ 1参照。

重要な法律問題について見解を示すことができるようになったが、それが限度であって、およそ上告の提起を待たずして抽象的に法律問題について判断する権限までは与えられなかったこととなる。

3．立法理由

以上のような経緯で成立を見た指針裁判手続は、いまいちど立法理由を繙けば、大量手続における裁判所の負担軽減を狙いとしている。典型例として想定されているのは、VWの排ガス不正事案とか消費者契約――フィットネススタジオの利用契約、保険契約、銀行契約等――における不当条項が問題になる事案とか、要するに、同種の請求にかかる多数の個別訴訟が提起され（得）るケースである。これらにおいては、多くの場合、重要な法律問題が共通しているので、BGHの解釈が示されれば、それに基づいて、下級裁判所に係属する同種の訴訟の裁判がスムーズに下され得ると見込まれる[38]。にもかかわらず、従前の規定では、上告取下げ等がなされた場合には、BGHは（実質的な）裁判をすることができなかったため、下級裁判所は新たな手続に常に手を焼いていた。このような状況を打破すべく、当事者の処分によって上告が終了した場合でも重要な法律問題についてBGHが解釈を示すことができるように、指針裁判手続を導入することとしたというのである[39]。根底には、上告は特に法形成および法統一に資するものであって、BGHは上告取下げ等がなされてもなお、そういう使命を果たせてしかるべきとの考慮がある[40]。

---

[38] Beschluss der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs im März 2023（https://oberlandesgericht-oldenburg.niedersachsen.de/download/193163/Beschluss_Massenverfahren.pdf）, III. は、VW の排ガス不正事案では、実際、BGH の裁判の後、その評価に基づいて、多数の手続が第一審・第二審において速やかに終結を見ることとなったと述べる。

[39] BT-Drucks. 20/8762, S. 1, 10.

[40] BT-Drucks. 20/8762, S. 14. 念のため付言すれば、指針裁判手続によって大

繰返しになるが、指針裁判は手続的拘束力をもつものではなく、その契機となった（終了した）上告手続にも何ら影響を及ぼさない。しかしながら、上告審の判決が（仮に下されていれば）いかなる内容だったはずかを明らかにすることで、下級裁判所および公衆に規準・手引を提供し、法的安定性（の確保）、効率的な手続、裁判所の負担軽減に資することとなると考えられている[41]。なお、立法者のイメージでは、BGHに複数の上告手続が係属した後、その中から、（未解決の法律問題に対する幅広いスペクトルを提供する）指針裁判をするに相応しいものが選択される想定である[42] [43]。制度の導入後､年間約25個の指針裁判が下され、平均的なケースでは、１個の指針裁判によって平均2000個の手続で訴え／上訴の提起が断念されたり裁判外で紛争が解決されたりして、訴訟費用と弁護士費用とが20％ほど節約できると見積もられている[44]。

４．論者の評価

指針裁判手続は緒に就いたばかりの制度であるが、その内容あるいは

量手続が迅速に処理されるようになれば、裁判所の負担軽減とともに、利害関係人の救済の早期化につながり得るが、BGH の示す見解は有利・不利を問わず道標として働くので、その意味で、利害関係人の実体的な保護の充実を企図した制度とみることはできない。ただし、指針裁判に基づいた（合理的な）行動選択がなされれば、時間・コストの節減という効果が多かれ少なかれ利害関係人にも生じることとはなろう。

41) BT-Drucks. 20/8762, S. 1 f., 10 f., 15.

42) BT-Drucks. 20/8762, S. 1, 10, 14.

43) Vorwerk/Wolf/*Kessal-Wulf*, BeckOK ZPO, 56. Ed., 2025, § 552b Rn. 5は、BGH は裁量により相応しいと思われる手続を選択できるとしつつ、その際の基準として、①どの手続で他の多数の手続にとって重要な法律問題が全面的に提起されているか、②どの手続でその問題に可及的速やかに答えられるか、③上告手続が実質的な理由の付された判決によらずに終了する危険があるか、という３点を挙げる。Zöller/*Feskorn*, Zivilprozessordnung, 35. Aufl., Köln 2024, § 552b Rn. 5は、これらのうち、第一の観点が適当な基準であるが、第二の観点も考慮要素たり得るとする。

44) BT-Drucks. 20/8762, S. 12.

コンセプトに対しては、裁判所サイドの歓迎ムードとは裏腹に、立法過程から現在に至るまで、どちらかというと懐疑的な論調が目立っているように見受けられる。今後の運用次第で大勢が入れ替わる可能性は留保しなければならないが、現状いかに評価されているのか、理論的・実践的に興味を引く論者の指摘をいくつかピックアップして紹介することとしよう。

（1）抽象的法律問題への照射の問題

指針裁判手続はその契機となった（終了した）手続とは無関係に法律問題について判断しようとするものであって、これによって具体的な争訟の裁判と抽象的な法形成とが切り離される――裁判官の活動の重心が前者から後者に移る――ことから、伝統的な民事訴訟とは異質であると評される[45]。このことに関して、そのような抽象的・一般的な法形成は（そもそも、どこまで）司法の任務なのか、それは立法者の任務ではないのかという根源的な問いが生じるとともに、憲法上予定されている権力分立との関係で緊張を孕むと指摘される[46]。併せて、当事者において、自己の訴訟が重要な法律問題の解明あるいはより早い（好ましい）訴訟の作出のための手段と化しているといった印象を抱くこととなって、司法に対する国民の信頼が揺らがないかが危惧されている[47]。

---

[45] *Bruns*, Stellungnahme zum RegE, S. 7 f.; *Thomas Riehm*, Massenverfahren und kein Ende?, JZ 2024, S. 945, 947. なお、リームはつとに *Riehm*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 6 ff. Rn. 15 ff., insbes. S. 14 f. Rn. 42 ff. において、（先決裁定手続を中心としつつ）指針裁判手続について（も）論じているが、内容の充実度に鑑み、本稿ではもっぱら前者（JZ 掲載のもの）を参照することとしたい。

[46] *Bruns*, Stellungnahme zum RegE, S. 7 f.; *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948. 裁判官による法形成の文脈ではつとに、具体的な事案（の蓄積）から得られた豊富な経験・情報によってこそ最上級審の判例は立法者より怜悧たり得るという観点から、争訟の裁判と法形成とを切り離すことに対する懸念が表明されていた。比較的近時のものとして、*Maultzsch*, a.a.O.（Fn. 9）, S. 252 ff., 332; *Beate Gsell*, Zivilrechtsanwendung im Europaischen Mehrebenensystem, AcP 214（2014）, S. 99, 134 f.

[47] *Lerch/Valdini*, a.a.O.（Fn. 8）, S. 421 Rn. 8; *Lerch*, Stellungnahme zum

（2）事実関係・事実認定への繋留

指針裁判に際しては、基礎になる事実認定の再検証がなされないために、不正確な事実関係に関して判断がなされて、結果として、下級裁判所が誤導される危険性があるといわれる。また、個別のケースの全事情の価値的な評価を要求するために具体的な事実関係から切り離して解答できない法律問題――故意による良俗違反が存在するか、フライトのキャンセルが特別の事情に起因するか、プライベート健康保険の保険料の調整に十分な理由があるか、等――については、並行訴訟で事実関係の詳細が新たに明らかになるたびに新たな評価が必要になって、指針裁判が通用しなくなる可能性があると指摘される[48]。

（3）拘束力・作用にかかる構想に対する疑問

指針裁判は何らの手続的拘束力をもたないものの、下級裁判所および公衆に対して規準・手引を提供することとなるというのが立法者の想定であるが、このようなコンセプトに対しては、拘束力はないといいながら、明らかに後訴への作用を予定している点で、支離滅裂（schizophren）であるとの批判がある[49]。またそもそも、BGHの裁判は都度の訴訟の当事者間においてのみ拘束力を有し得るはずであるとの観点から、にもかかわらず、指針裁判が当事者を超えた作用をもつとされていることに疑問を差し挟むものもある[50]。

Antrag der CDU/CSU, S. 13 Rn. 40.

[48] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948. ただし、原文の理路がやや判然としないように思われたため、筆者なりに再構成した。基礎になる事実認定の正確性の保障が十分でないにもかかわらず、指針裁判が（過大な）影響を及ぼしてしまい得ること、および、不特定概念／規範的要件に関しては、その評価（当てはめ）に際してあらゆる事実の総合考慮が必要となるという特性上、指針裁判が潜在的に脆弱性を抱えること、を説くものとして理解できるであろう。

[49] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948.

[50] *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*, Stellungnahme zum RefE, S. 2.

（4）第三者の手続保障に関する懸念

指針裁判には法的な拘束力はないとはいえ、想定される後の訴訟に対する影響に鑑みて、第三者の手続保障に留意すべき旨の指摘は多い。例えば、将来の判例への作用が意図されているのであれば、指針裁判手続への参加は不可能なので、裁判の質と正当性とを担保すべく、利害関係人の利益が代表される必要があるとするもの[51]、指針裁判の波及効（Ausstrahlungswirkung）に巻き込まれ得る外部の者のために論拠を提出する（アミカス・ブリーフ、法務官（Generalanwalt）[52]のような）手段が存在せず、BGHが自己の創意のみに基づいて判断を下さなければならないことから、重要な事実的観点が見逃されるおそれがあり、法的審問の保障に関して憂慮されるとするもの[53]、被告は一般に指針裁判に大きな意義を見いだすが原告はそうではない――個人的な経済的利益が前面に出てくる――と述べつつ、この非対称性を除去するために、利害関係を有する第三者が参加できるように、また、参加せずともアミカス・キュリエとして専門知識を提供できるようにすべきとするもの[54]、指針裁判手続に指定されなかった他の手続の当事者は、（自己の手続が終了していないがゆえに、）その結果に、したがって、BGHに法的な論拠を聞いてもらうことに関心を有するので、BGHは、これらの者に法的審問を保障すべきとするもの[55]、等がある[56]。

---

[51] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948.

[52] 法務官とは、欧州司法裁判所において、中立・独立の立場から、事件について理由付の意見――拘束力はない――を述べる、裁判所の補佐官である（EU条約（EUV）19条２項、EU 運営条約（AEUV）252条）。

[53] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948.

[54] *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Stellungnahme zum RefE, S. 2. ただし、指針裁判に際しては口頭弁論は開かれないので、ここを動かさないままで、仮に参加が認められたとして、実際にどれほどの訴訟行為をすることができるかは疑わしい。

[55] *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme zum RefE, S. 6.

[56] *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme zum RefE, S. 5は、併せて、当事者との関係について、立法者は指針裁判手続によって当事者の訴訟上の権能が制約されるわけではないという理解に立っていると解されると述べつつも、その手続が、爾後、司法の負担軽減という公益に資することとなる点に鑑み、

（5）当事者のプレゼンス・主体性の低下[57)]

指針裁判手続においては、当事者の処分にもかかわらずBGHが法律問題について判断することとなることから[58)]、その役割の軽視につながる懸念があるといわれる。上告手続の続行が望まれないのは、しばしば、下級審の認定が実体的に不十分だからであるが、そういう事態は（個別のケースでは甘受すべきであっても）指針裁判の基礎とするには相応しくない[59)]。「上告からの逃走」は、上告審の判断を受けるのに最善の――他の同種の事案を最もよく代表する――ケースを待つ意味をももつもので[60)]、BGHの裁判の方向づけ機能（Orientierungsfunktion）にとって一律に目的に反するとはいえない。にもかかわらず、指針裁判手続は、そうした選択の可能性を当事者から奪うこととなる[61)]、というのである。

対象ケースの選出に先立って、関係する当事者に法的審問を保障すべきとする。

57) ドイツにおいては、地方裁判所以上の裁判所で弁護士強制が妥当することに注意されたい（ZPO 78条1項）。

58) ここに処分権主義の制約を見て取るかは見解が分かれる。*Lerch*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 4 Rn. 13は、指針裁判手続によって当事者の選択が手続の進行にとって何らの役割を果たさなくなるとすれば、処分権主義の余地はもはや大きくないという。これに対して、Beschluss der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs im März 2023, a.a.O.（Fn. 38）, VII. は、上告取下げ（等）によって訴訟を終了させるのは変わらず上告人の自由なので、指針裁判手続は処分権主義に触れるものではないとみる。

59) このような場合にはそもそも上告を提起しなければよいのではないかという疑問があり得ようが、実際問題としては、例えば、後に（上告審係属中に）新たな知見がもたらされ、下級審での認定が現状に即さなくなることもあると考えられる。そういう可能性（＋指針裁判手続の指定の可能性）まで見越して上告を提起すべきかを決すべきとの立論はなお不可能ではないが、将来の潜在的な事情（変更）を視野に入れよというのはいささか酷な要求ではなかろうか。

60) 最上級審の判断までの「待ち時間（Wartezeit）」が長くなれば、さらなる事実関係を掴んで訴訟に持ち込める可能性がもたらされ、典型的には、原告とその代理人とに有利に働くこととなるとされる。

61) *Lerch/Valdini*, a.a.O.（Fn. 8）, S. 422 Rn. 13; *Lerch*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 5 Rn. 15; *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948 f.

関連して、指定を急ぐあまり不十分な資料に基づいて指針裁判がなされて、それが結果として広汎な作用を及ぼしてしまうおそれが指摘されるほか[62]、そもそもの問題として、（下級裁判所に係属中のもの等まで含めた）紛争の全体像を必ずしも把握していないBGHに適切な事案の選択は可能なのかという疑問も呈されている[63]。

（6）下級裁判所の役割の軽視

指針裁判手続のコンセプトとして、下級裁判所は特定の法律問題の裁判についてBGHによる方向づけを欲する従順な機関として理解されている――そうしてこそ負担軽減が達成され得る――が、こういう構想は憲法が保障する裁判官の独立の原則と対立するものであって、ZPO 148条4項の規定する中止可能性と結び付いて、下級裁判所の弱体化を招きかねないと指摘される[64]。また、早期にBGHの見解を示すことに重点が置かれる結果として、大量紛争の処理に欠かせない事実資料・法律資料にかかる下級裁判所での議論の蓄積あるいは集合知(Schwarmintelligenz)を利用できなくなる難点があるといわれる[65]。ただしこれに対しては、指針裁判は二審級を経た後に、類似の事案を経た後になされるので、そ

---

[62] 主として先決裁定手続を念頭に置いた叙述であるが、*Lerch/Valdini*, a.a.O.（Fn. 8）, S. 422 Rn. 11; *Lerch*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 8 f. Rn. 28. 想定される作用は係属中の手続に対するものにとどまらない。例えば、（目下の）原告の主張した事実関係が被告の責任を基礎づけるに足りないとして請求が棄却されれば、弁護士費用保険者（権利保護保険者）は、新たな知見に基づいて判例を引っ繰り返そうと目論む訴えに資金を提供することに非常に慎重になるであろうと指摘される。

[63] *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*, Stellungnahme zum RefE, S. 2.

[64] *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 949. 下級裁判所が法律問題の解釈について独自の道を採ってBGHの判例から離反すれば、当事者は時間とコストとを費やして上訴を提起する羽目になって不利益を被り得るが、下級裁判所の自主性こそが、判例の可変性を保ち、BGHの判例のさらなる発展につながる刺激を与えることとなるという。

[65] *Lerch/Valdini*, a.a.O.（Fn. 8）, S. 422 Rn. 12; *Lerch*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 9 Rn. 30; *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 949.

の点は（先決裁定手続に比して）歓迎すべきとする見方もある[66]。いずれにせよ、重要な法律問題に関する判断は相応の検討の上に（機が熟して）はじめて説得力をもって行われ得るとの認識は共通しているといえ、下級裁判所において積み重ねられた種々の考察はいわば指針裁判の質を担保する知恵の源泉として捉えられているとみることができる。

（7）裁判所の負担軽減の限界

指針裁判手続に対しては、そのコンセプトに反し、裁判所の負担軽減にあまり資さないのではないかという見立てが散見される。これは要言すれば、そのために「複数の」「上告」手続の係属が前提とされていることによる。一方では、複数の手続の係属を待たなければ指針裁判手続の指定が――したがって、法律問題についての確実な解明が――できないとなると、BGHの判断の早期化は必ずしも見込めず、また、指定のなされなかった上告手続はどっちみち通常通り終結される必要があるから、その働き方に本質的な変化が生じるとはいい難く[67]、他方では、手続がまずもって（第一審・控訴審を経て）上告審まで来なければならないため、それ以前の段階で当事者が（戦略的に）撤退してしまえば、BGHの判断は依然としてなされないこととなるからである[68]。

（8）指針裁判に至らない可能性

指針裁判手続の指定がされても、指針裁判が実際になされるケースは多くないであろうという指摘も見られる。指定によっていずれにせよBGHの見解が示されるのであれば、当事者は通常、上告取下げ等によって手続をみすみす終了させるような真似はせず、口頭弁論において裁判

---

[66] *Albers*, a.a.O.（Fn. 15）, S. 269.

[67] *Julian Philipp Rapp*, Revision, Kassasion, Final Appeal, Tübingen 2024（以下 *Rapp*, Revision と引用する）, S. 413; *ders.*, Zwischen Wunsch und Wirklichkeit – Das geplante „Leitentscheidungsverfahren beim BGH", ZRP 2024, S. 34（以下 *Rapp*, Leitentscheidungsverfahren と引用する）, 35; *Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 950.

[68] *ADAC*, Stellungnahme zum RefE, S. 1 f.; *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*, Stellungnahme zum RefE, S. 2 f.; *Rapp*, Revision, S. 415; *ders.*, Leitentscheidungsverfahren, S. 36.

に内容的に影響を及ぼすよう尽力することとなると見込まれるとの理由による[69]。もっとも、この場合には「上告からの逃走」は生じず、BGHは重要な法律問題について（指針裁判という形式ではないにせよ）見解を示すこととなるので、その意味で、制度の目的は達成されているといえよう[70]。

（9）現行法上の代替策の存在

指針裁判手続をわざわざ設けずとも、実務的には、別の制度によって同様の狙いを達成し得るとしばしばいわれる。BGHとしては、自らの当面の見解を、ZPO 139条――釈明に関する条文である――に基づいて指摘決定（Hinweisbeschluss）[71]の形で詳細に説示したり[72]、傍論において予め（将来のために）明らかにしたりできるし、控訴審としても、ZPO 522条2項2文[73]に基づいて（BGHのものほどの影響力はもたない

---

[69] *Rapp*, Revision, S. 413; *ders.*, Leitentscheidungsverfahren, S. 35; *Riehm*, a.a.O. (Fn. 45), S. 950. ラップはこのことを評して、「〔指針裁判〕手続の利点はどちらかというと事実上の性格のものであろう」という。

[70] この観点では、指針裁判手続の指定の主たる機能は、当事者の処分による上告手続の終了にかかわらずBGHの見解を明らかにできるようにすることというより、上告取下げ等に対する抑止力それ自体にあるともいい得る。実際、後に見るように、最初の指針裁判手続の指定がされた事案では、上告取下げ等はなされなかった（ため、BGHは、口頭弁論を経て、判決で、判断を示した）。

[71] 裁判所の釈明――当面の法的見解の摘示もこれに含まれる――は可及的早期に行い、記録（aktenkundig）する必要があるが（ZPO 139条4項）、その方式に定めはなく、口頭弁論で口頭で実施して調書に記載するほか、指摘決定として言い渡す方式（等）が認められている。Vgl. MüKoZPO/*Fritsche*, 7. Aufl., Bd. 1, München 2025, § 139 Rn. 53 f.; Zöller/*Greger*, a.a.O. (Rn. 43), § 139 Rn. 12a, 13.

[72] VWの排ガス不正事案では、BGHが詳細な指摘決定（*BGH*, Beschluss vom 8. Januar 2019, NJW 2019, 1133）をしたことで、訴訟外で和解が成立し、上告取下げに至ったという事情があるとされる。BGHの2019年2月22日付のプレスリリース（Nr. 22/2019: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/2019022.html）参照。

[73] ZPO 522条2項2文

控訴裁判所又は裁判長は、当事者に対し、予め、意図する控訴の棄却及び

としても）指摘決定をなし得るからである[74]。ただしこれに対しては、いずれも十分な代替策ではないと述べる向きもある[75]。

5．第１号事案[76]

（１）施行日における指定

上に見たように、どちらかというと冷ややかな評価が目立っている指針裁判手続であるが、BGHは、その活用に積極的な姿勢を見せており、改正法の施行日である2024年10月31日に早くも、フェイスブックの情報漏洩事件[77]にかかる上告手続を指針裁判手続に指定した[78]。対象となっ

それについての理由を指摘し、控訴人に対し、一定の期間内に意見を述べる機会を与えなければならない。

[74] *Lerch*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 5 Rn. 16; *Riehm*, a.a.O. (Rn. 45), S. 949 f.

[75] *Bruns*, Stellungnahme zum Antrag der CDU/CSU, S. 4. レアケースかもしれないが、BGH の見解が未だ示されていない法律問題が上告によって提起され、かつ、指摘決定に先立って上告取下げがなされるような場合には、十分には対処できないであろう。とはいえ、指針裁判手続においても指定は必要であって、かつ、上告に対する答弁の到達後または上告理由の送達の１か月後からしかできないので、それに要する時間は（詳細な）指摘決定に比して短い――それに先立って上告取下げ等がなされる可能性は低い――としても、なお間隙は存在し得る。関連して、*Verbraucherzentrale Bundesverband*, Stellungnahme zum RefE, S. 1 f. は、BGH による最善の事案の選択には一定の時間を要するとの認識の下、懸念の解消のため、上告手続の終了後でも指針裁判（手続の指定）をできるようにすべきという。

[76] 以下の説明は、主として、BGH の２つのプレスリリース――指針裁判手続の指定にかかる2024年10月31日付のもの（Nr. 206/2024: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024206.html）、および、この事案で下された判決にかかる2024年11月18日付のもの（Nr. 218/2024: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024218.html）――による。

[77] 2021年４月に発生した、計106か国、約５億3300万人のフェイスブック・ユーザーの個人情報がインターネット（ダークウェブ）上に流出した事件。ドイツでは „Facebook-Scraping-Komplex“ „Facebook-Scraping-Vorfall“ „Facebook-

たケース（VI ZR 10/24）[79] は、いわゆるスクレイピングによって個人情報（ユーザー ID、氏名、性別、職場）を公開された者（原告）が、フェイスブックを運営するメタ社（被告）に対し、連絡ツールの悪用を防ぐ十分な安全措置を講じていなかったと主張して、EU一般データ保護規則（以下「DSGVO」という）違反を理由として、1）精神的苦痛および自己のデータのコントロールの喪失に基づく無形の損害の賠償[80]、2）被告が原告に対して本件に関する将来のすべての有形・無形の損害を賠償する義務を負うことの確認、3）差止め[81] および情報提供を求めたも

Datenleck“ などと呼ばれている。フェイスブックではユーザーの設定次第で電話番号でプロフィールを検索できるようになっていたところ、何者かがこれを悪用し、連絡先インポート機能を通じてランダムな数列を大量に入力して、電話番号を対応するアカウントに紐づけ、これらのアカウントにかかるデータを不正に取得し、公開したものである。

78) *BGH*, Beschluss vom 31. Oktober 2024, NJW 2024, 3595.

79) BGH のプレスリリースによれば、別の3つのケース（VI ZR 7/24; VI ZR 22/24; VI ZR 186/24）においても口頭弁論が予定されていたが、いずれも上告取下げで終了したとのことである。指定裁判手続の指定はこういう動きを受けてのものであったとみられる。

80) このケースでは、原告は、「適切な金額、ただし少なくとも1000ユーロ」の損害賠償を請求した。ドイツでは、金額を特定しない申立て（unbezifferter Klageantrag）がいかなる場合に可能かは議論があるが、とりわけ慰謝料に関しては、算定・評価の事実的基礎と金額の目安（Größenordnung）――おおよその額または最低額で足りる――とが記載されていれば、具体的な金額は裁判所の裁量に委ねる旨の申立ても許されるとするのが一般的な見解である。Vgl. Stein/*Roth*, Kommentar zur ZPO, 24 Aufl., Bd. 3, Tübingen 2024, § 253 Rn. 50; MüKoZPO/*Becker-Eberhard*, a.a.O.（Rn. 71）, § 253 Rn. 121; Zöller/*Greger*, a.a.O.（Rn. 43）, § 253 Rn. 14, 14a.

81) 差止請求の具体的内容は、やや簡略化すれば、次のようなものである。①被告は、連絡以外の目的によるシステムの使用を防止するための技術水準に応じて可能な安全措置を講じることなく、無権限の第三者が連絡先インポートソフトウェアを介して原告の個人データにアクセスできるようにしてはならない、②被告は、被告の不明瞭かつ不完全な情報によって獲得された同意に基づいて、原告の電話番号を取り扱ってはならない。

のである。第一審[82]は、DSGVO 82条1項[83]に基づいて、250ユーロの損害賠償の限度で原告の請求を認容したが、控訴審[84]は、単なる情報コントロールの喪失では同項にいう無形の損害を認めるに足りず、また、原告はそれ以上に精神的に害された旨を十分具体的に主張していないなどとして、一部訴えを却下し、一部請求を棄却した。

（2）重要な法律問題の内容

BGHは、このケースにかかる上告手続がBGHまたは下級裁判所に係属中の多数の同種の手続[85]にとって重要な次の6つの法律問題を提起しているという。①被告が連絡先インポート機能を実装する際にデフォルト設定を「すべての人（alle）」としたことがDSGVO 82条1項の意味におけるDSGVO違反に当たるか、②スクレイピングされ、個々の被害者の電話番号と紐づけられたデータのコントロールの喪失だけでDSGVO 82条1項の意味における無形の損害を基礎づけ得るか、③②が肯定される場合、損害はいかに計算されるか、④DSGVO 82条1項に基づく損害賠償請求の具体化について何が要求されるか、⑤将来の損害の発生の可能性だけでZPO 256条1項の意味における確認の利益を基礎づけるに足りるか、⑥原告の定立した差止請求はZPO 253条2項2号の特定の要請を満たすか。

（3）判決要旨

このケースでは、結局、上告取下げ等はなされなかったので、BGHは、口頭弁論を経て、判決で、判断を示した[86]。結論は一部破棄差戻し、一

---

82) *LG Bonn*, Urteil vom 29. März 2023 – 13 O 125/22.

83) DSGVO 82条1項
本規則違反により有形又は無形の損害を被った者は、管理者又は処理者に対し、損害賠償請求権を有する。

84) *OLG Köln*, Urteil vom 7. Dezember 2023 – 15 U 67/23.

85) *BGH*, Beschluss vom 31. Oktober 2024, a.a.O.（Fn. 78）によれば、当時、同種の訴訟が、BGH第6民事部に（指針裁判手続に指定されたもののほかに）25件、各地の下級裁判所に計数千件、係属していたとのことである。

86) *BGH*, Urteil vom 18. November 2024, NJW 2025, 298.

部上告棄却である。指針裁判それ自体はなされなかったものの、BGHの解釈は示されたため、所期の目的は達成されたとみることができるであろう[87]。なお、本稿の主たる関心事ではないが、先の６つの法律問題にかかる判示を（便宜上順番を前後させつつ）掻い摘んで述べれば、次のとおりである。

まず、②については、DSGVO 82条１項の意味における無形の損害は単なる(短時間の)データのコントロールの喪失だけで生じ得るもので、当該データの具体的な濫用とか追加の知覚可能な負の結果とかは不要であるとする。そのうえで、④については、無形の損害の賠償を請求する者は、DSGVO違反によって無形の損害に当たる負の結果が自己にもたらされたことを主張する必要があるが、それで足りるという。また、①については、被告がデフォルト設定を「すべての人」としたことはデータ最小化原則（Grundsatz der Datenminimierung）[88] に原則的に適合しないであろうとしつつ、差戻控訴審において、それが検索機能の枠内における電話番号の使用に対する原告の同意によって正当化されるかがさらに審理されるべきとする。そのうえで、③については、DSGVO 82条１項に基づく損害賠償請求権が仮に認められる場合には、本件のようなデータのコントロールの喪失それ自体に対する補償としては、（種々の検討を経て、）ZPO 287条１項[89] によって、100ユーロ程度と算定するのに懸念は存しないという。なお、⑤については、本件の問題は財産上の損害ではなく、絶対的に保護される特別の法益たる情報自己決定権、一般的人格権の侵害に基づく損害なので、確認の利益を認める基準としては、将来の損害の可能性で足り、それ以上の十分な蓋然性は不要である

---

87) 指針裁判手続の指定が「上告からの逃走」を思いとどまらせたと言っても過言ではないであろう。

88) DSGVO ５条１項ｃに規定される、個人データの取扱いは目的適合的で、目的にとって重要で、かつ、目的の範囲に制限されなければならない、という原則をいう。

89) ZPO 287条１項

損害の発生及び損害又は補償されるべき利益の額について当事者間に争いがある場合には、裁判所は、自由な心証により、全ての事情を評価して、これについて裁判する。〔以下略〕

とする。⑥については、差止請求の特定としては、具体的な違反行動または違反形態が対象として摘示され、そのどの要素に権利侵害したがって差止命令の基礎および結節点があるかが申立てから明確に認識できれば足りるなどとして、結論として、一部は特定の要請を満たすが、一部は満たさないという[90]。

Ⅲ．検討

1．指針裁判手続の構想と当事者の処分権

指針裁判手続は、同種の事案に広く妥当し得る法律判断について早期にBGHの見解を示して大量手続の処理の方向づけを図るものであって、ここでの上告審の役割を、下級裁判所の手続の中止可能性と結び付いて、集団的紛争における法形成および法統一に見いだしているといえる[91]。そこにおいては、具体的な事案に捉われない、射程の広い（抽象的な）判断が目指されていて、そのために、当事者の意思による処分にもかかわらず、BGHが重要な法律問題について裁判できることとされているのである。

このことと当事者の処分権とはどういう関係に立つのであろうか。確かに、指針裁判手続の指定があっても、当事者は変わらず自らの意思で上告を終了させることができるし、その後に下される指針裁判は終了した手続に対しては何らの効力ももたない。その意味で、訴訟の終了の権能は依然として当事者に留保されているといえる。当事者が訴訟の続行を（間接的に促される面はあっても[92]）意に反して強いられるわけではない。しかしながら、当事者の意思に基づく選択によって裁判所の（実

---

[90] 前注81）に挙げた２つの請求のうち、②は特定の要請を満たすが、①は満たさないとされた。

[91] *Bettina Rentsch*, Kollektive Rechtserkenntnis oder Revision „light“?, ZRP 2023, S. 135, 137; *Podszun/Weber*, Die Ziele des Zivilprozesses und seine Reform, ZZP 137 (2024) S. 71, 87.

[92] Ⅱ　4（8）参照。

質的な）裁判そのものを阻止できるという、従前の規律の下で副次的にせよ生じていた帰結はもはや保障の限りではなくなった。理論的には、具体的な訴訟物の存否に関する判断とそれに影響しない範囲での（抽象的な）法律問題に関する判断とは区別され得、これまでは両者が一体化していたとしても、処分権主義の範疇に属するのは前者にとどまるとの説明が可能であろうか[93) 94)]。しかしとはいえ、指針裁判手続において、訴訟物について判断するのに必要な限りで法律問題について判断するという連関が断ち切られているのは間違いない。今般の改正はここまでで踏みとどまった――という表現が適切かは疑義があり得る――が、こうした傾向に鑑みるに、今後、先決裁定手続の導入等によって、BGHの判断の抽象化が進むのは時間の問題かもしれない[95)]。

いずれにせよ、指針裁判手続の導入によって、従前はもっぱら当事者に留保されていた、BGHの判断の対象となるべき事案の選択の権限は、

---

93) *Dieter Hettenbach*, Das neue Leitentscheidungsverfahren, WM 2025, S. 9, 12 は、指針裁判手続の指定があっても当事者は具体的な手続の支配者には変わりなく、上告審がいついかなる法律問題について意見を述べ得るかに対する影響力を失うにすぎないという。これに対して、*Rapp*, Revision, S. 394; *ders.*, Leitentscheidungsverfahren, S. 34 は、（上告取下げ等による）BGH の裁判の回避は処分権主義によって付与された訴訟上の権能の正当な行使であるとみる。

94) 指針裁判手続の指定に際して当事者に法的審問を保障すべき旨の規定は特に置かれていないこと、また、指針裁判は終了した上告手続には何ら影響しないとされていることからして、立法者としては、指針裁判手続によって処分権主義が変容を被るわけではないという理解に立っているものとみられる。Vgl. *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme zum RefE, S. 5.

95) そもそもの上告審の役割が（今日の）ドイツでは法形成・法統一に傾斜している――ZPO 543条２項は上告が許可されるべき場合として、事件が原理的意義を有する場合および上告審の裁判が法形成または判例の統一の確保に資する場合を挙げる――が、その判断は、広汎な射程をもつこととなるとしても、通常、具体的な上告手続に対する裁判の形でなされるので、その意味で、なお個別のケースに繋留されていると評し得る。これに対して、指針裁判手続は、（実際には事実関係を完全には捨象できないとしても、）具体的な上告手続の終了とは無関係に法律判断について判断しようとするものであって、守備範囲は限定的であるものの、それがもたらすインパクトは軽視できないように思われる。

一部裁判所に移行することとなった。これは（今後の趨勢が決してしまうのを避けたい、時間を稼ぎたいといった）いわば濫用的な「上告からの逃走」に効果的に対応するには有用な規律であろう。しかし、論者の指摘にあったように[96]、当事者がBGHの裁判を求めないのは、不十分な資料に基づいて影響力ある（誤った）判断がなされるのを避けたいからかもしれない[97]。当事者において基礎となるべき事実関係等が十分に解明されていないと考えるに至ったのに、BGHが（ともすると拙速に）指定をしてしまうのは、他の多数の手続にとって有害であり得る。かくして、当事者の自由に一定の歯止めをかけることとしたのは賢明であるとしても、必ずしも事情に通暁しないBGHとしては、必要に応じて任意に意見を聴くなどしつつ、どのタイミングで、どの手続を対象として、指定をするかを慎重に吟味すべきこととなろう[98]。

2．指針裁判の（事実的）効力と手続保障

先述のとおり、指針裁判には、法的な拘束力はない。もっとも、裁判所の負担軽減との狙いに鑑みれば、下級裁判所は、BGHの明らかにした見解に基本的に従うこととなると想定されていると解される。法的な拘束力はないとしながら追随を当然かのように予定するのはアンビヴァレントな感もあるものの、現象としては、相当の事実的効力が背後に控

---

96) Ⅱ 4（5）参照。

97) 上告まで提起した後に翻意してBGHの判断を回避ないし阻止しようとする当事者に保護に値する利益があるかは微妙かもしれず、この観点では、（特に先決裁定手続に比して、）指針裁判手続にかかる懸念は大きくないともいい得るように思われるが、指針裁判によって（不利に）影響を受け得る第三者――同種の利害関係人――の存在まで考慮すれば、基礎となるべき資料が揃っていない段階で指定を（しようと）するのはいずれにせよ妥当でないであろう。

98) Zöller/*Feskorn*, a.a.O.（Fn. 43）, § 552b Rn. 5は、当事者の意見聴取は必要ではないが場合によっては有益であるとする。このような視角の導入は、結果として、下級裁判所における議論の蓄積に（も）大きな意味を見いだす契機となり得、それはひいては、次に見る第三者の手続保障を大なり小なり手厚くする方向に作用すると考えられる。

えていると理解することができる[99]。ここを捉えて規律として不徹底・不明確であるとの批判は固より可能であるが[100]、立法者の意図としては、裁判官の独立あるいは法的審問請求権との整合性に配慮しつつ、マイルドな解決を試みたということであろう。実際、指針裁判手続の指定がなされても上告取下げ等がなされずに（通常通り）理由を付した判決が言い渡される場合はあるのであって、そこでは法的な拘束力は生じないとすると、指針裁判に限ってそういう特別の効力を認めるのはバランスを欠くように思われる。下級裁判所にとっては事実上従うしかないものと映る可能性は否定できないが、多くの場合、BGHの見解という寄る辺――免罪符ともいい得ようか――が与えられるのは歓迎すべきことで、それに依拠することに特に抵抗は覚えないのではなかろうか[101]。

しかしながら、下級裁判所がBGHの見解を踏襲する想定だとすると、指針裁判によって同種の事案（にかかる後の訴訟）の決着が付いてしまうと言っても強ち過言ではない。そしてそのような指導的な位置づけに鑑みれば、指摘されているように[102]、法的な拘束力はないという形式的な理由でもって手続保障を不問に付すことはできず、指針裁判によって不利益を被り得る第三者の存在を考慮して、一定の保護（の可能性）が要請されると考えられる。裁判官による法形成一般に当てはまり得る話であるが、そこにおいては、第三者あるいは社会に対する広汎な影響に

---

[99] *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Stellungnahme zum RefE, S. 2 は、指針裁判は実務上「相当の事実上の拘束力（erhebliche faktische Bindungswirkung）」を発揮するといい、Zöller/*Feskorn*, a.a.O.（Fn. 43）, § 565 Rn. 7 は、指針裁判は「事実上の手本たる性格（faktischer Leitbildcharakter）」を有するという。また、*Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 948は、指針裁判によって論証責任の事実上の移転（faktische Verschiebung der Argumentationslast）が生じることとなるとする。

[100] Ⅱ 4（3）参照。

[101] *Podszun/Weber*, a.a.O.（Fn. 91）, S. 88は、「裁判所としては、BGH を拠り所とし、また、手続を差し当たり中止できるように、指針裁判手続との類似性を寛大に承認する動機が存在する」と述べる。同旨のものとして、*Riehm*, a.a.O.（Fn. 45）, S. 950. 指針裁判手続の導入経緯からしても、下級裁判所は概して、BGH の見解が明らかにされることをポジティヴに捉えていると解される。

[102] Ⅱ 4（4）参照。

照らしつつ、そのための資料の収集・探索を独り当事者に任せるのは耐え難いとの認識の下、比較法の見地をも踏まえつつ、弁論主義の排除（職権探知主義の採用）、利害関係人の参加の許容、アミカス・キュリエの導入などといった方策が多角的に議論されているところである[103]。

指針裁判がなされる段においては、具体的な上告手続は当事者の処分によって終了しているので、その訴訟追行を通した利害関係人の利益代表（の擬制）を語るのは困難であろう。指針裁判に際しては口頭弁論は開かれない想定なので（ZPO 565条１項２文）、BGHがどれほど独自の調査を行う（ことができる）かは判然とせず、利害関係を有する第三者による意見提出の機会も保障の限りではない。結果として、射程の広い判断が予定される一方で、そのための資料の調達の手段は自ずと限定的なものにとどまると解され、手続保障に関して憂慮される部分は決して小さくない。

この文脈では、下級裁判所の集合知の重要性の指摘[104]が示唆に富む。手続保障の見地から見れば、これは、従前の手続を通して得られた（指針裁判の基礎となるべき）事実的・法的知見の集積をもってBGHの判断の妥当性を高めることで、第三者との関係での（不利な）影響を正当化しようとする試みとして理解できる。条文上、指針裁判手続の指定に際してそうした考慮が明示的に要求されているわけではなく、その意味で、実務の運用に委ねられるところが大きいが[105]、指針裁判が第一審・控訴審を経たうえで（上告審で）なされるものであるとともに、BGHへの複数の上告手続の係属を前提としている――最低でも２審級×２手続＝４審級での検討の歴史が存在する――という事情は、BGHの利用し得る資料を相対的に豊かにし、多種多様な利害の衡量の下に（より説得力ある）判断を下すのに一役買うこととなろう。しかしこのことをもって、第三者の利益が当然に考慮されているとして、手続保障として十分

---

103) その詳細について、vgl. *Maultzsch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 392 ff.

104) Ⅱ ４（６）参照。

105) 現実には、BGHとしても、判断材料が必ずしも十分に出揃っていない（とみられる）段階において指針裁判（手続の指定）をすることには、相当慎重にならざるを得ないと考えられる。

であるとみるのは、下級裁判所での検討の濃度にはバラつきがあり得ることに鑑みるに、いささか乱暴かもしれない。制度の実効性を損なわないよう留意しながら、さらなる手続保障の拡充の在り方を探っていくのが今後の課題になるように思われる[106]。

3．想定される負担軽減の程度

指針裁判手続は、しばしば論難されるように[107]、上告が提起された機に確実に判断を行えるようにするものにすぎないので、手続がそこまで上がって来ない限りは使えない。そのため、上告の提起後の上告取下げ等には対応できても、例えば、控訴審の段階で控訴取下げ等がなされれば、もはやBGHの出る幕はない[108]。そういう事態にまで対処するには、先決裁定手続の導入や飛越上告の拡充といった手当てが必要になるが、今般の改正はそこまでは踏み込まず、上告審へのショートカットは設けなかった。具体的なケースをBGHによる法律問題の解明のきっかけに貶めず、伝統的な審級制度の枠をひとまず維持しているとの評価が可能であるが、反面、上告前に撤退することでBGHの判断を免れる余地は残ることとなった。いささか皮肉めいた見方をすれば、指針裁判手続の導入は、その本来の狙いとは異なり、せいぜい控訴審までで打止めとする形での「上告からの逃走」を促す結果に終わるおそれもないではなかろう[109]。上記の間隙あるいは抜け穴の存在がそういう実務の動きにつながらないか、注視が必要なように思われる[110]。

---

106) その際には、深謀遠慮の下に判断を下そうとすればするほど、事案・議論の蓄積を待たねばならず、BGH の見解を早期に示して負担軽減を図るという目的に資するところが小さくなると解されることに留意する必要があろう。

107) Ⅱ 4（7）参照。

108) *ADAC*, Stellungnahme zum RefE, S. 1 f. によれば、VW の排ガス不正事案では、訴訟戦略上の理由に基づく BGH の判断の回避が控訴審の段階ですでに幅広く行われていたとされる。

109) *Rapp*, Revision, S. 413; *ders.*, Leitentscheidungsverfahren, S. 35は、指針裁判手続を単独で導入しても「上告からの逃走」の時期が前倒しされるだけだとみる。

110) ただし、そういう現象が観察されたとして、先決裁定手続のような制度の

上告前の撤退が生じなかったとして、裁判所の負担はどれほど軽減され得るであろうか。論者のいうように[111]、指針裁判手続の指定それ自体が多かれ少なかれ上告取下げ等を思いとどまらせる面がありそうであり、そうでなくても、BGHは法律問題について熟慮のうえで判断を下さなければならないことに変わりはない。その意味で、（そもそも制度の本来の目的ではないのではないかという疑問はさておき、）BGHの次元で大きな変化が生じるとは考えにくい。しかしそうしてひとたび判断が示されれば、下級裁判所としては、事実認定はいずれにせよ行わなければならないものの[112]、法律問題については（今や明らかになった）BGHの見解に依拠できるので、その点で手間が省けることとなる[113]。また、利害関係人の側で（自主的に）BGHの見解を前提として行動――訴え／上訴を取り下げたり、和解したり、そもそも訴え提起を控えたり――してくれれば、より大幅な時間・コストの節減がもたらされることとなる[114]。実際、少なくない場合にそうなるという予測が可能であるよ

導入に踏み切る（べき）かは別論である。先に見たように、具体的な争訟の解決から離れた抽象的な法形成の志向は、前者を後者の単なる手段として扱うリスクを孕み、この傾向は、指針裁判手続にも況して、先決裁定手続で顕著になる。目下の議論状況を見る限り、そうした方向に（さらに）歩を進めることに対しては、反対も少なくないと予想される（Ⅱ 4（1）参照）。

111) Ⅱ 4（8）参照。

112) 現実にはここでも、事実認定の有する事実的効力――証明効――が重要な役割を果たす可能性があるが、指針裁判（手続）においてそういう効力が意図されているわけではない。

113) それとともに、当該法律問題については、爾後、新たに解明の必要が生じない限り、原理的な重要性が否定されることとなり、控訴裁判所がそれに違背する判断をする場合は別として、（控訴裁判所の判決あるいは不許可に対する抗告に対するBGHの決定において、）上告許可事由として原則として考慮されなくなると解される。Vgl. *Guido Toussaint*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 31. Oktober 2024 – VI ZR 10/24: Bestimmung eines Leitentscheidungsverfahrens (§ 552b ZPO), FD-ZVR 2024, 824428 (Beck-Online).

114) BGHの見解が示されればこれに反する判断は基本的になされないであろうという予測が成り立つとすると、それによって不利に立たされる利害関係人は、事情変更等の新たな材料を提示できるのでない限り、敗訴を免れないこと

うに思われ、指針裁判の最大の効用はここにあるともいい得るであろう。もっともこれは、取りも直さず、BGHの判断の事実的効力ないし事実上の権威の現れにほかならない。それが観察される蓋然性が高まるほど、あるいは、現に観察されるほど、手続に関与しない第三者が（事実的とはいえ）不利な影響を受けることを（いかに）正当化し得るかが重要な関心事として浮かび上がり、先に見た手続保障の問題がいっそうアクチュアリティをもつこととなろう。

4．対象になる法律問題の範囲

理論的には、指針裁判手続で採り上げるに適切な「法律問題」の範囲を問題とし得る。事実関係を捨象して法律問題に照射することに批判があったが、一口に法律問題といっても、その中には、事実関係から切り離して論じ得るものとそうでないものとが混在しているように思われる。法規（に準ずるもの）の解釈基準の定立とか考慮要素の提示とかは事実関係を離れて行うことができよう――それゆえに指針裁判手続の対象とするのに支障はなかろう――が、法の適用は、性質上、常に具体的な事実関係を前提とするので、抽象的には論じにくい。実際、指摘されているように[115]、とりわけ不特定概念／規範的要件に関しては、指針裁判手続に指定された事案（限り）の事実関係に基づいて、広汎な射程をもつべき評価をすることに正当性があるかは多分に疑わしいように思われる。例えば、「被告の行為に過失が認められるか」といった問題を採り上げて、同様の行為によって損害を被った（と主張する）者にまで、その判断を通用せしめるのは基本的には困難であろう。それはもっぱら、当該ケースにおける当てはめの域を出ていないように思われ、仮にそうでないといい得るとしても、少なくとも、事実認定に関して、その（いっそうの）正確性を担保する手立てが講じられなければ、第三者との関係

となろうから、訴訟の場で（引き続き）戦うより、手を引いた（うえで場合によっては訴訟外で解決を図る）方が、当人の納得感の問題はともかくとして、時間・コストに関しては優れた選択であると評し得る。

115) Ⅱ 4（2）参照。

での妥当は正当化できないのではなかろうか[116]。

これに対して、個別の事案における判断を通して、あるべき法の適用ないし不特定概念／規範的要件の解釈の在り方を示すことで、他の手続に道標を与えるのは不可能ではないと解される。上記の例について言えば、そこでの過失の判断を、同種の事案にそのまま行き渡らせ得るものとしてではなく、その基準の明確化に資する（にとどまる）ものとして捉える――そしてそれによって、今般のケースと将来のケースとの間に本質的な同一性が認められる限りで同様の評価をすべきという形での作用を想定する――のである。このように解する場合には、その（指針）裁判は、単なる事案限りの当てはめを超えて、同種の事実関係の下での過失の判断一般について採るべき方向性を示すものとして把握され得ることとなろう。

先のフェイスブックのスクレイピング事件は、こうした問題について考えるうえで好例である。そこにおいては、重要な法律問題として、「①被告が連絡先インポート機能を実装する際にデフォルト設定を『すべての人（alle）』としたことがDSGVO 82条１項の意味におけるDSGVO違反に当たるか」「⑥原告の差止請求はZPO 253条２項２号の特定の要請を満たすか」が挙げられている。これらは愚直に見れば、当事者限りの話であって、指針裁判手続に相応しくないように思われなくもない。しかしながら、問題の被告の行為によって被害を受けた（と主張する）者が多数存在していて、かつ、同種の事案で同様の請求がなされていたという事情に照らせば[117]、上記の法律問題に対する判断は、それらにおける被告の行為の違法性または原告の請求の適法性の判断の行く末を占う意味をももつものとみることができる。問いの立て方には一考の余地が

---

116) 事実認定の正確性に後に疑いが生じれば指針裁判は意義を失うだけであるという立論はあり得るが、そういう可能性が当然に織り込まれているようでは道標とするに不適格ではなかろうか。実際問題としても、後の訴訟において事実認定の誤りが主張されれば（常に）再検証を余儀なくされるとなると、裁判所の負担は特に軽減されず、指針裁判をする意味が大きく損なわれかねない難点があるように思われる。

117) 前注79）に掲げた別の３つのケースのいずれにおいても、原告は被告に対し、前注81）に掲げたのと同様の差止めを求めていた。

ありそうであるが[118]、このように考えれば、当該事案プロパーの判断のように一見映るにもかかわらず、その裁判は、なお「他の多数の手続にとって重要」なものと位置づけられ得るように思われる。

Ⅳ．おわりに

同種の訴訟の大量の提起・係属は、訴訟法上容認されていることとはいえ、司法資源の配分を歪ませ得る事態であって、利用可能なリソースには限りがあることからして、それへの適切な対処は司法の健全な運営の不可欠の前提になる。とどまるところを知らない大量手続をいかに効率的に解決あるいは処理するか。ドイツにおいて指針裁判手続でもって企図されたのは、当事者の処分にかかわらずBGHが重要な法律問題について見解を示せるようにして、最上級審レベルの判断を可及的に早期にもたらし、それに沿って他の訴訟をスムーズに裁いていく方向性であった。目下の議論状況を見る限り、先行きは必ずしも明るくなく、課題山積の様相を呈しているが、構想としては興味深いものをもっているように思われる。今後の運用（の工夫）によって実り多き制度になっていくことを期待しつつ、筆を擱くこととしたい。

＊　本稿は、ボン大学ドイツ・国際民事手続法講座における在外研究の成果の１つである。筆者を客員研究員として快く受け入れ、快適な研究環境を提供するとともに、貴重な示唆を与えてくださったモーリッツ・ブリンクマン教授、および、筆者の研究を多面に亘り支えてくださった講座のスタッフの皆さんに心より感謝申し上げる。

[118] ①については、別の手続においても被告の同一の行為の違法性が問題になると考えられることからして、こうした定式化に特段の問題はないといい得ようが、⑥については、別の手続においては別の被害者（と主張する者）が原告となると考えられることからして、本文のような位置づけが可能であっても、「原告の定立したような差止請求は……特定の要請を満たすか」などと定式化した方が適切であったように思われる。

Dieser Aufsatz ist eines der Ergebnisse meines Forschungsaufenthalts am Institut für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht der Universität Bonn. Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Moritz Brinkmann, der mich bereitwillig als Gastwissenschaftler aufgenommen, mir eine angenehme Forschungsumgebung geboten und mir wertvolle Anregungen gegeben hat. Ebenso möchte ich allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern seines Lehrstuhls herzlich danken, die meine Forschung in vielerlei Hinsicht unterstützt haben.

【付記 1】

本研究は、JSPS科研費（課題番号：22K01246）、公益財団法人末延財団在外研究支援奨学生事業およびフンボルト研究奨学金の助成を受けたものである。

【付記 2】

校正段階で、注24）および29）に掲げたURLの変更が確認された。それぞれ下記のアーカイブを参照いただければ幸いである。

注24）：https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw19-pa-recht-massenverfahren-945422

注29）：https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw50-pa-recht-leitentscheidung-981406

論　　説

「助言」から「共有」へ：情報化に伴う法専門職の変容可能性に関する序論的考察

郭（かく）　薇（び）

目　次

1　本稿の問題意識
1.1　社会的及び学術的な背景
1.2　研究デザイン
2　専門職論における情報活動の位置付け
2.1　1960年代までの特性論的アプローチ
2.2　1970～1980年代の権力論的アプローチ
2.3　1990年代以降の専門職論と情報
3　法専門職の情報発信とその役割
3.1　法律知の「公益性」：法専門職と法運動
3.2　「身分知」としての法情報：弁護士広告とキャリア研究
3.3　情報発信からみた法専門職の「特殊性」
4　法専門職、情報と社会：産業論の視点から
4.1　情報の共有に求める社会
4.2　認知資本主義と法専門職
5　情報化の中の職業規範と法情報
5.1　情報発信を前提とする専門職：ファッションモデルの職業戦略を参考に
5.2　法情報における「流通志向」の所在：二つの法情報観
5.3　「流通志向的な法情報観」の応用可能性：ある裁判例を素材に
6　結び

1　本稿の問題意識

本稿は、専門職や情報化に関する議論を参照することで、弁護士をはじめ法律系の実務専門職（以下では、法専門職という）[1]の実践における「情報」の位置付けを再考するものである。こうした目的のもと、ここでは、法専門職にみられる対外的な情報提供とくに不特定多数向けの情報流通について扱っていく予定である。副題のとおり、本稿は法専門職の情報発信行為に対する実証調査の一環として、分析のための理論的枠組みを整理する序論的地位にあるものである。また、発信とは、個別の法制度で規定されたものではなく、分野を超えて社会全体にしばしば使われる概念である。したがって、本稿はこのような事実状況を踏まえながら、広い視点から法専門職にとっての情報活動の意味を抽出することに留意する。

1.1　社会的及び学術的な背景

日本においては、「情報化」という用語は、1960年代後半から1970年代にかけての経済政策に関する提言の中に見られ、コンピュータやインターネットを含む通信技術の利用に伴い、知的活動の高度化ならびに社会全体の生産性の向上を実現する状態という意味で使われている[2]。ここ

[1] 文章の冗長化を回避するために、「法律家」という表現を上記の「法専門職」と同義で併用する。従来の専門職（professional）および法専門職（legal professional）の研究は、英米圏を中心に蓄積されてきた。そこでは弁護士を法専門職の原型とされる。先行研究との対話可能性を確保するために、本稿も弁護士の実践を中心に法専門職の変容を考察する。また、本稿は、プロの法学研究者を分析の対象としない。両者の完全たる分離は不可能であるが、対人的サービスの特徴が強い法実務と、専門を同じくする学問共同体内部からの評価を重要視する近代の学術研究と同一視することができないからである。

[2] 国立公文書館デジタルアーカイブにて「情報化」をキーワートとして検索したところ、最も古い文書は、1969年10月に内閣府の経済審議会が「新経済社会発展計画」の作成のために設けた情報研究委員会が提出した報告書『日本の情報化社会：そのビジョンと課題』であった。日本の情報化社会に関する議論の変遷について、佐藤俊樹（2015）『社会は情報化の夢を見る［新世紀版］－ノイマンの夢・近代の欲望』（電子書籍）河出書房新社2520-2825頁を参照。

でいう情報は、明確の定義が提示されておらず、人々にとって意味または価値のあるものとして取り扱われ、取引の対象になり、さまざまな見解や行動を産み出す、一連の流れの中にイメージされるものである[3]。このような情報化社会において、通信技術の媒体を用いた情報の収集により、人々は日常的に以前より多くの情報を得ることが可能になる。例えば、専門教育を受けたり、専門家と個別相談したりしなくても、誰でも専門職団体または個人のグログやSNSに掲載されたコンテンツを容易に利用できる。このような「知の大衆化」とも呼べる現象については、専門職の密教的な性格を緩和し、利用を促進する効果があるとされる[4]。その反面、体系的な知識を軽視する傾向や、ミスインフォメーション（偽情報）や陰謀論の蔓延などが指摘され[5]、従来専門職が担ってきたゲートキッピング機能が弱体化するといった懸念もある。

---

[3] 情報は、元々コンピュータ上の情報処理などテキストの意味を含まないデータを指すものである。その特徴を背景に、情報に関する議論は（計量的分析を用いた）工学やテクノロジー論に依拠する傾向が強く、技術が社会にもたらす影響という文脈で展開されることが多い。この点について、前掲注･佐藤(2015)。他方、今日の情報概念には受け手の視点から情報の効果に注目するメディア論の検討、いわゆる社会情報が加えられた。このような拡大解釈が見られる一例として、西垣通（2013)『続 基礎情報学－「生命的組織」のために』NTT 出版株式会社８-66頁がある。そのような概念の多義性は情報化に関する議論の混乱を招いた要因の一つであるが、情報のイメージを象徴するものでもある。情報とされる物の性質は異なるが、そこで見られる交換性、言い換えるとコミュニケーションの介在は一つの共通項であるように思われる。なお、情報化と社会構造との連動を歴史学の視点から捉えるユニックな研究として、木庭顯（2025)「エピローク：情報のヘゲモニー」『2022日本：歴史的諸層位』日本評論社305-364頁がある。

[4] 司法アクセスの観点から法情報とりわけ IT の活用を論じることは先行研究においてよく見られる。その状況に関する概説として、指宿信（2010)『法情報学の世界』第一法規348-350頁を参照されたい。近時の議論のうち、例えば経済学の観点からこの点を言及したものは、加藤晋＝伊藤亜聖＝石田賢示＝飯田高（2021)『デジタル化時代の「人間の条件」』筑摩書店96-97頁。

[5] Tom. Nichols（2017）The Death of Expertise: The Campaign against Established Knowledge and Why It Matter, Oxford University Press, pp.105-132.

法専門職も情報化と無関係ではいられない。この点は、まず各メディアにおいて法律家が自ら発信するという現象から見て取れる。インターネットの普及、ソーシャルメディアの定着は、従来の活字メディアによるコンテンツが主な形式である一般向けの法情報の伝播に変化をもたらしている。例えば、弁護士が事務所のホームページを開設し、またはソーシャルメディアを通じて情報発信を行うことは、情報技術の社会実装が遅れているとされる日本においても普及している。さらに、弁護士の解説記事に特化したネットメディアがあり[6]、訴訟関連のコンテンツを配信し、寄付や裁判の傍聴など公共訴訟の支援を呼びかける試みも展開されている[7]。

また、法実務における情報技術の応用は近年注目されているトピックの一つとなっている。2000年代以降、公共または商業サービスとして提供された法令や裁判例のデータベースとそのデータに基づく分析ツールの出現に伴い、非法律家も多くの法情報にアクセスでき、それを自らの紛争処理に応用することが容易になっている。他方、裁判のIT化、または「リーガルテック」と呼ばれる、裁判進行の支援や契約の審査など情報技術は法実務において相次い導入されている。それが依頼者に対する法的助言を提供する弁護士業務に大きな変革をもたらす可能性があるとされる[8]。

情報化により法知識・情報へのアクセスが改善される一方で、新たな問題を引き起こす可能性もある。例えば、刑事法の改正において、関連報道が被害者やその遺族を中心に取り上げ、それに共感を表明する世論

---

[6] 代表的なものとして、弁護士ドットコムニュース〈https://www.bengo4.com/topics/〉がある。

[7] 公共訴訟の情報共有を行われているウェブプラットフォーム－CALL 4（https://www.call4.jp/index.php）がある。その活動の意義について、谷口太規（2024）「公共訴訟の意義と機能、存立条件に関わる幾つかのことについて」法律時報96巻10号14-16頁を参照されたい。

[8] Richard Susskind（2010）*The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Services,* Oxford University Press, pp.16-19. 日本語の文献として、角田美穂子＝フェリックス・シュテフェック編著（2022）『リーガルイノベーション入門』構文堂がある。

を形成させることで、従来の法学で議論されてきた被疑者人権が軽視され、さらなる厳罰化につながる可能性があると指摘できる[9]。また、性犯罪や人種などセンシティブなテーマに関する情報発信は、しばしば「炎上」やネットリンチを引き起こし、発信者である法律家自身または議論の相手に厳しい非難あるいは誹謗中傷を向けられるケースも見られる[10]。

上述のように、情報化は法専門職にとってチャンスにも災いにもなり得るが、両者の関わりに関する本格的な検討はまだ少ない。先行研究は、主に情報リテラシーのアプローチと法学的なアプローチの考察に分けられる。そのうち、情報リテラシーのアプローチでは、法律家を取り巻く情報環境の変化に伴い、法に関する情報の収集または活用方法が考察の対象となる[11]。リーガルリサーチと呼ばれる問題領域はその典型例である。

それに対して、法学的なアプローチは、情報化に伴う法的問題への対処に着目する。もともと、クライアントの個人情報や委任関係下で得られる情報の取扱いについては守秘義務という法曹倫理の論点から検討されることが多いが、それ以外の法専門職の情報活動に対する明確な規定はほぼ存在していなかった。近年、情報公開の拡大やリーガルテックの社会実装を背景に、弁護士による情報の利活用に伴う責任に関する検討が盛り上がっている。例えば、2022年に日本弁護士連合会が弁護士情報セキュリティ規程を制定し、弁護士業務に関わる情報利用の規制のあり方を模索している[12]。そして、法曹倫理の視点から人工知能など情報技

---

[9] この点について、郭薇（2017）『法・情報・公共空間：近代日本における法情報の構築と変容』日本評論社57-102頁を参照されたい。

[10] 例えば、「「強姦を示談に」弁護士 HP の PR 漫画に批判殺到　一転「配慮に欠けた」と謝罪と削除」J-cast ニュース（2015.12.17）

https://www.j-cast.com/2015/12/17253561.html?p=all。また、法律家の発信が議論の相手に非難を集中させた事例として、郭薇（2022）「法学は公共的議論にとって有用か－『ファクトチェック』と法律家の情報発信」法社会学88号、20-28頁がある。

[11] 日本法情報学の変遷について、郭薇（2023）「法学と情報（工）学のコミュニケーション：法の IT 化は難しいのか（下）」法律時報95巻 9 号91-96頁を参照されたい。

[12]「弁護士情報セキュリティ規程」の内容は、https://www.nichibenren.or.jp/

術の支援を受ける法的サービスの問題点（特に非弁活動のリスク）に関する論考は複数確認される[13]。それらの分析は、法実務において法情報の生成や管理に関する現場のニーズに対応するものであると言える。

しかしながら、情報の収集・発信が日常化した今日の社会においては、業務の効率化や法曹倫理という視点のみで法情報の活動とその影響範囲を十分に捉えることができない。専門家と非専門家との間の情報格差を縮小させるという情報化社会の想定から見れば、法律業界の既存のやり方を前提とした情報の利活用に対してはエリート主義の批判が避けられないと推測する。また、法実務の効率化や法的責任問題に限らず、法律家は多種多様な場面で情報化と深く関わっている。このような状況の下で、情報化が法律家にもたらす変化を論じるために、従来の専門職像の想定を超えて、（法）専門職における情報活動の位置付けを再検討することに意義があるように思われる。

1.2　研究デザイン

「依頼者のニーズに沿って専門知識に基づくアドバイスする」という専門職サービスの理解に異論を唱える者は、ほとんどいないであろう。法専門職の場合、法規範に照らして事実認定や法的推論を行い、法律相談、法廷弁護または判決の形でその専門的知見を情報として提供するプロフェッショナルと言い換えることもできる。この点においては、法専門職と情報提供とは不可分な関係にあるように思われる。ただし、冒頭で述べたように、近時、直接の依頼者に留まらない、不特定多数への情報提供を行う法律家は増えてきた。本稿は、個別の当事者（依頼者）に対する助言を超えて、専門職の資格を有する法律家による一般向けの情報提供に着目し、法律家による情報発信の拡大とその影響を検討する。

ところで、一口で発信と言っても、その内容は必ずしも均質的なものではない。弁護士の情報発信においては、法律知識の提供以外に、弁護

---

library/pdf/jfba_info/rules/revision/220610_security_kitei.pdf を参照されたい。

[13] 例えば、松尾剛行（2019）「リーガルテックと弁護士法に関する考察」情報ネットワーク・ローレビュー 18巻１-23頁、または石田京子（2024）「リーガルサービスの規制と技術革新」慶應法学52巻23-50頁がある。

士個人の活動紹介や、社会問題に関する意見表明まで含む。そこには、弁護士自身のサービスやアイディアなどの存在や意義を広く世間に認知させるという広告の側面も見られる。さらに、実際の紛争処理や裁判に対する影響の度合いを考えると、弁護士自身が担当する事案の情報と一般的な法制度の解説という区別も重要である。以上の点からすれば、法律家による情報発信は一般の記事として公表されても、関係者の取材を基にするジャーナリストとは異なる情報の製作過程が想定される。法専門職による情報発信の内容・形式も多様多種かつ流動的であり、事前に情報発信を類型化したうえでその特性を検討するのは実情にそぐわないように思われる。

個別の発信実践にとどまらず、今日の社会における法専門職による情報発信の普及要因や、それが法専門職の業界全体にもたらす影響といったメタ的な側面についての検討が求められている。情報化社会において法律家の在り方を探求する一環として、本稿は専門職である法律家の情報活動に関する理論的な検討を行い、情報発信に伴う法律家のあり方を論じる。具体的に、第２章では法律家の特徴である「専門職」に着目しながら、広く職業社会学の知見を参照し、専門職における情報提供の捉え方を俯瞰する。次いて、第３章では、法専門職論の情報提供をめぐる先行研究を再構成し、議論の現在地とその課題を明示する。さらに、第４章と第５章では、情報化に伴う産業の特性を踏まえながら、（法）専門職による情報発信の必要性とその活動の特徴を論じ、法専門職の実践の変容可能性を考察する。

2　専門職論における情報活動の位置付け[14]

日本において、専門職に関する包括的な研究は、石村善助の検討まで遡ることができる。専門職（professional）については、彼が次のよう

[14] 専門職と知識（knowledge）との関係について、社会学の分野において次の先行研究がある。Keith M.Macdonald（1995）, *The Sociology of the Professions*, SAGE Publications, pp.157-186. 同じく学説の変遷を扱うものとして、本章と上記の Keith の記述は、特に1980年代までの検討対象文献に若干の重複がある。

に定義していた。すなわち、「学識（科学または高度の知識）に裏付けられ、それ自身一定の基礎理論をもった特殊な技能を、特殊な教育または訓練によって習得し、それにも基づいて不特定多数の市民の中から任意に呈示された個々の依頼者の具体的要求に応じて具体的奉仕活動を行い、よって社会全体の利益のために尽くす職業」である[15]。つまり、ここでいう専門職は、特定の対人的サービスとし、その従業者が体系化した高度の知識を駆使するなどプロフェッションとしての社会的特性を獲得し、加えて公益に貢献するある種の価値や規範の共有も求められている。このような考え方は、日本社会に浸透し、いまだに職業をめぐる一般的な認識として見られる。日本標準職業分類に基づく国勢調査における「専門的・技術的職業」という調査項目や、専門知識の伝授が前提とする専門職大学院制度は、その考え方の表れとして位置付けられる[16]。

留意すべきは、弁護士を含む日本の専門職制度に関しては、明治維新以降､政府の強いイニシアチブのもとに導入されてきたという点である。それは、日本での専門職実践が、近代の専門職概念を作り出した西洋社会の歴史的実在と必ずしも同一視できないことを意味する。従来の専門職論に依拠して法専門職における情報発信の機能を問うのであれば、そもそも専門職論はどのような文脈で、どのように情報（知識も含む）の所在を論じてきたのかについて理解することが重要であろう。つまり、直ちに専門職が公益のために専門知を社会に提供するという規範論に収斂させるのではなく、その社会と専門職との関係の中に情報提供の所在を捉え直す必要があるように思われる[17]。以下では、職業に関する社会

[15] 石村善助（1969）『現代のプロフェッショナル』至誠堂25頁。

[16] この点を指摘したものとして、鵜沢由美子（2016）「現代日本における「専門職」の意味」明星大学社会学研究紀要（36）128 ～ 129頁がある。

[17] 近年、憲法学の分野では、アメリカで提唱された知識コミュニティ（the knowledge community）理論に基づいて専門職の言論活動、いわゆる専門職言論（professional speech）のあり方を考察する議論が見られる。日本での関連検討として、井上嘉仁「プロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）の類型化の意義：知識コミュニティ理論からのアプローチ」廣島法學43巻４号127-166頁がある。知識コミュニティ理論のポイントは、知識の構築や運用を専門職集団の本質とみなし、このような知識コミュニティが専門的意見を生み出し、社

学的研究の各段階において、どのような問題関心のもとで、どのような情報活動を対象に、いかに論じてきたのかについて整理する。ここでは、学説史的に、1960年代までに機能主義のもとに特性論的アプローチが展開された時期、1970年代から1980年代にかけて特性論的アプローチへの批判が進み、権力論的解釈が台頭した時期、1990年代以降、対象事例の多様化または細分化が注目される中に一般理論が衰退していく時期に分ける。これらの時期区分を踏まえて、専門職の実践における情報の位置付けを整理する[18]。

2.1　1960年代までの特性論的アプローチ

上記の石村の専門職に対する捉え方は、特性論的アプローチ（the trait approach）と呼ばれる専門職論に属すものである。それは、専門職の特性をめぐる議論を踏まえたうえで、それぞれの特性の獲得程度に従って、現実の諸職業の専門職化の程度を検討するという考え方である。専門職の特性に関しては、法律家、医師、聖職者といった西洋社会における古典的な専門職をモデルとしつつ、他愛（利他）的倫理、専門職団体の自治、体系化した知識（専門知）に基づく活動などの共通項が抽出

会に提供することで私人の言論と異なるとのである。その考え方は、後で述べる、法律家を含む伝統的な専門職を理念化した特性論的アプローチに回帰したものであるように思われる。知識コミュニティ理論を提唱する Claudia.Haupt は、もともと医師等の伝統的な専門職をモデルとして想定しているため、その意味で彼女の結論は自然な帰結であろう（Claudia. Haupt（2016）, Professional Speech, 125 YALE L. J. 1238, pp1292-1293）。法社会学的視点に基づく本論は、上記の憲法学的議論を直接的に批判するものではないが、専門職と「知識コミュニティ」との関連性が文脈依存的なものであるという立場を採用する。

[18] 法社会学者による専門職論の学説史的考察として、渡辺千原（2018）「ポスト司法改革期におけるプロフェッション概念の可能性」『訴訟と専門知－科学技術時代における裁判の役割とその変容』日本評論社287-310頁と武士俣敦（2024）「弁護士業務の市場形成とプロフェッショナリズム」福岡大学法学論業68巻4号645-651頁がある。渡辺の論考は裁判手続の担い手としての法専門職のあり方に注目するものであるが、武士俣の論考は弁護士市場の特徴とその変化を包括的に検討している。両論文とも日本の状況を念頭におきながら法専門職の変化を考察したものの、専門情報の流通が持つ意味に特化したわけではない。

されている[19]。

では、専門職においては、なぜ「体系化した知識」が重視されるのか。それは、血縁や地縁の共同体と異なる、近代の分業的社会においてそれぞれの技能に基づく労働・職業集団への役割期待と関係している。この点は、古典社会学の代表人物であるÉmile Durkheimの専門職論[20]から鮮明に読み取れる。

Durkheimは、近代工業の確立や資本主義の発展とともに、これまで人々の連帯を維持させる家族関係や地域共同体の弱体化が進み、人々が自己利益を過度に追求し、公共生活を支える道徳的基盤が崩壊してしまうことを懸念していた。その問題意識の上で、彼は、機能分化した職業の活動を介して個人と公共生活との連帯を取り戻すことで、社会の秩序を再建させる解決策を見出している。具体的には、Durkheimは、職業倫理を個人の利益や意識と異なり、機能分化を果たした職業の規範による要請として捉え、同時に共同生活を構築する集団意識・感情・価値を支えるものとみなす[21]。彼は、弁護士会（Advocates' association）も含む，「corporation」と呼ばれる専門職の共同体に注目し、その共同体に属するメンバーが定期的に祝祭や集会を開催し、組織の構成員が知識・技術の習得や活動のルール作りを通して互いの利害や意識を共有させ、さらに集団として政治活動に参加する現象に注目している[22]。Durkheimが

---

[19] Geoffrey.Millerson（1964）*The Qualifying Associations: a study in professionalization.* Routledge and Kagan Paul, pp1-13. 前掲注・石村の専門職の定義は特性論的アプローチが採用されたものである。日本の専門職の社会学的研究として、特性論的アプローチを用いた専門職の類型分析を行った、竹内洋（1971）「専門職の社会学：専門職の概念」ソシオロジ16巻３号45-66頁がある。

[20] 厳密的にいうと、Durkheim は専門職（professional）そのものではなく、市民道徳（civic morals）の表れとして専門職倫理（professional Ethics）の性質に注目した。Durkheim の社会学理論における専門職（倫理）の位置付けについては、Georges Davy（1958）"Introduction" Émile Durkheim=Translated by Cornelia Brookfield, *Professional Ethics and Civic Morals*, The Free press, pp.xiii-xliv.

[21] 前掲注・Durkheim, pp.3-5.

[22] 前掲注・Durkheim, pp.16-27. 英訳本では corporation を guild に訳されたが、ここで Durkheim は単に同業者の利益集団だけではなく、そこに宗教共同体と

追求する近代社会の理念は、社会の構成員が特定の機能を果たす職業団体とそれに伴う倫理規範の形成を通じて、公共生活を理性的に営み、社会秩序の維持を実現させるものである[23]。

Durkheimのような、近代社会における公共と個人の利益との調和を目指すという立場から専門職の自己規制と職業倫理を言及することは、早期の専門職研究においてよく見られる傾向である[24]。そこでは、専門職の実践において知識の位置付けは断片的に言及されていたが、それと社会との関係性に対する説明は必ずしも明確ではない。

その後、アメリカの社会学者であるTalcott Parsonsは、上記の機能主義的な観点を継承し、専門職の独自な行動・思考パターンに注目して、新たな視点を提示した。個人主義的商業化への懐疑と道徳的秩序の再建という点で、Durkheimと問題関心を共有するParsonsは、キャリアの初期から専門職（profession）に対する関心を示した。1939年に彼が公表した論考「専門職と社会構造（The Professions and Social Structure）」においては、個人と公共の利益との対立を乗り越え、分業化した近代社会の秩序がすぐれた「技術力（technical competence）」を使い、速やかな機能遂行ができる専門職に依存することを論じていた[25]。この論文においては、専門職がその職業が持つ役割（機能）を最も合理的な方法によって遂行できるとされる。

この考え方は、彼の医療現場に関する分析においてさらに明確に示されている。具体的に、病気の治療を医療問題として構造化し、これを行える技術を有する専門職である医師が独占的に行うとParsonsが指摘している。そこでは、医師が自己利益中心的に振る舞う場合、患者が医師

も共通する連帯のあり方を見出しそうとしている。また、彼の記述においては法人理論が参照されているのは明らかであるが、本論の射程を超えるために、この点に対する検討は割愛する。

[23] 前掲注・Durkheim, pp.29-32

[24] この点について、吉村治正（1992）「プロフェッション論の変容と展開：社会変動論との関連を念頭に」（慶應義塾大学大学院）社会学研究科紀要35号、46-48頁を参照されたい。

[25] Talcott.Parsons（1939）“The professions and Social Structure”, 17（4）Social Forces, pp.457-467.

の判断を「権威のあるもの」として受け入れ難しくなり、治療に協力しない行動を取ることで、結局医療行為自体の遂行が失敗すると想定される。だからこそ、役割関係を成立させるには医師の利他的な志向が必要であるとParsonsが考えている[26]。このように、Parsonsの理論においては、専門職が保有する技術・知識は限定した機能遂行に依存し、つまり非専門職（患者）に役務を提供する中に形成されるものである。Parsonsから見れば、実現する価値（役割）の普遍性があるため、専門職の活動は自身の業績を追求すると同時に依頼者の問題を解決していく、私益と公益を媒介する社会統合を担うことができる[27]。

Parsonsは、専門職の実践を高度な専門知の応用と一般市民に対する信託的（fiduciary）責任が混在するもの（professional complex）として捉えている[28]。また、その混合的な実践は、認知的な産物（cognitive achievements）であり、知識（knowledge）の取り扱いと密接に関わっているとされる。ここでいう知識は、単に純粋な知的活動（the pure intellectual disciplines）ではなく、依頼者との間で蓄積された実践的な知見、またはその実践を支える研究まで含む[29]。ここでいう専門職が提供する情報は学術共同体の中に閉じ込まれているものではないように思われる。

さらに、特性論的アプローチを採用する専門職論が自律性を強調することも注目に値する。この点については、アメリカの社会学者であるWilliam Josiah Goodeの研究から見てみよう。Goodeは、専門職を専門知や技能を持つ特殊の集団（community）とし、その独自の文化や統制のメカニズムを論じている。彼によれば、このような専門職集団には、

---

[26] 医師の事例について、Talcott.Parsons（1951）*The Social System*, The Free Press, pp.428-479を参照されたい.

[27] 法専門職にも社会問題を解決するための媒介機能を持っているとParsonsが指摘していた。Talcott.Parsons（1952）“A Sociologist looks at the legal profession”, in his Essays in Sociological Theory, The Free Press, pp. 370-385.

[28] Talcott.Parsons（1969）“Research with Human Subjects and the ‘Professional Complex’ ”, 98（2）Ethical Aspects of Experimentation with Human Subjects, pp. 329-330.

[29] 前掲注・Parsons（1969）, pp.331-335.

次の８つの特徴がある。すなわち、（１）専門職のメンバーは同一のアイデンティティを持つ（Members are bound by a sense of identity）、（２）殆どの専門職は長期的なキャリアになる、（３）専門職のメンバーは共通の価値観を共有する、（４）専門職には明確な役割があり、非専門家を含む社会構成員の中にも同様な役割期待が見られる、（５）専門職集団内では独自の用語（専門知）が使われており、外部の人がそれを理解しづらい、（６）専門職集団はそのメンバーを自ら統制する、（７）専門職の境界は社会構築的なものであり、教育や資格などによって設定される、（８）専門職は血縁ではなく、専門教育を通じて養成されており、その中に専門職の価値観や知識が継承されていく、ことである[30]。上記の立場を踏まえて、Goodeは、専門職による情報発信の有効性に懐疑の目を向ける。彼は、対外向けの専門家ランキング（public ranking）を公表・利用することによって、専門職が専門知を持たない依頼者や一般市民からの過度な要求に晒されることを問題視している。このような情報発信は、専門職集団内の連帯を弱体化させるために有害であるとGoodeが考えるからである[31]。

上記の検討からわかるように、専門知を用いて社会の維持に貢献し、専門職同士の独自なアイデンティティを持ち、内部の倫理規定に基づく自治を実現する、といった専門職のイメージは1960年代までの職業社会学－特性論アプローチ－の知見に由来するものである。その捉え方においては、専門職と外部社会との関係は、あくまでも個々の依頼者に対するサービスによって実現されるものであり、それと無関係の対外的発信が重視されていなかった。留意すべきは、専門知が流動的なものであり、専門職の実務環境の中に形成されていくという認識は、この時期において既に見られたことである。

２.２　1970 ～ 1980年代の権力論的アプローチ

特性論的アプローチは、近代社会の機能分化という歴史的事実を専門

[30] William J. Goode (1957) “Community within a Community: The profession”, American Sociological Review22 (2), pp.194-196.

[31] 前掲注・Goodes (1957), pp.198-199

職に投影し、専門職の公益性や体系化した専門職教育によってその行動パターンの標準化を想定するものである。むろん、個別の実践が、規範的な専門職像と常に一致するとは限らない。それを背景に、特性論的アプローチに対しては、専門職のリアリティを必ずしも示していないことや、非専門家である一般市民に、専門職の理念型を現実として信じ込ませる効果があるという点に批判が寄せられている[32]。

ただし、このような批判は、より広い社会学の文脈から理解する必要がある[33]。1960年代の機能主義が近代社会の構造転換に注目したことに対して、その後の（アメリカ）社会学はコンフリクト理論の時代に突入し、そこで主体間の相互作用が重要視されるようになったという経緯は広く知られている。そのような社会学理論の変遷に同調し、1970年代に入ると、ミクロな仕事現場の中に専門職が持つ「支配力」（dominance）の作用を検討する、いわゆる権力論的アプローチ（the power approach）が有力的なものになってきた[34]。その視点から、依頼者や隣接職への優位性を獲得・維持し、その経済的・社会的地位を確かなものにする利益集団としての専門職の現実が、より強調されてきた[35]。

特に知識や情報の利活用に注目した専門職論として、その時期に発表されたAndrew Abbottの研究は無視できない存在である。Abbottは、各国の様々な専門職の発生過程を調査したうえで、専門職に一定の特徴

---

[32] 前節の整理から分かるように、たとえばParsonsの議論において専門職の実践の動的側面が無視されたとは必ずしもいえない。

[33] この点について、前掲注・Macdonald（1995）, pp.2-4も紹介している。

[34] この視点の提唱者の一人であるElliot.Freidsonは、医療関係者（the medical profession）がほかの職業やクライアントとの関係の中に自律（autonomy）を獲得するプロセスを検討した。その研究成果として、Elliot.Freidson（1970）*Profession of medicine: A study of the sociology of applied knowledge*, University of Chicago Pressがある.

[35] Magali Sarfatti Larsonは、専門的知識や技術を独占することで、専門職としての市場独占を果たすことで自らの社会的地位や収入上昇を実現しようとすると指摘した。彼女の代表作として、Magali Sarfatti Larson（1977）*The rise of professionalism: A sociological Analysis*, University of California Pressを参照されたい。

がある特性論的アプローチを批判し、その多様性を強調した上で、法律家（弁護士）など専門職を「いくつかの抽象的な知識を特定の事例に適用する排他的な職業集団である」としてのシステムと定義した。Abbottによれば、専門職は、社会的なニーズをただ発見するだけではなく、専門職が抽象概念（abstraction）の知識体系を構築することによって新たな社会問題を提案し、その解決過程に関わる管轄権（jurisdiction）を主張することができる[36]。

その理論が応用された事例分析として、ここでは1980年代の人工知能（エキスパートシステム論）の社会実装に対するAbbottの批判的な検討を取り上げたい。Abbottは専門職の知識体系に上記のような「抽象概念」、つまり「客観的」あるいは形式推論に当てはめないような知識が必然と含まれるため、専門業務を完全に情報技術に「翻訳」することが不可能であると指摘している[37]。その見方によれば、一見客観的な専門知あるいは情報は、実に専門職の担当者の裁量とは切り離せないものである。

権力論的アプローチからみた専門職による情報活動の特徴は、次の通りである。特性論的アプローチにおいては、知識や情報は専門職が提供したサービスの機能を果たすために使われるが、権力論的アプローチにおいては、それが専門家個人や組織への利益還元に帰結する。また、ここで強調されているのは、専門知は客観的な情報ではなく、専門職が置かれる環境によって変化しうるということである。そのアプローチを採用した研究は、知識（情報）の形成と流通をコントロールする専門職の実践を通じて、「利己的」な専門職像を浮き彫りにした権力論的アプローチからは、専門家の情報発信が自身の地位維持・強化を目的とする戦略的行為でもあるという重要な視点を得ることができる。

2.3　1990年代以降の専門職論と情報

二次的資料に依拠した分析であることに加え、限られた事例に基づい

---

[36] Andrew. Abbott（1988）*The system of professions*, University of Chicago Press, pp.3-9.

[37] 前掲注・Abbott（1988）, pp.182-184.

て専門職の発展を論証する強引さは批判された[38]ものの、Abbottの専門職論は、職業社会学に知識論的転回をもたらしたターニングポイント的な研究であった。Abbott以降の議論は、商業化・組織化・グローバル化の中で、専門職自体のあり方の変化をめぐる事例的な検討が進められてきた。そこでは、法律家や医師などが代表する、アングロ・サクソン社会の古典的な職業（profession）に偏った分析から脱却し、広く職業（occupation）に関する研究が行われている[39]。この動向の中で、専門知やその射程がより柔軟的に捉えられるようになった。2018年に刊行された、専門家（expert）研究に関するハンドブックでは、専門職（profession）が独自の価値基準や利益にリンクさせられ、知識や理念を共有する職業集団として記述されている[40]。その中で、専門知の固有な性質ではなく、専門家がいかに自身の知見・経験を体系化して応用し、国家や他職種等との相互作用の中において自分の影響力を発揮させるのか、といった科学技術社会論の問題群が注目されている[41]。

1990年代以後、自律性に基づく、専門知の排他性を前提とする専門職論の限界を論じる、いわゆる脱・ポスト専門職とも呼べる議論が現れた[42]。法専門職の変容を論じたHerbert.Kritzer（1999）の研究は、その一つである。彼は、典型的な専門職として英語圏の弁護士業界を取り上げ、企業や政府に雇用された専門家の増加、業務の細分化（segmentation）

---

[38] 例えば、Pamela.Tolbert（1990）“Book review The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor”, June 1990 Administrative Science Quarterly, pp.412-413.

[39] Julia.Evetts（2003）“The Sociological Analysis of Professionalism-Occupational change in the Modern world”, 18（2）International Sociology, pp.395-415.

[40] Ander. Ericsson= Robert. Hoffman= Aaron. Kozbelt= Mark. Williams ed（2018）*The Cambridge Handbook of Expertise and Expert Performance*, Cambridge University press.132-133.

[41] 前掲注・Ericsson=Hoffman:pp133

[42] 例えば、Richard. Susskind=Daniel.Susskind（2015）*The Future of the Professions: How Technology will Transform the work of Human Experts*, Oxford University Press, pp.37-42.

あるいはアウトソーシングそしてインターネットやデータベースを含む情報技術の普及を背景に、公的資格を持つ専門家業務の排他性と彼らによる知識独占が維持できない可能性を指摘し、ポストプロフェッション（post-professional）時代の到来を宣言した[43]。知識または情報の扱いに関して、ここでKritzerは以下の２点を指摘している。すなわち、①専門教育や実務において、専門家個人の自律的な判断より、作業の合理化といった外在的基準への重視がポスト専門職の状況を促進した、②情報公開の拡大や情報技術の導入による情報処理の簡易化により、専門家以外の人でも法的助言をできることで（有資格者）専門家の業務独占が挑戦された、とのことである[44]。彼は、ポスト専門職時代においては、伝統的な専門職に見られる排他的な業務領域が縮小する一方、市場や職場の変化に対してダイナミックに応答する新たな専門職（general professions）が増加していくと予言した[45]。

他方、脱専門職化、つまり専門職の特殊性を否定する動きがあるものの、それでも専門職に独自の価値を積極的に認める研究者もいる。その一人は、権力論アプローチの代表的な論者のElliot.Freidsonである。専門職に対する商業的・政治的な圧力が強くなってきた近時の状況を意識しながら、彼は特性論アプローチを発展させたparsonsが提唱した専門職論を再評価している。具体的に、効率性を重視する市場の原理または管理を目指す行政組織（bureaucracy）の原理と異なり、知や技能の形成を重視しながら社会的な責任や自己規制を実現させるという、専門職の独自なメカニズムの意味を肯定しようとしている。彼から見れば、専門職は、単なる富、地位や知識そのものを独占するのではなく、知識や技能の実践とその規律を発展させる集団である[46]。確かに効率化または市場化によって専門職自治の範囲が狭くなっていく可能性はあるが、知

---

[43] Herbert.Kritzer（1999）“The professions are dead, long live the professions: legal practice in a postprofessional world”, Law & Society review33（3）, pp.713-757.

[44] 前掲注・Kritzer, pp.725-730.

[45] 前掲注・Kritzer, pp.749.

[46] Elliot.Freidson（2001）*Professionalism: The third Logic*, Polity Press, pp.29-32 and pp.198-199

識や技術への需要の高まりが専門職の地位保持を支えることができると彼が主張している[47]。

また、2000年以降の専門職化主義（professionalism）論では、法律家や医師のような確立された専門職以外の職業集団の実践が注目されている[48]。その中に、Julia Evettsは、専門職とそうではないエキスパートとの間の区別は本質なものではないとしたうえで、エンジニアや介護職など新しい職業にとって専門職化が自身の正当性を獲得する手段として機能していることを強調している。国際社会学会（the International Sociological Association）の機関誌である『Current Sociology』54巻4号に組まれた「信頼とプロフェッショナリズム」と題した特集においては、彼女は専門教育や職業倫理規範の採用といった専門職としての外観を対外的にアピールすることによって、職業集団のメンバーが自身活動を正統化し、同職業への社会的信頼を調達しようとしていると指摘している[49]。彼女によれば、専門職化は、単なる法律家を含む高度自律した専門職が既得権益を確保する手段ではなく、外部から新興職業の活動をコントロールする道具としても機能し得る[50]。彼女の議論においては、専門教育を通じて獲得する体系的な専門知識は、専門職らしいイメージの形成に寄与するものとして扱われている。

上述のように、社会学の専門職論では、近代社会の分業化を背景に自律的な専門職像からスタートし、その自律性を強調したゆえに生じた閉鎖性や権力性に注目する議論を経て、さらに専門職と非専門職との間の流動的な境界設定を分析する方向へと進んでいく。専門知の形成およびその情報提供に関しては、専門職を取り巻く環境とそれを対応する専門

---

[47] 前掲注・Freidson（2001）, pp.208-211

[48] この視点を用いた日本での分析の一例として、畠山洋輔（2011）「専門職カテゴリー化と信頼獲得プロジェクト－「専門職」カテゴリーを用いた実践を捉える視角」現代社会学理論研究5号159-170頁がある。

[49] Julia Evetts（2006）“Trust and professionalism: challenges and occupational changes”, 54（4）Current Sociology, pp.515-531.

[50] Julia Evetts（2013）“Professionalism: Value and ideology”, 61（5-6）Current Sociology, 778-796.

職の実践に注目する、文脈依存的な視点がより重要視されるようになった。その中では、法律家のような伝統的な専門職が体現する規範的な役割は、相対化されている[51]。新しい職業が次々と確立されつつである現代社会においては、伝統的な専門職概念の核心である体系的な知識の優位性が崩れ始め、専門職による情報活動の役割を、非専門家との関係性や置かれる社会環境の変化の中で動態的に捉える必要が高まっていると推測する。

3　法専門職の情報発信とその役割

上述のように、知識・情報の利活用をめぐる職業社会学の捉え方は、専門家内部の自己コントロールから非専門家や環境との間の相互作用へと焦点が変わってきた。ところで、その理解は、法専門職にも当てはまるのか。本章では、法専門職に特化した情報提供の議論を再検討することで、その問いに答えたい。

3.1　法律知の「公益性」：法専門職と法運動

冒頭で述べたように、弁護士を代表する法専門職は、しばしば個別の紛争を超える、しばしば法規範や裁判制度に対する解説や提言といった一般向けの情報発信を行うことがある。しかしながら、リーガルサービスに法的助言の提供を含むコンサルティングの側面が強いために、個別具体的な情報の公表は場合によってそのビジネスモデルの前提と衝突する可能性もあるかもしれない[52]。この点を踏まえれば、メディアの専門

[51] Parsons と Niklas Luhmann のシステム論に基づいてこの点を論じている近時の文献として、Thomas Kurtz (2021) “The end of the Profession as a Sociological Category? Systems-theoretical Remarks on the Relationship between profession and Society”, 53 The American Sociologist, pp.265-282がある。

[52] この点を示唆する文献として、法務省大臣官房司法法制部 (2023年)「AI 等を用いた契約書等関連業務支援サービスの提供と弁護士法第72条との関係について」https://www.moj.go.jp/content/001400675.pdf。ここでは、リーガルテックのサービスが弁護士法72条 (非弁禁止規定) に抵触するかについて、個別の事案に応じた助言の有無という事件性の判断が重要であるとされる。ただし、

家ではない、法専門職がなぜ自ら情報発信を行うのかという問いは検討する必要がある。これまでの紛争処理を中心とした法専門職の研究においては、この点を正面から論じられてこなかった[53]。

他方、社会問題をめぐる法的な解説を発信し、幅広く政策や制度の改革または推進に関わるという法専門職の実践についての貴重な考察がある。それは、各専門職による知識の応用の差異に注目するTerence C. Hallidayの議論である。1985年に公表した「知識の権限：科学型、規範型そして混合型の専門職による集合的な影響力（Knowledge Mandates: Collective Influence by Scientific, Normative and Syncretic Professions）」と題した論文では、彼は英米圏の事例に基づいて医師や科学者のような専門職が、技術的権威として、事実に関する知識に基づいて意見を提示しているに対して、牧師や弁護士といった専門職は、道徳的権威に近く、価値観や社会規範に基づいて発信していると指摘した[54]。

ここでHallidayは、日常的な業務における個別の専門職と依頼人との間のコミュニケーションではなく、公共政策の形成に影響力を与える専門職の実態に着目している[55]。まず、社会における専門職の役割期待に関しては、Hallidayは自然や生物の現象に対する科学的な分析、つまり事実論的知見の提供が期待される科学者と異なり、規範論の専門家に対して何が望ましいかを示すことが求められると主張している。具体的に、公共的議論をめぐる両者の違いについては、彼は以下のように論じている。

このような事件性の判断をめぐって弁護士（会）側と裁判所または法務省との間に意見の齟齬がある。この点を指摘したものとして、角田望（2024）「企業法務とAI」情報法制研究15号13-14頁。

[53] 例えば、和田仁孝（2021）『法臨床学への転回　第3巻：過程としての裁判と法専門家』北大路書房260-286頁は、司法アクセスの問題、つまり個別の法的紛争処理を動員する手段として情報活動を捉えているが、不特定多数の第三者と弁護士との関係について直接検討していない。

[54] Terence C. Halliday（1985）“Knowledge Mandates: Collective Influence by Scientific, Normative and Syncretic Professions”, 36（3）The British Journal of Sociology, pp. 423-425.

[55] 前掲注・Halliday（1985）, pp.421.

「科学の知見をベースとする専門職は科学のカリスマ性（Charisma）を頼りにするが、それによって出された公共政策への規範的な提言にその透明性と射程が限られている。一方、道徳的あるいは規範的言説を専門的に扱う規範論をベースとする専門職は、政策課題の内容を適切に（legitimately）言及することができるが、科学に比べるとその認知的基盤が脆弱であり、より正統性（legitimacy）を求める可能性がある。」[56]

公共政策の議論をめぐって、Hallidayは技術問題と同様に道徳的・倫理的な問題の重要性を強調している。そのうえで、Hallidayから見れば、現代社会において科学ほど高い知的な権威が持ち合わせていないものの、規範論に携わる専門職は道徳的な影響力を利用して幅広い公共的な事項に関与できる[57]。

さらに、彼は、異なる専門知の性質がそれぞれの権威と影響力の範囲と連動しているとも指摘している。その一例として、Hallidayは、規範論を用いる専門職の代表格である弁護士の事例を取り上げている。彼によれば、法は税収といった国家と経済との関係から、宗教や言論の自由といった国家と個人との関係、消費者と生産者、親と子供、教会と学校といった私人間の関係に至るまで定義することができる。「アメリカ法曹協会（American Bar Association）が管轄外であると考えている立法分野がない」と言われるように、アメリカ医師会（American Medical Association）が医療関係に限定して発言するに比べて、法律家は広範の現象に対する発言できるとされる[58]。他方、事実論の専門知に見られる技術的権威を道徳的な権威に変換することができないため、科学者が公共的議論に参加できる範囲は法律家より限定的であるという結論が導かれる。

Hallidayの分析は、法律家の情報発信が公共的議論の促進という社会

---

[56] 前掲注・Halliday（1985）, pp.427.

[57] 前掲注・Halliday（1985）, pp.428-430.

[58] 前掲注・Halliday（1985）, pp.432-433. 注意すべきなのは、Halliday はこの現象を「規範 vs. 科学（事実）」といった専門知識の固有な性質より、専門職の組織としての影響力の強弱に関わるように捉えている。前掲注・Halliday（1985）, pp.441.

的要請と法専門職の在り方との関連性を示唆するものである。しかしながら、彼の議論の限界にも留意する必要がある。上記の論文はあくまでも国家と法律家との関係に注目し、英米圏のごく一部の専門職に限定した検討である。そういう意味で、Hallidayが強調する国家と法専門職との関係と、弁護士をはじめ専門職の捉え方には、アングロサクソン社会の状況を過度に一般化するバイアスが含まれている可能性を否定できない。

Halliday自身もこの問題点を意識し、その後の研究においては法実践のグローバル化[59]とくに非西洋社会の法専門職に関する実証分析を精力的に行ってきた。中国系の法社会学者であるSida liu（劉思達）との共同研究では、厳しい政治・司法環境に晒されている中国の刑事弁護士の中においても、情報発信などを通じて社会問題の提示とともに制度改革を求める人がいた一方、社会運動と関連しない個別事件のルーティン的な処理に徹底する人も数多く存在していることが示唆されている[60]。この研究から、法専門職の内部に多様な行動パータンが存在しており、公益のための情報発信については、理念型としてのではなく、置かれる社会・経済・政治的環境に沿って具体的に検討する必要性が示された[61]。

上述のHallidayらの議論は、いわゆる法化社会においては、法制度や法原理を適切に機能させるために、情報発信を介する法専門職の実践の意味を検討するものである。また、社会問題の提言という弁護士の情報

[59] その一例として、Terence C.Halliday（2009）“Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda”, 5 Annual Review of Law and social sicience, pp.263-289.

[60] Sida.Liu=Terence C.Halliday（2016）*Criminal Defense in China: The politics of Lawyers at Work*, Cambridge University Press, pp.65-88.

[61] Liu はルールの解釈を中心とする実践や国家権力の行使との密接な関係性を弁護士の特徴とし、技術的知識に用いて合理的な判断を下す経済学者や科学者と違って弁護士の言動が道徳的な議論に接近しやすいと捉えている。Sida Liu（2022）“Between Rules and Power: Finding a place for lawyers in the sociology”, In Richard L. Abel=Halary.Sommerlad=Ole.Hammerslev=Ulrike. Schultz（ed.）*Lawyers in 21st Century Societies volume2:Comparisons and Theories*, pp.445 ～ 455。この点においては、彼の議論は Halliday の理論枠組を受け継いでいるように見える。

発信は、法専門職を取り巻く環境に左右されるものの、少なくとも複数の国・地域において見られる。しかしながら、法律家にとって情報発信がどのような意味を持つのかについて、上記の分析からは必ずしも明確な回答を得られるわけではない。現代の弁護士業務に関しては、政治・社会運動への直接な関与より、個別の紛争処理が多くの割合を占める状況が知られている。日本の場合、公益性の高いとされている刑事弁護を主要な業務とする者はそもそも少なく、法律事務所の収益に対する貢献も少ないという調査結果は発表されている[62]。この点においては、Hallidayらが重要視している刑事弁護士は今日の弁護士集団全体を代表する適切なサンプルと言えない可能性がある。言い換えると、彼らの実践だけでは弁護士による情報発信の状況を十分捉えず、法律家にとって対外発信の意味をより広い視野で探究する必要があるように思われる。

3.2　「身分知」[63]としての法情報：弁護士広告とキャリア研究

弁護士広告に関する論争では、商業化の象徴である広告は、「公共奉仕性」を強調する、いわゆる公益型の弁護士像と衝突するものとして捉えられていた[64]。法社会学者である棚瀬孝雄は、表向きにはいずれの立場も依頼人利益に言及しているが、論争の背後に弁護士間の競争を回避する現状維持の志向が投影されていると指摘し、弁護士自身のイデオロギー性に目を向けさせた[65]。1990年代以降、規制緩和が進んでいく中、

---

[62] 村山真維（1996）「国選弁護活動の現状と課題」季刊刑事弁護６号22-29頁。

[63] 先行研究においては、「status knowledge」は職業を通じて性別役割分担が再生産される現象を描写する際に使われている。この点について、前掲注・Macdonald（1995）, pp.124-129を参照されたい。本稿は、このような考え方からヒントを得て、ジェンダーに限らず、社会的地位あるいは階層を示すものとして法情報が果たす機能に注目する。

[64] 日本における弁護士広告をめぐる論争について、法曹倫理に関する多くの著作が言及している。代表的なものとして小島武司等「法曹倫理　第２版」（有斐閣・2006年）Unit１～２または加藤新太郎「弁護士役割論　新版」（弘文堂・2000年）第１章を参照されたい。

[65] 棚瀬孝雄（1996）「弁護士倫理の言説分析―市場の支配と脱プロフェッショナル化１－４・完」法律時報68巻１号52-61頁、２号47-56頁、３号72-76頁また

専門家だけによる意思決定を重視してきた従来の「不透明な」弁護士自治が弁護士の業務に対する利用者の疑念を生じさせてしまったことや、応答的弁護士サービスを実現するために利用者（消費者）のニーズを意識させる広告解禁の必要性を指摘した学者もいる[66]。上記の議論では、商業広告といったビジネス性の強い情報が分析対象となり、法専門職における公益性と営利性との衝突が言及されていた。しかしながら、そこでは、分析対象である「広告」の実態は殆ど言及されてこなかった。すなわち、実際、弁護士がどのような情報発信を行ない、それがどのように流通され､受容されているかについてはいまだに解明されていない[67]。規範論を展開するための概念ではなく、弁護士の情報発信の実態と、それを取り巻く情報環境の所在を検討することもまた必要であろう。

広告研究に目を向けると、マス販売の訴求を果たすアメリカ型の広告論と違って、一般的に、日本の広告活動は従来組織の内部、および外部を対象とするPR、企業以外の政治・宗教・教育に関する宣伝・広報までも含む、ホリスティックなコミュニケーションの側面が強いとされる[68]。このような傾向は、日本の弁護士の広報活動においてもよく見て取れる。日本の弁護士業界では、2000年の広告解禁より前に、日本弁護士連合会の機関誌である『自由と正義』の刊行、司法制度にとどまらず社会問題への会長声明を含む意見表明や、個別弁護士による新聞への寄稿やワイドショーでの出演[69]といった法律知識の披露を中心とした対外

は４号55-63頁。

[66] 和田仁孝（1998）「弁護士業務規制のゆくえと広告の解禁：閉鎖的規制システムから開放的応答システムへ」自由と正義49巻６号20-25頁。

[67] 弁護士の情報発信について集客効果に着目する実証研究は近時の日本において複数見られる。村山真維（2024）「小特集：弁護士への信頼と選択」法と社会研究９号130-134頁、または森田果＝尾野嘉邦（2025）「どのような弁護士が選ばれやすいのだろうか－コンジョイント実験を用いた分析」法律時報97巻１号82-85頁。

[68] 水野由多加＝妹尾俊之＝伊吹勇亮編（2015）『広告コミュニケーション研究ハンドブック』有斐閣388-389頁。

[69] 日本テレビ「ザ・ワイド」（1993-1997年）にてレギュラーコメンテーターを務めた弁護士の自伝として、小池振一郎（2001）『ワイドショーに弁護士が出現

発信は既に行われていた。弁護士会/弁護士自身はそれらを社会への情報提供という公益的な意味で捉えているが、不特定多数の人々がそれらの情報から弁護士業の有り様を知ることになる。そういう意味で、少なくとも間接的に弁護士の対外発信は弁護士個人や業界と社会をつなぐ、法専門職のイメージ構築つまりブランディングの効果を持っていると推測する。

また、弁護士広告においても、特定の個人や事務所のプロモーションにとどまらず、訴訟一般の紹介など制度啓発的な法情報を含むケースが見られる。近時の広告コミュニケーションの議論においても、セールス・プロモーションとブランド価値を両立させることが重視されており、マーケティングの枠を超えるコミュニケーションの場としての広報活動が使われている[70]。実際、日本の弁護士会または弁護士個人はソーシャルメディアを活用し、セールス・プロモーションの意図を前面に出さずに、法的問題や弁護士活動をめぐる情報を発信する形での広報活動が多く見られる[71]。したがって、日本における弁護士の情報発信には、公益性と商業性が入り混じっており、両者を対立的に捉えるのは必ずしも実態に合致しないかもしれない。

要するに、どのような弁護士像（具体的に、公益志向か商業志向か）が望ましいのかというよりは、誰か、いかに弁護士のブランディングをするか、つまりどのような情報的機制によって、弁護士の活動とその影響力を維持させるという専門職の位置付けが重要である。この点においては、前章で紹介したAbbottの専門職論の術語を借用すれば、弁護士の情報発信もまた、専門職の管轄権を獲得する実践の一種であると解釈できるのであろう。このように考えるとすれば、次に問うべき課題は、法情報の利活用が法専門職の地位維持にどのように作用するのかとのことである。その問いを考察するために、フランスの社会学者である

する理由」平凡社。

[70] 前掲注・水野等（2015）169頁。

[71] たとえば弁護士会の広報活動について、日本弁護士連合会（2019）「日弁連七十年」69頁 https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/jfba_info/publication/70kinenshi_0_mokuji.pdf

Pierre Bourdieuの法専門職論が参考になる。

Bourdieuは、自律的システムとして法を捉える形式主義（formalist）と、特定の利益や立場を擁護するための道具として法を理解する道具主義（instrumentalist）との間の対立に対して、法実践を行為者（Actant）が法律の決定権をめぐる競争が繰り返すコミュニケーションの場、いわゆる司法界（the juridical field）の概念を提唱した[72]。彼の説明によれば、司法界での行為者間のコミュニケーションは、法律学の内部で「慣習（habitus）」として、法規範のテキストに関する解釈の形で行われる[73]。そこでは、法専門職が司法に基づく紛争処理において様々な立場を代表し利益の調整を担う一方、その実践は法律用語を含む専門知の応用に依拠している。また、Bourdieuは、アメリカとヨーロッパでの司法制度の差異を言及しつつも、いずれの国においても法律家がどの紛争をどのように法的問題として構成するのか、すなわち法理論の構築を通じて司法資本（juridical capital）を独占することを指摘している[74]。そして、この論文において、Bourdieuは、司法界の文化資本と行為者の身分資本が相互に転換しえる関係にあると主張している。具体的に、彼は法専門職と支配階層との間に共通した家族や教育背景があり、類似した世界観または価値観が見られることを示した上で、法律家が支配階層に対して不利な判断を下す可能性は低いのではないかと推測している[75]。こうしたBourdieuの理論は、法専門職の実践が一見すると内部の自律的な判断に依拠しているが、同時に司法界以外の資本あるいは社会関係とも結び付いていることを示唆する。つまり、彼の研究においては、様々な社会問題に対して法的助言を提供する法専門職の行為に支配階層の特権性を再生産させる側面があることが示されている。

Bourdieuの司法資本論から着想を得て、法専門職のキャリアを考察

---

[72] Pierre.Bourdieu（1986）“The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, 38（5）Hastings Law Journal, pp.814-85. これはアメリカの大学で開催された研究会の報告を活字化した英語論文であり、英米圏の法専門職研究との対話を意識した側面がある。

[73] 前掲注・Bourdieu（1986）, pp.818-821.

[74] 前掲注・Bourdieu（1986）, pp.821-832.

[75] 前掲注・Bourdieu（1986）, pp.842-845.

する近時の研究としては、法学者であるYves DezalayとBryant G. Garthが共同執筆した「再生産と革命としての法：ある相互関連の歴史（Law as reproduction and revolution: An Interconnected History）」と題した書籍がある。そこでは、ヨーロッパ、アメリカそしてアジア（インド、中国本土・香港、韓国と日本）での法学教育、司法改革そして法実務とくに企業法務を考察した結果、いずれの社会においても社会的に恵まれている階層が、一貫して高度な知識の独占を介して特権的な地位を維持しているという主張がなされている。具体的に、法的サービス市場のクローバル化や金融化に連れられ、そこで上位の大学への入学、とくに西洋法学の習得または関連学位の取得は能力の象徴的な基準として重視されるが、それへのアクセス自体は多くの地域において経済的・社会的弱い立場にある人々に開かれていない結果、たとえ弁護士の資格を得たとしても、エリート法律事務所や大手企業の法務関係の上位ポジションに就ける者はごく一部に限られ、それ以外の大多数との間に分断が存在していることが指摘されている[76]。

DezalayとGarthは、日本の法律家においても同様な社会的ヒエラルキーが存在していることを指摘している。彼らの分析によれば、西洋からの信頼を獲得する必要があるという地政学的な背景の下で、日本の近代化においては西洋からの法知識とその思考・行動パターンが重要視されてきた。国家主導の改革としての明治維新期においては、社会関係資本の恵まれた人が留学を含む西欧社会の法制度に関する教育を優先的に受けることで、自らの地位を新たな形で維持していくとされている[77]。また、21世紀初頭に導入された法科大学院制度が法曹教育における経済的負担を増加させることで、経済面が恵まれない人を間接的に排除してしまう可能性や、トップ法科大学院の出身者が依然として法律界の上位ポジションの大半を占めていることについても言及されている[78]。彼らの議論は、主として西欧社会で形成された法学のグローバル的な拡散を

[76] Yves Dezalay= Bryant G. Garth（2021）*Law as reproduction and revolution: An Interconnected History*, pp.193-202.

[77] 前掲注・Dezalay = Garth（2021）, pp.195.

[78] 前掲注・Dezalay = Garth（2021）, pp.163.

意識したものである。むろん、西欧社会とは異なる政治的・社会的な環境が存在するため、この主張の適切性について再検討する余地が残されている[79]。とはいえ、上記の研究を通じて、少なくとも専門知と法律家の権威獲得との間にシンボリック的な関わりがあるというのは、数多くの社会において確認されていることがわかる。

3.3　情報発信からみた法専門職の「特殊性」

前章で述べた通り、専門職の情報発信については、専門職の特徴として情報提供の公益性や非専門職との情報格差に基づく情報活動の権力性が論じられている一方、それが専門職としての権威を相対化させる側面も言及されている。本節では、このような社会学的知見を参照しながら、既存の法専門職の情報（発信）に関する議論を再検討する。

まず、専門職の特性論的な捉え方は、必ずしも法専門職の情報活動を説明しきれない。確かに、情報提供の公益性を強調する点においては両者の間に共通性がある。しかしながら、個別の事例において特定の依頼者との関係の中に情報が提供されるという特性論的専門職の捉え方に対して、法専門職の発信は、依頼者に限らず第三者を含む社会全体に向けられ、公的議論に寄与するものとされる。政策や紛争といった、誰もが関わる可能性のある、すなわち公共性の高いトピックを扱うことで、法情報（知識）は法律家ではない人々の関心を集まりやすい特性があるからである。Hallidayの分析では、法律家の政策的提言は医師や（自然）科学者より、超越的な秩序を提示する宗教家に近いとされる。

次に、情報活動の権力性という議論の方向は、法専門職に関しても大いに生かされている。その傾向は、たとえば棚瀬の弁護士広告研究において顕著に見られる。また、法情報へのアクセスが、法学教育と法実務におけるヒエラルキーを再生産させるというBourdieuの議論は、広い

[79] 欧米法学以外の知識が評価される近時の香港の弁護士市場はその例外として言及されている。Sida Liu（2023）“Legal Elites and the Fading History of Global Legal Imperialism: YVES DEZALAY and BRYANT G. GARTH. Law as Reproduction and Revolution: An Interconnected History. Oakland, CA: University of California Press, 2021”, 48（2）Law & Social Inquiry, pp.693-698.

意味で権力論的アプローチの一種として位置付けることもできる。それらの研究から、専門知がもたらす権力性は、法専門職においても見られると言えるだろう。ところで、専門職が知識や情報の独占によって利益を得ようとする権力論の発想から観察すれば、法律家が自らほぼ無料で法知識を不特定多数に提供するという発信行為は、不思議な行動として受け取られるかもしれない。しかしながら、この点について、情報の公益性とその権力性を相互に排他的なものではなく、法専門職が社会に求められる役割を果たす中に、相互補完的に存在しうるものとして把握すれば理解することができる。収益性だけではなく公益性を重視する傾向は、例えば教育や出版といった文化関連の職種においても見られるが、法専門職においてはその点が特に強調される。実情はともかく、「正義の実現」や「人権の擁護」など法専門職の規範的な役割を否定する法律家は極めて少ないであろう。とりわけ日本においては、弁護士会が公益的な活動（高い収益を見込めない刑事（行政）訴訟の代理や、司法制度と直接関わらない政策提言など）を積極的に行う伝統が報告されている[80]。このケースにおいて、法律家の情報発信が直ちに専門職集団の利益や地位の維持に資するものとまでは言えない。つまり、法専門職の情報発信を的確に把握するために、それを専門職自身（の利益）のための活動とする権力論的認識のみでは不十分である。

最後に、1990年代からの専門職論と法専門職の研究との関係性についても敷衍する。社会学の専門職論のうち、1990年代以後の議論と法専門職との「相性」が最も悪いかもしれない。いわゆる古典的専門職の一つである法律家は、1980年代までに専門職の理念型として捉えられていたのに対して、その後の専門職研究では職業の多様性に目を向けて、法律家のような伝統的な専門職以外の職業をどのように捉えるかが重要な課題となった。例えば、「ポスト・プロフェッショナル」論の中に、法専門職（有資格者）の職域がこれから縮小する方向に進んでいくという

[80] やや古い記述として、広渡清吾（2003）『法曹の比較法社会学』東京大学出版会403-404頁がある。なお、弁護士会の公益的活動の近況について、Masayuki. Murayama（2024）*The Japanese Legal Profession in Transition*, Springer. pp.85-90.

見解が示されている。確かに、人工知能を含む技術の社会実装といった情報化の進展とともに、法的リサーチや契約審査といった業務においては法専門職の活動範囲が縮小する可能性は考えられる。しかしながら、伝統的な専門職の解体は、少なくとも法専門職に関してまだ見られない[81]。

他方、情報と法律家とのダイナミックな関係を把握するために、2000年代以降の専門職化主義の知見は有意義であるかもしれない。従来の専門職研究において扱われていたのは、すでに確立された職業としての法専門職であり、そこで前提として想定されたのは、法専門職の優位性であった。それに対して、専門職化主義は、権力的アプローチの発想を継承しつつも、確立された職業を暗黙な前提としないことで、専門職が不特定多数に向ける、いわゆる対外的な発信を通して、職業の正統性を獲得しようとすることを指摘するものである。つまり、職業に対する信用は、専門職が個別の依頼者にサービスを提供することと別に、その職業のイメージを支える情報とその中に表された資質にも支えられていると考えられる。

ここで留意すべき点は、日本においては、近代法も法専門職制度も西洋社会から導入されたものであり、それに携わる人々の社会的な権威は自明なものではないことである。言い換えると、日本の法専門職にとっては、まずその役割と職域を確立させることが求められている。20世紀初頭の司法制度改革においては、情報公開など法専門職の対外的な発信の要請を、近代法の定着や市民参加など戦後法学の延長線上で語られていた[82]。これは、裁判や司法実務の領域外で行われる、広範な法情報の共有は、法律家の（象徴的な）権威維持と連動しうる可能性を示す事例として捉えることができるかもしれない。この点においては、情報化が

---

[81] この点を言及したものとして、前掲注・武士俣（2024）630-631頁がある。

[82] この点について、須網隆夫編（2022）『平成司法改革の研究－理論なき改革はいかに挫折したのか』岩波書店８-10、29-30または118-120頁を参照されたい。市民あるいは国民の視点を配慮するという言説は、新自由主義的な発想と繋がる側面にも留意すべきである。その点を明示したものとして、渡辺治（2000）「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」法律時報72巻12号10-24頁がある。

直ちに法専門職の存在基盤を揺がすものではないという見方も成り立つように思われる。

以上の検討から、法専門職の情報発信には、専門職一般の傾向と重なる部分が見られる一方､独自の特性も読み取ることができる。すなわち、社会問題の解決に寄与する規範論を扱う法専門職は、商業化の浸透に伴って他の専門職と同様にその道具的価値が相対化されつつであるが、情報発信を介してシンボリック的な権威が再生産され続けているとのことである。

4　法専門職、情報と社会：産業論の視点から

これまでの検討では、発信者である（法）専門職から見た情報活動の意義を整理した。ところで、法専門職による情報発信のメカニズムを理解するために、以上の理論枠組みに加えて、次の視角も必要である。それは、なぜ、法専門職にいかなる情報の発信が求められているのか、すなわち法専門職の発信が置かれる文脈または環境の解明である。弁護士が関与する個別具体的な法的紛争処理において、法的問題として処理するという前提を受け入れるのであれば、より法制度とその運営に関する知識を持つ法律家の視点は、確かに優位に立ちやすいといえる。他方、不特定多数向けの情報発信に関しては、弁護士や裁判官を含む法専門職の活動のすべてがマスメディアに報道されているわけではない。同様に、法律家個人がSNSを介して発信したとしても、その内容が直ちに法律関係者以外の人に広く読まれるとは限らない。このような状況においては、発信者である法専門職の視点のみでは法情報の性質とその社会的機能を十分に捉えきれない。つまり、単に発信者側の動機－弁護士自身が情報発信を用いて何を目指すのか－ではなく、その情報がいかなる社会的要因のもとで受容されるのかについてもまた探求しなければならない。

4.1　情報の共有に求める社会構造

まずは、法律家の情報発信を求める動向を、どのようなアプローチを用いて把握しうるのかについて検討する。上記の専門職論が示したのは、専門職が発する情報を単なる個人の意見や思想を示す言論（speech）で

はなく、ある職域集団の実践として理解することが可能である。そういう意味で、専門職の情報発信は産業論の文脈において捉えることができると考られる。こうした観点に立てば、メディアを通じた法情報を発信する活動を、一種の（コンテンツを対象とする）生産活動として捉えることは、突飛な発想ではないように思われる。

次の部分では、認知資本主義（cognitive capitalism）の理論が検討の手がかりにして、コンテンツとしての法情報の位置付けを考察する。認知資本主義とは、非物質的労働形態の浸透を重視し、Antonio NegriやYann Moulier Boutang、Maurizio Lazzarato、Christian Marazziら、フランスの思想誌『マルチチュード（Multitudes）』に関係する者たちによって推進されている議論である。日本においては、2010年以後、経済学者や社会学者を中心に、雑誌の特集（『現代思想』2011年）や論文集『認知資本主義：21世紀のポリティカル・エコノミー』（2016年）の刊行といった形で認知資本主義への紹介と日本での事例分析が展開されてきた。

認知資本主義の議論はポスト・フォーディズム（post-fordism）と言われる考え方を前提とする。その用語の意味については、その反対語であるフォーディズム（fordism）から説明しなければならない[83]。1970年代半ばまでに流行していたフォーディズムは、アメリカの自動車王Henry Fordの理念に由来するものであり、少品種の大量生産・大量消費の産業構造を前提とし、生産性の追求と固定化された階層的な職務管理が特徴とする経済モデルである。それに対して、ポスト・フォーディズムでは、生産過程が市場や消費者のニーズにタイミングよく対応するものであり、柔軟な生産ネットワークと顧客情報の管理が重要視される。そのため、単なる生産量の増加とは異なる、情報化に対応する労働活動の変容はポスト・フォーディズムの理論において検討されている。認知資本主義を提唱する論者の一人であるChristian Marazziは、ポスト・フォーディズムの産業構造における知的資本の重要性を強調している。

[83] 以下のフォーディズムとポスト・フォーディズムの概説は、Maria Merkantonatou（2007）“The ideal-typical transition from Fordism to Post-Fordism: A neopositivist problem setting”, X（1-2）European Research Studies Journal, pp.119-129を参照。

また、Marazziは、そこでの知識を体系的に整理された普遍性を備えている学術の知ではなく、職場の人間関係の状況や顧客のニーズなど生産・流通過程の中で生じた様々なコミュニケーションで構築されるものまで含むと指摘している[84]。

その考え方を引き継いだ認知資本主義の理論は、知識・文化・ネットワークのような“非物質的なもの”（無形資産）の市場における作用の拡大に注目する[85]。認知資本主義の提唱者らは、認知資本主義を次のような定義を示している。

「認知資本主義は知識によって知識を、生きているものによって生きているものを生産する。それは直ちに生の生産、それゆえ、生生産である。新たな知識の生産は、物質的技術手段には還元されない知識の蓄積に基づいてしかなされ得ない。しかし、それは相互接続されたデジタル・ネットワークに動員される脳の集合的活動からしか生じ得ない。」[86]

認知資本主義論における「知識」は、体系化した専門知だけに限定されない、現場でトラブルを回避するコツ、顧客の多様な意見など、広い意味を持つ。また、その知識は、特定の個人や組織が学習し把握するものではなく、「さまざまな程度の広さにおいて分有、共有されており、分有・共有されることによって存在できる。知識それ自体という次元を語ることが可能なのは、明示化・形式化され流通可能となっている知識の形態に限られる」とされている[87]。つまり、ここでいう知識は学校教

[84] クリスティアン・マラッツィ＝多賀健太郎訳（2009）『現代経済の大転換：コミュニケーションが仕事になるとき』青土社99–103頁。マラッツィが問題視するのは、コミュニケーションのツールである言語である。したがって、言語で表現されている知識や情報は彼のポスト・フォーディズム論の射程に入ってくる。

[85] 山本泰三（2021）「価値づけと利潤のレント化―現代資本主義への視角」経済地理学年報67（4）213–214頁または山本泰三編（2016）『認知資本主義―21世紀のポリティカル・エコノミー』ナカニシヤ出版２－３頁。

[86] 前掲注・山本（2016）32頁から再引用。

[87] 前掲注・山本（2016）４頁。

育の成果にとどまらず、社会実践において情報としていかに使われているのかが問われる。例えば、客観的な知識や情報技術に関しても、「じっさいにそれをさまざまに用い加工する、人間の生きた労働、そして人間に体化された生きた知識によって現実に機能することができる」[88]と理解されている。

認知資本主義論は、技術による労働代替の可能性を意識した議論でもある。ここでいう技術による労働代替とは、科学という媒介を通して知識が個人の主体的な活動から分離し、機械装置という生産資本の形に変化していくことで、雇用労働者がより低いコストでより高い生産量を実現することである。そこでは、人と人の交流や活動への価値・意味の付与は、かえって生産の阻害になるとされている。それに対して、認知資本主義の論者は、現代の社会における知識を固定した生産資本ではなく、「分散した知、すなわち情報環境に基づく人間能力のネットワークにおいて集団的に共有・分有される知」として捉えている[89]。そのような知識は、機械化や標準化されるものというより、関係者間のコミュニケーションの中で生成・動員・更新されていくものであり、それを絶えずに記録・蓄積させるメディア（媒体）あるいは環境の中に可視化されると考えられる。

上述のように、認知資本主義論は、生産の自律性または標準化を求める従来の産業像と異なり、近時の社会において人間関係に密接する知識の集積・共有・分有を求める議論である。そのゆえに、生産者と消費者の間のコミュニケーションが中心的な価値となり、情報の流れを介して価値の認知と内面化のプロセスは、商品の生産とマーケディングにおいて重要な要素となっている。したがって、そこでは、ある現象に関する情報が、生産者と消費者のネットワークで流通されることにより、その価値が精査されて、個別の受け手によって活用される。さらに、このような活用を共有することで、知識の改訂・更新の連鎖が引き起こされると推測する。

認知資本主義論の議論に対しては、制度の変遷が及ぼす影響に関する

[88] 前掲注・山本（2016）5頁。
[89] 前掲注・山本（2016）9頁。

検討の不足や、知識や情報の活用に注目する視点が産業構造論として新規性に乏しいといった批判が見られる[90]。とはいえ、認知資本主義の視点は、対人的サービスやクリエティブ産業を含む複数の実証研究に用いられており、近時の産業状況に対する一定の説明力を有している[91]。

4.2　認知資本主義と法専門職

従来、認知資本主義論の考察対象は、主に雇用労働・賃金労働に集中している。そのために、自営業の形態を多く採用してきた、従来中産階級に属す専門職とされる法律家の実践に対して、認知資本主義論の知見を適用できるのかについては検討の余地が残されている。知識の管理装置として知的財産権の機能拡大は検討されている[92]が、本稿の主題である法情報一般については、認知資本主義の議論において検討の対象とはなっていない。法律家による情報発信への需要と認知資本主義的な傾向との相関を主張するのであれば、法律家を取り巻く今日の職業環境から両者の親和性を明確しなければならない。

第一には、法曹職域の拡大、とりわけビジネス化による法的助言への需要拡大を取り上げることができる。確かに、伝統的な法律家の在り方は、認知資本主義が描く世界観とかけ離れているように見える。独立して事務所を設け、主に裁判での代理人や弁護人活動を行うという従来の弁護士の業務形態においては、雇用労働者が直面する企業内の多層的な人間関係がなく、非法律家とのコミュニケーションは紛争当事者あるいは依頼者への情報提供に留まる。そこでは、司法プロセスに直接関わらない広い範囲の情報提供は、弁護士の業務において必ずしも不可欠な要素として位置付けられていないようにも思われる。しかしながら、近時の法専門職は、法廷活動にとどまらず、特に企業活動の複雑化に生じた

---

[90] これらの批判を展開したものとして、中原隆幸（2017）「書評　認知資本主義」季刊経済理論54巻３号113頁、または瀬尾崇（2017）「書評　山本泰三編『認知資本主義―21世紀のポリティカル・エコノミー』」経済学史研究59巻１号122頁がある。

[91] 前掲注・山本（2016）、または門林岳史＝増田展大編（2021）『メディア論　理論と歴史から＜いま＞が学べる』フィルムアート社52-53頁

[92] 前掲注・山本（2016）35頁または第９章

多様なニーズに対応するサービスの範囲を拡大させていることが確認される。企業や行政団体などの組織に雇用される弁護士、いわゆる組織内弁護士（インハウス）の増加はその象徴である。

組織内弁護士は、19世紀後半のアメリカやヨーロッパ諸国まで遡るが、1990年代以後、世界範囲の法的サービス市場で共通に見られる現象の一つとされる[93]。組織内弁護士の教育や研究活動に携わる、アメリカの法学者であるSarah Helene Dugginの整理によると、企業内弁護士は、企業活動に関わる取引、訴訟及規制上の法的問題を精査し法的助言を提供すること以外に、企業内部の倫理・行動規範の制定や実施、早い段階において取引の調整や推進、不祥事の調査や対応、外部の弁護士や行政機関との交渉など広い範囲での組織のマネジメントまで多岐に渡る業務を行なわれている[94]。

問題は、主に非弁護士によって構成された組織に属することが、弁護士の仕事のスタイルにどのような変化をもたらすのか、とのことにある。ここでは、組織内弁護士に関する経験的研究としてよく知られている、アメリカの法社会学者であるRobert L. NelsonとLaura Beth Nielsenのインタビュー調査を参照する。彼らは、主に企業内の弁護士と企業経営陣（54名）に対して聞き取りを行い、弁護士自身の役割意識とそれに対する企業内の評価を考察した。その結果、契約を含む企業活動の法的リスク管理または法的助言のみを提供する、いわゆる「警察官（cops）」的な役割を自負する企業法務がいる一方、法的問題にとどまらずビジネ

[93] 組織内弁護士のあり方に関しては、Robert Eli ,Rosen（1989）“The Inside Counsel Movement, Professional Judgement and Organizational Representation”, Indiana law Journal 64（3）pp.479-554、David B. Wilkins（2012）“Is the In-House Counsel Movement going Global? A Preliminary Assessment of the Role of Internal Counsel in Emerging Economies” Wisconsin Law Review 2012（2）pp.251-304、日本組織内弁護士協会編（2021）『組織内弁護士の実務と研究』日本評論社３－７頁、高中正彦＝石田京子編（2024）『論究　新時代の弁護士－多様化社会における弁護士の役割と倫理』弘文堂５－６頁がある。

[94] Sarah Helene Duggin（2007）, “The Pivotal Role of the General Counsel in Promotion Corporate Integrity and Professional Responsibility”, 51（4）Saint Louis University Law Journal, pp.1001-1022.

スに関わるアドバイス、特に企業利益の最大化を意識して法的知識を活用するタイプの存在も報告されている[95]。そして、例え「警察官」といった役割意識が強い組織内弁護士であっても、所属企業の利益追求志向を理解しており、経営陣との対立を回避するために、法的助言の出し方を工夫していることが指摘されている[96]。この研究から分かるように、組織内弁護士に対しては、伝統的な弁護士像より、組織内の活動目標や立場に深くコミットし、多様なバックグランドを持つ人と協働・調整するといったコミュニケーション的能力が期待されている。このような配慮あるいはコミュニケーション志向は、行政組織内の弁護士に対する研究においても言及されている[97]。

認知資本主義論においては、価値や知識を共有・分有し、業務を円滑に展開させるコミュニケーションの進行や人的ネットワークの維持が重要視されている。それに対しては、組織内弁護士は、（法）規範の明確化または共有と伴い、その情報に基づく関係者間の利益や意見の調整を行われているように見える[98]。そこでは、紛争の事後処理を超えて、企業事業の展開をめぐるルール作りとそれの周知は組織内弁護士の業務の一部に位置付けられている[99]。両者には、企業の意思決定を日常的に追

---

[95] Robert L. Nelson=Laura Beth Nielsen（2000）“Cops,Counsel,and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporation”, 34（2）Law & Society Review, pp.470-477.

[96] 前掲注・Nelson=Nielson（2000）, pp.475-477.

[97] 平田彩子（2024）「組織内弁護士―弁護士のプロフェッション性をめぐる論点のクロスロード」高中正彦＝石田京子編『論究　新時代の弁護士－多様化社会における弁護士の役割と倫理』弘文堂86-88頁を参照されたい。

[98] 1960年代から継続的に実施されてきた日本の企業法務に関する実態調査においては、法律知識のような専門的素養以外、企業側から分かりやすい言葉での説明や他部門との協働などコミュニケーション能力を法務担当者に一貫して求める傾向が見られる。米田憲市（2012）「日本における企業活動と弁護士の位置―『法務部門の実態調査』の歴史を手掛かりに」法社会学76号27-32頁を参照。

[99] ルールメーキングやロービングを含む、いわゆる「攻める法務」においては、対外的発信が言及されている。一例として、齋藤貴弘（2019）『ルールメイキング：ナイトタイムエコノミーで実践した社会を変える方法論』学芸出版社232-253頁。

跡しながら、市場への応答や内部統制に関わるコミュニケーションをコントロールするという共通点が見られる。また、認知資本主義の台頭と組織内弁護士の増加傾向は時期的にほぼ一致している。組織内弁護士の発展が遅れている日本においても、企業法務需要の増大は経済のグローバル化を背景に、金融システムの複雑化とコーポレート・ガバナンスへの強化に連動するとの指摘が見られる[100]。それらの点は、両者が求めるコミュニケーションの関連性を示唆すると考えられる。

第二には、法学分野においても「感情化」が進んでいる点を挙げる。そもそも法専門職の実践においては、条文や裁判例の解釈を含む知識あるいは情報の利活用が中心的な位置を占めている。したがって、認知資本主義論が主張する、労働者が自律して知識を習得し活用するという現象は、法専門職にとって一見従来の業務様態に見える。しかしながら、4.1で紹介した通り、認知資本主義が重視する情報は、体系化した知識を超えて、日常生活の中の暗黙な了解や関係の円滑化に寄与する立ち振舞いといった技法までを含んでいる。

その点を踏まえると、法専門職の変容において感情や情念を含む人間関係的価値への関心は、認知資本主義論との共鳴を図る指標の一つとして捉えられるように思われる。法と感情の関係に対しては、これまで議論されていないわけではない。刑事法の分野においては、伝統的に嫌悪感[101]や処罰感情を刑罰の正当化理由の一つ（応報主義）[102]として検討さ

---

[100] 濱野亮（2012）「日本の企業法務をめぐる伝統的条件とその変容」法社会学76号112-113頁。

[101] 嫌悪感と裁判との関係については、Martha.Nussbaum（1999）“ ‘Secret Sewers of vice’ Disgust, Bodies, and the law”, edited in *the passions of law*, NYU Press pp.19-63. を参照されたい。

[102] 日本における法意識の提唱者として知られる川島武宜は、この点を論じようとしていた。彼の未完の手書き原稿として、村田真維「川島武宜『日本人の法意識』第6章　罪と罰についての意識（転写校訂）」法律論叢87巻6号271-288頁がある。他方、処罰感情をより理性的な判断に基づくものとして捉える立場も有力的である。一例として、松原英世＝松澤伸（2019）「『民意』は刑事立法の根拠となりうるか：刑事政策における公衆の意識構造」刑事法ジャーナル59号64-75頁を参照されたい。

れてきた。加えて、新たな法制度の理念の形成においては、価値判断の指針として「(社会) 感情」「共感」が果たす役割もしばしば指摘されている[103]。とくに、1980年代以降英米圏での「法と感情 (Law and emotion)」という研究領域は、情動のメカニズムに関する生命科学の発展に伴い、注目を集めるようになったとされる[104]。これらの研究は、感情を「法外のもの」として扱うのではなく、従来「理性的」と見做されがちな法実践が実際に情動メカニズムに支えられていることを強調するものである[105]。

経験的研究に目を向けると、法実践における「感情」とりわけ情動 (affective) の影響は早い段階で意識されていた。「法と情動」をテーマとした2003年日本法社会学会学術大会では、感情的なものを「法の内部に刻印され実は法を編成していながら学知によって無視されてきた諸要素」と指摘した[106]上で、被害者の権利運動やフェミニズムなど草の根の社会運動における感情の視点、または修復的司法やADRにおける円滑な議論を実現するための共感の活用が挙げられていた[107]。

上記の研究群においては、感情研究が法 (学) の根源に関わるものであり、単に特定の時代の要請に応じた産物ではないようにも見える。ところで、感情への言及は、学術研究にとどまらず、情報技術の社会実装をめぐる近時の法律家言説の中に確認されることを留意されたい。上記のポスト・フォーディズムにおいては、もともと従来専門職として働く中産階級の仕事が、コミュニケーションを促す情報技術に代替され、あ

---

[103] Lynn Hunt (2007) *Inventing Human Rights: A History*, W.W.Norton&Company, Inc. (邦訳『人権を創造する』岩波書店2011年) は、18世紀の小説や演劇を通じて大衆の感情を喚起させた文化的経験が身分や出身地に関係なく、個人の人間としての権利を保障するという人権の基本テーゼを生み出した過程を描写している。

[104] 橋本裕子 (2020)「『法と感情』研究に関する覚え書き」龍谷法学53巻3号26-28頁を参照。

[105] 橋本裕子 (2021)「『法と感情』提題趣旨」法哲学年報3-4または7頁を参照。

[106] 和田仁孝 (2004)「『感情』の横溢と法の変容」法社会学60号1頁。

[107] 前掲注・和田 (2004) 10-13頁。

るいは縮小させられる可能性が論じられている[108]。その指摘と共通するように、形式的・定型的な情報提供ではなく、フレキシブルな対人サービスの有用性は、近時日本の法律業界においても認識されつつである[109]。日本の主要な法律専門誌の一つである『ジュリスト』が主催した、新時代の弁護士倫理に関する座談会においては、弁護士の鳥山半六は「直接会わなくなると、感情面での微妙なコミュニケーションが難しくなる」を主張した上で、「情報が伝わっても思いや気持ちが伝わらず、弁護士にとって最も大切な『依頼者との信頼関係』の希薄化」という懸念を示しながら、「今後は、法律のプロとしての『知』の側面に加えて、『感情労働』としての『情』の側面が重要になっていくのではないか」と主張している[110]。また、その場にいた弁護士の高中正彦は、「人の血が通った紛争解決に対するニーズは決してなくならない」とした上で、「法曹倫理、弁護士倫理にかなり情動的要素が働く」と指摘している[111]。もっとも、ここで指摘された情動的要素は、弁護士の産業化が進んでいるアメリカの法専門職（弁護士）研究の中に既に詳細な検討が見られる[112]。このような議論は、今日の法専門職をますます人間関係の中に柔軟に構築されるものとみなし、認知資本主義が強調する実践的な知への重視と共通性

---

[108] 前掲注・マラッツィ＝多賀訳（2009）63頁。

[109] 弁護士業界の変容とその感情労働化との関連性については、飯田高（2024）「弁護士依頼者関係と弁護士倫理―心理と環境」高中正彦＝石田京子編『論究　新時代の弁護士－多様化社会における弁護士の役割と倫理』弘文堂390-397頁がある。

[110] 高中正彦＝石田京子編（2020）『新時代の弁護士倫理』有斐閣313-314頁。

[111] 前掲注・高中＝石田編（2020）316頁。

[112] 傾聴や共感が依頼者から信頼感を得る上で重要な役割を果たすという臨床心理学の知見は、アメリカで刊行された弁護士の面接技法に関する教科書の中に言及されていた。David.Binder = Paul B. Bergman=Paul.Tremblay=Ian. Weinstein（2019）*Lawyers as Counselors 4th Edition: A Client-Centered Approach*, d/b/a West Academic Publishing（邦訳：菅原郁夫＝荒川歩監訳（2023）『カウンセラーとしての弁護士：依頼者中心の面接技法』法律文化社、5-12頁）。また、社会学の感情労働（Emotion Work）論を参照しながら、サービス業としての弁護士の実践に含まれる感情的要請またはその価値を論じているものとして、Sofia.Yakren（2008）“Lawyer as Emotional Laborer”, 42University of Michigan Journal of Law reform,pp.141-184がある。

のある考え方であるように思われる。

最後に、法に関わる情報の公開とその利活用の拡大が求められていることもまた注目すべき動向である。4.1で述べたように、認知資本主義論においては、知識・情報が特定の部門あるいは分野によって独占的に管理されるのではなく、多様な主体の間に共有しながらその意味や価値を柔軟に構築される現象が挙げられている。もし認知資本主義の影響が法律業界に見られるのであれば、法情報は法専門職の内部で完結するのではなく、広い範囲での情報共有や他の分野との協働が現れるはずである。

法情報の公開および利活用の局面においては、そのような傾向が確認されている。法情報に関する一般向けの（無料）公開は、1990年代に入り、世界各地において普及してきた。ここでの情報公開の目的は、第一義的に民主的統制の確保とされるが、必ずしもビジネスの展開を直接的に志向するものではない[113]。ただし、それは、間接的に法的サービスの産業化につながる側面がある。実際、法情報データベースサービス、法律分野に特化したコンピュータプログラムの開発、あるいはリーガルテックの出現は、そのビジネスの側面を切り離して語ることができない[114]。

また、法令・判例の公開を積極的に推進するプロセスにおいては、非法律家の視点が重視されていることがしばしば見られる。日本では、法

[113] Declaration on Free Access to Law, http://www.worldlii.org/worldlii/declaration/montreal_en.html を参照されたい。

[114] この点を紹介するものとして、佐藤健等（2019）「人工知能の法律分野への応用について」法と社会研究177-196頁がある。また、技術開発の能力を持たない中国の裁判所が情報技術系の企業や大学と連携してIT化を進めている実態について、Jinting.Deng（2019）“Should the common law system welcome artificial intelligence: A case study of China’s same type case reference system”, 223（3）Georgetown Law Technology Reviw, pp.223-280が詳しい。日本においても政府がデジタル化を推進する際に産業振興の側面を意識していることは明白である。この点について、デジタル庁（2024）「デジタル臨時行政調査会（廃止）」https://www.digital.go.jp/councils/administrative-research#decision

制執務のデジタル化を推進する一環として、2023年に官報の原本を電子的に作成・保存することを定める「官報の発行に関する法律」（通称「官報電子化法」）が制定された。その審議においては、データとして法令テキストをいかに構造化・標準化するという技術的課題が主要な論点となり、既存の法令に見られる多様な表現形式を改めて整合的に捉え直す必要性が示唆されている[115]。この例からわかるように、情報公開を含む情報化の環境においては、法専門職と他の職種との間の「協働」が一層求められるかもしれない。

第２～３章の検討からわかるように、近時の職業研究においては、専門職情報の特権性が問い直されている中、確立した専門職と見なされる法律家の情報発信に関しては、発信者（法専門職）の優位性が依然として議論の前提とされている。それに対して、本章は、情報の受容環境に着目し、認知資本主義といった社会の変容と法専門職の実践との関連性を検討することで、現代社会において法律家に対しても知識の共有・共感を求める社会の圧力が強まり、それが法専門職による情報発信の活発化を促す要因の一つとなっていると論じた。

5　情報化の中の職業規範と法情報

前章では、法律家による情報発信を、特定の依頼者との関係にとどまらず、法専門職が提供する商品（コンテンツ）の一種として捉える可能性を検討した。次では、コンテンツとしての法情報がいかに評価されるのかという点について考察する。

上記の認知資本主義論が示唆したのは、情報の共有・分有が拡大する状況において、従来想定された、専門家から素人へと一方向に流れる法情報の伝達経路に変化が生じる可能性がある。依頼者との関係を前提と

[115] 議事録のデータとして、デジタル庁「デジタル臨時行政調査会作業部会 法制事務のデジタル化検討チーム」第２回と第３回 https://www.digital.go.jp/councils/administrative-research-wg-legal-practice-team。なお、この点を言及したものとして、西村友海（2024）「AI・デジタル化と法制事務」法学教室523号37-41頁がある。

する法専門職の情報活動であれば、法的助言に対しては、紛争処理の目標に沿って評価できるが、個別事案の委任と直接関係しない弁護士の情報発信は、それ以外の視点が必要であろう。問題は、「それ以外の視点」とは何か、それがどのように法情報の形成・流通に作用するのか、である。ここでは、流動的な法情報の共有を前提としつつ、同業者の法律家や依頼者以外の人々との関係性を踏まえた法情報の評価枠組みについて検討する。

5.1　情報発信を前提とする専門職：ファッションモデルの職業戦略を参考に

先行研究においては、コンテンツ産業で提供されたものには、文化的価値が含まれるため、その評価は個人の効用や市場価格によって一義的に決定することが難しく、消費者側の価値観が大きな影響を及ぼすと指摘されている[116]。そのうち、産業組織の意思決定過程の違いについて、特に欠かせないのは、アメリカの社会学者であるWalter W.Powellの分析である。Powellは、組織内の規範的根拠（normative basis）、コミュニケーションそして衝突処理（conflict resolution）の方法を基準にし、産業組織の形態を「市場型（market）」、「ヒエラルキー型（hierarchy）」と「ネットワーク型（network）」三つに分類した。その上で、契約や財産権によって信頼関係が担保される市場型、および階層に基づく正統性を重視するヒエラルキー型に対して、ネットワーク型組織を、非中央集権的意思決定とコミュニケーションに基づく相互の理解や協力を特徴とし、組織や参加者との間の情報共有や学習を強調するものとして論じられている[117]。Powellは出版や映像製作を含むコンテンツ産業（cultural industries）をネットワーク型組織の典型例として位置づけている[118]。

---

[116] コンテンツ産業の社会学的な特徴について、永田大輔＝松永伸太朗（2022）『産業変動の労働社会学－アニメーターの経験史』晃洋書房38-39頁を参照されたい。

[117] Walter.Powell（1990）“Neither market Nor Hierarchy: Network Forms of Organization”, Research in Organizational Behavior12, pp.300-305.

[118] 前掲注・Powell（1990）, pp.307-308.

では、ネットワーク型の組織において、専門職はどのように振る舞っているのか[119]。この点については、自らの「（身体）美」を商品とするファッションモデルの業界を論じたAshley Mearsの議論は、参照に値する。ファッションモデルに関しては、既存の専門職には該当しないものの、現在では業界組織が形成されており、またポージングやウォーキングなどの専門的な技術が求められる職種である[120]。これらの点を考慮すれば、ファッションモデルをプロフェッションの一種として位置付けることも可能であろう。

法律家の情報提供を検討する本稿にとっては、ファッションモデルの業界は興味深い。伝統的に、弁護士業界もモデル業界と同様に、特定の組織に所属せず、個人事業主として活動する形態が多いとされてきた。また、ファッションモデルは、メディア媒体を通して自分の身体的イメージを商品として提供することから、「美」という抽象的な価値を体現する役割を果たしている。それに対して、法律家も情報を媒介し、すなわち法解釈を通じて個別の問題への解決方針を提示する実践を担っており、ファッションモデルと同様に規範的な価値（「正義」）の具現化を目指している。法律家の場合も、ファッションモデルほど雑誌などメディアでの露出を必要としていないが、情報発信には専門職としての能力を周知させる側面がある。一見、全く異なる法専門職とモデルという二つの職業との間に一定の共通点が見出される。

Mearsの研究は、ファッション産業の参与観察を通して、ファッションモデルの価値を決めるメカニズムについて検討している。彼女は、ファッションモデルの業界においては、身長や体重など身体のサイズを測られるのにも関わらず、美の判断に使われるのはこうした客観的な基

[119] 法社会学の文献として、行政執行の場面を素材にネットワーク型の組織形態とその作用を論じる平田彩子（2017）『自治体現場の法適用』（東京大学出版会）がある。そこで平田が注目したのは、法専門職ではなく、技術官僚の法解釈であるが、その後の研究では、行政組織のネットワークの中に弁護士がいかなる役割を果たすことに関心を示した（前掲注・平田（2024）87-89頁）。

[120] ファッションモデルの資格試験は、この点を示せるものである。一例として、日本モデル技能検定協会「モデル検定」https://model-kentei.jp/model_association.html を参照されたい。

準ではない。むしろ、モデルのスカウト、カメラマン、雑誌編集者やファッションショーの企画者など、ファッション業界に関わるさまざまな従事者関係者による評価が重要な役割を果たしているとされている。Mearsによれば、そこでの判断基準は、完全に主観的かつ個別的なものではなく、ファッション雑誌やショーなどのジャンルや企画の目的などに即して、それぞれの状況において何が評価されるのか依拠して予測しうる存在である[121]。モデルたちが、経験を積むとともに選抜の基準（予測）を習熟し、それを専門技能の一部として体得していた。ここでは、基準は安定化も規格化もされていないが、評価の良いモデルは揺れ動くルールの所在を読み取れる能力に長けているとされている。こうした評価の変動を前提とした規律のあり方を、Mearsが「浮動する規範（floating norm）」と呼んでいる[122]。

以上のように、Mearsが提示した「浮動する規範」は、抽象的な価値（「美」）を不特定多数に伝える過程において、ファッション業界で形成されてきた専門職の行動基準である。このような規範体系には、以下の特徴が見られる。まず、雑誌やブランドなど情報の製作側の要請に柔軟に対応するために、体重や身長などの外見に関する規律は、相対的かつ流動的である。その表れは、オーディションなどにおいて、審査者がそれぞれの企画に沿ってモデルのボディをめぐる評価を下すことにある。その判断基準は、他の場面にそのまま応用できるほどの一般性があるものではない。次に、流動性があるにもかかわらず、こうした「不可視」なルールは、プロのモデルたちの行動を実質的に規律するものである。Mearsによれば、浮動する規範は、モデルたちがつねに自分の身体に満足しない、つまり様々の場面に応じて身体の細部を自主的に管理する状況を生み出している[123]。例えば、実際の体重と関係なく、常に食事を制限するというモデルの行動パターンは、美の表象に関するを提供する行動規範の効果として見られる。

上記の「浮動する規範」論から分かるのは、情報発信を前提とし、特

---

[121] Ashley. Mears（2011）*Pricing Beauty: The Making of a Fashion Model*, University of California Press, pp.46-47.

[122] 前掲注・Mears（2011）, pp.95.

[123] 前掲注・Mears（2011）, pp.93-94.

定の組織や業界を超えて流動性の高い活動においては、規範あるいは評価指針は事前に一律した形で規定するのではなく、個別な状況に応じて関係者が細かな調整を繰り返しながら作り上げられていくのである。また、このような評価ネットワークの構造は、相対的に安定しており、関係者の間に共有・継承されていることもポイントである。

5.2　法情報における「流通志向」の所在：二つの法情報観

「浮動する規範」論が示したコンテンツの製作・発信過程においては、専門職の情報提供が、置かれた状況に応じて、メディア関係者や読者の想定を踏まえつつ繰り返し調整されている。では、情報発信の実践が法律家に対するどのような要請につながるのだろうか。

先行研究の一部は、近時の日本の弁護士において外部の評価を意識する傾向が強まっていることを示唆している。日弁連の苦情処理を分析した山田恵子の研究は、2000年代以降の弁護士倫理に関する言説が公益性といった法専門職の規範的な役割ではなく、非法律家とのトラブルに対応するリスク管理を強調するようになってきたことを明らかにした[124]。とはいえ、法専門職の情報活動が第三者評価に応じていかに調整されているかについては、未だ正面から検討されていない。以下では、法情報の内容とその役割に着目してその点を考察する。

法情報の伝統的な捉え方として、まず法情報学者の指宿信による分類法を概説する。彼は、法情報を「一次的法情報」と「二次的法情報」に分け、前者については「成文法に関する法令情報と判例に関する判例情報」、後者については「一次的法情報を収集、分類、整理した資料や検索ツール」、「法令情報として確定される前の作成段階のデータ（草案、法案、修正案など）」、「判例情報が形成される訴訟段階での資料（訴状、答弁書、起訴状など）」と「一次的法情報の解説や、解析・検討した結果に関する情報など（法令解説、判例解説、学術論文など）」と整理している[125]。

---

[124] 山田恵子（2018）「『規範的主体』から『リスク管理主体』への転回：倫理的弁護士像をめぐって」江口厚仁＝林田幸広＝吉岡剛彦編『境界線上の法／主体―屈託のある正義へ』ナカニシヤ出版65-90頁。

[125] 指宿信（2010）『法情報学の世界』第一法規25-26頁を参照。

この分類法には、議会、行政官庁および裁判所といった公的な機関の発信を頂点とする法情報の階層性が組み込まれている。そこでは、立法または司法、公式的な法形成に関わる政治家、官僚、または彼らに助言する法律家といった発信主体に注目し、彼らの責任（情報公開・提供の義務）が強調されているように見える。同時に、発信者である立法者または法専門職は、情報の内容および公表の形式を自ら決めることができるため、この点において相対的に高い自律性を有しているように思われる。また、ここでいう法情報の発信は、制度啓発や法律知識の啓蒙といった文脈と親和的であり、非法専門職による法的見解を法情報の発信源とみなす発想があまり見られない[126]。そして、公的機関に対する社会的な信頼・期待の高さも考慮すれば、このような法情報観には、情報（源）の権威性（正確性）が重視されるという構造が見て取れる（以下では、権威志向の法情報観と呼ぶ）。

それに対して、法令・裁判例とその解説に加えて、個別の法改正や訴訟に関する法律家以外の関係者や一般市民の反応・理解を提示する、法に関わる法情報も存在する。そもそも民主的統制の観点から、法令情報や判例情報であっても、それらは行政または法専門職の独占物ではなく、社会構成員一般が受け手になる公共財であることが理論的に想定されている。法情報の公開拡大が求める動きは、そのような考え方の表れともいえる。他方、新聞報道やエンターテイメント作品といった法に関わるコンテンツが、一般向けのメディアを介して流通し、紛争当事者以外のオーディエンスにも消費されることは、以前から見られる。その例として、裁判報道、また「法廷もの」と呼ばれる文芸作品のジャンルが挙げられる。

法令や判決（の作り手）の意図や文脈を重視する権威志向の法情報観に関しては、第三者における法言説の受容が少なくとも第一義的な課題ではないと考えられる。それに対して、直接に紛争処理を志向しない、一般向けの法情報は、広い読者・視聴者に読まれることで、制度の啓発

[126] たとえば、日本の法制審議会に参加した非法律家の発言の中に独自な条文解釈が含まるものの、法的議論ではなく、法意識という立法事実の情報として扱われたことはしばしば見られる。この点について、郭薇（2022）「法学者的な『意見調整』－法制審議会の事例」法律時報94巻10号93-99頁を参照。

だけではなく、既存の法制度への見直しといった多様な目的を果たすことが可能である[127]。そのような情報環境には、「浮動する規範」論が示唆する状況と共通している部分があると考えられる。すなわち、不特定多数に向けて発信される法情報は、新たな企画あるいは社会問題の提示に沿って、法律家が一情報提供者として素材を提示し、それをもとにメディアの編集側あるいは読者・視聴者のフィードバックを経て、実際のコンテンツが形成されていくという状況である。その中で、少なくとも描く対象または主題の選定は、メディア側の編集や読者のニーズに応じて行われるものであり、単に法改正や裁判の動向のみによって決められるものではない。さらに、個別の法律相談または事件依頼ではない法専門職の情報発信は、対面での講演を除き、書籍出版、マスメディアやSNSなど外部のメディア・フォーラムを利用することが一般的である。その場合、法律家の言説は教育または情報系のコンテンツの一種として扱われる[128]。つまり、ここで見られる情報観（以下では、流通志向の法情報観）は、直ちに情報源の権威性に依拠する価値の序列ではなく、法律家－メディア－受け手というネットワークの中に生み出される法情報のメカニズムをより意識するものである。

表１　二つの法情報観

権威志向の法情報観	流通志向の法情報観
発信主体の自律性を重視	流通過程の諸アクターの関係性を重視
義務の連鎖	参照の連鎖
発信内容が明示的である	発信内容が暗示的である
法理念や法体系の確認（安定性）	社会問題の反復と拡張（流動性）
「法的論点」の展開によって追うことのできるネットワーク	問題の共有によって追うことのできるネットワーク
法規範（特に国家法）の公開や専門家の解説によって具現化される。	社会慣習まで含む法に関わる言説の記録によって具現化される

[127] 詳細な検討は、郭薇（2020）「法情報の『大衆化』とその課題：法情報学の射程をめぐる一試論」情報ネットワーク法レビュー19号167-187頁を参照されたい。

[128] この点を示す実証的な分析として、郭薇（2025）「マスメディアと弁護士像－2000年以降の日本における弁護士記事と法情報調査を用いた探索的検討」法社会学91号208-223頁がある。

表１は、それぞれの法情報観の特徴を整理した対照表である。この表から分かるように、両者は情報コミュニケーションとして多くの相違点を持っている。法律家の論証（argumentation）に関する法学研究の中に、日常生活における議論と法解釈学との連続性を指摘した意見が複数見られる[129]が、コミュニケーションの実践においては、法律家主導か否かの差異がまた重要である[130]。「浮動する規範」論の視点を参照すれば、流通志向の法情報観に基づいて構築されたコンテンツとそれへの評価は、法専門職による法的判断にとどまらず、コンテンツの製作に携わる人々や情報の受け手といった外部の判断基準に対しても開かれている。その推測が正しければ、情報を発信する法律家には、発信の経験を積むとともに、例えば「ウケ」という流通過程に求められるコンテンツの判断基準に対応できるよう、いわゆる関係知（relational knowledge）が求められるかもしれない。そして、流通志向の法情報観は、権威志向のそれを取って代わるとするものではないものの、現代の情報空間において両者が時に衝突しうることにも留意する必要がある。

５.３　「流通志向的な法情報観」の応用可能性：ある裁判例を素材に[131]

本節では、テレビ番組において特定の弁護士らに対して懲戒請求するよう呼び掛ける裁判例を用いて、前節で抽出した二つの法情報観という理論枠組みの応用可能性を検証する。事案の発端は、あるタレント弁護士が、テレビのワイドショー番組において、当時広く報道された刑事裁判の弁護団の弁護方針を批判し、弁護団への懲戒処分を呼びかけたことである。同番組放送後、上記の弁護団が所属する弁護士会には大量の懲

[129] 議論学の知見に基づいてこの点を論じた近年の文献として、太田勝造編著（2020）『AI 時代の法学入門－学際的アプローチ』弘文堂 7-62頁、または角松生史（2025）「制定法解釈における議論スキーム」法律時報97巻３号117-122頁がある。

[130] 本稿が扱う情報発信以外、コミュニケーションとしての法専門職と一般の相談活動の差異を指摘したものとして、原田杏子（2009）『専門職としての相談援助活動』東京大学出版会82-86頁がある。

[131] 以下の内容は、郭薇（2024）「21章　法専門家と情報発信－弁護士は自由に情報発信できるのか」飯考行（編著）『ディスカッション　法と社会』八千代出版251-257頁で取り上げる事例分析を再構成したものである。

戒請求が届いたが、上記の弁護団が同タレント弁護士に対して名誉毀損などと主張し、裁判を起こした。その後の裁判では、一弁護士の呼び掛けとその後に弁護士会に寄せられた大量の懲戒請求との間の相関関係が論点とされた。法情報の流通に関する論点に絞って、裁判所の判断枠組みを検討する。

控訴審（広島高判平21年７月２日判時2114号65頁）は、テレビ番組というメディアの大きな影響力とそこに唯一弁護士の資格を持つ人物の役割を重視し、同タレント弁護士による弁護士団への非難が誇張的であり、これと懲戒請求の急増との間の関連性を認めた。従って、控訴審は、被告の弁護士が主体的に情報発信をコントロールできることで、その波及効果に責任があると考えた。それに対して、最高裁はこの事件における弁護士発信自体の影響を限定的に捉えている。最高裁（最判平23年７月15日民集65巻５号2362頁）は、同タレント弁護士の懲戒請求への呼び掛け行為を「視聴者自身の判断に基づく行為を促す」趣旨でされたものであると認定した。この理由として、問題となる番組が放送される前にすでに類似した弁護団への批判がマスメディアにて見かけられることに加え、懲戒請求にあたって「自身の実名、連絡先等を記入した書式を作成」するなど一定の負担が自らの判断で引き受け、弁護団Ｘらへの懲戒請求を遂行した者が多数であったことが推測されている。

このような情報発信の位置付けについて、控訴審は法専門職が現存の司法制度に関する知識の正確性を伝える必要性を言及している。また、テレビ番組における被告の発言に対する評価（「誇張的」）も、従来の法律家の規範的役割に合致した判断のように見える。このような判断は、上述の「権威志向の法情報観」とみれる情報発信のモデルと重なるものであると考えられる。

それに対して、最高裁の判断における法情報コミュニケーションの理解には、流通志向の法情報観に接近する面が見られる。ここでは、マスメディアにおける弁護士の発言は、法学ではなくこれまで発信された情報との整合性が検証され、視聴者も自分の関心に沿ってその発言を消費・参照したことが言及されている。最高裁での審理においては、被告のタレント弁護士は、裁判で原告の弁護団に対して刑事弁護制度や司法制度に対する国民の信頼を維持するため、弁護の主張変更の理由につき

説明すべき義務があると主張した。もし彼自身もその主張に従って行動しているのであれば、情報発信する弁護士自身は、「浮動する規範」論に描かれているように、情報発信において視聴者の評価基準に左右されることになる。一方、裁判所は、この主張を正面から受け入れたわけではなかったものの、「弁護活動が、重要性を有することからすると、社会的な注目を浴び、その当否につき国民による様々な批判を受けることはやむを得」ないと述べた（最判平23年７月15日民集65巻５号2362頁）。最高裁の判決においては、少なくとも法専門職の対外発信による影響を判断する際に、法専門職以外の多様な主体の反応が意識されていたと言えるであろう。

この裁判例からは、弁護士による情報発信において、法実務に基づく専門的知見の提示にとどまらず、メディア側や視聴者の事情による影響の強さが読み取れる。ここでは、法専門職による対外発信のあり方に対する判断自体が流動的であり、第三者である情報の受け手による評価が実際に弁護士の情報発信を規定することが示唆される[132]。言い換えると、情報発信する法専門家には、法令及び法的問題に精通するだけではなく、メディア市場のメカニズムあるいは情報の受け手に対する理解力が必要とされる[133]。この点においては、まさに「浮動する規範」論が描写した

[132] 本判決は、不法行為の受忍限度論を用いた判断とされる。受忍限度論は従来、原則的には社会で是認される行為や権利行使によって、法律上保護される被害者の利益が侵害された場合に用いられる。このケースにおいて最高裁はタレント弁護士の呼び掛けにより相手の弁護活動の当否が批判されることに一定の理解を示した。本件については侵害行為の態様、弁護士としての社会的立場や被害者の負担の程度などを配慮する裁判所の総合的な判断であることが指摘されている。この点を言及した判例評釈として、中島基至（2012）「弁護士であるテレビ番組の出演者において特定の刑事事件の弁護団の弁護活動が懲戒事由に当たるとして上記弁護団を構成する弁護士らについて懲戒請求をするよう視聴者に呼び掛けた行為が、不法行為法上違法とはいえないとされる事例」ジュリスト1438号190-191頁、水野謙（2012）「テレビ番組において特定の弁護士らについて懲戒請求するよう呼び掛けた行為と不法行為の成否」ジュリスト1440号82-83頁、または前田陽一（2013）「テレビ番組出演者が特定の弁護士らについて懲戒請求を呼び掛けた行為と不法行為の成否」私法判例リマークス46号46-49頁がある。

[133] 元々日本の弁護士に関しては、法律知識のみに基づいて助言することは想

状況と構造的に通底するように思われる。

個別の事例としては、上記のケースに一過性的な面を否定できない。これまでの（日本）法情報学においては、情報源としてメディア・コンテンツが、法に対する社会の反応を把握する、補助的なものとして位置付けられている[134]。ただし、上記のケースに見られるように、時事評論を公開する弁護士は、今では新聞やテレビなどマスメディア以外、SNSの個人アカウントにおいても散見される。この現象を踏まえると、流通志向的な法情報観が、実際の法情報発信において広く見られる可能性があると考えられる[135]。

6　結び

本稿が注目した情報化の効果は、単に知的生産を重視するような情報活動の拡大でも、コミュニケーション・ツールとして情報技術が効率的

定されていないと思われる。たとえば、「研鑽」に関する弁護士職務基本規程第７条の解説においては、日本弁護士連合会は、「複雑高度化している社会で生起するさまざまな法律事件を適切に処理していくためにも、教養を深め、広い知識を有するよう努めるべき」とした上で、「弁護士がさまざまな問題を抱えた依頼者に直接接して適切なアドバイスを与えるためには、法律知識のみを有していれば足りるものではない」との立場を示している。日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著（2017）『解説　弁護士職務基本規程第３版』日本弁護士連合会19-20頁を参照。

134　たとえば、新聞情報は日本の法情報学教科書に言及されているものの、重要度の高いものとして扱われているとは言い難い。日本における法情報学の定番の教科書として、いしかわまりこ＝藤井康子＝村井のり子（2016）『リーガル・リサーチ　第５版』（電子書籍）日本評論社6286-6492頁を参照。

135　この点に関して、SNS上の投稿内容をめぐる裁判官分限裁判（最高裁平成30年10月17日大法廷決定）およびその後の弾劾裁判（令和３年（訴）第１号事件）は興味深い事例である。弁護士の情報発信を主な分析対象とする本稿は、裁判官の情報発信に関する検討を割愛するが、その事例においても発信者以外の不特定多数の感覚は判断の基準として使われていることを指摘することにとどまる。この点を言及したものとして、土屋孝次（2024）「史上10件目の弾劾裁判は何を示したか」ジュリスト1601号62-67頁。

に活用されるものでもない。ここで目指しているのは、情報の流通－活用が法律分野にもたらす影響あるいは変化を描き出すことである。法律家は、もともと法に関わる知識などの情報を収集、整理、解釈し、それを提供する役割を担う専門職である。情報化の影響として、法律家が実践する情報活動に見られる変化の解明も重要であると考えられる。

上記の視座に基づいて、本稿は法専門職の実践における情報発信の位置付けについて検討してきた。そこから得られる主な知見は、以下の通りに要約する。

①職業社会学の議論に基づいて、専門職と知識・情報との関係についての学説の整理を行い、専門職主導の知識体系に基づく自律型の専門職像の限界を指摘した。1970年代に専門知の特権性に対する批判が高まり、さらに1990年代以降、商業化や職業の流動化を背景に、情報を介する専門職と外部社会とのコミュニケーションの意味が重要視されるようになった。

②法専門職の情報発信に関しては、専門職が個人の利益を獲得しようとするインセンティブのみでは説明できない。法専門職の先行研究から、法に関する知識（情報）は、自然科学のそれより広範な議論に参照されやすいことで公的議論に深く関わる一方、法専門職のアイディンティティ維持を間接的に支える道具でもあることが分かった。

③認知資本主義の議論を参照しながら、積極的な法情報の共有は、産業構造の変容によって一層求められることが示された。その環境の下で、法専門職は、個別の紛争処理にとどまらず、（法）情報の共有によって社会活動の日常的な規律をサポートする傾向がより顕著になった。このような状況で求められるのは、学術研究に基づく体系化した知識から円滑な活動のための工夫など関係知へと移行するということも確認できた。近時の法専門職の活動には、コンテンツ産業の論理が割り込む社会的な素地が形成されている。

④情報発信を前提する専門職の在り方に関しては、コンテンツの作成・発信が欠かせないファッションモデルの行為規範に関する社会学の研究を参照し、専門的技能に対するモデル自身の研鑽のうちに、情報発信に関わる諸主体の行動予測に基づく「浮動する規範」の存在が確認された。それと共通して、法に関わる日本の情報発信においても、情報源

の信頼性に基づく伝統的な基準とは異なる、流通過程における関係性的な評価がますます重要視されていく可能性を論じた。

本稿の主張は、次のように整理できる。従来の法実践が重視する個別事案の紛争処理での情報提供は、主に依頼者と法専門職との間の知識（情報）格差を前提としたものである。それに対して、一般向けの法的・政策に関する解説を含む法律家の情報発信は、問題の共有を目指し議論の喚起を促すために、メディアや受け手の論理に配慮するという点で質的に異なるものである。その上で、情報発信に携わる場面が増大することにつれて、法律家の活動は、法律家集団の自己規律の枠に収まらない、より一層、法外的な要素に左右される傾向が強まると推測する。

本稿は、依頼者や法律家との間に直接のコミュニケーションではなく、法専門職においてメディアを介する、第三者向けの情報発信が遍在化する現代の法情報メカニズムを検討した。従来、法律家の発信は希少価値のある法律知識を非法律家に伝える、いわゆる啓蒙的な側面が注目されてきた。これに対して、今日のメディアに出現した法律家の言説は、単に知識の提供が目的ではなく、受け手のアクションを引き出すものとして理解することもできる。この受け手との関係については、弁護士依頼の促進といった商業広告的効果から、人々の司法アクセスの改善や、受け手自身の紛争処理の支援（Do-it-yourself legal services）に至る多様なものが考えられる。いずれにせよ、そこでは、情報発信の行為自体は、法専門職の活動を維持していく上で不可欠なものになりつつである。本稿のタイトルにある、「助言」から「共有」へとは、法専門職において情報活動が担う役割の変化を指すものである。

留意すべきは、このような変化は直ちに法律家の権威低下につながるわけではない。冒頭で述べたように、インターネットの普及や情報公開の推進により、法律家以外の人は以前より法情報を収集・批評しやすくなってきたが、その副作用として、正確さを欠く情報の拡散や専門家への軽視、いわゆる反知性主義（populism）の問題が近年指摘されている。本稿の検討から指摘できるのは、法情報に身分知としての側面であり、専門職が知の大衆化と対立するのではなく、情報発信を用いてその身分が強化される可能性である。親近感または面白さを重要視する法律家の情報発信においては、その発信への信頼は、必ずしも当該法律家が把握

した専門知識の程度と連動しているとは限らないように思われる。言い換えると、情報活動が求められる法専門職においては、法律家個人の振る舞いに対する社会的評価がより大きな役割を果たすようになっていくかもしれない。本論は、差し当たりこの仮説を提出することにとどまる。今後、情報発信行為が弁護士の評価に対する影響を実証的に分析することで仮説の検証を行う。

そして、法律家による情報発信という実践の解明は、法専門職研究、公共圏論やメディア論が交錯するところに位置付けられるものである。以下では、関連の研究領域の議論を敷衍しながら本論の含意を明示する。

従来の法専門職に関する研究は、訴訟活動およびその支援を中心に、国家と市場の関与や、依頼者と法専門職との相互作用に焦点を当ててきた。それに対して、本稿は訴訟実務から離れる情報発信を検討することにより、依頼者以外の第三者と法専門職との関係に注目する。むろん、将来何らかの法的紛争に直面する可能性を排除できない以上、第三者を潜在的依頼者として捉えることは可能である。しかしながら、上記の検討が示したのは、実際の事件処理とは別に、情報コンテンツの創出や消費として現れる法廷外の活動をめぐる独自なエコシステムである。そこから、訴訟や個別の紛争処理を中心とした活動と異なる弁護士のキャリア形成が見られるかもしれない。この点においては、本稿の検討は、第三者との関係性から新たな法専門職の在り方を探求することに寄与することができると考える。

法律家による情報のうちに、政策提言を含む法運動に接近する内容であれば、それが間接的に国家・社会と法律家との関わりを考察する素材になる。それは、広い意味での公的問題を議論する公共圏の成立とそこで専門家が果たす役割の所在といった論点にもつながる。法律家の発信がどのような議論を触発し、それが公共的なコミュニケーションを貢献/阻害をしているのか、といった問題に関しては、筆者は別個の事例研究を通じて検討した[136]。今後、他の専門職の状況との比較を加えて、情報発信を通して法律家の社会的役割についてさらに分析を深める必要があるだろう。

[136] 前掲注・郭薇（2022）20-35頁。

他方、弁護士業務の販促を前提とした弁護士紹介サービスや広告と違って、本稿は法律家の情報発信の、メッセージ内容自体の消費で完結するコンテンツ業に内包される側面を示唆する。法専門職と市場との関係から見れば、これは、法的サービスの利用促進だけではなく、娯楽、広告といったメディア業と法専門職のビジネスモデルとの融合可能性を意味するのであろう。この推定が正しいければ、法専門職と他の職業との差異が縮小し、法律家の専門性をより流動的なものとして捉えられるかもしれない。

もっとも、情報化が専門職と利用者との間に存在する格差を縮小し、専門職がより社会応答的な存在になっていくというのは、情報社会論において繰り返し見られる主張である。本稿の結論と、第２章で紹介したKrizerの「ポスト・プロフェッショナリズム」論との親和性を否定できない。しかしながら、本稿は、（情報）技術が社会を変化させる効果を強調する、いわゆる技術決定論ではない。むしろ、以上の検討から、法専門職には実務家としてのプロフェッショナリズムの実質的な衰退が見られる一方で、いまだに規範的秩序の解説者としての身分的な権威が維持されている、一種の奇妙な「共存」が確認される。今後、実証分析を通じて、このような「共存」のメカニズムとその問題点を具体的に解明していくことを目指す。

最後に、本稿の射程について述べる。本稿は、一国・地域の法専門職とくに弁護士業の現状解明を目指すものではないが、論拠として日本の事例を多用したことも事実である。情報化社会における法専門職の変容という一般的な問いに対しては、日本の事例分析がいかなる意義を持つのだろうか。

日本の事例には、以下のような二面性が有している。まず、日本のリーガルエコシステムが持つ特性、すなわち厳格な非弁禁止規定の運用、高度な弁護士自治の維持、さらに大型の弁護士事務所と組織内法務の数がまだ少ないことを考慮すれば、日本の法専門職は、比較的に国家・政府や市場からの介入から一定の距離を保てているように見える[137]。制度

[137] ここでは、David. Wilkins=David.Trubek=Bryon Fong (2020)“Globalization, Lawyers, and Emerging Economies: The Rise, Transformation and Significance

的・事実的に法専門職の自律性が相対的に強い社会において情報化の影響がどのように現れるのかについては、日本の事例を用いて、法律分野の情報化が先行した社会（例えばアメリカや中国）を考察対象とする研究と異なる視点を提供できるように思われる。

また、第４章の検討が示したように、近時の法専門職による情報発信の活発化においては、単なる専門知識の提供を超え、感情や人間性といった側面を注目されている。この傾向は、一見すると新しい議論のように見えるが、戦後の日本社会の近代化運動が克服しようとした、人々の行動が身のまわりの「義理人情」にとらわれるという発想に逆戻りする可能性も内包している。現代の専門職論は、西洋の近代化に伴う社会構造の転換と密接に関係するものの、そこで見られる、法専門職を介して社会の紛争を解決し、とくに訴訟手続を活用させるという前提は必ずしも自明なものではない。日本における法専門職の情報発信には、法専門職のプロモーション手段にとどまらず、人々の主張や行動を指南する広い意味での訴訟外の法的サービスとしての側面が窺える。日本の事例を通じて、非西洋社会を含む法の社会「実相」を明らかにしつつ、体系化した知識を核とする近代の専門職文化を見直す意義もあるのだろう。

【付記】本研究はJSPS科学研究費19K13580及び23K01206の研究助成を受けた成果の一部である.

---

of the New Corporate Legal Ecosystem in India, Brazil and China", 61Harvard International Law Journal, pp.282-355のリーガルエコシステム類型化からヒントを得た。

論　　説

契約責任法における責任内容確定の構造と方法（6）

―― 損害論の視角からの分析 ――

林　　耕平

目　次

第1章　はじめに
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
　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
　　（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、73巻6号）
　　c　Chr. クニューテルの見解
　　d　リームの見解
　　e　J. W. フルーメの見解
　　エ　小括
　　（2）瑕疵担保責任における責任内容論
　　ア　問題の所在――仮定的瑕疵除去費用の賠償の可否
　　イ　請負における判例変更とそれをめぐる学説の議論
　　（以上、74巻4＝5＝6号）

ウ　請負における判例変更の射程（売買への影響）に関する判例の展開とそれをめぐる学説の議論
（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　（以上、75巻1＝2号）
2　析出された各損害概念を踏まえた責任内容論の検討
（1）各損害概念に妥当する規範内容
ア　損害概念ごとの考察
イ　3種類の損害概念をまとめて取り上げた考察
（ア）基準時　（以上、75巻3＝4号）
（イ）人的基準――抽象的損害計算・具体的損害計算
a　抽象的損害計算・具体的損害計算の意味と適用場面
b　抽象的損害計算と具体的損害計算の関係
（2）損害概念相互の序列関係　（以上、75巻5＝6号）
第3節　損害賠償分類論
1　はじめに
（1）BGBの規定の確認
（2）問題の所在――損害賠償分類論
2　早すぎた填補購入
（1）問題の所在
（2）学説
ア　紹介
イ　分析
（3）判例――BGH 2013年7月3日判決
ア　事案
イ　判旨とその評価　（以上、本号）
3　利用利益喪失損害の検討
4　まとめ
第3章　日本法の検討
第4章　おわりに

第3節　損害賠償分類論

以上で、責任内容論をめぐるドイツの議論の紹介・分析を終える。続いて、本節では、損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析す

る[1]。

[1] 損害賠償分類論をめぐるドイツの議論を紹介・分析するものとしては、すでに、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、同「双務契約上の役務提供債務の不完全な履行による2種類の損害賠償（民法415条）と追完請求の優位性」宮本健蔵先生古稀記念『民法学の伝統と新たな構想』（信山社・2022年）99頁以下、高田淳「損害賠償種類論における時期的区分説の検証――早期代替取引費用の賠償対象性を素材として」法学新報127巻3＝4号（2021年）265頁、同「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、同「履行に代わる損害賠償（填補賠償）の識別」小賀野晶一先生古稀祝賀『民法の展開と構成』（成文堂・2023年）272頁以下、同「損害賠償種類論における損害現象論的区分説の骨子」小野秀誠先生古稀記念論文集『社会の多様化と私法の展開』（法律文化社・2024年）42頁、同「損害現象論的区分説における給付に代わる損害賠償の識別」法学新報131巻3＝4号（2024年）69頁、藤田寿夫「契約不適合による損害賠償」香川法学40巻3＝4号（2021年）1頁、同「追完に代わる損害賠償と追完とともにする損害賠償」香川法学43巻1＝2＝3＝4号（2024年）159頁がある。とりわけ、高田の諸論文は、本稿が以下取り上げる「時的区分説」と「損害類型的区分説」（高田においては、「損害現象論的区分説」という呼称が採用されている）を中心に、ドイツの学説（および判例）の議論を詳細に検討するものであることから、本稿が高田の諸論文とどのような関係に立つのかという点をあらかじめ説明しておく必要がある。

高田は、「時的区分説」と「損害類型的区分説」の内容を詳細かつ明快に分析したうえで、結論としては「損害類型的区分説」を支持する（高田・前掲注（1）「識別」276頁、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説の骨子」50頁以下）。そのうえで、日本法の解釈論としても、同説を基礎としつつ、填補賠償該当性の判断（を含めた損害賠償の分類）は「当該損害項目の内容に照らして」行われるべきであるという立場（高田は、自説を「損害内容基準説」と称する）を採る（高田・前掲注（1）「識別」272頁、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説の骨子」52頁）。こうしたアプローチは、損害論の視角から損害賠償分類論を分析しようとする本稿とも共通の方向性にある。実際、高田が最終的に日本法の解釈論として具体的な損害項目ごとに示す結論も、本稿が示す結論とほぼ合致する（高田の日本法の解釈論の内容およびその評価については、第3章で取り上げる予定である）。

こうした重要な先行研究が存在するにもかかわらず、本稿が改めてドイツの

1　はじめに

まず、BGBの規定を確認したうえで、問題の所在を示しておく。

（1）BGB の規定の確認

改正BGB[2]280条1項[3]によると、「債務者が債務関係から生じる義務に

議論を詳細に検討する理由は、(先取りにはなるが、)主として次の2点にある。

第1に、高田の論文と本稿の間には、ドイツの議論の整理の仕方において重要な違いが存在する。ドイツでは、一般に、「時的区分説」と「損害類型的区分説」が、異なる種類の損害賠償の「区別基準」に関する2つの大きく異なるアプローチとして取り上げられ、両者のアプローチの違いが、特に「早すぎた填補購入」という場面において、具体的な分類結果の違いをもたらす（やや単純化して整理すると、「早すぎた填補購入」の場面における填補購入費用の賠償につき、前者のアプローチからは遅延賠償、後者のアプローチからは填補賠償という分類結果が導かれる）と理解されている。高田も、基本的にはこうしたドイツの一般的な理解を前提としつつ、両見解の「区別基準論」の次元での相違点を強調する形で学説の分析・評価を行い、最終的には「損害類型的区分説」を支持するに至る（例えば、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」298頁以下、同・前掲注（1）「識別」272頁以下を参照）。これに対して、本稿は、――ドイツの一部の学説からの指摘を手がかりとしつつ――「早すぎた填補購入」をめぐる議論の真の対立点は、「区別基準論」ではなく「損害論」にあるという理解の仕方を提示する。こうした見方は、一方で、(「早すぎた填補購入」以外の場面も含めた) 損害賠償分類論における「区別基準論」について、「時的区分説」と「損害類型的区分説」に共通する基本的発想に目を向けようとするものであるとともに、他方で、損害賠償分類論において「損害論」が担う役割の重大さを、ドイツの議論の分析を通じて浮き彫りにしようとするものである。

第2に、本稿では、「損害賠償分類論」の検討から得られる「損害論」に関する知見を、本稿がすでに「責任内容論」の検討から得ている「損害論」に関する知見と結びつける。まさにこの点に、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がある。

[2] なお、改正前 BGB のもとでも、改正 BGB のもとでの損害賠償分類論と類似の問題があった。まず、「不履行に基づく損害賠償 (Schadensersatz wegen Nichterfüllung)」(改正前 BGB326条1項2文) と遅滞損害の賠償 (Ersatz des Verzugsschadens) (改正前 BGB286条1項) の関係をめぐって、議論が行われていた (議論状況につき、*Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 2, 1999, S. 301 ff. を参照)。また、改正前 BGB459条以下の瑕疵担保責任を根拠とする賠

違反した場合」には、「その義務違反を債務者の責めに帰すべきでない場合」を除き、債務者は、損害賠償責任を負う。ここで、改正BGB280条は、３種類の損害賠償を区別している。

ア　給付に代わる損害賠償［填補賠償］（改正BGB280条３項）

まず、改正BGB280条３項によると、債権者は、「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」（以下、原則として「填補賠償」と呼ぶ）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」。この填補賠償付加要件のうち最も重要なのは、改正BGB281条が定める付加要件である。同条によると、債権者は、原則として、「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」（改正BGB281条１項１文）にはじめて填補賠償を請求することができる。

イ　給付とともにする損害賠償

（ア）遅延賠償（改正BGB280条２項）

次に、改正BGB280条２項によると、債権者は、「給付の遅延に基づく損害賠償（Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung）」（以下、「遅延賠償」と呼ぶ）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」。その改正BGB286条によると、債務者は、原則として、「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」（改正BGB286条１項１文）にはじめて「遅滞（Verzug）」に陥る。すなわち、遅延賠償の請求は、債務者の義務違反――ここで義務違反に

償のみが認められる「瑕疵損害（Mangelschaden）」と、「積極的契約侵害（positive Vertragsverletzung）」を根拠とする賠償も認められる「瑕疵結果損害（Mangelfolgeschaden）」の区別基準をめぐっても、議論が行われていた（議論状況につき、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-432, 4. Aufl., 2001, Vor Rn. 212 ff.（-*Volker Emmerich*）を参照）。しかし、日本法の「債務の履行に代わる損害賠償」（改正民法415条２項）と最も近いのが改正 BGB の「給付に代わる損害賠償（Schadensersatz statt der Leistung）」（改正BGB280条３項）であること、本稿の分析視角である損害論について最も有益な示唆を提供するのが改正 BGB のもとでの議論であることから、以下では、改正 BGB のもとでの議論のみを取り上げる。

[3] 改正 BGB280条以下の条文については、連載第１回の注（79）を参照。

あたるのは、履行期が経過したにもかかわらず履行を行わないこと、つまり給付の「遅延（Verzögerung/Verspätung）」である――と帰責事由という基本要件に加えて、「遅滞（Verzug）」という付加要件を満たして――そのためには、原則として催告が必要となる――はじめて可能となるわけである（以下、遅延賠償の請求のために必要な付加要件のことを「遅延賠償付加要件」と呼ぶ）。

（イ）単純賠償（改正BGB280条１項）

最後に、改正BGB280条２項・３項のいずれも適用されず、同条１項のみが適用される損害賠償――付加要件がかからない損害賠償――がある。この損害賠償は、講学上、「単純な損害賠償（einfacher Schadensersatz）」と呼ばれている[4]（以下、「単純賠償」と呼ぶ）[5]。

「単純賠償」と「遅延賠償」は、「填補賠償」とは異なり、債権者が（現実）給付を受領したうえで、それに加えて請求することができるものである。そのため、講学上、「単純賠償」と「遅延賠償」は、併せて「給付とともにする損害賠償（Schadensersatz neben der Leistung）」と呼ばれている[6]。

（２）問題の所在――損害賠償分類論

ここで、ある一定の損害賠償が填補賠償・遅延賠償・単純賠償のいずれに分類されるのかという問題――本稿が「損害賠償分類論」と呼ぶ問題――が生じる。

すでに述べたところから明らかなように、この３種類の損害賠償の区別は、次の２つの観点に基づくものである。

１つは、給付の受領との両立可能性の観点である。この観点からは、給付の受領と両立しない損害賠償としての給付に代わる損害賠償［填補

---

[4] 例えば、Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 241-310, 9. Aufl., 2022, § 280 Rn. 5 (-*Wolfgang Ernst*).

[5] 後述するように、どのような損害（の賠償）が「単純賠償」に分類されるのかという点自体に争いがあるが、例えば、ある考え方によると、完全性利益ないし保持利益の賠償が「単純賠償」にあたる。

[6] 例えば、*Dieter Medicus/Stephan Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 2021, S. 146.

賠償］と、給付の受領と両立する損害賠償としての給付とともにする損害賠償が区別される。

もう１つは、付加要件の観点である。この観点からは、填補賠償付加要件を要する損害賠償としての填補賠償、遅延賠償付加要件を要する損害賠償としての遅延賠償、付加要件を要しない損害賠償としての単純賠償が区別される。

以上のことを踏まえると、損害賠償分類論において問われているのは、ある一定の損害賠償が、「給付の受領と両立せず、かつ填補賠償付加要件を要する損害賠償」・「給付の受領と両立し、かつ遅延賠償付加要件を要する損害賠償」・「給付の受領と両立し、かつ付加要件を要しない損害賠償」のいずれに分類されるのかという問題であるということができる。

2　早すぎた填補購入

この問題の解決が困難となる場面の１つが、いわゆる「早すぎた填補購入（vorzeitiger Deckungskauf）」の場面である。

（1）問題の所在

まず、この場面における問題の所在を具体的なケースに即して明らかにしておく。

ア　ケースの設定

例えば、バイオディーゼル燃料100万リットルを代金33万ユーロで購入するという売買契約が締結されたとする。売主が履行期に履行を行わなかったため、買主は、自ら100万リットル分の填補購入を行った。市場価格が騰貴していたため、その際の代金額は、40万ユーロであった。買主は、売主に対して、事実的填補購入費用（厳密には、増加費用の７万ユーロ）の賠償を請求することができるか。それは、填補購入の時期によって左右されるか。

イ　解決のあり方

（ア）履行請求権消滅後の填補購入の場合――争いなく填補賠償に分類

まず、填補購入が履行請求権消滅後――ケースに即していうと、買主による（猶予期間の設定および経過という要件を満たしたうえでの）填

補賠償請求後（改正BGB281条４項）または解除後――に行われた場合には、事実的填補購入費用の賠償を填補賠償として請求することができるという点に争いはない[7]。

（イ）履行請求権消滅前の填補購入［早すぎた填補購入］の場合

a　分類をめぐる争いの存在

これに対して、填補購入が履行請求権消滅前――ケースに即していうと、猶予期間経過前（これには、買主がそもそも猶予期間を設定せずに填補購入を行った場合と、猶予期間を設定したものの、その経過前に填補購入を行った場合が含まれる）か、あるいは猶予期間経過時と填補賠償請求または解除の時点の間――に行われた場合、すなわち、「早すぎた填補購入」が行われた場合には、事実的填補購入費用の賠償が給付に代わる損害賠償［填補賠償］に分類されるのか、それとも給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）に分類されるのかについて争いがある。

b　分類による結論の違い

いずれに分類されるかによって、以下のような結論の違いが生じることになる（ただし、実際にドイツにおいて以下で示すような結論が導かれているかというと、必ずしもそうとは限らない。以下で示すのは、あ

[7] *Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 203 (2003), S. 737; *Florian Faust*, Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S. 254; *Stephan Lorenz*, Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder – Was taugt die „Zauberformel" ?, in: Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, 2012, S. 152 ff.; *Beate Gsell*, Mehrkosten eines frühzeitigen Deckungskaufs als Schadensersatz statt der Leistung, LMK 2013, 353035; *Christoph Hirsch*, Schadensersatz statt oder neben der Leistung – Aktuelle Fragen der Abgrenzung, JuS 2014, S. 101; *Stefan Korch/Teoman Hagemeyer*, Die ewige Frage: Schadensersatz statt oder neben der Leistung? – Die Abgrenzung vor dem Hintergrund des Biodiesel-Urteils des BGH, Jura 2014, S. 1083; *Ulrich G. Schroeter*, Befriedigung des Leistungsinteresses in Geld – Der »statt der Leistung« verlangte Schadensersatz im modernisierten Schuldrecht, AcP 220 (2020), S. 273 f. など。

くまで、何らの理論的な修正も加えずに単純に考えた場合にどのような結論の違いが生じるかということである）。

（a）遅延賠償構成

1）付加要件――遅延賠償付加要件

まず、遅延賠償に分類された場合には、遅延賠償付加要件――原則として、催告――が満たされた時点以降に（事実的）填補購入費用が支出されている限り、――「早すぎた填補購入」であったとしても――その賠償が認められることになる。

2）給付を受領したうえでの賠償の可否――肯定

このとき、債権者は、給付を受領したうえで、それに加えて事実的填補購入費用の賠償を請求することもできる。

（b）填補賠償構成

1）付加要件――填補賠償付加要件

これに対して、填補賠償に分類された場合には、次のようになる。填補賠償は、填補賠償付加要件――原則として、猶予期間の設定および経過――が満たされてはじめて請求が可能となるものである[8]。「早すぎた填補購入」の場合にも、このことに変わりはない。

したがって、填補賠償付加要件が満たされていない段階では、事実的填補購入費用の賠償を請求することはできない。

これに対して、填補賠償付加要件が満たされた場合には、事実的填補購入費用の賠償を請求することができるかどうかは、費用の支出が填補賠償付加要件の充足前に行われたこと、あるいは、填補賠償付加要件の充足後ではあるものの、履行請求権の消滅前に行われたことをどのように評価するかという点にかかってくる[9]。例えば、費用の支出が填補賠償

[8] ここでは、遅延賠償付加要件と填補賠償付加要件の作用の仕方が異なる――遅延賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を終局的に否定するという形で作用するのに対して、填補賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を一時的に阻止するという形で作用する――ことが前提とされている。これについては、後述する。

[9] 高田淳「早期代替取引費用の賠償対象性（試論）」金井貴嗣先生古稀祝賀論文集『現代経済法の課題と理論』（弘文堂・2022年）538頁以下も、（日本法についてではあるが、）「早すぎた填補購入」の場面においては、填補賠償付加要件が

付加要件の充足前に行われた場合には、その後填補賠償付加要件が満たされたとしても、事実的填補購入費用の賠償は認められず、給付の客観的価値の賠償など、他の形での填補賠償しか認められないとする考え方がありうる。

2）給付を受領したうえでの賠償の可否――否定

仮に事実的填補購入費用の賠償を（場合によっては）認めるという考え方を採る場合であっても、債権者は、給付を受領したうえで、それに加えて事実的填補購入費用の賠償を請求することはできない。

（2）学説

では、ドイツの学説がこの問題についてどのように考えているのかをみていこう。以下では、ドイツの学説――遅延賠償構成と填補賠償構成――を紹介した後、その分析を行うこととする。

ア　紹介

学説は、遅延賠償構成――「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償は遅延賠償に分類されるとする立場――と、填補賠償構成――「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償は填補賠償に分類されるとする立場――に分かれる。

（ア）遅延賠償構成（ファウスト、ローレンツ）

遅延賠償構成を代表するのは、ファウスト（*Florian Faust*）とローレンツ（*Stephan Lorenz*）である。以下では、彼らの見解を、損害賠償分類論に関する部分――「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償は遅延賠償に分類されるとする部分――と、賠償の可否に関する部分――（遅延賠償に分類された）事実的填補購入費用の賠償は認められるかという点に関する部分――に分けてみていく。

a　損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論についてみていく。

（a）区別基準――時的区分説

彼らは、異なる種類の損害賠償の区別基準につき、「時的区分説

満たされたとしても直ちに事実的填補購入費用の賠償が認められることにはならず、賠償の可否については別途検討を要することを指摘する。

（zeitliche Abgrenzung）」[10]と呼ばれる見解[11]を採る。

1）給付に代わる損害賠償［填補賠償］――ある一定の時点における給付により除去することができる損害の賠償

これによると、給付に代わる損害賠償［填補賠償］は、（ある一定の時点における）給付によってなお除去することができる損害の賠償である[12]。

ファウストとローレンツは、その想定される給付の時期を、給付が行われうる最終時点、つまり履行請求権消滅時とする。これによると、給付に代わる損害賠償［填補賠償］の対象は、「給付の終局的な脱落に起因する損害のみ」であるということになる。「給付が終局的に脱落するのは、給付が不能である場合（BGB275条１項）、もしくは債務者がBGB275条２項および３項の抗弁権を正当に行使した場合、または債権者が解除し、かつ／あるいは給付に代わる損害賠償を請求した場合（BGB281条４項を参照）である」[13]。

2）給付とともにする損害賠償――ある一定の時点における給付により除去することができない損害の賠償

これに対して、給付とともにする損害賠償は、（ある一定の時点にお

---

[10] この呼称を用いるものとして、例えば、*Ivo Bach*, Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, ZJS 2013, S. 2.

[11] この見解を紹介するものとして、福田・前掲注（１）「『履行に代わる損害賠償』と『その他の損害賠償』」154頁以下、同・前掲注（１）「２種類の損害賠償と追完請求の優位性」99頁以下、藤田・前掲注（１）「契約不適合による損害賠償」５頁、同・前掲注（１）「追完に代わる損害賠償」160頁以下、高田・前掲注（１）「時期的区分説の検証」272頁以下、同・前掲注（１）「時期的区分説の骨子」281頁以下・285頁、同・前掲注（１）「識別」273頁以下、同・前掲注（１）「損害現象論的区分説の骨子」45頁。

[12] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 149.

[13] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 151 f. 同様の見解として、*Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 254; *Lars Klöhn*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11. 2. 2009, JZ 2010, S. 47; *Michael Nietsch*, Schadensersatz beim Deckungskauf trotz Erfüllung, NJW 2014, S. 2387.

ける）給付によってはもはや除去することができない損害の賠償である[14]。

想定される給付の時期を履行請求権消滅時とするファウストとローレンツの考え方によると、給付とともにする損害賠償の対象は、「この時点〔引用者注：給付が終局的に脱落した時点〕より前にすでに終局的に発生している損害」であるということになる[15]。

（b）事実的填補購入費用が問題となる場合

では、この区別基準を、事実的填補購入費用の賠償が問題となる場合に適用するとどうなるであろうか。

1）履行請求権消滅前の填補購入［早すぎた填補購入］の場合――遅延賠償

ファウストとローレンツによると、履行請求権消滅前の填補購入――「早すぎた填補購入」――の場合には、事実的填補購入費用の賠償は、給付とともにする損害賠償（のうち遅延賠償）に分類される[16]。なぜなら、履行請求権消滅時に給付がされたとしても、その前にすでに債権者のもとで填補購入費用が発生しているという事実は変わらないからである[17]。

2）履行請求権消滅後の填補購入の場合――填補賠償

これに対して、履行請求権消滅後の填補購入の場合には、事実的填補購入費用の賠償は、給付に代わる損害賠償［填補賠償］に分類される[18]。なぜなら、費用の発生が履行請求権の消滅に起因するからである[19]。

b　早すぎた填補購入の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否――ローレンツの見解

続いて、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の

---

[14] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 149. なお、時的区分説の論者が、給付とともにする損害賠償の内部において遅延賠償と単純賠償をどのように区別するかについては、後述する（連載第7回の第2章第3節3（2）ア（イ）aを参照）。

[15] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 152. 同様の見解として、*Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 254; *Klöhn*, a.a.O. (Fn. 13), S. 47; *Nietsch*, a.a.O. (Fn. 13), S. 2387.

[16] *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 254; *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 156, 158. 同様の見解として、*Klöhn*, a.a.O. (Fn. 13), S. 47; *Nietsch*, a.a.O. (Fn. 13), S. 2388.

[17] *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 254; *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 158.

[18] *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 254; *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 152 ff.

[19] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 153.

賠償の可否についてみていく。単純に考えると、遅延賠償構成を採る以上、遅延賠償付加要件――原則として、催告――が満たされた時点以降に（事実的）填補購入費用が支出されている限り、その賠償が認められることになりそうである。しかし、そうすると、債権者は、債務者から給付を受領した場合に、それに加えて、遅延賠償としての事実的填補購入費用の賠償を請求することができることになってしまう。これは、(少なくとも単純に考える限りでは、）債権者が「原契約の代金額において給付を取得する」という利益を二重に享受することを意味するため、不当な結論であると考えられる。

もっとも、ファウストとローレンツは、――それぞれ異なるアプローチに基づいて――賠償が否定される場面を広範に認めるため、こうした結論は、（基本的には）回避されている。例えば、ローレンツ[20]は、以下のようなアプローチを採る[21]。

（a）アプローチ――心理的に媒介された因果関係アプローチ

ローレンツによると、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否は、「心理的に媒介された因果関係（psychisch vermittelte Kausalität）」の問題として解決されるべきである。

「BGB280条1項によると、債務者は、自らの義務違反により生じた損害（のみ）を賠償しなければならない。これは、BGB280条1項・2項・286条の給付の遅延に基づく損害賠償でいうと、遅延により生じた

[20] ローレンツのアプローチを紹介するものとして、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」277頁以下。

[21] なお、ファウストは、「共働過失アプローチ」とも呼ぶべきアプローチを採る。これによると、「早すぎた填補購入」の実施を通じた債権者の原因寄与（Verursachungsbeitrag）は、原則として、給付の遅延を通じた債務者の原因寄与を大幅に上回るため、「早すぎた填補購入」の場合――ここには、猶予期間経過前の填補購入の場合だけでなく、猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合も含まれる――の事実的填補購入費用の賠償は、原則として、254条により、完全に排除される（*Faust*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 255 f.）。このファウストのアプローチを紹介するものとして、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」275頁以下。

損害のことである。早すぎた填補取引の場合には、債務者の義務違反と填補取引費用の形をとった損害の間に、等価因果関係（äquivalente Kausalität）〔引用者注：条件関係〕[22]および相当因果関係（adäquate Kausalität）が存在することに疑いはない。しかし、なお考慮に入れなければならないのは、損害が（まだ可能な給付の遅延という）ここで問題となる債務者の義務違反に直接に起因しているわけではなく、填補取引の実施という形をとった債権者の行為、つまり被害者自身の行為が介在しているということである。この行為があってはじめて、債権者が遅延損害として主張する財産的損害が惹起されるのである。したがって、これは、損害法上の誘発事例（schadensrechtlicher Herausforderungsfall）、つまり心理的に媒介された因果関係（psychisch vermittelte Kausalität）の事例にあたる。一般に認められているように、この種の事例においては、相当性に加えて、さらに等価因果関係に対する評価的修正を行う必要がある。ここでは、周知のように、責任を基礎づける他者の行動に反応して被害者自身が直接に惹起した損害結果が〔加害者に〕帰責されるのは、被害者がそうした反応をするように誘発されたと感じてもやむをえない（sich herausgefordert fühlen dürfen）場合に限られる」[23]。

（ｂ）結論

ローレンツは、こうしたアプローチのもとで、以下のような結論を導く。

１）猶予期間経過前の填補購入の場合

まず、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合には、以下のようになる。

ア）原則――賠償否定

この場合、原則として、事実的填補購入費用の賠償は否定される。これは、債権者は、猶予期間経過前においては、原則として、債務者が給付を提供した場合にはその給付を受領しなければならないため、填補購

[22] 条件関係においては、結果に対して「あれなければこれなし」の関係に立つあらゆる条件を等価値のものとして扱うことになるため、条件関係は、ドイツにおいて、「等価因果関係（äquivalente Kausalität）」と呼ばれている（例えば、*Medicus/Lorenz*, a.a.O.（Fn. 6）, S. 316を参照）。

[23] *Lorenz*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 160.

入を行うように誘発されたと感じてはならないからである[24]。

もっとも、債権者の填補購入によって遅延損害――例えば、営業利益の喪失――の発生が回避された場合には、――填補購入がなければ認められていたはずの――そうした遅延損害の賠償は認められる[25]。

イ）例外――賠償肯定

ただし、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合であっても、例外的に事実的填補購入費用の賠償が認められる場合がある。それは、事実的填補購入費用の額が、填補購入が行われなければ発生していたはずの遅延損害――例えば、営業利益の喪失――の額を下回る場合である。これは、この場合に債権者が填補購入を行わずに遅延損害の賠償を請求したとすると、254条２項の共働過失の抗弁を受けることになるため、填補購入を行うように誘発されたと感じてもやむをえないからである[26]。

なお、債権者が填補購入を行った後、猶予期間が経過するまでに債務者が給付を提供した場合には、債権者は、その給付を受領し、代金を支払わなければならない。そうすると、単純に考える限り、債権者は、給付と、遅延賠償としての事実的填補購入費用の賠償の両方を受けることができることになる。これは、前述のように、（少なくとも単純に考える限りでは、）債権者が「原契約の代金額において給付を取得する」という利益を二重に享受することを意味するため、不当な結論であると考えられる。

そこで、ローレンツは、次のように考える。すなわち、債権者は、遅延賠償として、事実的填補購入費用の全額――前述のケースに即していうと、７万ユーロではなく40万ユーロ――の賠償を請求することができる。ただし、債務者が給付を行った場合には、損益相殺として、填補購入により取得した代替品を債務者に引き渡すか、または遅延損害――例えば、営業利益の喪失――の回避後もなお残存する代替品の使用利益（Gebrauchsvorteil）の額を賠償額から差し引かなければならない[27]。

---

[24] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 161.

[25] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 163.

[26] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 162.

[27] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 162, 164.

こうしたローレンツの考え方は、填補購入をいわば代替品の賃借と同じように扱うものであるといえる。すなわち、この考え方を採ることにより、債権者が、遅延損害――例えば、営業利益の喪失――を回避するために代替品を賃借した後に、賃料（相当額）の賠償および給付を受けた場合と同じ利益状態が実現されるわけである[28]。

2）猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合――賠償肯定

次に、猶予期間経過後・履行請求権消滅前に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用の賠償は認められる[29]。これは、債権者は、猶予期間経過後においては、債務者から提供された給付の受領を拒絶することができるからである[30]。

（イ）填補賠償構成（通説）

これに対して、通説は、填補賠償構成を採る[31]。以下では、この見解を、先ほどと同様に、損害賠償分類論に関する部分――「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償は填補賠償に分類されるとする部分

---

[28] これと類似の発想は、近時のBGHの判決（2023年4月20日判決）にも垣間見られるところである。これについては、後掲注（104）を参照。

[29] *Lorenz*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 161. なお、ローレンツは、この場合にも、事実的填補購入費用の全額の賠償を認めるものとみられる。ただし、填補賠償の請求または解除がされた時点で、賠償額から原契約の代金額が控除されることになると考えるものとみられる（S. 162を参照）。

[30] *Lorenz*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 161.

[31] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 737; *Patrick Ostendorf*, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, NJW 2010, S. 2838; Beck'scher Online-Kommentar BGB, 31. Ed., 2011, § 286 Rn. 69（-*Hannes Unberath*）; *Hirsch*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 101; *Martin Schwab*, Schuldrecht AT: Schadensersatzrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines Deckungskaufs, JuS 2014, S. 167; *Korch/Hagemeyer*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 1081; *Johannes W. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 189 ff.; *Schroeter*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 273, 276; Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., 2022, § 286 Rn. 41（-*Christian Grüneberg*）; Münchener, a.a.O.（Fn. 4）, § 286 Rn. 145（-*Ernst*）; Beck-Online Grosskommentar zum Zivilrecht, 1. 8. 2023, § 280 Rn. 245 ff.（-*Thomas Riehm*）.

――と、賠償の可否に関する部分――（填補賠償に分類された）事実的填補購入費用の賠償は認められるかという点に関する部分――に分けてみていく。

a　損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論についてみていく。填補賠償構成の内部においては、異なる種類の損害賠償をどのような区別基準によって区別するのかという点につき、様々な見解が主張されている[32]が、以下では、その

[32] ここで、「早すぎた填補購入」の場面からいったん離れ、一般論として、本文で取り上げる時的区分説と損害類型的区分説のほかにどのような区別基準が主張されているのかを簡潔に紹介しておく。

第1に、瑕疵ある給付の場合につき、改正前BGBのもとでの「瑕疵損害（Mangelschaden）」と「瑕疵結果損害（Mangelfolgeschaden）」の区別が、改正BGBのもとでも填補賠償と単純賠償の区別基準として機能するとする見解がある（立法者の見解である（Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, S. 224 f.）。同様の見解として、*Claus-Wilhelm Canaris*, Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Egon Lorenz（Hrsg.）, Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, 2003, S. 40; *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 46. Aufl., 2022, S. 329, 334など）。

第2に、すでに履行がされた場合、または履行請求権が存続しているにもかかわらずまだ履行がされていない場合に請求されるのが遅延賠償、まだ履行がされておらず、かつ履行請求権が消滅している場合に請求されるのが填補賠償であるとする見解がある（*Ulrich Huber*, Schadensersatz statt der Leistung, AcP 210（2010）, S. 340 ff.; *Thomas Ackermann*, Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2012, S. 872）。これによると、遅延賠償請求権を填補賠償請求権と独立に行使することはできない。つまり、いったん基礎づけられた遅延賠償請求権は、填補賠償が請求される段階で、填補賠償請求権に組み込まれる。

第3に、填補賠償は、損害賠償請求が事実として契約の巻戻しを内包する場合の損害賠償であるとする見解がある（*Bach*, a.a.O.（Fn. 10）, S. 6）。

第4に、給付に代わる損害賠償［填補賠償］は「給付利益（Leistungsinteresse）」の実現が請求されている場合の損害賠償、給付とともにする損害賠償はそれ以外の場合の損害賠償であるとする見解がある（*Schroeter*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 252）。この見解については、後に取り上げる（連載第7回の第2章第3節3（1）イ（イ）b（b）を参照）。

第5に、時的区分説と損害類型的区分説も含めた他の見解と根本的に異なる

うち、主要な見解として２つの見解を取り上げる。

（ａ）時的区分説

まず、ここでも、時的区分説を採る論者がいる。時的区分説は、遅延賠償構成と填補賠償構成の両方にまたがって採用されていることになるわけであり、区別基準としては、通説を形成しているとされる[33]。

１）区別基準――時的区分説

これによると、前述のように、給付に代わる損害賠償［填補賠償］は、ある一定の時点における給付により除去することができる損害の賠償、給付とともにする損害賠償は、ある一定の時点における給付により除去することができない損害の賠償である。想定される給付の時期について、（ファウストとローレンツも属する）通説は、履行請求権消滅時とする[34]。

２）事実的填補購入費用が問題となる場合――常に填補賠償

このように、ここでは、ファウストやローレンツと同じ区別基準が採用されている。しかし、（ファウストやローレンツ以外の）時的区分説

見解として、区別基準を設けることをせず、損害算定の問題に解消する見解がある（Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 243-304, 13. Aufl., 2014, § 280 Rn. 285 ff.（-*Christoph Benicke/Jan F. Hellwig*）; *dies.*, Das System der Schadensersatzhaftung wegen Leistungspflichtverletzung, NJW 2014, S. 1702; *dies.*, Vorzeitiges Deckungsgeschäft und Schadensersatz – Eine dogmatische Aufarbeitung, ZIP 2015, S. 1109 ff. この見解を紹介するものとして、高田・前掲注（１）「識別」274頁以下、同・前掲注（１）「損害現象論的区分説の骨子」45頁以下）。

[33] 時的区分説を「支配的」な学説と評するものとして、例えば、*Ostendorf*, a.a.O.（Fn. 31）, S. 2834 f.; *Johann Kindl*, Einfacher Schadensersatz, Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung（Teil 1）, Jura 2020, S. 781. もっとも、近時は損害類型的区分説を支持する論者も増加している（後掲注（40）を参照）ため、現時点においてもなお時的区分説が通説ないし支配的学説であると評価してよいかどうかは必ずしも明らかではない。

[34] BeckOK-BGB, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 27 f.（-*Unberath*）; *Hirsch*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 98 f.; *Korch/Hagemeyer*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 1081; Grüneberg, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 18（-*Grüneberg*）; Münchener, a.a.O.（Fn. 4）, § 280 Rn. 75（-*Ernst*）.

を採る論者は、事実的填補購入費用の賠償は、――填補購入の時期にかかわらず――常に填補賠償に分類されるとする[35]。これにより、同じ区別基準が採用されているにもかかわらず、「早すぎた填補購入」の場面について異なる分類結果が導かれることとなっている。

ア）従来の見解――明確な理由づけの欠如

従来の見解――例えば、エルンスト（*Wofgang Ernst*）――は、なぜ時的区分説を適用した結果、事実的填補購入費用の賠償が常に填補賠償に分類されることになるのかという点につき、明確な説明をしてこなかった[36]。

イ）近時の見解――損害＝給付の不取得

これに対して、近時、少数ながら、この点につき明確な説明をする見解が現れている。それが、ヒルシュ（*Christoph Hirsch*）とコルヒ＝ハーゲマイヤー（*Stefan Korch/Teoman Hagemeyer*）の見解である。

これによると、填補購入の場面においては、支出された費用が損害にあたるのではなく、給付がされなかったこと（Nichtleistung）が損害にあたる。損害をこのように捉えたうえで時的区分説を適用すると、事実的填補購入費用の賠償は、（常に）填補賠償に分類されることになる。なぜなら、給付がされなかったこと（Nichtleistung）という損害は、履行請求権消滅時の給付によって除去することができるからである[37]。

---

[35] BeckOK-BGB, a.a.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 69 (-*Unberath*); *Hirsch*, a.a.O. (Fn. 7), S. 101; *Korch/Hagemeyer*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1081; Grüneberg, a.a.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 41 (-*Grüneberg*); Münchener, a.a.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (-*Ernst*). ただし、後掲注 (81) を参照。

[36] BeckOK-BGB, a.a.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 69 (-*Unberath*); Grüneberg, a.a.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 41 (-*Grüneberg*); Münchener, a.a.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (-*Ernst*) を参照。

[37] *Hirsch*, a.a.O. (Fn. 7), S. 101; *Korch/Hagemeyer*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1081. 同様の考え方として、*Gsell*, a.a.O. (Fn. 7), 353035（もっとも、*dies.*, Die schadensrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines Deckungskaufes nach der „Zauberformel" als Beispiel für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 466 f. では、「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償につき、給付とともにする損害賠償に分類される場合と給付に代わる損害賠償［填補賠償］に分類される場合の両方があ

（b）損害類型的区分説（グリゴライト＝リーム）

以上の時的区分説に対して、区別基準につき、「損害類型的区分説（schadenstypologische Abgrenzung）」[38]と呼ばれる見解[39]を採るのが、グリゴライト＝リーム（*Hans Christoph Grigoleit/Thomas Riehm*）である[40]。

1）区別基準――損害類型的区分説

これによると、3種類の損害賠償の区別は、以下のように、損害の類型の違いを踏まえて行われるべきである[41]。

るとする）。

[38] この呼称を用いるものとして、例えば、*Bach*, a.a.O. (Fn. 10), S. 2. なお、グリゴライト＝リーム自身は、自説を「損害現象論的区分説（schadensphänomenologische Abgrenzung）」と称している（*Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 730）。

[39] この見解を紹介するものとして、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」269頁、同・前掲注（1）「時期的区分説の骨子」278頁、同・前掲注（1）「識別」276頁、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説の骨子」46頁以下、同・前掲注（1）「損害現象論的区分説における識別」75頁以下、福田・前掲注（1）「2種類の損害賠償と追完請求の優位性」99頁注（12）、藤田・前掲注（1）「追完に代わる損害賠償」160頁以下。

[40] 同様ないし類似の見解として、AnwaltKommentar BGB, Bd. 2, 2005, § 280 Rn. 53 ff. (-*Barbara Dauner-Lieb*); *Johann Kindl*, Einfacher Schadensersatz, Verzögerungsschaden und Schadensersatz statt der Leistung (Teil 2), Jura 2020, S. 883; *Stefan Greiner/Patrick Baumann*, Die Abgrenzung der drei Schadensersatzkategorien des § 280 BGB – eine didaktische Strukturierung – Teil II, JA 2023, S. 91 ff.; *Alexander Weiss*, Die Rechtsfolgenmechanik des Schadensersatzes statt der Leistung, NJOZ 2024, S. 357. なお、*Ostendorf*, a.a.O. (Fn. 31), S. 2836 f. は、損害を類型化する点においてはグリゴライト＝リームと共通するものの、統一的な区別基準を設けず、損害類型ごとに別の区別基準を用いる点においてこれと異なる。

[41] 以下では、グリゴライト＝リームの見解がはじめて示された *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 727 ff. のほか、コンメンタールにおけるリームの記述（BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 207 ff. (-*Riehm*)）およびグリゴライトとベンダーの共著論文（*Hans Christoph Grigoleit/Philip Bender*, Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, ZfPW 2019, S. 1 ff.）も参照

まず、債権者の利益は、「履行利益」と「完全性利益〔引用者注：本稿でいう「保持利益」〕」に分かれる[42]。

ア）履行利益

「履行利益（Erfüllungsinteresse）」[43]とは、「債権者が債務者の義務の履行によって財産の増加ないし変更として得られることを期待するもの」である[44]。この履行利益の賠償は、填補賠償に分類されるものと遅延賠償に分類されるものに分かれる。

a）填補賠償

填補賠償の対象は、「債権者およびその利用計画（Verwendungsplan）からみて、経済的に、終局的に行われない現実履行に代わるあらゆる損害項目」である[45]。

この定義は、填補賠償付加要件の目的から導かれる。すなわち、填補賠償付加要件を定める改正BGB281条から283条までのうち、中心となるのは、猶予期間の設定および経過を要求する改正BGB281条1項1文である（その他の規定（改正BGB281条2項・282条・283条）は、例外的にそれが要求されない場合を定めているにすぎない）。猶予期間の設定および経過が要求されることにより、債務者には現実履行を行う最後の機会が与えられることとなり、現実履行の優先（Vorrang der Naturalerfüllung）が確保される。こうした填補賠償付加要件の目的に

する。

[42] 一般債務不履行責任における責任内容論を検討した箇所（連載第2回の第2章第2節1（1）ウ（ウ）d（b）（217頁以下）を参照）で紹介したリームの見解――給付に代わる損害賠償［填補賠償］は、履行状態実現費用の賠償、本体価値の賠償、利用利益喪失損害の賠償などに分かれるという見解――は、履行利益と保持利益の区別との関係では、もっぱら履行利益の賠償――リームの記述に忠実に従うならば、その中でも給付に代わる損害賠償［填補賠償］――に関するものとして理解することができる。

[43]「給付利益（Leistungsinteresse）」・「等価性利益（Äquivalenzinteresse）」・「積極的利益（positives Interesse）」とも呼ばれている（*Grigoleit/Bender*, a.a.O.（Fn. 41）, S. 11 ff.; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 223（-*Riehm*））。

[44] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 223（-*Riehm*）.

[45] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 228（-Riehm）. *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 735も参照。

照らすと、填補賠償の対象となるのは、現実履行の優先（という考え方）に服させるべきすべての損害項目であることになる。これを言い換えたのが、先に示した定義だというわけである[46]。

この填補賠償の対象となる損害は、「本体喪失損害」と「終局的利用利益喪失損害」に分かれる。

aa）本体喪失損害

「本体喪失損害（Substanzausfallschaden）」[47]とは、――責任内容論に関するリームの見解を扱った箇所ですでに紹介したとおり――「債務の内容となっている給付自体を取得する利益〔の喪失〕」である[48]。この本体喪失損害の賠償が（常に）填補賠償に分類されるのは、本体喪失損害が給付の本体（Sachsubstanz）の喪失を内容とするものであり、それゆえ必然的に現実履行と選択的にしか請求することができないものだからである[49]。

aaa）履行状態実現費用の賠償

本体喪失損害の賠償は、一方で、249条2項1文の履行状態実現費用の賠償によって行われうる[50]。例えば、（事実的・仮定的）填補購入費用の賠償や（事実的・仮定的）瑕疵除去費用の賠償がこれにあたる[51]。

本体喪失損害の賠償が（常に）填補賠償に分類される理由については前述のとおりであるが、特に履行状態実現費用の賠償について述べるならば、履行状態実現費用によって、「債権者の現実給付利益が終局的に〔債務者による給付とは〕別の方法で満足を受ける」ことになるというのが理由となる[52]。

---

[46] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 733 f.; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 228（-*Riehm*）.

[47] 高田・前掲注（1）「損害現象論的区分説における識別」76頁では、「実体不発生損害」と訳されている。

[48] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 223（-*Riehm*）.

[49] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 229（-*Riehm*）.

[50] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 736.

[51] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 737; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 243.1（-*Riehm*）.

[52] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 737.

bbb）本体価値の賠償

他方で、本体喪失損害の賠償は、251条の純粋金銭賠償によっても行われうる[53]。この場合に賠償されるのは「本体価値（Substanzwert）」[54]であり、例えば、給付目的物の（市場）価値や、瑕疵に起因する減価分がこれにあたる[55]。

bb）終局的利用利益喪失損害

以上の本体喪失損害と並んで填補賠償の対象となる損害として、「終局的利用利益喪失損害（endgültiger Ertragsausfallschaden）」がある[56]。

まず、「利用利益喪失損害（Ertragsausfallschaden）」[57]とは、――責任内容論に関するリームの見解を扱った箇所ですでに紹介したとおり――「計画された給付目的物の利用（Verwendung）から生じる財産的利益の逸失」である[58]。換言すると、債権者の利用計画（Verwendungsplan）によって範囲が決まる利用利益の逸失が「利用利益喪失損害」である[59]。この利用利益喪失損害は、填補賠償の対象となる「終局的利用利益喪失損害」と、――後に紹介する――遅延賠償の対象となる「一時的利用利益喪失損害」に分かれる[60]。

このうち、「終局的利用利益喪失損害（endgültiger Ertragsausfallschaden）」が問題となるのは、利用利益喪失損害が問題となる場合のうち、「現実履行が行われないことによって、利用利益（Ertrag）をもはや終局的（*endgültig*）に取得することができなくなる」

---

[53] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 738.

[54] この用語については、*Thomas Riehm*, Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 378を参照した。

[55] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 738.

[56] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 229（-*Riehm*）.

[57] 高田・前掲注（1）「損害現象論的区分説における識別」77頁では、「利得不発生損害」と訳されている。

[58] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 739.

[59] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 740を参照。

[60] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 230（-*Riehm*）.

場合である[61]。これは、債権者の利用計画が全体にわたって挫折する場合を意味する[62]。この終局的利用利益喪失損害には、以下の2つのタイプの損害が含まれる。

aaa）損害の発生時期に左右されないもの――瞬間的な出来事により利用計画が挫折する場合の利用利益喪失損害

1つは、損害の発生時期にかかわらず、常に終局的利用利益喪失損害にあたる、つまり填補賠償の対象となるものである。瞬間的な出来事（punktuelles Ereignis）によって利用計画（全体）の挫折が生じる場合が、これにあたる[63]。例えば、（転買主の解除などによる）転売利益の喪失は、常に――損害の発生が履行請求権消滅前であったとしても――填補賠償の対象となる[64]。

bbb）損害の発生時期に左右されるもの――時間の経過に伴い利用計画が挫折する場合における、履行請求権消滅後に発生する利用利益喪失損害

もう1つは、損害の発生時期によって、終局的利用利益喪失損害にあたるかどうか、つまり填補賠償の対象となるかどうかが変わるものである。時間の経過に伴って、つまり時々刻々と利用計画の挫折が生じていく場合が、これにあたる[65]。この場合には、損害の発生が履行請求権消滅後である場合に限り、填補賠償の対象となる[66]。例えば、債権者が、給付目的物である機械を利用して営業利益を取得することを計画してい

---

[61] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 230（-*Riehm*）.

[62] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 270, 274（-*Riehm*）を参照。

[63] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 741.

[64] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 741; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 270（-*Riehm*）. ただし、債権者の利用計画が全体にわたって挫折するわけではない場合には、転売利益（の一部）は遅延賠償の対象となるとされる。これについては、後述する（連載第7回の第2章第3節3（1）イ（ウ）を参照）。

[65] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 742.

[66] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 751; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 275（-*Riehm*）.

た場合において、その機械が履行期に引き渡されなかったときには、営業利益の喪失は、時々刻々と発生することになる。このとき、履行請求権がなお存続している段階においては、将来的に給付が行われることにより、利用計画（の一部）がなお実現される可能性が残っている。これに対して、履行請求権が消滅すると、その可能性もなくなり、利用計画が完全に挫折することになる。したがって、填補賠償の対象となるのは、履行請求権消滅後に失われた営業利益に限られるというわけである[67]。

b）遅延賠償――一時的利用利益喪失損害――時間の経過に伴い利用計画が挫折する場合における、履行請求権消滅前に発生する利用利益喪失損害

以上の填補賠償に対して、遅延賠償の対象は、「適時の給付に対する債権者の利益〔の喪失〕」である[68]。

この定義は、遅延賠償付加要件の目的から導かれる。すなわち、遅延賠償付加要件を定める改正BGB286条のうち、中心となるのは、催告を要求する改正BGB286条１項１文である（その他の規定（改正BGB286条２項・３項。例えば、改正BGB286条２項１号によると、履行期が「暦に従って定められているとき」は催告を要しない）も、改正BGB286条１項１文と同じ目的に向けられている）。催告は、債務者を保護するために、２つの機能を果たしている。１つは、「情報提供機能（Informationsfunktion）」である。これは、債務者に対して請求権の存在およびその履行期に関する情報を提供するという機能である。もう１つは、「注意喚起機能（Appellfunktion）」である。ここには、今後は債務者の給付の遅延が損害賠償責任を生じさせることになるとの「警告（*Warnung*）」の機能が含まれている。こうした遅延賠償付加要件の目的に照らすと、遅延賠償の対象となるのは、催告による情報提供および警告が行われてはじめて賠償が認められるべき損害項目、すなわち、給付の適時性に関わる損害項目であることになる[69]。

---

[67] BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 275 (-*Riehm*).

[68] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 747.

[69] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 743 ff.

なお、グリゴライト＝リームが填補賠償付加要件の目的について述べたことと遅延賠償付加要件の目的について述べたことを比較すると、両付加要件の間には、作用の仕方という点において決定的な違いがあることが明らかとなる。すなわち、填補賠償付加要件の目的は、猶予期間が設定され、それが経過するまで填補賠償の請求を止めておくことにより、現実履行に優先性を認めることにある。換言すると、填補賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を一時的に阻止するという形で作用する。これに対して、遅延賠償付加要件の目的は、催告による情報提供および警告が行われるまでに生じた遅延損害の賠償を認めないことにより、債務者を保護することにある。換言すると、遅延賠償付加要件は、それが満たされるまでに生じた損害の賠償を終局的に否定するという形で作用する。

さて、この遅延賠償の対象となる損害にあたるのは、「一時的利用利益喪失損害（vorübergehender Ertragsausfallschaden）」[70]である。これが問題となるのは、利用利益喪失損害が問題となる場合のうち、「義務違反により債権者の利用計画が一時的（vorübergehend）にのみ妨げられる」場合である[71]。この一時的利用利益喪失損害にあたるのは、時間の経過に伴って、つまり時々刻々と利用計画の挫折が生じていく場合のうち、損害の発生が履行請求権消滅前である場合である。例えば、先の営業利益の例でいうと、履行請求権がなお存続している段階における営業利益の喪失がこれにあたる[72]。

イ）保持利益――単純賠償

以上の履行利益に対して、「完全性利益（Integritätsinteresse）〔引用者注：本稿でいう「保持利益（Erhaltungsinteresse）」〕」[73]とは、「債務の

---

[70] 厳密には、（グリゴライト＝）リームにおいて”vorübergehender Ertragsausfallschaden”という用語は使われていないが、”endgültiger Ertragsausfallschaden”という用語が使われていることとの関係で、便宜上、このように紹介する。

[71] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 230（-*Riehm*）.

[72] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 747; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 279（-*Riehm*）.

[73] なお、責任内容論の箇所でも述べたが、ここでいう「完全性利益」は、原状

内容となっている給付がされないならば存在するであろう財産状態を保持することに対する債権者の利益」である[74]。この保持利益の賠償は、単純賠償に分類される[75]。

履行利益と保持利益の区別は、問題となる法益が既存のものであるかどうかによって行われるのではない。債権者の利用計画に照らすと給付義務の履行によってどのような財産の変更がもたらされるべきであるかに応じて、区別が行われる。例えば、屋根の修理を請け負った屋根ふき職人が履行期を経過しても修理を行わなかったため、雨が降った際に屋根の下にある家具が損傷したという事例を想定すると、確かに、家具の所有権は既存の法益ではある。しかし、債務者の履行に対して債権者が期待しているのは、まさに屋根の下の家具の損傷を回避することであるので、ここで問題となるのは、保持利益ではなく履行利益（のうち遅延賠償）である。これに対して、屋根ふき職人が屋根の修理中に家具を損傷してしまった場合には、給付義務の履行・不履行とは関係なく家具が損傷されているので、保持利益が問題となる[76]。

2）事実的填補購入費用が問題となる場合――履行状態実現費用の賠償――常に填補賠償

以上のような区別基準をもとに、グリゴライト＝リームは、事実的填補購入費用の賠償を、常に――填補購入の時期にかかわらず――填補賠償に分類する。なぜなら、事実的填補購入費用の賠償は、履行状態実現

回復ないし履行状態実現との関係で登場した、「価値利益」と並び立つ概念としての「完全性利益」とは異なる概念である。そのため、本稿では、前者の「完全性利益」に代えて「保持利益」、後者の「完全性利益」に代えて「現実的利益」という語を用いることとしている（連載第２回の第２章第２節１（１）ウ（ウ）ｄ（ａ）１）（215頁以下）を参照）。

[74] BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 223 (-*Riehm*). *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 752も参照。なお、*Grigoleit/Bender*, a.a.O. (Fn. 41), S. 21では、「等価性利益に分類されない損失」と消極的な形で定義されている。

[75] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 751; BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 222 (-*Riehm*).

[76] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O. (Fn. 7), S. 752 f.; BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 224 ff. (-*Riehm*).

費用の賠償にあたるからである[77]。

b　早すぎた填補購入の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否

続いて、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否についてみていく。

まず、填補賠償構成を採る場合、請求の前提として、填補賠償付加要件――原則として、猶予期間の設定および経過――が満たされていなければならない。

したがって、例えば、債権者が「早すぎた填補購入」を行った後、猶予期間が経過するまでに債務者が給付を行った場合――債権者は、給付目的物（ないしその代替品）を二重に取得することになる――には、債権者は、事実的填補購入費用の賠償を請求することができない。

これに対して、填補賠償付加要件が満たされた場合には、事実的填補購入費用の賠償を請求することができるかどうかは、費用の支出が填補賠償付加要件の充足前に行われたこと、あるいは、填補賠償付加要件の充足後ではあるものの、履行請求権の消滅前に行われたことをどのように評価するかという点にかかってくる。

（a）アプローチ――金銭的評価アプローチ

この点について、填補賠償構成を採る論者――具体的には、ヒルシュとリーム――においては、「損害算定（Schadensberechnung）」――本稿の用語では、金銭的評価――の問題として解決するべきであるという考え方がみられる[78]。すなわち、債権者は、填補賠償付加要件を満たしたうえで填補賠償を請求した場合には、少なくとも、基準時における市場価格による算定に依拠することはできる。ここでは、それとは別に、履行請求権消滅前に支出された事実的填補購入費用――基準時における市場価格よりも高額の場合が想定される――による算定に依拠すること

[77] *Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 737; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 245 ff.（-*Riehm*）.

[78] *Hirsch*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 101; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 219, 263, 265（-*Riehm*）. 同様のアプローチとして、*Schroeter*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 267, 273.

ができるかどうかが問題となるわけである[79]。

（b）結論

リームは、このアプローチのもとで、以下のような結論を導く。

1）猶予期間経過前の填補購入

まず、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合には、以下のようになる。

ア）原則――賠償否定

この場合、原則として、事実的填補購入費用の賠償――より正確には、事実的填補購入費用による算定――は否定される。これは、「債権者が行使することができるのがまだ現実履行請求権に限られており、それゆえ債務者が填補取引の実施を覚悟する必要がなかった時点」において費用が生じたからである[80]。

イ）例外――賠償肯定

ただし、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合であっても、事実的填補購入費用の額が、填補購入が行われなければ発生していたはずの遅延損害――例えば、営業利益の喪失――の額を下回る場合には、――ローレンツにおけると同様に――例外的に事実的填補購入費用の賠償――より正確には、事実的填補購入費用による算定――が認められる。リームは、この場合には、改正BGB281条2項――猶予期間の設定および経過（同条1項1文）がなくとも填補賠償を請求することができる場合を定める規定――の後半部分にいう「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」が存在するため、填補賠償付加要件がすでに充足された後に填補購入が行われたことにな

[79] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 219（-*Riehm*）を参照。

[80] BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 263（-*Riehm*）. これに対して、BGH は、改正前 BGB のもとで、債権者が猶予期間経過前に填補購入を行った場合であっても、（その後給付が行われることなく猶予期間が経過したときには、）不履行に基づく損害賠償としての事実的填補購入費用の賠償が認められるという立場に立っていた（BGH, NJW 1998, 2901（2903）=BB 1998, 1499）。*Grigoleit/Bender*, a.a.O.（Fn. 41）, S. 30も、（改正 BGB のもとで）BGH と同様の立場に立つ。この点については、後に分析を行う（後掲注（96）を参照）。

るとする[81]。したがって、事実的填補購入費用による算定が認められる理由も、次で述べる猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合と同じになるものと考えられる。

2）猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入――賠償肯定

次に、リームによると、猶予期間経過後・履行請求権消滅前に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用の賠償――より正確には、事実的填補購入費用による算定――は認められる。これは、填補賠償請求権発生時から履行請求権消滅時までの期間においては、――反対説も存在するものの――「債務者の現実履行権がもはや保護に値しない」、すなわち、債権者は給付の受領を拒絶することができるからである[82]。

（ウ）小括と補足――填補賠償構成の遅延賠償構成に対する批判の要点

以上、遅延賠償構成と填補賠償構成の内容を紹介してきた。以下では、以上の紹介を――若干の補足を加えつつ――小括する。その際には、填補賠償構成から遅延賠償構成に対して行われている批判の要点は何なのかという点に焦点を当てることとする。

a　賠償の可否に関する結論――大きな違いはない

まず、最終的な結論、すなわち、「早すぎた填補購入」の場面におけ

[81] BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 252, 254 (-*Riehm*). なお、填補賠償構成を採る論者の中には、別の考え方を採る者もいる。これによると、「差し迫った遅延損害が填補取引費用よりも大きい場合には、254条2項から損害軽減義務が生じることが考慮され、債権者は、例外的に、280条1項・2項・286条1項により、給付に代わる損害賠償（例えば、填補取引費用）を281条とは無関係に請求することができる」(Münchener, a.a.O. (Fn. 4), § 286 Rn. 145 (-*Ernst*). 同様の考え方とみられるものとして、BeckOK-BGB, a.a.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 69 (-*Unberath*); Grüneberg, a.a.O. (Fn. 31), § 286 Rn. 41 (-*Grüneberg*))。これは、実質的には、こうした例外的な場合に限り事実的填補購入費用の賠償を遅延賠償に分類する考え方であるといえる。しかし、リームは、分類の一貫性という観点から、こうした考え方には批判的である (BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 247 f., 254 (-*Riehm*))。

[82] BeckOGK, a.a.O. (Fn. 31), § 280 Rn. 265 (-*Riehm*).

る事実的填補購入費用の賠償の可否に関する結論については、2つの立場の間に大きな違いはなかった。いずれの立場においても、猶予期間経過前の填補購入の場合には、原則として賠償が否定されていたが、事実的填補購入費用の額が、填補購入が行われなければ発生していたはずの遅延損害の額を下回るときには、例外的に賠償が肯定されていた。また、猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合には、賠償が肯定されていた[83]。

なお、債権者が債務者からの給付を受領した場合については、2つの立場の間に若干の結論の違いがみられる。填補賠償構成によると、この場合には、事実的填補購入費用（増加費用）の賠償を請求することはできない。これに対して、遅延賠償構成によると、この場合にも事実的填補購入費用（増加費用ではなく全額）の賠償を請求することができるが、損益相殺が必要となるのであった。このように、2つの立場の間には結論の違いがあるのではあるが、遅延賠償構成を採ったからといって、債権者が「原契約の代金額において給付を取得する」という利益を二重に享受するという結論が導かれるわけではないという点に着目するならば、その違いはそれほど大きいものとはいえない。

b　その結論を導く理論

むしろ、填補賠償構成が批判するのは、遅延賠償構成がそうした結論を導く際に依拠する理論である。

（a）遅延賠償に分類することの不当性――填補購入が給付を代替する意味を持つことへの背馳

填補賠償構成を採る論者は、填補購入が給付を代替する意味を持つ以上、その費用の賠償は――填補購入の時期がいつであったとしても――給付とともにする損害賠償に分類されるべきではないと批判する[84]。

---

[83] もっとも、ファウストは、猶予期間経過後・履行請求権消滅前の填補購入の場合についても、原則として賠償を否定していた（前掲注（21）を参照）。

[84] *Hirsch*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 101; *Korch/Hagemeyer*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 1080. このほか、*Dirk Looschelders*, Mehrkosten eines eigenen Deckungskaufs des Käufers als Schadensersatz statt der Leistung, JA 2013, S. 866も参照。

（b）不当性の裏づけ――賠償の可否に関する理論的な修正の必要性

また、填補賠償構成を採る論者は、遅延賠償構成を採った場合、その分類結果の不当性を裏づけるように、賠償の可否に関して理論的な修正を余儀なくされることになると指摘する。この指摘によると、ローレンツは、「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償を遅延賠償に分類した結果、賠償が認められる場面が広くなりすぎたことから、結論的妥当性を確保するために、「心理的に媒介された因果関係」という理論構成を介して、本来であれば填補賠償に妥当すべきはずの評価――猶予期間の設定および経過を要求する改正BGB281条1項1文の評価――を遅延賠償に持ち込んでしまっている[85]。

（c）不当な分類結果が導かれる原因

このように填補賠償構成は遅延賠償構成を批判しているが、遅延賠償構成において不当な分類結果が導かれる原因がどこにあるのかという点については、填補賠償構成を採る論者の中でも、理解が分かれている。

1）時的区分説に問題があるという理解

まず、時的区分説に問題があるという理解がある。損害類型的区分説を採るリームのように、時的区分説以外の見解を採る填補賠償構成の論者は、一般にこの理解に立っている。この理解においては、時的区分説を採ると、「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償を填補賠償に分類することはできず、遅延賠償に分類せざるをえないことになるということが前提とされている[86]。

2）損害＝事実的填補購入費用説に問題があるという理解

これに対して、時的区分説自体には問題はない――むしろ時的区分説

---

[85] *Hirsch*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 101; *Korch/Hagemeyer*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 1080 f.; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 218（-*Riehm*）; *Schroeter*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 275. このほか、*Ackermann*, a.a.O.（Fn. 32）, S. 869も参照。

[86] *Ostendorf*, a.a.O.（Fn. 31）, S. 2835 f.; BeckOGK, a.a.O.（Fn. 31）, § 280 Rn. 249（-*Riehm*）. このほか、*Ackermann*, a.a.O.（Fn. 32）, S. 869; Soergel, a.a.O.（Fn. 32）, § 280 Rn. 366（-*Benicke/Hellwig*）も参照。

を採用すべきである――が、事実的填補購入費用を損害として捉えたことに問題があるという理解がある。先に紹介したように、この理解に立つのが、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーである。彼らによると、時的区分説を採用したとしても、給付がされなかったこと（Nichtleistung）自体を損害として捉えた場合には、事実的填補購入費用の賠償は、常に填補賠償に分類されることになる。

イ　分析

では、以上で紹介したドイツの学説を分析していこう。ここでも、損害賠償分類論に関する分析と賠償の可否に関する分析を分けて行っていく。

（ア）損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論に関する分析を行う。

a　問題の捉え方――２つの異なる問題を区別する必要性

分析の前提として、――本稿の冒頭でも述べたことではあるが――損害賠償分類論をめぐる議論を分析するにあたっては、２つの異なる問題を区別する必要があるということを確認しておく。

（a）区別基準論――填補賠償・遅延賠償・単純賠償相互の区別基準はどこにあるのかという問題

まず、当然のことながら、填補賠償・遅延賠償・単純賠償相互の区別基準はどこにあるのかということが問題となる（以下、「区別基準論」と呼ぶ）。

（b）損害論――（その区別基準へのあてはめの前提として）どのような損害が問題となっているのかという問題

しかし、損害賠償分類論は、区別基準論に尽きるものではない。ある一定の損害賠償が填補賠償・遅延賠償・単純賠償のいずれに分類されるのかを確定するためには、区別基準を明らかにしたうえで、それに加えて、具体的な事案において問題となっている損害をその区別基準にあてはめるという作業が必要となる。そして、そのあてはめの前提として、その事案においてどのような損害が問題となっているのかという問題――ここには、そもそも何を損害として捉えるべきかという問題と、その損害をどのような性質を有するものとして理解すべきかという問題が含

まれる――に取り組む必要がある。つまり、損害の分類を行うためには、損害論に取り組まざるをえないわけである[87]。

b　早すぎた填補購入の場面の検討

では、この2つの異なる問題の区別を前提として、「早すぎた填補購入」をめぐるドイツの議論を分析していく。

（a）ドイツにおける議論の真の対立点

以下では、ドイツにおける議論の真の対立点は、区別基準論の次元ではなく損害論の次元にあること、それにもかかわらず、ドイツのほとんどの論者――ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の論者――はこのことを認識していないために、議論に無用の混乱が生じていることを明らかにしたい。

1）区別基準論の次元――時的区分説と損害類型的区分説の対立の不存在

まず、区別基準論の次元においては、――少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り――時的区分説と損害類型的区分説の間には対立がないということを明らかにする。

ア）区別基準――給付の受領との両立可能性の有無――給付（の受領）との利益重複の有無

給付に代わる損害賠償［填補賠償］は、給付に「代わる（statt）」ものであるから、その対象となる損害は、実現される利益という観点からみて給付の受領と両立しないものである。すなわち、ある損害を賠償したときに債権者のもとに実現される利益が、給付によって債権者のもとに実現される利益と（両取りが許されないという意味において）両立しない場合に、その損害賠償は、給付に代わる損害賠償［填補賠償］に分類されることになる。その典型的なパターンは、損害賠償によって給付（の受領）と重複する利益が実現される場合である（実は、給付の受領と両立しない利益の賠償にはもう1つのパターンがあるのだが、これに

[87] なお、――些末な点ではあるが――本稿における「損害論」の位置づけについて補足しておくと、本稿において、「損害論」は、「損害賠償分類論」の一部を構成するものというよりも、「責任内容論」と「損害賠償分類論（の一部を構成するあてはめの問題）」の共通の前提問題として位置づけられる。

ついては後に明らかにする）。

以下では、時的区分説と損害類型的区分説においても、同じように、（給付の受領との両立可能性の有無の下位基準としての）給付（の受領）との利益重複の有無が区別基準とされているとみることができることを示す。

まず、時的区分説を代表するローレンツは、「給付に代わる損害賠償は債権者の等価性利益（*Äquivalenzinteresse*）を満足させるものであるということについては、一致があるだろう」と述べている[88]。これは、時的区分説においても、給付との利益重複の有無が区別基準とされていることを示すものであるといえる。そうすると、時的区分説が填補賠償を（ある一定の時点における）給付によってなお除去することができる損害の賠償とみているのは、損害を給付によって除去することができるかどうかを問うことによって、給付との利益重複の有無を判断するためであるとみることができる。つまり、区別基準はあくまで給付との利益重複の有無であり、除去可能性の審査は、給付との利益重複の有無を判断する手段にすぎないわけである。

次に、損害類型的区分説は、填補賠償の対象を、「債権者およびその利用計画（Verwendungsplan）からみて、経済的に、終局的に行われない現実履行に代わるあらゆる損害項目」とみていた。この「現実履行に代わる」かどうかという区別基準は、「給付に代わる」の同語反復にすぎないともいえるが、要するに、給付の受領との両立可能性の有無を判断するものとみることができる。そのうえで、損害類型的区分説は、事実的填補購入費用の賠償を含めた履行状態実現費用の賠償が（常に）填補賠償に分類される理由を、履行状態実現費用によって「現実給付利益が……〔債務者による給付とは〕別の方法で満足を受ける」ことに求めていた。したがって、損害類型的区分説においては、――少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り――（給付の受領との両立可能性の有無の下位基準として）給付（の受領）との利益重複の有無が区別基準とされているとみることができる。

このように、時的区分説と損害類型的区分説のいずれにおいても、―

[88] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 148.

―少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り――給付（の受領）との利益重複の有無が区別基準とされている。つまり、区別基準論の次元においては、両見解の間には対立がない。

イ）填補賠償制度の趣旨

なお、給付の受領との両立可能性の有無が区別基準となることは、以下のように、（ドイツの改正BGBが定める）填補賠償制度の趣旨から導くことができる。

a）給付の受領との両立可能性の観点

填補賠償制度の趣旨としては、第1に、基本的な趣旨として、給付と填補賠償を両方受けることの禁止を挙げることができる。そして、この趣旨から、――同語反復にすぎないのではあるが――給付の受領と両立しない利益の賠償という填補賠償の定義を導くことができる。

b）填補賠償付加要件の観点――現実履行の優先

填補賠償制度の趣旨としては、第2に、填補賠償付加要件を課すことによる現実履行の優先を挙げることができる。ある損害の賠償との関係で現実履行が優先されるかどうかを問題としなければならないのは、当該損害の賠償を受けることが現実履行（給付）の受領と両立しないからこそである。したがって、この趣旨からも、給付の受領と両立しない利益の賠償という填補賠償の定義を導くことができる。すでに紹介したように、グリゴライト＝リームも、同じように、現実履行の優先という趣旨から填補賠償の対象となる損害の定義を導いていた。

ところで、ドイツにおいては、区別基準を論じる際に、第1の給付の受領との両立可能性の観点に着目せず、もっぱら第2の填補賠償付加要件の観点、つまり現実履行の優先という趣旨に着目する論者が多くみられる[89]。こうした見方は、ドイツ法とは異なり現実履行を優先しない法[90]――例えば、英米法――においては填補賠償概念を観念する必要はないという理解につながりやすい。しかし、現実履行を優先しない法におい

[89] 例えば、*Grigoleit/Riehm*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 733 f.; *Hirsch*, a.a.O.（Fn. 7）, S. 98; *Gsell*, a.a.O.（Fn. 37）, S. 453を参照。

[90] ここでいう現実履行の優先とは、「第1の現実履行原則」（連載第5回の第2章第2節2（2）イ（イ）b（a）（161頁以下）を参照）のことである。

ても、給付の受領と両立しない損害賠償という概念は存在しうるのであり、その限りにおいて、填補賠償という概念ないし制度が必要であることはいうまでもない。

2）損害論の次元――損害＝事実的填補購入費用説と損害＝給付の不取得説の対立の存在

さて、区別基準論の次元において対立がないとすると、遅延賠償構成と填補賠償構成の対立点はどこにあるのだろうか。それは、損害論の次元であると考えられる。以下では、事実的填補購入費用を損害として捉えるか、それとも給付の不取得を損害として捉えるかが遅延賠償構成と填補賠償構成の立場の分かれ目となっていることを明らかにする。

まず、遅延賠償構成においては、時的区分説の区別基準へのあてはめを行う際に、――必ずしも論者自身が強調しているわけではないものの――事実的填補購入費用を損害とみることが前提とされている。このことは、「填補取引費用の形をとった損害（Schaden in Gestalt der Kosten des Deckungsgeschäfts）」という表現[91]に表れている。このように事実的填補購入費用を損害とみているからこそ、填補購入が履行請求権消滅の前か後かによって損害の除去可能性が変わり、ひいては、給付とともにする損害賠償と給付に代わる損害賠償［填補賠償］のいずれに分類されるかが変わるわけである。

これに対して、填補賠償構成においては、まず、時的区分説を採るヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーが、まさに損害の捉え方が遅延賠償構成と填補賠償構成の立場の分かれ目になることを意識したうえで、給付の不取得を損害として捉えていた。他方、損害類型的区分説を採るリームは、「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償が遅延賠償に分類されてしまうのは、区別基準として時的区分説を採用するからだという理解に立っていた。だからこそ、時的区分説とは別の区別基準として、自らの損害類型的区分説を提唱したわけである。ここでは、事実的填補購入費用を損害とみる遅延賠償構成の前提を、リームも共有してしまっているとみることができる。しかし、損害類型的区分説の内容をみると、（グリゴライト＝）リームは、事実的填補購入費用の賠償

[91] *Lorenz*, a.a.O. (Fn. 7), S. 160.

を本体喪失損害の賠償のうち履行状態実現費用の賠償として位置づけていた。これは、むしろ、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーと同じように、給付の不取得を損害とみるものであると評価することができる。そうすると、（グリゴライト＝）リームにおいて事実的填補購入費用の賠償が常に填補賠償に分類されることになるのも、――ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤーにおけると同様に――給付の不取得を損害とみるという損害の捉え方に起因するものであるとみることができる（逆に、「現実履行に代わる」かどうかという（グリゴライト＝）リームの区別基準を前提としたとしても、事実的填補購入費用を損害として捉えた場合には、常に填補賠償に分類されることにはならないはずである）。要するに、リームは、時的区分説を批判する際には事実的填補購入費用を損害とみることを前提としているものの、自説を展開する際には給付の不取得を損害とみることを（実質的には）前提としており、一貫していない。

以上により、遅延賠償構成と填補賠償構成の立場の分かれ目は、区別基準論の次元ではなく損害論の次元にあるということが明らかとなった[92]。それと同時に、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の論者がそのことを認識していないということ、そしてそれが議論に無用の混乱を生じさせていることも明らかになったといえる。すなわち、一方で、遅延賠償構成の論者は、特に損害の捉え方につき立ち入って論じることなく、事実的填補購入費用を損害とみるべきであることを所与の前提として時的区分説へのあてはめを行っている。その結果、「早すぎた填補購入」の場合の事実的填補購入費用の賠償は遅延賠償に分類されるという帰結が導かれ、結論的妥当性を確保するための理論的な修正を余儀なくされることとなっている。他方で、リームに代表される、ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の填補賠償構成の論者は、遅延賠償構成において遅延賠償という分類結果が導かれる原因が損害の捉え方にあることに気がつかなかった結果、時的区分説自体には――少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り――問題がないにもかかわ

[92] *Schroeter*, a.a.O. (Fn. 7), S. 258も、損害賠償分類論における立場の分かれ目は、区別基準論自体というよりもむしろその区別基準に照らした具体的な損害の分類にあることを指摘する。

らず、それを批判することとなっている。要するに、遅延賠償構成の論者も、それを批判する（ヒルシュとコルヒ＝ハーゲマイヤー以外の）填補賠償構成の論者も、事実的填補購入費用を損害とみるという理解を疑うことなく前提としたために、時的区分説を採れば必然的に遅延賠償構成が導かれることになると誤解してしまったわけである。

（ｂ）損害＝給付の不取得説の優位性――遅延賠償構成における理論的な修正の必要性

さて、ドイツにおける議論の真の対立点が損害論の次元にあることが明らかになったところで、事実的填補購入費用を損害とみる見解と給付の不取得を損害とみる見解のいずれに優位性があるかを検討していきたい。

ドイツ法の検討を通じて明らかとなったのは、填補賠償構成を採った場合、賠償の可否に関して特に理論的な困難は生じないのに対して、遅延賠償構成を採った場合、結論的妥当性を確保するための理論的な修正を余儀なくされるということである。すなわち、遅延賠償構成は、「心理的に媒介された因果関係」のような理論構成を介して、本来であれば填補賠償に妥当すべきはずの評価を遅延賠償に持ち込んでしまっており、この点が填補賠償構成の論者から批判されていた。遅延賠償構成の論者がこのような理論的な修正を行うのは、彼ら自身も、填補購入が給付を代替する意味を持つこと――要するに、填補購入によって債権者のもとに給付（行為）が行われたのと同じ利益、つまり給付結果（と同じ利益）が実現されること――を認識したうえで、そのことを損害賠償の枠内において考慮しなければならないと考えているからにほかならない。つまり、遅延賠償構成の論者は、事実的填補購入費用を損害とみる見解から出発しつつも、給付（結果）の不取得を損害とみる必要があることを（暗黙のうちに）自ら認めてしまっていると考えられる。このように給付の不取得を損害とみる必要があるという評価が立場の違いを超えて共有されていることは、給付の不取得を損害とみる見解に優位性があることを示しているように思われる。

ところで、本稿は、責任内容論の検討を通じて、履行状態実現費用の賠償を観念することが少なくとも理論的には可能であることを明らかにした。もっとも、履行状態実現費用の賠償を観念する立場と観念しない

立場のいずれに優位性があるかについては、いったん検討を保留していた。履行状態実現費用の賠償を観念する立場の優位性の1つは、すでに「不均衡な費用」の場合の賠償の制限をめぐる議論の分析の箇所[93]で明らかにしたが、以上の損害賠償分類論の検討を通じて、この立場の別の優位性が明らかになったということができる。すなわち、履行状態実現費用の賠償を観念する立場に立った場合、事実的填補購入費用の賠償は履行状態実現費用の賠償に位置づけられることになり、（現実）給付の不取得が損害として捉えられることになる。そうすると、今ここで問題となっている損害賠償分類論においても、事実的填補購入費用の賠償における損害は（現実）給付の不取得であると考えることになる。これに対して、履行状態実現費用の賠償を観念しない立場に立った場合、事実的填補購入費用の賠償は利用利益喪失損害の賠償に位置づけられることになり、給付の利用利益の価値の喪失――具体的には、事実的填補購入費用（の支出）――が損害として捉えられることになる。そうすると、今ここで問題となっている損害賠償分類論においても、事実的填補購入費用の賠償における損害は事実的填補購入費用であると考えることになる。したがって、損害賠償分類論において給付の不取得を損害とみる見解に優位性があることは、履行状態実現費用の賠償を観念する立場に優位性があることを意味することになるわけである。

（イ）早すぎた填補購入の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否――損害＝給付の不取得説を前提とした場合

以上、損害賠償分類論に関する分析を行ってきた。以下では、事実的填補購入費用の賠償の可否に関する分析を行う。その際には、事実的填補購入費用の賠償においては給付の不取得を損害とみるべきであるという見解に立つことを前提とする。

a　アプローチ――金銭的評価アプローチ

この点については、遅延賠償構成に立つローレンツが「心理的に媒介された因果関係」の問題として解決すべきであるという考え方を採っていたのに対して、填補賠償構成に立つヒルシュとリームは、「損害算定」

[93] 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）a（c）1）イ）（184頁以下）を参照。

――本稿の用語では、金銭的評価――の問題として解決すべきであるという考え方を採っていた。ヒルシュとリームがこのような考え方を採っていることは、彼らが給付の不取得を損害とみている（あるいは、少なくともそのように理解することができる）ことと関係があると考えられる。すなわち、給付の不取得を損害とみた場合、事実的填補購入費用は、その損害を算定するための資料として位置づけるほかない。そうすると、「早すぎた填補購入」の場面における事実的填補購入費用の賠償の可否は、「早すぎた填補購入」により支出された事実的填補購入費用を給付の不取得という損害の算定資料として用いることができるかどうかという問題として解決されざるをえないわけである。

そこで、以下でも、この金銭的評価の問題として解決する考え方に立って賠償の可否を検討していく。

b　結論

この考え方を採った場合、以下のような結論が導かれる。

（a）填補賠償付加要件充足前の填補購入――賠償否定

まず、リームは、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合のうち、改正BGB281条２項後半部分の「特別の事情」が認められない場合には、事実的填補購入費用による算定を否定していた。このように、リームによると、填補賠償付加要件が満たされる前に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用による算定は否定される。

1）理由――現実履行の優先という評価との整合性

その理由につき、リームは、「債権者が行使することができるのがまだ現実履行請求権に限られており、それゆえ債務者が填補取引の実施を覚悟する必要がなかった時点」において費用が生じたからであると述べていた。これは、次のようなことを説くものとして理解することができる。すなわち、填補賠償付加要件が満たされるまでは、債権者は、填補賠償を請求することができず、債務者による給付を受領しなければならない。填補賠償付加要件は、このようにして、現実履行の優先を確保している。ここで、填補賠償付加要件充足前の填補購入により支出された事実的填補購入費用に依拠して算定することを認めると、この現実履行の優先という評価と矛盾してしまう。なぜなら、「填補賠償付加要件が満たされるまでは給付の受領義務がある」という評価の中には、「債権

者は填補賠償付加要件が満たされるまでは給付を代替する意味を持つ填補購入を行ってはならない（あるいは、少なくとも、そのような填補購入を行うことは不要である）」という評価も含まれているはずだからである。

ところで、本稿は、すでに、履行状態実現費用の賠償においては、履行状態実現措置の合理性という規範が妥当することを明らかにしている[94]。それとの関係では、現実履行の優先という評価に照らし、填補賠償付加要件充足前の填補購入に要する填補購入費用による算定が排除されるという規範[95]は、履行状態実現費用の賠償においてはどのような履行状態実現措置が算定の基礎に置かれるべきか、すなわち、債権者はどのような履行状態実現措置を行うべきかという点――その中でも、債権者はどの時期に履行状態実現措置を行うべきかという点――に関する新たな規範として位置づけることができる。

2）注意点――仮定的填補購入費用または客観的価値による算定の可能性

このように、リームによると、填補賠償付加要件が満たされる前に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用による算定は否定される。もっとも、すでに述べたように、この場合にも、基準時における市場価格による算定は認められる。このことを本稿の検討結果を踏まえて言い換えると、填補賠償付加要件が満たされる前に填補購入が行われた場合であっても、基準時における仮定的填補購入費用（ただし、処分自由論肯定説を前提とする）または客観的価値による算定は認められるということになる[96]。

---

[94] 連載第4回の第2章第2節2（1）ア（ア）b（186頁以下）を参照。

[95] この規範は、事実的填補購入費用の賠償だけではなく、仮定的填補購入費用の賠償にも妥当すると考えられる。もっとも、後者においては、基準時問題に吸収されると考えられる。

[96] 以上のような見解に対して、高田・前掲注（9）546頁以下は、――前掲注（80）のグリゴライト＝ベンダーの見解などを参照しつつ、日本法の解釈論として――「催告期間要件」充足前に生じた填補購入費用でも、後に「催告期間要件」充足が起これば、賠償対象となるという見解を主張する。その理由は、「催告期間要件制度とは、履行遅滞発生後でも、催告期間要件充足までは弁済・弁済提

供の機会が一方的に突然奪われないことだけを保障する制度である」という点に求められている。つまり、催告期間の経過まで債権者の解除権・填補賠償請求権の行使が封じられればそれで十分なのであって、上記填補購入費用の賠償対象性自体まで否定してしまうと、「すでに履行遅滞にあり、かつ、弁済提供すら行わない債務者に対して、過剰な保護を与える」ことになるというわけである。

確かに、債務者側には、猶予期間が経過してもなお履行をしなかったという懈怠がある。しかし、だからといって、債権者は、債務者に対して、填補購入にかかった費用であればどのようなものでも請求できるわけではない。債権者は、あくまで（現実の給付結果の実現に）「必要な」費用の賠償しか請求することができない。もちろん、どのような費用を「必要」とみるかという点については評価が分かれうるが、少なくとも、この点についてすでに制定法上何らかの評価が下されている場合には、その評価は可能な限り尊重されるべきであろう。ここで、BGB281条以下は、（少なくとも）填補賠償付加要件充足時――原則として、猶予期間経過時――まで債権者に受領義務を課すことにより、債務者に履行の機会を与えている。これによると、債権者は、付加要件充足時までは、今後債務者から履行の提供がされ、それを受領することになる可能性があること――要するに、履行を代替する意味を持つ填補購入をしなくてもよくなる可能性があること――を考慮に入れて行動しなければならないはずである。そうであるとするならば、BGB281条以下は、付加要件充足前の填補購入という債権者の行為が「不要」であるという評価を下しているとみてよいのではないか。もちろん、填補購入を行った後でも債務者からの履行の受領自体は可能であるから、債権者は、付加要件充足前に填補購入を行うこと自体は許される。しかし、その填補購入は、BGB の評価上はあくまで「行う必要のない時期に行われた行為」であり、それにかかった費用を債務者に「転嫁」することまでは認められない。要するに、債権者は、付加要件充足前の填補購入を自由に行うことができるが、もしそれを行う場合には、以下の２つのリスクを引き受けなければならない。第１は、付加要件充足前に履行の提供がされた場合に、それを受領しなければならない――そして、それに伴い、填補賠償を請求することができなくなる――というリスクである。第２は、付加要件充足前に履行の提供がされなかった場合――つまり、填補賠償の請求が可能となった場合――であっても、基準時の市場価格が填補購入費用を下回ったときには、その差額分を自ら負担しなければならないというリスクである。

高田の主張に応接する形で以上をまとめると、以下のとおりである。確かに、BGB281条以下は、「債権者が付加要件充足前に填補購入をしないことを期待す

（ｂ）填補賠償付加要件充足後・履行請求権消滅前の填補購入――賠償肯定

これに対して、リームは、猶予期間経過前に填補購入が行われた場合のうち、改正BGB281条２項後半部分の「特別の事情」が認められる場合、および猶予期間経過後・履行請求権消滅前に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用による算定を認めていた。このように、リームによると、填補賠償付加要件が満たされた後に填補購入が行われた場合には、事実的填補購入費用による算定は認められる。

その理由につき、リームは、債権者が給付の受領を拒絶することができる時期において填補購入が行われたからであると述べていた。すなわち、填補賠償付加要件充足時から履行請求権消滅時までの期間において債権者に受領義務があるかどうかについては争いがある[97]ものの、リームは、受領義務がないという見解を採っている。そうすると、填補賠償付加要件充足後はもはや現実履行の優先が確保されないことになるから、填補賠償付加要件充足後の填補購入により支出された事実的填補購入費用に依拠して算定することを認めたとしても、現実履行の優先という評価との矛盾をきたすことはないわけである。

このようにみてくると、リームとは異なり、填補賠償付加要件充足後も履行請求権が消滅するまでは債権者に受領義務があるという見解を採った場合には、この期間における填補購入により支出された事実的填補購入費用による算定を否定するべきであるといえる。実際、ファウストは、――遅延賠償構成に立ち、それゆえ賠償の可否の問題を金銭的評

ることができる」という債務者の利益を直接的な保護目的とするものではないかもしれない。しかし、BGB281条以下からは、少なくとも、「付加要件充足前の填補購入は不要である」という評価までは導くことが可能であり、債務者への費用転嫁を否定するためには、それで十分である。

[97] この点に関するドイツの議論を紹介するものとして、青野博之「債務不履行における不履行者の保護――ドイツ債務法現代化法がもたらしたもの」駒澤法曹３号（2007年）11頁以下、森田修「履行請求権と填補賠償請求権との併存――新債権法と『浮動状態』（Schwebezustand）論」瀬川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集『社会の変容と民法の課題（上）』（成文堂・2018年）417頁以下、高田・前掲注（９）547頁以下注（49）・（50）・（51）。

価の問題として捉えるわけではない[98]という点に違いはあるものの――填補賠償付加要件充足後も履行請求権が消滅するまでは債権者に受領義務があるという見解を採った[99]うえで、履行請求権が消滅してはじめて債権者は填補購入を行うことが認められるという改正BGB280条から283条までの評価に照らして、填補賠償付加要件充足後・履行請求権消滅前の填補購入により支出された事実的填補購入費用の賠償を否定しており[100]、この限りで一貫しているといえる。

（3）判例――BGH 2013年 7 月 3 日判決

続いて、「早すぎた填補購入」に関してBGHが2013年に下した判決[101]を紹介・分析する。本判決は、学説上議論が活発に行われていた「早すぎた填補購入」に関してBGHの立場を表明するものであるうえ、本判決の登場以降、「早すぎた填補購入」をはじめとする損害賠償分類論をめぐる学説の議論はさらに活発化することとなっている（以上で紹介した文献の多くも、本判決を受けて書かれたものである）。この意味において、本判決は、損害賠償分類論に関するドイツの判例の中でも最も重要なものであるといえる。

ア　事案

事案は、簡略化すると、次のようなものであった。原告は、被告から、バイオディーゼル燃料200万リットルを購入した。被告は、その約 6 分の 1 の分量を引き渡した後、原告に対して、自らにバイオディーゼル燃料を供給していた者が倒産し、供給を停止してしまったことを伝え、残部の履行を（真剣かつ終局的に）拒絶した。この履行拒絶の前後にわたって、原告は、残部についての填補購入を行った。この填補購入により、原告は、原契約の代金額よりも約47万5000ユーロ多く支払うことを余儀

---

98 前掲注 (21) を参照。

99 *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 248.

100 *Faust*, a.a.O. (Fn. 7), S. 255.

101 BGHZ 197, 357=NJW 2013, 2959. 本判決を紹介するものとして、藤田・前掲注（1）「契約不適合による損害賠償」8 頁以下、高田・前掲注（1）「時期的区分説の検証」291頁以下、同・前掲注（1）「時期的区分説の骨子」292頁。

なくされた。そこで、原告は、この増加費用の賠償を請求した。

ところで、本件は、次のようなやや特殊な経緯をたどるものであった。原告は、填補購入を行った後、本件訴訟に先立って、別訴において残部の履行を請求し、これは認容された。そのため、被告は引渡しを再開し、その後引渡しを完了した[102]。したがって、本件においては、債権者が、給付を受領したうえで、それに加えて、「早すぎた填補購入」により支出された事実的填補購入費用の賠償を請求することができるかどうかが問題となっているわけである。

イ　判旨とその評価

BGHは、請求を棄却した。

（ア）損害賠償分類論

まず、損害賠償分類論については、BGHは、以下のように判示している。

a　学説の紹介

「学説においては、買主が自らの填補購入の費用を遅延損害として請求することができるかどうかについて、見解の対立がある」。

（a）遅延賠償構成

「若干の論者は、買主が填補取引を履行請求権消滅前に行った場合には、填補購入費用を遅延損害として位置づける。彼らによると、給付に代わる損害賠償の対象は、例えば、買主が解除の意思表示または給付に代わる損害賠償の請求の後に填補購入を行った場合のように、給付の終局的な脱落に起因する損害のみである（ファウスト、ローレンツなどの引用）」。

（b）填補賠償構成

「学説上支配的な見解によると、填補取引の増加費用は、原則として、給付に代わる損害にしかなりえず、それゆえBGB280条1項・3項・281

[102] なお、本判決の判決文においては、被告が引渡しを再開したことまでは摘示されている（Rn. 5）ものの、引渡しを完了したことについては摘示されていない。しかし、以下で紹介する判決理由に照らすと、BGHは、引渡しの完了を前提として判断を下しているものとみられる（このことを指摘するものとして、*Schwab*, a.a.O.（Fn. 31）, S. 168）。

条の要件のもとでのみ請求することができる（グリゴライト＝リーム、エルンストほか多数の引用）」。

そのうち一部の論者によると、「給付に代わる損害賠償と『給付とともにする』損害賠償を区別するにあたっては、追完が行われたとすると発生した損害が除去されたであろうかということを問うべきである（オットー（*Hansjörg Otto*）などの引用。また、類似の見解として、グリゴライト＝リームの引用）」。ここで注目されるのは、BGHがグリゴライト＝リームの見解を時的区分説に類似した見解として理解していることである。この理解は、区別基準論の次元においては――少なくとも事実的填補購入費用の賠償の分類が問題となる限り――時的区分説と損害類型的区分説の間には対立がないという本稿の理解と整合する。

b　BGHの立場――填補賠償構成

「当部（der Senat）は、後者の見解に従う。買主自身の填補購入の増加費用は、BGB280条１項・２項・286条の遅延損害として賠償することができるものではない」。

「仮に契約履行――これについては、原告が前訴において請求し、その請求が認容されている――と並んで自らの填補購入の増加費用の賠償を求める請求権が原告に認められたとすると、原告は、被告に不利益を与える形で、発注したディーゼル燃料の分量を契約上合意した価格において二重に請求することができるかのような[103]状態に置かれることになるだろう。ここにおいて、売主に義務づけられた給付を代替する買主自身の填補購入の費用を、この給付とともに遅延損害として請求することができないことが、特に明確になる」。

このように、BGHは、「早すぎた填補購入」に関して填補賠償構成に立つことを明らかにした。その際、BGH自身は、どのような区別基準を採用するのかという点、および何を損害とみるのかという点について

[103] なお、この部分は、判決文においては、「請求しなければならないかのような（zu beanspruchen hätte）」と書かれている（Rn. 28）。しかし、それでは意味が通らないため、「請求することができるかのような（beanspruchen könnte）」の意味合いで書かれたものと判断した。同じ読み方をするものとして、*Benicke/Hellwig*, a.a.O.（Fn. 32）Vorzeitiges Deckungsgeschäft, S. 1107.

明言していない。しかし、BGHは、填補賠償構成の根拠として、給付と事実的填補購入費用（厳密には、増加費用）の賠償の両取りが給付目的物の二重取り（厳密には、代金支払との引換えにおける目的物の給付が２回行われた状態）と同じような状態をもたらすことを挙げている。したがって、BGHは、給付と重複する利益が実現されることになるかどうかを填補賠償にあたるかどうかの基準としたうえで、「早すぎた填補購入」の場面も含め、事実的填補購入費用の賠償は給付と重複する利益を実現するものであるとの判断を示したものと理解することができる。少なくともこの限りにおいて、本判決は、本稿が学説の分析を通じて得た示唆と整合するものである。

（イ）事実的填補購入費用の賠償の可否

次に、事実的填補購入費用の賠償の可否については、BGHは、以下のように判示している。

「原告は、填補購入費用の賠償を求める請求権を、BGB280条１項・３項・281条を根拠として主張することもできない。確かに、控訴審の確定したところによると、被告は契約履行を終局的に拒絶し、それゆえもはや期間設定は必要ではなかったため、給付に代わる損害賠償請求権の要件は、さしあたっては満たされていた。また、債権者は、原則として、給付に代わる損害賠償を請求するか契約履行に固執するかを選択することもできる。さらに、債権者は、履行を請求したとしても、依然として給付に代わる損害賠償請求権に再び移行することができるのが原則である（BGH 2006年１月20日判決の引用）。しかし、債権者は、――当然のことながら――その両方を請求することはできない。債権者が給付に代わる損害賠償を請求した場合に給付請求権が消滅する（BGB281条４項）のは、そのためである。裏を返すと、履行――これについては、原告が被告に対して請求し、その請求が認容されている――によっても、自ら前もって行った填補取引の（増加）費用の賠償を求める請求権は排除される」。

BGHは、被告が残部の引渡しを完了したことを理由として、填補賠償としての事実的填補購入費用の賠償を否定したものとみられる。したがって、本判決は、債権者が給付を受領していない場合の賠償の可否――填補購入が填補賠償付加要件充足（本件では債務者の履行拒絶）の前

に行われた場合と後に行われた場合のそれぞれにおける賠償の可否――については判断を下していないことになる[104]。

[104] ドイツでは、近時、「早すぎた填補購入」に類似した事案において、遅延賠償構成を採る判例が現れた（BGH 2023年4月20日判決（BGH, JZ 2023, 881=NJW 2023, 3285）。その紹介として、高田・前掲注（1）「損害現象論的区分説における識別」82頁以下注（31）・91頁注（47）・107頁注（71））。

事案は、簡略化すると、次のとおりである。乗用車の部品を、ドイツから、メキシコの自動車製造業者の工場に運送するという内容の契約において、運送給付の債権者は、債務者から、船の故障により部品の海上輸送が約2週間遅延する旨を伝えられた。そこで、債権者は、運送の遅延による製造業者の製造停止およびそれに伴う自らの製造業者に対する遅延賠償責任の発生を回避するため、運送給付の履行期前に、「債務者に（遅れて）運送してもらう予定の部品と同一モデルの部品」の航空輸送を別で手配し（以下、「本件措置」と呼ぶ）、それに要した費用（から、債務者による海上輸送に要する費用を控除した額）の賠償を債務者に請求した。

BGHは、債権者が航空輸送の費用を支出した目的は、運送給付自体を取得するためではなく、製造業者に対する遅延賠償責任の発生を回避するためであったという点に着目し、この点にBGH 2013年判決の事案との違いを見出したうえで、本件賠償を遅延賠償に分類し、結論として賠償を認めた。

本判決については今後慎重に検討を行う必要があるが、さしあたり、次の1点のみ指摘しておく。すなわち、仮に、本件措置を、給付結果そのもの（部品がメキシコに運搬されるという給付結果そのもの）を実現するための措置と捉えれば、それに要する費用の賠償は、填補賠償に分類されるべきことになるであろう。これに対して、本件措置を、給付結果を「適時に」実現することによって（債権者の）遅延損害の発生を回避するための措置（つまり、部品がメキシコに運搬されるという給付結果を「履行期に」実現しておくことによって、債務者が後に遅れた給付をするまでの間、一時的に、製造業者に対する遅延賠償責任の発生を回避しておくための措置。いわば、時間稼ぎのための措置）と捉えれば、それに要する費用（本件措置にかかる費用全体ではなく、そのうち、給付結果の「適時な」実現に資する部分）については、遅延賠償の対象とみる余地が出てくる（これと類似の発想は、すでに、「早すぎた填補購入」との関係で、「填補購入を代替品の賃借と同じように扱う考え方」として主張されている（前掲注（28）およびその箇所の本文の記述を参照。なお、前掲注（81）も参照））。本判決は、こうしたアプローチから理論的に正当化される「可能性」がある。

＊　本研究は、JSPS科研費JP22K13306の助成を受けたものである。

このように、本判決は、――損害論に関する本稿の検討結果そのものに修正を迫るものではないと考えられるが――BGH 2013年判決で示された判例法理に対して、新たに重要なルールを付け加えようとするものと評しうる（実際、ドイツでは、この判決の登場を受けて、損害賠償分類論に関する議論がさらに活発化している）。そのため、本判決については、他の論点も含めて、今後改めて検討を行うこととしたい。

論　　説

環境刑法における法益保護（２）

―― 環境媒体侵害の刑法的規制を中心に ――

梁　　小　煒

目　次

序章　はじめに
第一章　ドイツ刑法における環境犯罪をめぐる検討
　第一節　刑法典における環境犯罪の立法沿革
　第二節　環境犯罪の保護法益に関する各見解
　第三節　法益論に基づく検討
　　第一項　法益保護説の維持　　（以上、75巻５・６合併号）
　　第二項　一元的・人格的法益論とその批判
　　１．Marxの法益論
　　２．フランクフルト学派による発展
　　３．一元的・人格的法益論への批判
　　第三項　二元的法益論による検討
　　１．初期の見解
　　２．現在の見解
　　３．まとめ―集合的法益の適格性の審査
　　第四項　環境法益の適格性
　　１．環境法益に対する立法上、判例上の承認　　（以上、本号）
　　第五項　小括

第三節　法益論に基づく検討

第二項　一元的・人格的法益論とその批判

前述した人間中心主義、すなわち個人の人格的発展に対する保護を主張する一元的・人格的法益論[1]は、M.Marxの法益論及びフランクフルト学派の法益論から発展したものである。それゆえ、まずは彼らの主張に

ついて検討を行う。

１．Marx の法益論

Marx説によれば、法益は客観的に存在的基盤を持っており、外部世界に存在する。他方、価値のある客体のみが法的財になり得るので、「存在的基盤」には「価値的基盤」を加えるべきである[2]。つまり、法益の存在的側面と価値的側面が同時に要求される。

法益概念の実質的内容にとっては、その価値的側面が決定的である。ある対象が前実定的基準によって「財」と評価された場合、立法者は同対象を法益と認め得る[3]。その評価のための実質的基準は、刑法の目的につながっている。なぜなら、ある客体の保護が刑法の目的となる場合、同客体の実質的内容を取得するために、刑法の目的の実質的内容をも同様に検討すべきだからである。刑法の目的と任務が問われる際に、実際には法の目的という問題の提起を意味する。その原因としては、刑法は全体の法秩序の一部に属するからである。それによって、全法秩序の統一的な任務への探求が要求される[4]。

そして、もし法の目的を検討すると、これは国家の目的につながる。その出発点は、基本法１条における人間の尊厳の保護にある。すなわち、人間のための価値決定が基本法に組み入れられ、国家の目的と行為が基本法の基準に関連するため、国家は人間の奉仕者となり、国家の機能は人間に資するものだと認められる。したがって、国家の目的、そして法の目的はまさに「人間」に関連している[5]。

具体的にいえば、基本法１条において、人間の尊厳は不可侵であり、その尊重と保護はすべての国家権力の義務であることが立法者により認められた。それによって、憲法の原則、憲法の基礎規範及び法秩序の基

---

[1] *Olaf Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte:Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, 1991, S.61.Hohmann の見解の紹介として、金尚均『危険社会と刑法』（成文堂、2001年）147頁以下参照。

[2] *Michael Marx*, Zur Definition des Begriffs >Rechtsgut<, 1972, S.9.

[3] Vgl.*Marx*(Fn.2)S.17.

[4] Vgl.*Marx*(Fn.2)S.24f.

[5] Vgl.*Marx*(Fn.2)S.33f.

本規範が提起されている。個人に最も価値があるという原則は、所与の（vorgegeben）形態として、憲法において受け入れられた。法律の制定と適用は、すべての客観法にとって最も重要な憲法的原則である基本法１条に内在する要求を満たすべきである。したがって、法の目的と国家の目的には同一性があり、基本法１条が国家の目的に言及した場合、法の目的も確定されたといえるので、刑法を含む法律の制定と適用を通じて、国家の活動は明確にされ、国家の目的は具体化された[6]。

結論としては、基本法１条から出された「人間のため、人間の価値と尊厳のため」という決定の支配的影響の下で、法律の制定、解釈と適用において、その実質的な正当性基準は基本法１条にあるので、人間に資することこそが法の任務である。それによって、人間も刑法の本来の保護客体である[7]。ゆえに、法益の「価値的側面」は、人間への保護という基本法１条の基本規範により決められたといわれるべきである。ただ、それは原則的な規範設定にすぎないので、法益の内容については、さらなる具体化の必要がある。

そのため、Marxは以上の検討をした上で、人間（Mensch）を「人格」（Person）と定義し、よって個々の人間の自己価値を明確にした。人間を人格と評価する意味は、人間が自分の行為において自由な自己決定の方式で自己を発展させるという人間の本質的特性があげられることにある。すなわち、行為による自己発展は、人間の本質的表現と考えられる[8]。法と国家にとって、基本法１条の基本的規範に承認された人格への仕えは、人間をその本質的任務の中核とすることを意味している。人格の自由発展を支持し、これを促進することが法と国家の任務である。それによって、国家の手段としての法は、人格の自由発展を可能にするような外部条件を創造し、維持しているといわれる[9]。

そうすると、刑法の目的も同時に確定され得る。すなわち、自由な自己発展の可能性を確保し維持することがその目的である。刑法の防御的

---

[6] Vgl.*Marx*（Fn.2）S.38f.

[7] Vgl.*Marx*（Fn.2）S.40.

[8] Vgl.*Marx*（Fn.2）S.45f.

[9] *Marx*（Fn.2）S.48.

特性に応じて、人格発展の実現のための外部条件にとって重要な存在すべては、他人の攻撃から保護されるべきである。そして、人格発展の実現のための外部条件は、まさに刑法の保護客体と認められる。このように、法益の実質的な定義は、「人間の自由な自己発展に必要な対象」であるとされる。同定義において、対象と人間の関連性という価値的側面は、法益の存在的側面に加えられるべきである。人間にとって価値があり、すなわち、個人の人格的決定の実現にとって必要な対象のみが立法者の評価により保護法益とされ得る[10]。

最後、彼は確かに個人の自由発展に着目するが、公共秩序等の超個人的法益を否定するわけではない。つまり、経済秩序等は人間の自己実現にとって必要な客体に属すると考えられると、同様に保護法益とされ得る。法益主体は確かに個人であるが、超個人的法益の場合には、個人の集合は全体の人間として、法益の共同主体とされることになる[11]。個人的法益と超個人的法益との区別は「法益主体の数」のところにあるにすぎず、この点は処分権限の問題のみに関連する。つまり、国家は法益の一種として、個人に帰属されず、個人の集合体としての多数人に属するとされるべきである。このとき、すべての共有者の承諾があった場合にのみ、同対象の法益としての性質の消滅は可能となる。すなわち、権限者の承諾による法益の放棄である。

これによって、超個人的法益の概念の代わりに、「社会的法益」という用語が使われている。すなわち、保護法益は、個人の発展を直接に実現すること（個人的法益）と、間接に実現すること（社会的法益）に分けられる。そして、２つの独立した法益概念の代わりに、統一的な法益概念の細分化が主張される[12]。

このように、刑事法の立法者にとって、基本法における人間の尊厳は最も価値があるという定式は基本的原則であるとされる。それにより、刑法の任務は人間に資することであり、人格の自由発展の条件を保障しなければならないので、保護法益は人間の自由な自己発展のための必要

[10] Vgl.*Marx*(Fn.2)S.60ff.

[11] *Marx*(Fn.2)S.81f.

[12] Vgl.*Marx*(Fn.2)S.82f.

な客体と認められるべきである。他方、個人（個別者あるいは全体の個人）のみが法益の主体と考えられる。

2．フランクフルト学派による発展

A．Hassemer の法益論

その後、Hassemerを代表とするフランクフルト学派は、個人的法益論をさらに発展させた[13]。彼は啓蒙期の政治哲学から出発して、現代社会においても、伝統的な刑法の目的設定（刑法の明確性及び補充性という法治国家の伝統の維持や、侵害犯を犯罪行為の一般的態様とすることなど）を主張する[14]。

つまり、彼は、可能な法秩序を社会契約と調和しようとするのである[15]。社会的共同生活を営む人々は、互いにその自然状態下で自由の一部を放棄し、よってすべての人間の自由の保証を取得したとし、社会契約を法の基礎とする考え方は規範的にも理論的にも納得のいくものだとする。社会契約の当事者に法の存在の状態下での共同生活をさせることが、国家の任務とその正当化の基礎である。その上で、社会契約の見解は同時に、個人的国家理論、すなわち、「国民は国家のためではなく、むしろ国家は国民の見地により機能化された」ということを基礎づける[16]。

以上のように、社会契約が国家や法の基礎とされるので、刑法も同様に社会契約の要求の保障手段と認められる。そうすると、「社会契約上保証された自由」の侵害のみが犯罪に属するのであり、この点が人格的

---

[13] ここでの「フランクフルト学派」という名称について、Vgl.*Bernd Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA1995, S.205.

[14] *Winfried Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S.3.

[15] Vgl.*Winfried Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S.27ff. 本書の紹介として、山中敬一＝元家範文＝立石雅彦「ヴィンフリート・ハッセマー『犯罪の理論と社会学』」（上）（下）、関西大学法学論集26巻２号（1976年）213頁以下、26巻３号（1976年）173頁以下参照。

[16] Vgl.*Hassemer*（Fn.14）S.4f.

法益に係るものである[17]。つまり、一般的には、刑法的保護に値する人間の利益が法益とされる[18]。ゆえに、もし超個人的法益には個々の人間の利益のための機能がなければ（あるいは、もし刑法規範は明確な個人的利益に仕えなければ)、それは基本法に合わせた社会的価値経験に合致しないと考えられる[19]。

それゆえ、集合的制度は人間の利益に資する場合にのみ、法的保護に値するものとなる点について、Marx説と同様の立場にある。その上で、Hassemerは「個人」と、個人の集合体としての「公衆」との関係に着目して、個人的法益と超個人的法益との間の演繹関係を提示した。すなわち、集合体である公衆を担い手とする超個人的法益は、「個人的法益の保護の可能性の条件」としてのみ合法化され得る[20]。そうすると、超個人的法益に焦点を合わせることは、最終的には個人的法益の維持を目的としている。具体的にいえば、人間は社会化された存在である限り、その利益は社会と国家の制度（経済や安全）においてのみ維持され実現されるので、このような制度の保護は、社会的制度の中で生存し行動する人間の―媒介された―利益（vermitteltes Interesse）に対する法益保護である[21]。それゆえ、例えば環境犯罪の場合、健康や生命の維持が必要とする媒体が法益とされ、環境侵害が個人的法益に対する危険犯と解釈されるような人間中心の結論[22]は、上述の理由に基づいて提示されたものである。

B．Hohmann の法益論

フランクフルト学派のHohmannは、一元的法益論を「一元的国家主義」と「一元的個人主義」に区別し、前者は法益を共同体や国家の財と認め、よって個人的法益は国家の機能から導き出されるが、後者は人間から出

---

[17] Vgl.*Hassemer*（Fn.14）S.5.

[18] *Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann*, in:NK-StGB, 4.Aufl, 2013, Vor § 1, Rn.144.

[19] *Hassemer*（Fn.15）Theorie, S.233.

[20] *Hassemer*（Fn.15）Theorie, S.83.

[21] *Hassemer/Neumann*（Fn.18）Vor § 1, Rn.138.

[22] *Hassemer/Neumann*（Fn.18）Vor § 1, Rn.136, 137.

発して法益を理解し、よって超個人的法益が人間から導き出され、個人の人格的発展に資する場合にのみ合法的であるとする[23]。彼は後者に賛成し、これが自由国家の構想に適合するものだと主張する[24]。

具体的には、彼によれば、人格的な国家の理解と法の理解は、人間を検討の出発点及び最高位の価値としており、当該国家と法の理解のもとで、人間は人格として、人格の自由な発展を目指す。憲法の視点から見て、この目的の理解には基本法１条における人間の尊厳の保障という憲法上の基礎がある。そのほか、基本法２条１項における「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法適合的秩序または道徳律に反しない限り、自己の人格を自由に発展させる権利を有する」という制限も、自由発展のための規定とされる。そうすると、同規定から、人間に最も価値があるという人格的な国家の理解と法益の理解は支持されるべきであり、よって人間に資することが法秩序の目的と意義となる[25]。

このような国家と法の理解により、何が法益と理解され得るかについての問題も解明できる。すなわち、国家の秩序と法秩序は人間に資し、また人間の本質は個々の人格の発展にあるのであるから、国家と法秩序の機能は「人間の自由な発展のため」という要請にある。これにより、刑法の任務は、個々の人間の自由な発展を可能にするような条件の維持とされるので、このような自由な発展のための条件はまさに法益の基本要素と認められるべきである[26]。

このような人格及びその自由な発展に係る理解は、法益の価値的評価に属するものである。その上で、同説はMarxの主張する法益の存在的側面と価値的側面という両要素説に賛成し、人間の自由な発展条件という価値的基盤のほかに、存在的基盤として、法益は現実的な客体に属することをも要求する。なぜなら、法益保護は、それが変化する可能性があることを条件とするからである[27]。換言すれば、法益には行為の影響

---

[23] *Hohmann*（Fn.1）S.61.

[24] *Hohmann*（Fn.1）S.65;auch *Hassemer/Neumann*（Fn.18）Vor § 1, Rn.133.

[25] Vgl.*Hohmann*（Fn.1）S.66ff.

[26] Vgl.*Hohmann*（Fn.1）S.71f.

[27] Vgl.*Hohmann*（Fn.1）S.114f.

を受けて変化する可能性がなければ、法益侵害がいかに可能かは不明確だからである。

したがって、存在的側面と価値的側面を考える以上、保護法益は個人の発展条件としての、侵害され得る現実的な存在であると認められる。

このような法益の定義をした上で、同説は法益概念の内在的批判機能を発揮させるために、さらに３つの基準を提示し、よって法益の批判能力の具体化を行う[28]。

まず、①保護法益の価値的側面から出発して、法益の実質的内容の欠缺のゆえに合法的ではない客体を保護客体から排除できる。すなわち、規範の保護客体が個人の発展条件ではない場合、当該規範は法益を保護しているといえないのである。例えば、「人種の純潔性」は人格の発展条件ではないので、法益の実質を備えていないと考えられるべきである。また、道徳上の価値は人格的発展の基本条件ではなく、人格的発展によって達成しようとする目標に属するものにすぎない。

そして、②保護法益の存在的側面から見て、「現実的な侵害の因果関係」の要求という必要条件は、法益を侵害可能な現実の存在と理解することから出発したものである。それにより、構成要件的行為には事実的な法益侵害の惹起の適格性があることも要求されている。他方、「現実的な侵害の因果関係」からして、何が法益とされるかというのは、文化的・歴史的状況に関連している。状況の変化、すなわち現代社会の進歩は、保護法益に対する新たな侵害可能性を創出することができる。

具体的にいえば、第１には、社会の発展に伴い、新たな個人の人格的な発展条件（例えば、文書の真実性に対する個人の信頼）を法益と認めるべきであり、そして第２には、社会の発展に伴って生じた、伝統的な法益に対する新しい形式の侵害や危殆化行為（例えば、社会の工業化と技術化を通じて、生命、健康、身体の完全性の侵害に対応する環境刑法における行為類型が現れる）をも処罰するべきである。

最後、③刑法上の保護は法益侵害の強度に関連している。この側面は一元的・個人的法益論に鑑み、公衆の法益が個人的法益に従属すること

[28] Vgl.*Hohmann*(Fn.1)S.137ff.

を意味する。前述のように、合法的な超個人的法益は人格の発展条件に還元することができ、超個人的法益の保護は個人の発展条件の保護の前段階にあるということになる。

これらの基準に基づき、刑法324条において、どのような場合に水質の「悪化」といえるかについて解釈を行う。人格的法益論からは、「悪化」の判断は、人間の身体、生命への抽象的危殆化に対する検討によるのである。なぜなら、一元的・人格的法益論による演繹関係のほか、超個人的法益と個人的法益との間の階層性（Hierarchie）によれば、個人法益は共同体法益の上位に置かれるので、生態主義による水資源の清潔の侵害犯という理解では環境財と個人法益が同価値であると認めることになり、これは人格的法益論と相容れないからである[29]。

結局、人間の生命、健康にとって不可欠な環境のみが保護され得るのであり、個人的法益との関連性を考慮しない環境保護は基準①により排除され（同客体は個人の発展条件でない）、生命や身体の抽象的危険の要求は基準②の「現実的な侵害の因果関係」に係るのである。それゆえ、水資源を悪化させる行為は、少なくとも個人的法益に危険を与える必要がある。なお、基準③により、環境犯罪は人身への危険犯に属するので、その刑の重さは通常の殺人罪、傷害罪よりも低いとされるべきである[30]。

C．結論

このように、フランクフルト学派の支持する一元的・人格的法益論は、自由国家の理解を基礎とし、よって「国家は人間の生存の可能性の発展と保障を促進すべきである」と主張する。自由主義の構想は「少なくとも社会に対する個人の本来の規範的優先性とされており、その結果として、個人は自己の利益、及び利益を満たす手段と方法に関する決定権を持ち、国家に対しては、この目的への奉仕の役割を要求する」[31]と考え

---

[29] Vgl.*Hohmann*（Fn.1）S.186ff.

[30] *Hohmann*（Fn.1）S.198, 232.

[31] *Klaus Günther*, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, in:*Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz*（Hrsg.）,>Personale Rechtsgutslehre< und

られる。

これによって、国家による保護の一手段としての刑法も、人間への保護に焦点を合わさざるを得ないとされる。そうすると、法益は刑法的保護に値する人間の利益であり、人間の人格的自由の発展条件に属すべきである。この点はMarx説と同様である。

他方、個人（単独の個人または全体の個人）のみを保護法益の主体とするというMarx説に基づいて、超個人的法益は間接的に個人の発展に資するものであるのに対して、フランクフルト学派はさらに演繹関係を展開し、すなわち、制度財保護を個人財保護の条件とし、個人的法益の維持のみを目的としている。つまり、前述の自由主義的な理解に基づけば、超個人的法益は「個人的法益が侵害された過程の一つ段階の略称とみなされる」[32]というものにすぎない。

それゆえ、社会的制度に係る罪は制度保護のために行為を規制するものではない。むしろ、現代社会における新たな侵害可能性に応じて、自然環境や経済的制度への直接的影響による個人的法益に対する間接的侵害という態様の犯罪を規制することにより、個人的法益の保護の拡張（つまり、前段階の保護）を行うことがその目的となる。

そうだとすると、環境刑法において、環境破壊による人間の生命、健康に対する間接的侵害がその規制対象となり、解釈に際しては、このような個人的法益への危殆化は決定的な判断基準と考えられるべきである。

３．一元的・人格的法益論への批判

しかし、超個人的法益に対する保護は、確かに関連する制度等の自己目的のためではないが、「個人的利益の維持に還元される必要がある」という結論に対しては、疑問がないというわけではない。以下では、一元的法益論への反対論を紹介する。

①まず、個人的法益と超個人的法益との間の直接的な演繹関係が否定されるべきである。つまり、「国家は自己目的ではなく、人間の生存の

>Opferorientierung< im Strafrecht, 2007, S.16.

[32] *Klaus Lüderssen*, Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht, StV2009, S.494.

可能性の発展と保障を提供するのであり、よって集合的法益に対する保護は最終的には社会の構成員の自由な発展への保証に資する、という認識から、刑法は具体的な個人的法益のへ侵害の場合に保護を提供するに限るべきであるという結論は導き出され得ない」[33]と述べられる。

例えば、Wohlersによれば、「人格的な発展の基礎はまさに個人の自由領域に対する承認である。ただし、現代社会において、個々の社会の構成員が自己の自由を利用すると同時に、他の社会のメンバーの自由領域に影響を与え、あるいはその自由の利用に伴い、少なくとも潜在的な衝突に陥る、という状況を生じさせない自由の領域は事実上存在していない。この点を考えると、個人の自由の領域の存在のほかに、個人に事実上自己の―当然、制限を伴いながら―自由を行使させ得る基本条件も保障されるべきである。個人の自由発展は、消極的立場として侵害される自由によるのみならず、自由を実際に利用する可能性をも通じて確定されるので、自由の行使の基本条件の保障は、個人の自由発展にとって基本的な、よって刑法的保護に値する社会的価値とされる」[34]と考えられる。

これにより、環境刑法においては、放棄できない生存基盤の維持という一定の社会的所与は、財産の所有権とは異なり、個別者に係る法益ではなく、むしろ「未来世代をも考慮に入れた―社会化された個人の共同体それ自身に帰属されるべきである」[35]とする、伝統的な個人法益保護の否定論が提示されることになる。

②そして、Kuhlenは、公共利益への作用から間接に生じた個人の利益の損害に対する確定についての問題に着目し、同様に法益の演繹関係を批判する。つまり、「超個人的利益あるいは公共利益の特徴は、どの人も利用できており、その利用から排除され得ないというのである。公共利益に対する個人の利益は、その利用可能性に存在している。これに

---

[33] *Ioanna Anastasopoulou*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, 2005, S.40.

[34] *Wolfgang Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrschts, 2000, S.94f.

[35] *Wohlers*（Fn.34）S.95.

よって、それを公衆の法益と認める結論は、最終的には保護に値する個人の利益に照準を合わせるが、そのような法益が個人的法益から導き出され、個人的法益に還元されるとはいえない。刑法331条以下のような職務犯罪により保護されている超個人的利益においては、確かに多数の人格の強い個人的利益が認められる。しかし、この利益は果たしてどのような特定の個人的法益に還元されるべきであろうか。刑法331条以下が阻止する、完全に腐敗した国家の制度は、個人の経済的搾取のみを生じさせることもあるし、個人の健康被害、ひいては死亡を生じさせることもある。この点は不明確である」[36]とし、具体的にどのような個人的法益に還元され得るかについては確実な回答がないと指摘する。

そうすると、環境刑法における法益還元論の場合にも同様の問題がある。すなわち、同説によれば、「私たちの自然な生存基盤の毀滅の重圧のゆえに、長期的には事実上どのような個人的法益に影響があるかということも不明確である。健康または生命の犠牲が生じることがあるし、状況がより弱い変化に応じて、費用のかかる再開発を果たすべきケースのように、個人が単に経済的支出をすることもあり得る。この不確実な関連は個人的法益への還元を妨げる」[37]と考えられる。

また、Franzheimも、廃棄物の投棄行為を行う時点において、人間の身体と生命に対する因果的効果を確定することができないと述べる。すなわち、「昔から蓄積されてきた負荷」（Altlast）の例を挙げて、「過去の時点における廃棄物の堆積の場合、のちに古いゴミ処理地からのガスが人々の住む住宅に入り込む可能性があるということは、当時まだ予見できなかった。昔から引き継いだ負荷を通じて汚染されている地上水域がのちに地下水を汚染することになるということは、堆積の時点において、同様に認識できなかったのである」[38]とし、自然環境に対する影響を図る際に、その後の最終結果が個人にとって有利か不利かについて予

---

[36] *Lothar Kuhlen*, Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW105(1993), S.704.

[37] *Kuhlen*(Fn.36)S.704.

[38] *Horst Franzheim*, Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes, GA1992, S.480.

測しがたいとする。

③上述した演繹関係への批判のほか、社会契約に基づく自由国家の理論と一元的・人格的法益論との連結という点に対しても、疑問が出される。

例えば、Schünemannによれば、「社会契約への関与、及びそれによる権利と義務は、特定の時点で生存している個人に制限され得ないというのは当然である。なぜなら、さもなければ、誰かの死亡と誕生に伴って新たな社会契約が締結される必要があることになるからである……全体の人間がパートナーと想像された場合、未来世代も同様である。ところで、この点が、契約と合意に基づかない別の道徳規範の創設と一致するのである。これらの規範の最低限の条件は、人間が地球において特別に、持続的に生存し得るという基本的公理である……当該個人あるいは別の現存個人の代わりに、人類の生存が最高の価値を創設し、よって現存人間の視点からの、個人法益の代わりの普遍的な法益を創設したのである」[39]という見解が述べられる。それによって、今、まさに存在している個人の法益のみに対する保護の必然性は否定されるべきである。

それゆえ、環境刑法の場合、現世代の個人だけに着目するのではなく、すべての世代のために、その生存基盤そのものが保護法益である。すなわち、「自然資源に対する平等な分配というすべての世代の要求は、第二の基本原則として導き出され、よって生存に適した、生存の維持の価値がある環境の存続と保証は、人種の存続と維持の後で、特に第二順位の法益として演繹され得るのである。しかも、このような演繹からは、人格的法益概念の不毛が再び明らかになる」[40]との結論がなされる。

したがって、彼によれば、生態環境保護において、「刑法上の保護に値する法益は、実際に関連する個人によって機能化されるべきである」というフランクフルト学派の一元的観点が法益概念に対する誤解であるとされ、環境基盤の維持が主に「互いに連続する人間の世代の間の分配

[39] *Schünemann*（Fn.13）GA1995, S.206.
[40] *Schünemann*（Fn.13）GA1995, S.206.

的正義の問題」[41]に属するものであるとされる。

④最後に、人格の自由発展に資するという国家の秩序と法秩序の目的の視点から見ても、個人の行為可能性の発展及びその助成を公平な条件の下で実現するために、個人的法益のみを保護することはやはり不十分である。ここでは前述③の未来世代と現世代との間の平等の代わりに、主として現存の世代における人々の平等に着目している。

すなわち、Muñozは「個々人の自立を目的とする場合、刑法的システムは個人の形式的自由と平等を保証するだけでは足りない。それと同時に、実質的平等の条件の下で自身の人生構想を発展させるために、個人にとって必要となる国家的、社会的制度の事情の遵守及びその明白な機能が保護されなければならない」[42]とし、公平な発展の機会の提供の重要性を明らかにする。現代社会において、個々の人間は各領域で自身の発展と自己価値の実現を目指しているのであり、人の発展機会の平等という「実質的平等」を確保する各公共制度は、人格の自由発展の基礎として不可欠であると認められる。

ゆえに、個人の利益の実現可能性に対して、経済的、文化的、あるいは政治的公共利益の機能の維持はその前提条件として基本的役割を果たし、それによって、各社会システムの機能そのものは保護に値するのであるが、当該公共利益への保護は個人的法益の侵害または危殆化と直接的には関連していない。環境刑法に係る法益の場合、清潔な自然環境の確保は「平等発展の空間」を提供し得るという点から考慮して、自然的環境基盤に対する保護は実質的平等の要求に合致すると認められるべきであろう。

---

[41] Vgl.*Bernd Schünemann*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht.Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?, in:*Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa*(Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, S.26.

[42] *Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*, Eine Theorie der kollektiven Rechtsgüter, GA2021, S.332.

以上のように、一元的法益論者は公共法益を個人的法益の保護の媒介と考えており、それによって、制度の侵害を規定する構成要件においても個人的法益への（少なくとも抽象的な）危殆化を要求している。このような見解は、確かに人間の保護を一番高いレベルの価値とし、個人の人格的な自由の発展を重要視することから出発して自身の理論を展開する。しかし、人間の自由な発展の条件が法益の内容と認められても、それは個人自身の利益しか保護しないと意味する必然性はない。なぜなら、すでに批判したように、個人に自由を行使させることを可能にするというような「社会的外部条件」が個人の自由の維持の前提に属し、よって保護に値すると考えられ得るからである。逆にいうと、このような社会的外部条件への保護がなければ、個人の自由な発展の実現にも不利益を生じさせることになるのであろう[43]。

そうだとすると、超個人的法益と個人的法益との間の「演繹関係」は行きすぎるものであり、否定されるべきであろう。

第三項　二元的法益論による検討

上述の演繹関係を批判する二元的法益論の支持者は、意味的には同じであるが、ほとんど「超個人的法益」の代わりに「集合的法益」（Kollektivrechtsgut＝超個人的法益）という用語[44]を使用している。本稿でも、以下の検討において、主に「集合的法益」という概念を使う。

二元的法益論の支持者は、その上で、個人的法益と集合的法益の区別を重視して、後者を「社会の枠付けの条件の調和に係り、その維持は社

[43] すなわち、「ただし、人間の個人的利益への刑法的合法性の徹底的還元は、機能的経済生活の基本条件の一つである現代の予防刑法の領域、とりわけ環境と動物保護の罪及び社会的経済の構造の保護という場合において、必然的に抜け穴を残したことになる」との指摘のように、還元論は、現代の社会生活の現実状況に適応しないものだと認められるべきである。この点について、*Sabine Swoboda*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW122 (2010), S.34.

[44] つまり、両者は同義語である。Vgl.*Hanna Sammüller-Gradl*, Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im Deutschen Umweltstrafrecht, 2015, S.54Fn.300.

会における平和で有益な共同生活にとって不可欠なものである」[45]と考えている。すなわち、ほぼ現在の通説である二元的法益論によれば、個別の者に直接由来する利益に関連せず、人間の生活に役立つ「集合的制度」（あるいは集合財）の維持も刑法の任務とされるようになる。

１．初期の見解

二元説の初期の見解として、例えばTiedemannによれば、「数多い規範が表現する抽象的法益は、法秩序と経済秩序の社会の緊密性（Sozialdichte）に伴って把握されるのは困難である……個人の生活利益は法律上、間接的に秩序のある経済過程に関する公共的利益の背後に存在している。経済刑法において、狭義の自己目的の、別の直接目的のための技術的な実施という性質を持たない経済財と社会的利益は、むしろ非浸透的である」[46]とされており、経済秩序の存続と運行そのものが刑法的保護の対象と認められる。

これに対して、反対説からは、経済利益の保護を自己目的とすると、国家と公共社会それ自体が経済秩序の存在及び機能の利益の主体になってしまうとされる[47]。このような個人的法益と超個人的法益との対立には、統一的な法益理論の発展を不可能にしてしまうとの批判がある。なぜなら、両者の内在的関係が不明確であり、上位の概念が欠けているからである。そうすると、犯罪の本質という問題は統一的回答を必要とするので、上位の概念がないような法益概念の二元説から出発すれば、これを犯罪概念の確定のために適用するのは無理があると考えられる[48]。

上述した批判は、Tiedemann説が個人的法益と超個人的法益という２つの概念の上位概念を提示しなかった点に着目している。確かに、もし「国家と公共社会それ自体」が集合財の主体と認められるとすると、一見、これは個人の利益と関係するものではなく、果たして統一的法益

---

[45] *Bernd Schünemann*, Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik, in:*Andrew von Hirsch* u.a（Hrsg.）, Mediating Principles, 2006, S.24.

[46] *Klaus Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S.119.

[47] Vgl.*Marx*（Fn.2）S.81;*Anastasopoulou*（Fn.33）S.41.

[48] Vgl.*Hohmann*（Fn.1）S.60;*Anastasopoulou*（Fn.33）S.42.

概念が見出されるかについて不明確とある。しかし、同説は集合的法益の場合、「狭義の自己目的」のみを考えているのであり、このような自己目的は絶対的なものではないとする。すなわち、「共同の財（Gemeinschaftsgut）が国家権力の専断と考えられる場合、個人の利益と全体の利益との間のこのような潜在的対立はまったく不当であるように思われる」[49]とし、超個人的法益の自己目的は、あくまでも「伝統的な個人的法益と区別する」ために肯定されるにすぎないとする。

それゆえ、制度の存続という「自己目的」から人間の利益には役立たないという結論が導き出されないだろう。もし制度が人間のために創設されたものだと考えれば、「人間の発展条件」という上位概念を見出すことが可能であり、すなわち「集合的法益の機能は最終的に個人の利益に資するように見える」[50]という結論で十分である。前述の批判は、実際には一元的法益論の主張する法益の還元論から出発したにすぎないので、的外れであるといわれるべきであろう。

2．現在の見解

A．国家の目的に関する理論的基礎

二元説の現在の支持者によれば、国家の任務は社会の発展に従って変化しているという現状に適応する必要性が、二元的法益論に賛成する主たる理由であるとされる。

具体的にいえば、まず、前述したように、一元的法益論は社会契約に基づく自由国家から出発するものである。つまり、「基本法が関連する憲法のモデルは、実は19世紀のことである。当時の立憲的君主国において、憲法には一般的、包括的君主制の国家権力を制限し、このような方法で国民や社会に自己責任の自由を保証するという任務がある。これに応じて、国家の影響から自由になる空間が定義されたことに関する基本的権利は、君主制の国家権力に対する防衛権である」[51]という立論は、

---

[49] *Tiedemann*（Fn.46）S.120.

[50] Vgl.*Roland Hefendehl*, Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?, GA1997, S.122.

[51] *Roland Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S.76.

国家権力の前から個人の自由を保障するような伝統的自由国家の憲法秩序に係るものである。

それゆえ、古典的自由主義思想に基づく秩序の下で生活する人間は「自立性があり、自己完結した（in sich geschlossen）、外部からの各種の作用を拒絶するような個人」[52]と考えられる。この状況に応じて、伝統的個人法益の保護のみに着目する見解は、当時の社会的背景の下では合理的なのであろう。その結果としては、「人間の共同生活の条件は以下のような場合にすでに保証された。すなわち、刑法は攻撃から個人の利益領域、及びその性質上、当該利益領域の保護者としての国家を守っているという場合である」[53]という結論が当時の要請に合致する。

ただし、現在では、社会的損害の考え方により、伝統的な個人の利益領域のみに着目することは不十分であり、個人領域を越えた社会的利益も人間の共同生活の維持にとって重要である[54]。現代社会では、「政治の過程の秩序が機能できるように維持し、現代の条件の下で人間の尊厳に係る自由と生命を有効に保障することも国家の任務である……現在の国家と社会の憲法において、国民の生活は個人の自由空間のほか、社会と国家の配慮システムの機能をも通じて定義されているのである。規定された高度な作業と機能の分化のゆえに、個人は社会化から離れることができない。国民は国家システム、経済システムの機能に規則的に関連しているのである」[55]とされる。それによって、人間の基本的権利の機能は、単に国家の権力を防御することに限られない。

このような基本的権利の内容拡張に応じて、国家権力の行動範囲も一定の拡張をする必要があり、「個人や全体個人の利用のために、人間の共同生活の存在条件を創設し確保することに及ぶ。それによって、生存

---

[52] *Martin J. Worms*, Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne des § 166 Abs. 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984, S.56.

[53] *Knut Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S.10. このような社会モデルの下での個人は、社会から切り離されて、自己完結した存在であるという（S.26.）。

[54] Vgl. *Amelung*（Fn.53）S.10.

[55] *Hefendehl*（Fn.51）S.77.

の配慮は促進される」[56]とされるべきである。このように、社会環境の複雑性を考えると、現代社会において、社会生活の基本的外部条件に対する国家の配慮は、人間の自由な自己発展にとって不可欠なものである。

これに関連して、「発展のための必要な前提と条件は、いつでも適用し、その妥当性は不変だ（ewiggültig）と定められたものではなく、むしろ特定の文化的・歴史的状況に従って変化し得る」[57]という点から出発すると、集合的法益への承認には理由がある。社会の発展が新たな人間発展の可能性をもたらすことができ、同発展可能性は社会の一般的受容により刑法の保護に値するものとされることになる。すなわち、刑法的法益は、その内容が人格的発展条件の基礎としての各文化歴史的、社会的発展や変容に関連すべきものである[58]。基本的権利が国家目的の変化に伴って増えており、かつ、人間の発展条件は文化的・歴史的社会状況において考慮されるので、現代社会での保護法益が個人の身体や財産に限定される必然性はないとされるべきであろう。それゆえ、「人格的発展条件の確保＝個人的法益の保護」という定式には必然性がない。

そこで、集合的法益は形式上いかに特徴づけられるか、そして、人間の発展に対してどのような機能を持っているかが問題となる。以下では、これを検討する。

B．集合的法益の特徴

現在の二元説、例えばHefendehl説によれば、潜在的な各社会の構成員のための集合的法益は、一般的には以下の３つの特徴を有している[59]。つまり、①利用の非排除性（Nicht-Ausschlieäßbarkeit von der Nutzung）、すなわち、社会共同体においては誰も公共財の利用から排除され得ない。②費消の非対立性（Nicht-Rivalität des Konsums）、すなわち、個人と

---

[56] *Hefendehl*（Fn.51）S.78.

[57] *J. Worms*（Fn.52）S.63.

[58] Vgl.*Detlev Sternberg-Lieben*, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in:*Roland Hefendehl* u.a.（Hrsg.）, Die Rechtsgutstheorie, 2003, S.70f.

[59] Vgl.*Hefendehl*（Fn.51）S.111f.

してのＡによる公共財の利用は、別人Ｂによる利用を影響、妨害しない。③不可分配性（Nicht-Distributivität）、すなわち、総体としての公共財は概念上、事実上または法律上、一部に分解されて、個別者へ帰属させることはできない。

ただし、多数の見解によれば、これらの特徴の中で、集合的法益の不可欠な要素として考えられるのは「不可分配性」のみである。なぜなら、この点がまさに伝統的な個人的法益と公共財を区別するための決定的な基準といえるからである。

例えば、Koriathは法益主体の視点から出発して、「自然人が個人財の主体としているのに対して、社会学的（社会）または法律的（国家、法秩序）実体が公共財の主体となっているので、不可分配性が公共財の本質的特徴と考えられる」[60]という。Muñozは「最も重要な、及び刑法教義学において一番広まったメルクマールは当然、法益の不可分配性あるいは不可分割性（Unteilbarkeit）である」[61]という。また、Grecoの理解によれば、前述の「費消の非対立性」は、費消され得ない財においては意味がない（例えば、通貨秩序の安全等とは違い、国民は国家組織の維持を生活に利用するといえない）し、「利用の非排除性」は「不可分配性」の結果や裏返しにすぎないというべきである[62]。つまり、「利用の非排除性」と「費消の非対立性」を不要とする。

実際、Hefendehlもこの問題点を意識して、「秩序に合致する利用や費消は集合的法益に損を与えるかという問題は一義的に答えられない」と主張する。つまり、利用あるいは費消は異なった法益のグループの場合には別々に確定されるべきである。例えば、自然資源の利用のような費消の概念は、国家安全の場合には適合しない[63]。具体的にいえば、法律の規定に合致する使用行為は確かに許可されたが、自然資源は依然とし

---

[60] *Heinz Koriath*, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA1999, S.564.

[61] *Muñoz*（Fn.42）S.334.

[62] Vgl.*Luís Greco*, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, in:Festschrift für Claus Roxin zum 80.Geburtstag, Band1, 2011, S.203.

[63] Vgl.*Hefendehl*（Fn.51）S.112.

て同行為を通じて消耗されている。この使用過程は、「費消」の本来の意義である。他方、社会の構成員にとって、国家基盤を維持すれば、安全利益も得られるので、ここで「費消」行為は不必要である。さらに、「利用」行為も同様の理由に基づいて、法益への実際の利用が及ぶ場合においてのみ考慮されても構わない。ゆえに、この場合、「利用」の非排除性及び「費消」の非対立性を検討する実益が多くない。

なお、Sammüller-Gradlは、経済学における公共財の特徴を、法学上の集合財の概念に転用することができるように主張する。ここでいう国民経済学の意義上の財は、いわゆる排除原則（Ausschlussprinzip）の適用の可否に基づいて個人財と公共財に分けられており、後者への他人の利用可能性は排除できないと考えられる。具体的にいえば、「私的財の排他原則を保証し得るために、当該財に所有権が存在している―それゆえ、私的財の交換とその排他的利用は所有権の移転を通じて発生する」[64]とし、取引などの支払手続きがない場合、人々は自動的に他人の個人財の消費から排除されるのであると認める。これに対して、公共財の場合においては、「所有権に係る排他的分配の可能性は存在しない、あるいは、所有権地位の移転による利用可能性の交換は行われない」とし、事実上の支払などがないとしても、消費者は排除され得ないとする。つまり、公共財には所有権の問題がないので、利用の排除は考えられない[65]。

それによって、「非排除性」という基準は公共財に特徴づけられ、他人を排除するために所有者を認定することは不要である。この経済学的特徴を刑法上の法益に転用し、よって非排除性の結果は「公共財に関する所有権の不十分な配分」であり、集合的法益も「非排除性原則の背後にある判断の利用」に基づいて、その特徴を取得する[66]。

このように、同説によれば、集合的法益の根本的特徴は「非排除性」のみである。しかし、同見解は所有権の判断から出発して、個人に公共

---

[64] *Sammüller-Gradl*（Fn.44）S.82.

[65] Vgl.*Sammüller-Gradl*（Fn.44）S.83.

[66] Vgl.*Sammüller-Gradl*（Fn.44）S.83f.

財の特定部分の所有権を配分できないことを、公共財の非排他性を認定する理由とするので、前述の「非排除性は不可分配性の結果や裏返しにすぎない」とのGrecoの指摘はここにも当てはまる。それゆえ、むしろ個々の市民が排除され得ない結果は所有権の配分を不可能にすることから、財の「不可分配性」の特徴を導き出したほうがより合理的である。

したがって、以上の検討から見たように、「利用の非排除性」と「費消の非対立性」は実際の利用行為に関連すれば、特定の公共財のみに該当するのであり、集合的法益の決定的な特徴は、むしろ「不可分配性」である。すなわち、集合財は社会の構成員にとって有用であるが、具体的個人にその取り分を取得させることができないのである。例えば、「空気の清潔は公共財である。なぜなら、空気の一部は個人Ａの利益であり、その別の一部はＢまたはＣの利益であるといえないからである。むしろ何人も総体としての空気を吸い込む権利を持っている。それに反して、相続財産は個人財である。なぜなら、それぞれの相続人に属する取り分が問題になるからである」[67]との説明は、個人的法益と集合的法益の区別を明らかにする一例である。

結局、不可分配性の基準からすれば、社会における具体的個人の利益侵害の発生（個人的法益の侵害）は、社会の構成員に資する公共財への影響の存否（集合的法益の侵害の存否）とは異なる次元の問題である。

Ｃ．集合的法益の機能

ａ．一般論としての自由な発展の実現

以上の検討は、集合的法益の（個人的法益と比較する意義上の）「形式的性質」を明確にしたにすぎない。集合財の不可分配性の特徴は肯定されたが、その実質的な内容はまだ解明されていない。社会の外部的条件が刑法的保護に値するものと評価されるために、その（社会の構成員にとって有用な）機能についての検討は必要である。

二元的法益論は個人的利益への還元に賛成しないけれども、一元的法益論と同様に、憲法秩序を法益認定の出発点としている。すなわち、二

[67] *Greco*（Fn.62）S.203.

元的法益論の論者によっても、「憲法は法益概念とその限界に規準を提供すべきであり、刑法に規定された保護客体は強制的にその規準と比較されざるを得ない」[68]とされる。前述のように、現代社会における国家目的の変化に伴って、基本的権利の内容が拡張している。社会生活の基本的な外部的条件に対する国家の配慮を重要視するのは、その基本的権利の拡張の結果である。

それゆえ、社会上のすべての人間が同時に保有している利益（集合財）は個人的利益ではないが、同様に自由な発展の条件として保護に値するものであるということは、現代刑法の特徴である[69]。集合的法益の保護は、「個人を中心的地位とし、人間に最も価値があると認めている」という基本法の中核的要求を動揺していない。憲法秩序に基づいて、集合財の機能は、すでに言及したように、一般論としては社会生活の外部的条件として、人間の自己発展に役立つものである。逆にいうと、複雑な現代社会において、個人の自由な発展の実現は、社会の外部的条件に依存せざるを得ない[70]。

このように、人間の自己発展は、社会における各種の個人活動を通じて実現しなければならない。各社会的制度には、個人活動の社会的基盤の維持という機能がある。社会的基盤の維持は、人間の発展を中核とする憲法の基本的価値に合致しており、集合的法益に対する保護の正当化基礎と認められるべきであろう。

b．Hefendehl による集合財の機能の類型化

確かに、「人間の自由発展の条件の維持」は法益の価値的側面である。

---

[68] *Hefendehl*（Fn.51）S.42.

[69] Vgl.*Wohlers*（Fn.34）S.212f.

[70] 例えば、「現在の国家構造、社会構造において、公民の生活は個人の自由空間のみではなく、むしろ社会と国家の配慮システムによって定義されている。個人の利益は通常、もはや直接的ではなく、制度の中で発展しているのである。このような制度は、その中で生存し活動している人間の媒介された利益として、国家によって保護されている」との見解は、現代社会での個人の発展を制度的基礎に連結させる必要性を明確するものであるといえる。*Anastasopoulou*（Fn.33）S.42.

ただ、身体、財産、名誉等の個人的利益と違い、集合的法益を単に「自由な発展の社会の外部的条件」とするような表現はなお漠然としている。現代社会における大衆の利益に鑑みて、保護に値する各種の集合財を具体化しないと、刑法の明確性の要求が満たされないだろう。

それゆえ、Hefendehlは集合的法益の現実的な機能に着目して、その具体的分類を試みることにする。まずは、社会生活の視点と国家維持の視点の区別から、二つの大枠に分けられることができる。①一方で、集合的法益には「個人の実現のための自由空間を創設する」ものがある。例えば、現代社会において、個人は通貨の機能や正常な司法を信用すべきである。さもなければ、その所有権、財産ひいては人格的行動の自由は危殆化されることになる。②他方、当該「自由空間を保障するもの」のような集合的法益を確保するために、国家の基本的条件の維持が必要であるとし、この「国家の枠組みの条件」も集合的法益になり得る。国家組織が社会のために、社会的存在条件の維持、保全及び変更の前提として機能し、保護に値するからである。すなわち、国家自身の存続が保証された後、個人の自由実現に係る社会的条件を存在させ、機能させることが可能になる[71]。

その上で、Hefendehlはこの２つの類型の集合的法益において、さらなる具体化をすることを行う。つまり、

①「個人の実現のための自由空間を創設する」という類型の集合的法益は、２種類の異なる機能を持っている。その第１の下位グループには、個人的法益のように絶えずに存在しているような、社会の構成員の生活を側面的に支える法益がある。前述のような通貨の安全や文書の信用がその例である[72]。そして、第２の下位グループには、現実化した損害に

[71] Vgl.*Hefendehl*（Fn.51）S.113f;*ders.*, Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, GA2002, S.25.

[72] なぜなら、このグループの法益は個人的法益のように、「いつでも行動できるという可能性」を提供しており、経済システムもこの特徴に合致するからである。具体的にいえば、確かに眠っている者はその時点で行動の自由を利用するつもりではないが、いつでも活動できるという可能性が同様に保証されている。この点に倣って、集合的法益の場合、経済犯罪は個人の利益の実現のために機能する経済システムの維持を目指しており、同経済システムは人間の発展

対する反応の手段、例えば司法手段の適用や公務者との他の連絡に係る法益がある。第１下位グループの法益とは違い、同類型の法益の価値は損害事件あるいは国家との接触の必要性においてのみ現れてくる[73]。

②「国家の枠組みの条件を保護する」法益は、国家における各階層構造の存続の保護に資するものであり、３つの下位類型に分けられる。第１には、連邦への内乱（81条）の構成要件が保護する「国家の存続そのもの」がある。そして、第２には、憲法的機関に対する強要（105条）の保護法益としての「特定の憲法機関の機能及びその意思形成、意思行為」がある。最後、第３には、刑の無効化（258条）や執行官に対する抵抗（113条）の構成要件に保護される「市民に係る国家の直接的な活動」がある[74]。

前述の「個人の実現のための自由空間の創設」についての法益と比べれば、国家の存在条件に関わる法益は、それほど日常の社会生活との関係性を持っていないといえる。ただし、合法的な自由の要求を実現し得るために、誰も（Der quivis ex populo）国家の存続条件に係る保護法

のためにいつでも活用できるものである。Vgl.*Hefendehl*（Fn.51）S.117.

[73] つまり、経済システムと比べれば、この類型の法益を利用する頻度はより低いのである。ただし、損害事件においては有効な法益保護を期待し得る場合にのみ、人たちは売買契約や信用契約を締結しようとするのであり、かつ、人間の生活は国家から離脱してはならないので、個人にとっては、このグループの法益も絶えずに潜在的に存在しているものだと認められる。Vgl. *Hefendehl*（Fn.51）S.119.

[74] Vgl.*Hefendehl*（Fn.51）S.119.Beck も国家法益に係る構成要件の機能を、「国家の意思形成と意思活動のための枠組み条件と自由裁量空間」への保護とする。Vgl.*Wolfgang Beck,* Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, S.100. そして、Beck は国家的法益について、以下のように類型化を行う：①憲法機関の存続への保護（Hefendehl の類型化における国家存続に係る法益）；②政治的公共団体の能力と遂行活動への保護（つまり、国家の遂行機能に係る法益）；③公共団体の統合機能への保護（つまり、国家の能力に対する公民の間主体的信頼を動揺させないようにする。例えば、84条の憲法違反を宣言された政党の存続、85条の結社禁止の違反や、90a 条の国家とその象徴物への誹謗等である）（S.106, 163）。

益をその間接的な必要条件とするのである[75]。すなわち、もし国家の基本的構造が維持できないものとしたら、個人的実現の基礎としての社会生活条件の確保も不可能となってしまうので、このような国家の組織構造は依然として個人の自由発展に資するものであり、集合的法益の条件である価値的基礎を有するとされ得る。

ｃ．類型化の意義について

以上のように、Hefendehlは「国家と社会の区分」から出発して、社会レベルの法益（個人の自由空間の創設）と国家レベルの法益（国家の基本的条件の維持）の各下位の機能を考察した後、集合的法益の機能による類型化を行うとしている。私見としても、このような考え方は有益だと思われる。「市民の自由な発展に役立つ」という結論はあまりにも抽象的であり、考察の単なる大前提にすぎないからである。個人的法益への還元を必要としないので、人間活動の社会的基盤の具体的機能を明らかにすることは、実際の生活において、社会の構成員の需要に着目し、よって各集合財の保護対象の曖昧さを避けることができる。例えば、個別の集合財について、市民はどのように利用するか、同制度や機関が機能しなければ、市民にはどのような不利をもたらすかについての問題を考察すべきである。しかも、類型化は各集合財の各機能を、憲法上の基本的保護要求に関連する基本法の各条文[76]に適応させることは可能とな

---

[75] Vgl.*Hefendehl*(Fn.51)S.119;*ders.*(Fn.71)GA2002, S.25.

[76] 例えば、労働援助金を含む社会保険への被用者納付金を徴収所に納付しなかった行為や、納付金の徴収を管轄する官署に対して不実の社会保険法上の重要事実を申告した行為等を規制する刑法266a 条「労働対価の不支払及び着服」は、「社会保険収入の確保に係る連帯の共同社会の利益」を保護法益としている。その憲法的価値基礎は、基本法104a 条「連邦及び各州の支出負担、財政援助」にあるとされる。Vgl.*Hefendehl*(Fn.51)S.365f. また、基本法38条「選挙」には、国民全体の代表者としての議会の議員の選挙に関する規定がある。それゆえ、選挙と投票の手続きによる国民の国家政治上の意思譲渡及び意思仲介への刑法的保護も必要となる。そうすると、一方、主体の視点から、国家政治上の意思形成と意思譲渡の行動に対する個別主体の、不可侵的かつ純潔な関与は保護法益と認められる。他方、手続きの視点から、純潔性のある投票結果への信

り、それによって、集合的法益の価値的側面に憲法の価値秩序上の保証を提供することが認められ得る。

もちろん、個別の考察による特定の類型化は絶対的基準であるというわけではない。それゆえ、上述の各類型に厳密に従って法益の機能の分析を行う必然性はない。それにもかかわらず、以上の考察から見てきたように、集合的法益の価値的側面を判断する際に、憲法の基本的価値である個人の発展と実現に対する具体的作用を明らかにすることは重要である。その作用が明確化されれば、問題となる集合財は現実の社会的利益の実質的基盤を取得し、よって刑法的保護に値するものとなり得るのであろう。

D．集合的法益の実在性

a．法益概念の単なる抽象的価値化の否定

これまで集合的法益の形式的特徴と価値的側面を検討してきたが、これに加えて、法益の存在的側面も無視できない。というのは、集合的法益としての公共制度などは現実的対象として存在するかについての問題は検討に値し、それによって、集合的法益の場合での保護客体は、単なる社会上の「抽象的価値」とされる可能性があるからである。

しかし、集合的法益の場合、確かに還元論には賛成できないが、一元論の論者が要求する「現実的な侵害の因果関係」あるいは「法益の存在的基盤」は依然として維持されるべきである。この点について、二元的法益論者も同様に保護法益を因果的連関の下での現実的存在と認めてい

頼も保護されるべきであり、ここで拘束力のある意思確定を保証する手続きを保護対象としている。すなわち、後者は集合的法益に係るものである。同集合財を保護する構成要件は、例えば刑法107a 条「選挙の歪曲」（不正選挙結果をもたらした行為や、選挙結果を不正確に公表した行為等を罰する）がある。Vgl.*Beck*（Fn.74）S.167ff,S.179ff. ただ、法益に憲法的価値基礎があるが、憲法は直接に具体的保護財を確定できない。そのかわりに、憲法から具体的原則を導き出した上で、保護法益の具体化はこの具体的原則に基づいて実現する。Vgl. *Hefendehl*（Fn.71）GA2002, S.22Fn.7. それゆえ、基本法の価値要求に反しない限り、法益の価値側面としての機能が保護に値するものと認められるべきであろう。

る。例えば、「法益侵害も法益危殆化も、以下の場合でのみ正確に言及され得る。すなわち、法益を真実で、かつ因果的変動可能な、物理的あるいは非物理的形式で存在する対象・事実と把握する場合である」[77]との説明、または「法益、あるいはそこに明記された価値のある性質は侵害され得るという事情は、再び次のような可能性を創出する。すなわち、行為客体だけでなく、法益自体をも因果法則に服従させるというのである」[78]との説明は、法益の現実性に着目するのである。

それゆえ、現実生活に顧慮せず、単なる理念上の抽象的価値と連結した法益概念[79]は否定されるべきである。なぜなら、このように理解された法益は本当に侵害の対象となり得るか、そして、果たして保護客体として法的保護を受ける必要があるかには疑問があるからである。具体的にいうと、「不滅の理念または価値は侵害不能なのであり、行為者の直接的な影響に入れられない……確かに、それ（理念や価値）は法規範の指導と基準であるが、規範の対象として直接把握されるべきではない。理念的存在の代わりに、その社会現実の形態においてのみ侵害され得るのである」[80]と述べる。つまり、社会の共同体の承認による観念的価値は、確かに規範上の保護の指導基準として作用しているが、抽象的価値そのものは直接的な保護対象となり得ない。というのは、現実の侵害行為はある抽象的価値に対してどのように影響を与えるかは不明確だからである。

このように、法益の抽象的価値化の結果としての価値保護は、現実的な客体の存否を考慮していない。そうすると、現実世界に存在しない対象について、かかる価値を損害しても保護しても社会にとって意義がな

---

[77] *Anastasopoulou*（Fn.33）S.26, S.319.

[78] *Roland Hefendehl*, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in:（Fn.58）S.121.

[79] 例えば、「法益は法的に保護された抽象的な社会秩序の価値と理解されるべきである」、「法益は知覚上利用可能な対象と理解されるべきではない。保護法益は社会秩序の精神的価値であり、共同体における存在者の安全、福祉及び尊厳はそれに基づいている」という。Vgl.*Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrehct AT, 5.Aufl, 1996, S.257, 259.

[80] *Anastasopoulou*（Fn.33）S.26.

いものの、関連の構成要件は依然として有効とされざるを得ない。これは納得のいかない結論であろう。

b．集合的法益の脱実体化

以上のことから、法益の存在的側面は、一元的法益論にも二元的法益論にも要求されている法益構造の基本的条件である。一般的には、人の身体、財産のような個人財を現実的存在及び因果的変更可能な客体と考えるのは難しくない。他方、集合財は確かに社会環境を構成した各種の制度に属し、個人財のほどに知覚できるものとはいえないが、依然として現実的対象と認められるべきである。つまり、「通貨制度、投資市場または補助金制度のような、具体的な相互作用連関及び活動進行の経験上認識できる基盤に基づく保護財においても、真実な、ゆえに刑法的保護の合法性の取得を基礎づけるような侵害能力は最初から否認されることはない」[81]とのように、保護法益は「物理的意義上の実体」にまで制限される必要はなく、侵害され得る真実な対象と認定できれば十分である。

それゆえ、現実的侵害可能性は法的保護を必要とする前提条件である。それにより、保護され得るのは抽象的価値それ自体ではなく、「価値のある真実な客体」であるので、法益の実在性あるいはその存在的側面の存否は判断されなければならない。つまり、価値的側面に加えて、因果的変動に関連する存在的側面も法益の基本構成要素となるという結論は、集合的法益の場合においてもなお維持されるべきである[82]。

そこで、集合的法益の「真実な客体」としての「経験上認識できる基盤」をどのように確定するかが問題となる。集合的法益は「物理的意義上の実体」ではないという点に鑑みると、その侵害（例えば、公共財にはどのような規模の損害を生じさせたか、あるいは、本当に損害を生じさせたか）についての証明には、やはり一定の困難が存在している。それゆえ、単なる「経験上認識できる」ことは、集合財の存在基礎の認定にとっては、なお漠然としたものである。

---

[81] *Wohlers*（Fn.34）S.226.

[82] Vgl.*Koriath*（Fn.60）S.563f.

確かに、その存在的基礎を具体的に見出すのは簡単ではないが、この検討は不可能であるとまではいえない。すなわち、集合的法益の「脱実体化」の特徴とその「因果的変動の可能性」は依然として両立可能である。以下では、集合的法益の存在的基礎の確定について検討を行うことにする。

ｃ．集合的法益の存在的基礎の確定と私見

法益は特定の行為で侵害され得るので、行為の影響の視点から法益の存在を考慮する理解がある。Wohlers説のように、集合的法益は通常、社会上のサブシステムに属し、その損害はサブシステムの崩壊（Desorganisation）の過程に関連するので、確かにこのような高度複雑な客体及び実際の損害程度の把握は容易でない[83]。ただ、包括的法益保護の代わりに、法益は「特定の侵害形式」から保護されているにすぎない点から見て、法益の具体化は、特定の行為による侵害または不侵害が理解可能なほどに検証され得る限りに実現でき、同検証の基準は社会的合理性の基礎に基づくものである[84]。

また、Müssigによれば、特定行為の意義が集合財に依存するので、行為の視点で法益の存在を把握することは可能となる。具体的にいえば、まずは、個人的法益は「直接的相互作用の関係」について、個人の基礎的領域が特徴づけられたのに対して、集合的法益には複雑な社会システムに係る社会機能が定義されてきた[85]。

そして、この複雑な社会システムに係る社会的機能を定義する行為規範は、（個人的法益のような）直接的相互作用の関係の一般的形成との「間接的な連関」を持っているとされ、すなわち、人間の直接のコンタクトは、社会上保証された制度やサブシステムと関係して構成されたものである。結局、特定形式の（人間の）社会的コンタクトは複雑な社会システムに基づき、（直接的）相互作用の関係は社会システムの要素に属す

[83] Vgl.*Wohlers*(Fn.34)S.224.

[84] Vgl.*Wohlers*(Fn.34)S.226, 229.

[85] Vgl.*Bernd J.A.Müssig*,Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S.188, 206.

ると考えられる[86]。もし特定の社会サブシステムから離れたら、同システム領域に係る社会的コンタクト（社会の構成員の相互作用）はもはや考慮に値しないものとなってしまう。

私見によれば、前述のように、複雑な社会システムとしての集合財は感覚上認知できないし、その損害の程度は検証しがたい、ということは確かに否定され得ない。ただし、集合財の存在的基盤の、私たちの社会に対する具体的作用範囲や影響力の明確な程度などに関わる考察は、そもそも必要でない。法益保護においてより重要なのは、どのような行為が規制されるべきかである。

個人的法益を例として、脱実体化した法益、例えば「名誉」のような実体のない保護客体も存在している。Graulは「特定の人間の名誉あるいは承認要求・尊重要求を真実な対象とするべきであり、これは、例えばBに対するAの1000ドイツマルクの支払という事実上存在する（法的）要求と違いがない」[87]とし、名誉を現実的客体と承認した。このような客体は確かに感覚上把握しがたい、しかも、その侵害の程度も不明確であるが、「侮辱」や「名誉毀損」のような特定の行為を通じて現実的に損害され得ることは否定できないであろう。このように、処罰されるべき侮辱行為によって、個人に対する社会的評価は明らかに影響されたという点から見て、物理的実体ではない「人の名誉」は依然として因果的変更可能な対象に属し、よってその存在的側面が肯定され得る。

集合的法益の場合においても、それと同様であろう。社会上の複雑なシステムとして機能する通貨秩序や司法制度などの公共財は、個人的名誉のように、ほとんど物理的意義で直接支配できるものではない。しかし、「相互作用の行為」の視点から出発して、その「経験上認識できる基盤」の存在を承認することが可能である。Müssig説のように、特定形式の社会的機能である集合的法益において、個別の行為（個人の相互作用の関係）はこの複雑なシステムの構成要素の一部であり、前提とし

---

[86] Vgl.*Müssig*（Fn.85）S.186, 240.

[87] *Eva Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S.30f.

てのシステムから離脱すると、行為の社会的機能上の意味もなくなる。私見によれば、逆にいうと、特定の相互作用の関係は相応の社会的意義を持っているからこそ、この相互作用の関係に係る社会システムの存在が肯定され得るのであろう。

例えば、社会の構成員の取引は、一般的には通貨の利用を通じて行なわれているのである。社会の人々は通貨の流通に関与しており、よって個人の（通貨の使用による）取引行為は通貨の社会生活上の意義を確証している。特定の通貨がこのようにして社会的コンタクトにおいて普遍的に承認されているので、社会的基盤としての通貨制度の存在はそれによって反映されている。要するに、通貨の社会的意義への承認は、まさに通貨に係る社会システムの存続の裏返しであると考えられ得る[88]。

それゆえ、集合財の因果的変更の可能性（侵害可能性）も同様に（個人の）「直接的相互作用」の関係という視点から検討され得るのである。上記のように、日常の社会生活における通貨の利用行為は、公共財としての通貨制度の構成部分に属するといえるので、正常な通貨秩序を逸脱した利用行為（偽札の使用）はこれに応じて、本物の紙幣で支払った行為と同様に社会的意義があり、通貨制度の機能に否定的影響を与えることができるといえよう。確かに、このような行為はシステムの機能に対してどの程度の損害をもたらしたかは明らかでないし、影響された制度における因果的変化状況の把握も困難である。それにもかかわらず、侮辱行為が個人の名誉を侵害したという事情と同じように、偽札で支払った行為は通貨制度の通常の機能に障害を与えたことが否定され得ない。

つまり、Wohlers説のように、特定の行為による否定的作用の可能性が証明できるとすれば、物理的実体でない集合財の存在的基礎は肯定されることになる。具体的な影響の程度が不明確であっても、これは集合

[88] 例えば「『通貨』とは、取引者が、多くの、不確定の他人が将来の交換においてこれを使用しようとするという期待に自分の行動を方向づけるために、交換において是認する交換財を意味する」と述べるように、社会的意義のある行動は、期待された他人の行動に対応させられるものである。Vgl.*Eric Hilgendorf*, in:Handbuch des Strafrechts, Bd1, 2019,§1Fn.10. このような行動の方向づけには、まさに「相互作用関係」の意味があり、それによって、社会的意味のある作用関係の基盤としての各社会制度の存在も肯定され得る。

的法益に特有な問題でない（個人的法益である名誉や信教の自由にもこの問題がある）。結局、集合財への侵害は、依然として因果的変更の法則に従属するものであろう。

d．結論

以上のように、集合的法益には法益の脱実体化の現象が存在するが、「真実な客体」、すなわち「因果的変更が可能な対象」と認定することはなお可能である。なぜなら、特定行為の視点からして、それは現実的な侵害客体とされ得るからである。すなわち、まず、社会構成員間の特定形式の相互作用の関係は、関連する複雑システムの構成要素に属し、よって社会的意義を持っていると考えられる。そして、社会の構成員が行った相互作用の関係の一種としての秩序逸脱行為（偽札の使用等）にも（否定的作用としての）社会制度機能上の意味があるので、同行為は同様に複雑システムの機能と連結するだろう。

このように、特定行為（特定の侵害形式）の視点から出発して、相応のシステムに対する否定的作用が社会的経験において認識され得るのであれば、同システムを集合財として存在的基盤を持っている客体と肯定することは合理的である。法益の脱実体化に由来する作用の具体的程度の不明確性は、単に保護客体に対する損害の範囲や大小への判断にしか関連せず、集合財の存在的側面を否定するものではない。

もちろん、ここでは公共制度を例として集合的法益の存在的基礎について検討を行ったが、それは脱実体化の法益の現実性判断のために適用可能な一方法にすぎない。同検討の意義は、物理的実体のない集合的法益も侵害可能な対象として保護に値するところにある。構成要件に問題となる公共的客体が適格な集合財とされ得るかを解明する際に、その存在的基盤の存否は具体的状況に即して、個別に検証されざるを得ない。

3．まとめ―集合的法益の適格性の審査

これまで検討してきたように、現代の二元的法益論に基づいて、社会的、国家的罪の保護対象を適格な集合財と認定するために、まずは①形式的特徴と②保護に値する機能の存否について考察しなければならない。すなわち、同特徴と機能は、集合的法益の適格性に係るものであり、

現代社会の需要に鑑みて、伝統的個人法益以外の保護客体を検討する場合の審査基準である。さらに、もし法益が侵害可能な対象でなければ、それに対する保護の必要性には疑問があるので、集合的法益の③現実の因果変更可能性についても検証すべきである。

このように、形式的特徴、価値的側面及び存在的側面は、集合的法益の適格性に不可欠な判断対象である。適格性の審査基準の適用については、以下のようになる。

①まず、集合的法益は個人的法益と区別するために、「不可分配性」をその基本特徴としている。集合的法益は社会的基盤の一構造に属して、不特定の社会の構成員が同時に社会的基盤の上で生活しており、各集合財（経済システムや司法制度等）の運用と維持から平等の発展機会を獲得し得る。このような集合財は平均的に分割されて個別者に相応の部分を取得させることは実際上不可能であり、個人的法益への還元をも必要としない。さもなければ、市民の自由発展の重要な外部的条件の保護は無視されることになる。これは現代社会の要求に合致しないように思われる。

ゆえに、ある構成要件の保護対象が集合的法益であるかどうかを判断する際に、最初は形式的基準としての不可分配性が考察される必要がある。不可分配性の基準には該当しない場合には、ここでの保護対象は個人的法益のみにあると認められるべきである。

例えば、ドイツ刑法316条「交通における酩酊」には交通安全に係る集合的法益が存在せず、保護されるのは個人の生命及び健康にすぎない。なぜなら、交通犯罪において、生命や健康への（抽象的）危殆化が構成要件成立の必要条件であり、よって大衆の安全の保証は特定の人身にのみ着目して、ここでの交通安全は別の地域の交通秩序と関係しないからである。すなわち、特定の地域にしか影響がないことは不可分配性に反し、よって総体的対象としての交通システムを保護客体とすることはできない。

したがって、秩序のある交通制度の維持について、その直接的意義は個人的法益の保護にあるので、ここでは集合的法益を考慮する必要はない。

②そして、保護に値する財としての集合的法益はそれ自身特有の機能、すなわち市民の自由な発展や基本的権利の実現のための基盤という価値的側面を有するべきである。

前述①で言及した交通犯罪を例とすれば、「交通安全」は集合財の機能上の条件にも合致しないので、価値的側面の判断でも集合的法益の範疇から排除され得る。つまり、「個人のための直接的な自由空間を創設するような集合的法益は……交通安全犯罪においては存在しない。通常にいわれる交通安全は適当な態様で独立の集合的法益を構築せず、単に個別の交通参加者の同意は可罰性にとっては重要でないということを指摘するものである」[89]との理解は賛成に値する。社会生活において、「交通安全」は経済システム等と類似して自由な発展条件の拡張に関連すると認められ得ない。交通安全の維持は、新たな発展可能性（例えば経済活動による経済領域上の発展の実現）を創設せず、関与者の人身を交通領域の危険から保障するにすぎないからである。

このように、集合的法益は秩序ある社会生活を存続させるものであり、その維持は社会成員の発展の確保という憲法の基本的価値に合致しており、よって法的保護の正当性を取得し得るのである。当該価値的側面の審査により、もし人々の自由な発展の各社会的基盤あるいは国家存在の基本的条件と認定されがたいならば、この場合において問題となる制度

---

[89] Vgl.*Roland Hefendehl*, Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsguts- und Deliktsstrukturen, GA1999, S.596f. 彼はその後改説して、「交通安全」は個人的法益（抽象的危険）と集合的法益の混合形式に属するものと主張する。すなわち、人間の生命、健康への抽象的危殆化のほかに、集合的法益については、他人が交通活動の放棄と、個人法益への危殆化の甘受とのいずれかを選択せざるを得ないという状況の創出は、社会の構成員の信頼の喪失をもたらし、よって集合的大衆安全に影響を与えた。Vgl.*Hefendehl*(Fn.52)S.140. しかし、同罪の成立のために、個人的法益への抽象的危殆化が必要的前提条件とされる以上、集合的法益の存否を検証する必要性は特にない。つまり、「非独自性テスト」（Nicht-Spezifizitäts-Test）から出発して、「集合的法益を問題となる条文の保護財として要求することは次の場合において容認されない。すなわち、同法益への侵害はいつも同時的に個人的法益への侵害を前提条件としているという場合である」という。*Greco*(Fn.62)S.213.

や公共秩序は集合的法益に属せず、かかる犯罪には人身、財産等の個人的法益を保護対象とするのみでなる。

③最後は、集合的法益を現実世界に存在している保護客体とし、つまりその存在的側面をも証明すべきである。さもなければ、法益は因果法則上把握できない単純な抽象的概念となり、侵害の可能性には疑問が生ずる。現実的法益侵害に適さない行為態様を規制する構成要件は実際、法益保護の目的に合致しないので、法益の存在的基盤の確定は、構成要件の正当性にとって不可欠である。

例えば、麻薬刑法において、麻薬の入手や所持への処罰（BtMG§29）がある。立法者によれば、同構成要件の保護対象は「大衆の健康」[90]であるとされる。その理由は、薬物の費消は流通と取引に関連し、よって公共への影響を生じさせるからである。しかも、これは被害者の自己危殆化に属するので、条文の規制は個人の保護に着目していないといえる。すなわち、自己危殆化の行為を処罰するのは、同行為が同時に公共法益を危殆化し得るからである。それゆえ、保護対象としての「大衆の健康」は集合的法益であり、個人財は大衆の健康における侵害対象でないという観点がある[91]。

ただし、「大衆の健康」の存在的側面について疑問があるからである。これが「個人法益侵害の合計から導き出されるものにすぎない。しかも、その根拠づけられた可罰性は具体的な侵害行為に由来しない」[92]というのであり、あくまでも各消費者の個人的法益を現実的な客体として把握できる。

また、偽札の流通が通貨制度に影響を与える場面とは違い、「大衆の健康」の場合において、その可能な社会的機能の維持を考えようとしても、どの時点、どのような事情にその侵害が認められるかは不明確であ

---

[90] BT-Drs.8/3551, S.37.Vgl.*Anastasopoulou*（Fn.33）S.268.

[91] Vgl.*Werner Beulke/S.Schröder,* Anmerkung zu BGH, Beschl.v.25.9.1990, NStZ1991, S.393f.

[92] *Claus Roxin,* Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in:Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S.580.

る。すなわち、「大衆の健康はいつ問題になるか。消費者の労働能力が低下させられた場合、麻薬の費消のため社会保険のコストが増加する場合、依存症のある家族によって家庭の健全が侵害された場合、あるいはむしろ、麻薬の購入のための資金の入手という目的で犯罪行為が行われた場合か」[93]との指摘は、たとえ侵害があっても、発生の時点は明らかでないと批判する。この漠然とした侵害対象は、決して適格な法益の存在的側面とはいえない。

このように、集合的法益を認定する際に、個人的法益と区別する「形式的特徴」、そして「価値的基礎」と「存在的基礎」を検証する必要がある。このような基準に合致しない場合、問題となる客体は「見せかけ法益」[94]に属し、刑法上の処罰を根拠づけることができない。この場合、個人的法益の保護のみが可能である（もちろん、個人財の存在的側面と価値的側面をも見出すべきであろう）。

次項では、本稿の主たる検討対象としての環境媒体は適格な集合的法益と認められ得るかどうかについて検討をする。二元的法益論に基づいて、生命や健康の保護にまで制限される必要がないので、自然環境への直接的配慮をも考察すべきである。本項で言及した法益の審査基準は、環境媒体を検討する際にも適用し得る。

第四項　環境法益の適格性

１．環境法益に対する立法上、判例上の承認

前号で紹介したように、ドイツ刑法典29章「環境に対する罪」において、個人的法益の侵害や危殆化を規制する条文と、人身、財産侵害を明示しないような、環境媒体または動植物圏に対する悪影響を規制する条文がある。その関係上、人間の生存基盤としての生態環境の保護に着目する折衷的生態・人間中心主義が現在の通説となっている。

立法理由及び判例の場合においても、折衷説の見解は肯定されている。

---

93 *Anastasopoulou*（Fn.33）S.303.

94 Vgl.*Muñoz*（Fn.42）S.335.

環境犯罪の立法理由については、1980年の環境犯罪立法（第１回環境犯罪対策法、1.UKG）で最初に関連の条文を刑法典に定着させる際に、「刑法の環境保護は、環境の危険から人間の生命及び健康を保護することにまで制限されず、人間の生存空間の要素としての水域、空気、土壌のような基礎的生存基盤をも含んでおり、このような生態的保護財をも法益として認めるべきである」[95]、「とりわけ水域、空気、土壌、及び自然圏（Naturhaushalte）の特別な生態的意義のある部分（例えば自然保護地域）が保護されている。これは間接的に人間に資するものである」[96]という。「間接的に人間に資する」の意義は、身体や健康への直接的危殆化の消去を指すとはいえず、個々の環境基盤が人間の存続条件の維持の基礎として保護されているところにあると理解されるべきである[97]。

それゆえ、環境基盤が生態学的法益となる結論は、最初から立法者によって明確に承認されたといえよう。他方、判例においても基本的に同結論を維持している。以下では、環境犯罪に関連する判例を紹介・検討する。

＜事案１＞石油精製所において、炭化水素漏出のため、敷地で重大な土壌汚染を生じさせた。経営者は重大に汚染された部分をすぐに掘り出して適切に処理した。掘り出された物質の残余部分はそれほど重大に汚染されたものでないとして、被告人ＳとＫは、これを敷地の広い範囲でおおよそ50センチの高さまで広げた。被告人Krの行った事前検査により、残余部分について、その汚染は重大でなく、よって再利用が可能だとされた。

その再利用に着目して、残余部分を経済的財産とした主張に対して、BGHは「（処理者の主観に重点を置いた任意的廃棄物の対概念である）強制的廃棄物（Zwangsabfall）とは以下のような物質である。すなわち、その秩序に合致する処理は、公共福祉の維持、とりわけ環境保護のために命令されただろうという場合での物質である……全体的な衡量に基づ

[95] BT-Drs.8/2382, S.9f.

[96] BT-Drs.8/2382, S.10.

[97] Vgl.*Frank Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S.217.

けば、その汚染のため、廃棄せずとも客観的には使用不可能であり、その状態で環境が危殆化されたものである。それゆえ、経済的財産ではなく、―強制的に―廃棄物として即座に処理されるべきである。この場合、のちの再利用または直接使用の可能性は重要でない」[98]と反論した。

本判決は刑法旧326条１項３号[99]（現在は326条１項４号）の要求する「廃棄物」の意義を環境への危殆化に着目して検討するものである。ここでは環境に対する直接保護が明確にされたといえよう。

＜事案２＞被告人は、特殊ゴミの処理による原料とエネルギーの再生のために、ハイテクの低温熱分解を営む事業を行っていた。業務からの、厳重に汚染された熱分解オイルには、ダイオキシンとフランの混入の疑いがあるので、被告人はオイルの譲渡のために、１トンにつき285ドイツマルクを支払おうとしたが、買い手を見出せなかった。被告人は当局の許可を取得せずに、タンク車で別の会社の敷地まで運搬したが、譲渡の努力は徒労になった。２ヶ月後、当局の指示に従い、同物質は再度被告人の会社の貯蔵槽に戻された。

事案１で「強制的廃棄物」が検討されたのに対して、本件において、BGHは主に「任意的廃棄物」に着目した。BGHによれば、意味のある利用が不可能な対象のみならず、再利用により経済的財産とされ得る物質も廃棄物とみなせる。それゆえ、「決定的なのは、物質が所有者にとって価値のないものとして放棄されたかである」との結論と、「全体的評価の範囲内において、以下のことが考えられるべきである。まずは、問題となる産物は特殊ゴミから生じて、悪質の化合物として予想されなかった。そして、被告人らは譲渡のために１トンにつき285ドイツマルクを支払おうとした」[100]という点から、被告人は熱分解オイルを放棄したかったと解すべきである。したがって、BGHは本件の熱分解オイルを刑法326条の「廃棄物」と認めた。

---

[98] BGHSt37, 26f.

[99] 同規定は、環境媒体に対する持続的汚染その他悪影響を惹起できる廃棄物等を、手続に違反して処理・貯蔵・運輸する行為等を規制するものである。

[100] BGHSt37, 335ff.

次に、本件行為が刑法326条１項の「貯蔵」に該当するかについて、BGHは「貯蔵という概念は、各種の一時的保存、とりわけ他所での処理を目的とする中間的貯蔵を含んでいる……むしろ、ゴミ処理後、全部または部分に経済循環に供され得る物質も含まれる。さもなければ、再処理と残余物の利用に関する多様な技術的可能を考慮して、生存上必要な自然基盤への保護が弱体化させられるだろう。意図された再処理に関しても、処理の前に環境を危殆化している物質は、秩序に反して保管される可能性があるからである」[101]とし、その運搬行為も326条の構成要件に合致すると認めた。

つまり、本件の判示においては、「生存上必要な自然的基盤」を廃棄物の排出に係る構成要件の保護客体とした。

＜事案３＞町長に就任した被告人は、町の汚水浄化のために、大規模な中央浄化設備の建築に着手し始めた。数年間の計画策定を経て、1984年から建築が開始され、1990年まで続々と町の各地を当該施設と接続させた。同設備の利用の前に、排水は当局の許可通知により許容されたが、同通知は汚水の性質及び条件を明示した。すなわち、事前に浄化された汚水のみを水路に流入させることができ、そのために小型浄化設備が必要となる。ただし、同設備の建造と接続の完成までの期間に、各土地所有者は、未浄化の汚水を下水道に流入させ、よって河川に流入させていた。それにより、河川は汚染された。被告人は許可違反を知っており、かつ、家庭浄化設備による事前浄化があらゆる土地所有者において保証されなかったことを認識したが、水汚染を阻止しなかった。

この事案について、BGHは「被告人は地方自治体の機関として、土地所有者に浄化されなかった汚水を当地の下水道に流入させることを阻止することを怠った。同不作為に対して、彼は刑法的責任を負うべきである。刑法324条１項において、積極的作為のほか、不作為にも刑法的責任が生じる……彼は、違法な水汚染の防止義務を負うような保証人の立場に立っている。このような水域汚染は、定住者である土地所有者が事前浄化のない汚水を当地の下水道に流入させ水路を汚染することによ

[101] BGHSt37, 337.

り生じた」[102]と判示して、汚水放出に対する権限者の放任という不作為が刑法324条１項に該当すると認めた。

その上で、BGHは保護客体を明確にした。「（保証人の立場にある）答責領域は重要部分として、刑法324条に刑法的保護をされた水清潔という法益への保護をも対象としている……排出された汚水が水路に流入し水質を悪化させ、よって重大な危険源を創出したのは周知の事実である。水質汚染からの保護が可能な限り保証されるように危険源を管理することが地方自治体の義務である」[103]とし、「むしろ、刑法324条の構成要件は刑法326条１項３号の構成要件を排除する（法条競合）……持続的水汚染が排出により惹起され、―汚水は刑法上の廃棄物に属するから（BGHSt37,21）―よって刑法326条１項３号の構成要件も満たされる。ここに両構成要件の保護財は同様である」[104]と判示した。

これから見て、刑法324条は水の清潔の維持を目的としている。そして、前述事案１のように、BGHは旧326条１項３号を環境危殆化への規制と解したので、本事件において324条と旧326条１項３号の保護客体の同一性を肯定するので、324条も環境保護に着目するだろう。したがって、その第一義的保護法益は環境財としての「水資源」であり、個別者の健康等を保護することは本条の直接目的でないと考えられる。

＜事案４＞被告人はＤ市の市長であった。Ｄ市では屠殺場があり、そこに出た汚水は、大量の脂肪、糞尿、分解可能な物質（毛、骨の破片、組織等）、血液を含んでいる。それらは事前の処理をせずに市下水道に流入させられ、下水道を経て浄化施設に到達した。途中には降水排出施設があり、激しい降雨の場合、未浄化汚水を隣の人工河川に流入させたことがある。同河川は浄化施設の敷地を通り抜け、同地の汚水浄化槽を経ていない。その先の流れで浄化施設からの浄化後廃水は河川と合流した。河川のこの部分はDa.という。後は岸に至り、そこで動植物（樹木、水鳥等）が生息している。

---

[102] BGHSt38, 331f.

[103] BGHSt38, 332f.

[104] BGHSt38, 338f.

1986年７月27日に、降水排出工事からの排水は当局により許可された。激しい雨の後、動物の組織、屠殺廃棄物及び血液がときどき同降水排出施設から前記の河川に流入していた。実際には、1980年から、屠殺場がもたらす浄化施設の負担のため、浄化作業の管理者による苦情がよく出ていた。多数の研究からは、屠殺場の汚水の中での流れにくい物質や分解できる物質の量が限界値をはるかに越えたように考えられた。この事情に基づいて、Ｄ市当局は1987年12月17日に屠殺場の閉鎖を命令した。ただし、屠殺場側の激しい抗議の後、屠殺場の汚水処理に係る措置がないにもかかわらず、被告人は屠殺場の再開を提案した。1988年１月７日に、市当局は投票で再開を決定したが、廃水の汚染の軽減に係る一時的予防措置をその条件とした。同時点から1988年８月31日（最終閉鎖時点）にかけての屠殺場の排水が判決の基礎事実である。

本件について、BGHは以下のように判示した。「被告人の行為はむしろ、激しい降雨の後に反感を買い、さらなるDa.の悪化をもたらした。それによって、彼の行為が常に刑法326条の意味での水域を悪化させた……人工河川の本来の起点と終点、及びその地表上の状況が示したのは、同河川が刑法324条以下の意味での水域と対立する単なる市下水道の一部でないことである。水域の特徴のさらなる重要なしるしは、外見上にも同水域に自然の河川の外観を与えた岸辺の植生（Uferbewuchs）である。ゆえに、Da.の場合、それが明白に単に生活上の配慮を実現した技術的建造物ではなく、少なくとも自然の水循環の一部である施設とされ、よって水域に属する」[105]という。

つまり、排水用の人工水路であっても、それが自然的循環に関連する場合、刑法326条の「水域」と解釈され得る。判示は水循環に着目していると同時に、前記汚染から水質を維持することを直接に目的としている。それによって、本件では水域の生態的機能、すなわち環境法益を保護客体とするといえる。ただ、私見では、前述事案３とは違い、本件において、BGHは刑法326条の成立を肯定したが、同様に水資源を保護する刑法324条の適用を検討しなかった。この点になお疑問がある。

[105] BGH, Beschl.v.20.11.1996, NStZ1997, S.189.

＜事案５＞会社の業務執行者としての被告人は、有害物質の投棄のために、2003年11月から2008年11月にかけて、スカンジウムのある砂礫の露天掘りの部分地域を、合計二十万トン以上の未浄化汚泥の堆肥で充填した事件について、BGHは「判決で言及された汚染の影響を直接に受けた地下水は、刑法326条１項４号ａの保護財である。それによって、環境はその各媒体において保護される。ゆえに、許可された施設の外に堆積した廃棄物により影響を受けた地域の地下水が持続的に汚染されその他悪化させられた場合、構成要件該当性にとっては十分である。その限り、別の環境基盤、人間または動物への立証可能な影響は必要でない」[106]と判示し、生態財の保護を肯定した。

＜事案６＞会社の経営者としての被告人は、権限なく数千リットルの有機物を含む液体ハロゲンをトラックから、そして揮発性の塩素化された炭化水素のある廃棄物を金属加工施設から公共下水道に繋がった排水用の竪穴にまで排出した事件について、裁判所は刑法326条の適用を認め、「抽象的危殆化犯として表現された刑法326条の法益は、人間の健康及び生態的環境の清潔である」[107]と判示した。

前述したように、刑法326条の行為客体には、人間の健康を影響する廃棄物（１項２号の発ガン性、生殖への危殆化または遺伝子の変更に係る廃棄物）と、環境基盤を影響する廃棄物（１項４号ａ選択肢の水域、大気、土壌汚染に適する廃棄物）がある。本件の判示によって、後者の規制は「生態環境の清潔」を保護するためである。

このように、環境財の刑法的保護は実務上にも承認されている。しかも、純粋生態志向的でなく、人間生活の展開の基本的条件として保護客体となっている（例えば、前述事案２の「生存上必要な自然的基盤への保護」がそうである）。

---

[106] BGHSt59, 55.

[107] OLG Karlsruhe, Beschl.v.30.7.2019, NJW2019, S.2951;auch vgl.BGH, Beschl. v.5.8.2021, HRRS2021, Nr.1218, Rn.16ff.

論　　説

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (4)

Ruben E. Rodriguez Samudio

Ⅰ. HISTORICAL DEVELOPMENT[1]

The previous chapter has described how loss as an element of delictual liability has been addressed in comparative law. This chapter contends with the evolution of the modern concept of non-economic losses and how it is understood in contemporary legal thought. The law of defamation, in particular, has been the entry point through which many systems have developed the concept of non-economic losses. For example, under the Sumerian laws of Ur-Nammu in ancient Mesopotamia, the punishment for slander was the payment of three shekels of silver. Likewise, the punishment for accusing a woman of adultery was one-third mina of silver, and the penalty for a slave woman who swore at her mistress was to be scoured with salt.[2]

---

[1] This section is based on the author's master's thesis: Ruben Rodriguez Samudio, *The Development and Current State of the Law of Non-Economic Harm – A Comparison Between the U.S., Panama and Japan-* (2014) (unpublished master's thesis, University of Hokkaido) (Japan).

[2] Ur-Nammu 10 as translated in J.J. Finkelstein, *The Laws of Ur-Nammu*, 22 Journal of Cuneiform Studies 66, 68 (1968/1969). The numbering of the laws of Ur-Nammu is not uniform. Some laws might be in a different order

The Code of Hammurabi also established punishments for similar offenses. For example, the sentence for accusing someone of a capital crime and failing to prove the accusation was death. Meanwhile, individuals accused of sorcery could use the river-ordeal to prove their innocence, and if successful, they could seize their accuser's house. However, with the development that took place under the rule of Roman law, individuals gained access to an increased number of claims for conduct that could be considered defamatory. Therefore, this chapter begins with a quick overview of some of the *actio* that granted a victim a claim for defamation under Roman law, followed by an examination of how these claims developed in common law, and finally, concluding with the civil law context.

Ⅱ. ROMAN LAW

The Romans employed the concept of *injuria* to refer to the notions of wrongfulness and fault, two elements of aquilian liability.[3] The historical roots and evolution of the idea are beyond the scope of this work. Nevertheless, *injuria* marks the starting point of the modern concepts of harm and loss.

In D.47,10,1.pr. Ulpian defined *injuria* as an act contrary to law and recognized that injuria might refer to a loss caused by negligence, particularly regarding insults. Furthermore, in D.47,10,1,139, he states that *injuria* could be caused by things and words, with things in this context referring to the damage done using hands. The digest then

---

depending on the translation. This thesis uses the translation provided by Finkelstein.

[3] Reinhard Zimmerman, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition 1050-1053 (1996).

Maria Jose Bravo Bosch, *A Proposito de la Protección del Honor de la Persona*, 16 Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 29, 35 (2007) (Spain).

establishes a set of actions for the various forms of *injuria*.

Convicium was an *actio* in which a group of people assembled to insult someone.[4] Whether or not the victim was present when the group shouted the insults was irrelevant. Also, instigators were liable regardless of the other people who shouted, provided they rallied them to the point of inciting action. However, if there were no shouts, the instigator was not liable.

De ad temptata pudicitia punished offenses against women and young people who still wore *toga praexata*. This offense could assume two forms. The first was following someone in a constant and silent pursuit or making indecent remarks. The second was "removing" or "abducting" a lady's companion to cause an injury to her honor,[5] as she could be mistaken for a whore.

Ne quid infamandi causa fiat was the most general provision regarding moral offenses against honor. The punished conduct was rendering someone infamous. There are many cases under this *actio* that involve not only words but also actions that bring disrepute to another, which was enough to invoke liability.[6] For example, misusing

---

[4] See: Maria Jose Bravo Bosch, *La Conducta Punible en una Injuria Verbal Proferida en Público*, 29 Revistas de Estudios Historicos-Jurídicos 209 (2007) (Spanish) quoting RABER who argues the point that the phrase *sive unus* could be construed in a way to allow a *convicium* done by a single individual, he also points out that under D.47,10,34, slaves could be individually liable for insulting someone, even if the insult was done by a group. *Si plures servi simul aliquem ceciderint aut convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. immo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facientium.*

[5] In Rome, virtuous women were not seen alone on the street, and were always accompanied by a family member or a slave. Therefore, removing that companion had a deleterious effect on the reputation of the woman. Raquel Escutia Romero, *La Difamación Pública en el Derecho Romano*, 22 Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid 65, 77 (2011).

[6] For a more detailed exposition see ZIMMERMANN, *supra* note 3, at 1057.

mourning dresses by individuals who were not family members was considered an insult.[7]

The *pater familiae* could sue for offenses against those under his protection. For example, under the *servum alienum verberare*, the master had a claim against a person who beat or tortured his slaves.[8] He could also bring two suits under different proceedings: one for himself and one for his son.[9] Insulting a married woman was grounds for her husband to sue,[10] but the wife could not sue in the stead of her husband.[11] This arrangement was not rare under the patriarchal structure of Roman society, and its concept of honor,[12] and insults to the members of a house were considered a loss for the *pater familias*.

However, the above actions are not adequate to successfully argue that the Romans distinguished between the act and its consequences or that they had developed these *actios* for any purpose beyond practicality or to establish general liability. These actions all shared a commonality that they were contrary to the good morals of the community. *Contumelia*. in the sense of disregarding an individual personality, was a common element of *injuria*.[13] The wrongdoer's *animus injuriandi* was another element that has motivated many discussions.[14]

---

[7] Ibid.

[8] *Id*. at 1058.

[9] D.47,10,41.

[10] D.47,10,5,1.

[11] D.47,10,2.

[12] One prime example of this is Julius Caesar, who divorced his wife, Pompeia, under pressure caused by the amount of rumors surrounding her. He is supposed to have said "*Meos tam suspicione quam crimine iudico carere oportere*": "Caesar's wife should be without reproach." Arthur Hugh Clough, *Plutarch's Lives* 253 (2003-2013).

[13] ZIMMERMAN, *supra* note 3, at 1059.

[14] *Id*. at 1060.

Zimmerman has explained that a purely mental element was not indispensable to establish liability, as proving lack of intention did not excuse the wrongdoer.[15] Even though it was a private action with a monetary remedy, the *actio injuriarum* was penal in nature and could not be brought by the heirs of a victim, nor against the heirs of a perpetrator.[16] Truth was a defense against an *actio* for *injuria*, as it was considered necessary to identify guilty persons and their crimes.[17]

Many types of *injuria* engaged with honor-related offenses but were not necessarily limited to defamation cases. For example, D.47,10,15,2 states:

> *Where a man has not been beaten, but hands have been threateningly raised against him, and he has been repeatedly alarmed at the prospect of receiving blows, without having actually been struck, the offender will be liable to an equitable action for injury sustained.*[18]
>
> This provision is a nearly verbatim description of the common law tort of assault.

Ⅲ. THE COMMON LAW

A. PRE-19TH CENTURY

The study of non-economic losses in common law has followed two drastically different paths: the law of defamation and the tort of battery. The other essential contribution of common law to the law of

---

[15] *Id.* at 1060-1061.

[16] *Id.* At 1061.

[17] D.47,10,18.

[18] Translation from SAMUEL P. SCOTT, The Civil Law (1932). Available at: http://www.constitution.org/sps/sps.htm. The original text reads as follows: Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit: utili iniuriarum actione tenetur.

emotional harm is the tort of assault under the writ of trespass to the person, first recognized in the 1348 case of I de S et Ux v. W de S.[19] In this case, a husband sued for the apprehension his wife suffered because of a missed attack with an axe. Despite the woman suffering no physical injury, the husband was able to claim damages.

Defamation in common law first emerged in the realm of the church courts. It was considered a sin, and as such, offered no pecuniary remedy to a victim. The offender was obliged only to perform penance, and any attempt to claim a monetary award was met with a writ of prohibition.[20]

Beginning with the *scandalum magnatum* of 1275, a series of statutes started to regulate and punish defamation, excising it from the jurisdiction of the church and introducing it into the king's courts. These statues were primarily political in origin and criminal in nature, and it seems they were not frequently used until the reign of Queen Elizabeth.[21] A successful claim for slander had to be accompanied by assault, or at least the threat of assault.[22]

By 1585, however, judges had grouped words that could support defamation actions into three classes.[23] The first category involved criminal charges, in which plaintiffs had to prove that the defendant had accused them of a specific crime. The defendant was only liable if the statement was an explicit accusation against the plaintiff. Thus, the

---

[19] John J. Kircher, *The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm*, 90 Marq. L. Rev. 789, 790 (2007).

[20] The Ecclesiastical Courts used to limit the power of the Common Law Courts with the writ of prohibition. For more see II THOMAS STARKIE, A Treatise on the Law of Slander and Libel (2ed.1830).

[21] THEODORE F.T. PLUCKNETT, A Concise History of the Common Law 430 (2 ed. 1936).

[22] C.H.S. FIFOOT, History and Sources of the Common Law Tort and Contract 129 (1949).

[23] PLUCKNETT, *supra* note 21, at 494.

defendant's words were of significant importance when determining liability. Consider the example of Holt v. Astrigg.[24] In this case, the plaintiff claimed that the defendant had said, "*Sir Thomas Holt struck his cook on the head with a cleaver and cleaved his head: the one part lay on the one shoulder and another part on the other*." This statement would most like meet the criteria for defamation in most modern legal traditions. However, the court rejected the plaintiff's claim under the rationale that *"…For slander ought to be direct, against which there may not be any intendment. But here, notwithstanding such wounding, the party may yet be living, and it is then but trespass."*[25]

The lack of the simple phrase "Sir John killed his cook" was enough to condemn the claim, regardless of the fact that a man whose head had been split in half could barely survive a few seconds, let alone until the trial. This resistance to awarding damages for defamation, or at least holding the defendant responsible in all but the clearest of cases, resulted from a sense of necessity rather than a lack of understanding or plain indifference from the judges. In Crofts v. Brown,[26] the judges explained this resistance in the following terms: "*We will not give more favour unto action upon the case for words than of necessity we ought to do, where the words are not apparently scandalous, these actions being now too frequent.*" It is challenging to comprehend how the accusation in *Holt* could not be considered scandalous, but the judges were convinced that people would abuse the court system. Therefore, measures were imperative to suppress such abuses.

The second class of actionable words included unfitness to perform a particular trade, profession, or office. The third class was

---

[24] *Holt v. Astrigg* (1607) Croke, Jac.184.

[25] John Baker, Baker and Milsom Sources of English Legal History Private Law to 1750 704 (2010).

[26] *Crofts v. Brown* (1609) 3 Bulstrode, 167.

the imputation of specific diseases – the words plaintiffs could prove had caused them some economic loss. Plucknett called these classes slanders *per se*, *i.e.*, words that a plaintiff could cite to bring an action of slander without proving financial loss. Although a plaintiff could bring a claim under any of the cases defined as *slander per se*, in other cases, the victim had to prove the existence of an economic loss, i.e., that the defendant's actions had caused the victim to suffer a measurable loss. Even the claim of unfitness can be construed as founded on the premise that the plaintiff suffers or might suffer a certain degree of economic loss from the wrongdoer's actions.

Common law distinguishes slander, or oral defamation, from libel or written defamation, and this differentiation was based on the development of printing techniques. As Veeder has noted, "*[i]n early times libel must have been comparatively rare and harmless; rare because few could write, harmless because few could read.*"[27] Nevertheless, this distinction was not immediately clear either. Records from The Star Chamber reveal that in the proceedings, the defendant would plead that the plaintiff's bill was seditious and slanderous,[28] but that does not seem to have given rise to an action of libel *per se*.

The first recorded case that made use of the new law of libel was *De Libellis Famosis* case in 1609.[29] During the reign of Mary and Elizabeth, the political climate was such that the law of libel was changed to accommodate traitors. Therefore, private libel, public libel, and sedition were closely related.[30].

Plucknett, quoting Hudson, has stated that "*spoken words can be*

---

[27] Van Vechten Veeder, *The History and Theory of the Law of Defamation*, 3 Col. L. Rev. 546, 561 (1903).

[28] PLUCKNET, *supra* note 21, at 432.

[29] Veeder, *supra* note 27, at 563.

[30] PLUCKNET, *supra* note 21, at 433.

justified in showing their truth, but written words are punishable in respect the very fact that they were written."[31] In this context, he was asserting that, at least at the time Hudson had written this (before 1635), truth was a defense against an accusation of slander, but not against libel.

Thus, libel cases do not adhere to the slander *per se* distinction. However, this appears to be based on political reasons rather than any particular legal rationale. Absolutist governments do not tend to receive any critique amicably. Therefore, the actual loss suffered by a plaintiff, especially if they were part of the government, is of little importance when the ultimate goal is to enact punishment.

B. THE DEVELOPMENT OF NEW TORTS

The 19th century witnessed a surge of new actions that sought to expand liability to include non-economic losses. The U.S. and England only granted remedy for non-economic losses when they were accompanied by another claim of a particular tort or breach of duty, *i.e.*, as long as they were parasitic damages.[32] The development of the law of non-economic loss under common law can be divided into two distinct, but not unrelated, categories: non-economic damages as parasitic damages and non-economic damages as an independent claim – neither of which is absolute.

It is not entirely correct to use the expression "loss" in the context

---

[31] PLUCKNET, *supra* note 21, at 433.

[32] The earliest use of the term identified was in 1 Thomas Atkins Street, The Foundations of Legal Liability Theory and Principles of Torts 461 (1906). *"The authorities which have just been considered bring us into contact with a factor which we may, for the sake of convenience, refer to as parasitic element of damages. The idea which is meant to be brought out by the use of this expression is that in certain situations the law permits elements of harm to be considered in assessing the recoverable damages, which cannot be taken into account in determining the primary question of liability."*

of the development of claims for non-economic damages, as common law does not contain a concept of loss as it is traditionally understood under the French tradition. Damages is the name given to the remedy given to victims for their loss. However, an abstract concept of loss is not necessarily an element for tort liability, as the tortfeasor's conduct and its relation to the victim are more pertinent factors.

Therefore, the concept of damages as the remedy to a loss suffered by a victim is better suited for understanding the common law approach. Pain and suffering, emotional distress, fear, anxiety, and other similar emotions experienced by plaintiffs due to a previously recognized legal wrong are classified as parasitic.[33] In early cases, this usually implied the existence of physical injury. There are multiple cases in which the jury was instructed to take into account a victim's suffering as part of the injury when calculating damages.[34] By contrast, in some cases, such as illegal seizure, physical injury was not necessary.[35]

Regarding the second category of non-economic damages, *i.e.*, independent claims regardless of physical injury, the courts of the late 19th century opposed granting remedy to claims brought for emotional distress alone. The courts cited five primary reasons[36]: lack of precedent[37], the potential flood of litigations it could provoke[38],

---

[33] Ibid.

[34] *Canning v. Inhabitants of Williamstown*, 55 Mass. 451 (1848).
Seger v. Town of Barkhamsted, 22 Conn. 290 (1853).

[35] *Tyler v. Pomeroy et al, 90* Mass. 480 (1864).

[36] Many of these reasons came under attack early on. See: Archibald H. Throckmorton, *Damages for Fright*, 34 Harv. L. Rev. 260 (1921).

[37] *Gulf, C. & S.F. Ry. Co. v. Levy*, 59 Tex. 563 (1883). Plaintiff's daughter in law and grandchild died in childbirth. Plaintiff's son hired the defendant to deliver a telegram informing of this fact and that he needed help. The defendant delivered the telegram late, for which the plaintiff could not go to help his son in time. The court rejected the claim, stating, "*In cases where a*

public policy[39], remoteness of the damage[40] (*i.e.*, the damage was not a natural consequence of the defendant's action), and the difficulty in proving emotional harm when not accompanied by a physical injury[41].

Courts in the 19th century and early 20th century rejected claims based on a trio of English cases. In Lynch v. Knight,[42] a couple jointly sued for the words uttered by the defendant, who attributed immoral conduct to the wife. Because of this, her husband sent her away to live with her father for a time. Lord Wensleydale said:

> *…[M]ental pain or anxiety the law cannot value, and does not pretend to redress, when the unlawful act complained of causes that alone; though where a material damage occurs, and is*

---

bodily injury has been inflicted even by negligence, the mental suffering resulting therefrom and necessarily incident thereto has been considered an element of damages; but we know of no case, unless it be one hereafter to be referred to, in which it has ever been held sufficient in itself to maintain an action for damages, in absence of some statute affecting the question."

[38] *Summerfield v. W.U. Tel. Co.*, 87 Wis. 1 (1894). Defendant was late in delivering a telegram to the plaintiff informing him that his mother was on her deathbed. The court analyzed the situation of the liability for telegraph companies and found that Indiana, Kentucky, Tennessee, North Carolina, and Alabama supported the claim, while Georgia, Florida, Mississippi, Missouri, Kansas, Dakota, and the federal courts rejected it. In rejecting the plaintiff's claim, the court held: "*Another consideration which is, perhaps, of equal importance, consists in the great field for litigation which would be opened by the logical application of such rule of damages.*"

[39] *Barnes v. Western Union Telegraph Co.*, 27 Nev. 438 (1904).

[40] In *Phillip v. Dickerson*. 85 Ill. 11, 1877 WL 9466 Ill. 1877., Defendant attacked plaintiff's husband, threatening him with a knife, and because of the shock of seeing, this the plaintiff gave birth to a dead child. The court held: "*The injury in question not being one which the defendant could reasonably be expected to anticipate as likely to ensue from his conduct, we cannot regard it as the natural consequence thereof, for which defendant is legally responsible.*"

[41] *Mitchell v. Rochester Ry. Co.*, 5 E.H. Smith 107(1896).

[42] *Lynch v. Knight*, (1861) 9 H.L.C. 577, 11 Eng. Rep. 854.

connected with it, it is impossible a jury, in estimating it, should altogether overlook the feelings of the party interested.[43]

In Allsop v. Allsop[44], the defendant started a rumor accusing the plaintiff of immoral conduct. Although the accusations were not made in front of the plaintiff, she eventually found out and suffered from physical illness. Nevertheless, the court refused to grant remedy because the plaintiff could not prove special damages. Finally, in Victorian Railway Commissioners v Coultas,[45] the plaintiff could not recover damages for the mental shock suffered when a train almost collided with her as the result of the negligence of a railroad company because the act caused no physical harm.

Under the mid-to-late 19th-century common law, these three cases served as precedents when denying claims for non-economic damages that were not parasitic. However, the Lynch decision was preceded by the 1823 case of Chamberlain v. Chandler[46] in which the court granted remedy to the plaintiff for non-economic damages that were not parasitic. The defendant, the captain of a ship transporting the plaintiff, was sued for his rude and vulgar behavior. Judge Story ruled in favor of the plaintiff, providing the following rationale:

It is intimated that all these acts, though wrong in morals, are yet acts which the law does not punish; that if the person is

---

[43] *Lynch v. Knight*, (1861) 9 H.L.C. 577, 598, 11 Eng. Rep. 854 To be precise, the discussion between the justices was not only whether the words themselves gave a cause of action to the wife, but also in the case such action would lie, what would be the special damages claimed against the defendant, and even in the case such damages existed, seeing as they were cause by the conduct of the husband, *i.e.,* sending the wife away, if the Lynchs could bring the claim.

[44] *Allsop v Allsop* (1866) 5 H & N 534.

[45] *Victorian Railway Commissioners v. Coultas*, (1888) L.R. 13 App. Cas. 222.

[46] *Chamberlain v. Chandler*, 3 Mason 242, 5 F.Cas. 413 (1823).

> *untouched, if the acts do not amount to an assault and battery, they are not to be redressed. The law looks on them as unworthy of its cognizance. The master is at liberty to inflict the most severe mental sufferings, in the most tyrannical manner, and yet if he withholds a blow, the victim may be crushed by his unkindness. He commits nothing within the reach of civil jurisprudence. My opinion is that the law involves no such absurdity. It is rational and just. It gives compensation for mental sufferings occasioned by acts of wanton injustice, equally whether they operate by way of direct, or of consequential, injuries. In each case the contract of the passengers for the voyage is in substance violated; and the wrong is to be redressed as a cause of damage. I do not say that every slight aberration from propriety or duty, or that every act of unkindness or passionate folly, is to be visited with punishment; but if the whole course of conduct be oppressive and malicious, if habitual immodesty is accompanied by habitual cruelty, it would be a reproach to the law, if it could not award some recompense.*[47]

It took almost 70 years for this to change under English common law. In the 1897 case of Wilkinson v. Downton,[48] the defendant jokingly told the plaintiff that her husband had been in an accident and broken both his legs. Upon hearing this, the plaintiff suffered from a nervous shock, which made her physically ill. In granting remedy to the plaintiff, Wright J wrote:

> *The defendant has, as I assume for the moment, willfully done an act calculated to cause physical harm to the plaintiff—that is to say, to infringe her legal right to personal safety, and has in fact thereby caused physical harm to her. That proposition*

[47] *Chamberlain v. Chandler*, 3 Mason 242, 5 F.Cas. 413. 415 (1823).

[48] *Wilkinson v Downton,* (1897) 2 Q.B. 57.

> *without more appears to me to state a good cause of action, there being no justification alleged for the act. This willful injuria is in law malicious, although no malicious purpose to cause the harm which was caused nor any motive of spite is imputed to the defendant.*[49]

Judge Wright did consider *Allsop* and *Coultas*. Rejecting the first, he argued:

> *[*Allsop*] however, appears to have been decided on the ground that in all the innumerable actions for slander there were no precedents for alleging illness to be sufficient special damage, and that it would be of evil consequence to treat it as sufficient, because such a rule might lead to an infinity of trumpery or groundless actions. Neither of these reasons is applicable to the present case. Nor could such a rule be adopted as of general application without results which it would be difficult or impossible to defend.*[50]

Regarding Coultas, Judge Wright said:

> *… [N]or is it altogether in point, for there was not in that case any element of willful wrong; nor perhaps was the illness so direct and natural a consequence of the defendant's conduct as in this case.*[51]

The court granted remedy to the plaintiff in *Wilkinson* not because the plaintiff's loss was of such importance as to warrant special legal protection but because the defendant's behavior was abhorrent to the court. Although damages were more punitive than compensatory, this is one of the earliest significant cases in common law regarding non-economic damages. Furthermore, even before *Wilkinson*, U.S. courts were granting remedy in cases in which the

---

[49] *Id. at* 59.

[50] Ibid.

[51] Ibid.

conduct of the tortfeasor triggered miscarriage, even if the victim suffered no direct physical injury.[52]

Courts began protecting people from emotional harm without requiring another independent claim by managing to accommodate the wrongs that, in their eyes, needed correcting. However, not every conduct unable to squarely fit into a particular tort was considered worthy of reparation.[53] For example, wrapping a dead rat in a sandwich that frightened a plaintiff gave rise to liability[54], but a proposal of illicit sexual relations would not grant an offended woman a claim for damages[55]. In these later claims, the "loss" of the victim is arguable of far greater importance than the act of the tortfeasor. However, this does not mean the courts had begun to develop a concept of non-economic losses. Instead, the courts were forced to accept the development of new types of claims and attempt to incorporate them into the system as effectively as possible. Scholars mainly contributed by recognizing the existence of these cases and that they were numerous enough to merit discussion within the context of common law at the time.[56]

---

[52] *Hill v. Kimball*, 76 Tex. 210 (1890), *Renner v. Canfield*, 36 Minn. 90 (1886), *Brownback v. Frailey*, 78 Ill.App. 262 (1898), *Nelson v. Crawford,* 122 Mich. 466 (1899).

However, in an earlier case, the court of Illinois rejected a similar claim, stating that wife was too far from the fight between the husband and the defendant for it to be the cause of the miscarriage. *Phillips v. Dickerson,* 85 Ill. 11 (1877).

[53] Jeremiah Smith, *Torts without Particular Names*, 69 Univ. Penn. Law Rev.91 (1921).

[54] *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. Roch,* 160 Md. 189 (1931).

[55] Calvert Magruder, *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*, 48 Hav. L. Rev. 1033, 1055 (1936).

[56] *E.g.* William Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering a New Tort,* 37 Mich. L. Rev. 874, 874 –892 (1939).

Magruder[57] has noted:

> *We would expect, then, the gradual emergence of a broad principle somewhat to this effect: that one who, without just cause or excuse, and beyond all the bounds of decency, purposely causes a disturbance of another's mental and emotional tranquility of so acute a nature that harmful physical consequences might be not unlikely to result, is subject to liability in damages for such mental and emotional disturbance even though no demonstrable physical consequences actually ensue. Such a formula would not decide concrete cases; but it is as practicable to apply as the standard of reasonable care in ordinary negligence cases, and it would permit the courts to exercise a judgment upon the merits of the particular case, unembarrassed by the notion that the interest involved is beyond the pale of legal protection.*[58]

The issue of addressing these new torts became even more apparent with the first Restatement of Torts. Published in 1934, the first Restatement did not recognize liability for emotional distress or physical injury that resulted from emotional distress, except in cases of common carriers,[59] innkeepers, and telegraph companies,[60] and the

---

[57] Magruder, *supra* note 55, at 1058.

[58] Smith, *supra* note 53, at 100. When discussing whether the defendant's act would give rise to liability in cases where it was negligent rather than willful, "*It would be foreign to the purpose of this paper to enter now into a discussion of the above disputed point. We are here attempting to deal only with the cases where the facts* (*apart from the absence of a particular name*) *are admittedly sufficient to sustain an action of tort. We are not considering cases where the existence of an actionable tort is a matter in dispute.*"

[59] During the late 19th century, however, the courts started developing new doctrines regarding the liability of carriers that were independent of any physical injury on the plaintiff and was based instead on the treatment received by the employees of the carrier.

mishandling of dead bodies.[61]

Nevertheless, by 1948, the Restatement amended its view on the matter, stating that *"[o]ne who intentionally causes severe emotional distress to another is liable (a) for such emotional distress, and (b) for bodily harm resulting from it."* [62] In the second Restatement,[63] the rule was expanded:

Having a ticket was not seen as a requisite for the claim. Plaintiff who had not yet bought a ticket, but was on the process of doing so, could sue for damages. *Texas & P. Ry. Co. v. Jones,* 39 S.W. 124 (Tex.Civ.App. 1897), as well as plaintiff who had boarded the train with the intention of buying a ticket during the travel. *Randolph v. The Hannibal and St. Joseph Railway Company*, 18 Mo. App. 609 (1885).

Even plaintiff who had not bought a ticket could claim liability for emotional distress. *Smith v. Pittsburg, Ft. W. & C. Ry. Co.*, 23 Ohio St. 10 (1872).

[60] Liability in the case of telegraph companies was based more on what could be called gross negligence when performing a contract than an outrageous conduct. Not being able to be by the side of the spouse in their last moments or experiencing many trials because of the failure to deliver a message, regardless of the fact destination was mere meters away from the company offices, was a common theme. Young v. Western Union Telegraph Co., 11 S.E. 1044 (1890), *Barnes v. Western Union Telegraph Co.,* 76 P. 931 (Nev. 1904).

However, in these claims, the victim had to suffer some sort of distress. A mere delay in normal circumstances was not enough to grant the plaintiff damages. *Bowers v. Western Union Telegraph Co.*, 135 N.C. 504 (1904).

[61] However, liability in these cases was granted under the idea that the corpse was the property of the surviving members of the family. *Larson v. Chase*, 47 Minn. 307 (1891), *Burney v. Children's Hospital in Boston*, 169 Mass. 57 (1897), *Koerber v. Patek*, 123 Wis. 453 (1905).

These claims were reserved to the person who had the legal power to decide about the body. There were no individual claims to every surviving close relative. *Gostkowski v Roman Catholic Church*, 262 N.Y. 320, (1933).

[62] Restatement of Torts 46 (Supp. 1948).

[63] Ibid.

(1)One who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm. (2) Where such conduct is directed at a third person, the actor is subject to liability if he intentionally or recklessly causes severe emotional distress (a) to a member of such person's immediate family who is present at the time, whether or not such distress results in bodily harm, or (b) to any other person who is present at the time, if such distress results in bodily harm.[64]

The courts were more inclined to recognize a claim for emotional damages when the defendant's conduct was "outrageous," though the meaning was unclear. The Restatement advises that outrageousness is not determined by intent or malice. Instead, it must be intolerable when regarded from the standpoint of a civilized community.[65] A behavior can also be deemed outrageous because of the actor or any special condition of a plaintiff if the defendant is aware of it.[66]

The other side of the issue is the tort of negligent infliction of emotional distress. The second Restatement recognized this claim under Section § 313 (1) in the following manner:

(1) If the actor unintentionally causes emotional distress to another, he is subject to liability to the other for the resulting illness or bodily harm if the actor

(a) Should have realized that his conduct involved an unreasonable risk of causing distress, otherwise than by knowledge of the harm or peril of a third person, and

(b) From facts known to him should have realized that the distress, if it were causes, might result in illness or bodily

[64] Restatment (Second) of Torts § 46.

[65] DAN B. DOBBS, The Law of Torts 827 (2000).

[66] Kircher, *supra* note 19, at 802-805.

harm.[67]

In another Section § 436 (A), the Restatement says:

If the actor's conduct is negligent as creating an unreasonable risk of causing either bodily harm or emotional disturbance to another, and it results in such emotional disturbance alone, without bodily harm or other compensable damage, the actor is not liable for such emotional disturbance.[68]

Regardless of how the Restatement views these kinds of claims, the states have adopted three approaches that set unique requirements for a plaintiff's success.[69] The first approach is the "impact rule," under which there is no claim for emotional damages if there is no physical impact.[70] Impact does not mean injury; if that were the case, the emotional harm would be for pain and suffering, not an independent tort. Instead, impact refers to contact. The contact indicates that the emotional harm alleged by the plaintiff might have occurred by proving the cause of the harm. The main issue with this approach is that it bars recovery in cases where the plaintiff suffered no impact. For example, recovery would be denied in situations of a speeding car crashing next to the plaintiff, a falling piano, a huge dog that is restrained before reaching the plaintiff, and a plane crashing into the plaintiff's house.

Some states[71] follow the "physical manifestation" rule, under which emotional harm must produce a physical sign of its existence.[72] In

---

[67] Restatment (Second) of Torts § 313 (1).

[68] Restatment (Second) of Torts § 436 (A).

[69] Kircher, *supra* note 19, at 810.

[70] Ibid.

[71] Alaska, Arizona, Delaware, Idaho, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, and Utah. Kircher, *supra* note 19, at 812.

[72] Ibid.

other words, the plaintiff must prove the existence of emotional harm through a visual manifestation of objective and verifiable physical symptoms.[73] However, symptoms such as nightmares, headaches, or weight loss are not considered physical manifestations of emotional distress. This rule is restrictive because it denies remedy to plaintiffs who do not present a physical manifestation of their distress, even if the existence of said distress is a matter that can be presumed under the circumstances.

Finally, some states[74] do not follow the above rules regarding emotional harm, but rather apply the usual rules of the tort of negligence and require a plaintiff to prove the loss.[75] Only two states, Arkansas and New Mexico do not have a claim for negligent infliction of emotional distress.[76] In New Mexico, however, courts have recognized a cause of action in the case of bystanders, so a person can sue when they are a bystander to whom the act was not directed, but not in the subject they are the direct victim.[77]

The impact rule and the physical manifestation rule can be considered descendants of the parasitic nature of the first claims for non-economic damages in U.S. law. After all, in many of those early claims, remedy was granted when the plaintiff suffered no injury. In others, the defendant did not touch the plaintiff but caused them to suffer a grievance that was perceived through a bodily reaction.

In the U.S., the nature and existence of non-economic losses and their remedy are not disputed. However, one main issue is the amount

---

[73] DOBBS, *supra* note 65, at 838.

[74] Hawaii, New Jersey, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Washington, Wisconsin, Kentucky.

[75] For example, *Osborne v. Keeney*, 2012 WL 6634129 (Ky. Dec. 20, 2012).

[76] Kircher, *supra* note 19, at 809.

[77] For a more detailed exposition, see Karen Molzen, *TORTS-New Mexico Establishes a Cause of Action for Negligent Infliction of Emotional Distress to a Bystander: Ramirez v. Armstrong,* 15 N.M. L. Rev. 525 (1985).

a victim receives as damages. Since the 1970s, the tort reform movement has advocated for limiting the amount that can be granted in cases of punitive and non-economic damages, which has resulted in the enactment of statutes to that effect in some states.[78] Those who support this movement do so because these non-economic damages are challenging to quantify and thus produce high awards for injuries.[79] In medical malpractice cases, there is the argument that high non-economic damages tend to increase premiums that insurance companies charge to clients.[80]

As of 2020, nine states have constitutional prohibitions against damage caps.[81] Arizona, Arkansas, Kentucky, Pennsylvania, and Wyoming ban caps for general tort liability, while New York, Ohio, Oklahoma, and Utah prohibit caps for wrongful death cases. Damage caps vary depending on the type of claim in the case of non-economic damages. For example, only eight states have caps for non-economic damages for general tort or personal injury cases[82], or product liability cases[83]. For medical malpractice cases, however, there are two types of caps. Connecticut, Indiana, Louisiana, Nebraska, New Mexico, and Virginia have caps for the total damages amount for economic and non-economic damages. By contrast, Alaska, California, Colorado,

---

[78] DOBBS, *supra* note 65, at 1071-1072.

[79] *Id. at* 1093.

[80] Carol K. Kane & David W. Emmons, The Impact of Liability Pressure and Caps on Damages on the Healthcare Market: An Update of Recent Literature, American Medical Association (2007).

[81] Center for Democracy and Justice, Caps on Compensatory Damages: a State Law Summary. https://centerjd.org/content/fact-sheet-caps-compensatory-damages-state-law-summary.

[82] Ibid. Alaska, Colorado, Hawaii, Idaho, Maryland, Mississippi, Ohio, and Tennessee.

[83] Ibid. Alaska, Colorado, Idaho, Missouri, Maryland, Mississippi, Ohio, and Tennessee.

Hawaii, Iowa, Indiana, Massachusetts, Massachusetts, Maryland, Michigan, Missouri, Mississippi, Montana, North Carolina, North Dakota, Nevada, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia, and Wisconsin have either a complete or partial cap for non-economic damages.[84]

There have been multiple litigations concerning caps[85], with some being struck down, such as by the courts of Alabama, Georgia, Missouri, North Dakota, Washington, and Oregon, under the argument that they infringe upon the right to trial by jury.[86] In Alabama and Oregon, the caps were struck down in personal injury cases, but upheld in wrongful death cases.[87]

In Illinois, caps were repealed because they were considered a legislative remittitur that violated the separation of power clause in the state constitution.[88] In New Hampshire, caps were overturned because they violated the equal protection clause.[89] The Oklahoma Supreme Court ruled that caps violate the Oklahoma constitution[90]. Finally, Missouri overturned the caps as a result of a special law.[91]

---

[84] Ibid.

[85] For more see: US Law Network, 2019 50-state Analysis of Liability Damages Caps. Available at: https://www.uslaw.org/wp-content/uploads/2022/01/2019_50-State-Analysis-of-Liability-Damages-Caps-Compendium.pdf.

[86] Ibid.

[87] Ibid.

[88] Ibid.

[89] Ibid.

[90] Beason v. IE Miller Services, Inc., 441 P. 3d 1107 (2019).

[91] American Medical Association Advocacy Resource Center, Caps on Damages (2017). Available at: https://www.ama-assn.org/sites/ama-assn.org/files/corp/media-browser/premium/arc/caps-on-damages_0.pdf.

Moreover, in Wisconsin[92], Texas, and Ohio[93], courts had struck down previous laws that established caps on non-economic damages. Still, new laws were enacted afterward and have not been repealed or struck down.[94]

Ⅳ. PRE-19TH CENTURY CIVIL LAW

The study of the evolution of emotional harm in civil law has been greatly informed by Roman law, while also developing a great deal of customary law and incorporating the influence of canon law.[95] The ecclesiastic courts adopted and interpreted Roman law to compose basic principles of justice under the Christian fate.[96] This influence cannot be overstated, as civil law resulted from a centralized governmental power.[97] Consequently, any development of the concept of personality rights has been heavily guided by Christian thinking. As Tobeñas stated, "*Christianity laid the indestructible moral foundations on which the acknowledgment of the individual personality rights would rise.*"[98]

---

[92] The Wisconsin Supreme Court rejected a constitutional challenge to the cap in 2018. Mayo v. Wisconsin Injured Patients and Families Compensation Fund, 2018 WI 78 (2018).

[93] However, in 2022, the Ohio Supreme Court overturned the caps or plaintiffs who have suffered permanent and severe psychological injuries. Nevertheless, from the wording it appears that the rejection should be narrowly construed. Brandt v. Pompa, Slip Opinion No. 2022-Ohio-4525 (2022).

[94] American Medical Association Advocacy Resource Center *supra* note 91.

[95] Louis Perret & Graciela Fuentes, *El Sistema Juridico del Derecho Civil en el Siglo XX, in* La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX, Universidad Autónoma de México 639 (1998) (Mex.).

[96] *Id.* at 640.

[97] Ibid.

[98] I Jose Castan Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral 337 (1971) (Spain).

Under the *ius naturalism* proposed by Thomas Aquinas, human dignity played an instrumental role in developing these types of interests. This school of thought argued for the concept and importance of natural law, which was formative for the political ideas of the time. A clear example is the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen.[99] In the early 19th century, both the Austrian Civil Code of 1811 and the Portuguese Civil Code of 1867 mentioned the unalienable rights of an individual.[100] Personality rights, as understood today, are of Germanic origin and were introduced to France via the writings of Roguin,[101] La régle du droit.

There are three theories regarding personality rights.[102] The first theory argues that an individual personality is an interest that cannot be divided. Therefore, its protection should be under a general concept of personality instead of multiple rights. An early draft of the BGB followed this theory, but it was ultimately rejected.[103] Most scholars and courts favor the second theory, which posits that an individual's personality is protected under several substantives rights, each related to the various manifestations of an individual's personality.[104] The main disadvantage of this theory is that it limits the protection of these

---

[99] Eduardo de la Parra Trujillo, *Los Derechos de la Personalidad: Teoría General y su Distinción con los Derechos Humanos y las Garantías Individuales,* 31 JURÍDICA, Anuario del Departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana 139, 144 (2001) (Mex.).

[100] José Javier López Jacoiste, *Una Aproximación Tópica a los Derechos de la Personalidad,* 39 Anuario de Derecho Civil 1059, 1066 (1986) (Spain).

[101] Carlos Rogel Vide, *Origen y Actualidad de los Derechos de la Personalidad,* 20 Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla 260, 271 (2007) (Mex.).

[102] Alejandra de Lama Aymá, La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad 20 (unpublished Ph.D. dissertation, Universidad Autónoma de Barcelona) available at http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5207/ala1de1.pdf?sequence=1.

[103] Trujillo, *supra* note 99, at 144.

[104] *Id.* at 21.

interests to those recognized by a legal rule, which became a problem during the Second World War in totalitarian regimes.[105]

Finally, the third theory admits the existence of multiple rights that nevertheless derive from a unitary concept of personality. It addresses the issue of protection of interests that are not explicitly recognized by a legal rule. However, it also entails that personality rights only warrant protection if considered substantive rights. Therefore, it must first be determined if personality rights can be regarded as substantive rights, and in the event they can, if their protection falls solely within their sphere or if other legal rules are needed to ensure their safeguard.[106] [107]

Traditionally, the protection of personality rights has operated within the sphere of non-economic losses as a loss covered under the concept of *dommage moral*. However, some commentators have divided personality rights into vital interests, such as life, bodily integrity, and civil liberties. Civil liberties are further divided into physical liberties, such as freedom of movement; moral liberties, such as freedom to choose one's lifestyle; and professional liberties, such as freedom to choose one's profession. These liberties are not the same as public liberties, such as freedom of expression and association, which are granted by and exercised against the state.[108] There are also social and individual rights within civil liberties, such as reputation and

---

[105] Ibid.

[106] Trujillo, *supra* note 99, at 22.

[107] Trujillo argues that the personality rights are both subjective and moral rights. He bases his argument in the fact that personality rights fulfill all the criteria of subjective rights. First of all, they are a type of permission. They also impose an obligation for third parties not to infringe on such a right and are based upon a substantive rule of law. Finally, it grants the right holder remedy against those who infringe upon that right. Trujillo, *supra* note 99, at 146-147.

[108] Vide, *supra* note 101, at 262.

privacy. Moreover, in some cases, both mental and physical health have been classified as types of interests.[109]

A valuable example of the law of non-economic losses is *las Siete Partidas*, which addresses defamation in the seventh *partida*, title nine. Defamation could occur either through words or acts, and truth was a defense except when defamation was incited by a child, grandchild, or great-grandchild against their parents, grandparents, or great-grandparents, or by servants against their master, in which case the accused was not allowed to prove their comments to escape liability.

However, not every civil law country has followed this approach. Germany and those countries influenced by its legal tradition have expressly rejected the idea of the *ius naturalism*, instead opting for a more scientific approach to creating and interpreting the law. These countries have adopted the concept and function of Roman law, while ignoring those sources of the law were not necessarily Roman.[110] In contrast with the common law *curia regis*, the development of the law under canon law and *ius commune* was the result of interpretations by the Juris Utriusque Doctor in the form of the *communis opinion doctorum*.[111]

The codification process during the 19th century was also highly influential for the origins of the concept of *dommage moral*. These processes resulted from significant social changes, especially in Latin American countries, which directly contrasts with the development of common law claims for non-economic losses. The U.S. common law did not reject its origins but embraced English common law and case law, from which it developed new causes of action.

By contrast, countries that followed the French system did so under the premise of rejecting previous law, instead searching for legal

---

[109] Ibid.

[110] Perret & Fuentes, *supra* note 95, at 640.

[111] *Id.* at 642.

principles that could be applicable under the new nationalist conception of the state. Therefore, the development of *dommage moral* was guided by the moral ideas of Christianity, which are still the foundation of many civil law countries, as well as the concept of *ius naturalism*. However, nationalist elements in civil law countries cannot be ignored. The concept of *dommage moral* emerges from the courts' interpretation of the concepts of harm and loss. This tradition informed codification processes in Latin America during the 19th century. Accordingly, drafters had multiple sources at their disposal to assist with their task, such as Roman law, both in its classic form and with the developments added throughout the centuries, non-Roman laws, such as Germanic or feudalistic customs, *lex mercatoria*, etc., compilations of laws previously adopted within a specific state, and original solutions composed by the drafters.[112]

Ⅴ. DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF "DOMMAGE MORAL"

Dominguez explains *dommage moral* is the fruit of the courts' endeavors, either by filling the void in a statute when there is no express rule on the subject or by extending the interpretation of a restrictive text to cases that, at first glance, are excluded.[113] Furthermore, Dominguez[114] argues that the evolution of *dommage moral* progresses in three stages. In the first stage, these losses are accepted under the delictual liability system, which she has called an improper *dommage moral*. During the second stage, harms do not

[112] *Id.* At 646.

[113] Carmen Domínguez Hidalgo, *La Indemnización por Daño Moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil y Comparado*, 25 Revista Chileno de Derecho 27, 31 (1998) (Chile).

[114] Ibid.

directly or indirectly affect a victim's economic interests, which is termed proper *dommage moral*. Finally, the third stage is the total recognition of a victim's non-economic interests.

In civil law countries, such as Spain, France, and Latin American countries, these losses are usually grouped under the term "moral losses" (*daño moral, dommage moral, etc.*). Others, such as Italy and Germany, prefer the term "non-pecuniary" or "immaterial losses" (*danno non-patrimoniale*). These terms can be traced to a canon law interpretation of the ancient Germanic law "*wergeld*," from which the modern German concept of "*schmerzensgeld*" derives. Drafters of the *Code Napoleon,* formed in the tradition of canon law, introduced the idea of morality to delictual liability under the figure of *culpa*. This dictated that any legal and moral rules used to determine liability must be approached not only under the idea of *culpa*, but also through an analysis of a victim's personal circumstances and necessities. Thus, *dommage moral* does not express a specific legal phenomenon. Instead, it signifies a constantly updated and changing category of losses.

In this regard, both common and civil law have treated non-economic losses similarly. Nevertheless, since civil law does not value case law as a source of law, at least in theory, the legal basis must be found in statute. However, many civil codes do not expressly allow for the recognition of non-economic losses. Initially, France had permitted non-economic losses to be taken into account when calculating damages, but only in cases with their genesis in criminal liability.[115]

In the 1833 Dupin affair[116] [117], a group of pharmacists intervened in criminal proceedings against unlicensed individuals selling remedies. *procurer général*. In reference to the plaintiffs' loss, Dupin coined the

[115] Dominguez, *supra* note 113, at 33.

[116] Cass. Ch. Réunies 15 Juin 1833 S.P. 1833. I. 458.

[117] Vernon V. Palmer, The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law 64 (2015).

term "*un préjudice tout moral*." The court understood these prejudices to be due to the defendants' acts. Even though the plaintiffs could not prove that they had suffered any economic loss, they had nevertheless suffered an attack on their honor as pharmacists. Dominguez notes that, strictly speaking, this type of loss is not a *dommage moral*, as the loss was not suffered by only the plaintiffs but rather by all pharmacists.[118] Thus, the first instance of *dommage moral* in France was resolved under the rules of defamation. This was in line with the development of the law up to that point, as the law of non-economic losses had revolved around defamation in one way or another for thousands of years.

In Spain, a 1912 case[119] is considered the first that recognized non-economic losses.[120] A newspaper article falsely accused a young girl of eloping with a friar. Without defining the concept of *daño moral* harm, the court ruled in favor of the young girl:

> *[T]he honor, virtue and reputation of a woman constitute her most important social interests,*[121] *and harming them results in*

---

[118] Dominguez, *supra* note 113, at 33.

[119] S.T.S. Dec. 6, 1912 (Spain).

[120] However, Crespo argues that this is not the first case in which *Daño Moral* was recognized. He cites a 1894 case, (S.T.S. Dec. 15, 1894 (Spain)), in which the court granted damages for the loss of affection and monetary losses to the wife and daughter of the victim. Furthermore, in a 1909 case (S.T.S. Oct. 19, 1909 (Spain)), the court granted remedy to the father of the victim, who died impaled by a bull. Crespo highlights that while it is true that the 1912 case was the first to consider moral harm as an infringement of the spiritual interests of an individual, there were many other cases that had granted remedy in cases of physical injury. Mariano Medina Crespo, *Acerca de las bases doctrinales del sistema legal valorativo (Ley 30/1995) Los Efectos de su Marginación*, 36 Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro 9, 16 (2010) (Spain).

[121] The court utilizes the term "*bienes sociales*" As discussed in the next chapter, the term "*bien*" can be translated as "property," and it usually refers

> *the loss of the most important esteem that she might suffer in a civilized society, as it deprives her of having the character of holder and custodian of the sacred purpose of the household, foundation and cornerstone of the public society, therefore these type of losses are to be considered amongst the most severe.*[122]

The legal basis for this decision was Artcile 1902 of the Spanish Civil Code. However, the court also utilized the seventh *partida* to rule in favor of the plaintiff.[123] Casado notes that this ruling does not recognize pure *daño moral*, as it only granted remedy because the acts of the newspaper had the potential to affect the future state of the plaintiff indirectly. The first case that employed the term *daño moral* occurred in 1917.[124]

In Chile, even though the French Code influenced Andres Bello, he never intended for Article 2314 of the Chilean Civil Code to protect non-economic losses.[125] The Chilean Supreme Court acknowledged this in a 2001 ruling, saying "*[a]t the time that the De Bello code came into effect, almost a century and a half ago, the redressable harm only included material or patrimonial losses… because the concept of moral harm did not exist.*"[126] The first instances of moral loss in Chile were

---

to a material good. However, the courts and scholarship in Latin America have expanded the term to include social and non-economic values.

[122] Blanca Casado Andrés, *El Concepto del Daño Moral Bajo el Prisma de la Jurisprudencia*, 9 Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia 1 5 (2015) (Spain).

[123] *Id.* at note 14.

[124] S.T.S. Dec.14, 1914 (Spain).

[125] Carmen Dominguez H, *La Reparación del Daño Moral Derivado del Contrato en el Derecho Civil Chileno: Realidad y Límites*, *in* III Cuadernos de Análisis Jurídico 227, 233 (Iñigo de La Maza ed., 2006) (Spain).

[126] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 5 de noviembre de 2001, R.D.J. T. 98, secc. 1', p. 234 (Chile).

not under defamation but rather emotional suffering due to the death of a relative[127] or from injury. Traditionally, the first case that recognized *daño moral* in Chile was in 1922.[128] [129] In this case, a father was granted remedy for emotional distress caused by the death of his child, who was run over by a tram and suffered for eight days before dying. The court arrived at this conclusion by distinguishing between Article 2315 and Article 2329 of the civil code. It held that Article 2315 only applied to harm to objects, while Article 2329 applied to harm to persons. Article 2320 does not define harm; therefore, the court stated that harm refers not only to bodily injury but also to emotional distress, and moral harm was the *pretium doloris*.[130]

In Colombia daño moral was first recognized in the Villaveces case of 1922.[131] Article 2341 of the Colombian Civil Code is almost identical to Article 2314 of the Chilean Civil Code. The plaintiff owned

---

[127] Corte de Apelaciones de Santiago (C. Apel) (Santiago court of appeals) 27 de julio de 1907, R.D.J. T. 4, sec. 2ª p. 139 (Chile).

[128] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 16 de diciembre de 1922, R.D.J. T. 21, sec. 1ª, p. 1053 (Chile).

[129] The same year the Court had already rejected a claim. Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 13 de enero de 1922, R.D.J. T. 21, sec. 1ª, p. 529 (Chile).

[130] For more on the distinction between Articles 2315 and 2329, see: Grandon, Javier Barrientos, *De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro "Código Civil Imaginario" (II),* 13 Revista Chilena de Derecho Privado diciembre 9, 9 (2009) (Chile).

Carolina Schiele, Josefina Tocornal, Artículo 2329 del Código Civil. la interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia, 37 Revista Chilena de Derecho, 123 (2010) (Chile).

[131] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 21 de julio de 1922 Gaceta Judicial. T. 29 N° 1515 (Colom.).

The court ruled on the same case again in 1924. Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sala. Cas. Civil 22 de agosto de 1924 Gaceta judicial T 21 p. 82 (Colom.).

a mausoleum that held the remains of his late wife, which municipal workers erroneously removed. The plaintiff sued for economic and moral losses, but the trial and appeals court only granted pecuniary damages. The Supreme Court partially reversed this decision, saying that in refusing to grant remedy for non-economic losses, both the trial and appeals courts had failed to address all issues of the case, as the evidence indicated that the plaintiff had suffered emotional distress. The court asserted that Articles 2341 and 2356 of the Colombian Civil Code could not be construed as to limit remedies to only economic losses. Honor, reputation, personal dignity, pain, and suffering are all considered losses when they result from an intentional or negligent act.

Thus, while non-economic losses were first addressed under the law of defamation in French systems, not all countries that adhere to the general clause rules developed the law in the same fashion. As case law demonstrates, family relations also played a part in developing the law in Latin American countries.

Exceptionally, in some countries, claims for non-economic losses were the result of a statutory provision. An early example is Article 1196 of the 1922 Venezuelan Civil Code,[132] which granted damages for slander victims and their family and for unlawful entry and revealing secrets. Article 1916[133] of the Mexican Federal Civil Code of 1928

[132] Article 1196: The obligation to compensate covers all types of material or moral losses that result from the unlawfull act. The judge can specially award compensation for the victim in the cases of bodily injury, an afront to their honor or reputation or that of their family, to their personal freedom as well as in those cases their domicile or privacy of the victim are infringed. Translation by the author.

[133] Article 1916: Regardless of any losses, the judge can award the victim of an unlawful act or their family in the case the former has died a fair amount as a mean of moral compensation, paid by the responsable of the act. This compensation cannot exceed a third of the amoun granted as damages for civil

granted a claim to victims, or their families in cases of the victim's death, as a type of *moral reparation*. However, the amount could not exceed one-third of the amount granted as economic damages, and it did not apply to cases in which the state was the defendant. The code was amended in 1982, completely changing the language of Section 1916[134] and adding Article 1916bis to produce perhaps one of the most

---

liability. This shall not apply to the cases governed by Article 1928. Translation by the author.

[134] Article 1916: Moral harm is the harm which a person suffers in his (or hers) feelings, affection, believes, decorum, honor, reputation, private life, physical attributes and configuration, as well as the regards others have for him (or her). Moral harm is presumed when the freedom, body or mental health of a person is unlawfully infringed or violated.

When the unlawful act or omission produces moral harm, the person responsible for it has the obligation to compensate it via a monetary sum, independent of any economic harm, in both contractual and extra-contractual (delictual) liability. The person who is liable in the cases of strict liability established in Article1913, as well as the State and public official, under Articles 1927 and 1928 of this code must also compensate the damage.

The action to claim reparation is non-transferable via an inter vivos act, and the heirs of the victim will only inherit it when the latter has brought the suit during his lifetime.

The amount will be calculated by the judge taking into account the infringed rights, the degree of responsibility, the economic situation of the responsible party and the victim, as well as any other circumstances of the case.

When the moral harm affects the victim's decorum, honor, reputation, or consideration, the judge, when the victim so requests and under the responsibility of the responsible party, will order a part of the judgment that reflects its nature and reach to be published on the media formats he considers convenient. In cases where the damages result from an act that has been diffused on the media, the judge will order they (the media outlets) diffuse part of the judgment, with the same relevance given to the original (section, broadcast, etc)"

The following conducts are considered unlawful and give rise to the obligation to compensate for moral harm as described in this article:

comprehensive statutes on non-economic losses. The new language of Section 1916 also influenced Article 1644a of the Panamanian Civil Code, amended in 1992.[135]

I. The party that communicates to another (one person or many) the accusation being made against a natural or moral person of a true or false fact, determinate or indeterminate, that could cause dishonor, discredit, damage, or expose him (or her) to the disdain of a third person.

II. The person that accused another of a conduct describe as a crime by the law, if the accusation is false or if the person is innocent.

III. The person that makes slanderous or libelous reports, understood as those in which he accused a determinate person of a crime, while knowing that said person is innocent or no crime has been committed, and

IV. The person who offends the honor, or attacks the private life or image of another person.

The reparation of the moral harm relating to the above paragraphs must contain the obligation of the rectification or answer of the information disseminated in the same media outlet where it was published and with the same size, circulation and audience as the original information, without prejudice of the fifth paragraph of the present Section.

The accurate reproduction of information does not give rise to moral harm. Even in the case that the reproduced information is not correct and could affect the honor of a person, it does not constitute a liability of who disseminates the information, as long as the source where it was obtained is quoted.

Originally translated by the author in: Rodriguez Samudio, *supra* note 1, at 26-27.

[135] Article 1916 Bis. Whoever exercises his or her rights of opinion, criticism, expression, and information is not obligated to compensate for moral harm, under the terms and limitations set forth by Articles 6 and 7 of the General Constitution of the Republic.

In any event, the plaintiff who files for the reparation of moral harm for contractual or delictual liability must fully prove the unlawful act of the defendant and the damage directly caused to the Plaintiff by said act.

Under no circumstances will unfavorable opinions regarding literary, artistic, historic, scientific, or professional criticisms be considered an offense against the honor. Neither are unfavorable opinions expressed during the fulfillment of

In 1968, an amendment to Article 1078[136] of the previous Civil Code of Argentina introduced claims for non-economic losses. Article 1322[137] of the 1984 Peruvian Civil Code also provided remedy in cases of *daño moral*, although it neither defines nor lists what should be considered as such. However, Section 1984[138] established some rules for quantification.

Ⅵ. THE MODERN CONCEPT OF NON-ECONOMIC LOSSES

Since its origin, the category of non-economic losses has evolved from a punitive measure for certain types of slander to a broad concept signifying an individual's intangible interests. Nevertheless, few countries define non-economic losses within their statues, and it is usually through the works of courts and scholars that these losses are granted protection.

At a doctrinal level, non-economic losses have traditionally been defined according to their relation to economic losses, which Dominguez[139] calls a negative approach. Under this view, the first step is to define economic losses, after which any losses that do not fit that

---

an obligation or the exercise of a right when the manner (in which the opinion was expressed) and the absence of any reservation have no offensive objective to be considered offensive. Translation by the author.

[136] Article 1078: The obligation to compensate for the losses that result from unlawful acts includes not only the losses and interest, but also the any moral loss suffered by the victim. Translation by the author.

[137] Article 1322: Moral losses must be compensated in the event they arise. Translation by the author.

[138] Article 1984: Moral losses must be compensated by taking into account their magnitude and the detriment suffered by the victims or their families. Translation by the author.

[139] I Carmen Domínguez Hidalgo, El Daño Moral 33 (2000) (Chile).

category are considered non-economic.[140] However, non-economic losses have also been defined in a positive manner, *i.e.,* regardless of their relation to economic losses. Under this approach, non-economic losses are ascribed a specific meaning, such as pretium doloris, or as an infringement of an individual's personality rights. The latter approach has inspired the term *patrimonio moral* or *patrimoine moral* within civil law countries to refer to all the cultural, social, and spiritual interests of an individual. This in turn produced a new interpretation of the term *patrimoine*, which abandons its Latin origins.

The difficulty of defining non-economic losses arises from a terminological issue: the relation between the concepts of harm and loss. However, for the effects of this chapter, the term *dommage* (harm) is usually used in two contexts: the first refers to the harmful event itself, and the second to the consequences of that event. In the former case, a *dommage moral* can undoubtedly result from a harmful event to an interest that can be assigned economic value, such as in cases of body injuries. Vice versa, economic losses can arise from an infringement of non-economic interests, such as reputation.[141]

Dominguez[142] asserts that any efforts to establish an absolute definition for non-economic losses have been in vain. Indeed, such endeavors might be useless, as modern delictual liability main goal is to repair all types of losses. She has further concluded that the idea of a moral loss is directly linked to the level of legal protection granted to an individual. Therefore, higher social consciousness towards this protection will yield a higher number of interests protected as moral

---

[140] De Cupis famously proposed this approach when he said that non-economic losses can only be defined in contrast to economic losses, as any loss that cannot be considered pecuniary. Adriano de Cupis, El Daño 124 (Angel Martínez Sarrión trans. Bosch 1975) (Spain).

[141] Dominguez cites this as one of the criticisms against the negative approach. Dominguez supra note 125, at 40.

[142] *Id. at* 43.

losses. Furthermore, as a concept that evolves with society and constantly renovates to reflect contemporary views better, these interests should not be approached under a *numerus clausus* system.[143] Duarte y Noroña, quoting Jimenez Gomez, note that the protection of the moral interest of the individual is not only the protection of a class of legal interest, but also an efficient method to prevent the collapse of society.[144]

Medina[145] posits that, depending on its content, definitions of non-economic loss can be classified into four categories: (1) restrictive, in cases where the losses are related to the spiritual interest of an individual, (2) strict, when it includes losses resulting from bodily injury, (3) broad, if it includes both spiritual and bodily harm, as well as any loss resulting from them, or (4) superlative, when it expands to include not only all of the above but also any other non-economic loss that results from harm. This last definition, Medina argues, is a strictly positive concept of non-economic losses, as it does not require any reference to economic losses. He further criticized the negative approach as one that only establishes what non-economic losses are not – which does not contribute to understanding what they are.

In contrast with property and other rights, an individual's spiritual, cultural, and social interests do not necessarily depend on the existence of a statutory provision that recognizes them. As previously mentioned, at least in civil law countries, the idea of moral losses is deeply rooted in canon law. By extension, Christian notions of morality, good and bad, influenced scholars and societies throughout Europe.

---

[143] Casado Andres, *supra* note 122, at 7.

[144] Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, *El Daño Moral,* 53 Boletín Mexicano de Derecho Comparado 625, 629 (1985) (Mex.).

[145] Mariano Medina Crespo, *Acerca de las Bases Doctrinales del Sistema Legal Valorativo (Ley 30/1995). Los Efectos de su Marginación,* 36 Revista de Responsabilidad Civil y Seguro 9, 16 (2010) (Spain).

The protection was not based on some utilitarian ideals but came as an expression of the natural law movement. Even now, the level of protection granted to these interests varies depending on the country. In addition, it can indicate the relation between the concepts of positive law and natural law within each system.

However, as unlawfulness is a requirement of most modern delictual liability systems, the protection of these interests must be either directly or indirectly established by a legal norm, though this does not necessarily entail a statute. Regardless, because of the very nature of these interests, it is almost impossible to find a rule that will cover all possible circumstances. Therefore, the relation between these types of interests and the various legal and cultural rules is of great importance, as it is not rare for the courts to protect or deny protection of these interests by invoking social or cultural rules.

Societal and religious values are also profoundly present in the courts' interpretation of their statute. Christian morality, in particular, occasionally dictates how a case is resolved. For example, countries like France, Italy, and Spain will not consider the negligence of a medical professional during an abortion procedure that results in a healthy infant to be grounds for liability. In contrast, in countries like Germany, England, and some states in the U.S., such an event would be viewed as producing a legally relevant loss.[146]

A. CIVIL LAW

i. GENERAL RULES REGARDING CLAIMS FOR NON-ECONOMIC LOSSES

In most jurisdictions, claims for non-economic losses are private matters between individuals and fall under delictual or tort liability

[146] Mauro Bussani & Marta Infanto, *The Many Cultures of Tort Liability, in* Comparative Tort Law: Global Perspectives 11, 24 (Mauro Bussani, Anthony J. Sebok eds. 2015).

rules. Therefore, losses that result from physical injuries, defamation, or infringement of certain rights, will grant the victim a claim for parasitic non-economic losses in the same manner as in common law, regardless of their origin. Regarding how non-economic or moral losses are treated under civil liability rules, countries can be divided into three groups. The first groups include countries such as France, that do not explicitly protect non-economic losses but place them within the general clause under the terms harm or loss. Therefore, they adhere to the general rules that govern redressable losses. Civil law countries that redacted their civil codes during the 19th century tend to follow this approach.[147] Under the French model, non-economic losses have been mentioned under specific terms, such as *souffrances morales ou physiques, préjudice esthétique, préjudice d´agrement*, and in some cases, different amounts are granted for each of these losses.[148] Furthermore, the French courts have developed their concept of *dommage moral* based on human dignity and respect towards the individual,[149] a stance that has influenced other systems.

Under general clause systems, recognizing moral losses will usually depend on if they meet the criteria of redressable losses. Therefore, it is simpler for the courts to recognize claims that would otherwise not exist under the more limited language of other codes. Non-economic losses are also recognized in claims for the death of a pet[150] and damage to property[151]; under contract

---

[147] Dominguez, *supra* note 113, at 33.

[148] Cees Van Dam, European Tort Law 363 (2ed., 2013).

[149] Dominguez, *supra* note 113, at 34.

[150] S.A.P.de Oviedo Nov. 16, 1999 (Spain).

[151] However, in cases where emotional distress results from the infringement of property, the position of the victim is not so clear. Some countries grant damages only in the case that the property had a special meaning to the victim. For example, in the case of Panama, the Supreme Court ruled on the issue in a pair of 2008 cases. In both cases, the court held that the appellants

liability[152]; for psychological trauma, nuisances[153], or judicial errors[154]; and others. The list of losses has no limit. Instead, each case is considered when determining the level of protection granted.

The next group consists of countries that explicitly and without limitation grant remedy for non-economic losses within their civil codes, as is the case for Mexico and Panama. For example, in Mexico, Article 1915 of the Federal Civil Code grants a special claim for physical injuries that result in death or any disability.

The final group is comprised of countries that limit these types of claims to cases established explicitly under a statute, which in most cases tends to be their civil code, such as in Germany and Italy.[155]

---

had not proved any moral loss resulted from the destruction of their property. However, it did recognize that a person can suffer emotional distress from the loss of property to which a special attachment exists.

[152] S.A.P. de Las Palmas Sep. 16, 2005 (AC 2005\1682)(Spain) Due to an eight-hour delay for a flight, the defendant had to spend all night in airport without any support from the airline company.

[153] S.A.P. de Álava Oct. 22, 1999 (Spain)No elevator Access for elderly people.

[154] S.A.P. de Málaga Oct. 15, 1998 (Spain)

[155] Bolivia based Article 994-2 of the Civil Code on Article 2459 of the Italian Civil Code. However, Section 23 of the Civil Code grants protection to the personality rights of the individual, but these has been limited to those established under Section 16 and 32 of the Constitution. However, under Section 920 and 925 of the Bolivian Civil Code of 1920, the aggressor had the obligation to repair non-economic losses. José Luis Diez Schwerter, *La Resarcibilidad del Daño no Patrimonial en América Latina: Una Visión Historico Comparativa,* in Derecho Civil y Romano Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados (Adame Goddard cord.) 337, 347 (2006) Guatemala only admits claims for non-economic losses in two cases. Article 1656 of the Civil Code grants damages for slander, and Article 225 in the cases of pregnancy that result from rape. However, Articles 226-3 and 4 limit the liability of the father in the cases the mother had sexual relations with another person, or in cases where, during the time of conception, it would have been impossible for the alleged father to have had sexual relations with the mother.

Although in Germany, the limitation established by Article 847 was removed after the 2002 reform via Article 253[156], claims for non-economic losses are limited to cases established by law. However, Article 253-2 provides a claim in cases where a victim's body, health, freedom, or sexual self-determination have been affected as a part of the constitutional protection of personality rights.[157]

Furthermore, emotional distress as a non-economic loss is only recognized in cases where the victim's condition surpasses normal levels of grief, and such a result is foreseeable.[158] Relatives do not have a claim for emotional distress in the case of the victim's death, as Article 844 only grants damages for funeral costs and the infringement of the right of maintenance. However, if their condition surpasses normal levels of grief, they might be able to claim damages under Article 253.

By contrast, the development of claims for non-economic losses a been a lengthy process in Italy. Italian courts and scholars have developed a profound legal theory regarding the nature of and remedies for non-economic losses, despite the 1945 Civil Code establishing limitations regarding claims for these types of losses.[159]

---

[156] Non-economic losses that result from damage to property are not granted remedy. Christian Von Bar, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* 506 (2009).

[157] Gerald Spindler, Oliver Rieckers, *Tort Law in Germany* 42 (2011).

[158] Van Dam, *supra* note 148, at 177.

[159] For more on the evolution of the claim see: Francesca Cristina Salvadori, *Il Danno Non Patrimoniale: Evoluzione Storica e Prospettive Future* 7 *ff.* (2011) (unpublished Ph.D. dissertation, Universitá Ca´Foscari Venezia) (It.).

Article 1151 of the 1865 Italian Civil Code was a textual copy of Article 1382 of the French *Code*, as just as in the Code, there was no definition of *"danno."* This led to a discussion of whether *"danno"* could be construed to include both economic and non-economic losses. Case law was also divided in this matter. Some courts accepted the theory that non-economic losses should be protected even when the property of the victim was not affected. On the other

However, even though the admissibility of non-economic losses was a subject of discussion in the realm of civil liability, Article 38 of the criminal code of 1889 explicitly stated judges could grant damages for felonies that affected the honor of the victim or the family, even if no "loss" was caused. Furthermore, Article 7 of the criminal procedure law of 1913 allowed for a civil claim in cases of crimes against individual liberties, honor, unlawful entry, and breach of correspondence even if no "loss" had occurred.[160] In 1930, a new criminal code was enacted. Article 185 of the new code explicitly extended the claims for damages that resulted from crimes to include economic and non-economic losses, without limitation to any specific crime. However, the influence of Article 185 would be genuinely felt once the Civil Code of 1942 was implemented.[161]

In 1942, Italy enacted a new Civil Code influenced by the BGB, which introduced the idea of unlawfulness in the area of delictual liability. Regarding non-economic losses, Article 2059 of the new code limited claims to cases explicitly determined by law. This effectively meant that the notion of redressable loss under Article 2043 of the Italian Civil Code was limited to economic losses. This created a situation in which non-economic losses and the theories regarding them in civil liability had to be approached under a sort of *renvoi*. The obvious solution was Article 185 of the criminal code. Therefore, liability for non-economic losses under the Italian system became

---

hand, there were courts that held that non-economic losses could only be claimed if the harm also affected the state of the victim. This issue was settled by the 159 Cassation Court in two cases in 1912 (Cass. sez. un., 27 luglio 1912, in Giur. it., 1912, I, 1, pg. 837 (It.)) and 1927 (Cass. sez. un., 30 novembre 1927, in Riv. dir. comm., 1928, pg.621 (It.)).

[160] Salvadori, *supra* note 159, at 10-11.

[161] Interestingly enough, Article 85 of the Italian-French Code of Obligation established that the obligation to repair included both economic and non-economic losses that resulted from the unlawful act.

numerus clausus, and to claim damages, a victim would have to satisfy a much higher standard.

In 1974, the Court of Genova recognized the existence of *danno biologico*. This became the first of several classifications of non-economic losses in the Italian system. The Genova Court ruled that physical harm did not only affect an individual's earning potential; its consequences extended to all everyday activities. The Constitutional Court had the opportunity to hear two cases in 1979 that concerned the concept of non-economic losses. The first one engaged with the constitutionality of Article 2059, which the court upheld. The second had a more profound impact on the interpretation of the law. The plaintiff argued that Article 2043 of the civil code was incompatible with Articles 3,[162] 24,[163] and 32[164] of the Italian Constitution, as it only

[162] All citizens have equal social dignity and are equal before the law, without distinction of sex, race, language, religion, political opinion, and personal and social conditions. It is the duty of the Republic to remove those obstacles of an economic or social nature, which constrain the freedom and equality of citizens, thereby impeding the full development of the human person and the effective participation of all workers in the political, economic, and social organization of the country.

[163] Anyone may bring cases before a court of law in order to protect their rights under civil and administrative law. Defense is an inviolable right at every stage and instance of legal proceedings. The poor are entitled by law to proper means for action or defense in all courts. The law shall define the conditions and forms of reparation in case of judicial errors.

[164] Article 32 of the Italian Constitution reads:

The Republic safeguards health as a fundamental right of the individual and as a collective interest, and guarantees free medical care to the indigent.

No one may be obliged to undergo any health treatment except under the provisions of the law. The law may not under any circumstances violate the limits imposed by respect for the human person.

Translation from: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.

granted remedy for economic losses and did not grant an independent claim for injuries that affected health (*danno a la salute*).

The Court held that the right to health, as enshrined in Article 32 of the Constitution, was not only a social interest but also an absolute primary right of the individual. Thus, the Constitution had granted the individual a right which, if infringed upon, granted the ability to seek remedy for non-economic damages (*danno non-patrimoniale*). The Court continued by establishing that Article 32 of the Constitution could be used in conjunction with Article 2059 of the Civil Code, the latter governing cases in which the loss could not be quantified directly, *e.g.*, cases regarding an individual's health. However, the Court did reject the idea of granting damages for non-economic losses in cases not covered by a specific law. The supporting argument was that any moral loss caused by a physical injury was subject to rules regarding non-economic losses under Article 2059 and that Article 32 of the Italian Constitution did not grant the plaintiff an independent claim for damages. Therefore, the plaintiff could only succeed if the moral loss occurred due to a physical injury that could be considered a crime and by invoking Article 185 of the criminal code.

In 1981, the Court of Cassation ruled regarding the concept of *danno biologico*. Following the precedent set by the Constitutional Court, the Court held that the right to health is an absolute and autonomous right that affects a person's life. Therefore, any infringement on such rights can be subject to reparation, regardless of whether the victim suffered a monetary loss. Furthermore, it defined *danno biologico* as any infringement on the mental and physical integrity of an individual,[165] not limited to earning potential, which also affects every aspect of daily life in its economic, biologic, social, cultural, and aesthetic spheres.

However, the most significant development occurred in 1986 when

[165] This was later redacted into Article 5.3 of the Legge. N. 57 del 2001.

the Constitutional Court reviewed the issue of the constitutionality of Article 2059. On that occasion, the Court had the opportunity to unify various interpretations of Articles 2043 and 2059. The Court began by saying that the *danno non-patrimoniale*, as established in Article 2059, referred to a subjective moral loss (*danno morale subiettivo*), *i.e.,* the mental and physical suffering that arises from injuries. The court then completely changed the interpretation of Article 2043. By interpreting the *danno biologico* as the harmful event (*danno evento*) and the *danno a la salute* as the result of such an event (*danno conseguenza*), the Court effectively held that for the effects of Article 2043, *danno biologico* should be considered a type of redressable harm.

This intepretation meant Italian law housed three types of claims for delictual liability. Harms that caused economic losses and cases of *danno biologico* fell under Article 2043 and could be brought forth without the need for a special law. Furthermore, under this new reading of Article 2043, claims for *danno biologico* included economic and non-economic losses.[166] [167] Article 2059, on the other hand, dealt with cases regarding pure non-economic losses, *i.e.*, those regarding emotional distress, and similar losses were only admitted under the rules set forth by Article 185 of the criminal code.

---

[166] However, this led to another issue, specifically in cases where the victim died. If *danno biologico* could be used to claim damages in the case of injury, then it should logically extend to the cases of wrongful death. However, the Court of Cassation has said that in cases in which the victim died, the claim did not pass to the heirs, as it was a personal right of the victim.

[167] The court had the opportunity to expand this definition in 1990. *Danno biologico* was then defined as the modification of the preexisting mental and physical condition of the individual, which is independent of the ability to produce earning. Cass., sez. un., 27 giugno 1990 no. 6536 (It.).

In 2001, the court extended the sphere of *danno biologico* to include the "loss of generic earning capacity"- Cass., sez. un., 22 giugno 2001, no. 8599, in GCM, 2001, 1248 (It.).

As early as 1991, Italian scholarship began discussing the concept of existential losses (*danno esistenziale*) as a generic term to define alterations to life-relations that result from an infant born with a disease. In 2000, the Court of Cassation[168] ruled that a *danno esistenziale* was present in a case where a father did not fulfill his obligations towards his son. It reasoned that Article 2043, when construed per the language of Article 2 of the Constitution, could not be limited to strictly economic losses but to any harm that could, at least potentially, prevent the realization of an individual.

The leading cases of *danno esistenziale* happened in 2003. In what is often called the twin rulings, the Court of Cassation revisited the issue of *danno non-patrimoniale* under Article 2059 of the Civil Code. The Court overturned the traditional case law regarding Article 2059 in the context of Article 185 of the criminal code, holding that *danno non-patrimoniale* was not limited to the idea of a *danno morale soggetivo*. Instead, it protected all losses related to a value inherent to the individual, concluding that when the infringed interest is granted constitutional protection, that is enough for it to be redressable as *danno non-patrimoniale* under Article 2059.

However, Article 185 of the criminal code still established a claim for non-economic losses only in criminal cases. To address this issue, the Court held that although Article 2059 does limit claims for *danno non-patrimoniale* to those established by law, *i.e.*, Article 185, those interests that have been granted protection via the Constitution could serve as the basis for a claim without the need for a specific rule under the law. Hence, the Court abandoned the three-way classification of losses in favor of a more traditional division: economic and non-economic losses, the latter including both *danno biologico* and *danno morale soggetivo*. Later the same year, the Constitutional

[168] Cass., sez. un., 7 giugno 2000 no. 7713, in Foro Italiano, 2001, pg. 187 (It.).

Court[169] yet again addressed the constitutionality of Article 2059. The Court, following the precedent set by the Court of Cassation, upheld the notion that Article 2059 did not only grant claim for *danno morale soggetivo*, but also for *danno biologico* as the infringement of the rights granted by Article 32 of the Constitution, and *danno esistenziale*, considered the loss that resulted from the violation of other constitutional rights inherent to the individual as a human being.

In 2005, the Court of Cassation,[170] following the precedents, elaborated by ruling that Article 2059 protected non-economic interests, either in an explicit manner, *i.e.*, Article 185, or an implicit manner. When referring to a constitutional rule, the adjectives *morale*, *esistenziale,* and *biologico* are used only as a guide for the quantification of the loss, as they all refer to *danno non-patrimoniale*.[171] More recently, in 2008, the Court of Cassation addressed the issue of non-economic losses in four rulings on the same day.[172] The court held that Section 2059 did not grant a new type of claim for non-economic losses, but rather had to be read in tandem with Section 2043. In other words, Section 2043 presents the general rules for delictual liability, such as fault and causal link, while Section 2059 establishes the unlawfulness of the loss (*danno antiguiridico*) required by Section 2043 in the case of non-economic losses.

Paraguay also adopted a third category of loss under Article 1985 of the civil code, harm to the individual (*daño a la persona*), which was

---

[169] Corte Costituzionale (Corte Cost.) (Constitutional Court) 11 luglio 2003 no. 233, Giur. it. 2004, 1129 (It.).

[170] Cass., sez. un., 15 luglio 2005 no. 15022 (It.).

[171] Quantification in Basil Markesinis et al., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law: A Comparative Outline* 84 (2005).

[172] Cass., sez. un., 11 novembre 2008 no. 6972 (It.), Cass., sez. un., 11 novembre 2008 no. 6973 (It.), Cass., sez. un., 11 novembre 2008 no. 6974 (It.), Cass., sez. Un., 11 novembre 2008 no. 6975 (It.).

influenced by Italian scholarship and case law.[173] Sessarego asserts that this is the result of the humanist influence of a legal philosophy under which the fundamental rights of the individual are protected. He argues that *daño a la persona* produces a series of detrimental changes in a person's psyche that result from an infringement of any personality right and do not affect the victim's patrimony.[174] Moreover, in describing the harm to the individual, he posited that moral loss (*pretium doloris*) is a sub-genre of harm to the individual[175] that is comprised of any psychosomatic harm[176] and any harm to the life project of the victim.

The life project of the individual, according to Sessariego, emerges from the freedom and temporary nature of the human being. While it might develop throughout the years, its planning takes place in the present.[177] By nature, this type of harm affects how individuals decide to live their life to such an extent that it loses meaning. It is a type of harm that affects the *reason d' etre*.[178]

However, scholarship regarding the harm to the individual is not precise. Even though it was inspired by the Italian scholarship and case law of the 1980s, the language suggests that harm to the individual is a type of danno evento, of which emotional distress and

---

[173] Schwerter, *supra* note 155, at 345.

[174] Juan Morales Godo, *El Daño a la Persona en la Jurisprudencia Nacional e Internacional,* 9 Revista Jurídica "Docentia et Investigatio" 57, 68 (2007) (Peru).

[175] Carlos Fernández Sessarego, *Daño al Proyecto de vida* 9 available at http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF.

[176] Carlos Fernández Sessarego, *Daño a la persona y Daño Moral en la Doctrina y en la Jurisprudencia Latinoamericana Actual,* 38 Themis: Revista de Derecho 179, 194 (1998) (Peru).

[177] *Id. at 24.*

[178] *Id.* at 28.

some other losses result. If this were the case, the classification refers to a kind of harmful event rather than any actual legal interest protected by law.

For this reason, most scholarship outside Paraguay has not accepted the term harm to the individual. Nevertheless, infringement of an individual's life project has been better received. In the Loayza Tamayo vs. Peru case, the Inter-American Court of Human Rights adopted this type of loss by distinguishing it from *danum emergens* and *lucrum cessans*.[179] The Court associated the concept of a life project with the personal fulfillment of the individual, which is based on the options available to develop their life and achieve their goals. Therefore, any infringement or detriment results in an objective reduction of the individual's freedom.[180]

In Niños de la Calle vs. Guatemala, the Court held that the right to life could not be construed in a restrictive manner. The victims' lives already lacked any meaning, as they had no chance to create and develop a life project that would have instilled meaning in their existence. Furthermore, the life project is inherent to the right to exist and requires decent living conditions.[181]

In the Cantoral Benavides vs Peru case,[182] the plaintiff was a young individual accused of treason, arrested without a warrant, and denied access to a lawyer. Moreover, he was subjected to public defamation by being presented in the media as a terrorist. During his arrest, he was forced to sign documents confessing to the crime, and was tortured by the officers in charge of the prison. He was acquitted

---

[179] Loayza Tamayo vs. Peru Sep. 17, 1997 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 33 para. 147.

[180] *Id.* para 148.

[181] Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Nov. 19, 1999 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63.

[182] Cantoral Benavides Vs. Perú Aug. 18, 2000 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 69.

in August 1993; however, the prison officers made a mistake and released his twin brother, who had been found guilty and received a 30-year sentence. The plaintiff's lawyer presented two *habeas corpus*, both of which were rejected. Afterward, the plaintiff continued to be subjected to torture and judicial abuses. The Court held that a life project was closely related to professional education, and to repair the harm done to the plaintiff, it ordered the Peruvian state to grant him a scholarship to study a career of his choosing.

National courts have also adopted the notion of a life project as a type of protectable legal interest. For example, in 2007, the Colombian Council of State granted damages for a loss of domestic life (*perjuicio a la vida de relación*), which was inferred from changes in the victim's behavior, such as quitting sports activities or interactions with other people. The Council defined these losses as intangible and different from moral loss, which extends beyond the internal sphere of the individual and into their relations in such a manner that it affects the possibility of establishing connections with other individuals, the maintenance of a routine or activities, their role in society, and any prospects.

The Council declared that loss of domestic life is related to harm to the life project as understood by the Inter-American Court of Human Rights. However, the court did make a mistake in saying that the Inter-American Court of Human Rights classifies harm to the life project as a type of economic loss, whereas the loss of domestic life is non-economic loss. As mentioned above, the Inter-American Court of Human Rights has, since the very beginning, classified life projects as non-economic interests.

ii. OBJECTIVE AND SUBJECTIVE LOSSES

A critical issue regarding non-economic losses is their nature. In discussing non-economic interests, Mazeud and Tunc divided them into two groups: the social *dommage moral* and the emotional

dommage moral.[183] Reputation, honor, trust, and other social interests are found under the former, while feelings such as personal love are included in the latter. In other words, an individual's ethical and emotional interests can be external or internal.

This distinction became a source of discussion in some Latin American countries under the name of objective and subjective *dommage moral*. However, there are two different approaches regarding these terms. Under the first approach, the difference between objective and subjective moral losses rests on whether or not patrimonial interests have been affected. Any moral harm that affects an economic interest is considered objective. By contrast, subjective moral harm affects a victim's non-economic interests.[184] The Colombia and the Costa Rican Supreme Courts[185] employed this approach, dividing *daño moral* into those that arise in a concrete manner, *i.e.*, they are certain or can be determined, and those which are abstract losses.[186]

According to the Colombian Supreme Court, objective moral harm is simple to determine and quantify. Therefore, it follows the same process used for patrimonial losses.[187] Conversely, subjective moral harm is not quantifiable in an exact manner. The dominant criticism of this approach assumes a semantic perspective. There is no doubt that monetary losses might arise from an event that is non-pecuniary. The most illustrative example is defamation, as insults or lies do not physically change the material world around a victim.

---

[183] Henri Mazeud, Leon Mazeud, André Tunc, 1 Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle 387 (6 ed., 1965).

[184] Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones* 298 (2005) (Colom.).

[185] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 (Costa Rica).

[186] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sala. Cas. Civil 20 de junio de 1941 G.J.T. 51 No. 1971-1972 (Colom.).

[187] Ibid.

Nevertheless, pecuniary losses can and do arise from defamatory statements. The misconception is a result of synonymously using harm, *i.e.*, the event itself, and loss, *i.e.*, the actual detriment suffered by the victim. Once these meanings are understood, objective moral harm becomes nothing more than a loss of income and, therefore, cannot be considered non-economic.[188]

The second approach, following the distinction made by Mazeud and Tunc[189], addresses the issue through the nature of objective and subjective moral losses and the plaintiff and defendant's burden of proof. Subjective moral losses result from an infringement on the internal circumstances of the victim, *e.g.*, physical pain, emotional distress, etc., making their consequences known only by the victim. By contrast, objective moral losses affect the external sphere of the victim and therefore are easily observable, *i.e.*, through the loss of social standing resulting from defamation.[190] The Colombian Supreme Court also adopted this approach when it held that moral losses affect the moral patrimony's social and emotional spheres.[191]

The Supreme Court of Panama illustrated this point in a 2001 ruling in which it defined the distinction in the following manner:

…[A]ny loss, be it material or moral, in order to be recognized

---

[188] F. Hinestrosa. "*Apreciación del Daño Moral (Aclaración de voto en la Sentencia de 25 de febrero de 1982 de la Sección 3.ª del Consejo de Estado)*", en ÍD. Escritos varios, Bogotá, 1983, 722 in José Luis Diez Schwerter, *La Resarcibilidad del Daño No Patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador,* 30 Revista de Derecho Privado 177, 191 n.57 (2005) (Colom.).

[189] Ivan Hunter Ampuero, La Prueba del *Daño Moral* 11 (April 2005) (unpublished B.A. thesis, Universidad Austral de Chile) (Chile).

[190] Nainane dos Santos Mohr, *Dano Existencial e sua Repercussão no Direito Brasileiro : do Reconhecimento à Cumulação* 23 (2011) (unpublished thesis, Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul) (Br.).

[191] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sala. Cas. Civil 23 de abril de 1941, GJ T. 41 (Colom.).

and to give rise to the obligation to repair, must be proved during the process, there must not be any doubts about it being real, unless it is one of those moral loss called abstract, intangible, indeterminate, subjective by the doctrine, that is, those (loss) that by their own nature, cannot be proved, but they are established by proving the event that causes them and the condition of the victim, in contrast to the objective or tangible moral losses.[192]

The Costa Rican Supreme Court also adopted this approach in 1979[193] when it ruled that in cases of moral losses: *"their existence and gravity must be proven, a burden that lies on the victim… when the psyche, health, physical integrity, honor, intimacy, etc., the loss can be inferred, therefore the proof of moral loss is in re ipsa."*[194] [195]

---

[192] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) 26 de diciembre de 2001 (Pan.).

[193] Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sentencia número 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979 (Costa Rica).

[194] The court has upheld this view over the years. See: Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sentencia número 14 de las 16 horas 25 minutos del 5 de enero de 2000 (Costa Rica) [The subjective moral loss] takes places in the sphere of personal intimacy, in the psyche, the soul, or emotion. Therefore, in line with the harmful event, the loss can be presumed, as it exists in *re ipsa*.

Also Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sentencia número 676 de las 11 horas 40 minutos del 15 de octubre de 2003 (Costa Rica).

[195] However, the approach followed by the Costa Rican Court in this regard is not clear. See: Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sentencia número 7 de las 15 horas 30 minutos del 15 de enero de 1970 (Costa Rica). The court recognizes that in some cases, defamation results in losses that might affect the patrimony of the victim. However, in Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 (Costa Rica), it defines objective moral harm as the infringement of an extra-patrimonial interest that affects the patrimony of the victim… (In this case the Court quotes the 1970 ruling). The main issue

In Chile, case law has not explicitly recognized this distinction, requiring a certain degree of proof in cases of objective moral losses.[196] However, the Supreme Court also follows this approach for physical injury and death of a victim.[197] The Argentine courts also employ a similar approach.[198] The courts typically make use of this distinction in cases where a family member has perished due to the defendant's act. Some civil law countries do not have a provision that explicitly grants claims to the next of kin of the deceased victim. However, such claims have been developed via case law.[199] For example, the Colombian

---

is the choice of words, as the 1970 case clearly states that defamation *might* result in an indirect affectation of the victim's assets, which is in line with the concept of objective moral loss, as any detriment to the social standing of the victim can eventually lead to economic losses. In contrast, the 1992 ruling explicitly states that objective moral losses affect the patrimony of the victim, a view that follows the first approach regarding the distinction between objective and subjective moral losses.

Furthermore, in the 1992 ruling, the court called the distinction useful because it allows for the delineation of the social and individual spheres, *i.e.* the loss suffered by the individual regarding any social considerations, and the loss suffered by the individual in the emotional sphere.

[196] Ampuero, *supra* note 189, at 11.

[197] Corte Suprema de Justicia (C.S.J)(Supreme Court) 14 de junio de 2001, Rol de la causa: 2036-2001 (Chile).

[198] Cciv. y Com. La Plata, Sala 3ª.6/3/93 "Fernández de Bruno c/Florio s/ds. y ps. (Arg.).

Cciv. y Com. San Martín, 18/5/95, "Novais, R. c/Zanella Hnos. y Cía. S. A.C.I.F.I. y/o s/ds. y ps." (Arg.).

Cciv. sala 1ª., San Nicolás, 25/6/98, "Calisprener de Deganas c/Garibaldi, J. S/ds. y ps. (Arg.).

[199] Corte Suprema de Justicia (C.S.J)(Supreme Court) Sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992 (Costa Rica).

In Chile, the first case that granted remedy for moral loss dealt with the death of child. Corte Suprema de Justicia (C.S.J)(Supreme Court) 16 de diciembre de 1922, R.D.J. T. 21, sec. 1ª, p. 1053 (Chile).

courts have established that the *in re ipsa* presumption only applies to the close relatives of a victim.[200] The presumption extends to infants who have been raised by a person without being legally adopted by them, provided the existence of such a relationship has been proven.[201] Nevertheless, in cases where the defendant can prove a strained relationship between the victim and next of kin, the *in re ipsa* presumption ceases. For example, in cases of parental abandonment of a child, the Supreme Court has rejected the claim for moral losses in the event of the child's death.[202]

Traditionally, the U.S. followed the English common law rule under which tort claims were personal actions, *i.e.* they perished with the victim.[203] However, this rule was considered inadequate, which led to the creation of two causes of action: wrongful death and survival claims.[204] A survival claim is a claim by the deceased's estate against the defendant for any cause of action the former had before perishing.[205] On the other hand, a wrongful death claim is an independent claim that relatives, spouses, children, parents, etc., have against the defendant,[206] regardless of the existence of a survival claim.

B. CRIMINAL LAW

The role of criminal law in the context of civil law claims has

---

[200] Consejo de Estado (C.E.) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 17 de julio de 1992 Radicado 6750 (Colom.).

[201] Consejo de Estado (C.E.) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 26 de marzo del 2008, Expediente 18846 (Colom.).

[202] Obdulio Cesar Velasquez Posada, *Itinerario Jurisprudencial Del Daño Moral en Colombia, in* Colombia Responsabilidad Civil Y Del Estado 63, 112 (2009) (Colom.).

[203] Dobbs, *supra* note 65, at 803.

[204] *Id.* at 804.

[205] *Id.* at 805.

[206] *Id.* at 805.

always been secondary. Especially in the case of non-economic losses, criminal law acts as nothing more than a *renvoi* to the civil jurisdiction. However, two countries – Italy and Colombia – have adopted an interesting approach to the role of criminal law. Article 2059 of the Italian Civil Code limits claims for non-economic losses to those cases established by statutory law. For a long time, the courts construed this to mean Article 185 of the Italian criminal code. In this case, criminal law was a substantive provision granting a victim the right to claim damages in the case of a crime.

In Colombia, however, criminal law fulfills a procedural purpose. Article 95 of the 1937 criminal code limited damages to 2000 Pesos in cases where the quantification of moral loss was either difficult or impossible, a rule the civil courts maintained for many years. In 1974,[207] the Supreme Court of Colombia adjusted its approach. The Court ruled that under the language of Article 95, the limitation on damages was clearly intended for those cases where the non-economic losses were granted as a result of a criminal offense and was enacted in the event that criminal justices had to rule on the matter. In the same ruling, the Court fixed the new limit at 30,000 Pesos for cases where the deceased victim was the plaintiff's child. The limit was set in accordance with the devaluation of Colombian currency, and according to the Court, its function was not to compensate but rather mitigate the emotional pain of the plaintiff.[208]

---

[207] Corte Suprema de Justicia (C.S.J)(Supreme Court) Sala. Cas. Civil 27 de septiembre de 1974 Gaceta judicial T. 148. p. 248 (Colom.).

[208] Since then, the court has not changed this approach of setting maximum limits for the amounts of damages. Nevertheless, the court has revisited the issue on many occasions in order to update the limit to better reflect the economic realities of the country. As such, the court raised the limit to 100.000 Pesos in 1981, then to 500,000 Pesos in 1987, 1 million Pesos in 1992, 4 million Pesos in 1994, 10 million Pesos in 1999, and finally to 40 million Pesos in 2009. Velasquez Posada, *supra* note 202, at 84.

In 2000, the criminal code was amended, and the standard of 2000 Pesos was abandoned. Instead, Article 97 established a new standard using the legal minimum wage, setting the new limit at a 1000 monthly minimum wage amount. In 2002[209], the Constitutional Court upheld the legality of this provision for cases in which liability arises from criminal conduct.

C. CONSTITUTIONAL LAW

i. NON-ECONOMIC LOSSES FROM A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Constitutions grant fundamental rights to their nationals, and in most cases, to foreigners. The most common approach is to protect tbese rights via other laws, such as civil or criminal codes. In this regard, few constitutions grant a claim for moral losses. The issue is whether or not the infringement of these rights can form the basis for a claim in cases where a statute does not grant them explicit protection.[210]

The countries that protect non-economic interests via constitutional provisions comprise three groups. The first is countries that, while having a provision that clearly safeguards such interests, do not expand upon their meaning or content and instead depend on civil, criminal, or administrative law to develop constitutional rights. Costa Rica is one example of such a system. Article 41[211] of the Costa Rican

---

Furthermore, the limits are not binding to lower courts. As the Supreme Court itself has recognized, they are nothing more than a guide. Corte Suprema de Justicia (C.S.J) (Supreme Court) Sala. Cas. Civil 6 de mayo de 1998, expediente 4972 (Colom.).

[209] Corte Constitucional (C.C) (Constitutional Court) 29 de octubre de 2002 C-916 (Colom.).

[210] The issue of the direct application of constitutional provision will not be touched upon.

[211] Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias

Constitution protects the victim's body, property, and moral interest. In turn, Article 1045[212] of the civil code covers general delictual liability, while Article 197[213] protects the administrative code, under which non-economic losses are remedied.[214]

In the Brazilian Civil Code, Article 186 enshrines the general clause for delictual liability, which grants protection to constitutional rights in the context of private law. The Brazilian Constitution, in Article 5,[215] protects life, freedom, equality before the law, and property. Furthermore, sub-section 5[216] explicitly grants remedy for economic and non-economic losses and any reputation infringement. Sub-Section 10[217] protects the privacy and reputation of an individual and establishes the right to sue for damages in cases of infringement,

---

o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

[212] Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

[213] Cabrá responsabilidad por el daño de bienes puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente.

[214] Álvaro Fonseca Vargas, *Indemnización al Trabajador por concepto de Daño Moral ante Despidos Injustificados del Patrono Reclamable en un Proceso Laboral,* (2013) (unpublished B.A. thesis, Universidad de Costa Rica) (2012) (Costa Rica).

[215] Translations of the Brazilian Constitution in English available at: http://english.tse.jus.br/arquivos/federal-constitution. Article 5: All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms:

[216] V – the right of reply is ensured, in proportion to the offense, as well as compensation for property or moral damages or for damages to the image;

[217] X – the privacy, private life, honour and image of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured;

while sub-Section 49[218] ensures the physical and moral integrity of inmates. Finally, Article 114-6[219] establishes remedy for pecuniary and non-pecuniary losses that arise from a work contract.

Chile also follows this approach. Article 19-1[220] of the Chilean Constitution protects a person's life, and physical and mental integrity, and Article 19-4[221] covers private life and reputation.[222] [223] Article 19-7 sets forth several instances in which the liberty and security of an

---

[218] XLIX – prisoners are ensured of respect to their physical and moral integrity;

[219] Article 114. Labour Justice has the power to hear and try:

VI – judicial actions arising from labour relations which seek compensationfor moral or property damages;

[220] The right to life and to the physical and psychological integrity of the person. An English translation of the Chilean Constitution is available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2012.pdf.

[221] The respect and protection of private life and the honor of the person and his family.

[222] However, before the 2005 amendment, Article19-4 set forth a series of rules that applied only to cases in which the infringement of reputation was done via media coverage. First, it established defamation as a crime, and second, it made the owners, editor, director, and administrators of the media institution jointly liable for any damages that resulted from the publication. The second part of Article 19-4 was removed for two main reasons. First, both slander and libel had ceased to be felonies under Chilean law. Therefore, in order to prevent the possibility that the constitutional rule could be interpreted as a way to once again punish such behaviors, it was necessary to remove it. The second reason was to protect freedom of speech and freedom of the press, and that any protections to the honor should be granted under civil law and not as part of the criminal law. 2 José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno* 196-197 (2012) (Chile).

[223] Prior to 2008, Article 2331 of the Civil Code limited claims for defamation only to those cases where the victim suffered an economic loss. In 2008, the Supreme Court ruled that the statute is inapplicable, as it is unconstitutional under Article 19-26 of the Constitution. Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia de 10 de junio de 2008, Rol 943-07. Article 19-26 reads: The security

individual are protected. In the case the Supreme Court rules that trial or imprisonment was unlawful, erroneous, or arbitrary, sub-Section i[224] grants any individual absolved of a crime compensation for any resulting monetary or moral losses.

---

that the legal precepts which, by mandate of the Constitution, regulate or complement the guarantees that it establishes or which limit them in the cases it authorizes, cannot affect the rights in their essence, or impose conditions, taxes or requirements which may impede their free exercise.

However, it has not been declared unconstitutional and therefore struck down from the Civil Code, under the rules of Article 93-7 of the Constitution. When the court finally got the opportunity to rule on the issue, media associations opposed the possibility of Article 2331 being declared unconstitutional, as it would limit the freedoms of speech and of the press. *La Libertad de Expresión y Protección a la Honra*, equilibrio en Peligro, 40 Revista de la Asociación Nacional de Prensa 5, 5-7 (2011)(Chile) Available at: http://anp.cl/wp-content/uploads/2015/08/53695310-Revista-ANP-40.pdf.

The Court ruled on May 24th, but it did not achieve the quorum needed to declare Article 2331.

Artiles 93-6 and 93-7 establish the rules under which a statute can be struck down as unconstitutional.

6. To resolve, by the majority of its members in office, [on] the inapplicability of a legal precept having application in any measure that is taken before an ordinary or special tribunal, [having a] result contrary to the Constitution;

7. To resolve, by the majority of four-fifths of its members in office, [on] the unconstitutionality of a legal precept declared inapplicable in conformity with that provided in the previous Numeral;

Tribunal Constitucional (T.C.)(Constitutional Court) 24 de mayo 2011, Rol de la causa: 1723-10 (Chile).

[224] Once definitive dismissal, or absolutory sentence has been declared, the [person] subjected to trial or sentenced in any instance by resolution which the Supreme Court declares unjustifiably erroneous or arbitrary, will have the right to be indemnified by the State for patrimonial and moral losses that have been suffered. The indemnification will be judicially determined in a brief, and summary proceeding and in which the evidence shall be conscientiously assessed.

The second group of countries that protect non-economic interests via constitutional provisions assumes a more detailed approach to non-economic losses – not under an abstract protection, but by actually granting a victim the right to pursue a claim. In the Constitution of El Salvador, Section 2[225] protects an individual's life, physical and mental integrity, freedom, reputation, rights over self-image, and privacy – both individual and of the family. Furthermore, it grants the victim a claim for non-economic losses that must be regulated by law. Moreover, Article 245[226] establishes the liability of public officers and the state for infringement of constitutional rights that results in economic or non-economic losses. For a long time, no law regulated claims for non-economic losses, as mandated by Article 2 of the Constitution.[227] Article 115-3 of the criminal code grants both victims and their families remedy for non-economic losses arising from a criminal act. However, these claims are limited to only cases of felonies. This is a similar case to that of Italy, which had the same limitation for a long time but resulted from a provision in the civil code.

However, no specific statute granted broad protection of non-

[225] Article 2: Every person has the right to life, physical and moral integrity, liberty, security, work, property and possession, and to be protected in the conservation and defense of the same. The right to honor, personal and family intimacy, and one's own image is guaranteed. Indemnification, in conformity with the law, is established for damages of a moral character. An English Translation of the Consitution of El Salvador is available at: http://confinder.richmond.edu/admin/docs/ElSalvador1983English.pdf.

[226] Article 245: The public functionaries and employees will answer personally and the State [in] subsidiary, for material or moral damages which they should cause in consequence of a violation of the consecrated rights of this Constitution.

[227] In principle, Article 2080 of the Civil Code grants remedy for any loss that is a result of malice or negligence. On the other hand, Article 2081 is a textual copy of Section 2331 of the Chilean Civil Code, and the same restrictions apply.

economic losses. In 2015,[228] the Supreme Court ruled that these types of provisions, in which the Constitution mandates that a particular right or action be regulated by law, are not some simple declarations of intent. Instead, they are true constitutional orders that must be fulfilled. Furthermore, the Court recognized that non-economic losses were covered under several statutes. Nevertheless, said statutes only governed their specific cases and did not rule upon moral losses as a whole, *i.e.*, the content and minimum requirements for the judge to grant remedy.

The Court, therefore, ruled that the National Assembly was guilty of violating the constitutional mandate by omission and ordered a law to regulate non-economic losses to be passed no later than December 31st, 2015. On December 12th, 2015, the National Assembly complied with the court order. Under Order 216, the law defines moral loss as any infringement that affects a non-economic interest of an individual that results from unlawful acts or omissions, regardless of whether or not it is based on contractual or delictual liability. It establishes limitations for media coverage, except in cases evidencing an intent to defame. It also regulates the liability of the state for this type of loss.

Any infringement on an individual's personality rights, regardless of the legal provisions involved, is grounds for remedy. Similarly, losses resulting from an abuse of rights, defamation, or a substantial infringement on an individual's life project are protected. However, claims can only be brought forth by the victim and do not pass to relatives in cases of death.

Finally, the third group of countries adopted the approach Italy used to expand claims for non-economic losses. This approach demands a direct application and protection of constitutional rights without requiring a specific statute besides a general delictual liability.

[228] Corte Suprema de Justicia (C.S.J)(Supreme Court) 23 de enero de 2015 no.53-2012 (El Sal.).

The Family Code also contains many sections that establish claims for non-economic losses. Under Article 97,[229] the guilty spouse in a divorce must pay reparations that include economic and moral losses. Furthermore, Article 122[230] grants the surviving spouse a claim for economic and non-economic damages against the party responsible. Article 150 establishes that both a mother and child can claim economic and non-economic losses against the father once paternity has been confirmed.[231]

ii. BASIC RIGHTS VS PERSONALITY RIGHTS

The nature of constitutional rights – and by extension, how to protect them – is an issue that exceeds the discussions of criminal or civil law. Constitutional rights are inherently abstract fundamental rights in that their existence does not depend upon a specific statute. Nevertheless, they form the pillars of modern societies, and their protection is the utmost priority. However, even as fundamental rights, their importance is not necessarily equivalent, especially in the case of personality rights versus human rights. The most basic distinction between the two is the infringing party, as in human rights cases, the defendant is usually the state.

---

[229] Article 97: The spouse responsible for the dissolution of the marriage is responsible of any material or moral losses that the other spouse suffers. Translation by the author.

[230] Article 122: In the case of death, the surviving spouse has the right to seek compensation against the responsible party for the material and moral losses suffered. Translation by the author.

[231] The child or descendants have a claim for the judicial declaration of parenthood against the father or his heirs, or the curator of the inheritance. This claim shall not be subject to any statute of limitations. If parenthood is declared, the mother and the child have the right to claim compensation from the father for any material or moral losses in accordance with the law. Translation by the author.

In this type of case, the claim is directed at an action performed by the state while acting as such. In contrast with cases where the state acted as a private party, the suit can be brought at a national level or, in cases in which an international treaty allows, to a supranational court. Furthermore, in human rights cases, infringement is usually a basis for claims, regardless of any specific losses. The number of victims is generally higher as their infringement can be the result of public policy of the state, which in turn means that public officers might not be liable under criminal or civil liability. In these cases, *i.e.*, where the population as a whole is affected as a result of policy, the issue of whether this constitutes a human rights infringement can become critical and is usually at the forefront.

Some jurisdictions, such as the U.S., have established a direct claim for deprivation of rights[232] without restricting it to constitutional rights. However, since the infringement itself does not necessarily cause a victim any loss, remedy can be granted in the form of nominal damages. Therefore, human rights violations are a barometer that measures the relationship between a state and its nationals.

By contrast, while established under constitutional rules,

[232] 42 U.S. Code § 1983.

Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia.

personality rights are usually protected under a specific law, *e.g.*, a civil code, and their infringement is the result of a private individual act, *i.e.*, delictual liability, breach of contract, etc. In these cases, the state's role becomes that of an arbiter. Under Roman law, individuals were granted a certain degree of *potestae in se ipsum*, which was protected by the *action injuriarum*. However, as understood under modern law, personality rights are a product of the second half of the 19th century.[233] The issue, at least as far as the concepts of *dommage moral* and personality rights are concerned, is whether the latter includes all of the rights. If so, *dommage moral* is nothing more than the infringement of such rights, regardless their content. Otherwise, personality rights are one of many types of non-economic losses covered that fall under the sphere of *dommage moral*.

In contrast with civil law countries, personality rights under U.S. common law are often composed of the person's name, image, likeness, or other similar rights,[234] as well as the right of publicity, which was first written about in an 1890 paper by Samuel Warren and Louis Brandeis.[235] Warren and Brandeis's papers is often quoted as the origins of privacy law, at least in the U.S.A, private life was granted legal protection even before its publication.[236] For example, in 1868 the French *Loi Relative a la Presse* prohibited newspapers from publishing private matters.

Whiteman explains that there are cultural differences in how the

---

[233] Caridad del Carmen Valdés Díaz, *Del Derecho a La Vida y Los Derechos Sexuales y Reproductivos, ¿Configuración Armónica o Lucha De Contrarios?,* 29 Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 216, 217 (2012) (Mex.).

[234] Dobbs, *supra* note 65, at 1310.

[235] Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy,* 4 Harvard Law Review 193 (1890).

[236] Ruben Rodriguez Samudio, *Del Derecho de Privacidad al Derecho de Protección de Datos,* 49 Anuario de Derecho 180, 181 (2020) (Pan.).

U.S.A and Europe understand privacy.[237] He posits that American privacy is focused on liberty and protecting the individual from the state while European privacy is mostly concerned with individual dignity and limiting the reach of mass media.

By contrast, the courts first used the term right of publicity in the case of Haelan Laboratories, Inc. v Topps Chewing Gum, Inc.,[238] in which the Court of Appeals of the Second Circuit acknowledged the existence of a right of publicity that could be waivered as a property right.[239]

However, the main difference between personality rights as understood by civil law, under the influence of Roman law, and U.S.-style personality rights lies in their nature. As detailed above, personality rights under civil law are undoubtedly considered a type of non-economic interest. In contrast, the U.S. approach regards them as a proprietary right.[240]

By contrast, privacy is not recognized under English common law. In Kaye v. Robertson,[241] Lord Justice Glidewell proclaimed:

> *It is well known that in English law there is no right to privacy, and accordingly there is no right of action for breach*

---

[237] James Q. Whiteman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty,* 113 The Yale Law Journal 1151 (2004).

[238] Haelan Laboratories, Inc v Topps Chewing Gum, Inc, 202 F 2d 866 (2nd Cir, 1953).

[239] For a more in-depth review see: J. Gordon Hylton, *Baseball Cards and The Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum,* 12 Marq. Sports L. Rev. 273 (2001).

[240] Rosina Zaparroni, Propertising Identity: Understanding The United States Right Of Publicity And Its Implications — Some Lessons For Australia, 28 Melbourne University Law Review, 690, 700 (2004).

[241] Kaye v Robertson [1991] FSR 62. However, the Human Right 1998 incorporated the European Convention of Human Rights, which protects privacy. More recently, the The Data Protection Act 2018 govern how the government and private institutions use private information.

> *of a person's privacy. The facts of the present case are a graphic illustration of the desirability of Parliament considering whether and in what circumstances statutory provision can be made to protect the privacy of individuals.*

Lord Justice Bingham further agreed, writing, "*[t]he case highlights, yet again, the failure of both the common law of England and statute to protect in an effective way the personal privacy of individual citizens.*"

The idea of a U.S.-style right of privacy was rejected once more in 2003 in the case of Wainwright v Home Office.[242] In that case, the House of Lords ruled in an opinion written by Lord Hoffman:

> *The need in the United States to break down the concept of 'invasion of privacy' into a number of loosely-linked torts must cast doubt upon the value of any high-level generalisation which can perform a useful function in enabling one to deduce the rule to be applied in a concrete case. English law has so far been unwilling, perhaps unable, to formulate any such high-level principle.*

Therefore, personality rights under the civil law do not directly correlate to their common law counterpart. This makes finding commonalities difficult and further presents a challenge when the losses produced by infringing these rights are viewed as non-economic losses. The Wainwright ruling is an example of the *a posteriori* approach that prevents the adoption of general abstract concepts under the common law.

Furthermore, as we have argued elsewhere[243], the 2010s saw the birth of the Chinese privacy model. Under this new model personal

---

[242] Wainwright v Home Office [2003] UKHL 53.

[243] Ruben Rodriguez Samudio, *Modelos Normativos de Privacidad en las Ciudades Inteligentes,* 52 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 609 (2022) (Colomb.).

privacy yields to social order which contrast to the American model with its protections against the state. While this new model is still new, it has nevertheless left its mark in the current legal discourse regarding human and constitutional privacy rights.

In the same manner mass media led to the development of privacy rights in common and civil law, digital technologies resulted in the transformation of personal privacy, from the right to be left alone or to not have private matters divulged, to a control over certain types of information. Whiteman wrote his paper well before the advent of social media, nevertheless, his conclusions have been proven correct by the approaches taken by the U.S. and Europe. The latter passed the most comprehensive set of privacy rules under the General Data Protection Regulation, while the U.S. still struggles to come to term with nation-wide privacy regulation. By contrast, the Chinese model aims to grant the individual a certain sense of control while maintaining strong oversights over data.

The dignity-driven European model has seen the creation of new non-economic interests, and example of which the right to be forgotten. Moreover, the GDPR creates multiple safeguards and right concerning the collection, processing, and transference of personal data. Since the GDPR establish strict rules for transferring data its effects have been felt globally as countries must meet those standards if they are to handle European citizens' personal information.

Ⅶ. SUMMARY

The historical review carried out in this chapter revealed that the law of non-economic losses is likely as old as civilized societies. However, as with civil liability in general, its origins were punitive, and the change in value given to individuals resulted in greater protection. Furthermore, advances in technology, particularly the development of printing techniques, resulted in broadening the scope of liability for

political motives.

Nevertheless, the most significant development of the law came in the 19th century, when individual liberties and rights transformed a religious matter into a central issue in the development of societies. In addition, as the common law example has illustrated, societal and moral rules have exerted a great deal of influence in determining which cases an individual should repair emotional losses. Although France first approached the issue via the law of defamation, countries such as Spain and Colombia deviated from this model. Instead, they introduced the idea through the infringement of social interests or family ties. Even when drafters of a particular code, such as the De Bello code, opposed the idea of granting remedy to non-economic losses, social pressure led courts to defy the express wishes of the legislator.

In general, non-economic losses are part of the domains of civil liability. However, in some cases, the courts and scholars approach the issue via *renvoi* to other laws to expand the number of legal interests under protection. Criminal law and constitutional rights are two key examples. In the case of the former, liability assumes a secondary role to the criminal proceedings. In some cases, only criminal liability grants the victim a claim for non-economic losses.

Constitutional rights are somewhat different, as they require that the courts in a particular country recognize their direct protection. It is an issue that extends beyond the simple reparation of non-economic losses. For example, Italian courts had to use these rights to expand the number of cases in which victims can claim damages.

Thus, the idea of non-economic losses acting as a punitive mechanism and later as a negative concept, *i.e.*, one which is only be defined via its comparison to economic losses, has been replaced by a set of rights protected in the same manner as economic rights. This change is evident in the fact that countries that have gone through a period of strife, such as Latin American countries or Spain, have

developed the idea of a *patrimoine moral* to a higher degree than countries that have not suffered similar setbacks.

The role of religion has also been decreasing in recent years, and nowadays, its importance to specific issues, such as abortion or same-sex marriages. On the other hand, the infringement of rights has become a more prominent role. Especially when viewed under the prism of the subjective non-economic loss doctrine, in cases such as restriction of civil liberties or political rights, the infringement itself is the loss. In other cases, such as the death of a relative, the loss is presumed.

The main difference between these two cases is that, in the latter, some countries allow the presumption of the existence of loss to be overturned if the defendant can present evidence to the contrary. However, in the case of civil liberties, etc., since not being able to exercise the right is the loss, there is no way to produce such evidence. Be that as it may, awards for these types of losses tend to be of a more symbolic value.

論　　説

司法の優越をめぐる法と政治（５）

―― アメリカにおける議論を手掛かりとして ――

鈴　木　繁　元

目　　次

序章：違憲審査制と司法の優越　〔以上、73巻５号〕
第１章：アメリカにおける司法の優越　〔以上、74巻１号〕
第２章：司法の優越の正当化議論　〔以上、74巻２号〕
第３章：司法の優越の揺らぎ　〔以上、74巻４・５・６号〕
第４章：アメリカにおける対話理論の生成と発展
　第１節：比較対象としてのカナダ
　　第１款：違憲審査制の類型論
　　――「弱い形式」の違憲審査と「強い形式」の違憲審査――
　　第２款：カナダにおける対話理論の制度的基盤
　　第３款：カナダにおける対話理論と違憲審査の民主的正当性
　第２節：アメリカにおける対話理論
　　第１款：対話理論の萌芽――規範的議論としての対話――
　　〔以上、本号〕
　　第２款：実証的分析から見た対話
　　第３款：対話における戦略性――司法の優越の維持と対話――
　第３節：小括
結論と今後の課題

第４章：アメリカにおける対話理論の生成と発展

前章では、「規範的な信念」[1]としてアメリカで浸透したはずの司法の優越には、政治部門や人民との関係で実際的限界が生じていたことを指摘した。以上を踏まえ、本章では、アメリカにおける「対話（Dialogue）」理論の検討を通じて、司法部が、他部門や人民との相互関係において憲法秩序形成に参与するための具体的アプローチの在り方について考察を行うこととする。

対話理論については、佐々木雅寿がカナダの学説と判例を参照しつつ、我が国の憲法典及び憲法実践に適合的な「対話的違憲審査の理論」を提唱しており[2]、日本の憲法学界においてもこれまで活発な議論がなされてきた[3]。我が国以外にも目を向けると、1997年にカナダの憲法学者であるホッグ（Peter M. Hogg）とバッシェル（Allison A. Bushell）によって

---

[1] Miguel Schor, *Constitutional dialogue and judicial supremacy* in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY 88（Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018）.

[2] カナダの対話理論については、佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌54巻１号（2007年）15頁以下を参照。「対話的違憲審査の理論」については、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）、同「対話的違憲審査の理論――法の支配と憲法的対話の融合――」新世代法政策学研究19号（2013年）１頁以下、同「対話的違憲審査：最高裁判所と政治部門との対話」論究ジュリスト12号（2015年）206頁以下などを参照。

[3] 「日本国憲法研究座談会：対話的違憲審査」論究ジュリスト12号（2015年）218頁以下、尾形健「権利保障と憲法的協働――政治部門・社会領域と司法府との「対話」をめぐって」公法研究78号（2016年）201頁以下、曽我部真裕「違憲審査と「対話」」法学教室480号（2020年）50頁以下、橋本基弘「参議院定数不均衡問題をめぐる最高裁大法廷令和２年11月18日判決について（一）（二）――裁判所と国会、国民との対話――」法学新報128巻３・４号（2021年）107頁以下、同128巻５・６号（2021年）１頁以下、村山健太郎「違憲審査制の類型論と違憲審査の活性化」論究ジュリスト36号（2021年）117頁以下、岡野誠樹「司法にとっての「社会」の変容と違憲審査「活性化」のゆくえ」論究ジュリスト38号（2022年）63頁以下、大河内美紀「Our "Settled" Constitution」山本龍彦編著『日本国憲法のアイデンティティ』（有斐閣、2023年）117頁以下、山羽祥貴「憲法訴訟と民主政――動態的秩序理解からの一素描」YOLJ-L2303010（2023年４月26日公開）などを参照。

公表された論文を契機として一躍注目された対話理論は[4]、カナダのみならず、イギリス、あるいは本章で着目するアメリカにおいても、精力的に議論がなされてきた[5]。

アメリカにおける対話理論の有り様について、例えばマルツ（Earl M. Maltz）は、すでに1988年の論文において、対話理論が当時の学界において注目を集めていた旨を指摘している[6]。とりわけマルツは、ビックル（Alexander M. Bickel）の著書に言及しつつ[7]、彼の理論においては、司法部と政治部門の相互関係が明確に表明されていると評する[8]。またカナダの憲法学者ローチ（Kent Roach）も、ビックルこそが、立法部と司法部の対話に関する理論の創始者であると評価する[9]。

かように、アメリカの対話理論において重要な地位を占めると思われるビックルが問うたのは、政府が原理を実現していくプロセス、換言するならば、司法部・立法部・執行部が「憲法を創りあげていくという動態的プロセス」[10]の在り方であった。また、ウェリントン（Harry H.

---

[4] *See* Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The* (*Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All*), 35 OSGOODE HALL L. J. 75 (1997).

[5] イギリスの対話理論について、岩切大地「イギリス人権法における議会と裁判所との憲法的対話」法政論叢44巻２号（2008年）112頁以下、上田健介「人権法による「法」と「政治」の関係の変容――不適合宣言・適合解釈・対話理論」川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望：法形成をめぐる政治と法』（2016年、尚学社）151頁以下を参照。

[6] Earl M. Maltz, *The Supreme Court and the Quality of Political Dialogue*, 5 CONST. COMMENT. 375, 375 (1988).

[7] *See* ALEXANDER M. BICKEL, THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS 91 (1970).

[8] Maltz, *supra* note 6, at 377.

[9] Kent Roach, *A Dialogue about Principle and a Principled Dialogue: Justice Iacobucci's Substantive Approach to Dialogue*, 57 U. TORONTO L.J. 449, 452 (2007). *See also* Kent Roach, *Dialogic Remedy*, 17 INT'L J. CONST. L. 860, 866 (2019).

[10] 大林啓吾「アレクサンダー・ビッケル：アメリカの立憲構造を明らかにした夭折の天才」駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像：理論家編』（尚学社、2010年）

Wellington）による「最も危険の少ない部門（The Least Dangerous Branch）」の第２版序文によれば、ビックルが究極的に関心を持ったのは、連邦最高裁の判断の終局性にある[11]。すなわちビックルの憲法理論は、連邦最高裁の判断が、それのみにおいて「政治的ルールとして」終局的なのではなく、人民やその代表的機関による受容によってこそ終局的となることを、強調するものであった[12]。かような、司法部の判断の最終性に関する問題関心のもと、ビックルは、三権及び人民の間における「対話の統治パラダイムを意図」[13]していたとも評価される。

ビックルにおける問題意識は、その後、ディパートメンタリズムを主張する論者にも引き継がれていく[14]。このことは、例えば、ディパートメンタリズムの代表的な論者であるポウルセン（Michael Stokes Paulsen）が、司法部や政治部門による憲法の「解釈のせめぎ合いの帰結とは、憲法の意味（……）が、単一の神託によってではなく、異なる視点を持つ解釈者によって促進され、競合する視点の相互作用によって

38頁。

[11] ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH : THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS xii (2d ed. 1986).

[12] このようなビックルの主張の例として、以下の言明が挙げられる。「連邦最高裁の判決は、普遍的な規範として提示されうるが、実際には、それらは広く賛同を得ることで初めて規範となる。それらは、それ自体の力において、訴訟の当事者以外の誰も拘束することはない。同様の立場にある他のすべての人々が等しく拘束されるという見込みを実現するために、連邦最高裁の判断は、まず政治的機関、そして最終的には人民の同意と協力を必要とするのである。」Bickel, *supra* note 7, at 90.

[13] 大林・前掲注10）52頁。

[14] *See e.g.*, LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS (1988); Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO L.J. 217 (1994)；Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 VA. L. REV. 83 (1998); Dan T. Coenen, *A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*, 42 WM. & MARY L. REV. 1575 (2001).

決定されるという、分散的でダイナミックな憲法解釈モデルである」[15]と述べていることからも推察されよう。

このように、アメリカにおいても、対話理論については活発な議論がなされており、その代表例として、ビックルや彼の議論に影響を受けたディパートメンタリズム論者たちを挙げることができる。しかしながら、各論者の主張する対話理論がいかなる理論的な前提に立脚するのか、いかなる規範的な含意があるのか、そして司法の優越についていかなる立場を採用するのか等において、その議論は多方面に分岐するものであった[16]。すなわち、レビー（Jacob T. Levy）が指摘するように、アメリカにおける対話理論やディパートメンタリズムは、「法理や完全に発展した理論よりも、明確性に欠けるものである」[17]とも評価されるのである。

アメリカ憲法学における対話理論は、憲法秩序形成における三権及び人民の相互関係に着目するという点においては、おおよその一致を見るものの、上記のように、その理論的前提や規範的な含意の有無等において、多様性を有する。そこで本章においては、諸学説の変遷及び理論的基盤を含め、アメリカにおける対話理論の明確化とその特徴の顕在化を試みる[18]。かような分析を踏まえたうえで、司法部が、司法の優越の実

---

[15] Paulsen, *supra* note 14, at 222. なお、対話理論とディパートメンタリズムの関係については、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義――憲法解釈の最終的権威をめぐって」帝京法学25巻２号（2008年）134-135頁も参照。

[16] 我が国における対話理論に関する議論状況について、川崎政司は「「対話」というレトリックには、建設的・協調的な意味合いが含まれているようにも感じられるが……その概念の広範性・不明確性は否めず、論者によって含意するものが異なるような状況もみられる。「対話」は、分析概念や望ましさを込めたものとして用いるのであればともかく、規範概念として用いることについては、その根拠も含めて不明確であるといわざるを得ないように思われる」と、やや否定的な見解を提示する。川﨑＝大沢・前掲注５）39頁〔川崎政司執筆〕。関連して、大林啓吾「判決の余韻」千葉大学法学論集33巻１号（2018年）132頁注15も参照。

[17] Jacob T. Levy, *Departmentalism and Dialogue*, in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 72 (Geffrey Sigalet et al. eds., 2019).

[18] アメリカにおける対話理論に言及する我が国の先行研究として、尾形・前

際的限界を踏まえつつ、他部門や人民との相互関係において憲法秩序形成に参与するための対話の在り方について、検討を加えることとする。

第１節では、まず、近時の国際的な対話理論の興隆において重要な地位を占め、かつ、我が国における重要な先行研究である「対話的違憲審査の理論」の基盤である、カナダの対話理論を簡単に検討する。これによって、アメリカとカナダの対話理論の関係性及び両者の類似点や相違点を明らかにすることを試みる[19]。このような検討を踏まえつつ、第２節では、アメリカにおける対話理論に関する規範的議論と実証的議論を分析する。その上で、司法の優越を維持するうえで有用となりうる、対話理論における戦略性について検討する。

第１節：比較対象としてのカナダ

第１款：違憲審査制の類型論

――「弱い形式」の違憲審査と「強い形式」の違憲審査――

アメリカとカナダの対話理論を論ずる前提として、それぞれが採用する違憲審査制の類型について概観する。

20世紀終盤以降、比較憲法学の領域において各国の違憲審査制について議論する際に、憲法判断の効力という観点から、そのカテゴライズを試みる研究が注目されている。すなわち、従来の議論においては、「①誰が立法を違憲と判断するか（審査の主体）、②どのような文脈で違憲と判断するか（審査の文脈）」[20]という観点から、ヨーロッパ型の抽象的違憲審査制とアメリカに代表される付随的違憲審査制を中心とした分類が、主としてなされてきた。これに対して、憲法判断の効力に着目する新たな類型論は、違憲審査制について「強い形式（strong-form）」と「弱

掲注３）、村山・前掲注３）のほか、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011年）なども参照。

[19] ただし、カナダの対話理論を体系的かつ包括的に論じる作業は、本論文においては行わない。あくまでアメリカの議論との比較で有用な限りにおいて、カナダの対話理論を、その制度的・理論的基盤という側面から概観することとする。

[20] 村山・前掲注３）117頁。

い形式（weak-form）」という区別を採用する[21]。その代表的論者として挙げられるのがタシュネット（Mark V. Tushnet）である[22]。彼によれば、アメリカに代表される「強い形式」の違憲審査制は、最高裁がある法律について違憲と判断した場合、当該法律は具体的な事案において法的な効力を否定され、先例拘束性によって下級裁判所も当該法律の法的な効力を否定するという形式を採用する[23]。さらに他の政治部門との関係においても、最高裁の憲法判断は、少なくとも短期的・中期的には拘束力を有する[24]。すなわち、「強い形式」の違憲審査制においては、最高裁判所による憲法判断は最終的なものとなることが、基本的には前提とされるのである。

これに対して、20世紀終盤に発明された「弱い形式」の違憲審査制は、「法律が憲法規範に反すると判断する裁判所の権限と、そのような判断を示した司法部に立法部が対応できる何らかのメカニズムの組み合わせ」[25]と定義される。そして、そのような形式の違憲審査制においても、法律の違憲性を単に宣言するのか、それとも当該法律を暫定的に停止するのかといった司法権の性質、あるいは問題となっている法律の再制定や修正などの立法上の対応の形態によって、多様な類型があり得るとする[26]。いずれにせよ、「弱い形式」の違憲審査制においては、司法部によ

---

[21] 村山健太郎は、「強い形式」と「弱い形式」という違憲審査制の類型論が比較憲法学において議論されるようになった背景として、第一に比較憲法学における対象国の拡大、第二にとりわけイギリス連邦諸国において、新たに違憲審査制を導入する国が増加したことを挙げる。参照、村山・前掲注３）117-118頁。

[22] *See* MARK V. TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS : JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2008). なお、横大道聡＝吉田俊弘『憲法のリテラシー』（有斐閣、2022年）135頁も参照。

[23] Mark V. Tushnet, *The Rise of Weak-form Judicial Review*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 321 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon, eds., 2011).

[24] Mark Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 101 MICH. L. REV. 2781, 2784 (2003).

[25] Tushnet, *supra* note 23, at 322.

[26] *Id.*

る憲法判断は最終的なものとならず、立法部はこれを覆すことが想定されるのである。

この「弱い形式」の違憲審査制の典型国として挙げられるのが、カナダである[27]。すなわち、カナダ人権憲章33条１項は、「連邦議会または州立法部は、連邦議会の法律または州立法部の法律において、憲章２条または７条から15条の規定にもかかわらず、その法律または一つの条項が適用されることを、明示的に宣言することができる」と定める。かかる条項の導入により、カナダは、司法部が憲法の意味を最終的に決定する制度とは異なった違憲審査制の類型を採用したものと評価される[28]。換言するならば、カナダの違憲審査制モデルは、「司法審査と司法の優越が、一体である必要はない」[29]ことを示すものと解されよう。

このような類型の違憲審査制の利点として挙げられるのが、司法部と立法部の間でなされる対話である。すなわち、対話は、司法部が立法部に対して憲法条項に関する自らの理解を伝え、これに対して立法部もまた憲法条項に関する自らの理解に基づいて反応し、最終的な行動を採ることを許容するものである[30]。つまり、「弱い形式」の違憲審査制のもとでは、制度上、立法部が司法部の違憲判決に対抗する手段が付与されることにより、憲法判断における最終的な決定権限が立法部に留保される局面が生じることとなる。これにより、違憲審査の反民主的な性質は緩

---

[27] タシュネットによれば、「弱い形式」の違憲審査制はさらに、①最も弱いタイプ②中間程度に弱いタイプ③最も強いタイプの３つに分類され、カナダは③の典型国に位置付けられる。その理由としてタシュネットは、カナダでは、違憲な法律の効力を停止する権限が裁判所に付与されているものの、人権憲章33条により、連邦議会や州立法部は、通常の立法措置によって違憲判決を拒絶できることを挙げている。*Id.* at 323-325.

[28] ガードバウム（Stephen Gardbaum）は、人権憲章33条について、「民主的な政治制度における権利保障の新たな概念に、制度的な基盤を付与するもの」であり、アメリカ型の司法の優越に代わる魅力的な選択肢であると評価する。Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707, 724 (2001).

[29] Miguel Schor, *Squaring the Circle: Democratizing Judicial Review and the Counter-Constitutional Difficulty,* 16 MINN. J. INT'L L. 61, 101 (2007).

[30] Tushnet, *supra* note 23, at 326.

和されうる。

上記で述べたように、新たな違憲審査制の類型論によれば、アメリカに代表される「強い形式」の違憲審査制とカナダに代表される「弱い形式」の違憲審査制は、区別される。そして、人権憲章33条は、カナダにおける「弱い形式」の違憲審査制を特徴づける条文と位置付けられる。ただし同条文は、その使用に抵抗するような「政治的風潮」ゆえに[31]、その重要性自体が「相対的に低くなっている」[32]とされる。それゆえに、現実の憲法実務において人権憲章33条が使われることはほとんどない以上、結果としてカナダの最高裁は、憲法解釈において至高の地位を占めることになるのではないか、との指摘も存在する[33]。

このように、現実の運用面に鑑み、カナダの「弱い形式」の違憲審査制を特徴づける条項の存在意義については、否定的見解も有力に唱えられている。それでは、カナダにおいて対話理論を提唱する論者たちは、人権憲章33条のほかに、いかなる制度的な基盤を根拠として同理論を展開したのであろうか。

第２款：カナダにおける対話理論の制度的基盤

以下では、カナダの対話理論における制度的な基盤について概観する。レビーによれば、カナダにおいて、最高裁が法律を違憲であると判断した場合、立法部の対応方法としては以下の四つが考えられる[34]。第一に最高裁の判決を維持して法律を無効とすること、第二に最高裁が適示した憲法上の欠陥を修復する法律を、所定の期間内に制定すること、第三に、人権憲章33条に基づいて、法律が違憲と判断されたにもかかわらず有効であると宣言すること、そして第四に、人権憲章１条に基づき、合理的で論証可能な正当性があるとの主張のもと、違憲判決に反するよう

---

[31] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 83.

[32] 佐々木・前掲注２）「対話的違憲審査の理論――法の支配と憲法的対話の融合――」６頁。

[33] Mark V. Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy-Based Worries*, 38 WAKE FOREST L. REV. 813, 832-833 (2003).

[34] Levy, *supra* note 17, at 74.

な法律を再度制定するという方法である。第一と第二の場合は、立法部は司法部の判断に服従していることになり、人権憲章の解釈について最高裁が最終性を有することとなる。また、第三の手法である人権憲章33条は、第１款で論じたように、カナダでの現実の憲法秩序形成においては、その重要性は相対的に低い。すなわちレビーによれば、カナダにおける憲法上の対話の可能性を開くのは、第四の手法である人権憲章１条であると解される[35]。

カナダにおける対話理論の主要な論者であるホッグとバッシュルは、対話について、「人権憲章違反に基づいて法律を無効と判断する判決に続く、立法部による何らかの行為」[36]がなされることを指すと定義する。また、「司法部による判決が、立法部によって覆され、修正され、あるいは回避されることに対して開かれている場合、最高裁と立法部の間の関係を対話とみなすことは、有意義である」[37]と述べる。その上で彼らは、違憲審査が、「人権憲章における個人主義的価値観と共同体全体の利益のための社会的・経済的政策の達成とを、いかに調和させるのが最善であるか、という対話の始まり」[38]であることを指摘する。

そしてホッグとバッシュルは、対話を促進するための制度的基盤の一つとして、人権憲章１条を挙げ、同条文のもとにおける対話の在り方について、その具体像を提示している。それによれば、1986年のR. v. Oakes[39]において、カナダの最高裁は、人権憲章上の権利に関する法律による制約の合憲性判断につき、四つの審査基準を示した。それが、(1) 法律が重要な目的を希求しなければならないこと、(2) 法律が立法目的と合理的に関連していなければならないこと、(3) 法律による人権制約は必要最小限度でなければならないこと、(4) 法律は、それが適用される対象に対し、不均衡に厳しい影響を与えてはならないこと、の四つで

[35] *Id.* at 75. 佐々木・前掲注２）「対話的違憲審査の理論――法の支配と憲法的対話の融合――」６頁、村山・前掲注３）121頁も参照。

[36] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 82.

[37] *Id.* at 79.

[38] *Id.* at 105.

[39] [1986] 1 S.C.R. 103.

ある。ホッグとバッシュルによれば、人権憲章１条に関する先例に照らすと、これまで問題となったほとんどの法律は（1）（2）（4）の審査基準を満たしており、論争の中心となるのは、（3）の人権制約につき最小限の制約であるか否かを審査する基準についてであった[40]。それゆえ、ある法律が人権憲章に反すると判断されたならば、「それはほとんどの場合、当該法律が憲章上の権利の制約を最小限にする手段を採用しなかったことのみを意味する」[41]のである。そして司法部は、なぜ当該法律が人権憲章１条の基準を満たさないのかを説明し、立法部は、より制限的でない新しい立法手段を講じることにより[42]、当該法律は１条のもとで正当化されることとなる[43]。

同様に、憲章１条をカナダにおける対話の要と位置付けるローチによれば、同条は「最高裁が人権憲章において見出す権利の合理的な制限を正当化することを、立法部に対して許容する」[44]ものであるとする。それゆえに、同条は「最高裁の判断に対応するとともに、最高裁が認識する原理からの逸脱を正当化する手段を立法部に提供するものである」[45]と指摘する。このように、憲章１条は、「人権憲章の下での対話の主要な道具」[46]と解されるのである[47]。

---

[40] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 84-85.

[41] *Id.* at 85.

[42] ホッグとバッシュルによれば、最高裁によって無効と判断された法律の違憲性は、人権憲章を尊重しつつも、重要な立法目的を実質的に達成するための新たな法律の制定によって修正できるとする。またその場合、「最高裁が人権制約についての最小限度の手段についての審査基準をどのように分析したかを、立法部は考慮しなければならない」とする。*Id.* at 87.

[43] *Id.* at 85. なお、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開「オークス・テスト（Oakes Test）」の内容と含意」北大法学論集63巻２号（2012年）356頁以下も参照。

[44] KENT ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE 7 (2016).

[45] *Id.*

[46] 佐々木・前掲注２）「対話的違憲審査の理論――法の支配と憲法的対話の融合――」６頁。

[47] なお、ホッグとバッシュルは、人権憲章33条と１条のほかに、対話理論の

こうした人権憲章における制度的な特徴は、カナダとアメリカの対話理論の相違点を示すものである。この点についてレビーは、とりわけ対話の行き詰まりが生じたとき、カナダとアメリカでは、その解決手法において大きな差異が生じるとする[48]。すなわち、カナダにおける対話は、人権憲章１条や33条といった対話の制度的基盤の存在を背景とした、立法部と司法部の間で明白な往復のやり取りが存在し[49]、かつそのやり取りは、「比例原則によって整序された、合理的で協調的なものであることが理想」[50]とされている。

これに対して、アメリカのように「強い形式」の違憲審査制を採用し、政治部門が司法判断に対応するための制度的基盤が用意されていない場合、対話理論は、特に人工妊娠中絶や同性婚といった論争的な憲法上の問題において、司法部の憲法判断に対する政治部門の対応のみならず、公衆がいかに判決に反応するのかにも着目する[51]。つまりアメリカにおいては、司法部と政治部門のみならず、公衆についても、対話の重要なアクターとして位置付けられることになる。そして、このような公衆をも巻き込んだ憲法上の対話は、選挙や連邦最高裁判事の指名などの過程も経て、比較的長期間にわたって行われることが想定される[52]。

以上、憲法上の対話を促進する制度的な特徴に着目しつつ、カナダとアメリカの対話理論の相違点を概観した。第３款では、カナダの対話理論における規範的な前提について検討する。

第３款：カナダにおける対話理論と違憲審査の民主的正当性

再びホッグとバッシュルの論文に着目する。同論文はその冒頭において、人権憲章のもとでの違憲審査は反民主的であるとする批判に対する

制度的基盤として、人権憲章７条、８条、９条、12条における制限付き権利（Qualified Charter rights）の規定、人権憲章15条１項における平等権を列挙する。Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 87–91.

[48] Levy, *supra* note 17, at 73.

[49] *Id.* at 77.

[50] 村山・前掲注３）121頁。

[51] Schor, *supra* note 1, at 87.

[52] Levy, *supra* note 17, at 73, 77.

反論として、対話理論を位置づけている[53]。それによれば、曖昧な文言を有する憲法の解釈において、裁判官は広範な裁量を有するのであり、「解釈の過程で裁判官の選好が反映されるのは避けられない」[54]とする。そして、この問題は、ヒューズ連邦最高裁判事による「我々は憲法のもとにあるが、憲法は裁判官がこれだと宣言したものである」という著名な言明によって最も良く表明されているものである、と指摘する[55]。このような状況において、ホッグとバッシュルは、人権憲章のもとでの違憲審査を「国家の政治に対する拒否権」[56]と捉えるのではなく、憲章の個人主義的価値観と、社会的・経済的政策の達成を調和させるための、立法部と司法部の間の対話の始まりと捉える[57]。そして、現実の憲法秩序形成に目を向けつつ、カナダにおいては、実際にこれまで対話がなされてきたことを指摘する。これらカナダ憲法における構造的特徴と、最高裁に対する立法部の実際の対応に目を向けると、カナダにおける司法の民主的正当性に対する懸念は、「維持できない」か、少なくとも「大幅に減少する」ことを、彼らは主張するのである[58]。

違憲審査の民主的正当性という文脈からの批判に対する応答として対話理論を唱える立場は、ローチについても同様である。彼によれば、「対話型司法審査（Dialogic judicial review）」とは、司法部による憲法判断が、立法部によって修正・否定されることが憲法上予定されている制度を指す[59]。カナダ人権憲章は、その制度設計において、民主的に選任されていない裁判官に最終性を付与する司法の優越も、民主的に選任された政治部門に最終性を付与する議会の優越も回避し、各アクター間での民主的対話を構築し促進するという新たな地平を開いた、とローチは評

---

[53] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 76-77.

[54] *Id.* at 77.

[55] *Id.*

[56] Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, 56 N.Y.U. L REV. 469, 469 (1981).

[57] Hogg & Bushell, *supra* note 4, at 105.

[58] *Id.* at 80, 105. *See also* Rosalind Dixon, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, 47 OSGOODE HALL L.J. 235, 238 (2009).

[59] Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, 23 S. C. L. R. (2d) 49, 55 (2004).

価する[60]。

アメリカの憲法学界においてビックルが定式化した、司法審査における「反多数者主義の難点（the counter-majoritarian difficulty）」は、今日もなお主要な関心事であり続けている。このような難問への解答を導き出そうとする試みは、「弱い形式」の違憲審査制を採用したカナダにおいても、同様に見られた。ショアーによれば、カナダにおける人権憲章制定時の議論は、ロックナー期に代表される、強力な裁判所が民主主義を損なうというアメリカにおける経験から多くを学んでいたことを示唆するものでもあった[61]。さらに、人権憲章がカナダ最高裁を「アメリカ化する」ことへの疑念――すなわち、司法の優越を背景とした強力な司法部が民主主義の脅威となること――は、カナダ憲法理論においても存在していた[62]。かような議論状況において、ホッグやバッシュル、そしてローチといった著名な論者による対話理論は、違憲審査の民主的正当性に関する議論に対する打開策として提唱されたものと位置付けられる[63]。すなわち対話理論によれば、人権憲章の解釈において、司法部と立法部は双方ともに最終性を有さず、ほとんど対等な関係性が存在するのであり、それゆえに、司法部は民主主義に対する大きな脅威とはならない。

このように、カナダにおける著名な対話理論の前提には、違憲審査の民主的正当性という問題への応答という、規範的な関心事項が存在すると解される。同理論は、カナダにおいて、「違憲審査の民主的正当性に関する議論に新たな地平を開拓」するものであり、少なくとも「違憲審査の民主的正当性に対する疑念をかなりの程度和らげること」[64]を可能にした[65]。これに対してアメリカにおいては、違憲審査と民主主義の緊

---

[60] Roach, *supra* note 44, at 7.

[61] Schor, *supra* note 1, at 87.

[62] *Id.* at 90.

[63] Rosalind Dixon, *Constitutional 'Dialogue' and Deference* in CONSTITUTIONAL DIALOGUE; RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 165（Geffrey Sigalet et al. eds., 2019）. *See also* Dixon, *supra* note 58, at 238.

[64] 佐々木・前掲注２）『対話的違憲審査の理論』８頁。

[65] カナダ対話理論の影響を受ける「対話的違憲審査の理論」についても、同理

張関係を、対話理論の理論的な前提とするか否かについて立場が分かれるが、この点については後述する。

第２節：アメリカにおける対話理論

本節では、アメリカにおける対話理論を取り扱う。本章冒頭で引用したマルツによる言明が示すように、アメリカにおける対話理論は、80年代、体系的に論じられるようになってきたとされる[66]。その代表例としては、例えばフィシャー（Louis Fisher）による業績を挙げることができるが[67]、本節との関係において指摘するべきは、対話理論、あるいはそれに類似した学説は、80年代以前にもアメリカにおいて存在していたということである。例えばロストウ（Eugene V. Rostow）は、司法審査と民主主義の関係について論じた1952年の論文において、以下のように述べる。

> アメリカにおける公衆の意見の形成過程は、議会、大統領、報道機関、政党、学者、圧力団体など、多くの参加者によってなされる継続的なものである。裁判所によってなされる議論や広範な原理の宣言は、アメリカの政策が形成される共同体の経験のうちにおいて、重要な要素となっている。連邦最高裁はとりわけ教育機関（educational body）であり、裁判官は必然的に、重要な国家的セミナーにおける教師と位置付けられる。[68]

このようにロストウは、裁判所による判断を、公衆における意見形成

論は「従来指摘されてきた違憲審査の民主的正当性に関する疑義をかなりの程度軽減し、違憲審査権の行使を今以上に積極的にすることを正当化する理論」と位置付けられている。佐々木・前掲注２）『対話的違憲審査の理論』215頁。なお、曽我部・前掲注３）56頁も参照。

[66] *See* Maltz, *supra* note 6, at 375.

[67] *See* Fisher, *supra* note 14.

[68] Eugene V. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, 66 HARV. L. REV. 193, 208 (1952).

のプロセスの中に位置づけ、そのような過程における「教育機関」として、連邦最高裁の役割を位置づける。このような見解は、憲法判断は連邦最高裁による判決によって完結するのではなく、連邦のみならず州の政治部門や、広く公衆における意見の形成を経て確定されることを示唆する。

さらに言えば、かような見解は、法形成主体相互の協調的な関係を重視し、それぞれの法形成主体は制度的適性に応じて、社会における紛争を解決するべきであるとする、プロセス的思考方法とも親和性を有するものである。この点において、「対話的司法審査は、立法部や執行部と比較した時の、裁判所において特有な性質に関心を寄せるリーガル・プロセスの伝統に由来している」[69]というローチによる指摘は、アメリカにおける対話理論の理論的系譜の一端を指し示すものと解される[70]。

前述のビックルの研究における主たる関心事の一つは、「反多数支配的な勢力（counter-majoritarian force）」[71]であり、「アメリカ民主制において逸脱した制度」[72]である司法審査が、「民主的プロセスを弱める傾向を有する」[73]という前提のもと、民主制においていかなる役割を果たすべきかの探究[74]にあった。このようなビックルの問題意識は、第1節で検討したカナダにおける主要な対話理論をはじめとして、その後の対話理論の提唱者に多大なる影響を与えることとなった[75]。すなわち、対話

---

[69] Roach, *supra* note 59, at 69.

[70] 関連して、リーガル・プロセスと「対話的違憲審査論」、さらにはディパートメンタリズムとの「一定の共通性」に言及する業績として、山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉：憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路：実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）217頁注123を参照。

[71] Bickel, *supra* note 11, at 16.

[72] *Id.* at 18.

[73] *Id.* at 21.

[74] 「政策決定を伴う可能性があり（実際そうしなければならない）、立法機能や執行機能とは異なる機能で、裁判所の能力に特に適しており、裁判所が引き受けなければ他においては行われないであろう機能を探さなければならない」というビックルの指摘を参照。*Id.* at 24.

[75] *See* Roach, *supra* note 59, at 68-69.

理論は、憲法の意味に関する決定がどのようなプロセスを経て行われるかに焦点を当てるものであり、また、司法部と他のアクターとの間で憲法の意味が共有され、練り上げられていくことをも示唆する。同時に対話理論は、憲法解釈において司法部以外のアクターが重要な役割を果たしていることに着目するものであり、司法審査における「反多数者主義の難点」という問題を緩和しうるポテンシャルをも秘めたものであった。

しかしながらアメリカでは、そもそも、「反多数者主義の難点」というアメリカ憲法学における難問を、理論的な前提としない対話理論も有力に説かれていることには、注意を払う必要がある。すなわち、このような立場は、司法部の決定は政治部門における多数派の意思に優先され、その憲法判断が最終性を有する、という前提自体を否定するのである。司法部と政治部門の相互関係、あるいは公衆における意見形成の動向に着目する実証的な分析によれば、司法部には様々な制度的・政治的制約が存在することが露わになるのであり、とりわけ国家的な注目を集める憲法上の問題に関して、連邦最高裁が最終的な判断を下すことはほとんどないことを指摘するものである。第１款においては、上記のような立場に立脚する学説の特徴及びそこから得られる示唆を顕在化させるための前段階の作業として、「反多数者主義の難点」を前提としつつ、司法部と政治部門、そして公衆の間における対話を論じ、司法部の果たすべき役割を探究した業績について検討することとする。

第１款：対話理論の萌芽――規範的議論としての対話――

まずはビックルの憲法理論を検討する。前述のように、ビックルの憲法理論は「三権が憲法を創りあげていくという動態的プロセスに着目」[76]しつつ、「マクロ的観点から統治のあり方を検討」[77]したものであった。そして、彼が最も関心を持っていたのは、連邦最高裁の判断の終局性にあった[78]。このようなビックルの憲法理論における特徴は、後に対話理論やディパートメンタリズムを提唱する論者に示唆を与えるものであっ

[76] 大林・前掲注10）38頁。
[77] 大林・前掲注10）43頁。
[78] Bickel, *supra* note 11, at xii.

たが、そもそもビックルはいかなる目的をもって、司法部と政治部門、さらには人民の間における憲法秩序形成の「動態的プロセス」に着目したのであろうか。

「反多数支配的な勢力」たる司法部を、「一方における社会的な同意や多数派支配の維持の必要性と、他方における憲法上の司法審査の実践との間の基盤的な緊張」[79]のもと、いかにしてアメリカ民主制に適合させるかという問題において、ビックルが着目したのは、統治全体において司法部が果たすべき役割にあった。ビックルによれば、統治の諸活動には二つの局面が存在する。一つが、即時的で実際的な効果を意図する局面であり、もう一つが、ヨリ一般的で恒久的な利益を有する価値に関する局面である[80]。すなわち、政府においては「その時々に考えられる目先の物質的なニーズだけでなく、ある種の永続的な価値（enduring values）にも仕えなければならない」[81]局面が存在するというのである。問題となるのは、「政府におけるいかなる機関が、このような価値の宣明者かつ保障者となるべきか」[82]ということであった。

ここにおいてビックルは、「便宜（expediency）」に基づいて行動する立法部と、「永続的な価値」の宣明者としての司法部の役割を区別する。つまり彼は、短期的な結果を求める圧力が強く作用し、それゆえに、しばしば「便宜」に基づいて行動する立法部は、上記のような永続的な価値の宣明者としては不適格であるとする。これに対して「裁判所は、立法部や執行部が保持しない、原理に関する問題を扱う一定の能力を有する」[83]として、司法部こそが原理の宣明者として適格性を有するとする。

そして、このような司法部固有の能力こそが、社会における永続的な価値を明らかにする上で重要であると、ビックルは説く[84]。「アメリカ民

---

[79] Edward A. Purcell Jr., *Alexander M. Bickel and the Post-Realist Constitution*, 11 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 521, 535 (1976).

[80] Bickel, *supra* note 11, at 24.

[81] *Id.*

[82] *Id.*

[83] *Id.* at 25.

[84] *Id.* at 26.

主制において逸脱した制度」[85]であり、「民主的プロセスを弱める傾向を有する」[86]とまで評される司法部は、政府が一定の「永続的な価値」に仕える局面においてこそ、これらの価値を宣明する機関として――そして「偉大で高度に効果的な教育機関」[87]として――その役割を果たすべきとされるのである[88]。

このように、ビックルによれば、統治の一局面において政府が仕えるべき「永続的な価値」の宣明者として、司法部は、民主制において固有の役割を有するとされる。アメリカの統治が全体として「原理づけられた自己統治（principled self-government）」[89]であるべきという観点からは、基本的には民主的な部門の決定が司法部の決定に優位するべきであるものの、基盤的な諸価値は尊重されなければならない[90]。そして、「原理づけられた」とは、かかる諸価値を政府が尊重するべきであることを意味し、特に連邦最高裁における固有の役割は、かかる諸価値を説明し、必要があれば防護することにあった[91]。

では、政治部門とは区別された機能として、司法部は「原理づけられた」判断をするべきであるとして、それは、いついかなる手法によってなされるべきであるのか。この点についてビックルが提唱するのが、「消極の美徳（The Passive Virtues）」[92]という手法である。彼によれば、連

---

[85] *Id.* at 18.

[86] *Id.* at 21.

[87] *Id.* at 26.

[88] ただし、ビックルは後年、「永続的な価値」の宣明という司法部の役割について否定的見解を示している。「私は、多くの事例において、永続的な価値を展開する連邦最高裁の能力に疑念を抱くようになった。そしてそれゆえに、司法の優越が社会政策の広範な領域において作動しうるし、黙認されうるということにも疑念を抱くようになった」というビックルの指摘を参照。Bickel, *supra* note 7, at 99. なお、野坂泰司「「司法審査と民主制」の一考察（四）」国家学会雑誌97巻９・10号（1984年）676-677頁も参照。

[89] ALEXANDER M. BICKEL, POLITICS AND THE WARREN COURT ix (1973).

[90] Purcell, *supra* note 79, at 522.

[91] *Id.* at 522-523.

[92] *See* Alexander M. Bickel, *Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV.

邦最高裁が憲法上の問題について決定をなす際に、原理とは相反するような立法を無効にすることができるし、原理に一致する立法として正当化することもできるが、第三の選択として、そのどちらもしない、という手法も採りうるとする[93]。これにより、司法部は「原理を放棄することなく、政治部門の行為の余地を残す」[94]ことができる、とビックルは指摘する。この第三の選択の具体的方策として、連邦最高裁は、例えば事件・争訟性やスタンディング、成熟性、裁量的上訴、政治問題の法理などの手法を駆使して、原理についての実体的な判断を行うことなく、立法部や執行部に対し、原理の問題について「再考するように促す」[95]ことが可能になるのである[96]。

ビックルによれば、この「消極の美徳」という手法を用いることにより、司法部は「民主的政治過程のためにできるだけ広汎な活動の場を確保しつつ、他方でもし政治過程のある行為が正当な憲法原理を逸脱したときにはこれをチェックする権能を保持できる」[97]のである。そしてビックルは同時に、時として暴力的なまでの政治的なバックラッシュが、司法判断を敗北に追い込むであろうことも認識していた[98]。この点「消極の美徳」とは、裁判官が政治的バックラッシュから自身を守るために、物議を醸すような論争的な憲法問題につき、その実体的な判断への関与を減らすことを可能にするものでもあった[99]。すなわち、「原理づけられた自己統治」という要請のもと、「永続的な価値」の宣明者としての司法部は、「消極の美徳」によって政治部門との正面からの衝突を避けつつ、

---

40 (1961).

93 Bickel. *supra* note 11, at 69.

94 *Id*. at 71.

95 大林・前掲注10) 43頁。

96 *See* Bickel, *supra* note 11, at 111–198.

97 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス：アメリカでの司法の機能に関する理論的発展」北大法学論集31巻２号 (1980年) 741頁。

98 *See* Bickel, *supra* note 11, at 244–272.

99 Erin F. Delaney, *Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective*, 66 DUKE L.J. 1,16 (2016). なお、長谷部恭男『続・Interactive 憲法』(有斐閣、2011年) 222頁も参照。

原理を実現するための「対話」を他の部門と行うことを、ビックルは想定するのである。ビックルにおける「動態的プロセス」――あるいは対話――の志向とは[100]、かように、統治における原理の実現と密接に結びついたものであったと評価される。

ビックルによって提唱された憲法理論の一部は、その後のアメリカにおける対話理論の提唱者にも継承されることとなる[101]。例えばペリー（Michael J. Perry）は、その著書において、ビックルを引用しつつ、連邦最高裁と他の部門との間における憲法的対話に言及する。ペリーによれば、とりわけ人権に関する事例における、司法部による憲法上の政策形成に好意的な研究書は、裁判所による非解釈的審査（noninterpretive review）[102]と、選挙を通じて責任を負う機関による政策形成との「弁証法的な（dialectical）関係性」を把握しようとする言葉であふれていることを指摘する[103]。彼によれば、それは、ロストウによる連邦最高裁と

---

[100]「連邦最高裁はしばしば、他の部門による最も錯綜した原理に関する問題の検討を促し、かれらを対話や「応答的読解」に関与させるのである。また、政治部門の側から対話が始まることもあり、それはあまり丁寧でない場合もある。我々の政府は個別の機関で構成されているが、政府全体として実効的たりうるかは、それらの機関が互いに関与しているかどうか……その親密さに依存しているのである。」というビックルの指摘を参照。Bickel, *supra* note 11, at 261.

[101] *See e.g.,* MICHAEL J. PERRY, THE CONSTITUTION, THE COURT AND HUMAN RIGHTS: AN INQUIRY INTO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL POLICYMAKING BY THE JUDICIARY (1982); JOHN AGRESTO, THE SUPREME COURT AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1984).

[102] ペリーの定義によれば、非解釈的審査とは「選挙を通じて責任を負っている統治部門の公務員による政策選択を、裁判所自身が形成した政策選択に置き換えること」である。これに対して解釈的審査（interpretive review）とは、「裁判所自身による政策選択をせず、ただ制憲者によって法典化された政策選択を防護すること」と定義される。Perry, *supra* note 101, at 7.

[103] *Id.* at 112. なおペリーの憲法理論に関する邦語文献として、大林文敏「アメリカにおける司法的政策形成論の一考察――M・ペリーの憲法的政策形成論を中心として――」『憲法訴訟と人権の理論：芦部信喜先生還暦記念』（有斐閣、1985年）65頁以下、M・J・ペリイ（芦部信喜監訳）『憲法・裁判所・人権』（東京大学出版会、1987年）を参照。

政治部門や公衆との相補的関係に関する記述であったり、「連邦最高裁を孤立し、自立した、あるいは自己完結的な機関として扱うことは、健全な評価ではない。それは、複雑で相互に依存する統治の仕組みの一単位であり、そこから切り離すことはできないのである」[104]というジャクソン（Robert Jackson）の学説などに代表される。ペリーはこのような学説の一つとして、ビックルの業績を位置づける。ペリーは、ビックルが「社会は、実利的な営為の最中で聞き流されたかもしれない、最も重要な原理の問題に注意を向けさせる裁判官の能力も高く評価している」[105]と指摘していることに着目する。そして特に、ペリーが言うところの「弁証法的な関係性」について問題となるのが[106]、以下のビックルによる言明である。

> 連邦最高裁の重要な判決のほとんどは、裁判所と人民およびその代表部門との間の会話の始まりである。それらは決して、最初から対等な立場での会話であるわけではない。裁判所は、たとえ限定的であっても、何かすぐに行動を起こすという点で強みを有する。しかし、それらは会話であり、連邦最高裁が国家の法を定めると述べることは、ある事例における、複雑な一連の出来事に続く最終的な帰結を述べることであり、また別の場合には、それはスピーチの一形態でしかないのである。普遍化された判決の実効性は、同意と運用に依存するのである。[107]

ペリーが自身の憲法理論において前提としているのは、「人権に関する事案における、司法部による憲法上の政策形成の擁護に成功するための十分ではなくとも必要な条件は、政治的・道徳的な問題には正しい答

---

[104] ROBERT H. JACKSON, THE SUPREME COURT IN THE AMERICAN SYSTEM OF GOVERNMENT 2 (1955).

[105] Bickel, *supra* note 7, at 177.

[106] Perry, *supra* note 101, at 113.

[107] Bickel, *supra* note 7, at 91.

えが存在するということ」[108]であった。このような前提のもと、司法部と政治部門の間における対話――あるいは「弁証法的な関係性」――から、より良い道徳が生じるであろうことをペリーは論じるのである[109]。すなわち彼は、執行部や立法部は、根本的な政治的・道徳的問題において「特定の有権者の大多数において確立された道徳的な慣習に迎合する傾向」[110]を有すると評する。対して、政治部門から独立した司法部については、「連邦最高裁は誤りうる機関である……連邦最高裁は誤った予言をする可能性がある」[111]として、裁判官が時として過ちを犯すことを認めつつ、確立された道徳的慣習を反射的かつ機械的に参照する傾向のある政治過程よりも、正しい答えの方向へと社会を導く可能性を有すると評価する。こうしてペリーは「連邦最高裁と他の政府における部門との間の憲法的対話――すなわち、裁判所と政治との間の、微妙で弁証法的な相互作用――の中から現れるものは、対話無しで現れるものよりもはるかに自己批判的な政治・道徳であり、それゆえに、ヨリ成熟した政治・道徳になりやすいのである」[112]として、連邦最高裁と政治部門の憲法的対話によってこそ、政治的・道徳的問題に正しい答えが見出されるとするのである[113]。

このように、ペリーの憲法理論においては、司法部と政治部門の間における憲法的対話によってこそ、アメリカ社会における政治的・道徳的問題に対する正しい答えを追求することができるという点が、強調されているのである。すなわち、ペリーの提唱する、司法部と政治部門の憲法的対話は、政治的・道徳的問題に対する正しい答えを追求するための手段として、位置づけることができると考えられる。

※　本研究はJSPS科研費23K12359の助成を受けたものである。

---

[108] Perry, *supra* note 101, at x.

[109] 松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）380頁。

[110] Perry, *supra* note 101, at 100.

[111] *Id.* at 115.

[112] *Id.* at 113.

[113] *See* Michael J. Perry, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts*, 38 WAKE FOREST L. REV. 635, 676-677 (2003) .

論　　説

司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（7）

―― 日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に ――

鄭　　明　政

目　次

はじめに　本稿の目的と構成
第１章　日本、アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題
　第１節　日本――柔軟な権利観と極端な司法消極
　　１．多義的な権利概念
　　２．権利主体性の回復
　　３．無干渉の違憲審査基準　　（以上、63巻３号）
　第２節　アメリカ――権利・義務の二分化と憲法解釈の限界
　　１．権利・義務の二分化
　　２．福祉給付の手続的保障
　　３．司法審査の民主的正当性及び生存権の促進（以上、63巻６号）
　　４．平等保護と福祉権
　第３節　台湾――基本権・基本国策の二重規範と違憲審査基準の模索
　　１．生存権保障の「二重の規範」
　　２．社会給付の憲法的基礎
　　３．違憲審査基準の模索
　総括
第２章　社会給付と生存権に関する憲法理論
　第１節　生存権概念の形成と実体法化
　　１．権利概念の形成

2．生存権の実体法化
第2節　日米台における制度の発展
1．日本における発展　（以上、64巻1号）
2．アメリカにおける発展
3．台湾における発展
第3節　社会給付と生存権の憲法理論
1．社会給付における連帯と配分の理念
2．日本における生存権学説の再検討　（以上、64巻2号）
3．台湾における社会給付の憲法構成
4．憲法規範に基づいた権力の統制　（以上、64巻3号）
第3章　生存権に関する判例及び違憲審査基準
第1節　日本における生存権訴訟の類型化
1．自由権性質の法的効果を争う場合
2．行政処分の合憲性を争う場合
3．法律内容の合憲性を争う場合
4．生存権に関する立法不作為の合憲性を争う場合
5．小括
第2節　アメリカにおける福祉受給権訴訟
1．違憲条件付加の禁止
2．平等保護原則　（以上、75巻3・4号）
3．デュー・プロセスの展開
4．日米違憲審査基準の検討
5．小括　（以上、本号）
第4章　司法による生存権の保障及び権利促進の可能性
おわりに

第3章　生存権に関する判例及び違憲審査基準

第2節　アメリカにおける福祉受給権訴訟

3．デュー・プロセスの展開

アメリカ合衆国憲法には、生存権を保障した条文は存在しない。もともと「権利」ではなく「特権」であるとされていた政府の福祉給付は、打切りなどの行政処分がなされたときにも、合衆国憲法修正第14条の

デュー・プロセス（適正手続）条項[1]を適用していなかったと考えられる[2]。しかしながら、1970年代に特権論が崩壊するにしたがって、合衆国裁判所は、「従来は特権と見なされていた政府からの給付にまで、デュー・プロセス条項の適用を拡大していった」[3]。これは、生存権保障に対して非常に意味があるといえる。しかし、福祉受給権が修正14条における「自由」や「財産」に該当するのか、その保障の効果および適用の問題について、裁判所はどのように判断しているのかを以下に検討する。

⑴　Goldberg v. Kelly（1970）[4]――生活扶助の中止に先立つ聴聞手続

本件は、アメリカ合衆国における公的扶助の給付打ち切りに際して、受給者に対してどのような手続的保障が求められるか、すなわち、憲法修正第14条の「デュー・プロセス（適正手続）」条項の下において、事前の聴聞が必要か否かという点が争点となった重要な事件である。具体的には、ニューヨーク州政府およびニューヨーク市当局が、生活保護制度である「被扶養児童家庭援助（Aid to Families with Dependent Children, AFDC）」および「ニューヨーク州一般家庭救助プログラム

---

[1] デュー・プロセス（Due Process）＝適正手続は、個人の権利と自由を保護するために法的手続の公正さを保障する概念である。アメリカ合衆国憲法では、「何人も、法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪されない」という第５修正条項および、「いかなる州も、人から法のデュー・プロセスによらずして生命、自由もしくは財産を剥奪してはならない」という第14修正第１項を「デュー・プロセス条項」（Due Process Clause）という。デュー・プロセスの保障（due process guarantee）は、アメリカの実務上、「手続的デュー・プロセス」（procedural due process）と「実質的デュー・プロセス」（substantive due process）に分けられる。前者は「生命、自由、財産」が制限または剥奪されるときにどのような手続が妥当するかという問題であり、後者は裁判所が「公平」を保つために、法律の内容をいかに審査すべきか、という問題である。

[2] 君塚正臣編『比較憲法』（ミネルヴァ書房・2021年）272頁参照〔森脇淳史執筆〕。

[3] 米沢広一「福祉受給権をめぐる憲法問題（三）」民商法雑誌79巻２号（1978年）245頁。

[4] 397 U.S. 254 (1970).

（New York State's General Home Relief Program）」に基づいて支給されていた福祉給付を、Kellyを含む8名の受給者に対し、事前の通知や口頭の聴聞手続きを経ることなく、突如として停止しようとしたことに端を発する。

これに対し、原告ら受給者は、生活扶助が日々の生活に不可欠であり、それを事前の聴聞なしに打ち切ることは、憲法修正第14条の定める「生命、自由、または財産を、適正な法の手続きなくして奪ってはならない」という条項に明白に反すると主張して、合衆国地方裁判所に提訴した。彼らは、給付の打ち切りが彼らの「財産的利益」に関わるものであり、恣意的に奪われることのないよう、少なくとも打ち切りの前に自己の立場を主張する機会、すなわち聴聞手続の保障が必要であると主張したのである。

合衆国地方裁判所は、原告である生活保護受給者らの主張を認め、本件における福祉給付の打ち切り手続が、適正手続（デュー・プロセス）を欠いているとして違憲であるとの判断を示した。すなわち、同裁判所は、福祉受給権が単なる行政上の便宜的な恩恵や政府の裁量による慈善的給付ではなく、法によって明示的に保障された「法的利益（legal interest）」に該当すると認定した。そして、そうした法的利益の剥奪は、憲法修正第14条のデュー・プロセス条項の適用対象となるため、行政が恣意的に、あるいは聴聞の機会すら与えずにこれを打ち切ることは許されないとし、少なくとも事前の通知と聴聞の機会が保障されなければならないと結論づけた。この判断に不服を申し立てたニューヨーク州および市の福祉当局は、直接に合衆国最高裁判所へ上訴し、事件は同裁において最終的な審理を受けることとなった。

合衆国最高裁判所においては、ブレナン（William J. Brennan）判事による多数意見が判決の基礎を成し、判例理論上重要な転換点となった。ブレナン判事は、チャールズ・ライク（Charles A. Reich）の唱える「新しい財産（New Property）」論、すなわち、現代社会における法的利益や公的資格（statutory entitlements）も従来の財産権に準ずるものとして憲法的保護の対象となり得るという理論に依拠し、福祉受給権を制定法に基づく権利＝エンタイトルメント（statutory entitlement）として位置付けた。その上で、これを一種の法的権利と認定し[5]、受給者の権

利としてデュー・プロセスによる保障が及ぶと判断したのである。

判決文において、ブレナン判事は次のように指摘する。すなわち、公的扶助は単なる慈善行為ではなく、一般福祉の促進（promote the general Welfare）および自由の確保（Secure the Blessings of Liberty）という目的に資する、極めて公共的かつ制度的な施策である。扶助の打ち切りは、貧困状態にある受給者から、食糧、住居、医療、衣類といった生活の基本的手段を奪うものであり、それはまさに生存手段の剥奪を意味する。従って、そのような重大な影響を伴う行政処分においては、受給者の法的利益に対する損害の重大性と、行政側が聴聞を省略することによって得られる財政的・事務的な効率性とを、慎重に衡量（balancing）しなければならないとした。さらに同裁判所は、かかるデュー・プロセスの要請が、常に司法的あるいは準司法的な厳格な形式を必要とするわけではなく、対象となる福祉受給者の状況や制度の特性を踏まえた最低限の手続的保障（minimum procedural safeguards）があれば足りるとしながらも、以下の諸要件が満たされることを必要不可欠であると明確に示した。

① 事前通知（Notice of reasons for termination）

給付を打ち切ろうとする際には、あらかじめ、かつ十分な内容をもった通知（Timely and adequate notice detailing the reasons for a proposed termination）を行う必要がある。この通知には、単なる「給付を停止」という抽象的な文言ではなく、具体的な打ち切りの理由（事実関係や制度的な判断の根拠）が含まれていなければならない。すなわち。この通知は、受給者が「自分が何に反論し、何を説明すべきか」を理解するための出発点であり、防御権の実効的な行使を可能にする前提である。行政庁が掲げる理由に具体性がなければ、受給者は効果的に自己の立場を主張できない。

[5] しかし、福祉受給権の根拠に関する実体的な問題についてライクの「新しい財産権」論では正面から回答しなかった。坂田隆介「アメリカにおける福祉権論」通巻第393・394号（2021年１月）390頁参照。

② 口頭での意見・証拠の提示（Oral presentation of argument and evidence）

受給者は、書面だけでなく、口頭で自らの主張や証拠（presenting his own arguments and evidence orally）を提示する機会を与えられなければならない。つまり、多くの受給者は教育水準や法的知識に乏しく、書面による主張を効果的に行うことが困難である。口頭による説明は、その場で質問や補足説明が可能となるため、行政判断の誤認を是正しやすくなる。また、受給者が直接説明することは、審理官の「信頼性判断」にも重要である。

③ 不利な証拠に対する反論機会（Confrontation and cross-examination）

受給者は、自分に不利な証言や証拠を提示した者に対し（confronting any adverse witnesses）、反対尋問を行う機会を持たなければならない。この原則は、特に不正受給や家庭状況など、事実認定の正確性が問われる場面で極めて重要である。不利な証言が匿名で出され、質問できないまま処分が確定するならば、防御の権利は大きく損なわれる。

④ 弁護士選任の自由（Right to retain an attorney）

受給者が希望する場合には、自ら選任した弁護士の助力を受ける権利が保障されなければならない。ただし、政府が弁護士を無償で提供する義務までは負わない。この点においては、刑事訴訟において国選弁護人の保障を認めたGideon判決[6]ほどの広範な保障ではないが、行政手続に

[6] 372 U.S. 335（1963）. Gideon v. Wainwright は、フロリダ州で窃盗罪に問われたクラレンス・アール・ギデオン（Clarence Earl Gideon）が、弁護人の選任を求めたにもかかわらずそれを拒否され、自力で弁護を行った結果、有罪判決を受けたことに端を発する。ギデオンは、合衆国憲法修正第6条および第14条（デュー・プロセス条項）に基づき、弁護人を持つ権利が侵害されたとして上訴し、合衆国最高裁判所はこの主張を認めた。この判決において最高裁は、刑事事件において経済的に困窮する被告人にも国家が弁護人を提供する義務を負うと判示し、被告人の実質的な防御権を確立した。こうした司法の姿勢は、のちに Goldberg 判決にも引き継がれ、福祉給付の打ち切りに関する行政手続においても、弁護人の選任の自由、意見陳述の機会、不利な証拠への反論権といっ

おいても弁護士との相談や代理は、受給者の防御権を実質的に確保する上で重要な手段であると位置づけられている。

⑤　決定の理由と証拠の提示（Statement of reasons and evidence）

処分を下す者（decisionmaker）は、その判断に至った理由および根拠となる証拠を明示する義務を負う。ただし、司法判断のように詳細な意見書や事実認定書を作成する必要まではない。この要請は、行政判断の恣意性を排除し、受給者が自らの権利を的確に主張しうる事後的な不服申立ての基盤を確保するために重要である。判断理由が不明確なままでは、受給者はその内容を正確に理解することができず、結果として、適切な再審査や異議申立てを行うことが困難となる。

⑥　公正な審理官による決定（Impartial decisionmaker）

処分を決定する者は、中立かつ公正な立場を保持していなければならず、あらかじめ当該処分の決定過程に関与していた者がその是非を判断することは適切でないとされる。これは、誰も自己の訴訟において裁判官となることはできない（nemo iudex in causa sua）という従来からの基本的な法原則の具体的適用例である。行政機関内で同一人物が、給付の「打ち切りを決定する立場」と「その正当性を審査する立場」を兼ねている場合には、判断の客観性・公正性が損なわれるおそれが極めて高く、手続的デュー・プロセスの要請に反するものと評価される。

Goldberg判決では、州は上記の②と③の要件を満たしていないので、修正14条に違反すると判断された。本件は、合衆国最高裁が初めてライクの理論に基づき、社会福祉の利益を「制定法上の権利」と見なした判例である。合衆国最高裁は、福祉受給権を特権的な恩恵であって権利ではないとする伝統的な「権利／特権」区分論を否定し、福祉給付に具体的な請求権を賦与していないが、法律制定後に付された権利はデュー・

た一定の防御権を保障すべきであるという考え方が示された。両判例は、社会的弱者に対する実効的なデュー・プロセスの保障を拡張する司法の姿勢を象徴するものと位置づけられる。

プロセスによる保障を受ける。すなわち「手続の統制」であり[7]、福祉受給権も法律上の権利の問題（a matter ofstatutory entitlement）だと認め、手続的デュー・プロセスの保障に大きな転換をもたらすと評価しうる[8]。このうち、Goldberg判決においてニューヨーク州の採用していた手続は②及び③、すなわち口頭による陳述と証拠提出の機会の欠如、および不利な証拠に対する反対尋問の機会の欠如という重大な瑕疵を有していたため、合衆国最高裁はこれを修正第14条に違反するものとして違憲判断を下した。

本判決の意義は、単に福祉受給者に事前聴聞の機会を保障した点にとどまらない。それは、従来のアメリカ法における「特権（privilege）／権利（right）」の区別を解体し、政府によって制定法上与えられた給付や地位が、実体的権利としてデュー・プロセスの保護を受けることを明示的に認めた先駆的判決である。すなわち、福祉給付に具体的な請求権を賦与していないが、法律制定後に付された権利はデュー・プロセスによる保障を受け、いわゆる「手続の統制」の手法を採用し[9]、政府の裁量

---

[7] 蕭淑芬「従日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）——兼論生存權之程序保障的可能性」東海法學研究第十四期（1999年）114頁を参照。また、Flemming v. Nestor, 363 U.S. 611（1960）. では、社会保障法における老人年金や障害年金が「エンタイトルメント」とは認められなかった。しかし、Shapiro 判決では、デュー・プロセスにおける財産の概念が拡張して解釈され、受給資格はある種の財産権としてデュー・プロセスによって保障されるものであるとされた。社会保障が普及するにつれて、受給資格をめぐる訴訟が増加しているが、これらの判例を通じて、社会給付による利益が受給者にとって「経済的利益」であるとの認識が定着したといえる。本件 Goldberg 判決でも、受給資格は「財産」にあたると解されている。塚本重頼『アメリカ憲法研究』（酒井書店・1989年）218頁を参照。

[8] 坂田隆介「アメリカにおける福祉論」立命館法学通巻393・394号（2021年３月）387頁。

[9] 蕭淑芬「従日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）——兼論生存權之程序保障的可能性」東海法學研究第十四期（1999年）114頁を参照。また、Flemming v. Nestor, 363 U.S. 611（1960）. では、社会保障法における老人年金や障害年金が「エンタイトルメント」とは認められなかった。しかし、Shapiro 判決では、デュー・プロセスにおける財産の概念が拡張して解釈され、

によって自由に付与・剥奪され得る恩恵という概念から、一度認められた法的地位は、正当な手続なしには剥奪できないという原則への構造的転換がなされたと評価される。

しかしながら、公的扶助は「制定法上の権利」であり、デュー・プロセス条項を適用しているなら、さらに何がデュー・プロセスにおける「財産」にあたるのか、何が「自由」に該当する法的利益であるのかが問われる。また、米沢が指摘するように、「その時点では、福祉が財産の一形態ととるので同条項の適用があるのか、それとも、福祉が重要な利益であるので、同条項があるのか、という点は明らかではない」[10]。また、バーガー（Warren E. Burger）反対意見が述べているように、「公的扶助の受給申請の却下、増額申請の却下、削減などの場合、および社会保障の場合にも同様の聴聞が必要とされるのか」という問題もある[11]。つまり、福祉受給権領域における手続上のデュー・プロセスについて、いつ適用されればよいのか、および、どのような手続が採られればよいのかが問題となる。完全な聴聞手続が必要であるのか、あるいは、簡易な手続で十分なのかは、まだ検討する必要があるだろう。とはいえ、アメリカ憲法修正14条の保護範囲を福祉受給権領域に拡大したことは、評価に値する。

⑵　Mathews v. Eldridge（1976）[12]——医療給付の停止と柔軟な手続基準

デュー・プロセスには、手続的デュー・プロセスと実体的デュー・プ

受給資格はある種の財産権としてデュー・プロセスによって保障されるものであるとされた。社会保障が普及するにつれて、受給資格をめぐる訴訟が増加しているが、これらの判例を通じて、社会給付による利益が受給者にとって「経済的利益」であるとの認識が定着したといえる。本件 Goldberg 判決でも、受給資格は「財産」にあたると解されている。塚本重頼『アメリカ憲法研究』（酒井書店・1989年）218頁を参照。

[10] 米沢広一「福祉受給権をめぐる憲法問題（三）」民商法雑誌79巻２号（1978年）260頁、藤澤宏樹「福祉受給権と手続的デュー・プロセス——アメリカ合衆国における福祉受給権判例の展開（３）」福島高専研究紀要38号（1998年）78頁を参照。

[11] 藤澤・同上。

[12] 424 U.S. 319 (1976).

ロセスの二つの側面がある。手続的デュー・プロセスは、政府が個人の権利を侵害する際に、公正で適正な手続きを提供することを要求する。Goldberg判決後、Mathews v. Eldridgeにおいて提示された、私的利益と政府利益および手続的負担との「三要素衡量テスト」の先駆的事例として現代アメリカ法における手続的デュー・プロセス理論の礎となった。この判決の事実概要は以下のようである。

George H. Eldridgeは、1968年より慢性的な不安症および背中の痛みを理由に、社会保障障害給付（Social Security Disability Insurance, SSDI）の受給を開始していた。ところが1972年、州の監視機関から送付された質問票に対して、Eldridgeは自身の健康状態が改善していないと回答したにもかかわらず、州当局は主治医および精神科医からの報告を収集・評価し、Eldridgeの障害はもはや継続していないと判断した。Eldridgeはこの判断に一部異議を唱えたものの、州の見解は変わらず、最終的に社会保障庁（Social Security Administration, SSA）は1972年7月に正式な通知を発出し、翌8月より給付を打ち切ると通告した。この通知には、給付停止の理由とあわせて、6か月以内であれば州機関に再審査請求ができる旨が記載されていた[13]。しかしながら、Eldridgeは再審査請求や公正な聴聞を求めず、州による事前の口頭審理なしの給付打ち切りが、憲法修正第14条のデュー・プロセス条項に違反するとして、訴訟を提起したのである。

この判決、いわゆる三要素衡量テスト（three-part balancing test）という比較衡量テストを提示した。このテストは、修正第14条のデュー・プロセス条項に基づく保護が、すべての状況において一律の手続きを要求するものではなく、関係する利益の重みや状況に応じて柔軟に適用されるべきであるという立場を明確にしたものである。本判決では、最高

[13] 当時の制度では、給付停止の判断に先立って、対象者に対する書面による通知が行われ、事前に書面により異議を申し立てる機会が与えられていた。さらに、給付が停止された後には、「公正な聴聞（fair hearing）」を請求できる制度が整備されており、そこでは証拠の提示や口頭による意見表明、反対尋問の機会も保証されていた。聴聞手続において受給者の主張が認められた場合には、給付は遡って支払われることとされていた。

裁はまず、適正手続の必要性と内容を決定するためには、次の三つの要素を総合的に衡量する基準を示した。すなわち、①政府の行動によって不利益を受ける当事者の利益がどれほどの重要なのか。②より丁寧な精緻な手続きを加えることで、判断の過ちを減少さえるとのできる程度。③判断を速やかに効率的に下すことでえられる当該案件の公益性格と内容[14]。

この基準をEldridgeの事案に適用した最高裁は、まず障害給付の継続が受給者にとって重要な生活的利益である点は認めつつも、社会保障障害給付は経済的困窮を前提とした福祉給付とは異なり、生活保護のように「生存の危機」に直結するものではないと位置づけた。また、給付停止の判断が、主として医師の診断や文書による医療記録の評価といった客観的資料に基づいてなされるため、判断の誤りが発生するリスクは比較的低いと評価した。さらに、もしこの段階で事前の口頭聴聞手続をすべてのケースに義務づけるとすれば、社会保障庁や州機関に対して過大な財政的・行政的負担が課されることになり、制度全体の運用に深刻な影響を及ぼしかねないと指摘した。そのうえで、現行制度においては、書面による事前異議申立の機会があり、給付停止後には公正な聴聞の場も確保されていることから、これらの手続の組み合わせはデュー・プロセスに適合する十分な保障を提供していると結論づけた。したがって、最高裁は、Eldridgeに対して事前に口頭での聴聞機会を設けなかったことが、修正第14条に違反するものではないと判示した。この判断は、手続的デュー・プロセスの内容が固定的ではなく、事案ごとに関係する利益を総合的に衡量することによって具体化されるべきであるという柔軟な法理を確立した点で、重要な意義を有する。

Mathews v. Eldridge判決は、1970年のGoldberg v. Kelly事件と対比されることによって、手続的デュー・プロセスの運用における柔軟性と限界を理解する上で非常に重要な判例である。Goldberg事件において合衆国最高裁は、生活保護受給者が給付を打ち切られる前に、口頭による意見陳述や証拠の提示、さらには反対尋問を行う機会が必要であると判断した。これは、生活保護が受給者にとって生命や健康に直結する「生

[14] 樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂・2011年）頁309。

存権」のような意味合いを持ち、給付の即時停止は回復困難な損害をもたらすため、事前の手続的保障が不可欠であるとしたものであった。一方、Mathews判決では、対象となる社会保障障害給付（SSDI）が、Goldbergで問題となった生活保護給付（AFDC）と異なり、経済的困窮を前提としたものではなく、障害の有無という医学的・技術的判断に基づくものであることが強調された。すなわち、給付の打ち切りが即時に食糧や住居の喪失につながるわけではなく、受給者が必要であれば他の公的支援制度にアクセスする手段もあることから、給付打ち切りによって直ちに重大な損害が生じる可能性は相対的に低いとされたのである。

このような観点から、Mathews判決は、Goldberg判決のようにすべての公的給付に対して一律に口頭聴聞を要求するのではなく、具体的な事案の性質に応じて必要とされる手続的保障の範囲を個別に決定するという、より柔軟な判断枠組みを提示した。この柔軟性こそが、Mathews判決の核心的意義である。さらに、Mathewsの三要素テストは、その後の多数の判例において引用され、手続的デュー・プロセスの適用範囲を評価するスタンダードとして広く定着している。たとえば、Cleveland Board of Education v. Loudermillでは[15]、公務員の解雇に際して何らかの事前の意見陳述（口頭または書面）のような最低の手続的保障が必要であるとされ[16]、連邦最高裁は、公務員の職務には正当な理由なく解雇さ

[15] 470 U.S. 532 (1985). Cleveland Board of Education v. Loudermill はオハイオ州で公務員が解雇される際、正式な解雇処分前に適正な手続（デュー・プロセス）が提供されなかったことをめぐる事件である。学校警備員であった Loudermill は、過去の犯罪歴を申告しなかったとして解雇されたが、解雇処分の事前通知や説明機会が与えられなかったため、適正手続違反を主張して争った。これに対して、連邦最高裁は、公務員は法律上「正当な理由 (just cause)」がなければ解雇できないという利益（財産的利益）を有しており、これに対しては解雇前に適切な通知と意見陳述（口頭または書面）という最低限の手続的保障が必要だと判断した。ただし、これは全面的な審理や正式な反対尋問までを要求するものではないとし、あくまで事前に簡略化された機会を保障するにとどまった。

[16] すなわち、「完全な証拠調べを必要とするような聴聞 (a full evidentiary hearing) までは不要」。樋口・同上注、310-311頁を参照。

れない財産的利益が存在するとした上で、解雇前には、最低限の通知と意見陳述の機会を提供する義務があると判断した。また、Brock v. Roadway Express, Inc.では[17]、内部告発者の保護において、雇用者と被雇用者という二つの私的利益が競合する場面においても、Mathews基準に基づいて衡量がなされた。このように、Mathews基準は、①私的利益の重大性、②誤判断のリスクと追加手続の有用性、③政府の財政的・行政的負担という三つの軸を柔軟に適用することで、各種の行政処分に対する手続的要件を定める現代的なデュー・プロセス論の中核を形成している。

このように、Mathews基準三要素の比較衡量を通じて、Mathews判決では最高裁は、Eldridge氏のような障害給付受給者に対しては、事前に詳細な聴聞手続を設けなくとも、書面による通知と異議申立ての機会が与えられ、その後に十分な事後審査手続（fair hearing）が保障されている限り、修正第14条が要求する適正手続の水準は満たされると判示した。この判断は、Goldberg判決によって構築された形式的な聴聞手続の要請に対し、柔軟で実質的な保障への転換を示す重要な転機であった。特に、制度設計における行政負担との調和を図る観点から、デュー・プロセスの保障は「一律」ではなく、「状況に応じた相対的保障」として理解されるべきであるという司法的立場を明示した点に、本判決の画期性が見出される。

しかしながら、その一方で、同テストにはいくつかの理論的・実務的

[17] 481 U.S. 252 (1987). Brock v. Roadway Express, Inc. 判決は、運輸業界で安全基準違反を内部告発した従業員に対する報復的解雇を禁じた「陸上輸送支援法405条」をめぐる事件である。トラック運転手が安全問題を告発した直後に会社からトラックを故意に破損させたとして解雇されたため、労働省が調査を実施し、会社側に十分な情報開示や反論の機会を与えないまま従業員の暫定的復職命令を出した。会社はこれが憲法の適正手続条項違反だとして提訴した。最高裁は、雇用主には事前に申し立て内容やそれを裏付ける証拠の開示、調査官との面談や意見書提出の機会を与えるべきと判断し、この手続が最低限必要なデュー・プロセスであるとした。しかし、証人尋問や反対尋問を伴う正式な審問までは必須ではないと判断し、本件では会社に重要な証拠が開示されていなかった点のみ違憲とした。

限界が存在することが指摘されている。

第1に、「人間の尊厳」や「参加の機会」といった価値の軽視が挙げられる。Mathewsテストは、主として「私的利益」、「誤りのリスク」、「政府の利益」という3つの要素を功利主義的に比較衡量するものであるが[18]、そこには本人の意見表明の機会や手続への主体的関与といった、より手続的正義に関する本質的要素が組み込まれていない。例えば、書面通知と事後的な聴聞で十分とされる制度の下では、当事者が「自らの声を発する機会」を奪われる可能性があり、それが本人にとっての精神的・社会的損失をもたらすことがある。

第2に、Mathews三要素の評価の基準が曖昧であるという点も批判されてきた[19]。たとえば「誤った剥奪のリスク」と「そのリスクを減らす手続的保障の価値」は、経験的・定量的に評価することが困難であり、裁判所の主観的判断に依存する傾向が強い。そのため、裁判所が同じ三要素を用いたとしても、事案ごとに結果が大きく異なる可能性がある。また、政府の負担や行政効率といった「政府の利益」も、しばしば抽象的に語られるため、その実質的な比較衡量が難しい。

第3に、政府の行為を制約する効果が相対的に弱いことも問題とされる。Mathewsテストの下では、公益や行政効率といった要素が個人の手続的利益と競合する場面において、裁判所はしばしば「行政負担の軽減」を重視して、政府寄りの判断を示す傾向がある[20]。とりわけ社会保障、医療給付、公共教育といった大量処理型行政分野では、事前の口頭審理や反対尋問の機会が不要とされるケースが少なくない。結果として、制度設計のコスト効率を優先するあまり、個人の権利保障が犠牲にされるという構造的問題を内包している。さらに、Mathews判決自体の妥当性に対する批判もある。たとえば、Eldridgeの障害がどの程度、日常生

[18] 樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂・2011年）312頁。

[19] 樋口・同上。

[20] 樋口教授が指摘するように「何を持って適正な手続とするかは難問である。裁判に準ずるような正式な手続を常に要求するのは社会にとって莫大なコストをかけることにより、しかもそれによって得られる利益は小さいとされる場合が多いだろう」。樋口・同上注、312頁。

活に影響しているかについて、本人の口頭陳述を一切聴取することなく、主治医の記録などに基づいて書面審査だけで判断が下された点については、主観的評価の必要性を軽視しているとの見方がある。とりわけ、障害の程度が生活機能に及ぼす影響は、客観的データだけでは把握しきれない部分も多く、当事者の陳述による補完が不可欠であるという批判がなされている。

⑶　Board of Regents of State Colleges v. Roth（1972）[21] ――「期待的利益」としての福祉

本件は、合衆国最高裁がデュー・プロセス条項の適用を「自由」または「財産」に限定し、福祉給付や公的雇用の場面においてその適用条件を制限した重要な判例である。事件の事実は以下のようである。ウィスコンシン州立大学オシュコシュ（Oshkosh）分校において、政治学の助教授David Rothは、１年限りの任期付き契約で雇用されていた。同州法によれば、大学教員が恒常的雇用保障（tenured）を得るには４年間の連続勤務を必要としており、それ以前の契約更新については大学当局の裁量に委ねられていた。本件で大学総長は、Rothに対して次年度の契約を更新しない旨を通知したが、大学の就業規則上、任期満了による契約の非更新にあたっては理由開示や不服申立て手続を要するとする規定は存在せず、通知にも理由は添付されなかった。またRothには異議申立てや聴聞の機会も提供されなかったため、大学を相手取りデュー・プロセス条項の侵害を主張して提訴したものである。

連邦地方裁判所は、理由の開示や異議申し立ての機会が一切与えられなかったことは、憲法修正第14条に基づく手続的デュー・プロセスの侵害の主張を認め、大学側に対し、再雇用拒否の理由を明示し、かつ聴聞の機会を提供するよう命じた。控訴審（第７巡回区控訴裁判所）もこの判断を支持し、多数意見により地裁の判断を維持した。これに対し大学側（被告）は、憲法上の手続的保障が及ぶ「自由」または「財産」的利益が本件には存在しないとして、合衆国最高裁へ上告した。

本件の中心的論点は、非テニュア（nontenured）教員であるRothに、

[21] 408 U.S. 564 (1972).

憲法上「財産」または「自由」の利益（interests）が認められるか否かという点にあった。合衆国最高裁スチュアート（Stewart）裁判官は、「修正14条デュー・プロセスの保障条項の範囲を自由または財産に限定したが、その保護される財産的利益（property interests）は動産だけでなく、不動産や金銭などの所有も含まれ、法令による規定あるいは、契約内容の利益も保護されるとした」。福祉受給権は制定法によって創設された権利なので、デュー・プロセス条項が適用されると述べた[22]。しかしながら、「Roth判決は、デュー・プロセス条項による財産の保護は現在享有されている（present enjoyed）財産にのみ限定されるとの立場をとっている」[23]。そして、本件に主張された財産的利益は、契約に付加された任期条件だが、契約内容の中に再雇用資格の更新について何も規定されていないことから、契約条件は、次年度の再雇用の利益を保障していない。しかし、再雇用を為されている際に抽象的な利害関係があっても、契約更新が拒否されたときに、学校側に聴聞の機会を要求できるだけの十分な財産利益を有していると思われ[24]、デュー・プロセスの適用には、単なる主観的期待ではなく、客観的に認定可能な法的期待（legitimate expectation）が必要である。要するに、いわゆる財産的利益は、あくまでも憲法から創設されたものではない。そのために、州法などの法律根拠が必要であり、それを根拠として保護の範囲が確認されるから、個人の生活上の安定や職業的基盤の脆弱性が無視され、雇用継続への合理的な期待であっても、法的裏付けがなければ憲法上の保障は及ばない。したがって、修正14条にいう自由と財産の定義は、立法府の決定次第であり、司法府は単にデュー・プロセスの要件を決定するだけでよい[25]。

Goldberg判決と異なり、本件は、修正14条の自由と財産の範囲を明確に限定し、福祉受給を重要な「財産的利益」として同様にデュー・プ

---

[22] 蕭淑芬「従日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）——兼論生存權之程序保障的可能性」東海法學研究第十四期（1999年）114頁を参照。

[23] 米沢広一「福祉受給権をめぐる憲法問題（三）」民商法雑誌79巻２号（1978年）261頁。

[24] 藤澤宏樹「福祉受給権と手続的デュー・プロセス——アメリカ合衆国における福祉受給権判例の展開（３）」福島高専研究紀要38号（1998年）79頁。

[25] 米沢・同前掲注、260頁。

ロセスの保護を認めているが、あくまでも「手続面の保障」が認められているにすぎず、「実体的財産権」（property right）とは見なされていない。そのため、財産「権」（right）の「権」という文言をわざと使わず、財産的「利益」（interests）と表現しており、デュー・プロセスの射程を限定し、Rothのような非テニュア（nontenured）教員の契約不更新にあたって、明示的な任用延長の保障がなければ、それは「財産的利益」にあたらないから、修正第14条の適用を排除した。すなわち、単なる再雇用への希望や期待（a unilateral expectation）だけでは不十分であり、手続的保障の対象となるためには、「正当な請求権（legitimate claim of entitlement）」のような法的または制度的裏付けのある期待が必要とされた。したがって、大学当局が任期満了後に再雇用を拒否しても、それは「財産の剥奪」には該当せず、手続的保障の要件を満たさないという判断が下された。このように、福祉給付の申請が拒否されたときにデュー・プロセスの射程外とされる可能性が高いだろう、いわゆる「福祉受給権」や「公的地位」が形式的に「法的権利（right）」として明示されていない限り、それらは単なる期待的利益（expectation）に過ぎず、デュー・プロセスの適用対象とならないという、極めて限定的な理解を本判決が示した。このように、憲法が保護する財産的利益（property interest）とは、個人が一方的に期待する利益ではなく、法的または制度的な裏付けのある「権利的利益」に限定されるとされたのである。

しかし、Roth判決の限定的な立場に対し、同年に下されたPerry v. Sindermann判決において[26]、大学側が明示的に雇用継続を保障していな

[26] 408 U.S. 593 (1972). Perry v. Sindermann はテキサス州立大学の一つであるオデッサ・ジュニアカレッジで教鞭をとっていた Sindermann が、1年ごとの雇用契約を4年間繰り返した後、再雇用されなかったことをめぐる事件である。大学は、非再雇用の決定に際して理由の開示や聴聞の機会を一切与えなかったため、Sindermann は自身の公的な言論活動への報復的措置であると主張し、連邦地裁に訴えを起こした。合衆国最高裁は、まず、たとえ任期付き契約でテニュア（終身在職権）がない場合であっても、言論の自由を理由とした報復的な不利益処分がなされた場合には憲法修正第1条および第14条違反となることを認めた。さらに、正式な契約や明示的なテニュアの規定が存在しなくても、大学が長期間の慣行や公式文書によって実質的に継続雇用への合理的期待を与

かったものの、教員に対して事実上の長期雇用慣行が存在しており、合理的期待（reasonable expectation）に基づく継続雇用が制度的に形成されていたと主張された。これに対して、最高裁はたとえ書面上の明示的保障がなかったとしても、慣行や大学規則などから継続雇用に対する「期待的利益（expectation interest）」が法的に保護されうるとし、Rothとは異なり、形式にとらわれない実質的判断の余地を認めた。つまり、事実上の慣行や暗黙の期待による継続雇用が「財産的利益」とみなされ得ることが示され、一定の修正が加えられることとなるが、いずれにせよ、手続的デュー・プロセスの適用における出発点として、当該利益の「権利性」が問われるという判断枠組みを確立した点において、Roth判決は決定的意義を有する。しかし、Roth判決に対しては少なくない批判も存在する。たとえば、マーシャル（Thurgood Marshall）判事は反対意見において、「すべての市民は、政府が雇用を拒否する合理的な理由を提示できない限り、公的雇用に応募する権利を有している」と述べ、政府による任意的・恣意的な不雇用決定に対しても、最低限の説明と防御の機会を保障すべきであると主張した[27]。

以上から見ると、Roth判決は、「財産的利益」に対する適正手続保障の対象を、法律上・制度上の明示的な根拠をもつ利益に限定した点で、Goldberg判決とは対照的な立場を示し、デュー・プロセスの射程を明確に制限する転機となった。福祉や教育、雇用などの領域における個人の利益が、単なる期待的利益にとどまる限り、それらは憲法的保障の外にあるという判示は、社会的弱者の法的保護をめぐる議論において、深刻な課題を残すものとなっている。一方で、制定法や契約書に明示的に記載された権利に限って「財産的利益」と認める形式的な判断を基礎としたRoth判決と対照的に、Perry判決では、黙示的契約関係や慣行、運

えていた場合には、憲法修正第14条の手続的デュー・プロセスの保障を受ける「財産的利益（property interest）」が存在すると判断した。この場合、大学は非再雇用にあたり、理由の開示や弁明の機会など最低限の手続きを提供する義務が生じるとした。

[27] Paul Brest & Sanford Levinson & Jack M.Balkin & Akhil Reed Amar, Processes of Constitutional Decisionmaking: Cass and Materials 4th, ASPEN PUBLISHER, INC., 1410-1411 (2002).

用実態を踏まえた事実審査によって「期待的利益」にも憲法的保護が及びうることを認めた。両者の差異は、公的給付や雇用における個人の法的地位の評価に大きな影響を与えており、現代における「生存権保障」や「公的サービスへのアクセス権」の議論においても、制度的柔軟性のある解釈枠組みを提供するものといえる。しかしながら、Perry判決においても、「期待的利益」が保護されるには一定の客観的根拠が必要であり、個人の一方的な期待が常に保護されるわけではない。また、Rothで示されたように、福祉や教育、公的雇用などにおいて「恩恵／権利」区分がなお制度運用上の前提となっている実情を踏まえると、「期待的利益」への保護拡張は限定的にとどまりがちである。結局のところ、Roth判決は、「制定法上の権利（statutory entitlement）」の不在を理由に、手続的保護を否定した一方で、Perry判決は制度運用上の「期待的利益」に憲法的保障の可能性を認めたという対照性をもつ。こうした二つの判決は、福祉給付や雇用保障といった領域における「法的利益の構成」と「手続的保障の射程」を分岐させる鍵概念として、デュー・プロセス論の深化と社会的包摂のあり方を問う基盤となっている。

⑷　手続的保護の拡張と実体的保障の欠如

アメリカの福祉給付をめぐるデュー・プロセス条項の適用は、1970年代以降、形式的手続の整備を通じて一定の拡張を遂げてきた。とりわけGoldberg v. Kelly判決は、福祉給付を制定法上の権利（statutory entitlement）と認定し、従来の恩恵・特権（privilege）概念を転換して、受給者に通知・聴聞・反論機会等の厳格な手続的保障を与えるべきと判示した点で、画期的意義を持つ判例であった。これは、複層的な手続要件の整備を通じて、福祉給付の法的性格を明確に権利性のある法的利益として承認し、社会的弱者に対する法的保護を手続面から強化し、任意的な給付停止を防ぐ制度的基盤を構築したといえる。

しかし、Mathews v. Eldridge判決では、手続的デュー・プロセスの保障は一律に適用されるものではなく、「個人の利益の重要性」、「判断誤りのリスク」、「行政的負担」の三要素を比較衡量することで、事案に応じた柔軟な適用が示されたが、デュー・プロセスの適用可能性が相対化された。すなわち、Mathews判決は、福祉制度の効率性や行政資源

の制約を考慮に入れつつ、形式的な手続から実質的な合理性へと焦点を移し、Goldbergにおける厳格な要件を事案に応じて制限可能なものとし、手続保障の相対化が進み、制度依存性を強める結果ともなった。

さらに、Board of Regents v. Roth判決では、手続的保護の前提として「財産的利益」あるいは「自由の利益」といった法的・制度的根拠を明示的に有することが要請され、単なる事実上の慣行や個人的期待では不十分であるとされた。すなわち、正当な請求権が欠如する限り、デュー・プロセス条項による保護は及ばないとし、福祉給付や公的地位に関する利益も、明確な立法的根拠が存在しない限り、単なる期待的利益や黙示的慣行に過ぎず、憲法的保障の対象とはならないとする限定的理解を示し、Goldberg判決との間に理論的な乖離を生じさせた。

このように、Goldberg判決を契機として始まった手続的保護の拡張は、Mathews判決による柔軟化を経て、Roth判決において制度的根拠の有無に依存するという構造的制限が強調された。結果として、アメリカ法におけるデュー・プロセス論は、形式的な手続保障の整備には一定の成果を上げたものの、その背後にある実体的権利（substantive right）の保障には至らず、権利の構成そのものが制度依存的かつ脆弱なものであることが露呈している。とりわけ、憲法上に生存権が明記されていないアメリカ法制下では、制定法の規定が撤廃・改廃された場合、福祉給付の根拠が消失し、結果的に手続保障すら失われる可能性が高い。加えて、現行の二重の基準審査において、福祉給付が経済的利益に分類される限り、立法府の広範な裁量が尊重され、司法審査は極めて限定的となる傾向がある。以上を踏まえると、福祉給付の法的性格を真に「権利」として定義するためには、単なる手続的保障の枠組みを超えて、制定法及び憲法上における実体的保障の明文化が不可欠である。社会的包摂の法的基盤を強化するためには、手続的保護と実体的権利の双方を制度的に整合的かつ相互補完的に確立される必要があることを示唆しているといえよう。

4．日米の違憲審査基準の検討

日米の違憲審査基準は、その厳格さに応じて大雑把に「厳格な基準」、「厳格な合理性の基準」、「合理性の基準」に区分される。これは、ドイ

ツ連邦憲法裁判所が適用している「密度審査」（Kontrolldichte）とは異なるものである[28]。アメリカ法において「合理性の基準（rational basis review）」、「中間的審査基準（intermediate scrutiny）」、「厳格審査基準（strict scrutiny）」の三段階に整理されており、それぞれの基準が適用される対象は、審査される権利の性質や、立法による分類の妥当性に基づいて決定される。いわゆる「二重の基準論（tiered scrutiny）」は、特に精神的自由に対しては厳格な基準を適用し、経済的自由や社会給付に関しては合理性の基準によって緩やかな審査にとどめるとする枠組みである。一方で、日本法においても、形式上は個別の審査基準に言及されることは少ないものの、最高裁判所は実質的にこのアメリカ型の基準構造を参照しており、生存権をめぐる司法判断においても、同様の枠組みが影響を及ぼしている。しかし、このような基準構造は、福祉受給権や生活保護のような「生存に不可欠な利益」に対してもなお緩やかな審査にとどまる傾向があり、権利保障の実効性に疑義を生じさせている。また、前述で概観したアメリカ合衆国の福祉受給権に関する判例からわかるように、社会給付の対象となる資格を認められなかった人々は、司法による実質的な救済を必ずしもえられていない。そこで、生存権を実質的に保障するために、それぞれの違憲審査基準の是非について検討しなければならない。そのために、以下では、日米の違憲審査基準の概要を整理しそれぞれの判例や審査基準の機能を比較し、生存権の実質的な保障に向けた違憲審査基準の在り方について検討を行う。

⑴　合理性の基準の検討

合理性の基準（Rational Basis Test）は、違憲審査基準の中でもっとも緩やかなものである。この基準は合衆国最高裁判決Lindsley v.

[28] ドイツ連邦憲法裁判所は、基本的人権を規制する法規ないし国家行為について、従来から「比例原則」理論に基づいて司法審査を行っている。いわゆる「密度審査論」は、1979年の共同決定法判決（BverfGE 50, 290）において「新三段階理論」へと発展した。新三段階とは、「明白性の統制」（Evidenzkontrolle）、「主張可能性の統制」（Vertretbarkeitskontrolle）、「厳格な内容統制」（intensivierte inhaltliche Kontrolle）である。青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社・1996年）206-207頁を参照。

Natural Carbonic Gas Co.[29]事件において明示され、「たとえ法律が一見不平等に適用されるように見える場合であっても、その法律が立法府の追求する目的と合理的な関連性を有すると認められれば、合憲とされる」という審査の枠組みを示したことから、「リンズリー・テスト」とも呼ばれる。この基準の特徴は、立法府の裁量を広く認める点にあり、司法による厳格な介入を避け、立法目的との「合理的関連性」があれば十分だとされる。そのため、この合理性審査の枠組みは、経済的規制や一般的な社会政策分野において広く適用されてきた。このリンズリー・テストは、立法目的に「正当な利益（legitimate interests）」、あるいは、「想定しうる目的（conceivable purposes）」があると認められれば、当該立法は違憲とされない。立法目的とその達成手段に「合理的関連性（reasonable relation）」があると推定することにより、すなわち合憲性の推定によって、政府は、「合理的関連性」があることの立証責任を負わない[30]。

いわゆるリンズリーテストという合理性の基準は、さらに非常に緩やかな「敬譲的合理性の基準」とやや厳格化された「非敬譲的合理性の基準（噛みつく力を持った合理性の基準とも呼ばれる[31]）」に分かれる。

---

[29] 220 U.S. 61（1911）. Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co. は、ニューヨーク州が制定した天然炭酸ガスの採取規制法が、合衆国憲法修正第14条の平等保護条項および適正手続条項に違反するかが争点となった事件である。原告は、州法が商業目的でのガス採取を制限し、財産権を不当に侵害していると主張したが、最高裁はこれを退けた。裁判所は、「立法が不平等をもたらすように見える場合であっても、その分類が正当な立法目的と合理的に関連している限り合憲である」と判示し、いわゆる「リンズリー・テスト」を示した。すなわち、法律がすべての人に同一に適用されない場合でも、それが恣意的または不合理でなければ違憲とはならないとされた。この判決は、合理性の基準（rational basis test）の先駆的判例とされ、以後の経済規制や社会政策に関する違憲審査の枠組みを形づくった。

[30] この最低限の合理性の基準について、伊藤健『違憲審査準論の構造分析』（成文堂・2021年）300-302頁参照。

[31] 一般に、合理性の基準とは、ある立法が任意的（arbitrary）または不合理（irrational）でない限り合憲とする、最も緩やかな違憲審査基準である。この基準の下では、立法府の裁量に対する強い敬譲（deference）が働き、原則とし

Williamson v. Lee Optical Co.判決[32]では連邦最高裁は敬譲的合理性の基準を採用し、オクラホマ州の眼鏡処方に関する規制法が医療や公共衛生の保護という正当な目的をもっており、たとえ立法が「不合理」あるいは「過剰」であると見えるとしても、想定しうる目的との関連性がある限り、違憲とすることはできないと判示した。ここでは、「想定しうる目的」でさえ認められれば立法の合憲性が擁護されることとなり、実質的な審査がなされないことが問題視されるに至った。

しかし、法律は一般に最低限度の合理性を有しているはずだから、このような最小限度の審査は、「合理的に見えるが実質的には審査をしていない」と言えるもので、司法の過剰な自制で実質的に司法審査を放棄したに等しいと批判されている。特に、社会権的性格を持つ福祉受給権や生存権に関する立法について合理性の基準が適用される場合、政府の広範な裁量が是認されやすくなる。これは、福祉政策が主に経済的自由の規制と同列に扱われるためであり、受給要件の不合理な制限や差別的

て立法目的を仮定（hypothetical）し、それに合理的に関連していれば違憲とはされないから、敬譲的合理性の基準ともいう。しかし、非敬譲的合理性の基準は、通常の「合理性の基準」に比べて、より積極的に立法目的と手段との実質的な合理性を審査する姿勢を特徴とする審査枠組みであり、しばしば「噛みつく合理性（rational basis with bite）」とも呼ばれる。例えば、City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432（1985）において、知的障害者のためのグループホームに対する差別的規制について、合衆国最高裁は形式的には合理性の基準を適用しながらも、実質的には通常よりも厳格な審査を行い、違憲と判断した。本間啓誉「憲法訴訟における論証責任と違憲審査基準論――合憲性推定原則との関係から」大学研究年報第52号（2023年２月）38頁参照。

[32] 348 U.S. 483（1955）. Williamson v. Lee Optical Co. 事件は、合理性の基準の適用をめぐる代表的判例である。オクラホマ州法は、眼鏡のレンズ交換を検眼医の処方箋がない限り禁止しており、これに対し眼鏡業者が営業の自由の侵害として、憲法修正第14条の適正手続条項違反を主張した。これに対し最高裁（ダグラス判事）は、たとえ不合理に見える規制であっても、合理的に想定される立法目的があれば合憲と判断した。立法目的が明示されていなくとも、裁判所はその存在を仮定して審査するべきであり、多少の不平等や不完全さがあっても、分類に合理的根拠があれば違憲とはならないとされた。この判決は、立法府の広範な裁量を肯定し、司法審査の消極性を示す象徴的判例とされている。

扱いがなされたとしても、司法審査の場では救済されにくいという構造的問題をはらんでいる。例えば、日本の判例では、裁判所は、主に社会経済立法に関する違憲審査において、立法事実の存在を推定している[33]。生存権を具体化する立法の内容は、専門的・技術的な問題であって、立法内容の是非は専門的・技術的な判断能力と執行能力を有している政府部門に委ねられるべきだと考えられている。そのため、生存権に裁判規範性が認められても、広汎な立法裁量や行政裁量を前提に、裁判所は常に合理性の基準を適用することになり、訴訟を提起した人々の救済を放棄するに等しい結果となっている。このように、このテストは憲法訴訟における規範統制の機能を放棄しているのではないかという問題点がしばしば指摘されている。

例を挙げると、日本の最高裁は、朝日訴訟[34]や堀木訴訟[35]のように、憲法に明記された生存権条項に基づいて、年金、社会扶助、社会保険等の社会保障制度の合憲性を実質的に審査することはなく、むしろ、生存権を抽象的・相対的理念的な概念にとどまるものと位置づけ、立法府の広範な裁量を尊重する立場から、合理性の基準を適用して、制度の形式的な合憲性を確認するにとどまっている。特に朝日訴訟においては、生活保護基準の違憲性が争点とされたが、裁判所は「健康で文化的な最低限度の生活」という文言を抽象的な指針ととらえ、生活保護法の運用が直ちに違憲とはならないと判示した。一方、堀木訴訟では、障害福祉年金受給者に対する児童扶養手当の支給制限が問題とされたが、最高裁は立法裁量の範囲内としてこれを合憲と判断した。日本の先例かつ代表的な両判例では、最高裁が生存権を抽象的権利にとどめたことにより、憲法上の権利としての社会権が、実質的には立法政策の域を出ないものとなってしまった。このような審査方法では、当事者をめぐる実情が評価

[33] 実際に、日本における表現の自由の規制について、「合理性の基準」を適用したケースも少なくない。例えば、戸別訪問禁止合憲判決（最判昭和56（1981）年1月15日刑集35巻4号205頁）、大阪市屋外広告規制条例合憲判決（最大判昭和43（1968）年12月18日刑集22巻13号1549頁）。中谷実編『憲法訴訟の基本問題』（法曹同人・1989年）175-178頁、180頁〔高野敏樹執筆〕。

[34] 最判昭和42年（1977年）5月24日民集21巻5号1043頁。

[35] 最判昭和57年（1982年）7月7日民集36巻7号1235頁。

されることもなく、生存権条項の核心である「最低限度の生活」が保障されなくなる恐れもあり、生存権の具体的な保障は、立法による「恩恵」を待たなければ実現されない。裁判所のこのような姿勢は、日本国憲法25条（生存権条項）が国家に対して、即時的な義務または積極的な義務を課していることを無視しているだけでなく、立法府による恩恵的施策に依存することは、福祉国家が本来有する権利としての生存保障という理念を空洞化させ、実には、社会権が目指した福祉国家像をも看過するものである。したがって、浦部法穂は、日本の裁判所は、国家の社会的任務を個人に対する法的義務として把握しようとしない傾向があり、それは裁判所の自己限定主義と結びついていると批判した[36]。

日本におけるこのような状況は、アメリカ合衆国における福祉受給権をめぐる訴訟においても見受けられる。合衆国最高裁は、Dandridge判決において、児童扶養手当制度における支給上限規定が多数子家庭に不利に作用することを認めながらも、これを違憲とはせず、「福祉給付の分配に関しては立法府の裁量が広く認められるべきであり、平等保護条項のもとでも合理的関連性があれば足りる」と判断した。裁判所は、福祉給付が経済的弱者の生存に関わる利益であることを認めつつも、合衆国憲法に生存権条項が存在しないという構造的制約から、給付制限に対する厳格な審査基準の適用を避けたのである。このように、合衆国では福祉受給権は憲法上の権利とは認められておらず、あくまでも立法によって創設・運用される政策的領域とされる。そのため、Dandridge判決以降、最高裁は立法府を基本的に尊重する姿勢を維持し、公的扶助制度が「最低限度の生活」を保障しているか否かについて、実質的な司法審査を行っていない。したがって、たとえ福祉受給権が経済的弱者の死活問題に関わる利益であり、基本的生活に必要なものだと認めたが、合衆国憲法に生存権条項がないため、平等保護原則のみによって厳格な審査を行うことは難しいだろう。

このように、合衆国では福祉受給権は憲法上の権利とは認められておらず、あくまでも立法によって創設・運用される政策的領域とされる。そのため、Dandridge判決以降、最高裁は立法府を基本的に尊重する姿

[36] 浦部法穂『憲法学教室』（有斐閣・2001年）250頁以下。

勢を維持し、公的扶助制度が「最低限度の生活」を保障しているか否かについて、実質的な司法審査を行っていない姿勢を示した。

一方、日本および台湾の憲法は生存権を明文で保障しており、アメリカよりも社会権保護の基盤が強固に見える。つまり、生存権の実現が立法府に委ねられているといっても、その保障を担保するだけの司法的救済が必要である。そのために、生存権を憲法における財産権と同様の性質のものとして、立法府の判断にほとんど干渉することのない合理性の基準を適用して各種の社会保障制度の合憲性を審査することは、適切ではない[37]。また、「最低限度の生活」を保障することは、個人の生命および尊厳といった人権の核心的価値に深く根ざしたものであるから、自由権や社会権といった伝統的区分にしたがって審査基準を適用するべきではない。すなわち、精神的自由の領域と経済的自由の領域とが交錯している生存権をめぐる訴訟においても、合理性の基準が適用されるだけであるならば、実質的に救済されないという残酷な結果しかもたらさないことになるだろう。したがって、従来のような「精神的自由には厳格審査、経済的自由には緩やかな審査」という二重の基準論を機械的に適用することは再考されるべきである[38]。現代の複雑化した社会の中で、たとえば教育・医療・生活保障といった領域においては、自由権と社会権が密接に連関しており、機能的審査（functional review）や比例原則の適用、あるいは文脈的審査（contextual review）など柔軟な枠組みが求められる。生存権訴訟においても、憲法上の明文保障がある以上は、裁判所はその実効性確保に向けた積極的役割を果たすべきであり、合理性の基準のみに依拠する審査では不十分である。

憲法は、個人の尊厳を基礎とし、人権保障を究極的な目的とする法規

---

[37] 浦部法穂『違憲審査の基準』（勁草書房・1994年）35-36頁。浦部は、二重の基準論によって生存権が財産権と類似の権利として緩やかな司法審査に服するという帰結を避けるために、日本国憲法に生存権が明記されていることを重視し、生存権を財産権と類似の権利とみなす必要性はないと主張している。

[38] マーシャル裁判官の二重の基準論に対する質疑のように、「さまざまな規制・人権の態様を一括して抽象的な二分化を絶対的基準とすることは妥当ではなかろう」。そこで、三分化（三重の基準論）あるいは五分化が必要になる。横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（有斐閣・1987年）165頁。

範である以上、生存（生命）の保障はその核心に位置づけられるべきである。たとえ生活水準の具体的な設定が、財政的・社会的条件に応じて立法府の広範な裁量に委ねられるとされても、少なくとも「健康で文化的な最低限度の生活」に達しているかどうかという評価については、憲法の規範に基づき裁判所が実質的に審査する能力と責任を有するとされなければならない。この点に関連して、日本の最高裁は朝日訴訟において、生活保護基準の合憲性を争点としながらも、「憲法25条は立法府に対する努力目標にすぎない」との趣旨で判断を回避し、実質的審査を放棄した。だが、少数意見において下村三郎裁判官は、「最低限度の生活」の水準を実態に照らして審査することは裁判所の憲法上の責務であると述べ、立法裁量の限界に司法が関与しうる可能性を示唆した。さらに、堀木訴訟でも、障害福祉年金受給者に対する児童扶養手当の支給制限が争われたが、最高裁は「合理性の基準」を用いて合憲とした。しかしながら、このような基準の形式的適用によって、個々の生活実態や不利益の深刻性が捨象され、社会保障制度が本来目的とする「最低限度の生活」を維持しているか否かが十分に検証されないまま、制度全体の「立法裁量の尊重」によって合憲とされてしまうという問題がある。

したがって、生存権訴訟を一律に合理的な審査基準を採用するのは、権力分立原理に反するどころか、むしろ憲法の統制機能を果たす上で司法の果たすべき不可欠な役割である。確かに、生存権に関する立法や施策は一定の立法裁量または行政裁量が必要であるが、立法裁量の限界を明確にしうる法的論理を提示し、生存権の憲法上の拘束力を具体化する責任が司法にもあると指摘されている。そのために、社会保障制度の憲法適合性を判断する際、従来のように合理性の基準を機械的に適用し、立法府の判断が「明らかに不合理」でない限り違憲とされないため、憲法が保障する生存権の具体的保障機能を十分に発揮することができないと分かってきた。この意味で、自由権と社会権の二分法に基づく二重の基準論の画一的適用は限界に達しており、とりわけ生存権のように生命・尊厳・社会的包摂といった複合的価値を内包する権利については、審査強度を文脈に応じて調整する柔軟な審査枠組み（contextual or proportionality-based review）が必要である。緩やかな合理性の基準のみに依拠した審査は、実質的な人権救済を困難にし、ひいては立憲主

義の実効性すら危うくするものである。

⑵　厳格な合理性の基準の検討

福祉請求権は、単なる経済的利益ではなく、個人の人格的自律と生存の確保という基本的価値に基づくものである。したがって、その保障をめぐる違憲審査においては、立法裁量を広範に容認し、合理性の基準を機械的に適用するこれまでの判例法理を見直す必要がある。とりわけ、自由権と社会権を峻別し、精神的自由には厳格審査を、経済的自由には合理性の基準を適用するという伝統的な二重の基準論は、現代の福祉国家における権利の複合的性格に対応しきれていない。たとえば、Dandridge v. Williamsにおいて、合衆国最高裁は、福祉制度における扶養手当の上限規定に対し、合理性の基準を適用し、合憲と判断した（5対4）。多数意見は、立法府の財政的判断や政策的裁量を尊重し、明白に不合理でない限り違憲ではないとした。しかしながら、少数意見（Marshall判事）は、福祉給付は単なる経済的自由ではなく、生存という基本的利益に関わるものであり、生活の基盤を欠いた者にとっては生死を左右する重大な権利であるため、より厳格な審査が必要であると主張した。この少数意見は、福祉国家における給付行政の拡大と、それに伴う人権保障の構造変化に対応したものであり、経済的自由・社会権・人格権が交錯する現代的権利構造への対応を迫る提起として重要な意義を有する。したがって、生存権に関する立法については、これを従来型の「社会・経済的領域規制」と見なして合理性の基準により審査するのではなく、人格的尊厳と不可分な権利として認識し、より厳格な審査基準を原則的に適用すべきである。すなわち、最低限でも中間的な審査基準（intermediate scrutiny）、つまり、「厳格な合理性の基準」を適用し、当該立法目的が正当かつ重要であること、そして手段との間に実質的関連性があることを要求すべきである。このような審査の深化によってこそ、司法は立憲主義の番人として、人間の尊厳に基づく生存の権利を現実に保障することができるのである。

厳格な合理性の基準（heightened rational basis test／rigorous rationality test）とは、従来の合理性の基準とは異なり、立法行為に対して合憲性推定を与えず、むしろ立法目的とその達成手段との間に「実

質的関連性（substantial relationship）」を要求するものである。この基準においては、立法目的が単なる便宜的な公益では足りず、「重要な利益（important interests）」であることが求められ、さらにその目的を達成するために採用された手段が、仮定的または予測的な目的にとどまらず、現実の事実に基づいて整合的であるかどうかが審査される。加えて、違憲性を争う当事者ではなく、政府（立法側）が目的および手段の正当性についての立証責任を負うという構造を取る点で、従来の合理性審査とは本質的に異なる。この手法は、伝統的にはLochner時代のRoyster Guano Co. v. Virginia[39]判決のロイスター・グアノ・テストに源流を持つとされる。このテストでは、立法目的に対して手段があまりに乖離している場合に裁判所がその合憲性を否定するという形式で、立法に対する一定の統制原理を持ち込んでいたが、現代においてはさらに目的と手段との実質的整合性を重視する構造へと発展している

このような「厳格な合理性の基準」は、アメリカにおいては福祉給付訴訟等において平等保護条項の文脈を通じて導入された。典型的判例として挙げられるのが、United States Department of Agriculture v. Moreno[40]のように、当該法律の主張された目的と関係があるかどうかを判断し、立法府が定めた目的に対する裁判所の審査という変化は、ロックナー型の司法審査への回復を意味し経済的自由に対する積極的な司法介入の可能性を示した[41]。すなわち、Moreno事件では、食券法（Food Stamp Act）の適用対象から、同居者に血縁関係がない世帯を排除する

[39] 253 U.S. 412 (1920). Royster Guano Co. v. Virginia は、バージニア州が州外法人に対して課した財産税が州内法人と不平等であるとして争われた事案である。ノースカロライナ州の Royster Guano 社は、州内法人と同様の営業実態を有していたにもかかわらず、差別的な課税を受けたことが憲法修正第14条の平等保護条項に違反すると主張した。連邦最高裁は、立法による分類が合憲とされるためには、「分類と目的との間に合理的関連性（reasonable relation）が必要である」と判示し、Royster 社の主張を認めた。本判決は、後の「厳格な合理性の基準」や「目的指向的審査」の理論的基礎となるものである。

[40] 413 U.S. 528 (1973).

[41] 小林祐紀「法形成における適正手続」概念の形成―1970年代のアメリカにおける議論の意義と可能性」法学政治学論究第103号（2014年12月）14頁。

条項が問題とされ、合理性の基準による形式的審査が破られた。裁判所は、政府側が示した「詐欺の防止」という立法目的に対し、それが当該制限と実質的関連性を有しないことを認定し、立法目的に対して仮定的・予測的な説明がなされることを排斥した。この判決は、従来の「想定される合理的目的（conceivable basis）」に依拠する方式を否定し、立法府の意図や効果に実質的に踏み込んだ点で画期的であり、事実上、より厳格な審査枠組みを採用したものである[42]。

もっとも、Moreno判決において明示的に「厳格な合理性審査」という用語や審査基準の階層的理論は示されておらず、また「実質的関連性」なる概念についても判例法理としての明確な根拠づけは十分でないことには注意を要する[43]。しかし、以後の関連判例（たとえばCity of Cleburne v. Cleburne Living Center[44]）でも、裁判所が特定の立法行為に対して形式的な合理性の基準にとどまらない実質審査を試みた判例が続いており、合理性の基準そのものが複層化・強度化しつつあることが確認される。このように、「厳格な合理性の基準」は、平等保護の文脈において誕生・発展してきたが、今日では社会的弱者に対する差別的立法や、生存権・福祉請求権の制限の合憲性を審査する際に用いられ得る新たな基準枠組みとして注目される。従来の合理性審査では立法裁量の広さが強調されすぎており、実質的に憲法上の権利保障が空洞化される傾向があったのに対し、厳格な合理性審査は、政府の政策を容易に合憲と判断するのではなく、最低限の合理的根拠を満たす必要があるという

[42] 鄭明政「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（6）――日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に」北大法学論集第75巻第3・4号（2024年11月）692頁以下参照。

[43] 藤澤宏樹「生存権と『二重の基準』論」社会保障法18号（2003年）29頁。

[44] 473 U.S. 432（1985）。City of Cleburne v. Cleburne Living Center（1985）は、知的障害者のグループホームに対して特別許可を求めた市の措置が、合理性の基準をもってしても違憲であると判断された画期的判例である。最高裁は、知的障害者が準疑わしい分類に当たらないとしながらも、市の判断が偏見に基づいており、「正当な政府目的」との合理的関連性を欠くとして合憲性を否定した。合理性の基準でも形式的な審査に終始せず、実質的審査が求められることを示す先例と評価される。

ことを明示した。そこで、憲法上の権利の実効性を確保するために、審査強度の中間的位置にありながらも立法を適切に統制し得る柔軟な手法として位置づけられるのである。

同様の手法は、Weinberger v. Wiesenfeld[45]判決においても見られる。本判決では、遺族年金制度において「母子家庭のみに寡婦年金を給付し、父子家庭には給付しない」とする規定の合憲性が争われた。連邦最高裁は、立法目的として掲げられた「経済地位の低い女性を保護する」という趣旨が、父子家庭を排除する立法手段と実質的に整合的であるかどうかを審査し、両者の間に合理的関係がないことを理由に違憲と判断した。ここでは、仮定的な目的を想定して正当化する形式的な合理性審査ではなく、実質的な関連性（substantial relationship）を立法に対して求める構造が採られており、目的指向型の審査方法としての典型例と位置づけることができる[46]。

このように、厳格な合理性の基準を採用して違憲判断に至る判決が一定数存在することは、同基準の実質的審査機能の有用性を示している。特に、社会的マイノリティや弱者に対する差別的取り扱いが問題となる場面では、従来の形式的な合理性審査では十分な人権保障が困難であることが多く、中間的審査基準としての「厳格な合理性の基準」は、生存権や福祉権の具体的実現にとって極めて意義深い枠組みとなり得る[47]。しかしながら、この基準にはいくつかの理論的・実務的限界も存在する。まず、「厳格な合理性の基準」自体が明確な概念定義を欠くという点で

---

[45] 420 U.S. 636 (1975). Weinberger v. Wiesenfeld 判決において、合衆国最高裁は、社会保障法が母親にのみ遺族年金を支給し、父親には支給しないとする規定が、憲法修正第５条のデュー・プロセス条項に含まれる平等保護原理に違反すると判示した。原告は、働いていた妻が亡くなった後、自身が子を養育する立場にあるにもかかわらず年金を受給できない点が性差別にあたると主張し、裁判所はこの訴えを認容。立法目的（経済的に脆弱な母親の保護）と手段（母親に限定した年金支給）の実質的関連性を否定した点において、本判決は厳格な合理性の基準が適用された代表例とされる。

[46] 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1984年）107頁、中谷実編『憲法訴訟の基本問題』（法曹同人・1989年）186-187頁参照。

[47] 中谷・同上186頁。

ある。厳格な合理性の基準を中間審査（intermediate scrutiny）と同一視するか、より独立した審査枠組みとみなすかについて学説上の見解は分かれている。また、具体的な審査要素や適用基準が明確に判例法理として整理されているわけではなく、各判事の個別判断に委ねられる余地が大きいという問題もある。たとえば、U.S. Railroad Retirement Board v. Fritz[48]では、退職年金の給付対象者の分類が問題となったが、ブレナン（William J. Brennan）裁判官は中間審査を採用し、立法の不整合性を問題視して反対意見を提出した。一方で、スティーブンズ（John Paul Stevens）判事は同じ中間基準の枠組みを取りつつも、立法目的との関連性を肯定し、合憲と判断した補足意見を提出した。このように、同一の審査基準を採用しながらも、判事によって異なる結論が導かれるという状況は、基準そのものの曖昧さと予測不可能性を示すものであり、法的安定性（legal certainty）という法治国家の基本原理と抵触するおそれを孕んでいる[49]。

また、厳格な合理性の基準の適用根拠としては、主に「福祉の重要性」や「生存の不可欠性」が挙げられるが、アメリカ憲法においては、依然として「権利価値の序列（hierarchy of rights）」の枠組みが支配的であり、精神的自由（表現の自由、信教の自由等）に比べて、経済的自由や福祉的権利は劣後するという観念が根強い[50]。そのため、生存権や福祉権に関する立法に対しては、なお合理性の基準が適用されがちであり、その限界を超えて厳格な審査を導入するためには、権利概念そのものの再定義が必要とされる。言い換えれば、生存権が人格的自律の基盤であり、人間の尊厳を支える不可欠な権利であるとすれば、その憲法上の価値は精神的自由権に劣後するものではなく、むしろ同等以上の審査強度

---

[48] 449 U.S. 166（1980）. 鄭明政「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（6）――日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に」北大法学論集第75巻第3・4号（2024年11月）688頁参照。

[49] 藤澤宏樹「生存権の違憲審査基準論の再検討」法律時報75巻10号（2003年9月）86頁、君塚正臣「性差別とアメリカ合衆国最高裁判所――中間審査基準の再検討」阪大法学41巻1号（1991年）297-298頁。

[50] 藤澤宏樹「福祉受給権と『二重の基準』論」福島高専研究紀要39号（1999年）162頁。

が要請されるべきである。このような視点は、アメリカに限らず、ドイツ連邦憲法裁判所が「人間の尊厳」と生存の保障を不可分に結びつけるHartz IV 判決[51]でも確認されており、比較憲法的に見ても支持され得る方向性である。

日本においては、最高裁判所は一貫して広範な立法裁量論を採用し、生存権をめぐる訴訟に対しては、緩やかな違憲審査基準、すなわち合理性の基準を適用してきた。しかしながら、学界においては、このような審査基準の甘さに対して批判が少なくない。特に堀木訴訟における判示が、生存に関わる重要な利益に対して形式的な合憲判断にとどまっている点について、生存権という人権の重要性に照らして、より厳格な合理性の基準を適用すべきとの主張が広く存在する[52]。とりわけ、差別的効果を伴う立法（併給禁止等）においては、実質的平等原則と憲法25条の交錯点としての再評価が必要とされる。

この点を考える上で、収入認定と保護変更決定の違法性を認めた中嶋学資保険裁判訴訟判決が注目される。この判決では、生活保護法が「最低限度の生活」の補填を目的とする制度であり、本来は支給された保護費を貯蓄に回すことは想定していないとしつつも、保護の実施においては個別需要との完全な一致が困難であることから、被保護者の合理的運用が認められると判示した。とりわけ、本件におけるような、最低限度の生活を維持した上での進学費用の蓄積は、生活保護法の趣旨に反しな

---

[51] BVerfGE 125, 175. 2010年２月９日、ドイツ連邦憲法裁判所は、最低生活保障制度（Hartz IV）の給付水準とその算定方法が、基本法第１条「人間の尊厳」と第20条「社会国家原則」に違反するかを審査し、給付額の根拠が不明確であるとして違憲と判断した。本判決は、人間の尊厳の保障には、単なる物理的生存だけでなく、社会的・文化的参加を含む「尊厳ある生活」の保障が不可欠であるとし、そのための最低限度の給付水準は立法府に裁量があるものの、客観的根拠に基づき合理的に算定されなければならないと述べた。このように、裁判所は抽象的な価値理念にとどまらず、立法府の裁量を拘束しうる具体的な審査を行うべきことを明示し、生存保障と人間の尊厳を不可分の関係として初めて明確に位置づけた点で、社会権保障における画期的な判決である。

[52] 戸松秀典「堀木訴訟最高裁判決と立法裁量論」ジュリスト773号（1982年９月）13頁。

いものであるとして、保護費を減額した行政処分は違法であると結論づけた[53]。このように、最高裁は従来の「明白性の原則」（明白に不合理でなければ合憲）のような緩やかな審査基準を退け、裁判所が最低限度の生活の保障に対してより生活実態に踏み込んだ審査姿勢を示したと評価される。こうした動きは、生存権を内容に応じて階層化し、依存度の高い部分にはより厳格な審査基準を適用するという「生存権の二元構造」理論に接近するものである。すなわち、生存権を、①生命に直結する「緊急的生存権」、②憲法が要求する「最低限度の生活保障（生活権）」、③生活の質的向上を目指す「生活向上権」に分類し、それぞれの性質に応じて審査基準を調整する立場である。この理論においては、③の「生活向上権」は国家の努力目標にすぎず、立法府の裁量が広く認められる一方、②の「生活権」には客観的かつ絶対的な水準が要請され、裁判所がより実質的な審査を行う責務があるとされる。

もっとも、ここで問題となるのは、「厳格な合理性の基準」自体の曖昧さと予測不可能性である。確かに、Moreno判決やWeinberger判決など、アメリカにおける厳格な合理性の基準の採用は、生存に関わる法的利益に対するより厳密な審査の可能性を示した。しかし、日本においてこれを準用しようとする際には、その基準が実質的に従来の合理性審査とどのように異なるのかを明確にする必要がある。立法目的とその達成手段の「合理的関連性」とは何か、どの程度の関係性を要するのか、またその立証責任を誰が負うのか、また、それぞれの審査基準の主張や厳格な合理性の審査基準を採用する根拠などの点についての説明がまだ不十分だと思われる[54]。

---

[53] 最高裁第３小法廷平成16年３月16日民集第58巻３号647頁。本件は、生活保護受給者が子供の高等学校進学費用を賄うために学資保険に加入し、満期保険金を受け取ったところ、福祉事務所がこれを収入と認定し、生活保護費を減額したことの適法性が争われた事案でる。

[54] 藤澤宏樹「生存権の違憲審査基準論の再検討」法律時報75巻10号83-84頁を参照。藤澤は、生存権の違憲審査基準の学説を、①一元説、②二元説、③プロセス一元説の３種類に区分している。「一元説」は芦部信喜に代表されるもので、生存権を抽象的な権利であるとし、二重の基準を修正して中間的な審査基準を適用する、すなわち生存権については、一体的に「厳格な合理性の基準」を適

さらに、憲法訴訟における「権利価値の序列」の観点からは、一般に表現の自由や信教の自由といった精神的自由権のほうが高位の価値を有すると解されており、生存権や福祉権はそれに劣後するとの見解が支配的である。この構造のもとでは、いかに生存権が不可欠な権利であるとしても、裁判所が審査強度を高めることには制度的制約が伴う。したがって、「厳格な合理性の基準」も、それが理論的に明確でなければ、結果として合理性の基準と実質的に変わらない緩やかな審査となり、生存権の保障にとって十分に機能しないおそれがある。このように、日本においては、「厳格な合理性の基準」を福祉領域に適用するにあたり、その審査枠組みの理論的確立と明確化が依然として課題であり、生存権保障の強化のためには、さらなる憲法理論と判例法の発展が求められる。

用する、という説である。立法目的と目的達成手段の間に、実質的な関連性が求められることになる。芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店・1987年)107頁、161頁。「二元説」は、中村睦男に代表されるもので、それによれば、生存権を「最低限度の生活保障」と「より快適な生活保障」に分け、「最低限度の性格」には少なくとも「厳格な合理性の基準」を適用し、「より快適な生活」には「より緩やかな審査基準」を適用する、という説である。藤澤のまとめによれば、それぞれの生活保障に応じて適用される審査基準については諸説があり、たとえば横田耕一は、「最低限度の生活」に「厳格な審査基準」を適用し、「より快適な生活」に「厳格な合理性の基準」を適用すべきであるとし、浦部法穂は、「最低限度の生活」に「厳格な審査基準」を、「より快適な生活」に「合理性の審査基準」を適用すべきであると主張している。このように、二元説は、立法府の裁量を制限しようと試みたものだが、論者によって様々な審査基準が主張されている。一方、松井茂記の「プロセス一元論」は、実体的な価値序列に基づいている一元説や二元説とは異なるものである。すなわち、憲法を民主主義の統治手続きの文書と捉え、生存権のような問題は政治プロセスで解決すべきであるとする立場である。生存権が政治参加に不可欠ではないことから、司法府は緩やかな審査基準を適用すべきであるとされる。この見解においては、憲法が実体的価値を宣言する文書というよりも、民主主義の統治手続きの文書であると理解される。したがって、生存権の保障の問題は、立法府の判断に委ねられるべきであり、司法府の介入は最小限に抑えられるべきであるとされる。松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』(有斐閣・2002年) 531-532頁、松井茂記「違憲審査基準論」ジュリスト『憲法の争点〔第3版〕』(1999年) 255頁を参照。

⑶　厳格の審査基準の検討

厳格な審査基準（strict scrutiny test）は、合衆国憲法における違憲審査基準の中で最も厳しいものとされ、単に立法目的が「正当(legitimate)」または「合法的（lawful)」であるだけでは不十分であり、立法が「やむにやまれぬ利益（compelling governmental interest)」を追求するものでなければならないとされる。また、目的と手段の関係性についても、単なる合理的関連性では足りず、「必要不可欠（necessary)」あるいは「厳密に仕立てられている（narrowly tailored)」、「完全に合致する（perfect fit)」といった、極めて高い適合性が求められる。さらに、違憲性についての立証責任は政府側に課され、裁判所は当該立法に対して合憲性の推定を与えない。このように、厳格な審査基準は、政府による自由制限に対し、司法が積極的に合憲性を吟味するための道具として位置づけられている。この基準は、United States v. Carolene Products Co.[55] におけるストーン(Harlan Fiske Stone)判事による有名な「脚注４（Footnote 4)」にその起源を有するとされる。同脚注において、ストーン判事は、「経済規制に対しては合憲性を推定する立場を取るが、一定の状況、すなわち①憲法上の基本権の制限、②民主的政治過程の制限、③社会的に孤立した少数者に対する差別的立法においては、司法はより慎重かつ厳密な審査を行うべきである」と指摘した。この見解は、その後の合衆国憲法判例法における二重の基準論の形成に重要な影響を与えた。

具体的には、①の「基本的権利」には、合衆国憲法修正条項に明記された自由権（信教の自由、表現の自由、移動の自由など）が含まれ、②の「民主政過程における重要な権利」には、選挙権、投票権、政治的結社の自由などが含まれる。そして③の「孤立及び隔離された少数者（discrete and insular minorities)」とは、人種・民族・出自などを理

[55] 304 U.S. 144 (1938). United States v. Carolene Products Co. は、連邦政府が「加脂粉乳(filled milk)」の販売を禁止した法律が合憲かが争われた事案である。最高裁は、立法目的と手段に合理的関連性があれば合憲とする「合理性の基準」を用い、連邦政府の規制を合憲と判断した。本判決で注目されたのはストーン判事の「脚注４」であり、経済的立法には緩やかな審査で足りる一方で、より厳格な審査が必要とされる可能性が示唆された。

由に歴史的差別を受けてきた集団を指し、これらに対する立法による不利益取扱いは、特に厳格な審査を受けるべきとされる。このように、厳格な審査基準が適用される範囲は、「基本的権利の制限」および「疑わしい区分（suspect classification）」が問題となる場合に限定される[56]。代表的な判例としては、信教の自由を扱ったSherbert v. Verner[57]や、学校における人種差別を違憲と判断したBrown v. Board of Education[58]、また、政治的権利をめぐるReynolds v. Sims[59]などが挙げられる。

一方で、福祉受給権や生存権のような社会権的性質を有する権利については、アメリカ憲法には明文の保障規定が存在せず、したがって厳格

---

[56] 許慶雄「現代人權體系中平等原則之研究（上）」中正大學法學集刊第六期（2002年）184頁を参照。

[57] 374 U.S. 398（1963）. Sherbert v. Verner 判決において、連邦最高裁は、土曜日の安息日を理由に職を辞したセブンスデー・アドベンチスト信者が失業保険の給付を拒否されたことが、第一修正による信教の自由を侵害するかが争点となった。判決は7対2で、国家が宗教的行為を理由に不利益を課すことは厳格な審査の対象となり、「やむにやまれぬ政府の利益（compelling governmental interest）」がなければ制限は許されないとした。本判決は、信教の自由に対して厳格審査基準を明示的に適用した初期の重要な事例であり、基本権制限に対する審査枠組みの精緻化に大きな影響を与えた。

[58] 347 U.S. 483（1954）. Brown v. Board of Education 判決において、連邦最高裁は、アメリカ各州の公立学校における人種分離制度が、憲法修正第14条の平等保護条項に違反すると判断した。従来の「分離すれど平等（separate but equal）」原則を採った Plessy v. Ferguson（1896）を明確に否定し、人種的隔離が本質的に不平等であることを認定した。本判決は、アメリカにおける公民権運動の法的出発点とされ、厳格な審査基準の適用により、被差別少数者の権利保護における憲法解釈の大きな転換点となった。

[59] 377 U.S. 533（1964）. Reynolds v. Sims 判決において、連邦最高裁は、アラバマ州の州議会選挙区が著しく人口不均衡であったことが、憲法修正第14条の平等保護条項に違反するかを審査した。裁判所は、州議会の選挙においても「一人一票（one person, one vote）」の原則が適用されると判示し、人口に基づいた選挙区割りの必要性を強調した。本判決は、民主的代表制の根幹にかかわる重要な判例として位置づけられ、投票価値の平等原則を確立した。また、司法が選挙制度に介入しうる積極的審査の範例とされ、厳格な審査基準の適用領域を拡大した点でも注目される。

な審査基準が当然に適用されるとは限らない。この点について、Jefferson v. Hackney[60]では、福祉制度における人種的差別の主張がなされたにもかかわらず、最高裁は当該規制を「経済政策」に分類し、疑わしい区分にも基本権制限にも該当しないとして、合理性の基準を適用して合憲と判断した。このように、福祉政策が厳格審査の対象となるためには、当該制度が疑わしい分類または基本権制限に該当することを明示的に立証する必要がある。

このほか、厳格な審査基準を引き出せるのは、基本的権利に関わる部分である。しかし、どのような権利が基本的権利に当たるかが問題となる。各判例からみれば、居住移転の自由、選挙権、プライバシー権などの権利は、憲法上明記された権利ではないが、性質上、政治参加過程において不可欠な権利であり、また、現在の自由や平等の理念の重要な基礎であることもあるので、当然に手厚い保護を受けるべきである。したがって、基本的権利に対して厳格な審査基準を適用すべきである。アメリカのShapiro判決とMaricopa County判決は基本的権利に関わる典型的な判例だといえる。連邦最高裁は、州際移動の自由を憲法上の基本的権利として、居住資格の制限に厳格な審査基準を用いて違憲と判示した。これにより、福祉受給権も連帯して基本的権利と見なされる可能性がある。そもそも本質的人権には、憲法上の明文規定がないので、それが憲法規範として確立するためには、裁判所が繰り返し確認する必要がある。基本的権利は、その権利自体が人権の基本的かつ核心的価値であるので、明文は必要ないといわれる。Shapiro判決においても、「州際移動の権利の源泉（source）を特定の憲法上の規定に帰する理由を示す必要はない」

[60] 406 U.S. 535 (1972). Jefferson v. Hackney 判決において、合衆国最高裁は、テキサス州の公的扶助制度において、特定の福祉プログラム（AFDC、老人・盲人扶助など）に対する支給水準が異なっていたことが、憲法修正第14条の平等保護条項に違反しないと判断した。原告は、有色人種が多く利用するAFDC プログラムの給付水準が低いことが人種差別的であると主張したが、裁判所は立法裁量を重視し、合理性の基準を適用して州の政策を是認した。本判決は、福祉政策が疑わしい区分（suspect classification）に該当しない限り、厳格審査の対象とならないことを示す代表例であり、経済的立法への司法の抑制的態度を再確認するものである。

と述べられている。また、Steward裁判官も、United Stategs v. Guest判決において、「ある州から他の州へ移動する憲法上の権利は……連邦制の結合という概念にとって基本的な位置を占めている。それは、強固に確立し、そして繰り返し認められている権利である」と述べた。したがって、たとえ憲法上明記されていないとしても、そもそも初歩的、基礎的（elementary）な権利の性質は、憲法制定の際にすでに憲法と密接に結びついている付随物である。そして、移動の自由が憲法上の基礎的権利として扱われているのは、長い間認められてきて初めて基本的な権利となったからであり、手厚い保護を受けているのである。

この点を示す典型例が、Shapiro v. Thompson[61]およびMemorial Hospital v. Maricopa County[62]である。Shapiro判決では、生活保護受給資格に1年間の居住要件を課す州法が争われたが、連邦最高裁はこれを州際移動の自由（right to interstate travel）に対する違憲な制限とみなし、厳格な審査基準により違憲と判断した。同様に、Maricopa County判決では、公的医療支援の受給に関して同様の居住要件が課されていたが、これもまた「州際移動の自由」に対する過剰な制限として違憲とされた。このように、州際移動の自由は合衆国憲法に明文で規定されていないにもかかわらず、判例法を通じて「基本的権利」として確立され、手厚い保護の対象とされている。Shapiro判決では、「州際移動の自由の源泉（source）を特定の条項に帰属させる必要はない」と明言されており、憲法上明記されていない権利であっても、その性質が初歩的かつ基礎的（elementary）なものであれば、判例によって憲法規範として確立されうることが示されている。さらに、United States v. Guest[63]において、

---

[61] 394 U.S. 618 (1969).

[62] 415 U.S. 250 (1974).

[63] 383 U.S.745 (1966). United States v. Guest は、アフリカ系アメリカ人への嫌がらせを行った白人グループに対し、州間移動の自由を侵害したとして連邦政府が起訴した事件である。合衆国最高裁は、州間移動の自由が憲法により保障される基本的権利であると明示し、たとえ憲法上に明文がなくとも、市民としての地位に基づいて保障されると判示した。また、私人の行為であっても、州が関与または黙認していた場合には憲法違反が成立し得ると認定し、公権力と私的行為の責任の境界を拡張する重要な判例となった。

スチュワート判事は、「州から他の州への移動という自由は、連邦制度の核心に位置づけられており、それはすでに強固に確立されたものである」と述べている。これらの判例から導かれるのは、「明文の有無」に依存するのではなく、「その権利がどれだけ根本的な価値を有しているか」が審査基準を決定する鍵であるという憲法理論の方向性である。このような枠組みをもとにすれば、生存権や福祉受給権もまた、明文がなくとも一定の条件を満たせば基本的権利として判例上確立されうる。とりわけ、人間の生命と尊厳に直接関わる「最低限度の生活の保障」は、自由権的要素と社会権的要素を併せ持つ複合的権利として理解されるべきであり、それが初歩的かつ基礎的な権利（elementary rights）である限り、厳格な審査基準の適用も理論的に十分正当化され、たとえ憲法上明記されていないとしても、このような権利の性質は、憲法制定の際にすでに憲法と密接に結びついている付随物であり、移動の自由のように、長い間認められてきて初めて基本的な権利となったから手厚い保護を受けている可能性が十分あるだろう[64]。

そのため、福祉受給権が給付請求権として法的性質を有するか否かは、それが憲法上の「基本的な権利」として扱われるかどうかを判断する際の重要な要素となる。もし給付請求権として認定されるならば、個人が国家に対して具体的給付を求めうる法的根拠が生じることとなり、その制限には相応の違憲審査基準が課されることになる。しかし、上述のアメリカ合衆国判例、とりわけShapiro v. ThompsonやMemorial Hospital v. Maricopa Countyなどでは、福祉制度へのアクセスが争点となりつつも、裁判所は福祉受給権自体が基本的権利に該当するかどうかについて明確な判断を示していない。すなわち、福祉受給の制限に対して厳格な審査が適用されたのは、州際移動の自由など他の基本的権利の制約が認められたからであり、福祉受給権そのものが基本権として認められたわけではない

一方、学説においては、チャールズ・ライク（Charles A. Reich）が1964年の論文「新しい財産（The New Property）」において、現代福

[64] 藤澤宏樹「福祉受給権と『二重の基準』論」福島高専研究紀要39号（1999年）160頁。

祉国家において給付はもはや政府の恩恵ではなく、法的に保護された「新しい財産」＝正当な権利性を持つ資格（entitlement）であると提唱した。これは、行政裁量に基づく福祉給付の恣意的な停止に対して司法的コントロールを及ぼす根拠となる理論であり、後にGoldberg v. Kelly判決で、公的扶助の受給資格は「新しい財産」としてデュー・プロセスによる手続的保障の対象となるとされたことで支持された。また、フランク・マイケルマン（Frank I. Michelman）は、社会的な平等を実質的に担保するためには、単なる形式的平等の保障では不十分であり、福祉権（welfare rights）は憲法秩序に内在する不可欠な構成要素であると主張し、その理論的基礎を提示した[65]。とはいえ、これらの学説が示す方向性がそのまま最高裁の判例法理に結びついているわけではない。

実際には、Dandridge v. Williams以降の一連の判決において、合衆国最高裁は一貫して、福祉給付に関する立法については立法裁量を尊重し、合理性の基準（rational basis test）による形式的な審査を採用しており、福祉受給権を憲法上の基本的権利と認める方向には踏み出していない。つまり、福祉を受けることの法的保障は、あくまでも立法に依存する領域であり、憲法に明文規定が存在しない以上、それを基本的権利として確立するには限界があるという司法判断が支配的である。合衆国最高裁が憲法上の福祉権（生存権）の必要性を否定していることは明確である[66]。したがって、福祉受給権を「基本的権利」として明確に保障するためには、憲法典における明文規定の存在が望ましい。実際、アメリカのように生存権条項を欠く国においては、たとえ学説的に権利性が支持されていても、それが直接的に違憲審査の基礎とはならず、司法的救済の道は限定的にならざるを得ないのである。

しかしながら、日本国憲法には明文で生存権条項（第25条）が規定さ

---

[65] 坂田隆介「アメリカにおける福祉権論」立命館法学通巻第393・394号（2021年3月）389頁以下を参照。

[66] 合衆国最高裁は、たとえばLindsay v. Normet, 405 U.S. 56, 74 (1972). において、一定水準の住宅を提供してもらう権利を否定し、Lavine v. Nilne (424 U.S. 577, 585 n.9 (1975)) においては、福祉権を基本的権利として認めなかった。また、DeShaney V. Winnebage, 489 U.S. 196 (1989). では、積極的請求権がデュー・プロセスから導き出されることが否定されている。

れているため、アメリカのように、裁判所が繰り返し判決を通じてその権利性を確認し、判例法理として定着させる必要はない。すなわち、生存権はすでに憲法上の権利であり、その保障の実効性を確保する責務は、立法府のみならず、司法府にも課されていると解すべきである。現時点において、日本の裁判所が生存権に対して厳格な審査基準を適用した判例は存在しないが、学説上はその必要性が強く主張されている。たとえば、大須賀明は、違憲審査の対象となる社会福祉立法が公的扶助的性格や機能を持つ場合には、憲法14条の平等原則に照らして「厳格な審査」の適用が妥当であり、反対に裁量的性格の強い立法には「比較的緩やかな審査」が適用されるべきであると提言している[67]。特に、「最低限度の生活」を保障する制度が制限・排除される場合には、立法目的や手段の正当性を精密に吟味する高度な審査が不可欠であるといえよう。

基本的な権利の観点からすれば、生存権が憲法上の基本的権利であるか否かは、それが人間の生存に不可欠な初歩的かつ基礎的な権利としての性質を有するかどうかによって判断されるべきである。すでに述べたように、生存権は一方で国家に積極的給付を求める社会権的側面を持ちながらも、他方で生命権に基づく自然権的性格も内包している。仮に人間が生存できなければ、表現の自由や平等権など、他のあらゆる基本的人権を享有することはできない。したがって、生存権は自由権と同等、あるいはそれ以上に、憲法秩序にとって中核的な意義を持つ基本的権利である。ゆえに、生命に直接関わる福祉受給の領域、すなわち「最低限度の生存権」については、自由権的であれ社会権的であれ、その制限には厳格な審査基準を適用すべきである。これに対して、「生活（向上）権」のように最低限度を超える生活条件の実現に関わる部分については、国力や政策的選択を尊重し、国家に努力義務としての立法的対応を促すにとどまるべきである。ただし、その制限が人格の尊厳に重大な影響を及ぼす場合には、裁判所は個別の事案に即して審査基準を柔軟に調整すべきであろう。このように、生存権の保障に関しては、対象となる利益の性質や個人の依存度、制限の程度に応じて、審査の強度を段階的に構成する必要がある。とりわけ最低限度の生活にかかわる立法に対しては、

[67] 大須賀明『生存権論』（日本評論社・1987年）275-276頁。

従来の合理性の基準では不十分であり、人格の尊厳に基づいたより実質的な審査が求められる。今後は、憲法25条の規範的内容に即して、厳格な審査基準の適用可能性を正面から検討する余地があるといえよう。

⑷　生存権および二重の基準論

すでに触れたのように、二重の基準論とは、司法が違憲審査を行う際に、対象となる自由の性質に応じて審査強度を変化させるという理論であり、特にアメリカ合衆国における判例法理を通じて発展してきた。その核心は、精神的自由（表現の自由、信教の自由など）を規制する法律に対しては、より厳格な審査基準（strict scrutiny）を適用し、他方で経済的自由や財産権を規制する法律に対しては、立法裁量を尊重した緩やかな審査基準（rational basis test）を用いるという区別にある。このような区別は、人権の価値の序列に依拠しており、精神的自由が民主的政治過程における核心的地位を占め、「優越的地位（preferred position）」を持つとされてきたことに由来する。しかし、生存権のような社会権の領域においては、こうした二重の基準論は十分に機能しているとは言い難い。たとえば、アメリカにおける福祉受給権に関するDandridge v. Williamsなどの判例においては、その権利性が肯定されたとしても、それが経済的自由や財産権の一種と解される限り、裁判所は合理性の基準を適用し、立法府の広範な裁量を容認する傾向にある。その結果、社会保障制度の設計に対する司法的統制は極めて限定的なものとなり、生存権の実質的保障は立法府の判断に委ねられることになる。

仮に、生存権や福祉受給権に対して厳格な合理性の基準のような中間的審査基準を適用したとしても、その基準の内容が曖昧で、判例上の運用も一貫性を欠くため、審査基準としての実効性は乏しい。たとえば、Moreno判決は、表向き合理性審査を用いながらも、立法目的の真偽に踏み込み、立法の排除的性質（血縁要件）を違憲としたが、このような厳格化された合理性審査は例外的であり、一般化には限界がある。したがって、福祉受給権を「財産権」または「経済的権利」に分類し、ほぼ無干渉な合理性の基準の下で扱う限り、福祉権論の構築は司法的にほとんど意味を持たなくなる。二重の基準論の枠内に社会権を収めることは、生存権の実質的保障に資するとは限らない。むしろ、生存権の特質、つ

まり、人格的尊厳に根差した、人間の存在の基礎的保障としての側面に着眼し、それにふさわしい独自の審査枠組みの確立が求められるのであり、これは従来の自由権中心の基準体系を再構成する契機となりうる。

日本における生存権に関する違憲審査基準の運用も、基本的にアメリカの二重の基準論に類似する構造をとっている。すなわち、生存権は日本国憲法第25条に明文で規定された権利であるにもかかわらず、その司法的取扱いにおいては、立法裁量論の強い影響を受け、緩やかな審査基準が適用されてきた。とりわけ、生存権の自由権的側面が重視されたとしても、それが精神的自由や人格的自由の基礎を支える「経済的自由の一部」として解釈される限りにおいては、当該法規制に対する違憲審査においては合理性の基準が適用され、結果として実質的審査が回避される構造となっている[68]。この点を示す具体例として、小売業調整特別措置法事件[69]が挙げられる。同事件において、最高裁は、既存小売業者を過度の競争から保護する目的で中小小売業者に出店規制を課す立法行為が、憲法29条の財産権の保障に反しないかが争点となった。このとき最高裁は、「明白に不合理であると認められない限り違憲とはいえない」とする「明白性の原則」を採用し、合憲と判断した。すなわち、財産権に対しては立法目的との合理的関係があれば、司法がその内容に深く立ち入ることはしないという態度が明確に示された。

ところが、災害被害者の個人補償や社会的弱者に対する最低生活の保障といった領域では、財産権の保障が生存権の実現に不可欠な手段となる場合がある。たとえば、非保護者に対する財産的支援がなければ、その者の生存権が保障されないような事例において、形式的に財産権に「明白の原則」を適用することは、実質的には生存権を否定する結果を招きかねない[70]。このように、生存権を財産権や経済的自由の延長線上にあ

---

[68] 藤澤宏樹「生存権の違憲審査基準論の再検討」法律時報75巻10号（2003年9月）85頁。

[69] 小売業調整特別措置法事件（最大判昭和47（1972）年11月22日刑集26巻9号586頁）。

[70] 横山信二「社会権の実現と行政法学――憲法学、社会保障学、財政法学の狭間で」公法研究59号（1997年）325頁。

る権利として取り扱い、合理性の基準による形式的な審査を一律に適用することは、現実の生活保障の要請に応えきれないという深刻な問題を内包している。したがって、生存権に基づく給付的請求権については、少なくとも人格の尊厳を実現するために不可欠な場面において、より実質的な審査枠組みの構築が必要であるといえよう。

これは、そもそも生存権の権利分類自体が極めて困難であることを示している。二重の基準論においては、人権の価値は人格的自律との関係性に基づいて位置づけられ、精神的自由は人格形成の核心をなす自由として「優越的地位」を与えられ、これに対する規制には厳格な審査基準が適用される。他方で、経済的自由はその重要性が相対的に低いとされ、合理性の基準にとどまる。しかし、人権の価値を一律に人格的自律との結びつきの強弱で序列化すべきかどうかは疑問がある[71]。たとえば、生存権は人格的自律の前提である「生きること」自体を保障するものであり、他の基本的人権の享有もまたそれに依拠する。そうであれば、精神的自由が経済的自由よりも人格的自律と「より深く」結びつくという前提にも再考の余地がある。したがって、このような問題提起は、二重の基準論の構造を生存権保障の領域に機械的に適用することの理論的限界を示している。むしろ、生存権は自由権的価値と社会権的価値の双方を内包し、それらを二元的に切り分けることが難しい複合的な権利であるという点にこそ、現代的な憲法解釈の出発点を見出すべきであろう。

たしかに、立法裁量を縮減し、合理性の基準の適用を回避する手段として、生存権を「最低限度の生存権」と「生活向上権」に機能的に二元化するという考え方には一定の合理性がある。最低限度の生存権に対しては、人格の尊厳に直結する権利として厳格な審査基準を適用することで、司法的保護の実効性を高めることが可能となる。しかし、厳格な審査基準の適用は、生存権の保障内容を深化させると同時に、従来の人権審査枠組みである二重の基準論の再検討を不可避にする。なぜなら、二重の基準論の下では、福祉に関する立法は「経済的自由」あるいは「財産権」の領域に分類されがちであり、その結果として、合理性の基準が機械的に適用される傾向があるからである。このように、生存権に厳格

[71] 松井茂記『日本国憲法〔第２版〕』（有斐閣・2002年）113頁。

な審査を導入するためには、個別の基準適用にとどまらず、二重の基準論そのものの適用構造を再構成する必要がある。そうでなければ、生存権の実効的保障は制度的にも理論的にも実現困難である。言い換えれば、二重の基準論の適用を排除しない限り、各種の福祉規制立法は経済的権利の領域に分類されることになり、生存権の問題に対して厳格な審査基準が適用されることは期待できない[72]。

しかし、生存権を非経済的権利として位置づけ、これに厳格な審査基準を適用することは、必ずしも容易ではない。たとえば、合衆国最高裁はDandridge v. Williams判決において、福祉受給権が経済的権利とは異なる性格を有することを一定程度認めながらも、自由権に関する二重の基準論の影響の下で、精神的自由ではなく経済的自由の領域として、極めて緩やかな合理性の基準を適用している[73]。以降の諸判例においても、憲法に福祉受給権が明記されていない状況の中で、平等保護条項などを通じて一定の司法的救済がなされる余地があるとはいえ、その射程は、受給要件に不合理な差別的取扱いが認められる場合に限定されている。したがって、人々の「最低限度の生活」を制度的に保障すべきもっとも確かな根拠は、やはり憲法典における明文の生存権条項の存在に求められるべきである。日本国憲法第25条のような生存権の明記は、生存権保障の理論的基盤を提供し、違憲審査における審査基準の強化を正当化するうえでも不可欠である。

ゆえに、生存権の司法的審査が制度的に弱体化することを防ぐためには、従来の二重の基準論の枠組みを乗り越える必要がある。そして、生存権の自由権的側面を理論的に深めるとともに、藤澤宏樹の指摘するように、生存権を自由権の土台として捉え直し、生存権の自由権的基礎づけだけではなく精神的自由・経済的自由を含む自由権体系そのものを、生存権的視点から再構成することが今後の憲法理論に求められている。

---

[72] 松井・同上注、113頁。

[73] 藤澤宏樹「生存権と『二重の基準』論」社会保障法18号（2003年）30頁。

5．小括

アメリカにおける福祉受給権に関する判例の分析から、以下の点が明らかとなった。

第１に、アメリカでは現在に至るまで福祉受給権を憲法上の権利とは明示的に認めておらず、そのため平等保護条項やデュー・プロセス条項など、他の憲法規定を通じてその保障が間接的に試みられているにすぎない。特にGoldberg v. Kelly 判決においては、手続的保障の重要性が強調されたが、Mathews v. Eldridge 判決以降は手続基準の柔軟化と共に、その保障は相対化されてきた。

第２に、違憲審査基準の適用において、合理性の基準が福祉関連立法に対して広く用いられており、司法府は合憲性を推定する態度を取り続けている。このため、実質的な審査が行われず、福祉受給権は「制度上の便宜」または「恩恵」として扱われており、プログラム規定説に近い運用実態が見受けられる。また､合理性の基準はその定義においても｢想定しうる目的が存在すればよい」とされ、極めて寛容な審査となることから、実質的な救済に繋がる余地は極めて限定的である。

第３に、厳格な合理性の基準についても、判例における採用は見られるものの、その構造や判断枠組みは未だ明確でなく、立法目的と手段との「実質的関連性」や「重要な利益（important interest)」という概念自体が不安定であり、司法判断の予測可能性を欠く結果となっている。したがって、違憲審査における中間的基準としての有効性も限定的であり、福祉受給権を実質的に救済する制度とはなり得ていない。

第４に、厳格な審査基準は本来、基本的権利や孤立し隔離された少数者に対して適用されるべきものであるが、福祉受給権はそのような対象とはみなされておらず、Shapiro v. Thompsonのような判例を除き、厳格な基準が恒常的に適用される例は乏しい。これは、アメリカ憲法に生存権を明示する条文が存在しないという制度的限界に起因していると言えよう。

これに対して、日本国憲法は第25条において生存権条項を明記しており、形式的には他国に比して強い保障を有する。しかしながら、日本の最高裁判所は、堀木訴訟や朝日訴訟に見られるように、生存権に対して請求権性を積極的に認める判断を示さず、立法裁量の範囲に属するもの

として、形式的に合理性の基準を適用するのみである。この点において、日本の司法判断もまた、生存権の実効的な保障には至っていない。したがって、生存権の保障を実効性ある制度として確立するためには、まず、生存権を単なる指針的規定（プログラム規定）ではなく、主観的権利として解釈し、個人が国家に対して具体的な給付を請求できる法的地位を明確化する必要がある。そのためには、生活保障における請求権性の承認とともに、立法不作為に対する違憲確認訴訟の可能性を含む、司法的救済の制度化が不可欠である。また、従来の「精神的自由対経済的自由」という二元的分類に基づく違憲審査基準の適用枠組みを見直し、生存権が個人の尊厳や人格的自律と密接に関わる権利であることを踏まえ、その価値を表現の自由などと同様に基本的人権の中核に位置づけるべきである。この観点から、少なくとも「最低限度の生活」を保障する立法に関しては、立法裁量を実質的に縮減し、厳格な審査基準を原則とする必要がある。

さらに、年金制度における併給の制限や、低所得者向けの給付制度における差別的取扱いなど、生活の根幹に関わる具体的政策に対しては、単なる経済政策としてではなく、憲法に基づく人権保障の問題として捉え、個別的かつ実態的な審査を遂行する司法の態度が求められる。そして、生存権の保障構造を自由権と社会権の対立構造から脱却し、両者が補完し合う権利体系として再構成する必要がある。すなわち、表現の自由の実現のためには一定の生活基盤が不可欠であるように、福祉的保障は自由権の前提条件として機能し得るものであり、両者の相互依存性を前提とした憲法解釈が今後求められる。

最後には、結論として日米の比較から導き出されることは、憲法上に生存権を明示することの制度的意義と、それを実効あるものとするための司法的枠組みの必要性であると考える。とりわけ、日本においては、憲法上明記された生存権を現実の生活保障において具体化するために、請求権性の承認、立法不作為に対する訴訟の導入、審査基準の厳格化など、制度的な改革が求められる。そのような改革によってこそ、福祉受給権は真に「権利」として重視され、自由権と並び立つ人権としての地位を確立することができるであろう。

研究ノート

「個人化する社会」と「不確定性」に向き合う法（学）の可能性

――「横溢する」感情と「閉塞する」法（学）――

菅　原　寧　格

はじめに

本論では、尾崎一郎『個人化する社会と閉塞する法』（日本評論社、2023）（以下では本書と略記し、引用および参照箇所については頁数のみを記す）を題材として取り上げ[1]、法哲学を専攻する評者の観点から、法社会学を専攻する著者による社会と法に対する理解の仕方を通じて法をどのようにみることができるのかを検討する。ただ、いわゆる書評の仕様にとらわれず、ここでは法哲学や法社会学を含む基礎法学という分野が法（学）をいかに捉えているのか、あるいは捉えうるのかといった問題関心から、一定の理論的な知見を見出したいと考えている。もとより法律学としては実定法学を想定するのが一般的だが、そこでなされる法解釈学の枠を超えて、そもそも法（学）をどのように捉えられるのかを問うならば、これはメタ的であると同時に根源的な問題に踏み込むことになり、ひいては基礎法学にとって重要な課題となる。

実定法学の場合、条文を文字どおり金科玉条、すなわちドグマとして受け止めなければならず、すべてがそこから始まるのはいうまでもない。そのうえで、目の前に置かれた（制定された）条文に対して、これをどう解釈すれば正当な理解の仕方になるのかが探究される。そして、そこから導かれた要件に認定された事実をあてはめ、いかなる具体的な効果がもたらされるかを含めた検討を行う。実定法学の関心は、まさにこうした一連の（法解釈学の）流れを適切な

[1] 尾崎一郎『個人化する社会と閉塞する法』（日本評論社、2023）。

ものとして機能させることに対して向けられている[2]。

だが、ひるがえって基礎法学とはそうした実定法学の枠組みにとどまるものではないと説明したとしても、このことによって、そもそも基礎法学とは何か、何をすると基礎法学をしたことになるのかが説明されたことになるわけではない。また、基礎法学とは何かについての正答はおろか、定型的な答えがあるという話も聞いたことがない。その代わり、基礎法学とは何かなどを問うと面倒なことになるぞ、基礎法学の「沼」にはまるぞといった警告なら聞こえてきそうである。では、こうした問題を前にして、どのような対応が可能だろうか。基礎法学の問題ということなので、本論においても法哲学と法社会学それぞれの考え方や答え方を検討することならできるかもしれない。要するに、法社会学研究である本書を法哲学の視点から検討することしか評者にはできないのだが、だからといって悲観しても仕方ない。本論では、法哲学上の問題を論じるにあたって法思想史研究が重んじるのと同様に、なるべく著者が表現したそのままの語り口を活かすよう心がけ、あえて楽観的に（本書の言葉でいうならば「自己欺瞞的」に[3]）、この種の問題と取り組むことにしよう。

1．法社会学と法哲学

1－1．法社会学のアイデンティティ危機！？

本書は「法社会学はアイデンティティを語りにくい」という衝撃的な書き出しから始まる（1頁）。「えー！？本書は法社会学者による研究書ですよね」とツッコミを入れたくなるくらいだが、法社会学とは何か、そのアイデンティティを語りにくいと法社会学者自身が述べているとはどういうことなのか、何かこれまで定番の語られ方がなかったわけではないだろう。少なくとも教科書でなされている程度の説明をすることは可能なはずである。ただ、教科書でも、それが法現象や法システムについての経験科学であるとか実証的社会学であるく

[2] いうまでもなく、このように述べたからといって、法ドグマーティクの局面においてもなお生じる問題、すなわち、このように解釈する（してみせる）ということに一体どのような意味があるのかという問いは、実定法学においても生じうる。

[3]「自己欺瞞的な主体」については本書311頁を参照。また、本論においても後述する。

らいのことはいうかもしれないが、すなわち「法社会学という学問がどういう手法を用いているかを述べている」かもしれないが、そのレベルにとどまる（1頁）。そのような、手法についての説明に拠ったとしても、「なぜそんなことをするのかという肝心な点が語られていない」し（1頁）、そもそも「なぜ「法とはなにか」を知りたいのか、……その切実な理由はなにかが語られていない」に等しい（2頁）。

それゆえ、問題は深刻である。人はかくもアイデンティティを語りにくい法社会学なるものを学んだり研究したりするのだろうか。たしかにこうした疑問は評者に限らず法社会学専攻を選択しなかった者であれば抱くかもしれないし、いわゆる法律学のイメージに法社会学が必ずしもマッチするわけではないことからみても興味深い問題といえそうである。だが、本書にしたがえば、もちろん法社会学を学ぶのには理由がある。それは、以下のような四つの基本的な問題が存在するからである。つまり、これら四つの基本的な問題対する理解が法社会学とは何かを把握するにあたっては不可欠であるため、この点を順にみておくことにしよう。

第一に、法と現実の間に存在するギャップ（ずれ、懸隔）に関する問題がある。これは、法律の条文やその解釈としての学説および判例を通じて示される論理や規範と現実社会のそれとの間のズレから生じた問題だが、「近代主権国家の国家法体系がまがりなりにも整備され、機能的存在感を増し（「法化」）、専門的訓練を積まないと意味すら理解できない高度な教義学的体系性を法学が具備してきたがゆえに、日常生活の場の論理や規範とのずれが顕在化した」ことによって生じている（2頁）。

第二に、法と社会変動をめぐる問題がある。これは、「法と社会はそれぞれにどのような方向に変化していくのか、あるいは変化すべきであるのか」という問いに関わっていて、それ自体としてみれば、戦後日本の民主化と近代化のプロセスにおいて法がいかなる役割を果たしてきたのか、法は社会から何を期待されてきたのかという問いでもある（3頁）。

第三に、法を理解し解釈する主体に付着した問題がある。これは、法を理解し解釈する主体の側には、拭い去ることのできない主観性やイデオロギー性の問題が不可避的に残るということを指しているが、このような除去しえない付着物をどう扱うのかという問題である。また、こうした問題を受けてその対策として考えられたのが「経験法学」としての法学を再構成することであり、「法

律学の科学化（科学としての法律学）」を促進することであり、「乱暴にいえば法律学の法社会学化」が目指されたと説明することもできる（3－4頁）。

第四に、法の権力性をめぐる問題がある。これは、法の支配に基づき立憲主義のもとにある国家であっても、そうした国家や法それ自体もまた一定の権力性をもつことに変わりなく、その結果として人々に対して抑圧的な立ち位置をとるといった現実をなくすことはできないのではないかという問題である。したがって、「具体的にどのような局面でどのような機制を通じて人は法権力によって抑圧されているのかを実証的に把握する必要がある」といった要請が問題関心として生じることになる場合もある（4頁）。

なお、これら四つの基本的問題は、相互に排他的な関係に立っているのではなく、しばしば重なり合っていて、20世紀初頭以降、法学者（の一部）が自覚的に問題にしてきた事柄でもあった（2頁）。それゆえ、これら四つのうちどれかひとつにでも共感する人は、しばしば「法社会学」の「沼」にはまることになるという（5頁）。

では、これら四つの基本的な問題が存在するから法社会学には学ぶに足りる理由があるのだとしても、肝心の「法社会学」とは何かということについては、「経験科学、実証的社会科学への志向という共通点をかろうじてとどめつつその対象・方法ともに多様化し拡散している」こともあって、「法社会学者（の一部）が長年希求してきた独立の学問領域としての姿は蜃気楼のままである」と述べられるにとどまる（7頁）。この辺りの事情が控えているから法社会学におけるアイデンティティ危機という話が出てくるのかもしれないが、もともと「「利益法学」や「自由法学」や「リアリズム法学」を揺籃として法社会学という鬼子を20世紀初頭に法律学が生んだ」のだとすれば（206-207頁）、いわゆる「基礎法学」として「法が社会に存在することの意味や機能」を探究すること（1頁）、そして、「もともとは四つの基本的な問いから法学の自己反省として自覚的に始まった」のが法社会学であるというくらいのことはいえそうである（7頁）。いいかえるならば、「法とはいかなる価値を実現すべきなのか、法の本質や目的はなにか、正義や道徳と法とはどういう関係にあるのか、……べき論・規範論、あるいは思弁・観念論よりも経験的事実の実証的な記述と一般的・客観的法則の抽出・理論化を志向する」、「法社会学はあえてそういったアプローチを自覚的にとりながら、……四つの問いを起点に調査研究を行ってきた学問」であるということになるだろう（5頁）。

１－２．基礎法学としての問い

では、このようにいえたとして、そもそも著者が気にするような法社会学とは何かという問題、すなわち、法社会学におけるアイデンティティ危機など生じていたのかが再び疑問になる。法哲学における法概念の問題として重要な「法とはなにか」という問いに対して、法社会学も一定のこだわりをもっているのだから実は法社会学も法哲学と問題関心を共有しているという話です、というのでは済まないのだろうか。あるいは、このような話で済む問題ではなく、法哲学と法社会学との間にはれっきとした違いがあるのだとするならば、一体その違いとは何だろうか。

法哲学の場合、法哲学とは何かというそもそも論に対する応答としてしばしば目にするのは、法に対する原理的な探究（法概念論・法学的方法論・法価値論）を任務とするというものである。しかし、法社会学はこうした一般的な応答に満足しない。したがって、法哲学では法に対する原理的な探究がなされているのだと説明されても、それが何のためになされているのかといった研究の目的や、そのテーマが掲げられていることの意味については特に考えられることもなく、これは法に対する原理的な探究だから法哲学なのですと自己言及されているだけなのかもしれない。実際、法哲学者や法思想史をもっぱらの研究対象としている研究者（の一部）には、当人の研究主題と具体的な社会問題との接点がみえにくくても、そこに何か直接的な関係が見出せなかったとしても一向に構わないと割り切っている――本書が気にするようなアイデンティティの問題に対して鈍感なのか、そもそも考えていない――者もいる。

もっとも、このような法哲学者のスタンスを問題視する法哲学者がいないわけではない。ドゥオーキンにあやかり、法哲学が法哲学であるためには現実の法的問題状況に照らして興味深いものでなければならないという者もいるだろう。ただ、法哲学や法思想史においては、竹下賢がいうような意味での「味気のなさで群を抜いている」主題を掲げる法思想史研究や、メタ的なテーマを立て方法論上の議論にこだわり地味な文献に沈潜するような研究であっても、それが法哲学にとって無意味であるかどうかは別問題と考えることもできるし、そうみる方が妥当な場合も少なくない[4]。だが、法社会学であれば、まずもって

[4] 竹下賢は、みずからの最初の著書『法　その存在と効力』（ミネルヴァ書房、1985）を指して、こう述べている（同書288頁）。その真意については、「世界は

「法が社会に存在する意味や機能はなにか」という問題こそが重要で、だからこそ社会あるいは社会問題とそこに控えている法的問題との関わり合いが重要だと考えているようにみえる。実際、本書の著者と対話する者であれば、誰もが次のような問いかけを一度は耳にしたことがあるだろう。曰く、「この議論（この研究、このテーマ、この問題設定）には一体どのようなアクチュアリティ―（意味）があるのですか？」、「この議論によって何が（何を）説明された（説明した）ことになるのですか？」。

この問いかけが――もちろん著者との対話した経験の有無にかかわらず――法哲学においても重要であることには変わりない。むしろ、そうした問いがもつ魅力であったり、興味深さであったり、重要さについては受け入れたとしても、なお法哲学としては、正面から応答しにくい「味気」のない問題をあえて主題として掲げて地味な文献研究に取り組むことが重要な場合もあるという話である。ならば、ここに法哲学と法社会学の違いを認めることができるだろうし、そのうえで重なり合う問題関心に焦点を合わせるならば、そこにいうほどの違いはないのかもしれないし、そのような重なり合う部分こそが基礎法学に共通して抱かれている問いということになるだろう。

1－3．基礎法学のアイデンティティ危機！？

興味深い研究でなければならないと考える作法もあれば、「味気」のないテーマを立て地味な文献研究に徹する作法もあるのが法哲学だとすると、ここには法社会学にも相通じる事情が控えているのではないだろうか。本書によると、法社会学には「教科書的な意味での社会学的アプローチ」という作法があるという（5頁）。たとえば、「「経験科学」、「実証的社会科学」、あるいは隣接諸学の理論や知見」を重視するが、その結果、「逆にこのアプローチこそが法社会学を多様化し本来の動機を希薄化させてきているという面もある」のは否めな

緑の野と同様に枯野からも成り立っている。この世界の実相を知るためには、枯野にも思いを馳せなければならない」と述べられている（同書290頁）。ドゥオーキンのいうように「法哲学は興味深いものであるべき」かもしれないが、それだけでは足りないという重要な指摘だろう。同様の問題意識に立つものとして、亀本洋「竹下賢先生の法哲学」（『法の理論37』（成文堂、2019）305頁）も参照。

いといわれているからである（6頁）。また、先に確認した、例の「法社会学を成立させた四つの基本的問いには良かれ悪しかれ無関心ないし無自覚だと思われるものもある」し、認知科学、計量経済学、行動経済学、情報科学など、科学的なもの（サイエンス）が隆盛を極めつつあるなか、「四つの問いは忘却寸前」ともいわれているからである（6頁）。要するに、一方で「「面白い」研究でなければ研究にあらず」という者がいれば、他方で「「面白い」のかどうかで研究の価値が決まるわけではない」という者がいるという堂々巡りである。

また、法社会学が抱えているこのような事情は、たとえば本書第9章「トートロジーとしての法（学）？：法のインテグリティと多元分散型制御」が誕生するに至った問題背景とも連続的な関係にある。というのも、これまでに確認したような意味で「四つの問い」が「忘却寸前」であるとするならば、そして、そうした事態を指して危機というならば、そもそもの問題は法社会学の危機にとどまる話などではなく、法哲学も含めた基礎法学のアイデンティティ危機とでもいうべき問題だからである。なるほど、いわれてみれば、近年の日本法哲学会学術大会の統一テーマも、こうした基礎法学のアイデンティティ危機に対応するものとして設定されていたのだと思えばそう思えなくもない（気がする）。この10年ほどをさかのぼってみるだけでも、「AIと法」（2024年）、「現代法実証主義」（2022）、「法と感情」（2021）と続き、コロナ禍による特別企画であった1年をおくと、「他者をめぐる法思想」（2019）、「法多元主義」（2018）、「生命医学研究と法」（2017）、「ケアの法　ケアからの法」（2016）、「応報の行方」（2015）、「立法の法哲学」（2014）というラインナップであった。こうしてみると、法哲学・法思想史研究の分野が「法学の内部的な正統化や外部に対する説明責任という課題」（207頁）に対して、どのように応えたことになったのかは不透明である。

ここで、法社会学と法哲学それぞれの「流儀」らしきものを対比しながら少し考えてみよう。たとえば、「同性婚」をめぐる問題についてはどのような議論になるだろうか。現行法のもとで、同性カップル間における婚姻の自由が認められていない。では、「流儀」という点からみて、これについての対応はどう異なってくるのか。法社会学者であれば、同性婚が認められないというけれども、そしてそのような現状が（規範的にみて）間違っているとしても規範的な評価はさておき、典型的には例の「法が社会に存在することの意味や機能」を探るという視点から――もちろんこうした視点に限られるわけでは必ずしも

ないが――、まずは同性婚を認めていない現行法がどのような理屈で成り立っているのかと問いを立てるのではないだろうか。これは、本書が参照するルーマン理論がいうところの、「法システムにとっては環境に含まれるところの「学［術］システム（Wissenschaftssystem）」における、法システムについての観察」にあたるだろう（214頁）。いいかえると、法の理念と現実との間に存在するギャップをめぐる問題に関わるが、これもまた例の「四つの問い」に関する精緻で（瑣末な）経験科学的分析へと向かっている話として説明されることになるだろう。

これに対して、法哲学者であれば、一定の規範的評価を伴いながら同性婚が認められていない現状を正当化している法律にそもそもの問題があるかどうかを疑うだろう。そして、その疑念が深まれば深まるほどこれを是正するのは当たり前という立場から、そもそも同性婚を認めていない現行法の解釈やそれに基づいてなされる判断にいかなる正当性や正統性があるのかと問うことになるだろう。これもまたルーマン理論に依拠するならば、「法システム内部の観察」（214頁）を行っていることに違いないが、結果として、同性婚を認めないとする現行法の解釈やそれに基づく判断に対して、正当性や正統性が認められないということになれば、こうした制度は差別的であり正義に反しているがゆえに許されず、間違っている、すなわち是正されなければならないという結論が規範的に導き出されることになる。もとより、正当であったり正統であったりする理由をきちんと備えたうえで正義の実現を図る、そのための理論構成を法哲学の任務と同定し展開していくことは可能である。だが、その際に、本書が提起した「四つの問い」が存在することは大前提ということになるだろうし、場合によっては法思想史研究の成果や、そこから導かれた知見が用いられることも往々にしてある。

１－４．法社会学研究書としての本書の苦悩と法哲学

こうしてみると、法社会学と法哲学の双方の間にあるのは「流儀」の違いといえばそういえるかもしれない。だが、ここでは、ひとまず次のようにみておくことにしたい。法社会学は、「社会」を冠した「科学」、すなわち、「社会科学」と称することにより法現象や法解釈の検討や分析に対する客観性を担保しようとするのだと――本書の立場は異なる（ように評者にはみえる）が少なくとも法社会学一般としてはそうした傾向が認められる――。これに対して、法哲学

は、正義の理念――場合によっては結論先取りにもみえなくもない――を実現するにあたって説明が求められる正当や正統であることの根拠を提供し、その務めを果たそうとするのだと。仮にこういえるとすれば、本書の苦悩はそうした法社会学一般の立場を採用していないからこそ生じているのだと考えられるし、本論は評者による通俗的な法哲学理解に対する懐疑的な姿勢の表われともいえる。

ただ、それでも本書と本論のいずれにも共通する関心として、マックス・ウェーバーの「客観性」論文で提起された価値判断における「究極的価値」に関する問題を指摘することはできるだろう[5]。それは、真っ先に検討されてしかるべき法学の価値問題が、現代の法社会学と法哲学の双方で置き去りにされていることに対する懸念といってもよい。周知のとおり、法哲学の分野では、従来から客観的な意味での正義との関係からみた価値相対主義の問題が取り沙汰されてきたが、このことに関するウェーバーの議論とは、価値判断の根底に潜む「究極的価値」の是非を「経験科学」によって決することはできないというものであり、彼にとってこうしたタイプの問題は「社会哲学」が引き受けるべき課題として位置づけられていた。そして、このような「経験科学」としての学問を謙抑的に捉える見解は、法社会学においてもスタンダードとして共有されている。だが、まさに本書は、こうした「社会哲学」の領域にまで足を踏み込んでいるがゆえに――法社会学としての矩を超えているのではないかと――、先に述べたような意味での苦悩を抱え込むことになったといえるのではないか。

ちなみに、ウェーバーよりも一回りと少し若い世代にあたるグスタフ・ラートブルフは、主著『法哲学』などを通じて法哲学者としてこの問題に挑むかのようなポーズをとりつつ、みずからの主張が「相対主義法哲学」であることに拘泥し、最終的な価値判断は各人の良心に委ねるという立場を選択し、独断的絶対主義に連なる自分自身の信念に関する問題へと閑却し、「究極的価値」に払われるべき真摯な姿勢に関する問題を矮小化して処理してしまった。戦後のラートブルフが再生自然法論を主張するようになったことも含めて、この辺り

[5] いわゆる「客観性」論文とは、M. Weber, (マックス・ヴェーバー（富永祐治・立野保男役／折原浩補訳)『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』(岩波文庫、1998)) を指す。

の事情は拙著『価値相対主義問題とは何か』(信山社、2022)で論じているので、ここでこれ以上の風呂敷を広げることはしない。だが、いずれにせよ、神なき時代において価値相対主義をめぐる問題を引き受けつつ、それでもなお有意義な法学や法学になしうることを考えようとするのであれば、やはり例の「四つの問い」を参照しながら、それぞれの問題関心にとってどのような向き合い方があるのかを問い続ける以外にはないのだろう。この辺りにウェーバーが『職業としての学問』のなかで主知主義を批判しつつも「明証性」や「知的廉直」を求めることにこだわった理由がありそうだが[6]、これについてはあらためて論じることにして、ここではもう少し本書の議論を追いかけつつ、そこに伏在する問題への理解を広げておくことにしよう。

2．横溢する感情

2－1．「個人化する社会」とは？

本書のタイトルにもあげられている「個人化する社会」とは何のことを指しているのだろうか。次にこの点に着目することにしたい。本書によると、それは「生活スタイルその他の意匠の多様性ということを超えて、規範や価値を共有していることに立脚した共同性の認識を都市住民に見出すことが困難であること」、「個々人の意識において社会の規範的統合の基盤であり帰結であった伝統的な紐帯が自明性を失い、個人に規範の準拠が還元されているということ」が進行した社会のことを指すという(290頁)。このような現代社会における「伝統的な紐帯」に対する診断は、とくに2011年の東日本大震災以降に繰り返されるようになった「絆」という言葉が象徴しているように、人によって180度その評価が分かれるだろう[7]。だが、本書では、社会的な規範の準拠先が「伝統的

[6] この点については、矢崎光圀『法哲学と法社会学』(岩波書店、1973) 第四章も参照。

[7] 被災地という現代日本社会の限界状況のなかで「絆」が強調されたのには、2つの対極的な理由を考えることができるのではないだろうか。そこには、被災した厳しい状況下にあってもニッポンの「絆」に基づく秩序が確認されたがゆえにこれを称揚しようとする意図があったから、あるいは、厳しい状況下でカオスが現実になりそうだったがゆえに「絆」を通じて秩序を維持（回復）しようとする意図があったから。

な紐帯」から「個人」へ移っている有り様をみる。つまり、「機能的にはさまざまな相互関係をもっているとしても、個々人が内面化し遵守している種々の社会規範が個人化され、他の社会の成員との共有可能性を保障されていない、あるいは期待できない（と銘々に思い込んでいる）」ため、「ある状況が規範的に「問題」であると認知する個人が、同様の認知を他者に期待できない」社会、すなわち「個人化する社会」が成立していると本書はみている（290-291頁）。

そのような社会においては、いわば〈法のコード〉に乗せることによって他者との間でのコミュニケーションを確保しようとする戦略を考えることもできるし、そうした方向での具体的な戦術を考えていくことも理論上は可能と思われる。だが、本書では、「いったん当事者の一方が法を援用すると、勝負を捨てるか他の枠組みに逃げるかしないかぎり、法という土俵から当事者が降りられなくなりかねないことを意味する」という面があることについて、次のように注意を喚起する（25頁）。

> 「被害者からのはたらきかけに対して、感情的反発とは別に、……法的言辞を弄して抵抗することがある。もちろんこれらは単なる便宜的な手段としての法的抗弁（強弁）にすぎない可能性が高いが、両当事者の心理的駆け引きにおいては相当強力な武器となる。なぜなら、そうした言辞がどんなに理不尽であると抵抗しても、同様に法的文脈に乗せて述べないかぎり相手を打ち破ることができないというのが法の基本前提であるからであり、そのことを当事者が直観的に知っているからである」（25頁）

こうしてみると、先にみた「個人化する社会」とは、現代の法的問題が生じる舞台になっているともいえるし、「個人化する社会」が進行していくことによって現代の法的問題が生じているという意味で相乗的な話になっている。では、そのような「個人化する社会」という言葉で表現されようとしている問題とは何か。「個人化する社会」ということで、どのような問題が語られようとしているのだろうか。ヒントになりそうな議論が実は本書の第１章で論じられていて、そこでは、いわゆる近隣騒音紛争の事例についての議論が展開されているので、次にこの話を参照し、少し追いかけてみることにしよう。

まず、「近隣騒音紛争とは、隣人（集合住宅の隣室、階上階下も含む）もしくはそれに類する近隣生活者間において、一方当事者がその生活過程で発する

音……、すなわち生活騒音をめぐって争われる、偏在する騒音紛争のこと」として位置づけられている（11頁）。そのうえで、紛争の原因となる騒音の発出源や種類は多様でありうるが、「近隣騒音紛争は、多くの場合、隣人間のみで争われるか、あるいはせいぜい近隣コミュニティの範囲内で処理される、私的性格の強い生活紛争である」ことには変わりない（12頁）。そこでは、「個人化した現代社会に潜む「隣人関係の調整」という難問と司法との関係を探るのが筆者の関心であった」といわれている（11頁）。

では、なぜこのような関心をもつに至ったのだろうか。法哲学の観点からみて真っ先に思いつくのは、近時注目を集めている「法と感情」をめぐる問題だろう――「法と感情」の議論については後述する――。本書では、近隣騒音紛争にみられる特徴として被害の主観的性格が強いこと、事案としては私的性格が強いといえるかもしれないことなどが指摘されている（16頁）。そのため、「被害者の要求に対する加害者の感情的反発により紛争が生じるという典型的事例においては、多くの場合、両者間の人間関係は破壊され、相互の正常なコミュニケーションは非常に困難になる」かもしれないし、「むしろ、両者の感情のもつれが紛争の前面に現れ、感情的で不毛な争い……が繰り返されて、ますます感情的対立が激化し状況が悪化していくのがふつうである」といわれている（17頁）。

そのうえ、警察や役所に対して「主として被害者が、相手との不毛な争いに業を煮やして訴えを持ち込む」としても（21頁）、「必ずしも被害者の期待どおりの機能をはたしていない……、逆に相手の態度が硬化してしまったり、介入自体が効果をもたなかったりといった例が少なくない」といったことが普通に起こりうる（22頁）。したがって、「近隣騒音紛争は当事者間の感情的対立が前面に現れる紛争であり、その実効的な解決のポイントは、いかに感情のもつれをほぐし、悪化した隣人関係を良好な関係へと将来的に転換していくかということにある」といわれている（30頁）。ならば、このような「「隣人関係の調整」という難問」が存在するのが「個人化する社会」であり、そうした「難問」を前にした法（学）にとってみれば、これと司法との関係を探りたくなるというのも頷けよう。問題は、「個人化する社会」におけるこの種の「難問」が法（学）を通じてどのように解決されることになるのかである。

２－２．法の限界

先にみたように、「近隣騒音紛争は当事者間の感情的対立が前面に現れる紛争」であるため、これを実効的に解決するには、当事者の「双方が意地の張りあいから脱却することが必要であり、特に加害者側の反省、誠意ある態度、謝罪など（の表示）が重要な意味をもってくる」ことになる（30頁）。しかも、当事者間の話し合いのような形による自治的な解決を望むことができず、第三者として例えば警察や役所の介入も不調に終わる場合（実際にはこうした場合が多いわけだが）、それは「近隣騒音紛争において、被害者による裁判所への調停申し立てや訴訟提起が「最後の手段」としてなされざるをえなくなった場合」を意味することになる（24頁）。だが、「被害者側からすれば、たとえ勝訴して賠償金をとったり、……しても、相手の気持ちの変化という大事な点は触れられずに残る」し、「加害者側にとっても、要はお互いの気持ちの問題なのにそれを金や（判決による差し止めの）強制の問題にすり替えてしまっているという思いが生じる」ことも否めない（30頁）。要するに禍根が残るといえるわけだが、ここに介在するのが次のような事情であることには注意をしておく必要がある。

> 「紛争の心理的側面……、一般に、その側面を含めじつに多様な要素が複雑に絡みあった社会事象としての紛争が、ひとたび裁判過程に持ち込まれるときには、それらの複雑な要素は捨象されて、法的争点に基づくメタコンフリクトに還元され……判決手続とは、まさにそのメタコンフリクトに対して判断（法的判断）を下す過程であるから……相手にすまないと思ってもらいたい、謝罪をしてもらいたいという要求も、損害賠償請求や差止請求という法が用意する「形式」にのせて、メタコンフリクトにおいて通用する言語に構成し直さねばならない」（30-31頁）

結局、例の〈法のコード〉に乗らない限り、他者との間でコミュニケーションすることさえできないという話に重ならざるをえない。だが、後にみるように、そもそも何が〈法のコード〉に該当し、それをどのように用いるとコミュニケーションしえたことになるのかといった認知の枠組みそれ自体が定まらない場合もあるので、この点は非常に厄介な問題として残ることになる。したがって、ここからハッキリするのは、「個人化する社会」における感情の問題を〈法

のコード〉に則って解きほぐすことは容易ではないという様相である。何よりも「被害者の要求に対する加害者の感情的反発により紛争が生じる」場合が典型的に考えられるように（17頁）、「利害対立という面に加えて、当事者間の感情のこじれ、コミュニケーションのすれ違いという面を強くもつ」紛争について（16頁）、しかも「ありふれた、しかし感情的にこじれた紛争」（34頁）、こうした紛争を実効的に解決するには、例えば「しっくりいく」といったような感情レベルの何かが求められることになる。

もちろん、こうした「こじれ」や「すれ違い」が生じているからこそ当事者間で感情レベルの何かに達することが期待できず、それゆえ、行き着く「最後の手段」として〈法のコード〉に乗せた法的コミュニケーションの可能性に託されることになる（場合もある）のかもしれない。このことは理解できる。だが、このような法的コミュニケーションに対しては、そもそも感情レベルでの何かを排除することによってのみ成り立つことが想定されているのではないかといった疑念が常につきまとうことになるだろう。ならば、「個人化する時代」において、暴走する（場合によっては当事者にも抑えることのできない）感情の防波堤として法を位置づけるということが果たして適切（可能）なのかという肝心な点が、大いなる疑問の対象とならざるをえない。

もはや、〈法のコード〉がもつ性質を含めて、見方によっては「（近代）法のもつ「強み」」が法の限界を露呈するよう働きかけアシストしているかのようである。だが、それでも――いやそうだからこそ――法は、「紛争の法的争点に公式かつ最終的判断を加えるという機能を果たしており、その判断は普遍性・公共性および国家権力に担保された強行性を有している」し、「その結果、裁判所の判断は、紛争当事者のみならず社会全体にとって無視することの許されない特殊な存在としての厳然たる位置を社会において占めることになる」と考えられている（25頁）。

しかし、再びラートブルフというわけではないけれど、そのような国家権力による強制としての「法」が正当であるとか正統であるとみなされているのはなぜかと問うとき、そこには法的安定性をもたらすゆえに正当であるとか正統であるのだという以上の理由はないかもしれない。もしそうした理由がないならば、たしかにこのような法的安定性が重視される社会を理念的に捉えたり構想したりすることはできるかもしれない。だが、規範の準拠先が個人に還元された社会としての「個人化する社会」のように、感情に悩み、苦しみ、葛藤し

ている問題が常に広がっている状況を前にすると、「（近代）法」とは何の助けにもならない代物であることが明らかになるだけで、悩み、苦しみ、葛藤する際に噴出する感情を逆なでし抑圧するよう作動することくらいしかできないかもしれない。

ならば、またもここで一つの疑問が生じる。「個人化する社会」が、（たとえ消極的にではあれ）それでもなお「（近代）法」を活用することの意味はどこにあるのか、そうすることにどのようなご利益があるのかというのがそれである。近隣騒音紛争の事例に対する関心が「法と感情」という法哲学的テーマへの関心と重なることは先述したとおりだが、興味深いことに、法を理性と同視したうえで感情と対立するものとしてみなす伝統的に根強い一つの法観に対して、住吉雅美は否定的な構えをとっている。住吉にしたがえば、「法も理性も感情の亜種」にすぎず、そもそも法と理性を同視し感情と二項対立的に捉えたうえで感情を抑圧しようとすること自体がナンセンスという話にしかならない[8]。

ただ、このように法と感情を捉える見方は、「（近代）法」の自己否定でしかない。このことは、「外界と自らを区別し、自己言及的なオートポイエーシス・システムとして自存することで、法システム（全体社会システムの部分システムとしての）は、破綻なく存立しつづけることが可能になっている」と考えるルーマン流の法システム論にとって、法システムそれ自体の崩壊を意味する以上、こうした見方を受け入れることは到底できないだろう（213頁）。では、甚だ厄介な代物は、「横溢する感情」か、それとも「（近代）法」か。「法と感情」の問題を踏まえたうえで、あらためて「法とはなにか」という設問にどのような示唆が得られるのだろうか。再びこの問題へ戻ることにしよう。

3．閉塞する法の様相

3－1．現代社会における共同性の喪失

法社会学の知見によると、「社会の成員間に存する共同性と法とが、単純な対抗関係ではなくむしろ一体的ないし相補的な関係にあることは、古典的な法

[8] 住吉雅美「法も理性も感情の亜種――総括コメント」（『法哲学年報2021――法と感情――』（有斐閣、2022））を参照。

の社会学的理論においては自明の前提であった」（284頁）。それならば、ここで法との関係における「共同性」とは何を指しているのだろうか。本書には、「共同体の共同性に関して最も根源的なものから順に次の三つのレベルを――相互に一定の連続性を有するものとして――区別することができる」とあるが、その三つとしてあげられているのは、①始原的・身体的共同性、②自然的共同性、③人為的共同性であった（286頁以下）。このような「共同性」に対する診断の是非は別として、こうした三つのレベルで捉えられた「共同性」と法は、現代社会において①と②のような「身体的・自然的共同性の非自明化の進行に伴い、新たな展開をみせている」と考えられ、それは「具体的には、(1) 規範の準拠集団の個人化、(2) 法の自己組織的サブシステム化、という現象である」といわれている（289頁）。以下、順にみてみよう。

3－1－1．(1) 規範の準拠集団の個人化

上述の（1）規範の準拠集団が個人化する社会ということで想定されているのが「個人化する社会」であることは疑いない。そこでは、既に身体レベルや自然レベルでの共同性は喪失し反省的批判の対象になっているとされるが、「これは、純粋に意味秩序における現象にとどまるのではなく、近代化と都市化という社会変動により、自然な共同性の実体的基盤が消失したことがその背景にある」（290頁）。だが、単にそうした「実体的基盤」の有無が問題なのではなく、「個々の行為者が、他者との共同性を想定せず、共同性の基盤でもあり帰結でもある規範の共有を期待できないと認識している、という意味秩序が、やはり重要」であると考えられている（290頁）。そうすると、ここでの問題は、都市住民のなかに規範や価値を共有しているという共同性の認識を見出すことが困難なのではないかという点に求められるだろう。そこでは、個人の意識として社会規範の基盤であると同時に帰結でもあった伝統的なものがその自明性を失い、規範の準拠それ自体が個人のもとに還元されていることにつながっているからである（290頁）。それゆえ、「機能的にはさまざまな相互関係をもっているとしても、個々人が内面化し遵守している種々の社会規範が個人化され、他の社会の成員との共有可能性を保障されていない、あるいは期待できない（と銘々に思い込んでいる）」状態がここには出現しており、「ある状況が規範的に「問題」であると認知する個人が、同様の認知を他者に期待できない」状況が生じているということになる（291頁）。つまり、この議論はこれまでにみてき

た例の〈法のコード〉を可能にする前提に連なるものとして考えられている。

3－1－2．(2) 法の自己組織的サブシステム化

とはいえ、後期ルーマンのシステム理論を参照するならば「個人化する社会」においては、社会の機能的な分化にともない、それぞれの機能ごとのシステムが相互に分離し自律性を増しながら、それぞれ独自に高度な発展を遂げているのだと説明することもできる（292頁）。それゆえ、本書では六本佳平にならいつつ、「法システムに関していえば、それは、社会の他の秩序装置による問題処理が機能しなくなった結果、法システムに対する問題処理要求が増大している「社会秩序の法化」状況」が出現しているとの指摘がなされている（292頁）。また、このことは、「事実から自らを切り離すことで、高度の規範性と体系性を実現しはじめた法は、よりいっそうの自律性を強め、自己組織化すると同時に、サブシステム化する」ようになり、「法の原語（語彙と文法）が他のサブシステムの言語と接点を容易にはもち得ないかたちで自己組織的に発展、分化し、同様に高度な自律性、自己組織性を強めた他の機能システムと相並ぶサブシステム化した」といわれている（291-292頁）。

要するに、法システムは何がこの世界の事実であるかという認知に関わる枠組と一般化された規範命題とを機能的に備えていて、この機能を果たすなかで法システムは「規範的予期の違背の発生による複雑性、不確定性の縮減のより高度な実現」などを経験し、社会におけるみずからの機能的プレゼンスを増大化させているわけである（292頁）。

3－1－3．規範の準拠集団の個人化と法の自己組織的サブシステム化の帰結

以上のような、(1) 規範の準拠集団の個人化、(2) 法の自己組織的サブシステム化、これらの議論から何をいえたことになるのか、このことを整理しておこう。まず一つめの（1）のような話の結果として、一定の意味でという限定は必要だが、「社会の現実の状態とは無関係ないし独立に、法は法独自の認知枠組みによって社会を構成し、かつ当該社会に妥当する規範を構成することができるようになっているということ」、そして「社会的文脈とは無関係な仕方で自己完結的に法解釈や立法がなされる（なされているようにみえる）」[9]とい

[9] 引用元には、後期ルーマンの理論を参照しながら次のような注が打たれてい

うことはいえそうである（293頁）。規範の準拠集団の個人化が進行しているならば、社会的現実と法のあいだに存在するギャップがみえてくるというのはそのとおりかもしれない。また、二つめの（2）の議論に関しては、「法システムが自己組織的であることにより、システムが社会の事実としての共同性を前提ないし基盤としなくても、またそれによって直接的に正統性を付与されなくても、それ自体として作動しうるようになっていることをも指摘できる」とされる（293頁）。まさに法システムが自律的であることの表現といえるし、この意味での法を指して、本書では「閉塞する法」ということを考えているともいえるだろう[10]。

では、これらを理解するうえでのポイントが何かといえば、それは、「個人化する社会」の進行にともなう規範の準拠集団の個人化と、不確定性の増大、すなわち、法システムがみずからのプレゼンスを増大させているのと同様に、たとえば経済システムのような他のシステムもみずからのプレゼンスを増大させていることに対する着眼であると考えられる。つまり、「機能分化が進み、高度に自律的で自己組織的な機能サブシステムの並立状況が現出した社会においては、準拠システムの偶然性という問題が発生する」ことになるのではないだろうか（293頁）。だから、わたしたちにとっては、もはや「他者と同じ選択をすることは自明ではなく、法システムによる処理と経済システムによる処理とが対峙することも起こりうる」し、「問題状況の主たる「意味」を相手方と共有できないということ」になるのだとも考えられる（293頁）。

る。「もちろん、実際にはまったく無関係・独立であるわけではなく、……少なくとも潜在的には一定の依存関係がシステムと環境とのあいだには存在する」（293頁）。

[10] 本書の欧文タイトルは、Autonomy of Law within Individualized Society となっている。本論に引きつけてみるならば、ルーマンのシステム理論を自家薬籠中のものとした著者からみて、まさにルーマンがいう意味での法の自律的な有り様を指すために Autonomy of Law という訳語があてられたと考えられるし、とりわけ現代社会を「個人化する社会」として捉え返すのであれば、なおさら obstructed Law というよりも「閉塞する法」を表現する用語として Autonomy of Law が選択されたのだ理解することができる。

3－2．公共的な問題と法

それでは、以上のように共同体における共同性のもっとも根源的なレベルについての整理と検討を通じて、どのような問題がみえてくるのだろうか。次にこの辺りをみてみよう。

3－2－1．共同性を前提ないし基盤としないことの問題の所在

本書において、現代の都市化が進行した社会では、共同性を前提としたり基盤としたりすることができない。そのため、「そもそもある個人が認知した「問題」が他者により同様に問題として認知されるかどうかさえ疑わしく、されたとしても（訴訟提起などによって強権的にコミュニケーションの枠組みが設定される場合を除き）同様の枠組みによる認知ならびに処理が志向される保証がない」し、「仮にたまたま枠組みを共有しても、それが日常の生活者によるスムースなコミュニケーションをもたらすわけでもない」と考えられている（296頁）。だからこそ逆説的ではあるが、「法に関わりながら公共的な関係を再構築するということは、どういうことであろうか」という問いが成り立つことになるし、公共的な関係の「自明性が欠落しているがゆえに作為的な再構築が問題となる」（296頁）。つまり、現代の「個人化する社会」においては、「個々の個人がまさに「個人的に」直面している問題がいかに公共化されるかが、公共性の再構築の始原的問題として立ち現れざるをえない」といった状況下に置かれることになる（297頁）。

もっとも、このような再構築の試みは経済や政治など様々なシステムにおいても起こりうる話だが、法システムについて考える際には、そこで行われるコミュニケーションがある特徴を有していることに気をつけておかなければならない。それはユルゲン・ハーバーマスの議論を想起させるものでもあるが、法システムにおけるコミュニケーションとは、「自らのクレームを枠づけると同時に正統化し、他者に理解させ受け入れさせるコミュニケーション」であり、「一般性と超越的妥当性を要求する体系的な規範命題を援用することによって」行われるコミュニケーションであるということになる（298頁）。ただし、「法はひとつにはそもそも行為を統制する規範であること、もうひとつにはそれが個別具体的な事象を抽象し定型化された枠に従って問題を把握し処理する規範であること、さらに国家の強制装置の発動（の可能性）を伴う規範であることなどから、法が個人の自由に対して根源的な抑圧装置としてはたらきうること

が繰り返し指摘されてきている」点についても、注意をしておく必要がある（299頁）。

3－2－2．法システムにおけるコミュニケーションの問題

以上が、現代の「個人化する社会」において法の抱えている根本問題ということになるが、法に関わる個々の主体の自由に対して、典型的には国家権力などが抑圧的に作用する場合もあることについては過小評価をすべきではない[11]。もっとも、法システムに関しては、それだけが排他的に法外部にあるもの、たとえば「法システムに感情が持ち込まれる〈にもかかわらず〉ではなく〈からこそ〉、法はいっそうシステムとして自律化し抽象化せざるをえない」という面があることは、やはり見過ごすことができない（300頁）。それは、「法をはじめとする分化した各機能システムは、個別具体的なコンテクストに執着する当事者にとってますます抑圧的で疎外的なものとなることで、同時に当事者にとっては頼らざるをえないものとしての機能的プレゼンスを増しているという逆説がここには存在する」からにほかならない（300頁）。しかも、「ますます抽象化した制度に依存することでしか、コミュニケーションによる問題の公共化を当事者が実現することができないことと、そうしたコミュニケーションを担う制度としてのシステムがますます高度な自己組織化を遂げて人間を排除することとが、相補的に発展している」という状況が（300頁）、共同性を喪失して都市化した「個人化する社会」の問題として立ち現れている。したがってここから示唆されるのは、「法に抑圧ないし拒絶されつつ法に関わることで問題の公共化を実現するしかないというジレンマ」である（301頁）。

とはいえ、こうした分析をみたうえで、なお長谷川貴陽史がいうような「反省的個人」という「法に対して距離をとり、法規範とそれ以外の規範のあいだ

[11] 本書では、アントニオ・ネグリ＝マイケル・ハート（水嶋一憲ほか訳）『〈帝国〉――グローバル化の世界秩序とマルチチュードの可能性』（以文社、2000＝2003）を参照しつつ、「法だけがいわゆる〈帝国〉すなわち、われわれの主体性ないし自由を身体のレベルに至るまで包摂してしまう普遍的な「ネットワーク的権力」ではない」ことを指摘し、「経済システム、政治システム、教育システムといった各システムのそれぞれが、個別性、多様性を暴力的に抽象化し、システム外的要素を排除したコミュニケーションによって成り立っていると考えるほうが、妥当であろう」と述べている（299-300頁）。

を自由かつ主体的に往還する個人」という見方もできないわけではない（304頁）。だが、長谷川の論法に乗ったとしても、「こちらが法的な手段を使ったり使わなかったりしたとき、相手方がそれに連動して法の枠組みに乗ったり乗らなかったりする……その結果、問題がどのような意味で公共的であるのかを認知する枠組み自体が定まらない」、すなわち「コミュニケーションの枠組みが定まらない」可能性を完全に回避することはできない（307頁）。本書にしたがえば、長谷川のような議論に対する構え方として、「問題は単に自分の感情におさまりをつけたり、いちばん効率的に当座の目的を達成したり、制度の呪縛や専制に対し自由であることなのではない」ことをまずは確認し、そのうえで、「自分の主張の正統性そのものを、相手に「コミュニケート」する必要があり、そのための回路を開き、問題を公共化する必要がまずある」ことを示すというやり方がいかに有望であるかを示していくことが考えられる（310頁）。

だが、こうしてみると、問題は「個人化する社会」と「閉塞する法」のどちらにあるのか、ますますよくわからなくなる。そのどちらかというのではなく、双方に問題があるといえばそうなのかもしれない。ただ、「個人化する社会」では社会規範の準拠先が個人に置かれている。そのため（個人的な）問題を社会で共有しようとすることから始めなければならず、このことが問題の公共化という目的を立てることの前提にもなっている。だが、そうした社会の事情と法がどのように作動するかは無関係だろう。法は問題を公共化し解決しようとする目的達成のためだけに存在するわけではないし、むしろそうした（当初の）目的を阻害するよう機能する場合でも（ためらうことなく）作動するのが法だからである。ただ、それでもまだできそうなことは思いつく。それは、このような「個人化する社会」と「閉塞する法」の問題を考えるべきだと考えているのはなぜなのか、何のために考えるべきだと考えているのかというメタ的問題をどうするかである。

3－3．問題を公共化するコミュニケーションにおける法の特徴

ここまで本節では、法社会学的な観点からみた失われた共同性の問題、共同性を期待できないことに伴って生じる問題、そして法システムにおけるコミュニケーションをめぐる問題について検討をしてきた。そこでこのことを踏まえたうえで、しかしこうした議論は何のために展開されているのかを法哲学の観点から考えてみるならば、究極的には正義の実現に向けた取り組みの一環とし

て行われたのだろうと想像することはできる。そして、やはり本書も法社会学の観点からこの正義をめぐる問題を公共的な問題として捉え返そうとしていて、「「正義」の実現としての「法」が、いかなるかたちで「公益」を観念し、また「討議」を構成するのか」を考えているが、まずは「その外形的な特徴」として以下4点ほどをあげているので、これをみておこう（266頁）。

第一に指摘される外形的な特徴とは、法の超集団的普遍性についてである。それは、「法とはなによりもまず国家法である」という言明からも明らかなように、「人間が第一次的に帰属し最も身近な社会関係として認知している集団内でもっぱら妥当している行為規範を超えた次元に狭義の法は成立している」ことに依拠している[12]（267頁）。つまり、「国家（あるいは超国家的な共同体）というフィクショナルな共同体に係留されて成立する法の（法自身が標榜している）正統性は、人間が実感できる範囲をあえて超えた、原理的には宇宙まで拡大しうるような、人工的な普遍性を意味している」という点で「超集団的普遍性」を備えているし「法はそのような不自然な想定を基盤にして成立している」と考えられる（268頁）。そこから導かれるのは、「人間が原初的に生得している社会性、道徳性に根差した社会規範と法とのあいだには飛躍があるということ」[13]（269頁）、そして「人間の心理として不自然なもの……その不自然さこそが法の真骨頂だ」ということである（268頁）。

第二にあげられているのは、法が言語による定式化と自己言及を行っていることについてである。これは、法みずからが有する一般性を要件と効果の組み合わせによる「条件プログラム」の形で実現しているということ[14]、その際、「明示的に言語でプログラムを記述し適用することが重要で」、「法的コミュニケー

[12] もっとも、本書ではエールリッヒが「生ける法」に法発展の重心を見出していることは承知したうえで（オイゲン・エールリッヒ（河上倫逸＝M・フーブリヒト訳）『法社会学の基礎理論』（みすず書房、1913＝1984））、現代日本で慣れ親しまれている法形態が、「各「社会団体」の枠を超えて超集団的に成立している」という指摘に注目しているとの説明がなされている（267頁）。

[13] ただし、本書ではN・ルーマン（村上淳一＝六本佳平訳）『法社会学』（岩波書店、1972＝1977）2章における規範の内容的次元と時間的次元とは区別される社会的次元においての話であるとの断りがなされている（269頁）。

[14] このような法の一般性とは、ルーマンのいう内容的次元の一般性のことを指す（269頁）。

ション」とはそうしたプログラムにしたがうことが求められているのであって、世界のなかから法的に関係のある「事象を「法的」に把捉したうえで、その理解に基づいて一定の法的効果を付与するのが、法的なコミュニケーションである」ということである（269頁）。これについて、「ひとつは先行してなされたコミュニケーション（とりわけ裁判や決定）が制度上ないし事実上拘束力のある「法源」として言及対象となり頻繁に参照される」とともに「いかなる手続や形式でなされたコミュニケーションが法的コミュニケーションたりうるのか、法自身が定めている」点で二重の自己言及性を有している（270頁）。

第三にあげられているのは、人為性と操作性という法に特徴的な性質である。法にとって重要なのは、「ともかくも不可知な知をあたかも可知であるかのように手続に乗せ、形式的に弁別し、一定の効果を付与し、秩序をもたらすこと」であり（271頁）、そこから導かれる「法はこのように一定の手続によって事象を整序し、人間による操作を可能にする知的営為である」ので（272頁）、「法において基本的に優先されているのは世界がどのようにできているかの科学的知ではなく、世界がどのようにできていると人間社会はどのようにみなすべきか」が問題となる（272頁）。もちろん科学的知が法に与えている影響は甚大だが、いや甚大だからこそ「法は自然科学の軍門には降らない」ともいえるのであって、その理由は「人間が「社会的」であると同時に、「自由」で「主体的」な存在でありつづける（と人間自身が信じつづける）ためである」（272頁）。

第四にあげられているのは、法の有する妥当性が超越的であることを示すため法みずから権威を求めそれを誇示する、そういう性格が本源的に埋め込まれているということである。法化社会といわれる現在、法は、神なき世界における超越的権威として厳然たる存在感を示しつつ、その規範性はこのうえなく強い要請として社会的に語られるに至っている。その有様は、たとえ「神や天の威を借りてまでして」も、「法という規範は、……超越的な権威を伴ってその拘束力を僭称しようとする」し、「妥当する規範に基づく予期は、事実に裏切られたとしても、抗事実的に貫徹され安定化される」ことにより（273頁）、拡大し再生産されているといえるだろう。

以上が問題を公共化するコミュニケーションの外形的な特徴ということになる。法のもつ超集団的普遍性、法が言語によって定式化されるもので自己言及的なものであるということ、法は人為的で操作可能であるものであるがゆえに法であるということ、法は超越的妥当性をもつものだということ、このような

法をめぐって、どのようなコミュニケーションを考えることができるのだろうか。次にこの点をみてみよう。

3－4．法的コミュニケーション

法システムにおけるコミュニケーションとしてどのようなものが考えられるのか。それを法的コミュニケーションと呼ぶとして、どのような問題が伏在していると考えられるのか。

3－4－1．法的コミュニケーションが存在する条件

本書の第9章の冒頭には、「経済活動に密接に関わる分野の法律学において深刻なアイデンティティ・クライシスが発生していることを実感するに至った」との記述がみられる（205頁）。ただ、この箇所で注目されるのは、法と経済（学）の問題を考えるうえで「これは傾聴に値する見解だ」と認識されているのが後期ルーマンにおける「観察の観察、すなわちセカンドオーダーの観察の回帰的ネットワーク（循環的推論）による閉鎖的な作動」の議論に関わっているという点である（212頁）。というのも、この「観察の観察、すなわちセカンドオーダーの観察」という議論は、それが時間的に先行して行われた観察を観察するといった意味で非時間的なのではなく、むしろ時間や歴史につなぎとめられた「メタレベル（二階のレベル）からの言及」としての「セカンドオーダーの観察」に関するものとなっているからである（211頁）。そして、このような視点が注目されるべきなのは、その背景に法の歴史性をめぐる問題が控えているからであり、法の歴史性という問題が控えていることが重要なのは、そうすることによって法を規範としてのみならず存在の次元において事実として捉えることが可能になるからである（210-211頁）。

このような見方は、「なんらかの実体的根拠がなくても、権利の言葉を繰り出したり、一定の条文を引用したり等すれば、それは法的な問題として提示されたことになる」し、「法とはそのような、限定された枠組みに沿った相互コミュニケーションの謂いであり、それ以上でもそれ以下でもない」という話と順接の関係に立っている（212頁）。というのも、このように表現された法的コミュニケーションがどのようなものかといえば、それは〈法のコード〉に乗りつつ、しかも〈法のコード〉から導かれるモードにしたがってなされているコミュニケーションだから法的コミュニケーションなのだと述べているからである。つ

まり、このことは「法がなぜあるかという問いに対して、なんら実体的根拠を示さず、あるからある、という不毛なトートロジーで答えている」のと変わらない（213頁）。したがって、ここから窺えるのは、「法は法によって法として定められた／規約された／認知されたものが法であるというトートロジーないし自己正統化」を通じて法になると反復せざるをえないというのが法の実相なのではないかという視点である（277頁）。

加えて、こうした視点は、ある重要な示唆を与えてくれる。たとえトートロジカルで自己循環的な形式をとることによってしか存在しえない、そのような法的コミュニケーションであったとしても、当該法的コミュニケーションにおいて想定されている法にとってみると、ここでなされている議論が、先にみたような外形的特徴を備えているかどうかが大事であるという話の別ヴァージョンであることに気づくからである。そして、もしそのようにいってよいならば、つまるところ、外見から法的コミュニケーションとして識別できるかどうか（法的だから法的である／法として実際にみなしうるから法なのだといえるのか）という法の存在次元における議論の構造を規範や機能における次元の問題と別立てで理解することの重要性が示されているからである[15]。

したがって、本書の著者にならい法哲学にとって傾聴に値する点は何かといえば、このような存在の次元において法を捉え返すことの意味に対する注目ということになるだろう。そうした例として、本書では「権利」に関する議論があげられているが、そこでは、「権利の論法という「かたち」をとることでなんらかの言説が法的なものと認知されるということ自体」」に対する注目こそが重要であるとの指摘がなされている（210–211頁）。本書では前期ドゥオーキンが「権利」を重視したのはそうだとしても、ドゥオーキンに先駆ける形で既に川島武宜が法の存在次元と法が法として正統性をもつかどうかに関わる正統

[15] 本書では、本文中で記した「法の存在次元における議論の構造を規範や機能における次元の問題」について次の①から③のように分けて考えるべきだと主張されている（211頁以下）。①（実体的根拠は別にして）法が法であると識別されること自体［存在次元］、②法が法として（認知的・規範的）正統性を有している（とみなされている）こと（legitimacy）［正統性次元］、③法が法として社会に対して実効的に一定の機能を果たしている（≒法ならではの十全な社会統御機能〔≒政策実現機能、紛争処理機能など〕を実現している）（とみなされる）こと（responsiveness, effectiveness）［機能次元］

性次元との間に存在する「ズレ」に着目していたことに言及し、こうした「ズレ」が生じたのはなぜかといえば「法の理念を内面化しないで形だけ「権利主張」を行うふるまい見出していた」からだと述べていた（211-222頁）。このことを踏まえるならば、そしてこのことが西洋から近代法を継受した（とされている）「日本人の法意識」における問題の所在を示していることにさえ気づくならば、このような存在次元にスポットライトをあてる形で法を見つめ直すことにも十分な意味がある。とりわけ、ハンス・ケルゼンの「純粋法学」やラートブルフの価値相対主義法哲学が遠い時代の思想になりつつある、実質的な内容に関わる正義を規範的に論じることに躊躇のない現代法哲学においては、このような存在次元に立つことから得られる法的コミュニケーションに対する理解や視点は、どこか欠落しがちで容易に獲得しえない法の見方なり考え方を提供するように思われる。

3－4－2．法的コミュニケーションと呼びうる条件

再び本書の第9章のある脚注に注目してみると、いかなる条件が法的コミュニケーションに対して求められるかついて、こう記されている。

> 「筆者自身は、行為者間で「法的コミュニケーション」が成立していると呼びうるためには、外形的な行為（発話）に着目すれば「十分」だとは考えていない。それは、……ハートがいう、内的視点と外的視点の区別を重視しているからである。つまりは、法というフィクションに関わる行為者の自己欺瞞的コミットメントという主体的条件が不可欠であると考えているからである」（214頁）。

だが、このことに関連して、本書のように和田仁孝にならい、「「共同的社会組織が融解」し、社会が「個人化」した結果、問題当事者の「『感情』の横溢」が司法などにおいて見られるようになっている」というならば[16]、そこでは「制度の処理以前の行為者間のコミュニケーションのレベルにおいて、すでに、対

[16] 和田仁孝による論文「『個人化』と法システムのゆらぎ」（『社会学評論』54巻4号（2004）419頁）が本書では引用されている。また、本書では和田の議論に対する批判的検討もなされている（302頁）。

話ないし合意がほとんど不可能なほどの、個人化とその帰結としての感情の自己循環的flamingが存在する」としか考えられないことになる（302頁）。

また、「ある個人的な問題を抱えた行為者がその問題を公共化しようと試みるとき、それは、法に限らず、社会においてプレゼンスが増しつつ、しかし行為者の根源的な自由と個別性、あるいは感情を抑圧するようなシステムに関わるということを余儀なくされるということであり、その場合、例えば法という制度ないしシステムは〈所与〉の抑圧的なものとして行為者にとって映るために、いわば、法に抑圧ないし拒絶されつつ法に関わることで問題の公共化を実現するしかないというジレンマが存在する」こともたしかだろう（301頁）。ただ、その場合でも「制度に対する断罪と脱構築、あるいは密漁的抵抗というスキームは、結局そうした状況に掉さすだけ」にしかならないのではないだろうか（302頁）。そして、そのようにいえるならば、「むしろ、制度理念を保持しつつその射程の拡大のなかで、「横溢」する個人の感情とその他の「法外」的要素をどれだけ吸収できるかを考えるべき」とみる本書の主張には、やはり相応の説得力があるように思われる（302頁）。ならば、法的コミュニケーションを可能とする人間としてどのような主体が想定されることになるのかが次の問題になる。

3－4－3．求められる法主体としての「自己欺瞞的な主体」

では、本書で求められる主体とはどのような性格のものになるだろうか。これに対する本書の応答は、ずばり次のようなものである。

> 「法システムに準拠した自らの規範的説得の正統性をかろうじて確保し、常に成功する保証はなにしても、個人状況の公共化のコミュニケーションの手がかりを法に則って保持する主体とは、優れて自己欺瞞的な主体である」（311頁）。

ここには耳慣れない独特の語が用いられているが、要するに、「自己欺瞞的な主体」とは、「仮に法の理念が虚偽、あるいは暫定的で流動的なものだとしても、虚偽性を知りつつ自らにその虚偽を言い聞かせ、他者にもまた同様の〈自由の放棄〉を求めることで、自己の主張の正統性、説得力、公共性を獲得する、その意味で自己を欺瞞しつづけている主体」のことを指している（311頁）。こ

のような「自己欺瞞的な主体」の真価が発揮されるのは、「フィクションがフィクションとしてのアクチュアリティと実効性を有する」ようになるところに見出される（311頁）。しかも、驚くべきことに「このような自己欺瞞にはしばしば忘却が伴う。常に反省的、自覚的に自己欺瞞がなされているわけではない。むしろ自己欺瞞の欺瞞性はそれが再び忘却され、あたかも欺瞞がないかのように表象されることにも存在する。欺瞞であることを忘却し、忘却していることも忘却している、二重の忘却（二重の自己欺瞞）によって、……規範を完全に内面化した主体に近接する」というのだ（312頁）。「自己欺瞞的な主体」とは、まさに文字通りの意味のものとして受け止めるしかない。

では、このような主体と社会との関係はどのようなものになるのだろうか。もはや先行きが明るいとは思えないが、共同性の失われた「個人化する社会」において問題を公共化していくという議論については先にみたとおりである。それでもまだ、「公共性というのは、根源的な自由や感情をあえて自制ないし自己表象し、「制度」に寄り添うことからしか創発しないという基本的事態の、現代社会における現れ」であるとみることはできるかもしれない（313頁）。だが、そこに「自己欺瞞的な主体」というアイデアを導入した途端、「自己欺瞞を欺瞞であると知りながら、なおそこにとどまる主体、欺瞞性の安易なイデオロギー暴露に走るのでも欺瞞性の二重の忘却による「近代的法主体」像に自足するのでもない主体、そのような主体の、自己欺瞞性への自己省察が、個人化した法化社会といわれる現代社会において求められている」ことを否が応にも知るよう迫られ、悲しいことに「「メタ自己」という仕組みそのものにまで自覚的であろうとする「メタ自己」」でしかありえない主体としてみずからを捉えなければならなくなる（313頁）。

結局、このような「自己欺瞞的な主体」によって担われるよりほかにないのが法的コミュニケーションの有り様ということになるし、そのような法的コミュニケーションによって、「「横溢」する個人の感情とその他の「法外」的要素をどれだけ吸収できるかを考える」よりほかにないことを自覚しなければならなくなる（302頁）。まさしくこのような文脈のなかで法が「閉塞」した状況と、そうした状況下における（現代社会を指すものとしての）「個人化する社会」を描くことが、本書に課されていたテーマだったのではないだろうか。このようなビジョンを見通していたからこそ、法社会学の存在理由が気になって仕方なかったことも理解できるし、本書の序章に掲げられたタイトルは「始まる前

に終わる」だったのだろう。

おわりに代えて

現代社会を「個人化する社会」として捉える本書を検討し、それでもなお法学に何ができるのかを考え、そのうちの一つにみずからのイノベーションをあげることは許されるだろうか。本当に本書をきちんと読んだのかとお叱りの声が聞こえてきそうである。イノベーションを唱えたところで、法学の根本として「四つの問い」が重要であることには変わりない。だが、いやだからこそというべきかもしれないが、実定法学がこの種の問題と取り組むには、かなりハードルが高いということも容易に想像される。では、本書とともに基礎法学とは何かを考えてきた本論が、「四つの問い」を含む法学に対してどの程度の寄与をなしえたかといえばこの点も甚だ怪しい。結局、本論は法（学）をどのように捉えたことになったのか。あるいは、何をどのように検討すれば「四つの問い」と取り組めたことになったのか。ひとり禅問答でもしているかのようである。もちろんこれらは本論が行ってきたことに対するメタ的な、しかし根本的な疑義の表われといえる。ただ、こうした視点が、たとえ反射的にではあれ、ひるがえって本書の意義をあらためて問い直すリトマス試験紙くらいにはなっていると願いたい。

本論では法哲学の観点から法社会学研究である本書の検討を試みたが、本論こそ「始まる前に終わる」、結局は法哲学と法社会学における主語に関する問題を１周してきただけだったのかもしれない。法哲学からみて違和感を覚えるのは、少なくとも本書のような法社会学研究で往々にみられる語り口が、法を何かまるで生き物であるかのように扱い主語として用いている点であった。たとえば、本論でも検討した「法の自己組織的サブシステム化」の議論の仕方は、こうした違和感の対象でしかなかった。もっとも、そうした違和感など法哲学の側である評者の勉強不足に起因する問題にすぎず、単にルーマン理論に対する習熟が足りないだけの話だと法社会学の側である著者には映るかもしれない――が、これについても、ルーマン理論が既に法を生き物であるかのように語っている（そうした設えになっている）ことに対する問題提起なのだという法哲学者はいるかもしれない――。ただ、ルーマン理論に対する理解やその主張の是非、法哲学と法社会学それぞれでは重きを置くところに違いがあることを承

認しさえすれば、「もはや個々の行為者にも、法自身にも、法の全体像が把握できず、その内部的見通しが利かなくなっている」という本書の主張こそ、基礎法学が共有すべき問題として受け止められなければならない（199頁）。

もっとも、このようにいわれてしまうとたしかにそうかもしれないが、このことに気づいてしまった以上は黙って問題をみすごすわけにもいかず、自問自答を繰り返すのみである。法社会学では、しばしば法を擬人化し主語にする。たとえば、「法は、……」という形で主語が法であるかのように話が始まり進むのだが、法が主語であるのは形式上のことにすぎず、本当の主語は観察や分析をしている（が文中では隠れて表に出てこない）学者である。つまり、話は「法は、……（とわたしは思っている・考えている）。」といった形で本当の主語である「わたし」を（少なくとも頭のなかか心のなかで）補わない限り、完結しない。法哲学の場合であれば、主語は書き手や話し手である「わたし」という一人称か、そうした「わたし」とは異なるがしかし「わたし」のなかで想定されるところの「彼／彼女」といった三人称の論者（思想家）を想定するのが普通であり、それにしたがって法に関する議論が進められていくことになる。だが、法社会学では、客観的に観察された法現象に対する記述をしている（実際そのようにみえたのだ／そうみえたことを書いただけだと強弁するかもしれないがそういう）体裁をとることが多いため、本当の主語にあたる書き手や話し手である「わたし」の姿はどこにもみえない――記述を可能にする法社会学者自身が「わたし」でしかないにもかかわらず――。

もちろんこれは本書において繰り返し述べられてきたと同時に、本論でも繰り返し触れてきた、認知をめぐる二つの問題に関わっているのだろう。つまり、何が事実であり何が今の状況であるのかということについての認知が適切になされているかどうかのレベルに関わる問題と、そうした適切な認知を可能にするような枠組みをめぐる問題である。それゆえ、前者の認知に関わる問題を厳密にクリアしようとするならば、「ここで生じた法的紛争の根底には、○○の問題がある」と述べてはならない。「ここで生じた法的紛争の根底には、まずもって捉えなければならない（捉えるべき）事象として、○○の問題がある」といわなければならない。あるいは、その最後の部分で「（……という問題がある）、と（少なくとも）「わたし」は考えている（そう思っている）」と添えなければならない。

そこで、こうしたことを踏まえてみると、その語り口が特殊に本書の著者で

ある尾崎一郎的であるかはともかく、たとえば次のように思考の流れを具体的に展開し、実験的に考えてみることはできるだろう。

(a) 難解な（法哲学には馴染みの薄い）ルーマン理論がベースになっているのはたしかですが、この視点から現代社会で生じている（隣人騒音などの）具体的な紛争に着目して（調査して）みるならば、こういう風にみることはできますよね

(b) そして、(理解に苦労したかもしれないけれど）ルーマン理論をベースとしたことによって、紛争という現象に関して何となくモヤモヤしたり霞んでいたりした問題が、以前よりも見通せるようになりましたよね

(c) ただ、そうしたことでみえるようになった話の結果は、もしかしたら人を元気づけるものではない残念なものだったかもしれませんね

(d) でも、こうした一連の作業を通じて、問題の有無や、その在り処は判明したので、あえて望ましい話につなげようとするならば、たとえば○○のような形で今後は話を発展させていくことも考えられるかもしれませんね

ただ、このようにいえたとしても、残念なことにこれら（a）から（d）のいずれについても、本書の場合でいえば、記述の最後に置かれるべき「……と（著書である）尾崎は理解して（考えて）います」という部分が隠れた構文になっている。そしてこの（a）から（d）で示された一つ一つの言明と構文が、法哲学との間における違いを浮き彫りにするのではないだろうか。実際、法哲学からみると次の（イ）から（ハ）のように捉え返すことができるだろうし、それに対する法社会学から予想される反応も含めて記すならば以下のようになるだろう。

（イ）法哲学では（a）と異なり抽象的で空想的な問題設定のもとで議論が展開されたとしても（奨励されずとも）許容されうる、ただしその場合、法社会学の側からそうした問題設定のどこにアクチュアリティがあるのかといった疑問を呈されることになる（可能性が高い）

（ロ）（b）と（c）のような議論については、法社会学のように直接的な問題関心が法哲学に対して必ずしも求められているわけではないので、法社会学の側からは自己満足ですか、一体これは何のための議論なのですかとツッコミをされることになる（可能性が高い）

（ハ）（d）のような話は（とくに規範的に議論を展開する）法哲学では所与となっていて、むしろ議論はここから始まる場合がほとんどで、「望ましい話」を擁護（支持）するための議論であることはデフォルトになっている（場合が多い）。（d）のような「望ましい話」を規範的に主張しうる正当性と正統性の理由を探究するのが法哲学だと自認（自己理解）している（場合が多い）ので、法社会学の側からは、そうした規範論を展開することによって法に対する理解が一体どれだけ深まることになるのか謎であるといった疑念が向けられることになる（可能性が高い）

こうしたことを踏まえたうえで、法社会学的な（a）から（d）と法哲学の視点も含めた（イ）から（ハ）の議論に対する理解をさらに深めようとするならば、かつてウェーバーが論じた「価値自由」の話が参考になると考えられるので、ここで一瞥しておこう。

ウェーバーの「価値自由」論に対しては、お決まりの、そして致命的な誤解をされる場合が多いので、まずはこのことを確認しておきたい。それは、「価値自由」とは価値から離れた「中立」の立場をとることだという理解の仕方である。だが、ウェーバーの「価値自由」の意味はそうしたものではない。ウェーバーが「価値自由」ということで考えていたのは、ある価値判断をくだす者が自分自身の（規範的な）価値判断と経験的事実（に関わる認知の問題）とをどのように区別しているかを自己と他者とに対して明らかにすることによって、（規範的な）当該価値判断を学問的な検討の対象として捉えることが可能になるというタイプの議論だったからだ。では、なぜそうすることによって学問的な検討が可能になるのかというと、「主観的」なものにすぎないとみなされがちな（規範的な）当該価値判断についても、ウェーバーは「価値討議」を通じて自他ともに内容に関する説明的な理解が可能になると考えていたからである。もちろん、ここで、「理解すること」と「同意すること」とがまったく別の次元に属するものとして考えられていることはいうまでもない。つまり、本書における認知をめぐる二つの――「個人化する社会」と「偶然性」の――問題をウェーバーに引き寄せてみるならば、それは「価値自由」の問題に関わるものだったといえるのではないだろうか。

もちろん、本書の問題関心がウェーバーの「価値自由」に通底しているというならば、そうした見方が妥当である理由を十分に検討しておくことが求めら

れる。ほかにも、そのような主張を可能にするだけの議論枠組みや射程の限界といった問題が控えているし、そうした見方にどれだけの理解が共有されるかは不透明である。加えて、本論の「はじめに」の最後の箇所で述べたような法社会学研究である本書を法哲学の視点から検討してみるという評者の試みそれ自体が、そもそも認知バイアスにどっぷりと浸かっている何よりの証拠だろうと法社会学の側である著者から詰め寄られた場合、法哲学の側である評者は一体どのような言い訳をすることができるのか、これについても準備をしておく必要があるだろう。

法哲学の学問としての歴史に比べて、「利益法学」や「自由法学」や「リアリズム法学」を揺籃として20世紀初頭に法律学が生んだ「鬼子」であるのが法社会学であるとするならば（206-207頁）、法社会学とは非常にモダンな学問であるといえよう。だが、いわゆる「基礎法学」として「法が社会に存在することの意味や機能」を探究すること（１頁）、そして、「もともとは四つの基本的な問いから法学の自己反省として自覚的に始まった」のが法社会学であったことは間違いない（７頁）。そのうえで、法哲学は「法とはいかなる価値を実現すべきなのか、法の本質や目的はなにか、正義や道徳と法とはどういう関係にあるのか、……べき論・規範論、あるいは思弁・観念論」を志向し、法社会学は「経験的事実の実証的な記述と一般的・客観的法則の抽出・理論化を志向する」、「法社会学はあえてそういったアプローチを自覚的にとりながら、……四つの問いを起点に調査研究を行ってきた学問」として位置づけられるとするならば（５頁）、こうした「アプローチ」の違い以上の何が法哲学と法社会学のあいだにあるのかどうか、評者にはよくわからなかった。

では、なぜよくわからなかったのか。本書は法社会学者によって書かれた法社会学研究書ということになっているが、そこに評者は「法社会学」ということで勝手な理解（思い）を詰め込んでしまったのではないだろうかと考えるに至った。要するに、このような思い込みこそが実は間違いの始まりだったわけである。実際に本書の議論を丁寧に辿り、本書が法に対する一つの根源的な理論を示した（著者の法思想が現われた）ものであることを真摯に受け止めた結果が、本書はすぐれた法哲学・法思想の研究書であるというものだったとするならば、結論としてもそういうことになるのだろう。少なくとも本論の結論がこうであったからといって、そのことに対して不適切な理解（とんでもない誤解）だという批判が出てくるならば、それはもう仕方のない話なので、本当に

そうした批判が出てきた段階であらためて本論と批判の内容を吟味し評価を争うよりほかにない。本書の幅と奥行きの広さを潔く認めたうえで、本書で述べられていた次の言葉を引くことによって本論のおわりに代える。この言葉を前にして、法社会学と法哲学の違いを超えて双方の果たすべき務めが何であるのか、そのことを双方が共有し協働していくことこそがより重要な問題なのではないかと直観したのは評者だけではないだろう。

> 「今、私たち一人ひとりにできるのは、法律学を学び、法律を実践するプロセスで感じる個人的で微妙な違和感に言葉を与え理論的に把握し自覚することなのかもしれない」（７頁）

※本論は2024年９月21日に開催された北海道大学法理論研究会「尾崎一郎著『個人化する社会と閉塞する法』（日本評論社、2023年）合評会」において評者として用意した報告に大幅な加筆・修正を行ったものである。あらぬ誤読や誤解がないことを願いつつ、このような学びの機会を与えてくださった本書の著者である尾崎一郎教授（北海道大学）には感謝を申し上げる。また研究会で同じく評者を務められた久保秀雄教授（京都産業大学）と角松生史教授（神戸大学）をはじめとする参加者からは多くの有益な質問とコメントを寄せていただいた。記して謝意を表したい。

本研究はJSPS科研費24K04499による研究成果の一部である。

判例研究

公法判例研究

奥谷知冬

地方住宅供給公社が賃貸する住宅の使用関係につき、借地借家法32条１項の適用があると判断された事例

最高裁第一小法廷令和６年６月24日判決[1]

令和４年（受）第1744号賃料減額等請求事件

民集78巻３号335頁

【事案の概要】

Xらは、地方住宅供給公社法（以下、「公社法」という。）にいう地方住宅供給公社（以下、「地方公社」という。）であるY（神奈川県住宅供給公社）から、それぞれ一棟の建物の一室を賃借していた。Yは、平成16年４月から平成30年４月までの間、おおむね３年ごとに、Xらに対し、前述の各室の家賃を改定する旨を通知した（以下、これらの改定を総称して、「本件各家賃改定」という。）。その結果、月額３万9530円ないし５万6350円であった家賃は、最終的に月額６万1950円ないし８万6910円になるものとされた。

[1] 以下、「本判決」という。本判決の評釈として、西内康人「判批」判例Direct〈民法〉有斐閣ONLINE（L2406013）（2024年７月３日公開）、鳥山泰志「判批」法学教室528号（2024年）115頁、匿名記事「判批」判例タイムズ1526号（2025年）74-77頁、大橋真由美「判批」法学教室533号（2025年）128頁、北見宏介「判批」日本不動産学会誌38巻４号（2025年）116-117頁、宮森征司「判批」新・判例解説Watch36号（2025年）35-38頁が存在する。また、本判決の調査官解説として、吉野俊太郎「判解」ジュリスト1607号（2025年）118-121頁が存在する。

本件は、XらがYに対し、主位的請求として、本件各家賃改定による家賃の変更のうち適正賃料を超える部分は効力を生じないなどと主張して、家賃の額の確認を求めるとともに、変更後の家賃を支払ってきたことを理由に不当利得返還請求権に基づいて過払家賃の返還等を求めた事案である[2]。

第一審判決[3]は、「被告と各原告との関係は、建物の賃貸借の関係であるものの、その家賃の額については、公社法[4]及び施行規則[5]等の法令の規定を根拠として、被告において、業務方法書を定め、家賃審議会の答申を受けて、市場家賃鑑定を経て、激変緩和策を取った上で定めるものとされており、一般の賃貸借のように、賃貸人である被告と賃借人である各原告との間の合意によって定めることはできないから、その家賃の額の定めないし増減変更に関する賃借人の権利を認める民法及び借地借家法の規定が適用されるとはいえない。」などと判示して、Xらの請求を棄却した。

これを受けて、Xらが控訴したところ、控訴審判決[6]は、第一審判決を引用して、Xらの各請求を棄却した。なお、原審は、第一審の上記判示につき、「『法令の規定を根拠として、』を『法令の規定が定められており、これらの規定は、民法及び借地借家法と異なるものであるから、その特別法として優先適用されることになる。そして、この法令の規定を根拠として、』」などと改めた。Xら上告。

【判旨】（破棄差戻し）

Ⅰ「地方公社は、住宅の不足の著しい地域において、住宅を必要とする勤労者に居住環境の良好な集団住宅を供給し、もって住民の生活の安定と社会福祉の増進に寄与することなどを目的とする法人であり（公社法１条、２条）、そ

---

[2] なお、予備的請求は、原告らが主張する家賃減額請求に基づく適正賃料が本来の家賃の額であることの確認を求めるとともに、当該適正賃料と変更後の家賃の差額につき、不当利得返還請求権に基づいて過払家賃の返還を求めるものであるが、本判決においては審理されていない。

[3] 横浜地判令和３年11月17日民集〔参〕78巻３号355頁。

[4] 地方住宅供給公社法を指す。以下、地方住宅供給公社法を、「公社法」という。

[5] 地方住宅供給公社法施行規則を指す。以下、地方住宅供給公社法施行規則を、「公社規則」という。

[6] 東京高裁令和４年５月25日民集〔参〕78巻３号373頁。

の目的を達成するため、住宅の賃貸を含む所定の業務を行うことができるものとされている（公社法21条１項、３項）。地方公社の上記業務として賃借人との間に設定される公社住宅の使用関係は、私法上の賃貸借関係であり、法令に特別の定めがない限り、借地借家法の適用があるというべきである。」

Ⅱ「そこで、公社住宅の使用関係について借地借家法32条１項に対する特別の定めがあるかをみるに、公社法は、地方公社において住宅の賃貸等に関する業務を行うには、住宅を必要とする勤労者の適正な利用が確保され、かつ、家賃が適正なものとなるように努めなければならないことなどを規定した上（22条）、上記業務を行うときの基準について、『他の法令により特に定められた基準がある場合においてその基準に従うほか、国土交通省令で定める基準に従って行なわなければならない。』と規定する（24条）。そして、公社規則16条２項は、公社法24条の委任を受けて、『地方公社は、賃貸住宅の家賃を変更しようとする場合においては、近傍同種の住宅の家賃、変更前の家賃、経済事情の変動等を総合的に勘案して定めるものとする。この場合において、変更後の家賃は、近傍同種の住宅の家賃を上回らないように定めるものとする。』と定める。」

Ⅲ「公社法の上記各規定の文言に加え、地方公社の上記目的に照らせば、公社法24条の趣旨は、地方公社の公共的な性格に鑑み、地方公社が住宅の賃貸等に関する業務を行う上での規律として、他の法令に特に定められた基準に加え、補完的、加重的な基準に従うべきものとし、これが業務の内容に応じた専門的、技術的事項にわたることから、その内容を国土交通省令に委ねることにあると解される。そうすると、当該省令において、公社住宅の使用関係について、私法上の権利義務関係の変動を規律する借地借家法32条１項の適用を排除し、地方公社に対し、同項所定の賃料増減請求権とは別の家賃の変更に係る形成権を付与する旨の定めをすることが、公社法24条の委任の範囲に含まれるとは解されない。また、公社規則16条２項の上記文言からしても、同項は、地方公社が公社住宅の家賃を変更し得る場合において、他の法令による基準のほかに従うべき補完的、加重的な基準を示したものにすぎず、公社住宅の家賃について借地借家法32条１項の適用を排除し、地方公社に対して上記形成権を付与した規定ではないというべきである。このほかに、公社住宅の家賃について借地借家法32条１項の適用が排除されると解すべき法令上の根拠はない。」

「以上によれば、公社住宅の使用関係については、借地借家法32条１項の適用があると解するのが相当である。」

【評釈】

1．はじめに

本件は、地方公社による家賃の改定に関して、最高裁が初めて、借地借家法32条1項の適用を認めた事例であり、同種紛争における先例として意義を有する。また、本判決により、地方公社による家賃改定に対し、借主に、借地借家法32条1項に基づく減額請求を行う道が開かれることとなり、この点は、学術面だけではなく、実務上も重要な点であるものと思われる。本稿は、本判決につき、第一審判決との比較分析を踏まえた分析を行うことを目的とする[7]。

以下、はじめに、地方公社の地位及び法的規定、そして本判決の争点である、家賃の変更に係る規律について解説し（2.）、その上で、本判決に関する学説及び裁判例を確認する（3.）。以上の点を踏まえて、第一審判決及び本判決の分析を行い（4.）、最後に、本判決の射程（5.）及び残された課題（6.）について検討する。

2．地方住宅供給公社に係る法的規定

（1）地方住宅供給公社の地位及び設置目的

はじめに、地方公社について解説する。前提として、地方公社は、行政主体である[8]。その根拠は、特別の手続によって地方公共団体が設立する点や、出資者が設立者である地方公共団体に限られている点が挙げられる[9]。

そして、地方公社の設置目的は、一言で言えば、持ち家の供給にある。すなわち、戦後直後の住宅行政は、住宅金融公庫の貸付及び公営住宅の供給という二本柱で行われていたものの、国内の経済状況が回復するにつれて、1955年には全国で約270万戸と推定されるほどの、住宅の不足が発生した[10]。このような状況の中、上記二本柱だけでは、住宅の不足を解消することが困難となる。そこで、住宅行政の一環として、まず日本住宅公団が、次いで地方公社が設立さ

---

[7] 原審については、第一審を引用して判決を下しているため、詳細な検討は行わない。

[8] 塩野宏『行政法Ⅲ〔第五版〕』（有斐閣、2021年）124頁。

[9] なお、地方公社、地方道路公社法に基づく地方道路公社、公有地の拡大の推進に関する法律に基づく土地開発公社を総称して、「地方三公社」と呼ばれることがある（宇賀克也『行政法概説Ⅲ〔第6版〕』（有斐閣、2024年）355頁等）。

[10] 古倉宗治「日本住宅公団法」時の法令942号（1976年）35頁。

れるようになった。前者は、住宅不足に対応するために策定された「住宅建設十ヶ年計画」の目玉として[11]、住宅不足の著しい地域における、中所得者層である勤労者のための住宅の供給や、大都市周辺における広域的な計画に基づく住宅の建設などを目的に、1955年に発足したものである[12]。

他方、後者の地方公社は、高度経済成長のさなか、持ち家の取得を希望しながらも、都市部の人口集中による住宅不足や、地価の上昇等により頭金を調達できないために、やむを得ず賃貸住宅に居住している中所得者層の勤労者に対し、居住環境の良好な持ち家の取得を容易にすると同時に、住宅の積立分譲による住宅建設事業を、地域の実情に応じて細やかに行うべく、1965年制定の公社法に基づいて設立されていった[13]。なお、戦後直後に住宅金融公庫法が制定された際、その受け皿の機関として、各府県に民法上の法人として住宅協会及び住宅公社が設置されていたが、地方公社は、これらの協会及び公社を統一し、公法人として土地収用権等の機能を与えられたものとして設立された[14]。また、地価が右肩上がりの中で、地方公共団体に先駆けて土地を確保するという目的

---

[11] 原田純孝「戦後住宅法制の成立過程」東京大学社会科学研究所『日本の社会と福祉〔福祉国家　第6巻〕』（東京大学出版会、1985年）360頁。

[12] 古倉・前掲注10）36頁、小高剛「公共住宅をめぐる法律上の諸問題」ジュリスト539号（1973年）29頁参照。なお、日本住宅公団は、現在、独立行政法人都市再生機構（以下、「UR都市機構」という。）として、独立法人化されているが、現在は住宅供給を行っておらず、従来から存在する公団住宅の管理（以下、UR都市機構が賃貸する賃貸住宅を、「UR賃貸住宅」という。）、都市再生事業としての密集市街地の改善、そして民間賃貸住宅の供給支援が主な役割となっている（板垣勝彦『住宅市場と行政法』（第一法規、2017年）45-46頁）。

[13] 竹村昌幸「地方住宅供給公社法」時の法令942号（1976年）42頁、山下茂編『特別地方公共団体と地方公社・第三セクター・NPO』（ぎょうせい、1997年）397頁〔礒崎陽介〕参照。また、公社法の制定経緯につき、福地稔編著『地方住宅供給公社法逐条精義』（全国加除法令出版、1965年）1-36頁参照。なお、この当時の小山建設大臣が、「自動車が買入できる頭金で持家を」というスローガンの下、持ち家の政策を強く提案し、積立分譲住宅制度を構想した、という政策的背景も存在したところである（大本圭野「福祉国家とわが国住宅政策の展開」東京大学社会科学研究所『日本の社会と福祉〔福祉国家　第6巻〕』（東京大学出版会、1985年）431-433頁参照）。

[14] 礒崎・前掲注13）397頁、大本・前掲注13）431頁。

も存在した[15]。

以上の時代背景を踏まえた上で、公社法１条は、「地方住宅供給公社は、住宅の不足の著しい地域において、住宅を必要とする勤労者の資金を受け入れ、これをその他の資金とあわせて活用して、これらの者に居住環境の良好な集団住宅及びその用に供する宅地を供給し、もって住民の生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とする。」と規定する。ここでは、「住宅の不足の著しい地域」として、一般的には、住宅不足の集中している都市及びこれに隣接する地域が念頭に置かれている[16]。この点、地方公社及び日本住宅公団は、ともに、住宅の不足の著しい地域における住宅の供給に主眼を置いている点に、類似性が見られる。ただし、日本住宅公団は、全国的な視野から住宅の不足の著しい地域を判断して事業を行う一方、地方公社は、地方公共団体が各々、その地域ごとに有する住宅事情を改善するために事業を行うという点に、差異がある[17]。

なお、この地方公社の目的は、同じく住宅行政を担う公営住宅法の目的、すなわち、「この法律は、国及び地方公共団体が協力して、健康で文化的な生活を営むに足りる住宅を整備し、これを住宅に困窮する低額所得者に対して低廉な家賃で賃貸し、又は転貸することにより、国民生活の安定と社会福祉の増進に寄与することを目的とする。」（公営住宅法１条、下線筆者）という目的規定とは、方向性が異なる。すなわち、確かにいずれも、公共的な目的を有している。しかし、それぞれの性質を敷衍すると、まず公営住宅法の目的は、憲法25条が定める生存権を確保すべく、低額所得者に対して低廉な家賃で住宅を賃貸するという、セーフティネットの側面に主眼を置き[18]、かつ、明示的に、住宅の賃貸業務にその主眼が置かれており、その性質上、具体的な賃貸借契約における当事者間の権利義務関係に対しても、影響を及ぼしうる[19]。他方、地方公

[15] この点は、地方三公社共通の目的とされていた（板垣・前掲注12）44頁、成田頼明「地方公共団体の公社ブーム」ジュリスト226号（1961年）72-73頁）。

[16] 福地・前掲注13）100頁。

[17] 福地・前掲注13）100頁。

[18] 小高・前掲注12）28頁、鬼丸勝之「公営住宅法要説（一）」自治研究27巻10号（1951年）68頁参照。

[19] 実際に、例えば、最判平成２年10月18日民集44巻７号1021頁は、目的規定を含む公営住宅法の規定の趣旨に鑑みて、公営住宅の入居者が死亡した際に、民法896条に基づ

社の目的は、住宅の賃貸ではなく、あくまで住宅の不足の著しい地域における、持ち家を希望する者への住宅の供給という側面に主眼が置かれているにすぎない。この点は、本判決と公営住宅の紛争に関する判例の間に存在する微妙な違いについて[20]、また、地方公社の目的が、本判決にどのような影響を及ぼしたのかという点（4.(2)(c－2)）を明らかにする上で、重要な視座となる。

（2）地方公社の業務

次に、地方公社の具体的な業務を確認する。まず、公社法は、地方公社の業務として、上記目的を達成するために行われる、住宅の積立分譲[21]及びこれに付随する業務（同法21条1項）並びに同条3項各号が規定するその他の業務の全部または一部を定めている。前者の業務は、法的に義務付けられている一方[22]、後者の業務は、地方公社が任意に行うことができる業務とされている[23]。なお、住宅の賃貸については、同条3項1号[24]が規定している。

ただし、当該賃貸業務が、具体的にどのような性質であるのか、すなわち、公社住宅の賃貸借関係は、私法上の賃貸借契約に近い性質であるのか、あるいは、公営住宅のような特殊性を有しているのか、という点については、公社法の規定だけでは、必ずしも明らかではない。なぜならば、公社法自体は、あくまで住宅の供給に主眼が置かれているにすぎないということもあり、住宅の賃貸の性質について直接言及する規定や、当該性質を推測させるような規定が存在しないからである[25]。

そこで、地方公社による住宅賃貸の実態を確認すると、地方公社は、公営住

く、相続人が公営住宅を使用する権利を、当然に承継すると解する余地はないと判示している。

[20] 後掲注44参照。

[21] あらかじめ積立期間や積立目標額を設定し、その一定の積立期間内において、一定の目標金額に達するまで定期に金銭を受け入れ、その積立期間満了後に、受入額を超える一定額を代金の一部に充てて、住宅及びその敷地を売り渡すことを指す（公社法21条2項）。

[22] 福地・前掲注13）139頁。

[23] 福地・前掲注13）146頁。

[24]「住宅の建設、賃貸その他の管理及び譲渡を行うこと。」

[25] この点につき、4.(2)(c－2)も参照。

宅の管理を事業主体である地方公共団体から受託される場合があるほか[26]、一般賃貸住宅や、中所得・所帯持ちの層に向けられた賃貸住宅である特定優良賃貸住宅[27]、そしてケア・サービス付き高齢者住宅等を提供及び管理している[28]。このような実態に鑑みると、地方公社が行う賃貸業務は、基本的には、民間の賃貸業務と同様のものと推測できる。

他方、地方公社の業務に対し、公社法は一定の規律を設けている。すなわち、まず、「地方公社は、……住宅又は宅地の賃貸その他の管理及び譲渡に関する業務を行なうには、住宅を必要とする勤労者の適正な利用が確保され、かつ、賃貸料又は譲渡価格が適正なものとなるように努めなければならない。」（同法22条、強調筆者）。これは、業務の適正性確保等の努力義務を定める規定である。

また、同法24条は、「地方公社は、住宅の建設、賃貸その他の管理及び譲渡、宅地の造成、賃貸その他の管理及び譲渡……を行なうときは、他の法令により特に定められた基準がある場合においてその基準に従うほか、国土交通省令で定める基準に従って行なわなければならない。」（下線筆者）として、国土交通省令（公社規則）に、業務を行う際の基準の設定を委任している。なお、当該下線部について、公社法の逐条解説によると、独立行政法人住宅金融支援機構法や新住宅市街地開発法を念頭に、「他の法令による基準と本条の建設省令（筆者注：現国土交通省令）による基準とがダブって適用され、したがってこちらの基準は、補完的、加重的に働く[29]」（強調筆者）ものと解されている。

（3）公社住宅の家賃の増減に係る法的規律

その上で、次に、本件の争点となった、公社住宅の家賃増減に係る法的規定を確認する。

この点、第一に、借地借家法32条１項（旧借家法７条１項）は、「建物の借

---

[26] 板垣・前掲注12）44頁。

[27] 板垣・前掲注12）48頁。

[28] 具体的な統計によると、令和５年度末現在、各地方公社が全国で管理している住宅は、一般賃貸住宅が約138,500戸、特定優良賃貸住宅が約900戸、ケア・サービス付き高齢者住宅が約2,300戸に上る（十の位切捨て）。また、地方公社は、民間経営の賃貸住宅の管理を受託される場合もある（以上、一般社団法人全国住宅供給公社等連合会「業務実績」（https://www.zenjyuren.or.jp/chihou.html）（2025年４月11日最終閲覧））。

[29] 福地・前掲注13）162-163頁。

賃が、土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減により、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる。ただし、一定の期間建物の借賃を増額しない旨の特約がある場合には、その定めに従う。」と規定する。この規定は、家賃改定をめぐる当事者間の権利義務関係のルール（家賃増減請求権）を定める規定である[30]。従って、借地借家法32条１項によれば、当事者は、一方的に家賃を変更できず、ここでは、家賃増減請求権を行使できるにすぎない。

他方、前述の公社法24条の委任（２.（２））を受けて、公社規則16条２項は、「地方公社は、賃貸住宅の家賃を変更しようとする場合においては、近傍同種の住宅の家賃、変更前の家賃、経済事情の変動等を総合的に勘案して定めるものとする。この場合において、変更後の家賃は、近傍同種の住宅の家賃を上回らないように定めるものとする。」と規定する[31]。

このように、公社住宅の家賃の増減に関して、私法としての借地借家法32条１項と、公法としての公社法24条及び公社規則16条２項という、複数の規定が存在する。本件は、これらの法令の適用関係が争点となった。

３．従前の学説及び裁判例

（１）学説

そこで、本件の争点である、公法と私法の適用関係に関する、学説及び裁判

---

[30] 稲本洋之介＝澤野順彦編『コンメンタール　借地借家法〔第４版〕』（日本評論社、2019年）265頁〔副田隆重〕。

[31] なお、公社規則は、もともとは公社住宅の建設費用を回収するという、原価主義を基準に家賃を決定するものとし（後掲注39参照）、その後、昭和57年改正で、「経済事情の変動」等による家賃の変更を許容するのみであった（旧公社規則16条の２）。しかし、第三セクター等の改革の流れを受けて、平成14年改正によって、家賃の決定及び変動に「近傍同種の住宅の家賃」等を参照する、市場家賃制度が採択された、という背景が存在する。そして、本件各家賃改定は、平成14年改正を踏まえ、原価主義の家賃を市場家賃制度の家賃の水準にまで揃えるため、その段階的な値上げをしたものとみることができるものと指摘されている（以上、吉野・前掲注１）120頁）。

例を確認する。この点、初めに一般論としては、田中二郎が提唱した三分論[32]等をはじめとして、かねてより議論がなされてきたところである。今日では、定説とされる見解は未だ存在しないものの、少なくとも、行政主体による私法上の行為についても、公法が適用される場合がある、ということについて、異論なく認められている状況にある[33]。

この前提の下、前述の公社住宅、公営住宅、UR賃貸住宅等を総称して、公共住宅と称されることがあるが[34]、そのいずれについても、学説は、大枠として、契約内容自体は私人間同士の賃貸借契約と変わらないことなどを根拠に、民法及び借地借家法が適用されるものと解してきた[35]。また、裁判例にも、私法上の賃貸借関係と解して、民法及び借地借家法を適用する裁判例が存在した[36]。

（2）最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁

こうした趨勢の中、公営住宅の明渡請求に際して、信頼関係の法理の適用の可否が争われた、最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁（以下、「昭和59年最判」という。）は、「公営住宅の使用関係には、公の営造物の利用関係として公法的な一面があることは否定しえない」が、「事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、……法及び条例による規制はあっても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはな」いと判示した。

---

[32] 田中二郎『新版行政法　上巻〔全訂第２版〕』（弘文堂、1974年）78-83頁参照。

[33] 興津征雄『行政法Ⅰ 行政法総論』（新世社、2023年）755-756頁参照。

[34] 公共住宅というカテゴライズにつき、長岡昇司「公共住宅と家賃」日本土地法学会『ナショナル・トラスト、転機に立つ借地・借家』（有斐閣、1984年）165頁等参照。

[35] 田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）236-237頁、有泉亨「公営住宅の使用関係」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅲ（賃貸借・消費貸借）』（有斐閣、1962年）97、104頁、小高・前掲注12）29-31頁等参照。なお、ここでの問題は、公法関係か私法関係か、という点ではなく、公営住宅法の規定が必ずしも一義的に明瞭ではない個々の場合に、どのように解釈するのが妥当か、という点であると指摘する見解も存在する（星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）468頁等）。

[36] 例えば、公営住宅につき、大阪地判昭和34年９月８日下級民集10巻９号1916頁、公団住宅につき、最判昭和55年５月30日集民129号651頁、公社住宅につき、東京地判昭和61年９月３日判時1204号30頁（３.（３）参照）等が存在する。

また、昭和59年最判は続けて、「公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があ」ると判示した。すなわち、公法と私法の適用関係については、一般法としての民法及び借地借家法の適用を排除する、「特別の定め」の有無によって決するものとされた[37]。

（3）東京地判昭和61年９月３日判時1204号30頁

なお、公社住宅の家賃の変更につき、公社規則16条１項改正及び同条２項制定前の事案ではあるが、裁判例が存在する。ここでは、東京地判昭和61年９月３日判時1204号30頁（以下、「昭和61年地判」という。）を取り上げる[38]。

昭和61年地判はまず、「原告と被告らとの賃貸借契約は私法上の契約であるから、借家法７条が適用されるのであって、公社法１条が公社の公共的性格を規定していることによって、右が否定されるものではない。」とする。そして、「本件値上げ当時の公社法及び公社法規則には、公団法規則10条や公営住宅法13条のような賃貸住宅の賃料の増額について明示的に規定した条項は存在していなかったが、それは、公営住宅法１条が住宅の賃貸をその目的として掲げ、公団法31条が住宅の賃貸を、分譲等と並列して業務の範囲として掲げているのに対し、公社法21条が、業務の中心を住宅の積立分譲に置く形で制定されていたためであると考えられる。しかし、公社法21条３項１号は公社の業務として住宅の賃貸を予定しており、現実に住宅の賃貸を行っている以上、右増額についての規定がないことをもって、借家法７条の適用や、原告の賃料増額請求権を否定する趣旨であると解することはできない。」と判示した。加えて、「公社

---

[37] なお、「特別の定め」の有無、すなわち、ある規定が民事法の適用を排除し、修正するか、という点の解釈に際しては、当該規律対象の特質、法令の体系的解釈等を通じ、当該法律関係に民事法と異なる行政法的な特質が認められるか、どのような趣旨・根拠に基づいて認められるか等が明らかにされるべきだと指摘されている（高橋滋『法曹実務のための行政法入門』（判例時報社、2021年）12頁）。

[38] 同種の事例として、大阪高判昭和62年５月22日判自33号71頁も存在するが、第一審判決が公刊物未搭載であり、判決文に接することができなかったこと、また、控訴審判決で追加された判示部分は、公社規則16条１項について論じる昭和61年地判の判示部分と同旨の内容であることから、本稿では取り上げない。

法24条を受けた公社法規則16条１項[39]は、公社住宅の家賃の構成要素を列挙しており、右構成要素には利潤が含まれていないものと考えられる限りで、民間の借家とは異なった面を有することは確かであるが､右各構成要素のうちには、例えば、地代又は地代相当額や公租公課のように、経年により増減が考えられる項目が含まれており、これらの増減については、借家法７条１項も家賃の増減額の事由として予定しているのである[40]から、公社法規則16条１項の定めをもって、借家法の適用が排除されているものと考えることはできない。」と判示して、借家法７条１項の適用を認めた。

昭和61年地判は、確かに、旧公社規則16条の規定それ自体が、借家法７条の適用を前提とするものと解している点や、その当時、家賃の変更に関する規定を置いていない点から、本判決とは前提が異なる。しかし、以下の点は、後に分析する本判決との関係で、なお注目に値するものと考えられる。

それは、第一に、公社住宅の賃貸借契約は私法上の契約であり、かつ、公社法１条に基づく地方公社の公共的性格は、借家法７条の適用に影響を及ぼすものではないことを確認した点である。また、第二に、公社法は、公営住宅法等と異なり、その主眼をあくまで住宅の積立分譲に置いている結果、住宅の賃貸に関する法的規律の欠缺が存在していたことを指摘した点である。

前者の点は、公社住宅の賃貸借関係の性質や、公社法１条の目的規定の解釈について判断を下したものとして、なお本判決の先例となりうる。また、後者の点は、前述の公社住宅と公営住宅の差異（２.（１））が、昭和61年地判においても認識されていることを示している。

４．本判決の分析

以上を踏まえて、次に本判決の分析を行う。ここでは、はじめに第一審判決

---

[39]「賃貸住宅の家賃は、……賃貸住宅の建設に要した資金の利息又は利息に相当する金額、修繕費、管理事務費、地代又は地代相当額、損害保険料、空家等による損失を補てんするための引当金、公租公課等を加えた金額の月割額を基準として、地方公社が定める。」（下線筆者）。原価主義を採用した規定である。

[40] 借地借家法32条１項の「土地若しくは建物に対する租税その他の負担」とは、建物にかかる減価償却費、維持修繕費、公租公課及び損害保険料、土地にかかる減価償却費、賃貸借そのものにかかる管理費、貸倒れ準備費、空室等損失相当額の増減を指すものと解されている（副田・前掲注30）266頁）。

を確認した上で、第一審との比較分析を踏まえつつ、本判決の分析を行う。

（1）第一審判決

（a）はじめに、第一審判決を分析する。分析の前提として、第一審の判断過程を確認すると、判示ではまず、前提事実のうち、公社法24条及び公社規則16条1項・2項、そして、これに基づく一連の家賃算定過程を確認する。その上で、「被告と各原告との関係は、建物の賃貸借の関係である」ことを認めるものの、その家賃の額については、公社法及び公社規則等の法令の規定を根拠として、地方公社において、一連の家賃算定過程を経た上で定めるものとされており、その結果、「一般の賃貸借のように、賃貸人である被告と賃借人である各原告との間の合意によって定めることはできないから、その家賃の額の定めないし増減変更に関する賃借人の権利を認める民法及び借地借家法の規定が適用されるとはいえない。」と判示した。

ここで、このような判断過程を踏まえると、第一審もまた、民法及び借地借家法の適用を排除する「特別の定め」の有無が争点だと捉えて、判断を下したものと思われる。すなわち、第一審においても、民法及び借地借家法に対する特別法が存在するならば､その規定の適用が優先するという前提に立った上で、公社法24条及び公社規則16条が優先適用されるか、という点を判断したのである。この点は、被告による特別法優先原則の主張や、原告による特別法としての公社法24条及び公社規則16条2項の適用を前提とした主張[41]といった、各当事者の主張からも、推知することができる。

ただし、第一審は、「特別の定め」や「特別法として優先適用」といった文言を、裁判所の判断においては使用していない。この点、原審は、特別法優先原則を明示する判決文の補正を行い、そして最高裁は、公社法24条及び公社規則16条が「特別の定め」であるかを仔細に検討した。この過程については、審級が上がるにつれて論点が明確化されていく様子が見受けられる、という理解

[41] すなわち、原告は、公社法24条及び公社規則16条2項は、原則として優先適用されるが、Yが定めた家賃が公社規則16条2項に違反しているような場合においてまで、当該規定は優先適用されず、この場合は、借地借家法32条1項に基づく賃料減額請求をすることができる、という旨の主張をしている。これに対して、第一審は、前述の判示に基づいて、Xの主張を退けた。

が考えられよう。

（ｂ）その上で、第一審の特色は、公社法24条及び公社規則16条が「特別の定め」であるということを、具体的な法解釈なく導出した点にある。すなわち、後述のとおり（４.（２）（ｃ－１）-（ｃ－３））、本判決では、公社法24条が「特別の定め」であるかを決する際に、公社法の具体的な法解釈がなされた一方、第一審では、少なくとも明示的には、そのような法解釈を行わず、公社法24条及び公社規則16条の存在を確認しただけにとどまる。

ただし、ここで公社規則16条２項の、「定める」という文言について、その文言だけ見れば、家賃の決定につき地方公社に形成権を付与する趣旨であると、解釈できないわけでもないが、他方、借地借家法32条１項に基づく家賃の増額請求を行うにあたって、その金額を定める際に考慮すべき要素を規定する趣旨にとどまるという解釈も、ありうるところである[42]。この場合、前者の解釈によるならば、借地借家法32条１項が「請求できる」と規定する点と、矛盾することとなる。それゆえ、公社規則16条２項の解釈は、本件において重要なポイントとなるはずである。しかし、第一審は、この点についても、特段の法解釈を施すことなく、結論を下している。

この点、第一審は、公社規則16条２項につき、形成権を付与する趣旨と捉えた上で、判断を下したものと解されよう。このことは、家賃の額につき、「一般の賃貸借のように、賃貸人である被告と賃借人である各原告との間の合意によって定めることはできない。」と結論付けた点から、読み取ることができる。従って、第一審によると、公社規則16条２項に基づき、地方公社に家賃の形成権が認められるために、家賃の変更につき賃借人に権利を認める借地借家法32条１項は適用されない、という結論に至ったものと思われる。

（ｃ）以上の第一審の分析につき、要点をまとめると、次のとおりとなる。①公社法24条及び公社規則16条が、借地借家法32条１項の適用を排除する「特別の定め」に該当するかという点が、実質的な争点となっている。②公社法及び

[42] 吉野・前掲注１）119頁も、「公社規則16条２項は、その文言のみからして、何らかの形成権を付与する趣旨には解釈し得ないものであるとの立場もあり得よう」と指摘する。

公社規則の法解釈を具体的に行わずに、結論を導出した。③公社規則16条２項の「定める」という文言から、形成権の付与という趣旨を読み取った。④以上の点を踏まえ、「家賃の額については」、公社法24条及び公社規則16条が優先適用されると解した。

しかし、以上の第一審の判示については、とりわけ②が問題である。なぜならば、公社法24条及び公社規則16条は、明確に根拠規範ないし要件効果規定であるわけではなく、あくまで地方公社に宛てられた規定であるにすぎない。従って、当該法令の文理だけでは、借主が有する権利、すなわち、家賃減額請求権の行使を妨げるような規定であるとまで、一義的に解することはできないものと思われる。この場合、もし、公社法24条及び公社法16条２項が、借地借家法32条１項を排除する「特別の定め」であると解するのだとしても、それは、文理上一見明らかであるわけではない以上、具体的な公社法及び公社規則の法解釈を経なければ、確定できないものと思われる。第一審が、法解釈なく、条文を確認して即座に、公社法24条及び公社規則16条が、借地借家法32条１項を排除する規定である、という結論を導いた点は、やはり説得力がある判示とはいえないだろう[43]。

（２）本判決の判断

以上、第一審の判示を検討した上で、次に、第一審を踏まえつつ、本判決の分析を行う。ここで、最も重要な第一審との差異は、「特別の定め」の有無を判断するに際し、詳細な法解釈を行った点にある。

（ａ）初めに、判示Ⅰでは、公社法１条、２条、21条１項・３項を確認した上で、「地方公社の上記業務として賃借人との間に設定される公社住宅の使用関係は、私法上の賃貸借関係であり、法令に特別の定めがない限り、借地借家法

[43] この点、特別法優先原則に基づく第一審及び原審は、抽象的な公法規定により、行政の側に過度に有利な帰結を導くことを招きかねない契機を含むと指摘し、特別法優先原則に依拠した解釈のあり方は、「抽象的な公法上の根拠に基づいて私法規定の排除を根拠づけようとする意味での既に克服されたはずの公法私法二元論が、行政実務・下級審裁判実務において残存している現実を際立たせる。」という批判が存在する（宮森・前掲注１）37-38頁）。

の適用があるというべき」だとする。ここでは、昭和59年最判の判例法理を踏襲し、本判決の検討の出発点を確認している[44]。

（ｂ）次に、判示Ⅱでは、借地借家法32条１項に対する「特別の定め」の有無を判断する過程として、公社法22条、24条、そして同法24条の委任を受けて定められた公社規則16条２項を確認している。その上で、判示Ⅲにおいて、公社法24条の趣旨が確定される。それは、「地方公社の公共的な性格に鑑み、地方公社が住宅の賃貸等に関する業務を行う上での規律として、他の法令に特に定められた基準に加え、補完的、加重的な基準に従うべきものとし、これが業務の内容に応じた専門的、技術的事項にわたることから、その内容を国土交通省令に委ねること」（下線筆者）である。そして、公社法24条の委任の範囲に、借地借家法32条１項の適用を排除し､形成権を付与する旨の定めをすることは、含まれないと結論付けられた。

その際に、判示では、委任の趣旨を導出する際の考慮要素として、委任規定の文理（「公社法の上記各規定の文言」）及び地方公社の目的（「地方公社の上記目的」）が挙げられている。

（ｃ－１）そこで、まず、委任規定の文理について検討する。本判決の分析に際して重要な部分を確認すると、ここで考慮された文理は、まず､「国土交通省令で定める基準に従って行なわなければならない」（公社法24条）という文理が挙げられる。これは、公社規則への委任規定を導くものであり､「その内容を国土交通省令に委ねること」（趣旨）という点を導出したものと思われる。また､「他の法令により特に定められた基準がある場合においてその基準に従うほか」（同法24条）という文理から､「他の法令に特に定められた基準に加え、補完的、加重的な基準に従うべきもの」（趣旨）という点も導出されよう。この文理解釈は、前述の逐条解説の理解（２.（２））とも整合的である。

[44] なお、本判決の、「私法上の賃貸借関係であ」る、という表現は、公社住宅よりも公的性格が強い公営住宅の事例である昭和59年最判の、「入居者が右使用許可を受けて事業主体と入居者との間に公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、……事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なるところはな」い、という表現と異なることが指摘されている（大橋･前掲注１）128頁参照)。

また、判示では、「公社法の上記各規定の文言」（強調筆者）とされていることから、ここでは、同法22条も考慮されている。同条については、「住宅の賃貸などに関する業務を行うには、住宅を必要とする勤労者の適正な利用が確保され、かつ、家賃が適正なものとなるように努めなければならない」（同法22条）という点から、「地方公社が住宅の賃貸等に関する業務を行う上での規律として」（趣旨）という点が導かれたものと思われる。すなわち、同法22条は、業務の適正性を要求する努力義務を、住宅の賃貸等に関する業務に向けており、この点が、同法24条の趣旨のうち、規律の対象を業務に宛てている点と合致する[45]。

（c－2）また、公社法24条の委任の範囲を導出する上で、地方公社の目的も参照している。ここで、地方公社の目的は、公社法１条の目的規定を指し、当該目的は、「地方公社の公共的な性格に鑑み」（趣旨）という点に対応するものと思われる。

ここで、公社法１条の目的規定から生じる「公共的な性格」は、具体的に公社法24条の解釈にどのような影響を及ぼすのか、という点が問題となる。この点、前述した公営住宅法との目的規定の差異（２.（１））を踏まえると、地方公社が有する公共性は、住宅が不足する地域において、持ち家を希望する者に住宅を供給するという意味での公共性である[46]。それゆえ、生活困窮者への住宅の賃貸に主眼を置いている、公営住宅法が有する公共性のように、住宅の賃

[45] なお、公社法24条の「基準」については、もともと、「勤労者が健康で文化的な生活を営むに足りるもので、勤労者の適正な利用が確保され、かつ、賃貸料または譲渡価格が適正なものとなるようにその基準を定める」ものと想定されており（福地稔「新しい住宅公社の出発」住宅金融月報162号（1965年）26頁）、ここでは、業務の適正性確保等を要求する、同法22条の努力義務に沿うように定めるものとされていた（吉野・前掲注１）119頁）。

[46] ただし、判示では、公社法１条のうち、「住宅を必要とする勤労者の資金を受け入れ、これをその他の資金とあわせて活用して」という点を引用していない。ここから、判示では、持ち家の供給という点に重きを置いていないと解する余地がある。しかし、いずれにしろ、判示の理解においても、地方公社の目的は、住宅を供給することによる住民の生活安定及び社会福祉の増進であることに変わりはないため、本稿の分析に影響を及ぼすものではない。

貸に直接ベクトルが向いているならば格別、住宅の供給にベクトルが向いているにすぎない地方公社の公共性は、そこから直ちに、公社住宅の賃貸に対して影響を及ぼすものではないだろう。従って、公社法の公共的性格それ自体が、公社住宅の賃貸借という特定の局面において、私法規定を排除する性質を有するものとはいえないものと思われる。

その上で、「地方公社の公共的な性格に鑑み」という点に、より積極的な意味を見出すとすれば、それは、公社法22条及び24条の文言解釈によって導かれた、「地方公社が住宅の賃貸等に関する業務を行う上での規律として、他の法令に特に定められた基準に加え、補完的、加重的な基準に従うべきもの」という同法24条の趣旨を、地方公社の目的の側面から補強した、という理解が考えられよう。すなわち、住宅が不足している地域に住宅を供給するという、地方公社の公共的性格に基づき、住宅を供給するための業務を適正に行うべく、地方公社が業務を行う際に、一定の規律が設けられる。しかし、当該性格それ自体は、私法規定を排除するような性格ではないために、ここで定められる基準もまた、私法規定を排除する性質のものではなく、私法規定プラスアルファの、「補完的、加重的」な規律を加えるものにすぎない。このような理解が、公社法24条の趣旨の中に含まれている、という解釈もありうるだろう。

（c－3）以上の法解釈に基づいて、公社法24条の趣旨が確定された。そして、判示は、「そうすると」、公社規則において借地借家法32条1項の適用を排除することまでが、委任の範囲に含まれるとはいえないと判示した。ただし、ここで、判示の「そうすると」の意味、すなわち、なぜ公社法24条は、私法を排除する「特別の定め」となりえないのか、という点は、判示だけでは必ずしも明確ではない[47]。

この点、まず判示によると、借地借家法32条1項は、「私法上の権利義務関係の変動を規律する」規定である（下線筆者）。他方、公社法24条の趣旨は、「地方公社が住宅の賃貸等に関する業務を行う上での規律として、……補完的、加重的な基準に従うべきものとし、……その内容を国土交通省令に委ねること」

[47] 宮森・前掲注1）37頁は、公社法24条の委任の仕組みや、委任内容が補完的・加重的に適用されるものであることから、なぜ借地借家法32条1項の適用が排除されないこととなるのか、本判決の説示からは必ずしも明らかではないと指摘する。

である（下線筆者）。これらの表現に着目すると、確かに、いずれの規律も、広い視点では、家賃の変更に対する規律であるといえる。その上で、まず前者の規律は、明らかに実体法的な規律であり、当事者間の権利義務関係の変動にまで規律が及ぶものであるということが、ここから読み取れる。

他方、後者の規律については、地方公社が賃貸業務を行うに際して、本来地方公社に認められる、賃貸借契約の自由の一内容である家賃の変更に対して、一定の規律を行う基準の策定を[48]、公社規則に委任する規定であり、その結果、地方公社は、家賃の変更に際して、公社法24条の委任に基づく公社規則の基準に拘束される[49]。その意味で、公社法24条もまた、借地借家法32条１項と同じく、

---

[48] 公社法24条は、住宅の賃貸等の業務につき、「基準に従って行わなければならない」と規定する。そして、一般に、「しなければならない」という文言は、行政機関に対して一定の作為を義務付けるときに用いられる（衆議院法制局法制執務研究会「『する』『とする』『ものとする』『しなければならない』」法学教室356号（2010年）61頁）。

[49] この点、調査官解説は、「基準」という文言を、「物事を判断するための尺度」を意味するもの（法令用語研究会編著『有斐閣法律用語辞典〔第５版〕』（有斐閣、2020年）183頁）と理解した上で、公社法24条における「基準」は、地方公社の行為規範・準則をいうものとする。その前提の下、公社法24条は、公共性ある地方公社の業務における公法的な規律を省令に委任したにすぎず、地方公社に私法上の形成権を付与することを委任するものではないという、本判決の解釈につき、当然の帰結だと評価する（吉野・前掲注１）119頁）。

なお、「基準」の意味については、次の指摘が存在する。すなわち、一般に法律上の「基準」という用語は、いくつかの異なった意味において用いられており、例えば、憲法27条２項にいう「勤労条件に関する基準」は、最低限度を定める基準であり、公害対策基本法９条にいう環境「基準」は、努力目標としての性質を有するにすぎず、必ずしも当然に拘束的なものとならない。他方、大気汚染防止法３条にいう排出「基準」は、直接的に拘束的な最高の基準と解される。ここで、日本住宅公団法32条１項は、「公団は、住宅の建設、賃貸その他の管理及び譲渡……を行うときは、建設省令で定める基準に従って行わなければならない。」と規定するところ、ここでの「基準」についても、それが対象となる事項と法の趣旨によって、同法32条１項の委任を受けて規定される、同法施行規則の規定ごとに、その意味が判断される。そして、同法施行規則10条（「物価その他経済状況の変動に伴い必要があると認めるとき、賃貸住宅相互の間における家賃の均衡上必要があると認めるとき、賃貸住宅について改良を施したときなどの場合においては、建設大臣の承認を得て、前条の規定にかかわらず、家賃を変更し、又は家賃を別に定めることができる。」）は、社会福祉行政を規律する性格を有し、かつ、

実体法的な規律として機能するものである[50]。しかし、それは、公社法１条に基づく地方公社の公共性、さらに言えば、公社法22条に基づく業務の適正性の確保に由来する、「補完的、加重的」な規律にすぎない。従って、このような「補完的、加重的」な規定をもって、借地借家法32条１項の排除の趣旨まで読み取ることはできない。このような理解が、公社法24条の趣旨の表現に含意されているものと思われる。

なお、「補完的、加重的」という点を敷衍すると、前提として、公社法24条は、借地借家法32条１項との関係でいえば、一般的な一般法−特別法の関係ではない。この関係は、主従関係とはまた異なるものであり、公社法24条は、借地借家法32条１項プラスアルファの規制を行う、副次的な規定であるといえよう。口語的にいえば、公社法24条は、原則として、借地借家法32条１項と「ダブって」適用されるものであり、この意味で、「加重的」な規定である。ただし、公社法24条は、それ以上の力を有しているわけではなく、前述の公社規則16条

賃貸借契約の自由を拘束するものであるところから、最高の基準の解されることとなり、すなわち、公団住宅の賃貸借契約は、民法、借家法及び公団法32条１項にいう最高基準としての同法施行規則10条によって、その具体的内容が決定される（室井力「公団住宅家賃に対する法規制の性質」岡山大学法学会雑誌36巻３・４号（1987年）421−422頁参照）。

[50] この点、公社法24条の類似規定である、日本住宅公団法32条１項（前掲注49参照）は、「公団の独立法人＝権利主体としての行動を規律するものであるという意味において、概括的に行政作用法の性質を有するものといってよい。すなわち、……公団の独立法人としての権利義務に関して拘束を加える行政作用法の一種であるという意味において、たとえば、地方公共団体の権利義務に関して拘束を加える行政作用法と同様の性質を有するのである。」と理解されている（室井・前掲注49）416頁）。

なお、関連して、日本住宅公団が、借主に対し、借家法７条１項に基づく家賃の増額を請求した事案である、大阪地判昭和57年５月13日判例集未登載は、「旧施行規則（筆者注：日本住宅公団法施行規則）９条ないし11条……の家賃の決定、変更……などを定めているのは、X（筆者注：日本住宅公団）の設立目的に沿った公共的性格に対応するものであり、右規定の限度で一般の賃貸借とは異なる規制に服するものであるが、これらの規定があるからといって、本件賃貸借関係が基本的内容において一般の建物賃貸借と異なる特別のものに変更されたというものではなく、民法、借家法の適用を否定する根拠とはなりえない」と判示し（直接判決文に接することはできなかったが、判示につき、石田喜久夫「判批」判例時報1123号（1984年）199頁参照。）、上告審判決である最判昭和58年12月８日判タ521号135頁は、当該判示を是認した。

２項の「定める」の解釈（４.（１）（ｂ））において生じるような、借地借家法32条１項と対立しうる局面においては、公社法24条が借地借家法32条１項を排斥するのではなく、むしろ公社法24条が譲歩するのであり、この意味で、「補完的」な規定である[51]。具体的には、地方公社は、借地借家法32条１項に基づく家賃増額請求権を行使するための要件[52]を満たし、それに加えて、公社法24条の委任に基づく公社規則が規定する基準を満たした上で、初めて家賃増額請求権を行使できることとなるものと思われる[53]。

また、付言すると、判示では明示されていないものの、ここでは、「特別の定め」の有無が問題となる局面として、「家賃決定の局面」と「家賃増減請求権行使の局面」が区別されているものと思われる。すなわち、公社法24条は、「家賃決定の局面」において、借地借家法32条１項が定める要件に付随する、「補完的、加重的」な基準の策定を、公社規則に委任している。他方、「家賃増減請求権行使の局面」においては、公社法24条は、「補完的、加重的」な基準の策定を公社規則に委任するにすぎないため、ここでは、公社法24条及び公社規則16条２項が、借地借家法32条１項に譲歩して、借地借家法32条１項に基づき、家賃増減請求権の行使を前提とした検討がなされることとなる。

このような区別に対して、第一審及び原審は、これらの局面を一緒くたに検討して、公社法24条及び公社規則16条が、いずれの局面においても特別法として優先適用される、という判断を下したものだといえよう。しかし、これらの二つの局面は、やはり性質が異なるものであり、これらを区別して検討した本

---

[51] なお、この「補完的、加重的」という解釈を導いたと思われる、「他の法令により特に定められた基準がある場合においてその基準に従うほか」という表現は、現行法においては、公社法24条のほか、日本勤労者住宅協会法25条に存在するのみであり、非常に珍しい規定であるものと思われる。

[52] 家賃が諸事情の変化により客観的に不相当になったこと、及び家賃を増額しない特約がないことが挙げられる（副田・前掲注30）267-268頁）。

[53] この点、公社法は「地方公社の組織及び地方公社が設立目的を遂行する上での公社のなすべき行為を定めている」ものであり、「貸借人を直接の名宛人とする法規ではないが、公社は公社法に拘束される結果、公社住宅の賃借人はその反射的効果として公社法の影響を受けるものといえる。」と解する見解が存在する（竹屋芳昭「判批（昭和61年地判）」判例時報1221号（1987年）197頁）。その上で、鳥山・前掲注１）115頁は、本判決を、この見解に親和的なものと評価する。

判決は、妥当な判決であろう。

（ｄ）最後に、公社規則16条２項の性質について言及した、判示Ⅲの後半部分について検討する。前提として、本判決は本来、公社法24条につき、借地借家法32条１項を排除する規定を委任するものではない、と解釈された時点で、勝負が決しているものと解すべきである。なぜならば、公社規則レベルで借地借家法32条１項を排除すると、それは委任規定に違反することとなるからである。

それゆえ、ここで、判示の「公社規則16条２項の上記文言からしても」の意味につき、必ずしも明確な意図が、判示からは読み取れないところではあるが、この点については、単に、公社規則16条２項が紛争の火種となることをあらかじめ阻止すべく、ダメ押しで、公社規則16条２項が、公社法24条に適合的に解釈できること[54]を確認した程度の意味合いにすぎないものと思われる。なお、ここで公社法24条に適合的な解釈がなされた根拠としては、判示の「他の法令による基準のほかに従うべき補完的、加重的な基準を示したもの」という点が、公社規則16条２項からは、その文言を素直に解する限り導出されず、この点は、公社法24条の趣旨によって導出された、という理解が自然であることが挙げられる[55]。

５．射程

以上、本判決を分析した上で、次に、本判決の射程を検討する。本判決の射程が最も問題となるのは、UR賃貸住宅における家賃の増減である。なぜならば、ここでは、公社規則16条２項の類似規定である、独立行政法人都市再生機構法（以下、「UR法」という。）25条２項[56]が存在するからである。

---

[54] 平岡久『行政立法と行政基準』（有斐閣、1995年）51頁、中川丈久「行政法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論』（有斐閣、2021年）105頁参照。

[55] 他方、調査官解説では、「公社規則16条２項の上記文言からしても」という表現につき、公社規則16条２項の文言解釈をいうものと理解されている。ただし、当該理解においても、「その文言解釈が、公社法24条の委任の趣旨からも裏付けられることになる」と指摘されている（吉野・前掲注１）119-120頁）。

[56]「機構は、賃貸住宅の家賃の額を変更しようとする場合においては、近傍同種の住宅の家賃の額、変更前の家賃の額、経済事情の変動等を総合的に勘案して定めなければならない。この場合において、変更後の家賃の額は、近傍同種の住宅の家賃の額を上

この点、本判決の決め手が、公社法24条及び公社規則16条２項の、「補完的、加重的」な性格にあるものと解する場合、まず、公社規則16条２項の「補完的、加重的」な性格は、前述のとおり、公社法24条の適合的解釈によるものである（４.（２）（ｄ））。そして、公社法24条が、「補完的、加重的」な基準の策定を公社規則に委任したと解される直接的な根拠は、公社法24条の、「他の法令により特に定められた基準がある場合においてその基準に従うほか」という部分の文言解釈に由来する（４.（２）（ｃ－１））。すなわち、少なくとも公社法は、公社規則16条２項の「補完的、加重的」な性格を、公社法24条において、明示的に規定している。

翻って、UR賃貸住宅について、確かに、UR賃貸住宅と公社住宅の賃貸借関係は、いずれも私法上の賃貸借関係と解されており（３.（１）、４.（２）（ａ））、本質的な部分で共通点を有している。その上、UR法25条２項及び公社規則16条２項という、同旨の規定がそれぞれ存在する。しかし、UR法は、「補完的、加重的」な性格を導いた公社法24条と同旨の規定を有しておらず、公社規則16条２項に相当する規定のみ、UR法25条２項に規定されているにすぎない[57]。従って、UR法25条２項が「補完的、加重的」な規定であると、直ちに解することはできない。また、UR法25条２項それ自体にも、「定めなければならない」という、公社規則16条２項の「定めるものとする」よりも、さらに強い義務付けを行う表現がなされている[58]、という差異も存在する。

さらに、UR独立機構の目的は、「賃貸住宅の供給の支援に関する業務を行うことにより、……都市の再生を図る」（UR法３条）と規定されており、ここでは地方公社の目的と異なり、住宅の賃貸が、UR独立機構の目的の主眼に置か

回らないように定めなければならない。」

[57] なお、UR都市機構の前身である、住宅・都市整備公団及び都市基盤整備公団の根拠法令のうち、住宅・都市整備公団法30条１項には、「公団は、住宅の建設、賃貸その他の管理及び譲渡……を行う場合においては、他の法令により定められた基準がある場合においてその基準に従うほか、建設省令で定める基準に従って行わなければならない。」（下線筆者）という、公社法24条と同旨の規定が存在した。しかし、その後、都市基盤整備公団法において、住宅・都市整備公団法30条１項に相当する規定が削除され、UR法25条２項と同様の規定が、都市基盤整備公団法33条２項に定められた。そして、現在のUR法に至る。

[58] 衆議院法制局法制執務研究会・前掲注48）61-62頁参照。

れている[59]。加えて、UR法には、公社法22条のように業務の適正性を要求する規定も存在しない。

このように、UR法の建付けが公社法と異なる以上、本判決の射程は、ＵＲ賃貸住宅においては及ばないものと思われる[60]。

６．おわりに

最後に、差戻後控訴審について、若干の検討を行う。第一に、差戻後控訴審では、借地借家法32条１項の適用を前提に、適正な家賃が算定される[61]。そこでは、一連の家賃算定手続を経て決定された家賃は、公社規則16条２項が定める基準を満たし、かつ、借地借家法32条１項に基づく相当な金額であるか、という点が判断されることとなる。なぜならば、本判決は、借地借家法32条１項の適用が排除されるか、という点を判断したにとどまるからである。

第二に、本判決及び差戻後控訴審が与える影響について検討すると、地方公社が自ら賃貸する住宅の総数は、全国で令和５年度末現在、約14万戸以上に上る[62]。また、Yに限っても、約１万4000戸の賃貸住宅を運営している。このうち、Yのように、公社規則16条２項に基づき一方的な家賃改定を行っていたとしても、本判決により、当該家賃改定が公社法32条１項に基づく家賃増額請求権の行使と評価されるならば[63]、借主らは、借地借家法32条に基づき、当該家賃改

---

[59] ４.（２）（ｃ－２）参照。

[60] 本判決の射程がUR賃貸住宅においても及ぶと解する見解として、西内・前掲注１が存在する。ただし、西内は、本判決が「補完的、加重的」という趣旨を導く際に、いわゆる下剋上解釈がなされたものと分析しているが、あくまで、本判決は、「公社法の上記各規定の文言に加え、地方公社の上記目的に照ら」して（強調筆者）、公社法24条の趣旨を導出しているにすぎず、この点は、看過すべきではない。

[61] 宮森・前掲注１）38頁、吉野・前掲注１）120頁。

[62] 前掲注28参照。

[63] 吉野・前掲注１）120頁。なお、本判決の帰結として、地方公社の家賃改定には個々の入居者との関係で借地借家法32条１項の要件の有無を調査する必要が生じることとなるが、公社住宅の大量処理・画一的処理等の必要性の観点から懸念が生じうる、という立場もありうるところである。しかし、当該立場に対しては、Ｙの主張を前提にしても、家賃改定を実施するために、公社規則16条２項が規定する各要素に係る相応の市場調査を要する一方、純粋な民間の家賃改定でも、大量処理・画一的処理等の要請がある場合もあるため、これは相対的な問題にすぎないこと、また、そもそも、従

定を争うことができることとなる。

この点、借主が異議なく改定後の家賃を支払ってきたことにつき明示または黙示の合意があったと認定されることや、消滅時効の問題が指摘されている[64]。それに加えて、一定の家賃算定手続を経て地方公社が算定した家賃が、借地借家法32条１項に基づく適正家賃であり、かつ、公社規則16条２項が定める基準を満たしたものと認定されるか、という点もまた、借主による家賃減額請求が、事実上無理筋な請求となるのか、あるいは、現実的に請求可能なものとなるのかを左右する、重要なポイントであるものと思われる。この点も含めて、差戻後控訴審による、Ｙが定めた家賃に対する判断については、実務上、注視されるべきものであろう。

〔追記〕　脱稿後、岸本太樹「判批」重判令和６年度（ジュリスト臨時増刊1610号）34-35頁（2025年）に接した。

前から公社住宅には旧借家法７条１項の適用があるとされてきたことから、当該懸念は杞憂ともいえる、と指摘されている（以上、同121頁）。

64 吉野・前掲注１）121頁。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 76 No.1,2 (2025)
SUMMARY OF CONTENTS

From "Advising" to "Sharing": A Preliminary Study on the Potential Transformation of Legal Professions in the Information Age

Guo,Wei.

This article reconsiders the position of information in the practice of the legal professionals within the context of an information-driven society. With the growth of information disclosure and the digital society, the provision of legal information to the general public has increased. A key issue that arises is how the increase in providing information to the general public, instead of focusing solely on legal practice, impacts the role of legal professionals. To provide a theoretical foundation for future empirical research, this paper examines the information activities of legal professionals and discusses how information dissemination influences the role of legal professionals. First, with a focus on the characteristics of lawyers as 'professionals', the paper draws on the broader field of sociology of professions to provide an overview of how information provision is understood in the context of professionals. Next, it reconstructs previous research on information dissemination in the context of legal professionalism, highlighting key findings and remaining challenges. Furthermore, the article examines the necessity and characteristics of information dissemination by legal professionals, considering the widespread generalization of online information activities,

* associate professor

and explores the potential transformations that may occur in the practice of law as a result.

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
伊藤隼	北海道大学大学院法学研究科准教授
郭薇	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
梁小煒	北海道大学大学院法学研究科助教
ルベン・ロドリゲズ・サムディオ	早稲田大学法学研究科講師（任期付き）
鈴木繁元	筑波大学ビジネスサイエンス系助教
鄭明政	台湾・国立勤益科技大学教養学部基礎通識教育センター准教授
菅原寧格	北海道大学大学院法学研究科高等法政教育研究センター客員研究員・北海学園大学法学部教授
奥谷知冬	北海道大学大学院法学研究科博士前期課程

令和７年７月23日　印　刷
令和７年７月30日　発　行

編集人　水野浩二

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
佐々木雅寿

印　刷　株式会社 正文舎
札幌市白石区菊水２条１丁目
TEL 011(811)7151

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. 76 July 2025 No. 1・2

CONTENTS

ARTICLES

Human Rights of Foreigners and the McLean Case ····· Masaaki SAITO 1

Der Ansatz zur effizienten Bewältigung von Massenverfahren in Deutschland - Die Einführung des Leitentscheidungsverfahrens ····· Shun ITO 33

From Advising to Sharing: An Introductory Study on the Potential Transformation of Legal Professions in the Information Age ☆ ····· Wei GUO 69

Die Art und Weise, wie der Inhalt der Vertragshaftung bestimmt werden soll (6) —— Eine Analyse aus der Sicht des Schadensbegriffs —— ····· Kohei HAYASHI 127

Reschtsgüterschutz im Umweltstrafrecht (2): Über die strafrechtliche Regulierung von der Verletzung der Umweltmedien ····· Xiaowei LIANG 177

Non-Economic Losses under Japanese Law from a Comparative Law Perspective (4) ····· Ruben E. Rodriguez Samudio 221

Law and Politics on Judicial Supremacy (5) ····· Shigemoto SUZUKI 291

Judicial Relief and Promotion of the Right to a Decent Life (7) : Focusing on Judicial Review in Japan, United States, and Taiwan ····· Ming-Cheng CHENG 315

NOTE

The potential of law (study) in response to an "individualized society" and "uncertainty": "Overflowing" emotions and "obstructed" law (study) ····· Yasunori SUGAWARA 363

CASE NOTE

Note on Public Law Case ····· Chifuyu OKUYA 397

[ ]···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