

日 本 法 學

第七十七卷 第三号 2011年12月

論 説

大正・昭和前期における司法省の裁判所支配……………新井 勉

薄くなる政教分離の壁……………青山 武憲

——アメリカ合衆国——

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり……………尾田 清貴

倒産手続におけるプライオリティの変遷と展望……………杉 本 純 子

——商取引債権を含めたプライオリティ体系の構築をふまえて——

翻 訳

国際裁判管轄の合意と新ハーグ管轄合意条約……………ペーター・フーバー
ジェニファー・アントモ

小田 司訳

研究ノート

ベルリン州開店法の憲法適合性……………小林 宏 晨

二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って(二)

クオータ制を巡る諸考察……………松 島 雪 江

——ドイツでの議論をきっかけとして——

日本法学 第七十七卷第一号 目次

論 説

空港環境問題における連邦航空法の専占……………工藤 聡 一

第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題……………長谷川 貞 之

日常行為と可罰的幫助……………上野 幸彦

翻 訳

団体概念の事例に関する解釈の限界としての刑法および概念を……………クラウス ホフマンホランド
形成する体系的中心的な構成原理としての明確性原則……………上野 幸彦 訳

論 説

Lugosi ケース、人格権一元論の終焉……………豊田 彰

——Lugosi v. Universal Pictures 160 Cal. Rptr. 323 (1979)——

日本法学 第七十七卷第二号 目次

論 説

昭和初年の官吏減俸令と裁判官……………新井 勉

イギリスの議会主権と議会制定法の階層化について……………加藤 紘 捷

——EU法の優位性とイギリスにおけるコモン・ローの発展——

国内旅客航空運送契約における「延着」責任について……………松嶋 隆 弘

判 例 研 究

通信社配信記事に対する名誉毀損の成否と真実相当性……………高畑 英一郎

——「東京女子医大病院事件」最判平三・四・二八判時二一五号五〇頁——

大正・昭和前期における司法省の裁判所支配

新井 勉

はじめに

人事院の初めての引き下げ勧告により、政府（小泉内閣）が国家公務員一般職の給与を引き下げたのは、平成一四年（二〇〇二年）のことである。人事院は翌一五年も引き下げ勧告を行い、政府は繰り返し国家公務員一般職の給与を引き下げた。裁判官の報酬等に関する法律の改正により、裁判官の給与が引き下げられたのは、平成一七年一二月のことである。例えば、最高裁判所判事の報酬月額一六八万二〇〇〇円は二月から一六二万一〇〇〇円、翌一八年四月以降一五二万二〇〇〇円、判事三号の報酬月額一〇万六〇〇〇円は二月から一〇六万五〇〇〇円、翌一八年四月以降九九万四〇〇〇円に引き下げられた。^①

広く知られるように、現行憲法は第七九条第六号で最高裁判所の裁判官の報酬について「在任中、これを減額する

ことができない」と定めたし、第八〇条第二号で下級裁判所の裁判官の報酬について「在任中、これを減額することができない」と定めた。どちらも、報酬の面で裁判官の身分を保障している。これらの規定を個々の裁判官に対する保障とみて、他の国家公務員と同率を以て全裁判官について減額することは妨げないという解釈と、裁判官は全員が当初額を定められた報酬を在任中うけることを保障されているとみて、一般的減額も許されないという解釈の二つがある。^②国会は前者の解釈により平成一七年減額の法律を成立させたのだろう。

さて、明治憲法には裁判官の減俸禁止の規定がなく、裁判所構成法第七十三条第一項に判事はその意に反して「減俸セラル、コトナシ」という規定があった。法律の保障の下ながら、判事らは昭和六年（一九三一年）五月政府（若槻内閣）の一般的減俸案に対して、結束堅く断乎として反対の運動を展開した。そのさい政府が一般官吏と同じく判事についても勅令を以て減俸しようとしたことに、判事らは強く反発したのである。^③政府の六月一日減俸断行の方針が報道されると、五月二一日東京地方裁判所・東京区裁判所の判事らが連合協議会を開いた。新聞報道によると、その様子は次のようである。ここで、原文のゴシック体の箇所は傍線をひいておこう。

○「全裁判官結束堅く、法理論で反対へ直進―けふ法相に反省を促す」

司法官に対する減俸の手續について反対を表明してゐる東京裁判所判事は、具体的方針を決定するため、地方裁判所・区裁判所の判事連合協議会を二十一日午後四時から区裁判所三階会議室に開き、地方裁判所側から民事刑事各部長・部長代理・各裁判長・上席及び次席の予審判事、区裁判所側から監督判事・民事刑事の上席判事・破産執行上席判事計三十三名の幹部出席し、とびらにかぎをかけて極秘裏に議事を進めたが、まづ裁判所構成法第七十三条の問題について意見を交換したる結果「減俸そのものについては賛成しないが、それは暫く措くとし

て、憲法及び裁判所構成法によつて保障せられた司法官の独立を侵害する結果を来すべき、行政官なみの勅令をもつて減俸されることは、別項の理由で法律の番人たる裁判官の立場から絶対に反対する」といふに意見一致しこの趣を書面として二十二日中に渡辺法相に手交し、本省の反省を促すといふに決定した。もしこの法理問題がじゅうりんされる場合には如何なる対策を取るかの点について懇談したところ、サボタージュをもつて法相の反省を促すがよいとの意見が有力に唱へられたが、これに対し事務だけは今まで以上に勉強し、それと共に予審部が検事局側とも連絡し、外国に対する対面を考慮せる某大臣の十萬円事件その他の事件等を徹底的に調べなほすがよいなどの意見も出たが、これ等の点は減俸の手續に関する最後の決定を待つて協議するがよいといふことにし⁽⁴⁾會議四時間にして午後八時散会した。

記事の中の「じゅうりん」は蹂躪の字を平かなに開いたものである。記事の中の「別項の理由」というのは「反対の法的理由」として輪郭づきの見出しを以て掲げたものをさしている。この別項に示される理由をみると、裁判所構成法第七三条は明治憲法第五八条の趣旨を敷衍して裁判官の身分を保障するものだから、当然裁判官全体に関する規定であり、一般的に減俸を禁じているというだけの話である。

その頃の朝刊は一面が書籍や雑誌の全面広告で、二面が政治欄である。その政治欄の冒頭に「減俸反対運動白熱化する」の輪郭づき見出しに続いて、右の「全裁判官結束堅く、法理論で反対へ直進―けふ法相に反省を促す」の大きな見出しが躍っているため、裁判官が徒党をくむかと読者はぎよつとする。少なくとも復刻版をよむ読者は、ぎよつとする。しかも記事を読み進むと、政府が勅令を以て減俸を強行するなら、判事らが一般労働者のようにサボタージュをしようとか、さらに予審判事が検事らと連絡をとり某大臣（若槻首相）の一〇万圓事件⁽⁵⁾をはじめ政治家の絡む事件

を調べ直そうとか、好戦的な姿勢である。

売勲疑獄や五私鉄疑獄など、その頃続出した疑獄の多くは政友会の政治家の関係したものである。憲政会（民政党の前身）の政治家も箕浦勝人が大阪の松島遊廓疑獄に関係した。箕浦の絡みで、若槻も第一次内閣のとき首相官邸で大阪の予審判事の証人訊問をうけた。⁶これらの疑獄は、国民に政党の政治支配という現実疑問を抱かせた。検事や予審判事を通じて政党政治家の日頃の遣り口をしる機会のある判事らが、政党内閣が歳入不足の対策として真つ先に判事を含む官吏の減俸を強行しようとしたことに強く反発したのは、いわば自然なことである。叩けば埃のでる連中ではないか、というわけである。

一方、平成一七年の裁判官の給与引き下げのさい、現行憲法が裁判官の報酬について減額禁止の規定をおいているにもかかわらず、裁判官らの反対運動はおきなかった。裁判官らの反対意思の片鱗さえ、一つとして新聞やテレビに報道されなかった。よもや裁判所という所が特別な所であり、報酬が減額されても不満を抱かない聖人君子が揃っている、というのではないだろう。

敗戦を挟んで、昭和六年から平成一七年まで七〇数年の間に、一つには、裁判官の報酬が国家公務員一般職の給与より遥かに高くなり減額されても応えなくなったこと、今一つには、特に昭和四〇年代後半（一九七〇年代）以降に最高裁判所による強力な統制が進み裁判官の自由が制約されてしまったこと、主としてこれら二つが、一方は積極的な反対運動の展開、他方はお行儀のよい沈黙という極端な落差が生じた事情を説明している。さらに小さなことを追加するなら、敗戦と現行憲法の公布を境として、政党の政治支配という図式が定着して、反政党政治の思想が影を潜めたことがある。

昔は司法官は行政官の後塵を拝して俸給が低かった。民政党内閣の最初の官吏減俸案に対して検事らが反対運動の先陣をきった昭和四年、奏任行政官の平均年俸三四六〇円に対して、奏任判事・奏任検事は三二二〇円に止まったという。^⑦それが現行憲法と裁判所法に代って、兼子一氏は「当初は、裁判官の中堅を成す判事の報酬の最下級が、一般行政官の最上位である各省の次官、長官級に相当する程度に定められた。しかし、その後ベースアップによる改訂毎に、裁判官の報酬表は行政官の俸給表に比して、上昇率が低かったため、現在では余り差異がなくなり、しかも行政官の幹部クラスには、相当な額の管理職手当が支給されることとなった関係で、却って裁判官の上級者よりも多額となり、当初の優位は崩れてしまった」と説明している。^⑧しかしこの氏の評価は一面的で疑わしく、裁判官の報酬表と行政職の俸給表を併載する平成一〇年一月の裁判所時報を参照すると、行政職最上位の一一級一五号俸の月額五九万七三〇〇円のみが判事最下位の八号の五九万三〇〇〇円を上回るにすぎず、^⑨裁判官の報酬は行政職の俸給に対して依然として大きく優位を保っているのである。

新旧制度下の裁判官・行政官の給与の比較が重要な問題だとしても、本稿はそれを取りあげない。本稿は、今一つの問題、すなわち、司法省の裁判所支配・最高裁判所の裁判所支配の比較という、これも大きな問題のうち、司法省の裁判所支配に限って考察しようと思う。有名なラウエル・レポート（昭和二〇年一二月）が、敗戦前の日本の弊風の一つとして「裁判所が裁判官によってではなく検察官によって支配されている」ことを指摘した。早くに、半世紀も前に、家永三郎氏が『司法権独立の歴史的考察』^⑩の中で、ラウエルの指摘を裏づける、司法省の支配の大枠を究明し詳細を点描した。本稿は、あるいは最高裁判所の直接的な支配よりも司法省の間接的な支配の方が個々の裁判官の自由な領域が存在したかもしれない（無論、天皇制国家・明治憲法という別の大きな制約が存在した）という仮説の

下、司法省の裁判所支配を示す基礎的なデータを集積するステップとして起すものである。

- (1) 最高裁判所事務総局発行・裁判所時報第一二二九号（平成一〇年一月一日）二三九頁、裁判所時報第一三九八号（平成一七年一月一五日）四三三頁。
- (2) さしあたり、法学協会編『註解日本国憲法』下巻（有斐閣、一九五四年）一一九〇～一一九一頁。
- (3) 詳しくは、新井勉「昭和初年の官吏減俸令と裁判官」（日本法学第七七卷第二号、二〇一二年）。
- (4) 東京朝日新聞昭和六年五月二二日朝刊二面。日本図書センター復刻『朝日新聞縮刷版』昭和六年五月（二〇〇三年）二二の六。
- (5) 若槻は回顧録の中で、この事件について、昭和五年二月の総選挙のさい浜口首相を援助しようとして、民政党の選挙費用調達のため、若槻が新潟の富豪に一〇万円の寄付を依頼した。その書簡が捜査機関に押収され、新聞記事となったにすぎないと記している。講談社学術文庫版・若槻礼次郎『明治・大正・昭和政界秘史―古風庵回顧録』（一九八三年）三〇〇～三〇一頁。
- (6) この事情は、若槻の回顧録中「箕浦と松島事件」として記録されている。前掲『明治・大正・昭和政界秘史―古風庵回顧録』二八一頁以下。
- (7) 新井・前掲論文一二頁。
- (8) 兼子一・竹下守夫『裁判法』新版（有斐閣、一九七八年）二二二頁。
- (9) 前掲・裁判所時報第一二二九号（平成一〇年一月一日）二三九頁、二四一頁。行政職のうち次官ら少数の人は指定職となる。指定職の俸給表をみると、指定職最上位の一二号俸は月額一三七万五〇〇〇円で、確かに判事一号の一二三四万六〇〇〇円より多い（二三九頁、二四二頁）。
- (10) 家永三郎『司法権独立の歴史的考察』増補版（日本評論社、一九六七年）。初版は一九六二年の発行。

一 大正四年の司法省・裁判所

日露戦争後の不況下で国家財政が行き詰りながら、一方で積極政策・軍備拡張が声高く主張され、他方で公債償還が地道に実行されなければならなかった。国家財政と日本経済を好転させるため、歴代政府は桂内閣も西園寺内閣も行政財政整理を重要政策として位置づけた。実際に行政整理を強力に推進したのは大正二年（一九一三年）山本内閣のときのことである。

憲政擁護運動と大正政変をへて山本内閣が成立すると、司法省は前から用意していた五つの法律案を第三〇議会に提出し成立させた。①裁判所構成法中改正法律、②判事及び検事の休職並に判事の転所に関する法律、③裁判所廃止及び名称変更に関する法律、④裁判所管轄区域に関する法律、⑤判事懲戒法中改正法律、がそれである。^⑪このうち①は大審院・控訴院の各部の員数七人・五人をそれぞれ五人・三人に減じるもの、②は司法大臣に判事・検事二三二人を限り休職を命じる権限を与えるもの、③は一二八の区裁判所を廃止するものである。これらを手にして、大正二年四月、司法省は大胆な行政整理、いわゆる司法部大改革を断行したのである。

司法大臣は政友会の領袖の一人、松田正久。松田は、この行政整理を立案した前次官で当時検事総長の平沼騏一郎と二人三脚で大改革を断行した。^⑫司法省は、四月二一日から人事にとりかかり、大阪控訴院長古荘一雄、名古屋控訴院長藤田隆三郎、函館控訴院長一瀬勇三郎、長崎控訴院長西川鉄次郎、大審院部長伊藤悌治、宮城控訴院検事長奥宮正治、函館控訴院検事長池上三郎、長崎控訴院検事長山川徳治ら、多数の人に休職・退職を命じた。^⑬正確な数を記すと、この人事は、判事一二九人、検事三九〇人、総数一五一九人中、一三一人に休職、九八人に退職、四四三人に

転補・転官を命じたものである。¹⁴⁾

司法部大改革の立役者は平沼騏一郎である。平沼はこの人事で、司法省法学校正則科一期生の一瀬をはじめ、東京大学明治一一年卒の藤田・西川、一六年卒の伊藤ら古参の人を一掃した。その上で、政府は、六月一三日、司法部の人員削減の仕上げとして判事検事官等俸給令中改正の件を公布し、判事二九人、検事三人を減員した。¹⁵⁾ 裁判所構成法の施行から二三年、司法部の人員配置として入念に整えられた作品が現出した。おそらく老朽者も不適任者も駆逐を免れなかったことだろう。行論上順序が前後するが、右にずらつと並べた人々の関連で、最初に新しい控訴院長の陣容を一見しよう。¹⁶⁾

○控訴院長（大正二年四月）

控訴院	院 長	前 職	前々職	学 歴
東京	富谷銈太郎（留）	大審院部長	大審院判事	正則科
大阪	斎藤十一郎	司法省民事局長	大審院検事	東京大学
名古屋	水上長次郎	大阪控訴院検事長	長崎控訴院検事長	正則科
広島	志方 鍛	大審院判事	千葉地方裁判所長	正則科
長崎	手塚 太郎	名古屋控訴院検事長	大阪地方裁判所検事正	正則科
宮城	清水 一郎（留）	大審院判事	神戸地方裁判所長	正則科
函館	柿原 武熊	大阪地方裁判所長	京都地方裁判所長	東京大学

裁判所構成法の下では大審院長の司法行政権は大審院一つにしか及ばなかったが、控訴院長の司法行政権は控訴院

と管轄区域内の下級裁判所に及んだ。大審院長の司法行政権を制限したのは、全国の裁判所に対する司法大臣の司法行政権との重複をさけるためであり、管轄区域を限り司法行政権を行使する控訴院長の場合と事情が異なる。交通や通信の手段が不十分な時代のことだから、十分な法律の学識があり、司法省に忠順な控訴院長が求められた。ここにもるように、司法省は、司法省法学校正則科の卒業生という子飼いの人と国家官吏の養成所たる東京大学の卒業生を以て、椅子の全部をうめた。

富谷は大正元年一二月に東京控訴院長に就任したばかりで、留任となった。清水は明治四三年四月に宮城控訴院長に就任し三年経過していたが、そのまま留任となった。検事畑の一瀬の函館を別として、判事畑の古荘の大阪、藤田の名古屋、西川の長崎の後任控訴院長として、平沼は、検事畑の斎藤、水上、手塚を起用した。司法省の睨みのきく東京は判事畑の富谷ながら、大阪、名古屋、長崎と重要な控訴院長はいわば司法省が掌握したのである。

さて、本節は、大正四年（一九一五年）の司法省・裁判所の人員配置について考察する。司法部大改革から二年をへているが、大正四年一〇月現在の在職者を掲載する『帝国法曹大観』¹⁷を参照するためである。まず、司法省本省の人員構成をみてみよう。シーメンス・ヴィッカーズ事件で山本内閣が総辞職し、大正三年四月大隈内閣（第二次）が成立した。司法大臣は中正会の尾崎行雄、次官は鈴木喜三郎である。

鈴木は、東京大学を卒業し、大審院判事・東京地方裁判所長をへて、大正元年一二月司法省刑事局長に転じ、二年六月法務局長となり、三年四月次官となった。人もしる平沼の弟分で、大正一〇年一〇月大審院長となる平沼の後任として検事総長に就任し、虎の門事件で一三年一月山本内閣（第二次）が清浦内閣と交代すると、やはり平沼の後任として司法大臣に就任した。

尾崎法相・鈴木次官の下司法省の陣容は、次のようである。¹⁸⁾ 官房三課長・参事官・二局長の顔ぶれ、前職・学歴を掲げる。

○司法省（大正四年一〇月）

秘書課長	三浦榮五郎	参事官	東京大学
職員課長	皆川 治広	東京地方裁判所検事	東京大学
会計課長	平野 亮平	水戸専売支局長	東京大学
参事官	山内確三郎	東京控訴院判事	東京大学
参事官	飯島 喬平	東京地方裁判所部長	東京大学
参事官	池田寅二郎	東京地方裁判所部長	東京大学
参事官	山岡万之助	東京控訴院検事	日本大学
参事官	宮城長五郎	東京区裁判所検事	東京大学
法務局長	豊島 直通	参事官	東京大学
監獄局長	谷田 三郎	東京控訴院検事	独協大学

三浦は東京区裁判所検事・東京地方裁判所検事をへて司法省入りした検事畑の人、皆川も小倉区裁判所検事・東京地方裁判所検事をへて司法省入りした検事畑の人。会計課長は大蔵省から人が回ってくる。山内・飯島・池田は判事畑の人である。山岡は東京地方裁判所判事から同裁判所検事に転じた人、宮城も東京地方裁判所判事から東京区裁判所検事に転じた人。豊島は東京地方裁判所検事・東京控訴院検事をへて司法省入りした検事畑の人、谷田は元は判事

畑の人である。検事畑・判事畑どちらが優勢か判断しにくいが、司法省中枢が東京大学出身者を以て固められていることは一目瞭然である。平沼人事（大正二年四月～六月）は、皆川・平野・飯島の三人である。

このうち、山内は民事局長をへて次官・東京控訴院長となり、皆川も名古屋控訴院検事長をへて次官・東京控訴院長となり、谷田は大阪控訴院長に転じた。豊島は東京控訴院検事長に転じ、さらに大審院部長に転じた。山岡は監獄局長・刑事局長となり、後に親分の鈴木喜三郎内相の下で警保局長を務めた。池田は民事局長・大審院部長・大審院長を歴任した。宮城は名古屋控訴院検事長に転じ、同検事長から司法大臣に就任した。

続いて、最高法衙たる大審院の陣容は、次のようである。勅令定員は院長一、部長四、判事二一の併せて二六人である。全員の顔ぶれ、前職・学歴を掲げるのは煩雑なので、特徴を指摘するに止める。

○大審院（大正四年一〇月）

院長	横田 国臣	前職・検事総長、前々職・東京控訴院検事長。参事官・民刑局長・次官を歴任。
部長	田部 芳 馬場 愿治 鶴 丈一郎 横田 秀雄	前職・検事兼参事官。学歴・正則科。 前職・広島控訴院長。学歴・東京大学。 前職・大審院判事。学歴・正則科。 前職・大審院判事。学歴・東京大学。
判事	鶴見守義・末弘巖石の二人が正則科卒業。 棚橋愛七ら一九人が東京大学卒業。 平野猷太郎・谷野格・泉二新熊は検事畑を歩き、皆参事官の経歴がある。	

判事畑の末弘は前職が大審院検事、中西用徳は前々職が東京控訴院検事、同じく判事畑の棚橋や入江良之は参事官の経歴がある。

大審院は民事事件・刑事事件の終審裁判所であり、判決を通じて全裁判所の法令解釈を統一した。前の大審院判決と異なる意見があるときは民事の総部、刑事の総部、民事刑事の総部（連合部という）が裁判した。そのため、部長も判事も全員に法律の高い学識が求められた。それにしても、部長・判事の全員が正則科卒業生・東京大学卒業生というのは、よくぞ揃えたものである。平沼人事（大正二年四月～六月）は、馬場・横田、磯谷幸次郎・谷野格・堀田馬三・鈴木英五郎・岩田一郎・中西用徳で、部長二人の前職を別として、判事六人の前職はそれぞれ横浜地方裁判所長・東京控訴院検事・宮城控訴院部長・東京控訴院部長・東京控訴院部長・大阪控訴院部長である。

横田大審院長は、大木喬任司法卿時代に司法省に入り、ずっと検事畑や司法行政畑を歩いた。次官のとき明治三一年六月司法部の老朽淘汰を断行した。そのさい自ら検事総長に転じたが、大東義徹法相と争い懲戒免官となり、¹⁹後に東京控訴院検事長として司法部に帰り咲いた。平沼検事総長以上に司法部を熟知し、原敬首相の手で定年制が裁判所構成法に追加され退職におこまれたが、大審院長の職にあること一五年という記録を作った。

横田の後ろに清浦奎吾がいたし、清浦を通じて山県有朋がいたから、松田正久や平沼に横田の地位を左右する力はなかった。平沼は横田と協調しながら、松田法相の人事権を使って大審院の部長や判事の入れ替えを行った。部長の伊藤悌治を馬場に替えた後、判事検事官等俸給令中改正の件により部長を四人とし、横田秀雄を昇任させた。横田は信州松代の生まれで、九州宇佐の出の横田国臣と縁戚ではない。この横田は、平沼が大審院長から司法大臣に転じた

後、大審院長となった。平沼は検事畑については、東京控訴院検事の谷野格を大審院判事、検事兼参事官の泉二新熊を東京控訴院検事に昇任させた。泉二は大正四年五月大審院判事に昇任した。泉二は、行刑局長・刑事局長・大審院部長をへて、検事総長・大審院長まで上り詰めた。司法部の地位と東京大学の講義により大正から昭和前期の刑法の実務を指導し、さらに昭和前期の刑法改正作業の中心となった。²⁰

平沼自身を長とする検事局の顔ぶれは、次のようである。勅令定員は総長一、検事七の併せて八人ながら、なぜか手元の『帝国法曹大観』は検事を四人しか掲載していない。平沼人事は矢追一人で、矢追は東京控訴院検事長・次長検事となり、板倉は大審院部長に転じ、林は刑事局長・次官をへて大審院部長から検事総長・大審院長・司法大臣の階段を駆け上った。

○大審院検事局（大正四年一〇月）

総長	平沼騏一郎	前職・次官。参事官・民刑局長を歴任。学歴・東京大学。
検事	鈴木 宗言	前職・台湾覆審法院長。学歴・東京大学。
	板倉松太郎	前職・大審院判事。学歴・東京大学。
	林 頼三郎	前職・東京控訴院検事。学歴・中央大学。
	矢追 秀作	前職・東京控訴院検事。学歴・東京大学。
	三人	未詳

さて、大正四年一〇月の全国七控訴院長の陣容は、先走って掲載した大正二年四月と同じである。七人の控訴院長の氏名・前職・学歴を繰り返して記すことはしない。次に、各控訴院の部長・判事について、ごく簡単にみておこうと

思う。勅令定員は院長七、部長一六、判事五一の併せて七四人。これは、司法部大改革のさい判事検事官等俸給令中改正の件により部長の員数二人中五人を減じ、判事の員数一一〇人の半数強を減じたものである⁽²¹⁾。

ここで各控訴院の部長・判事について、平沼人事（大正二年四月～六月）のもつ意味を探ることは、実は容易ではない。二年半のズレを承知の上で手元の『帝国法曹大観』を参照すると、各控訴院の部長・判事のうち三分の一近い人が平沼人事で現職にある。しかし六七人の中に司法省勤務者・参事官経験者はいないし、平沼が検事畑の人を転官させ判事として配置した痕跡はない。せいぜいのところ学閥をみておくしかない。

○控訴院の部長・判事（大正四年一〇月）

部長	一六人	速成科	三人
判事	五一人	速成科	一人
		東京大学	二二人

東京控訴院の部長六人中、四人は平沼人事による新任部長である。古参の松岡義正（東京大学）と中島正司（速成科）に、前東京地方裁判所部長の須賀喜三郎、前東京控訴院判事の菰淵清雄・横村米太郎・西川一男が加わり、六人となった。菰淵（第三高等中学校卒業⁽²²⁾）を除く三人は、全員東京大学の卒業生である。判事一五人中、同じく四人が平沼人事による新任判事である。前東京地方裁判所部長の西郷陽・前東京区裁判所判事の高瀬幸七郎が東京大学卒業生、前東京区裁判所判事の尾佐竹猛・白井茂が明治大学卒業生。東京控訴院の判事一五人中、一一人が東京大学卒業生である。

序でに、大阪控訴院もみておこう。大阪控訴院は古くは東京控訴院と並ぶ格式・規模を誇り、他の控訴院の上位に位置した。⁽²⁴⁾ その部長五人中、四人が平沼人事による新任部長である。古参の望月源治郎（速成科）に、中尾保・宮本力之助・鬼沢蔵之助・多喜沢秀雄が加わり、五人となった。全員東京大学の卒業生である。判事は一人桜田寿（明治大学）が平沼人事で、判事一三人中、七人が東京大学卒業生で、三人が京都大学卒業生である。

続いて、司法省お膝元の東京地方裁判所、東京区裁判所も一瞥しておこう。東京地方裁判所は、所長が後の大審院長牧野菊之助（東京大学）で、部長は六人、学歴は不思議と区々である。東京大学は立石謙輔一人、京都大学が初代の最高裁判所長官となる三淵忠彦を含む二人、平沼人事による新任部長が法政大学一人・明治大学一人で、六人目は早稲田大学である。判事は二八人で、学歴は速成科一人、東京大学一九人、京都大学一人、私立大学五人、試験合格者二人である。東京大学一九人の中には後の大審院長霜山精一をはじめ、東京控訴院長大森洪太、大阪控訴院長草野豹一郎・三宅正太郎がいる。京都大学の一人は後の検事総長・司法大臣木村尚達。

○東京地方裁判所（大正四年一〇月）

所長	一人	東京大学
部長	六人	東京大学 一人 京都大学 二人 その他 三人
判事	二八人	速成科 一人 東京大学 一九人

京都大学	一人
その他	七人

東京区裁判所は、区裁判所ながら、判事二三人が配置されていた。監督判事は平沼人事の吉田鐸作（独協大学）である。判事の学歴は、東京大学一三人、京都大学一人、私立大学（吉田を含め）九人。京都大学の一人は最後の大審院長となる細野長良である。²⁵東京地方裁判所は判事三五人中、東京大学が二人で六〇パーセント、東京区裁判所は判事三人中、東京大学が一三人で五七パーセントである。

一方、東京地方裁判所検事局は、検事正をはじめ、検事七人が全員東京大学である。東京区裁判所は、検事一七人中、東京大学一二人、京都大学二人、私立大学三人である。東京大学のしめる比率は、前者一〇〇パーセント、後者七一パーセントである。東京地方裁判所検事局の中川一介検事正・小原直検事は平沼人事で、東京控訴院検事・東京区裁判所検事から異動してきた。小原は東京控訴院長をへて司法大臣となったが、東京区裁判所にも、後に司法大臣となる検事が二人いた。一人は塩野季彦（東京大学）で次長検事から司法大臣となり、今一人は岩村通世（岩村通俊農相の子、東京大学）で次長検事・次官・検事総長を歴任して司法大臣となった。

さて、右の東京地方裁判所、東京区裁判所の二つは別として、地方裁判所・区裁判所の具体的な内容に入るとなると、これはキリがない。そこで、本稿では、地方裁判所のごく輪郭をみておこう。その頃東京控訴院管内の地方裁判所は、東京・横浜・浦和・千葉・水戸・宇都宮・前橋・静岡・甲府・長野・新潟の一一である。これら地方裁判所長のうち平沼人事（大正二年四月～六月）により新任所長となったのは、これも安易に『帝国法曹大観』を参照すると

横浜・浦和・水戸・前橋・静岡・甲府・新潟の七つである。横浜の所長横田五郎⁽²⁶⁾（東京大学）は参事官の経歴をもつ検事畑の人である。前橋の所長（中央大学）は検事正の経歴をもつ。水戸・新潟の所長は速成科、静岡・甲府の所長は東京大学である。僅かながら平沼人事の意味が示されている。所長一人のうち、学歴別では、速成科二人、東京大学四人、その他五人。

全国五〇の地方裁判所の五〇人の所長の学歴をみると、速成科一人、東京大学一四人。併せて五〇パーセントにすぎない。しかし大阪控訴院管内（京都・大阪・神戸・奈良・大津・和歌山・徳島・高松・高知）は、地方裁判所長九人で速成科一人・東京大学六人、併せて七八パーセントをしめている。九人のうち平沼人事は七人で、京都（本省から官房文書課長堀栄一を異動させた）や大阪など五つの所長に東京大学卒業生を送り込んだ。

本節の締め括りとして、大正四年一〇月の全国の地方裁判所判事・区裁判所判事の学歴を表示しておこう。裁判所構成法施行以後、判事の勅令定員は八九八人で、最少の員数である⁽²⁷⁾。ところが『帝国法曹大観』は八一人しか掲載せず、八七人の漏れがある。そのため、これを基礎として掲げる表は、およその傾向を示すものでしかない。速成科二五人と東京大学二一人を併せて二三六人。これは七一一人に対して三三パーセントである。それが東京地方裁判所や東京区裁判所に重点的に配置されたことは、より少率の薩長土肥の勢力が主要な裁判所・検事局を支配した明治中期の藩閥の手法を想起させる⁽²⁸⁾。

○地方裁判所・区裁判所（大正四年一〇月）

附、控訴院・大審院

地方裁判所・区裁判所 七十一人（七九八人）	速成科 東京大学 二五人 二二一人	三三パーセント
控訴院 七四人（七四人）	正則科 速成科 東京大学 五人 四人 三四人	五八パーセント
大審院 二六人（二六人）	正則科 東京大学 四人 二一人	九六パーセント

*括弧内の数字は勅令定員

(11) 内閣官報局編『法令全書』大正二年2（原書房復刻版、一九八五年）六頁以下。五法律の施行日は大正二年四月二二日である（大正二勅五四）。

(12) 司法部大改革と松田・平沼については、三谷太一郎『近代日本の司法権と政党』（塙書房、一九八〇年）七七頁以下。

(13) 法律新聞大正二年四月二五日・第八五八号一二面、「司法官の淘汰」「司法官の大更迭」。

(14) 司法省編『司法沿革誌』（原書房復刻版、一九七九年）二八一頁、五四三頁。

(15) 大正二年勅令第一七一号、法令全書大正二年3・二五一頁以下。判事の定員は九〇〇人となった。続いて、大正三年勅令第七四号判事検事官等俸給令中改正の件（法令全書大正三年3、復刻版一九八六年。二七六〜二七七頁）による減員で、判事定員は八九八人となった。この定員が裁判所構成法施行以後最少の員数である。

(16) 本稿で学歴として学校名を表示する場合、司法省法学校正則科・同速成科は司法省法学校を略する。帝国大学・東京帝国大学は東京大学に統一し、京都帝国大学は帝国を略する。東京法学院、和仏法律学校、東京専門学校など旧称については現在

の中央大学、法政大学、早稲田大学などに改める。

(17) この『帝国法曹大観』は大正四年(一九一五年)十一月、帝国法曹大観編纂会が編纂・発行した最初のものである。本稿は、ゆまに書房が『日本法曹界人物事典』第一巻司法篇として復刻したもの(一九九五年)を使用する。追試の検索が容易なため、一々頁数を注記しない。

(18) 三浦秘書課長は参事官、皆川職員課長・平野会計課長は書記官である。五人の参事官の配置が宮城(法務局)一人を除きはつきりしないので、とりあえず『帝国法曹大観』の順序(職員録の順序という)どおりに並べておく。山岡は監獄局か。

(19) さしあたり、加太邦憲『自歴譜』(岩波文庫、一九八二年)一七〇頁以下。詳しくは、楠精一郎「明治三十一年検事総長横田国臣懲戒免官事件」参照。楠精一郎『明治立憲制と司法官』所収、第五章(慶応通信、一九八九年)。

(20) 刑法改正作業と泉二の役割りについて、さしあたり、新井勉「改正刑法仮案の編纂と内乱罪」(日本法学第七三卷第二号、二〇〇七年)参照。

(21) 注(15)と同じ。

(22) 第三高等中学校について、加太・前掲書一四一頁以下、竹内洋『学歴貴族の栄光と挫折』日本の近代第二二卷(中央公論新社、一九九九年)四六頁以下、秦郁彦『旧制高校物語』(文春新書、二〇〇三年)五七頁以下。

(23) 東京地方裁判所長時代の鈴木喜三郎の尾佐竹排斥については、村上一博「司法官としての履歴と時事法律論」参照。明治大学史資料センター編『尾佐竹猛研究』所収、第一章(日本経済評論社、二〇〇七年)。

(24) 明治中期の大阪控訴院の位置づけについて、新井勉「児島惟謙と松岡康毅」(日本大学史紀要第六号、一九九九年)一五～一六頁。

(25) 広島控訴院長時代の細野が東条英機首相の司法部抑圧に反発したことについては、家永・前掲書四五頁以下参照。

(26) 横田五郎の本籍は大分県宇佐郡封戸村、横田国臣は同じ宇佐郡の辻村である。注(17)の『帝国法曹大観』大正四年版三五頁、一七九頁。二人の縁戚関係は調査中。五郎は国臣の弟らしい(法律新聞大正二年四月三〇日・第八五九号一五面参照)。

(27) 判事の定員が一〇〇〇人を割ったのは、大正二年司法部大改革で九〇〇人まで減員した後、大正六年まで続いた。翌七年

一〇〇〇人台に復した。前掲『司法沿革誌』五四三頁、最高裁判所事務総局編『裁判所百年史』（大蔵省印刷局、一九九〇年）五五四頁。

（28）新井勉「明治中期司法部の藩閥構成について」（日本法学第六六卷第四号、二〇〇一年）参照。

二 昭和三年の司法省・裁判所

次に、本節は、昭和三年（一九二八年）の司法省・裁判所の人員配置について考察する。この年を選ぶのは、一つは、冒頭でふれた官吏減俸案に対する判事らの反対運動（昭和六年五月）と距離が近いためであり、今一つは、手元の『帝国法曹大観』改訂三版²⁹が昭和三年一月現在の在職者を掲載する（発行は昭和四年三月）ためである。前節と同じように、興味のある事項から順にみていこう。

最初に東京地方裁判所・東京区裁判所の陣容を一瞥する。なぜなら、昭和四年一〇月政府（浜口内閣）の減俸案に対する検事らの激しい反対運動に続いたのは、東京地方裁判所・東京区裁判所である。この減俸案が一たび挫折したにもかかわらず、昭和六年五月二たび政府（若槻内閣）が減俸案を強行しようとしたさい反対運動の震源地となったのも、この東京地方裁判所・東京区裁判所である。

行政整理は遠い話となり、毎年か隔年かで増員が繰り返され、裁判所も検事局も所帯が膨張した。勅令定員は昭和三年判事が一二四五人、検事が六三六人となり、翌四年は判事一二四九人、検事六三七人となった。³⁰前節の大正四年の勅令定員と比べると、判事は一・三九倍、検事は一・六五倍となった。東京地方裁判所も、東京区裁判所も、判事や検事で膨れ上がった。

○東京地方裁判所（昭和三年一月）

所長	一人	東京大学（田中 右橘）	
部長	二人	東京大学	一九人
		京都大学	二人
判事	六三人	東京大学	四四人
		京都大学	八人
		日本大学	四人、中央大学
		関西大学	一人、試験合格
			三人、明治大学
			一人

○東京区裁判所（昭和三年一月）

判事	四六人	東京大学	二九人
		京都大学	七人
		中央大学	四人、日本大学
			三人、明治大学
		早稲田大学	二人
			一人

東京地方裁判所長の田中右橘は、大審院判事から京都・大阪の所長をへて、東京の所長となった。後の大阪控訴院長・東京控訴院長。部長の中島弘道（東京大学）が参事官・書記官として司法省民事局勤務の、島保（東京大学）が書記官として刑事局勤務の経歴をもち、垂水克己（東京大学）は大臣官房調査課・刑事局の事務嘱託の経歴をもっている。島や垂水も、同じく部長の岩松三郎・下飯坂潤夫（二人とも東京大学）も後の最高裁判所判事である。判事の

藤井五一郎・佐藤藤佐（二人とも東京大学）も刑事局の事務嘱託で、佐藤は後の検事総長。同じく判事の石坂修一や奥野健一（二人とも東京大学）も後の最高裁判所判事であり、横田正俊（東京大学）は後の最高裁判所長官。判事の中には、大津事件の研究で名を残す安斎保³¹（東京大学）の姿もある。東京区裁判所に目を転じると、監督判事の立石種一（東京大学）は有名な人ではないが、判事の安倍恕（東京大学）が後の東京高等裁判所長官である。

司法部は初めは司法省法学校の正則科・速成科で子飼いの人材を養成したが、明治中期法学校を廃止した（正則科在學生は東京大学へ編入）後は、他の行政官庁と同じように国家官吏の養成所たる東京大学を自らの人材の供給源とした。司法部大改革（大正二年）の頃が法学校卒業生が最後の輝きをみせた時期であり、大正一〇年の富谷銈一郎の大審院長退職がいわば法学校卒業生の終焉を象徴していた。方針の転換をうけて、東京大学卒業生は早くから司法部内各所の蚕食をはじめ、司法省中枢・大審院・大審院検事局・各控訴院などを支配下においた。その生態は大正四年一〇月を対象とした前節でみたとおりである。

右の東京地方裁判所・東京区裁判所の人員構成は、ただ一つ、東京大学卒業生の比率の高さを示している。どちらも東京大学卒業生の数が他より突出して、東京地方裁判所の部長の九〇パーセント、判事の七〇パーセントをしめている。東京区裁判所の判事の方は六三パーセントをしめている。一方、東京地方裁判所検事局・東京区裁判所検事局に目を転じると、比率はもっと高い。単純な計算で、東京地方裁判所検事局は検事（検事正を含め）一五人中一二人で八〇パーセント、東京区裁判所検事局は検事四〇人中三二人で、これも八〇パーセント。同じ官立大学の京都大学を加えれば、さらに高い比率となる。

○東京地方裁判所検事局（昭和三年一月）

検事正	一人	東京大学（塩野 季彦）
検事	一四人	東京大学 一一人 京都大学 一人 中央大学 一人、早稲田大学 一人

○東京区裁判所検事局（昭和三年一月）

検事	四〇人	東京大学 三二人 京都大学 五人 中央大学 一人、明治大学 一人、試験合格 一人
----	-----	--

東京地方裁判所の検事正塩野季彦は、参事官・書記官（刑事局・行刑局）をへて、東京の検事正となった。検事局内に塩野閥を作り、後に行刑局長をへて次長検事から司法大臣となった。次席検事の松阪広政（東京大学）は、刑事局長・東京控訴院検事長をへて検事総長・司法大臣の階段を駆け上った。二人は別格としても、検事の秋山要（東京大学）は後に刑事局長・東京控訴院検事長、金沢次郎（東京大学）も行刑局長・大阪控訴院検事長となった。今一つの検事局、東京区裁判所は、検事の丸才司（東京大学）が後の福岡高等検察庁検事長、岸本義広（東京大学）が東京高等検察庁検事長。

ざっと『帝国法曹大観』改訂三版をみた限りで、東京地方裁判所・東京区裁判所は逸材揃いであり、二つの検事局も実に錚々たる顔ぶれが揃っている。どちらもエリート集団である。政府（浜口内閣）の最初の減俸案は、昭和四年

一〇月一五日に発表された。それに対して、翌一六日他の官庁に先んじて反対の声をあげたのは、これらの検事らである。新聞報道によると、その様子は次のようである。

○「減俸反対の先駆にまづ少壮検事起つ

―東京地方、区裁判所、控訴院の六十名が反対決議す―

反対と非難のものすごいうづ巻に包まれた官吏減俸案に対し、果然反抗の直接的運動が東京地方、並に区裁判所検事局、東京控訴院検事局の全検事約六十名によつて口火を切られた。一般司法官は行政官より俸給上冷遇を受け隠忍すること約三十年、最近やつと均衡問題がやかましくなつて来た折も折、突如この減俸となつたので、まづこれ等検事は司法官の地位を侮辱し事情を解せざるも甚だしいものとして奮起し、十六日午後退庁前後に地方、区、控訴院の各検事室に部長級検事以下少壮検事みな秘密会合し協議を遂げた結果、徹底的に減俸案に反対撤回を迫ることに一決、左の意味の決議をなしこれを上司に提出することになった。

決 議

官吏減俸案は吾人司法官現在の待遇より見て極めて不合理なるをもつて、これに反対し、即時撤回を希望す。⁽³²⁾

さて、ここで、司法省本省の人員構成をみてみよう。手元の『帝国法曹大観』は、書名に「御大礼記念」を冠している。御大礼、すなわち、昭和三年一月京都御所で天皇の即位式があつた。その時点の在職者を掲載しているのである。時の内閣は政友会の田中義一内閣で、司法大臣は原嘉道、次官は小原直である。原は、東京大学を卒業し一時農商務省官吏を務め、転じて弁護士となり、また転じて司法大臣に就任した。小原は、東京大学卒業後ずっと検事畑を歩き、参事官（刑事局）をへて大審院次席検事から次官となつた。原は後に枢密院議長となり、小原は司法大臣と

なり、内務大臣にもなった。

原法相・小原次官の下の陣容は次のようである。まず官房五課長・三局長の顔ぶれや（なるべく近い主たる）前職を掲げ、次に各局の書記官を掲げる。

○司法省（昭和三年一月）

秘書課長	佐々木良一	東京地方裁判所部長	京都大学
人事課長	清水壮左久	東京地方裁判所検事	東京大学
会計課長	近藤 三郎	三田尻専売支局長	東京大学
保護課長	大原 昇	東京地方裁判所部長	東京大学
調査課長	木村 尚達	東京地方裁判所部長	京都大学
民事局長	池田寅二郎	参事官	東京大学
刑事局長	泉二 新熊	大審院判事	東京大学
行刑局長	松井 和義	横浜地方裁判所検事	東京大学

民事局	長島 毅・東京大学、鬼頭 豊隆・東京大学、森田豊次郎・東京大学、坂野 千里・東京大学
	小堀 保・東京大学
刑事局	古田 正武・東京大学、佐藤 龍馬・東京大学、黒川 涉・東京大学、池田 克・東京大学
	一木輶太郎・東京大学、潮 道佐・京都大学
行刑局	辻 敬助・東京大学、岡部 常・東京大学、森山武市郎・明治大学、正木 亮・東京大学

本省入りの時期が早まり課長・局長の直近前職の多くが書記官や参事官なので、少し遡った前職を記した。松井が検事畑で、清水は判事より検事が長く、他の人は判事畑の人である。これら課長・局長に書記官を併せた本省幹部の将来は、池田寅二郎、泉二、長島がこの順で大審院長となり、木村は検事総長・司法大臣となった。清水は長崎控訴院長、鬼頭、佐々木は名古屋控訴院長、坂野は東京控訴院長、黒川は東京控訴院検事長、池田克は名古屋控訴院検事長、一木（一木喜徳郎枢府議長の子）は宮城控訴院検事長、正木は名古屋控訴院検事長である。池田克は最高裁判所判事でもある。

順序として次に最高法衙たる大審院である。大審院も勅令定員が大正一三年以降は院長一、部長八、判事三八まで増員され四七人に膨張した。前節の大正四年と比べると、部長が二倍、判事が一・八倍である。この大所帯の全員の顔ぶれ、前職・学歴を掲げるのは煩雑なので、特徴を指摘するに止める。もともと、手元の『帝国法曹大観』をみると、なぜか部長一人、判事一人が欠けている。

○大審院（昭和三年一月）

院長	部長	
牧野菊之助	豊島 直通	前職・大審院部長、前々職・東京控訴院長。学歴・東京大学。
	松岡 義正	前職・東京控訴院検事長、前々職・刑事局長。学歴・東京大学。
	柳川 勝二	前職・大審院判事、前々職・東京控訴院部長。学歴・東京大学。
	嘉山 幹一	前職・宮城控訴院長、前々職・大審院判事。学歴・東京大学。
	板倉松太郎	前職・大審院判事、前々職・京都地方裁判所長。学歴・東京大学。
		前職・大審院検事、前々職・大審院判事。学歴・東京大学。

判事	島田 鉄吉	前職・大審院判事、前々職・行政裁判所評定官。学歴・東京大学。
	須賀喜三郎	前職・広島控訴院長、前々職・東京控訴院部長。学歴・東京大学。
	東京大学 二〇人、京都大学 一〇人、明治大学 二人、	
	第三高等中学校（菰淵清雄）、独協大学、日本大学、早稲田大学、中央大学、それぞれ一人。	
	霜山精一、鈴木秀人、宇野要三郎、尾佐竹猛、吉田久、大森洪太、草野豹一郎、細野長良ら、三七人。	
	参事官経験者は霜山、大森、草野の三人。	

部長七人は全員東京大学卒業生で、豊島が検事畑の人である。判事三七人中、東京大学は二〇人で五四パーセントに止まるが、院長や部長七人を併せると六二パーセントとなる。参事官（法務局）の経歴のある霜山は後に大審院長となり、同じく大森（参事官・民事局）は東京控訴院長、草野（参事官・刑事局）は大阪控訴院長となった。霜山らは皆東京大学。これと別に、細野は大審院長、鈴木は大阪控訴院長となった。細野も鈴木も京都大学である。

大審院の検事局は、勅令定員が総長一、検事一三の併せて一四人ながら、手元の『帝国法曹大観』訂正三版は検事を八人しか掲載していない。総長の小山松吉（独協大学）は平沼人事で長崎の検事長となり、大審院の次席検事から総長となった。次席検事の林頼三郎（中央大学）は刑事局長・次官・大審院部長を歴任して、司法大臣に転じた小山の後任総長に就任した。このようにして検事総長の椅子は、平沼、鈴木喜三郎、小山松吉、林頼三郎の順に平沼閥が独占した。そして四人が皆司法大臣となった。検事八人の中には、宮城長五郎（東京大学）の姿がある。宮城も後に司法大臣の仲間入りをした。

○大審院検事局（昭和三年一月）

総長	一人	独協大学（小山 松吉）
検事	一三人	東京大学 四人 中央大学 三人、早稲田大学 一人
	五人	未詳

さて、次に昭和三年一月の全国七控訴院の陣容ながら、これを個別にみていけば、ただ目が回るだけの煩雑さである。そこでとりあえず、東京控訴院をごく簡単にみた後、七つの控訴院の一覧を掲げることとしよう。

○東京控訴院（昭和三年一月）

附、東京控訴院検事局

院長	一人	東京大学（和仁 貞吉）
部長	七人	東京大学 七人
判事	一七人	東京大学 一五人 中央大学 一人、明治大学 一人
検事長	一人	東京大学（三木猪太郎）
検事	八人	東京大学 七人 京都大学 一人

わかりやすい学歴からみると、東京控訴院は全判事二五人中、東京大学が二三人で、何と九二パーセントをしめて

いる。検事局も全検事九人中、東京大学が八人で、八九パーセント。どちらも東京大学卒業生の数が他より突出してこと、東京地方裁判所・東京区裁判所よりさらに上である。人をみると、和仁が次に大審院長、部長の赤羽瀨（東京大学）が札幌控訴院長となり、判事の井上登（東京大学）は後の最高裁判所判事、中島民治（東京大学）は福岡高等裁判所長官、池田確二（東京大学）は仙台高等検察庁検事長である。検事局の方も、検事の岩村通世（東京大学）が検事総長・司法大臣となつたし、中野並助（東京大学）も検事総長となった。どちらもエリート集団である。

○控訴院の院長・部長・判事（昭和三年二月）

院長	七人	東京大学	四人	独協大学	一人、明治大学	一人、法政大学	一人
部長	一九人	東京大学	十二人	京都大学	四人	中央大学	一人、明治大学
判事	六二人	東京大学	四〇人	京都大学	十一人	中央大学	三人、明治大学
						日本大学	二人
						関西大学	二人、法政大学
							一人

まず学歴の点では、全国七控訴院の全判事八八人（勅令定員は部長十二人で、計九〇人）のうち、東京大学五十六人で、六四パーセントである。同じ官立大学の京都大学一五人を加えれば、八一パーセント。本省との関係を指摘する

と、大阪控訴院長の谷田三郎（独協大学）が監獄局長、名古屋控訴院長の立石謙輔（東京大学）が刑事局長、名古屋控訴院部長の三宅正太郎（東京大学）が秘書課長からそれぞれ現職に転じた。また、東京控訴院部長の赤羽瀬は参事官・書記官（刑事局）の経歴があり、大阪控訴院判事の斎藤悠輔（東京大学）も後に書記官（刑事局）や調査課長を経験する。ちなみに、斎藤は後の大阪高等検察庁検事長・最高裁判所判事である。

本節の締め括りとして、昭和三年一月の全国の地方裁判所長・地方裁判所部長の学歴を表示しておこう。³³ 本省との関係らしいものが確認できないため、どうしても学歴一つをとりあげざるをえない。

○地方裁判所所長・部長（昭和三年一月）

地方裁判所長	
五一人	速成科 二人
東京大学	一〇人、京都大学 二人
中央大学	一三人、明治大学 一〇人、日本大学 六人、法政大学 三人
早稲田大学	二人、関西大学 二人、試験合格 一人
地方裁判所部長	
一一五人中、東京大学六一人	

控訴院の院長・部長にしめる東京大学の比率と異なり、全国五³⁴一の地方裁判所長は東京大学卒業生が一〇人、僅か二〇パーセントにしかすぎない。地方裁判所部長（定員はない）をみると、一一五人中、六一人で、五三パーセントをしめている。地方裁判所の所長の椅子は、おそらく私立大学卒業生に開かれていたのだろう。これが上がりの標準例なのだろう。もつとも、司法部大改革もあり、裁判所の上層を担う年齢層の点で、司法部の東京大学卒業者の人数に限界があり、裁判所の上層から配置していったら、一時的に地方裁判所長にかなりの空きが生じることとなったの

かもしれない。

今一つ表示するのは、前節と同じく、昭和三年一月の全国の地方裁判所判事・区裁判所判事の学歴（東京大学の比率）である。地方裁判所判事・区裁判所判事の判事の勅令定員は所長五一、他の判事一〇五七、併せて一一〇八人ながら、手元の『帝国法曹大観』改訂三版は一〇六三人しか掲載していない。四五人漏れがあるため、これを基礎として掲げる表は、およその傾向を示すものでしかない。

○地方裁判所・区裁判所（昭和三年一月）

附、控訴院・大審院

地方裁判所・区裁判所		
	一〇六三人（一一〇八人）	
控訴院	八八人（九〇人）	東京大学 四七三人
大審院	四五人（四七人）	東京大学 五六人
		六四パーセント
		六二パーセント

*括弧内の数字は勅令定員

- (29) 帝国法曹大観編纂会編『帝国法曹大観』改訂三版。ゆまに書房復刻『日本法曹界人物事典』第三卷司法篇（一九九五年）。
- (30) 前掲『司法沿革誌』五四三頁、前掲『裁判所百年史』五五四頁。
- (31) 新井勉「大津事件研究史における『大津事件関係史料集』刊行の意味」（山梨学院大学・社会科学研究所第二六号、二〇〇一年）が、安斎保編『大津事件に就て』（思想研究資料特輯第六五号、一九三九年）の研究史上の位置づけをしている。

大正・昭和前期における司法省の裁判所支配（新井）

(32) 東京朝日新聞昭和四年一〇月一七日朝刊二面。日本図書センター復刻『朝日新聞縮刷版』昭和四年一〇月（二〇〇五年）一七の六。

(33) 判事の学歴の表示は最終学歴とした。例えば、大阪区裁判所判事石井寛三の東京大学法学部政治学科卒業・京都大学法学部法律学科卒業は、京都大学をとった。注(29)『帝国法曹大観』改訂三版五三二頁。他はこれに倣った。

(34) 大正四年一〇月の地方裁判所の数は五〇、昭和三年一月の数は五一である。これは、大正五年八月、司法省が旭川地方裁判所を設置したためである。前掲『司法沿革誌』三〇五頁。

三 司法省の裁判所支配

これまで、大正四年（一九一五年）と昭和三年（一九二八年）の二つの年を選んで、司法省・裁判所の人員配置を概観した。人員配置・人員構成をみるさい重点をおいたのは、①本省勤務の経歴の有無、②司法省法学学校・東京大学の卒業生かどうか、という二つの事項である。前者は司法省閥（検事閥ともいう）に列なるかどうか、後者は新旧の二大学閥のどちらかに属するかどうかである。後者は、法学学校の最盛期は過ぎていたから、主として東京大学の卒業生かどうかをみてきた。さらに、③出身地（藩閥との関係）や、④縁戚や閥閥という切り口もあるが、藩閥は過去の領域に入っていたし、縁戚・閥閥は少数の人しか確認がとれないから、本稿は①と②に単純化した。

司法部大改革のさいの平沼人事（大正二年四月～六月）を、本稿は「入念に整えられた作品」と表現したが、当時の評判は一般に芳しいものではなかった。それは、一つには、本稿が推測した「おそらく老朽者も不適任者も駆逐を免れなかったことだろう」という以上に、その機会を利用して、平沼騏一郎ら平沼閥にとって目障りな適任者も一緒

に駆逐したためである。

○「司法部改革と世論」

東每子曰く「今度の司法官異動は公平無私にやつた筈だと松田法相は空嘯いてゐるが、淘汰された中にも藤田隆三郎、一瀬勇三郎、西川鉄次郎の如き、老朽でもなければ手腕も徳望もある。ソレに松室の婿たる小林芳郎が一足飛に大阪控訴院検事長に転じ、神戸地方裁判所検事正小山松吉が異数にも長崎控訴院検事長に陞任したことなど考へると、司法部の実権は全く平沼、小山等の検事出に掌握されたやうだ。松田正久は木偶の大臣としては重宝なものだ」云々⁽³⁵⁾。

記事の中の「空嘯いてゐる」は、そらぶいてござる。小林は前法相松室致の妹婿、小山は（平沼派の）次官の小山温である。東京毎日新聞は、適任者まで駆逐したことを批判して、司法部大改革の人事が平沼人事だと指摘したのである。報知新聞も、同じく一瀬らの休職と対比して「頑冥固陋殆んど度し難しと評され他に何の取り得があるかしらとまで目されて居る小林東京検事正が拔擢も拔擢、二段も飛んで直に東京に次ぐ大阪の検事長に歴上」ったことや、小山の陞任を捉えて「亦誰か之を旧松室直参派、現平沼総長、小山次官派一味徒党の専恣に帰せざるものやある」と指摘した⁽³⁶⁾。

平沼人事の評判が芳しいものではなかったのは、今一つには、東京毎日新聞が「司法部の実権は全く平沼、小山等の検事出に掌握されたやうだ」と控え目に、報知新聞が「現平沼総長、小山次官派一味徒党の専恣に帰せざるものやある」と鋭く記したが、平沼閥が本省を押さえ、判事・検事の人事を行ったことがはつきりしたためである。平沼が検事総長の官職を以て、事実上その手で判事の大異動を行ったことは、一般の常識からはおかしい話だった。

○「再び司法官淘汰に付きて」

今回発表せられたる高級司法官に対する休職、退職、移動を静平に觀察すれば、這回自ら一条の径路あり。吾人の憂ひとせるところのもの、果然として現出したるを見る。換言すれば司法部内明かに一種の朋党的系統なるを知り得べく、学閥、党閥、縁閥の其間を縫ふて、今回の如き結果を齎らしたることを推知するに足る也。仮令へば其学識に於て其材幹に於て、未だ大に用ゆるに足るの長崎控訴院長西川鉄次郎、函館控訴院長一瀬勇三郎、大審院判事伊藤悌治、大阪地方裁判所検事正山本辰六郎の諸氏を鹹りたるが如き、而して後進斎藤十一郎、横田五郎、堀栄一、三氏の如きを本省より抜きて、大阪控訴院長又は横浜、京都の裁判所長たらしめ、之に与ふるに最上俸を以てしたるが如き、必ずしも公平と云ふことを得ざるべし。³⁷⁾

法律新聞は、這回（今回）の人事には司法部内の「朋党的系統」からの径路があるとして、平沼閥が果然現出したことを記した。さらにこの朋党に「学閥、党閥、縁閥」が加わるとしている。学閥・縁閥は字のとおりながら、党閥は何をさすのかはつきりしない。ともあれ、大改革に伴う大異動が朋党、すなわち平沼閥・検事閥の専恣にでたことを記したのである。

平沼閥は検事閥ともいうし、司法省閥ともいう。東京毎日新聞は「平沼、小山等の検事出」と記した。確かに平沼らは検事出である。しかし全員が検事畑の人というのではない。検事畑・判事畑をとわず、本省に入り参事官・書記官、課長・局長となると、東京地方裁判所検事・東京控訴院検事・大審院検事の一つを兼ねる。そして次に裁判所や他の検事局の、より上位の官職に転じるのである。そういう人も検事閥に含まれるから、この点を考えると司法省閥という言葉の方があるいは適當なのかもしれない。このような事情があるので、本稿は本省勤務の経歴の有無に注意

を払ってきたのである。⁽³⁸⁾

そこで、本節は、かなり駆け足となるが、大正・昭和前期の大審院をはじめ、主要な二、三の裁判所の院長・所長の人事についてみてみよう。まず最高法衙、大審院である。

○大審院長（大正・昭和前期）

院 長	前 職	前々職	本省勤務	学 歴
横田 国臣	検事総長	東京控訴院検事長	次官	
富谷銈太郎	東京控訴院長	大審院判事		正則科
平沼騏一郎	検事総長	次官	次官	東京大学
横田 秀雄	大審院部長	大審院判事		東京大学
牧野菊之助	大審院部長	東京控訴院長		東京大学
和仁 貞吉	東京控訴院長	東京控訴院検事長		東京大学
林 頼三郎	検事総長	大審院部長	次官	中央大学
池田寅二郎	大審院部長	民事局長	民事局長	東京大学
泉二 新熊	検事総長	大審院部長	刑事局長	東京大学
長島 毅	大審院部長	大阪控訴院長	次官	東京大学
霜山 精一	東京控訴院長	大審院部長	参事官	東京大学

大審院長一一人中、検事総長から転じた人が四人、東京・大阪の検事長から転じた人（和仁）が一人、次官経験者

が四人、局長・参事官の経歴のある人が三人。判事畑だけを歩いてきた人は、富谷、横田秀雄、牧野の僅か三人しかみあたらない。これでは、大審院長の多くが司法省閥の一員だということとなる。司法省としては、いつも大審院と阿吽の呼吸が保てたわけである。

○東京控訴院長（大正・昭和前期）

富谷銈太郎・牧野菊之助、略

院 長	前 職	本省勤務	学 歴
山内確三郎	次官	次官	東京大学
和仁 貞吉	東京控訴院検事長		東京大学
小原 直	次官	次官	東京大学
皆川 治広	次官	次官	東京大学
田中 右橘	大阪控訴院長		東京大学
木村 尚達	大審院部長	刑事局長	京都大学
霜山 精一	大審院部長	参事官	東京大学
大森 洪太	次官	次官	東京大学

富谷・牧野の二人は、大審院長の表でわかるので略した。二人を含め、東京控訴院長一〇人中、本省勤務の経歴のある人が六人。中でも、前職の欄・本省勤務の欄をわけないくらい、山内、小原、皆川、大森の四人は次官からの転職組（正確には転官組）である。判事畑だけを歩いてきた人は、富谷、牧野、田中の僅か三人。東京控訴院

長の多くも同じく司法省閥の一員だということとなる。

○大阪控訴院長（大正・昭和前期）

古荘一雄、略

院 長	前 職	本省勤務	学 歴
斎藤十一郎	民事局長	民事局長	東京大学
水上長次郎	名古屋控訴院長		正則科
谷田 三郎	監獄局長	監獄局長	独協大学
田中 右橘	広島控訴院長		東京大学
長島 毅	次官	次官	東京大学
鈴木 秀人	広島控訴院長		京都大学
草野豹一郎	長崎控訴院長	参事官	東京大学
三宅正太郎	大審院部長	次官	東京大学

古荘は、平沼人事で淘汰された人なので略した。古荘を含め、大阪控訴院長九人中、本省勤務は五人で、そのうち二人が局長から転じ、二人が次官から転じた。判事畑だけを歩いてきた人は、水上、田中、鈴木の三人。東京・大阪の二つの控訴院長の表をみて気づくのは、次官から東京控訴院長へ四人が転じ、大阪控訴院長へ二人が転じたことである。現在最高裁判所事務総長が東京・大阪の高等裁判所長官へ転じるのは、前例があつたわけである。³⁹

○東京地方裁判所長（大正・昭和前期）

所長	前職	本省勤務	学歴
牧野菊之助	京都地方裁判所長		東京大学
今村恭太郎	横浜地方裁判所長		明治大学
田中 右橘	大阪地方裁判所長		東京大学
西郷 陽	大審院判事		東京大学
宇野要三郎	横浜地方裁判所長		京都大学
三宅正太郎	大審院判事	秘書課長	東京大学

○東京刑事地方裁判所長（昭和前期）、右側

東京民事地方裁判所長（昭和前期）、左側

所長	前職	本省勤務	学歴
三宅正太郎	大審院判事	秘書課長	東京大学
鬼頭 豊隆	横浜地方裁判所長	参事官・書記官	東京大学
島 保	大審院判事	書記官	東京大学
佐藤 藤佐	司法省調査官	書記官	東京大学
豊水 道雲	東京控訴院部長		東京大学
佐々木良一	東京控訴院部長	秘書課長	京都大学

島 保	大審院判事	書記官	東京大学
岩松 三郎	大阪地方裁判所長	司法研究所指導官	東京大学

東京地方裁判所の扱う事件数の増加により、政府（岡田内閣）は昭和一〇年四月、東京地方裁判所を廃止し、東京刑事地方裁判所・東京民事地方裁判所の二つをおいた。三つの地方裁判所の所長をずらつと並べたが、昭和九年八月に三宅正太郎が所長に就任する以前の所長には、本省勤務の経歴がみあたらない。司法省が東京地方裁判所長に本省勤務の経歴をもつ人を送り込む、その熱意がなかったらしい事情は、はつきりしない。

本節の終わりに、三宅正太郎の有名な『裁判の書』の文章の一部を、次に引用しようと思う。三宅は参事官・秘書課長の経歴をもち、次官・大審院部長・大阪控訴院長を歴任して、敗戦がなかったら東京控訴院長・大審院長に昇進しただろう人。しかし自身は裁判実務を好み、司法行政を好まなかった。三宅の文章をよむと、判事の中には司法省入りして本省に迎合する人があったらしいことが、行間からよみとれる（傍線部）。

○『裁判の書』「監督官」の一節

判事の仲間には昔から二つの潮流がある。一方では判事たる以上は行政官の仕事と判事の仕事とは相容れないと言つて、その意味で行政官たることを極端に嫌ふ人があるし、他方では行政官になることは判事としての才能を豊富にする所以だと言つて、それになることを奨励する人がある。自分はそれは各人の性格傾向によることで一概には言へない、ことと考える。実際に見ても、判事から行政官になつて司法官としての魂を見失つたと思はれる人もあるし、行政官となつた、めに司法官としての仕事が幅と奥行を増したと思はれる人もある。で、行政

官になりたいものはなればよいし、⁽⁴⁰⁾ 司法官として止つてゐたい者はさうすればよいのである。

(35) 法律新聞大正二年四月三〇日・第八五九号一六面。

(36) 注(35)と同じ。

(37) 法律新聞大正二年五月五日・第八六〇号一面。引用中「移動を静平に」は原文どおり。

(38) 大正・昭和前期の本省勤務の経歴のもつ意味と、現在の裁判官の事務総局々付の経歴のもつ意味は、少しばかり相似性があるかもしれない。後者について、さしあたり、新藤宗幸『司法官僚―裁判所の権力者たち』（岩波新書、二〇〇九年）一〇七頁以下参照。

(39) 新藤・前掲書八二頁。

(40) 三宅正太郎『裁判の書』（牧野書店、一九四二年）一二〇～一二二頁。この一節は、昭和一六年九月次官から大審院部長に転じて半年後に執筆されたという（一二〇頁）。

おわりに

本稿は、八〇年昔、昭和六年五月の官吏減俸案に対する判事らの反対運動の話から着想し、大正・昭和前期の司法省による裁判所支配がどのようなものだったのか興味がわき、大正・昭和前期の司法省による裁判所支配を示す基礎的なデータを集積しようと稿を起したものである。手元の大正四年（一九一五年）と昭和三年（一九二八年）の司法部の名簿（？）を利用し、司法省閥（検事閥）と学閥という二つの道具を以て、司法省や大審院をはじめ下級裁判所の人員配置・人員構成を具体的に調べてみた。これは繰り返し算術を行う作業を伴い、少なからず煩雑であり、数字

の計算にほとんどの時間を費やした。数字の正確さを期したが、少し誤差があるかもしれない。

これら二つの年の人員配置・人員構成を調べて明らかになったことは、常識的に予想されることを具体的な数字で示すことができたに止まる。しかし大正・昭和前期の大審院長・東京控訴院長・大阪控訴院長を並べたとき、司法省閥の支配の生態が一目瞭然となったし、大審院・控訴院や東京地方裁判所・東京区裁判所の東京大学卒業生の比率をみたとき、学閥の（これは予想をこえる）繁殖力がまざまざと示された。

本稿が参照したのは、復刻版『帝国法曹大観』の二巻にすぎない。書名の異なるのを含め、大正・昭和前期のものが全部で五巻ある。今回調査のやり方がほぼ掴めたので、残りの三巻を併せてより長期で襍の深い研究が次の課題である。今回大勢の判事・検事を扱っているさい、かなりの数の重大な事件を頭にうかべた。もっともその多くは刑事事件であり、民事事件を棚上げにしてはバランスを欠くため、何一つ事件を絡めた記述ができなかった。これは実現の難しい望蜀の課題である。なお、本稿は二、三の資料しか引用しなかったが、引用にさいしては旧字体を新字体に改め、僅かに句読点を追加した。

○追記

脱稿後の調べにより、次の二点に気づいた。①大正四年一〇月の大審院検事未詳の一人は豊島直通の兼務で、欠員があったらしく同年一二月山内確三郎も兼務となり、昭和三年一一月の未詳の方は、池田寅二郎、清水壮左久、松井和義、木村尚達、長島毅、五人の兼務である。②大正・昭和前期の司法社会で横田五郎が横田国臣の弟だということは、知らない人がない常識に属した。横田五郎は大正八年一二月朝鮮総督府法務局長、同一二年四月高等法院長。

薄くなる政教分離の壁

——アメリカ合衆国——

青 山 武 憲

はじめに

アメリカ合衆国（以降、「合衆国」という。）憲法には、国教の樹立を禁止する規定は存在する（合衆国憲法修正（以降「修正」という。）一条）が、教会と国家とを分離する規定、いわゆる政教分離の規定は存在しない。そのこともあつてか、宗教的文化が人々に浸透していた合衆国では、憲法制定後一世紀半というものの、宗教と国家に係る訴訟は、非常に少なかった。^①ところが、二〇世紀中半から、その合衆国で政教分離の嵐が吹き荒れ始めた。^②

その合衆国によって押し付けられた憲法をもつわが国でも、二〇世紀も後半を過ぎると、程なくして、その種の嵐

が吹き始めた。二〇世紀も終わりに近づく、その勢いは、かなりに強まった。このような事象は、憲法に政教分離の規定をもつわが国では、いわば必然であった。政教分離主義は、元々、新たな宗教若しくは宗派あるいは外来の宗教および無神論者、とりわけ唯物的無神論者が歴史的、文化的に国家や国民と不可避に関わりを持つようになる歴史ある在来の宗教あるいは祭祀に対する抗争的性格を有する原理だからである。

その政教分離について、わが最高裁判所は、教会と国家との分離ではなく、国家と宗教とを分離する原理と解している。⁽³⁾これは、少なくとも文言上は、いわゆる神道指令の系譜に属するものである。しかし、合衆国では、宗教と国家とは、過去においても今日においても分離されていない。否、国家と宗教とを分離する原理は、元々、合衆国の建国の思想と矛盾するのである。そのこともあって、合衆国では、政教分離は、多くの者によって、教会と国家の分離というかたちで表示されている。ピルグリムたちの宗教的難民の地に誕生した合衆国は、当初より、宗教と無縁の家ではなかったのだ。その独立が、「自然のおよび自然の天主の法」(the Laws of Nature and of Nature's God)の摂理に基づいたものであったからだ(「独立宣言」)。合衆国憲法は、非キリスト教徒や無神論者に対しても配慮した規定を有するが、その根底には、歴史的にキリスト教的な文化を原理とする姿勢が存したのである。そもそも、合衆国国民は、「独立宣言」が示している如く、「造物主」(Creator)から「生命、自由および幸福追求権」という奪われることのない権利を与えられ、国家の独立の企図を「世界の至高の審判者」(the Supreme Judge of the world)に訴え、「聖なる天主の摂理の保護」(the protection of divine Providence)を固く信賴して、生命と財産と名誉をかけて国家の独立を宣したのである。⁽⁵⁾そのことは、一九世紀の連邦最高裁判所も確認したところである。そこでは、国教樹立の禁止と信教の自由とを規定する修正一条が「アメリカ法の基底に一般的なキリスト教が存するとする歴史的な見解の下に制定

されたこと」が認められているのである。⁽⁶⁾ 因みに、ここで「一般的なキリスト教」とは、国教としてのキリスト教、一〇分の一税を課すキリスト教、宗教裁判所を持ったキリスト教ではなく、すべての人々に良心の自由を認めるキリスト教と解されている。⁽⁷⁾

ところで、連邦最高裁判所は、二〇世紀中葉、教会と国家の分離の「壁」の理論を認め、その「壁」の堅固化に一役買った。そのことによって、合衆国民の世俗化も進んだ。その世俗化の契機となったのは、「独立宣言」の起案者 Jefferson がバプテスト協会に対して発した一八〇二年の書簡を誤解した Everson 事件における Black 判事の法廷意見であった。⁽⁸⁾ その書簡には、「宗教と政治」あるいは「教会と国家」を切り離す当時の共和主義者の選挙運動上のことば、「教会と国家との間に壁を構築する」が、認められていたからだ。Black 判事は、共和主義者の意図を解析することなく、その書簡を論拠にして国教樹立禁止規定を厳格な「分離の壁」を定めたものと解した。そして彼が、その壁を教会と国家との間に築き、また、国家の宗教および無宗教に対する中立性をも説いたことが、世俗化への端緒となったのだ。その Everson 法理に影響を受けた連邦最高裁判所の裁判官たちは、いわゆる政教分離主義（以降、単に「分離主義」という。⁽⁹⁾）を掲げて国教樹立禁止規定に係る問題と取り組み続けたのである。

しかし、昨今、一時存在した、とりわけ連邦最高裁判所に見られた「分離の壁」の理論には、衰退現象が存する。連邦最高裁判所の「壁」は、かなり劣化しているのである。

一 Black 判事の Jefferson に関する誤解

Black 判事が Danbury の Baptist 協会からの書状に反応した Jefferson の書簡を引用したのは、州税による通学用

のバス・サービスが問題となった事件においてであった。⁽¹⁰⁾ 州税の恩恵は、もとより、宗教系学校にも及んだが、そのことが、修正一条との関係で問題となったのである。その事件で、Black 判事は、Jefferson の書簡に触れた Reynolds v. U.S., 1878⁽¹¹⁾ を引用しながら、何ら証拠を示すことなく、修正一条の起草や採択に指導的な役割を果たした人物として Madison と共に、Jefferson を上げたのである。⁽¹²⁾ そして、その Jefferson に依拠しながら、修正一条の意味を、(イ) 州政府および連邦政府に対して一つの教会を設立することを禁じていること、(ロ) 州政府および連邦政府に対して一つの宗教を支援したり、すべての宗教を支援したり、若しくは或る宗教を他の宗教に優先させる法律を制定することを禁じていること、(ハ) 州政府および連邦政府に対して人をしてその意に反して教会に行くよう若しくは距離を置くよう強要若しくは誘導することを禁じ若しくは一切の宗教の信仰若しくは不信仰の告白を強制することを禁じていること、(ニ) 何人も宗教的な信仰若しくは不信仰を受け容れ若しくは告白したことを理由として(あるいは、…筆者)、教会に行くことあるいは行かないことを理由として処罰されることはないこと、(ホ) 州政府も連邦政府も、多寡を問わず、いかなる額の税も、名目に拘わらずあるいはいかなる形の宗教教育あるいは宗教業務がなされようとも、およそ宗教活動若しくは宗教施設を支援するために課してはならないこと、(二) 州政府も連邦政府も、公にも秘密裏にも、およそ宗教組織若しくは団体の問題に関与してはならず、また、宗教組織若しくは団体も、州政府および連邦政府の問題に関与してはならないことを定めたものと解したのである。⁽¹³⁾ 要するに、彼は、修正一条を州に対して宗教の信仰者若しくは不信仰者の団体との関係で「中立」を要求しているとし、⁽¹⁴⁾ また「分離の壁」を説き、⁽¹⁵⁾ そして、その壁は、「高く堅固」でなければならぬと述べたのである。

New Jersey の事件を裁いた Black 判事は、修正一条を沿革解釈するために Jefferson に依存したが、「権利の章典」

の審議および諸州による批准の時期、Jefferson はパリにいたから、修正一条の制定や審議に関わったわけではなかった。⁽¹⁶⁾ Black 判事の中立論や分離論は、窮極において、宗教と国家との分離へと道を拓き兼ねない理論であるが、それは、Jefferson が想定したところでもなかった。一体、Jefferson とその「分離の壁」に論及する場合、彼の起案による一七七六年の「独立宣言」を看過してはならない。そこには、(既述した如く)、国家と少なくとも宗教とを分離する考え方など存在しなかったのである。また、Jefferson は、Virginia の州知事であった一七七九年に、「全能の天主に対して皆で厳粛に感謝し祈る」日を命ずる宣言を発してもいる。⁽¹⁷⁾ さらに、一七八五年に Madison によって Virginia の立法府に提出された「皆で断食し感謝する日を指定する法案」は、元々、Jefferson を委員長とする委員会によって練られたものであった。⁽¹⁸⁾ 彼は、そのような立法を思慮したとき、必ずしも聖俗に関して中立ではなかったのだ。彼の脳裏には、常に「全能の天主」が想定されていたのである。そのようなこともあって、彼の労作には、「これまで確立された法による教会の財産を守る法案」さえ確認されるのである。⁽¹⁹⁾ 彼は、宗教の大切さを知っていたから、信教の自由の保障の問題にも熱心であった。その熱心さは、彼が自ら執筆したその墓碑に、「Virginia の信教の自由のための法の作者」という一文が刻まれていることから窺知できる。⁽²⁰⁾ 彼は、至極く宗教的人物であったのであり、その「分離の壁」論によっても、連邦主義の問題として、連邦政府と教会との関係について述べたが、州政府と教会との関係については述べていないのである。⁽²¹⁾ その際、彼は、その分離論によって、少なくとも国家と宗教とを分離したわけでは決してなかった。それ故、彼は、たとえば、一八〇一年と一八〇五年に大統領選に勝利したとき、合衆国大統領になる者として聖書に手を置いて宣誓をしている。以降、少しく無作為に Jefferson と宗教との関係に注目すれば、彼には、一七八六年に Virginia において安息日違反の部分については成功した「宗教上の礼拝の妨害者および安息

日違「反者を厳罰にする法案」を制定させる意図が存在した。⁽²²⁾ 彼には、連邦議会がキリスト教の礼拝に議事堂の使用を認めたことから、毎曜日、その議事堂内の教会に出席した事実もある。彼はまた、政府のミュージシャンをして礼拝を手助けさせたり、また、財務省や軍務局 (the War Office) の双方の建物において、日曜日にキリスト教による礼拝を行わせたりもしている。⁽²³⁾ 一体、Jefferson による教会と国家の「分離」ということは、修正一条と深く関係し合っていたわけでは決していないのだ。修正一条には、「分離」ということはなく、そこに規定されているのは、連邦議会が「国教に関する法律」を制定することの禁止に過ぎないのである。⁽²⁴⁾ Jefferson には、建国間もない合衆国の法政上の脈絡から、少なくとも国政から宗教だけを排除しようとする意図など存在しなかったのである。

Black 判事は、自己の解釈を正当化するために過去を自分なりに想定して論じたに過ぎなかった。⁽²⁵⁾ にも拘わらず、その後かなりの間、連邦最高裁判所は、大筋、Black 判事の理説に従った。そして、Jefferson の見解を修正一条の宗教に係る解釈に対して関連性を有するものとする姿勢を続けたし、その政教分離に関する言辭が政府と宗教との間に厳格な障壁を生み出すことを意味するものと考えたのである。⁽²⁶⁾

しかし、暫時とはいえ継続した連邦最高裁判所のそのような姿勢には、問題があった。Everson 事件に関連して、Edward Corwin の論文には、「(連邦最高：筆者) 裁判所は、歴史を作る権利を有する。」「しかし、それは、歴史を捏造する権利はこれを有しない。」という文章があるそうである。⁽²⁷⁾ Everson 事件における Black 判決が、政教の完全分離を説いたわけではないが、「分離の高い堅固な壁」を求めた修正一条の解釈によって「一犬虚に吠ゆれば、万犬実に伝う。」如き事象が生じ、その事象が今後も顕現するとすれば、これは、決して軽視あるいは無視されるべき問題ではない。

二 混迷する連邦最高裁判所

連邦最高裁判所は、修正一条の制定後長い間、宗教問題で苦慮することは然してなかった。その裁判所が国教樹立禁止問題で敏感になり始めたのは、Everson 事件以降のことである。そこで Black 判事が、国教の樹立を禁止する規定について、政府の宗教に係る「中立性」(neutrality) や信仰や良心に係る「主意主義」(voluntarism) と共に、政教の「分離主義」(separatism) を展開したのである。⁽²⁸⁾ それも、彼は、その規定を州にも適用し、また、分離の壁を高く堅固なものでなければならず、一寸した違反をも認めることはできないとして、⁽³⁰⁾ 分離主義を力強く且つ高らかに宣したのである。その見解は、最小多数によるものであったが、その分離主義は、以後ほぼ三五年間というもの、連邦最高裁判所を支配し続けた。⁽³¹⁾ その分離主義の影響の下、学校に対して毎日聖書の朗読をもって始めることを求めた州の行為が問題となった Schenpp 事件では、政府の行為の合憲性を判断する基準が示された。Clark 判事が、国教の樹立を禁止する規定に反しないためには、州の行為が世俗的な立法「目的」を持ち、主要な「効果」が宗教を促進したり禁止したりするものではあつてはならないという二つの基準を示したのである。⁽³²⁾ このいわゆる目的・効果論は、その後、数件で用いられた。⁽³³⁾ 私立学校の教員に対する給与を州税で補充する法律が問題となった Lemon 事件において、Burger 長官によつて、その目的・効果論に対する肉付けもなされた。長官は、中立性の外に、Black 判事の厳格な「分離の壁」論についてはこれを不可能としながらも、⁽³⁴⁾ (イ) 世俗的な目的、(ロ) 主要な効果および (ハ) 過度の関わりという三叉 (three prongs) の基準を設けたのである。⁽³⁵⁾ この Lemon テストは、幾つかの事件で適用され、⁽³⁶⁾ その後も時としてその鎌首を擡げた。⁽³⁷⁾ しかし、その基準が必ずしも明確ではなく、一貫した結論を導き出し難かったことか

ら、当初から絶えざる批判を受けた。Rehnquist 長官や White 判事は、総じて Lemon テストの適用に反対であった⁽³⁹⁾し、Scalia 判事および Thomas 判事は、Lemon テストにとって「酸っぱい」存在であった⁽⁴⁰⁾。そのような批判や反対もあって、それは、安定的継続的に適用されたわけでは決してなかった。その適用は、飽くまでも断続的で、極限すれば、場当たり的であったのだ。⁽⁴¹⁾Burger 長官自身、このテストを当初から自信をもって用いたわけでは決してなかった。彼は、後の Lynch 事件において、その一般的な適用に明らかな疑義を呈した程であったのだ。⁽⁴²⁾Lemon 事件から約一〇年経つと、私立学校における教育に関連した州の支出に係る Meek 事件において、Stewart 判事は、Lemon テストが容易く適用されるものではないことをはっきりと宣した。⁽⁴³⁾一定の宗教組織にのみ登録・報告を義務づけている法律が問題となった Larson v. Valente, 1982 では、⁽⁴⁴⁾Brennan 判事は、中立性の原理については連邦最高裁判所の姿勢として確認したものの、Lemon テストについては、これを用いなかった。その年には、Rehnquist 判事によって、政府財産の宗教組織への譲渡に係る問題で被上訴人の納税者および市民としての当事者適格が否定された如く、⁽⁴⁵⁾政教問題に関して司法部における手続的面で「分離の壁」論者にとっては期待を裏切る判決が確認されてもいた。Brennan 判事は、Larson 事件で、実体的面で明確に、「国教樹立禁止条項が最も明白に命じていることは、一つの宗派が他の宗派より公式に優遇されることはないということである。」と述べ、⁽⁴⁶⁾立法や政府の行為が名前をもつてはつきりと宗教を優遇しているとか、金銭融資あるいは教義のようなはっきりした特徴に基づいて宗教を区別している場合に違憲判断をするものとし、「分離の壁」論に少しく風穴を空けたのである。⁽⁴⁷⁾Larson 事件におけるこの審査基準は、通常、「宗派の優遇」(the denominational preference) のテストとして論じられている。このテストの定義は、正確には必ずしも明確ではないが、宗派として優遇された宗教については宗教を促進する主要な効果を有するものとし、他方、優遇

されていない宗教についてはそれを禁止する主要な効果を有するものとするルールとする見方がある⁽⁴⁸⁾。このような見方は極端としても、このテストで、優遇されていない宗教が差別されていることは、間違いないところである。そのテストの下では、先ずは、法律に文面上宗教間の差別があるかどうか審査され、⁽⁴⁹⁾ 宗派の優遇が認められている法律については、強度な政府の利益と緊密に合致するものでなければならぬとされている。⁽⁵⁰⁾ そのため、宗派の優遇がある立法については、合憲性を「疑わしいもの」として扱う「厳格な審査」の法理が主張されているのである。⁽⁵¹⁾

Larson 判決の翌年、州の立法府がチャプレインの祈祷をもって始まることが問題となった Marsh 事件では、Burger 長官が法廷意見を述べた。⁽⁵²⁾ にも拘わらず、この事件でも、Lemon テストは用いられなかった。ここでは、アメリカ政治における立法府の祈りという長い歴史、立法者の意思を尊重する姿勢に立つ歴史的証拠のテスト⁽⁵³⁾ あるいは歴史的解決法のテスト⁽⁵⁴⁾、いわゆるユニークな歴史論に基づいた判決が下されたのである。⁽⁵⁵⁾ 歴史的判例を集積した Lemon テストを創った Burger 長官によつて、Lemon テストではなく、伝統を重んじる歴史的証拠のテストが用いられたのである。彼は、立法府の祈り等多くの植民地期の伝統が国教会制度に結びついていたことを認めながらも、それを踏襲した第一回連邦議会の意図は、歴史の重みを尊重した Walz 事件⁽⁵⁶⁾ を引きながら、「破られていない慣行は、軽々しく捨て去られるべきものではない。」という姿勢を踏襲したのである。⁽⁵⁷⁾ その後、たとえば、New York における公立学校における学内宗教団体の施設利用に係る Good News Club v. Milford Cent. Sch., 2001⁽⁵⁸⁾ や Lemon テストは無視されたし、宗教系学校に対するものを含む奨学制度に係る Zelman v. Simmons-Harris, 2002⁽⁵⁹⁾ でも、それは用いられなかった。「分離の壁」は、かなり低くなったのである。

Marsh 判決の翌年、一九八四年には、Lemon テストに好意的であったが、これに満足しなかった O'Connor 判事が、

Lemon テストが明確ではなかったこと⁽⁶⁰⁾あるいは本質的に難解であったことに注目して新たな提言をした。クリスマスのキリスト生誕画の展示が事件化した Lynch 事件における同意意見で、それを明確化する修正意見を述べたのである。⁽⁶¹⁾ O'Connor 判事自らが名付けたいわゆる是認テストである。⁽⁶²⁾ その意見を述べるに際して、O'Connor 判事は、過度の関わりの基準については、適切に制度的なものに限定されているとしてこれを問題視せず、目的と効果に関連して、問題の行為で何を伝えようとしたかの「意図」の問題と実際に伝えられた「メッセージは何か」という二つのことを説いた。⁽⁶³⁾ そこでは、Lemon テストの目的基準についてはそれとなく意図へと改変し、主要な効果基準については政府による宗教の認否のメッセージへと明確に修正したのである。しかし、その際、彼女は、政府が宗教を是認しているか否かを判断したと認定する基準となる者は誰かについては、確と述べなかった。彼女がそれをはつきりと述べたのは、公立学校における祈りと瞑想に関する法律の問題と取り組んだ Wallace 事件⁽⁶⁴⁾における同意意見においてであった。そこで、法律の条文、その立法史およびその実施あるいは信仰の自由規定およびその規定が促進する価値に詳しい「客観的な観察者」なるものが示されたのである。⁽⁶⁵⁾ ところが、彼女は、キリスト教の大学で聖書を研究している学生に対する「盲人のための Washington 州委員会」による経済、職業支援が問題となった Witters v. Washington Dept. of Services for the Blind, 1986 において、その「客観的な観察者」ということばを用いず、「分別ある観察者」ということばを用いた。⁽⁶⁶⁾ ただ、その Witters 事件で、彼女は、「分別ある観察者」に対する説明をしたわけではなかった。彼女による「客観的な観察者」ということばは、後に連邦最高裁判所も用いたが、頻用されたわけでは決してなく、彼女自身、「客観的な観察者」ということばには拘らなかった。たとえば、一九八〇年代末、自治体庁舎のキリスト生誕画や建物外のメノラーが問題となった Allegheny 事件において、Blackmun 判事は、是認テストを採用

したもの⁽⁶⁸⁾、Witters 事件における O'Connor 判事の同意意見を引用して、「分別ある観察者」論を採用したが、O'Connor 判事も、その用法に同調したのだ⁽⁷⁰⁾。彼女がその「分別ある観察者」について定義をしたのは、公の広場にラテン十字架を建てることに對する許可の差止めが求められた Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette, 1995 においてであつた。パーブリック・フォーラムにおける私的な宗教言動に対する中立的な州の政策が問題となつていふ背景においてはあつたが、「分別ある観察者」とは、「共同体の理想であつて、総体的な社会の判定によつて定まる分別ある行動を擬人化したものであり、その知識が、問題とされている展示物を見て得られる情報に限られず、展示物がある場所の一般的な知識にまで及んでいるものである。」と定義されたのである⁽⁷¹⁾。Kirsten K. Wendela は、この定義を Wallace 法理における「客観的な観察者」と同じ意味に捉えて、それを「十二分に分別ある人」と解説している⁽⁷²⁾。しかし、「分別ある人」と「十二分に分別ある人」とは明らかに異なるものであり、「分別ある観察者」が Wallace 法理で示された法的知識に裏付けられた（と思われる）「客観的な観察者」を意味するかは、疑問である。それが、常識的分別を有するものであることは明らかであるとしても、法的側面では「客観的な観察者」を明らかに劣化させたものであり、少なくとも法的知識の面で優れたものであるかは、疑問無しとしないからだ。ともあれ、是認テストは、当初から O'Connor 自身に内容的に確たるものがなかったようで、一九九〇年代半ばの或る報告によれば、当時、未だ流動的な状態にあつたとされている⁽⁷³⁾。この是認テストは、曖昧なレモン・テストによる司法の専恣を防ぐことができる分、分離主義における「壁」を低める機能を営んだが、しかし、そのテストにおいては、政府が宗教を是認あるいは否認しているかどうかのメッセージの判定者について不明なこともあつて、当初から批判が存在したのである⁽⁷⁴⁾。是認テストが法廷意見となつた Allegheny 事件において既に、そのテストは根本に

において欠陥があり、実際には、役に立たないものと批判された程なのである。そのような批判のトップに立ったのは、Kennedy 判事であった。⁽⁷⁵⁾ Scalia 判事や Thomas 判事と共に、Kennedy 判事は、しばしばレモン・テストや是認テストに反対した判事であった。

その是認テストに批判的であった Kennedy 判事は、強制の要素に触れながら、歴史的解決法のテストを用いた Marsh 法理を評価し、先例と歴史的慣行を重んずる立場から、⁽⁷⁶⁾「分別ある人」の判断に依存して判決をする姿勢を評価しなかった。彼は、成人による出席も欠席も自由に判断できる立法府の開会における宗教儀式の場合と異なり、公立学校の卒業式のような実質的に生徒の出席あるいは欠席の自由の無い場における宗教儀式においては、「分別ある反対者」が受忍あるいは忍容することになり、結果的に宗教の是認あるいは否認を強制されることになることを嫌悪したのだ。⁽⁷⁷⁾したがって、Kennedy 判事が注目したのは、宗教活動に対する政府による強制の有無であった。強制こそ、国教樹立禁止規定の違反の有無を判断する基準 (touchstone) であると説いたのである。⁽⁷⁸⁾ Kennedy 判事は、彼が法廷意見を述べた Lee v. Weisman, 1992 年の強制テストを採用した。⁽⁷⁹⁾この Weisman 事件は、公立学校の卒業式において祈りのかたちで祈願と祝福がなされることに對する差止め訴訟事件であった。この事件では、判決のために専ら強制が論じられ、他のテストは、問題とされなかった。Kennedy 判事は、政府は何人にも宗教あるいは宗教活動を促進したり参加したりすることを強制し得ない等を論じて、⁽⁸⁰⁾政教分離の分析よりも、国教樹立禁止条項における強制の有無の分析によって違憲判断をしたのである。連邦最高裁判所は、Weisman 事件の八年後、Steven 判事による法廷意見でその強制テストに肩入れをした。高等学校の生徒の主導と発案によるフットボールの試合前の祈りが認められたことが問題となった Santa Fe 事件においてである。⁽⁸¹⁾この強制のテストの下では、たとえば、通貨にある「天主を信賴し

て」といった国家のモットーを示しただけの場合、宗教的性格があるとしても、強制は存在しないから、当然に合憲ということになる。この強制テストは、連邦最高裁判所によって時として、また連邦最高裁判所裁判官や下級裁判所によってかなりに支持されている⁽⁸²⁾。しかし、そのことは、そのテストが連邦最高裁判所等で安定的地位を占めていることを意味したわけでは決してない。

その他に、未だに注目しない論者もいるが、連邦最高裁判所のかんりの裁判官の底流には、たとえば、Marsh 判決を「儀式的理神論」(ceremonial deism)⁽⁸³⁾のテストを用いたものと説く者もいる⁽⁸⁴⁾。国教樹立禁止規定の分野における「儀式的理神論」は、Eugene Rostow によって初めて用いられたもので、彼は、それによって、宗教的なものであっても、「合憲である程に月並みのものとされ、議論されることも無く受け入れられている：一般的な活動の一種」がある⁽⁸⁵⁾と説くのである。この E. Rostow の考え方は、Lynch 事件における Brennan 判事の反対意見に反映された⁽⁸⁶⁾。彼は、合衆国の通貨にあるその国のモットーである「天主を信頼して」⁽⁸⁷⁾というような一定の宗教的な表現が、機械的に繰り返されることによって、宗教的な意味を失う場合があり得ることを想定したのである。O'Connor 判事も、たとえば、「星条旗よ、永遠なれ」のような伝統的な愛国歌における宗教への言及や裁判所の開廷における「天主よ、合衆国とこの名誉ある法廷にご加護を」⁽⁸⁸⁾ということばを歴史性と遍在性という価値を有するという理由で「儀式的理神論」の内容をなすものとしている。しかしながら、連邦最高裁判所そのものは、総じて「儀式的理神論」という合憲性の審査基準と正面からは大して取り組もうとしていない⁽⁸⁹⁾。

連邦最高裁判所の裁判官たちは、依然として、国教樹立禁止規定の意味するところに関して未だ意見の一致を見ていないし、況してや、それに係る事件の合憲性の判断基準に普遍的なものを発見してもいない。そのようなことから、

二〇〇五年六月二七日に判決が下された二つの事件で、郡庁舎の壁に掛けられた十戒の展示に係る McCreary 事件⁽⁹⁰⁾では、Souter 判事が違憲判断をし、州議事堂の構内の十戒のモニュメントの展示に係る Van Orden 事件⁽⁹¹⁾では、Rehnquist 長官が、合憲判決を下している。このような判決の一見一貫性が欠けるように思える連邦最高裁判所の姿勢は、一般人には理解できないところである。否、実際、連邦最高裁判所、したがって、その裁判官たちには、政教関係の問題では、依然として混沌があるのである。それでも、政府による政教関係の問題で Black 判事が高らかに築こうとした「分離の壁」については、総じて低めたり薄める傾向にあるといえるようだ。

三 分離主義への批判論管見

Everson 事件⁽⁹²⁾において、Wiley Rutledge 判事は、「修正一条の宗教条項ほどその生成史が内容と緊密に結びつけられ、あるいは内容を与えている憲法の規定はない。それは、外ならぬその生成史の精製品であり簡約品である。」と述べた。その宗教条項が、この半世紀以上にわたって、憲法学界およびその他のところで活発な論議を呼んでいる。その事象は、もともと英国教会の異端であり、その教会からの分離を主張した者の宗教的な避難民の新天地として出発した新大陸に誕生した国家あるいは国民の属性の顕現といえるものかも知れない。Jeremy Patrick-Justice によれば、連邦最高裁判所が下した判決で議論となり対立を生じているすべての問題の中で、信教の自由および宗教と政府との適切な関係に関する裁判所の判決程、批判を生じているものは少ないということである。⁽⁹³⁾ そのような批判に関連して、Rutledge 判事の右の宗教条項に対する評価は的を射ているようで、以降、憲法や宗教に関する学者や活動家たちは、連邦最高裁判所による宗教条項に係る歴史の見方の妥当性の如何あるいはその裁判官たちの善良な歴史家としての程

度について議論を交わしている⁽⁹⁴⁾。連邦最高裁判所の裁判官たちは、判決を下すに際して、主に宗教条項が制定された時代の人々の見解に注目し、その評価に関する意見の一致あるいは近似によって何らかのかたちの多数を得て、その裁判所の見解として来ている。他方、憲法や宗教に関する多くの学者や活動家たちは、その判決等を踏み台にして、宗教条項の制定期の諸見解あるいは諸事象から導き出したそれぞれの「正論」なるものを論じ合っているのである。そのような論議に際して、Everson 判決以来、修正一条の宗教条項は、かなりの裁判官や学者ら多くの者によって恰も政教分離規定であるかの如く解されて来た⁽⁹⁶⁾。それも、多くのアメリカ人にとって、政教分離ということばは、今日依然として、国教の樹立の禁止ということば以上に口にされているところである。Black 判事によって誤用された Jefferson の「分離の壁」論に魅了され虜になってしまった如くである。それでも、その間にも、分離主義に対する疑念は呈されていた。そのような疑念を呈する立場から、とりわけアメリカの二〇世紀末の政教関係が論じられる場合、Philip Hamburger による論文その他の著作ほど話題に上るものは、他には存すまい⁽⁹⁷⁾。P.Hamburger は、分離主義が依然として有力な理念として存続していることを認めているが、それでも、その原理に疑念を呈して、政教関係の歴史や諸判決を注視しながら論を進め⁽⁹⁸⁾、その論が、識者の耳目を集めているのである。

連邦最高裁判所が分離主義に徹する考え方から後退していることは、既に見た通りである。宗教に係る憲法問題に詳しい C.Lupu は、既に一九九四年の論文で、「分離主義には翳りが存する」という評価をしている⁽⁹⁹⁾。P.Hamburger も、二〇〇二年のシンポジウムで、その C.Lupu の論文を引用しながら、現在では、連邦最高裁判所が後退していることは、「はっきりしているようだ」と述べている⁽¹⁰⁰⁾。さらに、B. Ledewitz の（二〇〇九年—二〇一〇年）論文によれば、昨今では、憲法上の分離主義は実施し得ない、少なくともかつて程には実施し得ないというような一般的な感情が、

法思想家の中にあるということである。⁽¹⁰⁾

かつての熱に浮かされた譚言に似た分離主義への傾向に理論的に対抗し、分離主義の勢いを弱めた代表的人物として真っ先に上げられるのは、右の P.Hamburger である。彼は、その主張の中で、先ず、非歴史的論拠の問題として、政教分離が憲法上明示の根拠を有していないことを強調した。憲法規定そのものに注目して、政教分離など国教樹立禁止条項の数多くの「可能な」解釈の一つに過ぎないというのである。彼によれば、法的論拠となるものを公式に示している憲法は、政教分離ということばなど用いていない。そのことばは、国教樹立禁止から派生したことばおよび原理でもないのだ。大体、ある対象を他の上に格上げすることを意味する「樹立」ということばと二つの対象を引き離すことばである「分離」ということばとを対比すれば、明文にない政教分離が憲法上の根拠を欠くことは、瞭然であるというのである。次に、彼は、歴史的論拠の問題を論ずる。彼によれば、分離論者が歴史を持ち出すのは、それを持ち出さない限り、修正一条に根拠を示すものがないからである。それを持ち出すことによって、政教分離を国教樹立禁止条項の意味するところ、その条項の原則、内容、目標あるいは目的を説いているというのである。しかし、彼は、一八世紀後期に政教分離が真に追求されたわけではないという。一体、その世紀に求められたのは、信教の自由であって、その信教の自由の保障こそ、憲法の目的とされたというのである。国教制 (state establishment) においても、信教の自由を求める数多くの動きがあつたし、教会と国家の違いや断絶も認識されていて、「教会と国家との合一」に対する批判もあつたが、一般的なかたちでの政教分離の要求など、修正一条の審議のときを含めて、一八世紀後期には確認され得ないというのである。また、当時は、道徳が広く宗教に依存して理解されていたが、教会と国家との分離によつた示されたものは、政府をその道徳的な基盤から分離することであつたという。信教の自由を求め

た当時の殆どの異端は、今日的な政教分離の主張をしたわけではなかった。むしろ、教会と国家とが相当程度結びつくことを不可避かつ価値あるものと考える傾向にあって、制度的な政教の関わりの幾つかのものを拒絶しても、すべての結び付きを拒絶したわけではなかった。否、それどころか、宗教的な社会が市民の法を支え、市民の法が宗教的な社会を守る市民社会を望んだというのである。¹⁰²

P.Hamburger は、次に、教会と国家とを分離することの実行が不可能なことを説いた。その際、彼は、J.Madison に感化されて、憲法の価値を実行可能な制限を政府に対して課すことに限定する考え方があった。そして、政教分離について、それが物理的あるいは倫理的に不可能なことを要求する嫌いがあるとすれば、そのことによって政府を制限する筈の憲法に対する信頼が失われると考えたのである。彼によれば、「権利の章典」の多くの条項は、政府を規制することによって自由を保障しているが、政教分離ということばは、一般的に教会と国家との関係を禁止するものであって、政府だけを規制するものではない。彼は、そのように述べることによって、政教分離を憲法上相応しくないことばと考えるのであろう。それも、政府は、普通の人やその財産を守るように、教会やその財産を守ることがある。また、普通の人が、政治的にも倫理的にも発言したり請願したり等して政治に参加するように、教会も、政治的にも倫理的にも発言したり請願したり等して政治に参加することがある。教会と国家との関わりは、不可避というわけである。その不可避性は、連邦最高裁判所も認めたところである。Zorach v.Clauson, 1952 等が、¹⁰³それである。たとえば、Zorach 事件で、William O.Douglas 判事が、修正一条はあらゆる面で政教分離を命じているわけではないと述べている如くである。ともあれ、普通の日々においても、教会と国家の関わりは不可避であるが、政教分離は、その不可避の関わりを禁ずるものである。しかも、彼によれば、政教分離という考え方は、両者の無限の分離という

あり得ない期待を人々に与えるという。そのような期待から、人々は、たとえば、聖職者のロビー活動や政府による世俗的目的の教会支援等を政教分離の問題と解するようになる。宗教と関わり合う世俗的目的の政府の行為も違憲と考える彼らにとって、政府の行為は規制されておらず、「権利の章典」の中心的原理である筈の政教分離は侵されていることになる。にも拘わらず、その侵害が、連邦最高裁判所によって無視されていると考えるようになる。その結果、彼らにおいては、憲法に対する不信が生まれることになるというのである。彼は、そのようなことから、憲法の価値が損なわれることになることを憂慮する如くである。彼はまた、政教分離は人々の自由を脅かす結果をも齎すという。たとえば、宗教を持つ者の政治的発言等を躊躇させる萎縮効果を有するからである。その結果、言論の自由等が保障された意味が損なわれることになることを憂慮するのだ。要するに、彼は、実行不可能な政教分離は、憲法に対する信頼を損なう一方で、信教の自由を損なうという重大な結果を齎すというのである。⁽¹⁰⁴⁾

P.Hamburger は、第三に、政教分離ということに伴う諸教会すなわち宗教団体および特異な宗教等に対する差別について述べる。彼によれば、国教の樹立の禁止規定は、宗教、取り分け或るタイプの宗教に対するある種の差別およびペナルティとされる。それによって、政府の宗教に対する支援が認められなくなるからというのである。尤も、この点については、国教として樹立されなければ、国家による宗教に対する合理的な支援は合憲と思われるから、慎重な記述を要しよう。彼によれば、政教分離は、より以上にかなり直接的な差別およびペナルティであるとされる。修正一条の国教樹立の禁止が連邦議会を義務づけているのに対して、政教分離は、普通の人の捉え方では、国家だけではなく、直接に宗教にも負担を課すものとなるというわけである。教会による言論やプレス（注）の自由や政府への請願等の権利が、制限されるというのである。その政教分離は、宗教間、取り分け特異な宗教を差別するものであり、ま

た、特に教会ということによって、宗教団体と（個人である）宗教人あるいは信教者とを区別する嫌いがあり、宗教と信仰心とを区別する嫌いがあるとされる。その際、前者に関連して、二〇世紀後半には、政教分離は、しばしばすべての宗教を政府から分離するものへと拡大されたようだという。しかし、その場合でさえも、それは、特異な宗教を政府から分離するものと解されたという。それも、特異な宗教を分離さえしていれば、政治と宗教との関わりは認められたから、歴史ある宗教団体と特異な宗教団体とは区別されることになったというのである。その結果として、個人および個人の信仰心も差別されることになったとされるのだ。また、政教分離においては、公金支出が社会保障、社会福祉、その他の支援についてなされる場合、その公金が個人に与えられその者によって宗教的に使用されたとしても問題とならないが、宗教団体に対する公金支出は、たとえ世俗的な目的であったとしても、問題とされることになる。その結果、個人と宗教団体との間に、差別が存することになるともされる。彼によれば、重婚を認める宗教に係る婚姻の問題⁽¹⁰⁵⁾や良心的な兵役拒否の問題⁽¹⁰⁶⁾に見られるように、取り分け個人に係る政教分離の問題は、想像するだに難しいとされる。これは、信者と教会とが不可分であることを前提とした論述と思われる。さらに、彼は続ける。このような差別が意味があり得るのは、一般化された精神的なものに殆ど不安を覚え、他方で、宗教および宗教組織に脅威が抱かれる場合である。特異な宗教においては、教義、教祖、組織の性格等が自由で民主的な政府に対する脅威となることや、宗教への随順の勧奨や個人の確信に不可欠な思考の独立や精神の自由が抑制されることが、恐れられるからである。ただ、より一般的に差別に意味があり得るのは、伝統的な宗教団体からの挑戦が脅威となり、近代的なものの、取り分け進歩的な性格を有する真理への現代の確信に対して脅威となる場合とされる。それも、彼によれば、カソリックに対して不信がある場合には、殊に意味があるとされる。カソリックこそ、欧米でいわば宗教体制

の脅威を一般化させたものであったからだ。しかしながら、彼は、特異な宗教とか伝統ある既成宗教の脅威なるものは、憲法上認められる差別の根拠としては薄弱であるという。教義が公安や善良な秩序に有害な過度の行為を生じるに先立って、公吏は、市民政府の正当な目的を達成するために十分に関わり得るという理由からである。彼は、かつても現在も一部にある特異な宗教あるいはカソリックに対する脅威論が、宗教の内外からの政教分離への願望を強めたようであるとしながら、修正一条をそのようなことばによつて解釈することには、疑問を呈しているのだ。その際、彼は、カソリック等とその他というように諸宗教団体を分離して差別することは、しばしば宗教一般に対する差別となり、宗教に対するペナルティーとして機能するとされる⁽¹⁰⁷⁾。実際、或る教会が他の教会と政治との関わりを差別として否定すれば、それは、後者も前者の政治との関わりをも否定することとなり、そのようなことの繰り返しは、国家と宗教の分離を完全なものへと方向づけることになる。延いては、国家をして、間違はなく、世俗化の傾向を辿らせ、非宗教的なものへと導くことは、想像するに難くない。

最後に、P.Hamburger は、政教分離に係る歴史と偏見の問題を述べている。とりわけカソリックに対する偏見に関してである。彼によれば、政教分離ということばがアメリカの政治論争となつたのは、一八〇〇年の選挙の余波に伴つてのことであつた。そのことばは、当時、連邦主義者の聖職者たちが Jefferson を不信心で大統領に相應しくないと批判していたことに反応して生まれたものであつたのだ。共和主義者の側が、聖職者は宗教と政治とを分離し、あるいは、教会と国家とを分離すべきとする選挙運動上のことばとして反論したことを契機としたのである。一八〇二年の Jefferson の「分離の壁」で知られる書簡は、彼を批判した New England の聖職者に対する非難に外ならなかつたわけである。したがって、その文言は、必ずしも人々に一般的に親しまれたところではなかつたのだ。しかし、

一八四〇年代に入ると、カソリックによる政治の影響力や新たに移住して来たカソリックに対して反発したアメリカ人の間で、分離主義が恰もアメリカの理念であるかの如く高められた。アメリカ生まれのプロテスタントは、現地生まれの人の組織を結成したり、その他の反カソリックの者たちと連携したりして、自分たちの行動を棚上げにし、カソリックによる広範な政教結合に反対したのである。これらの反カソリックの動きに伴う偏見が、分離主義を憲法原理に高める一世紀余に及ぶ動きへの発端となったのである。その間、反カソリックの者たちは、教会と国家との分離を主張したものの、宗教あるいはキリスト教を国家から分離することには鈍感であった。その言行には、一貫性がなかったのだ。ただ、二〇世紀前半までに多くのプロテスタントやその他の反カソリックのキリスト者たちが想定した分離主義は、アメリカ人の信教の自由の保障を意味するものであった。もとより、分離論者には、プロテスタント、ユダヤ教徒その他の非キリスト教徒や無神論者もいた。彼によれば、すべての神学的なかつ政治的な自由主義者は分離論者であつて、それらに共通していたのは、カソリックに対する恐怖感であつた。また、そのような者たちの動きが、合衆国憲法の「権利の章典」の規定の州への適用を認める文化的な基盤を築いた。そのようにして発生した彼らのアメリカニズムとアメリカ的な自由¹⁰⁸に連邦最高裁判所も反応した。一九二〇年代に「権利の章典」の一部の自由が州にも適用されたこともあつて、彼らがアメリカ的な原理として誇つた修正一条の分離主義を一九四七年に州にも適用したのである。勢い、連邦最高裁判所において、分離主義が、暫時、幅を利かした。このようにして、政教分離ということばは、偏見の効果を永続かつ広範化させることに成功した。しかしながら、彼によれば、それが、修正一条の内容であつたわけでは決してなかった。歴史は、むしろ、少数派であつた福音教会派の緩やかな連合が信教の自由を求めていた時にできた修正一条の国教の樹立という文言が、直ちに分離主義を意図したわけではなかったことを示して

いるといふのである。⁽¹⁰⁹⁾

P.Hamburger は、そのような主張に続けて、法の解釈に伴ういろいろな問題について述べている。その際、彼は、真つ先に、記録に無いことばによつて憲法を解釈したり、超憲法上のことばを適用したりして、偏見が人々や裁判官に現れる場合の危険について警鐘を発している。それも、彼によれば、そのような偏見に対する人々あるいは裁判官による矯正の機会は異常に少ないという理由から、その危険は、聊か厄介であるとされる。彼は、憲法上のことばを拡大あるいは縮小して解釈するかなりの自由を認める。しかし、それは、専ら予備的なステップに過ぎないもので、それも、飽くまでも憲法上のことばを適用するものであつて、憲法にない他のことばを処することとは異なるというこれに対して、憲法にないことばは、憲法上のことばを解釈するために持ち込まれるもので、真の解釈ではないといふ如くである。

したがつて、P.Hamburger によれば、修正一条について政教分離に依拠した解釈の努力は過ちであり、それ故、専らその一条の文言によつて解釈することに意味があることになる。そして、その文言が達成し得ること、達成し得ないことを知ることには価値があるといふのである。そのような見解に立つて、歴史的根拠に基づいて教会と国家とを平等に規制する政教分離と異なり、国教樹立禁止の規定は、専ら連邦政府、それも連邦政府の殊更議會を規制し、それ故、国教の樹立に関する法律を禁止しているものであつて、宗教に関する法律を禁じているわけではないとされるのである。「権利の章典」上の二条から八条にかけての「権利」が行政や司法とも関わっていることは異なるといふわけである。もとより、彼は、その拡大あるいは縮小の解釈を認めるから、たとえば、立法について、いわゆる委任立法への拡大適用を認めている如く、それを連邦政府のあらゆる部分に拡大して解釈適用することを否定しない。

しかし、修正一条の連邦議会の通常の意味をその他の意味で解することについては、困難としている。また、彼は、二つの対象を持つ政教分離ということばは一つの対象に関する国教の樹立ということばに代わるものではなく、国教樹立禁止条項の意味するところは、飽くまでも、政府が国教を樹立することを禁止することであると述べている。⁽¹¹⁾

もとより、この Hamburger の見解に対する批判は、決して少なくない。これについての紹介は、紙数の都合上別の機会に譲り、結論を急ぐ。

おわりに

基本的に宗教心の強い人が多い合衆国でも、一九世紀の後半ないし二〇世紀の初期にかけて近代なるものが幅を利かせると共に、宗教の後退を予言したり、宗教は後退したと論ずる者が少なからず存在した。⁽¹²⁾ 新大陸も唯物論と無関係ではあり得なかったから、その影響を受けた無神論者の動きは、政治的面に限らず、宗教面でも活発化していた。それも、合衆国には、教会の相克にも長い歴史があった。そのような状況で、合衆国において、二〇世紀になるまで未だアメリカ人の一般的な理念となつたわけではなかつた政教分離への動きは、いわば自然であつたかも知れなかつた。しかし、およそ宗教や祭祀は、多くの人の感性や理性と不可分であり、それが集団化社会化し、暦とか休祭日とか祭り等に確認されるように、やがては、社会の制度とか慣習とか等の内容をなすものとなる。それが世俗化し、伝統あるいは習律となることもあるのだ。歴史の長い国と歴史の長い宗教あるいは祭祀とはかなりの程度に結びつく。そのような宗教あるいは祭祀に起源をもつ文化、伝統、習慣が、公認されることは少なくないのだ。新興のあるいは外来の宗教および無神論者にとっては、そのことが目の上のたん瘤に思える。そこで、元々、宗教が持つ絶対性と民

主義の相対主義とを両立させるためにキリスト教社会の知恵として生まれた政教分離主義が、漸次、そのような者たちにとって恰好のあるいは便宜的な闘争のイデオロギーであり手段となったのである。

宗教的な避難の地であったアメリカでは、宗教、とりわけプロテスタントと諸州との関係には格別のものがあつた。しかし、その新天地にも、カソリックの移民が増加し始めた。勢い、各州において、新旧キリスト教の相克が生じた。無神論者もその争いに加わつた。特に教育の問題は、宗教および政治の問題でもあつた。カソリックの移入者とその移入者およびその教義をアメリカ人の生活の方式に脅威と思う者たちとは、とりわけ教育の場で衝突したのだ。プロテスタントの教育方式に妥協できなかったカソリック教徒は、教区学校を設けて解決を図つた。そのような経緯の中で、教育に係る公的支援とその教区学校との関係は、当然に問題化した。Everson 事件は、そのようなほぼ一世紀にわたる衝突あるいは問題の解決が、連邦最高裁判所に求められた事件の一つであつた。⁽¹¹³⁾ その事件で、Black 判事は、Jefferson を引いて修正一条を政教分離禁止規定と解し、それを修正一四条を通じて州にも適用した。修正一条の州への適用については、その規定を連邦主義を具現したものとして、今日依然として異論もある。⁽¹¹⁴⁾ この点については、Black 法理に理由不尽の欠点があるものの、南北戦争とそれに伴う憲法修正とは憲法制定者たちが予想しなかつたところであり、南北戦争修正は連邦主義の修正をも意味したから、結論において誤りとはいえない。

Everson 事件における Black 判決以来、連邦最高裁判所は、宗教問題の戦場と化した。それも、政教分離主義が前面に躍り出て、国教の樹立の禁止以上に修正一条の内容をなしているかのように扱われる動きが生まれた。そして、それが、激しい論議を呼んだのだ。およそ法を解釈する場合、その正文、立法目的、正文の構成および立法の沿革は、その法律の合憲性を判断するために不可欠に考慮されるべきである。⁽¹¹⁵⁾ しかし、Black 判事には、そのような慎重さが

欠け、Everson 判決のための裁判官の評議から窺われるが、教会に与するわけには行かないという彼自身の決意のようなもの⁽¹⁶⁾が先行していたようであった。そのために、彼は事実と虚構とを織り込んだ物語を作り上げたのである⁽¹⁷⁾。その結果樹立された政教分離の高い壁は、いわば必然として合衆国あるいはその国民をして世俗化傾向を産み出した。取り分け Lemon テストは、分離主義を絶対化こそしなかったが、その傾向を推進するものであった。そのような傾向の中で、総じて厳格な分離を主張した裁判官としては、Black、Stevens、Brennan や⁽¹⁸⁾ Marshall を上げることができる。その厳格な分離に対しては、人事の変動もあつて、連邦最高裁判所でも批判的な判事が増えた。それに伴い、その後、歴史的な証拠のテスト、是認のテスト、強制のテストといった新たな合憲性の審査基準が確認された。Kennedy、Scalia、White と⁽¹⁹⁾った裁判官や Burger、Rehnquist と⁽²⁰⁾った長官は、社会における宗教の意義を認めて宗教の政治における存在を受け容れる融和を主張した者たちであった。そのような動きの中でも、宗教（あるいは宗派）間や宗教と無宗教との間に差別を認めないいわゆる中立を主張する考え方は、底流に存在していた。この中立論は分離論においても融和論においても利用された。しかし、その定義は、容易なようで容易ではない。中立論は、分離論や融和論に比して、一見、客観性があり公正な理論に思え、それ自体は、支持されるべきものかも知れないが、それでも、それが、たとえば、宗教と無宗教との中立をいう場合、事は、簡単ではない。中立論が立法の目的あるいは意図の世俗性と結びつけば、中立の意味は、必ずしも明らかではなくなる。否、無宗教に加担することになるのだ。また、宗教や祭祀は習俗化するから、中立論によっても、聖俗の識別の基準が不明である以上、合憲性の認否は、至難となる。

ともあれ、国教樹立禁止規定の判決について、二〇〇六年、Steven G. Gey は、「法と宗教」のシンポジウムで、「今

では、連邦最高裁判所の国教樹立禁止規定判決が混乱していることは、明らかである。——絶望的に支離滅裂になり深刻な程に矛盾して。」と述べている。⁽¹¹⁸⁾ その翌年には、R.A.Hiltonも、二〇〇五年の同じ日に下された十戒に係る二つの事件に触れながら、連邦最高裁判所の判決を複雑で、一貫性に欠け、予見し難い⁽¹¹⁹⁾という評価をしている。連邦最高裁判所には、ある種の混沌があるのだ。それでも、昨今の傾向として、その連邦最高裁判所は、歴史性あるいは伝統に配意して、厳格な「分離の壁」を高める作業に精力を注入してはいないようである。否、その壁は、低くあるいは薄くなっているのだ。しかし、他方では、政教分離主義が既に国民の脳裏に深く刻まれていることから、それを根拠とした法廷闘争は絶えず、そのことによって国民の世俗化は進んでいるようである。⁽¹²⁰⁾

(1) Bradfield v. Roberts, 175 U.S.291 (1899); Quick Bear v. Leupp, 210 U.S.50(1908) with two others involving Establishment Clauses (Reynolds v. United States, 98 U.S.145 (1879) and *Permoli v. Municipality No. 1*, 44 U.S.(3 How.)589(1845) citing James J.Knicely, “FIRST PRINCIPLES” AND THE MISPLACEMENT OF THE “WALL OF SEPARATION”: TOO LATE IN THE DAY FOR A CURE?, 52 Drake L.Rev.171, at 173(Winter 2004).

(2) その後の半世紀余では、政教問題に係る訴訟は、五〇件以上になった (J.J.Knicely, *ibid.* at 173)。二〇〇七年の Russell A.Hilton の論文によれば、最初一五〇年間に三十一件だったものが、Everson 判決以来、一二〇件以上になったというところである (THE CASE FOR THE SELECTIVE DISINCORPORATION OF THE ESTABLISHMENT CLAUSE: IS EVERSON A SUPER-PRECEDENT?, 56 Emory L.J.1701, at 1701-1702(2007)。

(3) わが最高裁判所は、「一般に、政教分離原則とは、およそ宗教や信仰の問題は、もともと政治的次元を超えた個人の内心にかかわることがらであるから、世俗的権力である国家（地方公共団体を含む。（省略））は、これを権力の彼方におき、宗教そのものに干渉すべきでないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされている。」とし、日本国憲法

も国家と宗教との分離を制度として保障していると解する（最大判昭五二・一〇七・一一三 <http://www.courts.go.jp/>）。

(4) USA Constitution Arts. VI③, II 1⑧.

The oath of office of the President of the United States:

“I solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States”, with the customary words, “So help me God”.

TITLE28. PART I. CHAPTER 21. § 453. Oaths of justices and judges:

Each justice or judge of the United States shall take the following oath or affirmation before performing the duties of his office: “I, XXX XXX, do solemnly swear (or affirm) that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as XXX under the Constitution and laws of the United States. So help me God.” *フランクリン・ピアース* “affirm” (確言する) ことにより、*フランクリン・ピアース* 無神論者に配慮したものであるが、これを用いた大統領は、Franklin Pierce だとしても。

(5) THE CHATERS OF FREEDOM, “United States Declaration of Independence” ([http:// www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html))

(9) See, *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S.457, at 470(1892)(quoting *Updegraph v. the Commonwealth*, 11 Serg. &Rawle394, at 400(Pa.1824). Raymond W.Kaselonis. Jr., *EVERSON AND “THE WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH AND STATE”: THE SUPREME COURT’S FLAWED INTERPRETATION OF JEFFERSON’S LETTER TO THE DANBURY BAPTIST*, 17 Regent U.L.Rev.101, at 114(2004-2005).

(7) R.W.Kaselonis, *supra* note 6, at 114. See, *Updegraph v.Commonwealth*, 1824 WL 2393(Pa.1824).

(8) *Everson v.Board of Ed.of Ewing Tp.*, 330 U.S.1(1947).

(9) 一八世紀および一九世紀には、分離主義の確定的定義はなく、それには、国家から教会を守ることで、国家および教会の双

方から宗教信者の良心の自由を守ること、教会から国家を守ること、地方の宗教問題に関して連邦政府の干渉から州を守る」と、歓迎されざる宗教に対する支援および宗教への参加から社会を守ることの類型が存したようである (J.Witte, Jr., *infra* note 16, at 1889-1891)。

(10) Everson, 330 U.S.1.

(11) 98 U.S.145, at 164(1878).

Reynolds 事件が、Jefferson を宗教に係る事件で登場させた最初の事件であった (David Reiss, JEFFERSON AND MADISON AS ICONS IN JUDICIAL HISTORY: A STUDY OF RELIGION CLAUSE JURISPRUDENCE, 61 Md. L. Rev.94, at 95(2002))。

(12) Everson, 330 U.S., at 13.

(13) Ibid., at 15-16.

(14) Ibid., at 17.

(15) Ibid., at 18.

(16) Regina F.Speagle, (Comment)WAGING WAR IN AMERICA'S CLASSROOMS: RECOGNIZING THE RELIGIOUS RIGHTS OF CHILDREN, 31 Cumb. L.Rev.123, at 147(2000-2001).

Madison は、宗教活動における寛容を規定した Virginia の権利の宣言一六条や修正一条の国教樹立禁止条項に深く関わった人物であり、大統領時代に教会の州への編入を認めた人物である (Stuart W.Bowen, Jr., IS LEMON A LEMON? CROSSCURRENTS IN CONTEMPORARY ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE, 22 St. Mary's L.J.129, at 137-138, 141(1990))。彼は、Jefferson と共に、キリスト教の安息日に係る立法にも賛成している (Chief Justice Warren citing McGowan v.State of Md.366 U.S.420, at 438 (1961))。

Daniel L.Dreisbach の著書は手元にはないが、彼は、Jefferson の書簡を政教分離主義と結びつけて解し、修正一条の制定者たちの意図を述べたと解したようである (John Witte, Jr., 2003 Survey of Books Relating to the Law X. LAW AND

RELIGION THAT SERPENTINE WALL OF SEPARATION, 101 Mich. L.Rev.1869, at 1874-1875(May, 2003))°

(17) Daniel L.Dreibach, THOMAS JEFFERSON AND BILLS NUMBER 82-86 OF THE REVISION OF THE LAWS OF VIRGINIA, 1776-1786: NEW LIGHT ON THE JEFFERSONIAN MODEL OF CHURCH-STATE RELATIONS,69 N. C.L.Rev.159, at 161, 197(November, 1990).

(18) D. L.Dreibach, Jon D.Whaley, WHAT THE WALL SEPARATES:A DEBATE ON THOMAS JEFFERSONS “WALL OF SEPARATION” METAPHORE [A]GREEMENT, IN THE ABSTRACT, THAT THE FIRST AMENDMENT WAS DESIGNED TO ERECT A “WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH AND STATE”, DOES NOT PRECLUDE A CLASH OF VIEWS AS TO WHAT THE WALL SEPARATES. JUSTICE FELIX FRANKFURTER, 16 Const. Comment.627, at 657-658(Winter 1999) .

(19) D.L.Dreibach, supra note 17, at 187.

(20) 彼の墓碑に於て 次のやうに記されてゐる (D.L.Dreibach, supra note 17, at 160).

Here was buried Thomas Jefferson

Author of the Declaration of American Independence

Of the Statute of Virginia for Religious Freedom

And Father of the University of Virginia

(21) Julie A.Oseid, THE POWER OF METAPHOR: THOMAS JEFFERSON’S “WALL OF SEPARATION BETWEEN CHURCH & STATE”, 7 J. Ass’n Legal Writing Directions123, at 134(Fall, 2010).

(22) Robert L. Cord, Howard Ball, (Debate)THE SEPARATION OF CHURCH AND STATE: A DEBATE, 1987 Utah L.Rev.895, at 901(1987).

(23) David. Barton, (Symposium on Religion in the Public Square) THE IMAGE AND THE REALITY: THOMAS JEFFERSON AND THE FIRST AMENDMENT, 17 Notre Dame J.L.Ethics & Pub. Pol’y 399, at 403(2003).

- (24) See, Douglas G.Smith, (Book Review) THOMAS JEFFERSON'S RETROSPECTIVE ON THE ESTABLISHMENT CLAUSE, 26 Harv.J.L. & Pub.Pol'y 369, at 379 (Winter, 2003).
 - (25) See, Carol A.Hudson, (Note) FROM EVERSON TO DAVEY: THE ROAD IS LONG, WITH MANY A WINDING TURN, THAT LEADS US TO WHO KNOWS WHERE, WHO KNOWS WHEN, 40 Tulsa L.Rev. 343, at 351 (Winter 2004).
 - (26) See, D. G.Smith, supra note 24, at 372.
 - (27) E.Corwin citing Donald L. Drakeman, EVERSON v. BOARD OF EDUCATION AND THE QUEST FOR THE HISTORICAL ESTABLISHMENT CLAUSE, 49 Am. J. Legal Hist. 119, at 120 (April, 2007).
「一九四〇年 Cantwell v. Connecticut, 1940 において、連邦最高裁判所は、信教の自由を州にも適用し (310 U.S.296, at 304(1940))。その七年後、Everson 事件では、国教樹立禁止をも州に適用した (Everson, 330 U.S., at 8)」。R. A. Hilton, supra note 2, at 170 1(2007).
 - (28) See, Keith O.McArtor, A CONSERVATIVE STRUGGLES WITH LEMON: JUSTICE ANTHONY M.KENNEDY'S DISSENT IN ALLEGHENY, 26 Tulsa L.J.107, at 114 (Fall, 1990).
 - (29) Everson, 330 U.S.1(1947).
 - (30) Ibid.
- Black 判事は、権利の章典の修正八条までのすべてについて、修正一四条を通じて州に適用するいっさいを主張するいわば全編入 (total incorporation) 論者であった (Adanson v. California, 332 U.S.46, at 66-123(1947)(Black, J., dissenting))。
- (31) Ira C.Lupu, THE LINGERING DEATH OF SEPARATIONISM, 62 Geo.Wash.L.Rev. 230, at 233(January, 1993).
 - (32) Sch. Dist. of Abington Tp., Pa. v. Schempp. 374 U.S.203, at 222(1963).
 - (33) See, Board of Ed. of Central School Dist. No. 1 v. Allen, 392 U.S.236, at 243(1968); Walz v. Tax Commission of City of New York, 397 U.S.664, at 672(1970).
 - (34) Lemon, 403 U.S., at 614 citing Zorach v. Clauson, 343 U.S.306, at 312(1952). See, Sherbert v. Verner, 374 U.S.398, at

422(1963)(Harlan, J., dissenting).

- (35) Lemon, 403 U.S., at 612-613.
- (36) Wallace v. Jaffree, 472 U.S.38(1985); Estate of Thornton v. Caldor, Inc., 472 U.S.703 (1985); Sch. Dist. of Grand Rapids v. Ball, 473 U.S. 373 (1985).
- (37) Scalia 判事は、Thomas 判事も加わった Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free Sch. Dist., 113, at 398(1993)における同意意見で、再三再四殺され埋められた後、幾度となく墓中で起きていて足を引きずり迷い出る深夜恐怖映画のある種が悪鬼のようだと Lemon が、またしても、我々の国教樹立禁止条項の判決録に忍び寄っていることを述べている。
- (38) Lynch v. Donnelly, 465 U.S.668, at 688-689(1984)(O'Connor, J., concurring). See, Cynthia V.Ward, COERCION AND CHOICE UNDER THE ESTABLISHMENT, 39 U.C.Davis L.Rev.1621, at 1628-1629 (April, 2006).
- (39) 彼らも、学校を宗教を志向した映画に利用するのを拒んだという教会によつて憲法上の権利を侵したとして訴訟を提起された事件では、Lemon テストの適用を支持している (Lamb's Chapel, 508 U.S.)。しかし、州の議事堂敷地の十戒を刻んだモニュメントの展示が争われた Van Orden v. Perry, 545 U.S.677(2005)では、その適用に反対している。
- (40) Joanna S.Smith, (Casenote)THE INHERENT IRONY IN THE COURTROOM-THOU SHALT. DO AS I SAY, NOT AS IBID. O: AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION V.ASHROOK, 22 T.M.Cooly L.Rev.55, at 86(Hiraly Term 2005).
- (41) See, Adam M.Conrad, (Note) HANGING THE TEN COMMANDMENTS ON THE WALL SEPARATING CHURCH AND STATE: TOWARD A NEW ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE, 38 Ga. L. Rev. 1329,, at 1334; Wirt P.Marks, THE LEMON TEST REARS ITS UGLY HEAD AGAIN: LAMB'S CHAPEL V. CENTER MORICHES UNION FREE SCHOOL DISTRICT, 27 U.Rich.L. Rev. 1153(1993).
- (42) 465 U.S.668, at 278-679(1984). See, Wallace, 472 U.S., at 68(O'Connor, J., concurring).
- (43) Meek v. Pittenger, 421 U.S.349, at 358(1975)。この事件では、Lemon テストの主要な効果によつて問題の法律を無効にすることが (ibid. at 365-366)。

- (44) 456 U.S.228(1982).
- (45) Valley Forge Christian College v. American United for Separation of Church and State, Inc., 454 U.S.464(1982).
教科書購入等に連邦税を使用することが問題となった *Last v. Cohen*, 392 U.S.83 (1968) では、納税者が当事者適格を認めた
が、本件では、分離主義者の当事者適格は否定されたのである。
- (46) Larson, 456 U.S.228, at 244(1982).
- (47) See, Jeremy Patrick-Justice, STRICT SCRUTINY FOR DENOMINATIONAL PREFERENCES: LARSON IN RETROSPECT, 8 N.Y.City L.Rev.53, at 56,57,110(Summer 2005);Jon Veen, (Note)WHERE DO WE GO FROM HERE? THE NEED FOR CONSISTENT ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE, 52 Rutgers L.Rev.1195, at 1200 (Summer, 2000).
- (48) See, Richard F. Duncan, THE “CLEAREST COMMAND” OF THE ESTABLISHMENT CLAUSE: DENOMINATIONAL PREFERENCES, RELIGIOUS LIBERTY, AND PUBLIC SCHOLARSHIPS THAT CLASSIFY RELIGIONS, 55 S. D.L.Rev.390, at 393(2010).
- (49) Hernandez v.C.I.R., 490 U.S.680, at 695(1989).
O'Connor 判事の同意意見は、違法な「宗派の優先」として厳格な審査が必要とされるのは、制定法あるいは政府の行為が
宗教間に意図的な差別がはっきりと具現している場合だけであると述べている (Lynch, 465 U.S., at 688(O'Connor,J.,
concurring))。
- (50) Larson, 456 U.S., at 247.
- (51) Ibid. at 246.
動物を生贄に捧げる宗教があつたとしても、住宅地区での動物の殺戮を禁じた法律は、中立的な文言で規定されている限り、
宗派の優先を意味することはない。
- (52) Marsh v.Chambers, 463 U.S.783(1983).

- (32) Russell W. Galloway, Jr., BASIC ESTABLISHMENT CLAUSE ANALYSIS, 29 Santa Clara L.Rev.845, at 862(Fall, 1989).
 - (33) Marianna Moss, HOW ARE REASONABLE CHILDREN COERCED? THE DIFFICULTY OF APPLYING THE ESTABLISHMENT CLAUSE TO MINORS, 10 U.C.Davis J.Juv.L.& Pol'y 379, at 388(Summer 2006).
 - (34) R.W.Galloway, Jr., *supra* note 53, at 791, 801-802.
 - (35) Walz v. Tax Comm'n of New York City, 97 U.S.664(1970).
 - (36) Marsh, 463 U.S. at 790.
 - (37) 533 U.S.98(2001).
 - (38) 536 U.S.639(2002).
 - (39) Lynch, at 688.
 - (40) Ibid.
 - (41) Wallace, 472 U.S., 38, at 70(1984)(O'Connor, J., concurring in the judgment).
- Steven D.Smith & Neal R.Feigenson & Vincent Phillip Muñoz の註 O'Connor の要旨のトーンや内容のトーン (no endorsement test) を踏まえて (S.D.Smith, SYMB OL S, PERCEPTIONS, AND DOCTRINAL ILLUSIONS: ESTABLISHMENT NEUTRALITY AND THE 'NO EN DORSEMENT' TEST, 86 Mich. L.Rev.266(November, 1987); N.R.Feigenson, POLITICAL STANDING AND GOVERNMENTAL ENDORSEMENT OF RELIGION: AN ALTERNATIVE TO CURRENT ESTABLISHMENT CLAUSE DOCTRINE, 40 DePaul L.Rev.53(Fall, 1990); V.P.Muñoz, THOU SHALT NOT POST THE TEN COMMANDMENTS? MCREARY, VAN ORDEN, AND THE FUTURE OF RELIGIOUS DISPLAY CASES, 10 Tex. Rev.L.& POL.157, at 369 (Spring, 2006)).
- なお、O'Connor は「是認テストは、政府が法律や政策を作るときに宗教を認め若しくは考慮することを排除しない。それは、政府が宗教若しくは宗教的信念を厚遇し若しくは優遇するメッセージを伝え若しくは伝えようとする試みを排除するのである。」と定義している (Wallace, 472 U.S., at 70(O'Connor, J., concurring in the judgment))。

- (63) Lynch, 465 U.S., at 690(O'Connor, J., concurring).
 - (64) Wallace v. Jaffree, 472 U.S.38(1985). この事件では、公立学校で祈りをもって授業を始めることにしている法律が無効とされた。
 - (65) Wallace, 472 U.S., at 67, 83 (O'Connor, J., concurring in the judgment).
 - (66) 474 U.S.481, at 755(1986)(O'Connor, J., concurring in part and concurring in the judgment).
 - (67) Santa Fe Independent School Dist. v.Doe, 530 U.S.290, at 308(2000); McCreary County. Ky.v.American Civil Liberties Union of Ky. 545 U.S.844, at 862.
 - (68) County of Allegheny v.American Civil Liberties Union Greater Pittsburgh Chapter, 492 U.S.573(1989).
 - (69) Allegheny, 492 U.S., at 620.
 - (70) Ibid.at 630(O'Connor, J., concurring).
 - (71) 515 U.S.753, at 755,779(1995).
- 二〇〇三年、十戒を含む飾りの展示が問題となった事件で、第三巡回裁判所は、Pinette 法理の影響を受け、是認テストが適用される「観察者」を不法行為上の「分別ある人」に似ているとして、時として無分別なことを営むすべての通常の人と同じではないとして、「集団的」ということばに括弧を付しながら、「集団的な」社会の思慮分別によって決定される分別ある行動を含む共同体の理想を擬人化したものと述べている (Freethought Soc. of Greater Philadelphia v.Chester County, 334 F.3d 247, at 259 (C.A.3(Pa.),2003).)
- (72) K.K.Wendela, CONTEXT IS IN THE EYE OF THE BEHOLDER: ESTABLISHMENT CLAUSE VIOLATIONS AND THE MORE-THAN- REASONABLE PERSON, 80 Chi.-Kent L.Rev.981(2005)
 - (73) Harvard Law Review Association, (E. Establishment of Religion) PRIVATELY SPONSORED RELIGIOUS DISPLAYS IN PUBLIC FOR, 109 Harv. L. Rev. 170(November, 1995).
 - (74) ILLUSIONS: ESTABLISHMENT NEUTRALITY AND THE 'NO ENDORSEMENT' TEST,86 Mich.L.Rev.266

(November, 1987).

- (5) Allegheny, 492 U.S., at 669(Kennedy, J., concurring in the judgment and dissenting in part).
- (6) See, *ibid.* at 664, 669(Kennedy, J., dissenting).
- (7) The opinion of the Court delivered by Kennedy, J., in *Lee v. Weisman*, 505 U.S.577, at 593, 596-597(1992).
- (8) Allegheny, 492 U.S., at 660(Kennedy, J., dissenting).
- (9) Weisman, 505 U.S.577(1992).
- (10) *Ibid.* at 577-578.
- (11) Santa Fe, 530 U.S., at 290.
- (12) See, *Good News Club v. Milford Cent. Sch.*, 533 U.S. 98, 120-21 (2001) (Scalia, J., concurring); *Adler v. Duval County Sch. Bd.*, 250 F.3d 1330, 1335-36 (11th Cir. 2001); *Child Evangelism Fellowship v. Montgomery County Pub. Sch.*, 373 F.3d 589, 597-98 (4th Cir. 2004); *Elk Grove Unified Sch. Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1, 45, 47-54 (2004) (Thomas, J., concurring); *Books v. Elkhart County*, 401 F.3d 857, 867-70 (7th Cir. 2005) (Easterbrook, J., dissenting) (establishment entails coercion); *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 692, 693 (2005) (Rehnquist, C.J., plurality opinion & Thomas, J., concurring); *ibid.* at 707, 733 n.35 (Stevens, J., dissenting) (presenting a limited critique of the coercion test); *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 592-99 (1992); *ibid.* at 599, 604-05 (Blackmun, J., concurring); *ibid.* at 609, 618-21 (Souter, J., concurring); *ibid.* at 631, 632-46 (Scalia, J., dissenting); *Card v. City of Everett*, 520 F.3d 1009, 1013 (9th Cir. 2008) (criticizing the Lemon test); *Nurre v. Whitehead*, 580 F.3d 1087, 1094 n. 5 (9th Cir. 2009); *Green v. Haskell County Bd. of Comm'rs*, 574 F.3d 1235, 1236, n.3 (10th Cir. 2009) (denying rehearing en banc); *Green v. Haskell County Bd. of Comm'rs*, 574 F.3d 1235, 1236, n.3 (10th Cir. 2009) (denying rehearing en banc) citing partly *R.George Wright, WHY A COERCION TEST IS OF NO USE IN ESTABLISHMENT CASES*, 41 *Cumb.L.Rev.*193FN1(2010-2011).
- (13) *Brown 大学いかなるYale 大学 Eugene Rostow 法廷部員いかなる一九六二年の講義いかなる用法* (Carolyn A.Deverich,

(Comment) ESTABLISHMENT CLAUSE JURISPRUDENCE AND THE FREE EXERCISE DILEMMA: A STRUCTURAL UNITARY-ACCOMMODATIONIST ARGUMENT FOR THE CONSTITUTIONALITY OF GOD IN THE PUBLIC SQUARE, 2006 B.Y.U.L.Rev.211, at 226FN97(2006)).

Deverich ㄆㄣ' Walter Rostow ㄅㄛㄣ' Eugene Rostow ㄅㄛㄣ'.

(ㄆ) Richard F.Suhrrinrich, T.Melindah Bush, THE OHIO MOTTO SURVIVES THE ESTABLISHMENT CLAUSE, 64 Ohio St.L.J.585, at 586FN7(2003).

(ㄇ) See, Caroline Mala Corbin, CEREMONIAL DEISM AND THE REASONABLE RELIGIOUS OUTSI ER, 57 UCLA L.Rev. 1545, at 1552(August, 2010).

(ㄏ) Lynch, 465 U.S., at 716(Brennan, J., dissenting).

(ㄏ) C. M. Corbin, supra note 85, at 1546; Elk Grove Unified School Dist. v.Newdow, 542 U.S.1, at 37(O'Connor, J., concurring in the judgment).

(ㄏ) Newdow, 542 U.S., at 37(O'Connor, J., concurring in the judgment).

(ㄏ) See, B.Jessie Hill, OF CHRISTMAS TREES AND CORPUS CHRISTI: CEREMONIAL DEISM AND CHANGE IN MEANING OVER TIME, 59 Duke L.J.705, at 717(January, 2010).

(ㄏ) McCreary County. Ky.v.American Civil Liberties Union of Ky.545 U.S.844(2005).

(ㄏ) Van Orden v.Perry, 545 U.S.677(2005).

(ㄏ) Everson, 330 U.S., at 33(Rutledge, J., dissenting).

(ㄏ) J.P.Justice(Cutting-Edge Issues in Public Interest Lawyering) STRICT SCRUTINY FOR DENOMINATIONAL PREFERENCES: LARSON IN RETROSPECT, 8 N.Y.City L.Rev. 53(Summe r 2005).

(ㄏ) See, Mark David Hall, (Symposium: Disentangling Church and State: Have the Courts Done Enough?: JEFFERSONIAN WALLS AND MADISONIAN LINES: THE SUPREME COURT'S USE OF HISTORY IN RELIGION CLAUSE CASES,

85 Or.L.Rev.563(2006).

(5) Overview of Appeals to History in Religion Clause Cases

Reference	Establishment	Free Exercise	Combined Establishment and Free Exercise Cases	Total
	Cases	Cases		
Founders	177	35	3	215
Context	120	68	2	190
Madison	173	16	0	189
Jefferson	94	18	0	112
Washington	19	2	0	21
J. Adams	6	1	0	7
G. Mason	4	2	0	6
R. Williams	5	1	0	6
Sherman	3	0	0	3
Ellsworth	1	2	0	3
Gerry	3	0	0	3
D. Carroll	3	0	0	3
Franklin	1	1	0	2
Iredell	2	0	0	2
Huntington	2	0	0	2
Livermore	2	0	0	2
J. Allen	1	0	0	1
S. Adams	1	0	0	1
F. Ames	1	0	0	1
I. Backus	0	1	0	1

Benson	0	1	0	1
Boudinot	1	0	0	1
Hamilton	1	0	0	1
P. Henry	1	0	0	1
R. H. Lee	1	0	0	1
J. Jay	1	0	0	1
Pendleton	1	0	0	1
Spence	1	0	0	1
Wythe	1	0	0	1
Witherspoon	0	1	0	1
Sylvester	1	0	0	1
J. Marshall	1	0	0	1
Rutledge	1	0	0	1
Sullivan	1	0	0	1
Vining	1	0	0	1
Total	631	149	5	785

(Mark David Hall, JEFFERSONIAN WALLS AND MADISONIAN LINES: THE SUPREME COURT'S USE OF HISTORY IN RELIGION CLAUSE CASES, 85 Or.L.Rev.563, at 568(2006)).

(96) この場合、修正一条の宗教規定については、その核心的内容としての「分離」の理論、その派生的産物、本来的規範としての「分離」の理論、その規範としての進化発展としての「分離」の理論 (Kent Greenwalt, HISTORY AS IDEOLOGY: PHILIP HAMBURGER'S SEPARATION OF CHURCH AND STATE, 93 Cal.L.Rev.367, at 367 — 370(January, 2005)) 及び離否定の理論が考えられる。

(97) See, Daniel L. Dreisbach, (Book Review) PHILIP HAMBURGER. SEPARATION OF CHURCH AND STATE.

CAMBRIBID. GE: HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2002. XIII, 514 PP. \$57.50 (CLOTH); \$19.95 (PAPER)

- (8) P.Hamburger, (Symposium Beyond Separatism: Church and State)SEPARATION AND INTERPRETATION, 18 J.L.& Pol.7(Winter 2002).
- (9) Ira C. Lupu, The Lingering Death of Separationism, 62 Geo. Wash. L. Rev. 230, 256, 267 (1994). See, I.C. Lupu, THE LINGERING DEATH OF SEPARATIONISM, 62 Geo. Wash. L. Rev. 230, at 267(January, 1993).
- (10) P.Hamburger, supra note 98, at 8-9.
- (11) Bruce Ledewitz, THE NEW NEW SECULARISM AND THE END OF THE LAW OF SEPARATION OF CHURCH AND STATE, 28 Buff. Pub. Int. L.J.1(2009-2010).
- (12) P.Hamburger, supra note 98, at 11-17.
- (13) Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306, at 312(1952); Lemon, 403 U.S. at 614; Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668, at 673(1984).
- (14) P.Hamburger, supra note 98, at 17-23.
- (15) Reynolds, 98 U.S.145(1878).
- (16) Sherbert, 374 U.S.398(1963).
- (17) See, P.Hamburger, supra note 98, at 23ff..
- (18) Gilow v.New York, 268 U.S.652(1925).
- (19) See, P.Hamburger, supra note 98, at 28ff..
- (10) See, ibid. at 37ff..
- (11) See, ibid. at 47ff..
- (12) See, Bryan R.Wilson, RELIGION IN A SECULAR SOCIETY: A SOCIOLOGICAL COMMENT(1966); John Micklewart & Adrian Wooldrige, GOD IS BACK: HOW THE GLOBAL REVIVAL OF FAITH IS CHANGING THE WORLD(2009), etc..
- (13) Donald L. Drakeman, supra note 27, at 119f.123-124.

(114) Harvard Law Review Association, RETHINKING THE INCORPORATION OF THE ESTABLISHMENT CLAUSE: A FEDERALIST VIEW, 105 Harv. L.Rev. 1700(May, 1992); Nina S.Schultz, (Note)DAVEY'S DEVIANT DISCRETION:AN INCORPORATED ESTABLISHMENT CLAUSE SHOULD REQUIRE THE STATE TO MAINTAIN FUNDING NEUTRALITY, 81 Ind. L.J. 785(Spring, 2006).

(115) See, General Dynamics Land Systems, Inc.v.Cline, 540 U.S.581, at 600(2004).

(116) See, D.L.Drakeman, supra note 27, at 119.

(117) L.H.LaRue, (Speech)TELLING STORIES ABOUT CONSTITUTIONAL LAW, 26 Tex. Tech. L. Rev. 1275, at 1277((1955).

(118) S.G.Gey, RECONCILING THE SUPREME COURT'S FOUR ESTABLISHMENT CLAUSES, 8 U.Pa.J.Const. L.725(August, 2006).

(119) R.A.Hilton, supra note 2, at 1702.

(120) See, B.Ledewitz, supra note 101, at 1 ff.

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり

尾 田 清 貴

1. はじめに
2. 振り込め詐欺の現状
 - 1) 全国的情況
 - 2) 神奈川県内の状況
3. 神奈川県警調査から得られる振り込め詐欺の特徴
4. 振り込め詐欺対策の現状
5. 振り込め詐欺に関する法律の概要
 - 1) 犯罪収益移転防止法による規制
 - 2) 携帯電話不正利用防止法による規制
6. 警察・金融機関等における取り組み状況
 - 1) 警察による直接の予防活動

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり（尾田）

- 2) 各金融機関等における取り組み
7. 振り込め詐欺を防止するための地域づくり（まとめに代えて）
 - 1) 予防の考え方
 - 2) 身近なセイフティ・システムの構築
 - 3) 振り込め詐欺の特徴を踏まえた対策の推進
 - 4) 事後対応（危険の発生を最小限にするには）

1. はじめに

高齢者を狙う犯罪は、従前はひったくり等の非侵入窃盗や空き巣等の侵入窃盗が比較的多くを占めていた。勿論、悪質商法等に見られる消費者詐欺の類型の被害についても、豊田商事事件等の被害者の多くを高齢者が占め、現在に至るまで多くの高齢者が悪質商法や詐欺まがい商法の被害者になっていることから、高齢者を巡る犯罪状況について検討する意味は大きい。例えば、二〇一〇年（平成二二年）には、詐欺罪に占める六五歳以上の高齢者の割合は、三〇・八%、強盗罪では一一・五%、窃盗罪では一〇・五%と全刑法犯の平均（一一・〇%）よりも被害発生状況が高くなっている。国民生活センターが、集計した全国の消費生活センターに寄せられた契約当事者が七〇歳以上の相談の件数は、二〇〇四年度に一〇万件を超え、二〇一〇年（平成二二年）度は一三七、〇九三件で、相談全体の約一五%を占めている。高齢者は「お金」「健康」「孤独」の三つの大きな不安を持っていると言われていることから、悪質業者は言葉巧みにこれらの不安をあおり、親切にして信用させ、年金・貯蓄等の老後の蓄えを狙って、事前に狙

いを定めた地域の情報を収集していることが多いのが現状である。また、高齢者は自宅に居ることが多いため、訪問販売や電話勧誘販売による被害に遭いやすいのも特徴である。

本稿では、特に、近年社会問題化している振り込め詐欺に的を絞って検討を加えることにする。⁽²⁾

特に、二〇〇八年（平成二〇年）には、認知件数が二万件を超え、被害総額も二七五億円を超えたことから、様々な取り組みがなされ、翌二〇〇九年（平成二一年）には大幅に減少したものの樂觀を許さない状況にある。

また、被害を未然に防ぐための対応が、街頭犯罪や侵入盗等の被害者化を防ぐ対応と比較すると、関係機関と地域社会の連携が必ずしも十分な状況にあるとは思えないことから、振り込め詐欺を防ぐための地域づくりに関する若干の提言をしたいと思う。

2. 振り込め詐欺の現状

1) 全国的情況

振り込め詐欺⁽³⁾は、平成一五年夏頃から目立ち始め、平成一六年以降毎年二五〇億円を超える被害が生じていたが、平成二三年における振り込め詐欺の認知件数は、六、六三七件で、前年比七〇三件の減少、被害総額は約八二億一、三六二万円で、前年比約一三億六、五五二万円と大幅な減少であった。しかし、オレオレ詐欺⁽⁴⁾に関しては、認知件数は、四、四一八件で、前年比一、三六一件（四四・五％）増加し、被害金額でも約六〇億四、三八三万円で、前年比約八億四、一一七万円増加している。

平成二三年六月末現在、認知件数は二、二八八件、被害総額は三七億三、七五〇万七、〇〇〇円と昨年同月比で四一八

表 1 振り込め詐欺の認知件数・被害総額の推移（平成19年～23年 6 月末）

	平成 19 年		平成 20 年		平成 21 年		平成 22 年		平成 23 年 6 月末現在	
	認知件数	被害総額	認知件数	被害総額	認知件数	被害総額	認知件数	被害総額	認知件数	被害総額
オレオレ詐欺	6,430	1,453,290	7,615	1,551,928	3,057	520,266	4,418	604,382	1,753	302,334
架空請求詐欺	3,007	376,576	3,253	358,712	2,493	318,230	1,774	175,207	278	37,989
融資保証金詐欺	5,922	385,704	5,074	374,794	1,491	94,976	362	34,400	183	26,524
還付金詐欺	2,571	298,671	4,539	474,004	299	24,440	83	7,370	74	6,894
合 計	17,930	2,514,242	20,481	2,759,439	7,340	957,912	6,637	821,361	2,288	373,751

※ 被害総額は、既遂犯の被害額で千の単位で筆者が四捨五入している

表 2 振り込め詐欺の認知件数・検挙件数・検挙人員の推移（平成17年～22年）

	平成 17 年	平成 18 年	平成 19 年	平成 20 年	平成 21 年	平成 22 年
認知件数	21,612	19,020	17,930	20,481	7,340	6,637
被害総額	25,151,867,404	25,493,300,973	25,142,421,788	27,594,389,498	9,579,122,058	8,213,607,351
検挙件数	2,539	2,974	3,079	4,400	5,669	5,189
検挙人員	819	761	454	699	955	686

件、六億八、〇八四万二、四一七円減少している。しかし、オレオレ詐欺については、一、七五三件と昨年同月比で二七三件の増加となっている。被害額においても九億七、三二四万五、六四一円の増加であった（表1）。

架空請求詐欺^⑤は、七〇四件減少の二七八件で、被害額も約四億七、五〇〇万円減少の三億七、九八九万円であった。融資保証金詐欺^⑥は、四減少の一八三件であったが、被害額は約一億六、六七〇万円増加の二億六、五三三万五、〇〇〇円であった。還付金詐欺^⑦は、一七件増加し七四件で、被害額も約一、五六七万円増加の六、八九四万円であった。

検挙件数・検挙人員の推移を見たのが表2であるが、各種の取り組みが功を奏し、平成二〇年では検挙率が二・四％であったものが、二〇年には七七・三％、そして二三年には七八・一％に増加している。

次の表3は、全国の現状と神奈川県内の状況を比較した表であるが、ほぼ同様の傾向を示している。

また、警察官等を装って、キャッシュカードを直接受け取る手口のオレオレ詐欺におけるATMからの引出（窃取）額は約一九億円で、これを加えた振り込め詐欺の実質的な被害総額は一〇〇億八、八〇四万八、〇一四円であった。

表 3 振り込め詐欺認知件数・被害額の推移（平成16年～22年）

	全国		神奈川	
	認知件数	被害額（万円）	認知件数	被害額（万円）
平成16年	25,667	2,837,865		
平成17年	21,612	2,515,186	1,094	208,800
平成18年	19,020	2,549,330	1,008	199,200
平成19年	17,930	2,514,242	1,166	239,100
平成20年	20,481	2,759,439	1,988	315,700
平成21年	7,340	957,912	554	81,100
平成22年	6,637	821,360	780	112,000

※ 被害金額は、既遂のみ

※ 平成16・17年の認知件数は、オレオレ詐欺、架空請求詐欺及び融資保証金詐欺の3累計の合計数

※ 神奈川の被害額は、10万円単位で四捨五入

表 4 振り込め詐欺被害者の年齢・性別割合

	振り込め詐欺		オレオレ詐欺		架空請求詐欺		融資保証金詐欺		還付金詐欺	
	男	女	男	女	男	女	男	女	男	女
19歳以下	0.0	0.4	0.0	0.0	0.4	3.0	0.0	0.0	0.0	0.0
20～29歳	1.0	1.3	0.2	0.1	6.7	9.3	1.4	2.0	0.0	1.4
30～39歳	2.0	1.5	0.1	0.3	12.2	10.0	7.5	0.7	0.0	0.0
40～49歳	2.1	2.0	0.1	0.4	11.1	11.1	0.2	5.4	0.0	0.0
50～59歳	2.7	8.7	0.7	9.4	7.8	7.0	17.7	6.8	1.4	2.7
60～69歳	5.8	24.1	4.6	28.2	6.3	4.1	21.1	4.1	2.7	40.5
70歳以上	8.0	40.3	7.5	48.5	5.9	5.2	19.0	4.1	5.4	45.9
合 計	21.6	78.3	13.2	86.9	50.4	49.7	76.9	23.1	9.5	90.5

平成二三年一月～六月までの被害者を年齢別に見ると、振り込め詐欺全体では、六〇歳以上の高齢者の割合が七八・二％を占めているが、オレオレ詐欺では八八・八％、還付金詐欺では九四・五％を占めている。とりわけ女性の被害率がそれぞれ六四・四％、七六・七％、八六・四％と高くなっている。架空請求詐欺については、男女とも比較的年齢の低い層に被害が発生しており、融資保証金詐欺は、男性の四〇～六〇歳代で全体の二七・九％を占めているのが特徴的である（表4）。

金融機関から通帳・キャッシュカードをだまし取る詐欺罪及びだまし取られた通帳であることを知りながら譲り受ける盗品譲受等罪の検挙件数は二、三二八件と、前年比一、五三三件減少し、検挙人員も九六一人と、前年比五二八人減少した（表5）。振り込め詐欺の種類（具体的な手口）を一覧表にまとめたのが、次の表6である。

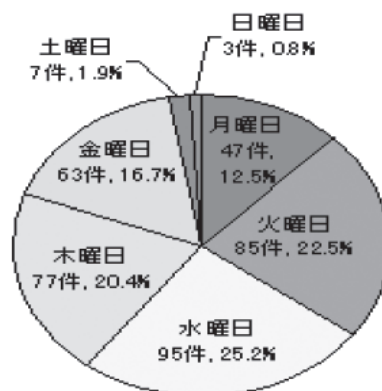
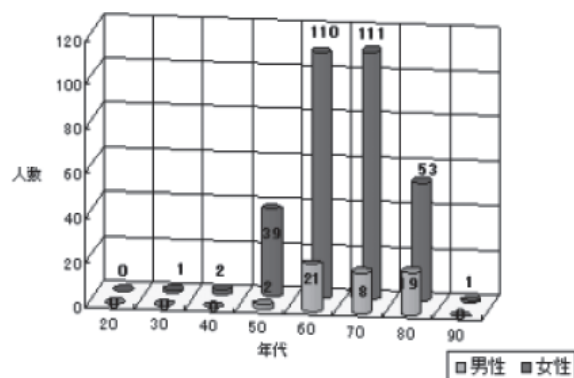
表 5 振り込め詐欺を助長する犯罪の推移（平成17年～22年）

		平成17年	平成18年	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年
口座詐欺	検挙件数	1,222	1,558	1,602	2,849	3,778	2,288
	検挙人員	866	818	700	1,023	1,439	925
盗品譲受け	検挙件数	148	108	48	81	83	40
	検挙人員	161	94	40	57	50	36
合 計	検挙件数	1,370	1,666	1,650	2,930	3,861	2,828
	検挙人員	1,027	912	740	1,080	1,489	961

表 6 振り込め詐欺の手口分類

オレオレ詐欺	電話を利用して息子、孫等を装い、会社でのトラブル、横領等の補償金名目、サラ金等借金返済名目や警察官や弁護士等を名乗り交通事故示談金名目等で現金を預金口座に振り込ませる等の方法によりだまし取る詐欺 被害者層は、年齢60歳代以上が全体の約90%を占める。
キーワード	電話番号が変わった・借金の保証人になった・キャッシュカードを預かる
架空請求詐欺	不特定多数の者に対し、有料サイト利用料金名目、訴訟関係費用名目等架空の事実を口実とした料金を請求する文書、メール等を送付するなどして、現金を振り込みや送付させるなどの方法により、だまし取る詐欺 被害者層は、年齢20代から40代が全体の70%を占めている。
キーワード	「総合情報サイト」等、はっきりしないサイト名の利用料金、レターパック
融資保証金詐欺	ダイレクトメール、FAX、電話等を利用して融資を誘い、融資を申し込んできた者に対し、保証金等を名目に現金を預金口座等に振り込ませるなどの方法によりだまし取る詐欺 被害者層は、年齢に関係なく、男性が全体の70%以上を占める。
キーワード	借金の一本化、会社の運転資金、融資の前に保証金
還付金等詐欺	社会保険事務所の職員等を名乗り、年金の還付金手続きや自治体の職員等を名乗り、税金の還付手続きであるかのように装って、ATMまで誘導し、ATMを操作させて、自己の口座から相手方の口座へ現金を振り込ませる詐欺 被害者層は、年齢60歳代以上が全体の90%以上である。
キーワード	医療費の還付、税金の還付、NTT料金の還付

表7 被害者の男女別年齢層（既遂377件） 表8 曜日別発生状況（既遂377件）



2) 神奈川県内の状況

神奈川県下では、平成二三年一～六月の認知件数は、振り込め詐欺が四〇六件、前年比一・二倍の七四件の増加、被害額は約八億五、四〇〇万円、前年比一・七倍の約三億四、六〇〇万円の増加で、オレオレ詐欺は、三九六件、前年比一・三倍の八六件の増加、被害額は約八億二、〇〇〇万円、前年比一・七倍の三億五、一〇〇万円の増加であった。

神奈川県警察本部（以下、神奈川県警、という。）によって、振り込め詐欺の内、オレオレ詐欺の既遂事件（三七七件）を分析した結果によると、被害年齢別では、六〇歳代が、一三一人（三四・七％）で最も多く、次いで七〇歳代の一二九人（三四・二％）、八〇歳代の七二人（一九・一％）で、六〇歳代以上の割合が全体の八八・〇％であった（表7）。

また、これを性別で見ると女性が六〇歳代以上に占める割合が全体の七二・七％であった。

被害発生状況を曜日別で見ると、土曜・日曜日の発生率がそれぞれ一・九％、〇・八％と低いが、高齢者だけになつてしまうウィーク・デーで発生率が高くなっている（表8）。

発生時間帯で見ても、一一時～一四時の時間帯が全体の五四・一％、二〇四

表9 時間帯別発生状況（既遂377件）

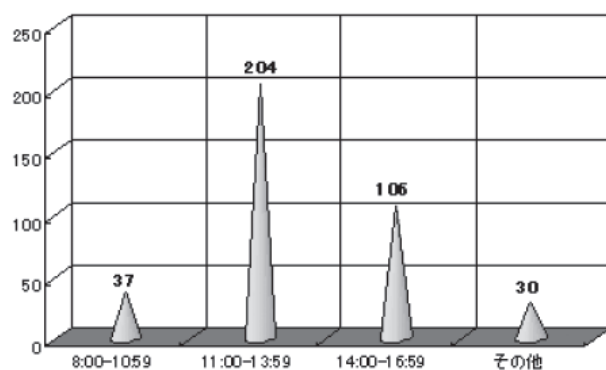


表10 交付形態（既遂377件）

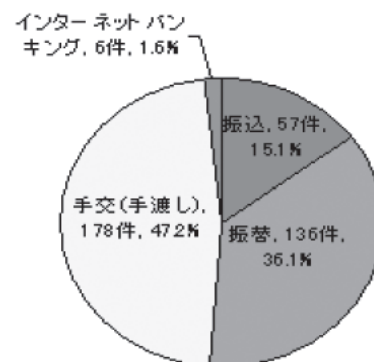
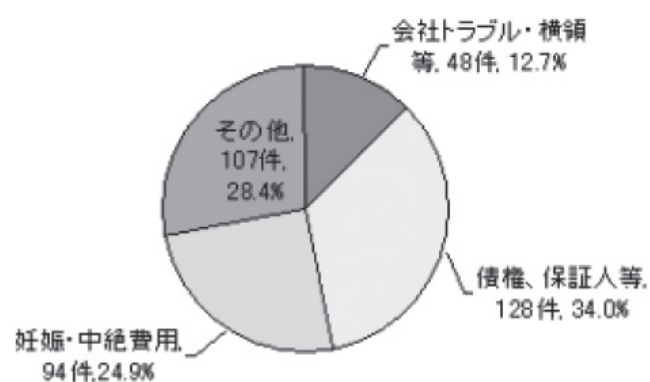


表11 平成23年1月～6月の種別（既遂377件）



件と最も多く、次で、一四時～一六時台が二八・一%、一〇六件と若い世代が仕事や買い物などで出掛けて高齢者だけになつてゐる時間帯が狙われやすいことが分かる(表9)。

交付形態について見ると、犯人が、被害者宅に来て手渡しするケースが一七八件(四七・二%)と最も多く、次いで金融機関を利用する振替が一三六件(三六・一%)、振込が五七件(二五・一%)の順で多かった(表10)。

新しい手口としては、①キャッシュカードを取りに来るもの、②現金を直接取りに来るもの、③送金方法にエクスパック(一律五〇〇円の定型小型郵便)⁽⁸⁾を指定するもの等が増加している。

オレオレ詐欺の犯人が最も多く使った手の込んだ嘘の話で多かったのは、「債権・保証人等」の一二八件(三四・〇%)で、「妊娠・中絶費用」の九四件(二四・九%)、「会社トラブル・横領等」の四八件(二二・七%)の順であつた(表11)。

3. 神奈川県警調査から得られる振り込め詐欺の特徴

神奈川県警は、平成二二年二月一日から八月末日まで間、振り込め詐欺の被害に遭つた三〇六人に対し、「振り込め詐欺被害状況調査」を実施し、三〇五人(九九・七%)から回答を得て、分析を行つてゐる⁽⁹⁾。そこで、この章では、本調査を参考にしながら、高齢者が被害に遭いやしい他の財産犯と比較しながら分析・検討を加えることとしたい。

被害者の性別、年齢別の状況は、女性の被害者が全体では七四%を占め、オレオレ詐欺で八〇%、還付金詐欺では九三%と高い割合を占め、架空請求や融資保証金詐欺では、五六%、五四%と男女差を大きくは無い(表12)。

年齢的には、全体では七〇歳代以上が三五%、六〇歳代を加えると六三%と高齢者が狙われていることが分かる。

表12 振り込め詐欺被害者の性別割合

	男性	女性	合計
オレオレ詐欺	43	170	213
架空請求	16	20	36
融資保証金詐欺	19	22	41
還付金詐欺	1	14	15
合 計	79	226	305

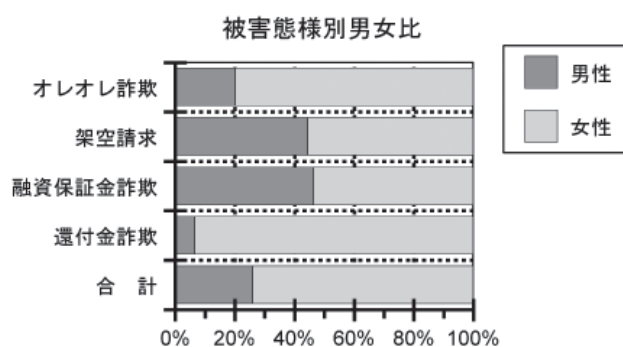


表13 振り込め詐欺被害者の性別・年齢別割合

	10歳代	20歳代	30歳代	40歳代	50歳代	60歳代	70歳代	80歳代
男性	3	13	9	8	9	22	33	5
女性	1	5	6	5	19	30	25	9
全体	1	7	7	6	16	28	27	8

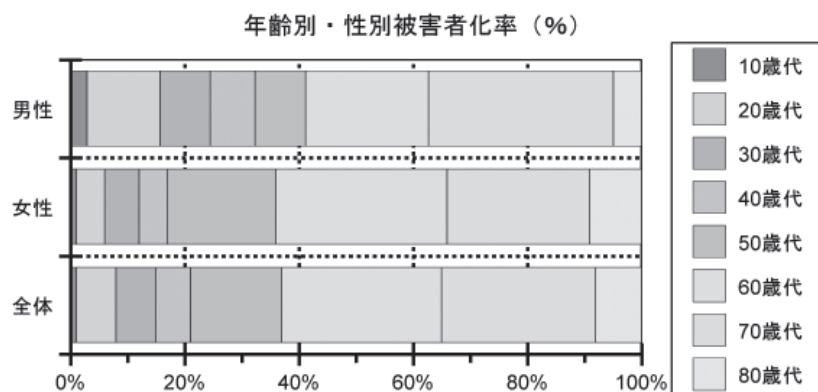
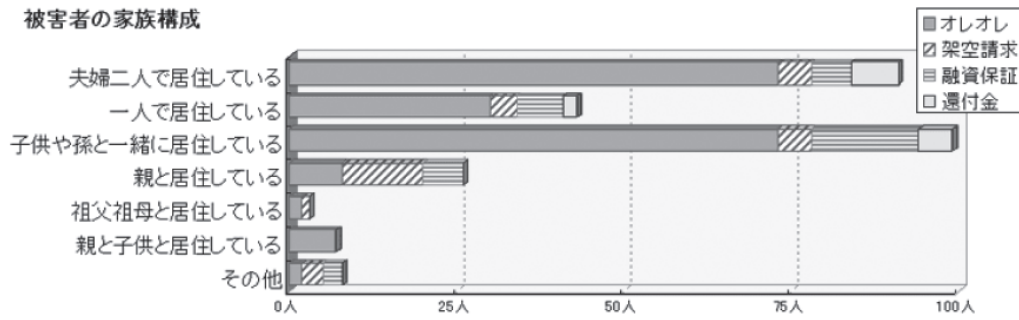


表14 振り込め詐欺被害者の家族構成



これを性別で見ると、五〇歳代、六〇歳代の女性の割合が、一九％、三〇％と男性の九％、二二％よりも高くなっており、七〇歳代以上では、女性三四％、男性三八％と余り差は見られない（表13）。この背景には、振り込め詐欺の最初のコンタクトを受けるのが、通常五〇代では女性が、六〇歳代以上では高齢者が在宅している場合が多いことと考えられる。

被害者の家族構成を見ると、三三・九％が「夫婦二人で居住している」と回答し、「一人で居住している」が一五・五％で、老人世帯が全体の四八・四％であるのに対し、「子どもや孫と一緒に居住している」が三五・七％であった。オレオレ詐欺では、「夫婦二人」が三七・四％、「一人」が一五・四％で、全体の五二・八％と高齢者のみの世帯が狙われやすいということが分かる（表14）。

職業構成比で見ると、一九一人（六三％）が無職で最も多く、架空請求や融資保証金詐欺の被害者が多い会社員（二四人）、自営業（二五人）が続いている。

振り込め詐欺・ひったくり・空き巣の発生時間帯別認知件数

神奈川県調査では、一〇～一二時の時間帯が四五・四％と最も多く、次いで、一二～一四時が三〇・一％、八～一〇時が二〇・九％、一八～二〇時が一二・八％の順で多かった。修正された空き巣の数値で見ると、一〇～一二時が一九・八％と最も多く、

表15 振り込め詐欺、ひったくり、空き巣の被害発生時間

	0～2時	2～4時	4～6時	6～8時	8～10時	10～12時	12～14時	14～16時	16～18時	18～20時	20～22時	22～24時	不明
ひったくり	8.5	2.3	2.3	2.6	3.4	6.2	6.8	6.9	8.6	15.5	20.2	15.0	0.0
空き巣	0.2	0.04	0.02	0.1	0.3	0.7	0.5	0.5	0.4	0.4	0.3	0.1	96.4
(空き巣)	5.8	1.1	0.6	3.3	8.0	19.8	15.3	15.2	10.3	10.0	8.2	2.5	-
神奈川調査			0.0	0.3	20.9	45.4	30.1	12.1	12.1	12.8	12.4	※1.8	0.0

※（空き巣）は、空き巣の総数から（不明）を引いた数値を分母にして計算した％

※ 1.8％は、22～4時までの認知件数の値である。

表16 振り込め詐欺・ひったくりの被害者の性別・年齢別比較

	振り込め詐欺		ひったくり	
	男性（％）	女性（％）	男性（％）	女性（％）
20歳代以下	3	3	2	24
30歳代	3	2	1	12
40歳代	3	2	1	11
50歳代	3	7	1	13
60歳代	6	19	3	32
70歳代	5	25		
80歳代以上	2	17		
合計	24	76	8	92

※ 数値は小数点1で四捨五入しているので、合計は一致しない

※ ひったくりは、70歳代及び80歳代の数値も、60歳代に含まれている

次いで、一二～一四時が一五・三％、一四～一六時が一五・二％、一六～一八時が一〇・三％の順であった。ひったくりは、二〇～二三時の時間帯が二〇・二％と最も多く、次いで、一八～二〇時の一五・五％、二二～二四時が一五・〇％の順となっている。

しかしながら、六〇歳以上の被害者は、振り込め詐欺の七四％、ひったくりの三五％を占めていることを考慮すると、ひったくりでは、一〇～一八時の時間帯に高齢者が狙われていると考えるのが妥当であろう。この時間帯は、修正された空き巣についても同様のことが指摘できる（表15）。

振り込め詐欺とひったくりについて、年齢・性別に被害状況を見ると、六〇歳以上では、振り込め詐欺もひったくりも女性がそれぞれ全体の六一％、三二％と高く、振り込め詐欺では七〇歳代の女性が二五％と極めて高い割合を示している。ひったくりについては、二〇歳代以下の女性が二四％と高いのも特徴的であるが、この層に関しては、帰

宅時間帯の一八時～二三時に多く被害に遭っている(表16)。

送金手段(場所)に関しては、「金融機関店舗内有人ATM」からが三一%と最も多く、次いで「手渡し」が二五%、「金融機関窓口」からが一七%、「無人ATM」からが一%の順で多かった。しかし、送金に関する犯人からの指示の有無についての項目では、「特に指示なし」が六八%と最も高く、次いで、「金融機関店舗内有人ATM」一〇%、「金融機関窓口」と「コンビニ店舗内ATM」からが六%の順で多かった。

実際に、被害者が送金に利用した金融機関は、都市銀行が四七%、地方銀行が二八%、信用金庫が一二%、郵便局が一%の順であった。これらのことから、金融機関における振り込め詐欺防止の対策が重要なことが分かる。また、「コンビニ店舗内ATM」の利用も六%もあることから、コンビニエンス・ストアの従業員に対する振り込め詐欺防止対策の研修なども実施することが望まれる。

この点に関しては、全国銀行協会(以下、全銀協、という。)では、二〇〇七年(平成一九年)六月九日にリーフレット「その振り込み待った、『振り込め詐欺急増中』」を作成し、PDFで配布している(http://www.zenginkyo.or.jp/topic/correspondence/index/banken_leaf020.pdf)。また、この年から加盟各銀行と協働して、「振り込め詐欺撲滅強化月間」を実施し、振り込め詐欺の撲滅に取り組んできている。その主たる活動内容は、①振り込め詐欺への注意喚起、および「振り込め詐欺救済法」施行の周知に関するリーフレットを作成し、会員銀行の店頭等において配布、②「振り込め詐欺防止啓発イベント」を主催したり、警察当局が主催する防犯イベントへの参画、③振り込め詐欺への注意喚起、および「振り込め詐欺救済法」施行の周知に関する広告を掲載、④全銀協ホームページで「振り込め詐欺撲滅強化月間」の告知を行うとともに、キャンペーン用ページを作成するなどである。

- ① A T Mコーナー（A T M機器より概ね2メートル以内の範囲）における携帯電話の通話は、原則としてご遠慮いただくこととする。
- ② 本件について、広くお客さまのご理解が得られるよう、ポスターの掲示など、積極的に周知活動を行う。
- ③ 携帯電話で通話しながらA T Mを操作しているお客さまに対しては、犯罪被害防止の観点から、従来にも増して積極的にお声かけを行うよう努める。

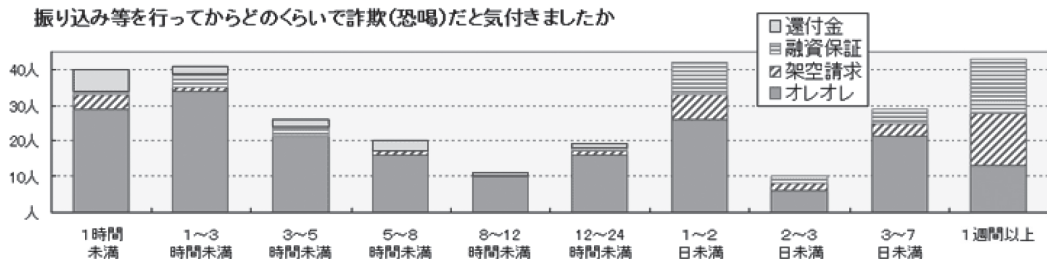
二〇〇八年（平成二〇年）七月二三日には、「A T Mコーナーにおける携帯電話での通話自粛」の呼びかけについて、という通知を加盟銀行に出し、次の様な要望をしている。

「・・・（中略）・・・今般、当協会では、振り込め詐欺被害の未然防止に向けた自主的な取り組みを一層強化すべく、A T Mコーナーにおける携帯電話での通話に関し、下記のとおり申し合わせる。」

これを受けて、千葉銀行では、二〇〇八年（平成二〇年）一月一日から、振り込め詐欺対策の一環として、A T M（現金自動預け払い機）を中心に二m程度の範囲で携帯電話を利用できないようにする装置を導入した^⑩。しかし、千葉銀行の取り組みが、都市銀行や地方銀行等の金融機関において一般的な取り組みにはまだいたっておらず、A T Mコーナーにおける注意喚起のポスター掲示や、A T M操作盤画面への液晶表示が為されているのがほとんどである。

また、日刊警察（二〇〇九年三月五日）によれば、埼玉りそな銀行は、埼玉県警察本部と合同で、「振り込め詐欺被害防止マスター研修会」を実施した。その内容は、金融機関店舗全体の振り込め詐欺被害防止対策の強化と、金融業界全体の意識高揚が目的で、県警の岩崎茂防犯まちづくり推進室長の講義や、同行職員による被害防止体験活動などが報告され、同行職員らが参加しての被害防止想定訓練も行った。

表17 振込後、被害に気付くまでの時間・日数



この際、埼玉りそな銀行浦和中央支店の大河内仁営業第三部長にマスター指定書が交付されている。

都市部の〇〇支店では、フロアマネージャーと夫の説得にも係わらず妻が子どものために振り込んでしまい、振り込め詐欺を防止できなかったケースもあり、説得という任意の手段しか持ち得ないことに、悔しさを見せていた。

その一方で、銀行等の金融機関では、一回の振り込み金額が一〇万円を超えるものについては、ＡＴＭでの送金ができないようにし、窓口での本人確認を必要とする送金のみ実施し、その際には、送金目的を確認する等のクールダウンする機会も設けている。それでも、送金者が送金すると言った場合には、それを止める有効な手立てを有していないのが現状である。

金融機関のＡＴＭは平日であれば、概ね午前八時から午後九時までであるが、二四時間営業のコンビニエンス・ストアに設置されているＡＴＭからは、時間制限が無く送金や引き出しができることから、この対策も考える必要がある。

同じ日に複数回にわたって同一口座に振込が為されるという場合には、金融機関間の決済システムにおいて、一次的に引出をできなくし、その間に確認するサービスも実施されている。また、振り込め詐欺に利用されている可能性のある口座を確認し、送金・出金の流れを監視する方策も取り入れられているとのことであった。

表18 被害に気付いたきっかけ

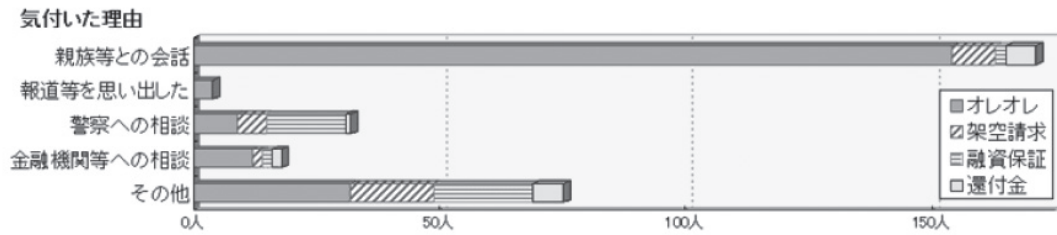
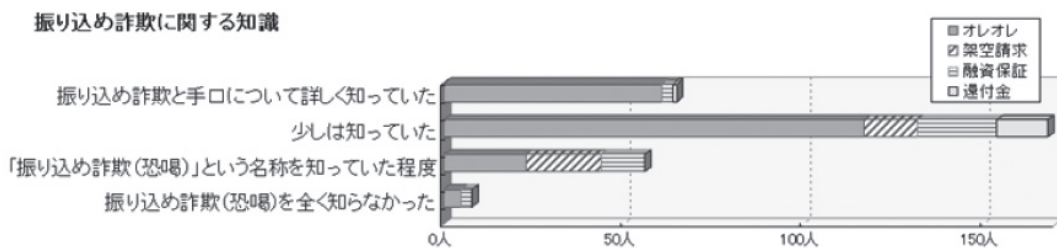


表19 振り込め詐欺に関する知識



振込後、どのくらい経過して詐欺だと気付いたのかについては、「一時間未満」が一四%、「一～三時間未満」が一五%であったが、「一週間以上」が一五%、「一～二日未満」が一四%と四四%の人が一日以上被害に遭ったことに気付いていなかった。オレオレ詐欺では、「一時間未満」が一五・一%、「一～三時間未満」が一七・七%、「一～二日未満」が一二・五%、「三～七日未満」が一〇・九%と、三四・四%もの人が一日以上被害に遭ったことに気付いていなかった（表17）。

気付いたきっかけは、「親族などとの会話」が五七%、オレオレ詐欺では、七三・〇%と高い割合を示している（表18）。

振り込め詐欺に関する知識については、「少しは知っていた」が五七%、「振り込め詐欺と手口について詳しく知っていた」が二二%で、「全く知らなかった」は三%に過ぎなかった。オレオレ詐欺については、「少しは知っていた」が五六・八%、「振り込め詐欺の手口について詳しく知っていた」が二九・六%で、「全く知らなかった」は二・四%であった（表19）。

被害に遭わない自信については、「とてもあった」が二二%、

表20 被害に遭わない自信

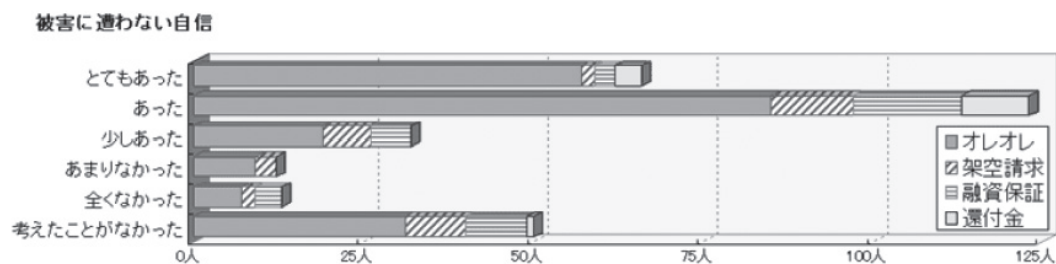


表21 被害回避の注意点

1	「携帯電話の番号が変わった」と家族から電話がかかってきた場合、振り込め詐欺の可能性があることを考えながら、慎重に会話することが大切。 そして、電話の後、必ず元の番号に電話をして確認すること。
2	家族と普段から連絡を取り合い、振り込め詐欺の対策について話し合いをしたり、合い言葉を決めたりしていると、詐欺電話がかかってきたときに落ち着いて電話を受けることができる。
3	警察や銀行協会等の官公庁や団体から電話があった場合、言われた電話番号を信じることなく、電話帳や電話番号案内(104)等で調べる習慣をつける。
4	警察官・銀行協会職員だけではなく、他人には絶対暗証番号を教えないこと。 また、警察官等が暗証番号を聞くことはない。

「あった」が四二%、「少しはあった」が一%と「あった」と答えた者の割合は全体の七五%で、「考えたこともなかった」が一七%もいた。オレオレ詐欺では、「とてもあった」が二七・四%、「あった」が四〇・九%、「少しはあった」が九・一%で「あった」と答えた者は全体の七七・四%であった。「考えたこともなかった」が一四・九%いた(表20)。

振り込め詐欺の知識があるから「自分は大丈夫」と考えている人の割合が高かったということは、実際に被害に遭った時に、適切な判断や行動に繋がらなかったということであるから、被害を回避するために欠かせない情報をどの様に周知するかが重要な点となる。

被害に遭わないための注意点をまとめると、次の表21の通りである。

4. 振り込め詐欺対策の現状

振り込め詐欺被害の増加に対応するために警察庁では、二〇〇八年（平成二〇年）六月に次長を長とする「振り込め詐欺対策室」を設置し、振り込め詐欺撲滅に向けた取り組みを官民一体で実施してきているが、ここでは、具体的な対策について検討を加える。¹¹⁾

同年一〇月及び二〇〇九年（平成二一年）二月を「振り込め詐欺撲滅のための取締活動及び予防活動の強化推進期間（以下、強化推進期間、という。）」として、全国一斉対策を実施した結果、増加に一定の歯止めがかかったものの、依然としてその現状は予断を許さない状況にある。

警察庁、警視庁、及び道府県警察本部には、それぞれ審議官、参事官クラスの幹部職員を配置し、刑事・生活安全の各部局が合同してこれに当たり、それぞれのレベルでの情報共有が円滑に行われるような工夫が為されてきている。また、振り込め詐欺の手口は巧妙さを増し、広域かつ柔軟な犯行を繰り返していることから、被害を抑止するためには全国の警察が協働して対応することが求められることから、一〇月と二月の二度強化推進期間を設け全国的な集中的取り組みを実施し現在も継続して実施されている。

この取り組みを有効ならしめるために、警察庁振り込め詐欺対策室事務局は、設置の時から、全国の犯行・被害実態を集約分析し、取締や予防活動に資するべく情報の提供を行っている。¹²⁾ 第一線との情報の共有や取締・予防活動の迅速な連携のために道府県警察本部に警部からなる連絡官を一名指定し、これに当たらせ、節目節目で、全国振り込め詐欺対策会議の開催¹³⁾による共通認識の醸成に努めている。さらに、全国の警察が利用できるデータベースが構築さ

れ、運用されている（後掲図1）。

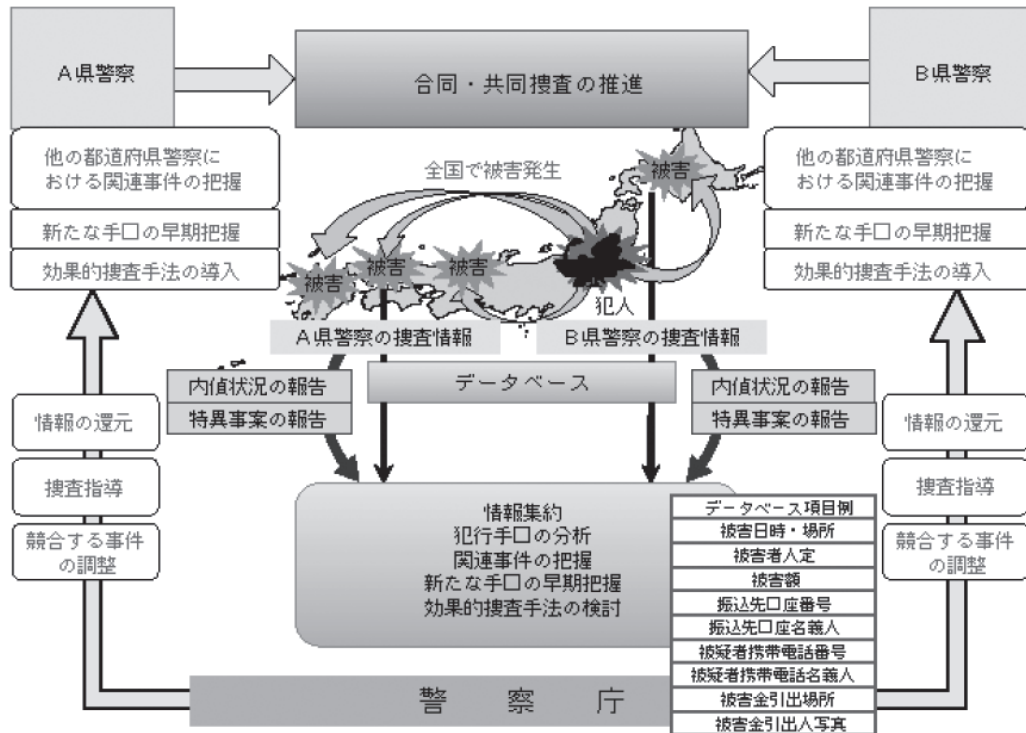
また、振り込め詐欺を助長する犯罪としての「口座詐欺」や「携帯電話端末詐欺」などの取り締まりを強化することとは、振り込め詐欺グループへの犯行ツールの供給を遮断することに繋がることから、振り込め詐欺そのものを取り締まることと並行して積極的に展開されてきている。¹⁴例えば、偽変造運転免許証通報制度、詐欺金送金リスト、凍結口座名義人リスト等の情報を警察と関係事業者や金融機関が共有し活用することによって、現行犯逮捕に繋がることから、現場での活用が期待されている。¹⁵

二〇〇八年（平成二〇年）七月一五日には、警察庁及び法務省は、振り込め詐欺対策における基本的な考え方及び方針を取りまとめた「振り込め詐欺撲滅アクションプラン」を公表して広く国民の理解と協力を得て官民挙げての対策に取り組む決意を示した。

その概要は次の図（後掲図2）にまとめられているが、アクションプランの具体的内容については、警察庁の次のURLに掲載されている（http://www.npa.go.jp/sousa/souni8/bokumetsu_action.pdf）。

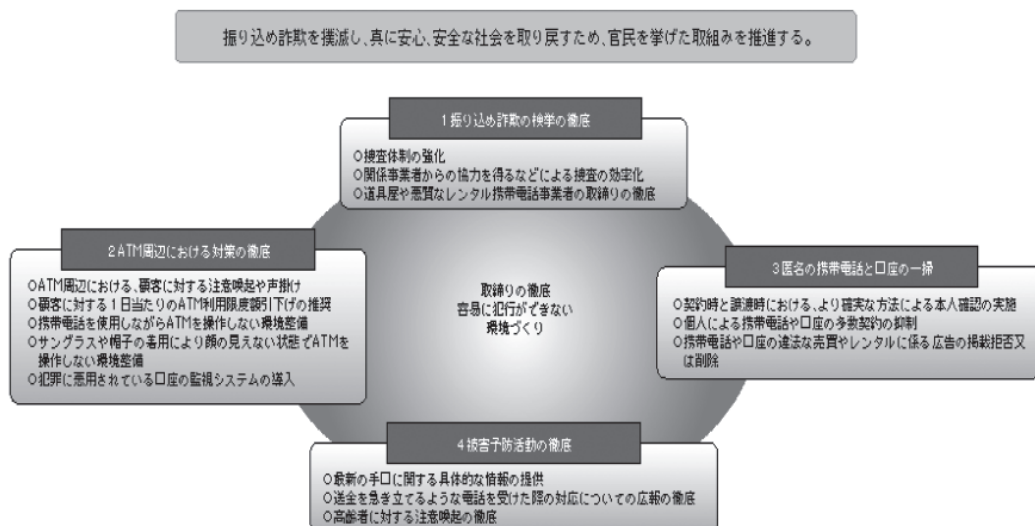
警察庁では、振り込め詐欺被害者が現金等を送付した住所の公表を同庁のHPで公開している。例えば、二〇一一年（平成二三年）八月二十九日No.六三において、六件の住所が掲載されている。http://www.npa.go.jp/pressrelease/souni/furikome_jyusyo.pdf

図1 警察が利用できるデータベースの概要



(1) 警察白書（平成21年版）25頁引用 <http://www.npa.go.jp/hakusyo/h21/honbun/index.html>

図2 振り込み詐欺撲滅アクションプランの概要



(2) 警察白書（平成21年版）24頁引用 <http://www.npa.go.jp/hakusyo/h21/honbun/index.html>

5. 振り込め詐欺に関する法律の概要

振り込め詐欺を防止するためには、振り込め詐欺の本犯を検挙するだけでなく、匿名性の高い犯行ツールである架空・他人名義の預貯金口座や携帯電話の不正な供給・流通を遮断する必要がある。そこで、警察は、「金融機関等による顧客等の本人確認及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律（以下、「金融機関本人確認法」という。）¹⁵」及び平成二〇年三月一日に施行された「犯罪による収益の移転防止に関する法律（以下、「犯罪収益移転防止法」という。）¹⁶」並びに「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律（以下、「携帯電話不正利用防止法」という。）¹⁷」を積極的に活用し、振り込め詐欺を助長する犯罪の取り締まりを強めてきた。

1) 犯罪収益移転防止法による規制

振り込め詐欺（恐喝）事件などに他人名義の預金口座等が悪用されていることから、その不正な利用を防止するために本法律は規定されたが、①口座を譲り渡す行為、②口座を譲り受ける行為、又は③これを勧誘するなどの行為について五〇万円以下の罰金が科せられる。また、譲り渡す行為等を業として行った場合は、二年以下の懲役、三〇〇万円以下の罰金に処せられる。二〇〇七年（平成一九年）までは金融機関本人確認法により違反行為が規制されていたが、二〇〇九年（平成二〇年）からは、両方の法律により規制されることになった。¹⁶

犯罪収益防止法では、郵便物受取サービス業者（いわゆる私設私書箱事業者）等に対し、顧客等の本人確認、本人確

表22 金融機関本人確認法・犯罪収益移転防止法検挙人員の推移（平成17～22年）

		平成18年	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年
金融機関本人確認法	検挙件数	183	203	287	171	25
	検挙人員	145	138	130	110	19
犯罪収益移転防止法	検挙件数			198	739	723
	検挙人員			149	538	531
合 計	検挙件数	183	203	485	910	748
	検挙人員	145	138	279	648	550

※ 金融機関本人確認法とは、「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律」をいう。

※ 犯罪収益移転防止法とは、「犯罪による収益の移転防止に関する法律」をいう。

表23 携帯電話不正利用防止法違反検挙者の推移（平成18年～22年）

		平成18年	平成19年	平成20年	平成21年	平成22年
携帯電話不正利用防止法違反	検挙件数	62	85	61	64	44
	検挙人員	44	16	36	50	37

※ 携帯電話不正使用防止法とは、「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用防止に関する法律」をいう。

記録の作成・保存、疑わしい取引の届出等の義務が課せられ、二〇一〇年（平成二二年）には、金融機関本人確認法違反事件及び犯罪収益移転防止法違反事件の検挙件数は、七四八件と、前年比一六二件の減少、検挙人員も五五〇人と、前年比九八人の減少であった（表22）。

2) 携帯電話不正利用防止法による規制¹⁷⁾

役務提供契約に係る通信可能端末設備等（通話可能な携帯電話など）を他人に譲渡しようとする場合は、親族又は生計を同じくしている者に対し譲渡する場合を除き、あらかじめ携帯音声通信事業者（電話会社）の承諾を得なければならないが、業として有償で通話可能端末設備等を譲渡した者は、二年以下の懲役若しくは三〇〇万円以下の罰金に処せられることが規定されている。

二〇一〇年（平成二二年）には、携帯電話不正利用防止法違反事件の検挙件数は四四件と、前年比二〇件の減少、検挙人員も三七人と、前年比一三人の減少であった（表23）。

表24 携帯電話端末詐欺の検挙件数の推移（平成19年～22年）

		平成19年	平成20年	平成21年	平成22年
携帯電話端末詐欺	検挙件数	281	1,182	939	554
	検挙人員	224	579	370	277

※ 携帯電話端末を転売目的で契約した同携帯電話端末の契約者を携帯電話販売店に対する詐欺として検挙したものを集計

携帯電話の不正な取得・流通を防止することも極めて重要な対策であるが、携帯電話販売店から携帯電話端末をだまし取る詐欺罪の検挙件数は、平成二十二年には五五四件と、前年比三八五件の減少、検挙人員も二七一人と、前年比九三人の減少であった（表24）。

3) 振り込め詐欺救済法による被害者救済制度の創設

振り込め詐欺などの被害者の迅速な被害回復のために、「犯罪利用預金口座等に係る資金による被害回復分配金の支払等に関する法律（法律第一三三号、以下、「振り込め詐欺救済法」という。）」が、二〇〇七年（平成一九年）十二月二日に公布され、翌年六月二日から施行された。

この法律の目的は、いわゆる振り込め詐欺による被害者の財産的被害の迅速な回復を行うことであり、そのための分配金支払いの手続きを二条以下で定めている。具体的には、次の通りである。

① 口座凍結等 銀行等の金融機関（二条一項各号）は、預金口座につき、犯罪利用預金口座である疑いがあると認めるときは、取引の停止等の措置をし、さらに資金を移転する目的で利用された疑いがある他の金融機関の預金口座があると認めるときは、当該他の金融機関に対し情報提供する（三条）ことになる。

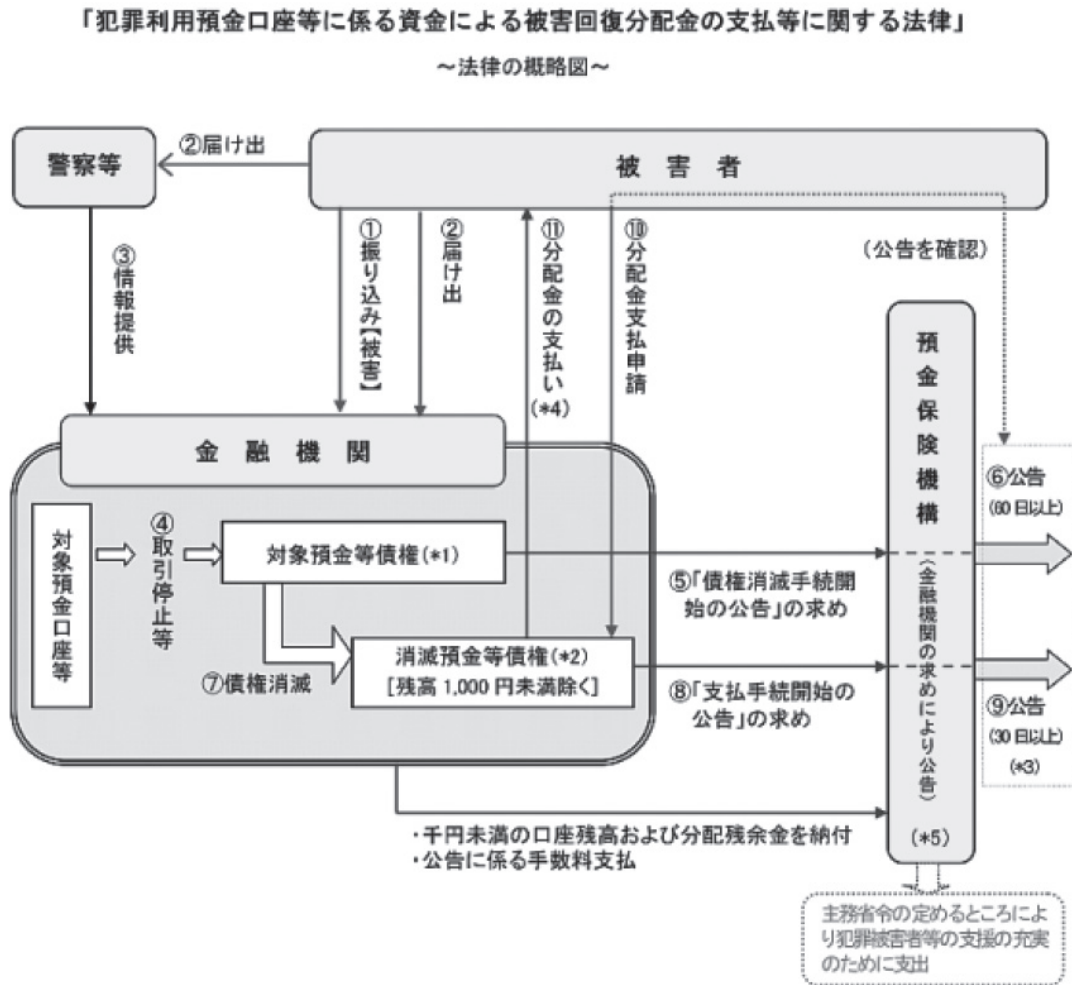
② 債権消滅手続 預金保険機構は、金融機関が犯罪利用預金口座等であると疑うに足りる相当な理由があると認める口座についての公告の求め（四条一項）があつたときは、その口座の金融機関、支店、種別、及び口座番号、名義人名並びに権利行使届出期間を公告する（五

条一項）。権利行使届出期間は、六〇日以上とする（同条二項）。権利行使届出期間内に届出がなく、かつ金融機関からの犯罪利用預金口座でないことが明らかになった旨の通知（六条二項）もない場合は、その口座の預金債権は消滅し、預金保険機構はその旨を公告する（七条）。

③ 分配金の支払い 金融機関は、②により債権が消滅した口座の額に相当する額の金銭につき、その口座を利用してされた振り込め詐欺の被害者に対し、被害回復分配金を支払う（八条一項）。この支払いを受けるためには、その金融機関に対し、被害者であることを示す事実や被害額などを、申請しなければならない（一二条一項）、とされている。この法律の概要は、次の図3・4・5の通りである。

実際には、二〇〇八年（平成二〇年）七月一六日、本法五条に基づく公告が初めてなされた。二〇一一年（平成二三⁽¹⁸⁾年）八月一六日現在の公告状況については、保険預金機構のホームページに掲載されている（<http://www.dic.go.jp/new/2011/2011.8.16.html>）。

図3 振り込め詐欺救済法の概要



- * 1…金融機関が取引停止等した預金等債権。金融機関は名義人の権利を消滅させるため、⑤の公告の求めを行う。
- 2…⑥の公告期間経過により名義人の権利が消滅した預金等債権。金融機関は以後⑧の公告の求めを行う。
なお、権利が消滅した預金残高が1,000円未満の場合は除かれる。
- 3…支払手続開始の公告は、運用上、60日以上としている。
- 4…権利が消滅した預金残高を原資として、当該口座に振り込んだ被害者の被害額の割合に応じて支払。
- 5…主務省令の定めるところにより、一定の割合を預金口座等の名義人の救済に充て、その残りを犯罪被害者等の支援の充実のための支払いに充てる。

図4 被害者が行う手続の流れ

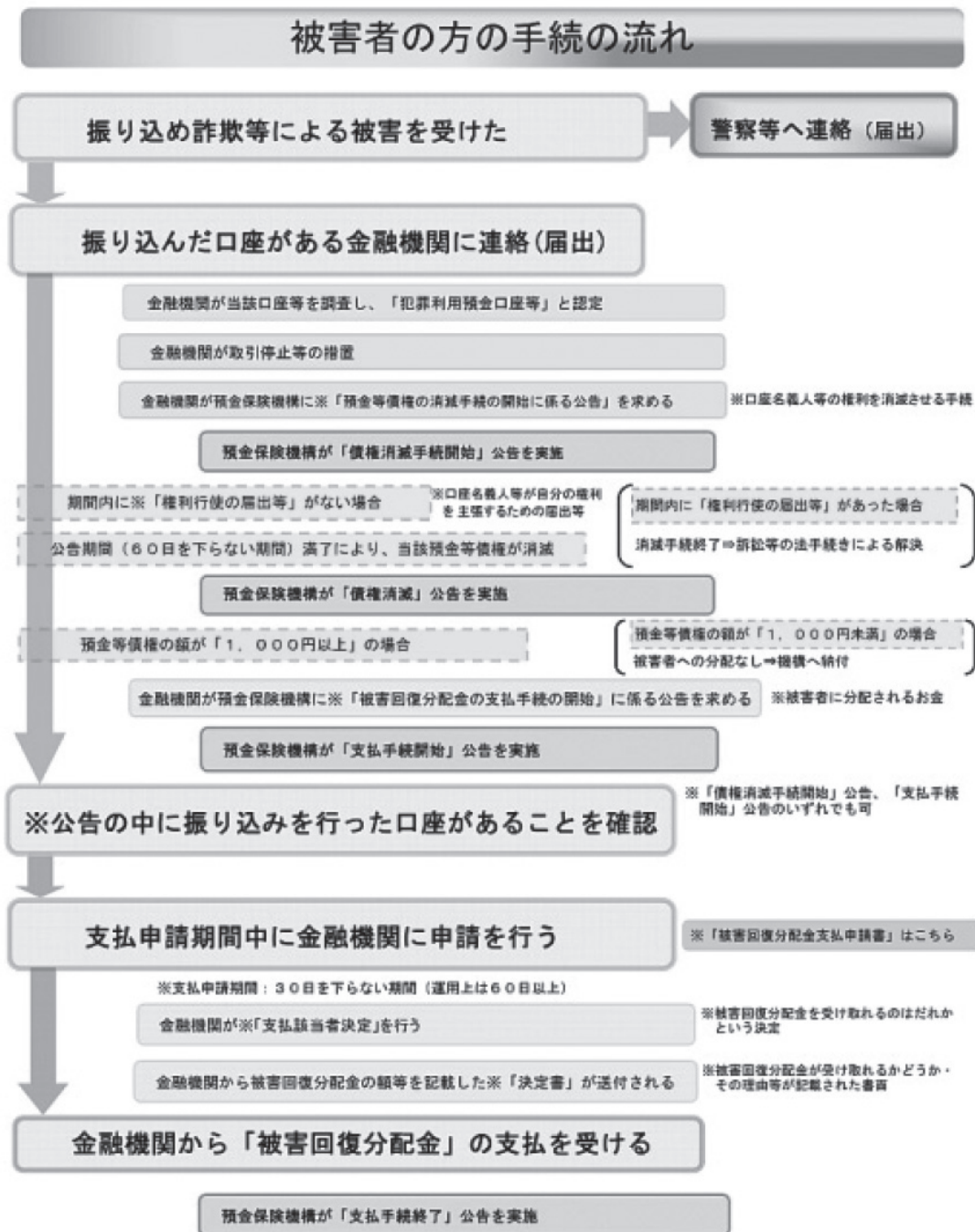
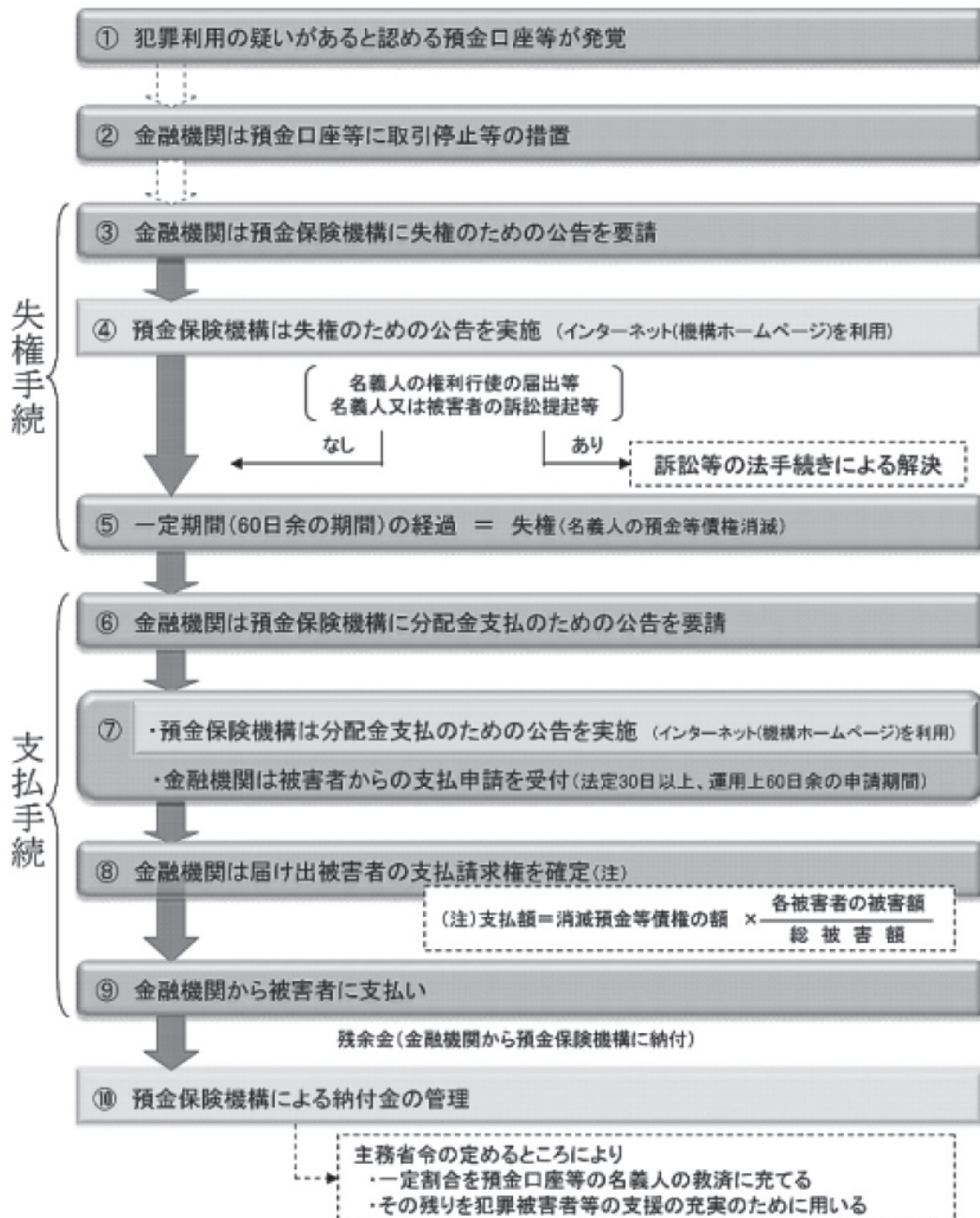


図5 被害配分金の支払い手続の流れ

《被害回復分配金の支払等に関する手続の流れ及び預金保険機構の業務》



地図分析システム



A T Mの警戒を行う警察官



6. 警察・金融機関における取り組み

1) 警察による直接の予防活動

警察では、振り込め詐欺（恐喝）の被害を予防するため、地域警察官によるATMの設置場所への立ち寄りによる警戒、ATMの利用者への声掛け等を積極的に行っている。

また、振り込め詐欺（恐喝）の被害発生状況について把握・分析を行い、犯行に利用されることの多いATMの設置場所や被害発生時間帯等を地図情報化するなどして、当該分析情報を警察官の立ち寄り警戒等に活用している。

さらに、警察署と管内金融機関等との間にホットラインを構築し、金融機関等において、振り込め詐欺（恐喝）の被害に遭っていると認められる者を発見した場合には、振り込みを思いとどまらせるため、当該金融機関等と協力して説得を行っている。

警察では、一一〇番通報のほか、警察相談専用電話（全国统一電話番号「#（シャープ）九一一〇」¹⁹）及び専用メールアドレス等、様々な窓口を設け、振り込め詐欺に関する相談や情報を幅広く受け付けている。また、国民から寄せられた情報を活用し、警察官による警告電話の実施、「だまされた振り作戦」²⁰による犯人

の検挙、事業者に対する犯行に利用された携帯電話の契約者確認の求めや金融機関に対する振込先指定口座の凍結依頼による犯行ツールの無力化等を実施し、効果的な取締りや被害防止を推進している。

2) 各金融機関等における取り組み

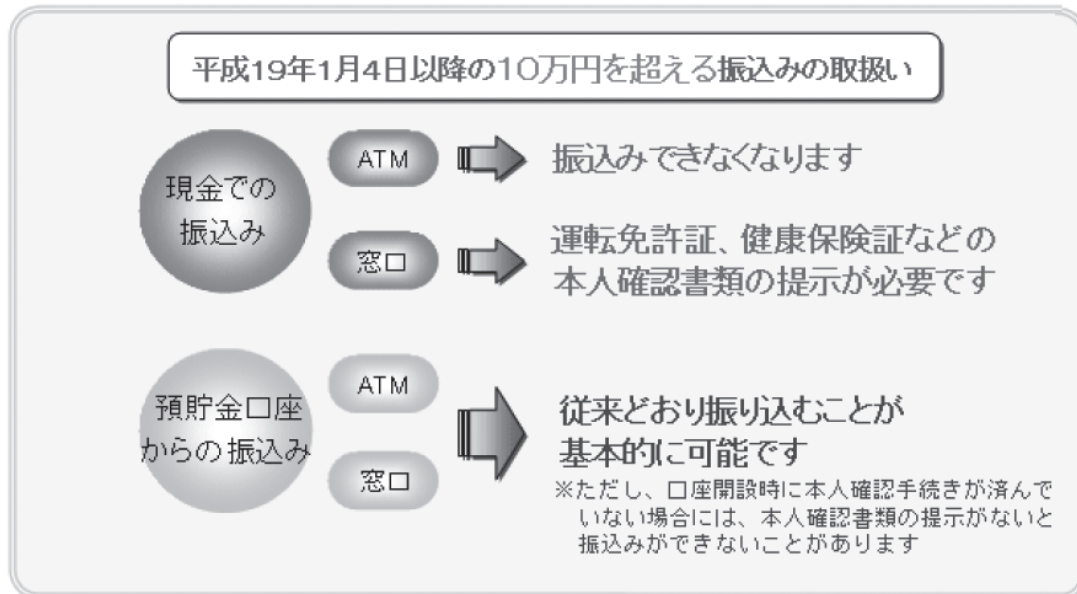
(1) 「異常取引・不正口座検知システム」の導入

金融機関において、コンピュータによつて全口座の入出金状況をリアルタイムで監視し、通常の利用ではあり得ない取引を検知する「異常取引・不正口座検知システム」を導入し、システムが検知した預貯金口座について、調査の上、必要に応じて凍結する取組みが進められている。警察では、被害を未然に防止し、万一被害に遭った場合でも被害を最小限にとどめるために有効なシステムとして、金融機関にその導入を促している。

(2) A T Mの利用限度額の引下げの促進

金融機関では、顧客の要望に応じて、A T Mを利用したキャッシュカード等による振り込み機能の利用を停止すること又は口座間送金等の利用限度額を引き下げることができる。振り込み詐欺（恐喝）の被害を未然に防止し、万一被害に遭った場合でも被害を最小限にとどめるため、警察では、金融機関と連携しながら、高齢の口座開設者を中心に、これらの仕組みを利用するよう促している（図6）。

図6 振込限度額に関するパンフレットの例



A T M周辺での取組み



(3) A T M周辺における携帯電話の利用を制限するための対策

還付金等詐欺を未然に防止するため、多くの金融機関では、顧客に対して、A T M周辺における携帯電話の利用を自粛するよう求めるとともに、携帯電話を利用しながらA T Mを操作している顧客に対して声掛けを行い、効果的な被害防止に努めている。また、一部の金融機関では、A T M周辺に、携帯電話の電波を遮断して携帯電話を利用することができなくなる装置、例えば、千葉銀行における取り組みや、携帯電話を利用した際に生じる電波を感知して顧客に対し警告を発する装置を設置する取り組みを進めている。

勿論、振り込み詐欺の被害金の多くがA T Mや金融機関窓口を利用して送金されていることから、金融機関の職員等による利用者への声掛けは、被害防止のために極めて重要である。このため、警察は、金融機関、コンビニエンスストア等に対し、振

り込め詐欺が疑われる場合の利用者への声掛けや警察への通報を積極的に行うよう求めている。また、効率的に広報啓発を行うため、病院や福祉関係事業者等と連携し高齢者への注意喚起を行うなど、被害者層が日常的に接することの多い関係機関・団体等と連携した取組みを推進している（後掲 STOP!振り込め詐欺 ポスターA・B参照）。

(4) 個人による多数の携帯電話契約及び預貯金口座開設の防止

携帯電話については、原則として、個人による契約回線数を各事業者で五回線までに制限することとし、預貯金口座については、原則として、個人による開設数を各金融機関で二ないし三口座までに制限している。

(5) 本人確認できない携帯電話の契約者及び凍結口座の名義人に関する情報の共有

携帯電話については、警察から本人確認の求めがあり、契約者が本人確認に応じないため利用停止となった回線に関する契約者の情報を事業者間で共有し、契約時における審査の強化に活用している。

また、預貯金口座については、振り込め詐欺（恐喝）に利用されて凍結された預貯金口座の名義人のリストを警察庁が作成し、全国銀行協会等へ提供することにより、関係金融機関において情報が共有されている。リストに登録された者が新たな口座開設のため金融機関窓口を訪れた際に、金融機関が口座開設を断るとともに、警察へ通報することによって、不正口座の開設の防止と検挙の推進が図られている。⁽²¹⁾

この制度の運用が開始された二一年一月から同年五月にかけて、警察庁は、二一七一人分のリストを全国銀行協会等に提供した。

(6) 運転免許証に偽変造の疑いがある場合の警察への情報提供

携帯電話の契約時に、契約申込者が本人確認書類として事業者に対して提示した運転免許証が偽変造されたものと疑われる場合に、事業者は、警察へ情報提供を行い、警察は、当該情報を捜査に活用して犯人を早期に検挙するともに、不正に契約された携帯電話の流通を防止している。

この制度の運用が開始された二〇年一月から二一年三月にかけての事業者から警察への情報提供を端緒とする検挙人員は、三九人である。

7. 振り込め詐欺を防止するための地域づくり（まとめに代えて）

1) 予防の考え方

二〇〇四年（平成一六年）版の警察白書は、警察による防犯から地域住民自らの手による防犯へ移行せざるを得ない状況を明らかにしている。犯罪の認知件数に対する検挙件数の減少が検挙率の低下を招き、「体感治安」と言う言葉を生み出した。これ以降、国や地方自治体では「安全な街作り」の推進を進めてきている。⁽²²⁾ この時の安全に対する脅威は、街頭犯罪であり、幼小児を狙う連れ去り等の犯罪であった。

これらの犯罪を未然に防ぐために警察力を用いることが難しくなってきたことに対応するため、地域における防犯力を高めることが求められ、地域住民自らが防犯活動の担い手として登場してきた。⁽²³⁾ 二〇〇四年（平成一六年）末には、八、〇七九団体（五二一、七四九人）であった防犯ボランティア団体数は、二〇一〇年（平成二二年）末には、四四、五〇八団体（二七〇一、八五五人）に増加しているが、構成員の平均年齢は、構成員の年齢が六〇歳代以上の団

体が五七・八%と前年比で四・七ポイント増加している。⁽²⁴⁾ 徒歩による防犯パトロールや通学路における子どもの保護・誘導がそれぞれ活動の八三・一%、七六・四%を占めて多いが、高齢者の見守りや振り込め詐欺被害防止に関する啓発活動や訪問活動も展開されるようになってきている。

勿論、これらの地域の防犯ボランティアの活動を継続的に支援するためには、警察(署)や地方自治体からの情報提供、スキルアップに繋がる研修、活動の拠点の提供等の様々な支援が必要であることは、論を待たない。

ところで、二一世紀は、被害者の世紀であり、二〇世紀は加害者の世紀であると言われ、犯罪(以下、非行を含めて論じる。)原因論は、何故人は犯罪を犯すのか、犯罪者の再犯抑止のための処遇(更生)はどうあるべきかの視点で論じられてきたが、現在では、犯罪はある一定の条件を具備すれば、普通の人によって起こされる得る場合がほとんどあることに鑑み、どうすれば、犯罪の被害を防ぐことができるかに視点を置いた犯罪予防理論・公式が示されてきた。⁽²⁵⁾

ここでは、「抵抗性」、「領域性」、そして「監視性」を高めることによって犯罪発生のを防ぐ(無くす)ことを提案している『防犯環境設計』という考え方に基づき検討を加えてみたい。

『防犯環境設計』の基本的な概念は、「監視性の確保」「領域性の確保」「接近制御」「被害対象(物)の強化・回避」の四つからなるが、犯罪弱者、一般的には、女性、子ども、高齢者を指すが、特に自己防衛力の低い高齢者の犯罪被害を防ぐためには、基本原則に関する従来の考え方に修正を加える必要がある。⁽²⁶⁾

すなわち、「監視性の確保」については、不審者や犯罪企図者の動きを自然の見通しを確保しながら監視できる動線形成、近隣住民からの不審者(普段見慣れない人を含む)に対する声掛けと、必要に応じた防犯カメラの設置が求められる。⁽²⁷⁾ 加齢による視力の低下や白内障・緑内障等の視力障害の発症は、高齢者自らの監視力を阻害する可能性を有

しており、近隣住民による監視力の支援・強化が求められることになろう。特に、空き巣等の侵入盗犯が、事前の下見を行うのと同様に、振り込め詐欺行為者も事前の下見を通して高齢者世帯の生活スタイルを観察していることが窺えるからである⁽²⁸⁾。居住者の帰属意識（我が町意識）の向上とコミュニティの形成の促進を基礎とする「領域性の確保」については、夫婦共に高齢者世帯、あるいは高齢者の独居世帯では、高齢化の進展に伴い身体能力が低下し、外出や地域のイベントに積極的に参加する機会も減少し、結果的に近隣住民との交流が減少する傾向がある。特に、都市部においてはその傾向が強く、郡部における高齢過疎地域とは異なるものがある。この点に関しては、地域で支える取り組みが特に求められている。

例えば、交番の警察官が行う受け持ち地域の朝夕二回の巡回時における声掛けは、安全・安心確認に繋がるし、民生委員による定期訪問も同様の効果が期待できる。しかし、向こう三軒両隣の住民による支え合いが何よりである。地域住民に高齢者自らが、その生活状態を情報発信し、支援を得やすいように、働きかけることも必要である。また、老人会（敬老会）の様な高齢者主体の会運営ではなく、異世代（三世代）交流が可能になるような、高齢者福祉施設（例えば、デイケアセンター等）と幼稚園（保育園）が同じ施設内にあり、幼児と高齢者が交流することを通じて、子育て世代との交流の芽が生まれ、自然と地域内における異世代交流が可能となるのではないだろうか⁽²⁹⁾。すなわち、高齢者世帯を地域の中で孤立化させないことが重要なのである⁽³⁰⁾。

「接近制御」については、『音』を基本とする制御は、加齢による聴力の減退を考慮すれば、住宅の周囲を音が発生しやすい部材で囲み、不審者の侵入を知らせるためには、收音能力を高めたり、室内で音を増幅して聞こえやすくする装置を設置する等の工夫が必要となる。また、住居の防犯性能を高めるため、特に、開口部の防犯性能の強化を図

るためには追加の費用負担があることから、年金生活者にとっては高負担となることを考慮すれば、高齢者世帯のこの種の改築等には、国や地方自治体から補助金が交付される制度の創設が求められる。さらに、現在、防災・医療面から設置や導入が各地方自治体で進んでいる緊急時通報システムの中に防犯性能を付加することも考慮すべきであろう。^{③①}

「被害対象（物）の強化・回避」については、侵入盗犯については、開口部を物理的に強化することで対応することが可能であるし、ひったくりや路上での性犯罪等の身体犯を防ぐためには、被害が発生しやすい地理的条件や時間帯等の犯罪に関する情報を提供し、周知することで、自己防衛することが可能ではある。しかし、振り込め詐欺は、物理的な犯罪抑止環境を強化しても、被害対象者の最愛の者を助けたいという気持ちや社会的な不安要因を言葉巧みに利用して心の中に入り込むという手口で、高齢者をターゲットにしているため、単に情報の提供だけでは、効果は期待できない^{③②}。神奈川県警調査でも、振り込め詐欺について、回答者の七九%が「知ってる」と回答し、オレオレ詐欺についても八六・四%が「知っている」と回答していた。それぞれの手口についても、一二・一%、一九・六%が「詳しく知っている」と答えており、だから「被害に遭わない自信があつた（自分は大丈夫）」と回答した者は、それぞれ七五%、七七・四%と高い割合を示している。

このことを考慮した場合、提供された情報が知識止まりであり、実際にコンタクトがあつた時どの様に対処すれば良いのか、具体的な被害回避の行動を可能とするプログラムを中心とした研修機会が提供されていないことに問題があると思われる^{③③}。知識をどう活かすのか、グループワークやロールプレイングを実施し、自分の行動について、他の参加者やコーディネーター（評価者）の指摘を踏まえて、再度ロールプレイングなどを行うことが望ましい。さらに、

可能であれば、このような研修は、定期的、継続的に実施することが望ましいし、高齢者を支えている若い世代や近隣住民の参加が得られるよう工夫することも必要である。

情報の提供の仕方についても、一工夫する必要がある。振り込め詐欺を防ぐために作成されている資料やパンフレットは、一般的なものが多く、狙われている高齢者が理解しやすいものとなっているのか検証する必要がある。全国銀行協会、警察庁、各都道府県警察本部が作成したものも、各金融機関が作成し、店舗内に掲示してあるものも、狙われている高齢者が気付きやすい、目を留め、手を止め、振り込む前に一寸自分の行動を振り返る機会になるものであるか、高齢者自身に検証してもらうことも一考であろう。

また、他個的な回避措置としては、ATMからの送金額の制限や「異常取引・不正口座検知システム」を導入等により、金融機関における振り込め詐欺対策は、一定の功を奏してはいるものの、自己主体的な回避措置を取るための知識を踏まえた知恵が身についていないように思われる。

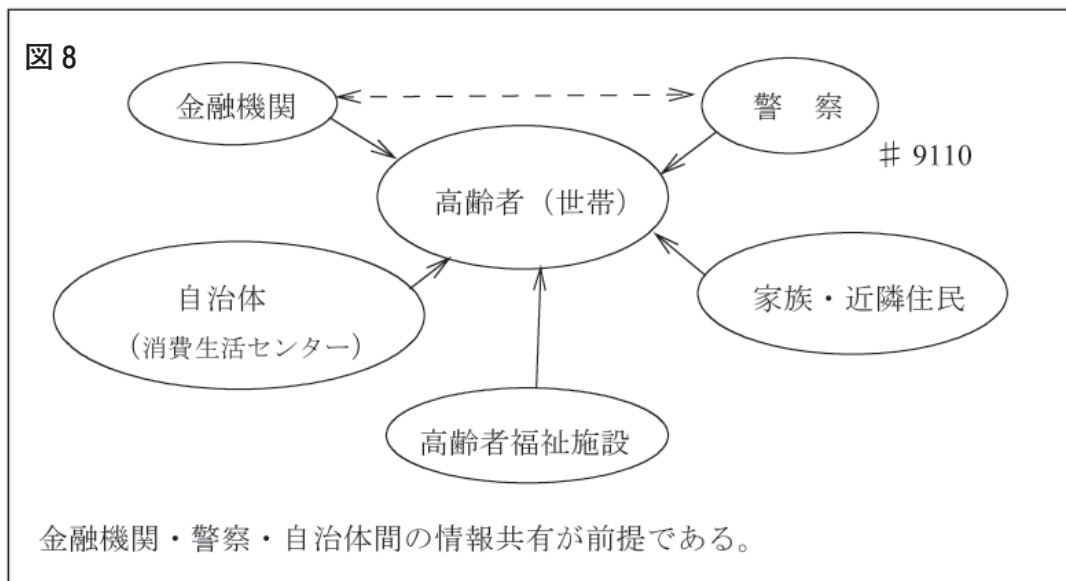
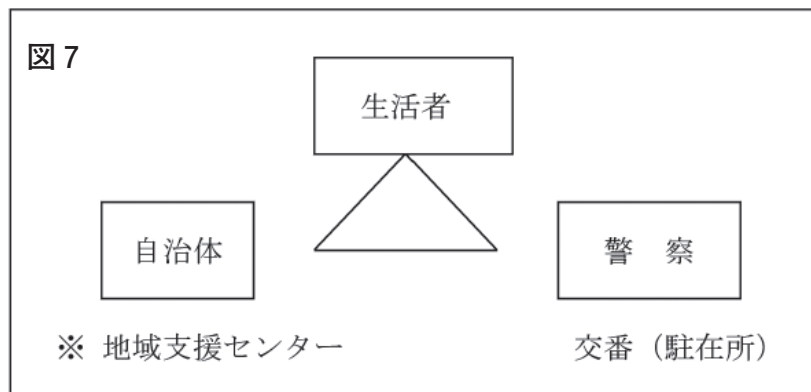
例えば、振り込め詐欺の手口にある「劇場型」では、複数の者がそれぞれの役割分担に基づいて、固定電話に掛けてくることから、幕が上がり、次から次へと役者が登場し、電話に应对した高齢者を劇中に誘い込む。これに対しては、優れて効果的な回避措置としては、固定電話の電話帳掲載を止めることが先ず考えられる³⁴。現在多くの電話機に組み込まれている発信者名表示システム（ナンバーディスプレイ）を利用し、非通知電話には出ない対策を取ることも一考である。また、同様に、最近の電話機には通話中でも録音できる機能が有ることから、これらの使用に習熟させることも必要であろう。勿論、電話内容の確認をすぐ行い、真偽を確かめることは、親子関係や親族関係を壊すことには繋がらないし、そのためには、親子で日常的にコミュニケーションを取ったり、意思疎通を図り何でも話せる雰

囲気を醸成することが望ましい。このことは、前掲神奈川県警調査の気付いたきっかけは、「親族などとの会話」が五七％、オレオレ詐欺では、七三・〇％と高い割合を示していることから、裏付けられる。

2) 身近なセーフティー・システムの構築

次に必要なことは、身近なセーフティー・システムへのアクセス方法を知ることが重要となる。自分が振り込め詐欺の被害者になったことを「家族」や「近隣の住民」に知られたくない、という（恥の）意識の有ることが、迅速な事後対応に繋がらないことも多く、神奈川県警調査によれば、一日以上経過した後気付いたのは、振り込め詐欺で四四％、オレオレ詐欺では三四・四％もいることから、被害事実を隠したいという気持ちは理解できる余地があるが、一時間以内に気付いた者がそれぞれ、一四％、一五・一％、一時間以上三時間未満がそれぞれ、一五％、一七・七％いることを考えると、各金融機関における当日決済手続きが完了するまでの時間内処理ができれば、振り込み手続き後であっても指定の口座への入金処理を止めることができ得ることと考え合わせると、先ず、振り込み活動が行われる各金融機関内ATMに高齢者が立った際には、フロア担当の職員が声掛け・確認を行い、振り込め詐欺のおそれの有無を確認すること、そのおそれがある場合には、家族、とりわけ欺罔行為の中心人物である子どもや孫に、直接、振り込みの必要性を問い合わせる事を勧めるか、代行することも一考すべきであろう。千葉銀行が既に実施しているATMコーナー二メートル以内の携帯電話電波遮断システムが、全金融機関において実施することも急務であろう。

高齢者自身が口座開設者である場合には、日常の取引とは異なった金額の引出や送金があった場合には、金融機関相互の当日決算前に、確認の連絡をすることも重要である。また、振り込め詐欺救済法三条に基づき口座凍結依頼が



為されており、全国銀行協会（全銀協）及び警察庁等から報告が有った場合には、各金融機関は、振り込め詐欺に利用されている口座情報を直ちにフロア担当、窓口担当職員に周知し、高齢者による振込先口座が凍結口座リストに含まれているか否かについて確認し、その事実を説明することが肝要である。

また、金融機関によっては、顧客のためにニュースレターを作成し各支店等で配布しているところが多い。このニュースレターの発行に際し、振り込め詐欺特集を組み、高齢者の顧客に手渡し、もしくは宅配して注意を喚起することも情報発信としては必要であろう。これらの配布先は、地元自治体、消費生活センター、警察署、高齢者福祉施設、民生委員、町内会・自治会等

も含めると情報の共有ができ、セーフティネットの広がりが生まれることになる。

ところで、安全・安心な街作りの三者連携のあり方の基本は、次の図7のように理解されてきた。⁽³⁵⁾

しかし、振り込め詐欺を防止するためには、もう一工夫する必要がある。高齢者（世帯）を中心として警察、金融機関、自治体（消費生活センター）、福祉事務所（民生委員）、高齢者福祉施設等やその職員、近隣住民（防犯・防災・福祉ボランティア等を含む）等がネットワークを形成し、連携して高齢者を支えることが重要である（図8）。

3) 振り込め詐欺の特徴を踏まえた対策の推進

振り込め詐欺は、単独犯ではなくて、グループ犯罪であり、事前に振込先口座を開設したり、譲り受けたり、コンタクトを取るための携帯電話等の端末を入手する必要がある。これらについては、振り込め詐欺を助長する行為を取り締まるための法整備が為され、それなりの成果が得られていることは、前述した通りである。問題となるのは、高齢者世帯の情報が収集され、売買されているということである。また、NTT等の電話事業者が作成配布しているハローページ等の電話帳への掲載については取り組みが始まっているが、市町村単位では、従前住民サービスの一環として、その域内の住民の住所と電話番号がセットになり、かつ、住宅地図に世帯主の記載があるものを作成・配布していたことがある。自治体からの配布はなくなったものの、地元の業者が便利なものだからと有料頒布しているケースも有り、これらのデータが住民によつて廃棄された物も含め、振り込め詐欺グループに利用されていることから、作成・利用・廃棄のそれぞれの段階で悪用されないような管理態勢の確立が求められよう。

名簿に記載された電話に電話を掛け、ATMから振り込まれた金員を引き出す出し子として、少年が使われるケー

スも多いが、ATMコーナーの防犯カメラの画像解析を通して、出し子情報を解析し、出金管理に利用することも必要となる。⁽³⁵⁾

近年は、暴力団だけでなく、中国系犯罪組織等が国内のグループを指揮・管理して振り込め詐欺を行い、入手した金員を国外送金するケースも増えつつ有り、振り込め詐欺の国際化にも対応する必要があるが出てきている。例えば、国内で雇った者を出国させ、現地のホテルの一室から入手した携帯電話等を利用して、国内の高齢者宅に電話を掛けさせる手口もあることから、利用される携帯電話に内蔵されているGPS機能を逆利用し、犯行地・行為者（利用者）を特定し検挙に結びつけることも効果がある。⁽³⁶⁾

4) 事後対応（危険の発生を最小限にするには）

高齢者が、自ら対応するのではなく、家族や関係機関と迅速に連絡（届出）し、専門的な助言を得て、対応する事が求められる。金融機関の窓口対応時間内であれば、お客様相談窓口の担当者に、時間外であっても店舗内に職員がいる時間帯であれば連絡を取り、振込先口座からの出金を回避する措置を取ってもらい、金融機関に連絡が取れない場合は、#九一一〇『警察の生活安全相談』に電話（二四時間対応）し、対応を相談する。その際、相手からかかってきた電話番号や、指示された携帯番号、振込先口座の番号をメモしてある場合には、これらの情報も告げることによって、被害を最小限に防ぐことが期待できる。

振り込め詐欺救済法による救済手続を取ること、この場合は、各金融機関でも手続については、支援が受けれるが、各地にある単位弁護士会の事務局でも相談・対応してくれる。

但し、事後対応の手續などについては、高齢者にとって分かりやすい解説、パンフレット、ハンドブック、そしてマニュアル等が少ないことについては、早急に対応すべきであろう。

財産的な被害を何とか回収できた、もしくは実際には被害を被らなかったとしても、振り込め詐欺に遭ったことによって受けた精神的な不安や個人情報情報の拡散に対する不安を癒やすためのメンタルケアについては、その制度は未だ緒についたばかりで、今後の対応が望まれる。

(1) 一九八五年(昭和六〇年)に社会問題化したこの事件は、被害者数は数万人、被害総額は二〇〇億円近くと見積もられ、被害者の多くが高齢者であったということ、首謀者である永野一男会長が同年六月一八日に刺殺された。翌一九八六年(昭和六一年)五月二三日には「特定商品等の預託等取引契約に関する法律」が制定された。この法律により、金などの預託取引契約に対して、一定期間内なら、理由の如何を問わず契約を解除できるクーリングオフ制度が導入された。二〇〇〇年代になって見られる悪質商法や詐欺的商法の手口は、豊田商事グループのベルギーダイヤモンド株式会社などの手口を模倣していると言っても過言では無い。豊田商事事件判決については、判例時報一三二一号三頁以下豊田商事詐欺被告事件第一審判決を参照されたい。

なお、悪質商法からの被害予防区については、西村春夫「犯罪からの安全・安心な暮らし―特に悪質商法からの被害予防について―」『市民が作る安全な暮らし』「春日井市安全なまちづくり協議会編」六六頁以降参照

(2) 「地域消費生活フォーラム」松田町(平成二二年一〇月二日)の講師として筆者が講演し、その後パネルディスカッションが実施されたが、その際の話題提供のために作成した資料に加筆修正を加えたものである。

(3) 振り込め詐欺とは、オレオレ詐欺、架空請求詐欺、融資保証金詐欺及び還付金等詐欺の総称で、架空・他人名義の預金口座や携帯電話等を利用し、不特定多数の者から現金等をだまし取る犯罪をいう。

(4) オレオレ詐欺とは、親族を装うなどして電話をかけ、会社における横領金の補てん金等の様々な名目で現金が至急必要であるかのように信じ込ませ、動転した被害者に指定した預貯金口座に現金を振り込ませるなどの手口による詐欺をいう。

(5) 架空請求詐欺とは、架空の事実を口実に金品を請求する文書を送付して、指定した預貯金口座に現金を振り込ませるなどの手口による詐欺をいう。

(6) 融資保証金詐欺とは、融資を受けるための保証金の名目で指定した預貯金口座に現金を振り込ませるなどの手口による詐欺をいう。

(7) 還付金等詐欺とは、市区町村の職員等を装い、医療費の還付等に必要の手続を装ってATMを操作させて口座間送金によって振り込ませる手口による電子計算機使用詐欺をいう。

(8) 平成二二年三月三十一日（水）をもってエクスパック封筒の販売を終了している（購入済みものは、平成二二年四月一日（木）以降も従来どおりご利用できる）。そして、平成二二年四月一日（木）からは、レターパックを販売している。

(9) 振り込め詐欺被害状況調査結果 <http://www.police.pref.kanagawa.jp/mes/mesd0116.htm>

(10) 詳しくは、次のURLを参照 http://k-tai.impress.co.jp/cda/article/news_toppage/43165.html

(11) 飯利雄彦「振り込め詐欺対策の経緯」警察学論集六二巻七号（二〇〇九年（平成二二年）七月）三〇頁以降に取り組み状況については、詳述されている。また、二〇〇九年（平成二二年）以降の状況については、「振り込め対策の進展と今後の課題」(上) (下)『警察学論集』六三巻五号一頁以降、六号一〇頁以降参照

(12) 情報提供の項目として、①都道府県警察による創意工夫による取り組み事例、②検挙に至った好事例、③振り込め詐欺の犯行・被害の全国的な傾向などを伝達するもの、そして、④振り込め詐欺対策に資する警察庁の積極的な活用等を促すものが挙げられる。

(13) 全国警察の『司令塔』を集め、「振り込め詐欺撲滅のための取締活動及び予防活動の強化推進期間」の取組状況の検証と今後推進すべき諸対策等について検討・指示した。席上、安藤隆春次長が「振り込め詐欺撲滅に向けた取組みはこれからが本番。先手先手で諸対策の推進を」と訓示した（二〇〇八年十二月〇一日）。これ以降、毎年強化推進期間の開催前に実施され

ている。二〇一一年一月二四日には、安藤長官が、特に、(1)振り込め詐欺に対する国民の警戒心・抵抗力の強化と撲滅に向けた機運の醸成、(2)現に犯行を繰り返す犯行グループの摘発、(3)犯行ツール遮断対策の持続的推進、について訓示した(日刊警察ニュース各日号から)。

(14) 金高雅仁「振り込め詐欺対策の意義」警察学論集六二巻七号六頁以降に、振り込め詐欺の取締にかかる警察庁の基本的な考え方が示されている。

(15) 新倉秀也「振り込め詐欺対策における関係業界との連携」警察学論集六二巻七号六〇頁以降に、二〇〇三年(平成一五年)～二〇〇六年(一八年)、二〇〇七年(一九年)以降に分けて、各業界・事業者等との連携について詳述されている。

(16) 平成二〇年三月一日以降、「犯罪による収益の移転防止に関する法律(平成一九年法律第二二号)」(以下「犯罪収益移転防止法」という。)に基づき、金融機関に対し本人確認が義務づけられることになった。この犯罪収益移転防止法の施行に伴い、従来、金融機関に本人確認を義務づけていた「金融機関等による顧客等の本人確認等及び預金口座等の不正な利用の防止に関する法律(平成一四年法律第三二号)」(以下、「金融機関本人確認法」という。)や疑わしい取引の届出の根拠となっていた「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律(以下、「組織犯罪処罰法」という。)」第五章の規定は廃止されたが、金融機関との取引に際して行われる本人確認の内容は基本的に変わっていない。

(17) 「携帯音声通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律」(以下、「携帯電話不正利用防止法」という。)とは、いわゆる振り込め詐欺対策などの携帯電話の不正利用を防止するため、携帯電話の契約時の本人確認義務や携帯電話の無断譲渡の禁止などを目的として二〇〇五年(平成一七年)四月に制定、翌年五月に施行された法律であるが、振り込め詐欺の犯人グループに携帯電話が悪用されるケースが後を絶たない状況に鑑み、こうした不正利用に対する規制を強化するため、改正携帯電話不正利用防止法が、二〇〇八年(平成二〇年)六月一日制定され、二月一日から施行された。今回の改正では、携帯電話のSIMカードを携帯電話会社に無断で、他人に譲渡したり、売買したりすることを禁止し、また、携帯電話をレンタルする際には、原則として顔写真付きの身分証明書が必要となった。その後、二〇一〇年(平成二二年)二月三日に改正されている(法律第六五号)。具体的な内容は、契約時・譲渡時の事業者による

契約者の本人確認の義務づけ、事業者による承諾の無い他人への端末の譲渡（又貸し・譲受を含む）の禁止、端末の匿名貸与・譲受営業の禁止、本人確認等がなされない回線の事業者による停止、総務省の事業者への監督権限、虚偽契約の禁止、禁止営業の広告等行為等の禁止などが一部罰則適用で施行されている。

携帯電話は、現在では、自己名義で所有は、五台まで可能なことも、次の様な事例に繋がることもある。例えば、実際に、携帯電話を契約する簡単なアルバイトで、すぐに解約しておくから料金を支払う必要はない、などと誘われた学生が携帯電話の新規契約をして譲渡する事例や、借金の支払いを猶予すると言われて、債務者が携帯電話を複数台契約して貸金業者に譲渡するといった事例が報告されている。このような場合、携帯電話を契約した本人に使用料金が請求されるだけでなく、詐欺や携帯電話不正利用防止法違反の罪についても問われることになる。

(18) 振り込め詐欺救済法に基づく公告について (概要)

平成二三年八月一六日に預金保険機構が公表した項目は、次の通りである。

- ① 平成二三年度第一〇回対象預金等債権の消滅手続が開始された旨等の公告
- ② 平成二三年度第一〇回消滅預金等債権について被害回復分配金の支払手続が開始された旨等の公告
- ③ 被害回復分配金の支払手続が終了した旨の公告 (公告の求めの受理：平成二三年七月二七日～八月一〇日) の概要は、以下のとおりです。

第10回債権消滅手続開始広告			
金融機関数	114先	23年度累計	
口座数	1,615件	12,760件	
対象預金等債権の額	303,713,860円	1,010,780,067円	
第10回支払手続開始広告			
金融機関数	58先	23年度累計	
口座数	445件	7,698件	
消滅預金等債権の額	55,297,760円	860,922,543円	

支払手続終了広告

金融機関数	58先	23年度累計
消滅預金等債権の額	32,003,254円	564,546,333円
払該当者決定を受けた者に対する支払額の総額	20,690,832円	427,623,702円
第19条の規定による預金保険機構への納付予定額	11,312,422円	136,922,631円

(19) 振り込み詐欺の電話等を受け、振り込み詐欺であると見破った場合に、だまされた振りをしつつ、犯人が利用する携帯電話や預貯金口座等に関する情報を聞き出すことにより、契約者確認の求めや口座凍結依頼を活用して犯行ツールの無力化を図るほか、犯人に現金等を手渡しする約束をした上で警察へ通報してもらい、被害者宅等の約束した場所に現れた犯人を検挙するものであり、国民の積極的かつ自発的な協力に基づく取組みである。

(20) 『#九一一〇』は、もう一つの「一〇」といわれる「生活相談一〇」であるが、都道府県警察本部及び所轄署の生活安全課に設けられ、犯罪被害の未然防止など、生活の安全を守るための相談窓口である。携帯電話からでもご利用可能であるが、ダイヤル回線や一部のIP電話でつながらない場合は、都道府県警察本部に掛けると、最寄りの所轄署に転送される（この場合、通話料が発生することがある）。また、土日、祝日及び夜間は、「当直」に接続又は「留守番電話」のいずれかになってしまうことがある。

この#九一一〇に関しては、大規模警察署では、研修を積んだ生活安全相談員が配置されており、生活安全課の警察官と対応しているが、小規模警察署には生活安全相談員が配置されている場合が少なく、かつ、生活安全課の警察官が必ず電話相談に対応しきれない場合もある点は、夜間の対応と共に、今後検討改善の余地はありと思われる。ただ、現時点では、消費生活センターの窓口対応は九時～一八時（土・日は一六時四五分まで）で、お昼休み・土・日は電話相談のみ対応という点では、二四時間三六五日対応可能な警察署における生活相談を利用する方が便利ではある。

(21) 全国銀行協会は二〇〇八年（平成二〇年）十一月二日の企画委員会で、振り込み詐欺対策の強化策として、詐欺などに使われて凍結した銀行口座の名義人情報を他の銀行にも提供し、同一名義の全口座を凍結する措置の議案を了承した。警察庁と連携し、二〇〇九年（平成二二年）一月から実施することになった。その具体的な内容と手順は、①詐欺事件に使用されて

口座を凍結した銀行は名義人情報を地元の警察署に提出、②警察庁は、この情報を基に作成した名義人リストを全銀協に提供して捜査協力を要請し、③全銀協からの情報で各銀行は同一名義の全口座を凍結する、というものである。そして、④リストに掲載された名義人が新たに口座を作成しようとした場合は、警察に通報して摘発につながるというシステム運用が為されることになっている。これにより、今後は、口座を第三者に譲渡して事件に使われた場合、生活に必要な現金の入出金や公共料金、クレジットカードの決済などとして使用している同一名義人の別の口座すべてが凍結対象となるほか、新規の口座開設もできなくなるとしている。2008/11/21 18:58 【共同通信】

これを受けて、警察庁は、一月二六日に振り込め詐欺対策強化の一環として、「凍結口座リストの活用」などに関する通達を都道府県警察本部に出した。口座リスト活用以外に次の事柄も通達には含まれている。すなわち、不正口座など詐欺のツールを売買する「道具屋」への「おびき出し」、捜査や、現金引き出し役の「出し子」の画像公開を積極的に行い、摘発を徹底することも指示した。2008/11/26 20:36 【共同通信】

(22) 二〇〇〇年（平成一二年）二月二四日に制定され、二〇〇六年（平成一八年）四月二〇日改正された「安全・安心まちづくり推進要綱」（警察庁）、二〇〇三年（平成一五年）七月二四日に「防犯まちづくりの推進について」（防犯まちづくり関係省庁協議会）、同年一二月に決定された「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」（犯罪対策閣僚会議）、これは二〇〇五年（平成一七年）六月二九日に「安全で安心な街作り全国展開プラン」の策定に繋がったが、これら国の動きを受け、都道府県・政令指定都市、その他の地方自治体における安全・安心まちづくり条例の制定に繋がっている。



(23) 「地域住民」概念を「居住者」に限定すると防犯力が減殺されるので、「生活者」と解するのが妥当である。昼夜間人口の差が大きい地域での防犯活動の担い手をどの様に確保するかについても現場ではそれぞれ苦労しているが、通勤・通学してきてある一定時間以上その地域で生活している者もその地域が安全であれば得られる利益がある以上、安全を確保するために果たすべき役割はあるものと考えるべきだからである。

(24) 警察庁生活安全局生活安全企画課が、二〇一一年(平成二十三年)二月二五日に公開した「自主防犯活動を行う地域住民・ボランティア団体の活動状況について」に詳述されている。

(25) 犯罪予防理論の変遷と犯罪の公式については、拙稿「安全・安心な街作りに向けた三者連携について」『法学紀要四九巻』七七頁以下、参照

(26) 拙稿「安全・安心な街作りの現状と課題」『日本法学六九巻四号』一五七頁～一六一頁参照

(27) 公共空間における犯罪を予防し、被害を未然に防ぐとともに、犯罪発生時には犯罪を速やかに認知し、犯人の追跡や被害者の保護に向かうなど迅速・的確な対応に役立てることを目的として、二二年三月末現在、一二都府県で四六一台の街頭防犯カメラを整備している。また、異常行動検出機能やプライバシー保護機能を備えた街頭防犯カメラシステムを、神奈川県川崎市J R川崎駅東口地区において、二二年度から二か年計画で実証・開発中である。繁華街や商店街(モールを含む)等では、設置が進んでいるが、住宅街では、設置及び管理費用が高いため、その導入は余り進んでいない。

(28) 名簿屋や同業者から入手した個人情報(特に、同業者から得た情報としては、居住者には分からない個所にマーケティングが施されている場合が多い)を使ったり、悪質商法の手口の一つでもあるが、二次被害(被害に遭った高齢者をターゲットにする手口)等が例としてあげられる。

(29) 例えば、東京都中央区晴海に開所したマイホームはるみは、ロ型の平面をした一つの建物の中に、マイホームはるみ、晴海中学校、晴海保育園が入っている。地下一階から地上四階部分に、マイホームはるみと晴海中学校が共存、保育園は一階の一部にある。そして、ここでは、地域の交流として、三施設間交流をはじめ、ボランティア活動が行われている。特別養護老人ホームの入所者にとっては生きることへの喜びが増す機会となり、また、核家族化の進行の中で、保育園児・中学生あるい

はボランティアにとっては、高齢者福祉への奉仕・参加・実践の場として貴重な経験の機会を担っている。施設の詳細は、次のURLを参照 <http://www.tokyochuo.net/meeting/town/shisetsu/harumi.html>

- (30) 犯罪に強いコミュニティに関する分析・検討については、前出の拙稿「安全・安心な街作りに向けた三者連携について」九七頁～一〇四頁、室崎益輝「犯罪のない社会をめざして」『市民が主役の安全・安心まちづくり』(春日井市安全なまちづくり協議会編)二〇四頁～二一〇頁、清永賢二「新コミュニティの創造と二一世紀の犯罪防止」『市民が主役の安全・安心まちづくり』一〇八頁～一一七頁を参照

- (31) 緊急通報システムをホーム・セキュリティの分野から提供しているセコムや総合警備等の民間警備会社では、既に、防犯の視点からの機能が組み込まれたシステムが提供されている。例えば、セコムの情報については、<http://www.secom.co.jp/lp/hs/afv/>を参照

- (32) 平成二一年中に悪質商法により検挙された被疑者によると、高齢者を狙いやすい理由として、次のような項目を挙げている。①だましやすいため、②一度だまされることができれば、何度でもだまされるから、③勝手に家に上がり込んで深夜まで居座ったり、大声で怒鳴ったりしても、若い世代と同居していなかったり、近所付き合いが希薄だと、介入されるリスクが少ない、等を挙げている。

- (33) 前出の(2)「地域消費生活フォーラム」松田町」では、松田町、南足柄市、中井町・山北町等の自治体関係者や地域住民が参加社であったが、ここでも悪質商法や振り込め詐欺の現状と対策について、筆者が講演した後、松田警察署生活安全課係長、南足柄市消費生活センターの相談員が加わりパネルディスカッションを行ったが、参加者にとって知識が知恵になる体験研修やグループワークは、行われなかった。一般的には、この形態が多いものと思われる。

- (34) 東日本電信電話株式会社は、『電話帳を利用した振り込め詐欺の注意喚起について』という新聞広告を二〇一〇年(平成二二年)九月二二日に掲載し、「振り込め詐欺の犯行に電話帳(ハローページ個人名編)が使われるケースがごいますので、ご注意ください。」として、掲載している者に対して、任意での掲載中止を促した。この背景には、警察官や銀行協会職員らをかたり、キャッシュカードを受け取りに行く手口の詐欺で、被害者の九割以上が電話帳に掲載されていることが警察当局の調

べで判明。また、西日本電信電話株式会社も同年一月一六日に警察庁の要請を受け、新聞広告を掲載している。

(35) 前掲、拙稿「安全・安心な街作りに向けた三者連携について」一〇〇頁

(36) これらに関与した少年達の罪の意識が対面犯罪とは異なっているため希薄な状況もあることから、アルバイト感覚で加わっているものも多いことから、加害者にならないための教育・啓発活動もしなければならない。

(37) 最近の振り込め詐欺を巡る犯行インフラに関しては、田崎仁一「振り込め詐欺対策における「犯罪インフラ対策」『警察学論集六四卷六号』六四頁以降に詳述されている。

【作成・引用した統計資料の出典】

文中の表(1)(2)(3)(4)(5)(6)(12)(13)(15)(16)(21)(22)(23)(24)は、『平成二三年の犯罪情勢』及び『特殊詐欺の認知・検挙状況等について(平成二三年六月)』を利用し、筆者が作成した。表(7)(8)(9)(10)(11)(14)(17)(18)(19)(20)は、神奈川県警調査の表を引用している。

STOP! 振り込め詐欺

「振り込め詐欺」が急増中!

振り込む前に、ご家族や警察、金融機関などにご相談ください。

金融犯罪の番犬 BANK-KEN

還付金等詐欺の手口

ATMで還付金は受けとれません!

1

還付金がありますので
今日中にATMへ…。

社会保険事務所や市区町村などの職員を
名乗る者から電話があります。

2

着きましたよ。

ATM

3

入金
しますので
操作を…。

電話の指示通りに操作をすると、
犯人の口座に振り込んでしまいます。

4

えっ!
詐欺?

「振り込め詐欺」被害未然防止のため、「ATM 利用限度額」の引下げをご検討ください。

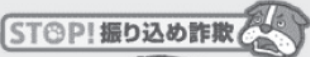
犯罪被害防止のため、ATM コーナーでの携帯電話の通話をご遠慮ください。

「定額給付金」の給付を装った振り込め詐欺にご注意ください!

より詳しく犯罪の手口や対策をお知りになりたい方は…
全銀協ホームページ<URL: www.zenginkyo.or.jp/topic/hanzai/>をご覧ください。
全国銀行協会・警察庁・都道府県警察

日本法学 第七十七巻第三号 (二〇一一年十二月)

一三二 (四一八)



「振り込め詐欺」が急増中!

振り込む前に、ご家族や警察、金融機関などにご相談ください。

金融犯罪の番犬 BANK-KEN

オレオレ詐欺の手口

決してひとりでは振り込まない!

1

身内を騙った者から電話があり、

2

会社のカネを使い込んだ。今日中にお金を入れないと...

3

急いでいるんです。

後日、本人に確認して詐欺にあったことが発覚します。

4

えっ! 詐欺?

緊急事態を告げて振り込みを急がせます。

現在、「振り込め詐欺救済法」に基づく被害金支払の手続が行われています。
被害に遭われた方は、振込先の金融機関へご連絡ください。

銀行協会職員等を騙る詐欺・・・全国で被害発生中!!

銀行協会職員などになりすまし、暗証番号などを聞き出したり、キャッシュカードを預かったりして、預金をだまし取る事件が全国で多発しています。

銀行協会職員などが暗証番号をお聞きしたり、カードをお預かりするようなことは一切ありません。



〇〇警察ですが、あなたの口座が危険にさらされています。

カードをお預かりします。

銀行協会の〇Xです。

全国銀行協会・警察庁・都道府県警察

倒産手続におけるプライオリティの変遷と展望

——商取引債権を含めたプライオリティ体系の構築をふまえて——

杉 本 純 子

- 1、はじめに
- 2、各手続における各種債権の改正経緯と現状
- 3、現代における理想的なプライオリティ体系
- 4、倒産法改正案提言試論
- 5、おわりに

1、はじめに

倒産手続は、債権者平等の原則が尊重される手続だといわれる。債権者平等の原則とは、すなわち、同質の債権に

倒産手続におけるプライオリティの変遷と展望（杉本）

一三五（四二二）

ついでには平等の効力をもつて並存し、互いに他の債権に優越することがないことを意味する。⁽¹⁾ 倒産手続においては、倒産手続開始前の原因に基づいて生じた債権は原則的に倒産債権となり、倒産債権は各手続の中で平等に配当ないし弁済を受ける。厳格に債権者平等の原則を貫くのであれば、同質の債権間に優劣はないのであるから、倒産法上の別除権や倒産手続開始決定後の手続費用等の請求権等（公益性ある財団債権）を除くその他の倒産債権は、すべて債務者財産から平等に按分して配当ないし弁済を受けることとなるはずである。しかし、我が国の倒産手続は、形式的債権者平等原則を貫徹するのではなく、債権者間の公正・衡平の観点から、一定の倒産債権に優先権を与え、倒産債権に優先順位（プライオリティ）を設けて実質的な債権者平等の実現を目指している。また、公正・衡平の観点とは異なるものの、租税債権や労働債権には、政策的観点から優先権が与えられ、優先的に取り扱われている。優先権が与えられる倒産債権が多くなればなるほど、その他の倒産債権への配当・弁済は減少していく。つまり、優先権は一般の倒産債権者の負担の下に与えられているのである。したがって、倒産手続における債権のプライオリティの問題は、形式的債権者平等原則と実質的債権者平等原則の要請をいかに調和させるかという問題につながっていくと言えよう。⁽²⁾

倒産手続における理想的なプライオリティの構築は、倒産法の立法論上、解釈論上の重要な課題である。そして、このプライオリティは、時代とともに変わり、また倒産手続の種類によって変わる。各手続は達成しようとする目的に従って独自のプライオリティを持ち、これらは時代と社会の変遷とともに常に修正を加えながら、より良い体系へと改変されていかなければならない。⁽³⁾

平成一六年破産法改正から七年経った現在、各手続のプライオリティ体系は、改変検討の時期を迎えていると思われる。特に、昨今、会社更生手続等において多額の優先弁済がなされている商取引債権⁽⁴⁾について、そのプライオリ

ティ体系における位置付けを明確にする必要が生じてきている。また、新破産法で大きく改正された租税債権や労働債権についても、改正後の現状を確認し、問題点の抽出を図る必要があるのではないか。

本稿では、主に租税債権・労働債権・商取引債権について、プライオリティに関するこれまでの改正の経緯と現状を整理したうえで、現在社会におけるこれらの債権の理想的なプライオリティ体系を検討してみたいと思う。そして、その体系を実現するために必要な立法措置について若干の試論を行いたい。

2、各手続における各種債権の改正経緯と現状

(1) 租税債権

① 破産手続

旧破産法において、破産手続開始前の原因に基づいて生じた租税等の請求権^⑤は全て財団債権とされていたが、平成一六年破産法改正において、その財団債権の範囲が、破産手続開始当時まだ納期限の到来していないもの、あるいは納期限から一年を経過していないものに限定され、その他の租税等の請求権は優先的破産債権とされた^⑥（破一四八条一項三号）。破産手続における租税債権の優先的取扱いについては従来から批判が多かったところであるが、この改正によって、破産手続においては租税債権のプライオリティが一部下げられたこととなった。しかし、優先的破産債権間の優先順位は、実体法の順序によるとされているため、租税債権はその他の優先的破産債権に優先するとされる^⑦（破九八条二項^⑧、国税徴収法八条、地方税法一四条、民三〇八条）。また、破産手続開始前に破産財団に属する財産に対して

既に開始していた滞納処分については、手続開始決定後も続行することが認められている（破四三条二項）。

加えて、租税債権については、その徴収権限を有する者に対してした担保供与、債務消滅に関する行為に対して否認権の行使が排除されている（破一六三条三項）。そのため、優先的破産債権となる租税等の請求権について、破産手続開始決定直前に多額の回収や担保提供がなされた場合等でも否認権を行使することはできず、その意味においても、他の破産債権よりも租税債権が優先的に取り扱われていることが窺える。

破産手続における租税債権は、確かに平成一六年改正後の新破産法において、一部が優先的破産債権とされたことによりプライオリティが下げられたものの、その他の取扱いを鑑みると、実体法上の要請もあることから、その実質的プライオリティはまだ非常に高く、優先的な取扱いがなされていると言えよう。

②民事再生手続

再生手続においては、租税債権に関する特別の規定はなく一般の規定が適用される。そのため、租税債権は、共益債権となるものを除いて、一般優先債権として再生手続によらず随時弁済される（民再一二一条一項、二項）。また、再生手続申立て後も、滞納処分は中止命令や包括的禁止命令の対象とはならず、滞納処分を停止することはできない（民再二六条、二七条）。再生手続開始後の租税債権は、再生債務者の業務、生活、財産の管理・処分に関する費用（民再一九条二号）に該当すると考えられるため、共益債権となる。⁹⁾さらに、租税債権は、再生計画において権利変更をすることができない。

したがって、再生手続における租税債権は、再生手続開始決定の影響をほとんど受けることなく、手続開始前と変

わらず、弁済を受け、滞納処分を行うことができる。再生計画による権利変更の対象にもならないため、債権額にも影響を及ぼすことはない。手続開始の影響を受けないという点において、再生手続における租税債権のプライオリティは非常に高いと言えるよう。

③会社更生手続

更生手続における租税債権については、他の倒産手続と比較すると条文上の規定は多い。原則的に、更生手続開始決定前の原因に基づいて生じた租税債権は更生債権となるが、手続開始決定前の原因に生じた源泉徴収に係る所得税、消費税、酒税、たばこ税、揮発油税、地方道路税、石油ガス税、石油石炭税、地方消費税、申告納付の方法により徴収する道府県たばこ税（都たばこ税を含む。）及び市町村たばこ税（特別区たばこ税を含む。）並びに特別徴収義務者が徴収して納入すべき地方税の請求権で、更生手続開始当時まだ納期限の到来していないものは、共益債権となる（会更二二九条）。また、更生手続開始申立後、開始前会社の財産に対して既にされていた滞納処分を中止命令によつて中止することができる（会更二四条二項¹⁰）。裁判所が、開始前会社の事業の継続のために特に必要であると認めるときは、中止した滞納処分を取り消すこともできる（同条五項）。ただし、滞納処分中止・取消を行う際には、あらかじめ徴収の権限を有する者の意見を聴かなければならない（同条二項但し書、五項但し書）。更生手続開始決定後も、開始決定日から一年間（一年経過前に更生計画が認可されることなく更生手続が終了し、又は更生計画が認可されたときは、当該終了又は当該認可の時までの間）は、会更二四条二項に規定する滞納処分を行うことはできず、更生会社の財産に対して既にされている同項に規定する滞納処分も中止する（会更五〇条二項）。この一年間という期間は、裁判所が必要があると

認めるときは、伸長することができるが、その際には、あらかじめ徴収の権限を有する者の同意を得なければならぬ（同条三項）。また、裁判所が更生に支障を来さないと認めるときは、管財人もしくは租税等の請求権につき徴収の権限を有する者の申立て等により、会更五〇条二項に基づいて中止した滞納処分¹¹の続行を命じることができる（同条五項二号）。さらに、破産手続と同様に、更生会社が更生手続開始決定前の租税債権について、その徴収の権限を有する者に対してした担保の供与又は債務の消滅に関する行為に対しては、否認権を行使することができない（会更八七条三項）。更生計画においては、租税債権について、その権利に影響を及ぼす定めをするには、徴収の権限を有する者の同意を得なければならない（会更一六九条一項本文）¹¹。

以上のように、更生手続における租税債権は、原則的に更生債権として扱われ、中止命令の対象にもなり、更生手続開始決定後も一年間は滞納処分を行うことができないことから、他の手続における租税債権よりも比較的そのプライオリティは下げられていると解することもできよう。しかし、一方で、否認権の行使は排除され、徴収権限を有する者の同意を得なければ、更生計画において一定の免除等を内容とする権利変更ができない。さらに、更生手続開始決定後一年間は滞納処分が中止されるものの、一年を超えれば、例えその時に更生計画がまだ認可等されていないと、過去に租税を滞納している更生会社では、他の更生債権者等が執行を禁止される状況下で（会更四七条一項）、滞納処分が可能となってしまう。また、滞納処分も中止命令の対象とはなるものの、中止を命ずる際には、他の更生債権者とは異なり、あらかじめ徴収の権限を有する者の意見聴取が必要となる。したがって、条文上の制約はあるものの、更生手続における実質的な租税債権のプライオリティも他の更生債権に比して高く、優先的に取り扱われていると言える。

(2) 労働債権

① 破産手続

破産手続における労働債権は、旧破産法においてすべて優先的破産債権とされていたが（旧破産法三九条、民三〇八条）、労働者の生活保障の観点から、平成一六年破産法改正において、①破産手続開始前三月間の破産者の使用人の給料の請求権、及び、②破産手続の終了前に退職した破産者の使用人の退職手当の請求権のうち、退職前三月間の給料の総額^⑬に相当する額を財団債権として優先的に弁済されることとなった（破一四九条）。また、同改正において、労働債権のうち財団債権部分を弁済されるだけでは、生活の維持を図るのに困難を生ずるおそれがある場合には、裁判所の許可を得て優先的破産債権となるものにつきその全部または一部の弁済をすることができる制度も用意された（破一〇一条）。さらに同じく同改正において、牽連破産の場合において、破産手続開始決定より前に再生手続開始決定があるときは、再生手続における共益債権が破産手続においても財団債権とされることに加えて、再生手続開始決定前三月間の給料についても財団債権とされることとなった^⑭（民再二五二条五項）。

破産手続における労働債権は、平成一六年破産法改正において従来よりもプライオリティが高くなった。条文上において労働債権の一部が財団債権化されたことに加えて、原則的に配当段階で得られる優先的破産債権部分の労働債権についても、配当を前倒しして弁済を受けることができる点からも、労働債権の取扱いは、労働者保護の観点が非常に反映されているものと言える。

②民事再生手続

再生手続における労働債権の取扱いについても、租税債権と同様に特別の規定がなく、一般の規律が適用される。よって、労働債権の取扱いは、その全額が一般先取特権の被担保債権となる限りにおいて（民三〇六条二号、三〇八条）、租税債権の取扱いと基本的には同様である。すなわち、再生手続開始前の原因に基づいて生じた労働債権は、共益債権に該当しうるものを除いて、一般優先債権となる（民再一二三条一項）。再生手続開始後の労働債権は、再生債務者の業務に関する費用であり、共益債権となる（民再一九条二号）。

租税債権の取扱いと異なる点は、破産手続における労働債権でも述べたとおり、牽連破産の場合の処理である。労働者の生活保障を図るという観点から、再生手続において共益債権であったものは移行した破産手続でも財団債権となり（民再二五二条六項）、一般優先債権についてもその一部が財団債権として優先的に取り扱われることとなっている（民再二五二条五項）。

再生手続では、原則として手続開始後も事業の継続を念頭においているため、雇用契約も継続することが多く、労働債権も再生手続開始後はもちろんのこと、再生手続開始前の労働債権も一般先取特権の被担保債権となる範囲で保護されており、優先的に取り扱われている。民再生法上に労働債権に関する特別規定がないことから、牽連破産に至った場合も想定して労働債権の保護が図られており、再生手続においても労働債権のプライオリティは高い。

③会社更生手続

更生手続における労働債権についても、そのプライオリティは高い。更生手続開始前の原因に基づいて生じた労働

債権は、更生担保権または共益債権となるものを除いて、優先的更生債権となる（会更二条八項、一六八条一項二号・三項、民三〇六条二号、三〇八条）。また、共益債権となる労働債権の範囲についても特別の規定があり、①更生手続開始前六月間の給料の請求権、②更生手続開始前の原因に基づいて生じた使用人の身元保証金の返還請求権、③更生計画認可決定前に退職した使用人の退職手当の請求権（退職前六月間の給料の総額に相当する額または退職手当の額の三分の一に相当する額のいずれが多い額¹⁵）、④更生手続開始前の原因に基づいて生じた使用人の預り金の返還請求権（更生手続開始前六月間の給料の総額に相当する額か当該預り金の額の三分の一に相当する額が多い額）が共益債権となる（会更一三〇条）。注意すべきは、給料債権と退職金債権につき、破産手続では財団債権の範囲が三ヶ月分であるのに対して、更生手続では六ヶ月分が共益債権となる点である。さらに、退職金債権についてはその総額を基準とした上限が設けられ、退職前六ヶ月間の給料債権のいずれが多い方が保護されること、また、更生手続では給料債権・退職金債権以外の労働債権も共益債権として保護されていることも、破産手続とは異なる。更生手続開始後の労働債権は、基本的に共益債権となる（会更一二七条二号¹⁶）。共益債権・更生担保権・優先的更生債権となる労働債権の取扱いは、それぞれ一般の共益債権、更生担保権、優先的更生債権の扱いと同様であり、租税債権に関するような特別規定は設けられていない。

更生手続においても事業の継続が念頭に置かれており、更生会社となる会社は規模が大きいことが想定されるため、労働債権の取扱いについては条文において細かく分類して定められている。共益債権となる労働債権の範囲については、既に述べたとおり、破産手続に比してその保護範囲が拡大されていることから、更生手続における労働債権のプライオリティは他の倒産手続よりも高く設定されているとも考えられる。

④労働者健康福祉機構による未払賃金立替払制度

以上のように、各手続における労働債権の取扱いは、労働者保護の観点からいずれの手続においてもそのプライオリティは高く設定されていることがわかる。しかし、労働債権のプライオリティについて検討する際に、各手続に共通して非常に大きな影響を与えるのが、労働者健康福祉機構による未払賃金立替払制度である。

未払賃金立替払制度とは、賃金の支払の確保等に関する法律に基づき、企業が倒産したために、賃金が支払われなのまま退職した労働者に対して、その生活の安定に資することを目的として、その未払賃金の一定範囲について、公的機関（労働者健康福祉機構）が事業主に代わって支払う制度である。¹⁷立替払を受けるためには様々な要件が必要であるが、労働者健康福祉機構が立替払を行った場合には、その限度において労働者の事業主に対する賃金請求権を取得し、各倒産手続上も労働者健康福祉機構が代位取得した当該請求権は優先権を有する債権として取り扱われるとされている。¹⁹

しかし、何ら明文の根拠がないにもかかわらず、なぜ代位取得した労働債権の優先権を労働者健康福祉機構は当然に行使できるのか。未払賃金請求権、すなわち倒産手続開始前の原因に基づいて生じた労働債権は、本来は一般の倒産債権となるべきところ、労働者保護という政策的観点からプライオリティを高くして優先的に取り扱っている点については既に述べたとおりである。そして、労働者健康福祉機構による未払賃金の立替払によつて、その労働者保護の目的は実現されることになる。にもかかわらず、労働者健康福祉機構は代位取得した労働債権の優先権を行使でき、限りある配当原資からその他の一般倒産債権者に優先して、立替払代金を回収していく。これは妥当なのか。

この点については以前から問題視されていたが、²⁰近年この点を争った裁判例が出てきている。²¹通常、多くの倒産事

件において、労働債権はこの未払賃金立替払制度を用いて倒産手続開始後早期に弁済されている。したがって、倒産手続開始前の原因に基づく労働債権のプライオリティを検討する際には、労働債権に関する実際の利害関係人を、労働者本人というよりも、むしろ労働者健康福祉機構であるとして考えなければならぬと言えよう。

(3) 商取引債権

① 破産手続

破産手続における商取引債権は、破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権として破産債権となる（破二条五項）。通常、破産手続開始決定によつてそれまでの商取引は全て終了することから、商取引債権者は破産債権者として破産手続に参加して配当を得るしかないことになる。したがって、破産手続における商取引債権のプライオリティは、一般の破産債権と同一である。

② 民事再生手続

再生手続においては、手続開始後いかに事業価値を毀損することなく事業を継続していけるかが最重要課題となる。そのためには、それまでの取引関係を維持することが必要不可欠であり、取引関係を維持するためには、商取引債権を手続開始後迅速に保護する必要が生じる。本来、商取引債権は一般の再生債権であり、再生手続開始後は原則として弁済が禁止される（民再八五条二項）。しかし、再生手続においても、前述のように事業価値の維持を図るべく、商取引債権を保護し優先的に取り扱うことが認められている。その方法としてはいくつか考えられるが、²² 昨今実務的に

活用されているのが、商取引債権を「早期に弁済しなければ再生債務者の事業の継続に著しい支障を来す」少額債権として、裁判所の許可を得て優先弁済する方法である(民再八五条五項後半)。民再八五条五項後半は、後述のように、平成一四年会社更生法改正の際に会更四七条五項後半と同じくして新設された条文である。この改正までは、「早期に弁済することにより再生手続を円滑に進行することができる」少額債権(民再八五条五項前半)の規定を類推適用して商取引債権の弁済を認めていたところ⁽²³⁾、改正により事業の継続に必要不可欠な倒産債権を弁済する運用に明文の根拠が与えられた。しかし、いかなる場合を「事業の継続に著しい支障を来す」と解するのかについては解釈に委ねられている⁽²⁴⁾。また、いかなる範囲の債権を「少額」というのかも解釈に拠る所が大きい。これらの解釈については、更生手続でも同様の議論があるため詳細は後述するが、このように解釈に委ねる点が多いために、その運用が裁判所によってかなり異なるのが実情となっている⁽²⁵⁾。ただ、後述する更生手続に比べると、再生手続における再生債務者の規模は比較的小さいため、資産の余剰も少なく、商取引債権を優先弁済できる状況にない場合が多い。そのため、商取引債権保護の要請は非常に高くとも、優先弁済できないのが現実といえる。この点において、同様の議論がある更生手続とは若干異なるであろう。

しかしながら、条文中認められている商取引債権のプライオリティは、原則的には、一般の再生債権と同様である。民再八五条五項後半が認めている優先的取扱いとは、一般の再生債権を例外的に優先弁済するという形で取扱いであり、条文中プライオリティが高い租税債権や労働債権には劣後している。ところが、実際には商取引債権は事業継続のために最も優先的に弁済されることが求められている債権であるともいえる。まず商取引債権を優先的に取り扱うことによって取引関係を維持し、手続開始直後の混乱を乗り切ることが、結果的には租税債権や労働債権、ひいては

一般の再生債権への迅速な弁済を促すとも考えられるからである。その意味において、現再生法上の商取引債権のプライオリティは、実際の要請に対応仕切れていないと考えられよう。

③会社更生手続

更生手続においても、事業継続のために商取引債権保護が必要となるのは再生手続と同様である。商取引債権保護の方法も、再生手続と同様にいくつか用意されており（会更二八条一項・二項、会更四七条二項等）、昨今では、平成一四年会社更生法改正の際に新設された会更四七条五項後半の「早期に弁済しなければ更生会社の事業の継続に著しい支障を来す」少額債権として、裁判所の許可を得て商取引債権を優先弁済する方法が活用されている。同項における「事業の継続に著しい支障を来す」ないし「少額」について解釈に委ねられている点も再生手続と同様である。

ただ、同項による商取引債権保護は、現在、特に更生手続において、より注目されている。というのも、再生手続よりも債務者の規模が大きい場合が多い更生手続では、手続開始決定後も比較的資産に余力があり、「事業の継続に著しい支障を来す」商取引債権を選別せずとも、全ての商取引債権を弁済することも可能な場合があるからである。本来、更生手続では手続開始決定がなされると、原則的に更生債権は更生計画によらなければ弁済を受けること等ができないところ（会更四七条一項）、事業の継続に必要不可欠な少額債権のみ例外的に優先弁済が許されるのが会更四七条五項後半の趣旨である。しかし、実際には、事業の規模から取引先数が膨大で事業継続に必要不可欠な商取引債権者を選択することが非常に困難であること、資産にまだ余力がある場合が多いことから、手続開始前に既に発生していた更生債権となるべき商取引債権を全て弁済してしまうことがある。その事例として、近年では、日本航空や

ウイルコム、林原の更生事件等が挙げられる。⁽²⁶⁾

商取引債権を一〇〇%保護できれば、従来の取引先と取引関係を維持することができ、事業価値を毀損することなく迅速に事業継続ひいては事業再生を実現することができる。加えて、商取引債権を保護することによって、結果的には優先弁済されないその他の更生債権者への弁済率も向上する。これらが、昨今更生手続において、債権者平等の原則を修正して商取引債権を一〇〇%保護する正当化根拠とされている。⁽²⁷⁾ただ、商取引債権を一〇〇%保護する場合でも、更生法上の保護の方法は、条文で規定されている方法に拠るしかないため、商取引債権全てを「早期に弁済しなければ更生会社の事業の継続に著しい支障を来す」少額債権に該当するとして全額優先弁済することになってしまっているのが原状である。例外的に特定の更生債権を優先的に取り扱うべき規定が、全更生債権の大半に適用されてしまうため、会更四七条五項後半の本来の趣旨と矛盾が生ぜざるを得なくなっている。加えて、何をもって「少額」というのか、あるいは最終的な「弁済率の向上」はどのように認定するのかについてもやはり明確な基準等はなく、解釈に委ねられている。⁽²⁸⁾

更生手続における商取引債権も、条文上のプライオリティは一般の更生債権でありながら、実質的には手続開始決定の影響をほとんど受けることなく迅速に優先弁済がなされる場合がある。再生手続よりも資金的には余力がある債権者が多い更生手続において、事業継続を目的とする商取引債権保護の要請はより高いものであり、実際にその要請を実現することが資金的に可能であるのであれば、更生法上も商取引債権のプライオリティを高くし、商取引債権保護の要請と方法を更生手続に反映させるべきであろう。

3、現代における理想的なプライオリティ体系

これまで、各倒産手続における租税債権、労働債権、商取引債権の現在のプライオリティと現状を確認してきた。各債権のプライオリティは、改正を経て変遷してきてはいるが、いまだその現状には問題点も生じている。はじめに述べたとおり、倒産手続におけるプライオリティは、時代と社会の変遷とともに、常に修正を加えながら、より良い体系へと変化していかなければならない。そこで、現代社会における各倒産手続の理想的なプライオリティ体系とはいかなるものなのかを検討してみたい。租税債権、労働債権、そして昨今特に再建型倒産手続においてその保護の要請が高い商取引債権をふまえて検討したいと思う。これらの債権は、本来は一般の倒産債権となるべきものという点で共通している。租税債権と労働債権は、政策的観点からプライオリティを格上げされており、商取引債権は事業継続の実現のために優先的に取り扱われている。これらの債権は皆その他の一般の倒産債権の犠牲の下に優先されているのである。

限りある債務者の弁済原資の中で、どの債権をより優先的に取り扱うべきなのか、債権者平等の修正を正当化できるプライオリティ体系とはいかなるものなのか検討してみたい。その際には、倒産法上の財団債権ないし共益債権としてのプライオリティだけではなく、前で確認したその他各倒産手続で認められている優先的措置や制度もあわせた上で、各倒産手続全体におけるプライオリティ体系を考える必要があるだろう。

(1) 租税債権

租税債権については、既に指摘したとおり、破産手続において一部が優先的破産債権となったものの（破九八条一項）手続開始決定前に既に滞納処分が開始されているものについては続行が認められ（破四三条二項）、否認権の適用も排除されている（破一六三条三項）。再生手続ではほとんど手続開始決定の影響を受けることがなく、更生手続においても滞納処分を中止しうる期間が一年に限定される（会更五〇条二項）など、依然として租税債権のプライオリティは各倒産手続において非常に高い。租税債権の優先については、これまでも多くの批判があり、平成一六年破産法改正においては、それらの批判を踏まえながら、財団債権となる租税債権の範囲を「納期限から一年を経過していないもの」に限定した（破一四八条一項三号）。しかし、それでもなお租税債権には優先的措置が多く設けられており、租税債権のプライオリティの高さは実質的にはあまり変化がないようにも思われる。特に、再生手続においては中止命令等の対象にもなることなく、基本的にはすべてが手続外で優先的に弁済を受けられる。この取扱いが妥当であるか。

租税債権に優先権が与えられるのは、実体法上の優先権が付与されているからである。すなわち、滞納処分において、租税債権と他の私債権とが競合する場合には、原則として租税債権は他の債権に優先して徴収される（税徴八条、地税一四条）。加えて、租税債権は法定納期限と担保権の設定日の先後によつては、特定財産に対する担保権にも優先する場合がある（税徴一五条以下）。では、現在の租税債権の優先権は、どのような経緯を経て付与されるに至ったのであろうか。倒産手続における租税債権のプライオリティを検討する前に、その根拠たる実体法上の租税債権の優先権の沿革と変遷をたどつてみたいと思う。

租税債権の優先権は、すでに明治初年において、行政的取扱いにおいては意識されていたが、それが法令上に具体化されたのは、明治一〇年の租税不納規則だとされている。この法令によりはじめて滞納処分を行政処分として自力執行することが認められ、かつ、この法令では租税債権は一般の私債権はもとより、担保権付債権にも無条件に優先するとされていた。⁽³¹⁾その後、明治二二年に制定された国税徴収法および国税滞納処分法において、明文にて実体法上の租税債権の優先権を宣言し、同時に担保権付債権（但し、質権及び抵当権。）⁽³²⁾に対して租税債権の優先権を制限した（国税滞納処分法六条）。つまり、現在の租税債権の優先権は、明治中期から実体法上で付与されていることがわかる。また、ここで同時に注目すべきは、それまで無条件に優先していた租税債権が、一定の担保権付債権に対して制限された点である。この規定の立法趣旨については争いがあるが、日本の経済的基盤が前近代的な農業経済から資本主義に推移するに伴って、近代的な取引安全の要請から私債権者を保護する必要が生じたことが背景にあったとされている。⁽³³⁾この明治二二年制定の国税徴収法・国税滞納処分法における租税債権の優先権が、現国税徴収法の基礎となる明治三〇年国税徴収法二条・三条に承継され、当該国税徴収法を昭和三四年に全文改正したものが現行の国税徴収法である。そして、昭和三四年改正における重要なテーマの一つが、「租税債権の優先権の見直し」であった。

昭和三四年改正以前にも一定の担保権付債権に制限されることもあった租税債権ではあるが、それでも依然として租税は特殊なものであって、一般の私債権とは全く性格を異にするものであり、租税債権の優先は当然に容認されるべきものであるという考え方が一般的であった。⁽³⁴⁾一方、民法学の分野では、既に古くから、租税債権についても私債権と同じ土俵で優劣を決すべきであるという主張が有力に展開されており、⁽³⁵⁾租税債権の優先権の問題に係る改正作業は、こうした民法学の側からのアプローチから出発した。ただ、調査会審議では激しく意見が対立したものの、⁽³⁶⁾調査

会全体としては租税債権の優先権を端的に否定する立場ではなく、民法学側も租税債権に特殊性があることは認めたうえで、「租税債権の優先を認めることによって私債権者が被ることになる不利益を考慮した場合、どこまでその優先を許容することができるのか」という観点から審議は進められた。そうして、主に担保権付債権と租税債権との優劣の調整について審議がなされ、法定納期限等を基準とした現行国税徴収法の規定が設けられた（税徴一五条以下参照）。この昭和三四年改正によって、それまで租税債権の優先が認められていた多くの場面で、私債権と租税債権のプライオリティが逆転することになったのである。³⁷⁾

このように、租税債権は、当初はすべての私債権に無条件に優先していたが、社会情勢や金融取引の発展から私債権を保護する必要性が高くなり、徐々に租税債権の優先権が制限されていった。租税債権に優先権が付与されていることは明治期から変わりはないが、その内容には時代の変遷とともに修正が加えられ、現国税徴収法に至ったことがわかる。したがって、倒産手続における租税債権の優先的取扱いについても、その内容に修正を加えていくことは認められると考える。実際、平成一六年改正において租税債権は一部プライオリティが格下げされているが、依然として倒産手続全体における租税債権のプライオリティは高く設定され過ぎてはいないだろうか。現代社会における倒産手続の目的や社会的要請を考慮したうえで、再度租税債権の優先的取扱いについて検討を行い、その他の労働債権や商取引債権を保護するために租税債権の優先権を制限する場面があってもよいと考える。ただ、やはり租税債権の特殊性ゆえに実体法上の優先権が付与されている点は尊重する必要がある、ただ租税債権のプライオリティを全て一般の倒産債権に下げるという取扱いに修正することはできないと思われる。租税債権の実体法上の優先権を尊重しながら、労働債権や商取引債権等の私債権との優劣を調整することは非常に困難であるが、検討の際には、国税徴収法

の改正作業において用いられた「租税債権の優先を認めることによって私債権者が被ることになる不利益を考慮した場合、どこまでその優先を許容することができるのか」という観点が参考になると考える。

(2) 労働債権

労働債権は、平成一六年破産法改正においてその一部が財団債権に格上げされ、再生手続や更生手続でも随時弁済される優先債権として扱われており、各倒産手続において労働債権の条文上のプライオリティは高い。加えて、実際には各手続において労働者健康福祉機構による未払賃金立替払制度が利用されることが多く、倒産手続における労働債権の保護は実現されていると言えよう。したがって、倒産手続における労働債権の条文上のプライオリティは現代においても修正する必要はないように思える。ただ、労働者健康福祉機構による未払賃金立替払制度が利用されることが大半である現状においては、労働債権のプライオリティを検討するには、条文上のプライオリティの妥当性だけではなく、労働債権の優先弁済が実現される未払賃金立替払制度を含める必要があるように思われる。すなわち、未払賃金立替払制度が利用された場合、倒産手続において実際に労働債権を行使するのは立替払いによって労働債権を代位取得した労働者健康福祉機構となり、先にも述べたとおり、現在、当機構は代位取得した労働債権の優先権を明文の根拠なく行使できることとなっている。未払賃金の立替払いによって労働者保護の目的は実現されたにもかかわらず、限りある弁済原資からその他の一般倒産債権者に優先して、機構が立替払金を回収していくことは認められるのか、この検討が労働債権のプライオリティ再考には不可欠となろう。

未払賃金立替払制度は、労働者災害補償保険法二九条一項三号に掲げる「賃金の支払の確保を図るために必要な事

業」として行われ(賃確法九条)、事業に要する費用は、全額事業主負担とされている労働者災害補償保険(以下、「労災保険」という)に係る労災保険料によって賄われている。そして、事業の実施主体となつているのが労働者健康福祉機構である⁽³⁸⁾。未払賃金の立替払いは、労働者の保護を目的とするものであり、事業主の賃金の支払義務を緩和するためのものではない⁽³⁹⁾。賃金の支払義務は事業主の基本的義務であるので、事業主が倒産して国が未払賃金を弁済した場合であっても、当該事業主はその義務を免れるべきではないとするのが賃確法の根本的思考である⁽⁴⁰⁾。労働者が機構から未払賃金の弁済を受けるには、事業主の倒産手続開始後に請求すれば足り、倒産手続開始前に機構と保証契約を締結する必要はない。したがって、機構は、事業主に立替払いを受けるための要件さえ満たされれば、常に労働者からの請求に応えなければならないことになる。また、既述のとおり、機構の立替払いは労災保険料を原資として行われており、事業主による労災保険料の負担は立替払いを受けるためには不可欠である。事業主が労働保険料を負担し、機構は事業主から徴収した労災保険料を原資として、労働者の未払賃金を事業主に代わって弁済し、弁済に要した費用を事業主から回収するというのが賃確法の想定する機構と事業主との関係であるが、事業主から徴収した労災保険料の範囲内という限定はないことから、ある事業主の未払賃金の弁済が他の健全な企業の負担した労災保険料から行われているとも言える⁽⁴²⁾。

このような未払賃金立替払制度において、機構の倒産手続における労働債権の優先権の承継と行使の可否についての見解は、肯定説と否定説に分かれている。肯定説は、財団債権等の趣旨から優先権の承継を否定するのは、財団債権等の趣旨と財団債権等の地位とを区別しないために生ずる結果であるとし、仮に原債権の財団債権性等を否定した場合、それによって保護されるのは、その他の一般の倒産債権者等の利益となるが、その他の倒産債権者等としては、

原債権を本来通り原債権者が行使した場合には財団債権等としての負担を受忍せざるを得なかったものを、代位弁済がなされたという偶然の事実に基づいて「棚ぼた」的に自分たちの配当原資とするべき利益は認められないと主張する。⁽⁴³⁾ 一方、否定説は、労働債権は労働者保護という政策的理由から財団債権等としたものであるから、「この種の財団債権等は、債権自体の性質のみならず、債権者の性質から特別の保護が認められたものであり、それゆえ当該債権が譲渡等により移転して、異なる債権者に帰属した場合には、債権としての同一性は維持されていても、前記のような特別の要保護性はもはや認められず、その場合には、倒産手続上、財団債権等という特別扱いを例外的に認める根拠は失われ、本来の性質たる破産債権等として取扱いがなされれば足りるとする」⁽⁴⁵⁾。

確かに、機構による未払賃金立替払いによつて、労働者保護は実現され、労働債権のプライオリティが高く設定されている趣旨は果たされているため、もはや労働債権を代位取得した機構には優先権行使を認める必要はないとも考えられる。ただ、機構による立替払いは事前に事業主の委託等の行為は必要とされず、要件さえ満たせば立替払いの請求に応じなければならないこと、未払賃金立替払制度の目的は決して事業主の賃金の支払義務を緩和することではないところ、機構の優先権行使を否定してしまうと、立替払いした金額分だけ債務者たる事業主の財団が増殖するため（一般の倒産債権として配当等される金額は除く）、倒産手続開始時に未払賃金が多ければ多いほど財団が増殖する可能性があり、事業主の賃金未払いを促すおそれがある。したがって、優先権の行使の可否について現時点で結論を出すことは非常に難しいが、いずれにせよ賃確法に何らかの明文の根拠を設ける必要があるろう。その意味において、労働債権の倒産手続全体におけるプライオリティは修正の余地があると思われる。

（3）商取引債権

商取引債権のプライオリティについては、主に再生手続と更生手続で問題となる。破産手続では、もはや事業の継続は見込まれないため、商取引債権は一般の倒産債権として配当するからである。先に述べたとおり、再建型倒産手続における商取引債権の優先的取扱い⁴⁶は、昨今非常に大きな関心事となっている。特に、大型の更生事件では、商取引債権を一〇〇%保護して優先的に取り扱う実務が活用されている。商取引債権の条文上のプライオリティは、一般の倒産債権と同様であるため、原則的には倒産手続が開始されると弁済禁止の対象となる（民再八五条一項、会更四七条一項）。ところが、昨今の実務的傾向により、商取引債権のプライオリティは徐々に高くなつてきているように思われる。しかし、高いプライオリティの要請がある一方で、再生手続・更生手続ともに商取引債権保護の法的措置は、民再八五条五項後半や会更四七条五項後半等で認められる裁判所の許可による優先弁済しか認められていない。しかも、既述のとおり、民再八五条五項後半ないし会更四七条五項後半に規定される「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す少額債権」の解釈は非常に曖昧であり、逆に曖昧ゆえに同項を用いて商取引債権保護が重要であることに異なしてしまっているようにも見受けられる。迅速な事業再生を実現させるために商取引債権保護が重要であることに異論はない。ただ、やはり特定のあるいは全ての商取引債権を保護することは、債権者平等の原則を修正していることに他ならない。したがって、その他の倒産債権者にとっても債権者平等の修正が許容できるものとなるよう、商取引債権保護の法的措置について改めて検討を行い、現在の商取引債権に求められているプライオリティを再生手続・更生手続にしっかりと反映させる必要があると考える。

現在、商取引債権を保護する場合には、保全段階においても、手続開始後においても、実務上は、一般的に以下の

基準を満たす必要があると考えられている。⁽⁴⁸⁾ すなわち、①商取引債権を弁済することにより、事業価値の毀損が防止され、商取引債権の弁済を行わない場合に比べて商取引債権者以外の債権者に対する弁済率も向上すると合理的に見込まれること、②商取引債権者が従来どおりの約定および支払条件での取引を承諾すること、③商取引債権を弁済することにつき特段の支障がないこと（当該債権を弁済することにつき資金繰り上問題ないと相当程度見込めること、また、将来の更生計画等の作成に支障を来さないことが相当程度見込めること等）である。これら三つの要件は、厳密には「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す」の文言解釈から設けられた要件ではないと思われるが、これらの要件を満たしていれば、民再八五条五項後半ないし会更四七条五項後半による裁判所の弁済許可が得られることになっているようである。上記文言との関係では、「商取引の継続が事業価値の維持またはその毀損を避けるために不可欠であり、仮に更生債権等である相手方の商取引債権に対する弁済を更生計画（等）の定めによらせることとすれば、必然的に、相手方は本来の弁済期における入金が期待できず、また、さらに更生計画（等）によって弁済期が繰り延べられ、あるいは債権額が減免されることとなれば、著しい経済的不利益を受けることとなる、その結果として相手方は、将来の取引の継続を拒絶することとなり、事業継続に必要な資材や役務が納入されなくなるために、事業価値が毀損する」⁽⁴⁹⁾ことが商取引債権保護の実質的根拠となるとされている。さらに、「少額」については、総負債額の中での当該債権の割合、事業継続の上での弁済の必要性、資金繰りの状況、将来の更生計画による弁済の見込み等の要素を考慮して決するとされる。⁽⁵⁰⁾ 従来は、これらの事項を考慮しても数百万円のレベルが「少額」として許可されていたが、⁽⁵¹⁾ 昨今では数億円、場合によってはそれ以上の額が「少額債権」として認められ、弁済許可が与えられている。このように、現在実務で行われている商取引債権保護と条文上予定されていた保護の措置が乖離してきてしまっ

いるため、矛盾が生じている。この状態を回避するために考えられる方法としては、まず、商取引債権のプライオリティを格上げしてしまう、つまり、共益債権化してしまうことが挙げられる。そうすれば、優先弁済する条文上の根拠が与えられる。ただ、共益債権化してしまうと手続開始後も随時弁済しなければならぬため、商取引債権を保護する余力のない企業等には逆に大きな負担となってしまう、手続の進行に支障を来すおそれが生じる。特に再生手続を利用する企業等には負担が大きいためであろう。もう一つは、現在と同じ裁判所の許可による優先弁済を維持し、条文上の文言をより明確にする、あるいは明確な要件を設けることである。ただ、文言の明確化、要件定立が非常に困難であることは否めない⁵²。いずれも容易な修正ではないが、商取引債権保護の要請を明確に手続に反映し、現状の矛盾を改善するためにも、早急な対応が必要である。

(4) 現代における理想的なプライオリティ体系

これまで見てきたように、現代社会における倒産手続、特に再建型倒産手続においては、商取引債権のプライオリティを高くする要請が強くなってきているように思われる。まず、手続開始後迅速に商取引債権を保護することで事業継続を図り、最終的な弁済率の向上を図っている。手続開始直後の優先弁済の順序としては、租税債権や労働債権にも優先して商取引債権を弁済する場合もあろう。したがって、現代において事業再生を実現するためには、共益費用等を除いた倒産手続における債権のプライオリティは、もはや、租税債権・労働債権だけでなく、商取引債権を踏まえて検討する必要があるのではないだろうか。ところが、既述のとおり、現行倒産法上の債権のプライオリティは、商取引債権を原則的に一般の倒産債権として扱っているため、条文上の商取引債権のプライオリティが低い。

では、どのようにプライオリティを修正すればよいだろうか。

ただ単純に商取引債権のプライオリティを上げれば解決するわけではない。一部の大型更生事件を除いては、債務者の弁済原資には限りがあり、租税債権・労働債権のプライオリティを現行法通り維持したうえで、さらに商取引債権も優先的に取り扱わなければならないとすれば、資金繰りが瞬く間に悪化し、事業再生どころか牽連破産のおそれも生じてしまうだろう。したがって、商取引債権を保護したうえで迅速な事業再生を図るためには、現在条文上も実質的な取扱いも非常に優遇されている租税債権のプライオリティを見直す必要があると考える。さらに、労働者健康福祉機構の優先権行使の根拠と範囲を明確化し、労働債権の機構への配当限度を検討する。そして、商取引債権保護の制度や要件を明確化して倒産法上の商取引債権のプライオリティを高くするのである。これが、現代社会における理想的なプライオリティ体系だと考えている。

なお、破産手続については、プライオリティ体系に商取引債権を含めることはできないが、破産手続の債務者が再建型倒産手続よりもさらに配当原資がひっ迫している状況にあることを考慮すれば、租税債権と労働債権のプライオリティの見直しについては、上記と同様に考えてもよいと思われる。

4、倒産法改正案提言試論

現代社会における理想的なプライオリティ体系を打ち立ててはみたが、このままでは抽象的な空論に過ぎない。したがって、以下では、この理想的なプライオリティ体系を実現させるべく、現行倒産法の改正案を若干提案してみた

いと思う。

(1) 租税債権

租税債権のプライオリティを見直すのであれば、租税債権を全て一律優先的破産債権や一般優先債権等に格下げすることが最も明確な見直しになるようにも思える。しかし、これまで述べてきたとおり、租税債権には実体法上の優先権が付与されている。租税債権のプライオリティを見直す際にも、実体法上の優先権は尊重しなければならない。したがって、租税債権について倒産法を改正する余地があるとすれば、条文上のプライオリティではなく、実質的には非常に高いプライオリティを有することになるその他の優先的措施を見直すことだと考える。

① 破産法

まず、破産手続開始決定前に開始した滞納処分は手続開始決定後も続行するとされ（破四十三条二項）、その理由について滞納処分が開始決定に先行している場合には「別所権的地位」がある⁵³と説明されているが、これは破産手続開始決定後には新たな滞納処分をなしないこと（同条一項）との均衡を欠く。破産手続開始の情報が漏れるや、手続開始前に至急に滞納処分がなされ、その結果破産財団が大幅に毀損してしまうという事例もある。手続開始決定前に滞納処分がなされた租税債権をそこまで保護する必要はなく、破産財団に属する財産に対して既になされていた他の強制執行等と同様に（破四二条二項）、滞納処分を失効させるべきである。また、現行法下では租税債権については否認権の適用が削除されるが（破一六三条三項）、優先的破産債権となる租税債権について、破産手続開始決定直前に多

額の回収や担保提供がなされたような場合等も考えられるため、租税債権についても否認権の適用の可能性を残しておくべきだと思われる。⁵⁴⁾

②民事再生法

再生手続では租税債権はほぼ手続開始決定の影響を受けず、平時と同様に租税債権を徴収することが可能となる。しかし、再生手続の債務者は資金的に余裕がない場合も多く、事業再生のためにも租税債権のプライオリティを制限する必要があるように思う。改正案としては、滞納処分に対する中止命令等の適用が挙げられる。現行法では、再生手続における中止命令や包括的禁止命令は滞納処分を停止する効力を有しないが（民再二六条、二七条）、事業再生のために一時的に滞納処分を停止して協議することも必要な場合があるため、中止命令や包括的禁止命令によって滞納処分を禁止、停止、取消しすることを可能とする必要があるのではないだろうか。さらに、現行法では再生計画において租税債権を権利変更することはできない。しかし、再生手続においても租税債権者の同意を得るなどして、租税債権の権利変更をする旨の再生計画を定められるとすれば事業再生にも資するであろう。会更一六九条のように、重要な権利変更については徴税の権限を有する者の同意を要することとすれば、租税債権回収の利益を侵害するおそれもないのではないだろうか。

③会社更生法

更生手続においては再生手続と比較すると、租税債権のプライオリティが制限されている場面があるが、それらに

についても若干の改正を提言したい。まずは、更生手続開始決定により滞納処分が中止等される期間の延長である。現行法では、更生手続開始決定の日から原則一年間は新たな滞納処分は許されず、また既になされている滞納処分も中止されることになっている（会更五〇条二項）。しかし、更生手続の進行は現在迅速になつてきてはいるものの、更生手続開始決定から更生計画認可決定まで一年を経過する事案は少なくない。過去に租税を滞納した会社の更生手続が一年を超える場合に、滞納処分の禁止期間を延長するには、裁判所が徴収権限を有する者から事前に同意を得て期間の伸長決定をすることが要求されるが（会更五〇条三項）、徴収権限を有する者の同意を得ることは実際には非常に困難である。そうすると、更生手続中に滞納処分が可能となり事業の更生に支障を来すばかりか、他の更生債権者等が執行を禁止されている状況下で（会更四七条一項）、偏頗的な滞納処分がなされてしまうことになり相当ではない⁵⁵。また、現行法下では更生手続開始決定の取消し、更生手続廃止、更生計画不認可の決定がなされた場合には、その確定までの間、破産手続のための保全処分をすることができない（会更二五三条一項二号・三号）。それゆえ、滞納処分禁止期間の一年を経過した更生会社について更生手続廃止や更生計画の不認可決定がなされて確定するまでの間に滞納処分がなされてしまった場合には、牽連破産（会更二五二条等参照）における破産財団を大きく毀損してしまうことになる。したがって、租税債権に基づく滞納処分は、更生手続開始決定後二年あるいは更生計画認可決定までの期間は中止等の効力が存続するものとすべきであろう。さらに、更生手続においても租税債権には否認権が適用されないため（会更八七条三項）、この点も破産法と同様に見直す必要があると思われる。

(2) 労働債権

労働債権については、先に述べたとおり、倒産法上のプライオリティの修正というよりは、まずは労働者健康福祉機構による未払賃金立替払制度の見直しが必要不可欠であると思われる。見直すべき点は、機構が立替払いをした際に労働者から代位取得した労働債権の優先権行使の可否を明確に条文に規定することである。現在は、明文の根拠はないが当然に優先権を行使できると解されている。この見解に対しては、既に述べたとおり有力な否定説もあるが、裁判例もこれを認めている。⁵⁶ 優先権行使の可否を明文化することによって、最も影響を受けるのがその他の一般の倒産債権者である。機構の優先権行使を否定すると、機構が優先的に回収できなくなった立替払金は、財団に組み込まれてその他の一般の倒産債権者への弁済原資となる。逆に、現在のように優先権行使を肯定すると、立替払金は機構が回収し、その他の一般の倒産債権者へは分配されない。この代位弁済がなされたという偶然の事実に基づいて「棚ぼた」的に自分たちの弁済原資とする点は優先権行使の否定説に対する批判の一つとなっている。ただ、「棚ぼた」的弁済原資は、私見としては厳格に否定するべきではないと思っている。というのも、原則的に債権者平等原則が貫徹される手続開始決定時において、立替払者（代位弁済者）⁵⁷ が有していたのは一般の倒産債権たる求償権だったのであり、倒産債権者である以上、他の倒産債権者と同様に、その時点での債務者財産に基づいて、その時点での債権のプライオリティに従った弁済が受けられるに過ぎなかったからである。立替払者（代位弁済者）は後に財団債権等を代位取得することについては、倒産手続開始決定時にはまだ予測し得なかったのであり、その点において、倒産手続開始決定前から既に優先弁済を受けられる地位が明確に付与されている別除権とは大きく異なると思われる。しかし、先にも述べたとおり、優先権行使を否定してしまうと、その他の一般の倒産債権者への弁済原資が増殖することから、

倒産手続開始前の事業主による貸金未払いを助長させてしまうのではないかと懸念、加えて、事前に自らの意思で保証契約を締結し将来の代位弁済を覚悟していた保証人とは異なり、機構による未払貸金の立替えは、事前の保証契約も要せず要件さえ満たせば労働者の請求に応えなければならないこと、立替払いが必ずしも事業主が事前に負担していた労災保険料の範囲内で行われるわけではないこと等を鑑みると、機構による優先権行使は肯定すべきではないかと考えている。⁽⁵⁸⁾ したがって、結果としては現在の運用に修正はないのであるが、その旨を明確に規定する対応が早急に望まれる。⁽⁵⁹⁾

次に、これは破産法に限定されることではあるが、優先的破産債権部分の労働債権と租税債権の優劣関係について提案を行いたい。労働債権は、財団債権相互間の順位は手続費用等に次ぐとされるが（破一五二条二項）、優先的破産債権相互間の順位は実体法の順序によるため、租税債権に劣後することとされている（破九八条二項、税徴八条、民三〇八条）。これまで見てきたように、倒産手続における債権のプライオリティは、実体法上の優先権を尊重しながらも、各倒産手続の目的や要請に応じて修正がなされるべきである。財団債権内部のプライオリティは単純化されているにもかかわらず（破一五二条二項）、優先的破産債権内部のみ労働者保護の観点を考慮せず、実体法上のプライオリティをそのまま採用していることについては合理性が乏しいように思える。現に、更生手続では、優先的更生債権内部での順位分けはなされていない（会更一六八条一項）。したがって、優先的破産債権内部においても、現代における倒産手続の目的や要請に従ったプライオリティを定めるべきであり、そのような観点から考慮すると、優先的破産債権において労働債権を租税債権に劣後させることは相当ではなく、実体法上の順序に従うとの現行法を改正し、優先的破産債権に含まれる各債権はすべて同順位とするべきである。

(3) 商取引債権

商取引債権については、まず早急に民再八五条五項後半・会更四七条五項後半の文言と運用を改める必要がある。ただ、現行法の「早期に弁済をしなければ事業の継続に著しい支障を来す」の文言を修正したとしても、文言自体が抽象的な表現になっているため、やはり文言解釈に委ねざるを得なくなってしまうだろう。また、「少額」についても、債務者企業の規模に相違がある以上、ある金額を上限として「少額」の基準を設けることも合理的ではないように思える。ただ、やはり現行法に「少額」という文言がありながら、数億円ないしそれ以上の金額の商取引債権の弁済が許可されているのは明らかに妥当ではない。

そもそも、民再八五条五項後半・会更四七条五項後半が本来予定しているのは、「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す」債権を優先弁済することであり、これに該当する債権のみを弁済するべきなのである。同項は、決して商取引債権を一〇〇％優先弁済できるツールとして設けられたものではなかったはずである。この点について、日本航空など大型の更生事件においては、商取引債権者の数が膨大なことから、「事業の継続に著しい支障を来す」の判断について、個別の債権者ごとに検討するのではなく、商取引債権者を包括的に弁済許可の対象とすることも検討されてよいとの見解もある。⁶⁰ 確かに、大型の更生事件において手続開始直後の混乱期に、膨大な商取引債権者につき個別に判断していくことは実質不可能であろうし、事業価値の毀損も招いてしまう。しかし、そうだとしても、やはりそのような包括的な弁済許可を民再八五条五項後半や会更四七条五項後半に求めるのは現行法では難しく、包括許可を認める新たな法的措置を設けなければならないと考える。

包括許可の是非については改めて別稿にて検討を行うとし、以下では、現行法の「早期に弁済しなければ事業の継

続に著しい支障を来す」少額債権の弁済許可制度を前提としたうえで、優先弁済の範囲をより明確化できるような改正案をいくつか検討してみたい。

① 期間で区切る方法

まずは、優先弁済の範囲を期間で区切る方法である。これは二〇〇五年アメリカ連邦倒産法改正で新設された五〇三条(b)(9)に示唆を得ることができる。⁶¹⁾ 同条では、倒産手続申立て日より二〇日前までに納入された物品に対する代金請求権を一律共益債権とした。したがって、手続申立て日より二〇日前までに物品が債務者に納入されてさえいれば、当該商取引債権は共益債権として優先弁済されることになったのである。このような規定を設けることで、債務者は当該期間に生じた商取引債権については、「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す」ことを示す必要がなくなることになる。期間内に生じた商取引債権を機械的に優先弁済することができる点で非常に明確であり、かつ債権者側にとっても予測可能性を担保できることになろう。ただ、ではわが国ではどの程度の期間で区切るのかを決するのが困難である。というのも、日本における商取引の支払猶予期間は、アメリカに比して長期に及ぶことが多い、また業種によっても異なるため、すべての業種に妥当する期間の基準を設けることが容易ではないからである。⁶²⁾ しかし、期間で区切ることが困難であれば、例えば、直近の取引一回分の商取引債権を優先弁済するなどと回数で決することも可能であるように思われる。また、共益債権化するという点もさらなる検討を要する点である。確かに、共益債権として条文上のプライオリティを上げてしまうことが最も明確に商取引債権保護につながる方法であるが、共益債権となれば、必ず当該商取引債権を優先弁済しなければならなくなってしまう。特に再生手続を用いる債務者

等には、商取引債権を優先弁済する資産的余力がないものも多いため、一部とはいえ商取引債権を共益債権化してしまおうと、その弁済で逆に事業が継続できなくなってしまうおそれも生じてしまう。⁽⁶³⁾

② 債務の種類を明確にする方法

次に考えられるのは、優先弁済する債務の種類を明示する方法である。これは二〇一〇年に更生手続が開始された日本航空において活用された方法である。日本航空では、更生手続開始直後に、全額優先弁済する一四種類の取引債務を明示して公開した。⁽⁶⁴⁾ ただ、日本航空は非常に社会に影響力の大きな更生事件であり、更生手続開始に伴う取引先の混乱や連鎖倒産等も考慮する必要があったことから、この一四種類の債務は、結果的には日本航空における商取引債権全てをカバーすることになった。すなわち、一四種類の債務の全額弁済は、日本航空における商取引債権一〇〇%保護を意味することとなり、実際に弁済された商取引債権の総額は更生計画によれば約二四五三億円となった。⁽⁶⁵⁾ したがって、日本航空の事例は特異なケースとなろうが、このように優先弁済する商取引債権の種類を具体的に列挙して公開することで、債務者にとって「事業の継続に著しい支障を来す」債権の詳細が明示され、債権者側の予測可能性が担保されることになると思われる。

③ 負債総額との比率で区切る方法

さらに、負債総額との比率で区切る方法も考えられよう。上記日本航空の事例によれば、優先弁済された商取引債権約二四五三億円は、結果的には負債総額の約九・一%であった。なお、優先弁済の許可が出された更生手続開始決

定時点で想定されていた負債総額に対する弁済許可の対象となった商取引債権総額は約三〇%、最大商取引債権者の債権額は約二%であったようである。⁽⁶⁶⁾ このように、例えば、「優先弁済する各商取引債権の債権額は負債総額の一〇%以内であること、かつ、優先弁済する商取引債権の総額が負債総額の三〇%以内であること」などと基準を設けて優先弁済の範囲を機械的に区切ってしまうこともできよう。この方法が最も明快な基準であるように思われる。ただ、やはりその具体的基準の数値を決するのが困難であることは否めない。

④ 「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す」の要件を設定する方法

最後は、やはり現行法を維持したうえで、現在解釈が曖昧である「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す」場合の要件を具体的に設ける方法が考えられる。アメリカにおける商取引債権保護においては、二〇〇〇年以降から裁判例において商取引債権を保護するための要件が明示されるようになり、債務者が裁判所に弁済許可を求める際には、それらの要件の提示が求められている。⁽⁶⁷⁾ この要件の検討はこれまでも試みられてきたところであるが、⁽⁶⁸⁾ 明確な要件を定立し、かつそれを実際に示すことが非常に難しい。特に、「商取引債権を弁済することにより、結果的に商取引債権者以外の債権者に対する弁済率が向上する合理的な見込み」(弁済率の向上)を手続開始時点で数値的に厳密に示すことは事実上不可能である。⁽⁶⁹⁾ したがって、「早期に弁済しなければ事業の継続に著しい支障を来す」の要件を定立しても、結局は裁判所による運用に委ねることになってしまいそうである。

以上、いくつかの方法を提案してみたが、最善策はいまだ見出せていない状態ではある。優先弁済の要件定立や範

囲の明確化を厳格に行い過ぎると、今度はそれらに束縛されてかえって事業再生に支障を来してしまうことも考慮する必要がある。しかし、商取引債権を保護することでより迅速な事業再生を実現するという社会の要請が生じている以上、その要請に対応しきれない現行制度の修正が不可欠であることは間違いないであろう。

5、おわりに

倒産は時代と社会経済の変遷に非常に大きな影響を受けて生じる。それは、最近でいえば、サブプライム問題に端を発した二〇〇八年のリーマンショック・世界同時恐慌を見ても明らかであろう。そして、倒産手続も時代と社会の変遷に大きく左右されるものであり、その内容は常に時代や社会の要請に即した手続きでなければならない。本稿では、倒産手続の中でも、特に債権のプライオリティに焦点をあて、現代社会における理想的なプライオリティ体系を検討してみた。原則的には債権者平等原則が適用されるべき一般の倒産債権たる租税債権、労働債権、そして昨今迅速な事業再生のために非常に重視されてきた商取引債権、この三種の債権を他の倒産債権よりも優先的に扱う場合、そのプライオリティはいかに調整すればよいのか。各々の債権には倒産手続において高いプライオリティを要請される目的や根拠があり、それを軽視することはできない。しかし、債務者の財団や弁済原資にも限りがあり、すべてを同等に優先することも難しい。非常に難しい問題であったため、検討を行っても、あくまで自らが考える理想的なプライオリティ体系とそれを実現させるための現行倒産法の改正案を若干提案するにとどまってしまったが、今後、さらなる研鑽を積み、各倒産手続における理想的なプライオリティの模索に励んでゆきたいと思う。

- (1) 中田裕康「債権者平等の原則の意義―債権者の平等と債権の平等性―」法曹時報五四卷五号一二八三頁（二〇〇二年）。
- (2) 中西正「債権の優先順位」ジュリ一二七三号七三頁（二〇〇四年）。
- (3) 谷口安平『倒産処理法（第二版）』（筑摩書房、一九八〇年）一一頁。
- (4) 本稿で対象とする商取引債権としては、まず、商人間の売買に基づく取引債権が挙げられる。商人間の売買とは、「原材料が製品化され、それが小売業者またはユーザーである商人の手に渡るまでの間、加工を加える製造業者または加工を加えず転売する卸売業者等の間で連鎖的に行われる売買である」（江頭憲治郎『商取引法第六版』（弘文堂二〇一〇年）一頁）。加えて、事業者間の売買に基づく取引債権、サービス等の提供に基づく取引債権等も本稿における商取引債権に含めることとする。
- (5) 破九七条五項に掲げる請求権を除く（破一四八条一項三号第一かつこ書）。
- (6) その期間中に包括的禁止命令が発せられたことにより国税滞納処分をすることができない期間がある場合には、当該期間を除く（破一四八条一項三号第二かつこ書）。
さらに、更生手続から破産手続への移行に際して租税等の請求権について更生手続上の包括的禁止命令や更生手続開始の効力として滞納処分をなさない期間は、財団債権となる一年間の算定から除外（会更二五四条五項、破一四八条一項三号）される（小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（商事法務、二〇〇四年）四二七頁）。
- (7) 中西正「租税債権の取扱い」ジュリ一一一五〇頁（一九九七年）。
- (8) 破九八条二項に相当する条文は旧破産法にはなかったが、旧破産法下の解釈を明文化したものであると説明される（小川・前掲注（6）一四五頁）。
- (9) 山本和彦ほか『倒産法概説』第二版（有斐閣、二〇一〇年）一〇二頁。
- (10) 共益債権を徴収するための滞納処分は除く（会更二四二条二項かつこ書き）。
- (11) 租税債権ついて、三年以下の期間の納税の猶予若しくは滞納処分による財産の換価の猶予の定めをする場合または一定の滞納税および延滞金の請求権についてその権利に影響を及ぼす定めをする場合には、徴収の権限を有する者の意見を聴けば足りる（会更一六九条一項但し書）。

(12) 当該請求権の全額が破産債権であるとした場合に劣後的破産債権となるべき部分を除く（破一四九条二項第一かつこ書）。

(13) その総額が破産手続開始前三月間の給料の総額より少ない場合にあっては、破産手続開始前三月間の給料の総額（破一四九条二項第二かつこ書）。

(14) 更生手続から破産手続への移行の場合には、更生手続上労働債権は会更一三〇条により保護されていることから、特段の手当てはされていない（小川・前掲注（6）四一八頁）。

(15) 定期金の場合は、各期における定期金につき、その額の三分の一に相当する額が共益債権となる（会更一三〇条三項）。

(16) 退職手当の請求権のうち、更生手続開始後の労働対価の後払いの性格を有するもの、更生手続開始決定後更生計画認可決定前に会社都合で退職した場合の請求権、更生手続開始後に新規に雇用され更生計画認可決定前に退職した場合の請求権は、いずれも会更一二七条二号により対応する全額が共益債権となり、会更一三〇条の対象からは除外される（会更一三〇条四項）（山本ほか・前掲注（9）一〇七頁参照）。

(17) 全国労働基準関係団体連合会「諸外国における未払賃金救済措置及び労働債権の優先順位に関する調査研究」（一九九九年）一二頁。

(18) 立替払いを受けるための要件は以下のとおりである（以下、全国労働基準関係団体連合会・前掲注（17）四頁参照）。

(1) 対象企業…労災保険の適用対象企業で、一年以上にわたって事業活動を行ってきた企業。

(2) 事業主の倒産…①法律上の倒産に該当する場合。あるいは、②事実上の倒産（事業活動が停止し、再開する見込みがなく、かつ、賃金支払能力がないことについての労働基準監督署長の認定を受けた場合。）に該当した場合。ただし、事実上の倒産は中小企業事業主（資本金の額一億円以下又は労働者数が三〇〇人以下など）に限られる。

(3) 立替払の対象となる労働者…(1)の対象企業に労働者として雇用されてきて、企業の倒産に伴い、裁判所に対する破産等の申立日（法律上の倒産の場合）または労働基準監督署長に対する倒産の事実についての認定申請日（事実上の倒産の場合）の六ヶ月前の日から二年の間に当該企業を退職し、未払賃金が残っている人（ただし、未払賃金の総額が二万円未満の場合を除く）。また、家内労働者は該当しない。

(4) 立替払の対象となる賃金・退職日の六ヶ月前から立替払請求日の前日までに支払期日が到来している、未払の定期給与と退職金（ボーナスは含まれない）。

(5) 立替払の上限額・未払賃金の八割を限度とする。ただし、本人の退職日の年齢に応じて、未払賃金の限度額が決まっており、四五歳以上は一七〇万円、三〇歳以上四五歳未満は一三〇万円、三〇歳未満は七〇万円が限度である。

(19) 労働者健康福祉機構ホームページ上の「未払賃金立替制度の内容について」においても、労働者健康福祉機構が代位取得した賃金請求権と労働者の賃金請求権は、その性質において同一である旨述べられている。（<http://www.rofuku.go.jp/kirosyashien/miharai.html>、平成二十三年二月二日確認）。全国労働基準関係団体連合会・前掲注(17)六頁。

(20) 特に池田辰夫教授は、労働債権の生活保障機能を重視すれば、プライオリティは個別の労働者に一身専属的に帰属すると考えてこそうまく調和すると述べられ、労働者健康福祉機構の財政基盤の確立は、雇用保険を含む幅広い公的資金によって裏付けられるべきであるとする。そして、「現行法によって作出される、個別案件の一般債権者の犠牲において労働者健康福祉機構等が満足を受けるという現在の構図は、速やかに解消すべきではあるまいか。」として労働者健康福祉機構の優先権の承継を否定している。（池田辰夫「労働倒産法の成立と具体化」原井古稀『改革期の民事手続法』（法律文化社、二〇〇〇年）一頁、山本和彦「倒産企業従業員の生活保障」林屋古稀『倒産法大系』（弘文堂、二〇〇一年）九五頁等）。また、伊藤眞ほか「新破産法の基本構造と実務 第三回各種債権の優先順位」ジュリ一三二二号一〇七頁（二〇〇六年）においても、山本和彦教授は租税債権・労働債権の財団債権性は、それを請求している人の性質ないし公益性、あるいは社会的な要保護性に着目している部分もあるのではないかと述べ、未払賃金の立替払に基づく求償権が財団債権になることに対して疑問を呈している。そして、山本教授がこの疑問について詳細に検討を行ったものとして、山本和彦「労働債権の立替払いと財団債権」判タ一三二四号五頁（二〇一〇年）がある。

(21) 横浜地川崎支判平成二十三年四月二三日（金判一三四二号一四頁）。第三者たる私人が破産会社の従業員の給料を立替払した場合に、当該私人が代位取得した財団債権たる労働債権を行使することを認めた判例として、最三小判平成二十三年一月二二日。

(22) 本稿で主に検討する少額債権の弁済規定の活用(民再四七条五項)の他に、①中小企業者に対する弁済(民再四七条二項)、③弁済禁止の保全処分の一部解除(民再三〇条一項・二項)、③和解契約による弁済、④再生計画における弁済等が考えられる。

(23) 園尾隆司「小林秀之編『条解民事再生法第二版』(弘文堂、二〇〇七年)」「山本弘・山田明美」三六二頁。

(24) 具体的には、債権者平等を原則とする倒産手続の公正さを確保する見地から、要件の解釈は厳格になされるべきとの見解(園尾隆司「小林秀之・前掲注(23)三六三頁」と、要件については比較的緩やかに解し、「少額債権を弁済しなければ、事業継続に著しい支障を生じるけれども、これを弁済することによりかかる支障を除去でき、債務者の継続企業価値が維持できるか、もしくは、毀損の程度を縮小することができ、その維持できた事業価値が少額債権の弁済による負担額より大きく、弁済を受けなかった債権者も結果として恩恵を受けうるという経済合理性」(山本和彦ほか『Q & A 民事再生法第二版』(有斐閣、二〇〇六年)「中井康之」一九一頁)が認められるならば、この規定による弁済を許可すべきという見解がある。

(25) 上田裕康「杉本純子」『再建型倒産手続における商取引債権の優先的取扱い』(銀法七一―四三頁(二〇一〇年)参照)。

(26) 腰塚和男ほか「事業再生ADRから会社更生への手続移行に際しての問題点と課題(1)」「(3)」NBL九五三号二一頁、同九五四号五二頁、同九五五号六八頁(二〇一一年)。

(27) 事業再生迅速化研究会第三PT「商取引債権の保護と事業再生の迅速化」NBL九二三号一四頁(二〇一〇年)。

(28) 事業再生迅速化研究会第三PT・前掲注(27)一六頁。

(29) 近藤隆司「各倒産手続と租税債権の処遇」『倒産処理法制の理論と実務(別冊金融・商事判例)』(経済法令研究会、二〇〇六年)一四六頁、中西・前掲注(7)一四九頁、佐藤英明「倒産手続における租税債権の扱い」ジュリ一二三二号一九一頁(二〇〇二年)、中西・前掲注(2)六八頁等。

(30) 明治六年九月岐阜県からの「金穀貸借滞ノ末身代限裁許申付候者、地租又は諸税之節、右租税ハ格別ノ儀ニ付完納為致、余リアラハ債主一同ヘ割賦可致候哉、又ハ租税ト雖トモ債主一般ノ割賦ニ相加、公私ニ拘不儀ニ候哉」との照会に対し、司法省は、「租税ノ未納ハ完納致サスヘキ事」と指示している(東京裁判所編『民事要録乙篇』(一八七五年)四八一頁〜四八二頁)。

文献的には、租税債権の優先権を示唆した最初の資料とされている（佐上武弘「租税優先権の沿革と外国制度」法時三三八号（一九五七年）四五頁脚注一参照）。

(31) この法令では、租税優先権を正面から規定してはいないが、徴収期限から三〇日を経過しても、なお国税を納付しない場合には、財産を公売するとし、公売代金の配当にあたっては、手続費用を除いてまず国税府県税民費の徴収に充てるとされており（租税不納処分規則四条）、これを実体法として再構成すれば、現国税徴収法八条にほかならないと言われる（但しこの当時は明治三〇年制定の旧国税徴収法二条一項）。また、当時の担保物権として、現在の質権または抵当権に相当する質入権または書入権があつたが、この規則では「質入書入ノ財産ニ未納税アルトキ其ノ債主ニ於テ弁済スヘシト申立テル者ハ、其ノ意ニ任セ公売ヲ行ハス」（同規則一条）とし、あたかも特定の担保権付債権に譲歩するかにみえて、実は「債主ニ其ノ未納税アル旨ヲ通知シ、之ヲ弁納セサルトキハ公売ヲ行フ儀」であるため、租税債権は、質入書入の時期のいかんを問わず、常に特定担保権にも優先していたとされる（佐上・前掲注(30)四三頁）。

(32) 明治三二年国税滞納処分法六条「滞納処分費国税ニ付テハ、他ノ債主ニ対シ先取権アルモノトス。但シ滞納シタル税金ノ納期限ヨリ一箇年前ニ質入書入ヲ為シタル財産ニ付テハ此ノ限ニ在ラス」。

(33) 佐上・前掲注(30)四四頁。

(34) このような考え方は、公法学的には、租税法律関係を公法上の権力関係、すなわち、国民が国家の行使する課税権に服従する関係であるという「租税権力関係説」として分類される（金子宏『租税法（第一六版）』（弘文堂、二〇一一年）二六頁）。

(35) その代表的なものとしては、我妻栄『民法研究Ⅳ—2担保物権』（有斐閣、一九六七年）一二頁以下。

(36) 調査会審議の中では、徴税当局である大蔵省と法務省民事局との見解の対立があつた。大蔵省側は、租税債権の特質について、①共益費用性②優先控除性③無選択性④無対価性⑤公示性⑥特異性を主張した。一方で、民事局は調査会審議の当初から担保付私債権者に対する租税債権の優先そのものを激しく批判し、担保権の設定時期いかにかわらず租税債権の追及が担保目的物に及ぶことについて全面的に否定する立場をとった（調査会審議過程を詳しく記したものとして、廣木華代「債権者間の競合に関する一考察—租税債権と譲渡担保との競合を素材として—」<http://mitizane.l.chiba-u.jp/metadb/up/irwq10/>

Jinshaken-04QD1010.pdf (平成三十三年二月二日確認) 一六頁以下)。

- (37) 一連の改正経緯については、廣木・前掲注(36)二〇頁以下参照。
- (38) 以前は労働福祉事業団が実施していたが、独立行政法人労働者健康福祉機構法(平成一四年法律第一七一号)に基づいて労働者健康福祉機構が設立されてからは、機構が主体となって未払賃金とこれに要した費用の回収を行っている(同法一二条一項、労働者災害補償保険法二九条三項)。
- (39) 菊地好司「『賃金の支払の確保等に関する法律案』について」ジュリ六一号一〇三頁(一九七六年)。
- (40) 長谷部由紀子「弁済による代位(民法五〇一条)と倒産手続」学習院四六卷二号二四〇頁(二〇一一年)。
- (41) 長谷部・前掲注(40)二四一頁。
- (42) 大山和寿「各倒産手続と労働債権の処理」『倒産処理法制の理論と実務(別冊金融・商事判例)』(経済法令研究会、二〇〇六年)一四二頁。
- (43) 伊藤眞「財団債権(共益債権)の地位再考」金法一八九七号二四頁(二〇一〇年)。
- (44) 山本・前掲注(20)七頁。
- (45) 山本・前掲注(20)八頁。
- (46) 伊藤眞「新倒産法制一〇年の成果と課題―商取引債権保護の光と陰―」『新倒産法制一〇年を検証する事業再生実務の深化と課題』(きんざい、二〇一一年)二頁以下参照。杉本和士「再生手続における少額債権弁済許可制度に関する試論」事業再生研究機構編『民事再生の実務と理論』(商事法務、二〇一〇年)三八九頁以下参照。
- (47) 動産先取特権で保護される部分については、再生手続では別除権、更生手続では更生担保権となるが、実際には動産先取特権による債権回収は民事執行法上の制約等から困難を伴うことが多い(木村真也「更生手続下における動産先取特権の取扱について」銀法六七〇号五頁(二〇〇七年)参照)。
- (48) 難波幸一ほか「会社更生手続における調査命令を活用した商取引債権保護モデル(調査命令活用型)の提言に対する東京地裁民事第八部(商事部)の検討結果」NBL八九〇号四九頁(二〇〇八年)。

(49) 伊藤・前掲注(46)一八—一九頁。

(50) 東京地裁会社更生実務研究会編『会社更生の実務(上)』(きんざい、二〇〇五年)一七八頁〔鹿子木康〕。

(51) 小畑英一「再生債権をめぐる諸問題」事業再生研究機構編『民事再生の実務と理論』(商事法務、二〇一〇年)一二〇頁以下、菅野博之ほか「東京地裁におけるDIP型会社更生手続の運用」事業再生と債権管理一二七号二九頁(二〇一〇年)参照。

(52) 要件定立については、拙稿「事業再生とプライオリティ修正の試み—Critical Vendor Ordersにみる商取引債権優先化プロセスの透明性—」同法三三九号一五一頁(二〇〇八年)にて検討を試みている。さらに、事業再生迅速化研究会第三PT・前掲注(27)一四頁も参照。

(53) 小川・前掲注(6)一九一頁。

(54) 同様に、否認権適用の可能性を立法論的検討の余地があると指摘するものとして、伊藤真ほか『条解破産法』(弘文堂、二〇一〇年)一〇五〇頁参照。

(55) 現行法下では、更生手続下での滞納処分より租税債権の偏頗的な回収が行われ、その後更生手続が廃止されて破産手続に移行した場合においても、破産手続下では租税債権の執行に否認権は適用されないため(破一六三条三項)、偏頗的な回収を否認することができなくなり、さらに問題が大きいと言わなければならない。

(56) 横浜地川崎支判平成二二年四月二三日金判一三四二号一四頁。これは、破産手続開始決定後に、賃確法七条に基づいて労働者健康福祉機構が未払賃料を立替払いした場合に、当機構は財団債権たる労働債権を行使することが認められるのが争われた事例である。これに対し、裁判所は、弁済による代位において「原債権はその性質を保ったまま代位弁済者に移転すると解するのが相当であり、(略)本件代位債権も労働者の未払給料債権という性質は失わないものというべきである」とし、労働健康福祉機構による賃金の立替え払いは、法律上義務付けられているものであるから、「事業者の信用不安に関するリスク回避を講じることは予定されておらず」、未払賃金を早期に支払うという意味で労働者保護の目的に合致しているものといえるとした。また、当機構が立替払いにより取得する求償権は、破産法一四八条一項五号による倒産手続開始後の事務管理又は

不当利得に基づく請求権として財団債権といえ、代位債権たる労働債権の行使が求償権の性質による制約を受けることはない
と述べた。

(57) 事業主は、倒産手続開始前から機構に対して労災保険料を負担していることから（労働保険徴収法三二条四項）、倒産手続開始前に機構と労働者が保証契約を締結していなくとも、機構と事業主との間には、将来のものとしての求償関係が存在するとされている（長谷部・前掲注(40)二四一頁）。

(58) 拙稿「優先権の代位と倒産手続―日米の比較による一考察―」同法三二〇号二二四頁（二〇〇七年）参照。

(59) イギリスの未払賃金立替払制度においては、国（通算大臣）が立替払いを行った限度において、被用者の使用者に対する賃金債権について求償権を取得し、その際には、当該被用者の賃金債権に与えられる弁済の優先権も当然に通算大臣に移ることが明文化されている（雇用権法一八九条二項(a)号）（全国労働基準関係団体連合会・前掲注(17)六一頁）。

(60) 腰塚和男ほか「事業再生ADRから会社更生への手続移行に際しての問題点と課題(2)」NBL九五四号五三頁（二〇一一年）。

(61) アメリカにおける商取引債権保護の経緯と二〇〇五年改正については、拙稿・前掲注(52)一五一頁参照。

(62) 通常、アメリカにおける支払猶予期間は一五〜三〇日であることが多いが、日本では二〜三ヶ月に及ぶ場合がある。

(63) 現に、アメリカでは五〇六条(b)(9)の新設に伴い、倒産手続開始直後に本条に該当する商取引債権を弁済するための費用が莫大に要するようになったといわれている。

(64) 内容については、http://www.jal.com/ja/other/info2010_0119.html（二〇一一年九月二六日確認）を参照。

(65) 腰塚ほか・前掲注(60)五四頁。

(66) 山本和彦「日本における本格的な事前調整型会社更生手続の幕開きへ」事業再生と債権管理一二八号六頁（二〇一〇年）。

(67) 拙稿・前掲注(52)一六八頁以下（二〇〇八年）。

(68) 拙稿・前掲注(52)一九七頁以下（二〇〇八年）、事業再生迅速化研究会第三PT・前掲注(27)一六頁以下参照。

(69) 事業再生迅速化研究会第三PT・前掲注(27)一六頁。

国際裁判管轄の合意と新ハーグ管轄合意条約

ペーター・フーバー
ジェニファー・アントモ
小田 司 訳

- I はじめに
- II ハーグ管轄合意条約の適用範囲
 - 1 国際的事案
 - 2 民事及び商事事件
 - 3 一つの締約国の裁判所を選択する専属的管轄合意
 - 4 時的適用範囲
- III 管轄合意の有効性
 - 1 方式

2 実質的有効性

IV 管轄合意の実行

1 選択された裁判所の判決

(1) 管轄合意の効力

(2) フォーラム・ノン・コンヴィニエンス法理の不適用

(3) 他の裁判所に係属する訴訟優先原則の不適用

2 締約国における他の裁判所の判決—管轄裁判所の管轄を排除する効力

V 判決の承認及び執行

1 選択された裁判所が下した判決の承認

2 他の裁判所が下した判決の承認

VI おわりに

I はじめに

二〇〇五年六月三〇日、ハーグ国際私法会議はハーグ管轄合意条約を採択した。^①この条約は、国際裁判管轄合意の有効性と実効性、並びに判決の執行に関するルールを定めるものである。

管轄合意条約は、間もなく施行されることになると思われる。管轄合意条約三一条によれば、この条約は二番目の締約国による条約の批准ないし条約への加入後三ヶ月の期間の満了により発効する。^②二〇〇七年九月二六日に、メキシコが最初の国家としてハーグ管轄合意条約に加入した。^③アメリカ合衆国は二〇〇九年一月一九日に、ヨーロッパ連

合は二〇〇九年四月一日に条約に署名した。ヨーロッパ連合による条約の署名は、デンマークを除くすべてのヨーロッパ連合締約国に対して効力を有する。しかし、アメリカ合衆国及びヨーロッパ連合は、まだ条約を批准していない。アメリカ合衆国及びヨーロッパ連合による条約の批准は、管轄合意条約にとって一挙に大きな政治的・経済的な意義をもたらすことになるであろうと思われる。批准された時には、地球上の巨大な経済圏であるアメリカ合衆国とヨーロッパ連合が管轄合意条約を適用することになる。

管轄合意条約のこのような成果は、条約採択に至るまでの過去の経緯からはとても期待することはできなかった。実際には、二〇〇五年の管轄合意条約は妥協し得た最小限の解決策にすぎない。なぜなら、長い間、ヨーロッパとアメリカ合衆国との間には大西洋横断的な司法摩擦を残す衝突が存在するため（例えば、アメリカ法の寛容な管轄原因、ないしプレ・トライアル・デイスカヴァリー）、ブリュッセルⅠ規則⁽⁴⁾を手本として管轄及び判決の執行に関し全世界に及ぶ一般的条約を作成するという壮大なプロジェクトには、妥協点を見出すことができなかったからである。⁽⁵⁾

日本は条約交渉の際にとりわけ積極的、かつ重要な役割を演じ、⁽⁶⁾管轄合意条約に関する「報告書」がトレヴァー・ハートレイ教授と共に道垣内正人教授によって作成されたことから、日本の視点からも管轄合意条約はとりわけ興味深いものと思われる。

Ⅱ ハーグ管轄合意条約の適用範囲

ハーグ管轄合意条約は、国際的な事案の場合に、民事及び商事事件における専属的管轄合意に適用される。

1 国際的事案

管轄合意条約一条一項は、国際的な事案であることを要件としている。いかなる場合が国際的事案であるかについては、管轄の領域と判決の承認・執行の領域に関し、異なった定義がなされている。

管轄合意条約一条二項によれば、当事者が同一の締約国に居住し、かつ、その他のすべての決定的要素がその国にのみ関連している場合を除き（ただし、合意された裁判所の所在地は問わない）、裁判管轄の問題の場合には、事案は原則として国際的であるとされる。⁽⁷⁾

外国判決の承認・執行の問題については、その承認または執行が求められている場合、管轄合意条約一条三項により事案は国際的であるとされる。さらに、判決の承認・執行の際には、管轄合意条約八条一項により他の締約国の裁判所が下した判決でなければならない。⁽⁸⁾

2 民事及び商事事件

管轄合意条約は、原則として民事及び商事事件に適用することができる。⁽⁹⁾ しかし、消費者が契約当事者である場合には適用されない（管轄合意条約二条一項a）。すなわち、純粋な企業間取引についてののみ適用される（いわゆる企業対企業のケース）。⁽¹⁰⁾

一定の契約類型は、管轄合意条約二条二項によって条約の適用範囲から除外される。管轄合意条約二条四項は、仲裁に関する事項について、さらなる例外を定めている。その他、締約国は管轄合意条約二一条に基づいて宣言をする可能性を有し、この宣言により特定の法領域を条約の適用範囲から除外することができる。しかし、管轄合意条約

二条三項は、本条約二条二項あるいは二一条によって除外された事項が先決問題として、あるいは異議に基づいてのみ生じ、訴訟の目的ではない場合に、この条約の適用範囲から除外されないことを規定する。その際、管轄合意条約一〇条一項によるこの問題についての判断は、この条約によっては承認及び執行されない。

3 一つの締約国の裁判所を選択する専属的管轄合意

管轄合意条約一条一項によれば、この条約は専属的管轄合意についてのみ適用することができる。⁽¹¹⁾しかし、管轄合意条約三条bは、専属性を認めるための推定規定を置いている。すなわち、当事者が明示的に別段の定めをしない限り、管轄合意は専属的なものとみなされる。⁽¹²⁾この推定は、ブリュッセルI規則（二三条一項二文）に基づく法状況に対応するものであるが、アメリカ合衆国における法状況に應じるものではない。⁽¹³⁾

管轄合意は、一つの締約国に所在する裁判所を管轄裁判所と宣言するものでなければならない（管轄合意条約三条）。この要件は、必要な締約国間の関係を確立する。これに対し、我々の見解によれば、原則として当事者が一つの締約国に住所あるいは営業所を有しているか否かは重要でない。

4 時的適用範囲

管轄合意条約は、合意された裁判所の所属国についてその効力が生じた時より後に締結された専属的管轄合意に適用される。その他、訴訟は受訴裁判所所属国について管轄合意条約の効力が生じた時より後に提起されなければならない（管轄合意条約一六条）。

Ⅲ 管轄合意の有効性

1 方式

管轄合意の方式は、管轄合意条約において規定されている。管轄合意条約三条cは、合意が書面または後に参照し得る情報を残す他の通信手段によつて締結されなければならないと規定している。後に参照可能な手段とは、例えばE-Mail、ファックス、並びにいわゆるclick wrap agreements⁽¹⁵⁾のようなインターネットを利用した同意等を意味する⁽¹⁶⁾。

2 実質的有効性

実質的有効性に関して、管轄合意条約三条dは、管轄合意が他の契約上の条項とは独立するものであり、管轄合意の有効性は主たる契約が有効ではないという理由のみによつて否定されてはならないことを明示している。例えば、国際売買契約が管轄合意を含む場合に、売買契約の有効性と管轄合意の有効性は、原則上、互いに独立して審査される。他の言葉で表現すれば、売買契約が無効であるとしても、管轄合意は有効であり得るということである。これは、アメリカ法上の独立性原則に対応するものであり、ブリュッセルI規則二三条に基づく法状況とも一致するものである⁽¹⁷⁾。

しかし、この主たる契約と管轄合意を分離する原則は、管轄合意の有効性が売買契約と分離して審査されることのみを意味するにすぎず、その審査がいかなる法律により行われなければならないか、という問題について答えるものではない。具体的には、とりわけ次のような問題が生じる。すなわち、管轄合意が有効に締結されたか否か、あるい

は意思の瑕疵が存在するか否かにつき、いかなる契約法により決定されるのか、という問題である。内国の法秩序においては、この問題につき頻繁に議論されている。ここでは、とりわけ二つの可能性が考慮される。第一に、主たる契約の規律に付随的に連結させることができる。この場合には、管轄合意の有効性は主たる契約の有効性と同様に、同一の契約法によって判断される。⁽¹⁸⁾ 第二に、管轄合意については、主たる契約とは独立して最も密接な連結点を求めることができる。この場合には、通常、管轄合意によって選択された裁判所の所属国の契約法が適用されることになる。

ハーグ管轄合意条約は、たとえ複雑な方法であるにせよ、この問題について規定している。管轄合意の取扱いに関する諸規定から、次のことがいえる。すなわち、締約国の関係するすべての裁判所は、合意された裁判所の所在地において基準となる法律により管轄合意の有効性を判断しなければならない（管轄合意条約五条一項、六条a及び九条a参照）。⁽¹⁹⁾ 支配的見解によれば、このことは抵触法的アプローチを意味する。つまり、受訴裁判所の所属国の契約法が直接適用されるのではなく、受訴裁判所の所属国の抵触法によって管轄合意の有効性に適用可能な契約法が適用されることになる。⁽²⁰⁾

例えば、東京地裁（日本は条約締約国である）を管轄裁判所とする専属的管轄合意が締結されている場合には、他の締約国のすべての裁判所は日本の国際私法（抵触法）によって管轄合意の有効性を規定する法律によりその有効性を判断しなければならない。それは、日本の契約法であり得るが、必ずしも日本の契約法であるとは限らない。すなわち、日本の抵触法が管轄合意について、いかなる法律を適用するかによって決まる。ドイツの抵触法においては、おもに主たる契約（例えば、管轄合意を含む売買契約）を規律する法律に付随的に連結させる。⁽²¹⁾

我々の見解によれば、ともかく管轄合意条約が実質的有効性の問題について規定しているという事実は、歓迎すべきことであると思われる。²² 少なくとも、まず合意された裁判所の所属国の法律が参照されることは明確である。しかし、合意された裁判所の所属国の抵触法を基準とするのではなく、直接的に準拠実質法、すなわち合意された裁判所の所属国の契約法を基準とすることが、より適切であつたのではないかと思われる。なぜなら、管轄合意条約が選択した抵触法的アプローチは、条約の中に管轄合意の準拠法に関する内国の抵触法上の問題点をもたらすからである。それは、管轄合意が主たる契約と同様に、同一の法律により規律されるべきか、同一の法律により規律されるべきでないとするれば、管轄合意はいかなる国と最も密接な関連を有するのか、というような問題である。

IV 管轄合意の実行

実務において、管轄合意を可能な限り効果的に実行するために、管轄合意条約は様々な裁判所に対して向けられる三つの鍵となる規定を置いている。それによれば、原則として次のことが妥当する。合意された裁判所は、自己に管轄があることを認めなければならない（管轄合意条約五条）。他の締約国のすべての裁判所は、自己に管轄がないことを宣言しなければならず（管轄合意条約六条）、合意された裁判所が下した判決は、他のすべての締約国において承認・執行される（管轄合意条約八条）。

1 選択された裁判所の判決

(1) 管轄合意の効力

選択された裁判所は、管轄合意条約五条一項により、管轄合意が無効である場合を除き、自己の管轄を肯定し、事件につき裁判しなければならない。管轄合意が有効か否かの問題は、既に言及したように、合意された裁判所の所属国の抵触法により基準とされる法律によって判断される。⁽²³⁾さらに、受訴裁判所が当然に管轄合意条約三条cによって規定される方式の遵守について審査する。その他、管轄合意条約五条三項aから明らかなように、選択された裁判所所属国の事物管轄に関する規定によって管轄を有しない場合には、その裁判所は裁判を拒否することができる。

(2) フォーラム・ノン・コンヴィニエンス法理の不適用

管轄合意条約五条二項によれば、合意された裁判所は、他の締約国の裁判所が事件について裁判すべきであるとの理由により管轄権の行使を拒否してはならない。すなわち、英米法上のフォーラム・ノン・コンヴィニエンス理論の意味での裁量的余地は認められていない。⁽²⁴⁾

けれども、管轄合意条約一九条にのみ、補足的にフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理が含まれている。それによれば、いずれの国も、「合意された裁判所が存在するという点を除き、自国と当事者あるいは紛争との間に関連性がない場合には」、自国の裁判所が紛争につき裁判する必要がある旨の宣言をすることができる。このフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理は、とりわけアメリカ合衆国に対する譲歩として受け入れられたものである。なぜなら、フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの留保を完全に禁止した場合には、管轄合意条約が批准されないこと

を恐れたためである。⁽²⁵⁾

さらなる例外は、管轄合意条約五条三項bから生じ得る。この規定によれば、管轄合意条約五条一項及び二項は、締約国内の裁判所の間での裁判管轄の分配に関する規定に影響を与えない。したがって、例えばアメリカ合衆国がそうであるように、選択された裁判所所属国の法律がそのように規定する場合には、選択された裁判所は自国の他の裁判所に事件を移送する可能性を有する。⁽²⁶⁾

（3）他の裁判所に係属する訴訟優先原則の不適用

ブリュッセルI規則におけるのとは異なり、管轄合意条約によれば、どの裁判所に最初に訴訟が係属したか、ということは重要ではない。⁽²⁷⁾ たとえ、他の裁判所において同一事件につき訴訟が係属している場合であっても、合意された裁判所が管轄を有し、管轄合意条約五条一項により訴訟手続を追行しなければならない。すなわち、管轄合意条約は、先に開始された訴訟手続が優先されるとする厳格な優先原則に基づく先に係属する訴訟優先の原則を認めていない。⁽²⁸⁾

このような方法により、管轄合意条約は、ブリュッセルI規則に対して向けられた重要な問題点の一つを回避している。ブリュッセルI規則はその二七条において、非常に厳格、かつ形式的な優先原則を定めている。つまり、最初に開始された訴訟手続が、——法律により定められた専属管轄の場合を除き——、常に優先する。“Gasser”事件におけるヨーロッパ裁判所の見解によれば、最初に係属した事件が専属的管轄合意に反するものであり、専属的管轄合意に基づき後訴裁判所に管轄が認められる場合であっても、ブリュッセルI規則二七条の優先原則が妥当するとされてい

る。⁽²⁹⁾ブリュッセルI規則の枠組においては、他の締約国の裁判所において提訴することにより、専属的管轄合意の定めを回避することが可能である。最初に提訴された締約国の裁判所が自己の管轄について判断するまで、合意された締約国の裁判所は訴訟手続を停止しなければならない。最初に提訴された締約国の裁判所が、例えば専属的管轄合意を無効とみなすことにより、自己に管轄があることを宣言する場合には、合意された裁判所は訴えを不適法として却下しなければならない。このことは、ヨーロッパにおいて次のような状況をもたらしている。それは、当事者がしばしば専属的管轄合意に反して、訴訟係属期間の長い他の締約国の裁判所における提訴を試みるということである。⁽³⁰⁾このような方法により、合意された裁判所での訴訟を阻止することができる。いずれにせよ、ブリュッセルI規則の局面では、目下、厳格な優先原則についての改正が検討されている。⁽³¹⁾管轄合意条約の下では、最初に開始された訴訟が優先されるとする厳格な優先原則が存在しないため、ブリュッセルI規則における問題を広い範囲で回避している。⁽³²⁾

2 締約国における他の裁判所の判決―管轄裁判所の管轄を排除する効力

管轄合意条約は、締約国の裁判所に対して専属的管轄合意に基づく厳格な管轄の排除効を定めている。合意された裁判所以外の裁判所に訴えが提起された場合には、原則として本案につき裁判してはならないということだけではなく、訴訟手続を停止するか、訴えを却下しなければならない(管轄合意条約六条)。管轄合意条約六条において列举されている例外が存在する場合にのみ、他の裁判所を専属とする管轄合意が存在するにもかかわらず、訴訟手続を行うことが許される。⁽³³⁾そのような例外とは、次のような場合である。

第一に、管轄合意が無効である場合には、管轄裁判所の管轄を排除する効力は認められない。⁽³⁴⁾管轄合意が無効か否

かは、選択された裁判所の所属国の抵触法により適用し得る法律によって判断される。このような方法により、選択された裁判所と選択されなかった裁判所が管轄合意の有効性を同一の法律により判断することが確保される。このことにより、通常、積極的ないし消極的な管轄に関する争いが回避されることになる。³⁵⁾

第二に、当事者が管轄合意を締結する能力、例えば行為能力を欠く場合にも、管轄裁判所の管轄を排除する効力は認められない（管轄合意条約六条b）。管轄合意条約六条bが明示するように、行為能力の問題は他の場合と異なり、選択されなかった裁判所（受訴裁判所）の所属国の法律により判断される。ここでも、抵触法が顧慮されるが、その結果、選択されなかった裁判所の所属国の抵触法により適用し得る法律が適用されることになる。³⁶⁾ このことは、結果として当事者が行為能力を欠くことの危険から二重に保護されることを意味する。すなわち、選択されなかった裁判所は当事者が選択された裁判所の所属国の法律により適用し得る法律、あるいは選択されなかった裁判所の所属国の法律により適用し得る法律により行為能力を欠く場合に、裁判することが許される。³⁷⁾

第三に、管轄合意を実行することが受訴裁判所所属国の公序に反するか、あるいは明らかな不正義をもたらし場合に、管轄裁判所の管轄を排除する効力は認められない。実務上、このことが問題となるのは稀であろうと思われる。

第四に、訴訟手続が合意された裁判所において追行し得ないケースにつき、次の二つの例外事由が置かれている。それは、合意された裁判所が訴訟手続の実施を拒否する場合、特別な事情により訴訟手続の実施が妨げられる場合（例えば、内乱等）である。この規定は、裁判の拒絶を予防するのに役立つものである。³⁹⁾

V 判決の承認及び執行

管轄合意条約は、合意された裁判所によって下された判決の承認及び執行に関して寛容な規定を置いている。これに対し、合意された裁判所以外の他の裁判所が下した判決の承認及び執行は規定されていない。

1 選択された裁判所が下した判決の承認

管轄合意条約に基づき専属的管轄合意⁽⁴⁰⁾により選択された締約国の裁判所が下した判決は、原則として他の締約国において承認され、執行される（管轄合意条約八条一項）。判決の承認・執行は、条約において列举されている事由によつてのみ拒否することが許される⁽⁴¹⁾。ブリュッセルⅠ規則におけるのとは異なり、これは拒否事由の構成要件を満たす場合に、裁判所が判決の承認・執行を拒否することができるという裁量規定であり、拒否しなければならないという⁽⁴²⁾ことではない。

管轄合意条約において列举されている拒否事由は、次の四つのグループに要約することができる。

第一に、承認国の裁判所が、管轄合意の有効性について審査することが許される。適用し得る法律（準拠法）に関し、ここでは判決手続におけるのと同じ法律が適用される。すなわち、原則として受訴裁判所の所属国の抵触法により適用し得る法律が適用される。さらに、承認国の裁判所が、当事者の行為能力について承認国の抵触法によって適用し得る法律により審査することが許される（管轄合意条約九条a及びb）。

第二に、訴訟手続を開始する際の法的審問請求権に対する侵害が判決承認の拒否事由とされている（管轄合意条約

九条c）。

第三に、公序違反、並びにこれに類似する二つの事由、すなわち訴訟詐欺（管轄合意条約九条d）と懲罰的損害賠償請求に対する防御（管轄合意条約一条）が判決承認の拒否事由とされている。

第四に、判決の承認は、判決の抵触が生じる場合に拒否することができる。それは、外国判決が内国判決と抵触する場合（管轄合意条約九条f）、さらに外国判決が先に下された他の外国判決と抵触する場合である。ただし、後者の場合には、承認国における承認要件を具備するものでなければならない（管轄合意条約九条g）。

これに対し、判決の本案に関する審査は許されない（実質的再審査の禁止）（管轄合意条約八条二項）。

2 他の裁判所が下した判決の承認

管轄合意条約八条に規定されている寛容な判決の承認規定は、合意された裁判所によって下された判決についての適用される。選択されなかった裁判所が下した判決は、他の締約国の承認規定によってのみその国において承認・執行される。⁽⁴³⁾ このことは、選択されなかった裁判所が管轄合意条約六条に違反する場合にも妥当する。⁽⁴⁴⁾

このような法状況では、選択されなかった裁判所の判決が同一の請求原因につき先に下され、承認国の内国法により承認要件を具備する場合には、合意された裁判所の判決の承認を管轄合意条約九条gにより拒否することが可能である。このような方法により、専属的管轄合意の保護が実務的帰結において弱められることになる。したがって、判決が下された時期とは関係なしに、合意された裁判所の判決を優先するのが適切ではなからうかと思われる。

VI おわりに

ハーグ管轄合意条約は、国際的管轄合意に関して現代的でよく機能する規定を置いている。ブリュッセルI規則との比較では、管轄を有しない裁判所において先に提訴することによる専属的管轄合意の回避を明確に阻止していることが、特に歓迎すべき点として挙げることができる。しかし、これとの関連においては、判決承認の場面で専属的管轄合意の保護をより効果的に構成し得たのではないかという点につき、批判的に評価することができる。

我々の見解によれば、可能な限り多くの国がハーグ管轄合意条約に加入することが望まれる。このことにより、国際的経済活動の中心領域に法的安定性がもたらされることになるであろうと思われる。

- (1) 管轄合意に関するハーグ条約。これは、<http://www.hcch.net>で参照することができる。最後に参照したのは、二〇〇九年六月一八日（以下、HGÜとする）。
- (2) あるいは、受諾または承諾。管轄合意条約二七条二項及び四項参照。
- (3) この点については、*Gonzales de Castilla del Valle* in 13 Sw. J. L. & Trade Am. (Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas) (2006), 37 の論文を参照。
- (4) 民事及び商事事件に関する裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇〇〇年十二月二二日の理事会規則（以下、EuGVOとする）。
- (5) ハーグ管轄合意条約概要、二〇〇八年九月（以下、Outlineとする）、S. 1; *Heß* IPRax (Praxis des Internationalen Privat-

und Verfahrensrechts) 2000, 342 (343); v. Mehren IPRax 2000, 465 (466 ff.).

- (9) *Wagner RabelsZ* (Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht) 73 (2009), 100 (105) 参照。
- (7) 居住は、管轄合意条約四条二項において定義され、管轄合意条約四条二項 a から d において選択的に次の四つの要素、すなわち所在地、設立準拠法、中央統括地、業務の中心地に関連させられる。それによつて、企業の所在地に関する英米法と大陸法による定義の相違は一つの規律に統一された。*Eichel RIW* (Recht der Internationalen Wirtschaft) 2009, 289 (293 Fn 71) ; *Hartley/Dogauchi*, Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreement, Rn 119 参照。
- (8) *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (112).
- (9) 「民事及び商事事件」の概念は、自主的に解釈される。*Hartley/Dogauchi* Rn 49; 批判的なのは *Berlin* 3 B.Y.U. Int'l L. & Mgmt. Rev. (Brigham Young University International Law & Management Review) (2006), 43.
- (10) それと対照的に、ブリュッセル規則二二三条は、企業と消費者を区別していない。*Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010, Rn 470 参照。
- (11) 管轄合意条約三条 a によれば、一つの締約国の裁判所または一つの締約国の一つもしくは複数の特定の裁判所を選択し、他のすべての裁判所の裁判管轄権を排除する二当事者間あるいは複数当事者間の合意が必要である。
- (12) *Hartley/Dogauchi* Rn 104; *Eichel RIW* 2009, 289 (294) 参照。
- (13) その概要については *Eichel RIW* 2009, 289 (292 f.); *ders.*, AGB-Gerichtsstandsklauseln im deutsch-amerikanischen Handelsverkehr, 2007, S. 139 – 220 und 229 f.; *Yackee* 53 Duke L.J. (Duke Law Journal) (2003), 1179 (1194) 参照。
- (14) あるいは、複数の裁判所。
- (15) „Click wraps“とは、コンピュータの画面上に現れ、相手方がウェブサイトを見るか、あるいはウェブサイト上である製品を購入する前に、一般取引約款に同意させるため、相手方に対して「同意」ボタンのクリックを要求するものである。*Bruce* 32 Brook. J. Int'l L. (Brooklyn Journal of International Law) (2007), 1103 (1105 Fn 14) 参照。
- (16) *Hartley/Dogauchi* Rn 112; *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (118); *Rühl* IPRax 2005, 410 (411).

- (17) *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (117); *Kropholler*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. Aufl. 2005, Art. 23 EuGVO Rn 28; EuGH 3.7.1997, Rs. C-269/95 (*Benincasa/Dentalkit*), Slg. 1997, I-3767, 3789 参照。
- (18) これはドイツ法における圧倒的多数の見解である。例えば BGH 24.11.1998 NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1989, 1431; *MüKo/Patzina* (Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Aufl. 2008) § 38 Rn 27 f. 参照。
- (19) *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (117)。
- (20) *Hartley/Dogauchi*, Rn 125, 146; *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (119, 122) 参照。
- (21) 例えば BGH 24.11.1998 NJW 1989, 1431; *MüKo/Patzina* § 38 Rn 27 f. 参照。
- (22) そのような観点、例えば合意、行為能力、悪意欺罔あるいは不法な脅迫などに関する真の実体法上の調和は、とりわけヨーロッパとアメリカ合衆国においてその利益が異なっているため達成し得ない。*Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (117)。
- (23) *Hartley/Dogauchi* Rn 125. 管轄合意の無効は、とりわけ悪意欺罔、錯誤、公序良俗違反、行為能力の欠缺により生じ得る。*Rühl IPPrax* 2005, 410 (413); *Talpis* 13 Sw. J. L. & Trade Am. (2006), 1 (19) 参照。
- (24) 例えば Outline, S. 2; *Schulz* 7 Yb.PIL (Yearbook of Private International Law) (2005), 1 (9); *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (110); *Eichel RIW* 2009, 289 (292, 295); *Fricke VersR* (Versicherungsrecht) 2006, 476 (480); *Hartley E.L. Rev.* (European Law Review) 2006, 31 (3), 414 (416) 参照。
- (25) *Schulz* 7 Yb.PIL (2005), 1 (13); *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (119) 参照; 管轄合意条約一九条の存在に批判的なのは *Talpis* 13 Sw. J. L. & Trade Am. (2006), 1 (20). 管轄合意条約は、いずれにせよ管轄合意条約一条二項により国際的な事案についてのみ適用されるので、管轄合意条約一九条の留保の意味を過大評価してはならない。これについては *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (120) 参照。
- (26) *Bruce* 32 Brook. J. Int'l L. (2007), 1103 (1111 Fn 36); *Tate* 69 U. Pitt. L. Rev. (University of Pittsburgh Law Review) (2007), 165 (176)。
- (27) 例えばブリュッセル規則三〇条におけるのと同様に、管轄合意条約において訴訟係属の時期は規定されておらず、そ

れは法廷地法によって決定されなければならない。

- (28) *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (110, 119); *Hartley/Dogauchi* Rn 3; *v. Mehren*, Adj. Auth. in *Priv. Int'l. L.* (Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study; The Hague Academy of International Law Monographs, Vol. 5, 2007), S. 363 f., 373; *Hartley* E.L. Rev. 2006, 31 (3), 414 (416).
- (29) EuGH 9.12.2003 (Gasser/MISAT) IPRax 2004, 243 及び *v. Mehren*, Adj. Auth. in *Priv. Int'l L.*, S. 301 ff. の解説; *Schütze*, *Ausgewählte Probleme des internationalen Zivilprozessrechts*, 2006, S. 192 f. 参照。
- (30) そのような事例として EuGH IPRax 2004, 243. この点については *Kropholler* Art. 27 EuGVO Rn 21 参照。
Mankowski IPRax 2009, 23 (24) は「そのような法状況に批判的であるが」ヨーロッパ裁判所は立法技術的に正当であるとの見解を示している。
- (31) *Das Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters der Kommission* (21.4.2009), COM2009 175 final, S. 6 f. 参照。
- (32) しかし、優先原則は間接的に管轄合意条約においても一定の役割を演じている。それは「つまり判決の承認の場面においてである。管轄合意条約九条gによれば、判決の承認が求められている国において承認されるために必要な要件を具備する判決が同一の当事者間で同一の訴訟原因に関して先に下された場合には、判決の承認を拒否することができる。
- (33) *Outline*, S. 2.
- (34) 我々の見解によれば、選択されなかった裁判所も管轄合意の方式の要件（管轄合意条約三条c）を具備するか否かにつき審査することが許される。
- (35) *Schulz* 7 Yb.PIL (2005), 1 (10); *Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (122).
- (36) *Hartley/Dogauchi* Rn 150. つれいごとく「争いがあふ」*Wagner RabelsZ* 73 (2009), 100 (122, Fn 120) に挙げられている文献を参照。
- (37) このことは、次のような場合に好ましからざる二重の裁判管轄権を生じさせ得る。それは、例えば一方で選択された裁判

所が管轄合意条約五条一項に基づきその所属国の法律に従い両当事者に行為能力が認められるという理由によって合意を有効と判断し、他方で他の裁判所が管轄合意条約六条bに基づきその所属国の法律に従い当事者の一方に行為能力が欠けていると判断した場合である。すなわち、このような場合には、両裁判所は自己に管轄があることを宣言する。*Rühl* IPRAx 2005, 410 (413 Fn 60) 参照。

(38) これは、第一にアメリカ合衆国に対する譲歩である。*Wagner* RabelsZ 73 (2009), 100 (122) 参照。

(39) *Schulz* 7 Yb.PIL (2005), 1 (10); *Wagner* RabelsZ 73 (2009), 100 (123) も参照。

(40) 締約国は、専属的管轄合意に基づかない判決であっても、管轄合意条約二二条により互いにこの判決を承認及び執行する旨の宣言をすることができる。

(41) *Outline*, S. 2.

(42) *Hartley/Dogauchi* Rn 182 Fn 218 参照。

(43) *Wagner* RabelsZ 73 (2009), 100 (124 f.) 参照。

(44) *Eichel* RIW 2009, 289 (295); *Teitz* 53 Am. J. Comp. L. (American Journal of Comparative Law) (2005), 543 (554).

【付記】

本稿は、ヨハネス・グーテンベルク（マインツ）大学教授ペーター・フーバー博士が、平成二十二年一月二日に日本大学法学部において行った特別講演の内容に加筆・修正した論文の邦訳である。この論文（*Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen und das neue Haager Übereinkommen*）は、フーバー教授とアントモ助手の共著として、日本大学法学部欧文機関誌 *Comparative Law* 2010, Vol. 27, S. 123 ff. に掲載されている。本論文の翻訳を快諾して下さったフーバー教授、アントモ助手に心より感謝の意を表する次第である。

ベルリン州開店法の憲法適合性..

二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って（一）

小 林 宏 晨

はじめに

第一節…判旨

第二節…判決理由

A. 異議申立人

I. 連邦閉店法とラント開店法

1. 連邦閉店法からラント開店法へ

a) 連邦閉店法

b) ラント開店〈閉店〉法

2. ベルリン開店法

a) 一般規定

b) 個別規定

II. 憲法異議申立

c) ベルリン州政府の法案説明

1. 申立の理由

a) 申立の権限

b) 裁判の道と補完原則

2. 申立の根拠

a) 宗教の自由と日曜・祭日の保護

b) ワイマル憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇

条及び第四条第一項と第二項の侵害

aa) 経済的根拠に基づく日曜・祭日保護の例外規定

bb) 傷まない食糧の買い置きが必要なし

cc) 日曜・祭日に「容易に傷み易い食糧」買い置き
の必要なし

dd) 公共利益を理由とする例外規定は宗教の自由と
相容れない

ee) 日曜・祭日閉店原則の放棄

ff) 個別諸規定の集積は憲法違反

gg) 社会国家原理の適用も不可

hh) 効果的制裁規定の欠落

ii) 全ての日曜の開店を許す規定は憲法違反

III. 関連諸機関の見解

1. ベルリン州議会及び州政府

a) ワイマール憲法第一三九条は制度的保障で公権を
創設しない

b) 憲法異議申立は根拠付けられない

2. ブランデンブルグ州政府

3. チューリンゲン州政府

4. 連邦行政裁判所

5. ドイツ（カトリック）司教会議

6. ドイツ（プロテスタント）福音教会

7. ドイツ自由宗教団体連合及び自由世界観共同体連合

8. ドイツ統一宗教共同体

9. ジョルダノ・ブルノ基金

10. ドイツ人文主義連盟

11. 中・大規模小売業連邦アルバイツゲマインシャフト

12. ドイツ雇用者団体連合会

13. ドイツ商工会議

14. ドイツ小売業中央会

15. キリスト教労働組合連合

16. サービス労働組合連合及びドイツ労働総同盟

17. 専門鑑別員クナイト教授とナッハライナー教授

IV. 口頭弁論

B. 判定

I. 異議申立の許容

1. 異議申立能力

a) 先決事項無し

b) 異議申立人の十分説明

c) 異議申立人は利害関係者

2. 「法（裁判）の道」完全利用

a) 憲法異議申立手続以外に権利保護方法無し

b) 専門裁判所の有効保護無し

c) 販売を目的とする四日曜・祭日の開放

II. 異議申立の部分的根拠付け

1. 信教の自由たる基本権の保護義務

2. 信教の自由の具体化

a) 基本法第四条

b) ワイマール憲法第一三九条の世俗的・社会的意味
と宗教的意味

c) ワイマール憲法第一三九条と両キリスト教会の公

教要理

d) ワイマール憲法第一三九条は社会国家原理を具体化

e) 立法者に対する保護課題

f) 日曜・祭日保護は国家の世界観的・宗教的中立と矛盾せず

g) 日曜・祭日保障を根拠とする客観法的保護課題

3. 立法者の基本権侵害

a) 日曜・祭日の憲法的保護

b) 日曜・祭日の立法者による保護とその例外

c) 原則と例外の関係

4. ベルリン開店法

a) 基本権的保護義務の名宛人としてのラント立法者

b) ベルリン開店法諸規定は、異議申立人の基本権に正当に対応していない

c) 四降臨節日曜日の一括開店は最低保護基準以下

5. その他の規定

a) 時限が付された特別開店は問題とならない

b) 例外規定は憲法の問題とならない

c) 信教の自由の保護義務違反には導かない

III. 結論

第三節…判決の要点

第四節…判決の評価

おわりに

はじめに

周知の如くドイツでは、一方で国家の諸宗教・諸宗派に対する中立・非一体化義務が憲法的に前提とされているが、他方で、基本法〈憲法〉の中に取入れられているワイマール憲法第一三九条に見られる様に、欧州キリスト教的伝統の強い影響も見られる。

今般紹介する連邦憲法裁判所第一法廷の判例^①は、国家と諸宗教共同体の分離でなく、それらの相互補完関係を提示する典型的用例と看做される。

本稿は、一般的に被用者の保護と市民の信教の自由の保護を目的とするドイツ諸ラント（州）の法律（開店法）の中、ベルリン開店法の基本法（憲法）適合性に関わる連邦憲法裁判所の判例を通して国家の宗教共同体の関係を吟味する。

二〇〇六年のいわゆる連邦主義改革に基づいて、閉店に関わる法に対する立法権限が連邦から諸ラント（州）に移転した。ベルリン州議会は、これに基づいて、二〇〇六年一月一七日付発効のベルリン開店法を決議

した。

この法律は、無条件に「クリスマスまでの」四降臨節日曜日（Adventssonntag）の一二時から二〇時までの七時間を開店の為に解放した。更に、年間四日曜・祭日がベルリン政府の一般命令によって、「公的利益の為に」開店され得るとされた。これに、二日曜・祭日が特別事態、とりわけ会社記念日及び路上祭に際して、一三時から二〇時まで開店が許された。「土曜日を含む」ウィークデイに於ける開店は無限定（二四時間営業）であるとされている。

その後バイエルン州を除く全ての諸ラントがラント法による閉店規定を行った。原則的に、全てのラント法が日曜・祭日には開店されないと規定している。例外規定として大抵の他の諸ラントは、四日曜・祭日を、バーデン・ヴュルテンベルグ州は三日曜・祭日、ブランデンブルグ州は六日曜・祭日を解放している。大抵の州では、降臨節日曜日が排除されているか、あるいは一回のみ解放されている。ベルリンと並んで、ブランデンブルグ、ザクセン及びザクセン・アンハルトが降臨節日曜日の特

別保護を行っていない。

尚見だしは、連邦憲法裁判所判例のそれではなく、筆者が判例内容を勘案した結果である事を付言する。註に基づいて判例の原文をチェックされたい。

第一節…判旨

二〇〇七年一月一六日付ベルリン開店法第一改正法^②第三条第一項は、基本法第一四〇条及びワイマール家憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項と相容れない。

前記規定は、二〇〇九年一月三十一日まで適用可能である。

その他の憲法異議諸申立ては、却下される。

ベルリン州は、訴訟費用の半分を異議申立て人に支払うものとする^③。

第二節…判決理由

A. 異議申立人

異議申立人は、ワイマール憲法第一三七条第五項と結ぶ基本法第一四〇条^⑤の意味に於ける公法的に組織された

宗教共同体であり、その異議申立てを以って直接ベルリン州に於ける開店を可能にする規定に対決する。^⑥

I・連邦閉店法とラント開店法

1. 連邦閉店法からラント開店法へ

二〇〇六年のいわゆる連邦主義改革一の途上で、連邦閉店法は、経済法〈基本法第七四条第一項〉一一号)の為の競合法対象カテゴリーから削除され、立法権限が諸ラント〈州〉に移転された。これに基づきベルリン議会は、二〇〇六年一月一四日ベルリン開店法を決議した。^⑦この法律は、二〇〇六年一月一七日に発効した。一年後の二〇〇七年一月一六日ベルリン開店法第一改正法^⑧が発効した。その後バイエルン州を除く全ての諸ラント〈州〉が、ラント方による閉店を規定した。^⑨

a) 連邦閉店法

それ以前、開店時間は、一九五六年一月二八日付閉店法^⑩で規定され、最終的には、二〇〇三年六月二日付法^⑪が、二〇〇六年一月三一日付法令第二二八条^⑫によつて改正された。

連邦閉店法効力下に於ける開店時間の再三にわたる拡大の後、土曜日を含むウィークデーの閉店時間は、最終的に二〇時から六時とされた。^⑬この〈連邦〉法律は、原則的に、日曜・祭日の開店を禁じている。^⑭この例外として、閉店法第一四条第一項は、四日曜・祭日までの開店を市、見本市あるいはこれに類する催しを理由として、ラント政府あるいはラント政府指定機関の法令を通して許した。開店は、一括五時間を越えることが許されず、遅くとも一八時には終えなければならず、主要礼拝時外であるべきとされた。^⑮一二月の日曜・祭日は、全て例外なく禁じられた。^⑯

これと並んで連邦閉店法は、駅もしくは地方に於ける店の如き一定の販売所ならびに一定の商品グループの為の特別規定を有した。とりわけ閉店法第一〇条は、ラント政府に法令を通して、如何なる諸前提及び諸条件下に取分け大量の観光客を伴った療養地及び個別に指定されるピクニック地、保養地及び巡礼地で年間四〇日曜・祭日を越えない販売所の開設が許されるかについて決定する権限を与えた。開店時間は八時間に限定された。これ

に加え、例外が「公益」の為に不可欠である場合に、ラント最高機関が閉店法第二三条により、閉店法規定の個別的に時期を限定された例外を許可する事ができた。¹⁷⁾

b) ラント開店〈閉店〉法

立法権限変更後に、これまで制定された他の諸ラントの開店法あるいは開店法は、基本的様相に於いて連邦閉店法の規定構想を堅持した。原則的に全てのラント法は、日曜・祭日には開店されないと規定している。一定の売り場、一定の商品ならびに一定の場所、例えば駅に対して、部分的には連邦閉店法規定を超える例外が存在している。取分け若干のラント法に於いて療養及び行楽地の為の規定は、連邦閉店法第一〇条を上回る開店を可能にしている。例えば、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州及びメクレンブルグ・フォアポンメルン州の法律に於けるいわゆる温泉規定は、如何なる種別制限もしていない。これに加え全てのラント法は、法的に一定の売り場、商品あるいは場所に限定せず、しかししばしば機会に掛からしめた限定された数の日曜・祭日の開店を可能にしている。取分け大抵の他の諸ラントは、四日曜・祭日の

開店、バーデン・ヴュルテンベルグ州は三日曜・祭日、ブランデンブルグ州は六日曜・祭日の開店を示している。大抵のラント〈州〉では、降臨節日曜日の開店が排除されているか、あるいは年間一降臨節日曜日の開店のみが許されている。ベルリンと並んで、ブランデンブルグ州、ザクセン州及びザクセン・アンハルト州の開店法のみが降臨節日曜日の特別保護を規定していない。ラント法は、ザクセン州及びベルリン州開店法を例外として、連邦閉店法第二三条の連邦法的一般的例外規定に見合う規定を含んでいる。¹⁸⁾

2. ベルリン開店法

a) 一般規定

ベルリン開店法は、他の諸ラントの諸規定を上回って、一〇日曜・祭日までの開店を規定している。日数は限定しないが、連邦閉店法第二三条に対応し、限定適所前提を伴った個別ケースに関わる一般的例外規定をベルリン開店法は規定していない。ウィークデイの開店は、完全の開かれている〈二四時間開店〉¹⁹⁾。

ベルリン開店法では、日曜・祭日に於ける開店が以下のように規定されている。

法律で、如何なる前提も無く、全ての四降臨節日曜日の一三時から二〇時まで売り場の開店が許される⁽²⁰⁾。年間更なる四日曜・祭日が「公益」目的でベルリン州政府の一般命令を通して開放され得る。この規定は時間的制約を予定していない⁽²¹⁾。これに加え更に二日曜・祭日が特別事象、取分け企業記念日及び路上祭りを理由として管轄局への事前届けにより、一三時から二〇時まで開店が許される⁽²²⁾。ベルリン開店法第六条第一項及び第二項の開店可能性から外されている日々は、元日、五月一日、聖金曜日、復活日曜日、聖霊降臨祭日曜日、国民哀悼の日、死者慰霊日及び一二月祝祭日である⁽²³⁾。

二〇〇七年から二〇〇九年の間にベルリン州政府は、ベルリン開店法第六条第一項の可能性を全面的に利用し、一般命令を通して四日曜・祭日に於ける売り場の開店を許可した。公布された全ての一般命令では、開店時間が一三時から二〇時に限定された⁽²⁴⁾。

このように全ての売り場、つまり全小売業に該当する日曜・祭日規定と並んで、これまで通常であった更なる例外要件、つまり商品グループ、提供者及び一定地域に従って分野別に特化して日曜・祭日閉店の例外を法律は、なканずく、催し物訪問者への供給⁽²⁵⁾、花卉、新聞雑誌、パン、ケーキ、乳製品販売⁽²⁶⁾、美術品及び日用雑貨⁽²⁷⁾、薬局、給油所、駅、飛行場及びバスターミナル⁽²⁸⁾に許している。保養地、行楽地及び巡礼地に対する連邦閉店法第一〇条に見合う規定をベルリン開店法は有していない。その代わりに、ベルリン開店法第四条第一項一号は、旅行者の必要の為に専ら法律に規定される商品を提供する売り場の開店を一定地域もしくは行楽目標に限定する事無しに全ての日曜・祭日の一三時から二〇時まで許している⁽²⁹⁾。

b) 個別規定

販売場所及び商品類に関わり無く全ての小売業に該当する日曜・祭日の開店時間及び例外規定は、二〇〇七年十一月一六日付法律で以下のように規定されている。

第三条

一般的開店時間

- ① 売り場は○時から二四時まで、降臨節日曜日には、一三時から二〇時まで開店が許される。
- ② 売り場は、第四条から第六条で別に規定されない限り、閉店しなければならない。
 1. この日が降臨節日曜に該当する場合の日曜・祭日及び一二月二四日。
 2. この日がウィークデイに該当する一二月二四日には一四時以降。
- ③ 第一項及び第二項は、美術品及び日用雑貨品市場にも該当する。
- ④ 閉店時に居る客には、サービスが許される^{③〇}。

第六条

更なる例外

- ① 開店時間に管轄を有する行政部門は、公益の為に例外的に一般命令を以って四日曜・祭日に限定して

売り場の開店を許す事が出来る。元日、五月一日、聖金曜日、復活祭日曜日、聖霊降臨祭日曜日、国民哀悼の日、死者慰霊日及び一二月祝祭日は、これから外される。

- ② 売り場は、特別の事象、取分け、企業記念日及び路上祭りにちなんで、更なる二日曜・祭日に限定して、一三時から二〇時まで開店が許される。

売り場は、管轄地区所に開店六日前に届け出る。
第一項二が該当する。

特別商品グループ、提供者及び特定場所に於ける売り場に対する日曜・祭日閉店の更なる例外は、ベルリン開店法第四条及び第五条に規定されている。^{③1}

第四条

日曜・祭日に於ける一定商品の販売

- ① 日曜・祭日には以下の売り場の開店が許される、
 1. 専ら記念目的でツーリストの必要の為に、街路

地図、地図、観光案内、タバコ、フィルム・写真
消耗品、消耗雑貨、軽食・嗜好品を提供する売り
場。一三時から二〇時まで。一月二四日が降臨
節日曜に該当する場合には、一三時から一七時ま
で。

2. 開催中に食料及び嗜好品を以って催し場及び博
物館の来場者への供給を目的とする売り場。

3. 花卉、植物、新聞及び雑誌、パン類、菓子、乳
製品を提供する売り場。七時から一六時まで。降
臨節日曜には七時から二〇時まで。一月二四日
が降臨節日曜に該当する場合には七時から一四時
まで。

4. 主に食料・嗜好品の販売所。一月二四日が降
臨節日曜に該当する場合には七時から一四時まで。

5. 美術品及び日用雑貨市場。七時から一八時まで。
降臨節日曜には七時から二〇時まで。

② 第二条第一項三号による売り場では、

1. 鮮度の下がりやすい果実及び野菜は、生産者に
よって、日曜・祭日、降臨節日曜には、七時から
二〇時まで、一月二四日が降臨節日曜に該当す

る場合には、七時から一四時まで。

2. クリスマスツリーが降臨節日曜に七時から二〇
時まで、一月二四日が降臨節日曜に該当する場
合には、七時から一四時まで。

③ 復活祭日曜、聖霊降臨祭日曜及び第二クリスマス
祭日には、第一項三号による商品としては、新聞と
雑誌のみ、第二条第一項三号による売り場では、鮮
度が下がりやすい果実及び野菜が生産者によって提
供する事が許される。聖金曜日、国民哀悼の日、死
者慰霊日には、美術品及び日用雑貨市が開かれては
ならない。³²⁾

第五条

特定販売所

日曜・祭日及び一月二四日に開店が許されるものは、
1. 薬品提供及び薬局で通常の商品の提供の為の薬局。
2. 運転準備の維持あるいは回復に不可欠な限り、自
動車部品の提供及び燃料ならびに旅行用品提供の為

の給油所。

3. 旅行用品提供を目的とする駅、飛行場、バスターミナルの販売所。ベルリン・テーゲル飛行場では、これに加え、日用品、繊維製品、スポーツ用品及び贈答用品の提供が許される。⁽³³⁾

ベルリン開店法第七条は、被用者の保護を目的とする労働時間法的諸規定を行っている。これによれば、被用者は、日曜・祭日に、許された開店時間内に、販売所における販売活動に限定され、準備及び終結活動の遂行を含め、不可欠の際には労働時間を三〇分延長することが許される。被用者は、要求する場合、月一回土曜休みを獲得できる。少なくとも一二才以下の子供を持つか、あるいは、承認された介護必要者を持つ被用者は、要求する場合、販売の為に開かれた日曜・祭日に、家庭内に居る他の者によってケアが確保されない限り、解放されることが出来る。被用者は、年間二降臨節日曜のみ働く事が許される。⁽³⁴⁾

ベルリン開店法第九条は、詳細規定違反に対し、命令

違反として罰金を規定する。罰金高も規定する命令違反要件は、凡そ以下のように規定する。

第九条

命令違反

- (1) 販売所の所有者が故意もしくは過失に以下の行為を行う場合に、命令違反となる。
 1. 第三条第一項、第二項及び第三項に反して、販売所を開きもしくは商品を提供する場合。
 2. 第四条及び第五条に反して、許容される開店時間を超えて、商品もしくは表示された商品グループ以外の商品を提供する場合。
 3. 第六条に反し、許された日曜・祭日の数を超え、あるいは許された開店時間を超えて販売所を開き、商品を提供し、あるいは、管轄官庁への適時の通知を行わなかった場合。
 4. . . . 6.
 7. 第七条第六項に反し、年間二回以上降臨節日曜に被用者働かせる場合。
 8. . . .

- (2) (3) 命令違反は、二、五〇〇ユーロ以下の罰金、第一項第四号及び第二項の場合に、一五、〇〇〇ユーロ以下の罰金が科せられる。

一五、〇〇〇ユーロを超える罰金は、ベルリン開店法第三条及び第四条に反する日曜・祭日に於ける美術品及び日用雑貨品の販売及び第七条第一項違反に該当する。⁽³⁵⁾

c) ベルリン州政府の法案説明

⁽³⁶⁾ 二〇〇六年一月一日付ベルリン開店法案の根拠づけの中で、ベルリン州政府は、日曜に、とりわけ勤勉を旨とする我々の社会に於いて、肉体的・精神的力の再生の為の時間として多大な意義が帰属することを強調した。曰く、労働世界からの不断に増大する要求、とりわけ被用者流動性と柔軟性への調整として、日曜は、家族の利益と現代社会の社会関係の促進のために、放棄できない。日曜は、休養、家庭生活の形成、社会的、スポーツ的、文化的、とりわけ宗教的活動の育成の為に必要とされている。日曜・祭日休養の原則からは、従って、小売業と

顧客の利益の被用者保護に利益との価値考量下に例外的にのみ離れることができる。この法律は、競争の平等の諸理由から、所有者のみの、あるいは、専ら雇われない家族員によって経営される販売所に対する特別規定を設定していない。顧客が関心を有する販売時間の大幅な柔軟化の為に、新たな立法管轄が利用された。これによって、ショッピングと観光の首都としてのベルリンの立地が考慮された。特別の新規として指摘されるべき事項は、この法律が最早ウィークデ이의開店時間に対しては如何なる制約も付していないことである。法律の理由づけは、同時にかつて制限していた開店時間が特別に長い労働時間から販売人員を保護すべきとしたことを知らせている。その事は、今や、労働時間保護によって確保されている。⁽³⁷⁾

降臨節日曜日に於ける時間的に限定された開店の自由化は、小売店及び顧客の利益と被雇用者の保護利益間の価値考量の結果である。ベルリン政府が一般命令を通して年間四日曜・祭日まで販売を可能にする権限を与えるベルリン開店法第六条第一項は、連邦閉店法第一四条及び二三条を継承している。その限りで開店は、ベルリン

市を超えた意味を持ち、しかも多くの観光客をベルリンに引き込む催しの際に可能にされるべきものである。更に二日曜・祭日に於けるベルリン開店法第六条第二項の売り場を特化した開店の可能性は、かつて法令で決定された四日曜・祭日の為のベルリン政府によって選ばれた機会が必ずしもベルリンの全ての売り場に経済的成功をもたらさなかったとする批判に対応しようとしている³⁸。

ベルリン開店法第四条第一項一文に於ける日曜毎に販売可能な商品の観光必要雑貨への拡大について、ベルリン政府は、この規定が閉店法第一〇条に従って制定されたピクニック及び保養地域に於ける閉店命令に代わり、三月第一日曜から一〇月第三日曜までの間に、非常に限定された商品が一時から一九時までの間に厳格に限定された地域で提供されることが許されたと説明した。これと結びついた深刻な地域限定問題を回避する目的で、将来ベルリン全市に於ける限定商品の販売が年間全日曜・祭日に一三時から二〇時まで、一二月二四日には一七時まで許可される。ベルリン開店法第四条第一項四文は、一二月二四日が日曜に該当する特別ケースの為に、

主に食糧・嗜好品を提供する販売所の為に日曜・祭日定点命令の突破を規定している。これによって、住民がクリスマス以降の日々に新鮮な食糧を以て充足されることが保障されるべきとされる。ベルリン開店法第四条第二項第一文規定は、住民の必要充足を目的として、生産者及びその受託者によって日曜・祭日にも、容易に劣化する摘みたての果実及び野菜の販売を許可している。この規定はブランドンブルグ州と取り決められている。何故なら、地理的接近故に、主にこの地域からの提供者が果実と野菜をベルリンの街頭で販売しているからである³⁹。

II. 憲法異議申立

憲法抗告を以て異議申立人は、ベルリン政府が命令違反ケースの為に二、五〇〇ユーロ以下の課徴金のみを規定する限り、ベルリン開店法第三条第一項二、第四条第一項第四号及び第二項第一号、第六条第一項及び第二項及び第九条第二項の諸規定並びに諸規定の集積から生ずる効果による基本法第一三九条及びワイマール憲法第一四〇条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項の侵害を抗弁した。異議申立人達は、その憲法抗告を概ね一致し

て根拠づけている。⁽⁴⁰⁾

1. 申立の理由

a) 申立の権限

異議申立人は、自らが異議申立の権限有りと看做す。⁽⁴¹⁾

異議申立人によれば、基本法第四条第一項及び第二項に基づく抗告は、攻撃対象とされる諸規範の憲法適合性の判断に際して、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条による日曜・祭日休息の保護保障が決定的比重を展開している事実と矛盾しない。曰く、確かに、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条は、従前の連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法あるいは基本法に類する権利ではなく、制度的保障を内包している。更に、基本法第四条第一項及び第二項によって保護される宗教の自由な実践の可能性は、その実際の諸条件の中で、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条によって展開され、形成される。ワイマール憲法教会条項の保障が機能的に宗教の自由の基本権の要求と実現を指向していることは一般的に承認されている。ワイ

マール憲法第一三九条は、「精神的高揚」の目的設定を以て宗教奨励的諸要素をも内包している。事物からして、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条は、基本法第四条第一項及び第二項の保障内容、とりわけ基本権から帰結される国家の保護義務を具体化している。憲法が「精神的高揚」を目的とする制度的保障の意味でワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条基準の従い、日曜の保護を保障することにより、諸教会や諸宗教共同体に対し、宗教の自由の基本権の枠内で、阻止されること無き宗教実践の客観的に設定された特別の保護に効果的に参与し、しかも州法によって侵害されない請求権が生ずる。⁽⁴²⁾

異議申立人は、攻撃対象とされる諸規定によって直接影響を受け、しかもそれが日曜の憲法的保護の空洞化に作用する諸規定の集積の結果であると考える。曰く、ベルリン開店法第三条第一項、第四条第一項第四号及び第四条第二項第一号による日曜保護への介入に際しては如何なる付加的執行行為も必要としない。ベルリン開店法第六条第一項及び第二項のケースにおいて、確かにそ

れぞれ一定の移転を必要とする。しかしながら、ベルリン開店法第六条第二項では、実質既に直接法律による基本権侵害に至る。何故なら、異議申立人は、六日の短期公示期間とベルリンの全ての地区への申請の配分に鑑みて、通常、ベルリン開店法第六条第二項による開店の適時の確認を得ることができず、しかもそれ故に、地区行政の不作為に対する法的手段も取り得ないからである。継続確認訴訟は、それぞれ開かれている販売所に於ける異なった所与及び大抵は欠落している再開の危険に鑑みて、許されないとして失敗することになる。ベルリン開店法第六条第一項では、行政裁判所で攻撃対象となり得るベルリン行政の一般命令を必要とする。彼等は異議申立人として、一般命令の制定への授權を通して直接影響を受けている。何故ならこの授權は、攻撃対象となっている他の諸規定と結びついていてからである。「自己執行的」諸規定の集積を通して、宗教の自由な実践の侵害に至ることになる。⁽⁴³⁾

最後に異議申立人自身も影響を受けている。彼等は確かに開店諸規定の名宛て人ではない。しかし彼等の基本

権の立場は、これらの諸規定と密接な関係下にある。この密接な関係は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条と基本法第四条第一項及び第二項との結び付から帰結される。その礼拝及び宗教行事は、多くの日曜に阻害される。諸日曜は、売り場の開店を通して保護された平穏な性格をなく奪われる。しかし憲法は明示的にキリスト教的伝統に従った日曜保護を告白している。憲法の中で、日曜がキリスト教諸教会及び諸宗教共同体にとつて週の卓越した日であることが明示的に設定されている。ワイマール憲法第二三九条と結ぶ基本法第一四〇条は、日曜全体を精神的高揚を目的として保護し、しかも、主要礼拝時とそれ以外の時を区別していない。その事は、事物にも合致している。何故なら、宗教の実践並びにこれによる精神的高揚は、礼拝以外の他の形式においても実効されるからである。⁽⁴⁴⁾

b) 裁判の道と補完原則

更に、異議申立人によれば、裁判の道は汲みつくされ、しかも補完原則は維持された。⁽⁴⁵⁾

ベルリン開店法第三条及び第四条は、形式法の諸規定として行政裁判規定第四七条による行政裁判的規範審査手続きで攻撃され得ない。ベルリン開店法第六条第二項の規定は、届け出留保を伴った許可である。ある行政行為は、官庁が届け出に基づき例外を拒否する場合にのみ行われる。権利保護は、行政訴訟の形態で考察される。届け出はしかし、多様な地区に向けられる。これを確認することを異議申立人は、ほとんどできない。従って、異議申立人に対し、実践不可能な裁判の道を指示することは期待できない。⁽⁴⁶⁾

ベルリン開店法第六条第一項による一般命令に対しては、確かに裁判の道が開かれている。その限りで連邦憲法裁判所法第九〇条第二項第二文が適用可能であり、従って、裁判の道を汲み尽くすこと無しに、憲法抗告の許容性を肯定できる。如何なる限定が開店法に対し、基本法第一四〇条及びワイマル憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項によって設定されているかという問題の解明は、一般的意義を持つ。日曜に於ける開店に対する立法者の形成の自由の制限問題に連邦憲法

裁判所は、未だ回答を与えていない。これまで日曜・祭日休息の中核領域が不可侵であり、しかも日曜・祭日保護の十分な水準が維持されなければならないことだけが確認されている。日曜・祭日に於ける開店を可能にする諸規定が何時憲法的要請を充足していないかは未だ解明されていない。⁽⁴⁷⁾ 提示された問題は、専門文献に於いても対立的に議論されている。⁽⁴⁸⁾ その解明は他の諸州にとっても重要である。

2. 申立の根拠

異議申立人によれば、憲法抗告は根拠付けられる。⁽⁴⁹⁾

a) 宗教の自由と日曜・祭日の保護

異議申し立人によれば、自らの宗教的自己理解の基準に従って日曜を過ぐす願望は、基本法第四条第一項及び第二項によって把握されている。曰く…この保護は、礼拝及びその他の宗教的行事を国家の命令や禁止によって阻止されることなく執り行うことだけではない。基本法第四条第一項及び第二項からする基本権は、寧ろワイマル憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条と結びつ

いている。憲法は日曜の保護を「精神的高揚」を目的とする制度的保障の意味で、いわば労働休息の社会政策的目的設定と並んで、宗教奨励的目的設定を伴って保障している。従って、日曜・祭日の憲法的保護は、その宗教

奨励的次元の枠内で、基本法第四条第一項及び第2項からする基本権の保障内容に流入している。この結びつきを通して、礼拝及び他の宗教諸行事外的枠条件も保護されている。諸教会及び他の宗教共同体には、この阻止されること無き宗教行為の特別保護に効果的に参加する請求権が生ずる。その限りで宗教の自由の基本権は、部分的に参与権を内包している。諸教会及び他の宗教共同体には、正にウィークデイと異なる日曜を自らの自己理解の基準に従って過ごし、しかもその際に実際にその信者達に到達する可能性が確保されている。日曜保護は、第一に礼拝及び他の宗教行事の阻止されない遂行を指向している。これと並んで、諸教会には、自らの自己理解からして同様に自らの課題に所属する教會的及び家族奨励的作業の支援が大切である。日曜保護は、一日全部に及ぶ。何故なら、この保護は、礼拝を超え、教会が保護する他の全ての法益、つまり家族、教会団体の活動、主

要礼拝外の祭及び「静かな瞑想」を保護するからである。これによって、諸教会の宗教の自由と日曜保護間の直接的相互依存が存在する⁵⁰⁾。

b) ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条及び第四条第一項と第二項の侵害

攻撃対象とされる諸規定は、それぞれ及びその集積において、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条を侵害し、しかもそれによって同時に基本法第四条第一項及び第二項を侵害する⁵¹⁾。

aa) 経済的根拠に基づく日曜・祭日保護の例外規定

ベルリン開店法第三条第一項は、異議申立人の基本権を侵害する。何故なら、この規定によって、全ての降臨節日曜日の一三時から二〇時までの開店が許されているからである。降臨節時に於ける日曜は、教会年において卓越した地位を有し、しかも諸教会によって、伝統的にこれに見合う扱いを受けている。ベルリン開店法は、クリスマス前時期に対し憲法的保護を奪っている。降臨節日曜日の特別の刻印に基づき、この関連規定により、憲

法的日曜保護の構想及び形体規定的メルクマールの宗教奨励的部分が深刻な影響を受けた。しかもベルリン開店法第三条第一項が年間四つに分けた日曜にその特別保護を奪うのではなく、四つの一括した日曜に対する保護を奪っているのである。これによって四週間にわたって保護が停止されることになる。この規定の憲法違反は、法案の中で明確に表明されているように、専ら経済的観点に基づいている事実から生じている。専ら経済的諸根拠に基づく日曜・祭日保護の例外規定は、存在してはならない。⁽⁵²⁾

bb) 傷まない食糧の買い置きが必要なし

ベルリン開店法第四条第一項四号も日曜の憲法的保護を侵害する。この規定は、法案によれば、一月二四日が日曜に該当する場合、住民に対しクリスマス期間中に二祭日の為に新鮮な食糧の買い置きを可能にすることによって供せられるべきものとされている。これにはあらゆる客観的正当性が欠けている。傷まない食糧の購買は、一月二四日以前にも行われ得る。今日の冷蔵の可能性に鑑みて、その事は、傷みの発生する食糧にも該当する。こ

れに加え、ベルリン開店法第四条第一項四号は、一般的に、「主に食糧品及び嗜好品の提供を伴った売店」に関連している。この種の規定は、クリスマス期間中の為の買い置きの意味では必要性がない。⁽⁵³⁾

cc) 日曜・祭日に「容易に傷み易い食糧」買い置きの必要なし

同様に、ベルリン開店法第四条第二項第二号は、比例不適合である。自家製果実及び野菜の販売所の特権化を以て、経済促進目的が追求されている。この目的は、憲法的地位を享有してはいない。更にその限りで、今日の冷蔵可能性に鑑みて、何故に、「容易に傷み易い果実及び野菜を伴った」商売が日曜・祭日に必要であるかが説得的ではない。⁽⁵⁴⁾

dd) 公共利益を理由とする例外規定は宗教の自由と相容れない

ベルリン開店法第六条第一項による公共利益を理由とする四日曜・祭日に於ける一般命令による開店自由化規定は基本法第四条第一項及び第二項と相容れない。確か

にこの例外規定は、連邦閉店法第一四条及び第二三条のかつて連邦統一的諸規定を範にとつてはいるが、しかし、標準となる点に於いてこれと異なっている。連邦閉店法によれば、例外は、公共利益における個別ケースに於いて緊急に必要でなければならなかった。それは例えば、緊急事態及び大災害時に於ける生活必需品による住民への供給に場合が対象となる。これに対し、ベルリン閉店法第六条第一項の規定は、最早このような厳格な要求は内包されていない。開店許可にとつて既に多少重要性のあるも催もの、もしくは何らかの方法でベルリン住民もしくは観光客の関心を呼び起す出来事で十分とされている。「公共の利益」及び「例外」の構成要件メルクマールからは、現実に統制効果は発していないのだ。その事は、二〇〇七年の諸日曜の開店許可に対してこれまで発せられた一般命令のきつかけがグリーンウイーク、演劇会合、ドイツレントゲン大会、国際通信見本市、音楽祭二〇〇七、アートフォーラムベルリン、ベルリン秋の芸術祭であつた事で証明されている。ベルリン閉店法第六条第一項に於ける授權は、不適切に少ない例外要求を規定し、しかも専ら経済目的を追求している。⁵⁵⁾

ee) 日曜・祭日閉店原則の放棄

ベルリン閉店法第六条第二項による特別の出来事を切っ掛けとする開店規定も、同様に専ら経済利益を基盤としている。この規定は比例不適合である。何故なら、この規定は、ベルリンに於ける膨大な数の商店、「企業記念日」、「道路祭り」の如き開店に対する低い要求ならびに、一店舗に年間二開店を可能にする事実を鑑みて、相当な分散効果を展開しているからである。日曜・祭日に於ける売り場閉店の原則は、これによつて、ベルリンでは、現実に、広範囲にわたつて放棄されている。⁵⁶⁾

ff) 個別諸規定の集積は憲法違反

増してや攻撃対象をされる個別諸規定は、その集積において、憲法違反である。憲法の日曜・祭日保護の例外は、その集積が日曜労働の禁止と許可の原則・例外関係に反する場合、いずれにせよ憲法違反となる。可能な開店の量的次元に鑑みて——年間一〇日曜・祭日で全日曜ほぼ五分の一——最早この関係は尊重されていない。これに加え最早ベルリンではどの日曜も相当数の商店が開店していない日がない事実から出発せざるを得ない。開

店可能性の総合効果は、法規定技術が多様な諸規定への配分を規定していることを通して低下していない。⁵⁷⁾

gg) 社会国家原理の適用も不可

これらの介入は、全体として憲法的に正当化されない。基本法第四条第一項及び第二項の無限定保障故に、抵触する憲法による正当化のみが対象となる。基本法第一二条及び第一四条の経済関係基本権は、日曜・祭日への介入を支えきれない。何故なら、ベルリン開店法の経済目的の設定は、憲法的序列を有しないからである。社会国家原理及び国家的保護義務に鑑みて、憲法的序列が付与され得る住民への供給利益も適用できない。何故なら、対立対象とされる諸規定は、基本的供給に奉仕していないからである。⁵⁸⁾

hh) 効果的制裁規定の欠落

日曜・祭日の憲法的保障の空洞化は、この法律が現行の原始的制限違反に対する効果的制裁さえ規定していない事実によって更に強化されている。ベルリン開店法第九条第二項の基準によれば、違反行為は、高々二、五〇〇

ユーロまでの罰金とされている。このような小額からして、—とりわけ大チェーンストアや百貨店に鑑みて—抑止効果や法遵守効果から出発することは考えられない。⁵⁹⁾

ii) 全ての日曜の開店を許す規定は憲法違反

2) への異議申立人は、更に、ベルリン開店法第四条第一項四号が食料・及び嗜好品販売所が全ての日曜・祭日に開店が許されると理解できると説明している。何故なら、「日曜・祭日」に開店できるとする第一項導入部分に、文書構成で、一月二四日が日曜に該当する場合、例外的に七時から一四時まで開店できるとする第四号も結びつくからである。全ての日曜・祭日を内包する広い解釈の中で、この規定は、憲法違反となる。連邦憲法裁判所が、狭義な解釈を基盤として、憲法違反と看做すならば、この事を、判決の中で明示的に確認しなければならない。⁶⁰⁾

III. 関連諸機関の見解

この憲法異議申立に対し、以下の諸団体が文書による見解表明を行った。ベルリン州議会及び州政府、ブラン

デンブルグ州政府、チューリンゲン州政府、連邦行政裁判所、ドイツ（カトリック）司教会議、ドイツ（プロテスタント）福音教会（EKD）、ドイツ自由宗教団体連合及び自由世界観共同体連合、ドイツ統一宗教共同体、ヨルダノ・ブルノ基金、ドイツ人文主義連盟、中・大規模小売業連邦アルバイツゲマインシャフト（BAG）、ドイツ雇用者団体連合会、連邦ドイツ雇用者連盟（BDA）、ドイツ商工会議、ドイツ小売業中央会（HDE）、キリスト教労働組合連合（CGB）、ドイツ労働総同盟（DGB）サービス労働組合連合及びドイツ労働総同盟（ver.di）。

これに加えるベルリン政府は、専門鑑別員クナイト教授とナハライナー教授の文書見解を提出した。更に連邦議会、連邦参議院、連邦政府、その他の諸ラント政府及び議会及び専門知識を有する第三者に見解表明の機会が提供されたが、見解表明は行われなかった。⁶²

1. ベルリン州議会及び州政府

ベルリンの議会及び政府は、共同の見解を表明した。両者は、憲法異議申立ては許可されない、いずれにせよ

根拠が無いと看做した。⁶²

a) ワイマール憲法第一三九条は制度的保障で公権を創設しない

異議申立人は、異議申立権限が無い。ワイマール憲法第一三九条は、憲法異議申立手続きの中で咎められ得ない。連邦憲法裁判所は、既に基本法第一四〇条から公権を引出す事が出来ないと決定した。ワイマール憲法第一三九条は、日曜・祭日の保護を目的として法律規定の最小限を用意する立法者に客観法的に義務付けた制度的保障である。日曜に対する今日の危険状況を理由とするワイマール憲法第一三九条の主観化のテーゼは、維持され得ない。ワイマール憲法第一三九条の基本法第四条第一項及び第二項への特別緊密関係の構成を通して、このテーゼは根拠付けられ得ない。ワイマール憲法第一三九条の文言は、憲法的日曜保護が特別に教会に向けられた事項ではなく、世俗的に理解されなければならない事を認識させる。これの異なる観点は、基本法第四条の世界観的中立を指向する基本構想と相容れない。基本法第四条とワイマール憲法第一三九条のテーマ的関連は、ワイ

マール憲法第一三九条の主観的効果の欠落を変えるものではない。社会政策的及び宗教的動機付けの並存は、日曜・祭日遵守を請求できる個人的担い手への組み込みを許さない。その他の全ては、大衆の異議申立ての許可に導くことになる。基本法第四条は、確かに宗教的に動機付けられた行動も、しかも常に諸日曜も保護する。ワイマール憲法第一三九条のみを対象とした一般的に日曜に対する枠組み公権の形成は、宗教の自由によって把握されない⁶³。

基本法第四条を教会の日曜利益に対し、より開かれたものと看做す場合、異議申立人には異議申立権限が欠落している。異議申立人は、ベルリン開店法によって、自らも直接影響を受けない。これに加え異議申立人は、既に基本権侵害の可能性を指摘しなかった。攻撃対象とされる諸規定を通して異議申立人の宗教実行の為の枠組条件は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条に対する違反の下に、期待不可能に悪化しなかった。何故なら、売り場の為に今や日曜・祭日に許可された開店時間が一九一九年二月五日付商店及び薬局に於ける日

曜休養に関する法令に基づいて許可されたものと本質的一致しているからである。ワイマール憲法第一三九条は、「保護され続ける」との言い回しを通して当時既に許可された構成要件に関連付けている。ワイマール時代もその後も、一九五六年に於ける閉店法の発効に至るまで、降臨節日曜日の開店は、原則的に許可されていた。そこどころかこれらの日曜日は、特別に重要な販売日とされていた。攻撃対象とされているベルリン開店法は、一九一九年の法令より控えめである。何故なら、この法律は、降臨節日曜日の開店が時間的に限定されているからである⁶⁴。

最後に異議申立人は、裁判の道を使い切っていないが故に、ベルリン開店法第六条第一項及び第二項を対象とする限り、許されない（連邦憲法裁判所法第九〇条第二項）。何故なら、これらの規定は、それぞれ異議申立人が行政裁判所で反対可能な開店の前地に於ける行政執行行為を前提としているからである。何故に異議申立人に充分に有効な権利保護が与えられなかったかについて、異議申立て人は、説得的に説明しなかった⁶⁵。

b) 憲法異議申立は根拠付けられない

憲法異議申立は、許容されとしても、根拠付けられない。攻撃対象とされる諸規定は、客観的にも憲法適合性があり、ワイマール憲法第一三九条の制度的保障に正當に対応している。とりわけこれらの規定は、日曜・祭日休息の不可侵の中核に触れない。ワイマール憲法第一三九条は、法規定を通して日曜・祭日が労働休息及び精神的高揚の日として供せられる事を保障することを立法者に義務付けている。その際に立法者は、形成の余地を有している。取分け、日曜・祭日たる制度の正式存在が保護されている。ベルリン開店法第三条第二項一号は、通常日曜・祭日には販売所が閉まっていなければならなると命ずることによって考慮している。例外諸規定は、この原則を変えるものではない。何故なら、制度的保障は、日曜・祭日保護の全ての緩和的変更を禁じてはいないからである。必要性、取分け休息の必要性は、変遷し、今日では他の必要と競合している。日曜の宗教的目的規定は、後ろに後退している。制度的保障の制限は、従ってより容易に根拠付けられる。絶対に必要な放棄できないものではなく、休暇の提供あるいは経済状況を

改善する努力の如き他の説得的立法意図も日曜保護の制限を正当化できるのである。この事に攻撃対象とされる諸規定が対応しているのである。同様にワイマール憲法第一三九条は、この制度が無価値な殻に空洞化することから保護しているのである。明らかに空洞化はされていないのだ。⁶⁶⁾

立法者の形成の自由は、更に、日曜・祭日の不可侵の中核部分を通してのみ制約されている。その事は、一方で、保護されている日曜・祭日の数及び七日のリズムに、他方で、労働休息の原則・例外関係及び日曜労働に対するウィークデイ労働の閉却に該当する。異議申立人が全ての日曜のほぼ五分の一の開店によって、彼らに対して、礼拝及びその他の宗教行事の遂行が期待不可能に困難にされていると非難する限り、それは説得的ではない。開店規定は、販売所を訪問し、礼拝を行わない事を命令しているわけではなく、変化して社会的現実を考慮しているに過ぎない。つまり、開店規定が市民に対して日曜・祭日に販売所を訪問する可能性を付与する事によって、市民の変化した休暇の望みを考慮しているに過ぎない。

この可能性は、一〇日曜・祭日に限定され、しかもこれらの六日は、時間的にも限定されている。睨せられている原則・例外関係は、開店が許される日曜・祭日の少ない数と開店の時間的制限に鑑みて、侵害されない。四日曜のみが一日中の開店が許される事を以って、日曜がウィークデ이의正確を有しているわけではない。ウィークデ이의刻印の増加のみでは、日曜・祭日休息の中核部分に対する違反を根拠付けない。⁶⁷⁾

ワイマール憲法第一三九条の世界観的・宗教的要素に立法者は、日曜・祭日の開店を原則的に禁じ、しかも、開店の為に開かれている一〇日の中の六日を時間的に制限し、しかも主に主要礼拝時に開店から外す事によって、考慮を払っている。⁶⁸⁾

ベルリン州立法者の決定は、自らの形成の自由の枠内に留まっている。日曜・祭日保護の形成に際して立法者は、ワイマール憲法第一三九条によって命じられている原則・例外関係の考慮の下に、なにかんづく、基本法第二条第一項で保護される消費者の買い物に対する利益と基

本法第一二条第一項で保護される売店所有者の職業遂行の自由間の調整を行わなければならない。その際に立法者には広い裁量の余地が付与されている。承認されている事項は、原則的に、社会的及び技術的諸根拠からして不可欠な労働が認められているのみならず、住民の休暇時の必要にも供せられる労働も認められていることである。この様な「日曜のための労働」に際しては、連邦憲法裁判所の判例によれば、「日曜にもかかわらず労働」よりも開店に有利な価値考量が該当している。確かに絶対的禁止は存在しない。従って攻撃対象とされる諸規定は、これらの規定による日曜・祭日への介入が公共の福祉の説得的諸根拠によって正当化されないか、もしくは比例不適合であるが故に、これを行わない事を立法者が義務付けられている場合にのみ、ワイマール憲法第一三九条に違反する。しかしそのような事は前提とされていない。消費者の行動の自由と売店所有者の職業遂行の自由は、個別的にもそして全体としても、例外規定を正当化する。これらの規定は、この法益の保護に適合し、必要であり、しかもワイマール憲法第一三九条によって予め与えられている原則・例外関係を考慮すれば、適切でも

ある。その事は、住民の変化した買い物慣習を考慮する場合に特に該当する。住民の多くの部分にとって、日曜・祭日、とりわけ降臨節日曜の買い物は、ウィークデイの性格を失い、回復に供せられる休暇活動となり、従って、開店は、「日曜の為の労働」への傾向を有するようになった。そのように見ないとしても、変化する買い物慣習に、立法者の追及する経済奨励目標と相俟って、日曜・祭日保護の制限が限定的である事を正当化するほどの比重が付与されている⁶⁹。

その事は、個別規定にも該当する。すべての降臨節日曜における開店は、反対できない。ワイマール憲法第一三九条からは、時間的制限のある開店が許可されている日曜毎に販売から解放される日曜が続かなければならない事は導かれ得ない。ワイマール憲法第一三九条が追求する小売点における被用者の為の労働休息の目標に立法者は、ベルリン開店法七条第五項に従って、被用者を年間二つの降臨節日曜のみに働かせる事が許される事を以って、考慮を払っている。確かに教会暦において降臨節日曜は、卓越した地位を有している。しかし、これには、クリスマスの商売における小売店が販売の特別部分

を目標としており、しかもそれ故に、開店に特別の関心を有しており、更にこれに、降臨節日曜での買い物に住民の家族レベルでの特別の関心が結びついている。これに加えベルリン立法者は、主要礼拝時を開店時から外している。ベルリン開店法第四条第一項第四号で規定されているクリスマスにおける開店は、一月二十四日が降臨祭日曜に該当する場合でも反対できない。何故なら、販売に指定される商品のみが許可され、しかも開店時間が意義申立人の利益に対応して、七時から一四時に限定されているからである。鮮度が落ち易い果実や野菜の生産者による販売規定（ベルリン開店法第四条第二項第一号⁷⁰）は、降臨節日曜にとって特別の役割を果たしていない。

更なる開店規定に付いては、個別的考察を必要としない。例外諸規定は、これに加え、「公共利益」もしくは「特別の事象」諸前提によつて限定されている。これに見合う先行規程は、連邦開店法第一四条及び第二三条に見られる。ベルリン回転法の法的状況は、連邦法に対して、より狭められている。何故なら、日曜・祭日の販売

日数が連邦閉店法第二三条とは異なり、限定されているからである。⁽⁷¹⁾

2. ブランデンブルグ州政府

ブランデンブルグ州政府は、ベルリン開店法第四条第一項第四号についてのみ見解を述べた。何故なら、この規定のみがブランデンブルグ州法に類似しているからである。曰く、この規定は憲法的基準に合致している。この規定によって、日曜・祭日保護の中核領域も、日曜・祭日の開店に関する憲法的に保障された原則・例外関係も侵害されていない。⁽⁷²⁾

3. チューリンゲン州政府

チューリンゲン州政府は、憲法異議申立が許され、活根拠付けられると看做す。

曰く、異議申立人は、攻撃対象とされる法規定によって基本法第四条第一項及び第二項からする宗教遂行の自由の基本権を侵害された。日曜・祭日保護の形成は、日曜・祭日休息の絶対的中核を保護する立法者への命令を最早充足していない。更にベルリン開店法第六条第一項

及び第二項の諸規定は、基本法第一九条第四項に即した有効な権利保護の保障への異議申立人の基本権に違反している。何故なら、異議申立人が販売店所有者の管轄官庁への申請を感知し、しかも場合によって、官庁の不作為を裁判で審査させる事が出来るか否かは、偶然に依存しているからである。⁽⁷³⁾

4. 連邦行政裁判所

連邦行政裁判所は、これまで度々連邦閉店用法について扱っているので、この問題についての見解を表明する事を差し控える事とした。⁽⁷⁴⁾

5. ドイツ（カトリック）司教会議

ドイツ（カトリック）司教会議は、憲法異議申立てが許され、かつ根拠付けられると看做し、異議申立書を指摘し、補足的に、攻撃対象とされる法律が日曜・祭日の保護を、憲法的に最早忍従されえないほどに抑制していると強調した。⁽⁷⁵⁾

6. ドイツ(プロテスタント)福音教会(EKD)

ドイツ(プロテスタント)福音教会(EKD)は、ベルリン・ブランデンブルグ福音教会の異議申立書に全面的に賛同し、ベルリン(カトリック)大司教区の異議申立書に於ける思考にも賛同した。⁽⁷⁶⁾

7. ドイツ自由宗教団体連合及び自由世界観共同体連合

ドイツ自由宗教団体連合及び自由世界観共同体連合は、同一の発しを發し、異議申立は、異議申立人の権利が侵害されていないが故に、棄却されるべきとの見解をとる。曰く、日曜・祭日の教会による意味決定権限は、世界観的に中立な国家に於いては拒否されるべきである。⁽⁷⁷⁾

8. ドイツ統一宗教共同体

ドイツ統一宗教共同体は、個人に休息と省察、宗教的体験の時間、あるいは、共同体に於ける体験を許す、再三にわたる時間が国家によって確保されなければならないと表明した。曰く、しかしこれは、多様な形態で行われ得るのであって、日曜休息あるいは祭日保護に限定されるものではなく、その際に、社会的変遷が考慮されな

ければならない。教会の伝統的祭日の保護は、国家の世界観的中立への義務に鑑みて、国家の義務ではない。⁽⁷⁸⁾

9. ジョルダノ・ブルノ基金

ジョルダノ・ブルノ基金の見解によれば、憲法異議申し立は、成功し得ない。

曰く、ワイマール憲法第一三九条は、立法者の広い裁量の余地を伴った客観法的日曜保護のみを内容としている。その中核領域の保障であっても、いかなる公権的請求権も存在しない。従って、憲法異議申立は許されない。更に、攻撃対象とされる法律の包括的客観法的検証に於いても、いかなる憲法違反も確認されない。年間五二の日曜の中、少なくとも四四日が深刻な「ウィークデイ的労働」から解放されている。四降臨節日曜に、販売所は、一三時から二〇時までのみ開かれている。従って、ワイマール憲法第一三九条の制度的保障の絶対的に保護されている中核領域は、侵害されていない。⁽⁷⁹⁾

10. ドイツ人文主義連盟

ドイツ人文主義連盟によれば、憲法異議申立が許され

ないほどに日曜保護をキリスト教的・宗教的保護規定に限定しており、そのことは、既にワイマール憲法第一三九条の文言と矛盾している。曰く、日曜は、特別にキリスト教的祭日ではない。ワイマール憲法第一三九条は、公権的権利の無い客観法的制度保障に過ぎない。攻撃対象とされる法律は、教会訪問への可能性を奪ってはいいない。更に、ベルリン州に於ける社会学的決定要素が考慮されなければならぬ。キリスト諸教会は、ベルリン住民の多数を制してはいない。ベルリン開店法の諸規定は、憲法適合である。何故なら、宗教行為の実行権は、信仰の持つ全ての少数派に保障されているからである。⁸⁰⁾

11. 中・大規模小売業連邦アルバイツゲマインシャフト (BAG)

中・大規模小売業連邦アルバイツゲマインシャフト (BAG) の見解によれば異議申立人には、既に自己の請求権の適用を目的とする公権が欠けている。しかも、ベルリン開店法の攻撃対象規定は、日曜・祭日休息の核心部分を侵害していない。むしろこれらの規定は、住民の休暇及びレクリエーションの必要と労働休息の原則間の

利益対応的調整を設定し、その際に、ウィークデ이의労働と日曜の労働停止間の原則・例外関係に触れていない。これに加え、閉店時の新形成は、店舗保有者、被用者ならびに第三者の基本権行使にも、公の包括的かつ憲法的に正当化された社会的及び経済的利益の考慮に奉仕している。これらの諸権利と利益への考慮は、いずれにせよ、異議申立人の基本権への介入を正当化するように思われる。⁸¹⁾

連邦アルバイツゲマインシャフト (BAG) は更に、ベルリン中小小売業者のアンケート調査から、質問された経営者の一四%が開店時間の拡大によって新たな被用者を雇い入れたと宣言している結果を得ている。更に経営者は、開店時間の新形成を以って、タバコ売り場、給油所、空港及び停車場売店の如き特権立地に於ける不平等と考えられた優遇及びネット販売の優遇明らかに緩和された事を強調している。⁸²⁾

12. ドイツ雇用者団体連合会 (BDA)

ドイツ雇用者団体連合会は、開店時間の形成が日曜休

息を目的とする基本法第一四〇条と結ぶワイマール憲法第一三九条から帰結される国家の義務違反を提示しないとの見解を採っている。曰く、ベルリン立法者は、その形成余地の枠内で動いている。諸規定は、個別的にも又全体としても、憲法違反ではない。⁽⁸³⁾

13. ドイツ商工会議

ドイツ商工会議は、自らの見解表明は行わない事とした。何故なら、具体的ケースに於ける個々の商工会議所が表明した経済関連の立場が、余りにも相違している⁽⁸⁴⁾で、明確な傾向が確認できないからである。

このようにベルリン商工会議所は、開店が休暇の充足に奉仕し、従って「日曜の為の労働」として労働急速命令の特別の例外を提示しているとの見解を採る。考慮すべきは、首都及び観光中心地としてもベルリンの特別の役割である。日曜・祭日保護の中核部分は、小売業の控え目な解放によって侵害されない⁽⁸⁵⁾。

ブランデンブルグ商工会議所は、日曜・祭日の広範囲

にわたる禁止は、ドイツの立地、その経済及びその市民の害になるとの見解と採る。労働時間法は、充分なほどの可能性を提供している⁽⁸⁶⁾。

ケルン商工会議所は、小売業と都市部の活性化に対する開店の重要な機能を指摘した。曰く、都市中心部の小売業にとって開店される日曜は、国内的及び国際的とし競争で自己貫徹する為に、まさに不可欠である⁽⁸⁷⁾。

14. ドイツ小売業中央会（HDE）

ドイツ小売業中央会（HDE）は、ベルリン開店法規定が憲法適合を有するとの見解を採る。曰く、憲法異議申立は許されないか、いずれにせよ根拠がない。異議申立人には、異議申立権限がない。何故なら、申立人は、自ら、しかも少なくとも部分的に攻撃対象とされる規範によって直接影響を受けない。基本権の可能な侵害については説明がない。更に、憲法異議申立は、部分的に許されない。何故なら、異議申立人は先ず、専門裁判所への裁判の道を経る必要があるからである。それと関わりなく、異議申立人は、その基本権が侵害されていない⁽⁸⁸⁾。

15. キリスト教労働組合連合 (CGB)

キリスト教労働組合連合 (CGB) の見解によれば、ワイマール憲法第一三九条の日曜・祭日保護は、重点的に肉体的回復よりは、宗教的・共同体的側面、「精神的高揚」に供せられる。これは、この規定の構想から生ずる。この状況を考慮してワイマール憲法第一三九条は、基本法第四条に表明されている宗教の自由を具体化する。このことは、西洋文化における日曜のキリスト教的に刻印された意義を通して強化されている。攻撃対象法律は、日曜・祭日の保護を廃止し、しかもその中核領域を侵害する。憲法異議は、許可されるべきである⁸⁹⁾。

16. サービス労働組合連合 (ver.di) 及びドイツ労働総同盟 (DGB)

サービス労働組合連合 (ver.di) 及びドイツ労働総同盟 (DGB) は、異議申立人の法の見解を分ち合い、かつ共同の見解の中で憲法異議申立を支援した。曰く、日曜・祭日保護を目的とする憲法的課題の実現の為に、日曜・祭日保護の効果的な実行の可能性を諸教会に開かれるべきである。攻撃対象とされる諸規定は、州 (ラン

ト) が閉店の労働保護的側面の規定への権限を持たないが故に、憲法に適合しない。更に、攻撃対象とされる諸規定は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条によって保障された日曜・祭日休息の保護への正当化されない介入を提示している。これらの規定は、立法者によって追及される諸目標に到達する為には適してもいないし、必要でもない。これに加え、これらの規定は、深刻な帰結からして適切でもない。更に、家族の保護 (基本法第六条第一項) 及び被用者の肉体的無傷 (基本法第二条第一項) が侵害されることになる⁹⁰⁾。

更に、サービス労働組合 (ver.di) 及びドイツ労働総同盟 (DGB) は、追及された目標到達、つまり付加的に職場を創設し、しかも経済発展に肯定的に影響を与える、ラント立法者によって行われた規定の適正は、相当な疑義に遭遇している事実を指摘した。これらの目標は、既にかつての開店時間の拡大時の際に挙げられたが、失敗した。このように、とりわけ二〇〇三年から二〇〇七までに土曜日二〇時までの開店時間延長は、〇・二%の売上げ増に導いたに過ぎない。同時に被用者の数は、

三・二%減少した。とりわけ深刻な事は、正社員の展開である。その数は、二〇〇三年以来、一〇五%減少し、これに対し、低賃金労働者の割合は、四・九%、パートタイマーの割合は、五・九%増加した。これらの数は、開店時間の延長が望まれる肯定的効果をもたらす結果となっていないことを示している。開店時間の変更は、消費増大の結果とならず、コスト増大の原因となっている。これは、通常人件費の節約を通して相殺されており、これは、社会保険負担が義務付けられる雇用の負担となる低賃金雇用の拡大に導いている。結果的には、巨大スーパー及び大都市の中心街に有利に、小小売店、中小都市の商店及び都市の郊外に不利に、顧客の流れが延長されたに過ぎない。ベルリン開店法の目標は、当に、顧客の流れを周辺地域から引き上げ、購買力をベルリンに転換するところにある。この競争状況は、周辺地域を日曜・祭日保護の負担の下に、より自由な開店時間の為に競争させることに導く⁽⁹¹⁾。

更に労働組合は、開店が包括的な事前・事後労働を必要としているが故に、被用者の労働時間が開店時間をは

るかに越えている事実を指摘している。しかも彼等は、集団的に自由な日々によって影響される社会生活の同一リズムの重要性を強調する。この自由時間の時間的一致が家族、婚姻、団体、公共体に於ける生活、従って社会的共同生活に向かう可能性を創設する。開店時間の変更は、生物学的・社会的リズムの時間的不一致と結びついた労働と自由時間のリズムの変化に導く。通常かつ標準労働時間の変更は、肉体的及び心理・社会的領域に於ける阻害リスクの上昇に導き、しかもそれは、当事者のみならず、その家族にも及ぼす⁽⁹²⁾。

小売業における雇用構造について、労働組合は、二〇〇七年三月三十一日に、全ドイツ小売業二百万人の三分の二、つまり一・四百万人が女性によって占められていたと説明した。業界全体（つまり小売業＋卸売業）で雇用される女性の中、五〇%は、四〇才前で、四分の三は、五〇才前であった。雇用されている五〇才以下の女性数は、小売業界で、七五%でとりわけ多い。このグループは、日曜・祭日保護を以って追及される社会的目的に鑑みて、とりわけ微妙である。この年齢層に属する

人々は、大抵未だ成人・自立していない子供を有している。伝統的に、子供の面倒や家計の運営は未だに女性に帰属している。従って、彼女らがとりわけ影響を受けている。⁹³

そして労働組合は、日曜・祭日開店の手の領域に対する帰結、例えば下請け業者及びインフラ領域に於ける帰結を指摘した。曰く、とりわけ問題なのは、降臨節日曜に於ける開店である。小売業に於ける被用者は、クリスマス時における特別負担故に、当にクリスマス前の週末の休養を必要としている。⁹⁴

攻撃対象とされる諸規定は、ラント立法者の追及する目標に到達する為には、適していないし、必要でもない。しかも、日曜・祭日の開店と結ぶ帰結が例外を正当化できない程に深刻であるが故に、比例不適合である。宗教の自由と並んで、同時に、基本法第六条第一項の意味に於ける家族の保護ならびに基本法第二条第一項に適合する身体不可侵の保護が侵害される。⁹⁵

17. 専門鑑別員クナイト教授とナツハラライナー教授
専門鑑別員クナイト教授及びナツハラライナー教授は、労働科学的及び社会学的観点から、日曜・祭日労働の被用者及びその家族に対する影響について見解を提出した。⁹⁶

IV. 口頭弁論

口頭弁論では、異議申立人、ベルリン州議会及び政府、ベルリン・ブランデンブルグ商業連名、中・大規模小売業連邦アルバイツゲマインシャフト（BAG）、ドイツ小売業連合、サービス労働組合連合（ver.di）、ドイツ司教会議及びドイツ（プロテスタント）福音教会（EKD）ならびに専門鑑別員クナイト教授及びナツハラライナー教授が発言した。⁹⁷

ベルリン州議会及び政府代理人は、ベルリン開店法が連邦閉店法の法的状況に対して、日曜保護を悪化させていたのではなく、強化した。何故なら、区役所がかつての法的状況により、連邦閉店法第二三条に基づき、日曜・祭日に於ける開店禁止に対し多くの例外を許していたから。との見解を表明した。曰く、これに対して、新

法律規定は、このような一般的例外規定を有していない。
新法では、日曜・祭日に許可される日数は、限定され、
しかも、連邦閉店法第二三条がもたらす困難及び考量不
能性が削除された⁽⁹⁸⁾。

- (1) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Absatz-Nr.
(1-197) ;Pressemitteilung Nr.134/2009 vom 1.Dezember
2009 - 1 BvR 2857/07 und 1 BvR 2858/07 -
- (2) BerLLadÖffG;Gesetz-und Verordnungsblatt für
Berlin Seite 580
- (3) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.2
- (4) ワイマール憲法第二三七条第五項：
宗教団体は、これまでそうであった限り、公法上の法
人として留まる。他の宗教団体は、その構成法及びその
メンバーの数により、存続保障を提示する場合、申請に
基づき同様の権利を与えなければならない。複数の宗教
団体が一つの団体に統合する場合、この団体も公法上の
団体である。
- (5) 基本法第一四〇条：
一九一九年八月一日付ドイツ〈ワイマール〉憲法第
一三六条、第二三七条第二三八条、第二三九条及び一四一
条の諸規定は、基本法の構成要素である。
- (6) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.2,Abs.1

- (7) BerLLadÖffG, GVBl 2006,S.1045
- (8) GVBl 2007,S.580
- (9) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.2f.,Abs.2
- (10) BGBI 1 S.875
- (11) BGBI 1 S.744
- (12) BGBI 1 S.2407
- (13) § 3 Nr.2 LadSchlG
- (14) § 3 Nr.1 LadSchlG
- (15) § 14 Abs.2 LadSchlG
- (16) § 14 Abs.3 LadSchlG; BVerfG,1 BvR 2857/07 vom
1.12.2009,S.3,Abs.3
- (17) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.3,Abs.4
- (18) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.3,Abs.5
- (19) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.3,Abs.6
- (20) § 3 Abs.1 Alternative 2 BerLLadÖffG
- (21) § 6 Abs.1 BerLLadÖffG
- (22) § 6 Abs.2 BerLLadÖffG
- (23) § 6 Abs.2 Satz 2, § 6 Abs.2 Satz 3 BerLLadÖffG;
BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.3f.,Abs.7
- (24) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4,Abs.8
- (25) § 4 Abs.1Nr.2 BerLLadÖffG
- (26) § 4 Abs.1Nr.3 BerLLadÖffG
- (27) § 4 Abs.1Nr.5 BerLLadÖffG
- (28) § 5 BerLLadÖffG

- | | | | |
|------|--|------|---|
| (29) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4,Abs.9 | (33) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.71 |
| (30) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4,Abs.10-18 | (34) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.72 |
| (31) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4f.,Abs.19-23 | (35) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.73 |
| (32) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4f.,Abs.24-35 | (36) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.74 |
| (33) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4f.,Abs.36-41 | (37) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.75 |
| (34) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4f.,Abs.42 | (38) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.76 |
| (35) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,S.4f.,Abs.43-55 | (39) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.77 |
| (36) | Abgeordnetenhaus Druchs 16/0015 | (40) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.78 |
| (37) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.56 | (41) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.79 |
| (38) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.57 | (42) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.80 |
| (39) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.58 | (43) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.81 |
| (40) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.59 | (44) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.82 |
| (41) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.60 | (45) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.83 |
| (42) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.61 | (46) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.84 |
| (43) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.62 | (47) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.85 |
| (44) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.63 | (48) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.86 |
| (45) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.64 | (49) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.87 |
| (46) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.65 | (50) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.88 |
| (47) | BVerfGE 111,10 (50,52,54) 参照。 | (51) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.89 |
| (48) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.66 | (52) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.90 |
| (49) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.67 | | |
| (50) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.68 | | |
| (51) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.69 | | |
| (52) | BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.70 | | |

- (77) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.95
- (78) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.96
- (79) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.97-
- (80) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.98-
- (81) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.99-
- (82) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.100-
- (83) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.101-
- (84) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.102-
- (85) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.103
- (86) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.104
- (87) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.105
- (88) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.106
- (89) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.107
- (90) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.108
- (91) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.109
- (92) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.110
- (93) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.111
- (94) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.112
- (95) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.113
- (96) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.114
- (97) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.115
- (98) BVerfG,1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009,Abs.116

クオータ制を巡る諸考察

——ドイツでの議論をきっかけとして——

松 島 雪 江

- 1 問題の視座
- 2 ポジティヴ・アクションの諸形態
- 3 政治領域、経済領域におけるクオータ制
- 4 クオータ制への反論と正当化
- (1) ポジティヴ・アクションは逆差別であるという批判について
- (2) リベラリズム的要請から、一定の善の構想を支持で
きないことについて
- (3) 多元的社会的実現について
- (4) 一定の善の構想を国家が推進することについて
- 5 クオータ制導入とその後

1 問題の視座

本稿は、ジェンダーの視点に基づいたポジティヴ・アクション^①の可否、中でもとりわけクオータ制導入を巡る議論の哲学的考察を目的としている。ジェンダーセンシティブな視点を持ち、ジェンダーメインストリーミングを推進することは、現在国際的な目標ともなっているが、この視点を持つことは、ひとつジェンダー領域のみの問題意識に収斂されるわけではない。元来ジェンダーの視

点は、あたかもそこには何もないかのように当然視されていた空気のようなある一定の存在領域に対して、歴史的、慣習的に形成され、いわば当然視されてきた社会的偏向の存在に目を向けさせ、それを直視する必要性と重要性とを示してくれた。これは、これまで見えないもの、あるいは存在しないものとして扱われてきた少数の文化や民族、宗教などに基づく社会的マイノリティー^②の存在に対して、それが無視しえない存在であり、むしろそれらを尊重することこそが個々の生にとっても重要であることを気づかせてくれる。むろんこの小論でそれらを網羅するべくもないが、ジェンダーの視点とは、そうした見えない存在を可視化させる力を持っており、それこそが多元的な社会の存在基盤になると考えられる。

従来見えなかったものを可視化させた後には、そこで見いだされた問題点をどのように是正すべきかが課題になる。そしてその課題に応えるのがポジティブ・アクションである。ポジティブ・アクションと言われるものにも、効力の強い措置から、ジェンダー平等を押し進めるための補完的役割を務めるものまで、さまざまな形態がある。本稿2ではポジティブ・アクションの全体像を

概観し、クォータ制がその中でどのように位置づけられるかを見ておく。次の3では、そのクォータ制でも、用いられる領域―それが公的な意思決定を行う政治領域におけるものか、私的な秩序に基づく経済的領域におけるものか―によって異なる正当化事由があることを確認する。この点は二〇一〇年にドイツで活発に行われた議論を受けての考察である。続く4では、クォータ制に対する根強い反論を概観し、また同時にその正当化事由についても検討を加える。正と善とを分かつリベラリズム的正義観に基づくならば、なんらか一定の善の価値を優先することはできなくなる。しかしそれにもかかわらず、ポジティブ・アクションの施行には一定の善の構想との結びつきが不可欠である。こうした一定の善を積極的に取り上げるべきなのは、いかなる理由に基づくものか。そしてその善の構想は、私たちの基本的権利となるものだろうか。最後に5では、クォータ制を導入した場合に留意すべきいくつかの事柄について考察を加えたい。

2 ポジティブ・アクションの諸形態

一九九九(平成一一)年に公布・施行された男女共同

参画社会基本法によると、「男女共同参画社会の実現を二十一世紀の我が国社会を決定する最重要課題と位置付け、社会のあらゆる分野において、男女共同参画社会の形成の促進に関する施策の推進を図っていくことが重要」とある。男女共同参画社会とは、「男女が、社会の対等な構成員として、自らの意思によって社会のあらゆる分野における活動に参画する機会が確保され、もって男女が均等に政治的、経済的、社会的及び文化的利益を享受することができ、かつ、ともに責任を担うべき社会を形成すること」（二条一号）とされる。さらに、機会にかかわる男女間の格差を改善するための必要な措置として、「男女のいずれか一方に対し、当該機会を積極的に提供すること」を積極的改善措置（ポジティブ・アクション）として位置付けている（二条二号）。そしてこのポジティブ・アクションを含め、男女共同参画社会の形成と促進に関する施策を総合的に策定、実施する責務が国及び地方公共団体にあることが示されている（八条、九条）。

この基本法に基づく男女共同参画基本計画においても「積極的改善措置（ポジティブ・アクション）」の言葉が

用いられている。二〇一〇（平成二二）年に策定された第三次男女共同参画基本計画によると、今後取り組むべき喫緊の課題として、第一に「実効性のある積極的改善措置の推進」が掲げられており、二〇〇三（平成一五）年に男女共同参画推進本部の決定した「社会のあらゆる分野において、二〇二〇年までに、指導的地位に女性が占める割合が、少なくとも三〇％程度になるよう期待」という数値目標（二〇二〇年三〇％の目標）のみならず、「クオータ制（割当制）やインセンティブ付与、ゴール・アンド・タイムテーブル方式など多種多様な手段のうち、分野や実施主体の特性に応じて、実効性のある積極的改善措置の推進」が不可欠である旨示されている。

男女雇用機会均等法（雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律）では八条に「事業主が、雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保の支障となつていふ事情を改善することを目的として女性労働者に関して行ふ措置を講ずることを妨げるものではない」とある。^③

国際的には、日本が一九八五年に批准した女子差別撤

廃条約 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) 四条において、以下のようにポジティブ・アクションが規定されている。

一 締約国が男女の事実上の平等を促進することを目的とする暫定的な特別措置をとることは、この条約に定義する差別と解してはならない。ただし、その結果としていかなる意味においても不平等な又は別個の基準を維持し続けることとなつてはならず、これらの措置は、機会及び待遇の平等の目的が達成された時に廃止されなければならない。

二 締約国が母性を保護することを目的とする特別措置(この条約に規定する措置を含む。)をとることは、差別と解してはならない。

ここで挙げられている「暫定的な特別措置」がポジティブ・アクションということになる。次にEU憲法条約を見てみると、第二部基本権憲章八三条で男女の平等が規定されており、「雇用、労働および報酬を含むすべての領域において」男女の平等が確保されねばならず、「平等原則は、進出度の低い性別のために特定の有利をあたえる措置の維持または採択を妨げない」としてポジ

ティブ・アクションが規定されている。また、第三部二一四条には男女労働者の平等が示されており、同条パラグラフ四には、以下のようにポジティブ・アクションが規定されている。

労働生活における男女の実際の完全な平等を確保するために、平等待遇の原則は、進出度の低い性別の者の職業活動の遂行または職業経歴上の不利の防止もしくは補償をより容易にするために、構成国が特定の有利をあたえる措置を維持または採択することを妨げないものとする。

このように、ポジティブ・アクションは国際的にもその推進が明文化され、国内における男女共同参画社会基本法七条においても、こうした取り組みが国際的協調の下に行われなければならない旨が定められている。まずはこうしたポジティブ・アクションの具体的な全体像を概観し、その中でクォータ制がどのように位置づけられるかにつき、以下検討を加えていく。

ポジティブ・アクションは憲法適合性との関連から、その手法がいくつかの形態に分類される。^④ 憲法の平等原則と最も抵触する可能性がある厳格なポジティブ・アク

ションには、あらかじめ一定の枠を法律で定めるタイプがあり、その代表例として、性別や人種を基準に一定領域に対する人数や比率を割り当てたクォータ制が挙げられる。男女参画社会基本法二五条三項において、男女参画会議の有識者議員の数が男女のいずれか一方で「議員の総数の十分の四未満であつてはならない」と規定しているのは、このクォータ制に該当する。諸外国では、比列代表選挙制で男女交互名簿方式をとる北欧や、韓国の法律による候補者名簿割当制、小選挙区制において一定の選挙区に限定して女性のみ候補者選定名簿を採用するイギリスの女性単独名簿、議席そのものを割り当てるインドのリザーブ制などが、この施策に該当する。

女性の登用に関する一定の努力目標を掲げる方式であれば、中庸なポジティブ・アクションとして位置付けられる。ある時期までに一定の目標達成を示したゴール・アンド・タイムテーブル方式は、この中庸なポジティブ・アクションの代表例である。先に挙げた男女共同参画推進本部の「二〇二〇年三〇%の目標」はこれに該当する。ゴール・アンド・タイムテーブル方式は、社会参画への機会に関して、必要な範囲内で男女間の格差を解

消するという目的のために行われる努力目標であるため、憲法との抵触は問題にされにくい^⑤が、ガラスの天井という批判は免れない。ただし、その天井にさえ届かないことが多い領域で用いられていることもまた事実である。一方、ドイツにおけるプラスファクター方式（同等の資格・能力を持つている場合、進出が遅れている性をプラスファクターとして重視するもの）においては、女性であることで機械的に優先されるとの懸念があり、平等原則との適合性が争われることがある。ドイツ・ブレーメン州の女性優先雇用が、欧州男女均等待遇指令に違反し無効と判示した一九九五年の欧州司法裁判所カランケ判決^⑥や、女性に無条件かつ絶対的な優遇を与えるのでなければ、女性優遇措置は指令に反しないとした一九九七年のマーシャル判決^⑦などはこうした一連の議論の経過の証左である。

そして最後に、事実上の男女平等を推し進めるために周辺条件を整える施策が、穏健なポジティブ・アクションとして位置付けられる。一定の地位に対する応募の奨励、そのために必要な研修の実施、家庭と仕事との両立支援やそれに向けた環境整備などがこれに該当する。こ

れらは男女共同参画社会基本法におけるポジティブ・アクションとは性質を異にすると考えられ、憲法の平等原則と抵触するというような問題も提起されていない。しかし、ポジティブ・アクションを実効的に推進するためには、こうした穏健なポジティブ・アクションは不可欠であり、事実上社会構造を変化させるために大きな役割を演じることになる。

以上概観したように、クォータ制はポジティブ・アクションの中でも厳格な措置として位置付けられている。そのあり方を巡っては憲法上の平等原則との抵触問題と絡んで賛否論じられているところであるが、その議論は後の検討に回し、ここではもう一つの重要な特徴を確認しておきたい。すなわち、こうしたポジティブ・アクションが論じられているのは、主に公的な政治領域と、私的な経済領域とであるという事実である。⁽⁷⁾ 公的な政治部門においては、選挙制度における厳格なポジティブ・アクションであるクォータ制などが採用され、私的な経済領域では中庸なポジティブ・アクションとしてのゴール・アンド・タイムテーブル方式が多用されていることが確認できた。しかし私的領域こそが生活領域であるこ

とに鑑み、この私的領域たる経済領域への事実上の男女平等を推し進めるために、この領域におけるクォータ制も検討されている。以下、この点について検討する。

3 政治領域、経済領域におけるクォータ制

二〇一一年冬、ドイツでは何度目かの女性クォータ制についての議論にこれまでにない世論の注目が集められた。女性の権利に敏感なドイツにあつて、この種の議論はこれまで幾度となく繰り返されてきたし、既にプラスファクター方式を導入し、その是非を欧州裁判所で争ってきたドイツである。今回それが一大トピックになったのは、この女性クォータを経済領域に導入して企業における女性役員の割合を積極的に増やすべきと、現職の労働大臣（Ursula von der Leyen, CDU）が発言したことに端を発している。彼女は二〇一〇年春に当時の連邦大統領 Horst Köhler が突然辞意を表明した後、有力な大統領後継候補として名が上がるほど著名な代々続く政治家家系の一員であり、また七人の子供の母親でもある。ドイツでは一〇年ほど前から私企業の自由連合という形でこの種の議論が形成されようとしていた。しかしそ

の基礎構築が失敗したことにより、女性は身動きが取れない状況に陥った、⁷⁾ Von der Leyen は分析する。二〇一〇年現在で、ドイツ企業は取締役の九七%、監査役の九〇%が男性によつて占められている。女性社長の割合は国際的水準においてブラジルやロシアにも劣り、インドより僅かに多いに過ぎない。⁸⁾ この時点で社会に劇的な構造変化を起こさないことには、ドイツの約半数にわたる能力を無視することに繋がる、よつてそのためにクォータ制について議論を開始し、コンセンサスを得ることが重要というのが彼女の主張である。⁹⁾ より具体的には、①男女双方の性別に適用されうる三〇%クォータ制の導入、②これらが守られなかった場合の制裁措置、③このクォータ制が、ドイツ国内全企業に対するものではなく、株式上場企業のみを対象とすること、の三点を軸として、五年以内にそれを実現化させる努力をすべき、との趣旨である。この発案は Von der Leyen が以前から温めていた構想の実現化でもあり、政府与党内のみならず経済界や広く一般の社会でも大きな波紋を呼ぶこととなった。¹⁰⁾ これに対して同じ与党CDUの女性家族大臣 Kristina Schröder がこの種の議論を受け入れる姿勢を

見せなかったこともあり、一時は権力闘争としての様相を帯びるほどであった。五〇代の Von der Leyen は、学校教育の中で比較的良い成績を収めてきた若い女性達が、それに伴つてその後の将来も順風と信じ込んでしまつが、実際の労働領域において彼女たちの思い通りにはなつてはいないことは現実の数字が示す通りであり、そのような見えない壁を超えるためにひとまずクォータ制の導入は不可欠と主張し、賛否を呼んだ。¹²⁾

こうした経済界への意図的なテコ入れに対し、そもそも女性が社会で活躍しうる社会環境が整っていないとして、この種の経済的介入を批判する声もある。すなわち、女性リーダーの欠如は、全日制の学校と子供の養育プランが欠けていることに起因する、というのがそれである。子供の養育環境を社会が責任を持つて担うようになれば、当然に女性が社会で活躍する機会が増大すると、ここでは考えられている。確かに、核家族化が進んだ現代において、教育を家庭の問題として閉じ込めることなく、社会的責任と考えるニーズはますます高まつており、これが重要な論点の一つになることは間違いない。しかしこの種の議論には、「そもそも子供の養育は女性の責任」

という暗黙のルールが前提とされており、女性が家庭外で働きやすくなることと、女性リーダーの数が増えることとは、それだけをもつて必ずしも直結するものではない。女性リーダーの数の少なさは、むしろお手本となるべき女性リーダーの数が絶対的に欠如していることも勘案せねばならないのであり、「卵が先か鶏が先か」の悪循環にある。子供の養育を社会的に担っていく環境を整えるという穏健なポジティブ・アクションの必要性は当然あるが、政治領域や社会領域におけるジェンダー平等の取り組みやこれまでの成果に比べて、経済領域におけるジェンダー平等への変化はあまりに遅く、ここ数十年停滞しているといわざるを得ない状況にある。集団というものは、均質化が進むほど誤った判断を犯すリスクが高まると言われるが、九七％男性主導という社会は、あまりにそのリスクを背負いすぎていると言わざるを得ないであろう。

ポジティブ・アクション、中でも憲法との抵触が論じられるような厳格な形態であるクォータ制は、本稿2でも取り上げた通り、これまで政治領域で用いられることが殆どであった。今回ドイツで巻き起こった議論は、そ

の経済領域への適用という点で問題が先鋭化されざるを得ない特質を内包していたと言える。現代の資本主義社会で用いられている法体系は、社会法という大きな変換を体験したとはいえ、基本的には近代法の延長線上に位置づけられる。この近代法は、もともと国家権力からの自立を旨とした自由主義経済の成立を至上命題とした、市民社会の基本原理に基づいている。この市民社会における自由の概念を體現化したものが、近代法体系の中心的地位を占める私法領域であるため、この領域はそもそも国家権力による介入には馴染みにくいという経緯を有している。現代リベラリズムの源流もこうした市民社会の中から醸成されてきた思想形態であり、その中にさまざまなヴァリエーションがあるとはいえ、「くからの自由」、とりわけ「国家権力からの自由」がそれらヴァリエーションに通底している。今回提起された経済領域へのクォータ制導入という議論は、私的領域に対する公権力の介入という、まさに近代私法の核心に踏み込むものであったがゆえの紛糾であることが窺える。

政治領域ならびに経済領域への介入はそれぞれ異なる基準で判断すべし、との議論が存在する。二重の基準

(double standard) の理論によれば、人権のカタログの中で、精神的自由は立憲民主制の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占め、人権規制を行う法律の違憲審査にあたっても、経済的自由の規制立法に関して適用される合理性の基準は、精神的自由の規制立法については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならない、としている^⑬。つまり、言論の自由をはじめとする精神的自由は（とりわけ国家権力から）より厳格に守られねばならず、それは民主主義的要請に基づくから、ということになる。他方の経済的自由は、その保障程度が精神的自由と全く異なった次元で設定されるのではないものの、仮に経済的自由への侵害に直面したとしても、その事後補償も可能と考えられている。

この議論が示唆しているのは、言論の自由を体现する政治領域の介入如何をより厳格に吟味し、他方で経済領域への介入は比較的容易に行われうる、という論理を導くものではないということである。確かに言論の自由を確保しうる政治領域に対して、クォータ制導入という形で介入することには慎重さが求められるし、それこ

そがクォータ制と憲法との適合性が争われるゆえんである。しかし、その言論の自由の確保ということが事実上何を意味しているのかを考える必要がある。現在の間接民主制が充分有効に機能していないにも拘わらず、それがあたかも「理想的発話状況」を形成しているかのような欺瞞を前提としてきた社会構造にも、ジェンダーの視点はメスを入れ続けてきた。つまり、本当に言論の自由を確保する必要があるというのであれば、まずはこれまでに形成されてきた社会的バイアスを矯正する必要がある、そのための措置こそがクォータ制ということになる。そしてこの、より聖域としての性質を帯びた政治領域には、そこにおける精神的自由への介入を排除するためという一見転倒したかのような論理経路をもつて、逆にクォータ制が必要とされるのに対して、それほどでもない経済領域に対しては、過分な介入が行われないように配慮されてきた、と見る方が現実には即していると言えるであろう。

この論理は、リベラリズムの価値観が依拠する価値中立性という鎧をまとった無関心とも共鳴しあっている。しかしその無関心は、従来の価値観の消極的承認という

一定価値観の表明に他ならない。

4 クォータ制への反論と正当化

(1) ポジティブ・アクションは逆差別であるという批判について

ポジティブ・アクションにはフランスで discrimination positive (肯定的・積極的差別) の語が充てられているように、それが一種の「差別」であるという批判がこの種の議論に寄せられる最もオーソドックスな形態であろう。中でもクォータ制はその形式の厳格さゆえに、最もその批判対象となりやすい。たとえ「逆差別」の謂いが誤解であるとしても、これがいずれか特定の性に対する特別措置である以上、他方の性への権利侵害との関係で、その限界が問題になりうることに目を向けねばならない。⁽¹⁴⁾

まずは「平等な扱い」という視点からの問題意識を考えてみたい。そもそも「平等の処遇 (equal treatment)」への権利と、「平等な者として処遇されること (treatment as an equal)」への権利とは別物である。⁽¹⁵⁾ Dworkin によれば、「平等な者として処遇されること」への権利が基

本であつて、「平等の処遇」への権利はそこから派生するものとされる。もし「平等の処遇」への権利のみで平等を捉えるのであれば、クォータをはじめとするポジティブ・アクションには疑問の余地があるが、「平等な者として処遇されること」への権利を根底に据えるのであれば、それを実効的に実現する措置としてポジティブ・アクションやクォータは積極的に正当化されるし、むしろそれなしにこの権利は充足され得ないとさえ言える。

次に、平等な者として処遇されるために一定のポジティブ・アクションを導入した場合、それはどのように評価されるのであろうか。一つには、一定の成員の状態が悪化するにもかかわらず、社会は総体として向上する場合、ある個人の状態が悪化しても社会福祉の平均的・総合的レベルが向上すれば、功利主義的な意味で向上したものと解することができる。⁽¹⁶⁾ もう一つは、より理想的な議論である。たとえ平均的福祉の増大とは無関係であつても、社会がより正義に合致し、あるいは何らかの意味で理想的社会により接近するのであれば、それは理想論的に向上したとする理解である。⁽¹⁷⁾ 前者における功利

主義的意味での社会の向上というのはいささか危険な見解でもある。というのも、「社会が総体として向上」したか否かを判断しうるのは社会の多数派ということになり、少数者の権利擁護はいつまでたっても覚束ないからである。また、「個人の状態が悪化」に関しては、ポジティブ・アクションにより他方の性の状態を悪化させている訳ではない。その状態になったこと、もしくはその状態に留まっていることを悪化とはせず、異なる視点としてそれを積極的に把握していくことも可能であろう。後者における理想論的意味での向上にあっても、一定の善の構想が含まれていることに留意せねばならない。リベラリズムは正と善とを区別し、一定の善の構想から離れて普遍的な正の追及を旨としているが、何が正かを巡る議論から、善の構想を完全に切り離すことは不可能であろう。¹⁸リベラリズムは社会構築にあたつて一定の善の構想から中立であることを目指すが、その試みが必ずしも成功しているとは言い難い。したがって、何が理想論的社会であるかを明確にできない以上、ポジティブ・アクションが理想に接近するための手法かどうかとも定かにはならない。

それにもかかわらず、たとえクォータ制をdiscrimination positiveと文字通り解したとしても、そこには特定の措置を取らなければ社会的不公平を助長する可能性があるとの認識が、昨今共有されるようになってきたように思われる。必要悪としてのポジティブ・アクション、という捉え方である。ポジティブ・アクションを必要悪として理解する場合、それは時限的な措置であることが当然に要請されるが、同時に過去の負の遺産をなぜ現在世代が担わなくてはならないのか、という問題意識も内包されている。現在の法構造が人々に平等を要請している中で、歴史的に形成されてきた社会構造や意識によつて事実上平等が達成されていない時、それは単に抑圧されている側の努力不足に原因があると見るのか、それとも別の取り除くべき要因が存在すると考えるのか。平等の不徹底を個人の努力不足に帰する見解もあるが、歪んだ構造や意識の上にくら新しいものを積み上げようとしても、従来秩序を容易に打ち破ることはできないことを、これまでのジェンダー研究は示唆してきた。それゆえに、従来秩序の再構築を目的とした何らかのポジティブ・アクションが必要とされるわけだが、その措置が適用され

ている間、それによって逆に不平等な扱いを被ったという申し立ては、枚挙に暇がない。¹⁹たとえ過去に何らかの社会的不公正が認められたとしても、その是正によって直接影響を被るのが、なぜ「今、ここにいる自分」でなくってはならないのか、という問いである。「負荷なき個人」から構成されるリベリズム社会において、前世代の負の遺産を課されることへの説明は導きにくいであろう。しかし「位置ある個人」として社会の連続性の中に個人を位置づけるのであれば、この問いに対して積極的な解答を提示することも可能になるであろう。

（2）リベリズム的要請から、一定の善の構想を支持できないことについて

ポジティブ・アクションによって自己の意思に反して一定の位置に留め置かれたとしても、それを悪化と捉えるのではなく、異なる視点の獲得となる可能性があるとして、積極的に評価しうることを先に示唆した。しかしこの異なる視点なるものが評価に値するかどうか、リベリズムは積極的に判断を下すことができない。どのような善の構想が望ましいのかについてリベリズムは判

断停止し、正の善に対する優先を旨とすることで、国家は多元的な価値観が重なり合う社会にあっても特定の普遍的正を実現する正当化事由になると考えるからである。一定の善の構想から離れたところで個人を設定し、それら個人を平等な者として処遇するというこの思想は、フランスで男女の平等原則が導入される際に呼んだ議論と同じ構造を持っている。

一九九九年にフランス憲法が改正されてパリテが導入される際、平等な人間の理解を巡り、それまで当然に想定されていた「抽象的人間像」が変革を迫られた。市民社会における人間は歴史的に、「固有名詞・確定記述、時空座標など、特定の対象や領域のみを支持する表現を使用しないで記述できる」²⁰「普遍的特徴を持った共通属性を持つ存在と前提される。この人間像に依拠した近代の人権概念は、「人間がただ人間であるということのみに基づいて当然に持っている権利」²¹であり、「具体的な諸事情の違いは捨象され、『同じ状況』にあるとされる」²²抽象的な個人である。この抽象的な個人像は、当然一定の善の構想からも離れて存在する。このような個人から構成される社会には「個人を超越する権威などなく、各

人の善き生を各人が構想⁽²³⁾」した上で、「諸個人ひとりひとりのアイデンティティの發揮を可能にする⁽²⁴⁾」ことが肝要と考える。しかし普遍主義的市民概念に基づいて作り出された「人一般」は、実際には存在しない。確かにこの普遍主義は近代法の支柱となるものである。しかしそのように抽象化された個人は、実際の生を営む主体などではない。

このような近代法の普遍主義的要請とリベリズムの構想とは、互いに結びついている。そのような抽象性を前提としているからこそ、普遍的正の追及というプロジェクトを遂行できると考えるわけだが、そもそも善と正とは切り離されるものなのであろうか。コミュニティアンのように語るのであれば、「善をカッコに入れて正を構成することは可能か⁽²⁵⁾」という問いとして収斂されよう。

人間は、自分に関心のない事柄に関して、それをカッコに入れておくことは可能なものである。しかし、ある事柄を公的な事項として取り上げるか否かの決定権を持つ者が当該事項に関心を持たない人々であるならば、その事項は常にカッコに入れられたまま目の見ないこ

とになる。民主主義の基本となる理想的発話状況を目指すのであれば、正確な情報を等しく得ることも重要な前提となり、そのためには現実にはどのような実態があるのかを認知する必要がある。ロールズが仮定した「無知のヴェール」が、真実から目を背けるための謂いになってはならないであろう。

(3) 多元的社会の実現について

多元的社会への要請は昨今当然視されているようで、実のところその根拠はあまり明確にはされていないように思われる。むしろ heterogeneous であることが民主主義社会の基盤でありながら、他方で民族主義や宗教的原理主義などが依然として人々を惹きつけることがあるように、人々や社会が一定の同質化を好む傾向があることもまた事実であろう。一方で社会的寛容を口にしながら、他方で不寛容にも寛容であるような社会において、クォータ制はどのように評価され得るのであろうか。

これまでに構築されていた社会的偏差を是正するための措置としてポジティブ・アクションは位置づけられており、その中でもクォータ制はより実効力の強い措置と

して多元的社會の実現を推進するものであるが、そもそも heterogeneous な社會が担保されなくてはならないのはいかなる理由に基づくものであろうか。ロールズが無知のヴェールを仮定したのは、自分がどのような属性でいかなる状況にあるのか不明な時、いかなる属性・状況であつてもそれを尊重する社會の構築を可能にさせるべしとの理由からであつた。²⁶ 私たちは、性別や人種など、自分がどのような属性・状況にあるかを選択できずに生を受けることになる。この偶然性に対し、同様の無知のヴェールという視点からも、最大限の尊重が引き出されるはずである。多元的社會を目指すという構想は、この偶然性に対する一つの回答になる。これは、リベラリズムが推奨する個人単位での社会的責任遂行のためにも、不可欠の要因となる。つまり、一定の役割や集団に属さずとも、個人として社會の成員であり社会的責任を果たすという事實は、必然的に多様な生のあり方を受容することに繋がる。その多様性を確保するための措置として、クォータを位置づけることができるであろう。

(4) 一定の善の構想を國家が推進することについて

クォータ制が逆差別ではなく、また一定の善の構想を前提としているにしてもそれが民主主義社會の要請であるとして、更にそれによつて社會の多元性が確保されると仮定した場合、最後に残るのは、そこに國家的な權力を介在させることへの疑義であらう。リベラリズムが一定の善の構想を支持しないのは、その善の構想が國家權力と結合することによる弊害を防ぐことにある。各個人が何らかの価値観を持つことには、その価値観が他の価値観を絶対的に否定・抑圧するのではない限りにおいて自由であるが、國家という巨大権力組織が一定価値観を推奨するとなると、価値中立性の侵犯として國家の存在や行動の正当性が疑問視される。しかし、たとえどんなに価値中立的であらうとしても、そしてたとえ消極的な形でしか価値判断に関与していないとしても、そこでは常に何らかの形で価値の選択がなされている。中立的であらうとする態度は、従来の価値観の消極的是認という一定価値観の表明とならざるを得ないのである。

どのような形態であれ、國家が一定の価値観、善の構想を表明しているのであれば、クォータは一種の權利と

して数えられるものだろうか。クォータは、Dworkinの言う「切り札としての権利」に該当するものなのだろうか。もしそうであるならば、それに相応する義務―たとえば国家による政策形成義務―が存在するのであるだろうか。「切り札としての権利」をさらに進めた形で「権利の優位性」を語るKummは、反パーフェクショニズム (antiperfectionism)、反集合主義 (anticollectivism)、反帰結主義 (anticonsequentialism) を意図しており、それによると何が個人の善き生き方を国家が決定して個人に強制してはならず、個人の権利は集合的善に優先し、集合的な利益達成のために安易に個人が犠牲にされてはならないことになる。²⁷しかし国家が一定の善を消極的な形でも是認しそれによって社会的影響を及ぼしている以上、それをより中立的な形にさせるための措置を講じることも、国家によってこそなされなければならないはずである。そうであるならば、国家こそがクォータをはじめとするポジティヴ・アクションの主体たり得なければならないことになるであろう。

5 クォータ制導入とその後

以上、クォータをはじめとするポジティヴ・アクションを巡るいくつかの議論について考察を加えてきた。クォータは機会の平等ではなく、一足飛びに結果の平等を目指すものとの批判があるが、あくまで機会の平等を担保するための措置であることをこれまで確認してきた。最後に、クォータが実際に導入された際の留意点について、いくつか挙げておきたい。

最も重要なのは、クォータを導入することでどのような社会を私たちが望むか、という点である。たとえば経済的クォータを導入して女性リーダーの数を増やしたとしても、それは女性が男性並みに働く社会を目指しているものではないことを確認しておくことは非常に重要であろう。クォータによって目指すべきは、男性中心ではない生き方が存在するということ、そしてそれも生の遂行に必要不可欠な要素であることを誰もが一個人として認識し、かつそれを実行に移すことのできる社会を構築することである。もしも公的領域への女性の参画が少ないことによる弊害を取り除こうとしてクォータを採用す

るのであれば、同様に、男性の家事参画を実現するクォータ導入もあつて良いはずであろう。⁽²⁸⁾ そのようにして機会均等原理を実質化することで、社会の中で生きていくために必要な労働がPaid workのみではなく、Unpaid workも同様であることを可視化させてくれるであろう。個人主義を前提としているにも拘わらず、家族単位で法制度を組んできた従来のあり方に疑問を投げかけるのであれば、それは個人単位で社会的責任を検討するきつかけにもなる。こうした思考の変換は、家事責任のみにとどまらず、現行の年金制度にも敷衍される論点になろう。

そしてもう一つ、強力なポジティブ・アクションとしてのクォータが、法化社会へと変換する危険性を内包している点を指摘しておかねばなるまい。そうであるからこそ、ポジティブ・アクションは、結果の平等ではなくあくまで機会の平等を担保するときのみ用いられることが妥当であることになる。

(1) Positive Actionは積極的改善措置、もしくは積極的格差是正措置と訳されるもので、元来ヨーロッパで多く

用いられてきた用語である。Affirmative Actionも同様の文脈で理解され、主にアメリカやカナダで使用され、大学入学における人種的偏向を是正するための措置として想起されることが多い。双方の指し示す内容に相違はないが、内閣府男女共同参画局をはじめとする日本の文脈ではポジティブ・アクションの用語が用いられているので、本稿ではポジティブ・アクションの語で統一することとする。

(2) 社会的マイノリティーという言葉を用いる際、そこにジェンダーを含めるのは、あるいは適切ではないかもしれない。確かに人口比にみる男女の関係は、マジョリティー／マイノリティーに分かれるものではない。しかし政治や企業における労働といった領域への参画となると、そこには参画への入口、当該領域におけるステップアップや意思決定などにおいて、明らかに女性のマイノリティー性が見て取れる。

(3) ここでは特定措置が女性労働者に限定されていることに注意が必要である。双方の性に対してではなく、一方の性に対してのみクォータが課されると、事実上の頭打ちを容認するガラスの天井問題も考慮する必要がある。

(4) この点の分類整理については以下に詳しい。辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題―諸国の法改革とクォータ制の合憲性―」法学第六七卷第五号、

二〇〇三年。同「選挙制度とクォータ制」法律論叢第七九卷第四・五合併号、二〇〇七年。同『ポジティブ・アクション―「法による平等」の技法』岩波新書、二〇一一年。

(5) Eckhard Kalanke gegen Freie Hansestadt Bremen, EuGH C450/93, 1995.

(9) Hellmut Marschall gegen Land Nordrhein-Westfalen, EuGH C409/95, 1997.

(7) もちろん行政部門におけるポジティブ・アクションも推進されているが、ここではポジティブ・アクションの施行が正当化される理由に鑑みて、政治領域と経済領域とを対比させる。

(8) Der Spiegel, 2001.1.31, Nr.5, S.64.

(9) Ebd., S.65.

(10) Ebd., S.58ff.

(12) Kristina Schröder は三三歳という若さで家族相として入閣している。彼女の前任者は Von der Leyen である。

(13) Der Spiegel, 2001.1.31, Nr.5, S.58ff, S.64ff.

(13) 芦部信喜『憲法』第三版、岩波書店、二〇〇二年、一〇〇頁以下。

(14) 辻村みよ子「ポジティブ・アクションの手法と課題―諸国の法改革とクォータ制の合憲性―」法学第六七巻第5号、二〇〇三年、一七七頁。

(15) Ronald Dworkin, Taking rights seriously, Harvard

Univ. Press, 1977. 『権利論(増補版)』木鐸社、二〇〇三年、三〇五頁。

(16) Op. cit., 前掲書二二頁。

(17) Op. cit., 前掲書二二頁。

(18) この種の議論は、リベラル・コミュニタリアン論争で展開されてきた通りである。たとえば Michael J. Sandel, Liberalism and the limits of justice, Cambridge Univ. Press, 1982.

(19) 例えば、アメリカの大学やロースクールにおける一連の affirmative action に対する異議申し立て訴訟は、人種を理由とするものの、同じ議論構造を持つ。注5カランケ判決、注6のマーシャル判決は性を理由としたもので、まさにこの事例として該当する。

(20) 井上達夫『共生の作法―会話としての正義―』創文社、一九八六年、一〇九頁。

(21) 糠塚康江『バリテの論理―男女共同参画の技法―』信山社、二〇〇五年、一四九頁。

(22) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』日本放送出版協会、二〇〇一年、七九頁。

(23) 糠塚前掲書、一四九頁。

(24) 樋口陽一『憲法』創文社、一九九八年、二〇一頁。

(25) Sandel, op. cit.

(26) John Rawls, A theory of justice, Harvard Univ. Press, 1971. 『正義論』紀伊國屋書店、一九七一年。

- (27) Mattias Kumm, Democracy is not enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review, New York University, School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper no. 09-10, 2009.
- (28) スウェーデンで実施されているパパ・クォータ制はこの一種である。

執筆者紹介
掲載順

新井勉 日本大学教授
青山武憲 日本大学教授
尾田清貴 日本大学教授
杉本純子 日本大学助教
小田司 日本大学名誉教授
小林宏 日本大学准教授
松島雪江 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長 新井勉
副委員長 坂井吉
委員 伊藤文良
岩崎正夫
大井眞二
小川浩一
奥村大作
工藤聡一
黒川功一
関正晴
高橋勝一
高橋雅夫
谷部光一
外園澄子

日本法学第七十七卷第三号

平成二十三年十二月十五日印刷
平成二十三年十二月二十五日発行
非売品

編集責任者 日本大学法学会
杉本稔

発行者 日本大学法学研究所
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一ー四 A&Xビル
印刷所 株式会社メディオ
電話〇三(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 77 No. 3 December 2011

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Tsutomu Arai, *The Control over Law Courts of the Ministry of Justice, 1912–1945*

Takenori Aoyama, *Thinning of the Wall Separating Church from State*
—USA—

Kiyotaka Oda, *Community Activities to Prevent Furikome Fraud*

Junko Sugimoto, *Changes in the Priority Rule of Bankruptcy Proceedings*
—Creating a New Priority System Including Critical Vendor Claims—

TRANSLATION

Peter Huber und Jennifer Antomo, *Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen und das neue Haager Übereinkommen. Übersetzt von Tsukasa Oda*

NOTES

Hiroaki Kobayashi, *Die Verfassungsmäßigkeit des Berliner Ladenöffnungsgesetzes: die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009*

Yukie Matsushima, *Some Considerations of Quotas*
—Based on the Debate in Germany—