

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十四卷 第三号 2018年12月

池村正道教授古稀記念号

法と社会をめぐる諸問題

日本大学法学会

日本法学 第八十四卷第一号 目次

論 説

穂積陳重のローマ法講義について …………… 吉原達也

労働事件における法人格否認の法理 …………… 南 健悟

ドイツ法における買主による解除前の使用行為
——解除原因の認識の有無と物用の目的・方法・結果に着目して—— …… 野中貴弘

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体
——デビットカード取引契約の法律構造を参考に—— …… 田中夏樹

判例研究

公務員に対する求償権行使における重過失要件の検討

(福岡高判平成一九年〇月二日ウエストロー・ジャパン文献番号〇一七 …… 長谷川 福造

WLJPCA(〇〇)六〇〇(一)

日本法学 第八十四卷第二号 目次

論 説

憲法における生存権
——「権利」の意味の考究とともに—— …… 齋藤康輝

裁判員裁判の判決に対する
上訴審の審査をめぐる正統性の問題 …… 柳瀬 昇

西南戦争の傷病者救護と博愛社 …… 喜多義人



池村正道教授近影

献呈の辞

池村正道先生が平成三〇年一二月にめでたく古稀を迎えられましたことを心よりお慶び申し上げますとともに、古稀を祝う本論文集に、法学部長として一言ご挨拶申し上げます。

池村先生は、昭和四七年三月に日本大学法学部法律学科を卒業後、同年四月に明治大学大学院法学研究科修士課程、昭和五二年四月に専修大学大学院法学研究科博士課程へと進学されました。その後、昭和五八年四月に日本大学法学部助手、昭和六一年七月に日本大学通信教育部専任講師、平成七年四月に日本大学通信教育部助教授、平成一三年四月に日本大学法学部助教授、平成一五年四月に日本大学法学部教授に就任され、長年にわたり本学部で教鞭をとってこられました。また、平成一六年には、弁護士登録（東京弁護士会）をされ、実務家としてもご活躍されています。

池村先生のご専門は、行政法ですが、特に重要な分野とされる情報公開、行政手続、行政指導、都市計画、行政裁量等の問題についてご研究されてきました。日本公法学会、日本法政学会、オンブズマン学会、日本社会保障法学会に所属され、特に日本法政学会では平成二二年一月から現在に至るまで、理事として学会の発展に貢献されました。池村先生は、学部行政において、学生生活委員長、学務委員長、法学部次長等の要職を担当され、平成二七年七月からは、法学部長、大学院法学研究科長、大学院新聞学研究科長、大学院知的財産研究科長を務められました。また、平成二九年九月からは、副学長に就任され、法学部及び日本大学の発展のために貢献されました。

教育面においても、池村先生は、講義及びゼミナール等を通じて、数多くの学生を指導され、優秀な人材を育成し、研究者や法曹をはじめ、社会の様々な分野で活躍する有為な人材を数多く世に送り出してこられました。

池村先生は、多くの教科書をお書きになりましたが、中でも特筆すべきは、本学関係の研究者を中心とした弘文堂の「Next教科書シリーズ」です。このシリーズは、現在、三〇種類（科目）を超えて出版され続けておりますが、先生のご尽力があつたからこそ実現できたといえます。

この様な池村先生の長年にわたる法学部及び日本大学へのご貢献に深く感謝し、本論文集『法と社会をめぐる諸問題』を刊行することになりました。

最後になりますが、池村先生には、今後とも様々な形でのご指導、ご鞭撻をお願い申し上げるとともに、益々のご活躍を祈念し、献呈の辞といたします。

平成三〇年一二月吉日

日本大学法学部長 小田 司

目 次

献呈の辞

憲法の憲法適合的解釈……………岡田俊幸……………三

フイジー憲法（二〇一三年）の目的と構造……………東裕……………三五

——憲法工学的考察——

裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする……………柳瀬昇……………六五

控訴についての控訴審の審査のあり方……………

——続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題——

再度の住民監査請求に関する考察……………西原雄二……………一〇一

行政計画の統制に関する問題点の省察……………長谷川福造……………一四五

行政手続における手続的瑕疵の評価に関する考察……………橋本直樹……………一八九

——行政手続法制定後における判例動向を中心として——

薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について……………尾田清貴……………一三三

| | | |
|-------------------------------------|--------|-----|
| 委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性 | 長谷川 貞之 | 二五三 |
| 不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に 遅延利息は付くことになるか | 益井 公司 | 三三三 |
| 船員法の性質論 ——船長の権限・船内規律規定を中心に—— | 南 健悟 | 三四三 |
| FinTech 法制の新たな制度設計に向けて | 藤川 信夫 | 三七一 |
| 宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について | 吉原 達也 | 四三三 |
| 池村正道教授 略歴 | | 四五三 |
| 池村正道教授 主要業績 | | 四五九 |

池村正道教授古稀記念号

憲法の憲法適合的解釈

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 連邦憲法裁判所の判例
- III 学説
- IV 結語

I はじめに

憲法改正に限界があるか否かについては、周知のように、学説において、従来から様々な見解が述べられ、活発な議論の対象となってきたところであり、⁽¹⁾ 現在もなお活発な議論が展開されている。⁽²⁾ さらに、最近では、「憲法改正の

憲法の憲法適合的解釈 (岡田)

三 (三七一)

限界を超えた改正に対して裁判所が違憲審査権を行使することができるか」という「正面から議論のテーマとされることは稀であった」^③問題についても立ち入った検討がなされ、緻密かつ用意周到な解釈論がすでに示されている。^④憲法改正に対する司法審査の可否は、憲法改正の限界の具体的内容と並んで、——とくに憲法改正に限界があると主張する学説にとっては——今後さらに議論を深めていかなければならない重要な論点の一つであると言つてよいだろう。

ところで、憲法改正に対する司法審査の可否という問題を検討する際にしばしば参照されるのがドイツ連邦憲法裁判所の判例である。何故なら、「違憲審査権は法律などが憲法に適合しているかを審査するのであるから、審査の基準となる憲法自体の改正には、裁判所は口出しできない、と考えるのが当然であるように思える」^⑤が、連邦憲法裁判所は、「実現した憲法改正が憲法の改正限界規定を超えていないかの審査権を有し、改正限界を超える場合それを無効とする権限を有すると考え、この審査を實踐している」^⑥からである。もともと、日本の学説において関心が向けられてきたのは、連邦憲法裁判所が、憲法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかを判断する権限を有していることそれ自体であり、^⑥連邦憲法裁判所が、どのような仕方でも憲法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかを判断しているのか、という憲法適合性判断の手法については、従来の学説において必ずしも十分な注意が払われていないとは言えないように思われる。日本の学説において議論の中心に置かれてきたのは憲法改正に対する司法審査の可否それ自体であることからすると、従来の学説が連邦憲法裁判所の用いている憲法適合性判断の手法に立ち入った検討を加えていないことは言わば当然のことであると言わなければならぬのであり、筆者はこの点について従来の学説を批判するつもりはない。^⑦筆者としては、かりに憲法改正に対する司法審査の可否について肯定説を採用した場合、当然のことながら、つぎに、裁判所は憲法改正の憲法適合性をどのように判断するべきなのかが問題になり、肯

定説を採る場合、上記の問題点を検討することが求められることになるはずであるから、憲法改正法律の憲法適合性について判断した連邦憲法裁判所の判例を憲法適合性判断の手法という視点から分析することも、憲法改正に対する司法審査の可否という問題を検討する際の比較法的資料として極めて有益ではないか、と考えているにすぎないのである。そして、上記の視点から連邦憲法裁判所の判例を分析する作業を行ってみたいところ、⁸⁾連邦憲法裁判所が、憲法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかを判断するに際して、憲法（憲法改正法律）の憲法適合的解釈の手法を駆使していることを確認し、そして、このことが、連邦憲法裁判所の判例の大きな特徴の一つである、との結論を得た。本稿は、連邦憲法裁判所が用いている憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法を多少とも詳しく紹介・検討することを目的とするものである。なお、憲法改正法律の憲法適合性を判断する枠組み（基本法七九条三項の解釈）も重要な論点であることは言うまでもないが、この論点に関する本格的な考察は別の機会に譲り、本稿はこの論点については必要な限りで言及するにとどめる。以下、まず、憲法改正法律の憲法適合性を判断する際に連邦憲法裁判所が用いている憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法を多少とも詳しく紹介することにした（Ⅱ）。つぎに、学説において、連邦憲法裁判所が用いている憲法（憲法改正法律）の憲法適合的解釈がどのように評価されているのかを明らかにする（Ⅲ）。最後に、本稿の要点を述べた上で、筆者に残された今後の検討課題を確認する（Ⅳ）。

II 連邦憲法裁判所の判例

一 一九七〇年十二月十五日連邦憲法裁判所第二法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年十二月十五日のいわゆる盗聴判決⁹⁾において、基本法改正法律が基本法七九条三項に適合するかどうかという問題に初めて取り組んだ¹⁰⁾。基本法一〇条は、一九六八年六月二十四日の第一七回基本法改正法律によって変更されたが、従前の基本法一〇条は、「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は、不可侵である。制限は、法律の根拠に基づいてのみ、これを命じることが許される。」と定めていた。従前の基本法一〇条は上記基本法改正法律によって再編され、従前の基本法一〇条一文が同条一項になり、従前の基本法一〇条二文が同条二項一文になった。そして、上記の基本法改正法律によって、基本法一〇条二項二文として、「その制限が自由で民主的な基本秩序又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障に役立つときは、法律によって、その制限が関係者に通知されない旨、並びに、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査を行う旨を定めることができる。」という文が挿入された。また、一九六八年六月二十四日の第一七回基本法改正法律によって、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の管轄が認められていない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている。」と定める基本法一九条四項に、「第一〇条第二項第二文はこれと抵触しない。」と定める三文も挿入された。そして、上記の基本法改正を受けて、一九六八年八月一三日の「信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限する法律」(以下、「基本法一〇条法律」という。)が制定された。連邦憲法裁判所は、抽象的規範統制及び憲法異議の訴えの手續において、五対三で、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三

項に適合するとの判断を下したのであるが、その判断手法の特徴は、まず、基本法改正によって挿入された基本法一〇条二項二文の解釈を展開し、つぎに、基本法七九条三項の解釈を示し、最後に、基本法一〇条二項二文が基本法七九条三項に適合しているかどうかを判断した、という点にある。

(二) そこで、まず、連邦憲法裁判所(五人の裁判官の多数意見)が展開した基本法一〇条二項二文の解釈を見ることにしたい。連邦憲法裁判所は、「憲法規定は、その文言のみに基づいて、切り離して解釈されてはならない。あらゆる憲法規定は、むしろ、基本法の根本的な基本原則及びその価値秩序に合致するように解釈されなければならない。……従って、基本法一〇条二項二文の解釈に際しては、憲法のコンテクストを、とくに基本法の基本決定と一般的憲法原則を考慮しなければならない。」と指摘した(S. 19)上で、基本法一〇条二項二文を限定的に解釈した。その骨子は、次のとおりである。①基本法一〇条二項二文は、比例原則にかんがみると、監視措置の目的を危険にさらす事態、及び、自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障を危険にさらす事態を排除することができる場合においては監視対象者に対する事後的通知を求めている、としか解釈することができない(判決要旨二)。②基本法一〇条二項二文は、比例原則を考慮すると、基本法一〇条法律が、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密に対する制約が許される範囲を、具体的事実が憲法敵対的行動の嫌疑を正当化する場合、及び、具体的事件における憲法敵対的行動が他の手段を尽くした後には信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密を制限することによってのみ解明され得る場合に限定しなければならないことを求めている。監視措置をどうしても必要なものに限定するという憲法的要請は、監視が、被疑者の目的のために利用されると想定することができる第三者の通信連絡に及ぶことを排除しない(判決要旨三)。③基本法一〇条二項二文は、基本法一〇条法律が、関係者がこの代用手続に

関与する機会を有していない場合であっても、実体的及び手続的に裁判的統制と同等の事後審査を規定しなければならないことを要求している(判決要旨四)。

(三) 連邦憲法裁判所は、上記のような基本法一〇条二項二文の解釈を展開した後、つぎに、基本法七九条三項の解釈を示している。本判決の意義は、何よりもまず、連邦憲法裁判所が基本法七九条三項の解釈を示した点にある。連邦憲法裁判所によると、基本法七九条三項の趣旨は、現行の憲法秩序がその実質において憲法改正法律という形式的・合法的方法によつて排除され、全体主義政権を事後的に合法化するために悪用される可能性を阻止することにあるから、この条項は、同条項に列挙された基本原則の「原理的放棄」を禁止するものであり、基本原則が一般的に考慮され、かつ、特別の状況に限定し、その独自性に依拠して、明らかに適切な理由に基づいて修正されているときは、基本原則に抵触していない(S. 24)。基本法七九条三項は「例外規定」であり、例外規定は、少なくとも、立法者が憲法改正法律によつて根本的な基本原則を体系内在的に修正することを妨げられる結果をもたらしてはならない(S. 25)。そして、最後に、連邦憲法裁判所は、上記のように解釈された基本法一〇条二項二文が上記のように解釈された基本法七九条三項に適合していると判断した(S. 26 ff.)。

(四) これに対して、三人の裁判官の少数意見は、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に反し、無効であると主張している。少数意見は、まず、多数意見の採った憲法解釈の方法を厳しく批判する。

「憲法改正法律については、その憲法適合性の審査に際して、……憲法規範の解釈に当てはまる諸原則によつて解釈することはできない……。というのは、基本法一〇条二項二文が有効な憲法規範であるか否かがまさに疑わしいからである。基本法七九条三項を基準とするこの審査にとつて決定的であるのは、憲法改正規定が、文言、意味連関及

び目的に照らしてどのように理解されなければならないかである。その際には、憲法改正法律が、判決において行われた『基本法適合的』解釈を受け入れないことが判明する。」(S. 34)

つぎに、少数意見は、基本法一〇条二項二文の解釈を示す。その骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一〇条二項二文によると、立法者は、一定の要件の下で、監視措置を関係者に通知しないことを定めることができる。文言は一義的である。事後的な通知を少なくとも完全に排除することは許されないと考えると、これは、基本法一〇条二項二文をその正反対のものに歪曲することを意味する。

出訴の途の保障を定める基本法一九条四項の本質は、権利保護が事物的かつ人的に独立し、行政部及び立法部から分離した、従って中立の機関によって与えられることであり、そして、この機関に一定の制度的担保(例えば、適法な人事配置)が組み込まれ、この機関が関係者の聴聞をした後にのみ判断することができることである。改正された憲法規定に基づいて、出訴の途に代えて国民代表の選任した機関及び補助機関による事後審査が行われると、「本来の権利保護システム」は交代させられる。この規定が意味を持つとすると、この代替システムが通常の「出訴の途」から区別されなければならない。このことは、代替システムが独立性及び中立性の保障を有する必要はなく、一定の手続きの強制に服する必要もないことを意味する。この区別は、基本法一〇条二項二文が監視措置を秘密にしておくこともできるようにしたことによって、さらに明確になる。

また、この憲法改正規定から、監視することが許される人の範囲について具体的な制限を引き出すことはできない。この制限は、自由で民主的な基本秩序の保護又は連邦若しくはラントの存立若しくは安全保障に役立つ場合であれば、一般的に命じることができる。まずは広い範囲を監視下に置き、危険地点を絞り込むことは、十分に合理的であるよ

うに思われる。

それ故、信書の秘密並びに郵便及び電信電話の秘密は具体的な嫌疑のある場合においてのみ制限することが許されるというように基本法一〇条二項二文を制限的に解釈することは不可能である。基本法一〇条二項二文は、その趣旨からして、数多くの場所を試行的に監視する大規模な監視行動を排除していない(S. 34 f.)。

(b) 多数意見の基礎としている解釈は、成立史から一義的に明らかになる憲法改正の目的にも合致させることはできない(S. 35 f.)。

(c) 「従つて、文言、意味連関及び目的に照らして、基本法一〇条二項二文は、憲法保護及び国家保護を目的として、電話による会話、テレタイプ、電報及び信書に関して、関係者に事後的にも秘密のままにし、裁判所によって事後審査されない内容の盗聴及び検査を可能にする仕方、信書の秘密並びに郵便及び電気通信の秘密を制限することを許容している。関係者の範囲は限定されておらず、『被疑者』に限定されるわけではない。『議会統制』に仕える機関及び補助機関の性格は完全に不明確なままであり、立法者は、これを政治的審議機関として組織することもできるし、独立していない行政機関として組織することさえもできる。」それ故、多数意見による基本法一〇条二項二文の解釈は、「基本法一〇条二項二文に異なる意味を与えている。この解釈は、基本法一〇条二項二文を縮小し、その規範的内容を変更している。しかし、これを行うのは、もっぱら立法者の仕事である」。

基本法一〇条法律が憲法規範によつて与えられた広い裁量の余地を使い尽くしていないことは重要ではない。立法者は、従来の憲法状況に適合する状態にとどめることもできるし、様々なヴァリエーションでそこから離れることもできる。憲法改正が基本法七九条三項に基づいて許容されるかどうかの問題の審査にとつて、基本法一〇条二項二文

は、立法者に対して許容している可能性の全範囲において決定的である (S. 37 f.)。

そして、少数意見は、本件における憲法改正は、上記の解釈においては、基本法七九条三項によって許容されていないと判断する。少数意見は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「たしかに、このような重要で、その帰結において広範囲に及ぶ例外規定は、拡張的に解釈されてはならない。しかしながら、この規定の意味を、とりわけ、憲法改正法律という形式的・合法的手段が全体主義政権を事後的に合法化するために悪用されることを阻止する点に見出そうとすることは、この規定の意義を完全に見誤っていることを意味する。」一九三三年の授権法のような「授権法」が許されないことを強調する必要はない。「基本法七九条三項は、これ以上のことを意味する。すなわち、基本法制定者の一定の基本決定は、基本法が妥当する期間においては……破棄できないと宣言されている。」 (S. 38 f.)

憲法改正によって基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に「抵触する」ことは許されないが、文言と意味によると、基本法七九条三項は、基本原則（の全部若しくは一部）が完全に排除されること、又は原理的に放棄されることを求めるものではない。「抵触する」との文言は、上記のことを下回ることを意味する。「個人の自由領域の個別範囲において基本法一条及び二〇条から導出される基本原則が全体として又は部分的に無視された」場合には、それで十分である。抵触してはならない構成的諸要素を、基本原則がたんに「一般的に考慮され」なければならない場合に展開する可能性がある「漸次的崩壊過程」からも保護しようとするものである (S. 41 f.)。

少数意見は、上記のような基本法七九条三項の解釈を示した後、基本法一〇条二項二文は基本法七九条三項に適合しないと判断した (S. 42 f.)。

(五) 本判決(多数意見)の特徴は、基本法七九条三項の制限的解釈を示すとともに、改正された憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の憲法適合的解釈を駆使した点にある。これに対して、少数意見は、基本法七九条三項の制限的解釈にも、また、憲法規定を基本法七九条三項に適合させるために憲法規定の「憲法適合的解釈」の手法を用いることについても批判的な見解を示した。多数意見は、憲法規定は、その文言のみに基づいて、他の憲法規定と切り離して解釈されてはならず、むしろ、基本法の基本原則とその価値秩序に合致するように解釈されなければならないとの考え方を解釈の出発点としているのに対して、少数意見は、基本法一〇条二項二文が有効な憲法規範であるか否かがまさに問われているから、憲法改正法律の審査に限っては憲法改正法律を憲法規範の解釈に当てはまる諸原則によって解釈することは許されないと説いている。少数意見は、多数意見の考え方それ自体を否定するものではなく、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査に限っては多数意見の考え方は妥当ではないと主張しているにすぎない。少数意見によると、基本法七九条三項を基準とする審査にとって決定的であるのは、憲法改正規定が、文言、意味連関及び目的に照らしてどのように理解されなければならないかであり、「基本法適合的」解釈を用いることはできない。基本法一〇条二項二文は、立法者に対して許容している可能性の全範囲において基本法七九条三項適合性審査を受ける。本判決における多数意見と少数意見の対立は、憲法改正法律に対する基本法七九条三項適合性審査のあり方に関して検討しなければならない極めて重要な問題点を鮮やかに示したのであった。

二 二〇〇四年三月三日連邦憲法裁判所第一法廷判決

(一) 連邦憲法裁判所第一法廷は、二〇〇四年三月三日の判決(「大盗聴」判決)^①において、基本法一三条三項が基

本法七九条三項に適合するかどうかについて判断した。一九九八年三月二六日の第四五回基本法改正法律によって、住居の不可侵を定める基本法一三条に第三項から第六項が追加され、従前の第三項が第七項となった。基本法一三条三項は、刑事訴追を目的とする住居の聴覚的監視について、「一定の事実によって、ある者が法律上個別に定められた特に重大な罪を犯したとの嫌疑が根拠付けられる場合において、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがなくなるであろうと考えられるときには、裁判官の命令に基づき、被疑者が滞在していると推測される住居を聴覚的に監視するための技術的手段を講じることが許される。この措置には、期限を付けるものとする。この命令は、三人の裁判官による合議体によって下される。危険が急迫している場合には、この命令は一人の裁判官によっても下すことができる。」と定めた。連邦憲法裁判所は、六対二で、上記の憲法改正法律によって追加された基本法一三条三項が基本法七九条三項に適合するとの判断を示したが、合憲判断の決め手となったのは、基本法一三条三項の憲法適合的解釈である。以下、連邦憲法裁判所の判断の内容を多少とも詳しく紹介することにしよう。

(二) 連邦憲法裁判所（六人の裁判官の多数意見）は、まず、基本法七九条三項の解釈を示す。

「基本法七九条三項は、狭く解釈されなければならない例外規定であって、この規定は、憲法改正立法者が、これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由から修正することを妨げない……。連邦憲法裁判所は、基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触しない限りにおいて、個別の基本権を改正し、制限し、又はそれどころか廃止する憲法改正立法者の権利を尊重しなければならない。これらの基本原則の実定法上の具現を適切な理由により修正することは、立法者に禁止されていない……。何が個別の基本権の枠内において基本法一条一項の保障内容に含まれるのかは、各々の基本権規範の解釈によって別個独立に規定されなければならない。」(Rn. 114 f.)

多数意見は、基本法七九条三項の解釈については、一九七〇年二月一日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盗聴判決)を引用せず、一九九一年四月二三日連邦憲法裁判所第一法廷判決及び一九九六年五月一四日連邦憲法裁判所第二法廷判決¹³を引用し、その解釈を引き継いでいる点において注目し値するが、本稿は、基本法七九条三項の解釈については検討しない。

(三) つぎに、連邦憲法裁判所は、基本法一三条三項は基本法一条一項の「人間の尊嚴の保障」に適合している(Rn. 117)と判断した。その骨子は、次のとおりである。

(a) 基本法一条一項に基づく人間の尊嚴の不可侵には、私的な生活形成の絶対的に保護される核心領域の承認も含まれる。刑事訴追を目的とする住居空間の聴覚的監視(基本法一三条三項)は、この領域を制約してはならない。この範囲においては、住居の不可侵(基本法一条一項と結び付いた基本法一三条一項)と刑事訴追の利益との、比例原則を基準とする衡量は、行われない(判決要旨二)。

(b) 基本法一三条における聴覚的監視を法律上導入するための授權は、基本法一条一項と結び付いた基本法七九条三項に違反しない。何故なら、この授權は、この限界を遵守する法律上の規定とこれに基づく措置のみを可能にするものだからである。憲法上の授權の限定は基本法一三条三項において含まれている。これに加えて、憲法上の授權の限定は、体系的憲法解釈の手法によると引き合いに出さなければならぬ他の憲法規範から導出される。比例原則は、人間の尊嚴の保護の絶対性を疑問視するものではなく、むしろ、盗聴措置が人間の尊嚴を侵害しないところに限って、さらに別の制限として引き合いに出されなければならない。もつとも、比例原則による聴覚的監視の授權の限定は、措置を実施するに際して基本法一三条三項の人間の尊嚴の内容が侵害されるリスクを排除することも狙いと

している (Rn. 128)。

(i) 基本法一三条三項は、制約の適法性の実体的及び形式的要件を定めている (Rn. 129)。①まず、基本法一三条三項一文に基づく聴覚的監視は、法律上個別に定められた特に重大な罪を犯した者に向けられた嫌疑が一定の事実によって根拠付けられる場合において、その者を訴追するために限り許される (Rn. 130)。②また、基本法一三条三項は、事件の追及が他の方法によっては過度に困難になり、あるいは見込みがないことを求める (Rn. 131)。③さらに、憲法改正立法者は、監視措置に裁判官の命令を要件とすることによって憲法上の実体的要件の遵守を手続的に確保している (Rn. 132)。

(ii) 基本法一三条三項においては、刑事訴追を目的とする聴覚的監視の実施に対して、私的な生活形成の不可侵の核心領域を絶対的に保護するという要請から導かれるあらゆる限界が明文で定められているわけではない。他の限界は、—すべての基本権規範と同じように—他の憲法規範から導出される。憲法改正立法者は、基本権規範を修正する際にも、いずれにせよ基準となるすべての憲法上の準則を改めて規範化することを義務付けられない。それに応じて、基本法七九条三項を基準とする審査に服するのは、他の憲法上の基準と結び付いた基本法一三条三項である (Rn. 133)。

それ故、憲法改正によって導入された基本権制約は、体系的解釈を用いて、他の法規範、とくに基本法一条一項に遡求しつつ、かつ、比例原則を適用しつつ解釈されなければならない。憲法解釈の限界は、憲法改正によって創設された規範についても、文言と意味によると一義的な規定に正反対の意味が付与され、解釈されなければならない規範の規範的意味内容が根本的に新たに規定され、又は、規範的目標が主要な点において達成されなくなるところに存す

№ (Rn. 134)。

本件においては、この限界の踰越を肯定する手掛かりは存在しない。何故なら、基本法一三条三項は、基本法一条一項一文の求める制約の限界を十分に考慮して法律の内容を定めることのみを授權しているからである。比例原則も補充的に使用されなければならない。このような解釈は、憲法改正立法者の意思と矛盾しない (Rn. 135)。

(c) 法律の規定は、規範明確性の原則を遵守しつつ、居住空間の聴覚的監視のやり方が人間の尊厳の侵害に至らないことを保障しなければならない。監視は、当該措置によって人間の尊厳が侵害されるとの手掛かりが存在する状況においては、始めから行つてはならない。また、居住空間の聴覚的監視が予期せず絶対保護される情報を収集することになってしまった場合、当該監視は中止されなければならない。記録は消去されなければならない。刑事訴追に枠内において収集された絶対的に保護されるデータのあらゆる利用は排除される (Rn. 139)。

(四) これに対して、二人の裁判官の少数意見は、基本法一三条三項は基本法七九条三項に適合しておらず、無効である (Rn. 366) と主張するとともに、憲法改正によって挿入された基本法一三条三項は憲法適合的解釈又は憲法体系的解釈によって合憲にとどめることができるとする多数意見に従うことができない (Rn. 375) と主張している。少数意見は、次のように説く。

(a) まさに憲法規範も解釈が必要であり、切り離して考察することはできず、基本法の根本的な基本原則とその価値秩序に適合するように解釈されなければならないことは正当である。しかし、基本法七九条三項によって憲法改正にどのような限界が設定されているかという問題は、既存の基本権規範の整合性の創出ではなく、改正が基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかに関わる。それ故、憲法改正の憲法適合性は、これらの

基本原則に照らして判定されなければならないのであるが、憲法改正を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本原則を基準として解釈することはできない (Rr. 376)。

(b) 多数意見も、憲法改正の方法によって導入した聴覚的監視の授権は、法律上の規定及びそれに基づく措置が、聴覚的に監視することが許される者の私的な生活形成の核心部分を侵害しないようにするために、明文上十分な制限を定めていない、つまり、基本法一三条三項は、それ自体としては基本法七九条三項に適合していない、という前提から出発している。それ故、多数意見は、「憲法改正法律の体系的憲法解釈の助けを借りて」一三条三項に更なる不文の限界を付加し、聴覚的監視の授権を立法者が設定した程度を越えて制限している。多数意見は、基本法一三条一項の人間の尊厳の意味内容を、解釈の方法で基本法一三条三項の付加的な不文の制約を設定するための基準として使用している。しかし、人間の尊厳の内容は、「憲法改正に対するその阻止効果」を失い、たんに、解釈の手段として、そうしないと違憲である憲法改正を合憲にするためにのみ使われている。憲法改正規範にまったく書かれなかったことが、この憲法改正規範が基本法七九条三項のハードルを乗り越えることに寄与する (Rr. 378)。

(c) 基本法一三条三項それ自体は、差し当たり、基本法一三条一項から、この規範の人間の尊厳の内容に関連する領域も除外する。しかし、これによって、その保護がなくなるわけではなく、この領域は、基本法一条一項から直接に保護を受ける。もともと、これにより、一方において、基本法一条一項は、人間の尊厳を保持するために、私的住居において現れる内密領域を包括的に保護し、他方において、基本法一三条一項は、特別法として基本法一条一項の適用を排除している一三条三項と結び付いて、この領域を制約することを憲法改正によって明文で許容しているという「憲法の矛盾」が生じる。この矛盾を憲法解釈の方法によって解消しようとすると、憲法律制定者によって行わ

れた憲法改正はその内容において大幅に後退することになる。改正された憲法規範においてこれは構想されておらず、また明文化されていないにもかかわらず、そうなるのである。改正された憲法規範は、基本法七九条三項に基づいて保障されている憲法水準を遵守していない基本権制約が許されるとの「外観」を創出する (Rn. 380)。

これによって、一方において、この憲法改正によって何を生じさせようとし、いかなる範囲において私的住居の保護の制約を立法者に授権しているのかについて十分な明確性を欠くことになる。他方において、解釈によって、憲法改正規範に立法者が与えた意味内容が再び変更されるが、このことは規範自体においては明文化されていない。このような変更は、もっぱら憲法律制定者が行うべき事項である。それ故、憲法律制定者が、基本法一条一項の基準に適合していない基本法改正を行った場合、基本法の権限配分と規範明確性の法治国家原則は、この憲法規範を、基本法七九条三項のハードルを乗り越えることができる範囲にまで解釈によって限定し、その後、埋め合わせとして、改正された憲法規範において明文化されている介入権限を根拠とする法律上の規定に憲法違反を理由として異議を唱えることを禁止している。違憲の憲法を治癒することはできない。違憲の憲法を治癒することは基本法七九条三項に適合しない。基本法七九条三項は、各基本権に含まれる人間の尊厳の内容を制約するための憲法上の根拠が基本法改正によって創設されることを阻止しようとするものである (Rn. 381)。

これに加えて、少数意見は、憲法改正規定の憲法適合性を憲法適合的解釈によって創出する可能性は、基本法七九条三項の適用範囲を許されない仕方では制限する、と多数意見を批判している。少数意見は、次のように説いている。

「この可能性は、基本法七九条二項によって憲法改正に設定された制限が作動することができるのは、結局のところ、憲法改正立法者が、連邦的秩序、基本法一条又は二〇条それ自体を全体として廃止しようとするところだけであ

ることに帰着する。というのは、それ以外の場合には、基本法一条及び二〇条が解釈基準として憲法に存在する限り、あらゆる憲法改正に対して、基本法一条又は二〇条に照らした解釈を通して、それが合憲になるように手助けし、その結果として基本法七九条三項に耐える不文の内在的制約を付加することができることになるからである。」しかし、基本法制定者は、基本法七九条三項において、もっぱら基本法一条及び二〇条の廃止を不適法であるとして排除するのではなく、すでに、これらの諸条項に定められている基本原則に抵触する改正を不適法であるとして排除している。従って、基本法七九条三項は、より広い範囲に及ぶものである。基本法七九条三項は、憲法に定められているところの、法治国家の基本原則に基づく又は人間の尊厳の確保に役立つ諸々の基本権地位の崩壊の始まりを阻止するためのものであって、法治国家が全体として廃止され、人間の尊厳がもはや保護を受けないものとされるところで初めて作動するために用いられるものではない。まさに基本法七九条三項が我々の憲法の主要な支柱の漸次的解体に対処できるように、憲法改正を言葉どおりに受け取り、立法者自身がした授権を基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に照らして判断しなければならぬ。これらの基本原則に抵触する場合、基本法七九条三項は、許容されない改正が事後的に合憲になるように手助けする憲法適合的解釈の余地を提供しない。(Rn. 382)

(五) 本判決の多数意見は、基本法一三条三項が基本法七九条三項に適合すると判断したが、少数意見は、これに真つ向から対立する見解を述べた。両者の結論を分けた要因が基本法七九条三項の解釈にあることはもちろんであるが、それに加えて憲法の憲法適合的解釈についての考え方の違いも大きな要因であったと考えられる。多数意見は、基本法一三条三項の定める基本権制約の限界は、基本法一三条三項において明文で定められた限界に加えて、すべての基本権規範と同じように他の憲法規範からも導出されるのであるから、憲法改正立法者は、基本権規範を修正する

際にも、いずれにせよ基準となるすべての憲法上の準則を改めて規範化することを義務付けられておらず、それ故、基本法七九条三項を基準とする審査に服するのは、他の憲法上の基準と結び付いた基本法一三条三項であると主張している (Rn. 133)。多数意見によると、憲法改正によって導入された基本権制約は、他の法規範、とくに基本法一条一項に遡求しつつ、かつ、比例原則を適用しつつ解釈されなければならない (Rn. 134)。多数意見は、このような考え方に立ち、基本法一三条三項に憲法適合的解釈を施した上で、基本法一三条三項が基本法七九条三項に違反しないと判断した。これに対して少数意見は、基本法一三条三項の憲法適合的解釈に批判的な見解を表明している。少数意見も、憲法規範も解釈が必要であり、他の憲法規範から切り離して考察することはできず、基本法の基本原則とその価値秩序に適合するように解釈しなければならないことは正当であると述べており、多数意見の考え方をそれ自体として否定しているわけではない。しかし、少数意見は、基本法七九条三項によって憲法改正にどのような限界が設定されているかという問題は、既存の基本権規範の整合性の創出ではなく、憲法改正が基本法一条及び二〇条に定められている基本原則に抵触するかどうかに関わるものであるから、憲法改正法律を、文言から離れて、憲法に適合させるために、基本原則を基準として解釈することはできないと説いている (Rn. 376)。一九七〇年一月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決 (盗聴判決) における多数意見と少数意見は、四半世紀近くの時を経て、新たに連邦憲法裁判所入りした裁判官にそれぞれ引き継がれ、その対立は、本判決においてもまったく解消されなかった。

III 学説

(一) 一九七〇年二月一五日連邦憲法裁判所第二法廷判決(盜聴判決)の直後の学説において、連邦憲法裁判所(多数意見)が駆使した憲法の憲法適合的解釈の手法は厳しい批判を受けた。ヘーベルレ(Peter Häberle)は、基本法改正それ自体を憲法適合的に(基本法適合的に)解釈する多数意見の試みは誤っていると主張している。何故なら、これによつて、憲法改正法律は、憲法全体を基準として判断されることになり、基本法七九条三項のみを基準として判断されなくなるからである。また、基本法一〇条二項二文が憲法全体の有効な構成部分として前提とされているが、その有効性がその前に審査されなければならないはずである。従つて、憲法改正法律については、まずは、「それ自体として」、つまり、文言、意味及び目的並びに成立史に反して憲法全体に調和的に埋め込むことはしないで、文言、意味及び目的並びに成立史によつて解釈し、その後基本法七九条三項との適合性が判断されなければならない。さらに、憲法適合的解釈は、暗黙のうちに現行の基本法一〇条法律に依拠しているように見えるが、法律の内容形成の可能性は多様であり、憲法違反の明確な判断だけが濫用の可能性に対処することができることを考えると、憲法適合的解釈に対する疑問はさらに増大する。そして、ヘーベルレは、憲法適合的解釈によつて基本法一〇条二項二文に多くのことが読み込まれ、連邦憲法裁判所は、憲法改正法律の代わりに引き受けることになる、つまり、その権限を逸脱することになる、と総括している。¹⁴⁾

また、ルップ(Hans Heinrich Rupp)は、多数意見の方法論的アプローチの誤りを批判している。ルップは、次のように説いている。多数意見は、憲法改正法律も他の憲法規範と同じように基本法の基本原則及びその価値秩序を基準

として判断されるとし、その際に、先例¹⁵⁾を引きつつ、「憲法内部における矛盾の、解釈による治癒」という視点を持ち込んでいるが、このような多数意見の方法論に対する少数意見の批判は正当である。本件は、「違憲の憲法規範の問題」ではなく、「憲法改正の違憲性の問題」に関わる。憲法制定権力の成果である憲法は、同一の法的ランクを有しており、全体として捉えられなければならない。それ故、憲法律の内部においてある憲法規範に他の憲法規範に対する何らかの性質の優位を認め、他の憲法規範の廃止効果を付与することを可能にするような価値序列を憲法の規範構造の中に読み込むには若干の努力が必要である。そして、このような価値スケールには、主観的な思弁によって設定される危険があるので、原理的に、憲法を憲法制定権力の矛盾のない表出として扱い、矛盾とされたものを体系に適合した解釈による調和の方法で解消する以外に途はない。しかし、本件は、憲法改正の問題、すなわち、基本法が自ら七九条三項において越えることができない限界を設定している対象である措置の許容性の問題に関わるものである。多数意見は、違憲の憲法規範の解決モデルである基本法適合的解釈を使用することによって、基本法七九条三項の明確な意味を偽造している、と¹⁶⁾。

さらに、エーリヒゼン (Hans-Uwe Erichsen) も、憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法に批判的な見解を述べている。あらゆる憲法改正法律は、憲法全体に影響を及ぼし、それを変更することが許される前に、基本法七九条三項との適合性に関して判断されなければならないが、連邦憲法裁判所は、まず、憲法全体に準拠して憲法改正法律の憲法適合的理解を創出している。これは、憲法改正立法者の憲法改正の可能性を縮減する結果となる。憲法改正法律は、基本法七九条三項との適合性のみならず、憲法の他の基本原則との適合性についても判断されるからである。憲法改正のための基準は基本法七九条三項だけである、と¹⁷⁾。

これに対して、シュリンク (Bernhard Schlink) は、一九七三年の論文において、連邦憲法裁判所が展開した憲法適合的解釈に肯定的な見解を述べている。憲法適合的解釈は、明確な文言に反してはならないし、成立史から明らかにされる立法者の意思にも反してはならない。また、憲法適合的解釈は、立法目的を見誤ってはならないし、それを歪曲してはならない。これらは、あらゆる解釈に設定された限界であり、この限界の範囲内において、複数の可能な解釈の中から、憲法と調和するものを優先することや、ある憲法規範が解釈されなければならない場合、それ以外の憲法規範と調和するものを優先することは、まさしく「体系的解釈の要請」である、と。¹⁸⁾

(二) 最近の学説においては、連邦憲法裁判所が展開した憲法の憲法適合的解釈はむしろ肯定的に評価されているようにも見える。¹⁹⁾ 例えば、ブリーデ (Brun-Otto Bryde) は、連邦憲法裁判所は、「憲法改正立法者の決定特権」と憲法原理を擁護する「見張り役」である自己の役割との調整を、とくに、憲法改正を「憲法適合的解釈」を使って基本法七九条三項に適合させることによって行ってきたと観察しつつ、次のように説いている。憲法改正立法者は違憲の憲法を制定するつもりはないことが前提とされなければならないのであるから、少なくとも「基本法七九条三項適合的解釈」はたんに問題がないというだけではなく、むしろ必要である。さらに、改正された条文であっても、憲法改正立法者が基本法一条及び二〇条に抵触しないようにしている限り、これらの憲法原理に照らして解釈されなければならないのであるから、「基本法七九条三項適合的解釈」によって基本法七九条三項の適用範囲が許されない仕方限定されるわけではない。「基本法七九条三項適合的解釈」によって憲法裁判所が憲法改正を破棄するのは「稀な例外事例」に限られることになるが、基本法七九条三項が「例外的性質」を有することを考えると、これは歓迎されなければならない。と同時に、連邦憲法裁判所は、政治プロセスに対する重大かつ極めて厄介な介入に至らないところ

で、基本法七九条三項において保護された基本原理の遵守を憲法改正のプロセスにおいても維持する可能性を作り出した、と。⁽²⁰⁾このようにブリーデは、連邦憲法裁判所が用いている「憲法適合的解釈」の手法に肯定的評価を与えている。また、ヘアデーゲン (Mathias Herdegen) も、ブリーデの見解を引用しつつ、民主的立憲国家においては、立法者は、憲法改正においても、憲法上の拘束の枠内で行動しようとしている、ということが前提とされなければならないが、このことが憲法適合的解釈の可能性の根拠となると説いている。⁽²¹⁾

ハイン (Karl-E. Hein) も、憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法を肯定的に評価する。ハインは、次のように説いている。憲法制定権力 (pouvoir constituant) と憲法によって作られた権力 (pouvoir constitué) の区別が基本法の基礎に置かれていることを前提とすると、改正阻止条項 (Revisionsperiklausel) は、憲法制定者の一定の基本決定への憲法改正立法者の他律的拘束として現れる。この拘束は、憲法改正立法者の意思に由来するものではなく、その意思に反して他の主体の——憲法制定者の——意思によって当為として設定されるものであるから、他律的である。基本法七九条三項は、法技術的には、拘束条項に分類することができる。基本法七九条三項は、その基本的性格の点で基本法一条三項及び二〇条三項の拘束条項と同じであり、この拘束条項は、形式的ルールとして、ドイツ法秩序の段階構造を実定的に構成する。この段階構造においては、憲法によって作られた権力は、上位の規範的内容に拘束され、上位の規範的内容を生み出す権限を有しない。このことは、以下の効果を発生させる。第一に、拘束の名宛人は、拘束条項によって画定された限界にとどまる決定のみを下すことが許される。第二に、法文 (Rechtssätze) が裁量の余地を含んでいる場合、この法文は、その時々々に基準となる拘束に従って——つまり、基本法七九条を基準として「基本原則適合的に (grundsatzkonform)」——適用されなければならない。第三に、ある決定を基準となる拘束に適合するように適用

できず、そのために拘束力のある規範の内容に反する場合に限り、「修正の可能性を伴う瑕疵効果システム」²²が作動し、基本法七九条三項を考慮すると「基本原則に適合しない」規定は無効となる、と。²³

(三) このように連邦憲法裁判所が用いている憲法改正法律の憲法適合的解釈は、現在の学説において支持を得ていると言ってよい。憲法改正法律の憲法適合的解釈を肯定した場合に次に問題となるのは、憲法改正法律の憲法適合的解釈の「限界」である。この点について、連邦憲法裁判所は、「文言と意味によると一義的な規定に正反対の意味が付与され、解釈されなければならぬ規範の規範的意味内容が根本的に新たに規定され、又は、規範的目標が主要な点において達成されなくなる」²⁴とところに求めている。この定式に関連してヘアデーゲンは、基本法七九条三項に適合させる解釈については、法律の憲法適合的解釈の場合よりも狭い枠が設けられていると説いている。何故なら、基本法七九条一項一文は、「基本法は、基本法の文言を、明文で変更又は補充する法律によつてのみ、これを変更することができ。」と定めており、憲法のレヴェルにおいては、規範明確性の原則が、とくに厳格に適用されるからである。ヘアデーゲンは、次のように説いている。連邦憲法裁判所の示した上記の定式は、憲法制定者の客観的意思を変質させる解釈にあまりにも広い余地を与え、憲法の明確性の要請を充たさない。憲法規定の主要な規制内容について、憲法裁判所の示した解釈に遡求しないで伝統的な解釈準則だけで確定することがほとんどできないとすると、憲法規定の制御機能は継続的に傷付けられることになる。それ故、憲法適合的解釈は、一般的な解釈基準（文言、体系、目的及び歴史的規制意思）によつてその解釈が高度に説得的であると考えられる限りにおいてのみ許される。これにより、憲法改正立法者の「客観的意思」が性急に歪曲されてしまわないことが保障される、と。²⁵もつとも、筆者が調査した限りでは――調査が不十分なのかもしれないが――ヘアデーゲンの見解を支持する学説を見出すことはできなかった

た。²⁶多くの学説は連邦憲法裁判所が示した定式にとくに異論はないと推測される。

なお、憲法改正法律の憲法適合的解釈の「限界」に関する連邦憲法裁判所の考え方に立った上で、連邦憲法裁判所が二つの判決において示した憲法改正法律の解釈が上記の「限界」を越えていないかどうかは、極めて重要な論点となるが、ここで検討を加える余裕はない。²⁷

IV 結語

連邦憲法裁判所(多数意見)は、憲法規定は、その文言のみによつて他の憲法規範から切り離して解釈されてはならず、むしろ、基本法の基本原則とその価値秩序に合致するように解釈されなければならないとの考え方に立ち、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性を審査するに際して、憲法改正法律の憲法適合的解釈を行っている。連邦憲法裁判所は、基本法七九条三項を制限的に解釈しており、この解釈に従うと憲法改正法律が基本法七九条三項に違反すると判断されることは極めて限定されるところと考えられ、実際、憲法改正法律が基本法七九条三項に違反することはないが、しかし、連邦憲法裁判所は、憲法改正法律の憲法適合的解釈を行うことによつて基本法七九条三項の定める基本原則を擁護する役割をある程度まで果たしているようにも見える。筆者は、憲法改正法律の憲法適合性について判断した連邦憲法裁判所の判例の特徴の一つはまさに上記の点にあると考えている。これに對して、少数意見は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性を審査するに際して憲法改正法律の憲法適合的解釈を行うことを否定する。もつとも、少数意見も、憲法規定も他の憲法規定と切り離して解釈することはできず、基本法の基本原則とそ

の価値秩序に適合するように解釈しなければならないとの多数意見の考え方をそれ自体として否定しているわけではない。少数意見は、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査においては憲法改正法律が有効な憲法規範であるか否かがまさに問われているから、憲法改正法律の基本法七九条三項適合性審査の場面に限って、憲法改正法律の「基本法適合的」解釈は受け入れられないと説いているにすぎない。一九七〇年一月一日連邦憲法裁判所第二法廷判決（盗聴判決）の直後においては、連邦憲法裁判所（多数意見）が駆使した憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法に批判的な学説が多かったが、現在の学説の多くは、むしろ、連邦憲法裁判所（多数意見）が駆使した憲法改正法律の憲法適合的解釈の手法に肯定的評価を与えている。

最後に筆者に残された課題を確認しておく。筆者は、日本において、憲法改正がなされた場合を想定して、裁判所は、改正された憲法規定の憲法適合的解釈をすることができるとかどうかという点を検討しておくことが極めて重要であると考えている。この論点の検討が、まさに筆者に残された課題である。²⁸

〔後記〕 池村正道先生は、日本大学法学部における行政法の研究・教育の重責を担われるとともに、法学部長、副学長などの要職を歴任され、学部や大学の運営に多大な貢献をされたことは周知のとおりであるが、大学院法務研究科においても、専任教員として（かつて、法科大学院の専任教員数について、その三分の一以内の教員は学部の専任教員としても算入できるものとする経過措置が定められていたため、法科大学院と学部の専任教員に同時になることができた。）創設時から二〇一〇年度まで行政法分野の授業を担当されるとともに、数年間専攻主任も務められ（二〇〇七年四月～二〇〇八年三月、二〇〇八年一月～二〇一〇年三月）、草創期の法務研究科を教育と運営の両面において支えられたこともここ

に記しておきたい(草創期の法務研究科を知る専任教員が少なくなってしまった今、これは筆者の責務であろう)。筆者は、二〇〇八年に信州大学から日本大学に移籍したが、その際に前任校から支障なく移籍できるようにご配慮とご支援をしておいただいたことを感謝の念とともに懐かしく想い出す。末筆ではあるが、池村先生が今後ともご健勝で活躍されることを心よりお祈りしたい。

(1) 研究書のみを挙げると、菅野喜八郎『国権の限界問題』(木鐸社、一九七八年)、竹花光範『憲法改正の法理と手続』(成文堂、一九八一年)、芦部信喜『憲法制定権力』(東京大学出版会、一九八三年)、小林直樹『憲法秩序の理論』(東京大学出版会、一九八六年)等がある。なお、本稿に関連する重要な研究書として、大隅義和『憲法制定権の法理——「違憲の憲法」との関連で——』(九州大学出版会、一九八八年)がある。

(2) 最近出版された研究書として大塚滋『憲法改正限界論のイデオロギー性』(成文堂、二〇一七年)がある。論文については二〇〇〇年以降に限定すると、赤坂正浩「憲法改正の限界と日本国憲法の基本原理」同『世紀転換期の憲法論』(信山社、二〇一五年) 四一頁以下(初出、同「戦後憲法学における憲法改正限界論」全国憲法研究会編『憲法問題一四 二〇一三』(三省堂、二〇〇三年)、同「憲法改正の限界と全面改正」同・前掲注(2)四二九頁以下(初出、同「憲法の同一性と憲法改正の限界」全国憲法研究会編『憲法改正問題』(日本評論社、二〇〇五年)、毛利透『統治構造の憲法論』(岩波書店、二〇〇七年) 一七頁以下(初出、同「憲法改正論議への比較法的視座——ドイツ憲法学の視点より」法学論叢(京都大学) 一六一巻四号(二〇〇七年)、結城洋一郎「我が国における『憲法改正の限界』に関する一考察」商学討究六四巻四号五頁以下(小樽商科大学、二〇一四年) 五頁以下、西村技美「憲法改正の限界」論究ジュリスト九号(二〇一四年) 三〇頁以下、高田篤「日本における憲法改正とその限界」鈴木秀美／マティアス・イエシュテット／小山剛／ラルフ・ポッシュャー編『憲法の発展I——解釈・変遷・改正(日独憲法対話二〇一五)』(信山社、二〇一七年) 一〇九頁以下がある。

- (3) 工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年)一九八頁(初出、同「憲法改正の違憲審査」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編集代表『日独憲法学の想像力 下巻―栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、二〇〇三年))。
- (4) 最近の学説に限定すると、否定説として、工藤・前掲注(3)二〇六頁以下、芹沢齊・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社、二〇一一年)五〇六頁「工藤達朗」、全国憲法研究会二〇一五年秋季研究総会シンポジウムにおける井口秀作発言(建石真公子・石村修「秋季研究総会シンポジウムのまとめ」全国憲法研究会編『憲法問題二七二〇一六』(三省堂、二〇一六年)一一九頁があり、肯定説として、高野敏樹『憲法制定権力と主権』(青潮社、一九九八年)八九頁以下(初出、同「主権―憲法制定権力の視点からみたその意義と課題」佐藤功先生喜寿記念論文集『現代憲法の理論と現実』(青林書院、一九九三年)、赤坂・前掲注(2)四二二頁、南野森「憲法改正限界論再考―その意義についての序説」長谷部恭男・安西文雄・穴戸常寿・林知更編『高橋和之先生古稀記念 現代立憲主義の諸相 上』(有斐閣、二〇一三年)一二三頁以下、高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店、二〇一七年)一四七頁以下がある。
- (5) 毛利透・小泉良幸・淺野博宣・松本哲治『憲法I 総論・統治「第二版」』(有斐閣、二〇一七年)三八頁「毛利透」。
- (6) この論点については、工藤・注(3)一九九頁以下、毛利ほか・前掲注(5)三八頁「毛利透」を参照。
- (7) むしろ、本稿は、従来の学説から、憲法改正の限界の有無及び憲法改正に対する司法審査の可否という、本稿が扱う論点の前提となる原理的問題に考察を加えておらず、考察の順序を間違っているとの批判を受けることは間違いない。筆者としても、この問題点はもちろん承知しており、上記の原理的問題についても、今後、考察の機会を持ちたいと考えている。
- (8) 連邦憲法裁判所の判例を分析・検討するためには、何よりもまず、憲法改正法律の憲法適合性について判断した連邦憲法裁判所の判例を出来る限り内在的に理解することが必要であることは言うまでもない。憲法改正法律の憲法適合性について判断を示したドイツ連邦憲法裁判所の判例を時系列に沿って出来る限り客観的かつ内在的に詳しく紹介する作業は、別途公表する予定である「研究ノート」によって行うことにしたい。
- (9) BVerfGE 30, 1. 11の判決の紹介・解説として、西浦公「通信の秘密とその制限―盗聴判決―」ドイツ憲法判例研究会編(栗城壽夫・戸波江二・根森健編集代表)『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)二六二頁以下がある。また、

- 石村修『憲法の保障―その系譜と比較法的検討―』(尚学社、一九八七年)二四〇頁以下(初出、同「憲法保障としての憲法改正限界論」専修大学法学論集三三三号(一九八一年)、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸・鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理』(木鐸社、一九九一年)五一七頁以下(五三二頁以下) 西村・前掲注(2)三三三頁以下もこの判決に検討を加えている。以下、この判決の引用は、本文中に連邦憲法裁判所判例集の該当する頁数を示すことによって行う。
- (10) 連邦憲法裁判所は、一九七〇年一月二十五日の判決の前に、他の文脈において基本法七九条三項に言及していた。BVerfGE 1, 14, 32; 3, 225, 232; 4, 157, 169 f.
- (11) BVerfGE 109, 279. この判決の紹介・解説として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴」ドイツ憲法判例研究会編(栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編集代表)『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八年)三二〇頁以下がある。以下、この判決の引用は、本文中に連邦憲法裁判所判例集において付されている欄外番号を示すことによって行う。
- (12) BVerfGE 84, 90. この判決の紹介・解説として、中島茂樹「ドイツ再統一と一九四九年以前の収用に対する補償」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(9)五五九頁以下がある。
- (13) BVerfGE 94, 49. この判決の紹介・解説として、川又伸彦「庇護権における『安全な第三国』要件」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(11)三五六頁以下がある。
- (14) *Peter Häberle*, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970, JZ 1971, S. 145 (148 f.).
- (15) BVerfGE 19, 206 [220].
- (16) *Hans Heinrich Rupp*, Anmerkung zu BVerfGE 30, 1, NJW 1971, S. 275 (275 f.). ルップの見解は、「違憲の憲法規範」に関する当時の判例・学説を踏まえたものであるが、「違憲の憲法規範」の問題に触れることはできない。
- (17) *Hans-Uwe Erichsen*, Zu den Grenzen von Verfassungsänderung nach dem Grundgesetz, VerwA 1971, S. 291 (303 f.).
- (18) *Bernhard Schlink*, Das Abhör-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 1973, S. 85 (90). エーヴァース (Hans-Ulrich Evers) は、シュリンク論文の参照を指示しつつ、審査されなければならない規範の内容は体系的解釈―それは、憲法適合的解釈でもある―によって初めて明らかにすることができるのであるから、審査されなければならない規範は「憲法のこ

ンテクストの中で」解釈されなければならないと指摘している (Hans-Ulrich Evers, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel/Karin Grabhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 (45. Lfg. Oktober 1982) Rn. 160)。

- (19) 以下の本文において紹介する学説のほか、憲法の憲法適合的解釈を肯定的に評価する学説として、以下のものがある。Rüdiger Rubel, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. II, 2002, Art. 79 Rn. 30 は、とくに理由を示すことなく、基本法七九条三項に違反する憲法改正法律は無効であるが、憲法適合的解釈の可能性を「優先的に」点検しなければならないと説いている。また、Michael Sachs, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 79 Rn. 84 も、とくに理由を示すことなく、基本法七九条三項違反は、それが改正規定の解釈によつて回避されない場合に限り認められると述べ、「基本法七九条三項との適合性を保った解釈」を肯定的に評価している。やぶらじ、Johannes Dietlein, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2009, Art. 79 Rn. 18 が、とくに理由を示すことなく、憲法改正法律は、それが「基本原則適合的」解釈にもかかわらず基本法七九条三項に違反する場合に、無効であると述べている。

Hauke Möller, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision, 2004, S. 177 f. が、法律の憲法適合的解釈が認められている以上、憲法適合性解釈の要請は憲法改正法律にも当てはまると主張している。

- (20) Brun-Otto Bryde, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 79 Rn. 30.
- (21) Mathias Herdegen, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 (Lfg. 72 Juli 2014) Rn. 82.
- (22) Karl-E. Hain, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 117 を参照。
- (23) Hain (Fn. 22), Rn. 31.
- (24) BVerfGE 109, 279 (316 f./Rn. 134).
- (25) Herdegen (Fn. 21), Rn. 82.

(26) *Dietslein* (Fn. 19), Rn. 18.1は、ヘアデーゲンの見解に関連して、憲法改正のみが基本法七九条の要求に服するが、規範明確性の要請が、憲法制定者が創設した規範が含まれている明確性よりも高度の明確性を要求していると解することはできないと指摘している。

(27) *Brun-Otto Bryde*, in: *Ingo von Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 1978, Art. 79 Rn. 29ff. 「盗聴判決」において連邦憲法裁判所は、要求される「限界」を大幅に越え、「司法的自己抑制」をしようと（改正を基本法七九条三項の故に失敗させまいと）努力して、基本法一〇条二項をその意味、文言及び成立史に反して解釈することによって「司法的自己抑制」に著しく違反してしまった、と説いていた。

(28) 本稿を執筆するに際して筆者の脳裏から離れなかった現代日本の問題状況について、簡単に言及しておきたい。自由民主党憲法改正推進本部が二〇一七年一月二〇日に公表した「憲法改正に関する論点取りまとめ」は、「まさに今、国民に問うにふさわしいと判断されたテーマ」の一つとして、「合区解消・地方自治体」を挙げ、「両議院議員の総選挙について、一票の較差（人口比例）への対応により行政区画と選挙区のずれが一層拡大し、地方であれ都市部であれ今後地域住民の声が適切に反映されなくなる懸念がある」ので、「政治的・社会的に重要な意義を持つ都道府県をまたがる合区を解消し、都道府県を基本とする選挙制度を維持するため、参議院議員選挙においては、半数改正ごとに各広域地方公共団体（都道府県）から少なくとも一人が選出可能になるように規定する方向でおおむね意見は一致している」と自民党憲法改正推進本部における議論の状況を整理していた。その後、新聞報道等によると、自民党憲法改正推進本部は、二〇一八年二月一六日に全体会合を開き、参議院議員選挙の合区を解消するための憲法改正案を決定するに至った。現行の四七条は、「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と定めているが、自民党憲法改正推進本部が改正案として示した四七条は、一項において、「両議院の議員の選挙について、選挙区を設けるときは、人口を基本とし、行政区画、地域的な一体性、地勢等を総合的に勘案して、選挙区及び各選挙区において選挙すべき議員の数を定めるものとする。参議院議員の全部または一部の選挙について、広域の地方公共団体のそれぞれの区域を選挙区とする場合には、改選ごとに各選挙区において少なくとも一人を選挙すべきものとすることができる。」と定め、二項において、「前項に定めるもののほか、選挙区、投票の方法その

他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と定めている。憲法改正限界論の立場からは、何よりもまず、自民党憲法改正推進本部の示した憲法四七条改正案が憲法改正の限界を越えるものかどうかを検討する必要があることになり、筆者は、これは疑いなく極めて重要な論点であると考えているが、これに加えて、かりに憲法改正の経路を経て現行の日本国憲法四七条が自民党憲法改正推進本部の示した憲法四七条改正案のとおり改正され、改正後に議員定数不均衡訴訟などが提起されて裁判所が改正された四七条の解釈をしなければならないという状況に至った場合には、裁判所は日本国憲法四七条の「憲法適合的解釈」をすることができないのではないか（さらに一歩進んで、裁判所は「憲法適合的解釈」をしなければならぬのではないか）という問題も極めて重要であると考えている。筆者は、憲法改正に対する司法審査の可否について消極的に解したとしても（というよりも、消極的に解するのであれば、なおさら）、改正された憲法条文の憲法適合的解釈（憲法の憲法適合的解釈）が裁判所には求められるのではないかと考えているのである（これは、本稿が示したように、連邦憲法裁判所がまさに実践している解釈手法である。）が、しかし、この点に関する筆者の考えは、現時点においては、十分に練り上げられたものであるとは到底言えない状態にとどまっており、ここでは、「憲法の憲法適合的解釈」という解釈手法があり得ることを示すだけで満足しなければならない。なお、自民党憲法改正推進本部の示した憲法四七条改正案については、伊藤真「自民党の四七条改憲案と一票の価値」世界九〇九号（二〇一八年）五八頁以下が批判的検討を加えている。

フィジー憲法（二〇一三年）の目的と構造

——憲法工学的考察——

東 裕

はじめに

フィジー共和国 (The Republic of Fiji) は、南太平洋にある人口約八八万人、国土面積一万八、二七〇平方キロメートル（四国とほぼ同じ大きさ）の極小国である。人口の六割弱が原住民フィジー人、四割弱がインド系フィジー人である。インド系は一九世紀末から二〇世紀初めにかけて、イギリス領植民地であつたインドからサトウキビ栽培のため契約労働者として入植し、そのまま定住した人々の子孫である。二〇世紀半ばにはインド系の人口が半数を超えた時期もあつた。両民族間に深刻な対立はないが、政治の世界ではインド系が政権をとると原住民系によるクーデタが起

きたことが過去に三度ある。一九七〇年の英国からの独立以来、一九八七年に二回、二〇〇〇年に一回、そして二〇〇六年に一回とクーデタを経験し、民主政に復帰するということを繰り返した。⁽¹⁾このような複合民族国家フィジーにあって、国民統合が独立以来の最大の政治課題となってきた。

二〇〇六年一二月の四度目のクーデタはそれ以前の三回のクーデタとは異なり原住民系の国軍司令官による原住民系政権の転覆を図るものであった。憲法は停止され、議会は解散されたまま、二〇〇九年四月には停止されていた憲法が廃止されて新体制の成立が宣言された。こうして二〇〇六年二月から約七年八ヶ月にわたり軍事政権が続き、二〇一三年九月に新憲法が制定され、二〇一四年九月に八年ぶりに総選挙が実施されて民主政に復帰した。

本稿で取り上げる二〇一三年憲法は、独立時の一九七〇年憲法、一九九〇年憲法、一九九七年憲法に続く四つめの憲法である。⁽²⁾この憲法の成立に至る直近の前史をたどり、憲法の全体構造を示した上で、この憲法の目的、その目的を達成するために導入された諸制度を中心に分析し、所期の目的通りの結果を創出したのかどうかを憲法工学的手法によって考察するものである。⁽³⁾

一 憲法成立前史

1. 一九七〇年の独立から二〇〇六年のクーデタまで

一九七〇年の独立にあたって宗主国英国の指導の下に憲法が制定され、複合民族国家フィジーは英国女王を国家元首とする立憲君主制のもとで民主政治が始まった。ところが、独立から一七年後にインド系政権が誕生するに至って

原住民系の軍人によるクーデタが発生し、一九七〇年憲法が破棄され、一九九〇年には原住民系の政治的優位を定めた憲法が制定された。この一九九〇年憲法は七年以内の見直しを定めた暫定的性格をもつ憲法であった。そのため、一九九五年から憲法の見直しが始まり、一九九七年には両民族の協調を基調とする国民統合に向けた一九九七年憲法が制定されるに至った。

この憲法のもとで、一九九九年五月に下院議員総選挙が行われた。その結果、インド系のチョードリー (Mahendra Chaudhry) フィジー労働党党首を首相とする「複数政党内閣」⁴が形成されたことで、フィジーにおける国民統合が進展すると思われたが、早くも二〇〇〇年五月にフィジー原住民系文民によるクーデタが発生し、この憲法が一時その効力を停止されることになった。

その後、二〇〇一年には再び一九九七年憲法の効力が回復し、同年八月から九月にかけて下院議員の総選挙が行われ民主制に復帰した。その任期が満了した二〇〇六年五月にはこの憲法下で二回目の下院議員選挙が行われ、一九九七年憲法のもとで国民統合が一步先進したかと思われたが、同年一二月に原住民系のバイニマラマ国軍司令官によるクーデタが発生した。

2. クーデタとバイニマラマ暫定政権の成立

二〇〇六年二月五日、バイニマラマ (Josia Vorege Bainimarama) 国軍司令官が全権を掌握し、ガラセ (Laisenia Qarase) 首相を追放し、議会を解散した。フィジーで四回目のクーデタであった。過去二回のクーデタが、フィジー原住民系がインド系政権を追放するという民族主義的性格をもっていたのに対し、二〇〇六年のクーデタは原住民系

のバイニマラマ国軍司令官が原住民系のガラセ政権を「腐敗」を理由に追放したのである。バイニマラマは、ガラセ政権は一九九七年憲法を精神を侵害しているとして、クーデタではなく憲法保障のための「浄化作戦」(clean-up campaign) ⁽⁵⁾ であるという大義を掲げていた。

二〇〇七年一月、イロイロ大統領によってバイニマラマが暫定政権首相に任命され、首相と一四名の閣僚からなる暫定政権 (Interim Government) が発足した。小政党出身者を民族に関係なく能力重視で閣僚に登用し、一九九七年憲法が目的とした国民統合政府を実現した。二月下旬には、暫定政権は三年後の二〇一〇年までに下院議員総選挙を実施することを明らかにし、民主政復帰に向けたスケジュールが示された。フィジー国内では暫定政権支持の空気が支配的であった。⁽⁶⁾

暫定政権成立から一年八ヵ月後の二〇〇八年八月六日には、暫定政権は「人民憲章」(People's Charter for Change, Peace and Progress) 草案を⁽⁷⁾ 発表し、その中で新たな選挙制度が提案された。バイニマラマ暫定首相は、総選挙は新選挙制度の下で実施されるべきで、その準備には一二ヵ月から一五ヵ月を要するとの見通しを示し、二〇〇九年三月と予告されていた総選挙の延期が濃厚となった。選挙制度は一九九七年憲法で規定されていたため、新選挙制度のもとで総選挙を実施するということは当然に憲法改正を視野に入れた発言であった。その意味で、「人民憲章」は新憲法の方針ないしは草案といえた。

3. 一九九七年憲法の破棄と新体制の成立

二〇〇九年四月、暫定軍事政権は新たな局面を迎える。四月九日に暫定政府の合法性・合憲性を否定する控訴裁判

所判決^⑧が出たことを契機として、イロイロ (Ratu Josefa Iloilo) 大統領が憲法を破棄し、自らを国家元首に任命し、緊急命令たる大統領令 (Decree) によって統治するとして新体制の成立を宣言した。暫定政権首相であったバイニマラマ軍司令官が首相に任命され、同時に旧暫定政権の閣僚が再任され新政権が誕生した。国家元首によるクーデタともいべき劇的な政治変動が起きた。^⑨

新政権は、選挙制度の改正をはじめとする諸改革の実行と民族区分のない単一国民を基礎とした国民の権利の平等化を実現する新憲法の制定を目標に、遅くとも二〇一四年九月までに平等な投票権を基礎とする新選挙制度の下で国会議員選挙を実施し、立憲民主制への復帰をめざす方針を表明した。こうして二〇〇九年に予定されていた民主制復帰が消え、「真の民主的な選挙を行う前に不可欠な諸改革」の実行のため、五年間の軍市政権の継続が現実となった。周辺先進民主主義諸国からの批判はさらに高まったが、フィジー政府はその方針を貫徹した。^⑩

4. 軍市政権による民主化政策と憲法制定

二〇〇九年七月一日、バイニマラマ政権は「変革への戦略枠組み」(A Strategic Framework for Change)^⑪ という二〇〇九―一四年の五年間の政策実施計画を示した。その内容は、①二〇〇九―一一年は社会・経済状況及びインフラの改善に取り組み、②二〇一二年九月までに新憲法作成作業を開始し、③二〇一三年九月までに新憲法を公布して、④二〇一四年九月までに総選挙を実施する、というものであった。

二〇〇九年一二月には政策要綱たる「民主制と持続可能な社会・経済開発のためのロードマップ」(Roadmap for Democracy and Sustainable Socio-Economic Development 2010-2014)^⑫ を発表した。この「ロードマップ」は「人民憲章」

を基礎としたものであり、ここで示された方針が二〇一三年憲法の規定となって結実した。その中で、「良い統治」の確立のために必要な具体的な政策が提示された。

すなわち、①新憲法を制定してすべての国民をフィジアン (Fijian) と呼称し、国名はフィジー (Fiji) とすること、②全国一区の非拘束名簿式比例代表制を採用して一院制国会とすること、③国の安全保障を強化し「クー・サイクル」に終止符を打つこと、④反腐敗独立委員会の設置、などの政策が「良い統治」(good governance) に必要な政策として掲げられた。

また、「経済開発」については、生産的・社会的目的のための土地利用促進や投資の促進等が目標とされ、「社会・文化開発」として、貧困削減、知識を基礎とした社会づくりとしての教育の充実、保健医療サービスの改善、共通の国民的アイデンティティ開発と社会的統合の形成が目標とされた。

そして、この計画通り新憲法が制定されて二〇一三年九月六日に大統領の承認を経て発効した。翌二〇一四年九月一七日には総選挙が実施され、フィジーは民主制へと復帰した。こうして今、二〇一三年憲法のもとでの二度目の総選挙を迎えようとしている。(二〇一八年八月現在)

二 憲法の構成

1. 全体構成

二〇一三年憲法は、前文と本文一二章(全一七四条)からなる。各章は、第一章―国家、第二章―権利章典、第三

章―国会、第四章―行政部、第五章―司法部、第六章―国家業務、第七章―歳入及び歳出、第八章―説明責任及び透明性、第九章―緊急権、第一〇章―免責、第十一章―憲法の改正、および第一二章―施行、解釈、廃止及び経過、と⁽¹³⁾なっている。

これに対し、一九九七年憲法は前文と本文一六章（全一九五条）で、各章は次のように構成されていた。第一章―国家、第二章―コンパクト、第三章―市民権、第四章―権利章典、第五章―社会正義、第六章―国会、第七章―行政部、第八章―大酋長会議、第九章―司法部、第一〇章―国家業務、第十一章―説明責任、第一二章―歳入及び歳出、第一三章―集団の権利、第一四章―緊急権、第一五章―改正、第一六章―施行、解釈及び廃止、となっている。

このように一九九七年憲法から原住民の権利に係る四章（第二章―コンパクト、第三章―大酋長会議、第五章―社会正義、第一三章―集団の権利）を削除したものが二〇一二年憲法の章立てとほぼ一致している。すなわち、原住民系を優遇する条項が大幅に削減されたことが二〇一三年憲法構成から一見して見て取れるのである。⁽¹⁴⁾

2. 目的規定

A. 前文に現れた目的

前文では、フィジーの国民は、フィジー社会を構成する四つの民族（原住民フィジー人、ロツマ島出身のロツマ人、英領インドおよび太平洋諸島からの契約労働者移民の子孫、その他のフィジー移民の子孫）のそれぞれの独自の文化・習慣・伝統及び言語を承認すること、そして原住民フィジー人とロツマ人についてはその土地の所有権を認めることを冒頭で謳っている。

ここではフィジー社会を構成する四つの民族の独自性を尊重し、それら諸民族を含むのがフィジー国民であることを表現している。また、原住民についてはその土地所有権を認めるということで、伝統的な総有による慣習地の保護を約束している。

続いて、「われわれはすべてフィジアン (Fijians) で、共通かつ平等な市民 (citizenry) として結びついている」ことを宣言し、「この憲法がフィジーの最高法規として政府とすべての国民の行為の枠組みを提供するものであると認め、みずから人権の承認と保護、人間の尊厳の尊重に関与し、正義、国の主権と安全、社会と経済の福祉、およびわれわれの環境の保護を宣言し、ここにフィジー共和国のためにこの憲法を確定する」と結ばれている。

ここでは明確に、フィジー社会を構成する諸民族が、かつてはフィジー原住民だけを意味した「フィジアン」という共通の国民名称で呼ばれること、そしていずれの民族も「平等な市民」としてその権利を享有することが示唆されている。

また、このフィジー憲法は「最高法規として政府とすべての国民の行為の枠組みを提供するもの」との憲法観が示され、憲法にとって「人権の承認と保護、人間の尊厳の尊重に関与し、正義、国の主権と安全、社会と経済の福祉、およびわれわれの環境の保護」が特に重要なものとして宣言されている。

以上のように、前文の内容は、憲法制定の目的を明らかにしたものである。

B. 第一章国家の各条項に現れた目的

第一章—国家 (THE STATE) の各条項には、前文の宣言を受けた憲法の目的が見出される。フィジー共和国 (一

条)、憲法の最高法規性(二条)、憲法解釈の諸原則(三条)、世俗国家(四条)、および市民権(五条)の五カ条からなる本章で、特に注目されるのが次の諸規定である。

(1) 民族区分のない国民統合

フィジー共和国は、「共通かつ平等な市民及び国民統合に基づくこと」(一条(a))、「人の権利、自由、及び法の支配を尊重すること」(同条(b))など、第一条で八項目にわたって定められた諸価値に基礎をおく主権民主国家であることが宣言されている。ここにいう「共通かつ平等な市民」とは、フィジー原住民系とインド系に共通かつ平等な国民として市民的権利が認められることを意味する。すなわち、この憲法の目的の一つが、民族区分を超えた「国民統合」を志向した憲法であることを示すものである。

このことは、独立以来、主としてインド系フィジー人が要求してきたことであるが、独立から四三年目にして実現したものである。一九九〇年憲法ではフィジー原住民系国民の政治的優位が明確に憲法で規定されていたが、一九七〇年憲法と一九九七年憲法ではフィジー原住民系とインド系の市民的権利、すなわち選挙権についてはその人口比に応じた一定の平等化が図られていた¹⁶⁾。しかし、そこには厳然とした民族区分が存在したため、完全な平等とはいえない状態にあった。それゆえ、二〇一三年憲法で初めて民族区分のない完全な平等が規定されたのは画期的なことなのである。

市民権については、「この憲法の諸規定に従い、すべてのフィジー市民はフィジアン(Fijian)として平等の地位を有する」(五条(1)項)として、フィジー原住民系とインド系を区別することなく統一的にフィジー市民として把握し、

これまではフィジー原住民系国民を意味した「フィジアン」がフィジー国民の統一名称として使用されたのである。ここでも民族による区分によらず、フィジーの市民権を有する者はすべて「フィジアン」、すなわちフィジー国民であるとして、民族による国民の分割を回避し、諸民族を国民として統合する措置がとられている。

(2) 憲法支持・擁護義務

憲法の最高法規性の規定で、「この憲法は、すべてのフィジー国民と国家によって支持され尊重されなければならない。国家の公職にあるすべての人を含む」（二条(3)項）と規定されている。国家権力を行使する者によって、あるいは一般の国民（文民）によって、憲法が破棄された経験を背景とした規定と考えられる。

民主主義の歴史の浅い国にあつては国民および国家権力を行使するものの双方において憲法に対する規範意識が不十分であるため、憲法または政治への不満または不支持が憲法に定められた手続きを無視してあからさまな力によって表現されることがある。フィジーにおける四回のクーデタのうち一九八七年の二回は陸軍幹部軍人によって、二〇〇六年は国軍司令官によって、二〇〇〇年は一般国民によって、それぞれ引き起こされたという歴史があり、それを踏まえて、「国家の公職にあるすべての人」と「フィジー国民」に対して憲法を支持し尊重する義務を明文化したものであると考えられる。直接的には、クーデタの抑止を意図した規定の一つといえる。

(3) クーデタの無効化

「この憲法に定めのない他の方法によって政府を設立しようとするいかなる試みも違法であり、そのような試みに

よってなされたすべての行為は無効であり何らの効力も有せず、そのような憲法を超えた試みの中でなされた行為の実行者に合法的に免責を認めることはできない」(四条(a)、(b)号)とするのは、これまでの「クーデタ文化」に歯止めをかけようとした憲法保障の規定であることは明らかである。

しかし、事実として「この憲法に定めのない他の方法によつて政府を設立」することが憲法の廃止をともなつて試みられ、その試みが国民の支持を得たときにはどうなるだろうか。フィジーにおけるクーデタはすべてその後国民の支持を獲得している。廃止された憲法は新たに成立した政府を拘束することはできない。二〇〇〇年の文民クーデタを別として、軍人によるクーデタは実行者がその後政権を握り、かつ国民の支持も獲得し、「憲法を超えた試みの中でなされた行為の実行者」は「合法的に免責」されていった¹⁷。これが「クーデタ文化」(coup culture)とも称される独立以来のフィジーの政治文化であつた。それをこの憲法は明確に否定したものである。その実効性は今後一定の時間の経過を待つて初めて確認されよう。

(4) 共通言語による国民統合

憲法解釈の諸原則で、「この憲法は英語で採択されるが、フィジーの諸言語による翻訳も利用できる」(三条(3)項)とし、英語と翻訳に明らかな齟齬のある場合は英語版の意味が優先する」(同条(4)項)として、英語に優越的な地位を与えている。言語による国民分割を避け、共通語である英語での国民統合をはかる意図が窺える。

ただし、英語は旧宗主国の言語である外国語であるため、一方で憲法については「フィジーの諸言語による翻訳も利用できる」とされ、実際にその翻訳憲法が用意されている。国民統合と民族のアイデンティティの維持に配慮した

規定といえよう。

三 目的実現のための諸制度

1. 議会制度および選挙制度とその特徴

国会は一院制で、国会に国の立法権が与えられ、それを行使する（四六条・四七条）。国会の構造には国民統合というこの憲法の目的を達成するための制度的試みが以下のようにみと取れる。

(1) 民族別議席を排した一院制国会

第一に、国会は選挙された国会議員で構成され（五四条）、投票は自由かつ公正に秘密投票で行われる（五二条）。複合民族国家フィジーでは、独立以来、二院制が採用され、民族別の選挙制と議会制が採用されてきた。独立時の一九七〇年憲法、一九八七年の二度のクーデタ後に制定された一九九〇年憲法、そして国民統合を目指した一九九七年憲法のいずれにおいても、若干の変更を伴いながらもその制度の基本は維持されてきた⁽¹⁸⁾。

一九九七年憲法では下院議員の定数は七一で、うち二五議席が民族区分のないオープンシートで選出され、残り四六議席が民族ごとに区分された四つの選挙人名簿を基礎に選出されていた⁽¹⁹⁾。また、上院は民族別制で選挙によらない任命制であった⁽²⁰⁾。したがって、一院制への移行と議員定数の削減、民族別選挙人名簿の廃止および国会の民族別議席の廃止はきわめて大きな革命的変革なのである。これにより、単一のフィジー国民の選挙による単一のフィジー人

によって構成される一院制国会だけとなり、単一の国民による国民統合が制度的に強制されたのである。

(2) 大選挙区非拘束名簿式比例代表制

第二に、選挙制度は「大選挙区非拘束名簿式比例代表制」で、一人一票で投票する（五三条(1)項）。一九九七年憲法では、「小選挙区優先順位付き選択投票制」が採用されていた²¹。この選挙制度の投票の複雑さ、制度のもたらす多数代表的効果、そして一部にみられた第一順位の逆転現象が、民意の反映という観点から見て、国民の間に選挙制度に対する不信感を高めていたことは否定できない²²。そのため、大選挙区非拘束名簿式比例代表制の採用は、これらの小選挙区優先順位付き選択投票制にみられた「欠点」を是正するものとして、選挙制度に対する不信感を払拭するものと思われる。

「選挙区」については、地区により民族別の人口比が異なるので、そのことによる差異を解消するため、全国一区としたものと考えられる。単純かつ投票価値の平等を確実に実現する全国一区の非拘束名簿式比例代表制の採用で、この制度もまた単一の国民統合を意図したものであると解される。

(3) 民族別選挙人名簿

第三に、選挙委員会は、選挙区ごとに単一の国民共通選挙人登録をしなければならない（五五条(5)項）。独立時の一九七〇年憲法から一九九七年憲法まで受け継がれていた民族別選挙人名簿²³が廃止され、民族区分のない単一の共通名簿による選挙が導入されたことは重大な変革である。単一の共通名簿による選挙は、一九七〇年憲法の制定時から

インド系を中心に主張されてきたが実現に至らなかったものであった。⁽²³⁾ これによって民族による政治的権利の不平等が解消されることになった。これも単一の国民による国民統合のための大改革の一つである。

2. 行政権とその特徴

行政部の第四章は、第A部―大統領、第B部―内閣、の二部一六カ条からなる。

(1) 大統領

大統領は国家元首であり、国の行政権は大統領に与えられている(八一一条(2)項)。この点は、一九九七年憲法と同様であるが、大統領は国会によって任命される(八四条(1)項)点で一九九七年憲法とは異なっている。すなわち、一九九七年憲法では大統領は、フィジー原住民系の伝統的首長の組織である大酋長会議が首相と協議した後に、大酋長会議によって任命されたが(一九九七年憲法九〇条)、二〇一三年憲法では大酋長会議の規定そのものがなくなり、大統領は国会による任命となった。

こうして大統領の地位の民主的正統性が強化され、中立的な国家元首の地位にふさわしいものになったといえる。いずれの民族にも偏らない国民統合の象徴としての大統領の地位の基礎づけに対する配慮がみられるのである。

(2) 内閣

内閣については、責任政府 (Responsible Government) として、「政府は国会の信任を得なければならない」(九〇条)。

「内閣 (Cabinet) は、主宰する首相及び首相によって任命される閣僚で構成され」(九一条(1)項)、「首相及び閣僚はその権力と権限の行使について、個々に及び連帯して国会に責任を負う」(同条(2)項)。

首相は政府の長 (head of the Government) である (九二条(1)項)。首相は国会に議席を有しなければならず (九三条(2)項)、国会議員の選挙後、国会議員の五〇%を超える議席を占める政党の党首である議員が首相に就任する (同条(2)項)。五〇%を超える議席を獲得した政党がない場合は、国会議長が議員に立候補を呼びかけ、議員の投票によって過半数の支持を得た者が首相に選出される (同条(3)項)。首相は、不信任動議が可決された場合にのみ解職されるが、その場合、代わりの首相候補者となる議員を提案しなければならない (九四条(1)項)。なお、閣僚は国会議員でなければならぬ (九五条(1)項)。

下院で過半数の議席を占める政党の党首が首相に就任することを明確に規定し、それが不可能な場合は過半数の支持を得た議員が首相に選出されるとする点で、内閣の民主的基礎付けに配慮している。一九九七年憲法にあった複数政党内閣制の規定 (一九九七年憲法九九条(3)項) は削除されたが、この制度はそもそも各政党が民族別に組織されていることを前提とするものであったから、²⁴政治の舞台での民族的要素を追放した二〇一三年憲法に規定されなかったのは当然といえよう。

3. 人権保障と原住民の権利

第一章―権利章典は、第六条から第四五条の四〇カ条からなる。適用 (六条)、本章の解釈 (七条) に続き、身体的自由、国務請求権、精神的自由権、経済的自由権、社会権および新しい人権などに関する諸規定がおかれているほか

に、当初の政府草案にはなかった、①フィジー原住民、ロツマ人及びキリバスのバナバ島からの移住者であるバナバ人の土地の保護(二八条)、②土地の権利及び利益の保護(二九条)、③鉱物の採掘に対する公正な採掘権の分配に関する土地保有者の権利(三〇条)、という原住民の権利保護条項を含んでいる。ここにもまた、国民統合に寄与すると考えられる条項が、以下のように配置されている。

人権規定の適用にあたって、「国家及び公職にある者は、本章で認められた権利及び自由を尊重し、保護し、促進し、そして実現しなければならない」(六条)と定め、これら人権および原住民の権利に関して積極的な実現への取り組みを国家および公権力の行使にあたる者に義務づけている。本章に定める人権には、人身の自由・刑事手続きの保障等(八条〜一六条)、自由権的基本権・財産権の保障(二七条〜二七条)、社会権的基本権・新しい人権(三二条〜四二条)などの今日の諸国憲法に普遍的な規定が置かれている。これらの規定の中でフィジーの国民統合に資すると考えられるのが一連の社会権規定である。

すなわち、教育に対する権利(三一条)、経済的参加に対する権利(三二条)、労働及び公正な最低賃金に対する権利(三三条)、交通への合理的なアクセスの権利(三四条)、住居及び公衆衛生に対する権利(三五条)、十分な食料及び水に対する権利(三六条)、社会保障スキームに対する権利(三七条)、健康に対する権利(三八条)、恣意的立ち退きから自由(三九条)、環境権(四〇条)、子どもの権利(四一条)、および障害者の権利(四二条)の各規定に定められた権利・自由の保障である。²⁵⁾

これらの条項は、極めて具体的な権利を保障したものであり、これらの諸権利は、フィジーのみならず開発途上国の国民に共通して不可欠であっても、国家の財政基盤の脆弱性により現実には十分に保障されることのない権利であ

る。フィジーは太平洋島嶼国の中では比較的恵まれた自然的・社会的・経済的環境にあるとはいえ、これら諸権利を具体的・個別的に憲法で規定したことは、国民の権利保障のために国家が積極的に取り組むべき政策課題を提示し、その実現に向けた国家の責務を表明したもので、その意義は大きい。

特にフィジーにおいて経済的に劣位にある原住民系フィジー人やインド系労働者にとっては、日々の生活保障が重大な関心事である。また、原住民系にとっては市民的権利の平等化は、インド系の政治的支配を強め、フィジー原住民系の権利侵害につながるのではないかとの危惧を抱かせるものであった。とりわけ、国土の約九〇%を占める伝統的な共同体による土地保有制度が破壊されることは絶対に容認できないことであり、一方インド系農民にとっては賃貸借契約による農地での耕作という不安定な状態は生活の先き行きに対する不安の根源となっている。

これら双方の不安を解消するのが具体的な社会権の保障と原住民の権利保護規定なのである。とりわけ原住民系の土地の流動化に対する不安を解消することによって、原住民系に市民的権利の平等を受け入れる素地が醸成されると見込まれるのである。バイニマラム軍事政権が行ってきた政策は、これらの社会権規定のうちのいくつかを先取りしたものであり、それが同政権への民族を越えた国民の一貫した支持につながっていたと考えられるのである。²⁶⁾

4. 免責条項

第一〇章では、「一九九〇年憲法の下で認められた免責は継続」(二五五条)、「二〇一〇年の政治的事件に対する政令に規定された責任の制限の下で認められた免責の継続」(一五六条)、二〇〇六年二月からこの憲法の施行後初の国会が招集されるまでの政府に直接又は間接に関わった者に対する「更なる免責」(一五七条)が認められること、そ

してこの憲法に含まれるいかなる規定にもかかわらず、本章及び本章で認められ継続している免責は、改定し、修正し、変更し、取り消し、又は無効にすることはできないとして、「免責を確定」(二五八条)させている。

いうまでもなく、「二〇〇六年二月のクーデタから現在の政権に至る政治的事件に関わり、そして今後新憲法の下で総選挙が実施され初めて国会が招集されるまでの間、大統領、首相、閣僚、フィジー共和国軍、フィジー警察、フィジー矯正業務、司法権、公共業務、及びその他の公職にあった者に対する刑事、民事、その他のいかなる責任も免除する」(二五七条)としたものである。そのみならず、一九八七年のクーデタ以降の同様の事件に関わったものの免責を確認するものでもある。これによって、いわば過去は水に流して新たな遡及的な混乱を回避して、未来志向の国民統合への障害を除去する規定でもあると考えられる。

5. 憲法改正条項

第一章は、憲法の改正(二五九条)、改正手続(二六〇条)および二〇一三年二月三十一日以前の改正(二六一条)の三カ条からなる。

憲法の改正は、「この憲法、又はこの憲法のどの条項の改正についても、この憲法の定める手続によらなければならない」、それ以外の方法によって改正されてはならない」(二五九条)として、この憲法改正手続によらない改正を排除する。憲法改正手続については、国会における四分の三以上の賛成に続いて、国民投票での四分の三以上の賛成を要している(二六〇条(2)項(b)号)。一九九七年憲法では両院の各院での三分の二以上の賛成を要件としていた(一九九七年憲法一九一条(2)項(b)号)のに比べ、硬性化した改正手続を定めている。また、免責を定めた第一〇章の各条項と経過

規定である第二章D部の諸規定を無効にする改正は禁じられている（一五九条(2)項）。

なお、一六一条は当初の政府草案にはなく、その後付加されたもので、改正規定の例外を定めた経過規定で、「二〇一三年二月二日以前に、大統領は内閣の助言に基づき、この憲法の条項が完全な効力を持つために必要な憲法修正またはこの憲法の条項の中にある矛盾若しくは誤りを訂正するために必要な憲法修正を、官報に登載される政令 (Decree) によつて行う」ことを認めたものである。実際は、この条項による修正は行われなかった。

6. 経過規定

第二章―施行、解釈、廃止及び経過は、第A部―略称及び施行、第B部―解釈、第C部―廃止、及び第D部―経過の四部一三カ条からなる。第C部―廃止では、本章の第D部に従つて、「フイジー行政権令二〇〇九年」をはじめとする二〇〇九年の五つの政令 (Decree) が廃止されることが定められている（二六四条）。第D部―経過では、一六四条で示された五つの政令の廃止にかかわらず、それら政令の下でその職に就いた大統領（一六五条）、首相及び閣僚（二六六条）、公職者（二六七条）はこの憲法の下で最初の国会が招集されるまでその職にあること、財政（二六八条）、国会及び議長の権限（二六九条）についても同様であることが規定されている。

この憲法で定められた職又は制度の職にある者の法的な継承者は、この憲法施行直前に新憲法で定められた職又は制度に対応する職又は制度においてその地位にあった者と定められている（二七一条(1)項）。この憲法施行以前に認められていた諸権利や義務は、この憲法で異なる定めがない限り、その保持が継続して認められる（二七二条）。この憲法の施行直前に効力を有していたすべての成文法は、この憲法施行後もその効力を維持する（二七三条）。二〇〇九年

の「司法行政令」によって設置された裁判所は存続し、その裁判所におけるすべての司法手続でこの憲法の施行日直前に進行中の手続は、その開始時にこの憲法の条項が効力を発生していたものとみなし継続する（一七四条）。

以上のように、この憲法の施行に伴う経過規定が、憲法施行以前との継続性を重視する形で定められている。こうして、新憲法による大変革の中でも一定の既得権を保護することで改革による衝撃を和らげ、安堵感と協力を促すことにより憲法に対する支持を強化し、憲法の定める目的の達成に寄与する規定であると考えられよう。

四 憲法の結果

1. 二〇一四年の総選挙

二〇一三年九月に大統領の承認を得て新憲法が発効した。バイニマラマ首相は、全国を巡回視察し、二〇一三年憲法の条文を住民に配布し、憲法はフィジー国民が前進するための方法を示すものであり、すべての人々が自ら憲法を読むことが重要であると訴えた²⁷。

同首相は、新憲法は次の三点において、独立以来の三つの憲法と根本的に異なっていることを強調した。すなわち、①誰もが平等で、誰もがフィジアンと呼ばれ、二〇一四年九月に実施される選挙では誰もが平等な価値を有する一票をもつこと、②恒久的な居住権、十分な交通・食料・清潔な水・正当な最低賃金・社会保障制度・健康及び公衆衛生へのアクセス権が初めて憲法で定められたこと、③憲法は土地保有者の権利だけでなく借地人の権利を保護していること、という三点であった²⁸。

さらに、バイニマラマ首相自身が強調した点が、国民の教育権の保障であった。これは、初等から大学教育に至るすべての段階において国民の教育権を保障するもので、総選挙後に誕生する新政府はすべてのフィジー国民に対し、すべての教育段階で教育を受ける権利を保障するためのあらゆる措置を実施しなければならないとして、そこには初等・中等教育から高等教育までの無償化が含まれていた。この教育政策が、選挙においてバイニマラマ首相が選挙に出馬するため国軍司令官の職を辞して結成したフィジーファースト (FijiFirst) 党への支持獲得に大いに貢献することになった。⁽²⁹⁾

加えて、フィジーファースト党への支持獲得に貢献したのが、土地政策であった。二〇一三年一月に原住民土地信託会議 (TLTB) の議長でもあるバイニマラマ首相は「原住民の慣習的保有地の土地保有権を総有する各個人は、土地から得られるすべての利益を平等かつ公正に受け取るべきである」と述べ、慣習的保有地と慣習的漁業権の権利者は、その土地と漁業権を有する場所から産出される鉱物資源に関し、公正な使用料を受け取る権利があるとの考えを明らかにした。⁽³⁰⁾

そして同首相は、「土地保有権の保護を通じて土地保有者を保護することと、今日土地保有者が公正かつ正当な賃借料を受け取る必要性は、土地の賃貸借権と利益を憲法で保障したことによるものであり、すべてのマタンガリのメンバーは、マタンガリの土地借地料による収益を平等に利用し配分されなければならない」と述べ、慣習的土地保有者の土地保有権の保障と共同保有者間での土地から得られる収益の平等かつ公正な配分の必要性を強調した。

国土の九一%が原住民保有地であるフィジーにおいて、慣習的土地保有権を保障しつつも、そこから得られる利益配分の平等化は、原住民系フィジー人にとって政権の支持を左右する極めて重要な関心事であり、とりもなおさず来

たるべき総選挙におけるフィジーファースト党への支持を固める意味をもつものであった。土地問題をめぐる政治は、土地政治 (land politics) ともいわれ、一九八七年のクーデタ以来フィジーの発展を妨げてきたことは明白な事実であった。その土地問題に対し、バイニマラマ政権は一つの解答を与えたのである。その解答の正否が総選挙の最大の争点となった。

2. 選挙結果とその意味

この憲法の下で最初の国会議員選挙日は、「二〇一四年九月三〇日以前でなければならない」(二七〇条)と定められていた憲法規定にしたがい二〇一四年九月一七日に投票が実施された。

選挙制度は、一九九七年憲法の「小選挙区優先順位付き選択投票制」に代わって「大選挙区非拘束名簿式比例代表制」が新たに採用され(五三条(1)項)、選挙区は全国一区(五三条(1)項)で、議員定数は前憲法の七一人から五〇人に変更された(五四条(1)項)。

選挙への立候補は、政党所属候補だけでなく無所属候補も認められ(五六条(1)項)、政党所属候補の場合、政党得票数が全投票数の五%以上を獲得しないと政党に議席が配分されず、無所属候補者も全投票数の五%以上の得票がないと当選できないとなった(五三条(3)項)。

この選挙制度もとで、フィジーファースト (FijiFirst)、社会民主自由党 (Social Democratic Liberal Party)、国民連合党 (National Federation Party) の三党が五%を上回る得票率となり、議席が配分された。その結果、フィジーファースト三三議席(得票率五九・二〇%)、社会民主自由党一五議席(同二八・二〇%)、国民連合党三議席(同五・五〇%)となつ

た。³³ バイニマラマ党首のフィジーファーストは過半数（二六議席）を超える三二議席を獲得し、バイニマラマが首相に就任した。民主的正統性をもったバイニマラマ首相が誕生したのである。フィジーファースト党の得票数二九三、七一四票（投票総数四九六、三六四票）のうちバイニマラマ個人の得票数は二〇二、四五九票（FF全体の得票数の六八・九三％）という驚異的な数に上った。二〇〇七年以来政権を担ってきたバイニマラマとその政策が国民の絶対的な信任を得たことが、ここに確認されたのである。

おわりに

二〇一三年憲法制定の眼目は、二〇〇八年八月の「人民憲章」（二〇〇八年八月）を基礎として二〇〇九年一二月に発表された「民主制と持続可能な社会・経済開発のためのロードマップ」で示された「良い統治」の確立のための具体的な政策を憲法に規定し実現することにあった。その主要な事項は、①新憲法を制定してすべての国民を“Fijian”と呼称し、国名は“Fiji”とすること、②全国一区の非拘束名簿式比例代表制を採用し一院制国会とすること、③国の安全保障を強化し「クー・サイクル」に終止符を打つこと、④反腐敗独立委員会の設置、などであった。これらはすべて二〇一三年憲法に盛り込まれ制度化された。「良い統治」の確立のために違いはないが、これらの事項の目指すところ、最終目的は民族区別を超えた国民統合の実現にあったことはいままでもない。

とりわけ、すべての国民をフィジアン（Fijian）と呼び、民族区別のない選挙制度と議会制度を実現することはフィジー独立以来の国家的課題であり、それを憲法に規定すること自体がきわめて困難な課題であった。それが実現

し五年を経た現時点ではこの試みは成功したかに見える。今後この状態が継続し定着するとき、二〇一三年憲法の目的は達成されたと評価できよう。すなわち、クーデタの発生もなく、民族区分のない選挙による政権選択が幾度か繰り返されたとき、この憲法の評価が定まる。

しかしながら、この憲法の制定に至るバイニマラマ軍事政権の諸政策が国民統合を条文の上で初めて実現した二〇一三年憲法を制定し、その憲法の新制度のもとで第一回の国会議員選挙を実施し、その結果として四年間の安定的な政治を継続していることに対して一定の評価を下しても誤りとはいえないだろう。「軍事独裁政権」として先進民主主義諸国の批判を受け続けたバイニマラマ政権であったが、その政権がフィジーにおける真に自由で平等な民主主義を定着させるための前提条件をつくったと評価できるのである。

民主的正統性を欠いたバイニマラマ軍事政権ではあったが、国民の支持が継続していたことは世論調査等によって裏付けられていた。事実として同政権が多数の国民の期待に応えた、あるいはそれを上回る政策を強力に実行してきたことが支持の理由であり、その政策とは民主政治の基礎となる国民の政治的・経済的平等化の実現を中核とする諸政策であった。全国民をフィジアン (Fijian) と呼び、民族に関わりなく全国民の政治的・経済的平等化を実現すること、すなわち、民主主義の前提条件である全国民の「平等」を確立することがバイニマラマの目指した民主化で、そのための政策を憲法制定に先立ち実行してきたことにより、全国民平等化のための制度を含む二〇一三年憲法の制定を可能にしたといえる。

二〇一三年憲法は、二〇〇六年二月以来のバイニマラマ政権による政策目的の達成を示すものである。同時に、それが今後も安定的に継続するかどうかによって、憲法規定としては実現された憲法の目的たる国民統合の実現の成

否が判断されることになる。現時点での評価はここまでにとどまる。

注

- (1) フィジーにおけるクーデタと民主主義の関係については、東裕「フィジーにおけるクーデタと民主主義―クーデタは民主主義を否定し、民主主義の条件をつくった―」太平洋諸島学会『太平洋諸島研究』第五号（二〇一七年）、三七―五八頁、参照。
- (2) フィジーの一九七〇年憲法、一九九〇年憲法、および一九九七年憲法について、その特徴を国民国家形成と国民統合の観点から考察したものととして、東裕「国民国家形成と憲法―フィジー諸島共和国の場合―」憲法政治学研究会編『近代憲法への問いかけ―憲法の周縁世界』（成蹊堂、一九九九年）所収、一三七―一五八頁。
- (3) 発展途上国においてはいかに機能する憲法を設計するかが求められる。そしてそれぞれの国に応じた安定的な民主主義を実現するための統治制度の設計を目的とするのが「憲法工学」(constitutional engineering)であり、それぞれの国の社会的・政治的・経済的条件を十分斟酌して、それぞれの国において機能するよう立憲主義制度を構築しなければならない。そのため、憲法の目的、その目的の実現を促すための制度、そしてそのもたらす結果を考慮した憲法の設計が求められるのである。（東裕「新立憲主義・憲法工学・憲法政治学」憲法学会編『憲法における普遍性と固有性』（成文堂・二〇一〇年）、四五―五頁。）本稿では、このような視点からフィジー二〇一三年憲法を考察するものである。
- (4) 一九九七年憲法が採用した「複数政党内閣制」(multi-party Cabinet：九九条(3)項)は、民族別に分化した政党制を前提に、首相が組閣にあたって下院で一〇%以上の議席を有する政党に対して議席数の割合に応じて入閣を要請することを義務付けたもので、原住民系とインド系が協働して政権運営にあたる「国民統合政府」を形成することによって国民統合を目指すことを憲法制度として義務付けたものであった。
- (5) 東裕『太平洋島嶼国の憲法と政治文化―フィジー1997年憲法とパシフィック・ウェイ―』（成文堂・二〇一〇年）、二四四頁。

- (6) 『前掲書』、同頁。
- (7) 「人民憲章」の作成の背景・経緯・目的・内容については、『前掲書』、二二六―二八二頁、参照。
- (8) 二〇〇六年一月六日のクーデタ後の大統領の行為の合法性・合憲性をめぐって争われた事件。原告は政権を追放されたガラセ前首相ほか四名、被告はバイニマラマ国軍司令官、フィジー共和国軍、フィジー諸島共和国、暫定政府司法長官。大統領大権 (Prerogative power) の存否とその合法性が争点の中心であった。フィジー高裁判決 (二〇〇八年一月九日) では大統領大権の存在を認め、その行使は合法かつ有効とした。しかし、控訴裁判決では大統領大権を認めず、二〇〇六年一月六日から二〇〇七年一月一六日の間に行われたバイニマラマ国軍司令官の行政権掌握と非常事態宣言やイロイロ大統領によるバイニマラマ暫定首相任命などの措置を違法と宣言した。その一方で、大統領が新たに暫定首相を任命し、総選挙を実施することは合法であると判断した。この判決を下した控訴裁判官三名はいずれもオーストラリア人であった。東『前掲書』二八七頁、および同「フィジー控訴裁判決 (2009/04/09)」と新体制の成立」(社) 太平洋諸島地域研究所『パシフィック ウェイ』通巻二二四号、二〇〇九年八月、一三一―一三三頁。
- (9) 東『前掲書』二八二―二八四頁。
- (10) 東裕「フィジー軍事政権の民主化改革と国際関係の変容」黒崎岳大・今泉慎也編『太平洋島嶼地域における国際秩序の変容と再構築』(アジア経済研究所・二〇一六年) 六二頁。
- (11) 東「前掲論文」六四―六五頁。
- (12) 二〇〇九年七月一日にバイニマラマ政権が発表した「変化に向けた戦略枠組み」(A Strategic Framework for Change) で示された二〇〇九年から二〇一四年までの五年間の政策実施計画を具体化した政策として、同年一月に国家計画省が発表した「民主制と持続可能な社会・経済開発のためのロード・マップ」(Roadmap for Democracy and Sustainable Socio-Economic Development 2010-2014) のこと(「ロードマップ」と略称)。社会・経済状況とインフラの改善を先行させ(二〇〇九―二〇一一年)、その後新憲法の作成作業と公布(二〇一二年―二〇一三年)、総選挙実施による民主制復帰(二〇一四年九月までに)との工程のもとに、「良い統治」、「経済開発」、「社会・文化開発」に関する個別政策が示された。

(13) 二〇一三年憲法の全条文見出しおよびその特徴については、東裕「フィジー2013年憲法の成立と特徴―政府草案からの修正点を中心に―」(二社) 太平洋協会『パシフィック ウエイ』通巻一四三号、二〇一四年、一四―三三頁。

(14) 一九九七年憲法の構造と特徴については、東『前掲書』、九七―一三五頁。

(15) 一九九〇年憲法の原住民系国民の政治的優位を定めた特徴的な規定として、首相の就任要件としてフィジー原住民系であること(八三条)、下院議席全七〇議席をすべて民族別議席としそのうち過半数の三七議席をフィジー原住民系議席としたこと(四一条)が挙げられる。東『前掲書』一〇一頁、および同、前掲「国民国家形成と憲法―フィジー諸島共和国の場合―」、二四一頁。

(16) 一九七〇年憲法、一九九〇年憲法、および一九九七年憲法の選挙制度については、東『前掲書』一三八―一四二頁、参照。

(17) 一九八七年のクーデタを実行したランブカ中佐はその後政界入りし「フィジー人党」(SVT)を率い、原住民系フィジー人の支持を得て一九九二年の下院議員選挙で第一党となり首相に就任し、一九九九年五月の選挙でフィジー労働党に敗れるまでその地位にあった。その後、平民階層の出身であったが大酋長会議に加えられ議長も務めた。二〇〇六年のクーデタを実行したバイニマラマ国軍司令官は、二〇一四年九月の民主制復帰の国会議員選挙でフィジーファースト党を率いて立候補し、個人で最高得票数を獲得して当選し、同党の過半数議席獲得に絶大な貢献をした。首相となって今日もその地位にある。(二〇一八年八月現在)

(18) 一九七〇年憲法の下院は五二議席からなり、フィジー原住民系とインド系がともに二二議席、その他八議席。一九九〇年憲法の下院七〇議席は、フィジー原住民系三七議席、インド系二七議席、ロツマ人一議席、その他民族五議席。一九九七年憲法では下院七一議席のうち、フィジー原住民系二三議席、インド系一九議席、ロツマ人一議席、その他民族三議席、残り二五議席は民族別でない議席となっていた。また、選挙人名簿は、各民族別の名簿(communal rolls)と民族別でない全国民名簿(national roll)とからなっていた。東『前掲書』、九八―一〇四、一三八―一四二頁。

(19) 一九九七年憲法の民族別議席(四六議席)の選挙人名簿は、フィジー原住民系、インド系、ロツマ人、その他の民族、の四つの選挙人名簿からなっていた(一九九七年憲法五一条(1)項(a)号)。各民族別名簿に記載された有権者が、それぞれの民族

別議席の議員を選挙するものであった(同条(2)~(5)項)。

(20) 一九九七年憲法下の上院は三三議席からなり、大酋長会議、首相、野党代表、ロツマ評議会の助言によって大統領が任命した。大酋長会議の助言によるもの一四議席、首相の助言によるもの九議席、野党代表の助言によるもの八議席、ロツマ評議会の助言によるもの一議席であった(一九九七年憲法六四条(1)項(a)~(b)号)。

(21) 下院の選挙制度の基本事項については、一九九七年憲法の五四条から六三条に規定があり、詳細は法律事項とされていた(五四条(2)項)が、選挙投票制(the preferential system of voting known as the alternative vote)を採用することは五四条(1)項に規定された憲法事項であった。二〇一三年憲法でも選挙制度の基本を憲法事項とする方式が踏襲され、「大選挙区非拘束名簿式比例代表制」(multi-member open list system of proportional representation)と「単一選挙人名簿」(a single national electoral roll)の採用は五三条(1)項に規定されている。

(22) 一九九九年の総選挙では、第一党となったフィジー労働党(FLP)の第一順位選挙率が三三・二%で三七議席(全議席の五二・一%)を獲得し、前与党のフィジー人党(SVT)は第一順位選挙率二〇・〇%で八議席(全議席の一・三%)にとどまった。さらに、第一順位選挙率が一四・五%あった国民連合党(NFP)が改選前の二〇議席から〇議席となり、一方、第一順位選挙率が一〇・二%と国民連合党を下回ったフィジー人協会党(FAP)が一〇議席(改選前四議席)を獲得するなど、一般有権者の目には民意が正確に反映されない不合理な選挙と映った。国民統合を目指した一九九七年憲法にあって、インド系政党に有利でフィジー原住民系に不利な結果を生んだこの選挙制度は、憲法の目的実現に有効な制度となるどころか、それを阻害する結果をもたらした。憲法設計の失敗、しかも致命的な失敗であったと評価せざるをえない。

(23) 独立を控え憲法制定にあたってインド系とフィジー原住民系で激しく意見が対立したのが単一選挙人名簿による選挙(共通選挙)であった。「共通選挙について」インド人たちはそれに大いに固執し、フィジー人たちは強く反対した。…フィジー人は経済的には最も弱いコミュニティであり、共通選挙制度については、自分たちが十分な代表権と適切な発言力を得るまでは、制度基盤を固めさせたくなかったのである。「カミセセ・マラ(小林泉・東裕・都丸潤子訳)『パシフィック・ウェイ―フィジー大統領回顧録』(慶應義塾大学出版会・二〇〇〇年)一四二頁。

- (24) フィジーの主要政党は民族ごとに組織される傾向がある。最近ではその傾向に変化がみられるが、一九九九年の下院議員選挙の時代では、フィジー原住民系がフィジー人党 (SVT) とフィジー人協会党 (FAP)、インド系がフィジー労働党 (FLP) と国民連合党 (NFP) に分かれていた。
- (25) これらの諸権利を実現するために「国は利用可能な資源の範囲内で合理的な手段を取らなければならない」とする一方、「諸権利の実現のための資源を国が有しないと主張するときは、国の責任において資源の利用が不可能であることを示さなければならぬ」として、国に社会権的諸権利 (三二条～三八条) の実現を強く義務付けている。
- (26) フィジーが先進諸国から軍事独裁政権批判を浴びていた二〇一一年にオーストラリアのローウィー研究所 (Lowy Institute) がフィジーで行った世論調査の結果、当時のバイニマラマ首相の政策に対し六六%が支持するとし、六五%がフィジーは良い方向に向かっていると回答した。国民の多数は、政府は国民の声に耳を傾け、保健、教育、交通といった主要な社会サービスを提供していると答え、政府は民族間の不平等解消に向けて努力しているとの回答は六七%にも上った。(Jenny Hayward-Jones, "Fiji at Home and the World, Public Opinion and Foreign Policy", Lowy Institute for International Policy, 2011, p.1.)
- (27) 「太平洋諸島情報」(一社) 太平洋協会『パシフィック ウエイ』通巻一四三号、二〇一四年、五五頁。
- (28) (29) 同。
- (30) 同、五六頁。
- (31) フィジーの伝統的共同体組織の一単位。一つの村に通常二～四のマトンガリ (matagali) が存在し、一つのマトンガリの員数は約五〇～三〇〇人。フィジー全土で約六六〇〇のマトンガリがある。(小柏葉子「マトンガリ」『新版 オセアニアを知る辞典』(平凡社・二〇一〇年)、二九五頁)
- (32) 前掲「太平洋諸島情報」、五六頁。
- (33) 選挙結果の詳細については、東裕「フィジー総選挙・二〇一四・雑感」(一社) 太平洋協会『パシフィック ウエイ』通巻一四五号、二〇一五年二月、二〇一～二五頁。

裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする 控訴についての控訴審の審査のあり方

—— 続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題 ——

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、本誌八四巻二号所収の拙稿「裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」と一体となつて、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題について検討するものである。

同論文では、裁判員の参加する第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審が破棄しうることの正統性の問題について検討した。すなわち、裁判員の参加した裁判を裁判官のみで構成される裁判体で審査することの正統性

は、控訴審の審査の立場と対象を第一審と同一ではなく異なるものであると解することによって、すなわち、控訴審が事後審として第一審の裁判の判決の内容の過誤の有無を点検するものであると解することによって肯認しうる。そして、裁判員制度の導入に伴い、第一審裁判所について判断主体や事実認定の資料等に変化が生じることを認めたい。そこで、裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたっては、第一審の裁判を尊重するという立場から、事後審としての本来の趣旨をより徹底させることが望ましいとの結論に至った。裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題を検討するうえで考慮すべき視点はいくつかあるが、主要なものとしては、裁判員が第一審の裁判に参加していることそれ自体に着目する視点(裁判員の参加の意義尊重論)と、制度導入に伴い直接主義・口頭主義が強化されたことに意義を見出す視点(直接主義・口頭主義重視論)とが考えられるところ¹⁾、これらの視点は、それぞれ、どのような理論的帰結を要請するだろうか。そして、判例はどのように解しているのか。これらの問題に對して、事実誤認を理由とする控訴の場合と、量刑不当を理由とする控訴の場合とに分けたうえで、具体的に検討する必要がある。

そこで、本稿では、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について検討することとする。

二 裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての審査のあり方

事実誤認を理由とする控訴についての控訴審による審査のあり方をめぐっては、刑事訴訟法学説は、ながらく、論

理則・経験則違反説（経験法則・論理法則違反説、法則違反説）と心証優先説（心証比較説）とが対立してきたという。⁽²⁾

すなわち、「事実認定の審査は、第一審の事実認定に経験法則・論理法則違反があるかどうかを審査するのか、自ら事件について心証をとり、これと第一審の事実認定とを比較するの点か」という点⁽³⁾が問題となる。刑事訴訟法三八二条にいう控訴理由としての事実誤認の本質に関して、論理則・経験則違反説は、「原判決の事実認定に経験法則・論理法則違反があること」を意味する一方、心証優先説は、「原判決に示された心証ないし認定と控訴審裁判官のそれとが一致しないことであり、「刑事訴訟」法は控訴審裁判官の心証を原審裁判官のそれに優先させたのだとする」⁽⁴⁾。論理則・経験則違反説は厳格事後審説に最も適合すると解される⁽⁵⁾。また、論理則・経験則違反説が「第一審の自由心証主義の優先を認める」⁽⁶⁾のに対して、心証優先説は、「自由心証主義の例外として……、控訴審の心証の優先を認める」⁽⁶⁾。

心証優先説に立つ場合、控訴審の心証が優先する理由として、(一)控訴審の裁判官が第一審の裁判官よりも、経験・見識の点で優れているから、その心証のほうが正しい可能性が高いこと、(二)当事者が控訴審の心証の優位を請求していること、(三)控訴審は事実誤認の疑いがあれば、第一審の判決を破棄して差し戻すことができるから、控訴審の心証に最終的な優先を認めるわけではないこと、(四)第一審も書面審理で行われる場合が多いから、その心証が常に直接主義・口頭主義の点で優れているとはいえないこと、(五)人証が常に書証よりも優れているとはいえず、それぞれ長所・短所があるから、人証を調べた第一審の判断がそれを書証として調べた控訴審の判断より優れているとはいえないこと、(六)事実問題も当事者の主張によって新たな照明を受け、控訴審はその争点に注意を集中できること、(七)控訴審も必要に応じて事実の取調べを活用することができる⁽⁷⁾ことが挙げられる。

このうち、裁判員制度の導入により、(一)は、国民の司法参加の意義につき民主主義的基礎づけ説⁽⁸⁾に立つ限り、むしろ主権者国民である裁判員のほうが控訴審の裁判官よりも経験・見識の点で優れているから、その心証のほうが正しい可能性が高いことになるであろうし、(四)は、第一審で直接主義・口頭主義がより徹底されることになるため、論拠としては採りえない。

ところで、従前の実務が論理則・経験則違反説と心証優先説とのどちらを採っていたかについての評価は分かれている。⁽⁹⁾「いわゆる心証優先説的な考え方……ではなく、……経験則・論理法則違反説によるべきであるというのが、実務の基本的な考え方である」とする見方もある⁽¹⁰⁾一方で、「これまでの控訴審実務は、もちろん例外はあると思われるが、まず書面審査を通じて当該事件の心証を採り、これを第一審の認定と比較して、第一審の事実認定の合理性を判断する、という心証優先説的な運用をしてきた」とする評価もある。⁽¹¹⁾平成一九年度司法研究「裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方」は、従前の実務では、「事案によっては、第一審の裁判官と実質的に同じ思考・判断手法、基準の下で書面を読み込んで心証を形成し、それを基に、第一審の判決を審査することもあったのではなかろうか」とし、また、「第一審における当事者の主張・立証の枠組みに拘束されることなく、自ら真相を追求することもあったのではないかと思われる」と述べている。⁽¹²⁾

なお、上告審における事実誤認の主張に関する審査方法については、最高裁判所は、裁判員制度の施行の前月である二〇〇九年四月に、「当審〔最高裁判所による上告審〕が法律審であることを原則としていることにかんがみ、原判決の認定が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかの観点から行うべきである」と判示していた(電車痴漢冤罪事件最高裁判決(最一小判平成二一年四月一四日刑集六三卷四号三三一頁))。⁽¹³⁾

三 片面的尊重論の可能性

「刑事訴訟法の解釈・運用を被告人側と検察官側に分けて扱うという……発想」を片面的構成という¹⁴。平田元教授は、「憲法を中心とした人権保障の背後には、無罪の推定から導かれる無罪の不処罰主義、消極的眞実主義があり」、「憲法上の」人権は無罪の不処罰を確保する事実認定論に規定されて存在する」と主張する¹⁵。具体的には、「まず、「無罪の推定」という刑事手続の大原則から「疑わしきは被告人の利益に」の原則が導かれ、「ここから実質的拳証責任は刑事手続において全面的に原告たる検察官にあることになり、また、この程度は「合理的疑いを超える」ものであり、一定程度のいわゆる「客観的蓋然性」と判断者の「主観的確信」が必要であり（この最終的には主観的にならざるをえない事実認定における「主観的確信」をよりよく保証するために、口頭主義・公開主義が採用されている）」という、他方で、「いかに高度の蓋然性であろうとも、判断者が最終的に主観的確信をもてない限り、証明なし無罪となる」べきである（この場合、無罪方向で、客観的蓋然性を弾劾することも可能であるが、判断者に主観的確信が抱けないよう弾劾するだけで足りる）」という¹⁶。

裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方に関して、この片面的構成の発想に基づき、片面的尊重論が一部の論者によって提唱されてきた。これは、「裁判員制度が導入された趣旨・目的からして、控訴審は裁判員裁判の原判決を尊重し、その破棄を抑制すべきであるが、有罪の原判決と無罪の原判決を区別し、前者の破棄は裁判員裁判であつても躊躇すべきではないとか、第一審尊重の度合いは原判決が無罪判決の方が高い、あるいは、前者の破棄の場合は控訴審が自判して差し支えないが、後者の破棄の場合は差し戻すべきであ

るなどという見解」を指す。¹⁷⁾

例えば、杉森研二元判事は、事実認定の判断に関して、控訴審の第一審判決への介入はできる限り避けなければならないとしながらも、「一審判決の事実認定が不合理であると十分に説明できないが、一審の判断には疑問が残る場合は、そもそも事実誤認があるといえない場合と考えるべきであるが、そこに広い意味の経験則違反があると判断される場合には、被告人に有利な方向に限って介入すべきであり、被告人に不利な方向では原則として介入すべきではないとする運用が肯定できるかもしれない」と示唆する。¹⁸⁾ 水谷規男教授は、「無罪判決に対する検察官控訴の場合、…：裁判員が入った「合理的疑い」が残るとの判断を、控訴審裁判所が書面審理のみによって「合理的でない」と判断することはできないから、検察官が一審において請求することができず、かつ、それがやむを得ない事情がある証拠を示して事実誤認を主張しており、その証拠を控訴審で取り調べた場合に限って、一審判決を破棄することが許されるというべきである」と主張する。¹⁹⁾

片面的尊重論の論拠としては、(一)「無罪判決に対する検察官控訴は本来認めるべきものではなく、上訴制度は被告人の救済のためにあるという基本的発想の上に、裁判員が参加した原裁判所が「合理的疑い」ありとしたものを職業裁判官三名の控訴裁判所がその疑いは不合理であるとして覆すのは、「疑わしきは被告人の利益に」の趣旨と整合しない」こと、(二)「裁判員関与の下で直接主義、口頭主義を徹底してなされた無罪の事実認定を控訴審の裁判員が記録に基づいて破棄自判するのはよほどのことがない限り許されないが、有罪判決の破棄自判は「合理的疑い」があると判断するだけであるから可能である」こと、(三)「裁判員制度の趣旨・目的に照らすと控訴審が裁判員裁判の事実認定に介入するのはできる限り避けなければならないが、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則と実体的

真実に合致した事実認定でなければならぬとする原則との重要性に差異があるから、原判決が有罪の場合と無罪の場合とで控訴審の第一審の事実認定の介入の程度が異なることは許容される」ことなどが挙げられる。²⁰

もつとも、石井一正元判事が指摘するとおり、現行法では、第一審が裁判員裁判であろうとなかろうと、「無罪判決に対する検察官控訴が、有罪判決に対する被告人側のそれと全く同じ要件で認められており」、「誤判という以上は、原判決が無罪の場合も有罪の場合もあり得るので、前者は尊重する（破棄しない）が後者は尊重の度合いがこれより低い（破棄の度合いが高い）とはいえない」²¹。

また、裁判員の参加の意義尊重論の立場から、「裁判員が参加した原裁判所が「合理的疑い」ありとした判断を尊重するというなら、「その疑いはない」とした判断も同様に尊重されるべきである」²²。本稿の問題関心からいえば、裁判員の参加の意義尊重論に立脚しながら片面的尊重論を支持するのは、論理的整合性を欠くものとして否定的に評価せざるを得ない。「非法律家である裁判員の幅広い知識経験が反映されているという意味では、有罪判決も無罪判決も同様であるから、論理則・経験則違反を具体的に指摘することができないにもかかわらず、被告人に有利な方向とということだけで一審判決を破棄することが、理論的に正当化されるものとは考えられない」というべきであろう。²³ 裁判員裁判の第一審の判決が被告人に有利なものであれば、裁判員裁判の判断の尊重を控訴審に求める一方で、それが不利なものであれば、裁判員裁判の判断を尊重しなくともよいとすることは、結局は、第一審及び控訴審という裁判過程全体において、常に被告人に有利な判断しか許さないという結論先行的な議論というほかない。裁判員の参加の意義尊重論に立脚する限りは、裁判員裁判の判決が被告人にとって有利なものであろうと、不利なものであろうと等しく尊重すべきと解しなければ、整合性を保ちえない。²⁴

一方、直接主義・口頭主義重視論からも、直接主義・口頭主義が徹底した第一審判決を尊重するのであれば、原判決が有罪の場合も無罪の場合も異なることとなる。²⁵ 酒巻匡教授は、「論理則等違反の審査それ自体は、その性質ないし定義上、第一審が有罪判決であれ無罪判決であれ、また、控訴人が被告人であれ検察官であれ、証拠の信用性評価や証拠ないし間接事実等の総合評価等に対して区別なく同様に働き得る判断作用というべきである」ことから、「実定法上も理論的にも、有罪判決の審査と無罪判決の審査とでその審理・判断方法を異にする理由を見出すことはできない」と述べる。²⁶

ところで、後藤昭教授が片面的尊重論の論拠の一つとして挙げるのが、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下、「裁判員法」という)六七条の定める裁判員裁判の特殊な評決条件(裁判員裁判の合議体を構成する裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による)である。²⁷

まず、第一審が有罪の場合に控訴審で破棄し無罪とする場合(本稿では、これを「状況A」とする)について、後藤教授は、次のようにいう。「裁判員の加わる合議体では、たとえ裁判員6名が有罪意見であっても、裁判官の少なくとも1人が有罪意見でない限り、有罪判決はできない。そのため、控訴審が、原審の有罪認定を無罪に変えたとしても、裁判員の意見を控訴審裁判官の意見によって置き換えたことにはならない。原審で有罪意見であった裁判官の判断を控訴審の判断で上書きすることによって、無罪判決に変更することができる。つまり、有罪を無罪に変える控訴審の判断は、裁判員の意見を否定することにはならない」。²⁸

その一方、次に、第一審が無罪の場合に控訴審で破棄し有罪とする場合(「状況B」)は、「問題の性質が異なる」という。すなわち、「もし裁判員全員が有罪意見であったのに、裁判官全員が無罪意見であったために無罪意見に至つ

たのであれば、原審裁判官の意見を変更するだけで有罪にすることができる」（状況B₁）。しかし、「逆に原審裁判官が有罪意見だったのに、裁判員全員または5名が無罪意見であったため無罪となったのかもしれない」（状況B₂）が、「その場合、控訴審が有罪判断に変えることは、裁判員の意見を無意味にする結果となる」ことを、後藤教授は問題視している。「第一審判決書には、評決における意見の分布は示されないから、控訴裁判所はそれを知ることができない」ため、「無罪判決を事実誤認の理由で破棄することは、裁判員の無罪意見を無効化する危険を伴っている」という。⁽²⁹⁾

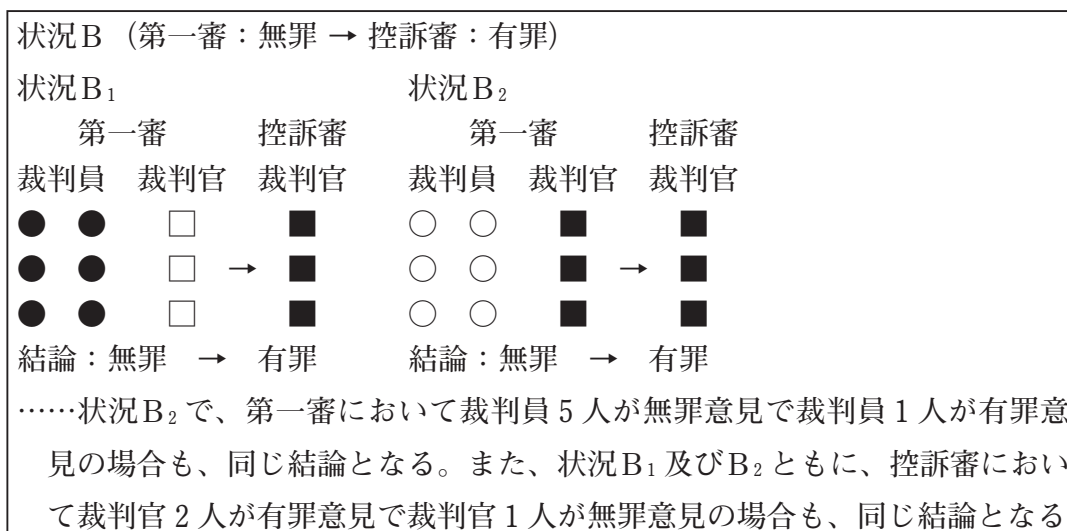
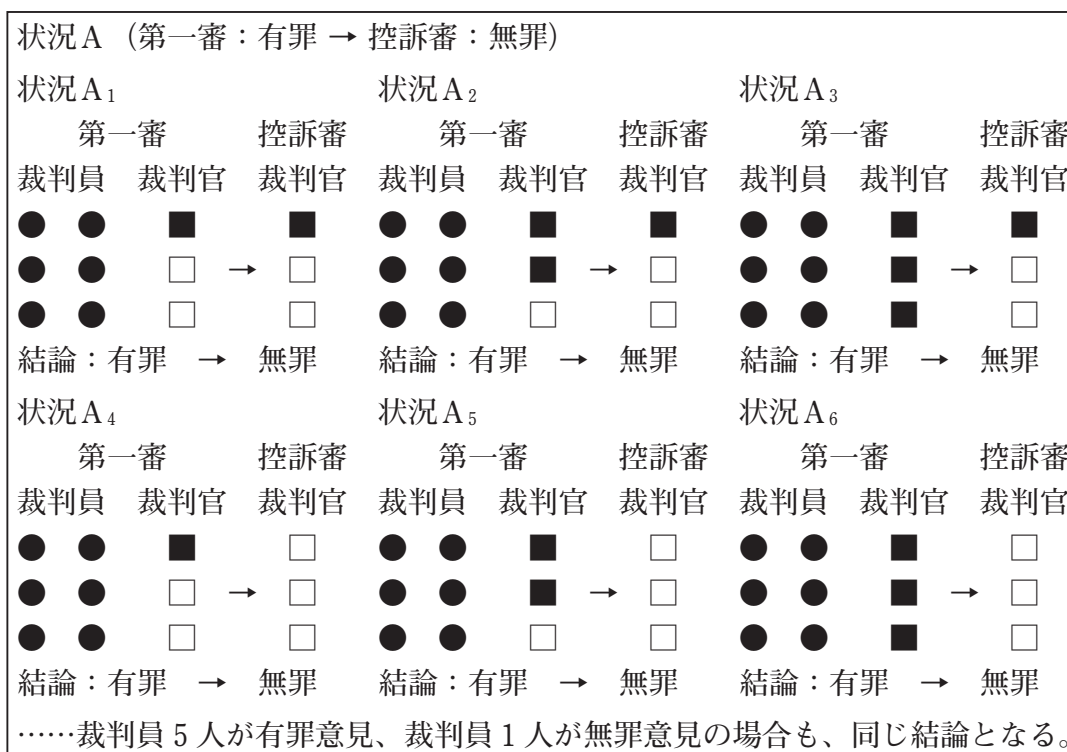
この後藤教授の指摘について、どのように考えるべきであろうか。

さしあたり、後藤教授の論理に従って、裁判員裁判の評決条件の問題に取り組むこととする。

後藤教授の指摘のうち最も注目すべき点は、状況B₂において、控訴審の裁判官の三人または二人の意見が有罪の場合に有罪の結論とすることが、第一審における裁判員の意見を「無意味にする結果となる」と評価していることである。この判断の前提として、第一審の裁判官の意見を控訴審の裁判官によって置き換えたいえで裁判員の意見と合わせて合議体の判断とするという発想があると考えられる。

まず、第一審の無罪判決を控訴審で破棄し、有罪とする場合である。状況B₁の場合は、置換後の構成員全員の意見が有罪であり、これを有罪の結論とすることに何ら問題はなからう。その一方で、たしかに、状況B₂の場合、構成裁判官及び裁判員双方の意見は一切変わっていないにもかからず、結論が無罪から有罪に変化しており、「裁判員の意見を無意味にする結果となる」ように見えうる。

では、第一審の有罪判決を控訴審で破棄し、無罪とする場合について考えてみよう。状況Aは、具体的には次頁の



凡例 ●：裁判員の有罪意見 ○：裁判員の無罪意見
 ■：裁判官の有罪意見 □：裁判官の無罪意見

状況A₁からA₆までの六通りが考えられる。

たしかに、状況A₄、A₅及びA₆の場合は、第一審の裁判官の意見を控訴審の裁判官によって置き換えるという発想を採用すれば、控訴審段階では、有罪意見は構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見とはいえない（有罪意見の裁判官がない）ため、無罪の結論となる。しかしながら、状況A₂及びA₃の場合、第一審の裁判官の意見を控訴審の裁判官によって置き換えるという発想を採用しても、置換後の合議体の意見は裁判官及び裁判員の双方の意見を含み、かつ有罪が多数である。上記の発想を前提とすれば、控訴審段階では、有罪の結論としなければならぬ。にもかかわらず、後藤教授は、これが無罪の結論となることを問題視していない。この点で、論理的な整合性を欠く。また、状況A₁では、第一審と控訴審とで裁判官の有罪・無罪の意見の数に何ら変化がないため、有罪の結論としなければならない。にもかかわらず、後藤教授は、これが無罪の結論となることを問題視していない。しかも、控訴審において裁判員の判断を除外したことを理由に結論が変わることとなり、明らかに裁判員の判断を尊重していないこととなる。

ならば、要するに、状況B₂で、控訴審の裁判官の多数意見が有罪の場合に有罪の結論とすることが第一審における裁判官の意見を「無意味にする結果となる」との評価の前提としての、第一審の裁判官の意見を控訴審の裁判官によって置き換えたうえで、裁判官の意見と合わせて合議体の判断とするという発想それ自体が、第一に失当であると考えざるべきでない³⁰。すなわち、第一審の裁判官の意見は、第一審の裁判官の意見との組み合わせにおいてのみ考慮されるべきであつて、控訴審においてそれを控訴審の裁判官の意見と合わせて結論を導出することは誤りというべきである。

第二に、状況 B_2 において、裁判員全員（または五人）が無罪意見であったとしても、それは第一審の当該裁判官とともに合議体を構成した場合に形成された意見であって、控訴審の裁判官と協働して評議をすれば、当該裁判員は有罪の意見を形成する可能性もある。ここで重要な点は、裁判官のあれ裁判員のものである、裁判過程のある時点で有していた意見は、評議の結果、変容しうるということである。第一審の裁判官の意見を控訴審の裁判官によって置き換えるという発想を採用するのであれば、控訴審の裁判官との協働によって裁判員の意見が変容しうるということも考へる必要がある⁽³¹⁾。

いずれにせよ、参加する主体（個々の裁判に参加する実体的な存在としての国民たる裁判員）と司法に対する理解を増進し信頼を向上させる主体（裁判員以外を含む観念的な国民一般）とは必ずしも一致しない（個々の裁判員の具体的な参加を通じて、非実体的存在としての国民一般の理解と信頼が高まる）とする、制度として問題をとらえる思考枠組み⁽³²⁾に基づけば、制度を考へるうえで、具体的な事例において、第一審の個々の裁判員の有する意見に固執する必要性は乏しいというべきであろう。

なお、筆者は、第一審の判決が有罪か無罪か次第で控訴審における第一審判決の尊重の程度、破棄基準ないし破棄後の対応を変えるべきとする片面的尊重論を妥当ではないと考へるが、それでも、実際に控訴審における審査が被告人の救済の見地から有利に機能しうることは認める。すなわち、「有罪の事実認定については、論理則等違反の具体的指摘により犯罪事実の存在に合理的疑いを認めれば、破棄して無罪の自判が可能となるのに対して、無罪判決の証拠評価に論理則等違反を認めても、結論が直ちに有罪認定に至らない場合はあり得るから、事件そのものについて判断する場合には、当然、利益原則の作用が認められる」というべきである⁽³³⁾。先に触れた平成一九年度司法研究も、

「有利・不利で差を設けない見解によるとしても、公訴事実の立証責任が検察官にあること、再審事由が被告人の利益にのみ規定されていることは、被告人に有利な方向での介入の根拠となる」と述べる。⁽³⁴⁾

四 判例とその検討

裁判員の参加する第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審が破棄しうることについて、裁判員法の立法過程の第二ステージ（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会）において、井上正仁座長が示したいわゆる座長ペーパーの説明（「考えられる裁判員制度の概要について」の説明）は、「控訴審裁判所が行うのは第一審と同じような裁判を全く新たにやり直すことではなく、あくまで第一審裁判所の判決を前提として、その内容に誤りがないかどうかを記録に照らして事後的に点検するという事後審査である」ことを理由に正統化しうるとしていた。⁽³⁵⁾

第二章で確認したとおり、事後審という考え方に最も適合する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審による審査のあり方は、論理則・経験則違反説である。一方、心証優先説は、「控訴審の心証が第一審のそれに優越するといふのであるから、第一審判決における事実認定を尊重するといふこと自体に馴染まないといふことにな」る。⁽³⁶⁾

平成一九年度司法研究は、「従来の心証優先説ないしこれに近い考え方に依拠した場合には、控訴審における職業裁判官だけで裁判員の加わった第一審の判決を破棄できることの説明に更なる理由付けが必要となる」一方で、「事実誤認の本質に関する考え方としては、事後審性を徹底させる趣旨からすると、いわゆる経験則・論理法則違反説にみられる基本的思考が最も調和するのではないか」と述べる。⁽³⁷⁾

裁判員制度導入後の控訴審における事実誤認の主張に関する審査方法について、経験則・論理則違反説と心証優先説のいずれを採るべきかをめぐって、判例の立場が明確になるのが待ち望まれていた。

そこで、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方をめぐる指導的判例として、いわゆるチョコレート缶事件最高裁判決（最一小判平成二四年二月二三日刑集六六卷四号四八二頁）が示された。本章では、これについて概観したうえで検討することとする。

1 事実の概要

本件は、日本国籍の男性（被告人）が、氏名不詳者らと共謀して、クアラルンプール国際空港において覚せい剤九九八・七九グラム⁽³⁸⁾を機内預託手荷物として航空機に搭載し、営利目的で日本に持ち込んだところ、成田国際空港の旅具検査場で税関職員に発見され、覚せい剤取締法、関税法等に違反するとして起訴された事件である。

本件は、裁判員法二条一項一号に基づき、第一審では、裁判員の参加する合議体で審理・裁判が行われた。第一審判決は、検察官主張の間接事実から被告人に違法薬物の認識があったと推認するには足りず、また、違法薬物の認識を否定する被告人の弁解にはそれを裏付ける事情が存在し、その信用性を否定することができないとして、被告人を無罪とした（千葉地判平成二二年六月二二日刑集六六卷四号五四九頁）。

この第一審判決に対して、検察官が控訴し、事実誤認を主張したところ、控訴審判決は、第一審判決を破棄し、各事実について被告人を有罪と認め、被告人を懲役一〇年及び罰金六〇〇万円に処した（東京高判平成二三年三月三〇日刑集六六卷四号五五九頁⁽⁴⁰⁾）。

そこで、被告人が上告した。弁護人は、「裁判員裁判において導かれた第一審の結論を、三人の職業裁判官のみによって構成される控訴裁判所が躊躇なく破棄することは、膨大な予算と多大な労力をかけて導入した裁判員制度の趣旨を損ねることにな」⁽⁴¹⁾るとして、「裁判員裁判の無罪判決に対し検察官が事実誤認を理由に控訴をすることは憲法三九条に違反する」と主張した⁽⁴²⁾。また、「本件の第一審は裁判員裁判であるところ、裁判員の参加する合議体が評議を経て結論を導いた事実認定に関する判断は、その認定にあたって用いられた経験則・論理法則に裁判員の視点、感覚、健全な社会常識などが反映されたものであることに鑑みると、その控訴審においては、例えば、第一審判決が客観的な証拠により認められる事実を見落とすなどして、経験則・論理法則上あり得ない不合理な結論に至っているなど明白な経験則・論理法則違反が存在する場合を除いて、基本的に第一審の事実認定を尊重しなければならないというべきである」ところ、「原判決は、第一審判決が裁判員の参加する合議体によってなされた事実認定であることについて何ら判示をすることなく、また、その控訴審でどのような場合に第一審の事実認定を覆し、事実誤認があるとして第一審判決を破棄することが許されるかについても、何ら判示することなく、単に、原判決の間接事実の評価に関する判断を摘示し、その判示が是認することができないと述べるだけで、第一審判決にいかなる明白な経験則・論理法則違反が存在するのか判示することなく、刑法三九七条一項、三八二条により第一審判決を破棄している」⁽⁴³⁾から、原判決は影響を及ぼすべき法令違反があると主張した。

2 最高裁判所の判断

最高裁判所第一小法廷は、原判決を破棄し、検察官の控訴を棄却した（最一小判平成二四年二月一三日刑集六六卷四号

四八二頁。

まず、憲法問題として提起された点に関しては、「憲法39条違反をいう点は、検察官の上訴は同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問うものでないから、前提を欠く」として、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないと判示した。憲法論としては、本判決によつて、裁判員裁判の無罪判決に対し検察官が事実誤認を理由に控訴をすることには日本国憲法三九条に違反しないということが確認された点が重要である。無罪判決に対する検察官上訴は憲法三九条に違反するので禁止すべきであるとする議論があつたが、本判決は、これを明確に否定している。また、その他の上告趣意についても、「実質は、単なる法令違反、事実誤認の主張であ」として、同じく上告理由に当たらない旨判示している。

次に、刑事訴訟法三八二条の事実誤認の意義と、控訴審が第一審判決に事実誤認があるという場合の判示方法についてである。これらの点について職権判断が示され、第一審判決に事実誤認があるとした原判断には刑事訴訟法三八二条の解釈適用を誤つた違法があるとして、同法四一一条一号(法令違反)を理由に原判決を破棄した。⁽⁴⁵⁾

本判決は、第一に、控訴審の性格について判示したうえで、刑事訴訟法三八二条の事実誤認の意義とその判示方法を明らかにした。すなわち、「刑事訴訟法は控訴審の性格を原則として事後審としており、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものである。第一審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する証人を直接調べ、その際の証言態度等も踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていることに鑑みると、控訴審における事実誤認の審査は、第一審判決が行つた証拠の信用性評価や証拠の総合判断

が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきものであって、刑訴法382条の事実誤認とは、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である」。

つまり、控訴審が事後審であることが本判決において確認されるとともに、刑訴法三八二条の事実誤認は、第一審判決の事実認定が論理則・経験則等に照らして不合理であることを指すということと、控訴審における事実誤認の審査は、心証優先説ではなく論理則・経験則違反説によるべきであるということが示された⁴⁶。そして、その具体的な示方法としては、「控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである」とし、「このことは、裁判員制度の導入を契機として、第1審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては、より強く妥当する」と付言する⁴⁷。

この法廷意見に対して、白木勇裁判官による補足意見が付されている。すなわち、従前の刑事控訴審の審査の実務が、控訴審が事後審であることを意識しながらも、事実認定も量刑も、記録に基づき自らの心証を形成し、それと第一審判決の認定・量刑を比較し、そこに差異があれば自らの心証に従って第一審判決の認定・量刑を変更する場合は多かつたと分析する⁴⁸。そして、本件の原審もこのような手法に従って審査を行ったものと評価する。そのうえで、白木裁判官は、裁判員制度施行後は「そのような判断手法は改める必要がある」と主張する。「裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべきことになるのであり、そのことの了解なしには裁判員制度は成り立た」ず、また、「裁判員制度の下では、控訴審は、裁判員の加わった第1審の判断をできる限り尊重すべきである」という⁴⁹。

3 検討

本判決に関して、第一に注目すべきは、第一審が裁判員裁判であるということについて最高裁判所(法廷意見)はまったく重視していないということである。最高裁判所は、本判決において、明らかに裁判員の参加の意義尊重論には立っていない。法廷意見で唯一裁判員裁判に言及している箇所でも、「裁判員制度の導入を契機として、第一審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては……」⁵⁰として、直接主義・口頭主義の徹底の背景として裁判員制度が位置づけられているにすぎず、それ以外は裁判員制度に言及した部分は存在しない。⁵¹

本判決は、裁判員裁判である第一審の判決への控訴に対する審査に際して、その判断が論理則・経験則等に照らして不合理か否かという観点から行うべきとし、第一審判決を尊重する姿勢を示した。本稿の問題関心との関連では、最高裁判所が、本判決において、裁判員の参加の意義尊重論ではなく、もっぱら直接主義・口頭主義重視論に立ったうえで、経験則・論理則違反説を導き出したという点に着目したい。第一審で裁判員が参加したことそれ自体は、控訴審の審査のあり方にまったく影響を与えておらず、直接主義・口頭主義が徹底されたことのみが控訴審において経験則・論理則違反説を導き出している。

この点、原田國男元判事は、「実務では、心証形成説が有力であったのに、最高裁があえて上告審と同様の論理則・経験則違反説を採用した動機は、……「裁判員制度の導入を契機として、第一審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては、より強く妥当する……」⁵²という表現からもうかがえるように、裁判員裁判の尊重ということであろう」と主張する。

しかし、この表現からうかがえるのは、最高裁判所が論理則・経験則違反説を採用した直接的な動機は第一審で直

接主義・口頭主義が徹底されたことであるということであって、最高裁判所が裁判員裁判の尊重を動機として敢えて挙げなかったという事実である。むしろ、「本判決が直接の論拠としているのは、直接主義・口頭主義、すなわち一審と二審とでは心証形成のための資料が異なるということのみである」こと、すなわち、本判決が「いわゆる事後審論に基づき、一審では直接主義・口頭主義のもとに事実認定をしていることのみを理由として」おり、「民主的正統性という観点からの裁判員裁判尊重論はまったく出していない」点にこそ注目すべきである⁵³。

本件の第一審から上告審までの弁護士を務めた浦崎寛泰弁護士は、本件の弁護において、「裁判員制度の立法趣旨を重視した」ことを明らかにしている。すなわち、「裁判員制度の立法趣旨を、「一般市民（非法律家）が刑事裁判に参加することによって、その視点、感覚、健全な社会常識を刑事裁判に反映させようとするもの」ととらえ、裁判員の意見が反映された第一審判決を職業裁判官のみによる控訴審の判断によって覆すことの問題点を強調した」という⁵⁴。このような経緯があるにもかかわらず、最高裁判所は、判決文において敢えて裁判員裁判の尊重ということを明記しなかった。したがって、中川孝博教授が分析するように、「弁護団は民主的正統性論を前面に出した上告趣意書を提出していることに鑑みると、最高裁は意図的に民主的正統性論を援用しなかったと評価せざるをえない」とするのが、本判決の理解としては妥当である⁵⁵。

なお、関連して、本件で示された控訴審の性格・役割論が、裁判員裁判対象事件の裁判のみに妥当するのか、それとも、非対象事件の裁判にも妥当するのかが問題となる。

この点、「裁判員裁判のみを前提とした判断であるかのように受け取られがちであるが、法廷意見の説示自体には、そのような限定の言及はない」ため、「これは裁判員制度導入に際して特段の法改正が行われなかった実体刑事訴訟

法382条の「事実誤認」の意味内容を、一般的にそして確認的に説示したものと理解でき、「この法解釈は、当然ながら、裁判員非対象事件にも等しく適用されるべきもの」と考えられる。⁵⁶ 村瀬均元判事も、「24年判決は、裁判員制度の導入を契機として示された判断であって、裁判員の関与した判断を尊重する考えを前提とするものといえる」が、「裁判員裁判事件に限定していないから、その判断は非裁判員裁判事件にも及ぶと考えられる」と述べ、併せて「確かに、非裁判員裁判事件の多くは公判前整理手続を経ていない上、24年判決が言及している直接主義・口頭主義的な運用も裁判員裁判ほど徹底したものとは言い難いが、控訴審の審査において両者を区別する理由はなく、実際の運用の面においても差異を設けた運用は在るべき姿とはいえない」と主張する。⁵⁷ 調査官解説も、「第1審裁判所の構成（裁判員裁判か、裁判官裁判か）によって、控訴審の在り方が異なるかのような見解（裁判員裁判を特に尊重すべきとする見解）も見られたが、本判決は控訴審の構造等から結論を導いており、第1審裁判所の構成によって、別の基準を用いることを念頭に置いてないと解される」としている。⁵⁸

第二に、前章で紹介した片面的尊重論との関連で、本判決が、裁判員裁判の有罪判決を破棄する場合と無罪判決を破棄する場合とで破棄基準に差異があることを認めているか否かが問題とある。

この点、「有罪判決の審査と無罪判決の審査とでその審査・判断方法を異にする理由は見出すことができない」と解するべきである。⁵⁹ 本判決の論理は、本件のような裁判員裁判の判決が無罪であった場合のみならず、有罪であった場合にも当てはまると考えられる。⁶⁰

高崎秀雄検事は、「刑法382条は、原判決に事実誤認があるとされる場合において、検察官控訴によって（通常は）有罪方向（被告人に不利な方向）にこれを破棄する場合のみならず、被告人控訴によって無罪方向（被告人に有利な方

向)にこれを破棄する場合にも根拠とされる法条であり、本件は、事案としては前者に属するものであるが、本判決の判示が同条の一般的解釈として示されていることからすれば、当該判示は後者の場合にも妥当するものというべきであ」とし、また、「本判決が根拠とするところの第一審における直接主義・口頭主義や控訴審の事後審性といった点からも、この結論は否定できない」と主張する⁶¹。特に、「裁判官であれ、裁判員であれ、第一審における事実認定者が証人や被告人の口頭での供述を直接に見聞きした上で、公訴事実については合理的な疑いを容れる余地がないと判断したのであれば、その供述内容を公判調書上でしか認識できない控訴審裁判官が、「これは合理的な疑いがあるのではないか」という心証を抱いたとしても、これがアプリアリに先の判断に優越するとすべき合理的な根拠はない」との指摘は、本判決が、(裁判員の参加の意義尊重論ではなく)もっぱら直接主義・口頭主義重視論(高崎検事は、「そもそも直接主義・口頭主義は、被告人に有利か不利かとは関係のない、実体的真実発見のための原理なのである」と述べる)に依拠していることを踏まえれば、強い説得力をもつ⁶²。

これに対して、白取祐司教授は、本件が「1審無罪↓控訴審・破棄有罪の事案であり、最高裁が、1審有罪↓控訴審・破棄無罪を制限的に考えているかどうかは、本判決からは未だ明らかでない」と分析する⁶³。同様に、後藤教授も、「本判例の示した基準は、原判決が有罪か無罪かを区別していない」ことを認めつつも、「現実の事案は第1審の無罪判決を高裁が破棄した事例であった」ため、「本判決後においても、有罪認定の破棄は、より緩やかに認めるべきだという主張はなくなっていない」と述べる⁶⁴。また、門野博元判事は、「疑わしきは被告人の利益に」との刑事裁判における鉄則は、第1審だけでなく、これを審査する上級審をも拘束する最上位の指導原理というべきものであるから、事後審とはいえ、控訴審が審査の過程で無罪の心証を形成した場合には、(仮に、論理則違反・経験則違反が指摘

できないとしても）その心証に従った判断をすべきである」と主張する。⁽⁶⁵⁾

このように、裁判員裁判の判決が無罪の場合と有罪の場合とでダブルスタンダードを認めるためには、「別の原理を持ち込むほかに、そこで度々指摘されるのは、「疑わしきは罰せず」の原理である」が、高崎検事は、「司法制度改革議論の際に、裁判員を含む合議体の意思決定（評決方法）の在り方如何という問題に関して、この原理と評決方法の問題とは論理的に関係しないということが複数の委員から重ねて指摘されたところであり、その指摘は、控訴審における事実審査の在り方という論点にも通じるものがある」と主張する。⁽⁶⁶⁾

なお、その後、裁判員裁判の有罪判決が控訴審によって事実誤認を理由として破棄された事例において、最高裁判所は、平成二四年判決を引用したうえで、第一審の判決が論理則・経験則等に照らして不合理であることを十分に示したものとはいえず、刑事訴訟法三二二条の解釈適用を誤った違法があるとして破棄した（最一小判平成二六年三月二〇日刑集六八卷三号四九九頁）。この判決は、調査官解説によれば、「刑法382条の解釈適用に関し、第一審判決が有罪の場合であっても、論理則、経験則違反説が妥当する旨を示したものとみられ、第一審判決が有罪の場合には平成24年判例の示した解釈は妥当しないと考える方を否定したもの」と位置づけられている。⁽⁶⁷⁾

五 まとめに代えて

本稿では、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題に関して、特に、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について検討した。

事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について、従前の実務には、一部に心証優先説的な運用が見られたところ、裁判員制度の導入に伴い、裁判官のみによって構成される控訴審が裁判員裁判の判決に対する控訴を審査することになり、正統性の問題を克服するべく、論理則・経験則違反説に依拠して事後審制を徹底することが強く要請されるとの結論に至った。そして、判例は、裁判員制度導入後の事例について、控訴審の審査のあり方として論理則・経験則違反説を採用することを宣明した。

裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたっては、第一審の裁判を尊重すべきであるが、その主要な論拠として、裁判員の参加の意義尊重論と直接主義・口頭主義重視論とが考えられるところ、裁判員の参加の意義尊重論を強く主張した弁護人に抗して、敢えて判例が意識的に依拠したのは、論理則・経験則違反説であった。つまり、個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加したという事実やその判断それ自体に、尊重すべき価値があるのではなくて、裁判員制度の導入を契機として徹底された直接主義・口頭主義という手続構造の面を、最高裁判所は重視しているのである。また、いわゆる片面的尊重論については、理論上、裁判員の参加の意義尊重論とは整合性を保ちえず、直接主義・口頭主義重視論からも支持できないところ、判例も、第一審が無罪判決であろうと有罪判決であろうと、控訴審の審査は論理則・経験則違反説が妥当すると判示したと考えられる。

残された問題は、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方についてである。挙げて今後の検討課題としたい。⁽⁶⁸⁾

*本稿は、平成三〇年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（基盤研究（C））「国民の司法参加をめ

ぐる憲法理論の国際的発信」(課題番号：一六K〇三三〇一)の研究成果の一部である。

- (1) 拙稿「裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」日本法学八四卷二号(二〇一八年)七三頁。
- (2) これに対して、「両説の適用にどれほどの差異があるのか」として、疑問を呈する見解もある。すなわち、石井一正元判事は、両学説は「実際にはことばで表現するほどの差異がな」く、「実務はどちらの説によって運用されているか判然としな」いし、「どちらの説によつても、事実認定の審査方法として控訴審が証拠判断をしてみ、これと原判決の証拠判断を比較する」という作業が必要である」ことを指摘する(石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(判例タイムズ社、二〇一〇年)四三九頁)。また、村瀬均元判事も、「経験則違反説と心証優先説の対立が浮き彫りになるのは、不合理性が具体的に指摘できるまでに至らない程度の事実認定上の判断の違いがある場合である」が、「両説のどちらかを採るかによつて結論が変わるような事案が実際にあるのかという疑問は残る」と述べる(村瀬均「上訴審 裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 下巻』(成文堂、二〇一七年)五七二頁)。
- (3) 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第6巻〔第351条〜第434条〕』(青林書院、一九九六年)二四二頁(原田國男執筆)。
- (4) 藤永ほか・前掲注(3)二三七―二四一頁(原田國男執筆)。岩瀬徹「裁判員制度の下における上訴審のあり方」木谷明編『裁判所は何を判断するか〔シリーズ刑事司法を考える 第五巻〕』(岩波書店、二〇一七年)二二三―二四四頁、遠藤和正・富田敦史「大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方」(6) 事実認定の審査」判例タイムズ一二七六号(二〇〇八年)四四頁、司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』(法曹会、二〇〇九年)一〇五頁。
- (5) 「事後審という性格は、事実審にはなじまず、法律審により適合するから、経験法則・論理法則違反という本質的に法令違反の性格をもつ審査がふさわしい」ためである(藤永ほか・前掲注(3)二三八頁(原田國男執筆))。司法研修所編・前掲注

- (4) 一〇五頁、遠藤Ⅱ富田・前掲注(4)四四頁。
- (6) 藤永ほか・前掲注(3)二四二頁(原田國男執筆)。
- (7) 藤永ほか・前掲注(3)二四三頁(原田國男執筆)。
- (8) 民主主義的基礎づけ説とは、従前の裁判官のみによる刑事裁判は、国民の直接的な参加がないため正統性が乏しく、また運用上もさまざまな弊害があったため(現行裁判否定論)、それらを克服するために国民の司法参加が必要であり、主権者である国民は、民主主義の原理に基づき司法に当然に直接的に参加しうるとする見解であり、これに対抗する理解増進・信頼向上説とは、従前の刑事裁判制度の運用は改革が不可欠なほど致命的な欠陥はないが(現行裁判肯定論)、国民的基盤の強化を企図して、司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させるため、裁判過程へ国民を参加させうるとする見解をいう。現行の裁判員制度は、裁判員法一条の規定からも明らかのように、後者に基づき設計されたものである(拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』(日本評論社、二〇〇九年)一〇七—一〇九頁)。
- (9) 原田國男元判事は、「実務上は、いずれの見解によっているかについては、評価は微妙であった」と述べており(原田國男「事実誤認の意義——最高裁平成24年2月13日判決を契機として」刑事法ジャーナル三三三号(二〇一二年)三九頁)、また、石井元判事も、「実務の大勢がどちらの説によっているかも、実のところは判然としなない」と評価する(石井・前掲注(2)三五九頁)。
- (10) 小西秀宣「裁判員裁判事件における控訴審の審理の在り方」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』(成文堂、二〇一五年)二七五頁。ただし、小西秀宣元判事は、「従来の実務に心証優先的傾向がみられた」ことも認めている(同頁)。また、「実務的には、両説によって、結論に極端な違いがあるわけではない」とも述べる(同頁)。
- (11) 井戸俊一「刑事控訴審における事実誤認の審査方法について」判例タイムズ一三五九号(二〇一二年)六五頁。なお、井戸俊一判事は、「事実誤認に関する審査は、原則として、経験則・論理法則違反説によって第一審の事実認定の過程を審査するのが相当であるが、例外的に、有罪→無罪の場合には、控訴審の心証を優先させて事実誤認を判断してよい」としており(七三頁)、片面的尊重論(後述)に親和的な立場を採る。

(12) 司法研修所編・前掲注(4)九四―九五頁。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会においても、「これまでの控訴審実務では、事案によっては、第1審と同様の方法で記録から独自に心証を形成し、論理則違反・経験則違反といいつながら、実際には自らの心証と異なる第1審判決の認定を事実誤認として破棄することもあったのではないかと、また、自ら事案の真相を追求するという見地から、第1審の当事者の責任による主張・立証の枠を離れて、新たに証拠を調べるなどして、第1審の事実認定に積極的に介入することもあったのではないかと指摘があった」という(東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ二一九六号(二〇〇九年)六頁)。大阪高等裁判所陪席会も、「最近の心証比較説は、我々の実務感覚にも近い」ことを認める(遠藤Ⅱ富田・前掲注(4)四五頁)。

(13) 本判決において、裁判官の個別意見が付されているが、その中にも論理則・経験則違反説と心証優先説との見解の相違が見られる。すなわち、「上告裁判所は、原判決の事実認定の当否を検討すべきであると考えられる場合には、記録を検討して自らの事実認定を脳裡に描きながら、原判決の事実認定が論理則・経験則等に照らして不合理といえるかどうかを検討するという思考操作をせざるを得ない」とする近藤崇晴裁判官による補足意見は、「論理則、経験則等」という文言を用いながらも実質的には心証優先説と分類しうる(これに対して、田淵浩二「控訴審における事実誤認の審査——最判平24・2・13の意義」法律時報八四卷九号(二〇一二年)五一頁は、「心証比較説は、単に原判決の結論と自ら心証を形成した結論の比較によって事実誤認の有無を判断すべきというだけに止まらず、現行法の控訴審を単なる事後審と解すべきか、統審的性格を持つ事後審と解すべきかという対立の中で、後者を支持する立場からの主張である点に本質を見出すべき」との見地から、この補足意見を心証比較説と分類すべきではないと主張する)一方で、「上訴審で事実認定の適否が問題となる場合には、上訴審は、自ら事件について心証を形成するのではなく、原判決の認定に論理則違反や経験則違反がないか又はこれに準ずる程度に不合理な判断をしていないかを審理するものである」との堀籠幸男裁判官による反対意見は、論理則・経験則違反説を採ることの宣明である(判決引用文中における傍点は、本稿の筆者による)。

(14) 石井・前掲注(2)四二三頁。石井元判事は、「被告人の権利保障とりわけ無辜の不処罰の重要性、更には、検察官に比べて訴訟遂行能力の劣っている被告人側の実質的平等の確保などからすると、刑事裁判においては被告人側に有利に傾斜した解

積・運用が正しい」という「発想は貴重である」が、「刑事裁判の目的が被告人の権利保障に尽きるわけではなく、他方で事案の真相を明らかにして、刑罰法令を適正に適用実現することにもあることも明らかである」ため、「刑事裁判は、「社会の保護」と「人権の保護」というときに相対立する二つの目的を共に全うしなければならず、「常に両者の適当なバランスを考慮せざるを得ない」として、「すべての場合において刑事訴訟法の解釈・運用を検察官側に比べて被告人側には有利に扱うことが正当化されると考えることはできない」（「そういうことが可能であるし、また妥当な場合もあるし、そうでない場合もある」と結論する（四三三―四三四頁）。

(15) 平田元『刑事訴訟における片面的構成——事実認定と上訴をめぐって』（成文堂、二〇一七年）九六頁。

(16) 平田・前掲注(15)九六―九七頁。

(17) 石井・前掲注(2)四二八頁。

(18) 杉森研二「裁判員制度導入後の控訴審」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇〇七年）七五五頁。

(19) 「この場合有罪認定を争う機会を被告人に保障するという審級の利益の観点と、裁判員による民主的正統性のある判断を保障するという観点から、破棄差戻しが必ず行われなければならない」と主張する（水谷規男「裁判員裁判と上訴・再審制度の課題」法律時報七九卷一二号（二〇〇七年）七七頁）。

(20) 石井・前掲注(2)四二八―四二九頁。

(21) 石井・前掲注(2)四二九頁。

(22) 石井・前掲注(2)四二九頁。

(23) 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会）「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判例タイムズ 一二八八号（二〇〇九年）九頁。平成一九年度司法研究も、「第一審の判断に国民の意見が反映されている以上、被告人にとって有利・不利で差異を設ける合理的な理由はないのではないかという反論もあり得るところである」とする（司法研修所編・前掲注(4)一一一頁）。

- (24) 中川孝博教授は、「無罪判決の尊重と有罪判決の尊重は、民主的正統性という点からは等価値であるということ」に着目し、「仮に事実誤認の有無の審査基準は片面的に構成するのが妥当だとするならば、民主的正統性論に基づいて審査基準の原則を構築したうえで、例外として有罪判決の破棄のみは積極的であつてよいとしなければならぬ」が、「そのためには、まったく異質な別の価値を導入し、比較衡量しなければならず(実体的真実追求、冤罪防止、民意尊重)、論理は複雑なものとなる」か、あるいは「論証不明瞭な乱暴なものになりがちであり」、「このような事態は望ましくない」と述べる一方で、「民主的正統性論を持ち出さなくとも、合理的疑いを超えた証明原則から片面的構成を導きだすことはできる」と主張する(中川孝博「最一小判平24・2・13の意義と射程」季刊刑事弁護七号(二〇一二年)一三〇頁)。
- (25) 石井・前掲注(2)四二九頁。
- (26) 酒巻匡「裁判員裁判と控訴審の在り方——課題と展望」刑法雑誌五四卷三号(二〇一五年)四六頁。
- (27) もちろん、後藤教授が「有罪判決を破棄する場合と無罪判決を破棄する場合とで、破棄の基準に違いがあるかどうか」について、「違いがあるべきであると考え」る論拠は、これのみではない。むしろ、同教授が最も強調している点は、「いかに裁判員の判断を尊重すべきだとしても、無実の人を処罰してはならないという要求は、それを上回るからである」ということである。曰く、「法律家としての裁判官は、最後の一线で、無実の人が処罰されないという人権を守るべき役割を負っている。……第一審の裁判官がその役割を果たすことに失敗した場合には、控訴審の裁判官が代わってその役割を果たすべきである。したがって、原判決が有罪認定の場合には、その認定に合理的疑いがあることが指摘できるなら、経験則違反として破棄すべきである」(後藤昭「裁判員裁判の無罪判決と検察官控訴」季刊刑事弁護六八号(二〇一一年)一七頁)。筆者は、裁判員裁判において、裁判員の判断を絶対視せず、裁判官と裁判員との協働のあり方として、場合によっては、裁判官の裁判員に対する指導的立場を容認するという点について、後藤教授の議論を全面的に支持するものである。
- (28) 後藤昭「裁判員裁判と判決書、控訴審のあり方——司法研究報告書を素材として」刑事法ジャーナル一九号(二〇〇九年)二八—二九頁。
- (29) 後藤・前掲注(28)二九頁。

(30) 「裁判員裁判では三人の職業裁判官のほかに多様な背景をもった六人の市民が特別多数決で事実認定を行う」が、「この判断を同質的な三人の公務員〔裁判官のこと〕が単純多数決で破棄するというのは不条理である」と主張する高野隆弁護士は、「仮に一審が全員一致で無罪を言い渡したのを高等裁判所が多数決で自判し有罪の判断をしたのだとすると、裁判に関与した一二人のうち一〇人（そのうちに六人の市民が含まれる）が無罪の意見であっても、たった二人の職業裁判官の意見によって被告人は有罪になってしまうこと」を問題視するが、このような、第一審の裁判官・裁判員及び控訴審の裁判官の各意見を合わせて当該事件を審理する裁判体全体の意見とみなす発想（高野隆「無罪判決に対する検察官上訴は許されるべきか」木谷編『裁判所は何を判断するか』二五六頁）は、後藤教授による第一審の裁判官の意見を控訴審の裁判官によって置き換えようという発想と同様に、批判されるべきであろう。

(31) 後藤教授も、「控訴審の裁判官が、仮に第一審の裁判員と評議をしていたら、有罪判断に納得していたかもしれないという場合もあり得る」ことを認めている（後藤・前掲注(28)二八頁）。

なお、筆者は、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に依拠して、裁判員裁判を公共的討議の場を構築する試みとして理解すべきと提唱している（拙著・前掲注(8)二三四―二三九頁）が、この見地からは、より一層、裁判員の意見の変容可能性に注目すべきことになる（二七四―二七八頁）。

(32) 拙稿・前掲注(1)四九頁。

(33) もっとも、「それは事後審査の判断作用それ自体とは別次元の事柄である」（酒巻・前掲注(26)四六頁）。

(34) 司法研修所編・前掲注(4)一一頁。東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注(23)九頁も同旨。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会でも、同様の見解が多かったところ、それに加えて「無事を処罰しない」というのが刑事裁判の鉄則であるから、事実認定の中でも、特に被告人の犯人性については、十分に厳格な審査が必要であり、被告人に有利な方向では積極的に介入すべきであるという意見も有力であった」という（東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会・前掲注(12)九頁）。

(35) 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」の説明（第二八回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会

(二〇〇三年一〇月二八日) 配布資料) 六一七頁。さらに、座長ペーパーは、「あくまで裁判員の加わってなされた第一審の裁判を尊重するという意味から、事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底させることが望ましい」とも述べていた(二二頁)。

(36) 遠藤II富田・前掲注(4)四四頁。

(37) 司法研修所編・前掲注(4)一〇四―一〇六頁。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会も、同様の結論を採る(東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会・前掲注(12)八頁)。

(38) 本件覚せい剤は、手荷物であるバッグの中に入っていたチョコレート缶のトレーの下に隠蔽されており、被告人によれば、知人から偽造旅券の日本への密輸を依頼されてマレーシアを訪れ、偽造旅券を受け取った際に、その相手方から、土産として日本に持ち帰るように頼まれて、他人に渡すためのものとして預かったものであるという。被告人は、チョコレート缶の中に覚せい剤が入っていることを知らなかったと述べており、覚せい剤が入っていることを被告人が認識していたか否かが本件の争点であった。

(39) 控訴審判決は、被告人の供述は信用しがたいと判示し、さらに、検察官の主張した間接事実が被告人の覚せい剤の認識を認める証拠になりうるなどとしたうえで、被告人の覚せい剤の認識を認めるのが相当であるとし、第一審判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があるとした。

(40) 本件は、高等裁判所が、裁判員裁判による第一審の無罪判決を、事実誤認を理由に破棄し、有罪の自判をした初めての事案である(上岡哲生「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成24年度)』(法曹文芸、二〇一五年) 一一六頁)。

なお、この控訴審判決に対して、本件被告人の弁護人は、「一審が裁判員裁判であることについて、なんら触れられていないということ」を問題点の一つとして挙げ、「控訴審の弁護人としても、「裁判員の判断を尊重すべきである」という視点から、検察官の控訴棄却を求めた」が、「控訴審は、一審が裁判員裁判であることを意識した形跡はまったくなく、「被告人の弁解は虚偽である」と一刀両断し、高裁の心証を優先させる「従来型」の判決であった」点を強く批判している(浦崎寛泰「チョコレート缶事件」最高裁判決と弁護活動」季刊刑事弁護七一号一二四頁)。

(41) 刑集六六卷四号五〇二頁。

(42) 引用部分は、最高裁判所刑判例集に抄録された上告趣意書のうち、被告人弁護人による上告趣意の概要部分である（刑集六六卷四号五〇五頁）。上告趣意書には、裁判員裁判の無罪判決に対し検察官が事実誤認を理由に控訴することが日本国憲法三九条に違反する旨が詳細に主張されていると思われる（上告趣意書の目次が掲載された同五〇一頁参照）が、判例集に採録されるにあたり割愛されているため、その内容は不明である。もとより、最高裁判所が抄録にあたり憲法三九条違反という部分を敢えて割愛したということが、最高裁判所自身がそれを重視しなかったことを意味するとすれば、その事実そのものは重要である。

(43) 刑集六六卷四号五三八頁。

(44) 拙稿・前掲注(1)八七―九〇頁。

(45) そのうえで、検察官による控訴を棄却する自判を行い、第一審の無罪判決を確定させている。

(46) 調査官解説によれば、「本判決は、控訴審の事後審性、第1審において直接主義・口頭主義による事実認定が予定されている審理構造などを考慮して、論理則・経験則違反説を基本的に採用したものと見え」という（上岡・前掲注(40)一四二頁）。

これに対して、徳永光教授は、本判決で「厳密な意味での法則違反説〔論理則・経験則違反説〕が採用されていないのは明らかである」と主張する。徳永教授は、「文言上も、「論理則・経験則等に照らして」と幅のある書き方がなされて」おり、「審査基準として提示されているのも、法則違反の有無ではなく、第一審の事実認定の不合理さの有無である」から、「最高裁のいう不合理性の審査は、厳密な意味での法則違反説とも、心証上書きという意味での心証優先説とも異なる」と述べる。徳永教授は、本判決の審査方法は不合理性説と呼ぶべきものであり、この「不合理性説は、控訴審自体が何らかの心証を形成しつつ、原判決と照らし合わせるという心証比較的な説明にもなじむ」ことから、「この意味では、不合理性説は、従来の両説を止揚するものとも位置づけられる」という。また、「本判決は、控訴審の事後審性を強調するものの、論理則・経験則違反がない限り、第一審を維持すべきであるとまでは述べておらず、厳格な事後審論を採用する趣旨には解されない」とも述べる

(徳永光「控訴審における事実誤認の審査方法(刑事訴訟法判例研究35)」法律時報八五卷一号(二〇一三年)一二五—一二六頁)。

また、中川教授も、「論理則・経験則違反説のドグマの一つである、「控訴審は自ら心証を形成しない」というテーゼも本判決は登場させていない」ことなどから、「最高裁の考え方は、典型的な論理則・経験則違反説からは、すでに相当離れている」と分析する。その一方で、「モデルとしての心証優越説からは、一審の判断が不合理であることを指摘できなくともなお控訴審の心証を優先させることができることになる」ところ、「本判決は、モデルとしての心証優越説も否定している」ものの、本判決が「控訴審が心証を形成すること自体を否定しているわけではない」ことを指摘する(中川・前掲注(24)一三一頁)。

(47) これらの判断を前提として、具体的に、本件については、覚せい剤を輸入する認識がなかった旨の弁解が排斥できないなどとして、被告人を無罪とした第一審判決に事実誤認があるとした原判決が、その弁解が客観的事実関係に一応沿うもので第一審判決のような評価も可能であることなどに照らすと、第一審判決が論理則、経験則等に照らして不合理であることを十分に示したものとはいえず、刑法法三二二条の解釈適用を誤った違法があり、同法四一一条一号により破棄を免れないと判示された。

なお、裁判員裁判による無罪判決に事実誤認があるとして破棄自判した控訴審判決について、本判決を引用したうえで、「原判決は、第一審判決の事実認定が経験則に照らして不合理であることを具体的に示して事実誤認があると判断したものと見えるから、原判決に刑法法382条の解釈適用の誤りはなく、原判決の認定に事実誤認はない」と判示した判例がある(最三小決平成二五年四月一六日刑集六七卷四号五四九頁)。

(48) この意見は、白木裁判官が東京高等裁判所の部総括裁判官の経験を有することを踏まえて考えると、非常に大きな意味を有するものと理解されるであろう。

(49) この白木裁判官の補足意見について、中川教授は、「裁判員裁判尊重論に基づき、有罪判決であろうと無罪判決であろうと等しく尊重せよと述べているように理解できそう」であり、「仮にこの部分が裁判員尊重論を全面に押し出したものだと理解すると、補足意見であるにもかかわらず、これまで分析してきた法廷意見の趣旨と正面からぶつかる可能性がある」ことを

指摘する。この点、中川教授は、「裁判員裁判尊重論を述べた部分は、補足意見の結論ではないこと」（この意見自体、法的主張ではなく、控訴審裁判官の心構えを説いたものにすぎない）という）や、「補足意見における裁判員裁判尊重論の部分は、心証優越説に対する批判とみえる」が「補足意見は、典型的な論理則・経験則違反説に立って批判をしているわけでもない」ことから、「補足意見が述べているのは、従来の実務として紹介された第1の審査方法、すなわち自らとった心証を絶対視すること……を否定すべきだということである」と解析する。そして、「この主張は、裁判員裁判尊重論をあえて持ち出さなくとも成り立つ」が、「それにもかかわらず裁判員裁判のことを理由中で援用したのは、自身の考えを絶対視する控訴審裁判官を説得するための材料として用いやすかったからにすぎないのではないか」と推測する（中川・前掲注(24)一三四—一三五頁）。

また、四宮啓教授は、「第一審の判断を尊重すべき理由は、「ある程度の幅を持った認定」だからというより、法廷意見が述べているように、「第1審において直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する証人を直接調べ、その際の証言態度等も踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていること」……に重点を置くべきではなからうか」と疑問を呈している（四宮啓「裁判員制度における控訴審のあり方について——裁判員無罪判決が破棄された事例から考える」労働経済春秋七号（二〇一二年）五二頁、傍点は原文による）。

(50) 中川・前掲注(24)一三一頁。

(51) 高崎秀雄「刑事控訴審における事実誤認の審査」法律のひろば六五巻五号（二〇一二年）四七頁。

(52) 原田・前掲注(9)三九—四〇頁。

(53) 中川・前掲注(24)一三〇—一三一頁。

(54) 浦崎・前掲注(40)一二六頁。なお、浦崎弁護士は、「今回の最高裁判決は、裁判員制度の意義には直接言及しなかった」ことを明確に認めている（一二七頁）。また、同じく弁護士であった南川学弁護士は、控訴審における弁護方針の一つとして、「裁判員裁判に対する控訴審のあり方についての問題提起をすること」を位置づけ、「裁判員裁判の趣旨からして、第一審の事実認定の判断は、裁判員の健全な社会常識が反映されたものとして尊重すべきであって、控訴審は事後審に徹すべきである」

ことを主張した(後藤教授の意見書(後藤・前掲注(27)一七一―二三頁)を参考資料として提出したという)が、控訴審判決が「第一審が裁判員裁判であることに何ら言及して」おらず、「裁判員裁判の判断を尊重した形跡がまったく感じられない」ことを問題視したうえで、「今回の控訴審判決がまかり通り、「裁判員の判断を尊重する」という前提が機能しないようであれば、立法者が想定していなかった事態ともいえる」から、「そうなれば、事実誤認を理由とする検察官控訴を禁止しないし制限するなど、立法的に解決するほかない」と主張している(南川学「いわゆる裁判員全面無罪1号事件が高裁で逆転有罪となった事例」季刊刑事弁護六八号四二―四四頁)。

(55) 中川・前掲注(24)一三〇頁。そして、中川教授は、(一)「現在の裁判員裁判における評決方法を前提にするならば、事実誤認の有無を審査する基準と裁判員裁判尊重との関係を整合的に結び付けることが困難である」こと(第一審で裁判官三人が無罪意見、裁判員六人が有罪意見で無罪判決となった場合に、控訴審が原判決を破棄し有罪としたときには、裁判員全員の意見と一致するし、第一審で裁判官二人が有罪意見、裁判員二人が有罪意見で四人が無罪意見で有罪判決となった場合に、控訴審が原判決を破棄し無罪としたときにも、裁判員の多数派の意見と一致することを、例に挙げる)、(二)「非裁判員裁判の場合と裁判員裁判の場合とで異なる審査基準にするのは、裁判員裁判と非裁判員裁判いづれにするかを選択する権利を持たない被告人に対して公正さを欠く」こと、そして、(三)「無罪判決の尊重と有罪判決の尊重は、民主的正統性という点からは等価値であるということ」の三点を理由に、「法廷意見が382条の事実誤認を定義するにあたり民主的正統性論を援用しなかったのは妥当である」と主張する(同頁)。

後藤教授も、「裁判員制度の下で控訴審が判示のような審査方法を採用すべき実質的な理由」として、「第一審において、直接主義・口頭主義が強まるという点」と、「裁判員が参加した結果の判断であるからこそ尊重する必要がある」こと(「この中をさらに分ければ、裁判員制度は国民の健全な常識を裁判に採り入れることを目的とするのだからというものと、裁判員の参加によって民主的正統性が強まるからというものがあつた」という)の二つの根拠が考えられるが、本件では、法廷意見が前者に依拠していることを認めている(後藤昭「刑訴法382条にいう事実誤認の意義とその判示方法」ジュリスト臨時増刊一四五三号〔平成二四年度重要判例解説〕(二〇一三年)一八八頁)。

(56) 酒卷・前掲注(26)四三頁。土本武司「刑訴法三八二条にいう「事実誤認」の意義等(最新判例批評42)」判例時報二二八一号〔判例評論六五二号〕(二〇一三年)二〇二頁、宮城啓子「控訴審の役割」刑事法ジャーナル三三三号(二〇一二年)四八―四九頁も同旨。

白取祐司教授は、「本判決に示された控訴審の性格・役割論は、量的にみて裁判員裁判に「より強く妥当する」とはいえても、非裁判員裁判との間に本質において差はないというべきである」とする(白取祐司「最近の控訴審の変化と今後の展望」季刊刑事弁護七四号(二〇一三年)二二頁)。

植村立郎元判事は、「本判決の時点でも、日常的に、1審に裁判員裁判事件と非裁判員裁判事件とが係属していて、双方の事件に対して控訴審において事実誤認の判断がされているから、裁判員裁判事件に関してのみの事実誤認の意義を示したのであれば、その旨の判示がなされているのが自然である」とする(植村立郎「最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について」刑事法ジャーナル四〇号(二〇一四年)三六―三七頁)。

一方、後藤教授は、本判決の法廷意見が直接主義徹底を控訴審の変化の根拠として重視し、控訴審における審査の方法や基準に違いがないと判示したことを認めつつも、「非裁判員事件では控訴裁判所はより積極的な審査ができることになり、「事実認定審査の方法は、事実認定のやり直しでよ」く、「非裁判員事件の方が控訴審での事実取調べも、積極的になる」と述べる。また、「判例に従って、裁判員事件と非裁判員事件とで同じ審査の方法と基準を採用するとしても、その実際の運用では、違いが出てくる可能性がある」ことを指摘する(後藤昭「裁判員裁判と控訴審の役割」刑法雑誌五四卷三号二二頁)。

(57) 村瀬・前掲注(2)五七〇頁。村瀬均「控訴審における事実誤認の審査」別冊ジュリスト二二二二号〔刑事訴訟法判例百選第一〇版〕(二〇一七年)一三九頁も同旨。

これに対して、大橋君平弁護士は、「第一審の審理において直接主義的・口頭主義的な運用が徹底されていない事案についてまで控訴審をいっそう謙抑的に運用していうことが望ましいという考えには疑問を感じる」と指摘する(大橋君平「上訴審弁護の立場から——コメント2」三井ほか編『刑事手続の新展開 下巻』五九二頁)。

(58) 上岡・前掲注(40)一四二頁。

裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方(柳瀬)

- (59) 酒巻・前掲注(26)四六頁。
- (60) 植村・前掲注(56)三七頁、土本・前掲注(56)二〇二頁、村瀬・前掲注(57)「控訴審における事実誤認の審査」二二九頁も同旨。
- (61) 高崎・前掲注(51)四八頁。
- (62) 高崎・前掲注(51)四八―四九頁。
- (63) 白取・前掲注(56)二二頁。
- (64) 後藤・前掲注(55)一八九頁。また、後藤教授は、本判決が「控訴審による審査の方法ないし基準について、第1審判決が無罪の場合と有罪の場合とを区別して」おらず、「判例は、表面的には、無罪認定の審査と有罪認定の審査とを区別せずに同じ方法と基準を要求しているように見える」としても、「最高裁が実際に適用している基準では、無罪認定審査では、裁判官でも無罪にする可能性がある事案なら、上訴裁判所の心証と結論が異なっても介入できないのに対して、有罪認定審査では、控訴審が「合理的疑い」があると判断したら、破棄できるという違いがある」ことを指摘する(「事実上、控訴裁判所の全員一致でなければ破棄できない無罪認定審査の方が、より謙抑的であるといえそうである」という)。そして、「法の自律性の基本目的が、人権保障にあるとすれば、このような審査基準の実質的な違いに正当な理由がある」と述べる(後藤・前掲注(56)一四―一七頁)。
- (65) その理由として、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判における鉄則が、直接主義、口頭主義による第1審尊重という手続「システム」上の要請より劣位に置かれるとは考えにくい」ことを挙げる(門野博「刑訴法382条の事実誤認の意義」法学教室編集室編『判例セレクト2009―2013 [II]』(有斐閣、二〇一五年)二三四頁)。
- (66) 高崎・前掲注(51)四九頁。
- (67) 小森田恵樹「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成26年度)』(法曹会、二〇一七年)一二三頁。
- (68) 「裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方」と題する別稿において考察する予定である。

再度の住民監査請求に関する考察

西原雄二

目次

- 一 はじめに
- 二 住民監査請求前置主義の趣旨
- 三 同一住民の同一対象に対する場合の再監査請求
- 四 適法な監査請求が却下された場合の再監査請求
- 五 監査手続が不適法な場合の再監査請求
- 六 結語

一 はじめに

地方自治法二四二条は、住民監査請求について、普通地方公共団体の住民は、当該普通地方公共団体の長や職員等による違法・不当な公金の支出、財産の取得・管理・処分、契約の締結・履行、債務その他の義務の負担があると認めるとき、又は違法・不当に公金の賦課・徴収、財産の管理を怠る事実があると認めるときは、これらを証する書面を添え、監査委員に対し、監査を求め、当該長等に対して、必要な措置（当該行為を防止・是正し、当該怠る事実を改め、又は当該行為・怠る事実によつて当該普通地方公共団体の被った損害を補填するために必要な措置）を講ずべきことを請求することができる旨を規定する。さらに、当該住民は、その措置に不服がある場合には、同法二四二条の二により、住民訴訟を提起することができる。住民訴訟については、住民監査請求前置主義が採用されており、住民は住民監査請求をしない限り、これを提起することができない（同法二四二条の二第一項）。監査委員の監査結果又は勧告に不服のある住民は、当該監査結果又は当該勧告の内容の通知があつた日から三〇日以内に、住民訴訟を提起しなければならない（同法二四二条の二第二項一号）。

住民監査請求の趣旨・目的¹については、一般に、住民監査請求が普通地方公共団体の財政の腐敗防止を図り、住民全体の利益を確保する見地から、当該地方公共団体の長や職員の違法・不当な財務会計行為又は怠る事実について、その予防・是正等の措置を監査委員に請求する機能を住民に与えたものであり、住民訴訟の前置手続として、まず当該地方公共団体の監査委員に対し、住民の請求に係る財務会計上の行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は当該怠る事実の違法・不当を当該地方公共団体の自治的・内部的処理によつて予防・是正させることにあ

るとされている。

筆者は、これまで住民監査請求における手続的要件の諸問題のうち、「請求対象の特定性」、「正当な理由」、「怠る事実と監査請求期間制限」の問題について研究し、その成果を公表してきた^②。本稿は、その続編として、再度の住民監査請求における許容性の問題を取り上げる^③。

この許容性の問題は、住民監査請求に基づく監査手続が適法に行われていないことをもって前置要件を充足しないとして住民訴訟の提起が不適法となる可能性がある点、さらに、再度の住民監査請求を認めるべきか否かによって出訴期間の起算点が異なってくる点から、住民訴訟の訴訟要件具備の点において住民にとって重要な意味を有するものである^④。

再度の住民監査請求に関する問題には、主として、第一に、同一住民が同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象とした再度の住民監査請求を行うことができるのか否か、第二に、適法な住民監査請求が不適法であるとして却下された場合に、同一の監査対象について再度の住民監査請求が許容されるのか否か、第三に、監査手続が不適法であった場合、すなわち、監査請求が意見陳述の機会を与えられず棄却された場合に、再度の住民監査請求が認められるのか否か、といった問題がある。

なお、異なる住民による同一対象に対する再度の住民監査請求の問題もあるが、この点については、一般に認められており、当該住民が監査請求を行った場合であっても、別の住民は同一内容の監査請求を行うことができる^⑤。住民監査請求は、各住民に保障されている権利であるからである^⑥。また、地方自治法上、住民訴訟には監査請求前置主義が採用されているため、前の住民が出訴せずに別の住民が出訴の意思を持った場合に、その別の住民はどうしても同

一対象の監査請求を繰り返し返えさざるを得ないからである。住民訴訟の段階になると、訴訟が係属中に別の住民が同一の請求につき別訴を提起することが禁止されており(同法二四二条の二第四項)、混乱の回避が図られている。^⑦先に監査請求を行った住民が、すでに住民訴訟を提起している場合には、後に監査請求を行った住民は、先に提起されている住民訴訟に対し、共同訴訟参加できると解されている。^⑧

そこで、以下、本稿は、再度の住民監査請求の問題について、まず、住民監査請求前置主義の趣旨を踏まえたいうえで、①同一住民の同一対象に対する場合、②適法な監査請求が却下された場合、③監査手続が不適法であった場合における再度の住民監査請求について詳しく考察するものである。

(1) この点については、最判昭六二年二月二〇日民集四一卷一号一二三頁、最判平成二年六月五日民集四四卷四号七一九頁、最判平成一〇年二月一八日民集五二卷九号二〇三九頁参照。

(2) 西原雄二「住民監査請求の期間制限についての考察」日本法政学会創立五〇周年記念論文集編集委員会編『現代法律学の課題』(成文堂、平成一八年)一五一頁以下、同「住民監査請求における『正当な理由』に関する考察」法学紀要四七卷七頁以下、同「住民監査請求における対象の特定程度」日本法学七四卷二号六〇七頁以下、同「住民監査請求における『正当な理由』の解釈」『日本大学法学部創設一二〇周年記念論文集(第一卷)』(日本大学法学部、平成二一年)三八三頁以下、同「住民監査請求における『怠る事実』と期間制限の問題」法学紀要五三卷八三頁以下参照。

(3) 阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟⑤』」判例評論四二七号一九頁によると、同一住民が先に監査請求の対象とした財務会計上の行為又は怠る事実と同一の行為又は怠る事実を対象とする監査請求を重ねて行うことは許されるのか。これが肯定される場合には、出訴期間はこの最後の行為が基準となる。否定される場合には、出訴期間はこの最初の行為が基準となるため、最後の行為が行われてからの出訴はもう遅いことが多い。再度の住民監査請求の問題は、住民監査請求と住民訴訟における請

求対象の同一性の問題に似ているが、これは住民が監査請求で主張しなかったことを住民訴訟で主張できるか否かが論点であるため、この請求対象の同一性の問題とは別個のものである。

本稿で考察するのは、住民監査請求内部における繰り返しの許容性の問題である。住民訴訟においては住民監査請求を前置したのか否かが問題となることが多いが、住民監査請求と住民訴訟における請求対象の同一性の問題については、別の機会に改めて論じたい。

(4) 友岡史仁「住民監査請求制度の法理」中央学院大学法学論叢一五卷一・二号二〇四頁参照。

(5) 異なる住民から同一内容の監査請求が行われた場合は、今回の住民監査請求で対象となっていない財務会計上の行為等が、前の住民監査請求で対象とされた財務会計行為と同一であっても、一事不再理の原則により、その住民監査請求を却下することとはできない。しかし、前の住民監査請求の監査の結果に基づいて、請求に係る財務会計事項に違法・不当事由がないと認めるときは、新たな住民監査請求について改めて監査を行うことなく、前の住民監査請求と同一趣旨の決定をしたうえで、その監査結果を請求人に通知すれば足りる。また、新たな違法・不当事由が加わっているときは、それについては改めて監査を行って判断し、ほかは前の住民監査請求と同一趣旨の判断をして決定をすれば足りるとされる（高橋太郎『情報公開・住民監査請求の実務』（新日本法規出版、平成一〇年）三五四―三五五頁、伴義聖・山口雅樹『新版 実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成三〇年）三七頁参照）。

例えば、徳島地判平成一〇年一月二〇日判例タイムズ一〇二二号一七九頁は、別の住民による同一内容の監査請求について、権利能力なき社団の代表者名義で住民監査請求がなされた後、同団体の構成員である住民が同一の趣旨の住民監査請求をしたとしても、両者が異なる別個の住民監査請求であり、「請求主体が異なっているので、再度の監査請求に当たらないことが明らかである」と判示した。この考え方と異なる裁判例はなく、また、請求人が異なる以上、一事不再理の原則を援用することはできないとされる（海老名富夫「住民監査請求」小早川光郎・青柳馨編『論点体系 判例行政法第三卷』（第一法規、平成二八年）九六頁参照）。異なる住民が同一内容の監査請求を行うことができるという点については、ほとんど争いがないといえる。

(6) 井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会、平成二二年）七三頁参照。

(7) 西島羽和明「判例解説」判例地方自治四〇号三〇頁、増田稔「同一請求に係る別訴の禁止と訴訟手続」大藤敏編『現代裁判法大系第二八卷 住民訴訟』（新日本法規出版、平成二一年）一三六頁以下参照。

地方自治法二四二の二第四項は、別の住民が既に監査請求手続を経由して住民訴訟を提起している場合には、別の住民は適法な監査請求手続を経由しても、「別訴をもつて同一の請求をすることができない」と規定する。

別訴の禁止を規定したのは、係属中の事件について別訴の提起を自由に認めるとすれば、濫訴の弊害を招くおそれがあり、かつ、訴訟経済上も適当でないという趣旨によるものである（松本英昭『新版 逐条地方自治法〔第九次改訂版〕』（学陽書房、平成二九年）一〇六八頁参照）。

(8) 最判昭和六三年二月二五日民集四二卷二号二二〇頁、富越和厚「住民監査請求の範囲（重複監査禁止の基準）」大藤敏編『現代裁判法大系第二八卷 住民訴訟』（新日本法規出版、平成二一年）五二頁、確井光明『要説住民訴訟と自治体財務〔改訂版〕』（学陽書房、平成一四年）二九―三〇頁、石津廣司「住民訴訟の訴訟手続」園部逸夫編『最新地方自治講座第四卷 住民訴訟』（ぎょうせい、平成一四年）二八四頁、井上・前掲書七四頁、石津廣司「別訴の禁止と共同訴訟・訴訟参加、訴えの併合・変更」小早川光郎・青柳馨編『論点体系 判例行政法第三卷』（第一法規、平成二八年）一五〇頁以下参照。

二 住民監査請求前置主義の趣旨

地方自治法二四二条の二第一項は、地方公共団体の住民が「前条（二四二条）第一項の規定による請求（住民監査請求）をした場合」で、監査委員の監査の結果又は勧告に不服があるとき等に限って、住民訴訟を提起することを認めている。すなわち、住民は監査請求を経なければ住民訴訟を提起することができないという「住民監査請求前置主

義」が採用されている。この監査請求前置主義は、昭和二三年の同法改正により、新たに住民監査請求及び住民訴訟の制度が導入された際に、その中に設けられ、現在に至っているものである。同法二四二条の二第一項及び第二項は、住民監査請求を経たといえる場合に、監査委員の監査の結果又は勧告に不服がある場合等の四つの類型を示しており、それぞれについて定められた日から三〇日以内に出訴しなければならぬと規定している。

再度の住民監査請求に関する問題を検討するにあたって、まず住民監査請求前置主義の趣旨をみておく必要がある。

住民監査請求前置主義の趣旨^①については、一般に、①違法・不当な財務会計上の行為又は怠る事実については、財務会計事務の専門的・技術的な性格から、専門的知識を有する監査委員の判断を受ける方が望ましいこと、②財務会計行為等の当否は、まず当該地方公共団体内部の問題として、自主的・主体的な解決を図ることが地方自治の本旨（憲法九二条）に沿うこと、③住民監査請求手続の方が、住民訴訟手続と比較して簡易かつ迅速に処理できること、④事案に則した適宜な処理が期待できること、⑤裁判所の負担が軽減されること等が挙げられている。

最高裁も同様に、昭和六二年二月二〇日判決^②において「住民監査請求の制度は、住民訴訟の前置手続として、まず当該普通地方公共団体の監査委員に住民の請求に係る行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は当該怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によつて予防、是正させることを目的とするものである」とし、平成一〇年一月一八日判決^③においても、この点を確認している。

なお、住民監査請求前置主義については、昭和三八年改正当時、同時期に検討されていた行政事件訴訟法案が、抗告訴訟については原則として訴願前置主義を廃止し、自由選択主義を採用することとされていたこともあり、住民訴

訟についても、これを廃止し、違法な行為に限って裁判所に直接出訴させるべきであるという意見もあった。しかし、抗告訴訟と住民訴訟とは趣旨・目的が異なることや、裁判所の負担を軽減することなどを理由として、住民監査請求前置主義は存置されたのである。⁽⁴⁾

このように、地方公共団体においては、その事務の適否・当否の監査を行うことを任務とする監査委員という機関が設けられており、違法・不当な財務会計上の行為等によって住民全体の利益が侵害されるような事態が生じた場合には、まず監査委員に監査の機会を与えることにより事件を地方公共団体内部で自主的に解決させることが、地方自治の本旨からいっても、財務会計事務の専門的・技術的性格からいっても適切であり、また、そのことによって事件の簡易・迅速な処理も期待でき、併せて裁判所の負担を軽減させることができるといえる。したがって、住民監査請求制度は住民訴訟の前審手続ではあるが、地方公共団体の違法・不当な財務会計行為を行政内部で是正させようとする住民監査請求手続の重要性が認められる。⁽⁵⁾

しかしながら、一方において、住民監査請求前置主義に対しては、住民の正当な出訴権をチェックする結果を招くおそれがあること、監査委員は前審機関としての機能を十分に発揮する能力に乏しいこと、監査委員が勧告を行っても、関係機関が何らの措置をも講じない場合には監査委員としては、とるべき手段がないこと等の理由から、批判的な見方も成り立ち得る。⁽⁶⁾

さらに、住民監査請求制度が住民訴訟提起のための形式的要件となってしまうという現状も、再度の住民監査請求の問題を考えるにあたって要考慮事項であるといわなければならぬ。⁽⁷⁾

(1) この点については、成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第三卷 行政救済』（有斐閣、昭和四〇年）二〇八―二〇九頁、同「監査請求及び納税者訴訟について（二）」自治研究三三巻四号四四頁、三好達「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座第九巻 行政訴訟Ⅰ』（日本評論社、昭和五八年）三二六頁、佐藤英善『住民訴訟』（学陽書房、昭和六一年）四四頁、山代義雄「住民訴訟と住民監査請求の関係」民商法雑誌九二巻五号六六五―六六六頁、同「住民訴訟のシステム」仲江利政編『住民訴訟の実務と判例』（ぎょうせい、昭和六三年）一七頁、園部逸夫「住民訴訟の訴訟法上の問題点」ジュリスト九四二号三〇―三一頁、加藤幸嗣「監査請求前置主義」園部逸夫監修・編『実務・自治体財務の焦点第四巻 住民訴訟』（ぎょうせい、平成元年）七一―七三頁、海老沢俊郎「住民監査請求」園部逸夫編『実務地方自治法講座第四巻 住民訴訟・自治体争訟』（ぎょうせい、平成二年）二〇―二二頁、古閑裕二「住民監査請求の特定性と同一性」判例タイムズ八二六号五八―五九頁、石井昇「住民監査請求期間の制限と『正当な理由』」甲南法学三二巻三・四号一九頁、伴義聖・大塚康男『実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成九年）一三頁、関哲夫『住民訴訟論（新版）』（勁草書房、平成九年）二八〇頁、高橋太郎『情報公開・住民監査請求の実務』（新日本法規出版、平成一〇年）二六〇―二六一頁、團藤丈士「監査請求期間と『正当な理由』」大藤敏編『現代裁判法大系第二八巻 住民訴訟』（新日本法規出版、平成一一年）六六頁、伊東健次「住民訴訟における住民監査請求の重要性」法律のひろば五五巻八号三八頁、碓井光明『要説住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（学陽書房、平成一四年）三七―三八頁、秋田仁志「住民監査請求・住民訴訟の手続」秋田仁志・井上元編『住民訴訟の上手な対処法（改訂増補版）』（民事法研究会、平成一五年）三〇頁、廣田達人「住民請求監査法に関する若干の考察」日本財政法学会編『財政法講座第三巻 地方財政の変貌と法』（勁草書房、平成一七年）二一五―二二六頁、大藤敏「住民監査請求における対象の特定」大藤敏編『新版裁判住民訴訟法』（三協法規出版、平成一七年）二二二頁、大藤敏「適法な監査請求の不適法却下と出訴期間の起算日」大藤敏・前掲『新版裁判住民訴訟法』二六四頁、井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会、平成二二年）一八頁、伴義聖・山口雅樹『新版実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成三〇年）九六頁参照。

久世公堯「違法不当行為等の監査請求及び納税者訴訟（二）」地方財務二二号二六頁は、「監査請求前置主義をとつた理由は、

再度の住民監査請求に関する考察（西原）

本来ここにおいて問題となつてゐる違法不当行為は、行政権の内部における事柄であるから、先ず、行政的措置によつて解決を図るべきであり、行政的手段によつて解決がなされない場合に限り、司法的措置を求むべきであるとされるためである。…監査前置としたのは、当該行為はその大半が財務計理上の問題であるから、この方面の専門であり、かつ公正なる見地にたつて判断をなしうる監査委員をしてその任に当らしめるのを適当としたためである」と説明する。

また、成田・前掲「住民訴訟（納税者訴訟）」二〇八―二〇九頁は、地方公共団体内部に「地方公共団体の事務全般にわたつて可否の監査を行なうことを任務とする監査委員という機関が設けられている以上、職員の違法・不当な行為によつて住民全体の利益が害されるような事実が発生した場合には、まずこの機関に監査の機会を与えることによつて、できうれば、事件を自主的に解決させるほうが、地方自治の本旨からいつても、また、裁判所の負担を軽減する意味からいつても好ましい」からであると述べる。

(2) 最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二二頁参照。

(3) 最判平成一〇年一月一八日民集五二巻九号二〇三九頁参照。

例えば、大分地判平成一一年九月二〇日判例タイムズ一〇三五号一四六頁は、「地方自治法二四二条の二第一項は、住民訴訟につき、同法二四二条一項の住民監査請求を前置すべきであるとする住民監査請求前置主義を採用している。これは、普通地方公共団体の内部に監査委員が存在する以上、職員の違法、不当な財務会計上の行為又は怠る事実につき、まずこの機関に監査の機会を与え、右違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によつて予防、是正させることが、地方自治の本旨（憲法九二条）からも、裁判所の負担を軽減する意味からも望ましいという趣旨によるものである」と判示する。

なお、監査委員が設置されていない場合においては、当該住民は監査請求を経ることなく、直ちに住民訴訟を提起することができ、その出訴期間は原則として当該行為のあった日又は終わった日から一年以内とされている（甲府地判平成五年三月三一日判例タイムズ八四三号一五五頁参照。本判決については、加藤就一「判例解説」『平成六年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊八八二号三〇六頁参照）。

(4) 成田頼明「住民訴訟——制度の回顧と展望」ジュリスト九四一号一九頁参照。

(5) 住民監査請求前置主義の意義については、住民訴訟の提起にあたって、まず監査委員の監査を経ることにより、当該事案に係る事実関係の解明、具体的法律関係の究明及び可能な解決策の探求を予め行い、そのことが住民訴訟における住民の訴訟活動さらには裁判所による審理判断についてその本来のあり方の実現を容易にし、結局、住民訴訟がその機能を制度上予定されたように発揮することが期待されているものとされる（加藤・前掲「監査請求前置主義」七五頁参照）。

(6) 成田・前掲「住民訴訟（納税者訴訟）」二〇九頁、廣田・前掲「住民請求監査法に関する若干の考察」二一五頁、大藤敏「適法な監査請求の不適法却下と出訴期間の起算日」大藤編・前掲『新版 裁判住民訴訟法』二六五頁参照。

(7) 園部逸夫『現代行政と行政訴訟』（弘文堂、昭和六二年）一九七頁、藤原静雄「判例批評」民商法雑誌二二一卷六号九〇頁参照。

三 同一住民の同一対象に対する場合の再監査請求

住民監査請求においては、同一住民が同一対象についての監査請求を繰り返すことができるか否かの問題がある。同一住民による再度の住民監査請求に関する最初の最高裁判決としては、最高裁昭和六二年二月二〇日判決^①（以下、「最判昭和六二年」という。）がある。

本件事案の概要は、次のとおりである。すなわち、新潟県西川町の町長Y₁は、有限会社Y₂に対し、町有地を随意契約により売却し、その旨の所有権移転登記をした。同町の住民Xらは、昭和五四年四月二〇日、町有地の売却価格が時価に比して著しく低廉であつて、同町の財政運営上多大な損失を生じさせるものであるとし、その是正を求める旨の第一回目の住民監査請求（以下、「第一回監査請求」という。）を行つたが、同年六月一六日、同請求には理由がない

旨の通知を受けた。Xらは、同年一月二〇日、町有地を随意契約により売却したのは違法である等の主張を追加して、再度、第二回目の住民監査請求（以下、「第二回監査請求」という。）を行ったが、同五年一月一七日、同請求に理由がない旨の通知を受けた。Xらは、同年一月三〇日、第二回監査請求の監査結果を不服として、地方自治法二四二条の二第一項四号（平成一四年法律四号による改正前のもの）に基づき、同町に代位して、Y₁に対し、Xらの主張する適正時価と売却価格との差額九三二二万余円の損害を賠償するよう求めるとともに、Y₂に対し、同額の不当利得の返還を求める住民訴訟を提起した。

第一審判決は、第二回監査請求は第一回監査請求と同一の行為を監査対象とする不適法なものであり、本件訴えは、同法二四二条の二第二項一号に基づき、第一回監査請求の監査結果がXらに通知された日である同四年六月一六日から三〇日以内に提起されるべきところ、同期間を経過した同五年一月三〇日に提起されたことを理由に、Xらの訴えを不適法なものとして却下した。

Xらは、第一審判決を不服として控訴する一方で、第二審に訴えが係属中の同五年一月一九日、同町の住民Z（共同訴訟参加人）との連名で同町がY₁に対し損害賠償請求権を、Y₂に対し不当利得返還請求権ないし所有権移転登記の抹消登記請求権を行使し得るのに、これをしないのは、違法に財産管理を怠る事実^①に該当するとし、その是正を求める旨の第三回監査請求を行ったが、同年一月一七日、同請求却下の通知を受けた。そこでXらは、同法二四二条の二第一項四号所定の怠る事実に係る相手方に対する請求として、Y₁に対する損害賠償の請求、Y₂に対する不当利得返還の請求等を、当初からの控訴に追加し、Zは、Xらの新たな請求につき共同訴訟参加の申立をした。

第二審判決は、^③当初からの控訴については、第一審判決と同様の理由でこれを棄却し、新たな請求については、第

三回監査請求は第一回及び第二回監査請求と同一の事由を監査対象としており、一事不再議の原則の適用並びに同法二四二条二項所定の期間徒過により不適法であるから、第三回監査請求を前提とする新たな請求も不適法であるとしてこれを却下し、Zの請求については、同請求が第三回監査請求を前提とするものであるから、不適法であるとしてこれを却下した。これを不服として、Xら及びZは上告した。

最判昭和六二年は、「地方自治法（以下「法」という。）二四二条一項の規定による住民監査請求に対し、同条三項の規定による監査委員の監査の結果が請求人に通知された場合において、請求人たる住民は、右監査の結果に対して不服があるときは、法二四二条の二第一項の規定に基づき同条の二第二項一号の定める期間内に訴えを提起すべきものであり、同一住民が先に監査請求の対象とした財務会計上の行為又は怠る事実と同一の行為又は怠る事実を対象とする監査請求を重ねて行うことは許されていないものと解するのが相当である。所論は、先の監査請求と同一の行為又は怠る事実を対象とする監査請求であつても、新たに違法、不当事由を追加し又は新証拠を資料として提出する場合には、別個の監査請求として適法である旨主張するが、かかる見解は採用することができない。けだし、住民監査請求の制度は、普通地方公共団体の財政の腐敗防止を図り、住民全体の利益を確保する見地から、当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の違法若しくは不当な財務会計上の行為又は怠る事実について、その監査と予防、是正等の措置とを監査委員に請求する権能を住民に与えたものであつて、監査委員は、監査請求の対象とされた行為又は怠る事実につき違法、不当事由が存するか否かを監査するに当たり、住民が主張する事由以外の点にわたつて監査することができるできないとされているものではなく、住民の主張する違法、不当事由や提出された証拠資料が異なることによつて監査請求が別個のものになるものではないからである。また、住民監査請求の制度は、住民訴訟の前置手続と

して、まず当該普通地方公共団体の監査委員に住民の請求に係る行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は当該怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によつて予防、是正させることを目的とするものであると解せられるところ、法二四二条の二第一項は、『普通地方公共団体の住民は、前条第一項の規定による請求をした場合において、……裁判所に対し、同条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて次の各号に掲げる請求をすることができる。』と規定し、住民訴訟は監査請求の対象とした違法な行為又は怠る事実についてこれを提起すべきものとされているのであつて、当該行為又は当該怠る事実について監査請求を経た以上、訴訟において監査請求の理由として主張した事由以外の違法事由を主張することは何ら禁止されていないものと解せられる。したがつて、主張する違法事由が異なるごとに監査請求を別個のものとしてこれを繰り返すことを認める必要も実益もない」と判示し、本件第二回監査請求は、第一回監査請求の反復であつて不適法なものであるとした。

同一住民の同一対象に対する再度の住民監査請求の可否については、次の三つの説がある⁴⁾。

第一に、肯定説がある。これは、同一住民が同一内容の監査請求を繰り返し返したものであつても、適法な監査請求として取り扱うべきとする説である⁵⁾。その理由として、①住民監査請求について期間制限(二年)の規定はあるものの、回数制限についての規定はないこと、②住民監査請求制度においては、ある住民が監査請求をした後に、別の住民が全く同一内容の監査請求をすることが許されていること、③住民監査請求制度は、住民全体の利益擁護と財務運営上の妥当性・適法性確保という公益目的実現のため監査委員にその本来の職責を遂行すべきことを求めるものであり、民事訴訟や行政訴訟のように、当事者間の紛争を前提として、その紛争解決のための制度とは異なるので、当事者間

の紛争解決のための一事不再議の原則を適用すべきではないこと、④住民監査請求における監査結果は、当該行為の妥当性・適法性を確定するものではなく、一事不再議の適用を認めて法的安定性を図る必要がないこと、⑤同一人による再度の監査請求を認めても、同法二四二条二項の定める監査請求期間の制限があり、多くの場合について実害がほとんどないことなどを挙げている。^⑥

この肯定説に対しては、地方自治法が住民訴訟について出訴期間の規定を設けた趣旨に反するなどといった批判がある。^⑦また、肯定説については、住民監査請求期間の適用があるとはいえ、例外なく再度の監査請求を認めると、全く同一内容の監査が繰り返し請求され、時間と労力を空費し実益が伴わず、あまりにも無駄な繰り返しを容認する点で、ひいては監査の効率性を阻害するという点で大きな問題がある。したがって、例外のない再度の住民監査請求は認めるべきではない。

第二に、否定説がある。これは、違法・不当事由の異同性や証拠資料の新奇性にかかわらず、再度の住民監査請求は一律にできないとする説である。^⑧最判昭和六二年は、否定説を採用したとされる。^⑨その理由として、①監査委員は住民の請求に基づく監査にあたり、その自主的判断によって住民が主張する事由以外の点にわたって調査し監査することができするため、そのような弾力的な監査が行われる以上、異なる違法・不当事由や新たな証拠資料が提出されたからといって、第一回監査と異なる内容の監査が行われるわけではないこと、②住民訴訟を提起するときは、監査対象たる行為又は怠る事実との一定の同一性が要請されることは事実であるが、違法事由については監査請求において挙げたもの以外の事由を住民訴訟において新たに主張できると解されるため、主張する違法事由ごとに別個の監査請求になるとして再度の監査請求を認める必要も実益もないこと、③地方自治法が住民訴訟について出訴期間を規定し

た趣旨は、住民訴訟の対象となる行為の多くは私法上の行為であるが、いつまでも争える状態にしておくことは、取引の安全を図るうえからも、行政運営の安定性を確保するうえからも、適当でないという趣旨であると解されているため、同一住民から同一内容の監査請求を繰り返すことを認めると、その趣旨を没却することになることなどを挙げている¹⁰⁾。したがって、主張する違法事由が異なるごとに監査請求を別個のものとし、これを繰り返すことを認める必要がないとする説である。

前記最判昭和六二年も含め、この否定説に対して、学説上、次のような批判がなされている。

- (1) 「監査委員があらゆる論点を審査してくれず、住民があとで有効な攻撃方法に気づいた場合には、住民にも一度主張させる実益がある。特に、事態が進行形の場合、契約をした段階ではその差止、その履行があつたら、無効・返還請求、それも無理になつたら市町村長などに対する損害賠償請求と、進展状況に応じて新しい監査請求をする意味がある¹¹⁾」。住民がその主張を監査請求で排斥された後、監査請求できる別個の理由に気付いた場合、監査請求を再度行うか、住民訴訟を提起するかを選択に立たされるが、訴訟の提起は住民にとって大変な負担となるため、なるべくは監査請求を行おうと考えるのが通常であり、それは簡易な行政内部の是正手段である住民監査請求の趣旨にも合致する。住民は一度監査請求を行ったならば、訴訟を提起すべきであるとする最判昭和六二年の考え方は、「監査請求を形だけ通過すれば、あとは全部裁判所で処理しなさい」という発想で、監査請求の機能と意義をいかにも減殺する考えである¹²⁾。最判昭和六二年は、「制度の実際の運用や機能に対する配慮がたりない。その射程範囲を限定していくことが必要である¹³⁾」という見解が示されている。

- (2) 住民監査請求にも期間制限があるため、「仮に同一人に繰り返しを禁じても他の者がなしうることからすると、

尻抜けになりうること、また、同一人の繰り返しも、右期間の定めにより、野放しにならないこと¹⁴」などの理由を挙げて、最判昭和六二年の射程範囲を限定的に解するべきであるとの見解がある。

(3) 最判昭和六二年は、住民監査請求と住民訴訟の関係について、住民は監査請求の段階で主張し得えなかつた違法事由を訴訟において主張することができると判示するが、このことは新たな主張や証拠資料が存在していても、再度の監査請求を否認することによって、訴訟を強制することになる。訴訟の場合でしか争えないというのでは、必ずしも住民にとって本意ではないという見解がある¹⁵。

(4) 住民だけでなく、地方公共団体等にとつても、住民監査請求の段階で早期に解決できることを欲する場合があります、いずれにしても、最判昭和六二年は、住民監査請求制度を軽視する結果となつているという見解がある¹⁶。

否定説については、監査委員の対応の仕方が不十分かつ簡略なことが多いという事情から、必ずしも監査委員が住民の主張する事由について監査するとは限らない点、さらには、住民にとって監査請求の時点で主張して解決を図つておく方が、住民訴訟に移つて却下されるよりも訴訟費用の負担を軽減できる点などを考慮すると、否定説は妥当とはいえない。否定説のように、実益がないとして再度の住民監査請求を一切否定してしまうよりも、できる限り行政機関内部において問題を解決できることが望ましい¹⁸。

第三に、制限的肯定説がある。これは、違法・不当事由が異なつたり、新たな証拠資料の提出がある場合には、再度の監査請求が許されるとする説である¹⁹。その理由として、①住民監査請求において、一旦監査結果が出された後に、新たな違法・不当事由ないし新証拠が発見され、当初の監査結果と異なる判断が下される客観的可能性が生ずれば、事情変更の原則によつて、その新たな違法・不当事由ないし新証拠を資料として再度の住民監査請求が許される

こと、②監査の実際の運用として、監査委員は、請求人の主張しない違法事由についてまで全てを検討しているわけではないという実情があることなどを挙げている。

制限的肯定説においては、住民監査請求同士における同一性の認定基準の違いから、厳格説と緩和説とがある⁽²⁰⁾。厳格説は、同一住民に関する限り、原則として監査請求の繰り返しを許さないとし、監査請求同士の同一性を厳格に解するものである。これは、監査委員の監査結果が出された後、事実関係や権利関係等が変化したため、先の監査結果が現時点では変更され得る場合とか、不適法却下の後の適法な監査請求の場合とか、監査請求時に求めた措置とは別個の、新たに必要な措置を要求する場合に限定する説である。これに対して、緩和説は、主張する違法事由が異なれば再度の監査請求は、これを適法として緩やかに解する説である。

ちなみに、行政実例では、同一住民より同一事件について同一内容の再監査請求を行うことはできないとされ、また、最初の監査請求の内容以外の新たな内容を加えて再監査請求をしてきた場合には、新たに追加された内容に係る請求が別個の監査請求と認められるときは、監査をしなければならないとされる。その意図は、個々の事案ごとに、監査請求が別個のものであるか否かを判断していかうとするものではないかと推測されている⁽²¹⁾。

このようにみると、住民監査請求が、簡易・迅速な請求手続をとり対審構造を採用していないという点での住民訴訟との違い、監査請求期間の存在等の住民監査請求における手続的特徴の点から、否定説はもとより、同一住民による再度の監査請求を原則認めないという厳格説をとることは、むしろ住民による監査請求の可能性を狭めるものとして妥当ではない。したがって、再度の住民監査請求は制限的ではあるが、緩やかにその許容範囲を決めるべきものである⁽²²⁾。

(1) 最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二二頁参照。

本判決については、木佐茂男「最新判例批評」判例評論三四五号三四頁以下、野村善史「実務演習 同一人による同一の監査請求」自治実務セミナー二六卷九号六二頁以下、北崎秀一「地方自治関係判例紹介」地方自治四七九号一三三頁以下、田中館照橋「判例評釈」法令解説資料総覧六六号一二八頁以下、石川善則「時の判例」ジュリスト八八九号七四頁以下、西鳥羽和明「判例解説」判例地方自治四〇号二九頁以下、鈴木庸夫「判例解説」『昭和六二年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊六七七号三二〇頁以下、石川善則「最高裁判所判例解説」法曹時報四二卷六号一三九頁以下、石川善則「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和六二年度』（法曹会、平成二年）六八頁以下、阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟⑤』」判例評論四二七号一九頁以下、金子昇平「判例解説」『地方自治判例百選（第三版）』別冊ジュリスト一六八号一五六頁以下、正木宏長「判例解説」『地方自治判例百選（第四版）』別冊ジュリスト二一五号一五七頁、岡森識晃「判例解説」『行政判例百選Ⅰ（第七版）』別冊ジュリスト二三五号（平成二九年）二六二頁以下参照。

(2) 新潟地判昭和五六年六月二九日民集四一卷一号一三九頁参照。

(3) 東京高判昭和五七年八月三二日民集四一卷一号一五二頁参照。

(4) この点については、藤原淳一郎「行政判例研究」自治研究六〇巻七号一四二頁以下、北崎・前掲「地方自治関係判例紹介」一一八頁以下、木佐・前掲「最新判例批評」三五頁以下、石川・前掲「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和六二年度』七六頁以下、西鳥羽・前掲「判例解説」三〇頁以下、阿部・前掲「判例総合研究『住民訴訟⑤』」二〇頁以下、森木田邦裕「判例解説」行政判例研究会編『平成一〇年行政関係判例解説』（ぎょうせい、平成一二年）二五四頁以下、細川俊彦「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」金沢法学四四卷二号六六頁以下、友岡・前掲「住民監査請求制度の法理」二一四頁以下、正木・前掲「判例解説」一五七頁参照。

同一の住民から、同一の財務会計上の行為又は怠る事実について監査請求が繰り返された場合、第二回目以降の監査請求も適法であるとする、当該行為又は当該怠る事実に係る住民訴訟の提起は、最後の監査請求に対する監査結果の通知があった日から三〇日以内であれば適法ということになる。これに対し、第二回目以降の監査請求が不適法であるとするならば、その

出訴期間は、最初の監査請求に対する監査結果の通知があった日から三〇日以内ということになる。

(5) 裁判例としては、秋田地判昭和五六年五月二五日判例時報一〇三六号六二頁、秋田地判昭和五八年一〇月二八日判例住民訴訟一四一〇頁がある。

(6) 北崎・前掲「地方自治関係判例紹介」一一八―一九頁、野村・前掲「判例解説」四四頁参照。

(7) 石川・前掲「判例解説」七八―七九頁参照。

(8) 裁判例としては、最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二二頁がある。

(9) 鈴木・前掲「判例解説」三二二頁、石川・前掲「判例解説」七九―八〇頁、石川・前掲「時の判例」ジュリスト八八九号七五頁参照。

(10) 最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二二頁参照。

最判昭和六二年は一事不再理の法理を適用した例とされることがあるが、同判決に対し、学説においては、一事不再理の法理の適用についての批判や、場合によっては再監査請求が許容されるべきであるとの批判が存在する（木佐・前掲「最新判例批評」三五頁以下、西鳥羽・前掲「判例解説」三二頁、金子・前掲「判例解説」一五七頁、正木・前掲「判例解説」一五七頁、岡森・前掲「判例解説」二六三頁参照）。

(11) 阿部・前掲「判例総合研究『住民訴訟⑤』」一二二頁。

(12) 同二三頁。

(13) 同二三頁。

さらに、阿部泰隆『行政法再入門（下）（第二版）』（信山社、平成二八年）八〇―八一頁によると、住民は監査請求を期限内に行おうとするためには、その端緒を何か発見したなら、十分な証拠がなくても、とりあえず監査請求を行うが、簡単な監査請求はすぐに却下される。そして、その間に情報公開等により証拠を入手して再度監査請求を行うと、同一住民が、同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象として、再度の監査請求を行うことは許されないと判例（前記最判昭和六二年）が適用される。「監査請求をすることが自由選択主義としているのであればまだしも、監査請求前置主義のもとでこのような

厳しい制約をおく理由があるのか」と疑問を呈している。

(14) 藤原淳一郎「行政判例研究」自治研究六〇巻七号一四四頁。

(15) 鈴木・前掲「判例解説」三三二頁、金子・前掲「判例解説」一五七頁参照。

最判昭和六二年に対しては、住民監査請求で主張した事由以外の違法事由をその後の住民訴訟で主張できるとしても、空洞化しつつある住民監査請求を是認してしまふ効果が懸念される（鈴木・前掲「判例解説」三三二頁参照）。

(16) 加藤・前掲「監査請求前置主義」八四頁参照。

(17) 木佐・前掲「最新判例批評」三六頁参照。

(18) 阿部・前掲「判例総合研究『住民訴訟』」二二―二三頁、友岡・前掲「住民監査請求制度の法理」二二四頁参照。

(19) 裁判例としては、神戸地判昭和五六年六月一二日行裁例集三三巻六号九〇六頁、山口地判昭和五九年九月一三日判例タイムズ五三八号一四一頁、東京地判平成五年二月二五日判例タイムズ八五九号一七九頁がある。

例えば、東京地判平成五年二月二五日判例タイムズ八五九号一七九頁は、臨海副都心開発計画の一環として、東京都港湾局長が進出企業との間で都有地につき賃貸借契約を締結することの差止めを求める住民監査請求に対し、監査委員が、同計画に關する予算の執行が凍結されているため、当該契約が締結されるか否かが未だ不確定であるとし、同監査請求を不適法なものとして却下したところ、その後、関係経費の予算執行の凍結が解除されるとともに、臨海副都心開発事業会計補正予算が可決されたことから再度行われた当該契約の締結の差止めを求める監査請求につき、「先の監査請求が、その時点では監査請求の対象となる行為等がなされることが相当の確実さをもって予測されない等の事情があるため、監査委員による実体的な監査がされることなく不適法として却下されたような場合には、その後の事態の成熟をまって再度監査請求を行う必要と利益が認められるものというべきであるし、また、このような場合に再度の監査請求を認めることとしても、……再度の監査請求を禁ずる法の趣旨に抵触する点はないものと考えられる。したがって、右のような事由が認められる場合に限っては、再度の監査請求を行うことが例外的に許される」と判示する。

ちなみに、代金についての支出命令や支出がなされる前に売買契約の違法を主張する住民監査請求がなされた場合には、そ

の時点で現に存在している契約のみを対象として理解することができるため、改めて支出命令や支出を対象とする監査請求をすることも可能と解すべきである。このように解することによって、債務負担行為についての住民監査請求時には未だ発生していなかった支出命令や支出に固有の違法事由を監査請求の理由とすることが可能となり、再度の住民監査請求を認める実益も肯定できる（藤山雅行「基本行為に対する住民訴訟と派生行為に対する住民訴訟との関係」大藤敏編『現代裁判法大系第二八巻 住民訴訟』（新日本法規出版、平成十二年）一三五―一三六頁参照）。

(20) この点については、藤原淳一郎「行政判例研究」自治研究六〇巻七号一四三頁以下参照。

(21) 北崎・前掲「地方自治関係判例紹介」一二〇―一二二頁参照。

(22) 藤原・前掲「行政判例研究」一四四頁、友岡・前掲「住民監査請求制度の法理」二一五頁参照。

西鳥羽・前掲「判例解説」二九頁は、「有意味な新たな証拠資料の発見・作成等によって第一回監査請求と異なる展開が期待できそうな同一住民による再監査請求には、やはり一定の門戸を開いておくのが望ましい」としている。

四 適法な監査請求が却下された場合の再監査請求

監査委員が適法な住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該監査請求を行った住民は、適法な住民監査請求を経たとして直ちに住民訴訟を提起することができるという点については、判例・学説上、特に異論はみられない。⁽¹⁾ これに対し、当該住民が直ちに住民訴訟を提起することなく、再度の住民監査請求を行うことの可否については、判例・学説上、あまり明確に論じられてこなかった問題であった。

適法な監査請求が却下された場合の再監査請求の許容性に関する最高裁判決としては、最高裁平成一〇年一二月一八日判決⁽²⁾（以下、「最判平成一〇年」という。）がある。本件は、加須市の住民であるXらが、市長Yを相手として、市

に代位して行った、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づく損害賠償を請求する住民訴訟事件である。そこでの論点は、適法な住民監査請求が不適法であるとして却下された場合に、再度の住民監査請求が許容されるか否かである。

本件事案の概要は、次のとおりである。Yは市長として、公金を支出し、小学校の分離校を建設した。住民Xらは、平成八年六月二八日、市監査委員に対し、表題として「中学校の分離校は建設する必要があったのかの監査請求書」、理由として「分離校を三一億円の公金を投じて建設する必要はなかったと考えられる。故に分離校建設は正当であったのかの監査を請求する」と、それぞれ記載した住民監査請求（以下、「第一回監査請求」という。）を行った。これに対し、市監査委員会は、同年七月一三日、Xらの監査請求は一般的な行政運営を対象としており不適法であるとして、これを却下した。このため、Xらは、同年八月一二日、市監査委員に対し、表題として「分離校は建設する合理的理由があったのかの監査請求書」、請求理由として「三五学級、一四〇〇人迄対応出来る規模の用地面積があるのであるから……分離校を三一億円の公金を投じて建設する必要はなかったと考える。故に分離校建設は正当であったのかの監査を請求する」と記載した住民監査請求（以下、「第二回監査請求」という。）を行った。しかし、この監査請求も、同年九月五日、第一回監査請求と請求人及び対象となる監査請求の内容が同一であるとの理由で、一事不再理の原則により却下された。そこで、同年一〇月三日、Xらは本件訴えを提起した。

第一審判決は、^③第一回及び第二回の監査請求ともに財務会計上の行為を対象とする適法な監査請求といふべきであるが、第二回監査請求は、同一人が第一回監査請求におけると同一の行為を対象とする監査請求を重ねて行っており不適法であるので、本件訴えに関する出訴期間は、第一回監査請求を基準としてこれを決定すべきであるとした。そ

して、第一回監査請求は、監査委員による監査又は勧告が行われていない場合となるので、その出訴期間は、同法二四二条の二第二項二号により、右監査請求を行った日から六〇日を経過した日から三〇日以内（平成八年九月二六日まで）となるところ、本件訴えは一〇月二日に提起されており出訴期間を徒過しているから、不適法であるとした。

第二審判決も、同一の財務会計上の行為について二回にわたって監査請求がなされた場合には、その出訴期間は、⁴前の監査請求を基準として起算すべきであり、第一審判決を支持して、控訴を棄却した。

これに対して、最判平成一〇年は、「監査委員が適法な住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該請求をした住民は、適法な住民監査請求を経たものとして、直ちに住民訴訟を提起することができるのみならず、当該請求の対象とされた財務会計上の行為又は怠る事実と同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象として再度の住民監査請求をすることも許されるものと解すべきである。住民監査請求の制度は、住民訴訟の前置手続として、まず監査委員に住民の請求に係る財務会計上の行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によって予防、是正させることを目的とするものであると解される。そして、監査委員が適法な住民監査請求により監査の機会を与えられたにもかかわらずこれを却下し監査を行わなかったため、当該行為又は怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によって予防、是正する機会を失した場合には、当該請求をした住民に再度の住民監査請求を認めることにより、監査委員に重ねて監査の機会を与えるのが、右に述べた住民監査請求の制度の目的に適合すると考えられる。また、監査委員が住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該請求をした住民が、却下の理由に応じて必要な補正を加えるなどして、当該請求に係る財務会計上の行為又は怠る事実と同一の行為又は怠る事実を対象とする再度の住民監査請求に及ぶこ

とは、請求を却下された者として当然の所為といふことができる。そうであるとすれば、当初の住民監査請求が適法なものであるため直ちに住民訴訟を提起することができるとしても、当該請求をした住民が住民訴訟を提起せずに再度の住民監査請求に及んだ場合に、右請求が当初の請求とその対象を同じくすることを理由に不適法であるとするのは、出訴期間等の点で当該住民から住民訴訟を提起する機会を不当に奪うことにもなつて、著しく妥当性を欠くといふべきである」と判示した。

さらに、「監査委員が適法な住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該請求をした住民が提起する住民訴訟の出訴期間は、法二四二条の二第二項一号に準じ、却下の通知があつた日から三〇日以内と解するのが相当である」と判示した。

再度の住民監査請求の許容性について否定説の立場を明確にした最判昭和六二年に対し、最判平成一〇年は再度の住民監査請求を適法なものとした。ここに両最高裁判決の違いが問題となる。^⑤

最判平成一〇年は、「監査委員が適法な住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該請求をした住民は、適法な住民監査請求を経たものとして、直ちに住民訴訟を提起することができるのみならず、当該請求の対象とされた財務会計上の行為又は怠る事実と同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象として再度の住民監査請求をすることも許されるものと解すべきである」と判示し、否定説から緩和された立場をとるものとして注目される。実際、最判平成一〇年は、その判旨からは明らかではないものの、一律に否定する否定説ではなく、制限的肯定説のうち厳格説に立ったものと解される。^⑥再度の住民監査請求を認める理由について、最判平成一〇年は、①住民監査請求制度が、地方公共団体内部に設けられた監査委員による自治的・内部的処理によつて、請求に係る財務会計上の行為や怠

る事実の違法・不当を予防・是正することにあるから、適法な住民監査請求に対して、これを誤って不適法と判断して実質的な監査が行われなかった場合には、監査委員に重ねて監査の機会を与えることが制度の趣旨に適合すること、②住民監査請求を不適法として却下された住民が、却下の理由に応じて必要な補正を行って、改めて住民監査請求を行おうとすることは、通常の行動と考えられるが、これを再度の監査請求であることのみを理由に許さないとすれば、出訴期間等の点で、その後の住民訴訟を提起する機会が奪われる結果を招くこともあり、妥当性を欠くことを挙げている。

最判昭和六二年は、第一回目に住民が適法な監査請求を行ったが、監査委員が請求理由のない旨の監査結果を出したために再度の監査請求を行ったという事案であった。一方、最判平成一〇年は、住民が第一回目に適法な監査請求を行ったにもかかわらず、監査委員が誤って不適法であるとしてこれを「却下」したことから、住民が再度の監査請求を行ったという事案であった⁷⁾。つまり、両判決とも監査請求は複数回行われたことに違いはないが、最判昭和六二年は、適法な監査請求が二度行われた事案として監査委員は重複した内容を審査したのに対し、最判平成一〇年は、そもそも最初の監査請求に対し審査が全く行われなかったことにより第二回目がいわば「初めての」監査請求とした点で、実質的には、事案を異にするものといえる。この理解からすると、最判昭和六二年は、「監査の結果の通知が請求人に通知された場合」には再度の監査請求を認めていないという中に、監査委員の実体判断が行われずに「却下」された最判平成一〇年のような場合は含まないとして両判決を整合的に解することが可能であり、この場合、最判平成一〇年は、最判昭和六二年の射程外での事案を扱ったものとして両判決を区別することができる⁸⁾。

最判平成一〇年は、適法な住民監査請求が不適法として却下された場合の再度の住民監査請求について、適法な住

民監査請求を経たものとして直ちに住民訴訟を提起することができるだけでなく、再度の住民監査請求を行うことも許されるとの判断を示しており、却下とその後の再住民監査請求の関係を手続法的に整理したものと評価できる。⁹⁾

こうして、適法な住民監査請求が誤って不適法なものとして却下された場合には、当該住民は直ちに住民訴訟を提起することもできるし、再度同一の財務会計行為等を対象として住民監査請求を行うこともできることとなった。¹⁰⁾

しかしながら、一方で、適法な住民監査請求について、監査委員が実質的な判断をしたうえで、監査結果の通知ではなく「却下」の通知をした場合は、住民は、住民訴訟を提起する方法しかないと解される。この場合に、仮に再度同一の財務会計行為等を対象として住民監査請求を行っても、重複の監査請求として却下され、住民訴訟の出訴期間は第一回目の住民監査請求のときから起算されることになる。したがって、住民側からすると、同じ「却下」通知でありながら、監査委員が実質的な判断をした場合とそうでない場合とを区別して、住民監査請求又は住民訴訟のいずれを選択するべきかを自らの責任で決定しなければならなくなり、これによって第二回目の住民監査請求をする住民は少なくなるとされる。¹¹⁾ この点について、この場合の住民は、住民訴訟を選択する方向に動くことが予想され、結果として住民訴訟のために住民監査請求があるという現状を追認することになり、住民監査請求前置主義の趣旨からますます離れることになる。最判平成一〇年の事案のような場合には、監査請求の要件審査の厳格さにもバラツキがあるのではないかと推測されることから、判断のリスクを住民に負わせるのは適切ではなく、形式的に住民監査請求が不法なものとして却下された場合には再度の住民監査請求が行えると解するべきである。¹²⁾

- (1) 内田義厚「判例解説」『平成一一年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一〇三六号三二八頁、西川知一郎「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成一〇年度(下)』(法曹会、平成一三年) 一〇六七頁参照。
- (2) 最判平成一〇年一月一八日民集五二卷九号二〇三九頁参照。
本判決については、西川知一郎「時の判例」ジュリスト一五二号一五七頁以下、野村武司「判例解説」『平成一〇年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一一五七号四四頁以下、伴義聖・大塚康男「はんれい最前線」判例地方自治一八七号五頁以下、人見剛「時の判例」法学教室二二七号一〇六頁以下、西川知一郎「最高裁判所判例解説」法曹時報五一卷二二号二二〇頁以下、森木田邦裕「判例解説」行政判例研究会編『平成一〇年行政関係判例解説』(ぎょうせい、平成一二年) 二五四頁以下、内田義厚「判例解説」『平成一一年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一〇三六号三二八頁以下、西川知一郎「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成一〇年度(下)』(法曹会、平成一三年) 一〇六三頁以下、藤原静雄「判例批評」民商法雑誌二二二卷六号八六頁以下、西川知一郎「判例解説」『最高裁判所の判例 I 公法編』ジュリスト増刊(平成一五年) 三〇一頁以下、荏原明則「判例解説」『地方自治判例百選(第四版)』別冊ジュリスト二二五号(平成二五年) 一六二頁以下参照。
- (3) 浦和地判平成九年四月二日民集五二卷九号二〇五六頁参照。
- (4) 東京高判平成九年一月一三日民集五二卷九号二〇六二頁参照。
- (5) この点については、友岡・前掲「住民監査請求制度の法理」二二五頁以下参照。
- (6) 最判平成一〇年以前にも、「不適法却下」の再度の住民監査請求を認容する裁判例として、東京地判平成五年二月二五日判例タイムズ八五九号一七九頁、東京地判平成六年五月二四日判例タイムズ八六〇号一四八頁がある。
- (7) 西川・前掲「判例解説」一〇六七頁以下参照。
- (8) 西川知一郎「時の判例」ジュリスト一五二号一五七―一五八頁、野村武司「判例解説」『平成一〇年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一一五七号四五頁、伴義聖・大塚康男「はんれい最前線」判例地方自治一八七号七頁、西川・前掲「判例解説」一〇六八頁参照。

最判昭和六二年の位置付けについては見解の相違があるが、最判平成一〇年は、最判昭和六二年の射程外であると考えられる。

(9) 野村・前掲「判例解説」四五頁参照。

加えて、最判平成一〇年は、①監査請求が適法であると判断される場合、適法な監査請求がなされたものとして住民訴訟を直ちに提起できるとする一方、監査請求の却下が請求要件に係る形式審査であり、実体審査を経ていない点に着目し、実体審査を求める点で利益があるとして再度の監査請求を適法なものとする。また、②不適法と判断される場合についても、補正等を加えて再度の住民監査請求に及ぶことは、請求を却下されたものとして当然の所為として、再度の監査請求を適法とする。いずれにせよ、実体的な判断が下された場合に、その法的安定性を図る一事不再理とは一線を画し、住民監査請求における住民の手続法上の地位の保護の観点から判断をしている点に特徴がある(野村・前掲「判例解説」四五頁参照)。

(10) 西川・前掲「判例解説」一〇七〇—一〇七一頁によれば、「本件のように、住民が客観的に適法な住民監査請求を行ったにもかかわらず、監査委員が不適法であるとしてこれを却下し、監査を行わなかったため、同一住民が、却下の理由に応じて必要な補正を加え、あるいは、監査委員の再考を求めるなどして、再度の住民監査請求を行うことは、請求期間の制限に関する地方自治法二四二条二項の要件を始め、住民監査請求についての他の適法要件を満たす限りにおいて、適法として許されるものと解すべきであろう。もつとも、適法な住民監査請求が不適法であるとして却下された場合、当該請求をした住民は、住民訴訟を提起するに先立って再度の住民監査請求をしなければならず、直ちに住民訴訟を提起することはできないとまで解するのは、相当ではなからう。なぜならば、監査請求前置の要件との関係では、当該住民は適法な住民監査請求をしたことにより、住民としてなすべき義務を尽くしているのであって、当該請求が監査にまで至らなかったのは、専ら監査委員の請求の適否に関する誤った判断に起因するものであり、また、事案によつては、再度の住民監査請求を受けた監査委員においてこれを適法なものとして監査を行うことが事実上期待できない場合も考えられるのであるから、監査委員の誤った判断により却下の通知を受けた請求人に対して常に再度の住民監査請求を強いるのは問題であり、請求人に直ちに住民訴訟を提起するみちをも認める方が実質的見地からしても妥当と考えられるからである。……適法な住民監査請求が不適法であるとして却下された場

合については、適法な住民監査請求を経たものとして、直ちに住民訴訟を提起することを認めるのが、これまでの裁判例の一致した扱いでもある。したがって、適法な住民監査請求が不適法であるとして却下された場合、当該請求をした住民は、再度の住民監査請求を行った上住民訴訟を提起するか、あるいは再度の住民監査請求を行わずに直ちに住民訴訟を提起するかの選択権を有するもの」と解している。

(11) 伴・大塚・前掲「はんれい最前線」七頁、大藤敏「適法な監査請求の不適法却下と出訴期間の起算日」大藤敏編『新版裁判住民訴訟法』（三協法規出版、平成一七年）二六八頁参照。

(12) 藤原静雄・前掲「判例批評」九二頁、碓井光明『要説住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（学陽書房、平成一四年）六三頁参照。

本件の原審判決は、請求の適法性について実質的に捉えて、①適法と判断される場合は監査請求を経たもの（請求棄却）として取り扱い、再度の住民監査請求には一事不再理が適用されて不適法であるが、住民訴訟は直ちに提起できる、②不適法と判断される場合は適法な監査を経っていない場合として取り扱っている。

しかし、このように解すると、適法な監査請求を経ないことを理由に住民訴訟が不適法となることをおそれて、住民が再度の監査請求に及んだとき、当初の監査請求を含めて適法であったと判断されると、一事不再理の問題が生じ、その結果、出訴期間の徒過を理由に住民訴訟が不適法なものとされ、逆に、出訴期間を徒過することをおそれて直ちに住民訴訟を提起しても、住民監査請求が不適法であったと判断されれば、その点において訴訟が不適法なものとなり、住民の負うリスクは大きいことが指摘されている（野村・前掲「判例解説」四五頁、荏原・前掲「判例解説」一六二頁参照）。

五 監査手続が不適法な場合の再監査請求

前記の最判平成一〇年が、適法な住民監査請求が不適法として却下され監査が行われなかった場合であるのに対し

て、監査は行われたが、手続的な違法があった場合の再度の住民監査請求に関する最近の裁判例としては、東京地裁平成二五年一〇月一五日判決^①（以下、「平成二五年判決」という。）がある。これは、適法な住民監査請求が棄却された後、地方自治法二四二条における意見陳述の機会の付与がなされなかったとして再度の住民監査請求を行ったが、不適法なものとして却下された事案である。

本件事案の概要は、次のとおりである。青ヶ島村は、村の産業振興を図り村民生活を向上させることを目的として、塩の生産、販売等の事業（本件製塩事業）を行ってきた。Yは、青ヶ島村長として、本件製塩事業について、Aに対し無償で流動資産のみを譲渡する譲渡契約を締結するという議案を村議会定例会に提出し、上記議案は可決された。そこで、Yは村長として、Aとの間で、譲渡契約を締結し（本件譲渡契約）、本件製塩事業をAに無償で譲渡した。

住民Xらは、平成二三年三月三〇日、在庫となっている塩等の評価額は、約三〇〇〇万円となるところで、青ヶ島村は、これを無償で譲渡し、失うこととなるなどとして、住民監査請求（以下、「本件第一回請求」という。）を行った。

これに対し、監査委員Bは、監査を行うにあたっては請求人に陳述の機会を与えなければならない（地方自治法二四二条六項）にもかかわらず、Xらに陳述の機会を与えることなく、平成二三年五月二四日付けで、Xらの監査請求を棄却した。

Xらは、平成二三年六月二四日、本件第一回請求とほぼ同じ内容の住民監査請求（以下、「本件第二回請求」という。）を行った。同請求に係る請求書には、監査委員は、請求人に対して、同法二四二条六項に基づき意見の陳述をする機会を必要的に与えなければならぬ旨の記載があった。これに対し、Bは、平成二三年八月二三日付けで、Xらは同年三月三〇日に同様の趣旨の請求をし、同年五月二四日付けで請求を棄却されているとして、Xらの住民監査請求を

不適法なものであるとして却下した。

住民Xは、平成二三年九月二一日、同村の村長が本件譲渡契約を締結した行為は違法なものであると主張して、Yに対し、同法二四二条の二第一項四号に基づき、前記行為により村が被った損害金等を村に支払うことを請求するよう求め、本件訴えを提起した。

本件事案の争点は、本件第二回請求が再度の住民監査請求として適法なものか否かであり、本件訴えが、本件第一回請求に係る監査の結果の通知があった日から三〇日以内という出訴期間内に提起された適法なものか否かである。⁽²⁾

平成二五年判決は、「地方自治法二四二条六項が、『監査委員は、(略) 監査を行うに当たっては、請求人に(略) 陳述の機会を与えなければならない。』として、住民監査請求の請求人に陳述の機会を与えることを必要なものとして規定しているのは、請求人に監査の手續に関与する機会を与え、監査の結果の適正さのみならず、監査の手續の公正さをも図る趣旨であると解される。しかるに、同項に違反して、監査委員が請求人に陳述の機会を与えることなく、住民監査請求を理由がないとして棄却した場合には、陳述の機会を与えられることがなかった請求人が、陳述の機会の付与を求めて、当該請求に係る財務会計上の行為又は怠る事実と同一の行為又は怠る事実を対象とする再度の住民監査請求に及ぶことは、陳述の機会を与えられることなく請求を棄却された請求人の行為として十分に考えられるものといふことができる。そして、上記の場合において、請求人が陳述の機会を失したことを理由として再度の住民監査請求をしたときは、再度の監査を行った上、請求人に陳述の機会を与えることが、同項の趣旨及び住民監査請求制度の目的に適合するものと考えられる。そうすると、陳述の機会を与えられなかった請求人が、直ちに住民訴訟に係る訴えを提起せずに、陳述の機会を与えられなかったことをも理由として再度の住民監査請求に及んだ場合に、再度

の住民監査請求が当初の住民監査請求とその対象を同じくすることを理由に不適法であるとするのは、出訴期間等の点で当該請求人から住民訴訟に係る訴えを提起する機会を不当に奪うことにもなつて、著しく妥当性を欠くというべきである。したがつて、住民監査請求の請求人が地方自治法二四二条六項に基づく陳述の機会を与えられることなく住民監査請求を理由がないとして棄却された場合、当該請求人が、そのことを理由として再度の住民監査請求をすることは妨げられないと解することが相当である」とした。

そのうえで、「原告らは、本件第一回請求において、地方自治法二四二条六項に基づく陳述の機会を与えられず、そのことをも理由として、本件第二回請求に及んでいるのであるから、本件第二回請求の内容が本件第一回請求とほぼ同じ内容のものであつたとしても、適法なものであると解すべきである。……以上によれば、本件第二回請求は、適法なものであり、本件訴えは、その住民監査請求についての監査の結果の通知があつた日から三〇日以内という出訴期間が経過する前にされた適法なものである」と判示した^③。

本件事案のように、住民監査請求が棄却されているものの、その監査手続に瑕疵があつた場合において、適法な住民監査請求が不適法として却下された場合と同様に考え、再度の住民監査請求が許されるのか、あるいは、一応は監査がなされ、当該地方公共団体の財務会計上の行為又は怠る事実の違法・不当を予防・是正する機会が与えられているから、再度の住民監査請求を行うことは許されないと解すべきか否かについて、これまで裁判例はほとんどなかった^④。

この点について、平成二五年判決は、同法二四二条六項が住民監査請求人に意見陳述の機会を与えることを必要的なものとして規定しているのは、監査結果の適正性のみならず、監査手続の公正性をも図る趣旨であると解したうえ

で、請求人に意見陳述の機会が与えられることなく住民監査請求が棄却された場合、そのことを理由として再度の住民監査請求を行うことは妨げられず、再度の住民監査請求が適法なものである旨を判示した。

このように、平成二五年判決は、意見陳述の機会を定めた同法二四二条六項の趣旨を明確にするとともに、これまでに明らかでなかった問題についての判断を示した点において意義がある。^⑤

また、住民訴訟について出訴期間が設けられている趣旨は、住民監査請求の対象となる行為について、いつまでも争うことができる状態にしておくことは法的安定性の見地から好ましいことではないので、これをなるべく早く確定させようとするところにあるとされる。ところが、本件においては、監査の手續に瑕疵が生じたこともあり、この趣旨に反し、紛争が極めて長期化してしまっている。監査の手續に瑕疵が生じることがないような措置を講じておくことが必要であり、監査委員が十分に監査の手續を理解しておくことが重要とされる。^⑥

ちなみに、再度の住民監査請求に関する近年の裁判例として、福岡地裁平成二六年一月一〇日判決がある。^⑦同判決は、町と証券会社との間で締結された各仕組債購入契約を解約して解約価格を回収することなどを怠る事実等が違法であることの確認を求める住民訴訟において、各仕組債購入契約に関し先に四回にわたり監査請求がなされた後、改めて監査請求がなされた事案について、「先の住民監査請求の対象とされた怠る事実と同一の怠る事実の違法性を問題として再度の住民監査請求がされた場合に、その違法性を基礎づける社会的事情が、当該怠る事実の評価が変わるほど大きく変化した場合に、住民監査請求の対象の同一性が失われることがあると解する余地があるとしても、監査委員は、住民監査請求の対象とされる行為又は怠る事実につき違法、不当事由が存するか否かを監査するに当たり、住民が主張する事由以外の点にわたって監査することができるとされていることからすれば、先の住民監査請求にお

いて、当該社会的事情の変化が将来的なものとしても主張され、監査委員がこれをも考慮した上で判断をしたといえる場合には、実際に生じた変化が先の住民監査請求の際に判断の前提とされた範囲を超えない限り、当該社会的事情の変化は既に住民監査請求を経たものであるから、当該変化を理由として住民監査請求の対象の同一性が失われることはない」と判示している。

(1) 東京地判平成二五年一〇月一五日判例地方自治三七七号四五頁参照。

本判決については、楠井嘉行・石田美奈子「はんれい最前線」判例地方自治三八一号四頁以下、海老名富夫「住民監査請求」小早川光郎・青柳馨編『論点体系 判例行政法第三卷』（第一法規、平成二八年）九五―九六頁参照。

なお、意見陳述の機会が付与についての規定は、平成二九年六月の同法改正により、二四二条七項に置かれる（平成三二年四月一日施行）。

(2) Xの主張の要旨は、次のとおりである。Xらは、本件第一回請求を行ったが、意見陳述の機会を与えられず、適法な監査が実施されなかったため、再度、住民監査請求を行った。Xは、本件第二回請求に係る監査結果の通知を受領した後、三〇日以内に本件訴えを提起しており、本件訴えは、出訴期間が経過する前に提起された適法なものであると主張した。

これに対し、Yの主張の要旨は、次のとおりである。Xは、本件第一回請求を行い、平成二三年五月二四日に監査結果の通知を受領したが、監査結果の通知があった日から三〇日以内という出訴期間が経過した後の同年九月二一日に本件訴えを提起した。Xは、この間の同年六月二四日に本件第二回請求を行っているが、同請求は、本件第一回請求と同旨のものであり、不適法である。同一住民が同一の監査対象について再度の住民監査請求を行うことは許されず、陳述の機会が与えられなかったとしても、その手続上の瑕疵を理由に再度の住民監査請求を行うことはできない。請求を行った住民は監査委員の監査を受けるといふ手続上の地位を個人的権利として保障されているものではなく、また、その不服については住民訴訟の途が用意され

ており、それで十分である。したがって、出訴期間は、本件第二回請求に係る監査結果の通知があった日ではなく、本件第一回請求に係る監査結果の通知があった日から起算される。本件訴えは、出訴期間が経過した後提起された不適法なものであると主張した。

(3) もつとも、本件譲渡契約の締結は違法なものとはいえないとして、Xの請求は棄却された。

(4) 楠井・石田・前掲「はんれい最前線」六頁参照。

平成二五年判決は、監査委員が、住民監査請求の請求人に意見陳述の機会を与えることを必要なものとして規定している地方自治法二四二条六項に違反して、請求人に意見陳述の機会を与えることなく、住民監査請求を理由がないとして棄却した場合には、意見陳述の機会を与えられなかった請求人が、そのことを理由として、意見陳述の機会の付与を求めて、当該請求に係る財務会計上の行為又は怠る事実と同一の行為又は怠る事実を対象とする再度の住民監査請求を行うことは妨げられず、再度の住民監査請求が当初のものと同様内容であったとしても適法であるとした。

(5) 楠井・石田・前掲「はんれい最前線」六頁参照。

(6) 東京地判平成二五年一〇月一五日判例地方自治三七七号四五頁参照。

(7) 福岡地判平成二六年一月一〇日判例地方自治三八四号二二頁参照。

本件については、原告が主張する本件情報公開時の時価額の減少という事実は、住民監査請求の対象の同一性を失わせるような社会的事情の変化に当たらないとして、本件監査請求は、同一の怠る事実を対象とする再度の住民監査請求というべきであり、不適法であるとした。

本判決については、小舟賢「判例評釈」甲南法務研究二二卷七一頁以下参照。

六 結 語

これまで再度の住民監査請求の問題について検討してきた。その結果について、次のようにまとめることができる。最判昭和六二年では、地方公共団体の住民は、監査結果に不服があるときは、地方自治法の定める出訴期間内に住民訴訟を提起すべきであり、同一住民が先に監査請求の対象とした財務会計上の行為又は怠る事実と同一の行為又は怠る事実を対象とする住民監査請求を重ねて行うことは許されない。しかし、最判昭和六二年（否定説）に対する批判は多い。

最判平成一〇年では、住民が適法な住民監査請求を行ったにもかかわらず、監査委員が適法な住民監査請求を不適法であるとして却下した場合、当該請求を行った住民は、直ちに住民訴訟を提起することができるだけでなく、同一の財務会計上の行為又は怠る事実を対象として再度の住民監査請求を行うことも許される。適法な住民監査請求が不適法として却下された場合には、当該地方公共団体の財政面の適正な運営を確保し、住民全体の利益を守る機会が失われてしまうのであるから、再度の住民監査請求を認めることが、当該行為又は怠る事実の違法・不当を当該普通地方公共団体の自治的・内部的処理によって予防・是正させることを目的とする住民監査請求の制度に適合するといえる。しかし、第一回目の監査請求の結果について通知を受けた住民は、第二回目の監査請求は重複であって許されないと判断して直ちに住民訴訟を提起すべきか、実質的な監査請求を経ていないものと判断して第二回目の監査請求を前置すべきかという選択のリスクを負うことになる。この点に関しては、住民に有利なように、弾力的な解釈をすべきである。¹⁾

平成二五年判決では、住民監査請求が棄却されているものの、その監査の手續に瑕疵が存在した場合には、適法な住民監査請求が不適法なものとして却下された場合と同様に考え、再度の住民監査請求を行うことが許される。地方自治法二四二条六項の「陳述の機会」の趣旨が、手續自体の公正を図ることにあると理解するか否かによって、再度の住民監査請求を行うことが許されるか否かという結論が異なってくるのである。^②

再度の住民監査請求における判断基準について、裁判例では、「前後の監査請求の同一性の有無は、各請求の対象とされている財務会計上の行為又は怠る事実の同一性の有無に帰するが、上記行為又は怠る事実の同一性の有無は、社会経済的な行為又は事実としての同一性の有無を基礎に、住民が何を監査の対象として監査委員に措置請求をしているとみるかという観点から、各監査請求における請求書の記載、事実を証する書面、その他監査請求人が提出した資料等を含めて、住民監査請求制度の趣旨及び目的に適合するよう総合的に判断されるべきである」と判示する。住民監査請求内部における同一性の判断基準を厳格に解釈することは、住民にとって酷となるため、^④厳格に解すべきではない。

前記のように、地方自治法上、住民訴訟制度には住民監査請求前置主義が採用されている。会計監査は専門的であり、訴訟の前に論点を明確にし、また、資料を明らかにするためにも、十分な監査が行われるならば、住民監査請求は^⑤妥当な制度である。住民側にとっても、監査委員に職権で十分に調査し、必要な是正措置等をとってもらふ必要がある。同法上、監査委員は、地方公共団体内部の執行機関として制度上独立した地位にあり、地方公共団体の行政運営、特に財務会計事務を監査する専門家で、職務の性質上、専門的知見が求められる。監査委員は、人格が高潔で、地方公共団体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営に関し優れた識見を有する者及び議員の中から選任される。

地方公共団体に置かれる機関であるため、関係する法令（条例や規則等）及び事実に関する情報を得やすい立場にあり、また、守秘義務を負っているので、非開示情報に接して監査を遂行することもできる。このように、住民監査請求制度において、監査委員による監査は、一定の役割を果たすべきことが制度上予定されている。^⑥この点に関し、最近の裁判例では、「住民監査請求は、求める措置を具体的に特定してしなければならないものではなく、監査委員は、監査請求で問題とされた事実について、監査請求で求められていない措置をも含めて是正方法を検討するものである」と判示する。

しかしながら、現実には、住民監査請求制度は、ほとんど機能していないといわざるを得ない。^⑧監査委員は、違法・不当であれば長等に必要な措置を講ずることを求めることができるため、住民勝訴判決が下されるような事案では、本来なら、多くの場合、住民監査請求に基づく監査の段階では是正されるべきものである。しかし、これが認められなかったため、住民訴訟が提起されている。^⑨監査委員は適法としていても、裁判所では違法と判断している事案が非常に多い。^⑩

住民監査請求制度が機能していない理由としては、①監査委員は長により選任されるため、長に対する遠慮があること、②監査委員が自ら事実関係の調査を行うことは物理的に困難であるため、監査事務局の調査結果に基づいて判断せざるを得ないこと、③監査委員には識見委員として当該地方公共団体の職員であった者（「職員OB」）が就任することも多く、独立性・専門性に限界があるうえ、監査に関する専門的な知識・経験が不十分であることなどが挙げられる。^⑪

住民監査請求においては、監査委員の能力・資質・姿勢等に制度の成否が大きく左右されてしまうことになるため、

監査委員・監査制度のあり方も重要な法的課題であるといえる。¹²⁾

そこで、このような現状を是正するため、住民監査請求制度をはじめ、監査委員・監査制度に関する具体的な改正案が提唱されている。¹³⁾ 例えば、①監査委員を公選制とすること、すなわち、監査委員の任命権は、首長ではなく、第三者に与えること、②監査委員の判断に故意又は重過失があれば、一部責任を負う制度を作ること、③監査が不十分な場合、裁判所から監査命令を発する制度を作ること、④監査請求前置主義を廃止し、住民に直接出訴する途を開くこと、すなわち、これは監査請求では認められる場合が少ないことを前提に、監査請求をするか否かを、住民の自由に任せる選択主義とすることなどが、法改正案として具体的に提言されている。¹⁴⁾

ごく最近の平成二九年六月には、地方自治法が改正されている。¹⁵⁾ 同改正は、地方公共団体等における適正な事務処理等の確保並びに組織及び運営の合理化を図るため、内部統制に関する方針の策定等、監査制度の充実強化、地方公共団体の長等の損害賠償責任の見直し等を行うものである。「監査制度の充実強化」については、監査の質を高め、住民の監査に対する信頼向上を図るため、監査委員が監査等を行うにあたっては、監査基準に従うこととし、監査基準は、各地方公共団体の監査委員が定め、公表すべきこと、¹⁶⁾ その他に、監査制度についての見直しとして、勧告制度の創設、議選監査委員の選任の義務付けの緩和、監査専門委員の創設等が規定されている。¹⁷⁾ 「地方公共団体の長等の損害賠償責任の見直し」については、①普通地方公共団体は、条例で、長や職員等の地方公共団体に対する損害賠償責任について、その職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、賠償責任額を限定してそれ以上の額を免責する旨を定めることができること、②地方公共団体の議会は、住民監査請求があつた後に、当該請求に関する損害賠償請求権等の放棄に関する議決をしようとするときは、あらかじめ監査委員の意見を聴かなければならないことが

規定されている。

住民監査請求・住民訴訟制度をはじめ、監査委員・監査制度については、今回の平成二九年六月の同法改正⁽¹⁸⁾を含めて、これまで数回改正がなされてきている。しかし、これらの制度が住民にとって有効に機能しているかどうかについては疑問であり、抜本的な改正が必要であると考えるが、これらの問題の詳細な検討は、今後の研究課題としたい。

(1) 細川俊彦「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」金沢法学四四卷二号五八頁、碓井・前掲書六三三頁参照。

福井地判平成一四年七月一〇日判例時報一八〇八号五九頁は、「住民監査請求が住民訴訟の前置手続であり、住民監査請求の違法な却下に対しては住民訴訟の途が開かれているとはいえず、住民監査請求制度は、本来、住民訴訟の手続を利用するまでもなく、行政内部の自主的な措置によって違法・不当な財務会計上の行為を是正することを目的とするものである。住民に住民監査請求権が付与されているのも、行政に対する民主的統制の手段とするために住民に公権的地位を認めたものに他ならない」と判示する。住民監査請求と住民訴訟を連動させて考えてゆくか、あるいは切離して考えてゆくかによって、いろいろな場面での解釈が異なってくるのである（西島羽和明「判例解説」判例地方自治四〇号三一頁参照）。

(2) 東京地判平成二五年一〇月一五日判例地方自治三七七号四五頁参照。

(3) 札幌地判平成一九年一月一九日文献番号2007WLJPCA01199002参照。

(4) 藤原淳一郎「行政判例研究」自治研究六〇巻七号一四四頁、阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟⑤』」判例評論四二七号二二頁参照。

(5) 阿部泰隆『住民訴訟の理論と実務——改革の提案——』（信山社、平成二七年）五頁参照。

(6) 加藤・前掲「監査請求前置主義」七六頁参照。

(7) 福岡地判平成二六年一月一〇日判例地方自治三八四号二二頁参照。

(8) この点については、井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会、平成二十一年）二九―三〇頁、廣田・前掲「住民請求監査法に関する若干の考察」二二三頁、阿部・前掲書五頁参照。

木佐茂男「最新判例批評」判例評論三四五号三六頁は、住民訴訟に関する判例においては、一般的に原告住民に対して相当に厳しく手続法の遵守を求めつつ、監査委員の監査行為に対しては寛大な態度をとっている。しばしば監査委員は、法律の要求する措置期限を付記しない勧告をし、監査の結果を公表せず、却下か棄却か不明確な通知をし、勧告内容も監査請求内容に十分対応していないことがあり、住民側からすると対応に困ることも多いと指摘する。

住民監査請求制度の現状と改革課題等については、田中孝男『自治体法務の多元的統制』（第一法規、平成二十七年）三三二頁以下、小澤久仁男「住民監査請求の課題と到達点」日本地方自治学会編『自治体行財政への参加と統制』（敬文堂、平成二十九年）三九頁以下参照。

(9) 井上・前掲書三〇頁参照。

(10) 阿部・前掲書五頁参照。

(11) 隅田一豊『住民自治とアカウントビリティ』（税務経理協会、平成一〇年）一七一頁以下、甲斐素直『予算・財政監督の法構造』（信山社、平成一三年）二四七頁以下、井上・前掲書三〇頁、楠井・石田・前掲「はんれい最前線」七頁、田中孝男「日本地方自治法制における自己統制」法政研究（九州大学）八三卷四号一六〇頁以下参照。

(12) 紺野卓「住民訴訟と監査委員——監査委員の責任との関連において——」筑波大学審査学位論文（博士）二〇一六年 [http://hdl.handle.net/2241/00143588] 九八頁は、「監査委員の責任の在り方は重要な法的課題であると言わざるを得ない」と主張する。

監査委員制度における監査の現状・課題については、石川恵子『地方自治体の内部統制』（中央経済社、平成二十九年）七一頁以下参照。

(13) 阿部泰隆「住民訴訟、住民監査請求の改革」自由と正義六〇卷八号一六頁以下、同「住民監査請求・住民訴訟制度改正の提案」自治研究八七巻五号三頁以下、同『住民訴訟の理論と実務』（信山社、平成二七年）三頁以下、同『地方自治法制の工

夫 一步前進を！」(信山社、平成三〇年) 二二頁以下参照。

(14) その詳細については、阿部・前掲『住民訴訟の理論と実務』四二頁以下参照。

(15) 平成二九年の地方自治法改正(平成二九年法律第五四号)については、宇賀克也「地方自治法等の改正(二〇一七年)の背景と意義」自治実務セミナー六六二号二頁以下、塩川徳也・細川敬太・陸川諭「二〇一七年地方自治法等改正の具体的内容——住民訴訟制度の改正と決算不認定の場合における長から議会等への報告規定の整備」自治実務セミナー六六二号九頁以下、塩川徳也・細川敬太・陸川諭「二〇一七年地方自治法等改正の具体的内容——監査制度の充実強化、内部統制体制の整備及び地方独立行政法人法改正」自治実務セミナー六六三号二頁以下、松谷朗・内海隆明・野路允「地方自治法等の一部を改正する法律について(上)」地方自治八三八号一四頁以下、山口憲明・藤井延之「地方自治法等の一部を改正する法律について(中)」地方自治八三九号一九頁以下、武富可南「地方自治法等の一部を改正する法律について(下)」地方自治八四〇号一七頁以下、田中孝男『平成二九年改正 住民監査請求制度がよくわかる本』(公人の友社、平成二九年) 一頁以下、宇賀克也「二〇一七年地方自治法等の改正の背景」宇賀克也編『二〇一七年地方自治法改正 実務への影響と対応のポイント』(第一法規、平成二九年) 二頁以下、板垣勝彦「地方自治法の改正」宇賀編・前掲『二〇一七年地方自治法改正 実務への影響と対応のポイント』八頁以下、総務省自治行政局行政課「資料・地方自治法等の一部を改正する法律について(平成二九年一二月二五日)」(www.soumu.go.jp/main_content/content/000531702.pdf)、原島良成「地方公共団体の内部統制強化」法学教室四四八号五六頁以下、下山憲治「住民訴訟制度の改正と課題」自治総研四七一号一頁以下、北村和生「住民訴訟における免責制度の創設と意義と課題」自治実務セミナー六七一号二頁以下、吉川浩民「住民訴訟における免責制度の創設」自治実務セミナー六七一号七頁以下、羽根一成「住民訴訟における損害賠償軽減制度の創設」自治実務セミナー六七一号一三頁以下、阿部泰隆「平成二九年住民訴訟制度改正、軽過失一部免責の考え方と、権利放棄議決に関する立法過程の暗闇について」自治総研四七七号一頁以下参照。

(16) 監査基準に関して、田中・前掲『平成二九年改正 住民監査請求制度がよくわかる本』一〇四頁は、現在定められているものをみると、一般的な手続き等がやや詳しく定められているにとどまるため、住民監査請求における監査実務の質の向上を

飛躍的にもたらすようなものではないと指摘する。

(17) 阿部泰隆「住民訴訟改革のあり方——地方制度調査会答申、懇談会、法案の問題点」自治総研四六二号一頁は、監査基準の策定や専門監査委員の導入に関して、「今回の改正程度ではあまり意味がない」と批判している。

(18) 宇賀・前掲「地方自治法等の改正（二〇一七年）の背景と意義」六頁は、今回の「監査制度の改正は、現行の監査委員制度、外部監査制度の存在を所与とした上での改善策として行われたものであり、当面は、その施行状況を注視していくことになる」と述べている。

行政計画の統制に関する問題点の省察

長谷川 福 造

- 一 序説
- 二 行政計画の法的性質と都市計画の位置づけ
- 三 具体的事例の検討
- 四 計画裁量の審査に関する問題点
- 五 平成一六年改正以降の議論の進展
- 六 結語

一 序説

1 平成一六年に行政事件訴訟法(昭和三七年五月一六日法律一三九号)が大幅に改正されてから⁽¹⁾以下、この改正を「平成一六年改正」という。間もなく一五年が経過する。平成一六年改正は、「司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠である」という司法制度改革審議会の指摘を踏まえて多角的に進められた。

行政計画に関しては、行政計画の違法等の確認訴訟が、従来の実務で現実にはほとんど活用されてこなかったことを重視し⁽³⁾、「行政の活動・作用の複雑多様化に対応し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することが有益かつ重要である」という検討結果が、平成一六年改正にあたって示された⁽⁴⁾。行政計画の司法審査については、「差止訴訟や当事者訴訟として明示された確認訴訟の活用などを含め、個別の行政計画の特色や紛争の実情等に即した司法審査についての改正後の行政事件訴訟法の下での事例の集積を視野に入れつつ、適切な司法審査の在り方を検討する必要がある」という指摘があり⁽⁵⁾、特に都市計画との関連では、土地政策としての特性との調和に留意した上で、確認訴訟の利用が有用であるという分析も示された⁽⁶⁾。

平成一六年改正後に示された最高裁判所の判断のうち、行政計画に関して主だったものを見ていくと、土地区画整理事業計画決定に処分性を肯定した平成二〇年の最高裁判所の判断が嚆矢として挙げられよう(最大判平成二〇年九月一〇日民集六二卷八号二〇二九頁。以下「平成二〇年最判」という)。従来批判の多かつた昭和四一年のいわゆる青写真判決(最大判昭和四一年二月二三日民集二〇卷二号二七一頁)を変更した意義の大きさから、平成二〇年最判を

巡って様々な分析が展開された。⁽⁷⁾

2 その一方で、平成二〇年最判の後、第一種市街地再開発事業に関する地区計画変更決定及び都市計画決定の処分性を否定する判断が下級審で示され、確定した（東京地判平成二〇年二月一九日判タ一二九六号一五五頁。控訴なく確定。以下「平成二〇年地判」という。）。また、この平成二〇年地判では、実質的当事者訴訟の確認の利益も否定された。都市計画に関する取消訴訟の処分性拡大及び確認訴訟の活用という期待との関連で注意と検討を要する判示である。

また、行政計画の違法性に関しては、いわゆる小田急高架訴訟の実体判断（最判平成一八年一月二日民集六〇巻九号三二四九頁。⁽⁸⁾以下「平成一八年最判」という。）で都市計画の変更決定について違法性が否定され、平成二〇年最判の差戻後の本案判決でも、裁量権の逸脱・濫用はなく手続的違法もないとして請求が棄却された（静岡地判平成二三年二月二五日判自三四八号七三頁。⁽¹⁰⁾以下「平成二三年地判」という。）。このような経過から、行政計画の違法性判断に際して、裁判所が行政庁の広い裁量を認める潮流が見て取れる。

現代行政における計画の重要性からみて、行政計画に対する司法審査のあり方を一層精緻に検証することが必要であることを踏まえ、本稿では、平成二〇年地判を題材の一つに据えて司法審査の限界点を見極めた上で、行政計画の法的性質や今後の制度設計を視野に含めて検討を行う。

二 行政計画の法的性質と都市計画の位置づけ

1 行政計画の概要

平成三〇年一月一日までに公布された法律のうち同日現在で効力を有するものは、二三四三件にのぼる^⑪。行政計画に関する規定を持つ法律の数についてみると、昭和四六年時点で一〇八件であったものが、平成一三年末時点では三三四件に増加し^⑬、平成二五年末には四二八件を数え、約五〇年間で四倍近く増加している^⑭。

国の行政組織のうち一一の各省（国家行政組織法三条一項、二項、及び別表第二）に絞って通覧しても、各省は、その所掌事務に対応して多様な計画を制定している。例えば、総務省は、平成二九年四月二二日、「平成二九年度総務省行政事業レビュー行動計画」を策定し、各府省が、「自律的に、概算要求前の段階において、原則全ての事業について、予算が最終的にどこに渡り（支出先）、何に使われたのか（使途）」といった実態を把握し、これを国民に明らかにした上で、外部の視点も活用しながら、過程を公開しつつ事業の内容や効果の点検を行い、その結果を予算の概算要求や執行等に反映させる^⑮ため、大臣官房長を統括責任者とするレビュー推進チームが、事業や基金等を点検するものとしている^⑯。その他の例としては、農林水産省は、食品の安全性に関するリスク管理を推進するため、措置を講ずる必要性及びその具体的内容を検討し、既存の管理措置の妥当性を検証する際に不可欠なデータを得るため、「平成二九年度 食品の安全性に関する有害化学物質及び有害微生物のサーベイランス・モニタリング年次計画」を策定している^⑰。

このように、各省、内閣府及び各庁等は、それぞれが担当している行政事務を遂行する目的で、必要に応じて計画

を策定している。また、地方公共団体も行政計画を策定して各種の行政事務を行っており、行政活動における計画の重要性が、近時ますます顕著になってきている。⁽¹⁷⁾

2 行政計画の淵源

第二次世界大戦前に遡ると、行政計画に関する代表的な法典として挙げられるのは、大正八年に制定された都市計画法（大正八年四月五日法律三六号。現行の都市計画法〔昭和四三年六月一五日法律一〇〇号〕附則二の1により廃止された。以下、「旧都市計画法」という。）である。⁽¹⁸⁾ 旧都市計画法は、「交通、衛生、保安、防空、経済等ニ関シ永久ニ公共ノ安寧ヲ維持シ又ハ福利ヲ増進スル為ノ重要施設ノ計画ニシテ市若ハ主務大臣ノ指定スル町村ノ区域内ニ於テ又ハ其ノ区域外ニ互リ施行スヘキモノ」（二条）を都市計画として規定し、主務大臣が都市計画区域を決定するものと定めていた（二条一項、二項）。また、内務省及び商工省（当時）が推進した国土計画は、「国家の個人に対する優越、政治の経済に対する優越の見地に立つ」とされ、個別的資本の自由の制限として現れる都市計画との対比が指摘されていた。⁽¹⁹⁾

ただ、戦前においては、行政計画の理論的な位置づけに関する分析は具体的ではなく、例えば美濃部達吉博士の体系書⁽²⁰⁾や田上穰治博士の学術書⁽²¹⁾には、行政計画に関する詳述はまだなかった。

3 戦後の行政計画の活用と都市計画

(1) 第二次世界大戦後の復興を進めていくにあたり、国土総合開発法（昭和二五年五月二六日法律二〇五号。現在の名称は「国土形成計画法」である。）に基づく全国総合開発計画に従って、新産業都市建設促進法（昭和三七年五月一〇日法律一一七号）や工業整備特別地域整備促進法（昭和三九年七月三日法律一四六号）が昭和三〇年代に定められた。⁽²²⁾ このような行政計画を基盤とした法律制定と行政目的の実現を踏まえ、「法律による行政から計画による行政へ」という実

状の指摘が広がっていった⁽²³⁾。行政計画を巡る戦後の経過を受けて、行政の特質の一つとして「行政の計画化」が掲げられるようになったのは昭和五〇年代頃であり、⁽²⁴⁾行政法の教科書や文献において、行政計画の分析と説明が次第に定着していった⁽²⁵⁾。その当時から、法律による行政の原理を基礎として、行政計画の法的統制をいかに行うかの問題を、行政計画の特質を明確に把握した上で、一方では特質を没却しないように配慮しながら、他方で国民の権利救済にも十分資する理論構成が必要であるという指摘がなされていた⁽²⁶⁾。

(2) 現在、多くの体系書や概説書において、様々な工夫のもとで行政計画に関する分析と説明がなされている⁽²⁷⁾。ただ、一義的に行政計画を定義することは必ずしも容易ではない⁽²⁸⁾。講学上の概念として、「行政権が一定の公の目的のために目標を設定し、その目標を達成するための各種の諸手段を調整・体系化しつつ総合的に提示した行政活動基準」と説明する体系書もあるが、⁽²⁹⁾骨組みとなる共通の性質や分類を論じるのが主流となっている⁽³⁰⁾。

行政計画に関する具体的分析の経過において様々な検証が試みられ、一応の共通項はまとまってきた⁽³¹⁾。共通項としての要素は、大きく分けて目標設定性と手段の総合性である⁽³²⁾。一定の目標を行政機関が創造・設定することが目標設定性であり、その目標に到達するための諸々の手段・方策の間の総合的調整を計ることが手段の総合性として位置づけられる⁽³³⁾。

また、行政計画の特質に着目すると、その機能面で、総合化機能と公共性担保機能に分類することができる⁽³⁴⁾。総合化機能とは、将来に向けての行政活動の統制と地域間の統合を図る機能を指す。例えば、土地利用規制の領域では、多層的な計画体系が形成されている⁽³⁵⁾。都道府県知事が策定する土地利用基本計画(国土利用計画法〔昭和四九年六月二五日法律九二号〕九条一項)は、広域上位計画である全国計画(同法四条、五条各項)と都道府県計画(同法四条、七条各項、

全国計画と都道府県計画は、国土利用計画に含まれる。)を基本としている。更に土地利用基本計画に基づいて、都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域、及び自然保全地域(国土利用計画法九条一項、二項一号から五号)に対する個別法の規制が総合調整される。⁽³⁶⁾このようなトップダウン型の構造によって、合理的で一貫性のある行政活動の統合化が実現される。また、利害関係が錯綜した現代社会を踏まえ、透明性と市民参加を保障した計画策定手続が、行政活動の公益性及び公共性を担保するという意味で、公共性担保機能が指摘されている。⁽³⁸⁾

(3) 多様な特質と類型から構成される行政計画の中で、行政活動において重要な役割を果たすのが、都市計画法に基づく都市計画である。都市計画は、都市計画区域(都市計画法五条各項)及び準都市計画区域(都市計画法五条の二各項)に指定された区域に限って定められる。計画の法的効力に着目した分類では、都市計画は、拘束型計画であるとされる。⁽³⁹⁾ただ、土地区画整理事業(都市計画法一二条一項一号、土地区画整理法)や市街地再開発事業(都市計画法一二条一項四号、都市再開発法)のような大規模な都市計画事業の実施を内容とする事業型計画だけでなく、市街化区域・市街化調整区域(都市計画法七条一項、二項、三項)や用途地域を定める(都市計画法八条、九条)等、区域を指定して将来における土地利用を規制・誘導する土地利用型計画も都市計画に含まれる。

実際に争訟手続で問題となった事例の多さから、都市計画を素材とした分析と考察が行政救済の領域で幅広く展開されている。次に、都市計画と平成一六年改正を巡る問題点に関連して、平成二〇年地判をはじめとして具体的事例を検証する。

三 具体的事例の検討

1 平成二〇年地判の事案の概要と判旨

この事件は、東京都の特別区Y(被告)が行った①地区計画を変更する決定及び②第一種市街地再開発事業に関する都市計画の決定(以下、場面に応じて「本件各決定」という。)について、①の決定に係る地区計画の区域内に不動産を所有するX(原告)らが、主位的に本件各決定の取消しを、予備的に本件各決定の違法確認を求めて出訴した事案である。裁判所は、以下の通り判断を示して、本件各決定の処分性を否定し、実質的当事者訴訟の確認の利益を否定した。

(1) 地区計画の変更決定(①)について

最判平成六年四月二二日集民一七二号四四五頁(以下「平成六年最判」という)⁽⁴⁰⁾を引用して、地区計画は、「建築物の建築形態、公共施設その他の施設の配置等からみて、一体としてそれぞれの区域の特性にふさわしい態様を備えた良好な環境の各街区を整備し、開発し、及び保全するための計画」(都市計画法一二条の五第一項柱書き)であり、同法一二条の四第一項一号の規定に基づく地区計画の決定及び同法二二条の規定に基づくその変更決定は、区域内の個人の権利義務に対して具体的な変動を与えるという法律上の効果を伴うものではなく、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない」と判断した。⁽⁴¹⁾

(2) 第一種市街地再開発事業に関する都市計画決定(②)について

最判昭和五九年七月一六日判自九号五三卷(以下「昭和五九年最判」という)⁽⁴²⁾を引用して、「第一種市街地再開発事業

に関する都市計画は、市街地開発事業の種類、名称、施行区域、施行区域の面積、公共施設の配置及び規模並びに建築物及び建築敷地の整備に関する計画を定めるものであり（都市計画法一二条二項、都市計画法施行令七条、都市再開発法四条一項）、都市計画は、総括図、計画図及び計画書によって表示されるものである（都市計画法一四条一項）ところ、同法一二条一項四号の規定に基づく第一種市街地再開発事業に関する都市計画の決定は、個人の権利義務に対して具体的な変動を与えるという法律上の効果を伴うものではなく、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない」と判断した。⁴³⁾

(3) 確認の利益について

「本件各決定は直ちに第一種市街地再開発事業の手續の現実的かつ具体的な進行を開始させるものではなく、本件各決定によってXらの権利又は法的地位に具体的な変動を与えるという法律上の効果が生ずるものではなく、Xらの法的地位に係る不安が現に存在するとまではいえないこと、また、本件各決定の違法確認を求める訴えは、過去の法律関係の確認を求めるものであって、Xらの現在の権利又は法的地位の確認を求める訴えではないことなどに照らすと、本件各決定の違法確認の訴えについては、確認の利益を認めることができない」と判示した。⁴⁴⁾

2 処分性に関する平成二〇年地判の問題点

(1) この事件で問題となった二つの行政計画のうち、第一は、地区計画の決定（都市計画法一二条の五）である。都市施設の計画において、その主たる施設は基幹道路や広域公園であり、用途地域の土地利用規制計画は広い範囲の地域を対象にして定められる。他方、建築基準法の規制対象は、各敷地であり比較的狭い地域を対象にしている。これらの中間的なルールとして、小規模な地域単位で土地利用の規範を定めるのが地区計画である。⁴⁵⁾ 地区計画制度は、昭

和五五年の都市計画法改正で導入された。⁴⁶⁾

(2) 本件のもう一つの行政計画は、第一種市街地再開発事業に関する都市計画（都市計画法一二条一項四号、同条二項、都市計画法施行令七条、都市再開発法四条一項）⁴⁷⁾である。第一種市街地再開発事業は、都市再開発法に基づいて施行されるが、公用権利変換という手法を用いる点に特徴がある。⁴⁸⁾ 公用権利変換とは、公益を実現するために行う強制的な権利変換であり、例えば、土地所有権を土地の共有持分と建物の区分所有権などの別の権利に変換することをいう。

(3) 本件では、これら二つの計画について、処分性を否定した。計画の処分性を肯定した平成二〇年最判と対比すると、平成二〇年最判で取消訴訟の対象となったのは、土地区画整理事業の事業計画である。土地区画整理事業は、公法権利変換ではなく公用換地の手法が採られる。⁴⁹⁾ しかし、平成二〇年最判の処分性に関する法理は、土地区画整理事業に限定されない。平成二〇年地判で問題となった第一種市街地再開発事業においても、事業計画に関して、処分性を肯定した裁判例がある（福岡地判平成二年一〇月二五日判時一三九六号四九頁及びその控訴審である福岡高判平成五年六月二九日判時一四七七号三二頁。以下、第一審を「平成二年地判」という。控訴審は、処分性の判断について平成二年地判を踏襲している。）。

平成二年地判は、第一種市街地再開発事業において、「施行区域内の宅地所有者等の権利者は、事業計画決定の公告後三〇日以内に、施行者に対し、権利変換又は新たな借家権の取得を希望しない旨申し出ることにより、他へ転出して権利変換計画の対象者から除外されるか否かの選択を余儀なくされる（都市再開発法七一条）」ことに着目し、事業計画決定の「公告により、施行区域内の宅地所有者等の権利者の法的地位を」変動させる効果を有することを判示の根拠に据えている。また、「仮に事業計画決定の処分性を否定すると、決定を違法と考えている者は、その段階で

はその効力を争うことはできず、後に権利変換処分の効力を争うこととなるが、その結果、権利変換処分が適法とされること、他に転出しようとしても補償金（同法九一条一項）又は移転に伴う損失補償（同法九七条）を施行者から受領することはできないから、このような不利益を避けるには当初から他に転出することを余儀なくされ、事業計画の違法を争う余地は実際上なくなってしまうこととなる」ことを指摘し、「このような不合理な事態を避けるためにも、事業計画決定の処分性を肯定するのが相当である」と判示していた。この理論構成は、おおむね平成二〇年最判に重なっている。事業計画決定に関しては、土地区画整理事業と第一種市街地再開発事業の両方の場面とともに処分性が肯定されよう。

他方で、地区計画及び都市計画決定を対象とする平成二〇年東京地判は、平成一六年改正及び平成二〇年最判以前の最高裁判所の判断をそのまま引用して、処分性を否定している。国民の権利義務ないし法的地位に変動が生じる法的効果を有する行政計画の決定行為を大別すると、定められた計画に基づいて将来具体的な事業が施行されることが予定されていて、計画決定行為が一連の手続の中間段階にあるもの（いわゆる「非完結型・事業型・動的」計画）と将来具体的な事業が施行されることが予定されておらず、計画決定行為をもって完結するもの（いわゆる「完結型・非事業型・静的」計画）の二つに分けられる。土地区画整理事業計画の決定及び公告は、その後により具体的な行政処分（換地処分等）が出されることから非完結型に区分される。また、土地改良事業の施工認可や第二種市街地再開発事業の事業計画決定・公告も、非完結型に分類される⁵⁰。他方で、都市計画法上の用途地域の指定（都市計画決定）は完結型であり、判例上、処分性が否定されている（最判昭和五七年四月二二日民集二六卷四号七〇五頁）。

しかし、本件の第一種市街地再開発事業は、施行地区内に高さ二〇〇メートルを超える複合棟等を建築することを

目的としており、非完結型の事業の端緒としてYが平成一九年八月二日に①及び②を決定し公告したものである。計画決定行為の位置づけとしては、平成二〇年最判と基盤が重なっている。また、都市計画決定(②)の公告が出されるといわれる都市計画事業制限が掛かる(都市再開発法六〇条二項四号、六六条各項⁵²)。すなわち、「施行地区内において、第一種市街地再開発事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物その他の工作物の新築、改築若しくは増築を行」うには都道府県知事の許可を受けなければならず(都市再開発法六六条一項)、都道府県知事は、この許可申請に対して条件を付けたり(同法六六条三項)、建築物の建築不許可処分をすることができる(都市計画法五五条一項)。このように、都市計画決定の施行地区内においては、具体的な私権制限が発生する。平成二〇年最判の涌井紀夫意見では、「建築制限等の効果が発生すると、施行地区内の土地は自由に建築物の建築を行うことができない土地になってしまい、その所有者には、これを他に売却しようとしても通常の取引の場合のような買い手を見つめることが困難になるといふ、極めて現実的で深刻な影響が生じる」ことが指摘され、この効果は「抗告訴訟の方法による救済を認めるに足りるだけの実質を十分に備え」ていると述べられている。処分性の有無を判断する際に具体的な私権制限の有無・程度が大きな要素となることは、既にいわゆる二項道路事件(最判平成一四年一月一七日民集五六卷一号二頁)でも判示されている。

このような実情を踏まえて考えると、地区計画については、早期の抜本的な紛争解決のため、処分性を肯定するのが妥当であろう。⁵³ また、第一種市街地再開発事業の都市計画決定については、計画の法適合性及び裁判コントロールの保障と計画に対する市民の信頼を含めた全体としての計画の法的安定性の確保という二つの要請の間の実践的・政策的な衡量からみて、処分性を肯定すべきであったと考える。

3 確認の利益に関する平成二〇年地判の問題点

(1) 平成一六年改正前の事例と照合した場合に、確認の利益に関する判断としてまず注目されるのは、いわゆる長野勤評事件（最判昭和四七年一月三〇日民集二六卷九号一七四六頁）である。長野勤評事件の示した「処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争つたのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできない」という基準は、その後、いわゆる横川川事件（最判平成元年七月四日判時一三三六号八六頁）でも踏襲された。すなわち、「河川法七五条に基づく監督処分その他の不利益処分をまつて、これに関する訴訟等において事後的に」「土地が河川法にいう河川区域に属するかどうかを争つたのでは、回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情があるということとはできない」ことから、確認の利益が否定された。

(2) このような従前の最高裁判所の姿勢に対しては、「確認訴訟の活用」というメッセージが示された平成一六年改正を踏まえ、カテゴリーカルな判断は慎まれるべきであるという指摘がなされている⁵⁴。平成一六年改正法が四条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言を新たに加えた趣旨は、「抗告訴訟の直接の対象とならない行政の行為（通達や行政指導など）を契機として国民と行政主体との間で紛争が生じた場合を想定し、その法律関係・権利義務関係について、確認の利益が認められるような場合に、行政事件訴訟法上の当事者訴訟としての確認訴訟が活用できることを明らかにする」こと⁵⁵にあった点を重視すべきである。

ただ、行政事件訴訟法は、確認の利益が肯定されるための要件について定めていない。行政事件訴訟法七条に従っ

て民事訴訟における法理を辿ると、民事訴訟法の各条項には確認の利益に関する明示の規定はないが、判例法理と学説上の理論展開に基づいた規範によって運用されている。確認訴訟は、給付及び形成という定型化された類型に載らない紛争について、いわばバスケットクローズ（包括条項）的な、不定型かつ最後の手段を果たしている⁵⁶。民事訴訟における確認の利益は、①解決すべき紛争の成熟性（即時解決の必要性・即時確定の利益）、②確認の訴えを用いることの適否（補充性）、及び③確認対象（訴訟物）の選択の適切さ（対象選択の適否）の三要素から判断される⁵⁷。本件をはじめとする都市計画を巡る確認訴訟では、このうち①の紛争の成熟性が特に問題となる⁵⁸。

(3) 本件では、Xらの権利及び法的地位に関する具体的な検証を経ることなく、紛争の成熟性を否定したが、以下の理由から、この判断は妥当でないと考える。第一に、民事訴訟の法理に関連して、法律上の地位に現に生じている不安ないし危険が除去される場合に即時確定の利益が肯定されている点に着目しなければならない。例えば、最判平成一一年一月二二日民集五三卷一号一頁（以下「平成一二年最判」という。）は、建物賃借人が賃貸借契約の継続中に、賃貸人に対する敷金返還請求権の存在の確認を求めたのに対し、敷金返還請求権の存否を確定することで「法律上の地位に現に生じている不安ないし危険は除去される」として、即時確定の利益を肯定した。

確認の訴えは、原告の権利又は法的地位に不安が現に存在し、かつ、その不安を除去する方法として訴訟物たる権利又は法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場合に認められる⁵⁹。平成二〇年地判で、裁判所は「本件各決定によってXらの権利又は法的地位に具体的な変動を与えらるという法律上の効果が生ずるものではない」と判断しているが、非完結型の事業の端緒となる本件各決定が存在することで、先述のような具体的な私権制限が発生している。本件の判断は、Xらの法的地位に対する不安の現存に関する説示が不足している⁶⁰。

(4) 第二に、行政計画の進捗に伴う住民の法的地位との関連で、行政訴訟特有の視点に基づく分析が不十分である。民事訴訟の領域における即時確定の現実の必要性は、被告が原告の権利を否定したり、権利関係について原告の主張と相容れない主張をしており、そのために原告の権利者としての地位に危険・不安が生じていること等に起因して、原告の法的地位に危険や不安が発生している状況を念頭に置いている⁶¹。平成一一年最判は、賃貸人に対する敷金返還請求権という債権を対象とした確認訴訟であり、敷金交付の事実を賃貸人が争ったことが原因で借借人の法的地位に危険や不安が生じたものである。その他の民事訴訟における即時確定の利益に関する議論⁶²を通覧すると、被告による原告の権利・法的地位に対する阻害の態様や権利利益への危険度合いを指標にしている。

しかし、都市計画の一連の手續と住民の権利利益との法的関係性を見ると、私法上の債権債務関係は、行政庁と住民との間に基本的に形成されていない。また、所有権をはじめとする物権を、行政庁が侵奪する関係には立っていない。したがって、民事訴訟における即時確定の利益に関する分析をそのまま当てはめると、結局のところ確認の利益が否定される方向で結論が導き出されてしまう。

そもそも行政実体法は、民事実体法と異なり、権利主体相互間の請求権を直接定める体裁を取っていない。むしろ、行政機関がどのように社会秩序を維持・形成すべきかを定めている。したがって、裁判所が原告の権利利益を保護するために行政機関の行為を統制する局面に行政実体法を接合させるには、民事実体法及び民事訴訟法の場合とは異なる法規定や法理を工夫しなければならない⁶³。平成一六年改正の当時から「少なくとも確認の利益は利害関係があれば認める。民事訴訟一般に丸投げしない、という立法政策が必要だったのではないか」という批判がされていた⁶⁴。また、「法全体の仕組みをそのままにして、一片の確認規定を挿入することのみによって、新たな分野での積極的な活

用に期待するといわれても、ある種の『戸惑い』を禁じえない」という指摘もある⁽⁶⁵⁾。私権制限を受けることになる住民にとつては、都市計画決定の時点で速やかにその適法性を司法府が客観的に審査する機会を設定することが、法的地位の危険と不安を除去する上で有効かつ適切なタイミンングである⁽⁶⁶⁾。行政過程は様々なタイミンングで紛争化することから、その是正を求める行政訴訟は、様々なタイミンングで行政過程に介入せざるを得ない。抗告訴訟は処分性の概念に、当事者訴訟は訴えの利益(紛争の成熟性)の概念に、それぞれ司法介入のタイミンングの正当性を説明する役割を担わせている⁽⁶⁷⁾。このような行政実体法と確認訴訟の特質に基づいて検証すると、平成二〇年地判において確認の利益は肯定されるべきであったと考える⁽⁶⁸⁾。

四 計画裁量の審査に関する問題点

平成二〇年地判を基盤として処分性及び確認の利益について分析を進めていくと、平成一六年改正と平成二〇年最判を経た現在もなお、手続保障の観点から解消すべき問題が浮き彫りとなる。特に確認の利益を肯定する方向での運用の精緻化も必要である。しかし、行政事件訴訟の枠組みで対応することを前提にした場合、これらの訴訟要件を充足したとしても、計画裁量の審査として実体面の問題点が次に生じる。

1 都市計画決定の違法性が肯定された事例

(1) 平成一六年改正の後、都市計画決定の違法性が肯定されたのが、東京高判平成一七年一〇月二〇日判時一九一四号四三頁である(以下「平成一七年高判」という)。この事件は、都市計画法五三条一項に基づいて、都市計

画道路内の自己所有地について建築許可の申請をしたXらに対して、行政庁である県知事Yが、同法五四条の基準に合致しないとして発出した不許可処分取消訴訟である。

この不許可処分の前提となったのが、都市計画決定である。建設大臣（当時）が、昭和三二年三月三〇日、静岡県伊東市の延長一三二〇メートル、幅員一メートルの道路「伊東大仁線」を定める都市計画を決定した（以下、この計画を「原計画」という）。その後Yが、平成九年二月二五日、都市計画法二二条一項に基づき、原計画決定について、伊東大仁線のうち伊東市東松原町から約一八〇メートルの区間について、幅員を一七メートルに拡幅する内容に変更する旨の都市計画変更決定を行った（以下「本件変更決定」という）。Xらは、本件変更決定の違法性を争った。

(2) これについて、裁判所は以下のように述べて、本件変更決定の違法性を肯定した。すなわち、「都道府県知事は都市計画を決定するについて一定の裁量を有するものといえるが、その裁量は都市計画法第一三条第一項各号の定める基準に従って行使されなければならない」。都市計画決定が、この「基準に照らして、著しく逸脱するものであるときは、」違法となる、とした。そして本件について、「都市計画に関する基礎調査の結果が客観性、実証性を欠くために土地利用、交通等の現状の認識及び将来の見通しが合理性を欠くにもかかわらず、そのような不合理な現状の認識及び将来の見通しに依拠して都市計画が決定されたとき、客観的、実証的な基礎調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されたが、都市計画を決定するについて現状の正しい認識及び将来の的確な見通しを全く考慮しなかったと認められるとき又はこれらを一応考慮したと認められるもの」と都市計画の内容とが著しく乖離していると評価することができるときなど（都市計画※筆者注）法第六条第一項が定める基礎調査の結果が勘案されることなく都市計画が決定された場合は、客観的、実証的な基礎

調査の結果に基づいて土地利用、交通等につき現状が正しく認識され、将来が的確に見通されることなく都市計画が決定されたと認められるから、当該都市計画の決定は、都市計画法第一三条第一項第一四号、第六号の趣旨に反して違法となる」と判示した。

(3) この判示の理解する都市計画法の構造の要点は、都市計画基礎調査の結果に基づいて都市施設を設置することは、都市計画基準として求められているものであり、基礎調査は、都市計画を策定するための前提とされるという点にある。⁽⁶⁹⁾ 生の事実としての客観的数値や同一性の誤認だけでなく、予測手法等を含めて合理性を審査していることと照応して、一般人が通常の論理的思考力によって理解しうる合理性の有無が問題にされていると理解することができ⁽⁷⁰⁾る。合理性を判断する際の考慮要素の選定や評価に関しては、いわゆる林試の森事件（最判平成一八年九月四日判時一九四八号二六頁）が、門の位置変更による樹木への悪影響の発生等について十分な審理を尽くすべく差し戻したことが想起される。林試の森事件では、事業認可の職権取消しにより訴えが取り下げられたが、裁量権の範囲の逸脱又は濫用を慎重に判断する兆候は見られていた。

2 平成一八年最判と平成二三年地判

しかし、平成一八年最判では、都市計画⁽⁷¹⁾の適法性を判断する基準として、「裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実⁽⁷²⁾に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に對する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる」という指標が示された。この指標は、「都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当

たつては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠である」ことを前提に、「このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられている」というべきであるという価値判断を根拠にしている。

また、平成二三年地判では、以下の理由から、事業計画の決定について違法性はないとされた。すなわち、計画裁量の広範性について、「土地区画整理事業を実施するに際しては、上記の土地区画整理事業の目的及び既に定められている公共施設等に関する都市計画との適合を図りつつ、法令で定められた基準に従って施行地区を設定した上で、上記の技術的基準に従って道路や公園、広場といった公共施設の規模、配置等に関する事項を決定するなどして事業計画の具体的内容を定めることが必要となるものである。そして、ここで行われる判断は、上記の技術的基準が極めて抽象的であることを踏まえても、施行地区とされる地域に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠なものといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、まさに計画裁量と呼ぶべきものであって、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきである」との判断を示した。その上で、「裁判所が事業計画の決定の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実を誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において当然に考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となると解するのが相当である」として、違法性を否定した。

平成一八年最判は、都市計画裁量の司法統制手法に関する判例の到達点を示したものと分析がされている。⁷²⁾ま

た、平成二三年地判における計画裁量の判断については、土地区画整理事業の事業計画の策定・決定にあたって相当程度の裁量が許されるべきであるとして、妥当性を認める見解もある⁽⁷³⁾。しかし平成一七年高判を踏まえるとなお、計画裁量の再検証が必要である。

3 計画裁量の概要

(1) 行政計画と裁量に関する系譜を探る場面で手掛かりになるのは、一九六九年一月二日のドイツ連邦共和国連邦行政裁判所第四部の判決⁽⁷⁴⁾（以下「一九六九年判決」という。）であり、これは昭和四〇年代から五〇年代に掛けての我が国の計画裁量の議論に影響を与えた判決である⁽⁷⁵⁾。一九六九年判決は、連邦建設法 (Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960.)⁽⁷⁶⁾における建設詳細計画 (Bebauungsplan)⁽⁷⁷⁾に計画裁量 (das Planungsermessen) という概念を認め、その特質を明らかにした⁽⁷⁸⁾。連邦建設法は、一九八六年の建設法典 (Baugesetzbuch [BGBl. I 2253]) 一九八六年二月八日)の成立に伴い失効したが、この判決が示した計画裁量に関する判断は、一九七四年七月五日のドイツ連邦共和国連邦行政裁判所の判決を経て、その後の理論形成に影響を与えた⁽⁷⁹⁾。

一九六九年判決では、ゲマインデが自己の責任において建設管理計画を策定する旨の連邦建設法二条一項の規定には計画高権 (die Planungshoheit)⁽⁸¹⁾の承認が含まれ、計画高権は計画裁量の承認を意味する、とした⁽⁸²⁾。そして次の四項目を掲げて、計画策定の権限を確認している。すなわち、第一に、形成の自由 (die Gestaltungsfreiheit)のない計画策定はそれ自体矛盾であろうから、計画策定の権限は多少とも広範な余地のある形成の自由を含まなければならない。第二に、この計画上の形成の自由は、様々な要素―特に認識、評価、判断の要素を含んでいる。第三に、行政裁判所による計画策定への統制に関しては、具体的な事例において形成の自由の法律上の限界を超えているか否か、又はそ

れが授權に適合しない方法で行使されたか否かに限定される。そして第四に、建設詳細計画についての上級行政庁の認可における関与は、権限及び義務において適法性のコントロールに限られる。

(2) その後二〇〇四年に、建設法典は、EUの計画環境審査（戦略的環境影響評価）指令の国内法化を目的とする「建設法典のEU指令への適合に関する法律」⁽⁸³⁾によって改正された。現在では、建設詳細計画の有効性は、行政裁判所法四七条が定める規範統制（die Normenkontrolle）⁽⁸⁴⁾の対象となっている。規範統制手続は、裁判所において法律の下位に属する規範の有効性を審査する申立手続である⁽⁸⁵⁾。建設詳細計画は、事後的な規範統制手続だけでなく、計画策定段階における住民参加によって事前の手続保障も受けている⁽⁸⁶⁾。

計画裁量においては、特に計画内容の形成自由に関して、計画裁量の内的限界と外的限界が区分されている⁽⁸⁷⁾。外的限界は、立法者によって行政裁量に対して抽象的に設けられた枠であり、内的限界は、形成指針（die Gestaltungsdirektiven）と衡量要請（das Abwägungsgebot）⁽⁸⁸⁾から構成される。審査密度（die Kontrollichte）と統制に関しては、先行する優れた分析が多数あるが、多様な利害調整が必要不可欠な都市計画策定の特性を踏まえて、手続保障と慎重な審査を具体的に制度化している点に特徴がある。また、一九六九年判決以降、連邦行政裁判所は、計画裁量の審査に関する命題を詳細化していった⁽⁹⁰⁾。その命題は、①衡量がなされたこと、②衡量の中に取り入れられるべきものが取り入れられていること、③被侵害利益の重要性が看過されることなく適切な評価が行われていること、④利害調整について不均衡な判断がされていないことから構成される⁽⁹¹⁾。平成一八年最判で示された都市計画の適法性の判断基準と、発想の共通性を指摘することができる⁽⁹²⁾。

(3) 我が国における計画裁量に関する考え方の一例を挙げると、都市計画の規制内容については法が詳細に規定す

る一方で、法定の選択肢の中から何をどのタイミングで選ぶかは行政庁の判断に委ねられていることを重視して、ゼロ点から諸要素の調整統合、諸利害調整を行わなければならないから裁量の幅が広くなるとされる。⁽⁹³⁾

判例及び裁判例の積み重ねを通じて看取されるようになってきた裁量統制基準から見た場合、都市計画の違法性は、最小限の社会観念審査の枠組みを採用しつつも、判断過程統制のモデルとの接合を図る謂わば中程度の審査密度であると評価できる。⁽⁹⁴⁾ ただ、平成一七高判の審査密度は、交通量予測や人口予測を含めた価値形成的・評価的な事実に関する誤認を問題としており、比較的高くなっている。これは、いわゆる実体的判断代替型の審査方式に近い踏み込んだ審理といえる。⁽⁹⁵⁾ 行政計画の違法性をより緻密に審査することを目指すのであれば、実体判断代替の手法を採用することによって最大限の審査密度が確保できる。司法府による適切な違法性審査を実現する上で、平成一七高判の審査過程は大きな意義を持っている。⁽⁹⁶⁾

(4) ただ他方で、都市問題は、生活環境の保護、福祉の向上、産業の育成・発展など、自治事務の観点から様々な側面を持っていることから、都市政策はこれらを総合的・包括的に視野に入れて執行していかなければならない。⁽⁹⁷⁾ 平成一七高判や林試の森事件が示すように裁量統制に対する裁判所の積極的な姿勢は伺えるものの、違法性を認定して行政計画に歯止めを掛ける態様には限界がある。処分性要件と確認の利益をクリアしたとしても、この実体判断・本案審理の限界が、行政計画に関する訴訟に内在している。

五 平成一六年改正以降の議論の進展

行政計画を統制する手法を、裁判上問題となった事例を中心に概略的に見てきたが、平成一六年改正以降、一定の成果は挙げられているものの、今なお制度上の問題を抱えていることが見受けられる。これに対しては、従来から様々なかたちで制度改定に関する議論が展開されてきている。

1 行政不服審査の拡充

平成一六年改正後にいち早く都市計画の統制に関する検証を行った都市計画争訟研究会は、平成一八年八月に『都市計画争訟研究報告書』（以下、「平成一八年報告書」という。）を公表している⁹⁸。その中で特徴的なのが、都市計画決定等に対する行政不服審査の拡充である。この提案においては、不服審査の対象とすべき都市計画の範囲について、個人の権利救済と密接な関係にあることに鑑み、住民等の権利義務に直接関わる区域区分、地域地区、都市施設及び市街地開発事業等の都市計画を、不服審査の対象事項として法律で明示すべきとしている⁹⁹。審査対象を法律で明確化することは、平成二〇年最判で拡大した処分性の枠組みを充実させる点で意義が大きい。また、都市計画の手続が多様であることを踏まえ、確認の利益も含めて、平成二〇年地判のような場面でも客観的に審査対象を認定できることは重要である。

また、審査庁は行政機関であることから、計画裁量の違法性のみならず、不当の問題にまで立ち入って審査することができると期待される。審査庁は、裁決において、都市計画を取り消すだけでなく、変更を命じるなど救済措置に関して多様な性を持ちうる¹⁰⁰。取消訴訟の本案審理における計画裁量の広さに照らすと、行政不服審査の場で柔軟な審理が行えるメ

リットは大きい。

2 都市計画の違法確認訴訟の拡充

平成一八年報告書の三年後には、都市計画争訟のあり方検討委員会・ワーキンググループが『人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調査業務報告書』（以下、「平成二二年報告書」という）を公表した。⁽¹⁰⁾ 平成二二年報告書は、平成一八年報告書において提案された裁決主義の手續について多角的に検証をしている。⁽¹⁰²⁾ この検証を踏まえ、対案として提言したのが都市計画違法確認訴訟（仮称）である。

平成二二年報告書の基本的な考え方は、以下の四項目に集約されている。すなわち、①都市計画の特質に即した訴訟の形式を都市計画法に規定すること、②都市計画の違法を宣言することにより計画の効力を停止する仕組みに重点を置くこと、③瑕疵の補正手續を法定し、適切な補正がされたときは計画が判決時に遡って有効になること、④行政不服審査手續を介在させないことで手續の複雑化回避と地方公共団体の実施コスト削減を図ることである。⁽¹⁰³⁾

3 計画争訟制度の導入

さらに、平成二四年六月一五日、日本弁護士会が示した『行政事件訴訟法第二次改正法案』（以下、「日弁連改正法案」という。）では、行政計画に対する訴訟手續に関する規定を設け、個別法による争訟制度の導入が提言された。⁽¹⁰⁴⁾ 日弁連改正法案では、行政事件訴訟法四条の三を新設し計画に関する不服の訴訟として計画訴訟を新たに定めている。その上で、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り」、計画訴訟を提起できるとしている（四一条の二の新設）。

4 議論の多角的な検証

平成一六年改正法の附則五〇条が定める「政府は、この法律の施行後五年を経過した場合において、新法の施行の

状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする」という規定を踏まえて、改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会による検証作業が行われ、平成二四年一月、『改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書』（以下、「平成二四年報告書」という。）が公表された。¹⁰⁵平成二四年報告書は、行政計画について、「行政計画が極めて多種多様で、それぞれの計画ごとに法的効果の有無及び内容も様々であって、行政計画一般として問題を捉えることは困難な面があることから、個別法ごとにそれぞれの行政計画の法的効果の特質について各行政過程の中での位置付けを踏まえて検討」する必要があると指摘している。¹⁰⁶そして、「各種手続規定を整備した上で一定の住民等に出訴を保障するとともに違法事由の主張を制限するといった計画統制訴訟の制度を設け、計画段階で多様な関係者の利害関係を調整することが必要であり、特に都市計画法の分野においてはこのような必要性が顕著である」という点を明示している。¹⁰⁷

六 結語

1 訴訟による対応の限界

平成二一年報告書と平成二四年報告書は、特別の訴訟制度を構築し、違法性の是正を実現することを志向している点で共通している。しかし、行政訴訟の枠組みで行政計画の客観的統制を図る場合、計画のどの時点での提訴を適法とするかという成熟性の要件との関連で、タイミングをはじめとする先述のような問題が内在している。実効性のある制度にするため、例えば都市計画においては、平成二〇年地判で問題となった地区計画決定及び第一種市街地再開

発事業の都市計画決定も審査対象に包含する枠組みを明示して、制度を構築することが必要である。

その一方で、審査対象の枠組みを拡充したとしても、裁量審査において実体判断代置の手法を広く取り入れることには限界がある。平成一八年最判が示した違法性の判断枠組みからかけ離れた審査基準を打ち出すことには混乱が伴うであろう。計画の立案と運用に関わる行政庁による多角的な判断を、司法府が改めて全面的に審査するのは不当性審査に等しくなってしまう。

2 行政不服審査の活用

行政計画の不当性を審査できる点で重視すべきなのは、平成一八年報告書の採る裁決主義の手法である。行政不服審査の枠組みを前提とした場合、審査庁をどのように設定するかという問題が引き起こされる¹⁰⁸。都市計画決定に係る事務は自治事務であることから、都市計画決定権者には上級行政庁が存在しない。行政不服審査法の規律に基づくならば、都市計画決定権者が審査庁となる。裁決手続の客観性と合理性を確保するため、第三者性と専門性を兼ね備えた組織構成を行うことが必要である¹⁰⁹。仮に審査庁を国の機関として組織すると、都市計画決定権限が都道府県及び市町村にあるため、自治事務に国が影響を及ぼすことになる。これは地方分権の観点から懸念が生じる。他方で、都道府県・市町村レベルで自己完結型に審査庁を組織すると、第三者性・公平性の問題や人材確保の困難性が想起される。共同事務の処理のため慎重で綿密な制度設計が伴うが、地方公共団体の事務組合として、都市計画の審査庁を構成することも一案である。法的地位に危険や不安が生じた場合に、第三者機関が不当性も含めて速やかに審査・判断を行うことが、利害関係を持つ当事者の権利利益保護の充実に繋がる。

また、裁決主義を採ることによって、後に想定される裁決取消訴訟においては、既に行政過程で論点整理がされた

状態で裁判官が訴訟手続に臨めることから、司法府による適法性審査の適正化を生み出すことができる¹¹⁾。審査庁の制度化や人材の確保に困難が伴うことは予測されるが、制度構築の重要性と照らし合わせて推進していけば実現可能であろう。

3 対象となる計画の具体化と展望

日弁連改正法案は、計画訴訟の対象となる計画の定義として、「内閣若しくは行政手続法第二条第五号に規定する行政機関又は地方公共団体が法令に基づき、公の目的のために目標を設定し、その目標を達成するための手段を総合的に提示するもの」(四条の三)としているが、範囲が広く審査対象をどのように画するかは必ずしも明らかではない。計画訴訟を制度化する手法を採るにしても、裁決主義の手法を採るにしても、対象となる計画が何かを客観的な指標に基づいて定めておくことが必要不可欠である。

たしかに、行政計画における都市計画の重要性は今後も基本的に変わらないであろうし、平成一八年報告書や平成二一年報告書も、都市計画に絞って分析を進めている。しかし、都市計画以外にも、福祉計画や一般廃棄物処理計画など、日常生活や後行の処分に連動する行政計画がある。例えば、最判平成一六年一月一五日判時一八四九号三〇頁は、一般廃棄物収集運搬業の許可の審査基準として、市町村の一般廃棄物処理計画を位置づけている。一般廃棄物の処理に関する行政作用の合理化を図るために策定される計画が、その内容から、許可の規制基準となり、経済的自由権を制約する公共性の判定基準となっている¹²⁾。また、農業振興地域の整備に関する法律(昭和四四年七月一日法律五八号)八条の規定に基づいて市町村が定める農業振興地域整備計画のうち、農用地利用計画の処分性を巡っては、現時点で最高裁判所における判断はないが、下級審での判断は分かれている¹³⁾。行政活動に対する民主的コントロールを精

密に及ぼすためには、都市計画以外の行政計画についても、争訟手続の充実が必要である。他方で、行政計画の多様性からみて、計画争訟の射程は慎重に検証しなければならない。

また、事後的な争訟手続の充実だけでは、国民の権利利益保護には十分でないことにも注意を要する。行政手続法の規律対象を行政計画に拡張し、計画策定手続の民主化も今後検討が必要である。計画策定手続の民主的統制に関連する問題点を一つ指摘すると、我が国の都市計画の決定過程では、都市計画審議会が主導的な役割を果たしている(都市計画法一八条一項、一九条一項)。「市町村が定める都市計画は、議会の議決を経て定められた当該市町村の建設に関する基本構想に即し」ていなければならないが(都市計画法一五条三項前段)、「かつ、都道府県が定めた都市計画に適合したものでなければならず(同条項後段)」、「市町村が定めた都市計画が、都道府県が定めた都市計画と抵触するときは、その限りにおいて、都道府県が定めた都市計画が優先する」(同条四項)。計画決定に議会が関与する例は少なく、国土利用(都道府県・市町村)計画など僅かである¹¹³。これは、地方分権改革以前は、都道府県知事の都市計画決定が機関委任事務であり、地方議会が関与できなかったことの名残であるとも指摘される¹¹⁴。都市計画の策定が自治事務に位置づけられた現在、議会の関与を制度化することで民主的な計画策定を実現するのも一案であろう¹¹⁵。

行政活動は、計画(Plan)→実施(Do)→評価(Check)→改善(Act)からなるPCDAのマネジメント・サイクルの下で行われなければならない¹¹⁶。このサイクルを実効化するには、行政計画と政策評価を連動させることが必要である。また、主権者国民と行政機関の協働の充実化も重要となる。平成二七年九月二五日に国際連合の第七〇回総会で採択された「持続可能な開発のための二〇三〇アジェンダ」が掲げる「持続可能な開発目標(Sustainable Development Goals。通称SDGs)¹¹⁷」を受けて、我が国の行政機関は、様々な計画を策定し実施をしている。例えば、平成三〇年四

月一七日に閣議決定された第五次環境基本計画においては、SDGsを活用した環境・経済・社会の統合的向上を具
体化することを計画のアプローチに据えている⁽¹¹⁾。今後ますます、行政活動における行政計画の役割が多元化し、国民
の法的地位・権利利益の保護との均衡、事前手続の拡充、及び内容の妥当性を含めた客観的な審査と適切な評価が必
要となる。行政計画の法的性質の更なる検証を含め、複合的な考察と分析の継続が今後の課題である。

(1) 平成一六年六月九日に公布された行政事件訴訟法の一部を改正する法律(平成一六年法律八四号)。この改正法は、平成
一七年四月一日から施行された。以下本稿では、この改正法を「平成一六年改正法」という。

(2) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書―21世紀の日本を支える司法制度―」(平成一三年六月二二日 第六三回
議事)。

(3) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(平成一六年一月六日) 一二頁の福井秀
夫委員の意見。行政計画のほか、行政指導についても同様の問題点が指摘されている。

(4) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会・前掲注(3)九頁。

(5) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟検討会最終まとめ―検討の経過と結果―」(平成一六年一〇月二九日)
資料9 (行政計画の司法審査) 一一頁。

(6) 中川丈久「行政訴訟としての「確認訴訟」の可能性」民商法雑誌一三〇巻六号(二〇〇四年) 三三三頁。平成一六年改正法
において、四条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」という文言が挿入された。

(7) 平成二〇年最判の解説・評釈として、増田稔・最判解民事篇(平成二〇年度) 四四四頁、宇賀克也・判タ別冊二五号(平
成二〇年主判解) 二七八頁、増田稔・ジュリスト一三七三三号(二〇〇九年) 六五頁、大久保規子・ジュリスト一三七三三号
(二〇〇九年) 五八頁、人見剛・ジュリスト臨時増刊一三七六号(平成二〇年重判解) 五二頁、大貫裕之・判評六一五号二頁

（判時二〇六九号一六四頁〔二〇一〇年〕）、山下竜一・ジュリスト別冊二三六号（行政判例百選Ⅱ第七版〔二〇一七年〕三二六頁、橋本博之・ジュリスト別冊二〇六号（環境法判例百選第二版〔二〇一一年〕）二一六頁、増田稔・ジュリスト増刊最高裁時の判例Ⅵ（平成一八年～平成二〇年）（二〇一〇年）四五頁、山下竜一・民商法雑誌一四〇巻三号（二〇〇九年）三四四頁、山村恒年・判自三二三号（二〇〇九年）六七頁、江原勲・判自三二二号（二〇〇九年）五頁、中川丈久・法教三四一号（二〇〇九年）二〇頁、山本隆司・法教三四〇号（二〇〇九年）七三頁、山本隆司・法教三三九号（二〇〇八年）五七頁、藤巻秀夫・札幌法学（札幌大学）二〇巻一・二号（二〇〇九年）一一三頁、渡邊亙・白鷗法学一五巻二号（二〇〇八年）一八一頁、大久保規子・法セ六四九号二二（二〇〇九年）三頁、高木英行・東洋法学五三巻二号（二〇一〇年）六一頁、大橋洋一・自治研究八六巻八号（二〇一〇年）三頁などがある。

（8）この判決の解説・評釈として、森英明・最判解民事篇（平成一八年度）一一四六頁、森英明・ジュリスト一三三七号（二〇〇七年）一〇三頁（時の判例）、角松生史・ジュリスト臨時増刊一三五四号（平成一九年重判解）三八頁、村上裕章・判評五八四号二頁（判時一九七四号一八〇頁〔二〇〇七年〕）、日野辰哉・ジュリスト別冊二三五号（行政判例百選Ⅰ第七版〔二〇一七年〕）一五二頁、村上裕章・ジュリスト別冊二〇六号（環境法判例百選第二版〔二〇一一年〕）一〇八頁、森英明・ジュリスト増刊最高裁時の判例Ⅵ（平成一八年～平成二〇年）（二〇一〇年）三三頁、見上崇洋・民商法雑誌一三六巻四・五号（二〇〇七年）五九五頁、名倉一成・訟月五五巻一〇号（二〇〇九年）三一八四頁、山村恒年・判自二八七号（二〇〇七年）七八頁、北村喜宣・自治実務セミナー四六巻七号（二〇〇七年）三三頁、山本隆司・法教三六〇号（二〇一〇年）一〇九頁などがある。

（9）原告適格に関する判断は、最大判平成一七年一二月七日民集五九巻一〇号二六四五頁において示された。

（10）この判決の解説・評釈として、大場民男・判自三二五二号（二〇一二年）五九頁がある。

（11）国立国会図書館日本法令索引データベース（<http://hourei.ndl.go.jp/help/ilabhelp.html>）。

（12）西谷剛「行政計画論（二）」自治研究四七巻五号（一九七一年）一六〇頁。

（13）西谷剛『実定行政計画法—プランニングと法』（有斐閣、二〇〇三年）二頁。

- (14) 西谷剛「〈資料〉実定行政計画法その後」行政法研究九号(二〇一五年)一〇六頁。
- (15) 総務省「平成二九年度総務省行政事業レビュー行動計画」一・二頁 (http://www.soumu.go.jp/main_content/000480752.pdf)。
- (16) 農林水産省消費・安全局「平成二九年度食品の安全性に関する有害化学物質及び有害微生物のサーベイランス・モニタリング年次計画」一頁 (http://www.maff.go.jp/j/press/syouan/seisaku/pdf/170303_1.pdf)。なお、公表は平成二九年三月二日である。
- (17) また近年は、行政活動に「基本方針」の策定が求められる場面も多い。法律により策定を求められているもの、命令により策定を求められているもの、条例を根拠とするもの、さらに行政の自主的判斷により策定されているものなど多様である(碓井光明「法律に基づく「基本方針」—行政計画との関係を中心とする序論的考察—」明治大学法科大学院論集五号(二〇〇八年)一頁)。
- (18) なお、勅令も含めて辿ると、都市計画に関する規範は、明治二二年勅令六二号「東京市区改正条例」に遡ることができる(安本典夫『都市法概説(第三版)』(法律文化社、二〇一七年)三三三頁)。また、旧都市計画法の外、沿革的にみて土地区画整理事業に関連する法律として、耕地整理法(明治三二年法律八一号)を挙げることもできる。同法は、「耕地ノ利用ヲ増進スル」(一条)ことを目的とする耕地整理を定めるものであり、我が国在来の田区改正と西欧の土地整理との結合の産物とされる(佐藤洋平・広田純一「わが国耕地整理法の成立とドイツ耕地整理法制の影響」農業土木学会誌六七巻八号(一九九九年)八一七頁)。制定から一〇年後、耕地整理法は全面改正され「土地ノ農業上ノ利用ヲ増進スル」(一条)ことを目的に掲げた。この改正による規定に基づいて、耕地整理計画や換地計画が定められた(原田尚彦『行政法要論(全訂第七版補訂二版)』(学陽書房、二〇一二年)一二三頁)。戦前は、古集落の道路計画について耕地整理事業と土地区画整理事業が複合的に実施されたこともあった(中島有紀子・浦山益郎「戦前名古屋の耕地整理事業・土地区画整理事業における古集落の道路計画に関する研究」都市計画論文集五一巻三号(二〇一六年)一一四五頁)。その後耕地整理法は、昭和二四年、土地改良法施行法(昭和二四年法律第一九六号)によって廃止された。土地区画整理の制度形成に関する近時の論稿として、築瀬範彦「土地区画整理

の制度形成に関する史的考察」土木学会論文集D270巻一号(二〇一四年)五三頁がある。

(19) 吉田秀夫『国土計畫論』(河出書房、一九四〇年)三〇頁以下。なお同書では、国土計畫に関する最初の具体的な端緒として、昭和一四年九月二二日の商工省地方工業化委員会の決議を指摘している(二四頁)。この決議では、「国防の充実を目標とする国家諸体制の整備強化」が急務とされ、工業の地方分散を国防経済確立上不可欠の要件としている。

(20) 美濃部達吉『日本行政法上』(有斐閣、一九三六年)。

(21) 田上穰治『法律による行政』(有斐閣、一九四二年)。

(22) この二つの法律は、平成一三年三月、新産業都市建設促進法等を廃止する法律(平成一三年法律一四号)によつて廃止された。

(23) 高橋滋『行政法』(弘文堂、二〇一六年)三三四頁。

(24) 芝池義一「西ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」法学論叢一〇五巻五号(一九七九年)三頁。

(25) 芝池義一「行政計画」雄川一郎ほか編『現代行政法大系第三巻』(有斐閣、一九八四年)三三四頁。昭和五九年当時の体系書における行政計画の位置づけについては、同三四〇頁に概説がある。濱西隆男「行政計画」私論(二)「自治研究九四巻三号(二〇一八年)七一頁は、我が国の行政法理論が、行政計画に対して本格的な関心を向けるようになった時期は、一九七〇年代頃であると指摘している。

(26) 佐藤英善「計画策定手続の問題点」現代行政法大系第三巻(一九八四年)一四〇頁。また、西谷剛「行政計画のジレンマ」横浜国際経済法学一七巻三号(二〇〇九年)二頁は、「社会の変化が激しく、かつ、社会を構成する要素の多様性が増大すると、不確実性が増す。法令だけでは対応できない。計画という手法が登場してくる」と指摘している。

(27) また、行政準則の視点から、行政計画の法的性格と策定手続を詳細に検討した近時の論稿として、濱西・前掲注(25)に続くものとして、濱西隆男「行政計画」私論(二)「自治研究九四巻五号(二〇一八年)七三頁、及び濱西隆男「行政計画」私論(三・完)「自治研究九四巻七号(二〇一八年)九〇頁がある。

(28) 櫻井敬子・橋本博之『行政法(第五版)』(弘文堂、二〇一六年)一四五頁。

(29) 稲葉馨ほか『行政法(第三版)』(有斐閣、二〇一六年) 一三三頁。定義としてこの他に、「公共事業その他行政活動を行うに先立ち、行政庁が提示する具体的な行政目標となる青写真とこれを実現するための諸施策を体系的に提示したプログラム」を行政上の計画と位置付けるものや(原田・前掲注(18) 一二二頁)、「行政機関が一定の行政活動を行うために策定する計画」としたうえで、「一定の目標を設定し、相互に関連する手段の調整と総合化を通じて目標の実現をめざすもの」が計画であるという説明(高木光『行政法』(有斐閣、二〇一五年) 二〇三頁)、政策構想を示す法形式であるとの理解に基づいて、複数の関係者との対話のもとで、利害調整を図りながら将来の行政目標を設定し、目的達成のための時間管理を行い、多様な行政活動の統合方法を示す(大橋洋一『行政法Ⅰ現代行政過程論(第三版)』(有斐閣、二〇一六年) 一四七頁)という説明など多岐にわたる。

(30) 見上崇洋「行政計画」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』(有斐閣、二〇〇八年) 五一頁。また、大橋・前掲注(29) 一二八頁以下は、行政機関の準則策定活動として、行政基準とともに行政計画を位置づけている。そこでは、行政基準は法律目的を実現するために法律規定を詳細化したものである一方、行政計画は行政機関による目標設定とそれに向けた諸手段の統合、目標の段階的実現(目標プログラム)という特徴があるとされている。

(31) 昭和四〇年代まで遡ると、例えば以下のような定義づけが示されている。

「一般に、行政上の事務や事業を実施し、または行政上の政策を形成するために、行政機関によつて策定された行政の指導目標である」(成田頼明ほか『現代行政法』(有斐閣、一九六九年) 一六六頁)。

「将来到達できるであろう行政目標を思想上先取りする設計、およびその設計を完成するために企画された行為」(杉村敏正編『行政法概説』(有斐閣、一九六九年) 一三九頁)。

「行政上の目的達成のための行政機関による目標設定行為」(成田頼明ほか編『行政法講義下巻』(青林書院新社、一九七〇年) 二二三頁)。

「行政機関が、積極的な行政活動の目標を設定し、その達成のための手段を総合することによつて、具体的活動の基準を設定する行為」(西谷剛『計画行政の課題と展望―行政計画と法律―』(第一法規、一九七一年) 五九頁、西谷・前掲注(12)

一六七頁)。

「国家(公共団体を含む) またはその機関が、一定の行政活動を行うために一定の目標を設定し、相互に関連性のある行政手段の調整と総合化を通じて目標として示された将来時点における一定の秩序を実現することを目的とする構想またはそのための活動基準の設定行為」(成田頼明「計画行政における空間形成計画の意義と法律問題(上)」ジュリスト五二二二号(一九七三年)二二二頁)。

「行政機関が将来を展望して一定の行政目標を設定しその達成のための方策を企画すること」(広岡隆『行政法総論』(ミネルヴァ書房、一九七三年)一三六頁)。

「将来における行政秩序の積極的な形成を目的として、行政上の到達目標を思想上先取りする設計、ならびにその設計を完成するためのプロセスと総合的手段を設定して行政活動の指針を定める行為」(金子芳雄ほか編『行政法(上)』(法学書院、一九七四年)一九七頁)。

昭和五〇年代に入り、現代行政の構造的な特色としての行政計画に関わる実質的な考察が拡大し(遠藤博也『計画行政法』(学陽書房、一九七六年)一五頁)、諸定義に共通する中心的メルクマールが指摘されるに至った(宮田三郎『行政計画法』(ぎょうせい、一九八四年)一六頁)。近時は、一般的用語として計画が「目標を設定し、その目標を達成するための手段と総合することによって示される人の活動基準」であることを踏まえ、行政上これを用いる際の行政活動基準として把握する見方もある(西谷・前掲注(13)五頁)。

(32) 櫻井・橋本・前掲注(28)一四五頁、塩野宏『行政法I(第六版)』(有斐閣、二〇一五年)二三四頁、藤田宙靖『行政法総論』(二〇一三年、青林書院)三三〇頁、芝池義一『行政法総論講義(第四版補訂版)』(有斐閣、二〇〇六年)二二四頁、西谷・前掲注(13)五頁、大橋・前掲注(29)一二八頁、見上・前掲注(30)五二頁。

(33) 更に、このような計画活動を、(1)計画内容それ自体、(2)計画の策定手続、(3)計画決定行為、(4)計画の実施活動等様々な要素に区別することができる(藤田・前掲注(32)三三二頁)。

(34) 大橋・前掲注(29)一四七頁。

- (35) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論(第六版)』(有斐閣、二〇一七年)三〇四頁、大橋・前掲注(29)一四七頁。
- (36) 具体的には、都市地域については、都市計画法に基づく都市計画区域及び準都市計画区域が規制対象となり、他それぞれ農業地域に関しては農業振興地域の整備に関する法律、森林地域に関しては森林法、自然公園地域に関しては自然公園法、そして自然保全地域に関しては自然環境保全法が、規制の個別法となる。
- (37) 安本・前掲注(18)二〇頁、大橋・前掲注(29)一四七頁。
- (38) 遠藤・前掲注(31)五二頁は、「公益とは超越的に与えられるものではなくて、あるいみで対立紛争と協力協調との間の妥協の産物として手続の中から生み出されてくる」と説明している。また、土地政策と公益性の観点から、規制行政の場面では権利利益の侵害について公益上の理由が必要であり、給付行政の場面では公費・公的組織によって行われることの公益上の理由が必要であるとした上で、具体的な公益を確定すると期待されるのが土地利用計画であるとする論者もいる(西谷剛「土地政策の系譜と公益性の変化」横浜国際経済法学一〇巻一号(二〇〇一年)一一頁、一八頁)。
- (39) 大橋・前掲注(28)一五〇頁。規範的・命令的計画(der normative oder imperative Plan)・誘導的計画(der influenzierte Plan)及び指示的・情動的計画(der indicative oder informative Plan)の三分類を基盤とする分け方である(西谷・前掲注(13)二二頁、宮田・前掲注(31)一四頁)。ただし、この三分類は、もともと計画保証(die Plangewährleistung)を分析する際に定立された点に留意が必要である(乙部哲郎「国家計画の変更と信頼保護」神戸学院法学六巻二号(一九七六年)六頁、Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970 S. 91-93)。
- (40) 平成六年最判は、「区域内の個人の権利義務に対して具体的な変動を与えるという法律上の効果を伴うものではなく、抗告訴訟の対象となる処分には当たらない」と述べるにとどまる。これについては、非完結型の土地区画整理事業計画の処分性を否定した旧来の青写真判決と、完結型の用途地域指定の処分性を否定した最判昭和五七年四月二二日民集三六巻四号七〇五頁の経過から、当時としては当然の結論であったとの評価もある(武田真一郎「地区計画と抗告訴訟」ジュリスト臨時増刊一〇六八号(平成六年重判解)三四頁)。
- (41) 地区計画決定の処分性を否定した事例として、平成二〇年地判のほか、東京地判平成二五年二月二八日(LEX/DB文献

番号二五五一〇七一四）がある。

(42) 昭和五九年最判は、具体的な理由付けを掲げていない。原告らの控訴を棄却した原審（大阪高判昭和五八年一月二二日判自三号一〇〇頁）は、第一審（神戸地判昭和五七年四月二八日訟月二八卷七号一四五七頁）の理由付けをほぼ踏襲した上で、「建築制限についても、それ自体としては建築物の建築につき行政庁の許可を申請することを要するものであり、その段階では行政庁の態度は未定であり、具体的にはその申請があつた場合にこれに対する行政庁の行為（不許可）によつて制限の効果が生ずるものであることからすると、都市計画決定の告示による建築行為等の制限はなお一般的抽象的な性質のものといわざるをえない」と述べている。第一審は、「市街地再開発事業は、これを全体としてみれば、施行区域内の土地、建物の所有者等の権利に重大な変動をもたらすものであるといえる」と指摘しているものの、「都市計画決定は、それ自体としては、特定の地域について都市計画として市街地再開発事業を施行することを決め、爾後進展する手続の基本となる事項を一般的抽象的に定めるにすぎないものであつて、それはもとより特定の個人を対象としてなされるものではなく、「個人の法律上の地位ないし権利義務に影響を与えるような性質のものではないというべきであり、また、特にその段階で取消訴訟を提起しうることをうかがわせる法律の規定も存しないから、それは取消訴訟の対象となる処分には当たらない」として、処分性を否定している。

(43) 第一種市街地再開発事業に係る都市計画決定の処分性を否定した事例として、平成二〇〇〇年地判のほか、東京地判平成二八年四月五日（LEX/DB文献番号二五五三六三四二）がある。

(44) 平成二〇〇〇年地判のほか、確認の利益を否定した近時の事例は、以下の通りである。

(1) 大阪高判平成二四年九月二八日（LEX/DB文献番号二五四八三二二八）

都市計画道路の変更決定について、計画変更後の道路区域内又はその周辺に居住する者らが、計画変更が違法であることの確認を求めた事例。

(2) 東京地判平成二七年一月一七日（裁判所ウェブサイト）及びこの控訴審である東京高判平成二八年四月二八日（裁判所ウェブサイト）

都市計画区域内に居住する者が、都市計画が違法であること、建築制限を受けない地位にあること、及び都市計画決定の廃止手続をとらないことの違法確認を求めた事例（他に、都市計画決定の無効確認及び都市計画の廃止手続を求める訴えも提起していた。）。

(45) 安本・前掲注(18)七二頁、ヴェンフリート・ブROOM／大橋洋一『都市計画法の比較研究―日独比較を中心として』（日本評論社、一九九五年）三三九頁以下。

(46) 地区計画は、他の都市計画、市街化区域や用途地域の上に重複して掛けられ、一般的規制に加えて地区計画の規制を加える構造となっている（山下淳「地区計画の法的性質」ジュリスト増刊行政法の争点（新版）（一九九〇年）二九六頁）。また、地区計画制度については、藤原淳一郎「都市計画法上の地区計画決定・告示の処分性」判評四三五号二二頁（判時一五二二号一八三頁（一九九五年））に詳述されている。

(47) 都市計画決定の法的性質について、西谷剛「都市計画決定の法的性質」ジュリスト増刊行政法の争点（新版）（一九九〇年）二七八頁参照。また、市街地再開発事業の流れについて、ブROOM／大橋・前掲注(45)三六八頁以下参照。

(48) これに対して、第二種市街地再開発事業では、任意買収と公用収用の方法が用いられる。第二種市街地再開発事業の事業計画の決定に処分性を認めたのが、最判平成四年一月二六日民集四六卷八号二六五八頁である。

(49) 第一種市街地再開発事業における公用権利変換を狭義の公用権利変換として把握し、公用換地と合わせて言わば広義の公用権利変換と位置付けることも可能である。この場合、広義の公用権利変換と相対する手法は、収用である。

(50) 櫻井・橋本・前掲注(28)二七七頁。

(51) この事実原告らの主張に掲げられた事実であるが、被告はこの事実を争っていない。

(52) 古崎慶長「昭和五九年最判判批」判自昭和六〇年一四号六八頁。

(53) 藤原・前掲注(46)二五頁。

(54) 中川・前掲注(6)二二頁。

(55) 橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（二〇〇四年、弘文堂）八四頁、小林久起『行政事件訴訟法』（二〇〇四年、商事法

務)二〇三頁、高木光『行政訴訟論』(二〇〇五年、有斐閣)七九頁、春日修「取消訴訟と確認訴訟(当事者訴訟)における《司法審査に適したタイミング》について」愛知大学法学部法経論集二〇三号(二〇一五年)二二頁。

(56) 中川・前掲注(6)七頁。

(57) 中川・前掲注(6)一四頁。新堂幸次『新民事訴訟法(第五版)』(二〇一一年、弘文堂)二七〇頁、高橋宏『重点講義民事訴訟法上(第二版補訂版)』(二〇一三年、有斐閣)三六三頁。大阪地判平成一九年八月一〇日判タ二二六一号一六四頁も、道路交通法違反に基づく付加点数の無効確認訴訟において、同様の判断基準を示している。

(58) 春日修「確認訴訟(当事者訴訟)の利用場面と確認の利益」愛知大学法学部法経論集一九九号(二〇〇九年)一〇九頁は、都市計画に係る訴訟のほか、平成一六年改正後の確認訴訟の主たる利用場面として、①規制の排除、②申請拒否等の予防的排除、③受給の確保、及び④権限行使の要求を措定して分析している。

(59) 新堂・前掲注(57)二七〇頁、高橋・前掲注(57)三六三頁。

(60) Xらが不動産を所有しているのは決定①に係る地区計画の区域内であることから、原告適格についてはなお別途検討が必要となるが、理論上確認の利益と原告適格は区別されている。仮に本件で、裁判所が所有地の位置も含めて確認の利益を判断したのだとしても、その判断過程を明示せずに確認の利益を否定する結論を示すのは妥当でない。

(61) 大坪丘・最判解民事篇(平成一一年度)八頁。

(62) 高橋・前掲注(57)三七八頁以下。

(63) 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌二三〇巻四・五号(二〇〇四年)六四四頁。

(64) 小早川光郎・阿部泰隆・芝池義一「鼎談行政訴訟検討会の『考え方』をめぐって」ジュリスト二二六三三三(二〇〇四年)二九頁(阿部泰隆発言)。

(65) 山田洋「確認訴訟の行方」法律時報七七巻三号(二〇〇五年)四五頁。

(66) 春日・前掲注(55)二三頁は、確認訴訟(当事者訴訟)に関する裁判例が確認の利益を認めるのに依拠した「危険・不安の現実性」と、最高裁判所が判例において処分性を拡充する際に依拠した当該行為の「実質的効果」の間にある程度共通性があ

ると指摘している。

- (67) 中川丈久「処分性を巡る最高裁判例の最近の展開について」藤山雅行・村田斉志編『新・裁判実務大系二五巻 行政争訟(改訂版)』(青林書院、二〇二二年)一四〇頁。
- (68) 高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト二二七七号(二〇〇四年)一八頁は、平成二〇年地判が引用する地区計画に関する平成六年最判について、「改正法の下では、確認訴訟を認める方向で検討がなされることになろう」と指摘している。
- (69) 小幡純子・判評五七三九頁(判時一九四〇号一七九頁〔二〇〇六年〕)。
- (70) 交告尚史・法教三〇四号(二〇〇六年)一七二頁。
- (71) 東京都市計画都市高速鉄道第九号線に係る都市計画について、東京都知事が、都市計画法(平成四年法律八二号による改正前のもの)二二条二項が準用する同法一八条一項に基づく変更を行い、平成五年二月一日付けで告示したもの。
- (72) 見上崇洋「判批」民商法雑誌一三六巻四〇五号(二〇〇七年)六〇四頁。
- (73) 大場・前掲注(10)六一頁。
- (74) BVerwGE Bd. 34, S. 301. ゲマインデの建設詳細計画に対し、県知事(der Regierungspräsident)が認可を拒否したため、ゲマインデが県知事を被告として提起した義務付け訴訟である(芝池義一「計画裁量概念の一考察」広岡隆・高田敏・室井力編集代表『現代行政と法の支配(杉村敏正先生還暦記念)』(有斐閣、一九七六年)一九一頁、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、一九九〇年)四二頁)。
- (75) ドイツにおける都市建設計画の最初の立脚点は、一八六八年に定められたバーデン地方道路法(das Badische Ortsstraßengesetz)と一八七一年のプロイセン建築線法(das Preussische Fluchtliniengesetz)であるとされる(ブローム／大橋・前掲注(45)二〇頁)。
- (76) 連邦建設法は、一九七六年八月一八日の法律によって改正され、改正法は一九七七年一月一日に施行された。この改正によって、建設管理計画(die Bauleitpläne)の策定において考慮されるべき事項が明記されるなど、規定が充実化した(芝池・前掲注(74)一九〇頁)。

(77) 連邦建設法において、建設管理計画は、準備的性質を有する土地利用計画 (der Flächennutzungsplan) と拘束力を有する建設詳細計画からなると定められており、これらの計画は、ゲマインデにおける土地の建築その他の利用を準備し指導するものであり、ゲマインデにより自己の責任において策定されるものとされていた (同法一条一項二項、二条一項)。なお、Flächennutzungsplan はFプラン、Bebauungsplan はBプランと通称される。また、訳語としては、Bauleitplanを「都市建設計画」とする論稿があり (Harmut Dieterich ほか著 阿部成治訳『西ドイツの都市計画制度—建築の秩序と自由—』(学芸出版社、一九八一年)二四頁)、また、Bebauungsplanを「地区詳細計画」とする論稿がある (ブローム／大橋・前掲注(45)六六頁、大橋洋一『都市空間制御の法理論』(二〇〇八年、有斐閣)六一頁、湊二郎「建設管理計画の衡量統制に関する一考察—衡量過程の統制を中心に—」近畿大学法学五七巻二号 (二〇〇九年) 九六頁)。

(78) 西谷・前掲注(13)四四頁、遠藤・前掲注(31)八八頁、宮田・前掲注(31)八七頁、及び芝池・前掲注(74)一九一頁。

(79) BVerwGE Bd. 45, S. 309.

(80) なお、この二つの判決が出された後、建設詳細計画は、一九七六年の行政裁判所法改正により連邦全域において上級行政裁判所による規範統制 (die Normenkontrolle) の対象とされた (湊・前掲注(77)九四頁)。

(81) 計画高権とは、生存配慮の枠内における給付など他の多くの明示されていない自治行政事務と並んで、自己の市町村領域内の地域計画策定は不可欠なものとして、市町村の自治行政事務に属することをいう (ブローム／大橋・前掲注(45)九五頁)。

(82) BVerwGE Bd. 34, S. 304.

(83) 湊・前掲注(77)一二四頁。

(84) 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ (上)—」ジュリスト一一三三八号 (二〇〇三年) 八六頁、湊二郎「都市計画を争う訴訟の現状と課題」立命館法学二〇一七年四号 (三七四号) 一頁。

(85) 司法研修所『ドイツにおける行政裁判制度の研究』(法曹会、二〇〇〇年) 一九七頁。

(86) ブローム／大橋・前掲注(45)一四六頁以下、財団法人都市計画協会都市計画争訟研究会『都市計画争訟研究報告書』(二〇〇六年) 二〇頁。

- (87) ブローム／大橋・前掲注(45)一一一頁。
- (88) ブローム／大橋・前掲注(45)一三二頁。
- (89) ブローム／大橋・前掲注(45)一四一頁以下、湊・前掲注(77)九三頁以下。
- (90) ブローム／大橋・前掲注(45)一三九頁。
- (91) 大橋・前掲注(77)一〇六頁、湊・前掲注(84)一三三頁。
- (92) 大橋・前掲注(77)一〇六頁。
- (93) 西谷・前掲注(13)五一頁。
- (94) 友岡史仁「行政裁量とその統制基準」小早川光郎・青柳馨編著『論点体系判例行政法2』(第一法規、二〇一七年)四八一頁。
- (95) 川崎興太「計画裁量の司法的統制と都市計画訴訟制度及び都市計画制度の再構築に向けた検討課題―伊東市都市計画道路変更決定事件東京高裁判決を素材として―」日本都市計画学会都市計画論文集四三卷二号(二〇〇八年)三〇頁。
- (96) 川崎・前掲注(95)三一頁は、平成一七年高判に基づいて、主張立証責任の枠組み、都市計画訴訟制度及び都市計画制度の再構築に向けた課題を多角的に考察している。
- (97) 安本・前掲注(18)三頁。
- (98) 財団法人都市計画協会都市計画争訟研究会・前掲注(86)。
- (99) 財団法人都市計画協会都市計画争訟研究会・前掲注(86)一一頁。
- (100) 大橋洋一「都市計画の法的性格」自治研究八六卷八号(二〇一〇年)一二頁。
- (101) 国土交通省都市・地域整備局都市計画課『人口減少社会に対応した都市計画争訟のあり方に関する調査業務報告書』(二〇〇九年)。
- (102) 項目としては、以下の八項目に重点を置いて検証している。すなわち、①審査庁、②不服申立適格、③不服申立期間、④審理手続、⑤執行停止、⑥裁決の内容、⑦裁決の効力、及び⑧裁決取消判決の効力である。

- (103) 国土交通省都市・地域整備局都市計画課・前掲注(101)一二頁。
- (104) 日本弁護士連合会『行政事件訴訟法第二次改正法案』(https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120615_2.pdf)。
- (105) 高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』(商事法務、二〇一三年)。
- (106) 高橋・前掲注(105)四六六頁。
- (107) 高橋・前掲注(105)四七七頁。
- (108) 大橋・前掲注(100)一二頁。
- (109) 大橋・前掲注(77)一三頁、財団法人都市計画協会都市計画争訟研究会・前掲注(86)一三頁、国土交通省都市・地域整備局都市計画課・前掲注(101)三頁。
- (110) 「行政事件訴訟法改正五年後見直しの課題(行政法研究フォーラム―第二次行政訴訟制度改革の必要性(4)・完)―自治研究 八六卷一〇号(二〇一〇年)二五頁の大橋洋一発言では「司法研修所で都市計画訴訟について話す機会がございまして、そのときに、ある裁判官の方が、裁決主義モデルに高い評価を与えてくださったということ。その理由がどこにあるのかといえますと、このモデルによれば、行政過程のところで論点整理がされて裁判所に来るといふ点です」と述べられており、他の訴訟類型にない裁決主義モデルの長所として位置づけられている。
- (111) 見上・前掲注(30)六五頁。
- (112) 田村達之「行政計画の処分性に関する一考察―市町村農業振興地域整備計画を素材として―」磯野弥生ほか編『現代行政訴訟の到達点と展望(宮崎良夫先生古稀記念論文集)』(日本評論社、二〇一四年)一六二頁。
- (113) 安本・前掲注(18)五六頁。
- (114) 安本・前掲注(18)五七頁。
- (115) 計画策定手続に関連して、行政にかかる基本的な計画を地方自治法九六条二項に基づき議会の議決すべき事件とすることによって、透明性の高い行政を計画的に推進することを目的とする条例を制定している県もある(宇賀・前掲注(35)三二二)

頁。

- (116) 宇賀・前掲注(35)三〇二頁。
- (117) 外務省公式ウェブサイト (平成三〇年六月二十九日プラットフォーム開設)
(<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/sdgs/index.html>)。
- (118) 環境省公式ウェブサイト (<https://www.env.go.jp/press/105414.html>)。

行政手続における手続的瑕疵の評価に関する考察

——行政手続法制定後における判例動向を中心として——

橋 本 直 樹

- 一. はじめに
- 二. 審査基準の設定・公表の瑕疵
- 三. 理由の提示の瑕疵
- 四. 聴聞手続及び弁明手続の瑕疵
- 五. おわりに

一・はじめに

行政手続法は、行政処分、行政指導、届出及び命令等制定に関する手続を規定しているが、これらの手続に瑕疵が存在した場合に、その瑕疵をどのように扱い、またいかなる基準をもって手続的瑕疵と評価するのが問題になる。特に行政処分の発動過程を規律する手続の瑕疵は、これが行政処分の瑕疵を構成するの^①かについて議論があり、手続の瑕疵と行政処分の効力との関係性に関する問題として論じられてきた。これについては、行政手続が明文の規定をもつて整備されているという明文規定の存否の視点が関係しており、行政手続法の制定意義とその趣旨解釈に基づき、行政処分の効力は否定されることになろう。すなわち、行政手続が明文の規定をもつて整備されている場合、行政機関は行政過程において履践しなければならぬ行為規範が予め明示されており、また行政手続法は、その規定を通じて国民の権利利益の保護に資することを目的としていることから、行政機関が当該手続規範に強く拘束されることはもちろんのこと、行政活動の法適合性を審査する裁判所においても、行政過程において法の要求する手続の履践が果たされたのかを厳格に審査し、そこに不備がある場合には行政手続法の実効性の担保として、行政処分の効力を否定することは、法を司る裁判所としての当然の職務とされることに由来する。したがって、行政手続法が整備されている現在、行政処分が、同法の規定する手続規制に反して違法に行われた場合、それは処分の瑕疵を構成することになる^②。

しかし、手続の瑕疵が処分の瑕疵を構成することは、行政処分の発動過程に手続の瑕疵さえ存すれば、直ちに処分の効力が否定され、当該処分の違法性をめぐる争訟の審理過程において当該処分がたとえ実体的に適法であったとし

ても、当該処分は取消されるため、行政目的の早期実現が妨げられ、行政経済に反することになる。しかしその一方で、行政手続法は、処分の利害関係者に対して種々の権利利益を付与していることから、^③手続の瑕疵を軽視して、処分の効力を維持することは、かかる権利利益の侵害を放置することになるため、決して看過することはできない。このため、行政手続法に規定されている手続の瑕疵がどんなに微細なものであっても、それが手続的瑕疵と評価され、処分の効力を否定する論拠たり得るのが問題となる。

したがって本稿では、行政手続法に規定された主要手続である審査基準の設定・公表、理由の提示、聴聞及び弁明手続、文書閲覧における不備がいかなる場合に手続的瑕疵と評価されるのかについて、行政手続法制定下における最高裁判例及び下級審裁判例を中心に判例分析を行うことを目的としている。

二．審査基準の設定・公表の瑕疵

(1) 審査基準の設定・公表の意義

行政手続法五条一項は、法令に基づく申請に対して応答としてなされる許可、認可、免許等の申請人に何らかの利益を付与する処分をするにあたっては、審査基準を定めなければならないと規定する。これは、一般的に許認可等の要件を規定している法令の定めは、行政庁が柔軟かつ臨機応変な処理を可能にするため、抽象的で不確定な表現を用いて、法令の解釈、認定事実の評価といった要件裁量、また行為裁量、選択裁量を授權していることから、行政庁には広範な裁量が認められ、許認可等を求める申請人の側からすると自己の申請通りに許認可等がなされるかどうか予

測がつかない、あるいは不明確な法令の規定に従って行政庁が判断する場合には、処分の公正性が疑われることになる。このため行政手続法は、申請により求められた許認可等をするかどうかをその法令の定めに従って判断するために必要とされる審査基準を定めることを義務付けている。これにより行政庁は、原則として当該基準に沿って許認可等を行うことが求められることから、裁量判断が規律され、恣意が排除され、申請の公正な処理が保障されることになる。この審査基準について、行政手続法五条三項は、行政上特別の支障があるときを除き、公にしておかなければならないとしていることから、申請人には許認可等の申請にあたってどのような準備を行い、許認可等の要件となっている事実、事情が何であるのかを事前に把握することができ、許認可等がなされるか否かについての予測可能性が与えられ、さらにこれを通じて行政庁の審査過程が明らかとなるため、透明性の向上が期待できる。⁽⁴⁾

(2) 手続的瑕疵の評価

かかる機能を有する審査基準の設定あるいは公表に完全なる不備があれば、審査過程における公正と透明性が害され、また申請人の予測可能性が失われることから、手続的瑕疵に値し、これに基づく行政処分はその効力が否定されるべきといえる。

しかしながら、行政手続法五条一項は「審査基準を定めるものとする」との文言から各種の許認可等の申請のすべてにおいて、審査基準を定めることを要求しているとは解されない。⁽⁵⁾ 法令においてすでにその要件等ができる限り具体的かつ明確に定められている場合、法令が定めた内容以上に具体的基準を設けることができないう場合、あるいは許認可等の性質上、個々の申請について個別具体的な判断をせざるを得ない場合など、審査基準を設定しないことにつ

き合理的な理由が存在すれば、設定されていないことがすべて手続的瑕疵になるわけではない。また同法五条三項は、設定した審査基準は行政上特別の支障がある場合を除き、公にすることを義務づけているが、いかなる場合に行政上特別の支障に当たるとも定かではない。このためこれらの手続に不備があつた場合に、いかなる瑕疵をもつて手続的瑕疵と評価するのかが問題となる。

●判例研究

これらを争点とした裁判例として、審査基準の設定の瑕疵については、(A)那覇地判平成二〇年三月一日(判時二〇五八号五六頁)、審査基準の公表の瑕疵については、(B)東京高判平成一三年六月一四日(判時一七五七号五一頁)がある。なお両判決は、審査基準の設定あるいは公表における不備を手続的瑕疵と評価し、これを理由に処分を取消している。

(A)は、行政財産の目的外使用の許可等については、「特定の者に不当な利益を与えたり、又は特定の者が不当な不利益を受けたりすることがないようにするため、行政庁の恣意を排し、不公正な取扱いがされることを防止する必要がある、審査基準の設定とその公表の必要性は高い」ことを理由として、地方自治法二三八条の四第七項の規定、及び那覇港管理組合港湾施設管理条例の規定を具体化した審査基準を設定しなければならないとしている。本件では、地方自治法の規定及び管理条例の規定それ自体が、許可基準について具体的な指針を示していないこと、そして本件処分の性質に照らし、行政庁の恣意を排除すべき必要性が高いことを理由に手続的瑕疵としていると解される。また(B)は、審査基準を公表しないことについて、行政上特別の支障がないことの主張も立証もないこと、そして公にして

いたという事実がないことを理由に行政手続法五条三項に違反する手続的瑕疵だとしている。すなわち、本件認定基準が行政内部において存在するにもかかわらず、そしてこれを公にすることに對して行政上特別の支障がないにもかかわらず、その存在を知らない申請者に対してその存在を教示するなどして公にすることを怠ったことがゆえの手続的瑕疵としている。⁶⁾

しかし審査基準の設定に関しては、仙台高判平成一八年一月一九日（LEX/DB二八一〇七九八）は、「法令の定めがある程度具体的であり、審査基準の定めがなくとも、行政庁の許認可等の透明性と公正さを確保することができ、適切・公正な処理についてさほど支障を来さないような場合には、審査基準の定めの有無は、当該許認可等について違法を招来するものではないというべきである」とし、農業振興地域の整備に関する法律一五条の二第四項一号の規定は、不許可の要件をある程度具体的に定めているといえ、不許可要件に該当するか否かは、開発行為の客観的性質等に照らし比較的容易に判断されるものであり、行政庁の恣意が入る余地は少なく、審査基準の定めがなくとも、行政庁の許認可等の処分の透明性と公正さを確保することができ、適切・公正な処理についてさほど支障を来さないと判示する。また和歌山地判平成一四年九月一〇日（LEX/DB二八〇七二七六二）は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律七条三項二号（当時）にいう「その申請の内容が一般廃棄物処理計画に適合するものであること」との要件は、許可権者に専門技術的政策的判断が尊重される広範な裁量権を委ねるもので、具体的な基準を定めることは困難であつて、基本的な方針や考慮事項を定めることが可能とまではいえないと判示している。

このような裁判例に反して、大阪地判平成一四年六月二八日（LEX/DB二八〇七二二六四）は、東大阪市保育所措置条例には、保育に欠ける児童か否かを判断するに当たって一定の基準を示しているが、保育所の定員が不足して

いるため保育に欠ける児童全員を入所させることができない場合にいずれの児童を入所させるべきかを判断するための基準を示すものではないから、上記条例が存在することをもって保育所に入所させるかどうかの審査基準が定められていたということはできないと判示している。

許認可等に当たってその拠り所となる審査基準は、確かに前記裁判例が指摘するように個々の法令により、また処分の性質や内容ごとに種々様々ありうることは当然であつて、また高度の裁量が行政庁に認められている場合には個別具体的な判断とならざるを得ず、許認可等の要件となる事項について一律に客観的なあるいは数値的な基準、指標を定めることは困難であるといえる。しかし、許認可等の根拠となる法令の解釈、判断に際しての留意事項、考慮事項等の審査の指針となる程度のものが作成不能である場合は想定しにくく、個別事案の特殊性等が存在する場合においては、審査基準に拘束されることはなく、異なる取扱いをすることが否定されているわけではない点を踏まえれば、基準設定を不要とする事情の存在に関して厳格に解されるべきであろう。⁷⁾

また専門技術的政策的判断が尊重される広範な裁量権が認められている許認可等であつたとしても、行政庁としては全くの自由な判断に基づいて許認可等を与えるわけではなく、行政庁としては、不確定で抽象的な根拠法令の規定をもとに行政庁に裁量権を授権した趣旨、目的に照らして具体的な基準、具体的な考慮要素を策定し、申請人の側にある個別具体的な事実、事情の中から本件事案処理において決定的となる事実、事情を洗い出し、当該基準、考慮要素とを架橋し、当該事案における許認可等の判断を下す過程は、法律による行政の原理において当然である。したがつて、事案処理にあつて具体的な結論を導く際には、一般的ではないにしろ何らかの具体的な基準、指針は必ず存在するのであるから、同種、類似の申請を通じて事案ごとに策定された個別的な基準は、やがて一般的な基準とし

て生成されうることを指摘する見解がある。⁽⁸⁾ この見解によれば、申請件数の少ない初期のころにおいては審査基準の設定が困難であったとしても、同種、類似の申請事案の累積により審査基準の設定が見込めることを示唆するものであり、審査基準の不設定の漫然たる継続は違法とならう。したがって、審査基準の設定は、前述のように行政庁の恣意を抑制する機能、申請人に予測可能性を保障する機能を通じた行政手続における公正の確保と透明性の向上に寄与することから、審査基準の設定の趣旨に違背する不備は手続的瑕疵にならう。

また審査基準を公にすることについて行政上特別の支障がある場合には、これは不要とされているが、前掲大阪地判平成一四年六月二八日は、保育所入所選考にあたって考慮されると推測される事項を点数化したいいわゆる選考指数を公にした場合には、入所基準に合わせた申請を誘発するなど入所審査の公平さを担保できない可能性があったため、これを公にしなかったことは違法ではないとの行政側からの主張に対して、「審査基準に合わせて申請がなされるおそれがあることは、申請に対する処分一般についていえることであり、……かかる抽象的なおそれがあることをもって公にしなくともよいと解することはできない」と判示している。すなわち、審査基準に合わせた申請を誘発するおそれがある程度のことでは、行政手続法五条三項にいう「特別の支障」とは評価されないことにならう。また仮に行政上特別の支障がある場合には、申請人に対して、単に公にできない旨の趣旨の説明に終始することなく、公にできない理由を付記した書面を交付するなどしてその正当性を明確に指し示す必要がある⁽⁹⁾。したがってそのような誠実な対応がなされていない場合には、審査基準の設定の不備と同様に手続的瑕疵を構成するといえよう。

三・理由の提示の瑕疵

(1) 理由の提示の意義

理由の提示とは、行政処分と同時にその処分理由を処分の名あて人に対して提示することであり、この理由の提示には、慎重考慮担保機能、恣意抑制機能、争訟提起便宜機能があるとされている^⑩。行政処分は、法律による行政の原理に基づき法律に規定された処分要件に基づき行われることから、行政庁においては、処分要件を規定した法令の解釈、当該行政処分の起因となる事実の認定、認定事実に対する評価、そして法令へのあてはめという過程を経て発せられ^⑪、処分の根拠となる処分理由は、法定されており、自己の自由な理由により処分を行うことはできない。したがって、処分と同時に処分理由を外部へ表示することが義務付けられるとすれば、行政庁には、自ら行おうとする意思決定の法適合性について検証の機会が与えられ、慎重な意思決定が期待でき、これにより恣意的な判断の抑制がはたらく。また理由の提示を処分の名あて人の側から捉えると、いかなる事実認定によるいかなる法規の適用の結果であるのかを把握でき、当該処分に不服のある名あて人にとって、争訟を提起する上での便宜になる。

このように理由の提示は、行政手続法の制定前において、個別の行政法規が理由の付記を義務付けている場合にこれを欠いた行政処分は取消事由になるとする理由付記判例法理として展開されてきたが、行政手続法は、従来の理由付記判例法理の適用範囲を拡張、一般化させ^⑫、侵害的な法効果の発生を伴うがゆえに、処分の名あて人への手続的配慮が必要となることから申請拒否処分及び不利益処分において、理由の提示を義務付けている。したがって行政手続法に規定する理由の提示に不備があれば処分の取消事由となる。

(2) 不利益処分における理由の提示の程度(手続的瑕疵の評価)

しかしながら、同法は理由の提示において示すべき理由の程度について定めておらず、⁽¹³⁾行政手続法上どの程度の理由の提示が求められるのが問題となる。

これについて、行政手続法制定前における最判昭和三八年五月三二日(民集一七卷四号六一七頁)は、どの程度の記載をなすべきかは処分の性質と理由付記を命じた各法律の規定の趣旨・目的に照らしてこれを決定すべきであるとし、また最判昭和四九年四月二五日(民集二八卷三号四〇五頁)は、「要求される附記の内容及び程度は、特段の理由のなにかぎり、いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して当該処分がなされたのかを、処分の相手方においてその記載自体から了知しうるものでなければならず、単に抽象的に処分の根拠規定を示すだけでは、それによつて当該規定の適用の原因となつた具体的事実関係をも当然に知りうるような例外的な場合を除いては、法の要求する附記として十分でないといわなければならない」と判示している。また申請拒否処分に関する最高裁判例として、最判昭和六〇年一月二二日(民集二九卷一号一頁)、最判平成四年二月一〇日(判時一四五三号一一六頁)等があるが、いずれも同様の趣旨の判示をしている。

このように行政手続法制定前における裁判例は、各個別行政法規における理由付記の趣旨、目的、及び処分の性質に照らして個別法制ごとに判断される⁽¹⁴⁾として、行政手続法の下においては、行政手続法の規定を直接の根拠として行政処分の発動過程における事前の統一的な手続規制が及ぶことになるため、理由の提示を義務付けた個別法制ごとの趣旨、目的解釈の余地はなくなり、行政手続法一四条の趣旨、目的解釈を前提とする当該行政処分の性質、あるいは当該行政処分の根拠となる法令の趣旨、目的によることになるのではないだろうか。すなわち、当該行政処分

が国民の権利利益に対して重大な影響を及ぼすような場合であるとか、当該法令が行政庁に高度の専門的な裁量権を付与しているような場合には、慎重考慮担保機能、恣意抑制機能の諸機能がより発揮されるべきであるから、必然と理由の提示の程度は深化されると解される。このため、行政手続法が要求する理由の提示の程度について検討する必要があるが、行政手続法が義務付ける理由の提示が、従来理由付記判例法理の適用範囲を拡張させ、一般化させたものであるとすれば、少なくとも当該処分の根拠法条と当該法令が適用された具体的な事実関係の提示が必要とされよう。

これを踏まえて、検討しなければならないのは、行政手続法により審査基準、処分基準が設定されている場合に、その適用関係の提示が求められるのか、また不利益処分がなされる場合には聴聞手続あるいは弁明手続を経ることになるが、当該手続の過程において処分の名あて人は処分理由をある程度知りうる機会を得るため、当該手続を履践した不利益処分においては、理由の提示の程度が緩和されるのである。

処分基準とは、行政手続法二条八号口によれば、「不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準」である。これは、前述した審査基準と同様に、行政庁には社会状況に応じた行政上の処理を可能にするため、行政法規は行政処分の要件及び効果について裁量を認めており、不利益処分においても、同一事実、事情の下において他者との間において公平を欠くことのないように恣意的な判断を抑制すること、及び処分要件と効果を明確にすることで名あて人を含め広く国民に対して予測可能性を与え、法的安定性を確保することが求められる¹⁵⁾。このため行政手続法は、不利益処分の決定過程における行政庁の恣意の抑制、公正の確保、及び判断過程の透明性の向上を目的として、処分基準を定め、公表する努力義務を課してい

る。しかしこの処分基準の多くは、行政規則に位置づけられることから、「いかなる事実関係に基づきいかなる法規を適用して」にいう「法規」ではなく、処分基準の適用関係の提示が理由の提示に含まれるのが問題となる。¹⁶これについて、行政手続法により処分基準が作成され、公にされている以上は、不利益処分は原則として当該基準に依拠して行われるのであるから、単に根拠となる法令の条項を示すのみでは不十分であり、処分基準上の根拠を示さなければならぬとの見解が示されている。すなわち、いかなる事実関係が処分基準のいかなる項目に該当するのかが示さなければならぬとし、名あて人の側に存在する事実、事情に対応する当該処分基準の適用関係までを提示しなければならぬとするのである。

また聴聞手続、弁明手続を経て行われる不利益処分は、行政手続法の規定によれば、予定される不利益処分内容及び根拠となる法令の条項と不利益処分の原因となる事実の通知が処分に先立って行われるため、これらの手続を通じて、処分理由を予測し、認識する機会を得ることから、不利益処分における理由の提示の程度は相対的に緩和されてよいのか¹⁸が問題となる。

●判例研究

①処分基準の適用関係に関する裁判例

処分基準の適用関係に関する裁判例として、(C)盛岡地判平成一八年二月二四日(判例地方自治二九五号八二頁)、(D)大阪地判平成一九年二月一三日(判タ二二五三号二二三頁)、(E)最判平成二三年六月七日(民集六五卷四号二〇八一頁)(以下、「平成二三年最判」という)がある。

これらの裁判例によれば、行政手続法定前において形成されてきた判例法理、特に理由の提示の程度について判示した事項が、行政手続法一四条によって不利益処分一般を対象として理由の提示が求められる場合においても、基本的に妥当することが確認された。

しかしながら、当該行政処分の根拠法令と当該行政処分の原因となった事実関係に加えて処分基準が設定・公表されている場合にその適用関係を常に提示しなければならないのかどうかについては、上記裁判例は結論を異にしている。すなわち、(C)、(D)によれば、処分基準が設定・公表されている不利益処分においては、名あて人の権利利益を制限するという不利益処分の特性、当該不利益処分における裁量性を踏まえて行政手続法一四条自体の規定から処分基準の適用関係を示すことが要請されるとしているが、平成二三年最判は、処分基準の適用関係の提示が求められるか否かの考慮要素を示し、同法一四条の規定それ自体による一律の処分基準の適用関係の提示を否定している。これは、すでに処分基準が公にされている場合には、理由の提示によって示された処分の根拠法令、当該処分の原因となった事実関係とを照合することによって、処分要件の該当性の判断、及び当該処分が選択された理由について明白である場合にまで、処分基準の適用関係を示さなければならぬとするのは疑問であるからだとされる¹⁹。

しかしこれについて、処分基準が公にされていることから、処分基準の項目の該当性の判断、及び当該処分が選択された理由がたとえ明白であった場合に、不利益処分の発動と同時にその適用関係の提示を求めたとしても、行政の側における不都合は些細なものといえるだろう²⁰。すなわち、法律による行政の原理にしたがって、行政法規を誠実に執行し、法規の趣旨を的確に実現すべき任務を負っている行政庁は、²¹不利益処分の発動過程において、法令の定める処分要件に対応する名あて人の側にある個別具体的な事実関係の存否を認定し、それを当該規定にあてはめることに

よって不利益処分を行わなければならないのであるから、当該不利益処分において処分基準が設定されている場合には、基準項目と事実関係との照合作業は必須となる。したがって、理由の提示においては、当該処分が書面で行われる場合には、すでに処分の発動過程において行った照合作業を文章化し、これを書面として交付するに過ぎないのであり、行政庁における負担は少ないといえる。そしてこの過程を経ることにより、処分基準との適用関係が鮮明化され、理由の提示の諸機能は発揮されるのである。これにもかかわらず、安易に処分基準の適用関係の不提示を許容することは、行政庁が行った自らの法適合性判断についての再検証の場が失われ、恣意的な判断の温床となり、結果として処分の根拠となる法律構成についてあいまいなままの処分が横行する懸念がある。なお、平成二三年最判では、訴訟において本件処分基準の適用関係が複数主張されたため、処分時において、処分基準の適用関係を明確にするこ²²となくあいまいなまま行われた可能性があり、免許取消処分の基礎を支える法的判断について十分な検証が行われたのか疑問である。

また平成二三年最判の田原裁判官の補足意見は、行政手続法一二条に則って処分基準を定め、それを公表したときは、当該処分基準に羈束されて裁量権を行使することを対外的に表明したと言え、理由の提示においては、同基準の適用関係を含めて具体的に示さなければならぬものというべきであるとしている。これは、不利益処分をなすに当たり同基準によることが相当でない場合にまで、これに羈束されると解するのは相当ではないが、その場合にはこれ²³によることができな合理的な理由が必要となるし、この理由は処分理由の提示において具体的に示されなければならないとしている。このため、同基準を適用する場合には適用理由を示すべきことになると言っているのである。

したがって、平成二三年最判を踏まえれば、²⁴処分の性質および内容、処分要件及び処分効果における裁量的判断、

処分基準の設定・公表の有無、その適用の複雑性などの点が理由の提示の程度を画するものとして手続的瑕疵の評価基準となろうが、前記のように理由の提示の諸機能に照らせば、処分基準が設定・公表されている場合には、それとの適用関係をも含めて理由の提示が行われるべきではないだろうか。

② 聴聞手続を経た処分の裁判例

聴聞を経た処分に関する裁判例として、(F)高松地判平成一二年一月一日(判例地方自治二二二号八一頁)、(C)前掲盛岡地判平成一八年二月二四日、(G)名古屋高判平成二五年四月二六日(判例地方自治三七四号四三頁)がある。

(F)は、聴聞を経て行われた不利益処分の理由の提示の程度について、聴聞においては、その期日に行政庁の職員から根拠となる法令の条項及び原因となる事実が説明されること、また聴聞の主催者は審理の経過を記載した調査及び名あて人の主張に理由があるかどうかの意見を記載した報告書の作成が義務付けられ、名あて人はこの調査及び資料を閲覧することができること、また聴聞期日におけるやりとりの状況により処分の理由を事前に予測し、認識し得るような場合には理由の提示の制度趣旨を没却しないとして、理由の提示の程度は緩和されると判示する。その一方で(C)及び(G)は、聴聞手続において現れた反論・反証を踏まえた理由の提示が必要であるとして、緩和されないとしている。特に(G)では、「むしろ聴聞手続における控訴人の反論・反証を踏まえた理由提示をすることこそが、行政庁の判断の慎重と合理性を担保してその恣意を抑制するとの行政手続法一四一条一項本文の趣旨に適うものというべき」としている。これは、聴聞手続あるいは弁明手続の開始の時点において示された処分理由は、行政庁が処分の端緒となった時点から当該手続の開始時点までに調査をした事実を基礎とした処分案にとどまり、²⁶聴聞手続又は弁明手続におい

ては、名あて人の防御権の行使として、自己に有利な新事実の提出、これを証明する立証活動、あるいは行政庁の側に存在する調査資料を否定する内容の反論や反証がなされることがあり、最終的な行政処分は、この立証、反証によつてさらに明らかとなつた事実関係を踏まえて行われるのであるから、ここでは立証、反証をどのように評価し当該結論が導かれたのかを応える理由が必要となり、聴聞手続、弁明手続の開始時点にはない新たな処分理由が加わるのであるから、これが提示されるべきとするものであろう。²⁷⁾

これに関しては、前記平成二三年最判の田原裁判官の補足意見と那須裁判官の反対意見との対立が詳細に論じており、また本判決における特有の事実関係から問題解決のための示唆が得られる。すなわち、那須裁判官の反対意見は、不利益処分の理由の提示と聴聞とは、その機能面において一部重なり合い、相互に補完する関係にあるとし、どのような基準に基づきどのような不利益処分を受けるかは予測できる状態に達しているはずであり、聴聞の審理のなかでも更に詳しい情報を入力できるとされ、不利益処分の理由中に一律に処分基準の適用関係を明示しなければ処分自体が違法となる原則を固持しなければならないのは疑問が残るとする。これに対して、田原裁判官の補足意見は、不利益処分に理由付記を必要とする判例法理は、相手方がその理由を推知できるか否かにかかわらず、このためであるとして、聴聞手続において名あて人が処分内容を予測できたか否かという事情は、これまでの判例法理により理由付記を必要としない理由とはなりえないのであり、本件事実関係の下においては、聴聞手続では名あて人が本件処分基準の適用関係について質問したのに対して、何ら具体的な応答がなされなかった²⁸⁾のであるから、那須裁判官の反対意見の前提としているところが本件の聴聞手続において満たされていないため、聴聞手続が行われたことをもつて、理由記載の不備の瑕疵が治癒され得るとは解されないと反論している。

これらの意見によれば、那須裁判官の意見には賛同できず、田原裁判官の意見は当を得ているものと思われる。すなわち、名あて人からの質問に対して聴聞手続の過程において何等応答しなかったという本件事例における特有の事実関係があるものの、聴聞手続が履践されたとしても必ずしも名あて人において十分な処分理由が開示されるとはかぎらないこと、また聴聞手続を経て行われる不利益処分の理由の提示は、聴聞による名あて人の防御権の行使の結果を参酌し、再度名あて人にある事実、事情を踏まえた総合的な判断に基づく終局的な結論であることから、聴聞の際の理由の提示より詳細でなければならず、²⁹名あて人の防御権の行使に対して、これを容れると否とを問わず、相応の理由付けがなされなければならないものといえる。なお、法廷意見においては、理由の提示の程度の考慮事項として聴聞手続の履践を挙げていないことからすれば、聴聞手続の実施は不利益処分の際の理由の提示を軽減させることにはならないと解される。³⁰

(3) 申請拒否処分における理由の提示の程度（手続的瑕疵の評価）

行政手続法八条の申請拒否処分における理由の提示について最高裁の判断は未だ示されていないが、行政手続法五条により審査基準の設定・公表が行われている場合にはその適用関係も提示すべきかが、不利益処分の場合と同様に問題となる。

これについては、行政手続法が審査基準を公にしておく以上、拒否処分の理由の提示においても、具体的な事実関係に対応する根拠法令の条項を示すのみでは不十分であり、審査基準上の根拠を示さなければならぬ³¹、つまり審査基準のどの項目がいかなる点で充たされないのかを示すことで、審査基準の設定・公表と理由の提示が結びつき、こ

れにより公正の確保と透明性の向上に寄与するという見解が示されている。⁽³²⁾

●判例研究

これに関する裁判例として、(B)前掲東京高判平成一三年六月一四日がある。

審査基準の適用関係の提示について判示した最高裁判例は存在しないが、(B)は処分基準の適用関係にかかる平成一三年最判とは異なり、行政手続法八条の規定を根拠として審査基準の適用関係の提示を要求しているものと解される。⁽³³⁾ 今後、審査基準の適用関係についての提示に関して最高裁がどのような判断を下すのかが注目されるが、平成一三年最判を踏まえれば、処分の性質および内容、処分要件及び処分効果における裁量的判断、審査基準の設定・公表の有無、その適用の複雑性などの点が考慮事項となるであろう。⁽³⁴⁾ しかしながら、審査基準が定められている場合においては、審査処理の過程において行政庁は、当該審査基準に定める項目と申請人の側にある個別具体的事実、事情とを照らし合わせ、いかなる点において基準項目を満たしているのか、あるいは満たさないのか、その該当性について調査検討し、許認可等を与えるか否かの結論を導くという経過を辿るわけであるから、理由の提示においてもその適用関係を明確にすることで、理由の提示の目的とするところの恣意抑制機能、慎重考慮担保機能が果たされることになる。また拒否処分を受けた申請人は、その後、争訟を提起するに当たって、基準項目の該当性にかかる判断について、いかなる理由で該当しなかったのかが指し示されるため、争訟提起において便宜を与えることになる。また平成一三年最判の田原裁判官が指摘するように、審査基準の設定・公表が行われた場合には外部効果として、原則として当該基準に沿った裁量権行為が求められるのであるから、申請人の側にある事実、事情と審査基準の適用関係

が具体的に示されなければならないとも思われる。したがって、審査基準の設定・公表が行われている場合にはその適用関係についても提示すべきと思われる、これが懈怠されていれば、手続的瑕疵と評価すべきであろう。

四・聴聞手続及び弁明手続の瑕疵

(1) 聴聞手続及び弁明手続の意義

不利益処分を含む行政処分は、法令において規定されている処分要件の充足の判断に必要な資料が、行政処分に先立つ調査活動によって収集され、これをもとに事実認定を行い、さらに法令を適用する過程を経ることになるが、この過程に、行政庁の恣意、偏見、独断が入り込むことのないような措置を講ずることの必要性は、不利益処分の特性がゆえにより要請される⁽³⁵⁾。このため行政手続法は、不利益処分において、当該処分の名あて人及び利害関係者に有利な主張や証拠の提出、立証の機会を十分に与え、偏った調査活動と、恣意的な事実認定によって誤った処分が行われないようにするため、処分の発動過程に参加させる手続を整備している。このような意見の聴取手続につき行政手続法は、処分が及ぼす不利益の程度に応じて、口頭による意見の聴取が行われる聴聞と、書面によって行われる弁明の機会の付与とを規定し、重大な不利益を伴う処分については、厳格な手続である聴聞を経なければならないとしている。このような聴聞及び弁明の機会の付与の手続に、その趣旨に反する瑕疵が存在する場合には、それだけをもって当該不利益処分は取消されるべきであろう。これは、これら意見聴取手続の規定が、処分の名あて人の権利利益の保護の観点に立ち、処分の原因となる事実について、自らの固有の防御権の行使の機会の付与を目的として整備され

たものであり、⁽³⁶⁾ 不公正な事実認定あるいは評価により処分を受けないという利益を行政手続法が授与していると解し得るからである。

(2) 手続的瑕疵の評価

かかる聴聞手続あるいは弁明手続が違法に実施されなかった場合、つまり、手続を省略することができる場合として、行政手続法一三条二項各号が規定しており、これは名あて人に対する手続的権利保障の要請に対して、速やかに公益確保の必要性を優先させるべきであると判断される場合、あるいは行政効率の確保の要請を優先させるべきであると判断される場合に、聴聞手続、弁明手続を実施することが適当でないあるいは、実施する必要があるとして手続の省略を認めるものであるが、⁽³⁷⁾ これらの規定に反して省略した場合には、聴聞手続、弁明手続の趣旨を没却する瑕疵であるから手続的瑕疵と評価できよう。⁽³⁸⁾ また聴聞手続を実施しなければならないのに弁明手続を行うにとどまった場合には、聴聞手続と異なり弁明手続には以下で詳述するような文書の閲覧請求権が認められていないこと、行政庁の職員に対する質問権も認められていないことから、弁明手続では手続的保障が希薄であるため、聴聞手続に代えることはできず、同様に手続的瑕疵と評価されるだろう。⁽³⁹⁾

●判例研究

行政手続法一三条二項各号の該当性が争点となった裁判例として、(H)長野地判平成一七年二月四日(判タ一二三九号二二二頁)、(I)東京地判平成二五年二月二六日(判タ一四一四号三二二頁)がある。

(H)は、行政手続法一三条二項一号が弁明手続の省略を認めている趣旨は、「弁明手続を経ることにより名あて人に保障される公正・透明な行政手続を受ける権利に比べて、当該処分を直ちに行わないことにより生ずる公益侵害が重大でその公益を確保する必要性の方が高い場合に、後者を優先するとしたものである」と解し、同号の公益上、緊急に不利益処分をする必要があるため、意見聴取手続を執ることができないときは、「行政庁が行政処分をするまでに弁明手続を経る時間的いとまがなく、そのために処分を遅らせていては、処分根拠法令が実現しようとしている公益の確保に重大な支障が生じると認められる場合をいうと解すべきである」と判示し、本件においては、このような状況下にはないとして、弁明手続の省略を違法としている。

(I)は行政手続法一三条二項が、同項二号に該当する場合に聴聞手続を不要とした趣旨は、「処分の相手方の意見を考慮するまでもなく処分の要件に該当していることを確認し得るから、聴聞手続を省略しても同法の趣旨に反するものではないことにあるもの」と解した上で、行政手続法一三条二項二号にいう「客観的な資料により直接証明されたもの」とは、「処分の相手方の意見を聴かなくてもその証明力に十分な信頼を置ける資料によって、客観的かつ明確に証明されたものを指す」と解し、本件事実関係の下においては、「被告が、『客観的な資料』に該当すると主張するものは」、「資料に記載された条項自体も解釈の余地があるものであるし」、「資料から客観的かつ明確に、……証明されているとはいえないことは明らかである」と判示した。

(3) 諸手続の意義と手続的瑕疵の評価

聴聞手続あるいは弁明手続においては、さらに効果的な防御権の行使の機会を保障するため、諸手続を整備してお

り、これらにおける手続上の不備について、以下では主要なものについて検討する。

行政手続法は、聴聞手続あるいは弁明手続に先立って、処分内容を予め名あて人に対して通知することにより聴聞の期日において、防御権の行使を有効的に行うために必要な準備期間を不利益処分の名あて人に与える措置を講じている。さらに聴聞手続においては、名あて人の権利保護の充実に図るために、名あて人の権利に関する教示の規定も置かれ、聴聞の期日に出頭して意見を述べ、証拠書類等を提出できること、出頭しない場合には陳述書および証拠書類等を提出できること、不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができ、これを聴聞の通知書に教示しなければならないとしている⁴⁰。これらの手続における不備が手続的瑕疵と評価されるのが問題となる。すなわち、聴聞手続それ自体は行われたが、聴聞手続内における不備が手続的瑕疵に値するのかがどうかである。

さらに聴聞の期日において、名あて人が防御権を効果的に行使できるように行政手続法は、当事者及び当該不利益処分がなされた場合に自己の利益を害されることとなる参加人は、聴聞の通知があった時から聴聞が終結する時まで、行政庁に対し、当該事案についてした調査の結果に係る調査書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧（以下「文書閲覧」という。）を求めることができるとしている。これは、聴聞の機会が与えられても、行政庁がどのような理由に基づいて、すなわち、行政庁がいかなる事実を認定して、それがどのような主張、立証を行うことで支えられているのかを十分に知ることができなければ、聴聞の期日において、自己に有利な主張、立証を行うことはできず、その目的の達成は困難となってしまうことを懸念してのことである⁴¹。この場合、行政庁は正当な理由があるときでなければ、閲覧を拒むことはできないと規定していることから、正当な理由なく閲覧を拒んだ場合には、その違法性が当該不利益処分の取消訴訟で争われ、当該不利益処分に対してどのような影響をもたらすのかが問題とな

る。

●判例研究

これらを争点とした裁判例として、(J)広島松江支判平成二六年三月一七日(判時二二六五号一七頁)、(K)大阪地判平成二〇年一月三十一日(判タ一二六八号一五二頁)がある。

(J)は、行政手続法三〇条二号によつて名あて人に通知される弁明通知書に記載される不利益処分の原因となる事実について、どの程度の具体性が求められるのが争われ、これが法の要求水準を満たさないとされた事例である。⁽⁴³⁾

(J)は、道路運送法四〇条に基づく事業用自動車の使用停止処分の原因となった道路運送法に基づく旅客自動車運送事業運輸規則に違反する事実を記載した弁明通知書の内容が、概括的な記載であり、個々の違反に関する具体的な日時、自動車ないし運転者名等の事実が明らかではなく、名あて人においてそれを推知することも困難であったため、不利益処分の原因となる事実を明示するものとは認められず、名あて人において実効的な反論を不可能とするものとした。また名あて人が違反行為、ないし違反内容、根拠が明らかでないので弁明できないとして違反内容等を詳細に記載した弁明通知を求めたのに対し、処分行政庁は違反行為の内容となる具体的な事実を説明することが容易であったにもかかわらず、文書による弁明通知を發出しなかったとしている。このように不利益処分の名あて人となるべき者が具体的な処分原因事実を認識し、その者の防御権の行使を妨げない程度に記載されなかった弁明通知書の記載は、手続的瑕疵に値するだろう。⁽⁴⁴⁾

しかしながら(J)は、処分行政庁が、本件違反行為の内容となる事実を説明することは容易であったことから、当初

の弁明通知書の記載の不備に対して、名あて人からの要求に応じた詳細な弁明通知を発出した場合には、手続的瑕疵が治癒される余地を残しているものと思われる。つまり、本件事例は、当該手続において手続自体の履践が完全に欠落しているのではなく、不十分であった場合に、この一事をもつて手続的瑕疵とするのではなく、当該手続の一連の過程を全体的に考察し、これによって評価しようとするものではないだろうか。なお、理由の提示における判例法理は、法が要求する程度の理由を提示していない場合には、名あて人が処分理由を推知できたかどうかを問わず、また行政処分後による理由の追完を認めず、直ちにこれを手続的瑕疵としていたが、これは理由の提示における行政庁側の慎重考慮担保機能、恣意抑制機能を重視したものと解されよう。すなわち、理由の提示は、終局的な行政庁の判断に対してされるものであるがゆえに、行政処分時において処分理由が明確にされていなければならないのに対し、弁明通知書における処分理由は⁴⁵⁾、不利益処分の発動過程において、行政庁側の見解を提示し、これに対する防御の機会と端緒を提供するものであるから、弁明手続の進行途中にて、処分理由が明確にされ、これに対して名あて人に防御の機会が十分に保障されたのであれば、手続の目的は果たされたと評価できる。したがって、聴聞手続、弁明手続は実施されたが、その過程の一部に不備があったものの、後にこれを打ち消す程度の手続的措置が処分の発動過程内において講じられた場合に、名あて人に保障された効果的な防御権の行使の現実的な侵害の有無に着目して、手続的瑕疵と評価する行政手続の全体的な考察手法は、行政手続法の趣旨、目的に適うものといえよう。⁴⁶⁾ ここにおいて重要なのは、不備のあった手続を全体として考察した場合に、法の要求する趣旨に違背しているかである。⁴⁷⁾

この点につき、(K)も防御権の行使の現実的な侵害の有無に着目している点において、同様の評価手法によるものと思われる。(K)は、「処分庁が書類等の閲覧を拒否したことが当該処分の取消事由となるのは、閲覧請求の対象となつ

た書類等についての閲覧を認めないことに瑕疵があり、かつ、聴聞当事者の防御権の行使が実質的に妨げられたと認められる場合に限られると解すべきである」と判示しており、聴聞手続の趣旨である名あて人からの反論、反証の機会の保障という防御権の実質的な行使が可能であったかどうか、つまり聴聞手続の趣旨、目的の観点を問題としているからである。その上で、本件事案においては、閲覧を拒否したことに對して、閲覧拒否部分に記載されていた事項は、聴聞手続における争点と直接関係しないものであり、名あて人の防御権の行使が妨げられていないとして本件処分⁽⁴⁸⁾の効力を維持したものとみられる。しかしながら(K)においては、根本的な差異があり、すなわち、裁判所による事後の審理の過程において明らかとなった文書の記載内容との関係において、防御権の行使の実質的な侵害はなかったとするものであり、行政処分の発動過程内において、行政庁の自らの行為により手続上の不備が治癒されたわけではない。したがって、閲覧を認めなかったことに正当な理由がなく違法である場合には、事後の司法審査における結果論としての防御権の行使の実質的な侵害の有無だけを問題とするのではなく、当該文書閲覧の拒否が問題となったその時点において、名あて人にとって文書閲覧がどういう意味を持っていたのか、当該文書が名あて人の防御においてどのような役割を果たしていたのかに留意し、名あて人の防御の機会の実質的な侵害について厳格に審査することが求められる⁽⁴⁹⁾。

五．おわりに

本稿は、行政手続法が規定する主要な手続とされる審査基準の設定・公表、理由の提示、聴聞手続、弁明手続及び

これらに付随する諸手続における手続の不備を検討対象とし、いかなる不備をもって、これを手続的瑕疵と評するの
かについて、行政手続法制定下における最高裁判例及び下級審裁判例を概観し、各裁判例の分析を行い、手続的瑕疵
の評価に関する「基準づくり」を試みたものである。具体的な検討結果は、各章において検討したとおりであるが、
行政手続法は、処分の利害関係者に対して手続的権利利益を付与していると解されることから、手続の不備を軽視す
ることは、かかる権利利益の侵害となるため、行政手続法が規定する手続の意義に鑑みた考察が求められる。なお、
各裁判例の分析は、当該事案での事実関係に依拠する点が多いため、今後の裁判例の動向を注視しながら議論の精緻
化を図っていく必要があることは自認している。

また手続的瑕疵の評価に関する考察は、行政裁量をめぐる裁判所における手続的手法による裁量統制とも深く関
わっており、司法審査の密度向上との関係においても有益である。すなわち、行政庁には時々刻々と変化する行政需
要に応じて適宜、適切な行政対応を可能にするため、裁量権が授権されているが、これら行政裁量の行使をめぐる裁
判所の法適合性審査においては、裁量権を授権した根拠法令の規定に照らして裁量権の踰越、あるいは濫用の有無を
審査することになるが、裁判所による裁量統制の手法として、行政庁の行った判断の過程を対象として、その過程に
不合理な点がなかったのかを審査する方法のほか、行政手続法の制定によって、処分に際し一定の手続の履践が求め
られるようになったことから、行政決定が適正な手続を経て行われたのかについて手続的に審査する方法が注目され
る。つまり不確定で抽象的な根拠法令の規定を具体化した審査基準、あるいは処分基準が作成され、公表されている
場合には、当該基準の合理性、当該基準の適合性の合理性の審査を通じて、裁判所が手続的な観点から審査する手法
である。⁵⁰ また理由の提示によって処分原因事実と当該基準とのいかなる架橋による処分内容であるのかが明らかとな

り、これにより行政庁の裁量権行使の適否を判断する際の手がかりとなることから、理由の提示が行政裁量との関係で適切に履践されているのかを審査する方法もある⁵²。したがって、行政手続法により義務付けられている手続につき、いかなる程度の手続上の不備をもって手続的瑕疵と裁判所が判断するのは、行政裁量の審査密度と関係しており、裁判所においては、行政手続法の趣旨、目的を反映させた審査が求められよう。

(1) 近時における先行研究としては、大橋洋一「行政手続と行政訴訟」『法曹時報』六三卷九号(平成二三年)一頁、戸部真澄「行政手続の瑕疵と処分効力」『自治研究』八八卷一―二号(平成二四年)五五頁、拙稿として橋本直樹「行政手続と行政処分効力との関係に関する考察―行政手続法制定前・後における最高裁判例及び下級審判例の動向を中心として―」『法学研究年報』四七号(平成二九年)一頁がある。

(2) 大橋洋一・前掲註(1)六頁。

(3) 塩野宏『行政法Ⅰ 第六版』(有斐閣、平成二七年)三四八頁。

(4) 総務省行政管理局編『逐条解説行政手続法 増補新訂版』(ぎょうせい、平成一四年)九六頁。

(5) 高橋滋『行政手続法』(ぎょうせい、平成八年)一九一頁。

(6) 山岸敬子『自治研究』七八卷一二号(平成一四年)一四五頁。

(7) 高橋滋・前掲註(5)一九一頁。

(8) 常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義―統合過程論的考察」磯部力、小早川光郎、芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』(有斐閣、平成二〇年)二六五頁。

(9) 恒川隆生『コンメンタール行政法Ⅰ 行政手続法・行政不服審査法 第二版』室井力、芝池義一、浜川清編(日本評論社、平成二〇年)一〇五頁。

- (10) 塩野宏・前掲註(3)二九六頁。
- (11) 交告尚史『処分理由と取消訴訟』(勁草書房、平成二二年) 二頁。
- (12) 久保茂樹・前掲註(9)一一八頁、一六〇頁。
- (13) 塩野宏・前掲註(3)三三二頁。
- (14) 本多滝夫「行政手続法における理由の提示と瑕疵の効果」『竜谷法学』四五卷四号(平成二五年)二〇三頁。
- (15) 浜川清・前掲註(9)一三九頁。
- (16) 原田大樹「処分基準と理由提示」『法政研究』七八卷四号(平成二四年)六七頁。
- (17) 久保茂樹・前掲註(9)一六二頁。
- (18) 西島羽和明「理由付記判例法理と行政手続法の理由提示(二)」『民商法雑誌』一一三卷一号(平成七年)一二頁以下。
- (19) 古田孝夫『法曹時報』六六卷三号(平成二六年)一八七頁。
- (20) 宇賀克也「判例で学ぶ行政法第二回 不利益処分の理由提示」『自治実務セミナー』五〇巻一号(平成二三年)四三頁。
なお、那須裁判官は、反対意見において、「一口に『適用関係』を示すといっても、その作業は相当複雑な内容のものとなり、それだけ時間と労力を要するものになる。結果として、適用関係の表示に誤りや欠落が発見されることも生じ、これに対して処分の効果等を争って訴訟に及ぶ者も出てくる可能性がある」と指摘する。しかし本論において述べたように、理由の提示における適用関係の提示は、すでに処分の発動過程において行った判断の過程を示すにすぎず、また裁判所における判決文のよるに事細かに摘示する必要性は、必ずしも要求されないと解されることから、本補足意見の指摘に筆者は賛同できない。また「訴訟に及ぶ者も出てくる可能性がある」旨の指摘は、訴訟経済の観点に立脚する主張であろうが、理由の提示の意義を軽視するものとして同様に賛同できない。
- (21) 小早川光郎「調査・処分・証明―取消訴訟における証明責任問題の一考察―」成田頼明、園部逸夫、金子宏、塩野宏、小早川光郎編『行政法の諸問題 中』(有斐閣、平成二年)二六六頁。山本隆司「行政手続および行政訴訟手続における事実の調査・判断・説明」宇賀克也、交告尚史編『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、平成二八年)三〇二頁。

- (22) 古田孝夫・前掲註(19)一八八頁。
- (23) 須田守「理由提示と処分基準」『法學論叢』一七三卷三号(平成二五年)一五〇頁。
- (24) 大阪地判平成二四年六月二八日(L E X / D B二五四四四七七四)、東京高判平成二四年一月二二日(L E X / D B二五四四四八四三)、前掲(G)名古屋高判平成二五年四月二六日等は、平成二三年最判を引用して要求される理由の提示の程度について言及し判示しており、特に大阪地判平成二四年六月二八日判決は、処分基準の適用関係が提示されていないとして取消している。
- (25) 原田大樹・前掲註(16)六九頁。
- (26) 兼子仁『行政手続法』(岩波書店、平成六年)一一五頁。
- (27) 杉原丈史「新・判例解説 Watch (法学セミナー増刊)」一四号(日本評論社、平成二六年)五六頁。阿部泰隆「不利益処分の理由附記(行政手続法一四一条一項)のあり方(二)」『自治研究』九三卷五号(平成二九年)二〇頁。
- (28) 平岡久「処分基準の合理性と聴聞手続中の理由摘示」『大阪市立大学法学雑誌』六〇巻二号(平成二六年)一四三頁は、明文規定はないが、当事者の処分基準の適用関係にかかわる質問に対しては、行政庁の職員には誠実に回答する義務があるとしている。
- (29) 阿部泰隆「不利益処分の理由附記(行政手続法一四一条一項)のあり方(二・完)」『自治研究』九三卷六号(平成二九年)五七頁。
- (30) 本多滝夫・前掲註(14)二一八頁。
- (31) 宇賀克也『行政手続法の理論』(東京大学出版会、平成七年)八頁、二〇頁。
- (32) 宇賀克也『自治体行政手続の改革』(ぎょうせい、平成八年)五二頁。
- (33) 岡本博志『北九州市立大学法政論集』三一巻一・三・四号(平成一六年)三三三頁。
- (34) 北島周作「理由提示の程度と処分基準」『法学教室』三七三号(平成二三年)五七頁。
- (35) 原田尚彦『行政法要論』全訂第七版補訂版(学陽書房、平成二三年)一五七頁。

- (36) 総務省行政管理局編・前掲註(4)一三〇頁。
- (37) 高橋正徳・前掲註(9)一五二頁。
- (38) なお、聴聞手続又は弁明手続に現れなかった事実に基づいて処分が行われた場合には、名あて人の防御権を奪うこととなるので同様に手続的瑕疵となろう(高橋滋・前掲註(5)四二七頁)。
- (39) 南博方、高橋滋『注釈 行政手続法』(第一法規、平成二二年) 五〇〇頁。
- (40) 宇賀克也『行政手続法の解説 第六次改訂版』(学陽書房、平成二五年) 一一三頁。
- (41) 芝池義一『行政法読本 第四版』(有斐閣、平成二八年) 一三二頁。
- (42) 文書閲覧請求に対する行政庁の処分については、行政不服審査法に基づく審査請求をすることができないと行政手続法は規定している。この規定に関して、当該規定は、文書閲覧請求権が聴聞過程における派生的な権利であり、これに通常の救済手続を設けたのでは、聴聞審理の促進が図れないという趣旨であるから、文書閲覧請求の拒否処分については、取消訴訟を単独で提起することはできないとの見解が示されている(塩野宏・前掲註(3)三二八頁)。
- (43) 黒川哲志『自治研究』九三巻四号(平成二九年) 一三〇頁。下川環『判例時報』二二九〇号(平成二八年) 二〇一頁。
- (44) 高橋滋・前掲註(5)四二四頁。
- (45) 平岡久・前掲註(28)一四九頁は、聴聞通知書に処分基準の適用関係の摘示が求められるのかについて検討しており、法令上要求されないが、聴聞の過程において当事者から質問があった場合には、適用関係を誠実に回答する義務があると指摘している。
- (46) 高橋滋・前掲註(5)四二四頁。
- (47) 戸部真澄・前掲註(1)七四頁では、手続の瑕疵が処分の取消事由になるかどうかは、当該手続を定めた法令の「趣旨」に反するか否かにかかっているとしている。
- (48) 大橋洋一・前掲註(1)三八頁。
- (49) 小早川光郎発言『ジュリスト増刊 行政手続法逐条研究』小早川光郎編(有斐閣、平成八年) 一三四頁。

- (50) 宇賀克也『行政法概説I 第六版』（有斐閣、平成二十九年）三三五頁。
- (51) 常岡孝好・前掲註(8)二六二頁は、裁量行為にあつては、行政手続法八条や一四条のように明文で理由提示が義務付けられていなくても、裁量権行使義務から導き出されるとしている。
- (52) 前掲(G)名古屋高判平成二五年四月二六日は、特に行政庁における裁量権行使について言及しており、裁量権行使の適否を判断することができないことを問題として、理由の提示に不備があるとしている。

薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について

尾 田 清 貴

1. 始めに
2. 現状
 - 1) 薬物の薬理作用
 - 2) 薬物事犯の検挙人員の推移
 - 3) 検察による処理の現状
 - 4) 裁判における処理の現状
 - 5) 矯正・保護における処遇の現状
3. 課題を踏まえた対策の提言
 - 1) 課題
 - 2) 対策の提言 — まとめて代えて—

薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について (尾田)

1. 始めに

薬物犯罪は、薬物の種類によってその薬理効果に若干の差はあっても、乱用により本人の心身が蝕まれるだけでなく、薬理作用によって異常な行動に出たり、中毒性精神障害により殺人・傷害等の凶暴な犯罪を犯したり、薬物を手するために家族や第三者から金員を得るため窃盗等の犯罪を犯すことにつながる⁽¹⁾ことから、戦後一貫して社会の安全や安心確保の観点から、薬物の供給を絶つための取り組みと薬物使用者の再犯化防止対策が講じられてきている。

しかしながら、早期に必要な処置を執らない限り、一旦使用し始めると、その薬理作用と依存性、とりわけ精神的依存性の高い薬物の場合には常用に至るリスクが高く、矯正処遇に伴い薬物の供給が遮断され、その間に認知行動療法を基本とした処遇が実地されても改善が困難で、再犯率の高い犯罪とされてきた。

そこで、薬物犯罪者に対し現在実施されている再犯防止施策の課題を分析・検討し、初期対応による再犯防止を含め、若干の提言を行いたい。

2. 現状

1) 薬物の薬理作用

先ず最初に、本稿で薬物犯罪の対象として取り上げている薬物の薬理作用を中枢作用と依存性について検討する。薬理作用としては「興奮作用」「幻覚作用」「抑制作用」の三点、依存性の観点からは、「精神的依存」「身体的依

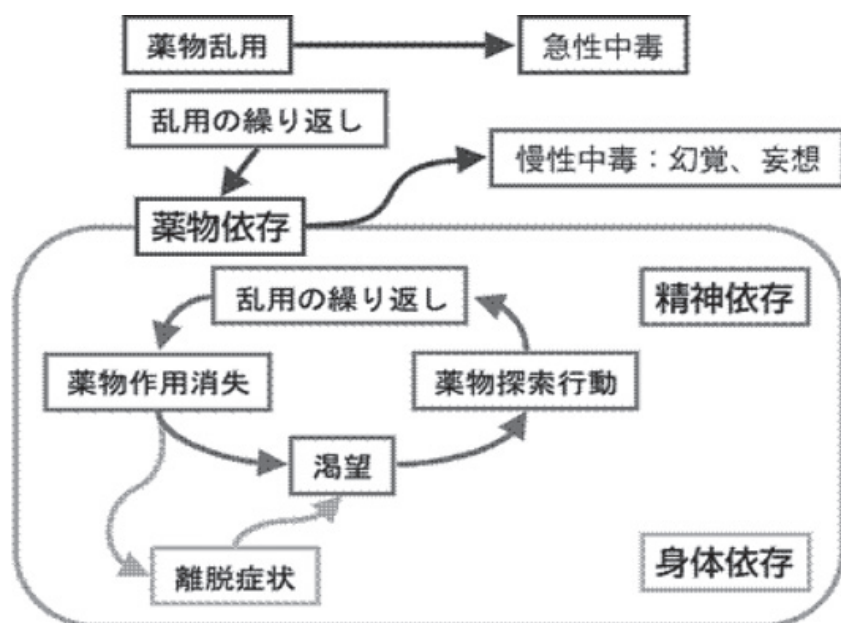
表1 乱用薬物の種類と作用

| | 興奮作用 | 幻覚作用 | 抑制作用 | 精神的依存 | 身体的依存 | 精神毒性 |
|-------------|------|------|------|-------|-------|------|
| 覚 醒 剤 | ○ | ○ | | +++ | | +++ |
| コ カ イ ン | ○ | ○ | | +++ | | +++ |
| M D M A | ○ | ○ | | +++ | | +++ |
| L S D | | ○ | | +++ | | +++ |
| マジックマッシュルーム | | ○ | | +++ | | +++ |
| ヘロイン・モルヒネ | | ○ | | +++ | +++ | + |
| 大 麻 | | ○ | ○ | + | ± | |
| ア ヘ ン | | | ○ | +++ | +++ | + |

※ http://www8.cao.go.jp/youth/kenkyu/h19-2html/3_2_3.html を参考に、筆者が作成

「存」の二点で分類したのが次の表1である。覚せい剤取締法の対象となっているのは、覚醒剤・メタフェタミン・アンフェタミンで、中枢作用としては「興奮作用」「幻覚作用」が、依存性については「精神的依存」が極めて高く、「身体的依存」はない。麻薬及び向精神薬取締法の対象となっているのは、コカイン・MDMA・LSD・マジックマッシュルーム・ヘロイン・モルヒネで、コカイン・MDMAは覚醒剤と同様に中枢作用としては「興奮作用」「幻覚作用」が、依存性については「精神的依存」が極めて高く、「身体的依存」はない。大麻取締法の対象となっているのは、大麻・大麻樹脂（ハッシ）で、中枢作用としては「幻覚作用」「抑制作用」が、依存性については「精神的依存」が見られるが「身体的依存」に関しては比較的弱いと考えられている。あへん法の対象となっているのは、アヘンで中枢作用としては「抑制作用」が、依存性については「精神的依存」「身体的依存」も極めて高い。「興奮作用」と「幻覚作用」の両方があり、依存性の高いものが、ハーブドラッグとしてリスクが大きく、この薬物の常用者による一般刑法犯等重大な犯罪に繋がる傾向も見られる。大麻は、ソフトドラッグとされ、例えばオランダ等²⁾では非犯罪化されている。勿論、わが国ではいずれの薬物についても非犯罪化はされていない。

図 1

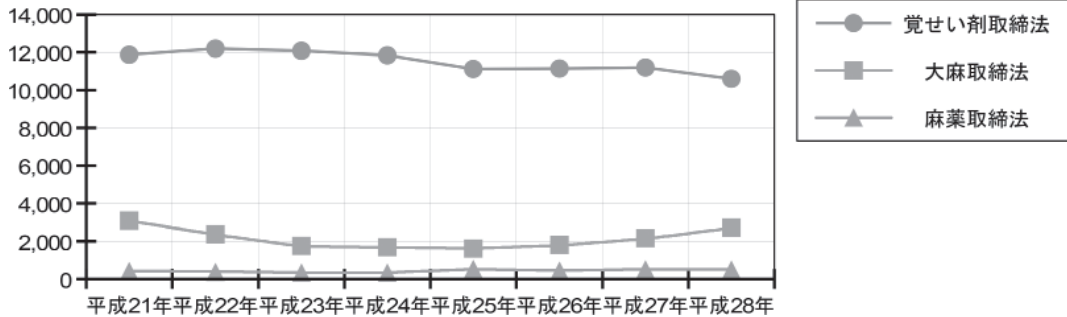


薬物依存は、精神依存と身体依存の二つのタイプに分類され、依存性薬物に共通した特徴としては、精神的依存が形成される点であり、例えば、覚せい剤は強い精神的依存性を有するため、乱用者は連用に陥る場合が多い。また、耐性が生じやすいため、連用した場合には摂取量が急激に増加して、慢性中毒に至る。薬物依存のメカニズム(図1)^④のサークルの連続が生じ、慢性中毒に至るのである。慢性中毒の初期症状としては、多弁で落ち着きがなくなり、怒りやすく、凶暴な行動をとるようになり、また、注意力、集中力、記憶力が減退し、意味のない単調な行動を繰り返すようになることが挙げられる。更に中毒が進むと、幻覚、妄想等の症状が現れることから、凶暴な行為や威嚇的な行動に走り、傷害、殺人等の犯罪を引き起こしたり、薬物性精神障害を発症することもある。また、後遺症の一つとしてフラッシュ・バック^⑤により覚せい剤等の使用を止めて心身が正常に復した後でも、薬物を使用していた時と同じ幻覚、妄想状態等が現出する場合があり、発作的な犯罪行為に出ることがある。さらに、一旦止めていても、薬理効果を得るためには、止める前とほぼ同程度の薬物摂取量から再使用が始まるという点も問題

表2 薬物事犯の検挙人員の推移（平成21年～28年）

| | 覚せい剤取締法 | 大麻取締法 | 麻薬取締法 | あへん法 |
|-------|---------|-------|-------|------|
| 平成21年 | 11,873 | 3,087 | 429 | 28 |
| 平成22年 | 12,200 | 2,367 | 375 | 23 |
| 平成23年 | 12,083 | 1,759 | 346 | 12 |
| 平成24年 | 11,842 | 1,692 | 341 | 6 |
| 平成25年 | 11,127 | 1,616 | 540 | 9 |
| 平成26年 | 11,148 | 1,813 | 452 | 24 |
| 平成27年 | 11,200 | 2,167 | 516 | 4 |
| 平成28年 | 10,607 | 2,722 | 505 | 7 |

主要薬物事犯の推移（平成21年～28年）



※犯罪白書29年版を基に筆者が作成

である。

2) 薬物事犯の検挙人員の推移

薬物事犯の検挙人員の推移（平成21年～28年）を見たのが、表2である。これによると覚醒剤事犯では平成22年の12,200人をピークに減少傾向にあり平成28年には10,607人（前年比五・三％減）となっている。大麻事犯では平成25年の一、六二六人を底に増加に転じ、平成28年には二、七二二人（前年比二五・六％増）と増加してきている。麻薬事犯等については、平成24年を底に増減を繰り返しながら推移していることが分かる。

表3は、覚醒剤事犯について、同一罪名による再犯者の状況の推移（平成21年～28年）を見たものであるが、平成22年以降、同一罪名による再犯者率が増加の一途をたどり平成28年には、六五・八％と極めて高い状況にある。そして、この継続的な増

表3 覚せい剤取締法違反・成人検挙人員中の同一名再犯者人員等の推移 (平成21～28年)

| | 検挙人員 | 同一罪名検挙歴無し | 同一罪名再犯者 | 同一罪名再犯者率 |
|-------|--------|-----------|---------|----------|
| 平成21年 | 11,398 | 4,681 | 6,717 | 58.9 |
| 平成22年 | 11,765 | 4,680 | 7,085 | 60.2 |
| 平成23年 | 11,669 | 4,653 | 7,016 | 60.1 |
| 平成24年 | 11,429 | 4,336 | 7,094 | 62.1 |
| 平成25年 | 10,785 | 3,905 | 6,880 | 63.8 |
| 平成26年 | 10,866 | 3,804 | 7,065 | 65.0 |
| 平成27年 | 10,903 | 3,775 | 7,128 | 65.4 |
| 平成28年 | 10,321 | 3,534 | 6,787 | 65.8 |

※犯罪白書29年版を基に筆者が作成

加傾向により、平成二五年八月の『第四次薬物乱用防止五か年戦略』の策定に際して、その主要施策の一つとして覚せい剤事犯対策が盛り込まれることになった。また、後述する刑の一部執行猶予制度の薬物事犯への適用を定めた『薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律(平二五・六・一九/法律第五〇号、施行、平二八・六・一)^①』の制定に繋がっている。

3) 検察による処理の現状

次の表4は、薬物事犯に対する検察官の処理について見たものであるが、起訴猶予率における推移では、覚せい剤取締法違反者については、平成二五年の八・二をピークとして二七年には七・一まで減少したものの二八年には七・七と増加を示している。大麻取締法違反者では、平成二二年に二八・二まで減少し、その後増加して二五年には三七・五とピークを迎えた後、減少傾向にある。麻薬取締法違反者については、増減を繰り返しながら平成二六年に三二・四とピークを迎え、その後は七ポイント程度減少している。覚せい剤取締法対象者の起訴率は九七%前後と大麻及び麻薬取締法対象者のほぼ二・五〜三倍と高いことが分かる。

なお、平成二八年に、覚せい剤取締法違反と大麻取締法違反で起訴された

表4 薬物事犯検察庁終局処理人員の推移（平成21年～28年）

| | 覚せい剤取締法 | | | 大麻取締法 | | | 麻薬取締法 | | |
|-------|---------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|------|-------|
| | 総数 | 起訴猶予 | 起訴猶予率 | 総数 | 起訴猶予 | 起訴猶予率 | 総数 | 起訴猶予 | 起訴猶予率 |
| 平成21年 | 19,291 | 1,179 | 6.9 | 4,442 | 1,278 | 34.0 | 1,059 | 171 | 21.0 |
| 平成22年 | 19,590 | 1,207 | 7.0 | 3,524 | 816 | 28.2 | 964 | 134 | 18.2 |
| 平成23年 | 19,681 | 1,138 | 6.6 | 2,603 | 677 | 31.9 | 796 | 145 | 23.9 |
| 平成24年 | 18,918 | 1,302 | 7.9 | 2,569 | 671 | 33.9 | 727 | 140 | 28.8 |
| 平成25年 | 17,730 | 1,261 | 8.2 | 2,591 | 711 | 37.5 | 1,051 | 205 | 29.2 |
| 平成26年 | 17,583 | 1,223 | 8.0 | 2,926 | 736 | 33.9 | 876 | 170 | 32.4 |
| 平成27年 | 17,811 | 1,090 | 7.1 | 3,401 | 854 | 34.1 | 1,003 | 173 | 25.2 |
| 平成28年 | 17,019 | 1,118 | 7.7 | 3,874 | 953 | 32.2 | 993 | 169 | 25.5 |

※犯罪白書29年版を基に筆者が作成

表5 起訴人員中の有前科者の人員・有前科者率（平成28年）

| | 起訴人員 | | 有前科者の人員 | | | | 有前科者率 |
|---------|--------|--------|---------|--------|--------|-----|-------|
| | | | 前科の処分内容 | | | 罰金 | |
| | | | 懲役・禁錮 | | 全部執行猶予 | | |
| | | | 実刑 | 一部執行猶予 | | | |
| 大麻取締法 | 2,007 | 731 | 203 | | 364 | 164 | 36.4 |
| 麻薬取締法 | 494 | 187 | 71 | | 62 | 48 | 37.9 |
| 覚せい剤取締法 | 13,479 | 10,119 | 6,751 | | 2,751 | 617 | 75.1 |

※犯罪白書29年版を基に筆者が作成

者は、全員が公判請求されており、略式命令請求がなされた者はいない。麻薬取締法違反では、九九・八%と五一三人中四人が略式請求命令がなされたに過ぎない。

表5は、平成二八年中の起訴人員中の有前科者の状況を見たものであるが、覚醒剤事犯者は有前科率が七五・一%と、大麻事犯の約二倍と高率になっている。また、前科の処分率で見ても覚醒剤事犯の実刑率が、六六・七%と大麻事犯の二七・八%、麻薬事犯の三八・〇%の約二倍前後と高い割合を占めており、執行猶予率で見ても覚醒剤事犯では二九%、大麻事犯の六四・二%、麻薬事犯の四四・六%よりかなり低いことが分かる。なお、平成二八年六月一

表6 覚醒時犯における第一審における有期刑言渡し刑期の内訳（平成28年）

| | 6月未満 | 6月以上 | 1年以上 | 2年以上 | 3年 | 5年以下 | 7年以下 | 10年以下 | 15年以下 | 20年以下 | 総数 |
|--------|------|------|-------|-------|-----|------|------|-------|-------|-------|-------|
| | 3 | 19 | 4,814 | 3,190 | 465 | 179 | 54 | 28 | 8 | 1 | 9,061 |
| 実刑 | 3 | 16 | 2,293 | 2,255 | 412 | | | | | | 4,637 |
| 一部執行猶予 | | 1 | 508 | 356 | 48 | | | | | | 913 |
| 全部執行猶予 | | 3 | 2,521 | 935 | 52 | | | | | | 3,511 |

※「一部執行猶予」は、平成28年6月から12月までに一部執行猶予付判決の言渡しを受けた人員で、実刑部分と猶予部分を合わせた刑期になっている。

日から施行された『薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予』制度が適用された者は、平成二八年中に有前科者として起訴された人員にはいなかった。

4) 裁判における処理の現状

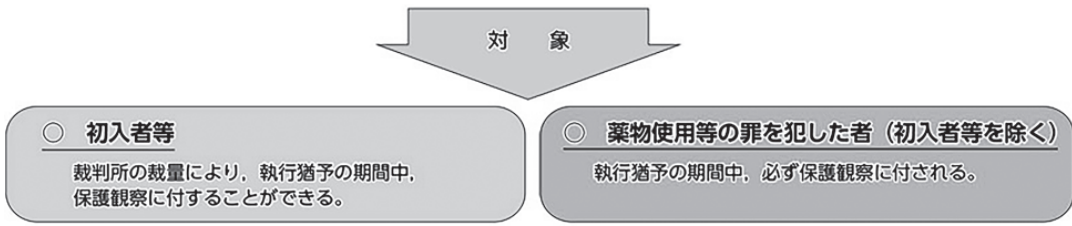
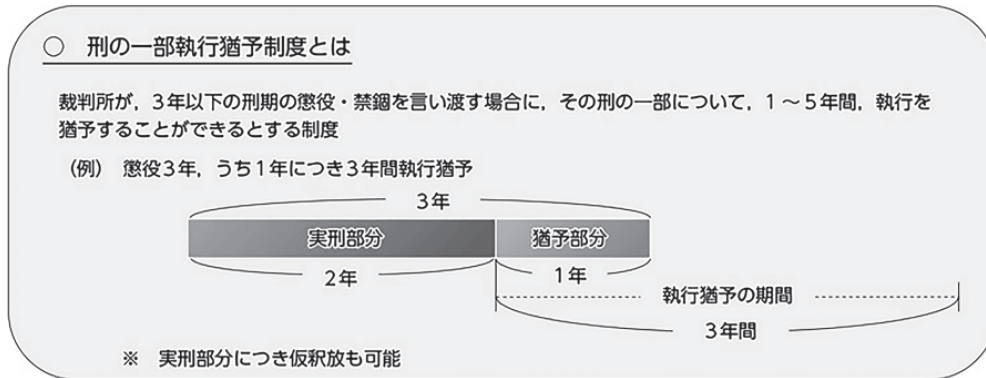
表6は、平成二八年中に、覚せい剤取締法違反で第一審において有罪（懲役）を言い渡された者について、刑期別に見たものである。この年の六月一日から「刑の一部執行猶予制度」⁸⁾が施行され、薬物事犯者に対してもその制度が適用されたことにより、九一三人に適用されている。実刑率は五・二％、刑の一部執行猶予が言い渡された者は一〇・二％であった。なお、「刑の一部執行猶予の仕組み」は、図2にその概要を示している。

なお、この制度下では、執行猶予期間中は必要的保護観察に付されることになる。⁹⁾これに伴う更生保護法の改正により新たに導入された諸施策の概要は図3に示している。

5) 矯正・保護における処遇の現状

次の表7は、覚せい剤取締法違反で入所した受刑者の入所経験の有無と回数を男女別に平成二二年～二八年の八年間の推移を見たものである。入所者数は、全体としてみると平成二二年以降減少傾向にあり、平成二八年には五、五八〇人と前年比七・八％減少し

図2 刑の一部執行猶予制度の概要

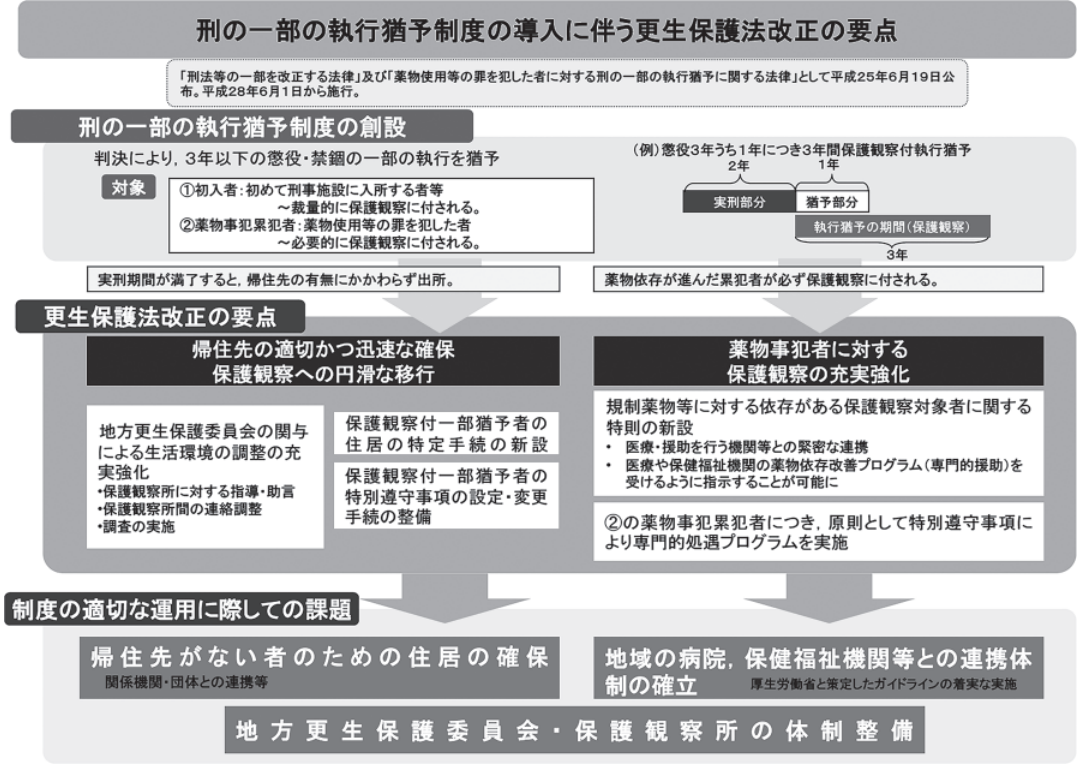


注 1 「初入者等」とは、前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者、前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その刑の全部の執行を猶予された者、前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から5年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者をいう。なお、対象犯罪による限定はない。

2 「薬物使用等の罪」とは、規制薬物（覚せい剤、大麻、麻薬等）・毒劇物（トルエン等）の自己使用・単純所持の罪等をいう。

※平成 28 年版犯罪白書
<http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/63/nfm/images/full/h2-1-02.jpg>

図 3



※ <http://www.moj.go.jp/content/001186243.pdf>

表7 覚せい剤取締法違反 入所受刑者人員の推移 (平成21年～28年)

| | 総数 | | 1度 | | 2度 | | 3度以上 | | | | | |
|-------|-------|-------|-----|-------|-------|-----|-------|-------|-----|-------|-------|-----|
| | 男性 | 女性 | 男性 | 女性 | 男性 | 女性 | 男性 | 女性 | | | | |
| 平成21年 | 6,088 | 5,297 | 789 | 2,010 | 1,601 | 409 | 1,224 | 1,053 | 171 | 2,852 | 2,643 | 209 |
| 平成22年 | 6,569 | 5,708 | 861 | 2,062 | 1,619 | 443 | 1,343 | 1,142 | 201 | 3,164 | 2,947 | 217 |
| 平成23年 | 6,570 | 5,687 | 883 | 2,065 | 1,612 | 453 | 1,265 | 1,084 | 181 | 3,240 | 2,931 | 249 |
| 平成24年 | 6,453 | 5,594 | 859 | 1,939 | 1,490 | 449 | 1,253 | 1,071 | 182 | 3,261 | 3,033 | 228 |
| 平成25年 | 5,990 | 5,182 | 808 | 1,691 | 1,272 | 419 | 1,198 | 1,012 | 186 | 3,101 | 2,898 | 203 |
| 平成26年 | 6,016 | 5,206 | 810 | 1,597 | 1,235 | 362 | 1,095 | 905 | 190 | 3,324 | 3,066 | 258 |
| 平成27年 | 5,991 | 5,162 | 829 | 1,578 | 1,208 | 370 | 1,155 | 968 | 187 | 3,258 | 2,986 | 272 |
| 平成28年 | 5,580 | 4,842 | 738 | 1,440 | 1,121 | 319 | 1,017 | 849 | 168 | 3,123 | 2,872 | 251 |

表7-2

再入者率

※犯罪白書29年版を基に筆者が作成

| | 再入者率 | | |
|-------|------|------|------|
| | 男性 | 女性 | |
| 平成21年 | 67.0 | 69.8 | 48.2 |
| 平成22年 | 68.6 | 71.6 | 48.5 |
| 平成23年 | 68.6 | 71.7 | 48.7 |
| 平成24年 | 70.0 | 73.4 | 47.7 |
| 平成25年 | 71.8 | 75.5 | 48.1 |
| 平成26年 | 73.5 | 76.3 | 55.3 |
| 平成27年 | 73.7 | 76.6 | 55.4 |
| 平成28年 | 74.2 | 76.8 | 56.8 |

ている。しかし、これを再入者率で見ると平成二十一年以降増加し、二八年には七四・二%にまで増加している(表7-2)。

これを前述した再犯率と合わせ考えると、覚醒剤事犯者に対する矯正における特別改善指導及び保護観察における専門的処遇の処遇効果が、十分に上がっているとは言えず、処遇プログラムの内容や実地方法等について検証を加える必要が出てくる(後述)。

次の表8は、有期刑受刑者が仮釈放に至るまでの刑の執行率を刑法犯、特別法犯、覚醒剤事犯者について平成二八年中の者について全体的傾向と刑期の長さにより比較したものである。これによると、全体的傾向では、覚醒剤事犯が八一・六%であるが、刑法犯が八〇・四%と高くなっている。刑期の長さによって、刑の執行率が八〇%を

表 8 有期刑仮釈放者許可者の刑の執行率（平成 28 年）

| | 総数 | 60～69 | 70～79 | 80～89 | 90以上 | 総数 | 3年以内 | 5年以内 | 8年以内 | 10年以内 |
|---------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | | | | | | 80%以上 | 80%以上 | 80%以上 | 80%以上 | 80%以上 |
| 刑法犯 | 8,556 | 108 | 1,568 | 3,985 | 2,894 | 80.4% | 76.9% | 85.6% | 93.9% | 98.0% |
| 特別法犯 | 4,833 | 51 | 812 | 2,393 | 1,571 | 81.9% | 63.3% | 76.9% | 50.5% | 80.0% |
| 覚せい剤取締法 | 3,961 | 41 | 689 | 1,980 | 1,251 | 81.6% | 83.0% | 79.7% | 80.0% | 71.4% |

超える割合で見ると、刑法犯では刑期が長くなるほど高くなり、「五年～八年」では九三・八%、「八年～一〇年」では九八・〇%と刑の執行率が高くなる。覚醒剤事犯では刑期が三年未満が八三・〇%と最も高く、刑期が長くなると執行率は低下しており「八年～一〇年」では七一・四%と低くなっているが、全体的な傾向では、刑の執行率が九〇%を超える者が三一・六%、八〇～九〇%が五〇・〇%で、八〇%以上の執行率の者が全体の八一・六%と高くなっている。

保護観察の期間が残刑期となっていることから、刑事施設内における特別改善指導と保護観察における専門的処遇プログラムの有機的連携が図られていることが何より重要となる。

刑事施設における薬物依存離脱指導は、「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律（平成一七年法五〇）」が制定され、その後、一八年に改正され「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（以下、刑事収容施設法、という。）」一〇三条によって特別改善指導¹¹⁾の一つとして、「薬物依存離脱指導¹²⁾」が法律上の根拠を得て実施されている。平成二七年度の実施対象施設数は七六庁であった。

なお、犯罪傾向区分により、犯罪傾向が進んでいない者には、処遇指標 A が指定され、犯罪傾向が進んでいる者には、処遇指標 B が指定されている。

法務総合研究所研究部報告二七「アジア地域における薬物乱用の動向と効果的な薬物乱用者処遇対策に関する調査研究（二〇〇五年）」の中で、わが国における薬物乱用者処遇の効果

的運用のためには、①薬物乱用者処遇センターを設置し対象者を集禁する専門的な処遇を実施する、②各行刑施設に分散している専門家を集中的に配置するとともに、主として少年施設に配置されている法務教官を異動させるなどの人事管理上の配慮も必要である、③治療活動に参加する専門家の養成が必要であるが、短時間に専門家を養成することは困難であるので、当面は外部の専門家に依頼することが考えられる。また、職員として採用することは困難であるが、可能な限り、薬物依存から回復した元乱用者を治療プログラムの参加者として迎え入れることが重要である等の提言がなされている。筆者も、UC Hastings College of Law に留学していた一九八一年に、カリフォルニア州立の薬物治療専門矯正施設を見学したことがあるが、この専門プログラムの策定や運用に関しては医療スタッフ・臨床心理士が中心となり運用されていた。もちろん管理セクションには矯正スタッフが配置されていた。施設を出て社会復帰した際の受け入れ先におけるアフターケアが十分なされることが必要であることは、指摘されていた。

同様のことは、平成二一年版犯罪白書でも覚醒剤事犯で刑事施設への入所が初度の者については、改善更生の余地を十分残している者が比較的多いことから、これらの者に対する有効な再犯防止対策を講じることの重要性が指摘されている。¹⁴⁾

また、刑事施設から仮釈放になった者に対しては、更生保護法四〇条に基づいて、特別遵守事項として「覚醒剤事犯者処遇プログラム」が実施されている。

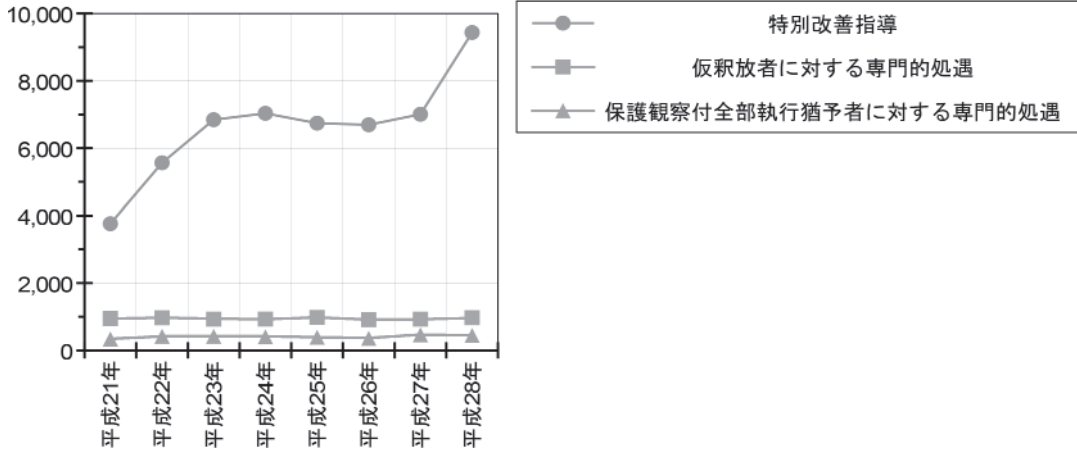
次の表9は、矯正施設における特別改善処遇の受講開始人員の推移と保護観察所における仮釈放者、及び保護観察付執行猶予者に対する専門的処遇プログラムによる処遇の開始人員の推移を見たものである。特別改善指導を受けた者は、平成二三年から二六年まではほぼ同様の傾向に有ったが、二七年以降は増加に転じている。この背景には、

表9 薬物犯罪者に対する特別処遇（平成21年～28年の処遇開始人員の推移）

| | 平成21年 | 平成22年 | 平成23年 | 平成24年 | 平成25年 | 平成26年 | 平成27年 | 平成28年 |
|-----------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 特別改善指導 | 3,762 | 5,564 | 6,846 | 7,034 | 6,741 | 6,694 | 7,006 | 9,435 |
| 仮釈放者に対する専門的処遇 | 947 | 968 | 926 | 928 | 977 | 913 | 926 | 971 |
| 保護観察付全部執行猶予者に対する専門的処遇 | 338 | 419 | 418 | 403 | 390 | 357 | 462 | 444 |

薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について（尾田）

薬物犯罪者に対する特別処遇の推移



※1 保護観察所における「薬物再乱用プログラム」は、平成21年から28年5月までは「覚せい剤事犯者処遇プログラム」による処遇開始人員を計上している。

※2 犯罪白書29年版を基に筆者が作成

二八年六月一日から導入された刑の一部執行猶予制度を踏まえ、必修プログラム（後述）の全員への義務付けが影響しているものと思われる。他の二つの専門的処遇では、経年変化は余り見られない。

刑事施設で実施されている薬物依存離脱指導の目標として「薬物依存の認識及び薬物使用に係る自分の問題を理解させた上で、断薬への動機付けを図り、再使用に至らないための知識及びスキルを習得させるとともに、社会内においても継続的に薬物依存からの回復に向けた治療及び援助等を受けることの必要性を認識させること。」が掲げられており、具体的には、次の①～⑤の項目に則している。

① 対象 ↓ 麻薬、覚せい剤その他の薬物に対する依存がある者

② 指導者 ↓ 刑事施設の職員（法務教官、法務技官、刑務官）、処遇カウンセラー（薬物担当）、民間協力者（民間自助

団体等)

③指導方法 ↓ グループワーク(八人〜一〇人程度/一グループ)、民間自助団体によるミーティング¹⁵⁾、講義、視聴覚教材、課題学習、討議、個別面接等

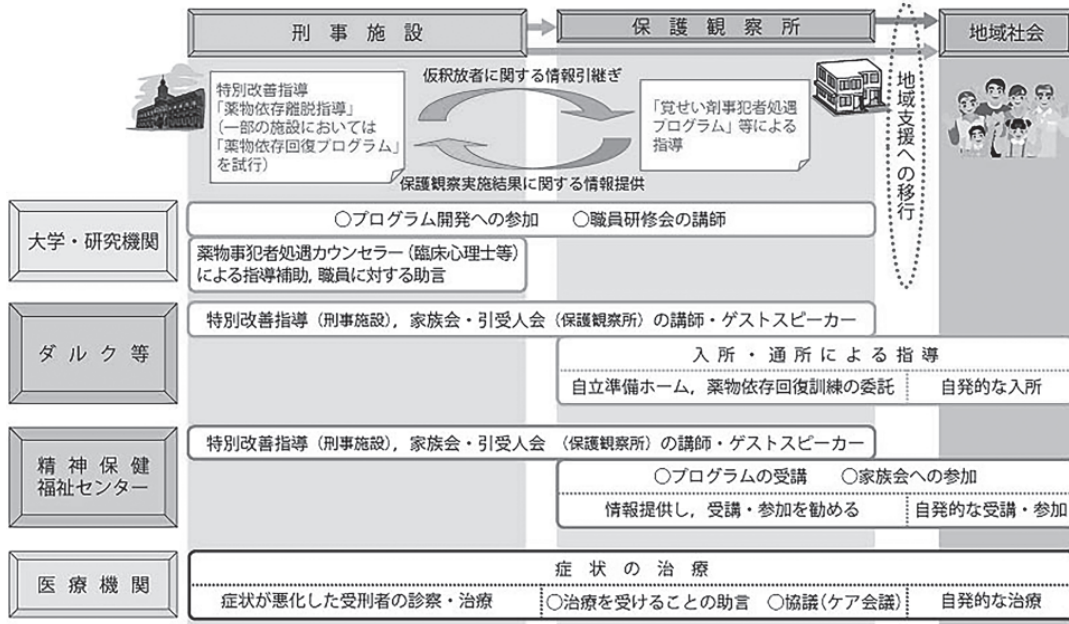
④実施頻度等 ↓ 二〜一二単元/一単元六〇〜九〇分
標準実施期間…一〜六か月

⑤薬物への依存の程度、再使用リスク等に応じて、必修プログラム五項目の他、専門プログラム(薬物依存回復プログラム) 一二項目、選択プログラムを組み合わせ実施¹⁶⁾

なお、平成二八年度からは、六月一日の刑の一部の執行猶予制度の施行を踏まえ、保護観察所と同様、認知行動療法の手法を取り入れたプログラムを導入し、受刑者個々の問題性やリスク、刑期の長さ等に応じ、各種プログラムを組み合わせ実施している。その内容は、必修プログラム(麻薬、覚せい剤その他の薬物に対する依存があると認められる者全員に対して実施するもの)として、薬物依存回復プログラム一二回分のセッションをコンパクトにまとめたDVD教材「リカバリー・ポイント」+DVD教材の内容について学習を進められるワークブックを、選択プログラムとしては、教育担当職員によるグループワーク・民間自助団体によるミーティング・DVD等の補助教材の視聴・面接・個別指導等が行われ、専門プログラム(より専門的・体系的な指導を受講させる必要性が高いと認められる者に対して実施するもの)が整備され、認知行動療法に基づくプログラムの実施が推進されている。

平成二〇年には七五施設、二二年には八一施設、二二年以降は七六施設が薬物依存離脱指導を実施しており、二八年も七六施設が実施している。

図4 薬物事犯者の処遇における連携



※ <http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/59/nfm/images/full/h7-2-4-01.jpg>

また、薬物依存を有する者に対する処遇は、施設内だけでは完結しない。そこで、保護観察所や地域社会の医療・福祉機関による様々な支援（セーフティネットの構築）が必要となることから、受刑者の処遇情報等の連携・共有が図られる必要が生じてくる（図4）。

具体的には、刑事施設側からは、①薬物依存離脱指導の実施結果等の情報（断薬への動機付け、再使用防止スキルの獲得、地域支援に関する理解）、②心身の状況、服薬状況等の医療情報が、保護観察所に提供される。

これを受けて保護観察所では、a. 薬物再乱用防止プログラムへの活用（薬物検出検査の実施、再使用防止スキルの実践、地域支援への移行）、b. 医療情報等に基づき、特別遵守事項の重要な項目として「覚醒剤事犯者処遇プログラム」が実施されてきた。しかし、刑の一部の執行猶予制度の施行に伴い、従前の「覚せい剤事犯者処遇プログラム」に代えて、薬物再乱用防止プログラムが、平成二八年六月から実施されている。

現在実施されている新しいプログラムでは、改善の対象となる

薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について（尾田）

犯罪的傾向の範囲を、覚せい剤の使用・所持から、依存性薬物の使用・所持に拡大し、それらの再乱用を防止するため、ワークブックを用いるなどして行う a. 教育課程 (依存性薬物 (規制薬物等、指定薬物及び危険ドラッグ) の悪影響を認識させ、その再乱用防止のための具体的方法を習得させるコアプログラム及びコアプログラムの内容を定着・応用・実践させるためのステップアッププログラム) と b. 簡易薬物検出検査を併せて行うこととしている。

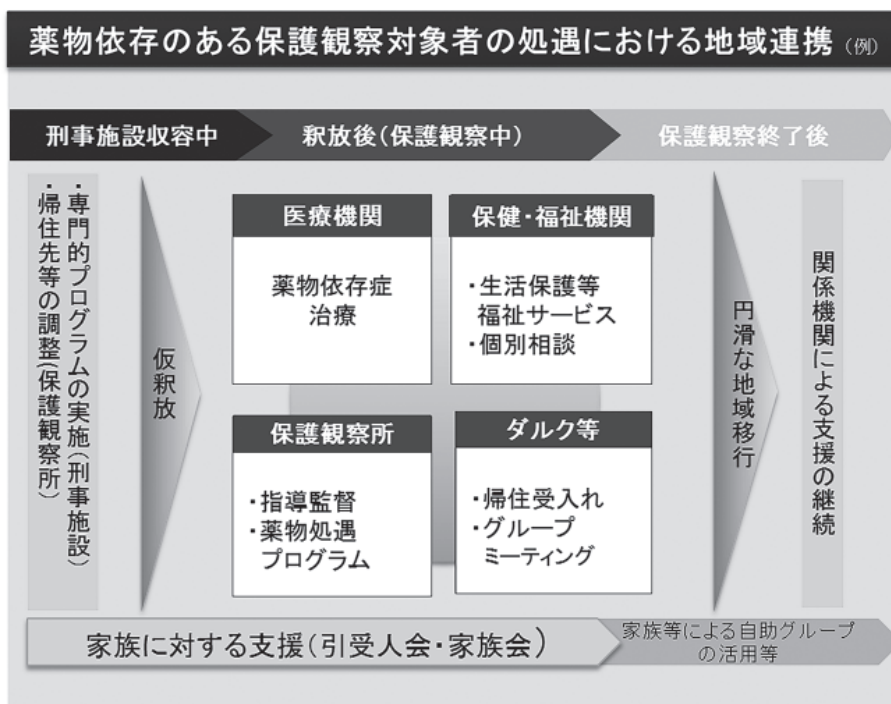
このプログラムの実施期間は六か月を目処に二週間に一度の割合で実施されており、もし、薬物検査で陽性反応が出た場合には、警察に出頭することが義務付けられていることから、強制的な抑止力にはなっていると思われる。

また、薬物依存から立ち直るためには、引受人や家族等の関係者の支援と協力が欠かせないことから、全国の保護観察所では、「覚せい剤事犯対象者」の類型認定者や薬物依存のある保護観察対象者等の引受人・家族等関係者に対する講習会や座談会等を内容とした引受人会・家族会を実施しており、平成二七年度は、全国四九の保護観察所において合計二二〇回実施し、引受人・家族等関係者三、二六〇人が参加し、平成二八年度は、全国四九の保護観察所において合計二六三回実施し、引受人・家族等関係者三、六一五人が参加している (法務省保護局の資料による。図5)。

さらに、平成二四年度から、社会生活に適応させるために必要な生活指導として、薬物依存症リハビリテーション施設等に対して薬物依存回復訓練を委託して実施している。二七年度に、訓練を委託して実施した延べ人員は一二、四八七人であった。

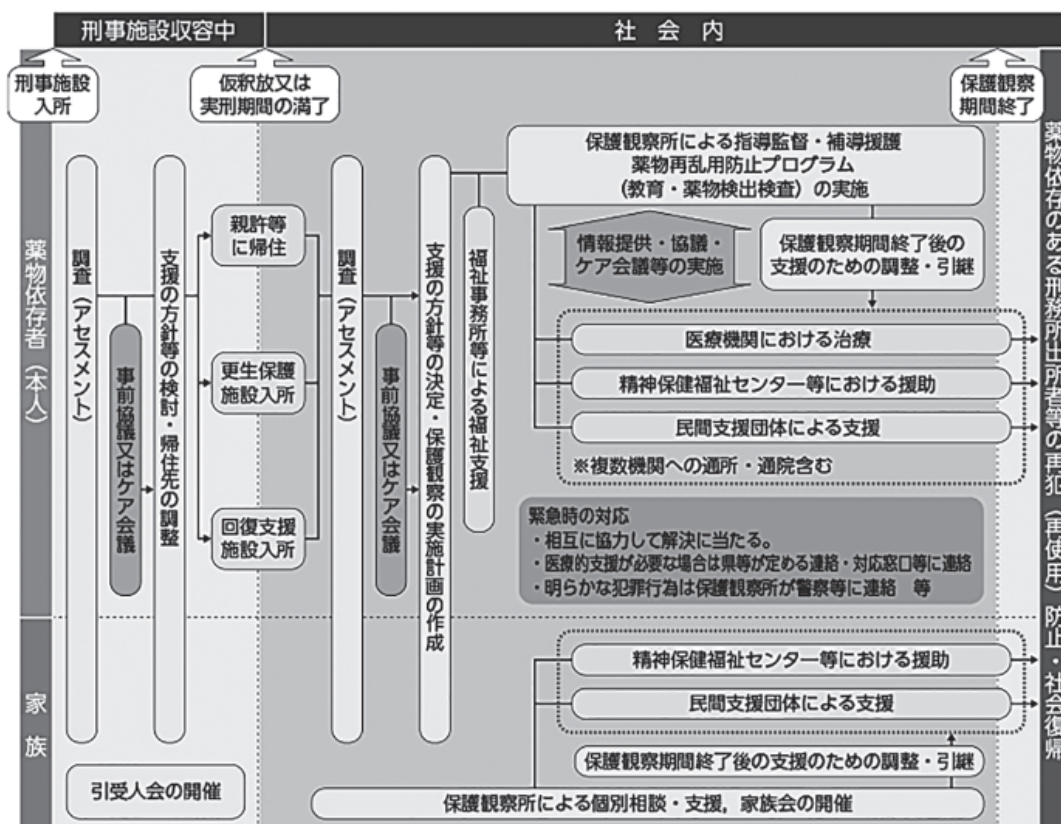
また、二八年度からは、薬物依存者の薬物再乱用防止の実効性を高めるため、「薬物依存のある刑務所出所者等の支援に関する地域連携ガイドライン」¹⁷⁾が実施されている。このガイドラインは、保護観察所や地域の医療・保健・福祉機関及び民間支援団体が相互に有効かつ緊密に連携し、薬物依存者に対する切れ目のない支援を実施することなど

図 5



※ http://www.moj.go.jp/hisho/seisakuhyouka/hisho04_00040.html

図 6 地域連携ガイドラインを踏まえた薬物依存者に対する支援等の流れ



※犯罪白書 29 年版 <http://hakusyol.moj.go.jp/jp/64/nfm/images/full/h7-3-1-01.jpg>

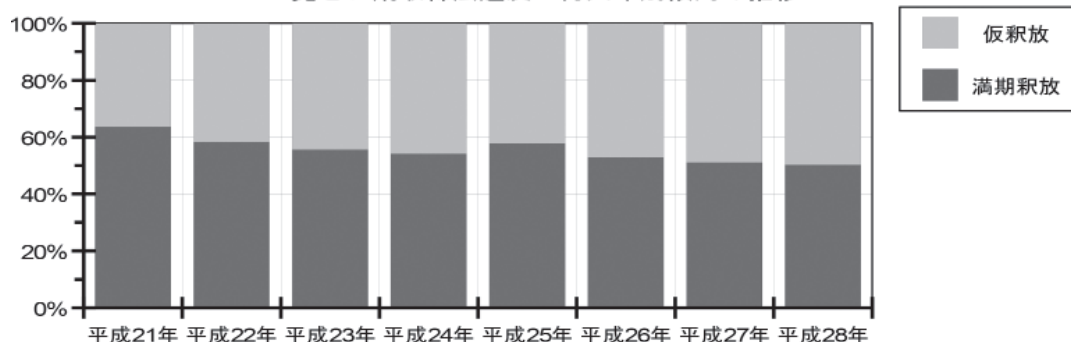
薬物犯罪者に対する再犯防止策の課題について (尾田)

一三七 (六〇五)

表 10 覚せい剤取締法違反・再入年別累積再入者数

| | 総 数 | 満期釈放 | 仮釈放 |
|---------|-------|-------|-------|
| 平成 21 年 | 1,312 | 827 | 475 |
| 平成 22 年 | 2,368 | 1,378 | 990 |
| 平成 23 年 | 2,966 | 1,648 | 1,318 |
| 平成 24 年 | 3,321 | 1,795 | 1,526 |
| 平成 25 年 | 1,316 | 766 | 560 |
| 平成 26 年 | 2,321 | 1,226 | 1,095 |
| 平成 27 年 | 2,917 | 1,489 | 1,428 |
| 平成 28 年 | 3,254 | 1,634 | 1,620 |

覚せい剤取締法違反・再入年別傾向の推移



※犯罪白書各年版を基に筆者が作成

を目的としている(図6)。これらの施策を遂行するために、更生保護法に「規制薬物等に対する依存がある保護観察対象者に関する特則」を定め、保護観察の実施方法、指導監督の方法等を規定している。⁽¹⁸⁾

この他に、依存性薬物の所持・使用により保護観察に付された者で、薬物再乱用防止プログラムに基づく指導が義務付けられず、又はその指導を受け終わった者等に対し、必要に応じて、断薬意志の維持等を図るために、その者の自発的意思に基づいて簡易薬物検出検査を実施することがある。平成二八年における実施件数は九、六一二件であった(法務省保護局の資料による)。

平成二八年の保護観察終了者のうち、覚せい剤取締法違反による仮釈放者及び保護観察付全部執行猶予者の取消率(再犯又は遵守事項違反により仮釈放又は保護観察付全部執行猶予が取り消された者の

占める比率をいう。)は、それぞれ四・六%、三二・四%であった(法務省大臣官房司法法制部の資料による)。

また、表10は、覚醒剤取締法違反者の再入者に占める満期出所者と仮釈放者の数を平成二一年から二八年にかけて見たものであるが、再入者に占める仮釈放者の割合が平成二五年を除くと増加傾向にあり、矯正施設における特別改善指導と保護観察所における矯正施設との連携の上に立った専門的処遇を踏まえた地域社会との他機関連携による薬物支援のより効果的な取り組みを図ることが求められる。

3. 課題を踏まえた対策の提言

1) 課題

薬物事犯の現状について、刑事司法手続の各段階毎に分析してきた過程で、次の①から⑥の点にその課題をまとめることができる。また、⑦については、新たな視点での取組が必要であるとの思いから、留学時の経験も踏まえ提言することとした。

① 精神的依存が高い薬物、例えば覚せい剤やコカイン等では、乱用者は連用に限る場合が多く見られ、耐性が付く初期の段階で対策を講じることによって、依存を回避することが可能となる。この段階での積極的介入が医療機関や警察に求められる。

② 覚せい剤事犯に関しては、同一罪名による再犯者率が平成二二年以降増加の一途をたどり、平成二八年には六五・八%と極めて高い状況となり、平成二五年八月の『第四次薬物乱用防止五か年戦略』の主要施策として盛り

込まれている。また、刑の一部執行猶予制度の薬物事犯への適用に繋がっている。しかしながら、矯正・保護における十分な処遇がなされているかに関しては、検討すべき課題がある。

③ 薬物事犯に対する起訴猶予率は、覚せい剤事犯にあつては約七%と大麻事犯の約五分の一、麻薬事犯の約三分の一と極めて低くなっているが、起訴猶予におけるアフターケアとしての更生緊急保護の活用が求められる。

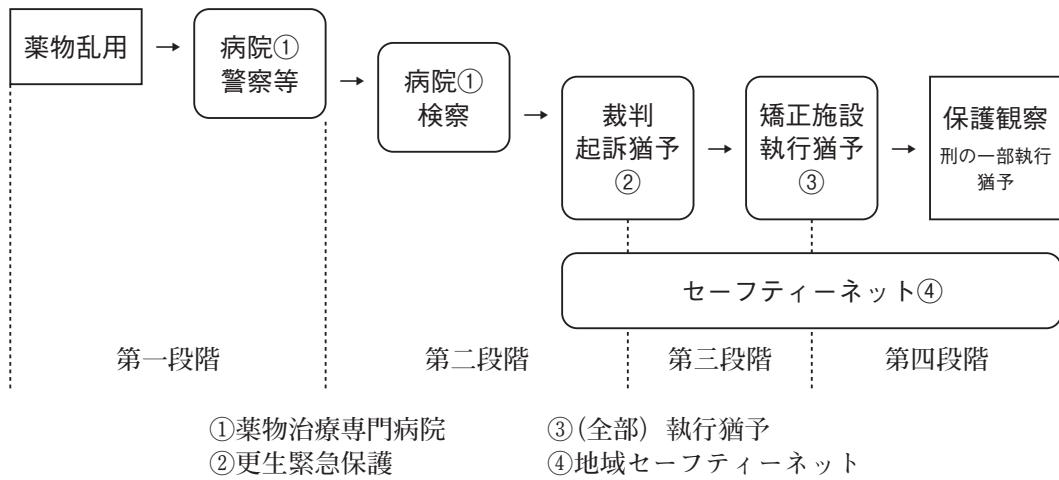
④ (全部) 執行猶予時に必要的保護観察とし、猶予期間中の特別遵守事項として専門的処遇プログラムを実施する必要がある。というのも、覚せい剤事犯の有前科者率は、平成二八年には七五・一%で、大麻事犯・麻薬事犯の二倍強の高さであり、(全部) 執行猶予者の割合は、二〇・四%と五人に一人の割合であることから、必要的保護観察の適用が考えられるべきである。

⑤ 刑の一部執行猶予は、平成二八年六月一日以降の刑事裁判で言い渡されているが、実際の運用は緒に付いたばかりであり、地域との連携を踏まえたセーフティネットの課題を指摘しておきたい。覚せい剤事犯では、刑の執行率が八一・六%で、刑期が三年未満の短期の者では八三・〇%と若干高くなっており、仮釈放及び刑の一部執行猶予を考慮する際に、裁判所及び矯正施設に専門スタッフの配置を考慮する必要がある。裁判所では判決前調査制度 (presence investigation)¹⁹⁾ の導入も視野に入れる必要があるだろう。

⑥ 刑事施設及び保護観察所における薬物依存離脱プログラムの運用に関して、担当者、実施期間と程度、連携のあり方、刑期満了 (一部執行猶予期間の経過) 後のアフターケアの実施を巡る問題が、責任主義の限界との関係で検討する必要がある。

⑦ 薬物専門裁判所、いわゆる Drug Court²⁰⁾ の導入と薬物依存治療・ケア専門施設の導入に関する検討が求められる。

図 7



2) 対策の提言 — ために代えて —

① から⑦の課題に対応するために、以下の提言を行いたい。

先ず、薬物犯罪は、自己使用と自己使用目的所持にとどまっている際には、薬物依存に伴う新たな展開を防止するためには、刑罰をもって対応するよりは医療を中心とした治療的措置が重要であろう。

そこで、薬物使用の初期段階での積極的介入が医療機関や警察に求められる点に関しては、従来の刑事司法的な考え方ではなく、治療的司法²¹⁾の考え方に基づくアプローチが大切になる。とりわけ、薬物乱用のように刑事罰よりも医学的な治療を施すことによって、薬物の再使用を防ぐことが、より深刻な再犯防止に繋がることになると思料されるからである。

図 7 は、現行刑事司法手続における治療優先モデルを図示したものである。第一段階では、薬物乱用に悩む本人やその家族等が、薬物治療専門病院（以下、専門病院、という）を受診し、治療を受けたり、支援を求める場合に（以下、医療機関において、刑法犯を犯していない場合には、まだ薬物依存症があまり進行していない（精神病などを発症していない）者、他に精神疾患や障害のない者、人格的偏りがなく、穏やかな傾向を持つ者にたいして、専門的な治療を行うことによる再犯防止を考える事が大切である。専門病院

等からの通報⁽²²⁾や独自に端緒を得た警察等でも、薬物乱用以外の刑法犯を犯していない場合には、刑事司法手続に載せるか否かの判断について、薬物事犯担当部署に配置された薬物治療専門医(常勤・非常勤を問わない)等の専門スタッフによる判定を経た後、専門病院に送致するか、検察官送致にするか決定する。

第二段階では、薬物事犯を専門に担当する検察官を養成し、配置した上で検察官は、訴追裁量権を行使する際、薬物使用者が医療的支援を求めれば、起訴猶予に付すことができることを選択肢として提案し、その際には、必要的更生緊急保護プログラムを受けられることになる旨を伝える。この場合には、専門病院における治療や、医療スタッフによる支援を受けた後、ダルク等の自助グループへの参加が可能な入寮施設で共同生活を行なう。プログラムの第一段階が無事(事故なく)終了すると、自助グループとの接触を維持しながら、自宅に戻る(いわゆる通所に移行する)。その結果が良好であれば、検察官は不起訴処分にする。この場合にも、薬物乱用以外に刑法犯を犯していないことがポイントになると考えるべきである。薬物専門検察官を配置できない場合には、薬物治療専門医(常勤・非常勤を問わない)等の専門スタッフによるサポートを受けることが望ましいし、類似の施策は既に実施されているので、そのシステムを参考にすることができる⁽²³⁾。

第三段階では、公判廷において、被告人みずからが、不法な薬物使用等を認め、専門病院による治療や自助グループへの参加が可能な入寮施設で共同生活を行なうことを求めた場合には、保護観察付執行猶予(全部執行猶予)に付すことを刑法犯を犯していないことを条件として認めるべきである。このプログラムをコーディネートする保護観察官は、医療観察制度のコーディネートを担当する社会復帰調整官と同様の資質を有することが望ましい⁽²⁴⁾。

なお、公判では、担当医師やケースワーカーが作成した「治療計画書」を提出し、必要に応じて書面を作成した医

師等の証言を求めることも必要であると思われる。

第四の段階では、矯正と保護の有機的連携による対応が求められ、矯正施設に社会福祉及び医療福祉に関する地域社会でのセーフティネット構築に精通した経験豊富な専門スタッフの配置が求められる。この点に関しては、既に「薬物依存のある刑務所出所者等の支援に関する地域連携ガイドライン」が策定され、前掲図6の様な取り組みが行われ、保護観察所においても、平成二八年一二月に制定された「再犯の防止等の推進に関する法律」を受けて、「再犯防止推進計画」が策定されてるが、この中で「保護観察所における福祉的支援や更生緊急保護を担当する保護観察官の配置を充実強化し、入口支援が必要な者に対する適切な支援が行われる体制を確保する」ことが求められ、一部の保護観察所に「特別支援ユニット」が設置されている。起訴猶予者に対する対応としては、平成三〇年度から始まる「地域再犯防止推進モデル事業」を通じた地方公共団体との連携、保護観察官による継続的な指導がその内容となっている。²⁶この事業に関して、そのコア・パーソンが保護観察官となっている点については、実働可能保護観察官が全国に八〇〇名程度しかいないことから、医療観察制度における社会復帰調整官を別途採用資格を明らかにした上で採用試験を経て確保し、研修を施して全国の保護観察所に配置したと同様の措置を講じて、確保する必要がある。事業開始時の人員確保に当たっては、新規採用よりは有資格者の中途採用が現実的であろう。

刑の一部執行猶予制度が平成二八年六月から施行されているが、この制度の実効性を担保し得るか否かのポイントは、セーフティネットの中に必要とされ機関を重疊的に集め、ケース毎に最適のユニットを構築し、サービスの提供ができるかに係っていると云っても過言ではない。

従前から、矯正処遇や保護観察は国の責務で実施されるものであり、地方公共団体や地域社会の各ユニットはこれ

を補完する形で役割分担すれば良いとの考え方もあった。しかし、矯正・保護の手続は刑法における責任主義の原則から、責任Ⅱ刑罰Ⅱ刑期(期間)の限界があり、期間の満了をもって強制的な処遇ができないとするのが原則である。

そこで、考慮されるべきは、治療的司法モデルの一つである、薬物専門裁判所、いわゆる Drug Court の導入と薬物依存治療・ケア専門施設の導入である。

この制度が導入されている国の一つであるアメリカは、執行猶予制度を採用せず、宣告猶予制度が採用されており、裁判所に Probation Department が併設され、公判前整理手続の一要素としての被告人の要保護性²⁶・治療と処遇の必要性等についての社会的資料を収集分析し、それに基づき、裁判官の監督の下で治療プログラムが実施され、プログラムに対する取組が積極的になされ、再犯リスクが軽減されれば、罰を科されず、治療にも繋がることから再犯の防止効果が期待できることから、積極的に運用され効果を挙げている。何よりも、被告人に対する心理強制のみならず、実質的な刑罰を担保とする強制力が期待し得る点で優れていると思われる。

我が国においてこのシステムを運用するためには、薬物専門検察官、薬物専門裁判官、薬物専門裁判所調査官、裁判所管轄の収容施設、薬物治療専門病院、ケア専門施設、その他外部の専門機関等のネットワークの構築と、地域処遇会議の設置が求められる。

薬物依存の進行の度合いによっては、精神保健福祉センター、精神病院、薬物依存症専門外来のある病院・クリニック(現在、全国に一五七件)との連携が必要になる。この場合の専門的処遇プログラムやセーフティーネットの構築と運用は、薬物専門裁判所の担当裁判官の指揮の下、薬物専門裁判所調査官が実施することになる。

薬物事犯以外に刑法犯を犯している者は、原則としてこの薬物専門裁判所手続の対象には含まない。

ところで、厚生労働省には、『薬物依存者・高齢犯罪者等の再犯防止緊急対策（立ち直りに向けた）の長い支援につながるネットワーク構築』（平成二八年七月一二日・犯罪対策閣僚会議決定）の中で、薬物依存症の治療拠点となる医療機関の全国的な整備については、以下の①から③の項目が求められている。

①モデル的に実施している依存症治療拠点機関における成果をもとに、薬物依存症の治療拠点となる医療機関の全国的な整備を図るとともに、全国拠点機関を中心とした調査研究を推進する。

②国立研究開発法人国立精神・神経医療研究センターや関連学会における研修を通じ、認知行動療法の手法を用いた回復プログラムを実施することのできる医療従事者を増やすとともに、各自治体の精神保健福祉センターにおいて当該プログラムを実施し、その普及を図る。

③精神保健福祉センターや保健所による相談支援、依存症回復施設職員に対する研修や、家族向けの心理教育プログラムを実施するとともに、依存症に関する普及啓発を始めとした依存症者の生活を支える支援を行う。

この点は、薬物専門裁判所を中核とした治療的司法の運用面でも指摘できることであり、可及的速やかに関係機関の緊密な連携と、必要な要員の育成と確保に努めつつ、先ずは、現行の刑事司法制度との調和の下で、相互補完的な制度運営を図ることが望ましい。

また、治療的司法では、限界がある矯正・保護処遇後の再犯リスク軽減に向けた地域との連携を踏まえたプログラムの施行が容易になると思われるが、この点に関しては、今後も継続的な研究を行っていききたいと考えている。

(1) 我が国の薬物乱用防止対策は、昭和二〇年代後半、五〇年代後半に続く第三次覚せい剤乱用期の到来を受け、平成九年一月一七日の閣議決定を受け、首相官邸に關係省庁からなる薬物乱用対策推進本部が設置され、平成九年四月に『薬物乱用対策推進要綱』が決定され、次いで平成一〇年五月に『薬物乱用防止五か年戦略』が、平成一五年には『第二次五か年戦略』、平成二〇年八月の『第三次五か年戦略』、そして平成二五年八月の『第四次薬物乱用防止五か年戦略』が策定され現在に至っている。第四次戦略の概要と主な施策については、次のURL (http://www8.cao.go.jp/souki/drug/pdf/knownow/4_strategy_summary.pdf) に詳しいが、特に覚醒剤の再犯者が約六割を占めて依然として問題であること、合法ハーブ等と称して販売される薬物等、新たな乱用薬物への対応の必要があること、薬物依存に至った者の再犯防止を図るための対策として、平成二五年六月に刑の一部の執行猶予制度を導入する法律が制定されたことを踏まえ、新たな戦略の構築が求められている。さらに、平成二八年七月一二日に開催された犯罪対策閣僚会議では、「薬物依存者・高齢犯罪者等の再犯防止緊急対策」立ち直りに向けた「息の長い」支援に繋げるネットワークの構築」が決定され、關係省庁での取り組みが求められている。 http://www.moj.go.jp/hisho/seisakuyouka/hisho04_00048.html

(2) 一九七六年にのオランダでは、アヘン法(一九一九年制定)を改正し、個人使用におけるソフトドラッグの所持や使用が許容されるに至った。しかし、これについても完全な自由化ではなく、例えば医師の処方箋によってドラッグストアで購入することが二〇gを上限に認められ、一九七九年には五g未満であれば、コーヒーションップでも購入できるようになった。その他国としては、個人栽培/所持/使用が容認されている国はベルギー、ルクセンブルク、スペイン、ポルトガルに過ぎない。

(3) 耐性とは、依存性薬物が効かなくなり、連用の結果、同じ効果を得るのに量を増やさないといけなくなり、依存が進行することに繋がる。一般に、耐性は依存の形成の初期の段階で起こることが多いことから、早期に対策を講じることによって、依存を回避することが可能となると考えられる。

(4) ユースアドバイザー養成プログラム(改訂版) 第三章 支援対象者の理解・第二節 若者の抱える問題(コンプレックスニーズを持つ若者の理解のために)・三 薬物依存(麻薬、覚せい剤、向精神薬、アルコール等) http://www8.cao.go.jp/youth/kenkyu/h19-2/html/ua_mkj.html#container

(5) 罪名別に薬物中毒被疑者の状況を分析したデータは、昭和五四年から五六年にかけて、警察庁保安部（平成六年に刑事局保安部から生活安全局に組織変更が行われた）がまとめた資料が、昭和五七年版で見られるが、これによると薬理作用によるものが五六年には、四二四件（六一・七％）、入手目的によるものが二三〇件（三三・五％）となっており、薬理作用によるものでは、殺人が九一・七％、傷害・暴行が九五・九％、放火・器物損壊が一〇〇・〇％と高く、入手目的によるものとしては窃盗が八一・四％となっている。これを覚醒剤の被疑者に限ってみると、全体では七四％、殺人が八〇％、強盗・窃盗が一〇〇％となっている。

(6) フラッシュ・バックとは、薬物の継続的な摂取を中断した後、心理的なストレス、睡眠不足、飲酒、カメラのストロボ発光、道路工事の削岩機の音、他の薬物の乱用等をきっかけとして、突然、慢性中毒と同様の症状が現れることをいう。薬物の使用を中止した時の状態を保持したまま、薬物摂取が始まることになり（ゼロから改めて始まるのではないので）、そのリスクは高くなる。

(7) 「薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律（平成25年6月19日／法律第50号・施行、平28年6月1日）」

第四条（刑の一部の執行猶予中の保護観察の特則）

前条に規定する者に刑の一部の執行猶予の言渡しをするときは、刑法第二七条の三第一項の規定にかかわらず、猶予の期間中保護観察に付する。

保護観察における取り組みの概要については、法務省保護局の資料（図3）を参照されたい。また、今福章二「更生保護と刑の一部の執行猶予」更生保護研究三号（二〇一三）二〇～三五頁は、当時、保護局参事官として本制度の導入に関わった関係者の視点として興味深い。

(8) 刑法第二七条の二（刑の一部の執行猶予）〔平二五法四九本条追加〕

(9) 次に掲げる者が三年以下の懲役又は禁錮の言渡しを受けた場合において、犯情の軽重及び犯人の境遇その他の情状を考慮して、再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当であると認められるときは、一年以上五年以下の期間、その

刑の一部の執行を猶予することができる。

- 一 前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者
- 二 前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その刑の全部の執行を猶予された者
- 三 前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から五年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者
- 2 前項の規定によりその一部の執行を猶予された刑については、そのうち執行が猶予されなかった部分の期間を執行し、当該部分の期間の執行を終わった日又はその執行を受けることがなくなった日から、その猶予の期間を起算する。
- 3 前項の規定にかかわらず、その刑のうち執行が猶予されなかった部分の期間の執行を終わり、又はその執行を受けることがなくなった時において他に執行すべき懲役又は禁錮があるときは、第一項の規定による猶予の期間は、その執行すべき懲役若しくは禁錮の執行を終わった日又はその執行を受けることがなくなった日から起算する。
- (10) 更生保護法四〇条は、仮釈放中は保護観察に付され、一般遵守事項(五〇条)と特別遵守事項(五一条)が、そして、薬物事犯者に対しては「特別遵守事項の特則(51条の2)」により必要な改善に向けた取り組みが課されている(五七条)。薬物事犯者に対する特別な指導方法に関しては六五条の三・四に規定がなされており、医療と福祉を含めた包括的な指導援助が求められている。仮釈放の取消(七五条)がなされない限りは、刑期の満了を以て保護観察は終了する。
- (11) 「受刑者の各種指導に関する訓令5条2項」、「受刑者の集団編成に関する訓令(平成18年5月23日矯正訓3314号)4条」の規定に基づいて、個別の処遇指標を定め、受刑者一人一人に該当する指導がなされることとなった。薬物事犯者に対しては、薬物依存離脱指導対象とされた者には「R1」が指定されている。
- (12) 覚醒剤事犯等の薬物に対する依存があると認められた受刑者に対しては、特別改善指導の一類型として薬物依存離脱指導が実施されている。これに関しては、「改善指導の標準プログラムについて(平成18年5月23日矯正訓3350号)」という矯正局長からの依命通達が出され、指導項目・指導方法・指導時間数・指導期間・指導に当たり配慮すべき事項等が示されている。
- (13) 処遇指標の判定基準は、「受刑者の集団編成に関する訓令の運用について(平成18年5月23日矯正訓3315号)」で示さ

れているが、A指標受刑者は、①児童自立支援施設又は少年院の収容歴が一回以内で、かつ、受刑のために刑事施設等に入所したことがないこと、②最近一年以内に著しい薬物等の依存が認められないことが等が要件となっており、その他の者はB指標受刑者に分類・収容されている。

(14) 詳細は、第七編再犯防止施策の充実・第三章窃盗・覚せい剤事犯に係る再犯の実態第二節受刑者と再犯一調査の概要、及び第五章おわりに、を参照

(15) ダルク (D A R C)・覚せい剤等の薬物から解放されるためのプログラムを持つ民間の薬物依存症リハビリ施設) やナルコティクス・アノニマス (N A)・薬物依存症からの回復を目指す人たちのための自助グループ) と連携し、スタッフの派遣を受けて指導がなされている。なお、ダルクには収容施設があることから、仮釈放後に帰任先として受入れがなされているケースもある。

その他、具体的な処遇内容の現状分析がなされているものとして、赤塚康「(参考資料) 刑事施設における薬物依存離脱指導プログラムの状況及び展望」(中央研究所紀要第一六号五七〜七四頁 2006.12.15)

(16) プログラムの詳細は次のURLを参照 <http://www.moj.go.jp/content/001224610.pdf>

(17) 平成二七年一月一九日に、法務省保護局長・矯正局長、及び厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部長名で、法務省保護第一一九号・障発第一一九第一号が、都道府県知事・指定都市市長・地方更生保護委員会委員長・各矯正管区長・保護観察所長・矯正施設長・その他関係法人等の長宛に出されている。 <http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12200000-Shaikaiengokuyokushougaihokenfukushibu/0000117891.pdf>

(18) 更生保護法第三章「保護観察」第一節の二「規制薬物等に対する依存がある保護観察対象者に関する特則」六五条の二(実施方法)、三(指導監督の方法)、四(病院・公共の衛生福祉に関する機関等との連携) について、詳細に規定している。

(19) 刑事事件において、裁判官が刑の量定を行うに際して、量刑の適正を図るために、裁判所の補助機関に刑の量定に係る被告人の素質と環境面について科学的調査をさせ、これを参考にする制度。アメリカでは、宣告猶予制度を採用していることから、裁判所に Probation Department が併設され、 Probation Officer が配置され、運用されている。わが国では、家庭裁

判所に配属され少年審判において要保護性に係る調査及び試験観察の運用を行っている、家庭裁判所調査官の機能がまさにこれに該当する。導入に関しては検討すべき課題もあることから、わが国ではまだ法制化されていない。詳細は、『量刑実務大系 第3巻 一般情状等に関する諸問題』の第一五 情状鑑定一「判決前調査制度 (presentence investigation) の導入論」参照 (2011/10/24) 大阪刑事実務研究会編、判例タイムズ社刊

(20) この制度は、一九八九年にマイアミ市で始まり、Drug Courts Flyer on resources supported by BJA, OJJDP and NIJ (pdf, 2 pages). [url](#)、二〇一五年六月現在、全米で三、一四二の Drug Court が有り、内 Adult 対象は一、五五八、Juvenile 対象は四〇九箇所で開催されている。Drug Court 終了者の再犯率は、この制度を利用しなかった者の約三分の一とも言われている。筆者は、二〇〇一年三月から九月一五日まで、California 大学 Hastings College of Law に留学した際、San Francisco Juvenile Court にあつて Drug Court の参与観察を約四か月行った。Drug Court に関するものとして石塚伸一編『日本版ドラッグコート』(二〇〇七年五月・日本評論社) が有る。

(21) 治療的司法 (therapeutic justice) は、刑事司法制度について犯罪を犯した人に対して「刑罰を与えるプロセス」と見るのではなく、犯罪を犯した人が抱える「問題の解決を導き、結果的に再犯防止のプロセス」と捉えようという考え方に基づく司法制度のことを言う。欧米では、既に運用されている制度があり、「問題解決型司法 (problem solving court)」と呼ばれている。例えば、薬物依存症者を対象にした「ドラッグ・コート (Drug Court)」や精神障害犯罪者を対象にした「精神障害者コート (Mental Health Court)」、DV 加害者を対象にした「DV コート (Domestic Violence Court)」などがある。

(22) 大麻及びあへんへの依存症者は「大麻及び向精神薬取締法第2条第24項及び第25項」により「麻薬中毒者」として扱われ、麻薬の依存症者とともに、「麻薬及び向精神薬取締法第58条2」における「麻薬中毒者」として『医師の届出義務』の対象者となるが、覚せい剤、有機溶剤に関しては、届出に関する規定ない。しかし、覚せい剤取締法違反被告事件(平成一七(あ二〇二))において、平成一七年七月一九日、最高裁判所第一小法廷は、「医師が、必要な治療又は検査の過程で採取した患者の尿から違法な薬物の成分を検出した場合に、これを捜査機関に通報することは、正当行為として許容されるものであって、医師の守秘義務に違反しない。」との決定を出して以降、覚せい剤に関して、義務規定は無いものの、届出が事実上行われ

ている。

(23) 起訴猶予者に対する更生緊急保護の現状と新たな役割を担うための制度設計について詳述しているので、拙稿「刑事政策における更生緊急保護の現代的役割について（日本法学82巻2号・2016年10月）四七九～四八六頁を参照されたい。

(24) 医療観察制度の下で、地域社会における処遇のコーディネートとしての役割を果たしながら、審判の段階から一貫して対象者に関与する立場に立ち、保護観察官よりやや援助的要素の強いポジションにあるといえる。更に、社会復帰調整官の多くが民間精神科医療機関のPSWなど援助側機関で働いた経験を持つ者が殆どである。社会復帰調整官の業務内容については、法務書作成のパンフレットや保護局のサイトに詳しい記述がある。例えば、<http://www.moj.go.jp/content/001261334.pdf>

(25) 調子康弘「保護観察所における入口支援について」更生保護（二〇一八・五月号）五七～五九頁、法務省保護局においては「再犯の防止等の推進に関する法律」を受けて、「再犯防止推進計画」が策定されており、その具体的な取り組みに関しては、中島祐司「再犯防止推進計画の策定に向けた取り組み」更生保護（二〇一七・一月号）一八～二二頁を参照。

(26) 被告人の再乱用に繋がるような性格的・環境的要因の存否・大小（再乱用の危険性）等をいうが、具体的には、家庭環境、保護者をはじめとする関係者の監護能力、交遊関係、本人の依存性の程度などが対象となる。

委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性

長谷川 貞 之

- 一 問題の所在
- 二 委任の解除と任意解除権
 - 1 継続的契約としての委任の解除
 - 2 民法六五一条にいう任意解除権と起草者の意図―指導形象 (Leidbild)
 - 3 任意解除権の正当化根拠
- 三 任意解除権に関する判例法理の条文化と改正民法六五一条の意義
 - 1 任意解除権に関する判例法理
 - 2 学説の見解
 - 3 債権法改正による判例法理の条文化 (改正民法六五一条)
 - 4 改正民法六五一条が判例・学説に与える影響

委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性 (長谷川)

二五三 (六二一)

四 条文化された判例法理の規律

- 1 任意法規の強行法規化をめぐる議論
- 2 条文化された判例法理の半強行法規化
- 3 受け皿としての準委任（民法六五六条）と利害調整
- 五 契約解除に関する通則規定の補充的適用
 - 1 伝統的な支配学説—民法五四一条適用肯定説
 - 2 契約解除に関する通則規定の改正（改正民法五四一条）
 - 3 改正民法五四一条の補充的適用と契約正義の実践的契機
- 六 改正民法六五一条の解釈指針と私見
- 七 結語

一 問題の所在

本稿は、委任の解除に関する判例法理と債権法改正によるその条文化の問題を取り上げ、解除権行使の要件と効果、適用範囲などを検討するとともに、条文化された判例法理の規律のあり方を明らかにするのが目的である。

委任は、委任者と受任者との間の信頼関係に基づき、受任者が法律行為をすることを内容とする契約であるが（民法六四三条⁽¹⁾）、法律行為の委任に限らず、事務の委託にも委任の規定が準用される（準委任。民法五六五条⁽²⁾）。その結果、およそ他人を信頼して事務の委託を目的とする契約が委任と扱われることになる⁽³⁾。現代社会では、民法典制定時に想定されていなかった役務・サービスの提供を内容とする多種多様な契約があり、役務提供契約の重要性が高まってい

る。今日、準委任を含む委任は、商取引の発達に伴って商法の領域にも取り込まれ、仲立営業（商法五〇二条二号・五四三条）や問屋営業（商法五五一条）などの制度として発達を遂げ、社会において重要な地位を占めている。⁽⁴⁾

このような多種多様な性質を有する委任は、契約関係の終了という観点からみれば、目的の達成、履行不能、期間の満了などの一般的終了原因によるほか、委任固有の終了原因として、契約の解除（民法六五一条・六五二条、五四一条以下）、委任者・受任者の死亡など（民法六五二条各号）によつて終了する。⁽⁵⁾ 解除については、わが民法は、委任契約の各当事者は何時でも理由の如何を問わず自由に契約を解除することができるとしたが（任意解除権。民法六五一条一項）。当事者の一方が相手方の不利な時期に契約を解除し、それによつて相手方に損害を生じさせたときは、やむを得ない事由があるわけではない限り、その損害を賠償しなければならないとした（同条二項）。そして、これが、法律行為でない事務の委託である準委任にも準用される仕組みとなっている（民法六五六条）。

賃貸借や雇用、委任などの継続的契約においては、給付義務が連続して新たに発生し、当事者は特定の義務を履行しただけでは契約全体から離脱することはできず、継続的契約はそれ自体への時間的な制約なしに継続することになる。そのため、継続的契約については、一方的な意思表示による契約の解除が必要とされる。⁽⁶⁾ ただ、このような場合、契約の解除は、相手方の契約存続の利益と抵触し、当事者間に緊張関係を生じさせるから、いかなる要件や制限からも自由というわけではない。⁽⁷⁾ ここでは、契約関係からの離脱の自由とこれに対する契約存続の保障との相克および調和が重要な問題となる。

ところで、委任の解除を定めた民法六五一条の規定については、昨年の国会で可決成立した改正民法⁽⁸⁾において、従来の判例法理を踏まえてこれを条文化する形で改正された（改正民法六五一条⁽⁹⁾）。しかし、その一方で、契約自由の原

則に関する一般原則が新たに明文文化され(改正民法五二二条、五二三条)、債権法規定の任意法規化が一層促進されることになった。⁽¹⁰⁾ また、契約解除に関する通則規定(民法五四一条以下)についても給付障害の観点から改正され、解除は債務不履行によって契約を維持する利益が失われた債権者を契約の拘束力から解放する制度と位置づけられるとともに、債務者の帰責事由を不要とする解除制度が採用されることになった(改正民法五四一条以下)。そうなると、委任の解除というものを、今後、どのような根拠・理由で規律して行くことになるのか、逆に、契約解除の自由に対する制約原理の探求が重要な問題となる。⁽¹¹⁾ 条文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れがあるのみならず、条文化が将来の判例による法創造を妨げる危惧も否定できない。また、条文化された判例法理が契約内容の基準となり、当事者を拘束して強行法規化することも考えられる。今回の債権法改正は、こうした問題に対する理解を深化させたという点では大きな意味をもち、今後の委任の解除に関する解釈論の展開や判例法理の形成に重要な影響を及ぼすものと考えられる。

本稿は、以上述べたような問題意識に基づき、委任の解除に関して、前稿の検討を踏まえながら、⁽¹²⁾ 契約関係の終了という観点から条文化された判例法理の規律の問題を取り上げ、これを検討するものである。

二 委任の解除と任意解除権

1 継続的契約としての委任の解除

今日、委任は、賃貸借や雇用などとともに、継続的契約として、取引上、重要な地位を占めている。継続的契約については、いまだ確固たる定義はないが、その給付の範囲が重量や寸法、個数といった量的指数を用いるのではなく、

時間というカテゴリーのみで確定できる契約であるといわれる¹³。継続的契約は、時間という要素のほかに、人的要素の比重が高いこと、および、より明確に打ち出された将来への志向が強いといった点に特徴がある¹⁴。継続的契約の代表例とみられる賃貸借契約は、古くローマの時代においても存在していたが、ローマ法では継続的債権関係に特有の構造や規律が展開されることはなかった¹⁵。

継続的契約から生ずる継続的債務関係について特別な規律の必要性を説いたのは、オットー・フォン・ギールケである¹⁶。ギールケによれば、継続的契約では給付義務が連続して新しく発生することから、当事者は特定の義務を履行するだけでは契約全体から離脱することはできない。現実的履行が契約を終了させることにならない以上、継続的契約はそれ自体への時間的な制約なしに継続することになる。そのため、継続的契約から生ずる継続的債務関係について解消の自由が必要とされるとし、契約からの離脱は一方的意思表示である解除の方法をもって行われることになる¹⁷と説いた。この意思表示が「解約告知 (Kündigung)」と呼ばれるものであり、今日の法理論では、将来に向かってのみ契約の効果を消滅させる点で、契約を過去に遡及して解消させる「解除 (Rücktritt)」とは本質的に区別される¹⁸。

解約告知をなしうる権利は、契約により約定されることもあるが、通常、法規によって定められる。わが民法は、継続的契約と一時的契約を区別することがないのみならず、解除と解約告知の用語上の区別もせず、契約の解消が問題となる個々の場面において解除を規定するとともに、それに種々の表現を用いて規定している¹⁹。委任についていえば、民法六五一条にいう解除が民法六五二条の規定と相まって解約告知の性質を有することは、多くの論者が認める²⁰ところである。しかし、告知による一方的な解除の意思表示は、契約の拘束力という点からみると、相手方の契約存続の利益と抵触し、当事者間に緊張関係を生じさせる。そのため、解約告知を認めるとしても、これを如何に規律し

て行くのが問題となる。⁽²¹⁾

解約告知が本来意味するところは、将来に対する期限の付与であり、その期限の到来とともに継続的債務関係が時の経過により消滅するという点にある。解約告知という性質から、民法六五一条にいう委任の解除について、どのような解釈が妥当とされ、また導かれるのか。後述するように、判例法理は形成されつつあるが、いまだ定説といったものがなく、その規範的構造や法的性質を踏まえた検討の必要性が説かれている。⁽²²⁾

2 民法六五一条にいう任意解除権と起草者の意図——指導形象 (Leidbild)

これまでの研究によると、民法六五一条一項が定めるような委任解除の自由については、各国の法制が認めるところであり、旧民法においても同様の規定が設けられていた。⁽²³⁾ 一九世紀に編纂される民法典の多くは、委任者からの解除について規定し、それについて制限を設けないのが基本原則であった。⁽²⁵⁾

元来、委任は、委任者・受任者間の信託関係を基礎として締結される契約であり、無償を原則とし、もっぱら委任者の利益のために締結された。このような委任の本質からすると、信託が失われた受任者に対しては、委任者を当該契約に拘束しておく合理的理由はないことから、委任者は委託事務の処理がどのような段階にあるかを問わず、何ら特別の事由を要せずして委任を解除することができる⁽²⁶⁾。これに対し、受任者については、委任の本質に基づくものというよりも、自己の欲しない委任事務の遂行を強制されるべきではないといった実際上の必要から便宜的に認められたにすぎない。そのため、現行民法の前身である旧民法では、その点を踏まえて、受任者から委任の解除が行われた場合、受任者は委任者に生じた損害を賠償する義務があり、「正当又ハ己ムコトヲ得サル原因」がない限り、

賠償責任を免れることはできないとされた。⁽²⁷⁾

ところが、このような考え方に対し、現行民法六五一条を起草した担当者（富井政章）は、当事者双方の平等という見地から、委任者による委任の解除の場合であっても、受任者に生ずる損害の賠償を認める表現に修正した。⁽²⁸⁾これは委任の本質を曲解したものとわがざるを得ないが、それに伴って「相手方ノ不利ナル時期」という要件（民法六五一条二項本文）が付加されることになった。⁽²⁹⁾また、民法六五一条の規定は、起草担当者（富井政章）の説明では、公益規定といったもの（強行法規）ではなく、従って、当事者間で解除権の放棄特約をしても公益に反するものではないとされた。⁽³⁰⁾

委任の解除を定めた民法六五一条の起草過程については、すでに前稿でも検討したところであるが、その起草から制定に至るまでの民法典編纂に現われた各種の草案をみると、同条は、フランス民法を基礎にボワソナードが起草した旧民法草案に由来する部分と、法典調査会において諸外国の法制を参考に旧民法の規定を修正して起草された民法原案に基礎を置く部分とが融合し、字句を整理・修正したうえで、一か条にまとめられて置かれたという経緯がある。⁽³¹⁾その際、法典調査会における民法原案の起草の過程で条文に「相手方ノ不利ナ時期」の解除とそれから生じる損害の賠償責任が盛り込まれ、「正當又ハ」の文言を削除して単に「已ムヲ得ナイ事由」に統一された。その結果、民法六五一条は、旧民法のように複数の別の規定をもって処理すべきはずのものをすべて一か条に包摂し、異質なものを抱え込んでしまったように思われる。⁽³²⁾それだけに、一見して明瞭にみえる条文の構造とは裏腹に、民法六五一条の規定の意味するところは分かりづらいものとなったということがいえる。

3 任意解除権の正当化根拠

現行民法六五一条が定める委任の解除は、有償であっても、理由を要せず、かつ、相手方の不利な時期の解除とならない限り、原則として損害賠償をも不要とするという効果を伴う解除である。このような契約解除は「任意解除権」と呼ばれるが、これを正当化しうる根拠は一体何かである。

前述したように、委任は、元来、委任者の利益のために、受任者が無償で、自己の専門的知識を活用しながら、委託された法律行為または事務処理を行う法律関係である。委任は、委任者・受任者双方の信頼関係を基礎とし、その人であるから委任し、また引き受けるといふもので、信頼が少しでも崩れたらその基礎が失われるから、理由なしの自由な解除権が認められるのも、このような委任の特質に由来すると説明されてきた。委任においてその存在が言及されている信頼とは、熱意や注意、知識をもつて委任事務を引き受けた受任者に対し、委任者が受任者の誠実性について抱く信頼である。⁽³³⁾ 信頼は、委任における契約解除の自由(任意解除権)の実質的な正当化根拠として民法典の起草委員によって言及され⁽³⁴⁾、その後の学説においても委任を特徴づけるものとして挙げられている。⁽³⁵⁾

しかし、現代社会において委任ないし準委任に分類される契約は多種多様であり、すべての委任に高度の信頼関係が認められるわけではない。⁽³⁶⁾ 信頼というのは、好意や友情などの個人関係によって事務処理が委任される状況を包括的に表現できる便利な概念であるが、多種多様な役務・サービスが今日の社会において拡大し、その重要性を増すに従って、委任は単に個人的な信頼関係というよりも、委任者または受任者の事業を中心とした信用関係を基盤としたものに移りつつあり⁽³⁷⁾、委任において語られる信頼もまた本来の対人的な信頼関係とは異なる意味合いをもちつつあるといえる。⁽³⁸⁾

このような委任の法律関係において、委任者は自己の望まない委託事務の受領を強要される必要はなく、委任者が目的とした委任の利益を確保し、受任者をして誠実に事務処理を履行させるためには、委任者に契約解除の自由を認める要請は高いといわねばならない。委任者に利益がある限り、委任者による契約解除の自由は奪われることは許されないから、委任者に無理由解除として自由な任意解除権の行使を確保する必要があるといえよう。

これに対し、受任者による解除については、委任事務の遂行が強制になじまない為す債務であること、とりわけ委任は受任者において、熱意、細心の注意、知識が要求される変化に富んだ継続的な行為に関わるものであるから、受任者に不利益が見込まれる場合には、自ら辞任する機会が与えられる必要がある。受任者の辞任を認めることは、これにより適切な事務処理能力に欠ける受任者または事務処理の意欲を喪失した受任者を委任の法律関係から解放し、委任者の利益の侵害という事態を回避することにも役立ちうる。

問題は、委任が委任者のためのみならず、受任者の利益をも目的とする場合、委任の解除はどのように考えられるかである。後述するように、受任者が受け取る報酬をもって直ちに受任者の利益ということはできないことはすでに旧民法の当時から知られていた。民法五六一条の前身である旧民法財産取得編二五二条は、有償委任と解除との関係を規律する規定を置いていた。³⁹⁾報酬が約束されていても、そのことから直ちに受任者に利益があるというわけではないから、これによって委任者による契約解除の自由が制限されることにはならない。このような場合、委任者に自由な任意解除権の行使を認めたいうえで、不利な時期による解除から受任者に生ずる損害については委任者に損害賠償義務を課すことで、当事者双方の利害得失を調整することも可能であるといえる。

いずれにせよ、委任における契約解除の自由の正当化根拠としては、単に抽象的に信頼概念を持ち出しただけでは

十分な説明にならない。民法六五一条にいう委任の解除に関する規律が、いかなる根拠によって、どのようなにあるべきかについては、任意法規としての任意解除権の果たすべき機能を明確にしたうえで、信賴概念の背後で考慮されてきた諸要因を明らかにすることが求められるといえよう。これにより、法的な議論としての精緻さを担保することができる。以下では、民法典施行後の委任の解除に関する判例および学説を分析することにより、民法六五一条が規定する任意解除権の内容的な妥当性や射程を明らかにすることにした。

三 任意解除権に関する判例法理の条文化と改正民法六五一条の意義

1 任意解除権に関する判例法理

民法六五一条の解除に関して、判例は、民法典施行後の早い段階から、一方で、委任の自由な解除を肯定しながら、他方で、これをそのまま適用するのは受任者の利益を著しく害することがあるとの理由で、一定の場合に委任の自由な解除が制限されることを認めてきた。⁽⁴⁰⁾ 判例に現われた事案をみると、民法典施行の直後から、債権取立ての委任において当事者間に解除権の放棄特約が結ばれていた場合に、それでも民法六五一条の解除が可能かどうか争われている。

(1) 解除権放棄特約と委任解除の自由

まず、初期の判例は、債務者が債務弁済のために恩給証書を債権者に預け、後に返還を求めたところ、債権者が拒んだため、解除の意思表示をしたという事案で、「民法上委任ノ規定ハ公ノ秩序ニ関スルモノト認ムヘカラサルヲ以テ委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異ナリタル特約ヲ為スコトヲ得ルモ或期間内委任ヲ解除セスト云フカ如キ約定ハ委

任者ニ於テ解除ノ意思表示ヲ為シタル以上受任者ヨリ其特約ヲ強要スルコトヲ得ス」として、委任の解除を認めた。⁽⁴⁾ また、判例は、債務者が弁済方法として自己の有する金鶏勲章年金証書を債権者に預けて年金の受け取り方を委任し、債務の弁済終了まで委任契約を解除しない特約を結んでいたところ、後になって債務者が委任契約を解除して年金証書の返還を求めたという事案で、「解除権ノ抛棄力不当ニ委任者ノ権利ヲ制限シ受任者ヲシテ法律上享有シ得ヘカサル利益ヲ獲得セシムルヲ以テ目的トスルトキハ其抛棄ハ委任者ヲ羈束セサルヲ以テ委任者ノ解除権ハ是レカ為メ毫モ妨ケラルルコトナシ」と述べたうえで、本件においては「取立委任ノ目的タル債権カ養料ノ債権恩給金扶助料ノ債権ノ如キ債務者ニ専属シ他人ノ権利ノ目的タリ得ヘカラサルモノナルトキハ債権者カ債務者ヲシテ解除権ヲ抛棄セシムルニ因リテ之カ取立ヲ為スハ公ノ秩序ニ反スル」として、解除権放棄の特約を無効とした。⁽⁴²⁾

これら初期の判例によれば、当事者間の特約により解除権を放棄することは自由である。しかし、解除権の放棄特約が法の禁ずる恩給担保と実質的に同じである場合には、かかる特約は公序に反し、無効とされる。判例に現われた事案は、債権者受任者型と称しうる事案に関するものであるが、その後の判例には、債務者が債権者の第三者に対する債権の取立てを当該債権者から委託された事案（いわゆる債務者受任者型）で、解除権の放棄特約がない場合に、委任者である債権者からの委任解除の有効性が争われたものがある。これは、債権者が債務者に自己の第三者に対する債権の取立てを委任し、その際、弁済期の一定期間の猶予と取立て金の一割を報酬とし、これを債務の弁済に充当することを約したが、途中で債権者が本件委任を解除したという場合に、それが認められるかという問題に関するものである。判例は、この債務者受任者型の事案において、民法六五一条の意義に言及し、委任は当事者双方の人的信用関係を基礎とする契約であり、信用関係が失われた受任者をして事務処理を行わせることはできず、また、受任者に

おいても自己の信任しない委任者の事務を行うことは人情として耐えがたいと述べたうえで、同条は「受任者カ委任者ノ利益ノ為メニノミ事務ヲ処理スル場合ニ適用アルモノニシテ其事務ノ処理カ委任者ノ為メノミナラス受任者ノ利益ヲモ目的トスルトキハ委任者ハ同条ニヨリ委任ヲ解除スルコトヲ得サルモノト解スル」と判示した。⁽⁴³⁾

委任は、通常、委任者のために締結されるものであるが、同時に、それが受任者の利益になることもある。判例によれば、このような場合には、委任者は一方的な意思表示により契約の解除をすることはできない。取立委任の事案において、債権者が受任者となる場合、債権者は自己の債権の満足をえるために債務者の財産の処分・管理の事務を行うわけであるから、委任者である債務者からの一方的な解除が受任者である債権者の利益のために制限されるといふのは、妥当な判断である。これに対し、債務者が受任者となる場合にあっては、債務者が受任者として債権者の第三者による債権を取り立て、その報酬を自己の債務の弁済にあてたとしても、それは単に報酬を意味するにすぎず、これをもって直ちに受任者の利益ということとはできない。判例は、この場合にも受益者の利益に言及して、民法六五一条の解除が制限されるとするが、そのような解釈は委任解除の自由に不当な制限を加えることになりかねない。⁽⁴⁴⁾ この点、民法五六一条の前身である旧民法財産取得編二五二条は、「委任者ノミノ利益ノ為ニ委任セシ代理ノ廢罷ハ謝金ヲ諾約シタルトキト雖モ委任者ハ何時ニテモ随意ニ之ヲ為スコトヲ得」と規定し、有償委任と解除との関係を規律する規定を置いていた。⁽⁴⁵⁾ 委任が単に有償委任ということだけでは民法六五一条の解除を阻止することにはならないことは、すでに旧民法の当時から知られていたことである。裁判官の中には「受益者の利益」概念を拡張しすぎたといった反省があったのか、その後の判例はその適用範囲を制限する方向に向かったとみられるとの指摘がある。⁽⁴⁶⁾

(2) 制約原理としての「受任者の利益」と「やむことを得ざる事由」

戦後の判例は、民法六五一条の解除に関して一定の制限があることを認めるが、その際に判断基準とされたのが前述の大審院判決の説いた「受益者の利益」である。しかし、その一方で、判例は、特殊な有償委任にあつては、「受任者の利益」をも目的とする委任であつても、受任者が著しく不誠実な行動に出たなどの「やむを得ない事由」があれば、委任の解除を可能とする解釈を採用している。判例において、この類型に属する事案は昭和三〇年代の前後からしばしば下級審裁判例に登場していたが、昭和四〇年代に入り、最高裁においても「やむを得ない事由」に関する判例が登場し、判例法理を形成することになった。

まず、最高裁は、債権者であるX社の代表者Aが債務者であるY社の資産および負債の処理について委託を受け、本件事務を処理するためY社の代表者B名義の建物につき所有権移転登記をしたが、XおよびAが負債弁済の事務を積極的に処理せず、多額の負債が残ったことから、本件委任契約を解除するとともにB名義の建物につき所有権移転登記の抹消請求をしたという事案で、受任者の利益のみならず「受任者の利益」のためにも委任がなされた場合であつても、委任が当事者双方の対人的信用関係を基礎とする契約であることに徴すれば、受任者が著しく不誠実な行動に出たなど「やむを得ない事由」があるときは、受任者は委任契約を解除することができる⁴⁸。

続いて、最高裁は、共同住宅の管理契約の解除が争われた事案において、「やむを得ない事由」がない場合であつても、「委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものと解されない事情」があるときは、委任を解除することができる⁴⁹。この事案は、共同住宅の所有者が不動産の建築・管理を業とする管理人との間で、入居者が差し入れる保証金（八八〇万円）を管理人が自由に使用できるといふ条件の下に、共同住宅の建築を依頼し、保証金の保管、

賃料の徴収、共同住宅の管理などの事務の一切を無償で行う旨の管理契約を締結したが、その後、管理人が所有者に對して管理契約の有償化を求め、入居者から徴収した賃料を所有者に引き渡さなかった。そのため、所有者が管理人に對して本件管理契約を解除する旨の意思表示をし、解除により発生した保証金返還請求権を譲り受けた債権者が管理人に對して保証金の返還を請求したところ、管理人が本件管理契約の解除の無効を主張して争ったという事案である。

この事案を扱った最高裁は、一般論を上記のように説示し、原判決を破棄して原審に差し戻したが⁵⁰、その中で、委任者の意思に反して事務処理を継続させることは委任者の利益を阻害し委任契約の本旨に反することを指摘するとともに、受任者が解除により被る不利益は損害賠償によりてん補されることで足りると説いている。しかも、本件最高裁は、当事者間に信頼関係を破壊するなどの特段の事情がある場合に限り解除できるとした原審判決を破棄差戻していることからすると、この説示には最高裁の強い態度が示されているものといえることができる。最高裁調査官の解説によれば、本判決は、受任者の利益が委任者の利益を相当程度上回る場合には、委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものと解すべき事情があるとみるべき立場に立っているといわれる⁵¹。しかし、本判決に對しては、「これが従来の判例と調和するかどうかは疑問であり、むしろこの場合の委任契約は主として委任者の利益のためになされたことを理由とすべきであった」との批判的な見解もある⁵²。

その後の最高裁判決には、別荘地の分譲業者が別荘地を購入した所有者との間で締結した土地管理契約の解約を申し入れ、別荘地の管理を拒否したことに対し、別荘地の所有者が本件管理契約上の義務の確認を求めて争ったという事案に関するものがある。最高裁は、別荘地の所有者は本件管理契約に基づかなければ分譲業者の水道等の諸施設を

使用することができず、分譲業者も本件管理契約に基づく管理費によって別荘地の維持・管理の経費を賄っていることから、このような事実関係の下では、受任者による解除権の行使には委任者に「信賴関係を破壊するような特段の事情」を必要とすると判示した。⁽⁵³⁾

以上のような戦後の判例の展開をみて感ずることは、第一に、判例は、「受益者の利益」をもって委任解除の自由を定めた民法六五一条一項の制約原理としているが、委任契約の目的の軽重のみで解除権行使の可否を判断しているというわけではない。受任者の利益の判断にあたっては、委任者の利益も考量しながら、種々の要因が判断されているといえる。

第二に、判例によれば、受任者が著しく不誠実な行動に出るなど「やむを得ない事由」があるときは、委任者において委任を解除することができるとする。しかし、そもそもこの「やむを得ない事由」の判断基準がどこから出てくるのか、その点は必ずしも明確ではない。現行民法は、委任解除の自由を認めただうえで（民法六五一条一項）、「やむを得ない事由」を不利な時期の解除から相手方に生ずる損害の賠償責任を免責する要件とするにすぎない（同条二項）。民法六五一条一項にいう委任の自由な解除は、民法典施行の直後から、委任が契約当事者間の信賴関係を基礎とするものであり、その点をとくに考慮して設けられた規定であると説明されてきた。⁽⁵⁵⁾しかし、契約を何時でも自由に解消させ得る規定は委任の他にもあるから（民法六二七条、六四一条）、右のような説明が問題の核心に触れていないことは明らかである。⁽⁵⁶⁾

第三に、判例は、「委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものと解されない事情」がある場合、「やむを得ない事由」がなくとも、なお契約の解除が可能であったとしたが、この「事情」が何を指すかということについても不明

な部分が少なくない。前述の最高裁判決は、「事情」の法理を説きながら、損害賠償による当事者間の利害調整に言及している。学説には、無用の条件を付したことになるとの批判もみられるが、この「事情」を説明しようとする試みもみられる⁽⁵⁸⁾。「事情」という言葉が、委任者の意思よりもむしろ、委任者の利益や委任契約の本旨を意味するすれば、委任者の利益に対する受任者の利益の比重が、まず重視されるべき事実ということになる⁽⁵⁹⁾。

(3) 最近の裁判例の動向

民法六五一条にいう委任の解除について争われる最近の事案をみると、裁判例の中には、別荘地の所有者の一部が管理業者との委託業務契約を解除した事案で、受任者には任意解除権の制限を正当化するだけの利益があると解することは困難であるとしながらも、相互依存関係がある場合には、信義則や権利濫用を根拠に委任者側の解除権が制約を受けることがあるとするものがある⁽⁶¹⁾。また、これに関連して、販売管理契約においては、不動産仲介業者である受任者⁽⁶²⁾がその成約から取得する手数料などは受任者の利益とはみなされていないが、通常の媒介契約以上に受任者が費用を投下したような場合には、その点を考慮して受任者の利益が認められることも考えられる。この点に関して、裁判例の中には、こうした点を考慮し、約款などから委任契約の解除権自体を放棄していたとは解されない事情があると認定されて、受任者が負担した費用の償還を認めながら解除を有効としたものがある⁽⁶³⁾。

最近の裁判例の傾向としては、総じて言えば、従来の裁判例において「受任者の利益」を認めなかった契約の事案でも、これを認定するものがみられる。ただ、「受任者の利益」を広く解する傾向に伴い、「受任者の利益」という概念は、契約解除の成否ではなく、解除による損害賠償を根拠づけるものとして言及され、委任者と受任者との間の利益を調整するものとして機能してきていることを指摘することができる。

2 学説の見解

学説においても、前述の判例と同様、民法六五一条にいう委任の解除が一定の場合に制限されることを認めるが、その具体的な判断基準については定説といったものがなく、学説の見解は区々に分かれる。⁶⁴

我妻栄は、判例の立場を支持し、受任者のためでもある委任の場合には、一般に解除権の放棄があると推定されるとし、その具体例として、債権者が取立債権の一定額を手数料として債務者に与え、その債務に充当する場合、および、債務者が自己の第三債務者に対する債権の取立てを債権者に委任する場合を挙げる。⁶⁵

末川博は、純粹な委任とそれ以外の委任とに分け、純粹な委任は常に委任者の利益となるのに対し、委任が有償であつて、受任者が事務処理に対する報酬を受ける場合には、「受任者の利益」のためでもあるとされる。受任者が利益を有する場合には、他の行為と結びつくかまたは事務処理とは違った別の内容を混合しているとして、委任に関する規定のみで規律することはできず、委任者が一方的に委任の解除をすることはできないという。⁶⁶

広中俊雄は、「受任者の利益」を有償委任の場合と解し、有償委任には民法六五一条の適用がなく、同条の解除は委任の無償性に由来するものであると説く。有償委任においては、民法六五一条以外の条文に解除の根拠を求めざるを得ず、中途解約による損害賠償を根拠づけるには他の条文に依拠することになるという。⁶⁷ 広中によれば、委任には民法六五一条の適用されない類型のものがあり、これらの委任の解除は、請負型のものについては民法六四一条、雇傭型のものについては民法六二七条・六二八条（注意される類似規定として商法五〇条一項・二項）、また、不動産に関する委任事務の処理に受任者の当該不動産の利用が対価的に結びついていては賃貸借の解除に関する準則が、それぞれの準則として用いられる。⁶⁸ 継続的契約では、契約の解除一般に関する通則規定（民法五四一条以下）は完

全に排除され、継続的契約に関する民法六二八条、六六三条二項、六七八条二項などの趣旨を類推し、個々の契約に内在する信頼の程度に応じて解除が認められるとする。⁽⁶⁹⁾

戒能通孝は、委任を含む継続的契約を、組合型の団体契約、委任型の純粹に信頼関係に基づく契約、および、賃貸借・雇用の物・賃料ないし労働力の保全関係に基づく契約の三種に分類し、それぞれの契約類型に即して解除原因を求めることを提唱する。⁽⁷⁰⁾

来栖三郎は、有償委任というだけで民法六五一条の適用がないとするのは適当ではないとし、その適用の可否を細かく論ずる。来栖は、委任を普通の委任と特殊な委任とに分け、普通の委任の場合、すなわち、報酬が成功報酬の形をとっているような委任者に委任事務処理の費用を償還する義務がない場合、任期の定めがある場合、および、事業経営の委任のように何時でも解除しうるものでは受任者に苛酷であり、委任者が解除するには相当の予告期間をおくことを要する場合には、解除そのものが必ずしも制限されるわけではないとする。これに対し、特殊な委任の場合、すなわち、債権担保の目的をもってする債権取立の委任の場合、受任者の権利の保全のために委任契約がなされる場合には、受任者には極めて大きな利益があり、不解除特約がなくても委任の解除はできず、たとえ解除がなされても、その効力は生じないとされる。⁽⁷¹⁾

明石三郎は、来栖と同様の立場から、「受任者の利益」とは委任と受任者の利益との間に債権の確保ないし担保関係のごとき密接な関係がある場合をいい、単に報酬の特約があるだけではいまだ「受任者の利益」を目的とした委任とはいえない。委任事務の処理に基づく報酬は、処理の結果として得られるものであり解除によって当然に失われるものであるから、報酬の定めがあり有償であるからといって、受益者に利益があるとはいえない。受任者にも利益を

与える委任においては、解除権放棄の有無を問わず、本来解除は無効であって、単に損害賠償による解決を肯定できるものではないといわれる。⁽⁷²⁾

最近の学説としては、丸山絵美子が注目される。丸山は、委任の契約解除に関する規律につき、委任者に帰属する権利・利益のコントロールという観点から、事務処理の対象となる利益が実質的には委任者に帰属していない場合、委任者に帰属する権利・利益が受任者の手中に委ねられ、事務の継続が委任者の権利・利益に影響を与える場合、および、委任者・受任者の利害が報酬の問題にのみ帰着する場合に整理したうえで、委任者に委任の利益を確保させ、受任者に誠実な事務処理を強く促すためには、原則として損害賠償を不要とするような契約解除の自由を委任者に認めるとしながら、不利な時期の解除および受任者の利益を目的とする委任の解除については、受任者に対する損害賠償を課すことで、当事者間のリスクの配分を考慮すべきであるとする。⁽⁷³⁾そして、受任者が契約自体に利益を有する場合、例えば、委任において受任者の生活・経済的基盤の確保、身分保障が問題となる場合、あるいは、委任事務の処理の対象となる財産が実質的には委任者の帰属を離れ、受任者に帰属している場合には、やむを得ない事由を要件とすることも検討が必要という。⁽⁷⁴⁾

以上、わが国の主要な学説の見解は多岐にわたるが、受任者の受け取る報酬と「受任者の利益」とは区別されるべきであること、「受任者の利益」とは委任と受任者の利益との間に債権の確保ないし担保関係のような密接な関係がある場合をいい、受任者の利益により民法六五一条の解除が制限されることがあるとしても、それは絶対的なものではないことなどの点では、学説はほぼ共通しているということができよう。

思うに、今日、委任は準委任を含み、広範かつ多種多様な性質の契約を対象とするから、民法六五一条の規定が適

用されない類型のものがあるといっているのであれば、これらの委任の解除について用いられる準則を示す必要がある。また、受任者の「著しい不誠実な行動」など義務違反を理由に委任の解除を問うのであれば、それはむしろ後述する債務不履行を理由とする委任解除の問題として、契約解除の通則を定めた民法五四一条の補充的利用の可否もまた検討されなければならないということがいえよう。広く事務処理を目的とする委任において、委任者が委任関係を解消しなくなったとき、それを解消することは「やむを得ない事由」がない限り認められず（無理由解除の否定）、一定期間は意思に反して委任を続けていかなければならないとすれば、それは妥当でない。このような場合には、「やむを得ない事由」なくして委任関係の解消をすることが認められるべきである。その際、一定期間に受任者が得たであろう利益については、これを賠償することにし、これにより当事者間の利害調整を図るのが妥当であるように思われる。民法六五一条一項を同条二項から切り離したのでは、問題の所在は明らかにされ得ないといわねばならない。

3 債権法改正による判例法理の条文化（改正民法六五一条）

民法六五一条の委任解除に関する判例法理については、今回の債権法改正においても、これをどのように条文化して規律するかについて議論された。法制審議会民法部会に先行して組織された民法（債権法）改正検討委員会では、民法改正に関する「基本方針」の中で、もっぱら受任者または第三者の利益を図る委任では、「やむを得ない事由」がなければ解除できないとし、他方、受任者の利益をも目的とする委任では、委任者の任意解除権を認めつつも、損害賠償を必要とし、解除につき「正当事由」があったときは賠償責任を免除しようとした。⁷⁵これに対し、その後組織された法制審議会民法部会は、中間試案において、「受任者の利益」をも目的とする委任では委任者の自由な解除を

認めるものの、損害賠償を必要とし、「やむを得ない事由」があれば賠償責任は免除されるとした。⁽⁷⁶⁾ 要綱仮案では、中間試案の考え方に沿いながら、これを明文化した。⁽⁷⁷⁾ これが、今回の債権法改正にあたり改正民法六五一条にも受け継がれることになった。

改正民法六五一条は、従来の判例法理を踏まえ、中間試案の提示した考え方に沿いながらこれを明文化し、現行の民法六五一条を修正した。改正民法六五一条によれば、委任契約の各当事者に自由な委任の解除を認めるが（同条一項）、①当事者の一方が相手方に不利な時期に委任を解除したとき（同条二項一号）、または、②委任者が「受任者の利益」（専ら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除したときは（二項二号）、「やむを得ない事由」（同条二項ただし書）がない限り、損害賠償をしなければならないと定めた。⁽⁷⁸⁾ 改正民法六五一条と改正前民法六五一条との違いは、上記②を付加した点にある。これは、前述の昭和五六年最高裁判決の趣旨にほぼ沿うものであるが、受任者の利益をも目的とする委任についても、委任者および受任者は自由に契約を解除することができるとし、委任者が解除した場合には、やむを得ない事由があるときを除き、委任者は受任者に生じた損害を賠償する義務を負うものとするべきであるとの理解に基づき、これを明文化したものと見える。

4 改正民法六五一条が判例・学説に与える影響

改正民法六五一条は改正前の旧規定と同様に任意規定であると解されることからすると、委任者が解除権を放棄したと解することができる事情があるときには委任を解除することができないとか、あるいは、委任の当事者が委任契約を自由に解除することができないといった合意をすることも、妨げられないと考えられる。そうであるとすれば、

従来の判例法理は実質的に維持されると考えられる。ただし、改正民法六五一条の解除権を放棄する旨の当事者間の合意があったことについては、解除権を行使された者の側が主張・立証しなければならぬと考えられる点において、改正前の旧規定との違いがある。⁽⁷⁹⁾

改正民法六五一条二項に基づく損害賠償の内容については、上記①の解除の場合には、解除の時期が不当であることに起因する損害に限られるが、②の解除の場合には、委任契約が解除されなければ受任者が得たと認められる利益から受任者が債務を免れることによつて得た利益を控除したものになると解されるとして、その内容が具体的に示されることになつた。⁽⁸⁰⁾ ただ、委任者が上記①および②の解除をした場合に、受任者が得られるはずであつた報酬が損害に含まれるかについては、事案に応じて決せられることになるとの理解に基づいて、明文で規定することは見送られている。⁽⁸¹⁾ 立案段階では、当初、報酬が損害には含まれないことを明確にする案が提示されたが、これに対して疑問が示されたため、⁽⁸²⁾ 解釈に委ねられることになつた。もつとも、受任者の利益には受任者が受領する報酬は基本的には含まれないとされていることからすると(改正六五一条二項二号の括弧書、受任者の得べかりし報酬は原則として損害には含まれないということにならう。⁽⁸³⁾

以上のように、委任が単に有償ということだけでは、改正民法六五一条一項にいう任意解除権の行使を阻止することにはならない。改正民法六五一条二項は、任意解除権の行使にあつての考慮要素を法文に書き込むことによつて、当該規定に当事者の利益を保護する機能を担わせようとする意図が込められており、単に判例法理をそのまま条文化したというものではない点に留意する必要がある。最近の裁判例には、「受任者の利益」を問題とする場合であつても、それは委任解除の成否ではなく、解除による損害賠償を根拠づけるものとして言及され、委任者と受任者との間

の利益を調整するものとして機能させる傾向がある。判例法理の条文化を契機に、委任者に自由な任意解除権の行使を認めたくえで、委任者の不利な時期による解除から受任者に生ずる損害については委任者に損害賠償義務を課すことで、当事者双方の利害得失を調整する方向に向かうことが予想され、むしろそれが改正民法六五一条の法文の構造に合致するものといえよう。

このほか、改正民法六五一条は、同条所定の任意解除権がいつまでに行使しなければならぬとか、意思表示不要の特約を有効とするかどうかとか、あるいは、特約により期限や条件を付すことができるのかといった点について、規定上とくに明記していない。これは、改正前の民法六五一条においても同様である。この点、委任契約の当事者間で、任意解除権の発生要件を厳格にする特約、例えば、債務者の帰責事由を要件とする催告解除特約、契約目的の達成を要件とする催告解除特約などを定めた場合、こうした特約の有効性が問題となる。また、他の役務提供型契約との関係でいえば、講演やコンピュータプログラム作成のような役務型の請負は仕事に結びつかない点で準委任に近いことから、両者の棲み分けや契約相互間の関係を明らかにすることも重要な問題であるといえる。しかし、いずれも課題として残されたままである。

改正民法六五一条の規定は、改正前の旧規定と比べると、規範の内容が明確になったという期待がある一方、法文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れもある。判例法理の条文化が判例による法創造を妨げることはないのか、判例上形成されたルールよりも適用範囲が過度に広がることはないのかといった懸念は、改正民法六五一条の適用範囲を考えるうえで重要な問題を提起するものといえよう。判例法理が条文化されても、従前の解釈がそのまま維持されるとなると、条文化された判例法理が契約内容の基準となり、当事者を拘束して

強行法規化する恐れがある。のみならず、条文化が判例による法創造を妨げることも否定できない。

四 条文化された判例法理の規律

1 任意法規の強行法規化をめぐる議論

債権法の領域は、契約自由の原則が支配し、契約当事者の合意・特約により形成されるが、契約の内容が不明瞭・不完全な場合には、これを明瞭・完全なものにするために債権法の規定が解釈の基準を与える作用をなし、補充的に適用される任意法規と考えられてきた⁸⁴。債権法が原則として任意法規(規定)とされるのは、それが財産法の領域に属し、特定人間の相対的関係を定める法則であるからである⁸⁵。しかし、契約自由に委ねられる債権法上の規定といえども、任意規定が公序良俗違反や信義則を根拠に、あるいは、法的安定性、取引の安全、社会的弱者の保護などの理由から、当事者の合意・特約により排斥ないし修正できず、強行法規化する傾向のあることが指摘されてきた⁸⁶。また、後述するように、任意法規により契約内容を規制するという任意法規の半強行法規化が約款規制論の中で説かれることもある⁸⁷。特別法においても、弱者救済の見地から任意法規の強行法規化が図られることがあり⁸⁸、契約自由の原則が次第にその絶対性を失うことよって債権法の任意法規性が次第に縮減し、民法の規定がその独自性を失って行く傾向にあることも指摘されている⁸⁹。

任意法規の強行法規化という考え方は、我妻栄がいち早く、契約当事者の経済的な力が均衡を失うに従って、経済的強者は合理的な理由なしに任意法規を排斥する約款を強いることから、法律は当事者の意思を排斥して契約内容の合理性を保障する必要に迫られると説いた⁹⁰。これは、任意規定が強行法規化して約款の内容規制の基準となるとか、

約款において任意規定が半強行法的な役割を演ずることを期待させるものである。河上正二は、約款規制に対する分析から、任意法規に内在する特殊的な機能に着目し、任意法規は当事者の意思によって排除され得るものであるが、特約がない場合の単なる補充規定や解釈規定にすぎないとみるべきではなく、立法者が当該法律関係における当事者の合理的意思を推測しまたは公正・妥当な権利義務の分配のあり方を提案しているというべきである（これを「指導形象機能 (Leibbildfunktion)」という）と説く。そして、そこから、一方当事者の認識の及ばない場合や当事者間で情報・交渉力に構造的格差が存在するなど正当性が保障されない状況下では、任意法が半強行法的に作用し、契約条項を無効とする場合があり、これを「任意法の半強行法化」と名付けた⁹¹。このような性質を有する規定は、強行規定と任意規定の中間的性質を有することから、「半強行法規」と呼ばれることもある⁹²。

我妻栄や河上正二らによって提唱された任意法規の半強行法性の概念は、多少の理解は異なるものの、その後の学説に受け継がれている⁹³。任意規定の役割を積極的に評価する論者は、典型契約に関する規律を個別の契約内容を確定・合理化するための基準として積極的に適用して行く方向を支持している⁹⁴。これによると、任意規定は単なる補充規定や解釈規定ではなく、立法者によって「公正・妥当な権利義務の分配のあり方・モデルが提案されている」ものであり、正義内容を含み、合理性を判断する際の有力な手掛かりとなるものと捉えられている⁹⁵。また、論者の中には、典型契約の規定を合理性の象徴と捉える者もいる⁹⁶。論者によると、特約によって任意規定から逸脱することは可能であるが、その内容があまりにも不合理な場合には、特約の効果は否定される。また、これとは逆に、強行規定からの離脱も、とくに合理的な理由がある場合には可能であるとする。このような考え方によるならば、任意規定か強行規定かは、どの程度で法規定が私人の自由な法形成を認めるかという程度の違いにすぎないということになろう。

近時、任意法の機能に関しては、松田貴文が、ドイツ法を素材として、当事者の自律（意思補充機能）と秩序（指導形象機能）を対比させたうえで、厚生（法の経済分析）を対置するという構想で、詳細かつ抽象度の高い極めて優れた理論的な検討を加えており、注目される。⁹⁷

ただ、これら学説の見解を踏まえても、合理的な離脱に限って認められる任意規定とは何か、このような任意規定と自由に離脱できる任意規定とを分ける基準はどこにあるのか、任意規定が半強行法的に作用するのは約款や消費者契約の場合、言い換えれば、情報・交渉力に構造的格差が存在する当事者間に限られるのかなど、曖昧な点が少なくない。⁹⁸ この点、学説の中には、任意法規を解釈で強行法規とすることには無理があるとして、任意規定の強行法規化や半強行法性の考え方に批判的な見解も依然として有力である。⁹⁹

2 条文化された判例法理の半強行法規化

前述したように、継続的契約の規範構造から導かれる契約解除の自由は、契約の拘束力という点からみると、相手方の契約存続の利益と抵触し、当事者間に緊張関係を生じさせることになる。そのため、一方的な意思表示による契約関係の解消は、いかなる要件や制限からも自由というわけではない。今回の債権法改正により判例法理が条文化されても、従前の解釈がそのまま維持されるとなると、条文化された判例法理が契約内容の基準となり、当事者を拘束して強行法規化する恐れがある。しかし、一方、法文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れがあるのみならず、条文化が将来の判例による法創造を妨げることになる。その結果、解除を受ける者の契約継続の利益はある程度保護されるが、解除権を行使する者が有する契約からの離脱の自由は相対的に小さいも

のとならざるを得ない。両者の相克は調和をもって整序されなければならないが、契約の種類、当事者の属性などの違いから、すべての契約を一律に考えることはできない。

改正民法六五一条の規定の仕方は、改正前の旧規定と比べると、継続的契約における継続の利益、とりわけ受益者の利益については、これを解除の次元ではなく、損害賠償の問題として考慮するものである。そうであるとすれば、どの程度まで相手方の契約継続の利益が認められるかは、損害賠償の可否と範囲の判断の中で、受任者における義務違反の重大さ、進行中の契約関係の残余期間、契約の目的、契約類型の特殊性などを考慮要素とし、これらの諸要素の衡量に基づき解決が求められているということができよう。

3 受け皿としての準委任（民法六五六条）と利害調整

現代社会では、民法典制定時に想定されていなかった役務・サービスの提供を内容とする多種多様な契約があり、役務提供型契約の重要性が高まっている。従来、役務提供契約に関しては、民法が定める雇用・請負・委任・寄託の典型四契約のどれかに分類され規律されるのが一般的であるが、いずれの類型にも該当しないものの多くが準委任として処理され、委任の規律に服するものとされてきた（民法六五六条）。しかし、単純に委任の規定を準用すると、損害賠償を不要とする委任の無理由解除が委任契約の当事者に認められる（民法六五一条）など、役務提供契約としては不適切なものが含まれることになる。また、準委任にも分類されず無名契約とされる契約については、そもそも適用される任意規定がないことになり、当事者間の法律関係は当該契約の解釈によって導くしかないことになる。

今回の債権法改正において、法制審議会民法部会は、前述の「中間試案」の中で、法律行為でない事務処理の委託

である準委任の解除について、①知識、経験、技能その他の当該受任者の属性が主要な考慮要素になっていると認められるものと、②それ以外のものに区別し、次のような提案を行った。①の解除については、委任の規定（民法六五一条による各当事者の任意解除権を認める）を準用する。②で有償の準委任の終了については、雇用と同じ規律（各当事者とも期間の定めのない場合は解約の申入れから二週間の経過により契約が終了し、やむを得ない事由がある場合には即時解除ができる。雇用に関する民法六二七条一項、六二八条参照）を適用するものとし、無償の準委任については受任者に対する契約の拘束力を緩和し、委任者は何時でも契約を解除することができるとする提案をした¹⁰⁰。この中間試案が示すところは、準委任のうちから委任の規定を全面的に準用するのが適当でないと考えられる類型を抽出し、委任の規定の一部の準用を否定するという考え方である。しかし、役務提供の主体、客体、提供する役務の内容などは多種多様であり、従って、契約内容もまた様々である。こうした契約の中から共通則を抽出し、これを契約の指針として一律に規律することは至難の業であり、極めて困難が伴う。事案の中には、分類される類型のいずれにも属さないものも考えられ、これをもってすべての事案を処理することには無理があるといわなければならない。

準委任は、広範で多種多様な性質を有する事務の処理を対象とするから、単純な事務の処理や事務処理を目的とする雇用や請負などの他の契約をすべて準委任に放り込み、無造作に委任の規定を準用すること、とりわけ委任解除の自由を定めた民法六五一条一項の規定の準用は、契約の公序に反する恐れがあり、実態にそぐわない場面が出てくることも考えられよう。学説の中には、法律行為の委任と事務処理の委託である準委任とを区別する実益はないとする見解もあるが、¹⁰¹ そのような見解から導き出された結論の不当性は明らかである。そうならないためにも、まず、準委任の対象となる「事務の処理」¹⁰² の概念を明確にすることが求められる。

今回の債権法改正では、当初企図された役務提供契約の一般規定を典型契約に定めること、および、継続的契約に関する一般規定を民法に設けることの試みは、いずれも実現しなかった¹⁰³。現状のままでは、ある事務の処理を目的とする契約が委任・その他の契約のどの規定に該当するかという「契約類型への当てはめ」という作業を回避することはできない。最近の取引実務では、委任と請負との区別は漸次相対化しており、両者の振り分けが難しい場合も出てきているといった指摘もある¹⁰⁴。そうであれば、準委任に関する民法六五六条の規定に「その性質に反しない限り」などの文言を解釈にあたり読み込むなどの方法で、準委任に受け皿としての役割を担わせながら、委任またはその他の契約への振り分け、あるいは、それを通じた当事者間における利害の調整を図ることが期待されている¹⁰⁵ことができる。

五 契約解除に関する通則規定の補充的適用

1 伝統的な支配学説—民法五四一条適用肯定説

委任解除の自由を定めた民法六五一条一項は、委任契約の各当事者に理由の如何を問わず、自由に契約を解除することを認めており、債務不履行を理由とする解除を含む広範な表現の規律となっている。そのため、契約解除の通則規定（民法五四一条以下）との関係や、解約告知が本来もっていた契約の終了原因としての告知の機能や期間の意味がまったく疎外された構造となっている。

従来通説の見解は、民法五四一条以下の規定が法定解除に関する通則を定めたものであり、民法典が解約告知と解除を明確に区別していないこと、継続的契約の解除（解約告知）に関する諸規定が必ずしも契約解除の通則規定を

排除しうるほど網羅的でないこと、相手方の債務不履行があっても民法六五一条による解除しかできないのでは損害賠償請求の点で不都合であることなどを理由に、委任における契約当事者の一方に債務不履行がある場合、民法六五一条一項ではなく、契約解除の通則である民法五四一条が補充的に適用されると解してきた⁽¹⁰⁶⁾。このような従来の通説的見解に従えば、債務不履行を理由とする委任の解除については、改正民法六五一条一項によるのではなく、別途、契約解除の通則を定めた改正民法五四一条が補充的に適用されるとする考え方もありえよう。ただ、前述したように、契約解除の通則規定は今回の債権法改正において抜本的な改正が行われ、契約の解除は債務者の帰責事由を不要とし、債務不履行にある契約当事者を当該契約の拘束力から解放する制度と位置づけられたことから、この問題については、あらためて改正民法五四一条の補充的適用の可否が問われなければならない。

2 契約解除に関する通則規定の改正 (改正民法五四一条)

(1) 契約の拘束力と当事者の解放

改正民法は、契約解除に関する通則規定(民法五四一条以下)について、国際的な契約法規範の統一に関する動向を踏まえ、解除を、債務不履行をした債務者に対する責任追及の手段⁽¹⁰⁷⁾ではなく、給付障害という観点から、不履行によつて契約を維持する利益が失われた債権者を契約の拘束力から解放する制度と捉え、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とした⁽¹⁰⁸⁾。そして、催告による解除を原則としつつ(改正民法五四一条本文)、債務者が相当な期間を経過してもなお債務の履行をしなかった場合において、当該債務の不履行が契約および取引上の社会通念に照らして「軽微」でないときに限り、契約の解除が認められるとした(同条ただし書)。また、改正民法は、催告によらない解除を

認め、それが認められる重大な契約違反となる五つの場合を列挙した（改正民法五四二条一項各号）¹⁰⁹。

（2）告知と不適合契約の是正

前述したように、従来、判例・学説は、解除の成否の判断にあたり、債務者に帰責事由を要求し、その帰責性の有無の判断において債権者の被る不利益との実質的な衡量を図ってきた。改正民法の下においても、このような利益調整が図られるべきことについて異論はないが、改正民法五四一条は解除の要件として債務者の帰責事由を不要としたことから、同条の補充的適用を考えるうえでは、催告が重要な意義を有することになる。¹¹⁰

改正民法五四一条の規定によると、債権者が債務者の義務違反を理由に契約を解除しようとするときには、まず、債権者は債務者に対して相当な履行期間の催告をなし、催告期間の経過を待たなければならない。催告期間は、債務者に契約に適合した行為をするための機会をもう一度与え、現実的履行が優先してなされることを確保するためのものである。債務者の債務不履行の場合に、催告を要しないで直ちに契約を解除できるとする特約は有効であるが、継続的契約においては催告不要の特約条項が常に全面的に有効とはいえず、信義則によって制約されることもありえよう。¹¹¹

（3）重大な義務違反と債権者の利益

履行過程で問題が生じた場合、従来は、履行障害が生じた時点での物理的または法律的な状態が評価対象となり、その時点における契約とは独立した要素を含む基準によって評価するという考え方が強かった。これに対し、近時は、債務の発生原因である契約に着目し、当事者の契約締結時の合意こそが決め手であるという考え方が台頭している。¹¹³ 当事者の合意と切り離して事後の状況を評価することは、当事者が合意によって形成した関係に裁判所が事後的に介

入し、それを変更することを許容する結果となり、適当でないという問題がある。合意から導かれる基準による評価という考え方によれば、事後の事情についても当初の合意内容を基準として評価することが可能となる。

改正民法の下では、催告解除が認められるためには、債務の不履行が契約および取引上の社会通念に照らして「軽微」でないことが必要である（改正民法五四一条ただし書）。軽微でないというのは、契約の本質的な要素の部分が欠けていることを意味する¹⁴。この軽微性は、その契約・取引上の社会通念に照らし、不履行の態様や義務の内容から個別具体的に判断されることになる。義務を定めるのは、まず「契約（その他の債務の発生原因）」であるが、すべてを契約締結時の合意に還元するのではなく、「取引上の社会通念」もまた重視される。契約だけでは定まらない場合には取引上の社会通念に依拠して判断されることになる。両者が合わさって当該契約の趣旨は明らかになるのであり、債務者の注意義務を決めるのはあくまでも当該契約の趣旨ということになる¹⁵。その判断にあたっては、債務不履行があってもその契約を維持することについて債権者に利益があるか否か、その契約を締結したことによって契約に拘束される債権者が当該契約から離脱することが正当化されるか否かといった点が重要なポイントとなる。具体的には、義務違反の重大さ（例えば、契約に適合しない（瑕疵ある）給付の履行、支払遅延など）、進行中の契約関係の残余期間、契約の目的、契約類型の特殊性などを考慮要素として、解除の可否が判断されることになる。また、委任などの継続的契約では、時間という要素のほかに、人的要素の比重が高いことが特徴であるから、信頼関係の破壊が解除事由となるときは、人的関係の程度や濃淡、忠誠心の深さなども考慮されることになる¹⁶。

3 改正民法五四一条の補充的適用と契約正義の実践的契機

以上の手続を踏むことよって、債務者の債務不履行を理由として委任を解除しようとする場合には、改正民法五四一条を根拠に、解約告知が本来もっている契約の終了原因としての告知の機能や期間が付与され、契約正義の実践が図られることが期待される⁽¹⁷⁾。この場合、契約を解除しても、それは改正民法五四一条の補充的適用にすぎず、解約告知としての本質は失われることはないから、契約を将来に向かつてのみ終了させるにすぎない（民法六五一条による六一〇条の準用⁽¹⁸⁾）。その時までには生じた債務不履行に基づく損害賠償請求権は、何らの影響を受けることなく存続することになる。

裁判例の中には、契約書で債務不履行による合理的な解除事由が定められているからといって、民法六五一条の解除が排除されるわけでないとし、「委任者が委任契約の解除権自体を放棄したものと解されない事情」があるときは、委任者は同条の解除権を行使することができる⁽¹⁹⁾とし、民法六五一条の判例法理が強行法規的に作用していることを示すものがある⁽¹⁹⁾。しかし、これは改正前の民法下の裁判例であり、改正民法の下では、前述したように、改正民法五四一条の補充的適用をあえて否定すべきではなからう。

なお、委任者が債務不履行を理由とする解除の意思表示をしたところ、その解除が改正民法五四一条の要件を満たしていないなかったため無効とされる場合が考えられる。このような場合、改正民法六五一条による解除としての効果を生ずるかどうか、両者の関係が問題となる。改正民法の下では、受任者は割合的な報酬（改正民法六四八条三項）または損害賠償（改正民法六五一条二項）を請求し得ることから、これを肯定してもよいと思われる⁽²⁰⁾。

六 改正民法六五一条の解釈指針と私見

以下に、本稿において検討した主要論点を整理し、要点をまとめるとともに、改正民法六五一条の解釈指針と私見を示しておくことにしよう。

元来、委任は、委任者・受任者間の信頼関係を基礎として締結される契約であり、無償を原則とし、もっぱら委任者の利益のために締結された。委任の本質からすると、信頼が失われた受任者に対しては、委任者を当該契約に拘束しておく合理的理由はないことから、委任者は事務処理がどのような段階にあるかを問わず、委任を解除することができる。これに対し、受任者については、委任の本質に基づくものというよりも、自己の欲しない事務処理の遂行を強制されるべきではないといった実際上の必要から認められたにすぎない。現行民法六五一条を起草した担当者(富井政章)は、当事者双方の平等という見地から、委任者による委任の解除の場合であっても、受任者に生ずる損害の賠償を認める表現に修正した。これに伴い、現行民法六五一条の法文に「相手方ノ不利ナル時期」という要件(民法六五一条二項本文)が付加されることになった。現行民法六五一条の規定は、起草担当者(富井政章)の説明によると、公益規定といったもの(強行法規)ではなく、従って、当事者間で解除権の放棄特約などをしても公益に反するものではないとされた。しかし、現行民法六五一条は、委任の解除をめぐる取扱いにつき、旧民法のように複数の別の規定をもって処理すべきは必ずものをすべて一か条に包摂し、異質なものを抱え込んでしまった結果、一見して明瞭にみえる条文の構造とは裏腹に、分かりづらい構造のものとなった。

現行民法六五一条が定める委任の解除は、有償委任の場合であっても、特段の理由を要せず、かつ、相手方の不利

な時期の解除としない限り、損害賠償を不要とするという効果を伴う解除である。このような契約の解除は任意解除権と呼ばれるが、とりわけ問題となるのが、委任が委任者のためのみならず、「受任者の利益」をも目的とする場合である。継続的契約の規範構造から導かれる契約解除の自由は、契約の拘束力という点からみると、相手方の契約存続の利益と抵触し、当事者間に緊張関係を生じさせる。そのため、一方的な意思表示による契約関係の解消は、いかなる要件や制限からも自由というわけではない。相克する両者の関係については、調和をもった秩序ある規律が求められる。

従来判例によると、委任事務の処理に基づく報酬は、事務処理の結果として得られるものであるから、報酬の定めがあり、有償委任であるからといって、受益者に利益があるとはいえない。「受任者の利益」とは、主要学説によれば、委任者と受任者の利益との間に債権の確保ないし担保関係のごとき密接な関係がある場合をいい、単に報酬の特約があるだけではいまだ受任者の利益を目的とした委任とはいえないと説かれた。従って、報酬が約束されていても、これをもって「受任者に利益」があるというわけではないから、これによって委任者による契約解除の自由が制限されることにはならない。この点、判例は、「受任者の利益」をも目的とする委任では、委任者からの任意解除権の行使は制限されるとしながらも、特殊な有償委任にあつては、受任者が著しく不誠実な行動に出たなど「やむを得ない事由」などがあれば、委任の解除を肯定する解釈をとっている。さらに、近時の裁判例では、「受任者の利益」という概念は、契約解除の成否ではなく、解除による損害賠償を根拠づけるものとして言及され、委任者と受任者との間の利益を調整するものとして機能してきている。

今回の債権法改正にあたって、改正民法六五一条は、従来の判例法理を踏まえ、中間試案の提示した考え方に沿い

ながら、現行民法六五一条を修正した。改正民法六五一条によれば、委任契約の各当事者に自由な委任の解除を認めるものとし(同条一項)、①当事者の一方が相手方に不利な時期に委任を解除したとき(同条二項一号)、または、②委任者が受任者の利益(専ら報酬を得ることによるものを除く)をも目的とする委任を解除したときは(二項二号本文)、「やむを得ない事由」(同条二項ただし書)がない限り、損害賠償をしなければならぬと定めた。改正民法六五一条と改正前の旧規定との違いは、今回の債権法改正にあたり、上記②を付加した点にある。これは、「受任者の利益」をも目的とする委任であつても、委任者に委任解除の自由を認めるものであり、改正民法六五一条の理解が文言とおりであるとすれば、従来の判例法理とは異なる規律を単に明文化したというにとどまらず、その意味するところは大きいといえる。任意解除権の行使によつて生じる相手方の損害の賠償については、改正民法六五一条は、事案に応じて決せられるとし、上記①の解除の場合には、解除の時期が不当であることに起因する損害に限り、また、②の解除の場合には、受任者の報酬を除いて委任契約が解除されなければ受任者が得たと認められる利益から受任者が債務を免れることによつて得た利益を控除したものが賠償されるべきものとした。

改正民法六五一条は、同条所定の任意解除権がいつまでに行使しなければならぬとか、意思表示不要の特約を有効とするかどうかとか、あるいは、特約により期限や条件を付すことができるのかといった点について、規定上とくに明記していない。これは、改正前の旧規定においても同様である。改正民法六五一条が改正前の旧規定と同様に任意規定であると解されることからすると、委任者が解除権を放棄したと解することができる事情があるときには委任を解除することができないとか、あるいは、委任の当事者が委任契約を自由に解除することができない旨の合意をすることも、妨げられないようにも思われる。しかし、改正民法六五一条二項は、任意解除権の行使にあつての考慮

要素を法文に書き込むことによって、当該規定に当事者の利益を保護する機能を担わせようとする意図が込められている。このような観点からすると、委任が単に有償ということだけでは、改正民法六五一条一項にいう任意解除権の行使を阻止することにはならないというべきである。

今回の債権法改正による判例法理の条文化を契機に、委任者に自由な任意解除権の行使を認めたいうえで、不利な時期による解除から受任者に生ずる損害については委任者に損害賠償義務を課すことで、当事者双方の利害得失を調整する方向に向かうことが予想され、むしろそれが改正民法六五一条の法文の構造に合致するものと考えられる。一定期間に受任者が得たであろう利益については、これを賠償することにし、これにより当事者間の利害調整を図るのが妥当であるように思われる。民法六五一条一項を同条二項から切り離したのでは、問題の所在は明らかにされ得ないといわねばならない。そうであるとすれば、改正民法六五一条は従来の判例法理を単に条文化したのではなく、委任者と受任者との間の利益を調整するものとして機能させることが期待されているということができよう。

当事者間の利害調整という観点からすると、債務者の債務不履行を理由とする委任の解除については、改正民法五四一条を根拠に、解約告知が本来もっている契約の終了原因としての告知の機能や期間を付与するものとして、同条の補充的適用を認めるのが妥当であるように思われる。これにより、契約当事者間において契約正義の実現が可能となるといえよう。そのような観点からは、高度の信賴関係を伴うものでない委任や単なる事務処理を目的とする委任にあっては、委任者が委任関係を解消したくなるとき、それを解消することは「やむを得ざる事由」がない限り認められず（無理由解除の否定）、相当期間の催告をしたうえで、それでも履行がなされなるときに解除を認めるものとし（民法五四一条の補充的適用）、債務不履行がなければ委任者が得たであろう利益については、受任者がこれを賠償

することを要するとして、契約当事者間の利害調整を図ることの是非も検討されなければならない。

改正民法六五一条の規定の下では、今後、委任の解除というものをどのような根拠・理由で規律して行くことになるのか、逆に、契約解除の自由に対する制約原理の探求が重要な問題となる。改正民法六五一条の規定は、改正前の規定と比べると、規範の内容が明確になったという期待がある一方、法文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れもある。判例法理の条文化が判例による法創造を妨げることはないのか、判例上形成されたルールよりも適用範囲が過度に広がることはないのかといった懸念は、改正民法六五一条の適用範囲を考えるうえで、重要な問題を提起するものといえよう。

ある事項を規律するにあたり、これを法律で規律することは、規範内容を明確にし、安定性や透明性を高めるという意義がある。しかし、各契約類型の特質を強調すると規定が硬直的になり、平準化しすぎると各契約類型における具体的妥当性が低下する。また、規定や概念を抽象化すると射程は広くなるが、規定内容の明確性が低下する。逆に、具体化すれば、規定内容の明確性は高まるが、射程は狭くなるという問題が生じる。そこで、規律の対象に応じて、法律による規律と判例による規律との役割分担が重要となる。

現行民法は、抽象的な要件から構成された原則志向型ルールを中心とする一方で、基本原則や事例志向型ルールを回避し、定義については原則としてこれを設けない方針をとった¹²¹。これにより、規律されるべき事案が、比較的少ない条文数で、かつ、幅広く補足されることになると考えられたからである。換言すれば、現行民法は、包括性と一覽性を同時に満たすことにより、そこに含まれる規範の抽象性とそのような規範しか定めないという自制によって、判例の展開を促してきたといえる。

今般の債権法改正にあたっては、現状からスタートする作業方針が採られたことにより、現行民法の編纂方針が踏襲され、総則方式のもつ規定の抽象度の高さと配置の階層性が維持された。そのため、契約上の債務が履行されない場合、債権の効力によって規律するのか、契約の拘束力の観点から救済方法を検討するのかが議論されたにもかかわらず、改正民法は、債権総則と契約総則の統合、とりわけ債務不履行に関する規定（改正民法四一五条）と契約解除に関する規定（同五四〇条以下）の統合については個別規定の内容のレベルで解決するという結果となった。そして、委任の解除については、改正民法六五一条の規定が判例法理を条文化するなどして要件・効果が明確に特定され、裁判官の裁量は限界づけられることになった。

改正民法は、様々の意見の間で論議と調整が重ねられて完成したものであるが、まったく異論の余地のないものであるわけではない。今般の債権法改正の作業においては、原則ないし中間命題を明文化することに対する警戒感や規定の硬直化ないし独り歩きに対する危惧があった一方で、具体的事案における妥当な解決への強い志向がみられる¹²²。その一つの現れが改正民法六五一条である。改正民法六五一条がその文言とおりに解釈運用されるのかどうか、同条の解釈にあたっては、公開された部会資料や部会審議における発言、部会関係者の意見を過度に重視するのではなく、改正されなかった規定¹²³を含めて大きな文脈の中で規範の意味を明らかにすることが求められるといえよう。

前述したように、判例法理が条文化されても、従前の解釈がそのまま維持されると、条文化された判例法理が契約内容の基準となり、当事者を拘束して強行法規化する恐れがある。一方、法文を制限的なものとし過ぎると、却って判例法理よりも厳格な規律となる恐れがあるのみならず、条文化が将来の判例による法創造を妨げることになる。その結果、解除を受ける者の契約継続の利益はある程度保護されるが、解除をする者が有する契約からの離脱の

自由は相対的に小さいものとならざるを得ない。両者の調和ある整序が求められる。

準委任を含む多種多様な委任の解除を検討するにあたっては、個々の契約に内在する信頼の程度に応じて改正民法六五一条の規定の適用の可否を検討し、同条一項を二項と切り離したのでは問題の所在は明らかにされ得ないことを認識することが重要である。債務不履行を理由とする解除の場合には、解約告知が本来もっている契約の終了原因としての告知の機能や期間を付与するためにも、契約解除に関する通則を定めた改正民法五四一条の規定の補充的適用は否定されるべきではないと考えられる。受任者の「著しい不誠実な行動」など義務違反を理由に委任の解除を問うのであれば、それはむしろ債務不履行を理由とする委任の解除の問題として捉えられる事案であるといえることができる。また、委任の解除については、準委任に関する民法六五六条の規定に「その性質に反しない限り」などの文言を解釈にあたり読み込むなどの方法で、過度の負担とならないように準委任の規定を受け皿としての役割を担わせながら、他の事務処理を目的とする雇用や請負などの契約への振り分け、あるいは、それを通じた当事者間における利害の調整を図ることが求められる。

七 結語

本稿は、委任の解除を定めた民法六五一条に関する判例法理とその条文化（改正民法六五一条）の問題を取り上げ、契約終了の観点からその規律のあり方、解釈上の問題点を検討した。そして、これとともに、事務処理の委託である準委任の規定（民法六五六条）による契約相互間の振分け、および、当事者間における利害調整、契約解除の通則を定めた改正民法五四一条の補充的適用との関係などについて検討を加えた。継続的契約の規範構造から導かれる契約

解除の自由は、契約の拘束力という点からみると、相手方の契約存続の利益と抵触し、当事者間に緊張関係を生じさせる。そのため、一方的な意思表示による契約関係の解消は、いかなる要件や制限からも自由というわけではなく、相手方の契約存続の利益についても考慮する必要があることを指摘した。このための解釈指針は、先に述べたとおりである。

最近の裁判例の傾向としては、従来の裁判例において受任者の利益を認めなかった契約でも受任者の利益を認定するものがみられる。これは、受任者の利益を広く解する傾向に伴い、受任者の利益という概念は契約解除の成否ではなく、解除による損害賠償を根拠づける考慮要素として位置づけられ、委任者と受任者との利益調整として機能してきていることを窺わせる。このような裁判例の動向は、民法六五一条の立法趣旨と同条がもつ本来の規範構造からすれば尊重されるべきものである。改正後の民法の下においても、改正民法六五一条の解釈運用にあたっては、同条一項を二項から切り離れたのでは問題の所在は明らかにされ得ないということに、留意しながら、我々はそのあるべき規律を明らかにする必要があるといえよう。

(1) 起草担当者(富井政章)の見解である。現在の通説的見解も同様に解している。後掲注(34)の文献参照。もともと、このような考え方については、異論がないわけではなく、法典調査会の審議において反対意見が述べられており(土方寧)、帝国議会でも反対が唱えられている(山田泰蔵)。詳しくは、後掲注(29)、および広中俊雄「委任と『解除』」契約法大系IV(有斐閣、一九六三年)二八〇頁参照。

(2) 民法が法律行為の委任とそうでない事務の委託とを区別したのは、本条の担当者である起草委員(富井政章)の説明によれば、法律行為の委任を中心とすることによって雇用との分界を立てることにあつた。ただ、委任を法律行為の委任に限るこ

とは狭きに失するので、事務の委託である準委任の規定を設けることにより、委任を広く事務の処理を目的とする契約にしたとされる(幾代通Ⅱ広中俊雄編集『新版注釈民法(16)』(有斐閣、一九九七年)三〇二―三〇三頁「中川高男」)。この結果、準委任も委任に変わりがないことになったが、強いて両者を区別するとすれば、委任は法律行為の委任に限られるため代理が認められるのに対し、準委任は法律行為でない事務の委託を要素とするため、受任者が代理権を有することはありえないということになる。

(3) 準委任の対象となる事務の委託について、これを取り上げて意識的に論じたものは少ない。事務の委託には、法律行為でない事務の委託であれば単純な事実行為も含まれるのか、財産に影響を及ぼす事実上の行為であることを要するのか、議論がある。ドイツ民法(BGB)における学説の議論を紹介しながらこの問題に言及するものとして、岩田新「委任及ヒ準委任ノ觀念ヲ論ス(1)」(6・完)「法協三五卷二号一五六頁以下、五号一五二頁以下、六号一八〇頁以下、七号一四五頁以下、九号一三四頁以下、一〇号九四頁以下(いずれも一九一七年)。委任の本旨と目的から受任者の義務の範囲を分析することにより委任事務の性質に迫ることもできる。この点につき、最近の研究として、大塚智見「委任者の指図と受任者の権限(一)」「法協一三四卷一〇号(二〇一七年)一八五一頁以下。

(4) 落合誠一「商事代理・取次ぎ・仲立ち(1)」「法教二九七号(二〇〇五年)四二頁以下、江頭憲治郎『商取引法』(弘文堂、二〇一〇年)二二七頁以下。

(5) 委任が当事者の死亡により終了する理由は、契約当事者間の信頼関係を基礎とするからだと説明されるが、信頼関係を前提とする当事者意思にあると考えられる。この点につき、前田泰「当事者の死亡による委任の終了」群馬大学社会情報学部研究論集二五卷(二〇一八年)一四七頁以下。

(9) Otto von Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, in: JherJb, Bd. 64 (1914), S. 388 ff., 386. ギールケの所説につき、長谷川貞之「委任における任意解除権の規範的性質」日本法學八〇卷三号(二〇一五年)三九頁以下、四二―四三頁。なお、後掲注(15)も併せて参照。

(7) マーク・フィリップ・ヴェラー「継続的契約の解約告知における継続の利益―日本の一般条項とドイツの解約告知の制

限」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』（日本評論社、二〇一六年）三一九頁以下、三三二頁。

(8) 二〇一七年六月二日に公布された「民法の一部を改正する法律」（平成二九年法律第四四号）は、一八九六年に制定された民法の債権編（明治二九年法律第八九号）を約二〇年ぶりに抜本的に改めた（二〇二〇年四月一日施行予定）。今回の民法改正に関する法制審議会での審議は、二〇〇九年十一月の法務大臣の諮問に基づき立ち上げられた民法（債権関係）部会を中心に、五年以上の長期にわたり審議が行われ、改正項目も二〇〇を超える大規模なものとなった。改正民法の制定経緯と審議経過については、筒井健夫「債権法改正の経緯と概要」ジュリ一五一号（二〇一七年）一六頁以下、筒井健夫・松村秀樹『二問一答・民法（債権関係）改正』（商事法務、二〇一八年）一一二頁に詳しい。論点の概要については、小澤吉徳「改正のポイントと実務への影響（総論）」くらしの中の法律家『司法書士』の役割」月報司法書士五五二号（二〇一八年）四頁以下など参照。

(9) 改正民法六五一条の審議経過は、長谷川貞之「役務提供契約―請負・委任」明治大学法科大学院寄付講座『2015年度講義録―法律案要綱・法律案を踏まえて』（明治大学法科大学院、二〇一六年）二六八頁以下。最近の文献として、手嶋豊「役務提供契約」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅲ契約（2）』（商事法務、二〇一八年）二九九頁以下も参照。改正民法六五一条は、委任契約の各当事者が何時でも委任の解除をすることができる（同条一項）、①当事者の一方が相手方に不利な時期に委任を解除したとき、または、②委任者が受任者の利益（専ら報酬を得ることによるものを除く）をも目的とする委任を解除したときは、やむを得ない事由がない限り、損害賠償をしなければならぬと定めた（同条二項）。改正前の民法六五一条との違いは、今回の民法改正にあたり、従来の判例法理を条文化する形で、②を付加した点にある。詳しくは、本文三の3で論じる。

(10) 議論の俎上に上げられた論点の中には、すでに判例法理として存在しているものも多く、実務上、重要な意義をもつものが少なくない。瑕疵ある工作物の請負契約の解除を制限した民法六五一条ただし書のように、判例により強行法規とされたものであっても、今回の債権法改正においてはその不当性が批判され、本文とともに削除されたものもある（改正民法六三五条）。改正前の民法六三五条ただし書の法的性質をめぐる議論につき、芦野訓和「民法635条ただし書の強行性」椿寿夫編著

『民法における強行法・任意法』(日本評論社、二〇一五年) 二三四頁以下。

(11) 契約自由の原則は、単に契約内容の決定は当事者の自由に委ねられていることを意味するにとどまらない。当事者は契約の自由を行使しつつ、契約によって適切な社会関係を作り出すことを付託されているといえよう。契約の自由をめぐる議論につき、中田裕康「民法(債権法)改正と契約自由」法の支配一五六号(二〇一〇年)一五頁以下、山田希「契約自由の原則とその制約法理をめぐる改正議論の帰趨」立命館法学三六三―三六四号(二〇一五年)九三五頁以下。このほか、武川丈士ほか「企業取引実態から見た民法(債権法)改正の論点」NBL九二八号(二〇一〇年)三〇頁以下、三五―三六頁、長坂純「役務提供契約の性質決定と提供者責任」NBL九一七号(二〇〇九年)一〇頁以下、松本恒雄「サービス契約」別冊NBL五一号(一九九八年)六三頁以下など参照。

(12) 長谷川・前掲注(6)三九頁以下、長谷川貞之「新民法と強行法・任意法―請負・委任における契約不適合責任、解除を中心に―」近江幸治・樁寿夫編著『強行法・任意法の研究』(成文堂、二〇一八年)三二―三三頁以下。

(13) Hartmut Oetker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994 J.C.B. Mohr, S. 20 ff., 115 f., 143. なお、継続的契約の多義性につき、中田裕康「継続的契約関係の解消」内田貴・大村敦志編『民法の争点』ジュリスト増刊(有斐閣、二〇〇七年)一三〇頁参照。

(14) ヴェラー・前掲注(7)二二七頁。

(15) Oetker, a.a.O. (13), S.25. ローマ法上の委任 (mandatum) について、広中俊雄「ローマの委任法とその現代所法への影響」同『契約とその法的保護』(創文社、一九九二年)二六九頁以下。

(16) Gierke, a.a.O. (6), S. 355 ff. 詳細は、長谷川・前掲注(6)二九頁、四三頁以下、ヴェラー・前掲注(7)二二五頁など。

(17) Gierke, a.a.O. (6), S. 388 ff., 386. ギールケの所説は、わが国では、まず、平野義太郎によって好意的に紹介され、以後、継続的契約という概念が受容されることにより民法学上の共有財産となつてゐる。ただし、異論もないわけではない。詳しくは、長谷川・前掲注(5)四五頁以下、五十嵐清「継続的契約とその特色」判例時報編集部編『民法基本問題150講Ⅱ債権』(一粒社、一九六四年)二五九頁以下。戦後における継続的契約関係論は賃貸借を中心に発展したが、継続的契約関係論そのもの

としてはみるべき展開をみせていない。

(18) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、一九五四年)一四六一―一四七頁、谷口知平編『注釈民法(13)』(有斐閣、一九六六年)二〇頁「谷口知平」。解約告知の概念がいつ頃からわが国に定着したのかは、興味あるところである。この点につき、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(上巻)』(岩波書店、一九三二年)二〇三頁は、解除と区別して「之ヲ告知ト称スルハ名称未ダ熟セズ」と述べている。解約告知の沿革につき、後藤清「解約告知の研究(1)」(3・完)「内外研究三巻三号二七一頁以下、四号四四九頁以下、四巻一号一〇四頁以下(一九三〇年・一九三一年)、同「解約告知制度の発展概観」内外研究五巻四号(一九三二年)六六七頁以下、飯島紀明「継続的債権契約と告知について(1)」(3・完)「成蹊法学一五号一頁以下、一六号三七頁以下、一八号二五頁以下(一九八〇年・一九八一年)など参照。

(19) 長谷川・前掲注(6)八一頁以下、山口幹雄「役務提供契約の法的規律に関する一考察」松浦好治・松川正毅・千葉恵美子編(加賀山茂先生還暦記念)『市民法の新たな挑戦』(信山社、二〇一三年)四六一頁、四六六頁以下。

(20) 詳細は、幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版注釈民法(16)』(有斐閣、一九八九年)二七八頁以下、二九〇頁以下「明石三郎」。

(21) ヴェラー・前掲注(7)三三二頁。

(22) 長谷川・前掲注(12)三二三頁以下。

(23) ドイツ民法六七一条、フランス民法二〇〇四条、二〇〇七条など(編纂当時のもの)。長谷川・前掲注(6)七六頁。

(24) 旧民法財産取得編二五一条以下。旧民法は、委任の解除に関して、財産取得編二五一条から二五六条まで六か条の規定を配置していた。これは、ボワソナード『民法草案註釈・財産取得編』九八四条以下と内容の面では実質的に同じである。その点の詳細は、長谷川・前掲注(6)六〇頁以下、六四―六五頁。

(25) 大島俊雄「『解除できない委任』とは、どういうものか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望第5巻(契約の一般的課題)』(日本評論社、一九九〇年)二五三頁以下。

(26) 長谷川・前掲注(6)六九頁以下、七一頁、七五―七六頁。なお、後掲注(55)で引用の各文献参照。

(27) 旧民法財産取得編二五六条「代理ノ放棄カ委任者ニ損害ヲ生セシメタルトキハ代理人ハ其賠償ノ責ニ任ス但正當又ハ己ム

ヲ得サル原因ニ基キタルトキハ此限ニ在ラス。長谷川・前掲注(6)六四頁以下。

(28) 旧民法が規定していた委任者からの「廃罷」(財産取得編二五一条一号)、受任者による「放棄」(同編二五一条二号)を、法典調査会における起草の段階で「解除」という用語に統一し、新たに規定し直した。起草者(富井政章)は、その際、ドイツ民法第一草案(三九七条、三九八条)が委任者には「撤回」(Widerruf)、受任者には「解約告知」(Kündigung)と定めていたことを指摘しながら、「其民法上ノ性質ハ、何レモ契約ノ解除ニ外ナラザルヲ以テ・・・特別ナル用語ヲ用ヒザルコト」であるとの理由で、用語の統一を図つたと説明している。長谷川・前掲注(6)四一頁以下。

(29) 法典調査会における起草担当者・富井政章の提案に対し、土方寧委員は、委任の性質から当事者が解任や辞任の意思を表明した以上、委任関係が消失するというのは理論として正しいと思うが、それによって相手方に損害が生じたら賠償すべきであり、不利な時期に限つての損害賠償は有償契約の関係を度外視したものであるという意見を述べたが、これに対する起草担当者からの応答は必ずしも正鵠を得たものではなかった。長谷川・前掲注(6)七〇―七一頁以下。なお、前掲注(1)参照。

(30) 立法過程におけるこの間の経緯は、長谷川・前掲注(6)六九頁以下。

(31) 長谷川・前掲注(6)六九―七〇頁。

(32) 旧民法の規定につき、前掲注(24)参照。

(33) 丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』(有斐閣、二〇一五年)一九六頁。

(34) 委任の任意解除権を定める民法六五一条の起草過程に関しては、長谷川・前掲注(6)五五頁以下。ボワソナード草案および旧民法における信頼要素と契約解除の自由については、丸山・前掲注(33)一九三―二二二頁。丸山絵美子によれば、現行民法六五一条の起草過程を遡ってみると、旧民法およびボワソナード草案では、委任契約の特徴づけや終了を根拠づけるにあたり信頼の要素に言及されているものの、契約解除の自由の正当化根拠を信頼に求めるという説明は、明確には行われていないという。

(35) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣、一九一二年・復刻版一九八四年)七五一頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論(下巻)』(岩波書店、一九三八年)六二九頁、我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店、一九六二年)六八九頁、明石・前掲

注(20)二七八頁以下、川井健『民法概論4(債権各論)「補訂版」』(有斐閣、二〇一〇年)三一六頁など。最近の学説としては、山本敬三『民法講義IV—I契約』(有斐閣、二〇〇五年)七三二頁なども同様の趣旨を説く。

(36) 大村敦志「現代における委任契約—『契約と制度』をめぐる断章—」中田裕康Ⅱ道垣内弘人編『金融取引と民法理論』(有斐閣、二〇〇〇年)一〇三頁。

(37) 我妻・前掲注(35)六九四頁。

(38) 中田裕康『継続的取引の研究』(有斐閣、二〇〇〇年)二〇一頁以下(初出、同「継続的役務提供契約の問題点(下)」六〇二号(一九九六年))。

(39) 旧民法財産取得編二五二条「委任者ノミノ利益ノ為ニ委任セシ代理ノ廃罷ハ謝金ヲ諾約シタルトキト雖モ委任者ハ何時ニテモ随意ニ之ヲ為スコトヲ得」。詳細は、長谷川・前掲注(6)六四頁以下。

(40) 判例の分析・整理として、石堂典秀「委任契約における『受任者の利益』概念について(1)」Chukyo Lawyer 一八卷(二〇一三年)一七頁以下。このほか、中田裕康「民法651条による委任の解除」法教二一九号(一九九一年)三七頁以下、大島俊之「性質上解約できない委任契約—判例による民法651条1項の制限—大阪府立大学経済研究二七卷一号(一九八一年)六九頁以下、同・前掲注(25)二六三頁以下、鳥谷部茂「ドイツにおける撤回できない代理—権利担保論の一環として—」筑波四号(一九八一年)七五頁以下、柳勝司「委任者による委任契約の解除」名城法学四四卷二号(一九九五年)二四頁以下など参照。

(41) 大判明治三六・一・二三民録九輯五三頁。

(42) 大判大正四・五・一二民録二二輯六八七頁。なお、大判大正六・一・二〇民録二三輯六八頁参照。

(43) 大判大正九・四・二四民録二六輯五六二頁。本事案では、同時に弁済予約の約定がなされており、相手方の保護という観点からは、債務者の期待的利益も保護に値すると思われる。

(44) なお、大判昭和七・三・二五民集一一卷四六四頁、大判昭和七・三・二九民集一一卷五一三頁参照。

(45) 長谷川・前掲注(6)六四頁以下。

- (46) 星野英一「有償委任の解除が認められる場合」法教一四号(一九八一年)九九頁。大判昭和一四・四・一二民集一八卷三九七頁は、解除権放棄特約があつても、やむを得ない事由がある場合には委任を解除することができるとしている。
- (47) 例えば、他人に建物の管理を依頼し無償でこれに居住することを許す契約(東京高判昭和二六・八・七判タ一九号七一頁)、アパートの管理を依頼し無償でその一部を使用させる契約(東京高判昭和二八・一一・五下民集四卷一―号一五八九頁)、酒類の販売店の経営を委託する契約(福岡地判昭和三一・五・八下民集七卷五号一―六四頁)、妾に旅館営業を委託し無償でこれに居住することを許す契約(大阪高判昭和三六・一一・三〇判時三〇六号一五頁)など。なお、これら裁判例の出現の背景にある要因につき、広中俊雄『債権各論講義「第6版」』(有斐閣、一九九四年)二八八―二九〇頁。
- (48) 最判昭和四〇・一二・一七集民八一号五六一頁。同旨、最判昭和四三・九・二〇判時五三六号五一頁(債権者が自己の債権を回収するために債務者から経営委任を受けた事案)。
- (49) 最判昭和五六・一・一九民集三五卷一号一頁。
- (50) 差戻し後の控訴審は、本件管理契約がその前提となる共同住宅(本件建物)の賃貸借契約と一体となっていると認めることはできず、委任者側が本件管理契約の解除権を放棄したものと認めることができず、本件管理契約の解除を認めた(東京高判昭和六〇・四・二四判タ五七八号八二頁)。差戻し後の控訴審判決につき、半田吉信「批判」法時五九卷二号(一九八七年)九六頁。
- (51) 浅生重機「判例解説」法曹時報三六卷九号(一九八四年)一六一―一六二頁。
- (52) 川井・前掲注(35)三一六頁。
- (53) 最判昭和五六・二・五判時九九六号六三頁。
- (54) 最高裁は、単なる有償委任は受任者の利益をも目的とする場合にあたらないとし(最判昭和四三・九・三裁判集民事九二号一六九頁)、税理士顧問契約において報酬支払につき特有の事情があつても、かかる契約は受任者の利益のために締結されたものとはいえないとして、委任者は契約解除にあたって受任者にその理由を告知することを要しないとしている(最判昭和五八・九・二〇判時一一〇〇号五六頁)。

- (55) 梅・前掲注(35)七五一頁、鳩山(秀)・前掲注(35)六一九頁、我妻・前掲注(35)六八九頁、川井・前掲注(35)三一五頁など。なお、末弘巖太郎「委任雑考」同『民法雑誌帳下巻』(日本評論社、一九五三年)六一頁以下参照。
- (56) 委任などの役務提供契約に関する民法の解除に対する取扱いをみると、雇用、寄託の場合にあつては、「やむを得ない事由」が解除権の要件とされている。雇用では、当事者が期間を定めた場合であっても、「やむを得ない事由」があるときは、各当事者は直ちに契約の解除をなしうる(民法六二八条前段)。寄託では、寄託物につき返還時期の定めがある場合、受寄者は「やむを得ない事由」がなければ期限前の返還(解約の申入れ)をすることができない(民法六六三条二項)。これに対し、請負では、請負人が仕事を完成しない間、注文者は何時でも損害賠償をして契約の解除ができるとし(民法六四一条)、「やむを得ない事由」に触れるところがない。詳しくは、長谷川・前掲注(6)四九頁以下。
- (57) 明石三郎「批判」民商八五巻四号(一九八二年)六六三頁以下、六六六頁。
- (58) 大塚直「批判」法協九九巻一二号(一九八二年)一九〇九頁以下。
- (59) 淺生重機「批判」最高裁判所判例解説昭和五六年度民事篇(一九八四年)一七頁。
- (60) 裁判例の分析・整理につき、石堂・前掲注(40)三〇頁以下。
- (61) 東京地判平成二二・二・一六判タ一三三六号一六九頁。本判決は、受任者の管理行為が全体として本件別荘地内の不動産所有者にとって必要不可欠とまではいえないこと、大半の不動産所有者は受任者との本件管理契約を継続しており、直ちに管理費の減収が管理業務の停滞を招来する事態は想定し難いことから、解除を有効とした。
- (62) 最判昭和四三・九・三集民九二号一六九頁。下級審裁判例として、神戸地判昭和三〇・二・二二ジュリ一五二号九二頁、大阪地判昭和四七・九・二二判タ二八八号三三三頁、大阪地判昭和五五・一一・二八判タ四四〇号一三三三頁など。
- (63) 東京地判平成一九・五・二四【LLI ID 番号】06232248(石堂・前掲注(40)五五―五六頁)。
- (64) 以下の説明は、石堂・前掲注(40)二三頁以下を参考にした。
- (65) 我妻・前掲注(35)六九一頁以下、六九三―六九四頁。
- (66) 末川博「委任の解除」民商四巻三号(一九三六年)六三八―六三九頁。

- (67) 広中俊雄「委任契約の『解除』」民商四八巻一号(一九六三年)三七頁以下、四五―四六頁、同・前掲注(47)二九二頁。
- (68) 広中・前掲注(47)二九〇頁。
- (69) 広中・前掲注(47)二九三頁、三四六―三四七頁。なお、広中俊雄「賃貸借における『信賴關係』の破壊と『解除』」同『契約法の研究』(有斐閣、一九五八年)一二三頁以下参照。
- (70) 戒能通孝『債権各論』(巖松堂書店、一九四六年)三三頁以下。
- (71) 来栖三郎『契約法』(有斐閣、一九九一年)五四九頁以下、とくに五五一―五五四頁。
- (72) 明石・前掲注(57)六六二―六六三頁、同・前掲注(20)二八五頁。
- (73) 丸山・前掲注(33)二六七―二七三頁。
- (74) 丸山・前掲注(33)二六七―二七三頁。
- (75) 民法改正検討委員会「基本方針」【3・2・10・15(3)(4)】。
- (76) 法制審議会民法部会【部会資料42―5】。
- (77) 法制審議会民法部会【部会資料36―3】。
- (78) この間の立法経緯につき、長谷川・前掲注(6)二七七―二七八頁、二九二頁。
- (79) 松尾憲博「委任」松尾博憲Ⅱ山野目章『新債務法が重要判例に与える影響』(金融財政事情研究会、二〇一八年)一七六頁。
- (80) 松尾(憲)・前掲注(79)一七七頁。なお、法制審議会民法部会【部会資料73A】一七頁参照。
- (81) 法制審議会民法部会【部会資料81―2】四九頁。
- (82) 法制審議会民法部会第九一回議事録五七頁(道垣内弘人発言)。任期中で解任された取締役は残存期間中の報酬全額を請求することができるとする会社法三三九条二項との関係が問題視された。会社法三三九条二項の会社法上の解釈論につき、江頭憲治郎『株式会社法』[第6版] (有斐閣、二〇一五年)三九五頁。併せて、中田裕康『契約法』(有斐閣、二〇一七年)五三五頁参照。
- (83) 松尾(憲)・前掲注(79)一七八頁。

(84) 来栖・前掲注(71)七三七―七三八頁。任意法規は、当事者の意思表示の補充規定と解釈規定に分けて説明されるが、このような区別に実益はないとの主張もある。幾代通『民法総則(第2版)』(青林書院、一九八四年)二三三頁。任意法規の機能には、契約当事者の真意が明らかでない場合にこれを補充し、またはこれを決定する補充的機能のほかに、より多くの情報を保有する当事者に交渉の動機づけを行い、交渉過程における情報の開示を促す促進的機能、費用・便益分析によって各選択の費用と便益を比較し、更生の増進に寄与するものを採用すべきとする誘導的機能がある。この点につき、Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 Am. Econ. Rev. 175 (2003); Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U. Chi. L. Rev. 1159 (2003). 行動経済学 (Behavioral Economics) の主要論客であるサンステインと教授とセイラー教授は、二〇〇三年一月、アメリカ経済学会第一一五回学術大会で、“*Libertarian Paternalism*” (93 Am. Econ. Rev. 175) を発表し、同年秋、これを発展させた論考“*Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*” (70 U. Chi. L. Rev. 1159) が世に問われると、これがアメリカを中心に大きな反響を呼び起こした。サンステイン教授とセイラー教授は、行動経済学の知見を利用して、現実の人々の選好が確定したものでも十分な情報に基づくものでもないことを強調し、そこから政府が人々の選択を強制するのではなく行為者自身の福利を実現するような仕方での誘導するという考え方(これをリバタリアン・パターナリズム (Libertarian Paternalism) という)を提唱し、その実行のための指針と方法を探ることを説いた。これは、公的であれ私的であれ、計画者が人々に対してその利益になるような影響を与えることを奨励するが、人々から選択の自由を奪うことはせず、オプト・アウト(逸脱)する選択肢を常に残しておこうとするのである。それは、人々が自主独立の人である自由と同様に、依存的である自由をも認める。基準の一つであるデフォルト・ルール(任意規定)は、契約の自由と両立するだけでなく、しばしば行為者にとって有益でもある。なぜなら、それは取引において人々に規則性と合理的な期待を与え、取引費用を削減するからである。契約法の意義の多くは、それがデフォルト・ルールを定式化している点にあるという。著者が、人々を彼ら自身の福利の方向に強制なしに導くいくつもの種類の政府の活動、デフォルト・ルールやフレーミングなどの重要さと正当化の可能性を人々に意識させたという点は、十分な意義がある。そして、これらの論文を発展させたのが、二〇〇八年の共著『*NUDGE*』(Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness,

Yale Univ. Press) である (翻訳として、セイラー・サンステイン／遠藤真美訳『実践行動経済学・健康、富、幸福への聡明な選択』日経BP出版センター、二〇〇九年)。著書名になっているナッジ (Nudge) とは、「注意や合図のために人の横腹を特にひじでやさしく押したり、軽く突いたりすること」、あるいは、「他人に注意を喚起させたり、気づかせたり、控えめに警告したりすること」を意味する言葉である。ナッジは、選択を禁じることも、経済的なインセンティブを大きく変えることもなく、人々の行動を予測可能な形で変える選択アーキテクチャーのあらゆる要素を意味するものといえる。これらの論文と著書は、基本的に同じテーマについて書かれたものであるが、論文が学者向きに書かれて多数の文献が脚注で言及されているのに対して、著書は一般読者向きの口語的文体で書かれているだけでなく、年金・投資・信用市場・社会保険・処方薬・臓器移植・環境保全運動・学校選択といった、今日のアメリカ人が関心をもつテーマへの適用例が具体的に述べられているという点に相違がある。この点につき、Pelle Guldborg Hensen, *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?*, 7 Eur. J. Reg. 155 (2016)。わが国におけるリバタリアン・パターナリズム論の議論については、森村進「〈研究ノート〉キャス・サンステインとリチャード・セイラーの『リバタリアン・パターナリズム』」一橋法学七巻三号(二〇〇八年) 八〇七頁以下、瀬戸山晃二「法的パターナリズム論の展開(1) (2・完) —リバタリアン・パターナリズム論の含意と法規制」阪大法学六〇巻四号(二〇一〇年) 八九頁以下、六四巻二号(二〇一四年) 三八九頁以下、那須耕介「リバタリアン・パターナリズムとその10年」社会システム研究一九号(二〇一六年) 一頁以下など参照。

(85) 法規の性質については、加藤雅信『新民法大系IV契約法』(有斐閣、二〇〇七年) 一六五頁に詳しい。もともと、事務管理・不当利得・不法行為の規定は、当事者の意思に基づかないで法律上当然に発生するから、私的自治の行われる範囲は少なく、これらの法規の任意性を問うことは適当ではない。この点につき、織田博子「判例・学説にみる法定債権規定の強行法性」椿(寿)・前掲注(10)一五五頁以下。

(86) 例外的に、強行規定とされるものとして、民法五七二条、六〇四条、六二六条、六二八条、六四〇条、六七八条など。浅場達也「契約法の中の強行規定(上)(中)(下)」NBL八九一号二三頁以下、八九二号四〇頁以下、八九三号四七頁以下(いずれも二〇〇八年) は、契約法規定の強行法規性に関して、民法制定当時の議論に遡りながら検討を加える。債権法規定

の強行法規化への動きにつき、椿久美子「判例・学説にみる債権総則の強行法性」椿(寿)・前掲注(10)一三〇頁以下。契約法規定の各論的考察として、芦野訓和「判例・学説における契約法の規定と強行法規性」椿(寿)・前掲注(10)一四五頁以下。

(87) 加藤一郎「免責条項について」同編『民法学の歴史と課題』(東京大学出版会、一九八二年)二六一頁、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」星野英一先生ほか編『現代社会と民法学の動向』(有斐閣、一九九二年)二九九頁、同『約款規制論』(有斐閣、一九八八年)三三三頁以下。

(88) 例えば、身元保証法六条、借地借家法九条・三〇条、消費者契約法一〇条など。詳しくは、芦野・前掲注(86)一四六頁以下。

(89) 任意規定の強行法規化は、当初、民事特別法の領域において弱者保護のために作り出されることが多かったが、最近では、民法そのものにも強行規定が追加される(平成一六年の民法現代語化の際に新設された保証規定「民法四四六条二項・三項、四六五条の二第二項・第三項、四六五条の三第一項、四六五条の五」)など、任意法規の強行法規化は拡大する傾向にある。この点につき、椿久美子「半強行法概念の生成とその機能」椿(寿)・前掲注(10)九二頁以下、近江幸治「強行法・任意法に関する法学的基礎」近江(椿(寿)編著・前掲注(12)一頁以下、一一―一二頁以下)。

(90) 我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店、一九六五年)二五五頁。我妻栄によれば、強行法規と任意法規の区別は、規定の文言から明らかでない場合には各々の規定の趣旨を勘案し、個人の意思によって排斥・修正を許すものかどうかを判断して決するほかはない。

(91) 河上・前掲注(82)「約款規制論」三三三頁以下、同『民法総則講義』(日本評論社、二〇〇七年)二六三頁。

(92) 四宮和夫(能見善久)『民法総則「第九版」』(弘文堂、二〇一八年)二二七頁。

(93) 大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣、一九九七年)九頁以下、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」別冊NBL五一号(商事法務、一九九八年)二八頁以下、潮見佳男『民法総則講義』(有斐閣、二〇〇五年)二〇二頁、四宮(能見・前掲注(92)二二七頁以下)など。

(94) 大村(敦)・前掲注(93)三五一頁以下、石川博康「典型契約と契約内容の確定」内田(大村(敦)編・前掲注(13)二三七

頁以下、同『契約の本性』の法理論』(有斐閣、二〇一〇年)五〇五頁以下など。学説の整理として、長坂純「典型契約・冒頭規定の強行法性」椿(寿)・前掲注(10)二三三頁以下、二三七―三三三頁。

(95) 河上・前掲注(91)「民法総則講義」二六三頁、二九二頁以下。任意法の秩序づけ機能や指導形象機能を積極的に評価する河上は、一方当事者の認識の及ばない場合や当事者間に情報・交渉力に構造的格差が存在するなど、正当性が保障されない状況下では、任意法が半強行法的に作用し、信義則に反して任意法の内容を改変し不当な利益を追求する契約条項を無効とすべき場合がある(消費者契約法一〇条など)とする。河上・前掲注(87)「約款規制論」二八四頁以下。

(96) 大村(敦)・前掲注(93)九頁、大村敦志『もうひとつの基本民法Ⅱ』(有斐閣、二〇〇七年)九七―九九頁。

(97) 松田貴文「任意法規をめぐる自律と秩序(1)(2)」民商一四八間一号(二〇一三年)三四頁以下、一号(二〇一三年)一一七頁以下、同「契約法における任意法規の構造―厚生基底的任意法規の構造へ向け一試論」神戸法学六三卷一号(二〇一三年)一七一頁以下。これら論文の骨子につき、松田貴文「任意法規の基礎理論的検討―自律・秩序・厚生の観点から」私法七九号(二〇一七年)一五八頁以下。最近のドイツ法に関する議論については、藤原正則「ドイツ法における任意法と強行法」近江Ⅱ椿(寿)編著・前掲注(12)六六七頁以下に詳しい。

(98) 椿寿夫「民法規定と異なる合意・特約の問題性および論点」椿(寿)・前掲注(10)三七頁は、河上説、大村(敦)説を紹介し、強行法規と任意法規を単純に切断しない見解には賛成であるが、同一平面での類型割りよりも段階分けに惹かれるという。なお、大村敦志「取引と公序―法令違反行為効力論の再検討(上)(下)」ジュリ一〇三三号(一九九三年)八二頁以下、一〇二五号(一九九三年)七二頁以下参照。

(99) 北川善太郎『債権各論「民法講要Ⅳ」(第3版)』(有斐閣、二〇〇三年)三二頁。その他の批判的見解につき、椿(久)・前掲注(89)九九頁。

(100) 法制審議会民法部会【部会資料41―6(2)】。

(101) 川井・前掲注(35)三〇三頁。

(102) 岩田・前掲注(3)「法協三五卷二号」一五九頁、同「法協三五卷九号」一三四頁。

(103) その間の経緯については、長谷川貞之「役務提供契約―請負・委任」明治大学法科大学院寄付講座『2012年度講義録―最新の動向を踏まえて―』(明治大学法科大学院、二〇一三年)三四九頁以下、同『2013年度講義録―中間試案を踏まえて―』(同、二〇一四年)三七七頁以下、同『2014年度講義録―改正要綱仮案を踏まえて―』(同、二〇一五年)二六九頁以下。併せて、長谷川・前掲注(9)二六八頁以下、手嶋・前掲注(9)二九九頁以下も参照。

(104) 例えば、講演やコンピュータプログラム作成のような役務型の請負は、仕事物が物と結びつかない点で準委任に近いことから、両者の棲み分けや契約相互間の適用関係が問題となる。出澤秀二「丸野登紀子」裁判例に見る業務委託において生じやすい紛争類型と対策」ビジネス・ロー・ジャーナル四巻一号(二〇一一年)五〇頁以下、池田毅「松田知丈」消費者向けビジネスにおける継続的契約の解消」ビジネス・ロー・ジャーナル九巻七号(二〇一六年)四四頁以下。ちなみに、今般の債権法改正において請負人の担保責任に関する規定が抜本的に改正されたが、請負人の仕事の完成以前に注文者に任意解除権を認められた民法六四一条はそのまま維持され、条文の文言に変更はない。この点につき、直井義典「注文者による請負契約の任意解除権」安永ほか監修・前掲注(9)二六七頁以下。

(105) ドイツ民法(BGB)は、受任者は委任を承諾することによって、委任者から委託された事務を委任者のために無償で処理する義務を負うと規定し(六六二条)、無償である点で雇用および請負と区別されるとするが、事務処理を目的とする雇用・請負については、委任との類似性に鑑み、委任における主要な規定が準用されるとする(六七五条一項前段)。しかし、その場合であっても、委任者からの撤回(Widerruf)および受任者による告知(Kündigung)を定めた規定(六七一条)については、原則としてその準用を認めていない。類似の規定が当該契約には存在するからである(六二〇条以下、六三四条三号、六四三条、六四九条、六五〇条一項)。ただし、受任者が告知する権利を有するときは、委任者の利益を考慮して、告知権を制限する六七一条二条の規定が準用されるとする(六七五条一項後段)。MüKoBGB/Heermann § 675 (2017) & Rn. 25.

(106) 鳩山・前掲注(18)二〇四頁以下、我妻・前掲注(18)四五二頁、末弘巖太郎「債権各論」(有斐閣、第五版・一九二〇年)二七三頁以下、末川博『契約法上(総論)』(岩波書店、一九五八年)一三八頁、山中康雄「解除の効果」総合判例研究叢書民法(10)(一粒社、一九八四年)四頁以下、川井・前掲注(35)七八頁など。しかし、学説には、民法五四一条適用否定説も有

力である。川島武宜「継続的契約に於ける重大な事由に因る告知権」判民昭和七年度一一九事件(一九三四年)四〇三頁、広中・前掲注(46)二九〇頁、二九三頁など。

(107) 改正前の民法五四三条は履行不能について債務者に帰責事由が存在することを明記していたが、通説的見解は債務不履行一般にもこの理を及ぼしていた(我妻・前掲注(18)一五六頁ほか)。裁判実務において債務者の帰責事由が解除の可否を左右していないことを指摘するものとして、渡辺達徳「民法54条による契約解除と『帰責事由』(1)(2)」商学討究四四卷一―二号(一九九三年)二三九頁、三号(一九九四年)八一頁。

(108) 解除に債務者の帰責事由を不要とする立場は、解除権の成立要件に関するこれまでの伝統的立場を一八〇度転換するものであり、国際的モデル準則の考え方と同じ立場を採用したものである。ユニドロフ国際商事契約原則(UNIDROIT Principle)七・三・一条、ウィーン売買条約(CISG)二五条、四九条、六四条、七二条、ヨーロッパ契約法原則(PECL)第八・一〇三条、第九・三〇一条。詳細は、潮見佳男「解除要件の現代化―日本民法(債権関係)法の改正と国際的モデル準則の比較研究」川角ほか編・前掲注(7)一七二頁以下。国際的な契約法規範の潮流につき、中田邦博「契約法の国際化と日本法」ジュリ一四一四号(二〇一二年)一一四頁以下、長谷川貞之「民法学の立場からみたウィーン売買条約」法学紀要五一卷(二〇一〇年)一四三頁以下など。なお、改正民法五四一条の立法沿革として、同条は軽微な債務不履行には催告解除を認めないという判例法理(最判昭和三六・一一・二二民集一五卷一〇号二五〇七頁)を条文化したものとされる(筒井||松村・前掲注(8)二三二―二三九頁)、これを疑問視する見解もある。横山美夏「契約の解除」法時八六卷二二号(二〇一四年)三〇頁以下、三三頁。

(109) 改正法は、催告解除を解除における基本型とし、無催告解除を例外とするが、不履行の軽微性(改正民法五四一条一項ただし書)と契約目的の不達成(改正民法五四二条一項三号)との関係は不透明であり、催告解除と無催告解除の関係は複雑化したとの指摘がある(福本忍「危険負担と契約の解除―霧に霞む解除と危険負担の地平?」法セミ七三九号(二〇一六年)三一頁以下)。改正民法五四一条ただし書に相当する部分は、法制審議会民法部会が提示した中間試案の段階では、「その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるときは、この限りではないものとする。」とされていたが(部会資料

11—1(11)」、中間試案の公表後、パブリック・コメントを経て、要綱仮案の取りまとめに入った段階で、契約目的達成不能に代えて不履行の軽微性の判断基準が加えられた(要綱仮案の原案の補足説明に関する法制審議会民法部会【部会資料79—3】)。

(110) 潮見佳男『新債権総論』(信山社、二〇一七年)五七頁。法制審議会民法部会における催告解除の要件の明確化と債務者に帰責事由という要件を設けないことの議論について、商事法務編『民法(債権関係)』の改正に関する中間試案の補足説明(商事法務、二〇一三年)一三三—一三六頁、とくに一三六頁参照。

(111) 大判明治三三・四・一八民録六輯四卷八七頁、大判大正一〇・一二・六民録二七輯二二二頁。

(112) 賃貸借の事案に関して、最判昭和四一・四・二二民集二〇巻四号七二〇頁、最判昭和四三・一一・二二民集二二巻一二号二七四一頁など。

(113) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ一三二八号(二〇〇六年)八七頁、潮見佳男「総論—契約責任論の現状と課題」ジュリ一三一八号(二〇〇六年)八一頁以下など。改正前の民法における催告解除と重大不履行解除の関係につき、潮見佳男『債務不履行の救済法理』(信山社、二〇一〇年)九九頁以下参照。

(114) 道垣内弘人Ⅱ高須順一「解除と危険負担」ジュリ一五一六号(二〇一八年)五二頁以下、六二—六三頁。

(115) 契約の趣旨とは、合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質、当事者が当該契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情を指す。契約等の債務発生原因を取引上の社会通念と「及び」で連結し、不履行が生じた後の債権者・債務者の法律関係について、「契約の趣旨」によって調和を図る趣旨である。中田裕康「民法(債権法)改正の対立軸」松久三四彦ほか編著『社会の変容と民法の課題「上巻」』(成文堂、二〇一八年)三七二頁以下、三七四—三七五頁、三八九頁。大村敦志「民法(債権法)改正の『契約・契約法』観」民商一五三巻一号(二〇一七年)五七頁以下、六八頁、野澤正充「契約責任法の新たな展開—瑕疵担保責任から契約不適合責任へ」NBL一一〇七号(二〇一七年)四頁以下、七頁、潮見・前掲注(108)一七三頁。

(116) ヴェラー・前掲注(7)三三三—三四二頁、三五五—三五六頁。

委任の解除に関する判例法理の条文化と半強行法規性(長谷川)

(117) 債務不履行を理由とする解除(改正民法五四一条ただし書)の場合には、債権者の相手方に対する損害賠償の請求(改正民法五四五条四項、四一五条一項)が可能である。改正民法四一五条は、従前の民法四一五条後段にいう「債務者の責に帰すべき事由」という文言を一般的免責事由と位置づけたうえで、契約上の債務についての基本的な判断基準を「契約その他の債務の発生原因」および「取引上の通念」に求めるものとした。債務者が免責を得るためには、単に債務者が注意義務を尽くしただけではならず、当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯等の客観的事情を考慮して、その成否が判断されることになる。立法に参画した関係者によると、債務者が不履行責任を負う理由は契約により約束した債務を履行しないという「契約の拘束力」に求められ、伝統的な過失責任の原則を根拠とするものではない。潮見佳男「債権法改正と『債務不履行の帰責事由』」法曹時報六八卷三号(二〇一六年)五頁以下、八―九頁、山本敬三「契約責任法の改正」法曹時報六八卷三号(二〇一六年)四頁以下、一一頁。

(118) 前掲注(106)に引用の各文献参照。

(119) 東京地判平成二一・一二・二二判時二〇七四号八一頁(化粧品品の製造・販売等を目的として委託先との間で委託契約を締結した発注者が委託先のずさんな研究を理由に契約を解除し、すでに支払った研究費等の返還を求めたという事案)。

(120) 改正前の民法六五一条の解釈につき、川井・前掲注(35)三一五頁は肯定説を支持する。広中・前掲注(47)二九三頁は、民法六五一条の解除の効果を当然に生ずるものでないとしながら、無償委任についてはこれを肯定する。なお、谷口知平編『注釈民法(13)』(有斐閣、一九六六年)三六九頁「遠田新一」参照。

(121) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12』法典調査会民法総会議事速記録(商事法務、一九八八年)三頁、二七頁以下。「法典調査ノ方針」によると、規範については「原則変則及疑義ヲ生スヘキ事項ニ関スル規則」を掲げるにとどめ、「細密ノ規定」は定めぬ(二一条)、概念については「立法上特ニ定解ヲ要スルモノ」を除き「定義種別引例等」は削除するものとされている(二三条)。これらについては、〈特集〉「法典調査会に学ぶ——債権法改正によせて(1)(2)」ジュリ一三三二号(二〇〇七年)八六頁以下、一三三三号(二〇〇七年)七二頁以下参照。

(122) 中田裕康「継続的契約——日仏民法改正の対照」安永正昭ほか監修『民法改正と民法学Ⅱ 債権総論・契約(1)』(商事

法務、二〇一八年）四七三頁以下、五一〇頁。

(123) 今般の債権法改正においては、中間試案の後、要綱案に至る過程で多くの立法提案が削除された。役務提供契約ないし継続的契約については、通常の典型契約よりもやや抽象度の高い、しかし、双務契約や有償契約よりも具体的な、いわば中二階に位置する契約類型を設けるかどうかを検討された。役務提供契約については、中間論点整理において準委任に代わる役務提供契約の受皿規定が論点として掲げられたが（第47・第50）、中間試案では役務提供契約に関する一般的基底を置くことは断念され、準委任の規定の改正によるという提案がされた（第41―6）。しかし、改正民法では、結局、それも見送られた。継続的契約については、中間試案の段階で立法提案が示されたが（第34）、改正民法では見送りとなった。また、委任のサブ類型として、仲立契約や媒介契約などの契約に関する規定を設けるかどうかについては、中間論点整理でも検討課題とされたが（第49―6）、これらは中間試案の段階で見送りととなった。改正民法では、混合契約および預貯金契約についての規定（改正民法六六五条の二、六六六条の二）を新設するにとどまった。詳細は、前掲注（9）で引用の文献、および、中田・前掲注（115）四七四―四八八頁。

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に 遅延利息は付くことになるか

益井 公 司

一 はじめに

遅延利息の法的性質は、利息ではなく、損害賠償であるというのが通説である^①。不法行為に基づく金銭による損害賠償には不法行為の時から遅延利息が付くというのが判例・通説であり、損害賠償である遅延利息の支払いが遅滞している場合、これに対しさらに遅延利息がつくことになるのであろうか。つまり、不法行為に基づく遅延利息の支払いが遅滞に陥っている場合には単利ではなく複利計算によつて損害賠償額が決定されることになるのであろうか。というのは、一般的に、中間利息の控除については、実務上は複利で計算されており、それとの平仄をとる必要があるようにも思われるからである。まず、民法の条文と先の通説・判例だけから見ても、次のようなくつかの読み方を

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

三二三（六八一）

することができる。

① 遅延利息は損害賠償であると解されているから、その支払いが遅滞に陥った場合には、常に複利になる。というのは、遅延利息が支払われていたならば債権者はそれを法定利率で運用することができたからである。^③ 不法行為による損害賠償については不法行為の時から遅滞に陥るとの通説・判例との整合性を考えると遅延利息が支払われないことによる賠償である遅延利息についても不法行為の時から発生し、不法行為による遅延利息は常に不法行為時から法定利息を複利計算することによって損害賠償額が決定されることになる。この考えによると、中間利息の控除について複利でなしていることとの平仄も取れることになる。

② 通説・判例により不法行為時から遅延利息は発生するが、遅延利息が支払われないことによる遅延利息に対する遅延利息の発生は期限の定めのない債務であるから、民法四二二条三項（以下特にことわらない場合は、民法の条文である）によると、請求により遅滞に陥り、遅延利息に対する遅延利息は四一九条により遅滞に陥ったときから支払うことになる。これによると請求を受けた時から複利計算によることになる。

③ 先に述べた通説・判例と異なり不法行為による遅延利息の発生は、期限の定めがない債務であるから、四二二条三項の規定によると、請求により遅滞に陥った時から遅延利息が発生し、遅延利息に対する遅延利息は四〇五条の類推適用により、遅延利息を元本に組み入れることができる。

④ ③とは異なり、先の判例・通説により不法行為の時から遅延利息は付され、民法は利息については単利計算によることを原則としているが、四〇五条は利息の組み入れを認めているのであるから、民法四〇五条を類推適用して遅延利息を元本に組み入れることができる。

⑤ 民法の条文をみると、利息は単利計算によること（重利の禁止）が原則とされており、不法行為に基づく遅延利息に対し、遅延利息を請求することはできない（常に単利計算とする）。この見解もさらに遅延利息自体の発生につき不法行為時から遅延利息を付すのか（⑤の1）、四一二条三項により請求された時から遅延利息を付すことになるのか（⑤の2）に考え方が分かれることとなる。

こうした解釈論のうち不法行為の場合どのような見解を取るべきかを検討しようというのが本稿の目的である。遅延利息の法的性質は損害賠償であるといいながら、利息と遅延利息の関係をどうとらえていくべきであろうか。例えば、金銭の貸し付けにつき年六分の利息を付すことになっていたが、弁済期に元本の支払いがない場合、弁済期以後は遅延利息として年六分の賠償をすることになる。つまり、利息の約定は弁済期までで、その後は遅延利息（年六分）という損害賠償の問題となるといわれている^④。しかし、そのように考えると弁済期の前後を問わず六分の利息または遅延利息を払えば足り、弁済期の意味がなくなるとともに、実質的には借主に対する制裁もなくなるように思われる。これを防ぐには、年六分の利息にさらにそれに年六分の遅延利息が付されるというようにして一定の制裁を科すことによつて債務不履行が生じることを防ぐということが考えられる（もつとも遅延利息が支払われればそのときから運用してきたのであるが、制裁的なことを考えず、それを填補することに限るのだとすれば、②～⑤のものと異ならないことになる）。そうすると、常に複利によることになる（債務者の保護は利息制限法等による）。こうした見解に立つて、不法行為の場合を考えると、これは先の①に近いことになる。これに対し、遅延利息という損害賠償の機能も損害の填補に限るのであるから、そうした制裁的機能をここに入れるべきでないと解するとともに民法の各条文（四〇五条、四一九条）の趣旨を生かそうとすると、②～⑤の見解を検討することになる。その際には、不法行為の場合、不法行為時から遅延利

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

息が生じるといのが現在の通説・判例であるがそのように考えるべきなのかなどを検討する必要も出てくる。⁽⁵⁾ 金銭消費貸借のように金銭の支払い額があらかじめ決まっている債務の不履行の場合については、後に述べるように、通説・判例がすでに形成されている。そこで、本稿では、判決があるまで支払金額が確定しない不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延利息に遅延利息は付くことになるか、付くとしたならばどのような形によるのかを中心に検討することにした。

二 学説の検討

1 四〇五条の起草者の見解

(1) 旧民法の状況

旧民法三九四条は次のように規定する。

「要求スルヲ得ヘキ元本ノ利息ハ填補タルト遅延タルトヲ問ハス其一个年分ノ延滞セル毎ニ特別ニ合意シ又ハ裁判所ニ請求シ且其時ヨリ後ニ非サレハ此ニ利息ヲ生セシムル為メ元本に組入ルルコトヲ得ス

然レトモ建物又ハ土地ノ賃貸、無期又ハ終身ノ年金権ノ年金、返還ヲ受ク可キ果実又ハ産出物ノ如キ満期ト為リタル入額ハ一箇年未滿ノ延滞タルトキト雖モ請求又ハ合意ノ時ヨリ其利息ヲ生スルコトヲ得

債務者ノ免責ノ為メ第三者ノ払ヒタル元本ノ利息ニ付ヒテモ亦同シ」

本稿との関係で、この規定につき注意すべき点は次の点である。

①現在でいう遅延利息にも重利の規定が適用されることが明確になっている。⁽⁶⁾

②延滞利息を元本に組入れてこれに利息を生じさせるには、特別な合意をなすか裁判所に請求することを必要としたのは、債務者の注意を喚起するのに必要なことであるだけでなく、「幾数年分ノ利息延滞スルモ合意又は請求アリテ始メテ其時ヨリ之ニ利息ヲ生セシムルコトヲ得ルノミ決シテ延滞利息ヲシテ当然更ニ利息ヲ生セシムルヘキコトヲ予メ要約スルヲ得サルナリ」というようにして債務者を保護している。

(2) 現行民法の起草者の見解

穂積陳重によると、旧民法の規定とは異なり、本案では手続きを簡便にした（催告だけで足りるとした）のは、「斯ノ如ク永イ間払フベキ利息ヲ払ハズシテウツチャツテ置キマシタリ何カスル場合ニ債権者ハ相当ノ保護ヲ受ケナケレバナラヌカラ一年分以上モ延滞シテ催告シテモ尚ホ払ハヌト云フヨウナ場合ニ於ケル債権者ヲ保護スル規則ニ致シマシタノデゴザイマス」とその理由を明確にし「下線は筆者による。以下、下線があるものは、すべて筆者によるものである」、更に「夫レデ此規則ノ上カラ見マシテモ手続等ノコトニ及バヌノミナラズ其精神ニ於テモ既成法典トハ違ツテ居リマス」とする⁽⁸⁾。つまり、債務者を保護するためのものではなく、債権者を保護するためのものとなったのである（とはいえ、当然に重利が認められるのではなく四〇五条の要件を満たす必要があり、この意味では債務者を保護するものとなっている）。

民法修正案（前三篇）の理由書では「債務者ノ怠慢ヲ責メ利息カ一年分以上延滞シタル場合ニ於テ債権者カ其催告ヲ為スモ債務者之ヲ支払ハサルトキハ直チニ元本ニ組入ルルコトヲ得」と説明し、債務者の怠慢を責める手段として四〇五条が規定されていることが明確になっている。つまり、債権者を保護するためのものとなっているのである。

その後の起草者の教科書では、このような規定にした理由として、梅謙次郎は、「債務者カ利息ノ支払ヲ怠ルモ債権者ハ決シテ之ニ重利ヲ附スルコト能ハサルモノトセハ債権者ハ尠カラサル損害ヲ被ムリ頗ル不公平ト謂ハサルヘカ

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

ラス」¹⁰とか、「毎月利息ヲ払フベキ場合ニ其支払ヲ怠レバ損害賠償ノ名義ヲ以テ之ニ又利息ヲ附スルコトガ当然デア
 ヲウデアリマスケレドモ、併ナガラ慣習上利息ニ利息ヲ附スルコトハ滅多ニセヌ、日本デモ欧羅巴デモソウデア
 ソレ故ニ普通ノ意思ヲ推測致シマシテ我民法ハ第四百五条ノ規定ヲ設ケテ居ル¹¹」と説明し、富井政章は、「是怠慢ナ
 ル債務者ヲ責ムル一手段ニシテ唯其利息ヲ支払ハサルハ錯誤又ハ遺忘ニ原因スルコトアルカ故ニ一応催告ヲ為スコト
 ヲ必要トシタルナリ¹²」と説明する。つまり、利息の支払いが遅れた場合、債権者を保護するために、怠慢なる債務者
 を責める手段として損害賠償として利息に利息が付されるのが当然であることを前提に、慣習や当事者の通常の意味
 を推測して、現行の四〇五条のような限定（利息の一年以上の延滞、催告、組入れの意思表示）がなされているのであ
 る。つまり、旧民法の債務者を保護するという観点から債権者保護という転換がはかられているのである。

遅延利息の支払いが遅れた場合どうなるかであるが、遅延利息の支払いが遅延すればそれに損害賠償の性質を有す
 る利息が付くことになるが、それは四〇五条の規定によって処理されると考えていたようである¹³。

交通事故の様な賠償金額が明確でない不法行為のケースについての遅延利息に四〇五条の適用があるか否かについ
 ては、起草過程や起草者の教科書では議論の対象となっていない。しかしながら、少なくとも、起草者の見解による
 と、利息に利息が付されるのは、利息の支払いを怠ったといえる場合でなければならぬと考えているのであるから、
 遅延利息の支払いが遅れた場合にも遅延利息の支払いを怠ったという場合でなければならず、判決時まで賠償金額が
 明確となっていない不法行為の場合に遅延利息はいつから発生し、その支払いを怠ったというのはいつからなのかを
 再検討する必要が出てくることになる。

2 その後の学説

(1) 利息債務が遅滞に陥った場合にどう処理するのか(四一九条の適用があるか)

利息債務が遅滞に陥った場合、利息にさらに利息が付くかにつき、もし、四一九条の適用があるとすれば、遅滞した利息は、遅滞の時から遅延賠償を支払うべきことになり、四〇五条は全く無意味になるから、金銭債務不履行の場合には当然、約定ないし法定利率による遅延利息を生ずるとする民法四一九条一項の規定は、利息債務の不履行の場合には適用されず、四〇五条の要件を満たす場合にのみ利息に利息が生じるとの見解が通説であり、学説はほぼ一致している。¹⁴⁾

(2) 遅延利息債務が遅滞に陥った場合、どのように処理するか(四一九条によるのか四〇五条によるか)

この場合にも先の(1)と同様に四〇五条の適用により処理すべきか、四一九条によるのかが問題となってくる。次のような説が展開されている。

①遅延利息は損害賠償であり、その性質を徹底し、四一九条一項を適用し、金銭債務不履行の損害賠償債務と同様に、債権者の催告により遅滞に陥り、その翌日から遅延損害金(遅延利息に遅延利息が生じる)が生じ、四〇五条は適用されないとする説。¹⁵⁾これは、一はじめにの部分で述べた②の考え方になる。

②延滞利息に準じて考え(先の(1)の場合と同様に考える)、四〇五条の利息には遅延利息も含まれるとする説。¹⁶⁾これは、のちに述べる判例②のとおりであるところであり、なぜそのようなように解するかについての理由は、その判旨において明確になっている(判例②の判旨参照のこと)。これは、一はじめにの部分で述べた③④の考え方になる(違いは不法行為時から遅延利息が付くか、四一二条三項により請求時から遅延利息が付くことになるかの違いである)

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか(益井)

③ 損害金ではあるが、本来の債務が金銭債務であることにかんがみ、損害金が毎日に発生するのみで、これについての重ねての遅延損害金の発生を認めない説¹⁷⁾。金銭債務の特質から説明されるという。これは、一はじめにの部分で述べた⑤の考え方によることになる。

(3) 不法行為により生じた遅延利息にも遅延利息が付くか

不法行為により生じた遅延利息にも遅延利息が付くかについては、これまでのほとんどの学説は考えてきていないが、理論的には、先の(2)で述べたものと同じように考えることができる。これに対し、潮見教授は、四〇五条によって処理しようとの説は「あくまで元本使用の対価としての実質面をとらえたのであり、本来は利息債権に関する民法四〇五条の規律を金銭消費貸借の場面での遅延損害金にも推及したものである。これを超えて、同条の規律を不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延利息(遅延損害金)一般にも妥当させるのは適切でない。交通事故などの不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金(遅延利息)については、組入重利を認めるべきでない¹⁸⁾。」という。しかし、金銭消費貸借の場合にのみ四〇五条を適用し、不法行為の場合になぜ適用できないのかの理由が明確ではない。遅延利息が弁済期に支払われていればそれを運用して利益(遅延利息の遅延利息)を上げることができたはずだからである。交通事故などの不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金(遅延利息)については、組入重利を認めるべきでない理由は、判決があるまで賠償すべき金額が明確でないのに不法行為時から遅延利息が付くことを前提に四〇五条の規定を認めることはあまりに債務者に酷であるということなのではなからうか。そうであるとすると、不法行為の場合における遅延利息の発生時を不法行為時とするのではなく、口頭弁論終結時や四一二条三項により請求時とすることにするならば¹⁹⁾、四〇五条を適用できていいように思われる。起草者の言うように、遅延利息を一年以上支払

わない怠慢な債務者を保護する必要はないからである。

三 判例の検討

1 不法行為に関する判例に入る前に、①債務不履行によつて生じる利息債務の不履行について四一九条の適用があるか、②遅延利息にも四〇五条が適用されるかについてみておく必要がある。①に関しては、貸金債務の不履行における利息についてさらに利息が付くかにつき、もし、四一九条の適用があるとすれば、遅滞した利息は、遅滞の時から遅延賠償を支払うべきことになり、民法四〇五条は全く無意味になるから、金銭債務不履行の場合には当然、約定ないし法定利率による遅延利息を生ずるとする民法四一九条一項の規定は、利息債務の不履行の場合には適用されないというのが、次の判例①である（これを不法行為の場合に当てはめると先の一はじめにの①②は採り得ないことになる）。また②の点に関しては遅延利息についても四〇五条が適用されるとするのが判例②である。以下それらの判例について詳細に見ることとする。

① 大判大正六年三月五日民録二三輯四一一頁。

X（原告、被控訴人、被告）は、貸金の利息の支払につき訴状送達時から遅滞に陥っておりその支払いがあるまで、四一九条が適用されるものとしてその金額を計算しY（被告、控訴人、原告）に請求した。原審はこれを認め、利息に対しても四一九条が適用されるものと判断した。これに対し、Yが原審のように解すると四〇五条の規定が無意味になるので四〇五条の規定によるべきであるとして上告した。この上告を入れ、原審を破棄差戻し、その理由として次のように述べる。

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

「利息ハ法律ニ規定アル場合ノ外ハ当事者間ノ契約ニ基ツキ生スルモノナレハ契約ナキトキハ債務者ニ之レカ支払ヲ為スヘキ債務アルヘキニ非ス故ニ元本ニ対シ利息ヲ支払フヘキ場合ト雖モ重利ノ契約アルニ非サレハ債務者ハ利息ニ対シ更ニ利息ヲ支払フコトヲ要セサルハ勿論ナリ然レトモ債務者ニ於テ甚シク利息ノ支払ヲ遲滞スルニ拘ハラス其利息ニ対シ利息ヲ付ス可カラサルモノトセハ債権者ハ利息ヲ使用スルコトヲ得サル為メ尠ナカラサル損害ヲ受クルニ至ルヘシ是レ民法第四百五条ニ於テ『利息カ一个年分以上延滞シタル場合ニ於テ債権者ヨリ催告ヲ為スモ債務者カ利息ヲ払ワサルトキハ債権者ハ之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得』ト規定シ債権者ヲシテ其利息ニ対スル利息ノ支払ヲ受クルコトヲ得セシメタル所以ニシテ即チ此規定ハ利息ノ延滞ニ対シ債権者ヲ救済スル為メ特ニ設ケラレタルモノナリ故ニ利息ノ延滞アリタル場合ニ於テハ債権者ハ特別ノ契約又ハ法律ノ規定アル場合ハ格別ナルモ其利息ニ対スル利息ニ相当スル額ヲ以テ当然ニ生シタル損害ナリトシテ之レカ賠償ヲ受クルコトヲ得サルモノト為ササル可カラス若シ然ラストセハ債権者ハ債務者カ利息ノ遲滞スルヤ直ニ其利息ニ対シ更ニ利息ニ相当スル額ノ支払ヲ受クルヲ得ルコトナリ民法四百五条ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニ反スルノミナラス遂ニ同条ノ規定ヲ無用ニ帰セシムルニ至ラン夫レ此ノ如ク利息ノ延滞ニ因リ当然生スヘキ損害ノ救済ニ付特別ノ規定アルニ由テ之ヲ觀レハ民法第四百十九条ノ規定ハ利息債務不履行ノ場合ニ適用スヘキモノニ非サルコト疑ヲ容レサルヘシ」

つまり、利息が支払われていたならば、その利息を使用することができたのであるから、その利息を使用することができないことによつて生じた損害の賠償を受けることができなければならぬが、遅滞に陥つた時から四一九条を適用してただちにその賠償ができるとすると四〇五条を設けた趣旨に反することになるので、四〇五条により一定の制限を設けたというのである。

② 大判昭和一七年二月四日民集二二卷一〇七頁

X（原告、上告人）は、Y（被告、被上告人）が延滞利息を四〇五条に基づいて組入れた点につき、四〇五条は約定利息に關してのみ適用され、履行遅滞による損害金としての遅延利息には適用されないということを理由に、Yのなした組入元本の利息の支払いは錯誤に基づく非債弁済にあたるとしてその返還を求めたのが本件である。原審はXの主張を認めず、延滞利息にも四〇五条は適用されると判断した。そこでXが上告。

大審院は、上告を棄却し、その理由として次のように述べる。

「遅延利息ハ元来元本債務ノ履行遅滞ニ因リテ債権者ノ受ケタル損害賠償タルノ性質ヲ有スルモ其ノ損害ハ債権者カ元本ノ使用ニ因リテ得ヘカリシ利得ノ喪失ニ外ナラサルヲ以テ元本使用ノ対価タルノ性質ヲ有スルモノト言ヒ得ハク此ノ意味ニ於テ經濟上元本使用ノ対価トシテ元本債務ノ弁済期迄ニ生スル約定利息ト何等其ノ取扱ヲ異ニスルノ要ヲ見ス是遅延利息ト呼ハルル所以ニシテ現ニ民法ノ規定中ニ於テモ利息ナル文字ヲ以テ約定利息ノミナラス遅延利息ヲモ包含スル趣旨ニ用ヒタルノ例乏シカラス而シテ民法第四百五条ニ所謂利息ナル文字ニ付之ヲ觀ルニ若シ之ヲ以テ約定利息ノミヲ指稱シ遅延利息ヲ包含セサルモノトセハ債務者カ元本債務ニ付未タ履行遅滞ナク単ニ約定利息ヲ一年分以上延滞シタルトキハ債権者ハ催告シタル後之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得ルモ債務者カ元本債務ノ履行ヲ遅滞シ且遅延利息ヲ一年分以上延滞シタルニ拘ラス債権者ハ之ヲ元本債務ニ組入ルルコトヲ得サルコトナリ從テ債務者トシテ情状重キ後ノ場合ニ却テ前ノ場合ニ於ケルカ如キ複利ノ責ヲ負担セサルコトトナリ正義衡平ニ合セサルヲ以テ同条ニ所謂利息中ニハ遅延利息ヲモ包含スルモノト解スルヲ相当トス」

つまり、遅延利息についても四〇五条が適用される理由として、①遅延利息は損害賠償であるが、それは元本の使

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

用による得べかりし利益の喪失であり、この意味で元本使用の対価として約定利息となんら異なる、②遅延利息を含まないとするは元本債務の遅滞がなく約定利息のみを一年以上遅滞した場合に組入れができるのに、元本債務を遅滞しかつ遅延利息を一年以上遅滞した場合に組入れができないというのでは責任が重い場合に複利の計算ができないことになり、両者の均衡が取れないというのである。

2 不法行為による損害賠償についての遅延利息についても四〇五条の適用を肯定する次の判例③がすでに存在している。

③ 大判昭和一六年一二月九日法律新聞四七四九号一二頁

事実関係の詳細はよくわからないが、原審が四〇五条を準用して重利の支払いを命じたのは違法であるとして上告したのに対し次のような理由で上告を棄却している。

「民法四百五条ノ規定ハ利息債權ヲ元本債權ト為シ更ニ利息ヲ生セシムルハ同条所定ノ制限ニ從フヘキモノトスル趣旨ナルカ故ニ元本債權及利息債權中元本債權ハ既ニ弁済トナリ利息債權ノミ残存セル場合ニ於テモ同条ノ制限ニ從フニ於テハ之ヲ元本債權ト為シ得ルモノト解スヘク其他不法行為ニ因ル損害賠償債務ノ不履行ノ為メ之ヲ基本トシテ日新ニ發生スル損害金債務ニ付テモ亦同条ヨリ類推シテ既ニ一年分以上延滞セルモノナルトキハ基本債權ハ已ニ弁済トナリ此ノ損害賠償債權ノミ残存セル場合ニ於テモ債權者ハ之ヲ基本債權ト為シ更ニ其ノ不履行ニ因ル遅延損害金ノ請求ヲ為シ得ルモノト解スルヲ正当トス」

この判例は不法行為による損害賠償債務の本体部分の賠償は支払われており、遅延利息の支払いがなされていないケースであり、支払金額がいくらかは両当事者にとっても明らかであり、判決があるまで支払金額が確定しない不法

行為に基づく損害賠償請求権の遅延利息に遅延利息は付くことになるかを検討する問題の先例とはなりえないものと思われる。もつとも、債務不履行であれ不法行為であれ賠償すべき金額が決まっているものについては、四〇五条の適用が認められるということを明らかにした判例としての意味を持っている。

この問題の先例となるのは、次に述べるクロロキン薬害訴訟の控訴審の判断（判例④）である。しかしこの判決には重要な争点がいくつもあり、遅延利息に遅延利息が付くかということとは中心的な問題と捉えられておらず、これらで遅延利息に遅延利息は付かないと考えられていたこととあいまってこの問題は重要視されていなかった。²⁰

④ 東京高判昭和六三年三月一日判時一二七一号三頁（クロロキン薬害訴訟）

原告が遅延損害金もその性質は損害賠償請求権であるから、遅延損害金についてさらに四一九条一項により遅延損害金が発生し、結局、民事法定利率年五分の割合による複利計算によるとの主張したのに対し次のように述べてこれを否定する。

「一般に不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金については、民法四〇五条の適用はなく、もつぱら民法四一九条一項によるべきであると考えるが、その結論は、原告らの主張とは反対に、当然に右遅延損害金は単利計算によるべきである、ということになる。

すなわち、民法四〇五条は、もともと約定利息についての規定であり、遅延利息にも同条の適用があるとする大審院昭和一七年二月四日判決・民集二二巻二号一〇七ページやこれと同旨の学説（我妻栄・新訂債権総論一三九ページ、吾妻光俊・判例民事法昭和一七年度二九ページなど）があるが、右判例は、貸金債権についての事案であり、右学説も、右判例の存在を前提として契約に基づき発生する債権についての約定の遅延損害金を念頭に置いて論じているもので

あつて、右判例や学説がいわゆる法定債権関係である不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金に当然に妥当するものではない。不法行為に基づく損害賠償請求権の場合は、悪意の受益者（民法七〇四条）の場合との比較衡量や被害者救済の観点から、民法四一二条に定める履行遅滞の要件の例外として、何らの催告を要することなく損害の発生と同時に遅滞に陥るとするのが判例（最高裁昭和三七年九月四日判決・民集一六卷九号一八三四ページ）、通説である。え、右損害賠償請求権は、観念的には発生と同時に元本債権額が確定するという法的構成がとられているものの、実際には、契約に基づく債権の場合とは異なり、殊に人的損害の場合などは多くの不確定的な要素を含んだ複雑な計算方法で損害額が算定され、したがつて、裁判手続きで確定されるのが通常であることを考えるとき、不法行為に基づく損害賠償請求権について履行遅滞の要件の緩和に加えて、民法四〇五条の適用まで認めることは、債権者を不当に優遇し、その反面として債務者に酷な結果となることが明らかであるから、同条の適用の余地はないというべきである。

そうすると、不法行為に基づく損害賠償請求権の遅延損害金は、民法四一九条一項によつて律せられることになる。ところで、右条項は、金銭を目的とする債務の不履行についてはその損害賠償額は法定利率によるべきことを、また、約定利率が法定利率を超えるときは約定利率によるべきことを定めているにとどまるものであり、右条項自体が原告らの主張するように遅延損害金についてさらに遅延損害金が発生することまでは定めていないというべきである。遅延利息について民法四〇五条の適用があるとする前記判例、学説はこのことを当然の前提とするものであり、もし原告らの主張するように、右条項に基づき遅延損害金の遅延損害金が発生し、しかも不法行為に基づく遅延損害金は発生と同時に遅滞に陥るとするならば、遅延損害金の遅延損害金のそのまた遅延損害金が発生するという結果となり、

その不当なことは明らかである。」

この判例は四〇五条の適用を認めない理由として「不法行為に基づく損害賠償請求権について履行遅滞の要件の緩和に加えて、民法四〇五条の適用まで認めることは、債権者を不当に優遇し、その反面として債務者に酷な結果となる」との理由を挙げる。これは、後に述べる近時の判例⑪が挙げる理由と同様のものとなっている。その後、この判例の結論、遅延利息には遅延利息は付かない（単利で計算する）ということが前提となつてほとんどの判決がなされてきたが、最近この点を問題とする判例が現れてきている。なお判決があるまで支払金額が確定しない不法行為による場合に関する以下で検討する判例は、いずれも自動車事故のケースであり、人身侵害（死亡・障害）による賠償が遅延した場合である（いずれの判例も通説判例により不法行為時から遅延利息が付されるということを当然の前提としている）。次の(1)に挙げる判例は、先の判例①②を前提として居るものと考えられるのに対して、次の(2)で挙げる判例は先の判例②を否定するようである（つまり、判例②は、判決があるまで支払金額が確定しない不法行為の場合には当てはまらない）。

(1) 四〇五条を適用して遅延利息を元本に組み入れることを認める判例

⑤ 大阪地判平成二二年八月三一日交民集四二巻四号一一三四頁（三一歳の支柱の死亡ケース）

「被告らは、不法行為に基づく損害賠償請求権には法定重利に関する民法四〇五条の適用はないと主張する。しかし、不法行為に基づく損害賠償請求権においても、弁済の充当においてもまず遅延損害金に充当されることがあるように、元本とは別に遅延損害金のみを債権者に支払うことは禁じられておらず、不法行為に基づく損害賠償の方法に関する民法七二二条は民法四一七条を引用しているが、これは四〇五条の適用を排除することを意味するものと解することはできず、要は、不法行為に基づく損害賠償請求権について民法四〇五条の適用を排除する理由はないという

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

べきである。」

⑥ 大阪地判平成二三年八月二三日自保ジャーナル一八六二号一六二頁（死亡事故のケース）

「不法行為に基づく損害賠償請求権についても、民法四〇五条を適用し得ると解し得る。しかし、同条による元本組入がなされるためには、既発生の遅延損害金の支払を求める催告をすること、相当期間経過後に発生遅延損害金の額を元本に組み入れる旨の意思表示をすることを要すると解されるところ、原告ら代理人が発送し、平成二一年一月二一日に被告に到達した通知書には、「本件事故が貴殿の過失により発生したことは明白であるところ、通知人は貴殿に対し、これによって生じた損害を賠償するよう本書をもって催告致します。」と記載されているのみで、遅延損害金の支払を求める記載は存しない。従って、前記通知をもつて、民法四〇五条所定の催告がなされたとは認められず、また、平成二三年五月三〇日までに、それに対応する元本組入の意思表示がなされたことを認めるに足る証拠はない。従って、前記通知書を前提とする、原告らの元本組入の主張は理由がない。

次に、原告らは、平成二三年五月三〇日付「請求の趣旨及び原因の変更」と題する書面において、「本書面を以て、本件事故に基づく損害を賠償するよう、あらためて催告する。」「上記二回の催告にもかかわらず、被告は原告に対し、本件事故に基づく損害の賠償金を支払わない。そこで、原告は、被告に対し、民法四〇五条に基づき、被告に対する損害金の利息について元本組入を求める。」との記載されており、平成一九年一月二三日から平成二三年五月三〇日までの期間の遅延損害金（利息）についての記載もあるところ、同書面が同日被告代理人に送達されたこと、原告らが、平成二三年六月二八日の口頭弁論期日において、同書面を陳述したことは記録上明らかである。

そうすると、前記書面の記載を総合すれば、原告らは、前記期間中の遅延損害金についての支払を催告した上、相

当期間経過後の平成二三年六月二八日の口頭弁論期日において、元本組入の意思表示をしたものと評価しうる。

従って、原告らの損害賠償金元本四、九三九万五、四七七円について、三年二二〇日間の遅延損害金は八八九万七、九五二円となる(円未満切捨)。これを元本に組み入れると五、八二九万三、四二八円となる。」

⑦ 札幌地判平成二六年三月五日 LEX/DB25503381 (死亡事故のケース)

「原告らが、平成二五年七月四日の第一回口頭弁論期日において、訴状を陳述し、平成二五年六月二三日までに遅延損害金が支払われないときは、一年分の遅延損害金を元本に組み入れる旨の意思表示をしたことは当裁判所に顕著な事実である。

そうすると、本件事故日から一年を経過した平成二五年六月二二日までの間に、原告Aの損害賠償金の元本三九七八万〇八二九円に対し、遅延損害金一九八万九〇四一円が、同様に原告Bの損害賠償金の元本三八二二万八一一一円に対し、遅延損害金一九二万一四〇五円がそれぞれ発生していたところ、原告らの意思表示により、これらの一年分の遅延損害金は、本件事故に基づく原告らの各損害賠償金の元本に組み入れられた(被告会社との関係では、原告Aの損害賠償金の元本三九七五万二八二九円に対する一年分の遅延損害金一九八万七六四一円が、原告Aの意思表示により、本件事故に基づく原告Aの損害賠償金の元本に組み入れられた。)」

以上の判例は、不法行為に基づく遅延利息(遅延損害金)について民法四〇五条は当然に適用されるということを前提にしており、なぜそうなるのかの理由を明示していない。その理由は、遅延利息が支払われていたならば、その遅延利息を使用することができたのであるから、その遅延利息を使用することができないことによつて生じた損害の賠償(遅延利息の利息分)を債権者は受けることができなければならないが、四一九条の適用を認めると四〇五条が無

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか(益井)

意味になるので、債務者を一定限度で保護する四〇五条の適用で処理しようと考えたのでないかと思われる。つまり先の①判例の理由を踏襲しているように思われる。もつとも、貸金債務の債務不履行のように返還すべき金額が明確である場合と異なり、交通事故による不法行為のようにその賠償額が明確でないのに遅滞したといえるかは問題がなわけではない。それを考えているのが、後の(2)に挙げている判例ではなからうか。もつとも不法行為でも金銭が奪われたというように賠償すべき金額が明確な場合には債務不履行の場合と同様に考えることができるように思われる。

(2) 遅延利息に対する遅延利息を認めない判例

⑧ 東京地判平成二四年一〇月二四日自保ジャーナル一八八六号六九頁

「以上によれば、被告は、原告X₁に対し、民法七〇九条に基づき、(1)コ(2)カの合計三八三万五六八一円について損害賠償義務を負っており、かかる義務は、本件事故日である平成二一年一月二六日から遅滞に陥っていることとなる。

ところで、原告X₁は、既発生の遅延損害金を元本に組み入れる旨の主張をしているが、民法四〇五条の趣旨に照らせば、同条の「利息」には、不法行為に基づく損害賠償請求権に関して発生する遅延損害金は含まれないと解される。」

⑨ 大阪地判平成二五年七月四日交通民集四六卷四号八七二頁

「原告らは、平成二四年二月一二日付原告ら準備書面により、原告らに対する損害賠償金の各元本に対する民法所定の年五分の割合による遅延損害金を同月一八日までに支払うよう催告し、同日までに支払がないときには、上記遅延損害金を本件損害賠償金の元本に組み入れる旨の意思表示を行う旨主張するが、民法四〇五条の趣旨に照らせば、

同条の「利息」には、不法行為に基づく損害賠償請求権に関して発生する遅延損害金は含まれないものと解するのが相当であるから、この点に関する原告らの主張は、理由がない。」

⑩ 東京地裁平成二六年一月一日判時二二九五号七二頁

「原告Xは、元本組入れの意思表示による法定重利を主張するが、Xが元本組入れの意思表示をした際、Xと被告Yとの間で損害額は明らかになっておらず、Xが請求した損害額は過大であるところ、Xが請求する損害額をYが支払うべき義務はなく、損害額を争うYにおいて、法定重利を余儀なくされるのは公平に欠ける。損害額の算定が必要な交通事故による不法行為に基づく損害賠償請求権に関し、発生する遅延損害金が、民法四〇五条の利息に含まれると解釈することはできない。」

⑪ 東京高判平成二七年五月二七日判時二二九五号六五頁（判例⑩の控訴審）⁽²¹⁾

ア 「民法四〇五条の法定重利の規定は、利息について一年分以上の延滞があつた場合、催告を要件とした上で元本組入を認め、利息を支払わない怠慢な債務者を責め、債権者を保護することに趣旨があるところ、不法行為に基づく損害賠償請求権は催告なしに不法行為の時から遅延損害金が発生すると解されており（最高裁判所昭和三七年九月四日第二小法廷判決・民集一六卷九号一八三四頁）、債権者保護が図られているので、それに加えて、遅延損害金について民法四〇五条を類推適用するまでの必要があるかには疑問の余地がある。特に、不法行為に基づく損害賠償債務は、契約上の債務と異なり、履行すべき額が債務者にとって必ずしも明らかとはいえないのであるから、なおさらである。控訴人Xは、損害額の算定が必要であることは、債務不履行に基づく損害賠償請求権でも同じであると主張するが、債務不履行に基づく損害賠償請求権の場合は、通常、遅延損害金の基礎となる本来的履行請求権の額が当事者に明らか

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

かなのであって、直ちに同列に論じることができない。

イ また、法定重利を認めるまでに債務者が怠慢であると評価するには、債権者による催告の額が、客観的な利息のないし遅延損害金の額と、少なくとも大きくは乖離していないことを要件とすることが公平に適するところ、Xによる平成二三年九月一四日の催告の基礎となる元本額は、六九二万五六二八円で、認容元本額(一九二万四六三三円)の約三・六倍と大幅に過大であり、それに伴って遅延損害金に対する催告額としても大幅に過大であるから、民法四〇五条の類推適用の前提を欠くというべきである。

ウ さらに、証拠《略》に弁論の全趣旨を総合すれば、X代理人は、平成二三年八月一日付けで、上記催告の基礎となる計算内容をY代理人に連絡していたが、Y代理人が、基礎収入を貸金センサスとすることの合理性を検証するために実収入額を開示するように求めたのに対し、同年九月七日付けで、「実収入額は個人のプライバシーに強く関わる事柄であり、Xの心情からして、訴訟手続であればともかく、裁判外における示談交渉の段階で、自分が将来的に生涯を通じて全年齢平均賃金の収入が得られる蓋然性があるかどうか審査されることについては納得いたしかねるところがあります。もし、実収入の開示がなければ、示談できないのであれば、訴訟手続もやむを得ないと思料いたしますので、ご連絡下さい。」として、不合理な理由で拒否し、YがXの請求額が妥当か否かを検討し、相当な額による任意の履行をする機会を奪っている。

このような事実関係のもとで、控訴人が法定重利の主張をするのは権利の濫用といわざるを得ない。

エ 以上によれば、本件の遅延損害金について民法四〇五条の類推適用をする前提を欠くか、Xが法定重利の主張をするのが権利の濫用に当たるので、民法四〇五条は類推適用されないものというべきである。」

判例⑧～⑪は、四〇五条のなかに利息だけでなく遅延利息も含まれるとする先の判例②に反することになるが、四〇五条は不法行為の遅延利息には適用されないと解することによってその矛盾を回避している。そのように解する理由として判例⑧⑨は四〇五条の趣旨をその理由に挙げるが、それは結局のところ、判例⑩⑪（特に判例⑪）の挙げる理由と考えられる。しかし、その理由づけには疑問がないわけではない。以下判例⑪の理由づけについて検討する。

① 「不法行為に基づく損害賠償債務は、契約上の債務と異なり、履行すべき額が債務者にとって必ずしも明らかとはいえない」（判例⑩もこの理由を挙げる）というのであり、かなりの説得力を持つが、もしそうであればそもそも不法行為時から利息が付くことになるこのこれまでの判例・通説自体を再考することが必要となる。

② 「民法四〇五条の法定重利の規定は、利息について一年以上の延滞があった場合、催告を要件とした上で元本組入を認め、利息を支払わない怠慢な債務者を責め、債権者を保護することに趣旨があるところ、不法行為に基づく損害賠償請求権は催告なしに不法行為の時から遅延損害金が発生すると解されており（最高裁判所昭和三十七年九月四日第三小法廷判決・民集一六卷九号一八三四頁）、債権者保護が図られているので、それに加えて、遅延損害金について民法四〇五条を類推適用するまでの必要があるかには疑問の余地がある。」というが（判例④のクロキン薬害事件でも同様の理由を述べる）、これは、起草者の言う「利息を支払わない怠慢な債務者を責め、債権者を保護する」とする四〇五条の趣旨を無視し、その理由として、「不法行為の時から遅延損害金が発生する」ことで債権者は保護されているからというのでは、理由づけに十分な説得力が見られないように思われる。先に述べたように遅延利息が付くということは債務者に怠慢があるといえなければならぬが、支払うべき金額が決まっていないうにそういえるのかは問題である。そうだとはいえるためには、「不法行為時から遅延損害金が発生する」との見解をとった場合、誠実な債

務者は直ちに支払おうにも支払うべき金額が決まっていないうのであり、債務者が遅延利息の発生を免れるかその額を減少させるために、適切と思われる金額を提供・供託できるという新たな制度の構築が必要なように思われる。⁽²²⁾

③ 「法定重利を認めるまでに債務者が怠慢であると評価するには、債権者による催告の額が、客観的な利息ないし遅延損害金の額と、少なくとも大きくは乖離していないことを要件とすることが公平に適するところ、Xによる平成二三年九月一四日の催告の基礎となる元本額は、六九二万五六二八円で、認容元本額(一九二万四六三三円)の約三・六倍と大幅に過大であり、それに伴って遅延損害金に対する催告額としても大幅に過大であるから、民法四〇五条の類推適用の前提を欠く」というのであるが、債権者がいくらの賠償額を求めるかは自由であり、最終的には裁判で遅延損害金を含めた賠償額が決まるのであり、そこで決まった遅延損害金に四〇五条の適用を認めれば足りるのではなからうか。⁽²³⁾ また判例⑪の「ウ」の部分で認定している事実(不合理な理由で実収入額の開示を拒み、YがXの請求が妥当か否かを検討する機会を奪っているということ)から、Xが法定重利を主張するのは権利の濫用となるというが、これも不法行為時から遅延利息が付されるということを当然の前提として議論するからこのようになるのであり、賠償金の請求時や口頭弁論終結時から遅延利息が発生するとするならば権利濫用というようなことを議論する必要もないように思われる。債権者が損害賠償の算定の根拠を債務者に示すべきであるとの信義則に基づき「債権者の協力義務」ということも考え、債務者がなるべく早急に賠償金を支払うことができるようにするためにも、加害者は公正と認めらるる額を被害者側に支払うことができ、また被害者側が受領を拒絶した場合には弁済供託でき、これにより当該支払額に係る支払日後の利息を免れることができるというように、平成二六年度改正会社法によって設けられた「株式買収請求に係る株式等の価格決定前の支払制度」の趣旨を類推して処理できる制度を確立すべきであろう。⁽²⁴⁾

四 おわりに

判例⑪を中心とするこれまでの判例が、不法行為に基づく損害賠償額が債務者にとって明らかでないことが、遅延利息を元本に組入れることを否定する（四〇五条の適用を否定する）ことの理由であるならば、そもそも不法行為時から遅延利息が発生するということも否定さるべきではないか。つまり、不法行為の場合、不法行為と同時に遅滞に陥るとの判例・通説を認めるか否かが重要となる。²⁵ 不法行為の場合支払う金額がまだ確定していないのに、遅滞に陥るとするのは不合理であり、損害額が確定した時（口頭弁論終結時）に遅滞に陥ると解すべきであるが、訴訟の遅延や訴訟を故意に遅らせるといったことを考えた場合、四二一条により請求時または訴状送達時を基準とすべきである。²⁷ そうすると金銭を詐取したというような支払うべき金額が確定しているものについては、不法行為時から遅延利息が発生していいようにも思われるが、²⁸ この場合に不法行為時から発生する利息は遅延利息ではなく、奪われた金銭が利用できないことによる損害を抽象的に算定して利息損害を認めるのであると考える。²⁹ このように考えていくと、不法行為の場合も、四二三条三項により請求されたときから遅滞に陥り、四〇五条を適用すべきである（前述の一〇③の見解）。起草者の言うように、遅延利息を一年以上支払わない怠慢な債務者を保護する必要はないからである。なお、安全配慮義務の場合、債務不履行時には不法行為と同様に支払うべき損害賠償額は明確ではないが、判例によると遅滞に陥るのは請求の時からであるから、³⁰ 四〇五条の適用を肯定してよいように思われる。

判例が不法行為時から遅滞に陥り、遅延利息を付すことができると考えたのは、なるべくはやく被害者が賠償金を得るようにしてやりたい（つまり、加害者は不法行為時に直ちに賠償すべきである）ということを狙いとしているのである

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか（益井）

うが、支払うべき賠償金額もわからず、適切と考えられる額を提供しても相手方が不十分な額であるとして受取を拒絶した場合、供託もできないというのでは、加害者としては遅延利息の発生を防ぐ方法がないことになる。「株式買取請求に係る株式等の価格決定前の支払制度」の趣旨を類推して処理すると被害者と加害者の利害をうまく調整できるのではなからうか。³¹⁾

以上述べてきたように、供託できる場合を拡張するとともに、不法行為の場合における遅延利息の発生時を不法行為時とするのではなく、口頭弁論終結時や四一二条三項により請求時とするならば、四〇五条を適用できていいように思われる。起草者の言うように、遅延利息を一年以上支払わない怠慢な債務者を保護する必要はないからである。

なお「交通事故における逸失利益の算定についての共同提言」³²⁾において中間利息はライブニツツをとるものとき³³⁾れ、ほとんどの判例は複利で計算されている中間利息とのバランスが問題となるが、将来もらうべき額を現在一括してもらふことによる損害算定(中間利息を複利で控除する)の問題と遅延利息の問題は一応別個の問題である。しかし、中間利息の控除を複利で算定するのは現在の取引社会では借入金利息等が複利で計算されるのが一般であること(約定で複利にすることは自由である)によつていふものと思われる。民法では原則として単利で計算するとの考えと齟齬が生じているのではないか。複利とすることで遅延利息が雪だるま式に増えていくことは、加害者になるべくはやく損害賠償を支払うよう促す効果が考えられるが、その額が短期間で大きくなりすぎることを考えられ適当ではない。金銭を借り入れた場合、商人等が取引をする際には複利で計算してもその分の利益をあげることができるが、消費者等が借り入れる場合にはそのように考えていいか問題であるし、四〇五条でなされている価値判断を解釈論では無視できないと思われる。そうすると、一はじめにの箇所述べた①の考え方をとることができない。

この問題は、遅延利息の発生時期³⁴⁾、損害論、金銭評価すべき時期などとの関係をどのように考えるかなど検討すべき問題は多く、最終的な結論を出すことはできないが、以上検討したところによると、起草者の言うように遅延利息を一年以上支払わない怠慢な債務者を保護する必要性はないし、債務不履行に関する判例①②等との整合性を考えると、一はじめにの箇所述べた③の見解によることになる。

注

- (1) 我妻栄『新訂債権総論』(一九六四年、岩波書店) 一三九頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二年、悠々社) 五一頁、於保不二雄『債権総論(新版)』(昭和四七年、有斐閣) 四八頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』(二〇一七年、信山社) 二三四頁、中田裕康『債権総論(新版)』(二〇一一年、岩波書店) 五〇頁、小野秀誠『債権総論』(二〇一三年、信山社) 四二頁。柚木馨(高木多喜男補訂)『判例債権法総論(補訂版)』(昭和四六年、有斐閣) 一四三頁。
- (2) 判例としては、最判昭和三七年九月四日民集一六卷九号一八三四頁、最判昭和五八年九月六日民集三七卷七号九〇二頁(弁護士費用)。学説としては、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(一九四〇年、日本評論社) 二〇八頁、加藤一郎『不法行為(増補版)』(一九七六年、有斐閣) 二一九頁、幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為』(平成五年、有斐閣) 二四六頁、四宮和夫『不法行為(下)』(一九八五年、青林書院) 六三六頁以下(なお、不法行為の時より後に物が騰貴した場合にはその騰貴の時から遅延賠償を付するのが妥当であるとするが、四宮は不法行為時からその基準時までには損害発生当時の価格による損害額について、その基準時以後はその基準時の価格(騰貴価格)による損害額についてそれぞれ遅延損害金を付すとする(五七二頁))。
- (3) さらに悪意の受益者に関する七〇四条と均衡をとるといふこともこのように解する根拠の一つとできよう。
- (4) 法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会民法議事速記録二』(昭和五九年、商事法務研究会) 九二頁における起草者

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか(益井)

(梅謙次郎) の見解もそのようになっていた。こうした見解に異を唱えるのが磯部四郎であり、弁済期後でも約定利息の効力は弁済するまで続くのが我が国のこれまでの慣習ではないかという(同九二頁および九三頁における磯部の発言)。

(5) 不法行為の場合に、不法行為時から遅延利息が付くというのが判例・通説であるが、通説に対する的確な批判としては、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(平成六年(部分補正)、弘文堂)一六五頁以下が重要である。なおこの問題については別稿で詳細に論じることにするが、必要に応じてこの点にも若干触れることにしたい。

(6) 本条で填補利息、遅延利息のどちらも重利が禁止されるのであるが、それぞれの意味については、「填補利息トハ債務者其金銭ヲ利用シ債権者ハ其間之レカ収益ヲ失フニ由リ其ノ填補即チ債権者カ其利用ヲ失フタルヲ填補スルカ為メニ払フ所ノ利息ヲ云フナリ遅延利息トハ其期限ニ至リ弁済ヲ為サザリシニ由リ其賠償トシテ払フヘキ利息ヲ云フ」(井上操『民法詳解 人権之部』(寶文館、明治三年)三六五頁)とか、「填補利息トハ債権者カ元本タル金銭ヲ債務者ニ交付シタルニ因リ失ヒタル利益ニ「ヲ?」填補スルノ賠償即チ利息ヲ謂フ即チ履行ノ遅延ニ対する賞金ナリ故ニ貸金ニ利息ヲ付シタルキハ其利息ハ即チ填補利息ナリ」(井上正一『民法正義 財産編第二部卷之壹』(明治二四年、新法注釈会)五七一頁)と述べていていまひとつ意味が明確でないが、ポアソナード先生訓定、富井政章先生校閲、本野一郎・城数馬・森順正・寺尾亨『日本民法』(明治23年)義解 財産編 第四卷 人権及ヒ義務』(平成一〇年復刻、信山社)八五七頁が「利息ノ利息ニ至テハ之ヲ生セシムルノ原因如何ニ從ヒ或ハ填補タリ或ヒハ遅延タリ即チ其合意ヨリ生スルトキハ填補ニシテ請求ニ因リ生スルトキハ遅延ナリトス此差異ノ結果タル利息ノ割合ニ関スルモノナリ即遅延利息ハ法律上ノ利息ノ割合ヲ超過スルヲ能ハサルモ填補利息ハ合意上ノ利息ノ割合ニ從フヘキナリ」として先のものに合わせて読むとその意味が明確になる。

(7) 井上正一『民法正義 財産編第二部卷之壹』(明治二四年、新法注釈会)五七五頁以下。

(8) 法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会民法議事速記録三』(昭和五九年、商事法務研究会)二八頁。

(9) 廣中俊雄編著『民法修正案(前三篇)の理由書』(昭和六二年、有斐閣)三三六頁。

(10) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編』(大正元年、有斐閣)二六頁。

(11) 梅謙次郎『民法債権』(発行年不明、法政大学発行)九四頁。また、梅謙次郎『民法原理 債権総則』(明治三五年一二月

全部完結) (平成四年 復刻版、信山社) 一〇四頁では「二年ヲ過キ尚ホ其支払ヲ怠ルハ甚シキ怠慢ナルヲ以テ之ニ重利ヲ付スルモ可トセリ」という。

(12) 富井政章『民法原論第三卷債権総論上』(昭和四年、有斐閣) 一七二頁以下。

(13) 梅謙次郎『民法原理 債権総則』前注(10)一〇三頁では、「旧民法等ニ於テハ損害賠償ノ性質ヲ有スル所謂遅延利息ニ付テモ等シク裁判上ノ請求又ハ債務者ノ同意ヲ必要トセルカ故ニ損害賠償ニ付キ此ノ如キ主義ヲ取ルトキハ理論上重利ニ付テモ同一ノ条件ヲ必要トスルハ或ハ理由アルヘシト雖モ此事タルヤ元来甚シキ誤謬ニシテ新民法ニ於テハ其場合ニモ等シク期日ヲ過クレハ直チニ利息ヲ付スルコトトセリ故ニ重利ノ場合ニモ一定ノ時期ヲ過クレハ当然利息ヲ生スルモノトセリ然レトモ一定ノ時期即チ一年ノ期間ヲ過クルコトヲ必要トシタルニ付テハ」排利主義を加味したとの疑いがあるが、それは慣習や当事者の通常の意味を推測して現行の四〇五条は作られていることを説明する。そうすると、遅延利息が支払われない場合にも期日を過ぎれば利息を付すことになるというのは、四〇五条の規定により処理されることになる。

(14) 石坂音四郎『日本民法債権総論上巻』(大正一〇年〔合本〕、有斐閣) 五一六頁、勝本正晃『債権総論上巻』(昭和五年、巖松堂書店) 二四四頁、我妻栄『新訂債権総論』前掲注(1)四八頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』前掲注(1)五五頁、於保不二雄『債権総論(新版)』前掲注(1)五一頁、柚木馨(高木多喜男補訂)『判例債権法総論(補訂版)』(昭和四六年、有斐閣) 五七頁以下。

(15) 柚木馨(高木多喜男補訂)『判例債権法総論(補訂版)』前掲注(14)一四四頁以下、石田文次郎『債権総論』(昭和二二年、早稲田大学出版部) 四四頁、松坂佐一『民法提要 債権総論』(昭和二二年、有斐閣) 七三頁(後に説を②に改めている)。

(16) 勝本正晃『債権総論上巻』前掲注(14)二七五頁、我妻栄『新訂債権総論』前掲注(1)一三九頁、於保不二雄『債権総論(新版)』前掲注(1)一五一頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』前掲注(1)一四二頁、松坂佐一『民法提要 債権総論 第四版』(昭和五七年、有斐閣) 七八頁、河原小次郎『民法第四百五条と遅延利息に就て』法律新聞二八〇号四頁。

(17) この説を具体的に主張しているものは見つけられなかったが、奥田昌道『債権総論(増補版)』前掲注(1)一四二頁でこうした考え方が挙げられている。不法行為における遅延利息には遅延利息がつかないという形で処理されてきた多くの判例が

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか(益井)

この考え方に立っているものといえよう。

(18) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』(二〇一七年、信山社) 二四三頁。

(19) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』(前掲注(4)) 一六五頁以下。

(20) それ故、この点については上告理由として主張されず(上告理由のうち民集では省略となっている部分にあるのかもしれない)が見出すことはできない)、上告審である最判平成七年六月二三日民集四九卷六号一六〇〇頁ではこの問題は取り上げられていないのである。

(21) この判例評釈としては、川角由和・判例評論六九六号一三頁、大久保邦彦・私法判例リマーク55(2017(下)) 一八頁がある。

(22) 一部弁済提供・供託は原則的には無効であるが、交通事故に基づく損害賠償請求訴訟の控訴審において、一審判決によって命じられた損害賠償金の全額の弁済の提供および供託は、損害賠償債務の全額に満たない場合でも原則として有効である(最判平成六年七月一八日民集四八卷五号一一六五頁)。しかし、これは提供・供託された金額が、一審判決によって命じられた額で、一定の客観性が担保されている場合にのみ認められると考えられている(田中豊・最高裁判所判例解説民事編平成六年度四七四頁)。金額に争いがある場合につき供託できるものとしては、借地借家法一条二項、三二条二項があるが、こうした立法的解決がなされていない場合には一部供託は無効と解されている(我妻・前掲注(1)三〇九頁)。交通事故訴訟における賠償額の算定は、赤い本等によってかなり客観的に算定されるものとなっており、それに基づいた金額を提供・供託できないように思われる。そうでないとしても、平成二六年度改正会社法によって設けられた「株式買取請求に係る株式等の価格決定前の支払制度」におけると同様の処理をなすことが、交通事故の場合にもできるのではなからうか(この制度により、会社側は公正と認める額を反対株主側に支払うことができ、また反対株主側が受領を拒絶した場合には弁済供託できるため、これにより当該支払額に係る支払日後の利息を免れることができる(野村修也「組織再編―株式買取請求・差止請求―」ジュリスト一四三九号六〇頁(二〇一二年)、坂本三郎編著『一問一答 平成26年改正会社法(第2版)』(二〇一五年、商事法務)三三一頁、野村修也・奥山健志編著『平成26年改正会社法』(二〇一四年、有斐閣) 一二八頁以下、岡伸浩編『改正会社法・

施行規則等の解説』(二〇一五年、中央経済社) 二二二頁、太田洋・高木弘明編著『会社法改正と実務対応(改訂版)』(二〇一五年、商事法務) 二七〇頁)。こうした解釈論をとることができない場合には、立法的な手当てが必要となろう。なお不法行為の損害賠償一般についてこのように解釈していいかはなお検討を要する。

(23) これを徹底すると口頭弁論終結時から遅延利息が発生することになるが、訴訟の遅延等のことを考えた場合、期限の定めのない債務であるから四一二条三項により請求時から遅延利息を付すべきであろう。

(24) 前掲注(21)の後半部分を参照。つまり相手からの損害賠償の請求時から遅延利息が付くことになるので、その時に適切と思われる金額の提供・供託ができるようにすべきである。

(25) 不法行為の場合いつから遅延利息が付くかに関しては、別稿を予定しているが、今のところ期限の定めのない債務として請求時から遅滞に陥ると考えている。この問題に関しては、藤原弘道「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期(上)(下)」判タ六二七号二頁、六二九号二頁(一九八七年)および若林美奈「不法行為による損害賠償債務は遅滞に陥る時期・試論―損害論からの再検討―」立命館法学三六三―三六四号一〇二二頁(二〇一五年)が重要である。なお、不法行為時から遅延利息が発生するとともにそれに四〇五条の適用を認めるとすると判例⑤⑥にあるようにその遅延利息の額があまりに大きくなりすぎるように思われる。

(26) 森島昭夫『不法行為法講義』(一九八七年、有斐閣) 四一七頁、藤原・前掲注(23)「損害賠償債務とその遅延損害金の発生時期(下)」六二九号二頁以下。

(27) 平井・前掲注(4)一六六頁。

(28) 潮見佳男『不法行為法』(一九九九年、信山社) 二六七頁。

(29) 立木を無断伐採し売却した事案につき不法行為時から遅延利息が発生するとしているが、この判旨によると物が滅失した場合の遅延利息の実質は利用利益の喪失であり、それを抽象的損害算定したものが利息として認められているのである(大判大正三年六月二四日民録二〇輯四九三頁)。これは、ドイツ民法(BGB) 八四九条「物の侵奪によりその価値を、または物の毀損によりその価値の減少を賠償しなければならぬときは、被害者は、価値決定の基礎となるべき時より賠償すべき額の利

不法行為に基づく損害賠償の遅延利息に遅延利息は付くことになるか(益井)

息を請求することができる。」に言う利息と同じである。この条文は、具体的にその物の利用可能性が喪失したことの賠償を主張することもできるが、その立証が難しいので、物の利用可能性が奪われたことを抽象的に損害算定して最小限の賠償として利息を請求できるとしているのである (J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen (2015) (Wagner), § 849 Rn.1)。金銭もこの条文に言う物である (BGHZ 8,288,298 = NJW 1593,499,500f)。

(30) 最判昭和五五年一月一八日民集三四卷七号八八八頁。

(31) もっとも遅滞に陥る時期を四一三条三項により請求時と考えているので、請求された時に、適切と思われる額を提供し、相手方がそれを拒んだ場合は供託できることになる。不法行為時から生じるのは利用利益の喪失を抽象的に損害算定した場合に利息を最低限の賠償として認めるのであり、同じ利息と言いながらも性質の異なるものである。

(32) 判時一六九二号一六二頁。

(33) もっとも最高裁は、新ホフマン式(単利)でもライブニッツ方式(複利)のいずれの方式も不合理でないとしている。これは単純に単利か複利かという問題以外に算定の基礎となる額(貸金センサスの平均貸金額)をどのようにとらえるかとも関連しており、問題は単純ではない。そのやり方には、①全年齢平均額とライブニッツ方式(最判昭和五六年一月八日交通民集一四卷五号九九三頁)②全年齢平均額と新ホフマン方式、③初任給平均額とライブニッツ方式(最判昭和五三年一月二〇日民集三三卷七号一五〇〇頁)、④初任給平均額と新ホフマン方式(最判昭和五四年六月二六日交通民集一二卷三三六〇七頁)がある。②は算出される額が大きくなるため実務ではほとんど採用されなかったが、最高裁は②の方式を採用しても直ちには不合理とは言えないとしている(最判平成二年三月二三日判時一三五四号八五頁、最判平成二年六月五日判時一三五四号八七頁)。

(34) 前掲注(4)(24)を参照。

船員法の性質論

——船長の権限・船内規律規定を中心に——

南
健
悟

第一章 問題の所在

第一節 船員法の性質論の展開

第二節 問題提起

第二章 船員法の制定過程

第一節 船員関係法令制定時の海上労働

第二節 船員法の制定過程

第三章 イギリス法における議論

第一節 船長の船内規律権限の背景・根拠

第二節 船長の船内規律権限の限界

第三節 小括

第四章 船員法の性質論を超えて

第一節 イギリス法からの示唆

第二節 船員法の性質論を超えて

第一章 問題の所在

第一節 船員法の性質論の展開

「船員法は海上労働法といえるか？」という命題は、船員法の性質に係る問題を端的に示すものといえる。一般的な教科書によれば、船員法は、海上において多くの危険にさらされ、家庭生活から離れて生活をする船員の労働は、陸上の労働にはない特殊性があり、こうした船員労働の特殊性を考慮し、一般の陸上労働者に適用される労働法の多くを適用除外したうえで、賃金、労働時間など、船員の労働条件に関する労働者保護規定をおき、さらに、船長の職務権限及び船内規律に関する規定など、船舶航行の安全確保を目的とした規定も含むものであるとされる。⁽¹⁾つまり、船員法に関して、しばしば指摘されるのは、第一に、海上労働法としての性質と、第二に、海上警察法としての性質の二つの性質を有するものということである。このような二分論が生じる背景として、船員法第二章及び第三章のそれぞれの規定の性質論がある。船員法第二章は、船長の職務及び権限について定め、他方、第三章は船内の規律について定めており、いずれの章も、海上労働法としての性質とは一線を画しているということが、このような二分論が生まれた背景となっているといえよう。

このような性質の異なる規定が含まれている船員法について、従来、学説は、第一に、それでもなお、船舶共同体論を前提として、基本的には海上労働法として位置づける見解、他方で、海上警察法として捉える見解、さらには、そもそも第二章及び第三章は強制労働法であつて削除するか、一部を制限的に解すべきであるとして海上労働法としての性質をより強固なものとして捉える見解などが唱えられてきた。

まず、船舶共同体論を前提として海上労働法として位置づけられるとする見解は、以下のようなものである。すなわち、まず、船舶共同体論とは、海上労働者は、単にその労務につくことにより、船舶を中心とする労働共同体に入るだけではなく生活共同体に入ること強制させられるという特殊性を有する。そして、海上労働は、海上労働者を含めて多数の人命や財貨の安全と密接な関係を有することから、船舶共同体の安全確保の社会的要請が強く現れ、船舶の船舶権力の下に構成させられる厳格な軍事的規律が要求され、支配的関係を有する^②。そして、その船舶共同体論を前提に、船内規律の確保は、海上危険にさらされている船舶という職場の安全確保として捉えられ、これもまた一種の労働者保護法の一つの任務とする立場である^③。更に、同じく船舶共同体論を前提にしつつも、第二章及び第三章の規定は、直接、船員労働の保護を目的としたものではなく、労働保護法の性格を有する^④とは言いがたく、基本的に船内規律に関する規定は、船舶内の警察権に関する規定であるとする立場もある^④。この立場からは、船長の指揮命令権についても、船舶は海洋においては国の一部とみなされるものとの立場を引用しつつ、船内にある者に対する必要な命令権として位置づける^⑤。他方で、船舶共同体論を前提とすると、船員の義務が船舶共同体に対するものであつて船主に対するものではないとするのであれば、それは労働関係における義務とはいえず、また船舶の安全を第一の目的とするならば、その結果、職場の安全が守られたとしても、それは反射効に過ぎず、船員保護法として位置

づけるのは無理であると指摘しつつ^⑥、海上労働の安全と衛生は、職場たる船舶の安全、作業の安全と衛生、居住の安全と衛生、一定の船内秩序の維持に分けられ、それらは乗組員の集団によって自己完結的に確保されなければならないとの特殊性等に鑑みて、通常の安全衛生規則(法)のほかに定めたものが船員法第二章及び第三章であるとする有力な見解が提唱されるに至った^⑦。ただ、いずれも、これらの見解は、船員法をできる限り統一的な法体系の下で、説明しようとする点において共通している。

第二節 問題提起

以上の各見解を一瞥するに、海上労働の実態を適切に把握し、船員法第二章及び第三章について、船員の安全衛生規定として捉える見解は、船員法の性質論を考える上で非常に説得力を有するように思われる。しかしながら、この見解に対しては素朴な疑問がどうしても残ってしまう。確かに、船内労働の安全性の確保という観点で捉えることができる規定は数多く存するが、他方で、船長の権限は旅客に対しても及んでおり(例えば、七条、二七条)、必ずしも船内労働の安全性の確保という観点だけで捉えることができないのではないか、とも思われるのである。この点、船員法第二章の保護法益という観点から、積荷や船舶も救助されるが、反射的利益に過ぎず、旅客については、船員と旅客の身体生命の法的価値が同じであること、船員の存在しない旅客船はないこと、本来旅客の安全性の確保については、海上運送法で定めるべきであることから、あえて保護法益とする必要はないと指摘されているが、船員法上、明示的に旅客に対する権限行使等も認められていることからすれば、やや技巧的に過ぎるように思われる。直截的に旅客に対する権限行使についても何らかの法的根拠を認めるべきであるようにも考えられる。

加えて、そもそもこのような船員法の性質論について、統一的に把握する必要があるのか、それ自体についても改めて検討しなければならないように思われる。というのも、確かに、船長の公法的な職務権限や船内規律に関するものは、治安警察法的、監督取締的な発想ではなく、人命、船舶の安全を維持するためには、航行組織体として何が必要であるかという観点から、それらの規定を船舶職員法等において定め、職業としての船員保護法として純化すべきであるとの意見も根強い⁹⁾。しかし、既に船員法が船舶職員及び小型船舶操縦者法（以下、船舶職員等法という。）とは別に肥大化しているという現実を考えると、純化すべきであるとの意見は適切ではある一方で、それよりも各個別の規定の趣旨からより緻密化していくほうが生産的ではないだろうか。詳細は後述するが、日本の船員法は、イギリス商船法の影響を多分に受けていると思われるが、イギリス商船法は、必ずしも統一的な体系の下で規定が配置されているわけではない。運送契約法的な規定から日本における船舶職員等法のような規定も有するイギリス商船法に強い影響を受けているといわれている日本の船員法を、統一的な体系の下で把握しようすること自体が、最早困難ではないだろうか。そこで、本稿は、船員法の立法継受の展開と船員法の母法の一つと考えられるイギリス法における船長の船内規律権限の性質に関する議論を参照して、単に船員法の性質論の問題として、船長の権限や船内規律に関する規定を考えるのではなく、それらの規定の根拠を明らかにし、船員法において海上労働法としての性質を有していない部分は存在するのかなどについて考察する。なお、考察の順序として、まずは船員法の制定の背景と過程について概観し（第二章）、その上で、日本の船員法に多大な影響を与えたイギリス法における議論を船員法第二章及び第三章に関する部分を中心に紹介し（第三章）、それを踏まえて、日本法への示唆を得る（第四章）。

第二章 船員法の制定過程

第一節 船員関係法令制定時の海上労働^⑩

まず、本節では船員関係法令制定時、すなわち明治期における海上労働の実態や海運政策等がどのようなものであったのかについて触れておきたい。というのも、船員法及びその前身となる西洋形商船雇人雇止規則がどのような時代に制定されたものであるのか、その背景を知る必要があるからである。

明治維新当時の日本の船舶はほとんどが日本形船であったことから、^⑪ 外航海運だけではなく内航海運においても英米の外国船社が、西洋形帆船及び汽船をもつて、沿岸貿易に従事していた。^⑫ 明治二年(一八六九年)には、明治政府は太政官布告を発して、西洋形船の充実奨励を求めた。^⑬ ところが、実際には資本蓄積が乏しく、操船技術の未熟さから、西洋形蒸気船を用いた近代的な海運企業は期待できなかつた。^⑭ 当時既に、アメリカの太平洋郵便汽船会社であった American Pacific により、サンフランシスコと香港間の航路が設定されており、その後、日本沿岸航路の独占を意図して、同社は明治三年(一八七〇年)に横浜、神戸、長崎を経て上海に至る定期航路を開設して太平洋沿岸における貨客輸送を掌握していた。^⑮ この頃、政府監督の廻漕会社が設立されるものの、日本人船員の技術の未熟さから、外国人を高級船員として使用することによる船員費の増大もあつて経営は上手くいかなかつた。^⑯ 他方で、民間企業としての海運業は、岩崎弥太郎による土佐開成社(後に、九十九商会、三川商会、三菱商会、三菱汽船会社、郵便汽船三菱会社へと改称)の設立により、横浜上海間の定期航路が開設された。^⑰ さらに、明治九年(一八七六年)には三井物産会社が設立され、同一二年に海運業へと乗り出した。^⑱ その後、明治十九年(一八八六年)には長崎天津間、明治二六

年（一八九三年）には、ボンベイ航路の設定と続き、いずれも国家による手厚い補助の下で成功し、加えて、ヨーロッパ、北米、オーストラリア航路も開設されるなどしていった。⁽¹⁹⁾

このような海運業の発展の一方、船員については問題が生じていたとされる。西洋形船舶（特に汽船）については、在来の日本形船の船員では支障も多く、高級船員は、ほとんど全部が外国人で、普通船員（日本形船の船員）は汽船に必要とされる知識経験を欠くなどの問題が生じていた。⁽²⁰⁾そこで、明治八年（一八七五年）には郵船汽船三菱会社商船航海学校の設立や明治一三年（一八八〇年）の海員掖済会の設立により船員養成がなされるようになっていくことになる。⁽²¹⁾さらに帆船から汽船への発展による、海上労働の変化もあった。⁽²²⁾より具体的にいえば、江戸時代の船員の数は、そう多数ではなかったこともあり、明治期の西洋形汽船船員は農民から創出されたが、西洋形汽船による海上労働は、帆船とは異なり、自然の力に依存するものではなく、また、農業と異なり、労働者として他人に従属しなくてはならないことから、価値観・行動準則の変更、労働能力として技術学的・体系的な知識も必要となったと指摘される。⁽²³⁾そのような背景の中で、言葉や約束だけでは不十分であり、労働者に対する刑罰の必要性があったといわれる。⁽²⁴⁾そして、明治維新前における船員に対する評価でも「海員は社会最下層の業として視られている時代であったため、其の素質は劣等を極め、賭博、偷盗、喧嘩等は尋常茶飯事の如く行はれ、従つて海員統制は事実容易の業ではなかつた」⁽²⁵⁾とされ、明治期においては船員の訓練陶冶により、近代的な労働者に仕立てるための政策が喫緊の課題とされていた。⁽²⁶⁾このような背景の下で、船員法の前身である西洋形商船海員雇入雇止規則が制定されていくのである。

第二節 船員法の制定過程

ところで、西洋形商船海員雇入雇止規則が制定される前に、船員に関する内務省伺が出されている。その内務省伺によると、①船主は「毎海員ヲ虐役シ」、勝手に解雇したり賃金不払いをなす、②海員は徒党を組んで、船長を脅したり仕事をしないで出帆を遅らせたりする、③経歴証明がないので賃金が必ずしも能力で決定されていない、④犯罪を犯しても他船に逃げて「発覚ヲ免カルル」者もいる、と説明し、このような状況を改めることは「目下航業保護ノ要務」とし、英米の法令を模して実施したいが、現状では、そのままを実施するのは困難であるとして、簡易的なものではあるが同規則を制定したとされる。⁽²⁷⁾そして、明治二十二年(一八七九年)に西洋形商船海員雇入雇止規則が制定されることになる。同規則は、海員の雇入及び雇止に関する規則である一方、次のような規定も含まれ、船員の取り締まりを主としたものであったと指摘される。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾その中心的な規定が、同規則一〇条及び一一条である。

西洋形商船雇入雇止規則

第十条

「船長ノ指図ヲ背ク者許可ヲ得シテ上陸シ又ハ許可ノ時限ヲ過キテ帰船スル者(第十一条ノ脱船者ニアラス)本務ヲ怠ル者喧嘩口論ヲ為ス者酩酊スル者私ニ銃器刀槍或ハ酒類ヲ船中ニ貯フ者ハ毎回其給金三日分ヨリ多カラサル額ヲ違約金トシテ雇主之ヲ収メ且其銃器刀槍或ハ酒類ヲ取上ルヲ得ヘシ」

第十一条

「船中ニ於テ徒党ヲ謀ル者船長ヲ却ス者脱船スル者（雇入期間内ニ逃亡スル者ヲ云）ニ其事情ニ因リ百日以内ノ懲役ニ処ス若シ船体船具ヲ毀傷シ又ハ載貨ヲ使用スル者ハ其実価ヲ償ハシムルノ外本条ニ依テ其罪ヲ科スヘシ」

これらの規定を見るに、①船長の指図に従わない者、②上陸許可なく上陸したり、許可の時間を過ぎたりした者、③職務懈怠者、④喧嘩した者、⑤酩酊者、⑥銃器等所持者、⑦酒類所持者に対する違約金等や、さらに⑧徒党を組む者、⑨船長に刃向かう者、⑩脱船者に対しては損害賠償のほか刑事罰も科せられる可能性があったことがわかる。そして、刑事罰をもって対処しているように、船内における規律がこの段階から既に重視されていたともいえよう。そして、この規則は、前述したように、後に英米法を模範にした立法を望むこととされているように、一八五四年イギリス商船法に範をとったものと考えられている³⁰。その後、明治三三年商法（旧商法）がロエスレルにより起草され（施行延期）、明治三三年商法及び船員法（明治三三年船員法）の制定に伴い、西洋形商船雇入雇止規則は廃止され、船長及び海員に関する規定は、それぞれの法律へと吸収されていくこととなる。

船長の権限及び船内規律に関する規定に関して述べれば、明治三三年船員法は以下のような規定をそれぞれ置く。

明治三三年船員法

第十三条

「船長ハ海員ヲ指揮、監督シ及ヒ船中ニ在ル者ニ対シ其職務ヲ行フニ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得」

第三十六条

「左ノ場合ニ於テハ船長ハ海員ヲ懲戒スルコトヲ得

- 一 海員カ上長ニ対シテ尊敬又ハ従順ノ道ヲ失ヒタルトキ
- 二 海員カ其職務ヲ怠リタルトキ
- 三 海員カ他ノ海員ノ職務執行ヲ妨ケタルトキ
- 四 海員カ喧争シタルトキ
- 五 海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ船舶ヲ去リタルトキ又ハ船長カ指定シタル時マテニ帰船セサリシトキ
- 六 海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ点火又ハ焚火シタルトキ
- 七 海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ端艇ヲ使用シタルトキ
- 八 海員カ食料又ハ飲料ヲ濫費シタルトキ
- 九 海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ酒類ヲ所持スルトキ又は吸煙シタルトキ
- 十 海員カ酩酊シテ事ヲ省セサルトキ
- 十一 其他海員カ船中ノ秩序ニ反スル行為ヲ為シタルトキ

第四十二条

「海員カ人身又ハ船舶ニ危害ヲ及ホスヘキ行為ヲ為サントスルトキハ船長ハ必要ノ期間内其海員ノ身体ヲ拘束スルコトヲ得」

第四十四条

「船長ハ必要アルトキハ旅客其他船中ニ在ル者ニ対シテモ前二条ニ定メタル処分ヲ為スコトヲ得」

これらの規定を見ると、現在の船長の権限や船内規律に関する規定は、明治三二年船員法とほとんど変わっていないといえよう。すなわち、同規定は、その後の昭和一二年船員法へとほぼ変わらないまま引き継がれていき³¹、現行船員法の規定として残っているのである。

そうすると、船長の権限や船内規律に関する規定の立法経緯について鑑みれば、前述のように、当時の船員の気風等が懸念視されており、船内規律のため、そして船舶の安全性を確保するため、刑事罰をもってこれに対応したものと考えられる。明治三二年船員法はそれをより具体的かつ詳細に立法したものと考えられる。では、このようなより具体的かつ詳細な規定はどこからきたものだろうか。西洋形商船雇入雇止規則が前述したように、一八五四年イギリス商船法を模範としており、また、当時のイギリス商船法でも、船内規律に関する規定についてほぼ同様の規定を有していること³²に鑑みれば、イギリス商船法の影響が非常に大きいのではないかと思われる³³³⁴。そこで、これらの船長の船内規律権限について、日本の船員法が影響を受けたと考えられるイギリス商船法及びイギリスの海事判例を一つの素材として、船員法上の船長の船内規律権限について検討することとする。

第三章 イギリス法における議論

第一節 船長の船内規律権限の背景・根拠

日本の船員法がイギリス商船法による影響を受けていることに鑑みて、本章では、一九世紀におけるイギリス商船法における船内規律に関する規定の議論状況を踏まえて、船長の船内規律に関する権限の根拠や性質等について考察することとする。

一七世紀から一八世紀にかけてのヨーロッパにおける海外探査や植民地化は、大量の乗組員がいる帆船を数多く必要とした。そのため、その時代の帆船は大量の船員が必要とされたことから、囚人が船員として雇われたり、酒に酔った者が無理矢理に乗船させられたりするなどしたといわれている。そのため、当時の商船の乗組員は、剛腕で、荒々しく、反抗的であったとされる。そこで、船舶所有者及び船舶職員は、乗組員に対して秩序を維持するため、圧制的な手段で統制していた。それゆえ、当時は、商業海運の利益保護に偏り、その一つとして荒々しい船員に対する統制というのが重視されていたといわれている。³⁵⁾

ところで、船長の船内規律のための権限の行使を必要とするような緊急事態は、船内における船員等による一斉蜂起から旅客同士の口論までであると指摘されていた。³⁶⁾そして、一九世紀のイギリス商船法³⁷⁾においては船長の船内規律に関する権限が明確に定められていたわけではないが、船長の当該権限行使を行う場合には、航海日誌に、当該事実を記録しなければならず、その場合にのみ海員等に対して制裁を加えることができるとされていたことから、船長が当該権限を有していることが前提と考えられていた。すなわち、船長の船内規律権限は、現在に至るまで、コモンロー

上の権限として認められてきたのである。⁽³⁹⁾ さらに、この権限は、船長の海員に対する権限だけではなく、旅客に対する権限としても認められてきたとされる。⁽⁴⁰⁾

では、そのような船長の船内規律権限は、具体的にどのような根拠に基づいて認められていたのだろうか。そもそも船長は、航海を適切に実行し、船舶と積荷の安全性を確保し、船内にいる者の人命、健康及び快適性を提供することが義務付けられ、そのためにも船内の厳格な規律を維持する必要があると考えられていた。そして、その本質は、船長による船内規律権限は航海の安全や船主・旅客・積荷のためであると指摘されてきたのである。⁽⁴¹⁾ つまり、船内規律は航海の安全の前提と考えられていたのである。⁽⁴²⁾

このような前提を踏まえつつも、船長の船内規律権限の根拠については、当初は、経済的な家父長権の一部として捉えられていたが、⁽⁴³⁾ その後、「海上の船舶はそれ自体小さな王国である」⁽⁴⁴⁾ との考えから、国王の権限の一部としても考えられた。すなわち、船長の権限の根拠は、軍隊における「統治、秩序及び規律の必要性」と共通するものであるが、ただし、船長の権限は、国王の臣民の自由と海運及び国王の恩恵に対する適切な考慮という観点から、警戒心をもって権限を行使し、かつ、船舶及び航海の安全に必要な限度に厳しく制限されるとの指摘がなされた。⁽⁴⁵⁾ さらに、船舶の職員の軍队的な特徴という単純な理解を否定しつつも、海軍の職務やその習慣・慣習から導かれる特別な権限であり、海上における困難性や危険性に遭遇するような関係に認められる権限であるとする見解もあつた。⁽⁴⁶⁾

このような議論がある中、船長の船内規律権限に関する一般論を提示した *Agincourt* 号事件判決において、*Stowell* 卿は「重大な職務違反がある場合、商船の船長には、職務怠慢の海員に対して体罰を加える権利を有する。そして、その権利はイングラント法で認められている」としつつも、それには一定の制約があるとし、その範囲との

関係で、「この問題についての法令上の規定は存在しない。商船船員に関連する法令はこのことについて何も語っていない。その権威は、裁判所による判決によってのみ認められている。そしてそのようなことから、以下のこと〔①制裁は穏当なものでなければならぬこと、②適切な聴聞手続を経た上で制裁が行わなければならないということ―筆者註〕については充分に確立したルールとなつていふと考える」と述べ、その必要性及び裁量に基づく「船長固有の権限」であると判示する⁴⁷。

しかしながら、一九世紀中葉以降、上記のような国王権限や家父長権、さらに軍法とのコロラリーとして考えられてきた船長の船内規律権限は、契約法的な根拠から説明されるようになる。すなわち、船内にいる者のうち、海員については海員が職務を行うに当たつて通常なされる契約により、船長による船舶の航海に関する法令上のすべての事項における命令に従い、船内規律を維持する義務が明示的に約されると説明されるようになる⁴⁸。加えて、船内にいる者のうち、旅客に関しては、船長は法令上、船舶の安全、乗組員の適切な秩序、または船上のすべての安全に必要なものを明示的に契約関係にある船主に対してだけでなく、到着地まで運送すると約束した者に対して、船長に服するといふ黙示の契約条件に基づいて権限を行使し得ると説明される⁴⁹。このような契約法的な船長の旅客に対する権限の根拠については、実際に裁判例の中でも指摘されている。例えば、King v. Franklin 事件判決においては、「船長は旅客及び乗組員に対して絶対的なコントロール権を有する。旅客との契約には、船長が旅客を運送し、乗船させ、宿泊させなければならないが、旅客の方も船長の合理的な命令すべてに従わなければならないことも含まれている」と判示されている⁵⁰。また、秩序を乱す旅客とそれ以外の旅客との関係から、船長が他の旅客への快適さの提供をしなければならぬことの裏返しとして、秩序を乱す旅客を隔離する権限があるといふ⁵¹、現代の日本における安全配慮義務

類似の発想もみられる。

第二節 船長の船内規律権限の限界

前節で述べたように、船長の船内規律権限は船員及び旅客との契約に内在する権限として根拠づけられていったが、他方で、この権限の限界についても議論の対象ともなっていた。例えば、国王の権限や経済的家父長権に基づく権限であれば、かなり広範な裁量を当該権限行使に当たって船長は有しているというような形で、ある程度、説明できるかもしれないが、一方で、海上労働契約や旅客運送契約に基づくものであれば、そこまで広い裁量が認められるわけではないとも考えられる。

確かに、船長の船内規律権限は、子供に対する親の権限や、奉公人に対する主人の権限と類似しているとも指摘される⁵²。しかしながら、この権限の行使に当たっては、慎重にならなければならないのが船長の義務であり、惨たらしい仕打ちや圧制の口実としてはならないとされてきた⁵³。そのため、船長のこの権限は、合理的かつ適法な命令に従わなかった者による無秩序、粗暴又は尊大な行為をした者に対してのみ行使でき、節度をもって、秩序違反行為と同程度の内容でなければならぬと考えられていた⁵⁴。古くは、この権限の行使に関して、フランスのオルドナンスでは、「酒に酔って服従しない海員、仲間を虐待する者又は他の同様の過ちを航海中に行つた者」に対して、操舵手と航海士の同意があつた場合にのみ認められていたとされ、権限行使は限定的とされていた⁵⁶。そして、イングランドの法はそのような同意を不要としつつも、一部の例外を除き、船長が怒りに任せて懲戒権を行使することを防ぐため、他の者の助言を受けべきであると考えられていた⁵⁸。また、前述したように、懲戒権を行使するためには航海日誌への記

録が義務付けられていた。そのため、船長の権限行使に当たっては、被懲戒者の利益のため、聴聞手続きを経なければ、当該権限行使は違法になると考えられていた。⁽⁵⁹⁾

では、どの程度の懲戒であれば適法とされていたのか。まず、一九世紀においては、体罰をしたこと自体は違法になるとは考えられておらず、ある程度の体罰は許容されていたようであるが、⁽⁶⁰⁾二〇世紀以降は体罰については認められないと考えられるようになった。⁽⁶¹⁾ それではどの程度であれば船長の権限の範囲内といえるかとされるか。この点、例えば、*Hook v. Cunard Steamship Co.* 事件⁽⁶²⁾では、*Queen Elizabeth* 号のラウンジスチュワートである X が、旅客のトラブルに関して不適切な行為をしたとして、同船船長 Y が、X を逮捕し監禁したうえで、後に解雇したという事案において、船舶の安全性及び秩序の維持という観点から不必要な懲戒であったとした。つまり、船長の権限の行使が合理的かつ必要な行為であったか否かという観点から裁量の存否が問題となるとされる。⁽⁶³⁾

第三節 小括

以上、日本法に強い影響を与えたといわれている一九世紀におけるイギリス法の船長の船内規律権限に関する議論を概観した。ここからわかることは、第一に、船長の海員及び旅客に対する秩序維持権限の行使は、契約法的な説明、すなわち、海上労働契約又は海上旅客運送契約を根拠とする見解が確立していたということ、第二に、当該船長の権限には一定の限界があり、権限行使に当たっては、①適正な手続の確保（聴聞手続き及び航海日誌への記録義務）及び②権限行使が合理的かつ必要な行為であったか否かという観点から裁量の範囲が決まるということである。そうすると、第一の点からすると、日本の船員法における船長の権限に関する規定が、イギリス法に影響を受けているということ

に鑑みれば、一つの見方として、あくまで海上労働契約及び海上旅客運送契約に基づくものであり、例えば、従来の学説における、海上労働の安全性の確保という観点からの説明は、海員に対する権限では説明し得る一方で、やはり旅客に対する権限では説明し得ないように思われる。したがって、もし、船員法を海上労働法として位置づけるのであれば、海員に対する権限と旅客に対する権限とを分けて議論する必要があるのではないだろうか。他方で、従来の通説的見解である船舶共同体という概念から説明する立場に対しても、必ずしもそのような概念を用いて説明する必要もないようにも思われる。

第四章 船員法の性質論を超えて

第一節 イギリス法からの示唆

日本の船員法が影響を受けたと考えられるイギリス商船法との関係で、判例法も含めて概観したところ、前述したように、第一に、船内の規律の維持により船舶の安全性を確保し、もって船舶の利害関係者（船主、荷主、旅客等）の安全を図ることが目的であったということとなる。そして、イギリス法においても、荒々しい船員に対する統制という側面を有していたことがわかる。その意味において、西洋形商船雇入雇止規則やその後続く船員法が労働者保護立法という側面を有しつつも、基本的に、労働者（船員）を統制する立法となっていたという評価は、⁶⁴ 妥当であるように思われる。なお、この点に関連して、明治三三年船員法における船員に対する統制が、船舶を国家（国土）の延長として、実力から放置される事態に対する対応として現れ、また海運独占の早期形成と絶対主義的天皇制を背景に

現れてきたとまでいえるかは一先ず措くとしても、船員の当時の状況から、このような立法が必要とされてきたというの、イギリス法及び日本法いずれも共通しているように思われる。それゆえ船内規律というのが重視されていたものと考えられる。

第二に、イギリス法においては、船長の船内規律権限や船員に対する懲戒は、いずれもその根拠等について紆余曲折はあったものの、基本的には海上労働契約に付随する権限として位置づけられていることがわかる。⁶⁶ 裏を返せば、海員は船長の適法かつ合理的な命令に従う義務を負い、もし当該命令に反したり、法が定める懲戒事由を惹起したりしたような場合には、当該義務に違反して懲戒されることになると考えられていることである。⁶⁷ このことを一般的・抽象的に捉えるのであれば、陸上労働における懲戒権の根拠ともそう大差ないようにも思える。⁶⁸ すなわち、最判昭和五二年一月一三日民集三一巻七号一〇三七頁〔富士重工業事件〕において「企業秩序は、企業の存立と事業の円滑な運営の維持のために必要不可欠なもので、企業秩序を維持確保するため、これに必要な諸事項を規則をもつて一般的に定め、あるいは具体的に労働者に指示、命令することができ、また、企業秩序に違反する行為があった場合には、その違反する行為があった場合には、その違反行為の内容、態様、程度等を明らかにして、乱された企業秩序の回復に必要な業務上の指示、命令を発止、又は違反者に対し精細として懲戒処分を行うため、事実関係の調査をすることができ、」と述べた上で、「労働者は、労働契約を締結して企業に雇用されることによつて、企業に対し、労務提供義務を負うとともに、これに付随して、企業秩序遵守義務その他の義務を負う」と判示している。このことは後の最判昭和五八年九月八日労判四一五号二九頁〔関西電力事件〕においても踏襲されている。陸上労働者の場合の懲戒権の根拠については、判例の立場にやや曖昧なところはあつたものの、懲戒権の根拠については労働契約から説

明可能な根拠に依拠しつつ、企業秩序維持という懲戒制度の目的に照らして適切妥当な有効要件を検討することが重要であり、判例法理は、こうした要請を包摂した立場であるとの理解もみられる。⁶⁹ 基本的には、船員も労働者であることからすれば（労契法二二条参照）、同じようなことが妥当するのではないだろうか。結局、船長の船員に対する懲戒権の根拠も、法令の規定はあるものの、元を正せば、海上労働契約によって根拠付けられるものであるように思われる。したがって、船長の海員に対する懲戒に関する規定などは海上労働法たる船員法に規定されていたとしても、大きな問題ではないように思われる。ただし、陸上労働の場合と同様に、海員に対する懲戒について、どこまでないうるのか、という限界については今後さらに検討していく必要がある部分だと考える。

しかしながら一方で、問題は旅客に対する船長の権限である。船長は旅客に対しても一定の権限等を行使しうるとされる。船員法七条は「船内にある者に対して自己の職務を行うのに必要な命令をすることができる。」と定め、二五条は「船長は、海員が凶器、爆発又は発火しやすい物、劇薬その他の危険物を所持するときは、その物につき保管、放棄、その他の処置をすることができる。」とし、二六条は「船長は、船内にある者の生命若しくは身体又は船舶に危害を及ぼすような行為をしようとする海員に対し、その危害を避けるのに必要な処置をすることができる。」と定めた上で、二七条で「船長は、必要があると認めるときは、旅客その他船内にある者に対しても、前二条に規定する処置をすることができる。」として、旅客等に対する権限行使が認められているのである。イギリス法では、これらの権限は海上旅客運送契約を根拠に認められるとする。つまり、前述のように、イギリス法では、海上旅客運送契約には、旅客は船長の適法かつ合理的な指揮命令に対して従う義務が含まれていると解されている。この点、日本法においても、海上旅客運送契約の締結により、船舶所有者（海上運送人）は、善良なる管理者としての注意をもつ

て旅客を安全かつ迅速に目的地まで運送することについて運送契約上の義務を負っていると指摘され、船内において旅客の一部が他の旅客に対して危害を加えるような場合には、当該義務との関係上、船長が権限を行使しなければならぬのであつて、当該旅客はその指揮命令等に従わなければならないことにならう。そうであれば、基本的に日本でもイギリス法と同様の根拠付けが妥当するよう思われる。したがつて、船長の旅客に対する指揮命令権等については、やはり海上労働法の一部と捉えることはかなり困難であるように考えられる。あくまで海上旅客運送契約によつて生じうる権限というように捉えた方が妥当であるように思われる。

以上のように考察してみるならば、少なくとも船員法第二章及び第三章の全ての規定について、海上労働法たる性質を有していると考えerことは非常に困難であるように思われる。さらに、第二章には、遭難船舶等の援助(一四條)、異常気象等の通報義務(一四條の二)、水葬(一五條)、遺留品の処置(一六條)、在外国民の送還等に関する権限(一七條)、船内書類備置義務(一八條)、航行に関する報告(一九條)や船長の職務代行(二〇條)を有しており、加えて、STCW条約との関係から規定されている一一七條の二―一一八條の三の規定も、海上労働法という性質よりも、海上交通警察法や船舶職員等法としての性質を有しているようにも見え、雑多なものが含まれているともいえそうである。

第二節 船員法の性質論を超えて

船員法の性質について学説は従来、統一的な体系の下で船員法を把握しようとしてきた。しかしながら、海運及び海上技術の発展に伴い、様々な規定が船員法に含められている中、統一的な船員法を把握することはかなり困難な状

況になつてゐるのではないだろうか。確かに、海上労働法として純化すべきであるとの指摘は、まさに正当と考えられるが、他方で、純化するにしても、どの規定を船員法に残し、どの規定を他の法律に移植するか、と判断をするとはかなり難しいように思われる。そうであるならば、現在の海上労働実務との関係から、例えば、第三章の規律に關する規定に対して「船内秩序の維持に關する英国の法律や雇入契約の内容は、雇用される船員のレベルの低さに応じたものと見ることが出来る。規定は職員ではなく部員を名宛人としたものであり、一定の技術、知識を要した職員に比べて、船のハンドである部員には無学、無教養な者が多かつた当時の社会的な背景より、このような規定が置かれたと推察される。／＼わが国のように一般的に教育水準が高く、これを出自とする船員の教養、人格共に国際海運従事の船員の平均を大きく上回るこの事態においても未だ、青少年の躰に近い、人間的に見下したかのような内容の法文の存在は、船員の人権や社会における相対的な地位、世間一般の見方に影響する⁽⁷¹⁾」という危惧に鑑みて、性質論という形で何らかの体系的かつ統一的な説明をするよりも、各規定の趣旨(背景や根拠)・目的・限界を個別に検討し、もし立法論として純化すべきであるとしても、どの規定を残し、どの規定を他の法へ移植すべきか、あるいは削除すべきかを検討する時期に來てゐるのではないかと思われる。

- (1) 神戸大学海事科学研究科海事法規研究会編『概説海事法規(改訂版)』(根本到)(成山堂書店、二〇一五年)六二頁。
- (2) 石井照久「海上労働に關する法的規整の發達(二)」法律時報三〇卷一号(一九四〇年)五頁〜六頁。
- (3) 石井照久『労働法総論(増補版)』(有斐閣、一九七九年)一六九頁。
- (4) 住田正二『船員法の研究』(成山堂書店、一九七三年)五頁〜六頁。
- (5) 前掲註(4)・住田一〇頁。

- (6) 武城正長「船員法の基本問題」日本労働法学会編『現代労働法講座 第九卷 労働保護法論』（総合労働研究所、一九八二年）三二二頁。
- (7) 武城正長『海上労働法の研究』（多賀出版、一九八六年）八七頁～八八頁。
- (8) 前掲註(7)・武城八九頁。
- (9) 笹木弘『技術革新と船員労働』（成山堂書店、一九七五年）二八六頁。
- (10) 本節の記述については、主に前掲註(7)・武城二二七頁以下、財団法人海事産業研究所『船員雇用の研究』（海事産業研究所、一九七九年）一頁以下、志津田氏治『海事立法の発展』（海文堂、一九五九年）一頁以下、笹木弘『船員政策と海員組合』（成山堂書店、一九六二年）四六頁以下等を参照した。
- (11) 徳川幕府は、文久元年（一八六一年）に、一八五三年にペリーによる浦賀来航に伴う危機感より、大船の建造と外国船の購入を奨励し、翌年には海外渡航を認めるようになっていた（前掲註(10)・海事産業研究所一頁）。しかし、明治維新当時の西洋形船舶は一三八隻にとどまり、その多くが幕藩所有の軍艦及び商船の兼用の船舶であって、純粹に商用としての船舶はほとんどなかったとされる（前掲註(10)・志津田二頁）。
- (12) 前掲註(7)・武城二二八頁。
- (13) 前掲註(10)・志津田三頁。
- (14) 前掲註(10)・志津田三頁。日本型船よりも西洋形帆船の構造が堅牢で運航の面でも非常に優秀であることが確認されるようになったのは、後の明治一〇年（一八七七年）の西南戦争のときだったといわれる（同五頁）。実際、当時の日本形船が逆風に阻まれて軍需品輸送に支障が生じていたという（前掲註(10)・海事産業研究所九頁参照）。
- (15) 前掲註(10)・海事産業研究所一頁。
- (16) 前掲註(10)・海事産業研究所二頁。
- (17) 前掲註(10)・海事産業研究所二頁。その後、内務卿大久保利通の建白書を容れ、民有民営海運を保護助成することとし、明治八年（一八七五年）に三菱汽船会社に対し命令書を交付して、先に運航を委託していた一二隻の国有船をはじめ、日本国

郵便蒸気船会社から政府が買い上げた汽船一五隻等は無償で払い下げ、運航費助成金及び海技者養成助成金を支給することにした(同二頁)。

- (18) 前掲註(10)・海事産業研究所二頁〜三頁。
- (19) 前掲註(7)・武城二二九頁〜二三〇頁。
- (20) 前掲註(10)・海事産業研究所三頁。
- (21) 前掲註(10)・海事産業研究所三頁。海員掖済会は水火夫養成のためとされる(同三頁)。
- (22) 前掲註(7)・武城二三二頁。
- (23) 前掲註(7)・武城二三二頁〜二三三頁。
- (24) 前掲註(7)・武城二三三頁。
- (25) 逋信省編『逋信事業史 第六卷』(逋信協会、一九四四年)一一一七頁。また、前掲註(10)・笹木五三頁〜五四頁によれば、他にも船上の規律に關して、船員の風氣は粗暴で、行為の醜状も見られたと記述する文献もあったとのことである。また、船舶が危険であったことから、船員の氣質がやや荒々しいことは仕方がなく、長期的な計画・計算のもとに生活するということも困難であり、勢い賭博等に傾くこともまた自然であった。さらに、普通船員については農村からの大量の新規参入があったとしても、日本形船の船方の風習、氣風が承継されていたとの指摘もある(前掲註(7)・武城二四三頁)。
- (26) 前掲註(10)・笹木五四頁。
- (27) 内務省伺については、前掲註(7)・武城二四三頁〜二四四頁を参照した。なお、全文は同二五〇頁参照。なお、このような状況について、一九四一年の段階でも、前掲註(2)・石井六頁は「このやうな弊は必ずしも最近に至るまでに、これを完全に驅逐し得たとは断言し難い」と述べる。
- (28) 前掲註(10)・笹木五四頁〜五五頁。
- (29) 対して、西洋形商船雇入雇止規則がその趣旨及び規律内容が当時として極めて進歩的なものであったと評価する見解もある(前掲註(2)・石井六頁)。

- (30) 前掲註(10)・笹木五四頁。
- (31) 前掲註(10)・笹木五七頁。
- (32) 一八五四年イギリス商船法二三九条等参照。
- (33) 逸見真編著『船長職の諸相』〔逸見真〕(山縣記念財団、二〇一八年)二五九頁、篠原陽一『帆船の社会史』(高文堂、一九八三年)一五九頁〜一六三頁。
- (34) 明治二三年商法も一八五四年イギリス商船法の影響を受けていると考えられている(前掲註(7)・武城二六一頁参照)。
- (35) Douglas B. Stevenson, *Maritime Labour Law*, in *THE IMLI MANUAL ON INTERNATIONAL MARITIME LAW*, Vol.2, (2016), at 210.
- (36) W. Senior, *Master-Mariner's Authority*, 34 L.Q.Rev. 347 (1918), at 348.
- (37) ここでは専ら一八五四年イギリス商船法及び一八九四年イギリス商船法を指す。この点 一九九五年イギリス商船法に至るまで、船長の職務と権限に関する規定はなく(松村勝二郎「一九九五年英国商船法要説」(4)「船長と海員に関する法」海事法研究会誌一八三号(二〇〇四年)四頁)、海員による個別の規律違反行為に関する規定があることとまる。
- (38) Senior, *supra* note 36, at 348. David Maclachlan et al., *A TREATISE ON THE LAW OF MERCHANT SHIPPING*, (7th ed., 1932), at 150.
- (39) Christopher Hill, *MARITIME LAW*, (5th ed., 1998), at 460, William Shee Abbott, *TREATISE OF THE LAW RELATIVE TO MERCHANT SHIPS AND SEAMEN*, (10th ed., 1856), at 129.
- (40) Joseph Kay et al., *LAW RELATIONG TO SHIPMASTERS AND SEAMEN: THEIR APPOINTMENT, DUTIES, POWERS, RIGHTS, AND LIABILITIES*, (1894), at 419.
- (41) *Ibid.*
- (42) Hill, *supra* note 39, at 460. やはり船長には船舶の安全性に対して絶対的な責任を負うとも指摘される (*Id.* at 467)。
- (43) See, Senior, *supra* note 36, at 350.

- (44) W.S. Lindsay, HISTORY OF MERCHANT SHIPPING AND ANCIENT COMMERCE, Vol.3, (1876), at 497.
- (45) Francis Ludlow Holt, A SYSTEM OF THE SHIPPING AND NAVIGATION LAWS OF GREAT BRITAIN, Vol.1, (1810), at lxiv.
- (46) U.S. v. Hunt, 2 Story C.C. 120, at 129. しかし、同判決は、一方で、船長の権限は完全に私法上の権限であるとも述べており、揺らぎが見られる。なお、同判決を引用して、船長の権限の性質を私法上のものと指摘するものとして、Henry Flanders, A TREATISE ON THE LAW OF SHIPPING, (1853), at 86.
- (47) In re Agincourt, 1 Hagg. 272 (1824), at 272-273.
- (48) Abbott, supra note 39, at 129, Benedict W. Ginsburg, HINTS ON THE LEGAL DUTIES OF SHIPMASTERS, (1903), at 29.
- (49) Kay, supra note 40, at 462. この点、Senior も「船長の旅客に対する権限は船長が航海中に黙示の契約に基づいてなされる」と指摘する (Senior, supra note 36, at 356.)。
- (50) King v. Franklin, 1 F. & F. 360, at 360-361.
- (51) このちがな指摘が明確に述べられてはいるわけではないが、William Atkinson Oliver, SHIPPING LAW MANUAL, (7th ed., 1896), at 5. は船長の権限は単なる懲戒というより、更なる秩序違反行為の報復を防ぐために用いられるべきであり、他の旅客の快適さや安全はそのような更なる秩序違反行為を防ぐことによつて保障されると指摘する。加えて、Prendergast v. Compton, 8 Car. & P. 454 (1837), at 463. においても、船舶の職員を暴力で脅かすような者は、そのテーブルにつかせることはできなご判断する。
- (52) Abbott, supra note 39, at 129.
- (53) Ibid.
- (54) Murray v. Moutrie, 6 Car. & P. 471 (1834), at 473. は、船長は、適正かつ比例的な罰を課さなければならないという現在の比例原則的な発想を指摘する。

- (55) Kay, *supra* note 40, at 420.
- (56) Abbott, *supra* note 39, at 129.
- (57) MacLachlan, *supra* note 38, at 150. は、規律違反行為に対しては、船長は冷静な視点で、慈悲深い気持ちで対応すべきであらうと指摘する。
- (58) *Ibid.*
- (59) See, *In re Agincourt*, 1 Hagg. 272 (1824), at 274. See, Flanders, *supra* note 46, at 88.
- (60) *In re Agincourt*, *supra* note 59, at 272.
- (61) William Shee Abbott, TREATISE OF THE LAW RELATIVE TO MERCHANT SHIPS AND SEAMEN, (14th ed., 1901), at 240, Ginsburg, *supra* note 48, at 30, John A.C. Cartner et al., THE INTERNATIONAL LAW OF THE SHIPMASTER, (2009), at 150.
- (62) [1953] 1 Lloyd's Rep. 413.
- (63) See, Hill, *supra* note 39, at 461.
- (64) 前掲註(7)・武城二七二頁。
- (65) 前掲註(7)・武城二七一頁。
- (66) 現在の海運に即していえば、船舶所有者と船員との間の雇入契約に基づくと考えた上で、船舶所有者の代理人たる船長が海員や、後述するように旅客に対する権限行使を行うというように考えられる。
- (67) この点に関連して、船舶共同体論からは、船員法上の懲戒権は国家から与えられたものとし、特別権力関係を媒介として説明するとされているが、雇入契約(労働契約)に基づく説明で充分なように思われる(前掲註(7)・武城九五頁。なお、船舶共同体論を前提としつつ、就業規則によってもこれらの懲戒権を根拠付けられるとする見解として、山戸嘉一『船員法—解説と研究』(海文堂、一九五四年)六九頁)。
- (68) 陸上労働における懲戒権については、菅野和夫『労働法(第11版補正版)』(弘文堂、二〇一七年)六五〇頁以下参照。

(69) 浅野高宏「懲戒処分と労働契約」日本労働法学会編『講座労働法の再生 第二卷 労働契約の理論』（日本評論社、二〇一七年）二〇六頁。

(70) 箱井崇史「海上旅客運送契約」落合誠一 江頭憲治郎編『海法大系』（商事法務、二〇〇三年）四〇九頁、大判大正五年一月二〇日民録二二輯四頁参照。一種の安全配慮義務ともいえる。もし、船舶所有者の船員や旅客に対する安全配慮義務という観点で捉えられるのであれば、船長は船舶所有者の履行補助者として、当該義務の履行に当たって様々な権限が船員法上付与されていると考えることもできるのではないか（さらに海上物品運送契約上の荷送人等に対する義務としても同様）。例えば、船舶に危険が生じうるような場合の「堪航能力検査義務（8条）」、「甲板上の指揮（10条）」、「在船義務（11条）」、「船舶に危険がある場合における処置（12条）」、「船舶が衝突した場合における処置（13条）」、「非常配置表及び操練（14条の3）」、「航海の安全の確保（14条の4）」、「危険に対する処置（25条及び26条）」に関する規定がそれである。海員に対する安全配慮義務を具体的に定めたものと考えるのであれば、船員法第二章の多くの規定は、海上労働法たる性質を有しているといえるのではないだろうか（その限りにおいて、海上労働安全衛生規則（法）としての性質を有すると論じる前掲註（7）・武城一二八頁と同旨）。しかし、同時に旅客に対する安全配慮義務という点が含まれるのであれば、首尾一貫しないように思われる。

(71) 前掲註（33）・逸見二六〇頁。

(72) 例えば、船内秩序に関する二二条には罰則が付されているが（一二七条、一二八条）、あえて船員法上の罰則規定によって強制する必要性があるのかを検討しなければならないと思われる。

FinTech 法制の新たな制度設計に向けて

藤 川 信 夫

序章

FinTech に関しては金融技術革新を受けて各国の金融規制当局・中央銀行、メガバンクなどが高い関心を示す中で、容易に国境を越えた金融サービス提供がなされる性質上、マネーロンダリングほか規制上の課題も浮上し、加えて近時の仮想通貨交換所の破綻や不正流出事案の発生もあって利用者保護の枠組みの必要性が唱えられている。

従来主な銀行業としてはフルラインサービスをモデルとしてきたが、ITの進展等により金融サービスを個別機能に分解・提供するアンバンドリング、更に複数の金融・非金融サービスを組合せるリバンドリングが拡大しつつあり、IT企業等の新たなプレイヤーがリテール分野の決済などに特化したサービス提供、あるいは利用者ニーズに即して他のサービスを組合わせた提供等を行う例が生じている。低金利環境が継続する中で収益減少を量的拡大で補う従来

のビジネスモデルは、今後は持続性を失う可能性も高い。

不確実性を増す環境変化の中で金融ビジネスモデルの想定シナリオが提示されているが、新たな規制の設計と監督手法、関連規制を含む整合的かつ実効性のある検討が求められ、中長期の両面から規制当局間、企業と連携を図ることも重要になる。FinTech 関連法制の課題と展望については一定の考え方を示してきたところであるが、^①本稿は将来の制度設計に焦点を絞り、バーゼル銀行監督委員会報告書など内外の先行研究を基に最新の内容を取り纏め、独自の視点も交えつつ包括的、比較法的に考察を図ったものである。

第一章 FinTech の類型ならびに関連法制度の全体像

1. FinTech の類型

我が国における FinTech 法制の設計を考察する当たり、FinTech の全体像と関連法制度を通観しておきたい。^② FinTech (フィンテック) は、金融 (finance) と技術 (technology) の造語で、法令により定義や範囲が画された概念ではない。金融庁の平成二七事務年度金融行政方針 (二〇一五年九月一八日公表) では主に IT を活用した革新的な金融サービス事業を指すものと定義付け、多様な金融分野でビッグデータ、AI、ブロックチェーンなど新サービスが提供され二〇一〇年代半ばより投資額も急増し、その促進・制度整備に向けた政策的取組みが進められている。FinTech ビジネスの類型を業務分野毎に纏めるとクラウドファンディング (株式投資型、購入型、ファンド型、寄付型、融資型)、資産運用・管理 (ロボアドバイザー、パーソナル・ファイナンシャル・マネジメント、モバイル・オンライン証券)、業務支援、情報データベース、セキュリティの他、銀行業務関連では融資 (融資型クラウドファンディングの他に P2P

レンディング、ソーシャル・レンディング)、保険(データドリブン保険、テレマティクス保険)、決済・送金(オンライン決済、送金プラットフォーム)、仮想通貨・ブロックチェーン(ビットコイン、イーサリアム等の取引所)、電子記録債権等が掲げられる。

2. FinTechの関連法制度と政策面の取組み

(1) FinTechの関連法制度の全体像と適用関係

我が国のFinTech関連法制度の全体像について、取引態様に応じて業務を営むことが金融規制の対象となり、参入規制として登録、許認可も必要となる。加えて体制整備義務、行為義務、帳簿作成・保存義務など行為規制が適用されることから規制監督にもかかり、業態によつては業務範囲や子会社保有規制が存在し、財務規制適用により財務的健全性も求められる。取引を対象とする規制に加えて犯罪収益移転法に基づく本人確認、取引記録保存、疑わしい取引の届出義務等の対応も必要となり、相応の事務・コスト負担が生じる。投資型クラウドファンディングなど株式やファンドという金融商品取引法(金商法)上の有価証券に該当する法形式を利用した資金調達を行う場合には金商法に基づく開示規制の適用も留意される。銀行、保険会社、証券会社等では業務範囲と出資・子会社保有にかかる規制が適用され、グループも含めFinTechビジネスに参入する場合はこうした規制遵守の観点からの検討も必要となる(注)。

FinTech取引が金融規制の適用対象となるとしてもIT活用など従来の規制法が想定するビジネスモデルと相違することも多く、多様な視点から金融規制の適用関係を個別に検討することになる。取引態様に適用関係の概略を示すと融資・融資の媒介(銀行法、貸金業法)、証券発行・出資による資金調達(金商法)、保険募集(保険業法)、証券・

ファンド販売・勧誘(金商法)、送金・決済(銀行法、資金決済法(資金移動業)、出資法、割賦販売法)、預金(銀行法、出資法)、投資運用・投資助言(金商法)、電子マネー・ポイント発行(資金決済法(前払式支払手段)、仮想通貨と通貨交換(資金決済法(仮想通貨交換業))、電子記録債権の記録(電子記録債権法))となる。

(2) FinTechの主要法制度と政策の取組み

FinTech関連の主な法令改正等では、二〇一四年金商法改正(二〇一六年六月投資型クラウドファンディングにおいてクレジットカード決済を認める内閣府令改正)、二〇一六年銀行法・資金決済法等改正(銀行の金融関連IT企業等への出資の容易化、仮想通貨交換業者に登録制導入)、二〇一五年個人情報保護法改正(ビッグデータ活用のための匿名加工情報概念導入)、二〇一四年景品表示法改正(課徴金制度導入)、二〇一六年消費者契約法・特定商取引法改正、二〇一七年銀行法等改正(電子決済等代行業者に登録制導入)が挙げられる。政策面の取組みでは、金融庁は二〇一三年金融審リスクマネーワーキンググループ(WG)(二〇一四年金商法改正)、二〇一六年金融制度WG(二〇一七年銀行法等改正)、二〇一六年五月以降FinTechに関する有識者会議(二〇一六年銀行法・資金決済法等改正)を設定し、また二〇一八年五月経済産業省FinTech研究会が「FinTechビジョン報告書(FinTechの課題と今後の方向性に関する検討会合報告)」を打ち出すなど関連省庁挙げて取り組んでいることが窺える。

第二章 FinTech 発展段階の試案モデルと競争環境変化に対応した規制の制度設計

1. FinTech 発展段階の試案モデル

(1) 試案モデルの概要

FinTech は現時点ではスタートアップ企業による新規技術の適用段階にあるが、今後はAPI (Application Programming Interface) エコシステムの台頭が予想され、アンバンドリングされた金融サービスは標準APIとIoT (Internet of Things)⁽³⁾により再統合される。FinTech 1.0から4.0へ進展するモデルが示され、キーコンセプトはFinTech 1.0ではITによる効率化、2.0では新規技術適用、3.0ではAPIエコシステム、4.0ではリバンドリングとなる。キープレイヤーはFinTech 1.0では既存金融ITベンダー、2.0ではスタートアップ、3.0では大手金融機関およびスタートアップ、4.0ではAPIビッグプレイヤーとなる。キーテクノロジーはFinTech 2.0ではクラウド、ビッグデータ・ラIFログ、スマートデバイス、3.0ではブロックチェーン、AI、4.0ではIoTとなる。

(2) FinTech 1.0から4.0ならびに競争環境変化

FinTech の発展ロードマップと競争環境変化について⁽⁵⁾、FinTech 1.0では金融ITベンダーを主に既存金融サービスのIT効率化が図られるが、同質な金融機関同士の競争に留まる。FinTech 2.0では新規技術の適用によりFinTech スタートアップを主に他領域の新規技術を金融領域に適用し、アンバンドリング(分解)が指向される。クラウド、ビッグデータ・ラIFログ、スマートデバイスをキーテクノロジーとし、アンバンドルを目指す単一機能のスタートアップとの競争が起こる。FinTech 3.0ではAPIエコシステムにより大手金融機関とスタートアップによるアンバ

ンドルされた金融プロセスの標準API化、サービス革新が図られ、ブロックチェーンやAIを軸にしてAPIによる多様な情報の活用が展開の鍵となる。FinTech 4.0ではAPIプレーヤーを主にリバンドリング(再統合)が進められ、アンバンドルされた金融サービスが標準API、IoTにより再統合され、IoTをキーテクノロジーとし金融機能以外の付加価値を追求する競争段階に至る。現在の我が国はFinTechスタートアップによる新規技術適用の段階にあり、今後はAPIエコシステムの台頭が予想される。

2. FinTech 2.0と既存の金融ビジネス

FinTech 2.0における競争デジタル化が既存の金融ビジネスに与える影響や特徴として、①価格破壊では物理的な資産を持たないコスト構造とクラウド活用による安価なインフラ、②アンバンドリングでは金融領域の弱いバリエーションをターゲットとして既存の資金調達と異なるチャネルを用いた資金調達(P2Pなど)、③プラットフォーム化ではユーザーおよびインフラ基盤、端末等の集約により強固なプラットフォームを有する企業組織が強勢を増す現象(Winner Take All)が挙げられる。

3. FinTech 3.0における競争APIエコノミー

FinTech 3.0における競争APIエコノミーでは新システム、サービスを公開する開発者にAPIを公開し、新たな付加価値が追加される。金融業界においても英国、韓国などは政策として銀行のAPI公開を検討している。英国FCA (Financial Conduct Authority 金融行動監視機構) 主導によりオープンAPIイニシアティブが提唱され競争原理による市場活性化が指向されている。銀行等の決済システムをプラットフォームとしてノンバンク金融機関に開放し利便性の高いサービス提供促進を図らんとする。

FinTech スタートアップは利用料金に応じて課金するサービスを提供し、既存金融機関もAPI開放に向けた検討を進めている。欧米ではBank of America、スペイン金融大手BBVA (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.) が銀行サービスの一部のAPIを実験的に公開し、サービス開発のコミュニティ化に取り組んでいる。ポーランドでネット銀行を提供するmBankなどはeコマース企業にローンサービス事業を公開し、ショッピングローンやVISAなどカードローンを提供している。我が国でも三菱UFJ銀行は仮想APIを用いたハッカソンを企画するなど (FinTechChallenge 2016)、API導入により顧客には多様で迅速なサービスが提供されるが企業側は更なる競争に晒される。API開放により自社サービスへのアクセスは増加するものの、付加価値を加えたサービス利用が可能となるため提供側では収益基盤維持、API提供の範囲、ビジネスモデル選択などが新たな検討項目となる。

4. FinTech 4.0における競争とリバンドリング

①産業構造のレイヤー(階層)化については、スマートデバイスへのチャンネルシフト(スマートフォン、AIスピーカー)、情報の集約・分析・流通機能とマッチング、新たな情報インフラ(クラウド、IoT)、②リアルタイム化・マスカスタマイゼーション化に関して、IoT進展により金融仲介機能の存在意義の一つである情報の非対称性が喪失され、大数の法則に基づくリスク管理から個別事象に基づくリスク管理に移行する。③資本の分散化については従前は資本集約が効率化に繋がることが多かったが、分散化した資本でも効率的な活用が可能となる。この結果、金融業界では垂直統合型から水平分離型モデルへ変化が進むと考えられ、銀行、証券、保険業毎に顧客との間でシステム、インフラ、マッチング、チャネルを別々に構築していた垂直統合型からクラウドコンピューティング(システム)、プラットフォーム(マッチング)、スマートフォン(チャネル)を用いて顧客と接続する水平分離型モデルに移行する。⁽⁶⁾

リアルタイム化・マスカスタマイゼーション化の進展から、金融の本質的機能である金融仲介機能の破壊にも繋がり、①IoTインフラによりリアルタイムのリスク把握が可能になり、重要性重視でなく個別の事象全てに対応するリスクマネジメントが可能になる。AIによる自動運転、ライフログに基づく生命保険のビジネスモデル等により保険業界には影響が大きい。②金融サービスのマスカスタマイゼーション化により既存の金融サービスは競争力を失う可能性が高く、ロボアドバイザーによるサービスの高度化が進み、APIによる金融商品の最適ミックスのアドバイス、サービス提供も可能となろう。

また資本集約から分散化指向のビジネスモデルが優位性を持つことになる。ネットワーク上に存在する端末・コンピュータが対等の関係で相互に直接接続して分散的に通信を行うP2P (Peer-to-Peer) レンディング、不特定多数から資金を調達するクラウドファンディング等により制約条件が薄まり、資本集約機能の存在意義が喪失されつつある。取引コストはインターネット、グローバルサプライチェーンにより減少し、情報の非対称性もライフログの蓄積、ビッグデータ利用がリアルタイムで可能になることで減少しつつある。

第三章 バゼル銀行監督委員会の監督当局に向けた提言と銀行側の課題

—五つの想定シナリオならびにリスクマネジメント—

1. バゼル銀行監督委員会の五つの想定シナリオ
- (1) 五つの想定シナリオの概略

バゼル銀行監督委員会 (Basel Committee on Banking Supervision BCBS バゼル委員会) は、二〇一七年八月三十一日

市中協議文書「FinTechの発展がもたらす銀行および銀行監督当局へのインプリケーション (Implications of fintech developments for banks and bank supervisors)」⁽⁷⁾において金融サービス提供主体、顧客チャネルの設置・運営主体に着目し、FinTech普及による銀行業の変容に関して五つのシナリオを想定し、金融システム全体に波及する影響等を分析している⁽⁸⁾。金融安定理事会 (Financial Stability Board FSB)、国際通貨基金 (International Monetary Fund IMF) から二〇一七年に金融システムと規制当局に関する報告書が相次いで発出されている⁽⁹⁾。バーゼル委員会は二〇一八年二月一九日「サウンド・プラクティス (Sound Practices) : FinTechの発展がもたらす銀行および銀行監督当局へのインプリケーション」を公表した⁽¹⁰⁾。パブリックコメントを踏まえて作成されているが、内容面で大きな相違は見られない。

五つの想定シナリオの概略は、① Better Bank (よりよい銀行) では、既存の銀行が金融サービスを高度化する。② Distributed Bank (分業する銀行) では、既存の銀行とFinTech企業が垂直方向にも水平方向にも分業・協業体制を構築する。③ Relegated Bank (土管化する銀行) では、プラットフォームが顧客チャネルを掌握し、その配下で既存の銀行とその他FinTech企業が水平に分業・協業体制を構築する。④ New Bank (新規参入による銀行代替) では、FinTechへの強みを活かした新規参入の銀行が既存銀行を代替する。⑤ Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介) では、プラットフォームの分散化が進み金融サービスの提供主体等の概念も消滅する。現在のところ、我が国の各銀行は金融機関ハブ型の Better Bank シナリオを目指して対応を急いでいる段階といえようか。

(2) 銀行に向けた提言

バーゼル委員会は銀行に向け、① FinTech 発展のチャンスとリスクの双方を意識し、② FinTech 時代に相応しいリスクガバナンスへ変革すべきこと、③ アウトソーシング・リスク管理の強化、④ サーバーセキュリティ対策などの

ITリスク対応の推進を提言する。特にFinTechの技術革新と普及の速さ、銀行業務の影響を意識しリスクガバナンス構造を機動的に刷新すべきことを提示する。

(3) リスクガバナンスの重要性とアウトソーシング・リスク管理の強化

FinTech時代に相応したリスクガバナンスの重要性に関して、バーゼル委員会¹²はシステムの実装技術、ビジネスモデルが変容する中で既存の銀行が業務運営全般に亘り、予期しない形で種々のオペレーショナルリスクに直面していくと整理している。Better Bankシナリオでは、銀行がオペレーショナルリスク管理の枠組みを見直すことなくデジタル・イノベーション活用を漫然と進めた場合、新しい金融サービス展開の潜在的リスクの評価やモニタリングが後手に回り、業務継続が困難な事態に直面する可能性がある。またDistributed Bank & Relegated Bankシナリオでは既存銀行とFinTech企業が分業と協業を深めた結果、リスク管理責任の所在が不明確となればオペレーショナルリスクに対する脆弱性が構造的に高まり、また金融システム全体が一部の要素技術、プラットフォームの依存性を高めれば金融システム全体が不安定化するリスクも増加する。

オペレーショナルリスクの中で先鋭化したものがアウトソーシングに伴うリスク、サイバーリスクと考えられる。アウトソーシング・リスク管理の強化に関してバーゼル委員会によればDistributed Bank、Relegated Bankの各シナリオにおいて銀行が要素技術を提供するFinTech企業にコア業務を委託し、銀行が顧客チャネルから切り離される場合にはリスク管理責任が曖昧となりリスクの顕在化が懸念されると述べ、銀行自身が委託先のリスク管理に責任を負うべきでFinTech企業との業務委託契約等において責任の分界点を明確化し、立入りや重要文書閲覧の監査権限(right to audit)に関する条項整備を推奨している。

もともと FinTech 企業がプラットフォームとなりリスク管理のイニシアティブを握る場合はかかるアプローチに限界があり、FinTech 企業に既存銀行と同等のガバナンス、リスク管理体制の具備を求めることが金融システム全体のサウンドプラクティスであるとする。銀行業のような長年醸成された健全な企業カルチャーを共有するとは限らない企業が金融サービスのサプライチェーンに参画することで新たなシステミック・リスクの惹起を懸念する考え方である。New Bank シナリオにおいて参入する FinTech 企業にも該当する。

他方 FinTech 企業に対して、銀行と同程度の高いレベルのガバナンスあるいはリスク管理を要求することは現実的ではないとも考えられる。⁽¹³⁾

(4) サイバー・セキュリティ対策

バーゼル委員会は FinTech 普及に比例して銀行がサイバーリスクに晒されると整理し、銀行が決済代行等を行う FinTech 企業等に API を開放し IT システムの相互連関性が高まる過程でサイバー・セキュリティの脅威に対するエクスポージャーが拡大すると述べ、サイバーリスク増加に相応した管理体制の構築・整備を促している。⁽¹⁴⁾ Better Bank、Distributed Bank シナリオを描いた既存銀行が、サイバーリスク増加の過程においてセキュリティの管理負担に苦吟し、顧客チャネルをプラットフォームに明け渡す Relegated Bank シナリオに取り込まれる可能性も否定されない。⁽¹⁵⁾

2. フィンテックのリスクシナリオ分析—国際金融規制、戦略的リスクの視点を交えて—

(1) リスクシナリオ分析と国際金融規制

バーゼル委員会の五つのリスクシナリオ分析 (scenario analysis) について、システミックリスク、サブプライム金

融危機の再発防止にかかる国際金融規制関連を交えて検討を深めたい⁽¹⁶⁾。各シナリオ毎にTBTF問題などに対する影響等に関して跛行性が窺え、リーマン金融危機に関する大規模金融機関(SIFIs)のTBTF(大き過ぎてつぶせない too-big-to-fail) 問題あるいはリスクを縮小する反面で透明性等の課題が生じること、異なる形による新たなTBTFとでもいうべき問題を惹起しかねないこと、加えてビッグテック(Big Tech)による寡占化から金融システムに重大なリスクを誘発するシステミックリスクが増幅されかねないこと等が考察されている。

(2) シナリオ毎の分析内容

イ) Better Bank シナリオ

Better Bank シナリオにおける重要なリスク (The key risks) は、新しい戦略の遂行に関連したリスクであり、戦略・収益向上のリスク (the strategic and profitability risks) である。オペレーショナルリスクはサイバーリスク (cyber-risks)、アウトソーシング依存 (reliance on outsourcing) により増大するとみられる。特に既存の銀行などが従来のシステム環境から新たなデジタルプラットフォームに移行する過程で、サイバー・セキュリティリスクが高まってくる。金融監督当局においてもこうした新しい技術や金融商品を効率的に監督する能力を高めることが課題となる。

ロ) Distributed Bank

分業体制が進展すると共に、銀行ならびに金融監督当局において複数の第三者を介しての末端の取引 (end-to-end transactions) 全てのリスク管理をいかに効率的に行うか、そのプロセス形成が課題となる。特に個人情報保護の問題もあり、コンプライアンスの視点からAML/CFT (Anti-Money Laundering / Counter Financing of Terrorism) のモニタリングが重要となる。また金融政策において金融安定の面では Distributed Bank においてTBTFの問題点は減

少するが、他方で相互の連関が進展して金融機関相互間における透明性が希釈化 (the dilution of accountability) されることになる。Fintech 拡大による金融システム安定に関する二面性といえようか。

金融危機後の米国金融改革法である二〇一〇年七月ドッド・フランクリン法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) におけるボルカールールではサブプライム金融危機の再発防止に対処すべく、T B T F 問題への対処あるいは過大なリスクテイク防止などを主旨として自己勘定によるリスク投資の制限などが盛り込まれ、P R ールデンス規制が敷かれているが、この点で Distributed Bank シナリオにおいては結果的にはかかるリスクの低減が見込まれることになる。反面ではバリューチェーンの共有化 (a sharing of the value chain)、細分化された銀行セクター (a more fragmented banking sector) による分業体制に伴い、透明性の面で課題も生じてくることになる。

(イ) Relegated Bank

Relegated Bank (土管化した銀行) のシナリオでは、銀行は顧客に向き合ったプラットフォームのためのバックオフィスのサービスプロバイダーとなり、各銀行は必要に応じてライセンスなどを提供する。ここでは銀行や銀行監督官庁が末端同士の取引あるいは金融領域に大きな影響を与えかねないシステムミックリスクの監視 (monitor end-to-end transactions and systemic risk) の面では限定的な能力を保有するに留まることになる。この点で Distributed Bank シナリオにおいては、銀行における顧客との関係の喪失、新たなプラットフォームへの依存については、リスクマネジメント機能あるいは収益 (revenue は新たな仲介者間でシェアされねばならないことになる) の面では逆の結果をもたらすことも可能となる。即ち、顧客と向き合うフロントオフィスであるプラットフォームは各銀行間における競争を高め (accentuate competition)、顧客においては預金の移動あるいは融資の申し込みに係る積極的なプライシング (価格設定)

などの面で流動性・機動性が高まる (accelerate customer mobility) ことになる。

Relegated Bank シナリオでは顧客の保護においても重大な問題を引き起こすことになる。即ち、顧客との関係について新しいプラットフォームが操作するが、自動化プロセスと顧客データを革新的に用いることに依拠するため、データにかかるプライバシーとセキュリティ (data privacy and data security issues) に加えてこのシナリオでは金融市場における不適切な業務が増加しやすくなる。もし新たなプラットフォームの数が少なければそこへの集中リスク (concentration risk) は高まることになり、特にビッグテック企業 (bigtech firms) が大きな市場シェアを獲得することになる。これは新たな T B T F (too big to fail) 問題に繋がりがかねない (will also lead to "too-big-to-fail" issues)。後述する個人情報保護法制である E U 一般データ保護規則 (GDPR) との関係がもつとも鮮明に現れ、その影響について考慮せざるを得なくなるビジネスモデル・シナリオといえようか (私見)。

(I) New Bank シナリオ

New Bank シナリオの段階に入ると、多くの既存銀行 (many incumbent banks) が保有している規模とスケールでは効率的な改造が困難となる。コスト効率の良いオペレーションを遂行するため日常業務をデジタル化するなど既存銀行が改革を進めること、受容可能な期間内に顧客に対して革新的な金融商品を提供することもまた困難となる。新しい銀行 (neo-banks) が相当程度の大きさに達する段階になると顧客の提携はチャレンジャーバンク (challenger banks) に移行し、収益低下と利益面の減少がもたらされ、投資家行動においてもより収益性の高いチャレンジャーバンクにファンドを移すことになるため、既存銀行では経営面の安全性と健全性において問題 (safety and soundness issues) を生じるに至る。New Bank シナリオ段階では、それまではキャッチアップを図り、FinTech の進展を逆にビジネス

チャンスと把握してグループ化など自身の変容に向けて努力してきた既存銀行も、もはや一層のデジタル化や顧客への革新的商品提供の維持、経営の安定などの点で neo-banks に太刀打ちができなくなるに至るといえよう。

(ホ) Disintermediated Bank シナリオ

Disintermediated Bank (中抜きされる金融仲介) シナリオでは、FinTech スタートアップは短中期的にまだ相応の規模に達しないことが見込まれる。実際のところ多くの技術上や法的な制約要因があり、P2Pレンディング・プラットフォーム (P2P lending platforms) は借り手と貸し手のマッチングの面で困難を抱え、元来P2Pプラットフォームは銀行、年金基金や生命保険会社などの機関投資家が漸次リテールの投資家に代替されることを予定したビジネスモデルに依存している。

しかしながらこのシナリオでは、銀行がある種の金融サービスから中抜きされることがあり得る (banks could be disintermediated) という潜在的リスクの存在 (a potential risk) によって償われる (covered) ことになる。シナリオの鍵となるリスクは、規制環境の外部で行われる金融活動はより緩い基準や監視に左右される (be subject to looser standards and oversight) ことになり、結果として内在的にコントロールや安全の面で劣位になりやすい (inherently less controlled and secure) 要因を抱えることである。銀行規制当局は潜在的に金融産業におけるリスクのシステム的な領域を監視する能力が次第に浸食されることに気付くようになる。

Distributed Bank & Relegated Bank シナリオでは、既存の銀行とFinTech企業とが分業と協業を深化させつつ、リスク管理責任の所在が曖昧になればオペレーショナルリスクに対する脆弱性が構造的に高まる。金融システム全体が一部の要素技術、プラットフォームへの依存性を高めた場合、金融システム全体が不安定化するリスクも高まる。

バーゼル銀行監督委員会ではFinTechの普及の速さ、銀行業務への影響を意識してリスク管理体制ならびにリスクガバナンス構造の機動的な変革・刷新を進めるべきとしている。上記のビジネスモデル・リスクシナリオ分析を踏まえてFinTechの広範なリスクと戦略的リスクについてみると、FinTechは銀行等の様々な業界をまたいで広範なリスクを提供することになり、戦術・戦略面のリスクの要素 (both tactical and strategic risk elements) を包含してくる。これらのリスクは多かれ少なかれ五つのシナリオにおいて顕著に見られることになる。⁽¹⁷⁾

要すれば、まだ時間を要するものの長期的に見てDisintermediated Bankシナリオの段階まで行くと、金融サービスタ活動自体が既存の規制などの及ばない領域で行われ、また国際的にみて緩い基準の国に集中・収斂するというRegulatory Arbitrage (規制の裁定) が顕著となる。規制当局も技術的に追いつけないという側面、あるいは仮想通貨では準拠法を観念し得ないなどの制約もあること等から、こうした金融活動を監視する能力を徐々に喪失していく根源的なリスクが現出することになる(私見)。

3. 国際金融規制とFinTechにかかる信用リスク規制、プロシクリカリティの増幅

リテール向け与信に関してAI、ビッグデータ活用により、審査期間短縮、融資実行から債権回収までのモニタリングの機動化・高度化等が見込まれる。またクラウド・ファンディングとAIの自動審査等の組み合わせによりアルゴリズム (algorithm)⁽¹⁸⁾ の収斂が進み、小口分散のリテール向け与信ポートフォリオにおいて均質性が進展して大口与信管理同様に特定の属性に対する与信集中リスクが顕在化する可能性がある。これにより金融システム全体において、銀行など金融機関の経営行動が経済循環の振幅を逆に拡幅するメカニズムであるプロシクリカリティ (Procyclicality 景気循環増幅効果) の増大が懸念される。FinTech技術の進展を活用して経済拡大を指向する政策当局にとり、国際金

融の領域における新たな金融リスクであり、ジレンマともなるうか。

4. バゼル銀行監督委員会の監督当局に向けた提言と銀行側の課題

(1) 監督当局に向けた提言

バーゼル委員会の協議文書（二〇一七年）では銀行監督当局に対して金融システム安定、監督の実効性確保を重要課題とする提言を発している。各主体の技術実装の選択、主体自身の変容・入替等は外生的な環境変化であり規制当局は中立を貫くべきで、寧ろ金融市場のデジタル・イノベーションの阻害要因排除、レベル・プレイング・フィールド確保を求め金融システム安定、監督の実効性確保に重点を置く¹⁹。委託先の依存度が高まれば銀行規制・監督のみでは金融システム全体のリスクに対処できない懸念があり、既存銀行に限らず FinTech 企業へも監督上のアクセスを確保すべきとする²⁰。① FinTech 発展の機会とリスクの双方を意識する。② 情報セキュリティ、競争政策、消費者保護等を所管する銀行当局以外の規制当局との連携を強化する。③ 各国規制当局間の国際連携を一段と強化する。④ FinTech 時代の銀行監督を担う人材を確保する。⑤ 銀行監督ツール高度化に向けて知見・経験を共有する。⑥ 技術革新促進と金融安定のバランスを意識し銀行監督体制の実効性を検証する。⑦ 銀行監督の高度化に向け切磋琢磨する。即ちバーゼル委員会によれば、監督当局自身も FinTech 時代に相応した姿を追求し、FinTech のリテラシーに精通した要員育成、監督実務を効果的にする機動的変革が求められる。金融サービスのサプライチェーンが各法域を越えて拡大し、当局間の連携は従来以上に重要性を高めつつあり、各法域のサウンド・プラクティスの共有が必要となる。

(2) FinTech と既存の銀行の対処すべき課題

バーゼル委員会は、各シナリオとも既存銀行にとって経営環境は厳しくなるとしている。既存銀行が対処すべき課

題に関し収益・リスクの両面から検討を進め、収益構造についてはBetter Bankシナリオ以外ではFinTech企業参入に伴い劣化する。他方、金融システム全体が抱えるリスクは構成主体の変化、⁽²¹⁾ リスク管理の前提条件の変容に伴い不確実性が高まり概して増加するが、その程度については各シナリオで展開される金融サービスのサプライチェーン拡大の程度に左右される。

(イ) 既存銀行のビジネスモデルの持続可能性

既存銀行にとり楽観的ともいえるBetter Bankシナリオでは、デジタル・イノベーション活用により金融サービス高度化、コスト削減、他の商品等を併せて購入させるクロスセル拡充により収益機会拡大が見込まれる可能性があるが、この場合も銀行経営の観点から課題は少なくない。

① Better Bankシナリオ

既存銀行としてはFinTechに対応すべくシステム投資を進めつつ、既存システムの安定的な運行も継続させることになる(二正面作戦)。新しい収益部門が寄与する前に新規開発と既存システムの維持管理の二重の負担がかかることとなり、メガバンクなどの体力を備えた銀行のみが対応可能となる。このBetter Bankシナリオにおいても、第二段階としては資本力のある投資ファンド等を背後にし、収益機会を確保して新規参入してくるFinTech企業との競争に晒されることになる。

② Distributed Bank' Relegated Bankシナリオ

Distributed Bank' Relegated Bankシナリオでは金融サービスにおいて差別化が難しくなり、部品が揃えば誰が作っても同じものができるモジュール化が進む中で商品間の差がなくなるコモディティ化が進展し、既存銀行の収益

基盤が劣化する事態に陥ることが想定される。この場合には、既存銀行の大半にとってフルバンキング型ビジネスモデル維持がいよいよ困難になる怖れがある。

(3) バーゼル委員会の想定によるシナリオ骨子と顧客との関係

各想定シナリオの骨子を顧客との関係をベースにみていくと、Better Bankでは金融サービスを高度化した既存の銀行が顧客と向き合うことになる。Distributed Bankでは既存金融機関、FinTech、BigTechが各々デジタルチャネルを通じて顧客に対処する。Relegated Bankの段階では二者が共通のアグリゲータ／プラットフォームを通じて顧客と向き合う。New Bankの段階では新たな金融機関が形成されて顧客に対処する。そしてDisintermediated Bankの段階に至ればDLT (Distributed Ledger Technology 分散台帳技術) やP2Pを活用したFinTech、ならびにDLTやP2Pを活用したBigTechの一つによって顧客に向き合うことになる。

第四章 銀行の将来像と法規制のあり方

1. 金融機関のネットワーク構造

金融庁からは、顧客や金融機関が形成するネットワーク構造について四つの段階が提示されている(二〇一七年五月金融庁森信親長官)⁽²²⁾。①金融機関ハブ型(既存の金融構造を中心にBetter BankあるいはNew Bankを指向)、②インターフェイス企業中心型(PFM Personal Financial Management)などのプラットフォーム企業を主体とするRelegated Bank)、③取引所型(P2P (peer-to-peer)、シェアリングエコノミー型の構造)、Disintermediated Bankを指向)、④分散型(ブロックチェーンなどの分散型構造)、Disintermediated Bankを指向)の四類型による金融改革モデルである。

①現在の金融市場は、銀行や保険会社が自身のバランスシートを通じて顧客の仲介のハブとなる形が中心である。

②新しい金融ビジネスでは顧客に提供するサービスは金融サービスと非金融サービスの組み合わせになり、顧客とのインターフェースを担う企業が外部から最も顧客の利益に沿うと考えられる各種サービスを調達して顧客に提供する形になる。新しい付加価値の大半はインターフェース企業に帰属し、金融機関はジェネリック供給者の役割に留まる可能性がある。他方、金融機関がインターフェース企業の役割を果たし、他金融機関や非金融サービス提供者と連携する形式もあり得る。③次に、ブロックチェーン技術による分散処理が進めば顧客が直接取引所に参加する形式、ルール設定などを担う仲介役の元で顧客同士が多角的に直接取引を行う形式への発展も考えられる。④更に、金融機関ハブ型のネットワークを残しつつサービス特性によって多様なネットワークが棲み分けられ、共存する金融システムへ移行することが想定される。金融システム全体では徐々に銀行システムの比重が薄まり、資本市場の持つ特性の比重が高まっていくとみられる。

2. 金融規制の変容—機能別規制と Regulatory Sandbox、Informed Consent—

新しい技術の活用によりサービスのアンバンドル・リバンドルが進み、ビジネスモデルや機能の担い手が変化するにつれ、金融分野の競争促進、顧客と共有される価値創造が生じてくる。金融規制としては、機能のアンバンドリング・リバンドリングを可能にするべく、エンティティ単位の規制から機能別の規制へ重点を移すべきであり、規制で守るべき機能（預金、決済、信用創造）、多様な形態の間の競争条件の公平の確保、グループ内の利益相反の防止、規制しない機能から守るべき機能へのリスク遮断の確保、顧客情報の適切な管理、金融仲介のハブ型から分散ネットワーク型への変容、市場規制的な視点の比重の高まり、イノベーションと利用者保護の両立などへの対応が今後の焦

点となってくる。

かかる対応の鍵として、①機能のアンバンドリング・リバンドリングを可能とするためにエンティティ単位の規制から機能別の規制に重点を移す必要が高まる。②金融ネットワークがハブ型から分散型になることで金融規制も市場規制的な比重が高まり、開示、不正取引の防止、適合性の原則などのルールを取引特性に応じて負担の少ない形で設計する必要がある。過剰規制に陥りイノベーション抑制に繋がりにかねないことも考える必要があり、規制サンドボックス (Regulatory Sandbox 規制の砂場) の治験が英国などで進められている。②利用者保護を両立させる必要性からはインフォームドコンセント (informed consent 実証内容とリスクを説明した上での参加の同意の確認) が鍵となる。実験対象の新サービスの内容とリスクを説明して同意を確認していくプロセスが重要となる。我が国政府からは法制上の措置を講じるに当たり、日本版規制サンドボックスの五原則が提言されている。²³⁾ ①実証優先主義、②リスクの適切な管理、③高いレイヤーでの政府一元的な体制、④ハンズオン支援と事後的な検証、⑤経営トップマネジメントの関与。

第五章 FinTechと銀行の課題—主体規制と行為規制、RegTechとSupTechの対応—

1. 銀行監督と規制のフレームワーク

バーゼル委員会はFinTech普及に対して銀行に経営努力を求めるのみならず、規制当局においても監督の枠組みを再検証し監督体制を変革する必要性を唱える。バーゼル委員会からは銀行ならびに銀行監督当局に向け新たな変化に対して観察されている事実と推奨される対応として一〇の論点を掲げている。²⁴⁾ ①銀行、監督当局共にチャンスと

スクの双方を意識する。②リスクガバナンスの変革。③アウトソーシング・リスク管理の強化。④サイバー・セキュリティ対策の推進。⑤既存銀行、FinTech企業共に当局間・民間との連携を強化する。⑥各国当局間の国際連携の強化。⑦FinTech時代の銀行監督を担う人材育成。⑧銀行監督ツールの高度化。⑨現状の銀行監督体制の実効性の検証。⑩銀行監督当局のベストプラクティスの共有。

2. 主体規制と行為規制、RegTechとSupTech

RegTech (Regulatory Technology) が標榜され、デジタル・イノベーション活用により銀行監督向けデータ報告等の効率性を改善する動きもみられる。RegTechの例として金融機関の金融規制対応を効率的に支援するツール等が挙げられる。他方ではSupTech (Supervisory Technology) の造語も出され、銀行監督当局に対してFinTechの活用による効果的監督に向けた改善が求められている。

金融サービスのサプライチェーン拡大から金融システムの構成主体が変容し、許認可中心の主体規制では監督の実効性低下が懸念される。行為規制強化により補完せんとしてもFinTechのイノベーション促進を阻み、FinTech活用により経済効果を向上させたいという当初の目論見が崩れかねないジレンマもある。FinTech領域に対する従来型の主体規制と行為規制の組み合わせの限界ともいえよう。近時の仮想通貨不正流出事件²⁵を鑑みても、緩やかな登録制(ハードロー)と自主規制(ソフトロー)²⁶の二段構えで規制の骨子が作られたが、十分な審査を受けていないみなし業者が存在し、また業界団体も二つに分裂するなど規制の実効性の確保には疑問が呈されている。ソフトローとしての各業界における自主規制についても今後は策定・普及段階から規制当局が関与することも想定されよう(私見)。SupTechの対応が銀行監督当局の改善に向けた一つの鍵となるが、バーゼル委員会はSupTechの例としてAI活用

によるマネーロンダリング監視を挙げている。我が国においても監督手法の実装化、モニタリング体制の高度化が急務となっている。⁽²⁷⁾

第六章 金融におけるディスプレイーションとFinTechスタートアップの課題

1. FinTechとディスプレイーション

当面は想定シナリオにおける Better Bank あるいは Distributed Bank への動きの中で既存銀行とFinTechスタートアップの提携や共同開発が進むことになろうが、その範囲内で早くもディスプレイーション(disintermediation 仲介機能排除、中抜き)とスタートアップにかかる課題あるいはビジネス機会が指摘されている。Better Bank あるいは Distributed Bank 段階で早くも金融仲介が中抜きされる要因が顕在化しつつあることになり、FinTech の五つのシナリオは明確に時間軸を追って区分できるものでなく場合によっては同時並行に混在して進んでくることも考えられよう(私見)。

FinTech が新しい金融仲介の機能を担いディスプレイーションを図る動きとして家計金融資産の銀行以外へのシフトが挙げられるが、背景にはマイナス金利政策、金融危機後の金融規制強化によって銀行の仲介機能が一般的に低下しつつあることが指摘される。⁽²⁸⁾ 即ち、家計にはソーシャル・レンディングやマーケットプレイス・レンディング、⁽³⁰⁾ 企業には更にロボアドバイザーならびにソーシャル・トレーディング等⁽³¹⁾によって銀行を通さず FinTech による金融仲介が行われつつある。

2. FinTechによるディスプレイエーシヨンの影響

FinTechによるディスプレイエーシヨンの影響として既存金融機関では各領域で収益悪化をもたらし得ることとなる (McKinsey & Company 分析)³²。① FinTech との競合により顧客基盤喪失、更に価格透明性の向上を余儀なくされるマイナス面があり、②逆に FinTech 活用によってオペレーシヨンコスト低減、与信コストなどのリスク費用低減、新規マーケット発掘といった利点もある。プラス面とマイナス面を総合的に考えると分野別では消費者金融、リテール・中小企業決済、機関投資家向けアセットマネジメントでは銀行収益が悪化する方向に働こう。次いで中小企業向け貸出、富裕層サービス、大企業向けキャッシュマネジメントで悪化する方向に影響が及ぶ。更に住宅ローン、決済口座・個人金融資産管理、その他預金、保険では程度は弱いものの悪化の方向に働くと考えられる。他方で大企業向け貸出、キャピタルマーケット・投資銀行関連分野では FinTech の影響は中立的とみられる。

FinTech によるディスプレイエーシヨンの影響が銀行収益面において深刻に表面化する分野は、先ずは中小企業向け貸出、富裕層向けサービス、次いで消費者金融、中小企業向け貸出、機関投資家向けアセットマネジメントとなる。キャピタルマーケット・投資銀行関連分野ではディスプレイエーシヨンの影響は中立的と考えられる。

特に既存金融機関の個人・中小企業向けのリテール金融では、FinTech 進展の影響が大きく顕れるものとされ既存金融機関は今後の一〇年間にリテール金融収入を一〇—四〇%、利益面では二〇—六〇%を喪失するとの試算も出されている。代表的な消費者金融領域では FinTech スタートアップとの価格競争が収益を低減させることが予想されている。

3. FinTech スタートアップにおける規制、事業、収益面の課題

既存金融機関に対して脅威となる可能性があるFinTech スタートアップであるが、今後の成長性に関しては以下の不安も指摘されている³³⁾。①大半のスタートアップはリーマン金融危機のような景気下降局面を経験しておらず、②法規制、事業規模、顧客基盤の面での不透明さが残る。

規制面では、P2Pレンダーに対して証券化に関するリスク・リテンション規制が課される可能性など新規制や追加規制が発出される懸念がある。収益性の面では顧客基盤が小さいために規模拡大のメリットが発揮できないリスクがある他、P2Pレンディングでは審査モデルなどのインフラ構築費用が嵩むリスク、未だ顧客基盤が脆弱で流動的なために顧客の獲得コストを要し収益計上に至らないリスク³⁴⁾、景気の連動性の面ではP2Pレンディングでは景気下降局面で信用リスクが顕在化して投資家を失うリスク等も存在する。

第七章 仮想通貨の混蔵寄託とトラストレス性のジレンマ、法制度構築の構造的課題

1. 仮想通貨の混蔵寄託性

仮想通貨に関する私法上の取り扱いについては諸説があるが、混蔵寄託に類する形態との指摘がなされている³⁵⁾。仮想通貨は信託ではなく準寄託として考えられ、財産的価値単位として均一の抽象的な存在（紙幣類似証券取締法一条一項参照）であるから準消費寄託というべき性質であり、管理者の支配は他主占有に準じて考えられる。改正資金決済法では仮想通貨交換業者の仮想通貨と管理委託者のそれとの分別管理が求められているが（改正資金決済法六三条の一）、物理的にも厳格な分別措置を講じていない限り私法上は混蔵寄託に類する形態の中での分別管理になるもの

と思われる。仮想通貨にかかる現下の混乱状態についてセキュリティやシステムおよびマネロン対策等の不徹底さ、更に今後の仮想通貨の展開可能性や法制度設計に向け考察を纏めておきたい。

2. 仮想通貨のトラステレス性―トラストの二重構造―

仮想通貨には信頼できる第三者が存在しないというトラステレス (trustless) の方式が本来は前提になっている。仮想通貨におけるトラステレスの表現について、管理者が存在しないブロックチェーン技術の場合、管理者が存在しない特性はノードの参加の可否を判断する者が存在しないことを意味し、誰でもノード (node) に参加できるというアーキテクチャを採用することを意味する⁽³⁶⁾。しかしながら仮想通貨交換所は信頼できるトラスト (trust) の構造になり、取引所が一括して中央集権的に仮想通貨を混蔵保管する仕組みとして発達してきた⁽³⁷⁾。ブロックチェーンという本来に分散型構造の中で取引所のみが集権的機能を果たし、規制対象たり得ることになる。取引所が一括して仮想通貨を保護預りするのであれば、取引所のセキュリティ向上が銀行あるいは証券会社並みに要求される反面、トラステレスとしての盲点が残るために有効なマネロン対策が打てなくなっているジレンマが存在する。

必ずしもコンピューターに精通している訳ではない一般利用者がコールドウォレット (cold wallet)⁽³⁸⁾ を活用して参入しているが、取引所のシステムあるいはセキュリティ・内部管理が不十分な中で一般ユーザーに秘密鍵の管理が果たして可能かが課題となる。ある程度の規模のセキュリティマネジメントが可能ないは秘密鍵の管理が可能ない利用者がこれからのブロックチェーンの応用においては想定されることになる。

金融庁は仮想通貨について、改正資金決済法は仮想通貨の交換業者の局面で規制をかける考え方であるところ、マネロン防止の観点から仮想通貨自体の規制を考慮せざるを得なくなり、金融商品取引法における有価証券への仮想通

貨やICOトークンの該当性、投資家保護の手法など法制度全体の枠組みにかかる抜本的な再検討を進めつつある。⁽³⁹⁾

3. ビットコインとICO、各国の規制強化

ビットコイン取引が増大し価格が高騰した要因としては以下が掲げられる。① peer-to-peer による分散コンピューティング採用。② 競争的マイニングによる非中央集権化 (de-centralized)。③ 独自通貨単位 (BTC) 採用による投資機会提供。決済手段として法定通貨では交換価値の維持コストがかかるが、システムを支えるマイニングの報酬分のみを仮想通貨の追加発行により賄うことで外部費用の投入なくシステム維持が可能となり、維持費用の自給体制が取引拡大の一因となっている。⁽⁴⁰⁾

またICO (Initial Coin Offering 新規仮想通貨公開) は企業等が電子的トークン (証券) を発行し公衆から資金調達を行うことの総称であるが、⁽⁴¹⁾ 半数以上においてはプロダクトの存在すらなく、二〇一七年七月二五日米国SEC (証券取引委員会) は二〇一六年発行のthe DAOプロジェクトで使われたトークン発行が米国有価証券取引所法21(a) (一九三四年証券取引所法) の規制対象になり有価証券募集・売出しに該当するとの見解を発表する⁽⁴²⁾ など各国では規制強化の方向が窺える。

第八章 FinTech にかかる制度設計ならびに金融行政の方針転換の俯瞰

1. 我が国におけるFinTechフィンテックの制度設計の必要性—金融行政の方針転換ならび異業種参入の拡大—
金融行政の方針転換と制度設計に向けた検討をまとめておきたい。⁽⁴³⁾ フィンテックの制度設計の必要性について現状を俯瞰すると、金融庁は情報技術の進展等の環境変化を踏まえた金融制度のあり方に関する検討として以下の方向性

を打ち出している(二〇一七年一月一六日金融審議会総会)。①同一機能・リスクには同一ルールを適用する。②金融に関する基本的概念・ルールを横断化する。③環境変化に対応すべく規制を横断的に見直す。金融検査・監督の考え方と進め方(検査・監督基本方針)(二〇一七年二月一五日)については、④安定と仲介、保護と利便、校正・透明と活力のバランスに方針転換し、⑤金融行政の究極的な目標に国民の厚生を増大、企業経済の持続的成長・安定的な資産形成を新たな上位概念として設けている(後掲)。

2. 金融行政の方針転換の影響と制度設計—欧米の新形態銀行免許構想も交えて—

欧米では二〇一六年十二月US OCC(米国通貨監督庁)がFinTech企業に対し一八六四年国法銀行法(National Bank Act of 1864)の対象となる特別目的銀行の免許を与える提案を行ったこと⁽⁴⁴⁾に続き、US CFPB(Consumer Financial Protection Bureau 米国消費者金融保護局)は新しいFinTech銀行免許構想を発表し(二〇一七年五月)、更にECB(欧州中央銀行)も銀行免許指針の公表を予定する(二〇一七年九月)など新形態銀行免許構想が出される中で、金融庁はFinTech新法の制定として決済・送金に関わる関連法の一本化、銀行法の為替業務・資金決済法の資金移動業・割賦販売法の関連業務の規制の統合化を図る方向にある。金融行政の方針転換の影響は多岐に亘るとみられ、①業態毎の縦割り規制から機能別による横断的規制の転換に伴う影響として、(a)アンバンドリングを前提とした業界構造変化によって競争環境の変化に応じた事業戦略再構築が進められる。(b)新たな免許形態の登場により他業種から新規参入が増加する。(c)既存の金融業界の担い手の業態転換により金融持株会社への大量移行と新規事業子会社設立の増加が進む。②金融の基本的概念の見直しと統一によって、(a)イノベーション進展の中長期見通しの必要性が増大しAI、ブロックチェーン、IoTなどメガテックの正確なロードマップ作成が進められる。(b)シェアリングエコ

ノミイ、P2P、デジタル通貨（仮想通貨を含む）・決済など金融機関を必要としない金融が登場し、規制・監督対象が金融機関からプラットフォームへ転換する規制のあり方が問われる。(c) 国際的な標準化活動の重要性が増大する。(d) 金融業法よりも根本的法分野の改正の影響を分析する必要性が増大し、AIによる民法（契約主体性）、PL法などの根本的变化が起こり得る。③ 国民の厚生を増大、安定的資産形成という究極的目標の政策評価を行う必要が生じる。(a) 政策や投資教育の費用便益分析が求められる。(b) 根拠に基づいた政策形成（Evidence Based Policy Making EBPM）フレームワークが導入され、政府の統計インフラ拡充やオープンデータが推進される。(c) ナッジ（Nudge）など行動経済学に基づく制度設計の必要が増大し、ランダム化比較試験（RCT）と規制サンドボックスの接続を目指すことになる。⁽⁴⁵⁾ 産業の生産性向上を短期間に実現すべく規制のサンドボックス制度創設を含む生産性向上特別措置法案が第一九六回通常国会に提出された。⁽⁴⁶⁾ こうした金融行政の方針転換の影響を鑑み、国際的な議論や整合性の下に関連法の制度設計を図ることが重要になってくる。⁽⁴⁷⁾

3. FinTech の発展段階における Better Bank と Relegated Bank および Disintermediated Bank の認識のズレ

我が国においてはメガバンクなどを中心に決済・送金分野での FinTech 企業との関係やグループ化あるいは子会社化を図る動きが現時点では主であり、仮想通貨を独自に発行する動きも出ている。我が国の場合、貸金業法規制の存在から FinTech 企業が銀行業へ新規参入するには大きな障壁が存在する⁽⁴⁹⁾ため、欧米のような新形態の銀行免許構想の段階には至っていない。⁽⁵¹⁾ 加えて直近ではプラットフォームに対する規制強化の方向性も示され、こうした背景もあって我が国では FinTech に関しては既存金融機関による Better Bank の方向性に向けた議論が主であり、欧米におけるような FinTech 企業への銀行免許の付与、バーゼル委員会の想定シナリオにおける Relegated Bank

Disintermediated Bank の議論の段階にないことが示される。⁽⁵²⁾

もつとも金融庁は FinTech 4.0 のリバンドリングの例として銀行免許を有していないプレイヤーによる銀行同等機能の提供の実現を掲げており、⁽⁵³⁾ 将来的な FinTech 企業への銀行免許付与も決して排除されていないと見るべきであろうか。他方で金融庁はプラットフォームと称する巨大 IT (情報技術) 企業を念頭に不正取引を防止する規制を検討している。⁽⁵⁴⁾ 仮想通貨を世界に先駆けて法制度として取り込み取引を正面から認めつつも、FinTech の無制約な発展を許容しているものでもないとも思料され、今後の規制当局の取り組みのスタンスが注視されよう (私見)。

4. 仮想通貨交換業者に対する規制の意義、仮想通貨ファンドに関する法的な論点など

(1) 仮想通貨交換業者に対する規制の意義

仮想通貨に関しては ICO を含め私法的位置付けなど種々議論がされ先行研究も多い。⁽⁵⁵⁾ 仮想通貨交換業者に対する規制の意義、新しい論点として仮想通貨ファンドの関連法制、ブロックチェーンと EU の GDPR の関係等の要点を示しておきたい。

仮想通貨交換業者に対する規制の必要性、その手法等が議論されている。ブロックチェーンという分散型のネットワーク構造の中で唯一中央集権的な形態をとるのが仮想通貨交換業者であり、多数の投資家を傘下に有して顧客資産を預かり、参加者間の取引を仲介している。即ち、基本的に分散型となっているネットワークの中で唯一規制対象となり得るのは必然的に中央集権的な存在としての仮想通貨交換業者となり、国際的にも仮想通貨交換業に着目した制度的対応が主流となっていることには必然性がある。マネーロンダリングや犯罪資金等でも最終的に問題となるのは法定通貨に交換する局面であり、その面からも仮想通貨交換業者を規制する意義は大きいことが指摘されている。⁽⁵⁶⁾ 混

蔵寄託とトラストレス性のジレンマ⁽⁵⁷⁾、マネロン問題と法制度構築の構造的な課題として検討してきた点が改めて浮き上がってくることになる。

(2) 仮想通貨ファンドに関する法的な論点

仮想通貨に投資するファンドについて、従来の投資ファンド同様に厳格な規制が必要と考えられるが、新しい概念であることから規制対応が追いついていない状況にある。仮想通貨ファンドに関しては、エンティティの選択として信託型（投資信託、外国投資信託、信託）、会社型、組合型の三類型の投資ファンドがあり、類型毎に考察が進められ⁽⁵⁸⁾、中でも柔軟性の高さ等から組合型のファンドが優先的な選択肢になる。しかしながら仮想通貨に対して直接投資をすることを目的とする投資事業有限責任組合を組成することはできず（投資事業有限責任組合契約に関する法律二条一項）、任意組合や匿名組合による組合型のファンド組成が選択肢となる。

ファンド持分の有価証券該当性について、①ファンド持分が有価証券に該当する場合にファンドについて金融商品取引法の業者規制等が問題になる。組合型ファンドでは持分保有者が出資または拠出をした金銭を充当して事業が行われ、収益の配当または財産の分配が行われる場合に原則として有価証券に該当する（金融商品取引法二条二項五号）。②投資家の勧誘について、ファンド持分が有価証券に該当する場合、その勧誘は第二種金融商品取引業に該当し（金融商品取引法二八条二項）、原則として金融商品取引業者としての登録が必要となる（金融商品取引法二九条）。③適格機関投資家等特例業務について、組合型のファンドの場合は金融商品取引業者としての登録について適格機関投資家等特例業務の重要な例外があり、ファンドの投資家に一名以上の適格機関投資家がいること、適格機関投資家以外の投資家が一定の属性の者に限られること等の所定の要件を満たす場合に金融商品取引業としての登録は不要とされる

（金融商品取引法六二条以下）。④開示義務について、ファンド持分が有価証券に該当する場合に有価証券届出書の提出義務等の開示義務が問題になるが、主として有価証券に投資をするファンド以外については開示義務の適用対象外とされる（金融商品取引法三条三号、金融商品取引法施行令二条の九第一項）。

(3) 仮想通貨の取引相手方の法規制

仮想通貨に投資するファンドが投資活動を行う場合、取引相手に対して適用される法規制も問題となる。仮想通貨に投資して法定通貨と仮想通貨の交換または仮想通貨同士との交換を業として行う場合、取引相手方は基本的に仮想通貨交換業者としての登録が必要となる（資金決済に関する法律六三条の二、二条七項）。交換が海外で完結すれば当該交換自体は日本法の適用外と考えられるが、ファンド運営者が国内にいれば日本法の適用を受けることになる。仮想通貨の交換の媒介、取次ぎまたは代理も仮想通貨交換業に該当するため、我が国でこれらの行為を行う者も仮想通貨交換業者としての登録が必要となる。この場合、媒介は他人間の契約の成立に第三者が尽力することを意味するため捕捉範囲は広くなる。

ファンド・オブ・ファンズとして他のファンド持分に投資する場合など投資対象が有価証券である場合、有価証券に投資を募る行為や投資家から出資を受けた金銭の運用行為については取引相手方が原則として金融商品取引業の登録を受けていることが必要となる。行為が海外で完結している場合は日本法の適用対象外とされることも多いが、日本の居住者を相手方としている限りは基本的に日本法の適用の適用を受けることになる。

仮想通貨の仕組み、ファンドストラクチャーは非定型的なものが多く個別具体的な検討が不可欠となる。出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律、貸金業法等の法律の他、金融商品の販売等に関する法律による説明

義務（同法三条）、犯罪による収益の移転防止に関する法律による取引時確認（同法四条）が必要となる場合も生じ得る。⁵⁹

(4) 仮想通貨・ブロックチェーンとEU一般データ保護規則（GDPR）、準拠法と域外適用など

FinTechの想定シナリオあるいは発展段階と個人情報保護の関連について、二〇一八年五月二五日施行されたEU一般データ保護規則（General Data Protection Regulation GDPR）の関連が検討される。FinTechやAI活用・発展に関してはビッグデータなど情報自体の集積が前提となるため、個人情報保護の視点からの考察が必要となる。仮想通貨に関しては特にパブリック型ブロックチェーンの場合にGDPRの適用可能性が問題となる。⁶⁰

GDPR適用を巡る論点としては、①個人データ（personal data）を扱うか、②データ管理者（data controller）またはデータ処理者（data processor）に該当するか、③適用対象領域に含まれるか、が挙げられる。特に域外適用（extraterritorial application）について、次のいずれかの個人データの処理を行う場合にはGDPRが域外適用され、EEA域内に子会社や支店等の拠点を有しない日本企業（例えば東京本社）においても原則として対応が必要となり、EEA域内に代表者を選任する必要がある（GDPR第三条第二項、第二十七条第一項）。①EEA域内に所在する本人に対する商品またはサービスの提供に関する処理、②本人がEEA域内で行う行動の監視に関する処理。

ブロックチェーンの関係で留意される点は、①個人データの範囲が広範でビットコインにおける公開鍵、暗号化・ハッシュ化された取引情報も個人データに該当し得ること、②ブロックチェーンに参加するノードが（データ管理者またはデータ処理者に該当し得ること、③GDPRの域内所在のノードに適用され得ること等である。このためブロックチェーンを利用する事業を行う場合、我が国の個人情報保護法と共にGDPRの適用対象となるか、また適用

対象となる場合の規律の遵守について検討が求められる。関連して、本邦抵触法上ビットコイン自体については準拠法は観念できないと解され、他の法域における私法上の取り扱いに関する懸念を排除できる点で望ましい考え方であると指摘されている。⁶¹ 本邦以外の特定法域（特に無体物に対する所有権を認める法域）の法がビットコインの物権準拠法として指定されるとの解釈は困難で、支払い手段としての有用性の確保という観点からも実質的に妥当であるとされる。

(5) 仮想通貨と金融商品取引法の対応の課題

仮想通貨にかかる今後の課題と規制当局の対応に関して、ビジネスモデルの多様性と不透明さ、リスクマネジメント・内部管理およびガバナンスの欠如、グローバル連携の困難さが指摘できる。

ハードローである改正資金決済法においてイノベーション等の維持も勘案し登録制として規制を緩め、詳細は自主規制団体によるソフトローとしての自主規律に委ね、また規制当局としてはモニタリングチームによる監視強化と行政処分の連発というスキームで揺籃期である仮想通貨取扱業者の自律性の不十分さを直ちに補えるのかどうか疑問なしとしない（以下、私見）。海外の無登録業者による席卷が繰り返され、当該国にはマネロン以外には十分な規制や規制当局が存在しない現状において、後追いの行政処分以外のエンフォースメントを自主規制団体に丸投げする手法には少なくとも当面の混乱の收拾に十分といえる難い面がある。先進各国が仮想通貨の規制を強化する中で事実上我が国のみがハードローにおいて正面から仮想通貨を認定し、Regulatory Arbitrage（規制の裁定）からグローバルマネーが集中しつつある現在、新たなハードローミックスのあり方を検討することも重要な選択肢となる。業規制を策定する方向性もかかる視点に立つものとも思料される。

米国では一九三四年法一二条g項適用会社（開示会社）が公開会社に相当するなど連邦会社法制を有しない連邦証券法や証券取引所ルールに実質的な会社法規定が紛れ込んでいるのが現状であるが、ここで米国のような仮想通貨の規制手法を我が国の仮想通貨規制に採用するとすれば制度的な統一性や一体性確保の面で齟齬を生じることとならないかどうか疑問が生じ得る。公開会社法制の存在しない我が国において、金融商品取引法が会社法との間隙を埋める役割を果たしつつあるという実態があり、証券取引法を超えた機能も担っているとの指摘もされる。私法上の効力あるいは追及効や抵触法上の準拠法の存在などが明確でない仮想通貨やICOに関する規定を盛り込むことは、解釈の限定を付した上で証券取引の局面に限定するにせよ、金融商品取引法の優先適用が一般的に進む中で一抹の懸念を感じざるを得ない。例えば、追跡不能状態での取引に関して金商法違反行為としての私法上の効力問題、開示・会計・監査・内部統制を資本市場のインフラと考えるのか等、金商法の抱える本質的な論点⁶²が浮かび上がることが想定できよう。容易にグローバルに不正流出してその追跡も容易ではない等の特質を抱える仮想通貨の取扱いに関して、業規制と合わせて今後は金商法の規律を重ねるとした場合に、公開会社法制を欠いている状態化で役割が変容しつつある金商法の抱える齟齬自体が表面化することがないか、慎重な制度設計の考察も必要となると考える。

5. 機能別・横断的な金融規制体系の骨子

(1) 機能別・横断的な金融規制体系

金融庁は金融審議会「金融制度スタディ・グループ（第九回）」（二〇一八年六月一八日）の中で「中間整理（案）―機能別・横断的な金融規制体系に向けて―」を提示し、機能別・横断的な金融規制体系の検討においては一体化しつつある金融サービスと非金融サービスとの関係も視野に入れる必要性を述べている。主として総論を掲げ個別具体的な

法制度設計を示す段階のものではないが、アンバンドリング・リバンドリングの進展、金融システムのネットワーク構造の変化を折り込んでいることから、バーゼル委員会の想定シナリオにおける Better Bank に留まらずに Relegated Bank / Disintermediated Bank の議論も視野に入れていくものと思料される (私見)。

(2) 金融の各機能の分類と規制の態様

以下、「中間整理 (案)」の要点を掲げておきたい。⁶³⁾ 決済機能 (資金決済法)、資金供与機能 (銀行法、貸金業法)、資産運用機能 (金商法)、リスク移転機能 (保険業法) の機能毎に現行法制の問題点を検討し、達成されるべき利益項目として各機能の確実な履行、利用者に対する情報提供、利用者資産・利用者情報の保護、マネーロンダリング・テロ資金供与防止、システムックリスク顕在化の防止等を掲げる他、市場の公正性・透明性の確保も重要となり、達成されるべき利益の項目は同じでも求められる水準等には濃淡があり各機能の特徴に応じた対応が必要となる。

(3) 業務範囲規制、セーフティネット等の主体別規制、商品・サービスの提供プロセス等に着目したルール整備

① 金融・非金融の境界が曖昧になる中で、銀行・銀行グループには重厚な業務範囲規制・財務規制・セーフティネットが存在する。規制間の役割分担は再検討の余地があり、銀行持株会社・銀行、事業会社を各頂点とするグループについて本業へのリスク遮断効果にかかる差異等を考慮して業務範囲規制のあり方の考察を進める。期待されるサービスの外縁に変容が予想され、多様な業務を認める場合には財務規制についても幅広く見直す必要が生じ、セーフティネットについても目的・対象の変容に応じた実効的手法を検討する。銀行やグループ内会社に新たな業務を認める場合、セーフティネットで保護される部分とそれ以外を平時から実効的に分離可能な状態とし、有事に分離させる措置も検討する。② 利用者ニーズに応じた商品・サービスを業態・機能横断的に提供する場合に代理・媒介プロセ

スにかかるルールを可能な限り共通化すること、プラットフォームを通じた金融取引に関しては利用者の契約当事者よりもマッチングするプラットフォーム提供者を規制する方が実効的と考えられることが述べられている。

(4) 具体的な制度設計と課題

今後は各機能の中で個別業務の内容やリスクの差異を認識・測定し、ルールに差異を設けるなど具体的な制度設計が必要となる。経済の持続的成長と安定的な資産形成等による国民の厚生増大という金融行政の目標との整合性、利用者情報の適切な保護、情報の適切な利活用の促進のための環境整備も留意され、以下の観点の考慮が求められる。

① 国際的なサービス展開と整合性について、ボーダーレスなサービス展開の阻害は避けると共に、規制の緩い国への回避を図る Regulatory Arbitrage を防止する視点から各国規制当局が規制の国際的整合性の確保に努める。② 法令と自主規制などのソフトローの組合せについて、状況の変化に応じた適時な対応を図るべくルールベースとプリンシプルベースの役割分担に留意する必要がある。③ 民事法上の扱い、④ AI（人工知能）、金銭の概念、ブロックチェーン技術等については個々の法律でなく金融規制における基本的概念・ルールの横断化を図ることが課題となる。⁶⁴特に AI 活用は金融面に限らず開発者の予見可能性を超えて広汎な能力・用途を具備する可能性があり、金融分野以外の検討も踏まえて制度設計を進める。経済産業省は二〇一八年六月十五日「AI・データの利用に関する契約ガイドライン」を策定し、データ提供型、データ創出型、データ共用型（プラットフォーム型）の三類型に整理して構造、法的論点、主な契約条項例などを提示している。⁶⁵金融サービスに活用される IT などの技術に変更が生じても機能やリスクが変わらない場合には、適用される規制内容に変更が生じないように設計を行うことも指摘されている。

(5) 参入ルールの横断化・柔構造化

業態にとらわれない柔軟なビジネス選択を容易にする観点から、参入ルールの横断化・柔構造化も論点となる。英国金融サービス市場法 (Financial Services and Markets Act 2000) では規制対象業務 (預金受入れ、信用供与、投資運用、保険契約) を行わんとする者は対応する許可を取得して認可業者として位置付けられ、追加で他の業務を行わんとする場合も追加的に許可を取得すればよく改めて認可をとることは不要とされている。シンガポール通貨監督庁では幅広い決済サービス (payment services) について単一ライセンスの下で規制・監督し、各々の規制対象アクティビティを類型化してリスクに応じた必要な規制を課する枠組みを提案している。横断的イノベーションの促進に繋がる反面、制度の運用上は審査の複雑化から迅速な参入に繋がるとは限らないこと、ルール適用について明確性を欠くという問題が生じることも指摘されている。

(6) 主体別規制と機能別・横断的規制体系

業務範囲規制、セーフティネット等に関する主体別規制と機能別規制体系のあり方の国際的な検討は、⁽⁶⁶⁾ Better Bank 指向を強める大手銀行などのプラクティスにおいても重要となる。もつとも主体に関する重厚な規制群を見直さないまま機能別規制導入によって新規参入が促進されれば、重厚な規制の適用を潜脱したシャドー・バンキング等を助長しかねないとの懸念が出されている。⁽⁶⁷⁾

我が国では業務範囲規制に中心が置かれてきた感もあるが、銀行経営の健全性確保に関しては財務規制等と共通する面があり、規制間の役割分担の見直しも検討される。セーフティネット、商品・サービスの提供プロセスに着目したルール整備、プラットフォーム規制の他、ブロックチェーン技術等を用いた個人間の直接の金融取引の実現を鑑み

れば取引局面において市場メカニズムを活用した規制手法を取り入れることが考えられる。⁽⁶⁸⁾

第九章 FinTech 法制の今後の展望に向けて

1. FinTech 企業への特別目的銀行免許付与と規制裁定

今後我が国では Regulatory Arbitrage を防ぐ横断的体系に向かう可能性があるが、相次いで出される欧米規制当局の FinTech への銀行免許付与の提案は、メガバンクなどが現在指向している Better Bank としての FinTech との連携・資本参加による業務参入の方向性とは異なり、FinTech 単独による業容拡大を後押しし、多くの顧客層を抱える Google、Twitter などが既存銀行の本格的な脅威となる嚆矢を形成することになる。国民経済の発展、イノベーション支援の題目の下で各省庁は決して縄張り拡大のために FinTech 振興策に注力しているわけではないものの、結果として金融規制当局の規制の網を FinTech 企業にかぶせる形で規制領域拡大が図られることにもなりかねない。もともと長期的なスパンからの規制裁定等を考えた場合、仮想通貨について改正資金決済法の対象とすることで規制を強めた中国等から資金流入が進んだ通り、FinTech に新たな規制をかけることが結果として予期せぬ Regulatory Arbitrage を惹起し、銀行免許付与案を当面提示する見込みのない我が国から欧米等への FinTech 技術流出に繋がりにかねないリスクもまた存在し得えよう（私見）。

また根本的問題として FinTech 技術への対応の可否により、一時的にメガバンクなどが米国の二〇一〇年ドッド・フランク法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection) のボルカールール (volcar rule) 等において制限されているはずの TBTF な金融機関形成に向かって拍車がかかること、地域金融機関や中小企業の成長を脅かしかね

ないことも懸念される。銀行関連法制の横断化ならびに柔軟化が図られる反面で、このような先行きの懸念やジレンマの発生も想定される。

2. 政策当局の危機対応ならびにグローバル金融システムの分断リスクとジレンマ

FinTech⁽⁷⁰⁾については仮想通貨・ブロックチェーンにみるようにポードアレスに取引され、規制について金融商品取引法同様に立法管轄権、執行管轄権およびエンフォースメントの面で実効性の確保は容易ではない。金融システム全体の観点からはFinTech関連立法整備に伴い以下の点が懸念材料として纏められる。①リスク回避の視点からは米国における州法の域外適用にみるような過剰な規制コスト問題が生まれ、市場流動性低下に至る懸念がある。②TBTF問題の終結に逆行するリスクがあり、規制当局の危機対応の機動性の維持が求められる。③国内法制化の過程で金融規制のギャップが生じ、各国が独自の金融規制導入を図る結果、グローバル金融システムの分断も懸念され、今後のFinTech関連規制の跛行性ならびに予期せぬRegulatory Arbitrageの顕現化等により分断化傾向に拍車がかかる怖れもあろう。他方、ブロックチェーン型仮想通貨の普及により銀行の自己資本規制等の健全性規制の意味合いが変容し得るなど、国際金融規制改革自体の方向性が交錯する新たな状況が生じることになる。

以上の通り、当面は規制横断化により技術革新と利用者の便宜の促進、国民経済向上が期待されるが、横断化が更に進みFinTech企業への銀行免許付与等に行き着く場合には概念定義の不透明さ、各国のFinTech進展に応じた規制の跛行性の拡大などエンフォースメントの実効性確保の前提となる規制機関の国際協力・連携に大きな障壁を生じさせかねない。長期的にみた場合の産業構造の変化、規制横断化に伴う新たなジレンマでもあり、エンフォースも含めて国際協力、統一ルール形成など国際的枠組みでの模索が続けられよう。

3. ハードローとソフトローの規範定立

急速なIT技術進展を背景に多様で複層的な展開をみせるFinTech領域の展開に対して国際機関、監督当局などから今後の想定シナリオが示され、当面はメガバンクを中心にBetter Bank段階の収益確保に焦点を置くプラクティスが示されようが、金融庁等も更なる進展を織り込みつつ横断的、柔軟な機能別の制度設計を検討中である。仮想通貨領域では不正流出事案が起こり行政指導やみなし交換業者の登録拒否などが発せられているが、今後はFinTech全体でマネロンを含めたコンプライアンス対応のみならず、シナリオ展開を通じて種々のリスクマネジメントが重要になる。

規制対応ではハードローのみならずソフトローの規範定立が並行して重要となるが、企業の規模からコーポレイトガバナンス・コードではカバーできず、実効性のある業界団体の自主規制が期待される状態となっている。ガイドライン策定も規制官庁主体か、自主団体かで実効性は相違しよう。反面自主団体の策定するガイドラインであれば実務の詳細に至るまでカバーは可能となるとも思料される。仮装通貨の破綻事例等のようにソフトローの機能は十分といえず、実効性ある組合わせの設計は容易でない。みなし登録制の許容など緩和された登録制を補強するため、自主規制ルールの未確立の現状では規制当局の行政指導⁽⁷¹⁾の頻発、強化頼みと後追いにならざるを得ない面もある。ハードローの面のハードルが低位であったためのひずみの矯正過程にあるともいえるようか。Regulatory Arbitrage⁽⁷²⁾の課題としてもマネロン・テロ資金供与規制分野に限らずFinTech領域における標準化、各国間の統一ルール策定⁽⁷²⁾を図ることも急務となる。

最近のバーゼル委員会のシナリオ分析などを基にFinTechの制度設計の将来像について多面的に検討してきた。

金融機関のプラクティスの展開と合わせ、横断・機能別に柔軟な設計に向けて精緻化を進める段階に入ってきたといえる。新たなTBTF、プロシカリティなどFinTech特有のジレンマが複層的に発生することも懸念され、金融システム全体のリスクを分析・評価したマクロプルーデンス政策 (Macro-prudential Policy) の対応も課題となろう。将来のシナリオ展開を見越し国際的にも整合性、平仄のとれたFinTech全体の制度設計の俯瞰が重要になる。

- (1) 拙稿「FinTech関連法制の課題と展望―国際私法、国際金融規制の交錯―」日本法学第八三卷第四号 (二〇一八年三月二〇日) 九七―二〇頁。
- (2) 西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全「全訂版」下』商事法務 (二〇一七年十二月) 八三〇―八三五頁 (有吉尚哉) 参照。
- (3) ネットワークを通じてサーバーやクラウドに接続され、モノが相互通信し、遠隔からも認識や計測、制御などが可能となり、データ処理、変換、分析、連携することができる。「モノのインターネット (IoT) 概要と重要性」SAS Analytics for IoT.
- (4) 野村総合研究所資料、柏木亮二「フィンテック時代の制度設計の在り方 (試案)」『公開シンポジウムフィンテックその流れとインパクト』京都大学産学官連携本部・経営管理大学院・公共政策大学院共催 (二〇一八年一月二六日) 講演一―三八頁、岩下直行「フィンテックが描く金融の未来像」講演一―九四頁など。
- (5) 柏木亮二「FinTechによって激変する競争環境」首都大学東京金融工学研究センター第一回東京ファイナンスフォーラム (二〇一八年五月三〇日) 講演一―四六頁参照。バーゼル委員会の提示した五つの想定シナリオ (後掲) との比較において、適用技術やプレーヤーなど各要素毎に整理したものととも思料されるが (私見)、バーゼル委員会の想定シナリオは各段階毎の進展でなく並列的にも存在し得る内容と把握することができる。注(52)参照。

- (6) 森・濱田松本法律事務所増島雅和・堀天子編石川貴教・白根央・飯島隆博著『FinTechの法律2017―2018』日経BP社(二〇一七年七月)一―五四三頁。柏木亮二前掲注(4)二六頁。
- (7) Basel Committee on Banking Supervision, Implications of fintech developments for banks and bank supervisors - consultative document, August 2017,1-48pp. <https://www.bis.org/beps/publ/d415.pdf>.
- (8) 日本銀行金融機構局久光孔世留・山田隆人「FinTech時代の銀行のリスク管理―銀行経営と監督のあり方を巡って」日銀レビュー2017-J-16(二〇一七年一〇月)一―六頁参照。
- (9) 金融安定理事会(FSB)は二〇一七年六月FinTechの金融システム安定に対する含意(“Financial Stability Implications from FinTech”)を公表した。バーゼル委員会報告書は主にミクロプルーデンスの観点から分析しているのに比較し、決済・市場インフラの変容も踏まえ主にマクロプルーデンスの観点から分析を行っている。国際通貨基金(IMF)も金融システム安定の観点からFinTechの普及に際しての金融セクターと金融規制当局の課題の検討結果を二〇一七年六月に公表している。Financial Stability Implications from FinTech Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities’ Attention, 27 June 2017,1-61pp. IMF STAFF DISCUSSION NOTE, Fintech and Financial Services: Initial Considerations, Dong He, Ross Leckow, Vikram Haksar, Tommaso Mancini-Griffoli, Nigel Jenkinson, Mikari Kashima, Tanai Khaonarong, Céline Rochein, and Hervé Tourpe, June 2017,1-49pp.
- (10) Basel Committee on Banking Supervision, Sound Practices: Implications of fintech developments for banks and bank supervisors, February 2018,1-49pp.
- (11) 銀行はフィンテック企業に出入金用のインフラである顧客口座を提供する土管役になり下がる。PwC’s View「フィンテックが拓く金融と社会」創造的破壊への挑戦」Vol.11(二〇一七年一月)一―七頁。
- (12) 金融庁「オペレーショナル・リスク管理態勢の確認検査用チェックリスト」参照。[http://www.fsa.go.jp/manual/manual_yokin/18.pdf](http://www.fsa.go.jp/manual/manual/manual_yokin/18.pdf)
- (13) 金融サービスのサプライチェーンを構成する全主体が既存銀行に匹敵する高レベルのリスク管理を達成する必要はなく、

主体間でリスク管理機能を相互に補完し金融サービスのサプライチェーン全体として達成されればよい。金融情報システムセンター (FISC) 「金融機関における FinTech に関する有識者検討会報告書」(二〇一七年六月) 一一八六頁。

(14) 国際決済銀行 (BIS) 決済・市場インフラ委員会と証券監督者国際機構は、金融機関のサイバーリスクへの耐性強化を目的に包括的ガイダンスを二〇一六年六月公表した。G7も金融セクターのサイバー・セキュリティへの対応に関する基礎的な要素について二〇一六年一〇月公表している。Committee on Payments and Market Infrastructures, Board of the International Organization of Securities Commissions, Guidance on cyber resilience for financial market infrastructures, 29 June 2016, 1-28pp. G7 Fundamental Elements of Cybersecurity for the Financial Sector. (October 11, 2016) 1-3pp.

(15) 久光孔世留・山田隆人前掲注(8)三頁。

(16) Basel Committee on Banking Supervision, Part III - Implications for banks and banking systems, Graph 8: Description of key risks per scenario, 前掲注(10) 21-32pp. ただし以下の翻訳にかかる責任は、全て筆者にある。

(17) Basel Committee on Banking Supervision 前掲注(10) 27-28pp.

(18) 金融工学を駆使して過去の値動きから最良の執行タイミングを探る取引手法。

(19) 久光孔世留・山田隆人前掲注(8) 四一六頁。Basel Committee on Banking Supervision, Part IV - Implications for bank supervisors and regulatory frameworks, 前掲注(10) 33-39pp.

(20) 銀行の委託・再委託先の監督に関する各国当局の対応について、Basel Committee on Banking Supervision, Annex 2, 前掲注(10) 44-45pp.

(21) 金融システムの構成主体の変容について、グローバルにシステム上重要な銀行 (G-SIBs) に関する T B T F 問題等の金融システム安定にかかるリスク縮減というメリットも存在する。久光孔世留・山田隆人前掲注(8) 六頁 (注10)。

(22) 森信親「フィンテックは共通価値を想像できるか」コロナピア大学ビジネススクール日本経済経営研究所東京コンファレンス講演仮訳 (二〇一七年五月二五日) 一一一六頁。

(23) 「内閣官房日本経済再生総合事務局「規制の「サンドボックス」制度について」構造改革徹底推進会合「第4次産業革命」

会合（第一回）資料（二〇一七年一月八日）一―六頁。

- (24) Basel Committee on Banking Supervision 前掲注(10)5-7pp. 久光孔世留・山田隆人前掲注(8)二四頁、瀧俊雄「バーゼル委員会による Fintech への提言レポート」マネーフォワード Fintech 研究所（二〇一七年九月一日）。
- (25) 仮想通貨取引所大手から二〇一八年一月二六日保有する仮想通貨（NEM）が不正に外部へ送信され、顧客の預り資産五億二、三〇〇万 XEM が流出する事故が発生し、二〇一八年一月二九日金融庁はみなし仮想通貨交換業者（資金決済に関する法律の一部改正に伴う経過措置八条一項・二項・三項）コインチェック株式会社に対し改正資金決済法六三条の一五第一項の規定に基づき業務改善命令を発し、二月一日立ち入り検査に入っている。関東財務局「コインチェック株式会社に対する行政処分について」（二〇一八年一月二九日）。
- (26) 法令上の (de jure) 規制が限界を呈し代わって事実上の (de facto) スタンダードとしてのソフトローの生成・普及に規制当局が参画する事例が出つつある。金融セクター、ITセクターの自主規制、国際標準（ISO）等。久光孔世留・山田隆人前掲注(8)六頁（注14）。
- (27) 日本銀行「2017年度の考査の実施方針等について」（二〇一七年三月二八日）一―一七頁。
- (28) 「Fintech 革命と銀行への影響〜ITがもたらす新しい金融サービス」みずほ総合研究所（二〇一六年五月一〇日）一―六二頁。家計から銀行の間はマイナス金利、銀行から個人や企業の間は金融規制強化によって仲介機能が絞られつつある。
- (29) もっともトランプ政権による近時のドッド・フランク法の内容を骨抜きにする政策（二〇一七年金融選択法案（Financial CHOICE Act of 2017）など）、また連邦準備理事会が金利上げの方向に転じつつあることは銀行の金融仲介機能を復活させる方向にあるともいえる。このような全般的な動向とは切り離して、Fintech によるディスプレイインターフェイスの方向性がこの先先鋭化することになるのか（私見）。
- (30) インターネットで融資申請を受け所要資金は個人から募集する。P2Pレンディング、ソーシャル・レンディング（融資・貸付型クラウドファンディング）とも称されている。
- (31) ロボアドバイザー、ソーシャル・トレーディングによるETF投信も考えられる。

- (32) McKinsey & Company, *The Fight for the Customer: McKinsey Global Banking Annual Review 2015*. みずほ総合研究所前掲注(28)五八頁。
- (33) Venture Scanner, Inc. レポート&データベース。みずほ総合研究所前掲注(28)五九―六一頁。
- (34) Google, *Alibaba と提携する事例もある* (Lending Club)。
- (35) 片岡義広「ブロックチェーン技術と金融機関関連の法制度的論点についての報告書」二〇一七年二月三日全国銀行協会第三回ブロックチェーン研究会(二〇一七年七月三日)一一―一六頁。片岡義弘「仮想通貨の私法的性質の論点」(二一―一七頁)、河合健・早川晃司「ブロックチェーンの技術と可能性」、森下哲朗「FinTech法の評価と今後の法制的展開」『ビットコインなどの仮想通貨に関する法改正と実務への影響』LIBRA 一七卷四号(二〇一七年四月)二一―二五頁。
- (36) 森・濱田松本法律事務所増島雅和「ブロックチェーンの正体」TechCrunch Japan (二〇一五年一〇月一九日)。
- (37) 岩下直行「仮想通貨とブロックチェーン」千葉商科大学経済研究所講演(二〇一八年五月二二日)一一六〇頁参照。
- (38) インターネットと完全に切り離されたウォレットで、ユーザーはバックドアなどの不正アクセスにより仮想通貨が盗まれることがなくなり、秘密鍵を紙に書き記したペーパーウォレット、金属やコインまたは安全な専用デバイスなどで秘密鍵を管理するハードウェアウォレットがある。物理的に秘密鍵を保管することから現実の窃盗や紛失に弱い面もあり支払いなどに使いにくく、ウォレットはあくまでも保管目的で用いられることが多い。https://bitbank.cc/info/glossary/cold_wallet/
- (39) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会(第1回)」(二〇一八年四月一〇日)開始。
- (40) 岩下直行前掲注(37)一二頁。
- (41) 金融庁「ICO (Initial Coin Offering) について」利用者及び事業者に対する注意喚起(二〇一七年一〇月二七日)。技術的にはイーサリアムのスマートトークン、ERC-20 Token Standard (EIP20) に準拠したものが使用されることが多い。
- (42) SEC Issues Investigative Report Concluding DAO Tokens, a Digital Asset, Were Securities, U.S. Securities Laws May Apply to Offers, Sales, and Trading of Interests in Virtual Organizations, Washington D.C., July 25, 2017. <https://www.sec.gov>

gov/news/press-release/2017-131. SEC.gov Report of Investigation Pursuant to Section 21 (a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO (PDF).

- (43) 柏木亮二前掲注(5) 一四六頁。
- (44) 上野まな美・鳥毛拓馬「米国、フィンテック企業への銀行免許案OCCが提案するも訴訟問題に発展」大和総研(二〇一七年五月三二日) 一七頁。佐藤広大「米OCCによるフィンテック企業への特別目的国法銀行免許の付与構想を巡る議論」野村資本市場クォーターリー二〇一七年秋号一〇頁。二〇一六年二月通貨監督庁 (Office of the Comptroller of the Currency OCC) はFinTech企業に対し一八六四年国法銀行法 (National Bank Act of 1864) の対象となる特別目的銀行の免許を与える提案を発表した。免許付与案は州法銀行監督官協会 (Conference of State Bank Supervisors CSBS) 、ニューヨーク州金融サービス局 (New York State Department of Financial Services NYDFS) の反対があり、訴訟問題に発展している。
- (45) 柏木亮二前掲注(5) 三六頁。
- (46) 経済同友会「規制のサンドボックス」制度に関する法案への意見(二〇一八年四月五日) 一三頁。「レギュラトリー・サンドボックス」検討の必要性について、経済産業省「FinTechビジョン報告書」一六八頁。バーゼル委員会(前掲注(12) pp33-41) はアクセラレーターや規制サンドボックス、イノベーション・ハブといったアプローチのように、プレーヤーとの交流接点や技術振興に向けたプラクティスを各国の当局間で共有することを強調する。瀧俊雄前掲注(24)。
- (47) ① FinTech分野におけるアジア各国の先駆的な動向やFinTechを活用した金融の深化(金融包摂など)に焦点を当てた直近の国際カンファレンスとして、IMF—金融庁—日本銀行共催 Conference on FinTech (二〇一八年四月一六日) 参照、FinTechがもたらすリスクや規制上の課題も議論され重要な示唆に富む。この他にも② The Risk Japan Conference (6 June 2018, Tokyo), Identification of Risks in the Age of Fintech, Yutaka Soejima, Head of Fintech Center Bank of Japan など。またアルゴリズム (algorithm) にかかるアルゴミック・ガバナンスについても理解が求められる点について、KPMG「銀行規制の進化 パート3—データとテクノロジー…規制上、技術上の課題」(二〇一五年一〇月) 一三二頁。

(48) 仮想通貨の消費貸借と貸金業法・利息制限法について、利息制限法では金銭を目的とする消費貸借の利息の契約について元本額に応じて上限を定める(利息制限法一条)。貸金業法は貸金業者に対し利息制限法に規定する金額を超える利息の契約を締結することを禁止する(貸金業法一二条の八)。仮想通貨の消費貸借についてはモノであり金銭に該当しないとの立場を立てば利息制限法、貸金業法の適用対象にはならないと解されるが、やはり仮想通貨の消費貸借に利息制限法、貸金業法または同等の規制を課することについて検討がされよう。横山淳「FinTechに関連した規制上の取り組み」大和総研調査季報第二三三号(二〇一六年夏季号)四二―六九頁。ビットコインと貸金業規制について、西村あさひ法律事務所前掲注(2)八八一―八八二頁(芝章浩)。

(49) 中国では電子商取引(EC)最大手のアリババ集団が支付宝(アリペイ)と称する決済サービスを展開し、公共料金も支払いが可能となる仕組みを設け、通販の利用状況を集積したビッグデータを活用し小口融資にも参入しているが、アリババが我が国において同サービスを提供しようとするればプリペイドカード法、資金決済法、貸金業法に抵触する。「金融庁、「フィンテック」普及前提の法整備を議論」日経新聞(二〇一七年九月一五日)。

(50) ソーシャルレンディング(融資型クラウドファンディング)の解決されるべき課題として、個人の小口資金を大口化し借り手企業に融資する仕組みの特性上、投資家から資金を集めることを規制する金融商品取引法、融資を事業として行うことを規制する貸金業法の二つにかかるビジネスモデルとなり、関連ライセンス取得がサービス運営に必要となる。しかしながら金融商品取引法は投資家保護の観点から投資先情報開示の徹底を求める一方、貸金業法は債務者保護の観点から債務者情報の秘密性を重視し、異質な目的を有する法的スキームを活用するという矛盾を内包し、情報の透明性の点で足枷になっている。「ソーシャルレンディングを知る(5) 法律面と税制の課題 改善の余地も」SankeiBiz(サンケイBiz)(二〇一八年八月四日)。

(51) 欧米の貸金業規制とFinTech、米国連邦貸付真実法と州貸金業法、P2レンディングおよびトラザクシオンレンディングと貸金業法等について「フィンテックに関する現状と金融庁における取組み」金融庁資料(二〇一七年二月)一―三五頁。

(52) バーゼル委員会報告書においては銀行の将来像に関する五つの想定シナリオについて、特に段階的な進展とはしておらず、

各シナリオは並列的な扱いのようにも窺える。柏木亮二前掲注(5)における発言。

(53) 金融庁はフィンテック40のリバンドルとして中国のアントフィナンシャルの事例を掲げ、また銀行業務への異業種の参入拡大についてつとに強調している。

(54) Amazon・ペイメントなど巨大ITは通販や検索などネットサービスで大量データを集め事業に活用し圧倒的な競争力を誇り、プラットフォーム化に関して一層強味を発揮する。内閣官房や経済産業省、公正取引委員会、総務省など関係省庁は連携して大量の個人データを囲い込み、優位な立場を利用した不当な取引ができないような措置を検討している。商品シェアが中心であった独占・寡占に対する規制のあり方をデータにも適用できるかを勘案し、プラットフォーム向け新法、独占禁止法改正等を視野に入れる。井上淳「欧州連合(EU)におけるオンライン・プラットフォームに対する規制等の動向について」メディア・コミュニケーション No.67(二〇一七年) 六五―八二頁。二〇一八年六月一日読売新聞。

(55) 片岡義弘前掲注(35) 一一―一七頁、西村あさひ法律事務所前掲注(2) 八三〇―九六八頁、森・濱田松本法律事務所増島雅和・堀天子編石川貴教・白根央・飯島隆博著『FinTechの法律2017―2018』日経BP社(二〇一七年七月) 一―五四―三頁など。直近の裁判例につき「仮想通貨の交換取引所を運営していた会社が破産した場合に同取引所の利用者が届け出た破産債権の一部を認め、残余を認めない破産裁判所の査定決定が同決定の変更を求めて利用者が提起した異議審において認可された事例」(東京地判平成三〇年一月三二日)がある。金融・商事判例一五三九号(二〇一八年四月二五日) 八―一五頁。

(56) 金融庁「仮想通貨交換業等に関する研究会(第3回)」(二〇一八年五月二二日) 中島真志意見参照。

(57) 岩下直行前掲注(37) 一―一六〇頁参照。同じ問題意識に基づくものである(私見)。

(58) 本柳祐介「仮想通貨ファンドに関する法的論点」西村あさひ法律事務所金融ニューズレター(二〇一八年六月号) 一―五頁。金融庁総括審議官佐々木清隆「最近のフィンテック・仮想通貨を巡る状況」、大越有人「仮想通貨・ICOにおける法的論点」、成本治男「ICO・トークンの活用とアセットベースでの可能性」、大石幸雄「仮想通貨と知的財産―最新特許情報を踏まえ」、藤田勉「仮想通貨とICOが金融市場に与える影響」各講演『フィンテックと仮想通貨を巡る法的論点』TMI総合法律事務所・一橋大学大学院フィンテック研究フォーラム共催カンファランス(二〇一八年五月二四日)。成本治男によれ

ば、個人版私募REIT (個人向け非上場不動産オープンエンドファンドの意義、流動性・換金性にかかる設計などが示される。

(59) 本柳祐介前掲注(58)三―五頁。

(60) 倉橋雄作「ブロックチェーンと法律問題 (第1回) ブロックチェーンと個人情報保護法」NBL二一三三号二〇一八年六月一日)四―一五頁参照。石川智也・河合優子・白澤秀己「GDPR対応と日本のデータ越境移転規制対応の実務」西村あさひ法律事務所・企業法務ニューズレター(二〇一八年二月号)一―九頁。梅澤泉「EU一般データ保護規則(GDPR)の概要と企業が対応すべき事項」EY Japan 新日本有限責任監査法人・情報センサー二〇一七年二月号。

(61) 日本法上、ビットコインの保有は秘密鍵の排他的管理を通じて当該秘密鍵にかかるアドレスに紐付いたビットコインを他のアドレスに送付できる状態を独占しているという事実状態に他ならず、何らかの権利や法律関係を伴うものではないと考えらるべきように思われる。西村あさひ法律事務所前掲注(2)八四八―八五一頁(芝章浩)。他方、実質法上ビットコインを権利の対象として帰属は物権法のルールに従うという前提から、ウォレットに記録された権利の法的性格が争いとなっている場合はウォレットや秘密鍵の保有者の所在地の法を、契約当事者間の争いである場合は当該契約の準拠法を各々準拠法とすべきという提案として、森下哲朗「FinTech時代の金融法のあり方に関する序説的検討」黒沼悦郎・藤田友敬編『江頭憲治郎先生古希記念・企業法の進路』有斐閣(二〇一七年)八一―四頁。

(62) 上村達男「公開会社法―喫緊の課題と基礎理論の変容―」二〇一八年度早稲田大学横川敏雄記念公開講座講演(二〇一八年五月二六日)参照。上村達男「公開会社抜きの「株主との対話」とは」ディスクロージャー&IR Vol.1(二〇一七年五月)一―七頁。

(63) 金融審議会「金融制度スタディ・グループ (第9回)」(二〇一八年六月一八日)「中間整理(案)―機能別・横断的な金融規制体系に向けて―」一―二五頁参照。

(64) AI (人工知能) の仕組み、AIの発展・活用に伴って重要となる会社法の実務上・解釈上の視点の他、取締役の経営判断と善管注意義務、株主対応および株主総会運営、会計監査・業務監査等に及ぼす影響、ICT (情報通信技術) の発達によ

る影響等について、福岡真之介・松村英寿・鈴木悠介・片桐秀樹「会社とAI（人工知能）―会社法への示唆―」資料版商事法務第三九九号（二〇一七年六月）一四―六一頁。中山信弘・平尾寛・福岡真之介・菅野百合・松村英寿「AIに関する法的問題点と実務上の対応」西村あさひ法律事務所リーガルフォーラム第一〇八回（二〇一八年四月二四日）。個人情報保護法制度プロファイリング規制の現状と課題などについて、パーソナルデータ+α研究会シンポジウム「AI社会における『個人』とパーソナルデータ」（二〇一八年三月一八日於放送大学）、パーソナルデータ+α研究会「データ活用等の先にある社会のために―パーソナルデータ「+α」研究の狙いと問い」NBL第一一〇〇号（二〇一七年六月一五日）。

(65) AI技術につきデータ提供型、データ創出型、データ共用型（プラットフォーム型）の三類型に整理して法的論点、主な契約条項例などを示し、データ提供型では提供データが期待されたものでなかった場合の責任、クロス・ボーダー取引あるいは個人情報等を含む場合の規制など、データ創出型では利用条件、対象データの範囲・利用目的設定、データ加工等の制限・派生データの利用権限、第三者への利用許諾等の制限、収益分配、コスト・損失負担、管理方法・セキュリティ、利用期間・地域、契約終了時の扱い、準拠法・裁判管轄、データ創出型契約を締結する場合の消費者契約法や独占禁止法・下請法による規制等を課題として掲げている。西村あさひ法律事務所・危機管理ニューズレター（二〇一八年六月号）四―五頁（木目田裕・高林勇斗）。

(66) 米国では銀行に認められる業務は原則として預金受入れや貸付等に限定され、商業その他の事業会社等の株式取得は原則として禁止される。銀行持株会社（Bank Holding Company）グループに認められる業務は原則として銀行業務および密接に関連する業務に限定され、事業会社等の出資は5%以下の議決権保有に限られる。一定要件を満たす金融持株会社グループにはより広い金融関連業務も認められる。また欧州指令・欧州規則では信用機関（Credit Institution）に認められる業務には証券業務等も含まれる（ユニバーサルバンク）。事業会社等に対する議決権10%以上の出資については銀行の自己資本の15%超の場合、超過部分に対して高率のリスクウェイトを適用する等の措置が講じられる。前掲金融制度スタディ・グループ「中間整理（案）」一七―二五頁、一九頁（注1）（注2）。

(67) こうした立場からは、米国などで議論を呼んでいるFinTechに対する銀行免許付与については主体にかかる規制群の見

直しが少なくとも並行して進められるべきで、我が国では時期尚早ということになるのである。若干の検討を留保しておきたい(私見)。

(68) 分散型取引の規制手法として金融商品取引法では、清算機関で清算されない店頭デリバティブ取引の破綻損失を吸収すべく証拠金規制により取引当事者間の証拠金(担保)授受が義務付けられている。金融制度スタディ・グループ前掲注(63)二三頁。

(69) 翁百合「転機迎える金融規制―国際的な動向とフィンテックへの対応―」日本証券アナリスト協会講演(二〇一七年七月二八日)。

(70) 松尾直彦「金融用品取引法の国際的適用範囲」東京大学法科大学院ローレビュー第六卷(二〇一一年六月)二七六―二八六頁。

(71) 金融庁はみなし仮想通貨交換業者、登録業者に対し業務停止・業務改善命令を相次いで発出し、リスク管理・コンプライアンス部門、内部監査等にかかる事案が多いことが窺える。金融庁『仮想通貨交換業等に関する研究会』(第二回)事務局資料「仮想通貨交換業者に対するこれまでの対応等」(二〇一八年四月二七日)一―一七頁。

(72) 久保田隆「ブロックチェーンと国際取引法」国際商取引学会ブロックチェーン・シンポジウム第一報告資料(二〇一七年一月一二日)二―一頁。国際私法の統一化と並行してブロックチェーンを含む国際取引の円滑化のため各国法の統一を図る動きがUNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law 国連国際商取引法委員会)を中心に進められている。

「本稿は財団法人民事紛争処理研究基金の助成金に基づく研究成果である」

宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について

吉原達也

はじめに

本稿の目的は、宮崎道三郎博士^①の講述『比較法制史』^②上下（日本大学総合学術情報センター所蔵）を手がかりに、わが国における法制史及びローマ法講義の草創期の状況^③がどのようなものであつたか具体的な様相を検討することにある。宮崎博士は、「日本法制史研究の最初の専門家であると同時に、西洋に於ける近代的法制史研究法を輸入して、之を日本法制史研究に適用、実践した点に於ても最初の人である^④」が、明治二〇年代帝国大学法科大学において日本法制史を講ずるとともに、羅馬法及び比較法制史というかたちで西洋法制に関する講義も同時に行っていた時期があつた。先に穂積陳重博士によるローマ法講義^⑤についての若干の検討を試みたが、本稿では、穂積博士と宮崎博士の法制史に関する学問論の違いに関心を有する。

同資料は、上巻の羅馬法制史と下巻の独乙法制史の二分冊からなり、上巻は、当時のローマ法講義の一端を知りうる貴重な資料となっている。⁷ しかしながら講義録には講義が行われた年代を特定できる手がかりが含まれていないこともあり、いつの講義に属するのかが具体的に明らかにすることはできない。⁸

宮崎博士が、四年間に及ぶドイツ留学から帰国したのは、一八八八(明治二二)年一〇月一九日のこと、同月二九日付で帝国大学教授に任用され、法科大学勤務となっている。⁹ 宮崎博士が帰国翌年の一八八九(明治二二)年には「法制沿革及び羅馬法」¹¹を担当したが、この年は穂積博士及び外国人教師ヴァイペルト (Heinrich Weipert, 1856-1905) による「羅馬法」が講じられていた最後の年にあたる。¹² 一八九〇(明治二三)年も「法制沿革及び羅馬法」を担当するが、穂積博士は講義を担当せず、ヴァイペルトも職を解かれたことから、¹³ この年から宮崎博士による羅馬法講義のみが行われた。一八九一(明治二四)年、¹⁴ 一八九二(明治二五)年は「法制沿革、羅馬法並びに独乙法律史」の講義を担当したが、¹⁵ 一八九三(明治二六)年の講座制への移行に伴い、九月九日付で、羅馬法講座担任、法制史比較法制史講座兼任となり、¹⁶ 翌一八九四(明治二七)年九月に戸水寛人博士教授任用・羅馬法講座担任に伴い、九月八日付で法制史比較法制史講座担任となった。¹⁷ 宮崎博士の比較法制史講義録は、日本大学所蔵本以外にも現在いくつか残されている。¹⁸ このうち、撰南大学所蔵本は、表紙に「乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年の年度の筆記録であることが知られる。¹⁹ 一九〇二(明治三五)年三月法制史比較法制史講座が、法制史講座と比較法制史講座としてそれぞれ独立することとなり、宮崎博士は法制史講座の担任となった。²⁰ 比較法制史講座は、留学から帰国したばかりの美濃部達吉が担任となり、²¹ その後一九一一(明治四四)年に留学から帰国した中田薫に引き継がれていく。撰南大学所蔵本は、宮崎博士が担当してきた比較法制史講義の最終年の講義録にあたりと考えられる。日

本大学所蔵本と撰南大学所蔵本とは、全体構成において大きな違いはないように思われる。いずれも第一部・羅馬法制史と第二部・独乙法制史を講じるといふ形で構成されている。本論に先立って、緒論として、比較法制史とは何か、何を講じるか、その意味が論じられている。緒論の部分について、撰南大学所蔵本は、「第一条 講義範囲」「第二条 法制史学の由来」「第三条 法制史学の体裁」として、日本大学所蔵本のそれに比べてかなり簡略化されているが、その分説明がわかりやすくなっている。以下では、まず宮崎博士が比較法制史という講義をどのように考えていたかを伺うことができる緒論について、日本大学所蔵本の内容を具体的に紹介しながら、若干の検討を試みることにしたい。

一 比較法制史の範囲

日本大学所蔵本は、まず、緒論・第一章として「比較法制史の範囲」について、次のように語っている。

「比較法制史の名称たる其意味甚だ広かれドモ時間に制限あることなれば、其範囲を定めて講述せざる可からず。先づ其意味を広く解釈せば世界中の法制を比較するにあり。此事たる甚だ困難なることなり。然れドモ或る大家中各国の法律の沿革を研究し且つ著述せんと企画せしもの少しとせず。例は Warnkönig [Leopold August] 氏の如きは法学通論中に各国の法律沿革を簡単に論述せり。此他此類の学者頗る多し。今日にありては諸国の交通頻繁となり互に密着し諸国の法律を比較すること余程容易なるに至れりと雖ドモ、風俗思想等の異なる為め矢

張各国の法律を相比較するの困難を免れぬ。」「二丁」

比較法制史という名称が意味するところはきわめて広範であり、講義の時間に限りあるので、その範囲をまず定めなければならぬ。その名称からすれば、広義には世界中の法制を比較することとなるが、そのようなことはきわめて困難である。しかし各国の法律の沿革を研究しようとした試みがなかったわけではないとして、そのような例としてヴァルンケーニヒ (Leopold August Warnkönig, 1794-1866) の「法学通論」⁽²²⁾、つまり「Juristische Encyclopädie」の言及から始めている。同書は五〇〇頁を超える大著であり、著者は前言においてこう述べている。「本書の思想は、目次を一瞥していただければご理解いただけようし、本書において試みられた法学的エンツィクロペディー-Encyclopädieという方法によつてしか、真の学問たる法律学は叙述されえないということによつて正当化されよう。たとえ形式的に体系的であろうとも、専門領域の要点をたんに叙述するだけの、しばしば文献学的なだけの解説ではそのようなことは達せられない。それは哲学的歴史的な基礎の上に立った体系的叙述でなければならない。法は實際生けるものであり、法律的側面から見た人々の生活であり、その体系的な叙述は可能であるだけでなく、法の知識が真に学問知となるためには、そのことが必要でもある。⁽²⁴⁾」当時こうしたエンツィクロペディーを冠する著作が多く世に問われていた。⁽²⁵⁾ヴァルンケーニヒ「法学通論」は、次のような構成を持っている。第一編 法及び法学概説 第一部 法及び法学概説 一 総説 二 法概念論 三 法源論 四 法規範論 五 法律関係論 六 法学方法論 七 法の歴史的概説への橋渡し 第二部 法及び法律学の歴史的概説 一 オリエント法 二 古典古代諸民族における国家と法の発展 1 ギリシア人 2. ローマ人及びその法 三 キリスト教的ゲルマン諸民族の法と法学 四 中世とくにカール大帝支配諸

国の法と法学 五 カール大帝支配以外の諸国の法発展概観 六一六世紀以来の法源及び法学の歴史「一六世紀から一八世紀中葉に至るドイツ法源、ヨーロッパ内のドイツ以外への影響、一七世紀から一八世紀初頭までのオランダ法学とその影響、一八一五年以後のドイツ法学 一九世紀ドイツ法学の成果 その諸外国への影響 一八世紀末葉以来のドイツ法源の優越的性格」。第二編 法学各部門の歴史的概説 第一部 私法 一 私法概説 二 ドイツ現行法の歴史的説明 第二部 公法 一 国法及び一般国法学原理 二 ドイツ国法の歴史的概観 三 刑法 四 訴訟法 五 教会法 六 国際法。²⁶⁾

以上の構成から伺えるように、第一編は法及び法学についての概説とその歴史的概観（その内容は中国、インド、イスラム諸国からギリシア、ローマを経て、中世・近世のゲルマン、ドイツから当代にまで及ぶ）、第二編は、各論として、私法、公法の各部門別の概説と歴史的概観からなっている。このうち、第一編第二部の歴史的概観は、本文五六三頁のほぼ半分量二八〇頁ほどを占めており、歴史的ないし比較法制史的な叙述に大きな比重が置かれていたことがうかがえよう。ヴァルンケーニヒは、法史家にとって二つの課題を自らに課していた。一つには「法制と国制の生ける発展と運動全体」を探求し、それを忠実に描き出すことに努めねばならない。細部はその精神と目的により正確であることはもとよりつねに全体を顧慮しつつそれと関連づけて把握されねばならない、とされる。²⁷⁾ いま一つの課題とは、自国の法だけでなく、むしろ、「地球上の全民族の法及び法学の発展過程を描き、それぞれの最も重要な立法の歴史的起源を探求するとともに、それらの相互の関係及び影響を明らかにすること」²⁸⁾、つまり包括的な比較法史であり、そのときに初めて、自国の法と「法一般」との関係と発展の程度を知り、真に明晰な法の知識を獲得することとなる。穂積博士は、比較法学の研究法として、「国別比較法」と「人種別比較法」の二派を分類するが、ヴァルンケーニヒ

は、モール (Robert von Mohl, 1799-1875)、『ニッターマイヤー (Carl Josef Anton Mittermayer, 1787-1867)』⁽²⁹⁾ とともに「国別比較法」の代表的人物として取り上げられている。⁽³⁰⁾

宮崎博士は当時の比較法学研究を一瞥しつつ、さらに穂積博士のいう「人種別比較法」、換言すると、ポスト⁽³¹⁾ (Albert Hermann Post, 1839-1895) やローラー (Josef Kohler, 1849-1911)⁽³²⁾ らによつて代表される比較的民族的法研究ないし法民族学 (Rechtsethologie) にあたるものをも意識していたということが出来る。

「元来比較法制史は近来に至り甚だ盛大に赴き英仏独学者中には各国の法律を比較して法律は世の中に如何なる方法を以て進歩せしかを研究するものあり。此研究たる全く法律学に属する「一丁裏」処なり。而して今述べし如く、比較法制史は新起学問なるを以て未だ完全ならずして諸学者の論著を見れば前後撞着する処頗る多し。先づ夫れ等の比較法制史を研究するに当り、尤も困難を感ずるは学語にあり。勿論国異なるに従ひ語を異にして悉く各国の語に通ずる能はず。故に之れ大いに苦しむ処なり。因て種々の大家の著書に従ひ一般に思想を觀察するに止る。今日にては広く各国の法律を研究し其の基礎に依り其法律を比較するものあり。則ち「ポスト」Post氏の如きにして氏は独乙の比較法制史の原祖とも称せら、人にして遠く亜弗利加の法律迄で調査せしコトあり。又コーレル [Kohler] — 氏の如き苦心し研究せり。氏に至りては別々調べたるの傾あり。故に比較法制史の意味を広く言へば古代に於ける印度、希臘、羅馬等の法律沿革を論じ、一方には支那日本等に至る迄の法制史を比し得可きも到底確固たる結果を得る能はず。今や日本の法制史を陳べんとせば、自然支那の法制を陳ぶるに至る。元来日本は至大の勢にして進歩せしも久しく支那の法制を採用せしを以て日本の法制を陳べんとせば支那の法制を陳ぶるに至る。因て支那の「一丁表」法律を述べば又以て日本の法制の一般を覗ふに足れり。」「一—二丁」

宮崎博士によれば、比較法制史は、近時英仏独の学者たちにおいて、各国の法律を比較して、法律がいかにして進歩してきたかが研究されるようになった。こうした研究はたしかに法学に属するものであるが、「新起学問」であり、「未だ完全ならずして、諸学者の論著を見れば前後撞着する処頗る多し」とされ、最も困難なことは「学語」の問題であるとされる⁽³³⁾。博士自身、当時の新しい傾向に必ずしも積極的な評価を試みていないように思われる。「各国の法律を比較して法律は世の中に如何なる方法を以て進歩せしかを研究する」という言葉からは、例えばメイン『古代法⁽³⁴⁾』の研究などを想起することは許されよう。博士が、メインの比較法学研究をどのように評価していたか、もちろんこの一文からただちに判断することはできないが、穂積陳重博士の比較法学への関心との差違が感じられる部分である⁽³⁵⁾。

「今日にては広く各国の法律を研究し其の基礎に依り其法律を比較するものあり。」として、ポスト及びコーラーの名前を挙げている。ポストについては「氏は独乙の比較法制史の原祖とも称せら、人にして遠く亜弗利加の法律迄で調査せしコトあり」と述べるにとどまり、その業績自体には具体的な言及はなされていない。ポストは、当時大学に席を置かず、ブレーメンの地方裁判所判事として過ごしたが、古代社会・未開社会に強い関心を示している⁽³⁶⁾。コーラーは、一八八一年の書評において、それまであまり顧みられなかったポストの業績を高く評価し、ローマ法史やドイツ法史に限局された法史を打開する道として、この学問的方向を支持し、かれのことを、民族心理学の資料を「法史と法哲学の研究に服せしめた」最初の人々の一人、「法史学のパイオニア」と呼んでいる⁽³⁷⁾。宮崎博士は講義においてポストとコーラーに関して詳細には言及していない。比較法制史が講じられていた当時、わが国におけるポストやコーラーに対する関心は、主に穂積博士による積極的な紹介により、一定の世代にはある種の共通理解が実現されて

いたと思われる。例えば、穂積博士は、一八九三(明治二六)年に飯野謹一がポストの書『国家法制起源』を訳出したときに、訳者の求めに応じて次のような序を寄せているのが注目される。³⁸⁾

「法学は現時既に一大革命の時期に達したり。而して上に挙げたる歴史派、比較派諸学士の学説は皆な法学革命の旗鼓ならざるはなく、自然法説の遺骸の為に棺槨を斂め、墳墓を築かんとするものに非ざるはなし。就中「ブレメン」の判事ヘルマン・ポスト氏の如きは、新法学の為に烽燧を掲げ、自然法説埋葬の導師として引導の偈を唱ふる者と謂ふべし。蓋し氏は近世の比較派法律学者中に牛耳を執り、主として人種別比較法に拠り法理を論述するものなりと雖も、亦汎く実験的研究法に據る所鮮しとせず。氏著述する所頗る多し。就中「人種的法学」「法律自然学」「法の自然律」「原始民種論」「法律原始論」「一般法学の基礎」「法律の基礎」「一般法学の職務」「阿弗利加法論」「親族法進化論」等最も世に行はれ、「国家法制起源論」亦其一に居る。頃日飯野法学士本邦の法学界に自然法の旧説猶ほ其残喘を存し、空理空論往々神聖なる学理の名を瀆すを慨し、ポスト氏の著書中、特に「国家法制起源論」を擇びて之を訳述し辛思苦慮、今や全く其稿を脱せり。蓋し学士は之を以て後進者実験的法理学研究の津梁とし、本邦に於ける法学革命の旗幟を樹て、自ら新法学の先導者たらんコトを期するものなり。余や学士と志を同ふする者、深く学士の此挙あるを喜び、茲に其囑に応じてポスト氏の新法学に於ける位置を略叙し、学士の為に斯書を法学世界に紹介す。」

この穂積博士の「序」におけるポストの位置づけは、その「法理学講義」の中にも認められるものである。³⁹⁾ 穂積博士がベルリンで過ごしたのは、一八八〇(明治二三)夏学期と翌年かけての冬学期であった。⁴⁰⁾ 当時ポストはブレーメンの裁判官であり、コーラーもヴュルツブルク大学にあり、ベルリン大学に移籍するのが一八八八(明治二二)年の

ことであるので、留学中直接的な関係は確認されていない。先の「国家法制起原序」には、「現今に至りてはコーレル、ベルンヘフト、コーン等の諸氏は主として人種比較法を採れり。蓋し輓近比較法学の発達により自然法説は大に其の勢力を減殺するに至れり。」と語られている。ここでは、コーラーと、ベルンヘフト (Franz Bernhöft, 1852-1933)、コーン (Georg Cohn, 1845-1918) とが「人種比較法」の提唱者として並べられている。この三者を結びつけるのが、『比較法学雑誌』 (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft) である。この雑誌は、一八七八年に、当時ロストック大学の員外教授 F・ベルンヘフトと、ハイデルベルク大学の員外教授 G・コーンによつて創刊された。しかし三者の関係は必ずしも完全に一致してはなかつた。ベルンヘフトは、雑誌の創刊にあたって、比較法学の究極的任務を「法の發展の一般法則を発見して個別諸国民の歴史に適用すること」と規定している。その意味ではたしかにポストの民族的法学に近い線を出しながら、⁽⁴²⁾しかしその一方で、「未開民族」の習俗を法の範疇とは一線を画することにより、当時の正統的な法教義学・法史学の路線を踏み外さないように周到な配慮をしていた、とされる。⁽⁴³⁾こうした傾向は、コーラーが編集陣に加わつた一八八二年以後大きく変化していく。前年のコーラーによるポストの書評などにもそうした傾向を伺うことができる。⁽⁴⁴⁾穂積博士のベルリン時代はちょうど『比較法学雑誌』の変質が起こりつつあつた時期にあたり、そうした動向をつぶさに観察していたと考えられる。

宮崎博士のドイツ留学は、穂積博士が帰国した三年後、一八八四(明治一七)年から一八八八(明治二二)年の四年間である。中田薫博士はこう記している。「十七年八月沿革法理學及民法總論修業の爲め、獨乙國へ留學の命を受け、ハイデルベルヒ、ライプチヒ、ゲッチンゲンの三大学に於て、カルロワ、ベッケル、シュレーデル、ゾーム、ワツハ、ビンディング、ウキンドシャイド、フリードベルヒ及びイエリング等、當時著名の諸教授に就て、羅馬法日耳曼法

人法刑法及法理学等を聴講すること四年。⁽⁴⁵⁾とあるように、宮崎博士が過ごしたのは、ハイデルベルク、ライプツィヒ、ゲッチンゲンであり、右の小伝に記されているように、むしろ当時のドイツの錚々たる学者たちの近くにあった。実際、『比較法制史』も具体的には、これらの学者たちの成果に多く依拠したものとなっており、ポストやコーラーらの比較法学を意識しながらも、穂積博士のようなかたちでは議論を展開されていない。ドイツで勃興しつつあった比較法学なり民族学的法学は、たしかに古代社会や未開社会に視座を据えることで、伝統的な教義学を揺るがす契機をはらむものであったが、いまだ一つの学問としてそれに代わるものになりえていないというのが、『比較法制史』における宮崎博士の評価であった。

二 比較法制史の編纂

次に、講義の具体的な対象が示される。比較法制史の対象は、西洋における法律の位置にあつて歴史上大きな影響を及ぼした「羅馬及び日耳曼の法制」に限定されるのであるが、それぞれの歴史はいかに叙述されるべきか、その方法論について論及される。

ローマ法が欧州諸国に大きな影響を及ぼしてきたことは言うまでもないが、今日でもなお欧州各国に影響を及ぼしている。とりわけ日本と親密な諸国も日本もローマ法の影響を大きく受けている。英国について論者によりローマ法の影響の有無について評価が分かれるが、「近世に至りては英吉利法を学理的に論ずる諸学者其分類上羅馬法の影響を受くるコト大にして、今日は英国中にも羅馬法を研究するものも甚だ多し。」とされるが、そこには、一九世紀の

イギリスにおけるオースティンの分析法学、メインの歴史法学を通じてのローマ法への関心が意識されている。日本も近時欧州の法制に基づいて法律を制定したので、「間接に羅馬法日本に影響する処ある可し」「二丁」として、ローマ法を講ずる意味の一端を示している。他方日耳曼法制も欧州諸国に大きな影響を与えたのであるが、当時のドイツ法制史の基本的教科書の一つであつたヴァルター (Ferdinand Walter, 1794-1879) 『ドイツ法制史』 (Deutsche Rechtsgeschichte)⁽⁴⁶⁾ の一文を引いてこの事情が説明されている。

「比較法制史を述ぶるには二種あり。則ち羅馬及び日耳曼法なり。而して羅馬法の伝播するや、其の体裁既に具り記録亦全きを以て、羅馬法は能く相調和するに至れり。之に反して日耳曼法は幾多の流派に分れ新鮮の發達を以て無数の体裁と組織を生じ、人をしてその帰する処を知る能はざらしむ、と。」「二丁」

この文章は、決して直訳ではなく、もとより講義録であるとはいえ、原意を十分に汲みながらも、わかりやすい日本語に移しかえられている点が注目される。

「比較法制史」において、とくに「羅馬法制史」と「独逸法制史」の二つの部門のみを語るゆえんが記されるが、日本大学所蔵本と摂南大学所蔵本とは、この前後において記述に差異があり、後者では記述がかなり簡略化されている。前者では、ハインリッヒ・ブルンナー (Heinrich Brunner, 1840-1915) の『ドイツ法制史』 (Deutsche Rechtsgeschichte) からいわゆる「姉妹法」 (die Schwesterrechte) と「女子法」 (die Tochterrechte) を論じつつ⁽⁴⁷⁾、講義の対象がドイツ法制史の起源としてのゲルマン法制史に限定される理由づけがなされている。

次に、「第二章 法制史編纂の来歴」として、欧州における法制史編纂の経緯が語られる。ここでは、法制史編纂の形式として、「外史」 (die äussere Rechtsgeschichte) と「内史」 (die innere Rechtsgeschichte) の区別が注目される。

欧州における法制史に関する書が登場するのは一六世紀のことである。一二世紀のローマ法の復興後、この時期になって歴史への関心が高まってきた所以が語られる。つまり、ローマ法の本格的な歴史研究は、いわゆる人文主義法学の時代に始まる。『学説彙纂』は「十二世紀より欧州人の羅馬法を学ぶに最も大切なもの」「五丁」であり、「当時の現行法のみならず法律の沿革」が記されている。『学説彙纂』巻頭の「法及び総ての政務官並びに著名な法学者の歴史について De origine juris et omnium magistratum et successionem prudentium」及び一章 (tit. D.1.2) (「de origine juris」とは法律の Origin なり。英の Source of law なり。」とされる) がある。この章は、「法令官吏及び法学者の歴史を述べ」たものであり、「第十六世紀後之を基として法令の外史を生ずるに至」り、ここに本格的な法制史編纂の歴史が始まるとされる。もとより一六世紀以前にもローマの法制を研究するには「法の起源について」の章を読まれていたが、「此后は他章を作り又新に附け加へなどして之を学」ばれた結果、『学説彙纂』を基として編纂された法制史が登場した「五—六丁」。こうした形式の法制史叙述のあり方が「外史」(die äussere Geschichte, die äussere Rechtsgeschichte) と呼ばれるものの始まりである⁴⁸⁾。

これに対して、ユスティニアヌス法典中には、『学説彙纂』とは別に『法学提要』(Institutiones) がある。これは「法典の効力を有せしむるも其主たる処は教課書として用ふるにあり。故に初心者に解し易くする為め簡単に書けり。……。結局法律階梯を教ゆる書」であり、ローマ法の種々の規定を論じると同時に、その規定の歴史についても書き加えられている。「故に歐洲に羅馬法を研究するに当り箇々の規定を見るには「法学提要」Institutiones を見るに若くなし。之より「法学提要」Institutiones を手本とし法制の内史を編纂するコト起れり。」とされ、『法学提要』の研究から、「内史」(die innere Geschichte, die innere Rechtsgeschichte) という法制史編纂のもう一つのスタイルが始まった。

そこで、「外史」と「内史」はそれぞれ何が語られるかが問われる。もとより論者により「外史」と「内史」の範圍はさまざまであるが、おおよそ次のようにまとめられている。「先づ法制の外史には法律の成立する体裁及び名称等の沿革を論ずるなり。凡て法律は時代により現はる、形異なれり。例へば或る時代には法制は不文法となり或る時は成文法となる。加之成文法中にも時代により種々法典生ず。此く名称等を論ずるなり。此く法制の外史にては細論に入らず。内史にては法令等の内容を論ずるなり。」「五丁」、と。「外史」は「法律の成立する体裁及び名称等の沿革」を論じるもので、「細論には入らないものとされるのに対して、「内史」は、「法令の内容を論」じるところに、両者の差異がある。「外史」「内史」という叙述スタイルの区別は近代になって用いられるようになったものであるが、これについては諸説があり、とくに「外史」をめぐるには、「或は外史中に法令制定の機関のコト及び法学者の沿革を論ずるあり」とされるなど、論者によって力点の置かれ方が異なっている。そうした状況にあつて、宮崎博士は、プフタ (Georg Friedrich Puchta, 1798-1846) とブルンナーの論に言及しつつ、この問題についての態度を定めておられる。

プフタについて、「独乙に於て「プフタ」Puchta氏は歴史法学派中屈指の人にして法学通論を著し、其中に内外なる名称適せずと講す。以后人々は其名称の付て疑を抱くに至れり。」「七丁」、と記し、プフタの『ローマ民族における法の歴史』⁽⁴⁹⁾によりつつ、「外史」「内史」という名称に疑問が呈されており、さらに、ブルンナーによる「外史」「内史」の区分にも言及されている。「然るに近来「ブルンナー」Brunnerは独乙の法制を著し外内史に付て論ず。其説には共に法律を論ずるなれば内外の別なし。故に其名称当らず。夫よりもAllgemeine Rechtsgeschichte & Besondere Rechtsgeschichteなる名称を用ふ可なりと。／Allgemeine Rechtsgeschichteに論ずる処は殆んど外史と同

一にして法律の全体を論ずるなり。則ち通論にして、Besondere Rechtsgeschichte は各論にして民法刑法等を論ずるなり。「七丁」ブルンナーによれば、法律の論じるに当たっては、「外史」「内史」を区別する必要はないとして、むしろ Allgemeine Rechtsgeschichte⁽⁵⁰⁾ つまり「法制史通論」と Besondere Rechtsgeschichte つまり「法制史各論」の名称を用いるのが適切であるとされている。「各論」は、民法、刑法などの区別による法制史である。こうしたブルンナーによる法制史の形式区分が「内外と云ふより能く当れり。」と評され、このように現今の法制史の趨勢をまとめられている。

次いで、「第三章 法制史編纂の方法」として、歴史叙述に関して、別の観点からの考察を付け加えられている。「一般の歴史にても法制史の歴史にても規則のみによる可からず。而して法制史にのみに限らず。一般の歴史編纂に付て論ぜしものあり。例は Dreusen 氏等の如し。別に新説にならざるなり。法制史にても同じく歴史編纂の方法は理屈に従ふコト能はず。」「七丁」

宮崎博士は、「法制史編纂の方法」の冒頭で、ドロイゼンに対する短い批判的言質を記している。ヨハン・グスタフ・ドロイゼン (Johann Gustav Bernhard Droysen, 1808-1884)⁽⁵¹⁾ は、『アレクサンダー大王史』『ヘレニズム史』などで知られる歴史家であるが、講学上「ヘレニズム」の概念はドロイゼンにより定着するようになった。ドロイゼンは、かつてベルリンでヘーゲルの薫陶を受けたこともあり、「一国民の中に個人個人を超えた指導理念が貫徹する」という理念はヘーゲル的であり、大学での一連の歴史学方法論講義もヘーゲルの影響が顕著であるとされる⁽⁵²⁾。宮崎博士は「一般の歴史にても法制史の歴史にても規則のみによる可からず」とされるが、ここでいう「規則」は、歴史の法則の意として理解することができよう。当時のドイツにおける歴史学方法論をめぐる動向にも目配りしながらも、博士

自身の法制史研究のスタイルには積極的な評価を見出していない。むしろ宮崎博士は、「法制の編纂に二方法」、1 die synchronistische Methode 2 die chronologische Methode の区別を注目されておられる。『比較法制史』におけるこの二つの方法の説明は、主にダンツ (Heinrich Aemilius August Danz, 1806-1881) の『ローマ法制史』(Römische Rechtsgeschichte) に依拠したものになっている。⁽⁵³⁾

「以上二方法の区別は Synchronistische Methode には時代分けをなし其時代々々中に法制の沿革を述べ。Chronologische Methode は事柄を分ち其分類中に法制の沿革を説く方法なり。従来ある法制史を見るに人により種々異なり。Synchronistische Methode を用ふるあり。或人は Chronologische Methode を用ふるあり。然るに学者中に二方法の利害に付て論する処各異なり。今日にては何れか善きかを判し兼ね。併し二方法共に長処ある代りに短処あり。吾輩之等に付て考ふるに此両方法共短処なきものに非らざる感あり。」「七一八丁」

この二つの方法には長短があり、これについては主として、ヴァルターの『法通』即ち Encyclopädie によりつつ、種々の利害を検討している。⁽⁵⁴⁾「故に Walter 氏も法通に於て二方法の利害を論ず。其の説に付ては大に思ひ当るコトあり。」ヴァルターは、Synchronistische Methode よりも Chronologische Methode が歴史編纂にふさわしいと見ているようであり、宮崎博士はこの見解に肯定的である。同じく、カルロヴァの『ローマ法制史』⁽⁵⁵⁾を引きつつ、「則ち二規定間には急に甲乙を付す能ず。蓋し Synchronistische Methode は法律全体の沿革則ち或時代に於ての百般の法律中に存在する大勢を画くには便なれ。一部の法律が沿革し来たれる様を画くに便ならず。若し Chronologische Methode に拘泥すれば法律全体の沿革を写すコト能はざる可し」として、カルロヴァも「体裁に拘泥せず。之を折中して用へり」とし、ヴァルターの『ローマ法制史』Römische Rechtsgeschichte を「一部に Synchronistische Methode

を用ひ一部には Chronologische Methode を用ふ。例は公法に関する部には主として Synchronistische Methode を用ひ私法に関する部には Chronologische Methode を用ふ。」として、状況による使い分けを示唆している。いずれにしても「兎に角 Synchronistische Methode に拘泥するコト不可なり。」として、法制史の叙述にいずれかに偏しないことが肝要であるとされる。

最後に、イエーリング『ローマ法の精神』⁵⁶について言及することで法制史の叙述方法についての言及を締めくくられる。

「其他の歴史の書方に付ては法律家 Jhering 氏の Geist des römischen Rechts 中の Historical Method 中には有益なる議論あり。氏は近来の独乙には有名なる人なり。法律家としては大に才あり。此中 Geist des römischen Rechts は尤も有名なるものなり。之れは完結せず。或人は氏の著書が何物にても完結せずと。之れ著書中に面白き思想を發揮す。又一書出せは四方より攻撃するもの多く湧き出づ。故に Jhering も之に対して反動甚し。之等に付て面白き思想出づ。故に他書を書き初む。故に完結せざるコト往々あるなり。Geist des römischen Rechts は世人を益する大にしてローマ法制の研究するには必ず見ざる可からず。」「九丁」

宮崎博士は、ドイツ留学中にゲッチンゲンにおいて、イエーリングから直接の学問的な指導を受けただけでなく、私的にも親しい交際の関係にあつた。しかし『比較法制史』の中にイエーリングに触れることはあるが、右に記したように、『ローマ法の精神』から積極的に講義の内容を方向付けるような受け止め方はなされていない。むしろ、ローマ法では、カルロヴァ、ゾームらの影響が大きいといわねばならない。

小結

以上、宮崎道三郎博士の『比較法制史』のうち、緒論の分析を通じて、博士の「比較法制史」講義がどのような意図をもって行われたか、その一端を明らかにすることができた。宮崎博士が「比較法制史」を講ずるにあたって、依拠された文献がどのようなものであり、いかにそれらの文献を自家薬籠中のものとされたか、一部について検討したにとどまる。宮崎博士は、ドイツ留学からの帰国後、法制沿革ないし日本法制沿革と並行して、「羅馬法」、「独逸法制史」のかたちで西洋法制の沿革を講じられてこられた。一八九三（明治二六）年に法科大学において法制史比較法制史講座を担当されるようになったあとも、長く西洋法制について講じられていた。「法制史」（日本法制史）の講義と、「比較法制史」の講義とではもちろんその構想はまったく別のものである。日本大学法学部図書館所蔵の『日本法制史』講義録⁵⁷を見ただけでもそのことは明らかである。かつて瀧川政次郎博士が、その著『日本法制史』（一九二八年）において、その当時までの日本法制史研究の見取り図を描いて、ドイツから帰国した宮崎博士から「西洋風の法制史」研究が発足し、その後継者中田薫及びその門下生たちによって、いわゆる「法科派」の法制史が成立したとされる⁵⁸。「法科派」の法制史とは何かそれ自体も問い直されねばならないが、『比較法制史』を通じて、博士の法制史方法論ととくにドイツを中心としたローマ法、ドイツ法制史研究から受容されたものが具体的どのようなものであるかを手がかりが得られると考えられる。『比較法制史』からうかがえることは、当時穂積陳重博士が精力的に展開していた法律進化論の構想、ポスト、コーラーらの比較法学の動向とは、明確に一線を画していることである。栗生武夫教授が一九二一（大正六）年に「西洋法制史研究の必要性に就て」⁵⁹という小稿を記されておられるが、その中で、「比

較法制史は其本来の職分たる歴史上の諸制度の比較及分類にさへ未だ成功してゐないのに、どうして他の科学の領分たる法律変化の原因に容喙する余裕があるのか解らないのみならず、制度の比較と其説明とは、本来性質の異なる作業であるから、学の純一味の爲めにも、両者を切り放すべきであるからである」という一文が想起される。もちろん栗生教授と宮崎博士の思想が完全に一致するものでないとしても、こうした当時の比較法制史ないし比較法学のありように対する姿勢に共通のものを見出すことができるように思われる。栗生教授は、比較法制史は「歴史ではない」とまで言い切られる。宮崎博士とは二世代ほど差があるが、「比較法制史」講義のもとで、実際には、独仏の法制史が講じられていたことを高く評価もされておられる。宮崎博士の「比較法制史」の講義は、その後のわが国における法制史研究を方向づけたという意味でもあらためてその意義が問い直される必要がある。そのためにまず『比較法制史』の記述と、博士が依拠された諸種の文献について、原著にあたりながら、可能な限りその復元を試みることに肝要である。もとより本稿はいまだその全体に及ぶには遠いのであるが、今後の課題としたい。

- (1) 宮崎道三郎博士の事績については、中田薫「宮崎道三郎先生小傳」、中田薫編『宮崎先生法制史論集』岩波書店・一九二九年所収。石井良助「日本法制史研究の發達」『東京帝国大学学術大觀 法学部 経済学部』一九四二年、二七七—二九三頁、とくに二八〇—二八二頁。「日本法制史学八十八年—東京大学における—」『国家学会雜誌』第八一卷第一・二号(一九六八年)、一〇九—一二七頁所収、宮崎博士についてはとくに、一一一—一二四頁を参照。同『大化改新と鎌倉幕府の成立』創文社・一九七二年、三二七—三五九頁に収録、とくに三三〇—三三三頁を参照。

- (2) 本稿では、日本大学総合学術情報センター所蔵の「比較法制史」上(羅馬法制史)、下(独乙法制史)を参看させていた。同書は、和紙に謄写刷された二分冊からなる和綴本の体裁であり、第一分冊表紙に墨で「比較法制史 宮崎博士

上」と記された紙が貼付されており、内容は「羅馬法制史」である。第二分冊も同じ綴本の体裁であり、同様の題名が記されてきたであろう紙が剥がされていく確認することはできないが、内容は「独乙法制史」である。

(3) 岩野英夫「わが国における法史学の歩み（一八七三—一九四五）…法制史関連科目担任者の変遷」『同志社法学』第三九巻一・二号（一九八七年）二二五—三二二頁。矢田一男「明治時代のローマ法教育（一）（二・完）」『法学新報』第四四巻二、四号（一九三四年）、「需斯知尼安法典」同誌四八巻五号、「明治以来ローマ法源邦訳事歴」同誌四九巻六号—一二号。原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の発達」前掲『東京帝国大学学術大観 法学部・経済学部』二九四頁。佐藤篤士「日本におけるローマ法学の役割—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一つの反省—」『早稲田法学』第四〇巻第一号（一九六五年）五三—九九頁、とくに五九、六三頁、同『古代ローマ法の研究』敬文堂出版部・一九七五年に、第一章「日本におけるローマ法学の発達—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一反省—」と改題して再録、一—四六頁。

(4) 石井良助・前掲「日本法制史研究の発達」二八〇頁。

(5) 吉原達也「穂積陳重のローマ法講義」『日本法学』第八三巻第一号（二〇一八年六月）一—五一頁。

(6) 宮崎博士『比較法制史』第一分冊は、目次五丁、本文八一丁からなり、目次は、第一部、第二部を通観できる内容となっている。「比較法制史目次／緒言／第一章 比較法制史の範囲／第二章 法制史編纂の来歴／第三章 法制史編纂の方法／第二部 羅馬法制史 第一章 羅馬法制史に対する緒言／第一条 羅馬法制史編纂の沿革／第二条 羅馬法律の参考書／本論／第一章 王政時代の法制の有様／第二章 共和政時代に於ける法制の沿革／第三章 帝政時代の法制の沿革」第二部 独乙法制史／緒言／第一条 独乙法制史の来歴 第二条 参考書／本論／第一章 Germanische Zeitの法制沿革／第二章 Fränkische Zeit／第三章 中古紀／第四章 近世」。第二分冊は、「第二部 独乙法制史」のみの目次三丁と本文八四丁からなっている。本文の引用には、読みやすさを考慮して、平仮名おくりとして、原則として新字体で統一し、濁点、句読点を補った。

(7) 明治から大正期にかけてのローマ法講義に関して、京都帝国大学教授千賀鶴太郎博士のローマ法講義について、吉原達也編「千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』（一）『広島法学』第三三巻第三号（平成二二年一月三十一日刊）、（二）同第三三巻第四号

（平成二二年三月二〇日刊）、（3）同第三三卷第一号（平成二二年六月三〇日刊）、（4）同第三三卷第二号（平成二二年一月三〇日刊）、（5・完）同第三三卷第三号（平成二二年一月三二日刊）を参照。吉原達也「千賀鶴太郎博士の二つの自歴譜」『日本法学』第七九卷三号（二〇一四（平成二六）年）五五九―六〇八頁。

（8）長尾龍一「宮崎道三郎の法史学」『日本大学史紀要』第十号（二〇〇七年一〇月）、一―三二頁、『法学に遊ぶ 新版』慈学社、二〇〇九年 附録一 二五五頁以下所収。長尾教授によると、筆記者の字の癖から、早稲田大学図書館所蔵講義録『日本法制史』（明治三四年と同一であることから、一九〇一（明治三四）年以前の講義を記録したものと推定されており）。「宮崎自身の執筆にしては間違いが多過ぎ、聴講生のノートにしては出来が良過ぎるので、恐らくある程度宮崎の指導を受けて学生が作成したものと思われる。」（二六六頁を参照。）

（9）宮崎博士のドイツ留学時代の事績については、柏村哲博「設立看総代宮崎道三郎の生涯」『日本大学史紀要』創刊号二（一九九五年）、一一―一八頁、とくに四―九頁。宮崎誠・柏村哲博「宮崎道三郎のドイツ留学について」『日本大学史紀要』第五号（一九九八年）、一五一―一七二頁、宮崎誠「宮崎道三郎のドイツ留学について（補遺）」『日本大学史紀要』第六号（一九九九年）、一三一―一四六頁。このうち、「補遺」は、現地調査に基づくライプツィヒ、ゲッチンゲン大学における宮崎博士の学籍簿や住所記録などの貴重な報告記録となっている。

（10）岩野・前掲・二六八頁注三九。『法学協会雑誌』第五六号（明治二二年一月二〇日刊）四一〇頁。

（11）岩野・前掲・二三八頁（明治二二年の項）。

（12）ヴァイペルトについて、吉原・前掲「穂積陳重のローマ法講義」四一六頁、注(26)を参照。武内博「東京大学備外国人教師・講師履歴書収録一覧」<http://rainichi20072.blog106.fc2.com/blog-entry-17.html>「149 ワイペルト Weipert, Heinrich」の項目を参照。帝国大学法科大学における在職期間は、一八八六（明治一九）年―一八八九（明治二二）年まで。OAG（オーアゲー・ドイツ東洋文化研究協会、ドイツ文化会館内）≡ Deutsche Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens の <https://oag.jp/people/heinrich-weipert/> の項目も参照。石部雅亮「穂積陳重と比較法学」『比較法学の課題と展望』（滝沢正編集代表・大木雅夫先生古稀記念）信山社・二〇〇二（平成一四）年・一〇七頁、とくに二二―も参照。ヴァイペルトのローマ

法講義について、ワイペルト「羅馬法及法典編纂論」『法学協会雑誌』第五卷通号四一号（一八八七（明治二〇）年）一七一—四一頁（「法科大学教師独乙法律博士　ワイペルト氏演述、法科大学助教授　法学士　植村俊平通訳」）を参照。

(13) 『帝国大学五十年史 上冊』一一四五頁。「是の年五月を以て独逸人カール・ラートゲン、八月を以て独乙人ハインリツヒ・ワイペルト何れも満期解職となり、云々」。岩野・前掲・二三八頁（明治二三年の項）を参照。

(14) 藤野奈津子「岡松参太郎とローマ法研究——『岡松参太郎文書』の草稿からみえてくるもの——」『千葉商大論叢』第四八卷二号（二〇一一年）、五七頁以下、岡松博士と、宮崎博士のローマ法講義との関係について、とくに六四頁以下を参照。岡松博士によるローマ法講義（明治二四（一八九一年）受講ノートは岡松参太郎文書マイクロフィルム版・早稲田大学図書館・同東アジア法研究所編（雄松堂））に収録されている。

(15) 岩野・前掲・二六八頁注四二。『帝国大学一覽 従明治二十三年至二十四年』（明治二十三年一二月出版）七〇頁を参照。

(16) 『東京大学百年史・部局史二』一九八六年、六八頁。宮崎博士が羅馬法講座を担任した経緯について、明治二六年から明治二八年にかけての三年間のこととして、三上参次は次のような回想を語っている。「それから法科大学に二六・七・八の三カ年法制史の講義をしておりましたから、その時に教えた学生は三十五年とか、四十年・四十五年とかいう五年目ごとに会を開いて招んでくれる。彼等の仲間では毎年やるらしいけれども、先生を招ぶのは五年ごとらしいのです。ことに二十八年の法科の卒業生などには浜口雄幸・小野塚喜平次というな政界の人が多く、浜口内閣の時などには私の法制史の講義を聴いた連中が五人も内閣に列しておったのです。……。私が何故法科の方に行っておったかをついでに申しますと、法科の教授に戸水寛人という男があつた。この人が羅馬法の講義をしておったのであるが、海外へ遊学することになったので、その羅馬法を宮崎道三郎が代つて講義をし、その代りに私が宮崎君の法制史を三年間やるということになった訳なんです。」三上参次『明治時代の歴史学』三上参次懐旧談』吉川弘文館・一九九一年（平成三年）、一五二頁。三上参次は、一八九九（明治三二年）二月一三日に文科大学教授となるが、それまでの経歴を『東京帝国大学五十年史』によって簡単に見ておくと、文科大学において明治二四年九月三〇日に「大学院学生三上参次に日本法制沿革、日本歴史授業を…囑託」（一三三〇頁）、翌二五年「七月十二日文学士三上参次女子高等師範学校教授兼文科大学助教授に任じ、日本法制沿革及日本歴史の講義を担任す」

(二三二二頁) とあり、明治二六年「九月十一日女子高等師範学校教授兼文科大学助教三上参次助教専任となり国史法制史を担当す」(二三三三頁) は、この間の事情を裏付けているように思われる。因みに九月十一日は明治二六年の学年始業日にあたる。ただし、この記事には若干の疑問が残る。戸水寛人が、法律修行のためにイギリスに留学したのは一八八九(明治二二)年一月であり、一八九三(明治二六)年四月に留学期間の延長とドイツへの転学が許可され、翌一八九四(明治二七)八月に帰国して九月八日付で羅馬法講座担任となった経緯と、年代にずれがあるが、この点は留保しておきたい。戸水寛人博士については、吉原丈司・吉原達也編『千賀鶴太郎博士・戸水寛人博士・池辺義象氏略年譜・著作目録―ローマ法・法制史学者著作目録選(第九輯)』二〇一〇(平成二二)年刊、七七頁以下及び所掲の文献を参照。

(17) 前掲書、七三頁。

(18) 宮崎博士の比較法制史講義録としては、撰南大学所蔵本(図書館本館 完29111224)、東京大学所蔵本(総合図書館 上―下 L11:330005601737)、九州大学所蔵本(附属図書館法 KJ 30/M/2015132001055386)などが知られる。このうち東京大学総合図書館所蔵本は、日本大学所蔵本と同一の謄写印刷本のものである。これについて、長尾・前掲書二八四頁注四七を参照。「同講義録が、講義者不明のまま東京大学総合図書館に所蔵されていることを、筆者は二〇〇七年六月十一日に発見し、係員にその旨を伝えた。」

(19) 撰南大学所蔵本は、日本大学所蔵本が謄写印刷本であるのに対して、筆記者は不明であるが、インクによる筆記ノートを製本したものであり、冒頭に「教授法学博士 宮崎道三郎口授 比較法制史 完 於東京法科大学 乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年度の筆記録であることが知られる。

(20) 岩野・前掲二四三頁注六三、『東京帝国大学五十年史』下冊、一九三二(昭和七)年、一九五―一九六頁。『東京大学百年史 部局史』一〇四頁以下。

(21) 岩野・前掲二七二頁注五九を参照。美濃部達吉について、山田三良「美濃部達吉会員」(追悼文)『学問のやまなみ―物故会員追悼集―第二』日本学士院・一九八〇年、二三四頁以下。

(22) ヴァルンケーニヒについては、さしあたり、Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen: ein biographisches Lexikon von der

Antike bis zum 20. Jahrhundert (Beck'sche Reihe, 1417) C. H. Beck, 2001, S.661 (E. Holthöfer). 正記と正平 Gisela Wild, Leopold August Warnkönig 1794-1866: ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa (Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 17), 1961. ヴァルンケーニヒは、一八一二年以後、ハイデルベルクでハイゼ Heise、マルティン Martin、テイボー Thibaut、ツァハリエ Zacharia のもとで学んだ後、一八一五年にゲッチンゲンに移り、フーゴー Hugo の指導を受けた。一八一七年に当時オランダ領であったリュティヒ (Lüttich)、リエージュ)、一八二七年にはルーヴァン (Louvain, Löwen) でパンデクテン学を講じ、ベルギーで最も著名な法学者と知られた。ベルギー革命後、ヘントの立法委員会に携わったあと、一八三六年にフライブルク大学を経て、一八四四年以後、チュービンゲンに移って教会法を講じ、一八五六年に引退した。著書として、『ローマ私法提要』 *Institutiones juris Romani privati, in usum praelectionum academicarum vulgatae cum introductione in universam iurisprudentiam et in studium iuris romani.*

(23) Warnkönig, Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechtswissenschaft mit vorherrschender Rücksicht auf Deutschland: zum Gebrauch bei Vorlesungen und zum Selbststudium Erlangen, F. Enke, 1853, 569S.

(24) Op.cit., S.V.

(25) エンツィクロペディー Encycloädie は、ギリシア語の「エンキュクリオス・パイデア」(enkyklios paideia) は、元来ギリシアに生まれた自由人の若者が特定の専門を修得する前に身につけておくべき普通の範囲の教養を意味する。本来「予備教育」(Propädogik) に相当するものであった。しかし一八世紀以降、この概念はそれぞれの学科において、その学科の概念やそれを取り扱う対象や方法を、包括的体系的に論述した講義や書物に適用されるようになった。A・ベーク／安酸敏真訳『解釈学と批判』知泉書館・二〇一四年、七頁注二及び五三頁以下(文献学に関連してのエンツィクロペディーの概念)を参照。August Boeckh, Encyklopädie und Methodologie der philologischn Wissenschaften, Leipzig 1886. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, 1817. Thibaut, Anton Friedrich Justus, Juristische Encyclopädie und Methodologie: zum eignen Studio für Anfänger, und zum Gebrauch academischer Vorlesungen entworfen, Altona, 1797など。

- (26) Op. cit., S. VII-XII.
- (27) Wild, op. cit, S. 90. Warnkönig, Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftidee, A. Marcus, 1819, S. 65f; Encyclopädie, S. 87.
- (28) Warnkönig, Juristische Encyclopädie, S. 87f.; Ueber die vergleichende Staats- und Rechtsgeschichte, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, 22, 1849, S. 386ff.; Ueberblick der juristischen Encyclopädie in Deutschland : (mit besonderer Rücksicht auf Bluhme's Encyclopädie etc. 2. Aufl.), in: Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. 1, 1855, S. 1ff.
- (29) Michael Stolleis (hrsg.), Juristen: ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, S.441ff. (R. Harzer). ミッターマイヤー (Carl Josef Anton Mittermayer, 1787-1867) は、ランズフート、ボン、ハイデルベルク大学各教授を歴任。代表的著作に、'Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, mit Einschluss des Handel-, Wechsel- und Seerechts, 2 Bd., Ratisbon, 1837-38; Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzbücher, Heidelberg, 1845-46. フォイエルバハ刑法教科書の九版以後改訂者。世界最初の比較法雑誌といわれるツァハリヒ (Zachriae von Lingenthal, Karl Solomo, 1769-1843) の『外国法学・立法評論』Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes. Bd. 1, 1829 - Bd. 28, 1856の刊行に共同創刊者・共同編集者として大きな寄与があった。ミッターマイヤーの比較法研究の意義について、さしあたり、ツヴァイゲルト／ケッツ・大木雅夫訳『比較法概論上』東京大学出版会・八七—八九頁を参照。ヴァルンケーニヒは、二八巻に及ぶ『評論』について「それらは、ほぼ二〇年にわたって発展的な動きを示した外国の立法と法学の状態についてかなり完全なパノラマを再現している」と評している。Krit. Z.28 (1856), 39f.
- (30) 穂積陳重「国家法制起原序」、飯野謹一訳『国家法制起原』八尾書店・一八九三(明治二六)年刊、復刻版日本立法資料全集別巻六八六、(四) — (五) 頁、『穂積陳重遺文集第二冊』一九三二(昭和七)年所収。穂積陳重「法理学講義」(年代不明)二二—三三丁。ここでも穂積博士は「国別比較法学」と「人種別比較法学」の二派に分け、前者の例として「モンテス

キュ」を挙げ、後者の例としてポストを挙げている。「人種別比較法とは例へば「アリヤン」人種の法と「ローマン」人種の法とを比較する研究法なり。此法近来起りしものなり。独の「ポスト」なる人之を主張し、氏の苦作中には人種的法学なる語を用ひたり」と。本講義録につき、千葉大学・山口道弘教授のご厚意により参看する機会を得られましたこと、感謝申し上げます。

(31) A・H・ポストについては、江守五夫『法社会学方法論序説』法律文化社・一九六二年、二二二頁以下を参照。青山道夫『民族法学序説』酒井書店・一九五五年、二七五頁以下を参照。A. H. Post, Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer Allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft. Berndt & Schwarzer, Oldenburg 1876; Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens, Oldenburg, 1878. 飯野謹一訳『国家法制起原』八尾書店・一八九二(明治二六)年刊、復刻版日本立法資料全集別巻六八六; Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte: Leitgedanken für den Aufbau einer allgemeinen Rechtswissenschaft auf sociologischer Basis. A. Schwarz, Oldenburg 1884; Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz. Band 1 und 2. Scientia Verlag; Neudruck, Aalen; Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz. Schwartz, Oldenburg 1886. 江守五夫「A・H・ポスト 民族学的法学研究序説」『社会科学研究』第五卷二号(一九五四年)九二—一二三頁所収。; Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts. Schulze, Oldenburg u. Leipzig, 1889; Bremer Leben: satirische Gedichte, Bremen, 1872.

(32) 穂積博士とコーラーの関係について、石部・前掲「穂積陳重と比較法学」一一六頁以下を参照。コーラーの事績について Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen: ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert S.361f. (K.L.uig). コーラーの比較法学の方法について、ヤシメタリ Josef Kohler, Über die Methode der Rechtsvergleichung, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 1901, S.273. ヨーゼフ・コーラー／大木雅夫訳『上智法学論集』第二八巻二二頁七一—八四頁を参照。

(33) 穂積陳重『法窓夜話』岩波書店・一九八〇年、一七〇頁。「法律の学語」には、明治一六年の頃、穂積博士、宮崎博士たちは、九段下の玉川堂の一室を借りて、毎週一回以上集会して訳語を選定した経緯が語られている。法制史の領域での本格的

な訳語の作成は比較法制史の講義に始まったといえよう。

- (34) Sir Henry Maine, *Ancient Law*, 1861, with introduction by Prof. J. H. Mogan, *Everyman's Library*, 1965を参照。
- (35) 穂積博士とメインとの思想的関係について、石部雅亮・前掲「穂積陳重と比較法学」一〇八頁以下。
- (36) 西村稔『知の社会史』木鐸社・一九八七年、二五六頁。古代社会論の制度化として、バツハオーフェン、ポスト、コーラーを位置づけている。
- (37) 石部・前掲「穂積陳重と比較法学」一一九頁及び注四〇を参照。西村稔・前掲書・二五七頁注三五対応本文。Josef Kohler, *Rezension : Der Ursprung des Rechts*, 1876 etc., *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 23 = N.F. Bd. 4 (1881), S. 174ff. Vgl. Adam, Josef Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft, *ZvglRWiss.* Bd. 37 (1920), S.25. 27. アーダムは、コーラーをポストの後継者というのではなく、「実はコーラーが、はじめてポストの努力の深い学問的意義を完全に認識し、ポストの著書が広く知られるようになるのに貢献した法律家である」という。
- (38) 穂積陳重「国家法制起原序」、前掲・飯野訳『国家法制起原』(七)―(九)頁、『穂積陳重遺文集第二冊』一九三二(昭和七)年。
- (39) 穂積陳重「法理学講義」(年代不明)二二―二三丁。前注(30)を参照。
- (40) 穂積重行「明治十年代におけるドイツ法の受容―東京大学法学部と穂積陳重」家永三郎編『明治国家の法と思想』御茶の水書房、一九六六年、五三八頁。ベルリン大学時代について、穂積重行『明治一法学者の出発：穂積陳重をめぐる』岩波書店、一九八八年、二二五―二五九頁を参照。
- (41) Franz Bernhöft, *Ueber Zweck der vergleichenden Rechtswissenschaft*, in: *Zeitschrift für vergl.Rechtswissenschaft*, Bd.1, 1878, S.4.
- (42) 西村・前掲書・二五六―二五七頁。
- (43) 西村・前掲書・二五七頁。
- (44) 前注(37)所掲の文献を参照。

- (45) 中田薫・前掲「宮崎道二郎先生小傳」一頁。
- (46) Ferdinand Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bonn, 1857, S. 1.
- (47) 宮崎『比較法制史』上、四—五丁。Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Leipzig, 1887, S. 1ff., 15f.
- (48) 宮崎『比較法制史』上、一一丁に、おそろくカルロヴァ『ローマ法制史』に依拠しつつ、こう記している。「加之十六世紀頃は法律以外に古代の事物を研究するに至る。同時に lawyer は古代の言語学に通するに至り法律も歴史的觀察を生ずるに至る。因て此頃よりローマ史を編纂するに至れり。中著りしきは仏国の A. Rivallius 「リヴァリウス、一五三六以後没」氏なり。氏は *Civilis juris historiae libri quinque* 『市民法史五卷』を著し一五一五頃に世に公にせり。氏は非常に法理の歴史に熱中し一二 tables 「一二表法」の残りし分を集め法律の旧面目を復せんとし且つ之に註釈を加へり。夫れ今日も尚ほ 12 tables 「一二表法」の原文の旧面目を覗はんとせり。右の如く当時代に法制史の端緒開けり。併し学問の進歩は漸を以て進むものなり。故に此の如き著書あるにも拘らず不完全なる処多し。氏の著書は *Pandecten de origine juris* の章を本とし其の順序に従ひローマ法制史を作るものなり。抑もローマ法制史は *Digest* の影響を受け起りしコト明なり。」Aymarus Rivallius (Aymar du Rivail Seigneur de la Rivallière) は一六世紀のフランスの法制史家、法制史の創始者とされ、一二表法の復元を試みたことでも知られる。代表的な著作として '*Civilis Historiae Iuris, sive in duodecim Tabul. Leges Commentariorum libri quinque. Historiae item Juris pontificii libri Singularis. Valence 1515.*
- (49) Georg Friedrich Puchta, *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprozesses*, 10. Aufl., Leipzig, 1893, S. 57f.
- (50) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, S. 8.
- (51) 千代田謙『第十九世紀ドイツ史学史研究』三省堂・一九六〇年。千代田寛「十九世紀ドイツ思想史研究のための一試論：ドローゼンの歴史思想を手掛りとして」『社会科学研究』一二卷（一九六四年）、三九—五五頁。岸田達也『ドイツ史学思想史研究』ミネルヴァ書房・一九七六年はドローゼン、マイネッケを始めとする、一九世紀ドイツにおける歴史学方法論をめぐる思想史的研究となっている。

- (52) 『史学論』『史学綱要』について、岸田・前掲書、とくに第一章ドロイゼン『史学論』の構想とその背景、二頁以下を参照。
- (53) Henricus Aemilius Augustus Danz, *Lehrbuch der geschichte des römischen rechts*, Erster Theil, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1871, 225S.
- (54) 「其説は 第一 法制の変動は至大なるも其部分によりては決して皆全時代に起るものにあらずれば之を一時代中に収めて論する難し。其の部分によりては變動の影響を受けて変更するには自ら遅速あり。故に時代を明に定め之を明に論する難し。第二 国法及び之と関係ある公権の歴史に付ては或は時代を分ちて其變動を来すコト出来るも他の法制の部に至りては其變動は緩慢にして且つ表面に表はれざるコトなれば時代を分ち變動を説く難し。例の行政法憲法に関する規定廢置の事柄は明に知り易きも民法等のものに至りては變遷は知り難し(日本に於て異なる)。之れ不文法等の如きものあれば何時廢せんも何時置かれしかを知る難し。故に時代により變遷を知らんとする難き所以なり。第三には時代を分ち法制の沿革を論ぜんには時代の代る毎に前時代に連絡して論述す。故に議論の重複するコトあり。……故に、Synchronistische Methode に付ては不都合を感ず。第四には時代を分けて法制史の沿革を論ぜんには、歴史上の事実にて一定の model に入る。故に議論が明らかならずと云ふ。」「七一八丁」
- (55) Otto Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte: Bd.1 Staatsrecht und Rechtsquellen*, 1885; *Römische Rechtsgeschichte: Bd.2 Theil.1, Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess*. 1. T. Privatrech, Veit & comp., 1901. Karlowa (* 11. Februar 1836 in Bückeburg; † 3. Januar 1904 in Leipzig) war ein deutscher Rechtswissenschaftler, カルロヴァは、一八六七年にグライフスヴァルト大学教授、その後一八七二年から一九〇三年までハイデルベルク大学教授を勤めた。宮崎博士は、本書について、高い評価を記している。「尚 Karlowa 氏は Roman Law に明にして現存せり。近頃ローマ史を顕し一卷と二巻の一部成る。此書成は大部とならんと。併し氏のローマ史は全体に渡りて書す。故に公法私法の一般を知るに足る。且つ氏は着実にして研究曲解のコト少し。之れは甚だ解し易し。或事に付てローマ史を知らんには之を見る便ならん。」と。
- (56) Rudolf Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 3 Bde., 1852-1878.
- (57) 宮崎道三郎博士述『日本法制史』年代不明。OPACには、「故沼義雄先生の東大学生時代のノート、宮崎道三郎先生の

「日本法制史」を筆記す」と注記されている。

- (58) 瀧川政次郎『日本法制史』有斐閣・一九二八年（未見）。同『日本法制史』角川書店・一九六八年、四八―五〇頁、同『日本法制史(上)』講談社・一九八五年、六四―六六頁及び「学術文庫『日本法制史』序」三頁以下も参照。
- (59) 栗生武夫「西洋法制史研究に必要性に就て」『法学論叢』第六卷六号（一九二二年）一三五頁以下。

*本稿は、二〇一七―二〇二〇年度科学研究費基盤研究（C）「法学提要（Institutes）に対する比較法学的総合研究」研究課題番号17H02442（研究代表・葛西康德・東京大学教授）の研究成果の一部である。この場を借りて御礼申し上げます。

池村正道教授
略歴

池村正道教授 略歴

生年月日

一九四八（昭和二三）年一二月二日

【学 歴】

- 一九六八年三月 新潟県立高田高等学校卒業
- 一九六八年四月 日本大学法学部法律学科入学
- 一九七二年三月 日本大学法学部法律学科卒業
- 一九七二年四月 明治大学大学院法学研究科修士課程入学
- 一九七五年三月 明治大学大学院法学研究科修士課程了
- 一九七五年四月～一九七七年三月 明治大学大学院法学研究科特殊研究生
- 一九七七年四月 専修大学大学院法学研究科博士課程入学
- 一九八三年三月 専修大学大学院法学研究科博士課程満期退学

【職 歴】

- 一九八三年四月～一九八六年六月 日本大学法学部助手
- 一九八六年七月～一九九五年三月 日本大学通信教育部専任講師
- 一九八七年四月～二〇〇八年三月 東京理科大学理工学部非常勤講師
- 一九八九年四月～一九九八年三月 千葉短期大学非常勤講師
- 一九九一年四月～一九九六年三月 文教大学情報学部非常勤講師
- 一九九四年四月～一九九六年三月 日本大学理工学部兼任講師
- 一九九五年四月～二〇〇一年三月 日本大学通信教育部助教
- 一九九六年四月～一九九七年三月 日本社会事業大学社会福祉学部非常勤講師
- 二〇〇〇年六月～二〇〇一年三月 日本大学法学部兼任講師
- 二〇〇一年四月～二〇〇三年三月 日本大学法学部助教
- 二〇〇二年四月～二〇〇三年三月 千葉経済大学経済学部非常勤講師
- 二〇〇三年四月～現在に至る 日本大学法学部教授
- 二〇〇三年四月～二〇〇八年三月 国士舘大学法学部非常勤講師
- 二〇〇四年四月～二〇一一年三月 日本大学大学院法務研究科教授（兼任専任）
- 二〇〇四年八月～現在に至る 弁護士登録（東京弁護士会）
- 二〇〇五年三月～二〇〇六年三月 ロンドン大学特別研究員

- 二〇〇六年四月～現在に至る 日本大学大学院法学研究科教授
二〇一五年七月～二〇一八年六月 日本大学法学部長
二〇一五年七月～二〇一八年六月 日本大学大学院法学研究科長
二〇一五年七月～二〇一八年六月 日本大学大学院新聞学研究科長
二〇一五年七月～二〇一八年三月 日本大学大学院知的財産研究科長
二〇一五年七月～二〇一八年六月 日本大学評議員
二〇一七年九月～二〇一八年六月 日本大学副学長

(二〇一八年(平成三〇)年一月二〇日現在)

池村正道教授

主要業績

池村正道教授 主要業績

【著書】

共著

- 『ゼミナール憲法』（時潮社、一九八六年）
- 『ゼミナール行政法』（時潮社、一九八七年）
- 『教養基本法学』（成文堂、一九九〇年）
- 『現代行政法』（八千代出版、一九九二年）
- 『教養法学入門』（成文堂、一九九五年）
- 『現代の法学・憲法』（北樹出版、一九九六年）
- 『法学と憲法』（八千代出版、一九九六年）
- 『新行政法辞典』（ぎょうせい、一九九九年）
- 『法学と憲法（改訂版）』（八千代出版、一九九九年）
- 『自治行政と争訟』（ぎょうせい、二〇〇三年）
- 『概説行政法』（学陽書房、二〇〇七年）

『法学と憲法（新版）』（八千代出版、二〇一〇年）

『行政法』（弘文堂、二〇一二年）

『福祉行財政と福祉計画（第二版）』（弘文堂、二〇一三年）

『行政法（第二版）』（弘文堂、二〇一五年）

『福祉行財政と福祉計画（第三版）』（弘文堂、二〇一六年）

『行政法（第三版）』（弘文堂、二〇一七年）

【学術論文】

「土地収用法上の不服申立て期間の起算日について」自治研究五七卷九号（一九八一年）

「無名抗告訴訟の可否について」日本法学四九卷三号（一九八四年）（共同）

「事情判決制度について」法学紀要二六卷（一九八五年）

「イギリスにおける「法の支配」の現実―最近のイギリスにおける議会と裁判所の関係を中心に」日本法学五〇巻四号（一九八五年）

「イギリスにおける行政行為の司法統制―法の支配の理念と現実」法学紀要二七巻（一九八六年）

「司法権の限界論の問題点について」中山政夫編『労働法学をめぐる諸問題』（稲垣名誉教授古稀記念論文集）（一九八六年）

「行政庁の第一次的判断権と裁判上の救済」研究紀要創刊号（一九八七年）

- 「補償の可否（公用制限）」『国家補償法大系二（損失補償法の課題）』（一九八七年）
- 「補償の程度（建築制限付土地の収用）」『国家補償法大系二（損失補償法の課題）』（一九八七年）
- 「行政庁の第一次的判断権と司法審査の範囲」研究紀要二二号（一九八八年）
- 「科学裁判と実体審査」『戦後憲法学の展開』（和田英夫教授古稀記念論集）（一九八九年）
- 「原子力訴訟に関する一考察」成田頼明ら編『行政法の諸問題（上）』（雄川一郎先生献呈論集）（一九九〇年）
- 「行政と司法の区分論と裁判上の救済（一）」研究紀要四号（一九九〇年）
- 「行政と司法の区分論と裁判上の救済（二）」研究紀要六・七号合併号（一九九四年）
- 「都市計画法における地区計画の処分性」研究紀要八号（一九九五年）
- 「行政計画と計画策定手続」研究紀要九号（一九九六年）
- 「都市計画の処分性と計画策定手続」『国家と自由の法理』（大谷正義先生古稀記念論文集）（一九九六年）
- 「情報公開法について（一）」研究紀要一一号（一九九八年）
- 「行政指導と国家賠償」研究紀要一二号（一九九八年）
- 「行政指導に関する国家賠償」『現代裁判法大系二七（国家賠償）』（一九九八年）
- 「情報公開法について（二）」研究紀要一三三号（二〇〇〇年）
- 「原子力訴訟と住民投票」『社会科学の課題と展望』政経研究四一卷一号（阿部竹松教授古稀記念号）（二〇〇四年）
- 「イギリス情報公開法序説」日本法学七二巻二号（二〇〇六年）
- 「特集 ウィーン売買条約について（日本大学法学部創設百二十周年記念シンポジウム）」法学紀要五一巻

（二〇〇九年）（共同）

「行政計画について（国家と法に関する諸問題）」『法と組織に関する現代的課題』日本法学七五卷三号（坂田桂三教授古稀記念号）（二〇一〇年）

「原子力法制とその整理」法律のひろば六四卷九号（二〇一一年）

【判例研究】

「裁量と不確定概念（最判平成一一年七月一九日判時一六八八号一二三頁）」別冊ジュリスト一五〇号（行政判例百

選I第四版）（一九九九年）

「裁量と不確定概念（最判平成一一年七月一九日判時一六八八号一二三頁）」別冊ジュリスト一八一号（行政判例百

選I第五版）（二〇〇六年）

「粉飾決算を続け破産した商工協同組合に対する規制権限の不行使に基づく県の賠償責任（佐賀地判平成一九年六月二二日判時一九七八号五三頁）」判評五九一号（判時一九九六号）（二〇〇八年）

「裁量と不確定概念（最判平成一一年七月一九日判時一六八八号一二三頁）」別冊ジュリスト二二一号（行政判例百

選I第六版）（二〇一二年）

「脳血管疾患及び虚血性心疾患等に係る労災補償給付の支給決定がされた被災労働者が所属していた事業場名は、情報公開法五条一号、五条二号イ及び五条六号柱書所定の不開示情報に該当するとされた事例（大阪高判平成

二四年一月二九日判時二二八五号四九頁）」判評六六五号（判時二二二〇号）（二〇一四年）

【学会報告】

- 「土地収用法上の不服申立て期間の起算日について」行政判例研究会（一九八一年）
「都市計画の処分性」行政判例研究会（一九九六年）

【翻訳】

- 「ウエイド イギリス行政法（一）」専修法学論集三二号（一九八〇年）（共訳）
「ウエイド イギリス行政法（二）」専修法学論集三二号（一九八〇年）（共訳）
「ウエイド イギリス行政法（三）」専修法学論集三三号（一九八一年）（共訳）
「ウエイド イギリス行政法（四）」専修法学論集三四号（一九八一年）（共訳）
「ウエイド イギリス行政法（五）」専修法学論集三五号（一九八二年）（共訳）

執筆者紹介（掲載順）

岡田俊幸 日本大学大学院法務研究科教授

東裕 日本大学教授

柳瀬昇 日本大学教授

西原雄二 日本大学教授

長谷川福造 日本大学助教

橋本直樹 司法書士

尾田清貴 日本大学教授

長谷川貞之 日本大学教授

益井公司 日本大学教授

南健悟 日本大学准教授

藤川信夫 日本大学特任教授

吉原達也 日本大学教授

Problems on Law and Society

CONTENTS

Dedication

Toshiyuki Okada, *Verfassungskonforme Auslegung der Verfassung*

Yutaka Higashi, *The Purpose and Structure of the Constitution of the Republic of Fiji 2013*

—*an analysis from the point of constitutional engineering*

Noboru Yanase, *Appellate Courts' Review of Appeals on the Grounds of Factual Errors against Judgments by Panels Including Saiban-in (Lay Judges):*

On the Legitimacy of Appellate Courts' Reviewing Appeal against Judgments by Panels Including Saiban-in Part 2

Yuji Nishihara, *A Study of Repeat Citizens' Audit Requests*

Fukuzo Hasegawa, *Überlegungen zu Fragen der Kontrolle von Verwaltungsplänen*

Naoki Hashimoto, *A Study of the Evaluation of Procedural Defects in Administrative Procedures*

Kiyotaka Oda, *Countermeasures against Recidivism by Drug Offenders*

Sadayuki Hasegawa, *Half-'Ius Cogens' Effect of Stipulation of Case Law Doctrine concerning the Cancellation of Mandate Agreement*

Koji Masui, *Zum Verzugszins bei Nichtzahlung von Verzugszinsen aus unerlaubter Handlung*

Kengo Minami, *The Nature of the Seafarers Act*

— *The Shipmaster's Authority and the Discipline of the Ship*

Nobuo Fujikawa, *Toward a New Institutional Design of FinTech Legislation*

Tatsuya Yoshihara, *Miyazaki Michisaburo and his Lectures on Comparative Legal History*

Career and Main Works of Professor Masamichi Ikemura

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

（住 所） 〒 101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

（T E L） 03-5275-8510

（F A X） 03-5275-8537

（E-mail） kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

齋藤 康
大岡 藤
柳瀬 岡
江島 泰
大久保 拓
賀来 健
河合 義
喜多 利
楠谷 修
栗原 清
清水 人
西原 史
友岡 恵
渡辺 千
岩井 義
山井 徳
小野 敬
中村 美
野村 未
石崎 和
田村 文
輝 聡
昇 也
子 輔
人 修
清 人
里 介
仁 二
典 夫
和 二
典 二
知 彦
文 武

日本法学 第八十四卷 第三号

平成三十年十二月二十日印刷
平成三十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
小田 司

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

東京都千代田区神田猿樂町二一ー四 A&Xビル
印刷所 株式会社メデイオ
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. 84 No. 3 December 2018

Problems on Law and Society

Special Edition in Honour of
Professor Masamichi Ikemura's 70th Birthday