

ISSN 0287-4601

# 日本法學

---

第八十七卷 第二号 2021年9月

喜多義人教授追悼論文集

国際法と社会科学をめぐる諸問題

---

日本大学法学会

## 日本法学 第八十六巻第四号 目次

### 研究ノート

コロナ危機下の信教の自由  
——ドイツの判例の展開—— …………… 岡田 俊幸

### 判例研究

水先人の重過失と被嚮導船舶の船舶所有者に対する  
損害賠償責任  
——大阪高判平成二八年一〇月一四日 …… 南 健悟  
Westlaw Japan 文献番号2016WLJPCA10146003——

### 翻訳

ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について  
…………… クリスティエン・トジウス  
ヨハン・ゲオルク・フランク  
出 雲 孝 訳

### 論 説

名誉毀損における原状回復と  
その目的に関する法史学からの一試論 …… 出 雲 孝  
——名誉の回復をめぐる近世ドイツの議論を中心に——

### 雑 報

日本法学 第八十六巻 索引

## 日本法学 第八十七巻第一号 目次

### 論 説

契約不適合認識前の加工・改造と解除  
——買主の故意行為による原物返還不能が …… 野 中 貴 弘  
売主負担となる余地——

### 研究ノート

休業と補償  
——コロナ危機下におけるドイツの判例の展開—— …… 岡田 俊幸

### 研究ノート

養子縁組の多目的利用と縁組意思 …………… 帷 子 翔 太



喜多義人教授遺影





## 献呈の辞

令和二年九月二一日、敬愛する喜多義人先生が六二歳という若さでお亡くなりになりました。ご病氣のことは、先生から直接お伺いしておりましたが、あまりにも早すぎること逝去でした。大学院以来、親しくしていただいた先輩である先生が、他界されましたことを大変悲しく、そしてとても寂しく感じております。

喜多先生は、昭和五六年三月に日本大学法学部法律学科をご卒業後、同年四月に同大学大学院法学研究科博士前期課程、昭和五九年四月に同大学大学院博士後期課程へご進学され、ゼミナールの指導教員であつた深津栄一教授のもとで研究者としての歩みを始められました。その後、平成一七年一〇月に専任講師として本学部にご着任され、平成二〇年一〇月に准教授、平成三〇年四月からは教授として日本大学法学部の研究・教育に携わってこられました。

喜多先生は、国際法をご専門とされ、その中でも戦時国際法の問題を生涯の研究テーマとして取り組んでこられました。日露戦争において、日本は国際法を遵守したと称賛されましたが、第二次世界大戦では、日本は捕虜や文民を非人道的に取り扱ったとされ、現在に至るまで非難され続けていることが、先生の問題意識の根底にあつたように思われます。そのため、平成二年から平成一二年前半まで、歴史的な観点から、上官命令の問題、軍隊における国際法に関する教育、そして戦争における捕虜の取り扱いについての数々のご論文を、『日本法学』をはじめとした紀要や専門誌にご投稿されました。平成一六年にご論文「日露戦争の捕虜問題と国際法」が学会誌『軍事史学』に、平成一八年にご論文「日本軍人の捕虜に関する国際法知識」が『法学紀要』に掲載されましたが、この二本のご論文は、平成一六年から平成一七年の日露戦争百周年にあたり、喜多先生の問題意識を表したものとはいえるでしょう。

平成二〇年から、喜多先生は、赤十字とジュネーブ条約、赤十字による救護活動に特化したご研究を続けられました。赤十字は、ジュネーブ条約に則り、戦時において敵味方の差別なく犠牲者を救護する民間団体ですが、日本赤十字社の歴史的な史料が利用可能になったため、それらの史料を駆使してご論文を執筆されました。平成三〇年から令和元年にかけては、西南戦争において日本赤十字社が博愛社として創設され、日本がジュネーブ条約に加入するまでの約一〇年間に焦点をあてた三本のご論文を発表されました。令和二年に『日本法学』に掲載されたご論文「日本赤十字社と災害救護」が先生の最後のご論稿となりましたが、赤十字の救護活動についてさらにご研究されたいとおっしゃっておりましたので、この分野で先生のご活躍を見ることができずとても残念に思います。

以上のように、喜多先生は、歴史的な観点から戦時国際法を研究テーマとされておりましたので、学会活動についても、軍事史学会において中心的な役割を担われました。学会誌『軍事史学』にはご論文を多数ご投稿されておりますが、その中でも平成一三年に掲載されたご論文「英軍による降伏日本軍人の取扱い」は、優秀論文に与えられる阿南・高橋学術奨励賞を受賞されました。また、平成二三年から平成二七年にかけて、編集委員長として学会誌『軍事史学』の編集にあたられました。令和二年に先生が軍事史学会副会長にご就任されましたことは、先生の学会への貢献が認められたことの証といえるでしょう。

喜多先生には、国際法の中でも戦時国際法と関連した多数のご業績がございますが、先生は平成一八年から平成一九年にかけて捕鯨に関する三本のご論文を『日本法学』にご執筆されています。これは、喜多先生が和歌山県のご出身であることに大いに関係していると思われます。和歌山県は、捕鯨が盛んな地であり、特に太地町は商業捕鯨が禁止されていた時期においても捕鯨を行ってきました。喜多先生は、太地町立くじら博物館をご訪問され、また東京にある捕鯨関連団体をご訪問して、捕鯨に関する資料を収集されていました。捕鯨反対国と日本の間には深い溝がありますが、先生は古郷和歌山をはじめとして日本が行っている捕鯨の国際法上の正当性を主張したかったのではない

かと思われず。

喜多先生は、すぐれた教育者でもあり、多くの学生の教育指導をなさってきましたが、特にゼミ生に対しては特別な思いをお持ちで、ゼミ生と接する時間を大切にしておられました。先生は、ゼミ生と折に触れ飲み会を行い、交流を図っておられました。喜多ゼミでは、様々なイベントを行っておりましたが、先生は花火が大好きだったため、夏には東京近郊で開催される花火大会の席取りをして、ゼミ生とともに花火を楽しまれておりました。また、ゼミの夏合宿では、毎年、自衛隊の富士火力演習を見学し、秋には横須賀に停泊中の海上自衛隊の潜水艦の見学を行いました。喜多先生は、本学部の第二部（夜間部）に深い思いを持っておられました。同僚大学では、次々と夜間部を閉鎖しておりますが、先生は「日大は第二部から始まった」という信念のもと、「自主創造の基礎」の授業では、必ず第二部（夜間部）をご担当され、社会人学生を含めた第二部学生に対して熱心に教育されてこられたことから、先生の講義は第二部学生に大変人気があり、多くの受講生が集まりました。

喜多先生は、長年にわたって日本大学法学部の教育・研究にご尽力されてきました。先生のご人徳を慕い、先生を心から敬愛する先生方から多数のご論文が寄せられましたことを、大変嬉しく思います。謹んで先生のご冥福をお祈り申し上げますとともに、ここに哀悼の意を表し、喜多先生の御魂に本論文集を捧げます。

令和三年九月吉日

日本大学法学部長 小田 司



## 故喜多義人副会長を偲んで

喜多義人先生が昨年九月二〇日の夜（二一日午前〇時四分）にご逝去されてから、早くも九ヶ月あまりがたちました。この間、軍事史学会の理事会が何度か開かれましたが、本来ならばその場に副会長としておられるはずの先生のお姿はなく、いつもどうしようもない虚しさと寂寥感、そして喪失感に襲われています。今般、先生の追悼号が編まれるにあたり、軍事史学会の場で長らくご厚誼を得ていた関係で、こうして追悼の辞を執筆させていただけることになり、日本大学法学部の関係者の皆さまには感謝の言葉もあります。厚くお礼申しあげます。

軍事史学会における喜多先生とおつきあいが深まりましたのは、私が学会誌『軍事史学』の編集委員長を務めていた際に、編集委員、編集副委員長をお願いしていたことにはじまりますので、およそ一五年前にさかのぼるかと思えます。先生はすでにそれ以前の二〇〇一年に、「英軍による降伏日本軍人の取扱い―南方軍終戦処理史の一断面―」によって、学会誌掲載の最優秀論文に贈られる阿南・高橋学術奨励賞を受賞されましたし、「日本軍の国際法認識と捕虜の取扱い」（平間洋一、イアン・ガウ、波多野澄雄編『日英交流史 1600-2000 3―軍事―』東京大学出版会、二〇〇一年）をはじめとする旧日本軍の国際法教育や捕虜の取扱いをめぐる一連のご研究で著名な方でしたので、もちろんお名前には存じあげていました。しかし、直接お話を交わすようになったのは、約一五年前からになります。その意味では、先生とのご交誼は、他の方に比べれば短かつたかもしれません。

ただ私自身は、先生とはかなり濃密な時間を一緒に過ごさせていただいたという思いがあります。学会においては、先に記しましたように編集委員長と編集副委員長としてタッグを組み、現在の学会誌のスタイルを作りあげてきました

し、私が会長になりましたあとも、理事兼編集委員長、そして副会長として共に学会運営に携わってきました。それゆえ私が困ったときにまつさきにご相談し、お助けいただいたのが先生でした。

編集委員会や理事会は先生のご尽力で日大のお部屋を使わせていただくことが多かったのですが（大会も開催させていただきました）、先生と私の帰り道が、幸いにも同じ方向でしたので、道すがら学会のことをはじめとして諸々の話をしました。喜多先生も私も飲むのが好きなほうでしたので、話が尽きないことをいいことに「ちよつと寄っていきませんか」と、そのまま後樂園のお店に入ってしまうこともしばしばでした。先生の朴訥とした語りと茶目つ氣たつぷりな笑顔に癒されながら、法学者らしい明晰なご考察をお聞きするのがとても楽しい時間でした。

学会以外の場合でも、先生とは日本赤十字社の研究で一緒にさせていただきました。もともとその分野に疎かった私にとつて、多くを学ばせていただく貴重な機会になりました。これは、現在やはり日本大学法学部におられる国際法がご専門の河合利修先生のお誘いで、日本赤十字豊田看護大学が所蔵している戦前の日赤関係文書をもとに共同研究をしようというプロジェクトで、小菅信子山梨学院大学教授もメンバーでした。その成果は、やがて『日本赤十字社と人道援助』（東京大学出版会、二〇〇九年）として結実し、同書はその後、当該分野に関心を抱く日本内外の研究者にとつての必読書になりました。この研究プロジェクトも実りの多い、非常に楽しいもので、喜多先生との良き思い出です。

そのような学会活動等の関係で何度か先生の研究室にお邪魔させていただくことがありました。その際には、飲み物やお菓子類をいつも勧められたのですが、本来それらは学生のために用意してあるということをお聞きして、学生想いの教育者としての一面をうかがい知ることができました。

ただ先生とご一緒させていただくようになってから気がかりだったことは、いつの頃からか、眼や足等の体の不調を訴えられることが多くなったことです。病気が治ったら、いつもの本郷のお店で飲みましょう、と仰っていらした



のですが、学会の会議兼懇親会の場合でもあったそのお店に、とくに近年は参加されることがご無理になっておられました。あらたに大病を患われ、入退院を繰り返されるようになっていたからです。

学会会長として、私自身が悔やまれますのは、もっと早くに副会長をお願いしていれば良かったということです。喜多先生は俺がおれがという自分を押し出されるタイプではなく、常に謙虚な姿勢を崩されない方でしたので、いいタイミングをみはからって理事会に提案しようと思っていたのですが、どうやら適切な時期を見誤ってしまったようで慙愧に堪えません。

また個人的には、故郷の和歌山においてになりませんか、先生からはたびたびお誘いいただいていたのですが、高野山の宿坊に泊まり故郷をご案内いただくという約束は果たせないままになってしまいました。誠に残念です。

喜多先生は本来ならば、これからますます研究者としても教育者としてもご活躍が期待される方でした。また、ゆくゆくは学会のトップになられる方だったと思います。もっとも先生はおそらく、そうした大役をお引きうけできるような者ではございませんと、いつものように慎重深い言葉を発せられていたかもしれません。

あるとき何気ない会話のなかで、私もなじみのある山梨の川で、先生がよく釣りをなさっていることを知り、驚いたことがあります。お忙しかった現世から離れ、先生は今ではゆつくりと溪流釣りを楽しまれているでしょうか。喜多先生、お世話になりました。どうぞ安らかにお休みください。

令和三年九月吉日

軍事史学会会長 黒 沢 文 貴





故  
喜多義人教授  
略歷



## 故 喜多義人教授 略歴

### 生年月日

一九五八年二月一八日

### 【学 歴】

一九八一年三月 日本大学法学部法律学科卒業

一九八三年三月 日本大学大学院法学研究科博士前期課程修了

一九八七年三月 カナダ Dalhousie Law School 留学（～八七年十二月）

一九九二年三月 日本大学大学院法学研究科博士後期課程満期退学

### 【職 歴】

二〇〇五年一〇月～二〇〇八年九月 日本大学法学部専任講師

二〇〇八年一〇月～二〇一八年三月 日本大学法学部准教授

二〇一八年四月～二〇二〇年九月 日本大学法学部教授

【学会・社会活動】

二〇二〇年六月～二〇二〇年九月 軍事史学会理事

二〇二〇年六月～二〇二〇年九月 軍事史学会副会長

故 喜多義人教授 主要業績



## 故 喜多義人教授 主要業績

### 【著書（共編著）】

渡部茂己・喜多義人編『国際法』（初版）弘文堂 二〇一一年

### 【学術論文（単著）】

「赤十字標識の不正使用と戦犯裁判―横浜裁判における橘丸事件―」『国際法外交雑誌』 八七卷六号 一九八九年

「国際法上の免責事由としての「上官命令」の問題―学説の検討―其の一」『日本法学』 五八卷三号 一九九三年

「戦争犯罪人裁判と上官命令の抗弁―東京裁判の場合―」（深津栄一博士古稀特別記念号 国際法の政治的基礎）『日本法

学』 五九卷二号 一九九三年

「戦争犯罪人裁判と上官命令の抗弁―ニュルンベルク裁判の場合―」『日本法学』 六〇卷二号 一九九四年

「国際法上の免責事由としての「上官命令の抗弁」の問題―学説の検討―（二）」『日本法学』 六一卷一号 一九九五年

「日本陸軍の国際法普及措置―将校に対する国際法教育の検討―」『日本法学』 六三卷二号 一九九七年

「第二次大戦後における「上官命令の抗弁」をめぐる議論の展開」『防衛法研究』 二二号 一九九七年

「日本軍による戦争犯罪の原因に関する一考察―太平洋戦争における捕虜の違法な取扱いの観点から―」『日本法

学』 六四卷三号 一九九八年

故 喜多義人教授 主要業績

「英軍による降伏日本軍人の取扱い―南方軍終戦処理史の一断面―」『軍事史学』三五卷二号 一九九九年

「旧陸軍の国際法教育（2-1）―陸軍将校・下士官兵に対する国際法普及措置の検討―」『陸戦研究』四八卷五五八号 二〇〇〇年

「旧陸軍の国際法教育（2・完）―陸軍将校・下士官兵に対する国際法普及措置の検討―」『陸戦研究』四八卷五五九号 二〇〇〇年

「国際社会における少数者保護制度の展開」『日本大学大学院法学研究年報』三一卷 二〇〇一年

「日本陸軍と命令服従関係（2-1）」『陸戦研究』四九卷五七二号 二〇〇一年

「日本陸軍と命令服従関係（2・完）」『陸戦研究』四九卷五七三号 二〇〇一年

「日露戦争の捕虜問題と国際法」『軍事史学』四〇卷二号 二〇〇四年

「日本軍人の捕虜に関する国際法知識」『法学紀要』四八卷 二〇〇六年

「鯨類資源の管理と国際法―国際捕鯨規制の展開―」『日本法学』七一卷三号 二〇〇六年

「国際捕鯨委員会と商業捕鯨の禁止」『日本法学』七一卷四号 二〇〇六年

「商業捕鯨の合法性と必要性」『日本法学』七三卷二号 二〇〇七年

「国際捕鯨問題と日本」粕谷進先生古稀記念論集編集委員会『現代日本の法と政治 粕谷先生古稀記念』信山社 二〇〇七年

「日本によるジュネーヴ条約の普及と適用―日清戦争における日本赤十字社の敵傷病者救護を中心として―」『日本法学』七四卷二号 二〇〇八年



「文明の戦争」としての日清戦争」「病院船の活躍した北清事変」「ジュネーブ条約締結国間の日露戦争」「昭和初期の事変と日本赤十字社」黒沢文貴・河合利修編『日本赤十字社と人道援助』東京大学出版会 二〇〇九年  
「北清事変と日本赤十字社の救護事業」『日本法学』七六卷二号 二〇一〇年  
「日露戦争と人道主義―松山俘虜収容所におけるロシア傷病者救護の検討―」『日本法学』八〇卷二号 二〇一四年  
「西南戦争の傷病者救護と博愛社」『日本法学』八四卷二号 二〇一八年  
「西南戦争の医療体制と傷病者救護」『軍事史学』五四卷三号 二〇一八年  
「日本のジュネーブ条約加盟―博愛社時代の外交交渉記録から」『人道研究ジャーナル』八卷 二〇一九年  
「日本赤十字社と災害救護」『日本法学』八五卷四号 二〇二〇年

#### 【学術論文（共著）】

深津栄一・喜多義人「上官命令の抗弁」に関する国際法典化をめぐる諸問題―第2次世界大戦以前の作業―」『法学紀要』三四卷 一九九二年

Yoshito Kita, Etsuko Asami y Carmen Tirado Robles. 'Derecho Internacional Público', Francisco Barberán, Kiyohiko Kuroda y Fuminobu Okabe coords., "Introducción al Derecho Japonés Actual", 2013

#### 【学会発表】

「日本軍の国際法認識と捕虜の取扱い」軍事史学会 第一〇四回定例報告 一九九八年

故 喜多義人教授 主要業績

「日露戦争における日本赤十字社の戦時救護活動」軍事史学会 平成二二年度研究大会 二〇〇九年

【受賞】

二〇〇一年六月 軍事史学会 阿南・高橋学術奨励賞「英軍による降伏日本軍人の取扱い―南方軍終戦処理史の断面―」

# 目 次



献呈の辞

故喜多義人副会長を偲んで

故 喜多義人教授 略歴

故 喜多義人教授 主要業績

維新政府による公議政治と兵制策問…………… 淺 川 道 夫 …… 三

会社の解散の訴えにおける解散事由の検討…………… 大久保 拓 也 …… 三三

——東京地判令和元年八月三〇日を素材として——

乾岔子島事件に関わる条約及び協定の考察と事件の位置づけの検討…………… 笠 原 孝 太 …… 五七

第一回ハーグ万国平和会議と軍縮…………… 河 合 利 修 …… 八五

租税ほ脱犯の罪質に関する一考察…………… 神 例 康 博 …… 一二三

——単純不申告犯、単純不申告ほ脱犯、虚偽不申告等ほ脱犯の相互関係——

鍛錬馬競走における馬券の合法化について…………… 末 澤 国 彦 …… 一四五

——軍馬資源保護法の制定過程とともに——

|                                                         |            |     |
|---------------------------------------------------------|------------|-----|
| 行政委員会としての農業委員会の役割……………                                  | 高橋雅夫……………  | 一七五 |
| 宗教団体の自律権と司法審査……………                                      | 高畑英一郎…………… | 二〇七 |
| 日本の外国人受入れ政策に関する一考察<br>——「令和三年二月入管法改正法案」挫折の背景——……………     | 瀧川修吾……………  | 二三五 |
| インターネット上の紛争の裁判管轄に関するEU判例……………                           | 中村進……………   | 二六五 |
| デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任……………                        | 長谷川貞之…………… | 三三一 |
| 役員選任決議の効力を争う訴えにおける訴えの利益……………                            | 松嶋隆弘……………  | 三五五 |
| 行為を選択したことに責任はあるか？……………                                  | 松島雪江……………  | 三七三 |
| ボールドウィン保守主義の政治思想的側面と貢献<br>——ニュー・コンサーヴァティズムを手がかりに——…………… | 渡邊容一郎…………… | 四〇一 |
| 「抵触法」の起源としての「都市法（条例）衝突理論」<br>（森論文を中心として）とEU法……………       | 渡部茂己……………  | 四五六 |

|                                                                                            |      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------|-----|
| M.サンドルの「腎臓売買否認論」についての一考察                                                                   | 宮本満治 | 四六  |
| 非常事態における司法権の地位と機能                                                                          | 東裕   | 五〇四 |
| ——コモンウェルス諸国におけるクーデタの判例理論から——                                                               |      |     |
| サイバー戦時復仇の課題                                                                                | 田中誠  | 五三四 |
| ——lex lataとlex ferendaとの相克の視角から——                                                          |      |     |
| 性犯罪規定改正の議論に関する覚書                                                                           | 上野幸彦 | 五六〇 |
| ——暴行・脅迫要件に関する検討会の議論を振り返って——                                                                |      |     |
| The Influence of Christian Thomasius on the Private Law System in Kant's Doctrine of Right | 出雲孝  | 五八四 |





喜多義人教授追悼論文集



## 維新政府による公議政治と兵制策問

浅川 道夫

はじめに

維新政府とは、慶応三（一八六七）年十二月九日の「王政復古」を機に成立した、日本における中央政権を指す。この政権は、公議政体論を掲げた「朝藩体制」<sup>①</sup>というべき性格を持ち、天皇を「同盟列藩の主」と位置づけ、「大日本」の総政治は内外の事共に皆同盟列藩の会議を経て後有司の奏する所を以て朕之を決す可し<sup>②</sup>との施政方針を標榜したものだ。点に特色がある。ここにいう公議政体論は、幕末維新の政権争奪過程を通じ「幕府の側からも、また反幕府の側からも、ともに国政の危機を打開し、克服するための新たな国家体制の指導原理」<sup>③</sup>とされてきたものである。維新政府は列藩会議における「公論」尊重の姿勢を示すことによつて、王政復古後も向背の定まらない諸藩の糾合を図り、戊辰戦争を足掛かりに全国政権としての地位を固めていくことになる。

かくて維新政府は、「藩から施政についての参考意見を求めることによって、中央と藩との連絡を保つことを目的」<sup>(4)</sup>に、西欧の政治制度を形式的に模倣することを通じ、諸藩から選任された「貢士（のち公議人と改称）」によって構成される列藩会議の開設を目指した。こうした試みは、慶応四（一八六八）年三月十四日に発布された「五箇条御誓文」中の「広く会議ヲ興シ万機公論ニ決スヘシ」<sup>(5)</sup>という綱領に依拠しながら、太政官から下される議事策問に対して貢士が議案を答申する形の、一種の諮問機関として具体化された。当初「議政官下局」として開設された列藩会議は、「貢士対策所」から「公議所」へと改組され、版籍奉還後の「職員令」にもとづく官制改革を経て「集議院」となった。この間、府藩県三治制から府藩県三治一致制へ向けた体制改革によって、個別領有制にもとづく藩の独自性が希薄化すると、列藩会議の役割そのものが「公議に依拠して、輿論をこれに水路つけようとする政治指導の方式」<sup>(6)</sup>という色彩を強く打ち出すようになる。

本稿においては、維新政府が列藩会議に対しておこなった議事策問のうち、兵制に関するものに焦点を絞って諸藩からの答申を分析し、諸藩軍事力の統一的掌握と直轄軍編制に向けた輿論形成の過程を敷衍したい。なお本稿は、筆者が一九九六年に『政治経済史学』第三五六号へ発表した論文「維新政権下の議事機関にみる兵制論の位相」をベースに、その後の調査研究を通じて得た新たな知見を交えて成稿したものであることを付言しておく。

## 一、維新政府の政治体制

王政復古の政変により「撰閣幕府等廃絶」と「諸事 神武創業之始二原」<sup>(7)</sup>づく政治体制の变革を謳って成立した維

新政府は、「太政官始追々可被為興候間」<sup>(8)</sup>の暫定措置として総裁・議定・参与からなる三職を設置し、新政府の施政を担当する太政官代と位置づけた。三職の人的構成をみると、総裁に有栖川熾仁親王、議定には五人の公家と薩州・土州・芸州・尾州・越前五藩の藩主、参与には五人の公家とこれら五藩の藩士三人ずつが「徴士」として任命されるというもので、これは朝廷とその藩屏たる有力諸侯を直結し、「縉紳武弁堂上地下之無別至当之公議ヲ竭」<sup>(9)</sup>くすという、旧来の幕藩体制に代る新たな封建秩序を提示するものとなった。成立当初の維新政府は、討幕派と佐幕的公議政体派との雄藩連合的な妥協政権であつたが、慶応四年一月に勃発した鳥羽伏見の戦いにおいて、旧幕府とそれに連なる佐幕勢力が軍事的に敗退したことにより、討幕派政権としての立場が鮮明となった。

維新政府は同年一月七日、徳川慶喜に対する「追討令」を発し、続いて十日には徳川慶喜（前將軍）・松平容保（会津藩主）・松平定敬（桑名藩主）・松平頼聡（高松藩主）・久松定昭（伊予松山藩主）・板倉勝静（備中松山藩主）・大河内正質（大多喜藩主）らへの官位剥奪・京都藩邸没収といった「朝敵処分」をおこなった。さらに一月十五日には、東久世通禧を勅使として兵庫に派遣し、各国公使あてに「国書」を以て王政復古を通告した。次いで日本の内戦に対する不介入要請が諸外国に申し入れられ、一月二十五日にイギリス・フランス・オランダ・アメリカ・イタリア・プロシア六か国代表が「局外中立宣言」を布告したことにより、維新政府は「交戦団体」という国際的な地位を獲得した。これについて、「中立の布告は、新政権にとっては、旧幕府と対等の地位を国際的に承認させたのにひきかえ、徳川政権にとつては、正当政府から交戦団体に格下げされた」<sup>(10)</sup>との評価がなされている。

こうした政情を背景に維新政府は一月十七日、三職の下に外国・内国・会計・海陸軍・刑法・制度・神祇の七科を設けて職制の分科を明確にした。さらに徴士・貢士の制度が官制に具体化されると共に、上・下議事所が開設され、<sup>(11)</sup>

列藩會議の体裁が整えられることとなった。また諸藩については、「大藩四十万石以上、中藩十万石以上三十九万石に至ル、小藩一万石以上九万石に至ル<sup>(12)</sup>」という形で、石高（草高）を基準とする区分が制度化され、従来の格式による序列が廃止された。なお徴士・貢士に関して、三職七科の官制の中では次のように規定されている。<sup>(13)</sup>

#### 徴士、無定員

諸藩士、及ヒ都鄙有才ノ者、撰挙拔擢、参与職ニ任ス、下ノ議事所ニ在リ、則議事官タリ、又分課ニ因テ、其課ノ掛トナル者、其事ヲ専務ス、

撰挙ノ法、公議ニ採リ拔擢セラル、則徴士ニ命ス、在職四年ニシテ退ク、広ク賢才ニ譲ルヲ要トス、若其人、当器尚退クヘカラサル者ハ、又四年ヲ延ヘ、在職八年トス、衆議ニ執ルヘシ、

貢士、大藩三員、中藩二員、小藩一員

諸藩士、其主ノ撰ニ任セ、下ノ議事所ヘ差出者ヲ貢士トス、則議事ニ與リ、輿論公議ヲ執ルヲ旨トス、貢士、定員有テ年限ナシ、其主ノ進退スル所ニ任ス、又其人ノ才能ニ因テ、徴士ニ撰挙スヘシ、

次いで二月三日、職制が三職八局制に改組された際、徴士に関しては「参与職各局ノ判事ニ任ス、又其一官ヲ命シテ参与職ニ任セサル者アリ<sup>(14)</sup>」とされ、「議事官」ではなくなっている。さらに「自各藩、徴士被 仰付候者ハ、奉命、即日ヨリ朝臣ト相心得、勿論旧藩ニ全ク関係混合無之御趣意ニ候間、此旨厚相心得事<sup>(15)</sup>」との布達がなされたことにより、徴士は選出母体である諸藩から身分的に分離され、維新政府の官僚という地位に置かれることとなった。ま

た貢士についても、「輿論公議ヲ執り候 御趣意」にもとづき「国々国論ニモ可相代者人撰有之差出候」ことが達せられ、諸藩の意見を列藩会議に反映させるための代議人という役割が明確化された。しかしこの時期、東征の準備に奔走していた維新政府が、「下ノ議事所」において列藩会議を招集した形跡はない。現実問題として、東日本の諸藩はそのほとんどが未だ維新政府の施政下に入っておらず、公議政治を開催する政治的環境が整っていなかった。こうした状況の中、維新政府にとっては諸藩の恭順を進めて施政圏を拡大することが急務となっており、二月九日に「東征大総督」へと任ぜられた有栖川宮熾仁親王が、十五日には天皇から錦旗と節刀を授与されて即日征途に就くという慌ただしさで、京都から東征軍を進発させた。

東征軍の江戸入城に先立つ三月十四日、維新政府は「五箇条御誓文」を發布してその政治綱領を全国に示した。この布達は、誓文への署名を通じて恭順した諸藩に対し、朝廷との臣従関係（旧幕府に代る朝廷からの本領安堵）を確認して施政下に組み込むという、「朝藩体制」構築に向けた維新政府の政治姿勢を示すものでもあった。その後東征軍は、四月十一日の江戸城無血開城を経て江戸市中に進駐した。しかし彰義隊を結成した旧幕臣らが上野東叡山で氣勢を上げ、下野・房総方面では脱走した旧幕軍の武力抵抗が続くなど、維新政府は江戸および関東周辺の平定に多くの課題を抱えることとなった。こうした政情の下、維新政府は閏四月二十一日に「天下ノ権力、総テコレヲ太政官ニ帰ス」<sup>17</sup>旨を明記した「政体書」を發布し、日本における中央政権としての立場を内外に表明した。在日イギリス公使館の書記であったアーネスト・サトウ (Ernest Satow) は、この「政体書」を「The June Constitution」と呼んでおり、形式的に「アメリカの政治理論をトレースした」<sup>19</sup>官制を以て構成される、維新政府の基本法と認識していたことがうかがわれる。



もともと「政体書」における官制は、王政復古という大義名分の下、「令義解」や「職原抄」にもとづいて上古の官名を復活したものであったが、同時に「北米合衆国ノ制度ヲ漢訳シタ『聯邦史略』トイフ書物ヲ参考」<sup>(20)</sup>としながら、『万国公法』や福沢諭吉の『西洋事情』を参酌<sup>(21)</sup>することを通じて創出されたものという、和洋折衷的な性格を有していた。ちなみに「政体」の称呼は、『聯邦史略』中の「迨乾隆之五十有二年載、政体乃定」<sup>(22)</sup>という文言から採られたもので、英語の Constitution の漢訳、すなわち後世の「憲法」に相当する訳語といえる。なお「政体書」の起草にあたって参照された『聯邦史略』は、ブリッジメン (E.C.Bridgman) が著した米国史の漢訳本に箕作阮甫が訓点を施し、元治元（一八六四）年に日本で出版した和刻本である。前記の「乾隆五十二年」は西暦一八七八年に相当することから、「政体」はこの年に制定されたアメリカ合衆国憲法をさすものであることがわかる。このように、維新政府がアメリカの政治体制を「政体」の規範とした背景については、政体律令取調御用掛であった加藤弘之が『立憲政体略』の中で次のように述べている。<sup>(23)</sup>

此政体（著者注・共和政体をさす）ヲ立ル国、多クハ元来自主ノ数邦ヲ合シテ一国トナセルモノナルカ故ニ、其数邦ハ上下同治ノ国ノ州県ノ如キ者ニアラス、各邦必ス亦政府アリテ邦内ノ政ハ都テ此政府ニテ施行シ、惟全国ニ関係スル事ハ全国ノ大政府ニテ施行ス、蓋シ封建ノ制ト大ニ相類スル所アリテ、大政府ハ朝廷ノ如ク、自主ノ各邦ハ諸侯ノ如シ、是故ニ封建ノ国ニテ立憲政体ヲ建テンニハ、上下同治ノ制度ヨリ、反リテ是政体ノ制度取ル所多カラシ

ともあれ、「五箇条御誓文」と「政体書」の発布によって示された維新政府の政治体制下においては、「地方ヲ分テ



府藩県ト為シ、府県ニ知事ヲ置キ、藩ハ姑ク其旧ニ仍ル<sup>(24)</sup>として、封建的な個別領有権を基礎とする政治体、すなわち藩の存在が是認され、戊辰戦争を背景に「封建諸藩の一種の連邦<sup>(25)</sup>」という形をとりながら、日本における統一国家形成が模索されることになる。

## 二、戊辰戦争期における兵制策問

維新政府は「政体書」において、「太政官ノ權力ヲ分ツテ立法、行政、司法ノ三權<sup>(26)</sup>」とすることを明示した。立法府に相当するのは上下二局から構成される議政官であり、これは『聯邦史略』中の「凡立法権柄、総由国会(Congress)中、元老(Senate)・紳董(Representatives)両院司掌<sup>(27)</sup>」という記載にもとづき、形式的にアメリカ連邦議会の上下両院になぞらえて開設されたものと思われる。列藩会議については、「各府、各藩、各県、皆貢士ヲ出シ、議員トス、議事ノ制ヲ立ツルハ、輿論公議ヲ執ル所以ナリ<sup>(28)</sup>」として、議政官の下局という形で開設された。下局は「議長二人弁事兼之、議員貢士」から構成されるものだったが、その実質的役割は「議員承上局命所議」とあるように、上局からの下問に対して議案を答申する諮問機関であった。ちなみに下局が取扱うのは、「租税之章程 駅遞之章程 造貨幣 定権量 與外国結新約 内外通章程拓疆 宣戰講和 水陸捕拿 招兵聚糧 定兵賦 築城砦或武庫於藩地 彼藩與此争訟」などの議案とされた。<sup>(29)</sup> 上局からの下問は、閏四月二十五日の「徳川慶喜ノ処分、及ヒ其継嗣、秩禄ノ儀<sup>(30)</sup>」に続いて、閏四月二十九日には次のような議事策問が示された。<sup>(31)</sup>

一軍備ハ民安ヲ保ツ所以、兵制ヲ定メ海陸軍ヲ興ス術如何

一金穀ハ用度ノ第一庶政皆是ニ依テ挙ル、今日會計ノ道何ヲ以テ其処置アラン

一東軍未成功人身猶危懼ヲ抱ク、不知何ヲ以テ勦滅鎮定其宜キヲ得ン

これらの下問に対する答申は五十八件が確認されており、<sup>32</sup>その内訳は五十二藩から差し出された貢士によるもの五十七件と、「梅戸養元」名で出されたもの一件からなるものだ。このうち複数の貢士を有する大藩（大藩三員・中藩二員）のうち、一藩で複数の答申を出したのは五藩十件、貢士の連名で一藩一件の答申としたのは五藩、貢士一名が答申一件を出したのは四藩であった。いうまでもなく、右の議事策問のうちの第一問が兵制に関するものであり、本稿ではこれに対する答申として提出された貢士意見書について考察する。ちなみにこの問題に関しては、見込なしとする答申が十件（宮津・三田・綾部・山家・上田・膳所・舞鶴・唐津・松嶺の諸藩貢士と梅田養元）、内容が観念的で具体性のない答申が二件（森・西大路藩の貢士）あった。

ここで貢士意見書の内容分析に立ち入る前に、当時の維新政府の下で軍事制度がどのような状況にあったのかを概観しておく必要がある。維新政府は戊辰戦争遂行にあたって、軍務を統括するための臨時官として東征大総督を任命し、諸藩から動員した士卒を主力としながら東征軍―官軍―を編成した。天皇から「征東軍務委任」の勅語と共に錦旗・節刀を下賜された東征大総督は、<sup>33</sup>「朝敵征伐」という戦争目的の正当性を象徴する存在であり、官賊の名分を掲げて一八八藩に及ぶ諸藩の兵員十一万七千人余を動員した。<sup>34</sup>また維新政府は、旧陸援隊士・高野山郷士・十津川郷士からなる親兵や、江戸入城後に旧幕府から接收した歩兵（仏式伝習隊）のほか、「陸軍編制法」にもとづいて新規編

制された「徴兵」隊など、総数三千人程度の直轄諸隊を有しており、その一部を東征に参加させた。<sup>(35)</sup> 東征大総督には天皇から兵馬大権が委任されることで、官軍を統率するための権威が付与されていたが、その実質的な統制力についてみると「総督府は用兵作戦の策案所であり、総督は、各藩主を通して指揮をとるにすぎ」<sup>(36)</sup> ないという限界を有していた。こうした軍事力運用の実状について、山縣有朋は次のように回想している。<sup>(37)</sup>

抑も当時の兵たるや、決して徴兵制度の後の兵の如きものに非ず。朝廷に直属するものとしては、御親兵と称する極々少数の応募徴兵に止まり、其他は悉く朝廷の命を奉じて諸藩より北越へ出張せしめたるものにて、是れら兵士の手当は勿論、弾薬糧食に至るまでも、総て其藩々に於て之を負担し、朝廷よりは参謀若くは軍監の如き、朝廷にて任命せられたる武官に手当を支給せらるるに過ぎず、従つて各藩皆な夫れ夫れの指揮役あり、之を統一して一定せる指揮命令の下に動かしむるが如き、今日より之を想像すれば、殆んど得て望む可からざることなり。唯薩と長とは、勤王討幕の率先者たるのみならず、その兵力も他の諸藩に比して、多数にして且つ練熟なりしを以て、自ら他藩の兵隊を指揮するの力あり、作戦計画は、常に薩長の会議所に於て決定せられ、総督府は西園寺卿の時にも勿論、仁和寺宮の時に於ても、殆んど会議所の報告を受くるに過ぎざりし状況なり。

貢士の意見書を見ると、「陸軍編制法」にもとづく諸藩からの兵員差出しと、維新政府直轄の陸軍編制に関するものが主な論点となっており、海軍については建艦や兵員素材の観点から意見を出したものが多かった。ただし大多数の藩の間では、軍事を「藩屏之任」とする観点から「諸藩二被 命各々之国力ニ随ヒ兵制ヲ定メ陸軍海軍ヲ編成シ警

衛征討其分ニ応シ出兵被 仰付候ハバ如何（丸岡藩貢士）」という認識が共有されていたようであり、「万乗之 主ハ何ソ諸藩ノ徴兵ヲ待タンヤ若非常ノ大挙アレハ速ニ諸侯伯ニ令シテ此ヲ制スヘシ（柳本藩貢士）」とか、「天下之諸侯其領国分限ニ応シ夫々ニ遠近軍役被仰付候ハバ自然之節之御軍備ニ足り可申（高田藩貢士）」といった、藩兵の存在意義を強調する意見が垣間見える。また、見込みなしの答申についても「小藩一国ノ霄壤ノ義更ニ管見モ相立不申候（舞鶴藩貢士）」とあるように、維新政府＝朝廷の直轄兵制について、府藩県三治制下における藩という立場からの関与を避けたい姿勢を、消極的に示すものだった感が強い。

ここにいう「陸軍編制法」とは維新政府が閏四月二十日、諸藩に対し草高一万石に付十人（当分の内三人）の「徴兵」差出しと年額三百両の上納を命じた布令で、それらは「京畿ニ常備、九門及ヒ畿内要衝之固所其兵ヲ以テ警衛」するものとされた<sup>(38)</sup>。また「徴兵」の服役期間は「三箇年ヲ以テ定限」とされ、「満十七八歳及三十五歳此迄強壯ノ者」を選定すべきことや、「当分ノ内小銃并要員蒲団」を持参すべきことが命じられていた<sup>(39)</sup>。兵員差出の期限は五月一日とされ、この期間に召集された二十八藩の「徴兵」を以て、まず第一番から第六番に至る六隊の編制をみた<sup>(40)</sup>。諸藩から差出された兵員は京都に到着すると、軍務官から「錦章及戎服」の下賜と「陸軍局法度」の申し渡しを受け、所属する藩ごとにそれぞれの番隊へ編入された<sup>(41)</sup>。兵員差出はその後も続き、九月には三十二番隊の編制が行われて兵数も二〇〇〇人程度に達した。これら「徴兵」隊は、九門七口・皇居・大宮御所・女御御方・桂離宮などの警備を主な任務としたが<sup>(42)</sup>、第一・五・七・八・十二番隊は維新政府の直轄部隊として東征に参加した。

諸藩の貢士が「陸軍編制法」にもとづく徴兵に関して行った答申をみると、肯定的な意見を表明したものは十四件、反対意見は八件、ほかに「更ニ見込モ無御座候（三田藩貢士）」という形で意見表明を控えたものが三十六件あった。

肯定意見についてみると、「当時之徴兵至極時宜ヲ得候（人吉藩貢士）」とか「至当之儀と奉存候（金沢藩貢士）」といった積極的に賛成を示すものから、「一時之御権度（秋月藩貢士）」あるいは「不得止之一途（松江藩貢士）」として時限的措置とみるものまでかなりの振幅があるが、全体的に現状追認を基調とする内容にとどまるものだったことは否めない。また反対の立場を表明する答申には、「長モ兵士モ合集ニテ人情難團結（亀山藩貢士）」との意見をはじめとして、「陸軍編制トシテ万石十人ト御定メ被為遊候是藩屏ノ職掌ニ候得ハ別段於 朝廷御編制不被為遊トモ宜敷様奉存候（多度津藩貢士）」とか、「近日之万石三人之徴兵ニ至ては実ニ烏合之衆有事之日ニ当テ用立間敷ト不堪懸念ニ仰冀クハ諸国ヨリ未参著無之前廃止ニ相成度（島原藩貢士）」といった、「陸軍編制法」それ自体の撤廃を訴えるものがあった。他方、徴兵廃止の対案として「貢兵ヲ以テ 天朝守衛ノ兵（今治藩貢士）」とする意見や、「要衝ノ処ヘ新ニ土著兵ヲ置（津山藩貢士）」くことを説いたものもあり、戊辰戦争下における軍役の負担軽減という目論見が、諸藩の貢士意見書に反映されていた様子がうかがわれる。

戊辰戦争の後半期、三十番台まで編制されていた「徴兵」隊は、七箇大隊に改編されて京都に駐屯していたが、明治二（一八六九）年二月十日、「即今東北平定ニ付更ニ兵制御詮議振モ被為存候間一先帰休候様被仰付候事」<sup>43</sup>が下令され、創設から十カ月余で解隊されることとなった。こうした決定は、戊辰戦争の帰趨が明確化したことにより速成的な直轄部隊編制の必要性が低下する中で、凱旋兵の処遇という新たな問題に苦慮することとなった維新政府の立場と、相次ぐ軍役負担に「難渋（島原藩貢士）」する諸藩の輿論の相互作用がもたらした結果と考えられる。

続いて維新政府の直轄軍編制に関する答申をみると、これを「親兵・禁軍・禁衛兵」という形で朝廷の守衛にあたる部隊と捉える傾向が強く、内容的には「京師ニ被召置緩急ノ御用意（人吉藩貢士）」と位置づけ、「秩禄朝廷ヨリ被



下置洛中ニ屯集日々練兵専務（大聖寺藩貢士）」とする意見が目立った。兵員素材については、「陸軍編制法」にもとづく徴兵に「農兵（大村藩貢士）」や「郷兵（高遠藩貢士）」を加える意見、「貢兵（今治藩貢士）」という形で「諸藩ヨリ絶倫ノ士ヲ貢セシメ其地ニ於テ食邑ヲ給ヒ教練演武以不慮ニ備フ（小倉藩貢士）」とする意見、新たに「土兵（福知山藩貢士）」を召募して「耕墾ヲ勸メ糧食ヲ具シ杖械ヲ貯ヘ団練使ヲ置キ陣法ヲ教ヘテ海陸ノ軍備ニ充（津山藩貢士）」てるといふ意見があつた。反面、国家的規模での軍事力編制に言及した答申はなく、これは「国家觀念に先行して朝廷がもち出され、その核として天皇が強調される<sup>44</sup>」という政治基盤（朝藩体制）に立脚する維新政府に対し、国家権力の下での軍事力統合に諸藩が賛意を有していないことを消極的に示すものでもあつた。

海軍については、幕末維新期の国際情勢を背景に「方今ノ急務（多度津藩貢士）」あるいは「軍備ハ第一海軍ヲ要務（館山藩貢士）」とする認識が高まっていたが、戦力の主体となる軍艦の購入や建造に莫大な費用と高度な技術を要するため、その整備を進めることは容易でなかつた。幕末期から海軍編制に着手していた福井藩の貢士意見書をみると、「海軍ノ儀ハ軍艦ヲ主ト仕候儀ニ御座候間先ツ諸州ニ命シテ軍艦製造ノ策ヲ御建被遊製造被 仰付候て其上諸藩船戦ニ達シ候者ニ因テ習鍊被 仰付候義ト奉存候」とある。軍艦に関しては、「五十万石以上ノ諸侯江御用弁ニ相成候御艦一艘宛当分借上（富山藩貢士）」とか、「廿万石一艘宛最蒸氣船緩急ニ応シ船将教頭水夫相揃調貢（小松藩貢士）」という形で大中藩に建造させる案のほか、「小諸侯ニ至テハ共和戮力一艘ヲ造作（田原藩貢士）」もしくは「其国力ニ從ヒ之ヲ課ス（臼杵藩貢士）」との意見が出されている。その一方で、「海軍之儀は第一二航海術御開相成候は可然哉ニ奉存候（大野藩貢士）」として技術教育の先行を提唱する答申があり、海軍編制にかかわる幕末以来の経験をもつ金沢藩では、次のような貢士意見書を提出している。<sup>45</sup>

海軍之義ハ兵庫神戸ニ操練所御開創候て縉紳公卿方嫡庶子を始諸藩国臣之内ニ男三男并厄介之者迄も強壯之者御募り学生ニ被 仰付候段天下江御布告ニ相成右学生ハ 朝廷方御養候て運用測量諸術を始相学候様相成教師ハ諸藩国臣之内より熟練之者引上ケ又ハ西洋人共御雇候とも被成候て即今関東方御取上之船艦を以東西諸国江航行し實際之學習致し其内学業成就之者ハ其器ニ応し船将等ニも被 仰付候ハ数年を不出して海軍精練ニ至り可申と奉存候

なお海軍の兵員素材については、「陸軍編制法」を基準に「從沿海之藩泳游ニ長スルノ士ヲ出シ（柏原藩貢士）」これに充てるとする意見、同じく徴兵の四分の一を以て「海軍ト成ス（大村藩貢士）」とする意見のほか、「海岸工土著之兵ヲ被差置（人吉藩貢士）」とする意見や、「関西諸道ノ諸藩ニ詔シテ万石ニ五人ノ割合ヲ以テ海戦ニ熟鍊セシ精鋭強悍ノ兵ヲ貢セシメ是ヲ以テ海軍ト（今治藩貢士）」する意見が出されたが、どれも実効性のあるものではなかった。全般的に議政官下局における諸藩貢士の答申については、「貢士の選として各藩から出て来たのは、多くは二流三流の人物でしかも太平の打続きたる各藩は、何れも人材に乏しく、少しく書を読み論を戦はし得るものは、儒者系の讀書子に過ぎなかつたから、実務に迂く世情に明ならず、徒らに純理想の書生論で得意がつたものも多かつた<sup>46</sup>」と評されており、維新政府の政策形成に反映されることなく終わつたものも少なくなかつた。

慶応四年五月二十四日、維新政府は「貢士対策規則」を公布して「貢士対策所」を開設し、当分の間「菊間邸」を議場として「毎月五日 十五日 廿五日」を貢士対策日に定め、諸藩貢士の出仕を下令した。<sup>47</sup> 対策の内容は「租税之章程。駄通之章程。造貨幣。定権量。與外国結新約内外通商章程。拓疆。宣戰講和。水陸捕拿。招兵聚糧。定兵賦。築城砦或武庫於藩地。彼藩與此藩争訟」とされ、「順次ニ一条ツツ建策シテ、定日対策所へ持参」するものとされた。<sup>48</sup>

これにより六月五日に租税之章程、同十五日に駄通之章程、同二十五日に衣服之制、七月五日に造貨幣対策、同二十五日に定権量対策についての策問が行われたが、八月一日には「議事之体裁御改正ニ付、毎月三次之対策被廢候事」<sup>(49)</sup>が下令され、貢士対策所は閉鎖となった。この間、五月二十七日には従来の諸藩留守居役に代る「公務人」を新設し、貢士を以てこれに充てるものとした。この公務人に対しては、「国論ニ可代モノ勿論之儀ニ候得共 朝廷ニテハ公務人即貢士ニテ、其藩ニテハ可代国論職分タルヘシ」として「終始朝命ヲ奉シ、振起」する役割が課されていた。<sup>(50)</sup>

次いで八月二十一日、公務人は「公議人」と改称され、「其職ハ即議員ニシテ 朝命ヲ奉承シ、藩情ヲ達スルヲ旨トス」べきものとなった。<sup>(51)</sup>さらに九月十九日には「議事体裁取調所」が開設され、十二月五日の布告で「東京旧姫路邸ヲ以、当分公議所ト御定相成、来春ヨリ開議致候」<sup>(52)</sup>ことが通告されるとともに、同月十二日には「公議所法則案」が公布された。そして翌明治二年三月七日、公議人を議員とする「公議所」が開設される運びとなった。公議人は「各藩一人ツツ、執政参与之内ヨリ一名致撰挙可差出事」<sup>(53)</sup>とされ、その資格についても「年齢二十五以上ノ者」で「在職ノ年限ヲ四年トシ、二年毎ニ其半数ヲ改選」<sup>(54)</sup>するものと定められた。公議所は「毎月二七ノ日ヲ以テ、会議ノ定日」<sup>(55)</sup>とし、議案は議長への書面提出を経て会議に上程され、採決は「議長諸議員ノ決答ヲ悉ク集メテ点檢シ、可トスル者五分三以上ナレバ、衆ニ告ケテ可ト決シ、直ニ 天裁ヲ乞フ」<sup>(56)</sup>ものとされた。公議所に提出された議案は六十六件あり、三月七日から六月七日の三か月間に号外一件を含めて十九件の議案が審議に付され、うち九件が決議された。

兵制については、五月に提示された「御国体之儀ニ付問題四条」という策問に対する答議の中で論じられている。



廢藩による政治権力の統合を提唱した「御国制改正ノ議」においては、「両京ノ衛兵、府県ノ常備兵上士下士ヲシテ、之ニ充シムベキ事」や「要港へ、海軍局一ヶ所ヅツ、設クベキ事」といった意見がみえるが、国家的規模での軍事力創出には触れていない。中央政府の直轄軍に関しては、むしろ諸藩の存続を主張する「封建議」において、「文武ノ士ヲ高二応ジテ、貢出セシメ、朝臣トナシ、畿内ニ住セシメ、新衛兵トナス」という形で言及されている。各藩からは「諸藩ノ高二応ジ、土地ヲ献ゼシメ、海陸軍ノ備ヲ設事（館山藩公議人）」や、「陸軍ハ各藩、万石ニ五十人ノ定額ヲ立テ、官兵ト名ケ、各藩ニ予備シ、号令紀律一二 朝廷ノ制度ヲ受ケ、軍資ハ各藩ヨリ官へ貢出シ、官ヨリ之ヲ給シ、両京及ビ諸要地ノ戍兵等ニ、備ル事（柳川藩公議人）」、「藩主二十名ヅツ、石高二応ジ、兵員ヲ率ヒテ、年々両京へ更番スル事（福本藩公議人）」などの意見が出され、海軍についても「諸藩ヲ合シテ、軍艦ヲ備ヘシムル事（富山藩公議人）」といった提言が認められる。<sup>(59)</sup> 公議所における公議人からの答議は、全般的に実効性に乏しい内容が多く、維新政府の中では「公議府など無用之論多ク未今日之御国体ニハ適シ申ましく候」<sup>(60)</sup> という形で、その存続に否定的な意見も囁かれるようになった。

### 三、版籍奉還後の兵制策問

明治二年一月二十日、版籍奉還の上表が薩長土肥四藩主の連名で差出されると、ほかの諸藩からもこれに追随する形で同様の上表が提出された。朝廷はこれに対し、「東京御再幸之上会議ヲ經公論被為竭何分之 御沙汰可被為在候」<sup>(61)</sup> として保留する態度をとったが、公議所における「御国体之儀ニ付問題四条」の策問を経た六月十七日、「深く

時勢ヲ被為察広ク公議ヲ被為採政令帰一之思召ヲ以テ言上之通被聞食候<sup>62</sup>との勅許を下し、上表を提出しなかった諸藩へも版籍の奉還を命じた。これにより、個別領有制を背景に封建的な政治体として存立していた諸藩は、維新政府の下で国家を構成する地方行政体へ変容することとなり、封建領主であった藩主も、それぞれの行政体を管掌する「知藩事」となった。次いで七月八日には「職員令」にもとづく太政官官制の改革が行われ、藩の職制を府県に倣うものとして地方制度を一元化しようとする、府藩県三治一致に向けた施策が進められることとなった。これにより府藩県三治制にもとづく封建制度は名目上解消されることとなったが、旧藩主が知藩事の職を踏襲して自藩の内政に携わり、従来の主従関係に立脚した藩兵組織を保有するなど、諸藩が持つ私領としての性格を払拭することは出来なかった。

この官制改革に伴って公議所は「集議院」へと改組され、「広ク衆議ヲ諮問シ国家治案ノ大基ヲ建タマフ御心ニ体シ奉リ億兆心力ヲ尽スノ場所<sup>63</sup>」と定められた。議員は既存の公議人であり、その資格についても「公議所法則案」に示されたものと大差なかったが、「議案ハ太政官ヨリ下スヘシ、当院ヨリ立ツル議案ハ太政官ニ白シテ公議ニ付スヘシ<sup>64</sup>」として、集議院そのものが太政官管下の諮問機関に位置付けられることとなった。集議院における会議は、明治二年と翌明治三（一八七〇）年の二度にわたって開かれ、九件の議案が審議に付された。兵制にまつわる議案は、「海陸二軍興張策」と「海軍教場」に関するものの二件があり、本章ではそれらに対する諸藩公議人からの答議について考察する。海陸二軍の興張策については、明治二年九月十九日に太政官から集議院への下問があり、それは「海陸二軍ハ国家ノ重事方今ノ急務ナリ然ルニ兵制未タ立ス規律未タ定ラス軍艦銃器未タ充実ニ至ラス内外ノ守備俱ニ欠ク蓋シ騒乱ノ余用度ノ足ラサルニ依レリ而今二軍興張ノ策如何<sup>65</sup>」というものであった。これに対する審議は九月二十七

日、「御答議ヲ読上ル者三十人、討議スル者一人」によつて進められ、三十六件にわたる大意に関して二百二十六人が意見を表明している。<sup>66</sup> 答議大意の内容をみると、①海軍・陸軍何れの編制を急務とするか、②陸軍の兵式を何れの国の兵制に倣つて統一するか、③維新政府直轄軍の兵員素材を何処に求めるかの三点が、主な論点となっている。

まず①の海陸軍何れの編制を優先するかに関しては、「陸軍ハ略備レリ、宜ク海軍ヲ急トスヘシ」あるいは「海軍尤モ急務ナリ」とする意見が最多で五十二人、「漸ヲ以テ海軍ヲ興張スル」という意見が三人、「海陸二軍ハ姑ク此迄ノ俛ニ差置」とする意見が一人であつた。答議に示された通り、諸藩公議人の意見は海軍編制を急務とするものが圧倒的多数で、「専ラ陸軍ヲ編制」すべきという意見を表明したのは一人にすぎなかつた。これは、佐幕勢力の武力平定から版籍奉還を経て維新政府の国内統治が安定したことにより、対内的軍備としての陸軍は一定の役割を果たしたという認識が公議人の間で共有され、対外的軍備としての海軍を整備することに輿論の関心が移つた結果であろう。これに伴い、海軍編制にあつて必須となる軍艦などの戦力整備が課題となり、諸藩の軍役という形でこれを賄おうとする意見が八十六人から出されている。その中には、「列藩二命シテ軍艦機械を備ヘシメ」という観点から、「百万石二軍艦一艘」あるいは「廿万石二一艘ヲ備シムヘシ」との意見があり、また「諸藩ヨリ其費用ヲ弁セシム」として「用度ハ諸税廿分一ヲ海軍ノ費ニ充ツヘシ」との意見もあつた。ほかに「農商二命シテ戦艦ヲ作ラシメ、事アルトキ徴シテ用フヘシ」として、商船を兼ねた軍艦の建造も提案されている。

次に②の兵式統一に関しては、海陸軍とも「英式ヲ用ユヘシ」とする意見が一人だつたのに対し、「陸軍ハ仏式、海軍ハ英式タルヘシ」とする意見は二十人あり、ほかに「英仏ノ中ヲ取捨シテ、皇国式トスヘシ」との意見が十八人、漠然と「西洋式」の摂取もしくは斟酌を説くものが十四人あつた。同時期における諸藩兵の間では、主に英蘭仏三カ

国の兵式が混在しており、明治三年の駒場野訓練に参加した五十九藩の藩兵と六隊の維新政府直轄部隊についてみると、英式三十六件・蘭式十二件・仏式十七件という状況だった。<sup>(67)</sup>この集計を集議院における答議内容と照合してみると、諸藩公議人の意見は必ずしも各藩で採用されていた兵式を反映したものでなかったことが知られる。すなわち、英式兵制を採用している藩が過半数を占めるのに、答議の中でこれを主張する意見は一人しかいないこと。陸軍は仏式とする意見が四割近くあるのに、実際に仏式を採用している藩は二割半程度しかないこと。諸藩において全く採用例のない「皇国式」について、三割以上の公議人が賛意を示していることなどである。

英式兵制については、これを推す薩摩藩と仏式を推す長州藩との間に意見対立があり、「薩摩では英吉利流を主張して譲らず、桐野利秋などは仏蘭西式の方でも百人の兵隊を出せ、俺の方からも百人出す、どちらが勝つか打ちあつて見ようまで怒つた」<sup>(68)</sup>との逸話が知られている。戦法上の優劣から見ると、薩摩側が推す後装銃段階の英式と、長州側が推す前装施条銃段階の仏式では、英式の優位が明らかで、松代藩などの開明藩では「仏式兵制はもうふるい、薩長等では仏式を英式に改めている」<sup>(69)</sup>等の認識がもたれていた。一方、多くの藩が採用していた英式は前装施条銃段階のもので、薩摩藩が首唱する英式とは装備や訓練の内容が異なっていた。同時期に諸藩が保有していた小銃についてみると、総計三十七万四〇二挺のうち前装施条銃が八割余の二十九万九二四八挺、後装銃が一割にも満たない二万九一九六挺で、<sup>(70)</sup>後装銃段階の英式が採用された場合には、大幅な銃器の換装が諸藩に強いられることは必至だった。こうした銃器更新には多大の経費を要するため、諸藩公議人の答議では財政負担を回避する意味からも、英式採用に消極的になったものと思われる。

長州藩が推した仏式兵制については、旧幕府による仏式伝習を継承した前装施条銃段階のものだったことや、訓練



内容が蘭式兵制と類似していて轉換が容易だったこと等により、多くの藩の賛意が得られたものと考えられる。ちなみに蘭式を採用していた諸藩は二割程度あったにもかかわらず、答議でその採用を主張する公議人は一人もなく、結果的にそれらの藩が仏式採用の支持に回ったものと思われる。なお後装銃段階の仏式兵制に関しては、関連する「仏国操典全部ヲ翻訳刊行」<sup>(71)</sup>した松代藩で採用されるにとどまっており、これに対応する後装銃（シャスポー銃）も諸藩の間で三百挺程度しか保有されていなかった<sup>(72)</sup>。このため、当の松代藩においてさえ「銃器は皆開底銃を使用せしむる筈であつたけれども、不足の為に止むなく中短ミニエー銃を補充として使用」<sup>(73)</sup>している状態だった。

十八人の公議人が賛意を示した「皇国式」についてみると、当時の日本には独自の兵制を創出し得るだけの軍事的基盤がなかったため、版籍奉還後の復古的思潮に迎合した守旧的兵制と位置付ける向きもあるが、現存する「皇式御流儀」の調練文書をみると、前装施条銃段階の英式兵制とほとんど同一の内容だったことが知られる<sup>(74)</sup>。前装施条銃段階の教範を比較してみると、英式は仏式・蘭式と訓練内容に多くの異同があり、英式を採用していた諸藩では、蘭式を採用していた諸藩のような仏式への轉換が困難だった。かくて薩摩藩の首唱する後装銃段階の英式とは異なり、前装施条銃段階の仏式とも内容を異にする観点から、「英仏ノ中ヲ取捨」するという建前で提唱されたのが皇国式であつたと考えられ、結果的に前装施条銃段階の英式兵制を採用していた諸藩がこれに賛意を示したものと思われる。

維新政府の直轄軍編制にあたって兵員素材を何処に求めるかという③の課題については、「兵員ヲ諸藩ヨリ貢出セシメ」という意見に賛同する公議人が圧倒的多数の六十一人を占め、「諸藩ノ実高ヲ検シテ、兵賦ヲ出サシム」との施策、すなわち石高に応じた藩兵差出がほぼ共通の認識となっていた。これに対して「兵農ヲ一二帰シ、海内皆兵ト為スヘシ」とする意見に賛意を示した公議人は十六人に過ぎず、大村益次郎らが構想していた徴兵制採用は少数派

意見にとどまっていた。なお各藩の常備兵についてみると、「陸軍ハ万石百人ト定メ」る意見に賛同する公議人が二十人あり、この答議を踏まえて立案された「兵部省前途之大綱」の中で、維新政府は諸藩に対し「一万石凡百人ノ兵士ヲ養<sup>(75)</sup>」うという指針を示している。

兵制策問に対する公議人からの答議をみると、海軍編制の優先・英式兵制による海軍整備・藩兵に基盤を置く直轄軍編制など、陸軍を仏式兵制とすること以外の諸案件に関して、大久保利通ら薩摩藩の主張に諸藩の支持が集まるものとなった。同時期の維新政府内部では、徴兵制の採用に向けた大村益次郎・木戸孝允らの建軍構想と、諸藩兵の存在を前提に直轄軍編制を実現しようとする大久保利通・岩倉具視らの構想とが対立しており、今回の兵制策問それぞれ、大村が刺客に襲われて重傷を負うという事態を受けて、大久保のイニシアチブで発議されたものといわれる。大久保自身、答議の結果について「近来ハ基則モ大ニ改革シ少ハ実論ニ帰着イタシ追々之処ハ随分有益相成可申候<sup>(76)</sup>」と評しており、公議を通じ「諸藩の意見が大村構想と異なるものであることを示<sup>(77)</sup>」すという点で意を得た感があつた。明治二年十一月二十四日、維新政府は集議院における答議を踏まえて次のような「兵部省前途之大綱」を布達し、兵制問題に関する当面の指針を示した。<sup>(78)</sup>

皇国兵式一定之儀ハ可論シテ急速難被行是レヲ一定セント欲セハ第一其師範タルヘキ人才無之テハ幾千人ノ嚮導指揮難届因テ其人才ヲ取立候ニハ学校ヲ開キ兵術学業其根元ヨリ為学得候事肝要也

但即今語学所其一二候得ハ猶會計ノ目途ヲ立盛大ニ開業為致度事

一陸軍ハ仏式ヲ以一般ノ式相立候見込ニテ即今於大阪取立候得共学校等ヨリ人才出来候上何レ皇国ノ兵式別ニ相立

## 候事

一藩々士族卒族禄扶持至当ニ相擬シ一万石凡百人ノ兵士ヲ養ヒ五十人他ノ衛戍ニ備ヘ五十人藩屏ノ防キニ備ヘ置尤時変ハ此例ニアラス

但此百人ハ現在ニテ言フ精ノ精ヲ選ハ百ニ充サルヘシ且大隊司令藩ヨリ人撰申出ニ随ヒ位階等宣下ノ事

一三都其他辺境戍兵万石五十人ヲ以諸藩交番規則相立度事

一海軍創立是又学校ヲ建人才取立度事

但即今於築地学校取立候得共会計ノ目途ヲ立候上外国人等相雇諸藩士ノ内ヨリ人員ヲ定メ生徒差出サセ候事

右之大綱追々盛大ニ致シ候儀ハ第一米金ノ多少不相計テハ不相叶儀故兵部省ヘハ一年ノ米金若干ト申事御定相成度事

この「大綱」は、各藩がそれぞれ個別的に軍事力を保持することを前提に、指揮官教育や兵式統一などに関する兵部省からの指導を通じ、諸藩兵を維新政府が統括していくことを企図したもので、併せて諸藩の軍役により中央政府直轄軍を編制して行こうとするものでもあった。また、大村の死去（明治二年十一月五日）という情勢急変を背景に、維新政府の中で燻っていた建軍構想の対立を、公議輿論という大義名分の下に弥縫するものとなった側面も見逃せない。かくて維新政府による諸藩軍事力の統一的掌握は、明治三（一八七〇）年中に発せられた一連の施策によって進められることとなった。

一方集議院では「大綱」発布の前日、海軍教場開設に関する答議を促すべく「海軍急務ノ由衆議ノ趣被 聴召候、方今用度多端ノ場合ニ有之、且人才最モ急務ニ候得ハ、先海軍教場ヨリ可被為開 叡慮ニ候、就テハ規模方略等熟議

ノ上、一定ノ見込モ候ハ、可申上候事<sup>79</sup>」との策問を發し、これに対する答議が明治二年十二月二日に行われた。答議大意をみると、「外国人ヲ雇ヒ伝習スヘシ」との意見に賛同する公議人が最多の百十五人、そのうち十九人は「英人ヲ雇フベシ」との提案を支持している。また「旧幕臣ノ中ニ、用ユヘキ者アラン」とする意見に七十九人、「箱館降服人ヲ寛典ニ処シ、之ヲ用ヒテ罪ヲ購ハシムヘシ」との意見に三十二人が賛意を示しているのが興味深い。生徒については、「藩ヨリ生徒ヲ徴スヘシ」とする意見に四十九人、「留学生ヲ遣スヘシ」とする意見に三十九人が賛同しており、「運送貿易ニ船ヲ用ヒテ、習練セシムヘシ」とする意見にも六人の賛意が示されている。教場を開設する場所については、東京（三十一人）・摂海（三十人）・函館（二十四人）・長崎横浜新潟（十七人）・羽田江島（五人）・浦賀（二人）の順で支持があった。

維新政府の「海軍操練所」は、この答議に先立つ九月十八日に東京築地の旧広島藩邸に開設されており、諸藩から派遣される貢進生（大藩五人・中藩四人・小藩三人）と自費通学生の入校が進められていた。その後、明治三年十一月五日の「海軍兵学寮」への改組を経て、教官への旧幕臣登用・英人教官の雇入れ・英米二カ国への留学生派遣といった案件が実現され、維新政府は海軍士官教育のための諸制度を整備して行くことになる。

## おわりに

明治二年九月七日～十二月二十七日と、明治三年五月二十八日～九月十日の二回にわたって開院された集議院は、明治四（一八七二）年七月の廃藩置県により、維新政府が策問という形で施政を諸藩の輿論に諮ろうとした、「公議政



治」における議事機関としての役割を喪失することとなった。集議院それ自体は、同年七月二十九日に発布された「太政官職制」により左院の下部組織に組み込まれ、明治六（一八七三）年六月二十四日に廃止されるまで存続したが、公議政体を構成していた藩という個別的主体が廃藩置県を経て解体されたことにより、その機能は大きく変容していた。こうした議事機関の推移について、『自由党史』は次のように論じている。<sup>(80)</sup>

公議所既に変じて集議院となり、其の公論採択の主旨に至ては、毫も改易する所なきが如しと雖も、然れども仔細に検討すれば、議政官の廃止と俱に、議政権は既に委縮し、行政の威力徒らに強大となれるの傾きあり、何となれば集議院は其名目に於て公議所の後を襲へりと雖も、其議決の採否如何は、行政官の任意に存じ、復た前日の議政官の権力超絶するの比にあらざればなり。是れも亦た新政府に於ける公議採択の衰漸に就く一兆なり。

斯の如く集議院は、実に各藩を代表すべき藩選議院として、議権狹隘を極め、定制粗笨に病み、遂に能く儼然として、他の司法、行政に対する立法府を以て自命するを得ず、公議を経始し、憲政の藍本を後日に留むるの功は、終に其の期し得る所に非ざりしなり。而かも集議院も亦明治四年八月十四日、左院の設け成りたるによりて、遂に廢龜に歸せり。

王政復古から廢藩置県までのいわゆる「朝藩体制」下における維新政府の建軍構想は、諸藩の輿論と藩兵の存在を踏まえ、「海陸一本立てで、しかも海軍を先に立てている」<sup>(81)</sup>形となった。海軍優先の施策がとられたのは、国家主権の下での対外的軍事力という存在意義が早くから認識されていたことによるもので、明治三年五月の兵部省による建

白「海軍ヲ創立スヘキ件」には、「海軍ハ編制一致ニ帰シ施行一途ニ出テテ全力一団ヲ成ニ非サレハ外寇ヲ防禦シ全  
国ヲ保護スヘキ強力ヲ整備スル能ワス因テ以来海軍ノ儀ハ都テ 朝廷ニ於テ開カセラレ諸藩ハ石高二応シ相当ノ軍賦  
ヲ納ムルノ法ヲ立ツヘシ」<sup>(82)</sup>との方針が示されている。ちなみに「石高二応シ相当ノ軍賦ヲ納ムルノ法」については、  
同年九月二十五日に公布された「藩制」により、現石の九%と規定された海陸軍資のうち、「其半ヲ海軍資トシテ官  
ニ納メ」<sup>(83)</sup>るものとされた。

諸藩の保有する陸軍兵力の統括（全国軍制化）については、「兵制ハ天下一途ニ無之而ハ不相叶」との観点から明治  
三年二月二十日に「常備編隊規則」<sup>(84)</sup>を發布し、基幹兵種となる歩兵を草高一万石に付一小隊の割合で編成すること、  
兵士の年齢を十八〜三十七歳とし、士族と卒族以外からは取立てないこと、兵式は当面各藩が従来採用していたもの  
を用いること等が下令された。さらに前記「藩制」にもとづき現石の四・五%を「陸軍資」<sup>(85)</sup>とするほか、九月二十九  
日に「現米一万石二付」<sup>(86)</sup>兵員六十人（一小隊）とすることが下達されており、十月二十日には「海軍ハ英吉利式、陸  
軍ハ仏蘭西式」<sup>(87)</sup>とする兵式統一の布告が、また閏十月二十日には各藩の石高に応じた大阪兵学寮への生徒差出命令が  
発せられた。次いで「各藩常備編制法」<sup>(88)</sup>が十二月二十二日に布告され、朝廷官位と相関する諸藩兵の階級統一が行わ  
れた。

一方、維新政府直轄の陸軍に関しては、明治三年十一月十三日に布告された「徴兵規則」<sup>(89)</sup>にもとづく士庶混在の辛  
未徴兵と、翌明治四年二月二十二日に下令された鹿児島・山口・高知三藩の献兵による御親兵という、相反した建軍  
構想にもとづいて編制された部隊が大阪と東京に併存する形となった。さらに戊辰戦争を経て兵部省の管下に入った  
六個大隊と三個遊軍隊からなる直轄諸隊も存在しており、<sup>(91)</sup>それらを改廃・止揚していくことが廃藩置県後の国軍（鎮

台兵と近衛兵」建設に向けた課題となる。

註

- (1) 福島正夫『地租改正』（吉川弘文館、一九六八年）五七頁。
- (2) 指原安三編『明治政史 第一冊』（富山房、一八九三年）五三～五四頁。
- (3) 衆議院・参議院編『議會制度百年史 議會制度編』（大蔵省印刷局、一九九〇年）二頁。
- (4) 内田健三編『日本議會史1』（第一法規、一九九一年）八頁。
- (5) 内閣官房局編『法令全書 第一卷』（原書房、一九七四年）六四頁。
- (6) 井上勲『王政復古』（中央公論社、一九九一年）四八頁。
- (7) 内閣官房局編『法令全書 第一卷』六頁。
- (8) 同右、六頁。
- (9) 同右、六頁。
- (10) 石井孝『増訂 明治維新の国際的環境』（吉川弘文館、一九六六年）七八二～七八三頁。
- (11) 文部省編『維新史 第五卷』（文部省、一九四一年）五二一～五二二頁。
- (12) 太政官編『復古記 第一冊』（内外書籍、一九三〇年）六〇八頁。
- (13) 同右、六〇八頁。
- (14) 『太政官日誌 第二』（橋本博編『改訂 維新日誌 第一卷』名著刊行会、一九六六年）三頁。
- (15) 太政官編『復古記 第二冊』三二三頁。
- (16) 同右、二五二頁。
- (17) 太政官編『復古記 第四冊』六八二頁。
- (18) Ernest Satow, *A Diplomat in Japan* (London : Seeley, Service, 1921) ,p.377.

維新政府による公議政治と兵制策問（淺川）

- (19) Ibid, p.381.
- (20) 福岡孝弟「五箇条御誓文ト政体書ノ由来ニ就イテ」(国家学会編『明治憲政経済史論』有斐閣、一九一九年) 四四頁。
- (21) 稲田正次『明治憲法成立史 上巻』(有斐閣、一九六〇年) 二二～三四頁。
- (22) 馬邦裨治撰述、箕作阮甫訓点『聯邦史略 上巻』(江島館、一八六四年) 二五丁。
- (23) 加藤弘之『立憲政体略』(上州屋惣七、一八六八年) 一七丁。
- (24) 東京大学史料編纂所蔵版『明治史要』(東京大学出版会、一九六六年) 五四頁。
- (25) 井上清『日本近代史 上巻』(合同出版社、一九五九年) 四四頁。
- (26) 太政官編『復古記 第四冊』六八二頁。
- (27) 馬邦裨治『聯邦史略 上巻』二五丁。
- (28) 太政官編『復古記 第四冊』六八三頁。
- (29) 同右、六八三～六八四頁。
- (30) 同右、八頁。
- (31) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門(一)』(原書房、一九七七年) 六頁。
- (32) 早稲田大学社会科学研究所編『中御門家文書 下巻』(早稲田大学社会科学研究所、一九六五年) 九～八三頁。以下、本稿で引用する「貢士意見書 明治元年五月」の内容は、全て同書からの引用であり、各々その藩名のみを記す。
- (33) 陸軍省編『明治天皇御伝記史料 明治軍事史 上巻』(原書房、一九六六年) 六頁。
- (34) 『各藩戦功録』(国立公文書館所蔵)。
- (35) これら諸隊については、浅川道夫『明治維新と陸軍創設』(錦正社、二〇一三年) 九～一七頁を参照のこと。
- (36) 松下芳夫『明治の軍隊』(至文堂、一九六三年) 八頁。
- (37) 山縣有朋『越の山風』(東京書房、一九三九年) 一三二～一三三頁。
- (38) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門(一)』五頁。

- (39) 同右、五～六頁。
- (40) 桜井忠温編『国防大事典』（国書刊行会、一九七八年）四一六頁。
- (41) 『長野県史料 十一 旧松代藩兵制』（国立公文書館蔵）。
- (42) 太政官編『復古記 第七冊』五一五・七九二頁。
- (43) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門（一）』一五頁。
- (44) 田中彰『体系・日本歴史5 明治国家』（日本評論社、一九六七年）一〇九頁。
- (45) 「（四二）永山平太意見書」（早稲田大学社会科学研究所『中御門家文書 下巻』）五八頁。
- (46) 尾佐竹猛『維新前後における立憲思想』（文化生活研究会、一九二五年）四一四頁。
- (47) 「公議所日誌 前編上」（明治文化研究会編『明治文化全集 第四卷 憲政篇』日本評論社、一九二八年）一二八頁。
- (48) 同右、一二～一二八頁。
- (49) 同右、一二九頁。
- (50) 同右、一二七頁。
- (51) 同右、一二九頁。
- (52) 「公議所日誌 前編下」同右、一三三頁。
- (53) 内閣官房局編『法令全書 第一卷』三九〇頁。
- (54) 「公議所法則案」（明治文化研究会編『明治文化全集 第四卷 憲政篇』）三頁。
- (55) 同右、三頁。
- (56) 同右、三頁。
- (57) 「公議所日誌 第十二」（明治文化研究会編『明治文化全集 第四卷 憲政篇』）六四頁。
- (58) 同右、六四頁。
- (59) 同右、六六頁。

- (60) 日本史籍協会編『大久保利通文書 三』（東京大学出版会、一九六七年）一九七頁。
  - (61) 内閣官房局編『法令全書 第二卷』四二頁。
  - (62) 同右、一二二頁。
  - (63) 『集議院規則』（指原『明治政史 第一冊』）二五〇頁。
  - (64) 同右、二五〇頁。
  - (65) 内閣官房局編『法規分類大全45 兵制門（一）』一八頁。
  - (66) 『集議院日誌 第三』（明治文化研究会編『明治文化全集 第四卷 憲政篇』）一七八～一八一頁。以下、本文中引用する諸藩公議人の意見については、すべて同史料を典拠とする。
  - (67) 『明治三年 駒場野聯隊大練記』（復刻私家版、一九三七年）。
  - (68) 横瀬夜雨『維新の逸話 太政官時代』（人物往来社、一九六八年）一二六頁。
  - (69) 大平喜間太「松代藩兵制士官学校」（松代小学校編『松代藩学校沿革史』松代小学校、一九五三年）四三頁。
  - (70) 南坊平造「明治維新全国諸藩の銃砲戦力」（『軍事史学』第十三卷第一号、一九七七年六月）一〇二頁。
  - (71) 「陸軍教育史 明治別記 第一卷稿」（防衛研究所図書館蔵）。
  - (72) 陸軍省調製『兵器沿革史 第一輯』（陸軍省、一九一三年）六一頁。
  - (73) 大平喜間太『松代町史 上巻』（松代町役場、一九二九年）六七二頁。
  - (74) 「皇式御流儀 生兵教練号令詞」（写本、明治二年）。
- 同文書の内容を見ると、幕末に蘭語の *Hoofd* = *Rechts* を翻訳・成立していた「頭＝右」の号令が、英語の *Eyes Right* を直訳した「目右ニ準」という英式教範そのままの形で使われているなど、赤松小三郎・浅津富之助訳『英国歩兵練法』（下曾根稽古場蔵版、一八六五年）もしくは赤松小三郎訳『重訂英国歩兵練法』（薩摩藩蔵版、一八六七年）を元本にしていたことが知られる。
- (75) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門（一）』一三三頁。

- (76) 日本史籍協会編『大久保利通文書 三』二八八頁。
- (77) 篠原宏『陸軍創設史』(リブポート、一九八三年)二八八頁。
- (78) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門(一)』一三二～二四頁。
- (79) 『集議院日誌 第七』(明治文化研究会編『明治文化全集 第四卷 憲政篇』)一九五頁。
- (80) 宇田友猪・和田三郎編『自由党史 上巻』(五車楼、一九一〇年)三三頁。
- (81) 防衛庁防衛研究所戦史部『戦史叢書99 陸軍軍戦備』(朝雲新聞社、一九七九年)四頁。
- (82) 海軍省編『海軍制度沿革 巻二』(海軍大臣官房、一九四一年)四〇頁。
- (83) 指原『明治政史 第二冊』二七三頁。
- (84) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門(一)』二二五頁。
- 歩兵隊の編制規模については「六十名ヲ以テ一小隊、二小隊ヲ以テ一中隊、五中隊ヲ以テ一大隊」、砲兵については「砲二門ヲ以テ一分隊、三分隊ヲ以テ一隊」とすることが定められていた。
- (85) 指原『明治政史 第二冊』二七三頁。
- (86) 内閣記録局編『法規分類大全45 兵制門(一)』三三頁。
- (87) 同右、三二頁。
- (88) 同右、三四頁。
- (89) 辛未徴兵の編制経緯については、拙稿「辛未徴兵に関する一研究」(『軍事史学』第三十二卷第一号、一九九六年六月)を参照。
- (90) 御親兵の編制構想については、山県有朋「徴兵制度及自治制度確立ノ沿革」(国家学会編『明治憲政経済史論』三七九～三八〇頁)を参照。
- (91) これら直轄諸隊は、次のような兵員素材によって編制されたものだった。  
第一大隊・第二大隊 十津川郷士、諸藩の浪士など

第三大隊・第四大隊 旧幕府歩兵（仏式伝習隊）

第五大隊 旧田安兵

第六大隊 旧一橋兵

第一遊軍隊 旧徴兵七番隊（赤報隊）

第二遊軍隊 旧二番親兵（黒谷浪士隊）

第三遊軍隊 旧水原県兵（北辰・金革・居之隊）



# 会社の解散の訴えにおける解散事由の検討

——東京地判令和元年八月三〇日を素材として——

大久保 拓 也

## △目次▽

- 一 はじめに
- 二 会社の解散の訴えにおける解散事由
- 三 東京地判令和元年八月三〇日と解散事由の検討
- 四 結びに代えて

## 一 はじめに

株式会社の解散の訴えの制度は、アメリカ法における解散判決制度に倣い、昭和二五年の商法改正によって日本法に導入されたものである（平成一七年改正前商法四〇六条ノ二）<sup>(1)</sup>。解散の訴え（解散請求権）という制度は、主に株式に譲渡性のない閉鎖型のタイプの会社の少数株主が損害を防止するため行使する最後の救済手段と位置づけられている<sup>(2)</sup>。そもそも株主権は、社員権説を前提とすれば、株主が会社から直接経済的な利益を受ける権利である自益権と、会社の経営に参与する権利である共益権とに大別できるところ、株式会社の解散請求権は共益権に分類される<sup>(3)</sup>。もともと、この請求権は、解散判決の結果、会社の清算を経て、株主に自益権である残余財産分配請求権が生じるのであり、会社の解体という非常手段により株主の救済をする点で、共益権の中でも特異性をもつ<sup>(4)</sup>。

会社解散の訴えと株式の差押えとの関係という、手続法と会社法との交錯領域について判断した珍しい事例として東京地判令和元年八月三〇日（判タ一四六九号二四九頁、金判一五八四号四〇頁）<sup>(5)</sup>がある。この判決は、会社解散の訴えの原告適格を認め、解散判決を下している。

筆者は同判例について判例評釈（以下、「前稿」という）<sup>(6)</sup>で検討したが、判例評釈という性質上、判例の事案分析にとどまり、解散事由に関する検討を十分に行うことができなかった。そこで本稿では、前稿を踏まえ、同判例を素材に会社の解散の訴えにおける解散事由について検討することにした。

なお、前稿を基に検討を深めるということから、前稿の記述と内容的に重複する部分があることをあらかじめお断りしておく。

## 二 会社の解散の訴えにおける解散事由

まず、二では会社の解散の訴えに関する規制の概要と解散事由について整理しておく。

### 1. 会社の解散の訴え

株式会社の解散の訴えは、一定の事由がある場合に、総株主（完全無議決権株式の株主を除く）の議決権の一〇分の一（定款で引下げ可）以上の議決権を有する株主または発行済株式（自己株式を除く）の一〇分の一（定款で引下げ可）以上の数の株式を有する株主は、訴えをもって株式会社の解散を請求することができるとする制度である（会社法八三三条一項<sup>7</sup>）。解散請求が認められる「一定の事由」として定められているのは、次の解散事由①または②のいずれかに該当し、かつ③やむを得ない事由があるときである。

解散事由①は、株式会社が業務の執行において著しく困難な状況に至り、当該株式会社に回復することができない損害が生じ、または生ずるおそれがあるとき、である（会社法八三三条一項一号）。解散事由②は、株式会社の財産の管理または処分が著しく失当で、当該株式会社の存立を危うくするとき、である（会社法八三三条一項二号）。

解散請求権を行使し、解散判決を得て清算手続きにより残余財産の分配を受けることは、解散決議（株主総会の特別決議（会社法四七一条三号、三〇九条二項一号））を得ることができない少数派株主にとって、究極の投下資本回収手段と位置づけられている<sup>8</sup>。もともと、会社法八三三条一項の解釈として、通説は、会社の存在そのものに影響する場合でない限り、いかに取締役の非行等によつて少数株主の保護の必要がある場合であっても、解散請求は認められな

いと解している。<sup>(9)</sup>

## 2. 解散事由に関する規制の概要

次に、一で述べた解散事由にはどのようなものがあるかを詳述する。

### (1) 解散事由①

解散事由①については、単に取締役間に分裂が生じて業務に停滞が生じているだけでは足りないが、対立する株主が二分の一ずつの株式を有しており、取締役の改選すらできない等、いわゆるデッド・ロック状態にある場合には、会社が業務の執行において著しく困難な状況にあるといえると解されている。<sup>(10)</sup> この解散事由①は、資本多数決の原則の下で誰も支配権を取得することができない状態を前提としているから、資本多数決の原則では解決不可能であり、どちらに紛争の帰責事由があるか、具体的損害が何かということを考慮することなく、裁判所は株主間の紛争に関与することが可能であると解されている。<sup>(11)</sup>

これに関する裁判例には、次のものがある。

まず、東京地判平成元年七月一日（判時三四九号一四八頁）<sup>(12)</sup>の事案は次のとおりである。Y社は、甲家と乙家が半額ずつ出資し、その経営および利益配分も両家平等という前提で経営されてきた株式会社である。甲家側の代表取締役であったAの死後、乙家側の代表取締役であるZがAの生前に係争株式をAから譲渡されたので乙家側が過半数を有しているとの虚偽の事実を主張し、甲家側をY社の経営からも、また、Y社の経営による利益の享受からも排除

したというものである。裁判所は、Xら甲家側の乙家側に対する不信は極めて強度なものと認められるので、今後、両者が共同してY社を経営することは到底期待することはできず、甲家側・乙家側がY社の株式を五割ずつ保有している状況の下においては、株主総会における取締役の選任によりY社の業務執行の決定機関である取締役会を新たに構成することはできないというべきであるとして、Y社は、業務の執行上、著しい難局に逢着しており、また、Y社に回復することができない損害が生ずるおそれがあることは明らかといわなければならない、と判示して会社の解散を認めた。

次に、東京高判平成三年一〇月三十一日（金判八九九号八頁）<sup>13</sup>は、有限会社において、取締役が二名いるが、両名の対立は根深く、意見の一致を見る余地はない上、社員はその取締役二名であり、かつ、両名の有する出資口数は同数であるから、社員総会による意思決定もできないから、解散事由①に当たり、解散請求するにつきやむをえない事由があるとして、解散請求を認めた。

## (2) 解散事由②

解散事由②は、会社財産の流用等経済的不公正の事例が念頭に置かれてい<sup>14</sup>ると考えられている。すなわち、支配権を取得している者の存在を前提としているため、あくまで資本多数決による処理が原則となり、例外的に解散判決を下すためには、支配株主の側に重大な横領行為等の強度の悪性のある行為があることが要求されると解される<sup>15</sup>。これに関する裁判例には、次のものがある。

まず、大阪地判昭和五七年五月一二日（判タ四七〇号一九五頁）<sup>16</sup>は、解散を認めた事例である。すなわち、少数株主

の請求により、判決によって会社を解散させることができるのは、企業の継続が株主の共同利益を害するきわめて例外的な場合に限られるべきであるが、休眠会社またはこれに準ずるような会社については、たとえ株主の多数意思のもとに会社が休眠状態に置かれたものであっても、また会社決算上は債務超過の状態にはなくとも、会社を休眠状態のままに放置していること自体が会社の業務体制の欠缺を意味し、会社財産の管理方法としては著しく失当といえるから、近い将来会社が営業活動を再開する予定であり、しかもそれが実現可能なものである等の特段の事情のない限り、解散事由に該当するとしている。

これに対し、東京地判昭和六三年五月一九日（金判八三三三三頁）<sup>17</sup>は、総合商社X社が外国企業Aの製品を輸入するために設立したY株式会社を通じて国内の独占販売契約を締結していたが、同契約が解除されたためX社がY社の解散を求めた事案において、解散事由②は取締役が会社財産につき不当な処分をし、それが多数株主の支持を背景としている場合のごとく、会社の誤った経営または取締役の非行があるにもかかわらず、その是正が期待できない場合をいうものと解されると解している。そして、契約の解除はこの事由に当たらないとして、解散請求を認容しなかった。

### (3) 解散事由③

解散事由③については、会社を解散する以外には会社の正常な運営、したがって株主の正当な利益を保護する方法がない場合であり、解散がいわば最後の手段である場合を意味するものと解されている。<sup>18</sup>なお、解散という結果を得ることとの関係で、解散判決以外に解散に至る途がない場合に限られるか、破産手続開始の申立て等がなし得る場合にはそちらによるべきかが問題となるが、解散決議が絶対に成立しないとはいい切れないような場合や、破産の申立



をして会社の破産により解散することが考えられ得る場合でも良いとする見解が多数である。<sup>(19)</sup>

解散事由③のやむを得ない事由について、東京高判平成一二年二月二三日（金判一〇九一号四〇頁）<sup>(20)</sup>は、兄弟二名が五割ずつ出資持分を保有している有限会社において、兄弟間の争いが激しいため会社の正常な運営を行うことが著しく困難な場合において、会社の正常な運営を図り、社員の正当な利益を保護するため会社を解散する以外には事態を開する相当な方法ないし手段がない場合をいうと解している。

### 三 東京地判令和元年八月三〇日と解散事由の検討

二1で述べたように、会社の解散の訴えは少数派株主にとっては究極の投下資本回収手段と位置づけられるが、二2で述べたように裁判例をみると、解散事由に該当する事例はかなり限定されている。どのような場合に解散事由に該当するか否かについては、事案の分析が必要になる。会社の解散の訴えについて争われた近時の注目すべき裁判例が、一で述べた前掲東京地判令和元年八月三〇日である。ここでは、議論の整理のために、前稿の議論を参考にしつつ、事案の概要および判旨をまとめることにしたい。

#### 1. 事案の概要

まず、当事者の整理である。X社は、平成二四年三月二八日にAによってAを代表取締役として設立されたが、平成二六年六月一三日、Aが代表取締役を辞任し、Bがその地位に就いた。

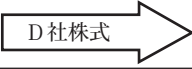
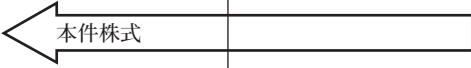
Y社は、平成一三年三月二二日に設立された、コンサルタント業務等を目的とし、発行済株式（Y社株式）総数六〇株の特例有限会社であり、Cの資産管理を行っている。Cは、Y社の唯一の取締役であり、Y社株式三〇株を保有している。他方X社は、Y社株式三〇株を保有する株主である（以下、X社が保有するY社株式を「本件株式」という）。

本件提訴に至る経緯は△時系列表△のとおりである。そして、前訴判決（東京地判平成二八年一月一八日2016WLJPCA01186004）で、東京地裁は、本件株式の譲渡の効力の争いについて、X社がY社株式三〇株を保有する株主であることを確認する、またY社はX社に対しその営業時間内のいつにても平成二四年度から平成二六年度までの会計帳簿またはこれに関する資料を閲覧および謄写させよと判示した。しかし、X社の平成二九年一〇月二二日到達の内容証明郵便による平成二四年度から平成二八年度までの会計帳簿の閲覧および謄写等請求に対して、Y社は、確定した前訴判決で認容された部分も含め、株主名簿の名義書換えがされていないためX社を株主として取り扱うことはできないとしてこれに応じなかった。そこでX社が、同年一二月二七日にY社の解散を求めて本件訴訟を提起した（本件申立て）。

本件申立て後のX社・Y社の対応も本件の整理に必要な範囲で述べておく。X社は、裁判所の示唆を受けて、平成三〇年七月一〇日、Y社に対し本件株式について名義書換請求を行い、Y社は、同年九月一三日、X社を三〇株の株主である旨の株主名簿の名義書換えをした。Y社は、同年一二月五日において、平成二四年度から平成二六年度までの総勘定元帳等Y社の会計帳簿の一部を開示したが、残りの会計帳簿について開示しない旨を明らかにした。また、Y社は、平成三〇年九月期の定時株主総会について、X社に対し、招集通知を送付していない。



<時系列表>

|         |           | X 社                                                                                                                                                            | D 社                                                                                      | Y 社                                                                |
|---------|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| 平成 18 年 |           |                                                                                                                                                                | D 社 J A S D A Q 市場に<br>上場                                                                |                                                                    |
| 平成 24 年 | 3 月 28 日  | A を代表取締役として設立                                                                                                                                                  |                                                                                          |                                                                    |
|         | 9 月 1 日   |                                                                                                                                                                | C が代表取締役に就任                                                                              |                                                                    |
|         | 12 月～     | A・C 間で、D 社の経営サポートについて協議。Y 社が D 株式を取得し、<br>A が Y 社株式の 50% を譲り受けることを合意                                                                                           |                                                                                          |                                                                    |
| 平成 25 年 | 1 月 25 日  |                                                                                                                                                                |  D 社株式 | 前記合意に基づき、D 株式<br>を 51 万株取得                                         |
|         | 3 月 1 日   |  本件株式                                                                        |                                                                                          | C → X 社（当時 A が 1 人株<br>主・代表取締役）に対し、<br>本件株式を代金 150 万円で<br>譲渡       |
| 平成 26 年 | 6 月 13 日  | A 代表取締役を辞任、B 代<br>表取締役に就任                                                                                                                                      |                                                                                          |                                                                    |
|         | 10 月 3 日  |                                                                                                                                                                |                                                                                          | （前訴大阪地裁の審理）C の<br>資産管理会社で Y 社の資産<br>の大部分は D 株式である旨<br>主張           |
| 平成 28 年 | 1 月 18 日  | （前訴判決）東京地裁（平成<br>26 年（ワ）第 29900 号およ<br>び同 29917 号事件）① X 社<br>が Y 社株式 30 株を保有する<br>株主であることを確認、②<br>Y 社は X 社に対し平成 24 年<br>度～平成 26 年度の会計帳<br>簿・資料の閲覧および謄写<br>を認める |                                                                                          |                                                                    |
|         | 6 月 8 日   | X 社：（前訴判決）控訴棄却<br>の判決                                                                                                                                          |                                                                                          |                                                                    |
|         | 9 月 30 日  |                                                                                                                                                                |                                                                                          | 平成 28 年 9 月期に、C に対<br>し役員報酬 540 万円支払                               |
|         | 10 月 14 日 |                                                                                                                                                                |                                                                                          | D 株式 132 万株を E 社に 23<br>億円余で譲渡                                     |
|         |           |                                                                                                                                                                |                                                                                          |                                                                    |
| 平成 29 年 | 5 月 9 日   | （前訴判決）上告棄却・上告<br>不受理決定                                                                                                                                         |                                                                                          |                                                                    |
|         | 9 月頃      |                                                                                                                                                                |                                                                                          | 平成 29 年 9 月期に、C に対<br>し役員報酬 1620 万円支払<br>い、役員退職慰労金引当金<br>11 億円余を計上 |
|         | 10 月 22 日 | 内容証明郵便により、会計<br>帳簿の閲覧および謄写等を<br>請求                                                                                                                             |                                                                                          | 株主名簿の名義書換えがな<br>いとして応じず                                            |
|         | 12 月 27 日 | 本件訴訟提起                                                                                                                                                         |                                                                                          |                                                                    |

## 2. 判旨

次に、裁判所は、Y社の解散事由について次のように判示した。

「X社とCは、Y社株式を三〇株ずつ保有し…、Cが前記のような確定判決にも従わない態度を示してX社が株主として行動することを拒絶し、上記金員の分配について判断する前提となる管理状況をX社が知ることができないことから、Y社の中心的な目的であるD株式から生じた利益の分配を行うために必要な決算の承認や利益の配当など株主総会において決定すべき事項の決定ができない状態にあるといえる。他方、Cは、X社がY社から何らの利益を得ることができずにいるのに、役員報酬を増額するなどしてY社から利益を得たほか、役員退職慰労金引当金を約一億円計上するなど、Y社から多額の利益を得ようとしており…、Y社において、仮に株主総会で取締役の報酬の決定を取締役に委任する決議がされていたとすると、唯一の取締役であるCが自由に自己の報酬を定めて会社財産をCへ移転することができることになり、Y社の確定判決の既判力を無視するなどのX社への対応をみても、X社への利益の移転を防ぐべく、Y社の資産をBへ役員報酬ないし退職慰労金として移転するおそれがある。さらに、Y社株式をCとX社で五〇%ずつ保有するため、Y社の取締役を交代させる株主総会決議をすることはできず、仮にCについて解任の訴えが認められたとしても、その後任取締役を選任する株主総会決議をすることができず、CがY社の唯一の取締役であるから…、業務執行が可能な状態を作出することができないのであつて、解散の訴えによるほか現状を開することはできないというべきである。」

「以上によれば、Y社が業務の執行において著しく困難な状況に至り、Y社に回復することができない損害が生じ、又は生ずるおそれがあり、やむを得ない事由があるといえる。」

### 3. 前掲東京地判令和元年八月三〇日における解散事由の該当性

前稿で検討したとおり、前掲東京地判令和元年八月三〇日においては、二二で述べた(1)解散事由①と(3)解散事由③に該当するかが争われているので、この点を取り扱うことにしたい。

まず、二二(1)で述べた解散事由①は、対立する株主が二分の一ずつの株式を有しており、いわゆるデッド・ロック状態にある場合に当てはまる。<sup>(21)</sup>これに該当する事例は多く、近時の裁判例として、東京地判平成二八年二月一日(2016WLJPCA02016001)、<sup>(21)</sup>東京地判平成二八年一〇月一九日2016WLJPCA10198003、<sup>(22)</sup>東京地立川支判平成二九年二月二六日金判一五六六号五一頁等がある。

前掲東京地判令和元年八月三〇日も、「X社とCは、Y社株式を三〇株ずつ保有し…Y社の中心的な目的であるD株式から生じた利益の分配を行うために必要な決算の承認や利益の配当など株主総会において決定すべき事項の決定ができない状態にあるといえる。…X社への利益の移転を防ぐべく、Y社の資産をCへ役員報酬ないし退職慰労金として移転するおそれがある。さらに、Y社株式をCとX社で五〇%ずつ保有するため、Y社の取締役を交代させる株主総会決議をすることはできず…解散の訴えによるほか現状を打開することはできない」等と認定する。

これについて、前掲東京地判令和元年八月三〇日と同様に、有限会社に関する先例(高松高判平成八年一月二九日金判九九六号一七頁)においても、社員が持分を半数ずつ保有している有限会社について、当初の会社設立の目的が事実上不可能となり、もっぱら不動産売買代金残金の処理等のために存続している状態であること、両者が反目しており会社の業務執行の決定ができない状態であること、その持分を他の社員や第三者に譲渡することも困難であることから、会社の解散を命じている。したがって、解散事由①に該当するという判断は適当と考えられる。

また、二二(3)で前述した解散事由③は、会社を解散する以外には事態を打開する相当な方法ないし手段がない場合をいうと解されている。

前掲東京地判令和元年八月三〇日は、「X社を株主として取り扱う旨の主張については：前訴判決の既判力によって遮断される事由であるのに、Y社は：確定判決の既判力を無視してまでX社による株主権の行使を拒絶しようという強固な態度を示しており、株主名簿の名義書換え後においても、X社の平成二八年一月期以降の会計帳簿等の閲覧・謄写に応じない：、X社に対し平成三〇年九月期の定時株主総会の招集通知を送付しない：など、X社による株主権の行使を拒絶していることを踏まえると、Y社が今後あらゆる理由を付けてX社による株主権の行使を認めない可能性が高く、Y社の主張はやむを得ない事由がある」と判示する。

Y社は最高裁で確定した前訴判決にも従わず、会計帳簿の閲覧請求権等の株主権の行使を拒絶しているのであるから、解散事由③に該当すると判断することも妥当である。

このように、前掲東京地判令和元年八月三〇日の判断は、解散事由①・解散事由③に関する裁判例・学説の傾向に沿うものであり、解散事由の成立範囲を明らかにするものとして意義がある。

#### 4. 前掲東京地判令和元年八月三〇日における解散請求の背景と裁判所の判断の当否

3では、前掲東京地判令和元年八月三〇日の解散事由の該当性について述べたが、同判決では判決文に直接書かれていない背景事情が裁判所の判断に大きく影響しているように思われる。前稿においても検討したが、前稿は判例評釈であったためこの点に関して十分に検討することができなかった。本稿では背景事情についても考慮して検討

することとしたい。

### (1) 本件株式の譲渡

本件におけるX社とY社の対立には、本件株式の帰属をめぐる当事者間の争いが背景にある。

前訴によれば、本件株式がY社からX社に譲渡された背景には、AとCとの間の次の合意があったとされる。すなわち、Aが、Cとの間で、平成二四年一月二五日までの間ころ、D社の経営をサポートするインセンティブについて協議し、Y社がD株式を取得し、AがY社株式の五〇%を譲り受けることを合意し、その合意に基づき、Y社は、同日、D株式を五一万株取得し、Cは、同年三月一日、Cが当時一人株主であり、代表取締役を務めるX社に対し、本件株式を代金一五〇万円で譲渡した、というものである。ここにいう合意とは、本件譲渡の際、「X社の代表取締役であったAが、Cが代表取締役を務めるD社の特別顧問としての役割を果たし、D社の企業価値・株式価値を向上させて、平成二六年一月末までにD社の株式の時価総額を二五〇億円超にした上、その後可及的速やかにD社の株式を東京証券取引所一部市場に上場させること」を停止条件とする旨の合意であり、前訴においてY社およびCが主張したものである（前掲東京地判平成二八年一月一八日）。前訴においてはこの合意について本件株式についての譲渡契約書に記載がなく、本件株式の譲渡代金も支払われていることから、この合意があったとは認定されず、本件株式はX社に譲渡されたものとされている。

確かに、Aは平成二六年六月にX社の代表取締役を辞任し、Bが代表取締役に就任したことから上記合意があったことを証明することが困難であったという事情もあろう。しかし、Y社がCの資産管理会社であるとしても、Cは上



場合会社であったD社の代表取締役社長でもあったのであるから、Y社の株式の譲渡という重要事項について譲渡契約を締結するのであれば、弁護士等の専門家の助言を元に契約書に上記合意を明記するといった対応をとっておくべきだったのではあるまいか。そのような基本的な対策をおろそかにしたことが株式の帰属をめぐる争いに発展したとすれば、前訴における裁判所の判断は妥当な判断であったと思われる。

## (2) 株式の帰属をめぐる問題

さらに問題となるのは前訴判決においてX社が本件株式三〇株を保有する株主であることが認められた確定判決があるにもかかわらず、それに従わず、Y社がX社を株主として認めない態度をとってきたことである。前掲東京地判令和元年八月三〇日によれば、本件訴訟提起（平成二九年二月二七日）後に、平成三〇年五月二二日第一回弁論準備手続期日において裁判所の示唆を受けたことから、Y社はようやく本件株式について名義書換えを行うこととし、同年九月一三日、X社を三〇株の株主である旨の株主名簿の名義書換えをしたが、それにもかかわらず、Y社は、平成三〇年九月期の定時株主総会について、X社に対し、招集通知を送付していない等、前訴による確定判決の既判力を無視する態度をとってきた。他方、Cは、役員報酬を増額するなどしてY社から多額の利益を得ようとしている。株主であるX社のCに対する監督是正権の行使が奏功しない状況にあること、Cの態度やY社側の対応そのものに問題があったことが解散請求の背景にあると考えることができる。前掲東京地判令和元年八月三〇日がY社の解散判決の成立を認めたのは、このようなY社側の対応そのものに問題があったためではないかと考える。

### (3) 別訴無視の問題

(2)で前述したように、前掲東京地判令和元年八月三〇日がY社に対し解散事由があると判示したが、このような判断に至る背景には、X社がY社の株主であるという前訴判決が下された後もX社を株主として認めない等、裁判所の別訴の判断に従わなかったことが影響していると思われる。

この事例のように、裁判所の下した別訴の判断に従わずに事業活動を行った場合には、裁判所から厳しい判断が示される事例はこれまでも多くみられるところである。ここでは同裁判例と同様に非公開会社における事例を取り上げ、裁判所の判断に従わない行動をした場合にどのような判断が示されてきたかをみてゆくことにしたい。

#### (一) 差止仮処分命令違反の事例

まず、最判平成五年十二月一六日（民集四七卷一〇号五四二三頁）<sup>(23)</sup>を取り上げる。これは、定款に株式譲渡制限の定めを置く上告人会社が取締役会において第三者割当の方法で訴外会社に割当てたる新株発行を決議したところ、被上告人株主が、新株発行差止めの仮処分命令を得た事例である。仮処分命令が出された後、被上告人株主が新株発行差止請求の訴えを提起したにもかかわらず、上告人会社は、新株発行を行い、訴外会社から払込期日に新株払込金の支払を受けたというものである。この新株発行に対する差止請求訴訟の審理開始から一年余り後になって、口頭弁論期日において、上告人会社から本件新株発行は既に実施されているから新株発行差止請求は訴えの利益がなくなったとの主張がなされた。そこで被上告人株主が新株発行差止請求の訴えを新株発行無効の訴えに変更する旨の申立てをした事例について、原審（大阪高判昭和六三年十二月二三日判時一三一一号二二八頁）は、新株発行差止請求については却下し



たが、被上告人が行つた新株発行無効の訴えへの変更を適法とし、仮処分命令違反の新株発行は無効であるとして被上告人らの請求を認容したものである。

「商法〔筆者註…平成一七年改正前商法。以下同じ〕二八〇条ノ一〇〔筆者註…会社法二一〇条〕に基づく新株発行差止請求訴訟を本案とする新株発行差止めの仮処分命令があるにもかかわらず、あえて右仮処分命令に違反して新株発行がされた場合には、右仮処分命令違反は、同法二八〇条ノ一五〔筆者註…会社法八二八条一項二号〕に規定する新株発行無効の訴えの無効原因となるものと解するのが相当である。けだし、同法二八〇条ノ一〇に規定する新株発行差止請求の制度は、会社が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正な方法によって新株を発行することにより従来の株主が不利益を受けるおそれがある場合に、右新株の発行を差し止めることによって、株主の利益の保護を図る趣旨で設けられたものであり、同法二八〇条ノ三ノ二〔筆者註…公開会社については会社法二〇一条三項・四項〕は、新株発行差止請求の制度の実効性を担保するため、払込期日の二週間前に新株の発行に関する事項を公告し、又は株主に通知することを会社に義務付け、もって株主に新株発行差止めの仮処分命令を得る機会を与えていると解されるのであるから、この仮処分命令に違反したことが新株発行の効力に影響がないとすれば、差止請求権を株主の権利として特に認め、しかも仮処分命令を得る機会を株主に与えることによって差止請求権の実効性を担保しようとした法の趣旨が没却されてしまうことになるからである。」

この事例では、上告人会社の現経営陣を支持する株主と反対する株主の激しい対立が続いていた中で行われた新株発行差止仮処分命令に違反した新株発行について、無効と判断された。

募集株式の発行等の効力が生ずると差止めはできなくなることから、その効力発生前に、株主は、会社を債務者と

して差止請求権を被保全権利とする募集株式の発行等の差止仮処分<sup>(24)</sup>の申請を行うのが通常である（民事保全法二三条二項）。もつとも、仮処分違反の新株発行が新株発行無効の訴えにおける無効事由になるかどうかについては学説の対立があるが、無効原因になるとする無効説が有力であり、<sup>(25)</sup>前掲最判平成五年二月一六日の多数意見も無効説に立つ。ところで、この判例で争われた新株発行差止請求は、英米法の差止命令（injunction）に倣い昭和二五年改正商法で導入されたものである。英米法では差止命令違反は裁判所侮辱として制裁が課されるものとされている。<sup>(26)</sup>この裁判例においては、上告人会社が差止請求訴訟の審理開始から一年余り後に仮処分命令に違反した新株発行の事実を主張している。そのように新株発行差止請求の実効性を失わせる主張をすることは、母法である英米法に照らして考えてみると、裁判所侮辱的な主張といえることができる。<sup>(27)</sup>

そうであれば、差止仮処分命令違反が無効原因になると判示した最高裁の判断は当然の帰結ともいえそうである。裁判所のこのような立場からすれば、前掲東京地判令和元年八月二〇日においても会社側が前訴判決の判断を無視する対応をしたのであるから、裁判所侮辱的な対応として厳しい評価がされても仕方がないといえよう。

## （二）非公開会社における提訴期間を徒過した新株発行無効の訴え

次に、名古屋地判平成二八年九月三〇日（判時三三二九号七七頁）<sup>(28)</sup>を取り上げる。これも、非公開会社の事例である。原告株主は、被告会社の株式の九割を保有していた。この株式の帰属が別件訴訟において争われているときに、被告会社の代表取締役（株式の一割を保有）は、取締役会で第三者割当ての方法により代表取締役がすべて引受ける新株株式を行い、新株発行に係る登記も行われた。

別件訴訟で原告株主が被告会社の株主であることを確認する判決を認容する最高裁決定が確定した後になって、被告会社から、新株発行の事実を告げられた。この時点ですでに新株発行から一年以上が経過していた。そこで、原告株主が、新株発行の無効および不存在確認等を求めたというのが事案の概要である。

名古屋地裁は、次のように判示して新株発行の無効の訴えを認めた。なお、不存在確認については認められていない<sup>29)</sup>。

「被告会社の代表者である被告代表取締役は、原告株主を被告会社の株主から排斥する意図の下、原告株主に知られることなく本件新株発行を行うべく、原告株主がこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたものと認められる。…」「そして、被告会社は、株式の譲渡制限をしている会社であるところ…、本件新株発行により株式の発行を受けた者は、被告代表取締役だけであるから、本件新株発行につき、取引の安全を考慮する必要性がさほど高いとはいえない。また、原告株主は、本件新株発行の存在を知った…日…から一年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており…、訴訟提起が不当に遅延したとはいえない。」「以上のとおりの本件事実関係の下においては、信義則上、原告株主が本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、当該訴えは、適法であると解するのが相当である。」

新株株式の発行に法的な瑕疵がある場合に、無効の一般原則では対世効もないこと等から法的安定性に欠けるため、新株発行の無効の訴えの制度が用意されている。すなわち株式会社会社の成立後における株式の発行（新株発行）の無効は、当該新株発行の発行の効力が生じた日から、非公開会社については一年以内に、訴えをもつてのみ主張することができる（会社法八二八条一項二号括弧書<sup>30)</sup>）。新株発行の効力が生じた日は、払込期日までに払い込みがあった新株につ

いては払込期日（払込期間を定めた場合は払い込みの日）であり、新株引受人はその日から株主となる（同法二〇九条一号）。この事案における新株発行は被告代表取締役が払込期日である平成二四年六月四日に所定の払込みをしたのに対し、原告株主が本件新株発行の無効の訴えを提起したのは同二六年六月三日のことである。そこでこの事案では、非公開会社である被告会社の提訴期間を徒過していることから、無効の訴えが認められるか否かが問題となった。

しかし、日本では非公開会社が多く、この事例のように代表者が必要な機関の承認を得ずに自らを引受人として新株を発行し、一年の間誰にも気付かれなかったというように、株主が法的瑕疵のある新株発行の存在を認識できないという事態は起こりうる。

そこで、この裁判例では、①被告会社は、原告株主を排斥する意図の下、原告株主に本件新株発行を察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたこと、②原告株主は、本件新株発行の事実を告げられなかったのみならず、本件新株発行の事実を想定することは容易でなかったこと、③被告会社は非公開会社であり、本件新株発行により株式の発行を受けた者は被告代表取締役だけであるから、取引の安全を考慮する必要性がさほど高いとはいえないこと、また、④原告株主は、本件新株発行の存在を知った日から一年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており、訴訟提起が不当に遅延したとはいえないこと等の理由を挙げて、信義則上新株発行の無効の訴えは適法と判示する。

新株発行無効の訴えは無効事由がある場合であっても、その関係を長期間不安定の状態に置かないために提訴期間が定められたという趣旨、非公開会社であるため取引の安全を考慮する必要があること等を考慮すれば、本判決が信義則違反を根拠に提訴期間の例外的取扱いを認めたのは妥当であるといえる。<sup>(24)</sup> この裁判例も、(一)で前述したことが同

様に、別訴を無視した会社による積極的な新株発行の事実の隠蔽をした事例であり、法廷侮辱的対応がなされた事例ともいえそうである。

#### 四 結びに代えて

本稿では、前掲東京地判令和元年八月三〇日を考察した前稿の検討を踏まえて、会社の解散の訴えにおける解散事由を検討した。二で述べたように、会社の解散の訴えは少数派株主にとっては究極の投下資本回収手段と位置づけられるが、裁判例では、会社の存在そのものに影響する場合でない限り解散請求は認められない、と解散事由に該当する場合を限定的に捉えている。その中で、三で述べた前掲東京地判令和元年八月三〇日における解散事由については、対立する株主が二分の一ずつの株式を有するいわゆるデッド・ロック状態にあり（解散事由①）、前訴における裁判所の判断に従わず、X社の株主権の株主権の行使を認めない行動をした等、会社を解散する以外には事態を打開する相当な方法ないし手段がないと評価される場合（解散事由③）に該当すると解されている。

これについては、三・四で述べた解散請求の背景に鑑みても、裁判所の別訴の判断に従わなかったことは法廷侮辱的な態度と捉えられると思われる。そうであれば、やはり解散事由に該当すると判断されたことは妥当ということになるだろう。

会社の解散の訴えについては、近時これを認容する裁判例が下されているところであり、解散事由の判断をめぐ<sup>31</sup>る今後の裁判例の動向にも注目してゆきたい。



※本稿は、公益財団法人石井記念証券研究振興財団令和二年度研究助成金「相続法改正、民事執行法改正と商事法制への影響」(代表 松嶋隆弘) の研究成果の一部である。

- (1) 大隅健一郎・大森忠夫『逐條改正會社法解説(増補第三版)』(一九五二年) 五三一～五三四頁。
- (2) 江頭憲治郎『株式会社法(第八版)』(二〇二二年) 一〇四一～一〇四二頁。
- (3) 田中亘『会社法(第三版)』(二〇二二年) 六六頁。
- (4) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(13) 株式会社の解散・清算、外国会社、罰則』(一九九〇年) 二三頁(谷川久執筆)。
- (5) 差押え・仮差押えを受けた株式会社が会社の解散の訴えの原告適格を有するかについて、前掲東京地判令和元年八月三〇日は、「会社の解散の訴えは、差押えの対象となる株式に基づく投下資本回収の利益を保護するための制度であり、訴えが認容された結果生ずる権利には差押えの効力が及ぶことからすると、換価ないし満足という目的に沿ったものといえることができ、差押えの目的物である株式を消滅させたり、株式から得られる利益を直接執行債務者に取得させてしまうものではないのであって、換価ないし満足の準備という目的を阻害するものとはいえず、執行債権者を害するものではないから、この目的を達成するために会社の解散の訴えを提起する権利にまで差押えの効力を及ぼす必要は認められない。仮差押えの目的は、債務者の財産の現状を保存して金銭債権の執行を保全するにあるから、その効力は、同目的のため必要限度においてのみ認められるのであり、それ以上に債務者の行為を制限するものと解すべきではない(最高裁：昭和四八年三月一三日第三小法廷判決・民集第二七卷第二号三四四頁参照)。そうすると、仮差押えの場合も差押えの場合と同様に解すべきである」として、差押えや仮差押えがあっても、原告適格を失わないと判示した。前掲東京地判令和元年八月三〇日の評釈として、弥永真生「判批」ジュリ一五四八号(二〇二〇年) 三頁。
- (6) 拙稿「判批」櫻田嘉章ほか編『私法判例リマックス六二号(二〇二二(上))「令和二年度判例評論」』法律時報別冊(二〇二二年) 九四頁(以下、「前稿」という)。本稿では、差押え・仮差押えを受けた株式会社が会社の解散の訴えの原告適格

格を有するか否かについては扱わないが、この問題に関する理論的分析については、前稿を参照されたい。

(7) 権利の濫用を防ぐため(大隅Ⅱ大森・前掲註(1)五三三頁)、平成一七年改正前商法では総株主の議決権の一〇分の一以上を有する株主とされていたが、会社の解散を認めるかどうかは議決権の行使とは必ずしも関係しないこと、議決権基準のみを採用すると相互保有株主が除外されてしまうこと等から、同年改正会社法では、提訴権者につき、総株主の議決権の一〇分の一以上の議決権を有する株主または自己株式を除く発行済株式の一〇分の一以上の数の株式を有する株主に改正した(相澤哲Ⅱ葉玉匡美「新会社法の解説(14) 外国会社・雑則(上)」商事一七五四号(二〇〇六年)一〇四頁)。

(8) 三浦治『基本テキスト会社法(第二版)』(二〇二〇年)二七三頁。

(9) 酒巻俊雄「会社解散請求権の法理」早稲田法学四〇巻一号(一九六五年)四八頁、青竹正一『小規模閉鎖会社の法規整』(一九七九年)一三七頁。そのため、解散事由が認められる範囲も厳格に捉えられている。

(10) 酒巻俊雄Ⅱ龍田節編集代表『逐条解説会社法(九巻)』(二〇一六年)一五三頁(河内隆史執筆)、松嶋隆弘Ⅱ大久保拓也編『商事法講義一 会社法』(二〇二〇年)二五七頁(金澤大祐執筆)。

(11) 穴戸善一「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選(第三版)』別冊ジュリ二二九号(二〇一六年)一九五頁。

(12) 前掲東京地判平成元年七月一八日の評釈として、菊地雄介「判批」金判八五一号(一九九〇年)五二頁、穴戸善一「判批」ジュリ一〇〇四号(一九九二年)八八頁。

(13) 前掲東京高判平成三年一〇月三十一日の評釈として、青木英夫「判批」金判九〇九号(一九九三年)四二頁、川端正文「判批」『平成四年度主要民事判例解説』判タ八二二号(一九九三年)一九八頁。

(14) 龍田節Ⅱ前田雅弘『会社法大要(第二版)』(二〇一七年)四六九頁。

(15) 穴戸・前掲註(11)一九五頁。

(16) 前掲大阪地判昭和五七年五月二二日の評釈として、西川昭「判批」金判六七八号(一九八三年)四二頁。

(17) 前掲東京地判昭和六三年五月一九日の評釈として、太田剛彦「判批」『平成元年度主要民事判例解説』判タ七三五号(一九九〇年)二六六頁。



- (18) 上柳ほか編・前掲註(4)二五頁〔谷川執筆〕。
- (19) 奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール 会社法三(第二版)』別冊法学セミ二三九号(二〇一五年)三八六頁〔小林量執筆〕。
- (20) 前掲東京高判平成一二年二月三日の評釈として、西川昭「判批」金判一一〇四号(二〇〇〇年)五〇頁。
- (21) 前掲東京地判平成二八年二月一日の評釈として、宍戸善一「判批」『平成二九年度重要判例解説』ジュリスト一五一八号(二〇一八年)一一二頁。
- (22) 前掲東京地立川支判平成二九年二月二六日の評釈として、林孝宗「判批」金判一五九〇号(二〇二〇年)一七頁。
- (23) 前掲最判平成五年一月一六日の評釈は多数あるが、ここでは令和元年会社法改正前の学説の状況を詳しく述べる砂田太士「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選(第三版)』別冊ジュリ二二九号(二〇一六年)二〇六頁と、拙稿「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選(第四版)』近刊を挙げておく。また、差止仮処分に関する理論的な分析として、松嶋隆弘「商法上の差止仮処分の実効性について(一)(二)(三・完)」日本法学六二巻三号(一九九六年)五二三頁、六三巻二号(一九九七年)二七七頁、六四巻一号(一九九八年)一一九頁。
- (24) この仮処分により会社に対しては当該新株を発行してはならないという不作為義務が直ちに設定されることになる(新堂幸司「仮処分」同『権利実行使の基礎』(二〇〇一年)四九頁。これは、本案の権利の全部または一部を実現したのと同様の結果を債権者に得させる、いわゆる満足的仮処分である)。
- (25) 無効説は仮処分命令に違反してなされた発行が有効であるとする、株主に差止権を認めた法の趣旨が没却されることになること、仮処分無視に対する損害の算定は困難であるから取締役の損害賠償責任で償うことはできないこと等を挙げる(鈴木竹雄「新株発行の差止と無効」同『商法研究Ⅲ』(一九七一年)二二九頁、田中誠二『三全訂会社法詳論(下)』(一九九三年)一〇〇八頁、小林量「仮処分に違反した新株発行の効力に関する最高裁判決(下)」商事一三四九号(一九九四年)二〇頁、伊藤靖史ほか『会社法(第五版)』(二〇二一年)三四四～三四五頁〔松井秀征〕)。
- (26) 大橋弘「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(平成五年度(下))』(一九九六年)一〇二三頁、一〇三四頁。

- (27) 松嶋隆弘『税理士も知っておきたい 実例から学ぶ 同族会社法務トラブル解決集』（二〇二一年）七頁。
- (28) 前掲名古屋地判平成二八年九月三〇日の評釈については、吉本健一「判批」金判一五二九号（二〇一七年）二頁、齊藤真紀「判批」『平成二九年度重要判例解説』ジュリ一五一八号（二〇一八年）一〇〇頁、田中亘「判批」ジュリ一五一九号（二〇一八年）一一〇頁参照。
- (29) 裁判例の分析については、拙稿「判批」判評七〇九号（二〇一八年）二四頁参照。
- (30) 林孝宗「判批」『速報判例解説—新・判例解説 Watch—』法セ増刊（二〇一七年）一二九頁、松尾健一「判批」法教四四四号（二〇一七年）一五六頁。
- (31) 東京地判令和二年二月十九日 LJC・L07531468、東京地判令和二年六月二二日 LJC・L07530744。

# 乾岔子島事件に関わる条約及び協定の 考察と事件の位置づけの検討

笠 原 孝 太

はじめに

一九三二年に満洲国が建国されて以来、満ソ国境線上では数多くの小競り合いが繰り返されてきた。これらの国境紛争は、一九三九年のノモンハン事件を頂点に増加傾向にあり、一九四一年四月の日ソ中立条約締結まで頻発していた。

日ソ国境紛争に焦点を当てれば、この約十年間は「小規模国境紛争期」「中規模国境紛争期」「大規模国境紛争期」に分類することができる。<sup>(1)</sup>

乾岔子島事件に関わる条約及び協定の考察と事件の位置づけの検討（笠原）

五七（一八九）

一九三二年から三四年の「小規模国境紛争期」は、ソ連側偵察者の侵入や原住民の連行などが主で、特別な名称を付けるほどの事件はほとんど起こらなかった。<sup>(2)</sup>

一九三五年から三六年の「中規模国境紛争期」は、ソ連の赤軍増強に伴い、威力偵察や国境付近の要点占領など、積極的な動きが表面化した時期だった。この時期は、東部国境で発生した楊木林子事件、金廠溝事件、長嶺子事件などが有名である。<sup>(3)</sup>

一九三七年から四〇年の「大規模国境紛争期」は、日ソどちらかまたは双方により、航空兵力や機械化兵力の投入が行われた大規模かつ計画的な近代武力戦が繰り広げられた時期である。大規模国境紛争とは、一九三七年の乾岔子島事件、一九三八年の張鼓峰事件、一九三九年のノモンハン事件である。<sup>(4)</sup>

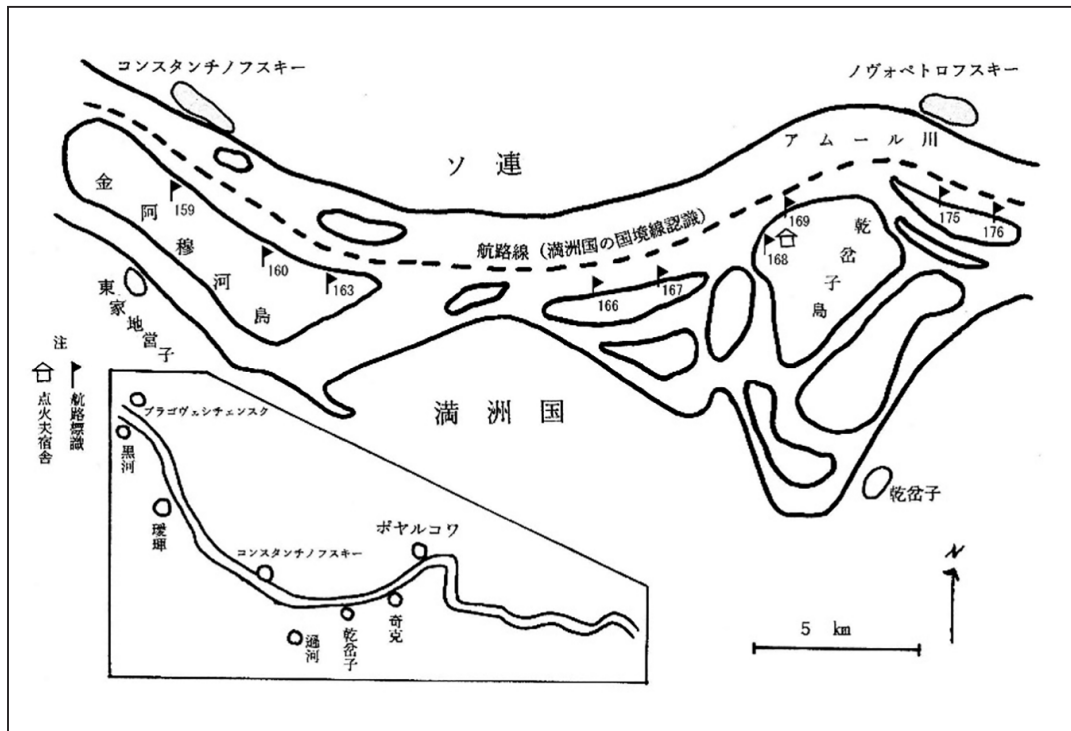
いずれの国境紛争も研究対象として重要な意義を有しているが、政治的・軍事的な影響の大きさから、大規模国境紛争に関する先行研究の蓄積は豊富である。特にノモンハン事件は、第二次世界大戦の直前に勃発したことや「紛争」という言葉では収まらない程の規模と期間から、数多くの研究が多角的に行われている。

張鼓峰事件は、規模と期間こそノモンハン事件には及ばないものの、日本軍が「初めて近代戦の洗礼の一端を受けた」<sup>(5)</sup>戦いと称されるなど、本格的な対ソ戦を経験した紛争として、一定の研究成果が出されている。<sup>(6)</sup>

一方で乾岔子島事件は、同じ大規模国境紛争に分類されながら、他の二つの国境紛争と比較すると、規模も小さく注目度も低い。近年、乾岔子島事件を再検討する研究が発表されているが、<sup>(7)</sup>依然としてその数は少なく、不明確な部分が多い。

本論文では、乾岔子島事件の本格的な再検討の第一歩として、事件に至るまでの条約及び協定の考察から外交的な背

図1 乾岔子島・金阿穆河島周辺及び満洲国の国境認識要図



出典：外務省情報部「乾岔子島事件と満蘇國境問題」『週報』（第39号，1937年）19頁を基に筆者作成。

景を明らかにし、国境紛争としての位置づけを試みる。

### 一・事件の概要と課題の所在

乾岔子島事件は、満洲国とソ連の国境となっていたアムール川（黒龍江）の沿岸都市、黒河の下流に浮かぶ乾岔子島と金阿穆河島<sup>チンアムホウ</sup>を舞台に勃発した満ソ国境紛争であり、他の大規模国境紛争と同様に実態は日ソ国境紛争であった。

当時、アムール川の航路は上下航とも乾岔子島及び金阿穆河島の北側を通っていたため、満洲国及び日本は両島を共に満洲国の領土であると認識していた<sup>(8)</sup>（図1参照）。

一九三七年六月十九日午前四時頃、乾岔子島に約二十名のソ連国境警備兵が上陸して、同島に設置されていた航路標識第一六八号を打倒して、満洲国人の航路標識点火夫と採金夫に退去を命じた。さらに同日、

乾岔子島の上流に位置する金阿穆河島にも約四十名のソ連国境警備兵が上陸し、同じく所在の満洲国人に退去を命じ両島を占領した。<sup>(10)</sup>

翌六月二十日早朝、兵力十七名の満洲国軍の部隊が乾岔子島北方の航路標識、第一七四号付近でソ連砲艦一隻から不法射撃を受け、交射するに至ったが、紛争拡大を避けるため同島より撤退した。<sup>(11)</sup>

一連の事態を知った関東軍（司令官植田謙吉大将）は、六月二二日東條英機軍参謀長電により中央部に報告するとともに、第一師団に対し有力な一部を現地に派遣するよう命じた。また満洲国外交部を通じ、哈爾賓駐在のソ連総領事に対して申し入れの措置をとった。<sup>(12)</sup>

しかし六月二三日には、ソ連の汽艦、汽艇、警備船十数隻がブラゴヴェシチェンスク方面から下航して、金阿穆河島北側のコンスタンチノフスキー水路を封鎖したため事態は著しく緊迫した。<sup>(13)</sup>

六月二四日、参謀本部は今井清次長電をもつて東條軍参謀長に宛てて「満洲領が明らかな領土が、ソ軍によって不法に占拠されることは、将来に及ぼす影響が重大と思われるので、今後とも適宜の処置によって旧態の保持に努められたし」と指示し、強い態度に出ることを要求した。<sup>(14)</sup>

一方で日本は外交交渉による平和的解決も試みており、六月二八日にモスクワの重光葵大使が、日本政府からの訓令により、ボリス・ストモニャコフ外務人民委員代理と会見し、目下の事態に対する深い関心とソ連側の不法行為の是正を申し入れた。<sup>(15)</sup>

六月二九日、重光大使はマクシム・リトヴィノフ外務人民委員と交渉を重ね、リトヴィノフ外務人民委員が両島からの派遣部隊撤退と原状回復に同意した。<sup>(16)</sup>これにより平和的な事態収束の道筋がついたかに思われた。



しかし六月三十日、撤退を約束したはずのソ連の砲艇三隻が、両島の南水道に侵入し、急速度で遡行しつつ満洲国沿岸で警戒中だった日本軍部隊に対し射撃を加えた。これに対し日本軍の歩兵砲隊は、これらの砲艇に応戦して砲火により一隻を撃沈、一隻に損傷を与え他の一隻を遁走させた。現場は高い緊張に包まれたが、その後日ソ双方が自制し事件はそれ以上拡大しなかった。<sup>17)</sup>

同日夜半、重光大使はストモニャコフ外務人民委員代理に対し嚴重抗議を申し入れ、リトヴィノフ外務人民委員との速やかなる直接会談を求めた。<sup>18)</sup>そして、七月一日にリトヴィノフ外務人民委員に直接原状回復を提案した。<sup>19)</sup>

七月二日リトヴィノフ外務人民委員は、国境警備兵並びに同島周辺に集結していた艦艇の撤退を約束し、七月三日から四日にかけて艦艇及び兵力の撤退が実施され、乾岔子島事件は落着いた。<sup>21)</sup>

以上が主な先行研究と資料からなる乾岔子島事件の概要であるが、この事件をソ連国境警備兵の突然の上陸により始まった紛争と捉えることは短絡的である。この事件が持つ国境河川上の紛争という特殊な性質を考慮しつつ、事件の背景や勃発までの経緯を検討しなければ、事件像を見誤ってしまう。

公刊戦史である『戦史叢書関東軍〈1〉』では、乾岔子島事件の記述を次のような言葉で締めくくっている。

「ソ軍の両島占領の動機について、当時日本側では、ソ連が水路協定破棄の機会に乾岔子、金阿穆河の両島に兵を進め、璦琿、北京の両条約によるソ領たる主張に対し、既成の事実を作ろうとしたものと見る向きが多かった。<sup>22)</sup>」

やはり、満ソ国境河川上の紛争という特殊性と条約を含めた全体的背景の考察無くして、乾岔子島事件の再検討を



進めることは困難である。

## 二・条約による国境河川

### （一）璦琿条約と北京条約

乾岔子島事件は、乾岔子島と金阿穆河島を巡る国境紛争だったため、両島の帰属が満洲国とソ連のどちらだったのが重要な争点である。それはすなわち、国境線がアムール川のどこを通っていたのかということである。この問題を理解するために関係する条約を考察する。

かつてこの地域の問題の当事者であった、帝政ロシアと清（後のソ連と中華民国）との間で、国境画定に関して結ばれた条約の数は、一六八九年九月六日のネルチンスク条約から、一九二九年十二月二二日のハバロフスク議定書までの間に三十を超える。その内、後の満洲国とソ連の国境に関する条約は十五<sup>23</sup>であった。その中でも一八五八年の璦琿条約は、アムール川に「国境河川」という役割を与えた基礎的な条約として重要である。璦琿条約は次のとおりである。

#### 璦琿条約（一八五八年）

一・アルゲン河より松花江海口に至る黒龍江松花江の左岸を露国所属の地と為し、其の江流に順うて烏蘇里河に至る有らゆる地は両国間に明定せられたる境界に連接せる間曠地と同じきを以て、両国の共管地と為す。黒龍江松

花江烏蘇里河は此後只中露兩國船舶の航行を許し其の他外国船舶の此江河を航行することを許さず。黒龍江左岸精奇里河より以南ホルモルジン豁爾莫勒津屯に至る間に於ける原住民の満洲人等は從來の如く各々其居住せる屯中に永遠に居住することを許し仍なお満洲国大臣官員をして管理せしめ露国人等は彼等と相和好し侵犯することを得ず（傍点筆者）

一・兩國所屬の人は相互に平和的態度をとり烏蘇里黒龍江松花江沿岸に居住する兩國所屬の人に対して一様に交易を為さしめ官員等は兩岸に於いて彼此兩國の貿易に従事する者に対し保護取締を為す

一・露国州總督ムラビヨフと中国鎮守黒龍江等處將軍奕山えいざんとの間に会同議定せる条項は永遠に遵行し変更するを得ざる旨露国州總督ムラビヨフは露西亜文字満洲文字に清書し自ら之に署名し中国將軍宗室奕山に交付し並びに中国將軍宗室奕山は満洲文字蒙古文字に清書し自ら之に署名し露国州總督ムラビヨフに交付し又此の文に依りて清書し兩國境界上の人等に曉諭すべきものとす<sup>(24)</sup>

右の璦琿条約の要点をまとめると、次のようになる。

- (1) アルゲン川からアムール川の河口に至るまでの左岸の土地はロシア帝国に属する（右岸に沿ってウスリー川に至るまでは清に属する）。
- (2) ウスリー川と海との間に存在する地域（現在の沿海州南側）は、兩國の国境確定をみるまで、兩國の共有の地と

する。

(3) アムール川、松花江、ウスリー川での両国の航行を認め、第三国の航行は禁止する。

(4) ゼーア川から南方ホルモルジン屯に至るアムール川左岸、いわゆる江東六十四屯に居住する満洲住民は永遠にその旧居を保持する<sup>(25)</sup>。

こうして、かつてネルチンスク条約第二条において、スタノブオイ山脈を境として南側を清領、北側をロシア領とした取り決めが変更され、アムール川をもつてその北側がロシア領、南側が清領となった。

しかしながら、清に璦琿条約を批准する気配が一向になかったため、北京駐劄ロシア公使ニコライ・イグナチエフは、清に対して条約批准の説得を試みた<sup>(26)</sup>。

この試みはすぐには成功しなかったが、アロー戦争で英仏軍が北京に侵攻した際に、逃れようとする恭親王（愛新覺羅奕訢）をイグナチエフが引き止め、英仏の間を斡旋して恩を売ったことにより、ついに璦琿条約を確認させるとともに、新たに北京条約の締結にも成功した<sup>(27)</sup>。その北京条約で重要とされる第一条は次のとおりである。

#### 北京条約（一八六〇年）

第一条 一千八百五十八年五月十六日即ち咸豐八年四月二十一日璦琿城に於いて締結せる和約の第一条を詳明する為め同年六月一日即ち五月三日天津地方に於いて締結せる和約の第九条を遵照し左の如く議定す

此の後両国の東部国境は什勒喀<sup>シルカ</sup>、額爾古納<sup>アルグン</sup>両河の会流する処より即ち黒龍江に順いて下行し該江の烏蘇里河と会

する処に至る其の北辺の地は露国に属し其の南辺の地の烏蘇里河口に至る迄の有らゆる地方は中国に属し烏蘇里河口より南に上がり興凱湖に至る間は烏蘇里及松阿察<sup>ソンガチャ</sup>二河を以て兩國の境界と為し其の二河の東辺の地は露国に属し二河の西辺の地は中国に属し松阿察河の源より兩國の国境は興凱湖を踰えて直に白稜河に至り白稜河口より山嶺に順いて瑚布図河口に至り更に瑚布図河口より琿春河と海との中間の嶺に順い図們江口に至る其の東は皆露国に属し其の西は皆中国に属し兩國の境界は図們江に接する処に於いて該江口より相距ること二十支里に過ぎず尚天津和約第九条に據り地図を作成し図内に赤色を以て境界を分かち其の上に露国の阿巴瓦噶達耶熱皆伊亦喀拉瑪那倭怕啦薩土烏等の字母を書し以て詳閱に便易ならしめ其の地図上には必ず兩國の大臣署名捺印して證と為すことを要す以上は空曠の地に就きて言えるものにして若し中国人の居住せる処及中国人の占むる漁獵の地は均しく之を占むることを得ず尚従来<sup>(28)</sup>の如く中国人の漁獵を許可すべし、国境標を建てたる後は永く更改せず並びに付近及他処の地を侵占せざるべきものとす(以下略、傍点筆者)。

右の北京条約第一条の要点をまとめると、次のようになる。

- (1) 露清兩國の東方における国境線は、シルカ川とアルゲン川の合流点を起点としてアムール川に沿い、アムール川とウスリー川との合流点に至るものとし、アムール川北岸はロシア領、南岸はウスリー川との合流点まで清領とする。
- (2) ウスリー川の合流点から興凱湖に至るまでは、ウスリー川及びソングチャ川(松阿察河)を以って国境となし、

その東岸をロシア領、その西岸を清領とする。さらに両国の国境はソングチャ川の源から興凱湖を横切り、ベレンホウ川に至り、山脈に従って豆満江口に至る線を以て画し、その線の東方はロシア、西方は清国に属する。<sup>(29)</sup>

- (3) 清国人（満洲人）が既に居住している地ならびに、彼らが占有して漁業に従事している地は、ロシアが占有せ<sup>(30)</sup>ずに引き続き活動が許可される。

そして、これら全てに関係する興味深い点は、北京条約第一条の後段に「以上は空曠の地に就きて言えるものにして」という条件が加えられていることである。この文言をそのまま解釈すれば、アムール川の北側及びウスリー川、ソングチャ川から豆満江までの東部国境以東をロシア領とすることは、*「空曠の地」*に限定されており、*「空曠でない地」*すなわち広々としていない土地は対象外になる。

この*「空曠」*が地理的な意味であるのか、それとも集落の有無なのか判然としないが、清の立場としてはアムール川の北側すべてが無条件でロシア領とはいえないことになる。

しかしながら、この極めて重要な文言が、ロシア語文では欠如していることが指摘されている。<sup>(31)</sup>ロシア語による条文の該当箇所は次のとおりである。

Если бы в вышеозначенных местах оказались поселения Китайских подданных, то Русское Правительство обязуется оставить их на тех же местах, и позволить по прежнему заниматься рыбными и звериными промыслами.<sup>(32)</sup>

（筆者試訳…もし前述の場所に中国国民の移住地があれば、ロシア政府は彼らをその場に残し、従来通り漁獵に従事することを

許可する義務を負う。)

ロシア語でも既に清国人が居住している地や漁業に従事している地については、その場に留まることを認めているが、条文全体にかかっていた「空曠の地」という限定が解除されている。また、漢文の「…中国人の漁獵を許可すべし」の主語がロシア政府 (Русское Правительство) になっている点も重要である。漢文では主語が書かれていないため、条約締結時に両国が合意して対等の立場で許可していると読み取ることができるが、ロシア語文のように許可する主体がロシア政府であれば、たとえそこで「中国国民」すなわち清国の住民が生活していたとしてもロシアの領土であることを意味する<sup>(33)</sup>。

このように漢文とロシア語文では相違点が存在するため、この条文によって領土を確認しようとする、領土認識に不一致が起こる可能性があった。

ただし、条約というものはたとえ結果的に不具合があったとしても、問題を発生させるために結ばれるものではない。本条約においても条文を補う資料として地図の作成が文言に盛り込まれている。

しかしこの地図の署名調印をめぐって露清の対立があった。イグナチエフは条約の署名調印前のある日において、自身が署名したロシア側の地図(東西両界全図)を恭親王に手交し、それに署名調印することを求めた。東西両界全図は相当詳細な地図ではあったが、恭親王はロシア側の地図だけによって分境の証拠とすることは出来ないと主張し、清側の地図も使用してロシアと共同調査を行い、境界が明確になった後に双方が署名調印することを繰り返し提案し、イグナチエフもこれを承諾した<sup>(34)</sup>。



一八六一年四月露清両国の国境委員がウスリー川から豆満江までの実地踏査を行った。その後両国委員は踏査結果に意見の一致を見たため、同年五月にロシアと清は新たに興凱湖界約を締結することになった。

しかし、興凱湖界約締結の際、清側代表が持参した地図が用いられないという事態が発生した。清側は、このままでは北京条約の「以上は空曠の地に就きて言えるものにして」という、清にとって重要な文言の存在もロシア側に虚説扱いされかねないと憂慮し、それまで拒否してきた東西両界全図への署名調印を決断した。

同地図にはアムール川の北をロシア、南を清とすることを地図に表すためにアムール川に赤線が引かれていた。しかし、この赤線はアムール川上の主要な中州の大部分をロシア領に取り込むように引かれており、やはりロシア側に有利な地図であった。<sup>(35)</sup>そしてこの地図が、後の乾岔子島事件をめぐるモスクワでの外交交渉で、ソ連側が乾岔子島を自国領と主張する根拠となった。

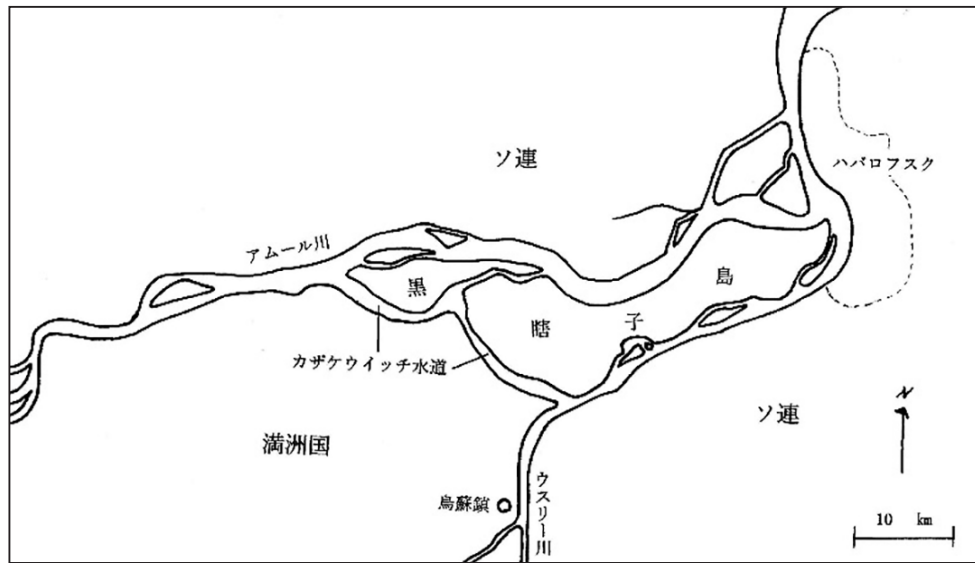
## （二）黒瞎子島の例にみる帝政ロシアによる現状変更

璦琿条約と北京条約によって、乾岔子島と金阿穆河島が浮かぶアムール川が国境となり、河川を以って領土を隔てることが決定したことは間違いない。しかしながら、条文の文言の解釈に相違があったために、アムール川を含む総延長約三千kmの国境河川に浮かぶ、約千三百もの中州の帰属問題が発生した。<sup>(36)</sup>そして、力が衰えていく清の隙を見て、帝政ロシアがとった行動は、力による現状変更であった。その代表例が、アムール川下流でウスリー川との合流地点にある黒瞎子島（ロシア語名…カザケウィツチ島）の占領である（図2参照）。

この中州は日本の対馬ほどもある広大な面積を有する上に、ハバロフスクの眼前に位置しており、ソ連にとっては



図2 黒瞎子島周辺要図



出典：Google map を基に筆者作成。

戦略上極めて重要な中州であった。もしも敵対国が黒瞎子島に要塞を構築し、砲台を据えたならば、有事に際してハバロフスクは壊滅的な打撃を受けることが予想された。<sup>(37)</sup>

もともと黒瞎子島は清の綏遠州（後の撫遠県）の管轄下にあり、一九〇九年には清の学校開設に当たり、同島の児童に入学を勧誘した事実や、一九一〇年に清国人とホジエン族合わせて十五戸が島内で開墾漁業に従事していた事実があった。<sup>(38)</sup>

しかし、帝政ロシアは清の辺境における統治能力の低下に乗じて、一八八六年頃には、黒瞎子島に設置されていた界標を遙か南の烏蘇鎮まで移動し、黒瞎子島の南側を流れるカザケウイチ水道こそが国境河川だと主張しはじめていた<sup>(39)</sup>（図2参照）。

帝政ロシアは結果的に露清の力関係を背景に同島を占領し、以後ロシア人が漁や草苅のために出入りするようになり、家屋や船渠を建設した。そして辛亥革命及びロシア革命後の一九一八年に、ソヴィエト政府が中華民国の船舶に対し、黒瞎子島北側水路（アムール川本流）の航行を禁止したため、以降黒瞎子島の北側水路の航行ができなくなった。<sup>(40)</sup> この時中華民国はソ連の占領を黙認し、実効支配を許すことに

なった。

このようにソ連はアムール川の中州を占領することで、中州だけでなく河川の本流である航路までも支配することに成功したのである。

その後、一九三二年に満洲国が建国し、国境河川上の中州の問題は、そのままソ連と満洲国の問題に移行した。

### （三） 満洲国とソ連の主張

中州の帰属について曖昧な上、瑯瑯条約の第一条では「黒龍江松花江烏蘇里河は此後只中露両国船舶の航行を許し」とあるように、アムール川全域において満ソ双方が平等の航行権を有していた。これはたとえ中州によって水路が分岐しても、満ソいずれもどちらの航路も航行可能と解釈できる。このような取り決めでは、満洲国とソ連に中州の帰属をめぐる紛争が発生することは、もはや当然の成り行きであった。

ソ連は乾岔子島と金阿穆河島の領有を主張していたが、その最も有力な根拠は、前述の北京条約付属地図である。同地図でアムール川上の中州の大部分が帝政ロシアに取り込むように引かれていたことから、ソ連はこの地図を根拠に中州の領有を主張した。<sup>(41)</sup>

しかしながら、この主張には地図上の赤線が国境線を表す効力があるのかという根本的な疑問が残る。北京条約では、アムール川を隔てて露清を分つとしていただけである。したがって、地図に書き込まれた赤線は、アムール川が両国の境界であることを象徴的に意味するのみで、国境線の位置を示すものではなく、ましてその位置によって中州の帰属を決定するものではないという反論もあった。<sup>(42)</sup>

一方満洲国は、璦琿条約に基づいて、もともとスタノブオイ山脈までであった清の領土を帝政ロシアに割譲したという割譲国の立場から、アムール川については被割譲国であるロシア側川岸の低水線が国境になるべきだと考えていた。<sup>(43)</sup> この考えに従えば、川の中州はすべて満洲国の帰属になるが、ソ連の合意が得られるとは考えにくく、一方的かつ非現実的な主張だったと評価できる。

ただし満洲国は、国際河川に関するタールヴェーク原則においては有利だった。これは国際法上の原則として、国家間に特別な取り決めがない場合、国際可航河川においては、下流に向かう主要航路の中心線を国境とするというものである。この原則を当てはめた場合、国境線は乾岔子島をはじめアムール川的主要な中州の北側を通るため、満洲国に帰属すると考えられる。<sup>(44)</sup>

実際に日本では、このタールヴェーク原則を根拠として、国境線が乾岔子島と金阿穆河島の北側に位置していたと主張する資料もある。<sup>(45)</sup> しかしながら、タールヴェーク原則はあくまでも慣行上の原則でしかない。<sup>(46)</sup>

もう一つ、満洲国は、中州の実行支配という点でも優位性を保持していた。いつの頃から住民が中州に往来していたのか、その起源は明確ではないが、少なくとも北京条約締結前には、清側の住民がアムール川の全ての中州を生活のために利用していたようである。<sup>(47)</sup>

北京条約の第一条末段には「若し中国人の居住せる処及中国人の占むる漁獵の地は均しく之を占むることを得ず尚従来の如く中国人の漁獵を許可すべし」という文言があることから、満洲国は中州に対して住民の利用及び占領が認められるべきだと考えたのである。

満洲国としては、乾岔子島と金阿穆河島は、国際法上の原則と実効支配の事実から自国領と認識しており、ソ連の

認識と対立していた。

### 三・陸境と水路をめぐる外交的努力の失敗

#### （一）国境委員会の中断

ここまで満洲国とソ連の国境をめぐる対立が、陸境だけでなく河川でも起きていたことを論じてきたが、これらの問題を平和的に解決しようとする努力も行われていた。両国による問題の調整を陸境と河川に分けて考察する。

陸境については何度か国境画定、紛争処理委員会設置の交渉が日満ソ間で行われた。その最初は一九三三年で、頻発する紛争を防止及び処理するために日満ソ委員会の設置が議題に上がったことである。しかしこの時は、同年六月に北鉄買収交渉が一方で開始されたため、自然と立ち消えになった。<sup>(48)</sup>

一九三五年になると、満ソ国境で国境紛争が頻発し、特に六月に発生した陽子林事件は、密山方面の空気を相当緊張させた。

この事件の後、日ソ間では国境紛争処理委員会を設置する方向で交渉を開始することになった。しかしながら、交渉窓口の外務省が前向きであった一方で、関東軍は国境委員会の成立を日本帝国主義のソ連への屈伏と主張し、国境の画定による対処を主張した。結果的に関東軍の反対もあり、日本の外務省はソ連から提示された委員会の協定案に対して回答を行わなかった。<sup>(49)</sup>

その後、日満側は国境衝突事件の大部分は、国境線不明確あるいは国境線解釈の相違から起きるものであるとして、

一九三五年十月に国境画定の必要性をソ連政府に説き、同時に衝突が頻発していた興凱湖から豆満江にいたる陸境の画定を懇請した。<sup>(50)</sup>このように国境委員会を設置するという当初の外交方針が、関東軍の意向で国境画定を優先する方針に転換してしまった。

国境画定を優先しようとする日本に対してソ連は、満ソ国境は露清間に締結された条約及び地図で明白に規定されているとして、国境画定を回避する態度を取った。<sup>(51)</sup>

こうして国境画定問題に対する日ソの見解は当初から食い違うことになった。その後一九三六年三月に日満側が国境画定と国境紛争処理の両委員会を並行的に設置することを認めて、ソ連側に対して興凱湖より豆満江に至る陸境の国境画定及び国境紛争処理両委員会の設置を提議した。これに対して同年四月、ソ連側が興凱湖以南において両委員会が機能することに同意したため、七月に日満側より両委員会に関する協定案を提示し、十月にはソ連がその対案を提示した。この時の両国案の主な相違点は次のとおりである。

(1) ソ連側は国境画定に至るまで暫定的に現在の国境線、即ちソ連側の主張する国境線を日満側が遵守することを主張した一方で、日満側は双方の主張が相違する地点を中立的地帯として、国境画定に至るまでこの地点に双方とも立ち入らないことを主張した。

(2) 国境紛争処理委員会の構成に関して、日満側は日本、満洲国、ソ連の三単位で構成し、それぞれ同数の委員を出すことを主張した一方で、ソ連側は日本と満洲国を一単位として、「日満」とソ連の委員数を同数とすることを主張した。<sup>(52)</sup>

(2)の委員会構成に関するソ連案から、この時点でソ連が日本・満洲国・ソ連の三か国の枠組みを嫌っていたことが窺える。これは、ソ連が一九三六年初めには、満洲国に対する外交関係を縮小する方向転換を行っていたことが影響しており、ソ連としては日満一体で一単位という枠組みが譲歩の限界であった。<sup>(53)</sup>

しかし、その後一九三六年十一月二五日に日本がドイツと日独防共協定を締結したことで、ソ連の強い反感を買い一連の交渉は停滞してしまった。

一九三七年春、ソ連側より国境委員会設置問題を再検討する用意がある旨伝達されたため、日満側は前の主張を幾分譲歩し、妥協して委員数に於いて日満合わせてソ連と同数になることは差し支えないと表明したが、これに対しソ連側は従来のとおり、現存国境線遵守など自説に固持して譲らず、一九三八年の張鼓峰事件まで交渉は中断することになった。<sup>(54)</sup>

## (二) 水路協定の破棄

先にみたように、満洲国の北部国境はアムール川、ウスリー川、アルグン川をはじめとして、複数の国境湖川により形成されていた。

満洲国建国以前のこれら国境河川に関わる具体的な協定としては、一九二三年に中華民国代表の黒河道尹とソ連代表のアムール船舶局長との間に結ばれた「境界河川の航路維持に関する標識設置の共同作業に対する協定」がある。

この協定は、ソ連が航路標識の施設の一切を担当し、中華民国はその施設に要する費用を負担するだけという非対等的な内容で、一九三一年の協定満了まで続いた。<sup>(55)</sup>



その後、一九三三年に満洲国が誕生し、一九三四年九月四日に満洲国は前記協定を踏襲せずに、満ソ対等の立場で新協定を締結した。<sup>(56)</sup> これがいわゆる水路協定である。<sup>(57)</sup>

この協定は満洲国哈爾濱航政局とソ連アムール国立船舶局との間に結ばれた航路状況改善に関する協定であり、全十条から成っている。その中でも重要な条文は次の三つである。

第一条 双方船舶在上開各河川及湖内無礙航行係在各河川上共同設置航行標誌之水路範圍内実施並應嚴守經双方承認而附於本協定内之航行章程

第二条 為保持第一条所開各水路上航行最良狀況設置及維持必要之航行標誌並遂行各種挖底清底等共同作業之工作起見双方組設混合技術委員會（以下略）

第五条 凡岸上設置航行標誌之工作及其監督事項双方各自單獨在本岸實施

水路上挖底清底以及其他一切工作係屬双方共同之工作

凡共同工作上之各種費用依照混合技術委員會核定之予算範圍由双方共同開支平均分担<sup>(58)</sup>

つまり、第一条では「満ソ双方の船舶は、国境河川及び湖（興凱湖）で自由に航行でき、すべての河川及び湖に航行標識を設置する」こと。第二条では「第一条の実施並びに川底の掘削や清掃のために混合技術委員会を組織する」



こと。第五条では「河岸上に航行標識を設置する工事及びその監督事項は、双方各単独に自岸に於いて実施する」ことを定めた。

本協定締結後の一九三四年十月には、条文に則り混合技術委員会に当たる「第一回共同技術委員会」が黒河にて開催された。しかしながら、満洲国側が委員会会則制定を提議したのに対し、ソ連側は吃水が深い河川砲艇の通行を便利にするために河川の共同除石作業を提議したため、意見が対立し物別れに終わった。<sup>59</sup>

共同技術委員会は上手くいかなかったが、標識の設置は双方単独で実施することになっていたため、満洲国側は金阿穆河島に航路標識第一五九、一六〇、一六三号、乾岔子島に航路標識第一六八、一六九号を設置した（図1参照）。さらにこれら標識の管理のため、両島には満洲国航政局員が常駐して管理に当たっていた。そして、このことは当初よりソ連側も承認しており、何ら問題が提起されることはなかった。<sup>60</sup>

その後、一九三六年一月にソ連側が、ニコリスクにある浅瀬の砂利除去作業を実施したいと申し出たため、満洲国はこの件の審議に当たり、まず共同技術委員会の会則を決定することが先決であると回答した。ソ連の同意を得て一九三六年五月三十一日よりブラゴヴェシチェンスク市で「第二回共同技術委員会」を開き、二十回に及ぶ会合を重ねたが七月二二日に決裂した。<sup>61</sup>

決裂した原因は、ソ連が前回同様に委員会会則の審議を拒否し、自国側の利益になる作業の審議を強要したことや、緊急作業箇所の調査方法について、河川の中央で航路線を画して満ソ個別に調査測量し、さらにその線を超えて相手側の岸に接近することの禁止を主張するなど、一方的な主張を持ち込んだためであった。<sup>62</sup>

満洲国としては、水路協定の第一条で合意した国境河川の自由航行に反するソ連の主張は認められず、結果的に第

二回共同技術委員会も決裂した。<sup>63</sup>

この出来事は、そもそも国境線が河川のどこを通るのか合意できていない状態では、それらの河川に関わるいかなる重要事項の取り決めも形成できないことを示唆している。

一九三七年一月、ソ連側が砂利除去作業の単独実施を通告してきたのに対し満洲国側が反対すると、ソ連は同年三月二一日に除去作業を両国委員会で協議したい旨、及び万一これに応じない場合は水路協定そのものを破棄すると申し出た。<sup>64</sup>

満洲国側は突然提案された「両国委員会」なる組織ではなく、正式な「満ソ共同技術委員会」での協議を望んでいたため、この申し出を一蹴した。これによりソ連は一九三七年五月十四日、在ブラゴヴェシチensk 満洲国領事館を通じて、水路協定の破棄を通告するに至った。<sup>65</sup>

こうして満ソ国境紛争が頻発する中で、陸上では国境委員会が中断し、国境河川においては何ら協定が存在しないという極めて不安定な状態に陥ったのである。<sup>66</sup>

## おわりに

本論文では考察の焦点を乾岔子島事件そのものではなく、事件に関わる条約や協定に当てた。これにより乾岔子島事件が、アムール川の中州を巡って突発的に発生した武力紛争という、従来の極めて形式的な評価を改めることができた。

まず、前提として一九五八年の璦琿条約と一九六〇年の北京条約により、アムール川は帝政ロシアと清を隔てる国境河川になった。しかし、北京条約の付属地図では、ロシアによって川の中州をロシア側に取り込むように赤線が引かれていたため、後にソ連が領有を主張する根拠になった。

一方で多くの中州は歴史的に清の住民が利用しており、居住または占有している地の活動が条約で許されるなど、清も中州の領有を主張できる立場であった。

その後、問題の当事者が満洲国とソ連に変わり、満洲国に対する責任から日本が満ソ問題に加わった。

陸境では、当時紛争が頻発していた満ソ東部国境について、日満ソのいずれも問題意識を持ちながら、国境委員会交渉がまとまることはなかった。

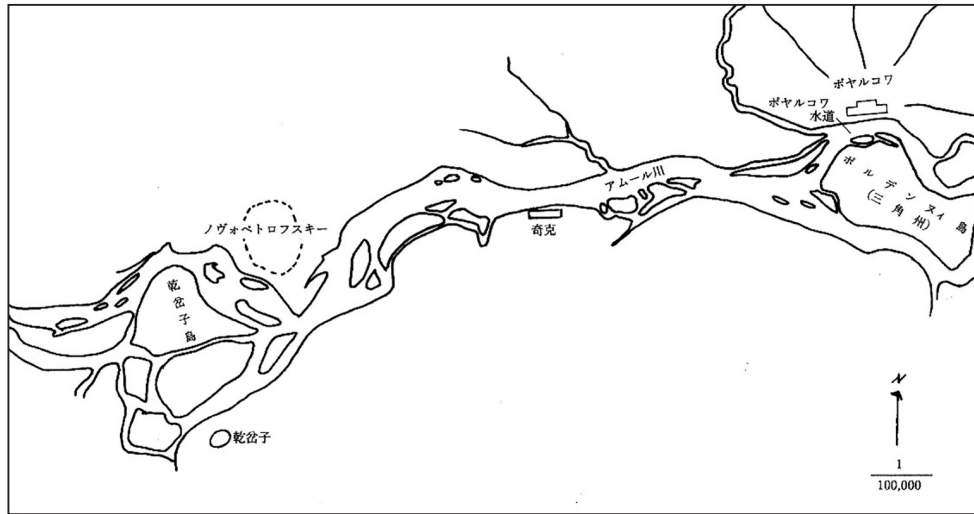
一方で国境河川では交渉が進展し、一九三四年九月四日に水路協定が成立した。これにより、満洲国が「自岸」として、乾岔子島及び金阿穆河島に航路標識を設置、監督するなど中州の帰属問題は進展したかに見えたが、一九三七年五月十四日にソ連が一方的に協定破棄を通告した。

水路協定を破棄したソ連は、直後からアムール川の中州の占領を始め、かつての黒瞎子島の成功を繰り返すかのよう<sup>67</sup>に、乾岔子島の下流に位置するポヤルコワ水道（図3参照）を封鎖した。

ポヤルコワ水道は、ポヤルコワの要塞を守るため事実上ソ連のアムール小艦隊の前進根拠地になっていた。そのためソ連は、ポヤルコワの眼前に位置する三角州（ロシア語名ポルデンヌイ島）の南側が本水道だと主張し、北側のソ連側水路の通航を禁止した<sup>68</sup>。

これに対し満洲国は、璦琿条約及び北京条約に定める河川航行の自由に反するとの立場から、一九三七年五月十九

図3 乾岔子—ポヤルコワ周辺要図



出典：JACAR（アジア歴史資料センター）Ref.C01003640000（第16-17画像目）、昭和15年「陸満密大日記 第15冊」（防衛省防衛研究所）を基に筆者作成。

日に江防艦隊の砲艦を出動させ、封鎖されたポヤルコワ水道を強行突破した。これにより五月三十一日に水路は再び開かれた。<sup>69</sup>恐らくソ連は軍事力で劣る満洲国との力関係と、黒瞎子島占領の成功体験から、この強行突破を予想しておらず、満洲国の予期せぬ強硬姿勢に面食らったと考えられる。

満洲国側のポヤルコワ水道突破からちょうど一か月後の、六月十九日ソ連国境警備兵が乾岔子島及び金阿穆河島へ上陸し、ここに日本とソ連の最初の「大規模国境紛争」である乾岔子島事件が勃発した。

乾岔子島事件はロシアでの史料調査が難航しており、依然として不明確な部分が多い。しかしながら、双方が条約の解釈によって中州の領有を意識していた中で、直前にソ連が水路協定破棄とポヤルコワ水道の封鎖を行っていることから、乾岔子島事件はソ連の国境河川の実効支配への野心によって引き起こされた紛争と位置付けることができる。

その上で乾岔子島への上陸という軍事作戦が、スターリンを中心とするソ連中枢の決定だったのか、それとも地方的な決定だったのか、検討（笠原）

かについては、今後の研究課題としたい。

- (1) 防衛庁防衛研修所戦史室『戦史叢書関東軍(1)対ソ戦備ノモンハン事件』（朝雲新聞社、一九六九年）（以下、『戦史叢書』と略す）三二〇—三二一頁。
- (2) 同右、三二〇頁。
- (3) 同右。
- (4) 同右、三二〇—三二一頁。
- (5) 同右、三四四頁。
- (6) 張鼓峰事件の先行研究としては、アルヴィン・D・クックス『もう一つのノモンハン 張鼓峯事件 1938年の日ソ紛争の考察』岩崎博一・岩崎俊夫訳（原書房、一九九八年）、笠原孝太『日ソ張鼓峯事件史』（錦正社、二〇一五年）、宮杉浩泰『張鼓峰事件における日本陸軍の情報活動』『Intelligence』（第十二号）などがある。
- (7) 近年の乾岔子島事件に関連する先行研究としては、宮杉浩泰「昭和戦前期日本軍の対ソ情報活動」『軍事史学』（第四九巻、第一号）九六—一一四頁、松本和久「初期満ソ国境紛争の発生と展開（1935—1937）…国境委員会設置交渉から武力処理思想へ」『境界研究』（第八号）三三—五三頁などがある。
- (8) 外務省情報部「乾岔子島事件と満蘇國境問題」『週報』（第三九号、一九三七年）十八頁。
- (9) 『戦史叢書』三三二頁。
- (10) 赤松祐之『昭和十二年の国際情勢』（日本国際協会、一九三九年）四三頁、外務省編『日本外交文書 昭和期Ⅲ第一卷（昭和十二—十六年 外交政策・外交関係）』（白峰社、二〇一四年）三三九頁、『戦史叢書』三三二頁。
- (11) 外務省編『日本外交文書 昭和期Ⅲ第一卷』三三九頁。
- (12) 『戦史叢書』三三三頁。

- (13) 赤松『昭和十二年の国際情勢』四三頁。
- (14) 『戦史叢書』三三三頁。
- (15) 外務省情報部「乾岔子島事件と満蘇國境問題」十八、二〇頁。
- (16) 赤松『昭和十二年の国際情勢』四八頁、外務省編『日本外交文書 昭和期Ⅲ第一卷』三四〇頁。
- (17) 『戦史叢書』三三五頁、外務省編『日本外交文書 昭和期Ⅲ第一卷』三四〇頁。
- (18) 外務省『日本外交文書 昭和期Ⅲ第一卷』三五四頁。
- (19) 同右、三六二頁。
- (20) 同右、三六四―三六五頁。
- (21) 中村敏『満ソ国境紛争史』（改造社、一九三九年）二四八頁。
- (22) 『戦史叢書』三三五頁。
- (23) 該当する条約は、ネルチンスク条約（一六八九年）、布<sup>フル</sup>拉条約（平和条約）（一七二七年）、布<sup>フル</sup>拉条約（阿巴該図界約）（一七二七年）、キャフタ条約（一七二七年）、キャフタ条約追加条約（一七六八年）、璦琿条約（一八五八年）、天津条約（一八五八年）、北京条約（一八六〇年）、興凱湖条約（一八六一年）、北京条約追加條款（一八六一年）、琿春界約（一八八六年）、齊齊哈爾条約（一九一一年）、諸問題解決ノ為ノ大綱ニ関スル協定（一九二四年）、奉露協定（一九二四年）、ハバロフスク議定書（一九二九年）である。
- (24) JACAR（アジア歴史資料センター）Ref.C13010034600（第一―四画像目）、満ソ国境関係条約集 1689年～1924年（防衛省防衛研究所）。
- (25) 關島榮「満蘇國境條約考」『国際知識及評論』（第十七卷、第八号）七三―七四頁、田中直吉『国際政治から見た日支の抗争』（立命館出版部、一九三七年）一五一頁。
- (26) 關島「満蘇國境條約考」七四頁。
- (27) 同右。



- (28) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010034800 (第二―四画像目)、満ソ国境関係条約集 1689年～1924年 (防衛省防衛研究所)。
- (29) 田中『国際政治から見た日支の抗争』一五一―一五三頁。
- (30) 矢野『清朝末史研究』(大和書院、一九四四年)二四二頁。
- (31) 同右、一八三頁。
- (32) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010034800 (第四画像目)、満ソ国境関係条約集 1689年～1924年 (防衛省防衛研究所)。
- (33) 矢野『清朝末史研究』二四五頁。
- (34) 同右、一八七―一八八頁、一九二頁。
- (35) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010033100 (第五画像目)、満蘇国境紛争地帯と両国の主張 昭和15年4月調 (防衛省防衛研究所)。
- (36) 平竹傳三『實地踏査 ソ聯極東国境線』(櫻木書房、一九四一年)九六頁。
- (37) 同右、九三頁。
- (38) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010033000 (第五画像目)、満蘇国境紛争地帯と両国の主張 昭和15年4月調 (防衛省防衛研究所)。
- (39) 同右、九二―九四頁。
- (40) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010033000 (第一―二画像目)、満蘇国境紛争地帯と両国の主張 昭和15年4月調 (防衛省防衛研究所)。
- (41) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010033100 (第五画像目)、満蘇国境紛争地帯と両国の主張 昭和15年4月調 (防衛省防衛研究所)、外務省『日本外交文書 昭和期Ⅲ第一卷』三四一―三四二頁。
- (42) 矢野『清朝末史研究』二二七―二二八頁。



- (43) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010033100 (第三画像目)、満蘇国境紛争地帯と両国の主張 昭和15年4月調(防衛省防衛研究所)。
- (44) 同右、(第四―五画像目)、林三郎『関東軍と極東ソ連軍』(芙蓉書房、一九七四年) 一〇六頁。
- (45) 例えば、外務省情報部「乾岔子島事件と満蘇国境問題」二二―二三頁などがそうである。
- (46) 茂森唯士『日支戦争より日ソ戦争へ』(一九三七年、高山書院) 二二―二一頁。
- (47) JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C13010033100 (第二―四画像目)、満蘇国境紛争地帯と両国の主張 昭和15年4月調(防衛省防衛研究所)。
- (48) 日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』(日蘇通信社、一九三九年) (日滿支ソ関係の部) 四五頁、外務省欧亜局第一課『日「ソ」交渉史』(巖南堂書店、一九四二年) 三三二―三三三頁。
- (49) 松本「初期滿ソ国境紛争の発生と展開 (1935―1937) .. 国境委員会設置交渉から武力処理思想へ」四二頁。
- (50) 日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』(日滿支ソ関係の部) 四五―四六頁。
- (51) 同右、四六頁。
- (52) 同右。
- (53) 松本「初期滿ソ国境紛争の発生と展開 (1935―1937) .. 国境委員会設置交渉から武力処理思想へ」四八頁。
- (54) 日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』(日滿支ソ関係の部) 四六頁。
- (55) 同右、四八頁。
- (56) 外務省欧亜局第一課『日「ソ」交渉史』三八五頁。
- (57) 水路協定の正式名称は「滿洲帝国哈爾濱航政局与蘇聯邦阿穆爾国立江輪局双方關於改善航行狀況之協定」である。JACAR (アジア歴史資料センター) Ref.C01003024900 (第六画像目)、昭和9年「陸滿密綴第17号」自昭和9年9月13日至昭和9年10月11日(防衛省防衛研究所)。
- (58) 同右、(第六―七画像目)。

- (59) 外務省欧亜局第一課『日「ソ」交渉史』三八五―三八六頁、日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』（日滿支ソ關係の部）四八頁。
- (60) 外務省情報部「乾岔子島事件と滿蘇國境問題」二二頁。
- (61) 日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』（日滿支ソ關係の部）四八頁。
- (62) 外務省欧亜局第一課『日「ソ」交渉史』三八六頁、日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』（日滿支ソ關係の部）四八頁。
- (63) 同右。
- (64) 「滿ソ水路協定ソ聯破棄す」『東京朝日新聞』（昭和十二年五月十六日）。
- (65) 同右、日蘇通信社編『蘇聯邦年鑑 一九三九年版』（日滿支ソ關係の部）四九頁。
- (66) 外務省欧亜局第一課『日「ソ」交渉史』三八六頁。
- (67) 嘉治隆一『東方問題論』（東宛書房、一九三九年）二一九―二二〇頁。
- (68) 大路浩村「日ソ軍衝突事件」『東洋』（一九三七年八月号）一五六頁、茂森『日支戦争より日ソ戦争へ』二〇七頁、嘉治『東方問題論』一二〇頁。
- (69) 嘉治『東方問題論』一二〇頁、「大黒河の北水道を露国、再び不法閉鎖」『大阪毎日新聞』（一九三七年六月二二日）。

■ 本論文は、令和三年度日本大学国際関係学部研究費個人研究費の成果に依る。

■ 喜多義人先生の生前のご厚情に深く感謝するとともに、ご功績を偲び、心から哀悼の意を表します。

## 第一回ハーグ万国平和会議と軍縮

河 合 利 修

### 一 はじめに

故喜多義人教授は、軍隊における国際法の教育や捕虜の取り扱い、赤十字とジュネーブ諸条約など戦時国際法に関連した研究をされていたが、生前、「ハーグ万国平和会議は軍縮を目的とした会議だった」という発言を二、三度された。どちらかというところ「ジュネーブ法」に研究の軸をおかれていたため、この発言は意外であった。そして、逝去後、蔵書を整理していると、なかに外務省編纂『海牙万国平和会議 日本外交文書』と三枝茂智『国際軍備縮小問題』があるのに気づいた。<sup>①</sup> 今となつてはもう確認のしようもないが、もしかしたら、晩年心血を注がれていた赤十字の研究がひと段落したら、この会議あるいは軍縮について研究をしようと思われていたのかもしれない。このような事情から、故喜多教授追悼のため、遺された蔵書を使用しつつ、ハーグ万国平和会議（以下、「ハーグ平和会議」「平和

会議」あるいは「会議」という）と軍縮について書くこととする。

ハーグ平和会議は二回開催された。第一回会議はロシア皇帝ニコライ二世の提唱に基づき、一八九九年五月一八日から七月二九日までオランダ・ハーグで開催された。その第一の目的は軍縮であった。結果的に軍縮は進展がなかったものの、国際紛争の平和的解決と戦時国際法の分野で三つの条約、すなわち「国際紛争平和的处理条約」、「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」および「千八百六十四年八月二十二日「ジェネヴァ」条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」（以下、「ジェネヴァ」条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」が、またそれに加えて特定兵器を禁止する意味での軍縮のための三つの宣言、すなわち、「軽気球上ヨリ又ハ之ニ類似シタル新ナル他ノ方法ニ依リ投射物及爆裂物ヲ投下スルコトヲ五箇年間禁止スル宣言」（以下、「軽気球等ヨリ投射物爆裂物投下禁止ノ宣言」）、「窒息セシムヘキ瓦斯又ハ有毒質ノ瓦斯ヲ散布スルヲ唯一ノ目的トスル投射物ノ使用ヲ各自ニ禁止スル宣言」（以下、「毒質瓦斯散布ヲ目的トスル投射物使用禁止ノ宣言」）および「外包硬固ナル弾丸ニシテ其ノ外包中心ノ全部ヲ蓋包セス若ハ其ノ外包ニ截刻ヲ施シタルモノノ如キ人体ニ入テ容易ニ開展シ又ハ扁平ト為ルヘキ弾丸ノ使用ヲ各自ニ禁止スル宣言」（以下、「人体内ニ入り容易ニ開展シ又ハ扁平トナルヘキ弾丸使用禁止ノ宣言」<sup>②</sup>）が採択されるに至った。

第二回平和会議は第一回会議で残された課題に対処するため一九〇七年六月一五日から一〇月一八日までハーグで開催された。第二回会議でも結局、軍縮については進展はなかったが、国際紛争の平和的解決と戦時国際法の分野で一三もの条約が採択されるという成果があった。すなわち、「国際紛争平和的处理条約」「契約負債回収ノ為ニスル兵力使用ノ制限ニ関スル条約」「開戦ニ関スル条約」「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」「陸戦ノ場合ニ於ケル中立国及中立人ノ権利義務ニ関スル条約」「開戦ノ際ニ於ケル敵ノ商船取扱ニ関スル条約」「商船ヲ軍艦ニ変更スルコトニ関スル

条約」「觸発自動海底水雷ノ敷設ニ関スル条約」「戦時ニ於テ海軍力ヲ以テスル砲撃ニ関スル条約」「ジェネヴァ」条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」「海戦ニ於ケル捕獲權行使ノ制限ニ関スル条約」「国際捕獲審檢所設立ニ関スル条約」「海戦ノ場合ニ於ケル中立国ノ權利義務ニ関スル条約」である。また、宣言として「輕気球上ヨリ投射物及爆裂物ノ投下ヲ禁止スルコトニ関スル宣言」が採択された。

前述のとおり、二回の会議においても結局、当初の目的である軍縮は進まなかったが、国際紛争の解決と戦時国際法における法典化は大きく前進したといえよう。戦時国際法においては、「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」をはじめとするハーグ諸条約として現在でも効力を有し、今日の国際人道法を形成する重要な柱になっている。また、国際人道法の関係条約で今日まで繰り返し挿入されてきたマルテンス条項は、まさにハーグ平和会議の成果物である「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」に初めてあらわれたのである。

このように画期的なハーグ平和会議であったが、後述のとおり、会議それ自体についての日本語での研究、とくに最近の研究については非常に少ないと言えよう。さらに、ハーグ平和会議の目的であった軍縮については、それが失敗してしまったためか、今日、日本で顧みられることは皆無である。したがって、本稿は近年ほとんど「忘れ去られてしまった」感のある、ハーグ平和会議と軍縮に焦点をあてたい。

## 二 先行研究、本稿の概要、用語の定義と本稿における限定

ハーグ平和会議については、まず、会議から数年以内にいくつかの重要な出版がなされた。スコット (James Brown Scott) はルート (Elinu Root) アメリカ合衆国國務長官のもと國務省から第二回平和会議に出席し、その国際法

の学識と一次資料を駆使して、二巻からなる *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907* を著した。<sup>(3)</sup> 第一回平和会議に合衆国代表として参加したホルス (Frederick W. Holls) は、*The Peace Conference at the Hague* のなかで、一次資料を用いながら、会議の過程を詳細に報告している。<sup>(4)</sup> クエーカー教徒で歴史家であったハル (William I. Hull) も第二回会議にオブザーバーとして参加したが、*The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law* のなかで、会議の進行に焦点をあてて叙述している。<sup>(5)</sup>

西暦二〇〇〇年前後には、平和会議百周年を記念した出版物が発刊された。たとえば、Martje Abbenhuis が編集した *War, Peace and International Order?* では、国際法を含めて学際的な観点から、平和会議とそれがその後の国際法や国際政治などの分野に与えた影響について複数の著者が執筆している。<sup>(6)</sup> また、*American Journal of International Law* では、二〇〇〇年一月号で特集が生まれ、国際法の専門家が各テーマに沿って寄稿している。<sup>(7)</sup> なお、赤十字国際委員会が発刊する *International Review of the Red Cross* では、第一回平和会議から百年目にあたる一九九九年に百周年に関する記事と André Durand の論文があるのみである。<sup>(8)</sup>

以上のように英語を中心とした欧文文献は主なおのだけでも豊富に存在するが、これに比較すると日本で出版された文献は乏しいと言わざるを得ない。一次資料としては、前述の『日本外交文書』二巻が外交文書を掲載している。また、平和会議が開催された後、比較的早い時期に書かれたものとしては例えば杉村陽太郎『海牙平和会議』があつたものの、<sup>(9)</sup> 戦後になると平和会議そのものに関する学術書・論文は非常に少なくなり、今世紀に入ると皆無となる。第一回ハーグ平和会議百周年を記念して、中村洸は英文で論文を寄稿しているが、内容については国際紛争の平和的解決に限定されている。<sup>(10)</sup> 藤田久一は百周年に際して、会議の特徴を『学士会会報』にまとめている。<sup>(11)</sup>



平和会議で討議された事項、そして採択された条約については、それぞれの分野の論文で言及されることがある。軍縮については前述のとおり平和会議の第一の目的であったにもかかわらず、進展せず、条約も締結されなかったためか、近年の軍縮法の文献でも平和会議への言及は最小限にとどまっている。たとえば、藤田久一は『軍縮の国際法』のなかで会議について脚注も含めて四頁を割いてるが、黒沢満は『軍縮国際法』において数行で言及するにすぎなかった。<sup>(12)</sup> 紛争の平和的解決については前述のとおり、中村洸がハーグで採択された「国際紛争平和的処理条約」から現代にいたるまでの動きについて言及している点はむしろ注目に値する。<sup>(13)</sup>

戦時国際法の法典化、とくにハーグ諸条約とマルテンス条項については、たとえば、江藤淳一がマルテンス条項に関連して、第一回平和会議に言及している。<sup>(14)</sup> 兵器の規制に関しては廣瀬和子が核兵器の使用規制に関連して、文化財の保護については立松美也子が第一回および第二回会議で採択された条約または宣言について参照している。<sup>(15)</sup> 和仁健太郎は中立法に関連して、とくに中立条約について詳細に論じているが、それらの条約を採択した二回の会議についても言及している。<sup>(16)</sup>

以上のように、ハーグ平和会議についてはとくにそこで成立した条約に関連して言及があることは多いが、会議そのものについて、あるいは会議と軍縮について取り上げた論文は、とくに近年の日本においては皆無であると言える。よって本稿では第一に、軍縮を扱った第一回ハーグ平和会議の概要について、外交文書などを使用しながら、会議の提案から条約の採択と批准までを明らかにする。第二に、とくに会議における軍縮に関する議論と軍縮の失敗と成果について、一次資料を利用しつつ、関係論文もふまえて明示する。そして最後に、第一回平和会議における軍縮について、平和会議の意義も考慮しつつ、評価したい。



本論に入る前に、まず、軍縮の定義を黒沢満『現代軍縮国際法』の内容から簡略に説明する。軍縮 (disarmament) には必ずしも一致した定義はないが、伝統的には軍備を縮小あるいは制限することを意味しており、必ずしも軍備の撤廃までも意味せず、ここでもその意味で扱う<sup>17)</sup>。また、第二次世界大戦後は軍備管理 (arms control) という用語が使用される頻度が多くなったが、本論文は主に一九世紀を扱っているため、ここではこれを指摘することにとどめる<sup>18)</sup>。軍縮の内容については、大きく分けて量的な措置と質的な措置がある。量的な措置は、伝統的な分類であり、(一) 撤廃または廃棄、(二) 縮小または削減、(三) 制限、(四) 上限設定である<sup>19)</sup>。それに対して、質的な措置は「軍備に関する一定の活動の禁止 (prohibition)」である<sup>20)</sup>。

次に、本稿の範囲を限定する。ハーグ平和会議は前述のとおり一八九九年と一九〇七年の二回開催されたが、両方の会議の概要を説明するのは、それだけで膨大な紙面を費やしかねない。これは、会議の議事に焦点をあてた出版物の頁数がかかりにのぼることからも明らかである<sup>21)</sup>。したがって、ここでは、軍縮を取り上げた第一回平和会議について取り上げることとする。ただし、第二回平和会議についても、必要に応じて言及することは言うまでもない。

第二に、右に関連して、第一回平和会議は総会議だけで計一〇回あり、さらに委員会の討議を含めると、たとえその概略であっても限られた紙面では紹介しきれない。したがって、会議の概略については、ロシア皇帝の提案から会議開催に至る過程に続いて、本会議における可決事項を中心に表す。もちろん、各委員会の議論は重要であることは認識しているが、委員会における討議については本稿の目的に沿って、軍縮を扱った第一委員会に焦点を当てることとする。

第三に、外国人の人名を日本語で表記する際は、英和辞書に記載がある場合はそれを選んだが、それが難しい場合

は、『日本外交文書』にあるとおりとした。また不明の場合は、原語のままとした。

最後に、使用する第一次資料については、原則として、『日本外交文書』によることとする。

### 三 第一回ハーグ平和会議の概要

#### (一) 第一回ハーグ平和会議前の平和会議

一八九九年のハーグ平和会議より以前にも、大国を含むヨーロッパ諸国が参加する会議、たとえば一九世紀においてはウィーン会議、パリ会議、ベルリン会議は開催されていた。しかし、これらの会議は戦争の終了後に開催されたいわば講和会議であり、その主要な目的は講和条約の締結であった<sup>(22)</sup>。もともと、これらの会議が、より普遍的な問題にも対処したのも事実である。たとえば一八五六年のパリ会議はクリミア戦争の講和会議ではあったものの、そこでは私掠船の禁止を規定した条約「海上法要義ニ関スル宣言」が採択されるなど、国際法の法典化が行われた<sup>(23)</sup>。

一九世紀後半になると、個人のイニシアティブにより、平時において会議が開催され、普遍的な内容の条約の採択が議題に入ってくるようになった<sup>(24)</sup>。すなわち、陸戦における傷病兵の保護のための条約を締結するためにジュネーブで開催された会議（一八六四年）、不必要な苦痛をもたらす軽量の炸裂弾を禁止するための条約の締結を目的としたセント・ピーターズブルグで開催された会議（一八六八年）、陸戦法規について討議したブリュッセル会議（一八七四年）である。これらのうち、セント・ピーターズブルグとブリュッセルにおける会議は当時のロシア皇帝であったアレクサンドル二世の個人的な発案で開催され、ハーグ平和会議の前例ともなった<sup>(25)</sup>。十九世紀のヨーロッパにおけるこのような国際会議の流れをうけ、第一回ハーグ平和会議は開催されることとなった。

## （二） 第一回ハーグ平和会議

一八九九年の第一回平和会議は、ロシア皇帝ニコライ二世の発案で、ムラヴィエフ外務大臣が各国に開催を八月二四日の回章で呼びかけた。<sup>(26)</sup> この文書については、在露本野臨時代理公使が大隈外務大臣に宛てた電報のなかで、会議開催の「重ナル理由」を以下のように報告している。

平和ノ維持ハ最近二十ヶ年間国際政略ノ目的ナリト思惟セラル、然ルニ各大国ハ平和ノ維持ヲ口実トシテ同盟ヲ締結シ軍備ヲ拡張シ尚之ヲ拡張シツツアルモ未タ其奏効ヲ見ス、之ニ職由スル経済上ノ負担ハ日々ニ其重キヲ加ヘ公共ノ昌栄ハ其根底ヨリ損害セラル、此状態ニシテ存続スルトキハ終ニ各大国ノ共ニ避ケント欲スル所ノ災害ヲ来スヘシ

露国外務大臣ハ右ノ如キ会議ノ直チニ其功ヲ奏スヘシトハ思考セスト雖モ将来ノ為メ本問題ヲ解釈スルノ準備タランコトヲ希望ス<sup>(27)</sup>

各国が軍備を拡張しているが、経済上の負担も大きく、それにより戦争を引き起こしかねないため、会議を提唱しているが、この第一回回章については、あいまいであるとの批判があつた。<sup>(28)</sup> そして各国からの批判をうけて、ムラヴィエフ外務大臣は第二回回章を発した。そのなかで、会議の目的を「一 陸海軍備ノ拡張ヲ防止スルノ方法ヲ至急ニ講究スルコト 現今ノ如キ軍備拡張ノ時ニ当リテ本問題ハ最モ急速ニ之ヲ決定スルノ必要アリ 二 外交上ノ範圍内ニ於ケル平和的方法ヲ以テ交戦ヲ予防シ得ルモノトシテ之ニ関スル討議ノ途ヲ開クコト」とし、さらにこの目的の

ために以下の八つの議題を示した。<sup>(30)</sup>

第一 或ル一定ノ期限間ハ陸海軍ノ現数及其ノ経費ノ額ヲ増加セサル件ニ関スル協定ヲ為シ且将来ニ於テ現今ノ兵数及経費ヲ減少スルヲ得ヘキ方法ヲ予メ講究スルコト

第二 陸海軍ニ於テ新發明ノ火器及爆裂薬若クハ現今大砲及小銃ニ使用スル火薬ヨリ一層強烈ナル新火薬ノ使用ヲ禁止スルコト

第三 現在非常ナル強力ヲ有スル爆裂薬ヲ野戦ニ使用スルノ制限ヲ定メ且氣球ヨリ彈丸若クハ爆裂薬ヲ投下シ又ハ他ノ類似ノ方法ヲ以テ之ヲ投スルヲ禁止スルコト

第四 海戦ニ於テ水底水雷艇若クハ潜水々雷艇或ハ他ノ類似ノ破壊器ノ使用ヲ禁シ今後ハ衝角附軍艦ヲ製造セサルコトヲ約定スルコト

第五 千八百六十四年「ジュネーヴ」条約ノ条項ヲ千八百六十八年追加条約ノ基礎ニ依リ海戦ニ適用スルコト

第六 前項同一ノ理由ニヨリ海戦中及海戦後ニ於テ遭難者救助ニ従事スル船舶若クハ端艇ニ中立權ヲ許与スルコト

第七 千八百七十四年比律悉「ブリュッセル」ノ万国會議ノ成案ニシテ今日ニ至ルモ未タ各国ノ批准ヲ經サル戦時ノ法律慣例ニ関スル宣言書ヲ改正スルコト

第八 国ト国トノ交戦ヲ予防スル目的ニ於ケル厚意幫助居中調停自由仲裁ノ精神ヲ共諾シ之ヲ実施スルノ方法ト一様ノ手續ヲ協定スルコト<sup>(31)</sup>

これら議題のうち、第一、第四は軍縮、第五、第七は戦時国際法、第八は国際紛争の平和的解決に関してであった。<sup>(32)</sup>これで会議の目的が明確になり、とくに会議の当初の目的であり、かつ問題となった軍縮については第一議題で「或ル一定ノ期限間ハ陸海軍ノ現数及其ノ経費ノ額ヲ増加セサル件ニ関スル協定ヲ為」すとし、兵力と軍事費を増加させないことに合意する目的であることが明瞭になった。<sup>(33)</sup>

第一回総会議は一八九九年五月一八日、ロシア皇帝ニコライ二世の誕生日に、オランダ・ハーグで開催され、その後、同年七月二九日の第一〇総会まで、一〇回にわたり総会が開催された。<sup>(34)</sup>参加国は、ヨーロッパ諸国はもちろんのこと、アジアからは清国、日本、ペルシャ、シヤムの四カ国が、アメリカからはアメリカ合衆国とメキシコの二カ国、計二六カ国が参加する国際会議となった。<sup>(35)</sup>藤田が評したように「当時としては未曾有の『世界的』大会議」となったのである。<sup>(36)</sup>

第一回総会議と第二回総会議（五月二〇日）は、第一回総会議で事務局と書記局の構成が決定された以外は、開会の辞（第一回）、オランダ国王およびロシア皇帝の声明の朗読（第二回）など、儀礼的であつた。<sup>(37)</sup>ただし、第一回総会議においては平和会議の議長にロシア第一委員のド・スタール（De Staal）を選出した。また、第二回総会議においては、議事の進行のために議題に即した委員会を置くことを決定した。すなわち、第一委員会はロシアの一八九八年一二月三〇日付第二回章のうち第一から第四まで（軍縮）、第二委員会は第五から第七まで（戦時国際法）、第三委員会は第八（国際紛争の平和的解決）について権限を有することとなつたのである。<sup>(38)</sup>第三回総会議は一八九九年五月二三日に開催された。ここでは主に委員および委員会の事務局が選出されたが、第一委員会議長はベルギーのベールナールト（A. Beernaert）、第二委員会議長はロシアのド・マルテンス（de Martens）、第三委員会委員長はフランスのブル



ジョア (Léon Bourgeois) に決定した。<sup>(39)</sup> 以上、第二回と第三回総会議で各委員会の権限の範囲と委員が決定され、以降、それぞれの委員会で平和会議の議題が議論された。

第四回総会議は第三回総会議から約一カ月後の六月二〇日に開催された。ここでは、第二委員会で討議された「ジェネヴァ」条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」に関する報告書が提出され、条文一〇カ条が可決された。<sup>(40)</sup> 第五回総会議は七月五日に開催された。前回に続き第五回総会議もおもに第二委員会の検討事項である戦時国際法を取り扱った。一八七四年のブリュッセル会議では「陸戦ノ法規慣例ニ関スル宣言」が可決されたが、第二委員会においてこれをもとに六〇条からなる条約案が採択され、これが本総会において可決された。<sup>(41)</sup> また、中立国の権利義務および防御のない港湾並びに海浜の市府、村落を軍艦から砲撃することについては、次回の平和会議の議題とすることとした。<sup>(42)</sup> ジュネーブ条約に関しては、スイス政府が近い将来に条約の改正を発議することを希望する旨、可決した。<sup>(43)</sup>

第六回総会議は七月二一日に開催され、第二委員会が扱うジュネーブ条約に関して報告もあったが、大部分は第一委員会が取り扱う軍縮についてであった。ここで、第一委員会の報告書が可決され、軍備の縮小については事実上否決されたものの、特定兵器の禁止を定めた宣言は採択された。<sup>(44)</sup> これについては、次章で詳しく述べることにする。

第七回総会議は七月二五日に開催された。ここではおもに第二委員会で検討された国際紛争の平和的解決が討議された。そして同委員会の報告書が可決され、また、本文五七条からなる「国際紛争平和的処理条約」が採択された。<sup>(45)</sup> 第八回総会議は七月二七日に開催され、ここで「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」と「ジェネヴァ」条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」、そして三つの宣言の前文と総則がそれぞれ可決された。<sup>(46)</sup> 翌日七月二八日に開催された第九回総会議では、「国際紛争平和的処理条約」の前文と総則が可決された。<sup>(47)</sup>

第一回ハーグ平和会議の最後の総会議であり、閉会式でもあった第一〇回総会議は、七月二九日に開催された。会議は一〇時に開会され、最終決議書と、前述の三条約と三宣言の調印が行われている間、いったん中断し、一五時に再開された。そして、調印表が朗読された後、会議には参加していなかったローマ教皇へのオランダ国王の書簡と教皇からの返書が朗読され、その後、議長ド・スタールの演説などのち、オランダ外務大臣ド・ボーフォールの演説をもって、「満場大喝采」で閉会した。<sup>(48)</sup>

第一〇回総会議の開催日である七月二九日に調印された「万国平和会議最終決議書」には、まず参加各国の委員のリストと三条約と三宣言の採択が示された後、軍縮に関する決議が掲載された。<sup>(49)</sup>そして、六分野において今後の進展あるいは次回の平和会議での審議を望む「希望」が本会議で可決されたことに言及した。<sup>(50)</sup>最後に、全参加国の調印、そしてその後に、三条約と三宣言の全文が掲載された。<sup>(51)</sup>

条約は順調に批准され、一八九九年九月四日の時点で批准書をオランダ政府に寄託したのは、「国際紛争平和的処理条約」については一七カ国、「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」については一五カ国、「ジェネヴァ」条約ノ原則ヲ海戦ニ応用スル条約」については一七カ国、「軽気球等ヨリ投射物爆裂物投下禁止ノ宣言」については一六カ国、「毒質瓦斯散布ヲ目的トスル投射物使用禁止ノ宣言」については一五カ国、「人体内ニ入り容易ニ開展シ又ハ扁平トナルヘキ弾丸使用禁止ノ宣言」については一四カ国と、二六カ国の参加国の多くが早い時期に批准したことがわかる。<sup>(52)</sup>

このように、三条約と三宣言が最終的に平和会議で作成されたが、これは当時としては藤田が指摘するように「未曾有」であった。<sup>(53)</sup>以上が、第一回ハーグ平和会議の概要である。つぎに、この会議の当初の目的であった軍縮について見てみたい。



## 四 軍縮

平和会議では、前述のとおり第一委員会が軍縮を検討した。ロシアの第二回回章においては八つの具体的な提案がなされたが、そのうちの第一から第四提案が軍縮と関連していたため、第一委員会で扱うこととなったのである。以下、ロシアが当初提案した軍縮と、特定の武器の禁止に関する軍縮に分けて概観する。

### (一) 軍備縮小

一八九九年六月二三日、第一委員会の会合において、ロシア陸軍委員のジリンスキー (Gilinsky) 大佐は以下の提案をおこなった。

- 第一、母国 (殖民地ニ対シ母国ト云フ) 内ノ平時陸軍常備兵員ヲ向フ五カ年間増加セザル列国協定ヲ締結スル事
- 第二、右ノ協定ヲムスフニ至ラハ可成各国ニ其殖民地駐屯ノモノヲ除キ平時陸軍常備兵ノ員数ヲ一定スル事
- 第三、同年期間實際ノ陸軍予算額ヲ高メサルコト<sup>(54)</sup>

また、ロシア海軍委員のシエーヌ (Schéne) 大佐は海軍に関して、以下の提案をおこなった。

三年間海軍予算額ヲ高メサル事及同期間予メ左ノ事項ヲ告知スル約束ヲ以テ三年間ノ海軍予算額ヲ一定スル事ヲ

合意スル事

其一、製造中ニ在ル軍艦ノ噸数

但シ船艦ノ種類ヲ詳示スル事ヲ要セズ

其二、海軍士官及水平ノ員数

其三、砲塞、造船所、武庫等ノ如キ軍港事業ノ費額<sup>(55)</sup>

陸軍については五年間の兵員の維持と予算額の維持、海軍においては三年間の予算額の維持という、斬新なロシアの提案は、しかしながら、各国の理解を得られなかった。六月二四日の会議では、陸軍議案に対してはドイツ代表が、海軍議案についてはイギリス代表などが反対を表明したため、二つの案を審査委員に付託することになった。<sup>(56)</sup> なお、日本から派遣された阪本俊篤海軍大佐はこの会議について報告しているが、それによると、ドイツのシュワルツホフ (De Gross de Schwarzhoff) 大佐は軍備過重がむしろ人民の資産を富ませ、また、徴兵義務を人民は喜んで愛国的義務として受け入れていると発言、「軍備制限案ヲ其精神ノ根本ヨリ破碎シ去リ按ヲシテ顔色ナキニ至ラシメタ」という。<sup>(57)</sup> 坂本はシュワルツホフ大佐の演説は「平和会議ノ精神ヲ其根本ヨリ破壊シ去リタルモノ」であり、ドイツ皇帝の平和会議への賛同の勅語にも矛盾していると、厳しく批判した。<sup>(58)</sup>

そして、審査委員会が審査した結果、ロシアの提案を受理することが難しいという結論に達し、六月三〇日の第一委員会において、この報告はロシアを除き満場一致で採択された。<sup>(59)</sup> また、海軍に関する提案についても同様の結果となった。<sup>(60)</sup> 会議の委員であった日本の林薫公使は青木周蔵外務大臣への報告のなかで、「要スルニ露国政府ノ軍備緊縮

ノ議案ニ対シテハ異論百出シテ到底適當ノ解釈望ミ難ク終ニ最モ婉曲ノ言辞ヲ附シテ否認セラル、ニ至リ候」と状況を説明した。<sup>(61)</sup>

第一委員会においては、七月二〇日に第一委員会報告書が可決されたが、陸海軍の兵数と軍事予算を一定にする件については、前述の審査委員会の結論に言及し、各々の列国政府がこれについて「考究」を始めることを望む、とするにとどまった。<sup>(62)</sup> もつとも、軍備の制限については「重大ナル注意ヲ喚起スルヲ要ストノ觀念」が第一委員会で著しい活動をおこしたため、「本委員会ハ現今世界ノ重累タル軍備ノ負担ヲ制限スルコトヲ以テ人類ノ有形的及無形的福祉ヲ増進セムカ為メ大ニ望ムヘキモノタルコトヲ認ム」という決議を全会一致で本會議に提案することとした。<sup>(63)</sup> そして、これは本會議で全会一致で決定され、最終議定書にほぼ同様の文言で盛り込まれた。<sup>(64)</sup>

最後に、海軍予算額を三年間一定にするというロシアの提案についても、各国が研究することに収まった。<sup>(65)</sup>

## (二) 特定兵器の禁止

第一委員会においては、七月二〇日に第一委員会報告書が可決されたが、これはおもにロシアが提案した八つの議題のうちの第二から第四提案、すなわち特定の兵器の制限案についてであった。<sup>(66)</sup> この報告書によれば、陸軍と艦隊に関する二つの分科会が結成され、これらの分科会の審査は以下の三点に帰着した。<sup>(67)</sup> すなわち、(一)「輕氣球上ヨリ又ハ之ニ類似シタル新ナル他ノ方法ニ依リ投射物及爆裂物ヲ投下スルコトヲ禁止スルコト」(ただし、継続期間を五年間とする)、(二)「窒息セシムヘキ瓦斯又ハ有毒質ノ瓦斯ヲ散布スルヲ唯一ノ目的トスル投射物ノ使用ヲ各自ニ禁止スルコト」、(三)「外包硬固ナル彈丸ニシテ其ノ外包中心ノ全部ヲ蓋包セス若ハ其ノ外包ニ截刻ヲ施シタルモノノ如キ人体ニ入テ容

易ニ開展シ又ハ扁平ト為ルヘキ彈丸ノ使用ヲ各自ニ禁止スルコト」であつた。<sup>(68)</sup> 第一委員會は(一)については全会一致、(二)については賛成一七、反対二(イギリスおよびアメリカ合衆国)、(三)については賛成一六、反対二(イギリスおよびアメリカ合衆国)、棄権一(ポルトガル)で可決し、本會議にかけることとなつた。なお、とくに小銃と海軍用の大砲については、各国が問題を研究し、次回の平和會議でこの問題を確定することを希望するとし<sup>(69)</sup>た。

この報告書をうけて第六回總會では、(一)については、全会一致で可決され、(二)については、アメリカ合衆国とイギリスの二カ国の反対を除き、全会一致で可決され<sup>(70)</sup>た。他方(三)については、反対と賛成する代表による議論の応酬があつた。アメリカ合衆国のクロージャー (William Crozier) 大尉は、一八六八年のセント・ピータースブルグ宣言ですでに不必要な苦痛を与える爆裂弾を禁止しており、この提案はこれを拡張しようとするものであるとし、修正案を提出した。<sup>(71)</sup> また、「ダムダム弾」が残酷な兵器であるという証拠が提供されていないとし、もしそのような証拠が明白に示されれば、これを禁止すべきだが、もし証拠もなくこれを禁止したら、「国民ノ激昂ヲ招」くであろうと述べ<sup>(72)</sup>た。そして、イギリスのサー・ジュリアン・ポーンズフット (Sir Julian Pauncefote) も右の修正案に賛成の意を示<sup>(73)</sup>した。

これに対して、オランダのデン・ベール・ポールチュゲール (J.C.C. Den Beer Poortugael) は、(三)の提案はダムダム弾を排斥しているものではないとし<sup>(74)</sup>た。次にロシアのジリンスキー大佐は、(三)の提案はダムダム弾を明記せず、どのような種類の兵器が禁止されているかは、各国に判断がゆだねられるとした。<sup>(75)</sup> 一八六八年のセント・ピータースブルグ宣言は既存の兵器を禁止したのであり、今回も既に製造されたある種の弾丸の使用を禁止しうることを望み、将来発明される兵器については、あらたにこれを禁止する必要があるとした。<sup>(76)</sup> その後、クロージャーの修正案を採決する

かどうかで委員の間で応酬があり、最終的には修正案の優先的採決は否決され、委員会の原案が反対二（アメリカ合衆国とイギリス）、棄権一（ポルトガル）を除き、全会一致で可決された。<sup>(77)</sup>

### （三）軍縮に関する評価

軍備縮小は失敗であった。上述のとおり第一委員会は、第六総会に報告書を提出したが、そのなかで、陸軍の兵力と軍事予算を五年間凍結し、海軍の予算額についても三年間凍結するというロシアの提案は採用されず、これは「列国政府ノ考量ニ付シ列国政府ニ於テ若シ之ヲ有益ナリトセハ其ノ他ノ提議ト共ニ自ラ研究スヘキモノトナ」した。<sup>(78)</sup> 軍備縮小は各国にゆだねた形になり、その結果、この件が進展しなかったのは明白であった。

ここで、第一回平和会議における軍備縮小に関して何人かの意見を挙げてみたい。ヒギンズ（A. Pearson Higgins）はまず、軍備それ自体が戦争の原因ではなく、それは平和を保障するものであると主張した。<sup>(79)</sup> 国家が感じる不安と防衛力の増強は、道徳的な理由から生じ、それらは国際的な信頼の不足と自己保存の本能から生じる。<sup>(80)</sup> そして、軍備撤廃、あるいは軍備の縮小でさえも、それを実行した国があるとして、それをしない国もあるときに生じる恐怖がある限りは、実現しないであろう、と述べている。<sup>(81)</sup>

ホブソン（Richmond Peason Hobson）は軍備縮小に関して、「侵略的ではない国（nonaggressive nations）」はむしろ軍備、とくに海軍を充実させる必要があると説いた。<sup>(82)</sup> そして、当時の状況では軍備縮小は「（実現）不可能な夢」であり、それを提唱することは平和のためにはむしろ有害であるとし、ハーグ平和会議においては第一回平和会議においてこのような「悪い影響」が「幸運にも」認識されたため、第二回平和会議においては「軍備縮小の扇動」は最小限に抑



えられたと主張した。<sup>(83)</sup> たしかにホブソンの主張のとおり、第二回平和会議においては軍備縮小は主要議題にならず、軍縮問題に割り当てられた委員会もなかったのである。<sup>(84)</sup>

ウェッブスター (Andrew Webster) は、軍備縮小を検証する方法として、オランダ代表が「国家の名誉」を、ロシア代表が条約締約国の「信義誠実」を掲げたが、それらは効果的な検証方法ではなかったと述べている。<sup>(85)</sup> また、軍備縮小を実現するために、建造計画のある軍艦のトン数を公表するなどの信頼構築手段をとおして情報を交換するという提案もあったが、これも「驚くには値しないが」濫用と主権の侵害の恐れがあるとされ、拒否されたのである。<sup>(86)</sup>

以上の意見からは、国家間の信頼の構築が難しいのは当然として、信頼そのものが非常に難しい、あるいはほぼ不可能であることがわかり、それが軍備縮小が実現しない重要な理由の一つとすることができらるだろう。ヒギンズの主張から読み取れるように、他国への絶対的な信頼なくしては軍備縮小は不可能であろう。またホブソンは軍事的に弱い国家はむしろ軍拡が必要であると主張しているが、確かに「弱小国」にしてみれば、「強国」から侵略されないためにも、軍備を整備することで平和が保たれるのであろう。そして、ウェッブスターが挙げる検証方法や情報交換についても、「名誉」や「信義誠実」は抽象的であり軍備縮小を検証するには不適格で、情報交換による信頼構築も達成されなかったのである。

以上から、一八九九年の段階でも、軍備縮小は困難であったことは明らかである。しかしながら、ニコライ二世が軍備縮小を目的とした会議を呼びかけ、それにより二六カ国が集まる平和会議が開催された意義はあろう。軍備縮小は早い段階で「骨抜き」にされたのは明らかであるが、それでも、参加各国の代表は、全般的には軍備縮小に好意的であることは、最終決議書のなかにある以下の決議からも明らかである。



本會議ハ現今世界ノ重累タル軍備ノ負担ヲ制限スルコトヲ以テ人類ノ有形的及無形的福祉ヲ増進セムカ為メ大ニ望ムヘキモノタルコトヲ認ム<sup>(87)</sup>

前述のようにドイツのシュワルツホフ大佐が軍拡は国民を富ませ、徴兵義務を国民が嬉々として受け入れている旨の発言をしたが、これは極端な例である。確かに、軍備縮小を可能とするほどの国家間の信頼関係はなかったが、少なくとも、軍縮を目的とした会議をおこなう共通の認識はあったのではないか。それは、もしかしたら、ヨーロッパを中心とした「文明国」が共有する価値観であつたかもしれない<sup>(88)</sup>。言うまでもなく、とくに非ヨーロッパ諸国にしてみると、それを受け入れた、あるいは受け入れざるをえなかったため不平等のそしりは免れない。それにも関わらず、共通の価値観のもと、平時において軍縮のために開催が提案された国際会議が実際に開催されたことについては、評価してもよいのではないだろうか。

次に、特定兵器の禁止についてであるが、これは明らかに成功した。ウェッブスターは特定兵器の禁止について、「最終的に具体的な成果が得られた唯一の分野」と評している<sup>(89)</sup>。三つの宣言のうち、「軽気球等ヨリ投射物爆裂物投下禁止ノ宣言」はすでに歴史的な文書となった。「毒質瓦斯散布ヲ目的トスル投射物使用禁止ノ宣言」は第一次世界大戦に毒ガスの使用を防げなかったが、一九二五年のジュネーブ毒ガス議定書により、毒ガス兵器はそれ以降、おおむね使用されずに現在に至っている。また、「人体内ニ入り容易ニ開展シ又ハ扁平トナルヘキ弾丸使用禁止ノ宣言」については、前述のとおり、「ダムダム弾」であるかどうかをめぐる論争が繰り広げられたが、現在では「ダムダム弾」を禁止した宣言と捉えられている<sup>(90)</sup>。軍縮は一般的に、軍備の廃絶あるいは縮小を意味すると捉えられることが多いか

もしれないが、特定兵器の禁止も軍縮に含まれ、この分野では第一回ハーグ平和会議は成功したと言えよう。特定兵器の禁止については、その後、様々な条約が採択されたが、その嚆矢として、第一回平和会議とその成果物である三宣言は再評価されるべきであろう。

## 五 おわりに

第一回ハーグ平和会議に続いて、一九〇七年には第二回平和会議が開かれた。ここでは、軍備縮小が議題になることはなかった。この会議では、「軍事上ノ負担」が「著シク増加シタルコトニ鑑ミ列国政府ニ於テ誠意ニ本問題ノ考究ヲ重ネラレムコトヲ切ニ希望スル旨ヲ宣言ス」という決議が採択されたが、実効性には乏しかった。<sup>91</sup> 第二回平和会議が終了した七年後、一九一四年に第一次世界大戦が勃発し、会議の参加国どおしが戦う状況が数年間続いた。また、戦争を防ぐために設けられた国際紛争を平和的に解決する様々な手段が使われることもなかった。<sup>92</sup> 第三回平和会議も結局開催されず、次に開催されたのはヴェルサイユ講和会議であった。ハーグ平和会議が大戦を防ぐことはできず、ヴェルサイユ講和条約により第一次世界大戦は正式に終結し、平和がヨーロッパにもたらされたのである。そのような意味においては、ハーグ平和会議の意義は大きいとは言えないかもしれない。

しかし、軍縮を第一の目的として掲げた一八九九年の平和会議は、開催そのものに意義があったと言えよう。軍備縮小を可能にさせるような参加国間の信頼関係は存在しなかったかもしれないが、また、西洋中心の文明に基づくものではあったであろうが、軍備縮小に理解を示す共通の価値観の存在は重要である。今日、国際社会においては軍拡が大きな問題となり、また、国際法を無視して兵器開発を進め、あるいは違法な兵器を保持する国家や団体が存在してい

<sup>(93)</sup>。このような状況においては、世界的に同じ価値観を共有するのは現実的ではないかもしれないが、一九世紀末にハーグ平和会議が少なくとも、共有された価値観のもと開催されたことは、今後の国際社会の在り方にも示唆を与えていると言えるだろう。さらに、第一回ハーグ平和会議では特定兵器の禁止が実現した。そしてその後、様々な兵器が条約により禁止され、二〇一七年に採択され二〇二二年に発効した「核兵器の禁止に関する条約」に至っている。軍備縮小は現実的には困難であっても、特定兵器の禁止により戦争の惨禍を減らす努力は必要である。そして、第一回ハーグ平和会議とそこで採択された三宣言は、そのような動きの原動力になったとして評価されるべきであろう。最後に、二回のハーグ平和会議については、明らかにすべきことがまだ多数ある。故喜多教授が残された宿題として、今後の研究にゆだねたい。

(1) 外務省編纂『海牙万国平和会議 日本外交文書』第一卷、第二卷(日本国際連合協会、一九五五年)。以下、『日本外交文書』第一卷または第二卷とする。三枝茂智『国際軍備縮小問題』(原書房、一九七五年。原本は一九三三年刊行)。なお、本論文において、漢字はすべて新字体にした。

(2) 宣言の名称については、最終決議書には宣言書(一)、宣言書(二)、宣言書(三)となっているが、内容がわかるようにするため、正式名称は批准案にある名称によった。「一七四 明治三十三年八月三日 青木外務大臣ヨリ山県総理大臣宛 海牙平和会議三条約三宣言書御批准奏請ノ件並ニ決裁」『日本外交文書』第一卷、八五二―八五三頁。略称については、「一九五 明治四十年十月二十七日 蘭国公使ヨリ林外務大臣宛 各国加盟通知ノ件 附属書 一八九九年七月二十九日平和会議三条約三宣言加盟一覧表」、同右、八八〇―八八六頁、八八一頁によった。

(3) James Brown Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, Vol. I-Conferences and Vol. II-Documents with a new introduction for the Garland Edition by Warren F. Kuehl* (Garland Publishing Inc., 1972) (hereinafter, *The Hague*

*Peace Conferences*). 本書は一九〇九年に The Johns Hopkins Press から出版された。

- (4) Frederick W. Holls, *The Peace Conference at the Hague and its Bearings on International Law and Policy* (The Macmillan Company, 1900).
- (5) William I. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law with a new introduction for the Garland Edition by Warren F. Kuehl* (Garland Publishing Inc., 1972). 本書は一九〇八年に Ginn and Company から出版された。
- (6) Maartje Abbenhuis, Christopher Ernst Barber and Annalise R. Higgins (eds.), *War, Peace and International Order?: The Legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907* (Routledge, 2017).
- (7) George H. Aldrich and Christine M. Chinkin (eds.), “Symposium: The Hague Peace Conferences”, *American Journal of International Law*, 2000, Vol. 94, pp. 1-98.
- (8) André Durand, “Le Comité international de la Croix-Rouge à l’époque de la première Conférence de La Haye (1899)”, *International Review of the Red Cross*, 1999, Vol. 81, No. 834, pp.353-364. Jean-Philippe Lavooyer, “Centenaire de la Conférence internationale de la Paix (La Haye, 1899)”, *International Review of the Red Cross*, 1999, Vol. 81, No. 835, pp.678-683.
- (9) 杉村陽太郎『海牙平和会議』(国際連盟協会、一九三五年)。
- (10) Ko Nakamura, “The Convention for the Pacific Settlement of International Disputes in Historical Perspective-In Commemoration of the Centennial of the First Hague Peace Conference-” *Japanese Annual of International Law*, 2000, Vol. 43, 3-18.
- (11) 藤田久一「ハーグ「万国平和会議」百周年に思うこと」『学士会会報』第八二四号、一九九九年七月、四—八頁。
- (12) 藤田久一『軍縮の国際法』(日本評論社、一九八五年)。黒沢満『軍縮国際法』(信山社、二〇〇三年)。なお、黒沢は二回の会議について「戦時国際法と紛争の平和的解決の分野ではいくつかの条約の作成に成功したが、軍縮問題ではまったく合意

が達成されなかった」と述べている。黒沢、四頁。

(13) Ko Nakamura, *supra*, note 10.

(14) 江藤淳一「マルテンス条項―百年の軌跡」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、二〇〇四年）、五八―八四頁。

(15) 廣瀬和子「核兵器の使用規制―原爆判決からICJの勧告的意見までの言説分析を通してみられる現代国際法の複合性」村瀬・真山編『武力紛争の国際法』、四二四―四五九頁。立松美也子「武力紛争における文化財の保護」同右、六五五―六八二頁。

(16) 和仁健太郎『伝統的中立制度の法的性格―戦争に巻き込まれない権利とその条件』（東京大学出版会、二〇一〇年）、一三三―一四七頁。

(17) 黒沢『現代軍縮国際法』、五―六頁。

(18) 軍備管理については、同右、五―九頁。

(19) 同右、九―一〇頁。なお、ファークツ (Vagts) は量的縮小 (Quantitative Limitations) と質的縮小 (Qualitative Limitations) に分類して二回のハーグ平和会議について分析している。すなわち、「量的」とは「ある種類の兵器、たとえば軍艦、核弾頭および弾道弾迎撃ミサイルは認めるが、各々の国が所有する数を制限するという管理」とする。Detlev F. Vagts, “The Hague Conventions and Arms Control”, *American Journal of International Law*, 2000, Vol. 94, pp.31-41, p.31.

(20) 黒沢、同右、一一頁。右のファークツの定義によると、「質的」とは「例えば炸裂弾、毒ガス、生物兵器など特定の兵器の使用禁止を指す。」Vagts, *ibid*.

(21) たとえば、Scott, *The Hague Peace Conferences* は、第一巻が八八七頁、第二巻が五四八頁から成る。

(22) Scott, *The Hague Peace Conferences*, Vol. I, p.7. ウィーン会議はナポレオン戦争、パリ会議はクリミア戦争、ベルリン会議は露土戦争の後に開催された。

(23) *Ibid.*, pp. 7 and 17. なお通称、パリ宣言という。



- (24) *Ibid.* p. 8.
- (25) *Ibid.*, p. 23
- (26) 「六一 明治三十一年八月二十四日 露国外務大臣ヨリ露国駐箚林公使宛 (回文) 万国平和会議開催提唱竝ニ帝国全権任命ニ関スル件」『日本外交文書』第一卷、七三―七五頁にフランス語の回章が掲載されている。英文については、Scott, *The Hague Peace Conferences*, Vol. II, pp. 1-2を参照。なお、この回章は八月二四日に発せられているが、露暦では八月一二日であった。また英文ではRescriptとあり、通常、勅令と訳されるが、ここでは慣例にしたがい、回章とする。
- (27) 「一 明治三十一年八月二十五日 露国駐箚本野臨時代理公使ヨリ大隈外務大臣宛 (電報) 露国外相ヨリ万国平和会議開催理由書公附ノ件」『日本外交文書』第一卷、一頁。
- (28) 引用文では「災害」とあるが、英文ではcataclysmとあり、前後の文脈から戦争の意味と解するのが妥当だろう。Scott, *The Hague Peace Conferences*, Vol II, p. 2.
- (29) 三枝は「曖昧なる文字を連ね、感傷的考察に耽り、一度は過度の軍備の縮小 (reduction of the excessive Armaments.) を云為し、一度は軍備増加の阻止 (Checking these increasing Armaments.) を説き、一度は現在軍備の斬新的発達制限 (limiting the progressive development of existing Armaments.) の利益を各国民に確保せむと主張し、斯の如き重大意義ある国際会議招集を企図すべく、その議題餘りに漠然たり」と批判的に述べている。三枝『国際軍備縮小問題』、五九頁。
- (30) 「三四 明治三十二年一月十日 (十二月三十日) 露国外相「ムラヴィエフ」ヨリ露国駐箚林公使宛 軍備縮小会議議題ニ関スル第二回提案回章」『日本外交文書』第一卷、三二―三四頁。なお、以下の脚注において、『日本外交文書』の文書で既出のものには、文書の名称は省略し、文書番号を掲げることとする。ただし、その文書が複数の文書から構成されていて、その構成している文書名を明記したほうがよい場合は、文書番号の後に当該文書名を付すこととする。
- (31) 第三四文書、同右、三三頁。
- (32) 後述のとおり、この議題の区分に従って、委員会が組織された。
- (33) 三枝は「第二回廻状は精確なり」と評した。三枝『国際軍備縮小問題』、六三頁。



- (34) 「一五二 自明治二十二年五月十八日至七月二十九日 万国平和會議事録」『日本外交文書』第一卷、五二〇—七八二頁。そのうち、「一、目録」五二〇—五二三頁は総会議の概略を示している。
- (35) 代表の名簿については、「九七 明治三十二年五月二日蘭国駐劄西臨時代理公使ヨリ青木外務大臣宛 万国平和會議委員並蘭国側予算等通知ノ件 附記 平和會議各国代表委員名簿」『日本外交文書』第一卷、一二二—一二三頁。なお、Caronはこの会議は基本的に、キリスト教と西洋文明に基盤をおいていると指摘している。Caron, “War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference”, *American Journal of International Law*, 2000, Vol. 94, pp. 4-30, p. 6.
- (36) 藤田「ハーグ「万国平和會議」百周年に思うこと」、五頁。
- (37) 第一五二文書、『日本外交文書』第一卷のうち、「二、第一回総会議」五三一—五四〇頁および「三、第二回総会議」五四〇—五四四頁。なお、『日本外交文書』の記述にはオランダ国王ではなく、「和蘭国皇帝」とある。五四〇頁。
- (38) 第一五二文書、「三、第二回総会議」、同右。
- (39) 第一五二文書、「四、第三回総会議」、同右、五四四—五四四頁。
- (40) 第一五二文書、「五、第四回総会議」、同右、五四四—五七五頁。
- (41) 第一五二文書、「六、第五回総会議」、同右、五七五—六一三頁、とくに五七六頁。
- (42) 同右。
- (43) 同右、五七七頁。
- (44) 第一五二文書、「七、第六回総会議」『日本外交文書』第一卷、六一三—六二八頁。
- (45) 第一五二文書、「八、第七回総会議」、同右、六二八—七五九頁。
- (46) 第一五二文書、「九、第八回総会議」、同右、七五九—七六八頁。
- (47) 第一五二文書、「一〇、第九回総会議」、同右、七六八—七七三頁。
- (48) 第一五二文書、「一一、第一〇回総会議」、同右、七七三—七八二頁。なお、バチカンの参加についてはイタリアが反対していたが、教皇の道徳的支持をえるために、オランダ国王が教皇に書簡を送付した。“From the Hague to the Cape: The

Peace Conference and the South African War”, *South African Law Journal*, 1901, Vol. 18, pp. 337-362, p. 340.

- (49) 「一五三 明治三十二年七月二十九日 平和会議最終決議」『日本外交文書』第一卷、七八三―八二七頁、七八三―七八九頁。最終議定書は条約ではなく、会議の成果のまとめ (resumé) であつた。A. Pearce Higgins, *The Hague Peace Conferences and Other International Conferences Concerning the Laws and Usages of War Texts of Conventions with Commentaries* (hereinafter, *The Hague Peace Conferences*) (Cambridge University Press, 2014). 本書は一九〇九年に Cambridge University Press から出版された。
- (50) 第一五三文書、『日本外交文書』第一卷、七八九―七九〇頁。なお、第一の希望については全会一致で、第二―六の希望は「若干ノ棄権を除キ全会一致」で可決された。
- (51) 同右、七九〇―八二七頁。
- (52) 「一七六 明治三十三年十月六日 蘭国駐劄珍田公使ヨリ青木外務大臣宛 万国平和三約定及三宣言批准書寄託手續終了通知ノ件」『日本外交文書』第一卷、八五三―八五六頁。
- (53) 藤田「ハーグ「万国平和会議」百周年に思うこと」、六頁。
- (54) 「一三八 明治三十二年七月二日 在蘭林公使ヨリ青木外務大臣宛 軍備縮小案廃棄ニ関シ通知ノ件」『日本外交文書』第一卷、四〇六―四〇九頁、四〇七頁。
- (55) 同右。
- (56) 同右、四〇八頁。
- (57) 「一三九 明治三十二年七月四日 坂本海軍大佐ヨリ山本海軍大臣宛 軍備縮小軍器制限ニ関スル討議ノ件(三)」『日本外交文書』第一卷、四一八―四三四頁。引用部分は四二〇頁。
- (58) 同右、四三三頁。
- (59) 第一三八文書、『日本外交文書』第一卷、四〇八頁。
- (60) 同右、四〇九頁。

- (61) 同右。
- (62) 第一五二文書、「七、第六回総会議 附属書 第一委員会報告書」『日本外交文書』第一卷、六二五―六二八頁、六二八頁。
- (63) 同右。
- (64) 第一五三文書、『日本外交文書』第一卷、七八九頁。
- (65) 第一五二文書、「七、第六回総会議 附属書 第一委員会報告書」同右、六二八頁。
- (66) 同右、六二五―六二八頁。
- (67) 同右、六二六頁。
- (68) 同右。
- (69) 同右、六二六―六二七頁。
- (70) 第一五二文書、「七、第六回総会議」『日本外交文書』第一卷、六一四頁。
- (71) 同右、六一四―六一五頁。
- (72) 同右、六一七頁。
- (73) 同右、六一八頁。
- (74) 同右、六一八―六一九頁。
- (75) 同右、六一九頁。
- (76) 同右、六一九―六二〇頁。
- (77) 同右、六二五頁。
- (78) 第一五二文書、「七、第六回総会議 附属書 第一委員会報告書」『日本外交文書』第一卷、六二七―六二八頁。
- (79) Higgins, *The Hague Peace Conferences*, p.77.
- (80) *Ibid.*
- (81) *Ibid.*

- (82) Richmond Pearson Hobson, “Disarmament”, *American Journal of International law*, 1908, pp. 743-757, p.755.
- (83) *Ibid.*
- (84) *Ibid.*, p. 743.
- (85) Andrew Webster, “Reconsidering disarmament at the Hague Peace Conference of 1899, and after”, Abbenhuis, Barber and Higgins (eds.), *War, Peace and International Order?*, pp.69-85, p.76-77.
- (86) *Ibid.*, p.77.
- (87) 第一五二文書『日本外交文書』第一卷、七八九頁。
- (88) Caron, *supra*. note 35, p.6.
- (89) Webster, *supra*. note 85, p.77.
- (90) 黒崎将広・坂元茂樹・西村弓・石垣友明・森肇志・真山全・酒井啓亘『防衛実務国際法』(弘文堂、二〇二一年)【八一六】。  
なお、平和会議でこの宣言に反対したアメリカ合衆国は現在でも宣言を批准していない。同右。
- (91) 「四九七 西園寺総理大臣ヨリ内田外務大臣宛 第二回平和会議諸条約御批准奏請ノ儀御裁可ノ件」『日本外交文書』第二  
卷、六六七―八六三頁のうち、「附屬書二 右諸条約並ニ最終決議書及希望条項」、八四一―八六三頁、八五三頁。
- (92) Caron, *supra*. note 35, p. 23.
- (93) Vagts, *supra*. note 19, p. 41.

## 租税ほ脱犯の罪質に関する一考察

——単純不申告犯、単純不申告ほ脱犯、虚偽不申告等ほ脱犯の相互関係——

神 例 康 博

### 一 はじめに

租税ほ脱犯は、納税義務を負う者が「偽りその他不正の行為」により「税を免れた」（または、税の還付を受けた）ことを内容とする犯罪である（所得税法二三八条一項、法人税法一五九条一項など）。租税ほ脱犯の成立要件をめぐっては、「偽りその他不正の行為」の意義を中心に、単に申告書を提出しないという不作為が「偽りその他不正の行為」に該当するか、「偽りその他不正の行為」といえるためには事前の所得秘匿工作（以下、所得秘匿工作という）が必要であるとするれば、所得秘匿工作を伴わない過少申告は「偽りその他不正の行為」とはいえないか、といった点が問題とされ

たが、これらについては判例・実務上決着はついたと解されているといえよう。

このようななか、平成二二年税制改正（平成二二年法律第六号）において、租税ほ脱犯の法定刑が引き上げられるとともに、平成二三年税制改正（平成二三年法律第八二号）では、所得秘匿工作は伴わないものの、故意に納税申告書とその提出期限までに提出しないことにより税を免れた者を、故意の申告書不提出（所得税法二四一条、法人税法一六〇条など）よりも重く処罰する類型が設けられた（所得税法二三八条三項、法人税法一五九条三項など）。なお、以下、本稿では、故意に納税申告書とその提出期限までに提出しないことを内容とする犯罪を「単純不申告犯」、故意に納税申告書とその提出期限までに提出しないことにより「税を免れた」ことを内容とする犯罪を「単純不申告ほ脱犯」、「偽りその他不正の行為」により「税を免れた」ことを内容とする犯罪すなわち租税ほ脱犯のうち、不申告の類型を「虚偽不申告ほ脱犯」、過少申告の類型を「虚偽過少申告ほ脱犯」<sup>①</sup>、両者を合わせて「虚偽不申告等ほ脱犯」とそれぞれ呼ぶことにする。また、所得秘匿工作を伴わない不申告を「単純不申告」、これを伴う不申告を「虚偽不申告」、所得秘匿工作を伴わない過少申告を「単純過少申告」、これを伴う過少申告を「虚偽過少申告」と呼ぶ。

単純不申告ほ脱犯の法定刑（五年以下の懲役若しくは五〇〇万円〔情状により脱税額〕以下の罰金又はこれらの併科）は単純不申告犯（一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金）と虚偽不申告等ほ脱犯（二〇年以下の懲役若しくは一〇〇〇万円〔情状により脱税額〕以下の罰金又はこれらの併科）との中間に位置づけられ、新設の意義については、虚偽不申告等ほ脱犯として処罰できる可罰的行為の領域と、当罰的な租税債権侵害行為の領域の間に生じた処罰の間隙を埋めることを期待して創設されたものであり、「悪質性の高い無申告事案に厳正に対応する観点から」、虚偽不申告等ほ脱犯と単純不申告犯との間に位置する犯罪類型として、新たに脱税犯の一種として処罰する規定を設けることとされた、と説明さ



れている。<sup>(2)</sup> もつとも、単純不申告ほ脱犯の新設は、単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯との関係、単純不申告ほ脱犯と虚偽不申告等ほ脱犯との関係をそれぞれのよう理解すべきかという理論的課題を同時に生じさせたと思われるし、そもそも、虚偽不申告等ほ脱犯の罪質についても、なお検討すべき課題が残されているように思われる。そこで、本稿では、虚偽不申告等ほ脱犯における「偽りその他不正の行為」の意義をめぐる判例理論を確認したうえで<sup>(1)</sup>、虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益をどのように理解し、その実行行為をどのように解すべきかを検討し<sup>(3)</sup>、そのうえで、単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯、虚偽不申告等ほ脱犯との相互関係をどのように理解すべきかについて若干の検討を行うこととしたい<sup>(4)</sup>。

## 二 「偽りその他不正の行為」の意義をめぐる判例理論

まず、「偽りその他不正の行為」の意義に関する判例の展開を確認しておこう。<sup>(3)</sup> 虚偽不申告等ほ脱犯は、「偽りその他不正の行為」により「税を免れた」ことを成立要件とする。それゆえ、「偽りその他不正の行為」が虚偽不申告等ほ脱犯の実行行為であるということになる。<sup>(4)</sup> 問題は、「偽りその他不正の行為」の意義であり、主として論点は、架空経費の計上などのいわゆる「事前の所得秘匿工作」(以下、単に所得秘匿工作ということがある)を伴わない単純不申告、単純過少申告を「偽りその他不正の行為」と捉えてほ脱犯の成立を認めることができるか、「偽りその他不正の行為」といえるためには所得秘匿工作が必要とした場合、所得秘匿工作も実行行為それ自体を構成するのかという点であった。

## ①不申告

まず、単純不申告罪が存在せず「詐偽その他の不正の行為」により「所得税を免れた」場合のみを処罰していた旧所得税法（昭和一五年法律第二四号）六九条一項の所得税ほ脱罪の成否に関し、単純不申告が「詐偽その他の不正の行為」にあたるかについて、最判昭和二四・七・九刑集三卷八号一二一三頁は、旧所得税法のもとでは所得の単純不申告は犯罪ではなく、「現行法（昭和三年法律第一四二号・筆者注）の下においても不申告そのものを犯罪とする明文規定はないのみならず不申告を犯罪とする趣旨は現行法上何処にも現われていない」としたうえで、同罪は「詐欺その他不正の行為によって所得税を免れた行為を処罰しているがそれは詐欺その他不正の手段が積極的に行われた場合に限る」とし、所得の単純不申告は「詐偽その他の不正の行為」にはあたらないと判示した。

その後、昭和二五（一九五〇）年の法改正（昭和二五年法律第七二号）により、直接国税の分野で単純不申告罪の規定が新設されたが、その後の判例も同様に解した。例えば、最判昭和三八・二・一二刑集一七卷三号一八三頁は、『「詐偽その他不正の行為」により所得税を免れた行為が処罰されるのは、詐偽その他不正の手段が積極的に行われた場合に限るのであって、たとえ所得税遁脱の意思によってなされた場合においても、単に確定申告書を提出しなかったという消極的な行為だけでは、右条項にいわゆる「詐偽その他不正の行為」にあたるものということはできない」と判示している（さらに、最判昭和三八・四・九刑集一七卷三号二〇一頁）。もともと、「積極的な行為」の意義については必ずしも明らかではなかった。

このようななか、最大判昭和四二・一一・八刑集二二卷九号一一九七頁（以下、昭和四二年判決という）は、「不正行為」の意義について、「遁脱の意図をもつて、その手段として税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難ならしめるよ

うななんらかの偽計その他の工作を行なうことをいうものと解するのを相当とする」と述べたうえで、前掲の諸判例が「不申告以外に詐偽その他不正の手段が積極的に行なわれることが必要であるとしているのは、単に申告をしないというだけでなく、そのほかに、右のようななんらかの偽計その他の工作が行なわれることを必要とするという趣旨を判示したものと解すべきである」と述べて、虚偽不申告罪の成立には「なんらかの偽計その他の工作」すなわち「事前の所得秘匿工作」を伴うことが必要であると判示した。

## ② 過少申告

既述のように、昭和四二年判決は、虚偽不申告ほ脱犯について、「不正行為」とは「逋脱の意図をもつて、その手段として税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難ならしめるようななんらかの偽計その他の工作を行なうことをいう」と判示した。そこで、過少申告についても、事前の所得秘匿工作を伴わない単純過少申告は「不正の行為」に当たらないのではないかが問題となった。

この点に関し、最判昭和四八・三・二〇刑集二七巻二号一三八頁は、所得秘匿工作を行うことなしに過少申告をしたという事案について、昭和四二年判決が示した「不正行為」の定義を引用しつつ、「かかる工作を伴わない単なる所得不申告は、右『不正の行為』にあたらぬ旨判示しているところ、真実の所得を隠蔽し、それが課税対象となることを回避するため、所得金額をことさらに過少に記載した内容虚偽の所得税確定申告書を税務署長に提出する行為（以下、これを過少申告行為という。）自体、単なる所得不申告の不作為にとどまるものではなく……右大法廷判決の判示する『詐偽その他不正の行為』にあたるものと解すべきである」と判示した。本判決は、昭和四二年判決は単純不

申告が「不正の行為」に該当しないことを判示したまでで、過少申告が「不正の行為」に該当しないことまで判示したのではないことを明らかにしたものといえる。<sup>⑤</sup>

さらに、最判昭和六三・九・二刑集四二巻七号九七五頁（以下、昭和六三年判決という）は、所得秘匿工作をしたうえで所得金額を過少に記載した法人税確定申告書を提出した事案について、「<sup>⑥</sup>真実の所得を秘匿し、所得金額をことさら過少に記載した法人税確定申告書を税務署長に提出する行為は、それ自体法人税法一五九条一項……にいう『偽りその他不正の行為』に当たると解すべきである」とし、提出行為それ自体が「偽りその他不正の行為」に当たると判示している。

### ③小括

このように、判例は、虚偽不申告ほ脱犯における「偽りその他不正の行為」の意義については、単純不申告はこれにあらず、所得秘匿工作を伴う不申告がこれにあたる<sup>⑦</sup>としている。他方、過少申告については、「偽りその他不正の行為」といえるためには所得秘匿工作を要せず、所得秘匿工作を伴わない過少申告も「不正の行為」に当たると解しているといえる。

思うに、単純不申告を処罰しながら、過少申告そのものを処罰する規定が置かれていないことを踏まえると、過少申告については、過少申告自体を虚偽過少申告ほ脱犯として処罰する趣旨であるというのが、法の予定する立場といえよう。<sup>⑧</sup> そのうえで、不申告については所得秘匿工作を伴わなければ「偽りその他不正の行為」に該当しないのに対し、過少申告については、所得秘匿工作の有無を問わず過少申告行為自体が「偽りその他不正の行為」に該当すると

解するのであれば、虚偽不申告ほ脱犯と虚偽過少申告ほ脱犯とを統一的に理解しようとすれば、過少申告については、不申告において要求される所得秘匿工作の要素が過少申告自体に備わっていると解すべきことになる。このような視点で見ると、昭和四八年判決が「所得金額をことさらに過少に記載した内容虚偽の所得税確定申告書を税務署長に提出する行為（以下、これを過少申告行為という。）」（傍点は筆者）と述べている点について、通説的理解とは異なり、過少申告について所得秘匿工作を不要とする旨を判示したのではなく、所得税確定申告書に「所得金額をことさらに過少に記載」する行為を所得秘匿工作と捉えるものと解する見解は、虚偽不申告ほ脱罪と虚偽過少申告ほ脱罪との統一的把握という観点から、説得的であると思われる<sup>(10)(11)</sup>。その意味では、判例は虚偽過少申告ほ脱犯においても所得秘匿工作を要求していると解することは可能であり、また、その方が説明方法としても優れているように思われる<sup>(12)</sup>。

もつとも、所得を過少に記載する行為を所得秘匿工作と呼ぶかどうかの問題を措くとしても、所得秘匿工作が「税を免れた」ことを要件とする虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益との関係でいかなる理論的意義を有するかについては、なお検討の余地があるように思われる。このことは、単純不申告犯と虚偽不申告等ほ脱犯との関係をどのように理解するかにとどまらず、平成二二年改正により設けられた単純不申告ほ脱犯と単純不申告犯、虚偽不申告等ほ脱犯との相互関係をどのように理解するかという、租税罰則の体系的理解において重要な意義を有すると思われる。二では、虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益における所得秘匿工作の理論的意義について検討を加え、さらに虚偽不申告等ほ脱犯の実行行為について検討を加えることとしたい。



### 三 虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益と所得秘匿工作の理論的意義

#### ① 虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益―制度的法益とその把握―

(一) 虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益については、租税犯の一般刑法犯に対する特殊性が強調された時代を経て、板倉宏が、近代資本主義国家における納税義務の本質と納税者の均衡負担利益の侵害とを基礎に租税犯の反倫理性を基礎づけ、「国家的法益たる課税権」と位置づけたことを先駆として、<sup>(13)</sup> 法益の実質的な理解に向けて、これまで様々な理解が示されてきた。<sup>(14)</sup> 表現の相違が論者により把握される法益の内実はどう影響するかは必ずしも明らかではないものの、例えば、「申告納税制度の維持」と捉える見解、<sup>(15)</sup> 「国の課税権」すなわち「国が租税債権を確定するために適正な課税処分をする権利」と捉える見解、<sup>(16)</sup> 「一方で国庫収入を保護法益とするが、他方で申告納税制度自体をも保護法益とする」と捉える見解、<sup>(17)</sup> 「租税債権という国家の財産権を侵害する犯罪」であり、「本質的に財産犯である」とする見解、<sup>(18)</sup> 「直接的には当該租税債権であるが、間接的には、一般的な申告納税制度である」とする見解、<sup>(19)</sup> 「適切な時期に完全な租税の収入総額を確保することに関する公の利益」と捉える見解、<sup>(20)</sup> 「租税債権が法の期待どおりに実現すること」と捉える見解、<sup>(21)</sup> などである。

ところで、虚偽不申告等ほ脱犯を含めた租税犯罪は、租税制度を前提とすることで観念される犯罪であり、個々の罰則規定は制度的法益の保護と結び付いており、その保護法益は、大なり小なり、租税制度の維持と関係している。制度的な法益については、その理解が抽象的なものとなることは否定できないとしても、制度の妥当性を前提として、制度に関するどのような利益・機能を保護するものなのか、法益の内実を具体化することが求められる。その際、法



益を段階的または多元的に捉えることは、法益相互の関係をどのように理解するか、段階的・多元的に捉えられる複数の法益が同時に侵害・危殆化されないと可罰性が肯定されないのはなぜか、法定刑の重さはそれぞれと法益とどう相関するのか、といった問題を生じさせ、罰則規定の意義を曖昧なものにしかねない。<sup>(22)</sup> 法益を一元的に把握するとともに、その内実を具体化することにより、法益としての妥当性と規制する行為（可罰的とされる行為）の妥当性の如何について、刑法典を中心としてその妥当性が承認されている罰則規定と比較検証可能なものとする必要がある。<sup>(23)</sup>

このようにみると、「租税債権が法の期待どおりに実現すること」、「適切な時期に完全な租税の収入総額を確保することに關する公の利益」、「国の課税権」<sup>(24)</sup> といった理解の下で把握される法益には、租税債権それ自体、租税債権の実現に向けた税務当局の手続き的利益、申告納税制度に対する納税者の信頼（納税者は申告納税制度の趣旨を理解し、正しく納税義務を尽くしているということへの信頼）など、細分化可能な複数の法益が多元的に含まれ得るといえる。換言すれば、「租税債権が法の期待どおりに実現すること」、「適切な時期に完全な租税の収入総額を確保すること」に關する公の利益」として捉えられる法益は、租税法罰則の總体的法益、つまり、租税罰則全体が保護しようとする法益と解することも可能であり、それゆえ、租税法罰則の總体的法益をこのように捉えつつも、個々の罰則の保護法益については、さらなる細分化、具体化が求められよう。<sup>(25)</sup>

(二) さて、虚偽不申告等ほ脱犯は「税を免れた」ことを成立要件としてしているのであるから、虚偽不申告等ほ脱犯が「免れた」税との関係で把握される租税債権を保護法益とすることは確かであろう。そして、その罪質は、行為態様に限定のある侵害犯<sup>(26)</sup>と解される。そのうえで、所得秘匿工作が租税債権の侵害ないし危殆化との関係でいかなる意義

を有するかが問われる必要がある。

所得秘匿工作と租税債権の侵害・危殆化との関係について、例えば、野村稔は、所得秘匿工作は不申告の租税ほ脱の危険性を高めるものとして不申告の実行行為性を根拠づける機能をもつとし、単純不申告は租税債権との関係では抽象的危険犯であるに過ぎず、ほ脱結果とは直接的因果関係をもたず虚偽不申告ほ脱犯の実行行為とはなり得ないが、所得秘匿工作が行われた状況での不作為はほ脱の具体的危険性を有し、ほ脱結果と直接的因果関係に立つものと考えられる<sup>(28)</sup>。また、朝山芳史は、ほ脱犯を租税債権に対する危険犯<sup>(29)</sup>と捉える観点から、「偽りその他不正の行為」を、租税債権を侵害する具体的危険を発生させる行為と捉え、以下のように述べている<sup>(30)</sup>。すなわち、事前の所得秘匿行為は、ほ脱犯という「危険犯における危険が発生する前の段階での危険を発生する一種の予備行為」とみることができ、税務署の担当者が正しい税額を調査することを困難にする行為である。所得秘匿行為は、租税債権を侵害する危険をもたらす可能性を有しているが、所得秘匿行為の段階では、その危険は「抽象的危険」<sup>(31)</sup>にとどまっており、それは、虚偽過少申告の段階に至ると、具体的危険へと転化し、租税を免れるという結果の発生をもたらす。そのうえで、朝山は、所得秘匿行為は法益侵害の危険性を相当程度有する予備行為であるから立法論としては処罰することも可能であるが、現行法は、「申告制度と結び付いた危険」を処罰の対象とするにとどめているため、これと直接結び付くとは限らない事前の所得秘匿行為は不可罰とされている、との理解を示している。さらに、小田原卓也も、「違法性の強い行為に限定されている」として、「ほ脱犯は、国の租税債権や申告納税制度を侵害する行為の中でも、行為や手段において特に反倫理的・反社会的なものを処罰の対象としており、結果の無価値性のみならず行為の無価値性が違法性判断の基準となる」<sup>(32)</sup>とし、「所得秘匿工作は、税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難にさせる構成要

件的状況を作成するもの」としたうえで、「所得秘匿工作により構成要件の状況が存在する場合には、不申告は、ほ脱結果発生の特段の危険を惹起する行為となる」とし、そのように解することにより、所得秘匿工作の実行行為性を否定しつつ、その構成要件要素性を肯定することができるとしている<sup>(33)</sup>。

たしかに、所得秘匿工作が租税債権という法益に対する侵害・危殆化を高める要素であるとするれば、虚偽不申告等ほ脱犯は、過少申告・不申告という租税債権に向けられた行為のうち、所得秘匿工作という、租税債権の侵害・危殆化をもたらす、より違法性の高い行為を処罰するもの、という理解が可能になろう。しかし、申告納税制度のもとでは納税者の申告に基づいて税額が確定し（税通一六条一項一号）、法定納期限の経過をもつて「税を免れた」という結果が生じるという理解を前提とするならば（税通三五条一項<sup>(34)</sup>）、所得秘匿工作は、不申告または過少申告によつて「免れた」税との間では、法益関連性を有しないと思われる<sup>(35)</sup>。所得秘匿工作を行い不申告・過少申告を行う場合と所得秘匿工作を行わずに不申告・過少申告を行う場合とにおいて、「税を免れた」時点において免れた税額に相違はなく<sup>(36)</sup>、例えば、三億の所得がある場合において、二億について所得秘匿工作を行い、その後二億を申告した場合、ほ脱した額を一億と解するのであれば、ほ脱結果と因果性を有する行為は、二億について所得秘匿工作を行った行為ではなく、一億過少に申告した行為といわざるを得ない<sup>(37)</sup>。「税を免れた」の要件は法定納期限の経過によつて充足されるのであるから、ほ脱結果との関係で租税債権を侵害ないし危殆化する行為は、所得を秘匿する行為（所得秘匿工作）ではなく、申告しない行為および過少申告行為それ自体と捉えられることになろう<sup>(38)</sup>。

要するに、所得秘匿工作は、「税務調査を著しく困難にする」（東京高判平成二・一〇・一刑集四八巻六号三四一頁）、「税務当局による所得の把握を困難にさせる」（最決平成六・九・一三刑集四八巻六号二八九頁）行為であつて、「ほ脱の既

遂後にその違法状態を修正することを困難にさせるに過ぎない<sup>(39)</sup>」のであり、事後的な調査により正確な税の賦課がなされた場合でも、虚偽不申告等ほ脱犯が成立することには変わりがない<sup>(40)</sup>。その意味で、所得秘匿工作は、申告期限後に行われる税務調査に備えるための証拠隠滅行為という意味を有する行為であり、ほ脱結果と因果性をもたないといえる<sup>(41)</sup>。

(三) 他方、川口政明は、包括説を妥当であるとしつつ、「申告による確定」の後に税務当局による「調査による確定」の手続きが控えていることを踏まえ、「申告を怠る行為」のみならず「調査を偽る行為」も「税を免れる行為」としてほ脱犯の実行行為であるとする。そして、「申告による確定」と「調査による確定」という二つの手続きは、ある時点を境として前者から後者に移行するいうものではなく、同時点において併存するものであるとして、以下のように述べている。すなわち、「申告による確定」に対しては、全部又は一部を申告しないという不作為が税を免れる行為であり、「調査による確定」に対しては、例えば、虚偽過少申告を捨て調査の発動を妨げる行為が税を免れる行為となる。そして、事前の所得秘匿工作は「調査による確定」に対し税を免れる行為である。虚偽過少申告ほ脱犯については、一つの行為の中に「申告を怠る行為」と「調査を偽る行為」の二種類の「税を免れる行為」を含まれており、正当税額を申告しないという不作為の部分が「申告による確定」に対して「税を免れる行為」であり、過少申告をしたという作為の部分が「調査による確定」に対して「税を免れる行為」である<sup>(42)</sup>。

しかし、このように解することにより「調査を偽る行為」を租税債権との関係で実行行為と捉えることができるかについては、「税を免れた」時期、すなわち、ほ脱犯の既遂時期との関係が問題となるように思われる。たしかに、



申告納税制度のもとでは、「納付すべき税額が納税者のする申告により確定することを原則」とするものの、「その申告がない場合又はその申告に係る税額の計算が国税に関する法律の規定に従っていなかった場合その他当該税額が税務署長又は税関長の調査したところと異なる場合」には、納付すべき税額は「税務署長又は税関長の処分により確定する」ことになる（税通一六条一項一号）。そして、事後的な調査により税額が確定することを踏まえ、法定納期限の経過によつては、未だ既遂に達していないと考えるのであれば、「調査を偽る行為」を「税を免れた」とことと因果関係を有する行為と解することは可能であろう。しかし、法定納期限の経過をもつて犯罪は成立するのであるから、法定納期限の経過をもつて成立する犯罪との関係で、その後の税務調査に向けられた所得秘匿行為が因果性を持つとは考えられない。法定納期限の経過をもつて「税を免れた」という結果が生じると解する判例の立場との整合性を前提とするならば、「調査を偽る行為」は、「納期を免れた」ことにより既遂となる法益侵害との関係では、因果性を持たず、実行行為性を肯定することはできないであろう。

（四） また、滝谷英幸は、ほ脱犯を考える際には、法定納期限において正しく納税がなされないことによる減収という「侵害犯」的側面と、除斥期間の経過による課税権の消滅という事態（「実害」）に向けた「危険犯」的側面の両方を意識する必要があるとして、法定納期限に「実害」発生を防ぐためには税務当局による捕捉に期待せざるを得ないが、所得秘匿工作の影響によりこれが奏功しないおそれがあるとして、「危険犯」的側面も法定納期限の経過時に認められる、としている。<sup>43</sup> この見解が、所得秘匿工作を法定納期限後の除斥期間の経過による課税権の消滅に向けられた行為と位置づけ、税務当局による捕捉を困難にし、「実害」発生 of 危険を高める行為として、「侵害犯」的側面とは

別の意義を与えようとする点は、注目に値すると思われる。しかし、法定納期限の経過をもって「税を免れた」と評価する限り、法益としては、課税権の実現に向けた収税官吏の利益は、「免れた」税との関係で捉えられる租税債権そのものとは別の位置づけを与えられるべきであろう。

(五) 以上、要するに、法定納期限の経過をもって「税を免れた」という要件を充足すると解するならば、ほ脱結果と因果性を持つ行為は、あくまで不申告・過少申告であり、所得秘匿工作は、ほ脱結果との関係で法益侵害性を基礎づけた高めたりするものではないと解されよう。所得秘匿工作は、税務当局による所得の把握と税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難にさせる状況を作出することにより、「税を免れた」という結果が生じた後の、税額の確定に向けた税務当局による更正（税通二四条）・決定（税通二五条）の手続きを妨げる行為であり、税の賦課徴収に向けた税務当局の手続き的利益を侵害するものと捉えられよう。<sup>44</sup> 所得秘匿工作を伴う不申告とこれを伴わない不申告において、違いがあるのは、法定納期限の経過により「税を免れた」後に、つまり、既遂結果が生じた後に予定される税務当局による税額の確定に向けた手続きを侵害する程度であり、<sup>45</sup> このような手続き的利益と法定納期限の経過により生じるほ脱結果との関係で捉えられる法益としての租税債権とは区別されねばならない。結局、虚偽不申告等ほ脱犯は、租税債権と法定納期限の経過後に租税官庁による税額の確定に向けた手続き的利益を複合的に保護していると解することになるように思われる。

もとより、先に述べた保護法益の一元的把握という観点からは、虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益も、租税債権として一元的に把握することが望ましいといえる。しかし、所得秘匿工作を租税債権の侵害・危殆化と結びつけて理解し



ようにすれば、「税を免れた」の意義を、納税義務の履行ではなく、税務当局による二次的な税額の確定との関係で捉え、法定納期限を経過した段階では未だ「税を免れた」とはいえず、税務当局による更正・決定の手続きを経て税額が確定してはじめて「税を免れた」ということになると思われる。そうだとすると、法定申告期限から五年を経過しないと「税を免れた」とはいえないということにもなりかねず（税通七〇条参照）、支持できないであろう。<sup>(46)</sup> そもそも、虚偽不申告等ほ脱犯については、賦課課税方式のもとでの規定形式を申告納税方式においてそのまま維持したことから、申告納税制度のもとでは「税を免れた」という結果と因果性を持たない行為を成立要件に取り込まざるを得なくなった、という事情も無視できないであろう。<sup>(47)</sup> それゆえ、立法論的見地からは、租税債権に対する犯罪類型と税務当局の更正・決定に向けた手続き的利益に対する犯罪類型とに分離したうえで、法定刑の重さも含め、それぞれの罰則規定としての妥当性を検討することが求められると思われる。<sup>(48)</sup> しかし、現行規定の解釈論としては、虚偽不申告等ほ脱犯は、租税債権という財産的利益と税務当局の更正・決定に向けた手続き的利益とを複合的に保護していると解さざるを得ないように思われる。

## ②虚偽不申告等ほ脱犯の実行行為

(一) このような理解に基づくならば、虚偽不申告等ほ脱犯の実行行為について、所得秘匿工作も実行行為の一部を構成すると解すべきように思われる。

虚偽不申告等ほ脱犯の実行行為をどのように理解するかについて、これまで、事前の所得秘匿工作が実行行為であるとする見解<sup>(49)</sup>、不申告、過少申告が実行行為であるとする見解（純粹制限説）<sup>(50)</sup>、事前の所得秘匿工作と不申告、過少申

告の双方が実行行為であるとする見解（包括説）<sup>(51)</sup>、虚偽不申告通脱罪については、事前の所得秘匿工作と不申告とがともに実行行為であるが、虚偽過少申告通脱罪については、事前の所得秘匿工作は予備行為に過ぎず、過少申告自体が実行行為であるとする見解（制限説）<sup>(52)</sup>が、それぞれ主張されてきた。見解の対立点は、主として、所得秘匿行為を虚偽不申告ほ脱犯の実行行為と捉えるかどうかにあるといえる。既に検討したように、判例は、純粹制限説に立っているといえる。

(二) このうち、包括説に対しては、事前の所得秘匿行為による所得秘匿額と過少申告による所得秘匿額に差異がある場合、過少申告による秘匿額をもって脱税額の計算がなされるとすれば、所得秘匿工作を実行行為と解することはできない、という批判がなされてきた<sup>(53)</sup>。そして、純粹制限説を支持する立場からは、虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益を租税債権と解するのであれば、申告納税制度のもとでは納税者の申告に基づき税額が確定するのであるから（税通一六条）、申告納税制度において租税債権を侵害ないしその危険を惹起する行為は申告行為（過少申告ないし不申告）であり、さらに、ほ脱結果との関係でも、秘匿された税額ではなく、免れた税額がほ脱結果となるのであるから、虚偽不申告ほ脱犯においてほ脱結果に対して直接的な因果関係をもつ実行行為は、所得秘匿工作ではなく不申告それ自体であり、虚偽過少申告ほ脱犯においても、正当税額よりも少額を申告する行為すなわち過少申告が実行行為であると主張される<sup>(54)</sup>。

たしかに、虚偽不申告等ほ脱犯の保護法益を租税債権と一元的に捉えるのであれば、このような批判は妥当すると言えよう。しかし、所得秘匿工作の意義を法定納期限経過後の税務官庁による更正・決定の手続きを妨げ、税務当局

による税額の確定を妨げる行為と位置づけ、そのような利益を租税債権とは異なる固有の保護法益と解するならば、「税を免れた」という結果との間に因果関係を有する行為を過少申告ないし不申告それ自体と捉えつつ、虚偽不申告ほ脱犯において、所得秘匿工作も実行行為の一部であると解することは可能と思われる。私見は、この意味において、包括説が妥当であると考ええる。

(三) なお、包括説に対しては、所得秘匿工作の時点では脱の故意がなく後にほ脱の故意を生じた場合や、共犯関係にない他人が行った所得秘匿工作の結果を納税者が利用した場合、ほ脱犯の成立が認められなくなるとの問題が指摘されている<sup>(56)</sup>。この点について、前者については、不申告・過少申告と所得秘匿工作とは、異なる法益に向けられた行為であり、先後関係は問わないと解されるから、虚偽不申告等ほ脱犯の成立を肯定できると思われる<sup>(57)</sup>。これに対し、後者については、単独正犯の場合には構成要件該当行為のすべてを行為者が行う必要があるので、虚偽不申告等ほ脱犯の成立は認められないこととなろう。また、虚偽不申告ほ脱犯については、所得秘匿工作について故意が必要と解されるので<sup>(58)</sup>、所得秘匿工作の故意なく、計算ミスなどによって所得秘匿工作と同じ状況が生じた場合に、それを利用して申告をしなかったときは、単純不申告ほ脱犯を構成し、虚偽不申告ほ脱犯は成立しないと解される。他方、過少申告については、過少な額を記載する行為が所得秘匿工作と評価されるので、記載行為に先行する所得秘匿工作に故意がない場合でも、記載行為時に額の過少性を認識していれば、虚偽過少申告ほ脱犯が成立すると解される。

#### 四 単純不申告犯、単純不申告ほ脱犯、虚偽不申告等ほ脱犯の相互関係

三で検討したように、虚偽不申告等ほ脱犯は、法定納期限の経過により「税を免れた」という要件のもとで把握される租税債権という法益とともに、法定納期限後において税務官庁が更正・決定の手続きを経て税額を確定する租税官庁の手続き的利益という法益を複合的に保護している犯罪類型と解すべきである。

さて、冒頭で述べたように、平成二二年改正により創設された単純不申告ほ脱犯が新設された。悪質性の高い不申告に対処し処罰の間隙を埋めるものと評価されているが、本稿のこれまでの検討を踏まえ、単純不申告犯、単純不申告ほ脱犯、虚偽不申告等ほ脱犯の相互関係をどのように捉えるべきか。

##### ① 単純不申告犯と虚偽不申告等ほ脱犯の関係

まず、単純不申告ほ脱犯の創設が単純不申告犯と虚偽不申告等ほ脱犯との関係理解に与えた意義について確認しておこう。

単純不申告ほ脱犯が創設される前、単純不申告犯と虚偽不申告ほ脱犯との関係をどのように理解するかについて、単純不申告犯をほ脱犯の補充類型とする見方と特別類型とする見方とがであるとされていた。<sup>59</sup> 前者は、単純不申告ほ脱犯を構成しないとの理解を前提に、単純不申告犯をして、単なる不申告のみで処罰するほ脱犯の補充規定と捉える。これに対し、後者は、単純不申告もほ脱犯を構成するとしつつ、単純不申告の場合を特に軽く処罰するのが単純不申告犯であると捉える。既に見たように、判例は、所得秘匿工作を伴わない単純不申告は「不正の行為」にあたらず、

所得秘匿工作を伴う不申告のみが「不正の行為」にあたるのであるから、判例の理解は補充規定とする理解に整合的であると言えよう。

もつとも、単純不申告についても、法定納期限の経過により、理論的には「税を免れた」という結果は生じるのであるから、租税債権の侵害ないし危殆化つまり租税請求権の正常な行使を阻害する危険の創出という点では、単純不申告犯にもこれを肯定することができる<sup>(60)</sup>。単純不申告の当罰性について、過少申告と不申告とを比較した場合、「過少申告の場合、税務当局は、提出された申告書記載の内容を前提にして売上・収入の一部の除外事実又は経費の架空性を立証することで十分な場合が多いが、不申告の場合には、所得秘匿工作の有無にかかわらず、プラスの所得・税額が存在を示すために売上・収入と経費の全科目を立証しなければならない<sup>(61)</sup>」として、その大きさを指摘する見解も主張されている。その意味で、ほ脱犯の保護法益を租税債権と解するならば、単純な不申告ではほ脱犯を構成しないということ自体、理由がないことになる<sup>(62)</sup>。それゆえ、単純不申告ほ脱犯が新設される前であれば、単純不申告も「不正の行為」にあたるとして「税を免れた」かどうかで単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯とを区別することにも合理性があったと思われる。しかし、単純不申告ほ脱犯が新設されたことにより、単純不申告を「不正の行為」と捉えると、単純不申告ほ脱犯と虚偽不申告ほ脱犯とが区別できなくなることから、単純不申告ほ脱犯が創設されたことにより、単純不申告を「不正の行為」と解する余地はなくなつたといえる。

## ② 単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯との関係

単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯とは、ともに、申告書を期限までに提出しないという不作為を実行行為とするも



のであり、「税を免れた」かどうかで区別される。そして、単純不申告犯が成立するのは、税を免れていないか、その点の認識を欠く場合に限られることとなる。<sup>63</sup> それゆえ、両罪の相互関係については、刑法における暴行罪と傷害罪との関係理解のように、単純不申告犯を未遂類型、単純不申告ほ脱犯を既遂類型と捉える見方と、単純不申告犯を基本犯、単純不申告ほ脱犯を結果的加重犯と位置づける見方とがあり得るように思われる。

このうち、両者を未遂犯・既遂犯の関係で捉えることについては、法定刑の相違が問題となる。未遂犯を刑の任意的減輕事由と位置づけ、既遂犯と同様の法定刑で処断することを可能とする刑法の立場を踏まえると、法定刑の著しい相違に鑑みれば、両者を未遂犯・既遂犯の関係で把握するのは難しいように思われる。もともと、所得の有無にかかわらず申告義務が規定されている租税については、<sup>64</sup> 暴行罪が傷害罪の未遂類型を含みつつも傷害の危険のない行為も暴行に含むように、単純不申告犯は、単純不申告ほ脱犯の未遂類型とともに、租税債権に対する危殆化を伴わない申告納税制度一般に向けられた行為（申告納税制度に対する形式犯）<sup>65</sup> も含むと捉えることも考えられよう。しかし、このような理解は、法人税法の単純不申告犯（法人税法一六〇条）には妥当しても、所得税法や相続税法の単純不申告犯（所得税法二四一条、相続税法六九条）には妥当しないであろう。

その意味では、納税義務と申告義務が一致する所得税法や相続税法については、単純不申告犯を基本犯と捉え、単純不申告ほ脱犯を単純不申告犯の結果的加重犯と捉えることも考えられる。しかし、申告義務があることを認識しつつもほ脱の故意はなかったという場合はほとんど考えられないと思われる<sup>66</sup>、単純不申告を租税債権に対する危害行為と捉えるならば、単純不申告犯に加重される法益を単純不申告ほ脱犯に観念できないように思われる。結局、ともに租税債権を危殆化する行為と捉えつつ、租税債権の侵害が生じたかその危険が生じたかによって区別されることに



なろう。そうだとすると、両者を基本犯と結果的加重犯の関係で捉えることも難しいであろう。

このようにみると、少なくとも所得税法や相続税法については、単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯との関係は、未遂類型・既遂類型と捉えるのが合理的であるように思われるし、現行規定のように、単純不申告犯の法定刑を単純不申告ほ脱犯に比して著しく低く設定することには理由がないように思われる。単純不申告犯の法定刑が低すぎるのか、単純不申告ほ脱犯の法定刑が重すぎるのかを問う必要があるように思われる。<sup>67)</sup>

### ③ 単純不申告ほ脱犯と虚偽不申告等ほ脱犯との関係

次に、単純不申告ほ脱犯と虚偽不申告等ほ脱犯とは、どのような関係になるか。

両罪は、「税を免れた」こととの関係では、租税債権を保護法益とする犯罪であると理解できよう。そのうえで、両者の違いは「偽りその他不正の行為」の有無であり、税務当局による所得の把握と税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難にさせる状況を作出したかどうかである。単純不申告ほ脱犯に対する虚偽不申告等ほ脱犯の加重処罰根拠は、もっぱらこの点に求められることになる。

そうすると、国税通則法一二八条が、更正請求書への虚偽記載（二項）、質問検査行使に対する不答弁や偽りの答弁等（二項）、物件の提示要求に応じず、偽りの記載をした帳簿書類を提出するなどする行為（三項）を、それぞれ一年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金に処していることに比して、法定刑の加重の幅が大きすぎないかが問われるように思われる。<sup>68)</sup> 虚偽不申告等ほ脱犯に対する法定刑の引き上げに際しては、他の経済犯罪の懲役刑の上限が一〇年以下とされているものが多いこととともに、詐欺罪の懲役刑の上限が一〇年以下であることが考慮されているが、<sup>69)</sup> 虚偽

不申告等ほ脱犯を詐欺罪のアナロジーで捉えることは困難であり、むしろ、単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯の法定刑の関係理解を前提に、単純不申告ほ脱犯及び国税通則法一二八条の法定刑との均衡が問題とされる必要があると思われる。

## 五 おわりに

最後に本稿の結論を整理しておく。

「偽りその他不正の行為」とは、虚偽不申告ほ脱犯においては所得秘匿工作を伴う不申告をいうが、虚偽過少申告ほ脱犯においては、確定申告書に「所得金額をことさらに過少に記載」する行為が事前の所得秘匿工作に対応する。その意味で、判例は虚偽過少申告ほ脱犯においても所得秘匿工作を要求していると解することは可能であり、また、その方が説明方法としても優れていると思われる<sup>(二)</sup>。

もともと、所得秘匿工作は、「税を免れた」ことと因果性を有する行為ではなく、ほ脱結果（法益としての租税債権）との関係で法益侵害性を基礎づけたり高めたりするものではない。ほ脱結果と因果性を持つ行為は、あくまで不申告・過少申告それ自体であり、所得秘匿工作は、税額の確定に向けた税務当局による更正・決定の手続きを妨げる行為であり、税の賦課徴収に向けた税務当局の手続き的利益を侵害する行為である。このような手続き的利益と、「税を免れた」ことにより侵害される租税債権とは、区別されねばならない。それゆえ、虚偽不申告等ほ脱犯は、法益の一元把握という観点からは問題があるものの、現行規定の解釈論としては、租税債権と税務当局による納税義務の

確定に向けた手続き的利益を複合的に保護していると解されることになる。そのうえで、虚偽不申告は脱犯の実行行為は所得秘匿工作と不申告、虚偽過少申告は脱犯の実行行為は過少に記載する行為と過少申告であると解される(三)。

単純不申告犯と単純不申告は脱犯との関係については、法人税のように所得の有無にかかわらず申告義務が規定されている租税については、単純不申告犯は、単純不申告は脱犯の未遂類型とともに、申告納税制度に対する形式犯も含むと捉えることも可能である。しかし、所得税法や相続税法のように納税義務と申告義務が一致する租税については、両者は法益を同じくする。そうだとすると、現行規定における単純不申告犯と単純不申告は脱犯の法定刑の著しい差には理由がないように思われる。他方、単純不申告は脱犯と虚偽不申告等は脱犯との関係については、両者の違いは税務当局による所得の把握と税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難にさせる状況を作出したかどうかに求められることになるが、そうだとすると、両罪間の法定刑の幅が大きすぎないかが問題とされる必要があると思われる(四)。

\*本稿は、科研費基盤研究(C) 課題番号21K01202による研究成果の一部である。

- (1) 期限前に過少申告を行い、税を免れる類型のほか、期限後に虚偽過少申告書、虚偽修正申告書を提出して税を免れる類型(期限後虚偽過少申告は脱犯、虚偽修正申告は脱犯)、税務職員の調査に対し虚偽答弁等の不正行為を行って税を免れる類型(税務調査不正工作は脱犯)があると思われる。羽瀧清司「租税は脱犯における故意」小林充ほか編『刑事事実認定(上)』(一九九二) 六八頁参照。

- (2) 小田原卓也「近年の租税罰則見直しと租税は脱犯の実行行為に関する一考察」税大ジャーナル二三号(二〇二三) 一六四頁。
- (3) 判例の展開について、香城敏磨「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和六三年度』三一九頁以下、芝原邦爾『経済刑法

研究（下）』（二〇〇五）八七一頁以下、大谷部光代「租税法における逋脱犯の実行行為の実体」専修法研論集三一（二〇〇二）六頁以下参照。

（4）小島建彦「租税法」伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法第五卷経済法編Ⅱ』（一九八四）一七頁、芝原・前掲注（3）八五五頁、小田原・前掲注（2）一六八頁参照。これについては、「偽りその他不正の行為」と「税を免れ」る行為とを区別し、実行行為を記述する法文を「税を免れた」に求める反対説がある。寺西輝泰「『偽りその他不正の行為』とは脱の結果」ひろば三五巻一号（一九八二）五四頁、川口政明「租税ほ脱犯の実行行為」ひろば三五巻二号（一九八二）五五頁、渡辺咲子「不法な所得の不申告と租税ほ脱犯」警論四四巻八号（一九九二）五七頁、大谷部・前掲注（3）四三頁。もつとも、虚偽不申告ほ脱犯の成立要件として所得秘匿工作と不申告の双方が必要であるとする点では、両者は異ならない。

（5）板倉宏「判批」『昭和四八年度重要判例解説』（一九七四）一四九頁参照。

（6）事案は、過少申告事案と所得秘匿工作をしたうえで会社臨時特別税確定申告書を提出しなかつた不申告事案の二つからなり、不申告事案に関する判示では、「所得秘匿工作を伴う不申告の行為」が「偽りその他不正の行為」に当たるとして、単純不申告は「偽りその他不正の行為」にあたらない旨を判示している。

（7）そのうえで、虚偽不申告ほ脱犯の実行行為は不申告それ自体であり、事前の所得秘匿工作は実行行為の一部ではなく、「当該不申告行為が『所得秘匿工作を伴う』という状況の下においてのみ、当該不申告行為が逋脱犯の実行行為としての定型性を帯びる」（東京高判平成三・一〇・一四判時一四〇六号一二三頁）として、事前の所得秘匿工作を「構成要件的状况」と解している。

（8）板倉・前掲注（5）一四八頁、同「判批」ジュリ五五四号（一九七四）一一八頁参照。所得秘匿工作を伴わない過少申告は虚偽過少申告逋脱罪を構成しないと見る見解として、浅田和茂「青色申告承認の取消と逋脱罪の成否」大阪市立大学法学雑誌三六巻三・四号（一九九〇）三五九頁。

（9）例えば、香城・前掲注（3）三三四頁参照。

（10）大谷部・前掲注（3）二六頁、小田原・前掲注（2）一六七頁参照。小田原は、昭和四八年判決について、「申告書を提出す

る行為のみに着目して虚偽過少申告は脱犯を成立させているのではなく、申告に先立つ虚偽過少の申告書の作成行為とそれを提出する申告行為を一体として『過少申告行為』という言葉で表している」とし、「虚偽内容の申告書を作成する行為と、二重帳簿の作成等の所得秘匿工作は、真実の所得を秘匿する点で全く同じ」であり、むしろ、「虚偽内容の申告書を作成することは、所得を秘匿する工作としてより直接的である」としている。

(11) 「ことさらに」の意義について、松澤智「通脱犯の訴追・公判をめぐる諸問題」租税九号（一九八二）六二頁は、「所得秘匿行為を伴わない虚偽過少申告においては、故意の内容として未必の故意では足りず、更に、過少申告それ自体において直ちに不正の行為となるのではなく、外形的にみて不正行為とみられる要素がそれに伴って必要である」としている。下級審裁判例として、東京地判昭和五五・二・二九判タ四二六号二〇九頁。

(12) 少なくとも、現行規定の解釈としては、所得秘匿工作を伴う過少申告とこれを伴わない過少申告とを区別する必要はないということになる。

(13) 板倉宏『租税刑法の基本問題（増補）』（一九六六）八五頁以下。

(14) 虚偽不申告等は脱犯の保護法益に関する近似の包括的な研究として、中村邦義「租税通脱罪の保護法益についての一考察」法学新報一二三巻九・一〇号（二〇一七）七四七頁以下。

(15) 松沢智『租税処罰法』（一九九九）一四頁。なお、松澤・前掲注(11)六一頁は、「適正な申告納税制度の確立」としている。松澤は、国家の課徴税権の侵害に対する損害賠償であるとする考え方を「国庫説」と名付け、これに対し、適正な申告納税制度を確立し刑事犯としての責任主義を基調とする考え方を「責任説」と名付けたうえで、自説を展開している。

(16) 小島建彦「直税法違反事件の研究」司法研究報告書二四輯二号（一九七九）四八頁、安達敏男「直接国税は脱事件の総合的検討（一）」司法研修所論集一九九四—I（一九九四）一〇一頁、芝原・前掲注(3)八五三頁。なお、小暮得雄ほか編著『刑法講義各論—現代型犯罪の体系的位づけ—』（一九八八）五九五頁（神山敏雄）は、酒を密造する場合など、厳格な租税請求権が発生しない段階でも租税収入の確保を侵害する場合もあり得るとして、租税収入の確保を法益とすべきとしている。

(17) 野村稔『経済刑法の論点』（二〇〇二）一七四頁



- (18) 佐藤英明『脱税と制裁（増補版）』（二〇一八）二八六頁。
- (19) 朝山芳史「租税ほ脱犯の罪質について―詐欺罪との比較を中心として―」『植村立郎判事退官記念論文集・現代刑事法の諸問題（第一巻第一編理論編・少年法編）』（二〇一一）二一五頁。
- (20) 中村・前掲注(14)七五八頁。
- (21) 小田原・前掲注(2)一五七頁。
- (22) 経済刑法の法益理解における段階的法益論、多元的法益論の意義と問題点について、拙稿「経済刑法の保護法益について―制度依存型経済犯罪における制度的法益と個人的法益の関係―」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑧』（二〇一五）一一一頁以下。
- (23) 刑法典の犯罪類型と特別刑法罰則の比較の必要性について、斉藤豊治ほか編『新経済刑法入門（第三版）』（二〇二〇）一八頁〔斉藤豊治〕参照。
- (24) 課税権の内実について、佐藤・前掲注(18)二八二頁以下参照。
- (25) 租税犯罪のような技術的性格が強い犯罪類型において、保護法益論のような抽象論に解釈論上大きな意味を担わせることへの懸念（島田聡一郎「租税犯罪」山口厚編『経済刑法』（二〇一二）一五八頁以下）もあるとはいえ、個々の罰則の意義や妥当性を立法論的視点も含め理論的に検証するための共通言語としては、法益に代わる有効な概念・枠組みがないのも確かであるように思われる。
- (26) 危険犯と捉える見解として、朝山・前掲注(19)二〇七頁。
- (27) 野村・前掲注(17)一七五頁。
- (28) 野村・前掲注(17)一七八頁。
- (29) 朝山・前掲注(19)二〇七頁は、法定納期限の徒過によってほ脱犯は既遂に達すると解する納期説の考え方に依りつつ、法定納期限までに納税義務を履行しなかったことにより「租税債務の免除や猶予、あるいは時効消滅といった法的効果又は経済的利益をもたらすものではないから、租税債権自体を法的あるいは経済的に損なうものとはいえない。それは、単に、租税収



入が減少する恐れのある状態をもたらし、租税債権の実現を危うくしたことを言い換えたにすぎないものである」として、『税を免れた』とは、行政法的には、納税義務を履行しなかったことを意味するが、刑法上は、危険犯における危険が発生したことを意味すると解される」としている。さらに、二〇九頁。しかし、中村・前掲注(14)七五一頁が指摘するように、いわゆる二項犯罪については、事実上支払いを免れ、猶予されることで「財産上の利益」を得たと評価されるのであり、その点でほ脱犯の「税を免れた」も同様であると思われる。

(30) 朝山・前掲注(19)二一〇頁以下。

(31) 朝山・前掲注(19)二二一頁は、ここでいう「抽象的危険」を『税を免れた』という危険より抽象的なレベルのものを指し、法律が処罰の対象としている具体的危険に至る前段階の危険という程度の意味である」としている。

(32) 小田原・前掲注(2)一五八頁。

(33) 小田原・前掲注(2)一六六頁。

(34) 小田原・前掲注(2)一六四頁参照。

(35) 寺西・前掲注(4)五四頁、佐藤英明「判批」警研六一卷五号(一九九〇)五五頁。なお、大谷部・前掲注(3)一九頁は、単純不申告はほ脱の危険性が低いとし、所得秘匿工作を伴わなければほ脱犯としての当罰性を認めないが、疑問である。

(36) 佐藤・前掲注(36)五四頁。最決平成一四・一〇・一五刑集五六卷八号五二二頁。

(37) 香城・前掲注(3)三二七頁参照。

(38) 小田原・前掲注(2)一六四頁。その意味では、実行行為を記述する法文を「税を免れた」に求める見解は正鵠を射ているように思われる。前掲注(4)の文献を参照。

(39) 小田原・前掲注(2)一六六頁。大谷部・前掲注(3)四五頁。

(40) 松澤・前掲注(11)六三頁。

(41) 上田廣一「判批」研修五二九号(一九九二)二七頁参照。

(42) 川口・前掲注(4)五六頁。

(43) 滝谷英幸「租税逋脱犯における『偽りその他不正の行為』について」早稲田大学大学院法研論集一六三号（二〇一七）一四八頁以下。

(44) 小田原・前掲注(2)一六六頁参照。なお、大谷部・前掲注(3)三二頁は、過少申告については単なる過少申告という概念がない、としている。もつとも、過少申告がすべて、昭和四二年判決がいう「税の賦課徴収を不能もしくは著しく困難ならしめるようななんらかの偽計その他の工作」に該当し、虚偽過少申告は脱犯を構成すると解すべきかについては、昭和四八年判決に対する板倉の懸念（板倉・前掲注(5)一四九頁）に耳を傾ける必要がある。

(45) 税務当局による所得の把握を困難にする程度について、島田・前掲注(26)一六六頁は、いったん税務調査がなされた後にについては、所得秘匿工作を伴わない過少申告と単純無申告とで典型的危険性に差異はなく、また、過少申告と所得秘匿工作を伴う無申告が同一の構成要件に該当する以上、後者において要求される所得秘匿工作の内容も前者と同程度の危険増加を基礎づけるものであれば足りるはずであり、それほど高度の危険増加は要求されないはずであるとして、税の賦課・徴収を「著しく」困難にする必要はなく、平成六年決定のいうように、「困難に」すれば足りるとしている。

(46) 堀田力「租税ほ脱犯をめぐる諸問題（二）」曹時三二巻二号（一九七〇）三五頁は、ほ脱犯の法益は租税債務が法の期待どおり履行されることにあり、租税債権の確定は租税債権実現のための要件いすぎないから、ほ脱結果の発生を租税債権の不確定に求めるのは理論的ではなく、その不実現という実害に求めるべきであるとしているが、正当な指摘であると思われる。

(47) それゆえ、申告納税制度のもとでの虚偽不申告等は脱犯を刑法の詐欺罪のアナロジーで捉えることは困難であるといえよう。この点について、京藤哲久「判批」『租税判例百選（第四版）』（二〇〇五）二三九頁、朝山・前掲注(19)一一〇頁参照。詐欺罪との同質性を指摘するものとして、金子宏『租税法（第三三版）』（二〇一九）一一二頁、佐藤・前掲注(18)二八六頁。(48) 税務当局の更正・決定に向けた手続き的利益に対する犯罪類型としての検証という観点では、国税通則法の虚偽答弁罪等との比較も必要となろう。

(49) 浅田・前掲注(8)三五九頁。浅田は自説を「逆の制限説」としている。

(50) 香城・前掲注(3)三二八頁以下、渡辺・前掲注(4)六〇頁、土本武司「判批」判評四〇四（判時一四二七）号

(一九九二) 二〇九頁。

(51) 堀田・前掲注(47)五二頁以下、川口・前掲注(4)五三頁以下、野村・前掲注(17)一七六頁。

(52) 田中二郎『租税法(第三版)』(一九九〇)四一二頁。さらに、河村澄夫「税法違反事件の研究」司法研究報告書四輯八号二三二頁以下。

(53) 河村・前掲注(50)二三二頁以下、香城・前掲注(3)三二七頁、芝原・前掲注(3)八七六頁参照。さらに、所得秘匿工作を  
実行行為と解すると、所得秘匿工作により免れようとした税額を明らかにする必要があることになりかねない。この点につ  
いて、堀田・前掲注(47)五〇頁参照。

(54) 小田原・前掲注(2)一六四頁以下参照。

(55) なお、渡辺・前掲注(4)六九頁は、「不申告は脱犯にいう不正工作は、…『不申告』という実行行為がなされた際の、申  
告納税制度を阻害し、徴税側における所得の把握・徴税の実施を困難ならしめる『状況』をいうものであって、その発生時期  
は、所得を形成する収入発生の前後、申告期限の前後を問わない、と解すべきであろう」としている。このような理解は、本  
稿で言う意味での包括説の立場からはきわめて妥当と思われるが、消火妨害罪について、消火器等を隠匿・損壊した後に火災  
が生じても消火妨害罪の成立は認められないように、行為の状況と解するのであれば、不申告が成立する時点で所得秘匿行為  
が存在することが求められるように思われる。この点について、大谷部・前掲注(3)五八頁。

(56) 例えば、滝谷・前掲注(43)一五八頁参照。後者については、所得秘匿行為を、納税義務を基礎づける先行行為と捉えた場  
合にも、同様の問題が生じる。この点について、島田・前掲注(26)一七二頁参照。

(57) 京藤・前掲注(47)二三九頁は、所得秘匿工作を伴う不申告のみが虚偽不申告は脱犯を構成するのは、所得秘匿工作の結果  
として脱結果が生じるという因果関係が必要だからではないとして、所得秘匿工作は不申告以前のものである必要はなく、  
少なくとも、不申告と同時にあってもかまわない、としている。なお、過少申告については、過少に記載する行為が先行する  
ので、順序が逆転することは考えられないことになろう。

(58) 故意の要否について、上寫一高「判批」『租税判例百選(第五版)』(二〇一一)二三五頁、京藤・前掲注(47)二三九頁、

島田・前掲注(26)一七四頁、國分進「ほ脱犯の実行行為及び主体」判タ一四五八号（二〇一九）一四頁参照。

(59) この点について、香城・前掲注(3)三二三頁。大谷部・前掲注(3)一二頁。

(60) 過少申告とは異なり単純不申告については所得の正確な捕捉が困難となる危険が認められないかについて、芝原・前掲注(3)八七七頁、島田・前掲注(26)一六六頁参照。大谷部・前掲注(3)一九頁は、事前の所得秘匿工作を伴わない不申告は法益侵害の危険性がないとする。

(61) 小田原・前掲注(2)一六二頁。

(62) 「単純不申告は、悪質とはいえない場合を含み、これを遁脱犯として処罰することにためらいを感じる」（香城・前掲注(3)三二五頁）という説明方法も、説得力において疑わしい。

(63) 島田・前掲注(26)一六三頁。

(64) 小田原・前掲注(2)一六九頁は、法人税法のように所得の有無にかかわらず申告義務が規定されているものもあることを踏まえ、申告義務があることは必ずしも課税所得の存在を意味しないとして、単純不申告罪は成立するが単純不申告ほ脱罪は不成立となる場合があるとする。

(65) 小田原・前掲注(2)一六九頁は、単純不申告犯を形式犯と捉えた上で、「広く申告納税制度一般を侵害するものと解すべきである」としている。

(66) 京藤・前掲注(47)二三九頁。

(67) 単純不申告犯の類型を廃止すべきとする見解として、中尾真和「単純無申告遁脱罪の処罰根拠に関する問題点——単純無申告罪との間における構成要件の重なり合い——」金沢星稜大学論集五四卷一号（二〇二〇）四〇頁。他方、単純不申告犯と単純不申告ほ脱犯との実質的な区別基準が示されていないとして、単純不申告ほ脱犯の新設を問題視する見解として、伊藤秀明「無申告遁脱犯の諸問題——主観重視による処罰拡大の危険性——」早稲田大学院法研論集一六二号（二〇一七）一頁以下。

(68) 所得秘匿工作に要求される危険性について、前掲注(45)参照。

(69) 大柳久幸・金澤節男「租税罰則・国税通則・国税徴収関係の改正」『平成二二年度税制改正の解説』六二五頁 (<https://>

[warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11122457/www.mof.go.jp/tax\\_policy/tax\\_reform/outline/fy2010/explanation/PDF/16\\_P621\\_644.pdf](http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11122457/www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2010/explanation/PDF/16_P621_644.pdf)

(70) 前掲注(48)参照。

租税は脱犯の罪質に関する一考察(神例)

一四三(二七五)





# 鍛錬馬競走における馬券の合法化について

——軍馬資源保護法の制定過程とともに——

末 澤 国 彦

## 一 はじめに

現行の競馬法（昭和二十三年法律第百五十八号）では、競馬を開催し、勝馬投票券（馬券）の発行が認められているのは、日本中央競馬会が主催する「中央競馬」と都道府県または指定市町村が主催する「地方競馬」という「一国二制度の競馬体制」<sup>①</sup>といわれる二元的体制が取られている。このような体制ができるきっかけとなったのが、昭和十四（一九三九）年に制定された軍馬資源保護法（昭和十四年法律第七十六号）の制定である。

この軍馬資源保護法は、昭和十二（一九三七）年以降、日中戦争が長期化、全面化していく中で軍馬の不足、脆弱

性、調教技術の未熟等が顕著となったため、戦時下における馬の統制強化を目的として、国家総動員法（昭和十三年法律第九百十九号）を受けて制定された法である。軍馬資源保護法は、民間で飼養されている民有馬を軍用保護馬に指定し、飼養費の助成を行う代わりに一定の鍛錬を実施するというものである。その鍛錬の成果を示す場として、これまで地方競馬規則（昭和二年農林内務省令）で地方長官の認可で開催されていた地方競馬（これは、優勝馬投票を行う的中者に景品券を発行した。）を廃止し、これを整理統合した形の鍛錬馬競走を実施することとした。そして、この鍛錬馬競走では「優等馬票」と呼ばれる馬券の発行を認めるというものであった。これまでの競馬は、旧競馬法（大正十二年法律第四十七号・以下競馬法とはこの法のことを指す。）によつて、昭和十一（一九三六）年の競馬法改正（昭和十一年法律第三十一号）で日本競馬会に統合された十一の競馬倶楽部に「公認競馬」という形で馬券発売を伴う競馬の専有開催権を認めていた。ところが、軍馬資源保護法における鍛錬馬競走における馬券の発行の合法化により、刑法の賭博及び富くじに関する罪に新たな例外規定が設けられることになったのである。

そこで、本稿では鍛錬馬競走における馬券の合法化の過程を軍馬資源保護法の制定過程で見られた議論を中心に検討を行うものである。馬券の合法化にあたり、軍馬確保の必要性・緊急性が大きなポイントになる。ここから、①公認競馬で必要とされる馬種や競走方法と軍馬として必要な馬種や競走方法には違いが見られるのか、②競馬法制定以前より馬券に反対の立場をとる者が多い貴族院をどのように納得させたのか、という二点が浮かび上がる。つまり、国策である軍馬の確保と国法である刑法にさらなる例外規定を認めることは可能なのか、認められるならばどのような条件が必要になるのかということが問題となる。

この軍馬資源保護法をめぐっては、制定直後に出された法の解説<sup>②</sup>のほか、陸軍と馬政との関連からの研究<sup>③</sup>、競馬と

いう収益事業の観点からの戦前戦後の連続性に関する研究がみられるが、馬券の合法化という観点に関する研究は皆無である。そこで、鍛錬馬競争における馬券の問題は、これまで行ってきた明治期の馬券黙許時代から現行刑法制定に伴う馬券の禁止<sup>(5)</sup>、競馬法の制定に伴う馬券の合法化の研究の延長線上にあるものであり、これらと同様の意義があるものと考えられる<sup>(7)</sup>。

## 二 軍馬資源保護法制定までの経緯

### (一) 馬政の変遷

日清・日露戦争において日本軍馬の劣悪性に直面した日本政府は、明治三十七（一九〇四）年四月、明治天皇の勅諭を受け、同年九月に臨時馬政調査会を設置し、三十年かけて馬匹を改良するという馬政第一次計画を立案した<sup>(8)</sup>。そして、馬匹改良の進捗状況を監督するため明治三十九（一九〇六）年五月、馬政局官制（明治三十九年勅令第二百一十一号）を公布し内閣総理大臣の管理下に馬政局を設けて長官・次官を配置した<sup>(10)</sup>。

馬政第一次計画は、第一期十八年と第二期十二年の二期からなっていた。明治三十九年から大正十二（一九二三）年までの第一期計画では、全国総馬数の約三分の一に対し血液の更新をはかることが目標とされた。その中には、競馬会の奨励など産馬事業の改良発展に資すべき諸般の施設の実施が含まれていた。大正十二年の競馬法の制定は、馬匹改良に必須の方法であるとして、馬事関係者の悲願が実現したものである。一方、馬政局は明治四十三（一九一〇）年勅令改正により陸軍省に移管され<sup>(11)</sup>、さらに大正十二年四月、おりからの軍縮の波に合わせて廃止された<sup>(12)</sup>。そして馬

政は、農商務省畜産局（大正十四（一九二五）年三月より農林省畜産局）に移管されることとなった。

大正十三（一九二四）年より開始された第二期計画では「産業上ノ施設及助長奨励ト相俟チテ馬ノ改良増殖ヲ図ルニ存シ其ノ方法ハ国防上及經濟上ノ基礎ニ立脚シテ持久力ノ大ニシテ用途ノ広キ馬ヲ得ルヲ主旨<sup>13</sup>」とした。そして、その第五項で「産馬ノ方針ハ馬ノ持久力ニ重キヲ置キ其ノ体格ハ中等体尺者ノ使用ニ適セシムルヲ標準トシ輓用型中間種ノ多数ヲ生産スルヲ主眼トス<sup>14</sup>」と規定し、アングロノルマン種を中心とした中間種を主体にした産馬の方針が立てられた。このことは「經濟産業の省庁である農商務省にとつては国防上の重要な馬匹、すなわち軍馬の改良もさることながら、馬産の振興も重要な課題であつた<sup>15</sup>」と言われるように幅広い馬産を目指したのであつた<sup>16</sup>。

一方、馬匹改良の柱の一つとされる競馬であるが、馬券の合法化以降「馬事思想の普及」という大義名分のもとに娯楽としての総合的な整備を実施するようになった。例えば、昭和七（一九三二）年、東京競馬倶楽部によつて東京優駿大競走（日本ダービー）が創設されるなど、各公認競馬倶楽部は次々に現代につながる大レースを創設するようになった。そして、スピードのある魅力あふれるレース開催を推進していった。ここで求められる馬匹は、軽種であるサラブレッド種が中心であり、中間種の生産を主眼とする国策とは矛盾するものとなつた。さらに、競馬の娯楽化が定着するにつれて、サラブレッドの購買価格が上昇するようになり、生産者も高く売れるサラブレッドをはじめとした軽種馬生産に重点を置くようになった。そのため、「ますますファンの要望に応えようとする開催者側と、自らの行いたい競馬がファンに否定された陸軍との相克<sup>17</sup>」が顕著になるようになった。

競馬を監督する農林省は、陸軍の要求に応えるべく競馬倶楽部側にいわゆる「三大要求」を常に行っていた。この「三大要求」とは、軍馬としての馬匹の育成・改良に必要な三要素であり、①アラブ系馬匹<sup>18</sup>の推奨、②繋駕競走<sup>19</sup>の推

奨、③速歩競走の推奨の三つであつた。これらの競走は、スピード競馬を望む競馬ファンにとっては、馬券の購買意欲をすぐ競走であり、当然の如く馬券の売り上げは伸びなかつた。<sup>(21)</sup>そのため、競馬倶楽部側にとっては陸軍からの意向を受けた農林省からの再三にわたる通牒は、頭の痛い問題であつた。

このような中、昭和六（一九三二）年九月、満州事変が勃発すると、軍馬は平時保管馬では間に合わず、民間飼養馬が徴発されて戦地に送られた。しかし、徴発馬の多くは問題が多く、消耗率は平時保管馬の九倍に達すると言われる有様であつた。その問題点は、①性質不良、共同作業に慣れていない、癖馬が多い、②栄養不良、体力が弱く疲労しやすい、③騎乗・輓曳・速歩・行軍をしていないので故障が多い、④野外繋養に慣れていないため感冒になりやすい、⑤馴致不良のため装蹄ができない、というものであつた。このようなことから陸軍は、民間徴発馬匹の改良の必要性を強く認識し、陸軍の意見を馬政に反映させるため、馬政に係る部署に陸軍軍人を送り込むことが必要となつた。<sup>(23)</sup>そして、昭和十一（一九三六）年七月、馬政局官制（昭和十一年勅令第六十四号）を定め、農林省の外局として馬政局を復活させた。<sup>(24)</sup>馬政局は、一般馬政を執行する中枢機関であるが、軍馬資源に関しては、陸軍省軍務局馬政課と緊密に連絡を保つことが要請された。また、馬政局の次長は農林大臣の奏請により他に本職のある陸軍将官の中から内閣で補し、事務官のうち六名は陸軍現役各兵科佐尉官から補すといったように陸軍の意向が強く反映されるような体制となつた。

そして昭和十一年、馬政第二次計画が三十年計画でスタートした。この馬政第二次計画は、第一期を昭和十一年から昭和二十（一九四五）年までの十箇年、第二期を昭和二十一（一九四六）年から昭和四十（一九六五）年までの二十箇年とし、「第一次計画ヲ承継シ国防上必要ナル有能馬特ニ有能乗輓馬ノ充実ヲ目標トシ産業上ノ基礎ニ立脚シ経済ノ



実情ニ即シテ適切ナル保護奨励ヲ行ヒ馬産経営ノ安定ヲ図リ馬ノ資源ヲ涵養充実セントス<sup>(25)</sup>」という目的で行われることとなった。この計画に基づき先述の馬政局の復活や昭和十一年五月の競馬法改正による競馬倶楽部の日本競馬会への統合<sup>(26)</sup>が行われた。また、昭和十二年八月には、馬の役種を乗馬、輓馬、重輓馬及び小格輓馬の四種に区分し地域的に役種区分に基づいた産馬方針を定めた。さらにこの計画は内地だけでなく朝鮮、台湾、樺太においても同様の方針を確立させるだけでなく、<sup>(27)</sup>満洲国馬産との連絡協調に努めることとした。

ところが、昭和十二年七月、日中戦争が勃発すると、内地より多数の馬が徴発され、戦地に送られたが、その多くは実戦に不向きな馬であることが指摘されるようになった。そこで陸軍省は、昭和十三（一九三八）年六月、「馬政ニ関スル要望事項」を農林省に提出した。<sup>(28)</sup>この中に「競馬ハ種馬又ハ軍馬タルベキ資格ヲ有スル馬ニ限り之ヲ出走セシメ最モ有効ニ軍馬資源ノ涵養ニ寄与セシムル如ク実施シ特ニ産馬ノ方針ニ基キ繊細菲薄ニシテ過悍ナル馬ノ生産ヲ誘致セシメサル如ク著意スルコト」という一文があり、日本競馬会が行うサラブレッド中心の競馬ではなく、軍馬として使用できる馬による競馬の必要性を訴えている。そして、この陸軍省の要望は、板垣征四郎陸軍大臣により閣議において国策として至急取り上げるべきと強く要望された。この陸軍省の要望を受けて、第二次馬政計画の改変が検討され、昭和十三年九月、内地馬政計画が策定され、第二次馬政計画は廃止<sup>(29)</sup>された。

内地馬政計画は、「有事ニ際シ軍馬ノ供給ヲ容易ナラシムルト共ニ努メテ産業ニ及ボス支障ヲ軽減シ広義国防上ノ要求ヲ充足スル為軍所要ノ有能馬特ニ戦列部隊所要ノ有能馬ヲ供給スルヲ主眼トシ<sup>(30)</sup>」と内地馬政は軍馬生産を第一義にすることを明確にした点が特徴である。このような馬政計画の転換と国家総動員法の制定を受けて制定されたのがいわゆる「馬政関係三法」と呼ばれる三つの法律である。これは軍馬資源保護法のほか、馬の種付事業を国家の独占



事業とする内容の種馬統制法（昭和十四年法律第七十五号）と戦争終了までの間、公認競馬の政府納付金を勝馬投票売上の八パーセントから十一・五パーセントに増加する内容の競馬法ノ臨時特例ニ関スル法律（昭和十四年法律第三十八号）の二つである。

## （二） 地方競馬の状況

軍馬資源保護法による鍛錬馬競争の実施によつて廃止された地方競馬について、その状況を簡単に見ておく必要がある。<sup>31</sup>

明治四十一年（一九〇八）年の馬券の禁止を受けて政府は、競馬規程（明治四十一年閣令第一号）<sup>32</sup>を制定し、競馬規程に適用競馬俱樂部に補助金を交付し、ここから賞金を出す形のいわゆる公認競馬で競馬の存続を図った。そして、明治四十三（一九一〇）年五月、競馬規程が改正（明治四十三年閣令第十号）され、その二十三条に「産牛馬組合法ニ依ル組合ハ本令ニ依ラス地方長官<sup>東京ニ在リテハ警視總監</sup>ノ許可ヲ得テ競馬ヲ行フコトヲ得<sup>33</sup>」という規定が新設された。この規定に基づき、政府は馬産地の競馬に奨励の賞金を与えた。これが地方競馬の始まりである。大正十（一九二一）年九月、競馬規程の改正（大正十年陸軍省令第二十二号）<sup>34</sup>により、地方競馬の主催者は、各地の畜産組合またはその連合会となった。その結果、地方競馬は全国各地にぞくぞくと設立された。

大正十二年の競馬法の制定により、日本の競馬は、「勝馬投票券を発売する競馬」競馬法による競馬」と「発売できない競馬」競馬規程による競馬」に区分されることになった。競馬法による競馬（公認競馬）は、着実に売り上げを伸ばしていったが、競馬規程による競馬（地方競馬）は、馬券の発売ができないため、経営の不振が続くことに

なった。そのような中、静岡県下の地方競馬で優勝投票を行いた中者に景品券を発行したことが問題となった。そこで、内務、農商務、司法の三省が合議した結果、差支えなしということが決定された。これを受けて地方競馬では景品福引付き競馬が各地で行われるようになった。この景品福引付き競馬は、人気を博し増加していったため、大正十四（一九二五）年以降、内務省警保局長、農林省畜産局長は連名で地方長官あてに依命通牒を発して取締に乗り出した。しかし、地方官憲の取締は緩いものであった。そこで政府は、競馬を厳正に行って射倖行為を取締り、競馬本来の目的を達成させるために昭和二（一九二七）年八月、地方競馬規則を公布し、<sup>35</sup>競馬規程を廃止した。

地方競馬規則は、①地方競馬を地方長官の許可制にする、②優勝馬投票を行い景品券を発行する競馬とそうでない競馬に分ける、③優勝馬投票券付き入場券は一人一枚の発行とし、景品券に表示する景品の価格の上限を設定、④優勝馬投票を行う競馬場の数の限定、などが主な内容である。つまり、優勝馬投票を行う競馬は、公認競馬に準じた一定の基準と手続により競馬を施行することを規定したのであった。そして地方競馬規則は、改正のたびに競馬場の増設が認められ、昭和十（一九三五）年には沖縄を除く全国に百十六か所設立されるに至った。<sup>36</sup>

このように、地方競馬が、各地で開催されるようになると優勝馬投票をめぐる弊害や不祥事が目立つようになった。それは、①優勝馬投票券付き入場券を一人に複数枚発行することの黙認、②景品券の換金、③馬主、騎手らによる不正行為（八百長）の発生、④私設馬券の発行（ノミ行為）の問題、⑤各道府県により施行方法や取締が異なるなどであった。これらの弊害に対して、帝国馬匹協会を中心に自主的な規制を行うことで改善を目指してきた。しかし、これらの弊害の発生の遠因として、地方競馬は省令で規制されている「準公認競馬」であることが問題とされ、地方競馬関係者を中心に地方競馬法制定へ向けて政府に対して働きかけをする動きが現れるようになった。

このような中、第二次馬政計画を改変する要望が陸軍から出され、政府もこれに応じた必要な改革を行おうとしていた。これに合わせるように、昭和十三年三月に馬券を伴う競馬の開催を含む軍用候補馬鍛錬法案が、議員立法で第七十三回帝国議会の衆議院に提出されている。<sup>37)</sup> この法案は、指定された軍用候補馬の能力検定や馬事思想普及のために畜産組合等に馬券発行を伴う競馬を認めさせるというものであった。つまり、地方競馬を軍用候補馬の能力検定競走に移行させるというものである。この法案は、衆議院では可決されたものの貴族院では審議未了で廃案になっている。しかし、この法案が軍馬資源保護法制定へ向けての下地になったことは言うまでもないことである。

### (三) 軍馬資源保護法の内容

軍馬資源保護法は、全三十五条と附則からなる法律であり、「馬政史上画期的なる法律と云ふべく所謂馬の徴兵検査であり、点呼であり又義務教育である」<sup>38)</sup>と言われている。

この法は、国防上特に必要とされる馬に対し、資質の向上を図り軍馬資源の充実を期し、有事の際に軍馬の取得を容易にさせることを目的としている(第一条)。そして、この目的のために民有馬を検定して軍用保護馬に指定し、その飼養管理を十分にさせるために飼養費を助成する(第二条、第四条)。また、軍用保護馬には一定の鍛錬を行わせて軍馬に必要な能力を充実させる(第五条)。鍛錬には普通鍛錬と鍛錬競技の二種類を置き(第六条)、普通鍛錬は地方長官の命令で実施された(第七条)。

鍛錬競技は、優等馬票を発行しないものと、発行するものの二種類に分け、優等馬票を発行するものを鍛錬馬競走と呼び、各種の規定を設けた。これは、第八条から第十一条にかけて次のように規定された。<sup>39)</sup>

第八条 鍛錬競技ハ命令ノ定ムル所ニ依リ北海道、府県、畜産組合連合会、畜産組合其ノ他政府ノ指定スル団体ヲシテ之ヲ行ハシム

鍛錬競技ニシテ優等馬ノ投票ニ関スル施設ヲ伴フモノ（以下鍛錬馬競走ト称ス）ヲ行フコトヲ得ル者ハ命令ヲ以テ定ムル畜産組合連合会又ハ道府県ノ区域ニ依ル畜産組合其ノ他政府ノ指定スル法人ニシテ鍛錬馬場ニ付政府ノ許可ヲ受ケタルモノニ限ル

鍛錬馬競走ヲ行フコトヲ得ル鍛錬馬場ノ数ハ一府県一箇所以内、北海道三箇所以内トス

鍛錬馬競走ノ施行ハ鍛錬馬場毎二年二回以内トシ其ノ期間ハ毎回四日以内トス

第九条 鍛錬競技ニハ勅令ノ定ムル所ニ依リ地方長官ノ指定シタル軍用保護馬ニ非ザレバ出場セシムルコトヲ得ズ

第十条 鍛錬馬競走ノ施行者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ入場者ヨリ入場料ヲ徴収スベシ

鍛錬馬競走ノ施行者ハ鍛錬馬場ニ於テ入場者ニ対シ額面金額三円以下ノ優等馬票ヲ額面金額ヲ以テ発行スルコトヲ得

優等馬票ノ発行ハ鍛錬馬競走一競技ニ付一人一枚ヲ限り単式優等馬票及複式優等馬票ヲ発行スル場合ニ於テハ鍛錬馬競走一競技ニ付一人一枚ヲ限ル

優等馬票ハ譲渡スコトヲ得ズ

学生生徒又ハ未成年者ニ対シ優等馬票ヲ発行スルコトヲ得ズ

当該鍛錬馬競走ニ於ケル命令ヲ以テ定ムル施行委員又ハ当該鍛錬馬競走ニ関スル騎乗者其ノ他鍛錬馬競走ノ事務ニ従事スル者ニ対シ亦前項ニ同ジ

鍛錬馬競走ノ施行者ハ優等馬投票ノ的中者ニ対シ命令ノ定ムル所ニ依リ当該競技ニ付テノ優等馬票ノ発行ニ依リ得タル金額

ヲ超エザル範圍内ニ於テ払戻ヲ為スモノトス但シ其ノ金額ハ優等馬票ノ額面金額ノ十倍ヲ超ユルコトヲ得ズ  
優等馬投票ノ的中者無キ場合ニ於ケル優等馬票ノ発行ニ依リ得タル金額又ハ前項但書ノ規定ニ依リ之ヲ優等馬票ヲ購買シタル者ニ払戻スベシ

前二項ノ払戻金ノ債權ハ一年間之ヲ行ハザルトキハ時効ニ因リテ消滅ス

第十一条 鍛鍊馬競走ノ施行者優等馬票ヲ発行シタルトキハ命令ノ定ムル所ニ依リ其ノ発行ニ依リ得タル金額ノ百分ノ二十五以内ノ金額ヲ取得スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ鍛鍊馬競走ノ施行者ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ納付金ヲ軍用保護馬鍛鍊中央会ニ納付スベシ

前項ノ納付金ハ軍用保護馬鍛鍊中央会ノ目的ヲ達スル為必要ナル經費ニ充ツルコトヲ要ス

鍛鍊馬場ノ開設又ハ維持、觀覽、優等馬票ノ発行又ハ購買、払戻金又ハ賞金ノ交付又ハ受領其ノ他鍛鍊馬競走ノ施行又ハ開催ニ関シテハ地方税ヲ課スルコトヲ得ズ

このように、鍛鍊馬競走の出走馬は軍用保護馬に限定された<sup>④</sup>馬場の数が一府県一箇所以内、北海道は三箇所以内と制限され、その施行も馬場ごとに年二回以内、期間は毎回四日以内、競技回数是一日につき十二回以内と制限された。優等馬票については、馬券の上限金額が三円以下になっている他は、競馬法と同じ趣旨の規定が設けられている（競馬法の勝馬投票券の上限金額は二十円である）。また、優等馬票に関する罰則規定が第二十五条から第二十九条にかけて規定されており、そのほとんどが競馬法と同じ趣旨の規定である。ただし、金額の制限や枚数制限に違反して優等馬票を購買した者などに対する罰則が百円以下の罰金刑とされており、競馬法の罰則（二千円以下の罰金刑）に比べて法定刑が低くなっている。これは、優等馬票の額面金額が勝馬投票券より低くなっていることを考慮したものと思わ



れる。さらに、政府は、鍛錬馬競走の施行者に対し鍛錬競技の健全な発達を図るため、必要な施設を命ずることができ（第十七条）、鍛錬馬競走の施行者・役員・執行委員が法令に違反し公益を害する恐れありと認められるときは、鍛錬馬競走の停止や優等馬票発行の停止などができた（第十八条）。

そして、鍛錬馬競走主催者の中央機関として軍用保護馬鍛錬中央会が設立された。中央会は、鍛錬競技の健全な発達を図り、軍用保護馬の能力や馴致の向上に資すると同時に軍馬の資質に関する知識の普及を期することを目的とした特殊法人であった。中央会の会員は、強制加入とされ、役員は国によって任命され、解散の自由を有しなかった（第十二条・第十七条）。なお、軍用保護馬鍛錬中央会は廃止される地方競馬の整理事業も行った<sup>(41)</sup>。

軍馬資源保護法は、昭和十四年七月三日に施行されたが、施行に先立って軍馬資源保護法施行令（昭和十四年勅令第四百二十八号）<sup>(42)</sup>と軍馬資源保護法施行規則（昭和十四年農林陸軍省令第一号）<sup>(43)</sup>が公布された。ここでは、軍用保護馬検定の詳細な手順・評価方法、普通鍛錬の方法、軍用保護馬鍛錬中央会の組織・権限などが定められた。鍛錬馬競走については開催の方式、優等馬票の発行方式のほか、道府県を越えた出走を禁じるといった出走馬の出場区域の限定が定められた。さらに、競技は駆歩競技・速歩競技・障碍競技の三種とし、それぞれの距離が定められた。また、鍛錬に関する審査は能力、馬体、調教について行われ、三つの総合順位によって成績順位が決定された。そして、審査委員、発走委員、投票委員には軍用保護馬鍛錬中央会から専門職員が派遣されてこれにあたり、審査の厳正を期した。

このように軍馬資源保護法は、鍛錬馬競走に関して数々の制限をかけ、監督機関を明確にした。そのため、「農林大臣之を監督し且軍用保護馬鍛錬中央会が鍛錬馬競走の全国的統制を担任し練達なる専任職員が各地に出向いて施行の適正を期するのである。従来存したる各種の弊害は将来発生の余地なきことは云う迄もない<sup>(44)</sup>」と評されている。



軍馬資源保護法の制定により、軽種を中心とした競馬法による公認競馬は馬匹改良のための種馬選定の競馬、鍛錬馬競走は中間種を中心とした軍馬調教のための実目的の競馬と軍事目的によって競馬の棲み分けがなされたのである。

### 三 軍馬資源保護法をめぐる議会の審議

#### (一) 衆議院における審議

軍馬資源保護法案は、昭和十四年二月五日、第七十四回帝国議会の衆議院に政府より提出された。衆議院では同日提出の種馬統制法案と二月六日提出の競馬法ノ臨時特例ニ関スル法律案と一括審議とされ、二月五日本会議で一括審議した後、二月八日より十三回にわたって委員会で審議された。委員長は日本競馬会設立委員で、競馬法制定時の特別委員会の委員でもあった東武が務め、委員の多くは畜産関係者や馬産地選出の議員で占められていた。そのため、審議の多くは馬政国策の方針や現状、満洲国馬政との関係、馬の取引価格の問題、馬事教育や獣医師養成などの問題であった。

鍛錬馬競走をめぐるのは、法案で示された開催箇所、開催日数、優等馬票の上限金額が厳しすぎるので、前年に提出された軍用候補馬鍛錬法案に示された程度に緩和しても差し支えないのではないかということをめぐって議論が行われた。その中で注目されるのが、二月十六日の委員会における森田重次郎議員の質問に対する松阪広政司法省刑事局長、安藤狂四郎内務省警保局長の答弁である。まず、松阪刑事局長との質疑応答は、次のようなものである。<sup>(45)</sup>

○森田委員（前略） 刑事局長ニ対シテ、外ノ方ノ委員会ニ御出席ニナラレルサウデゴザイマスカラ、簡單ニ御伺致シタイト思ヒマス、ソレハ軍馬資源保護法ノ中ニ、競技ノ競走ヲサセル場面ガアルノデスガ、是ハ一ツノ競馬ナノデアリマス、所ガ此ノ競馬ノ条件ガ、私等ノ方ノ眼カラ見ルト云フト、相当嚴格ナ制限ヲ受ケテ行ツテ居ルノデアリマシテ、果シテ此ノ通りデ競馬興味ト云フヤウナモノガ、持テルカドウカ、其ノ結果競馬興味ガ持テナイト云フコトニナルト、馬ノ値モ上ラナイ、馬ノ値ガ上ラナイト云フコトハ生産ノ方ニ直グ響ク、斯ウ云フ考ヘ方ニナリマス、ソコデ此ノ競馬興味ヲ持タセル為ニハ、或ル点マデ之ヲ緩和シテ戴カナケレバナナイト思フ、司法省ト内務省ノ態度ガ相当強硬ナノデ、ソレデ斯ウ云フ風ナ制限ニナツタト、斯ウ聴イテ居ルノデアリマスルガ、此ノ競馬ニ対シテ一体司法省ガドウ云フヤウナ御考ヲ御持チニナツテ居ラツシヤルカ、其ノ点ヲ一ツ……

○松阪政府委員（前略） 競馬ノ興味ヲ唆リ之ヲ盛ニスルト云フ上カラ申セハ、之ヲ緩和スルト云フコトモ一ノ考ヘ方ニハ相違ナイノデアリマスルガ、御承知ノ如ク此ノ競技ニ対シ優等馬票ヲ販売スルト云フコトハ、刑法上ノ立場カラ申シマス、一種ノ本質的ニハ賭博行為或ハ富籤行為ニ当ルベキモノデアリマシテ、之ヲ本法ニ於テ除外スルノデアリマスカラ、競馬ノ賭博性或ハ富籤タルノ規定ヲ排除スルコトニナルノデアリマス、随テ社会風教上ノ立場カラ見マスと云フト、相当ヤハリ嚴重ナル制限ヲ設ケルト云フコトモ、風教ノ維持上已ムヲ得ザル次第デアリマス、今日ノ社会情勢、或ハ經濟事情、若クハ貨幣価値ノ点カラ見マスレバ、先ヅヤハリ三円程度、或ハ一人一枚ニ限ルト云フ点ガ、最モ妥当デアルト司法当局デハ考ヘテ居ル次第デアリマス、之ヲ緩和スルト云フコトハ余リニ射幸心ヲ挑発スルノ危険ハナイカ、馬ノ方モ大切デアリマスガ、社会風教ノ維持ト云フコトモ亦大切デアリマスカラ、是等ノ点ヲ考慮致シマシテ、此ノ辺ヲ以テ妥当デアルト考ヘテ居ル次第デアリマス

続いて出席した安藤警保局長による森田議員の質問に対する答弁は、次のようなものである。<sup>46)</sup>

○安藤政府委員 只今森田サンカラノ御質問ノ第一点デアリマスガ、此ノ点ニ付キマシテハ、先刻刑事局長カラモ縷々御答へ申上ゲマシタヤウニ、成程馬産ノ奨励デアリマストカ、馬事施設ノ拡充デアリマストカ、殊ニ現下ノ事情ニ鑑ミテ、今度ノ国策ヲ立テマス上カラ考ヘマスレバ、確ニ馬券ノ発売ト云フコトモ、相当考慮シナケレバナラヌ問題ト思ヒマス、唯又一面国家風教ノ上カラ考ヘマシテ、此ノ点モ亦国民生活ノ上カラ極メテ重要ナコトデアリマスルノデ、此ノ点ニ付キマシテハ、司法省トモ私共十分協議ノ上、サウシテ先ヅ現在ノ状況カラ見テ、馬券ノ価格ヲ大体三円位ニスルコト位ナ所デ折レ合フノガ、適当ヂヤナイカ、結局是ハ程度ノ問題デアリマスルガ、ヤハリ現在ノ状況カラ考ヘマシタナラバ、其ノ程度ガ適当ヂヤナイカト云フ見方ニ依リマシテ、サウナツテ居ル次第デアリマス（後略）

このように、法案に示された鍛錬馬競走の制限は、農林・内務・司法の三省で馬産の奨励と社会風教の維持の面を十分に協議した結論であり適当なものであるとしている。次いで、二月十七日の委員会では、大石倫治議員が馬券に<sup>(47)</sup>関して次のような見解を示している。

○大石委員（前略）私ハ、此ノ風教上ノ問題ト云フコトニ付テハ、甚ダ不思議ニ思ツテ居ルノデアリマス、日本ニ於ケル公認競馬ガ実施セラレマシテ以来既ニ久シク、地方競馬ニシマシテモ、モウ十年ヲ越エテ居リマシテ、今日競馬ニ対スル投票ト云フコトハ、殆ド国民ノ常識ニナツテ居ル、之ヲ以テ風教ヲ紊ストカ、賭博類似ノコトト見ルトカ、射幸心ヲ誘発スルトカ言ツテ、問題ニスル時機ハ疾ウニ通り越シテ居ル筈デアリマス、今日尚ホ左様ナ考ヲ持ツテ居ル人ガアルトスルナラバ、ソレハ甚ダ時代ヲ知ラヌ人デアル、勸業債券ニシテモ三千円、五千円ノ当リ籤ガアリ、或ハ今度ノ軍事公債ヲ売ルニシテモ、ヤハリ五百円、千円ノ当リ籤ガアル、ケレドモ是等ノ当リ籤ヲ以テ、決シテ風教ニ害ガアリ、射幸心ヲ誘発スルナドトハ誰モ思ツテハ居ラナイ、（中略）唯習慣的ニ風教ヲ害スルデナイカ、或ハ賭博類似デナイカト見ル、（中略）競馬ガ何故ニ賭博類似デアルカ、

何故射幸心ヲ誘發スルモノデアルカ、吾々ニハ少シモ解釈ガ付カナイノデアリマス、馬ハ能力ヲチャント時計ヲ以テ示シテ居ル、ドノ馬ハドレダケノ能力ガアルカ「ファン」ト云フモノハ、チャント計算シテ居ル、（中略）賽子ヲ転ガスヤウナモノトハ全然違ヒマス、或ハ運ヲ天ニ任セテヤルト云フヤウナコトデハ決シテナイノデアリマス、斯ノ如キコトヲ以テ風教ヲ紊ストカ、或ハ賭博類似ト見ルノハ官僚独善ト云フカ何ト云フカ、一ツノ習慣ニシカ過ギナイ、サウ云フ習慣ニ依ッテ之ヲ曲解シテ居ル、サウ云フ建前カラ金額ヲ制限シテ行クト云フコトハ、是ハ吾々ノ採ラザル所デアル、是ハ社会ノ実情ヲ無視シタコトデアルト私ハ思フ（後略）

このように大石議員は、勸業債券や軍事公債の例や競馬は知的推理を行うもので賭博類似とみるべきではないと主張した上で、開催日数の延長と優等馬票の上限金額を引き上げるべきと主張する。これに対して桜内幸雄農林大臣は次のように答弁している。<sup>(48)</sup>

○桜内国務大臣（前略）軍馬トシテ鍛錬シタ馬ノミヲ出場サセルノデアリマシテ、大体四日間デ宜シイノデハナイカ、斯ウ云フ見地カラ四日ト決メタノデアリマス、只今ノ所之ヲ六日ニ修正スルト云フ意見ヲ、政府ニ於テハ持ッテ居ラナイノデアリマス、殊ニ六日間継続シテ一般ノ「ファン」ガ競馬場ニ入ッテ、始終其ノ方ニ参ッテ居ルト云フコトガ、平素ノ生業ノ上ニモ多少ノ差障リガアルモノデハナイカト云フコトモ考ヘラレナイノデアリマス、（中略）東京附近デアルトカ大阪附近デアルトカ云フ方面デハ五円ト云フ金額ハソレ程ノ金額デナイカモ知レマセヌガ、併シ東京デアルトカ大阪デアルトカ、サウ云フ方面ニ於テハ御承知ノ如ク日本競馬会開催ノ従来ノ公認競馬場ガアルノデアリマシテ、先ヅ此ノ各府県ニ於キマスル競馬場トシテハ、従来一円デアッタノヲ三円ニ上ゲルト云フ程度ガ、適当デアラウト考ヘテ居ルノデアリマシテ、今日直チニ此ノ案ヲ修正シテ五円ニスルト云フヤウナコトハ、当局ニ於テハ考ヘテ居ラナイノデアリマス（後略）

また、木戸幸一内務大臣は、次のように答弁している。<sup>(49)</sup>

○木戸国务大臣（前略）競馬ニ於テ馬券ヲ売ルコトハ既ニ常識デアル、是ガ射幸心ヲ唆ルモノデナイ、或ハ風教上害ガナイト云フ御意見デアリマシタガ、其ノ点ニ付キマシテハ私共ハ必ズシモサウトモ思ハナイノデアリマス、一面社会ニ於キマシテハ、一体競馬ヲ馬券デヤルノハ宜クナイデヤナйкаト云フ論ガ、相当アルノデアリマス、而モ只今御話ノヤウニ、是ハ国策上重要な点デアリマスカラ、ソレ等ヲ總テ考慮致シマシテ、大体只今農林大臣ヨリモ御話ノヤウニ、地方ニ於ケル競馬トシテハ、此ノ金額程度ガ宜イノデハナイカ、之ニ依ッテ非常ニ地方競馬ヲ何カ悪イコトデモシテ居ルト云フコトカラ、抑ヘテ行クト云フヤウナ觀念ハ、内務省ト致シテハ毛頭持ッテ居リマセヌ、唯金額ノ問題ニナリマス、是ハ色々見地カラ三省ノ事務当局間ニ於テ十分研究シタ所デアリマシテ、大体今日地方競馬ハ此ノ程度デ宜イドラウト私共信ジテ居リマス

このように政府の答弁は、軍馬の確保という国策遂行を進めるためには鍛錬馬競走という名の競馬を行い、馬券の発行は致し方ない。しかし、刑法に抵触する行為なので無制限に認めるわけにはいかず、射幸心を誘発しないよう最大限の制約をかけるべく検討した結果が法案の内容であることを主張していることがわかる。

また、八百長に関する規定が欠けていることや立場の弱い騎手が馬主等に脅迫されて八百長に手を染めることへの対策についての質問もなされた。これらについては、競馬法でもこれらの問題は一般の刑法の規定で対処しているのだ、それに合わせているという答弁がなされている。そして衆議院では、鍛錬馬競技全般に対して地方税を課すという政府の方針に対して、競馬法第八条で公認競馬は非課税になっていることに合わせて、鍛錬馬競技全般に対し非課税にするという内容の第十一条第四項の規定を追加修正した。

衆議院では、この追加修正された法案が三月三日、委員会で可決され、三月五日に本会議で可決され貴族院に回付



された。

## （二）貴族院での審議

貴族院でも衆議院と同様に「馬政関係三法」は、一括審議された。そして、三月八日に本会議で一括審議の後、三月九日より十一回にわたって特別委員会で審議が行われた。貴族院では、競馬法審議の際にも「最大の難関<sup>50</sup>」と言われたように馬券に対する根強い反対論があり、本会議の冒頭で反対派の土方寧議員による反対演説の他、特別委員会でも反対派による長時間にわたる質問が行われた。反対派の意見は、大きく次の五点に集約することができる。①馬券は明らかに賭博であり、醇風美俗に反する。②競馬法で公認されている十一箇所に加え、新たな賭博場を全国に増やすことになる。③競馬は馬事思想の普及に結びつかないし、子供への馬事思想教育に馬券を伴う競馬は、不適切である。④軍馬資源保護法は、従来地方競馬で行われていた脱法行為の追認になる、といったものである。

①については、土方議員の「馬匹改良ノ為ニハ競馬ガ必要、競馬ヲ盛ニスル為ニハ馬券ノ売買ヲ許サナケレバナラヌト言ヒマシテモ、人心ヲ悪化スルモノデアラナラバ比較ニナラヌ、軽重顛倒シタ話デ、是程人ヲ馬鹿ニシタ考ハナイト思ヒマス<sup>51</sup>」という発言や曾我祐邦議員の「此ノ馬券ニ基ク所ノ弊害ト云フモノハ、是ハモウ実ニ筆紙ニ尽シ難イノデアリマシテ、或ハ家庭ニ悲惨ヲ来シ、或ハ罪人ヲ作ル、国家ト致シマシテハ馬ヲ作ルト云フ上ニ於テ、モットサウ云フヤウナ不良ノ金ニ頼ルコトデナクテ、マダ美シイヤリ方デ、正々堂々ト馬政計画ヲ樹テルコトヲ御考ヘニ何故ナラナイカ<sup>52</sup>」や「戦地ニ於キマスル彼等ガ今度地方競馬ガナクナツテ公認ノ競馬ガ十何箇所モ出来ル、我々ノ郷土ニモソレガ出来タサウダ、我々ハ斯ウ一生懸命ヤツテ居ルノニ、博奕ガ斯ウ流行ツテハ、我々ノ良風美俗ヲ蓄ヘテ居ル



所ノ我々ノ郷土ニ於テ、又此ノ博奕熱ガ流行ルト云フヤウナコトガアツタナラバ、是ハ実ニ馬鹿氣タ話ダ<sup>(53)</sup>」というような発言である。②については、次田大三郎議員の「馬券ニ付テハ色々説ガアリマスガ、兎ニ角是ガ一ツノ賭博デアルト云フコトハ疑ナイ所デアリマス、其ノ賭博ノ範圍ヲ今松村君ノ御述ニナリマシタ通り十一箇所ニ限定ヲシテ、是ハ已ムヲ得ナイコトデアルトシテ我慢シテ、公認競馬ヲ許シテ居ル、ソレヲ一箇所デモ増スト云フコトハ、十一箇所ヲ十二箇所ニスル、十三箇所ニスルト云フコトデモ、恐ラク貴族院ハ反対シテ成立タヌドラウト思フノデアリマス<sup>(54)</sup>」というような発言である。③については、次田議員の「大多数ハ馬ヲ骰子ノ代リト考ヘテ居ルノデアリマス、骰子ヲ転バシテ勝負ヲ付ケル、其ノ博奕ノ道具ト考ヘテ居ルノデアリマス、博奕ノ道具ニ対シテ親シミヲ持チ、ソレヲ愛シ、ソレヲ理解スルト云フヤウナコトハドウシテモ考ヘラレヌコトナノデス、ソレニ依ツテ公認競馬若シクハ今度出来マス鍛鍊馬競走ニ馬券、馬票ヲ発行シテ、ソレニ吸付ケラレテ見ニ参リマス大多数ノ人ノ間ニハ、政府当局ノ予期シテ居ラレルガ如キ馬事思想ノ涵養ト云フガ如キコトハ、目的ヲ達シナイモノダト私ハ思フノデアリマス<sup>(55)</sup>」という発言や「仮ニ子供ニ馬ノコトヲ吹キ込ムコトハ非常ニ有要デアルカラ五円出シテ宜シイトシマシテモ、公認競馬ヘ連レテ行ツテ、アスコデ紳士淑女若シクハ紳士淑女ラシイ顔ヲシテ居ル人ガ馬券ヲ買ツテ、血眼ニナツテヤツテ居ル有様ヲ子供ニ見セル氣ニハ、ドウシテモナレヌノデアリマス<sup>(56)</sup>」といった発言である。④については、次田議員の「我々ハ全国ニ百數箇所ノ地方競馬ガアツテ、其処デ賭博類似ノコトガ現ニ行ハレテ居ル、其ノコトヲ既成事実ナリトシテソレデ以テ我我<sup>(ママ)</sup>ニ、此ノ鍛鍊馬競走ニ優等馬票ヲ認メルコトガ改善ニナルノダカラ賛成シロト言ハレテモ、我々ニサウハ参ラヌト申サナケレバナラヌト思ヒマス、(中略)私ハ今日國民トシテ最モ重キヲ置イテ考ヘナケレバナラヌコトハ、国憲ヲ重ンジ国法ニ遵フコトデアラウト思ヒマス<sup>(57)</sup>」といった発言である。

こういった反対派の主張に対して、政府側は次のような反論を行っている。①については桜内農林大臣の「新ラシキ茲ニ一ツノ規則ノ下ニ嚴重ノ取締監督ヲ致シテ、サウシテ之ヲ執行サセルト云フコトガ合法的デアリ、又社会風教ノ上カラ言ヒマシテモ、キチントシタ取締ノ下ニ於テヤリマスナラバ大シタ害ヲ及ボサナイノデハナイカト云フ、斯ウ云フ見地カラ此ノ法案ヲ出シタヤウナ訳デアリマス<sup>58)</sup>」という答弁や荷見安馬政局長官の「今度ハ軍用保護馬鍛鍊中央会ヲ設ケテ、其ノ中央会ヨリ常置ノ専門ノ職員等ヲ置キマシテ、サウシテ地方ノ鍛鍊馬競走ヲ行ヒマスル所ニ出張サセマシテ、其ノ鍛鍊馬競走ノ施行ノ適正ヲ期シマスルト共ニ統制ヲ図リ、尚無用ノ経費ヲ要スルト云フヤウナ弊害ヲ除去シヨウト思ッテ居ルノデアリマス<sup>59)</sup>」という答弁を行い、法で十分な規制と監督を行えばさまざまな弊害は除去できると主張するのである。また②③については、中村明人陸軍中將の「此ノ競馬ト云フモノハ無論金ヲ賭ケルノデアルガ、併シ其ノ賭ケル其ノ人ハ、其ノ馬ノ性質ナリ馬ノ体格骨量、其ノ馬ニ付テハモウ総テ厳正ニ視察觀察ヲシテ、（中略）起リ得ル所ノ森羅万象総テ自分ノ智力ノ働ク限ニ於テ思索銓衡ヲシテ、サウシテ最モ真剣ナル態度ヲ以テ茲ニ其ノ一ツノ自己ノ真剣サヲ現ス所ノ、何ト申シマスカ利害關係ニ於テ馬券ヲ買ヒ、前申シマシタルヤウナ、而モ其ノ行動ガ、私共ノ必要トスル点ニモ合致スルモノガアルノデアリマスカラ、之ヲ一様ニ博奕トハ見ヌ<sup>60)</sup>」という答弁や荷見長官の「兎ニ角馬券ヲ買フト云フコトハ自分ノ金ヲ出シテ行クノデアリマスカラ、真剣ニ馬ノ判定ヲスル、判定ヲシマス為ニハ馬ニ対スル十分ノ研究モスル、研究致シテ居ル中ニハ知識ガ普及サレマシテ、馬ニ対スル親シミモ出テ来ルモノト、斯様ニ私ハ考ヘテ居ルノデアリマシテ、競馬ヲヤリマシテモ馬事知識ノ普及ニハ役ニ立たヌモノトハ考ヘテ居ラヌノデアリマス<sup>61)</sup>」と答弁し、競馬は馬を十分に研究する知的推理が働き、これが馬事思想の普及につながると主張している。④については、荷見長官の「地方競馬ハ内務、農林両省令ヲ以テ認メテ居ル制度デアリマス、

併シ両省令ト雖モ私ハ国法デアルト考ヘテ居リマス、其ノ法ト云フ意味ガ、法律デアリマセヌデモ私ハ法規デアルト考ヘテ居リマス」<sup>(62)</sup>と反論している。

そして三月十七日の特別委員会で、注目すべき質疑応答が行われた。これは次のようなものである。<sup>(63)</sup>

○子爵曾我祐邦君（前略）若シ国家ガ此ノ財源ヲ得テ之ニシツカリト馬政案ノ計画ヲ樹立スルコトガ出来タナラバ、地方ノ鍛鍊馬ノ如キモノモ、詰リ馬券ノ如キ種類ノモノヲ行ハシメズニヤツテ行クヤウニスルコトハ出来ナイモノデアリマセウカト云フコト、若シ又其ノ計画ガ非常ニ能ク行ハレル時ニ至ツテ、ソレガ遠キ将来ニ於テ……近キ将来ニアルカ存ジマセヌガ、公認競馬カラ博奕制度ヲ止メテ行クコトハ出来ナイモノデアリマセウカ、若シ馬匹計画ガ十分ナルシツカリシタ基礎ノ上ニ立テラレテ、国家ガ之ニ相当ナ金ヲ使フト云フナラバ、サウ云フ弊害ノ存在シテ居ルヤウナコト、又賭博ノ機会ヲ支ヘルヤウナ事ハ、根本カラ御廃シニナル御積リハアリマセヌカト云フコトヲ極ク簡單ニ伺ヒタイ

○国务大臣（桜内幸雄君）若シ馬政計画ガ非常ナ大キナ計画ニ依ツテ立チマシテ、サウシテ国民ノ思想、国民ノ関心ヲ其ノ方ニ全部呼び集メル方法ガ適當ニ考ヘラレテ、サウシテ此ノ現在必要ナル所ノ軍馬及内地ノ種牡馬ニ付キマシテ万全ヲ期スルノ途ガ立チマスルナラバ、ソレハ此ノ地方鍛鍊馬ノ如キハ、鍛鍊馬競走ノ今日ノヤウナ計画ハ、是ハ私廃止シテモ差支ナイト思ッテ居リマス、公認競馬ニ至リマシテハ、是ハ今日既ニ許サレテ公認サレテ居ルノデアリマスガ、此ノ問題ニ付キマシテハ更ニ十分研究ヲ致シテ見タイト思フノデアリマス

○子爵曾我祐邦君 能ク分リマシタ、既ニ公認競馬ハ法律ノ許ス所ニナツテ居ル、ダカラ新タニ研究スルト仰セラレルガ、此ノ公認競馬ノ弊害ガ矢張り風教上ニ及ボサレテ居ルコトヲ御認ニナツテ居ルヤウデモアリマスカラ、将来、只今鍛鍊競馬ニ付テ色々理屈ヲ御立テニナリマシタト同ジヤウナコトガ、公認競馬ニ於テ行ハレル時ハ同ジ弊害ヲ御認ニナル方ガ宜イト思召ス

ノデアリマスカ、公認競馬迄モ止メテシマフト云フコトガ出来レバ、其ノ方ガ風教ノ上カラ宣クハナイカ、斯ウ考ヘマスガ如何デアリマセウ

○国務大臣（桜内幸雄君） 曾我子爵ノ御意見モ同一デアラウト思ヒマスガ、競馬ハ差支ナイト云フ意見デアルト思ヒマス、唯問題ハ馬券ノ問題デアラウト思ヒマスガ、此ノ馬券ニ付キマシテハ一利一害ガ伴フノデアリマシテ、其ノ馬券ニ代ルベキ、即チ大衆ノ関心ヲ集メ得ベキ何等カ方法ガ付キマシタ場合ニハ、是ハ私ハ大ニ考慮スベキ問題ダト考ヘテ居リマス

○子爵曾我祐邦君 陸軍大臣トシテ其ノ点ハドウ御考ニナリマスカ

○国務大臣（板垣征四郎君） 農林大臣ノ言ハレタ通りデアリマス

このように農林大臣と陸軍大臣から馬券に代わる国民の関心と呼ぶ方策が現れたならば、馬券の廃止を考慮する余地があるとの言質を取ったのである。これ以降、曾我議員は賛成側に転じることになり、反対派の多くの議員も賛成に回ったと思われる。しかし、次田議員は、この後の審議でも馬券の弊害や馬券は馬事思想の普及につながらないことを強く訴え続けるのである。これに対しては、中村中将の「止ムニ止マレヌ状態デ、ソレデ此ノ馬券ヲ許シタ競走ト、斯ウ云フ積リデゴザイマス」<sup>(64)</sup>とか、木戸内務大臣の「唯今回ノ法案ガ所謂軍馬資源ノ保護ト云フ、直接特ニ国策ニ関スル大キナ問題ヲ掲ゲマシテ、新タナル統制ガ出来ルノデアリマス、同時ニ所謂興行馬ノヤウナ従来ノ弊害ハ、一面ニ於テ除去スルコトニナリマシタノデアリマス」<sup>(65)</sup>といった答弁が繰り返されるのである。

軍馬資源保護法案は、三月二十二日、賛成多数で衆議院の追加修正案通りに特別委員会でも可決された。可決後、堀切善次郎議員より附帯決議の動議が出され、次のような附帯決議がなされた。<sup>(66)</sup>

政府ハ、国民精神ノ作興ヲ最モ緊要トスル現下ノ国情ニ於テ、馬券ノ制度ガ醇風美俗ヲ害スルノ虞アルニ鑑ミ、之カ施行ニ付

テハ出来得ル限り其弊ヲ少カラシムルト共ニ、速カニ他ニ適當ナル方策ヲ得ルニ努メテ漸次之ヲ整理スルコトトシ、以テ馬政ノ健全ナル発達ヲ期スヘシ

そして、三月二十四日本会議にかけられた。本会議では、土方議員の反対演説が行われたものの賛成多数で可決され、軍馬資源保護法は成立した。

#### 四 おわりに

鍛錬馬競走における馬券の合法化の問題は、大陸戦に必要な強靱な軍馬の確保という緊急性の高い国策と軍馬育成のためには射倖行為が伴う馬券の発行が不可欠であるという国法である刑法に抵触する行為の両者をいかに両立させるかという点である。そこで、政府はすでに競馬法で公認競馬という形で馬券の発行を合法化させているため、「法をもつて厳しい制約をかけることで馬券の持つ弊害を最小限にすることで違法性を阻却して可能になる」<sup>67</sup>と考え、競馬法に準じた内容の法案を立案したものと思われる。これは、衆議院での政府側の答弁内容から見ても明らかである。そして、衆議院では、競馬・畜産関係の議員がいることから、大きな問題もなく通過した。しかし、もともと競馬法自体に好意的ではない貴族院において激しい抵抗に合うことになってしまった。そこで、政府としては、馬券に代わる方策が出てきたならば馬券の廃止を検討することを表明する必要に迫られることになった。つまり、国家総動員法体制の下、軍馬の確保という緊急性の高い国策を遂行するためには軍馬資源保護法の成立を達成させなければならぬので、貴族院側を納得させるためには致し方のないことだったのではないだろうか。また、貴族院側も将来的に馬



券の廃止を検討するという言質を取ること、反対派と折り合いをつけることができたのではないかと思われる。このようなことから、軍馬の確保という国策遂行のためには法によって厳しい制約をかけることにより刑法に抵触する馬券の発行を合法化することは、戦時下であり緊急性を要するという事情を考慮してやむを得ないことであるという結論に導くことで、国策と国法の両立ができることになったと考えられる。

軍馬資源保護法の成立により、鍛錬馬競走における馬券の発行が合法化され、競馬法に次いで新たな例外規定が設けられることになった。そして、鍛錬馬競走の創設により地方競馬が廃止・整理されることになった。これにより、各地の畜産組合主催の競馬に国家の統制が行われるようになり、結果として、これまでの地方競馬の事実上の脱法行為状態が解消されることになった。さらにこのことは、「日本競馬会と鍛錬馬競走（地方競馬）の役割がより明確に分離、固定化され、結果的に見れば、日本の競馬の公認（中央）、地方という二重（多重）構造がさらに強化された」と言われるように戦後の競馬のあり方にも大きく影響を及ぼすことになったのであった。

さて、軍馬資源保護法に基づく鍛錬馬競走であるが、昭和十五（一九四〇）年の春から取手（茨城県）・戸塚（神奈川県）・奈良（奈良県）・園田（兵庫県）の四か所で開催され、好評をもって迎えられた。その後、別府（大分県）・三条（新潟県）・八王子（東京府）・長岡（京都府）・大宮（埼玉県）・柏（千葉県）・開成山（福島県）・小月（山口県）・郡元（鹿児島県）・福岡（福岡県）・岩見沢（北海道）などに開設され、相次いで開催されるようになった。<sup>69</sup>しかし、戦況の悪化に伴って昭和十九（一九四四）年度一杯で、鍛錬馬競走は中止されることになった。さらに、軍馬資源保護法自体も昭和二十（一九四五）年十一月二十一日、「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件ニ基ク軍馬資源保護法廃止等ニ関スル件（昭和二十年勅令第六百四十三号）<sup>70</sup>によって廃止された。これによって鍛錬馬競走における優等馬票



という馬券の発行は、その合法化の根拠を失うことになったのである。

- (1) 萩野寛雄「競馬事業における連続性」早稲田政治公法研究六六号（平成十三年）一二三頁。
- (2) 伊藤莊之助「軍馬資源保護法と種馬統制法」斯民三四編四号（昭和十四年）三三頁以下、菊池勇夫「経済統制立法」法律時報一一卷五号（昭和十四年）一七頁、宮澤俊義「軍馬資源保護法」我妻栄編『第七十回帝国議会新法律の解説』（昭和十四年・法学協会）一〇七頁以下、大竹武七郎「軍馬資源保護法」警察研究一〇卷六号（昭和十四年）二三頁以下、田辺勝正・後藤駒吉・野村岩夫『時局下における農村経済法規の解説』（昭和十四年・雄松堂書店）二一八頁以下、清井正『馬政計画関係法規解説』（昭和十五年・週刊産業社）二五頁以下、橘高林助『馬政学』（昭和十六年・文永堂）一二三頁以下、武揚堂編集部編『馬事読本』（昭和十八年・武揚堂）二七六頁以下など。
- (3) 武市銀治郎『富国強馬』（平成十一年・講談社）一九〇頁以下、杉本竜「日本陸軍と馬匹問題―軍馬資源保護法の成立に關して―」立命館大学人文科学研究紀要八二号（平成十五年）八三頁以下。
- (4) 萩野・前掲論文九九頁以下。
- (5) 末澤国彦「明治四十年刑法の制定と馬券の禁止について」日本法学八五卷四号（令和二年）二九一頁以下。
- (6) 末澤国彦「大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について」日本法学八三卷三号（平成二十九年）一〇五頁以下。
- (7) なお、資料の引用に際し、旧漢字体については現在一般的に使用されているものに適宜改めた。
- (8) 大友源九郎『馬事年史第三卷』（昭和二十三年・日本競馬会）三二九頁。
- (9) 馬政第一次計画の詳細は、農林大臣官房総務課編『農林行政史第三卷』（昭和三十三年・農林協会）二八〇頁以下、神翁顕彰会編『続日本馬政史 一』（昭和三十八年・神翁顕彰会）四頁以下、武市・前掲書九〇頁以下を参照。
- (10) 官報六八七四号（明治三十九年）一〇〇一頁。
- (11) 官報八〇九九号（明治四十三年）五〇〇頁以下。

- (12) 官報三一九八号外（大正十二年）五頁。
- (13) 農林省畜産局編『馬政第二期計画』（大正十三年・農林省畜産局）一頁。
- (14) 農林省畜産局編・前掲書二頁。
- (15) 杉本・前掲論文八五頁。
- (16) なお、この時期の軍馬需要の変化と陸軍と農林省畜産局の馬政方針については、大瀧真俊「戦間期における軍馬資源確保と農家の対応―『国防上及経済上ノ基礎ニ立脚』の実現をめぐって―」歴史と経済二〇一号（平成二十年）五〇頁以下を参照。
- (17) 杉本・前掲論文九一頁。
- (18) 日本では、アラブ種とサラブレッド種の混血種であるアングロアラブ種が多く生産された。アングロアラブ種は、頑丈さと温厚な気性、そしてスピードを得ることができる品種であり、軍馬に適していた。
- (19) 騎手が競走馬のうしろにある繋駕車（一人乗りの二輪馬車）に乗って競走をするもの。
- (20) 右前肢が出ると同時に、左後肢が出る歩様で行なわれる競馬。陸上競技でいえば競歩にあたる競走。
- (21) 詳細は、杉本・前掲論文一〇〇頁を参照。
- (22) 神翁顕彰会編・前掲書七〇五頁。
- (23) 詳細は、杉本・前掲論文一〇二頁以下を参照。
- (24) 官報二八五二号（昭和十一年）一七〇頁。
- (25) 農林省編『馬政第二次計画』（昭和十一年・農林省）一頁。
- (26) 官報二八二〇号（昭和十一年）八四七頁以下。
- (27) 朝鮮、台湾、樺太の馬政計画については、農林省編・前掲書一九頁以下を参照。
- (28) 全文は、農林大臣官房総務課編・前掲書四二〇頁に掲載されている。
- (29) 内地馬政計画策定直後の昭和十三年十月二十四日の支那事变軍馬祭当日に板垣征四郎陸軍大臣と有馬頼寧農林大臣が、軍馬の状況と改良の必要性を訴えるラジオ講演を行っている。このことから軍馬の改良が、必要に迫られた国策であることが

わかる。これについては、日本中央競馬会総務部調査課編『日本競馬史第六卷』（昭和四十七年・日本中央競馬会）二四頁以下を参照。

(30) 馬政局編『内地馬政計画提要』（昭和十三年・馬政局）三頁。

(31) 詳しくは、地方競馬全国協会編『地方競馬史第一巻』（昭和四十七年・地方競馬全国協会）一二頁以下、日本中央競馬会総務部調査課編・前掲書六七頁以下を参照。

(32) 官報七六一八号（明治四十一年）三一五頁以下。

(33) 官報八六一三号（明治四十三年）一八三頁。

(34) 官報二七四七号（大正十年）六一三頁。

(35) 官報二〇〇号（昭和二年）七二六頁以下。

(36) 当時の地方競馬開催の概況については、地方競馬全国協会編・前掲書五三頁以下を参照。

(37) 法案の全文は、「第七十二回帝国議会衆議院議事速記録第二十九号」官報号外（昭和十三年）六八五頁以下を参照。なお、提出者の一人、土田莊助は、競走馬の生産者として知られている。

(38) 清井・前掲書二五頁。

(39) 官報三六七四号（昭和十四年）二五九頁。

(40) 出走馬は、もっぱら中間種が主体となり、騙馬（去勢された牡馬）と牝馬に限定された。

(41) これについては、地方競馬全国協会編・前掲書九一頁以下を参照。

(42) 官報三七四五号（昭和十四年）三頁以下。

(43) 官報三七四五号（昭和十四年）九頁以下。

(44) 清井・前掲書五六頁。

(45) 「第七十四回帝国議会衆議院軍馬資源保護法外一件委員会会議録（速記）第四回」（昭和十四年）二頁以下。

(46) 前掲「第七十四回帝国議会衆議院軍馬資源保護法外一件委員会会議録（速記）第四回」一〇頁。

- (47) 「第七十四回帝国議会衆議院軍馬資源保護法外一件委員会会議録（速記）第四回」（昭和十四年）六頁以下。
- (48) 前掲「第七十四回帝国議会衆議院軍馬資源保護法外一件委員会会議録（速記）第四回」八頁。
- (49) 前掲「第七十四回帝国議会衆議院軍馬資源保護法外一件委員会会議録（速記）第四回」九頁。
- (50) 末澤・前掲「大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について」一一九頁。
- (51) 「第七十四回帝国議会貴族院議事速記録第十九号」官報号外（昭和十四年）二三〇頁。
- (52) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第二号」（昭和十四年）五頁。
- (53) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第八号」（昭和十四年）三頁。
- (54) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第六号」（昭和十四年）一五頁。
- (55) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第七号」（昭和十四年）六頁。
- (56) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第七号」二頁以下。
- (57) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第七号」六頁。
- (58) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第八号」九頁。
- (59) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第六号」一六頁。
- (60) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第四号」（昭和十四年）五頁。
- (61) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第七号」六頁。
- (62) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第七号」七頁。
- (63) 前掲・「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第八号」一〇頁以下。
- (64) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第九号」（昭和十四年）一四頁。
- (65) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第十号」（昭和十四年）八頁。
- (66) 「第七十四回帝国議会貴族院軍馬資源保護法案特別委員会議事速記録第十一号」（昭和十四年）三頁。
- (67) 末澤・前掲「大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について」一三五頁。

(68) 立川健治『地方競馬の戦後史―始まりは闇・富山を中心に―』(平成二十四年・世織書房)二頁。

(69) 鍛錬馬競走の実施概況と昭和十五年度の実績については、神翁顕彰会編・前掲書八三六頁以下、地方競馬全国協会編・前掲書八四頁以下に示されている。

(70) 官報五六五九号(昭和二十年)一六三頁。





# 行政委員会としての農業委員会の役割

高 槁 雅 夫

- 一 はじめに
- 二 行政委員会制度の意義
- 三 行政委員会としての農業委員会
- 四 農業委員会法改正と機構法改正により農業委員会に求められる役割
- 五 むすびにかえて

## 一 はじめに

令和元年第一九八回国会において、「農地中間管理事業の推進に関する法律等の一部を改正する法律案」(以下、「機

行政委員会としての農業委員会の役割(高槁)

構法改正法」という。また、「農地中間管理事業の推進に関する法律」を「機構法」という。）が可決・成立した。この機構法改正法により、農業の担い手への農地利用の集積・集約化を図るための農地中間管理機構（この農地中間管理機構は、一般的に「農地集積バンク」あるいは単に「農地バンク」といわれるものである。本稿では、以下、「機構」という。）が行う農地中間管理事業（農地所有者（出し手）から借り受けた農地を、借受希望者（受け手）へ転貸する）に関連して、機構と農業委員会・農業協同組合・土地改良区等との連携強化が図られることとなった。

本稿では、地方公共団体の行政委員会である農業委員会に焦点を当て、その果たす役割について検討を加えるものである。地方公共団体の行政委員会制度については、「教育委員会制度の見直しなど行政委員会をめぐる議論が行政学の領域ではさかんなされたが、行政法学の関心は大きくなく、首長制と行政委員会との関係についてもあまり検討がなされていないといえよう。」<sup>①</sup>との指摘があるように、行政法学において各委員会の重要性等の検討が十分なされてきたとは言えない状況にある。しかし、国レベルでは、行政委員会制度について、ここ一〇年間でも、平成二四年九月に原子力規制委員会設置法により環境省の外局として原子力規制委員会、平成二八年一月に個人情報保護委員会設置法により内閣府の外局として個人情報保護委員会、令和二年一月に特定複合観光施設区域整備法により内閣府の外局としてカジノ管理委員会が置かれていることからわかるように、「独立性の高い合議制組織としての行政委員会の役割の重要性が再認識されている」<sup>②</sup>と言える。

後述するように、農業委員会制度は、平成二七年第一八九回国会で「農業協同組合法等の一部を改正する等の法律案」が可決・成立され、農業委員会法に大幅な改正が行われている。農業委員会のあり方の変更は、地域の農地利用の最適化を企図したものであり、すでに平成二五年に成立していた機構法に規定される機構と密接に関連したもので

ある。その後、農業委員会の役割について、令和元年の機構法改正法により、農業者その他の地域の関係者による協議の円滑な実施に協力することが明示されることとなったところである。そこで本稿は、機構法改正法成立までの五年間における農業委員会の役割に対する議論を検討する。まず、行政委員会制度全般について検討を行い日本における行政委員会の置かれてきた目的・意義を明らかにする。次いで、地方公共団体における行政委員会について、執行機関の多元主義、中でも長と行政委員会との関係を考える。それらの考察を踏まえて、農業委員会の役割の可能性について、検討を加えていくこととする。

## 二 行政委員会制度の意義

### (一) 概要

行政委員会は、日本では学問上の用語であり、実定法上では、内閣府設置法（四九条）、国家行政組織法（三条）にいう「委員会」に該当する。<sup>③</sup> 国レベルではあるが、行政委員会のポイントとして「合議体であること、自ら外部に対して国家意思を決定する」<sup>④</sup> 点が重要であり、「その権能の行使の特徴として、準立法的機能、準司法的機能を行使することがあげられるのが通例」<sup>⑤</sup> であるとされる。<sup>⑥</sup>

ここでは行政委員会が日本に設置された意義を検討しておこう。日本における行政委員会制度は、次の指摘にあるように、第二次大戦後に導入されたものの、十分な定着を見ることなく縮小されてきた歴史を持つ。すなわち、「戦後、アメリカの行政委員会制度を範として、国及び地方の行政の各分野に行政委員会制度が幅広く導入された。……

ところが、これらの行政委員会については、非能率かつ不経済であるとともに責任の帰属が不明確であるといった非難があり、行政機構の整理簡素化の要請もあつて、昭和二六年のいわゆる政令諮問委員会の答申を契機として、あるいは廃止され、あるいは附属機関としての審議会に改組されることとなつた。<sup>⑦</sup>吉田茂首相の諮問に応えるために設けられたこの「政令改正諮問のための委員会（略称、政令諮問委員会）」の答申では、「行政委員会制度は、行政機構民主化の一環として重要な意味を持ったことは否定しえないが、もともと、アメリカにおけると異なり、わが国の社会経済の實際が必ずしもこれを要求するものでなく、組織としては、徒らに龐大化し、能動的に行政目的を追求する事務については責任の明確化を欠き、能率的な事務処理の目的を達し難いから、原則としてこれを廃止すること。但し公正中立な立場において慎重な判断を必要とする受動的な事務を主とするものについては、これを整理簡素化して存置するものとすること。」<sup>⑧</sup>とされたのである。また、地方公共団の組織についても、国の組織に準じ、できるだけ縮小簡素化することとされ、「選挙管理委員会、農業委員会、漁業調整委員会及び福祉事務所はこれを廃止すること」<sup>⑨</sup>との答申がなされていたところである。

政令諮問委員会答申に見られる、「行政機構民主化の一環」としての行政委員会制度という理解・位置づけについては、おそらく一般的な理解としては妥当していると思われる。また、行政委員会をめぐる当時の学説を紹介した上で、<sup>⑩</sup>「このような論理構造の必ずしも明確でない行政委員会―行政の民主化論は、行政の効率化、能率化の要請の前に有効な武器となりえなかったことは、政令諮問委員会答申の示すところから明らかである。論理の強靱さはともかく、行政委員会に行政の民主化のスローガンの役割を期待することは当時の学界、実務界に共有されていたようである。」<sup>⑪</sup>とする見解に見られるように、行政委員会制度と行政の民主化との関係については、十分な説明がなされてき

たわけではないことが窺える。

したがって、行政委員会制度の存在意義についてはさらに一步踏み込んだ説明が求められることとなる。そこから、行政機構の民主化とともに主張された、「政党の政治的支配から独立し、公正中立に、且つ能率的に、行政の運営を期するため」<sup>(12)</sup>という行政委員会設置の目的に着目し、「このような政党支配からの中立に着目した行政委員会の機能的把握は、その後、行政法学一般に浸透していったことが窺われる。ここにおいて、行政委員会に対するわが国行政法学の把握は、その民主的把握から、技術的機能的把握の二段階を経て、理論化、歴史離れの度合いを深めて行くこととなったのである。それは同時に、行政委員会は特別の行政分野における特別の行政組織であるという認識を固定化させることになった。」<sup>(13)</sup>との指摘に至るのである。しかし、行政委員会が、「特別の行政分野における特別の行政組織である」とされるのであれば、個別の行政委員会の存在意義・設置の理由が求められることとなる。

## (二) 地方公共団体における行政委員会

地方公共団体レベルで行政委員会が設けられる根拠としては、選挙管理委員会、人事委員会、公安委員会、教育委員会、監査委員会のように政治的中立性が求められる場合、収用委員会等のように外部の学識経験者の専門的知識に基づく判断が求められる場合、農業委員会、海区漁業調整委員会等のように利害関係人の参加が求められる場合等が挙げられる<sup>(14)</sup>。また、利害関係人にとどまらない住民全般との関係において、「行政委員会制度には住民参加の一手段であるという色彩が、地方公共団体レベルでは一層強く出てくることになるであろう。……住民参加のモーメントを強調すると、これら委員の住民による直接公選制が適切であることになろう。」<sup>(15)</sup>との指摘は、住民に身近な地方公共



団体における行政委員会の有り様としては傾聴に値しよう。

地方公共団体における行政委員会制度は、執行機関の多元主義と言われるように、地方自治法上、長のみならず行政委員会も執行機関として挙げられる点に特徴がある。この執行機関としての委員会・委員は、法律の定めるところにより置かれる（地自法一三八条の四第一項）。ここでは、地方自治法における地方公共団体の長と行政委員会との関係を確認しておこう。

執行機関は、条例、予算その他の議会の議決に基づく事務及び法令、規則その他の規程に基づく当該普通地方公共団体の事務を、自らの判断と責任において、誠実に管理し及び執行する義務を負うとされる（地自法一三八条の二）。執行機関の組織は、長の所轄の下に、それぞれ明確な範囲の所掌事務と権限を有する執行機関によって、系統的にこれを構成しなければならない（地自法一三八条の三第一項）。執行機関は、長の所轄の下に、執行機関相互の連絡を図り、すべて、一体として、行政機能を発揮するようにしなければならない（地自法一三八条の三第二項）、長は、執行機関相互の間にその権限につき疑義が生じたときは、これを調整するように努めなければならない（地自法一三八条の三第三項）。ここで、「長の所轄の下に」における「所轄」とは、「通常、二つの機関の間において、一方が上級の機関であること（<sup>16</sup>）を認めながらも、他方は相当程度当該上級機関から独立した機関であることを表す意味に用いられる語である」とされる。ただし、この一三八条の三にいう「所轄」とは、「普通地方公共団体の長とその他の個々の執行機関との関係を表す意味もさりながら、他の執行機関のすべてを総括する意味における普通地方公共団体の長とその他の執行機関との関係を表す意味が含まれており、すべての執行機関の総括的な代表者としての地方公共団体の長の地位を示しているものとして理解するのが妥当であると考ええる。……普通地方公共団体の長に、その他の執行機関に対する指揮監



督権のような何か具体的な権限がこの規定によって認められているものと解すべきものではない<sup>(17)</sup>とされている。

長は、当該普通地方公共団体を統轄し、これを代表する（地自法一四七条）。ここで、「統轄」とは、「当該普通地方公共団体の事務の全般について、当該普通地方公共団体の長が総合的統一を確保する権限を有することを意味する……」。「統轄」は「所轄」とは異なり、単に各執行機関について、その有する総合調整的な管理的機能を指すものではなく、他の執行機関はもちろん、議会及び住民のすべてを含めて、当該団体の事務についてこれを統御し、その一体性を保持することを示すものである。したがって、具体的な法律上の権限というよりは、むしろ、「代表」とともにその地位の性格を表すものといえる<sup>(18)</sup>とされる。また、「代表」とは、「狭義には、普通地方公共団体の長が外部に対して、当該普通地方公共団体の行為となるべき各般の行為を行いうる権限をいい、普通地方公共団体の長の行った行為そのものが、法律上直ちに当該普通地方公共団体の行為となることを意味する。……しかしながら、本条の「代表」はそれにつきるものではなく、「統轄」におけると同様、他の独立の執行機関はもちろん、議会及び住民のすべてを含めて、およそ当該普通地方公共団体に関して、集約的に当該普通地方公共団体としての立場を表すことを意味する<sup>(19)</sup>と解されている。

そして長は、当該普通地方公共団体の事務を管理し及びこれを執行する（地自法一四八条）。長の担任する事務としては、①普通地方公共団体の議会の議決を経べき事件につきその議案を提出すること、②予算を調製し、及びこれを執行すること、③地方税を賦課徴収し、分担金、使用料、加入金又は手数料を徴収し、及び過料を科すること、④決算を普通地方公共団体の議会の認定に付すること、⑤会計を監督すること、⑥財産を取得し、管理し、及び処分すること、⑦公の施設を設置し、管理し、及び廃止すること、⑧証書及び公文書類を保管すること、及び⑨当該普通地方

公共団体の事務を執行すること、である（地自法一四九条）。一方、この長の権限に対応して、委員会・委員には、法律に特別の定めがない限り、以下の権限は有しないとされる。すなわち、①普通地方公共団体の予算を調製し、及びこれを執行すること、②普通地方公共団体の議会の議決を経べき事件につきその議案を提出すること、③地方税を賦課徴収し、分担金若しくは加入金を徴収し、又は過料を科すること、及び④普通地方公共団体の決算を議会の認定に付すること、である（地自法一八〇条の六）。

長と委員会との関係に焦点を当てて、執行機関の多元主義について、次のような指摘がなされている。「執行機関の多元主義はしかし、各執行機関が無秩序に並立していることを意味しているわけではなく、長の所轄の下に、一体として、行政権能を発揮することが自治法上にも期待されている（法一三八条の三）。さらに、事務論上に強調される行政の総合性……が執行機関の多元主義のこれ以上の発展を抑えているということもできよう。……執行機関の多元主義は、首長主義と緊張関係に立つ。そこで、自治行政の総合性の要請が首長のリーダーシップの強調と結合することにより、必ずしも憲法上の明確な根拠をもたない多元主義は、脆弱な立場に置かれる。しかし、地方分権の正当化根拠の中に、権力の分散の観点が含まれていると考えれば、多元主義の縮減の要請にも限度があると解される<sup>20)</sup>」。

また、「首長への権力集中を抑止する行政委員会制は、立憲主義的あるいは法治主義的仕組として妥当性をもつ。他方で、民主的正統性からすると、行政委員会は長に比べて民主的正統性に乏しい。国の行政委員会の独立の正当性については、我が国の議院内閣制において、行政権を国会を通じて国民の民主的統制の下に置くべきとする要請との整合性が図れるかが問題であった。これに対して、首長制の下では、執行機関の民主的正統性の調達は議会を通じてなされるのではない。他方、地方の行政委員会の場合は、本来であれば、委員の住民による公選によって民主的正統

性が調達されることになるはずである。しかし、現状では任命制がほとんどである以上、長の民主的正統性の派生的なものにすぎないといえよう。<sup>(21)</sup>」とされ、民主的正統性の観点からは、行政委員会制度の現状について、疑問が投げかけられているところである。

地方公共団体の行政委員会に対しては、地方分権の動きに合わせて次のような指摘もなされてきた。すなわち、「第一の問題は、国の縦割り行政の浸透である。行政委員会のほとんどは設置や権限が法律によつて規定されており、地方自治体独自の判断で設置するのは困難といわれる。しかも、法定の行政委員会は、それぞれの根拠法にもとづいて国の監督を受けるため、行政の縦割り構造にからめとられ、国の行政を補完する立場に置かれてきた。その意味で、行政委員会は自治体の総合行政の推進を損なう存在であるとする首長サイドからの批判も、理由のないことではなかった。

第二に、首長の（少なくとも表向きの）非党派的性格は、行政委員会の存在意義をみえにくくしてきた。党派的な首長に教育行政や選挙管理をゆだねることは常識的に考えても不適切だろうが、首長が中立の執行者を標榜しているかぎり、行政の多元主義の効用はそれほど自明ではなく、逆に効率性を害するという側面だけに注目の集まる可能性があった。

しかし、これらの二つの要因は、いずれも変化の波にされされている。地方分権の進展は、縦割り行政の末端として機能してきた行政委員会の性格を根本的に変化させるものでなければならぬ。また、地方分権は首長の政治的指導力を強化する方向に作用する。公選制を根拠とするアメリカ型大統領の強さとイギリス型首相の政策実現力をあわせもつ首長が政治的リーダーシップを発揮することになれば、首長の独走を防止する装置の必要性が増し、行政委員

会への期待が高まるのではないか<sup>(22)</sup>。

現実には、地方公共団体レベルにおける行政委員会は、長との関係において充実・強化が図られているという状況にはないのであり、今後の制度設計も含めて検討が求められる課題として挙げられよう。

### 三 行政委員会としての農業委員会

それでは、地方公共団体に置かれる行政委員会である農業委員会の意義等を見ていくこととしよう。農業委員会については、主として農業委員会法によつて規律されるが、そのほか地方自治法、農地法等にも規定が置かれている。まず、農業委員会の概要を見てみよう。農業委員会は、執行機関として市町村に置かなければならないとされ、原則、必置機関とされる（地自法一八〇条の五第三項）。ただし、その区域内に農地のない市町村には、農業委員会を置かないとされ（農業委員会法三条一項）、その区域が著しく大きい市町村又はその区域内の農地面積が著しく大きい市町村で政令で定めるものにあつては、市町村長は、当該市町村の区域を二以上に分けてその各区域に農業委員会を置くことができる（同条二項）。

農業委員会の所掌事務として、地方自治法上では、農地等の利用関係の調整、農地の交換分合その他農地に関する事務を執行するとされる（地自法二〇二条の二）。農業委員会法六条に所掌事務の規定が置かれている。すなわち、必須事務として、①農地法その他の法令によりその権限に属させられた事項（同条一項）、及び②その区域内の農地等の利用の最適化の推進（農地等として利用すべき土地の農業上の利用の確保並びに農業経営の規模の拡大、耕作の事業に供される



農地等の集団化、農業への新たに農業経営を営もうとする者の参入の促進等による農地等の利用の効率化及び高度化の促進をいう。）に関する事項に関する事務（同条二項）である。また、任意事務としては、③法人化その他農業経営の合理化に関する事項（同条三項一号）、及び④農業一般に関する調査及び情報の提供（同条三項二号）である。①の農地法等による権限として典型的なものとして、農地又は採草放牧地について所有権を移転し、又は地上権、永小作権、質権、使用貸借による権利、賃借権若しくはその他の使用及び収益を目的とする権利を設定し、若しくは移転する場合にかかる許可権限等を挙げることができる（農地法三条）。また、後述するように②の「農地等の利用の最適化の推進」が、平成二七年の農業委員会法改正では、農業委員会の担う事務の重点化として、最も重要な事務であるとされたのである。

農業委員の選出については、農業に関する識見を有し、農地等の利用の最適化の推進に関する事項その他の農業委員会の所掌に属する事項に関しその職務を適切に行うことができる者のうちから、市町村長が、議会の同意を得て、任命する（農業委員会法八条一項）。市町村長は、委員を任命しようとするときは、農林水産省令で定めるところにより、あらかじめ、農業者、農業者が組織する団体その他の関係者に対し候補者の推薦を求めるとともに、委員になるうとする者の募集をしなければならない（同法九条）。また、市町村長は、委員の任命に当たっては、農業経営基盤強化促進法一三条一項に規定する認定農業者が委員の過半数を占めるようにしなければならない（同法八条五項）。さらに、農業委員会の所掌に属する事項に関し利害関係を有しない者が含まれるようにしなければならない（同条六項）、委員の年齢、性別等に著しい偏りが生じないように配慮しなければならない（同条七項）。

委員の定数は、農業委員会の区域内の農業者の数、農地面積その他の事情を考慮して政令で定める基準に従い、条

例で定めるとされ（同条二項）、任期は三年である（同法一〇条）。

行政委員会である農業委員会を設置する必要性について、一般的には「利害関係人の直接参加の要請が大きい」とされる。より具体的には、①農地法に基づく許可等の業務は、農業者の財産権に大きな影響を及ぼすものであり、特定の者の利益損失に偏ることなく、公平、客観的な判断を行うこと、②地域の農地の状況等に最も精通した者による合議体としての確な判断を行うこと、③共同体意識が依然として強い農村地域において大規模経営の育成と小規模農業者の離農、規模縮小という農業者間で相反する利害を反発を招くことなく円滑に調整し、地域内の農地に係わる関係者が一体となって土地利用調整に取り組むことが必要であること、④当事者間のみの調整を回避すること、市町村等の行政自らが直接、地域に入り権利調整を推進する方式に比べて効果的であること、の四点が挙げられていた。<sup>(24)</sup>

原則、市町村において必置機関とされる農業委員会について、日本の農業の置かれてきた状況の変化に応じて、その存在意義についても再考を迫られるようになっていく。農業委員会は、「戦後の農地改革（地主制解体Ⅱ自作農創設）の成果を固定化するために創設されたと解説されることが多いが、中心となった農地委員会は戦前の一九三八年に創設されていたことに注意すべきである。……この年には国家総動員法が制定され、本格的な戦時統制経済が始まった。農地委員会は農地の権利調整を通じて小作農の地位向上を図ったが、農民の生産意欲を高め、戦時下の食糧増産に寄与させる意図もあった。……高度経済成長下に農村から都市への人口移動が続く、国民の食生活も多様化するなか、六一年に制定された農業基本法はコメから他作物への「選択的拡大」と農業経営の規模拡大を掲げた。その実現には農地改革の「成果」である一農家一ha程度という均一な農業構造が足かせとなる。こうして農地の流動化が課題に浮上した。<sup>(25)</sup>」とされるように、当初の、小作農の地位向上、食糧増産という農業委員会設置の狙いが、農地の流動化と



いう課題解決へと向かうこととなる。この点で、後述の農業委員会法の改正へと結びつくのである。

さらに、「わが国の農業は永い間、経済的にも政治行政の上できわめて重要な地位を占めてきた。その基盤である農地の調整に関して市町村に農業委員会が設置された意義は十分に認められるところであるが、すでに自作農の創設も一段落し、また、農業も総合的、かつ、国民経済的な見地から振興すべきものであることを思うと、農業委員会は廃止し、関係者の意見を十分に徴した上で、市町村長がその権限を行使することが適当であらう。」との指摘もなされるに至ったのである。<sup>(26)</sup>

第二八次地方制度調査会は、次のように農業委員会の設置を市町村の判断に委ねる旨の答申を行った。

農業委員会は、農地の権利移動の許可等法令業務の処理件数が減少傾向にあるなどその役割が変化しており、地域によっては事務の大半が事務局により処理されているなど形骸化しているとの指摘がある。

また、現行制度上、農地が一定面積以下の市町村については農業委員会を置かないことができるが、一定面積を超える市町村について、市町村の裁量を認めずに一律に必置とすることは必ずしも論理的な整合性はないものと考えられる。

さらに、必置の理由とされている地域の農業者の参画の必要性についても、首長部局と農業者との定例的な意見交換の場などにより代替することが可能であり、必ずしも行政委員会形態をとる必要はないものと考えられる。このため、市町村の判断により農業委員会を設置するか、設置せずその事務を市町村長が行うかを選択できることとすることが適当である。<sup>(27)</sup>

同様に、地方分権改革推進委員会第三次勧告においては、次のように農業委員会の必置の廃止を求めたのである。

地方自治体の組織のマネジメントは、地域住民によつて直接に選挙された長が地域住民の意思に基づいて自主的・自立的に行うことを基本にしている。この長とは別の執行機関として委員会及び委員を引き続き存置していくためには、それぞれの委員会及び委員ごとに、その設置を義務付けるに足りるだけの確たる根拠が存在しなければならない。すなわち、当該事務の執行について特段に強く、政治的中立性又は公平・公正・中立性、あるいは専門技術的又は利害調整的な視点からの配慮が求められるか、あるいはまた準司法的・準立法的人格を有するかといった、制度創設時において主張された理由が今日もなお妥当しているのかどうかが問われることになる。制度導入時から半世紀以上を経た今日、こうした観点から地方自治体の行政委員会制度について検討してみたところ、少なくとも教育委員会及び農業委員会については、その設置を全国画一的に義務付けるに足りるだけの確たる根拠を見出しがたいので、それぞれ以下のとおり、制度の見直しを行うべきである。

その運用の実態を見ると、委員会が行う農地の権利移動の許可等の処理件数は減少傾向にある、地域によっては事務の大半を処理しているのは事務局で、委員会の会議は形骸化しているとの指摘もなされている。

また、制度導入から半世紀以上を経過した今日、農業を取り巻く環境は激変している。食料自給率は低下し、農業従業者の高齢化が進んでいる。また、農地の荒廃が進み、耕作放棄地が拡大し、農地管理のあり方が根本から問われている。さらに、より簡素で効率的な地方自治体の組織のマネジメントを求める国民の声も高まっている。

る。これらの点に鑑みれば、市区町村が地域の実情に応じ農地の管理を含め、農業政策全般を総合的に展開できるようにすべきである。このため、農業委員会のあり方についても全国画一的に定めるのではなく市区町村の自由度を高めるべきである。例えば、地域の農業者の参画の要請は、審議会等の活用や農業者との意見交換等の代替措置をもつてしても十分に対応可能である。<sup>(28)</sup>

#### 四 農業委員会法改正と機構法改正により農業委員会に求められる役割

##### (一) 農業委員会法改正

右に見たような議論を経て、農業委員会法は平成二七年改正へと向かうこととなる。農地委員会法の改正の背景には、わが国の農業の競争力を強化する方策として、農地利用の非効率性解消のために農地の集約化が求められている点が挙げられよう。すなわち、「日本の農地が効率的に利用されていない原因は、戦争直後の農地政策にさかのぼる。政府は一九四七～一九五〇年に農地改革を実施し、……農家の生産意欲を高め、食糧不足を解消した。その後、一九六〇年代後半に入ると、技術革新によって米の生産過剰が深刻化していったにもかかわらず、食料安全保障の観点から他の品目よりも手厚い生産保護を継続し、小規模農家が淘汰されず農地の集約が進まなかった経緯がある。

また、一九五二年に制定された農地法は、自作農主義に基づき、農地の取得権利を原則として農業経営を営む農家に限定するとともに、農業委員会の意見を踏まえたうえで、都道府県知事などが農地の権利移動や転用を許可する仕組みを設けた。しかし、地元の農家を選挙人・被選挙人として主たる構成員を選出する農業委員会においては歴史的

に、農家の財産拡大に寄与する農地転用が安易に肯定される一方で、新規参入者による農地の借用・購入を否定する傾向が強かったと言われている。農地所有者は自ら土地を耕すことができなくなっても、転用期待や先祖から受け継いだ土地への愛着から農地を他者に委ねることに消極的であり、その結果、農家の高齢化に伴い耕作放棄地が拡大した。<sup>29</sup>と指摘されるように、農地の集約化に対して農業委員会が十分機能を発揮できていなかった状況が問題視されるようになり、農業委員会のあり方の見直しの方向へと進むことになったと考えられる。

平成二六年五月一四日の規制改革会議農業ワーキング・グループ「農業改革に関する意見」では、農業委員会の実務的機能の強化を図るために、農業委員会の見直しとして、具体的には、①農業委員会の選挙・選任方法の見直し、②農地利用推進員の新設、③都道府県農業会議・全国農業会議所制度の廃止、④情報公開等、⑤遊休農地対策、⑥農地転用違反への対応、⑦農地権利移動の在り方の見直し、⑧行政庁への建議等の業務の見直し、⑨農振地域等における転用制度の見直し、⑩転用利益の地域の農業への還元などの方向が挙げられ、農業委員会法改正につながる意見が提示されたのである。<sup>30</sup>

平成二六年六月二四日に閣議決定された「規制改革実施計画」では、農業分野における規制改革の観点と重点事項として、「競争力ある農業、魅力ある農業を創り、農業の成長産業化を実現するため、農地中間管理機構の創設を、国民の期待に応える農業改革の第一歩とし、その上で、農業委員会、農地を所有できる法人（農業生産法人）、農業協同組合の在り方等に関して、これら三点の見直しをセットで断行する。<sup>31</sup>」とされたのである。とくに、選挙・選任方法の見直しとして、「農業委員会の使命を的確に果たすことのできる適切な人物が透明なプロセスを経て確実に委員に就任するようにするため、選挙制度を廃止するとともに、議会推薦・団体推薦による選任制度も廃止し、市町村議



会の同意を要件とする市町村長の選任委員に一元化する。その際、事前に地域からの推薦・公募等を行えることとする。これに伴い、市町村長は、農業委員の過半は認定農業者の中から選任し、また、利害関係がなく公正に判断できる者を必ず入れることとする。また、機動的な対応を可能とするため、農業委員は現行の半分程度の規模にする。さらに、女性・青年農業委員を積極的に登用する。なお、委員にはその職務の的確な遂行を前提としてふさわしい報酬を支払うよう報酬水準の引上げを検討するものとする<sup>(32)</sup>」とされた。また、農地利用最適化推進委員の新設として、「農業委員会の指揮の下で、担い手への集積・集約化、耕作放棄地の発生防止・解消、新規参入の促進など各地域における農地利用の最適化や担い手の育成・発展の支援を推進する農地利用最適化推進委員（仮称）の設置を法定化する。なお、農地利用最適化推進委員は、農業委員会が選任することとし、その際事前に地域からの推薦・公募等を行えるようにする。農地利用最適化推進委員は、地域の実情に応じて必要数を選任し、報酬は、市町村ごとに一定のルール枠内で支給することを検討する<sup>(33)</sup>」ことが求められた。

そして、平成二七年第一八九回国会において「農業協同組合法等の一部を改正する等の法律案」が可決・成立され、農業委員会法に大幅な改正が行われている。農業委員会法に関わる改正の目的は、「農業委員会が、その主たる使命である、農地利用の最適化（担い手への集積・集約化、遊休農地の発生防止・解消、新規参入の促進）をより良く果たせるようにする」とされ、規制改革実施計画をほぼ踏襲し、①農業委員会の業務の重点は、農地利用の最適化の推進であることを明確化（農業委員会法六条二項）、②地域の農業をリードする担い手が透明なプロセスを経て確実に就任するようにするため、市町村議会の同意を要件とする市町村長の任命制に変更（同法八条～九条）、③農業委員とは別に、各地域において農地利用の最適化を推進する農地利用最適化推進委員を新設（同法一七条～二五条）、等が主たる改正

のポイントとなった。<sup>(34)</sup>

右のポイント以外でも、農業委員会法の目的が、それまでの「農民の地位向上」から「農業の健全な発展」へと改正されているが、この点については政府参考人である農林水産省経営局長は「昭和二十六年、農業委員会ができた当時、農地解放の直後ということもございまして、やはり農民の地位が低かった、それを向上させようというのが強い目的としてあつたわけでございますけれども、現在の時点で、農家の地位もやはり相当高くなっている、この状況の中で、この書きぶりを直すときに、維持をする必要があるのかということで、ここを削除<sup>(35)</sup>した旨回答している。しかし、農業委員会が「農業者の代表として農業者自らの地位の向上を目指す組織から、国民経済的な観点で政策目的を実現するための組織に変えられた<sup>(36)</sup>」とする指摘もなされているところである。

改正のポイントの①については、「農地利用の最適化の推進」がそれまでの任意業務から必須業務へと改められている。農業委員会は、この農地利用の最適化の推進を、農地利用最適化推進委員と協力して進めていかなければならないのである。

②の農業委員の選出方法の変更は、それまでの選挙によって選ばれた選挙委員と議会・農業団体の推薦による専任委員という二本立てから、市町村議会の同意を要件とする市町村長の任命制へ一本化された。この点は、農業者等（農業者、農業差の組織する団体、その他の関係者）による選挙によって選ばれることによって得られていた民主的正当性<sup>(37)</sup>あるいは代表制が損なわれることが指摘されている。同旨の質問が国会審議の中でもあり、それに対して「農業委員の場合に、地域の農業者を代表する性質を持つているというのは今後とも当然維持をされるというふうに我々は思っております<sup>(38)</sup>」と農林水産省経営局長は回答しているのみである。この民主的正当性・代表制の観点は、農地利用の最



適化の推進にとって大きな影響を持つのではないだろうか。なぜなら、農地の集積・集約化には、関係者との密接な協議が求められるのであり、その点民主的正当性を持った委員が関わることにより円滑な進行が期待されるからである。たしかに、農業委員会法改正の背景にあるように、農業委員会の機能不全とも言える状況では、農地の集積・集約化の進展は望めない。その意味で、選挙による民主的正当性には及ばないものの、あらかじめ、農業者、農業者が組織する団体その他の関係者に対し候補者の推薦を求めた上で、「市町村議会の同意」が要件とされた点は評価されるべきものと思われる。

③の農地利用最適化推進委員についてであるが、農業委員会は、農地等の利用の最適化の推進に熱意と識見を有する者のうちから、農地利用最適化推進委員を委嘱しなければならない（農業委員会法一七条一項）。この農地利用最適化推進委員を委嘱しようとするときは、担当する区域を定めなければならない（同条二項）。農地利用最適化推進委員は、農業委員会が定めた区域内の農地等の利用の最適化の推進のための活動を行い（同条三項）その活動を行うに当たっては、農地中間管理機構との連携に努めなければならないとされる（同条五項）。したがって、農業委員会の進める農地利用の最適化は、機構との連携の下で行われることが求められていると言えよう。ここで後述する機構との関係を考慮する必要がある出てくるのである。また、農業委員会と農地利用最適化推進委員との役割分担は、「農業委員は役所の中で審議・決定を行い、推進委員は現場活動を行う」<sup>39</sup>ものと端的に表現する論者もいるのである。

この「農業協同組合法等の一部を改正する等の法律案」<sup>40</sup>には、衆議院において一五項目の附帯決議がなされており、農業委員会に関連したものは第一一項目から第一五項目である。その第一二項目において、「公共性の高い農地の集約や権利移動に関する農業委員会の決定は、高い中立性と地域からの厚い信頼を必要とすることに鑑み、農業委

員の公選制の廃止に当たっては、地域の代表性が堅持されるよう十分配慮すること。」が求められている点は、前述したように農地利用の最適化の推進において、地域の代表性は農業委員の属性として重要なものと考えられ注目に値しよう。

また、第一三項目において、「農業委員会の改革により、農業委員と農地利用最適化推進委員の役割分担の明確化を図った上で、農地中間管理機構との連携が強化され、担い手への農地利用の集積・集約化を加速するとともに、耕作放棄地の発生防止・解消等が効率的・効果的に推進されるようにすること。」とされた。このように農業委員会と機構との連携強化が附帯決議において求められている意義は大きいと思われる。

農業委員会法の改正により、農地利用の最適化の推進が農業委員会の必須事務とされ、その上で農業委員会と機構との連携強化が図られることにより、農業委員会には、「都道府県に置かれた農地中間管理機構が募集する農地集積ニーズに対応することが求められることとなり、その結果、「農政の下請け機関化」<sup>41</sup>に至るという懸念には十分注意を払うべきである。

## （二）機構法改正

機構法は、農業経営の規模の拡大、耕作の事業に供される農用地の集団化、農業への新たに農業経営を営もうとする者の参入の促進等による農用地の利用の効率化及び高度化の促進を図り、もって農業の生産性の向上に資することを目的として制定された（機構法一条）。中心的役割を果たす機関とされるのが、機構である。機構は、農用地の利用の効率化及び高度化の促進を図るための事業を行うことを目的とする一般社団法人又は一般財団法人で、各都道府県

に一つ置かれる（同法四条一項）。機構の行う農地中間管理事業は、農用地の借受け・貸付け、当該農用地の改良等利用条件の改善、当該農用地の管理等である（同法二条三項・五項）。機構が農用地の中間受け皿として、農用地の借受け・貸付けを行うことにより、農用地の集積・集約を図ることが求められた。

この機構法が制定された背景には、農林水産業を成長産業にするという政府の姿勢が窺われる。日本再興戦略（平成二五年六月一四日閣議決定）<sup>42</sup>では、「成長への道筋」に沿った主要施策例として、「民間の力を最大限引き出す」の八項目中の一つに、「農林水産業を成長産業にする」が挙げられている。その解決の方向性として、「農地を最大限効率的に活用できるようにするなど、生産現場を強化する。担い手への農地集積・集約や耕作放棄地の解消を加速化し、法人経営、大規模家族経営、集落営農、企業等の多様な担い手による農地のフル活用、生産コストの削減を目指す。」とし、機構を目標達成の重要な手段と位置づけたのである。<sup>43</sup>ここで「担い手」として、「法人経営、大規模家族経営、集落営農、企業等」が念頭に置かれている点に留意すべきであろう。

機構法が、事業を進めるにあたり前提となるのが、人・農地プラン（地域農業マスタープラン）である。人・農地プランは、平成二四年に開始され、農地バンク事業の円滑な推進を図るための手段として、平成二六年に制定された機構法の二六条に「農業者等による協議の場の設置等」と題された規定が置かれた。すなわち、市町村は、当該市町村内の適切と認める区域ごとに、当該区域における農業において中心的な役割を果たすことが見込まれる農業者、当該区域における農業の将来の在り方及びそれに向けた農地中間管理事業の利用等に関する事項について、定期的に、農業者その他の当該区域の関係者による協議の場を設け、その協議の結果を取りまとめ、公表するものとする<sup>44</sup>とされたのである。

農地の集積・集約化を推進する機構は都道府県に置かれるのであるが、実際には、現場における関係者による協議が出发点となる。機構法の法律案に対して衆議院で附帯決議<sup>(4)</sup>が一五項目にわたってなされている。その第一項目では「農地中間管理機構が十分に機能し、農地の集積・集約化の成果をあげていくためには、地域における農業者の徹底した話し合いを積み重ねていくことが必要不可欠である。このため、人・農地プランの作成及びその定期的見直しについては、従来以上に強力に推進すること。農地中間管理機構は人・農地プランが策定されている地域に重点を置くとともに、人・農地プランの内容を尊重して事業を行うこととする。」とされ、「地域における農業者の徹底した話し合い」の積み重ねが不可欠であり、人・農地プランの内容を尊重すべきことを求めている。さらに、第七項目では、「市町村は、農地中間管理機構より農用地利用配分計画の作成・提出等の協力を求められる等農地中間管理事業の実施に当たって重要な役割を果たすことに鑑み、いずれの市町村においても、地域の実情に即しつつ、農地の出し手・受け手のニーズに応えた事業実施が図られるよう、農地中間管理機構と市町村及び市町村相互の協力・連携体制を整備すること。その際、市町村は、農地の所在、所有者等の情報を把握している農業委員会の意見聴取を基本とするよう運用すること。」とされる。機構と市町村の協力・連携体制の基礎として「農地の所在、所有者等の情報を把握している農業委員会の意見聴取」を位置づけている。したがって、附帯決議ではあるが、機構法の描く農地の集約化の流れにおいては、地域における農業者の話し合いを基礎に置き市町村が作成する人・農地プランが重視され、市町村は農業委員会の意見聴取を基本とすることから、農業委員会の役割が重要であるという認識が示されていたのである。<sup>(45)</sup>

時系列的には、この機構法成立の翌年に、すでに見た農業委員会法の改正が行われ、農業者の代表という農業委員



会の位置づけに変化が見られることとなったのである。機構法制定時にその附則二条で施行後五年を目途として見直すと言われていた。すでに見た日本再興戦略は「一〇年間で担い手への農地集約率八割」を目標に掲げていたが、実際には、機構法見直し時点では、五五・二％にとどまり、<sup>(46)</sup>必ずしも当初期待していたほどの農地の集積・集約化が進展したと言える状況にはなかった。

平成三〇年一月に、農林水産省は「農地中間管理事業の五年後見直し等について」をとりまとめ、「農地バンクが、農地の集積・集約化に向けてその本来の機能を発揮するため、地域の特性に応じて、市町村、農業委員会、JA、土地改良区等のコーディネーター役を担う組織と農地バンクとが一体となつて推進する体制を構築する。」<sup>(47)</sup>とした。そして、「地域における農業者等による協議の場の実質化」を求め、「地域の徹底した話し合いにより担い手への農地の集積・集約化を加速化させる観点から、今後数年で大宗の地域で人・農地プランを実質化させるため」の取り組みの一つとして「話し合いのコーディネーターの積極的参加を促すこととし、農業委員・農地利用最適化推進委員については、その旨を法令で明確化する。」<sup>(48)</sup>としたのである。ここで窺われるのは、農業委員会法改正ではその役割・重要性が減じたかのようにも思われた農業委員会が、今一度その役割・存在意義について評価されていることである。

機構法は、令和元年に前記の見直しに即して、地域における農業者等による協議の場の実質化、農地バンクの仕組みの改善と農地の集積・集約化を支援する体制の一体化、担い手の確保等を内容とする改正がなされたのである。「地域における農業者等による協議の場の実質化」とは、人・農地プランの実質化を指す。人・農地プランの実質化に関連して、機構法の二六条二項の文言が、「市町村は、前項の協議に当たっては、新たに就農しようとする者を含め、幅広く農業者等の参加を求めるよう努めるものとする。」から、「市町村は、前項の協議に当たっては、新たに就

農しようとする者を含め、幅広く農業者等の参加を求めるように努めるとともに、当該協議の参加者に対し、農地に関する地図を活用して、地域における農業者の年齢別構成及び農業後継者の確保の状況その他の必要な情報を提供するよう努めるものとする。」と改められた。そして、農業委員会に関しては、三項が新たに設けられ、「農業委員会は、農地の保有及び利用の状況、農地の所有者の農業上の利用の意向その他の農地の効率的な利用に資する情報の提供、委員及び推進委員（農業委員会等に関する法律第十七条第一項に規定する推進委員をいう。）の第一項の協議への出席その他当該協議の円滑な実施のために必要な協力を行うものとする。」との規定が置かれたのである。<sup>49</sup>

このように地域の合意形成において、農業委員会の役割が明示的に規定された意義は大きい。農業委員会法改正では、「農政の下請け機関化」との懸念が示されていたのに対して、機構法改正法に示された農業委員会の役割は、積極的なものと言えよう。したがって、現実の農業委員会が地域の合意形成において果たすことが期待される推進役としての役割を今後とも重視すべきものと考ええる。それこそが、行政委員会としての農業委員会の役割であり、存在意義として捉えることができる。

## 五 むすびにかえて

以上検討してきたように、地方公共団体における行政委員会である農業委員会のあり方や役割については、農地利用の最適化の推進をめぐって近年いくつかの変更点が見られる。その議論の中でも指摘したように、地域の代表という農業委員会の属性は、地域の合意形成のみならず、農業委員会の行う事務を遂行する上で欠かすことができないも



のである。公選制から市町村長による任命制へと農業委員の選出方法は変更されたが、この点については、再度検討を要すると思われる。「農業者による公選制を廃止することは、地域空間管理における「農業者の自治」の制度的な担保を喪失することを意味する<sup>(50)</sup>」とされるように、公選制の持つ意義は大きい。

本稿では、農地利用の最適化の推進の観点から、農業委員会の役割を検討してきた。農地の集積・集約化だけが、果たして今後の日本の農業のあり方として、ベストと言えるものであろうか。農業委員会法が改正された第一八九回国会衆議院農林水産委員会において、参考人太田原高昭は次のように発言している。

「恐らく、こうした認識の根底には、我が国の農業が零細で非効率であり、これを思い切って大規模化し、企業化することが解決の道なのだから、零細な農家を守っている農協や農業委員会を変えなければならないという考え方があるのだと思います。

しかし、アメリカやオーストラリアと比較して零細だというのは間違いです。世界農業センサスという農業統計がありますが、それを実施している八十一カ国の農業経営規模を合算すると、一ヘクタール以下が七三%、二ヘクタール以下で八五%、五ヘクタール以下では実に九五%となります。日本の農家の平均は一・六ヘクタールですから、これは世界標準規模であります。

国連は、昨年、二〇一四年を国際家族農業年とすることを決議したことは御存じだと思いますが、その問題意識は、今世紀半ばにも九十億に達すると見られる人口爆発、このふえ続ける人口を誰が養うのかというところにあります。アメリカやオーストラリアの大規模農業の生産力は限界に達しておりますから、人口爆発の中心となっているアジア、アフリカの農業を近代化し、生産力を高めるしかない。そのためには、この地域に圧倒的に多い小規模な家族経営に

思い切った投資をしなければならないというのが国連決議の趣旨であります。<sup>(51)</sup>

農地を集積・集約化して大規模に農業を展開することは、一概に否定されるべきものではないものの、中山間地域では、そもそも農地の集約化が困難であることは想像に難くないことから、右の発言に見られるように、小規模経営の可能性を探る努力もなされるべきであろう。その際にはおそらく、コミュニティを基盤とした農業経営が考えられ、地域の代表としての農業委員会は今以上に重要な役割を果たすことが期待されるのである。

- (1) 駒林良則「自治体基本構造の法的議論に関する覚書」立命館法学三七三号一六四頁。
- (2) 吉牟田剛「行政委員会の設置をめぐる動向について」季刊行政管理研究一七〇号四八頁。
- (3) 塩野宏「行政委員会制度について——日本における定着度——」塩野宏『行政概念の諸相』（有斐閣、平成一六年）四四八頁。

(4) 塩野、前掲注(3)四四八頁。

(5) 塩野、前掲注(3)四四八頁。

(6) 同旨、和田英夫『行政委員会と行政争訟制度』（弘文堂、昭和六〇年）一〇頁。

(7) 田中二郎『新版行政法 中巻 全訂第二版』（弘文堂、昭和五一年）五五頁。

(8) 政令諮問委員会「行政制度の改革に関する答申」公法研究六号一五六頁。

(9) 政令諮問委員会、前掲注(8)一五九頁。

(10) 例えば、田中二郎『行政法の基本原理（第三版）』（勁草書房、昭和二十四年）一三二～一三四頁。「新しく発展した行政の分野には、党派的政策の影響を受けないで、より広範な視野において永続的な見地に立ち、周到的調査を基礎として技術的・合理的な政策を樹立することの望ましいもの、又、政党の圧力から独立して、公正中立に、而も能率的に運営・実施すること

の必要なものが少くない。かような分野においては、一般の行政部からある程度独立した行政委員会を設け、この行政委員会をしてその行政の管理に当らしめるとともに、その事項の政治的中立性及び技術的専門性に注意して、それに関する立法的機能及び司法的機能をも併せて行政委員会をして営ましめることとなつたのである。」「かような制度を広範に採用することになつたのは、連合国の日本管理政策に負うところが多い。連合国は、一切の制度の民主主義化を要望しており、その一環として行政機構の民主主義化を実現しようとしている。この要請に応えつつ、而も、政党の政治的支配から独立し、公正中立に、且つ能率的に、行政の運営を期するためには、先進民主主義国家に発達した行政委員会制度を範として、これをとりいれることが、妥当と考えられた。……政治と行政の現実の必要が生み出したというのでもなく、経済の実態が切実にこれを要求したというわけでもない。むしろ行政機構民主化の一環として、連合国の管理政策に従つて、主として、アメリカの制度を模範として、これを生み出したといつてよい。」

鵜飼信成「わが国における行政委員会制度の概観」東京大学社会科学研究所編『行政委員会』（日本評論社、昭和二六年）三―五頁。「わが国においては、英米における行政委員会制度発達の過程とはやや違つた背景をもつて生まれてきた。英米においては、委員会行政を生み出したものは、社会経済生活の発展に伴つて、自由放任主義を基礎とする制度とこれによる社会生活の侵害を救済するための司法的救済の制度が、不十分となつたことにあるが、わが国では、このような司法的救済の制度はあまり発達しておらず、行政的・権力的干渉はきわめて強かつたので、それを制度的に民主化することが、行政委員会制度を採用するねらいであつた。従つて、ひとり社会経済的な活動への干渉の部門においてだけでなく、あらゆる行政の部門で、行政委員会制を採用することが要求され、しかもその制度が採用されただけで、民主化は完了したかのような錯覚さえ生み出し、行政委員会制は、過去の官僚制の悪弊を一掃する万能薬であるかのように喧伝されたのである。しかし、同じ行政委員会制といつても、その構成や手続にはさまざまな差異があるし、また紙の上に書かれた制度が現実にとどのように運営されているかについても、実態的な考察を試みなければ、その正しい評価はできない。」

(11) 塩野、前掲注(3)四五八頁。

(12) 田中、前掲注(10)一三三頁。

- (13) 塩野、前掲注(3)四五九頁。同旨、和田、前掲注(6)八〇九頁。
- (14) 宇賀克也『地方自治法概説〔第九版〕』（有斐閣、令和三年）三二五頁。
- (15) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第五版〕行政組織法』（有斐閣、令和三年）一二五頁。
- (16) 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）五〇二頁。
- (17) 松本、前掲注(16)五〇三頁。
- (18) 松本、前掲注(16)五二二頁。
- (19) 松本、前掲注(16)五二三頁。
- (20) 塩野、前掲注(15)二一六頁。
- (21) 駒林、前掲注(1)一六七頁。
- (22) 大山礼子「首長・議会・行政委員会」松下圭一、西尾勝、新藤宗幸編『岩波講座 自治体の構想 4 機構』（岩波書店、平成一四年）三〇頁。
- (23) 宇賀、前掲注(14)三二五頁。
- (24) 農林水産省ウェブサイト「農業委員会系統組織の組織・業務の概要」([https://www.maff.go.jp/j/study/other/keiei/kondan\\_kai/iinkai/pdf/2siryou21.pdf](https://www.maff.go.jp/j/study/other/keiei/kondan_kai/iinkai/pdf/2siryou21.pdf)) 最終閲覧令和三年五月五日。
- (25) 行友弥「農業委員会制度の見直しについて——「農地の番人」はどこへ向かうのか——」『農林金融』六八巻七号二六〇三七頁 (<https://www.nochuri.co.jp/report/pdf/n1507re3.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日。
- (26) 鹿兒島重治『地方自治体法』（ぎょうせい、昭和五八年）一二八頁。
- (27) 総務省ウェブ 사이트「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」([https://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/singi/chihou\\_seido/singi/pdf/No28\\_tousin\\_051209.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/singi/chihou_seido/singi/pdf/No28_tousin_051209.pdf)) 最終閲覧令和三年五月五日。
- (28) 内閣府ウェブサイト、地方分権改革推進委員会「第三次勧告」(<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/091007torimatome01.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日。

- (29) 堀千珠、みずほリサーチ第一一〇号七頁 (<https://www.mizuho-ir.co.jp/publication/mhri/research/pdf/research/r110501.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日。同旨、西村尚敏「担い手」への農地集積による農業の競争力強化に向けて ―農地中間管理機構の創設―」立法と調査三四六号五五頁。蜂屋勝弘「課題が山積する農地集積―地道な取り組みで、わが国農業の構造に変化を―」日本総研リサーチ・フォーカス(二〇一五年九月一六日) (<https://www.jri.co.jp/MediaLibrary/file/report/researchfocus/pdf/8404.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日)、は農家の高齢化と農業を主業としない農家への農地の滞留を農業の成長産業化の阻害要因として挙げる。
- (30) 内閣府ウェブサイト「農業改革に関する意見」 (<https://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/kaigi/meeting/2013/wg2/nogyo/140514/item1.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日。
- (31) 内閣府ウェブサイト「規制改革実施計画(平成二六年六月二四日閣議決定)」 (<https://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/suishin/publication/140624/item1.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日。
- (32) 内閣府ウェブサイト、前掲注(31)。
- (33) 内閣府ウェブサイト、前掲注(31)。
- (34) 農林水産省ウェブサイト「農業委員会法改正について」 ([https://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/noui/attach/pdf/27kaisei\\_nouhou-8.pdf](https://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/noui/attach/pdf/27kaisei_nouhou-8.pdf)) 最終閲覧令和三年五月五日。
- (35) 第一八九回国会衆議院農林水産委員会議事録第一五号(平成二七年六月九日)。
- (36) 桂明宏「農業委員会制度改革と今後の課題」農業法研究五一号五八―五九頁。
- (37) 桂、前掲注(36)六二頁、後藤智「自治体行政委員会、公共組合の変容と地方自治」晴山一穂他編『官僚制改革の行政法理論』(日本評論社、令和二年)一六五―一六七頁等。
- (38) 農林水産委員会議事録、前掲注(35)。
- (39) 桂、前掲注(36)六二頁。
- (40) 第一八九回国会衆議院農林水産委員会議事録第一九号(平成二七年六月二五日)。



(41) 桂、前掲注(36)六四頁。

(42) 首相官邸ウェブサイト「日本再興戦略」([https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/saikou\\_jpn.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/saikou_jpn.pdf)) 最終閲覧令和三年五月五日。

(43) 首相官邸ウェブサイト、前掲注(42)八〇～八一頁。

○担い手への農地集積、耕作放棄地の発生防止・解消等による競争力強化

・担い手への農地集積と集約化により、農業構造の改革と生産コストの削減を強力に推進するため、農地の中間的受け皿として都道府県の段階に農地中間管理機構（仮称）を整備し、活用する。

具体的には、農地中間管理機構が地域内農地の相当部分を借り受け（準公有状態）、大区画化等の基盤整備を行った上で、担い手（法人経営、大規模家族経営、企業、新規就農者等）への農地集積・担い手ごとの農地の集約化に配慮して貸し付けることにより農地利用の再配分を行うスキームを確立し、積極的に活動できるようにする。その際、農地中間管理機構は、市町村・民間企業等に業務委託を行い、地域の総力を挙げて取り組む体制とする。

・耕作放棄地については、耕作していた所有者の死亡等により耕作放棄地となるおそれのある農地（耕作放棄地予備軍）も解消対策の対象とするとともに、耕作放棄地の所有者に対し農地中間管理機構に貸す意思があるかどうかを確認したり、所有者不明の耕作放棄地について、公告制度を使いやすくし、裁定により同機構に利用権を設定する等、手続きの大幅な改善と簡素化を図る。

・これらの措置と併せて、地域の農業者の徹底した話し合いにより担い手への農地集積の合意形成を図る「人・農地プラン」の作成・見直しを推進し、農地の集積・集約化を着実に進める。

・なお、二〇〇九年に完全自由化されたリース方式による企業の農業参入を、農地中間管理機構も活用しながら積極的に推進する。また、農業生産法人の要件緩和などの所有方式による企業の農業参入の更なる自由化について、二〇〇九年に実施したリース方式での参入の完全自由化と農業生産法人の要件緩和後の参入状況の検証等を行うとともに、農地の集積・集約化の推進に与える影響も考慮しつつ、検討する。



・生産性向上に結び付く農地集積をサポートするため、都道府県等が行う大区画化等の農地整備や農業水利施設の整備を農地中間管理機構も活用しながら推進する。

(44) 第一八五回国会閣法第一四号衆議院附帯決議。

(45) 地域の合意形成の重要性については、安藤光義「農地を動かす地域システムはどう変化したか」農業と経済八七巻一号二七頁。

(46) 農林水産省ウェブサイト「農地バンクによる担い手への農地集積の状況」(<https://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/kikou/attach/pdf/jisseki-70.pdf>) 最終閲覧令和三年五月五日。

(47) 農林水産省ウェブサイト「農地中間管理事業の5年後見直し等について(取りまとめ)」([https://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/kikou/attach/pdf/kikou\\_ichran-27.pdf](https://www.maff.go.jp/j/keiei/koukai/kikou/attach/pdf/kikou_ichran-27.pdf)) 最終閲覧令和三年五月五日。

(48) 農林水産省ウェブサイト、前掲注(47)。

(49) 今回の改正に当たっても、衆議院で一〇項目にわたる附帯決議がなされており、その第一項目では、「地域における農業者等による協議の場において作成する人・農地プランが、単に支援措置を活用するためのものではなく、地域の農業の将来像を見通すことのできるものとして実質化されるよう、地域の農業事情に精通した市町村、農業委員会等が、農業者等の協議において調整能力を発揮しうるよう、その活動に対して十分な支援を行うこと。また、農業者等による協議の場が適時適切に開催されとともに、その協議の場に地域の農業者はもとより、新たに農業経営を営もうとする者等多様な農業者等が参画し、十分な議論を行い、関係者の合意が形成されるよう留意すること。その際、これらの取組に対して十分な支援を行うこと。」とされた。令和元年第一九八回国会衆議院「農地中間管理事業の推進に関する法律等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」。

(50) 島村健「農業委員会」の見直しについて」衆議院調査局農林水産調査室『農協・農業委員会等の改革』についての学識経験者等の見解』([https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_rchome.nsf/html/rchome/shiryo/nousui\\_201503\\_kaikakukankeikenkaisyu.pdf/\\$File/nousui\\_201503\\_kaikakukankeikenkaisyu.pdf](https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_rchome.nsf/html/rchome/shiryo/nousui_201503_kaikakukankeikenkaisyu.pdf/$File/nousui_201503_kaikakukankeikenkaisyu.pdf)) 最終閲覧令和三年五月五日。

(51) 第一八九回国会衆議院農林水産委員会議事録第一二号(平成二七年五月二七日)。



# 宗教団体の自律権と司法審査

高 畑 英 一 郎

はじめに

- 一. 信教の自由と宗教団体の自律権
  - 二. 前提としての最高裁法理
  - 三. 宗教団体の自律権に対する最高裁本案判決
  - 四. 学説
  - 五. 近時の下級審判決の動向
  - 六. 検討
- おわりに

## はじめに

宗教団体の内部的判断に対する司法権の適用の問題は、一般に裁判所の「審判権の限界」<sup>①</sup>と理解され、主に宗教団体の内部的な法的トラブルの背景に信仰上の教義紛争がある場合に裁判所が本案判決をすることができるのかという点について論じられることが多い<sup>②</sup>。周知のとおり判例法理は、教義紛争が核心的前提となっている事案は「法律上の争訟」に該当しないとして却下判決を下すというものである。これに対して、核心的前提のいかんにかかわらず、形式的には事件・争訟性の要件を満たす限りは本案判決を行うべきであるとの批判が、最高裁の内外から提起されている<sup>③</sup>。

これに対して本稿の関心は、本案における裁判所の具体的審査のあり様<sup>④</sup>、すなわち信仰教義に関わらず宗教団体内部における法的トラブルを本案として扱う場合に、裁判所はどのような審理をするのかというものである。ここでいう本案での審理は、憲法三二条のいう「裁判を受ける権利」を充足しつつ、同二〇条の保障する信教の自由と宗教団体の自律権との調和を志向するものとなる。そこでは、裁判所に憲法二〇条と三二条との調整が求められることになる。信教の自由の保護の観点からの望ましい調整は宗教団体の自律権に対する「尊重」であるが、最高裁の判例法理や学説はいずれも宗教団体の自律権を「鵜呑み」にするものではなく、最低限の司法審査を及ぼすことを認めている。ただ、その審査における密度については種々のものがあり、その濃淡は宗教団体の自律権に対する裁判所の「尊重」の広狭と重なり合うところが多い。近時の下級審判決の中には、高密度の審査を行うものも少なくなく、それは宗教団体の自律権に対する「尊重」という憲法要請に適うのかという問題を提起するものとなる。本稿は、こうし

た憲法上の「尊重」から、とくに下級審判決の動向を検討しようとするものである。

## 一・信教の自由と宗教団体の自律権

宗教活動は個人で行う以上に集団で行うことが多く、信仰を共有する者らがその信じる行いを共に実践することで追求されるという性質を帯びるものである。このような集団的に行われる宗教活動の傾向に着目するなら、信教の自由は個人のみならず集団にも認められるのは当然といえる。古来から個人に完結した宗教活動は存在するものの、統治者の注意を引いたのは集団的な宗教活動であり、時に弾圧の対象となった。そのため、歴史的文脈で信教の自由を考える場合、それは個人の自由にとどまるものではなく、集団の自由を包含するものと理解せざるを得ない<sup>⑤</sup>。

信教の自由が集団的な宗教活動の自由を内包するのならば、その自由を継続的に実践するために集団を組織化すること、すなわち団体を結成し維持していく自由も保障されなければならない。いわゆる宗教団体結成の自由の保障である<sup>⑥</sup>。宗教団体結成の自由には、（結社の自由と同じく）結成解散の自由、加入脱退の自由のほか、結社存続のために内部事項に関する決定権が認められている。宗教団体におけるこの内部事項決定権は、具体的には、どのような内容の信仰を教義とするのか、誰を宗教的な指導者とするのか、団体の運営形態はどのようなものにするのか、といったことに及ぶ。そして、これらの問題について宗教団体は自由に決定することができるということは、政府がその決定に関与・介入し、否定することがあつてはならないことを意味する。内部事項決定権を宗教団体の自律権と呼ぶ理由はそこにある。特に宗教指導者の選任と信者の破門といった人事に関わる問題は、信仰内容の決定とともに自律権

の核心部分であるといえよう。それは、当該宗教団体の信仰する教義の一貫性や完結性を保持するために、その信仰の指導者や指導部に強く認められるのである。<sup>(7)</sup>

この点につき最高裁は、本門寺事件判決において「宗教法人は宗教活動を目的とする団体であり、宗教活動は憲法上国の干渉からの自由を保障されているものであるから、かかる団体の内部関係に関する事項については原則として当該団体の自治権を尊重すべく、本来その自治によって決定すべき事項、殊に宗教上の教義にわたる事項のごときものについては、国の機関である裁判所がこれに立ち入って実体的な審理、判断を施すべきものではない」と説示した。宗教上の教義に関する決定など宗教団体の内部事項には信教の自由に基づく自治が認められるのであり、その自治を国家機関は「尊重する」必要があるから、裁判所はそこに立ち入って実体的な審理すべきではないとの当該説示は、本稿の示す問題を考える上で重要である。

宗教団体が内部問題を自由に決定できることと、その決定に対する政府の介入を排除できることは、宗教団体の自律権の二つの側面といえることができる。政府介入の排除権は、行政による介入を排除する規定（宗教法人法八五条など）のみならず、信仰問題と接点をもつ宗教団体内部の法的紛争に対する司法権（裁判所の審判権）行使の問題としても顕在化するものである。

ところで宗教団体の多くはこんにち法人格を取得している。法人化は一般に財産管理や取引の安定に資するところ、宗教団体の法人化はとくに宗教活動に必要な財産の管理を個人ではなく団体（法人）の決定に付する意義があり、財産面での懸念なく宗教活動を実践するのに役立つ面。しかし法人の設立や運営などは法律に基づくため、そこに裁判所の審判を認めることになる（それは憲法三二条の保障する「裁判を受ける権利」とも関係する<sup>(9)</sup>）。宗教法人法一八条一項



は、代表役員一名を含む三名の責任役員を宗教法人は置く<sup>⑩</sup>と定める。そして、代表役員及び責任役員は宗教上の権限を含まないとして（同法六条）、その地位が世俗的なものであることを規定する。宗教団体が法人化することは、メリットがある一方で、宗教法人法の規定する範囲で裁判所の管轄下に置かれることを意味する。法人化された宗教団体の財産管理権をもつ者、すなわち、代表役員の地位は住職など宗教上の地位にある者が「充て職」として就任することが多く、その者に対する人事的決定は宗教法人法の下での世俗的な決定なのか、あるいは実質的には宗教的な決定なのか判然としない場合が少なくなく、争いが生じている。また、代表役員の地位が当該宗教法人の土地建物等の占有権原となつていても多く、役員を解任された者の土地建物の明渡しを巡つて紛争の原因となつてゐる。これが純粹に世俗的な地位であれば司法権が及ぶことになるが、核心的前提が宗教紛争である場合には異なる判断が示されてゐるのである。

## 二・前提としての最高裁法理

こうした紛争に関する最高裁の判決を、三つに分類することができよう。<sup>⑪</sup>

第一型は、宗教上の地位の存否それ自体を訴訟物とする訴訟は法律上の争訟に当たらず、司法権は及ばないとするものである。<sup>⑫</sup> 最高裁は銀閣寺事件判決において「住職たる地位は、元来、儀式の執行、教義の宣布等宗教的な活動における主宰者たる地位であつて、…寺の管理機関としての法律上の地位ではないというのであるから、…権利関係の確認を訴求する趣旨であれば格別、右代表役員および責任役員としての法律上の地位の確認請求をすると共に、これ

とは別個にその前提条件としての住職たる地位の確認を求めるというのは、単に宗教上の地位の確認を求めるとすぎないものであつて、法律上の権利関係の確認を求めるものとはいえず、したがつて、このような訴は、その利益を欠くものとして却下を免れない<sup>12</sup>と説示して、宗教上の地位の確認に対する審判権を否定する法理を提示した。この法理は種徳寺事件判決<sup>13</sup>において確認され、確立したものとなっている。さらに教覚寺事件判決<sup>14</sup>において最高裁は、宗教団体の規律違反を理由に下された懲戒処分が被処分者の宗教活動を制限し、あるいは当該宗教団体内部における宗教上の地位に関する不利益を与えるといったように、その処分の効力が宗教団体内部にとどまる場合、当該処分の効力に関する紛争は具体的な権利又は法律関係に関する紛争ということはできず法律上の争訟には当たらないと説示した。この判決は、懲戒処分の効果が被処分者に「経済的及び市民的生活に関する不利益を」与えるものであつても、処分の効力が外部に及ばない限り、法律上の争訟性を否定した。

第二型では、裁判所は、具体的な権利義務関係ないし法律関係についての請求の当否の判断の前提問題として、特定の人につき宗教上の地位の存否を判断する必要がある場合には、その地位の存否（選任ないし罷免の適否）について司法権を有するとされる<sup>15</sup>。この立場をとるものに、前掲種徳寺事件判決<sup>16</sup>、本門寺事件判決<sup>17</sup>、宝光坊事件判決<sup>18</sup>、正福寺事件判決<sup>19</sup>および法布院事件判決<sup>20</sup>がある。さらに、宗教法人の自治規範の内容を検討することにより同法人内の信者の地位を確定する判断枠組みの下、檀徒の地位を具体的な権利義務ないし法律関係を含む法律上の地位と認めた満徳寺事件判決<sup>21</sup>がある。

第三型は、具体的な権利義務関係ないしは法律関係の存否を訴訟物とする訴訟ではあるが、前提問題として本来宗教団体がその自治によつて決定すべき宗教上の教義、信仰ないし宗教活動に関する事項について争いがあり、請求の

当否を決することについてその判断を避けることができず、形の上では法律上の紛争であっても、実質上は宗教上の教義の争いである場合は、法令の適用をもって裁判することができないから、裁判所の不干涉、中立性を示す意味で訴えを却下するというものである。<sup>(22)</sup>これは板まんだら事件判決<sup>(23)</sup>において提示された法理であり、その後蓮華寺事件判決<sup>(24)</sup>ほか多くの判決で踏襲されている。<sup>(25)</sup>

### 三・宗教団体の自律権に対する最高裁本案判決

(一) この「審判権の限界」という問題においては、最高裁の示した第三型の判例法理に対する批判を中心に論じられることが多い。これに対して、本稿は第二型の判例法理における最高裁の具体的判断に焦点を当てる。憲法は宗教団体に高度の自律権を認めているのであり、それは少なくとも（教義解釈に関わるか否かを問わず）内部事項に対する判断を国家が「尊重する」ことで示されよう。そこで、教義解釈に関わらない問題として最高裁が実際に宗教団体の判断に対して行った審査の手法は「尊重」に相当するものであるのかを検討する。<sup>(26)</sup>

最高裁は、寺院が解任した前任職に対してその占有する建物の明渡しを求めた前掲種徳寺事件判決<sup>(27)</sup>において、寺院の不動産引渡等請求の当否を判断する前提問題として住職の地位の存否を判断する必要がある場合には、その存否判断の内容が宗教上の教義の解釈にわたるものでない限り、その選任ないし罷免の適否について裁判所が司法権を行使することができるかと判決した。そして、認定した事実関係から下された宗教団体の罷免処分には手続的実体的な瑕疵がないのでその有効性を認めた原審の判断を支持した。

また第二型に直ちに当てはまるわけではないが、<sup>(28)</sup>同旨の結論に達するものとして前掲本門寺事件判決がある。<sup>(29)</sup>自らが代表役員であることの確認を宗教法人に対して求める本件において、最高裁は、宗教法人の代表役員等の地位を確認する訴は法律上の争訟に該当すると説示した上で、宗教法人の宗教活動上の自由ないし自治に対する介入にわたらない限り、特定の者が宗教法人の代表役員等であるかどうかを審理判断する前提として、その者が住職という寺院規則に定める宗教活動上の地位を有する者であるかどうかを審理判断することができると説示した。そして、本件の争点が選任手続に即して住職の地位を取得したのかである点に鑑み、選任手続上の準則に従って選任されたのかを審査する手法を採用し、寺院規則上住職選任に関する規定を欠く場合には条理に即して判断するとして檀信徒の総意をもって住職を選任したことは条理に適合すると判断した原審の判決を支持した。

前掲蓮華寺事件判決は、<sup>(30)</sup>傍論ながら、宗教法人の代表役員等の地位の存否を審理する前提として、その者の宗教団体上の地位の存否を判断する際、教義信仰に関わらない場合には、その地位の選任、剥奪に関する手続上の準則のみを審理判断すると説示する。

さらに法布院事件判決では、<sup>(31)</sup>包括宗教団体との被包括関係の廃止を目的とした規則変更のために被包括の宗教法人の代表役員が包括宗教団体の承認なく責任役員を解任して新役員を選定し、その後の責任役員会で包括宗教団体との被包括関係の廃止に係る規則変更を議決したことに対して、包括宗教団体が当該代表役員を懲罰処分にしたことにつき、最高裁は、被包括関係解消における包括宗教団体による不利益取扱いを禁止する宗教法人法七八条一項および二項の適用を退け、被包括の宗教法人の規則が責任役員の解任に際して包括宗教団体の承認を求めている場合、包括宗教団体側に宗教的自律権に基づく被包括の宗教法人の責任役員を選任する権限があり、その権限行使は結果として被

包括関係の廃止を困難にする事態を招くことになっても違法ではないと判決した。被包括の宗教法人の規則に包括宗教団体による統括規定があることを前提に、最高裁は「包括宗教団体の代表者がその権限を行使するに当たり、いかなる信仰上の考え等を有する者をもって被包括宗教法人の責任役員にふさわしいものとするかは、当該規則等に特別の定めがあるときなどを除き、包括宗教団体の自治的な決定にゆだねられている」と説示して、宗教団体の宗教的自律権は当該団体の人事権のみならず、統括対象である被包括の宗教法人の役員人事にまで及ぶことを示した。またこの判決で最高裁は、宗教法人法七八条一項および二項の適用を巡る法律関係の前提問題として、包括宗教団体の被包括の宗教法人の責任役員の選任権を検討し、信仰の共有など教義の理解に関する問題についての包括宗教団体の判断を肯定して、その手続面における適正さを審査した。

(二) 第三型の判例法理に反対する最高裁の少数意見の中には、本案判決を下すために宗教団体の自律的判断を一定の条件の下で尊重しようとする見解がある。

日蓮正宗小田原教会事件判決<sup>(32)</sup>裁判官反対意見は、共産党袴田事件判決<sup>(33)</sup>を引用しつつ「宗教団体を結成する自由及び国の干渉からの宗教活動の自由は憲法により保障されているから、裁判所は、宗教団体の自治を尊重すべきであり、宗教団体のした懲戒処分<sup>(34)</sup>の当否は、当該宗教団体が自治的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特別の事情のない限り、右規範に照らして決すべきである」と述べて、宗教団体の処分判断に対する濫用審査を可とする見解を示す。

他方、同判決三好達裁判官反対意見は、「裁判所が処分理由の存否について日蓮正宗の自律的な確認、決定を尊重し、それが存在するものとしなければならない以上、それを理由にされた処分が懲戒権の濫用に当たるかどうかを審



理、判断することもまた、教義ないし信仰の内容にわたるものとして、許されないというべきであるが、手続についての右準則の履践の有無については、裁判所は審理、判断すべきものである」と述べ、裁判所の審判権はあくまで手続面の審査にとどめるべきとする。同じ見解に立つものとして、仏世寺事件判決<sup>(35)</sup>元原利文裁判官反対意見がある<sup>(36)</sup>。

(三) このように、最高裁は少数意見で示された見解を含め、宗教団体の内部事項に関する判断に対してはその判断を全面的に「尊重する」判決を下しているわけではなく、法布院事件判決の調査官解説が整理するように「手続上の準則に従って」<sup>(37)</sup>下されたのかという点に限って審査してきたといえよう。認定事実や手続上の準則からの合理的な推論に基づく判断を下すことで、最高裁は「裁判を受ける権利」の実現において公平かつ中立な裁判の実施を基軸にしているのであって、その限りで宗教団体に対する自律権の「尊重」は後退していると評価することはできるだろう。宗教団体の判断に対して全面的な「敬讓」<sup>(38)</sup>を示しているわけではないのである。

#### 四・学説

裁判所の審判権が及ぶ場合に、どのような審査手法を採用すべきかにつき、民事訴訟法学の議論の蓄積がある。ここではその主要な議論を紹介する。

(一) 宗教団体の自律権に対する裁判所の尊重を広くもとめるのが松浦説である<sup>(39)</sup>。この説は、宗教団体の宗教的人事権は宗教団体の信教の自由と不可分であることを前提に、憲法二〇条や宗教法人法の規定から宗教団体は国家の干渉を受けることなく人事権その他内部の組織上の問題を決定する自律権が保障されているとする。この自律権は国家が



らの独立（独立的自律権）と国家から認められる自治の二側面あり、宗教団体の人事権その他の決定権は前者に属し、宗教団体は自治規範を制定できるだけでなく、その解釈・適用をなす権限を有するという。

そして、審判権が及ぶ場合でも「宗教上の地位を有する者の任免については、全体として独立的自律権が働くものとし、任免の効力を主張する者をして、宗教団体内部において自律的に任免がなされた事実を事実として主張せしめ、外形的にその存在が認められるときは、裁判所はその事実効として任免の効力を認めた上で然るべき裁判をすべきである」とする<sup>(41)</sup>。くわえて、この自律権は「公共の福祉」による制約に服するから、裁判所は「公共の福祉」違反に関する審査を行うことができるとする<sup>(43)</sup>。

(二) この裁判所による「公共の福祉」適合性に関する審査を比較的広義に理解するのが、竹下説である<sup>(44)</sup>。まず、一般的な私的団体の自律的判断の根拠を結社の自由<sup>(45)</sup>に求め、それに対する審査については実体的制限と手続的制限が及ぶとする<sup>(46)</sup>。そして実体的制限には公的利益保護として、公序良俗・強行法規の禁止する作為を求める処分の禁止と一般法秩序の求める作為を禁止する処分の禁止があり、私的利益保護として裁量権の範囲の逸脱禁止と処分権の濫用の禁止<sup>(47)</sup>があり、手続的制限としては、自治規範の遵守、処分機関の権限、手続不備における適正手続による補充、適正な事実認定が求められるとする。そして、宗教団体内部の自律的処分の司法審査も、当事者の主張に現れた限度において、実体的・手続的制限のすべてに及ぶとともに、その範囲に限定され<sup>(48)</sup>とする。

(三) これらの学説は、宗教団体の自律権の根拠に関して違いがあるものの、自律を重視し制約を超えていなければ受容するという外形的な審査を行う点で共通すると評される<sup>(49)</sup>。これに対して宗教団体の自律的判断により踏み込んで審査することを提唱する見解が提起されている。この安西説は、上記の学説が宗教団体内部で下される判断を「生み

出し支えている」手続過程を見落としているとの問題意識から、<sup>(50)</sup>まず訴訟当事者に宗教問題の主張の提起を禁止するとともに、審査密度の高い手続審査を行うよう主張する。<sup>(51)</sup>その手続審査の際に自律権に基づく処分が宗教団体内部で「どのような手続きを踏んで行われたのか」「どのような手続きを尽くして行われたのか」を審査するよう求める。それはつまり、「多様な利害や価値を持つ信者達が属する団体内部で、その利害を調整するための手続が公正に行われたのかどうかを、団体内部の手続運営の経緯に踏み込んでチェックする」ことだというのである。<sup>(52)</sup>

(四) 以上に紹介した学説は、順に宗教団体の自律権に対する司法審査の密度・程度が高くなるものである。そのいずれもが「宗教団体の意見をそのまま鵜呑みに」<sup>(53)</sup>するものではなく、「尊重」の程度も広いものではない。当該自律権が信教の自由に基づくものであることを鑑みると、それに対する司法審査は可能な限り希釈されたものであることが望ましいといえよう。<sup>(54)</sup>

## 五・近時の下級審判決の動向

既に述べたように、最高裁は、宗教団体の自律権が「手続上の準則に従って」行使されたのかという点に限って審査してきた。他方、以前から下級審判決には「手続的正義保持の観点からのみ審判権を行使するという限界を越えて本案の審理判断をする例もいくつかある」<sup>(55)</sup>といわれている。そこで、平成一五年以降の下級審判決の動向を検討し、最高裁の審査との異同を観察するとともに、宗教団体の自律権に対する司法審査の現状を確認することにする（対象は第二型かつ宗教団体の自律権の効力が争われた判決に限定する）<sup>(57)</sup>（次節の検討のために、下記下級審判決に番号を付す）。<sup>(58)</sup>

被包括宗教法人の僧籍をもつ代表役員が、包括宗教法人の許可なくその被包括宗教法人そのものを第三者に売却しその対価を受領したため僧籍を剥奪されて代表役員を解任されたことに対して、自身への解任処分の無効確認および被包括宗教法人の代表役員の地位確認を求めた事件において、①日本山妙法寺事件判決<sup>59</sup>は、僧籍剥奪処分は原告の請求の前提問題であり、それは被包括宗教法人の売却に対する処分であるものの宗教上の教義の解釈にわたるものではないとして、裁判所の審判権を認めた。そして宗教法人は信教の自由が保障されているので裁判所は宗教団体の自治を尊重すべきであり、その懲戒処分については、処分事実の有無、手続の適正さ、裁量権の逸脱の有無を審査すると説示した。とくに裁量判断に対する審査において、第三者への売却による被包括関係の了解なき廃止は包括宗教法人にとって組織に関わる重大な問題であり、僧籍剥奪処分や解任処分はやむを得ないとして、処分の比例性に着目する審査を行った。

②平成二二年大阪高裁判決<sup>60</sup>は、建物明渡し処分を命じた宗教団体の管長の地位を争う事件であり、当該建物の所有者（宗教団体）には明渡しによる権利実現のため裁判を受ける権利が保障されることを前提に、当該管長及びその後任者の下で三〇年以上にわたり宗教団体は活動を行っており、その活動により形成される秩序が「宗教団体としての自治的決定内容」であるから、それに従った扱いをするのが相当であるとした。

宗教団体の自律的決定を一般的な結社のもつ自律権から承認するものの、その決定を直ちに認容するのではなく、そこに公序良俗違反や裁量権の濫用、団体内の手続違反の有無などを検討する判決もある。宗教団体の下した除名処分が団体内の手続に適っておらず、また除名事由の存否にかかる判断も不合理だとして処分の無効を信者が求めた③創価学会信者除名事件判決は、団体自治の尊重を前提にしながらも、処分権者の裁量判断における要素の取捨選択、

その要素の分析・検討、こうした検討結果を前提とした処分内容の選択などの各判断の過程に著しく不合理な点がないかを検討すべきであり、処分の基礎となる事実の認定につき事実の捏造や著しく不合理な判断方法への依拠など、経験則や論理則から到底是認することができない場合には処分を無効とすると説示したが、当該事件の請求は棄却した。<sup>61</sup>

④曹洞宗懲戒処分事件判決は、被包括宗教法人の代表役員（住職）に対して包括宗教団体が下した宗教活動に関する懲戒処分が、宗教法人に設置される法定の議決機関の議員の地位の喪失という効果を有したことから、その処分の有効性を争う事件である。当該議員の地位は法律上の地位であることを前提に、当該処分に至る手続が著しく正義に悖る場合や、処分の根拠となった重大な事実を誤認があること等により重大な事実の基礎を欠くこととなる場合、判断の過程において自律的に定めた準則の解釈が恣意的に行われた等当該処分が社会通念上著しく妥当性を欠く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として無効となると説示して、当該処分の恣意性を認定して請求を認容した。<sup>62</sup>

宗教団体の懲戒に関する処分について、処分事実の有無に対する厳格な審査を行う判決も少なくない。被包括宗教法人の代表役員が包括宗教法人から懲戒処分を受けたことから、すでに代表役員の地位にいないことの確認を信者団体が求めた事件である⑤在日大韓基督教会事件判決は、処分の当否について「適正な手続きに則ってされたか否かによって」判断するが、処分事実に対する事実上の根拠の有無や裁量権の踰越も審査すると説示した。そして処分を受けた代表役員の行為の処分該当性を極めて詳細に検討した上で、当該処分の適法性を認定した。また、その自律的判断を尊重すべきとの宗教団体側の主張を退けて、認定事実が懲戒事案に該当するのかを審査しその該当性を否定して、



処分を受けた原告の地位確認請求を認容した⑥大神神社事件判決<sup>64</sup>や、原告を破門に処した宗教団体の決定が適正な理由によるものではないと判断し、その処分を無効にして原告の地位各請求を認容した⑦圓満院事件判決もある<sup>65</sup>。これらの判決には、宗教団体が認定した事実に基づく処分に対して裁判所が再検討を加えるという特徴がある。

## 六・検討

前述の本門寺事件判決は宗教団体の内部関係に関して、本来その自治によって決定すべき事項、殊に宗教上の教義にわたる事項に対する自治権の尊重を説示し、法布院事件判決が包括関係にある包括宗教団体が「被包括宗教法人の責任役員にふさわしいものとするかは、当該規則等に特別の定めがあるときなどを除き、包括宗教団体の自治的な決定にゆだねられている」と述べる<sup>66</sup>とき、信教の自由に基づく宗教団体の自律権を広く尊重する理念が示されているといえる。しかし、その理念は現実の判断においてどこまで反映されているのだろうか。本節では、以上の検討を踏まえ、本案審査を行った判決が宗教団体の自律的判断をどのように取り扱っているのかを考察する。

上記のように、最高裁は宗教団体の判断に対する裁判権が認められる場合に、つねに宗教団体側の判断を尊重しているわけではなく、「手続上の準則に従って」いるか否かに焦点を絞って判断を下す立場を示している。それは「裁判を受ける権利」の実現において、公平かつ中立な裁判の実施を基軸にしていることの表れとみることができる。ところで、前節で検討した下級審判決は最高裁の立場を踏襲しているのだろうか。

最も宗教団体の立場に寄り添ったのは、宗教団体の「自治的決定」の尊重を説示した判決②である。しかしこの判

決は、長年にわたる事実の連続性からその「自治的決定」の存在を認定するものであって、宗教団体の自律的決定に時の経過を加味したものといえよう。時の経過は法的安定性に対する評価を導く要素であるものの、かかる認定は宗教団体の自律権を純粹に尊重するものとはいいがたい。<sup>67)</sup>

最高裁が示唆するような、宗教団体の自律的判断の手續にのみ審査を限定した下級審判決はない。その懲戒処分を下す際にした宗教団体の事実認定を厳格に再検討する判決（判決⑤～⑦）や、処分を下す判断の過程における不合理性の有無を検討する判決（判決③④）、そして懲戒事由と懲戒処分との比例性に着目する判決①がある。いずれも宗教団体の自律権に対する裁判所の審査としては、審査密度の高いものと評価することはできよう。とくに判決⑤～⑦は、宗教団体のした懲戒事実の有無を確認するものであり、上記の「適正な事実認定」の要請に適うものといえようが、その厳格な審査は宗教団体が自律的に行った懲戒処分の「構成要件」該当性判断を再検討するものであり、宗教団体の判断の不当性を検証することに相当するものといえよう。<sup>68)</sup> このような厳格で詳細な事実認定に対する審査は、宗教団体の自律権を尊重するものと評することは難しいのではなからうか。

そして、こうした審査密度の高い手法は、憲法上高い自律性が要請される団体に対しては過重と思われる。共産党袴田事件最高裁判決は、<sup>69)</sup>「政党に対しては、高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をなしうる自由を保障しなければならない」ことを前提に、「政党の内部的自律権に属する行為は、法律に特別の定めのない限り尊重すべきであるから」「政党が黨員に対してした処分が一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまり、裁判所の審判権は及ばないというべきであり、他方、右処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照



らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則つてされたか否かによつて決すべきであり、その審理も右の点に限られるものといわなければならない」と述べ、裁判所の審判権が及ぶ場合でもそれを手続審査に限定すべきことを説示する。国家に対して高い独立性が求められる弁護士会の懲戒判断に対しても、最高裁は「弁護士に対する懲戒事由に該当するかどうかについては、弁護士会の合理的な裁量にゆだねられているものと解され、弁護士会の裁量権の行使としての懲戒処分は、全く事実の基礎を欠くか、又は社会通念上著しく妥当性を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法となるというべきである<sup>70)</sup>」と述べ、審査密度の高くない「踰越濫用審査」を適用する。株式会社の経営者の裁量判断に対しても、子会社の株式取得に関する経営判断につき最高裁は「株式の評価額のほか、取得の必要性、参加人の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである<sup>71)</sup>」と説示している。このように、一般的団体の判断に対する審査方法として最高裁は高密度の審査を行っているわけではない。

そうすると、宗教団体の自律的判断に対しては、自律権の行使が宗教団体の定める手続に即したものであるのかを外形的に審査することを基本に、審査密度の高くない方法を採用すべきであつて、行政裁量審査に見られる判断代置型審査や判断過程統制といった審査密度の高い手法用いるべきではないと思われる。

## おわりに

宗教団体の自律的決定に対する尊重を批判する平成四年仙台高裁判決は、宗教団体の「自律結果をそのまま肯認して、宗教団体内の異端紛争について実体判決をした場合、結局、裁判所は、宗教団体内部の対立する一方の立場を支持する結果となり、裁判所の宗教上の教義、信仰に対する不干渉、中立性を害することとなる。これは、憲法二〇条…の趣旨に悖るものである<sup>72)</sup>」という。そして第三型が自力救済をもたらすとの批判に対して「こうした自力救済及びこれによる混乱を阻止する術が全くないわけではない。宗教法人法八六条、八一条、その他刑事処罰法規などによる公序に反する自力救済の歯止め効果が期待される。そして、そもそも政教一致の弊害に対する反省に立つて裁判所の宗教的中立性を保持することは憲法が強く要請するところである。裁判所は、宗教的紛争の一方当事者に肩入れするような結果をもたらしてはならない。こうした紛争の解決は、当該宗教団体内部における知性ある宗教家らの公序に悖らぬ方法による自治的解決に期待すべきものである。そうすることによってこそ、民衆や多くの信者の宗教的信賴を得ることができると考えられる<sup>73)</sup>」というのである。

この見解は、裁判所が宗教法人の自律的判断を追認することは宗教的中立性に違反するとの立場から、そうした追認を避けるために問題を裁判所外に置くことは「英知」であるとの理解を反映するものといえよう。しかし、この「英知」は国民の「裁判を受ける権利」の犠牲の上に求められるものではあるまい。宗教団体の自律権の「尊重」は憲法上の要請と考えられるので、裁判所はその調整をしなければならぬ。最高裁の示す調整は、自律権行使を手続面から審査するに限定するものであった。これに対して、下級審は審査密度が高い審査方法を採用している。宗教団

体の自律権に対する審査は「手続上の準則に従って」いるのかを判断することを基本に、その「尊重」を図るのが望ましいといえよう。

- (1) 高橋宏志「審判権の限界」伊藤眞ほか編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一八頁。
- (2) 例えば、伊藤眞『民事訴訟法』（6版）（有斐閣、二〇一八年）一七六―一七七頁、新堂幸司『新民事訴訟法』（6版）（弘文堂、二〇一九年）二五一―二五二頁、川嶋四郎『民事訴訟法概説』（3版）（弘文堂、二〇一九年）四一―四四頁参照。
- (3) 前掲註(2)の論考、後掲註(32)、(35)、(36)の少数意見参照。
- (4) 安西明子『民事訴訟における争点形成』（有斐閣、二〇一六年）二二頁以下。
- (5) この点につき、佐藤幸治「現代国家と宗教団体」佐藤幸治・木下毅編『現代国家と宗教団体』（岩波書店、一九九二年）三七頁は、信仰は本来的な結社性を帯びることを指摘する。松浦馨「宗教団体の自律的結果承認の法理」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新（中）』（有斐閣、一九九一年）五六頁も、宗教団体の最大の価値の一つに「信仰の連帯性」を挙げる。
- (6) 憲法学説の多くは、宗教団体結成の自由を信教の自由の一つと理解している。宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣、一九七四年）三五三頁、佐藤功『ポケット注釈全書 憲法（上）』（新版）（有斐閣、一九八三年）三〇二頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版）』（有斐閣、二〇〇〇年）一二五―一二六頁、奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣・一九九三年）一七〇頁、佐藤幸治『日本国憲法論（2版）』（成文堂、二〇二〇年）二五四頁、樋口陽一『憲法（4版）』（勁草書房、二〇二二年）二二二頁ほか多数。
- (7) See Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, 140 S. Ct. 2049, 2060 (2020). 高畑英一郎「宗教条項の原意を探る」アメリカ法二〇二〇―二二（二〇二二年）二五八―二五九頁も参照。
- (8) 最一判昭和五五・四・一〇判時九七三号八七頁。
- (9) 中野貞一郎『民事訴訟の論点Ⅰ』（判例タイムズ社、一九九四年）九頁は、宗教団体に対する裁判所の審判権の問題が、

「紛争当事者の『裁判の受ける権利』と『信教の自由』その他の憲法価値の衡量・調整」の問題であることを指摘する。

- (10) 坂原正夫「判批」法学研究六六卷四号（一九九三年）一四五頁。伊藤眞「判批」民事訴訟法判例百選〔5版〕（有斐閣二〇一五年）七頁も参照。この三分類を区分する手法として、二段審理モデルが提唱されている。新堂幸司「審判権の限界」新堂幸司編『講座民事訴訟②訴えの提起』（弘文堂、一九八四年）一〇―一二頁参照。

- (11) 坂原・前掲註(10)一四五頁。

- (12) 最一判昭和四四・七・一〇民集二三卷八号一四二八―一四二九頁。

- (13) 最三判昭和五五・一・一一民集三四卷一号一頁。

- (14) 最一判平成四・一・二三民集四六卷一号一頁。

- (15) 坂原・前掲註(10)一四五頁。

これにつき、住職の地位は確認の対象にはならない事項であるのに、どうして前提問題としてなら判断してよいのかという「根本的な疑問」が提起されているが（渡辺康行ほか『憲法Ⅱ』（日本評論社、二〇二〇年）三一―一頁〔渡辺康行〕）、これに対しては、住職の地位の存否を訴訟として直接に判断することと、請求の当否の前提問題としてのみこれを判断する場合とでは、自律権に対する介入の程度にかなりの差があることを前提に、「一方では、裁判による市民法的秩序の確立の要請…に答えつつ、他方では、団体の自治への介入を最小限度に止めるという、妥当な実践的選択を評価できる」（新堂・前掲註(10)二〇―二二頁）という応答がある。

- (16) 最三判昭和五五・一・一一民集三四卷一号一頁。

- (17) 最一判昭和五五・四・一〇判時九七三号八五頁。

- (18) 最三判平成一〇・三・一〇判時一六八三号九五頁。

- (19) 最二判平成一二・一・三一判時一七〇八号九四頁。

- (20) 最一判平成一二・九・七民集五四卷七号二三四九頁。

- (21) 最三判平成七・七・一八民集四九卷七号二七一七頁。

- (22) 坂原・前掲註(10)一四五頁。
- (23) 最三判昭和五六・四・七民集三五卷三号四四三頁。
- (24) 最二判平成一・九・八民集四三卷八号八八九頁。
- (25) 白蓮院事件判決(最三判平成五・七・二〇判時一五〇三号三頁)、日蓮正宗管長事件判決(最三判平成五・九・七民集四七卷七号四六六七頁)、妙真寺事件判決(最二判平成五・九・一〇判時一五〇三号一八頁)、日蓮正宗小田原教会事件判決(最二判平成五・一一・二五判時一五〇三号一八頁)、仏世寺事件判決(最三判平成一一・九・二八判時一六八九号七八頁)、常説寺事件判決(最三判平成一四・一・二九判時一七七九号二八頁)、大経寺事件判決(最二判平成一四・二・二二判時一七七九号二二頁)、玉龍寺事件判決(最三判平成二二・九・一五判時二〇五八号六二頁)。
- (26) 八木一洋「判解」最判解民事篇平成一二年度(下)(二〇〇三年)八〇六一八〇八頁注一〇参照。
- (27) 最三判昭和五五・一・一一民集三四卷一号一頁。
- (28) 種徳寺事件判決では、建物明渡し請求という具体的な権利義務関係の請求の前提として住職の地位の確認を審判できるとするのに対して、本門寺事件判決では、本山との包括関係の維持を巡り檀徒が推す者が住職の地位の確認を求めるものであって、そこに当該地位確認を前提とする具体的な権利義務関係の請求はない。
- (29) 最一判昭和五五・四・一〇判時九七三三号八五頁。
- (30) 最二判平成一・九・八民集四三卷八号八八九頁。
- (31) 最一判平成一二・九・七民集五四卷七号二三四九頁。
- (32) 最一判平成五・一一・二五判時一五〇三号一八頁。
- (33) 最三判昭和六三・一二・二〇判時一三〇七号一一三頁。
- (34) 八木・前掲註(26)八二一―八二三頁注一四参照。
- (35) 最三判平成一一・九・二八判時一六八九号七八頁。
- (36) 審査のあり様に触れることなく、宗教団体の判断の尊重を本案判決のために主張する個別意見として、白蓮院事件判決



（最三判平成五・七・二〇判時一五〇三号三頁）佐藤庄市郎・大野正男裁判官反対意見、大経寺事件判決（最二判平成一四・二・二二判時一七七九号二二頁）河合伸一裁判官反対意見および亀山継夫裁判官反対意見がある。

（37）八木・前掲註（26）七九二頁。同前八一二頁注八も参照。

（38）この点、アメリカの裁判所は「聖職者」の人事に関する宗教団体の決定に「敬讓」を示す「聖職者例外」法理を採用してゐる。See Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and Sch. v. EEOC, 565 U.S. 171 (2012); Our Lady of Guadalupe School, *supra* note 7. 「聖職者例外」法理についての主な邦語文献として、福嶋敏明「『聖職者例外』法理とアメリカ連邦最高法院（1）（2・完）」神戸学院法学四二巻三・四号（二〇一三年）三六五頁、四三巻三号（二〇一四年）一五三頁、山口智『信仰と法規制』（神戸市外国語大学外国学研究所、二〇一五年）一四五頁以下、高畑英一郎「アメリカにおける教会自治権について」宗教法三九号（二〇二〇年）一三七頁がある。Hosanna-Tabor 判決が、信教の自由および政教分離原則から裁判所に要請される教義判断の禁止原理と裁判所の管轄権の問題とを切り離して考えるべきと説示する点につき、田中謙太「宗教団体の内部紛争と司法権」同志社法学六八巻八号（二〇一七年）一三七―一三八頁参照。

（39）松浦馨「民事訴訟による司法審査の限界」竜寄喜助先生還暦記念『紛争処理と正義』（有斐閣出版サービス、一九八八年）一六頁、三六頁。新堂幸司「宗教団体内部の紛争と裁判所の審判権」新堂幸司編著『特別講義 民事訴訟法』（有斐閣、一九八八年）一八七頁、新堂・前掲註（10）二二―二四頁、新堂・前掲註（2）二五一頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法（上）』（2版補訂版）（有斐閣、二〇一三年）三四〇頁も参照。

（40）松浦・前掲註（5）五頁は、国家から認められる自治と一般の私法上の団体のもつ自律権を同一視する。

（41）松浦・前掲註（39）三六頁。もちろんその任免行為が公共の福祉や公序良俗などにはするときは、裁判所は無効を宣言する。同前。

（42）同前一六頁。「公共の福祉」とは、宗教上の行為と世俗的権利とを実質的に調整する手段の意味であり、人権衝突の調整原理と類似するのという（松浦・前掲註（5）一四頁）。なお、高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、二〇一七年）八〇頁註六六も参照。



(43) 松浦・前掲註(5)一三一―一五頁。宗教上の行為が世俗的領域に「はみ出す」限りで「公共の福祉」違反を審理するとする。同前一三頁。

高橋・前掲註(39)三四〇頁は、手続的瑕疵の有無の審査を強調する。

(44) 竹下守夫「団体の自律的処分と裁判所の審判権」書研所報三六号(一九九〇年)二二―二九頁、同「判批」民商法雑誌一〇二卷三号(一九九〇年)三五七―三五八頁。中野貞一郎『民事訴訟法の論点Ⅱ』(判例タイムズ社、二〇〇一年)三三三頁も参照。

(45) 結社の自由と私的団体の自律権に関しては、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、一九八四年)九九―一〇〇頁参照。部分社会論と結社の自由については、同前七八頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔5版〕』(有斐閣、二〇二〇年)四三七頁参照。

(46) 佐藤・前掲註(45)七九―八一頁、佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、一九八八年)一七九―一八〇頁も参照。

(47) ここでは行政訴訟法三〇条をもとに、私的団体の自律的処分と行政庁の自由裁量処分との類似性を挙げる。竹下・前掲註

(44)書研所報二四頁。

(48) 竹下・前掲註(44)民商三五九頁。任意団体の自律権につき、除名処分を中心に実例を検討したものに、井上武史『結社の自由の法理』(信山社、二〇一四年)二九四―二九七頁がある。

(49) 安西・前掲註(4)七四―七五頁。

(50) 同前二四頁。

(51) 同前三三―三五頁。同前七六頁も参照。

(52) 同前三五頁。これは「手続」審査というものの、自律権に基づく判断が下されるまでの過程(「手続過程」)を詳細に検討しようとするものであり、その過程において利害調整といった点を考慮に入れて検討したのか(考慮不尽の有無)などを審査するものと思われる。そうであるならば、行政裁量に対する司法審査の一手法である判断過程審査と近似するものとみることはできまいか。行政裁量に対する判断過程審査については、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔7版〕』(有斐閣、二〇二〇年)

三五八―三六〇頁参照。

(53) 坂原正夫「判批」法学研究六七卷一〇号（一九九四年）九七頁。

(54) 佐藤・前掲註(5)四一頁。

(55) 高橋宏志「判批」リマックス一号（一九九〇年）二〇六頁。

(56) 日蓮正宗に関する「第二次訴訟」（井上治典『民事手続の実践と理論』（信山社、二〇〇三年）七〇―七二頁参照）の最高裁判決が終結した後の時点を想定している。

(57) 第一型に関する事件として、宗教団体から懲戒解雇・除籍された者が信者としての地位確認と労働契約上の権利の確認と未払賃金の支払いなどを請求した事件において、信者としての地位確認を求める訴えは宗教上の争いであり、懲戒事に対する判断も宗教的判断を避けることができないから訴えを却下した神靈教事件判決（東京地判平成一六・三・一九 WestlawJapan: 2004WLJPCA03190002）がある。また、宗教上の地位確認に対する司法不介入の法理を確認する順正寺事件判決（東京地判平成二六・一一・四 LEX/DB: 25523213）もある。これは、宗教団体の信者が被告はその僧侶ではないことの確認を求めた事件であるが、東京地裁は当該宗教団体の規則に基づき僧侶は独立に宗教団体の財産的活動を行う権限を有しない宗教上の地位にすぎないと認定し、確認の対象となるべき適格を欠くものと判示した。

第三型の事件として訴え却下した判決には、以下のものがある。寺院名称の変更を求めた原告に対して被告が原告代表者には代表権限がないと主張した事件において、平成二二年東京地裁判決（東京地判平成二一・一二・一八判タ一三三二二号二五九頁）は、原告代表者が代表役員の地位にあるか否かの判断には、原告の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断することが避けられないのであり、代表役員の地位の存否について審理することができないから訴えを却下した。また、被包括宗教法人の代表役員（住職）が包括宗教団体の下した宗教活動に関する懲戒処分が無効を求める訴えを、具体的な権利又は法律関係に関する紛争に該当しないと判断した曹洞宗懲戒処分事件判決（東京地判平成二九・一一・一六 LEX/DB: 2550926）もある。この判決は、当該処分が後の法律上の地位の喪失の根拠になるとしても、宗教団体内部における宗教上の地位に制限を加えるものとどまる限りは法律上の争訟に当たらないとした。

(58) したがって、僧侶や禰宜の労働者該当性および労働関係法令の適用など「世俗的権利関係の当否」(山本和彦『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社、二〇〇二年) 四八頁) に関わる事件は扱わない。聖職者の労働者該当性に関しては、昭和二十七年二月五日基発四九号労働省労働基準局長通達「宗教法人又は宗教団体の事業又は事務所に対する労働基準法の適用について」参照。判決としては、妙應寺事件判決(東京地判平成二二・三・二九労働判例一〇〇八号二二頁)、統一教会福岡事件判決(福岡高判平成二七・三・三一 WestlawJapan: 2015WLJPCA0316001)、住吉神社事件判決(福岡地判平成二七・一一・一一判時三三二二号一一四頁)、宇佐神宮事件判決(大分地中津支判平成三〇・一一・一三 LEX/DB: 25549552)がある。

他に本案審理をした判決には次のものがある。出家会員の地位の確認訴訟に関する平成三〇年東京地裁判決(東京地判平成三〇・四・一八 LEX/DB: 25553337)は、出家会員の地位は宗教上の地位であるものの、宗教上の教義の解釈にわたらない限り裁判所の審判権は認められるとして、出家会員は出家に当たって財産を全て原告にお布施として寄付し宗教団体にほぼ全面的に依存した環境からその地位の喪失は出家会員の日常生活及び生存に重大な影響を与え、また宗教団体の処分には手続上の瑕疵があると認め請求を容認した。

裁判所は当事者の主張に宗教問題が提起されていないときは法律上の争訟の問題を検討することなく当然に本案判決を行っており、建物等の明渡し請求事件(福岡八幡宮明渡し請求事件判決(東京地判平成二六・七・一五 LEX/DB: 25520618))や、宗教法人の代表役員・責任役員の地位確認訴訟(東京地判平成一九・七・二五 WestlawJapan: 2007WLJPCA07258026、東京地判平成二〇・一一・一〇 WestlawJapan: 2008WLJPCA02208001、真彰会事件判決(東京地判平成二七・八・三一 LEX/DB: 25532114)、東郷神社事件判決(東京地判平成二〇・七・二二 LEX/DB: 25556555))においてそれを確認する必要がある。また、被告宗教団体の下した懲戒解雇処分が無効であるとして地位確認と未払賃金請求および勤務期間中のパワーハラスメントに対する損害賠償を求めた事件において、法律上の争訟の問題や神職見習い職員であった原告の労働者該当性を検討することなくその請求に理由がないとして請求を棄却した福岡八幡宮解雇事件判決(東京地判平成二五・四・一七 LEX/DB: 25500696)もある。第一型に属するとみられる事件でも、当事者の主張に宗教問題が提起されていないときは本案審査を行う

ている。教会の教会担当教師（牧師）であつた原告が当該教会の包括宗教団体により巡回教師に任命されることで教会担当教師の地位から除外されたことの無効を主張し、教会担当教師の地位の確認を求めた事件で、大阪地裁は、このような宗教上の地位に関する任免に関して、それが団体内の手続に即して行われたものであるか、さらには当該任命が懲戒処分に該当するのかを判断して請求を棄却した（フリーメソジスト岩出キリスト教会事件判決（大阪地判平成二九・七・二六 LEX/DB: 25546755））。

- (59) 東京地判平成一八・一〇・一二判時一九六六号六三頁。
- (60) 大阪高判平成二二・一・二八判タ一二三四号二四五頁。
- (61) 東京地判平成二八・一〇・二七 LEX/DB: 25537993。
- (62) 東京地判平成二九・一一・一六 LEX/DB: 25550926。
- (63) 東京地判平成三〇・七・一九 LEX/DB: 25556558。
- (64) 奈良地判令和一・九・一二 LEX/DB: 25564119。
- (65) 大津地判令和一・一〇・三判一三三二号八七頁。
- (66) 竹下・前掲註(44)民商三五九頁は、「団体がその内部秩序を乱す構成員を懲戒処分に付し、その統制を維持しうることは、自律権の本質的内容に属する」という。川嶋四郎『一切の法律上の争訟』（裁判所法三条一項）についての覚書」同志社法学六七卷三号（二〇一五年）三五頁も参照。

(67) 垣内秀介「判批」判タ一二三六一号（二〇一二年）四〇頁、安西・前掲註(4)六一頁参照。

(68) したがって、行政裁量統制における判断代置型審査に該当するといえようか。宇賀・前掲註(52)三五九頁参照。

もつとも、前掲判決③（前掲註(61)）は裁判所が自ら処分権者と同一の立場に立つて処分の基礎となる事実の有無を認定し、その認定判断を前提としていかなる処分を選択することが相当であるかを判断した上で、その結果と実際にされた処分を比較する方法により処分の有効性を判断することは相当ではないと説示しており、宗教団体のした事実認定や具体的処分の選択について裁判所が判断代置型審査を行うことの不当性を論じている。

- (69) 最三判昭和六三・一二・二〇判時一三〇七号一一三頁。
- (70) 最一判平成一八・九・一四判時一九五一号三九頁。
- (71) 最一判平成二二・七・一五判時二〇九一号九〇頁。
- (72) 仙台高判平成四・四・二三判タ七九八号一三〇頁。
- (73) 同前一三〇―一三二頁。

(後記… 故喜多義人教授には生前公私にわたり大変お世話になりました。謹んでここにご冥福をお祈りいたします。)





# 日本の外国人受入れ政策に関する一考察

——「令和三年二月入管法改正法案」挫折の背景——

瀧川 修 吾

## 一 問題の所在（共生社会の理想と難民認定率の低さ）

名古屋出入国在留管理局の施設に収容され、体調不良を訴えていた三〇代の女性が、二〇二二年三月六日に死亡するという大変痛ましい事件が発生した。<sup>①</sup> 女性は「不法滞在」で昨年八月二〇日から同入管施設に収容されていたが、亡くなる二日前に診察した医師が「仮放免」を勧める報告をしていたにもかかわらず、所轄の最上級行政庁たる法務省が同九日に公表した事件の中間報告にはこれらの事実について記載がなかったという。<sup>②</sup> そのことが関係者への取材で明らかになったのが四月二三日のことで、折も折、国会では二月一九日に閣議決定された「出入国管理及び難民認

定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律案」（以下、同法は入管法と略記する）が審議されていた。<sup>③</sup>

入管法改正案に反対する動きは、この事件への疑惑が明るみにできると一層の高まりをみせた。<sup>④</sup> 当時は、コロナ禍の第四波によりやく収束の兆しが現れるかという微妙な時期にあったが、いまだワクチン接種も軌道に乗っているとは言いがたい状況にあった。一年延期された二〇二〇年東京オリンピック・パラリンピック競技大会の開催という一大イベントを七月二三日に迎え、その実施に対する反対論が勃興し、菅義偉内閣の支持率も、五月一〇日付のNHK世論調査では「支持」が三五％に対し「支持しない」が四三％で、支持率の逆転現象が生じていた。<sup>⑤</sup> 一時は強行採決をも辞さない姿勢を見せていた与党と菅内閣であったが、同一八日改正法案の今国会での成立を断念した。<sup>⑥</sup>

昨今、少子高齢化の進行により日本人の労働力人口は減少を続け、これを補う形で日本に在留する外国人の数は増加し、二〇二〇年末で二百八十八万七千百十六人に達した。<sup>⑦</sup> 日本の在留外国人は、二〇〇九年度から二〇一二年度のようにリーマンショックや東日本大震災の影響で減少した時期もあり、コロナ禍の影響を受けた二〇二〇年度も流石に減少したが、ほどなく三百万人に達する見込みである。<sup>⑧</sup> 二〇一一年以降、人口減少社会に転じた日本で現在の産業規模を維持するために必要な外国人を受け入れることは、一方で日本側の国益に適うと同時に、他方で在留する外国人にとっても治安が良く経済的に豊かな社会での就労は魅力的といえる。<sup>⑨</sup> したがって日本の外国人受入れ政策の前提条件は、受入れ側にとっても在留する外国人にとってもメリットがあり、関係調整さえ順当かつ綿密に行われれば、双方が納得する理想的な「共生社会」を実現することが可能であるといえよう。

日本が目指すべき持続可能で発展的な社会のグランドデザインは、そのように描かれるのが理想であり、二〇一八

年七月二四日に閣議決定された「外国人の受入れ環境の整備に関する業務の基本方針について」では、「日本で働き、学び、生活する外国人の受入れ環境を整備することによって、外国人の人権が護られ、外国人が日本社会の一員として円滑に生活できるようにしていく必要がある」と受入れ国としての責任が表明されている。<sup>(10)</sup> さらにここでは、法務省がその「司令塔」となり、内閣官房と共に「外国人材の受入れ・共生に関する関係閣僚会議」を開催することとされ、現在までに九回が開かれている。<sup>(11)</sup> また、出入国在留管理庁（以下、入管庁と略記）のホームページでは、「ルールを守って国際化」というメルクマールのもと、活動紹介の動画を公開し、「円滑かつ厳格な出入国審査」と「在留外国人の適正な管理と支援」、「難民の認定」という基本職務に加え、「外国人との共生社会を実現させる」ことを使命に標榜し、国民の理解に供している。<sup>(12)</sup>

ところが、今回の入管法改正案は、日本における難民問題、特にその認定数が極端に少ないという統計上の事実が脚光を浴び、挫折を余儀なくされた。確かに、昨年二〇二〇年の難民申請者が三千九百三十六人であったのに対し、難民と認定されたのが四十七人（二・二％）で、「人道的な配慮を理由に在留を認めた者」を含めても九十一人（二・三％）であったと知ると、これは誰しもが直感的に少ないと感じる数字であろう。しかも、これはコロナ禍の影響で母数が例外的に少ない年度の難民認定率で、その前年の二〇一九年は申請者一万三百七十五人に対し認定者四十四人（〇・四％）、二〇一八年度は同じく一万四百九十三人に対し四十二人（〇・四％）<sup>(14)</sup>であったと聴かされると直感確信に近づき、今度はいわゆる先進諸国の難民認定率が気になるはずである。

そこでインターネットを使用できる人々の多くは、NPO法人難民支援協会のホームページで、「ドイツが二五・九％／五万三千九百七十三人、米国が二九・六％／四万四千六百十四人、フランスが一八・五％／三万五十一人、

カナダが五五・七％／二万七千六百八十八人、英国が四六・二％／一万六千五百十六人」と、日本の「〇・四％／四十四人」が分かり易い棒グラフで比較され、「日本は難民認定が少なすぎる」「いや、数の問題ではない。ちゃんと審査をやった結果が少ないだけだ」という強烈なスローガンに接するはずである。<sup>15</sup> さらに熱心な者は、これらの元データを提供している国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）のホームページにアクセスし、二〇一九年末の時点で、世界には紛争や迫害により故郷を追われた人が約七千九百五十万人もおり、そのうち難民が約二千六百万人、庇護を申請している者が約四百二十万人もいることを知るであろう。<sup>16</sup>

かくて「最も困窮している外国人」である難民をほとんど認定していない日本政府が、外国人との共生社会を理想として掲げることに齟齬が生じ、令和三年二月の入管法改正法案は挫折することとなった。<sup>17</sup> 若者たちの感覚からすれば、外国人労働者はすでに日本の社会のそこかしこに溢れているのだから、難民にだけ意地悪をせずに受け入れてあげれば良いではないかといった素朴な疑問があるようである。NHKが二〇二〇年三月に行った世論調査によれば、「日本に外国人が増えることへの賛否」は、「一八～二九歳」では「賛成」が五〇％、「どちらかといえば賛成」が四五％、両者を合わせると九五％で、「どちらかといえば反対」の五％を圧倒的に上回った。<sup>18</sup>

それでは、政府がめざしている外国人との共生社会とはいったどのようなものなのか、そしてそれは国民のコンセンサスが得られるような理想的なものなのか。この疑問に結論を出すには、日本の外国人受入れ政策がどのように形成され、推移し現状に至ったのかを歴史的に俯瞰してみる必要がある。

## 二 出入国管理及び難民認定法の構造とその基本方針

元来の日本は、四季のある住み良い土地柄ではあるが、第二次世界大戦後の荒廃からの復興、高度経済成長期を経ること、ようやく外国人が働くために中長期にわたって在留したいと思えるような魅力的な姿を取り戻していった。現行の入管法は、一九五一（昭和二六）年一〇月四日に「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件」に基づく政令として制定され、最終的に現在の名称「出入国管理及び難民認定法」に落ち着いたのは一九八一年のことである。<sup>19</sup> 広く知られるように、日本の法体系には主に明治期に導入された大陸法系と、第二次大戦後に導入された英米法系が混在しているが、入管法はまさしく後者である。在留資格制度というと難解な印象を受けるが、アメリカでいう「ビザ」が日本の「在留資格」と捉えると理解が容易で、その要件を満たさない者は日本に受け入れないのが制度の基本設計となっている。<sup>20</sup> ここが一つ重要なポイントといえるが、「在留資格」を持たず、日本に住みたいという単純な動機に基づく外国人の中長期滞在、換言すれば「移民」は認めない方針が、現行の制度はもちろん、日本では一貫して採用され続けているのである。<sup>21</sup>

制度の詳細な歴史は割愛するが、入管法は、第一条に「本邦に入学し、又は本邦から出国する全ての人の出入国及び本邦に在留する全ての外国人の在留の公正な管理を図るとともに、難民の認定手続を整備することを目的とする」とあるように、一方で外国人の「出入国」と「在留」の管理、他方で「難民認定」という、本来的には「別個」でありながら、運用上はきわめて密接な関係をもつ、二つの行政行為について定められた法律である。なぜなら前者、すなわち主権の及ぶ範囲である領域を有する国家への出入りとそこでの在留を管理することは、まさに近代以降の主権



国家にとってその前提条件をなす本質的な統治行為であり、むしろ難民も外国人には違いないため、その受入れの可否を決定する行為自体は広義にはここに含まれよう。

しかし、後者すなわち難民認定は、本質的に国家間の約束である国際法により、難民に対する一定の保護措置等が求められ、これに対応すべく整備された国内法に基づく行為である<sup>(22)</sup>。具体的には、専ら第二次世界大戦の惨禍を受けて一九五一年に国連で作成された「難民の地位に関する条約」と、その適用範囲を拡大するための「難民の地位に関する議定書」（一九六七年発効）に、日本が一九八一年に加入したことで生じた国際法上の関係である<sup>(23)</sup>。そして同年、これに合わせて出入国管理令が改正され、入管法の目的に加わったのが難民認定とその受入れであり、これは国際協調主義を掲げる民主主義国家として、戦後からの復興を成し遂げた日本が自ら負うた義務といえる<sup>(24)</sup>。

こうして在留資格に基づく出入国在留管理と、難民の条件に合致しさえすればこれを庇護する難民認定制度が一つの入管法のもと、一つの行政組織によって運用されることになったが、少なくとも後者の影響で前者の受入れが甘くなることはなかった。むしろ制定当時の出入国管理令では、第四条第一項に現行の在留資格を定めた規定があり、その最後の第一六号は「前各号に規定する者を除く外、外務省令で特に定める者」とされており、これに基づく省令により「法務大臣（制定当時は入国管理庁長官）が特に在留を認める者」として様々な外国人の受入れが行われていた<sup>(25)</sup>。しかし、こうした弾力的な運用では、来日する外国人やこれを受け入れようとする企業にとっても基準が不明瞭といわざるを得ず、現行制度に連なる基本的枠組みが構築された一九八九（平成元）年一二月の入管法改正では、第一に「在留資格」の新設・整備と、第二に「審査基準の明確化と入国審査手続の簡易・迅速化」、そして第三に「不法就労問題に対処するための関係規定の整備」が目的とされた<sup>(26)</sup>。



この点は、一九九二年に出された最初の「出入国管理基本計画」<sup>(27)</sup>でも分析されているように、「外国人を雇用したいとする各方面からの要請が増す一方で、観光客等を偽装して入国し不法に就労する外国人の増加も顕著な現象」で、「近隣諸国との間の所得格差等を反映し、就労の意思を隠して上陸審査をくぐり抜け不法就労する外国人は増加の一途をたどっており、不法就労目的で来日し上陸を拒否された外国人の数もここ数年の間に急増」という状況が背景にあった。<sup>(28)</sup>戦後の復興から急成長を遂げ、四十二年間にわたって世界第二位の経済大国であり続けた日本の労働市場は、いまだ発展の途上にあった外国人の人々には羨望的となり、適正な管理を怠れば「国内的のみならず国際的にも影響を及ぼすもの」となってしまうたのである。つまり、日本の急成長の副産物が「周辺諸国との著しい経済格差」であり、結論この問題が日本と近隣アジア諸国との関係調整をきわめて難しいものにしてきたといえる。

### 三 日本における不法就労問題と入管法の整備

一般に、在留資格のない「不法滞在者」が就労をすれば「不法就労」にはなるが、イコールではない。不法滞在者は、①「不法入国者」及び②「不法上陸者」と、許可された滞在期間を超過した③「不法残留者」に分類される。<sup>(29)</sup>①と②は日本に入国する前の水際で阻止することが望ましいが、事後的に摘発され「退去強制手続」をとることも少なくない。次節で述べるように、虚偽の申請により上陸許可を受けて在留を始める「偽装滞在者」もあり、許可を受けずに資格外の就労をするケースもあるため、実態の把握は容易ではない。<sup>(30)</sup>入管庁では、現在でも概ね毎年六月からの一ヶ月間を「不法就労外国人対策キャンペーン月間」とし、外国人を雇用する事業主を対象に、不法就労にあたる三つのケースについて注意を喚起している。<sup>(31)</sup>すなわち①不法滞在者や被退去強制者が働くケース、②入管庁から働く許

可を受けずに働くケース、③入管庁から認められた範囲を超えて働くケースがあげられ、「就労制限の有無」や「資格外活動許可」の欄を確認すること、在留カードの偽造を見破る具体的な方法なども紹介されている。<sup>(32)</sup> 現在に至っても日本の外国人受入れ政策に暗い影を落とす不法就労問題とは過去どのようなものであったのか。

バブル経済の崩壊が目前に迫った一九九〇（平成二）年の日本への新規入国者「約二百九十二万八千人について在留資格別に見ると、観光等を目的とする「短期滞在」が約二百七十四千人と全体の約九十二%を占め」ていたとい<sup>(33)</sup>う。当時の状況と比較するに、ちょうど三十年後にあたる二〇二〇年の新規入国者数は約三百五十八万人でその差六十六万人（約一二倍）であるから、一見するとそこまでの大差は無いようにもみえる。<sup>(34)</sup> しかしこれはコロナ禍で入国者が一時的に激減した数字で、過去最高を記録した二〇一九年と比較してみると、何と新規入国者が約二千八百四十万人で「短期滞在」が約二千七百八十一万人（九七・九%）であったという。ICTの飛躍的な進歩があったにせよ、約九・七倍の増加率には驚嘆するばかりで入管行政の繁忙な状況がここからも窺える。<sup>(35)</sup>

一九九〇年に話を戻すと入管法違反で「上陸拒否」となった外国人は、「就労の意思を隠し短期滞在の観光客を偽装する等上陸目的を偽ったことによるもの（同法第七条第一項第二号の不適合）が最多で、その数は上陸拒否者総数一万三千九百三十四人の八三・五%を占める一万一千六百三十五人」とのこと、これは水際対策の成果である。<sup>(36)</sup> 他方、同年に「退去強制手続」を受けた外国人「三万六千二百六十四人」でみても、「不法残留」が三万二千六百四十七人」と最も多く、「その大半は「短期滞在」で入国」している。<sup>(37)</sup> ここで看過できない問題が不法就労を仲介するブローカーの存在である。「被退去強制者のうち調査対象とした二万一千五百三十七人」のうち、「六八%がブローカー等仲介者の関与を認めている」とのこと、つまりは、外国人がうっかりオーバーステイになり不法就労をしてしま

| 1人当たり名目GDP | 1990年  | 1993年  | 2014年  | 2019年  | 2020年  |
|------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| 日本         | 25,896 | 36,425 | 38,523 | 40,802 | 40,146 |
| アメリカ       | 23,848 | 26,364 | 55,025 | 65,254 | 63,416 |
| 韓国         | 6,610  | 8,886  | 29,253 | 31,846 | 31,497 |
| 中国         | 347    | 521    | 7,694  | 10,243 | 10,484 |
| 台湾         | 8,167  | 11,257 | 22,844 | 25,936 | 28,306 |
| ベトナム       | 122    | 235    | 2,567  | 3,415  | 3,499  |
| フィリピン      | 829    | 950    | 2,996  | 3,512  | 3,330  |
| タイ         | 1,564  | 2,209  | 5,952  | 7,815  | 7,190  |
| インドネシア     | 771    | 1,013  | 3,534  | 4,196  | 3,922  |
| パキスタン      | 495    | 582    | 1,310  | 1,349  | 1,260  |
| バングラデシュ    | 338    | 336    | 1,119  | 1,855  | 1,998  |
| スリランカ      | 546    | 667    | 3,817  | 3,852  | 3,679  |
| シンガポール     | 12,763 | 18,290 | 57,565 | 65,641 | 58,902 |

単位：US\$／出典：IMF統計／グローバルノート（<https://www.globalnote.jp/>）で作成

うという単純な構図ではなく、不法就労を仲介・斡旋する組織的な人身売買がビジネスとして成り立っていた次第である。文化や言葉の問題に由来するのか、「不法就労者自身と同じ国・出身地の者の仲介を受けるケースが多」かったようである。関与したのが韓国人というケースが二千五百四十七人（二七・四％）、フィリピン人が一千六百五十九人（一一・三％）、パキスタン人が一千四百八十三人（一〇・一％）であったのに対し、関与したのが日本人というケースも二千二百三十九人（二五・三％）に達している<sup>39</sup>。

上の表は、日本と幾つかのアジア諸国及び地域の豊かさを比較する指標として作成し、参考までにアメリカも加え、本稿で注目した年ごとの一人当たり名目GDPを抜き出してみたものである<sup>40</sup>。かつて日本と近隣アジア諸国との間には、いわゆる一攫千金を夢見る偽装滞在者や、本国に送金しても余裕ある生活が可能な日本を離れがたくなる者が現れても不思議ない圧倒的な経済格差が存在していたことが一瞥して分かる。

背景となる国際政治史をみても、一九九一年には湾岸戦争が発生し、憲法で国際協調主義を掲げる日本は、その根幹にある平和主義との矛盾に苦しみつつも、国際紛争の渦中に巻き込まれていった。一九九二年には自衛隊を停戦監視のためにカンボジアへ派遣し、二〇〇一年のアフガン戦争、ついで二〇〇三年のイラク戦争でもテロ対策特別措置法に基づき自衛隊を現地へ派遣した。とりわけアフガン戦争の誘因となった同年九月の同時多発テロは、冷戦終結後の情眼を貪る間もなく、戦争は概ね遠方の貧しく危険な紛争地帯で起こるものという常識を打ち破り、むしろ世界中の比較的恵まれた都市に暮らす人々こそを自爆テロと国家なき戦争への恐怖で震撼させた。

このような社会情勢のもと、日本における不法残留者の数は、一九九三年五月一日時点で約三十万人に達してピークを迎えたが、以後は減少に転じ二十七～二十五万人程度で推移していった<sup>(41)</sup>。具体的な取締体制を強化すべく入管法も改正され、一九九七年には集団密航への対策が新設され（第七四条～七四条の六）、一九九九年には不法在留罪が新設され（第七〇条第二項）、さらに退去強制された者の上陸拒否期間も一年から五年に伸張されるなどした（同第五条第一項第九号の改正<sup>(42)</sup>）。また、二〇〇四年から実施された「不法滞在者五年半減計画」に基づく総合的な不法滞在者対策の結果、約二十二万人いた不法残留者は、二〇〇九年一月一日時点で約十一万三千人となり（四八・五％減少）、不法入国者も推計で「三万人」いたものが、「一万五千～二万三千人」にまで減少した<sup>(43)</sup>。この施策は、犯罪対策閣僚会議がまとめた「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」において、治安回復のための三つ目の方針「国境を越える脅威への対応」として「不法入国・不法滞在対策等の推進」が図られたことを受けてのものである<sup>(44)</sup>。同計画は「今、治安は危険水域にある」という大変印象深い書き出しで始まっているが、外国人による不法就労問題は、日本社会の治安全般にかかわる問題の一角をなす、きわめて重要な要素となっていたのである。

#### 四 日本の外国人受入れ政策の近況と受入れのサイドドア問題

以上みてきたように、日本にはかなり根深い外国人による不法就労問題があり、国際情勢の目まぐるしい変化に対応すべく、一九八九（平成元）年以来の入管法の基本構造は崩さず、そこにさまざまな仕組みを追加的に組み込むことで体制を整備してきたことが分かるであろう。かくて警察行政も連携した総合的かつ積極的な対策により、不法残留者は減少し続け、二〇一四年一月一日時点には、過去最少の五万九千六十一人にまで減少した。<sup>(45)</sup>

このことは前掲の表をみても一目瞭然であるが、日本の社会がバブル経済の崩壊で長い平成不況に陥った一方で、アジア諸国がめざましい急成長を遂げたことで、かつての犯罪を誘発するかのような経済格差も幾分かは是正されていったこととも無関係ではない。とはいえ、先ほどの数値はもともとGDPを総人口で割った平均値に過ぎず、まだ個人でみればアジアにも貧困に苦しみ、日本での就労を熱望する人々が少なからず存在する。他方で、日本でも主に農林水産、土木建設などの、俗に「3K（きつい・きたない・きけん）」と呼ばれる幾つかの部門（またはそれに限らず）では、社会の需要、換言すればせつかくのビジネスチャンスが依然としてあるにもかかわらず、日本人が近年これらに就きたがらないため、慢性的に労働力が不足し、事業者が何とかこれを満たすために日々奔走している状況がある。かくして両者を仲立ちする非合法なブローカーが送出し国と受入れ国の双方にはびこる。不法就労問題の根底にあるこの基本構造が解消されない限り、このイタチごっこは繰り返される定めにある。

現に二〇一五年以降、不法在留者数は六年連続で増加の一途を辿っており、コロナ禍の影響で人の移動に関するあらゆる数値に減少傾向がみられた二〇二一年一月一日時点の二十四人（〇・〇三％）減以外は、最初は千人規模から二



千人規模へ増え、一昨年あたりからは七千、八千人規模での増加傾向をみせていた。<sup>46</sup> その結果、現在のところ日本の不法残留者は約八万三千人まで増え、概ね十年前の水準に逆行してしまっている。そしてその内、五万人が「短期滞在」からのオーバーステイである。つまり、日本にやってくる外国人の九割超が「短期滞在」で、不法滞在・不法就労の問題もその多くは、性質上、認定が比較的容易になされるこの在留資格から発生しており、三十年以上の時が経過してもその点は変化していないことが分かる。

政治もこの難題を厳しく取り締まるだけで、看過してきたわけではない。移民は受け入れないという旧来の基本方針を崩さず、働きたい外国人と雇いたい事業者双方の要望を満たすために大別して二通りの手法で、日本に必要な人材の受入れを試みてきたといえる。高度人材一般と日系人については割愛するが、一つ目は、看護・介護分野の外国人就労者の受入れで、元々は「医療」の在留資格で、高度人材の看護師を条件付きで受け入れることしかできなかった。<sup>47</sup> これを経済連携協定の締結等によりインドネシア（二〇〇八年）を皮切りに、フィリピン（同年）やベトナム（二〇一二年）からの看護師や介護福祉士、さらにその候補者までも受入れ可能にした。<sup>48</sup> つまり、高齢化社会に対応する人材確保のために、旧来の受入れ範囲を拡大したのである。これらの在留資格は当初「特定活動」とされたが、二〇一六年には正式に「介護」が新設された。この手法は、後述する二〇一八年の新方針にも受け継がれる。

二つ目は、そもその日本への入国目的が単純労働に従事することとでなければ、結果的に単純労働に従事することになっても原則は崩れないという考え方で、いわゆる「サイドドアポリシー」と批判されてきた手法である。<sup>49</sup> 確かに、「教育」を受けることが目的の「留学生」が資格外活動の許可を受け、例えば飲食店でアルバイトをすることは何ら問題がない。なぜなら、こうした就労は実践的に語学力が身に付き、教育効果もあがり一石二鳥といえるからで



ある。むろん一般的な日本人の学生であっても、社会人体験、あるいは学費や生活費の補助とするためにアルバイトはするわけで、そちらが主になって退学や成績不振等に陥ってしまう者も少なからずいる。これは社会人の一歩手前にいる彼らに特有かつ不可避の現象であるが、問題はそこではない。留学生の中には初めから就労を目的としていながら、目的を留学に偽装して入国し、ほとんど登校すらせずにフルタイムで働き、やがて行方不明になってしまうケースもある。<sup>50</sup> 問題とすべきは制度の本旨をねじ曲げて目的外に利用するこうした事例である。

例えば一九九三年に始まった「技能実習生制度」がまさにその典型といえる。<sup>51</sup> 同制度の元来の目的は、この時の労働大臣の国会答弁にあるように「開発途上国の経済発展を支える人材育成」を「我が国の国際協力の観点」から行うとするもので、「我が国の生きた産業技術を直接習得して帰国後はそれぞれの国の産業発展の中心になる」人材を育てようという崇高なものであった。<sup>52</sup> 労相は続けて、「ただ、一方において、外国人の労働力に単に人手不足だからといって安易に依存することは厳に慎まなければならないと考えております」と発言し、拍手を受けたようである。<sup>53</sup> ところが、世人の記憶にも新しいように、現実にはまさに労相の懸念通りに単純労働者を受け入れるサイドドアとなつてしまったどころか、同制度のもとでは人身売買まがいのブローカーが暗躍し、「使い捨て」や「奴隷」などと非難される「搾取的で安価な労働力を供給」する違法なバックドアとされてしまった。<sup>54</sup>

その後、二〇〇九年の入管法改正では「技能実習」を独立の在留資格にしたり（研修期間を廃止）、実務研修を行う場合には原則として雇用契約に基づいて技能等を修得する活動を行うこととしたり（労働法による保護を確実化）、二〇一七年には技能実習法が施行され、外国人技能実習機構が設立されたり（監理団体の許可や調査、実習生の保護など）と適正化が図られてきたが、一度、深刻化してしまった問題を改善することは容易ではない。<sup>56</sup> かつて日本経済が

好況にあった頃には、たとえ劣悪な環境でも、そこで働く外国人からすれば概ね納得の対価が得られた。しかし、人手不足と不況の二重苦にあえぐ昨今の事業者にはそれだけの資力がないことも少なくない。そこでいわゆるミスマッチが生じて、帰国を恐れる外国人側からは待遇改善を主張することが難しく失踪してしまうというのである。<sup>(57)</sup>

そして二〇一八年には先述した新方針として「特定技能」の在留資格が新設され、これまで行われてこなかった「人手不足の解消」という新たな観点から外国人労働者の受入れが行われることとなった。<sup>(58)</sup> さまざまな問題を抱えていた技能実習制度とも連携が図られ、例えば技能実習二号を良好に修了した実習生は特定技能一号に無試験で移行可能にするなど、事業者が大切に育てた実習生は、その先も特定技能を有する人材として日本で就労し続けられる仕組みも施行され、その周知も図られている。<sup>(59)</sup>

いわゆる失踪実習生は、ここ数年全体の二%で推移し、年々増加傾向にあったが、新方針が導入された二〇一八年から二〇一九年にかけては、一・七%（総数約五十一万七千人中、約八千八百人）に止まり、僅かながら減少に転じた。<sup>(60)</sup> 母数が大きいために実感がわかないであろうが、それでも失踪者が九千人近くいると言い直せば、その深刻さは十分に伝わることであろう。技能実習制度が本来の目的に添って運用されることを願ってやまない。

### むすびにかえて（望まれる熟議）

以上、日本の外国人受入れ政策にまつわる諸相を観てきた。本来、各節を一つの論考としても良いほどのテーマであるが、詳細は別稿を期すとして、今回、現行の日本の外国人受入れ政策を鳥瞰したことでまずもっていえることは何であろうか。それは、日本では難民認定のハードルが高すぎるという統計上の事実は確かに先述した通りであるが、

仮にこれが低かったとしたら国内がどのような状況に陥ったかは想像に難くないという点である。難民ではない者が容易に難民と認定され「定住者」の在留資格が取得できるとなれば、入管行政の存在意義はもはや消失する。<sup>(61)</sup>

いつそ日本の労働市場を世界に開放し「移民国家」に舵を切ってはどうかという見解もあるが、過去の内閣府による世論調査（一九九〇年と二〇〇〇年）の数値を見る限り、「特に条件をつけずに日本人と同じように就労を認める」を支持する者は一五～一六％に過ぎず、概ね七割超は、単純労働者は受け入れない（二四～二二％）か、一定の条件や制限のもとで認める（五七～五一％）を支持している。<sup>(63)</sup> さらに単純労働者を拒絶する意見の五～六割は「治安の悪化」や「不況の時には日本人の失業が増加する」ことを懸念しており、後者の「条件」や「制限」についても五割弱が「期間に制限をつけ、それ以上の滞在は認めない」を選択している。<sup>(64)</sup>

そこから二十年を経た今後をどうするかという問題はさておき、日本に必要な人材を入管法の秩序のもとで受け入れていくというこれまでの外国人受入れ政策、すなわち「ルールを守って国際化」というメルクマールは、大局において国民から支持されてきたと評価して良い。しかし他方で、これまでの日本では、例えば選挙の争点として外国人労働者の受入れや不法就労問題を大々的に取り上げ、国民を巻き込んだ堂々たる議論を一度もすることなしに、長年にわたって場当たりのにサイドドアからの受入れや労働力の不足した特定分野における外国人労働者の受入れを行ってきたともいえる。その結果、移民は受け入れない<sup>65</sup> という日本の外国人受入れ政策の本旨が、いつの間にか国民からは見えづらい不透明なものになってしまい、難民制度を悪用した不法就労問題が深刻化することへの危機感を一時的に覆い隠してしまったかのように感じられる。

そしてこの問題を考える上でもう一つ忘れてはならないのは、紙幅の都合で触れなかったいわゆるオールドカマー

の問題である。日本には過去「大東亜共栄」という理想を掲げて挫折し、戦争と力による支配の虚しさを痛感させられた歴史がある。<sup>(65)</sup>そして、その一番の被害者ともいべき在日朝鮮人を道義上、大量に受け入れざるを得なかった歴史がある。<sup>(66)</sup>帰るべき故郷やアイデンティティを奪われた数十万もの人々は、いわば日本の帝国主義が作り出した難民であつたにもかかわらず、冷戦下の紆余曲折を経て日本に止まらざるを得なかった。彼らの悲劇は、戦後も永らく続いたのであつて、このことは文化や慣習などの一次的社会規範が異なる人々を何の準備もなく強引に受け入れれば、その禍根は本人たちだけでなく二世や三世にまで及ぶというきわめて重要な教訓を残してくれたといえよう。日本の外国人政策に対する負のイメージは、ここでの酷い対応が原点といえるが、未だにサイドドアやバックドアからの受け入れが横行し、外国人たちの人権が蹂躪されている様では過去の教訓が活かされているとはいえない。

日本の国際化は、諸外国との関係においては戦後の急成長と共に経済と政治とが主導するかたちで著しく進展したが、日本国内の社会の在り方についてみれば未だその途上にある。そして、こればかりは経済的な利益主導で上から強引に進めて良い問題ではなく、主権者たる国民の同意と理解とを俟たなければ、生活環境の変化から国内に思わぬ軋轢と不和とが生じ、治安の悪化や社会の分断を招きかねない。「ルールを守って国際化」というメルクマールの先にある外国人との共生社会の姿、すなわち長期的な視座に基づいた外国人受入れ政策のグランドデザインにつき、改めて国民の理解と同意を調達すべく、丁寧な分かり易い説明が求められているといえよう。

今回争点となつた「難民申請中の送還停止効」を、現状の無制限から「二度」までに制限する入管法改正案については、「ノンフルフルマンの原則」に違反するという反対論が強かつた。しかし、同法案には「難民の認定又は補完的保護対象者の認定を行うべき相当の理由がある資料を提出した者を除く」として、考慮するに相当する環境の変化



があつた場合は「二回」に限定されないという例外がきちんと設けられている。<sup>(67)</sup> 本人が希望すれば、何度でも難民申請が行える現行の制度は、認定数の低さだけを考えればバランスがとれているようにみえるが、入管庁の難民調査官の判定や、専門的見地から客観中立的に審査請求に臨む難民審査参与員の面接を徒労に終わらせ、無意味化すると批判せざるをえない。むしろ、何度も審査を受けるチャンスがあるからこそ、疑わしきは難民認定せず<sup>68</sup> という姿勢を助長しかねない仕組みであり、もちろん通常の行政不服審査ではありえない。極端に言えば無政府状態であり、日本には難民か否かという紛争を最終的かつ決定的に裁定する機関が存在しないに等しい。

これまでの状況を勘案するに、この仕組みが不法滞在の手段として本格的に悪用されだしたら入管行政は大混乱に陥り、そもそも難民認定などできなくなってしまうであろう。<sup>(68)</sup> 難民認定のプロセスはことが人命に関わるだけに慎重が期され、現状でも平均で半年から一年の期間を要するからである。<sup>(69)</sup> そこで、人権擁護の観点から、入管施設への収容の長期化を防ぐ制度として今回の改正法案には「監理措置」<sup>(70)</sup> が設けられた次第であるが、これについても職務を怠った監理人への罰則を懸念するなど反対の声があがった。罰則の軽重については大いに議論すべきであろうが、そも監督責任を果たさなかった者への罰則がなければ、かえって責任放棄を助長することにもなりかねず、果ては不法滞在者の逃亡を幫助するブローカーすら生みかねないであろう。

根深い不法就労問題と減らない不法在留者数を抱えた状況下で、目的を持った外国人がこれを果たすために来日し、目的を果たして帰国する、あるいは目的が途中で変わったならば、適正な手続を経て在留を続けるといった秩序ある出入国在留管理を実現するためには、やはり外国人の在留状況の正確な把握がまず必要といえる。こうした施策は概ね二〇〇九（平成二一）年の入管法改正と住民基本台帳法の改正以降、日本での生活者としての外国人にさまざまな

行政サービスを提供できるような環境整備として進められてきている。<sup>(21)</sup> 日本に在留する外国人が中長期にわたって快適に生活するには、日本語教育だけでなく、例えば親の都合により日本での就学を余儀なくされる子どものケアなど、日本人と同等どころか、場合によっては日本人に対してよりも手厚い公共サービスが当然に求められる。そうして彼らを適切に処遇すれば、彼らは必ずや日本人の子女たちを国際人へと導く良き師ともなってくれよう。

在留外国人の負担軽減を図りつつ情報の積極的な活用を図り、しかもその情報を常に最新かつ正確なものとして維持するために、様々な関係機関や組織に分散している在留外国人の情報を一元的に管理する「在留外国人総合情報センター」を創設するのも有効であろう。<sup>(22)</sup> しかし結局のところ、大半の制度は運用の仕方によって、我々を監視し強制する管理社会の走狗ともなれば、我々の民主的な共生関係を暖かく見守り適正化する利器にもなりうる。それゆえ、これらが制度の本旨に悖り誤った方針で作用しだしたときにこれを制止し、適正化を要望できる主権者たる国民の理解と同意は必要不可欠なのである。

概ね戦後日本の入管行政は、一方で職責上、経済的利益を優先し産業の振興を図るがゆえに外国人労働者の受入れにも積極的な経済産業省（旧通商産業省）とその利益集団、他方で国内の労働条件維持を重視する厚生労働省（特に旧労働省）および、国の治安維持に責任をもつがゆえに異文化をもつ外国人の流入に消極的な法務省と入管庁、警察庁とその利益集団との間の、いわば綱引きによって展開してきたといえる。そして、前者の意見を日本の人口減と少子高齢化の現実が後押しし、後者の意見を不穏な国際情勢や治安問題が後押ししてきたと総括できよう。結果、制度としては外国人の受入れに慎重な「移民は認めない」という後者の基本的構造を維持しつつも、現実には前者の要望および日本で働きたい外国人たちの要望が勝り、なし崩し的に在留外国人三百万人時代を迎えようとしている。



もつか、日本の将来を左右する重要な外国人受入れ政策が大きな転換期を迎えていることは確かである。あるいは、幕末の開鎖論争のような激しい討論すらなされず、いつの間にか大きな転換期に突入してしまっていると批評すべきかもしれない。果たして政府がめざしている外国人との共生社会は、真に国民のコンセンサスが得られるような理想的なものなのか。今回の入管法改正法案の挫折を契機とし、国民を巻き込んだ真剣な議論がなされるべきである。

(1) 共同通信社ホームページ「二〇二一年三月一二日の記事「入管の収容女性死亡、真相究明を」名古屋で、スリランカ国籍」(<https://this.kiji.is/743021093742592000?c=113147194022725109>) を参照。以下、本稿におけるウェブ資料の最終閲覧日は全て二〇二一年七月六日とする。また、脚注内のホームページの語句は全てHPと略記する。

(2) 同四月二三日の記事「入管施設死亡、仮放免勧める報告」スリランカ女性診察の医師」(<https://this.kiji.is/758213899066327040?c=39546741839462401>) を参照。

(3) 出入国在留管理庁（入管庁）HP「出入国管理及び難民認定法及び日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法の一部を改正する法律案新旧対照表」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/001341291.pdf>) を参照。現在、入管庁HPでは「国会提出法案」というページを設け、これに関する様々な資料を公開している。以下本稿では、入管法の条文等は多賀谷一照・高宅茂『入管法大全』（日本加除出版、二〇一五年）に掲載されているものと右の新旧対照表を参照し、引用する際は頁数は明記しない（但し、解説部分は明示）。

(4) 「社説 入管法改正案 強行採決は許されない」（『朝日新聞』二〇二一年五月一四日朝刊、一四面）などを参照。

(5) NHKHP「NHK選挙WEB・内閣支持率」(<http://www.nhk.or.jp/senkyo/shijiritsu/>) を参照。同調査によると菅内閣の支持率は、二〇二〇年の九月の発足以来、翌二〇二一年一月に初めて支持四〇％・不支持四一％と初の逆転現象が生じ、二月には支持三八％・不支持四四％と更に政権への不支持が高まった。ところが、三月には支持が不支持を三％上回って支持率四〇％、更に四月には支持四四％・不支持三八％にまで復調した。そこに本文で述べた支持を八％も上回る不支持四三％が

出現した次第で、これは過去最低の数値であった。なおテレビ朝日HP「報道ステーション・世論調査」([https://www.tv-asahi.co.jp/hst/poll/graph\\_naikaku.html](https://www.tv-asahi.co.jp/hst/poll/graph_naikaku.html))でも、同五月一六日付けの支持率は三五・六％で、支持しないは四五・九％とされており、不支持の数値としては過去最高を記録している。

(6) 「支持率・選挙憂い 諦めた入管法」〔朝日新聞〕二〇二二年五月一九日朝刊、三面を参照。

(7) 入管庁HP「令和二年末現在における在留外国人数について」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/001344904.pdf>)、【第1表】国籍・地域別在留外国人数の推移、【第1―1図】在留外国人数の推移（総数）を参照。以下本稿では、縦書きにおける読みやすさに配慮し、統計上の人数は引用部分も含め全て、漢数字に万や千、百、十を挿入した縦書き表記に改めた。

(8) 同「平成二九年末現在における在留外国人数について」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/930003615.pdf>)を参照。

(9) 日本の総人口は、二〇一〇年一〇月一日現在で統計史上、過去最高の約一億二千八百五万七千人（内日本人：約一億二千六百三十八万二千人）に達した。その後は十年連続で減少し続け、二〇二〇年一二月一日現在で約一億二千五百六十五万一千人（内日本人：約一億二千三百十五万五千人）となっている。総務省HP「人口推計二〇一九年（令和元年）」(<https://www.stat.go.jp/data/jinsui/2019np/pdf/gaiyou.pdf>) ほかを参照。

(10) 「外国人の受入れ環境の整備に関する業務の基本方針について」は、首相官邸HP「外国人材の受入れ・共生に関する関係閣僚会議（第一回）の配付資料二」(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/gaikokujinzai/kaigi/dai1/siryou2.pdf>)を参照せよ。

(11) 首相官邸HP「外国人材の受入れ・共生に関する関係閣僚会議」(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/gaikokujinzai/>)を参照。

(12) 入管庁HP「出入国在留管理庁紹介映像／出入国在留管理庁の組織と業務について」(<https://www.youtube.com/watch?v=ejsQg72CwQo>)を参照。その他、同HPでは「外国人共生施策」のコーナーを設けて、「外国人材の受入れ・共生に関する関係閣僚会議」の議事録やそこで決まった施策、二〇一九年度に六回、二〇二〇年度に七回実施された『国民の声』を聴く会』の議事録、「在留外国人に対する基礎調査」の結果などを公表している。さらに興味深いことに、「御意見箱」も設け、世界一四の言語でこれを作成できる意見募集フォームまで設置している。

- (13) 同「令和二年における難民認定者数等について」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/001345018.pdf>) を参照。
- (14) 同「令和元年における難民認定者数等について」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/930005069.pdf>) を参照。
- (15) NPO法人難民支援協会HP「日本の難民認定はなぜ少ないか？」([https://www.refugee.or.jp/refugee/japan\\_recog/](https://www.refugee.or.jp/refugee/japan_recog/)) を参照。
- (16) 国連難民高等弁務官事務所HP (<https://www.unhcr.org/jp/>) を参照。特に「数字で見る難民情勢(二〇一九年)」([https://www.unhcr.org/jp/global\\_trends\\_2019](https://www.unhcr.org/jp/global_trends_2019)) が分かり易い。
- (17) 関東弁護士会連合会HP「二〇二一年度(令和三年度) 声明 入管法改定案の取り下げにあたり、改めて出入国管理や難民認定の根本的な見直しを訴える理事長談話」(<http://www.kanto-ba.org/declaration/detail/r03a03.html>) によれば、「外国籍市民との共生のあり方自体についても、基本法の制定を視野に入れた根本的見直しが必要」としている。
- (18) 岡田真理紗「外国人増加への期待と不安」『外国人との共生社会に関する世論調査』から(『NHK放送文化研究所』『放送研究と調査』二〇二〇年八月号、二〇二〇年八月)、八〇頁を参照。同論考は、NHK世論調査部が同年三月一三日から一五日にかけ、一八歳以上の二千七百九十二人に対し、電話により行った調査(有効数千五百七十二人/五六・三%)に基づくものである。
- (19) 明石純一「現代日本の入管法制の展開―管理強化の経緯と現在」(前掲『人の国際移動と現代日本の法』、三三二―三三三頁、高宅茂『入管法概説』(有斐閣、二〇二〇年)、一―三頁を参照)。
- (20) 在留資格は、入管法の別表第一と別表第二の二つの別表に定められている。それぞれの表の上欄には「在留資格」が定められており、これに対応する形で表の下欄には、別表第一で「本邦において行うことができる活動」、別表第二で「本邦において有する身分又は地位」について定められている。前掲『入管法概説』、二六―二七頁を参照。
- (21) 移民 (immigrant / migrant) という言葉に厳格な定義を求めることは難しい。例えば、明石純一『入国管理政策「一九九〇年体制」の成立と展開』(ナカニシヤ出版、二〇一〇年)の一頁に、「諸外国から人を受け入れることが半ば前提とされている背景には、「移民」の受け入れを認めてこなかった日本に、実態としてすでに移民が暮らしているという事情がある

る」という一文がある（詳しくは三六―三九頁で解説）。あるいは吉原和男編著『現代における人の国際移動アジアのなかの日本』（慶應義塾大学出版会、二〇一三年）の三頁に「日本では、法的には移民ではないが各種制度によって東アジアからだけではなく東南アジア、南アジア諸国からも少なからぬ就労者（労働者、技術者、専門職を含む）を受け入れているし、南米にかつて移民した日本人の後続世代たる日系人の就労者とその随伴家族を多く受け入れている」とあるように、日本では法制度の建て前と社会の実態との間かなりの径庭が生じている。それゆえ、例えば上林千恵子『外国人労働者受け入れと日本社会技能実習制度の展開とジレンマ』（東京大学出版会、二〇一五年）では社会学的観点から実態が重視され、「日本が移民政策として外国人労働者の受け入れを開始したのは一九九〇年以降のこと」（二七頁）と論じられている。

(22) 一九八一（昭和五六）年の難民認定制度の創設時には難民認定と在留とは直結していなかったが、二〇〇四（平成一六）年の法改正以降は、法務大臣が難民申請した外国人を難民と認定すると「定住者」の在留資格の取得が許可される（入管法第六一条の二の二及び、同二の三）。

(23) 外務省人道支援室「難民条約」（国内広報課、二〇〇四年三月）、一―六頁を参照。なお、同条約は重大な罪を犯した犯罪者や「国際連合の目的及び原則に反する行為」を行った者にも適用されない（同三七頁…第一条F）。総じて同条約では、締約国に難民への保護措置等を求めるだけで、庇護すべき義務を課しておらず、「庇護権は依然として国際法上は国家の権利であり、個人は国際法上の人権としての庇護権を有しない」というのが通説である（山本哲史「国際人権法の観点から見た日本の難民保護制度の現状と課題」『移民政策研究』第八号、二〇一六年五月、三三―三三頁を参照）。

(24) 日本にとって戦後からの復興がいつ成し遂げられたかについては様々な見解がある。参考程度に記しておく、一九五五―七年の神武景気、一九五九―六一年の岩戸景気を経て、一九六三―四年のオリンピック景気、一九六五―七〇年のいざなぎ景気を迎えた日本のGDPは、一九六八年には西ドイツを抜いて世界第二位を記録した。有名な「もはや戦後ではない」の言葉が経済白書に記されたのは神武景気の最中の一九五六年である。いずれにせよ、この経済的地位は、むろん二度のオイルショック（一九七三年・一九七八―九年）やバブル経済の崩壊（一九九一年）などの荒波に揉まれはしたが、二〇一〇年に中国に抜かれて世界第三位となるまで、実に四十二年間も続いた。



(25) 前掲『入管法概説』、三二五―三二八頁を参照。当時、外務省の外局であった入国管理庁は、翌一九五二(昭和二七)年八月の行政機構改革により法務省が発足するとその内部部局の入国管理局とされた。その後、二〇一九(平成三一)年に法務省の外局とされ、現在の入管庁となった。

(26) 同右、三二九頁、高宅茂・瀧川修吾『外国人の受入れと日本社会』(日本加除出版、二〇一八年)、九六―一〇八頁を参照。なお、本文で引用した箇所は、国会会議録検索システム「第一一六回 国会衆議院法務委員会 第二号 平成元年一月一〇日」の「〇〇一・後藤正夫」(<https://kokkai.ndl.go.jp/simple/detail?minId=111605206X00219891110&splNum=3#s3>) 法務大臣の発言から引用した。ちなみに明石・前掲書では、一九八九年十二月の入管法改正以降、現在に連なる入国管理政策を「一九九〇年体制」という名称を用いて論じている。

(27) 「出入国管理基本計画」は、入管法第六一条の一〇の規定に基づき、法務大臣が関係行政機関の長と協議して定め、公表する「外国人の入国及び在留の管理に関する施策の基本となるべき計画」である(本稿は『官報』号外第七八号、一九九二年六月に掲載されたものをPDFで参照)。これは平成元年の入管法改正で新設された規定(当時は、第六一条の九)で、第五次計画まで策定された。二〇一八年十二月の入管法改正により、法務省が出入国に加えて「外国人の在留」の公正な管理を図る任務を負うことが明記されるに伴い、その基本計画の名称も「出入国在留管理基本計画」に改められ、二〇一九年四月に公表されている([http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/basic\\_plan.html](http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/basic_plan.html))。これら基本計画は、ここで引用した最初の「出入国管理基本計画」以外は全て入管庁HPで公開されている。

(28) 前掲「出入国管理基本計画」[はじめに]、二頁を参照。なお、本稿が考察の対象とする「不法就労問題」についてであるが、最新の「出入国在留管理基本計画」によれば、「不法残留者は、一九九三年五月一日時点の三〇万人をピークに減少」に転じたという(二六頁)。その点、一九九二年に出された最初の「出入国管理基本計画」は、統計上の数字はバブル崩壊直前の一九九〇年のものを使用しており、この時期に近接している(ちなみに、第二次は二〇〇〇年三月)。そこで以下本稿では、ここに記載されている情報を多用することとした。

(29) 入管法では、外国人が日本の領域(領土・領海・領空)に立ち入ることを「入国」、領土に立ち入ることを「上陸」、領土

内に滞在することを「在留」と表現している。外国人の「入国」については旅券の所持など要件に適合することを求めているが「許可」を受けることは求めていない。外国人の「上陸」と「在留」については「許可」を受けることを求め、現行法上はこれを同時に行っている。前掲『外国人の受入れと日本社会』、三、四頁を参照。

(30) この分野の研究に有用な資料として『出入国在留管理』がある（二〇一八年版までの名称は『出入国管理』）。入管庁が毎年出す『入管白書』で、HPには二〇〇三年版（これ以前は五年に一度刊行）以降、全てのものがPDF化されて公開されている（[http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/seisaku\\_index2.html](http://www.moj.go.jp/isa/policies/policies/seisaku_index2.html)）。『二〇二〇入管白書・目次』によれば、偽装滞在者とは、「偽装結婚、偽装留学、偽装就労など、偽変造文書や虚偽文書行使するなどして身分や活動目的を偽り、あたかも在留資格のいずれかに該当するかのごとく偽装して不正に入国・在留許可を受けて在留する者、あるいは、必ずしも当初から活動目的を偽っていたわけではないが、現に有する在留資格とはかけ離れて不法に就労等する者のこと」（五頁）である。

(31) 入管庁HP「不法就労外国人対策キャンペーン月間」の実施について（<http://www.moj.go.jp/isa/content/001349112.pdf>）を参照。ちなみに、二〇二〇年度はコロナ禍の影響で一一月の実施となった。

(32) 同右。他にも不法滞在者の自主的な出頭を促すために「出国命令制度」を設け（二〇〇六年）、制度の該当者には日本への再入国禁止の期間を一年間に短縮する（退去強制手続の場合は最低でも五年間）などの便宜をはかっている。同「出国命令制度について」（<http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/seido01.html>）、同「出頭申告のご案内」不法滞在で悩んでいる外国人の方へ」（[http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan\\_nyukan87.html](http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyukan_nyukan87.html)）などを参照。

(33) 前掲「出入国管理基本計画」「外国人の入国・在留状況」「在留資格別入国者数と在留の状況」、二頁。

(34) 入管庁HP「令和二年における外国人入国者数及び日本人出国者数等について」（<http://www.moj.go.jp/isa/content/001344525.pdf>）を参照。ちなみに、一九九〇年（五二・六億人）から二〇二〇年（七八億人）までの地球人口の増加は約一・五倍である。

(35) なお、現在の入管庁の定員は「法務省定員規則（平成一三年法務省令第一六号）」で「六千二百二十一人」と定められている。一九九〇年当時の入国管理官職員の定員一千八百十六名と比較すると約三・三倍の増員であった。『平成一六年版出入国管理』



(<http://www.moj.go.jp/content/000001937.pdf>)、一四八頁を参照。

(36) 前掲「出入国管理基本計画」「I 外国人の入国・在留状況」「三 入管法違反事件等の状況」、五頁を参照。

(37) 同右。なお、入管法別表第一、三の表にある「短期滞在」とは、「観光、保養、スポーツ、親族の訪問、見学、講習又は会合への参加、業務連絡その他これらに類似する活動」で、就労活動は原則禁止されている。但し、臨時の報酬等を受ける活動はこれにあたらぬ。その期間は最長でも一八〇日とされ、たとえ一回の滞在が短くとも繰り返し滞在することでの範囲を超える場合も短期滞在の在留資格には該当しないとされる。前掲『入管法大全Ⅱ在留資格』、二四二～二四三頁を参照。

(38) 前掲「出入国管理基本計画」「I 外国人の入国・在留状況」「三 入管法違反事件等の状況」、六頁を参照。

(39) 同右。当時の労働者の名目賃金を、日本を一〇〇として指数で比較してみると、バングラデシュが約一・四で、フィリピンが約五・一、パキスタンが約二・九、タイが約五・五、中国が一・五であったという。いわゆる発展途上国の人々にとって日本の就労がいかに魅力的であったかが窺えよう。

(40) グローバルノート (<https://www.globalnote.jp/>) で作成したデータをエクセルに転写した表である。表の下にも明記したが、IMF統計に基づく名目ベースの人口一人当たりGDPで、米ドルへの換算は各年の平均為替レートベースとのことである。むろん、一人当たり名目GDPは個人所得の指標ではなく、その国の通貨の為替レートの変動の影響も受けるため、厳密さを期したものではない。なお、二〇二〇年の数値は、香港とインドネシア、パキスタン、フィリピン以外は全てIMF推定値で、逆に二〇一九年の日本とバングラデシュ、二〇一四年のバングラデシュはIMF推定値であるが煩雑さを避けるため、表には明記しなかった。

(41) 前掲「出入国在留管理基本計画」、一六頁、「第四次出入国管理基本計画」(二〇一〇年)、一二～一三頁を参照。なお不法残留者のピークは、統計上「二十九万八千六百四十六人」とされており、これに暗数数万人がいたものと推定できる。

(42) 明石・前掲論文、三三五～三三六頁、前掲『外国人の受入れと日本社会』、一三四～一四一頁を参照。なお、入管法はその後も強化が図られ、二〇〇一年には退去拒否事由と上陸拒否事由の強化や偽装文書への対策も新設された。さらに二〇〇四年には不法滞在者の自主的出頭を促したり、迅速かつ効率的に出国させる体制を構築したり、上陸拒否期間を十年に伸張した

り（累犯が無い者のみ五年）、在留資格の取消制度も新設された。翌二〇〇五年にもいわゆる人身取引議定書と密入国議定書に対応する改正が、二〇〇六年にもテロ未然防止のために、上陸申請時の個人識別情報の提供制度が新設され、退去強制事由の整備もなされた。

(43) 入管庁HP「不法滞在者五年半減計画の実施結果について」([http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/121226\\_huhoutaizai.html](http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/121226_huhoutaizai.html)) を参照。

(44) 金山泰介『新版 警察行政概論』（立花書房、二〇一九年）、二七～二九頁、首相官邸HP「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/kettei/031218keikaku.html>) を参照。

(45) 前掲「出入国在留管理基本計画」、一六～一七頁、入管庁HP「本邦における不法残留者数について（平成三〇年一月一日現在）」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/930003584.pdf>)、同（令和三年一月一日現在）」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/001344148.pdf>) を参照。

(46) 同右。なお、不法在留者数は二〇一五年が九百四十六人増、一六年が二千八百十一人増、一七年が二千四百五十二人増、一八年が一千二百二十八人増、一九年が七千六百六十九人増、二〇年が八千七百二十五人増、二一年が二十四人減である。

(47) 前掲『外国人の受入れと日本社会』、一九二～一九三頁を参照。ちなみに、日系人は、現行制度の基本的枠組みが構築された一九八九年二月の入管法改正以降、あらゆる種類の就労活動に従事することが可能となった。

(48) 同右、一九三～一九四頁を参照。こうした手法は、二〇一四年の「外国人建設就労者受入事業」において、東日本大震災からの復興事業の加速化や、東京オリンピック・パラリンピックに伴う建設需要を支える人材を確保するために「建設特定活動」という在留資格を設けるかたちでも実践されている。国土交通省土地・建設産業局「外国人建設就労者受入事業に関するガイドライン」二〇一四年一月 (<https://www.mlit.go.jp/common/001059458.pdf>) を参照。

(49) 明石・前掲論文、三三三～三三四頁を参照。なお、梶田孝道『外国人労働者と日本』（NHKブックス、一九九四年）では、「研修」や「興行」、「留学生」などの在留資格の外国人と日系人は就労を目的とする入国ではないにもかかわらず、実際は「就労」それ自体を目的としている」として「バック・ドア」政策」と表現し、技能実習制度は「一定の条件つきとはい

え通常の就労を認めて」いるため「「サイド・ドア」政策」とされている（四五頁）。もちろん一見識であるが、本稿では、外国人による不法就労や、制度を目的外に悪用する外国人受入れの手法を「バックドア」と形容した。

(50) 偽装留学生の防止は、当人の就学意欲や日本語能力等を書類審査や面接で丁寧に確認したり、大半の留学生は受験前に日本語学校に通うことからそうした機関との連携を強化したりすることで、ある程度は実現可能である。しかし、先述したように学ぶ内に生じる当人の心の変化は自然発生的であるがゆえに、ここに完全を期すことはもとより難しい。すなわち、コンプライアンスという別の視点での合意形成が必要といえるが、そこで納得のいく説明を行うには日本の外国人受入れ政策への理解が必要となるであろう。

(51) 前掲『外国人の受入れと日本社会』、一一七―一一八頁、一二八―一二三頁を参照。技能実習制度は、一九八一年の入管法改正で新設された研修制度を引き継ぐ形で、研修により一定水準以上の技能・技術等を修得した外国人を「特定活動」の在留資格に変更し、研修を受けた機関と同じ機関で雇用契約に基づき、その技能・技術等をより実践的に修得するものとして始まった。これは研修生を低賃金労働者として扱う企業と、他方で研修手当を事実上の報酬として働く研修生が後を絶たなかったからであるが、この問題は解消されなかった。主な原因は、本来適正化を監督する立場の監理団体が同時に実施主体に他ならなかったからで、総じて立場上優位な企業側に都合の良い運用を許すこととなってしまった。

(52) 前掲、国会会議録検索システム「第一二三回国会 参議院本会議 第二号 平成四年一月二九日」の「〇一四・近藤鉄雄」(<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=112315254X00219920129&current=7>)を参照。なお、二〇一六年に制定された技能実習法（外国人の技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護に関する法律）の第一条にも「人材育成を通じた開発途上地域等への技能、技術又は知識の移転による国際協力を推進することを目的とする」と明記されている。

(53) 同右。労相のこうした発言からは、当時の日本に「人手不足」から外国人労働者を欲する声が少なからずあったことと、他方で単純労働者として外国人を安易に受け入れることへの反対論も少なからず存在していたことが窺えよう。

(54) NHK取材班『外国人労働力をどう受け入れるべきか―「安い労働力」から「戦力」へ』（NHK出版、二〇一七年）、国際連合広報センターHP二〇一〇年三月二二日の記事「移住者の人権に関する国連専門家、訪日調査を終」(<https://www.unic>、

or.jp/news\_press/features/backgrounders/2805/」西村HCM事務所HP「技能実習生」(<https://www.foreign-workersupport.com>) などを参照。

(55) 前掲『外国人の受入れと日本社会』、一二〇～一二三頁、一九七～二〇三頁、外国人技能実習機構HP「制度のあらまし」(<https://www.otit.go.jp/>) を参照。

(56) 比較的最近の記事をあげると、技能実習生たちの酷い処遇に関しては、東京新聞HP二〇二一年一月二三日の記事「寒空シャワー、密な講習…ずさんな技能実習制度は「安価な労働力を集める制度」か〈夢見た果てに追い込まれるベトナム人⑦〉」(<https://www.tokyo-np.co.jp/article/81622>)、<sup>1)</sup>「失踪実習生」を再就業させようという取組みについては、「失踪実習生に就労許可を村長の訴え」(『朝日新聞』二〇二二年五月二三日朝刊、九面) などがあげられる。

(57) 例えば、外国人技能実習機構HPにある出入国在留管理庁・厚生労働省編「技能実習制度運用要領(令和三年四月一日一部改正版)」の「第六章 技能実習生の保護」([https://www.otit.go.jp/jissyu\\_unyou/](https://www.otit.go.jp/jissyu_unyou/)) を一瞥すると、監理団体側が実習生との間で違約金等を設けることや、旅券や在留カードを保管と称して取り上げしてしまうことなどを禁止する条項や、実習生が入管庁長官や厚労大臣に対する申告権を有することなどが明示されている(二九二～二九七頁)。こうした当然の権利が、現場の隅々にまで周知され、厳守されるようになるにはまだ暫しの時間を要するのだろうか。

(58) 前掲『入管法概説』、二五〇～二五五頁を参照。

(59) 佐々木聖子「技能実習制度における失踪問題への対応について」(<http://www.moj.go.jp/isa/content/930004592.pdf>) を参照。同文書は出入国在留管理庁長官の署名入りで、技能実習制度の監理団体及び団体監理型実習実施者に発信された。

(60) 前掲『二〇二〇入管白書・第一部』「第四節 不適正な事案への対処」、四二頁、厚生労働省HP「外国人雇用状況」の届出状況まとめ(令和二年一〇月末現在)」(<https://www.mhlw.go.jp/content/11655000/000729116.pdf>) を参照。

(61) 天災や戦争などからの避難、人種・宗教・政治的意見などを理由とする迫害からの避難を企図する難民と、経済的な困窮のために住んでいた土地を逃れようとする経済難民は区別され、通常後者は難民に含まない。もちろん、後者が気の毒であることは論を俟たないが、本人の努力では如何ともし難い状況に陥った前者とは区別されるのである。全世界の困窮者を救済で



きない以上、どこかに何らかの線引きは必要といわざるを得ない。

- (62) 例えば坂中英徳は、入管行政の実務経験で得た知見から「人口秩序の崩壊」を訴え、積極的な移民政策論を力説している。同『日本型移民国家の創造』（東信堂、二〇一六年）ほかを参照。他にも、毛受敏浩『人口激減 移民は必要である』（新潮社、二〇一一年）などがある。

- (63) 内閣府HP「外国人労働者問題に関する世論調査」図九 (<https://survey.gov-online.go.jp/h12/gaikoku/images/zu09.gif>) を参照（平成二年と平成一二年調査の数値を比較した図）。外国人受入れ政策に関する調査は、管見の限り一九八八（昭和六三）年二月、一九九〇（平成二）年一～二月、二〇〇〇年一月、二〇〇四年五月、二〇一〇年七月、二〇一九（令和元）年十一月があるが、別タイトルの調査にも関連する質問がある。例えば一九八三年九～一〇月に実施された「国土の将来像に関する世論調査」(<https://survey.gov-online.go.jp/s58/S58-09-58-10.html>) には、「現在、我が国で働く外国人労働者の数はごく限られたものですが、今後二〇年くらいを考え：外国人労働者の受け入れについて」どう思うかと質問している。ここでは「経済大国の国際的責務として受け入れるべき」が四二・三％で最多であるが、「日本の社会が不安定になるので受け入れない方がよい」も三六・四％を示している。

- (64) 同右、図一〇 (<https://survey.gov-online.go.jp/h12/gaikoku/images/zul0.gif>)、図一一 (<https://survey.gov-online.go.jp/h12/gaikoku/images/zul1.gif>) を参照。

- (65) 黒川貢三郎・瀧川修吾『近代日本政治史Ⅱ 大正・昭和前期』（南窓社、二〇〇六年）ほかを参照。

- (66) 水野直樹・文京洙『在日朝鮮人歴史と現在』（岩波書店、二〇一五年）、田中宏『在日外国人第三版／法の壁、心の溝』（岩波書店、二〇一三年）などを参照。戦前には盛期約二百三十万人にも達していた在日朝鮮人の内、六十四万七千六人が日本に残留することになったという（田中前掲書、六一頁）。

- (67) 入管法第六一条の二の六（同改正案第六一条の二の九第四項第一号）。言うまでもなく、ノンフルマンの原則は、難民を対象とするものであって、そうではない者が特定の国に居座る自由を保障するものではない（前掲「難民条約」、四八～四九頁）。天賦のものとして地球市民に完全なる移動の自由を保障せよという議論とは、別次元の問題なのである。

(68) 入管庁HP ([http://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/05\\_00006.html#midashi08](http://www.moj.go.jp/isa/laws/bill/05_00006.html#midashi08)) によれば、「難民認定申請者数は、平成一七年には約四百人で」あったが、「平成二二年に申請から六か月後に一律に就労を認める運用を始めたところ、申請者数は、平成二二年（約一千二百人）から平成二九年（約二万人弱）の七年間で、約十六倍に増加し」た。「そこで、平成三〇年に、こうした難民としての保護を求める本来の制度趣旨にそぐわない申請（濫用・誤用的な申請）の場合には在留や就労を認めないとする在留資格上の措置について、より厳格な運用を始めたところ、平成三〇年の申請者数（約一万人）は、平成二九年から半減し」たとのことである。申請者を入管施設に収容したり、就労を認めずに仮放免したりする運用は、偽装滞在者にはきわめて有効な反面、公費での生活費負担や失踪のリスクを伴う。また、真に庇護を求めている難民たちからすれば、同制度の悪用は許しがたい妨害行為に他ならないということを忘れてはならない。一刻も早い改善が望まれる。

(69) 入管庁HP「難民認定審査の処理期間の公表について」([http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyuukokukanri\\_03\\_00029.html](http://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyuukokukanri_03_00029.html)) を参照。

(70) 入管法改正案第四四条の二、第五二条の二。

(71) 前掲『外国人の受入れと日本社会』、二〇八～二二六頁、前掲『入管法概説』、三四〇～三四一頁を参照。

(72) 前掲『外国人の受入れと日本社会』、三二二頁を参照。



# インターネット上の紛争の裁判管轄に関するEU判例

中 村 進

## 第一章 はじめに

本稿は、欧州連合（以下、EU）におけるブリュッセル規則中の裁判管轄に関して下されたEU司法裁判所の判決<sup>①</sup>を、対象を電子商取引とオンライン上の不法行為に関するものに絞って紹介することによって、日本法への示唆を得ることを目的とする。筆者は、既に、EUにおける電子商取引紛争の裁判管轄に関する論文を公表しているが、本稿<sup>②</sup>は、そこでは十分に扱うことのできなかったブリュッセル規則に関するEU司法裁判所の主要な判例を紹介し、若干の検討を行うものである。

最近、電子商取引やオンライン上の不法行為に関して、ブリュッセル規則についてのEU判例を含む欧州諸国の判例<sup>③</sup>を紹介した文献が多く見れるようになり、それで充分であるとも考えたが、それらはいずれも特定事項に焦点を当

てて紹介されたもので、同規則中の裁判管轄規定に沿って紹介された文献がないこと、情報通信ネットワークが社会インフラになるとともに、電子商取引やオンライン上の不法行為に関する様々な形態の紛争が増えつつあり、日々の技術進歩により、今後も新たな形の紛争が登場し新たな法的対応が求められることも予想されるため、これまでの経験を知ることにも意義があると考えて、まとめてみることにした。

ブリュッセル規則は、一九六八年に「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する条約」（以下、条約<sup>④</sup>）として成立し、その後何度か改正が行われているが、大幅な改正については二度行われている<sup>⑤</sup>。その最初のものは、新たに登場し後に急速な拡大を見せていた電子商取引に対応することなどを目的に行われた改正で、二〇〇〇年に成立したブリュッセルI規則（以下、I規則<sup>⑥</sup>）である。更に、I規則の適用に関する幾つかの調査結果を受けて、EU域外に居住する被告にまで裁判管轄規定の適用範囲を拡大することなどを目的とする修正が二〇一一年に行われている（以下、Ia規則<sup>⑦</sup>）。本稿において紹介される判例は、主にI規則の解釈についてのEU司法裁判所の判決を中心となるが、条約やIa規則の規定に関する判例も含まれる。なお、以下において、条約、I規則及びIa規則を総称する場合は、ブリュッセル規則と記述する。

Ia規則における裁判管轄に関する規定は、第二章四条（I規則では第二章二条）以下に置かれている。一般管轄規定が第一節四条から六条（I規則では二条から四条）に、特別管轄規定が第二節七条から九条（I規則では五条から七条）に置かれている。それ以降には、第三節一〇条（I規則では八条）以下に保険事件の管轄の特則、第四節一七条（I規則では一五条）以下に消費者契約事件の管轄の特則、第五節二〇条（I規則では一八条）以下に個別的労働契約事件の管轄の特則、第六節二四条（I規則では二三条）に専属管轄についての規定、第七節二五条（I規則では二三条）以下に

管轄合意についての規定、第八節二七条（I規則では二五条）以下に管轄及び訴訟要件の調査に関する規定、第九節二九条（I規則では二七条）以下に訴訟係属及び関連手続についての規定、第一〇節三五条（I規則では三二条）に保全処分を含む仮の処分についての規定が配置されている（第三章三六条以降は、承認・執行や和解、総則等の規定から成る）。本稿では、以上の諸規定が関わる判例の全てを紹介することはできないため、第二章において、ブリュッセル規則の統一的な解釈と適用について、EU司法裁判所に与えられている権限の根拠となる規定を概説するとともに、電子商取引に関して裁判管轄についての一般裁判管轄に関する判例を紹介し、第三章において特別裁判管轄に関する若干の判例、第四章において管轄合意に関する判例に限って紹介してみたい。<sup>(8)</sup>

## 第二章 一般裁判管轄規則に関する判例

本章では、まず、EUの諸条約の統一的な解釈と適用を確保するために、EU司法裁判所に与えられる権限の根拠規定について簡単に触れたい。その後、ブリュッセル規則の一般管轄規則が適用された判例を紹介する。

### 1. ブリュッセル規則とEU司法裁判所による解釈

ブリュッセル規則においては、既に条約の時代より、その統一的且つ自律的な解釈を実現するために、EU司法裁判所に対し、規定の解釈権限を容認するプロトコル<sup>(9)</sup>を成立させるとともに、新たな条約加盟国も、「加入」条約としてこれを受け入れている<sup>(10)</sup>。一九九二年のマースリスト条約発効により、「欧州経済共同体」(the European Economic Community) から「欧州共同体」(the European Community) となり、EEC設立条約は「共同体設立条約」(Treaty establishing the European Community: TEC) と名称が変更されるに伴い、EU司法裁判所に対するEUの法律や規則の

解釈・有効性について先行判決 (preliminary ruling) の照会・請求については、もはやプロトコルを必要とせず、TECの二三四条に基づいて付与されることになる。<sup>(11)</sup>

二〇〇九年にリスボン条約が成立し、ECが消滅しEUとなり、EU条約 (Treaty on European Union: TEU)<sup>(12)</sup> と TECの改正が行われ、TECは「欧州連合の機能に関する条約」 (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)<sup>(13)</sup> にその名称が変更される。TEUは、その最新版によると、一九条(三)(b)に、EU司法裁判所は「加盟国の裁判所または審判の要請に応じて、EU法の解釈及びその機能によつて採られた行為の有効性について先行判決を下す」ことが定められる。また、TFEUの二六七条は、その第一文で、EU司法裁判所に対し、条約の解釈に関する先行判決を下す管轄権を容認するとともに、第二文において、加盟国の裁判所又は審判には、条約の解釈に関する疑問が生じ、判決を下すためにその疑問に関する決定が必要となった場合、EU司法裁判所に判断を下すよう請求できることが容認されている。勿論、これらの規定の目的は、EU司法裁判所による条約の統一的で自律的な解釈と適用の確保及びEU司法裁判所と加盟国の国内裁判所との協力関係の促進にある。<sup>(15)</sup>

以上のようにEU諸条約の統一的な解釈と適用を確保する権限を与えられるEU司法裁判所は、ブリュッセル規則中の諸規定の解釈についても、先行判決を通じて、統一的な解釈と適用を図ることになる。

裁判管轄についてI a 規則四条(一)は、「本規則に別段の定めがある場合を除き、構成国の主権領域に住所を有する者に対しては、その国籍に関係なく、その構成国の裁判所に訴えを提起することができる」と定め、裁判管轄システムの基礎が被告の住所 (domicile) にあることを述べる。<sup>(16)</sup> 被告の住所を基礎とする根拠について、I a 規則の解説<sup>(13)</sup> は、「本規則に属する手続と構成国の主権領域との間には、関連性が存在しなければならない。従って、管轄に関する

る共通規定は、原則として、被告がいずれかの構成国にその住所を有するときに適用されるべきものとする」と述べて、司法機関の管轄の自然な基礎がその領域との結びきにあることを明らかにする。<sup>(17)</sup> そのような理由から、この被告住所地の管轄は、訴えの種類を問わず容認されることになる。<sup>(18)</sup> 管轄原因の基礎について、このように国籍を犠牲にして住所に重きを置くのは、EUに限らず最近の傾向でもあるとされると指摘される。<sup>(19)</sup> 被告が構成国の領域内に住所を有しない場合は、各構成国の裁判所の管轄は、自国法によって判断されることになる（I a 規則六条<sup>(一)</sup><sup>(20)</sup>）。住所の決定につき、特に電子商取引においては、たとえ取引の相手方の身元や取引地を明らかにするできたとしても、原告が相手方の住所地を決定することが非常に困難な場合があることが指摘されている。<sup>(21)</sup>

I a 規則は、住所に関する規定をその六二条に置き、自然人について、提訴された裁判所が所在する構成国の領域内に住所を有するどうかは、自国法により（同条<sup>(一)</sup>）、その領域内に住所を有せず、他の構成国内に住所を有するか否かを判断する必要がある場合は、当該他の構成国の法による（同条<sup>(二)</sup>…領土法説）とする。また、法人の住所については、共通規定の透明化の強化と権限の抵触を回避するために六三条に自律的な概念を設け、<sup>(22)</sup> (a) 定款による本店所在地 (b) 主たる管理地、又は (c) 主たる営業所に有すると定める。そこで次に、I 規則の一般管轄規則の適用に当たって、住所の不明が問題となった判例を紹介したい。

## 2. 一般裁判管轄に関する判例

被告の住所が不明な場合におけるI規則の適用が問題となったのが、*G v. Cornelius de Visser* 事件<sup>(23)</sup>である。本件は、原告（ドイツ）が許可を与えていない写真が被告所有のインターネット・サイトに掲示されたことを理由とする、人



格権侵害に基づく損害賠償請求事件である。写真撮影の経緯から、また被告のサイトのドメイン名が「www.\*\*\*.\*\*\*.\*\*\*」であり、サイトに関する登録情報にはオランダ国内の住所が登録されていることから、EU域内に住所を有する可能性が高いと考えられたものの、送付した郵便物は住所不明で戻り、住民登録簿にも該当者がいなかったため、公示送達がなされていた。そのためドイツの地方裁判所が、EU司法裁判所に対し、被告はそのウェブサイト上においてEU領域内の住所を伝えているが、居所が不明で現在どこに居住するかを確定できず、送達を行うことができない場合でも、I規則の適用が可能か否かについて先行判決を求めたものである。

この付託に対してEU裁判所は、被告の住所が不明である場合に、構成国が自国法に代えてI規則によって確立された統一的裁判管轄規則を適用することは、法的安定性という本質的要求と、原告は提訴可能な裁判所を容易に確認でき、被告もその地で提訴されることを合理的に予見できるようにすること、EU内に所在する者の法的保護を強化するというI規則の目的と合致すると述べる。また、I規則四条（I a規則六条（一）の「構成国の領域内に住所を有しない」との表現は、国内法の適用は係属裁判所がEU市民たる被告がEU領域外に住所を有する確固たる証拠を有する場合のみ可能であるという意味で解釈されなければならない。そして、係属裁判所は、裁判所が被告を探すためのあらゆる手段が講じられているならば、公示送達されている被告に対し、EU法を適用して欠席による判決を下すことができる」と判示する。<sup>24</sup>

なお、被告が構成諸国内に住所を有しない場合は、I規則四条（一）により、専属管轄（二三条）と合意管轄（二三条）が認められる場合を除いて、国内裁判所が従来の規則を用いて構成国内に住所を有しない被告に対して裁判管轄を決定することができる。同規則の付属文書中には、その際に適用できる各国の裁判管轄規則が列挙され、そこには過剰



と思われるものも含まれていることから、I規則三五条(三)(I a規則は、四五条(三)に同趣旨の規定を置く)により、判決を承認する構成国の裁判所は判決裁判所の管轄を審査する立場にないため、そうした判決が他の構成国内で承認・執行されない可能性があることが指摘されている。<sup>(25)</sup>

なお、I a規則においては、六条(一)により、経済的弱者保護の観点から消費者契約と個別的労働契約に関してのみ、被告が構成国内に住所を有しない場合にも、原告である消費者と被用者は自身の住所地で提訴することが可能となっている。

### 第三章 特別裁判管轄規則に関する判例

本章においては、電子商取引とオンライン上の不法行為に関する紛争について、ブリュッセル規則中の特別裁判管轄規則の適用が論じられたEU司法裁判所の判決を紹介したい。

#### 1. I a規則七条

I a規則七条(I規則五条)は、被告がEU構成国の領域内に住所を有する場合であつて、追加的な接点を有するような一定の場合には、他の構成国に提訴することができると規定し、原告に対して被告の住所地以外の裁判所へ提訴する選択権を認める。<sup>(26)</sup>七条が掲げる追加的な接点について、電子商取引やオンライン上の不法行為に関わるものとしては、「契約又は契約に基づく請求権が、その義務が履行され又は履行されるべき地の裁判所における手続の対象である場合」(同条(一)(a))、「不法行為若しくは不法行為に相当する行為又はそうした行為に基づく請求権が手続の対象であるときは、損害結果が発生し又は発生するおそれのある地の裁判所」(同条(二))、「支店、代理店又はその他の営

業所の営業に起因する訴訟が問題となる場合には、これらが存する地の裁判所」（同条五）が考えられる。

I a 規則七条（一）（a）は、義務履行地に管轄を認める規定であるが、義務履行地である動産の引渡し地またはサービスの提供の地（若しくはそれらが行われるべき地）の決定を巡って多くのEU司法裁判所への付託がなされている。<sup>(27)</sup> 義務履行地は、異なる合意がない限り、「動産売買については、その動産が契約により給付された又は給付されるべきであつた構成国の地」、[役務提供については、それが契約によって提供された又は提供されるべきであつた構成国の地]（同条（一）（b））であるとされる（I 規則は、五条（一）（b）に同趣旨の規定を置く）。履行地の決定の問題は、たとえ契約がオンライン上で締結されている場合であっても、現実には物理的な動産の引渡しを伴う場合においては重要になってくる。<sup>(28)</sup> そこで以下に、先ず、必ずしも電子商取引のみに関するものではないが、履行地の解釈に間接的に影響を与えと思われる判例を若干紹介したい。その後、オンライン上の不法行為に関する判例を取り上げ、そこでどのような議論が生じていたかについて紹介したい。なお、不法行為事件の管轄について定めるI a 規則七条（二）は、I 規則五条（三）に置かれていたものであるが、内容に変更は加えられていない。

## 2. 特別裁判管轄に関する判例

### （1） 契約に関する判例

#### （1） 履行地

契約がオンライン上で締結されているときであっても、商品の引渡しが複数の地で行われる場合は、履行地の決定が困難となる可能性がある。<sup>(29)</sup> 履行地が複数存在する場合の履行地の決定が問題となったのが、*Color Drack GmbH v.*

*Lexx International Vertriebs GmbH* 事件<sup>(30)</sup>である。本件は、電子商取引に固有な問題が争われたわけではないが、ここでも問題となり得るため、ここで取り上げる。

本件は、原告オーストリア企業と被告ドイツ企業との間の売買契約の義務の履行を巡る紛争である。買主である原告がオーストリア国内に持つ複数小売店における売れ残り商品について、被告は引取りと代金返還義務を負っていたが、その義務を履行しなかったことから、原告がその所在地を管轄するオーストリアの裁判所で提訴に及んだものである。ここでは、単一の構成国内で複数の引渡し地に関わる動産売買にもI a 規則七条(一)(b) (I 規則五条(一)(b) 第一文が適用されるか、またそうであれば、請求がこれら全ての引渡しに関する場合、原告はその選択により引渡し地の裁判所で被告を提訴することが可能かについてEU司法裁判所に付託された。従って本件は、単一国内の複数の引渡し地のケースであって、複数構成国内における引渡しについてのものではない。

EU司法裁判所は、I a 規則第七条(一)(b) 第一文は管轄の抵触規則の統一を意図し、構成国の国内規則を考慮せず、管轄裁判所を直接的に指定するものであり、単一構成国内に複数引渡し地がある事案へ適用しても、管轄の予測可能性の確保、及び契約に関する特別管轄規則を基礎づける事案と法廷地との密接関連性という基本方針とも矛盾しないと述べる<sup>(31)</sup>。また、その場合、売買契約に基づいて全ての請求を審理する管轄を有する裁判所は、主たる引渡し地の裁判所であり、その地は経済的基準に基づいて決定されるが、何れの履行地も紛争の重要な要素 (material elements of the dispute) を構成し、その地を確定することができないときは、原告は、その選択により引渡し地の裁判所で被告を提訴できるとも判示する<sup>(32)</sup>。これにより、複数国が管轄を有する場合、主たる履行地が請求の全体を審理するための管轄を有するが、それを決定できないときは、原告は自身が選択した履行地のあらゆる地で請求を行う権利を有する

ことになる。<sup>(33)</sup>

次に義務履行地の決定が争われたものに、*GIE Groupe Concorde and Others v. The Master of the vessel "Suhadiwarno Panjan" and Others* 事件がある<sup>(34)</sup>。本件は、フランス保険会社とドイツ船舶所有者らとの間の紛争で、フランスの港からコンテナ船でブラジルまで輸送されたワインボトルに損傷が発見され、原告保険会社が荷受人に補償金の支払いを行った後に、荷受人を代位して船舶所有者らを被告として、船積地のフランスの裁判所に提訴した事件である。被告らは、運送契約の義務履行地でないことなどを根拠に管轄を争った。第一審と第二審において管轄権を欠くとの理由で敗訴した原告の上告を受けて、破棄院により、契約事件に関する特別裁判管轄を規定する I a 規則七条 (一) (a) (条約五条 (一)) の「その義務が履行され又は履行されるべき地」(place of performance of the obligation in question) は、構成国の国内裁判所がその国内抵触規則により選択された準拠実質法により決定されるか、又は条約により自律的に実際に履行が行われた若しくは行われるべきであった地と解釈されるかについて付託されている<sup>(35)</sup>。

EU 司法裁判所は、雇用契約の場合を除き、I a 規則七条 (一) (a) の意味における履行地は、係属裁判所の抵触規則により選択される契約上の当該債務の準拠法により判断されるとする従前の解釈を維持する<sup>(36)</sup>。つまり、雇用契約における労務提供地のように義務の履行を構成する行為が集中する地が存する場合とは異なり、<sup>(37)</sup> そのような特定の特徴のない契約においては、契約を特徴づける義務の特定や履行地であることを根拠に、契約に基づく全ての義務に関する紛争について管轄を集中させる必要はなく、また適切でもないとして、契約準拠法を基準として履行地を決定すべきと判示する<sup>(38)</sup>。その上で、EU 域内においては、契約準拠法が一九八〇年の契約外債務の準拠法に関する条約（ローマ I 規則）により統一化されているため、管轄の前提となる履行地の決定につき係属裁判所によって判断が異なるリスク



がないことを指摘する。<sup>(39)</sup> 本判決により、履行地の決定は準拠法に依存することになるが、それは次の三つのステップから成るとされる。第一に当該契約債務を分類すること、第二にローマI規則を参照しその準拠法が適用すること、第三に同法が履行地を決定することである。<sup>(40)</sup>

I a 規則七条(一)(a)の意味における履行地は係属裁判所の抵触規則が選択する当該債務の準拠法によるとされても、同一契約から複数の履行義務が複数構成国内で発生する場合には、係属の国内裁判所の管轄権限は、自国内で履行されるべき義務に基づいた請求のみに制限されるか、又は他国で履行された契約についても審理できるかの問題が残る。<sup>(41)</sup> この点については、近接性の原則 (principle of proximity) に立つか集中の原則 (principle of centralization) によるかに依存するとの指摘がある。前者は、当該紛争への近接性即ち密接関連性を有する構成国に管轄を付与する考えで、それに依ると、構成国裁判所はその領域内において履行された契約についてのみ判断する管轄を有する。後者は、一つの構成国が他の構成諸国で発生している関連の紛争を含めて全ての紛争の管轄を有することを容認するアプローチである。<sup>(42)</sup>

近接性の原則を採るものとして、原告(イタリア)とその代理商である被告(ベルギー)との間の、手数料の延滞金と通知に代わる補償金の支払いに関する紛争である *Leatherhex v. Bodetex* 事件がある。<sup>(43)</sup> EU司法裁判所は、I a 規則七条(一)(条約五条(一))の解釈において、同じ契約から発生する同等ランクの二つの義務に基いた訴訟において、国内裁判所は、その所在地の抵触規則により、それらの義務の一つがその国で履行され、他が別の締約国で履行されるべき場合、その訴訟の全体を審理する管轄権を持たないと判示した。<sup>(44)</sup> その結果、ベルギー裁判所には、ベルギーが履行地である通知に代わる補償金支払い義務に関する紛争の管轄は容認されるが、イタリアが履行地となる手数料支払

い義務の管轄権は容認されなかった。裁判所の見解に従えば、管轄の分割とそれによる矛盾する判決を甘受しなければならず、<sup>(45)</sup>同一の契約につき複数の裁判所が管轄を持つことになる事態をできるだけ回避することで、自然人・法人の法的保護を強化しようとするブリュッセル規則の目的に反するとの批判が生じる。<sup>(46)</sup>この批判に対してEU司法裁判所は、そのような不都合は認めながらも、I a 規則四条(条約二条)により、原告は常に、被告の住所地の裁判所で請求全体を提訴する選択権を持つことを指摘する。<sup>(47)</sup>接近性の原則は、EU司法裁判所のブリュッセル規則に関する初期の若干の判例で採用されていたとされる。また、I a 規則七条(二)(条約五条(三))の不法行為地管轄の解釈においても採用されているとされる。<sup>(48)</sup>

集中の原則のアプローチを採用するのが、前掲の *Color Drack* 事件判決である。EU司法裁判所は、I a 規則七条(一)(b)(I 規則五条(一)(b))について、契約を特徴づける義務が履行されるべき地を履行地とすることで、欧州共同体の立法者は契約上の全ての義務に関する紛争の管轄を義務履行地に集中させ、契約から発生する全ての請求に関し単一の管轄権を決定しようとしていたと述べ、複数の引渡地がある場合、その履行地は契約と最密接関連性を有する裁判所の地であり、それは通常、経済的な基準に基づいて決定される主たる引渡地であると結論づける。<sup>(49)</sup>また、その決定ができない場合は、各引渡地が紛争の重要な要素への近接性という十分な密接関連性を有しているため、原告は自身が選択した引渡地の裁判所で提訴できると裁定する。<sup>(50)</sup>この集中の原則によるアプローチは、I a 規則第七条(一)における契約管轄を解釈やオンライン上の不法行為に関するより最近の判決において採用されているとされる。<sup>(51)</sup>

## (2) 役務提供

I a 規則七条(一)が対象とする役務提供の範囲については議論がある。例えば、コンピュータ・ソフトウェアは、そ



の初期には、テープやディスクなどの有形の運搬装置上に記録され、箱に入れられて買主に提供されるのが一般的で、この場合、七条(一)(b)が対象とする動産売買に入ることになるが、現在、一般的に見られるのは、買主がインターネット経由で直接的にダウンロードし購入する方法で、この場合、同条(一)の対象となり得るかは明確でないとされる<sup>(52)</sup>。知的財産権の所有者が契約上の相手方に対し、その権利を利用する権利を与える契約がI a 規則七条(一)(b) (規則五条(一)(b))における役務提供に含まれるか否かが問題となったのが *Falco and Rabitsch v. Weller-Lindhorst* 事件<sup>(53)</sup>である。

本件は、オーストリア所在の原告らがドイツ所在の被告に対し、コンサートのビデオ録画に関する契約に基づくロイヤリティーの支払い請求と契約上に根拠のない録音についての著作権侵害を主張したものである。ここでは、知的財産権の保有者が契約上の相手方に対して自身の権利を利用する権利を付与する契約(ライセンス合意)がI a 規則七条(一)(b) (I 規則五条(一)(b)) 第二文の意味における「役務の提供」(the provision of services) に関する契約であるか否かの判断がEU司法裁判所に付託されている。

EU司法裁判所は、役務の概念には少なくとも役務を提供する当事者が報酬と引換えに特定の活動を実行するという意味が含まれるが、知的財産権の所有者が報酬と引換えにその権利の利用権を付与する契約からは、そのような活動を伴っていることは推察できないとし、そうした契約は七条(一)(c)により同条(一)(a)が適用されると判示する<sup>(54)</sup>。その結果、視聴覚資料の供給に関する契約に基づく支払い請求については、同条(一)(b)第二文ではなく、同条(一)(a)に関するEU司法裁判所の判例法から得られる原則を考慮して特別管轄の有無が判断されることになる<sup>(55)</sup>。

## （2） 不法行為に関する判例

インターネットが関わるケースにおいて特に問題となるのが、名誉毀損に関する紛争と著作権や商標権侵害を中心とする知的財産権の侵害に関する紛争である。インターネットを利用したこれらの不法行為は、結果発生地が国境を越えて拡散的に広がる可能性が大きく、誰でもが容易に被害者・加害者となり得るだけに、契約事件と比べて判例も少なくない。なお、不法行為に関する特別裁判管轄についての規則は、I規則では五条(三)に規定されていたが、Ia規則においては七条(二)に置かれることになった。だが、法改正の際に文言の修正は行われていない。

### (1) 名誉毀損・人格権侵害

不法行為若しくは準不法行為に基づく請求についての特別管轄を定めるIa規則は、七条(二)において、原告に損害発生地か又は発生する可能性のある地の裁判所へ提訴することを認める。この場合の「損害結果が発生するか又は発生するおそれがある地」(the place where the harmful event occurred or may occur)とは、加害行為が行われた地か又は被害の結果発生地であるかが問題となる。そこで、オンライン上の名誉毀損・人格権侵害と知的財産権の侵害に関する判例を紹介する前に、この問題が争点となった *Bier B.V. v. Mines de Potasse D'Alsace SA* 事件<sup>(56)</sup>を取り上げる。

本件は、産業廃棄物である塩化物をライン河へ投棄した被告（フランス）に対し、被害を受けた原告（オランダ）が損害賠償を求めてオランダの裁判所に提訴した事案である。EU司法裁判所は、Ia規則七条(二)（条約五条(三)）が特別管轄を認める不法行為地とは、加害行為地と結果発生地の双方を指し、原告はその選択により、その何れかの地で提訴することができると判示する。その根拠として、その双方を容認することが証拠及び裁判手続の実効性の観点から有用であること、加害行為地のみの優先は、一般管轄である被告住所地管轄と特別管轄である不法行為管轄が多く

の場合で一致し、その限りで不法行為管轄規定の有効性が失われ、他方で、結果発生地のみの優先は、加害行為地と被告住所地が一致しない場合は、損害発生の原因に特に近接する裁判所の管轄を排除する効果を持つこと、更に、多くの構成国における国内の立法・判例法において、その双方が同時に管轄原因として容認されていることを挙げる<sup>(57)</sup>。このような判断は、オンライン上で行われた不法行為に関する紛争にも適用できるが、デジタル世界が関わる一連のケースにおいては、再解釈が必要であると指摘される<sup>(58)</sup>。

名誉毀損の事例として、これもインターネットが普及する以前のオフラインでの事件であるが、先づ *Shevill v. Pesse Alliance SA* 事件<sup>(59)</sup>を紹介する必要がある。本件は、イングランドに所在する原告らが、被告であるフランスの新聞社を相手方として、同社がフランス国内で発行し、その大部分を同国内で頒布していたが、一部がイングランドとウェールズにおいても販売されていた新聞の記事により名誉が毀損されたとして、イングランドで損害賠償を求め提訴した事案である。EU司法裁判所は、前掲の *Bier B.V.* 事件以来の確定した判例に従い、原告はその選択により加害行為地又は結果発生地で被告を提訴できるとした上で、新聞記事による名誉毀損の場合、加害行為地とは新聞発行者の事業所所在地であり、結果発生地とは出版物が頒布された地であつて且つ被害者がその地で知られている場合であると述べる<sup>(60)</sup>。その上で、加害行為地である出版社の事業所所在地の裁判所は、発生した損害の全体についての管轄を有するが、結果発生地の裁判所は、その構成国内で発生した損害について審理する管轄しか持たないと判示する。その根拠として、行われた名誉毀損を評価し、それに付随して発生する被害範囲を確定するのに最適の場所は結果発生地であると述べている<sup>(61)</sup>。同裁判所はまた、この立場によれば、確かに同一の紛争の様々な側面について異なる裁判所が裁定することになるが、原告には常に、普通裁判籍の被告住所地か出版社の事業所所在地でも請求の

全部について被告を提訴することを選択できることも指摘する。<sup>(62)</sup>

本件によってEU司法裁判所は、新聞の発行による名誉毀損事案について、*Bier B.V.* 事件判決の再解釈を行い、<sup>(63)</sup> 原告は加害行為地として出版社の事業所所在地と、結果発生地として新聞が頒布された全ての構成国においても被告を提訴することができるが、前者の加害行為地で提訴する場合は損害の全てについて請求することが可能であるものの、後者の結果発生地で提訴する場合は、問題となった構成国内で生じた損害についてののみ提訴できるとした。そのためこのようなアプローチ方法は、「モザイク理論」と称されている。オフラインの事案である*Shevill* 事件は異なり、オンライン上の人格権侵害が争われたのが、次の併合審理の *eDate Advertising GmbH v. X* 事件と *Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited* 事件<sup>(64)</sup> である。

*eDate* 事件は、オーストリア国内に事業所を有し、‘www. ※※※.at.’ のアドレスでインターネット・ポータルを運営している被告が、その過去のニュースに特化したページ欄上において、ドイツ居住の原告とその弟が過去に殺人罪で終身刑を宣告されている旨の記事を掲載したことに對し、記事において実名を使用することの差止を求めてドイツの裁判所で提訴したところ、被告が管轄を争った事案である。なお、ドイツの裁判所の訴訟手続の開始前に、既に紛争の情報は削除されている。一方の *Martinez* 事件は、フランス人俳優とその父が、インターネット・アドレス ‘www. ※※※.co.uk’ からアクセスすることが可能なウェブサイトでイギリス新聞社の英文の記事を公開するインゲランドの被告会社に対し、私生活の妨害と肖像権侵害による損害の賠償を求めてフランスの裁判所に提訴した事案である。この事件においても被告は、オンライン上に当該記事と肖像を置く行為とフランス国内で発生したとされる損害との間に十分な連結 (connecting link) がないと主張し、管轄を争っている。



EU司法裁判所は、先ず、*Shevill* 事件判決の判断を確認し、I a 規則七条(三) (I 規則五条(三)) の「損害をもたらす事実が発生した地」は加害行為地と結果発生地の双方を指し、新聞記事による名誉毀損の場合は、被害者は名誉毀損出版物の出版社の所在地の裁判所又は出版物が頒布され且つ被害者が自身の名誉が毀損されたと主張するそれぞれの構成国内の裁判所で提訴できるが、前者の裁判所への提訴は発生した全ての損害について管轄権を有し、後者の裁判所への提訴はその構成国内で発生した損害についてのみ管轄権を有すると述べる<sup>65</sup>。しかし、コンテンツをウェブサイトに置くことと、印刷物のような伝達手段の地域的な頒布とは区別されるべきとして次のように述べる。オンライン上のコンテンツは、世界中のインターネット・ユーザが瞬時に閲覧できるようにされるもので、その閲覧はコンテンツを置いた者のコントロール外にあるため、頒布を基準とすることの有用性は低下する。技術的にも、特定の構成国内との関係でその頒布を確実且つ正確に定量化し、専らその構成国内で発生した損害を算定することが常に可能であるとは言えず、被害者にとっても、権利を害する情報が世界のどこでどのように利用されているかを調査し、自身が知られるそれぞれの構成国内ごとに自身の権利を分割して対処しなければならず、深刻な負担になると<sup>66</sup>。その上で、裁判所は、オンラインによる人格権侵害の場合について、*Shevill* 事件判決が示した結果発生地の連結基準の再解釈を次のように行う。

オンラインを介した人格権侵害の被害者は、EU領域内で侵害による損害が発生していることを条件に、発生した全損害について一つの裁判所で訴訟を提起できるように修正されなければならない。その裁判所は、オンライン上に置かれたマテリアルが個人の人格権に与える影響を最も適切に評価できる被害者の利益の中心 (center of interest) の地の裁判所である。人がその利益の中心を有する地は、居住しない構成国内で職業活動に従事する場合のような例外

もあるが、通常はその者の常居所と一致する。このような裁判管轄は、被告にとっても、有害なコンテンツの公表者はそれをオンライン上に置いた時点で、コンテンツの対象者の利益の中心を知るべき立場にあることを考慮すれば、管轄規則の予見可能性という目的と合致する。<sup>(67)</sup> 結局、I a 規則七条(三)（I 規則五条(三)）は、次のように解釈されなければならない。つまり、オンライン上に置かれたコンテンツによる人格権侵害の被害者は、発生した全ての損害につき、コンテンツ公表者の事業所所在地の構成国か又は自身の利益の中心のある構成国の裁判所に提訴できる。被害者はまた、コンテンツがオンライン上に置かれているか又はそれにアクセス可能であった領域の構成国内の裁判所においても提訴できるが、この場合は、係争裁判所の構成国の領域内において発生した損害についてのみ管轄を有する<sup>(68)</sup>と。

*eDate* 事件の判断は、基本的には *Shevill* 事件のモザイク理論に従うものであるが、更にそれを越えて、被害者が被害の全額を求めて提訴できる法域の数を明らかに拡大する。即ち、被害者は、公表者の事業所所在地だけでなく被害者が利益の中心を持つ全ての構成国内で提訴することが可能になるが、その他に有害コンテンツにアクセス可能な構成国の裁判所でも、少なくともその構成国内で被っている損害に関し加害者を提訴することが可能になることとなる。<sup>(69)</sup> 以上の *Shevill* 事件や *eDate* 事件は個人の人格権侵害を扱ったケースであるが、近時、法人の人格権侵害を扱った *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilisjan v. Svensk Handel AB* 事件<sup>(70)</sup> についての EU 司法裁判所の判断があったので、次にそれを紹介したい。

本件は、エストニア法人とその従業員である原告らがスウェーデンの事業者団体である被告を相手方として、被告のウェブサイトに公開されている原告に関する誤った情報の修正、表示されているコメントの削除及び精神的損害



への補償を求めてエストニアの裁判所に提訴したものである。原告らの主張によれば、被告はそのウェブサイトで原告を「ブラックリスト」に含めた上で、原告法人が詐欺・欺瞞行為を行っていると述べ、同サイトの討議用フォーラムに寄せられたコメントには、原告らへ直接的な暴力行為を要求するものが多数あった。原告らはリストからの除去とコメントの削除を求めたが、被告により拒否されていた。なお、当該情報とコメントはスウェーデン語で書かれ、エストニアでの被害発生は立証されていないが、スウェーデン・クローネでの取引高はスウェーデンで被害が発生していることを示唆していた。EU司法裁判所は、*Shevill* 事件<sup>(71)</sup>と *eDate* 事件などの先例を確認した上で、以下のよう

に判断する。

オンライン上に掲載されたコンテンツによる人格権侵害の申立ての場合、侵害は通常、被害者が評判を享受する地であるその者の利益の中心で最も強く受ける。被害者の利益の中心の基準はオンライン上のマテリアルによって引き起こされた損害が最も顕著に発生する地を反映することから、被害者の利益の中心が存在する構成国の裁判所が、その者の権利に対するそのコンテンツの影響を評価する最適な地といえる。また、利益の中心の基準は、管轄の予見可能性という目的にも合致する<sup>(72)</sup>。利益の中心の基準は、被害が本質的に物質的なものか非物質的なものか問題と関係がなければ、適正な司法行政の利益の観点から正当化されるもので、特段に原告保護を目的とするものでもないため、その者が自然人か法人かは決定的ではない。更に、法人の利益の中心は、その商業的評判が最も堅固に確立され地である経営活動の主要部分の実行地を考慮して決定されるべきで、事業所の所在地がどこかは決定的な基準でないと判示する<sup>(73)</sup>。

以上のように述べた上で裁判所は、I a 規則七条(二)は、インターネット上での不正確な情報の公表とコメントの削

除の怠慢による人格権侵害を主張する法人は、その利益の中心が所在する構成国の裁判所において、その情報の訂正、コメントの削除及び被った全ての損害についての補償を求めて提訴できる。また、法人が登録事務所の所在地とは別の構成国内で活動の主要部分を実行する場合も、同法人は損害発生地であることを理由に、その別の構成国内において加害者を提訴できるとする。<sup>(73)</sup>更に、オンライン上の情報とコンテンツのユビキタスな性質とそれらの頒布の範囲が普遍的である点を考慮し、単一旦つ不可分である情報の訂正とコメントの削除の申立ては、全ての損害についての賠償請求につき判断する管轄権を持つ裁判所のみが判断でき、その管轄権を有しない裁判所はできないとも判示する。<sup>(74)</sup>

## (2) 知的財産権侵害

名誉毀損・人格権侵害の場合と同様に、電子的手段を介して行われる知的財産権の侵害の場合も、複数国内で同時に発生する可能性が高いことから、侵害の地の決定が困難になる。I a 規則は、知的財産権の登録と有効性に関する紛争につき、その専属管轄を定めた第六節の二四条(四)に別途規定を置くが、不法行為に関しては明文規定を欠くため、不法行為一般の管轄規則である七条(二)の適用が問題になること<sup>(75)</sup>から、同規定の適用が問題となった判例について、著作権侵害事案から紹介したい。

### (a) 著作権侵害

先ず、*Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG* 事件<sup>(76)</sup>を紹介する。本件は、フランスに居住する原告が、被告オーストリア会社を相手方として、自身が提供し別のグループがレコード化していた楽曲につき、被告により無断でオーストリア国内においてCDに複製され、イギリス会社を通じてインターネット上で販売されたとして、著作権侵害に根拠に損害賠償を求めてフランスの裁判所に提訴した事件である。当該CDは、イギリス会社の依頼を受け被告が自国

内でプレスしていた。ここでは、オンライン上のコンテンツによる被害者は、コンテンツにアクセス可能な全ての構成国内で提訴する選択権を有するか、及び構成国内に所在する公衆に向けられていた (directed at) ことが必要か又は他の明確な連結要素の存在が必要かについてEU司法裁判所に付託されている。

EU司法裁判所は、I a 規則七条(二) (I 規則五条(三)) の解釈に関し、インターネットを通じて行われる不法行為の発生地の特定において、人格権侵害と知的財産権・工業所有権侵害とを区別してきたと述べる。その根拠として、①同規定の意味における発生する損害が権利の性質により異なること、②特定構成国内で被害が発生している可能性は、侵害される権利がその構成国内で保護される要件に服すること、③管轄の付与は、十分な根拠のある侵害であることを判断する最適な地であるかにより左右されることを挙げる。従って、知的財産権・工業所有権の侵害については、eDate 事件において示された被害者の利益の中心の理論は採用できず、権利の侵害の有無を判断する最適な地である登録国の裁判所に提起されるべきとする。<sup>17)</sup> その上で、この結論は、登録を要せず自動的に保護される著作権にも当てはまるかについて検討し、次のように結論づける。

I a 規則七条(二)は、活動が係属裁判所の構成国に向けられて (directed to) いることが要求される同一七条(一)(c)とは異なり、損害をもたらす事実が発生するか又は発生する可能性があることが唯一の要件であるため、著作権侵害の場合、係属裁判所の構成国が原告の著作権を保護し、損害がその法域内で発生している可能性があるときには、係属裁判所の管轄は既に確立されていることになる。その意味するところは、オンライン上の著作権侵害の場合、被告による作品の複製物が係属裁判所の法域内からアクセス可能なインターネット・サイトから取得できる可能性の存在になる。だが、係属裁判所の構成国により付与される保護はその構成国内でのみ有効であるため、裁判所は、自身の構

成国内で発生した被害のみを裁定する管轄を有する。<sup>(78)</sup> 最終的に、著作権侵害訴訟において著作物が係属裁判所の構成国により保護される場合、七条(二)により、その係属裁判所は、同国内からアクセス可能なインターネット・サイトを通じて、別の構成国内の企業が支持材上 (on a material support) に複製した著作物を第三国内の企業が販売するとき、著作者による複製物の製作者に対する責任訴訟を裁定する管轄を有すると判示する。<sup>(79)</sup>

かくしてEU司法裁判所は、オンライン上のコンテンツによる被害者は、それにアクセス可能な全て構成国内で提訴することができるか、又は構成国内に所在する公衆に向けられている (directed at) か若しくは他の連結点が必要かという標的 (targeting) の問題から論点を変更し、物質の形で存在しオンライン上で販売される媒体という非常に限定的な問題に絞り判断を行う。<sup>(80)</sup> そして、構成国の裁判所は、他の構成国内の事業者で且つその構成国の法域内からアクセス可能なサイト上で販売される作品の複製物を製作する事業者に対する管轄権を有するが、その場合は、当該国家内における損害に関してのみ裁定できると判示する。同様に著作権侵害に関するが、複数の構成国内に所在する複数の著作権侵害者が関わる事案が *Hi Hotel HCF SARL v. Uwe Spoering* 事件<sup>(81)</sup> である。

本件では、ドイツ居住の写真家である原告とフランス所在の被告会社との間で、原告がフランス国内に被告が所有するホテルの室内の写真撮影を行い、被告はその写真について広告用冊子とウェブサイトにおいてのみ利用できる旨の契約が締結されている。だが、その合意に反し、写真が被告からフランス国内にも事業所を有するドイツの出版社に譲渡され、ドイツで出版された室内装飾に関する書籍に利用されたため、原告がその差止めと損害賠償を求めてドイツの裁判所に提訴に及んだものである。ここでは、係属裁判所の構成国内で保護される著作権の侵害に関し、複数の加害者の存在が推定される場合、I a 規則七条(二) (I 規則五条(三)) は、係属裁判所の構成国の法域内においては



侵害行為を行っていない加害者の一人につき、管轄を確立することが許されるかが付託されている。

EU司法裁判所は、先例により、七条(二)は当該紛争と損害の事実の発生地又は発生するおそれのある地の裁判所との間の密接関連性の存在に基づいて管轄を容認することを確認した上で、その関連性の特定が被告の責任の判断に最適な地に所在する裁判所の管轄権を確立することになるため、適切に係属できる唯一の裁判所は、その連結点が所在する法域内の裁判所であると述べる。<sup>(82)</sup>そして、本件のように推定の加害者が複数存在し、その内の一人についてのみ、その者が行為を行っていない法域内で提訴される場合、原因となる事実が七条(二)の意味で裁判所の法域内で発生していたと見ることはできず、結局、係属裁判所の法域内で行為を行っていない推定の加害者の一人につき、損害の原因となる事実の地であることを根拠に管轄は容認されないと判示する。<sup>(83)</sup>

だが、推定の加害者の一人が係属裁判所の法域内で行為を行っていないとしても、損害発生地であることを根拠に構成国の裁判所に管轄が付与されるかにつき考察する必要があるとし、これにつき *Pinckney* 事件が係属裁判所の構成国により付与される著作権侵害に関し、損害発生地であることを根拠に同国の領域内で発生した損害についてのみ裁定する管轄を有すると判示していたことを確認した上で、七条(二)は以下のように解釈されたと述べる。<sup>(84)</sup>

構成国内の保護著作権の侵害につき想定される加害者が複数存在する場合、想定加害者は行為を行っていないため、損害の原因事実に基づく管轄の確立は容認されない場合でも、係属裁判所の法域内において損害発生の可能性が存するときは、裁判所に損害発生地であることを根拠に七条(二)により管轄が確立される。<sup>(85)</sup>その場合、係属裁判所は、その構成国の領域内において発生した損害についてのみ裁定する管轄を有すると。この判断の意図は、非居住の共同侵害者による行為の地でも現実の損害発生地でもない構成国における訴訟を回避して、侵害者がその国で行為を行ってい

ない場合であっても、現実の損害が発生する構成国への提訴を容認することにあるとされる<sup>(86)</sup>。この *Hi Hotel* 事件と同様に著作権侵害に関し、ドメイン名が論じられたのが、次の *Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH* 事件<sup>(87)</sup>である。

本件は、プロの建築写真家であるオーストリア居住の原告が撮影したオーストリア人建築家Aの建築物の写真がドイツの被告会社により無断使用された事案である。Aは被告が企画した会議内でA自身の建築物の解説のために、原告の許可を得て写真を使用していたが、後に、被告が原告とAの許諾を得ることなく、その写真を被告のウェブサイト上に掲載し、閲覧とダウンロードが可能な状態に置いたことから、原告が損害賠償を求めてオーストリアで提訴に及んでいる。ここでは、写真がウェブサイトでアクセス可能な状態に置かれたことによる著作権侵害の申立てにつき、そのウェブサイトで著作権の権利者の居住地国（オーストリア）以外の構成国（ドイツ）のトップレベル・ドメイン名で管理される場合に、I a 規則七条<sup>(二)</sup>（I 規則五条<sup>(三)</sup>）は、侵害者の所在地の構成国のみに管轄を認めるか、又はウェブサイトに向けられている構成国にも容認するかが付託されている。

EU司法裁判所は、先例により、七条<sup>(二)</sup>において不法行為に関して管轄が容認される「損害をもたらす事実が発生したか又は発生する危険がある地」とは、損害発生地（結果発生地）と損害を発生させる事実の地（行為地）の双方を指し、原告はその選択によりそれらの何れか一方の裁判所で被告を提訴できることを確認し、次のように判断する。<sup>(88)</sup>

本件では、著作権者の許諾を得ることなくウェブサイト上に写真著作物を利用可能な状態に置いたことによる侵害の場合における、結果発生地と行為地の決定について検討を行うことが必要となる。先ず行為地の決定について、損害発生の原因となる事実、被告が原告の許諾を得ないでオンライン上のウェブサイト写真に写真を置いた行為であり、



侵害を構成する可能性のある作為又は不作为は被告の本拠地のみに結び付けることができる。その地は、被告が写真をオンライン上に置くことを決定し且つ実行した地であるからと結論づける。<sup>(89)</sup> 結局、原告の構成国の係属裁判所に対し、侵害行為の実行地であることを根拠に管轄を付与できないため、次に裁判所は、結果発生地としての係属裁判所の管轄の有無について検討へと進む。

この点につきEU司法裁判所は、*Pinckney* 事件において既に、著作権侵害の場合、七条(二)の意味における特定構成国内の損害発生の成立には、同構成国内で権利が保護されている必要があること確認する。また、被告による、自己のウェブサイトはドイツ固有のトップレベル・ドメイン名“.de”を使用するもので、オーストリアには向けられず、オーストリア内では損害が発生していないとの主張に対しても、*Pinckney* 事件に従い、消費者契約事件の管轄に関するI a 規則一七条(一)(c)とは異なり、七条(二)は当該活動が構成国に「向けられて」(directed to) いることを要件としないため、損害の発生・見込みは、係属構成国から被告ウェブサイトを通じて、原告が権利を持つ写真へのアクセス可能性で良いと述べる。最終的に、七条(二)により、係属裁判所の構成国における保護著作権の侵害の場合、裁判所は、損害発生地であることに基づきその法域内よりアクセス可能なウェブサイト上に著作物が置かれたことを理由とする賠償請求を審理する管轄を有し、その場合は、構成国内で発生した損害についてのみ判断できると判示する。<sup>(90)</sup> しかし、この裁判所の判断に対し、次のような強い異論が出されている。

本件の法務官は、損害が非局在化されて (delocalised) いる本件に *Pinckney* 事件判決を適用しようとしても、実行できない可能性があるとし、裁判所の判断に反対する。<sup>(91)</sup> 両事件は同様にオンライン上の著作権侵害に関するが、CDの複製とオンライン市場での販売という金銭的報酬のあるサービスに関する事案で、損害発生地を確定できる

*Pinckney* 事件とは異なり、本件においては、ウェブサイト上に掲載された写真へのインターネットを介したアクセスの可能性だけでは損害発生地の確定が困難であり、報酬のあるサービスの提供はなく、事業の一部としての公衆への通信行為があるだけである。そのため、たとえ管轄が容認されても、オーストリアにおける原告著作権に対する侵害はない、或いはあると認定されても損害の程度は低いとされることになる。結局、管轄が否定されるか、そうでなければ損害の地域的な分割は不可能であると判断されて、被った損害の全体について原告に補償を与えることになり、*Pinckney* 事件の判例法とは矛盾する<sup>(92)</sup>。そこで、七条(二)の運用においては、インターネットの使用により損害が非局在化される場合、損害を正確に把握できない発生地の基準を排除し、損害を生じさせる出来事の発生地国の裁判所<sup>(93)</sup>にのみ管轄を制限すべきと提案される。

(b) 商標権侵害

*Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH* 事件<sup>(94)</sup>では、オンライン上の商標権侵害が議論されている。原告は、オーストリアに拠点を置く、スキー・スノーボード用具の製造・販売を行う会社で、オーストリアの商標である‘Wintersteiger’の所有者である。他方、被告は、スキー・スノーボード用具の修理・修繕道具の開発及び販売を行うドイツ法人であるが、原告により製造された用具のための付属品を、原告の許可を得ることなく「Wintersteiger 付属品」(Wintersteiger-Zubehör) の名で製造・販売を行っている。被告はまた、二〇〇八年以降、‘Google Internet’上の検索サービス・プロバイダーの広告システムにキーワード (AdWord) として‘Wintersteiger’の登録も行っている。その登録の保有は、Google ドイツのトップレベル・ドメイン名であるウェブサイト‘google.de’に限られ、ユーザが検索エンジンにキーワードとして‘Wintersteiger’を入力すると、検索結果の最初に原告のウェブ

ブサイトへリンクされたが、同時に広告欄が現れ、被告の広告へと誘導されている。一方、Google オーストリアのトップレベル・ドメイン名であるウェブサイト‘google.at’においては、‘Wintersteiger’を検索しても被告の広告は掲載されていない。そのため、原告が、‘google.de’上に被告が広告を置くことにより原告が有するオーストリア商標権を侵害していると主張し、オーストリアの裁判所に差し止めを求めて提訴したのが本件である。

被告が、‘google.de’は専らドイツ国内のユーザに向けられているため、当該広告はドイツ国内の消費者のみを視野に入れていると主張し、裁判所の管轄を争ったことから、様々なトップレベル・ドメイン名に基づいてサービスを提供するインターネット検索エンジンにおいて、係属裁判所の構成国内で保護される商標権に関し、他の構成国に所在する者によりその商標と同一のキーワードが使用されていることによる侵害が主張される場合の、I a 規則七条(一)規則五条(三)に基づく管轄の決定基準について付託されている。

EU 司法裁判所は、先ず、eDate 事件において七条(二)の「損害をもたらす事実が発生したか、発生する危険がある地」の表現は、損害発生地と損害の原因事実の発生地の双方をカバーすることを確認する。そして、損害発生地について検討し、eDate 事件で示された被害者の利益の中心の基準は、全ての構成国内で保護される人格権侵害の文脈において論じられたもので、本件のような保護が登録される構成国内の領域内に限定される知的財産権侵害には適用できないことを指摘する。<sup>(95)</sup>その上で、自国内で保護される商標の侵害を最も適切に評価できるのは、当該商標の登録の構成国であり、その国の裁判所が権利所有者に発生した全損害を判定し、全侵害の停止の申立てを審理する権限を有するとするとし、ある構成国の登録商標を別の構成国の国別トップレベル・ドメイン名に基づいて運営する検索エンジン・ウェブサイト上でその商標と同じキーワードを使用することによる侵害の訴訟は、当該商標の登録構成国の裁判

所に提起できると結論づける。<sup>(96)</sup> 続いて裁判所は、損害の原因事実の発生地についての検討を行い、次のように述べる。

検索エンジン上でその商標と同じキーワードの使用による侵害訴訟の場合、重要な要因は、広告自体の表示 (display) ではなく、制作された広告を表示する技術的プロセスにおける広告主による起動 (activation) にある。商標を業として (in the course of trade) 利用する者は、検索サービスの提供者ではなく、商標と同一のキーワードを選択する広告主であり、商標法違反の可能性が発生する事実、自身の商取引のために検索サービスを利用する広告主の行為の中にある。従って、損害の原因事実の発生地は、検索エンジンの管理者が所有するサーバーの所在地ではなく、広告の表示プロセスの起動を決定した広告主の事業所の地である。よって、侵害訴訟は、広告主の事業所のある構成国の裁判所においても提訴できる。<sup>(97)</sup> そして最終的に、七条(二)は、ある構成国の登録商標を別の構成国の国別トップレベル・ドメイン名に基づいて運営する検索エンジン・ウェブサイトでその商標と同じキーワードを使用することによる侵害の訴訟の場合、商標登録の構成国の裁判所か又は広告主の事業所の地の構成国の裁判所で提起できるという意味で解釈されなければならないと判示する。<sup>(98)</sup>

(c) データ

オンライン上のデータベースに関する利用が争われたのが *Football Dataco Ltd and Others v. Sportradar GmbH and Other* 事件である。<sup>(99)</sup> 原告らは、イングランドとスコットランドにおけるサッカーの試合の企画に責任を有し、イギリス法に基づいて、「サッカー・ライブ」(Football Live) のデータベースに対する「固有の権利」(sui generis) を有すると主張する。'Football Live' は、進行中のサッカーの試合に関する様々なデータが集積されたもので、データの収集・検証には相当な投資が要求され、その編集にもスキル・知的入力作業などが求められている。被告らは、特に



イギリスの試合の結果や統計をそのウェブサイト ('betradar.com') を通じてオンライン上で提供する 'Sport Live Date' と称するサービスを行うドイツの会社とそのスイスの親会社である。被告らの顧客は賭博会社で、イギリスで設立された会社とイギリスの市場を標的として賭博サービスを提供する会社が含まれている。これの賭博会社のウェブサイトには、'betradar.com' へのリンクが含まれ、インターネット・ユーザが 'Live Score' の選択をクリックすると、'Football Live' のデータが現れるようになっている。原告らは、被告らが 'Football Live' のデータを複製し、それを 'Live Score' をクリックしたイギリス内の大衆に送信したことにより自身の固有の権利が侵害されているとして、その損害に対する補償を求めイギリスの裁判所に提訴したのが本件である。

被告が、送信行為はデータの送信地においてのみ行われているとし、イギリスの管轄を争ったことから、データベースの法的保護に関する EC 指令 96/9 を受けて制定されたイギリス法に基づき固有の権利として保護されるデータベースから、データを A 構成国 (ドイツ) にある当事者のウェブ・サーバー上にアップロードし、そこから B 構成国 (イギリス) 内のユーザからのリクエストに応じてデータがユーザのコンピュータ上に送信・保存・表示される場合、データの送信行為は、「引用」 (extraction) 又は「再利用」 (re-utilisation) 行為を構成するにつぎ、及びそれが肯定される場合、当事者による送信行為は、① A 構成国のみ、② B 構成国のみ、又は③ A 構成国と B 構成国の双方において発生しているかについての判断が付託されている。

EU 司法裁判所は、I a 規則七条(二) (I 規則五条(三)) は損害をもたらす事実が発生したか、発生するおそれがある地の裁判所に特別管轄を認めるため、本件における送信行為の場所の決定はイギリスの管轄の決定に影響を与えると<sup>100</sup>して、次のように述べる。



先ず、管理者の意図とは無関係に世界中のインターネット・ユーザが瞬時に閲覧できるというウェブサイト・コンテンツのユビキタス（偏在的）な性質を考慮すると、単にデータを含むウェブサイトが特定国家の領域内からアクセス可能であるという事実だけでは、ウェブサイト管理者が再利用行為を実行していると結論づけるには不十分であり、被告のウェブ・サーバー上のデータが、イギリスのユーザからの要求に応じてそのコンピュータに送信されている事実だけでは、再利用行為がイギリス国内で実行されていると見ることはできない<sup>101</sup>。代わりに、そのような場所の特定には、行為の実行側が送信を受ける構成国の領域内の者を標的にしていることを示す証拠の存在が必要である。本件において、被告らがそのサーバーへのアクセス権をイギリスの賭博会社に付与し、イギリス国内のユーザが母国語でアクセスできる状況は、イギリス国内の公衆を標的にしていることと見ることはできる。そのような証拠が存在する場合、再利用行為は、データを受信するユーザの地であるB構成国（イギリス）に所在すると見ることができると判示する<sup>102</sup>。一方、被告らが主張する、再利用行為はデータを送信するサーバーが所在する構成国内にあるとの主張については、サーバーの場所の特定が困難であること、特定の構成国の公衆を標的にデータベースのコンテンツをオンライン上で再利用を行う管理者がサーバーをその構成国の領域外に置くことで同国法の適用の回避が可能になることなどを理由に、拒否する<sup>103</sup>。

#### 第四章 管轄合意に関する判例

本章においては、オフラインによる契約と同様に電子商取引契約においても、法廷地を選択する条項が含まれているのが通常であることを考慮し、管轄合意に関する判例を紹介したい。I a 規則は、その第二章「管轄」に第七節

「管轄合意」を設け、二五条において、一定の方式に基づいて締結される管轄に関する合意を容認する規定を置く。同条はI規則二三条を修正したもので、ここでは当事者の少なくとも一人が構成国の領域内に住所を有する場合に限り、構成国の裁判所の管轄を合意することが認められていたが、Ia規則二五条では、当事者の住所にかかわらず、構成国の裁判所の管轄を合意することできるように修正されている。従って、EU域内に住所を有しない企業間の及び企業と消費者との間の契約、例えばアメリカ企業と日本の消費者との契約であっても、EU構成国内の裁判所に管轄を合意することができる<sup>104</sup>。最初に、オフラインで締結されていた管轄合意が問題となった事案であるが、非常に議論を呼んだ *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl* 事件<sup>105</sup>から紹介したい。

本件は、オーストリアに登録事務所を有する原告とイタリア所在の会社で原告から子供服を購入していた被告との間の紛争である。被告が、原告を相手方として、原告による契約上の義務の不履行を理由として、契約終了の確認と費用の未返還による損害賠償の支払いなどを求めてイタリアの裁判所に提訴したことを受け、逆に原告が、被告を相手方として、未払い金の支払いを求めてオーストリの裁判所に提訴した事案である。原告は、オーストリの裁判所が契約の履行地の裁判所であること、原告から被告に送られた請求書の全てにオーストリの裁判所を指定する管轄合意条項があり、条約一七条（Ia規則二五条に相当する）により合意は容認されると主張した。一方、被告は、管轄の一般規定である条約二条（Ia規則四条（一））により、管轄は被告の所在地であるイタリアにあるとし、同一のビジネスに関する紛争に関する訴訟が既にイタリアの裁判所で開始されていると主張した。その結果、後訴の係属裁判所は、一七条に基づく管轄合意により後訴の裁判所に専属管轄が付与される場合、条約二二条（Ia規則二九条に相当する）の意味において、先訴の係属裁判所の管轄を再検討することができるか、又は二一条に従い、先訴の係属裁判所

の管轄が確定されるまで手続を中止し、それが確定されたときは訴えを却下することになるかなどが付託されている。<sup>(106)</sup>

EU司法裁判所は、二一条の表現などを根拠に、後訴の係属裁判所は先訴の係属裁判所が裁判管轄を有しないことを宣言するまでは、訴訟手続を停止しなければならないと判示した。<sup>(107)</sup> 裁判所のこのような解釈には、多くの批判が集まり、これにより、管轄の判断が下されるまでに数年を要するイタリアの裁判所システムの非効率性を利用し、イタリアの裁判手続を開始させることで、数年間、他のEU構成国内で裁判手続からの事実上の免除を獲得する「イタリアの魚雷」(Italian Torpedoes) 現象が生み出されたとされる。<sup>(108)</sup> そのため、二〇一〇年の委員会による提案 (Proposal) の三二条(二)において改正案が示されたことを受けて修正され、<sup>(109)</sup> I a 規則においては、弱者が関わる保険契約事件、消費者契約事件及び労働契約事件の場合を除き、合意で指定された構成国の裁判所がその管轄を有しないと宣言するまでは、他の構成国の裁判所は手続を停止しなければならないことになる (三一条(二))。

裁判管轄に関する合意条項は、インターネット上で締結される契約の場合、通常、コンピュータの画面上に契約内容が提示されるクリックラップ (click-wrap) 契約中に一条項として含まれ、買主による承認ボタンのクリックによってその契約内容が承認されたと見なされる。買主には、個々の条項の内容について交渉できないため、内容全体について同意するか又は拒否するかの選択しか残されていない。このクリックラップ契約中の管轄合意条項につき、その方式上の有効性に関して争われたのが、*Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH* 事件<sup>(110)</sup> である。

ドイツに事業所を有する自動車ディーラーである原告は、ドイツに登録事務所のある被告のウェブサイトから自動車の購入を決定した。後にそれが被告によりキャンセルされたことから、原告が同自動車の所有権の移転命令を求めてドイツの裁判所に提訴したのが本件である。原告は、契約の相手方はドイツに事業所を有する被告であって、ベル

ギーの事業所を有する被告の親会社ではないとし、ドイツの管轄を主張した。一方、被告は、被告のウェブサイトからアクセスできるインターネット販売に関する一般取引条件中にベルギーの裁判所に管轄を付与する合意があるとして、ドイツの管轄を争った。その合意条項について原告は、被告の一般的取引条件を含むウェブページは自動的に開かれず、「ここをクリックせよ」の指示が付されるボックスをクリックし (click wrapping)、ハイパーリンクに繋げる必要のある形式のものであるが、I a 規則二五条(二) (I 規則二三条(二)) が管轄合意について電子的手段による通信についても書面による方式と見なすのは、一般条件を含むウィンドウが自動的に開かれる形式のもののみであると反論した。そのため、click wrapping が二五条(二)の意味における永続的な記録を提供できる電子的手段による通信に関する要件を満たすかが付託されている。

EU 司法裁判所は、二五条(二)の解釈において、電子的手段で締結された管轄合意を含む click wrapping による売買契約の一般条件の容認の方法について、それが契約条件のテキストを契約締結前に印刷又は保存することを可能にしている場合は、同規定の意味における合意の永続的な記録を提供する電子的手段による通信を構成すると解釈されなければならないと判示する。<sup>(11)</sup> その根拠として同裁判所は、当事者による真の同意の確保が二五条(一)の目的の一つであるところ、原告は被告のウェブサイト上のボックスをクリックし、当該の一般条件を受け入れていること、二五条(二)は管轄合意の有効性について特に永続的記録の提供の可能性があることを要求するが、それは一般条件のテキストの永続的記録が買主によるボックスのクリックの前であるか後かは関係がなく、証拠の観点から、契約前に情報の保存と印刷を可能にすることを求めたものであると述べる。<sup>(12)</sup>

本判決は、B 2 B 取引の売買契約について、管轄合意を含む一般取引条件が 'click-wrapping' 方式で締結される

ケースを扱った画期的な判断と評され、より厳格な制限を設ける消費者契約とは異なり、永続的な手段で管轄合意を伝達する必要はなく、契約締結前に情報を保存及び印刷する単なる可能性があれば、合意の成立には十分であるとしたものと解釈されている。<sup>113</sup>

## 第五章 終わりに

情報通信ネットワークが爆発的に普及し、社会インフラの一つとして必要不可欠なものと認識されるとともに、わが国においてもオンラインに関する紛争が、国内的紛争と国際的紛争とを問わず増加し、それに伴い国際裁判管轄が争われる裁判例も集積されつつある。<sup>114</sup>

わが国においては、オンライン上の紛争に限って適用される特別な国際裁判管轄規定はなく、オフラインで発生した紛争と同様に、民事訴訟法三条の二以下の裁判管轄に関する規定の適用が問題となる。それらの規定の適用を論じる際に、EU司法裁判の判断は大いに参考になると思われる。その域内に法内容が異なる多くの構成国を抱え且つそれらが地理的に近接するため、多くの紛争が発生するEUにおいては、既に多種多様なオンライン上の紛争に関する判例の集積が見られることから、實際上どのような形態のインターネット紛争が発生し、その解決のための法理論がどのような議論を経て、どのように構築されているかなど、わが国とつても参考になるところが少なくないと考えられるからである。本稿がそのようなEU司法裁判所の判例を知る切っ掛けとなればと考えている。

本稿においては、EUの判例の紹介を主な目的としているため、個々の判例について深く検討を行うことができなかった。別の機会に、特定の問題に絞って、判例とその影響について深く論じてみたい。



(1) 二〇〇九年のリスボン条約以降、それまでの欧州司法裁判所 (European Court of Justice) は、欧州連合司法裁判所 (Court of Justice of the European Union) へと正式名称が変更されたが、本稿では、便宜的に、併せてEU司法裁判所と称する。

(2) 拙著「ブリュッセル規則における消費者保護規定の展開」『日本法学』八五巻三号(二〇二〇)一頁、同「EU国際私法における電子消費者契約に関する消費者保護規定の展開」『日本大学知財ジャーナル』一二号(二〇一九)五頁。

(3) 横溝大「インターネット上の知的財産権侵害に関する国際裁判管轄」『パテント』六九巻一四号(二〇一六)一六七頁、中村千里「インターネット上での人格権侵害の国際裁判管轄に関する多面的分析—EU及びドイツの議論の検討—(一)」、(六)・完』『法学論叢』一八三巻四号(二〇一八)二八頁、一八四巻二号(二〇一八)四七頁、一八四巻五号(二〇一九)三〇頁、一八五巻三号(二〇一九)三三頁、一八五巻五号(二〇一九)九二頁、一八六巻一号(二〇一九)四一頁、安達栄司「インターネットにおける人格権侵害の国際裁判管轄」『国際商事法務』四一卷二号(二〇二三)二八二頁、野村秀敏「インターネット上の法人の人格権侵害事件と国際裁判管轄—EU司法裁判所二〇一七年一〇月一七日判決について—」『専修ロージャーナル』一五号(二〇一九)一頁などがある。

(4) Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters of 27 September 1968, in French [1972] OJ L 299/32 and in English [1978] OJ L 304/36.

(5) 二度の大きな改正の他にも、新たな加盟国との加盟条約の締結の際や、マーストリヒト条約の発効により欧州諸共同体 (EC) からEUとなり、法形式についても条約から共同体派生法の一つである規則となった際などにも修正が行われている。ブリュッセル規則の変遷については、中西康「ブリュッセルI条約の規則化とその問題点」『国際私法年報』三三号(二〇〇二)一四七頁以下参照。

(6) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [2001] OJ L 12/1. 同規則を翻訳したものに、中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する二〇〇〇年十二月二二日の理事会規則 (EC) 44/2001 (ブリュッセルI規則)」『国際商事法

務』三〇巻三号 (二〇〇二) 三二一頁がある。

(7) Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), [2012] OJ L 351/1. 同規則を訳出したものに、春日偉知郎 (訳) 「民事及び商事事件における裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する二〇一二年一月二日の欧州議会及び理事会の (EU) Nr.1215/2012規則」『欧州連合 (EU) 民事手続法』(法務資料四六四号、二〇一五) 四七頁がある。本稿中のI a 規則の訳についても、それを参考にした。

(8) 本稿で紹介するブリュッセル規則に関する判例の選択については、主として Andrej Savin, *EU Internet Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Edward Elgar, 2017), p. 73 以下を中心に、更に Hélène van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation – Uniform Rules for Contract Disputes* (T・M・C・Asser Press, 2009), p. 29 以下を参考にしている。

(9) Protocol concerning the interpretation by the Court of Justice of the convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, [1975] OJ L 204/28. 同プロトコルは、一九七一年六月二日に署名され、一九七五年九月一日より施行されていた。

(10) Van Lith, *supra* note 8, p. 30.

(11) *Ibid.*, p. 33. TECの二三四条について論じたものとして、例えば、岡村堯「ヨーロッパ裁判所と国内裁判所の関係」同『ヨーロッパ法』(三省堂、二〇〇二) 三四九頁以下がある。

(12) 一般に、マーストリヒト条約とその後の改正(アムステルダム条約、ニース条約、リスボン条約による改正)を含めてEU条約と呼ばれている。M・ヘルデーゲン／中村匡志訳『EU法』(ミネルヴァ書房、二〇一三年) 九頁脚注(9)参照。

(13) Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, [2016] OJ C 202/47.

(14) Consolidated Version of the Treaty on European Union, [2016] OJ C 202/13.

(15) Van Lith, *supra* note 8, p. 33, 岡村・前掲注(11)‘三〇二頁参照。EU司法裁判所は、Case C-125/92 *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*, [1993] ECR I-04075, para. 11において、自律的解釈のみが、条約の統一的な適用を保證することができると

述べる。

- (16) See, Dan Jerker Börje Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 2<sup>nd</sup> ed. (Kluwer Law International, 2012), p. 249. なお、I 規則では、第二条(一)にはば同趣旨の規定が置かれていた。
- (17) Raffaella Di Iorio, 'Latest Developments in the ECJ Case Law on Jurisdiction concerning Consumer Contracts', *Yearbook of Private International Law, Volume 15* (2013/2014), p. 529. なお、I a 規則の解説(13)と同内容の説明が、I 規則の解説(8)においてもなされている。
- (18) I a 規則第四条(一)と同趣旨のI 規則第二条(一)について述べたものでもなく、see, van Lith, *supra* note, 8, p. 65.
- (19) Dan Jerker Börje Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 3<sup>rd</sup> ed. (Kluwer Law International, 2016), p. 426.
- (20) I 規則では、第四条(一)に同様の規定が置かれていた。
- (21) Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law – Legal Practices in the EU, US and China* (Cambridge, 2010), p. 45.
- (22) I a 規則解説(15)。
- (23) Case C-292/10, *G v. Cornelius de Visser*, ECLI:EU:C:2012:142.
- (24) *De Visser* (n. 23), paras 39-40, 59.
- (25) Savin, *supra* note 8, pp. 77-78.
- (26) Savin, *supra* note 8, p. 78.
- (27) Van Lith, *supra* note 8, p. 74. なお、I a 規則七条(一)(a)の「契約又は契約に基づく請求」(matters relating to contracts)の解釈は、国内法から独立し、自律的になされなければならないとされる。このような理解がEU司法裁判所の判決において最初に示されたのは、同規定と同一内容の条約五条(一)に関する Case 34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH v. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, [1983] ECR 987, para. 9 である。この理解はその後、Case 9/87, *SPRL Arcado v. SA*

*Haviland*, [1988] ECR 1539, para. 10において、条約の目的と全体的なスキームを考慮すると、条約から発生する権利と義務の平等と均一性を可能な限り確保することが重要であり、国内法を参照して解釈されてはならないと判示されたことにより、明確に肯定されるべきである。See, van Lith, *supra* note 8, pp. 78-79.

(28) Wang, *supra* note 21, p. 48.

(29) Svantesson, *supra* note 19, p. 324.

(30) Case C-386/05, *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*, [2007] ECR I-03699. 野村秀敏「国際航空運送と義務履行地の裁判籍」野村秀敏＝安達栄司編著『最新EU民事訴訟法判例研究Ⅰ』（信山社、二〇一三）一六七頁以下に簡単な紹介がある。

(31) *Color Drack* (n. 30), paras. 28-36.

(32) *Color Drack* (n. 30), para. 45.

(33) EU司法裁判所は、複数国家内において複数の履行地がある場合は、これとは異なる解決があり得ることを明確に述べている。Color Drack (n. 30), para. 16. なお、旅客運送に関するCase C-204/08, *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation*, [2009] ECR I-06073, paras. 42-44においては、運送の出発地と目的地で提供されるサービスは不可分であり、そのどちらがより重要かを判断することは困難であるとして、旅客はその選択により出発地か目的地のいずれかで提訴できると判示される。Peter Rehder 事件を紹介した文献に、野村・前掲注(30)、一六六頁がある。

(34) Case C-440/97, *GIE Groupe Concorde and Others v. The Master of the vessel "Suhadivarno Panjan" and Others*, [1999] ECR I-06307. 本判決を紹介した文献として、桑原康行「ブリュッセル条約における義務履行地の決定方法」野村秀敏＝安達栄司編著『最新EU民事訴訟法判例研究Ⅰ』（信山社、二〇一三）一五一頁がある。

(35) 本判決以前にEU司法裁判所は、「その義務が履行され又は履行されるべき地」の意味を明白にすることが求められており、本件の解釈に同日に下された次の二つの判決が大きな影響を与えたとされる。一つは、Case C-14/76, *A. De Bloos SPRL v. Société en Commandite par Actions Bouyer*, [1976] ECR 1497で、同一の契約について複数の裁判所が管轄を有することに

なる可能性をできる限り回避するため、I a 規則七条(一) (条約五条(一))に言う義務は、法的手続きの基礎を形成する契約上の義務で、原告の訴えが基礎としている契約上の権利に対応する義務であると解するとした (paras. 9, 11 and 13)。これが意味するところは、契約締結地管轄 (*forum contractus*) は原告により提起される訴訟に左右されること、及び全ての契約上の義務履行地が潜在的な契約締結地管轄であることである。Van Lith, *supra* note 8, pp. 94-95. 今一つは、Case Case-12/76, *Industrie Tessili Italiana Como v. Dunlop AG*, [1976] ECR 1473<sup>36)</sup> 同条の目的のために適用される義務の履行地は、自国の抵触規則により決定される準拠法によって判断される当該契約上の義務履行地であると判示した (para. 13)。Tessili 事件判決を紹介した文献として、長田真理「ブリュッセル条約五条一号に基づく義務履行地管轄」石川明・石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』(信山社、二〇〇五) 四四頁がある。

(36) *GIE Groupe Concorde* (n. 34), paras. 13, 32.

(37) 雇用契約についてEU司法裁判所は、既に、Case C-125/92, *Mulox IBC Ltd v. Hendrick Geels*, [1993] ECR I-04075において、条約五条(一)の義務の履行地は、EU司法裁判所が条約のスキームと目的に基づいて定める統一的な基準により決定されるべきとし、雇用契約を特徴づける義務については、労務提供する労働者義務であると判示していた (paras. 16, 20)。本件の *CIE Groupe* 事件に提出された意見書において、ドイツと英国の両政府と委員会 (Commission) は、*Mulox IBC* 事件で採用されたアプローチは全ての契約類型に及ぶべきと主張し、潜在的訴訟当事者らにどの裁判所が管轄を有するかを予測し、法的確実性と平等な扱いを提供するという条約の目的にするために、契約義務の類型ごとに又は少なくとも契約類型ごとに、条約五条(一)の履行地を独自に決定しうる統一的な基準を確立すべきとした。一方、フランスとイタリアの両政府は、履行地の自律的な解釈は若干の単純な契約の場合に機能するだけで、国際取引における契約慣行の絶え間ない進化と両立しないとして、判例を変更すべきでないと主張した。*GIE Groupe Concorde* (n. 34), paras. 14-16.

(38) *GIE Groupe Concorde* (n. 34), paras. 18-19.

(39) *GIE Groupe Concorde* (n. 34), para. 30.

(40) Savin, *supra* note 8, p. 79.



- (41) この同一契約から複数義務が発生する場合における履行地決定の基準となる義務の問題については、*GIE Groupe Concorde* 事件以前の Case C-266/85, *Hassan Shenavai v. Klaus Kreischer*, [1987] ECR-00239 において、主たる義務 (principal obligation) が基準となるが判示されていた (para. 19)。<sup>48)</sup> なお、*GIE Groupe Concorde* (n. 34), para. 24<sup>49)</sup> 契約準拠法によって判断されることを暗に示している。
- (42) Zheng Sophia Tang, ‘Class Action in Cross-Border Consumer Contracts’ in: *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015), p. 287.
- (43) Case C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA v. Bodetex BVBA* [1999] ECR I-06747.
- (44) *Leathertex* (n. 43), paras. 39-42.
- (45) Van Lith, *supra* note 8, p. 97.
- (46) Opinion Advocate General R  ger in Case C-420/97 *Leathertex v. Bodetex*, [1999] ECR I-06747, paras. 62-63.
- (47) *Leathertex* (n. 43), para. 41. なお、不履行を求める義務は、どの地においても一定の行為を行うことを控える義務であり、特定の地と結び付かないとして、管轄は I a 規則四条（条約二条）のみにより決定される。Case C-256/00, *Besix SA v. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG), Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & Co. KG (Plagfog)*, [2002] ECR I-01699, paras. 49-50. *Besix* 判決を紹介した文献として、安達栄司「契約上の不作為義務違反と履行地裁判籍」野村秀敏＝安達栄司編著『最新EU民事訴訟法判例研究Ⅰ』（信山社、二〇一三）一五八頁がある。
- (48) Tang, *supra* note 42, p. 287.
- (49) *Color Drack* (n. 30), paras. 39-40. これにより国内の係属裁判所は、何が主たる引渡しかについて検討する必要が生じる。Van Lith, *supra* note 8, p. 92.
- (50) *Color Drack* (n. 30), para. 42.
- (51) Tang, *supra* note 42, p. 287.

- (52) Savin, *supra* note 8, p. 79.
- (53) Case C-533/07, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch v. Gisela Weller-Lindhorst*, [2009] ECR I-03327.
- (54) *Falco and Rabitsch* (n. 53), paras. 29-40. シェーン・イタリア及び英国の各政府からも、同様な意見書が提出されている。
- (55) *Falco and Rabitsch* (n. 53), para. 57.
- (56) Case 21/76, *Handelsrukerij G. J. Bier B.V. v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.*, [1976] ECR-01735. 本判決については、既に多くの文献で紹介がなされている。例えば、岡本善八「わが国際私法事件におけるEEC裁判管轄条約(一)」『同志社法学』二九巻五号(一九七八)一三三頁以下、木川裕一郎「ブリュッセル条約五条三号による不法行為地の国際裁判管轄」石川明Ⅱ石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』(信山社、二〇〇五)八三頁、中村・前掲注(3)、一八三巻四号二六頁がある。
- (57) *Bier BV* (n. 32), paras. 15-25.
- (58) Savin, *supra* note 8, p. 80.
- (59) Case C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd v. Presse Alliance SA*, [1995] ECR I-00415. 本判決についても、既に多くの文献において紹介がある。例えば、中西康「出版物による名誉毀損事件の国際裁判管轄に関する欧州司法裁判所一九九五年三月七日判決について」『法学論叢』一四二巻五・六号(一九九八)一八一頁、芳賀雅顯「名誉毀損の国際裁判管轄」石川明教授古希記念論文集『EU法・ヨーロッパ法の諸問題』(信山社、二〇〇二)四三三頁、同「名誉毀損の国際裁判管轄」石川明Ⅱ石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』(信山社、二〇〇五)九五頁、多田望「不法行為地管轄」『国際私法年報』一〇号(二〇〇八年)六〇頁、中村・前掲注(3)、一八三巻四号二七頁以下がある。
- (60) *Shevill* (n. 59), paras. 24, 28-29.
- (61) *Shevill* (n. 59), paras. 25, 30-31. 従って、前掲の *Leathertex v. Bodeltex* 事件判決と同様に近接の原則の立場に立つものと見るべきであろう。Tang, *supra* note 42, p.287.
- (62) *Shevill* (n. 59), para. 32.

- (63) Savin, *supra* note 8, p. 80.
- (64) In joined Cases C-509/09 and C-161/10, *eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, [2011] ECR I-10269. 本判決を紹介・検討したものととして、例えば、安達・前掲注(3)二八二頁、同「インターネット上の名誉・信用毀損事件における国際裁判管轄」ドイツ判例の紹介と検討」加藤哲夫他編『現代民事手続の法理』（上野泰男先生古希祝賀論文集）（弘文堂、二〇一七）一八頁以下、横溝・前掲注(3)、一七一頁、中村・前掲注(3)、一八四卷二号四八頁以下がある。
- (65) *eDate* (n. 64), paras. 41-43.
- (66) *eDate* (n. 64), paras. 45-47; Opinion of Advocate General Cruz Villalón, [2011] ECR I-10269, para. 56.
- (67) *eDate* (n. 64), paras. 48-50.
- (68) *eDate* (n. 64), para. 52.
- (69) Savin, *supra* note 8, p. 81-82.
- (70) Case C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Iljjan v. Svensk Handel AB*, ECLI:EU:C:2017:766. 本判決について、中村、前掲注(3)「一八四卷二号五六頁以下に紹介と分析がなされている」。
- (71) *Bolagsupplysningen* (n. 70), paras. 33-35.
- (72) *Bolagsupplysningen* (n. 70), paras. 37-38, 41.
- (73) *Bolagsupplysningen* (n. 70), para. 44.
- (74) *Bolagsupplysningen* (n. 70), para. 48.
- (75) Pedro de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet* (Edward Elgar, 2020), para. 2.79; Savin, *supra* note 8, p. 82.
- (76) Case C-170/12, *Peter Pinchney v. KDG Mediatech AG*, ECLI:EU:C:2013:635. 本判決を紹介した文献に、横溝・前掲注(3)「一七二頁、野村秀敏「インターネットによる著作権侵害と国際裁判管轄」『国際商事法務』四二巻四号（二〇一四）六二六頁がある」。

- (77) *Pinckney* (n. 76), paras. 31-37.
- (78) *Pinckney* (n. 76), paras. 40-45. 裁判所のこのような判断から、Asensio, *supra* note 75, para. 4.74 は、インターネットを介した著作権侵害において、著作権の属地性は、原告の著作権が保護される構成国においてのみ損害発生地は確定され得るとする結論へ導くためのカギとなる要素であると見る。
- (79) *Pinckney* (n. 76), para. 47.
- (80) Savin, *supra* note 8, p. 83. 本件においては、I a 規則七条(1)の適用に際し、「向けている」(directing) ことは要求されな  
いとされたが、消費者契約事件の管轄を規定する一七条(1)(c)の適用においてこの基準が議論されたものとして、併合事案の  
joined case C-585/08, *Peter Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG*, and C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH v.*  
*Oliver Heller*, [2010] ECR I-12527 を参照。
- (81) Case C-387/12, *Hi Hotel HCF SARL v. Uive Spoering*, ECLI:EU:C:2014:215.
- (82) *Hi Hotel* (n. 81), paras. 27-29.
- (83) *Hi Hotel* (n. 81), paras. 31-32.
- (84) *Hi Hotel* (n. 81), paras. 34-35, 38-39.
- (85) *Hi Hotel* (n. 81), para. 40.
- (86) Savin, *supra* note 8, p. 84.
- (87) Case C-441/13, *Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH*, ECLI:EU:C:2015:28. 本判決を紹介した文献として、横溝・  
前掲注(63)の171頁が参照。
- (88) *Pez Hejduk* (n. 87), para. 18.
- (89) *Pez Hejduk* (n. 88), paras. 24-26.
- (90) *Pez Hejduk* (n. 89), paras. 31-38.
- (91) Opinion of Advocate General Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2014:2212, para. 41.

- (92) Opinion (n. 91), paras. 39-40.
- (93) Opinion (n. 91), para. 41. なお、欧州委員会とポルトガル政府からも同様の見解が示されている。
- (94) Case C-523/10, *Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, ECLI:EU:C:2012:220. 本判決を紹介した文献として、横溝・前掲注(3)「一七一頁、今野裕之「インターネット上の商標権侵害と裁判管轄」『国際商事法務』四九巻一二号 (二〇一一) 一九二〇頁がある。
- (95) *Wintersteiger* (n. 94), paras. 19, 23-25. また、Opinion of Advocate General Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2012:90, paras. 19以下も、*Shevill* 事件や *eDate* 事件で示された被害者の利益の中心の基準は知的財産侵害に適用できないと述べる。
- (96) *Wintersteiger* (n. 94), paras. 28-29.
- (97) *Wintersteiger* (n. 94), paras. 34-38. Savin, *supra* note 8, p. 86 は、サーバの所在地がその不確実性や予見可能性の欠如により、決定的な要因として採用できないため、その特定が可能・確実である広告主の事業所所在地を基準として採用したとみる。
- (98) *Wintersteiger* (n. 94), para. 39.
- (99) Case C-173/11, *Football Dataco Ltd, Scottish Premier League Ltd, Scottish Football League, PA Sport UK Ltd v. Sportradar GmbH, Sportradar AG*, ECLI:EU:C:2012:642.
- (100) *Football Dataco* (n. 99), paras. 29-30.
- (101) *Football Dataco* (n. 99), paras. 35-38.
- (102) *Football Dataco* (n. 99), paras. 39-43.
- (103) *Football Dataco* (n. 99), paras. 44-45. なお、著作権と同様にデータベース権は属地的な権利であるため、本件においては、イギリス法に基づく損害の賠償請求についてののみイギリスの裁判所に提訴できるか否かが問題となっている。See, Mike Butler, 'Jurisdiction and Enforcement' in: Mike Butler (general ed.), *E-Commerce and Convergence: A Guide to the Law of digital Media*, 4<sup>th</sup> ed (Bloomsburg Professional ; Luton, 2011), para. 10.4.



(104) 消費者契約について、管轄をEU構成国内の裁判所に合意する場合とそれ以外の国の裁判所に合意する場合では、大きな差異が生じる可能性がある。前者の合意の場合には、I a 規則の消費者契約事件の管轄について制限を定める第一八条・一九条の適用を受けるためである。See Savin, *supra* note 8, p. 88.

(105) Case C-116/02, *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl*, [2003] ECR I-14693.

(106) 条約二二条には、同一当事者間の同一訴訟が異なる締約国の裁判所に係属する場合、後訴の係属裁判所は、職権に基づいて先訴の係属裁判所の管轄が確定されるまで手続を中止しなければならない(二項)。先訴の係属裁判所の管轄が確定されたときは、後訴の係属裁判所は訴えを却下しなければならない(二項)旨が規定されていた。

(107) *Gasser* (n. 105), paras. 51-54.

(108) Peter A. Nielsen, 'The Recast of the Brussels I Regulation' in: Michael J. Bonell, Marie-Louise Holle, Peter A. Nielsen eds., *Lieber Amicorum Ole Lando* (DJOE Publishing, Copenhagen, 2012), pp. 266-267.

(109) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 14 Dec. 2010, COM (2010) 748 final/2 is available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0748:FIN:EN:PDF>>

(110) Case C-322/14, *Jaouad El Majdoub v. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, ECLI:EU:C:2015:334.

(111) *El Majdoub* (n. 110), para. 40.

(112) *El Majdoub* (n. 110), paras. 30-33, 36.

(113) Asensio, *supra* note 75, para. 6.78.

(114) オンラインに関する紛争の国際裁判管轄が争われた日本の裁判例を紹介するものとして、例えば、中村知里「インターネット上での人格権侵害の国際裁判管轄―日本法における解釈の検討を中心に―」『国際私法年報』二二号(二〇一九)一三四頁がある。



# デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任

長谷川 貞 之

- 一 問題の所在
- 二 プラットフォームの今日的意義
  - 1 プラットフォームの意味と概念の多義性
  - 2 取引の「場」としてのデジタルプラットフォーム(PF)
  - 3 PF出現の背景にあるもの
- 三 PF取引が作り出す多面的双方向市場と契約関係
  - 1 PF取引の形態
  - 2 PF取引の関係当事者と契約関係
    - (1) 当事者間の契約関係
    - (2) PF取引に関する契約の特徴

3 PF化された取引市場の多面的契約と間接ネットワーク効果

4 PF取引とビッグデータの収集・利用

四 PF取引透明化法による法的規制と評価

1 PF取引透明化法の制定に至るまでの経緯

2 PF取引透明化法による法的規制

(1) 規制の目的

(2) 規制の内容

3 PF取引透明化法の評価

五 PF事業者の法的地位と契約上の責任

1 単なる場貸しからの脱却

2 PF事業者の法的地位

3 PF事業者の契約上の責任

(1) 多角の視点と同意理論

(2) 同意理論による契約関係の規律

(3) PF事業者の契約上の責任

4 契約理論のパラダイム転換

六 今後の課題と展望——結びに代えて

## 一 問題の所在

近年の情報技術 (Information Technology : IT) の発達は著しく、インターネット上での新たなビジネスが急速に広まってきている。その一つが、インターネット上の Web サイトに開設されたオンライン店舗での取引であり、プラットフォーム (Platform) を介したビジネス (プラットフォームビジネス) の展開である。<sup>(2)</sup> プラットフォームは、デジタル化されたモノやサービス、情報などの取引の場であり、「デジタル・プラットフォーム」 (Digital Platform: 以下、単に「PF」という) と呼ばれる。<sup>(3)</sup> 今日の巨大 IT 産業は、自らが開設した PF を通じて、各種のモノやサービス、情報などを提供する者とそれらを購入する者を結びつけ、利用者間の取引を促進する役割を担っている。彼らは、その事業形態からプラットフォーム (Platformer) と呼ばれ、日々、その存在感を高めている。<sup>(4)</sup> このうち、GAF A と呼ばれる米国企業の四社 (Google, Apple, Facebook, Amazon) や BAT と呼ばれる中国企業の一群 (Baidu, Alibaba, Tencent など) はプラットフォームとして PF 取引市場に強い影響力を及ぼしており、とくに注目を集める存在である。<sup>(5)</sup>

今日のデジタル社会では、PF の仕組みを理解していなければ事業の成功はないといわれるが、インターネットの普及により経済や社会全体の隅々に至るまで PF による社会変革が進んでいる。<sup>(7)</sup> インターネット上の PF を介して行われるプラットフォームビジネスは、産業構造を転換する契機を有している。<sup>(8)</sup> これを「プラットフォーム革命」と呼ぶ者もいる。<sup>(9)</sup>

しかし、その一方で、巨大 IT 企業はプラットフォームとして、新たな逆風に晒されている。PF を利用する通販サイトやアプリストアの運営をめぐり、PF 事業者が出店企業から徴収する手数料の一方的な引き上げ、商品表示



の順位の基準不開示、特定決済システム導入の強制、最安値での販売強制、消費者からの返品対応への強制、他のPFの利用制限、顧客情報・データのPF事業者による自社利用など、様々な問題や課題が浮上している。<sup>⑩</sup>

PFをめぐる取引紛争は、当事者の一方または双方が消費者であり、消費者紛争の性格を有するが、対面ではなくオンライン上の取引であることから、当事者の所在の地理的な広がりと共にそれに伴う渉外的紛争の増加、匿名性の増大に伴う紛争当事者の特定困難性といった特徴をもっている。<sup>⑪</sup>人は、巨大IT企業の収益優先のアルゴリズムにより、また、ターゲティング広告を通じて、誘導や操作の対象となりつつある。インターネット上のPFでは、誹謗中傷や偽情報の氾濫といった問題も生じている。<sup>⑫</sup>民主的なデジタル社会の実現には、もはや自主規制だけでなく、新たな法律による規制や制度も必要とされるところである。<sup>⑬</sup>

このような状況を踏まえて、わが国では、PFにおける取引の透明性と公正性の向上を図るため、取引条件などの情報の開示、PFの運営における公正性の確保、PFの運営状況の報告と評価、および評価結果の公表など、必要な措置を講じる必要があるとして、二〇二〇年五月二七日、全四章二五か条からなる「特定デジタル・プラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」（以下、「PF取引透明化法」という）が制定され、同年六月二日に公布された（令和二年法律第三八号。令和三年二月一日施行。以下、「PF取引透明化法」という）。<sup>⑭</sup>このほかにも、PF取引をめぐる法改正は個人情報保護法や電気通信事業法などにも及び、公正取引委員会による独占禁止法上の考え方や消費者庁による論点整理などが公表されている。<sup>⑮</sup>

このようなPFをめぐる問題について、筆者はこれまで、PF化された取引市場が間接ネットワーク効果を伴う多面性市場であることを踏まえ、PFの種類を契約法の観点から整理・分類したうえで、PFの構造的特徴を明らかに

し、P Fの契約関係を分析した<sup>(16)</sup>。また、これに関連して、現代社会で注目されているスマートコントラクトの特徴や法的性質を分析しながら、P Fで用いられるスマートコントラクトの意義を明らかにしてきた<sup>(17)</sup>。これらはP Fが提起する問題についての序論的な考察であり、P F取引透明化法が制定される以前の論稿である。

本稿は、これら前稿を踏まえながら、多角の視点からP F化された取引市場におけるP F事業者の法的地位をあらためて検討し、従来の伝統的契約理論によつては捉えることのできないP F事業者の契約上の責任を明らかにするものである。P Fを開設しこれを管理運用するP F事業者は、単なるP Fという場貸しの業者にすぎないのか。また、出品者や消費者などのP F利用者に何らかの損害が生じた場合、どのような法的責任を負うのかである。P F取引では、すべての当事者によつて取引全体を包括する契約が締結されるわけではないが、各当事者が自己の利益を実現するために相手方と個別に契約を締結し、これら複数の契約を組み合わせることによつて、直接の契約関係にない当事者間にも経済的目的が達成される点に特徴がある。これらは契約法の基礎理論との関係において探求されなければならない基本的規律に関する問題であり、多角の視点から、これらの問題がどのように扱われるべきであるかを検討することが、本稿の課題である。

まず、本稿では、これまでの研究成果から、P Fの今日的意義を明らかにし<sup>(二)</sup>、P Fが作り出す取引市場が間接ネットワークの特徴を有する多面的な双方向市場であることを確認する<sup>(三)</sup>。次に、近時、国会で制定されたP F取引透明化法の意義と内容、P F事業者の責任などを検討する<sup>(四)</sup>。P F取引透明化法は、その内容において取引条件の開示などを伴うが、直接にP F事業者の契約上の責任を追及するものではなく、公正取引員会の監視の下での公法的側面からの規制である。契約上の法律関係やそれを前提としたP F事業者の責任のあり方については、当

事者間の規律に委ねられている。後述するように、間接ネットワーク効果を伴うP F取引市場の多面性という特徴に鑑みれば、P Fの私法上の規律やP F事業者の責任については政府が大枠を示し、P F事業者が自律的に取引環境の改善に取り組んで行く形でのルールの整備が望ましいように思われる。

これに続いて、本稿は、P F取引市場が多面的な契約の性質をもつ双方向市場であることを踏まえて、P F事業者の法的地位を契約法的側面から分析し、多角の視点とこれに基づく同意理論からP F事業者の契約上の責任を明らかにする（五）。P Fが作り出す取引市場の構造や機能、P Fの取引システムに鑑みると、P F事業者は、P Fが利用者の権利・利益に与える負の影響を評価し、自らの責任範囲でないと考える事項については、その事業主体を補足し、具体的な法令遵守行動をその事業主体に求め、応じない場合にはP Fから退出させるなどの責任を負っていると考えられる。<sup>18</sup>問題は、このようなP F事業者の責任を、従来の合意中心の伝統的な契約理論から導くのが可能かどうかである。というのも、従来の伝統的契約理論は、当事者間に契約上の債権債務を発生させるには合意を要するとし、契約における個々人の意思を重視してきたからである。<sup>19</sup>

これに対し、取引の中には、P Fを介したP F事業者と利用者（出品者などの提供者・消費者などの購入者）との利用契約、および、提供者・購入者間の売買などの契約のように、すべての当事者によって取引全体を包括する契約が締結されているわけではないが、三人またはそれ以上の複数人の当事者間で、独立の当事者として契約を個別に締結し、これら複数の契約を組み合わせるることによって直接に契約関係にない当事者間を含めて一つの社会的・経済的目的を達成しようとする取引が存在する。このような取引にあつては、各当事者間の関係を個々の契約に分解し、個別契約の連鎖（いわば線）で捉えるのではなく、多角の視点に立つて、すべての当事者による取引への参集（いわば面）で捉

える考え方へと意識を転換させる必要がある。<sup>(20)</sup> これが、多角の視点といわれるものである。このような考え方は、従来の伝統的契約理論が説く意思中心の合意主義的な考え方とはその発想が大きく異なり、「契約理論のパラダイム転換」を促す契機となりうるものである。<sup>(21)</sup> 現代社会における契約は多角の視点を要する多数当事者の法律関係が一つの特徴となっており、これに基礎を置く同意理論は、PF事業者の法的地位、および契約上の責任を考える際の理論的根拠となりうるものと思われる。

最後に、本稿は、契約理論のパラダイム転換が起こりつつある取引法の世界において、PF取引をめぐる今後の課題と展開を述べている(六)。PFに関する議論は端緒にすぎたばかりであるが、本稿は、PF事業者の法的地位と契約上の責任を検討するにあたり、多角の視点から新たな理論的枠組みを提供するものである。

## 二 プラットフォームの今日的意義

### 1 プラットフォームの意味と概念の多義性

プラットフォームという言葉は、今日、コンテンツの提供者と利用者がインターネットを利用する際の共通基盤の意味で用いられることが多いが、様々な場面において各様に用いられており、明確な定義が定着しているわけではない。<sup>(22)</sup> デジタル経済のもとでは、先に指摘したように、デジタル・プラットフォーム(PF)の意味で用いられることが多い。日常用語としては、駅のホームを指す言葉(乗客が乗り降りする一段高くなった場所)として使われることが多い。ここから転じて、多様な製品の共通部分、あるいは、ソフトウェアやサービスの土台となるハード・ソフト・サ

イトを示す概念として、広くプラットフォームという言葉が産業界でも使われるようになった。<sup>(23)</sup> P F取引透明化法の制定後は、P Fの概念を同法二条一項で定義されたものと同義で用いるものが比較的多い。それによれば、P Fとは、インターネットなどを通じたモノやサービスなどの取引ないし情報交換の場を提供する役務であつて、多面性市場（異なる利用者をつなぐ）と間接ネットワーク効果（利用者の増加に伴い価値を高める）といった特徴を有するものを用いている。<sup>(24)</sup>

いずれにしても、P Fは、後述するように、法律学の観点からみれば、二つ以上の異なる利用者グループに商品役務を提供する性質（市場の多面性）と、ある利用者グループの増加が別の利用者グループの便益を増加させる効果（間接ネットワーク効果）によつて特徴づけられる。それとともに、後者はロッキン（囲い込み）の誘引となつて利用者の選択肢を限定する結果（ロッキン効果）をもたらす。<sup>(25)</sup> ここでは、P Fを最大公約数的に、インターネットを介して提供されるモノやサービス、情報などの提供ないし交換の「場」と定義しておくことにしたい。<sup>(26)</sup>

## 2 取引の「場」としてのデジタルプラットフォーム（P F）

P Fが作り出す取引市場では、デジタル化された様々な財がP Fを通じて人と結びつけられ、あらゆる接続点にリアルタイムでモノやサービス、情報などを提供することを可能とした。このようなP Fの意義としては、第一に、P Fを活用することにより市場への参入が容易になるとともに、多くの利用者が見込めること、第二に、P Fが情報や商品・サービスの提供者と利用者をつなぐ役割を果たし、提供者・利用者のマッチングを促進していることを挙げることができる。



通常、企業が情報や商品・サービスを提供するには、インターネット上の作業をするための何らかのアプリケーションを必要とし、かつ、アプリケーションから通信ネットワーク、携帯端末まで多くの投資や開発が必要となる。これに対し、PFが存在する場合には、PFとの接続性を確保しさえすれば、アプリケーションを提供するだけで市場への参入が容易に可能となる。

### 3 PFの出現の背景にあるもの

今日、PFが台頭してきた背景には、大きく二つの潮流が作用しているといわれる。一つは、一九九〇年代後半からの電子商取引市場の出現であり、もう一つは、情報ネットワーク論の新しいアプローチとして、ネットワーク効果に着目した研究が高まってきたことにある。<sup>(27)</sup> ネットワーク効果とは、モノやサービスの利用者が増えるほど、利用者にとってそのモノやサービスの価値が高まることを指していわれる用語である。<sup>(28)</sup>

法律学の観点からは、後述するように、PFが作り出す取引市場は間接ネットワーク効果を伴う多面性市場であり、そのようなPFをPF事業者が二つ以上の顧客グループ（提供者側と購入者側）を結びつけ、お互いに取引させながら運営管理しているという認識が重要である。PF事業者は、大規模なネットワークを構築して管理し、利用者間の交換価値を円滑化すること、あるいは、そのような取引を作り出すことにより価値を生み出している。これがPFにおける価値エコシステムであり、価値の連鎖といわれるものである。PF化された取引市場では、PFは利用者を様々なモノやサービス、情報と結びつけ、一つのネットワークを形成している。さらに、PF取引市場では、評価・格付けといった仕組みがPF事業者により構築されており、これにより見知らぬ当事者を結びつけている点も重要である。<sup>(29)</sup>

### 三 PF取引が作り出す多面的双方向市場と契約関係

#### 1 PF取引の形態

PFが作り出す取引は、インターネット上のPFを利用したオンライン取引である。今や、インターネット上のPFを通じて商品化できないものはないといわれるほど、ありとあらゆるモノやサービス、情報などがインターネット上のPFで取引の対象とされる。

このようなPF取引の形態を、利用主体の観点から分類すれば、PF取引は、①企業対企業（B to B）、②企業対企業対消費者（B to B to C）、③企業対消費者（B to C）、④消費者対消費者（C to C）に分類することができる。<sup>30</sup> PF取引は①から④に向かって多様化しているということができよう。④の主要な場面が、いわゆるシェアリングエコノミー（Sharing-economy）である。シェアリングエコノミーは、個人が所有する活用可能な資産やスキルなどを、インターネット上のマッチングPFを介して、他の個人も共有（貸借・売買・提供）していく新しい経済の動きである。<sup>31</sup> シェアリングエコノミーは、その多くがインターネット上の仮想のフリーマーケット（Flea Market）内で、スマートフォン用のアプリ（モバイルアプリケーション）を用いて行われることから、「フリマアプリ」と呼ばれることがある。<sup>32</sup> フリマアプリにより、④の個人間マッチング（C to C）がいつでも・どこでもリアルタイムで行うことが可能となった。近時、市場のPF化が進む過程の中で、シェアリングエコノミーも急速に普及しつつあるが、その一方で、法的規制のあり方が問われている。<sup>33</sup>

前稿でも指摘したように、シェアリングエコノミーは、二〇〇〇年代に入って急速に広まった共用型経済である。<sup>34</sup>

その源流を遡れば、古くは、ヨーロッパの村々の共用地、共同の家・雁場・牧草地にみられた。現代では、公園、図書館、コミュニティの財産などにみられる<sup>(35)</sup>。現代社会に甦ったシェアリングエコノミーはPFという取引の場をえて、さらに普及・発展し、これにPF事業者が利用者のマッチングに深く関わっている<sup>(36)</sup>。

このほか、PF取引は、PFが取り扱う内容の利用形態から、マッチング型と非マッチング型に区分される<sup>(37)</sup>。マッチング型は、インターネット上のPFでモノやサービスなどの売買や交換などの取引が行われる形態で、PFはそのためのシステムを提供をしている。マッチング型には、BtoC取引を内容とするオンライン・ショッピングモールなどのほか、CtoC取引を含むインターネットオークションやフリーマーケット、シェアリングエコノミーを目的とするPFが含まれる。BtoCでは、アマゾン、楽天、Yahoo!ショッピングなど、CtoCでは、メルカリ、ラクマ、Yahoo!オークションなどが、その代表である。これに対し、情報の提供や流通のみが行われるPFが、いわゆる非システム型である。非マッチング型は、ソーシャル・ネットワークワーキング・サービス（SNS）やインターネット上の掲示板、投稿サイト、検索サイトが典型であり、フェイスブック、インスタグラム、ニコニコ動画などが、その代表である。

## 2 PF取引の関係当事者と契約関係

### (1) 当事者間の契約関係

PF取引の関係当事者については、その取引形態に応じて、次のような契約関係を見い出すことができる<sup>(38)</sup>。PF事業者の法的地位、および契約上の責任を考えるうえでは、PF取引の関係当事者と契約関係の分析は重要である。

(ア) P F事業者と各利用者間

まず、P F取引においては、P F事業者と各利用者間（出品者などの提供者・消費者などの購入者）に利用契約が締結されることを前提として、利用者相互間に売買などの各種の契約が締結される。P F事業者が他人間の商行為の媒介を業とする場合には、商事仲立人として商法の規定が適用され（商法五四三条以下）、結約書作成・交付業務（商法五四六条）や帳簿記載義務（同五四七条）、報酬請求権（同五五〇条）などが発生するが、媒介の対象は商行為に限定されるわけではない。商行為以外の他人間の法律行為を媒介する民事仲立人については、民法に一般的な規定はなく、当事者間でどのような内容の規律に服するのかを定める必要がある。

(イ) 提供者・購入者間

提供者・購入者間の契約は、財貨の移動を目的とする基本的な給付義務を履行するものとして締結されるものであり、通常、売買や役務提供などの契約を指す。これらの取引契約の締結にあたっては、P F事業者が介在するものの、形式的にはP F事業者との利用契約とは別のものであり、P F事業者が当事者とならない二当事者間の取引契約として成立が想定されている。

(2) P F取引に関する契約の特徴

P Fを介した取引においては、P F事業者の役割次第により、購入者の取引契約の相手方はP F事業者となる可能性がある。この場合、P F事業者は契約当事者の地位を与えられ、いわば「契約の第三当事者」という地位に立つことになるが、提供者とP F事業者が購入者に対してどのような責任を負うかは、第一義的には、P F事業者と各利用者間に締結される利用契約の内容によって定まることになるといえよう。

さらに、P F事業者のP F取引における介入の度合いが強い場合には、P F事業者は契約の第三当事者ではなく、商品・サービスの提供に携わる「直接の契約当事者」という地位が与えられる可能性がある。このような場合、P F事業者は契約における第三者性を否定され、提供者は契約における従たる地位に退くことになるが、両者の関係は購入者の側からみれば提供者側の内部関係にすぎないものである。

P F取引は、形式的にはP F事業者が契約当事者とならない供給者と需要者との間の二当事者間契約とみられがちであるが、契約の形態や解釈によっては、P F事業者と購入者との間の契約として捉えられ、あるいは、再構成されることもありえよう。

### 3 P F化された取引市場の多面的契約と間接ネットワーク効果

インターネット上のP Fによって構築される取引市場は、二つ以上の異なる利用者グループにモノやサービス、情報などを提供する性質と、ある利用者グループの増加が他の利用者グループの便益を増進させる効果によって特徴づけられる。前者が市場の二面市場性ないし多面市場性であり、後者が間接ネットワーク効果といわれるものである。<sup>(39)</sup>

P F取引市場では、モノやサービス、情報などの利用者が増えるほど、利用者にとってその価値が高まるのみならず、利用者の拡大によって利用者間にネットワーク効果が働く。ネットワーク効果が存在する市場では、直線的な契約関係にない者がP Fを介して連結されている市場構造を生むことがあり、さらに顧客を集めることができる。<sup>(40)</sup>これが、間接ネットワーク効果である。P F取引市場に関するほとんどの議論は、この間接ネットワーク効果から始まるといっても過言ではない。<sup>(41)</sup>



ところで、今日の経済学では、二組の経済主体がPFを通じて相互に作用する市場を二面市場（two-sided markets）と呼んでいる。<sup>(42)</sup>しかし、法律学の立場、とりわけ契約法の観点からみると、PF取引市場における間接ネットワーク効果は、どちらの側にも単独で、あるいは、複合的に起こり得るものである。しかも、このような間接ネットワーク効果は、二方向に限定されるわけではなく、三方向以上が相互に作用することもあり得る。その意味では、PF取引市場は多面性市場（multi-sided markets）と呼んだ方が適切である。<sup>(43)</sup>そのように理解してこそ、PF取引をめぐる問題を一般化して捉えることを可能とし、問題解決のための正しい視点を提供してくれるように思われる。

このように、PF化された取引市場は、双方向で多面性を有する市場であり、間接ネットワーク効果をもっている。オンライン店舗は、一つのWebサイトやPFに複数開設され、様々なコンテンツの取扱いが可能となるなど、大規模なショッピングモールが形成されることも珍しくない。取引型PFは全体として一つの市場、非取引型PFは複数の市場といった形式的な市場確定は、関係当事者間の法律関係の解明のためにはあまり意味がないといえよう。<sup>(44)</sup>

#### 4 PF取引とビッグデータの収集・利用

PFを開設し、これを管理運営するPF事業者は、プラットフォームとして利用者の投稿や検索、各種の情報の閲覧時間までを含むあらゆる行動をデータ化し、それをもとにアルゴリズム（計算手順）などを用いて人々の行動予測を行っている。ほとんどすべての商業的Webサイトには利用者のブラウザを識別するクッキーが仕込まれており、PF事業者は利用者に関するデータを収集し、人物像を詳細に作り上げている。また、そのデータは、効率性の高いターゲティング広告や購買誘導を求める他企業に売られることもある。

P Fを通じて広く大量に収集されたデータ（いわゆるビックデータ）は、市場における競争上の地位に影響を与える<sup>(45)</sup>。換言すれば、P F取引市場において事業者の競争上の地位を決定づけるのは、データといっても過言ではない<sup>(46)</sup>。収集されるデータが多ければ多いほど、また、データの収集、整理、分類、解析、解釈に用いるアルゴリズムがうまく設計されていればいるほど、交換される情報の関連性や有用性が高まり、新しい価値が創出される<sup>(47)</sup>。

デジタル経済のもとでは、利用者のデータが集まれば集まるほどサービスを改善することができ、さらに利用者を集めることができる。そのため、勝者総取りになりやすい。しかし、そうなれば、そもそも市場原理が阻害され、競争が成り立たなくなる。最近では、巨大IT企業の台頭や格差の拡大を受けて、経済全体で寡占化の兆しがあるのではないかとの議論が起きている。P F化された取引市場には、多くの場合、一つの市場に複数のP Fがあつて、それらは競争関係にあるが、P Fが爆発的は破壊力をもつと、完全競争モデルが想定する同質的な競争とはならず、特定のP F事業者が何らかの市場支配力をもちやすい。最近の事案には、P F事業者同士の経営統合で、公正取引委員会の審査対象となった案件がある<sup>(48)</sup>。

また、P Fを介して収集されるデータの集積は個人情報侵害を生じやすく、プライバシーの保護と競争法との関係について新たな問題を生み出している<sup>(49)</sup>。利用者は自分に関するどのような情報を誰がもっているかを知らず、誰がどのように使うかも知らされていない。P F事業者が個人データの不当な収集など、反競争的効果の直接的証拠がある場合には、プライバシー侵害などの問題だけでなく、独禁法上の規制の対象ともなりうる<sup>(50)</sup>。P Fを利用せざるをえない個人のデータがどのように収集され利用されているのか、巨大IT企業のP Fに関する透明性と公正性、および説明責任が求められる局面となっている<sup>(51)</sup>。

#### 四 PF取引透明化法による法的規制と評価

##### 1 PF取引透明化法に至るまでの経緯

前述したように、二〇二〇年五月、PF取引における取引の透明性と公正性を図るため、PF取引透明化法が制定された。PF規制の主な項目は、取引条件などの開示を義務づけ、取引実態を定期的に報告させるとともに、悪質な場合には独禁法違反に問いうる点にある。以下、PF取引透明化法の制定に至るまでの経緯を整理し、PF取引透明化法の意義とその内容を概観しておこう。<sup>53</sup>

まず、わが国では、二〇一五年一〇月、「高度通信情報ネットワーク社会推進本部」（IT総合戦略本部）の下に組織された新戦略推進専門調査会の規制制度改革分科会において、急速な少子高齢化の進捗などのわが国が直面する課題解決に資する情報通信技術の利活用のための制度整備を検討するため、「情報通信技術（IT）の利活用に関する制度整備検討会」が開催されることが決定された。本検討会は、その後、七回の会合を経て、同年一二月に、「情報通信技術（IT）の利活用の利活用に関する制度整備検討会 中間整理／制度整備の基本的な方向性」を公表した。<sup>54</sup>この中で、制度整備検討会は、シェアリングエコノミーなどのPFが「インターネット上のサービス仲介機能」を果たしていることを指摘し、IT利活用を行う新たなサービスの適正な事業運営の確保など、PFの仲介機能に関するルール整備に向けた基本的な考え方を提案した。

その後、デジタル経済がさらに広まる環境の中で、間接ネットワーク効果をもつPF取引市場においては、市場の寡占化が進みやすいとされ、PFを提供する巨大IT企業に取引上依存せざるをえない事業者から様々な取引上の課

題が指摘されるようになった。<sup>(55)</sup> このため、経済産業省・公正取引員会・総務省は、二〇一八年、「デジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する検討会」を共同で立ち上げ、デジタル市場の取引環境整備のあり方について、有識者を交えた調査・検討を進めた。<sup>(56)</sup> そして、有識者検討会での検討結果を踏まえて、二〇一八年十二月、それを中間的論点整理としてまとめたうえ、PF事業者に関する公平性確保のための「プラットフォーム型ビジネスの台頭に対応したルール整備の基本原則について」を策定した。<sup>(57)</sup> この基本原則の中で、個人情報などのデータと引き換えにサービスを受ける消費者に対して不公正な扱いがあった場合に、独占禁止法上の「優越的地位の濫用」を適用することなどが掲げられた。

一方、経済産業省では、二〇一八年四月、「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」を定めた。<sup>(58)</sup> この中で、プラットフォームがインターネットショッピングモール運営者として参加利用者に対して責任を負う場合が検討された。ここで示された考え方は、ユーザー間取引（インターネット・オークション、フリマサービスなど）についても同様にあてはまるとされた。

そして、二〇一九年二月、日本経済再生本部に設置された未来投資会議は、未来への投資の拡大に向けた成長戦略と構造改革の加速化を図るため、GFAなどの巨大IT企業に代表されるプラットフォームを「デジタル・プラットフォーム企業」と定義したうえで、個人の行動情報の独占や市場での優越的な地位の乱用を防止するための枠組みを策定するため、省庁の垣根を越えた専門組織を編成することを決議した。<sup>(59)</sup> この決議において、取引慣行の透明性や公正性の確保に向けた法制またはガイドラインの整備を図ること、デジタル市場の競争政策の調整などについて新しい体制の整備を進めることなどが確認された。

また、公正取引委員会は、とくに問題点の指摘が多いオンラインモールおよびアプリストアにおける取引に係る独占禁止法・競争政策上問題となる恐れのある取引慣行などの有無を明らかにするため、通信販売サイトやスマートフォン用アプリストアを経営するプラットフォームと呼ばれる事業者と出店企業の九三社から聞き取り調査を実施した。その結果が、二〇一九年一〇月三二日、公正取引委員会より実態調査報告書として公表された。<sup>60</sup> 同報告書では、独禁法などの法令違反となる行為が典型的に整理されるとともに、これにより、今日、通販サイトやアプリストアの運営をめぐるのは、出店企業から徴収する手数料の一方的な引き上げ、商品表示の順位の基準不開示、特定決済システム導入の強制、最安値での販売強制、消費者からの返品対応への強制、他のプラットフォームの利用制限、顧客情報・データの運営事業者による自社利用など、様々な問題が浮き彫りにされることになった。

前述の有識者検討会においても、取引環境の透明性や公正性の確保に向けた具体的な制度設計の選択肢について検討が進められ、二〇一九年五月、「プラットフォーム型ビジネスの台頭に対応したルール整備に関するオプション」が公表された。<sup>61</sup>

このような状況のもとで、二〇一九年九月、内閣に、デジタル市場の評価や競争政策の規格・立案などを行うデジタル市場競争本部とその下部機関で調査審議などを実施するデジタル市場競争会議が設置された。競争会議および同会議の下に設置されたワーキング・グループは、前述の基本原則、公取委実態調査、オプションなどを踏まえて検討を進め、二〇一九年十二月から翌二〇二〇年一月にかけて「デジタル・プラットフォーム取引透明化法（仮称）の方向性」に対するパブリックコメントの手続が行われ、これを踏まえて「デジタル・プラットフォーム取引透明化法（仮称）」の概要が決定された。<sup>62</sup> この概要に基づき、内閣を中心に法律案の立法作業が進められ、二〇二〇年二月、



閣議決定を経て、特定PF取引透明化法に関する法律案が第二〇一回通常国会に提出された。同法律案は、衆議院および参議院の審議を経て、同年五月二七日、特定PF取引透明化法として可決・成立し、同年六月三日に公布された（令和二年法律三八号。令和三年二月一日施行）。なお、本法の実施に係る政令・省令および指針については、上記の競争会議およびそのワーキンググループにおける議論を経て制定が進められ、本法の施行日と同日に施行されている。

## 2 PF取引透明化法による法的規制

### (1) 規制の目的

PF取引透明化法は、PF提供者（PF取引透明化法ではPF事業者を「PF提供者」といい、規制の対象となるPF提供者を「特定PF提供者」という）について、特定PF提供者を指定し、特定PF提供者による取引条件等の情報開示を義務づけ、特定PFの透明性および公正性についての評価その他の措置を講ずることにより、特定PFの透明性および公正性の向上を図り、もって特定PFに関する公正かつ自由な競争の促進を通じて、国民生活の向上および国民経済の健全な発展に寄与することを目的としている（PF取引透明化法一条）。理念として、同法は、PF提供者が透明性および公正性の向上のための取組みを自主的かつ積極的に行うことを基本とし、国の関与や規制は必要最小限のものであるとしている（同一七条）。

### (2) 規制の内容

(ア) まず、PF取引透明化法によると、PFは「多数の者が利用することを予定して電子計算機を用いた情報処理により構築した場」であって、多数の者にインターネットその他の高度情報通信ネットワークを通じて、商品、役務ま

たは権利に係る情報を表示することを常態とするものであると定義される（PF取引透明化法二条一項柱書）。この定義のもとで、PFを単独でまたは共同して提供する事業者を「PF提供者」といい（同法二条五項）、このうち、国民生活や経済への影響が大きく、売上高などが一定規模ある企業を政令で「特定PF提供者」と指定し（同法四条）、同法の定める開示規制などを適用するとしている（同法五条）。ここで想定されているのは、モール型ネット通販やアプリストア運営会社である。政令によれば、規制対象となる特定PF提供者は、モールは年間売上総額が三〇〇億円以上、アプリストアは同二〇〇億円以上である。

(イ) 次に、PF取引透明化法の規制は、大別して、開示規制、措置規制、および監督規制の三つが設けられている。開示規制として、特定PF提供者は商品等提供利用者に対し、取引の拒絶（出品停止、アプリ削除など）をする場合の判断基準や検索順位を決定する基本的な要素などの情報を開示しなければならない（PF取引透明化法五条二項、三項）。取引を全部拒絶する場合や取引条件を変更する場合には、事前告知が必要である（同法五条四項）。

本来、PF提供者には取引の自由があるから、誰と取引するのか、何をどう取引するのかは自由である（改正民法五二一条・五二三条参照）。不適正な販売を行う商品等提供利用者に対しては、そのアカウントを停止するなど、取引停止が積極的に求められる場合もある。また、特定PF提供者が自社や関連会社で提供する商品などがある場合には、その商品と競合する別の商品の販売停止を求めたり、エスクローサービス（商品が問題なく届いたことを確認したうえで支払を完了させるサービス）を提供する必要性から、自社の指定する決済サービスの利用を求めることもありうる。しかし、公正な取引であるためには、PF提供者がこうした措置や手段を用いる際には合理的な理由や判断基準を示す必要がある。顔が見えないPF取引では信用が第一であり、商品等提供利用者に対する評価や格付けは、モノやサー

ビスなどの販売動向に大きな影響を与える。従って、評価や格付けの算定方法や実際の算出については、P F提供者が自由に定めうるとしても、それが透明性をもった公正なものであるためには、その判断基準や理由などの開示が求められる。

(ウ) P F取引透明化法は、取引先事業者のビジネス上の予見可能性の向上や特定P F提供者の恣意的な判断を防止するため、特定P F提供者に取引条件を開示すること、契約内容を変更する際には事前にその内容と理由を通知すること、契約を解除する場合にはその判断基準を明示することなどの情報開示を義務づけている。これに従わない場合、経済産業大臣は開示義務を履行するように勧告し、さらには措置命令を出すことができる（P F取引透明化法六条一項、四項）。また、経済産業大臣は、勧告の内容が情報の電磁的流通に関わるものであるときは、あらかじめ総務大臣と協議しなければならない（同法六条二項、五項）。これらの勧告や命令を行った場合には、その旨を公表しなければならない（同法六条三項、六項）。これらは、P F提供者の自主性および自律性に配慮しつつ、商品等提供利用者や他の利用者の利益の保護を図るものといえる。

このほか、P F取引透明化法には、特定P F提供者が商品等提供利用者との相互理解のための必要な措置を講ずべきことが定められており（P F取引透明化法七条一項）、経済産業大臣はそのためとなる指針を策定するものときられている（同法七条二項）。また、特定P F提供者は、毎年度、事業の概要、苦情処理・紛争解決、情報開示の状況、商品等提供利用者との相互理解のための措置などについて、経済産業大臣に報告を行わなければならない（同法九条一項）。経済産業大臣は、報告書をもとにP Fの運営状況の評価を行い、報告書の概要とともに評価の結果を公表しなければならない（同法九条二項）。P Fの利用者は、取引条件などの開示が行われていないとか、相互理解のために

講ずべき措置が行われていないと認めるときは、適正な措置をとるように経済産業大臣に求めることができる仕組みとなっている（PF取引透明化法一〇条）。

(エ) さらに、経済産業大臣は、以下の場合には、特定PF提供者から報告を求め、事業場に立ち入り、帳簿その他の物件を検査させることができる（PF取引透明化法一二条一項、二項）。①特定PF提供者の指定（同法四条一項）、および指定取消し（同法二条）に必要な場合、②特定PF提供者が開示すべき事項を開示していないため、勧告などを行う場合（同法六条二項、四項）、③相互理解のため必要な措置を講ずべき旨の勧告を行う場合（同法八条一項）、および、④特定PF提供者が第一〇条による申し出を行った利用者に対して不利益な取り扱いを行った場合に、その不利益取り扱いをやめるべきことを勧告する場合（同法一〇条三項）である。

また、経済産業大臣は、特定PF提供者の透明性および公正性を阻害する行為があり、それが独占禁止法に違反すると認めるときは、公正取引委員会に適切な措置を求めることができる（PF取引透明化法一二条）。

上記の命令に違反した場合、一〇〇万円以下の罰金（PF取引透明化法二三条）、報告書の未提出や虚偽報告の場合には、五〇万円以下の罰金（同法二四条）に処せられる。

(オ) PF取引透明化法は、いわば公法的規制の領域に属する法律である。その規律の内容には、取引条件の開示など、私法的側面も含まれるが、その本質は公正取引委員会などの監視による公法的規制にある。契約法上の規律については、PF事業者と利用者（出品者などの提供者側、消費者などの購入者側など）との間の契約、および利用者相互間の契約に委ねられている。

### 3 PF取引透明化法の評価

PF取引透明化法において特筆すべきは、同法がPFを定義するにあたって、PFは間接ネットワーク効果を伴う双方向市場であることを書き込んだ点である（PF取引透明化法二条一項一号・二号）。このような効果を伴う双方向市場では、PFでの取引が繰り返されることで、販路としてのPFへの依存度が増し、容易に他のチャネルにスイッチできなくなる効果が生じる（いわゆるロックイン効果）。このため、PF提供者から不当な申し出があつても、商品等提供利用者はこれを拒絶できないという状況が発生しやすい。PFを定義するにあたりこのような内容がPF取引透明化法に書き込まれたことは、なぜ特定PF提供者に対する規制が必要なのかという根拠の正当性を示すことになり、その意味するところはきわめて大きいといえることができる。

ただ、PF事業者には大きな市場支配力があるといっても、それはPFに参加する提供者と購入者に価値をもたらすことで、間接的に支配しているにすぎない。PF事業者は、PFを介して大規模なネットワークを構築して管理し、利用者間の交換価値を円滑化すること、あるいは、そのような取引を作り出すことにより価値を生み出している。これがPFにおける価値エコシステムであり、価値の連鎖である。

このようなPFのもつ価値の創造機能に鑑みると、PFを管理運営する事業者に対しては、PF取引適正化法が示すように、政府当局が運用実態に関する説明を求め、PFが利用者の権利や利益、さらにはデジタル経済に与える影響を評価し、監視役である公正取引委員会を通じてPF取引市場の透明性および公正性を図りうるルールの策定は有用といえよう。

PF取引透明化法は、PF提供者（同法ではPFを単独または共同して提供する事業者を「PF提供者」と称している。同



法二条五項）の自主性および自律性に配慮しつつ、モノやサービス、情報などの提供者（同法では「商品等利用提供者」という。同法二条三項）や他の利用者の利益の保護を図ることを目的としている。PF規制の主な項目は、取引条件などの開示を特定PF提供者に義務づけ、取引実態を定期的に報告させるとともに、悪質ならば優越的地位の濫用などの独禁法違反にも問いうるものである（同法四条以下）。

しかし、独占禁止法による取引の適正化は、通常、不公正な行為が行われた後の事後規制となること、適用要件である公正競争阻害性があることなど、不公正な取引方法として認定するための壁がある。<sup>63</sup> PFが支配する多面的市場では従来の伝統的な市場分析力をうまく適用できない可能性が存在することを課題として指摘する論者もいる。<sup>64</sup> 従って、PF取引透明化法が制定されたからといって、これで十分とはいえない。

確かに、PF化された市場には、多くの場合、一つの市場に複数のPFがあつて、それらは競争関係にあるが、PFに提供されるモノやサービス、情報などの内容はPFごとに異なり、また、PFの利用者も異なることから、PF間の競争は完全ではなく、特定のPF事業者が何らかの市場支配力をもちやすい。<sup>65</sup> そのため、PFを活用する革新的な企業がもたらす生産性の向上は、経済の不均衡を増幅させることから、政府や規制当局の介入を誘う可能性がある。しかし、この問題を適切に対処するには、PFが作り出す取引市場の多面的性質性と間接ネットワーク効果を踏まえながら、PF事業者とその利用者（提供者側・購入者側）の契約関係を見直し、PF事業者の法的地位と私法上の責任を問い直すことが必要である。重要なことは、PFが生み出している社会的・経済的進歩の果実を消費者が得られるように配慮しながら、規制の方法および内容を検討することにあるといえよう。

## 五 PF事業者の法的地位と契約上の責任

### 1 単なる場貸しからの脱却

これまでの検討から明らかなように、PFが作り出す取引市場は多面的場であり、利用者間に間接ネットワーク効果<sup>66</sup>が形成されるという特徴をもっている。

PF事業者は、二つ以上の利用者グループ（出品者などの提供者側と消費者などの購入者側）を結びつけ、PFの利用者間、および異なるPF相互間の取引を仲介しながら、PFを運営管理している。インターネット上のPFでは、評価・格付けといった仕組みがPF事業者により構築され、これを信頼する見知らぬ利用者同士を結びつける重要な役割を果たしている。

このようなPFを管理運用しているPF事業者は、PFを介した取引の重要な環境基盤を提供する仲介事業者であり、もはや単なる場貸しの業者ということ<sup>66</sup>はできない。実際、PF事業者は、PFを通じて収集された情報をもとに、利用者の投稿や検索、各種の情報の閲覧時間までを含むあらゆる行動をデータ化し、それをもとにアルゴリズムなどを用いて人々の行動予測を行っている。ほとんどすべての商業的Webサイトには利用者のブラウザを識別するクッキーが仕込まれており、利用者に関するデータを収集し、人物像を詳細に作り上げている。PFを通じて収集された様々な情報（ビックデータ）は、PF事業者によってターゲティング広告に用いられたり、他に売却されるなどして、PF事業者にとって富を生む源泉となっている。PFを通じて大規模なサービスを提供するPF事業者が集権的に情報を握ると、個々の利用者はこれに依存せざるをえず、PF事業者の勝者総取りになりやすい。それゆえ、

P F化した市場での取引は寡占を生じさせやすいともいわれる。

## 2 P F事業者の法的地位

このような実際の取り扱いをみると、インターネット上のP Fを介した契約は、形式的には、提供者と購入者との間の二当事者間契約とみられがちであるが、実質的には、P Fという取引の場を中心に展開されるP F事業者を含む提供者・購入者間の三面契約から成り立っている。P F事業者は、モノやサービスなどを出品する提供者との間では、仲介手数料の支払いを受けるなど、有料の委託契約を締結している。他方、P F事業者は、購入者との関係では、通常、購入者から金銭による対価の支払いを受けることはない。購入者が利用規約に同意したうえで、購入者から個人情報提供を受けるとともに、購入者を誘引するためのサービス（価格比較サービスなど）を無償で提供するという戦略が取られることが多い。P F事業者は、事業の生態系（エコシステム）<sup>67</sup>を機能させるために、P Fの利用者から多様なデータを収集し、これを利用する関係にあるといえる。

P F事業者は上記のような地位ないし立場にあるため、中には、インターネット通販やアプリ販売ストアなどの大規模サイトを開設し、プラットフォームとして圧倒的な市場支配力を背景に、自ら出品者となって自社製品を売りつけたり、出品者などの中小企業に対して不当に不利な契約の締結を強要したりするなどの懸念がもたれている。実際、P Fは、購入者の評価や格付けを通じて、ネットワークの効果が囲い込みの誘引となり、利用者の選択肢を制限する結果にもなっている。

P F取引市場では、P Fがなければ個人情報収集・利用も行われないのであるから、P F事業者はもはや単なる

仲介業者ではなく、モノやサービス、情報の提供に携わる契約当事者という地位にあると考えられる。このような法的地位を有するPF事業者は、ある場合には契約の第三当事者として、また、PF事業者のPF取引における介入の程度や度合いが強い場合には契約当事者として、PFの利用者間および異なるPF相互間の公平な競争関係をもたらすようなPFの環境基盤を整備し、これを提供する責務があるといえよう。

プラットフォームの一つであるAmazonを例にとると、Amazon（PF事業者）を仲介して行われる出店者（Amazonマーケットプレイス）⇕消費者との二当事者間契約が、ある場合には、② Amazon（PF事業者）＋出店者（Amazonマーケットプレイス）⇕取引の相手方⇕消費者との間の契約関係に転化することもある。また、ある場合には、Amazon（PF事業者）が格付けや評価を巧みに用いながら出店者（Amazonマーケットプレイス）とともに、あるいは、出品者を排除して、③出店者（Amazonマーケットプレイス）⇕Amazon（PF事業者）⇕消費者の契約関係に収斂することもありうる。

### 3 PF事業者の契約上の責任

#### (1) 多角の視点と同意理論

上記のようなPF取引の状況に鑑み、政府や規制当局においては、公正な競争を維持する必要性から、PFの利用者間および異なるPF相互間の公平な競争関係をもたらすようなPFの環境基盤を整備し、これを提供することが求められる。<sup>68)</sup> 前述のPF取引透明化法は、こうした環境基盤を整備するものであり、特定PF提供者の報告と経済産業大臣の評価を組み合わせ、契約条件などの開示義務などに連動させている（同法九条）。興味深い規制手法であるが、

前述したように、これは公法的見地から行われる経済法的な規制である。

他方、私法的な見地からは、PF事業者は単なる場貸しの業者ではなく、PFを管理運用しながら、出品者や消費者などの利用者が参加するPF取引市場を適正かつ透明に維持する責務を負う地位にある契約当事者といえる。このような地位を有するPF事業者は、利用者の権利・利益に与える負の影響を評価し、自らの責任範囲でないと考える事項については、その事業主体を補足し、具体的な法令遵守行動をその事業主体に求め、応じない場合にはPFから退出させる責任を負っていると考えられる。<sup>69</sup>

従来の伝統的契約理論は、当事者間に契約上の債権債務が発生し、法的拘束力が生じるためには、申込と承諾という相対立する意思表示の合致（合意）を要するとし、契約における個々人の意思を重視してきた。<sup>70</sup>しかし、PF化された市場での取引のように、取引の中には、すべての当事者によって取引全体を包括する契約が締結されてはいないが、三人またはそれ以上の複数人の当事者間で、各当事者の固有の利益を実現するために、独立の当事者として契約を個別に締結し、これら複数の契約を組み合わせることによって、意思表示の合致がない当事者間を含めて一つの社会的・経済的目的を達成しようとする取引が存在することがある。PF取引市場における提供者・購入者間の契約は、PF事業者との利用契約を前提にPFを介して構築される多面的契約である。このような取引にあつては、契約の法律関係を伝統的な契約理論に基づく当事者間の合意に従っていたのでは、実態に即した適切な処理を導くことはできない。先に指摘したように、各当事者間の関係を個々の契約に分解し、個別契約の連鎖（いわば線）で捉えるのではなく、多角の視点に立つて、すべての当事者による取引への参集（いわば面）で捉えるという発想が必要である。<sup>71</sup>

PF取引をめぐる紛争の多くは、購入者から提供者に対し、契約の解除や返金、損害賠償といった請求がなされる



が、購入者が提供者の債務不履行に基づく損害について責任を追及するとき、B to Cの取引であれば、P F事業者のP F取引における介入の程度や度合いにもよるが、提供者の背後にいるP F事業者と購入者との間にB to C紛争という形で紛争が顕在化することが少なくない。このような場合、P Fを開設し、これを管理運用するP F事業者は、P F取引の中心的役割を担っている契約当事者として、P Fの維持管理に伴って生じる社会的な害悪を排除し、あるいは、抑制する責任を負うべき地位にあるというべきではなからうか。

## (2) 同意理論による契約関係の規律

契約上の観点からみると、前述したように、P F事業者は、P Fの開設により利用規則を定め、これに合意する出品者や消費者にP Fを介した取引の参加を許諾している。これは、従前の伝統的な契約理論による合意ではなく、合意事項に対する全員の同意を意味するものであり、これによりP Fの取引参加者の全員およびP F事業者との間には契約上の債権債務が生じると考えられる。このような契約上の責任は、これまでも指摘されていたところであるが、その根拠は漠然としていた。取引実態を踏まえた問題解決の法理を探求するにあたり、多角の視点に基づく同意理論は有用な理論的根拠を提供するものといえる。

同意理論によれば、P Fをめぐる取引関係は、契約を相対する当事者の意思表示の合致（合意）として当事者を対立構造で捉えるのではなく、あらかじめ定立された合意事項に対して当事者が同意することにより形成され、これを規律するものとして、すべての当事者間には合意事項に沿った契約上の効力が生じると捉えられる。合意事項の確定にあたっては、当事者の意思にのみ依拠するのではなく、同意に対する客観的評価の対象として、契約の趣旨や目的、契約の性質、正義・衡平なども、その中で考慮される。個々の当事者がもつ合意の意思は同意の中に内在的に取り込

まれ、合意事項に対する客観的評価を通じて修正することも可能である。その結果、個別契約とは別に、多数当事者による新たな契約関係を観念することによって、そこから個別契約とは別の効果を導くことができる。

また、取引の拡大により、後から当該取引に参加する者がいる場合、同意理論によれば、合意事項に対する参加者の同意によりすべての当事者間に契約の効力が生じ、契約は多数当事者間における契約として、当該取引を維持するために必要な契約上の効果が規範的に創出される。<sup>(73)</sup>従って、あらかじめ定立された合意事項や契約の趣旨・目的などに合致する限り、契約当事者が誰であるかを最初から固定する必要はないということがいえる。

### (3) PF事業者の契約上の責任

多角の視点、およびこれに基づく同意理論によれば、PF事業者は、PFを開設し管理運用する者として、PFから生じる社会的な害悪を排除し、あるいは、抑制する責任を負うべき地位にあることから、次のような効果を導き出すことができる。

まず、PF事業者は、PFが利用者の権利・利益に与える負の影響を評価し、自らの責任範囲でないと考える事項については、その事業主体を補足し、具体的な法令遵守行動をその事業主体に求め、応じない場合にはPFの取引市場から退出させたり、利用者に対するアカウントの利用停止を命ずるなどの責任を負っている<sup>(74)</sup>ことができる。また、これに関連して、PF事業者は利用者本人の情報を取得する場合、あるいは、すでに保有する個人情報<sup>(75)</sup>を第三者に提供する場合には、利用者本人の同意が必要である<sup>(75)</sup>と考える。このような規制手法は、当事者の意思に基づく法律行為ベースの規律から組織ないしガバナンスベースへの規律の転換を意味している。<sup>(76)</sup>これを突き詰めて行くと、個人の意思が背後に追いやられ、法による行動制御がプログラムコードやその手順を定めたアルゴリズムなどのPFの

設計（アーキテクチャ）に置き換わる可能性もありえよう。<sup>(77)</sup>

次に、P Fから生ずる利用者の損害については、P F事業者は多面的契約関係にある当事者として、損害賠償責任を負うものと考えられる。P F事業者が負う契約上の責任を同意理論により求める場合、民法が定める連帯責任（改正民法四三六条以下）の考え方に従って紛争の解決を導くことは比較的容易である。P F取引に伴って利用者が被る損害につき、P F取引にP F事業者が関与する程度、および、そのような取引からP F事業者が収受する利益の割合に応じて、P F事業者は契約上のデジタル連帯責任を負担する立場にあることが考えられる。<sup>(78)</sup>

P F事業者に一定の役割・義務・責任を担わせることは、利用者の保護や消費者の安全確保などを図るうえで効果的であるとともに、取引の安全や公正性を確保することにより取引相手や消費者からの信頼を集め、引いては自らの健全な発展を促すことにもなる。<sup>(79)</sup>

#### 4 契約理論のパラダイム転換

インターネット上のP Fを介して行われる市場での取引は、間接ネットワーク効果を伴う多面的な性質をもっており、多角の視点が求められる。P F取引市場において、P F事業者の創意工夫を活かした発展を尊重することの重要性については、誰にも異論はない。しかし、その一方で、従来にはなかった方法による利用者への働きかけや個人情報へのアクセスが可能となり、P F取引をめぐる紛争も増大してきている。<sup>(80)</sup> 多角の視点およびこれに基づく同意理論は、P F事業者に対する契約上の責任について理論的根拠を与えるとともに、その内容についても従来の伝統的契約理論とは異なるものを規律の対象としている。その際、P F事業者にはP F取引市場において寡占的支配が生じやす

いという理由で一律に規制するのではなく、P Fが生み出している価値の連鎖に配慮しながら、具体的な懸念事項については個別に検討を加えて行く視点をもつことが必要である。P Fが作り出す取引世界の契約関係を実態に即しながら、適正かつ透明性のあるものにするためには、多角の視点は有用であり、これに基づく同意理論はそのための理論的根拠を提供するものといえることができる。

P Fビジネスは、モノのインターネット（モノ）とともに、経済のデジタル化を促進し、インターネット上で様々な財を人と結び付け、あらゆる接続点に絶えず刻々とリアルタイムでモノやサービス、情報などを提供することを可能とした。また、これと同時に、多くの契約や取引がコンピュータやアルゴリズムなどを介して、プログラムコードに置き換えられ、エンコードされたプログラムとしての契約、すなわち、スマートコントラクトも広く用いられている<sup>81</sup>。スマートコントラクトを実装したP Fはデジタル経済の中で重要な役割を果たしており、契約法の世界でも、インターネット上のP Fを介して「契約理論のパラダイム転換」が起こりつつあるといっても過言ではない<sup>82</sup>。P F事業者は、このような契約に深く関わっている。

このような世界では、アルゴリズムや人工知能（AI）によって契約当事者が予期した内容でないものが契約として実行されたり、あるいは、契約当事者の一方または双方が損害を被ったような場合、誰がどのような責任を負うのかという点も重要な問題である。この点については、本稿が扱うテーマを超えるものであるので、問題点の指摘にとどめることにして別に論ずることにしたい<sup>83</sup>。

## 六 今後の課題と展望——結びに代えて

本稿は、インターネット上のP Fを介して行われる市場での取引につき、P F事業者の法的地位を明らかにしながら、P F事業者がどのような規律に服し、いかなる内容の責任を負うことになるのか検討したものである。

本稿の検討によると、P F取引透明化法の制定により、政府や規制当局は、P F事業者に対して取引条件などの開示や運用実態に関する説明を求め、P F事業者が利用者の権利や利益、さらにはデジタル経済に与える影響を評価し、P F取引の透明性や公正性を図るものとされている。しかし、これは公法的な規制であり、私法上の取引関係を規律するものとしては十分ではない。

P F事業者は、ネットワーク内の利用者を増やし、これらを結びつけることにより成長する。従来の直線的なビジネスのように生産手段を所有することによってではなく、利用者を結びつける手段によって市場支配力を構築するのである。このような間接ネットワーク効果を伴うP F取引市場では、政府が大枠を示し、P F事業者が自律的に取引環境の改善に取り組んで行く形でのルールの整備が望ましいといえよう。

P F取引に関する私法的な規律としては、P F取引市場がP F事業者を中心に間接ネットワーク効果を伴う多面的な性質を有していることから、P F事業者には、利用者間および異なるP F相互間の公平な競争関係をもたらすような環境基盤を整備し、これを提供する責務があり、P Fから生じる社会的な害悪があれば、P F事業者はこれを排除し、あるいは、抑制する義務を負っているということができる。このような契約上の責任は、多角の視点、およびこれに基礎をおく同意理論から十分説明することが可能である。



P Fを介して締結される提供者・購入者間の契約は、単純な二当事者間の契約ではなく、P Fを管理運用するP F事業者を含む多面的契約の性質をもっている。このような契約の特質に鑑みると、当事者間の権利義務は、多角の視点に立つて、当事者による取引への参集を面で捉えることが必要である。P Fを介して面で向かい合っている多面性市場にあつては、あらかじめ定立された合意事項に基づき、その市場のもとで取引に関与する当事者の結びつきや間接ネットワークの効果の強弱などを考慮しながら、関係当事者間にどのような権利義務が生じるのかを考慮することが必要である。<sup>84)</sup>

具体的には、繰り返しになるが、P F事業者はP Fが利用者の権利・利益に与える負の影響を評価し、自らの責任範囲でないと考える事項については、その事業主体を補足し、具体的な法令遵守行動をその事業主体に求め、応じない場合にはP Fの取引市場から退出させたり、利用者に対するアカウントの利用停止を命ずるなどの契約上の責任を負っているというべきである。

また、P Fをめぐる取引紛争において利用者に何らかの損害が生じた場合、P Fを開設しこれを管理運用するP F事業者は、P Fに関与する程度と割合、およびP F事業者が享受する利益に応じて、加害者と並んで賠償責任を負担する関係（いわゆるデジタル連帯）にあるといえる。

P F事業者に一定の役割・義務・責任を担わせることは、利用者の保護や消費者の安全確保などを図るうえで効果的であるとともに、取引の安全や公正性を確保することにより取引相手や消費者からの信頼を集め、引いては自らのP Fの健全な発展を促すことにも繋がる。重要なことは、P Fが生み出している社会的・経済的な進歩の果実を利用者がえられるように配慮しながら、私法上の規律の方法や内容を、契約類型ごとに、かつ、対象となる目的物に即し

ながら、具体的に検討することが求められるといえよう。

先にも述べたように、PFに関する議論は、端緒にいたばかりである。PF取引は、デジタル化された市場を舞台に、国境を越えて行うことが容易である。とくに、近年、多くの国でPFを通じたビジネスの展開が顕著となっている。この問題の検討にあたっては、一国だけの問題に留まらず、比較法的な視点からの検討が必要とされるのである<sup>85)</sup>、諸外国の動向も見逃すことはできない<sup>86)</sup>。この点を、最後に付言しておきたい。

(1) 小田切宏之『イノベーション時代の競争政策』(有斐閣、二〇一六年)一九六頁以下、一九八頁。日本における情報化の進展と政策、ネットワーク化について、西谷敏「日本における情報化社会と法」松本博之ほか編『インターネット・情報化社会と法』(信山社、二〇〇二年)二九頁以下。

(2) 松原義明「デジタルプラットフォームをどのように受け入れるべきか」現代消費者法四六号(二〇二〇年)四頁以下。

(3) 武田邦宣「デジタル・プラットフォームの市場支配力分析—SNS事業者とコミュニケーション事業者の統合事例—」公正取引七七九号(二〇一五年)一一九頁、ロール・クレア・レイエ、ブノワ・レイエ／根来龍之監修、門脇弘典訳『プラットフォーム・勝利の法則』(日本経済出版社、二〇一九年)二七頁。

(4) 経済産業省編『通算白書』(勝美印刷、二〇一五年)一二七頁以下。

(5) 総務省編『令和元年版 情報通信白書』(日経印刷株式会社、二〇一九年)六七頁は、主なデジタル・プラットフォームを、広告・検索、電子商取引、SNS・アプリ、端末・ソフトウェア小売の四つの分野に分類し、紹介している。PFビジネスに携わる企業が本社を置く数を国別にみると、中国がもつとも多い。アレックス・モサドニニコラス・L・ジョンソン『プラットフォーム革命』(英治出版株式会社、二〇一八年)三五頁以下、山谷剛史「西側先進国と異なる価値観の新興国」出井伸之(監修)『進化するプラットフォーム』(角川学芸出版、二〇一五年)二〇七頁以下。詳しくは、山崎憲ほか『諸外国の

プラットフォームビジネス調査—アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス—」〈JILP 海外労働情報19-07〉（労働政策研究・研修機構、二〇一九年）九頁が引用する Peter C. Evans and Annabelle Gawer (January 2016). “The Rise of the Platform Enterprise” (PDF). The Center for Global Enterprise. Retrieved 15 March 2018 参照。

(6) モサド・ジョンソン・前掲注(5)四九頁以下。

(7) 齋藤浩貴ほか『AI・IoT・ビッグデータの法務最前線』（中央経済社、二〇一九年）一頁以下。PF企業によって現在変わりつつある産業部門と企業の例につき、ジェフリー・G・パーカーほか／妹尾賢一郎監訳・渡部典子訳『プラットフォーム・レボリューション』（ダイヤモンド社、二〇〇八年）二二頁以下、および、同書二三頁図1—2 参照。

(8) Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 Minn. L. Rev. 87, 94 (2016) など。

(9) パーカーほか／妹尾監訳・渡部訳・前掲注(7)六頁、一〇頁。

(10) 木下聡子「デジタルプラットフォームビジネスをめぐる消費者トラブルと利用の実情」現代消費者法四六号（二〇二〇年）一一頁以下。

(11) 垣内秀介「デジタルプラットフォーム取引における運送解決上の課題」現代消費者法四八号（二〇二〇年）六三頁以下、六五頁。

(12) 〈特集〉「インターネット上の誹謗中傷問題—プロ責法の課題」ジュリスト一五五四号（二〇二一年）一四頁以下。

(13) ショシャナ・ズボフ「人々を監視 稼ぐIT企業」〈特集〉「動揺する民主主義…奔流デジタル識者に聞く」二〇二一年五月一四日読売新聞朝刊。

(14) PF取引透明化法の内容につき、立法担当者による解説として、北島洋介ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律の概要」金法二一四三号（二〇二〇年）二六頁以下、村瀬光ほか「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律にかかる政省令および指針の概要」金法二一六〇号（二〇二一年）三三頁以下、経済産業省「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律の施行に向けた論点」（二〇二〇年八月）。このほか、鹿野菜穂子「デジタル市場の健全な発展とプラットフォームに関する消費者関連ルールの形成」現代消費

者法四八号（二〇二〇年）五頁以下。

(15) 詳細は、板倉陽一郎「実務からみたデジタル・プラットフォーム取引に関する問題」現代消費者法四八号（二〇二〇年）一四頁以下、とくに一六頁―一八頁以下、栗田昌裕「デジタルプラットフォームと個人情報保護」現代消費者法四八号（二〇二〇年）四四頁以下など。

(16) 長谷川貞之「市場のプラットフォーム化と契約上の諸問題」日本法学八五巻四号（二〇二〇年）一四一頁以下。

(17) 長谷川貞之「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日本法学八六巻二・三号（二〇二〇年）三七頁以下。

(18) 原田大樹「規制戦略からみるデジタルプラットフォーム取引」現代消費者法四八号（二〇二〇年）三五頁以下、四二頁。

(19) 詳しくは、長谷川・前掲注(17)五九頁以下。

(20) 中舎寛樹「〈研究ノート〉『失われた契約理論』と多数当事者契約論」明治大学・法科大学院論集二三号（二〇二〇年）六三頁以下。同意理論の歴史的沿革につき、筏津安恕『失われた契約理論』（昭和堂、一九九八年）一二頁以下。

(21) 多角の視点につき、詳細は、椿寿夫Ⅱ中舎寛樹編『多角的条率関係の研究』（日本評論社、二〇一一年）、椿寿夫編著『三角・多角取引と民法法理の深化』別冊NBL一六一号（商事法務、二〇一六年）。

(22) 曾我部真裕ほか『情報法概説』（弘文堂、二〇一五年）七五頁。PFの先行研究につき、溝下博「プラットフォームビジネスとビジネスモデルに関する研究レビュー」広島大学マネジメント研究一八号（二〇一七年）三三頁以下。言及する対象によって、PFが指し示す対象は異なる。林秀弥「二面市場とプラットフォーム…その法的課題」法とコンピュータ三三二号（二〇一五年）七頁以下、八―九頁は、これまで示されたプラットフォームの定義を集めて整理しており、参考となる。

(23) 根来龍之「プラットフォームビジネスの本質」出手（監修）・前掲注(5)六一頁以下、七四頁。

(24) 鹿野・前掲注(14)六頁、板倉・前掲注(15)一四頁、林秀弥「デジタルプラットフォームと消費者の権利―競争法と「信託(trust)」の観点から―」現代消費者法四八号（二〇二〇年）五三頁以下、五五頁以下。

(25) 栗田・前掲注(15)四四頁。

(26) マイケル・A・クスマノほか／青島矢一監訳『プラットフォームビジネス』（有斐閣、二〇二〇年）一七頁は、PFを定

義して、「共通の目的や同じ資源を共有するために、個人や組織を結合するもの」という。同書の解題と内容の紹介として、根来龍之「イノベーションプラットフォームと取引プラットフォームの違い——『プラットフォームビジネス』の着眼」書齋の窓六七六号（二〇二一年）四九頁以下。

(27) 小見志郎『プラットフォーム・モデルの競争戦略…事業創造のマネジメント』（白桃書房、二〇一一年）五頁。初期の研究につき、小見・同書五―七頁参照。

(28) アンドリュウ・マカフィー、エリック・プリニョルフリン／村井章子（訳）『プラットフォーム（PF）の経済学…機械は人と企業の未来をどう変えるか？』（日経BP社、二〇一八年）二二三頁。詳しくは、Joseph Farrell and Garth Saloner, *Standardization, Compatibility, and Innovation*, 16 (1) *Rand Journal of Economics* 70-83 (1985); Michael Katz and Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 (3) *American Economic Review* 424-40 (1985) 等々。

(29) 林・前掲注(24)五五頁以下。

(30) 長谷川・前掲注(16)一四七頁以下。

(31) 長谷川・前掲注(16)一四九頁、一六二頁以下。

(32) 長谷川・前掲注(16)一六五頁、一七五頁。なお、総務省編『平成29年版 情報通信白書』（日経印刷株式会社、二〇一七年）二三頁以下参照。

(33) 飯永大地「プラットフォーム業者の情報取得義務とその実務」中里実ほか『デジタルエコノミーと課税のフロンティア』（有斐閣、二〇二〇年）一三頁以下は、シェアリングエコノミーをめぐる法規制の現状について、各PF事業者に適用される法規制の概要を説明する。

(34) Inara Scott & Elizabeth Brown, *Redefining and Regulating the New Sharing Economy*, 19 *U. Pa. J. Bus. L.* 553, 554, 566 (2017).

(35) Meaghan Murphy, *Cities as the Original Sharing Platform: Regulation of the New Sharing Economy*, 12 *J. Bus. & Tech. L.* 127, 128 (2015). 詳しうは、Molly Cohen & Arun Sandararajan, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer*



*Sharing Economy*, 82 U. Chi. L. Res. Dialogue 116, 124-25 (2015); Sofia Ranchordas, *Does Sharing Mean Caring: Regulation Innovation in the Sharing Economy*, 16 Minn. J. Sci. & Tech. 412, 456 (2015); TOM SLEE, WHAT'S YOURS IS MINE: Against the Sharing Economy, Scribe 2017, 23頁。最近のシェアリングエコノミーは、初期のものとは異なり、PFを開設するPF事業者が営業目的で利用の対価を収受しながら運用される傾向にある。この点につき、詳しくは、長谷川・前掲注(16)一七二頁以下。

(36) 増島雅和ほか『『シェアリングエコノミー』の論点整理』Business Law Journal 二〇一六年一〇月号八七頁以下。

(37) 長谷川・前掲注(16)一六二頁以下、一七二頁、一七七一八〇頁。岡田淳ほか編著『プラットフォームビジネスの法務』(商事法務、二〇二〇年)一二七頁以下、林・前掲注(24)五三頁以下、五五頁も本文で述べたのと同様の区分を試みている。

(38) すでに長谷川・前掲注(16)一四九頁以下で言及した。最近の論考として、Rob Frieden, *The Internet of Platforms and Two-Sided Markets: Implications for Competition and Consumers*, 63 Vill. L. Rev. 269 (2018); Antonio Orti Valejo, *Contractual Relationships in Collaborative Economy Platforms*, 27 Eur. Rev. Private L. 995 (2019) など。

(39) 岡田ほか編著・前掲注(36)二頁。

(40) 根来龍之『プラットフォームの教科書』(日経BP社、二〇一七年)一一〇頁。

(41) クスマノ／青島監訳・前掲注(26)四七頁。

(42) 小田切・前掲注(1)二二七頁など。

(43) 小田切・前掲注(1)二二三頁、白石忠志「平成26年度企業結合事例集の検討」公正取引七七九号(二〇一五年)一〇頁以下、一五一一六頁。詳細は、長谷川・前掲注(16)一五六頁以下。最近の論考として、Davis S. Evans and Richard Schmalensee, *Markets with Two-Sided Platforms*, available at <http://ssrn.com/abstract=1094820> (2008); David S. Evans, *Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power Internet-Based Firms*, available at <https://ssrn.com/abstract=2746095> (2016) など参照。

(44) 土田和博「デジタル・プラットフォームと独占禁止法・総論」法時九一卷三号(二〇一九年)五四頁以下、五五―五六頁。

デジタルプラットフォーム事業者の法的地位と契約上の責任(長谷川)

- (45) 武田・前掲注(3)二〇頁、二二頁。
- (46) PFを通じて収集されるデータは新しい貨幣であり、石油であるともいわれる。武田・前掲注(3)二三頁。
- (47) 國領二郎「ビッグデータ時代のプラットフォームビジネス」出井（監修）・前掲注(5)二三七以下、西垣通『ビッグデータと人工知能』（中公新書）（中央公論新社、二〇一六年）三頁以下。
- (48) 伊永大輔「デジタルプラットフォーム事業者同士の経営統合―ZHD／LINE統合事例」ジュリ一五五四号（二〇二二年）九三頁。
- (49) 土田・前掲注(44)五六頁、齋藤ほか・前掲注(7)一二五頁以下。
- (50) 詳細は、土田・前掲注(43)五六頁。
- (51) 米村慈人「個人情報取得・第三者提供に関する『同意』の私法的性質」河上正二・大澤彩編『人間の尊厳と法の役割―民法・消費者法を超えて―』（廣瀬久和先生古稀記念）（信山社、二〇一八年）三三二頁以下。
- (52) 森亮二「プラットフォームの法的責任と法規制の全体像」ジュリ一五四五号（二〇二〇年）一四頁、一八頁以下。
- (53) 本文中の説明は、北島ほか・前掲注(14)二六頁以下、村瀬ほか・前掲注(14)三三頁以下のほか、岡田ほか編著・前掲注(36)一九六頁以下などを参考とした。
- (54) [https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/senmon\\_bunka/it\\_rikatuyou2/dai1/sankou2.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/senmon_bunka/it_rikatuyou2/dai1/sankou2.pdf)
- (55) 例えば、経済産業省「第四次産業革命に向けた横断的制度研究会報告」（[https://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/daiyoi\\_sangyo/pdf/report01\\_01.pdf](https://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/daiyoi_sangyo/pdf/report01_01.pdf)）同「オンライン・プラットフォーム 事業者向けアンケート調査結果速報」（<https://www.meti.go.jp/press/2018/11/20181105005-5.pdf>）。
- (56) [https://www.meti.go.jp/nomo\\_info\\_service/gigital\\_platformer/index.html](https://www.meti.go.jp/nomo_info_service/gigital_platformer/index.html)
- (57) <https://meti.go.jp/press/2018/12/20181218003.html>
- (58) <https://www.meti.go.jp/press/2019/12/20191219003/20191219003-2.pdf>
- (59) <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/miraitoshikai/>

- (60) [https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031\\_2html](https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031_2html)
- (61) <https://www.meti.go.jp/press/2019/05/20190521004/20190521004.html>
- (62) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi/index.html>
- (63) 林秀弥「デジタルプラットフォームと消費者の権利―競争法と「信頼 (trust)」の観点から―」現代消費者法四八号(二〇二〇年)五三頁、五九頁以下など。
- (64) 武田・前掲注(3)二八頁。
- (65) 小田切・前掲注(1)二三三頁。
- (66) 曾我部ほか・前掲注(22)七四頁。詳しくは、田村泰一「プラットフォーム戦略とビジネスモデルに関する分析視角―デジタルコンテンツ端末を中心に―」早稲田国際経営研究四五号(二〇一四年)四一頁以下。
- (67) エコシステムの概念について、OECDでは、経済主体の複雑でグローバルな相互依存関係を有するものとして「グローバル・データ・エコシステム」という概念を紹介している。Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being, OECD (2015). また、「ICTエコシステム」の概念について、MARTIN FRANSMAN, THE NEW ICT ECOSYSTEM: Implication for Policy and Regulation, Cambridge Univ. Press, 2010, p.9.
- (68) PF取引規制の課題については、原田・前掲注(18)三九頁以下が方向性を示している。
- (69) 原田・前掲注(18)四二頁。
- (70) わが国の契約理論は、ドイツ民法の影響の下に、契約を相対立する当事者の意思の合致と捉え、契約当事者の申込と承諾という意思に重きを置く構成原理を採用している。これに対し、合意主義が登場する以前のヨーロッパの契約理論は、まず、契約当事者から独立した独自の客観的に正当性をもつ合意というものが存在し、これが社会的に確定されて、しかる後に、当事者がそれを承諾(同意)することによって契約が成立すると考えられていた。しかし、このような考え方に対しては、その客観性なるものが人間の自律性を損なうということで、カントからサヴィニーに至る時期にそれが放逐され、契約は当事者の意思の合致(合意)に成立するものとされた。それでも、現代の契約理論は、行き過ぎた個別の意思の探求を反省し、意思の

形成には社会通念などが顧慮されるとしており、社会とのつながり（いわゆる契約の社会化）を否定しているわけではない。この点につき、長谷川・前掲注(16)一九五頁、長谷川・前掲注(17)七二頁以下。なお、なお、穴戸常寿ほか「AIと社会と法・パラダイムシフトは起きるか？」契約と社会の未来…スマートコントラクトとブロックチェーン」論及ジュリ二七号（二〇一八年）一五二頁以下（後に、有斐閣から二〇二〇年に単行書として刊行。第三章所収）参照。

(71) 中舎・前掲注(20)六三頁以下。なお、中舎寛樹「ボアソナードの合意論と多数当事者間契約論」伊藤進先生傘寿記念論文集『現代私法規律の構造』（第一法規、二〇一七年）一頁以下参照。

(72) この問題提起については、鹿野・前掲注(14)一一頁。PF取引をめぐる紛争の特質と解決方法につき、垣内秀介「デジタルプラットフォーム取引における紛争解決上の課題」現代消費者法四八号（二〇二〇年）六三頁以下。最近の論考でPF事業者の私法上の責任を論じたものとして、森・前掲注(47)一四頁以下、同「デジタルプラットフォームの法的責任に関する近時の問題」現代消費者法四六号（二〇二〇年）二四頁以下、中田邦博「インターネット上のプラットフォーム取引とプラットフォーム事業者の責任」現代消費者法四六号（二〇二〇年）三五頁以下、鹿野菜穂子「デジタル・プラットフォームに関する消費者保護ルール（上）―若干の各論的考察―」消費者法研究八号（二〇二〇年）一頁以下、同・前掲注(14)五頁以下、田中志津子「プラットフォーム事業者（プラットフォーム）の責任」冲野真巳ほか編『比較民法の将来像』（岡孝先生古稀記念論文集）（勁草書房、二〇二〇年）四五七頁以下、岡田ほか編著・前掲注(36)五頁以下などがあるが、多角の視点やこれに基づく同意理論などの理論的根拠は示されていない。

(73) 中舎・前掲注(20)六六―六七頁、八七頁。

(74) 原田・前掲注(18)四二頁。

(75) 学説には、私法上の自己情報コントロール権の構築を試みる見解がある。米村・前掲注(50)三三二頁以下。

(76) 山本龍彦「『完全自動意思決定』のガバナンス」情報通信製作研究三卷二号（二〇一九年）一四頁。

(77) 長谷川・前掲注(16)一九三―一九七頁、長谷川・前掲注(17)六三頁以下、六六―六七頁。

(78) 長谷川・前掲注(17)八八―九〇頁。

(79) 林秀弥「プラットフォームと二面市場」法時九一卷三号(二〇一九年)五九頁以下、六二頁。

(80) プラットフォーム事業者の責任と裁判例につき、長谷川・前掲注(16)一八五頁以下。

(81) PF取引市場では、PFはコンピュータで制御されており、PFに実装されたスマートコントラクトがプログラムコードを用いて自動的に契約を実行する仕組みが取られることが多い。この問題は、スマートコントラクトの観点から検討することもある。長谷川・前掲注(17)五二頁以下。

(82) 長谷川・前掲注(17)六九頁以下。

(83) 人工行為者が惹起する損害の賠償については、一方で、自律的な人工知能(AI)などに法人格を付与すべきか、本人との間に、代理関係を認めるべきかという問題があり、他方では、人工知能(AI)などの製作者や技術者に集団的責任があるかどうか議論されている。詳細は、MARK CHINEN, LAW AND AUTONOMOUS MACHINES: THE CO-EVOLUTION OF LEGAL RESPONSIBILITY AND TECHNOLOGY, Elgar 2020, 13 ff.; Mark A. Lemley & Bryan Casey, *Remedies for Robots*, 86 U. Chi. L. Rev. 1311 (2019)のほか、河島茂生『未来技術の倫理』(勁草書房、二〇二〇年)一三九頁以下、福岡真之介編著『AIの法律』(商事法務、二〇二〇年)一四八頁以下など参照。

(84) とりわけ、PF事業者と提供者との間に、契約の開始時、中途、および終了時において、どのような法律関係が生じているかを検討する必要がある。土田和博「不当な取引制限の基本的論点と現代的論点」公正取引八一〇号(二〇一八年)一四頁以下。

(85) 鹿野・前掲注(14)一〇頁以下、カライスコス・アントニオス「EUにおけるデジタル・プラットフォーム取引に関するルール形成」消費者法研究八号(二〇二〇年)一一頁以下。なお、林英也「デジタル・プラットフォームを巡る国際的ルール形成の諸相—いわゆる『一国二制度』問題とデータの移転・流通に関する法的—」Extcom 四一卷(二〇二〇年)四頁以下参照。

(86) 詳しくは、藤原総一郎ほか「シェアリングエコノミーにおけるプラットフォーム規制(上)」NBL1073号(二〇一六年)一八頁以下、カライスコス・アントニオス「デジタルプラットフォーム取引に関するルールの比較法的考察—EU法を中心に



「EU法を中心に」現代消費者法四八号（二〇二〇年）七〇頁以下。EUにおけるPF規制で重要なのは、「EU消費者保護準則の実効性強化及び現代化に関する指令（EU）2019/2161」（以下、「現代化指令」という）である。これにより既存の四つの指令が改正され、PF規制に関する規定が消費者権利指令および不公正取引方法指令に新設された。EU加盟国は、現代化指令を二〇二一年一月二十八日までに国内法化しなければならない。

現在、EUでは、PF取引の規制に関して改革が進んでいるが、EUの執行機関である欧州委員会は、二〇二〇年十二月、二つの法案を公表した。一つは「デジタル市場法案」であり、もう一つは「デジタルサービス法案」である（二〇二〇年十二月一六日読売新聞など参照）。デジタル市場法案は、公平な競争条件を担保させる狙いから、自社製品による有利な商品検索結果を表示することなどを禁じるものである。違反者には、世界売上高の最大一〇%の制裁金を科す。改善しない場合には、当該事業の分割を命じることができる。もう一つのデジタルサービス法案は、検索サイトや通販サイトなどを運営する企業に対し、ヘイトスピーチやテロの誘発など不適切な情報の拡散防止を求めるものである。偽ブランド品や海賊版などは販売せず、これらに関する情報を削除するなどの対策を義務づける。また、利用者の行動や好みを分析し、ネット広告やおすすめ商品の表示などに活用するアルゴリズム（計算手順）が広告表示にどのように活用されたかについて、説明や開示が求められる。違反者には、世界売上高の最大六%の制裁金が科せられる。いずれも二〇二二年度中の成立を目指している。

## 役員選任決議の効力を争う訴えにおける訴えの利益

松 嶋 隆 弘

### 一・はじめに

先般、最高裁は、事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えに、同選挙が取り消されるべきものであることを理由として後任理事又は監事を選出する後行の選挙の効力を争う訴えが併合されている場合には、後行の選挙がいわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、先行の選挙の取消しを求める訴えの利益は消滅しない旨判示するに至った（最判令和二年九月三日民集七四卷六号一五五七頁）。中小企業等協同組合法の関連条文は、ほぼ会社法と同一内容であるので、前掲最判令和二年九月三日の射程は、広く株式会社にも及ぶものと解される<sup>①</sup>。このことから、取締役選任の株主総会決議取消の訴えの係属中、その決議に基づいて選任された取締役がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によって取締役が新たに選任されたときは、特別の事情のないかぎ

り、決議取消しの訴えは、訴えの利益を欠くとする最判昭和四五年四月二日民集二四卷四号二三三頁は、その射程を大いに減じることになると予想される。

筆者は、すでに前掲最判令和二年九月三日に関する判例評釈を公表し、そこにおいて同判決の射程、前掲最判昭和四五年四月二日との関係等につき検討を試みた（以下「前稿」という<sup>③</sup>）。前掲最判令和二年九月三日については、すでに多くの評釈が公表されているところ<sup>④</sup>、中島弘雅教授は、近時公刊された論説<sup>⑤</sup>において、「前稿」において述べた筆者の見解に対し、賛意を表明された上、前掲最判令和二年九月三日を素材としつつ、会社訴訟における訴えの利益の概念把握につき、株主個人の財産権的な利益を超えた、株主の有する会社経営の適法性確保についての利益と解すべきではないかとのご自身の見解（適法性確保説<sup>⑥</sup>）を改めて主張された。他方、筆者の「前稿」は、判例評釈という性質上、当該事案に即しての検討に留まり、会社訴訟における訴えの利益の概念をいかに捉えるべきかまでの立ち入った考察には及んでいない。中島教授の論説が登場したことにより、筆者としては、前掲最判令和二年九月三日を踏まえた適法性評価説に対する応接を迫られることとなった。

そこで、本稿では、故・喜多義人教授の追悼論文集の場をお借りし、筆者の立場から、会社訴訟における訴えの利益の概念把握につき、考えてみることにしたい。これが本稿の主たる目的である。要するに、事案から離れることが困難である判例評釈の枠組みを外し、中島教授から課された「宿題」に解答するのが本稿の目的である。

なお、以上の経緯からして、本稿は、論理を追うために必要な限度で、一部分、前稿と内容的に重なる部分があることにつき、あらかじめ了承されたい。

## 二．前掲最判令和二年九月三日の事実と判旨

### 1. 前掲最判令和二年九月三日の事実関係

議論の出発点として、前掲最判令和二年九月三日の事実関係と判旨を確認しておこう。まず、事実関係は次のようなものであった。

Yは中小企業等協同組合法に基づき設立された事業協同組合であり、XはYの組合員であるところ、平成二八年五月一六日に開催されたYの通常総会において、理事及び監事を選出する選挙が行われた（理事を選出する選挙を「選挙①」、監事を選出する選挙を「選挙②」という。）。

「選挙①」で選出された理事によって構成される理事会がした招集決定に基づき、同理事会で選出された代表理事である理事長が招集して、平成三〇年五月二八日、Yの通常総会が開催された。そして同総会において、「選挙①」及び「選挙②」で選出された理事及び監事全員が任期の満了により退任したとして、理事及び監事を選出する選挙が行われた（理事を選出する選挙を「選挙③」、監事を選出する選挙を「選挙④」という。）。

Xは、平成二八年八月一二日、「選挙①」及び「選挙②」の各取消しを求める訴えを提起し（本件各取消請求）、平成三〇年七月二六日、「選挙①」が取り消されるべきものであることを理由とする「選挙③」及び「選挙④」の各不存在確認請求（本件各不存在確認請求）を追加した。

### 2. 前掲最判令和二年九月三日の判旨

以上の事実に対し、原審（広島高裁平成三〇年一二月一日民集七四卷六号一五八四頁）は、前掲最判昭和四五年四月二

日のロジックに従い、特別の事情のない限り、本件各取消請求に係る訴えの利益は消滅する旨判示した。ところが、上告審たる前掲最判令和二年九月三日は、原審とは逆に次のとおり判示する（番号・下線は、筆者が付したものである）。

「<sup>①</sup>—<sup>(i)</sup> 事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えの係属中に、後行の選挙が行われ、新たに理事又は監事が選出された場合であっても、理事を選出する先行の選挙を取り消す旨の判決が確定したときは、先行の選挙は初めから無効であつたものとみなされるのであるから、<sup>①</sup>—<sup>(ii)</sup> その選挙で選出された理事によつて構成される理事会がした招集決定に基づき同理事会で選出された代表理事が招集した総会において行われた新たに理事又は監事を選出する後行の選挙は、いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、瑕疵があるものといわざるを得ない（最高裁昭和六〇年(オ)第一五二九号平成二年四月一七日第三小法廷判決・民集四四卷三号五二六頁、最高裁平成一〇年(オ)第一一八三号同一一年三月二五日第一小法廷判決・民集五三卷三号五八〇頁参照）。そして、<sup>②</sup> 上記の取消しを求める訴えのような形成の訴えは、訴え提起後の事情の変化により取消しを求める実益がなくなつて訴えの利益が消滅する場合があるものの、上記の取消しを求める訴えと併合された訴えにおいて、後行の選挙について上記の瑕疵が主張されている場合には、理事を選出する先行の選挙が取り消されるべきものであるか否かが後行の選挙の効力の先決問題となり、その判断をすることが不可欠であつて、先行の選挙の取消しを求める実益があるというべきである。

そうすると、事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えに、同選挙が取り消されるべきものであることを理由として後任理事又は監事を選出する後行の選挙の効力を争う訴えが併合されている場合には、上記特段の事情がない限り、先行の選挙の取消しを求める訴えの利益は消滅しないものと解するのが相当である。」



### 三・前掲最判令和二年九月三日と先例との関係

#### 1. 株主総会の不存在の訴えに関する瑕疵連鎖説と前掲最判令和二年九月三日

前掲最判令和二年九月三日を検討するに際して、出発点として、先行する判例の中における位置づけを検討する必要がある。論述の都合上、株主総会の不存在の訴えに関する瑕疵連鎖説とのかかわりから検討しよう。

周知のとおり、株主総会決議不存在の訴えにおける瑕疵の連鎖は、つとに最高裁判決の取るところであり（最判平成二年四月一七日民集四四卷三号五二六頁<sup>⑦</sup>及び最判平成十一年三月二五日民集五三卷三号五八〇頁<sup>⑧</sup>）、それを一言で定式化すると、「株主総会決議が不存在である以上、総会により選任された取締役から構成される取締役決議も不存在となり、その取締役会により選定される代表取締役も存在しなかったことになる結果、代表取締役（と称する者）により招集された後行の株主総会も不存在となる……という、無限の瑕疵の連鎖が発生する」ということとなる。そして、かかる理解を瑕疵連鎖説という。

さて、前掲最判令和二年九月三日は、前記判旨①において、前掲最判平成二年四月一七日及び前掲最判平成二年四月一七日を引用している。引用に直接関係する部分は、判旨①後段の部分である（①―(ii)）。代表して前掲最判平成二年四月一七日につきみてみるに、最高裁は、正規の取締役でない者「によつて構成される取締役会は正当な取締役会とはいえず、かつ、その取締役会で選任（現・選定）された代表取締役も正当に選任されたものではなく……、株主総会招集権限を有しないから、このような取締役会の招集決定に基づき、このような代表取締役が招集した株主総会において新たに取締役を選任する旨の決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされ

たなど特段の事情がない限り……、法律上存在しないものといわざるを得ない。したがって、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないものと解される」と判示する。かかる判示は、その後、前掲最判平成十一年三月二五日において、先行決議の訴えの利益を肯定する論拠として用いられるにいたる。

## 2. 瑕疵連鎖説の決議取消しの訴えへの波及と前掲最判昭和四五年四月二日との関係

(1) 前掲最判令和二年九月三日のもつとも注目すべき点は、判旨①―(i)の部分である。これは、株主総会決議不存在の訴えに關しての前記の理が、事業協同組合の総会決議取消しの訴えにも、妥当することを述べるものである。

冒頭述べたとおり、株主総会の決議取消しの訴えに關し、最高裁は、取締役選任の株主総会決議取消しの訴えの係属中、その決議に基づいて選任された取締役がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によつて取締役が新たに選任されたときは、特別の事情のないかぎり、決議取消しの訴は、訴えの利益を欠くと判示してきた（前掲最判昭和四五年四月二日）。しかるところ、前掲最判令和二年九月三日の判旨①―(i)の部分によれば、先行決議の確定の有無にかかわらず、瑕疵は後行決議へと連鎖することとなり、決議不存在の訴えに關する瑕疵連鎖説が、決議取消しの訴えにおいてまでも広く妥当することとなる。その場合、先行決議と後行決議の併合の可否が議論になるのみならず、前掲最判昭和四五年四月二日の妥当する場面がほとんどなくなってしまうのである。

(2) 前掲最判昭和四五年四月二日と瑕疵連鎖説を述べる前掲最判平成二年四月一七日及び前掲最判平成十一年三月二五日との抵触關係については、かねてから議論があつたところ、近時、ロッテの株主総会決議の瑕疵を巡る一連の裁判例相互間の整合性を巡り、議論がなされてきたところであつた（東京地判平成三〇年九月六日金判一五五九号四七頁<sup>⑨</sup>及び東京高判平成三〇年九月二二日金判一五五三号一七頁<sup>⑩⑪</sup>）。

前掲最判令和二年九月三日は、かような折に登場した。そして前記のとおり、瑕疵連鎖説の適用場面を決議取消しの訴えにまで押し及ぼし、結果として、事実上、前掲最判昭和四五年四月二日適用される領域をほとんどなくならしめるまで至った。

#### 四・瑕疵連鎖説と訴えの利益

##### 1. 瑕疵連鎖説と実体関係的訴訟要件

筆者は、「前稿」において、前掲最判令和二年九月三日の立場を是認するにあたり、次のとおり述べ、瑕疵連鎖説は、訴えの利益という訴訟要件のレベルと本案に関する実体判断の二つのレベルで問題とされ、それぞれのレベルで、その発現の仕方は異なっているべきことを主張した。すなわち、前掲東京地判平成三〇年九月六日において、瑕疵の連鎖は、実体判断のレベルで争点となっており、その場合、決議取消判決の遡及効は、当該判決が確定して初めて生じる以上、未確定の段階で、取消しを前提とする瑕疵の連鎖を議論するわけにはいかない。決議取消判決は、対世効（会社法八三八条）を有しつつ、取消しの効力が既往に遡る以上（会社法八三九条、最判昭和五八年六月七日民集三七巻五号五一七頁）<sup>12</sup>、法律関係の安定に対する要請を無視することができないためである。<sup>13</sup>他方、訴訟要件のレベル、特に訴えの利益の判断において考慮されるべきは、前記のとおり、「当該事案」につき、本案判決をすることの必要性・実効性であり、その際に、本案に関する判断は、欠かすことができないが、その判断はあくまでも、「仮に本案判決を下すとしたら」という仮定的なもの（本件についていうと、「後行決議の存否を決するために先行決議の効力の有無が先決問題となる関係」になるか否か）に留まる。かかる場面においてまで、本案における判断と同一なものを要求するとな

ると、二度手間であるばかりか、実体判断への入り口を不必要に狭めてしまう。訴えの利益の判断においては、判決の確定を考慮せずに、遡及効を認める判断をしてよいと考える<sup>14</sup>。

中島教授は、かかる私見に対し、訴えの利益や当事者適格のような訴訟要件は、本案の審理と並行して初めてその存否が明らかとなることが多いことから、実体関係的訴訟要件と呼ばれるとの注を付した上で、賛同の意を表され、「仮に取消判決が確定したら遡及効により瑕疵の連鎖が生じ、紛争の継続が予想される点を考慮して、本判決が、瑕疵連鎖の可能性を認めて、訴えの利益を肯定したと考えると、その判断は妥当であったということが出来る」と述べ、賛意を表される<sup>15</sup>。

## 2. 適法性確保説の検討

そこで、更に一步検討を進め、適法性確保説におけるような訴えの利益概念の再構成が妥当かどうかについて検討を進めていこう。中島教授は、従前の会社判例を渉猟した上、「最高裁は、株主総会決議の瑕疵を争う訴訟一般につき、一貫して請求認容判決を下すことに「実益」があるか否かという観点から、訴えの利益の存否を判断してきたといえるが、それはまた、わが国における通説の立場でもある」として、かかる立場を「実益論」と名付けた上で、会社訴訟における訴えの利益につき、株主個人の財産権的な利益を超えた、株主の有する会社経営の適法性確保についての利益であると解するのが、株主総会決議訴訟の本来的機能に最も適合した解釈であると主張される（適法性確保説<sup>16</sup>）。そして同教授は、かかる見地から、訴えの利益の消滅を認める前掲最判昭和四五年四月二日に反対するとともに、これと逆の立場に立つ前掲最判平成二年四月一七日を支持される。

ここで、他の代表的な手続法研究者の見解をみてみよう。取締役が再任された場合に、決議取消しの訴えにおける

訴えの利益が消滅しないとする見解で著名なものとして、新堂幸司教授の見解と梅本吉彦教授の見解がある。

新堂教授の見解は、本案に関する審理が進み、本案に関する結論にまで至っている場合、突然、訴えの利益を持ち出して、門前払いにするのは、不合理であるとするものであり、訴訟経済を主軸とした機能的アプローチといつてよい。<sup>(17)</sup> 他方、梅本教授は、一部認容判決として総会決議違法宣言判決をもって処理すべきであると主張される。<sup>(18)</sup>

両教授のご見解は、いずれも訴えの利益が消滅しないと結論付ける点で、適法性維持説と共通する。ただそれらは、訴えの利益が消滅した場合における不都合を述べ、訴えの利益が消滅しない場合における後始末を述べるものであり、訴えの利益の概念の再構成については言及していない。この点で、適法性維持説には、より解釈論として一歩踏み込んだ側面があるといえる。

ただ、新堂教授は、体系書における訴えの利益に関する部分において、「法律上の利益」の解釈につき、これを制限的に解釈しないように一定の方向付けをする行政事件訴訟法九条二項の規定（平成一六年追加改正）<sup>(19)(20)</sup>を掲げているし、梅本説についていえば、これを内在的に再構成すれば、会社訴訟につき、「行政訴訟」的に理解するアプローチと理解でき、その点で、適法性維持説との接点があるように思われる。すなわち、梅本教授が言われる総会決議違法宣言判決は、アイディアとしては、請求を棄却しつつも処分の違法を述べることを許容するものであり、会社訴訟において、一種の事情判決（行政事件訴訟法三二条）<sup>(21)</sup>を認めようとするものと評価できる。このようにみると、両説とも、ベースには、行政法的な発想、すなわち当該訴訟を適法性確保のためのツールとして位置付けようとする発想があるものと思われ、この点において、適法性確保説と共通の基盤に立っているといえる。



### 3. 会社訴訟と行政事件訴訟との類似性

ここで、行政事件訴訟における訴えの利益につき一瞥するに、かつて最高裁は、公園使用不許可処分の取消しを求める訴えの「使用すべき日」経過後における判決を求める法律上の利益は、期日の経過により判決を求める法律上の利益を喪失するとした事例（最判昭和二八年二月三日民集七卷一三号一五六二頁）、朝鮮民主主義人民共和国創建二〇周年祝賀行事に参加することを目的とする再入国許可申請に対してされた不許可処分の取消しを求める訴えが、参加を予定した行事のすべてが終了した後約一か月を経過した時点において、すでに判決を求める法律上の利益を喪失したとした事例（最判昭和四五年一〇月一六日民集二四卷一十一号一五二二頁）等、前掲最判昭和四五年四月二日と同様の思考に基づき、実益がなくなつたとして、訴えの利益の消滅を認めていた。

近時は、原状回復が社会通念上不可能となつた場合であっても、そのことから当然に処分取消しを認める訴えの利益がなくなるわけではないとするものも登場している。例えば、最判平成四年一月二四日民集四六卷一号五四四頁は、町営の土地改良事業の工事等が完了して原状回復が社会通念上不可能となつた場合であっても、事業の施行の認可の取消しを求める訴えの利益は消滅しないとする判決であるが、訴えの利益が消滅しないとする帰結を導くに際し、「本件訴訟において、本件認可処分が取り消された場合に、本件事業施行地域を本件事業施行以前の原状に回復することが、本件訴訟係属中に本件事業計画に係る工事及び換地処分がすべて完了したため、社会的、経済的損失の観点からみて、社会通念上、不可能であるとしても、右のような事情は、行政事件訴訟法三一条の適用に關して考慮されるべき事柄であつて、本件認可処分の取消しを求める上告人の法律上の利益を消滅させるものではないと解するのが相当である」旨判示している。

つまり、行政法の分野でも、個別の「実益」論で訴えの利益を判断するというアプローチから、適法性確保のための機能を中核として、訴えの利益を判断するという方向に進んでいることが看取しうるのである。

## 五．適法性維持説の検討

### 1．行政訴訟における訴えの利益の概念把握との親和性

結局のところ、適法説維持説は、行政訴訟における訴えの利益の概念把握と親和性を持っており、適法性維持説を支持するか否かの分かれ目は、かかる親和性をどう捉えるかにかかっているように思われる。そこで検討するに、もともと会社訴訟と行政訴訟（特に抗告訴訟）とは、ともに対世効を有する訴訟として類似する構造を有するところ（原告適格につき、会社法八二八条二項、行政事件訴訟法九条、被告適格につき、会社法八三四条、行政事件訴訟法一条、管轄につき、会社法八三五条一項、行政事件訴訟法一二条一項、出訴期間につき、会社法八二八条一項、行政事件訴訟法一四条、対世効につき、会社法八三八条、行政事件訴訟法三二条等）、両者とも、司法の手により、違法な活動によって権利利益を侵害された者（前者では株主、後者では一般国民）の救済を図り、そのことを通じて（前者では企業の、後者では行政の）活動の適法性を確保するという意味で共通性を有する。個々具体的事件における救済を介し、適法性を確保しようとする点で、付随的違憲審査制における憲法適合性の判断と発想を同じくしている。そこにおける「個々具体的事件を介し」というのは、司法により統制を図る場合における内在的制約というものである。<sup>(22)</sup>ただ、だからといって、具体的事件における「救済を介し、適法性を確保」するという側面を無視することになっては、片手落ちというべきである。この点、従来の「実益」論は、ややもすると、個別の救済に偏重しすぎたきらいがあるように思われる。

## 2. 適法性維持説と予想される反論

以上の検討から、筆者も、中島教授が提唱された適法性維持説が妥当であると考え次第である。なお、念のため、次の二点を述べておきたい。

第一に、前記の「事情判決的な解決」についてである。すでに、議員定数の不均衡が憲法一四条に違反するかという一連の「一票の格差」訴訟において、選挙関係訴訟において事情判決の規定を適用しないとする明文規定（公職選挙法二二九条一項）を乗り越えて、広く事情判決の法理が用いられていることは周知のとおりである。<sup>(23)</sup> 行政事件訴訟法三一条の定める事情判決の射程を超えた「事情判決の法理」は、法の一般原則となっているといつてよい。例えば、最判平成二四年四月二〇日民集六六卷六号二五八三頁は、市がその職員を派遣し又は退職の上在籍させている団体に対し公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律所定の手続によらずに上記職員の給与相当額の補助金又は委託料を支出したことにつき住民訴訟が提起された事案であるが、同判決における千葉勝美裁判官補足意見は、「損害全額について個人責任を負わせる場合を、故意により個人的な利得を得るために違法な財務会計行為を行った場合や、当該地方公共団体に重大な損害を与えることをおよそ顧慮しないという無視（英米法でいう一種の reckless disregard のようなもの）に基づく行為を行った場合等に限ることとし、それ以外の過失の場合には、裁判所が違法宣言をし、当該地方公共団体において一定の懲戒処分等を行うことを義務付けることで対処する等の方法・仕組みも考えられるところである」旨指摘される（下線は、筆者が付したものである）。このうち下線部分は、まさに「事情判決的な解決」といつてよいものと思われる。

第二に、訴えの利益が消滅しないとする場合における瑕疵の連鎖がもたらす取引安全への影響に関してである。こ

れは、既に決議不存在の訴えにおける瑕疵連鎖につき、かねてから指摘されていたところであるが、前掲最判令和二年九月三日が、瑕疵連鎖説の射程を決議取消しの訴えにまで押し及ぼす結果、総会決議の瑕疵を争う訴え全般につき問題されるにいたる。管見の限りであるが、前掲最判令和二年九月三日の立場に対する実体法研究者の批判は、専らこの点を突くものと思われる。決議不存在の訴えが、実務上、比較的小規模の株式会社における紛争においてしか問題とされない訴訟類型であるのに比し、決議取消しの訴えにかかる紛争は、会社の規模、上場の有無を問わず、広く生じうることから、瑕疵の連鎖により生じる取引安全を害することへの懸念は大きいようである。

しかしながら、取引の安全の美名の下、そのような弊害の危険を根拠に訴えの利益の消滅を認め、紛争を「封じ込める」ことが、長い目で見て企業統治の改善につながるかどうかは疑問のように思われる。例えば、前掲最判昭和四五年四月二日における瑕疵とされるものは、原々審（福岡地甘木支判昭和四三年一月二六日民集二四卷四号二三八頁）の認定によれば、①・定時総会の招集が、会社法の規定（会社法二九八条一項、四項）に反し、取締役会の決議なくして行われた、②・定時総会の招集通知が、会社法の規定（会社法二九九条一項）に反し、会日のわずか四日前に発された、③・原告が他の株主とともに累積投票によることを求める権利を有していたのに、その権利を行使する機会を奪われた、④・定時総会決議が、一株一議決権を定めた会社法の規定（会社法三〇八条一項本文）に反し、一人一票の投票によつて決された、というものであるが、かかる瑕疵は、いずれも軽微といえるようなものではない。前記①・④は、対象会社のガバナンス体制に大きな問題があることを雄弁に示しているといつてよいのではあるまいか。前記①・④の瑕疵を認定した裁判所の判断は、確定してはいないとはいえ、裁判所の判断であるところから、むしろ、対象会社の今後のガバナンスを考える際の一つの基準として活かすように解釈されるべきではなからうか。しかるに、

「実益論」に基づく場合、前掲最判昭和四五年四月二日のように訴えの利益を欠くとして、却下の訴訟判決となり、かかる基準の存在すら消されてしまうのである。

取引の安全を害することへの対応としては、一つには、前記のような「事情判決」的解釈を工夫するという道があることについてはすでに前述した。もう一つ、当たり前のことであるが、先行訴訟と後行訴訟とがかぶらないよう、先行訴訟についての審理を促進するという地道な努力も怠つてはなるまい。むしろかような解釈上、運用上の努力を積み重ねていくことにより、弊害を克服していくべきであり、現行の実務を所与の前提として、取引安全の名の下、株主総会決議の効力を争う訴えが果たす適法性確保の機能の芽を摘んではならないと考える。私見に対して、企業法務実務家の立場から、「実務的でない」との意見が寄せられようが、むしろ実務は変わらなければならないのである。

## 六．結びに代えて

以上のところから、前掲最判令和二年九月三日の立場が支持されること、同判決を根拠づけるため訴えの利益の概念把握に関し、適法性維持説が妥当であることが、本稿における結論である。なお、一点、「瑕疵が連鎖する場合における先行訴訟と後行訴訟の併合の要否」については、本稿においても時間・紙幅の都合により、他日の課題とせざるを得ない。鋭意検討していきたい。

### （追記）

1. 本稿は、公益財団法人石井記念証券研究振興財団令和二年度研究助成「相続法改正、民事執行法改正と商事法制への影響」の研究成果の一部である。



2. 本論文集が献呈される故・喜多義人教授には、同教授の生前大変お世話になった。拙い原稿であるが本稿を同教授のご霊前に捧げ、追悼する次第である。

- (1) だからこそ、前掲最判令和二年九月三日は、民集登載とされたのであろう。
- (2) 後藤静思・昭四五最判解説(民)(下) 七二二頁
- (3) 松嶋隆弘・判批・税務事例五二卷一二号七八頁
- (4) 福島洋尚「取締役選任決議の取消しと瑕疵連鎖・訴えの利益」金判一六〇九号一頁、岡田陽介・判批・法セミ七九二号一〇八頁、三浦康平・判批・新判例解説 Watch 商法一三八号一頁、田澤元章・判批・法教四八四号一二九頁、原弘明・判批・金判一六一〇号二頁、越山和広・判批・法教四八五号一六〇頁、小林俊明・判批・法教四八七号六六頁等
- (5) 中島弘雅「役員選任決議の瑕疵を争う訴えの利益について―最(二小)判令和二・九・三金判一六〇九号八頁・一六一〇号四八頁を契機として―」金判一六一六号二頁
- (6) 中島弘雅「株主総会決議訴訟の機能と訴えの利益(一)―(三・完)―民商九九卷四号四三九頁以下・五号五九九頁以下・六号七八五頁以下(一九八九)
- (7) 本判決についての拙稿として、松嶋隆弘「株主総会決議の不存在と瑕疵の連鎖(一)(中小企業法講話第二四回)」税理六三卷七号(令和二年) 九四頁
- (8) 本判決についての拙稿として、松嶋隆弘「株主総会決議の不存在と瑕疵の連鎖(二)(中小企業法講話第二五回)」税理六三卷八号一七四頁、松嶋隆弘・判批・判タ一〇四八号一八〇頁
- (9) 本判決の評釈として、北村雅史・判批・法学教室四六八号二二九頁、續孝史・判批・税務事例五二卷一号七一頁
- (10) 本判決の評釈として、受川環大・判批・リマークス五九号八二頁、吉本健一・判批・金判一五七七号二頁。本判決についての拙稿として、松嶋隆弘・判批・税務事例五二卷八号九二頁。なお、受川環大「株主総会決議の瑕疵の連鎖と決議の瑕疵を

争う訴えの利益―取締役の選・解任決議の事案の検討を中心に―」加藤古稀『民事手続法の発展』（令和二年）一一頁を参照。

- (11) 前掲東京地判平成三〇年九月六日は、「株主総会決議取消しの訴えは形成の訴えであり、株主総会決議を取り消す判決が確定しない限り、当該決議が有効であることを前提とすべきであり、これが取り消されるべきであるとして、後の株主総会決議が存在であるということはできない。前記前提事実によれば、本件先行訴訟は東京高等裁判所に係属中であり、平成二七年総会決議について確定した決議取消判決は存在しないのであるから、本件訴訟において平成二七年総会決議が取り消されることを前提に本件総会決議が存在であるということはできない」と判示する一方、前掲東京高判平成三〇年九月二二日は、「先行する役員選任又は解任決議の取消しを求める訴えに、上記のような瑕疵の継続を主張して後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されている場合であっても、先行の株主総会決議の取消しを求める訴えの認容判決が確定し、当該決議が遡及的に効力を失えば、後行決議が存在しないことになるなど、後行決議の存否を決するために先行決議の効力の有無が先決問題となる関係にあるならば、上記の理は同様に妥当すると解される」と判示し、前掲最判平成二年四月一七日及び前掲最判平成一年三月二五日におけるような瑕疵の連鎖を肯定する。

- (12) 本判決についての拙稿として、松嶋隆弘「計算書類等承認の株主総会決議取消の訴えの効力（中小企業法講話第二三回）」税理六三卷六号一四二頁

- (13) このことから、遡及効により影響を被る第三者を保護するべく、有力説は、不実登記に関する規定（会社法九〇八条二項）や表見代表取締役（会社法三五四条）等の外観法理の規程を類推適用すべきと説いている。

- (14) かような前提の下であれば、前掲東京地判平成三〇年九月六日は、前掲最判令和二年九月三日と矛盾するわけではないこととなる。

- (15) 中島・前掲（前注（5））五頁

- (16) 中島・前掲（前注（5））二頁

- (17) 新堂幸司『新民事訴訟法（第6版）』（令和元年）二八二頁、同「株主総会決議の取消の訴え」上柳克郎Ⅱ鴻常夫Ⅱ竹内昭夫編『会社法演習Ⅱ』（昭和五八年）八八頁

(18) 梅本吉彦『民事訴訟法(第4版)』(平成二十二年)三七九頁

(19) 新堂・前掲書二八三頁

(20) 本条は、裁判所を名指しして、一定の条文についての法解釈のあり方を指示するものであり、異例な条文である。このことと、最高裁が、行政事件における取消訴訟において、「法的に保護された個人の利益」をかなり広く認めるようになってきていること、本条が、かかる最高裁の判例の進展を踏まえ、その結果をほぼ文字どおりに再確認した結果であることについて、藤田『「新版」行政法総論(下)』(令和二年)七五頁及び八四頁をそれぞれ参照。平成一六年行政事件訴訟法への裁判所の態度については、滝井繁男『最高裁判所は変わったか 一裁判官の自己検証』(平成二十二年)一三五頁以下を参照。

(21) 適法性維持説が、訴えの利益は消滅しないものと考えた場合における本案判決につき、先行決議に瑕疵が存在したことを明らかにする宣言的機能を有すると指摘していることも、同様の発想といえよう(中島・前掲(前注(6))(三・完)(民商九九卷六号(昭和六四年)五九〜六二頁)。

(22) 行政事件訴訟法は、例外として、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関しない訴訟類型を客観訴訟として法定している。民衆訴訟及び機関訴訟がこれに属する。行政事件訴訟法四二条参照。

(23) 一連の「一票の格差」問題につき、渋谷秀樹『憲法(第3版)』(平成二十九年)二二二頁以下、福田博(聞き手 山田隆司) 嘉多山宗『福田博オーラルヒストリー「一票の格差」違憲判断の真意』(平成二八年)一一五頁以下、泉徳治『私の最高裁判所論 憲法の求める司法の役割』(平成二五年)二〇七頁〜二二七頁、泉徳治(聞き手 渡辺康行) 山元一 新村とわ『二歩前へ出る司法』(平成二九年)九〇頁〜九七頁及び一七〇頁〜一九二頁、泉徳治『私の最高裁判所論 憲法の求める司法の役割』(平成二五年)二〇七頁〜二二七頁



# 行為を選択したことに責任はあるか？

松 島 雪 江

はじめに

問題の所在と意義、本稿の構成

一 決定の構造

一―(一) 決定論の諸相 目的論的自然観、因果的決定論、機械的自然観

一―(二) 決定論の不穏な帰結

二 両立論―他行為可能性による帰責

二―(一) フランクファートの事例から見る他行為可能性

二―(二) 他行為可能性なき自由意志

三 両立論―行為者性による帰責

三―(一) 行為者性と計画性

行為を選択したことに責任はあるか？（松島）



三―(二) 行為者性と時間的な幅

おわりに

はじめに

通常「法的責任」の語は、構成要件に該当する犯罪行為を行ったことや、不法行為に対する損害賠償に対応する形で現れてくる。また一定の行為に対して法的責任が問われるのは、それが主体によつて自由意志に基づいてなされた行為だから、とされる。つまり法的責任論は、自由意志によつて（他の選択肢を取りえたにもかかわらず）その行為の遂行を選択するよう決定した、ということに裏打ちされている、と一般には考えられている。しかし本当にそうであるか。自由意志に基づいて行為した結果であるから責任が発生するのではなく、どこかに責任を負わせる必要があるからそこに自由意志があったことにしている、とは言えないだろうか。<sup>(1)</sup> そもそも自由意志による選択とは、どのような条件の下での選択を指すのだろうか。そしてその選択の結果を負うことを、どう考えれば良いのだろうか。

本稿は、形式的には自由意志による選択をした結果引き受けることになる責任について考察するものである。<sup>(2)</sup> 対象とするのは犯罪行為に対する責任の問題ではなく、当事者間の任意に任される家族法上の条項、例えば選択的夫婦別氏制などを念頭に置いている。<sup>(3)</sup> 当事者間の合意に基づく約束事を成立させる背後には、その約束を結ぶ当事者が互いに対等であることが前提とされている。しかしこの形式的な主体の対等性やその主体の自由意志は、自分で自由に選択し決断したのだからその結果責任を負え、というアリバイ作りのために利用され、そこで生じる結果の不平等性が

ら目を逸らすことに加担していないだろうか。行為への選択や決断に自由意志はあるか、その自由意志とはどのような形に形成されているのかを概観し、「自由意志による選択」が極めて制限された中でしか成り立たないことを明らかにしたい。

そもそも自由意志なるものが存在するのかわという問題は、哲学上長く議論されているところである。自由意志の存在とは別にこの世界の在りようが所定の方向に進むとする決定論や、どうやっても宿命づけられた運命に導かれるとする運命論などは、基本的に自由意志の存在とは相いれないことになる。自由意志が否定されるとそこに法的責任は生じないことになるので、法は決定論や運命論とは親和性が低い。ただ、自由意志のみで自分の行為を選択可能なのか、その選択は様々な他の可能性の中から選び取られたものなのかを考えると、いささか心もとない。私たちは自分の人生の始期さえ、自分では選択していない。ところが今度は、もし自由意志の存在だけで行為の決定をなしたのではないとすると、一定の行為に際して何がそうするよう決定させているのか、その行為を選択したことへの責任――結果として引き起こされる状態への引き受けをどのように考えることができるのか、という問題に直面することになる。

### 問題の所在と意義

法規範は、all or nothing という全か無かの形式で現わされるので、自由意志があつたかなかったか、ゆえにそこに責任が生じるのか生じないのか、という二項対立の形で定式化される。しかし実際には自由意志の存在を必ずしも前提とできないにもかかわらず、その結果責任を負うことがある。

民法七五〇条は婚姻の際に夫又は妻の氏を称すると規定している。これは形式的に家族の自治を尊重する規定で、

行為を選択したことに責任はあるか？（松島）

どちらかの氏を強制する訳ではないという点において平等の要請には適うことになる。どちらかの姓を強制していないことから、選択可能性・他行為可能性はあり、主体間の自由な意志により選択した行為と言えそうだ。しかし、統計的にはランダムに選択すると、二択の選択率は半分ずつになるはずだが、実際にはほとんどの女性が改姓している。<sup>(4)</sup>これを自由意志による選択とすることができであろうか。なるほど憲法二四条では婚姻は両性の合意のみに基づいて成立し、個人の尊厳と両性の本質的平等を前提としている。しかし必ずしも夫婦は対等とは言えず、諸々の社会規範や当事者間の社会的・経済的關係に左右される。事実上対等でない者の間でなされる契約は実質的平等が実現されにくい、「夫または妻のどちらかの姓を選択する」という法規範によって喚起された事実上の不利益を、法によつて評価し直すことは難しい。

アリストテレスはニコマコス倫理学で「無知と強制があるときは、自由意志は発揮されていない」と考えた。ここに事実上の強制があるとするならば、その結果に対して責任を負う必要はない。つまり、姓の変更に起因する不利益を被る謂れはない。そもそもアリストテレスは随意的行為と不随意的行為とを区別し、責任が生じるのは随意的行為の場合だけと考<sup>(5)</sup>えている。自由意志が發揮されるためには随意的な行為であることが前提とされるが、マイノリティが選択せざるを得ないマジョリティ規範の選択は本当に随意的と言えるのだろうか。

法規範により引き起こされた行為について一定の結果責任を負うことになることを、いわゆる一般的な法的責任 *Verantwortung* と捉えるには無理があるように思われる。しかしその場合、法規範から惹起された不利益を伴う一定の結果責任 *Konsequenzen ziehen* を、因習に基づいているのだから仕方がないと肯定し続けるのは、ある種の欺瞞ではないだろうか。

とりわけ家族法領域において行為主体同士が必ずしも対等でないことは、これまでも多く指摘されている点なので、本稿ではこれ以上踏み入らない。ここで焦点を合わせたのは、行為の決定がどのように行われると理解されているのか、行為決定に対する理解の上に責任を負う（結果を引き受ける）ことがどのように考えられるのか、ということである。立場の不平等性に対して是正を求める声は当然であり、わかりやすいものでもある。しかし形式的に平等なはずの当事者間でさえ、不平等をもたらす決断を自ら行うのはなぜなのだろうか。形式的には平等とされながら、それを阻む要因を、立場や因習からではなく、自由意志による決定という要素それ自体に見ようとするのが、本稿の眼目である。

## 本稿の構成

自由意志をめぐる哲学的見解には、大きく分けて三つのヴァリエーションがある<sup>⑥</sup>。世界は決定論的な法則に支配されているので自由意志とは両立しない（自由意志の存在を認めない）とする硬い決定論（ハード決定論）、同じく決定論と自由意志とは両立しないとしつつも自由意志を擁護する哲学的リバタリアニズム<sup>⑦</sup>、そして決定論と自由意志とは両立可能とする柔らかい決定論（ソフト決定論）である。私たちが日常生活を送る中で、日々決定を繰り返しながら人生を紡いでいるという理解に立つと、自由意志の否定には直感的な違和感がある。自由意志の存在を認めているのは、哲学的リバタリアニズムと柔らかい決定論（両立論）の二つである。自由意志の存在を受け入れるがゆえに決定論を放棄せざるを得ないという哲学的リバタリアニズムが直感的には正しそうだが、この立場に立つと、環境、脳科学、遺伝子学などの生物学的・社会的な要素が決定に影響を与えるという知見を見ないことにしなくてはならなくなる。

社会や環境上の要素を考慮すると、自由意志だけで社会のありようが決定されているという見方を支持することもまた困難になる。まして決定論の立場に立つと、それは自由意志を否定するので、そこに責任を問うことは難しい。そうであるならば、ある程度の決定論を受け入れつつ、自由意志の存在も同時に認める両立論（柔らかな決定論）を取り入れざるを得なくなる。そこでまずは決定論を前提とするのか、自由意志を肯定するのか、そこにおいて因果性がどのような影響を持ってきたのかという論点を見ていく。

そうした議論の後、両立論を成り立たせる要素としての他行為可能性について検討する。決定論と自由意志とを両立可能とするには、少なくとも一定の行為を導く自由意志の「枝分かれ」がなくてはならない。これが他行為可能性（alternative possibility）である。他行為可能性があるからこそ、他ならぬこの行為を選択したものとして責任を負わせることが可能になる。しかし両立論に立ちながら、他行為可能性は必要ではないとする見解もある。これは「事実上選択不可能」な他行為可能性の存在を示すことにもなる。つまり、事実上選択不可能な他行為可能性を選択しえなかった結果に対する責任を追及できるのか、という問題になる。

事実上他行為を選択できなかったという他行為不可能性原理からは、ともかく行為者をその行為の起点として責任を負わせるという考え方が生まれている。行為と結果との間に強い連関があるならば、一定の行為に対して所定の結果が生じるはずなので、そこに結果を引き受ける道徳的責任が生じるという見方である。しかし実際には、道徳上の運 Moral Luck が示す通り、飲酒運転をしながら何事も起こらない場合と、交通事故を起こす場合がありうるように、同じ行為を取りつつ異なる結果が導かれることさえもある。行為者を行為の起点として責任を問うた場合、どのような問題や帰結が考えられるか、最後に検討していく。



## 一 決定の構造

「出来事Xが生じれば、それに続けて必ず出来事Yが生じる」という法則によって世界の事象の推移が全て決定されるとする決定論にも、様々な形態があり得る。木島泰三によると、決定論はまず「人間についての決定論」と「宇宙についての決定論」とに分けられる<sup>(8)</sup>。

「人間についての決定論」は、人間の〇〇はすべて××により決定されているというものである。例えば人間の能力や性格は、全て遺伝により決定されているとする生物学的な遺伝決定論や、意識的な自己は脳の無意識的な過程の操り人形であるという神経科学をはじめ、人間の能力や性格は幼少期の生育環境によって全て決定されているとする環境決定論、人間の行動は全て環境から与えられた「条件付け」によって決定されているとする行動心理学に基づく決定論、人間の意識的な意志はすべて無意識の衝動によって決定されているとするフロイト主義的決定論などが挙げられる。

他方「宇宙についての決定論」（因果的決定論、物理的決定論）は、宇宙の出来事は、数学的に表現される宇宙の全ての状態と、その状態に基づいてそれ以後の状態を定める自然法則（＝物理法則）のみによって決定される、とする。そして人間の心も宇宙の一部分と考えると、「人間についての決定論」としての因果的決定論が成り立ち、この「人間についての因果的決定論」は、人間の行動や思考は全て自然法則によって決定されているということになる<sup>(9)</sup>。

しかし、「人間についての因果的決定論」と、「宇宙についての因果的決定論」を重ね合わせたとき、「宇宙の現在の状態はそれに先立つ状態の結果であり、それ以後の状態の原因である」というラプラスの前提に従えば、宇宙の全

ての出来事の成り行きは、ただ一通りに定まっていることになる。これはある時点において、自然の中で働く力と全ての物体の状態を知っていて、それを分析できる強力な知性があれば、「同一の方程式のもとに宇宙の中の最も大きな物体の運動も、また最も軽い原子の運動をも包摂せしめる」<sup>⑩</sup>ことで、どんな未来の出来事も正確に予見できるという「ラプラスの魔物」に何もかも操られているという不穏な帰結をもたらすことになる。

この帰結がとりわけ法学にとって不都合なのは、そこに自由意志が介在しないからである。つまり因果的決定論によれば、自由な意志で選択したように見えても、実際には選んだ以外の選択肢を選べなかったし、他の選択肢を選ぶという自由など存在しないという自由意志否定論が導き出されることになる。そしてこの自由意志否定論は、責任概念を否定し、無意味なものとしてしまう。カントは超越論的な自由が確立されない限り、因果関係による結びつきと決定論とは二律背反が生じるとしている。<sup>⑪</sup>これは決定論に立つてもなお責任を課すことが可能かという問いで、直感的にそれは両立しえないと考えられるだろう。通常、行為Xをしたことへの責任は、Xをしないという決定ができたにもかかわらずXをなしたことに課せられるのだから、決定論的立場からは、いかなる道德法則も、また道德法則に應じたいかなる帰責も不可能となる。

決定論と自由意志との両立不可能性を前提として、自由意志の存在を否定する見解が、硬い決定論（ハード決定論）hard determinism である。これまで挙げてきた決定論はこの硬い決定論で、決定論と、自由意志や自由意志に基づく責任との両立を否定するとしており、いわゆる非両立論 incompatibilism の立場に立つ。

同じ非両立論の立場でありながら、硬い決定論とは逆の立場をとる非両立論が、哲学的リバタリアニズムの考え方である。哲学的リバタリアニズムとは、物理法則をも乗り越える根源的な自由意志を肯定するという意味での自由至

上主義を取り、決定論が自由意志とは相いれないことを前提としよううえで、自然法則を乗り越える自由意志の存在を認める。つまり、自由意志の下で決定論は存在しないということになる。<sup>(12)</sup>

最後に決定論と自由意志とが両立可能とみる両立論 *compatibilism* <sup>(13)</sup>がある。この見解に立つと、決定論を認めても、自由意志の存在と作用を断念する必要はない。ここでは自由意志概念を、哲学的リバタリアンたちが考えているような、あからさまに因果的決定論と衝突するようなものではなく、因果的決定論に抵触しない「デフレ的」な概念へと伝統的自由概念を切り詰めて理解する。<sup>(14)</sup>例えば自由を外的障害の欠如と考えるホッブズは、人間には自由自在に好きな欲求を生み出す力はなく、どんな欲求を持つようになるのかは自然法則によつて決定されている（＝因果的決定論）とするが、決定論的世界の中でも人間は、ある場合には自分の欲求を達成することができる（し、別の場合には欲求を外的な障害に阻まれてしまう）、と考える。

自分自身の欲求が思い通り達成できる状態が「自由」で、それが阻まれているのが「不自由」なので、こうして定義された自由概念は、決定論的な世界の中でも存続可能だと考えられる。こうした両立論について、法律家や政治家など実務的な場面で人間にかかわる人々は、両立論的自由で満足していると指摘されることがある。<sup>(15)</sup>しかしここでは更に進んで、その両立論的自由意志から帰結される結果責任についても考えなくてはならない。直感的には両立不可能と思われる決定論と自由意志論とを架橋する両立論から導かれる結果責任は、硬い決定論や哲学的リバタリアニズムによる責任概念とは異なる見方を提供することになるはずである。

そもそも決定論と自由意志との関係をどう見るかや、その関係性から導かれる責任追及の態度のうち、どの主張を採用すべきかは今も議論の続くところで、そのうちどれが正しいとここで判断することはできない。しかしオイディ

プス王の<sup>①⑥</sup>ように、所詮何もかも宿命づけられているという見方は採用したくないという直感があり、もし採用してしまふと法的責任は問えないこととなる。したがって法的な責任概念を考えるうえでは、硬い決定論を採用することはできないことになる。採用できない事情がある、とも言える。とすると自由意志が存在することになる、もしくは存在するものと考えなくてはならなくなる。この点から見ると、法学においては事実として自由意志の有無を問題にしているのではなく、社会的要請として求められる自由意志が問題にされている。法学は「自由意志という虚構」構造に依存しているといえるだろう。

自由意志を行為の源とする哲学的リバタリアニズムに対して、自由意志が発生する数ミリ秒前に脳が既に反応しているというリベットの<sup>①⑦</sup>実験や、環境、条件付けなどといった外部要因の影響を示唆する知見を取り入れると、決定論を否定して根源的な自由意志のみを肯定するのも困難である。事実決定論は、様々な形で現在に至るまで継承され続けている。

本稿では、所定の行為と結果との因果関係やそれに伴う責任といった、従来刑法領域で多く扱われていた明確な法的責任ではなく、もつと曖昧な形を取らざるを得ないような決定行為とその結果を負うことについて、俎上に載せようとしている。そもそも一定の選択やそれに基づく行為をしたことがどのような意味を持つのか、その結果を負う、つまり責任があるということをどのように位置づけることができるのか。これらを検討していくために、まずは決定論と自由意志の関係を直感的ではない形で整理する必要がある。

## 一―(一) 決定論の諸相

### 目的論的自然観

プラトン・イデア論の影響を受けたアリストテレスの目的論は、その後の決定論を語るうえで重要な意味を持つ。アリストテレスはプラトンのイデア論を現世化する形で、自然現象全般が「何のために」という「目的」に関連して説明できるとする目的論的自然観を示している。<sup>18</sup>それは目的因、形相因、作用因、質量因からなる四原因説に基づくもので、自然物についてもその「目的」を明らかにせねば、説明は完結しないと考える。そして自然運動もまた、常に「どこへ」「何を目指して」という終わり、つまり目的を問うことができるとする。目的という終着点を問うアリストテレスの自然観は、因果的決定論にも影響を与えることになる。

### 因果的決定論

ストア派は宇宙の目的論的構造を、宇宙に浸透する理性的な魂、すなわち神に由来すると考えた。「神」は人間の行為を、人間の理性が導くのと同一ように、宇宙を目的論的に導くとして、因果的決定論を支持している。そこでは理性的存在者としての神と人間が「宇宙の目的」であり、他の事物はその「手段」となる。目的⇌手段関係を神と人間へと一元的に徹底させることで、宇宙秩序の道具的な最善性・最適性を突き詰めれば、過去から未来へ続く出来事の連鎖の在り方はただ一通りでしかありえないという、宇宙の因果的秩序に基づく因果的決定論に繋がることになる。これは、あたかも世界が「巧妙に設計された機械仕掛け」という理解である。因果的決定論は、未来は過去に似るという自然の斉一性、どんな出来事にも原因があるという因果律、行為者を最初の原因とする因果関係はあり得ないとする行為者因果の不可能性を前提とすることになる。<sup>19</sup>

行為を選択したことに責任はあるか？（松島）



因果的決定論からは自由意志が否定されるはずなのに、人々は自由意志があると誤解している点につき、スピノザは有益な示唆を与えてくれる。スピノザは自然現象を「何のために」という目的として説明しようとする目的論的自然観を先入観として否定した形で、因果的決定論を取る。木島はスピノザから着想を得て、自由意志に関して次のように提示している。<sup>(20)</sup>

- ① 人々は、自らが自由であるという意見を抱いている。人間も自然物の一つであり、人間の意志にも欲求にもそれを形成した原因がある。（つまり人間の意志に対して決定論が適用される。）しかし人々は自分の意志という「結果」しか意識できず、自分をそこへ決定した「原因」については無知であるがゆえに、自分の意志は何の原因もなしに、つまり自分が自分の力だけで決めたと思ひ込む。決定論的な世界の中で、「自由意志」という錯覚が生み出される。
- ② 人々が万事をなすのは目的のため、つまり自分が欲している利益のためであるという帰結をもたらす。人々は自己利益追求という普遍的な「目的」を抱き、その目的を目指して行動している。人々はお互いの行為について自分が直接に意識している「何のために」という目的を知りたがり、またそれを告げ合うが、その目的としての欲求を形成した原因に関しては意識することがないので、それを聞けば満足し、さらには他人の内心も同じような仕方では推察するようになる。

そして「目的」を問いかけ合い、その答えを聞いて満足するという習慣を身に着けた人々が、この思考法を拡張させた結果、目的と手段というカテゴリーで自然を理解するという迷信が根付いていくと考える。ここで人間による目的の設定は自由意志に由来するという錯覚が前提とされているので、自由意志という錯覚と目的論的自然観とが共犯関係にあることになる。「自由意志と目的論的自然観という先入観、それが生み出した超越論的人格神という迷信、

その迷信を支える難解な神学体系、それらは相互に支え合つて巨大な「構築物」をなし、「殆どの学問は、目的―手段關係に基づいて組織されているので、この構築物を支え続ける役割しか持たない」<sup>(21)</sup>ことになるという指摘は、現在私たちが法的責任を問う構造への批判にもなる。

### 機械的自然観

近代以降、全ての自然現象は、物体の衝突規則のような、単純で厳密な数理的に定式化できる法則に従うものとして理解できるとする機械論的自然観が生じ、それまでの目的論的自然観に批判が加えられた。デカルトも機械論的自然観を採用し、人間の身体をも一種の精巧な機械として説明している。しかし、意志を持ち、自らの目的を目指してふるまう人間の心に関しては、機械論の適用を除外する。またホッブズは、機械論的自然観から人間に関する因果的決定論を引き出すのではなく、人間の心だけに別格の扱いを与え、哲学的リバタリアニズムにも似た自由意志を確保している。

### 一―(二) 決定論の不穏な帰結

初期ストア派は、「この宇宙が一つであり、あらゆるものは相互に結び付き、生じたものからはすべて何か別のものが結果し、結果したものは先の物を原因としてそれに必然的に結びつく」として原因の無限後退という宿命を前提としていた。<sup>(22)</sup>そこでは自由意志による責任は発生しない。しかしストア派のクリシッポスは、たとえ宿命があつたとしても、それだけが全てではないとして、決定論の不穏な帰結に対していわば両立論を提示している。<sup>(23)</sup>

クリシッポスは「宿命が必然の力をもたらすことで、万事は宿命によつて起こる」という決定論と、「心の自発

的な動きはいかなる宿命にもよらない」という自由意志論の間で、仲裁者の役割を果たした。クリュシッポスは、何ものも先行する原因なしには生じないが、同時に必然性を否認する。そこで彼は円筒とコマの例を挙げている。円筒とコマ（円錐）は押して弾みを付けなければ動き始められない（「先行する原因がある」）が、動き始めるとそれぞれ異なる軌跡を描く。いったん動き始めたら、それ自身の本性によってそれぞれの軌跡を描く（「自由意志が存在する」）ので、それは我々の権能の内にある、とする。<sup>(24)</sup>ただ、「必然的であることは強制によるということではなく、そのような自然本性のものが、それ以外の状況に取り囲まれることが不可能であるような状況に取り囲まれたときに、それ以外の仕方でも動くことが不可能であるということによる」<sup>(25)</sup>として、他行為可能性を示唆しつつ、有害な自然物や無益な自然物であっても、最善の秩序をもたらすためのやむを得ない副産物・必要悪であるとして、各人の「分の中で生きる」ことに徳性を見出していることは注意すべきだろう。ここからは当然、既存の制度を批判的に眺める視点は出てこない。

こうした自由と決定論とを両立可能性とした際に立ち現れてくる自由のデフレーション的概念に対し、自由とは必然性を指すとしか理解されないのだから、最高存在への束縛こそが真の意味の自由であり、自由を本来の意味とは正反対に定義しなおすことで、両立論は自由と決定論の一致を強弁している、という批判もある。<sup>(26)</sup>しかし必然や運命への隷属を「自由」と呼び代えることで、字面の上でだけ決定論と自由を両立させようという「苦し紛れの言い逃れ」とする指摘は、「自由意志に見せかけた隷属的決断」について、その帰責性を問うのに重要な要素でもある。

ところで、宿命や運命に関しては、全てが運命で決定づけられるとする普遍論の他に、限定的な運命論を説くものもある。この世で生じる出来事のうち、運命として定められているのは一部分であり、因果の「枝分かれ」を自力で

作り出せるとする考え方である。この「枝分かれ」、つまり選択の余地があるかどうかの問題である。これが他行為可能性である。

## 二 両立論―他行為可能性による帰責

従来、両立論・非両立論のどちらの立場に立っても、自由の意味の核心は「他行為可能性 *alternative possibility*」にあると考えられてきた。つまり、「そうしなくてもいられた」にもかかわらず「その行為を選択した」ことに自由意志が存在し、自由意志に基づく選択に関連して責任が生じるというものである。

しかしストローソンは、他人の行為を道徳的に評価したり、その責任を追及することは、人が怒りという制御できない感情を持つのと同様に人間社会の根源的なあり方であり、相互の道徳的評価・帰責という実践は、我々の社会を今あるようなものとして成立させる枠組みなのだから、その枠組みは理論的改定や決断によって変更できるようなものではないとして、決定論を認めるかどうかという問題と自由の問題を切り離した両立論を展開した。<sup>(27)</sup>

他方フランクファートは、道徳的実践は他行為可能性を前提にしない、とする論文「選択可能性と道徳的責任」<sup>(28)</sup>を展開した。これは他行為可能性があつたとしても、本人がある行為を望みその通りになった場合、その行為に対する道徳的責任は免除されず、むしろ、「本人がなした行為」という「行為者性」にこそ自由の核心がある、とするものである。ここでは両立論をフランクファートの立場から考察していく。

## 二―(一) フランクファートの事例から見る他行為可能性

一般に他行為可能性原理では、ある人格について、その人が自分の為したこととして道徳的責任があるのは、その人が別のこともなしえた場合のみとされる。しかしフランクファートは、選択可能性原理を自由の核心に置くのは誤りと考え、たとえ別のことをなしえなかった（他行為不可能性）としても、人格は自らの為したことに關して道徳的責任を問われうる、とした。

同一の事情によりある人格の行為が引き起こされ、かつその行為が不可避になる状況を考えてみる。例えば、ある人格が何かをするように強制されている状況、催眠術の暗示によつて行為を強いられている状況、何らかの内的衝動に駆り立てられて行動している状況などがあり得るだろう。暗黙裡に脳内に電極が埋め込まれているかもしれない。これらの状況では、その人格が別のことをさせないようにする他からの要因や事情がある。しかし、このような状況でありながら、その要因や事情が本人の行為を強いているわけではないこともある、というのがフランクファートの提起した事例である。<sup>(29)</sup>

PはSから、行為Aを行わねば非常に厳しい懲罰を与える、と脅迫され（もしくは催眠術を掛けられた、薬を投与された、脳と神経のプログラムを操作された、など）、PはAを行った。PはAに対して責任を負うか？

これについて考えられる態度は大きく分けて二つある。<sup>(30)</sup>

- ① PはSの脅しに屈して行為Aを行った。



この場合、PにAの責任を負わせることはできない。

② Pは厳しい懲罰を避けようという分別のある人間ではなく（催眠術や薬、脳への介入が効果を持たず）、もともと行為Aを行おうと決心しており、脅迫がなくても行為Aを行った場合。

この場合、脅迫はいかなる効力も持っていないし、脅迫があつたから責任が免除されるわけではなく、必ず行為Aを行おうとするPから他行為を奪つてはいない。

②のケースにおいて、Aは脅迫のことを考慮せずその行為を遂行したのだから、脅迫があつても自らの行為に関する道徳的責任は軽くならないはずである。ここでは介入があろうとなかろうと、PはA以外の選択肢を持つておらず、Pの道徳的責任は、背後に邪悪な意図が潜んでいたという事実からは影響を受けないことになる。ここから導かれるのは、別のことがなしえなかったということだけが理由でそうしたのでなければ、道徳的責任はあり（ケース②）、別のことをなしえなかったということだけが理由でそうしたのであれば、道徳的責任はない（ケース①）、ということになる。

現実には、本人が何かをするよう動かしたり導いたりしていないのに、そうする以外の選択肢は残されず、本人がその事情の下で行為することも考えられるという一例である。フランクファートは何事かをなした人格にとり、別のことはなしえなかったという事実が、道徳的責任の問題と必ずしも関係があるとは言えないので、強制と道徳的責任は互いに相いれず、強制されると自由も道徳的責任も奪われる（つまり選択不可能性により、道徳的責任は強制の前にあつて免除される）、という考えは誤りであるとする。

## 二―(二) 他行為可能性なき自由意志

他行為可能性ではなく、行為者に道徳的責任を見るフランクファートの議論を続けて見ていこう。フランクファートは「意志の自由と人格」という概念の中で、道徳的責任を問えるほど十分な行為者性を持ったものとして「人格性」を考えている。<sup>(31)</sup>人間は、自分が持っている選好や目的に関して、実際とは異なる状態にあることを欲することができる。この反省的な自己評価の能力は、人間以外の動物にはないとして、あることを欲することについて、欲求を階層に分けて考察している。

例えば、「食べ放題のお店で思う存分食べたい」という欲求と、「太りたくないので食欲を抑制したい」という欲求とを挙げることができる。「思う存分食べたい」というのは行為に対する欲求で、これを一階の欲求とフランクファートは呼ぶ。行為に対する欲求は人間以外の動物でも持ちうる欲求である。他方、「食べたくはあるけれど、太りたくないで食欲を抑制したい」というのは、自分自身の欲求の在り方に対する欲求となり、これは二階の欲求と呼ばれる。二階の欲求は人間だけが持つ欲求とされる。行為に対する欲求、つまり一階の欲求は、したいことをする自由であり、自由に行為することだが、それは自由意志によって行為することとは異なる。生じた欲求に従って行為する（自由に行為する）のではなく、自分が欲する意志を持った欲求に従って行為する（自由意志に従って行為する）からこそ、それは自由意志によって行為したこととなり、「これは私のなした行為だ」と言えることになる、という。人格であることにとって本質的なのは、二階の欲求だけでなく二階の意志を持つことにある。自由意志を享受しているということは、何らかの二階（ないしはそれより高階の）欲求が充足されていることを意味し、自由意志を享受していないということは、欲求が充足されないことを意味する。ある人格の意志は、自分が欲している意志を持つ自由があるかど

うかという二階の欲求を持ちうるかの問題であり、他行為可能性の有無にかかわるものではない、というフランクファートの見解は、かように導き出される。もちろん「そうするしかない」のであれば「自由にそうした」とは言えない（他行為可能性なき自由はない）、という批判も依然残るが、その点を更に考察するためにも、二階の意志を持つ行為者をより厳密に検討する必要がある。

### 三 両立論——行為者性による帰責

#### 三―(一) 行為者性と計画性

フランクファートの行為者性概念については、ブラットマンの考察が更なる示唆を与えてくれる。ブラットマンは行為者性に関して、「行為者性はその行為が私の欲求と私の信念によって因果的に引き起こされたものだという点に存しており、私以外の外からの力ではなく、まさに私の欲求と信念が原因となってその行為が生じたがゆえに、それは私のなした行為といえる」と捉えるのでは十分ではないとして、「時間的な幅を持った行為者性」を提示している。<sup>(32)</sup>ブラットマンの行為者性を考えるにあたって重要になるのが計画性の概念である。<sup>(33)</sup>

ブラットマンによると計画とは、行動に影響を与えるのみならず、行動を制御するものであり、行為者性の中心を支えるものになる。「論文の締め切りが迫っていて今すぐにでも取り掛かりたい。しかし授業の準備もある。授業準備はしなくてもそこそこの授業はできるだろうから、論文だけに専念したいところだが、計画を立て、今日は午前中に授業の準備をして、午後から論文にとりかかるところにしよう」というのが計画であり、行為を決定する源になる。

行為を選択したことに責任はあるか？（松島）

通常、計画は、ひとまずは立てた計画を再検討かつ放棄しないという合理的圧力のもとに安定性があり、目的・手段に関する合理性と整合性が求められていると考えられる。

いくつかの選択肢が与えられた時に、考慮に基づいた決定と考慮に基づかない計画とがある。計画を組み立てる局面において、通常は様々な選択肢をめぐり考慮に基づいて決定を行うが、考慮に基づかない計画とは、それらの選択肢がそれまでに立てていた計画の構造に制約されている、ということを示している。

- ① 計画を組み立てる局面で、ある要素を優先させながら考慮に基づいてなされた決定が合理的だった。
- ② これまでのところ、その計画の途中までは首尾よく実行できている。
- ③ その計画は整合性と一貫性の要請を満たし、様々な仕方で安定している。
- ④ その安定は理になつたものである。
- ⑤ 現状に再検討を促すような問題や「もつれ」がない。

これらの条件を満たしたときに、計画は考慮に基づかず実行に移されるという。つまり、選択肢はそもそも因果論的に制約されて狭められている、ということでもある。

因果論的に考えると、その行動が「理になつている」というのは、少なくとも一つの常識的な評価形式に基づいて、合理性に関して深刻な形で非難されることのないように行為しているときを指す。そして私の計画は、考慮に基づいた一連の合理的決定によって生み出されたものであり、今現在、私の計画は整合的で一貫性があり、また理になつた仕方で安定している。その安定性ゆえに、さらに再検討することなくその計画を実行している、ということになり、「理にかなう」因果を断ち切つて考慮に基づく決定をなすことが、そもそも極めて困難な循環をなしている。

だが、その安定性が一方の人物にとつては理にかなうものの、もう一方の人物にとつては理にかなっていないという状態も確実に存在する。<sup>(34)</sup>「考慮に基づかない計画」を遂行することにさえ無自覚であることへの再考が迫られるだろう。

### 三―(二) 行為者性と時間的な幅

主体的な「行為者性」と「考慮に基づかない計画」との関係を考えるにあたり、ブラットマンは「時間的な幅を持った行為者性」という見方を示している。私たちが単に自らの欲求や成功によつて動かされるだけの存在ではないことには、多くの同意を得られるだろう。ブラットマンはフランクファートの一階・二階の欲求を、さらに一階の欲求を肯定・否定する高階の態度を持つ能力Ⅱ弱い反省能力と、一階の欲求に対して、私がどのような立場をとるか決定する能力Ⅱ強い反省能力とに分類する。「考慮に基づかない計画」に関して、反省的でない人が計画的に行為することや、自分の動機付けについて反省的であるにもかかわらず、計画を立てることがなく、それ故に自らの行為者性を認識できない人もいることを考慮するために、自らの行為者性を、時間的な幅を持ったものとして捉えることにより理解していこうとしている。

通常私たちは、ある時点における自分の行為について、過去に行為しており、そして将来においても行為する行為者と同一人の行為として捉えている。この過去から将来へと続く同一性が、時間的な幅を持った行為者性ということである。未来との心理的なつながりの有無は、ある程度まで行為者の活動の（ときには意図された）産物でもある。つまり行為者は、その瞬間にだけ存在するようなものではなく、時間的な幅を持っている。行為者がある欲求を支持す



るといふのは、長期にわたる行為者の活動に特有なつながりを構成し、支えることを通じて、時間を通したその人の行為者性をまとめ上げるのを容易なものとしている何らかの態度によって、その欲求が支持される、ということである。時間的な幅というものは、過去の上にしか現在や将来が形成されないという、過去の因果的制約でもある。

ブラットマンは強い反省能力をより高階の方針として、自己統制の方針と呼んでいる。しかし人は、自分のものとは思えないような自己統制の方針を持つてしまうこともあり得ることも示唆する。特に権威は高階の態度に訴えるので、権威の問題に応答するため、単に更なる高階の態度に訴えるのでは、無限後退に陥ることになる。無限後退を食い止めるため、ブラットマンは自己統制の方針に対する満足的重要性を説く。ある自己統制の方針と、他の自己統制の方針との間に葛藤が存在することもあり得るが、人が自分の自己統制の方針に満足できるのは、その方針が、その人の持つ他の自己統制の方針による異議申し立てを受けていないときだと考える。

さらに、欲求と行為との間が必ずしも連動しないことがあると指摘する。人がある欲求に動機づけられているとき、普通はその欲求が行為を正当化する目的を示すと考えられるが、

① 行為者がある欲求に動機づけられているが、本人がそれに気づいていない場合

② 行為者がその欲求に動機づけられているのは、その欲求を取り除きたいがゆえの場合

には、欲求と行為とがばらばらに生じることもあると考えられる。行為者がある欲求を支持するとは、行為者がその欲求の然るべき働きを支持する自己統制の方針を持つことであり、単にその欲求が動機として働くこととは異なるという。

選択可能性ではなく行為者性に責任を帰属させる考え方は、一見より厳しい責任能力を求めるものと考えられるか

もしれない。しかしフランクファートやブラットマンが考える行為性は、自分がしたいことをする欲求に基づくのではなく、自分が欲する意志を持った欲求（二階以上の欲求）に従い、反省的に行為することを指しており、それは極めて随意的な行為となる。他方、この随意的な二階の欲求を遂行するにあたり計画概念が提示されるが、この計画には時間的な幅という因果的制約が課せられている。行為者性の対象となる欲求が限定されること、その欲求をなすにあつての選択には因果性があることを加味すると、必ずしも行為者性が求める責任の余地は大きいものとはならない。この議論が射程に入れるのは、あくまでもそうした限定的意味における自由意志に基づいた行為に対して、結果を引き受ける責任に過ぎないからである。

## おわりに

明確な意志の下で反省的に決定をなす場合と異なり、形式的に平等なはずの当事者間でさえ、不平等をもたらす決断がなぜ行われるかについて、ひとまずの答えが出ただろう。行為者性における時間の幅を考えると、決断を下すにあたつても現状肯定バイアスに繋がる因果的制約に縛られている。ゆえに不平等をもたらすような決定が繰り返され、それが、因果的制約をさらに強化する。反省的にその制約から逃れるために必要なのは個人の意志ではなく、そのような決定を迫らざるを得ない法規範の改変でしかない。従つて、そのような行為をなした結果に対する責任は、個人に帰せられるのではなく、法規範の構造的差別に見るべきである。

硬い決定論、哲学的リバタリアニズム、柔軟かい決定論を辿りながら、自由意志がどのように扱われてきたかを概

観した。現代の科学的知見の中にも事物の決定論的要素は様々に見られるが、責任概念を論じるには自由意志の存在が不可欠なので、柔軟い決定論を選択せざるを得なくなる。柔軟い決定論が事実だからそれを選択するのではなく、柔軟い決定論でないと不都合だから、それを選択していることになる。硬い決定論を採用しないとすると、両立論も哲学的リバタリアニズムも、いくばくかの自由意志が必要になる。自由意志を発揮するためには、行為選択の際に枝分かれが生じていることが所与になるが、この枝分かれを構成する他行為可能性がなくても責任を取れるという見解は、他行為可能性があるにもかかわらず事実上それが機能しにくいということとパラレルでもある。なぜならば、他行為可能性ではなく行為者性に責任の源を求めても、その行為者性には時間的な幅という因果論的制約があり、その枝分かれを霞ませているからだ。行為者性の議論からは、自己統制的方針によって行為が正当化され満足がもたらされると考えられているが、その自己統制的方針さえも時間の幅という因果的制約から逃れることはできない。因果論的制約の下でなされた決定が、自己統制的方針によって確認されるという循環を取るに過ぎない。自由意志の存在を尊重しようとして両立論による責任を追及していこうとすると、逆説的にきわめて決定論と近似してくる。

法規範により引き起こされた行為について一定の結果責任を負うことを、自由意志の名において正当化するにせよ、因習の名において肯定するにせよ、それは一定の結果責任を負わせざるを得ないからどこかに責任を負わせる、という虚構の構造に変わりはない。自分の自由意志で行った行為に対しては自己責任論が問われるが、そもそも責任から逃れられない構造が前提にある。なぜ規範は中立的なのに偏った決定を行うのか、そしてなぜ決定されたことの結果に責任を負うことになるのかの問題は、規範そのものに内在化された構造的差別の問題ともいえるのではないだろうか。

(1) 「自由だから責任が発生するのではない。逆に我々は責任者を見つけなければならないから、つまり事件のけじめをつける必要があるから行為者を自由だと社会が宣言するのである。自由は責任のための必要条件ではなく逆に、因果論で責任概念を定立する結果、論理的に要請される社会的虚構に他ならない。」小坂井敏晶『責任という虚構』ちくま学芸文庫、二〇二〇年、二四五頁。

(2) 日本語での「責任」概念は、様々な要素を含んでいる。例えばドイツ語では、拘束の意味合いのあるHaft、罪悪感の意味合いを持つSchuld、応答することに対応するVerantwortungなどの語は全て「責任」とされる。Konsequenzen ziehenは「責任を負う」となるが、これは「結果を引き受ける」ことから発生する責任の概念であり、本稿で検討するのはKonsequenzen ziehenの意味での責任である。

(3) ここでは一例として選択的夫婦別姓を挙げたが、それに留まるものではない。社会のマイノリティがマジョリティ規範に従わざるを得ないこと、その結果責任を自由意志による決断に求めることの欺瞞性に着目するものである。

(4) 平成二八年度の厚生労働省人口動態統計によると、平成二七年時点で全体の九六・〇%が婚姻後に夫の氏を選択している。因みにこの割合は初婚同士だと九七・一%、再婚同士だと九一・〇%になる。

(5) アリストテレス『ニコマコス倫理学』岩波文庫、一九七一年、三卷第一章。

(6) 決定論と自由意志については、以下に詳しい。丹治信春監修『自由と行為の哲学』、春秋社、二〇一〇年、特に五頁以下の野矢茂樹による序文。木島泰三『自由意志の向こう側』講談社選書メチエ、二〇二〇年。

(7) 決定論の文脈では「リバタリアニズム」としてのみ表記されるが、社会科学の文脈では政治的リバタリアニズムと区別する必要があるため、本稿では哲学的リバタリアニズムとしている。

(8) 木島前掲書は、決定論をめぐる哲学史について明確に整理をしている。本稿の決定論への見方は木島の分類に負うところが大きい。

(9) 木島前掲書八頁以下。

(10) ピエール・シモン・ラプラス『確率の哲学的思考』岩波文庫、一九九七年。

行為を選択したことに責任はあるか？ (松島)

- (11) カント『実践理性批判1』中山元訳、光文社古典新訳文庫、二〇一三年、序文。
- (12) Robert Kane, *The Significance of Free Will*, Oxford University Press, 1998. Peter van Inwagen, *The Incompatibility of Free Will and Determinism*, Philosophical Studies 27, 1975. 邦訳「自由意志と決定論の両立不可能性」『自由と行為の哲学』。
- (13) 両立論は、硬い決定論(ハード決定論)に対して、柔らかい決定論、ソフト決定論 soft determinism とも呼ばれる。
- (14) 両立論における自由を「デフレ的」とするのは、木島に倣った。
- (15) ダニエル・C・デネット「人であることと自由意志」スキナー、デネット、リベット『自由意志』岩波書店、二〇二〇年。
- (16) 運命にあらがおうとしてもそうできない運命が存在し、人の将来を決めるといふオイディプス王の例は、厳密には決定論ではなく運命論になる。因果的決定論は目的論の要素を持たないが、運命論は運命という最終地点を目指すので、目的論の一種となる。
- (17) 自由意志、脳の活動、行為の相互連関とその発生時間について、ベンジャミン・リベットが行った脳科学実験。自由意志が行為の出発点であるとするならば、自由意志↓自由意志によって喚起された脳の活動↓行為となるはずだが、実験の結果、脳の活動↓自由意志↓行為となり、自由意志によって意識的な決定を行う前に、既に脳に無意識的な準備電位が表れていることを示した。
- (18) アリストテレス『形而上学』岩波書店、二〇一五年。千葉恵「アリストテレスの目的論的自然観Ⅰ」北海道大学文学部紀要四二巻二号、一九九四年一月。
- (19) 伊佐敷隆弘「因果と決定論」宮崎大学教育文化学部紀要、人文科学第二二号、二〇〇九年、一頁。
- (20) 木島前掲書、二六～三二頁。
- (21) スピノザ『エチカ』岩波文庫、一九五一年。
- (22) 『初期ストア派断片集3』京都大学出版会、二〇〇二年、二五〇頁以下。
- (23) 宿命論に対して「無為の議論」を展開し、その欠陥を暴いている。無為の議論とは、「病氣から回復することが君に宿命づけられているなら、医者と呼ばれるでも呼ばなくても回復するだろう。だが回復しないことが君に宿命づけられているなら、医



者を呼んでも呼ばなくても回復しないだろう。しかるに、回復することが君に宿命づけられているか、回復しないことが宿命づけられているかのいずれかである。それゆえ、君が医者を呼んでも無駄である。」この詭弁性は、「子供を持つことが宿命づけられているなら婦人と交わっても交わらなくても子供を持つので、婦人と交わっても無駄である」と言い換えられる。

(24) 『初期ストア派断片集3』二七八頁。

(25) 前掲書二八二頁。

(26) ウィリアム・ジェームズによるこの批判に対して、ジェームズは両立論を誤って捉えているとの反論もある。

(27) P. F. Strawson, *Freedom and Resentment*, in *Freedom and Resentment and Other Essays*, Routledge, 2008. 邦訳「自由と怒り」『自由と行為の哲学』。

(28) Harry G. Frankfurt, *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, in *The Importance of What We Care About; Philosophical Essays*, Cambridge University Press, 1988. 邦訳「選択可能性と道徳的責任」『自由と行為の哲学』。ここでは alternative possibility が他行為可能性ではなく、選択可能性と訳出されている。

(29) フランクファート、八二頁以下。

(30) フランクファートはこの事例への態度として二つの例を出す。ここでは②のうちに二つの態度をまとめている。

(31) Harry G. Frankfurt, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, in *The Importance of What We Care About; Philosophical Essays*, Cambridge University Press, 1988. 邦訳「意志の自由と人格という概念」『自由と行為の哲学』。

(32) Michael E. Bratman, *Reflection, Planning and Temporally Extended Agency*, in *Structures of Agency*, Oxford University Press, 2007. 邦訳「反省・計画・時間的な幅を持った行為者性」『自由と行為の哲学』。

(33) Michael E. Bratman, *Taking Rights Seriously*, Millgram ed., in *Varieties of Practical Reasoning*, MIT Press, 2001. 邦訳「計画を重視する」『自由と行為の哲学』。

(34) 一定の行為が偶然理になつた結果をもたらすか否かの問題は、道徳的な運 Moral Luck の問題でもある。道徳的運について、Bernard Williams, *Moral Luck*, in *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge University Press, 1981.

行為を選択したことに責任はあるか？ (松島)

Thomas Nagel, *Moral Luck*, in *Moral Questions*, Cambridge University Press, 1979. 古田徹也「現代の英米圏の倫理学における運の問題」社会と倫理三二号、二〇一七年。

# ボールドウィン保守主義の政治思想的側面と貢献

——ニュー・コンサーヴァティズムを手がかりに——

渡 邊 容 一 郎

## 一．序 説

二．ジョン・ラムスデン「ボールドウィン保守主義」論再考

三．スタンリー・ボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズム

## 四．結 語

## 一．序 説

現在（二〇二〇年代）ならびに戦間期（一九二〇年代）には三つの共通点が見出せる。一つ目は、覇権国（hegemon）の相対的衰退に伴う転換期ないし過渡期にあること。二つ目は、イデオロギーの左右を問わず様々な極端主義・権威主義が抬頭してきた点である。それゆえ、戦間期の政治史を考察することは、今日の政治課題解決の糸口になると言

えよう。

そこで本稿は、戦間期イギリスを代表する保守党政治家スタンリー・ボールドウィン (Stanley Baldwin) の保守主義<sup>①</sup>に注目し、とりわけ野党党首時代 (一九二四年) の「知られざる」政治思想的側面を考察の対象とする。そうすることによって、三つ目の共通点・「社会の分断化」を克服する手がかりも得られると思うからである。

しかしながら、イギリス保守党史・保守主義史研究において、ボールドウィンの保守主義が関心の的となることはほとんどなかったと言つてよい。その理由として、サッチャー (Margaret Thatcher) 以外の歴代党首同様、ボールドウィンその人にイデオロギー的要素を——表面上は——見出すのが難しかった点を指摘することができよう。これについて、戦間期イギリス保守党史研究の泰斗ラムスデン (John Ramsden) も次のように主張している。「保守主義思想 (Conservative thought) に対するボールドウィンの貢献は、政策でも哲学の強調でもなかった。(中略) 保守主義の思想に対するボールドウィンの貢献は、抽象的な理論とか具体的な政策に関してというより、態度 (attitudes) や反応 (responses) に関するものであつた」<sup>②</sup>。

確かにボールドウィン党首時代 (一九二三～一九三七年) 全体を俯瞰すれば、ほぼラムスデンの主張どおりで異論はない。しかしながら、イギリス憲政史上初の労働党政権・第一次マクドナルド (James Ramsay MacDonald) 内閣 [一九二四年二月二二日～二月二三日] 期の野党党首時代に関しても、ラムスデンの主張はそのまま当てはまるのであろうか。

かような問題意識に基づき、本稿では最新の先行研究成果も踏まえたうえで、ボールドウィン保守主義に対するラムスデンの所論を再検討していく。そして、野党党首ボールドウィンが一九二四年に展開した「ニュー・コンサー

ヴァティズム」(New Conservatism)<sup>(3)</sup>と呼ばれる一連の政治的諸言説(但し今回は代表的な演説のみ)を分析し、その政治思想的側面に加え、ボールドウィンが戦間期初頭のイギリス保守主義思想にどのような点で貢献したのかについても説明することにした。

## 二・ジョン・ラムスデン「ボールドウィン保守主義」論再考

### (一) ボールドウィン保守主義をめぐるラムスデンの所論について

上述したラムスデンは、ボールドウィン保守主義を分析する際のポイントになるとして、保守党政治家ボールドウィンに見られる「傾向」を以下のとおり五つ指摘している。<sup>(4)</sup>

- ① 「自ら意識して普通の人のように振舞うこと」(self-consciously ordinary)
- ② 「道徳的であること」(moral)
- ③ 「非挑発的であること」(unprovocative)
- ④ 「イングリンド的であること」(English)
- ⑤ 「専門的であること」(professional)

そこでこれら五つの傾向ないし特徴を手がかりに、ボールドウィン保守主義に関するラムスデンの見解を先ず整理



しておこう。

① 「自ら意識して普通の人のように振舞うこと」

ラムスデンによると、これは「リーダーであることを強調するのではなく、国民から尊敬されるよう努力する」態度のことである。ボールドウィンは、国民と一体化しようと努めてきたし、自分の権威の源を国民の支持に結びつけるタイプの政治家だった。加えてボールドウィンには、民主主義の育成も（一九二四年当時の）保守党にとって大きな意味をもつと考えていたふしがある。とはいえ、ボールドウィンが「平等」というイデオロギーに言及したことは一切なかったとされている。<sup>⑤</sup>

② 「道徳的であること」

権利以上に義務を強く主張したボールドウィンにとって、道徳的側面はとりわけ重要な意味をもっている。ラムスデンも「人道的社会政策の必要性という点で、ボールドウィンが道徳的目標を示した」ことに注目している。本稿では、保守主義思想に対するボールドウィンの貢献は彼の示した道徳観にも関連づけられると考えるが、その詳細については次章で言及することにした<sup>⑥</sup>。そして、この道徳性に基づいて生じる態度が、③の「非挑発的であること」になるとされる<sup>⑥</sup>。

### ③ 「非挑発的であること」

ボールドウィンをチャーチル (Winston Churchill) など他の保守党指導者たちと区別するのが、非挑発性という傾向である。ボールドウィンは、全体的に調停 (conciliation) や宥和 (appeasement) の効果を信じていたので、必然的に対決 (confrontation) よりも妥協 (compromise) を志向する保守主義 (思想および戦略) となりやすい。

ラムスデンによれば、その具体例として以下の事実が指摘できるとされる。即ち、旧・自由党支持者や浮動票層にもアピールして保守党支持基盤を拡大しようと試みたこと。そのためにも、党内外から穏健かつ改革志向の党として認識される必要性を理解していたこと。世界恐慌以後の挙国内閣 (一種の大連立) にも適応できたこと。当時の対労働組合問題にもこの態度を適用した結果、逆に党内の反対派から ‘semi-socialist’ と呼ばれることもあったこと。そして、これまで保守党を分裂させてきた厄介な争点を回避することによって、総選挙 (一九二四年) にも勝利できたこと。<sup>⑦</sup>

### ④ 「イングランド的であること」

これは、③の非挑発性に由来する特徴とされる。周知のようにボールドウィンは、保守党を「特定の有産階級」利益代表の党としてではなく、「国民」的利益を代表する党として描き出すことに成功した。ボールドウィンが保守党を ‘ナショナル’ な党としてアピールした結果、逆に、政敵・労働党を「一部の狭い階級」利益に固執する ‘セクショナル’ な党として攻撃する口実まで保守党側にもたらされたと言つても過言ではない。

この点についてラムスデンは、「イングランドの歴史は譲歩の原理を正当化するところに特徴があり、そうした国

民的特徴を共有するのが保守主義の特徴だと言っているかのようだ」と説明している。<sup>(8)</sup> また、ボールドウィンが党首（首相）として行った演説などその政治的諸言説においても、この「イングラント（人）」志向は顕著と言えるが、その点については後ほど触れることにしよう。

### ⑤ 「専門的であること」

ボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズムに潜む信条には、ジェントルマン的というよりはプレーヤー的な性質、換言すればプロフェッショナルな性質があるとラムスデンは指摘する。つまり、ボールドウィンが展開した一連のニュー・コンサーヴァティズムには、旧い考え方への拘りというよりもプラグマティックなリアリズムが備わっているという意味で、組織的かつビジネスライクな特徴もあるとされるのである。<sup>(9)</sup>

この傾向は、例えば社会主義の抬頭や労働党政権の誕生、そしてその国家（中央政府）介入政策を強く意識した彼の政治的諸言説から読み取ることができるかもしれない。

以上の各論的説明を行ったうえでラムスデンは、ボールドウィン保守主義や、その野党期（一九二四年）の具体的表れであるニュー・コンサーヴァティズムについて次のように総括する。

「ニュー・コンサーヴァティズムは、トーリーデモクラシー（Tory Democracy）<sup>(10)</sup> や財産所有デモクラシー（the Property-owning Democracy）<sup>(11)</sup> 同様理論化できる要素は沢山あったけれども、元来理論的なものではなかったし、また

政策についても重大なインプリケーションを有してはいたが、そうしたインプリケーションを念頭に置いていたわけでもなかった。トリーデモクラシーや財産所有デモクラシーと同じくボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズムは、そのクリエーターの本能に、即ちボールドウィンその人に負うものだったのである。<sup>(12)</sup>

(イギリス) 保守主義の基本的性格がまさにそうであるように、政治思想面とりわけ抽象的な理論面での脆弱性なし体系性の欠如という点では、確かにラムスデンの指摘どおりと言えるだろう。ボールドウィン自身、他の歴代保守党党首同様哲学者・思想家タイプの政治家ではなかったし、しかもそうした「知的側面」から敢えて距離を置くスタイルを好んだからである。

しかしながら、単純にそうした事実だけでボールドウィン保守主義を理解してもよいのだろうか。言い換えれば、局面ごとに変化するかもしれないボールドウィン保守主義を、イデオロギー性の希薄さ、哲学的理論的特徴(独自性)の弱さ、という一言で片づけてしまつて、果たして問題はないのだろうか。

そこで次節では、保守主義者ボールドウィンに関する最新の二つの先行研究に基づいて、ラムスデンの古典的所論を再検討しながら、上述した疑問点を解き明かしてみることになろう。

## (二) ラムスデンの所論をめぐる再検討

ここで採り上げる二つの先行研究は、(A)イギリスの政治学者テイラー(Andrew Taylor)によつてなされた「ボールドウィン主要演説分析」(二〇一五年)と、(B)イギリスの政治文化を研究するサッカレー(David Thackeray)およびイギリス現代史研究者トイ(Richard Toye)を通じて行われた「ボールドウィン保守党主要綱領に関する研究」

（二〇二二年）である。いずれも比較的最近の研究であることから、従来とは異なる新しい知見が得られるものと思われる。これら二つの先行研究に基づく成果・視点を用いてラムスデンの所論（一九七八年）を再検討すると共に、ボールドウィン保守主義の新たな側面を浮かび上がらせることにしたい。

#### （A）一九二〇年代の主要演説とボールドウィン

テイラーは、「現代保守党にとって決定的に重大な三年間」に行われ、しかも（大衆デモクラシーの定着、労働党の抬頭、労使対立の激化などをめぐる）ボールドウィンの思考や課題をカバーするとされる九つの主要演説を分析した<sup>13</sup>。かかる三年間とは一九二四年から一九二七年までの期間である。先述のようにイギリス憲政史上初の労働党政権と第二次ボールドウィン内閣（一九二四年一月四日～一九二九年六月四日）がこの時期に成立していることから、「保守党↓労働党↓保守党」という現代型政権交代の図式が初登場した時期でもある（もともとこの図式が完全に定着するのは、周知のように一九四五年の総選挙以降）。したがって一九二四年前後の数年は「現代イギリス政治を形成した決定的に重大な時期<sup>14</sup>」と見ることもできるのである。

そして分析の結果テイラーは、九つのボールドウィン演説でとりわけ使用度が高いキーワードやその政治思想の基本、党としての戦略を、以下のように指摘している。

- ・ボールドウィンが頻繁に使用していた典型的な言葉…イングラント（England）、労使間の安定（Peace in Industry）
- ・ボールドウィンの思考の基準となる言葉…奉仕（Service）、自由（Freedom）



・ボールドウィン保守党の戦略となる言葉…政治教育 (Political Education)、『デモクラシーとその務め (Democracy and its Task)』<sup>(15)</sup>

以上の分析結果を踏まえたうえで、テイラーは次のように説明する。失業対策のために提案した保護関税導入政策（いわゆる関税改革、言い換えれば、従来の自由貿易政策を放棄する提案）が国民に拒絶されたことを意味する一九二三年総選挙敗北と、その後遺症（ハングパーラメントの出現、保守党の下野、自由党の再統一、労働党政権の誕生）を克服するためボールドウィン保守党は党の方針を再検討せざるを得なくなった。その結果、従来の関税改革に代わる新たな「レトリック」（とそれに基づく戦略）が中心的役割を果たすことになった。<sup>(17)</sup>したがって、ニュー・コンサーヴァティズムに象徴される「ボールドウィン保守主義の政治思想的側面および保守主義思想に対するボールドウィンの貢献」は、「保守」に関わる伝統的レトリックの活用に求められると考えられる。

テイラーによると、『課題』（世界大戦↓経済・社会・政体の破壊↓その産物としての大衆デモクラシーや労使対立、社会主義の抬頭↓イギリスの政治社会文化のさらなる衰退）と『解決』（パターナリズム、相互の敬愛、社会秩序の維持など）の二大要素から構成されるボールドウィン流レトリック戦略で決定的役割を果たすのが「日常的な決まり文句」(the commonplace)、即ち「トポイ」(topoi)であるとされる。その典型例としてテイラーは、「反対派との和解」「コモンゲランドの確認」「政治的極端派の排除」を挙げている。<sup>(18)</sup>ボールドウィンの政治的諸言説では、それらが「労使間の安定」や「インゲランド」、あるいは「奉仕」といった上記のキーワードで表現・アピールされたと考えてよい。こうしたトポイに基礎づけられたレトリック（戦略）とその自発的・意識的な発信ないしアピールこそ、いわゆる「ボ-

ルドウィン保守主義<sup>19</sup>」とも言えるのである。

テイラーによる以上の研究成果を踏まえると、少なくとも一九二四年の野党期に保守党を率いることとなった（前首相）ボールドウィンは、元来イギリス保守主義に内在する政治哲学を、「イングリッシュ性」（Englishness）など単純で分かりやすい『レトリック』で新時代に相応しく再利用もしくは、理論づけ<sup>20</sup>したと見ることができる。したがって、後述する「ボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズム」もまた、テイラーの表現を借りれば「コアとなるテーマの設定次第でその出来具合が左右されるレトリック戦略を単純に言い表したもの<sup>20</sup>」と理解することができよう。

そうだとすれば、保守主義思想に対するボールドウィンの貢献が政策でも哲学の強調でもなかったとするラムスデンの主張には、やや誇張があると言わざるを得ない。

## （B）一九二〇年代の主要文書とボールドウィン

テイラーがボールドウィンの主要演説に注目したのに対し、サッカーとトイは、戦間期（一九二〇年代初頭）に保守党が公表した党綱領・政綱（programme）など文書に<sup>21</sup>関心を寄せている。それは別の言い方をすれば、選挙民に対する党または政府としての約束（promise）、即ち公約（pledge）が果たす役割と意義は無視できないということでもある。選挙公約、即ちマニフェスト（manifesto）を通じてのアピールが重要な意味をもつようになったこと——サッカーやトイによると、これがイギリス戦間期政治（interwar politics）の特徴の一つであった。マニフェストが一政権のマンデート（mandate）観の中心に位置づけられるようになったということは、換言すれば、議員候補者個人で行う

従来の選挙区民向け演説の位置づけが低下していくことを意味していた。戦間期におけるイギリス政治のこうした変化について、サッカレーらは次のように説明している。「各候補者の選挙演説は、一九一四年以前の段階ではその形式も中身も極めてバラバラだったのに、それ以降徐々にスタンダード化していくことになり、党中央が作成した資料や党マニフェストの文言に依拠するようになっていった」<sup>(21)</sup>。

そうだとすれば、第一次世界大戦後（戦間期）のイギリス政治では、各党マニフェストの基調を成す政治思想が、そしてとりわけ保守党ではその最終責任者である「党首」の政治哲学や理念などが、以前に比べはるかに重要性を帯びるようになったということになる。それゆえ、野党期の保守党党首ボールドウインの政治思想的側面や、その保守主義思想に対する貢献もまた、こうした一連の党「文書」から見出すことができると言えよう。では、当時の保守党「党首」ボールドウインの場合はどうだったのであろうか。

周知のように第一次世界大戦は、配給制度や徴兵制など国家（中央政府）による社会への介入・経済統制を劇的に拡大させた。そのため、第一次大戦直後のイギリス政治では、国債や膨張した財政をめぐる問題が大きな論争テーマとなっていた。この点について、どちらかというと保守党が戦前の状態への回帰を主張していたのに対し、労働党は国家による戦後社会再編を掲げながら、信頼に足る統治政党であることも、同時にアピールしようとしていたと考えてよい。その結果、労働党マニフェストの方が——その実現可能性はともかく——総じて詳細かつ充実した内容になっていった<sup>(22)</sup>可能性が高い。

他方で、一九二〇年代を通じてこうした「プログラムを用いるスタイル」の政治が徐々に増加した結果、この流れとは逆に「アンチ・プロミス」(‘anti-promises’)の政治的アプローチ、つまり「これだけは確実に実行するという類の

約束はしない、あるいは詳細な公約に束縛されない」アプローチも増加するようになったと、サッカレーらは述べている。幅広い反・社会主義戦略の一環としてこの後者のアプローチを採用していたのが、第一次世界大戦終了直後の保守党であった。そして、とりわけボールドウィンに代表される一部の政治家は選挙公約のエスカレーションを批判したり、詳細な公約に対しては「自己の物質的豊かさに関心を抱き、感情に左右されやすい新しい有権者を誘惑する賄賂のようなもの」という懸念まで表明したりすることもあったと、サッカレーやトイは説明する<sup>(23)</sup>。

ところが、党首ボールドウィンを含む保守党（保守主義者）全体が上記の「アンチ・プロミス」アプローチへの熱中を放棄したうえ、労働党や自由党と同じ「党の綱領に従った政治」（programmatic politics）に切り替わる。転機が訪れた。即ち、政府労働党の社会改良プランに対抗し、また政権奪回を目指すボールドウィンが、野党党首の立場から様々な演説や政策文書刊行を通じてニュー・コンサーヴァティズムを発信した一九二四年がそれである。その意味でも、本稿で採り上げる一九二四年という年は、前述の programmatic politics に保守党が熱中し始めた画期的な年と言えるかもしれない。

ボールドウィン党首時代の保守党で、一九二四年頃こうした変化が生じた背景には、少数与党とはいえないギリス憲政史上初の労働党政権が誕生したこと、それに伴い、野党・保守党もその支持基盤を浮動票層や自由党支持者にまで拡大する必要性に迫られていた点などがある。その結果、先述した「党の綱領に従った政治」が保守党においても何らかの形で必要不可欠になったと考えられるのである。そして「党の綱領に従った政治」を実現し、ある程度——最低でも政権奪回を通じて——社会主義の浸透防止と国家構造の根本的転覆阻止を成功させるためには、保守党党首ボールドウィン自身、その保守主義の政治思想的側面をニュー・コンサーヴァティズムという形で新たに展開する必

要があつたと考えざるを得ない。

ボールドウィンは、その態度や反応が比較的分かりやすく、しかもそれらが重要な意味をもつ政治家だったのかも  
しれない。しかしながら、初めて、労働党政権が誕生した時期に、初めて、野党・保守党を率いねばならない環境  
だったため、ボールドウィンもまた、レトリックに基づいた哲学・理論のリニューアルや再強調（発信）という形で  
保守主義思想の展開に貢献した（貢献せざるを得なかった）と見るのが妥当ではないかと思われるのである。

### 三・スタンリー・ボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズム

では、あらためてニュー・コンサーヴァティズムとは何か。広義では、一九二四年の二月頃から夏頃に野党党首  
ボールドウィンが行った演説を当時の新聞が紹介するため便宜上名づけた、<sup>11</sup> 呼称とされる。また、狭義においては、  
かかる一連の政治的諸言説や党文書で表明された「保守党政策の刷新、党路線の再検討」に関する彼独自の立場や考  
え方を指している。したがってボールドウィン保守主義の政治思想的側面はもちろん、保守主義思想に対する彼の貢  
献について考察するうえでも重要な手がかりになると思われる。

なおニュー・コンサーヴァティズムの集大成は、保守党文書の監修担当者バハン（John Buchan）が執筆した原稿を  
ボールドウィンの副官的存在ネヴィル・チェンバレン（Nevil Chamberlain）がまとめた結果、同年六月、*Looking*  
*Ahead: Unionist Principles and Aims* という小冊子として刊行されたと見てよい。また、同年一月二九日に実施  
された一九二四年総選挙「保守党マニフェスト」についても同様の位置づけが可能となる。



本稿は、紙幅の関係で、一九二四年上半期のボールドウィン主要演説を通じて表明された代表的な政治言説に限定し、彼のニュー・コンサーヴァティズムを分析していく。そのため、*Looking Ahead: Unionist Principles and Aims* の内容分析ならびに他党マニフェストとの比較も含めた『保守党マニフェスト』の内容分析は、やむを得ず次の機会に譲ることとしたい。

### （一） その背景と意義

ニュー・コンサーヴァティズムと総称される一連の演説が戦間期初頭（主として一九二四年上半期）に展開された背景として、前述した一九二三年総選挙敗北後の党内「ガス抜き」（造反・分裂防止）、あるいは総選挙敗北の結果一九二四年一月に誕生した労働党政権への危機感ないし対応という「近因」が挙げられる。したがって、「態度」や「反応」そしてボールドウィン自身の「本能」の結果という意味では、上述したラムスデンの指摘どおりでもある。しかしそれに加え、以下の点（変化）も「遠因」として指摘することができよう。

・米独の抬頭と第一次世界大戦勃発、そして国内の労使紛争（階級闘争）の増加に伴い、一九世紀以来の伝統である「イギリス型自由主義的政治経済システム」（自由貿易体制、小さな政府など）が衰退・弱体化したこと。それに合わせて「拡張国家」（the extended state）が新たに登場したこと。

・第一次世界大戦終了後一九二二年まで保守党との連立を維持してきた自由党ロイドジョージ（David Lloyd George）首相を中心に、ネオ・コーポラティズムもしくはステイト・コーポラティズム的手法（「政府・財界幹部

「労組代表」三者から成る新たな協議システムを通じての意思決定や政策遂行」が設計されつつあったこと。<sup>(24)</sup>

こうした状況、とりわけ一九二二年まで続いたロイド・ジョージ連立内閣とその戦後構想に対する保守党内（ボールドウィンなど多数派）の不信や不満は、一九二二年政変をもたらした。この政変は、連立シニア・パートナー保守党の議員総会投票の結果、自由党ロイド・ジョージ派との連立解消を決定してロイド・ジョージ連立政権が崩壊した後、一九二二年総選挙で与党・保守党が単独勝利を収めた出来事である。そしてそれに基づき「連立維持派」オースティン・チェンバレン（Austen Chamberlain）から「連立解消派」ボナロー（Andrew Bonar Law）にリーダーが交代し、ボナロー保守党単独政権の誕生に伴い、それまで無名の政治家に過ぎなかったボールドウィンが蔵相に抜擢された（次期党首候補の一人に昇格した）ことも、同政変の意義として無視することはできない。<sup>(25)</sup>

そのため、上述した「中道的な」ロイド・ジョージ流解決策ないしロイド・ジョージ型システムに対するアンチテーゼであり、同時に保守党独自のオルターナティブとなったのが「ボールドウィン保守主義」ではなかったかと考えられる。因みに、戦間期イギリス政治研究の第一人者ミドルマス（Keith Middlemas）は、ボールドウィン自身が唱えた一つのヴィジョンについて、これを「パターナリスティックな労使間調和」策と見ている。また、ミドルマスは、ボナローの後継党首ボールドウィンが一九二二年から一九二六年にかけて考案し実現させた戦略として、以下の二つを指摘している。

① 先ず、当初敵対していたA・チェンバレンやチャーチルなど「旧・連立維持派」の保守党幹部議員たちを現執行

部に復帰させること。

②次に、ボナローとは異なる独自の労使政策アプローチを急増し、それを自発的に再編するため、一九世紀の保守党政治家ディズレーリ（Benjamin Disraeli）の遺産や神話を利用すること。<sup>(26)</sup>

これに加え、一九二〇年代以降ボールドウィンをはじめ多くの保守主義者が「反・ロイドジョージ」化した背景に、いわゆる「人民予算」(案) (People's Budget)<sup>(27)</sup> に象徴される一連の政府主導型「富の再配分」や、第一次世界大戦勃発以前の自由党政権下で実施された、失業保険制度など一群の集産主義的社会立法（社会改良）の制度化、こうした諸政策の実現があったことも忘れてはならない。言い換えれば、従来の古典的で消極的な自由主義とは異なり、積極的 という意味で 新しい 自由主義、いわゆる「ニュー・リベラリズム」(New Liberalism) 路線の採用・拡大とそれに対する危機感が、当然保守党側には存在したと思われる。国家（中央政府）主導によるこうした一連の政策は、普通の保守主義者からすれば「社会主義」的に見えたのであろう。

さらに、イギリス保守主義のイデオロギー的特質や政治思想を研究しているグリーン（E. H. H. Green）は、第一次世界大戦終了後も四年続いたロイドジョージ連立政権について、「非・社会主義勢力」と「反・社会主義勢力」の二大勢力を一つの貫性あるブロック（選挙連合）にまとめる方策と位置づけた。にもかかわらず、反・社会主義勢力であるはずのボールドウィンと保守主義者が「反・ロイドジョージ連立」路線に踏み切った要因については、自由党との連立を通じてではなく、保守党そのものを反・社会主義の大きな防波堤として確立する意思があったからだとしている。

グリーンの研究によると、当時経済面で相対的に苦しい状況にあった中産階級は、保守党が掲げる「反・ロイド・ジョージ連立」を支持しやすくなったという。一九一四年の世界大戦勃発以来インフレが深刻化していたので、戦争に投資しながら貯蓄にも精励していた人びとには不満が溜りやすい。そのうえ、納税してもそれが低所得者向け福祉財源となつて消えていく現状は「ハイリスク・ノーリターン」と言えたからである。こうした層がボールドウィンの「新しい」保守主義路線（反・ロイド・ジョージ連立、反・社会主義）支持を表明するのは、ある意味当然かもしれない。それゆえ一九二三年以降ボールドウィン「新」党首率いる「新」保守党は、「新興勢力」労働党に対抗して「反・社会主義」を標榜すると同時に、「（自由党に代わつて）新たに」中産階級の利益も護る党でなければならなかった。<sup>(28)</sup>

したがつて、そうした変化や危機を乗り越えるため、従来の保守主義思想に「リニューアル」という形で貢献したのが党首ボールドウィンとその保守主義、そしてニュー・コンサーヴァティズムと考えられ、その部分に意義を見出すことができるのである。

## (二) その概要と政治思想的特質

さて、そうした背景を通じて生成したボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズムは、以下の演説内容などから見出せるのではないかと思われる。ここでは、先ずそれらの概要（演説内容の重要部分や新聞報道記事の抜粋、あるいはそれらの要旨など）を検討した後、その底流に潜む政治思想的特質について——先行研究成果も踏まえて——考察する。

① 「ホテル・セシルでのボールドウィン演説」（一九二四年二月二一日）

「今後、我々にとって大きな敵となっていくのは、今や死にかけの自由党ではない。目下大いに勢いづいた労働党だと思われる。諸君は、平静を装ったり拒絶したり、あるいは坐したままのやり方で労働党が倒せるとは思うまい。今この国の労働党にはバイタリティがあるからだ。だから我々もこれと似たバイタリティを共有できない限り、勝利を収めることは叶わないであろう。（以下略）<sup>(29)</sup>」

ラムスデンによれば、保守党の真の敵が自由党から労働党に移ったことを理解してもらおうと同時に、新しいスタイルの保守主義を呼びかける主旨の演説である。それゆえこの演説は、「ニュー・コンサーヴァティズム」と称された一連の演説の中でもキーノートの位置づけがなされている。さらに、前年末に実施された一九二三年総選挙——その結果については註(16)を参照——敗北後下野したボールドウィン党首の党内権威まで復活した印象を与える内容でもあった。<sup>(30)</sup>

また、この演説が行われた会合の様子を報じたタイムズ紙（The Times）の記事によると、同演説のポイントとして以下の点が指摘されている。

- ・ この演説を通じて、（敗戦）党首ボールドウィンに再び党内信任状が与えられたこと
- ・ 党首としてのボールドウィンの立場が再確認されたので、党内分裂の印象を回避することに成功したこと
- ・ したがって、今後の（責任野党）保守党としては、建設的で練りに練った、救済措置としての代替案を展開していく必要があること
- ・ そしてそのためにもボールドウィンは、自分自身の党のために自分自身の理想（ideals）を党に深く刻み込むべ



きであること。またそうすることが国のためにもなるのだから、そのようにしたと全国民に向けてきちんと証明すべきであり、またそうすることがリーダーの務めでもあること<sup>(31)</sup>（傍線引用者）

⑥ 「ホテル・ヴィクトリアでのボールドウィン演説」（一九二四年四月八日）

「自由党の運命／非国教徒と保守主義／ボールドウィン氏の忠告」と題した一九二四年四月九日のタイムズ紙記事によると、四月八日に上記ホテルで行われた非国教徒統一党連盟（the Non-conformist Unionist League）昼食会でのボールドウィン演説である。

二月のホテル・セシル演説でも触れた「自由党時代の終焉宣言と社会主義の打倒」という共通目標を達成する手段として、「時代遅れのリベラリズムに固執してはならないこと、元来自由党支持者の多い非国教徒を保守党支持者として包摂する必要性」などを訴えた内容となっている<sup>(32)</sup>。そしてこれら二つの訴えから読み取れるボールドウィン保守主義の二大エッセンスとして、①非国教徒たちに保守党支持を訴えることで「分断」よりも「協同」や「団結」を強調していること、②労働党の一部極端派が主張する社会主義に——非国教徒たちと一緒に——断固異議申し立てを行うことで労働党の勢いを阻止しようとしていること、これら二点を指摘することができよう。さらにボールドウィンは同演説において、団結や包摂という手段の根底にある理念ないし哲学を次のように披露したと考えられる。「ここに居られる全ての人が喜んで奉仕できる、そんな基準に立脚した会合という形で、こうした昼食会が発展していくことを望んでいる。……兄弟愛、友情、そして保守党でしか見ることのできない忠勤、かような精神がその基準に含まれるよう望むものである<sup>(33)</sup>」。

③ 「ロイヤル・アルバートホールでのボールドウィン演説」（一九二四年五月二日）

「統一党の方針／民主主義と帝国／ボールドウィン氏が発表したプリンシプル」と題した一九二四年五月三日のタイムズ紙記事によると、五月二日にロイヤル・アルバートホールで行われたボールドウィン演説である。ここでは「保守党新政策の表明」が行われており、その骨子を要約して列挙すると以下のとおりとなる。

- ・ 一九二三年総選挙結果を尊重し、今後保守党は一般関税導入について一切言及しない
- ・ 自由貿易を維持していくと同時に、一般関税と異なる産業保護政策については今後検討していく
- ・ 効果的な国内産業保護を実現するためには、わが国民精神の団結が不可欠である<sup>34</sup>

④ 「ジュニア・インペリアル・リーグでのボールドウィン演説」（一九二四年五月三日）

「統一党の方針／帝国と社会福祉という青年の理想に対するボールドウィン氏の訴え」と題した一九二四年五月五日のタイムズ紙記事によると、五月二日にジュニア・インペリアル・リーグ (the Junior Imperial League) の年次夕食会で行われたボールドウィン演説である。ここでは、保守党党首に再任されたことへの感謝が述べられ、また「保守党新政策についての再表明」もなされている。その意味で同演説は③の後篇として位置づけることもできよう。その骨子を要約して列挙すると次のようになる。

- ・ 与党労働党がその政策を実行に移さなかったとしても、そこはやはり社会主義政党なので、今までとは異なり、保守党もそのプロパガンダと戦わなくてはならない
- ・ 保守党としては以下の実現を望んでいる。即ち、

労使関係安定化を促進する手段と方法を新たに勧告すること

柔軟性に乏しい社会ではなく、一人ひとりが徐々に所有者 (an owner) と成れるような社会づくり<sup>(35)</sup>

⑤ 「クイーンズホールでのボールドウィン演説」(一九二四年五月九日)

「統一党のプログラム／食料品価格について／政権復帰後に調査検討」と題された一九二四年五月一〇日のタイムズ紙記事によると、五月九日の統一党婦人部会 (the Women's Unionist Organization) 代表者集会でなされたボールドウィン演説である。前述した「党の綱領に従った政治」の受け入れ表明とも言える内容であると同時に、社会改良や国家の役割に関するボールドウィンの見解を示した内容として評価することもできる。その骨子を要約して整理すると、次のようになる。

- ・個人と同じで、国家であつても際限なく金銭的な援助が行えるわけではないということを、我々は肝に銘じておかねばならない
- ・わが党は社会改良にも全面的な関心を寄せているが、私としては皆さんに押さえておいて欲しいことがある。それは社会改良以外にも、誠に素晴らしい何かがあるということだ
- ・社会主義との戦いになったら綱領 (プログラム) 同士の戦いになるということを、我々も想定しておく必要がある

- ・社会主義は、あらゆる進歩と良き統治 (good government) を大抵破滅に導く存在である
- ・破壊をもたらすドクトリンの拡大に目下抵抗している偉大な一つの砦がある。その砦こそ保守および統一党であ

り、しかもそれは、鮮明でしつかりとした政策を国民に提示できる党でもある（傍線引用者）<sup>36</sup>

最後に、以上の政治的諸言説（演説）から見た、ニュー・コンサーヴァティズムの政治思想的特質について考察してみることしよう。

上記の各演説から明確に読み取れることは、旧来型の「静観的で、対・自由党的な」イギリス保守主義とは異なる「新たな側面」をボールドウィンが強調した点である。それを簡単に要約すれば、今後自由党ではなく労働党や社会主義に対抗していくためにも、保守党および保守主義には従来以上に「積極的かつ建設的な役割」が欠かせなくなるという考え方と言えるであろう。それに関する主な言及としては、<sup>a</sup>建設的で練りに練った、救済措置としての代替案の展開、<sup>b</sup>元来自由党支持者の多い非国教徒を保守党支持者として包摂する必要性、<sup>c</sup>自由貿易という現状を維持したうえで新たな産業保護政策の検討、<sup>d</sup>労使関係安定化を促進するための財産所有デモクラシー（註（11）を参照）の模索、そして<sup>e</sup>社会主義的で大規模な国家介入ではなく控え目な社会改良への関心、また政府主導による社会改良以外の『誠に素晴らしい何か』についての認識とその活用、などを指摘することができる。

加えて、そうしたボールドウィン保守主義の新しい政治思想的側面（ニュー・コンサーヴァティズム）を、大衆デモクラシーの時代に合わせて分かりやすく置き換えたものが、テイラーも指摘したように、「イングラランド」や「労使間の安定」「奉仕」といった言葉に象徴されるトポイ、即ち『レトリック』だったと考えられる。前者二つは、分断や格差、階級対立を超越した「国民的統一と団結」「労使協同」を意味している。しかしそれらは、保守主義者ボールドウィンに言わせると、かつての自由党や現在（一九二四年）の労働党による「国家（中央政府）主導型」では

なく、それとは異なり保守主義的で、しかも『誠に素晴らしい何か』を通じて達成され実現するものでなければならぬ。

では、これらのレトリックに共通する、換言すればボールドウィン保守主義（既述の主要演説内容から見たニュー・コンサーヴァティズム）の政治思想的側面全体を貫くキーワードとなる『誠に素晴らしい何か』とは、果たして何を意味するのであろうか。

それは、ボールドウィンが前述の「奉仕」という観念で表現した道徳観ないし公共哲学ではなかったかと考える。因みに、既述のとおりテイラーもまた、「自由」の観念以外ではこの「奉仕」をボールドウィンの思考の基準と位置づけている。この点については、一九二四年に行った二つの演説の中で、ボールドウィンが「奉仕」の道徳観とその重要性を次のように評価したことからも明らかと言えよう。そこで少々長くなるが、以下のとおり引用することにした。

・「偉大なフレンドリー・ソサイエティ (Friendly Society) 運動の立場を努めて理解しようなどと野暮なことは言うまい。他にも沢山ある素晴らしいものと同じように、それは純イングリッド産であり、かつその起源は、最高に素晴らしいものを数多く生み出してきた普通のイングリッド人に求められる。いわばそれは、イングリッドという土壌に根差したものであり、また激しく移ろいやすい今の世の中においては、仕事の違いを乗り越え人生の指針となるプリンシプルの最も偉大な一部をわが国民に教えたり、誰も教えてくれない数多くの課題を学んだりするための、大いなる手段であり続けた。(中略) フレンドリー・ソサイエティの大勢のメンバーが積み立ててく



れた貯金額のおかげで、わが国の公共サービスと社会活動がいかに実り多い形で利用されてきたか私もよく理解している。この運動の全体的精神とは他者への奉仕（service for others）であり、イングランドはもとより世界中で今必要とされる精神なのだが、（中略）フレンドリー・ソサイエティが吹き込んでくれた奉仕の精神をわが国民に教えることによって、わが国のデモクラシーをより適切で高貴なものに変えていくという、我々にしかできない役割が果たせるであろうし、またそうすることで我々自身だけでなく世界全体も支援していくことになるのだ。」（一九二四年二月一八日、ストーポート演説<sup>37</sup>）（傍線引用者）

・「デモクラシーを試す時が来た。……今日の我々は、わが国に奉仕するという意味で、おそらく如何なる党も経験したことのない素晴らしい機会に直面しているのではないだろうか。……この偉大なデモクラシーを教育していくことが諸君の義務であり、諸君が率先して取り組むべき義務なのである。（中略）私が見てみたいと思っているもの。それは統一党の人びと全員が生来もち合わせている、国民全体に対する奉仕の精神（the spirit of service to the whole nation）なのである——因みに、ここで言う統一党とは、二世代前にデイズレーリ（Benjamin Disraeli）が語った二つの国民の統一という意味での統一党である。」（一九二四年二月四日、アルバートホール演説<sup>38</sup>）（傍線引用者）

かかるポールドウィン演説から、社会改良の実施や弱者救済あるいは国民の統一といった課題を解決する一手段として、フレンドリー・ソサイエティに代表される「自由」かつ自発的な結社（つまり国家や政府よりも社会や個人）とそ

の役割に期待を寄せていたことが読み取れる。同時に、テイラーの分析結果にも見られたように、上記の演説から、フレンドリー・ソサイエティ<sup>38</sup>を軸として、「奉仕——イングランド——教育——デモクラシー——ディズレーリの遺産」というボールドウィンの政治思想ないし公共哲学の関連図式まで導き出せるのである。したがってこれら二つの演説も、ボールドウィン保守主義の政治思想的側面、加えて保守主義思想に対するボールドウィンの貢献を理解するための鍵として重視しなければならない。

#### 四・結 語

本稿は、論題についての「中間報告」的位置づけとなる。

ニュー・コンサーヴァティズムと称される一連のボールドウィン演説（政治的諸言説）から見たボールドウィン保守主義の政治思想的側面は、とりわけその中核を成す（公共）「奉仕」の理念と関係の深い道徳観・哲学をレトリックで表明した部分に求めることができる。

ボールドウィン研究の第一人者ウィリアムソン（Phillip Williamson）は、「コンサーヴァティブ・アイデアリズム」（Conservative Idealism）という表現を用いてこれを説明した。ウィリアムソンによれば、ボールドウィンによつてなされた社会改良についての言及なども、統一党アイデアリズムの中軸になるとされる。<sup>39</sup> それに加え、この「奉仕」に関するレトリックは、階級闘争や左右の極端主義を排して、党派を超越した「国民」的統一や団結を促すと同時に、保守党支持基盤拡大の役割も担うことになった。<sup>40</sup> その意味では、一〇〇年経った現在においても、社会的分断克服のヒ

ントとなり得るかもしれない。

以上の考察から、一年にも満たない野党党首時代（一九二四年）だったにもかかわらず、ボールドウィンは上述のレトリック（戦略）を通じて戦間期初頭のイギリス保守主義思想「リニューアル」に貢献したと考えてよい。それゆえボールドウィンのニュー・コンサーヴァティズムもまた、文字どおり「新し」く、そして道徳的でやや建設的な（ウィリアムソンの表現を借りれば理想主義的な）性質を備えた保守主義と言うことができるのである。

本論でも述べたように本稿では、ニュー・コンサーヴァティズムを「文書」化した成果物（*Looking Ahead* や党マニフェスト）の内容面について、紙幅の都合上分析・検討することができなかった。それに加え、一九二四年前後に行われた各総選挙マニフェストの三党比較分析の必要性も残されており、ボールドウィン保守主義に関する今後の研究課題としたい。

（１） 周知のように「保守主義」には、人間のもつ心理的傾向としての保守主義（自然的保守主義）と、保守党という政党の教義ないし信条を表す保守主義（政治的・近代的保守主義）という二つの側面がある。

Cf. Hugh Cecil, *Conservatism* (London: William and Norgate) 1921. (栄田卓弘訳『保守主義とは何か』早稲田大学出版部、一九七九年を参照)。

本稿は、保守主義を後者の意味で用いている。したがって「ボールドウィン保守主義」(Baldwin's Conservatism) とは、イギリス保守党党首ボールドウィンによる一連の（レトリックも含めた）政治的言説と行為、そこから派生した具体的な戦略的アプローチや政策、さらにはそれら全ての根底を成している、保守党政治家ボールドウィン個人の政治信条・価値観・思想などを指す。

- (2) John Ramsden, *The Age of Balfour and Baldwin 1902-1940* (London: Longman) 1978, p. 207.
- (3) ニュー・コンサーヴァティズム」(New Conservatism 即ち、新しい保守主義) という用語・表現について付言しておきたい。

イギリス保守党史・保守主義史では、第二次世界大戦後、サッチャリズム (Thatcherism) 的な「新保守主義」(Neo Conservatism) が本格的に登場する一九七五年頃までの保守主義についても、しばしば「新しい保守主義」(New Conservatism) と呼ぶことがある。これは具体的には、戦後労働党との「合意の政治」に基づき、国家の介入や混合経済を容認する保守主義である。Cf. Frank O'Gorman, *British Conservatism Conservative Thought from Burke to Thatcher* (London: Longman) 1986, pp. 47-52, pp. 194-210.

それゆえ、本稿では特別な断りがない限り、ニュー・コンサーヴァティズムに関しては、ボールドウィンの政治的諸言説などを軸とする一九二四年当時の「新しい」保守主義という意味で用いることにする。

- (4) *Ibid.*, p.208.
- (5) *Ibid.*, pp. 208-213.
- (6) *Ibid.*, pp. 208-211.
- (7) *Ibid.*, p. 211.
- (8) *Ibid.*, p. 212.
- (9) *Ibid.*, p. 213.
- (10) トーリーデモクラシーについて、イギリス保守党史家ブレイク (Robert Blake) は、以下のとおり二つの意味があるとしている。即ち、労働者階級にアピールするため構想された——例えば下層階級向け健康保険制度創設などの——政策的側面、そして都市部の中産階級党員向け党内発言の場である党全国連合 (National Union) の民主化という党組織上の問題がそれである。Robert Blake, *The Conservative Party from Peel to Thatcher* (London: Fontana Press) 1985, pp. 147-148. (早川崇訳『英国保守党史』労働法令協会、一九七九年、一七八頁)。

いずれにしてもトーリーデモクラシーには——選挙対策上の必要性も当然伴うとはいえ——保守党側から民衆に配慮したり、民衆を保護したりすべきという道徳的・政策的立場や政治的信条ないし価値観が含まれていると言えよう。

- (11) 財産所有デモクラシーとは「男女普通選挙の時代においては、可能な限り大勢の給与所得者が何らかのプロパティやステイタスを持つことによって、程度の差こそあれ財産所有者が主体となるため、結果として民主政治も安定する」という保守党側の考え方である。この考えを一九二〇年代初頭に示した保守党政治家スケルトン (Archibald Noel Skelton) によると、それによって資本家と労働者との経済的溝が埋まるので国家もデモクラシーも安定し、私有財産に関する人生観を示すことも可能になるとされる。

また、スケルトンによれば、財産所有デモクラシーは社会主義下では達成されず、そのため給与所得者が財産所有者になろうとする努力は保守主義にのみ関連づけられるとされる。Noel Skelton with an Introduction by the Right Hon. Sir Robert Horne G. B. E., K. C., M. P., *Constructive Conservatism* (Edinburgh and London: William Blackwood and Sons) 1924, pp. 16-17, pp. 19-20, pp. 23-24.

- (12) J. Ramsden, *op. cit.*, p. 207.

- (13) Andrew Taylor, “The oratory of Stanley Baldwin”, in Richard Hayton and Andrew S. Crines (eds.), *Conservative orators from Baldwin to Cameron* (Manchester: Manchester University Press) 2015, p. 16.

テイラーが分析対象とした九つのボールドウィン演説は以下のとおり。

- ・ 一九二四年五月六日 セント・ジョージ王立協会演説
- ・ 一九二五年三月六日 庶民院演説
- ・ 一九二五年三月一三日 リーズ午餐会クラブ演説
- ・ 一九二五年一月六日 エジンバラ大学演説
- ・ 一九二六年六月一二日 チップナム集会演説
- ・ 一九二六年六月一六日 ジュニア・インペリアル・リーグ演説



- ・ 一九二六年九月二七日    フィリップ・スコット・カレッジ演説
- ・ 一九二七年三月四日    ケンブリッジ大学保守党協会演説
- ・ 一九二七年八月三日    オタワ市カナダ人クラブ演説

*Ibid.*, p.16の表一に基づき筆者作成。

一九二四年五月六日の「セント・ジョージ王立協会演説」のみ野党党首時代に行われている。

- (14) *Ibid.*, p. 14.

一九二四年の意義については Martin Pugh, *The Making of Modern British Politics 1867-1939*, second edition (Oxford: Blackwell Publishers) 1993 も参照のこと。

- (15) *Ibid.*, pp. 16-17.

- (16) 主要三党の一九二三年総選挙結果は以下のとおり。( ) 内の数字は得票率    定数六一五議席    投票率七〇・八%  
保守党    二五八議席 (三八・一%)    労働党    一九一議席 (三〇・五%)    自由党    一五九議席 (二九・六%)

Cf. Roger Mortimore and Andrew Blick (eds.), *Butler's British Political Facts* (London: Palgrave Macmillan) 2018, p. 377.

- (17) A. Taylor, *op. cit.*, p.15.

- (18) *Ibid.*, p. 23, p. 25, p. 28.

- (19) *Ibid.*, p. 29.

- (20) *Ibid.*, p. 17.

また、これに加えてテイラーは、ニュー・コンサーヴァティズムの中核を成す政治的文化的観念としても、「イングリッシュネス」や「イングランドのイメージ」を指摘している。

- (21) David Thackeray and Richard Toye, *Age of Promises Electoral Pledges in Twentieth-Century Britain* (Oxford: Oxford University Press) 2021, pp. 55-56.

- (22) *Ibid.*, p. 55.

- (23) *Ibid.*, p. 59, pp. 55-56.
- (24) Bill Schwarz, “Conservatives and Corporatism”, *New Left Review*, 166, 1987, p. 113. Keith Middlemas, *Politics in Industrial Society, The Experience of the British System since 1911* (London: André Deutsch) 1979, pp. 20-21, p. 169.
- (25) 一九二二年政変に関する分析については、拙稿「イギリス保守主義から見た一九二二年政変の再検討——スタンリー・ボールドウィンの保守主義思想を中心として——」（『政経研究』第五六巻第二号、日本大学法学会、二〇一九年）を参照されたい。
- (26) K. Middlemas, *op. cit.*, pp. 172-173.
- (27) 周知のように、当時の蔵相ロイド・ジョージが提出した「人民予算」（案）は、社会福祉を実現しその財源を確保するため、社会的弱者や相対的貧困層の税負担を軽減する代わりに、土地所有者など富裕層を増税の対象とした極めて急進的な予算（案）である。
- (28) E. H. H. Green, *Ideologies of Conservatism Conservative Political Ideas in the Twentieth Century* (Oxford: Oxford University Press) 2002, p. 130, pp. 132-134.
- (29) Gleanings and Memoranda, Mar. 1924, in J. Ramsden, *op. cit.*, p. 190.
- (30) J. Ramsden, *op. cit.*, p. 190.
- (31) *The Times*, 12 February 1924.  
当時のタイムズ紙は、ほとんど保守党の御用新聞的役割を担っていたせいもあり、ボールドウィンに極めて寛容的・同情的な報道と感じざるを得ない。
- (32) *The Times*, 9 April 1924.  
この時期のイギリス保守党は、アイルランドの分離・独立に反対し、連合王国の統一を維持する立場から、「統一党」（Unionists）という名称も併用していた。本稿では原則として「保守党」という名称を用いるが、新聞記事その他を直接引用する場合は原文どおり「統一党」という名称もそのまま使用している。

(33) 同上。

この昼食会に同席していたN・チェンバレンも「最早無理だと分かっているが今後も一つの党として活動し続けるのか否か、今後数年という限られた時間の中で、自由党関係者の諸君は選択を迫られると確信する。(中略) したがって自由党員の諸君としては、自分との共感や類似点をより多く見出せるのが保守党か労働党か選択することになるであろう」と発言して、ボールドウィンの保守主義を具体的に補完している。

(34) *The Times*, 3 May 1924.

(35) *The Times*, 5 May 1924.

(36) *The Times*, 10 May 1924.

(37) Stanley Baldwin, *On England And other Addresses* (London: Philip Allan) 1926, pp. 263-264.

フレンドリー・ソサイエティ(共済組合、友愛協会)は、産業革命とほぼ同時進行で登場してきたとされ、基本的には「相互扶助活動を中心とし、宴会を開いたり、会を誇示する行事を催したりする自発的結社」である。その機能面においては「基金積立協会」と「収益分配協会」に大別される(篠塚信義)。

フレンドリー・ソサイエティの詳細については、篠塚信義「産業革命と民衆の結社 友愛協会」(川北稔編・綾部恒雄監修『結社のイギリス史 クラブから帝国まで』山川出版社、二〇〇五年所収)一一八―一二三頁を参照。

(38) S. Baldwin, *op. cit.*, p. 70, p. 73.

(39) Philip Williamson and Edward Baldwin (eds.), *Baldwin Papers A Conservative Statesman 1908-1947* (Cambridge: Cambridge University Press) 2004, p. 145.

(40) P. Williamson, *Stanley Baldwin Conservative leadership and national values* (Cambridge: Cambridge University Press) 1999, p. 217, p. 341.

ウィリアムソンは、ボールドウィンが公に発した言葉の中で最も重要なものが「奉仕」であり、この言葉からボールドウィンが保守主義をどのように理解していたか分かると述べている。ウィリアムソンによれば、ボールドウィンにとって「奉仕」と

は、個人とコミュニティを非・社会主義的な方法で調和させるものであり、また不平等という保守的な考えと、自由という民主的な概念を、両立可能に見せることも可能な存在とされる。

*Ibid.*, p.212, p. 218.

# 「抵触法」の起源としての「都市法（条例）衝突理論」 （森論文を中心として）と EU 法

渡 部 茂 己

はじめに

「抵触法（Conflict of Laws）」が存在しているということは、そもそも「世界には多数の異なる法秩序が存在しているという多元主義的状况を前提」<sup>(1)</sup>としていることになる。抵触法ではないが国際法もまた、異なる法秩序である各国の国内法が多元的に存在していることを前提とした実定法規範である。良く知られているように、国際法の歴史的基礎となったのは世界帝国たる古代ローマの万民法（*ius gentium*; *droit des gens*）であるが、この万民法も同様に、各地域ごとの法が多元的に存在していることを前提とした法である。仮に諸国内法が存在しない国際社会（現在のような意味での主権国家が存在しないのであるから、「国際」社会ではなく、世界社会または地球社会と呼称すべきであろうが）であれば、国際法ではなく、（狭義の）世界法というべきである。ここでカッコ書きで「狭義の」と記したのは、言うまでもなく、「世界法」という概念もまた多岐にわたるからである<sup>(2)</sup>。

抵触法という概念を基礎づける都市法（条例）が立法されるようになるのは、12世紀前後である。12世紀においても、規模は小さく、当然、現在より素朴な状況ではあるが、グローバリゼーションまたはミニ・グローバリゼーションとも呼ぶべき、当時の都市国家間の交流があった。また、後述のように、限定的ながら地中海を通じて、世界全体と



の交流もあった。14世紀頃のイタリアで、法の衝突（抵触）の解決として、統一法を模索するのではなく、抵触法が創始されたのは、「関連する複数の法秩序の中からその一つを選択して当該秩序の法にその判断を委ねる」というこの準拠法選択という非常に技術的な仕組は、各法秩序の多様性とその独立・平等を尊重すべきであるという価値観に基づいている。（傍点太字は筆者による）<sup>(3)</sup>のである。

山内によれば、「『国際私法』に関する研究は、これまで、もっぱら『国際私法』の枠内で自己完結的に行われ、国際私法学者以外の関心を呼ばなかったかもしれない。しかしながら、地球全体、そして人類全体に関わるような主題については狭い専門分野の枠を超えて（ここでは、一方で「国際法」と「国際私法」との間で、他方で「国際政治および外交史」と「国際私法」との間で）学際的（Interdisciplinary）対話の実現に向けた協力が行われなければならない」<sup>(4)</sup>とされる。

## 1 ローマ法と抵触法と EU 法

### 1-1 「自然の理性」による直接法・実質法としてのローマ法

紀元前の共和政ローマ期から5世紀までの帝政ローマ期にかけて、古代ローマがヨーロッパ等の各地を征服し拡大していく過程で、多様な法慣習を含む広範囲な領域を支配していく必要から、法源適用についての法原則を定める必要があった。その原則はよく知られているが、「ローマ市民に対しては市民法が適用され、ローマ支配下の属州の市民にはその地の固有法が適用された。このほか、異なる属州の市民間や属州民とローマ市民間には万民法（droit des gens）が適用」<sup>(5)</sup>されるというものである。史学的表現によれば、「ローマ市民と外人間および外人相互間の紛争に関して、万民法が形成されていった」<sup>(6)</sup>のであり、後にそれは「都市法（条例）」制定権の法的根拠ともなった。すなわち、14世紀末の法学者バルドゥス（Baldus de Ubaldis）によれば、「ローマの法学者ガイウスが『自然の理性』（rationaturalis）が全人類の間に制定したものと定義した（原注148）『万民法』（ius gentium）、すなわち注釈・

注解学者の間で自然法（*ius naturale*）、神法（*ius divinum*）として理解されていたところのものに条例制定権の法的根拠を求めたのである。（傍点・太字は筆者による）」<sup>(7)</sup>

ところで、万民法は、複数民族が関わる時に適用される法ではあるが、抵触法ではなく、多民族が関わる時に適用される実質法であるから、法的性質として、国際私法ではなく国際法の源となった。それは「万民法」に内在する次のような特性による。すなわち、万民法は「多種多様の民族、習慣、生活様式を包含する領域を維持するための法であり、当然普遍性が高くなり、自然法的要素が強かった」<sup>(8)</sup>ため、このような法としての特性が、近代の国際法につながるものとなった<sup>(9)</sup>。

## 1-2 ローマ法の注解による抵触法理論の誕生

ローマ法は市民法も万民法も、また、属州の市民に個別の固有法を適用する場合も、それぞれの対象に、それぞれ決められた法規が適用される「直接法」の体系であった。ここからはローマ法とは、主に、6世紀前半に法典として纏められたコルプス・ユーリス（*Corpus Iuris Civilis*）いわゆるローマ法大全（ユスティニアヌス法典）の内容のこととする。

ローマ法自体は直接法の体系であった<sup>(10)</sup>が、ローマ法の「注解」によって抵触法の理論が誕生する。ローマ法には直接含まれてはいなかった「抵触法」は、14世紀に「ローマ法の注解」を通して、バルトルス・デ・サクソフェラート（ラテン語表記で *Bartolus de Saxoferrato*、イタリア語表記で *Bartolo da Sassoferrato*）（1313/1314—1357年）によって、「体系的に」構築されたのである。体系的に構築された、とは、「彼（筆者注：バルトルス）はその条例衝突理論の創設者というより、総括者であったように思われる（原注：「継承者 *Fortsetzer*」と呼ぶ学者もいる（*Gutzwiller, Geschichte, cit., p. 29*）。（後略））。バルトルスの論じているほとんどすべての問題は、すでに彼以前の世代の法学者（フランスの法学

者も含めて）によって個別的に論じられ、ある意味では解決を与えられていた問題であったが、彼はそれらをその新鮮でするどい感覚によって再構成したのである。（中略）バルトルスの真価は、個別的な問題にたいして前の世代の法学者が提示していた解決方法を、彼独自の明晰な分析の下で全体に統合してゆくことのなかに示される（後略）（傍点は筆者による）」<sup>(11)</sup> という意味である。国際私法の歴史を詳細に研究した川上は、「都市法の衝突の場合には、常に法廷地法によるべきものではなく、場合の事情を考慮して、連結素に基いて準拠法を決定する必要がある」と既に1200年頃に論じていた、注釈学派の Magister Aldrius を「国際私法学上の最初の問題提起とみるべきものであろう」としている<sup>(12)</sup>。

森によれば、当時の、法解釈としての営為は「形式的にはコルプス・ユーリスの法文に拘束されながらも、実質的にはそれから解放され、（中略）コルプス・ユーリスの法文を時代の要請に応え得るように読み変えていった。法学者の解釈の作業は、形式的には法文の釈義ではあったが、実質的には法創造であった（注：傍点は筆者による）」<sup>(13)</sup> として、「その典型的な例」としてバルトルスが構築した「国際私法理論」について論究している<sup>(14)</sup>。「国際私法」はコルプス・ユーリスが予定していなかったもので、「解釈」が実質的には法創造であることの代表例とも言える<sup>(15)</sup>。

### 1-3 抵触法としてのEU法

現代のEU法と各国の法体系との関係も大胆に捉えれば、ヨーロッパの（普遍的な）法と各国（各民族）の法という、類似の関係性にある。このEU法と各国の法体系についての法原則として、各国の憲法を含む国内法全体に対する「EU法の優位」がEU司法裁判所の判例によって確立しているが<sup>(16)</sup>、その法的意味に関して、須網は「抵触ルール」であるという<sup>(17)</sup>。すなわち、「EU法秩序では設立条約等が、加盟国秩序では憲法がそれぞれ最高規範」として存在し、「両者は連邦的な階層

構造を構成してはならず、むしろ併存する水平的関係にある」のであって、「EU法の優位も、その実質は両者の抵触を解決する抵触ルールであり、一方が他方に全面的に優位又は劣位することを意味しない。（傍点は筆者による）」。

長年EU法研究に携わった須網によれば、EU法が、EU法と各国の法のいずれを適用するかを決める際の抵触法となっているとする。たとえば、いわゆる国際私法としての抵触法が国内外の法を等価に扱う原則の下、それぞれの国においてはそれぞれの国内法によって、一例として日本の領域内では「法の適用に関する通則法（平成18年6月21日法律第78号）」という日本の法によって、解決されることに対応する。したがって、「通常は、EU法の優位により両者の抵触を解決するが、EU法秩序に正統性の欠損が生じる場合には、その優位性が否定される可能性が生じる」<sup>(18)</sup>ことになる。

横溝は、国家法間の水平的抵触法に加えて、三次元的抵触のイメージで「国家法と地域的・国際的法規範との間や、国家法と非国家『法』との間」の法の抵触を示唆している<sup>(19)</sup>。

抵触法の一つとしての、「国際私法（private international law）」という用語自体は比較的新しいもので、19世紀になってから用いられるようになる。後述するサヴィニーの少し以前に、ジョセフ・ストーリー（Joseph Story）判事の1834年の著書『法の抵触注解（*Commentaries on the Conflict of Laws*）』において“private international law”<sup>(20)</sup>という用語が使用されたことはよく知られている。

## 2 中世の法学：注釈学派（glossatores）と注解学派（commentatores）

現代の「大学（university）」の基礎がイタリア・ボローニャに創設された11世紀後半から12世紀前半に、その中心的な教員として活躍したのがイルネリウスである。イルネリウスが法実務と関わりは持ちながらもそれとは独立した体系的学問としての「法学」を確立したことで、彼が研究と教育をしていたボローニャ法学校に学生が集まり、学生の

団体（ギルド）と教員によって組織化され、近代的な大学（universitas）<sup>(21)</sup>の誕生となった。

イルネリウスによって、法学は「法の学芸」（ars iuris）から自立して、「法の学問」（scientia iuris）として独立し、「法解釈学（interpretatio iuris）」として誕生した<sup>(22)</sup>。今日でもとりわけ重みのある注目すべき一例として、イルネリウスは、『学説彙纂』の「法は善と衡平の術なり」の注釈として、「善と衡平」を「正義」と呼び変えることで、正義と法を同一し、正義を法の本質とした<sup>(23)</sup>。

中世の法学は、(近代的) 大学がボローニャに創設されたときの中心人物である「イルネリウスが創始し」<sup>(24)</sup>、アックルシウスとバルトルスが到達点であった<sup>(25)</sup>。すなわち、「法学は12世紀前後に誕生した注釈学派によって基礎が築かれ、13世紀後半に始まる注解学派によって完成される（太字強調は筆者による）」<sup>(26)</sup>のである。

注解学派（commentatores、後期注釈学派：postglossatores、オルレアン学派）は「バルトルス学派」とも称される。バルトルスは、「絶対的権威を謳われていたアックルシウスに寄りかかりつつ彼を越えようとした。コルプス・ユーリス全体にたいする注解がバルトルスによって完成されるや、彼の注解は『標準注釈』（筆者注：アックルシウスが完成させた）と並ぶ権威を獲得する。その結果、コルプス・ユーリスを学ぶには原典テキスト、『標準注釈』、そしてバルトルスの注解書の三種が必要となった」<sup>(27)</sup>とされる。バルトルスの業績は「中世ローマ法学の到達点」<sup>(28)</sup>とされ、「バルトルスのローマ法全体にわたる注解が完成するや、ローマ法からすべてのものが引き出されてしまったという確信が生まれた。彼の注解書はいわばローマ法原典の生まれ変わりであった。そのためバルトルスの後の法学者の仕事は彼の著作の上に展開されるようになり、ローマ法原典テキストへの直接への照合をしだに行わなくなっていた（太字強調は筆者による）」<sup>(29)</sup>。イルネリウス、アックルシウス、そしてバルトルスという3人の天才によって、古代の高度な法を換骨奪胎することで近代の法および法学の基礎が、ローマ法としての権威



の下に発展していくのである。

### 3 中世ヨーロッパにおける自治都市（コムーネ）と都市法（条例）

#### 3-1 自治都市（コムーネ）の出現

12世紀頃、「聖職叙任権闘争（Investiturstreit）」<sup>(30)</sup>などによって神聖ローマ帝国の権力が衰退し、また、封建制度が確立するに従って、帝国領内の北イタリアやドイツで都市間の連合組織が形成された。すなわち、その「領土内のすべての人および物に絶対的に適用される属地法が成立」していった<sup>(31)</sup>。その時期に、北イタリアやドイツでは、「各々固有の特別法」としての「都市法（statute）」をもつ「自治都市」が現れる<sup>(32)</sup>。中世の自治都市として、北イタリア諸都市のほか、ドイツのリューベック（Lübeck）<sup>(33)</sup>、ハンブルク（Hamburg）<sup>(34)</sup>や、（現フランスの）アルザス地方のコルマル（Colmar : Kolmar）<sup>(35)</sup>の例がある。リューベックやハンブルクからなるハンザ同盟は、国際交通網の一環として、19世紀のキール運河、20世紀の新キール運河の元となるアイダー運河（バルト海に面したキール（Kiel）とアイダー川を繋ぎ、アイダー川を拡張）を1784年に完成させた。

中世イタリアの自治都市コムーネ（comune）は、本浪によれば、「宗教的、文化的、地理的、経済的、人種的、軍事的連帯感と、皇帝や領主の支配を受けず、上位者を認めない支配地域をもつという共通性と同時に、それぞれの都市が個別的統治形態に起因する独自のスタチュータ statuta 条例をもつという均一性の中の異質性（傍点は筆者による）」<sup>(36)</sup>、を有している点に特徴がある。そうして、「商工業の発達に伴う都市相互間の人々の取引や往来の激増につれて、スタチュータの適用関係の考察の必要性を認識させる誘因となった。」<sup>(37)</sup>

その後、北イタリアやドイツの都市間の連合組織が形成される<sup>(38)</sup>。よく知られているように初期の代表的なものとして、北イタリアのロンバルディア都市同盟（Lega Lombarda）（1167年）がある。ロンバルディア都市同盟は、ヴェローナ同盟（Lega Veronese）<sup>(39)</sup>を受け継いで拡大し、

イタリアでの皇帝の力を削ぐことを意図するローマ教皇アレクサンデル3世（在位：1159年 - 1181年）の支援により組織された<sup>(40)</sup>。その後もロンバルディア都市同盟は、教皇グレゴリウス9世（在位：1227年 - 1241年）の支援によりフリードリヒ2世と対抗し、皇帝の力を減少させていく。

木棚によれば、「これらの都市間の交易が活発になるにともない、都市法の場所的抵触の問題が生じてきた。14世紀になると、この問題の解決のための後期注釈学派（注解学派）の学者達が法規分類学説を展開した。その最も代表的な学者がバルトルス（Bartolus, 1314-1357）であった」<sup>(41)</sup>。

### 3-2 「都市法（条例 :statutum/statuta）制定権」の獲得

#### (1) 都市法（条例）の概念

ここで、statutum, statuta の訳語としては、「都市法」と「条例」を特に使い分けせず、原則として「都市法（条例）」と表記することにしたい。引用および引用に基づく論述の際には、適宜、どちらか片方のみの表記とする場合がある。概念に違いはない。それは狭義では一般に、「都市の立法機関である民会の議決」<sup>(42)</sup>であり、今日の日本等での自治体（地方政府）立法の語源となった。当時用いられていた広義での「条例 statutum/statuta」は、上記狭義の意味に加えて、「古い時代から成長し、この時代に固定しつつあった、市民の私的関係を規律する慣習 consuetudines」と、「都市の役人および市民相互によってなされた、都市の公的関係を規律する誓約 brevia」をも併せ含む概念であるとされる<sup>(43)</sup>。

#### (2) 裁判権の獲得

12世紀はじめに、ロンバルディア都市同盟などが都市法（条例）制定権すなわち「立法権」を獲得するに先立って、まず、「裁判権」（iurisdictio）を自治的に行使するようになる。

すなわち、「1168年のローディでの決議文によって、同盟を構成する諸都市（socii）は、その相互の裁判権を制限し、さらにコムーネの市民の多数によらないかぎり、皇帝への上訴の有効性を認めないことを決定した」<sup>(44)</sup>。そのような決定が可能であったのは、「この時代には、きわめて広範な慣習法という遺産を裁判官がその裁判活動においてすでに十分有効に利用し得たからに他ならない」<sup>(45)</sup>。慣習法は、イタリアでは10世紀、遅くとも11世紀には成文化されるようになっていた<sup>(46)</sup>。最古のものとされるのは「958年頃から始まったと考えられるジェノヴァの慣習法」<sup>(47)</sup>で、「このような慣習法の形成過程は、都市コムーネ形成への序曲」<sup>(48)</sup>となった。

その裁判規範としての法源のひとつとして、新たに「都市法（条例）」が加えられたことに、「都市法（条例）制定権」（＝立法権）の大きな意義がある。すなわち、「条例制定権（ius statuendi）が、長い間にわたって事実上行使されてきた裁判権（ius iudicandi）と論理的に結合し、そしてそれに統合されることになったのである」<sup>(49)</sup>。

### （3）「都市法（条例）制定権（ius statuendi）理論」

#### —都市は法を制定しうるか—

12世紀から13世紀にかけての「注釈」学派の論理では、「事実上は（de facto）、それら諸都市コムーネという部分が帝国という統一体から独立し、それ故にそれら部分の多数の法すなわち都市コムーネの法である条例が存在するとしても、法律上は（de jure）、常に一つの統一体としてのただ一つの帝国が存在するだけであり、それ故にまた帝国には常にただ一つの法が存在するだけなのである。」<sup>(50)</sup>というものであった。

その後、13世紀に、このような捉え方が大きく転換した。すなわち、「帝国法＝ローマ法と都市コムーネ法＝条例との関係が、普通法（共通法）（ius commune）と特有法（ius proprium）との対置関係において概念されるようになった」<sup>(51)</sup>のである（両者の優先関係についての議論は「4-1

都市法（条例）優先理論」において後述する）。

14世紀の「注解」学派に至ると、「普通法—特有法の対置概念は、切り放すことのできない二項式の関係として法理論的に明確化される」<sup>(52)</sup>ようになり、さらに、「ローマ法と条例との関係を古い法（*ius vetus*）と新しい法（*ius novum*）との関係に置きかえ」ることで、両者を調和させて、新しい法であるコムーネの都市法（条例）は「帝国の法体系内に組み込まれ」た「法」として承認されるべきものとされた。「こうしてローマ法と条例の二元論は止揚され、普通法理論はその完成をみるに至る」のである<sup>(53)</sup>。すなわち、普通法（一般法）かつ古い法たるローマ法と特有法（特別法）かつ新しい法である都市法（条例）として、体系的に共存するものとなった。

ところで、その前提として、そもそも「法」として「都市法（条例）」を立法（制定）しうることは、いかなる法的根拠によるのか、それ自体がまず議論されなければならない。すなわち「都市は条例制定権（*ius statuendi, potestas statuendi, potestas condendi statuta*）を有するか、もし有するとすれば、それはいかなる法的根拠によるのかという都市の条例制定権の問題」、すなわち都市法（条例）制定権理論である<sup>(54)</sup>。それは「中世法学史におけるきわめて大きな問題」であった<sup>(55)</sup>。

＊

そもそも中世ヨーロッパの都市法（条例：スタチュータ：*statutum/statuta*）が、ローマ法の原典を差し置いて法としての拘束力をもつものとなった理論的根拠については、バルトルスは、「学説彙纂（*Digesta, Pandectae*）」第1巻第3章第32文に基づいて次のように理論化している。「法律の効力は国民の同意に由来し、他の者の承認を必要としない。それゆえ慣習は都市の国民の同意であるから、それは上位者たる皇帝の承認を必要としない。したがって条例もまた、上位者たる皇帝の承認を必要としない。なぜなら慣習は都市の国民の暗黙の同意であって、条例は都市の国民の明示の同意であるから、両者はともに同意である点で同一であり、同一の効力をもつからである」とする<sup>(56)</sup>。

バルトルスは、当時のイタリアの学説と、慣行ではなく「国民の黙示の意思 *tacita voluntas populi*」が慣習法の原因であるとするフランスの学説を融合して、「慣行および習わし」を慣習法の「遠因 *causa remota*（外在的要素、認識根拠）」とし、「黙示の同意」を「近因 *causa proxima*（内在的要素、存在根拠）」と説明した<sup>(57)</sup>。すなわち、「慣行や習わしといった、実際に繰り返される国民の行為は慣習法の遠因であり、このように繰り返される行為を拘束力のあるものにしようとする国民の黙示の同意 *tacitus consensus populi* が慣習法の近因である」と考え、黙示の同意を慣習法の「真の原因」、「本質的要素」であるとした<sup>(58)</sup>。そうすると、慣習法も「合意 *pactum*」も、等しく「同意によって成立するから、同一の性質を持つものと考え、合意すなわち契約理論から」、「慣習法理論を構築していった」のである<sup>(59)</sup>。さらに、「国民が黙示の同意または合意によって慣習法の形で不文法を創造できるとすれば、同じように国民は明示のそれによって成文法を創造することができる」と理論化した<sup>(60)</sup>。

#### （4）コンスタンツの和約—神聖ローマ帝国による都市法（条例）の効力の法的承認—

神聖ローマ帝国は、1183年の「コンスタンツの和約（*Pax Constantiae* ; *La pace di Costanza* ; *Peace of Constance*）」により、ロンバルディア諸都市に対して「『都市の諸慣習 *mores* および諸法律 *leges* に従って』裁判を行うことを承認」<sup>(61)</sup>したために、多くの各都市法（条例）の冒頭にはコンスタンツの和約が置かれている<sup>(62)</sup>。コンスタンツの和約は、イタリアのすべての自治都市の基本法に位置付けられたのである。

すなわち、「コンスタンツの和約は、形式的には、何世紀もの間、この和約に掲げられたロンバルディーア同盟諸都市と皇帝派の諸都市ばかりでなく、これに参加しなかった他の諸都市、たとえばトスカーナ諸都市をも含めてイタリア王国に属するすべての都市コムーネと帝国



との間の関係を規律する基本法となっていった」<sup>(63)</sup>。コンスタンツの和約は、「注釈学者の手によってコルプス・ユーリスに挿入され、帝国法として、注釈、注解の対象」となるとともに、「都市コムーネの自由の『マグナ・カルタ』(Magna Charta)」と位置づけられるものとなった<sup>(64)</sup>。

北中部イタリア諸都市は、上述のように「コンスタンツの和約」により皇帝から都市法(条例)制定権を得ており、そのおよそ170年後の1357年には、ローマ教皇の「聖母教会令 Constitutiones Sanctæ Matris Ecclesiæ」(Constitutions of the Holy Mother Church)によって、ローマ教会領の中部イタリア諸都市が都市法(条例)制定権を獲得した<sup>(65)</sup>。

#### 4 バルトルス都市法(条例)衝突理論—法規分類学説を中心に—

##### 4-1 「都市法(条例)優先理論」

都市法(条例)が法として認められるようになると、普通法たるローマ法と都市法(条例)のいずれの効力が優先するのか、すなわち優先性の問題(衝突の問題)が生じる。

この問題は、論理的に、「一般法かつ前法」たるローマ法と「特別法かつ後法」である都市法(条例)という形で整理されることになるので、特別法は一般法に優先する(*lex specialis derogat legi generali*)、そして、後法(新法)は前法(旧法)に優先する(*lex posterior derogat priori*)という法原則により、この衝突問題の帰結は必然的に、都市法(条例)の優先という結論に至ることになる<sup>(66)</sup>。

したがって、バルトルスが完成した「都市法(条例)優先理論」においては「共通の法=普遍的な法律=普通法(*ius commune*)」たるローマ市民法と「特有の法=特有法(*ius proprium*)」たる「都市(*civitas*)が制定する条例を含む地域特別法」が衝突するときには、「学説彙纂」第1巻第1章第9文に基づいて後者が優先的に適用され、「条例に欠缺あるときに、普通法が補充法として適用される」ことになる<sup>(67)</sup>。

上述の「都市法(条例)制定権理論」と「都市法(条例)優先理論」

を踏まえて、次には、都市法（条例）同士の抵触（衝突）の問題—「条例衝突理論」—が論じられることになる<sup>(68)</sup>。すなわち、「抵触法」の誕生である。

これらの要点について、「バルトルス・デ・サッソフェラート『条例衝突理論』概観」—＜中世イタリア法学 *Mos Italicus* ＞研究序説—（慶應義塾大学法学会『法學研究：法律・政治・社会』第55巻3号、1982年）をはじめとする森征一氏によるバルトルス研究の精華である多数の論稿に基づいて、以下、骨子のみ整理することしたい。森征一氏は、慶應義塾大学法学部長・常任理事、常磐大学学長・理事長を経て、2021年現在、全国大学実務教育協会代表理事・副会長、慶應義塾大学名誉教授の地位にある。その間、ボローニャ大学、サンパウロ大学等で研究および講義を行いつつ、本稿で引用しているものを含む多大な玉稿を発表している<sup>(69)</sup>。

#### 4-2 「都市法（条例）衝突理論」

「中世世界の法秩序を構成する帝国と都市という上位権力と下位権力との対立関係、いわば縦軸の関係についての問題に法理論的な解決を与えたローマ法学者の前に立ちはだかったつぎの問題は、論理必然的に都市と都市という対等な関係に立つ下位権力相互間の対立関係、いわば横軸の関係の問題であった。すなわち条例制定権と条例制定権、換言すれば、条例制定権が具現化した条例と条例との衝突の問題をいかにして法理論的に解決すべきか、というものであった。」<sup>(70)</sup>

この法的課題に対する中世イタリア法学者の解答こそが、「ヨーロッパ近世・近代法学史の出発点として位置付けられる（太字強調は筆者による）」べき「条例衝突理論」である<sup>(71)</sup>。このような国民相互間に生ずる問題、すなわち、条例相互間の抵触に関する考察が、国家間の私法の抵触を扱う今日の「国際私法」という法分野の嚆矢となったのである<sup>(72)</sup>。

バルトルス（Bartolus de Saxoferrato）は、「国際私法の祖」<sup>(73)</sup>と呼ばれ

ている。同旨であるが木棚は「国際私法学の祖（傍点は筆者による）」と呼ぶ<sup>(74)</sup>。その内容は、「各法規を人に関する法（人法）と物に関する法（物法）に分類し、人法は人に付随して領域外でも適用され、物法には属地的な効力のみを認めた。この考え方が、法規分類説（法規区別説、条例理論、スタチュータの理論とも呼ばれる）である。」それは、周知のように「長い間、国際私法の支配的な理論であった」<sup>(75)</sup>のである。

バルトルスの条例衝突法理論においては、後述するように、「都市の条例の効力はその領域内の外国人に及ぶか」という問題である「条例の域内的効力」と、「都市の条例の効力はその領域外に及ぶか」という「域外的効力」の2つの領域に分け、それぞれをさらに再分して論じている<sup>(76)</sup>。

#### 4-3 バルトルスによる抵触法の体系化の要点

バルトルスは、ユスティニアヌス法典「勅法集 Codex」冒頭の1、1、1法文に「帝国の支配の下にある国民はすべてキリスト教を信仰すべきこと（傍点は筆者による）」とあることを法源として、「皇帝法は帝国の国民を拘束するだけであって、外国人を拘束しえないという意味に読み替え、それから類推して、都市条例も都市国家の国民のみを拘束するだけであって、外国人を拘束しえないと結論した」のである<sup>(77)</sup>。

その上で、「ローマ法を条例衝突に際して適用条例の選択の基準を示す上位法とみなし」、「具体的な問題を個別的に解決」する理論を構築していくのである<sup>(78)</sup>。バルトルスは前述の「勅法集 Codex」1、1、1法文に付した注解として、次のように条例の問題を体系化した。すなわち、「条例の問題をまず、『都市の条例の効力はその領域内の外国人に及ぶか』および『都市の条例の効力はその領域外に及ぶか』、すなわち条例の域内的効力および域外的効力という二つの問題に区分し、さらに前者の問いについては契約、犯罪、遺言およびその他の事項の四つに再分し、後者の問いについては禁止的条例、許可的条例、刑罰的条例および刑事判決の四つに再分して、それらをさらに細分しながら

ら、それぞれの問題を個別的に解決していき、壮大な国際私法体系の系統樹を作り上げる」<sup>(79)</sup>。

森によれば、「条例の域内的効力および域外的効力いかん、というこの体系的とも思えるスコラ学の区別論に依拠した二分法の問題設定は、バルトルス独自のものである。これによって条例衝突理論は、その統一的・総合的な理論的指針を得た」<sup>(80)</sup>のである。具体的には以下のようになる<sup>(81)</sup>。

### (1) 都市法（条例）の域内的効力

第1に、都市法（条例：以下、この節では、「条例」と略記する）の「域内的効力」については、バルトルスは(A)契約 *contractus* に関する条例、(B)犯罪 *delictuim* に関する条例、(C)遺言 *testamentum* に関する条例、(D)契約、犯罪以外の事項、の4つに大別する。(A)契約に関する条例または慣習を、(1)契約の方式と(2)契約から発生する権利に関するものに分けて、(2)については、(i)訴訟手続と(ii)訴訟実体に細分して論じる。

### (2) 都市法（条例）の域外的効力

第2に、条例の「域外的効力」については、バルトルスは(A)禁止的 (*prohibitoria*) 条例、(B)許可的 (*permissiva*) 条例、(C)刑罰的 (*punitaria*) 条例の3つに大別する。そして、(A)の禁止的条例を、バルトルスは(1)特定の行為の方式に関するもの、(2)物に関するもの、さらに、(3)人に関するものに分けて、(3)人に関するもの（「条例が人についてなんらかの禁止をしているもの」）を、(i)利益的 *favorabili* 条例、(ii)不利益的 *odiosa* 条例に細分して、それぞれの条例の効力が域外に及ぶか否かを論じている。たとえば、人に関する禁止的条例で不利益的な内容のものの効力は、域外に及ばないことになる。

(B)の許可的条例は、「ある行為や事項について許可を与えているもの」で、これについては、①「許可された行為は、許可した者の領域外でなされ得るか」、と②「それがその領域内もしくは許可された地で、

「有効に」なされた場合に、それは領域外でなんらかの効力を有するか」という論点を示した上で、それぞれに具体的なケースで詳細に議論している。

たとえば、第1に、公証人としての行為について、第2に、普通法によってすでに許可されていることで、条例が普通法における障害を除去して許可を与える場合に、(i)その「障害の除去が方式に関するものである場合」(たとえば普通法で遺言のために7人の証人を要するとされている場合に条例が4人でよいとする場合など)、(ii)「障害の除去が、人の能力に関するものである場合」(たとえば普通法で相続人に指定されることができないとされている非嫡出子について、条例が相続人に指定され得るとする場合など)について、さらに第3に、相続財産の分配の問題について、それぞれ前述の①と②の2つの論点を関連させて結論を導くのである。第3の相続財産の分配の問題については、たとえば、「長子がすべての財産を相続するという慣習がイギリスにあるが、ある者が、イギリスとイタリアに財産を遺して死亡した場合に、いかなる法が支配するのか」<sup>(82)</sup>という問題に関して学説が対立している中で、バルトルスは、『故人の財産は長子に帰すべきである』という文言のように、その規定が物に関するものである場合」と『長子が相続すべきである』という文言のように、その条例もしくは慣習が人に関するものである場合に分けて、適用する法を区別して論じていく<sup>(83)</sup>。

(C)の刑罰的条例 *statuta punitaria* の効力は域外に及ぶか否かの問題については、従来の2つの対立する見解の調和をはかることを意図して、さらに3つの場合に区別して議論を深める。すなわち、バルトルスにおいては、今日の国際私法の領域を越えて、刑事法分野も含めた体系化を図っているのである。具体的には、条例衝突理論の最後に、「刑事判決の域外的効力」という「国際関係の問題と密接に関連する」複雑な問題についても、「人に関する刑罰」と「財産に関する刑罰」に区別してそれぞれ検討を加えている<sup>(84)</sup>。

バルトルスが体系化した「法規分類学説」は、近代になってからも、



「1756年のババリア（筆者注：バイエルン）のマックスミリアン民法典<sup>(85)</sup>、1794年のプロシヤ一般法典<sup>(86)</sup>、1811年のオーストリア一般市民法典<sup>(87)</sup>など初期の成文法典に大きな影響を及ぼした」<sup>(88)</sup>のである。

### 結びにかえて

「ヨーロッパ近世・近代法学史の出発点」<sup>(89)</sup>とされる都市法（条例）衝突理論構築の政治的・社会的背景として、各都市国家がゆるやかな包括的権威である皇帝と教皇から自治権を得たのと方向性は逆ながら、類似の力学とプロセスでヨーロッパ各国はEUに包括的権威を集約している。いずれも社会の変革期にあって、市民の生活を守りより良いものとする、とりわけ経済活動をより効率的なものへと発展させる、という明確な方向性を共通にすると見えよう。

このような「社会変動（パラダイムシフト）」の背景にあるのは、12世紀のミニ・グローバルゼーション、今日のグローバルゼーションであり、それらと同時並行的に進展した文化社会変革である。ここで文化社会変革と呼ぶのは、12世紀前後の（近代的）大学の成立と発展（学生集団と教員集団からなる *universitas/ university* が11世紀末にボローニャ、12世紀にパリやオックスフォードに誕生した）や、20～21世紀の情報通信革命のことである。黒田は、「11世紀後半の商業や都市生活の勃興が、国家形態を秩序付ける『法』の存在を欲し、学ぶことを必要とした」<sup>(90)</sup>と整理し、「法学の復活は、大学の勃興によって始まる」<sup>(91)</sup>とする。情報通信革命との関連は、後に別稿で論じたい。

ここまでで本稿の考察はひと区切りとし、「イタリア学派の理論を継受しつつ発展させた」<sup>(92)</sup>16世紀フランスにおける抵触法の発展や、周知のごとく今日の主流である、19世紀半ばにおけるドイツのサヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）による、「キリスト教およびローマ法の共通性を有するヨーロッパ諸国による国際法的共同体を基礎として、法律関係の本拠の法を準拠法とする普遍的な国際私法理論（法律関係本拠説）」<sup>(93) (94)</sup>、そして、現代アメリカにおける「抵触法革命」<sup>(95) (96)</sup>」につ

いては別稿で考察することとしたい<sup>(97)</sup>。

- (1) 横溝大「グローバル化時代の抵触法」東京大学社会科学研究所『社会科学』第65巻2号、2014年、129頁。
- (2) Cf. Harold J. Berman, "World Law," *Fordham International Law Journal*, vol.18 (1994), pp.1616-1622. 斎藤恵彦「世界法概念について—田中、恒藤両博士の概念をめぐって— Ernst Zitelmann, "Die Möglichkeit eines Weltrechts" (1888) 100年目を記念して」『世界法年報』第8号、世界法学会、1988年、1-15頁。  
石黒は、国際私法と世界法概念の関係についての一例として、田中耕太郎『世界法の理論』第2巻の国際私法に関する考察について、「その後のわが国際私法上の通説の基本に、殆ど決定的な影響を与えたと言ってもよい」（石黒一憲『国際私法・第2版』新世社、2007年、75頁）と指摘する。
- (3) 横溝、前掲「グローバル化時代の抵触法」、130頁。各国法秩序の本質的平等の観念が、とりわけサヴィニー的準拠法選択の方法論を支えていることにつき、たとえば、石黒、前掲『国際私法・第2版』74頁。
- (4) 山内惟介『国際私法の深化と発展』信山社、2016年、6頁。石黒は、両性平等の問題等に絞られてはいるが、国際私法と憲法との関わり合いについて議論されていることに触れている（石黒、同上、108頁他）。
- (5) 滝沢正『フランス法』第4版、三省堂、2010年、21-22頁。
- (6) 木棚照一「第3章 国際私法理論の沿革」木棚照一・松岡博・渡辺惺之著『国際私法概論・第5版』有斐閣、2007年、11頁。
- (7) 森征一「中世イタリアの都市コムーネと条例制定権（ius statuendi）理論（4・完）」慶應義塾大学法学研究会『法學研究：法律・政治・社会』第49巻11号、1976年、38頁。
- (8) 滝沢、前掲書、22頁。
- (9) 「万民法」は、ラテン語の ius gentium をフランス語や英語で droit des gens, law of nations として表記するものであるが、近代に至り、それらは「国際法」の意味で用いられるようになる。また、1789年以降、ベンサム（Jeremy Bentham）の案出による international law が国際法を意味する用語として広く使われるようになった（cf. Berman, *supra* note 2, pp.1617-18）。柳原正治「ユース・ゲンティウム概念の変遷—ヴォルフの1729年論文を中心として—」『国際法外交雑誌』第88巻2号（1989年）、185-220頁。柳原正治『法学入門（放送大学教材）』2018年、66-67頁。
- (10) 「ローマ法自体には抵触規則は稀少であった。」との表現もされる。本浪章市「国際私法の起源から国際租税法の連結点考察までの過程」『関西大学法学論集』第53巻4-5号、2004年、410頁。
- (11) 森征一「バルトルス・デ・サッソフェラート『条例衝突理論』概観—

- ＜中世イタリア法学 Mos Italicus＞研究序説―」、前掲『法學研究』第55巻3号、40頁。
- (12) 川上太郎「第5節 国際私法の歴史」国際法学会編『国際私法講座』第1巻、有斐閣、1953年、93頁。なお、本稿においては引用文中の旧字体を新字体に置き換えている。
- (13) 森征一「バルトルスの法学観―ヨーロッパ中世法学の理解のために―」、同上『法學研究』第70巻3号、26頁。
- (14) 同上。
- (15) 同上。
- (16) 拙稿「立憲化の歴史的文脈―法制史としてのグローバル立憲化―」常磐大学教職センター『教職実践研究』第3号、2019年、73頁。
- (17) 須網隆夫「グローバル立憲主義とヨーロッパ法秩序の多元性―EUの憲法多元主義からグローバル立憲主義へ―」『国際法外交雑誌』第113巻3号、2014年、42頁。
- (18) 同上。
- (19) 横溝、前掲「グローバル化時代の抵触法」、131頁。
- (20) その後、ドイツ語の“Internationales Privatrecht”、フランス語の“droit international privé”などに、そして日本語の「国際私法」に、直訳された。
- (21) ラテン語 universus (全体) の派生語で「共同体」の意味をもつがヨーロッパ中世ではギルド、組合の意味であった。大学 (universitas) は「教師と学生の共同体 (universitas magistrorum et scholarium)」の短縮形である。田中建彦「大学の起源と学問の自由」『長野看護大学紀要』第7巻、2005年、93-94頁。
- (22) 森、前掲「バルトルスの法学観」、14頁。
- (23) 黒田加奈子「中世における正義の概念の形成―14世紀パドヴァ・コムーネを中心として―」千葉大学大学院社会文化科学研究科『千葉大学社会文化科学研究科研究プロジェクト報告集・第67巻・権力と視角表象(Ⅲ)』2001年、35頁。
- (24) 森、前掲「バルトルスの法学観」、14頁。
- (25) 同上、41頁。
- (26) 同上、15頁。
- (27) 同上、23頁。
- (28) 同上、41頁。
- (29) 同上。
- (30) 1076年1月のハインリヒ4世による教皇グレゴリウス7世の廃位宣言と、1076年2月の教皇によるハインリヒ4世の破門と王位の剥奪宣言を経て、ザクセン公を中心にドイツ諸侯が教皇についたことによる1077年1月のいわゆるカノッサの屈辱 (カノッサ事件) と、その後、1122年のヴォル

ムス協約（Wormser Konkordat）で叙任権が教皇にあることが確認された。これらの経緯で主に教皇派であった都市に後述するボローニャ、ジェノヴァ、フィレンツェが含まれる。

- (31) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、11頁。
- (32) 同上。
- (33) Die Hansestadt Lübeck（ハンザ都市リューベック）
- (34) Die Freie und Hansestadt Hamburg（自由ハンザ都市ハンブルク）
- (35) 1226年に自由都市となり、1354年の「アルザス十都市同盟」（Décapole, Zehnstädtebund）に関わった。
- (36) 本浪、前掲「国際私法の起源から国際租税法の連結点考察までの過程」、409頁。
- (37) 同上。
- (38) 「都市（国家）同盟」の発端は古代ギリシャのアンフィクティオニアに遡る（拙著『国際機構の機能と組織—新しい世界秩序を構築するために—』第2版、国際書院、1997年）。
- (39) 1164年にヴェローナ Verona、パドヴァ Padova、ヴィチェンツァ Vicenza の3都市が結成し、後にヴェネツィア（ヴェネツィア共和国 Repubblica di Venezia）が加わった。
- (40) 上述各都市に加えて、クレーマ Crema、クレモナ Cremona、マントヴァ Mantova、ピアチェンツァ Piacenza、ベルガモ Bergamo、ブレシア Brescia、ミラノ Milano、ジェノヴァ Genova、ボローニャ Bologna、モデナ Modena、レッジョ・エミリア Reggio nell'Emilia、トレヴィーゾ Treviso、ヴェルチェッリ Vercelli、ローディ Lodi、パルマ Parma、フェラーラ Ferrara などである。
- (41) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、11-12頁。
- (42) 森征一「バルトルスの慣習法理論における『同意』（序説）—イタリア中世都市国家の立法主権との関連で—」、前掲『法學研究』第67巻11号、1994年、2頁。
- (43) 同上。
- (44) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、47頁。
- (45) 同上。
- (46) 同上、57頁。
- (47) 同上。参考として、森征一「V・ピエルジョヴァンニ著『ジェノヴァ法史講義—中世—』」、前掲『法學研究』第57巻6号、1984年、113-117頁。
- (48) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、57頁。
- (49) 同上、48頁。
- (50) 同上、31頁。
- (51) 同上。
- (52) 同上、31-32頁。

- (53) 同上、32頁。
- (54) 同上、34頁。
- (55) 同上。
- (56) 森征一「第10章 中世ローマ法と条例理論」勝田有恒、森征一、山内進『西洋法制史』ミネルヴァ書房、135頁。
- (57) 森、前掲「『同意』(序説)」、12-13頁。
- (58) 同上、13頁。
- (59) 同上、13-14頁。
- (60) 同上、17頁。ここで成文法とは、条例を意味している(同頁)。
- (61) 同上、2頁。
- (62) 同上。
- (63) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、59-60頁。
- (64) 同上、60頁。
- (65) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、2頁。
- (66) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、33頁参照。
- (67) 森、前掲「第10章 中世ローマ法と条例理論」、136-137頁。森、前掲「『条例衝突理論』概観」、3頁。
- (68) 森、前掲「条例制定権理論(1)」、34頁。
- (69) 「森征一教授略歴・主要業績」[<https://core.ac.uk/download/pdf/145778821.pdf>] (2021年6月24日参照)を参照。
- (70) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、3頁。
- (71) 同上。
- (72) 同上、3-4頁。森、前掲「バルトルスの法学観」、29頁。
- (73) 高杉直「第2章 法選択規則」、松岡博編『国際関係私法入門—国際私法・国際民事手続法—国際取引法—第3版』有斐閣、2012年、29頁。
- (74) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、12頁。
- (75) 高杉、前掲「第2章 法選択規則」、29頁。
- (76) 森、前掲「第10章 中世ローマ法と条例理論」、137頁。森、前掲「『条例衝突理論』概観」、14-36頁。
- (77) 森、前掲「バルトルスの法学観」、26頁。
- (78) 同上、26-27頁。
- (79) 同上、29頁。
- (80) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、14頁。
- (81) 同上、14-36頁のエッセンスを集約したものである。
- (82) 同上、33頁。
- (83) 同上、33-34頁。
- (84) 同上、36頁。
- (85) 筆者注：*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*。
- (86) 筆者注：*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*。



- (87) 筆者注：*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für Österreich*。
- (88) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、14頁（各法典名の原語は筆者による注記）。
- (89) 森、前掲「『条例衝突理論』概観」、3頁
- (90) 黒田、前掲「中世における正義の概念の形成」、34頁。
- (91) 同上、33頁。
- (92) 木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、13頁。都市部と農村部の地方慣習法が異なっていることなどから生じた抵触の問題を解決する必要から属地主義を緩和する Charles Dumoulin (1500-1566) と、属地主義的傾向の強い Bertrand d' Argentré (1519-1590) の理論が後の国際私法理論に影響を及ぼしている（同上）。
- (93) 高杉、前掲「第2章 法選択規則」、29-30頁。「法律関係本拠説は、法規ではなく法律関係から出発する点で、法規分類説とは全く逆のアプローチであり、実質法と国際私法を峻別するものであった（同上）。」
- (94) サヴィニーの生没年は、1779-1861年。1815年から31年にかけて全6巻からなる『中世ローマ法史 (Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter)』、1840年から49年にかけては、全8巻の『現代ローマ法体系 (System des heutigen römischen Rechts)』を執筆したが、49年刊行の第8巻の大部分は「法律関係に関する法規適用の場所的限界」とする、「画期的な国際私法理論を樹立（木棚、前掲「第3章 国際私法理論の沿革」、15頁。）」した。
- (95) すなわち、「概念的な発想ではなく現実的な対応を求めるリーガル・リアリズムの影響もあり、20世紀半ば、伝統的な法選択規則では、具体的事案において妥当な結論を導くことができないとの批判が強くなった。むしろ各事案の争点ごとに関連諸国の実質法の内容や法目的を考慮した上で法適用の利益が最大で適切な結果を導く法を準拠法とすべきとの新たな方法論が提唱」（同上、31頁）されたのである。
- (96) この抵触法革命は米国における契約や不法行為などの一部の分野にとどまっているものの、「伝統的な国際私法に対する米国の抵触法革命の影響を過少評価すべきではない」として注目されている（同上）。
- このようなアメリカの抵触法革命の諸理論は、本稿の主題であったバルトルスと通ずる面があるため、“neo-statutists”と呼ばれることがある（石黒、前掲『国際私法・第2版』72頁）。
- (97) 古代ローマから1980年代～2000年代の日本およびヨーロッパ諸国の国際私法全面改正に至る「現代国際私法の歴史的位相」の全体像が、石黒、前掲『国際私法・第2版』70-71頁に緻密に図解整理されている。なお、前述の川上は、「あらゆる法部門のうちで国際私法ほど、法史の研究を必要とするものは、おそらく少いであろう。国際私法にあっては、歴史がすべてであると言われる（グッツヴィラー 原注1 Gutzwiller, Le

développement historique du d. i. p., Recueil des Cours, 1929-IV, p.292)」  
と論じたことがある（川上、前掲「国際私法の歴史」、86頁）。



# M. サンドルの「腎臓売買否認論」 についての一考察

宮 本 満 治

はじめに

2010年に NHK 教育テレビで放送された、マイケル・サンドル (Michael J. Sandel) による「ハーバード白熱教室」は好評を博した。同番組の監訳と解説を務めた小林正弥によれば、これにより小林自身も含めた関係者の誰もが予想しなかったような知的大ブームが起きた (小林 2010, p.9)。また、当該の講義をもとにサンドルが一般向けに書いた概説書である『これからの「正義」の話をしよう』(Sandel 2010) はベストセラーにもなった。

こうした所謂「サンドル・ブーム」から10年余の年月が流れた。その後、サンドルの主張ないし、彼のいう「共通善の政治学」はどのように受容されているのであろうか。少なくとも2018年の時点で、現代コミュニタリアニズム (いうまでもなく、サンドルはその代表者とされる) の大家である菊池理夫は、わが国の戦後の政治学では、「共通善の政治学」は特定の思想家に関して以外は、ほとんど論じられることはなく、論じられても否定的にしか論じられないという。そして、そのこともあって「共通善の政治学」であるコミュニタリアニズムは、「正＝権利の政治学」であるリベラリズムを批判するものとして、とりわけ保守的ないし反動的なものであるという理解が多いということである。さらに、菊池によれば、このような理解は基本的には、「共通善」に対す

る無理解や誤解から生じ、サンデルを含む現代コミュニタリアニズムが正当に理解されない原因になっている（菊池 2018, p.5）。

筆者自身は、サンデルの主張に同調するところも数多い。しかしながら、菊池らの精力的な仕事にもかかわらず、サンデルの主張が「理解されない」のは何故なのだろうか。そこには、やはり「無理解や誤解」を生む何かがあるのではないだろうか。少なくとも、筆者は、菊池やサンデルの諸業績を読んだ際に共感するところが多いが、それでも疑問を覚える部分もある。それが、現代コミュニタリアニズムに対する「無理解や誤解」につながっているのではなかろうか。このような疑問の根拠を明らかにすることが本論文に取り組むことになったきっかけである。

ところで、コミュニタリアニズムに対してもっとも痛烈な批判を浴びせている思想潮流が、リバタリアニズム（自由尊重主義、自由至上主義、絶対自由主義、自由原理主義）である<sup>(1)</sup>。リバタリアニズムの入門書を著した D. ボウツ（David Boaz）によれば、リバタリアニズムとは、「各人は、他人がもっている自分と同等の権利を尊重するかぎり、自分が選んだ人生がどのようなものであれ、それを生きる権利をもっている」という思想である。また、リバタリアニズムを信奉する者、つまりリバタリアンは、「政府が創られる以前から当然に人びとがもっている権利」すなわち「人生、自由、そして所有財産に対する各人の権利」を擁護する。さらに、リバタリアンの見解では、あらゆる人間関係は自発的なものであるべきであり、法律によって禁じられるべき唯一の活動は、強制力を行使していない他人に対して強制力を行使することとされる（Boaz 1998, p.2）。

リバタリアンの主張とサンデルの主張は具体的にどのようにぶつかり合うのか。これを整理することができれば、サンデルの主張が「理解されない」理由の一端を把握できるのではないか。そのような考えから、本論文では、リバタリアンの主張とサンデルの主張を検討していくことしたい。その際、「腎臓の売買」という問題に焦点を絞り、そ



れに対する両者の主張の相違を明確にすることで、サンデルの主張に対する疑問を整理したい。ひいては、この作業により、サンデルの現代のコミュニタリアニズムが「理解されない」理由を多少なりとも明らかにできると考える。

次節において、リバタリアンたちが重視する自己所有権について簡単に概観していく。

## I 自己所有権についての概観

自己所有権（self-ownership）は、概説書的には、「各個人には自らの身体・精神に対する絶対不可侵の根本的権利が存在し、それが他のすべての個人権の基礎である、という着想」とされる。また、これに則れば、第一に「他者の個人権・自己所有権を侵害しない限り、個人には、自らの身体・精神およびその生産物に対する絶対不可侵の所有権が認められ」、そして、第二に「『人的資源』に対する自己所有権から、『物的資源』に対する私的所有権など、他のすべての個人権を演繹することができる」ということになる（アスキュー 2000, p.69）。

各人にとって自分自身の身体と能力は自分のものだという自己所有権の命題は、リバタリアニズム、あるいはその自然権論的バージョンと不可分のものといわれる。例えば、J. ロック（John Locke）は『統治二論』において、自己所有権という言葉は使っていないが、「人は誰でも、自分自身の身体に対する所有権（property）をもつ」のであり、「これについては、自分自身以外の誰も権利をもたない」（Locke 2011, p.134）し、「人は自分自身の主であり、自分自身の身体とその活動および労働の所有者であることによって、自分自身の中に所有権の偉大な基礎を持っている」（Locke 2011, p.142）としており、自己所有権の主張を行っている<sup>(2)</sup>。

また、R. ノージック（Robert Nozick）も「X に対する所有権という概念の中核にあるのは、X をどうするかを決める権利、すなわち、X に関する制約された一連の選択肢のうちどれを実現し、または試みるべ

きかを選ぶ権利である」(Nozick 1974, p.171)として、自己所有権という言葉を使ってはいないが、自己所有権のテーゼをとっている。そして、ノージックは、自分の所有する身体と能力を使って得た物は自分の物であり、これに国家が課税することは国家による強制労働に等しいとしたのである (Nozick 1974)。

この自己所有権という言葉が普及したのは、平等主義者であり、リバタリアニズムを批判した G.A. コーエン (Gerald A. Cohen) がノージックの立場をこの言葉で呼んだことが一因になっている (森村 2005b, p.27)。コーエンは、「各人は自分自身の身体と諸能力の道徳的に正当な所有者であり、したがって、各人は他者に対してそれらの諸能力を攻撃的に用いないならば、自分が望むまま自由にそれらを使うことができる」と自己所有権のテーゼを定義し (Cohen 1995, p.67)、リバタリアニズムはこの自己所有権によって形態を規定された特定の自由を肯定しているとした。そして、このような自由が必然的にもたらす不平等を批判するため、ノージックの主張の核心である自己所有権テーゼを批判的に分析したのである (Cohen 1995)<sup>(3)</sup>。

ただし、肯定的にせよ否定的にせよ自己所有権が語られる場合、それが自分の人身と消極的自由と活動への権利だけを意味しているのか、あるいはそれに加えて無主物先占や市場取引による労働の産物や対価への財産権までも含んでいるのか、曖昧なことが少なくない (森村 2005b, p.27)。しかし、日本を代表するリバタリアンである森村進は、自己の身体や自由への権利を「狭義の自己所有権」と呼び、そして「狭義の自己所有権」とそこから導出される財産権とを総称して「広義の自己所有権」と呼んでこの二つを区別する (森村 1995, p.19)。そのうえで、森村は、「狭義の自己所有権」はほとんど絶対的な力を持っているが、「広義の自己所有権」は重要だとはいえ、その範囲の内在的な曖昧さと最低限の生存権の考慮とによってある程度制約されてもやむをえないとした (森村 2005b, pp.27-28)。

本論文で取り扱いたいのは、腎臓移植の問題である。その理由は、

腎臓は、直感的に自己の身体に拘わる事柄であり、森村が絶対的だという「狭義の自己所有権」に属するものと考えられ、そのうえ、人体のなかで生命を脅かすことなく他人に譲ることが可能であり、毛髪や血液とは違って再生できないものであるからである。よって、腎臓の移植についての考え方を検討することで、リバタリアンとサンドルの主張の違いが浮き彫りにされることが期待される。

## Ⅱ 腎臓の売買は容認されるか否か

### 1 森村の「臓器売買容認論」

リバタリアンの主張する自己所有権の概念を理論的に突き詰めれば、腎臓の売買が容認されることになる。各人が自分の身体への所有権を持っているとすると、所有権は対象物を支配する権限だけでなく、それを譲渡したり処分したりする権限も含んでいるはずだから、人は自分の臓器を売買できる（森村 2001, p.54）ということになるからである<sup>(4)</sup>。

森村は、人は自分の身体への排他的な支配権をもっており、他人の権利を侵害しない限りそれを自由に用いることができるとしている（森村 1995, p.63）。そして、自分の臓器を売った人はその後も後悔しないと想定した場合、契約の履行から生ずるさまざまな利害得失に関する彼らの評価—それはしばしば言語化されないし、特に意識されていないことさえ多い—を他の誰よりもよく知っているのは、当事者自身であり、彼らの選択の利益を受け、コストを負うのも、彼ら自身であるので、臓器売買は禁止されるべきではないとする（森村 2001, pp.62-64）<sup>(5)</sup>。

さらに、森村は自ら「日本では稀な臓器売買肯定論を提唱」（森村 2016, p.17）したと評する論稿において、「臓器売買のどこが悪いのだろうか」という疑問に対する回答を示している。まず、森村は、「臓器売買は利他的ではないからいけないのか？」という問いに答える。臓器売買とは逆に、今日の日本では人体の一部の無償提供は禁止されてい

ないし、献血や、骨髄や腎臓の提供はむしろ立派な行動と考えられているにもかかわらず、臓器の譲渡が有償で行われるのは禁止されているのはなぜか。かりに臓器移植の場合は無償の方が望ましいと認めるとして、臓器を無償で提供するほうが有償で提供するよりも賞賛に値するとはいえるかもしれない。しかし、はじめから臓器を提供しない人と比べて、有償で提供する人が非難されるべき理由はないし、臓器を売る人びとは対価と引き換えにはあるが、その対価以上に臓器移植を求める人びとにとって望ましい選択肢を与えている。それゆえ、臓器売買は批判されるべきではないと森村はいう。

次に、臓器売買の買い手や仲買人は売り手の窮状を利用して臓器を買い取るのだから、これは「搾取」であるという、売り手の保護を理由にした「臓器売買禁止論」に対して、森村は、臓器を売る人は売買を強制された場合を除けば、自発的に臓器を売って利益を受けるのであるから、これは「搾取」とはいえないという。さらに、森村によれば、臓器を売ることを禁止すると、臓器を売る用意のある人の窮状をさらに悪化させてしまう結果になってしまうので、臓器を売る行為は非難されるべきではないということになる。

また、人体というものは通常の財産や金銭と違って何らかの仕方では人格と密接不可分に結びついているので、そもそも交換可能な財産とみなすことができない、言い換えれば、それを売買することは人格を手段として用いているという、カント的な趣旨からの禁止論がある。しかしながら、これに対して森村は、そもそも社会の中で暮らしている人びとは日常的に何らかの仕方では他の人びとを手段として利用しているのであって、人体なり人格なりを手段として用いること自体は別に不正なことではないとする。

さらに、臓器売買は臓器に値段をつけることによって人体を商品化し、人体に対する社会の人びとの尊重の念を失わせる、つまり、臓器売買は当事者本人よりも社会に及ぼす悪影響のために禁止されるべきだという批判に対して、森村は次のように答える。すなわち、森村に

よれば、誰かが自分の臓器を売って商品化したからといって、他の人びとまでそうするように強いられるわけではないし、そもそも臓器売買が認められるとしても、だからといって人びとは人身の完全性を軽視するようには考えられない。そして、社会の中には自分の臓器に値をつけて売るような人がいるということに感情を傷つけられる人がいるかもしれないが、そのような感情の保護は法の任務と考えるべきではないと森村はいう (森村 2004, pp.173-178)<sup>(6)</sup>。

このように、森村は「臓器売買容認論」を展開するのであり<sup>(7)</sup>、これによれば当然、腎臓売買も許されることになる。

## 2 サンデルの「腎臓売買否認論」

サンデルは、リバタリアニズムについて議論するに際して、自分は自分のものであり、国家や政治的共同体のものではないという考え方は、なぜ他人の福利のために自分の権利を犠牲にすることが間違っているかということの理由を説明してくれるので、自己所有権という考え方には魅力があるという (Sandel 2010, p.69)。しかしながら、サンデルはそれが絶対的なものではないと考えているようである。なぜなら、その考え方を突き詰めていくと、次のような議論になるからである。すなわち、自分は自分の命の持ち主であるから、自殺する自由もあるし、自殺を医者に手伝ってもらうことも自由であるべきだということになる。また、合意による食人も食べる側と食べられる側が自由意思に基づいて合意していれば、何が悪いのかということになるのである (Sandel 2010, pp.72-74; 小林 2010, pp.54-55)。こうした考え方から「私が私の体の持ち主ならば、好きなように臓器を売る自由がある」という論理についても、サンデルは批判的なようである。そして、サンデルは「腎臓は売買されるべきだろうか」という問いにノーと答える人の論拠には「公正の議論 (fairness argument)」と「腐敗の議論 (corruption argument)」という二通りのものがあるという。



## (1) 「公正の議論」

「公正の議論」は、貧しい人びとによる腎臓を売るという選択は、本当は自発的なものでないかもしれないので、そうした市場は貧しい人びとを食い物にしているとみる立場である。サンデルはいう。

公正の観点からの異論が指摘するのは、人びとが不平等な条件下で、あるいはひどい経済的窮乏の下で何かを売買する際に生じる不正義である。この反論によれば、熱烈な市場主義者が提示するほど、市場取引はつねに自発的なものだとはかぎらない。ある農民は飢えた家族を養うために自分の腎臓や角膜を売ることに同意するかもしれないが、その同意は本当には自発的ではないかもしれない。実際には、彼の置かれた窮乏状況によって不当に強制されたのかもしれないのである。(Sandel 2013, p.111)

サンデルによれば、この「公正の議論」は、公正な背景条件のもとでなされる同意の理念を土台にしている。市場を利用しての物の分配に賛成する主要な論拠のひとつは、市場は選択の自由を尊重するというものであり、人びとは市場のおかげで、ある価格であれやこれやの物を売るかどうかを自分で選べるということとなる。しかし、公正な観点からの異論によれば、ひどく貧しかったり、公正な条件で交渉する力がなかったりする人の市場における選択は必ずしも自発的なものではない、すなわち、そのような選択は自由なものとはいえないとサンデルは指摘する (Sandel 2013, p.112)<sup>(8)</sup>。

## (2) 「腐敗の議論」

他方の「腐敗の議論」について、サンデルは次のようにいう。

それ（腐敗という観点からの異論—筆者）が指摘するのは、市場による評価や取引はある種の物や行為を堕落させる効果を持つということである。この異論によれば、ある種の道徳的・市民的善は、

売買されると傷ついたり腐敗したりするのである (Sandel 2013, p.111)。

サンデルは、この点に関して、養子に出される赤ん坊の市場について述べている。もしそのような市場が創設されたとすれば、子供に値札をつけることで親の無条件の愛という規範が腐敗するし、価格差が生じるのは避けられないため、子供の価値は人種、性別、知的将来性、身体能力、障害、その他で決まるという考え方が強化されるという。すなわち、腐敗という観点からの市場に対する異論によれば、市場での評価と取引によって墮落してしまう善があるということをサンデルは指摘する。そして、サンデルは、腎臓売買についていえば、腎臓が売買されるような市場は、人間を予備部品の集まりとみなすような墮落した見方を助長するという (Sandel 2013, pp.110-111)。よって、このような「腐敗の議論」の立場から、腎臓の売買は容認されないということになるというのである。

ここで重要なのは、「公正の観点からの異論」と「腐敗という観点からの異論」は、市場に対する含意という点で異なっているということである。サンデルによれば、「公正の議論」は、不公正な取引条件が生じるほど不平等な背景のもとで、物や行為が売買されることに反対しているのであって、ある物や行為が貴重であるとか、神聖であるとか、価格がつけられないとかいった理由で、それらの市場取引に反対するわけではない。対照的に、「腐敗の議論」は、物や行為そのものの特性とそれらを律する規範に焦点を合わせる。権力や富の不正な格差がない社会においても、お金で買うべきでない事物が存在する。なぜなら、ときとして市場価値は、大切にすべき非市場的規範を締め出してしまうことがあるからであるとサンデルはいう (Sandel 2013, p.113)。

そして、この二つの異論のうちサンデルが重視するのが「腐敗という観点からの異論」であることは明らかである。

### 3 森村による批評

しかしながら、このようなサンデルの考え方は、批判にさらされる。先にみたように、森村は、「誰かが自分の臓器を売って商品化したからといって、他の人びとまでそうするように強いられるわけではないし、そもそも臓器売買が認められるとしても、だからといって人びとは人身の完全性を軽視するようには考えられない」ことを指摘している。さらに、森村は、サンデルは市場化してはならないと考える財の多くについて、暗黙のうちにその贈与は構わないと考えているようであるが、腎臓を無償で贈与するのは構わないが有償で譲渡することがいけないとすれば、その理由付けが必要であろう、という。また、森村は、おそらくサンデルは、ある種の財は無償で贈与されるならばその本来の価値を失わないが、有償で売買されると（＝商品化されると）墮落する、すなわち、その財に対する人びとの尊重の念が不当にも弱まると考えているらしいという。そして、この主張には経験的な裏付けが必要だが、サンデルはその主張を支持するデータをほとんど提出しないとするのである（森村 2016, pp.9-10）<sup>(9)</sup>。

確かに、こうした森村の批評にサンデルは明確には答えていないように筆者にも思われる。ただし、サンデルは、腎臓を売ったとしてもその価値は破壊されないといっているので、腎臓に対する「人びとの尊重の念が弱まる」と考えているわけではなさそうである（Sandel 2013, p.110）。それでは、腎臓を無償で贈与するのは構わないが有償で譲渡することが容認されないのはなぜか。言い換えれば、腎臓を無償で譲渡することでは腐敗しないが、有償で譲渡すると腐敗するものとは具体的に何か。これに対する回答のひとつをソーシャル・キャピタル論が与えてくれるように思われるので、次節では、ソーシャル・キャピタル論における腎臓の無償提供の例をみていくことにしたい。

### Ⅲ ソーシャル・キャピタルと腎臓の無償提供

近年の社会科学一般において、注目されている概念として、「ソーシャル・キャピタル (Social Capital、社会関係資本)」がある (菊池 2011, p.173)。このソーシャル・キャピタルは、その主唱者であるロバート・パットナム (Robert D. Putnam) によれば、「調整された諸活動を促進することによって社会の効率性を改善できる、信頼、規範、ネットワークといった社会組織の諸特徴」 (Putnam 1994, p.167) とされる。また、このソーシャル・キャピタルは、個人の権利と社会的責任とのバランスの必要性を説き、道徳的秩序とコミュニティの再生 (regeneration) を強調する点で、サンデルらのコミュニタリアニズムと関連する (宮川 2004, pp.46-48) とされるものである<sup>(10)</sup>。

ところで、パットナムは臓器移植について、以下のような例を挙げ、ソーシャル・キャピタルにおけるその意義を述べている。パットナムが、著書『孤独なボウリング』において紹介するのは、アンディ・ボシュマが、ボウリングを通じての知り合いにすぎなかったジョン・ランバードに腎臓の提供を申し出るというエピソードである。当時、ランバードは、ミシガン大学付属病院を退職した64歳で、それまで3年間腎臓移植待機リストに掲載されていた。一方、ボシュマは33歳の会計士であったが、たまたまランバードの状態を知り、自分でも予期しなかったことだが、自分の腎臓の片方の提供を申し出たのであった。この件について、パットナムは、次のように述べている。

この感動的なストーリーはそれ自体として多くのことを物語るものであるが、『アナーバー・ニュース』におけるこのレポートに添えられた写真から、彼らが職業や世代において異なっているのみならず、ボシュマが白人でランバードがアフリカ系アメリカ人であることもわかる。彼らが共にボウリングをしていたということが、その (臓器提供を行うか否かという一筆者) 違いを生み出したの

だ。このような小さい部分においても—そしてもっと大きな部分においても—われわれアメリカ人は、互いに再び結び付き合う必要があるのである (Putnam 2000, p.28)。

パットナムは、ボウリングという共通項によって培われたボシュマとランバートの間の社会関係資本、すなわちソーシャル・キャピタルが他者に対する献身的な行動、ないし利他的な行動を生み出したことを示唆する。しかしながら、本論文の行論上、ここで重要なことは、ボシュマが腎臓を売ったのではなく、その提供を無償で申し出たことである。我が国におけるソーシャル・キャピタル論者の代表者である稲葉陽二は、その意義を以下のように述べる。

この話の本質は、ボシュマが無償の行為として腎臓の移植を申し出たことである。無償の申し出だからこそ、社会関係資本の例なのであって、もし、彼がランバートに金銭を要求したら、それは社会関係資本に基づくものではなく、単なる商行為にすぎなくなる。社会関係資本は多くの場合、利他的な行為を伴う。こうした利他的行為は市場の中で利己的な売買の対象に変えることができる。しかし、ランバートとボシュマのケースは、そうではないから貴重なのである。他人から行為を受けたとき、すぐに財布を取り出してお金を支払うのでは意味がないのである。満員電車でお年寄りに席を譲ったからといって、席を譲られたお年寄りはその好意に対して現金を支払ったりしないし、逆に席を譲る者がすぐに対価を要求するのでは、かえって社会関係資本は崩壊してしまう。(稲葉 2011, p.12)

こうして、ソーシャル・キャピタル論においては、腎臓移植という行為を市場に内部化することは否定され、ソーシャル・キャピタル保持という理由から、無償の腎臓提供のみが許容されることになる。



ソーシャル・キャピタル論者は、そうした連帯感（他者への信頼）こそが、社会を効果的に運営していく基礎であり、ひいてはそれを再生していく鍵であると考えてるのである。

おそらく、サンデルが「行き過ぎた市場化」に異議を唱えるのは、こういった点からであろう。すなわち、友情や友情を支える社会的慣行は一定の規範、態度、美德から構成されており、こうした慣行を商品化すれば、こうした規範—共感、寛容、思いやり、気づかいなどを締め出し、市場価値で置き換えてしまう（Sandel 2013, p.107）。すなわち、市場主導の社会は、利他心、寛容、連帯、市民精神といった美德を衰微させてしまう（Sandel 2013, p.130）。また、稲葉の言葉でいえば、社会関係資本を崩壊させてしまうのである。

こうして、サンデルは、腎臓の売買が社会における美德を墮落させることを示唆する。以上のように考えれば、サンデルが腎臓売買に反対する理由について一応理解できるように思われる。しかしながら、それでもなおサンデルの主張には次にみるような疑問がある。

#### IV さらに残されたサンデルへの疑問

##### 1 社会全体における連帯性は必要か？

森村は、濃い連帯感が求められるとしても、それは共同体内部での話であって、社会全体に求められるものではないという。たとえば、「経済的不平等は社会内部の連帯感を損なう」というかもしれないが、リバタリアンはそもそも相互に人間性を認め合うという、礼儀正しい尊重以上の濃い連帯感が社会全体の中に存在しなければならないとは思えない。こうして、「経済的に豊かな人と貧しい人の間ではライフスタイルが異なるために連帯感が生じにくいかもしれないが、そのことは、異なった宗教の信者や異なった地方の住民の間で連帯感が存在しにくいと同様、問題ではない」ということになるのである（森村 2001, p.124）。なぜ社会全体（たとえば国家というレベル）で濃い連帯性が必要になるのか、そして、それは個人的道徳的なものを超えて（以下に

みるように) たとえ強制を伴ってでも必要なものなのか、この点をより突き詰めていかなければ、少なくともリバタリアンの納得を得られないように思われる。

## 2 自由の制限はどこまで許されるか？

サンデルが「腐敗の議論」という立場から腎臓の売買に反対しているとするとしても、リバタリアンの納得は得られなさそうである。森村は、サンデルは自由（バーリンの「消極的自由」）の価値を重視しておらず、ある財の有償取引を禁止することは、その分だけ人びとの経済的な自由を制限することなのだが、サンデルはそのことに何の問題も見出していないようだという（森村 2016, p.12）。こうして、サンデルの主張は、ある種の自由を制限することを容認するものという印象をあたえる。

実際のところ、サンデルは、みずから目的を選択し、他人にもそうする権利を認めるといったような「リベラルの自由」ではなく、共通善について同胞市民と熟議し政治共同体の運命を形作る、自己統治の共有の裏付けとなる「共和主義的な自由」を重視する。そして、「共和主義的な自由」の概念は、リベラルのそれとは異なり、形成的政治、つまり自己統治に必要な特性を市民のなかに培う政治を要求するといふのである（Sandel 2006, pp.10-11）。この「共和主義的な自由」は、所謂「積極的自由」と考えられ、それが「消極的自由」とぶつかり合う可能性は否めない。すなわち、サンデルのいう「共和主義的な自由」は、リバタリアンの欲する「消極的自由」を制限するのではないかという疑問は当然生まれよう。先の問題に翻っていえば、たとえ「腐敗の議論」の立場からリバタリアン的な自由の制限が一定の程度まで認められるとしても、それがどこまで可能なのが明確にされなければならないであろう。そうでないならば、サンデルの主張が自由を制限することを許容するものであるという印象は、次にみていく「国家の強制」の問題と関連して、さらに増幅されることになるだろう。

### 3 国家の強制は何故、どの程度まで許されるか？

森村が指摘するところによれば、明白ではないがサnderは自分の反対する市場化＝商品化が、単に道徳的に悪いというだけでなく、公法的に禁止され私法上無効化されるべきだと考えているようである。また、森村は、自分の支配する財を売買する人や、売買の原則的自由化を唱える人びとは、他人にも同様の売買をするように強いているわけではないし、奨励しているわけですらないのに対して、売買の禁止を主張する人は、国家権力を用いて、他人にも自分と同じようにすることを強いているという。そして、そのうえで、両者は対称的ではなく、前者は他の人びとに対して寛容であり、後者は不寛容であるとする（森村 2016, pp.7-8）<sup>(11)</sup>。さらに、森村は、サnderは、ある行為が不道徳でなされるべきでないということと、それが公的に禁止されるべきだということの相違について曖昧にしているという。そして、サnderは、単に個人的な生き方についてだけでなく公共政策について論じているのだから、自分がどちらの主張をしているのか、あるいは両方とも主張しているのかについて、もっとはっきりさせるべきだとして、サnderの曖昧さを批判している（森村 2016, p.15）。つまり、腎臓売買についていえば、それが容認されないとして、それは単に個人に説得されるべき事柄なのか、それとも国家によって国民に強制されるべき事柄なのかが明確にされていないというわけである。

サnderは、自らが主張する共和主義的政治について言及する際、国家による強制という問題について、市民道徳教育という観点からではあるが、それには強制というリスクがつきまとうことを部分的に認めている。サnderは、ジャン＝ジャック・ルソー（Jean-Jacques Rousseau）は、民主主義的共和国に必要な市民を形成しようとする際に、全体としてのコミュニティに個人を依存させるため、その人自身の力を否定し、人間の本性を変える必要があるとしていると述べて、国家による人間形成の強制的な側面を指摘している。しかしながら、サnderは、市民教育はそれほど厳格な形をとる必要はなく、強制ではな

く、アレクシ・ド・トクヴィル (Alexis de Tocqueville) が示唆するような説得と習慣化の複雑な混合によってうまくいくという。すなわち、サンデルによれば、ルソーの政治学が強制へと向かったのは、共通善は単一的なものであって、争う余地はないものであるという前提のためであり、本来、市民性の政治経済学は、共通性だけではなく、共通善についてよく熟議するための独立性や判断力を育むことを追求するものである。つまり、ルソーの単一的ビジョンとは異なり、トクヴィルが描いた共和主義的政治は、合意ではなく、やかましい主張を土台とするものであったとサンデルはいう (Sandel 2006, pp.24-26)。

人びとの主張がぶつかり合い、議論を積み重ねること自体は善いことであろう。しかしながら、国家の存在を前提とした現実政治において、いつまでも議論を続けて決定を先送りにするわけにもいかないもので、ある時点において、どのような方法であれ、国家による単一の決定がなされなければならないのではなかろうか。しかも、サンデルは国家の中立性に反対している (Sandel, 2006)。そうであるとしたら、国家の決定（あるいはその価値観）はそれに反対した者にも（少なくともある一定期間）強制されることになるのではないだろうか。そして、実際問題として、その決定を容易には覆すことはできないかもしれないので、その強制は長期間に及ぶかもしれないであろう。

サンデルは自らの主張が「自由の制限」や「国家の強制」を伴うものではないと仄めかしているのかもしれないが、実際には彼の主張には「自由の制限」や「国家の強制」といった印象がつきまとうように思われる。「自由の制限」や「国家の強制」について、サンデルが否定するのであれば、それを明言すべきであろう。あるいは、もしそれらが必然のものと考えているのであれば、それらが何故、どの程度まで許されるのかを示すべきであろう。このことを曖昧なままにしているのであれば、サンデルの主張が腑に落ちない人も少なくないのではないだろうか。

## むすびにかえて

以上、サンデルの主張とそれへの批評ないし疑問を腎臓売買という問題に焦点を当てて概観してきた。このことによって、多少なりとも見えてきたことがある。それは、サンデルの主張につきまとう「自由の制限」や「国家の強制」の印象は、彼の論旨の曖昧さと相まって、読者に疑念を生むのではなかろうかということである。サンデルの主張を突き詰めていけば、どのような結果に至るのかということがまだ明確には示されていないように思われる。そして、それがサンデルの主張に対する、菊池のいうところの「無理解や誤解」を生み、ひいては「理解されない」理由のひとつなのではなかろうか。筆者にはそのように感じられる。

はじめに述べたように、筆者自身は、サンデルの主張に共感するところが多い。「政治への参加」やそれに必要な「コミュニティとのつながり」、「コミュニティへの帰属意識」、「全体への関心」さらには「市民道徳の育成」など。しかし、それらが必然的に「自由の制限」や「国家の強制」を伴うとサンデルが考えているとすれば、それらが何故、どの程度まで許されるのか具体的に明確化される必要がある。すなわち、それらがサンデルのいう「正義」に適っていることが明確に示されなければならない。当然、今後サンデルはそれをするつもりだろうし、更なる議論が続けられるであろう。このことは、筆者も切望するところであるし、サンデルを含めた現代のコミュニタリアン、そしてリバタリアンも望むところだと思われる。

## 参考文献

※外国語文献で翻訳書があるものについては、訳出の際、参照、参考にしたが、最終的な翻訳引用は独自の判断にもとづいておこなったので、引用箇所に邦訳の頁数を示すことはせず、その存在を紹介するに留めておく。

浅野幸治（2011）「完全自由主義の立場からの臓器売買容認論・禁止論」『豊田工業大学ディスカッションペーパー』第6号、豊田工業大学人文科学



研究室。

アスキュー, デイヴィッド (2000) 「倫理的リバタリアニズム」 有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編『ポスト・リベラリズム：社会的規範理論への招待』ナカニシヤ出版、61－85頁。

Boaz, David (1998) *Libertarianism: a Primer*, The Free Press (originally published in 1997) = (1998) 『リバタリアニズム入門：現代アメリカの〈民衆の保守思想〉』 副島隆彦訳、洋泉社。

Cohen, G.A. (1995) *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press = (2005) 『自己所有権・自由・平等』 松井暁・中村宗之訳、青木書店。

藤森かよこ (2005) 「笠井潔『国家民営化論：「完全自由社会」をめざすアナルコ・キャピタリズム』」 (森村2005a、162－163頁に所収)。

稲葉陽二 (2011) 『ソーシャル・キャピタル入門：孤立から絆へ』 中央公論新社。

笠井潔 (1995) 『国家民営化論：「完全自由社会」をめざすアナルコ・キャピタリズム』 光文社。

柏葉武秀 (2006) 「自己所有権テーゼ論駁」『応用倫理学各分野の基本的諸概念に関する規範倫理的及びメタ倫理学的研究：平成17年度科学研究費補助金（基盤研究(B)）研究成果報告書』 Hokkaido University Collections of Scholarly and Academic Papers, pp.135-145. <http://hdl.handle.net/2115/28246>

菊池理夫 (2011) 『共通善の政治学：コミュニティをめぐる政治思想』 勁草書房。

菊池理夫 (2018) 『社会契約論を問いなおす：現代コミュニタリアニズムからの視座』 ミネルヴァ書房。

小林正弥 (2010) 『サンドルの政治哲学：〈正義〉とは何か』 平凡社。

Locke, John (2011) *Two Treatises of Government*, Merchant Books (originally published in 1690) = (2010) 『完訳統治二論』 加藤節訳、岩波書店。

宮川公男 (2004) 「ソーシャル・キャピタル論：歴史的背景、理論および政策的含意」 宮川公男・大守隆編『ソーシャル・キャピタル：現代経済社会のガバナンスの基礎』 東洋経済新報社、3－54頁。

森村進 (1995) 『財産権の理論』 弘文堂。

森村進 (2001) 『自由はどこまで可能か：リバタリアニズム入門』 講談社。

森村進 (2004) 「臓器はいかに分配されるべきか：社会正義・公序良俗・取引の自由の交錯」 長谷川晃・角田猛之編『ブリッジブック法哲学』 信山社、172－187頁。

森村進編 (2005a) 『リバタリアニズム読本』 勁草書房。

森村進 (2005b) 「自己所有権」 (森村2005a、26－29頁に所収)。

- 森村進（2006）「自己所有権論の擁護：批判者に答える」『一橋法学』第5巻第2号、417－467頁。
- 森村進（2016）「マイケル・サンデルの反自由市場コミュニタリアニズム」『一橋法学』第15巻第1号、3－17頁。
- Nozick, Robert（1974）*Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books =（2004）『アナーキー・国家・ユートピア：国家の正当性とその限界』嶋津格訳、木鐸社。
- Putnam, Robert D.（1994）*Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press（originally published in 1993）=（2001）『哲学する民主主義：伝統と改革の市民的構造』河田潤一訳、NTT出版。
- Putnam, Robert D.（2000）*Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Simon & Schuster Paperbacks =（2006）『孤独なボウリング：米国コミュニティの崩壊と再生』柴内康文訳、柏書房。
- Sandel, Michael J.（2006）*Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*, Harvard University Press（originally published in 2005）=（2011）『公共哲学：政治における道徳を考える』鬼澤忍訳、筑摩書房。
- Sandel, Michael J.（2010）*Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux（originally published in 2009）=（2010）『これからの「正義」の話をしよう：いまを生き延びるための哲学』鬼澤忍訳、早川書房。
- Sandel, Michael J.（2013）*What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Farrar, Straus and Giroux（originally published in 2012）=（2014）『それをお金で買いますか：市場主義の限界』鬼澤忍訳、早川書房。
- 副島隆彦（1999）『世界覇権国アメリカを動かす政治家と知識人たち』講談社。

- （1） リバタリアニズムの詳しい諸特徴については、Boaz（1998）や森村（2005a）、副島（1999, pp.294-326）を参照されたい。
- （2） 森村進による以下の論評も参照。「ロックは〈各人は等しく独立に自分の身体や生命や自由への権利を持つ〉という、今日「自己所有権（self-ownership）と呼ばれている思想を利用して、（『統治二論』の一筆者）第五章「所有について」では、自然の産物や土地を含む天然資源の個人による占有（appropriation. 原始取得）」を正当化した。まだ誰の所有物にもなっていない外物に自分の労働をまぜてその価値を増加させた者は、正当にその対象を所有するというのである。かくして専有による財産権も、自己所有権の延長として正当化された」（森村 1995, p.19）。
- （3） コーエンは、自己所有権テーゼと自己所有権とを概念的に区別し、前者は誤りだが後者は否定しがたいという（Cohen 1995, p.209）。そのうえ

で、自己所有権テーゼがノージックの意図するように財や資源の再分配の否定を含意しないと論証しようと試み、さらに（テーゼではなく）自己所有権の直観的説得力を相対化する作業を行っている（Cohen 1995, pp.229-244）。この点については、（柏葉 2006, p.136;p.144）も参照のこと。

- (4) ただし、リバタリアンと見做される論者すべてが単純に自己所有権テーゼを受け入れて臓器売買を容認するわけではない。例えば、自由主義思想家であり、「本邦初のリバタリアン国家論」と評される『国家民営化論：「完全自由社会」をめざすアナルコ・キャピタリズム』を著した笠井潔（藤森 2005, p.162）は、「自分のものは自分のものである」という自然な所有感が普遍的な所有権であるとするのは社会を形成するうえでのひとつのフィクションであるとし、単純に自己所有権を容認するわけではない。しかし、仮にそう想定するならば、腎臓が失われても「人間」をやめたことにはならないので、所有権の自由な行使である腎臓の売買は許されることになるという。ただし、笠井はこの「自分の身体は自分の所有物である」という認識を前提にした立場は、倫理的な立場から反対されるし、再生不能な身体の一部を切り売りしていけば、どこかで人間が人間でなくなる線に突き当たるに違いないが、そのような線など客観的には引きようがないという論理としての根本的な脆弱性があることも指摘する。それでも笠井は、日本人は生活のために腎臓を売ったインド人を倫理的に非難できるのか、また、飢餓感というものも相対的なものだろうから、家やバイクを買うという飢餓感から腎臓を売る者の場合はどうなのか、という疑問を呈する。このように考えれば、われわれが自明であると考えている権利主体としての私、それに由来するだろう自分のものは自分のものであるという自己反復的な確信もまた、たんにフィクションであるにすぎないと笠井はいう（笠井 1995, pp.94-112）。
- (5) ただし、「生命を奪うようなものでない限り」という条件付きである。森村は、契約時の当事者と、将来の当事者とは重要な意味において別人といえる、というのがその論拠であるとしている（森村 2001, p.55）。ちなみに、森村は同じ理由から「自分を奴隷として売ること」すなわち、奴隷契約についても否定的である。「その将来の人物は、奴隷契約を結んでしまったことを後悔して、重大な点で価値観が変わってしまっている可能性が強く、「奴隷契約は、現在の契約者とは別人になってしまった将来の当人の基本的な自由を侵害するものだから、その禁止は正当化できる」からである（森村 2001, pp.61-62）。ただし、自己奴隷化契約をいつでも低いコストで解約可能にするならば、その結果この契約の法的拘束力はごく弱くなるが、全く無効というわけではなくるとして、自己奴隷化契約は難問であることも示唆している（森村 2006, pp.463-464）。
- (6) 浅野幸治による以下の論評も参照。「臓器売買容認論に対しては、臓器の売買すなわち商品化は人間の尊厳に反するという批判がある。しかし、

完全自由主義の立場からすれば、本人の意思を尊重することのほうが国家・他人による干渉よりも人間の尊厳に適っているだろう。また森村は、臓器売買が社会において人体に対する尊重の念を失わせるからつまり社会に及ぼす悪影響のために一禁止されるべきだという議論を簡単に紹介し、反論している。その反論は、臓器売買が社会において人体に対する尊重の念を失わせるという主張が経験的に疑わしいというものであり、私も森村と同意見である」(浅野 2011, pp.16-17)。

- (7) ただし、森村は、確かにわれわれは臓器売買に対して、その理由は何であれ、嫌悪感を持つし、リバタリアンである自分でさえも、臓器売買はすべきでないという強い理論以前の直観を抱いているともいう。しかしながら、森村が臓器売買に嫌悪感を抱くのは、彼が自分の臓器を金銭に変えられないほど大切なものだと考えているからにすぎないのであって、臓器を売ろうとしている人は、自分の臓器よりも対価の方が価値があると考えからそうするのであるとする。すなわち、森村によれば、臓器売買への嫌悪感は自分が臓器を売ったり買ったりしない理由になるし、他人による売買を止めさせるべく説得する理由になるかもしれないが、それを強制的に禁止する根拠にはならないのである(森村 2001, pp.63-64)。
- (8) 「臓器の無償提供を容認しておきながら、どうして臓器の有償提供を禁止できるのか」(森村 2004, pp.182-183)という森村の問いかけに「答えられる」とした浅野の回答は、サンドルのいうこの「公正の議論」に当たると考えられる。浅野によれば、森村らによるような臓器売買容認論は、いわば理想状態における理論であり、その理論を現実の世界で適用する場合には運用上の問題点がある。生きている人が自分の臓器を無償で提供する場合に一番留意する必要がある点は、臓器を提供したいという意味が自由な、任意の意思であることである。そして、臓器を提供するという意思が自由なものであるためには、臓器摘出・移植の事実や危険性に関して十分な情報が提供者に与えられることは言うまでもなく、その上で提供者が周囲の圧力から自由であることが何よりも重要である。生きている人が自分の臓器を有償で提供する場合にも、提供しようという意思が自由なものでなければならないが、生存がままならないような貧困状況の中から臓器提供の意思が生まれてくる場合、その意思は自由なものとはいえない。こうして、浅野は、臓器を売ろうという人は、もし生存が成り立たないような経済的困窮状態になかったならば、臓器を差し出さないだろうという(浅野 pp.6-16)。このような売買は公正なものとはいえないから、禁止されうることになるだろう。
- (9) 森村は別のところで、人は献血や腎臓の贈与における利他心の発露に強い価値観を見出すため、その行動を減少させかねない有償の譲渡を禁止しようとするかもしれないが、それは売買の自由を認めない根拠としては弱すぎると述べている。こうして、無償の譲渡を許す場合に有償の売買を

禁止すべき、説得力ある根拠を見出すことは難しいとしている（森村 2001, p.57）。

- (10) なお、宮川公男によれば、パットナムをはじめソーシャル・キャピタル論者の多くはコミュニタリアンと呼ばれることを心地よく感じていないといわれるものの、両者の問題意識と議論の政策的含意の類似性は明らかであるとのことである（宮川 2004, p.47）。また、菊池は、コミュニティも「ソーシャル・キャピタル」として、政治的・経済的に評価されており、ソーシャル・キャピタル論は現代のコミュニタリアニズムの主張と類似する点が多いとしている（菊池 2011, p.156）。
- (11) 「自分の臓器を売ってまでして自動車を買いたいという欲求がたとえ他人にとって不合理なものと思われたとしても、そのような生き方の多様性を許容するのが（完全）自由主義の立場であろう」という浅野の指摘も参照（浅野 2011, p.16）。



## 論 説

## 非常事態における司法権の地位と機能

——コモンウェルス諸国におけるクーデタの判例理論から——

東 裕

## 目次

## はじめに

## 1. クーデタと司法権の関係

- (1) クーデタと司法審査
- (2) クーデタ実行者と司法権
- (3) 「暗黙の取引」の理論

## 2. 判決の潮流

- (1) 「危険な判決」の出現
- (2) 「成功したクーデタの原理」の適用要件
- (3) 判例の新傾向—ケルゼン理論の放棄

## 3. ケルゼン理論の援用または誤用

- (1) 革命とクーデタ
- (2) 革命の現行法への影響

## 4. フィジー判例における緊急権法理の確立

- (1) 争点としての「必要性の原理」
- (2) クーデタと3つの判決
- (3) 「必要性の原理」の適用要件の確立

## おわりに

## はじめに

第2次大戦後、植民地から独立した多くの国々が誕生した。それら諸国においては旧宗主国の指導のもとに近代立憲主義の原理を導入し、

人権保障、権力分立および代議制民主主義を基本とする憲法が制定された。しかしながら、周知のようにそれら諸国では、一般に近代憲法原理に基づく国家運営が期待通り行われてきたわけではない。最近のミャンマーのクーデタに見られるように、しばしば憲法の定める手続によらない力による政権交代が行われてきた。いわゆるクーデタによる政権奪取ないしは体制変更という現象（本稿でいう「非常事態」）である。

このような現象は政治学の対象であるだけでなく憲法学の対象でもある。とりわけ、緊急権の濫用によるクーデタの実行にみられるように、緊急権が本来行使される場である非常事態は、クーデタを企図する者にとってはその実行のための格好の場であり、しばしばその行為の合法性を装うために緊急権理論が「援用」されてきた。その理論の一つが「必要性の原理」(doctrine of necessity)で、コモンウェルス（英連邦）諸国に見られる不文の緊急権法理としてしばしば法廷でも援用されてきた。クーデタの実行行為やその渦中でとられた措置の合憲性・合法性が司法の場で争われ、「必要性の原理」に照らしその行為の合憲性・合法性が審査されてきた。

では、その際、裁判所はいかなる法に基づいて審査を行うのか、またそもそもクーデタを経た裁判所がその地位を維持し機能することができるのか、といった問題がある。クーデタと司法審査が憲法学上の問題となる所以である。本稿では、この問題について、ハチャード教授 (Professor John Hatchard) とオゴウェオ博士 (Dr Tunde I. Ogowewo) のコモンウェルス諸国におけるクーデタとその判例に関する研究<sup>(1)</sup>を手がかりとして考察を進めるものである。第一に、クーデタにおいて司法権がその地位を維持し機能してきた理由を検討し、第二に、クーデタをめぐる判例の発展過程を跡づける。第三に、司法権が援用してきたケルゼン理論とその誤用について考察し、第四に、最新のクーデタ判例であるフィジーの3つの判決をもとに司法権が「必要性の原理」の適用要件を洗練しその濫用に歯止めをかけてきたことを示す。そし

て、最後に非常事態における司法権の地位と機能について整理する。

## 1. クーデタと司法権の関係

### (1) クーデタと司法審査

ハチャード教授とオゴウエオ博士の著書『民主主義諸国の違憲の政府転覆への取り組み』(Tackling the Unconstitutional Overthrow of Democracies, Commonwealth Secretariat 2003)の序論の部分で、1960年から1999年の30年間にコモンウェルス諸国54カ国のおよそ3分の1の国々が、少なくとも1回、力による政権奪取(usurpation)またはその未遂(attempted usurpation)を経験したことが紹介されている。うち11カ国は、軍による文民政権の転覆で、バングラデシュ、ガンビア、ナイジェリア、ガーナ、グレナダ、レソト、パキスタン、セイシェル、シエラ・レオネ、ウガンダ、そして南太平洋のフィジーである<sup>(2)</sup>。

そのような状況の中で、多くのコモンウェルス諸国の裁判官が軍事体制の合法性(legality)の問題に取り組むようになってきた。しかるに、コモンウェルス自身がその加盟国の中の軍事体制に目を向けてこなかった時期が続き、1990年代でもコモンウェルスの会合に軍事政権諸国の代表が参加していた。1991年10月のジンバブエのハラレ(Harare)で開催された第12回コモンウェルス首脳会議で発表された「ハラレ・コモンウェルス宣言」(*Harare Commonwealth Declaration 1991*)が転換点となって、コモンウェルスも軍による違憲の政府権力奪取に目を向けるようになった<sup>(3)</sup>。さらにその後、クーデタによって成立した軍事政権に厳しい目を向けるようになったコモンウェルスの態度と軌を一にするような判例が現れるようになる<sup>(4)</sup>。

クーデタが実行されたコモンウェルス諸国において、クーデタの実行行為そのものやその渦中でとられた措置に対する司法審査が行われてきたのである。クーデタの渦中にあってなぜ司法権は機能するのか。クーデタは司法権の地位と権限に影響を及ぼさないのか。憲法が破棄

または停止された場合に司法権はその地位と権限を失い機能不能にならないのか。裁判所がクーデタの違憲性・合法性を審査することはいかなる効果をもつのか。このような問題が考えられるのである。

## (2) クーデタ実行者と司法権

クーデタが発生した際、裁判官は重要なプレイヤーになるという指摘がある<sup>(5)</sup>。クーデタの実行によって立法部と行政部は排除されるが、司法権はその影響を受けず、その地位と機能を継続する。「三権分立は存在せず、軍事政権と司法部の間で一つの行政部門が形成され」<sup>(6)</sup>、司法部が事実上軍事政権と一体となって行政部門の一部として軍事政権の行為に承認を与える機関となる場合があれば、一定の独立性を保持したまま通常時と変わらず機能を維持する場合もある。いずれの場合であれ、司法裁判所としての機能は維持される。その理由については、以下の2点が指摘される<sup>(7)</sup>。

第一に、クーデタが司法部によって肯定される場合、クーデタ政権は司法部によってその正当性を付与されることになるため、クーデタ政権は司法部を自らの正当性の獲得のために利用する。つまり、クーデタ政権の正当性の獲得のために司法部の地位と機能が維持される。

第二に、クーデタ政権であっても、その統治にとって「法と秩序」を維持することが不可欠であるため、司法部の地位と機能が必要となる。クーデタ政権の下でも、民事裁判や刑事裁判が正常に機能することによってその体制に対する国民の信頼が確保され、体制への支持が強化される。司法裁判所が機能しない状況では、「法と秩序」を維持し、体制への国民の支持を獲得することは不可能となるからである。

このように、クーデタ政権にとって、司法部の地位と機能を維持することが、その政権の維持にとって一般に好都合であるだけでなく、不可欠でもある。そのため、司法部門はクーデタ後もその地位と権能を維持し続けるのである。ただし、司法部がクーデタ政権にとって不都合な判断を下す場合、裁判官の解任と新たな裁判官の任命が行われ

る。さらに、クーデタによって憲法が停止されたり廃止される場合には、司法部の正当性そのものが問題になるが、それでも司法部の地位と機能が維持されることに変わりはない。コモンウェルス諸国の事例はこのことを示している。

### (3) 「暗黙の取引」の理論

クーデタ後も司法部の地位と機能が維持されとしても、司法部がクーデタ政権の影響を受けないわけではない。裁判官の任命権を政府が握っているため、政権に不都合な裁判官が解任され、政権の意向を付度する裁判官に置き換えられることが十分に想像される。司法部の地位と機能が維持されても、裁判官の独立が同時に維持されとは限らない。しかし、司法部は裁判官不在とはならず継続してその機能を維持する。このことを説明するのが「暗黙の取引理論」(the implicit bargain theory)である<sup>(8)</sup>。この理論は、裁判官とクーデタ政権との間で暗黙の取引が行われるとするもので、クーデタ政権はその政権を有効と判断する裁判官をその職にとどめ、その職権の維持を保障する代わりに、裁判官は政権の意向を知りつつもその職にとどまるというものである。司法システムを維持するという目的は、クーデタ政権と裁判官の両者にとって一致する利益となるからである。次のような事例がその取引を示している<sup>(9)</sup>。

パキスタンでクーデタを実行したムシャラフ将軍は (General Pervesh Musharraf) は、「裁判官の宣誓に関する2000年の命令」(Oath of Judges Order 2000) を制定し、裁判官に対してクーデタ政権の下であらためて職務宣誓を行うことを要求した。この宣誓は、憲法を毀損した軍支配を承認する緊急条項への忠誠を誓う内容のものであった。宣誓を拒否した最高裁判所の首席裁判官とその他の13名の裁判官は解任され、宣誓に応じた裁判官は、その後、クーデタ体制を有効とする判決を下した。この取引によって、クーデタ政権は、最高法規として命令 (decrees) を布告し、裁判官はその地位を正当化できた。裁判官とクー



デタ政権は「同盟」(alliance) 関係に入り、政権側は裁判官の判決を正当なものとするのに必要な道具を提供したのである<sup>(10)</sup>。

このような政権の正当化のために判決の中で援用された法理が「必要性の原理」(the necessity doctrine) であり、それを補強したのがハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の理論であった。そこでは、法原理としての「必要性」(necessity) が拡大されて濫用され、ケルゼン理論は誤解されたまま利用された<sup>(11)</sup>。裁判官は「必要性の原理」を持ち出し、政権篡奪者のために憲法上の権力奪取を有効化し、「取引された判決」に法的権威を付与した。クーデタを有効と判断するため、それを違憲 (unconstitutional) とするのではなく、超憲法的 (extra-constitutional) な行為であると捉え、クーデタ体制の有効性 (妥当性) (validity) を確認した上で、その政権に制限を課す手法を採った<sup>(12)</sup>。すなわち、裁判官は体制の有効性に影響を与えない軽微な憲法違反行為を無効とし、体制変更そのものは有効と判断した<sup>(13)</sup>。

権力篡奪者がその権力の座から降りたのちに、権力篡奪者の体制の有効性の判断を求められた場合には、裁判官はその体制を有効と判断する以外の道をとることができるはずである。ところが、そのような場合にも裁判官は進んでクーデタ政権の合法性を問題にし、その有効性を確認してきた。このことが「暗黙の取引」が成立している証拠とされ、しかもその取引を裁判官が自ら進んで行い、その動機は裁判官という特権的地位の保全という保身にあるといわれる<sup>(14)</sup>。

『暗黙の取引』の意義は、裁判官は違憲の権力篡奪者の共犯であり、その証拠は裁判官が示した判断そのものの中にある。そしてこのような裁判官が示した判断に依拠することは、クーデタの再発 (cycle of coup) を招く。裁判官と権力篡奪者との間の取引は、裁判官の身体や自由に対する威迫によっておこなわれるものではなく、裁判官の特権的地位に対する脅迫という形をとる。その結果、裁判所の判断が権力篡奪者が望むような内容になる。つまり、クーデタ体制の有効化という裁判所の判断そのものが、『暗黙の取引』の結果を示すものであり、こ

れは司法の腐敗の証拠でもある」<sup>(15)</sup>といわれる。

一方、ナイジェリアでは、1969年の「マドジンバムト対ラードナーバーク (madzimbamuto v. Lardner-Burke) 事件」において、フィールドセンド判事 (Justice Fieldsend) は、次のような意見を述べている<sup>(16)</sup>。

「裁判所は憲法によって創設された機関であるから、憲法が消滅したか否か、また新たな憲法が成立したか否かを判断することは出来ない。裁判所の設置根拠である憲法的・法的システムを否認することは裁判所の権能ではない。また、裁判所自身の存在のために、新たな別の基礎を建設し又は正当化することに自ら関与することは出来ない。裁判官個人としては、公共善 (public good) の名の下に新体制を受け入れる差し迫った確かな論理があるかも知れないが、憲法の基礎の上に設置された裁判所は、その基礎の違憲の方法による打倒を法的に支持することは出来ない。成文憲法に基づき創設された裁判所は、その憲法を離れて独立して存在することはできない。裁判所の権能は、コモン・ローに由来するものではない。それがつくられた途端につくった者を破壊するフランケンシュタインのようなものではない。これは憲法の最高法規性の問題である。裁判所というのは、成文憲法に基づいて設置されたものであるから、裁判所は自らの基礎である憲法とは別の新たな憲法を承認する権限を有しない。できることがあるとすれば、そのような権限を有しないと宣言することだけである。なぜなら、裁判所の存在理由が消滅したからである。裁判所は、その存在理由がクーデタ以前の憲法にあることを揺るぎない事実として受け入れなければならない。」<sup>(17)</sup>

裁判所の基礎は最高法規たる成文憲法にあり、旧憲法の廃止や新憲法の成立について判断する権限をもたず、あくまでその基礎は旧憲法にあるとする。旧憲法の廃止を裁判所が判断できないとすれば、旧憲法がクーデタ政権によって廃止されてその基礎が失われた場合、裁判

所自身がそのことを判断できないとしても、旧憲法によってその基礎を与えられた裁判所はその地位と権限を失い機能を停止することになるはずである。しかし、実際にはその地位と権限を維持したままこのような見解を判決の中で述べているのである。政治権力によってその地位と権限を奪われない限り、その法的基礎を失っても裁判所の地位と権限に変化がなく機能し続けるという「事実」が見られる。裁判所の基礎は政治権力によって維持され、旧憲法による基礎の継続が法的に「擬制」されているということであろうか。法理と事実との乖離が見られ、その説明が課題として残される。

## 2. 判決の潮流

### (1) 「危険な判決」の出現

「クーデタが成功した場合、既成事実としての政治システムが出来、それに社会の諸部門が受動的協力をしないことを期待するのは非現実的である。裁判官が『暗黙の取引』に入る場合、その協力は受動的ではなく積極的である。裁判官がクーデタ政権の行為を有効化する行為は、クーデタの正当化に大きく貢献する」<sup>(18)</sup>。このような「暗黙の取引」の結果として生まれた判決が「危険な判決」(dodgy jurisprudence)と呼ばれる。その最初の例が、パキスタンのドッソ (Dosso) 事件判決 (State v. Dosso, 1958年)<sup>(19)</sup>で、この判決は、その後のコモンウェルス諸国の判決に影響を与えた。

政治危機が続くパキスタンにおいて、1959年の2月に予定されていた総選挙を前に、1958年10月7日にイスカンダル・ミルザー (Iskander Mirza) 大統領が憲法を破棄し、国会および州議会の解散を内容とする布告 (proclamation) を発し、戒厳 (martial law) を宣言してアイユーブ・カーン (Aiyub Khan) 陸軍司令官を戒厳司令官 (Chief Martial Law Administrator) に任命した。続いて大統領は「法令 (効力継続) 令」(Laws Continuance in Force) Order) を制定し、すべての現行法令はその効力を

維持し、国家は破棄された憲法にできる限り適合する形で、戒厳体制の有する無制約の立法権によって統治されることを定めた<sup>(20)</sup>。このクーデタの有効性が争われたのかドッソ事件である。

この事件の判決で、ムハマッド・ムニール (Muhammad Munir) 首席判事は、ハンス・ケルゼンの『法と国家の一般理論』<sup>(21)</sup>を参照し、①「勝利した革命」(victorious revolution) または「成功したクーデタ」(successful coup d'État) は、国際的に承認された憲法変更の法的方法である、②そのような性格の変更が発生した後、国法秩序の有効性(妥当性)(validity)は新たな法創造機関に依拠しなければならない、③もし領土と人民が実質的に同一のままであれば、その国家は国際法上の団体として変化なく、革命政府と新憲法は国際法上の正当な政府であり、その国家の有効な憲法である、との判断枠組みたる理論を判決の冒頭で示した<sup>(22)</sup>。

革命が成功し、「実効性 (efficacy) のテスト」、すなわち①クーデタによる新政府の確立と対抗政府の不在、および②新政府の法への人々の服従、という要件を満たせば革命は基本的な法創造事実となる。その仮定に基づけば、「法令(効力継続)令」は、たとえ暫定的ないし不完全であったとしても、それは新たな法秩序であり、法令の有効性(妥当性)(validity)と判決の正しさは、同令に適合するか否かによって判断されなければならないとして裁判の根拠となる規範がなんであるかを示した。このように革命(=クーデタ)が成功した場合、それが新たな法創造事実となり、裁判所は破棄された憲法ではなく新たに創造された法(憲法)によって、法令の有効性を審査すると判断された<sup>(23)</sup>。

このような理論に基づき、大統領が憲法を廃止して軍政(martial rule)を樹立したことに対し、最高裁判所はケルゼンの「革命の合法性の理論(原理)」(theory (doctrine) of revolutionary legality)を援用して、「憲法は合法的に廃止され、新たな法秩序が誕生した」と判示し、大統領による憲法の廃止と軍政の樹立を合法化するとともに、新体制に正当性を付与したのである。この判決の法理は、その後コモンウェルス

諸国の裁判所で広く援用されることになった。この原理は、「成功したクーデタの原理」(The “successful coup” doctrine) と呼ばれ、その後アフリカのウガンダにおける1962年憲法の破棄と議会停止をめぐる裁判でこの法理が初めて適用されることになる<sup>(24)</sup>。

## (2) 「成功したクーデタの原理」の適用要件

1986年のグレナダでは、ミッチェル (Mitchell) 事件 (Mitchell and others v. DPP) を担当した控訴裁判所のハynes判事 (Justice Haynes) は、クーデタによって実効的な新憲法秩序が確立されたといえるための要件、すなわち「成功したクーデタ」と認定されるための「実効性のテスト」(efficacy test) を4つの要件に整理した<sup>(25)</sup>。

すなわち、①クーデタによって新政府が確固として樹立されその政府に対抗する別の政府が存在しないこと、②新政府の法が有効であり人々がその法の命ずるところに従うこと、③新政府の下での法の遵守が人民の体制支持によるものであり恐怖や強制によるものではないこと、④体制が抑圧的で非民主的なものでないこと。

この4要件は、従来の「実効性のテスト」とされるものが要件の①と②だけであったところに、新たに③と④の要件を加えたものである。その二つは新政府への国民の自発的な支持 (③) と新政府が民主的体制であること (④) である。従来の「実効性のテスト」にない新政府の民主的要素を要件に加えることで「成功したクーデタ」の認定要件を加重し、ケルゼン理論の濫用に歯止めをかけたものと言えよう。こうして4要件が充足されたとき、裁判所が「成功したクーデタ」と認め、新体制の実効性を宣言することになった。

完全かつ成功した転覆および現行憲法の廃止の場合、新たに出現した政府が実効支配を確立し旧体制に復帰する見込みがないとき、裁判所はその政府を正当な (legitimate) 政府と認めるべきか否かの審理を迫られることがある<sup>(26)</sup>。クーデタ (革命) が実行され、新体制が成立した後にそのクーデタの合法性が司法審査の対象となる場合、裁判所の



判断基準として「成功したクーデタの原理」（「勝利した革命の原理」）が採用され、この原理がコモンウェルス諸国において確立された法原理となった。しかし、1970年代に入りこの原理が批判されるようになる<sup>(27)</sup>。

### （3）判例の新傾向ーケルゼン理論の放棄

ドッソ（Dosso）判決への批判がその母国であるパキスタンで始まった。1972年のジラニ（Jilani）事件判決（Jilani v. The Government of Punjab）である。同判決の中でヤクブ・アリ（Yaqub Ali）判事は、「法令（効力継続）令」の有効性（validity）を支持したドッソ判決はケルゼン理論の理解を誤ったものであるとして、正当性のない方法で旧秩序を破壊したものを法創造の有効な源泉とみなすことはできないと述べた<sup>(28)</sup>。

ガーナでは、1966年のクーデタの有効性（validity）を審査したサラ（Sallah）事件（Sallah v. Attorney-General）の控訴裁判所判決（1970年）で、アーチャー（Archer）判事はガーナの裁判所では司法裁判所はフィクションに基づいて制定法を解釈しない、紛争当事者間の裁定にフィクションを適用することもないと述べ、ケルゼンの根本規範（Basic Norm）の援用を批判した<sup>(29)</sup>。ソワ（Sowah）判事も憲法をその文言と精神に従って解釈することが裁判所に課せられた任務であり義務であるとし、その責任を放棄することはその義務を怠ることになるとしてケルゼン理論の適用を批判した。また、アパロー（Apaloo）判事は、ガーナ控訴裁判所は多くの他の裁判所がしたようにケルゼン理論を判決のルールとして適用する誤りを犯さなかったと述べた<sup>(30)</sup>。

以来この傾向が支配的となり、2001年のフィジー控訴裁判所におけるプラサッド（Prasad）事件判決に受け継がれていると指摘される<sup>(31)</sup>。この訴訟の中でも「成功したクーデタの原理」の適用が検討されたが、その要件を満たさないと判断され、この原理の適用（濫用）に歯止めがかけられている。

### 3. ケルゼン理論の援用または誤用

ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) は、その著『法と国家の一般理論』において「国際法による法創造事実としての革命とクーデタ」の項目を設け、革命・クーデタの結果、新政府・新憲法がつくられた場合の新政府・新憲法の妥当性 (validity) について検討している。この問題を扱うに際し、ケルゼンの言う革命 (revolution) とクーデタの概念について整理しておく必要がある。

#### (1) 革命とクーデタ

ケルゼンの言う「革命」とは、憲法手続きによらない憲法秩序の変更を意味し、クーデタも革命に含まれる。したがって、ケルゼンの言う「勝利した革命」 (victorious revolution) と「成功したクーデタ」 (successful coup d'état) は、いずれも憲法に定める手続きによらない憲法の廃止、および新憲法の制定という点で共通している<sup>(32)</sup>。

この点について、スリ・ラトナパラ (Suri Ratnapala) はその著書『法理学』の中で、ケルゼン理論をもとに「革命」を次のように整理する<sup>(33)</sup>。それによると、革命 (revolution) とは、根本規範に基づかない方法による「法秩序の根本規範」 (basic norm of legal order) の変更を意味し、その方法には暴力的なものと平和的な合意に基づくものがあり、それを「力の行使による革命」 (revolution by use of force) と「合意による革命」 (consensual revolution) に分類する。ここで問題にするのは前者の革命である。「力の行使による革命」では、法秩序の根本規範は力によって置き換えられる。アメリカの独立革命、フランス革命、ロシア革命は、既存の根本規範が暴力によって変更された歴史上の好例である。

法的意味での革命は、法秩序の根本規範 (Basic Norm) の変更を意味する。そして、革命による根本規範の変化の有無を判断し承認するのは、一般にはその国の裁判所である。その際に、裁判所が新しい現実

を受け入れ、その出来事を新たな根本規範に基づく新たな法秩序の創造と解釈する場合がある。その例としては、1958年パキスタンのドッソ（Dosso）事件（The State v. Dosso）、1966年のウガンダのモトブ（Motovu）事件（Uganda v. Commissioner of Prisons; Ex parte Motovu）、1989年のレソトのマコツォ（Mokotso）事件（Mokotso v. HM Moshoeshoe II）などが挙げられる<sup>(34)</sup>。これらの事例は、ケルゼン理論によって、パキスタン、ウガンダ、レソトの各最高裁判所が、それぞれの革命的行為とそれに対する抵抗勢力の不在を理由に、新たな根本規範を承認したものである。これについては、二つの見方がある。一つは、裁判所が一定の政治的現実の規範的意義を解釈したものであるとする見解で、もう一つは、裁判所の判決自体が新たな根本規範の実効性（effectiveness）に貢献する革命的行為であるとする見解である。この見解は、裁判所が革命（クーデタ）に加担したとみるものである。

その後、先述した1986年のグレナダのミッチェル（Mitchell）事件（Mitchell v. Director of Public Prosecutions）では、新政府の実効性（effectiveness）を新たな根本規範の成立と認める上記の3つの事例に対して、さらに①その政府に対する強制や力によらない国民による新政府の受け入れと支持の存在、および②その体制が抑圧的で非民主的なものでないことが必要である、との2つの要件を新たに付け加えた。この2要件を付加したことは、実効性テスト（effectiveness test）からの明確な離脱と革命の変更の妨害または強化における裁判所の創造的な役割を導入したものとスリ・ラトナパラは評価している<sup>(35)</sup>。しかしながら、その後の2001年のフィジー控訴裁判所のプラサッド（Prasad）事件判決（Republic of Fiji v. Chandrika Prasad）は、この2つの要件（政府が民主的であること・政府が抑圧的でないこと）に依拠することなく、「成功したクーデタの法理」を採用しなかった<sup>(36)</sup>。そのため、後述するように、この判決は従来の判例の流れを完全に断ち切った画期的なものと評価される。

## (2) 革命の現行法への影響

すべての革命（クーデタ）の試みが成功するわけではない。あるものは一時的に成功を収めその指導者が権力を奪取し、旧秩序が回復されるまでの一定期間その権力を保持する。この場合の法的状態は、次の4つの場合が考えられる<sup>(37)</sup>。①革命の試みが失敗し根本規範が変更されないままの場合、②革命が進行中で抵抗勢力のためにその成否が不確定の場合、③革命が成功した後に旧秩序が回復した場合、④革命が成功して新体制への対抗勢力がなく新しい根本規範が確立された場合、である。ここでは、コモンウェルス諸国の判例で特に問題となった、④革命が成功して新体制への対抗勢力がなく新しい根本規範が確立された場合を取り上げる。

この場合、国法秩序は新たな根本規範に基づくことになるが、新しい支配者がその国の法をすべて変えることは異例で、多くの場合、現行法（民事法、刑事法など）は変更されないまま維持される。例外的な事例としては、ロシア革命による私有地の国有化などの共産主義革命の例がある。この場合、根本規範が変更されたわけであるから、もはや旧根本規範はその源泉とならない。もし旧法に妥当性（validity）がある、すなわち有効であるとみなされるなら、それは新憲法がそれを命じて明示的にまたは黙示的に妥当する法としたからであると考えられる。旧法（現行法）の内容は変化しないが、旧根本規範で与えられていた妥当性が、新根本規範によるものへと変更される<sup>(38)</sup>。このように旧根本規範で基礎づけられていた下位の法秩序が維持されるのは、現実的な問題として根本規範の変更を理由に一切の国法の妥当性を奪うことは重大な混乱を惹起することが明らかだからである。そのため、実際的な便宜の点から実効性を有する法秩序は、新根本規範に反しない限り、それによって基礎付けられたものとみなすのである。

この場合、司法権はその地位と機能に変化なく旧体制下と同様に維持され、適用される法は旧体制下の法であっても新根本規範によって基礎づけられ、あるいは基礎づけられたものとみなして適用される。

こうして新政府となった革命政府の革命進行時期に行われた行為が違憲・違法とされることはなくなる。ケルゼンのいう「成功したクーデタ」または「勝利した革命」の論理が適用される場合がこれである。コモンウェルス諸国でのケルゼン理論の適用例といわれるのがこの場合で、のちにケルゼン理論の誤用として非難されることになった<sup>(39)</sup>。

ケルゼンの理論によれば、「もし新政府が実効的な方法で新しい憲法を維持できるならば、その時、この政府および憲法は、国際法に従えば、国の正統政府（legitimate government）であり、妥当する憲法（valid constitution）である。…『勝利した革命』（victorious revolution）および『成功したクーデタ』（successful coup d'état）は、国際法によれば、法創造事実（law-creating facts）だからである」<sup>(40)</sup>ということになる。しかし、ケルゼンのこの理論は革命（クーデタ）を正当化するためのものではなく、革命後に成立した政府および憲法の存在という事実に対する法理論的分析の結果として導き出されたもので、その意味で革命（クーデタ）を正当化する理論として援用するのはその適用を誤ったものと考えられるのである。

#### 4. フィジー判例における緊急権法理の確立

##### (1) 争点としての「必要性の原理」

フィジーにおいては、1970年の独立以来、1987年（5月・9月）、2000年、2006年の4回のクーデタを経験してきた。クーデタを経ても司法権の地位と機能はなんら変化なく維持され、クーデタの中でも司法権の独立が確保されていた。2000年と2006年には、クーデタ関連の訴訟でクーデタ中にとられた措置の違憲性・違法性が審理された。クーデタ政権は裁判所の判決を原則として受け入れ、判決で示された憲法解釈がその後の政治の流れを変えることにもなった。司法支配性（juristocracy）ともいえる傾向がみられるほどであった<sup>(41)</sup>。

裁判で特に争いとなったのが、「必要性の原理」（doctrine of necessity）



の適用の合憲性である。クーデタ実行者は、この原理をクーデタの正当性の根拠として主張し、裁判所は政治からの独立性を維持しながら「必要性の原理」の適用の可否を法律的に判断し、同原理の濫用に対峙してきた。筆者はこれまで2000年5月の文民クーデタをめぐる争われたプラサッド (Prasad) 事件高裁判決 (2000年11月15日) および同控訴裁判決 (2001年3月1日)、そして2006年のクーデタに関する「ガラセ対バイニマラマ (Qarase v. Bainimarama)」事件控訴裁判所判決 (2009年4月9日) の三つの判決について旧稿の中ですでに論じてきた。そのため詳細は旧稿に譲り、判決の要点のみを示すこととする<sup>(42)</sup>。

## (2) クーデタと3つの判決

プラサッド (Prasad) 事件とは、2001年5月にフィジーの首都スバで発生した文民クーデタに関連して起きた混乱の中で被害を受けた原告 (Chandrika Prasad) がフィジー共和国と法務総裁 (Attorney-General) を相手取って起こした損害賠償請求の訴訟の中で、クーデタで破棄された憲法の有効性等の確認を求めた事件である。2000年5月19日、フィジー原住民系民間人が率いる武装集団が開会中の国会に乱入し、首相、閣僚、国会議員らを議事堂内に監禁し、翌20日に原住民系の権利を強く保障した新憲法の制定、インド系首相の解任、およびマラ大統領の辞任を要求した。この事態に対し、①カミセセ・マラ大統領は「必要性の原理」 (doctrine of necessity) に基づき非常事態 (state of emergency) を宣言したが、事態はさらに悪化し軍が事態の収拾に乗り出した。②バイニマラマ国軍司令官がマラ大統領から行政権を移譲され、戒厳 (martial law) を布告した。その後、③バイニマラマは、暫定軍事政権首長及び軍司令官として「憲法廃止と現行法の有効性を確認する命令」 (the Constitution Revocation Decree 2000 and the Existing Laws Decree 2000) を制定し、以後命令によって統治することを宣言した。その1ヵ月余り後の7月3日、バイニマラマ暫定軍事政権首長は文民政権に権限を移譲し13日には首相らが解放され、文民クーデタは事件は終焉を迎え

た。この事件で高裁は次のように判断を示した<sup>(43)</sup>。

高裁判決（2000年11月15日）<sup>(44)</sup>では、①カミセセ・マラ大統領が「必要性の原理」のもとに布告した非常事態宣言は違憲である、②暫定軍事政権の命令による1997年憲法の破棄は違憲である、との原告の主張に対して、同裁判所のゲイツ（Anthony Gates）判事は、次のように判示した<sup>(45)</sup>。①当時の状況下で行われたカミセセ・マラ大統領による非常事態宣言は、憲法の定める条件の中で厳格に宣言されたものであり、その結果「必要性の原理」のもとで当初から有効性が認められる。②バイニマラマ国軍司令官・暫定軍事政権首長による1997年憲法の破棄は、「必要性の原理」の枠内でなされたものではなく、違憲であり効力を有しない。1997年憲法は現在もフィジーにおける最高かつ有効な法である。

この判断に至った理由は、それぞれ次のとおりであった。①「『必要性の原理』（doctrine of necessity）は、法の支配と現行憲法を維持するために適用できるものであり、例えば、大統領が緊急事態（state of emergency）を宣言して人質監禁の危機を解決する助けとして、夜間外出禁止令を課し、通行の検問を行い、道路交通法令を維持しするなどの措置をとりうる。一方、②憲法を破棄しまたは現行の憲法構造を転覆若しくは定められた合法的な改正の道を迂回すること、現在の政府を解任すること、憲法改正委員会を設置すること、暫定文民政府を設置すること、議会を停会すること若しくは諸権利を制限する諸命令を発する手段として利用することはできない」<sup>(46)</sup>。したがって、「人質監禁危機が解決した際には、『必要性の原理』はもはや適用できず、一時的に停止されていた憲法は最高法規として再びその効力を回復し、如何なる権力篡奪者に対しても憲法を維持し保護することを軍に要求する」<sup>(47)</sup>。

こうして、「必要性の原理」が適用できるのは「法の支配と現行の憲法を維持するため」に限られ、「憲法を破棄し又は現行の憲法構造を転覆若しくは定められた合法的な改正の道を迂回すること」に対しては

適用されないことを明確にした。すなわち、判決は「必要性の原理」は憲法保障のための緊急権法理であることを再確認し、憲法破棄や現行の憲法秩序の破壊は侵害を正当化する法理ではないことを明示したのである。

ゲイツ判事は、1986年のグレナダ控訴裁判所でミッチェル (Mitchell) 事件 (Mitchell and others v DPP) でヘイネス判事 (Justice Haynes) が示した「必要性の原理」の適用要件を援用し<sup>(48)</sup>、裁判所は、必要性 (necessity) の基礎のもとに行われたいかなる超憲法的行為についても、この要件を充足する事実が存在するか否かを審理し、もし有効であればその有効性を宣言するとし<sup>(49)</sup>、クーデタ後にクーデタに際してとられた措置の合憲性・合法性を審査する際の基準を明確にするとともに、その審査権が裁判所にあることを明らかにした。これは、先述した、「③革命が成功した後に旧秩序が回復した場合」に当たる。

### (3) 「必要性の原理」の適用要件の確立

高裁判決を不服とした被告側は控訴裁判所に上訴した。その中で控訴裁 (2001年3月1日)<sup>(50)</sup> は、高裁のゲイツ判事が示した「必要性の原理」の適用に関する一節を引用し、「必要性の原理」の性質を次のようにまとめた。

すなわち、『必要性の原理』は、成文憲法典に定められていないか、または成文憲法上の緊急権制度 (emergency powers machinery) が発生した事態に対し不十分な場合に、軍のような事実上の支配権をもつものに、突然発生した真の危機に対処することを可能にするものである。『必要性の原理』によって権限を付与された憲法外の行為 (extra-constitutional action) は、本質的に一時的な性格をもつもので、危機が終息すると直ちにその適用は終了する<sup>(51)</sup>。この判断は、高裁が示した「必要性の原理」の理解を踏襲したものであった<sup>(52)</sup>。こうして、控訴裁判決では高裁のゲイツ判決の「必要性の原理」理解と同様の見解に立ち、その適用される状況と限界を以下のようにより詳細かつ明確

に確定した<sup>(53)</sup>。

①憲法に規定されていないか又は憲法上の緊急措置権 (emergency powers) の仕組みが不十分である状況において、緊急かつ真正の危機に対処するため、事実上の権力 (de facto authority) に危機に対応せしめるものであること。

②「必要性の原理」によって権限を付与されたいかなる憲法外の行為も一時的な性格を有するものであり、危機が終息した後はその適用を終止する。

③「必要性の原理」は、成文憲法に恒久的な変更を加える権限を付与するものでなく、ましてや憲法を完全に破棄する権限を付与するものではない。

このように「必要性の原理」は、非常事態において既存の憲法体制を保護するための緊急権であって、憲法体制の変更を正当化する理論ではないことをここでも明確に示した。不文の緊急権である「必要性の原理」は、憲法に明文の緊急権規定があっても、それが不十分な場合は、それを補完する場合にも認められることを明らかにした。こうしてこの判決は、クーデタの実行者がその正当化に援用する「必要性の原理」に対して、その援用が正当なものであるかまたは濫用に当たるかの判断基準を定立した。それにより「成功したクーデタの法理」によるクーデタの一般的な正当化を回避し、「必要性の原理」と「成功したクーデタの法理」の境界を明確に示したのである。

この事件から6年後の2006年12月にまたもやクーデタが発生した。このクーデタはバイニマラマ国軍司令官による軍事クーデタで、このクーデタに際してとられた措置もその後の訴訟の中で裁判所の審査に服することになった（「ガラセ対バイニマラマ事件」控訴裁判決（2009年4月9日）<sup>(54)</sup>）。控訴裁判所は、プラサッド事件高裁判決でゲイツ判事が引用した1986年のグレナダ控訴裁判所のミッチェル (Mitchell) 事件判決 (Mitchell and others v. DPP) のヘイネス判事 (Justice Haynes) の「必要性の原理」の適用要件をここでも確認し、「成文憲法の外にある

不文の必要性の原理は世界で広く認められている」とし、「プラサッド事件で当裁判所が述べた『必要性の原理』を全面的に受け入れ、大統領が憲法の条項にない行為を行う権限を認めるが、しかしそれは究極的に憲法を回復するという目的だけに限られる」<sup>(55)</sup>と述べ、従来の判例の見解を維持した。

以上のように、2000年代に入って発生したフィジーのクーデタ事件とその訴訟の中で、憲法秩序を保護するために行使される緊急権としての「必要性の原理」と憲法秩序を破壊した後にあらたな体制の成立の承認に関わる「成功したクーデタの法理」の違いが明確にされた。そして、憲法秩序を破壊する力の行使による政府または憲法の変更に對しても裁判所はその合憲性・合法性を審査し、その場合には「必要性の原理」の援用を認めず、違憲と判断するという慣行が成立したことが確認できる。

## おわりに

コモンウェルス諸国のクーデタに関する判例の発展過程の分析と考察を通じて以下の点が明らかになったと言える。

第一に、クーデタは司法権の地位とその機能に大きな変化を及ぼさないという事実とその理由が明らかになった。クーデタは立法権の機能を停止させ行政権を篡奪しても、司法権の機能を停止させることはない。その理由は、クーデタ政権下であっても通常の裁判機能を維持させることが秩序の安定に必要であり、裁判官はその地位を奪われないことを暗黙のうちに期待し、クーデタ実行者はその行為の正当化のため裁判所を利用する。そこに裁判官とクーデタ実行者との間に「暗黙の取引」が成立する。

第二に、コモンウェルス諸国の判例の示すところは、「暗黙の取引」を前提としていたのかも知れないが、次第にクーデタ実行者に対する厳しい態度を示すようになり、そのような判例の積み重ねによって



クーデタの違憲性・違法性を宣言するようになってきた。その背景には、コモンウェルスという国際社会が「ハラレ宣言」に見られるように民主主義・法の支配・基本的人権の尊重という基本的価値を重視する姿勢を鮮明に掲げるようになり、民主主義体制を維持するために法の支配と司法権の独立を強調するようになったことが影響を与えた。

第三に、クーデタに対する判決の変化は、クーデタ実行者が自らの行為の正当化に利用してきた「必要性の原理」の主張に対し、裁判所がその原理が緊急権法理であることを根拠に、憲法秩序の侵害に対しては「必要性の原理」の適用による正当化は不可能であることを判例が同原理の適用要件を精緻化することで確立してきた点に端的に見ることができる。司法権はクーデタ政権に対峙しつつ漸次その実質的独立を強化し、民主主義体制の破壊者に対する厳しい姿勢を判決で示し、判例理論の形成を通じて民主主義体制の新たな破壊者の出現を抑止する効果を生み出してきた。

以上のような結論が得られたが、依然として考察が不十分なまま残された理論的な問題に言及しなければならない。本文中で述べたように、司法権（裁判所）の地位と権能の基礎が成文憲法にあるとすれば、クーデタによってその憲法が廃止され、クーデタ政権の暫定統治を経て、新体制が確立して新たな憲法が成立するまでの過程における裁判所の存在とその権能の行使を法的にどのように説明するのかという問題がある。クーデタ政権によって司法権が排除されないかぎり、そしてクーデタという行為を憲法秩序の侵害であるとみなす以上、その間、司法権はその法的基礎が継続しているものと「擬制」され、新体制の確立と新憲法の制定による新たにその法的基礎が確立されるまで、その地位と権能が維持されていると考えるほかないとおもわれる。そしてその「擬制」を支えるのが、クーデタ政権の司法権に対する期待とその期待に応える司法権の対応という政治の力である。これを現時点での暫定的な結論として、さらに今後の研究課題としたい。

## 注

- (1) John Hatchard, Tunde I. Ogowewo, *Tackling the Unconstitutional Overthrow of Democracies*, Commonwealth Secretariat 2003. 本書は第2次大戦後独立したコモンウェルス諸国における憲法に定める手続きに拠らない政権奪取（クーデタ）とそれへの各国の裁判所の対応を分析して判例理論の形成を跡づけ、クーデタに耐えうる（coup-proofing）法制度確立のための積極的取り組みを考察したものである。
- (2) *Ibid.*, p.7. タヤブ・マホマッド（Tayyab Mahmud）によれば、次の13件の事件が挙げられている。Dosso 事件（パキスタン1958年）、Matovu 事件（ウガンダ1966年）、Madzimbamuto 事件（ローデシア1968年）、Sallah 事件（ガーナ1970年）、Lakanmi 事件（ナイジェリア1970年）、Jilani 事件（パキスタン1972年）、Liasi 事件（キプロス1975年）、Bhutto 事件（パキスタン1977年）、Valabhaji 事件（セイシェル1981年）、Mitchell 事件（グレナダ1986年）、Makotso 事件（レソト1988年）、Matanzima 事件（トランスカイ1988年）、Banda 事件（ボプタツワナ1989年）（Tayyab Mahmud, *Jurisprudence of successful Treason: Coup d'Etat & (and) Common Law*, Cornell International Law Journal, Volume 27, 1994. pp.49-50.）である。なお、トランスカイとボプタツワナは南アフリカ共和国内の州から独立した国家であったが、1994年に両国とも南アフリカ共和国に再統合され現在は存在しない。
- (3) *Ibid.*, p.8. この宣言において、コモンウェルス諸国は、持続可能な経済開発と並んで、基本的な政治的価値である民主主義・法の支配・基本的人権の促進を優先することを表明した。民主主義については、国家環境を反映した民主主義の過程と諸制度、法の支配と司法権の独立、および公平で公正な政府がその内容として掲げられた（「同宣言」第6項）（*Ibid.*, pp.181-183.）。
- (4) *Ibid.*, p.8.
- (5) *Ibid.*, p.14. ナイジェリア最高裁の *Attorney-General of the Federation v Guardian Newspapers Limited* 判決におけるカリビ・ホワイト（Karibi-Whyte）判事の言葉。
- (6) *Ibid.*, p.14.
- (7) *Ibid.*, p.14.
- (8) *Ibid.*, p.14.
- (9) *Ibid.*, pp.14-15.
- (10) *Ibid.*, p.15.
- (11) *Ibid.*, p.15.
- (12) *Ibid.*, p.15.
- (13) *Ibid.*, p.16.
- (14) *Ibid.*, p.17.

- (15) *Ibid.*, p.17.
- (16) *Ibid.*, pp.16-17. Stella Madzimbamuto v Desmond William Lardner-Burke and Frederick Phillip George [1968]3W.L.R.1229; [1969]1A.C.645 (<https://documents.manchester.ac.uk/display.aspx?DocID=45553>) 2021.06.10閲覧。
- (17) *Ibid.*, p.17.
- (18) *Ibid.*, p.17.
- (19) *Ibid.*, p.18. [PLD 1958 Supreme Court (Pak.) 533]
- (20) 佐藤創「パキスタンにおける戒厳令に関する司法判断」、佐藤創編『パキスタン政治の混迷と司法』（アジア経済研究所、2010年）所収、78頁。Tayyab Mahmud, *Jurisprudence of successful Treason: Coup d'Etat & (and) Common Law*, Cornell International Law Journal, Volume 27, 1994, p.54.
- (21) コモンウェルス諸国の裁判所で参照されているのは、次の英訳版である。Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, The Lawbook Exchange, Ltd..
- (22) *Ibid.*, p.18.
- (23) *Ibid.*, p.19.
- (24) *Ibid.*, p.19.
- (25) 東裕「クーデタと緊急権—英連邦諸国の判例理論から—」「憲法研究」第46号、平成26（2014）年、169頁。Ghai, Y.P. Cottrell, J., *Head of States In The Pacific: A Legal and Constitutional Analysis*, Institute of Pacific Studies, Suva : University of the South Pacific, 1990, p.194.
- (26) 「同論文」、同頁
- (27) 「同」、170頁。
- (28) John Hatchard, Tunde I. Ogowewo, *Tackling the Unconstitutional Overthrow of Democracies*, Commonwealth Secretariat 2003, p.26.
- (29) *Ibid.*, p.27.
- (30) *Ibid.*, p.28.
- (31) *Ibid.*, p.28.
- (32) 「ケルゼンの法学的な規定—広い意味での革命は、『ある社会の法秩序が非合法的やり方で新秩序によって廃棄され置換される場合』の総称で…、『法学的観点からすれば、革命の決定的な基準は、現行秩序が、この秩序の予定しなかったやりかたで、新しい秩序によって廃止され、取って替えられることである』ともいわれる。従って、ケルゼンは、この広い意味の革命には、いわゆるクー・デタも含まれるとしている」（小林直樹『憲法秩序の理論』（東京大学出版会・1986年）116頁）。ケルゼン（尾吹善人訳）『法と国家の一般理論』（木鐸社・1991年）203頁。

- (33) 「合意による革命」は、根本規範 (basic norm) の変更が平和的な合意に基づいて行われるもので、この場合には、新しい根本規範の妥当性 (validity) は、旧根本規範に由来しない。その例としてあげられるのは、オーストラリア憲法である。同憲法は1900年に英国議会で制定されたオーストラリア・コモンウェルス憲法法律 (Commonwealth of Australia Act 63&64 Victoria Chapter 12) の一部として成立したものが、その後の独立とともに現在の憲法に至っていることが例に挙げられている。また、ある独立国が既存の憲法に基づくものではない共同決定によって新憲法を採択する場合があります、この場合、新憲法は過去との断絶を特徴とする。その例として1787年にフィラデルフィアの憲法会議で採択され、諸州で承認されたアメリカ合衆国憲法がある。(Suri Ratnapala, *Jurisprudence 3rd ed*, Cambridge University Press, 2017, pp.88-89.)
- (34) Suri Ratnapala, *ibid.* pp.90-91.
- (35) *Ibid.*, p.91.
- (36) *Ibid.*
- (37) *Ibid.*, pp.91-92.
- (38) *Ibid.*, p.92.
- (39) Suri Ratnapala, *Jurisprudence 3rd ed*, Cambridge University Press, 2017, p.92.
- (40) ハンス・ケルゼン (尾吹善人訳) 『法と国家の一般理論』(木鐸社・1991年) 344頁。Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Harvard University Press, 1945, The Lawbook Exchange, Ltd., p.368.
- (41) 東裕「緊急権としての「必要性の原理」(Doctrine of necessity) について」『日本法学』第82巻第3号、平成28(2016)年、16頁。
- (42) 「同」、23-24頁。
- (43) フィジー1997年憲法では、「高等裁判所は、この憲法の下での生じる問題または憲法の解釈を含む問題に関する第一審裁判管轄権を有する」(120条2項)と定められ、第2審が控訴裁判所(121条2項)、終審が最高裁判所(122条1項)となっていた。
- (44) 事案の概要と判旨については、前掲「緊急権としての「必要性の原理」(Doctrine of necessity) について」、17-20頁参照。
- (45) 「同論文」、18-19頁。*Prasad v Republic of Fiji* [2000] FJHC 121; Hbc0217.20001 (15 November 2000), pp.26-27.
- (46) 「同」、19頁。
- (47) 「同」。
- (48) 「同」20頁。次の5つの要件である。①緊急の必要性が、憲法に規定されていない例外状況 (exceptional circumstances) の存在から発生し、なんらかの重要な国家機能の保護または維持のために迅速な行為が行われ

なければならないこと。②合理的に利用可能な他の行為がないこと。③いかなる行為も、平和、秩序および「良い統治」(good governance) にとって合理的にみて必要なものでなければならず、必要以上の行為を行ったり必要性を超えた立法を行ってはならない。④当該行為が、憲法で認められた市民の正当な権利を侵害するものであってはならない。⑤当該行為そのものが、革命を強固にすることを唯一の効果として意図するものであってはならない。

(49) 「同」。Prasad v Republic of Fiji [2000] FJHC 121; Hbc0217.20001 (15 November 2000), p.18.

(50) 「同」21-23頁。Republic of Fiji v Prasad [2001] FJCA 2; Abu0078.2000s (1 March 2001)。この判決の詳細については、東裕「クーデタと司法権—フィジー控訴裁判所判決 (01/03/2001) の批判的検討」苫小牧駒澤大学紀要第6号、平成13 (2001) 年、参照。

(51) 東、前掲「緊急権としての「必要性の原理」(Doctrine of necessity) について」21頁。

(52) 「必要性の原理は、1997年憲法で定められた権限であろうとなかろうと無関係に法と秩序を回復するためバイニマラマ国軍司令官にあらゆる必要な措置をとる権限を与える。しかし、緊急性が弱まった時には、憲法の定める状態に復帰する。…必要性の原理は、成文憲法の恒久的な変更を行う権限を与えるものではなく、ましてやその完全な破棄を認めるものではない」(東、「前掲論文」22頁)。

(53) 東、「同」22頁。

(54) 東、「同」23-24頁。2006年12月5日、バイニマラマ国軍司令官は、当時のガラセ首相を追放し行政権を掌握した。同司令官は、首相の解任は大統領権限を代行したもので、その行為は「必要性の原理」によって法的正当化できるとして、その行為は1997年憲法を蹂躪してきたガラセ政権の腐敗を一掃するための「浄化作戦」であって、クーデタではないと主張した。すなわち、その行為は、①大統領の権限行使が妨げられている例外状況において、②憲法の枠内で憲法を守るために行われた行為であり、「必要性の原理」により正当化される緊急措置権の行使にあたる、という主張で、同司令官は、みずから「憲法の守護者」と自認していた。このバイニマラマ国軍司令官による一連の行為の違憲性・違法性が争われた。原告は、クーデタによって首相の座を追われたガラセ前首相らで、被告はバイニマラマ国軍司令官、フィジー共和国軍、フィジー共和国、暫定政権法務総裁。争点は、大統領の首相解任大権 (Prerogative) ・留保権限 (Reserve Power) の存在、および大権の妥当性、並びに「必要性の原理」の適用の可否であった。フィジー高裁が被告側の主張を認めたため原告が控訴したところ、控訴裁判所は原告の主張を認め、バイニマラマ国軍司令官の一連の行為を違憲・違法と判断した。



(55) 東、「同」24頁。

(後記) 良き同僚であり、郷里を同じくし、和歌山県立粉河高校の後輩でもあった喜多義人教授の早逝を惜しみ、ともに酒杯を傾けた日を懐かしく回想しつつ、衷心より冥福を祈り、ここに擲筆する。(令和3年6月28日)

# サイバー戦時復仇の課題

——lex lata と lex ferenda との相克の視角から——

田 中 誠

はじめに

本稿は、国際的武力紛争下でサイバー技術を利用したネットワーク上の敵対的行為として「復仇 (reprisals, représailles, Repressalien)」が実行された場合の課題について、国際人道法<sup>(1)</sup>における「現行法 (lex lata)」と「あるべき法 (lex ferenda)」の相克の視角から検討することを目的とする。以下、本論の叙述に必要な限度で、用語の定義及び議論の射程を明確にしておきたい。

「サイバー空間 (cyberspace)」とは、情報システムや情報通信ネットワーク等により構成され、多種多量の情報が流通するインターネットその他の仮想的なグローバル空間である<sup>(2)</sup>。サイバー空間を取り巻くリスクの深刻化は、誰でも参入しうる開放性、我々の社会生活がサイバー空間に連結された世界の中で成立している連結性、テロリスト個人・集団がサイバー空間を用いることで大国の重要インフラにさえも甚大な被害を与えうる非対称性、の3つの要素に起因する。とりわけ、IoT (Internet of Things) と呼ばれる、あらゆるものがインターネットに接続される時代では、スマートフォン、自動車、複合機などのモノや社会インフラにもリスクが拡散しているという特徴は重要である。実空間を主戦場と想定してきた国際人道法は、攻撃目標が目視によって識別できるという前提の下に、軍事目標と非軍事目標を区別して軍事

目標のみを攻撃目標としてきた。確かに、ネットワーク等により接続している作戦部隊の指揮統制機能は軍事目標である。しかし、サイバー空間の連結性は、軍事目標と非軍事目標を目視によって識別するという国際人道法の前提の再考を余儀なくさせる。

国際人道法の骨格を構成するのは、「戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」(以下、「第1条約」)、「海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」(以下、「第2条約」)、「捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」(以下、「第3条約」)、「戦時における文民の保護に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」(以下、「第4条約」)、の4つのジュネーヴ条約(以下、「ジュネーヴ諸条約」)及び「1949年8月12日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書(議定書I)」(以下、「第1追加議定書」)である。ジュネーヴ諸条約及び第1追加議定書が採択された当時、サイバー空間は存在しなかった。しかし、たとえサイバー行動を取り扱った条約上の明文規定がなくても、武力紛争当事者は慣習国際法によって規律されるという理由で、国際人道法に欠缺は存在しないと言われる<sup>(3)</sup>。これを確認したのが、1907年「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(以下、「ハーグ陸戦条約」)前文に規定されたマルテンス条項である。すなわち、「一層完備シタル戦争法規ニ関スル法典ノ制定セラルルニ至ル迄ハ、締約国ハ、其ノ採用シタル条項ニ含マレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ原則ノ保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スル」旨の規定である。このマルテンス条項は、ジュネーヴ諸条約及び第1追加議定書に継受されている<sup>(4)</sup>。

本稿では、「サイバー技術を利用したネットワーク上の行為」を「サイバー行動(cyber operations)」という。サイバー行動に適用される国際法に関する体系的な先行研究『タリン・マニュアル2.0』によれば、武力紛争の文脈で実施されるサイバー行動は武力紛争法に従うという

立場から<sup>(5)</sup>、慣習国際法を反映するマルテンス条項が機能することにより、サイバー行動は法の空白下にならないことが保証される<sup>(6)</sup>。他方で、同書は、記述内容が「法の漸進的發展 (progressive development of the law)」を表現するものではないこと、「現行法 (lex lata)」の客観的な記述を意図したものであって、「あるべき法 (lex ferenda)」を反映した記述を包含するのを回避した旨明言している<sup>(7)</sup>。『タリン・マニュアル 2.0』の記述方針こそ、本稿が lex lata と lex ferenda を考察の視角として設定した理由である。

復讐の定義について国際的合意は存在しない<sup>(8)</sup>。復讐とは、相手が実行した犯罪行為に対する均衡のとれた反応として、犯罪の違法性が阻却され正当なものとされるという主張で、最古の法執行手段である<sup>(9)</sup>。復讐は、平時復讐と「戦時復讐 (belligerent reprisals, représailles en temps de guerre)」に区別される。国連憲章の採択以前は、自己の実力に訴えてその権利の実現を図る「自力救済 (self-help)」の一手段として、武力行使を伴う復讐さえ平時における法の実現手段として許容されていた（平時復讐）。しかし、国連憲章 2 条 4 項によって武力行使が禁止されたため、武力行使を伴う平時復讐は許されなくなった。1970 年友好関係原則宣言は、「国は武力の行使を伴う復讐行為を慎む義務を負う」と明規している（第 1 原則 6 項）。沿革的に復讐に基礎を置く「対抗措置 (countermeasure)」の目的・条件等は、「国際違法行為に対する国家責任に関する条文」（以下、「国家責任条文」）<sup>(10)</sup>の中に規定された。国家責任条文によれば、対抗措置は違法性阻却事由に該当し（同 22 条）、有責国に対して「義務の履行を促すためにのみ」とることができる（同 49 条 1 項）という規定から、対抗措置が履行確保手段であることは明らかである<sup>(11)</sup>。対抗措置により影響されない義務として、武力による威嚇又は武力の行使を慎む義務（同 50 条 1 項 (a)）、復讐を禁止する人道的性格の義務（同 (c)）が明記されたことは、対抗措置と復讐との相違を雄弁に物語る。

復讐は、中央集権的な執行機関を有しない分権的な国際社会を背景

として、交戦国間の利益調整の側面を有する国際人道法において、歴史的に生成された重要な履行確保手段である。赤十字国際委員会発行の『慣習国際法』には、復仇が許容されるための5つの条件が次のように規定されている<sup>(12)</sup>。

- ①復仇の唯一の目的は、敵を法の遵守に仕向けることである。
- ②復仇の実行が許容されるのは、敵を法の尊重に仕向けるために利用できる他の合法的措置が存在しない場合における最後の手段としてのみである。
- ③復仇としてなされる行為は、これによって中止させようとする違反行為と均衡していなければならない。
- ④復仇に訴える決定は、政府最高機関に委ねられなければならない。
- ⑤敵が法を遵守した場合、復仇は即時停止されなければならない。

上記5つの条件を整理すると、主観的正当化事由（①目的の要件）と客観的正当化事由に大別され、さらに、客観的正当化事由は、実体的要件（②補助性の要件、③均衡性の要件）と手続的要件（④発動要件、⑤終了要件）に区分することができる。日本の通説では、①先行違法行為の存在と事前通告、②補助性、③均衡性、④人道性、の4要件に区分される<sup>(13)</sup>。

実空間で成立している武力行使概念は、サイバー空間に対して適用されるのか、同概念の外延が問題となる。この点、伝統的な「運動エネルギー（kinetic）」兵器以外の道具であっても伝統的な兵器を用いた場合と同じ結果を引き起こせば、武力行使に該当する点で研究者・実務家の見解は一致している。本稿の検討対象である「サイバー戦時復仇（belligerent cyber reprisals）」とは、「サイバー技術を利用したネットワーク上の戦時復仇」をいう。『タリン・マニュアル2.0』には、戦時復仇に関する以下の2つの規則が規定されている<sup>(14)</sup>。



## 規則108（戦時復仇）

次に規定する対象に対するサイバー行動による戦時復仇は禁止される。

(a)捕虜、(b)抑留された文民、占領地域又は敵対する紛争当事者の権力内にある文民及びその者の財産、(c)戦闘外にある者、(d)医療要員、宗教要員、医療用施設、医療用車両、医療用装備  
国際法によって禁止されない場合であっても、戦時復仇は厳格な要件に服する<sup>(15)</sup>。

## 規則109（第1追加議定書の下での復仇）

第1追加議定書は、文民たる住民、個々の文民、民用物、文化財及び礼拝所、文民たる住民の生存に不可欠な物、自然環境、ダム、堤防及び原子力発電所を復仇によるサイバー攻撃の対象とすることを、締約国に禁止する。

『タリン・マニュアル2.0』のサイバー戦時復仇に関する叙述には、先に述べた「現行法 (lex lata)」、「あるべき法 (lex ferenda)」、「漸進的発展 (progressive development)」の途上にある法（「生成途上の法」）を明確に区別して記述するという方針が巧妙に反映されていることがわかる。戦時復仇禁止規範の「法源 (sources of law)」についての認識は、規則108と規則109では次のように異なっている。すなわち、規則108が慣習国際法として結晶化している規則による禁止規範であるのに対して、規則109は当事国のみが拘束される条約規則による禁止規範と考えられる。したがって、規則109の適用上、戦時復仇の可否は、被害国が当事国であるか否かに依存している。

国際法は、国内法の発達した体系に基本的な要素である立法、執行、司法の3つの集権的制度を欠いている。特に、国際法は国内社会のような中央集権的執行機関を有しないため、中央集権的な権力が行使する「執行」による担保を欠いている。国際法を「法」として認識する

以上、「妥当性 (validity)」の要素のみならず、「実効性 (effectiveness)」の要素も極めて重要である<sup>(16)</sup>。実効性は、実際に存在するとして援用状態に適用される言葉であり<sup>(17)</sup>、「事実的強制」と言い換えられて説明されることもある<sup>(18)</sup>。国際法の実効性を発現させるためには、原則として個別国家の自発的履行が不可欠である。したがって、国際法では履行確保の問題が強く認識されることとなる<sup>(19)</sup>。この点、復仇は履行確保手段として問題提起的な概念である。

復仇自体が歴史的に生成された制度であるため、復仇の根拠や制限は歴史的に考察されなければならない。復仇禁止対象を拡大してきた国際法の歴史の中で把握されなければならない。

## 1 国際人道法の慣習法性

### (1) *lex lata* と *lex ferenda*

慣習国際法とは、国際社会の構成員間で行われる特定の国家実行の積み重ね（国家間の国際慣行）を基礎として形成された国際法規範である。これが成立するためには、特定の事項について、大多数の国家間において上記国際慣行が確立していること（一般慣行）、及び、大多数の国家が上記国際慣行を法的な義務として確信していること（法的確信）が必要である<sup>(20)</sup>。国際司法裁判所は、北海大陸棚事件で次のように判示した。すなわち、法典化条約が、宣言的效果、結晶的效果（条約の交渉、定式化、採択過程が、生成途上の慣習規則を成熟させる効果）、新慣習法規則の生成的效果の、3つの態様で慣習に影響を及ぼす。未だ慣習法となっていない条約規定が慣習法を生成するためには、(1)当該規定が規範創造的なものであること、(2)国家実行特に特別利害関係国が当該規定又は原則を広範に受諾していること、(3)国家実行が「法的確信 (*opinio juris*)」に基づいていることの、3つの条件が満たされる必要がある<sup>(21)</sup>。なお、条約本文の採択自体が、国家実行の重要な部分である以上、条約規定の慣習法への変化をもたらすに十分であると認め

られる場合もあるとされた<sup>(22)</sup>。

現代は、慣習法の緩慢な結晶化の時代ではなく、特定の分野では、新たな社会目的から、慣習的な介在なしに条約規則へと移行する<sup>(23)</sup>。条約の解釈は、実効性の探究を証明し、留保の解釈で明らかにされる<sup>(24)</sup>。現代国際社会では、現行法と現実の乖離が指摘されるため、国際法上の欠缺が問題となる。既存国際法規（「現行法」）が国際慣習法として存在している状況において、新しい国際法規（「あるべき法」）が多数国間条約として成立した場合、以下のような2つの事例が問題提起される。

この際、国際法上の概念は、ある場合に国家の行動を正当化するイデオロギーとして機能し、またある場合には国家の行動を規制する拘束的規範として機能する。戦時復讐は、このような相反する機能を有する概念の1つである。

第1の事例では、新しい国際法規（「あるべき法」）が慣習国際法として成熟される以前に、国家（A）が自国利益の保護目的で行った一方的行為を正当化する根拠として「あるべき法」（「生成途上の法」）を主張する場合がある<sup>(25)</sup>。A国の一方的行為によって利益を侵害された国家（B）は、既存国際法規（「現行法」）を根拠としてA国の行為の違法性を主張するであろう。

第2の事例では、新しい国際法規（「あるべき法」）が慣習国際法として成熟される以前に、国家（A）が自国利益の保護目的で行った一方的行為を正当化する根拠として既存慣習国際法（「現行法」）を主張する場合がある<sup>(26)</sup>。A国の一方的行為によって利益を侵害された国家（B）は、新しい国際法規（「あるべき法」）を根拠としてA国の行為の違法性を主張するであろう。

上記2つの事例に共通してAB両国間紛争の背後にあるのは、慣習国際法としての「現行法」と条約法としての「あるべき法」との相克である。「あるべき法」が漸進的発展の途上にある「生成途上の法」ととどまっている時点において、一方で、「あるべき法」に相当の規範性の獲得が期待されているにもかかわらず、他方で、一部の国家が新し

い法の未成立を主張している状況が、第三国にとっては「法の欠缺」  
として認識される<sup>(27)</sup>。

## (2) 条約規定の慣習法性

条約規定の慣習法性については、国際人道法の原則との関連で次のような学説がある。まず、T.Meronによれば、国際人道法における法的確信は、「人道の原則」に由来していることが重要で、「契約は守られるべきである」という拘束力に基づく他の条約とは異なり、条約の慣習法化を促進する異質の要素があるとされる。人道原則は、「守られるべきである」ということが「守られている」と結合しているため、「あるべき法 (lex ferenda)」と「現行法 (lex lata)」との一体化を意味する。国際人道法規範は本来、「目的論的 (teleological)」な性格の規範として理解され、慣習法として形成されたことを積極的に肯定する基盤を有している。法的確信の基礎には、契約的合意よりも人道原則が存在するからである<sup>(28)</sup>。

以上のような Meron の見解より一歩進んで、H.Thirlway は端的に、国際人道法の原則が、「一般慣習国際法」や「法の一般原則」(国際司法裁判所規程38条)に属するというよりも、むしろ「自明の独立法源 (a self-sufficient source of law)」とみるべきで、国家実行や法的確信の要素の確認作業は不要であると主張する。国際人道法の原則は、慣習法の主要部に当然に導入されている。国家が国際人道法上負う義務は、ジュネーヴ諸条約の規定に由来するのではなく、国際人道法の一般原則そのものに由来する。条約は、そうした既定の原則に特別の表現を与えただけにすぎないとされる<sup>(29)</sup>。このように、国際人道法の諸規定は、他の多数国間条約の諸規定よりも、慣習法化されたものとして受け入れられやすいといわれている<sup>(30)</sup>。

## 2 ジュネーヴ諸条約が規定する復讐禁止規範

### (1) ジュネーヴ諸条約の特徴

国際人道法が初めて明文で復讐を禁止したのは、捕虜に対する復讐禁止規定（1929年「俘虜ノ待遇ニ関スルジュネーヴ条約」2条3項）であったが、その履行確保手段は不十分であった。ジュネーヴ諸条約は、復讐の許容条件を明記せずに、復讐の対象として無条件で禁止される人及び物の類型を規定するのみであった。そもそも従来の学説や慣習は、責任の連帯性が認められない者に対する非人道的復讐を禁止していた。このような復讐制限の抽象的原則を具体的に復讐対象の面から明文化したのがジュネーヴ諸条約である。さらに、復讐によって軍隊の構成員のみならず文民にも甚大な犠牲が生じた第2次世界大戦の教訓に鑑みて、ジュネーヴ諸条約は、自国の権力下にある無防備のか弱き敵犠牲者を復讐禁止対象としたのである。ジュネーヴ諸条約は、広範囲にわたる人及び物に対する復讐を禁止した点で、国際人道法における復讐規制の歴史上画期的なものと評価できる。

ジュネーヴ諸条約が復讐を禁止する対象は、第1、第2、第3各条約によって保護される軍隊の構成員（第1類型）と第4条約によって保護される文民及びその財産（33条）（第2類型）の、2つに大別される。同条約で復讐禁止対象とされる第1の類型は、軍隊の構成員である。すなわち、第1条約によって保護される戦地にある軍隊の傷者、病者、要員、建物又は材料（46条）、第2条約によって保護される海上にある軍隊の傷者、病者、難船者、要員、船舶、小舟艇又は材料（47条）、第3条約によって保護される捕虜（13条）である。第1、第2、第3各条約の起草過程で復讐禁止規定が異論もなく承認されたのは、以下のような第2次世界大戦の教訓に基づくものといえよう。すなわち、軍隊の構成員の内、傷者、病者、難船者及び捕虜は一般に無防備かつ無力である。連带的責任を負ういわれのない先行違法行為を理由として、このような被保護者が危害を受けるのは、人道の法則に著しく反する



だけでなく、それによって得られる軍事的利益も少ないからである。

第4条約は、文民保護を直接定めた最初の条約である。文民は、「武力紛争中交戦国領域に滞在しているか又はその権力内にある外国人」と「交戦国領域にいるすべての人、特に自国民」に大別されるが、第4条約が主に取扱っているのは前者である<sup>(31)</sup>。第4条約によって保護される文民及びその財産(33条)は、復仇禁止対象とされる第2の類型である。第4条約は、紛争当事国や中立国のすべての国民を復仇の恐怖から免れさせるものではない。すなわち、条約の規定する被保護者以外の者、例えば、自国の権力下でない敵国民に対する復仇は禁止されていない。敵国領域内にいる敵国民こそ、大戦中に無防守都市に対する無差別爆撃等の形態で復仇が行われた際の犠牲者であった。第4条約の復仇禁止規定は、自国の権力下にある無防備の敵国民を保護することを主眼とするもので、第1、第2、第3各条約における復仇禁止規定の趣旨と基本的に同じものといえる。

従来行われていた文民に対する復仇の最も重要な部分、すなわち占領地域住民に対する復仇について、第4条約がこれを禁止した意義は大きい。ジュネーヴ諸条約は、あらゆる事情のもとでの遵守を要求する共通第1条によって、同条約によって保護される文民、傷者、病者及び難船者、捕虜そしてあらゆる船舶、材料及び財産に対する復仇を明確に禁止した。この点、G.I.A.D.Draperによれば、ジュネーヴ諸条約は、国際人道法の過半数を占めているため、復仇を口実に実行される国際人道法違反行為の減少が期待されるという理由から、復仇禁止規定の評価は高い<sup>(32)</sup>。これに対して、ジュネーヴ諸条約の復仇禁止規定は、あまりにも広汎に及び、伝統的に維持されてきた交戦国の権利を否定するものであるから、一般文民に対する復仇の全面的禁止は再考される必要があると主張する論者もいる。例えば、A.R.Albrechtは、占領地域の一般文民に対する復仇又は復仇の恐怖が、占領軍に敵対する文民に秩序を形成する不可欠の措置であるという理由から、第4条約の被保護者に対する復仇禁止規定を批判する<sup>(33)</sup>。占領軍に対する広

範囲の強靱な抵抗が頻発する状態では、復仇禁止規定の遵守がほとんど不可能となることが懸念されるからである。

以上の復仇禁止規定に対する相反する評価は、復仇それ自体に内在する矛盾を如実に物語る。第1の疑問は、相手に法を遵守させるために、自ら法を破ることが正当化されるのかという点である。第2に、復仇の向けられる対象が、先行違法行為とは無関係の第三者の場合、相手に法を遵守させるという目的の適合性が疑われる。

## (2) ジュネーヴ諸条約の慣習法性

国際司法裁判所はニカラグア事件判決で、「国際人道法の一般原則」の慣習法的効力、すなわち条約非加盟国に対する拘束力について次のように判示した<sup>(34)</sup>。

すなわち、アメリカによる国際人道法違反の問題を取り扱うにあたって、アメリカの多数国間条約留保との関係で、紛争当事国以外のジュネーヴ諸条約締約国が判決の影響を受けるのか否かを検討する必要はないとした。アメリカの行為は国際人道法の基本原則によって判断されうるとというのが理由である。ジュネーヴ諸条約は、一方で、国際人道法の基本原則の発展であり、他方で、そのような原則の表明でもある。確かに、アメリカにはジュネーヴ諸条約共通第1条の下で同条約を尊重し、かつ尊重を確保する義務がある。しかし、その義務は条約それ自体のみに由来するのではなく、国際人道法の一般原則にも由来しており、条約はそれを単に表明したに過ぎないのである。以上、国際司法裁判所ニカラグア事件判決の要旨である。

さらに、国際司法裁判所は、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」に関する勧告的意見の中で、ニュルンベルグ国際軍事裁判所判決と「安保理決議808（1993）の規定に基づく国連事務総長報告書」に対する明白な賛意をもって以下のように言及した<sup>(35)</sup>。

すなわち、武力紛争に適用可能な国際人道法は、人間の尊重とその実現を保障するために基本的なものであるから、ハーグ陸戦条約、

ジュネーヴ諸条約は多数の当事国を得ている。このような基本的な諸規則は慣習国際法を構成するため、条約当事国であるか否かを問わず、すべての国家によって遵守されるべきものである（79項）。「安保理決議808（1993）の規定に基づく国連事務総長報告書」<sup>(36)</sup>を引用して、慣習国際法の一部となっていることを疑う余地がない国際人道法として、ハーグ陸戦条約、1945年「国際軍事裁判所憲章」、1948年「集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約」、ジュネーヴ諸条約によって具体化された武力紛争に適用される法を列挙している（81項）。広範囲の法典化、多数の当事国、廃棄条項の未活用という事実によって、大多数の国際人道法が既に慣習法化されており、普遍的に承認された人道原則を反映した条約規則の集大成を国際社会に提供してきたことを指摘している（82項）。

確かに、原則としては当事国と非当事国間及び非当事国相互間では、条約の拘束性は認められない。しかし、ジュネーヴ諸条約が慣習法規則を具体化している限りにおいて相互主義が排除され、ジュネーヴ諸条約は、国際的武力紛争において条約非当事国に対しても適用される。ジュネーヴ諸条約のある規定が慣習法の枠外にある場合、交戦国の中の一国が同条約当事国でないとき、当該国家が自発的に、あるいは、条約当事国に代わってなされた宣言に答えて、ジュネーヴ諸条約の規定を遵守する旨の宣言をするのが一般的である。このような宣言は、ジュネーヴ諸条約共通第2条3項によって強調されているとおり、人道主義の諸原則を具体化しているジュネーヴ法が相互的な基盤の上に適用されるという事実を承認するということである。人道主義の原則を無視するいかなる交戦者が登場しようとも、人道的諸原則の尊重を確保することは望ましいことであろう。他方で、慣習法化されていない条約上の義務は、相互主義の原則の基盤においてのみ遵守されるという事実を承認せざるを得ないのである<sup>(37)</sup>。

以上、ジュネーヴ諸条約のように慣習法化されている条約の場合、条約当事国相互間のみならず、条約当事国と非当事国間及び非当事国

相互間でも、条約の拘束性が認められる。この場合、復讐を禁止する規定も慣習法化されていると考えられるので、同規定は逸脱不可能な規範とされる。他方で、復讐を禁止する第1追加議定書上の規定は逸脱不可能な規範とされるのであろうか。第1追加議定書が慣習法化されているといえるか否かが問題となる。

### 3 第1追加議定書が規定する復讐禁止規範

#### (1) 第1追加議定書の特徴

第4条約による復讐の禁止対象は占領地域の文民に限定されていたが、第1追加議定書によってその範囲は敵国の領域に存在する文民（51条6項）にまで拡大された。同議定書によって復讐の禁止対象とされた第1類型は、軍民を問わず、傷者、病者、難船者、医療要員、宗教要員、医療組織、医療用輸送手段（20条）である。第2類型は、文民たる住民又は個々の文民（51条6項）、民用物（52条1項）、文民たる住民の生存に不可欠な物（54条4項）、危険な威力を内蔵する工作物及び施設（56条4項）で、いずれも文民の保護が趣旨である。第3類型は、文化財および礼拝所（53条(c)）並びに自然環境（55条2項）のような人類共通の利益を保護法益とするものである。

ジュネーヴ第4条約の被保護者は、「紛争当事国又は占領国の権力内にある者でその紛争当事国又は占領国の国民でないもの」（第4条）とされ、その範囲は限定的である。すなわち、自国の権力下でない敵国民は保護されない。また、第4条約には、「紛争当事国の住民全体」（13条）を一般的に保護する規定（第2編）が設けられているが、軍事行動から生ずる危険に対して一般住民全体を保護する規定が置かれているわけではない。第4条約では、一般に戦闘に参加しないと見られる傷病者、妊産婦、児童や文民病院の保護及び特別の保護地帯の設定について規定されているにすぎない。

これに対して、第1追加議定書は、自国の権力下でない敵国民をも



含めて、第4条約より広い範囲の被保護者を規定している。軍事行動から生ずる危険に対して一般住民全体を保護する規定を初めてかつ詳細に設けたのが、第1追加議定書51条である<sup>(38)</sup>。第1追加議定書が規定する傷病者、難船者や衛生施設等の範囲は、ジュネーヴ諸条約のそれらより拡大されているし、なによりも文民たる住民又は個々の文民に対する復仇攻撃を禁止したことは画期的である。また、生存に不可欠な物や危険な威力を内蔵する工作物等に対する復仇を禁止した規定も現代武力紛争の実態に照らして重要である。

確かに、第1追加議定書が、「紛争当事者の権力内にある者であって諸条約又はこの議定書に基づく一層有利な待遇を受けないもの」に対する基本的保障(75条)を初めて明示した意義は大きい。上記対象者の範囲には、一般に、第4条約4条にいう被保護者の範囲に含まれない者、すなわち第4条約の非締約国国民、及びその本国が通常の外交代表を駐在させている間の中立国国民や共同交戦国国民が挙げられる<sup>(39)</sup>。しかし、第1追加議定書による復仇禁止対象には含まれない人や物の類型が、なお残されていることに注意しなければならない。例えば、紛争当事者の権力内にある者でジュネーヴ諸条約又は第1追加議定書に基づく一層有利な待遇の利益を受けないもの(75条)は、復仇の禁止対象ではない。さらに、同議定書は、害敵手段に関する復仇を禁止する規定を含まない。

第1追加議定書以外の復仇禁止規定として、1954年の「武力紛争の際の文化財の保護に関する条約」(以下、「文化財保護条約」)が、「締約国は、文化財に対し復仇手段としていかなる行為をも行なってはならない」(4条4項)と規定していることにも注目したい。

## (2) 慣習法性肯定論

第1追加議定書の適用上、当事国相互間では相互主義が機能するのかが問題となる。ジュネーヴ諸条約では前述したとおり、戦争犠牲者を保護することを目的とした人道的性格の義務規定について、相互主



義は排除されていると解されている。第1追加議定書の起草過程でも、相互主義を法原則に位置付けることに対する疑問が示された<sup>(40)</sup>。これを受けて、第1追加議定書もその冒頭に、締約国は「すべての場合に」同議定書を尊重することを約束する（1条1項）として、ジュネーヴ諸条約共通第1条を確認し、相互主義からの脱却を明らかにしたという評価もある<sup>(41)</sup>。

確かに、当事国と非当事国間及び非当事国相互間では、条約の拘束性はないというのが相互主義の原則である。しかし、慣習法化されている条項の範囲内では相互主義が排除され、当事国であるか否かを問わず当該条項に拘束される。追加議定書を起草するための外交会議では、「相互主義的処遇という威嚇は、人道法規則に違反しようとする者に対して効果的であろう。しかし、復讐の形式的な合法化が、その誤用や乱用を招くであろう。」という主張が見られた<sup>(42)</sup>。このため、「文民たる住民に対する復讐禁止規定」（51条6項）の慣習法性が問題となる。

この点、Kalshoven は、「第1追加議定書が、武力紛争に関する国際法における変更を反映したものであることは疑いない。変更の殆どは修正および明確化という形式により行われている。同議定書が規定する諸規則の多くが既存の慣習国際法の法典化であることは一般的に承認されている。」と評価している<sup>(43)</sup>。他方で、第1追加議定書は、その批准及び加入の進捗状況からみて、慣習法化しているというよりむしろ一般国際法の地位に近づいていると評価する論者もいる<sup>(44)</sup>。一般国際法とは、国際社会全体に妥当する国際法規をいう<sup>(45)</sup>。慣習国際法と一般国際法との関係については以下の2つの見解に大別される<sup>(46)</sup>。一方で、慣習国際法が国際社会全体に適用される一般国際法の唯一の法源であるとする見解がある。他方で、法形式の態様としての慣習という面を重視すると、国際法は当然には一般国際法として妥当しないとする見解になる。

普遍的な国際機構である国連の文書から、第1追加議定書の慣習国際法性を証明する証拠を探してみよう。1999年の国連事務総長の告示

「国連部隊による国際人道法の遵守」<sup>(47)</sup>によれば、国連軍が復仇を行うことが禁止される対象として、文民又は民用物 (para.5.6)、人民の文化的又は精神的遺産である芸術的、建築的又は歴史的記念建造物、遺跡、美術品、礼拝所並びに博物館及び図書館のような文化財 (para.6.6)、食糧、作物、家畜、飲料水の施設及び供給設備のような、文民たる住民の生存に不可欠な物 (para.6.7)、危険な威力を内蔵する施設、すなわちダム、堤防及び原子力発電所 (para.6.8) 傷者、病者 (para.9.1)、衛生施設、移動衛生部隊 (para.9.3)、傷者又は病者の搜索、輸送又は治療に専ら従事する衛生要員並びに宗教要員 (para.9.4)、傷病者の輸送手段又は衛生設備 (para.9.5) が列挙されている。同告示は、国連軍構成員に対する指針であるから、国際人道法を適用する裁判所に対して拘束力を有せず、国連の公式見解と認められているわけではない。しかし、直接的又は間接的に国連の立場を反映していると解される。告示における復仇禁止対象が、第1追加議定書及び文化財保護条約の諸規定から引用されているのは、これらの復仇禁止規範が既に慣習国際法となっている証拠であるともいえる。しかし、ユーゴスラヴィア紛争 (1991年-1995年) では、このような法規範の内容が必ずしも遵守されたとはいえず、法と現実との大きな乖離が指摘されている<sup>(48)</sup>。

### (3) 慣習法性否定論

「安保理決議780に基づいて設置された専門家委員会最終報告」(1994年)では、ジュネーヴ諸条約における復仇禁止規範の慣習国際法性が認められているのに対して、第1追加議定書に設けられている復仇禁止規範については、必ずしも慣習国際法化されているわけではないことが示唆されている<sup>(49)</sup>。同報告によれば、復仇が、以下のような条件の下で適用可能な法として規定されている。すなわち、実体的要件としては均衡性要件 (必ずしも厳格ではない)、事前手続的要件としては先行違法行為の停止要求と敵の拒否、事後手続的要件としては違法行為の停止に伴う復仇の即時中止措置が規定されている (64項)。復仇禁止

対象としては、ジュネーヴ第1条約46条、第2条約47条、第3条約13条、第4条約33条、第1追加議定書44条、51条6項、52条1項、53条c項、54条4項、55条2項、56条4項、73条が引用されている（65項）。非国際的武力紛争に適用される共通第3条と第2追加議定書には、復仇禁止規定が含まれていない。ジュネーヴ諸条約と第1追加議定書が適用される国際的武力紛争では、復仇が許容されるためには、ジュネーヴ諸条約と第1追加議定書及び武力紛争に関する慣習国際法の諸制限を条件として、専ら戦闘員又は他の軍事目標に向けられなければならない。第1追加議定書が適用されない国際的武力紛争では、もっと広い範疇の人や物に復仇が向けられる可能性があるが、武力紛争に関する慣習国際法の諸制限を条件としなければならない（66項）。

以上の最終報告を踏まえて考察すると、復仇に関する上記の許容条件及び禁止対象が、限定列举を意味するのか、あるいは例示列举を意味するものかについては、いずれとも断定できない。なお、「第1追加議定書が適用されない国際的武力紛争」とは、非当事国相互間の戦闘行為（A）、及び、複数の紛争当事国の中に非当事国が含まれる場合における非当事国と当事国間の戦闘行為（B）である。第1追加議定書には総加入条項が置かれていない以上、（B）の場合でも、当事国相互間の戦闘行為に対しては同議定書が適用される。

第1追加議定書では、ジュネーヴ諸条約よりも復仇禁止範囲が拡大され、特に敵の権力内にある敵の文民に対する復仇が禁止された意義は大きい。無差別爆撃で自国内の文民居住地区が大規模に破壊された被害国が、第1追加議定書当事国である場合、復仇禁止規定に拘束されるため、加害国内の文民居住地区に対する攻撃という戦術で対抗することができなくなり、不利な戦況を打開できなくなる。このような軍事的必要性から、文民たる住民に対する戦時復仇禁止規範の拘束力を排除するのが妥当であるという主張には説得力がある。

実際には、正式な留保を表明した国はなかったが、イギリスは第1追加議定書の批准の際、次のような特別の声明を行った。

「1949年ジュネーヴ諸条約第1追加議定書51条乃至55条の義務は、イギリスが関わるであろう敵対国自身が良心的に同義務を遵守することを基礎として受け入れられる。もし、敵対国が51条又は55条に違反して文民たる住民又は個々の文民若しくは民用物に対する重大かつ故意の攻撃、若しくは53、54、55条に違反して保護対象に対する重大かつ故意の攻撃を行うならば、敵対国の違反がなければ該当条項によって禁止される措置を行なう権利をイギリス自身が有すると考えるだろう。もっとも、①前記措置は、同条項下の違法行為の中止を敵対国に強制する目的のみに必要と考えられる程度であって、②敵対国に違反行為の中止を要求する正式の警告が無視された後においてのみ、かつ③政府の最高中枢による意思決定の後においてのみ許容される。イギリスが講じたいかなる措置も、その原因となった先行違法行為との均衡を失うことはなく、1949年ジュネーヴ諸条約によって禁止されるいかなる行為を包含することはなく、前記措置が先行違法行為の中止後に継続することもない。イギリスは、①敵対国に発せられた前記正式の警告、②その警告が無視されたならばその結果として講ぜられる措置、についてこれを利益保護国に通知するものとする。」<sup>(50)</sup>

イタリアは批准の際に、「第1追加議定書、特に51条及び52条によって課された義務に関する敵の重大かつ組織的な違反行為に対しては、将来の違反行為を防止するために、国際法の下で許容されるあらゆる手段をもって反応を示すつもりである。」<sup>(51)</sup>と表明した。

フランスの声明<sup>(52)</sup>及びドイツの声明<sup>(53)</sup>においても、敵の重大かつ組織的な違反行為に対する同趣旨の反応が表明されている。上述した諸国の見解は、声明という形式で表明されたものであって、文民たる住民及び民用物に対する復仇を禁止した条項に関する明示的な留保ではないが、実質的に留保と評価できる。現在までのところ、これら諸国の声明に対して異議を申し出た国はない。さらに、アメリカが第1追加議定書を批准しない理由の1つとして、同議定書による復仇の広範な禁止が指摘されている<sup>(54)</sup>。アメリカは、同51条6項の復仇禁止規定



が行き過ぎであると評価している<sup>(55)</sup>。

このように、国際社会において政治的あるいは軍事的影響力のある国家が、同51条6項の復讐禁止規定に関して、実質的留保を行った上で批准していること、また、批准をすることなくこれに否定的評価をしているという国家実行は、「文民たる住民に対する復讐禁止」規定の慣習国際法性には疑問があることを例証するものといえる<sup>(56)</sup>。確かに、あらゆる状況においても文民たる住民に対する復讐が禁止されるという法規範について、これが既に慣習国際法として結晶化されていると結論付けるのは困難である。しかし、少数の国家が実質的留保を行った上で批准する等の限定された国家実行を根拠にして、当該復讐措置を実施する権利が第1追加議定書採択以後も存在し続けていると主張することも困難である<sup>(57)</sup>。以上のように慣習国際法性が疑問視されている復讐禁止対象に関する規定として、民用物（第1追加議定書52条1項）、文化財および礼拝所（53条(c)）、文民たる住民の生存に不可欠な物（54条4項）、自然環境に対する攻撃（55条2項）、危険な威力を内蔵する工作物や施設又はそれに近接する他の軍事目標（56条4項）がある<sup>(58)</sup>。

#### 4 サイバー戦時復讐の要件再考

国際法によって禁止されない場合であっても、戦時復讐は厳格な要件に服する限り、国際人道法を執行するための伝統的方法である<sup>(59)</sup>。一方で、連結性を特徴とするサイバー空間では、サイバー戦時復讐による社会インフラに対する被害は、実空間よりも拡散する傾向がある。例えば、通信・輸送網、金融市場、エネルギー部門などの国家の経済インフラの一部に対するサイバー戦時復讐である。他方で、サイバー戦時復讐の被害が人の傷害又は死亡、物の物理的な損傷又は破壊を引き起こさない場合には、実空間よりも非人道性が軽減される傾向がある。回復不可能な被害を与えることを回避し得る選択肢があるため人道に推奨される。



サイバー戦時復仇を利用することで、敵国民の反感を買うような不可逆的な損害を敵国に与えることなく、敵国政府指導者に対して国際人道法の遵守を効果的に強要させることができる<sup>(60)</sup>。サイバー戦時復仇は、交戦国に対して合法的に対応するための柔軟な選択肢を提供することができる<sup>(61)</sup>。そうであるとするならば、サイバー戦時復仇については、国際人道法の履行確保手段としての有用性を考慮すると、実空間における戦時復仇よりも許容条件を緩和しても人道上大きな問題が生じないのでないか、以下検討してみたい。

サイバー戦時復仇の許容条件については、これを規定した条約は存在しないため、伝統的な戦時復仇に関する慣習国際法に委ねられている。この点、サイバー戦時復仇における履行確保手段としての有用性を考慮して、許容条件を再考する際に参考となるのが、国家責任条文における対抗措置に関する規定である。国家責任条文が慣習国際法を反映していると考えている多数の国家が存在するからである<sup>(62)</sup>。もっとも、戦時復仇が対抗措置と異なる点は、①武力紛争状態でのみ許容されること、②先行違法行為が国際人道法違反に限られること、③軍隊のみが実施主体であることの、3つである<sup>(63)</sup>。

国家責任条文によれば、対抗措置が違法性阻却事由に該当するためには、(1)手続的要件として、①必要性の要件(52条)、(2)実質的要件として、②先行違法行為の要件(22条)、③目的の要件(49条1項3項)、④均衡性の要件(51条)、⑤対抗措置を制約する要因(50条1項)の、すべてを充足する必要がある。以下、サイバー戦時復仇の許容条件を再考する際に参考となる規定を検討してみよう。

第1に、必要性要件(手続的要件)は、対抗措置をとる前に、違法行為の中止や事後救済の履行を要求し(52条1項(a))、対抗措置をとる決定の通告と交渉の申し出をすることである(52条1項(b))。ただし、被害国が権利保全のために緊急的措置に訴えることが必要である場合には、通告及び交渉の申し出を行う前に緊急的措置をとることができる(52条2項)。サイバー戦時復仇においても通告要件を省略することがで

きるかが問題となる。この点、『タリン・マニュアル2.0』では、対抗措置手続に関する通知要件に言及されていない<sup>(64)</sup>。被害国に通知義務を課すことは匿名性という利点を放棄することで非現実的と考えられるからである<sup>(65)</sup>。法の実効性の観点から評価すると、攻撃開始前の事前通知は、有責国に対応される機会を付与する可能性がある<sup>(66)</sup>。したがって、サイバー戦時復仇の実行以前の通知を省略することができる<sup>(66)</sup>と解すべきである。

第2に、「対抗措置は、可能な限り、当該義務の履行の再開を可能にするような方法で行わなければならない。」（49条3項）という規定は、サイバー戦時復仇の許容条件を再考する際に考慮に値する。回復不可能な被害を与えるサイバー戦時復仇は禁止されるべきである。例えば、ダムの水門を開放して広範囲に居住地区を破壊し得る大量の水を放流する行為、病院を停電にさせて入院患者の治療及び外来診療を不可能にさせる行為、文民たる住民用の食料や水の供給を遠隔操作で汚染する行為である<sup>(67)</sup>。この点、伝統的な「運動エネルギー（kinetic）」兵器を用いた戦時復仇よりも、サイバー戦時復仇の方が、回復不可能な被害を与えることを回避し得る選択肢があるため人道上推奨される。

第3に参照すべき均衡性要件（国家責任条文51条）については、「相互主義（reciprocity）」を意味するものではない<sup>(68)</sup>。相互主義は、一般に複数の国家が同一又は等価の待遇を与えることを意味する。均衡性要件は、必ずしも厳密な均衡性を要求するものではなく、明らかに不均衡ではないことを意味するにすぎない<sup>(69)</sup>。敵の違法行為と同質の復仇行為、いわゆる「同種復仇（reprisals in kind）」のみに限定されるわけではないと解されるが、攻撃の犠牲となった目標と同じ目標に対する均衡性のある反応が、人道上最も効果的であるとともに、軍事的必要性にも資することになると指摘されている<sup>(70)</sup>。先行違法行為がサイバー攻撃によるものであるか否かを問わず、サイバー戦時復仇が許容される。確かに、サイバーシステムは相互に接続されて依存性があるため、サイバー戦時復仇によって生じる可能性のある結果を正確に判

断することは困難である。適正な均衡性評価は、潜在的な結果の予見可能性と、使用できる手段の実行可能性に依存するからである<sup>(71)</sup>。しかし、サイバー戦では、作戦の強度、期間、効果を厳格に調整することが可能である。例えば、インフラを破壊することなく無力化することを目的としたサイバー行動は、均衡性要件を充足する観点から特に有効である。

国内医療施設に対する爆撃を受けた被害国には、加害国に対していかなる形態のサイバー戦時復仇が許容されるのであろうか。被害国が第1追加議定書の当事国の場合と、非当事国の場合、に大別して以下論ずる。被害国が当事国の場合は、文民たる住民に対する復仇が禁止されているため（同議定書51条6項）、被害国は加害国の当該爆撃を中止させるため、加害国内の文民たる住民に電力を供給している施設に対して、サイバー戦時復仇を実施することができない。これに対して、被害国が非当事国の場合は以下のように解される<sup>(72)</sup>。被害国は、加害国内の文民たる住民に電力を供給している施設に対するサイバー戦時復仇を実施することが可能であり、復仇の後、加害国が被害国の医療施設に対する攻撃を中止した時点で、加害国首相がサイバー攻撃の中止を命令するならば、復仇行為は合法である。しかし、被害国が加害国軍隊の医療用施設に対する戦時復仇の名目でサイバー攻撃を実施した場合、攻撃目標が復仇禁止対象であるため（第1条約46条）、当該サイバー攻撃の違法性は阻却されない。

最後に、第1追加議定書以外の復仇禁止規定を見てみよう。文化財保護条約4条4項について、慣習国際法として結晶化されていることを認める見解もあるが<sup>(73)</sup>、タリンマニュアル専門家間では意見の一致が見られないため、締約国のみが拘束される条約の規定と解されている<sup>(74)</sup>。サイバー戦時復仇の例として、ダムの水門を開放して広範囲に文化財地区を破壊し得る大量の水を放流する行為を挙げることができる。

## おわりに

国際的武力紛争下でサイバー戦時復仇が実行された場合の課題について、国際人道法における「現行法 (lex lata)」と「あるべき法 (lex ferenda)」の相克の視角から検討することを目的として検討した結果、以下の結論を得た。

国際法は、法の遵守を強制する権限をもつ機関を設けていないため、一定の場合、国際法が、侵害者に対して報復行為をとる被害者側の権利を認めているのは事実である。国際法の遵守を担保してきたものは相手の違反に対する自らの違反の威嚇である。復仇は、加害国の意思決定者に圧力を加えることにより、加害国の政策転換を引き起こすという効果を期待してなされる。敵が違法行為を中止しないならば復仇措置を講ずる旨の警告を実施したにもかかわらず、依然として違法行為を継続する場合に初めて復仇措置が発動される。敵の違法状態が停止したら復仇措置も直ちに終了しなければならない。

国際法によって禁止されない場合であっても、戦時復仇は厳格な要件に服する限り、国際人道法を執行するための伝統的方法である。実空間における伝統的な「運動エネルギー (kinetic)」兵器を用いた戦時復仇では、回復不可能な被害を敵国に与えるのを回避するのは困難である。これに対して、サイバー戦時復仇では、回復不可能な被害を回避し得る選択肢が残されており、被害が人の傷害又は死亡に及ばない方策、インフラの無力化にとどまり物理的な損傷又は破壊に及ばない方策を模索することは可能である。したがって、サイバー戦時復仇は、不可逆的な損害を敵国に与えることなく、敵国政府指導者に対して国際人道法の遵守を効果的に強要させることができる。国際人道法の履行確保という観点からすると、特に、文民たる住民に対する復仇の場合は、回復不可能な被害を回避し得る点で、実空間で実施するよりもサイバー戦時復仇の方が人道上推奨される。

この点、文民たる住民に対する復仇を禁止する法規範（第1追加議定



書51条6項)の慣習国際法性の評価は重要である。ジュネーヴ諸条約の復仇禁止規範は、国際慣習法として成熟した「現行法」と認められる。これに対して、第1追加議定書の復仇禁止規範は、既に慣習国際法として結晶化されていると結論付けるのは困難であり、「あるべき法」が漸進的発展の途上にある「生成途上の法」ととどまっており、当事国のみが拘束される条約規則と解されている。したがって、復仇を意図する被害国が第1追加議定書の当事国であるか、非当事国であるかの相違は重要であり、非当事国の場合のみ復仇が許容される。第1追加議定書の下での復仇禁止規範は、当事国にとって国家の行動を規制する拘束的規範として機能するのに対して、非当事国にとっては国家の行動を正当化するイデオロギーとして機能する。この際、サイバー戦時復仇を実行する場合において、被害国は通告要件を省略できると解すべきであって、有責国が国際人道法の遵守に回帰したならば、被害国は復仇の即時中止措置を確実に実施すれば、復仇として実施された行為の違法性は阻却される。回復不可能な被害を回避し得る点で、サイバー戦時復仇には履行確保手段としての有用性が認められる。

不断に変化する国際社会の要請に可能な限り対応し得るように、国際法規範の可能な意味の限界が追求されなければならない。今後の課題として、本稿が取り扱わなかった法分野に対しても研究対象を拡大し、現状を反映した緻密な法理論枠組の確立を図りたいと考えている。

- (1) 武力紛争を規制する国際法は、*jus ad bellum* と *jus in bello* に大別される。*jus ad bellum* は、どのような場合に武力行使ができるのか、すなわち武力行使の開始原因を判断する規則である。これに対して、*jus in bello* は、武力紛争が開始された後に武力紛争当事者の行為を規律する規則のことで、「国際人道法」、「武力紛争法」、「戦争法」ともいう。
- (2) 「我が国のサイバーセキュリティ推進体制の機能強化に関する取組方針」(平成26年11月25日、情報セキュリティ政策会議決定) 1頁 (<https://www.nisc.go.jp/conference/seisaku/dai41/pdf/houshin20141125.pdf>, 2021年4月30日最終閲覧)。
- (3) 坂元茂樹ほか『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年) 292, 307-308頁。



- (4) 第1条約63条、第2条約62条、第3条約142条、第4条約158条、第1追加議定書1条2項。
- (5) M. N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2nd ed., (Cambridge University Press, 2017) [hereinafter *Tallinn Manual 2.0*], Rule 80, p.375.
- (6) *Ibid.*, p.378.
- (7) *Tallinn Manual 2.0*, p.3.
- (8) J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: Practice, Part2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) [hereinafter *Customary International Humanitarian Law*], p.3318.
- (9) W. A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., (Oxford University Press, 2016), p.652.
- (10) 国家責任条文は、2001年国連国際法委員会第53回会期の作業に関する委員会報告第4章に関して、同年国連総会第56回会期決議56/83として採択された。Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR 56th Sess., Supp. No. 10, at 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001) .
- (11) 西村弓「武力紛争法の履行確保 ——相互主義と復仇——」村瀬信也・真山全 編『石本泰雄先生傘寿記念 武力紛争の国際法』(東信堂、2004年) 698頁。
- (12) J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) [hereinafter *Customary International Humanitarian Law*], p.515-518.
- (13) 藤田久一『国際人道法 [新版再増補]』(有信堂高文社、2003年) 184-185頁。
- (14) *Tallinn Manual 2.0*, Rules 108-109, pp.460-464.
- (15) *Customary International Humanitarian Law*, Rule 145, p.513.
- (16) 森田章夫『国際コントロールの理論と実行』(東京大学出版会、2000年) 4頁。
- (17) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Verbo «Effectivé», publié sous le patronage de l'Union académique internationale Sirey, 1960.
- (18) 森田『国際コントロールの理論と実行』13頁。
- (19) 同上、4頁。
- (20) 詳しくは、小森光夫「条約の第三者効力と慣習法の理論(一)(二)(三)」『千葉大学法経研究』第9号(1980年) 53-95頁、同10号(1981年) 79-138頁、

同12号（1982年）43-92頁、小森光夫「一般国際法の法源の慣習法への限定とその理論的影響(1)(2)」『千葉大学法学論集』第8巻第3号（1994年）1-96頁、同第9巻第1号（同年）185-259頁、藤田久一「現代国際法の法源」長尾龍一・田中成明編『実定法の基礎理論』（現代法哲学第3巻）（東京大学出版会、1983年）283-311頁。

- (21) *North Sea Continental Shelf Cases, I.C.J. Reports 1969*, p.41, sec.71.
- (22) *Ibid.*, p.42. 条約規則が一般国際法規則となるためには、かなりの時間の経過がなくとも、条約への極めて広範かつ代表的な参加と特別利害関係国の包摂という条件がみたされれば、それ自体で十分である。
- (23) シャルル・ド・ヴィシェール（長谷川正国訳）『国際法における理論と現実』（成文堂、2007年）274頁。
- (24) 同上。
- (25) 同趣旨の論考として、古川照美「国際司法の新展開—紛争処理と新しい国際法規の生成—核兵器使用・威嚇の合（違）法性に関する勧告的意見をめぐって—」岩村正彦ほか編『国際社会と法（岩波講座 現代の法 第2巻）』（岩波書店、1997年）118頁。もっとも、古川は、「生成途上の法」と「現行法」を対比させて論じているが、本稿では、「あるべき法」と「現行法」を対比させて論ずる。
- (26) 同上。
- (27) 同上、119頁。古川が、「これからの法」と呼称しているものを、本稿では、「あるべき法」という用語を使用する。
- (28) T.Meron, “The Geneva Convention as Customary Law,” *American Journal of International Law*, Vol.81, No.2 (1987), pp.359, 361, 367.
- (29) H.Thirlway, “The Law and Procedure of The International Court of Justice 1960-1989 (Part Two),” *British Yearbook of International Law*, Vol.61 (1990), pp.9-11.
- (30) 時代の潮流によって新しい国際人道法が成立したとしても、それは過去の国際人道法の上に構築されたものであるから、慣習国際法へ移行する契機となりうる。従って、例えば、ジュネーヴ諸条約の諸規定は、1907年ハーグ陸戦条約附属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」のような初期の条約で設定された一般的基準を履行するための規定に他ならない。R.R.Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law,” *British Yearbook of International Law*, Vol.41 (1965-1966), p.286.
- (31) 藤田『国際人道法』155頁。
- (32) G.I.A.D.Draper, *The Red Cross Conventions* (Stevens, 1958), p.98.
- (33) A.R.Albrecht, “War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949,” *American Journal of International Law*, Vol.47, No.4 (1953), p.614.
- (34) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*

- (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement of 27 June 1986, *I.C.J.Reports* 1986, pp.113-114.
- (35) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J.Reports* 1996, July 8, 1996, paras.79-82.
- (36) Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N.Doc.S/25704 (May 3, 1993), para.35.
- (37) L.C.Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3d ed., (Manchester University Press, 2008), p.70.
- (38) 藤田『国際人道法』164頁。
- (39) 同上、171頁。
- (40) Report submitted by the ICRC to the XX I st International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflicts*, 1969, p.96.
- (41) 藤田『国際人道法』184頁。
- (42) *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)*, Vol.6, Bern: Federal Political Department, 1978, p.210: CDDH/SR.42, para.35.
- (43) フリッツ・カルスホーベン「[専門意見書] 1907年10月18日ハーグにて署名された陸戦の法規慣例に関する条約第3条」藤田久一他編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道—』(日本評論社、1999年) 38-39頁。
- (44) G. Abi-Saab, “The 1977 Additional Protocols and General International Law: Some Preliminary Reflections,” in A.J.M.Delissen and G.J.Tanja, eds., *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead* (Nijhoff, 1991), pp.122ff.
- (45) 小森光夫「一般国際法」『国際関係法辞典』(三省堂、2005年) 32-33頁。
- (46) 小森光夫「慣習国際法」『国際関係法辞典』(三省堂、2005年) 164頁。
- (47) Secretary-General’s Bulletin, Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13.
- (48) K. Obradovic, “The prohibition of reprisals in Protocol I: Greater protection for war victims,” *International Review of the Red Cross*, No. 320 (1997), at <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnv7.htm> (as of 26 March 2021).
- (49) Letter dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, Annex, Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), U.N.Doc.S/1994/674.
- (50) Corrected Letter of 28 January 1998 sent to the Swiss Government by

Christopher Hulse, HM Ambassador of the United Kingdom, reprinted in “Ratification of the Additional Plotocols by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,” *International Review of the Red Cross* No.322 (1998), pp.186-190. 赤十字国際委員会によれば、イギリスの声明は、「留保 (reservation)」と評価されている。

- (51) A.Roberts and R.Guelff eds., *Documents on the Law of War*, 2nd ed., (Oxford University Press, 1989), p.465. 同書によれば、イタリアの声明は、「解釈宣言 (statement of interpretation)」と評価されている。
- (52) D.Schindler and J.Toman, *The Laws of Armed Conflicts* (Martinus Nijhoff, 2004), p.801.
- (53) *Ibid.*, p.802.
- (54) M. J. Matheson, Deputy Legal Adviser, U.S. Dep’t of State, Remarks at American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law (Jan. 22, 1987), in *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2 (1987), p.420.
- (55) J.A.Boyd, “Contemporary Practice of The United States Relating to International Law,” *American Journal of International Law*, Vol. 72, No.2 (1978), p.406.
- (56) 赤十字国際委員会は、イギリスの上記声明を引用して、第1追加議定書51条6項が慣習国際法化しているという見解には議論の余地があることを指摘している。PCNICC/1999/WGEC/INF.2/Add.1 (1999), p.17.
- (57) *Customary International Humanitarian Law*, pp.520-523.
- (58) *Ibid.*, p.525.
- (59) *Customary International Humanitarian Law*, p.513.
- (60) D. Wallace, S. Reeves, T. Powell, “Revisiting Belligerent Reprisals in The Age of Cyber?,” *Marquette Law Review*, Vol.102 (2018), p.108.
- (61) *Ibid.*
- (62) Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, (Oct. 12, 2005), para.69.
- (63) *Tallinn Manual 2.0*, Rule108, p.461, para.3.
- (64) M. E. O’Connell, “Attribution and Other Conditions of Lawful Countermeasures to Cyber Misconduct”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol.10 (2020), p.12
- (65) M. Roscini, *Cyber Operations and The Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2014), p.106.
- (66) *Tallinn Manual 2.0*, Rule 21, paras. 11-12.
- (67) Wallace, “Revisiting Belligerent Reprisals,” *supra* note 60, p.106.
- (68) *Tallinn Manual 2.0*, p.128; H. H. Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War* (James Crawford & John S. Bell eds., 2012), p.104.

- (69) F.Kalshoven, *Belligerent Reprisals* (Sijthoff, 1971), p.341.
- (70) F.J.Hampson, "Belligerent Rreprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.37 (1988), p.843.
- (71) *Tallinn Manual 2.0*, p.128.
- (72) *Ibid.*, pp.462-463.
- (73) *Customary International Humanitarian Law*, p.523.
- (74) *Tallinn Manual 2.0*, Rule108, p.463.





# 性犯罪規定改正の議論に関する覚書

——暴行・脅迫要件に関する検討会の議論を振り返って——

上 野 幸 彦

## I はじめに

性犯罪規定に関して、2017年〔平成29〕年に、「刑法の一部を改正する法律」（平成29年法律第72号〔同年7月施行〕。以下、「改正法」と略称）が成立し、現行刑法制定当時の構成要件の内容をほぼ維持してきた第176条以下の規定は大幅に改められた。それまで強姦罪を定めていた第177条は、客体（被害者）の性別による限定を排除して、ジェンダーニュートラルを実現し、実行行為も姦淫から性交へと変更され、さらに法定刑の下限の引上げも行われた。このほか、監護者による場合の処罰規定（第179条）の導入や非親告罪化が図られたのである（後述Ⅱ 2(3)参照）。ここに指摘した改正点については、概ね歓迎されているものの、改正されなかった、暴行・脅迫要件の緩和ないし撤廃という点を巡って、批判も少なくない。改正法附則第9条は制定後3年を目途とする見直しについて定めており、法務省は、2020〔令和2〕年に有識者をメンバーとする「性犯罪に関する刑事法検討会」（以下、「刑事法検討会」と略称）を設けて改正後の見直しに係る検討作業を進めてきたが、本年5月に、とりまとめ報告書が公表された（後述Ⅲ 2参照）。この報告書では、暴行・脅迫要件の取扱いに関して、意見の一致には至らず、方向性を示すという報告となっている。

本稿では、2017年改正に至る経緯とこれに向けて設置された「性犯

罪の罰則に関する検討会」(以下、「罰則検討会」と略称)における暴行・脅迫要件の取扱いを巡る議論について振り返る(Ⅱ)とともに、改正後の刑事法検討会での議論について取り上げ(Ⅲ)、国際的な動向等も考慮しながら、立法論という観点から議論の在り方について若干のコメントを行っておきたい(Ⅳ)。

## Ⅱ 改正前における議論

### 1. 平成29年改正に至る経緯

現行刑法制定以来、強姦罪等の性犯罪処罰規定の構成要件はほぼそのままの形で維持されてきた。しかし、近年、性犯罪の実態に即していないとの意見も見られ、見直しの検討を要するとの認識が次第に広まってきた。このような背景の下、2004〔平成16〕年の刑法の一部改正、さらに2010〔平成22〕年刑法及び刑事訴訟法の一部改正に際し、罰則の在り方について検討を促す衆参両議院の法務委員会の附帯決議が行われたほか、2010〔平成22〕年の第3次男女共同参画基本計画(内閣)の中でも罰則の在り方の検討について盛り込まれた。このような情勢を受けて、法務省は、2014〔平成26〕年、刑事法研究者、実務家、被害者支援団体関係者等をメンバーとする罰則検討会を省内に設置して、本格的な検討のための議論を開始したのである<sup>(1)</sup>。

罰則検討会では、(ア)「第3次男女共同参画基本計画」(平成22年閣議決定)<sup>(2)</sup>および男女共同参画会議・女性に対する暴力に関する専門調査会「『女性に対する暴力』を根絶するための課題と対策～性犯罪への対策の推進～」(平成24年7月)、(イ)平成16年及び平成22年刑法等改正における附帯決議<sup>(3)</sup>、(ウ)国連の各人権委員会による性犯罪の罰則等に関する最終見解等を参照しながら、第1回会議において「性犯罪の罰則の在り方に関する論点(案)」<sup>(4)</sup>が示された。第1の論点として「性犯罪の構成要件及び法定刑について」取り上げられ、具体的には、①性犯罪の法定刑の見直し、②強姦罪の主体等の拡大、③性交類似行為に関す

る構成要件の創設、④強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和、⑤地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設、⑥いわゆる性交同意年齢の引上げについて、検討項目として挙げられた。このほか、第2の論点として「性犯罪を非親告罪とすることについて」、第3の論点として「性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について」指摘されている。

その後、ヒアリング等を経て、第4回会議において検討すべき論点につき、「性犯罪の罰則の在り方に関する論点整理(案)」<sup>(5)</sup>としてまとめられ、次のように整理された(下表)。

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 性犯罪を非親告罪とすることについて(第2)</li> <li>(b) 性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止について(第3)</li> <li>(c) 配偶者間における強姦罪の成立について(第1の7)</li> <li>(d) 強姦罪の主体等の拡大(第1の2)</li> <li>(e) 性交類似行為に関する構成要件の創設(第1の3)</li> <li>(f) 強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和(第1の4)</li> <li>(g) 地位・関係性を利用した性的行為に関する規定の創設(第1の5)</li> <li>(h) いわゆる性交同意年齢の引上げ(第1の6)</li> <li>(i) 性犯罪の法定刑の見直し(第1の1)</li> <li>(j) 刑法における性犯罪に関する条文の位置について(第4)</li> </ul> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

以上の各論点について、翌2015〔平成27〕年1月から個別に議論を重ね、同年8月の第12回会議で検討会としての結論が得られ、「『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書」<sup>(6)</sup>として公表された。

同報告書によると、(a)非親告罪化、(d)主体等の拡大・(e)性交類似行為・(g)地位・関係性を利用する場合に関する構成要件の見直し、(i)法定刑の見直しという論点については積極的意見が多数を占める一方、(b)公訴時効の撤廃・停止、(c)配偶者間における強姦罪の成立、(f)暴行・脅迫要件の緩和、(j)条文の位置の見直しについては消極的意見の方が多数であり、また(h)性交同意年齢の引き上げについては意見が分

かれる状況であった。

この報告書を受けて、法務大臣は、2015〔平成27〕年10月、「罰則整備のための要綱（骨子）」<sup>(7)</sup>をまとめ、法制審議会に諮問を行った（諮問第101号）。

要綱（骨子）では、(1)強姦の罪等の非親告罪化（同第四）のほか、(2)強姦の罪の改正について、「暴行又は脅迫を用いて十三歳以上の者を相手方として性交等（相手方の膣内、肛門内若しくは口腔内に自己若しくは第三者の陰茎を入れ、又は自己若しくは第三者の膣内、肛門内若しくは口腔内に相手方の陰茎を入れる行為をいう。以下同じ。）をした者は、五年以上の有期懲役に処するものとする。十三歳未満の者を相手方として性交等をした者も、同様とすること。」（同第一）、また準強姦の罪につき「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乘じ、又は心神を喪失させ、若しくは抗拒不能にさせて、性交等をした者は、第一の例によるものとする。」（同第二）や、(3)監護者であることによる影響力を利用したわいせつな行為又は性交等に係る罪の新設につき、「十八歳未満の者に対し、当該十八歳未満の者を現に監護する者であることによる影響力を利用してわいせつな行為をした者は、刑法第一百七十六条の例によるものとする。」（同第三）等が提案された。いずれの提案も罰則検討会における多数意見を反映した内容となっている。このうち(2)について見ると、罰則検討会において、(d)の論点に関し、強姦罪の行為者・被害者について性差の解消が多数意見であったことを受けて、要綱（骨子）では、ジェンダーニュートラルな規定内容となっている。そして、(e)の論点である実行行為に関して、肛門性交、口淫を姦淫と同等に取り扱うべきであるとの罰則検討会の多数意見を反映させる形で、要綱（骨子）では「性交等」の内容について提案されているのである。そして、(i)の論点につき、罰則検討会において法定刑の下限を引き上げる方向の意見が多数であったことに基づき、要綱（骨子）では法定刑の下限が5年に引き上げられた。

このように、罰則検討会における議論において多数を占めた意見に



したがって要綱（骨子）が準備された。このため、同検討会で多数を占めるに至らなかった(f)強姦罪等における暴行・脅迫要件の緩和や(h)いわゆる性交同意年齢の引上げについては、要綱（骨子）の条文の改正に盛り込まれず、また(c)配偶者間における強姦罪の成立の明文化、(b)性犯罪に関する公訴時効の撤廃又は停止は見送られ、(i)刑法における性犯罪に関する条文の位置についても変更されないままとなった。

法務大臣から、上記内容の要綱（骨子）についての諮問を受けた法制審議会は、「刑事法（性犯罪関係）部会」を設置した。同部会は2015〔平成27〕年11月から審議を開始し、翌2016〔平成28〕年6月に、部会の意見として要綱（骨子）の一部表現に修正<sup>(8)</sup>を加えた「要綱（骨子）修正案」<sup>(9)</sup>を決定した。この部会修正案は、同年9月の法制審議会総会に報告され、出席委員全員の賛成により法務大臣に答申されることになった<sup>(10)</sup>。法制審議会の答申に基づき、政府は刑法の一部改正案に関する準備作業を進め、2017〔平成29〕年3月に「刑法の一部を改正する法律案」として国会に提出した。本案は両議院の審議を経て一部修正のうえ、同年6月に改正法が成立した（平成29年6月23日法律第72号）<sup>(11)</sup>。

## 2. 「暴行・脅迫」要件に関する議論について

### (1) 罰則検討会における議論

改正法の内容を基本的に方向付けたのは、罰則検討会の報告である。そこで、論点の一つに取り上げられていた暴行・脅迫要件の緩和・撤廃に関するそこでの議論を振り返っておきたい。

罰則検討会では、弁護士である一部の委員および被害者支援に取り組む臨床心理士の委員から、暴行・脅迫要件の撤廃・緩和を求める意見が出された。その理由として、①性犯罪の本質は不同意性交に求めることができるのであり、不同意を処罰するとすれば、現在の規定に定められているような暴行、脅迫、心神喪失、抗拒不能の場合に限定するのは適切ではない、②心理学・精神医学上、犯罪の被害者が実際に恐怖に遭遇したときに解離や麻痺という現象が生じる場合等もあり、暴行・脅迫の要件を充足した場合に限って加害者を処罰することは、

性犯罪の被害者にとって自己の体感（恐怖）との差が大きい、③被害者等から撤廃・緩和を要望する声が強いの、暴行・脅迫要件の認定が個々の判断者に任せられ、その間にばらつきが生じているという事情もあると思われ、このばらつきを解消するために何らかの基準が必要であるといった点が指摘された。

これに対して、多くの委員から、この論点に関し否定的ないし消極的な意見が示された。裁判官である委員からは、最高裁の判例において暴行・脅迫の要件に関して「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」<sup>(12)</sup>という解釈が採られており、この適用にあたっては、具体的な暴行・脅迫が存したことによって抵抗が可能な状況にあったかどうかを、具体的な事案に即して判断しており、経緯を含め様々の要素に基づき、また被害者の心理状態に関する科学的な知見も考慮して判断を行っている」と指摘された。検察官や警察関係者の委員からも同様な意見が聞かれた。弁護士である一部の委員からも、実務上、強姦罪についてかなり広く暴行・脅迫を認める現状にあり、これがなくても抵抗できなかった事案については抗拒不能として準強姦の成立が認められている」と指摘された。つまり、実務の取扱いとして、強度の暴行・脅迫が行われな限り不処罰としているわけではなく、加害者の暴行・脅迫の強度について、被害者の同意の有無との関係において相対的に考えているのであり、暴行・脅迫を要件とする現行法の下でも、具体的な事案に応じた解釈・適用が行われ、性犯罪に適切に対処しているという趣旨であろう。刑事法研究者の委員からも、ほぼ同様の理解が示されている。たとえば、井田良委員は「判例実務にとり、意思に反すること、性交について合意が否定されること、再狭義の暴行・脅迫の存在が認定されることとはイコールと考えられていると推測」でき、「結局、判例実務は、被害者の意思に反すること・性交に関する合意がないことを間違いなく確信できるという事例のみについて強姦罪を成立させようとしている」との理解を示された上で、「そのことを前提として暴行・脅迫要件を一般的に排除すると」「それは被害者の意

思に反することを間違いなく確信できないような事例を強姦として処罰する、有罪とするということを意味することになり」、「疑わしきは被告人の不利益にという原則を妥当させることにほかならず、認めるべきではない」と発言されている<sup>(13)</sup>。こうした発言とも関連し、暴行・脅迫要件を撤廃した場合のデメリットについて指摘する意見も複数の委員から示されている。とくに立証上の問題、証明困難による被害者保護の後退などについて懸念が指摘された<sup>(14)</sup>。

以上のように、罰則検討会における議論では、暴行・脅迫要件の見直しについて、積極的意見は少数にとどまり、この要件を維持する意見が多数を占める結果となった<sup>(15)</sup>。

## （2）国会における審議

罰則検討会の段階で多数意見を形成できなかった論点は棚上げされた状態で、法務省の改正立案作業が進められた。法務省が法制審議会に諮問した要綱（骨子）には、暴行・脅迫の要件がそのまま維持されている。法制審議会に設置された刑事法（性犯罪）部会において、一部の委員から暴行・脅迫の要件に関連して批判的な意見が表明された<sup>(16)</sup>ものの、結局、要綱（骨子）の表現に一部修正が行われただけで、賛成多数（賛成14名、反対1名）で可決された。この部会の中では、罰則検討会で既に議論が行われ、要綱（骨子）に盛り込まれなかったという事情もあり、暴行・脅迫の要件の問題に関して活発な議論が展開されることはなかった。部会の要綱（骨子）修正案は法制審議会総会に報告され、全員一致の賛成により法務大臣へ答申された。

答申を受けた政府は刑法の一部改正案を作成したが、これは基本的に罰則検討会における多数意見の主張を反映する内容となっている。この意味で、改正法は罰則検討会の議論に沿う形で強く方向づけられたといえよう。改正案には、配偶者間の性犯罪成立の明文化、性交同意年齢の引上げそして暴行・脅迫要件の見直しという実体刑法に係る立法化が盛り込まれなかったのであるが、国会の審議の過程では、これらの論点についての意見も出された<sup>(17)</sup>。とくに暴行・脅迫の要件の

緩和・撤廃については、かねてから被害者団体等の要望が強く、改正案の審議の中でも見直しを求める声が寄せられたのである。これに対して、暴行・脅迫要件を維持することについて、法務省は、暴行・脅迫が性的自由・性的自己決定権を侵害することを示す客観的な要件として合理性があり、その程度について、判例上、反抗を著しく困難ならしめる程度であれば足りると解されているところ、事案に即した適切な判断がなされている旨の説明を行っている<sup>(18)</sup>。さらに、法務省からは、撤廃することによって弊害が生じるおそれがあることも指摘された。すなわち、撤廃した場合には、不同意の性交が犯罪となるが、外形的な行為がない状況で被害者が同意していなかったことの立証は難しく、冤罪が生じるおそれもあると説明された<sup>(19)</sup>。

このように審議の過程で一部に異論も見られたものの、衆参両議院ではほぼ政府案の通り可決され、改正法が成立した。もっとも、引き続き検討を求める意見も多かったことから、附則第9条の追加修正が行われた<sup>(20)</sup>。

### （3）改正法について

平成29年改正においては、最終的に政府案を基本に改正規定が成立した。改正法によって、強姦罪は強制性交等罪へと大幅に構成要件の内容が改められ、客体のジェンダーニュートラル、処罰対象行為の拡大、法定刑の下限の引上げが図られたのである。また、監護者による場合の罰則規定の新設、非親告罪への変更等が行われた。これらの改正点については肯定的に評価されている一方で、国会審議の過程でも、改正法に盛り込まれなかった論点について多くの意見や異論が見られたことに表れているように、平成29年改正には課題も残されており<sup>(21)</sup>、「一連の改革の第一歩」<sup>(22)</sup>とも評されている。改正法の附則第9条では、「政府は、この法律の施行後3年を目途として、性犯罪における被害の実情、この法律による改正後の規定の施行の状況等を勘案し、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための施策の在り方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。」と定め、さらなる検討の必要性和一立法を含む一所要の対処について要請し、なお一層の改善と性犯罪対策の推進を政府に促している。

### Ⅲ 改正後の議論

#### 1. 法務省の対応

法務省は、2018〔平成30〕年4月、改正法附則第9条および改正に際しての衆参両議院の法務委員会における附帯決議に沿って、幅広い検討に資するべく性犯罪の実態に関する各種調査・研究を着実に実施すること等を目的として、「性犯罪に関する施策検討に向けた実態調査ワーキンググループ」（以下、「WG」と略称）を設置した。そして、2020〔令和2〕年3月にWGによるヒアリングおよび各種調査研究等の結果を取りまとめた「取りまとめ報告書」<sup>(23)</sup>が公表された。

この調査研究の成果を踏まえ、性犯罪に係る事案の実態に即した対処を行うための刑事法に関する施策の在り方について検討を行うため、法務大臣の指示により省内に刑事法検討会が設置され、2020〔令和2〕年6月に第1回の会議が開催された。その後、十数回の会議が開かれ、2021〔令和3〕年5月の第16回会議で、「取りまとめ報告書」がまとめられ、公表されるに至った。

#### 2. 刑事法検討会での論点

刑事法検討会では、各委員およびヒアリング出席者から述べられた意見を精査したうえ、検討すべき事項として指摘されたものを抽出して、「検討すべき論点」<sup>(24)</sup>が整理された（下表）。

##### 1 刑事実体法について

- (1) 現行法の運用の実情と課題（総論的事項）
- (2) 暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の在り方
- (3) 地位・関係性を利用した犯罪類型の在り方
- (4) いわゆる性交同意年齢の在り方



- |                                                                                                                                                                                              |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(5) 強制性交等の罪の対象となる行為の範囲</li> <li>(6) 法定刑の在り方</li> <li>(7) 配偶者間等の性的行為に対する処罰規定の在り方</li> <li>(8) 性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方</li> </ul>                         |
| <p>2 刑事手続法について</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 公訴時効の在り方</li> <li>(2) 起訴状等における被害者等の氏名の取扱いの在り方</li> <li>(3) いわゆるレイプシールドの在り方</li> <li>(4) 司法面接的手法による聴取結果の証拠法上の取扱いの在り方</li> </ul> |

上記の表にあるように、実体法に関連して、改正法で見送られた(2)(4)(7)の各論点についてあらためて議論の俎上に載せられた。(2)については、①強制性交等罪の暴行・脅迫の要件、準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件を撤廃し、被害者が性交等に同意していないことを構成要件とすべきか、②強制性交等罪の暴行・脅迫の要件、準強制性交等罪の心神喪失・抗拒不能の要件について、判例上必要とされる「被害者の抗拒を著しく困難にさせる程度」を緩和した要件とすべきか、③強制性交等罪や準強制性交等罪の構成要件として、暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能に加えて、又はこれらに代えて、その手段や状態を明確化して列挙すべきか、④被害者が性交等に同意していないことについて、一定の行為や状態が認められる場合に被告人側に立証責任を転換し、又はその要件の充足を推定する規定を設けるべきか、⑤行為者が、被害者が性交等に同意していないことの認識を有しない場合にどのように対処すべきか、という具体的な検討項目が挙げられている。

### 3. 「暴行・脅迫」要件に関する議論

罰則検討会において性犯罪の当罰性が被害者における性交への不同意の点に認められるとする認識については共有されていたと思われるが、刑事法検討会においても、この点に関しては異論が見られない<sup>(25)</sup>。また、今回は WG による裁判例や検察当局の起訴・不起訴の実例等を

含む詳細な調査もあり、裁判や検察当局による起訴・不起訴の判断等に際し、暴行・脅迫要件の認定にばらつきが存在するという点については、委員の間ではほぼ認識の共有が見られる。罰則検討会では、要件の解釈を経て、個別の具体的事案における適切な認定判断を通じ柔軟に適用されているとの前提的な理解が、要件自体に対する問題視を阻む作用を果たしたように推察される。しかし、実務上の実際の運用において、まちまちと受け取ることのできる適用の実情が明らかになったことにより、要件そのものの見直しに踏み込んで議論する必要があることを意識させることになったといえるだろう。このような共通認識の変化を背景に、罰則検討会では暴行・脅迫要件の維持か撤廃・緩和かという二者択一の議論であったのに対し、刑事法検討会では、要件に関する具体的内容の設定へとシフトしてきているのである<sup>(26)</sup>。

議論の焦点は要件の具体的内容を巡ってであり、暴行・脅迫要件を撤廃して不同意性交とすべきであるとする意見が、弁護士である委員の一部から主張された。「被害者に生じている法益侵害の側から性犯罪を考えると、暴行・脅迫を手段とする行為に限定する理由はないという従来とは異なる考え方に立って不同意性交を処罰するということを、条文上明らかにする必要がある」との理由による。被害者支援にあたる委員からもこれに賛同する意見が表明された。これに対して、不同意のすべてを処罰することには異論や批判も多く寄せられた。法適用上ないし認定上の問題や困難性を指摘する意見が相次いで出されたのである。もっとも、暴行・脅迫だけでは狭いという認識をもつ委員は少なくなく、手段についてさらに例示して列挙するという方法に反対する意見は見られなかった<sup>(27)</sup>。

議論を踏まえて、「取りまとめ報告書」では、暴行・脅迫要件に係る改正の要否・当否について、「安定的で適切な運用に資するような改正であれば検討に値するという点では、おおむね異論はなかった。」と集約しつつ、改正の内容に関する総論的議論としては、「単に被害者の『不同意』のみを要件とすることには、処罰の対象を過不足なく捕捉す

ることができるかという点で課題が残り、処罰範囲がより明確となる要件を検討する必要があるという点では、おおむね異論はなかった。」とまとめられた。そして、構成要件の明確化に関して、「行為者が用いる手段や被害者の状態を列挙するに当たっては、全てを網羅的に列挙することはできないから、例示列挙とせざるを得ないとの意見が述べられ、これに特に異論はなかった。」とした上で、具体的な例示列挙の意見が紹介されている。

その上で、「以上の議論を踏まえると、今後の検討に当たっては、処罰の対象とすべき意思に反する性交等を過不足なく捕捉することのできる規定とする観点から、現行の構成要件を明確化する場合には、当罰性があるのに処罰されない行為があるとされる原因が構成要件にあるか否かを見極めつつ、より安定的な運用がなされることにも資するよう、行為者が用いる手段、被害者の状態を列挙することや、列挙された手段・状態の実質的意味を示す包括的な要件を設けることなど、規定の在り方について更に検討がなされるべきである。その際、処罰範囲の外延を明確にする必要があることや、現行法の暴行・脅迫や心神喪失・抗拒不能の要件の解釈との関係、認定の難易等の実務への影響にも留意する必要がある。」と取りまとめられた<sup>(28)</sup>。

#### IV 検討会における議論と立法論としての在り方について

##### 1. 検討会における刑事法研究者のスタンス

「暴行・脅迫」の要件に関しては、最高裁が「相手方の反抗を著しく困難ならしめる程度」との解釈を示し、この基準に照らして個別の事案について判断が行われているのであるが、実務上、被害者における抵抗困難を判断する際の総合考慮の一要素でしかないとも分析されている<sup>(29)</sup>。このため、暴行・脅迫要件は「形骸化」しているとも指摘されている<sup>(30)</sup>。裁判例の中に見られるこのような運用は、個別の事案における具体的妥当性の確保を目指した、実際の適用プロセスにおける

一種の法創造と理解することも可能である。裁判官や検察官等がこうした裁判の実態に基づいて適切な解釈適用であると評価するのも自然なことである。もっとも、この法創造は実定法規を前提としてその枠内での適用という局面に限定されたものである。実定法規自体の改正という次元では、当該法規に対する客観的で批判的な視点が必要となってくる。

罰則検討会では暴行・脅迫要件の撤廃・緩和について否定的な意見が多数を占めた。裁判、検察の実務関係者からは、実際の具体的な事件の解決に当たって、「暴行・脅迫」の要件について適切な（あるいは柔軟な）解釈を通じ、当該事件に対する具体的妥当性を確保した適用が図られているとの一般的な認識<sup>(31)</sup>に基づき、要件自体を見直す必要性はないという趣旨の意見が示されていたのであるが、このような反応は極めて自然である。もともと要件の見直しは、司法実務の中で問題が認識され、この問題を解決すべく提起されたテーマではない。司法実務の外から提起された問題である。この意味で、司法実務関係者にとって要件を見直さなければならない理由はとくに存在しないのである。実際の法システムの中で職業として実定法規の適用に携わる実務家は、具体的に生起した事件の司法的な解決を目的として所与の法規を運用しているのであり、当該法規の適用に当たり、とくに利用上の支障や困難性といった実務上の課題が生じていない限り、司法システムの中で、その内部（内側）から法規を取り扱う立場にあるので、司法のプロセスを超えて、いわばその外から法規を客観的・批判的に評価・判断するという視点をもつ機会は多くない。この意味で、実際の事件に関して個別に柔軟な解釈適用によって処理されているとの認識を前提とする限り、法規自体を問題視する契機は存在しないといえよう。

これに対して、刑事法研究者は、実定法規について客観的に考察の対象としており、自ずから実務家とは異なった視点をもっている。にもかかわらず、罰則検討会を構成する刑事法研究者からも実務家と共



通する理解やそれと親近性をもつ意見が寄せられた（前述Ⅱ 2(2)参照）。被害者の不同意と加害者による暴行・脅迫とをほぼイコールとみなす見解は、行為者による暴行・脅迫の事実こそ、被害者における同意の不存在を裏付ける状況証拠として機能している点に着目して、暴行・脅迫要件を維持すべき必要性について説明したものであると解される。しかし、この見方は、現在の暴行・脅迫を要件として規定している法規の下での、現行法の解釈適用という司法プロセス内部で、事実認定上の暴行・脅迫の機能を指摘しているのであり、実務の取扱いについて説明したものである。このことが直ちに要件そのものの客観的妥当性を導き得るのかについてはさらに検討を要するであろう。また被害者の不同意という主観的認識を推認可能とする事情として行為者による暴行・脅迫の事実を理解する見方を前提にすると、同意のない性交であることを認定するために、やはり暴行・脅迫の事実は必要であるという理解に至る。だが、立証上の問題と当罰的行為の犯罪化における要件内容の設定の問題とは、少なくとも理論的には区別して論じ得るのである。そして、不同意と認められる場合が、暴行・脅迫の場合に限定されるのかという問題が提起されているのであり、被害者の不同意＝行為者の暴行・脅迫という等式の成否こそ検討されなければならない。このように見てくると、刑事法研究者の委員の多くも、解釈適用の「内側」に立った意見を述べているとの印象を覚えざるを得ない。

刑事法検討会では、暴行・脅迫要件については見直しの重要ポイントであり、WGの調査によって、実務上の運用においてかなりまちまちであることが明らかとなった。井田教授自身、暴行・脅迫イコール不同意性交という等式自体が判例実務において必ずしも成立していないことを認め、立法による事態改善への試みが合理的であるとの見解<sup>(32)</sup>を示されるに至った。このような認識の変化を反映して、刑事法検討会は、規定自体の見直しについて積極的に議論を始めたものの、各種の意見が示されて最終的に一致するような結論をまとめることはでき



なかったのである。

## 2. 立法の検討と憲法との関係について

日本国憲法は憲法を「最高法規」と位置づけ、これに反する法令等の法的効力を否認する（憲法第98条第1項）とともに、この判断権を（最高）裁判所に付与している（同81条）。最高裁によってこの法令等審査権が行使され違憲とする判断が確定すれば、当該規定は無効化されることになる。司法機関による無効の宣言の効果について、当該法規そのものの一般的な法的効力を喪失させるものではないとしても、無効化により当該法規定が事実上廃止されたのと同じ状態であると理解できるのであれば、司法による一法律等の規定を事実上失効させるという意味での消極的な一法創造の一場面といえることができるだろう。違憲審査制度は、司法機関によって立法府の立法をチェックするシステムであり、場合によっては国会制定法規を事実上廃止する機能も認められる。この点に着目すると、憲法自体が司法機関による一部分的ではあるけれども――一種の法創造作用を実定化しているといえよう。このため、憲法学では、憲法規範に照らした法令等の審査に関連して、法規の客観的な正当性や合理性を巡る憲法審査の基準<sup>(33)</sup>について議論されている。

数少ないものの、最高裁によって法規が違憲無効と判断された例がある。たとえば、刑罰法規に関しては、尊属殺人罪（刑法旧第200条）についてであり、民法の規定に関していえば、非嫡出子法定相続分規定（民法旧第900条）についてである。最高裁は、立法目的とその手段という判断の枠組みの中で、前者に関しては、立法目的の合理性を肯定したものの、その手段としての刑罰（量）の定め方において著しく不合理な差別が存在すると指摘して、憲法第14条違反を認め<sup>(34)</sup>、後者に関しては、嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていると指摘し、第14条1項違反を認めている。最高裁は、「現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批

准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかである」と指摘し、「上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきて」おり、立法府の裁量権を考慮しても嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は既に失われていたと判示している<sup>(35)</sup>。

法律の制定に際し、その内容が憲法に反しないことを要する。ここに法律制定の限界が設定されており、憲法適合性の判断については最高裁判所の審査に服する<sup>(36)</sup>。したがって、法令等の制定に当たっては、憲法との整合性についてあらかじめ考慮する必要がある<sup>(37)</sup>。立法府の裁量を逸脱・濫用する立法が許されないのはもちろんであるが、憲法が理念とする自由・平等という普遍的な原理を指針として、そうした価値を具現化し、促進する立法であることも要請されているというべきであろう<sup>(38)</sup>。最高裁は、上記引用の判例の中で、法令等の違憲審査において、憲法の理念である個人の尊重（憲法第13条）および平等（同第14条）の解釈に関連して、「社会の動向」、「国民の意識の変化」のほか、「諸外国の立法のすう勢」や「我が国が批准した条約の内容」等の事情を考慮して判断を行っている。性犯罪の立法化を検討するうえでも、性暴力に対する近年の国際的な取組みや各国の動向について考慮することは有益であり、重要であると考えられる。

### 3. 国際的動向

国際的には、ジェンダーの克服と女性の権利の尊重という課題が積極的に取り上げられてきた。女子差別撤廃条約に基づいて設置された女子差別撤廃委員会は、政府に対して配偶者間の強姦につき明文によ

る処罰化を要請している<sup>(39)</sup>。また、欧州評議会（Council of Europe）<sup>(40)</sup>は、2011年に「女性に対する暴力及びドメスティック・バイオレンスの防止およびこれとの戦いに関する条約」<sup>(41)</sup>（以下、「イスタンブール条約」と略称）を採択した（2014年発効）<sup>(42)</sup>。この条約は、女子差別撤廃委員会をはじめとする国連等の活動の成果を踏まえるとともに、欧州人権裁判所において形成されてきた判例法を基礎として制定された<sup>(43)</sup>。イスタンブール条約では、締約国に対して、「同意に基づかない」膣、肛門または口への挿入行為および他の性的性質の行為の犯罪化が規定されている<sup>(44)</sup>。これを受けて、加盟各国は刑法の見直しを進め、複数の国で不同意性交を処罰する規定が導入されたのである<sup>(45)</sup>。ドイツもその一つであり、イスタンブール条約の要請に対応するために、2016年に性犯罪処罰規定の改正が行われた<sup>(46)</sup>。この改正（第50次刑法改正法律）<sup>(47)</sup>により、従来、暴行・脅迫を手段として定めていたドイツ刑法第177条は、性的侵害（Übergriff）、性的強要、強姦の見出しの下、「他人の認識可能な意思」に反する性的行為を処罰する規定<sup>(48)</sup>に改められるに至った<sup>(49)</sup>。これは、いわゆる「No means No」モデルを導入したものである<sup>(50)</sup>。第177条の基本的な構成要件の内容は不同意性交の処罰であり、暴行や一定の脅迫が行われた場合（手段性の有無は問わない<sup>(51)</sup>）には加重構成要件（5号）が適用される。

イスタンブール条約の採択とこれに伴うヨーロッパ各国の性犯罪処罰規定の見直しの背景には、性暴力に対する見方の変化や被害者の保護の強化等を指摘することができる。とくに、ジェンダーという視点から、女性の権利の尊重、女性に対するエンパワメントの促進という要請が働いている。こうした国際的な意識の変化の中で、暴行脅迫を手段として用いることを犯罪成立の基本要件とすることが、とくに女性の尊厳や自由が十分に尊重されず、その権利保護に欠ける面があるという認識を広めてきたのであろう。もしそうであるとすれば、暴行・脅迫要件の撤廃と不同意性交の犯罪化というテーマは、人権に対する基本的な認識の変化に根差す問題でもあり、憲法上も考慮すべき

事柄であるということができる。日本学術会議において、国際的な動向を踏まえ、「暴行又は脅迫」「抗拒不能」といった要件を排除して、「同意の有無」<sup>(52)</sup>を中核とする刑法改正の提言<sup>(53)</sup>を行っているのも、以上の認識に基づいているといえよう。

#### 4. 「在るべき」立法に向けた議論

立法は、何らかの目的をもって、そしてその目的を達成する手段を選択するという「目的—手段」思考を基本とする<sup>(54)</sup>。立法を検討するに当たり、適切な目的<sup>(55)</sup>の設定とそれを実現する手段の合理性は最も基本的で重要な課題である。もし、性犯罪規定を改正する目的（のなか）に、ジェンダーの是正と性に関する尊厳の確保を含むとすれば、日本においても、一批准していないとしても—イスタンブール条約や、各国の改正を巡って、もっと積極的に活発な議論が必要であったのではないだろうか<sup>(56)</sup>。

刑事法研究者の間では、強制性交等罪における暴行・脅迫要件の撤廃につき、積極的にこれを主張する見解<sup>(57)</sup>も増えているが、慎重論も根強く主張されている。その理由について整理すると、2つの観点を区別することができる。その一つは、立法（改正）の必要性という観点からこれを否定する見解<sup>(58)</sup>であり、もう一つが不同意性交処罰の条文化という観点から、当罰的行為の特定ないし可罰的範囲の確定の困難さおよびこれに基づく構成要件の不明確性を理由とする慎重論<sup>(59)</sup>である。

被害者団体等からは積極的な改正が求められているのであるが、一方で刑事法研究者に慎重論が少なくないという状況の背景に、両者間における性被害に対する認識の隔たりが存在しているように思われる。これを乗り越えるためには、性被害の実態を適切に把握するという作業とそれに基づく資料が必要である。立法に当たって、その目的と手段が重要であるが、これを検討するためには立法事実としての実態調査とその分析・評価を欠くことができない<sup>(60)</sup>。立法について検討する上で、どのような被害実態が存在するのかを明らかにすることは非常



に重要で、必要不可欠な作業である。この作業を通じて得られたデータを共有することによって、両者の間に横たわる溝を一定程度埋めることが期待できるのではないだろうか。実態調査 WG によって不起訴となった事件等も調査対象として取り上げ、実務上の取扱いについて相当程度明らかにされてきたが、さらに性被害の実態とその分析について実証的なデータの収集が必要である。立法事実を具体的に明らかにし、データ、エビデンスに基づきつつ、立法目的および手段の合理性について検討し、議論を重ねることが大切である。

立法に関する検討や考察は、「刑事立法の活性化」の時代といわれる今日、なお一層刑事法研究者が取り組まねばならない分野であり、解釈学の知見に止まらず、実証性のあるデータに基づいた合理的な議論に積極的にコミットすることが、強く社会から期待され、求められているといえよう。

- (1) 以上の経緯につき、前澤貴子「性犯罪規定に係る刑法改正法案の概要」調査と情報（国立国会図書館）962号（2017）1-2頁。
- (2) その第9分野「女性に対するあらゆる暴力の根絶」の中で、「性犯罪への対策の推進」が掲げられ、具体的施策として「性犯罪への厳正な対処等」において、「女性に対する性犯罪への対処のため、平成16年の刑法改正の趣旨も踏まえ、関係諸規定を厳正に運用し、適正かつ強力な性犯罪捜査を推進するとともに、適切な科刑の実現に努める。さらに、強姦罪の見直し（非親告罪化、性交同意年齢の引上げ、構成要件の見直し等）など性犯罪に関する罰則の在り方を検討する。」とされた。
- (3) 平成16年刑法等改正に際し、衆議院法務委員会では「性的自由の侵害に係る罰則の在り方については、強盗罪等の法定刑の適正化を図りつつ、それらとの権衡を考慮し、さらに検討に努めること。」、参議院法務委員会では「性的自由の侵害に係る罰則の在り方については、被害の重大性等にかんがみ、さらに検討すること。」を、それぞれ政府に特段の配慮を求める付帯決議が行われた。また、平成22年刑法等改正に当たり、衆議院法務委員会において「性犯罪やひき逃げ事案等、人を死亡させた犯罪以外の犯罪についても、事案の実態や犯罪被害者等を含めた国民の意識を十分に踏まえつつ、公訴時効を含めた処罰の在り方について更に検討すること。」、参議院法務委員会においても「性犯罪については、被害者等の声を十分に踏まえつつ、罰則の在り方及び公訴時効期間について更に検討するこ



と。」を要請する附帯決議が行われた。

- (4) <http://www.moj.go.jp/content/001128042.pdf>（以下、Web上のデータを引照している場合、最終閲覧日はすべて2021年6月10日である。）
- (5) <http://www.moj.go.jp/content/001130483.pdf>
- (6) <http://www.moj.go.jp/content/001154848.pdf>
- (7) <http://www.moj.go.jp/content/001162242.pdf>
- (8) 「法制審議会第177回会議議事録」（<http://www.moj.go.jp/content/001252017.pdf>）4頁、5頁参照。
- (9) <http://www.moj.go.jp/content/001185581.pdf>
- (10) 加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する法制審議会の答申」法律のひろば69巻10号（2016）50-51頁。
- (11) 改正法の概要につき、立案関係者による説明として、松井哲也・今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69巻11号（2017）211頁以下、今井将人『『刑法の一部を改正する法律』の概要』研修830号（2017）39頁以下、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻8号（2017）52頁以下、同「性犯罪に対処するための『刑法の一部を改正する法律』の概要」刑事法ジャーナル53号（2017）73頁以下、田野尻猛「性犯罪の罰則整備に関する刑法改正の概要」論究ジュリスト23号（2017）112頁以下、岡田志乃布「刑法の一部を改正する法律について」警察学論集70巻10号（2017）67頁以下。改正法案の概要については、前澤・注（1）3頁以下。
- (12) 最高裁昭和24年5月10日刑集3巻6号711頁。この定義は、小野清一郎博士の見解に拠る（佐々木和夫「強姦罪における暴行・脅迫の程度—最判昭和24年5月10日以前の学説を中心として—」町野朔ほか編『岩井宜子先生古稀祝賀論文集 刑法・刑事政策と福祉』（2011・信山社）383頁）。
- (13) 「性犯罪の罰則に関する検討会」第6回議事録4-5頁。この見解は、既に、井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学31号（2015）51-53頁で示されており、井田教授は、立法レベルの問題ではなく、事実認定のあり方の問題であると指摘されていた（同53頁）。意思に反することと暴行・脅迫の存在をイコールとして考える点につき、科学的知見に基づいた経験則を備えていないとする批判が加えられている（島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的検討」慶應法学37号（2017）32頁(40)）。
- (14) 以上につき、第6回議事録2-11頁（<http://www.moj.go.jp/content/001138926.pdf>）参照。
- (15) 各委員の意見に関する最終的な要約につき、「取りまとめ報告書」18-20頁（<http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf>）参照。
- (16) 第2回議事録（<http://www.moj.go.jp/content/001172417.pdf>）18頁以下参照。

- (17) 国会での議論については、内田亜也子「被害の実態に即した性犯罪施策の課題(1)―平成29年刑法改正に関する国会議論―」立法と調査424号(2020) 3頁以下参照。
- (18) 内田・注(17) 8頁。
- (19) 内田・注(17) 9頁。
- (20) 内田・注(17) 7-8頁、8頁注11。
- (21) 角田由紀子「性犯罪法の改正」論究ジュリスト23号(2017) 121頁以下、深町晋也「性犯罪」法学教室457号(2018) 113頁参照。
- (22) 辰井聡子「性犯罪に関する刑法改正」刑事法ジャーナル55号(2018) 5頁。
- (23) <http://www.moj.go.jp/content/001323987.pdf>
- (24) <http://www.moj.go.jp/content/001327158.pdf>
- (25) 「性犯罪に関する刑事法検討会」取りまとめ報告書 5頁。
- (26) 井田良座長は検討会の課題を「不同意性交のいろいろな形を過不足なく捉えて文言化した規定の提案を行うということであり、それが我々に求められているところだと思う」と発言されている(第8回議事録〔<http://www.moj.go.jp/content/001338613.pdf>〕 7頁)。
- (27) 以上につき、第8回議事録 5頁以下参照。
- (28) 注(25) 6-10頁。
- (29) 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報88巻11号(2016) 71頁。
- (30) 嘉門優「性犯罪規定の見直しに向けて―不同意性交等罪の導入に対する疑問―」立命館法学387・388号(2019) 63頁。裁判例の分析として、神山千之「合意による性交と強姦の境」刑事法ジャーナル27号(2011) 53頁以下。
- (31) 岡田・注(11) 82頁参照。
- (32) 井田良「性犯罪処罰規定における暴行・脅迫要件をめぐって」法曹時報72巻2号(2020) 277頁。
- (33) 芦部信義(高橋和之補訂)『憲法 第6版』(2015・岩波書店) 193頁以下、佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』(2020・成文堂) 713頁以下など参照。
- (34) 最高裁昭和48年4月4日判決(刑集27巻3号265頁)。
- (35) 最高裁平成25年9月4日決定(民集67巻6号1320頁)。
- (36) とくに憲法の観点から、刑事立法に対する批判的な判断の枠組みを考察する研究として、上田正樹『その行為、本当に処罰しますか 憲法的刑事立法論序説』(2016・弘文堂)が重要である。この研究を踏まえ、性犯罪処罰における立法の在り方について分析・検討が行われている(「性犯罪処罰規定の見直しに関する議論について」神奈川法学53巻2号(2020) 87-91頁参照)。

- (37) 西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」西原博史編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』（2014・ナカニシヤ出版）24頁。
- (38) 刑事立法の分析枠組という観点から、仲道教授は、合憲性審査を刑事立法の外側の〈限界〉、刑法理論に基づく討議・提案を内側の〈討議の場〉として理解する2段階構造を指摘されている（仲道祐樹「法益論・危害原理・憲法判断—刑事立法の分析枠組に関する比較法的考察—」比較法学53巻1号（2019）65頁）。憲法適合性を予定した立法内容のチェックとその中で在るべき立法の検討とは区別されるべきであるけれども、後者の場合にも刑法理論とともに憲法理論・人権論が反映されるべきであると理解すれば、議論の実質的な内容という面では前者と後者の間に連続性を認めることができる。
- (39) 女子差別撤廃委員会「日本の第7回及び第8回合同定期報告に関する最終見解」（2016年3月）23. (c) ([https://www.gender.go.jp/international/int\\_kaigi/int\\_teppai/pdf/CO7-8\\_j.pdf](https://www.gender.go.jp/international/int_kaigi/int_teppai/pdf/CO7-8_j.pdf))
- (40) 日本はオブザーバー国である (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/area/ce/index.html>)。なお、欧州評議会で採択された「サイバー犯罪条約」は、日本も批准・承認しており、国内的に発効している。
- (41) <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>
- (42) フランス、イタリア、スペイン、スウェーデン、ノルウェー、デンマーク、オランダ、オーストリア等をはじめ、2018年にドイツ、スイスにおいても発効している。 ([https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p\\_auth=CX7foevq](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=CX7foevq))
- (43) 今井雅子「欧州評議会『イスタンブール条約』」国際女性 No.29 (2015) 84頁。条約作成の経緯につき、森秀勲「欧州評議会イスタンブール条約」立法と調査425号（2020）31頁。
- (44) 同条約第36条の規定である。同条は次のように規定している（訳文は、平野裕二仮訳「欧州評議会 女性に対する暴力およびドメスティック・バイオレンスの防止およびこれとの闘いに関する条約」による <https://w.atwiki.jp/childrights/pages/36.html>。）
1. 締約国は、故意に行なわれる次の行為が犯罪とされることを確保するため、必要な立法上その他の措置をとる。
    - a. 同意に基づかず、他の者の身体に対し、いずれかの身体部位または物をもって膣、肛門または口への性的性質の挿入行為を行なうこと。
    - b. 人に対し、同意に基づかない他の性的性質の行為を行なうこと。
    - c. 他の者をして、同意に基づかない性的性質の行為を第三者と行なわせること。
  2. 同意は、自由意思の結果として、自発的に与えられなければならない。

当該自由意思は、関連する状況の文脈において評価される。

3. 締約国は、1の規定が、国内法で認められた従前のまたは現在の配偶者またはパートナーに対して行なわれた行為にも適用されることを確保するため、必要な立法上その他の措置をとる。
- (45) ヨーロッパ諸国における同意のない性交に関する規定につき、小沢春希「強制的性交等罪の構成要件緩和—欧州における同意のない性交の罪—」調査と情報(国立国会図書館)1076号(2019)1頁以下。さらに、各国の性犯罪処罰規定に関する紹介・検討を行った詳細な文献として、樋口亮介・深町晋也編『性犯罪規定の比較法研究』(2020・成文堂)がある。
- (46) この改正につき、岡上雅美「ドイツにおける新たな性刑法の展開—暴行・脅迫要件のない立法例に関する一考察—」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』(2018・成文堂)169頁以下(岡上教授は、ドイツの改正に対して批判的である[183-184頁参照])、嘉門優『法益論』(2019・成文堂)202頁以下、川口浩一「強姦罪から不同意性交等罪へ—性刑法の基本類型の比較法的考察」法政研究85巻3・4号(2019)1286頁以下、樋口・深町編・注(40)338頁以下[深町晋也]参照。
- (47) この刑法改正では、第177条の規定が改められたばかりでなく、第13章に新たに第184条iの規定が追加された。これは、セクシャル・ハラスメント(Sexuelle Belästigung)の処罰規定である。これにつき、井田良「ドイツにおけるセクシャル・ハラスメント罪の新設について」比較法雑誌53巻1号(2019)15頁以下、同「ドイツにおけるハラスメントの法規制」刑事法ジャーナル60号(2019)30頁以下参照。
- (48) 改正後の第177条1項の規定は次の通りである(訳文は、深町・注(40)341-342頁による)。

「他の者の認識可能な意思に反して、この者に対して性的行為を行い、若しくは、この者に性的行為を行わせ、又は、この者に第三者に対する若しくは第三者による性的行為を行い若しくは甘受するように決意させた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。」

2項では、被害者の脆弱性を利用する場合(たとえば、反対意思を形成したり表明できない状況[1号]、身体的・精神的な状態に基づき意思の形成・表明が著しく限定されている場合[2号]、驚愕の瞬間を利用する場合[3号]、被害者に抵抗した場合に相当の害悪を生じる恐れがある状況を利用する場合[4号]、相当の害悪を加える旨の脅迫により性的な行為を行い、甘受することを強要した場合[5号])について、1項と同様であると規定されている。3項は、1・2項の未遂処罰の規定である。4項は、意思形成・表明能力の欠如が被害者の疾病・障害による場合の規定(1年以上の自由刑)である。そして、5項では、被害者に対して、暴行や(身体・生命に対する現在の危険を伴う)脅迫を行う場合、被害者が保護のない状態で行為者の影響下に委ねられた状況を利用する場合につき、



1年以上の自由刑が定められており、6項でとくに重い事案に対して2年以上の自由刑と定め、特に重い事案として認められる場合として、強姦と複数による共同犯行が明示されている。

- (49) これは、暴行・脅迫といった手段により被害者の意思形成に影響を与え、そのうえで被害者の同意のない性行為を必要とする「二段階モデル」から、被害者の意思の抑圧を要求しない「一段階モデル」への転換ということができる（嘉門優「ドイツ刑法における『被害者の意思に反する（gegen den Willen des Opfers）』要件の展開—ドイツ刑法177条の改正の動きを中心に—」川端博ほか編『理論刑法学の探求9』（2016・成文堂）283頁）。
- (50) BT-Drucks.18/9097, S.22. Vgl. *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, Bd.2, 5. Aufl., 2017, S.1366 [Frommel]. 岡上・注(40)174頁、樋口・深町343頁〔深町〕。
- (51) *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, a.a.O., S.1374 [Frommel].
- (52) 不同意性交を処罰化する場合に、性交に対する同意とは何かという問題も重要である。この点につき、齋藤梓・大竹裕子「当事者にとっての性交『同意』とは一性暴力被害当事者の視点から望まない性交が発生するプロセスをとらえる—」年報公共政策学（北海道大学）13号（2019）201-202頁参照。
- (53) 日本学術会議「提言『同意の有無』を中核に置く刑法改正に向けて—性暴力に対する国際人権基準の反映—」（2020）3頁以下（<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t298-5.pdf>）。
- (54) 川崎政司「立法における法・政策・政治の交錯とその『質』をめぐる対応のありかた」井田良・松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（2014・ナカニシヤ出版）52頁。さらに、大森政輔・鎌田薫編『立法学講義（補遺）』（2011・商事法務）8-12頁。
- (55) 立法の目的には、国の政策目標やその都度その都度の個別課題の解決を図る等、さまざまな要素が複合的に含まれ得る。刑法学の立場では、刑法の目的と関連して、どのような法益を保護するのかという点も重要である。この点に関連して、強制性交等罪（旧強姦罪）の保護法益につき、性的自由・性的自己決定権と解するのが今日の通説であるところ、この点の強調が一方で被害者による抵抗の存否が同意の有無と結びつけられて判断する傾向をもたらしていると指摘されている（木村光江「強姦罪の理解の変化—性的自由に対する罪とすることの問題性—」法曹時報55巻9号（2003）9-10頁、同「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（2014）444頁、452頁）。さらに、近時、法益理解として「性的尊厳」（辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益—人格に対する罪としての再構成」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』



- (2014) 425頁。なお、辰井聡子「刑法における人の『尊厳』—価値を論じるために」法学セミナー748号（2017）26頁、28-29頁参照）、「人格的統合性」（和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学31号（2015）264頁）に求める見解も有力である（このほか、「身体的内密領域」を保護の実体とする見解として、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015）8頁）。これに対して、佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻9号（2015）36-37頁参照。
- (56) もちろん、このような立法目的を設定したからと言って、直ちに不同意性交のすべてを犯罪化すべきであるということにはならない。当罰性という見地から、さらに処罰が相当な場合とそうでない場合とを区別し、刑事規制による手段が適当であるかどうかを検討しなければならない。
- (57) 岩井宜子「性犯罪規定の見直し」神奈川法学43巻1号（2010）137頁、島岡まな「強姦性交等罪における暴行・脅迫要件について—性犯罪の立証責任はだれが負うべきか—」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（2018・成文堂）139-140頁、川口・注(45)1296頁、上田・注(53)108-110頁など。
- (58) 嘉門・注(30)66頁、葛原力三「性刑法の改正について」関西大学法学論集70巻2・3号（2020）161-162頁など。
- (59) 佐久間修「いわゆる性犯罪と性暴力の罪」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集 下巻』（2018・成文堂）92頁、葛原・注(52)157頁など。立証上の問題を指摘するものとして、木村・注(53)「性犯罪の法的規制と性的自由に対する罪」452頁。
- (60) 松原教授は、刑事立法における立法事実に対する関心の希薄さを指摘されている（松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良・松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（2014・ナカニシヤ出版）136頁）。



# The Influence of Christian Thomasius on the Private Law System in Kant's Doctrine of Right

Takashi Izumo\*

## 1. Introduction

This study aims to explain the extent to which Immanuel Kant (1724–1804) deeply understood jurisprudence by referring to several jurists whose works Kant privately possessed or whose names were cited in those works, especially the influence of Christian Thomasius (1655–1728) on Kant's *Doctrine of Right* (in German: *Rechtslehre*, 1797) from a legal history viewpoint.

In his lecture at the University of Königsberg, Kant famously alluded to the fifth edition of Gottfried Achenwall's (1719–1772) *Natural Law* (in Latin: *Jus Naturae*).<sup>(1)</sup> Scholars have since compared it with the

(\*) Associate Professor at Nihon University College of Law, Tokyo, Japan. This work was supported by JSPS KAKENHI Grant-in-Aid for Early-Career Scientists Number JP20K13307. In terms of citation and abbreviation, this study basically follows “*Hinweise für Autoren\_2019*” of *Kant-Studien*. <<https://www.degruyter.com/journal/key/KANT/html>> accessed on May 1, 2021. The author would like to thank MARUZEN-YUSHODO Co., Ltd. (<https://kw.maruzen.co.jp/kousei-honyaku/>) for the English language editing.

(1) Achenwall, Gottfried: *Natural Law*. Edited by Kleingeld, Pauline, translated by Vermeulen, Corinna. London 2020, xiii. In this study, for citing Achenwall, each part number is given in Roman numerals and each paragraph number in Arabic numerals (e.g., Pars 1, § 1 will be described as I1).

*Doctrine of Right* and examined their similarities or differences. For example, Byrd (2010) saw Achenwall's strong influence on Kant in the concept of "permissive law" (in Latin: *lex permissiva*) because of a similarity in their theories.<sup>(2)</sup> Furthermore, backward reasoning has helped reconstruct Kant's theory from the assumption that Achenwall must have influenced him; for instance, according to Byrd (2010), "[i]f one combines Kant's ideas on holding or having something as one's own and Achenwall's element of intent, one can conclude that a person can take an external thing and have it under her control for a period of time with the intent that the thing be her own."<sup>(3)</sup>

However, in these cases, the possibility that Kant followed jurists other than Achenwall remains. In the latter issue of "holding" (in German: *Detentio*), for instance, Kant may have been inspired by the traditional distinction between natural and civil possession in Roman law, as the former means physical contact with things whereas the latter is concerned with the intent of proprietorship according to medieval jurisprudence,<sup>(4)</sup> and this popular definition is consistent with Kant's idea. Therefore, a similarity between Kant and Achenwall does not always mean that he referred to this versatile jurist.

This study mainly compares between several issues in which Kant disagreed with Achenwall and tests the possibility that Kant read

---

(2) Byrd, B. Sharon: Intelligible possession of objects of choice. In: Denis, Lara (ed.): *Kant's Metaphysics of Morals: A Critical Guide*. Cambridge 2010, 104.

(3) *Ibid.*, at 106.

(4) Bruns, Karl Georg: *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*. Tübingen 1848, 103–113. The interpretation of Roman law that civil possession relates to the intent of proprietorship is also found in books of famous natural theorists. E.g., see Pufendorf, Samuel von: *De Jure Naturae et Gentium*. Lund 1672, Lib. 4, Cap. 9, § 6, 529f.

Thomasius's work *On Ownership and Its General Nature in View of German Private Law* (in Latin: *De Dominio et Ejus Natura in Genere Intuitu Juris Germanici Privati*, hereafter called *On Ownership*),<sup>(5)</sup> which was published in 1721 and referenced by Achenwall in *Natural Law*. Kant plausibly knew the title at least, as this work was prominently cited in the fifth edition of *Natural Law*.<sup>(6)</sup> However, this does not prove that Kant thoroughly studied this work; whether Kant knew only its title or earnestly read it requires additional evidence. Hence, Chapter 3 of this study will show some proof whereas Chapter 2 will explain why Thomasius's undistinguished work was cited in *Natural Law*. In addition, this study will prove that Kant widely read some legal books that he had in his private study, especially the work of German jurist Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743–1797), who played an important role in the conception of “mine or yours”. This study concludes by explaining its contribution to future interdisciplinary research and showing that Kant studied jurisprudence more thoroughly than previously surmised.

## 2. Historical Background: Thomasius's Life Work *Institutiones Jurisprudentiae Germanicae*

*On Ownership* was published in 1721 as the dissertation of Johann Georg Franck (details unknown),<sup>(7)</sup> an ordinary advocate in Germany.

---

(5) The author translated the dissertation into Japanese. Thomasius, Christian and Franck, Johann Georg: 翻訳 ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について. Translated by Izumo, Takashi. *Nihon Hogaku* Vol. 86, No. 4 (2021) 31–61.

(6) See the reference in Achenwall, Gottfried: *Jus Naturae*. 5th ed. Pars 1. Göttingen 1763, 117. Achenwall cited the reprinted edition, which was published in 1730. Also see Achenwall, *supra* note 1, at 49.

(7) The famous theologist Johann Georg Frank (1669–1747) was probably a different person with the same name, as he was not a lawyer.



As Schubart–Fikentscher (1970) pointed out,<sup>(8)</sup> dissertations in the early modern ages were not always written by candidates; rather, their chief examiners sometimes helped them directly or indirectly—a collaboration that academic rule today regards a dishonest act. Of course, whether a chief examiner helped their candidate cannot be easily verified; however, in the case of Franck’s dissertation, Thomasius clearly did; more precisely, he publicized his own views through Franck in the following process.

Thomasius planned to write a comprehensive commentary on German private law as his life work with the title of *Institutes of German Jurisprudence* (in Latin: *Institutiones Jurisprudentiae Germanicae*, hereafter *IJG*) or *Institutes of German Private Jurisprudence* (in Latin: *Institutiones Jurisprudentiae Germanicae Privatae*).<sup>(9)</sup> However, this commentary was not published although he showed its draft to his doctor student Bastineller and cited part of the draft in his own book *Foundations of Law of Nature and of Nations* (in Latin: *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*) as a note added in 1718.<sup>(10)</sup>

In 1721, Thomasius let his two candidates, Nesen and Franck, write their dissertations in the form of a part of that commentary. This can be seen in the introduction to Nesen’s dissertation *On the Differences of Things in View of German Private Law* (in Latin: *De Rerum Differentiis Intuitu Juris Germanici Privati*, hereafter it is called *On the Differences of Things*);

(8) Schubart–Fikentscher, Gertrud: *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung*. Berlin 1970, 32f. and 43.

(9) About this uncompleted work, see Izumo, Takashi: *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*. Frankfurt am Main 2016, 43–45.

(10) Thomasius, Christian and Bastineller, Johann Friedrich: *De Usu Practico Accuratae Distinctionis inter Emtionem cum Pacto de Retrovendendo et Contractum Pignoratitium*. Halle 1707, § 29 (n), 37. Thomasius, Christian: *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*. 4th ed. Halle and Leipzig 1718, Lib. 2, Cap. 10, \* § 21, 240.

that is, Nesen unexpectedly announced to write *IJG*.<sup>(11)</sup> This introduction cannot have been approved without Thomasius's instruction, as it would be implausible that Thomasius overlooked his student's obvious plagiarism of his own work. Franck's *On Ownership* followed the conception of *IJG* as well and concluded by leaving the subject of possession to posterity as follows: "These [i.e., the discussions so far] are sufficient for the theme over the nature of dominion. *The method of acquisition* of single dominion [i.e., the method of acquisition when one person alone will own something by excluding others] is worthy of specific considerations only after the theme over *possession* and rights which are derived from it would be detailed. I would like to relinquish it to others' diligence" (translated by the author, italics by Thomasius).<sup>(12)</sup> Unfortunately, the third dissertation, about dealing with possession, was never written.

These dissertations did not take attention from other jurists, even from Thomasius's own disciples.<sup>(13)</sup> Why did Achenwall suddenly cite one of

---

(11) Thomasius, Christian and Nesen, Johann Conrad: *De Rerum Differentiis Intuitu Juris Germanici Privati*. Halle 1721, § 1, 1. The author translated the dissertation into Japanese. Thomasius, Christian and Nesen, Johann Conrad: 翻訳 ゲルマン私法からみた物の差異について. Translated by Izumo, Takashi. *Nihon Hogaku* Vol. 86, No. 2/3 (2020) 1–35.

(12) Thomasius, Christian and Franck, Johann Georg: *De Dominio et Ejus Natura in Genere Intuitu Juris Germanici Privati*. Halle 1721, § 56, 22: "Haec de natura domini sufficient. *Modi acquirendi* domini singuli peculiares meditationes merentur, si prius de *possessione* et jure inde oriundo paulo distinctius actum fuerit, quod aliorum diligentiae relinquo."

(13) It estranged them from Thomasius that they did not adopt his property-law-based system, to be more precise, they followed *Institutiones Justiniani* of Roman law by placing *jus personarum* before *jus rerum*. Compare the sequence of themes in the following books with that of Thomasius. Gundling, Nicolaus Hieronymus: *Ausführlicher Discours über das Natur- und Völker-Recht*. Frankfurt and Leipzig 1734.; Heineccius, Johann Gottlieb: *Elementa Juris Germanici*. Two volumes. Halle 1736–1737.; Cocceji, Samuel von: *Project des Corporis Juris Fridericiani*. Two volumes. Halle 1749 and 1751.

them in *Natural Law*? It is improbable to assume that Achenwall was an ardent follower of Thomasius since Achenwall did not highly regard him: “A different road was taken by Christian Thomasius, a fierce enemy of received opinions and defender of new ones who is not always consistent; he has offered much that had not yet been said, but it is not always better. It is different with Heinrich von Cocceji, who much later began to derive the precepts of natural law from a new source and to first establish its boundaries, carefully distinguishing them from the arguments of the other moral disciplines” (translated by Vermeulen).<sup>(14)</sup>

Johann Heinrich Christian von Selchow (1732–1795), a colleague of Achenwall’s at the University of Göttingen, seems to have played a decisive role in bridging the gap between Thomasius and Achenwall. Selchow collected books and articles on German law enthusiastically and often referred to Thomasius’s dissertations in his own work.<sup>(15)</sup> He became an extraordinary professor at the University of Göttingen in 1757 and an ordinary professor in 1762, while the fourth edition of *Natural Law* was published in 1758 and the fifth in 1763. This means that every time Selchow was promoted, a new edition of *Natural Law* was published afterward. The Thomasian work was cited in the fourth edition for the first time. In the seventh edition, published in 1774 after Achenwall’s death in 1772, Selchow’s name appeared on the title page: “with a preface of Johann Heinrich Christian de Selchow” (in Latin: cum praefatione Ioannis Henrici Christ. De

(14) Achenwall, *supra* note 1, appendix VII, at 23f.

(15) Selchow, Johann Heinrich Christian von: *Institutiones Jurisprudentiae Germanicae*. Hannover 1757, § 8, at 7, § 18, at 13, § 33, at 23, § 44, at 32, § 50, at 38, § 55, at 41, § 85, at 63, § 127, at 89, § 203, at 128, § 208, at 131, § 210, at 133, § 221f., at 140f., § 252, at 157, § 255., at 158., § 273, at 171, § 341, at 215, § 347, at 218, § 351, at 221, § 353, at 222, § 363, at 230, § 382, at 242, § 407, at 256, § 419, at 264, § 441, at 276, § 465, at 291, and § 484, at 304. The title of this book may have been inspired by Thomasius’s *IJG*.

Selchow). This implies that Selchow hid his name while helping Achenwall revise *Natural Law* from its fourth edition, and the former's contribution was announced after the latter's death.

These facts show that the reference to *On Ownership* in *Natural Law* seems to have been added not by Achenwall but by Selchow, or at least Selchow advised Achenwall to do so.

### 3. Circumstantial Evidence of Thomasius's Influence on Kant

#### (1) Previous Research

In the context of private law, one must note that Thomasius's influence on Kant does not seem to be significant as those of other jurists; for example, Kant did not mention him in his letters but referred to Grotius, Pufendorf, and Wolff (Br Register, AA 13: 630, 667, 690).<sup>(16)</sup> However, previous research appropriately assumed that Kant must have referred to Thomasius, and their similarities must have confirmed such a relationship; that is, an argument by Kant seems to resemble one by Thomasius. For example, Wilson (2006) argued that "Kant's distinction between cosmopolitan philosophy and scholastic philosophy mirrors this distinction [i.e., the distinction between university learning and learning derived from experience] from Thomasius."<sup>(17)</sup> Wilson (2006) expounded on this in Chapter 6 of her monograph and concluded as follows: "Rather than repeat the distinction made by the Wolff and Baumgarten schools, which differentiated philosophy as rational and empirical psychology as empirical, Kant makes the distinction between the interest people have in the two fields of philosophy. According

(16) However, it should be noted that Kant did not mention Achenwall too (Br Register, AA 13: 603); his letters do not show directly whose works he was interested in.

(17) Wilson, Holly L.: *Kant's Pragmatic Anthropology: Its Origin, Meaning, and Critical Significance*. New York 2006, 12.

to Kant, the distinction between critical philosophy and anthropology is characterized by the distinction between philosophy according to the *Schulbegriff* and philosophy according to the *Weltbegriff*.<sup>(18)</sup> Wilson's (2006) use of the verb "mirror" here grounds this argumentation on the similarity of the knowledge classification between Thomasius and Kant in contrast with Christian Wolff (1679–1754) and Alexander Gottlieb Baumgarten (1714–1762) and not on any citations or references to Thomasius by Kant. In another example, Byrd and Hruschka (2008) found Thomasius' influence on Kant about the concept of presumption as follows: "The difference between the presumption of goodness or of innocence and the presumption of badness is that the former two presumptions, as presumptions of law, relate to a human being's external actions, whereas the presumption of badness, as a presumption of ethics, relates to the human being's attitude. Thomasius had already drawn this distinction and Kant simply uses it in his own work."<sup>(19)</sup> Therefore, according to previous research, Thomasius's influence on Kant can be determined even without a direct mention, or at least deducing influence from their similarity is allowed.

## (2) Recent Gaps and Research Methodology of this Study

However, the above method poses the risk that Kant did not really refer to Thomasius but rather read another jurist's text or that he simply applied the common knowledge of that period. This possibility can be demonstrated through several examples, such as Kant's focus on the term "use" for characterizing possession; that is, he defined possession as "[t]he subjective condition of any possible use" (translated by Gregor, MS RL

---

(18) *Ibid.*, at 111f.

(19) Byrd, B. Sharon and Hruschka, Joachim: From the State of Nature to the Juridical State of States. *Law and Philosophy*. Vol. 27, No. 6 (2008) 599–641, 619.



§ 1, AA 06: 245.11–12).<sup>(20)</sup> Such characterization can be interpreted in three ways: First, Kant took inspiration from Achenwall's *Natural Law*, which repeatedly applied the term “use” (in Latin: *usus*) to explain possession, especially in the 145th paragraph of the first volume.<sup>(21)</sup> Second, however, since Achenwall cited Thomasius's *On Ownership* just there, Kant may have also read *On Ownership* and adopted the following explanation by Thomasius: “If you consider ownership, when ignoring the doctrine of Roman law, moreover, when ignoring various restrictions originating in the disposition of civil laws or consentient agreements, then *proprietorship is the power to use* (corporeal or incorporeal) *things arbitrarily* (in view of its owner) *and to exclude other persons from its use* (in view of them)”<sup>(22)</sup> (translated by the author, italics by Thomasius). Third, Kant may still have not referred to either Achenwall or Thomasius but knew that jurists usually mentioned the right to use when describing proprietorship or dominion.<sup>(23)</sup> Simply put, the term was common knowledge in those days. There is no decisive evidence as to the way Kant conceived to define possession as the subjective condition of use; hence, judging Thomasius's influence on Kant here is not plausible.

For filling this gap, this study bases its comparison not only on their

(20) Kant, Immanuel: *The Metaphysics of Morals*. Revised ed. Edited by Denis, Lara, translated by Gregor, Mary. Cambridge 2017, 41.

(21) Achenwall, *supra* note 1, at 51f.

(22) Thomasius et al., *supra* note 12, § 16, at 8f.: “Si dominium consideres, abstrahendo a doctrina juris Romani, item a restrictionibus variis, ortis vel ex dispositione legum civilium vel ex pactis conventis, *proprietas est potestas* (intuitu domini) *pro lubitu utendi rebus* (sive corporalibus sive incorporalibus) *et* (intuitu reliquorum hominum) *alios quoscunque ab eo usu arcendi*.”

(23) The opinion that the essence of ownership is “right to use and to abuse” (in Latin: *ius utendi et abutendi*) originated in the 16th century. See Coing, Helmut: *Europäisches Privatrecht*. Vol. 1. München 1985, 292.

similarities but also on their uniqueness; in other words, the study will assess whether or not an opinion is unique for Kant and Thomasius. Certainly, this study cannot be expected to find opinions solely declared by them, but their uniqueness should be affirmed when the following two requisites are satisfied: (a) a work by Thomasius being cited by Achenwall (i.e., Kant certainly knew the work by reading Achenwall's *Natural Law*) and (b) Kant adopting a theory in the work despite not being a major one according to works that Kant possessed in his private bookshelf (i.e., Kant probably noticed that such theory was not common).<sup>(24)</sup> About *On Ownership*, the first requisite has already been satisfied as explained in Chapter 2; therefore, the second will be evaluated in section (3) of this chapter. This study will especially compare the following jurists with Thomasius and Kant: Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743–1797, German jurist), Johann August Heinrich Ulrich (1746–1813, German philosopher), Ludwig Heinrich von Jakob (1759–1827, German philosopher), Gottlieb Hufeland (1760–1817, German jurist), and Theodor Schmalz (1760–1831, German jurist).<sup>(25)</sup>

---

(24) The law books that Kant possessed are recorded by Warda, Arthur: *Immanuel Kants Bücher*. Berlin 1922, 41f.

(25) Höpfner, Ludwig Julius Friedrich: *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*. 5th ed. Gießen 1790.; Ulrich, Johann August Heinrich: *Initia Philosophiae Iusti seu Iuris Naturae Socialis et Gentium*. 3rd ed. Jena 1790.; Jakob, Ludwig Heinrich von: *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*. 1st ed. Halle 1795.; Hufeland, Gottlieb: *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften*. Jena 1790.; Schmalz, Theodor: *Das reine Naturrecht*. 1st ed. Königsberg 1792. The editions of these books are identical to those which Kant privately possessed. This study excludes Daniel Nettelblatt (1719–1791, German jurist) despite his outstanding fame, for his concept of natural law was too different to be compared with Kant's, that is, Nettelblatt believed that there would be natural feudal law and natural ecclesiastical law. See the table of contents of Nettelblatt, Daniel: *Anfangsgründe der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit*. Halle 1779.

### (3) Comparison

#### a. Ownership-Based Private Law System

The first evidence of Thomasius's influence on Kant by *On Ownership* is the phrase “mine or yours” (in German: Mein und Dein; Gregor translated it into “mine or yours” in line with the English idiom, which the author followed<sup>(26)</sup>). This term is unique from a legal history viewpoint, as other jurists normally used the term “proper” (in Latin: proprium) or “one's own” (in Latin: suum) when describing a situation where something is a subject being owned. These two adjectives can be found in Achenwall's *Natural Law* as well,<sup>(27)</sup> using “mine or yours” only once as follows: “Thus through occupancy dominion of things was introduced and first emerged, and hence the word THING is used specifically for that which is susceptible to our dominion: for the main subject in law is mine and yours, and hence also with respect to things, the things that are mine or yours”<sup>(28)</sup> (translated by Vermeulen; only the word “thine” in her translation is replaced with “yours” by the author for consistency with Gregor's term). Achenwall also used the phrase “one's own thing” (in Latin: res sua) in the title of Volume 1, Title 5, of *Natural Law*, where he dealt with ownership.<sup>(29)</sup> In addition, the word “mine” (in Latin: meum) is not always the opposite of “yours” (in Latin: tuum); for example, Ulrich combined “mine” with “another's” (in Latin: alterius) as follows: “What is mine does not cease to be mine and cannot become another person's, as long as I live, unless my will, some act, or a conflict of rights intervenes”<sup>(30)</sup> (translated by the

(26) Kant, *supra* note 20, at 41.

(27) Achenwall, *supra* note 6, I136, at 117 (res mihi propria); I137f., at 118f. (res propria); I142, at 122 (res sibi propria).

(28) Achenwall, *supra* note 1, I142, at 51.

(29) See the title of “*De Jure Disponendi de Re Sua*” in Achenwall, *supra* note 6, Lib. 1, Sec. 2, Tit. 5, at 134.

(30) Ulrich, *supra* note 25, § 210, at 150: “Quod meum est, citra meam

author). Thus, the following question must be answered: Why did Kant choose the minor term “mine or yours” in the title of private law despite the existence of “proper” as a technical term for natural law theorists?

There are three possibilities. First, Kant read Thomasius’s dissertation *On Ownership* and adapted the distinction between mine and yours as the basis of private law, as Thomasius wrote, “[s]ince whole private law is concerned with what is mine and what is yours, and since all the differences between what is mine and what is yours derive from the ownership, we should strive diligently to give a firm foundation to the concept of ownership. For all the teachings of private law are either in view of ownership or are derived from its nature”<sup>(31)</sup> (translated by the author). Second, Kant used the phrase “mine or yours” because of the collaboration between Höpfner, whose book *Natural Law of Each Human Being in Societies and Nations* (in German: *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*, 5th ed., 1790, hereafter called *Naturrecht* in German to avoid confusion with Achenwall’s book) was part of Kant’s private collection, and Karl Wilhelm Robert (1740–1803, German theologian and jurist), who had a short lecture recorded on the theme of “mine or yours” in 1784 and was cited in Höpfner’s work.<sup>(32)</sup> Third, Kant

---

voluntatem, aut factum quoddam, extra collisionem, me vivo, meum esse non desinit, nec alterius fieri potest.”

(31) Thomasius et al., *supra* note 12, § 1, at 3: “Cum totum jus privatum sit occupatum circa meum et tuum, differentia autem omnis mei et tui ex dominio oriatur, opera danda est sedulo, ut in conceptu dominii solida fundamenta ponantur, quia omnes doctrinae juris privati vel ad dominium respiciunt, vel ex ejus natura derivantur.”

(32) Robert, Karl Wilhelm: *D. Carl Wilhelm Robert der Rechte und der practischen Weltweisheit ordentlicher Lehrer zeigt die zum Gedächtniß der Gnädigsten Bestätigung der hiesigen Litteratur-Gesellschaft, am 1ten Sept. Nachmittags um 2 Uhr im philosophischen Hörsaale zu haltende Rede an. Vorher werden einige Gedanken über die allgemeinen Begriffe*

was influenced by all these jurists and integrated them. This study adopts the third interpretation; that is, Kant adopted the ownership-based private law system from Thomasius where he critically reconstructed Robert's definition of "mine or yours" partially based on Höpfner's idea.

In the early modern centuries, the notion that private law should be based on ownership or proprietorship is not popular; rather, tort law or the concept of "injury" (in Latin: *laedere*) was used for explanation before property law.<sup>(33)</sup> This means that the requisite (b) is satisfied, therefore,

---

*vom Mein und Dein mitgetheilt*. Marburg 1784. This lecture was cited in Höpfner, *supra* note 25, § 37, at 32. Kant possibly knew Robert personally, since Robert was mentioned as an "admirer" (in German: *Verehrer*) of Kant in a letter from Johann Bering (1748–1825, German philosopher) to Kant in 1793 (Br, AA 11: 414.26–28; Br Register, AA 13: 671): "Auch ist der ehemalige Professor Theologiae nunc Juris Robert von mir bekehrt und Ihr großer Verehrer".

- (33) Pufendorf, *supra* note 4, Vol. 3, Cap. 1, at 251ff. (tort law) and Vol. 4, Cap. 3, at 444ff. (property law); Wolff, Christian: *Institutiones Juris Naturae et Gentium*. Halle 1774, § 88ff., at 44ff. and § 141ff., at 75ff. (tort law) and § 183ff., at 97ff. (property law); Achenwall, *supra* note 6, I96ff., at 81ff. (tort law being restricted to defamation) and I110ff., at 93ff. (property law); Ulrich, *supra* note 25, § 144, at 112 (tort law being restricted to defamation) and § 153ff., at 115ff. (property law); Jakob, *supra* note 25, § 117, at 73 (tort law: "Niemand hat das Recht, den andern zu beleidigen") and § 237ff., at 142ff. (property law); Hufeland, *supra* note 25, § 152ff., at 70ff. (tort law) and § 178ff., at 84ff. (property law). Schmalz placed property law before tort law. *See* Schmalz, *supra* note 25, § 55ff., at 38ff. (property law) and § 80ff., at 53ff. (tort law). However, he began not with ownership but introduced the special concept of "modification of original rights" (in German: *die Modifikation der Urrechte*). *See* Schmalz, *supra* note 25, § 51, at 36f. By contrast with these authors, Höpfner showed a system like Kant's one, that is, started from property right and mentioned "one's own" (in German: *das Seine*). *See* Höpfner, *supra* note 25, § 37ff., at 32ff. From this comparison, the role of Höpfner can be highlighted and should be delved into in future research more deeply.



one would plausibly assume that Thomasius, who, as cited above, introduced the distinction between mine and yours and derived ownership from it as the basis of private law, influenced Kant in this point.

However, a problem remains when overestimating his contribution. He did not explain how the term “mine or yours” should be defined; furthermore, he did not write the third chapter of *IJG*, which would have discussed possession in detail. According to the author’s current survey, Robert’s short lecture in 1784 can address this deficiency. Although he was cited by Höpfner, their reference relationship is somewhat complicated, and its chronological order can be summarized as follows:

- Höpfner published the second edition of *Naturrecht* in 1783. It had no reference to Robert and only provided the following text: “A thing which a man can handle as he prefers by excluding others is called his own. Something his own is either innate [i.e., it is congenitally his own] or acquired [i.e., it becomes his own through an event, e.g., through a sale contract]. Infringement occurs when I deprive a man of his own or prevent him from the disposing of his own” (translated by the author).<sup>(34)</sup>
- Robert gave a short speech on the theme of “mine or yours” on September 1, 1784, in Marburg and referred to the above text.<sup>(35)</sup>
- Höpfner published the third edition of *Naturrecht* in 1785 and

---

(34) Höpfner, Ludwig Julius Friedrich: *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*. 2nd ed. Gießen 1783, § 37, at 32: “Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein angebohrnes, oder ein erworbenes Seine. Beleidigung ist es, wann ich einen Menschen etwas von dem Seinigen entziehe, oder ihn in der Disposition üder das Seine hindere.”

(35) Robert, *supra* note 32, § 2, at 3.

mentioned Robert's speech.<sup>(36)</sup> He did not clarify whether he agreed with Robert's opinion, but he clearly disagreed with him in the sixth edition, published in 1795, through the following comment: "If it were possible to give real definition to what is mine and what is yours, then it would be of great benefit to natural law. For this definition would enable us to decide in each actual case whether something belongs to me or not. The most important disputes, such as the dispute concerning the reprinting of books, depend on it. But as far as I know, no one has yet given [the real definition], although many people have worked on it"<sup>(37)</sup> (translated and underlined by the author).

(36) Höpfner, Ludwig Julius Friedrich: *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*. 3rd ed. Gießen 1785, § 37, at 32.

(37) Höpfner, Ludwig Julius Friedrich: *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*. 6th ed. Gießen 1795, § 37, at 47f.: "Ein großer Gewinn für das N. R. wäre es, wenn man eine Realdefinition für das Mein und Dein geben könnte, die uns in den Stand setze, in jedem vorkommenden Falle zu entscheiden, ob etwas zum Mein gehöre oder nicht. Die wichtigsten Controversen, z.B. über den Büchernachdruck, hängen davon ab. Allein eine solche Definition hat, meines Wissens noch Niemand gegeben, wiewohl sich viele darum bemüht haben". The word of "Realdefinition" can be compared with "Sacherklärung" in Kant's *Doctrine of Right* (MS RL § 5, AA 06: 249.03). Besides Robert, Höpfner referenced four jurists as if they were involved in this problem, namely Heinrich Koehler (details unknown), Johann Justin Schierschmid (1707–1778, German jurist), Joachim Georg Darjes (1714–1791, German jurist) and Ulrich (*supra* note 25). However, these four authors did not use the phrase of "mine or yours". See Koehler, Heinrich: *Juris Naturalis Ejusque Cumprimis Cogentis Methodo Systematica Propositioni Exercitationes VII*. Frankfurt am Main 1738, § 747, at 146 (He used the terms of "suum" and "alienum"); Schierschmid, Johann Justin: *Elementa Juris Naturalis Socialis et Gentium Methodo Scientifica Conscripta*. Jena 1742, § 244, at 196 ("suum"); Darjes, Joachim Georg: *Institutiones Jurisprudentiae Universalis*. Jena 1745, § 277, at 146 ("nostrum", "alienum", and "suum alterius"); Ulrich, *supra* note 25, § 1, at 3 ("meum").

The reason Robert addressed this theme in his lecture and not in an article is unclear at this moment, but the author presumes that the distinction between mine and yours is important for copyright, as Höpfner mentioned in the above citation, and Robert would have spoken about it, as the title of his lecture includes “*in Memory of the Most Gracious Confirmation of the Local Literature Society*” (in German: *zum Gedächtniß der Gnädigsten Bestätigung der hiesigen Litteratur-Gesellschaft*).

Indeed, Robert did not discuss the idea of an ownership-based private law system but had a good consideration of the distinction between mine and yours; that is, he distinguished something physically mine from something judicially mine as follows: “So, I would like to argue as follows: The expressions ‘mine’ and ‘yours’ can be interpreted in two senses and it has actually become a practice to do so, that is, firstly, in a purely physical sense, and secondly, in a moral and juridical sense. For, when we use these words in the first case, we are not thinking about the concepts of legality and illegality, or of obligation, whereas we do so undeniably in the second case” (translated by the author).<sup>(38)</sup> While this explanation is similar to Kant’s classification of possession as physical and merely judicial, it should be noted that Robert’s definition of something physically mine is not the same as Kant’s physical possession, as Robert understood it simply as one’s own body, activity, or power: “What is mine is that which cannot be

---

(38) Robert, *supra* note 32, § 3, at 4f.: “[S]o bemerke ich, daß man die Ausdrücke Mein und Dein in einem doppelten Sinne nehmen könne und auch wirklich zu nehmen pflege; nemlich zuerst in einem blos physischen und zweytens in einem moralischen und juristischen Verstande. Im ersten Falle denket man nemlich bey dem Gebrauche dieser Wörter nicht an Begriffe von Recht und Unrecht oder von Verbindlichkeit, so wie man es im letzteren Falle ganz unleugbar thut.”

regarded as being part of another person, or as his/her activity and power, that is, that which cannot be another person's without contradiction" (translated by the author).<sup>(39)</sup> Kant did not restrict the meaning of physical possession to one's own body, activity, or power.<sup>(40)</sup> In addition, Robert's explanation of something judicially mine is closely tied with the concept of "perfection" (in German: Vollkommenheit), which seems to be derived from Christian Wolff's philosophy.<sup>(41)</sup> This concept is beyond Kant's philosophy, as he refused it in *Critique of Practical Reason* (KpV, AA 05: 41.02–38). Since Kant possessed the fifth edition of Höpfner's *Naturrecht* in his private bookshelf, one would plausibly believe that Kant knew Robert's record being cited there and, while partially following it, mainly criticized it.

Hence, Thomasius's, Höpfner's and Robert's contributions are complementary; specifically, the basic idea that private law is based on the concept of mine or yours originated from Thomasius whereas the concrete issues are proposed by Höpfner and discussed in detail by Robert.

## b. Is Family Law a Part of Social Law?

Thomasius and Kant show similarities in terms of how to classify

---

(39) *Ibid.*, at 5: "Mein ist das, was ohnmöglich, das ist, ohne Widerspruch [sic!], als einen Theil oder als eine Würkung und Kraft des andern angesehen werden kann." The term of "contradiction" (in German: Widerspruch) would play an important role when comparing Robert's lecture with Kant's *Doctrine of Right* (MS RL § 6, AA 06: 249.34–250.08).

(40) For example, Kant regarded the having an apple in hand as physical possession (MS RL § 4, AA 06: 247.24–248.07). An apple is not one's own body, activity, or power itself, but an external thing. Thus, Robert's definition of what is physically mine does not match Kant's one of physical possession.

(41) Robert, *supra* note 32, § 5, at 8 and § 8, at 10.

laws. They are convinced of the correctness of the fundamental distinction between “private law” (in Latin: *jus privatum*, in German: *Privatrecht*) and “public law” (in Latin: *jus publicum*, in German: *öffentliches Recht*), whereas some famous jurists divide laws into “natural law” (in Latin: *jus naturae*, in German: *Naturrecht*) and “social law” (in Latin: *jus sociale*, in German: *Gesellschaftsrecht*).<sup>(42)</sup> In addition, Thomasius classified family law into private law as in the case of Kant; in other words, family law is also based on the concept of mine or yours.<sup>(43)</sup>

At first glance, the concept of social law would be introduced for good reason; that is, public society (i.e., state) would presume private community (i.e., family), and both societies could be regulated uniformly. The continuity from a private to a public society apparently assumes that a state has been developed in stages; simply put, several families form a small state, as Achenwall argued: “A STATE (a republic in the *broad* sense of the word) is an unequal society of several families for the pursuit of external happiness” (translated by Vermeulen).<sup>(44)</sup> Achenwall, Höpfner, Ulrich, Jakob, and Hufeland adopted this classification of family law into social law.<sup>(45)</sup> Moreover, its origin is found in earlier

---

(42) Achenwall, Gottfried: *Jus Naturae*. 5th ed. Pars 2. Göttingen 1763, IIIff., at 1ff.; Höpfner, *supra* note 25, § 137ff., at 133ff.; Ulrich, *supra* note 25, § 361ff., at 257ff.; Jakob, *supra* note 25, § 481ff., at 291ff.; Hufeland, *supra* note 25, § 284ff., at 132ff.; Schmalz, *supra* note 25, § 121ff., at 76ff.

(43) Thomasius et al., *supra* note 11, § 10 of prooemium, at 5.

(44) Achenwall, *supra* note 1, II86, at 135.

(45) Cf. the systematic position of the following texts. Achenwall, *supra* note 42, II78, at 61.; Höpfner, *supra* note 25, § 152ff., at 143ff.; Ulrich, *supra* note 25, § 425ff., at 303ff.; Jakob, *supra* note 25, § 539ff., at 322ff.; Hufeland, *supra* note 25, § 300ff., at 142ff. Schmalz used the term of social law (*see supra* note 42), but it is unclear whether he regarded family to be regulated by it or not, since he explained only national institution. *See* Schmalz, *supra* note 25, § 121ff., at 76ff.



periods; for example, Pufendorf discussed property law and contract law from the third to the fifth volume of *On the Law of Nature and of Nations* (in Latin: *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) and began discussing the concept of family in the sixth volume with the following introduction: “It follows that we must try to find out, on the one hand, the origin and nature of human overlordship, and, on the other hand, which rules of natural law and of international law are based on this overlordship” (translated by the author).<sup>(46)</sup> Wolff explained family law under the concept of “overlordship” (in Latin: *imperium*) as well; that is, family law relates to “private overlordship” (in Latin: *imperium privatum*).<sup>(47)</sup>

However, Kant criticized the other jurists, writing, “The highest division of natural right cannot be the division (sometimes made) into *natural* and *social* right; it must instead be the division into natural and *civil* right, the former of which is called *private right* and the latter *public right*. For a *state of nature* is not opposed to a social but to a civil condition, since there can certainly be society in a state of nature, but not *civil* society (which secures what is mine or yours by public laws). This is why right in a state of nature is called private right” (translated by Gregor, MS RL Einleitung, AA 06: 242.12–19).<sup>(48)</sup> Kant did not mention the case in which the distinction between natural and social law becomes inappropriate, but the community of family must be one such case, as this small social unit has existed even before the founding of a state, that is, in natural state. Therefore, the distinction between

---

(46) Pufendorf, *supra* note 4, Lib. 6, Cap. 1, § 1, at 749: “Sequitur, ut investigemus tum originem et naturam imperii humani, tum quae praecepta juris naturalis et gentium illud praesupponunt.”

(47) Wolff explained family law under the section of private *imperium*. See Wolff, *supra* note 33, the title of Pars 3, Sect. 1, at 509 and § 854ff., at 522ff.

(48) Kant, *supra* note 20, at 37.

natural law and social law is confused, as not only civil but also natural state is also social state to some degree.

In addition, to verify the uniqueness of Thomasius's and Kant's opinions as required in section (2) of this chapter, it is significant to note that Kant could not simply follow the popular Roman jurisprudence despite its adoption of the distinction between private and public law. Ulpian, a famous jurist in ancient Rome, wrote, "There are two branches of legal study: public and private law. Public law is that which respects the establishment of the Roman commonwealth, private that which respects individuals' interests, some matters being of public and others of private interest" (excerpted from D 1.1.1.2, translated by Watson et al.).<sup>(49)</sup> In this text, Ulpian regarded private law as being concerned with "individuals' interests" (in Latin: *singulorum utilitas*); in other words, his definition was based on a utilitarian aspect. Contrarily, Kant sharply criticized the reference to utilities for grounding legal concepts (MS Einleitung II, AA 06: 215.24–216.27). Therefore, even if Kant adhered to the distinction between public and private law for being more traditional than the one between natural and social law, he could not use the Roman term "private law" because of its incompatibility with his philosophy. This term became usable for Kant only when it was separated from its utilitarian character, and this separation was founded first by Thomasius in that dissertation.

#### (4) Independency against Jurisprudence

Contrary to the above two examples, Kant's independence against jurisprudence can be revealed through a comparison with Thomasius in the question of how to understand the concepts "in general" (in Latin: in

---

(49) *The Digest of Justinian*. Vol. 1. Translated by Watson, Alan et al. Philadelphia 1998, 1.

genere, in German: in Gattung) and “in kind” (in Latin: in specie, in German: der Spezies nach). Kant defined “loan for consumption” (in Latin: mutuum, in German: Darlehen) as “[l]ending a thing on the condition of its being returned only in kind (e.g., grain for grain, or money for money)” (translated by Gregor, MS RL § 31, AA 06: 285.20–22).<sup>(50)</sup> On this definition, the academic version notes that the phrase “in kind” should have been replaced with “in general” (in German: dem Genus nach, Sachliche Erläuterungen zu 285<sub>21</sub>, AA 06: 523). Indeed, Achenwall explained, “[a] contract by which a thing is promised in order to be restituted in general sometime is a CONSUMPTION-LOAN CONTRACT, and once the thing is handed over it becomes a CONSUMPTION LOAN” (translated by Vermeulen).<sup>(51)</sup>

However, this doubt can be alleviated by referring to the following passage in Thomasius’s dissertation *On the Differences of Things*: “Furthermore, things are *the same* [with each other] or *different* [from each other]. In both the cases, they are so *in general* or *in kind*. However, it is to be noted here that ‘in kind’ means in laws something which philosophers usually call ‘individual’, but ‘in general’ means something which they usually call ‘in kind’” (translated by the author, italics by Thomasius).<sup>(52)</sup> According to Thomasius, the judicial term “in general” can be paraphrased using “in kind” in view of philosophers; thus, Kant did not write incorrectly when adopting this terminology. Kant was allowed to use the phrase “in kind” instead of “in general” so

(50) Kant, *supra* note 20, at 74.

(51) Achenwall, *supra* note 1, 1219, at 75f. About the original text, see Achenwall, *supra* note 6, at 189.

(52) Thomasius et al., *supra* note 11, § 33, at 12: “Sunt etiam res vel *eaedem* vel *diversae*. Utraeque sunt vel *genere* tales vel *specie*. Id vero hic notandum, quod species in jure denotet id, quod individuum appellare solent Philosophi, genus autem, quod hi speciem.”

far as his *Doctrine of Right* was part of his philosophical book *The Metaphysics of Morals*, although the jurists whose books Kant owned in his private study used “in general.”<sup>(53)</sup> This switching of terms shows that Kant did not follow jurists unrestrainedly but rather kept his own discipline even when discussing jurisprudence.

#### 4. Conclusion

Kant read Thomasius’s work *On Ownership* through Achenwall’s citation and adopted the idea of a “mine or yours”-based private-law system in his *Doctrine of Right*. This conception of Thomasius was not familiar to other jurists, such as Achenwall, especially in the aim to explain private law through possession and ownership. Furthermore, Kant seems to be involved in the real definition of “mine or yours” that is based not on his own original idea but on the collaboration between Höpfner and Robert. Robert argued, by mentioning Höpfner’s term “one’s own”, that something physically mine means my body, my activity, and my power while something judicially mine is concerned with achieving my own perfection, which seems derived from Wolff’s philosophy. Kant could not adopt Robert’s definition because of his moral philosophy; that is, he could not accept the concept of perfection for controlling the private law system. Hence, from these, it is plausible to assume that

---

(53) Ulrich and Jakob also used not “in kind” but “in general” in the definition of *mutuum*. See Ulrich, *supra* note 25, § 266, at 187.; Jakob, *supra* note 25, § 376, at 225 (von derselben Gattung). Höpfner used neither “Gattung” nor “Spezies” but “Art” as follows: “Fungibele Sachen sind die, bey welchen es mir gleichgültig ist, ob ich sie selbst oder andere von gleicher Art habe.” Höpfner, *supra* note 25, § 96(1), at 89. Hufeland believed that the classification of contracts is not necessary for natural law, and hence he did not define consumption loan. See Hufeland, *supra* note 25, § 277, at 128.

Kant's "mine or yours"-based private law system was inspired by Thomasius, Höpfner, and Robert, with philosophical modifications. The fact that Kant kept the independence of his moral philosophy against jurisprudence can also be substantiated by the definition of loan for consumption; that is, he rejected the judicial terminology of "in general" and replaced it with the philosophical term "in kind." This concludes, first, that Kant critically read many legal books regardless of their popularity, at least more than previously assumed, and, second, that Kant's legal knowledge may have been underestimated. Interdisciplinary collaboration is expected to discover jurists and legal texts untouched by previous research.





執筆者紹介（掲載順）

浅川 道夫 日本大学教授（国際関係学部）  
大久保 拓也 日本大学教授  
笠原 孝太 日本大学助教（国際関係学部）  
河合 利修 日本大学教授  
神例 康博 岡山大学学術研究院法務学域教授  
末澤 国彦 日本大学専任講師  
高橋 雅夫 日本大学教授  
高畑 英一郎 日本大学教授  
瀧川 修吾 日本大学准教授（危機管理学部）  
中村 進 日本大学教授  
長谷川 貞之 日本大学教授  
松嶋 隆弘 日本大学教授  
松島 雪江 日本大学教授  
渡邊 容一郎 日本大学教授

渡部 茂己 常磐大学常任理事・日本大学非常勤講師  
宮本 満治 日本大学元助手  
東 裕 日本大学教授  
田中 誠 防衛大学校教授・日本大学非常勤講師  
上野 幸彦 日本大学教授（危機管理学部）  
出雲 孝 日本大学准教授



# International Law and Social Sciences in Times of War and Peace in Honour of the late Professor Yoshito Kita

## CONTENTS

Dedications

Career and Main Works of Professor Yoshito Kita

Michio Asakawa, *Consultative Politics and Military Policy  
under the Early Meiji Government*

Takuya Ohkubo, *A Study of Reasons for Dissolution in  
Relation to Action Seeking Dissolution of a  
Company-an Analysis on the Basis of the Tokyo  
District Court Judgment Dated August 30, 2019-*

Kota Kasahara, *A Study of the Treaties and Agreements Related  
to the Kanchazu Island Incident of 1937, and a  
Consideration of the Findings of this Incident*

Toshinobu Kawai, *The First Hague Peace Conference and  
Disarmament*

Yasuhiro Kanrei, *Zum Strafgrund der Steuerhinterziehung  
-Eine systematische Darstellung des japanischen  
Steuerstrafrechts-*

Kunihiko Suezawa, *A Study of Legalization of Betting Tickets  
in Disciplining Horse Racing - With the  
Enactment Process of the Army Horse Resources  
Protection Act*

Masao Takahashi, *The Role of the Agricultural Committee as  
an Administrative Committee*

Eiichiro Takahata, *Autonomy of Religious Organizations and  
Judicial Review*

Shugo Takigawa, *Study of Foreigner Acceptance Policy in Japan, and Background to Withdrawal of the Bill to Amend the Immigration Control and Refugee Recognition Act in 2021*

Susumu Nakamura, *EU Judicial Precedents regarding Jurisdiction of Disputes on the Internet*

Sadayuki Hasegawa, *Legal Status and Contractual Responsibility of Digital Platform Operators*

Takahiro Matsushima, *Benefits of Legal Action to Dispute the Legal Force of a Resolution for Election of Officers*

Yukie Matsushima, *Is there a responsibility for choosing an act?*

Yoichiro Watanabe, *Stanley Baldwin's Contribution to Conservative Thought*

Shigemi Watanabe, *La teoria delle relazioni fra gli statuti as the Origin of "Conflict of Laws" (Based on Mori's treatises) and EU Law*

Mitsuharu Miyamoto, *A Study of Michael Sandel's Rejection of the Kidney Trade*

Yutaka Higashi, *The Jurisdictional Status and Function in a State of Emergency — From Judicial Precedent Theories of the Coup d'état in Commonwealth Countries —*

Makoto Tanaka, *Challenges Regarding Belligerent Cyber Reprisals*

Yukihiko Ueno, *Zur Reform des Sexualstrafrechts*

Takashi Izumo, *The Influence of Christian Thomasius on the Private Law System in Kant's Doctrine of Right*









- 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](mailto:kenjimu.law@nihon-u.ac.jp)

委員長  
副委員長  
委員

前米松野中加杉大岩石石渡横友高黒加小大南賀大  
田崎島村静藤本熊井橋川辺溝岡畑滝藤野保 来岡  
雪和未暁竜圭義正徳徳えり史英真雅美拓健健  
実寛江彦知子也和孝幸夫か仁郎子之典也悟輔聡

日本法学第八十七卷第二号

令和三年九月十一日 印刷  
令和三年九月二十一日 発行  
非売品

編集責任者  
日本大学法学会  
小田 司

発行者 日本大学法学会  
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二二四 A&Xビル  
印刷所 株式会社 メディオ  
電話〇二(二二九六) 八〇八八番



N I H O N    H Ō G A K U  
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 87   No. 2    September   2 0 2 1

International Law and Social Sciences in Times of War and  
Peace in Honour of the late Professor Yoshito Kita