

ISSN 0287-4601

# 日本法學

第八十八卷 第三号 2023年1月

高橋雅夫教授退職記念論文集

法と地域をめぐる諸問題

日本大学法学会

日本法学 第八十八卷第一号 目次

論 説

法定追認と取消権の認識

——各種の矛盾拳動禁止原則適用場面との比較を通じて——

…野 中 貴 弘

研究ノート

コロナ・パンデミックにおける平等原則

——ドイツの判例の展開——

…岡 田 俊 幸

論 説

ドイツにおけるマネー・ローンダリング  
(資金洗浄) 罪改正のもたらす示唆

…三 隅 諒

日本法学 第八十八卷第二号 目次

論 説

コロナ・パンデミックにおける学校教育を受ける権利

——二〇二二年二月一九日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷決定

(連邦緊急ブレイキ第二決定)をめぐって——

…岡 田 俊 幸

ブロックチェーンベースの

スマートコントラクトにおける合意形成と契約理論

…長谷川 貞 之

翻 訳

勅法彙纂第4巻第44章第2法文における  
脳内の衡平とその実務慣用について

クリスティアン・トマシウス  
…  
ヨハン・フリードリヒ・ネトツァン  
出雲 孝 訳

論 説

国連憲章下における  
集団安全保障体制の枠組み

——安全保障理事会の権限と裁量の射程をめぐって——

…本 吉 祐 樹



高橋雅夫教授近影



## 献呈の辞

高橋雅夫先生は、一八年にわたり日本大学法学部に奉職され、令和五年三月末日をもってご退職されます。ここに謹んで感謝の意を表し、本号をご退職論文集として献呈いたします。

高橋先生は、昭和五七年三月に早稲田大学政治経済学部政治学科をご卒業後、同年四月に同大学大学院政治学研究科修士課程、昭和六一年四月に同大学大学院政治学研究科博士課程にご進学され、研究者の途に入られました。平成二年三月に同大学大学院政治学研究科博士課程を満期退学後、同年四月に東亜大学経営学部専任講師にご就任されました。その後、平成一四年四月に松本大学総合経営学部の教授にご就任され、研究・教育に当たってこられました。そして、平成一七年一〇月に日本大学法学部教授として本学に奉職されて以来、行政法の研究及び教育に携わってこられました。

高橋先生は、行政法をご専門とされておりますが、当初、欧州共同体（欧州連合）をめぐる行政と私人との関係に焦点を当てご研究を進めておりました。その代表的な成果として、「単一欧州議定書に基づくEC委員会への執行権限委任について」（季刊行政管理研究四二号）、「EUにおける放送政策とスポーツ」（日本スポーツ法学会年報八号）、「情報公開に関するEUの新規則について」（比較法研究六四号）等を挙げることであります。その後、先生は国内法へ問題関心を移され、地方自治やまちづくりを中心的なテーマとして取り組んでこられました。「長の賠償命令と代位請

求訴訟との関係についての予備的考察」（東亜法学論叢創刊号）、「地方公共団体の行なう寄附について」（東亜法学論叢二号）、「地方公共団体における個人情報保護条例改正の動き——長野県を例として——」（松本大学研究紀要二号）等のご論文をご執筆されておりますが、『日本法学』には、最近の国際情勢を踏まえた農業問題の重要性に鑑みて、「主要農作物種子条例について」（日本法学八五巻四号）、「行政委員会としての農業委員会の役割」（日本法学八七巻二号）等のご論稿を発表されました。

また、高橋先生は、日本公法学会、比較法学会、日本オンブズマン学会、情報通信学会等に所属され、長く学会活動に携わってこられました。その他、先生は、平成二六年より港区個人情報保護運営審議会委員、平成二九年より北区空家等対策審議会委員、平成三〇年より港区行政不服審査会委員、狛江市行政不服審査会委員を務められ、地方公共団体の抱える問題についてご専門の立場から有益なご発言をなさり、社会に対し大きな貢献をされています。

高橋先生は、学部行政においても多大な功績を残されました。先生は、平成二六年に大学院担当、平成二七年に法学部次長（第一部担当）、令和四年に日本大学図書館法学部分館長の要職を務められ、法学部の発展にご尽力されました。さらに、平成二九年には、学校法人日本大学評議員を務められました。

教育者としての高橋先生は、講義、ゼミナールを通じて、学生に対し真摯に向き合うとともに、学生の居場所づくりを心掛け、研究室にはいつも多くの学生が集まっておりました。ゼミナールでは、座学に終始することなく、本学にご着任以来、松本大学、明星大学の学生とともに、長野県松本市でのフィールドワークを継続して行われました。このフィールドワークでは、地域の課題へ向き合う中での「気づき」を大切になさっています。例えば、買い物弱者を解消するための方策として、参加学生自らがリヤカーで野菜の引き売りを行った際には、高齢者の方々が野菜を買

いに出てこられる状況から、そのような活動が副次的に高齢者家庭の安否確認につながることを学生が指摘することもあったと伺っております。このような活動を通じて、先生のゼミナールからは、社会の問題に対し自ら汗をかきながら解決を図ろうとする優れた人材が多数輩出され、社会の様々な分野で活躍しています。

このような高橋先生の長年にわたる日本大学及び法学部へのご貢献に深く感謝し、本論文集『法と地域をめぐる諸問題』を刊行することになりました。先生のお人柄を慕い、先生を敬愛する先生方から多数のご論稿が寄せられました。たことを、大変嬉しく思います。

最後になりますが、高橋先生には、今後とも一層のご指導、ご鞭撻をお願い申し上げます。先生のご健康とさらなるご活躍を祈念し、献呈の辞とさせていただきます。

令和四年一二月吉日

日本大学法学部長 小田 司





# 目 次



献呈の辞

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について……………西原雄二……………三

ドイツ団体訴訟論の萌芽

——神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所を例にして——……………小澤久仁男……………五

計画手続の迅速化と市民参加の機能に関する考察

——ドイツにおける新型コロナウイルス感染症への対応を踏まえて——……………長谷川福造……………五

協働型地域社会における政策過程と評価……………福島康仁……………一三

欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況

——「利益説」と「法益説」の対立——……………野村和彦……………一五

船員労働災害に対する

船舶所有者の責任に関する一考察……………南健悟……………二〇五

契約不適合解除における使用利益の帰趨

——買主の原状回復義務と売主の填補賠償責任の競合——

野中貴弘……………二四七

電子取引における契約当事者の確定と代理法理の適用

——ドイツの判例及び契約当事者確定論との比較を通じて——

田中夏樹……………三〇一

生活世界の再生産としての物質循環

——木曾馬と失われた自然との関係——

佐幸信介……………三六八

フリーランスと労働法

——フランス「ポルタージユ・サラリエル」——

大山盛義……………三六六

違法な訴訟提起に関する判例法理とスラップ訴訟

加藤雅之……………四二二

自然湧出泉時代の

浅間温泉における湯口権の諸相

——鷹の湯事件前史としての2つの裁判例を手がかりとして——

清水恵介……………四五四

コインハイブ事件と

不正指令電磁的記録に関する罪

上野幸彦……………四八〇

|                                  |      |    |
|----------------------------------|------|----|
| 気候保護決定の基本権ドグマ・テイク                | 玉蟲由樹 | 五八 |
| 地方都市の中心市街地における<br>まちづくりの現代的課題    | 白戸洋  | 五〇 |
| ——松本市上土町のまちづくりを事例として——           |      |    |
| 地方自治法第244条の2第3項が<br>文化行政領域に与えた影響 | 小林真理 | 五〇 |
| 「法律による行政の原理」から見た<br>行政過程でのAI活用   | 黒川哲志 | 六〇 |
| 高橋雅夫教授 略歴                        |      | 六一 |
| 高橋雅夫教授 主要業績                      |      | 六五 |



高橋雅夫教授退職記念論文集





# 地方議会議員の出席停止の 懲罰に対する司法審査について

西原雄一

## 目次

- はじめに
- 最高裁判例等の状況
  - 昭和三五年最判以前
  - 昭和三五最判とその後の裁判例
  - 令和二年最判
- 令和二年最判の判断枠組み
  - 「法律上の争訟」の該当性の問題

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について（西原）

- 2 部分社会論からの脱却
- 3 地方議会の自律性の問題
- 4 令和二年最判の射程
- 5 本案の審理
- 6 結びに代えて

## 一 はじめに

日本国憲法七六条は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」とし、憲法三二条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定している。さらに、裁判所法三条一項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」と定めており、憲法三二条のいう「裁判を受ける権利」も、「法律上の争訟」の存在を前提としているものと解されている。すなわち、原則として、「法律上の争訟」のみが司法審査の対象になると一般に理解されている。<sup>①</sup>

地方自治法一三四条一項は、「普通地方公共団体の議会は、この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる」と規定し、同法一三五条一項は、懲罰の種類として、「公開の議場における戒告」、「公開の議場における陳謝」、「一定期間の出席停止」、「除名」の四種類を定めている。その懲罰の手續等については、同法一三五条二項により、懲罰の動議を議題とするには、議会の議員の定数の八分の

一以上の者の発議によらなければならない、同条三項により、懲罰のうち「除名」については、議会の議員の三分の二以上の者が出席し、その四分の三以上の者の同意がなければならぬとされている。

近時、地方議会における議員に対する懲罰その他制裁措置の適否に関して、裁判所の司法審査の対象となるか否かが争われる事例が増加している状況にある。<sup>②</sup>

最高裁は、地方議会における議員の除名の懲罰議決については、一貫して司法審査を認めている。しかし、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰議決については、山北村議会議員出席停止処分事件に関する最高裁昭和三五年一月一九日判決<sup>③</sup>以下、「昭和三五年最判」という<sup>④</sup>が司法審査の対象とならぬと判示した。すなわち、昭和三五年最判は、三日間の出席停止処分の適否について、地方議会という自律的な法規範をもつ団体の「内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としない」とし、司法審査の対象外であると判断した。昭和三五年最判は、地方議会議員の懲罰に関する従来の指導的判例とされている。

ところが、最近、最高裁令和二年一月二五日判決<sup>④</sup>以下、「令和二年最判」という<sup>⑤</sup>は、二三日間の出席停止の懲罰を科された地方議会の議員がその取消しや出席停止に伴う議員報酬の減額分の支払いを求めて争われた岩沼市議会議員出席停止処分事件について、昭和三五年最判を変更して、地方議会議員に対する出席停止の懲罰が裁判所の司法審査の対象になると判示したのである。

令和二年最判では、地方議会における出席停止の懲罰が司法審査の対象となるか否かが、重要な争点となっており、地方議会議員に対する出席停止の懲罰は司法審査の対象となるとして、昭和三五年最判を六〇年ぶりに変更したものである。したがって、令和二年最判は、従来の地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査のあり方を大きく変

えるものとなっており、重要な判例として注目されている。

そこで、以下、本稿は、地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査の問題を考えるために、これまでの最高裁判例等の状況を概観したうえで、令和二年最判における基本的な判断枠組み（「法律上の争訟」の該当性、部分社会論、地方議会の自律性の問題）、令和二年最判の射程、今後の本案審理の問題を取り上げて、判例や学説等を中心として考察するものである。

(1) 例えば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第七版）』（岩波書店 二〇一九年）三四七頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅱ（第七版）』（有斐閣、二〇二二年）一〇七頁以下等参照。

なお、日本国憲法に特別の定めがあるため、「法律上の争訟」の裁判が裁判所の権限に属しない場合として、憲法五五条（両議院が行う議員の資格争訟の裁判）、同六四条（国会の弾劾裁判所が行う裁判官の弾劾裁判）がある。これらの裁判については、司法審査は認められないと解されている。

(2) 具体的な事案として、地方議会の議員に対しては、地方自治法一三五条に基づく懲罰（除名・出席停止・陳謝・戒告）のほか、同法一二九条に基づく措置（議会の議長による議員に対する発言取消命令など）、さらには、条例や当該議会の自律的決定に基づく措置（厳重注意や警告など）が問題となっている。

地方議会においては、議員への懲罰や不利益処分が、多数派による少数派への圧力として、いわば「政争」の手段のように扱われ、懲罰の濫用ともいえるべき状況がみられる（西上治「地方議会と司法審査」法学セミナー八〇〇号二六頁参照）。

(3) 最判昭和三五年一〇月一九日民集一四卷一二号二六三三頁。

昭和三五年最判に関する判例解説等については、斎藤秀夫「判例批評」民商法雑誌四四卷五号一一一頁以下、田村悦一「公法判例批評」岡山大学法経学会雑誌一〇卷四号一一五頁以下、常岡孝好「判例解説」『地方自治判例百選（第三版）』別冊ジュ

リスト一六八号一二〇頁以下、佐藤幸治「『部分社会』と司法審査——地方議会の議員の懲罰をめぐる紛争は司法権の対象となるか——」法学教室増刊『憲法の基本判例（第二版）』二〇三頁以下、室井力「判例解説」『行政判例百選Ⅰ』別冊ジュリスト六一号六四頁以下、濱秀和「判例解説」『地方自治判例百選』別冊ジュリスト七一号一〇二頁以下、高田敏「判例解説」『憲法判例百選Ⅱ（第四版）』別冊ジュリスト一五五号四〇二頁以下、田中真次「判例解説」『最高裁判所判例解説民事篇昭和三五年度』（法曹会、昭和三十六年）三七九頁以下、安念潤司「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第六版）』別冊ジュリスト二二二号三一六頁以下、大橋真由美「判例解説」『地方自治判例百選（第四版）』別冊ジュリスト二一五号一二六頁以下、中嶋直木「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第七版）』別冊ジュリスト二二六号二〇〇頁以下、田近肇「判例解説」『憲法判例百選Ⅱ（第七版）』別冊ジュリスト二四六号三九四頁以下参照。

地方議会議員の懲罰に対する司法審査のあり方については、皆川治廣「地方議会による議員懲罰とその司法審査に関する再考察」中京法学五四巻三・四号二六七頁以下、人見剛「地方議会による所属議員に対する出席停止の懲罰議決の司法審査について」早稲田法学九五巻三号六三九頁以下、神橋一彦「地方議会議員に対する懲罰と『法律上の争訟』——出席停止処分に対する司法審査を中心に——」立教法学一〇二号一頁以下参照。

(4) 最判令和二年一月二五日民集七四巻八号二二二九頁。

令和二年最判については、柴田堯史「最新裁判例研究」法学セミナー七九六号一二三頁、小林直三「判例コラム」WLJ判例コラム（臨時号【文献番号2021WLJCC003】）第二二四号一頁以下、服部麻理子「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説二九号』（二〇二二年一〇月）三七七頁以下、渡辺康行「団体の内部自治と司法権——地方議会を中心として——」泉徳治ほか『統治構造において司法権が果たすべき役割（第二部）』（判例時報社、二〇二二年）三二二頁以下、木下智史「『部分社会の法理』と司法権の限界」泉徳治ほか『統治構造において司法権が果たすべき役割（第二部）』（判例時報社、二〇二二年）二二三頁以下、神橋一彦「判例解説」行政法研究三七号一九七頁以下、長谷部恭男「地方議会議員に対する出席停止の懲罰と司法審査」判例秘書ジャーナル【HJ100094】一頁以下、西上治「判例時評」法律時報九三巻二号四頁以下、小西敦「判例解説」税七六巻八号七〇頁以下、徳本広孝「判例解説」法学教室四八六号一四二頁、櫻井智章「判例解説」法学教室四八六号

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について（西原）

一四一頁、御幸聖樹「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説二八号』（二〇二二年四月）四三頁以下、市川正人「団体内紛争」と司法権——最高裁大法廷判決を受けて」論究ジュリスト三六号一三四頁以下、土井翼「地方議会に関する司法審査の方法」論究ジュリスト三六号一四三頁以下、勢一智子「地方議会の規律における司法権の役割」論究ジュリスト三六号一五〇頁以下、人見剛「岩沼市議会議員出席停止処分事件に関する最高裁大法廷判決の意義」判例時報二四七六号一一頁以下、十河弘「岩沼市議会議員出席停止処分取消等請求事件——昭和三五年最判の判例変更に至る経緯と今後の課題」判例時報二四七六号一四頁以下、荒谷謙介「時の判例」ジュリスト一五五八号九二頁以下、井上武史「地方議会議員に対する出席停止処分と司法審査」法学教室四八八号五八頁以下、渡辺康行「地方議会の自律的権能と司法審査——岩沼市議会議員出席停止処分事件大法廷判決の意義と射程」法律時報九三卷五号一二五頁以下、日野辰哉「最新裁判例研究」法学セミナー七九八号一二八頁、今本啓介「財政法判例研究」地方財務八〇六号一九一頁以下、嘉藤亮「判例動向研究」自治総研五一六号八六頁以下、川嶋四郎「最新裁判例研究」法学セミナー八〇四号一二七頁、荻谷昌子「判例解説」行政判例研究会編『令和二年行政関係判例解説』（ぎょうせい、二〇二二年）一三〇頁以下、野坂泰司「最新判例批評」判例評論七五六号二頁以下、飯田稔「判例研究（一）」亜細亜法学五六卷一号一頁以下、飯田稔「判例研究（二・完）」亜細亜法学五六卷二号五三頁以下、荒谷謙介「判例解説」法曹時報七三卷一〇号一七一頁以下、渡邊亙「判例研究」名城法学七一巻一号四一頁以下、横尾日出雄「地方議会議員の出席停止の懲罰と司法審査について——岩沼市議会議員出席停止処分事件と『部分社会の法理』をめぐって——」中京ロイヤール三六号六三頁以下、渡辺康行「判例解説」『令和三年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一五七〇号一〇頁以下、渡井理佳子「判例解説」『令和三年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一五七〇号四六頁以下、神橋一彦「統治機構の機能維持と司法審査——憲法五三条違憲国賠訴訟など近時の事件を中心に——」立教法学一〇五号六八頁以下、神橋一彦「地方議会議員に対する懲罰と司法審査——岩沼市議会事件大法廷判決と今後の展望」大貫裕之・神橋一彦・松戸浩・米田雅宏編『行政法理論の基層と先端』（信山社、二〇二二年）三四九頁以下、中嶋直木「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第八版）』別冊ジュリスト二六一号二九二頁以下参照。

## 二 最高裁判例等の状況

### 1 昭和三五年最判以前

昭和三五年最判以前の最高裁は、地方議会による議員の懲罰議決は行政処分<sup>(1)</sup>に該当するとし、議員の除名の懲罰議決については司法審査の対象であるとしていた<sup>(2)</sup>。

地方議員の出席停止の懲罰議決については、昭和三五年最判以前には、最高裁判例はなかったが、下級審判決や行政実例において、出席停止の懲罰議決が司法審査の対象となることを前提に、これが違法となるとされたものとして、次のようなものがあつた<sup>(3)</sup>。

例えば、下級審判決<sup>(4)</sup>においては、議員に一箇年間出席停止を命ずる旨の懲罰の議決<sup>(5)</sup>、議場又は議会外の議員の行為で議会運営に関しないものに対してなされた一六か月間にわたる長期の出席停止の懲罰議決<sup>(6)</sup>や、議員に対して当該会期を超えて出席を停止する懲罰議決<sup>(7)</sup>に関する判決などがあつた。

行政実例においては、次の会期の会議において開会の日から何日間出席を停止する処分は無効であり、向こう一年間又は議員の残任期間を通じて出席を停止するようなもの、その他出席停止の期間がその会期後にわたるものは、会期を超える部分については当然に無効であるとされていた<sup>(8)</sup>。

また、昭和三五年最判以前の学説においては、地方議会の議員に対する懲罰について、第一に、除名も含めて司法審査の対象とならないという見解、第二に、除名のみならず出席停止も司法審査の対象となるという見解、第三に、中間説として、除名は司法審査の対象となるが、出席停止以下の懲罰は司法審査の対象とならないという見解が対立

していた。<sup>(9)</sup>

最高裁において、地方議員に対する出席停止の懲罰決議と司法審査の問題を初めて取り上げた判例は、次節で述べる「昭和三五年最判」である。

(1) 最判昭和二六年四月二八日民集五卷五号三三六頁参照。

本判決では、「通常の場合においては、議会が議決をしても、その議決は外部に対し地方公共団体の行為としての効力を持たず、議決に基いて、執行機関が行政処分をした場合に、はじめて効力を生ずるのであつて、従つて、議決を直ちに行政処分とすることはできないのであるが、……議員懲罰の議決は執行機関による行政処分をまたず、直接に効力を生じ、この点において通常の議決とはその性質を異にし、行政処分と何等かわるところはない」とし、議員の「懲罰議決はこれを行政処分と解し、これを行う議会は行政庁」と解するのが相当である旨を判示している。

(2) 昭和三五年最判以前で、地方議員の除名の懲罰議決に関する最高裁判例として、最判昭和二六年四月二八日民集五卷五号三三六頁、最判昭和二七年二月四日行裁例集三卷一〇号二二三三五頁、最判昭和二八年一月一日民集七卷一〇号一〇四五頁、最判昭和三四年二月一九日民集一三卷二号一九三頁、最判昭和三五年三月九日民集一四卷三号三五五頁が挙げられる。

例えば、最判昭和二七年二月四日行裁例集三卷一〇号二二三三五頁では、「市議会における議員の除名議決は、特にこれに基く執行機関の処分をまたず直にその議員をして議員たる地位を失わしめる法律効果を生ぜしめる行為であるから、一種の行政処分と解すべく、この場合の市議会は……いわゆる行政庁に該当すると解するを相当とする。そして、地方自治法一三五条所定の懲罰の四種類中のいずれの懲罰を科すべきかは……全然市議会の自由裁量に属するものとはいえないばかりでなく議員の議会において使用した言葉が同一三二条所定の『無礼の言葉』に該当するか否かは、法律解釈の問題であつて、これが解釈を誤りこれに基き議員を除名したような場合には、その前提が違法であるから、除名そのものもまた違法たるを免れない」と判示している。



なお、前記の最判昭和三五年三月九日民集一四卷三号三五五頁は、除名議決の適否について審理していないが、それは議員任期の満了により訴えの利益がなくなったことを理由とするものであり、除名議決について裁判所が審査権を有すること自体は前提とされている。

- (3) 神橋一彦「地方議会議員に対する懲罰と『法律上の争訟』——出席停止処分に対する司法審査を中心に——」立教法学一〇二号二頁、荒谷謙介「判例解説」法曹時報七三卷一〇号一七八頁参照。
- (4) この点については、綿貫芳源『註解・地方自治法』（公務職員研修協会、一九七七年）三四九—三五〇頁参照。
- (5) 京都地判昭和二十四年一月一六日行政裁判月報二〇号一八九頁参照。
- (6) 福岡地判昭和二十四年二月二八日行政裁判月報二四号一三四頁参照。
- (7) 福岡高判昭和二五年九月一日行政裁判集一卷六号八六〇頁参照。
- (8) 松本英昭『新版逐条地方自治法（第九次改訂版）』（学陽書房、二〇一七年）四九三頁参照。
- (9) この点については、宇賀克也「行政判例研究」自治研究六三卷一一号三〇頁以下、安念潤司「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第六版）』別冊ジュリスト二二二号三二六—三二七頁参照。

## 2 昭和三五年最判とその後の裁判例

山北村議会議員出席停止処分事件は、山北村議会の議員が、三日間の出席停止の懲罰を科されたことに対して、この懲罰決議が無効であるとして、その無効の確認と取消しを求めた事案である。事案の概要については、以下のとおりである。

新潟県岩船郡山北村議会は、昭和三三年一月二二日、その議員であったXら（原告・控訴人・上诉人）の出席を同日より三日間停止する懲罰議決を行った。当時、同議会では、同村役場位置条例の一部を改正する条例案の審議がな

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について（西原）

されていたが、それがXらを中心とする反対派によって否決される形勢にあった(同条例制定には出席議員の三分の二以上の同意を要する)。そこで、賛成派は同条例案を可決するためにXらをその表決から排除することを図り、Xらはかつて山北村の合併促進委員であったのにもかかわらず、今日にいたって右条例の制定に反対し、「議事を混乱に陥れていることは懲罰に値する」との理由で、出席停止の懲罰を行った。

これに対してXらは、当該懲罰議決は、同村議会の会議規則八八条に違反して無効であり、さらに、右条例の議決および告示も無効であるとして出訴し、それらの無効の確認、予備的に懲罰議決および条例の告示の取消しを求めた。第一審判決<sup>①</sup>は、本件訴えを却下し、第二審判決<sup>②</sup>は控訴を棄却した。その理由としては、第一に、出席停止期間が既に経過しており、現在において訴えの利益がないこと、第二に、議会の議決は地方公共団体の内部的意思決定に過ぎず、「公法上の権利関係」とはいえないこと、第三に、本件条例の公布はXらに対し直接現実に法律効果を及ぼすものではないことであった。

昭和三五年最判<sup>③</sup>は、本件について、次のように判示した。

「司法裁判権が、憲法又は他の法律によつてその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法三条の明定するところであるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の争争という意味ではない。一口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがあるのである。けだし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである。本件における出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当するものと解するを相当とする。

(尤も昭和三五年三月九日大法廷判決―民集一四卷三号三五五頁以下―は議員の除名処分を司法裁判の権限内の事項としてい  
るが、右は議員の除名処分の如きは、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないからであつて、  
本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしているのである。従つて、  
前者を司法裁判権に服させても、後者については別途に考慮し、これを司法裁判権の対象から除き、当該自治団体の自治的措  
置に委ねるを適當とするのである。)とし、本件懲罰の無効又は取消を求める訴えは不適法であるとした。

本判決には、以下の少数意見及び補足意見がある。河村大助裁判官及び奥野健一裁判官の各意見と、田中耕太郎裁  
判官、斎藤悠輔裁判官及び下飯坂潤夫裁判官の共同補足意見は、いずれも、除名と出席停止とで区別する理由はない  
としつつ、河村裁判官及び奥野裁判官は、いずれについても司法審査の対象とするべきであるとし、田中裁判官らの  
補足意見は、いずれについても司法審査の対象とならないとしている。

河村大助裁判官の意見は、次のとおりである。

「地方議会議員の懲罰決議は上告人の主張する如く議員としての報酬、手当、費用弁償の請求権等に直接影響  
するものである以上、その懲罰処分の適否及び右請求権等の争いは単なる議会の内部規律の問題に過ぎないもの  
と見るべきではなく、裁判所法三条の『法律上の争訟』として司法審査の対象になり得るものと解するを相当と  
する。またこのことは、その懲罰処分が除名処分であると出席停止の処分であるにより区別される理由はない。  
けだし残存任期一ぱいの出席停止ということもないとはいえず、実質的には除名処分と異なる場合もあり得る  
のみならず、停止の期間が短いからといつて訴訟の対象にならないと解すべきではないからである。従つて多数  
意見には到底賛同出来ない。」

奥野健一裁判官の意見は、次のとおりである。

「多数意見は本件懲罰議決は、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体の内部規律の問題として自治的措置に任せるべきものであつて司法裁判権の対象の外におくを相当とする旨判示する。しかし、地方公共団体の議会のした議員除名の懲罰議決が裁判所の対象となることについては既に当裁判所の屢次の判例の示すところであり、懲罰議決が議員の除名処分であると出席停止の処分であるとして區別すべき理論上の根拠はない。のみならず、行政事件特例法の適用にあつては懲罰議決はこれを行政処分と解し、これを行う議會は行政庁と解するを相当とすることは当裁判所の判例（昭和二六年四月二八日第三小法廷判決）とするところであり、一般に行政庁の処分の違憲、違法の問題について裁判所が裁判権を有することは憲法八一条、裁判所法三条によつて明白であるのみならず、地方自治法二五五条の二によれば地方公共団体の機関の処分により違法に権利を侵害されたとする者は訴願裁決を経て裁判所に出訴することができる旨を規定しており、地方公共団体の議會のした懲罰処分を除外すべき趣旨は窺われないしその処分が除名処分の如き重大事項であるときは裁判所の裁判の対象になるが、出席停止処分の如き重大でない事項は裁判所の裁判の対象にならないとするが如き區別を設ける趣旨も窺えないのである（ただ出席停止処分は停止期間の経過により訴の利益を失う場合が多いというに過ぎないのである）。従つて本件出席停止の懲罰処分は司法裁判権の対象にならないとした多数意見には賛成できない。」

田中耕太郎裁判官、斎藤悠輔裁判官、下飯坂潤夫裁判官の補足意見は、次のとおりである。

「多数意見が地方議會の議員の懲罰としての出席停止の無効確認又は取消を求める本訴を不適法とする結論には賛成である。しかし、多数意見のように、除名と出席停止とを區別して考えるべきではなく、両者はともに裁

判権の対象の外にあるものと解すべ」きである。

昭和三五年最判においては、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰議決は司法審査の対象とならないと判示した。その理由として判示されたのが、「自律的な法規範をもつ社会ないし団体に在つては、当該法規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがある」という論理、いわゆる「部分社会の法理」ないし「部分社会論」であった。昭和三五年最判は、「部分社会論」を基礎としつつ、地方議員の除名処分は「議員の身分の喪失に関する重大事項」で単なる内部規律の問題にとどまらないのに対し、当該事件における議員の出席停止は「議員の権利行使の一時的制限に過ぎないもの」であつて議会の自治的措置に委ねるのが適当であるとして、議員の出席停止の懲罰議決については除名と異なる扱いをする旨を明らかにした。

昭和三五年最判は、地方議会議員に対する懲罰についての司法審査の可否に関する先例であり、団体内部の紛争に關して、いわゆる「部分社会論」の先駆けとなる判断を示したものと一般的に理解されている。ただし、「懲罰」の中でも、「除名」については、「単なる内部規律の問題に止らない」「重大事項」であり、司法審査の対象となるときながら、「出席停止」については、「内部規律の問題」にとどまるものとして、司法審査の対象外とすることで、両者を区別する判断を行ったのである。

昭和三五年最判については、学説上、除名は司法審査の対象となるときつつ、それ以外は司法審査の対象とならないとした昭和三五年最判を支持する見解<sup>4)</sup>と、出席停止も司法審査の対象とすべきであるとする見解<sup>5)</sup>がある。学説においては、出席停止の懲罰議決を司法審査の対象外とする見解に対して批判が多い。

昭和三五年最判以後の下級審判決や最高裁の判断をみると、昭和三五年最判を先例として、これ以降、地方議会に

おける出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象外とする下級審判決が続いた<sup>(6)</sup>。下級審判決の中には、地方議員に対する長期の出席停止であれば、司法審査の対象となるような判決もあるものの、結論において地方議員の出席停止の懲罰議決を司法審査の対象としたものは、令和二年最判の原判決以外には見当たらず、また、最高裁も、出席停止の懲罰議決を司法審査の対象とならないとした原判決を破棄したことはない<sup>(7)</sup>とされる。

そうすると、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否の問題については、令和二年最判とその原判決までは、昭和三五年最判を前提として、司法審査の対象外とする判断がそのまま維持されてきたことになる<sup>(8)</sup>。

昭和三五年最判以降、この出席停止の懲罰議決に関する最高裁判決として、最判平成五年九月三〇日、最判平成七年五月三〇日、最決平成一五年一月七日、最決平成一五年一月一九日、最決平成二五年一月一二日が挙げられる<sup>(9)</sup>。しかし、いずれも判決文等において実質的な判断を示したのではなく、昭和三五年最判を参照などしていない<sup>(10)</sup>。

地方議員の出席停止の懲罰議決に対する司法審査の問題は、昭和三五年最判以後の最高裁では、次節で述べる「令和二年最判」において初めて本格的に取り上げられたのである。

- (1) 新潟地判年月日不詳民集一四卷二二号二六四六頁。
- (2) 東京高判昭和三三年一〇月一六日民集一四卷一二号二六四八頁。
- (3) 最判昭和三五年一〇月一九日民集一四卷一二号二六三三頁。
- (4) 佐藤幸治「『部分社会』と司法審査」『憲法の基本判例(第二版)』別冊法学教室三〇七頁、田近肇「判例解説」『憲法判例

百選Ⅱ（第五版）』別冊ジュリスト一八七号四一四頁参照。

昭和三五年最判については、学説上、一般に、地方議会の懲罰議決について、除名は司法審査の対象となるが、それ以外は司法審査の対象とならないと理解されてきた（佐藤幸治『日本国憲法論（第二版）』（成文堂、二〇二〇年）六四三―六四四頁、安念・前掲「判例解説」三一六頁参照）。除名も含めて司法審査の対象とならないという見解は見当たらなくなった。

なお、昭和三五年最判を支持する見解の中には、出席停止の懲罰議決についても一定の範囲で司法審査の対象となるとし、その例として、長期の出席停止、特に会期ごとにその全期間を出席停止とする処分や、短期であっても恣意性が顕著なものを挙げる見解などもある（佐藤・前掲『部分社会』と司法審査」二〇七頁、荒谷・前掲「判例解説」一八五頁参照）。

(5) 斎藤秀夫「判例批評」民商法雑誌四四卷五号一一一頁以下、田村悦一「公法判例研究」岡山法学会雑誌一〇卷四号一一五頁以下、高田敏「判例解説」『憲法判例百選Ⅱ（第四版）』別冊ジュリスト一五五号四〇二頁以下、濱秀和「判例解説」『地方自治判例百選』別冊ジュリスト七一号一〇二頁以下、常岡孝好「判例解説」『地方自治判例百選（第三版）』別冊ジュリスト一六八号一二〇頁以下、安念・前掲「判例解説」三一六頁以下参照。

さらに、渋谷秀樹『憲法（第三版）』（有斐閣、二〇一七年）六五三頁は、「地方議会の議員が住民代表の地位を有することを考えると、すべての懲戒処分を司法審査の対象とすべきである」と主張する。

(6) 昭和三五年最判は、その後も、多くの裁判例で援用され、判例として定着してきたといえる（人見・前掲論文六四一頁参照）。

(7) 荒谷・前掲「判例解説」一八一―一八二頁参照。

(8) 横尾・前掲論文七二頁参照。

(9) これらのいずれも、公刊物不掲載である。

(10) 荒谷・前掲「判例解説」一八二頁参照。

ちなみに、最近では、地方議員の出席停止の問題ではないが、最判平成三〇年四月二六日判例時報二三七七号一〇頁は、愛知県議会における議事録からの議員の発言削除命令事件について、昭和三五年最判を引用して、「裁判所法三条一項にいう一

切の法律上の争訟とは、あらゆる法律上の係争を意味するものではなく、その中には事柄の特質上自律的な法規範を有する団体の内部規律の問題として自治的措置に任せるのを適当とするものがある。そして、普通地方公共団体の議会における法律上の係争については、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る限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象とはならないと解するのが相当である」と判示している。

また、最判平成三二年二月一四日民集七三卷二号二二三頁は、名張市議会における議員嚴重注意処分事件について、昭和三五年最判を引用しながら、「普通地方公共団体の議会は、地方自治の本旨に基づき自律的な法規範を有するものであり、議会の議員に対する懲罰その他の措置については、議会の内部規律の問題にとどまる限り、その自律的な判断に委ねるのが適当である（最高裁昭和三四年（オ）第一〇号同三五年一〇月一九日大法院判決・民集一四卷一二号二六三三頁参照）。そして、このことは、上記の措置が私法上の権利利益を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断する場合であっても、異なることはないというべきである。したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する懲罰その他の措置が当該議員の私法上の権利利益を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断するに当たっては、当該措置が議会の内部規律の問題にとどまる限り、議会の自律的な判断を尊重し、これを前提として請求の当否を判断すべきものと解するのが相当である」と判示している。

これらの二つの判決では、地方議会における議員に対する処分的な措置について、「一般市民法秩序と直接の関係」という表現や「自律的な法規範」を有する議会の「内部規律の問題」という表現を用いて、「部分社会論」につながる論理を示しているものの、地方議会の内部的問題について、議会の自律的な判断の尊重という点が強調され、自律性・自主性を支える憲法上の根拠に応じて個別具体的に判断するという傾向が地方議会にも妥当しているとされる（西上・前掲「地方議会と司法審査」二五頁、横尾・前掲論文七三頁参照）。



### 3 令和二年最判

本件は、岩沼市議会の議員が、同市議会から科された二三日間の出席停止の懲罰が違憲、違法であるとして、その取消し及び議員報酬の減額分の支払を求める事案である。事案の概要については、次のとおりである。

宮城県岩沼市の市議会議員であるXは、二〇一五（平成二七）年一二月に実施された市議会議員選挙において当選し、同じく岩沼市議会（以下、「市議会」という）の議員である訴外A及びBとともに会派を構成している。Aは、海外渡航のため、二〇一六年四月二五日に行われた市議会の教育民生常任委員会を欠席した。これにより、同年六月一四日、市議会の定例会において、議決によりAに対し陳謝の懲罰処分が行われ、Aは市議会の議場において、陳謝文を読み上げた。

その後、同年同月二一日、議会運営委員会において、Xは、Aが陳謝文を読み上げた行為について、「読み上げたのは事実です。しかし、読み上げられた中身に書いてあることは、事実とは限りません。それから、仮に読み上げなければ、次の懲罰があります。こういうのを政治的妥協といいます。政治的に妥協したんです。」との発言（以下、「本件発言」という）をした。

市議会は、同年九月六日、市議会の定例会において、本件発言に関して、議決によりXに対し二三日間の出席停止処分（以下、「本件処分」という）を行った。

本件処分により、岩沼市における「議会議員の議員報酬、費用弁償及び期末手当に関する条例」第六条の二及び第三條三項に基づき、同年九月二一日に、Xに対し、出席停止期間に相当する議員報酬二七万八、三〇〇円を差し引き、住民税を控除した上で、議員報酬として七万一、九〇〇円を支払った。

これに対してXは、本件処分が違憲、違法であるとして、岩沼市を被告として、本件処分の取消しを求めるとともに、本件処分によって減額された議員報酬及び遅延損害金の支払いを求めて提訴した。

第一審判決<sup>①</sup>は、昭和三五年最判を引用して、地方議会が自律的な法規範をもつ団体であるうえ、懲罰処分のうち出席停止処分は議員の権利行使を一時的に制限するものに過ぎないため、懲罰事由該当性及び処分の適否については、地方議会の内部的規律の問題としてその自治的措置に任せるのが相当であつて、裁判所法三条の「法律上の争訟」に当たらず、司法審査の対象とはならない等として、Xの各訴えを不適法なものとしていずれも却下した。

第二審判決<sup>②</sup>は、第一審と同様に、昭和三五年最判を踏まえつつ、地方自治法の議会及び議員の活動に関する規定が、憲法第九二条及び第九三条を受けて定められた地方自治の根幹部分をなすものであつて、これを担う議員の活動を実効あるものとするため、地方自治法は、議員報酬を支給すべきことを定めているのであるから、普通地方公共団体の議員は、少なくとも議会の違法な手続によっては減額されることのない報酬請求権を有しているというべきであつて、出席停止といえども、それにより議員報酬の減額につながるような懲罰の適否の問題は、憲法及び法律が想定する一般市民法秩序と直接の関係を有するものとして裁判所の司法審査の対象となるとして、Xの各訴えを適法なものとし、これを不適法とした原判決を取り消し、本件を第一審に差し戻した。

最高裁〔令和二年最判<sup>③</sup>〕は、本件について、次のように判示している。

「普通地方公共団体の議会は、地方自治法並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる……ところ、懲罰の種類及び手続は法定されている……。これらの規定等に照らすと、出席停止の懲罰を科された議員がその取消しを求める訴えは、法令の規定に基づく処分の取消しを求

めるものであって、その性質上、法令の適用によって終局的に解決し得るものというべきである。」

「憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則として、その施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則を採用しており、普通地方公共団体の議会は、憲法にその設置の根拠を有する議事機関として、住民の代表である議員により構成され、所定の重要事項について当該地方公共団体の意思を決定するなどの権能を有する。そして、議会の運営に関する事項については、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、議会の自律的な権能が尊重されるべきであるところ、議員に対する懲罰は、会議体としての議会内の秩序を保持し、もってその運営を円滑にすることを目的として科されるものであり、その権能は上記の自律的な権能の一内容を構成する。」

「他方、普通地方公共団体の議会の議員は、当該普通地方公共団体の区域内に住所を有する者の投票により選挙され……、議会に議案を提出することができ……、議会の議事については、特別の定めがある場合を除き、出席議員の過半数でこれを決することができる……。そして、議会は、条例を設け又は改廃すること、予算を定めること、所定の契約を締結すること等の事件を議決しなければならぬ……。ほか、当該普通地方公共団体の事務の管理、議決の執行及び出納を検査することができ、同事務に関する調査を行うことができる……。議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである。」

「出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これ

が科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、これが議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるといふことはできない。

そうすると、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである。」

「したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである。

これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和三五年一〇月一九日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。

以上によれば、市議会の議員である被告人に対する出席停止の懲罰である本件処分の適否は司法審査の対象となるから、本件訴えのうち、本件処分の取消しを求める部分は適法であり、議員報酬の支払を求める部分も当然に適法である。」

なお、宇賀克也裁判官の補足意見が付されており、次のように述べている。

(1) 法律上の争訟

「法律上の争訟は、①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する紛争であつて、かつ、②そ

れが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られるとする当審の判例（最高裁……昭和五六年四月七日第二小法廷判決……）に照らし、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の取消しを求める訴えが、①②の要件を満たす以上、法律上の争訟に当たるとは明らかであると思われる。

法律上の争訟については、憲法三二条により国民に裁判を受ける権利が保障されており、また、法律上の争訟について裁判を行うことは、憲法七六条一項により司法権に課せられた義務であるから、本来、司法権を行使しないことは許されないはずであり、司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される必要がある。」

## (2) 国会との相違

「国会については、国権の最高機関（憲法四一条）としての自律性を憲法が尊重していることは明確であり、憲法自身が議員の資格争訟の裁判権を議院に付与し（憲法五五条）、議員が議院で行った演説、討論又は表決についての院外での免責規定を設けている（憲法五一条）。しかし、地方議会については、憲法五五条や五一条のような規定は設けられておらず、憲法は、自律性の点において、国会と地方議会を同視していないことは明らかである。」

## (3) 住民自治

「地方議会について自律性の根拠を憲法に求めるとなると、憲法九二条の『地方自治の本旨』以外にないと思われる。『地方自治の本旨』の意味については、様々な議論があるが、その核心部分が、団体自治と住民自治であることには異論はない。また、団体自治は、それ自身が目的というよりも、住民自治を実現するための手段と

して位置付けることができよう。

住民自治といつても、直接民主制を採用することは困難であり、我が国では、国のみならず地方公共団体においても、間接民主制を基本としており、他方、地方公共団体においては、条例の制定又は改廃を求める直接請求制度等、国以上に直接民主制的要素が導入されており、住民自治の要請に配慮がされている。

この観点からすると、住民が選挙で地方議会議員を選出し、その議員が有権者の意思を反映して、議会に出席して発言し、表決を行うことは、当該議員にとっての権利であると同時に、住民自治の実現にとって必要不可欠であるといえることができる。もとより地方議会議員の活動は、議会に出席し、そこで発言し、投票することに限られるわけではないが、それが地方議会議員の本質的責務であると理解されていることは、正当な理由なく議会を欠席することが一般に懲罰事由とされていることから明らかである。

したがって、地方議会議員を出席停止にすることは、地方議会議員の本質的責務の履行を不可能にするものであり、それは、同時に当該議員に投票した有権者の意思の反映を制約するものとなり、住民自治を阻害することになる。

『地方自治の本旨』としての住民自治により司法権に対する外在的制約を基礎付けながら、住民自治を阻害する結果を招くことは背理であるので、これにより地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象外とすることを根拠付けることはできないと考える。」

#### (4) 議会の裁量

「地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象としても、地方議会の自律性を全面的に否定

することにはならない。懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められ、裁量権の行使が違法になるのは、それが逸脱又は濫用に当たる場合に限られ、地方議会の自律性は、裁量権の余地を大きくする方向に作用する。したがって、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象とした場合、濫用的な懲罰は抑止される<sup>⑤</sup>ことが期待できるが、過度に地方議会の自律性を阻害することにはならないと考える。」

このように、第一審判決では、本件出席停止処分は、「地方議会」という「自律的な法規範をもつ団体」の「内部的規律の問題」として、昭和三五年最判と同様に、いわゆる「部分社会」に関する論理で、司法審査の対象外としている。しかし、「法律上の争訟」の該当性という点については、昭和三五年最判とは異なっており、これを明確に否定している。

これに対して、第二審判決は、昭和三五年最判を前提としながらも、出席停止の懲罰について、本件処分の場合には議員報酬の減額につながる点に着目し、「一般市民法秩序と直接の関係」を有するものとして、「法律上の争訟」の該当性を認めて、司法審査の対象となるとしている。

令和二年最判は、昭和三五年最判を変更し、地方議員に対する出席停止の懲罰の適否につき、司法審査の対象となると判示している。これは、一般市民法秩序と直接の関係を有する内部的問題にとどまるか否かという点ではなく、それぞれの団体の目的・性質・機能、その自律性・自主性を支える憲法上の根拠の相違、紛争や争われている権利の性質等を考慮に入れて、個別具体的に検討する方向性を明確にしたものといえる<sup>④</sup>。

令和二年最判が判例変更を行った背景<sup>⑤</sup>については、地方分権改革によって地方議会の役割が変化・拡大し、それに

応じた法的整備が進行しているという事情があることや、近時、地方議会における多数派による懲罰権の濫用・過剰行使などをめぐって訴訟が提起されていることなどが考えられる。

令和二年最判においては、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰について、出席停止期間中の議員は、「議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる」ことを指摘し、出席停止の懲罰は、「議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない」として、地方議員に対する出席停止の懲罰の適否は「司法審査の対象となる」と結論付けている。

最高裁の論理においては、地方議会議員が実際に出席して発言等を行うことが、議員の権利行使であると同時に住民自治を実現するための客観的な権限の行使であるとして重視されている<sup>6)</sup>。また、出席停止処分による制約の重大性を憲法が採用する住民自治の原則から説明している点が注目<sup>7)</sup>に値する。

以上、令和二年最判は、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰は司法審査の対象とならないとした昭和三五年最判を六〇年ぶりに変更し、これが司法審査の対象となつたものであり、重要な意義を有するものといえる。

(1) 仙台地判平成三〇年三月八日民集七四卷八号二二四六頁。

(2) 仙台高判平成三〇年八月二九日民集七四卷八号二二五二頁。

本高裁判決については、永田秀樹「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説二四号』(二〇一九年一〇月)三三三頁以下、奥村公輔「財政法判例研究」地方財務七八〇号一五七頁以下、御幸聖樹「最新判例批評」判例評論七三二号二頁以下参照。



(3) 最判令和二年一月二五日民集七四卷八号二二二九頁。

(4) 日置朋弘「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(平成三一年・令和元年度)』(法曹会、二〇二二年) 一一三頁参照。

(5) この点については、市川・前掲論文一四〇―一四二頁、勢一・前掲論文一五三頁以下、榊原秀訓「地方議会の懲罰と多数派による少数派の抑圧」住民と自治六九五号四頁、渡辺康行「判例解説」『令和三年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一五七〇号一頁、西上・前掲「地方議会と司法審査」二六頁、神橋・前掲「地方議会議員に対する懲罰と司法審査」三五二頁参照。

市川・前掲論文一四一頁は「本件ではそれほど悪質とも思えない議員の行為を理由とする二三日間にも及ぶ出席停止の懲罰が争われていたこと、そうした点を踏まえて控訴審判決が出席停止の懲罰が司法審査の対象となることを苦勞して認めていたことが影響を与えたのではなからうか。いずれにせよ最高裁は、地方議会の実状についての一定の認識から、出席停止の懲罰について司法的なチェックを及ぼす立場を打ち出したものと解される」としている。

(6) 服部麻理子「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説二九号』(二〇二二年一〇月) 三七頁参照。

(7) 御幸聖樹「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説二八号』(二〇二二年四月) 四六頁参照。

### 三 令和二年最判の判断枠組み

地方議会における内部紛争が司法審査の対象になるか否かの基本的な判断枠組みについては、次の三つの論点を區別して検討する必要がある。<sup>1)</sup>すなわち、第一に、当該内部紛争が「法律上の争訟」に該当するか否かという「法律上の争訟」の該当性の問題である。この「法律上の争訟」は、憲法七六条一項の司法権を具現する概念であるとされて

いるため、「法律上の争訟」に該当しない紛争については、「司法権の範囲」を超えるものとして、裁判所は審査することができない。これは、「司法権の内在的制約」と呼ばれている。

第二に、当該内部紛争が「法律上の争訟」に該当するとしても、事柄の性質上、裁判所が審査すべきでない場合が存在するか否かである。「法律上の争訟」の要件を満たしているが、何らかの理由で裁判所が審査すべきでない場合である。これは「司法権の限界」あるいは「司法権の外在的制約」と呼ばれている。

第三に、当該具体的な処分や行為は、裁判所が審査すべきでない場合にあたるか否かである。これは、具体的な紛争が司法権の外在的制約に服する性質のものであるか否かを判定するものである。

令和二年最判においては、これらの三つの論点を区分しており、それぞれについて判断を示したうえで、結論を導いている。すなわち、令和二年最判は、第一に、出席停止の懲罰が「法律上の争訟」に該当することを前提として、第二に、議会の運営に関する事項が地方議会の自律的な権能に属するとしつつも、第三に、出席停止の懲罰は議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべき事項に該当しないために、裁判所は常にその適否を判断できると判示している。<sup>(2)</sup>

以下、令和二年最判の判断枠組みに関する三つの論点について検討する。

### 1 「法律上の争訟」の該当性の問題

裁判所法三条は、裁判所は「一切の法律上の争訟」を裁判すると規定している。「法律上の争訟」は、最高裁判例<sup>(3)</sup>により、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する紛争であって〔第一要件〕、かつ、それが法律

の適用によって終局的に解決し得べきもの〔第二要件〕と定義されている。<sup>(4)</sup>

それでは、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法権の対象となる「法律上の争訟」に該当するのであろうか。この点について、昭和三五年最判は、地方議会における議員の出席停止処分の問題を「法律上の係争」としながらも、「自律的な法規範をもつ社会ないし団体」における「内部規律の問題」と位置付けて、司法審査の対象外とされていることから、「法律上の争訟」に該当しないと判断したものと解される。<sup>(5)</sup>しかし、この「自律的な法規範をもつ社会ないし団体」における「法律上の係争」が「法律上の争訟」に該当しないとということと、最高裁が判示する「法律上の争訟」の要件や定義との関係を、昭和三五年最判は明確に説示していない。<sup>(6)</sup>単に「事柄の特質上」として自律的な団体の内部規律の問題を包括的に「法律上の争訟」の裁判権の対象外とすることは説得力を欠き、妥当とはいえない。<sup>(7)</sup>

また、出席停止の懲罰の問題が「法律上の争訟」に該当しないとしても、この「法律上の争訟」の要件のうち、第一要件を充足していないからなのか、それとも第二要件を充足していないからなのか、あるいは他の理由から「法律上の争訟」に該当しないとされたのかは、明らかではなかった。<sup>(8)</sup>さらに、「法律上の争訟」の該当性を否定する立場においても、第一要件と第二要件のどちらが問題となっていたのかについては、見解の相違がみられた。<sup>(9)</sup>

この論点について、令和二年最判は、「出席停止の懲罰を科された議員がその取消しを求める訴えは、法令の規定に基づく処分の取消しを求めるものであって、その性質上、法令の適用によって終局的に解決し得るものというべきものである」と判示している。判決文に「法律上の争訟」という言葉は出てこないが、この説示の内容から、法廷意見は、「法律上の争訟」にかかわる判断を行ったものであり、かつ、本件訴えがそれに該当することを認めたものと

解される。<sup>11)</sup> この点について、宇賀裁判官の補足意見は、板まんだら事件の最高裁判決を引用したうえで、出席停止の懲罰の取消しを求める訴えが、第一要件と第二要件を満たす以上、「法律上の争訟に当たすることは明らかである」と明言している。

こうして、令和二年最判は、「出席停止」の懲罰の適否に関する司法審査の問題に関して、昭和三五年最判を判例変更するものであるが、「法律上の争訟」に該当するか否かの点についても、その該当性を認める意味で、その判決内容を明確にしたものといえる。<sup>13)</sup>

(1) この点については、井上武史「地方議会議員に対する出席停止処分と司法審査」法学教室四八八号六一頁、横尾・前掲論文七七頁以下参照。

(2) 昭和三五年最判では、第一の論点と第二の論点に関する判断が区別されていないために、地方議員に対する出席停止の懲罰の適否について、「法律上の争訟」の該当性が否定されたのか、それとは別の理由で「外在的制約」として司法審査の対象外とされたのかは不明瞭であった。これに対して、令和二年最判は、地方議会における出席停止の懲罰が裁判所の司法審査の対象となるか否かについては、まず、法令の適用によって終局的に解決できるものかどうかにより判断する姿勢を示し、出席停止の懲罰の適否の具体的な判断に際しては、憲法や地方自治法上の規定を踏まえて、地方議会の自律的権能と議員の活動の責務との調整について、住民自治の原則の実現という観点から判示している。

(3) 最判昭和二八年一月一七日集民一〇号四五五頁、最判昭和五六年四月七日民集三五卷三号四四三頁。

(4) 荒谷・前掲「判例解説」一八八頁、宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法(第七版)』(有斐閣、二〇二一年)一〇八頁参照。

もつとも、裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」には、いくつかの例外があり、①議員の資格争訟の裁判(憲法五五

条)、裁判官の弾劾裁判(同六四条)のように、憲法が明文の規定で認めたもの、②国際法上の治外法権や、条約による裁判権の制限のような国際法によつて定められたもののほか、③国会ないし各議院の自律権に属する行為、行政機関ないし国会の自由裁量に属する行為、いわゆる統治行為及び団体の内部事項に関する行為など、法律上の係争ではあるが、事柄の性質上裁判所の審査に適しないものがあるとされ、これらは司法審査の対象外であると解されており、学説上は、「司法権の限界」として論じられている(芦部・前掲書三五二頁以下参照)。

(5) 木下智史「『部分社会の法理』と司法権の限界」判例時報二四三二五号一二八頁参照。

昭和三五年最判は、裁判所の司法審査が、「一切の法律上の争訟」に及ぶとしながらも、すべての「法律上の係争」がその対象となるものではないとして、「法律上の争訟」と「法律上の係争」とを区別している。「法律上の係争」と「法律上の争訟」の問題については、柴田憲司「言葉の違いの意味——『法律上の争訟』と『法律上の係争』は何が違うのか?」大林啓吾・柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』(成文堂、二〇一八年)一一五頁以下参照。

この「法律上の係争」については、そもそも法令上の概念ではなく、また判例の多用する概念でもない。さらに、ある事案が「法律上の係争」に当たるものの「法律上の争訟」には当たらないのか、それとも端から「法律上の争訟」に当たらないのかは、当該事案に司法権が及ばないという法的効果に何らの差異をもたらすものではない。そうだとすれば、「法律上の争訟」とは異なる「法律上の係争」を概念化したところで、その法的意味は、いわば「無」であるということになる。「法律上の係争」の探求は、単なる擬似問題に過ぎないといった指摘がある(飯田稔「判例研究」亜細亜法学五三卷二号一五五頁参照)。

(6) 市川・前掲論文一三五頁参照。

(7) 野坂・前掲「最新判例批評」四頁参照。

(8) 市川・前掲論文一三五頁、木下・前掲「『部分社会の法理』と司法権の限界」一一八頁、横尾・前掲論文六六頁参照。

(9) 渡辺康行「団体の内部自治と司法権——地方議会を中心として」判例時報二四四六号八五—八六頁、田近肇「団体内部紛争と司法権」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室(第二版)』(日本評論社、二〇二〇年)一九八—二〇〇頁参照。

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について(西原)

(10) 法廷意見には「法律上の争訟」への言及がない点に関しては、昭和三五年最判が「法律上の争訟」の第二要件の充足を否定するものであったとの前提に立つて、令和二年最判はこれを肯定したものであり、第一要件の充足は論じるまでもないことであつたとする説（西上治「判例時評」法律時報九三卷二号五頁参照）や、本件で問題となつてゐるのは議員の地位に由来する権利（あるいは機関としての権限）であり、必ずしも個人的な権利・利益とはいえないことから、第一要件との関係で「その性質や内容について議論があつたか、あるいはその部分についての深入りをあえて避けた可能性がある」とする説（神橋・前掲「判例解説」二〇六頁）がある。

(11) 井上・前掲「地方議会議員に対する出席停止処分と司法審査」六二頁、市川・前掲論文一四二頁、櫻井・前掲「判例解説」一四一頁、御幸・前掲「判例解説」四五―四六頁、神橋・前掲「判例解説」二〇六頁参照。

(12) 最判昭和五六年四月七日民集三五卷三号四四三頁。

(13) 横尾・前掲論文八〇頁参照。

## 2 部分社会論からの脱却

「部分社会論」<sup>(1)</sup>とは、一般に、自律的法規範を有する社会ないし団体の「内部の紛争に関しては、その内部規律の問題にとどまる限りその自治的措置に任せ、それについては司法審査が及ばないという考え方」<sup>(2)</sup>であり、「部分社会の法理」とも呼ばれている。

昭和三五年最判では、いわゆる「部分社会」という表現は用いられていないが、「自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがある」として、後の「部分社会論」につながる考え方が示された。そして、この理論が確立したとされる富山大学単位不認定事件の最高裁昭和五二年三月一五日判決<sup>(3)</sup>（以下、「昭和五二年最判」という）が、昭和三五年最判を

先例として挙げたことから、「部分社会論」の先駆けとして理解されるようになった。<sup>(4)</sup>

このように、昭和三五年最判は、「自律的な法規範をもつ社会ないし団体」における「内部規律の問題」は司法審査の対象にはならないとして、「出席停止」の懲罰がこれに該当すると判断し、いわゆる「部分社会論」の考え方を明らかにした。ただし、「除名」については、単なる内部規律の問題に止まらない「重大事項」のため、司法審査の対象となると判示した。<sup>(5)</sup>

「部分社会論」については、これが内在的制約（司法権の範囲）か、あるいは外在的制約（司法権の限界）かが問題となる。判例は内在的制約の立場をとったものと理解されている。<sup>(6)</sup> すなわち、昭和三五年最判が「一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争」を指すものではないとしていることに着目すれば、地方議会や大学といった団体内部の争訟は「法律上の争訟」ではない、つまり司法権の範囲外ということになる。<sup>(7)</sup>

これに対し、学説においては、「部分社会論」は外在的制約（司法権の限界）の問題として位置付けられているが、<sup>(8)</sup> 地方議会・大学・政党・宗教等の様々な団体の内部紛争について、「部分社会論」によってすべて一律に司法審査の対象外とする考え方には、数多くの批判がある。その主要なものとして、以下のものが挙げられる。

第一に、「それぞれの団体の目的・性質（たとえば、強制加入か任意加入かの区別）・機能はもとより、その自律性・自主性を支える憲法上の根拠も、……地方議会（九三条。地方自治法一三四条―一三七条参照）などで異なるので、その相違に即し、かつ、紛争や争われている権利の性質等を考慮に入れて個別具体的に検討しなければならない」とする見解がある。<sup>(9)</sup>

第二に、「部分社会論」に関して、とりわけ「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るか

否か」という判断基準は、これまでも司法審査の可否を決定する基準としては必ずしも機能しておらず、団体の内部紛争の中には司法審査の対象とならないものがあるという現象を説明する説明概念に過ぎないのではないかとする見解がある。<sup>(10)</sup>

第三に、部分社会論に関して、「憲法は『裁判を受ける権利』を保障している。この権利は、社会における平和と秩序の維持のために紛争の自力救済を禁止した見返りであり、紛争の解決を求める者に部分社会論という憲法上明示の根拠のない理論を安易に持ち出して救済を拒否するのは、憲法上問題があろう。少なくとも、裁判を受ける権利を制限しようような憲法上の根拠を示す必要があると思われる。……地方議会に関しては地方自治、国立大学に関しては大学の自治が援用できるであろう。こうした憲法上の論拠により説明できる場合に、『部分社会』というような包括的な概念を持ち出して説明することは必要ないし、好ましくもない<sup>(11)</sup>」という見解がある。

第四に、最高裁判例による「部分社会論」は、一般民法秩序と直接関係するの可否かを判断基準としているが、これは歴史的には特別権力関係論を克服し、司法審査を部分的に肯定するために提示されたものであった。そのうえで、①「一般民法秩序」の概念が高度に抽象的であり、特定の地位が民法上の地位か否かの判別自体が困難であること、②係争対象となった不利益措置で審査が肯定されるものと否定されるものとの間に質的な相違は認め難いこと、③結果志向の判断基準であり、結果を正当化する機能しか果たしていないことなどの問題点を指摘する見解がある。<sup>(12)</sup>

第五に、「自律的な法規範を有する部分社会内部の紛争を司法審査の対象外とする部分社会の法理は、本判決の宇賀補足意見も指摘するように、裁判を受ける国民の権利を保障する憲法三二条および法律上の争訟の解決を裁判所固



有の任務とする憲法七六条一項の趣旨と衝突する要素を含む。団体の自律性を尊重することは、その反面、各団体内部の少数者の権利・利益を裁判所が保護しないことを意味することになる<sup>13</sup>」という見解がある。

第六に、「部分社会論」に関し、「この論理を一般的に承認することは、司法審査が及ばない領域を広く解する傾向を正当化することとなり、法治主義の原則からして妥当ではない。団体内部の紛争であつても、……（地方議会などの場合には）地方自治などの憲法原理に照らして理論を構成すべきであろう<sup>14</sup>」とする見解がある。

この他にも、「団体の目的・性格・機能、紛争の性格・程度、争われている権利や侵害の程度等は、事案によって異なる。『部分社会』という包括的な概念を基礎として司法権がどこまで関わるべきかを判断しようとすることは、有害無益である。判例も、実際には包括的思考を貫いていたわけではない。……近年、地方議会に関する事件が続出しているが、ここでは地方議会の自律権の尊重と司法的統制の可否・程度という、より具体的な形で論じられるようになって<sup>15</sup>」といった見解などがある。

このように、学説においては、「部分社会論」に対する批判が多いことがわかる。社会や団体には様々なものがあり、それぞれの自律性の憲法上の根拠も異なるため、それぞれの根拠に従って個別に判断されるべきであること、基本的人権の尊重という憲法の理念からすると、当該団体の自律的解決によって不利益を被る内部の少数者の権利との調整を図る必要があること、法治主義の原則からすると、司法審査の及ばない領域はできる限り狭く解するのが相当であることなどからすると、これらの批判は妥当であると考えられる<sup>16</sup>。

令和二年最判は、地方議会という「自律的な法規範をもつ社会ないし団体」における「内部規律の問題」として一律に司法審査の対象外とするような「部分社会論」に通ずる判断枠組みを採用しておらず、本件処分の問題について

「単なる内部規律の問題に止らない」「重大事項」であるか否か、あるいは、「一般市民法秩序と直接の関係を有するもの」であるか否かといった基準で判断していない。

令和二年最判は、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否の判断に際して、「部分社会論」の判断枠組みを用いておらず、憲法上の根拠を踏まえて、地方議会の自律権と議員の活動の責務等に関して個別具体的な検討をすることにより、結論を導いていることから、「部分社会論」を採用しないことを明らかにしたといえる。<sup>17)</sup>

このように、令和二年最判からは、少なくとも地方議会議員の懲罰に関する紛争を含め、地方議会の内部的な紛争については、個別具体的な検討が求められることから、もはや「部分社会論」を援用することはできないものと考えられる。したがって、令和二年最判は、「地方議会」における内部的な紛争については、「部分社会論」を放棄したものと解される。<sup>18)</sup> 「部分社会論」に関しては、大学や政党など、その他の団体の内部紛争についても、令和二年最判の判断枠組みで示されているように、最高裁は、当該団体の種類・性格や争われている権利の性質などを個別具体的に検討して、司法審査の対象となるか否かを判断するという姿勢を強めるものと考えられ、こうして、令和二年最判は、「部分社会論」からの脱却を目指したものと位置付けることができる。<sup>19)</sup>

また、「部分社会論」の下に説明される団体は多種多様であり、その中には司法審査の対象とならない内部紛争があるという現象を説明する意味での説明概念として「部分社会論」という用語を用いることができるとしても、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的問題にとどまるか否かは基準として機能しているとはいえず、規範概念とはいえない面があったとされる。<sup>20)</sup>

令和二年最判は、「従前のいわゆる『部分社会』内の紛争への介入に消極的であった裁判所の姿勢を改め、地方統

治機関に法の支配を貫徹させる強い意志を示したもの<sup>21)</sup>と評価されている。

今日では、地方議会について「部分社会」という用語を用いるとしても、それは司法審査を一般的・包括的に排除するような自律性を認めるものではあり得ず、せいぜい、当該部分社会の管理者に比較的広い裁量が認められるだけであるという具合に相対化されて理解されるようになって<sup>22)</sup>いる。

(1) 「部分社会論」(あるいは「部分社会の法理」)に関しては、初期の主要な文献として、例えば、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、一九八四年)九二頁以下、佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、一九八八年)一四七頁以下、川村清「部分社会論と司法権」和田英夫先生古稀記念論文集編集委員会編『裁判と地方自治』(敬文堂、一九八九年)一頁以下、渋谷秀樹「事件性の要件と部分社会論」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣、一九九三年)一五九頁以下、甲斐素直「いわゆる『部分社会の法理』について」法学紀要三六号三一九頁以下等参照。近年の文献として、木下智史「『部分社会の法理』と司法権の限界」泉徳治ほか『統治構造において司法権が果たすべき役割(第二部)』(判例時報社、二〇二一年)二二三頁以下、渡辺康行「団体の内部自治と司法権——地方議会を中心として——」泉徳治ほか『統治構造において司法権が果たすべき役割(第二部)』(判例時報社、二〇二一年)三二三頁以下、安福達也「法律上の争訟性をめぐる裁判例と問題点(上)」判例タイムズ二二三四号二八頁以下、渡邊亘『法律の留保に関する比較研究』(成文堂、二〇一九年)二六七頁以下参照。

(2) 野中俊彦「裁判所と憲法訴訟」野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ(第五版)』(有斐閣、二〇二一年)二三四頁。

そもそも、「部分社会論」は、県議会議員に対する除名処分取消訴訟に係る執行停止につき、裁判所が停止の決定をしたところ、内閣総理大臣が異議を述べたことに関する最決昭和二八年一月一六日民集七卷一号一二頁(米内山事件)での田中耕

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について(西原)

太郎裁判官の少数意見にその起源がある。すなわち、「国際社会は自らの法を有し又国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもっている。法秩序は社会の多元性に応じて多元的である。それ等の特殊的法秩序は国家法秩序即ち一般的法秩序と或る程度の関連があるものもあればないものもある。……国会や議会に關しても、司法権の介入が認められない純然たる自治的に決定さるべき領域が存在することを認めるのは決して理論に反するものではない。そうして本件の問題である懲罰の事案のごときは正にかかる領域に属するものと認められなければならない。……要するに地方議会の懲罰に關しては、議会自体が最終の決定者であること国会の場合と同様である。仮に多数者が横暴に振舞い、事実として懲罰の事由の存否が疑わしい場合に懲罰に附し又は情状が軽いのに比較的重い制裁を課したような事情があつたとしても、それは結局事実認定裁量の問題に歸し、従つてその不当は政治問題たるに止まり、違法の問題ではないのである」とする。

(3) 最判昭和五二年三月一五日民集三一巻二号二三四頁。

昭和五二年最判は、昭和三五年最判を引用し、「一般市民社会の中にあつてこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の關係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならない」と判示した。これにより、いわゆる「部分社会論」が判例上確立し、昭和三五年最判は、「部分社会論」を形成した判例として位置付けられている（佐藤幸治『日本国憲法論（第二版）』（成文堂、二〇二〇年）六四四頁、高田敏「判例解説」『憲法判例百選Ⅱ（第四版）』四〇三頁、田近肇「判例解説」『憲法判例百選Ⅱ（第七版）』三九五頁参照）。

「部分社会論」は、その後、地方議会や大学だけでなく、政党、宗教団体等の内部規律をめぐる紛争に展開されていった（最判昭和六三年二月二〇日判例時報一三〇七号一一三頁、最判平成五年九月七日民集四七巻七号四六六七頁等参照）。

(4) 荒谷・前掲「時の判例」九三―九四頁、西上・前掲「判例時評」五頁、横尾・前掲論文六六頁参照。

(5) この点に關して、昭和五二年最判で確立された「部分社会論」では、「自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争」は裁判所の司法審査の対象にはならないが、「一般市民法秩序と直接の關係」を有する場合には司法審査の対

象となり得るとされ、昭和三五年最判における判断の論理が継承されたものとなっている（横尾・前掲論文六六頁参照）。

(6) 渡辺・前掲「団体の内部自治と司法権」三二二頁参照。

(7) 嘉藤・前掲論文九六頁参照。

(8) 佐藤・前掲『日本国憲法論（第二版）』六四一―六四六頁、田近肇「団体内部紛争と司法権」曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健編『憲法論点教室（第二版）』（日本評論社、二〇二〇年）一九九頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第七版）』（岩波書店、二〇一九年）三五二―三五七頁、渡辺康行「裁判所と司法権」渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅱ 総論・統治』（日本評論社、二〇二〇年）三〇四―三二四頁参照。

(9) 芦部・前掲『憲法（第七版）』三五六頁。

(10) 佐藤・前掲「『部分社会』と司法審査」一九五頁参照。

さらに、「司法審査の対象となるか、また、いかなる司法審査が求められるかは、結社その他の存在の目的、性格、機能、紛争の性格ないし深度等々に照らし、個別具体的に判断されるべきものであるとする（佐藤・前掲『日本国憲法論（第二版）』六四四―六四五頁）。

(11) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第四版）』（有斐閣、二〇一七年）四一五頁。

(12) 渋谷秀樹「事件性の要件と部分社会論」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣、一九九三年）一七六頁参照。

(13) 長谷部・前掲「判例秘書ジャーナル」七頁。

同様に、長谷部恭男『憲法（第八版）』（新世社、二〇二二年）四一六―四一七頁では、団体の自律性を尊重することは、その反面、各団体内部の少数者の権利を裁判所は原則として保護しないということであり、それが憲法を支える個人の尊重という理念と果たして整合するかという疑問を生むとしている。

(14) 辻村みよ子『憲法（第七版）』（日本評論社、二〇二二年）四三五頁。

(15) 渡辺・前掲『憲法Ⅱ 総論・統治』三〇七―三〇八頁。

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について（西原）

- (16) 荻谷・前掲「判例解説」一三六頁参照。
- (17) 渡辺・前掲「地方議会の自律的機能と司法審査」一二七頁、横尾・前掲論文八〇頁参照。
- (18) 市川・前掲論文一四二頁、神橋・前掲「判例解説」二〇六頁、渡辺・前掲「判例解説」ジュリスト一五七〇号一一頁、野坂・前掲「最新判例批評」五頁参照。
- 人見・前掲「岩沼市議会議員出席停止処分事件に関する最高裁大法廷判決の意義」一二頁は、令和二年最判に関して、「出席停止の懲罰の司法審査については、その制約を議会の裁量権の問題に解消し、包括的な司法審査の排除を完全に否定している。少なくとも地方議会の内部規律の問題については、『部分社会論』論的な考え方は一掃されたとみられる」としている。
- さらに、市川正人『基本講義 憲法（第二版）』（新世社、二〇二二年）三〇五頁は、令和二年最判によって、最高裁は、少なくとも地方議会については「部分社会論」を用いないことを明らかにしたとし、今後、全面的な「部分社会論」の放棄に至るのではないかと期待している。
- (19) 横尾・前掲論文八一頁参照。
- 令和二年最判は、地方議員の出席停止の懲罰に関する訴えについて、「部分社会論」を援用しなかったが、「部分社会論」が司法権の限界の根拠となる当該団体ないし組織の法的性格付けに関わるものである以上、今後、これが司法権の限界を根拠付けるものとして援用されることはない（神橋・前掲「地方議会議員に対する懲罰と司法審査」三三三頁参照）。
- (20) 荒谷・前掲「判例解説」一九三頁参照。
- (21) 渋谷秀樹「統治構造において司法権が果たすべき役割 第三部【第五回】憲法判例の現状分析」判例時報二五二七号一四〇頁。
- さらに、渋谷・前掲「統治構造において司法権が果たすべき役割」一四二頁では、令和二年最判は、「部分社会論」の終焉の始まりを示すものであり、「その他の、例えば、大学内での処分を用いられた部分社会論も、裁量論に落とし込むことはあっても、一切を司法審査の対象から除外する理論はやがて葬られる宿命にある」と指摘している。
- (22) 塩野宏『行政法Ⅰ（第六版）』（有斐閣、二〇一五年）四〇頁、人見・前掲論文六五九頁参照。

### 3 地方議会の自律性の問題

一般的・包括的な「部分社会論」によらずに、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否が司法審査の対象となるか否かを検討するに当たっては、地方議会の目的・性質・機能や、その自律性・自主性を支える憲法上の根拠、紛争や争われている権利の性質等を考慮に入れて検討する必要がある。<sup>①</sup>

憲法九二条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定め」と規定している。

憲法九三条一項は、「地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する」と規定し、地方自治法八九条は、「普通地方公共団体に議会を置く」と定めている。そのため、地方議会は憲法上の根拠を有する団体であるということが出来る。

このように、地方議会については、憲法九二条、九三条という憲法上の根拠を有するものであるが、その自律性については、国会のような憲法上の明文の規定はなく、国会ほどの自律性を認めるべきであるとは一般に理解されていない。<sup>②</sup>

また、憲法九二条にいう「地方自治の本旨」とは、住民自治と団体自治からなると解されているが、国から独立した団体自らの意思と責任の下において当該事務を処理するという団体自治については、地方公共団体の自主性・自律性という側面では重要な理念といえるものの、その一機関である地方議会の自律性という側面では、団体自治の理念が地方議会の自律性の根拠の一つであるという形ではあまり議論がなされていない。<sup>③</sup>

このことから、地方議会の自律性については、「地方自治の本旨」のうち、主として住民自治の観点から、議事機

関として作用するために認められているものといえる。最高裁も、「住民自治」<sup>(4)</sup>について、「地方公共団体の施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則は地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則」であると判示している。

令和二年最判は、「部分社会論」の枠組みを採用していないが、昭和三五年最判以来認められてきた地方議会の自律性（自律権）を否定しているわけではない。前記のように、憲法九二条が住民自治の原則を採用していること、また、憲法九三条は住民が直接選挙する議員で構成される議事機関として地方議会について定めていることから、議会の運営に関する事項については、「議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、地方議会の自律的な権能が尊重されるべきである」とする。このような説示は、地方議会の自律性の憲法上の根拠を個別具体的に検討したものといえる。問題は、地方議員に対する出席停止の懲罰が地方議会の自律的な解決に委ねられるのか否かである<sup>(5)</sup>。

昭和三五年最判は、地方議員の出席停止の懲罰については、議員の権利行使の一时的制限に過ぎないもので、自律的な法規範をもつ社会ないし団体である地方議会の自治的措置に任せられるべき事柄であり、司法審査の対象にはならないとしていた。しかし、令和二年最判は、昭和三五年最判とは異なり、出席停止の懲罰は「議員の権利行使の一时的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきである」ということはできない」としている。

これは、令和二年最判が「出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度」につき、憲法を踏まえて考慮したからである<sup>(6)</sup>。地方議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、住民の代表としてその意思を当該普通地方



公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負っている。出席停止の懲罰が科されれば、議員はその期間中、「議員としての中核的な活動」をすることができないために、その責務を十分に果たすことができない。ここでは、出席停止の懲罰によって憲法に基づく重要な権利利益が失われてしまうことが、議会の自律性を制限する根拠になっているといえる。<sup>(7)</sup>

この点に関し、宇賀裁判官の補足意見も、「地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象としても、地方議会の自律性を全面的に否定することにはならない。懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められ、裁量権の行使が違法になるのは、それが逸脱又は濫用に当たる場合に限られ、地方議会の自律性は、裁量権の余地を大きくする方向に作用する。したがって、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象とした場合、濫用的な懲罰は抑止されることが期待できるが、過度に地方議会の自律性を阻害することにはならない」と述べている。

令和二年最判は、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてなされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるとしているから、これが違法となるか否かは、議会の判断が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものかなどを審査することにより決定されることとなる。<sup>(8)</sup> 令和二年最判が、出席停止の懲罰により議員としての中核的な活動を行うことができなくなること<sup>(9)</sup>を指摘している点からすると、實際上違法となる余地がかなり限られるほどに議会の裁量を尊重すべきではないと考えられる。

さらに、令和二年最判では、議員の出席停止の懲罰について、「議会の自律的な権能」に基づくものとしたうえで、裁判所は「常に」その適否を判断できるとしている。<sup>(9)</sup> 令和二年最判は、一三日の出席停止の懲罰に対して、その期間

の長短については、全く考慮していない。<sup>(10)</sup> 出席停止の懲罰自体は、議員の重要な権利利益に影響を及ぼす事項として、そのすべての適否が司法審査の対象になると判断されたと考えられる。<sup>(11)</sup>

このように、最高裁が、地方議会の自律権という多義的な理由付けに依拠して司法審査を排除する立場からは脱却していることが重要である。<sup>(12)</sup> 地方議会の自律権の尊重は、司法審査を放棄することによってではなく、司法審査の際に議会の裁量的判断を尊重する形で確保されるべきであると考えられる。地方議会が議員に対して科する懲罰は、公選の議員に対して制裁として科されるものである。今後は、地方議会の自律的な権能の根拠等に関する理論的な分析や、議員に対する懲罰の実態などに関する検討等が必要である。<sup>(13)</sup>

(1) 荒谷・前掲「時の判例」九五頁参照。

(2) 地方議会は、立法権の行使をもって主要な任務とするが、一般的には当該地方公共団体の重要な案件に関する最高の審議議決機関であり、そこには行政的意思決定も含まれるとともに、長を始めとする執行機関の業務の監視機能を果たす役割は大きいことなどから、国の国会よりも広範な権能を有するといえる（塩野宏『行政法Ⅲ（第五版）』（有斐閣、二〇二二年）二一七頁以下、宇賀克也『地方自治法概説（第九版）』（有斐閣、二〇二二年）二一七〇頁、駒林良則『地方議会の法構造』（成文堂、二〇〇六年）一六八頁以下参照）。

(3) 荒谷・前掲「判例解説」一九八頁参照。

(4) 最判昭和五六年一月二七日民集三五卷一号三五頁。

(5) 井上・前掲「地方議会議員に対する出席停止処分と司法審査」六三頁参照。

(6) 同六四頁参照。

令和二年最判においては、「議会の自律的な権能も、議事参与・議決参加を中核とする議員活動も、憲法上の住民自治の原

則から導かれている。これらは、より上位の同じ原則を実現するための手段なのである。両者が衝突する際に無条件に一方を優先することは硬直的に過ぎる。住民自治の原則をより良く実現するという観点から両者の調整を図らなければならない。本判決は、そうした調整の帰結として、出席停止の懲罰が『議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない』と結論つけたものであると評価できる」(西上治「判例時評」法律時報九三卷二号五頁)。

(7) 井上武史「部分社会の法理」横大道聡編『憲法判例の射程(第二版)』(弘文堂、二〇二〇年)二八五頁では、除名以外の「内部問題でも、制限される権利利益が重要な場合には司法審査の対象になりうる」と述べている。

(8) 最判令和二年一月二五日判例時報二四七六号八頁参照。

地方議会議員に対する懲罰議決の司法審査については、議会の自律権を根拠とする裁量が比較的広く認められる処分裁量の逸脱・濫用の審査の問題として捉えれば十分であり、その裁量権の逸脱・濫用の有無については司法審査の対象となると解すべきである(宇賀・前掲「行政判例研究」一三五頁、室井力『現代行政法の展開』(有斐閣、一九七八年)三四九頁、人見・前掲論文六六三頁参照)。

(9) 神橋・前掲「判例解説」二〇九頁は、議会の内部規律に関する問題も、今後は、議会の自律権に基づく裁量判断として、裁判所による裁量審査の対象になると述べている。また、議員の懲罰に関し地方議会に認められる裁量に対する司法審査については、皆川治廣「地方議会による議員懲罰とその司法審査に関する再考察」中京法学五四卷三・四号二八九頁以下参照。

(10) なお、中嶋直木「判例解説」『行政判例百選Ⅱ(第七版)』別冊ジュリスト二二六号三〇一頁は、昭和三五年最判の事案が三日間の出席停止処分であったことから、「それ以外の出席停止についてはなお留保されている」と述べている。

この出席停止の期間については、「そもそも、出席停止期間の長短をもって司法審査の対象となるか否かを決しようという見解は、権利制約の大きさを考慮したものと考えられるところ、予定されている審議の内容も勘案しなければ、権利制約の大きさを実質的に見定めることは難しいのではないか。例えば、条例の制定等の議案につき、ある一日にまとめて表決をするという運用がされていた場合には、その一日に出席できないとすれば、大きな権利制約となり得るし、当該議員が公約として掲

げていた重要議案の表決がされる日について、出席できないとした場合にも、大きな権利制約となり得るのであって、期間の長短と権利制約の程度は必ずしも連動するものではない」との指摘がある（荒谷・前掲「判例解説」二二二頁）。

(11) 井上・前掲「地方議会議員に対する出席停止処分と司法審査」六四頁参照。

(12) 服部麻理子「判例解説」法学セミナー増刊『速報判例解説二九号』（二〇二二年一〇月）三九頁参照。

地方議会の自律権に関して、学説上は、従来の判例による除名処分と他の懲罰との区別が「地方議会の自律権を考慮すれば、妥当なもの」と解する見解（佐藤幸治『日本国憲法論（第二版）』（成文堂、二〇二〇年）六四四頁）がある一方で、「司法審査を排除することが地方議会の自律権の本質的特性であると捉えてはならない」と主張する見解（駒林良則『地方自治組織法制の変容と地方議会』（法律文化社、二〇二一年）一三六頁）や、地方議会で「数の力によって多数派議員が少数派議員へ圧力をかけるといった実態・弊害」があるとする見解（皆川・前掲論文二九〇頁）などが主張されている。

(13) 荒谷・前掲「時の判例」九六頁、荒谷・前掲「判例解説」二〇七頁参照。

#### 四 令和二年最判の射程

地方議会の議員に対する懲罰とは、「議会の紀律と品位を保持するために、議会の秩序を乱した議員に対して議会がその自律的な権能に基づいて科する制裁<sup>1)</sup>」のことである。この懲罰については、地方自治法一三四条・一三五条により、「公開の議場における戒告」、「公開の議場における陳謝」、「一定期間の出席停止」及び「除名」が定められている。このうち、本件で問題となっている「一定期間の出席停止」は、その会期中の一定期間懲罰を科せられた議員の本会議及び委員会への出席を停止することであり、半数以上の議員の出席の下、通常の過半数の議決によりなされる。出席停止期間中は、当該議員の議会における審議権、表決権、選挙権など議員の身分に伴う議会における権限を

行使することができないこととなる。<sup>(2)</sup>

これらの懲罰のうち、「戒告」は、「公開の議場において被処分者を議長の面前に起立させ、議長が戒告文を朗読して行う」のが普通であり、「被処分者が議場に出席しない場合は絶対に行い得ないとする必要はないともいい得るかも知れないが、異例に属する」とされ、「陳謝」は、「同様公開の議場において被処分者に議会の定めた陳謝文を朗読させて行う」のが普通であり、「朗読を命ぜられてこれに応じないときは、あらたなる懲罰事犯として改めて懲罰処分を行いうる」とされている。<sup>(3)</sup>

令和二年最判では「出席停止」の懲罰に対する司法審査の可否が問題となったが、「除名」については、昭和三五年最判以前から、司法審査の対象となるとされてきたもので、令和二年最判によって、この点が変更されるものではない。

「戒告」及び「陳謝」については、令和二年最判では何ら言及されていないことから、司法審査の可否について直ちに判断できないとされる。<sup>(4)</sup> この点については、令和二年最判の趣旨から考えると、司法審査が及ばないとする見解と司法審査を及ぼすべきとする見解の両方の可能性が指摘されている。<sup>(5)</sup>

確かに、「戒告」及び「陳謝」については、議員としての中核的な活動を直接制約するものでないとするれば、議会の自律性を根拠として司法審査の対象外とされる可能性がある。<sup>(6)</sup> しかし、令和二年最判は、出席停止の懲罰が「法令の規定に基づく処分」であることを理由に、「法令の適用によって終局的に解決し得るもの」と判断していることから、「除名」及び「出席停止」以外の「陳謝」や「戒告」についても、地方自治法一三五条一項に規定された懲罰（法令に基づく処分）であることにより、その適否が「法律上の争訟」に該当すると考えられる。<sup>(7)</sup>

戒告・陳謝の懲罰事案についても、法定の懲罰という点で「出席停止」と異なるところはないから、司法審査の対象としないと均衡を失することになる。この点は、議員活動の自由をどのように捉えるかということにかかっており、戒告・陳謝であっても、議員の政治活動に影響を及ぼし、ひいては「議員としての中核的活動」の大きな制約となる可能性も否定できない<sup>8)</sup>。戒告及び陳謝の懲罰に従わなかった時には、さらなる懲罰事由になると解されるため、その運用次第によつては、議会における議員活動に対する一定の制約となる場合がある。それ故に、戒告・陳謝についても司法審査の対象となる場合がある<sup>9)</sup>と考える。

なお、仮に戒告・陳謝について、その適否が司法審査の対象となるとされた場合でも、これについての抗告訴訟が適法となるか否かについては、「訴えの利益」や「処分性」の有無等についても検討する必要がある<sup>10)</sup>。

さらにまた、地方自治法上の懲罰ではなく、地方議会が独自に定めた規則等に基づいて、議員に対して科される処分や措置（議員辞職勧告決議、発言取消命令、場外への撤去命令、嚴重注意処分等）に対する司法審査の可否に関する問題がある。令和二年最判では、これらの処分等の問題には何ら触れていないため、その判断が直接及ぶものではない。しかし、令和二年最判の趣旨を踏まえると、これらの内部的行為が、議会の定めた規則等に基づくもので、議員の活動を制限するようなときには、議会の自律性を尊重しつつも、司法審査の対象として認められる場合があると考えられる<sup>11)</sup>。

今後は、令和二年最判により、「懲罰のうち、除名や出席停止のほかにも、地方自治法に定める戒告や陳謝であっても、議員の権利行使、議員活動への制約を実質的に解釈して、司法審査の対象とする可能性が開かれた<sup>12)</sup>」といえる。

(1) 荒谷・前掲「判例解説」一九九頁。

最判昭和二八年一〇月一日民集七卷一〇号一〇四五頁では、「地方自治法一三四条の議員の懲罰は会議体としての議会内の秩序を維持することを目的とし、地方自治法又は会議規則に違反した議員にこれを科するもの」であると判示している。

(2) 加えて、地方議会における出席停止は、国会の議院における議員の懲罰である登院停止（国会法一二二条三号）とは異なり、議事堂内への一切の出入りを禁止するものではなく、例えば、傍聴席において会議を傍聴することまで禁止するものではないとされる（大出峻郎『地方議会』（ぎょうせい、一九七七年）五六二―五六四頁参照）。

(3) 松本英昭『新版逐条地方自治法（第九次改訂版）』（学陽書房、二〇一七年）四九三頁。

(4) 市川・前掲論文一四一頁参照。

(5) 荒谷・前掲「時の判例」九六頁参照。

(6) 長谷部恭男「地方議会議員に対する出席停止の懲罰と司法審査」判例秘書ジャーナル七頁、西上・前掲「判例時評」六頁参照。

(7) 井上・前掲「地方議会議員に対する出席停止処分と司法審査」六二頁、横尾・前掲論文八二頁参照。

(8) 野坂・前掲「最新判例批評」五頁参照。

渡辺康行「地方議会の自律的権能と司法審査」法律時報九三巻五号一三〇頁は、「戒告、陳謝などにも司法審査の可能性を開くことは、議会内における懲罰の濫用防止につながるだろう」と述べている。

(9) 皆川・前掲論文二八二―二八三頁は、議員の陳謝や戒告は、「議員を指導するという意味よりはむしろ、議員に対する制裁的・懲戒的性格を有する処分」であって、「陳謝や戒告を受忍しなければならないという点で、そして、名誉・信用などの人格権に対して重大な影響・侵害を及ぼす虞があるという点で、陳謝や戒告は、議員の権利・義務に直接の影響を与える」として、「法律上の争訟」の該当性を認容する。

(10) 荒谷・前掲「判例解説」二〇七頁参照。

(11) 市川・前掲論文一四一頁参照。

地方議会議員の出席停止の懲罰に対する司法審査について（西原）

ちなみに、発言の取消命令や嚴重注意処分など一部の措置については、既に具体的事案に即した司法の対応が示されているが、その他の措置がはたして、また、どのような形で司法審査の対象となるかは、今後の判例・学説の展開に委ねられている（野坂・前掲「最新判例批評」六頁参照）。

また、宇賀裁判官が補足意見において、「憲法三二条により国民に裁判を受ける権利が保障されており、また、法律上の争訟について裁判を行うことは、憲法七六条一項により司法権に課せられた義務であるから、本来、司法権を行使しないことは許されないはずであり、司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される」と指摘する。そのように考えた場合、はたして、地方議会の自律性から戒告や陳謝を司法審査の対象外とすることは、正当化できるのだろうか。宇賀裁判官の補足意見が述べるように、「憲法は、自律性の点において、国会と地方議会を同視していない」のであるならば、地方議会の自律性を重視し過ぎるべきではない（小林・前掲「判例コラム」四頁参照）。

(12) 大橋洋一「行政法判例の動き」ジュリスト一五七〇号三三頁

今後、最高裁が、戒告・陳謝の懲罰による議員活動に対する制約の質を問題として、あるいは、議員懲罰が地方自治法に基づくものであることを理由に戒告・陳謝の懲罰を司法審査の対象とする可能性もあるように思われる（市川・前掲論文一四一頁参照）。

## 五 本案の審理

令和二年最判によって、地方議会議員の出席停止処分の「法律上の争訟」の該当性が認められたことから、その適法性に関する本案審理が行われることとなった。Xの本件発言に対し、定例会の一会期全部である二三日間の出席停



止としたことが、地方議会の裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものの可否などの判断が下されることとなる。また、今後、地方議員の出席停止の懲罰について抗告訴訟が提起された場合、訴訟要件を充足していれば、本案審理が行われることとなる。<sup>(1)</sup>

令和二年最判は、「出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきである」と判示しているため、これが違法となるか否かは、議会の判断が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したもののかなどを審査することにより決定される。宇賀裁判官の補足意見は、より明確に、「懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められ、裁量権の行使が違法になるのは、それが逸脱又は濫用に当たる場合に限られ」とする。地方議会の裁量の逸脱・濫用の有無につき、より事実に踏み込んだ審理が期待される。<sup>(2)</sup> 地方議会の自律性を踏まえつつも、議員の責務の重要性を鑑みれば、その審査の密度は高める必要がある。<sup>(3)</sup>

令和二年最判は、出席停止の懲罰議決について「裁判所は、常にその適否を判断することができる」とした。ここにいう「常に」の意味は、出席停止期間の長短にかかわらずという意味にとどまらず、出席停止議決に議員報酬の削減を伴わない場合にも、そして取消訴訟、国家賠償訴訟等の訴訟形態の如何にかかわらずという趣旨も含まれていると解される。<sup>(4)</sup>

これまでも地方議員に対する除名の懲罰については本案審理が行われてきたが、出席停止の懲罰の方が軽いことからすると、除名の場合と比べて、議会の裁量をより広く認めることとなるのではないかと推測される。<sup>(5)</sup> もつとも、令和二年最判が、出席停止の懲罰により議員としての中核的な活動を行うことができなくなることとを判示していることからすると、実際上違法となる余地がかなり限られるほどに議会の裁量を尊重すべきではないと考えられる。どのよ

うな場合に、議会の判断が裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものと見えるかの判断に際しては、出席停止の期間の長短は考慮要素となり得るものの、一日であっても重要議案の表決から排除することを目的としてなされた場合などには、裁量権の範囲の逸脱・濫用を基礎付ける事情として考慮されることとなる。結局のところ、当該事案に現れた事情の総合考慮によるのではないかとの指摘がなされている。<sup>⑥</sup>

ちなみに、本件出席停止処分が取り消された場合には、出席停止期間中の議決の扱いなどの問題が生じることとなる。<sup>⑦</sup>

また、地方議員に対する懲罰議決については、懲罰に至る手続に違法性がある場合にも、出席停止の懲罰議決が違法と判断される可能性があるため、「手続面のいっそうの充実」<sup>⑧</sup>が必要とされる。

(1) 荒谷・前掲「判例解説」二二〇—二二二頁、荒谷・前掲「時の判例」九六—九七頁参照。

(2) 西上・前掲「判例時評」六頁参照。

(3) 渡井・前掲「判例解説」四七頁参照。

(4) 人見・前掲「岩沼市議会議員出席停止処分事件に関する最高裁大法廷判決の意義」一二頁、野坂・前掲「最新判例批評」五頁参照。

裁判所が実質的審査を行っても、地方議会には一定の裁量が認められるため、過度に地方議会の自律性を阻害することにはならないとされる。

(5) 荒谷・前掲「判例解説」二二〇—二二二頁、荒谷・前掲「時の判例」九六頁参照。

地方議会の自律性を必要かつ十分に尊重する本案審理のあり方の検討については、土井翼「地方議会に関する司法審査の方

法」論究ジュリスト三六号一四八頁以下参照。

(6) 荒谷・前掲「判例解説」二二二頁参照。

飯田・前掲「判例研究(二・完)」亜細亜法学五六卷二号六五頁は、令和二年最判に関連して、地方議員に対する懲罰事件の背景には、「地方議会における多数派と少数派の政治的対立があることが多く、懲罰その他が少数派への抑圧として用いられている側面もあるという。最高裁の強調する議会の自律性の尊重が、実面的にはいかなる帰結を導くのか。それが、司法の名において多数派の行為を正当化する結果をもたらすことにならないか。本判決の下した判断の当否は、実務による運用を離れて評価することはできない。今後の経緯に注目しておく必要がある」としている。

(7) 荒谷・前掲「判例解説」二二二頁以下参照。

(8) 渡井・前掲「判例解説」四七頁。

## 六 結びに代えて

以上みてきたように、令和二年最判は、地方議会議員に対する出席停止の懲罰について、司法審査の対象とならないとした昭和三五年最判を変更し、司法審査の対象となると判示した。さらに、地方議会における内部的な問題について、従来の裁判所が「部分社会論」を適用し、もしくははその影響の下に判断してきた姿勢に対して、令和二年最判は、地方議員の出席停止の懲罰事案に対して「部分社会論」を用いることなく、議会の自律性と議員活動の責務という観点から個別具体的に判断する姿勢を示した。

したがって、地方議会における議員に対する懲罰や不利益処分などの内部的な問題の司法審査の可否について、裁

判所は、従来の「部分社会論」に依拠することなく、また、議員報酬の減額を基準とするのではなく、まずは「法律上の争訟」に該当するか否かを検討することが求められ、その該当性が認められる場合に、憲法及び法令上の根拠に基づいて、地方議会の自律権と議員の中核的な活動や権利行使のあり方との関係で個別具体的に検討したうえで、判断することになる。<sup>①</sup>

令和二年最判が、地方議会の自律権・裁量権を認めつつも、裁量の逸脱・濫用等の判断に関する本案審理に道を開き、従前以上に広範な司法的統制を判示した点で、今後、地方議会の懲罰の際にも、合憲性・合法性を確保すべき一層の慎重さが要請されよう。<sup>②</sup>

令和二年最判については、「画期的な判例であり、今後、裁判所が法律上の争訟の要件の適用に際して明示的または黙示的に依拠すべき重要な判例」<sup>③</sup>といわれているように、理論的にも実務的にも重要な意義を有するものと評価することができる。<sup>④</sup>さらに、令和二年最判の意義をより広い視点で捉えると、地方議会を「憲法にその設置の根拠を有する議事機関」と明確に位置付けたうえで、住民自治（さらには民主主義）の観点から問題とされる機能不全の是正については、司法機関としての限界を踏まえつつ、裁判所は一定の審査を行うことを示した点が重要とされる。<sup>⑤</sup>

地方議会の出席停止の懲罰に関する裁量審査においては、地方議会の自律が尊重されるべきことは当然としても、前提とされる地方議会の裁量権が漫然と政治的裁量とされ、それを前提に審査がなされることは妥当ではない。<sup>⑥</sup>宇賀裁判官の補足意見が「司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される必要がある」とし、地方議会の裁量権の逸脱又は濫用に当たする場合か否かを司法審査しても「過度に地方議会の自律性を阻害することにはならない」と指摘した点は、今後の審理のあり

方を示すものといえる。<sup>(7)</sup>

令和二年最判においては、本件出席停止処分が私人としての議員の権利（議員報酬の減額）と公人としての議員の権限行使（議員活動の制約）の両面に関わっており、議員の責務が重視されているため、本件処分の取消訴訟は、主観訴訟と客観訴訟の両面を有するものとされる。この点に関し、令和二年最判が議員（＝機関）としての責務ないし権利に着目していることから、機関訴訟との関係の再検討が必要とされている。<sup>(8)</sup>

令和二年最判は、地方議員の出席停止の懲罰議決に関する判断であるから、戒告・陳謝の懲罰についても、司法審査の対象となるか否かについては明言していない。しかし、特に地方議会の懲罰議決は、議会における政治的な対立や紛争に起因して生ずることも多く、多数派による専横的な議会運営に対する司法的統制が必要である。<sup>(9)</sup> 「除名」・「出席停止」だけではなく、「戒告」・「陳謝」などにも司法審査を及ぼすことは、議会内における懲罰の濫用を防止することにつながるものと考えられる。

近年では、嚴重注意処分、議員辞職勧告決議、発言取消命令、議員政治倫理条例に基づく警告といった議員懲罰以外の地方議会の内部行為について最高裁に判断が求められている。令和二年最判は、こうした議員懲罰以外の地方議会の内部行為について直接及ぶものではない。しかし、令和二年最判の考え方からすれば、議会の内部的行為が議会の定めた規則等に基づくものであつて、その適法性の判断が可能であり、かつ、議員活動の自由を強く制限するものであれば、「法律上の争訟」の該当性が認められ、また、地方議会の自律権を尊重しながら、それを直接争う訴訟が認められることもあると考えられる。そこで、今後は、「議員活動の自由」をどのようなものと捉え、位置付けてゆくのかが重要な課題となろう。<sup>(10)</sup>

地方議会において自律的活動に機能不全がみられる場合には、それを是正するのが裁判所の役割といえる。地方議会の自律性の尊重は、本案審理における裁量権の逸脱・濫用の審査の問題として捉えれば十分であり、<sup>11)</sup> 地方議会の懲罰行為等については、これをすべて「法律上の争訟」として司法審査の対象とすべきであると考ええる。<sup>12)</sup>

(1) 横尾・前掲論文八三頁参照。

令和二年最判は、今後の地方議会の内部規律の紛争に対する司法審査のあり方として、「部分社会論」からの脱却を示したものとされる(人見・前掲「岩沼市議会議員出席停止処分事件に関する最高裁大法廷判決の意義」一二頁参照)。

また、「部分社会論」が適用される場面は多様であり、それぞれの場面ごとに「部分社会論」を適用することの妥当性を慎重に吟味する必要がある。例えば、地方議会議員に対する懲罰であれば、それが「法律上の争訟」に該当することは明らかであり、本来、議員には裁判を受ける権利が憲法上保障されているのであるから、その例外として司法審査に外在的制約を加えるためには、憲法上の根拠が明確に示される必要がある(宇賀克也『行政法概説Ⅰ(第七版)』(有斐閣、二〇二〇年)四六頁参照)。

今日では、単に一般的・包括的な議論たる「部分社会論」に対する個別具体的な検討の必要性を説くにとどまらず、特定の「自律的部分社会」の特定行為等との関係での裁判所の審理につき、実際に個別具体的に論じる必要性がある(土井・前掲論文二四九頁参照)。

(2) 川嶋四郎「最新裁判例研究」法学セミナー八〇四号一二七頁参照。

宇賀裁判官の補足意見は、より明確に、「懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められ、裁量権の行使が違法になるのは、それが逸脱又は濫用に当たる場合に限られ、地方議会の自律性は、裁量権の余地を大きくする方向に作用する」としており、今後は、地方議員に対する懲罰についての適法性判断のあり方が具体的に検討される必要がある(市川・前掲論文一四一頁参照)。

(3) 川嶋・前掲「最新裁判例研究」一二七頁。

(4) 荒谷・前掲「判例解説」二一七頁、荒谷・前掲「時の判例」九七頁参照。

なお、審決の申請について、地方自治法二五五条の四は、法律の定めるところにより、審査請求等を行うことができる場合を除くほか、普通地方公共団体の事務について同法の規定により普通地方公共団体の機関がした処分により違法に権利を侵害されたとする者は、その処分があった日から二十一日以内に、都道府県の機関がした処分の場合は総務大臣に、市町村の機関がした処分の場合は都道府県知事に、審決の申請をすることができる旨を規定している。地方議会の議員に対する懲罰については、昭和三五年最判が、除名は司法審査の対象となるが、出席停止以下の懲罰は司法審査の対象とならないと判示したため、審決の申請についても、行政実例（昭和四八年五月一日、自治行第五七号）においては、除名は対象となるが、出席停止以下の懲罰は、その対象とならないとされていた。

しかし、令和二年最判によつて、昭和三五年最判が判例変更されたことを受け、総務省自治行政局行政課長による技術的助言である「地方議会の議員に対する出席停止の懲罰に関する審決の申請について（通知）」（総行行第三〇六号 令和二年一月一七日）が出され、前記の行政実例（昭和四八年五月一日）は削除され、出席停止の懲罰についても審決の申請の対象となつている（荒谷・前掲「判例解説」二二三頁、「地方自治相談室」地方自治八八〇号九五―九九頁参照）。

(5) 神橋・前掲「地方議会議員に対する懲罰と司法審査」三六九頁参照。

(6) 同三六八―三六九頁参照。

地方議会の自律という特殊な前提を踏まえた形で裁量審査のポイントが論じられる必要がある（神橋・同三六九頁参照）。さらに、裁量審査においては、当該懲罰につき、対象者に対して手続的な保障が与えられるべきであったか、与えられるとしてそれが履践されたか否かも問題となる（荒谷・前掲「判例解説」二二二頁参照）。

(7) 十河・前掲「岩沼市議会議員出席停止処分取消等請求事件」一六頁参照。  
今後は、「法律上の争訟」に該当するにもかかわらず、司法審査の対象から除外する判断を下す際には、その憲法上の根拠をより慎重に検討するアプローチがとられることが予想される（長谷部・前掲「判例秘書ジャーナル」八頁参照）。

- (8) 神橋・前掲「判例解説」二〇五頁、西上・前掲「地方議会と司法審査」二二八頁、徳本・前掲「判例解説」一四二頁、日野・前掲「最新裁判例研究」一二八頁、渡井・前掲「判例解説」四六頁、中嶋直木「判例解説」『行政判例百選Ⅱ（第八版）』別冊ジュリスト二六一号二九三頁参照。
- (9) 人見・前掲「地方議会による所属議員に対する出席停止の懲罰議決の司法審査について」六六二頁、榊原・前掲「地方議会の懲罰と多数派による少数派の抑圧」四頁参照。
- (10) 市川・前掲論文一四一頁、野坂・前掲「最新判例批評」五頁参照。
- (11) 人見・前掲「地方議会による所属議員に対する出席停止の懲罰議決の司法審査について」六六三頁参照。
- (12) 皆川・前掲論文五八三―五八五頁、西上・前掲「地方議会と司法審査」二七頁、嘉藤・前掲論文一〇五一―一〇六頁参照。



## ドイツ団体訴訟論の萌芽

——神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所を例にして——

小澤久仁男

はじめに

わが国行政訴訟、特に環境問題における行政訴訟をめぐっては、長きに渡って団体訴訟の導入の可否が議論されている。<sup>(1)</sup>このような団体訴訟が必要とされる理由としては、法律上保護された利益説に基づいて判断される行政事件訴訟法九条の原告適格の範囲が狭いことが指摘されてきた。<sup>(2)</sup>すなわち、原告適格の範囲を決する理論として法律上保護された利益説が判例において採用されており、<sup>(3)</sup>そこでは原則として処分の根拠法規に原告の法律上の利益が存在しているか個別的に解釈されることになる。その結果、処分の名宛人については当該処分の根拠法規で彼の利益が明文で

言及されている、あるいはそのように読み込むことができることからほぼ異論なく原告適格が認められることになる。これに対して、当該処分の名宛人以外である第三者については当該処分の根拠法規で彼の利益が必ずしも言及されているわけではないことから、原告適格が認められない場合も少なくない<sup>(4)</sup>。したがって、問題となっている行政活動を統制する機会を確保し、名宛人以外の第三者の利益を保護するべく、彼の原告適格を認める必要性が生じることになる。他方で、以上のような、わが国行政法学やそこで展開されている原告適格論はドイツ行政法学を範として形成されており、ドイツにおいても原告適格の解釈が問題とされてきた<sup>(5)</sup>。そして、ドイツにおいては、原告適格が認められない環境法の一部の領域で団体訴訟の導入が果たされた。

ところで、原告適格が認められる範囲が狭いという問題への解決策として、第三者の原告適格を裁判上拡大する、あるいは、原告適格が認められていない第三者の利益を代弁する制度として団体訴訟などを立法上導入する、といったことを挙げるができる。これらの選択肢は、原告適格が認められる範囲が狭いという問題への解決策として、二者択一的に判断されるといっても、むしろ従来までの原告適格論も踏まえつつ、その時々状況に応じてケースバイケースで判断されることになると思われる。もともと、原告適格の拡大あるいは団体訴訟制度の導入については、最終的には立法と司法の役割も大きいこともここでは指摘をしたい<sup>(6)</sup>。このような状況の中、わが国の行政法学・環境法学においては、ドイツの団体訴訟制度のほか、欧米諸国の制度も分析することによって、団体訴訟導入に関する議論の土台を形成してきた。この点、筆者自身も、ドイツ環境法における団体訴訟制度や、それらの欧州裁判所との関係で生じた更なる動向について取り上げてきた。これらの中で、特に欧州裁判所におけるドイツ環境法上の団体訴訟制度の評価は、極めて厳しいものと言え、その結果、オーフス条約を踏まえて立法化された二〇〇七年環境・権利救

済法は立法当初の原型を留めることなく、今日に至っている<sup>⑦</sup>。この点の詳細は別稿に譲るとして、少なくともドイツは環境・権利救済法上の団体訴訟を当初導入するにあたって、従来までの原告適格論も踏まえつつ、制度設計がなされてきた。それゆえ、ドイツの原告適格論の淵源を探ることがドイツ環境法における団体訴訟制度の更なる理解に貢献し、わが国における立法や裁判を行うための理論を提供することにも繋がるものと思われる。

そこで、本稿においては、ドイツ行政訴訟の歴史的展開を取り上げていくことにする。もつとも、彼の地の行政訴訟の歴史は非常に長いことから、ここでは神聖ローマ帝国において設置され、そして神聖ローマ帝国が滅亡するまで存続していた二つの最高裁判所について取り上げたい。なお、筆者は、最終的に、べールグナイスト論争がどれだけ今日のドイツの原告適格論や団体訴訟論に影響を与えたのかどうか、そして影響があったのであればどれだけの影響があったのかということ进行分析することを今後の研究課題として考えている。かかるドイツ行政訴訟の歴史的展開の考察を通じて、ドイツ環境法上の団体訴訟論を再検証し、環境・権利救済法における団体訴訟が欧州裁判所によって厳しい評価がなされた原因であったドイツ原告適格論・団体訴訟論の解明にささやかながら貢献したいと考えている。これらの展望を視野に入れつつ、本稿は、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所について探っていくことによつて、べールグナイスト論争が生じる前の歴史的背景を探りたい<sup>⑧</sup>。なお、ドイツ行政訴訟の歴史については、べールグナイスト論争を経た後の一八六三年にバーデンで行政裁判所が設置されたことが起源とされることがある。けれども、それ以前に草案されていた一八四九年のフランクフルト憲法——パウロ教会憲法 (Paulskirchenverfassung)——一八二条においては、次のように規定がなされていた。

「行政裁判 (Verwaltungsrechtspflege) は、廃止する。すべての権利侵害に関しては、裁判所が裁判する」

一般的に、この条文は、司法裁判所による行政裁判の実施を立法者が期待したものと理解されている。けれども、この点よりも、むしろ、次のことに注目をしたい。それは、この条文が立案される以前に、行政裁判が行われてきたことも示している点である。<sup>9)</sup> その結果、わが国でも神聖ローマ帝国における裁判所の歴史や行政訴訟の歴史は、行政学者や民事訴訟法学者といった実定法学者、法制史学者といった基礎法学者、そして歴史学者らによって研究されてきた。他方で、本稿で取り上げる神聖ローマ帝国における裁判制度、特に行政訴訟の歴史を解明するためには、当時の皇帝や領主といった支配機関と臣民・国民の関係にも注視する必要もあり、加えて当時の統治制度にも注視する必要がある、これらについても多くの先行研究が存在している。このように神聖ローマ帝国の時代を検証することにあたって様々な切り口が存在している中、本稿においては先行研究を踏まえドイツ行政訴訟の歴史を再確認することを主目的としつつ、これらを通じて今日のドイツの原告適格論や団体訴訟論の萌芽が存在していたかどうかについて分析をしたい。

## I. 神聖ローマ帝国における二つの裁判所の創設

### 一. 本稿の対象

ドイツ行政訴訟の歴史を再確認していくにあたって、どの時代を出発点とするのか、そして何に着目をするのか、

を示す必要がある。この点、ドイツにおける行政裁判の歴史的起源をいつに求めるのかについては、今日、様々な見解がある。すでに上記で触れたように、一八六三年のバーデンにおける行政裁判所の設置が行政裁判の起源とする見解がある中、近代初期に求める見解もある。例えば Martin Sellmann は、行政上の紛争の決定に関する特別裁判所の創設のみが今日の行政裁判権の出発点となるわけではないとした上で、領邦君主と臣民の対立を扱った帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議の存在に着目をする<sup>10</sup>。つまり、一八六三年にバーデンで設置された行政裁判所をドイツにおける行政裁判の起源とするのではなく、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所にドイツ行政訴訟の起源を見出すわけである。また、Winfried Schulze は、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所が、近代初期のドイツにおいて農民や臣民の蜂起といった暴力による紛争解決を法的手段に移行する、いわゆる社会的紛争の法現象化 (Verrechtlichung der sozialer Konflikten) に寄与したものと評価する<sup>11</sup>。それゆえ、近代初期においては、すでに臣民に對して、帝国あるいは領邦君主——ランデスヘル (Landesherr) ——との対立を裁判によって解決する機会が確保され、このような機関や制度が存在していたことから武力衝突が回避されていたとするわけである。その結果、ドイツにおいて大きな革命運動が隣国フランスとは異なって生じなかったのは、司法の成果であると評価されることもあ<sup>12</sup>る。

したがって、一八六三年のバーデンにおける行政裁判所の設置以前に、領邦支配権——ランデスヘルシヤフト (Landesherrschaft) ・ランデスホーハイト (Landeshoheit) ——の行使に對して臣民の権利保護を行う機関およびその機会を保障する制度が存在していたことを、ここでは確認しておきたい。そして、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所は、最終的に神聖ローマ帝国が滅亡する一八〇六年まで続いたことから、その後の行政裁判上の権利保護の制

度設計およびその理論的展開にも多少なりとも影響を与えたものと推察される<sup>(13)</sup>。そこで、本稿においては、帝国カンマー裁判所 (Reichskammergericht) と帝国宮廷顧問会議 (Reichshofrat) を対象にし、これらが創設された経緯および、その機能について分析をしていく<sup>(14)</sup>。なお、当時のドイツにおいては、今日で言う公法・私法の区別が知られていなかったため、両裁判所においては行政と私人との間の紛争のほか、私人間における紛争も提起され、これについても審理がなされていた<sup>(15)</sup>。もつとも、本稿においては、行政裁判上の権利保護との関係で、両最高裁判所について取り上げたい<sup>(16)</sup>。

## 二．帝国改革とラントフリーデ

### 一) 帝国改革

一五世紀頃のドイツは、帝国と領邦の支配体制によって統治が行われていた<sup>(17)</sup>。すなわち、皇帝は帝国諸侯の中から選挙——いわゆる跳躍選挙 (Springender Wahl) ——によって選ばれていた一方で、皇帝と帝国諸侯の関係は一種の契約関係によって成り立っており、皇帝からの一方的な支配関係のみによって統治が行われていたわけではなかった。加えて、中世以来、帝国においては荘園——レーン (Lehen, Grundherrschaft) ——と結びついた帝国君候 (Reichsfürsten) の支配権が強固なものとなっており、皇帝の王権は弱体化しつつあった。その結果、皇帝は法律の実施や、臣民の権利や自由への配慮を帝国君候に委ねなければならなくなり、皇帝の財政的基盤の脆弱化を招いたり、帝国独自の政策を行う機会を失っていった。これらのことによって、当時の神聖ローマ帝国内においては、統一的な支配権が存在していなかったため、しばしば政治的混乱や内部抗争も生じていた。そこで、このような状況を改善すべく、帝国改革 (Reichsreform) の必要性が生じていくことになった。

他方で、帝国改革は、以上のような内政問題以外にも、他国による威嚇も契機として挙げることができる。例えば、一四五三年に、オスマン帝国がビザンツ帝国（東ローマ帝国）を撃破して——いわゆるコンスタンティノープルの陥落——ドナウ川上流へと進行したり、フランスもブルゴーニュやイタリアの帰属を巡って神聖ローマ帝国内に進行することもあった。したがって、一五世紀においては、外部から神聖ローマ帝国への進行の脅威にも脅かされつつあった。

これらの内政問題と外交問題を踏まえ、神聖ローマ帝国においては帝国改革が必要と認識されることになり、一四九五年のヴォルムスの帝国議会 (Reichstag zu Worms des Jahres 1495) が一連の改革運動の絶頂期であったと伝えられている<sup>18</sup>。なお、ヴォムスの帝国議会においては、時の皇帝マクシミリアン一世 (Maximilian I.) は、全ドイツ臣民を対象とする一般帝国税の導入およびその税の主要な用途である帝国軍制の導入などを求めているが、これらについては領邦君主らの抵抗に遭遇することになり実現を見ることはしなかった。もともと、これらの制度化の動きは統一的な支配体制を構築すると共に、他国の脅威を防ぐことを目的とするものであった。しかしながら、以上のような制度化の動きがあったものの、むしろ本稿においては、ヴォルムスの帝国議会は永久ラントフリーデを導入したことが、その後の二つの最高裁判所の創設に大きく関連しており、以下、この点を取り上げたい。

## 二) ラントフリーデ

上記のヴォルムスの帝国議会においては永久ラントフリーデ (ewige Landfrieden) が採択されており、ここではこの点について取り上げていく<sup>19</sup>。ところで、永久ラントフリーデが採択される以前から、すでに神聖ローマ帝国はラントフリーデを制定することがあった。例えばハインリヒ四世 (Heinrich IV.) が一一〇三年に最初のラントフリーデを制

定しており、そこでは後の永久ラントフリーデと同様、帝国内の治安を維持するべく、紛争の武力的解決を禁止するものであった。そのため、永久ラントフリーデも、それ以前までの神聖ローマ帝国におけるラントフリーデを踏襲するものであった。もつとも、中世の神聖ローマ帝国においては、皇帝自らが抗争禁止に違反するなど、ラントフリーデを貫徹することができなかった。そのような状況であったにもかかわらず、皇帝は、ラントフリーデを維持する権限を諸侯に対して有していることを要求することも珍しくはなかった。それゆえ、帝国内における平和を維持することができず、「中心的任務である王権の放棄」(Versagen des Königtums in seiner zentralen Aufgabe)と揶揄され、中世の神聖ローマ帝国のラントフリーデは成功したと評価されることは少ない<sup>(20)</sup>。

このような状況の中、一五世紀に入ると、上記のような外部からの進行もあって、皇帝や帝国等族は帝国改革に合意をした。その結果、一四九五年のヴォルムスの帝国議会は永久ラントフリーデを採択し、これを保護し貫徹するための機関として帝国カンマー裁判所も創設されることになった。

したがって、帝国改革や永久ラントフリーデといった出来事が帝国における裁判所の創設に大きく関係することになった。そこで、以下では帝国カンマー裁判所について取り上げていきたい。

### 三・帝国カンマー裁判所の概観

帝国カンマー裁判所は永久ラントフリーデが採択された一四九五年に創設された。そして、その創設の目的は、帝国等族による抗争行為や武力行為を行った者を国外追放にするとした帝国内部の平和を維持することであった<sup>(21)</sup>。したがって、永久ラントフリーデの維持が、帝国カンマー裁判所の創設に強い影響を与えたことになる。ところで、帝国カンマー裁判所は皇帝によって創設されているが、「皇帝と帝国のカンマー裁判所」(Kaisers und des Reiches



kammergericht)とも表現されているように、その創設には帝国議会や帝国等族らの協力もあったことも軽視してはならない。その際、当初は、皇帝や帝国の諸勢力から独立した裁判所として設置されたものであったが、以下でも取り上げるように次第に帝国議会や帝国等族らが影響力を行使していった。その結果、皇帝は、このような帝国議会や帝国等族らの影響力を排除するべく、次節の帝国宮廷顧問会議の設置へと向かっていくことになる。

他方で、帝国カンマー裁判所の所在地は、一五二七年にシュユパイアー(Speyer)、フランスとの戦争後の一六八九年にはヴェツラル(Wetzlar)に移転するなど各地を転々とした<sup>22</sup>。帝国カンマー裁判所の組織としては、一名の首席裁判官(Kammerichter)——カンマー裁判官——が例えば選帝侯や帝国君候といった帝国直属の身分を有する貴族の中から皇帝によって任命され、帝国裁判所の長官として任務にあたった。なお、首席裁判官は、司法的専門教育を受けていたかどうかは、任命にあたっての絶対的条件ではなかった。加えて、実際の裁判は陪席裁判官(Beisitzer)によって下されており、陪席裁判官の人数は帝国カンマー裁判所が存在していた間、不定であった。例えば一五五五年には裁判官の数は二四名であり、一六四八年以降は五〇名までに達した<sup>23</sup>。そして、陪席裁判官の構成は、半分が帝国等族から選出され、帝国議会が指名を行った。また、残りの半分は、法学者から選出された。もともと、その後、裁判の専門化によって、専門的な司法教育を受けた帝国等族のみが選出されることになった。このような帝国カンマー裁判所の組織体制によって皇帝の影響力が次第に削がれ、帝国等族らの影響力が強まっていったことを垣間見ることができる。

また、帝国カンマー裁判所においては、当初、帝国内の一般法であったローマ・カノン法(Römisch-kanonisches Recht)が補充的に適用され、地域的諸法や慣習法が優先的に適用された<sup>24</sup>。けれども、後に、地域的諸法は、複雑困

難であり、かつ、裁判に長時間を要す原因とされていたことから、実際のところ、陪席裁判官はローマ・カノン法に依拠することが多かつたとされている。<sup>25</sup> そのため、ローマ・カノン法が帝国カンマー裁判所において適用されたことは実体法や手続法について法統一的効果を及ぼし、当時の各領邦において設置された裁判所でも帝国カンマー裁判所にならつてローマ・カノン法が適用されていくことになった。また、帝国議會で議決した秩序——いわゆる帝国最終議決 (Jüngste Reichsabschied) ——は、現在で言うところの訴訟法として位置付けられることもあり、そこでは手続の書式原則、法的聴聞の原則、そして争点整理といったものが規定された。<sup>26</sup> そして、当事者の利益の主張は、代理人 (Prokurator) を通じて行われた。<sup>27</sup>

以上より、帝国裁判所は、差しあたり国内の治安といった秩序を維持することを主目的として創設されたこと、帝国裁判所の組織について帝国議會の影響力が強かつたこと、そして帝国裁判所で適用されていた法規は主に国内の一般法であつたローマ・カノン法であつたことを、ここでは確認した。これらのうち、特に帝国議會の影響力が強かつたこともあつて、皇帝は次節の帝国宮廷顧問會議の創設へと展開していくことになる。

#### 四・帝国宮廷顧問會議

前節で取り上げた帝国カンマー裁判所はラントフリーデの保護を目的として創設されたのに対して、本節で取り上げる帝国宮廷顧問會議はラントフリーデの保護を目的として創設されたわけではない。<sup>28</sup> すなわち、帝国宮廷顧問會議が創設された経緯としては、行政改革の一環として行われた一四九七年と一四九八年の宮廷改革であるとされ、神聖ローマ帝国皇帝の宮廷が置かれていたウィーンに設置された。もつとも、帝国宮廷顧問會議それ自体は、正確な創設時期を示すのが難しいとされる。なぜなら、帝国宮廷顧問會議が設置される以前の中世に、すでに宮廷内に統治活

動・外交活動・行政活動に関する皇帝の諮問機関を設置するだけでなく、最上級の裁判官 (oberster Richter) を配置したレーン裁判所も設置されていたからである。なお、レーン裁判所については、例えば帝国や世襲領地 (Erbländern) からの法的事項 (Rechtssachen) や恩赦事項 (Gnadengelegenheit) を裁判する権限が認められていた。その後、一五五九年以降、帝国君候は帝国宮廷顧問会議に訴訟権限の拡大を認めており、徐々に国内の最高裁判所としての位置付けが上昇するに至っている<sup>29</sup>。したがって、永久ラントフリーデの制定およびその保護の必要性が契機となって新たに創設された帝国カンマー裁判所と、それ以前から宮廷内に皇帝による統治を補助する機関を継承した帝国宮廷顧問会議は創設の経緯について一線を画すことになる。

このような帝国宮廷顧問会議の創設あるいはその訴訟権限の拡大には、当時の政治的権力争いにも触れておく必要がある。すなわち、上記の通り、帝国カンマー裁判所においては帝国議会の強い影響力が行使されていた結果、このような状況を克服するべく皇帝による強い影響力を行使できる機関が必要とされたわけである。このような帝国宮廷顧問会議の創設の経緯はその後の両最高裁判所における権限にも関連しており、皇帝と帝国等族の間の権力闘争の中で、帝国宮廷顧問会議の権限が拡大されていった。その結果、後になって、帝国宮廷顧問会議もラントフリーデの破壊に対して管轄権を有することになった。このように、神聖ローマ帝国における行政訴訟については帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議という異なる機関が両立することになるが、いずれにしても支配機関——オープリツヒカイト (Obrigkeit) ——に対して訴訟提起をする機会を確保し、社会的紛争の法現象化を徐々に確立する点で貢献していくことになった。したがって、同一の訴訟権限を持つ最高裁判所が二つ存在していたことは、一方で利用者である臣民にとっては混乱を招く恐れも無かったとは言い難いものの、ここでは両裁判所の設置それ自体がドイツ社会に及

ぼした影響の方を強調したい。

このような帝国宮廷顧問会議は帝国宮廷顧問会議長官を頂点とし、彼には組織管理権が付与された。また、実際の裁判は、帝国カンマー裁判所と同様、陪審判事によって行われた。なお、一六五四年の帝国宮廷顧問会議令においては、一八名の陪審判事のうち、六名が——アウグスブルク信仰告白派やルター派といった——プロテスタントで構成されることが規定されるなど、プロテスタントへの配慮を見せること<sup>30</sup>によって、プロテスタントの信者であった臣民からも帝国宮廷顧問会議への信用を獲得することに繋がった。そして、帝国宮廷顧問会議に対する当事者の利益の主張は、代理人 (Agent) を通じて行われた。

他方で、帝国宮廷顧問会議は、皇帝が資金を出し、皇帝直属の機関として皇帝によってのみ支配された。この点、帝国等族らも資金を捻出して設置された帝国カンマー裁判所とは異なることになる。このような中で、帝国カンマー裁判所はそこでの裁判官の構成が帝国等族によって占められていたこともあって、帝国等族に対して有利な判決が多く見られ、次第に臣民からの信頼を失っていった。これに対して、帝国宮廷顧問会議は、帝国カンマー裁判所と同様、不<sup>31</sup>上訴特権といった制約もあった。けれども、陪審判事の構成などについては当時の世情を踏まえており、更には帝国等族と臣民の紛争を公平に審理していたとも伝わっている。それゆえ、帝国カンマー裁判所よりも、帝国宮廷裁判所の方が次第に臣民からの信頼が形成されていった。その結果、帝国宮廷顧問会議の訴訟権限は、徐々に拡大していくことになり、帝国には二つの最高裁判所が両立していった。

## II. 両最高裁判所の概観

### 一. 管轄権

帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議は、当初、両者の設立目的の違いから管轄権の差異が見られたものの、最終的にはほとんど同一の管轄権を持つに至った<sup>32</sup>。また、両最高裁判所は、共に、第一審裁判所および上訴審としての機能も有しており、特に上訴審については皇帝が領邦君主や帝国等族に不上訴特権を認める場合もあるなど、上訴を制限する制度が設けられていた。そこで、以下では、これらの点について取り上げていきたい。

#### 一) 第一審

帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議は、共に第一審裁判所としての裁判管轄権を有していた。これには、例えばラントフリーデの破壊、および、帝国が原告または被告となって直接提起される私法上の訴訟といった司法事項のほか、帝国警察法 (Policegesetze des Reichs) に対する侵害が問題となった場合などの警察事項といったものを挙げることができる。ここでいう司法事項と警察事項の区別については、臣民訴訟の節で取り上げたい。また、このようなか中で、帝国宮廷顧問会議は、帝国直属の刑事事件の独占的権限を持つだけでなく、帝国における皇帝の留保権、恩赦事項、封土事項、そして地位の昇格・成年後見・保護状・庇護状といった特権の付与などに関しても第一審として独占的権限を有していた。このような第一審としての独占的権限があった場合を除き、両最高裁判所で管轄権が競合している領域の案件について、臣民は、いずれの裁判所に訴訟を提起するのかについて選択権を有していた<sup>33</sup>。

## 二) 上訴審

他方で、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議は、共に帝国における最上級の上訴機関としての機能も有していた。このように両最高裁判所を上訴審として位置付けるべく、帝国等族は自身の領域内に下級審裁判所や上訴裁判所を設置することがあった。その際に、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議を参考にして制度設計が行われた<sup>34</sup>。なお、領域内においても上訴裁判所が設置されることもあったが、そこでの上訴審にあたってはラントフリーデを貫徹するべく、帝国法への適合性が強く求められた。これは、当時の帝国内における法の統一的適用が求められたからであった。ともあれ、領域内・ラントレベルでも上訴機関が設置されていた中、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議は、帝国レベルの手續の上訴審のほか、差しあたり裁判の拒否 (Rechtsverweigerung)、法の遅延 (Rechtsverzögerung)、あるいは判決の無効の場合に上訴審としての権限を持った。これらに該当する場合には、下記の不上訴特権に有無にかかわらず、上訴が可能とされていた。したがって、帝国の手續の場合や、領域内における上訴が機能していない場合に関しては帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議に対して上訴を行うことができたのに対して、これらに該当しない場合に不上訴特権が領邦君主に認められていれば、上訴が制限された。後者については、例えば領邦君主が領邦支配権に基づいて行われた臣民への措置を挙げることができる。

以上のほか、帝国等族は、当事者の円満な意見一致を目的とする仲裁裁判所 (Schiedsgericht, Austräge Instanz) も設置することがあり、この仲裁裁判所の決定に不服がある場合については帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議に上訴することもできた。これに対して、仮の権利保護を求める裁定訴訟 (Mandatsprozess) が領域内の裁判所で提起され、そこでの領域内の裁判所の決定に不服がある場合については帝国カンマー裁判所または帝国宮廷顧問会議に上訴する

ことはできなかつた。更に、裁判上の手続ではないものの、領邦君主が官憲的な権力 (obrigkeitliche Gewalt) に基づいて交付した命令や禁止に対する裁判外の控訴 (Extrajudizialappellation) については帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議に訴えることが可能とされた。

以上を簡潔に纏めると、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議が上訴審として裁判するにあたっては、帝国レベルの手続に該当する場合、領域内の上訴審が機能していない場合、領域内の仲裁裁判所の決定に不服がある場合、そして領邦君主の措置に対する裁判外の控訴の場合などを挙げることができる。このように帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議の上訴審としての管轄権は、第一審と比べると限定されていた。このような中、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議の上訴審としての機能を、もつとも限定する制度として不上訴特権を以下では取り上げたい。

### 三) 不上訴特権

不上訴特権 (privilegia de non appellando) とは、換言すれば「控訴されざる特権」を意味するものである<sup>(35)</sup>。つまり、領域内の臣民が行おうとする帝国カンマー裁判所や帝国宮廷顧問会議への上訴の禁止を領邦君主に認めるものであった。この制度は、神聖ローマ帝国の皇帝であったカール四世 (Karl IV.) が一二五六年に金印勅書 (Goldene bulle) を発布したことが萌芽として挙げることができ、この金印勅書を通じて不上訴特権を選帝侯に付与した<sup>(36)</sup>。そのため、ラントフリーデと同様、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議が設置される以前から不上訴特権は存在していたことになる。この点、一七世紀に入ると、領邦君主は、帝国議会や皇帝の選挙協約 (Wahlkapitulation) にあたって不上訴特権の付与を求めようになる。つまり、不上訴特権を付与することによって、皇帝や帝国議会は、領邦君主からの支持を得ていたわけである。もつとも、実際のところ、無制限に不上訴特権を付与されることがあったのは選帝侯の

みであつて、その他の領邦君主は限定的な範囲内のみ不上訴特権が付与されたに過ぎなかつたとされている。<sup>(37)</sup> また、不上訴特権が付与されることと引き換えに、皇帝や帝国議会が行おうとした諸政策を支持することによって帝国内で統一的な諸政策の実施を行おうとする場合があつたことはもちろんのこと、領域内における裁判機関の整備が求められた。<sup>(38)</sup>

他方で、選挙協約の中で付与された不上訴特権は、主に帝国カンマー裁判所における手続に適用され、下記で取り上げる裁定訴訟や臣民訴訟に対する上訴が対象とされた。これに対して、帝国宮廷顧問会議における手続には、裁定訴訟の上訴が対象とされることが多くあつたと伝わっている。<sup>(39)</sup> そして、不上訴特権の具体的な対象としては、要塞といったラント防衛のための費用に関する増税といった高権 (Hoheitsrecht) に関する紛争を挙げることができる。

以上より、不上訴特権によって領邦支配権に基づく措置が、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議で裁判される機会が限定されることもあつた。けれども、不上訴特権については、単純に上訴を制限しただけに止まらず、その副産物として領域内での上訴裁判所が整備され、そしてまた領域内での上訴裁判所は帝国法への適合が求められていた点は見過ごしてはならない。したがって、領域内ではあるものの、臣民には領邦支配権に基づく措置に対して上訴の機会もある程度確保しようとしていたと言える。

## 二. 訴訟手続

帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議の差異は、訴訟手続の中でも存在していた。<sup>(40)</sup> 帝国裁判所においては、ローマ・カノン法に基づきカンマー手続という詳細で独立の秩序が規定されていた。それによって、書面主義、裁判期日の確定、ローマ法的使用法が導入された。<sup>(41)</sup> これに対して、帝国宮廷顧問会議は、ローマ教皇庁 (Stilus curiae) の



手続に沿って行われていたことから、結果として帝国宮廷顧問会議に裁量が広く認められていた。<sup>(42)</sup> また、両最高裁判所の下に置かれていた委員会の権限も異なっていた。すなわち、帝国カンマー裁判所は限定的な権限を持った特別委員として地域の裁判官を指名するのに留まっており、帝国カンマー裁判所における特別委員は法律上規定された仲裁手続の枠内で自由に判決を下す権限が与えられた。具体的には、王家の構成者間を調停し、領土の所有関係を確定し、収益を分配し、破産手続を実施するといったものであった。これに対して、帝国宮廷顧問会議は地域に対する法的紛争を完全に解決する権限を有していた。その上で、帝国宮廷顧問会議は当事者の申請に基づいて特別委員会を設置し、同委員会は職権証拠調べ、調査、そして手続の指揮といった機能を担った。

以上のように、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議は訴訟手続の中で差異が見られた。けれども、両者は競合関係もしくは対立関係にあつたのではなく、帝国内で異なった機能を有する機関として理解されていたと伝わっている。<sup>(43)</sup> すなわち、帝国カンマー裁判所は皇帝の任務を最上級の裁判官として擁護したのに対して、帝国宮廷顧問会議は帝国カンマー裁判所の権限として規定されていない案件を取り扱う権限が当初付与されていたからである。なお、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議は共に紛争中の当事者の平和的合意を目的としていた点で異なるところは無かつた結果、判決よりも裁判外の和解によつて紛争解決が図られていたことにも注意が必要である。

### 三．利用状況

神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所は、永久ラントフリーデの維持をもたらすことを目的としていたが、徐々に管轄権が拡大されていった。その結果、帝国カンマー裁判所においては二〇〇件程度、帝国宮廷顧問会議において二、〇〇〇件〜三、〇〇〇件の訴訟提起を受理したことが伝えられている。<sup>(44)</sup>

なお、Filippo Ranieriの分析によると、帝国カンマー裁判所の成立から最初の一〇年間はラントフリーデ破壊に関する訴訟提起が主になされていたとされている。もともと、帝国カンマー裁判所における全手続のうち、ラントフリーデの破壊に関しては、全手続の一〇%から一五%までであり、一五二七年から一五二九年は二三%にまで達した。<sup>45</sup>その後、Jurgen Weizelは、一五五五年のアウグスブルクの和議後、帝国カンマー裁判所において宗教問題に関する訴訟提起の受理が認められたことによつて、ラントフリーデの破壊に関する訴訟が減少したとしている。<sup>46</sup>その結果、帝国カンマー裁判所は、支払請求あるいは王家内部の紛争などがしばしば取り上げられるようになっていった。

帝国カンマー裁判所におけるラントフリーデの破壊に関する訴訟が減少していくことによつて、帝国宮廷顧問会議との競合関係や対立関係は、次第に緩和していったと伝わっている。<sup>47</sup>もともと、一八世紀に入ると、帝国宮廷顧問会議の利用が飛躍したことは前述の通りである。その結果、一七世紀後半から一八世紀に帝国宮廷顧問会議で取り上げられた紛争は、王家の問題、経済的問題、宗教的問題、そして社会的問題などが取り上げられた。

以上より、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所は、最終的に訴訟権限がほぼ同じであったものの、その後の神聖ローマ帝国内での状況や事情などを経て、帝国宮廷顧問会議の利用が徐々に増していった。このことから、帝国宮廷顧問会議のみが神聖ローマ帝国内の最高裁判所として位置付けられるようになったと指摘されることもある。<sup>48</sup>

#### 四・ 裁定訴訟

神聖ローマ帝国の二つの最高裁判所においては、今日で言うところの仮の権利救済に相当するものとして裁定訴訟(Mandatsprozess)の提起が認められていた。<sup>49</sup>すなわち、これは当面の間の権利保護を求めるべく、神聖ローマ帝国の二つの最高裁判所のいずれかに救済を求めるものであった。そこでの手続は、通常の訴訟を簡略した略式訴訟で、緊

急の場合には相手方からの聴聞なしに暫定的な措置を採ることなども可能とされていた。

そして、裁定訴訟の対象は、①法や慣習を明確に侵害した場合、②損害賠償を行うべき中、それを行っていない場合、③ラントフリーデの破壊、そして④公共の利益を侵害した場合に、提起が可能であるとされた。なお、ここでは、例えば暴力的な支配者 (*saevitia dominorum*) による圧政を、公共の利益の侵害として解釈することを認めているなど、裁定訴訟の対象については柔軟な解釈が行われていた。<sup>50</sup> それゆえ、この裁定訴訟も、臣民による暴力的救済や自力救済を防ぎ社会的紛争の法現象化に貢献したものと評価できる。

## 五. 臣民訴訟

### 一) 概要

近代初期のドイツの司法においては、公法と私法の区別が知られていなかったことは上述の通りである。<sup>51</sup> このようなか、臣民訴訟 (*Untertanenklage, Untertanenprozess*) と呼ばれる訴訟類型が存在していた。これは、例えば富裕層の臣民と下級層の臣民との間の対立といったように臣民同士の紛争を意味するのではなく、臣民とラント支配機関 (*Landesobrigkeit*) との間の訴訟として理解されていたものであった。<sup>52</sup> それゆえ、臣民訴訟は、今日で言うところの行政訴訟との共通性を垣間見ることができるといえる。なお、このような臣民訴訟については、後世において、更に支配機関による違法な手続あるいは支配機関による既得権侵害に対する個人による臣民訴訟と、領邦君主の侵害に対して都市の住民や農民たちといった集団による臣民訴訟といった区別が行われることもある。

そして、個人による臣民訴訟の具体例としては、新しい公租公課に対する臣民訴訟のほか、ツンフトの特権に対する領邦君主からの債権の償還訴訟や、臣民の生活および領土内の一般関係に関して支配機関が行う警察規制への訴訟

といったものを挙げることができる。他方で、集合的な臣民訴訟は、ドイツ農民戦争後に登場することになる。すなわち、ドイツ農民戦争の終結にあたりシュヴァーベン同盟に対して示された農民側の農民戦争の降伏条件および一五二六年の帝国最終議決においては、農民と領邦君主との間の法的手段を認めることが求められた。この要求が集団による臣民訴訟として結実したことによって、農民らは帝国の裁判所を頻繁に利用することになり、集団による臣民訴訟は絶対的主義体制における領土支配の調整機能を果たしていった。

これらの状況に対して、支配機関は、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議の訴訟活動を、出来るだけ制限するよう試みた。これは、支配機関が持つ高権への介入を防ごうとしたためであり、その現れとして、下記の警察事項を挙げることができる。

## 二) 警察事項の原告適格

上記までの通り、二つの最高裁判所が設置されたことによって、臣民は行政上の紛争を裁判所で取り上げる機会が確保されていた<sup>53</sup>。このような状況は、一八世紀に入ると、変化が見られた。すなわち、帝国等族や領邦君主は、警察事項と司法事項を区別することによって、領邦内での活動を裁判上の影響力の行使から引き離すことを試みたからである。なお、司法事項 (Justizsache) とは、個人の権利の侵害、すなわち個人の既得権に関する法関係に関するものである。他方で、警察事項 (Policeysache) は統治事項 (Regierungssache) とも表現されたり、両者の併記がなされたりすることがあるが、これは国家の直接的利益や公共の福祉に関するものである<sup>54</sup>。もつとも、両者の区別は実際には曖昧であったとされている<sup>55</sup>。このような中で、両最高裁判所においてはどの範囲まで訴訟の対象にすることができるのかも問題とされた。

このような中で、警察事項が訴訟提起の対象とならない根拠としては、一六四八年のウェストファリア条約 (Westfälische Friedensschluss) 六四条で領邦高権が付与されたことに端を発する。<sup>56</sup> ここでは次の通り規定する。

ローマ帝国の全ての選帝侯、君侯および等族は、その旧来の権利、優先権 (Vorrechten)、自由、特権 (Privileg)、ラント高権、教会の問題・世俗的問題、統治権、レガリーエン (Regalien)、およびそれらの占有が、いかなる理由によっても誰からも妨げられないようにすることを確認する。

その後、これを受け、一六五四年の帝国最終議決 (Jüngster Reichsabschied von 1654) 一〇六条は、警察事項、ツンプト事項 (Zunftfachen)、手工業事項 (Handwerksachen) について次のように規定を行った。

…裁判官は審理にあたって、各支配機関の利益とその事情に応じた公的地位 (Status publici) を考慮しなければならぬが、これらの事項における禁止に対して容易に判決を下してはならない。

したがって、この規定に基づき、警察事項は両最高裁判所への訴訟の提起および上訴が否定されたものと理解されるのが今日においては一般的である。けれども、これらの規定およびその理解に対して、両最高裁判所においては警察事項の司法的執行可能性 (Justiziabilität) も検討がなされた。その結果、警察事項に属す紛争であったとしても、個人の既得権の侵害にも関連する場合、臣民は君主ないし行政官庁を相手に両最高裁判所への訴えの提起が認められる場

合もあつた。<sup>(57)</sup> 更に、Siegrid Westphal は、両最高裁判所の判例から、① 既得権、自由権、そして諸権利が侵害された場合、② 支配機関が権力を濫用し、公共の利益や一般的利益を侵害した場合、③ 帝国警察法が侵害された場合、警察事項に該当するものであつたとしても訴訟提起が認められていたと、より詳細な説明をしている。なお、ここでいう既得権としては、特権、契約、そして時効のほか、慣習などを通じて発生した財産権や占有権なども該当するとされた。<sup>(58)</sup> また、ここでいう自由権は自然的自由 (natürliche Freiheit) のことを意味しており、一八世紀においては既得権に該当しない場合、自然的自由に該当するかどうか探られることもあつた。<sup>(59)</sup> それゆえ、警察事項の訴訟提起の余地については既得権が主張できるかどうかによつて判断されることが一般的に知られているが、既得権の主張の可能性を採る以外にも柔軟な姿勢を見せていた点も見過ごすことができない。

以上について、帝国国法学者 (Reichspublizist) の多くは、両最高裁判所の見解を支持していたことが伝わっている。<sup>(61)</sup> このような判例や学説の動向を踏まえ、後世においては、警察事項が両最高裁判所への訴訟の提起および上訴を否定する、という原則すら根拠に乏しかったと理解されることもある。<sup>(62)</sup>

### おわりに

すでに別稿で、ドイツにおける環境法上の団体訴訟の歴史的背景として、ドイツ自然保護運動について取り上げた。<sup>(63)</sup> そこでは、ドイツ自然保護運動が一九世紀前半のプロイセンを中心に展開され、このような歴史的背景がその後連邦自然保護法における団体訴訟制度の形成に強い影響を与えたものであることを示した。もつとも、一九世紀前

半のドイツ自然保護運動は、本稿で取り上げた神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所が存続していた時代とは僅かながら時期が異なることになる。つまり、一八〇六年に神聖ローマ帝国が崩壊し、二つの最高裁判所も廃止された後に、自然保護運動が生じたからである。そのため、神聖ローマ帝国の二つの最高裁判所が存在していた時期の諸制度は、その後の環境法上の団体訴訟に直接的な関連性を直ちに結びつけることは難しい。

しかしながら、後世に環境法上の団体訴訟が導入されたこととは直接的な関連性を肯定することが難しいとしても、次の点を指摘することができる。すなわち、二つの最高裁判所においては、——例えば不上訴特権や警察事項の訴訟対象性の否定といった諸制限も見られたもの——行政上の紛争について柔軟な解釈を行うことによって、訴訟の提起が広く認められていたことである。それゆえ、二つの最高裁判所は、臣民による行政上の紛争への裁判アクセスを確保することによって、社会的紛争の法現象化に貢献したものと理解できるわけである。<sup>64</sup>

ところで、上記のドイツ自然保護運動は、当時——本稿で取り上げたその後——プロイセンなどの法制度・裁判制度との関係もあつて、管見の限り、自然保護という問題に対して訴訟を提起することによって問題解決が図られていたわけではない。これは、自然保護を必要とする喫緊の必要性が無かったことや、訴訟を提起するまでの権利・利益として自然保護が把握されていなかったものと考えられる。けれども、社会的紛争を武力以外の手段で解決を図ろうとする土台が、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所の設置によって徐々に形成されていったものと思われる。つまり、自然保護の必要性を訴えるための啓蒙活動や市民による実践的な自然保護活動といったソフトな社会運動を通じて、自然保護の実現を試みたことの淵源は、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所の存在も見過ごすことができないと理解できるからである。

したがって、神聖ローマ帝国における二つの最高裁判所の存在がその後のドイツの原告適格論や団体訴訟論の制度設計に影響を及ぼしたと、筆者は考えている。そこで、今後は、自然保護運動が行われた時期と時間的に密接な、神聖ローマ帝国崩壊後に生じたベールグナイスト論争の時期について確認をしていくことで、ドイツ環境法上の団体訴訟の歴史的展開の一部を更に解明していきたい。

本研究にあたり、令和二年度科学研究費補助金【基盤研究(C)、課題番号20K01428、研究課題名「ドイツ行政上の権利保護の歴史的展開から見た環境法上の団体訴訟論」】による援助を受けた。

(1) この点、高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』商事法務（二〇一三年）一一〇頁においては、「環境、文化財保護、消費者保護等の分野においては、いわゆる団体訴訟制度を想定され得るとの指摘がされ、これに賛同する意見が多かった」との記述がある。

(2) このような指摘は、枚挙に暇がない。ここでは、例えば阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』有斐閣（二〇〇九年）一四六頁（一四八頁を挙げたい）。

(3) わが国行政事件訴訟における原告適格のリーディングケースとしては、いわゆる主婦連ジュース訴訟最高裁判決（最判昭和五三年三月一四日民集三三卷二号二一頁）を挙げることができる。もともと、阿部泰隆『処分性・原告適格・訴えの利益の消滅』信山社（二〇二一年）二五三頁においては、「判例のとする法律上保護された利益説は、いわゆるジュース訴訟で突然宣言されたが、この訴訟は広く庶民に代わって提起した代表訴訟であるので、本来、法律上保護された利益説か、法的保護に値する利益説のいずれをとるべきなのか決着をつける場ではないにもかかわらず、何ら理由も示されることなく判例とされ、その後の判例は不合理な点がたくさんあるのに、以後、いくら批判があっても、裁判所は先例病にかかっているのか、この説



を採用し、調査官解説は、学説我関せず、判例だけを調査し、しかも、それを拡大解釈している」と、同判決を原告適格のリーディングケースとすることへの批判を示している。

(4) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ』有斐閣(二〇二二年)一九四頁～一九五頁参照。

(5) 例えは W. Eribguth, Allgemeines Verwaltungsrecht 8. Aufl., Nomos 2016, S.106は「条文が公共の利益のみに資するの、それとも(少なくとも)個人の権利も保護するかどうかは、解釈によって決定されなければならない。……しかし、多くの条文から、それが個人の利益を保護し、主観的権利を取りなすのかどうかを推測することは容易ではない」とした上で、建設法(Baurecht)、危険防止法(Gefahrenabwehrrecht)、営業法(Gewerberecht)、補助金法(Subventionsrecht)、記念物保存法(Denkmalenschutzrecht)などの領域における原告適格の判断の困難さを指摘する。

(6) この点、塩野宏『行政法Ⅱ』有斐閣(二〇一九年)一三〇頁においては、「取消訴訟の原告適格を何人に認めるかは、立法政策上の問題となる。……裁判を受ける権利は行政処分に対しても等しく妥当し、その限りにおいて立法には限界があることに注意しなければならない」とする。本稿は、この記述に司法の役割を追加して記載を行った。

(7) 環境・権利救済法の制定については、大久保規子「ドイツにおける環境・法的救済法の成立(一・二)―団体訴訟の法的性質をめぐる一考察―」阪大法学五七巻二号(二〇〇七年)二〇三頁以下、同五八巻二号(二〇〇八)二七九頁以下、小澤久仁男「環境法における団体訴訟の行方―ドイツ環境・権利救済法を参考にして―」香川大学法学部創設三〇周年・法学研究院創設記念論文集『現代における法と政治の探求』成文堂(二〇一二年)五一頁以下がある。また、その後の同法の改正および欧州裁判所の動向については、大久保規子「混迷するドイツの環境団体訴訟―環境・法的救済法2013年改正をめぐって―」新世代法政策学研究二〇号(二〇一三年)二二七頁以下、同「環境情報の司法アクセスとオース条約―ドイツ環境訴訟への影響を中心として―」松本和彦編『日独公法学の挑戦―グローバル化社会の公法―』日本評論社(二〇一四年)二九七頁以下、小澤久仁男「ドイツ環境法における実体的排除効の終焉と新たな展開―2015年欧州裁判所判決を参考にして―」確井光明ほか編『行政手続・行政救済法の展開(西椋章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念)』五三九頁以下がある。

(8) この点、宮崎良夫『法治国理念と官僚制』東京大学出版会(一九八六年)二二頁以下においては、本稿で取り上げる帝国

カンマー裁判所および帝国宮廷顧問会議が、帝国の最高裁判所として機能したことを前提に、「後世の学者、…19世紀中葉の『法治国』論の主唱者として知られるベール、さらにはプロイセンの行政裁判所の提唱者として知られるグナイストらによって高く評価された裁判制度が形成されたのである」としている。また、鈴木庸夫「プロイセン行政裁判制度―グナイストモデルの分析―」千葉大学教養部研究報告九号（一九七六年）三九頁〜九七頁（特に四九頁の註5）においては、「有名な帝室裁判所（Reichskammergericht）や帝国宮廷会議（Reichshofrat）はよく独立性を保持し、ランデスヘルたちの違法な公権力の行使に対して裁判権を行使していた。このことは間接的に等族の支配をも抑制する機能をも有していたとみることができ。なお帝室裁判所については、グナイストもオットー・ベールも非常に高い評価を与えていた」としている。更に、ドイツ環境法上の団体訴訟制度の研究の第一人者であるSabine Schlacke教授のモノグラフィーにおいても、今日の環境法上の団体訴訟制度の分析を行う前に、絶対主義における行政上の紛争について触れた上で、ベール⇨グナイスト論争などを中心に行政訴訟の歴史的展開を分析している（Vgl. S. Schlacke, *Überindividueller Rechtsschutz*, Mohr Siebeck 2008, S.30〜S.43）。したがって、本稿は、これらの記述に大きく影響を受けている。

- (9) 南博方『行政裁判制度―ドイツにおける成立と発展―』有斐閣（一九六〇年）六一頁〜七〇頁（特に六八頁）参照。なお、このような指摘は、今日、ドイツにおける行政裁判制度の歴史を研究する文献の中でも多く見られており、後掲の脚註も参照。
- (10) Vgl. M. Sellmann, *Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: H-R. Kütz/R. Naumann (Hrsg.), *Staatsbürger und Staatsgewalt*, Bd. 1, Karlsruhe 1963, S.25〜S.33.

(11) Vgl. W. Schulze, *Einführung in die Neuere Geschichte*, Stuttgart 1987, S.61 ; *Verrechtlichung* “Verrechtlichung”の訳語については、「法化」と「法制化」といった訳語が充てられることがある。本稿においては、西谷敏「西ドイツ争議法論の展開―争議行為の『法現象化』(Verrechtlichung)を中心として―」日本労働協会雑誌二〇〇四号（一九七八年）一七頁〜二七頁を参考にして、法現象化の訳語をあてた。

- (12) Vgl. K. Härter, *Soziale Unruhen und Revolutionsabwehr: Auswirkungen der Französischen Revolution auf die Rechtsprechung der Reichskammergerichts*, in: B. Diestelkamp (Hrsg.), *Das Reichskammergericht am Ende des Alten Reiches*

und sein Fortwirken im 19. Jahrhundert, Köln 2002, S.43ff. ;このような指摘については、あくまでもドイツ側からの指摘であって、フランス側からの指摘ではない。けれども、社会的紛争の法現象化を背景に、ドイツはその後の制度および理論が展開されていることから、フランスとの制度比較をする際に、一つの物差しになりうるものと思われる。

(13) 本稿で取り上げる帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議が創設される以前から、すでに帝国宮廷裁判所 (Königliche Kammergericht) などが存在していた。但し、帝国宮廷裁判所は一四五一年に解体された。

(14) ところで、本稿においては、「Reichskammergericht」を帝国カンマー裁判所、「Reichshofrat」を帝国宮廷顧問会議の訳語をそれぞれ充てている。この点、美濃部達吉教授は帝室裁判所・帝国宮廷顧問と示しており【オットー・マイヤー／美濃部達吉訳『独逸行政法第1巻(復刻版)』信山社(一九九三年)四一頁】、南博方教授はライヒスカンマーゲリヒト・ライヒスホフラートと示しており【南・前掲註(9)七九頁】、宮崎良夫教授は帝国裁判所・帝国宮廷裁判所と示しており【宮崎・前掲註(8)二二頁】、そして田口正樹教授は帝国最高法院・帝国宮内法院の訳語を充てている【ペーター・エストマン(田口正樹訳)「ドイツ国民の神聖ローマ帝国の2つの最高裁判所(1495年から1806年)」歴史・研究・展望」北海道大学法学論集六四巻四号(二〇一三年)二〇三頁〜二四三頁(特に二〇五頁)】。そのため、両者について、様々な訳語がある。これらの中、本稿は文字浩教授の訳語を参照にした【文字浩「旧帝国における帝国最上級裁判所について」南山法学二二巻四号(一九九八年)一三頁〜四二頁】。

(15) この点、宮崎・前掲註(8)二九頁においては、「…今日のごとき公法私法の明確な概念的区別の知られていない時代の訴訟形式であって、したがって今日の行政訴訟と直ちに同一視することは許されなければ、訴訟形式のみに限定すれば、それは紛れもなく公権力の行使に対する抗告訴訟と同等の意味を有し得るものであり、そのような訴訟形式によってランダスへの違法な高権の行使に対する一種の『行政訴訟』の制度が形成されたという意味においてきわめて注目に値するものであった」との記述がある。また、Schlacke, (FuBn. 8), S.30において、「中世の司法権は、私法的紛争と公法的紛争を区別してこなかった。そうであるにもかかわらず、そこでの多くの手続は市民と絶対君主との関係であった」としている。

(16) 本稿は、S. Westphal, Gerichtliche Verwaltungskontrolle im Alten Reich, in: K.-P. Sommerfeld/B. Schaffarzik (Hrsg.),

Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgeschichte in Deutschland und Europa (Bd. 1), Berlin 2018, S.3～S.29.に負うところが大きい。なお、ドイツの著名な国法学者であるルドルフ・スメントは、教授資格論文において、帝国カンマー裁判所を取り上げている (C.-F. Rudolf Smend, Das Reichskammergericht; Geschichte und Verfassung, Böhlau, 1911)。但し、帝国カンマー裁判所と帝国宮廷顧問会議の研究は、現在も分析が行われている。詳細については、エストマン (田口訳)・前掲註(14)にて記述がなされている。

(17) 本項の記述は、Westphal (FuBn. 16), S.7—S.8.; 山本文彦「近世ドイツ国政史2 研究—皇帝・帝国クライス・諸侯—」北海道大学図書刊行会 (一九九五年) 四二頁～四六頁を主に参考にした。その他、一五世紀頃のドイツの状況については、法学のほか、歴史学においても紹介が見られるが、ここでは主に勝田有恒「帝室裁判所規則 (1495年) の成立」一橋論叢六八巻四号 (一九七二年) 三二七頁～三三三頁、および村上淳一「守矢健一／ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門 (改訂第9版)』有斐閣 (二〇一八年) 一〇頁～一九頁 (一一頁) も参考にした。

(18) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.7.

(19) 本項の記述は、Westphal (FuBn. 16), S.8～S.9を参考にした。

(20) Vgl. H. Carl, Landfrieden als Konzept und Realität kollektiver Sicherheit im Heiligen Römischen Reich, in: G. Naegele (Hrsg.), Frieden schaffen und sich verteidigen im Spätmittelalter, Göttingen 2011, S.121～S.122.

(21) 本節の記述は、Westphal (FuBn. 16), S.9～S.11.; 文字・前掲註(14)二三頁～二七頁、小野秀誠『ドイツ法学と法実務家』信山社 (二〇一七年) 五六頁～六〇頁を参考にした。

(22) なお、一五二七年にシュパイアーに置かれるまでの間、ヴォルムス (Worms)・アウグスブルク (Augsburg)・ニュルンベルク (Nürnberg)・レーゲンスブルク (Regensburg) などの都市を転々としたことが伝えられている。また、帝国カンマー裁判所は、フランスの占領や裁判所の人事をめぐるスキャンダルによって、機能が停止した時期もあった【山本文彦「近世ドイツにおける帝国裁判所」社会文化研究所紀要 (九州国際大学) 五〇号 (二〇〇二年) 一一三頁～一五六頁参照】。これが、後掲の訴訟件数にも影響を及ぼすことにもなった。

- (23) 帝国カンマー裁判所における裁判官については、ミッターイス・リーベリツヒ／世良晃志郎『ドイツ法制史概説（改定版）』創文社（一九七二年）四五八頁、文字・前掲註(14)二八頁～三〇頁、ペーター・エストマン（田口正樹訳）「ドイツ国民の神聖ローマ帝国における裁判制度について——管轄と訴訟原則——」北大法学論集六四卷四号（二〇一三年）二四五頁～二八四頁（二五三頁）、渋谷聡「近世ドイツ帝国における裁判と諸地域——18世紀帝国最高法院と陪席判事推挙の構造——」社会文化論集一五号（二〇一九年）一頁～一〇頁を参考にした。
- (24) なお、村上ほか・前掲註(17)一四頁によると、「∴ローマカノン法が、いわゆる普通法（*Ius Commune, generelles Recht*）として、ドイツに次第に浸透するようになる。ただし、地域の特別法は、その存在さえ当事者により証明されれば普通法に優先的に行われた（「特別法は一般法を破る」）。その証明がない場合にも、法の欠缺を容易に認めるのではなく、ローマ法が補充的に行われたわけである」との記述があり、本文の記述においては参考にした。
- (25) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.10.
- (26) 帝国カンマー裁判所に関する法律については、一四九五年、一五二一年、一五四八年、一五五五年などがある。なお、一五五五年の帝国カンマー裁判所法については、文字浩教授が訳出をしている【文字浩「帝国カンマー裁判所法（1555年）（1）～（6）」南山法学一六卷一・二号（一九九二年）一八三頁～二四六頁、同三・四号（一九九二年）一三三五頁～二五六頁、同一七卷一号（一九九三年）一一三頁～一三四頁、同二号（一九九三年）一五五頁～一七五頁、同三号（一九九三年）一七九頁～二〇四頁、同二二卷三号（一九九七年）九三頁～一三五頁】。
- (27) なお、林屋礼二『西欧における民事裁判の発達と展開——西欧大陸民事訴訟史概観——』有斐閣（二〇二一年）一九一頁～一九二頁によると、「帝国カンマー裁判所の手続は複雑であり、……弁護士強制主義（*Anwaltszwang*）がとられて、手続は訴訟代理人によるべきものとされた。ここでは、ローマカノン法から訴訟代理人としての代理人（*Prokurator*）と弁護人（*Advokat*）∥代弁人（*Fürsprecher*）の区別が継受され、前者は当事者を代理する者、後者は当事者を補佐する者として当事者とともに行行するものとされ……、弁護人（*Anwalt*）として一元化された」とある。
- (28) 本節の記述は Westphal (FuBn. 16), S.11～S.12; 文字・前掲註(14)三七頁～四二頁を参考にした。

(29) この他、一六世紀末には、帝国宮廷顧問会議に上級ラント財務官が創設され、帝国カンマー裁判所で行われていた国庫事件を帝国宮廷顧問会議に移すといったことも行われている。

(30) エストマン (田口訳)・前掲註(14)二三〇頁においては、「……裁判所長官と裁判所長は常にカトリックであった。彼らは、陪席裁判官の意見が同数で分かれた場合には、事案を決定する権利を持った」とある。このような状況下において、宮崎・前掲註(8)四三頁によると、「…当時の宗教的対立の下で、帝国宮廷顧問会議は旧教派に好意的であったために……、ライヒ等族からは寛大な目で見られた」とある。このような陪審判事の構成を、旧教派のみに有利に作用したと見るのか、それともプロテスタントからの信用にも貢献したと見るのか、評価が分かれるものと言える。もともと、そこの比率の大小はともかく、プロテスタントを陪審判事に含めていることから、プロテスタントの立場も念頭に置いて裁判制度を展開しようとしていたと、筆者は肯定的に見ている。その他、鈴木山海『1654年「帝国宮内法院令」をめぐる諸問題』北海道大学文学研究科博士論文 (二〇一九年) 三二頁～三三頁 (<http://hdl.handle.net/2115/74560>; 二〇二二年一〇月三一日確認) においては、宗派同数制についての詳細が示されている。

(31) 鈴木・前掲註(30)三五頁参照。但し、皇帝の恣意が全くもって存在していなかったわけではない点に注意が必要となる。これについては、上記のほか、ベルンハルト・ディーステルカンプ (村上裕・田中実訳)「成立期から18世紀末までのドイツ国民の神聖ローマ帝国における最高裁判権—ヨーロッパの他の国との比較から—」関東学院法学一号・二号 (一九九二年) 二五三頁～二八一頁 (特に二六一頁～二六二頁) においても同様の記述が見られる。

(32) 本節の記述は、Westphal (Fußn. 16), S.12～S.14を参考にした。

(33) なお、本文の通り、臣民に対して選択権が認められていたが、文字・前掲註(14)四一頁においては、受任をした裁判所に優先権 (Privention) が形成された、としている。もともと、各裁判所に対して優先権が認められていた中、ヴォルフガング・ゼラート (和田卓朗訳)「帝国宮廷顧問会と帝国カンマー裁判所—その意義と研究—」法学雑誌 (大阪市立大学) 四六巻四号六五三頁においては、「たとえば、自分の訴訟が帝国宮廷顧問会 (RHR) において好ましい裁判官の手に委ねられていないと考えた当事者は、帝国カンマー裁判所 (RKG) に願い出ようと試みた。反対に、帝国カンマー裁判所 (RKG) にお

いて成果を収めることができなかつた当事者は、帝国宮廷顧問会（RHR）に訴え出た」とある。それゆえ、臣民にとっては、各裁判所の優先権による拘束力が強く及ぶものでは無かつたものと言える。

(34) この点については、以下の不上诉特権にも大きく関連する。すなわち、帝国裁判所と帝国宮廷顧問会議が上訴審と成るためには、その下級審である裁判所が必要となる一方で、不上诉特権を認める反対給付として各領邦内に上訴裁判所を設置する必要があつたからである。以上については、エストマン（田口訳）・前掲註(22)二六六頁も参考にした。また、民事訴訟法の観点から、ドイツにおける上訴の歴史的展開を取り上げたものとして、佐瀬裕史「民事控訴審の構造に関する一考察(1)——ドイツと日本における控訴審の誕生と展開を追つて」法学協会雑誌（東京大学）一二五巻九号一九一五頁〜一九九〇頁（特に一九三二頁以下）もある。

(35) 南・前掲註(9)八〇頁参照。なお、本稿においては、不上诉特権のみを取り上げるが、領域内の裁判所から帝国カンマー裁判所または帝国宮廷顧問会議への移管を阻む制度として、不移管特権といった制度もあつた。この点、藤田宙靖教授は、「不移管・不上诉特権」(privilegia de non evocando et non appellando)としている【藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張——オットー・ベール』法治国』の立場とドイツ行政法学——有斐閣（一九七八年）三四頁】。また、不上诉特権については、本節で挙げる文献の他、藤田貴宏『不上诉特権と帝国法——ダーフィット・メヴィウスの裁判権論』獨協法学六九巻七一頁〜一三一頁もある。

(36) 小野・前掲註(21)六〇頁〜六一頁参照。なお、金印勅令については国王選挙の手續なども定めており、ここでは七名の諸侯に皇帝選挙権を付与し、選挙侯の権利義務を定めるなど、根本法としても評価がなされている。この点については、山田晟『ドイツ連邦共和国法の入門と基礎——ドイツの憲法および民法——(改定版)』有信堂高文社（一九九一年）一〇頁〜一一頁、および、木村靖二編『ドイツの歴史』有斐閣（二〇〇〇年）三二頁〜三三頁（森田安一執筆）参照。

(37) 文字・前掲註(14)二七頁〜二八頁参照。

(38) 渋谷聡「帝国都市と帝国裁判所——18世紀帝国最高法院におけるケルン上層市民間の裁判——」島根大学社会文化論集第七号（二〇一一年）一頁〜一〇頁（五頁）参照。

- (39) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.21.
- (40) 本節の記述は、Westphal (FuBn. 16), S.10～S.11; 文字・前掲註(14)三〇頁～三一頁および四〇頁～四二頁を参考にした。
- (41) なお、本文のような手続が導入されていたものの、当時において判決理由を当事者に伝えられることが多くは無く、判決理由は裁判所内部で用いられるものであったことが伝えられている。この点については、ヴォルフガング・ゼラート (和田卓朗訳)「特にライヒスホーフラート (帝国宮廷法院、帝国宮廷顧問会) とライヒスカンマーゲリヒト (帝室裁判所) の例に見る当事者に対する判決の合理的理由付けの歴史について」法学雑誌 (大阪市立大学) 四五卷三・四号 (一九九九年) 八一頁～八四七〇頁 (八一六頁) が詳しい。
- (42) なお、一六四八年のウエストファリア講和条約は、帝国宮廷顧問会においても帝国カンマー裁判所法が適用されることが規定される、といったこともあった。それゆえ、帝国裁判所と帝国宮廷顧問会においては、重要な手続などについて共通の法が適用されていた【文字・前掲註(14)四〇頁以下参照】。その後、一六五四年には、帝国宮廷顧問会議法が定められ、帝国宮廷顧問会議は原則として帝国カンマー裁判所の訴訟手続が適用されたが、自由な訴訟手続を行うことも認められた【山本文彦・前掲註(22)一二七頁参照】。
- (43) Vgl. E. Ortlieb, Das Prozeßverfahren in der Formierungsphase des Reichshofrats (1519—1564), in: P. Oestmann (Hrsg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit: Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, Köln 2009, S.135.
- (44) 本節の記述は、Westphal (FuBn. 16), S.14～S.16および文字・前掲註(14)三八頁に負うところが大きい。
- (45) Vgl. F. Ranieri, Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption; Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert, Köln 1985, S.241.
- (46) Vgl. J. Weitzel, Die Rolle des Reichskammergerichts bei der Ausformung der Rechtsordnung zur allgemeinen Friedensordnung, in: I. Scheurmann (Hrsg.), Frieden durch Recht; Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806, Mainz 1994, S.48.
- (47) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.15.



- (48) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.15.
- (49) 本節の記述は、Westphal (FuBn. 16), S.19；宮崎・前掲註(8)二六頁～二七頁を参考にした。なお、Westphalは、「... einstweilige Verstöße gleichkommende Mandatsklage」という表現を行っていることから、本文の通り、仮の権利救済に相当するとした。但し、裁定訴訟については、訳語にとどまらず、その位置付けについても、論者によって異なる部分がある。また、裁定訴訟の全容の解明にとっては、仲裁裁判における領邦君主の特権や、裁判外の控訴——例外上訴訴訟——といった制度も触れる必要があるが、本稿においては取り上げない。この点については、上記宮崎教授の著書が詳しい。
- (50) Vgl. Schulze (FuBn. 11), S.81f.
- (51) 本節の記述については、Westphal (FuBn. 16), S.16～S.23；エストマン(田口訳)・前掲註(14)二二八～二三〇頁を参照した。
- (52) この記述については、Rita Sailer, Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht, Boehlau 1999, S.12～S.13；池田利昭「ヴェストファーレン条約以降の帝国都市と帝国宮廷法院——トーマス・ラウの業績から——」愛知県立大学大学院国際文化研究論集一六号(二〇一五年)二四一頁～二六〇頁(二四六頁～二四八頁)を参照した。
- (53) 本節の記述については、Westphal (FuBn. 16), S.23～S.25；Sailer (FuBn. 52), S.430～S.440を参考にした。
- (54) 司法事項と警察事項の区別については、南・前掲註(9)九〇頁～九一頁を参照した。また、藤田宙靖・前掲註(35)四三頁においては、「Justizsacheとは、私的権利状態 (Privat=Rechtszustand) の侵害に関し、法律適合性の見地よりの決定が要求されるようなすべての場合をいう。ここでは決定に影響を及ぼすような、公共の福祉の観点は全く無縁である。これに対し、Regierungssacheとは、合目的性の見地から、公共の福祉の利益において処分 (Verfügung) が要求されるすべての場合である。ここでは、ただ達せられるべき目的との合致がありさえすれば良いのであって、Justizsacheにおける如く、法律との完全な一致が必ずしも排他的条件である、というわけではない。ここでは法律適合性は常に合目的性に屈服する」としている。更に、岩尾祐司・井上繁子編著『近代ドイツの歴史』ミネルヴァ書房(二〇〇五年)一七頁(神寶秀夫執筆)においては、「…ポリツァイ(英語・フランス語ではポリス)は今日では警察を意味するが、元来はギリシア語のポリテイア——『全住民

の公共の利益と統治目的とする真の国制』(アリストテレス)を意味する——に由来する用語である。そしてそれは、15世紀末のブルグンドにおいて行政官庁用語(従来の平和概念ではとらえにくい公共福祉の必要性という新たな統治目的—行為)として使用されることを経て、近世ドイツでは『広範な行政(特に内政) 行為やそれがおこなわれる公共体』を表現する言葉として広く使用されていった」とある。その他、ここでは、カール・クレッシェル(村上淳一訳)「司法事項とポリツァイ事項」法学協会雑誌九九巻九号(一九八二年)一四〇四頁～一四二六頁; P. Preu, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre*, Göttingen 1993, S.15～S.51; 松本尚子「ベルクのポリツァイ概念—19世紀初頭ドイツの国家目的論と権力分立論の一例—」一橋論叢 一一五巻一号(一九九六年)一七一頁～一八九頁(一七一頁)なども参考にした。

(55) この点、宮崎・前掲註(8)五五頁においては、「実際には、司法事項と警察・統治事項の区別は曖昧なままであった。それだからこそ、ラントにおいて等族的司法機関とランデスヘルの官僚機関との権限争議が生じたのであった。そして、18世紀末葉から19世紀初頭にかけての国法学にとっても、右の区別の問題は重要な理論的課題とされ、その理論化の作業を通して、現実の『行政司法』の是非が論じられ、『法治国』の理念が模索されたのであった」としている。また、藤田宙靖・前掲註(35)三三頁～三四頁においては、「君主の行為については、爾後の意味における公権力の行使と私権の行使との別は当初甚だ不明確であったが、後の裁判権と行政権の一部を含めた Jurisdiction が次第に、公権力<sub>を</sub>を形成するに至り、その場合、裁判手続による決定については通常の控訴、裁判外の手続による決定(警察権の行使は主としてこれに含まれる)については裁判外の控訴 (Extra = Judicial=Appellation) が、それぞれライヒスカマーゲリヒトに対し認められていた。この Jurisdiction に該当せざるものは、君主の私的債務同様、仲裁裁判強制の例外を除けば、原則として直接ライヒスカマーゲリヒトへ訴えることができた。しかし、やがて一方では、領邦君主による不移管・不上訴特権 (privilegia de non evocando et non appellando) の獲得等により、18世紀の中頃には、既に大領邦にてはライヒスカマーゲリヒトへの控訴は行われなかったのみならず、君主はライヒスゲリヒトの代りに自己のランデスゲリヒトへのみ訴えられる、との原則がほぼ確立されるに到った。そして、他方では Jurisdiction より行政と司法の分化が始まると共に、従来は君主の私権とされていたものについても司法事件 (Justizsache) と行政事件 (Verwaltungssache od. Regierungssache) への分化が行われた。そして、これらの結果は、18世紀

中において既に、君主は Privatsache についてのみ、しかもラントの裁判所のみ訴えられる、との原則を徐々に形成せしめるに至り、次第に、より主権的絶対的な国家権力の成立へと向わしめていたのであった」としている。本稿においては、これらの記述を参考にしている。また、司法事項と警察事項については、その後のプロイセンにおける官房司法などにも関連することから、今後の研究課題にしたい。

(56) 本稿においては、ウエストフアリア条約の条文を取り上げたが、オスナブリュック講和条約 (Instrumentum Pacis Osnabrugense) 八条が同内容の規定として挙げるができる。なお、両条約については、アッシュェンドルフ／シュンスタール出版 (Verlag Aschendorff/Münster) および「社団法人 現代史研究会」(Vereinigung zur Erforschung der Neueren Geschichte e.V.) によって全文が公開されている (<http://www.pax-westphalica.de/>; 二〇一二年一〇月三一日確認)。また、ウエストフアリア条約については、友清理士氏による訳語が Web 上で公開されており (<http://cryptiana.web.fc2.com/docs/westph.htm>; 二〇一二年一〇月三一日確認)、訳語を作成するにあたって参考にした。

(57) Vgl. A. Niesler, Individualrechtsschutz im Verwaltungsprozess, S.73～S.77; 同点 Sailer (FuBn. 52), S.432以下66頁。公務員の増大や都市の法律顧問の選任の訴訟可能性を具体例として挙げている。この場合、例えば、都市が適切な法律顧問を単に探している場合、純粋な警察事項として扱われたのに対して、都市が市民に異議の機会を与えていた場合、司法事項として扱われていたとしている。

(58) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.24～S.25.

(59) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.25.

(60) 但し、例えば米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(1) —危険防御の規範構造の研究・序説—」法学(東北大学)七〇巻一号五一頁の註(14)においては、「……厳密に言うならば、……Polizei 事項が完全に裁判所の事後審査を免れるということの意味するものではない。Polizei 命令が臣民の既得権を侵害した場合、つまり Polizei 事項が係争状態になる場合には、それは司法事項の一種として裁判所の対象となったからである。しかしこのことは、Polizei 事項が同時に(実体的に)司法事項になるということの意味するものではない。司法事項は、それとは別の、訴訟法の次元の概念だからである。従って、

司法事項とPolizei事項はあれかこれかの関係に立つわけではなかったことに注意を要する」と指摘する。

(61) Vgl. Westphal (FuBn. 16), S.24.

(62) Vgl. Sailer (FuBn. 52), S.433.

(63) 小澤久仁男『ドイツ連邦自然保護法上の団体訴訟―自然保護団体の協働権からの分析―』立教大学大学院法学研究三九号(二〇〇九年) 五一頁〜九〇頁(特に五五頁〜五六頁)。また、ドイツ連邦自然保護法は、自然保護の領域にとどまらず、景観保存の領域も対象としている。このような中で、ドイツにおける記念物保存に関する歴史的展開について取り上げる近時の論攷として、吉岡郁美『記念物保存法と都市計画法の歴史的展開』行政法研究三六卷(二〇二〇年) 七九頁〜一一七頁(特に八二頁〜八五頁)がある。

(64) Niesler (FuBn.57), S.77<sup>46</sup>、高権行為(Hoheitsakt)の司法審査にとって既得権が重要な役割を担ったと評価した上で、既得権の侵害に個人保護機能を内在させたことは主観的公権に影響を与えた、としている。それゆえ、既得権の主張の可能性を探ったことはあくまでも個人を保護するべく採られた方法と理解することができる。したがって、この指摘は、個人を超えた権利保護(Überindividueller Rechtsschutz)を行う環境法上の団体訴訟の導入が認められなかった原因を解明する手掛かりとも言え、今後の研究に活かしたいと考えている。

# 計画手続の迅速化と市民参加の機能に関する考察

——ドイツにおける新型コロナウイルス感染症への対応を踏まえて——

長谷川 福 造

- 一 序説―行政計画と本稿の位置づけ
- 二 二〇二〇年までのドイツにおける計画手続の変遷と概要
- 三 計画保証法による新型コロナウイルス感染症への対応
- 四 計画手続への市民参加に関する考察―ドイツでの議論と今後の展望

## 一 序説―行政計画と本稿の位置づけ

令和二年三月一日に世界保健機関（World Health Organization: WHO）がパンデミック宣言を出して以降、国内外における様々な局面で、新型コロナウイルス感染症<sup>①</sup>（COVID-19）への対応が迫られた。この二年半の間、行政活動に關する法律制度や仕組みの改変も多岐にわたっている<sup>②</sup>。筆者は、前稿で行政計画の策定手續に關して、ドイツの制度設計を踏まえて考察したが<sup>③</sup>、ドイツにおける行政計画の仕組みは、感染症対策の一環で法改正を伴うかたちで改定されてきた<sup>④</sup>。

また、我が国においても、行政のデジタル化と歩調を合わせて市民参加の制度設計にも変化が生じており、この変化は行政計画の策定手續とも連動している。現代の複雑なリスクに対応していくため、行政各部、地方公共団体、企業や業界団体、そして多様な国民の行動を一定の方向に制御していく上で、計画という執政作用の発動が不可欠という見解も近時示されている<sup>⑤</sup>。この見解では、個人と多様性の尊重と国家自身の機能維持を国家の課題と捉えて、自由国家から福祉国家への流れの次の潮流を展望し、計画による制御を重視している。行政計画の果たす役割は今後も拡大し、法学的分析も重要となる。

このような現況を踏まえて、本稿では、主に二〇一八年以降のドイツの制度改定と新型コロナウイルス感染症対策の状況を分析するとともに、日本の行政計画策定手續の今後を見据えた法学的考察を行っていく。

## 二 二〇二〇年までのドイツにおける計画手続の変遷と概要

### 1 一九九〇年代から二〇一八年までの三つのフェーズ

一九九〇年一〇月三日のドイツ再統一 (Wiedervereinigung) から二〇一八年一月の交通分野における計画手続と認可手続の迅速化のための法律 (Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich)<sup>(6)</sup> までの制度の変容については既に考察した<sup>(7)</sup>。近時ドイツでは、この変容を三つのフェーズに区分した分析が広がっている<sup>(8)</sup>。第一フェーズは、一九九一年一二月の交通網計画迅速化法から一九九六年九月の認可手続の迅速化のための法律制定までの間、計画手続のスピードアップが図られた時期である。しかしその後、二〇〇六年一二月のインフラストラクチャー計画迅速化法からシュトゥットガルト21を巡る潮流の変化を受けて、二〇一三年五月に公衆参加の改善と計画確定手続の統一のための法律が成立した。このように早期の充実した市民参加への転換が、第二フェーズである。そして、第三フェーズとなるのが、二〇一八年の一連の法改正による手続の迅速性確保である<sup>(9)</sup>。この改正では、連邦遠距離道路法<sup>(11)</sup>、一般鉄道法<sup>(12)</sup>、及び連邦水路法の計画確定手続において、更新建設工事 (Ersatzneubau) のための「変更 (Änderung)」の用語が明確化された<sup>(14)</sup>。また、連邦水路法で既に知られていた「暫定的命令 (vorläufige Anordnung)」の手段が、連邦遠距離道路法と一般鉄道法に導入された<sup>(15)</sup>。

この第三フェーズにおける迅速化の推進に対しては、関係する住民の意見を聴取することなくゲマインデの意見に基づいて暫定的命令を发出できることは、法的保護の観点から容認できないなどの厳しい批判があった<sup>(17)</sup>。また、手続の簡素化の利点に着目し過ぎると討議期日 (Erörterungstermin) の時間的優位性を平準化する恐れがあり、一般市民

を組み入れることは基本的に透明性向上に適うことを無視できない。そして、民主主義は反対意見によって発展するのであり、最後の一人まで全てが同意することが受容 (Akzeptanz) なのではなく判断が受け入れられることに意義がある。計画手続は国民の抵抗を打破するためではなく、こうした受容と迅速な手続の間の緊張関係に最適なバランスを持たせる存在である。したがって、討議期日の放棄は、関係者がいかなる状況下でも建設的な議論をする意思がなく、プロジェクトを阻止する意図が明らかの場合に限られるべきという見解もあつた。そして、利害関係者の懸念を考慮し、経済福祉という目標を実現するためにインフラの前提条件を整えていく必要があるとも指摘されていた<sup>18)</sup>。

しかしながら、例えばバート・エーンハウゼンの北部バイパスの事例では、一九七八年八月一五日に最初の計画承認の申請が出されてから計画承認まで四〇年掛かるなど、スピードアップを図る制度の重要性は依然として高かつた<sup>20)</sup>。また、計画法上の前提条件を充足し、公共調達法 (Vergaberecht) の適用を経て具体的なプロジェクトが実施されるというハードルを踏まえ、重要なインフラ計画の実施が遅れることは「拠点としてのドイツ」の経済的繁栄にとってリスクを伴うとされた<sup>21)</sup>。

## 2 二〇一九年からコロナパンデミックまでの法改正

このような議論が展開した第三フェーズを経て、ドイツにおける主要なインフラプロジェクトの実施を迅速化することは、なおも政治的議論の焦点となつていった<sup>22)</sup>。そして、手続の合理化への勢いが、二〇一九年一月の法改正案<sup>23)</sup>の提出と、翌年三月の二つの新たな法律で具体化するに至つた<sup>24)</sup>。

この新法制定は、交通分野における計画手続と認可手続の更なる迅速化のための法律 (Gesetz zur weiteren Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich [交通計画手続の更なる迅速化法]<sup>25)</sup>) 及び交通分野



における措置法による建築権の創出の準備のための法律 (Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmen-gesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmen-gesetzvorbereitungsgesetz - MgvG) [措置法準備法]<sup>(26)</sup>) から構成されている。

外郭法律 (Mantelgesetz) である前者において、連邦遠距離道路法、一般鉄道法、鉄道と道路の交差に関する法律 (〔鉄道交差法〕 EKrG)、及び旅客輸送法 (PBefG) が改正された。この新法の目的は、交通インフラプロジェクトの計画と承認の手續を更にスピードアップさせることである。これにより、道路、線路 (Schiene) および旅客運送についての更新建設工事のための手續が簡素化された。<sup>(27)</sup> この交通計画手續の更なる迅速化法は、地方自治体 (Kommune) の財政的負担を軽減し、鉄道網への投資を促進させることを目的としている。例えば、鉄道交差法の改正により、連邦鉄道が地方自治体の道路を横断する場合の費用分担が定められ、連邦政府が二分の一、連邦鉄道が三分の一、交差箇所が位置する州が六分の一を負担する。<sup>(28)</sup> これにより、リスクや交通負荷が高い踏切をより迅速に無くしていくための推進力を提供することができる。<sup>(29)</sup> また、鉄道用事業施設に関して、施設の平面図が大幅に変更されない限りは計画承認の対象から除外する旨の一般鉄道法の改正も行われた。<sup>(30)</sup> 大幅な変更の有無については、量的のみならず質的にも評価され、第三者の出資が追加される場合などには大幅な変更<sup>(31)</sup>に該当することになる。

他方、措置法準備法は、CDU/CSUとSPDの間の連立協定に基づいて制定されたものであり、<sup>(32)</sup> 二九の交通インフラプロジェクト<sup>(33)</sup>に関して、立法府の意思決定権限を提供している。すなわち、政府と行政機関の主導と準備に基づいて、問題が法律によって規制されるのに適した性質であるという条件で、立法府が法律による計画を制定することが可能となる。<sup>(34)</sup> この法律の目的は、行政行為の代わりに法律によって交通インフラストラクチャーの新築又は拡充及び変更を承認できるようにするための手續を創設することである (一条)。これにより、環境に親和性のある交通

手段である鉄道と水運の迅速な計画実現を促進し、連邦議会が承認の決定を引き受けることで住民の受容 (Akzeptanz) を向上させることに繋がる<sup>35</sup>。新たな制度の幹となるのは、計画を承認する各種の法律に向けた準備手続の精密な実施である (四条)。この準備手続では、早期公衆参加 (Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung) と意見聴取手続 (Anhörungsverfahren) を経た上で、管轄の連邦鉄道庁 (Eisenbahn-Bundesamt) 、水路・水運総局 (Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt) 又は連邦遠距離道路庁 (Fernstraßen-Bundesamt) が最終報告書 (Abschlussbericht) を作成する。最終報告書は、措置法の制定に必要な附属書類とともに連邦交通デジタルインフラ省に送付される (八条一項一文)。この最終報告書は、立法府が可能な限り全ての公的及び私的利益を十分に考慮し、それらを相互に比較検討し適切な決定を下すことができる立場に置くことを目的としている<sup>36</sup>。このことは、同条三項が、ドイツ連邦議会の決定を先取りしないかたちで最終報告書を作成しなければならない (三文)、議会が固有の審議を行うことが可能な限りの余地を残さなければならぬ (四文) と定めていることと対応する。他方で、申請のあった計画を措置法によって推進することが適切でないと管轄の各機関が判断した場合、その旨が連邦交通インフラ省に送付され、関連する個別法に基づいて計画承認手続が進められることとなる (七条二項一文)<sup>37</sup>。措置法準備法二条各号が定めるプロジェクトのうち、例えば、ミュンヘンからミュールドルフを経由してフライラッシングに至るまでの鉄道路線 (二号) については、欧州鉄道回廊 (TEN-Netzkorridor) の重要部分でありドイツとオーストリアの国際的なルート接続に影響を与えることから、憲法裁判所の審査にも耐え得ると考えられている<sup>38</sup>。

この措置法準備法が一般市民の参加に重点を置いていることは、計画のプロセスにおいて望ましいものとして評価する見解がある<sup>39</sup>。その一方で、必要とされるその他の計画承認手続の一部と立法手続を組み合わせることで計画手続

が加速されるとしても、法的保護の低下の問題は無視できないと指摘されていた<sup>(40)</sup>。さらには、ドイツの立法府にとって望ましくない環境法保護の領域が発展することを抑止し、保護団体主導の訴訟審査を抑制しようという動きに見えるとの指摘もあった<sup>(41)</sup>。また、連邦参議会 (Bundesrat) は、法的手続を短縮することによって意図される加速効果がどこまで実現するか注意を要するとした。そして、計画承認手続が、影響が生じるあらゆる利害を天秤に掛けて法的安全を保護する決定を下す機能を持つことに鑑み、関係する地域住民の受容を拡大させ得るか疑問であるとして<sup>(42)</sup>いる。実際上の手続短縮効果に関して、立法過程における法案化と審議には一定の時間が掛かること、立法による計画策定は行政機関と民間事業者が対応し得るだけの厳格な計画準備なしには実現不可能であることから、従来の制度枠組みと比較してどこまでスピードアップできるか不透明であるとも指摘された<sup>(43)</sup>。

だが、二〇三〇年までにドイツ国内の法曹 (Jurist)<sup>(44)</sup> の約四割が職を離れ、一万人以上の裁判官と検察官が退職すると予測される一方、法曹界に入る若手は減少している<sup>(45)</sup>。そのため、手続の長期化の問題は、行政当局や行政裁判所の人員と設備の改善だけでは解決できないとの見解もある<sup>(46)</sup>。こうした現実を踏まえて、法的保護の低下を政治的責任の拡張によって引き受けるべきとする考え方も生まれている。選挙によって選ばれた国民の代表者が、プロジェクトの実施に責任を持つ<sup>(47)</sup>という趣旨である。このコンセプトを拡げていくと、より早い市民参加の段階においても政治的意思決定者が関与すべきとの考えにも繋がり得ると解される。

### 三 計画保証法による新型コロナウイルス感染症への対応

#### 1 計画保証法の背景となる議論

計画迅速化 (Planungsbeschleunigung) という魔法のような概念がインフラ整備において大きな地位を占めていた<sup>(48)</sup> イツであるが、新型コロナウイルス感染症の拡大と予防対策の広がり、計画と承認に関するプロセスに対して新たな課題を突き付けた。ドイツでは、二〇二〇年二月末に流行の兆しが現われ、同年三月九日に国内の感染者数が一〇〇〇人を超えた。同月一二日には、可能な限り社会的接触を避ける旨のガイドラインが制定され<sup>(49)</sup>、同月二二日、ウイルスの更なる拡散を防止するため、連邦政府と各州政府の間でドイツ全土における統一的な社会生活上の接触制限措置について合意が成立した<sup>(50)</sup>。その一方で、感染症のパンデミックが広がるにつれて、市庁舎や役場が閉鎖され、人々の公共的アクセスに重大な制約が課せられるようになった<sup>(51)</sup>。

「このウイルスは、過去二〇〇年間に経験した中で最も過激な減速剤 (der radikalste Entschleuniger) である」という指摘<sup>(52)</sup>に象徴される状況の中で、法的保護の確保への模索が始まった<sup>(53)</sup>。特に、接触制限の中で法的誤りのない (rechtsfehlerfrei) 意思決定をどのように実現していくかが問題となった<sup>(54)</sup>。連邦イミシオン防止法 (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG)<sup>(55)</sup> における市民参加手続に関しては、法律上定められた参加手続の実施が困難になる可能性が早くから指摘されていた。この指摘の概要としては、公衆参加 (Öffentlichkeitsbeteiligung) に関する法律上の規律は人と人とが無制限に接触できるという通常の社会的状況においてのみ適合するのであり、パンデミックのような特別な例外的状況では規律に空白が存在することになる。これを解決するための方策の一つとして、体系化された

(kodifizierte) 法的考え方の適用が挙げられる。すなわち、一方では有効な公衆参加の要請 (Gebot) が、そして他方は手続の迅速な実施が、可能な解決策の限界を示している、というものである。<sup>56)</sup>

これに関連する裁判所の考え方を見ていくと、例えば、二〇一四年三月二六日のバイエルン州高等行政裁判所の決定<sup>57)</sup>によれば、インターネットでの告知は、ゲマインデの告知板 (Gemeinderat) を子細に吟味するのと比較して時間や移動の手間が省けるという利点があるとされる。それだけでなく、個別の関係者において、インターネットを使用するたびに又は自由に選択できる期間内に、公的機関のウェブサイトなどの一定のネットワーク提供を自動的に呼び出したり、ユーザーが指定した検索用語に基づいて自動的に応答するように、インターネットアクセスを設定することも可能である。これによって、関係者は合理的な方法で少なくとも日刊紙を読むのと同じ信頼性で公式発表の情報を得ることができるとされた。

また、二〇一九年三月七日のバーデン・ヴュルテンベルク州高等行政裁判所の決定は、このバイエルン州高等行政裁判所の判決を指摘した上で、同時に地元の (ortlich) 日刊紙で示されている限りにおいて、インターネット上でのイミシオン防止法上の認可 (Genehmigung) の発表も許容されている。こうした裁判例の潮流は、法の支配のもとで自らの責任において行政手続に参加する「責任ある市民 (mündiger Bürger)」の役割を重視するものと評価されている。そして、一連の裁判所の考え方を基盤に、少なくとも電子通信メディアを利用することで個別的な市民参加の最初のステップが実現できるという考え方が、早くから示されていた。<sup>59)</sup>

## 2 計画保証法の概要

そうした情勢の中、各種の行政計画における討議手続や公聴会において市民参加を確保するために行われた法整備

が、COVID-19流行時における秩序ある計画手続と認可手続の保証のための法律 (Gesetz zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Planungs- und Genehmigungsverfahren während der COVID-19-Pandemie (Planungssicherstellungsgesetz - PlanSiG)〔計画保証法〕)である。<sup>(60)</sup>この法律は、新型コロナウイルス感染症の流行によって多くの重要なプロジェクトが停滞したり、あるいは失敗したりしないようにすることを目的としている。特に、住宅建設、気候保護、及びエネルギーと交通の設備更新の分野を含めた、重要な民間投資と公共投資の実施が遅れることを防止している。<sup>(61)</sup>連邦議会は、時間的制約から個別の法律を改正することを意図的に控えて「外郭法律 (Mantelgesetz)」として計画保証法を制定した。<sup>(63)</sup>ドイツ全土で課せられた外出制限と接触制限のために、各州のみならず民間企業も、行政手続の実施が困難であることが指摘された。その問題は、とりわけ市民参加の一環である申請書類の公開に関するものであった。それとともに、官庁や役所が利用できる人的資源に制約があることも、問題解決の困難性を加速させていたのである。<sup>(64)</sup>計画承認手続を巡っては、夜間外出の制限や身体的距離を遵守する義務を考慮して文書へのアクセスをどのように保証するか、庁舎内の執務室の外での供覧は可能なのか、接触制限がある中ですべての法的要件が充足されるように手続をどのように整理すべきかといった問題点が指摘された。<sup>(65)</sup>

このような問題点と背景を受けて新法は、パンデミック下の困難な状況においても、計画承認の手続と一般市民が参加する特別な意思決定手続が適切に実行されることを意図した。インターネット経由での情報アクセスやオンライン会議の実施を支える根拠として機能する役割が与えられたのである。<sup>(66)</sup>たしかに、現行法の解釈のみによって、個別法の特定の分野における公衆参加の手続を現下の状況とこれに関連する制限に適合させることは検討し得た。しかし、このようなやり方は著しい法的不確実性を伴う。例えば、基礎資料のデジタルでの公開は、個別法における申請文書

の物理的な提示を補うものとしてしか規律されていなかった。さらに、感染症の拡大は、もはや単なる短期的な例外的状況ではなく、長期にわたる行動制限の維持が必要になることも想定された。そこで、行政手続法だけでなく建築計画 (Bauleitplan) や空間計画 (Raumordnung) の手続に関して、プロジェクトの承認と計画の策定に十分な法的確実性を作り出すために法改正が必要であるとされたのである<sup>67)</sup>。

計画保証法が適用されるのは、全部で二四の法律である(一条)。代表的なものとしては、環境影響評価に関する法律、連邦イミシオン防止法、建築法典、エネルギー産業法、連邦鉱業法、及び原子法が挙げられ<sup>68)</sup>、前述の交通分野における措置法準備法も対象となっている(一条二四号)。適用対象の法律に基づく手続において、慣習的(ortsüblich) 又は公的な告示が義務づけられ、これに適用される規則が公的揭示板 (Amtstafel) への公告又は閲覧に供することを規定している場合、その公告又は供覧はインターネット上での告示の内容の公表に置き換えることができる。この場合、さらに官報又は地元日刊紙に少なくとも一度告示を行うことが必要となる(二条一項)。そして、インターネットでの公的告示を規定する行政手続法二七 a 条一項二文及び同条二項は<sup>69)</sup>、インターネット上の公表に対して適用される(二条二項)。

また、基礎資料と決定の公開に関しては、対象となる法律において必要とされる事項をインターネットにおける公開に置き換えることが可能となった(三条一項)。ただし、事業主体 (Vorhabenträger) は、許可なく営業上及び取引上の秘密を開示しないことを請求する権利を有しており、これらの秘密事項や安全に関わる重要事項が危険にさらされる恐れがある場合、インターネットにおける公開に異議を述べることができるとされる(同条項四文・五文)。そして、事業者がインターネットにおける公開に異議を述べた場合、当局は、公開までの間手続を停止しなければならない

(同条項六文)。他方、一般市民は、これまでと同様に書面で賛否等の態度表明 (Stellungnahme) が可能である (四条一項)。当局によって記録される意見表明の提出は除外することができるが、この場合、所管する官庁は電子的な意見表明へのアクセスを提供しなければならず、情報公開の際に指示されなければならない (四条二項<sup>70</sup>)。

そして、住民参加に関しては、五条が具体的な定めを置いている。この定めにより、討議期日 (Erörterungstermin)、口頭審理 (mündliche Verhandlung) 及び提案会議 (Antragskonferenz) をオンライン審議 (Online-Konsultation) に置き換えることが可能となった<sup>71</sup>。重要なのは影響を受ける人々が懸念事項を提示して話し合う機会であり、また必要に応じて決定の際に話し合いの内容を考慮に入れることである<sup>72</sup>。なお、用語に関しては、オンライン会議 (Online-Sitzung) ではなく「Konsultation」を用いている。これは、英語の「meeting」としての会議 (Sitzung) ではなく、あくまでも「discussion」としての討議 (Erörterung) に重きを置いたものである<sup>73</sup>。建設法典をはじめとする新法一条が定める個別の法律において、討議期日又は口頭審理の実施が裁量に委ねられている場面では、感染症の流行と蔓延のリスクを考慮に入れて実施するか否かを判断することができる (二項)。また、法定の手続で討議期日又は口頭審理の実施が義務づけられている場面では、オンライン審議で足りる (三項)。オンライン審議の進行については、住民参加の趣旨を実現するため、以下のような規律が設けられた。第一に、討議期日又は口頭審理に参加する資格のある者に対して、代替的なオンライン審議が実施されることが知らされなければならない、行政手続法七三条六項二文から四文までがこれに応じて適用される (三項)。第二に、各規制は計画承認手続に適用されるだけでなく幅広く網羅していることから「扱われるべき情報」として抽象的な指標化が必要となる<sup>74</sup>。そこで、オンライン審議に際して、参加資格のある者に対して、討議期日や口頭審理で取り扱われるべき情報にアクセスできるようにしなければならないとされた。



この場合、多数人が物理的に会うことを避けるため、扱われるべき情報は例えばインターネット上でアクセス可能にされる。これらの情報は、参加資格のある者が利用可能な態度表明や異議、あるいは期日のために所管の官庁によって作成されたものから構成され、事業主体による態度表明も含まれる。<sup>(75)</sup>そして、事前に示された合理的な期間内に書面又は電子的に態度表明する機会が与えられなければならない<sup>(76)</sup>。このようにして、オンライン審議は、口頭でのやり取りを討議すべき事柄に関する態度表明や反対意見に置き換えるのである。また、参加資格のある者の同意を得た場合には、電話会議又はビデオ会議で代替することも可能である<sup>(77)</sup>。そして、提案会議に関しては、所管の官庁が会議の開催に替えて書面又は電子的に態度表明する機会を与えることが可能とされた<sup>(78)</sup>。

このように、計画保証法は、計画承認手続の進め方について選択肢を提供している。しかし、これによって通常の手続が廃止されることはなく、当局が計画保証法の定めるプロセスに沿って手続を進めていくかは、基本的に裁量に委ねられていると言える。しかし、立法者の意図を鑑みると、市民参加の従来の形態が利用できない場合には、裁量は制限されることになる<sup>(79)</sup>。

### 3 計画保証法に対する評価と分析

計画保証法が立法された当初から多数の分析が行われていたが、例えば、重要な計画やプロジェクトで差し迫った停滞を防ぐ可能性を提供できるとして、好意的な評価があった。具体的には、パンデミック以前の交通分野における計画手続と認可手続の迅速化のための法律（二〇一八年）に至る経緯を引き合いに出して、政府や事業者サイドだけでなく関係する市民の中にも、法的なハードルが高いがゆえに重要な公共インフラプロジェクトが進んでいないことへの不満があると指摘し、スピーディーな計画承認を実装させる効果を期待する意見が挙げられる。<sup>(80)</sup>これは、大規模

な計画プロジェクトにおいて、デジタル化による根本的な問題解決の提供として位置づけられている。それと同時に、完全な手続措置を全て省くのではなくオンライン手続に切り替えることが、市民の立場に立った受容の観点からも適切であるとの指摘もあつた。<sup>(79)</sup>

また、「新しい日常 (neue Normalität)」としてのインターネット参加の到来を掲げる論者もいた。<sup>(80)</sup> 計画保証法によつて更新された規律は、危機に際しても市民参加を確保するのに十分である。パンデミックの時代には、ウイルス学者、政治家、裁判所のみならず他の意思決定者も、英雄的資質を持つていたとは限らない。まだほとんど知られていない新しいタイプのウイルスの拡散の不確実性は、あまりにも大き過ぎるのであり、「新しい日常」がどのように形成され、経済的・社会的発展へどのような影響があるかは将来的な課題であると、この論者は指摘している。

さらに、CDU/CSUのフィリップ・アムトール (Philipp Amthor) の「計画手続のデジタル化を見据えて、コロナの窮地から役立つものを得たい」という連邦議会での発言を踏まえ、デジタル化による手続の負担軽減への期待を述べる見解もあつた。<sup>(82)</sup> この見解は、危機における手続の停滞を防止・軽減することへの有用性を踏まえ、法的安定性の確保に主眼を置いている。特に、デジタルフォーマットは、参加プロセスの煩わしさを取り除き、更に多くの人々が参加することへ繋がる可能性があるとしている。そして、今後は、デジタルフォーマットを従来の物理的なフォーマットよりも優先することが合理的なのかを確認していくことが必要であると述べている。

このように、感染症の行先が不透明な中、インターネットでの市民参加に希望を見出す論調が多く見られる一方で、留意点や疑問点を示す論者もいた。例えば、公衆参加が計画承認手続の「核心部分 (Kernstück)」であることを前提<sup>(83)</sup> に、オンライン審議は公衆参加の権利を廃止又は縮減するための制度ではないと注意喚起する見解が挙げられる。<sup>(84)</sup> も

とより、制定までの時間的制約や感染症流行時の行政手続の必要性から考えて、教義上の浅薄性を粗探しすべきではないものの、インターネット上で通知・公告・参加手続を行う場面で、取引機密や企業秘密を保護しインフラの完全性を守るために必要なセキュリティをどのように確保するかという問題が生じる<sup>(85)</sup>。また、立法者はインターネットの大規模かつ世界的な普及効果に内在する問題を既に認識しているにもかかわらず具体的な解決方法は示されず、その判断は関係当局の裁量に委ねられている<sup>(86)</sup>。通常、自治体当局や州政府の中間的機関は、サイバーセキュリティを確保するために必要な専門知識や人材を必ずしも有しておらず、部分的であれ外部の専門知識を得なければならない点が課題とされている<sup>(87)</sup>。

そのほか、どのような観点がいつ議論されるのかを関係者に明確かつ確実に伝達し、一般市民からの質問に対して専門家が確実に回答するように手続を運営することが信頼構築と納得に役立つことを念頭に置いて、オンライン審議を実施する機関が中立性を担保し、プロジェクトの事業主体の延長線上にあるかのように振舞わないことが重要であるとの指摘もあった<sup>(89)</sup>。

こうした議論の推移を踏まえて、計画保証法の中核要素 (Kernel element) であるオンライン審議<sup>(90)</sup>の規定が実際にどのように評価されているかを、次に見ていく。討議期日又は口頭審理に参加する資格のある者への情報提供 (五条三項) に関しては、事業主体のほか、異議申立人 (Einwender)、関係当局、態度表明を行った団体及び影響を受ける関係者が、広く対象となる。なぜなら、誰が計画の影響を受けるのかは実体的な基準、すなわち自己の権利又は法的に保護された利益が起業案によって影響を受けるか否かによって判断されるからである<sup>(91)</sup>。そして、オンライン審議の特徴は、この者たちの直接的なやり取りが無いという点にある。計画承認手続における情報の核心は、先行する公告手続

と参加手続で寄せられた態度表明と異議申立てである。立法者は、参加資格のある人々が基本的に正確な文面でこれらを利用可能であることを想定している<sup>92</sup>。実際には、態度表明や異議をオンラインポータルやその他の電子的な方法によって元のままの形式で利用できる方式が原則として考えられる。しかし、オンライン審議は、結局口頭審理や討議期日に代わるものであるから、これらの手続で行われるようなテーマや主題の構造的整理を経た上で情報を公開することが望ましい<sup>93</sup>。このように予め構造化された「審議書 (Konsultationsdokument)」によつて、議論すべきテーマについて口頭での討議に代替するものを作り出そうという立法者の意図は、十分に考慮されているといえる<sup>94</sup>。

また、五条四項から明らかのように、オンライン審議の運用形態は、参加資格を有する者が提供された情報に対して書面又は電子的に意見表明を行うことを可能にするために設計されている。意見表明と反論をさらに連続させるという意味での、より広範な情報交換は法律上義務づけられてはいないが、意見表明のために設定される合理的な期間内である限り、審議手続の過程で複数の意見表明をすることは可能と考えられている<sup>95</sup>。また、オンライン審議の期間は全体として合理的でなければならず、討議期日と同様に議論される事実上及び法律上の問題や寄せられる意見や異議申立ての数といった側面が、個別のケースで考慮されなければならない。そして、合理的な期間が経過した後にはオンライン審議は終了するが、手続を実施する当局は、終了後も審議の結果を調査する公共的義務の範囲内で、事業主体や関係当局から更に補足情報を得ることができるとなされる。なぜなら、オンライン審議の目的は、討議期日と同様に、決定に係る事実として慎重に考量されるべき関連事項 (Abwägungsbefange) を明らかにすることにあるからである<sup>96</sup>。

また、実際にオンライン審議を運営する場面では、参加資格のある者だけがアクセスできるように適切な予防措置を講じることが重要となる。そのため、資格のない者を効果的に排除するための技術的な解決が何よりも必要である。

審議手続への関与について当局が把握している異議申立人や公認団体には、パスワードを付与することでオンライン審議の文書にアクセスできるようにすることができるとされている。あるいは、多くの人が参加する大規模な手続では、オンライン審議へ参加するにあたりIDカードのコピーなどの身元証明によって、事前に資格証明のチェックを行うモデルも考えられる。<sup>97)</sup>

このように、審議手続のワークフローに関しては、実施当局の業務のかなりの部分が入念な準備と技術的な実現可能性の確保に割かれることが明らかである。このことは、行政実務にとって未知の領域を提示している。事業主体は、商取引慣習上の電子フォーマットで書類を提出することで手続の準備に協力することになる。また、実施当局の側で、態度表明と異議申立てを一覧表にして提供するなどの工夫も考えられる。<sup>98)</sup>

こうした運用上の注意点を踏まえ、行政事務の負担増加、コストの追加、及び法的安定性の不足などの懸念が実際に指摘されている。しかし、実用化によるシナジー効果やデジタル化の進展のプロセスは行政分野にも広く到来するはずである。この新法での実施がパンデミックが収まった後も継続できるかどうかを、連邦政府が検討していることは歓迎すべきである。また、技術的に多くの人が取り残される懸念に関しては、二〇一九年時点で国内の全世帯の約九五パーセントが帯域クラス毎秒一六メガビットのブロードバンドを利用できていること<sup>99)</sup>から払拭できると指摘されている。<sup>100)</sup> さらに、こうした多岐にわたる特質を持つ計画保証法を実験法 (Experimentiergesetz) であるとまで指摘する論者もいた。<sup>101)</sup>

直近の二年間の計画法領域における制度改定を踏まえて、二〇二〇年一月五日のミュンスター大学の空間計画中央研究所におけるシンポジウムでは、インフラプロジェクトの計画、承認及び実施における法的問題が取り上げられ

た。<sup>102</sup>このシンポジウムの中で、計画保証法の機能と位置づけについても議論され、パンデミックにおける市民参加の確保を歓迎する意見や、市民が意思決定プロセスに可能な限り参加し通常の手続過程と同等になるよう、オンライン手続の実施に関する裁量を厳格にすべきという見解が示された。その一方で、オンライン審議の充実化に対して、インターネットを基盤とした一般的な公衆参加のための将来に向けた規律の青写真(Baupause)を見出せるという指摘もあった。ただし、専門技術的な「認識の真空(Erkennnisvakuum)」の中で法が適用されることを防止するため、本権に関連する分野においては立法府による積極的活動が必要とも指摘された。<sup>103</sup>

#### 4 計画保証法の適用状況と問題点

計画保証法の適用実績について、例えば、ドイツ鉄道では二〇二〇年に約三〇の手続が停止するのを防ぐことができた。具体的には、騒音防止用の防音壁、鉄道高架橋、Sバーン計画、及び大規模プロジェクトにおける改修と再築に関するものである。また、公共事業では、カールスルーエ・バーゼル線とハーナウ・ヴェルツブルク・フルダ線の延伸、並びに北東バイエルン、ハノーバー・ビレフェルト線及びホッフライン鉄道の改修などがあり、ビデオ会議や会議の一般公開の実績もあった。<sup>104</sup>こうした実績に基づき好意的な評価がある一方で、以下のような批判も示されている。すなわち、インターネットにアクセスできない或いはテクノロジーへの接触に不安を感じている市民の参加確保や公示請求の増加が懸念され、また、討議期日を文字だけの手続に置き換えることは議論の機会を放棄することになる等、オンラインでの不十分な審議が批判ポイントとして挙げられた。<sup>105</sup>

#### 四 計画手続への市民参加に関する考察―ドイツでの議論と今後の展望

##### 1 投資迅速化法を巡る動き

ドイツでは、感染症の拡大に対応して計画承認への市民参加を確保する動きと並行するかたちで、二〇二〇年一月には、投資の迅速化のための法律 (Gesetz zur Beschleunigung von Investitionen (Investitionsbeschleunigungsgesetz)) [投資迅速化法]<sup>(107)</sup> が制定された。この新法は、二〇一七年に始まった立法期 (第一九期) にインフラ分野の計画承認手続を迅速化する一連の制度改定の流れが広がったことを受けて、投資の実行という側面から計画手続の促進を意図したものである。<sup>(108)</sup> 各種の計画手続との関連では、鉄道路線の小規模な工事について一般鉄道法上の認可を受ける義務を免除し、より迅速な実施を図るものとされた。具体的には、二条及び四条が、鉄道路線の電化や信号機の改修、及びプラットホームの延長などについて、環境影響評価の実施義務のないときは計画承認手続と認可義務から除外することを定めている。技術的な審査は引き続き実施が必要とされるが、承認手続の緩和により、事業主体の負担が軽減される。ただし、審議の当初、原案に対して「この対策で実際にどの程度の大幅な短縮・加速効果が期待できるのか」認識できないという批判が、国家規格管理協議会 (Nationalen Normenkontrollrat) から示された点<sup>(109)</sup>には留意が必要である。

具体的な緩和効果は今後明らかとなるが、立法過程においては、二〇二二年一月に連邦首相府 (Bundeskanzleramt) が取りまとめた「インフラプロジェクトの計画法と建設法領域における履行コスト」<sup>(110)</sup>に基づいた試算が参照されている。投資迅速化法の対象である小規模な鉄道工事に参照するため同程度のローカルバイパスについて見ると、原案資

料の作成に二八四日の処理期間が見込まれている。もしも期間の三分の一が計画承認義務の免除によって短縮されるならば、標準で九五日間短くなる。連邦政府の賃金コストを一時間当たり六五・四〇ユーロとすると、一つの手続につき四万九七〇四ユーロに相当する。鉄道工事は一年間でおよそ一〇〇〇件の計画承認手続が想定されるが、仮にこれらの五パーセントが新たな規律の対象となった場合、年間二四八万五二〇〇ユーロの節約となる。この意味で、経済的なコストの軽減が期待できるとされている。<sup>111</sup>

## 2 市民参加に関する議論の深化

ドイツにおけるインフラプロジェクトの実施の迅速化に関する議論は、一九七〇年代後半に遡る。<sup>112</sup> ハンス・ユルゲン・パピエ (Hans-Jürgen Papier)<sup>113</sup> は、一九七八年、産業と交通の大規模プロジェクトの承認に関する講演において、「時間の問題」と「公法上の機関と意思決定構造の機能不全」が存在すると述べている。<sup>114</sup> また、一九八三年の連邦参議会 (Bundesrat) の行政裁判所と財政裁判所における裁判所の負担軽減に関する法律、及び行政裁判所法の改正法案の審議では、エネルギー供給、交通及び廃棄物処理の分野における技術的な大規模プロジェクトに関する行政裁判所の紛争については、手続をより速く進めていくための規律の追加が必要であると主張された。<sup>115</sup> さらに、一九八〇年代末には国内の経済界からの圧力が強まり、計画実施の停滞による投資の低迷と競争上の不利益が指摘されるに至った。<sup>116</sup> こうした流れとドイツ再統一を受けて、一九八〇年代以降、連邦レベルで「迅速化 (Beschleunigung)」という用語がタイトルに含まれる関連法が六件制定された。<sup>117</sup> 投資迅速化法は、七番目の法律となる。けれども、計画手続の効率化を重視する立場からは、数十年も迅速化を推し進めてきたのにまだ十分な速度に至っていないのはなぜか、或いは、誰かが同時にブレーキを踏んで加速を打ち消しているのではないかといった指摘もある。<sup>119</sup>



しかし、計画手続の理論的位置づけや存在意義から制度を捉え、安易なスピードアップに否定的な見解が目立ってきている。例えば、公共的な審査の精度が低下することは避けるべきであり、異なる利害の間に適切なバランスを見出すことが重要であると指摘されている<sup>120</sup>。そして、対立を無くすことはできないとしても可能な限り早い段階での意思決定への市民参加と透明性の確保が重要である<sup>121</sup>。さらには、議論の多い大規模プロジェクトについてスイス方式を参考に住民投票を行う方法も提案されている<sup>122</sup>。地元の反発が全て解消されるわけではないとしても、住民投票により政治的正当性が強化されることがその理由である。しかし、コストや時間的制約を考えると、実施は慎重に行うのが適切であろう。

計画手続における行政法上の討議期日は、現在もなお議論の対象となっている。その要因の一つに、理論的な基礎と実際的な実施状況の間かなりの矛盾が挙げられている<sup>123</sup>。そのため、行政当局だけでなく利害関係人の側も、討議期日に対して不満を持っている。討議期日の現況は情報提供や受容といった機能を果たしていないのではないかと、という問題点が浮き彫りになっている<sup>124</sup>。そこでは、市民参加の変化と制度上の手続スピードアップが大きく作用している。計画手続の複雑なシステムの中で、立法者が必ずしも統一的なバランスを取らず絶えず変容していることも問題とされている<sup>126</sup>。

ただし、直近の連立交渉である二〇二二年一二月の第二〇期立法期の連立協定では計画承認手続の迅速化で合意が形成されており<sup>127</sup>、今後の方針は確定的と言える。この連立協定では、手続期間の半減が目標とされている。そして、法的安定性 (Rechtssicherheit) と相互信頼 (gegenseitiges Vertrauen) に基づく計画文化 (Planungskultur) のドイツでの実現を、連立政権は目指している。また、連立協定書は、計画保証法におけるデジタル化の可能性を切れ目なく継続

し、市民参加を発展させていくことも強調している。

### 3 市民参加の機能の再構成

このように、計画手続の転換点に直面している中で、討議期日と市民参加の機能を再点検する議論も生まれている。従来から、建設計画 (Bauplanung) の領域における公衆参加の機能を分類した考察が展開されていたが、<sup>128)</sup> 計画承認手続全体に広がりを持つ検証である。代表的な分類は、以下の五項目から構成されている。すなわち、情報機能 (Informationsfunktion) 、受容 (Akzeptanz) 、民主主義と正当化機能 (Demokratie- und Legitimationsfunktion) 、早期の法的保護 (Vorgezogener Rechtsschutz) 及びバランス調整機能ないし満足化機能 (Ausgleichs- bzw. Befriedungsfunktion) である。<sup>129)</sup>

情報機能は、特に連邦行政裁判所が重要視する機能である。「対立する立場について深く議論し、計画承認機関の情報と意思決定の基盤を拡大する」ことが、討議期日で議論を重ねる目的とされている。<sup>130)</sup> 計画に対する異議申立てと意見交換が、情報によって生成される共通の認識基盤を必然的に前提としていることが背景となっている。<sup>131)</sup> ここでは特に、行政が健全に意思決定を行うための根拠を得るために、利害に関連する事項を収集することが求められる。<sup>132)</sup> もつとも、計画が複雑化してくると専門家のサポート無しに市民が理解できないことも多く、情報量との関連で公告から討議期日までの準備期間が短いことにも留意が必要である。<sup>133)</sup> そのため、期日前の充実した情報提供が、討議期日を冗長にしないために重要となる。また、何百人もの参加者がいる規模の大きな討議期日では、その場で正確に懸念を表明することは困難である。したがって、手続の進展に応じた情報提供が求められる。

受容機能は、本稿でも複数の箇所指摘した要素であり市民参加の枠組みで中心的な機能として挙げられることが

多いが、法的には依然としてあいまいな機能とされている<sup>134</sup>。その定義にも論者によって相違が認められる<sup>135</sup>。共通項としては、国民が手続に参加することで心構え (Bereitschaft) が整い抵抗が無くなったことが、法的に受容としてみなすことが可能とされている<sup>137</sup>。ただ、実際の手続の進み方に照らし合わせると、討議期日は基本的に最終局面で実施される<sup>138</sup>。この時点で、計画自体を実施するか否かは問題でなくなっているため、一般市民は対等な立場で対話をすることができない。これは、参加への意欲が手続の終盤で芽生えてくるという参加のパラドックス (Beteiligungsparadoxon) の好例である<sup>139</sup>。他方で、たとえ一般市民が関係機関を通じて計画の立案に影響を及ぼすことが可能だとしても、計画承認は複雑な手続であり法律と専門的知見に精通していない者が的確に内容を把握することは難しい。専門家の助言なしには実質的な議論ができず、対話という形式が計画に対して「立ち向かわなければならぬ (in Stellung)」という対立的な状況に変質してしまう問題がある<sup>140</sup>。利害関係を持つ者たちが相互に議論を行う可能性を担保する上で、口頭の議論は書面による異議申立てよりも効果的ではあるが、受容の生成に過度な依存や期待をし過ぎることは避けるべきと言えよう<sup>141</sup>。

民主主義と正当化機能に関しては、特に大規模なインフラプロジェクトの場合、代表制民主主義の推進に不可欠な国家と国民の間のフィードバック (Rückkopplung) を向上させることで、正当性の強化につながる<sup>142</sup>。計画によって影響を受ける人々が広く参加することで紛争が回避され、正当性の要因が促進すると考えられている<sup>143</sup>。もつとも、討議期日は必ずしも熟慮的な対話を目指すものではなく、影響を受ける人々が懸念事項を示して意思決定を形成させていくという利害調整を主たる目的としている<sup>144</sup>。したがって、共同決定の作用は限定的で対話の民主的効果と正当性の促進機能は大きくないとの指摘もある<sup>145</sup>。

早期の法的保護機能には、法の支配という憲法上の基本原理が関わりとされる。法的手続に参加する機会を確保することで基本的権利が実体的に保護されるからである<sup>146</sup>。ただし、参加機会の確保という点から考えると、必ずしも物理的な期日への出席を要求するものではない。意見の提出によっても機能を果たし得ることから考えると、討議期日が排他的な機能を持つていとまでは言えない<sup>147</sup>。討議期日の放棄が許容されるのは、このような背景からである。

最後に、バランス調整機能は、満足化機能とも呼ばれるが受容機能との境界は必ずしも明瞭ではなく、機能の中心もあいまいとされている<sup>148</sup>。ただし、計画プロセスの初期段階から関与している事業主体と計画によって影響を受ける人々の利害のバランスを確保するという意味で、討議期日の要素として位置づけることができる<sup>149</sup>。これは、手続の公正性確保の原則に由来し、審理の基盤を支える理念である<sup>150</sup>。武器対等の原則を遵守するために、異なる利害関係を持つ者は互いに対等な地位で向き合うべきである<sup>151</sup>。受容機能との重なりは、このように対等な対話を前提とする側面から生じている<sup>152</sup>。利害のバランスを確保する上で必要なのは、計画を実施する当局が公的利益と私的利益を公平に比較検討することである。そのためには、計画に関する多様な意見を聴き取ることが必要である<sup>153</sup>。そして、結局のところ計画によって影響を受ける人々の間で、行政の中立性が欠落していると主観的な疑念を抱くことを防止することでバランス調整を実現できる。この場合、調整機能は行政の透明性と統制に変容する<sup>154</sup>。

このような体系的な機能に沿った解析を通じて、討議期日が行政と国民の新たな関係性に対応しきれずに機能不全に陥る懸念を示す見解もある<sup>155</sup>。たしかに、情報収集や法的保護に関する一定の効果は認められ、調整機能もある。しかし、こうした機能は討議期日以外の手段でも確保が可能である。市民参加に関する理解の変化により、従来の機能や期待を果たせなくなってきた。プロジェクトに関係する各方面にフラストレーションを与えないためには、早

い段階で審議事項の意味を設定するとともに、計画手続の経過に応じて提示していく必要がある。こうした状況を踏まえて、計画手続に立法府が関わることは有効な選択肢であると、この見解の論者は結論づけている。

#### 4 まとめと展望

以上のように、新型コロナウイルス感染症への対策と重なり合うかたちで、ドイツでは計画手続と市民参加について多様な制度改定と議論の深化が見られる。この過程で顕在化した市民参加の機能に関する議論や参加方法の機能不全の問題は、我が国の行政計画と市民参加の議論にも共通すると言えよう。また、ドイツ連邦議会の内務委員会が、将来にわたってできる限りバリアフリーな行政と電子通信の恒久的な国民に優しいデジタル化を実現するために、計画保証法の活用を評価するよう連邦政府に指示していること<sup>156</sup>から分かるように、この議論は行政のデジタル化推進とも深く関係している。

日本における市民参加の分析は引き続き重ねていく必要があるが、最近の注目すべき動きとしては「Decidim（デシディム）」の導入が挙げられる。これは、オープンソース参加型のプラットフォーム<sup>157</sup>であり、二〇一六年にスペインのバルセロナで利用が始まった。予算編成や計画立案に市民の意見を反映させるツールとして活用が見込まれており、海外では、ヘルシンキ市やミラノ市などで活用されている。我が国では、二〇二〇年一〇月の加古川市（兵庫県）を皮切りに、これまでに兵庫県、与謝野町（京都府）、釜石市（岩手県）、小諸市（長野県）、西会津町（福島県）及び真鶴町（神奈川県）で利用実績がある。ただし、二〇二二年八月時点で、加古川市のプラットフォームへの参加者が八四三名にとどまるなど広がりにはあまり見られていない。現在、加古川市では二〇二二年一月三〇日までの期間で、スマートシティ構想に関する市民からのアイデアをDecidim経由で募集している。どのようなかたちで各自治体

が今後運用をしていくかが注目される。

「市民の意見を尊重する」という理念の重要性は、政策立案と運営に携わる人々の共通認識であろう。その一方で、ここまで見てきたドイツの議論から明らかになった市民参加や公聴会の機能の不十分性は、我が国においても従来から指摘されてきた<sup>156</sup>。参加の機能と役割を体系的に整序して議論を明瞭化することは、市民と行政の実効性のある協働を実現する上で不可欠である。適切なタイミングで情報提供を実施し、問題意識の基盤を整理した上で、相互の意見を交換をスムーズに行い、判断プロセスを透明化することによって、反対意見や異論のある人々も含めた受容の状態を生み出し得るのではないか。また、行政活動に対する信頼性の確保と向上にも繋がるのではないか。これらの仮説の検証は今後を期しているが、行政のデジタル化の急速な進行に合わせるかたちで理論的枠組みを整えていくことが必要であろう。

- (1) 我が国における法令上の名称である「新型コロナウイルス感染症」は、パンデミック宣言に先立って、新型コロナウイルス感染症を指定感染症として定める等の政令（令和二年政令第一号）によって定められた（令和二年一月二八日公布、同年二月一日施行）。なお、WHOによる名称に関する公式のアナウンスは、令和二年二月一日である（<https://web.archive.org/web/20200229165426/https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020>〔令和四年八月一〇日閲覧〕）。
- (2) 日本における法制上の一連の対応については、土井翼「日本におけるCOVID-19対策と感染症法制」行政法研究四三号（二〇二三年）六三三頁を参照。
- (3) 拙稿「行政計画の策定手続に関する考察―ドイツにおける計画策定手続の展開を踏まえて―」日本法学八六巻一号

(二〇二〇年) 一頁以下。

- (4) ドイツにおける立法対応を多角的に検証したものととして、横田明美『コロナ危機と立法・行政―ドイツ感染症予防法の多段改正から』(弘文堂、二〇二二年)がある。
- (5) 六戸常寿「新型コロナウイルス感染症と立憲主義」法律時報九三巻二号(二〇二二年)一五三頁。
- (6) Vom 29. 11. 2018 (BGBl. I 2018, S.2237).
- (7) 拙稿・前掲注(3)三頁から一七頁。また、欧州連合の制度設計による影響については、Boas Kümpfer, Einwirkungen des Unionsrechts auf das deutsche Planungs- und Zulassungsrecht, DVBl 2019, S.1605を参照。
- (8) Mitarbeiter Maximilian Roth, Planungs- und Genehmigungsbeschleunigung, ZRP 2022, S.82.
- (9) 概要(1)177頁、拙稿・前掲注(3)一五頁から一七頁。Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich, Bundesrat Drucksache 389/18.
- (10) 一連の計画承認手続に対する弁護士 viewpoint からの分析として、Markus Deutsch, Rechtsprobleme der Planfeststellung aus anwaltlicher Sicht, DVBl 2019, S.1437がある。また、二〇一九年までの計画手続の迅速化については、Ryan Kelly und Kristina Schmidt, Energieleitungsausbaue auf der infrastrukturellen Überholspur, AöR 144 (2019), S.577 ff. を参照。
- (11) Bundesfernstraßengesetz (FStrG) vom 6. 8. 1953, BGBl. I S.903.
- (12) Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) vom 27. 12. 1993, BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439.
- (13) Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG) vom 2. 4. 1968, BGBl. II S.173.
- (14) Kristina Schmidt und Ryan Kelly, (R) Evolution des Infrastrukturrechts in der Verkehrswege- und Energieleitungsplanung - planungsrechtliche Beschleunigung vs. verfassungsrechtliche Entschleunigung (Teil 1), VerwArch 2021, S.97 (119).
- (15) 連邦水路法一四條二項。
- (16) Mitarbeiter Maximilian Roth, a. a. O. (Fn. 8), S.82. 連邦遠距離道路法一七條二項、一般鉄道法一八條二項。
- (17) Clemens Antweiler, Planungsbeschleunigung für Verkehrsinfrastruktur – Rückabwicklung der Lehren aus „Stuttgart 21“,

計画手続の迅速化と市民参加の機能に関する考察 (長谷川)

- NVwZ 2019, S.29 (32).
- (81) Benjamin Pfannkuch und Mirko Schönfeldt, Die Realisierung von Infrastrukturvorhaben im Blickwinkel des Planungs- und Vergaberechts Erwägungen zur Modifizierung des rechtlichen Rahmens, NVwZ 2020, S.1557 (1558).
- (91) BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 - 9 A 14.07 - BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, S.259 - A 30 Nordumfahrung Bad Oeynhausen.
- (20) Bernhard Stürer, Gesetz zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich 2018, DVBl 2019, S.351 (352).
- (21) Benjamin Pfannkuch und Mirko Schönfeldt, a. a. O. (Fn. 18), S.1558.
- (22) Jens Wahlhäuser, Das Gesetz zur Beschleunigung von Investitionen (Investitionsbeschleunigungsgesetz) als weiterer Beitrag zur Förderung von Beschleunigungspotentialen in den Bereichen Infrastrukturausbau, Justiz und Raumordnung, UPR 2021, S.41.
- (23) Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich, Bundesrat Drucksache 582/19.
- (24) 一九九〇年代から約三〇年ごわたる計画承認手続の加速化について Jan Ziekow, Verfahrensrechtliche Regelung der Vorbereitung von Maßnahmengesetzen im Verkehrsbereich, NVwZ 2020, S.677 f. を参照。
- (25) Vom 3. 3. 2020 (BGBl. I 2020 S.433).
- (26) Vom 22. 3. 2020 (BGBl. I 2020 S.640).
- (27) Bernhard Stürer, Planungsbeschleunigungsgesetze 2020 und Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz, DVBl 2020, S.617 (618).
- (28) 三条。なお、ベルリンおよび自由ハンザ都市 (Freie und Hansestadt) ハンブルクにおいては、連邦が維持負担義務を負わない公道は全て市道とされ、連邦政府、連邦鉄道および市がそれぞれ費用の三分の一ずつを負担する。
- (29) Bernhard Stürer, a. a. O. (Fn. 27), S.619.



- (30) 一条。
- (31) Bernhard Stüer, a. a. O. (Fn. 27), S.618; BT-Drs. 19/15626, S.10.
- (32) Peter Schütte und Martin Winkler, Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht, Berichtszeitraum: 17.1.2020 bis 2.3.2020, ZUR 2020, S.317.
- (33) 二〇二〇年三月二二日の制定当初は、同法二条に基づいて、ミュンヘンからシュールドルフを経由してフライラッシングまでの鉄道路線の拡充（同条一項一号）など一三のプロジェクトを対象にしていたが、同年八月に、ベルリンからコットブスとヴァイスヴァッサーを経てゲルリッツまでの鉄道路線の拡充と電化（同法二a条一項一号）など一六のプロジェクトが対象に加わった（BGBl. I 2020, S.1795）。
- (34) Peter Schütte und Martin Winkler, a. a. O. (Fn. 32), S.317.
- (35) BT-Drs. 19/15619, S.11; Jan Ziekow, a. a. O. (Fn. 24), S.678.
- (36) BT-Drs. 19/15619, S.22.
- (37) Peter Schütte und Martin Winkler, a. a. O. (Fn. 32), S.318.
- (38) Franz-Rudolf Herber, Braucht Deutschland wirklich weitere Planungsbeschleunigungsgesetzgebung?, NZV 2021, S.243 (248).
- (39) Jan Ziekow, a. a. O. (Fn. 24), S.679 und 685.
- (40) Bernhard Stüer, a. a. O. (Fn. 27), S.620. また、憲法上の懸念に関する指摘として、Bernhard W. Wegener, Verkehrsinfrastrukturgenehmigungen durch Gesetz und ohne fachgerichtlichen Rechtsschutz?, ZUR 2020, S.195 (203 f) を参照。
- (41) Alexander Behnen, Maßnahmengesetze: Mittel zur Beschleunigung von Infrastrukturvorhaben?, NVwZ 2021, 843 (846).
- (42) Bundesrat Drucksache 579/1/19 als Ausschussempfehlung, S.3 f.
- (43) Franz-Rudolf Herber, a. a. O. (Fn. 38), S.252.
- (44) ドイツでは、法曹三者（裁判官、検察官、弁護士）だけでなく、行政官（Verwaltungsbeamte）、大学教員（Hochschullehrer）

- 及び国会・大学・教会の行政担当者 (Parlamentsverwaltung; Universitätsverwaltung; Kirchverwaltung) の職に就く場合も同一の法曹資格を取得しなければならないことから、これらの広範囲の職種を合わせて「法曹」(Jurist) と呼ぶのが一般的である (甲斐素直「ドイツにおける法曹養成制度改革について―制度の概要―」法学紀要四九卷 (二〇〇八年) 七頁以下、藤田尚子「ドイツの法曹養成制度」法曹養成対策室報五号 (二〇一一年) 九頁)。
- (45) ドイツ裁判官連盟 (Deutscher Richterbund) の試算によれば、Pensionierungswelle rollt auf Justiz zu – Tausende Stellen fehlen, <https://www.dr.b.de/positionen/themen-des-richterbundes/belastung>. (令和四年八月一〇日閲覧)
- (46) Alexander Behnken, a. a. O. (Fn. 41), S.847.
- (47) BT-Drs. 19/15619, S.11.
- (48) Franz-Rudolf Herber, a. a. O. (Fn. 38), S.243.
- (49) ドイツ連邦政府公式ウェブサイト参照。 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-bund-laender-1731000> (令和四年八月一〇日閲覧)
- (50) ドイツ連邦政府公式ウェブサイト参照。 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-von-bundeskanzlerin-merkel-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-zum-coronavirus-1733266> (令和四年八月一〇日閲覧)
- (51) Referent Malte Arndt, Baudirektor Maximilian Fischer und Oberregierungsbaurat Benjamin Heyn, Bauleitplanverfahren nach dem Planungssicherstellungsgesetz (PlanSiG), NVwZ 2020, S.910.
- (52) Interview mit dem Soziologen Hartmut Rosa über Covid-19, Der Tagesspiegel, 24.3.2020. <https://www.tagesspiegel.de/politik/soziologe-hartmut-rosa-ueber-covid-19-das-virus-ist-der-radikalste-entschleuniger-unserer-zeit/25672128.html> (令和四年八月一〇日閲覧)
- (53) Angela Schwerdtfeger, Umwelrechtsschutz in Zeiten der Pandemie zwischen Entschleunigung und Beschleunigung, ZUR 2021, S.451.

- (54) この問題を早い時期に指摘していただくためのとして、Eike Albrecht und André Zschiegner, Beteiligung der Öffentlichkeit am immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren im Pandemiefall, NVwZ 2020, S.671 以下。
- (55) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge vom 15.3.1974, BGBl. I S. 721.
- (56) Eike Albrecht und André Zschiegner, a. a. O. (Fn. 54), S.677.
- (57) VGH Bayern, 26.3.2014 - 22 CS 14.471, LSK 2014, S.340, UPR 2014, S.315.
- (58) VGH Mannheim, 7.3.2019, NVwZ-RR 2019, S.713 (715).
- (59) Eike Albrecht und André Zschiegner, a. a. O. (Fn. 54), S.675.
- (60) Vom 20. 5. 2020 (BGBl. I S. 1041). この法律は、当初二〇二一年三月三十一日までの限時法であったが（制定時の七条二項）、連邦政府は、二〇二一年一月二〇日、同法の効力を二〇二一年二月三十一日まで延長することを決定し、同月二六日、連邦議会がこれを承認した（BT-Drs. 19/26174, S.1）。現在は、一条から五条までの効力が二〇二一年二月三十一日までとされ、それ以外の効力は二〇二七年九月三〇日までをもって終了するとされている（現行の七条二項）。計画保証法の期限延長に関しては、泉真樹子【ドイツ】全国規模流行状況の継続、第3次コロナ税制支援法、社会保護パッケージⅢ、計画保証法の継続、コロナ関連選挙候補者定立規則」外国の立法二八七巻二号（二〇二一年）四頁も参照。
- (61) Adolf Rebler, Das Planungssicherstellungsgesetz (PlanSiG) - Neue Möglichkeiten zur Öffentlichkeitsbeteiligung in Zeiten der Corona-Pandemie, ZUR 2020, S.478.
- (62) Alfred Scheidler, Corona bedingte Modifizierungen verfahrensrechtlicher BauGB-Vorschriften durch das Planungssicherstellungsgesetz, ZfBR 2020, S.516 (517).
- (63) BeckOK BauGB / Schink, 49. Ed., 1.5.2020, BauGB § 3 Rn. 145 ff.
- (64) BT-Drs. 19/18965.
- (65) Peter Wysk, Planungssicherstellung in der COVID-19-Pandemie, NVwZ 2020, S.905.

- (96) BT-Drs. 19/18965, S.2.
- (97) BT-Drs. 19/18965, S.2.
- (98) Adolf Rebler, a. a. O. (Fn. 61), S.479.
- (99) これらの規定は、当局又は当該行政機関のウェブサイトで告示の内容にアクセスできる状態に置くこともこの慣習的又は公的な告示において当該ウェブサイトを示すことを義務づけている。
- (70) Michael Krautzberger und Bernhard Stüer, Planungssicherstellungsgesetz 2020: Öffentlichkeitsbeteiligung in Krisenzeiten, DVBl 2020, S.910 (911).
- (71) Michael Krautzberger und Bernhard Stüer, a. a. O. (Fn. 70), S.911.
- (72) Reinhard Ruge, Das Planungssicherstellungsgesetz (PlanSiG) – Digitalisierung der Öffentlichkeitsbeteiligung von Planungsverfahren in der COVID-19-Pandemie, ZUR 2020, S.481 (485).
- (73) Reinhard Ruge, a. a. O. (Fn. 72), S.486.
- (74) BT-Drs. 19/18965, S.14.
- (75) BT-Drs. 19/18965, S.14.
- (76) Referent Malte Arndt, a. a. O. (Fn. 51), S.914; Adolf Rebler, a. a. O. (Fn. 61), S.479.
- (77) Adolf Rebler, a. a. O. (Fn. 61), S.480.
- (78) Adolf Rebler, a. a. O. (Fn. 61), S.480.
- (79) Adolf Rebler, a. a. O. (Fn. 61), S.480 f.
- (80) Michael Krautzberger und Bernhard Stüer, a. a. O. (Fn. 71), S.913.
- (81) BT, Plenarprotokoll, 160. Sitzung, 14.5.2020, S.19977.
- (82) Reinhard Ruge, a. a. O. (Fn. 73), S.486.
- (83) BeckOK VwVfG/Kämper, 48. Ed., 1.7.2020, VwVfG § 73 Rn. 64, und 74. Für den Zweck der Öffentlichkeitsbeteiligung als

Vermittlung einer demokratischen Legitimation von Verwaltungsentscheidungen: Volker M. Haug und Kai Schadtle, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht, NVwZ 2014, S.271 (272) ; Matthias Knauff, Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren, DÖV 2012, S.1 (2).

(84) Patrick Thomas und Johannes M. Jäger, #Neuland: Sicherstellung der förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung in Zeiten der COVID-19-Pandemie, NZBau 2020, S.623.

(85) Patrick Thomas und Johannes M. Jäger, a. a. O. (Fn. 84), S.627.

(98) Sebastian Lißek, Das Netzwirtschaftsrecht in Zeiten der Pandemie, NundR 2020, S.166 (171 f.).

(87) Patrick Thomas und Johannes M. Jäger, a. a. O. (Fn. 84), S.627.

(88) Ortwin Renn, Wolfgang Köck, Pia-Johanna Schweizer, Jana Bovet, Christina Benighaus, Oliver Scheel und Regina Schröter, Öffentlichkeitsbeteiligung bei Vorhaben der Energiewende, ZUR 2014, S.281 (287).

(68) Patrick Thomas und Johannes M. Jäger, a. a. O. (Fn. 84), S.628. また、この論者は、社会の実情として、在宅勤務をしている人々の多くが、互換性の問題やインターネット接続の不備、或いはそれらに伴う映像と音声の乱れなどビデオ会議がいかに複雑であるかを知っているべきを指摘している。

(69) Bernd Dammert und Götz Brückner, Die Onlinekonsultation nach dem Planungssicherstellungsgesetz und ihre praktische Umsetzung, DVBl 2021, S.91.

(16) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.93.

(26) BT-Drs. 19/18965, S.14.

(63) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.94.

(64) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.94.

(65) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.94.

(66) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.95.

- (97) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.95.
- (98) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.95.
- (99) 連邦交通・インフラ省公式ウェブサイトを参照。 <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/breiband-verfuegbarkeit-ende-2019.htm> (令和四年八月一〇日閲覧)
- (100) Bernd Dammert und Götz Brückner, a. a. O. (Fn. 90), S.96.
- (101) Angela Schwerdtfeger, a. a. O. (Fn. 53), S.454. また、この論者は、同論文で計画保証法の審議期間が短いことから、議会の責任の引き受けの弱さを指摘しており、この点については同法が時限法であるにもかかわらず払拭できていると評している。
- (102) Boas Kümper, Planung, Zulassung und Verwirklichung von Infrastrukturvorhaben, Bericht über das Symposium des Zentralinstituts für Raumplanung an der Universität Münster am 5.11.2020, NVwZ 2021, 460.
- (103) Boas Kümper, a. a. O. (Fn. 102), S.461 f.
- (104) Bernhard Stüer, 23. Planungsrechtstag und Luftverkehrsrechtstag 2021, DVBl 2021, S.647 (648).
- (105) Bernhard Stüer, a. a. O. (Fn. 104), S.648.
- (106) 二〇一九年から二〇二〇年に掛ける公共交通分野に関する制度改定について、Dr. Clemens Antweiler, Mag. rer. publ. und Rechtsanwältin Dr. Pascale Liebschwager, Die Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts in den Jahren 2019/2020, NVwZ 2021, 849(概観が中心である)。
- (107) Vom 3. 12. 2020 (BGBl. I 2020, S.2694).
- (108) BT-Drs. 19/22139.
- (109) Berlin-Report, Investitionsbeschleunigungsgesetz vorgelegt, DAR 2020, S.599.
- (110) Erfüllungsaufwand im Bereich | Planungs- und Baurecht von Infrastrukturvorhaben, Projektreihe Bestimmung des bürokratischen Aufwands und Ansätze zur Entlastung, 1. November 2012.
- (11) BT-Drs. 19/22139, S.13 f.

- (112) Thomas Groß, Beschleunigungsgesetzgebung – Rückblick und Ausblick, ZUR 2021, S.75.
- (113) この論稿の出版当時、彼はブーレンフェルト大学 (Universität Bielefeld) に在職しており、その後二〇〇二年から二〇一〇年まで連邦憲法裁判所長官を務めた。
- (114) Hans-Jürgen Papier, „Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat“, 1979, S.10.
- (115) BT-Drs. 10/171, S.1 und 7.
- (116) Paul Rombach, „Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren“, 1994, S.27 f.
- (117) Gesetz zur Beschleunigung verwaltungsgerichtlicher und finanzgerichtlicher Verfahren vom 17.7.1985 (BGBl. I 1985 S.1274); Gesetz zur Beschleunigung der Planung für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin (VerkPBG) vom 16.12.1991 (BGBl. I 1991 S.2174); Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschlG) vom 12.9.1996 (BGBl. I 1996 S.1354); Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren vom 9.10.1996 (BGBl. I 1996 S.1498); Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben (InfPBG) vom 9.12.2006 (BGBl. I 2006 S.2833); Gesetz zur weiteren Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich vom 3.3.2020 (BGBl. I 2020 S.433).
- (118) Thomas Groß, a. a. O. (Fn. 112), S.75.
- (119) Thomas Groß, a. a. O. (Fn. 112), S.76.
- (120) Thomas Groß, a. a. O. (Fn. 112), S.78.
- (121) Birgit Peters, „Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?“, 2020, S. 15 ff; Cristina Fraenkel-Haeblerle, Zur Multifunktionalität der Partizipation bei großen Infrastrukturvorhaben, DÖV 2016, S.548 ff.
- (122) Thomas Groß, a. a. O. (Fn. 112), S.79.
- (123) Marc Zeccola und Laura Augsten, Der verwaltungsrechtliche Erörterungstermin – vom Herzstück zum Hindernis zeitgemäßer Öffentlichkeitsbeteiligung?, DÖV 2022, S. 442.

- (124) Thomas Mann, Christoph Sennkamp und Michael Uechtritz (Hrsg.), „Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, 2. Aufl.“, 2019, § 73 Rn. 276.
- (125) Birgit Peters, a. a. O. (Fn. 121), S.57 ff.
- (126) Kristina Schmidt und Ryan Kelly, a. a. O. (Fn. 14), S.97 ff. und 235 ff.; Armin von Weschpfennig, „Renaissance der Legalplanung?“, AöR 145 (2020), S.438 (440).
- (127) Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 7, 12, 2021, S.10 ff.
- (128) Hans-Joachim Koch und Reinhard Handler, „Baurecht Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6., aktualisierte und erweiterte Auflage“, 2015, S.319 ff.
- (129) Marc Zeecola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 123), S.447 ff.
- (130) BVerwGE 131, 316 = NVwZ 2009, S.109 (111).
- (131) Friedrich Schoch und Jens-Peter Schneider (Hrsg.), „Verwaltungsrecht VwVfG“, 2021, § 73 Rn. 30; Michael Fehling, Berthold Kastner und Rainer Störmer (Hrsg.), „Verwaltungsrecht Handkommentar, 5. Aufl.“, 2021, VwVfG, § 73 Rn. 113.
- (132) Jan Ziekow, „Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie“, 2012, S.16 f.; Klaus Obermayer und Michael Funke-Kaiser (Hrsg.), „VwVfG Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl.“, 2021, § 73 Rn. 138 ff.
- (133) Martin Dippel, Praxisfragen der Öffentlichkeitsbeteiligung im Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, NVwZ 2010, S.145 f.; Thomas Groß, a. a. O. (Fn. 112), S.80.
- (134) Birgit Peters, Die Bürgerbeteiligung nach dem Energiewirtschafts- und Netzausbaubeschleunigungsgesetz – Paradigmenwechsel für die Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren?, DVBl 2015, S.808 ff.; Marc Zeecola, Die Akzeptanz im Verwaltungsverfahren – Ein Beitrag zur Aufwertung der Akzeptanz als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, DÖV



- 2019, S.100 ff.; Ivo Appel, Staat und Bürger in Umwelverwaltungungsverfahren, NVwZ 2012, S.1361 (1362).
- (135) Marc Zeccola und Laura Augsten, Der verwaltungsrechtliche Erörterungstermin – vom Herzstück zum Hindernis zeitgemäßer Öffentlichkeitsbeteiligung?, DÖV 2022, S. 442 (448).
- (136) Marc Zeccola, a. a. O. (Fn. 134), S.100 ff.; Friedrich Schoch und Jens-Peter Schneider (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 131), Einleitung, Rn. 150 ff.; Birgit Peters, a. a. O. (Fn. 134), S.808 ff.
- (137) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.449.
- (138) Kristina Schmidt und Ryan Kelly, a. a. O. (Fn. 14), S. 237.
- (139) Ulrich Arndt, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung durch den Bundestag?, ZRP 2018, S.177 (178).
- (140) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.450.
- (141) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.450.
- (142) André LipPERT, Die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung bei großen Infrastrukturvorhaben, ZUR 2013, S.203 (206).
- (143) Cristina Fraenkel-Haeberle, a. a. O. (Fn. 121), S.551; Jan Ziekow, „Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie“, 2012, S.18.
- (144) Günter Gaentzsch, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren – Instrument zur Sachverhaltsaufklärung oder Einladung zur Verzögerung?, in: Klaus-Peter Dolde u.a. (Hrsg.), FS für Dieter Sellner zum 75. Geburtstag, 2010, S.219 (221) ; Rainer Bauer und Dirk Heckmann (Hrsg.), „Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl.“, 2014, § 73 Rn. 52.
- (145) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.451.
- (146) Elke Gurlitt, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? – Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, JZ 2012, S.833 (834) ; Johann Bader und Michael Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, Stand: 54. Ed., § 73 Rn. 1; Olaf Reidt, Maßnahmengesetze für Infrastrukturvorhaben – Ein Modell für die Zukunft?, EurUP 2020, S.86 ff.; Jan

Ziekow, a. a. O. (Fn. 24), S.677 ff.

- (147) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.451.
- (148) Ivo Appel, a. a. O. (Fn. 134), S.1362; Michael Fehling, Berthold Kastner und Rainer Störmer (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 131), VwVfG, § 73 Rn. 113 f.
- (149) Ivo Appel, a. a. O. (Fn. 134), S.1362.
- (150) Johann Bader und Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 146), § 73 Rn. 1.
- (151) Jan Ziekow, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung – Der Beginn einer neuen Verwaltungskultur, NVwZ 2013, S.755 (758).
- (152) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.452.
- (153) Günter Gaentzsch, a. a. O. (Fn. 144), S.220 ff.; Klaus Obermayer und Michael Funke-Kaiser (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 132), 2021, S.73 Rn. 130; Rainer Bauer und Dirk Heckmann (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 144), § 73 Rn. 52.
- (154) Jan Ziekow, a. a. O. (Fn. 132), S.17 ; Ferdinand Kopp und Ulrich Ramsauer (Hrsg.), „Verwaltungsverfahrensgesetz VwVfG, 22. Aufl.“, 2021, § 73 Rn.114.
- (155) Marc Zeccola und Laura Augsten, a. a. O. (Fn. 135), S.452 f.
- (156) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat, BT-Drs. 19/19214, S.6; Patrick Thomas und Johannes M. Jäger, a. a. O. (Fn. 84), S.623.
- (157) Decidim の公式ウェブサイトを <https://decidim.org/ja/> (令和四年八月一〇日閲覧)
- (158) 詳細は、拙稿・前掲注(3)及びその参考文献・脚注で示された分析も参照。

## 協働型地域社会における政策過程と評価

福 島 康 仁

### 1. はじめに

地方分権社会の進展とともに「新しい公共空間」が地域社会において創造され、地方公共団体は、公共の問題解決を一手に引き受けるものでもなければ、公共性を独占する主体でもなく、公共の問題を解決しようとするネットワークを構成する one of them であり、いわばガバナンスを形成する一主体にすぎない<sup>①</sup>。協働型地域社会（以下、協働型社会）<sup>②</sup>における政策過程は、政策立案から政策評価までの一連の流れが重要とされる。もともと、初期段階の協働型社会では政策実施のみ協働的要素が織り込まれ、政策立案段階および行政評価段階の協働の概念については軽視（消極的な対応）あるいは意図的に導入を見送っていたようにも思われる。なぜなら、政策立案段階における協働には準備段階ではそれ相応の時間コストを要し、効率的な政策立案の見地からこれを回避したいとの意向が働き、評価につ

いては行政自らが政策実施状況を外部に公表すればアカウントビリティは果たせるとの認識から敢えてこれに着手しなかった。

つまり、政策立案は行政が独占することが前提とされ、行政評価は予算偏重型の計画策定型行政運営においては軽視されがちであったといえよう。初期の協働型社会の形成は、民へのアウトソーシングの経験知をもとに政策実施のみ先行して進められたのである。

しかし今日、協働型社会の形成において行政に不足すると考えられる住民的視点からの政策立案<sup>(3)</sup>および行政評価における住民参加は著しく進み、地方公共団体は地域社会におけるガバナンスの一主体へとなりつつある。本稿では、とくに行政評価制度に焦点をあて考察する。

ところで、行政評価制度は、都道府県及び施行時特例市以上の市ではほぼ全団体、またその他の市区でも八割以上の団体で導入されている。<sup>(4)</sup>行政評価制度は、いまや情報公開制度と並んでいまや地方公共団体において標準装備すべき制度となっている。

行政評価の導入が進んだ経緯は、行政活動の非効率な側面に非難が集中した一九八〇年代には、「政府の失敗」が指摘され、行政の守備範囲の再検討や、官民のあるべき境界線とはなにかなど議論が俎上にのぼり、結果として小さな政府へと向かったためである。<sup>(5)</sup>また、景気低迷の長期化によって税収減をもたらし、効率的な行財政運営、有効かつ効率的な施策の実施に対する要請が高まり、<sup>(6)</sup>行政評価が導入された。<sup>(7)</sup>

ここでの考え方は、基本的な評価基準として従来の行政においては十分な検証の対象とされていなかった「経済性(economy)」「効率(efficiency)」「効果(effectiveness)」の視点から、行政評価を通じて企画立案へのフィードバックし

行政マネジメントサイクルの機能的運用を目指している。<sup>8)</sup>しかし、NPM導入には「住民が消極的参加とみなされること」「専門職のアカウンタビリティと公的なアカウンタビリティは調和するか」など欠点も指摘されるように、<sup>9)</sup>課題に関する指摘が十分議論されないまま、行政改革の指導原理として広く普及に至った。NPM時代のアカウンタビリティとは政策の必要性を説明しなければならないが、不必要の理由も説明しなければならない。<sup>10)</sup>

この課題に対し従来の行政評価制度の補完的な役割を担うものとして、外部評価制度の導入が進んだのである。政策形成過程への住民参加の潮流のなかで、行政の透明性、政策の実施による成果の確認、新たな住民ニーズの把握を目的として住民参加型の外部評価がみられるようになったといえよう。<sup>11)</sup>もっとも、行政評価への住民の関与、すなわち外部評価に関する研究は少ない。<sup>12)</sup>かかる状況は、まず、外部評価制度については理論研究よりも実務の視点から様々な報告がなされた。<sup>13)</sup>

外部評価制度の制度的位置づけは行政自身による内部評価制度の補完的なもの、あるいは二次的なものと考えられ、その必要性と形態について十分な考察なされずに、機能面や機能するための環境要件などについてほとんど論じられてこなかったといえよう。

とりわけ、協働型政策形成は住民自治の体現したものとして評価できるもののその点から行政評価についての十分に考察されていない。地方公共団体における協働型政策形成は、政策立案過程における住民参加やパブリックコメント、政策実施過程においてもNPOをはじめとする諸団体との連携が先行して進んだ。加えて地方公共団体の政策過程における評価段階の住民との協働化が進み、当該システム構築が標準化しつつある。

そこで、本稿では地方公共団体の外部評価制度による協働型政策形成のための機能的側面について検討し、協働型評

価の構築のために留意すべきことやそのあり方について考察する。

## 2. 外部評価の意義

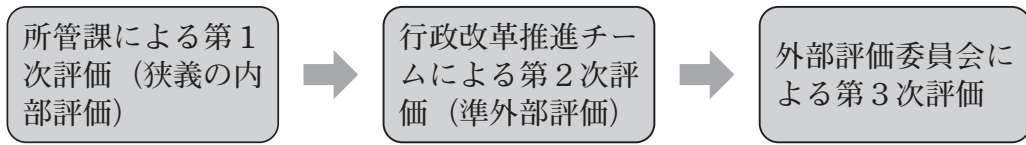
### (1) 外部評価の役割

外部評価あるいは第三者評価とは、評価者を「事業担当者以外を外部」として位置づけている。外部評価と一概にいつても、内部評価の延長線上にあるものと、純粹に行政の外部組織によって構成される第三者の評価がある。

いわば狭義の内部評価の延長線上にある外部評価とは、地方公共団体の首長をはじめとする経営者層や行財政担当者、行政改革担当者など総合計画・財政・行政改革・組織管理を所管する行政内部者で構成する行政評価を推進する組織によるものである。この種の外部評価は、他面的な視点から所管課の事業、施策およびそれにかかる所管課による自己評価をチェックするもので、行政内に蓄積される専門的見地からの行政サービスおよび運営に関する質の向上性への貢献が高く、細部まで評価の視点が及ぶ点では有意性が高い。しかし、所管課以外の第三者といつても、所詮は行政が行政をチェックするというお手盛り感が残り、住民からの批判をかわすには十分とは言えない。すなわち住民からみれば行政自らによる評価であり主観性への疑いを排除できるか否かは、行政と住民のゆらぎない信頼関係の構築されているという前提がなければ難しいのが現状である。

なぜ不信が生まれるかは、行政と住民の間の構造的問題が存在することに起因している。すなわち、住民は行政を批判しながらも、地方公共団体の役割に大きな期待感をもつという矛盾した行動様式をとる。住民の行政に対する期

図表1 重層的評価システム



待や要求は福祉国家である以上は拡大傾向にあるという成果主義の陥穽がある。さらに、行政が有する資源は限界があるため、行政需要にすべて応えることは事実上不可能であり行政不信は生じやすい（生じてしまう）環境がある。そのため、両者の信頼関係の構築は行政改革で進めるべき行政にとって永遠のテーマであろう。

また、内部評価の限界は、評価自体の改善が試みられ、改良版内部評価システムが構築されても、それは評価シートが高度化し複雑的、専門的になっても、職員には心理的にも作業負担の多いだけで事業や施策の見直しに結びつかないことがある。すなわち、改善したとしても行政評価の内在的限界によって形骸化が起ることとなる。

そもそも、内部評価を進める場合、内部評価者は事業等に関わった担当前任者に配慮がなされること<sup>(14)</sup>で見直しに消極的な態度をとる。見直しを提案し実施したことよる失敗のリスクを考えた場合、事業の廃止など改良を加えずに継続事業とするというリスクを回避する選択的行動をとる傾向がある。結果として、見直しされる事業は明確に見直しが可能なものに限られ、さらに内部評価は反復されると、見直し可能な事業は淘汰され、職員レベルでは見直しが困難な事業のみが残ることとなる。つまり、内部評価は、時間の差はあっても、いずれ見直しの限界を迎える運命にある。

一方で、行政機関が自己評価を実施しその結果を公表するだけでは、住民にとって有意性のある、活用しうる情報を提供できていない。そこで、住民の視点に立った指標に配慮した評価の必要があり、評価者を行政組織外の者である外部評価が趣向される。すなわち、政策立案および政策実施し

た組織外の者が評価活動を行ったものが外部評価となる。この種の外部評価は、行政組織外の者による評価であることから客観性は高くなる。行政外評価者も学識経験者をはじめとする行政の専門家により組織される場合と、住民を委員に加える場合がある。前者は、従来の審議会形式であり、後者は住民自治を体现するもので、民主的正当性は高い。ただし、後者は素人である住民による評価となる場合も多く、事務事業などを専門的な見地から細部にわたりチェックし評価できるかという点では懐疑的であろう。ここで専門的見地に立つ評価とは、行政に関する知識に加えて、当該地方公共団体の行政内部情報に精通しているという専門知を指す。もともと専門知を重視しすぎると住民目線の評価、つまり成果指標との関係では、有効な判断といえない場合が生じる。

本稿で扱う外部評価とは後者の評価であり、住民目線の、行政自らの二次評価とは異なる評価を扱っている。政策評価法や政策評価に関する標準的ガイドライン<sup>15</sup>では、客観性を確保する手段として「第三者等の活用」を掲げている。概して第三者とは「当事者以外の人や機関」を指すが、政策を取り巻く当事者は多様かつ複雑でその関係は一様ではない。

「第三者等」には「個人」と「機関」が含まれ、政策評価に関する標準的ガイドラインでは、第三者等の活用の方法として意見聴取、研究会等の開催、外部研究機関等の活用、審議会等の活用をあげている。

意見聴取と研究会等の開催は外部研究機関等の活用と審議会等の活用は「機関」であり、中央政府では評価委員会を「外部機関」と位置づけ活用している。ただし、審議会は独立した機関ではなく、あくまでも行政内部の組織であり、活動資源、事務局などの資源は行政に依存している。外部研究機関等は独立した組織であり主体性・自律性を担保している。



以上のことから、地方公共団体にあっても、外部評価の要件としては、行政組織外にあることである。住民自治の視点からは行政組織自らが評価した内部評価とは別の視点からの評価が求められる。

住民自治に基づく外部評価とは、住民あるいは地域社会にとつての成果志向の視点で再評価されること、行政による内部評価に客観性をもたせること、住民へのアカウントビリティを担保することである。

住民にとつての成果とは、住民生活へのプラスの変化があり、それを住民が実感できることであり、具体的にはアンケートなどによる満足度向上や幸福度の向上といった住民の心理的变化があげられよう。逆説的な表現をすれば、行政活動の実態は小さな変化であつても公共サービスの受け手である住民にとつて積極的な成果が認められれば高評価となるということである。そのため、活動指標ではなく成果指標により、政策実施の改革について効果的手法が意識されることを促進する。行政ニーズの充足が基準であつてはならず、地域ニーズが基準でなければならない。行政ニーズと地域ニーズは一致するとはかぎらないので、外部評価によつて行政によつて認識されていない住民ニーズとの乖離を埋める必要がある。そうでなければ、行政による施策等の展開の無駄が放置されることとなる。つぎに、客観性の担保であるが、行政による専横的な評価への統制となり、データの信憑性が担保される。第三に、住民へのアカウントビリティが高まる点が指摘される。指標による評価をもつて住民へのアカウントビリティが満たされるかが問われるため、地方公共団体は住民にとつて容易に理解されやすいデータあるいは指標の構成への努力がみられる。

## (2) 外部評価と行政統制

外部評価は行政統制の類型ではどのような位置づけにならうか。地方公共団体の統制の中では図表2にみられるよ

うな、制度的内部統制となるう。

外部評価は純粹な住民統制とはいえず、あくまでも制度による行政統制の手段といえる。

また、議会などとは異なり、行政の内部統制で審議会の一つに位置づけられる。ここで、外部評価委員会は、内部評価と同じ位置づけになるが、第一次評価と異なり、行政内部でありながら、外在的な意味付けを有する委員会となる。ここでいう外部評価は二次的評価である庁内の広義の内部評価とは異なる。庁内の二次評価は、先述したように当該地方公共団体の、知事、副知事、市区町村長、副市区町村長、財務責任者など経営層で組織されるが、あくまでも行政組織外の構成員によって組織され、客観的な意見、答申を行う機関をいう<sup>16</sup>。

ところで、外部評価を視野を広げて考察した場合、外部評価の類型として、第一に、地方公共団体の施策に対する中央省庁による評価がある。これは、中央省庁はナショナルミニマムを維持するための公正、公平等の視点から、評価を実施して統制するものである。もともと、地方分権が進展によりその数は減少傾向を示している。

第二に、住民による評価である。マスメディアなどは公共サービスのランク付けや、施設、情報公開などの進捗度を公表している。また、住民団体やNPOが指標を設置して自ら居住あるいは活動する地方公共団体を評価する事例がある。住民団体の評価は行政のアカウントビリティを進めるうえで一定の成果を達成しているといえよう。

さらに、今日、市場による地方公共団体の状況に対する評価も重要になってきている。地方分権化が進む中で、地方公共団体が基礎的な住民サービスを提供する基盤を整えるためには、地方債の発行が不可欠であり、長期かつ低利率の資金を提供し得る財政融資が一定の役割を果たす必要がある。政府見解では、地方債制度は、地方財政計画の策定及び地方交付税の算定を通じて、元利償還に要する経費について所要の財源を確保されている。また、実質公債費

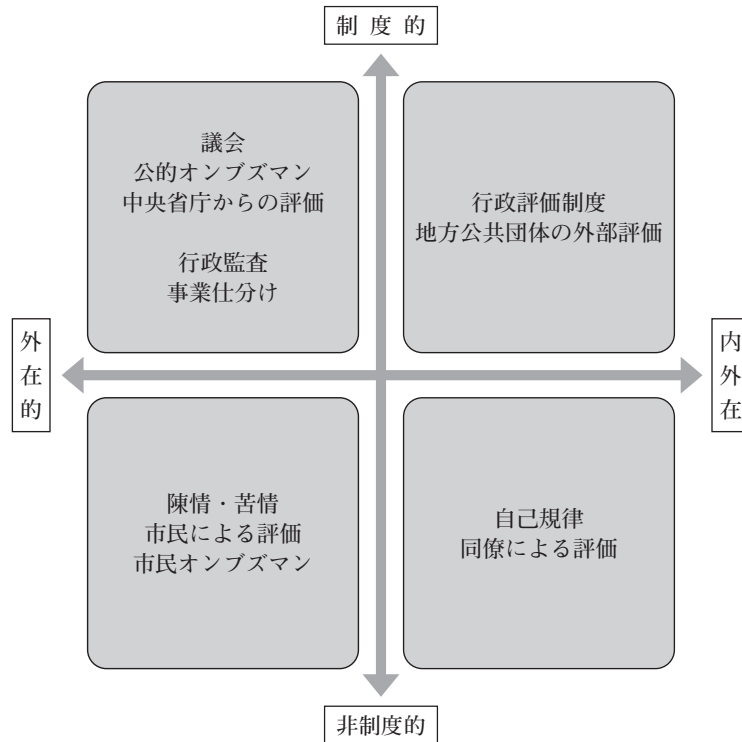
比率等の財政指標が一定基準を超える地方公共団体について、段階的に早期是正措置としての起債許可制度、財政の早期健全化制度、財政再生制度があり、地方公共団体の財政状況の悪化が生じた場合であってもこれらの制度により確実に元利償還が保証されるとしているが、当然ながら市場の反応は社会からの評価の高低がより市場からの調達に影響する<sup>17)</sup>。一例として、日本格付投資情報センターの地方債の格付け<sup>18)</sup>などがある。

第三に、行政内部に設置される評価である。「外部」評価といえども形式上は行政内部の評価であり、制度的にみても議会による委員の任命同意を得た機関でもなく、行政からの独立性が担保されていない。当該委員会を設置根拠は、議会により議決された条例による設置の場合と、行政が制定する要綱による設置の場合がある。行政からの独立性の観点からすれば、前者の方がより高く、委員会から提出される答申にも重みがあることとなる。

第四に、外部評価と類似の統制として行政監査がある。行政監査は、地方自治法第一九九条第二項に基づき実施されるもので、外部監査委員の視点から実施されるものであり、主な対象は事務事業、又は事務事業を構成する個々の執行行為である。主として、それらを適法性の観点から審査し、監査委員は財務監査等を通して行政情報に精通しており、中立かつ緻密な審査が期待できる。外部監査人は住民の一人あるいは代表としてではなく、住民及び行政との距離、第三者の立場において最も中立な行政評価という側面をもっている。

第五に、同様に類似の制度として事業仕分けがある。仕分け人という外部の視点の導入と審査経過の公開により、行政自身が行う事務事業評価と比較して、より中立な視点が確保されるものである。さらに、事務事業という一般には馴染みの薄い単位に対する審査を分かりやすく住民に伝えるという効果もある。ただし、事業仕分けは政治的な劇場型運営が行われる可能性があり、住民の目を意識しパフォーマンス実施される可能性がある。

図表2 外部評価と行政統制



### 3. 外部評価委員会の現状

#### (1) 行政評価の現状と外部評価

全国の地方公共団体での行政評価の現状についてまず眺めたい。総務省による地方公共団体における行政評価の取組状況等に関する調査<sup>19)</sup>を参考に状況を把握すると次のように要約できる。

まず、行政評価制度の全体像であるが、都道府県及び施行時特別市以上の市ではほぼ全団体、またその他市や特別区でも八割以上の団体に導入され普及し漸次導入が進められている。ただし、町村部では、導入団体は増加しているが、町村部全体の約四割にとどまっている。行政評価を導入しない理由として及び団体規模が小さい場合、評価体制が整わないことや評価手法、基準が未確立であるので職員や組織への負担感が高いために、導入に際して検討時間を要するとのことで消極的な対応となっている<sup>20)</sup>。

行政評価を導入している団体のうち、約五割が内部評価

に加えて外部評価を実施している。現在、内部評価を先行して実施している団体においても、内部評価に加えて外部評価も実施する団体は、増加傾向にある。

内部評価の実施体制としては、約五割の団体において、事業担当課に加えて、行革担当課等による評価が行われている。また、約六割の団体において、議会の関与がみられ、議会への報告・説明を行う団体が増加している。約四割の団体において、住民等から意見を取り入れる仕組みが設けられ、市区町村では増加している。

この調査結果からわかるように、内部評価のみの行政評価から、程度の差はあれ、外部評価ないしは行政組織外からの関与が増加する傾向にある。

また、行政評価を導入している団体のうち、約八割が評価結果を予算要求に反映、参考にするとし、約九割が評価結果を予算査定に反映又は参考としている。外部評価を予算要求、予算査定に反映している団体は約九割となっており、予算策定過程で根拠のひとつとなっていることがうかがえる。外部評価は明らかに政策過程のPDCAサイクルの一部を担い、機能していることが指摘できよう。

さらに、外部評価を実施している団体は、内部評価のみを実施している団体に比べて、評価結果を反映している割合が高いという結果から外部評価制度の有効性が認められる。外部の視点の導入による評価を導入したねらいであるが、評価の客観性・公平性の確保が九割、専門的知見の活用が六割、内部評価が十分であるかの検証六割弱、住民ニーズの把握が六割、職員の意識改革が六割弱となっている。

このことから、外部評価への期待値は一次評価への客観性への担保、公平性に重点があることがわかる。すなわち、行政評価の役割として、第一に行政活動に対する法的、制度的コントロールという行政統制、第二に行政経営上の戦

略に役立てる管理統制ないしは経営統制<sup>21</sup>の役割とした場合、前者に重点が置かれている。ちなみに、新しい公共空間ではより市場化を進める、いわゆるガバナメントからガバナンスへの移行が選択されるなかで、会計制度も含めて行政を統制管理する仕組みも適応を余儀なくされる。

## (2) 外部評価委員会の構成

外部評価委員会は、行政組織外の委員によって構成される方法には、概ね二つの構成がある。第一が従来型の審議会構成であり、学識経験者を中心とした構成である。第二に、学識経験者に限定せずに、それ以外の地域アクターを委員会構成とするものである。本稿で特に考察の前提としているのは第二の構成の場合である。以下この見地から考察を進めたい。

外部評価委員会は、評価制度の客観性の向上のために構成されるが、その属性はおよそ三つのカテゴリーによって構成されていることが多い。<sup>22</sup> 大学教員を中心とした外部の学識経験者、行政コンサルタントなど有識者、住民ないしは地縁団体など住民団体の代表者である。これら三者の割合は地方公共団体の方針によって異なる。たとえば、当該団体（とくに首長）が「住民主体」や「住民と行政との協働のまちづくり」を全面的に標榜している場合、委員会の委員数に占める住民の割合が高くなり、学識経験者や有識者といった専門家の割合は低くなる。住民委員の選考においても、公募制がとられることが多い。公募制により住民参加意識は高まるとの認識はあるが、概して専門知が低いことから、一次評価を評価することで得られる質を高めることにはならない。住民目線と質の向上は比例関係にあるとは言い難い面もある。ましてや、委員会の委員長を住民から選任する場合もあり、その場合委員会の運営に支障が

出る場合もある。住民目線の委員会という虚像が、行政に対抗する構図のみが先行して行政側の主張や考えに異を唱えるだけの存在となる例もある。

学識経験者および専門的有識者とは、政策評価などの講義を担当する大学教員や評価に関わる社会学者、政策科学系のシンクタンク、コンサルタントなどの実務家をいう。専門家の人的資源は限定されるため、評価の専門家でない研究者がその職に就くことが多い。とりわけ、地方部においては、研究者は少なく、さらに男女共同参画条例により審議会の男女比に配慮すると<sup>23</sup>専門家の確保はさらに困難となり、形式的に男女比のみに配慮した委員会となる。

次に、有識者であるが、一般的には公認会計士、税理士など職業会計人で会計知識があるもの、教育委員会などの教育施策評価を評価対象に含む場合は学校関係の退職者などがこれに相当する。税理士などは税理士などが所属する当該地域の税理士会の支部から推薦されることが多いが、推薦された税理士は税務会計の専門家であり必ずしも行政評価の知識を有するわけではない。会計税務や経営の専門家であつても私企業との違いや組織を理解し行政実務に精通しているとは限らない。

住民ないし住民代表は、公募あるいは普段より行政と関わりを持つ住民が選ばれる。住民代表については、団体推薦というのが一般的である。住民については委員を公募によるものは、住民自治を体现する住民であり積極性があるが、その数は少ない。そうになると、公募に応じる特定の声の大きな人の意見ばかりが行政に届いてしまっているのではないか、結果として住民が望まない政策や事業が推進されるとの懸念から、民意を的確に把握する必要があるとの認識から、地方公共団体は、無作為抽出による住民の審議委員を選んでいる。無作為抽出により選出方法は、試行段階にあり、サイレントマジョリティーに対して無作為抽出により有効である<sup>24</sup>。しかしながら、無作為抽出により選出され

た委員の中には評価の素人も含まれ、委員会の使命すら理解しておらずそもそも無関心状態の住民は審議会の委員募集に応じず、また仕事や家事のために時間的制約があることから応募しないという行動をとることが現状である。この種のサイレントマジョリティーは政策に関心がないわけではないが、市政への参加に対して消極的にならざるを得ない。この結果、公募委員は属性に偏りが生じ、住民を代表する意見とは言い難い状況が生じていることは否めない。

こうした問題を抱えながらも、今日の外部評価委員会の構成は、住民と行政とのコラボレーションである協働評価(collaborative evaluation)を指向し、さらには住民が地域の課題を探索型問題すなわち、「ある程度まで意識的に問題を探し求めて初めて見つけ出せる問題」<sup>(25)</sup>も含めて認識し政策を考える能力を核とする手段として評価をみるエンパワメント評価(empowerment evaluation)である。ただし、理想と現実に度々乖離があり、会議運営の段取りや準備が必要となる。行政側は素人である住民に行政苦情とは異なる価値中立性の評価の本質を説明し理解させて同意を得る努力が必要となる。個人的感情に流されることなく、あくまで公務・公共役務あるいは公共サービスを担う住民としての「公務住民」<sup>(26)</sup>としての役割を担うことが求められる点を認知させなければならぬ。

そのような努力を怠ると、専門家と素人の間で議論が噛み合わないことがしばしば起こり、委員相互の意思疎通が困難となると、その矛先は行政側に向けられ行政評価指標を用いた評価から逸脱した感情論ともいえる苦情議論が行われ、外部評価委員会の目的は失われ、役割、機能を果たさないこととなる。評価とは関係ない意見に非生産的な時間を費やし、会議の質は低下し、評価委員相互に評価疲れ現象が生じることとなる。



### (3) 外部評価委員会委員の活用

次に外部評価委員会の委員の行政による活用の目的は三つに収斂される。<sup>(27)</sup>

第一に、アドバイス機能である。アドバイス機能は、第一次評価の評価制度の設計についての意見聴取が期待される。たとえば、政策、施策、事務事業等の対象評価レベルをどのように設定すべきかなどである。施策評価あるいは事務事業評価を評価すべきかなどはその団体がもつ評価技量がどこまで進んでいるかに依存するところであり、その判断を客観的に求めることとなる。また、アドバイス機能は、第一次評価の行政運用への修正機能である。第一次評価の指標設定などではアカウントビリティの強化を促進するなどの機能的効果がある。所管課の評価手法の技量不足を修正や保管する役割を果たす。評価シートに活動指標のみが示され、成果指標などが示されていない場合や数値目標をどの程度書き込むべきかなどその修正が提言されるのはその一例である。

第二に、外部者を活用して客観性の付与である。前述したとおりではあるが、行政からすればお墨付きを得るために活用する。この場合、メタ評価は評価を評価することではないにも関わらず、一度目の評価をする場合があるが、委員会のミッションをはずれた外的評価がなされることがある。行政としては外部評価委員会に諮ったという形式的事実、既成事実を作ることを利用する意図が見え隠れする。大量の評価対象と限定された時間で行政が議論をコントロールする例があるが、これではメタ評価が期待できない。

第三に、外部評価を行政への外圧として利用することである。行政には自ら行う内部評価では政策の見直しや廃止の必要性が自認できたものの、事業がしばしば廃止ないし見直しができないことがある。主たる原因は議会や議員の反対など政治的理由である。本来、社会的情勢の変化から廃止ないし修正が必要な事業が行政だけでは民主主義的限

界（民主主義の虚構という状況）がある場合がある。外圧として利用する場合、議論の公表による透明を担保することによって正当性を確保する。多くの住民がそれを支持する、少なくとも反対しないことで、一部の選挙民の意思を代弁する政治的圧力を回避する。

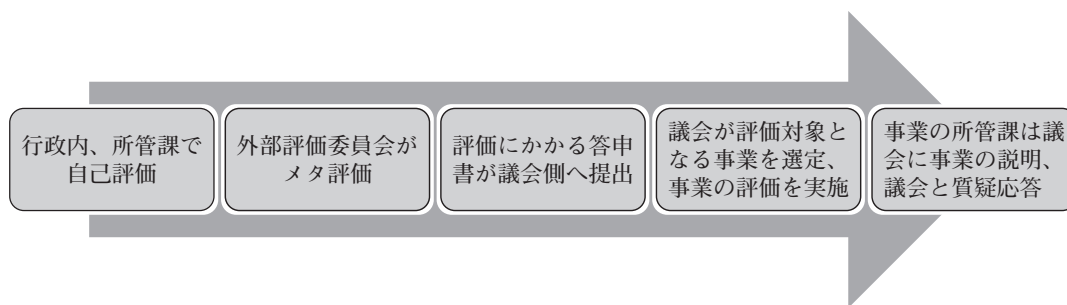
#### (4) 外部評価委員会と議会

議会において、決算審査の強化や予算編成への行政統制を目的とし、行政機関の行政評価に対し議会が二次的な評価を実施するという取り組みがある。<sup>28)</sup> 行政評価は行政が自らを評価しそれを公表公開する場合、住民へのアカウンタビリティを果たすもので議会に対して報告する趣旨で作成されたものではないが、住民と行政とのコミュニケーション・ツールとしての評価シートを議会が行政運営に関する資料として参考にすることは行政の執行姿勢や事業（施策）概要を捉えるうえで重要な資料となりうる。

外部評価委員会と議会の関係は、前述したように、根拠規定など外部評価の位置づけ、外部評価への理解、外部評価委員会の委員の構成などに依存することとなる。外部評価委員会制度に議会の関与度が問題となっている。いうまでもなく、関与度が高いほど議会との関係は良好となる。約六割の団体において、議会の関与がみられ、議会への報告・説明を行う団体が増加している。<sup>29)</sup> 行政内部で評価結果を留保して行政対応を行い、議会は議会統制を独自にするというように敢えて区別するという構造にはなっていない。ここでは、協力的な場合と非協力的な場合について考察したい。

議会が外部評価委員会に協力的な場合についてであるが、外部評価委員会による評価の結果、議会において資料と

図表3 外部評価と議会の関わり流れ



して扱われる。議会は外部評価委員会の答申を受けると、これをもとに議会は行政に議会質問や今後の行政対応についての質疑がなされる。まさに、協働型評価が機能している理想のかたちである。議会は答申を真摯に受け取り、議会自らの視点と異なる指摘を取り入れる。

これに対し、議会が外部評価委員会の存在やその活動を軽視する場合である。外部評価委員会の委員は選挙で選ばれた委員でなく、委員の就任に対して議会同意も必要なく民主的正当性を有するものでないとの認識からであろう。行政外部から行政統制をおこなうのは、民主的正当性をもつ議会であるとの認識から、審議会の一形態である外部評価委員会の答申や評価に左右されることを回避する行動である。もし外部評価委員会の提言を参考にするとすると、議会がモラルハザードを起こしている状況であると過剰に判断し、答申の無視を決め込む。あくまでの外部評価委員会は行政の付属機関であり、議会はバイアスがかかることを懸念してか答申を参考資料としても利用しないことがある。

#### 4. おわりに

最後に、協働型評価の機能的構築ために、どのように外部評価委員会制度を設計すべ

きか、その留意点と今後の方向性について若干の考察と意見を述べたい。外部評価委員会の委員構成の設計には外部評価委員会が発する提言などの質と相関関係があることは言うまでもない。地方公共団体が小規模であるほど地元に着した委員会構成が設計される。地元密着であり住民ニーズや行政対応への住民反応の把握に敏感な委員会は、一面的には評価できよう。しかし、行政に対し発展的な示唆を付与することができる評価の質という点から考慮する場合、以下のことに留意する必要があるように思われる。

第一に、評価をするための専門性を確保する必要性である。外部評価の運営は、通常一テーマ三〇分から四〇分程度で評価をすることが多く、テーマも幅広く、ゆりかごから墓場までという森羅万象のテーマということが普通である。そのため、専門的な知識、少なくとも行政組織の特性、職員の行動様式などを理解して意見を述べることが必須となる。評価とは、価値中立性から下されるものであり、専門知が必要となる。したがって、専門知の確保のためには委員の任命においてある程度の配慮が必要となる。学識経験者を含む識見者についてこの基準を確保することは審議会を構成する従前的な方法を用いて可能であっても、公募住民においてどのような任命基準でこのような能力を確保するかは相当な困難が残る。地方公共団体では、公募する際には課題作文あるいは小論文などでその能力などを見極めるなど試行錯誤が続いている。ただし、都市部と地方部では依前として差が残るものの、退職後も「元気な高齢者」といわれる住民のなかには行政に関する知識のみならず企業経営など相当程度の高度な知見を有する人材も散見でき、また、退職後はいままで関わりがなかった地域社会に貢献したいとする住民層も増加している。<sup>30</sup> 加えて、外部評価委員会の開催時間を昼間時間からサラリーマンなどでも参加できるよう夜間に変更するなどの工夫が見られ、人的資源の確保が以前よりも容易になってきている。

第二に、前述したように、概して公募住民の専門能力は高い方ほどよいと考えられる。一定程度の専門知を委員会委員全員が共通事項として確保することは必要と思われるが、任命基準で専門性を過度に重視すると、専門知を有したバックグラウンドに束縛された発言や専門的団体の代弁者となり兼ねない。専門的な視点から評価に重点を置くあまり委員の選考に偏りや属性が限定され、住民感覚と乖離してしまうことが考えられる。参加型評価は、アカウントナビリティの確保、マネジメント支援、各専門分野における知識貢献といったこれまでの評価理論における評価の目的とは異なる、住民の自立を目指す新しいタイプの評価である<sup>31</sup>。外部評価委員会は、通常の審議会や行政内部に設けられる第二次的評価組織と異なり、評価結果の限界状況を引き起こしている行政の組織文化に対して住民の視点をどう確保するか、専門性と住民感覚のバランスをとる工夫が必要であろう。

第三に、学識経験者と住民などその他の委員の役割分担が不明確な点が指摘されるため、役割分担についても確認しなければならない。学識経験者について期待される役割期待は、委員会への評価のための専門知の提供であり、論点の明確化であり、総合的に委員会をトータルコーディネートすることが肝要である。時として、住民目線は住民エゴともいえる近眼的思考に陥りやすい。学識経験者は俯瞰的に現在使用されている評価シートの問題から抽出などが求められ、冷静な判断を委員会での議論を展開させることが求められよう。専門的サポートにより公募委員を議論に導き、さらには住民目線の意見を引き出すことが可能となり評価形成過程において多角的な視点や多面的側面で考察を可能にして厚みのある委員会意見を貢献することとなる。学識経験者は公募住民に対して、行政的思考を提供し、公募住民と行政との懸け橋になるべき役割を担うこととなろう。住民と行政との仲介者として両者の意思疎通を円滑にし、特に住民に対して正しい評価の仕組みや運用に対する理解を促すことで学習効果をもたらすことある。また同

時に行政職員に対しても、住民目線で評価することを具体的な場面で提示する<sup>32</sup>ことは現場感覚の醸成にも有用でなかろうか。このような活動が住民と職員の相互理解を深め、対処療法的な事業指向型発想から政策指向型発想<sup>33</sup>へと思考方法が変わっていくことを促し、地域における協働社会の構築への機運を高めることができよう。

学識経験者の役割は当該地方公共団体の現場を理解したトータル・コーディネーターとして適切な議論をコントロールすることは運営上不可欠である。協働型評価を進めるうえで、住民と行政のコミュニケーションの齟齬による住民と行政との対立構造が生じてしまうことは避けなければならない。自らの責任において物事を判断し、決定し、行動できる、自分たちの地域の課題解決に向けて社会のニーズを関知し、対話し、協働できる、当事者意識を有した住民へ導くことが必要である<sup>34</sup>。学識経験者は、行政側の見解に賛同し擁護するいわゆる御用学者のような存在ではなく、住民の代弁者でもなく中立的な存在として専門的な見地からの発言、調整役に徹することが期待される。

当該地方公共団体で行政評価を担う所管課も外部評価を通じて進めたい改革の方向性を認識し、学識経験者と方向性を共有し住民との共有を作り上げることとなる。学識経験者はサポーターであり、行政に代わることはできないのである。

第四に、外部評価委員会が発展し期待されうる位置づけであるが、住民的立場のオンブズマン的役割を担うことが求められる。外部評価委員会が、住民からの苦情救済機能を有するものでないが、積極的に住民目線のアカウンタビリティへの期待や住民ニーズを吸い上げ、行政の透明性や成果を意識した改革提案を行政に対して行うことが求められる。その際に顕在的なニーズにとどまらず、潜在的ニーズを含めてニーズを把握することが必要である。その意味において、サイレントマジョリティーから提供される潜在的な意見を拾い上げ、今後の行政経営にも影響を及ぼすこ

ととなる。

以上のように、外部評価が機能不全を起こさず協働型評価を構築するには、運営上の留意点が考えられる。かくして、様々な試行錯誤を通じて、徐々に公募委員にも行動変容がみられるようになる。すなわち、組織学習が進み、地域社会のなかで成熟した住民が誕生することとなる。「行政評価や政策評価における住民相互による学習機能の芽生えは、住民の自治意識や役割認識を高め、行政と住民との垂直的な関係における「チェック」機能だけではなく、役割分担関係あるいは協働関係をも促進することになるであろう。したがって、この変化を前提に、行政部に対する民主的統制の質的転換を考察していかなければならなくなる<sup>35)</sup>と少しずつであろうが、地域内に住民自治への意識変化が見られる。行政評価、とりわけ外部評価は劇薬ではなく、漢方薬<sup>36)</sup>のように徐々に地方公共団体の中に住民目線の評価が構築される地域の体質改善を促すのである。地方分権社会の進展にともない、地域のことは地域で決める地域主権の時代にあつて住民自治が再認識され協働型評価の構築が進めば、地域課題に対する住民の役割の位置づけ、再認識が進み、住民間にシビックプライド<sup>37)</sup>が芽生えていくことを期待したい。

- (1) 真山達志「地方政府とローカル・ガバナンス」『兵庫県政学』第八号、二〇〇二年、一七頁参照。
- (2) 浅野昌彦「政策形成過程におけるNPO参加の意義の考察―政策実施過程から政策形成過程へ―」ノンプロフィット・レビュー七巻一号二〇〇七年、二五―三四頁。
- (3) 日詰一幸「市民的公共性の創出とNPO」賀来健輔、丸山仁編著『政治変容のパスpekティブ』ミネルヴァ書房、二〇〇五年。
- (4) 総務省「地方公共団体における行政評価の取組状況」二〇一七年六月二七日公表。町村は、導入団体の割合は増加してい

るが、約四割にすぎない。

(5) 行政の組織ドメインについては、田辺国昭「行政の変化を捉えるには―社会環境の変動とガヴァメンタル・システムの動態的連関に関する調査研究」のための分析枠組み」『季刊行政替理研究』第六三号、一九九三年が、行政の組織ドメインについて詳しく論じている。

(6) 行財政改革の指導原理とされているのが、「NPM (New Public Management)」の思想である。それは、民間経営的概念を導入し、持続的な改革を目指すというものである。行政改革の新しい理論のひとつとして、国地方で行政運営の手法として取り入れられるようになった。その手法は、①現場に権限委譲するかわりに成果による統制を行う、②市場メカニズムを活用する、③顧客主義へ転換する、④統制しやすい組織に変革する、というものである。

(7) 窪田好男「NPM型政策評価と政府の失敗」『会計検査研究』No.18、一九九八年、四七―六二頁。

(8) 二〇〇一年六月二六日に閣議決定された経済財政諮問会議による「今後の経済財政運営及び経済社会の構造改革に関する基本方針(骨太の答申)」である。その中でNPMが新しい行政手法のひとつとしてあげられ、その後、総務省による「新しい行政マネジメント研究会」や「地方行政NPM導入研究会」の活動に発展し、翌年四月の政策評価法の施行とともに地方公共団体の行政改革にも思想的影響を与えていった。行政を公共サービスの供給者と位置づけ、住民をその顧客と捉えたNPMの思想は、国や地方公共団体の評価制度に大きな影響を与えているのである。そのことは、評価の目的に掲げられている「顧客主義」や「住民満足度」といった表現に色濃く表れている。

(9) たとえば、NPMの要件として市場機能、成果指向、成果が測定可能、公務員倫理の再構築などがあるが、実際の行政活動には顧客満足度が成り立たない領域があることや住民が消極的参加、専門職のアカウンタビリティと公的なアカウンタビリティは調和するかという指摘がある。「官僚制パラダイム」に対する強い批判から出発したNPMが実は官僚制化をより徹底することを志向していると指摘し、安易な議論に警鐘を鳴らした主張などがその一例である。

(10) 村松岐夫「新公共管理法(NPM)時代の説明責任」『都市問題研究』五一巻一一号、一九九九年。この論文では、行政機能拡大途上の説明責任と、現代における説明責任、すなわち行政減量時代の説明責任にわけて考察がなされている。



- (11) 南島和久「府省における政策評価の中立性および客観性」『法学志林』一〇四(四)、二〇〇七年、一八二―一九四頁参照。政策評価を取り巻く議論には主として行政統制の手段としての政策評価を強調する「制度志向」、合理的な意思決定の産出を政策評価と解する「手法志向」、政策評価による意識改革と手続き主義からの脱却を求める「成果志向」、現場で起きていることを説明するだけの道具として政策評価を理解する「自己評価」の四つのモードが存在する。
- (12) たとえば、窪田好男『日本型政策評価としての事務事業評価』日本評論社、二〇〇五年。
- (13) たとえば、川口和英「鎌倉市の行政外部評価に関する調査分析―産業振興および生活環境分野の外部施策」『鎌倉女子大学紀要』一五、二〇〇八年、一一九―一三三頁。鎌倉市では、二〇〇七年度は、行政内部による施策進行評価を政策・施策体系の評価可能な二七全分野で展開するとともに、外部評価者である鎌倉市民評価委員会による施策進行外部評価を四分野で実施について若干の分析と検討がなされている。
- (14) 多くの自治体職員にとつて、事業を廃することへのインセンティブは低い、事業を維持すること、予算を死守することが組織内における所管課長の暗黙の査定値である因習である。官僚と予算への行動については、橋本信之「ニスカネン・モデルと官僚行動」『法と政治』四一(四)、一九九〇年、八〇一(三二一)―八四八(三五八)頁。
- (15) 政策評価各府省連絡会「政策評価に関する標準的ガイドライン」二〇〇一年一月一日、政策評価各府省連絡会
- (16) もつとも、地方公共団体によっては、財務部長などの財務責任者を構成員にいれる例が見られる。あくまでも筆者の雑感であるが、これらの行政職員である委員は、財務状況など客観的な状況が必要に応じて発言することが多く、積極的な発言を控えているように見える。
- (17) 二〇〇一年度の財政投融资改革で、財政融資資金の原資は財投債から債券市場へアクセス可能な都道府県・政令指定都市は自己調達を推進される結果となっている。財政改革前は公的資金と民間資金の割合が六・四であったが、公的資金と民間資金の割合は逆転している。財政改革前に民間資金は銀行等引受債であったが、現在は市場公募債が多い。
- (18) 日本格付投資情報センター編『地方債格付―地方公共団体は本当につぶれないのか』日本経済新聞社、一九九九年三月。
- (19) 総務省自治行政局市町村課行政経営支援室「地方公共団体における行政評価の取組状況等に関する調査結果」二〇一七年

六月。

(20) 小規模ゆえに住民と行政の距離が近く町村に対する信頼性が高いので、行政評価の導入に対して消極的とする見方もあるが、信頼性が高いとは検証できない。この研究としては、野田遊「地方公共団体に対する信頼と地方自治」日本地方自治研究学会編『地方自治研究』清文社、Vol.24, No.1, 二〇〇九年、一三二―一三五頁。

(21) 古川俊一「評価システムにおける管理統制と公会計制度」『都市問題』五二巻二号、二〇〇〇年。

(22) 山谷清志「外部評価の課題」都市政策（一二三）、神戸都市問題研究所、二〇〇六年四月、二四―三五頁参照。

(23) 国の審議会等における女性委員の割合については、一九九六年五月二二日に本部決定された「国の審議会等における女性委員の登用の促進について」に基づき、国際的な目標である三〇%をおよそ一〇年程度の間に達成するよう努力している。地方公共団体の審議会等の女性委員の割合は増加傾向にある。『男女共同参画白書 平成27年版』（内閣府）によれば、二〇一四年では、審議会等における女性委員割合は、都道府県で三〇・三%、政令指定都市で三〇・九%、市区町村で二五・二%となっている。

(24) サイレントマジョリティーと政策形成の関係については、佐藤徹「無作為抽出方式による市民討議会の参加承諾者の特徴に関する実証分析―サイレントマジョリティーの背中を押せたか―」『年報行政研究』五三巻、二〇一八年、一一一―一四一頁参照。

(25) 田中優「ガバナンス時代における自治体職員の政策能力」『国際研究論叢』二六（二）四八頁。

(26) 金井利之「公務住民側面から見た自治体・空間の関係」『自治総研』通巻四三八号二〇一五年、二七―四八頁参照。

(27) 山谷、前掲書、二九頁参照。

(28) 蘭亮人「自治体における政策評価制度の展開―議会による二次評価との連携―」『公共政策志林』、二〇一四年、二九―四二頁。

(29) 総務省『地方公共団体における行政評価の取組状況等に関する調査結果』二〇一七年度を参照。

(30) たとえば、東京都福祉保健局「インターネット福祉保健モニターアンケート結果」（二〇二二年三月二九日）によれば、

自分の定年退職後に地域活動等（又は定年がない場合は六五歳以降）に参加したいと思うか聞いたところ、「積極的に参加したい」「ある程度参加したい」と回答した人は、約七九%であった。

(31) 三好皓一、田中弥生「参加型評価の将来性」『日本評価研究』一卷二号二〇〇一年、六五―七九頁。

(32) 星野芳昭「自治体評価と外部支援指導」『日本評価研究』第八卷第一号、二〇〇八年、七八頁。

(33) 真山達志『政策形成の本質』成文堂、二〇〇一年。

(34) 市民運動の特徴は、行政機関と市民の間で距離の違いはあっても、行政対市民という対立の構図がある。制度化することができない政治的活動である。これに対し、市民参加では、市民と行政機関と距離は相対的に近い。行政機関にとって市民の要求は実現可能性がある。さらに、市民協働については市民と行政機関が政策決定の決定権を共有することとなり、両者は対応可能な関係で物事を決定し、両者で決定事項を実施する。その意味においても外部評価においてもこの関係の構築は必須となる。筆者が委員として関わった地方公共団体でも地方分権が進むにつれて住民と行政とのコミュニケーションは格段に向上しているように感じている。なお、住民と行政の関係の変化については、山口道昭「市民参加による政策形成」『地方自治職員研修』六三二号、二〇一二年、一四―一六頁を参照されたい。

(35) 今川晃「責任と参加の架け橋」『同志社政策研究』一号、二〇〇七年、八六―九三頁引用。

(36) 上山真一『日本の行政評価―総括と展望』第一法規出版、二〇〇二年参照。

(37) 伊藤香織「都市環境はいかにシビックプライドを高めるか」『都市計画論文集』五二巻三号、二〇一七年参照。牧瀬稔「日本における「シビックプライド」の動向整理」『公共政策志林』七、二〇一九年、二三―二六頁参照。また、宇野重規「地方自治の新段階」『地方自治』七九六号、二〇一一年によれば、個人化の中の地方自治の段階に入っている点を指摘している。この指摘とシビックプライドの並立については今後の研究課題としたい。

※一般財団法人櫻田会から第四〇回政治研究助成をいただいた。本論文は、その成果の一部である。記して御礼申し上げます。

# 欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況

——「利益説」と「法益説」の対立——

野村和彦

## 目次

- 第一章 本稿の目的
- 第二章 欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論における学説の流れ
  - 第一節 三つの重要な視点
  - 第二節 欺罔に基づく同意を解決するための諸説
- 第三章 「利益説」対「法益説」
  - 第一節 論争前夜の議論状況
  - 第二節 ケスラーの見解

欺罔に基づく同意をめぐる初期の学説状況（野村）

一五九（五二七）

第三節 ビンディングの見解

第一款 同意論の概要

第二款 ケスラーに対する批判

第三款 欺罔に基づく同意

第四節 ビンディングに対するケスラーの反論

第五節 ホーラーの見解

第四章 検討

第一節 法益説の問題点

第一款 刑罰法規の枠内に限定された法益処分の自由

第二款 法益主体にとっての個人的法益の意義

第二節 利益説の問題点―処罰範囲の限定原理の欠如―

第五章 まとめ

第一章 本稿の目的

(1) 行為者の欺罔行為によって得られた法益主体の同意（以下、「欺罔に基づく同意」と呼ぶことにする）は、いつ刑法上の有効性を否定されるのか。この問題をめぐり、わが国の学説においては、法益関係的錯誤説<sup>①</sup>、自律説<sup>②</sup>、重大な錯誤説<sup>③</sup>が唱えられている。法益関係的錯誤説は、法益主体が処分法益およびその法益に関係する事情について錯誤に陥っていたときに限り、法益主体の同意は無効であるとする。自律説は、法益関係的錯誤説を前提としつつ、法益主

体が法益処分の意思決定を下す際、それが不自由であるときは、法益主体の同意は無効とする。重大な錯誤説によれば、法益主体が法益処分の意思決定を下す際、その意思決定に重大な瑕疵があるときは、法益主体の同意は無効であるという。

(2) 諸説の相違が際立つのは、法益主体に動機の錯誤、すなわち法益処分の意思決定に至る過程においてその者にとり決定打となった事情に錯誤が生じたときの擬律である。

法益関係の錯誤説によれば、法益処分の動機は法益とは無関係であるから、動機の錯誤が生じたとしても法益処分は有効である。ただし、同説の陣営内でも、細部においては異なった理解が生じている。たとえば、余命を偽り、相手が絶望し自殺したというとき、その偽りの事実を医師が伝えた場合は法益関係の錯誤であるとする一方で、一般人がそれを偽った場合は法益とは無関係な錯誤であるとする見解がある<sup>(4)</sup>。また、炎上する自家用車の中に子供が閉じ込められていると欺罔され、傷害を負うことを覚悟して高熱をもったドアの把手を握ってドアを開けた者は、それが真実ではなく、傷害に比べて優越しない子犬の命を救うためであった場合は、純粹に法益関係の錯誤の場合であるといえなくとも、その同意は無効である<sup>(5)</sup>、という見解がある。さらに、性犯罪をめぐる最近の議論において、避妊具を装着すると相手方を騙し、実はこれをしていないで行う性行為、いわゆるステルシングにおいて、避妊具を装着するかどうかは性的自己決定権に係るか否か、したがってその錯誤が法益関係の錯誤かどうかをめぐり見解の対立がある<sup>(6)</sup>。これらのことに示されているのは、同じ動機の錯誤が、いかなる場合に法益関係の錯誤となるかの明確な規準を、じつは法益関係の錯誤説は明示できていないということなのである。

自律説は、動機の錯誤は基本的に法益とは無関係の錯誤であるとしながらも、クラウス・ロクシン (Claus Roxin)

の主張<sup>(7)</sup>を受けて、緊急状態の錯誤の場合は、法益主体の意思決定は自由であるとはいえないとして、同意を無効とする。しかし、意思決定の自由を保護しようとするのであれば、それを緊急状態の錯誤だけに限定する理由はないように思われる。また、自律的か否かを、市民という一般人のフィルターを通して検討する見解がある<sup>(8)</sup>が、それは法益主体の自己決定権を不当に制約するおそれがある。なぜなら、法益処分の動機はその人固有のものであり、その当否を一般人が判断することはできないはずのだからである。このように、何が自由な意思決定なのか、何が自律的な意思決定なのかは、自律説においても、なお判然としないのである。

重大な錯誤説によれば、動機の錯誤は正面から考慮され、それにより意思決定に重大な瑕疵が生じるのであるから、その同意は無効であるという。しかしながら、同説は、条件関係的錯誤説であるとのレッテルが貼られているように、動機の錯誤を無限定に考慮するのかしないのか、その態度が分明でない。何が重大な錯誤であり、何が重大でない錯誤なのかの規範を定立することに、重大な錯誤説はなお成功しているとはいえないのである。

(2) 以上、瞥見したように、欺罔に基づく同意にいかなる法的効果を認めるべきかについてのわが国の議論は、膠着状態にあつて打開の途を見出すことができておらず、そればかりか、混迷の度を深めつつあるときさえいえるように思われる。この困難な局面をどう打開したらよいであろうか。

欺罔に基づく同意をめぐるのは、罪刑法定主義や違法本質論、犯罪論体系をめぐる議論、間接正犯論、刑法各則の解釈論に関わる多くの根本問題が複雑に交錯する。管見によれば、こうした事情が、欺罔に基づく同意の本質を見えづらくしている。そこで、本稿では、そういった(答えが一つに収束するとは限らない)原則論・体系論になるべく引き込まれないようにするとともに、欺罔に基づく同意においてこそ、同意の本質論、すなわち法益主体の刑法的要保護



性の有無が問われる場面であるとの認識に立って、考察を進めていくこととする。

その際、わが国における同意論が、多分にドイツの学説の影響を受けてきたことに注意するべきである。欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論状況も、わが国の議論状況とほぼ一致している。そこで、私は、この問題に関するドイツの学説における議論状況を一九世紀後半まで遡り、そこから現在に至るまで追跡することによって、いまの議論状況を相対化した上で、欺罔に基づく同意の解決を規定するベクトルを探り出すことを試みることにしたい。ドイツの学説史<sup>9</sup>を見ると、エポックとなった四つの局面に焦点を当てることが可能である。一つ目は、利益説と法益説の対立<sup>10</sup>である。二つ目は、二分説の展開である。三つ目は、法益関係的錯誤説の登場である。そして四つ目は、意思決定の自律性をめぐる議論である。まず本稿においては、これらのうち、一つ目のエポックに検討の対象を限定し、利益説と法益説の対立を取り上げて、議論の状況を整理するとともに、現在の議論においても重要性をもつ問題分析の視角をそこから抽出することとしたい。

## 第二章 欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論における学説の流れ

### 第一節 三つの重要な視点

欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論状況を眺めると、そこにおいていくつかの視点が重要な意味をもってきたと考えられる。それには三つのものがある。

第一に、法益主体に対する無条件的保護から脱却することである。つまり、同意をめぐる法益主体側に何らかの錯

誤が生じていたならば、ただちに法益主体の側に刑法的要保護性を肯定してこれを行為者側に負担させる、という方法をやめることである。法益主体の側から見るならば、刑法による保護を求めえない場面、すなわち自己答責性の原理が働く範囲をいかに定めるべきかが問われている。

第二に、同意の事例における行為者側の行為責任主義をどのように貫くのが一つの考慮要素とされてきたことである。言い換えれば、考察のためのアプローチに差があるとはいえ、同意における行為者側の行動基準をどう構築するかを一つの問題意識としてきたということである。

同意においては、行為者と法益主体の「コミュニケーション」がその土台にあるといえよう。典型例は、法益主体が法益処分の意思表示を示し、これに行為者が応じるというケースである。しかし、法益主体が法益処分の意思を明確に示さないことは容易に生じうる。また、法益処分のための行為を、行為者ではなく主として法益主体が自ら行うこともある。そうしたときに、行為者の行為が法益主体の真意に適っていなかったということも想定されうる。ここに生じる法益主体にとってのリスクをすべて行為者側が負担する、つまりその行為が可罰的であるとされるといふのであれば、それは行為者にとっては行為を行う上での重大なリスクとなりうる。欺罔に基づく同意の事例において、この問題が凝縮して示されると考えられるのである。

第三に、欺罔に基づく同意をした法益主体に対する刑法的要保護性の核となる部分はどこにあるかが探究されてきたということである。最大の論争点はまさにここにあつたといえよう。その核とは、はたして法益なのか、法益主体が追求しようとした（法益概念による抽象的な把握になじまない、より具体的な）利益なのか、法益主体における意思決定の自由なのか。欺罔に基づく同意が無効とされる範囲を無限定なものとなせず、一定の限定を加えることについては共

通認識があるとしても、保護範囲をどこまで限定し、どこから先は限定してはならないのかをめぐる、論争がいまもなお繰り広げられている。これを裏面から見ると、問題へのアプローチは異なるにせよ、法益主体における法益処分時の行動基準はいつたどのようなものであるべきなのか模索されてきたといつてよい。欺罔に基づく同意に関する刑法的保護性の広狭は、法益主体の処分行為に直接的に影響を与えるからである。

このようにして、ドイツの議論状況から受ける示唆とは、次のことである。すなわち、欺罔に基づく同意を解決するに際して重要なのは、行為者および法益主体の行動基準をどう定めるかにある。

## 第二節 欺罔に基づく同意を解決するための諸説

(1) 本説においては、欺罔に基づく同意を解決する諸説を鳥瞰する。なお、ここで一つの問題に直面する。その諸説に対しどのような呼称を与えるかである。もちろん、「説」と久しく呼ばれている見解もある。しかしながら、同じ用語が用いられているにもかかわらず、その内実に大きな隔たりがあることもある。トーマス・レンナウ (Tomas Roman) は、刑法における被害者の意思の欠缺をめぐる議論を概観するに先立って、次の問題を指摘している。すなわち、実際の議論においては、中心的概念、とくに「自律性 (Autonomie)」というような概念は定義されないうままであり、にもかかわらず、カズイスティックな問題解決へなされるという問題を抱えている<sup>(11)</sup>という<sup>(12)</sup>。

そこで本稿では、これまでの同意論において慣習的に用いられてきた用語を使うだけでなく、本稿に限って名付ける説の名称も用いて、欺罔に基づく同意を解決する諸説を説明していきたい。管見によれば、欺罔に基づく同意をめぐるドイツの諸説を顧みると、問題解決のために諸説が照準を当てた点は二つある。第一に、法益主体は「何のため

に「自己の法益を処分したのかである。第二に、法益主体における法益処分の意思決定に自律性があるか否かである。第一に関し、一つ目の学説として、法益処分を通じて法益主体が追求しようとした利益 (Interesse) に着目する見解を挙げることができる。本稿では、これを「利益説」と呼びたい。この利益説を強く推進したのが、R. ケスラー (R. Kessler) である。この見解は、後の法益説と対立関係に立つ。

二つ目は、法益主体が処分した法益に着目する見解であり、本稿に限り、これを「法益説」と呼びたい。同説は欺罔に基づく同意をめぐる議論において、絶えず有力に主張されてきた。法益説を主張し、利益説を説くケスラーと対峙したのが、カール・ビンディング (Karl Binding) であつた<sup>13</sup>。

三つ目は、法益説に連なるものとして、第二次世界大戦後、フリードリヒ・ゲールズ (Friedrich Geertz) が提唱した二分説 (Zweiteilungslehre)<sup>14</sup> である。この見解も法益という観点を基本とし、しかし犯罪論体系とも関連付けて、欺罔に基づく同意への保護範囲を狭めようとするものである。

四つ目として、グンター・アルツト (Gunter Arzt) の提唱した法益関係的錯誤説<sup>15</sup> である。この見解は、二分説を排し、法益説をより純化し、法益主体が処分する法益およびその法益に関係する事情への認識を問い、そこに錯誤があつたときに同意を無効とする。これに対し、法益主体における動機の錯誤への刑法的保護について、同説は、詐欺罪に当たる場合を除き、これを拒絶する。法益処分の自由は個人的法益に含まれないと解するからである。

他方で、法益説の陣営の内部においても、レンナウのように、法益主体の人格の発展に役立つ個人的法益については法益処分の自由をも保護法益に含めるべきであると主張する見解があることにも注意する必要がある。

第二の、意思決定過程の自律性をめぐっては以下の見解がある。一つ目として、法益関係的錯誤説を基礎にしつつ、

法益主体による法益処分の意思決定が自由になされたかを問う見解がある。提唱者のクラウス・ロクシン (Claus Roxin) に従い、規範的自律説 (normative Autonomietheorie) と呼ぶことにする。<sup>(16)</sup> 法益関係的錯誤説に対しては、法益主体の意思決定過程への分析が不十分であるとの指摘が相次いでなされていた。<sup>(17)</sup> ロクシンは緊急状態の錯誤の問題を提起し、そうしたケースにおいては、法益主体の意思決定は自由になされたものではない、とした。同様に、法益処分の意思決定が自由になされたかを問う論者として、デトレフ・シュテルンベルク・リーベン (Detlev Sternberg-Lieben)、<sup>(18)</sup> ギュンター・ヤコブス (Günther Jakobs) <sup>(19)</sup> らを挙げることもできる。<sup>(20)</sup>

二つ目として、法益主体による法益処分の意思決定過程が、法益主体の意思に沿ったものであったかを問う見解である。法益主体が法益処分の意思決定を下す決定的事情の根底にある法益主体自身の価値観や価値体系 (Wertsystem) <sup>(21)</sup> への保護を重視する見解である。本稿に限り、この見解を価値観説と呼ぶことにする。ペーター・ノル (Peter Noll) <sup>(22)</sup> やクヌート・アメルンク (Knut Amelung) <sup>(23)</sup>、ヴォルフガング・ミッチュ (Wolfgang Misch) <sup>(24)</sup>、ウーヴェ・ムルマン (Uwe Murrmann) <sup>(25)</sup> らによって支持されている。

三つ目として、法律行為説 (Rechtsgeschäftstheorie) <sup>(26)</sup> を挙げうる。この見解は民法における錯誤に関する規定を参照し、その精神を刑法の同意論に取り込もうとする見解である。<sup>(27)</sup> 同説によれば、過失がある場合など法益主体に自己答責性が認められるときには、行為者の刑事責任を問わない。エルンスト・ツィーテルマン (Ernst Zitelmann) <sup>(28)</sup> やハンズ・ハイナー・キューネ (Hans-Heiner Kühne) <sup>(29)</sup> がその系列にある。

(2) 各説の相違点が最も際立つのは、被害者に動機の錯誤を生じさせた事例である。ここでは、次の事例を挙げ<sup>(30)</sup> る。ある慈善団体が、供出した人に対し二五ユーロの報酬を支払う旨、偽りの募集をかけ、Aがこれに賛同し供血に

応じた。この団体の代表者であるBは傷害罪の罪責を負うか。各説の帰結は以下のようなになる。

Bを傷害罪に問うことができるのは、利益説と価値観説、法律行為説である。利益説は、輸血によって二五ユーロを得ようとしている点をBがAを欺いている点を捉え、Bに傷害罪の成立を認めることになる。価値観説も、Aは輸血と引き換えに報酬という反対給付を期待する価値観に基づき同意し、この反対給付をBが欺いている点を捉えて、Bに傷害罪を問うことが可能になる。法律行為説によれば、Aには過失など自己答責の事情は存在しないため、報酬を伴う輸血行為が公序良俗違反とならない限り、Bを傷害罪に問うことが可能なる。

これに対し、Bを傷害罪に問うことができないのは、法益説や法益関係の錯誤説、二分説、規範的自律説、である。法益説によれば、二つの点を考慮に入れる必要がある。第一に、身体法益を処分する自由を身体法益に含めるかどうかで結論が分かれる。法益関係の錯誤説はBの行為は詐欺罪に当たる可能性はありうるが、傷害罪は成立しない。Aは処分する法益、すなわち身体法益を正しく認識し処分する同意をしているからである。反対給付の偽りをカバーするのは詐欺罪の役割であって、それを傷害罪が担うのは同罪の保護法益とは無関係であるからである。他方、法益説に立ったとしても、身体法益にはその法益を処分する自由が含まれると解する立場からは、Bは傷害罪に当たることとが考えられよう。第二に、二分説に立ち、軽傷害への同意は構成要件該当性を阻却する同意の場合に当たると解すると、Aは騙されていたとしても、その同意はAの意思に反するものではないとされ、その結果、Bを傷害罪に問うことは不可能になる。規範的自律説によれば、Bの行為が強制的でない限り、Aの意思決定は自由になされたものとされる。Bの欺罔は緊急状態に当たるような欺罔行為ではないから、Aの同意は有効となる。

### 第三章 「利益説」対「法益説」

#### 第一節 論争前夜の議論状況

本章では、利益説を展開したケスラーと、法益説を唱えたビンディングが交わした論争を取り上げたい。ケスラーは、一八八四年に利益説を貫いた同意論の構想を提示した。ビンディングの同意論への批判がケスラーの同意論の根底にある。ケスラーの構想に対するビンディングによる批判、さらに、それへのケスラーによる反批判を紹介し、これに検討を加えることが本章の課題となる。それはまさしく被害者の同意の本質をめぐる議論であり、一三〇年以上前のこの議論が、いまもなお同意論に影響を及ぼしている。そして、欺罔に基づく同意の解決方法をめぐる対立の萌芽も、この論争の中に垣間見られるのである。

(1) 両者の間の論争に立ち入る前に、この論争が起きるまでの、ドイツにおける同意本質論に関する議論の状況について、リヒャルト・ホーニッヒ (Richard Honig) による同意論およびその方法論に関する研究<sup>(32)</sup>を参照しながら、確認しておくこととしたい。当時、被害者の同意が行為者の行為の違法性を阻却するか否かについて、違法性肯定説、違法性阻却説、刑罰法規重視説が存在していた。

違法性肯定説の論拠としては、①とりわけ生命や身体への侵害の同意は、何らかの困窮した状況におかれた結果、精神が病的に錯乱した状態においてなされること、②立法者が同意による権利侵害を肯定しているのか不確かな状況に裁判官はおかれていること、③「望む者には不法はなされない (volenti non fit injuria)」<sup>(33)</sup>は、公法である刑法に当てはまらないこと、④被害者の意思に反する (invito raso) ことが構成要件に規定されている場合を除き、犯罪への同

意は違法であること、⑤同意は故意の問題に過ぎないこと等が挙げられていた。<sup>(34)</sup>

次に、違法性阻却説は、被害者の同意によつて刑法が保護している権利が放棄されるとする。もつとも、それを全面的に肯定するか、それとも部分的に肯定するかにつき見解が分かれる。違警罪の範囲では可罰的とする見解、あるいは、同意が他者の権利に危険を生じさせ、あるいは、権利が譲渡不可能な場合に限つては可罰性を肯定する見解が主張されていた。<sup>(35)</sup>ただし、違法性阻却説は少数説にとどまっていた。

当時の多数説であつた刑罰法規重視説は、同意を一般原則として論ずることを避け、個々の刑罰法規が、同意者に対し処分権を与えているかどうかを問うものであつた。もつともその内実は多様である。同意者の処分権を全面的に肯定する主観的権利説もあつた。他方で同意者の処分権に制限をかける立場から、人間の人格を本質的に規定しているか否かを規準にして権利の譲渡可能性・不可能性を問う見解、個人に密接に関係している法益か否かを規準とする見解などが存在していたのである。<sup>(36)</sup>

ケスラーやビンディングは、ホーニツヒによれば、刑罰法規重視説の陣営に分類されるが、ケスラーはどちらかといえば一般原則的手法を採るのに対し、ビンディングは刑罰法規をより重視する主張を採る、<sup>(37)</sup>されている。

## 第二節 ケスラーの見解

(1) ケスラーは、一八八四年公刊の著書において、法益主体の同意の本質を論ずるにあたり、従前の議論は方法的に問題があるとする。すなわち、同意の限界を先に論じようとしたり、生命や身体の放棄から論じようとしたりするべきではなく、まず同意とはそもそも何なのかを積極的に明らかにする必要がある、とする。<sup>(38)</sup>



その上で、ケスラーは同意を次のように定義づける。すなわち、同意とは、行為者の意思行為と自分の意思とが一致することを表示することである。<sup>(39)</sup>ここから、器物損壊事例を念頭において、以下のことを指摘する。<sup>(40)</sup>

①同意の本質とは、同意者が相手方へ権利を移転することにあるのではない。

②同意とは、行為を他者がするために権利を創設することではない。

③同意とは、権利の放棄 (Dereliction) ではない。

④同意とは、権利の断念 (Verzicht) ではない。

⑤同意とは、他者に損害行為を教唆することではない。

⑥同意とは結果を意欲することではなく、同意の意思表示の対象は権利や想定された結果でもなく、他者の行為にのみ同意の意思表示は関係している。

こうした考え方を支える論拠とはどのようなものであろうか。第一に、ケスラーは、刑罰法規の目的は、人の利益が他者の行為によって侵害されないようにすることだとする。<sup>(41)</sup>したがって、被害者とは、犯罪によって、刑罰法規によって保護されるべき利益が侵害された人のことをいう。刑法による利益保護と関係のない事柄は保護の対象から外れるのである。<sup>(42)</sup>

第二に、刑罰法規によって保護される利益は以下のように解されるべきである。<sup>(43)</sup>まずそこに財 (Gut) がなければならぬ。たとえば、財は人が健康に生きることには貢献するものである。次に、この財から一定の利益が生じなければならぬ。利益とは、ある人の財に一定の出来事が生じること、あるいは生じないことである。身体という財は、一つの利益ではなくさまざまな利益をもつ。こうした認識から、利益は次のように定義づけられる。すなわち、ある

人のある事実 (Thatsache) に対する利益は、その人とその事実との関係の中にある。その関係によって、事実の発生や不発生がその人の財にとって不利な結果となるのである。

第三に、ケスラーは、財と利益の関係について次のようにいう<sup>44</sup>。刑罰法規の目的は、不利益が人の行為によって生じる限りにおいて、その不利益を一定程度防ぎ、利益者 (Interesent) に対し財を保証することにある。財への期待 (Aussicht) もそれ自体、財である。したがって、利益者によつて表明された意思なしに、財を危険にさらしてはならない。しかしながら、明確な意思に反して利益者に強制された財は、財というよりは、むしろ負荷となる。権利というよりは義務となつてしまう。人は財に対して無数の利益をもっている。特に、財をもつ者が有効に用いたり、財をもつ者に不利益が生じないようにしたりすることについてである。かりに人が明確な意思をもつて自分の財にとり危険な行為を許容したならば、その限りにおいて財はその人のものではないし、そうした行為をやめさせる利益をその人はもたない。ケスラーは、以上のように、利益に基づく財の処分を説明する。

第四に、ケスラーは、同意の対象が、結果ではなく、行為者の行為である理由を以下のように述べる<sup>45</sup>。人はそもそも財の放棄それ自体を目的とするのではない。同時に、自分にとって危険な他者の行為によつてもたらされる結果を望んではいない。そうした中で、人は、予見可能な結果が生じるにもかかわらず、同意する。その原動力は動機である。刑法による行為の禁止という利益を強く克服するものであれば、動機の性質はどんなものでもよいのである。

ケスラーは、以上のような基本的立場に立脚して、後述するビンディングの見解、とくに法益論に対して批判を加えている<sup>46</sup>。

まず、ビンディングは法益を利益の集合体と捉え、法規範は、それが侵害されないよう、変更されないよう、保護

する役割を担うとしていている。ケスラーは、利益に着目している点は評価しつつも、利益の主体は法規範ではなく、肉体をもつ人である<sup>(47)</sup>と反論する。

次に、ビンディングは、法益侵害を法秩序に対する侵害と捉えるが、これは誤った観念であるとケスラーは批判する。本質は利益侵害であつて、そのことをビンディングは看過している<sup>(48)</sup>。

第三に、ビンディングは、法が法益をそれ自体保護することに対し、ケスラーは反論する。法益それ自体ではなく、利益が個人と財を結びつけている関係の保護にこそ刑法は重点を置くべきであると主張する<sup>(49)</sup>。

それでは、欺罔に基づく同意をケスラーはどのように理解していたのだろうか。要求に基づく殺人罪の規定（ドイツ刑法二二六条）の撤廃を主張する記述の中で、欺罔に基づく同意に言及している。ケスラーは同罪について、自己維持義務（Selbsterhaltungspflicht）、すなわち各人は自分の命を全うするべきであり、それを自ら手放してはならない公共的義務を認めるものであると批判した。その上で、ケスラーは、生命や身体は、あくまでもその個人が享受するべき利益であり、その利益をどうするかはその個人にすべて委ねられているとする。したがって、被害者の同意に基づく生命や身体への侵害行為は、すべて不可罰とするべきであるとした。生命や身体といった利益の帰趨は個人が決めるべきである以上、その動機についても批判されないという。こうした観点から、要求に基づく殺人罪の規定の廃止を主張したのである。

このような批判論を展開する中で、ケスラーは、被害者の動機に関して言及していた。すなわち、利己的な動機から他者へ自殺するよう説得し、その者をして自殺させる行為や、他者から人生の喜びを奪うために、相手を欺き自殺させる行為の可罰性に言及している<sup>(50)</sup>。こうした行為は、他者に自殺を唆しており、相手方の個人的利益は危険に瀕し

ているとする。ケスラーは、このような行為の可罰性に関する議論はこれまで十分に検討されてこなかったとし、その理由として、被害者に自己保持本能 (Selbsterhaltungstrieb) が備わっているならば、欺罔行為による危険から自己を十分に守られると考えられてきたからではないか、と指摘する。こうして、要求に基づく殺人罪の撤廃を主張する一方で、欺罔に基づく殺人は被害者の利益を侵害するものとして、その処罰の必要を説いたのであった。

(2) 右のように、ケスラーは利益説を展開した。その見解の詳細をさらに知るために、一八八七年に著された論文<sup>51</sup>を見ることにしたい。ここで着目するべきは、①利益と法益の関係、②法益の担い手 (Trigger)、③利益説に対する批判の仕方、である。

①と②に関し、まずフランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) の見解を次のように引用する<sup>52</sup>。リストによれば、法的に保護された利益としての法益は、生命や財産、名誉、自由などのように、具体化されない、概念的に抽象化されたものである。しかし、法益の担い手によって、あるいは事物において、法益は具体化されうる。それらが犯罪の客体であると考えられがちである。しかし、法益の担い手というのは抽象的であるし、可能な限り法益を具体化することも刑法という体系を無視している (der Schematisierung spotten)。犯罪は、行為 (Handlung) ではなく、人間の因果関係 (menschliche Causalität) であり、何らかの法益 (ein Etwas) を前提としており、人間の因果関係は法益において展開しうる。それゆえ、法益こそが犯罪の客体であることが法的に強調されなければならないし、行為の具体的な客體とは厳格に区別されなければならない。

このようにリストの見解を要約した上で、次のようにケスラーはリストに対する批判を展開する。第一に、ケスラーは、リストが法益と利益を同一視している点を批判する。利益とは法益と区別されなければならない。たとえば、

生命という法益には、無数の利益が関係する。<sup>53</sup> 財 (Gut) とは、人間の身体的あるいは精神的な幸福に寄与することができるすべての客体あるいは関係である。<sup>54</sup> この財に対する利益とは、すべての財に関係している出来事に関する利益の完全なる集合体であり、個人の財に対する利益は、それを快・不快と感じるかによって、一人ひとり異なる。<sup>55</sup>

第二に、「法益の担い手 (Träger)」という用語についてである。ケスラーは、なぜ「法益の所持者 (Inhaber)」と言わないのか、と疑問を示す。「担い手」とされている原因について、ケスラーによれば、財が、個人ではなく、客観的権利という壮大な観念存在 (Gedankenwesen) に属すると考えているからだ、<sup>56</sup> とする。それはあたかも、「家畜の肉と毛皮は、その家畜の持ち主の財であり、家畜は持ち主の財の担い手である」かのような関係にあり、それは人の法益にも当てはまる。すなわち、人の生命や名誉、自由、その他人間を守る権利は、人間の財であり、人間が自分のものとし、他者の権利としてだけでなく、少なくとも人間という抽象的なものの権利として、それらを担う。<sup>57</sup> すなわち財は、個人が所持するのではなく、人間とか客観的権利とかいう抽象的概念に属する。法益の担い手がその処分が許されるか否かは法秩序の観点から決するという考え方は、<sup>58</sup> こうした背景を有している。

これに対し、ケスラーは右のような捉え方を批判した上で、私見を示す。すなわち、一人ひとりの人間は生来的にすべての法益を処分することができ、法によって与えられるものではない。法は、処分権を、未成年のゆえに制限したり、他者の利益との調整のために制限したりするに過ぎない、とする。<sup>59</sup>

第三に、利益説を批判する手法についてである。例えば、強制執行中の自己の財物を自ら損壊する犯罪 (当時のオーストリア刑法) を根拠に、利益説ではこのことは説明できないとする見解が存在する。<sup>60</sup> しかし、ケスラーはこの犯罪においても、所有者と債権者がいずれも同意すれば、この犯罪は成立しないと主張する。<sup>61</sup> なお、こうした利益説に

対する批判は、要求に基づく殺人罪が存在することを理由に、生命を処分する自由は個人に与えられておらず、利益説は不当であるとする論法にも通じている、とする。

ケスラーは、いわゆる社会的法益を保護する犯罪であるとしても、それぞれ利益をもつ当事者が法益処分にすべて同意したとするならば、同罪の成立を否定するのである。

### 第三節 ビンディングの見解

#### 第一款 同意論の概要

(1) ビンディングは、ケスラーの学説を念頭におきつつ、同意論の概要を示した<sup>62</sup>。以下、その骨子を見ていきたい。

第一に、同意の本質についてである。まず、すべての犯罪において、根本的な被害者は国家であるところから出発する。すなわち、犯罪による侵害とは、国家の支配権への侵害と捉える。その上で、形式的に有効な同意によつて、行為者は侵害する権利を得る。というのも、同意によつて、国家の禁止規範は例外的に許可する規範へと変わるからである<sup>64</sup>。そのようにして支配権の主体である国家が有効と認めた同意は違法性を阻却する<sup>65</sup>。

それでは個人的法益を保護する刑罰法規に関する、法益主体の同意は、どのように解されるのか。ビンディングは、法益主体である個人に絶対的権利を認めない。なぜなら、国家が禁じていることを、個人が許可したり、法的に無意味にしたりすることはできないからである。個人の同意が許されるのは、法的に認められる場合に限られる<sup>66</sup>。

第二に、個人の同意が法的に許されているか否かに関する情報は、実体法のみから得られる、とする<sup>67</sup>。その理由

として、ビンディングは、アプリアリな解決方法、あるいは、アプリアリな論拠を示して実体法を枉げるかのような解決方法は不当である<sup>(68)</sup>ことを挙げる。ここに法実証主義者ないし制定法重視主義者たるビンディングの姿勢が看取される。国家の支配姿勢が実体法に顕れていると考え、あくまでもその範囲内で同意論を展開しようとするのである。

第三に、実体法をふまえ、同意には異なった種類の類型が存在することを肯定する。

一つ目の類型は権利を移転し、または、権利の行使を侵害者へ移転するものであり、法律行為がその典型である<sup>(69)</sup>。この場合、被害者が行為時において撤回の意思を示したとしても、侵害者は行為を行うことが許される。まさに侵害はこの場合、存在しない<sup>(70)</sup>。

二つ目の類型は、個別の事例における、一方的な権利の処分、あるいは一方的な権利効力の放棄である。個人に処分が許されている権利についてのみ、一方的な権利処分および放棄は可能である。侵害を甘受する事例、例えば、自己の財物が持ち去られる状況を、盗まれても仕方ないとして黙認するケースが想定されている<sup>(71)</sup>。

三つ目の類型は、同意によって、犯罪の成立に必要な要素が、侵害された法益から取り除かれる場合である<sup>(72)</sup>。その前提条件とは二つあるとビンディングはいう。一つは、実体法の解釈に従い、法益主体の意思に反することそれ自体が犯罪の客体とされるときである。もう一つは、被害者が法益を維持することを望み、あるいは法益を放棄しなかった場合である。後者について、立法者は、人に対して法益を維持することや、被害者が価値のないものとした法益を保護することに、利益がないと考えている。したがって、法益主体によって決定づけられた意思によって、客体の要保護性が決まる、とする。

三つ目の類型においては、法益主体が同意することにより、前者においては構成要件が充足されず、後者において

は侵害客体に対する刑法上の要保護性が失われる。<sup>(73)</sup>

(2) 右の三つ目の類型に関する具体的考察として、刑法に規定されている犯罪に関する同意、とくに人格の身体的部分 (physische Persönlichkeit) に関する同意について言及している。同意の解釈指針を刑罰法規から得るときの基本的立場を以下に述べる。

第一に法益についてである。<sup>(74)</sup> 刑法における違法性と関係するのは、他者の権利への侵害行為ではなく、他者の法益の侵害や危険である。これらの法益は、意思主体によって担われている。ここでは、法益とその意思主体との間に法律関係は存在しない。それゆえ法益はその意思によって放棄することができる。

第二に、同意に関する情報は、実体法のみにより与えられる。他の規定と矛盾がないように、同意の擬律を判断しなければならぬ。<sup>(75)</sup> どの程度同意を認めうるかを人格の概念から導くことはできない。<sup>(76)</sup> 個人が決めた同意が共同体にとり許容することができない場合は、共同体のその意思が優先する。<sup>(77)</sup> 例えば、生命については、要求に基づく殺人罪が存在することから同意は無効であり、このこととの関係で、身体に関しても、重い傷害への同意は無効である。自由も、人は奴隷的扱いをされてはならないのだから、それへの同意も無効である。ただし、それ以外の犯罪については、最終的に、必要性 (Bedürfnisse) と法生活 (Rechtsleben) の実情を考慮して判断することになる。<sup>(78)</sup>

## 第二款 ケスラーに対する批判

ビンディングは右にみたように私見を展開するに当たり、利益説を説くケスラーに対し、徹底的な批判を加えている。<sup>(79)</sup>



第一に、実体法の規定を無視し、刑罰目的論に重点をおいた点である。ケスラーは刑罰の目的を個人の利益に保護にあるとした。こうした姿勢は、実体法を重視し、アプリアリな解決方法を否定する、ビンディングの見解とは相容れない。

第二に、刑法の役割を法益保護ではなく利益保護とする点である。身体法益を例にとれば、刑法の役割は、ビンディングによれば身体の法益の保護そのものにあると考えるのに対し、ケスラーによれば身体を処分する個人の利益の保護にある。

第三に、ケスラーは、個人に対する犯罪について、法益主体の同意があるならばその行為は禁止されないとし、そこに規範の意義があるとしている。しかし、そうした見解は規範の意義を理解していないし、自己の見解を刑法典における各規定に試すことすらしていない。

第四に、ケスラーはその所説をすべての刑罰法規に当てはめて検討することを怠っている。その例として、ビンディングは、要求に基づく殺人罪を挙げる。この規定そのものがケスラー説を否定しているとする。なお、ビンディングによれば、同罪は生命の保護を完璧なものにするために存在しているとされる。

第五に、ケスラーのいう利益の定義が明確でない点である。例えば、身体に対する利益に関し、債権者や相続人、国家は考慮の外に置かれ、個人のみが念頭におかれている。

第六に、ケスラーのいう意思表示説、すなわち、法益主体の意思と相手の意思行為が一致するよう法益主体が侵害行為時までに表示する、という考えは不当である。法益主体が法益を放棄する意思を固めたのならば、その客体に対する刑法上の要保護性は失われる。法益処分の意思を相手方に知らせる必要はないし、相手の侵害行為後に法益主体

が法益の放棄の意思を固めたのであれば、その場合も同意の有効性を認めるべきである。しかも、意思表示説の根拠となる実体法の規定もない。こうしてビンディングは意思方向説を採るのである。

### 第三款 欺罔に基づく同意

ビンディングは、欺罔に基づく同意を一つの論点として自覚的に取り上げることにはなかった。しかしながら、それに関連する事項について、ビンディングは次のようにいう。

第一に、構成要件において、例えば暴行や偽計 (Täuschung) など、法益主体の意思に反することが侵害客体とされている場合、暴行に対して法益主体が同意したり、偽計を法的主体が見抜いたうえで同意したりしたときは、同意は有効である。<sup>(80)</sup>

第二に、人格の身体的部分に関する構成要件に関しては、明確に語っていない。殺人や墮胎、略取誘拐、家族の身分に関する罪、傷害、遺棄、名誉毀損、女性の性的名誉 (Geschlechtschre) における有効な同意とは何かについては言及されている。しかし、欺罔に基づく同意については、女性の性的名誉に関するところにおいてわずかに触れられているに過ぎない。<sup>(81)</sup> 第三章第三節第一款(2)で示したビンディングの見解を推していくならば、法律に手がかりがない以上、最終的に、共同体が欺罔に基づく同意をどう評価するかにかかるとなるだろう。欺罔に基づく同意を無効とし法益主体の要保護性を肯定するのか否かについて、ビンディングは沈黙したままである。

#### 第四節 ビンディングに対するケスラーの反論

ケスラーの利益説に対して、ビンディングは右のような同意論の構想を提示し、ケスラーの利益説における問題を指摘した。こうしたビンディングの見解に対して、ケスラーはさらに反論を加えている。<sup>(82)</sup>

第一に、民法上の法律行為も同意に属するとしている点である。<sup>(83)</sup> 法律行為が履行されなければ、それは犯罪的であるかのような見解であるとケスラーは批判する。

ケスラーは、第三章第二節(1)において述べたとおり、同意においては法益主体と行為者との間で位置を合致させる必要がある旨を説いていた。その狙いは、二つあった。ひとつは、民法における代理権の法原則が、刑法における同意に持ち込まれることを避けることである。民法の代理権は民法的な代理権を創出し、その民法的效果を本人に帰属させるのに対し、刑法の同意は、同意の受け手である行為者に対し刑罰が科されない事実的可能性を保証するに過ぎないというのである。もうひとつは、刑法の同意が認められる範囲をより広くしたいということである。ケスラーによれば、通説は刑法の同意の範囲を著しく狭めて、表向きの効果しか認めてこなかった。<sup>(84)</sup> このようにして、ケスラーは、同意を、民法における代理とは全く別の、刑法固有の制度とすることを意図していたのである。<sup>(85)</sup>

これに対して、第三章第三節第一款(1)において触れたとおり、ビンディングは、法律行為も同意に含まれ、行為時に被害者が同意を撤回する意思を示しても、その意思に反して侵害者は行為しうる、と主張していた。ビンディングはこの点について、次のように説明していた。<sup>(86)</sup> 第一に、ここで想定されているのは、被害者から侵害者に対して、権利が移転したり権利の行使が委ねられたりする場面である。第二に、同意とされる法律行為は、譲渡や移転が可能な権利に限られる。その例として、財産権や利用権、著作権、狩猟権、漁業権などがある。第三に、具体例として、賃

借人が貸貸人の求めに反して、住居侵入罪に問われることなく、住居内に立ち入ることや、編集権者が執筆者の意思に反して編集することを挙げ、貸貸人や執筆者がそうした行為の禁止を求めても、弁護人はそれをやめさせるよう活動してはならないとことを唱えていた。<sup>(87)</sup> ビンディングは、民法上の法律行為と刑法の同意を同列に扱い、法律行為が有効に成立したならば、刑法の同意も有効に成立すると考える。こうした背景から、ビンディングは、双方の合意に基づき行為が開始されたのち法益主体が同意を撤回した場合を想定した上で、ケスラーの見解に立つと、そうした不同意者への侵害の違法性は、不同意者による以前の意思行為 (Willensact)、すなわち同意によって、どのように阻却されるのかを探究せざるを得ない、と疑問を呈していたのである。<sup>(88)</sup>

これに対して、ケスラーは次のように反論した。まず、その事例は、行為時における法益主体と行為者との間の同意がない以上、そもそも刑法における同意の問題ではない。さらに、民法の法律行為と刑法の同意は区別されるべきであるとして、次のように批判する。たとえば、YからXに売却されXに移転した財物は、YからXによって盗まれた財物でありえないという真実を説明すること自体がおかしい。すなわち、法律によって認められている権利を行使することは犯罪ではない。自分の権利を行使する者は他者を害しないからである。法律行為の結果が、意に反して (nolens) 甘受せざるを得ないというときに、それは民法における法律行為の範疇に属する問題であり、刑法における同意の問題には属さない。<sup>(89)</sup>

第二に、すべての犯罪に共通する被害者は国家であり、犯罪はその支配権の侵害にあるとしている点を問題とする。ビンディングによれば、規範は国家の主観的権利に裏付けられたものであり、これに従わないときは、破られた規範は刑罰へと転化するという。

しかし、ケスラーは反論する。なぜ規範が刑罰へと変化するのか、その説明がない。違反に対して刑罰を加えるということしか考えられていない。ここでは、国家が、被害者の苦しみによってなだめられるべき崇拜の対象となっている。「volenti non fit injuria」は、殴り合いや器物損壊のケースにおいて、当然に適用できる。国家との関係でも、国家の利益に係るときには、同原則は適用可能である<sup>(90)</sup>。

第三に、「被害者の意思に反する」ことが犯罪における侵害の要素とされているならば、同意者に対してあらゆる強要や暴行はなし、としている点が批判の対象とされる。ケスラーは、まず、同意者には積極的に同意をする者と抵抗せず消極的な同意者がおり、後者の場合は意思喪失 (Willenslosigkeit) が原因であるのが普通であると指摘する。その上で、ビンディングは、同意による強要犯罪 (Nötigungsverbrechen) の阻却と意思喪失による強要犯罪の阻却を同じように扱っている。すなわち、意思喪失者も有効に同意できるかのようなことをいう点を、ケスラーは批判する。死体から財物を奪った者は窃盗に当たり強盗には当たらない、ということをも、ビンディングによれば、被害者の同意に依拠して説明することになるが、これは不当であるとケスラーは指摘する<sup>(91)</sup>。

第四に、ビンディングが意思表示説を不当であるとする点に反論する。法益主体が同意の意思を外部に表明する必要があるかという論点をめぐっては、ビンディングが意思方向説を採るのに対し、ケスラーは意思表示説を採る。ケスラーも、特別な事情があれば、認容、あるいは、行為時における消極的行為を同意として評価する。しかしながら、同意の意思が法益主体の心的経過の中に存在すればよい、というのであれば、それは不当である、とケスラーは批判する。意思表示は、法的に意味のない弱い願望と区別するために必要である<sup>(92)</sup>。

第五に、「volenti non fit injuria」原則の理解の当否が上げられる。ビンディングは「侵害なし」の部分だけを強調

しているくらいがある、とケスラーは批判する。むしろ、この原則は「自発的に」と「侵害なし」の要素からなると解すべきであり、両者を相対的に捉える必要がある。<sup>94</sup> 関係する法律との関係で、誰が被害者なのか、禁止されるべきは誰の利益に関する行為なのかを、考慮しながら検討するべきであるとするのである。

第六に、要求に基づく殺人罪についての理解を問題とする。ビンディングによれば、同罪が存在することから、たとえ自己の利益のためであっても、相手に依頼して自己の生命を処分してもらうことは刑法が禁じているのである。それゆえにケスラー説はすでに成り立たないという。これに対して、ケスラーは、自殺は同意に基づくものである以上、保護すべきその人の利益はないとする。同罪は、個人の利益ではなく他の利益を考慮して制定された規定と解するべきであるとする。<sup>95</sup>

第七に、公共の利益と個人の利益が交錯する犯罪についてである。ビンディングは、この場合、個人の人格の本質的性質に対する侵害への同意は無効であるとする。しかしながら、ケスラーは、利益ごとに同意の有無を検討するべきであり、両者の利益が競合していたとしても、個人の利益に関し同意があるときは、その同意を有効とするべきであるとする。ビンディングの見解は、法益とは客観的権利それ自体であり、国家が本質的な被害者と捉えることに由来している。<sup>96</sup>

## 第五節 ホーラーの見解

(1) ケスラーとビンディングの対立のあとに登場した、オスカー・ホーラー (Oskar Holer) の法益説についても、ここで概観したい。ホーラー説の特色は、法益を二つに分類した上で、それぞれについて同意の効力に差異をつけた

ことにある。

ホーラーは次のような前提から出発する。被害者の意思侵害 (inivtus laesus) は違法性のメルクマールとはなりえない。なぜなら、違法か否かを決めるのは、一般意思の裏付けをもつ法律のみだからである。<sup>(97)</sup> 他方、一般意思を重視しすぎることによって個人の自由が圧殺されてはならない。社会全体の繁栄は個人を自由にすることによって実現されるからである。<sup>(98)</sup> そこでホーラーは、法益を、条件的法益 (Bedingtes Rechtsgut) と無条件的法益 (Unbedingtes Rechtsgut) とに区分けし、それぞれの法益に対する刑法的保護に差をつける。<sup>(99)</sup>

条件的法益とは、法によってより特徴付けられた一定の者の意思であり、この法益の主体 (Träger) は個人である。刑法による客体の保護が法益主体の意思に反するならば、刑法はその保護から撤退する。法益主体の同意があるときは、条件的法益に対する侵害行為は最初から違法でない。<sup>(100)</sup> これに対して、無条件的法益とは社会的性質をもつ法益であり、それへの刑法的保護は絶対的である。法益主体がその法益を処分することに同意したとしても、その法益への刑法的保護は貫徹される。<sup>(101)</sup>

こうした法益二分論は、かつての議論、すなわち不可譲渡権利と可譲渡権利を区分けする議論を想起させるが、ホーラーによれば、自身の二分論は倫理的観点でなく、あくまでも法的観点、とくに法益の性質の観点に由来するものであるとしている。<sup>(102)</sup>

## (2) 条件的法益について子細にみてみよう。

第一に、条件的法益を刑法はどのように保護するべきかについてである。法益主体がそれを望む意思を示してから開始される、という見方が一部にあるが、そうではない。むしろ、刑法的保護は、法益主体が望んだときに、終了す

る。<sup>103</sup> 法益主体が望まない限りは条件的法益は保護される。

第二に、条件的法益に対する同意の効果である。同意がある以上、その行為は最初から違法でなくなる。<sup>104</sup> 客体はもはや刑法的に保護される法益とはいえないからである。まさに客体の不能の状況になる。<sup>105</sup>

第三に、同意は行為者に示す必要があるかである。ホーラーは、同意は、行為者の故意に対してではなく、客体の保護に対して影響を及ぼすことを理由に、意思方向説を採る。<sup>106</sup> しかし、ホーラーは、時間的な制限なく、すべての人間との関係で、法益主体に対する法的保護が中止される、とは考えない。そこには、時間的および人的制約がある。まず、法益主体の同意は行為時まで撤回可能である。刑法的要保護性の存否は行為時点において最終的に決まるからである。<sup>107</sup> また、誰に対して法益主体の要保護性がなくなるかの判断は保護法益の観点から決まる。<sup>108</sup>

第四に、法益主体の動機面についてである。とくに行為者が不誠実 (unredlich) な方法で法益主体の同意を得た場合に法益主体の動機の錯誤が保護されるかが問題となる。ホーラーは、詐欺罪など刑罰法規に特別な規定がある場合以外は、不可罰であるとする。<sup>109</sup> なぜなら、条件的法益において、法律は同意の発生過程 (Entstehen) を考慮しないからである。<sup>110</sup>

(3) ホーラーは、生命や身体を無条件的法益として捉える。無条件的法益については、意思表示説を採る。<sup>111</sup> 行為者の欺罔による同意をどのように捉えているかに着眼して、彼の説くところをみることにしよう。

まず生命についてである。ここでは、要求に基づく殺人罪<sup>112</sup>の例が挙げられている。ホーラーは、無条件的法益の場合、同意の形成過程を考慮しなければならない、<sup>113</sup> とする。その際、欺罔に基づく同意による殺害は、要求に基づく殺人罪に当たらず、通常の殺人罪が成立する。まさに同意が疑わしいものであれば足り、欺罔が狡猾でなければなら



ない必然性はない。例えば、行為者が説得して苦しい状況などを指摘したうえで被害者が自殺に同意したときに、同意者は自殺行為をせざるを得ないという強い不快感をもっている、ということ、私たちは確信できないからである。行為者は利他的に行為したとはいえず不誠実であり、自殺を導く不快感は、被害者ではなく、まさに行為者が設定したというる。

傷害については、親告罪とされている軽傷害と、親告罪とはされていない傷害とに分け、前者は条件的法益である<sup>14</sup>のに対し、後者は無条件的法益である<sup>15</sup>とする。欺罔によつて得られた被害者の同意に基づき傷害する行為への対応は記述されてはいない。ただ右に示したホーラーの見解から推すと、親告罪とされる傷害については同意が有効に成立しているとき行為者は不可罰とされるのに対し、親告罪とされない傷害の場合は殺人と同様の対応がとられることになる。

#### 第四章 検討

欺罔に基づく同意がドイツの学説においてどう扱われてきたのかを、利益説を説くケスラーと法益説を説くビンディングの対立を中心に見てきた。たしかに、ここにおいて、欺罔に基づく同意が、アルツト以降の議論状況のように明確な論点として意識されていたかという点、そうではないといえよう。しかしながら、欺罔に基づく同意をめぐる対立の兆しは早い段階からみられ、その後の議論の布石がこの時期にすでに打たれていたといえよう。

欺罔に基づく同意への刑法的保護に関し、利益説が積極姿勢を示すのに対し、法益説は消極的姿勢をとる。これら

両説について、各説の特徴、およびそれぞれの問題点を指摘しておきたい。

## 第一節 法益説の問題点

### 第一款 刑罰法規の枠内に限定された法益処分の自由

法益説が説く同意論とは何か、と問いかけてみると、その答えにはどこか散漫な印象を抱かざるをえない。同意論を最初に体系化したといわれたビンディング<sup>16</sup>の見解は、首尾一貫性を欠くようにも映る。捉えどころのなささえ感じられる。しかしながら、管見によれば、法益説に基づく同意論に共通する基本的特徴として、刑罰法規の枠内で、同意論を展開しようとしていることを挙げうる。

そもそも、刑罰法規は行為者に向けられている規範であるはずである。裁判規範である刑罰法規を用い裁かれるのは、行為者にほかならない。刑罰法規に行為規範性をも認めるとき、行為者はその名宛人に含まれる。そうした性格をもつ刑罰法規の下で、法益説の同意論は存在している。

刑罰法規の背景には、国家意思や一般意思、社会共同体の意思があり、それらを具現化したのが刑罰法規であるとされる。とするならば、法益論の同意論は、実は、刑罰法規によって、つまり国家や社会の意思によって、制約されることが自明の理とされているのである。

それではこうした制約下にある同意論の本質を、法益説はどのように解しているのか。ビンディングは一つの回答を示していた。ビンディングによれば、犯罪の真の被害者は国家であり、国家は犯罪によりその支配権が侵害される。法益主体が同意し、国家がそれを有効と認めるとき、行為者は侵害する権利を得る、としていた。こうした関係にお

いて、法益主体と法益、ことに個人的法益との関係は希薄である。それどころか、法益主体は制限的にしか個人的法益の主体となれないということになる。

## 第二款 法益主体にとっての個人的法益の意義

(1) 法益説は個人的法益をどう理解しているのだろうか。なぜこうした疑問が湧くかという点、法益説の同意論においては、例えば、生命や身体は、法益の性質のゆえに、法益主体はその処分を自由に行うことはできないという論調が、初期の議論においてだけでなく現代においてもみられるからである。こうした制限が正当化される理由はどこにあるのだろうか。

初期の議論をみる限り、法益説によれば、個人的法益が帰属するのは、生命や身体については、個人ではなく、それ以外の主体、すなわち国家であると考えているように思えてならない。

XがYをその同意を得ずして殺すとき、Yが被害者であると思うはずである。しかし、生命法益がもし国家に帰属するならば、真の被害者はYではなく国家であるということになる。もしXがYをその同意を得て殺すとき、Yは、生命を放棄している以上、被害者ではないと思われよう。だが、真の被害者が国家だとすると、たとえYの同意があるにせよ、刑法にとり好ましくない事態には、XがYの生命を侵害することだけでなく、Yが自己の生命を放棄することをも含まれよう。つまり、生命法益の侵害主体には、行為者だけでなく、自殺を決意した者も該当することになる。生命法益の主体を個人ではなく国家にあるとみるときに、こうした捉え方が可能になるはずである。

Yの同意を得てXが殺すことが不可罰であるとされる理由は、以上の考え方にに基づき推論するならば、大前提とし

て、自分の生命を保持する義務がYにあつて、その義務をYが放棄したのだからYの生命を保護する任務は国家にはない、ということになる。

仮にこうした推論が正しいとするならば、生命や身体の処分は制限されるという法益説は、個人法益を処分することをしないよう、個人に対し、法益の要保護性を否定するという形で牽制していると解することができるのではなからうか。

(2) 法益説は、個人的法益を処分する意思決定を下す際に、法益主体に動機の錯誤が生じていたときに、とりわけその錯誤が行為者の欺罔行為によって生じた場合、そうした意思決定の瑕疵に対する刑法的保護に積極的ではない。もし個人的法益の主体が個人であるならば、個人的法益の処分を決断する意思決定過程への保護も十分に図られるべきとも考えうる。なぜ法益説は消極姿勢をとるのか。

この疑問に対して、ハンス・ヴェルツェルの法益保護に関する分析が多くの示唆を与える<sup>17</sup>。法益説における法益保護のあり方とは、法益の静的保護にある。すなわち、保護法益が侵害されたか否かが決定的に重要であると捉える。逆からいえば、法益が侵害されていない状態を保つことに刑法は注力するべきであることに重きをおく見解を法益説は採っている。法益が侵害されると刑法による法益保護は動揺する。それを行為者が惹起したのであれば、法益侵害の故意があるかが点検される。法益処分についても同様で、個人に法益処分の意思があるかないかが最も重要な要素となる。しかしながら、そこには法益処分の意思決定過程へのまなざしがない。もつとも故意の有無に関し意思決定過程は重視されないのだから、法益処分の意思決定過程の分析も必要ないと解しているのかもしれない。

これに対して、ヴェルツェルのいう法益の動的保護が刑法の役割だとするならば、法益処分の意思決定過程はむしろ

る当然に考慮に入れられなければならないはずである。なぜならば、個人は法益を処分することを通じて社会生活を営んでいるからである。利益の実現を目指して、個人は法益を処分するのである。法益主体は、法益を処分すること自体を目的にして法益処分の決断をするのではない。こう解するとき、法益処分の意思決定過程、とりわけ法益処分の決断を下す決定的な事情、すなわち、法益処分の動機こそが同意を論ずるに当たり必要不可欠なファクターとされなければならないはずである。

## 第二節 利益説の問題点―処罰範囲の限定原理の欠如―

(1) ケスラーの利益説は理論的には明快である。ケスラーによれば、法益主体は自らの利益を追求するために、個人的法益はすべて処分しうる。刑法的保護は、法益主体の利益追求行為に及ぼされる。したがって、行為者の欺罔行為によって同意した法益主体は刑法による保護を受けうる。しかしながら、法益主体による利益追求行為は無限に刑法的保護を受けるべきなのだろうか。それとも、一定の制約があるのだろうか。これが利益説に終始つきまとう課題となる。

しかも、法益説から、欺罔に基づく同意に対する刑法的保護を限定する主張が提示されているにもかかわらず、利益説自身からの明確な応答はみられない。欺罔に基づく同意の処罰範囲を限定する場面があるのか否か、利益説は応答する義務があつたと思われる。

(2) この点、法益主体による利益追求行為の限界について、一つの考えを示したのが、法律行為説を説いたツイーテルマン<sup>118</sup>である。欺罔に基づく同意に関し、原則として、意思の欠缺（＝民法上の錯誤）に関する規定は同意において

も適用可能であるとする。とくに、取消事由があることについて、行為者に悪意があるときは、損害賠償責任を負う。<sup>119</sup>たとえば、医師が傷害の故意をもって患者に助言し、これに患者が同意した場合、患者に生じた錯誤が医師の行為の結果に関するものであるならば、医師のこの助言は間接的に傷害の結果を生じさせているとする。<sup>120</sup>

他方で、法益主体の同意が保護されない場面が二つ挙げられている。

第一に、行為者が事実の錯誤に陥ったことにつき過失がある場合、被害者の損害賠償請求に対して、行為者は、ドイツ民法二五四条を有利に解し、被害者も錯誤を共同して惹起した責任を負うことを抗弁できる。<sup>121</sup>なぜなら、同意者が、同意を行為者に与えることにより、行為者が行為する動機を形成したからである。たとえば、同意者が行為者に対し、非常に大きな損害を発生させる危険を伝えなかったとする。そうした危険は行為者にとっては行為を実行することに対する反対動機となり得たはずだからである。同意者が同意を与えることによる行為者の意思形成過程をツイーテルマンは重視したのである。

第二に、法益主体の同意に基づく侵害行為を法秩序が禁止している場合である。<sup>122</sup>たとえば、自分の家に放火するよう、行為者へ同意を与えて、行為者が放火した場合である。同意によって、行為者がそうした行為を行うよう動機づけられ、あるいは、こうした行為をすることへの妨げが除去されたならば、その行為は法的に禁止される。なお、ツイーテルマンの趣旨からすれば、法益主体が保護されないこととは、法益主体が行為者へ損害賠償を請求することはできないことをいう、と解される。<sup>123</sup>

ツイーテルマンの見解は、たしかに民法の規定に依拠しているとはいえず、法益説に拠らずに法益主体への保護の制限を試みたといえよう。見方を変えれば、法益主体の利益追求にも限界があることを示している。しかしながら、

ツィーテルマンの見解を利益説が採り入れることはなかった。

## 第五章 まとめ

欺罔に基づく同意をめぐる、ドイツの学説においていかなる議論が行われてきたのかを、最初のエポックである、利益説を説くケスラーと法益説を説くビンディングとの対立に焦点を当て検討し、膠着状態にある現代の議論状況を打開するための視座を得た。

たしかに、この当時において、欺罔に基づく同意が、重要論点となっていたわけではなかった。むしろ、この問題の議論が活発となるのは、アルツトの法益関係的錯誤説の登場を待たなければならなかった。しかしながら、欺罔に基づく同意をめぐる議論の布石が打たれたのは、間違いなく、利益説と法益説との対立にあつたとみてよいことが明らかになった。

欺罔に基づく同意をめぐる議論は、利益説と法益説との対立を受け継ぎつつ、二つ目のエポック、すなわちフリードリヒ・ゲールズによる二分説および同説への批判へと推移していく。その検討は他日に期することとしたい。

(以上)

- (1) 山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集三三卷三・四・五合併号(一九八三年)二七一頁以下、同『刑法総論(第三版)』(二〇一五年)二一八頁(緊急状態の錯誤を「法益の相対的価値の錯誤」の場面と捉える。同二二二

頁)、佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報一号(一九八五年)五二頁以下、同『刑法総論の考え方・楽しみ方』(二〇一三年)二一八頁以下、内藤謙『刑法講義総論(中)』(一九八六年)五九二頁、森永真綱「被害者の承諾における欺罔・錯誤(一)(一・完)」関西大学法学論集五二巻三号(二〇〇二年)一九九頁以下、同五三巻一号(二〇〇三年)二〇四頁以下(法益関係の錯誤説が妥当としつつも、同錯誤があれば行為者は可罰的とせず客観的帰属論を用いて帰責範囲を限定する)、塩谷毅「瑕疵ある承諾の有効性」岡山大学法学会雑誌五三巻一号(二〇〇三年)一六一頁以下(特に一七五頁、一七九頁以下)、須之内克彦『刑法における被害者の同意』(二〇〇四年)一〇六頁以下(特に二二二―二二四頁)、小林憲太郎『刑法的帰責』(二〇〇七年)二二七頁以下(なお緊急状態の錯誤は「法益処分の自由を失わせるものといえるから、まさしく法益関係の錯誤の一つだと考えることも可能である」としている〔同二三八頁〕)、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法総論(第三版)』(二〇一九年)二〇六頁以下(なお、緊急状態の錯誤も、処分法益に関する価値に錯誤が生じており、よって法益関係の錯誤説によって説明可能であるとしている)、同『刑法各論(第七版)』(二〇一八年)一七頁、浅田和茂『刑法総論(第二版)』(二〇一九年)二二二頁。

なお、法益関係の錯誤説の登場よりも以前に説かれた平野龍一の見解も、法益関係の錯誤説に連なりうると評価することができる。平野龍一『刑法総論Ⅱ』(一九七五年)二五六頁以下、同「追死の意思がないのにあるように装って自殺させた場合の適条」同『犯罪論の諸問題(下)各論』(一九八二年)所収二九六頁以下(死ぬこと自体を障害なく正しく認識している点を重視する。死ぬか生きるかは他の条件にかけることはできない性質のものであるとされる。ただし、法益処分の動機について一切考慮しないという立場はとっていないことに注意を要する。わが国の刑法二〇二条は、ドイツ刑法における、要求に基づく殺人罪のような規定とはなっていない点を、動機を考慮しない理由に挙げる)。

(2) 自律説は法益関係の錯誤を支持した上で、法益関係の錯誤がない場合でも、さらに法益主体の意思決定の自律性を問う見解である。後に触れるロクシンの規範的自律説の影響を受けた見解である。林美月子「錯誤に基づく同意」松尾・芝原編『刑事法学の現代的状況(内藤謙先生古稀祝賀)』(一九九四年)所収二二頁以下、山口厚「法益関係の錯誤」説の解釈論的意義』司法研究所論集一一一号(二〇〇四年)九七頁以下(緊急状態の錯誤について、その事実が存在しない場合は、強要と同じよ



うに、抑圧された意思を利用して同意を得たと評価しうるとして同意を無効とする。)、同『刑法総論(第三版)』(二〇一六年)一七〇頁以下(法益処分の自由も法益の構成要素であるとしつつ、ただし生命法益の処分の自由は保護されていないとする。)、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(二〇〇二年)三九七―三九八頁(被害者利用の間接正犯性の検討において)、伊東研祐『刑法各論』(二〇一一年)一二頁(行為者が自殺者の行為を支配統御していたかに着目する。)、佐藤陽子『被害者の承諾―各論的考察による再構成』(二〇一一年)二二七頁以下(「法益侵害性にかかる合意」、「同意」の場合に限る。)、菊地一樹『法益主体の同意と規範的自律(一)・(二完)』早稲田法学会誌六六卷二号(二〇一六年)一六五頁以下、同六七卷一号(二〇一六年)一七一頁以下、石黒圭『法益関係的錯誤説の意義と限界』法学研究論集(明治大学)五一号(二〇一九年)一七三頁以下。

(3) 法益主体の意思決定に重大な瑕疵があったかを問う見解である。法益主体が法益処分を決意する決定的事情に錯誤があったかに着目する。団藤重光『刑法各論(第三版)』(一九九〇年)四〇〇頁以下、林幹人『錯誤に基づく被害者の同意』芝原他編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(一九九八年)一三三頁以下(主観的自由意思喪失的錯誤説を次のように展開している。「被害者自身の価値観にとつて、もたらされると信じた利益の価値が処分される法益の価値をはるかに凌駕するために、もはや衡量の余地なく問題の法益を処分せざるをえないと考えたのであれば」、法益処分の意思決定は不自由である、とする〔二五〇頁〕。欺罔行為に基づく同意については、「欺罔によって彼にもたらされると誤信されている利益が彼にとつて価値が大きいと考えるほど、行為者による意思の操作は大きなものであるから被害者は不自由であり、逆に被害者にもたらされると誤信された利益が小さなものと考えるほど、行為者による意思の操作は小さなものであり、彼は自由である」としている〔二五二頁〕。)、井田良『被害者の同意』現代刑事法一四号(二〇〇〇年)八六頁以下、同『講義刑法学総論(第二版)』(二〇一八年)三五二頁以下、上寫一高『被害者の同意(下)』(二〇〇三年)七六頁以下(林幹人の見解に賛同)、福田平『刑法総論(第五版)』(二〇一二年)一八一頁以下、鈴木左斗志『欺きによる殺人罪(刑法一九九条)成否の判断―法益関係的錯誤説とは何だったのか?』山口他編『西田典之先生献呈論文集』(二〇一七年)所収九二頁以下(法益関係的錯誤説に疑問を呈した上で、法益主体における重大な錯誤と重大でない錯誤との分水嶺を考察している。)、吉田敏雄『被害者の承諾』

(二〇一八年) 九三頁以下 (動機の錯誤を生じさせる欺罔に基づく同意は有効だが、それに加えて、法益主体の錯誤を支配したときは、その同意は無効であるとする。)、大谷實『刑法総論講義 (第五版)』(二〇一九年) 二五四頁。

(4) 西田 (橋爪補訂) 『刑法各論 (第七版)』(前掲注1) 一七頁は、両者を区別する基準として、法益の有無・程度・性状などに関する錯誤を挙げる。佐伯仁志は、末期の癌のためあと少しで死ぬだろうと被害者を欺罔して、悲観した被害者に毒を渡して自殺させたときは、法益関係的錯誤が存在し、同意は無効であるとする。この場合、偽装心中のように相手の法益に関する錯誤が生じている場合と異なり、被害者自身の法益に関して被害者に錯誤があることを理由に挙げる。佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』(前掲注1)・二二八頁―二一九頁。法益関係性に関する両者の規準が微妙に異なることに注意するべきである。

(5) 山中敬一『刑法総論 (第三版)』(前掲注1) 二二〇頁以下。この場合、「自己の法益の絶対的価値については錯誤はないが、価値的に拘束された動機の錯誤により、その相対的価値を錯誤したがゆえに無効」であるとすると (同『刑法総論 (第三版)』二二二頁・注一八)。ここで問題になると思われるのは、法益主体が自己の身体法益を相対化した基準は何か、である。山中は、人間の価値観や倫理観や優越的利益を基準として、これについて法益主体は錯誤に陥っているとしている (同「被害者の同意における意思の欠缺」(前掲注1) 二四五頁)。この見解からは、例えば、愛猫家に火傷を負わせるつもりで、炎上する自動車の中に猫がいると欺き、ドアの熱い把手を握った場合、同意はおそらく有効とされることになる。

(6) ステルシングが論点となったベルリン上級地方裁判所判決を素材に、ステルシングは、避妊具なしに性交はしないという被害者の性的自己決定を無視した行為であり、かかる意味において法益関係的錯誤が生じているとするのは、山中純子「欺罔による性的行為の処罰について」東海法学五九号 (二〇二〇年) 一六頁。ただし、同論考において言及されている通り、性交それ自体には同意していたという点が重視されるならばステルシングは法益関係的錯誤ではないとの見方も可能であろう。

(7) Claus Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Noll-GedS, 1984, S.275.

(8) 例えば、菊地は、法益主体の同意の有効性を判断するうえで、「刑罰を通じて確保すべき自己決定過程」の保障が重要であり、それは「市民の自律性という観点から、規範的に決定されるべき評価的な問題である」とする。それは、法益主体が法

益を放棄する意思を決定するにあたり、その形成過程のあり方と水準が、意思決定の内容や放棄された法益の種類に応じて、規範的観点からみて十分であったと客観的に評価されなければならない、とされる(菊地「法益主体の同意と規範的自律(一)」(前掲注2)一八九—一九〇頁)。この立場からは、市民の自律性に合致しない法益主体の意思決定は刑法上有効とされないことになる。

(9) 欺罔に基づく同意をめぐるドイツの議論状況の全体像を把握するために、以下の文献を参照した。Richard Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und Methodenfrage, 1919, S.60-76; Peter Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S.65-76; Gunther Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S.7-14; Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S.29-113, 176-252, 278-408.

(10) 筆者の命名にかかるものであり、その意義についてすぐ後に(第二章第二節(1))説明することとしたい。

(11) Rönnau, aaO(前掲注9), S.184. 以下にみるように、自律という同一の語を用いているにもかかわらず、諸説が唱えられている。さらに、自律を説く見解内にも対立がある。後に触れるロクシンの規範的自律説に対しては、ムルマンによる次の批判がある。ロクシンは規範的自律の意義を、法益主体による自己決定に基づく意思決定とはいえない欺罔と、法的規準に照らし同意者の自由な法益処分による欺罔とを区別することに求めるが、これは自己決定に加重な内容を持たせすぎている、といふ。Vgl. Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S.451-452 (Fn.527).

(12) なお、レンナウは、「被害者に好意的」な見解と「行為者に好意的」な見解とに分けて、諸説を説明している。Vgl. Rönnau, in: LK, 13.Aufl., Bd 3, Vor §§ 32 ff, S.209 ff.

(13) ホーニッヒはヴェンティングの見解を説明する際、「Binding'sche Rechtsgüterlehre」の語を用いている(Vgl. Honig, aaO(前掲注9), S.65)。

(14) Rönnau, in: LK, 13.Aufl., Bd. 3, Vor §§ 32 ff, Rdn, 147から引用した。Friedrich Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Diss., 1953; ders., Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, S. 262 ff; ders.,

Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960), S.42 ff.

- (15) Gunther Arzt, aO (前掲注9).
- (16) Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht, AT 1, 5.Aufl. 2020, §13, Rdn.98. その骨子を示したのは、Roxin, aO (前掲注7), S.257 ff.
- (17) その概要については野村和彦「法益関係的錯誤説に対する批判」慶應法学三七号 (二〇一七年) 一八七頁以下を参照。
- (18) Detlev Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997.
- (19) Günther Jakobs, Strafrecht, AT, 2.Aufl., 1991.
- (20) その他、規範的自律説にたいしては、Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984. 法益の性質によつて、欺罔に基づく同意をなした法益主体の保護範囲が決まるとする。
- (21) Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S.41.
- (22) Peter Noll, aO (前掲注9); ders., Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtsfertigung, ZStW 77 (1965), S.1 ff.
- (23) Knut Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; ders., Über Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), S.525 ff, 821 ff; ders., aO (前掲注12); ders., Zum Verantwortungsmaßstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers, in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, S.247-257.
- (24) Wolfgang Mitsch, Rechtsfertigung und Opferverhalten, 2004.
- (25) Murmann, aO (前掲注11).
- (26) この語は、Rönnau, aO (前掲注9), S.14を用いた。
- (27) なお法律行為説には否定的であるものの、同意者の撤回権を制限する根拠として契約を挙げるのは、佐伯仁志「被害者の同意と契約」西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷 (一九九八年) 所収三八五頁以下。ドイツのハンス・データー・ヴェー

- バーの見解を参考にしよう<sup>86</sup>。Hans-Dieter Weber, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, 1986.
- (28) Ernst Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Archiv für die Civilistische Praxis, 99 (1906).
- (29) Hans-Heiner Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, S.241.
- (30) Roxin/Greco, AT I, aaO (前掲注16).
- (31) ケスラーの見解については、曾根威彦『刑法における正当化の理論』(一九八〇年)所収三〇二頁以下も併せて参照。
- (32) Richard Honig, aaO (前掲注9)。
- (33) 柴田三蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』(二〇一〇年)三〇八頁。
- (34) Honig, aaO (前掲注9), S.5-9.
- (35) Honig, aaO (前掲注9), S.9-10.
- (36) Honig, aaO (前掲注9), S.10-20.
- (37) Vgl. Honig, aaO (前掲注9), S.17, 20.
- (38) Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung (1884), S.17-18.
- (39) Kessler, aaO (前掲注38), S.26.
- (40) Kessler, aaO (前掲注38), S.19 ff.
- (41) Kessler, aaO (前掲注38), S.48.
- (42) Kessler, aaO (前掲注38), S.49. 保護対象から外れる例として、窃盜被害者に対する債権者の利益が挙げられている。
- (43) Kessler, aaO (前掲注38), S.49-50.
- (44) Kessler, aaO (前掲注38), S.51-52.
- (45) Kessler, aaO (前掲注38), S.52.
- (46) Kessler, aaO (前掲注38), S.54 ff.

- (47) Keßler, aaO (前掲注38), S.55.
- (48) Keßler, aaO (前掲注38), S.55.
- (49) Keßler, aaO (前掲注38), S.56-57.
- (50) Keßler, aaO (前掲注38), S.86.
- (51) Keßler, Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht?, GS 39 (1887), S.94 ff.
- (52) Keßler, aaO (前掲注51), S.95-96.
- (53) Keßler, aaO (前掲注51), S.97.
- (54) Keßler, aaO (前掲注51), S.98-99.
- (55) Keßler, aaO (前掲注51), S.102.
- (56) Keßler, aaO (前掲注51), S.109.
- (57) Keßler, aaO (前掲注51), S.110.
- (58) リストを挙げている。Keßler, aaO (前掲注51), S.110
- (59) Keßler, aaO (前掲注51), S.110.
- (60) Keßler, aaO (前掲注51), S.122.
- (61) Keßler, aaO (前掲注51), S.123.
- (62) Binding, Handbuch des Strafrechts, Band 1, 1885, S.707 ff.
- (63) Binding, aaO (前掲注62), S.707.
- (64) Binding, aaO (前掲注62), S.707.
- (65) Binding, aaO (前掲注62), S.707.
- (66) Binding, aaO (前掲注62), S.708-709.
- (67) Binding, aaO (前掲注62), S.709, 718. ボンディングは一八七六年二月二六日改正のライヒ刑法典を参照し、同意に関して刑

法典がいかなる情報を与えているかのメルクマールを示している。①暴行 (Gewaltsamkeit) が明記されている犯罪群、②被害者の意思に反すること (wider Willen) が要件となっている犯罪群、③被害者の意思を得ないこと、あるいは、被害者の命令に反しつゝ (ohne dessen Willen oder Anordnungen zuwider) が要件とされる犯罪群、④被害者の許可 (ohne Genehmigung) や許容 (Erlaubnis) 同意 (Einwilligung) を得ないことが要件とされる犯罪群、⑤被害者が認識せずかつ意欲しないこと (ohne Wissen und Willen) が要件とされる犯罪群、⑥被害者が認識せず、あるいは被害者の了承を得ないこと (ohne Wissen oder Vorwissen) が要件とされる犯罪群、⑦偽計や欺罔によって得られた同意が要件とされる犯罪群、⑧青少年や暴利の被害者のように自由な意思によって同意を与えたとは評価できないことが要件とされる犯罪群、⑨被害者の明示かつ強い要求が要件とされる犯罪。このようにビンディングは、被害者の同意を、総論的ではなく、各論的方法をとることを明確にしたといえよ。 Binding, aaO, S.709, Fn.9.

(68) Binding, aaO (前掲注62), S.719. こうした解決方法の例として、哲学的な論拠に依拠して同意論を全面的に肯定する説、移転可能な権利と移転不可能な権利とを峻別する説、同意を一切認めない説、を挙げる。 Vgl. Binding, aaO (前掲注62), S.710-711, Fn.11.

(69) Binding, aaO (前掲注62), S.713.

(70) Binding, aaO (前掲注62), S.713-714.

(71) Binding, aaO (前掲注62), S.714.

(72) Binding, aaO (前掲注62), S.717.

(73) Binding, aaO (前掲注62), S.715, Fn.22. ビンディングはこうして意思方向説を採る。行為者がこの意思を認識することは要しない。

(74) Binding, aaO (前掲注62), S.718.

(75) Binding, aaO (前掲注62), S.718.

(76) Binding, aaO (前掲注62), S.720.

- (77) Binding, aaO (前掲注62), S.720.
- (78) Binding, aaO (前掲注62), S.720. これを理由に、軽傷害への同意は例外なく不可罰とする。
- (79) Binding, aaO (前掲注62), S.711-713. Fn.12, 13, S.715-716, Fn.22.
- (80) Binding, aaO (前掲注62), S.717. なお、行為能力のない者の同意も有効であるとされていることに注意を要する。その例として、意思が減弱した者が強姦 (Notzucht) に同意したときは犯罪が成立しないことが挙げられている。
- (81) Binding, aaO (前掲注62), S.726. 意思や認識を失っている未婚女性への暴行や、婚外の性交であると騙されて同意した女性には、強姦罪に於いて保護されないとしている。
- (82) Kelller, Kritische Bemerkungen zu Binding's Lehre von der Einwilligung des Verletzten, in GS 38 (1886), S.561 ff.
- (83) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.561-562.
- (84) Kelller, aaO (1884) (前掲注82), S.26-27.
- (85) ケスラーは法律行為の性格をもたない同意の例、すなわち、妻が所有する建材が妻の意思によって夫の家を建築するために用いられ、このことを夫が認識していた例を挙げる。この場合、民法の贈与としては無効であり、民法的にはこの同意は完全に無効であると指摘する。Kelller, aaO (1884) (前掲注82), S.27, Fn.4.
- (86) Binding, aaO (前掲注62), S.713-714.
- (87) Binding, aaO (前掲注62), S.714, Fn.17.
- (88) Binding, aaO (前掲注62), S.712-713, Fn.13.
- (89) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.562.
- (90) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.563-564.
- (91) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.565.
- (92) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.567.
- (93) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.568.



- (94) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.569.
- (95) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.570-571.
- (96) Kelller, aaO (1886) (前掲注82), S.573.
- (97) Oskar Holer, Die Einwilligung des Verletzten, 1906, S.88.
- (98) Holer, aaO (前掲注76), S.89-90.
- (99) Holer, aaO (前掲注76), S.90-93.
- (100) Holer, aaO (前掲注97), S.90.
- (101) Holer, aaO (前掲注97), S.90-91.
- (102) Holer, aaO (前掲注76), S.92.
- (103) Holer, aaO (前掲注97), S.92
- (104) Holer, aaO (前掲注97), S.94.
- (105) Holer, aaO (前掲注97), S.95.
- (106) Holer, aaO (前掲注97), S.96.
- (107) Holer, aaO (前掲注97), S.98.
- (108) Holer, aaO (前掲注97), S.98-99.
- (109) Holer, aaO (前掲注97), S.99-100.
- (110) Holer, aaO (前掲注97), S.99-100.
- (111) Holer, aaO (前掲注97), S.137.
- (112) なお、ホーラーは「要求に基づく殺人罪」の本質は、行為者の認識面を考慮すると、同意を得てする殺人と同価値であり、行為者の心情を考慮して刑が減輕されていると捉える。Holer, aaO (前掲注97), S.111-112.
- (113) Holer, aaO (前掲注97), S.120.

- (114) Holer, aaO (前掲注97), S.104.
- (115) Holer, aaO (前掲注97), S.137.
- (116) ブンディングと対立したケスラーがそう述べている。Vgl. Keßler, aaO (1886) (前掲注82), S.563.
- (117) Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S.514 ff.
- (118) Ernst Zitelmann, aaO (前掲注28). ツィーテルマンの同意論の概要は次の通りである。①民法の法律行為 (Rechtsgeschäft) から同意の効力を導く。同意が、侵害された権利・法益の所有者 (Inhaber) による排他的な法律行為に向けられているときに限り、民法および刑法の違法性がともに阻却される (S.48, 56)。②同意とは、相手方に対して、行為する主観的権利を同意者が与えることであり (S.55-56: 民法の代理権にたとえる)、それは法益主体自ら行うことの形態である。
- (119) Zitelmann, aaO (前掲注28), S.62.
- (120) Zitelmann, aaO (前掲注28), S.96.
- (121) Zitelmann, aaO (前掲注28), S.64.
- (122) Zitelmann, aaO (前掲注28), S.70.
- (123) Zitelmann, aaO (前掲注28), S.70, Fn.54によれば、刑法的には、教唆や間接正犯、幫助が論点となることが指摘されている。ツィーテルマンによれば、民法上違法なのであれば、刑法上も違法とされる。

# 船員労働災害に対する 船舶所有者の責任に関する一考察<sup>†</sup>

南 健 悟

## 第一章 問題の所在

- (一) 船員労働災害とその防止・補償
- (二) 船舶所有者の損害賠償責任
- (三) 問題提起

## 第二章 従来の裁判例

- (一) 船員労働災害の種類
- (二) 船内作業中における事故の事例
- (三) 船舶衝突事故による労働災害の事例
- (四) 海中転落事故の事例

船員労働災害に対する船舶所有者の責任に関する一考察（南）

二〇五（五七三）

第三章 船舶所有者の具体的義務の内容

- (一) 船員労働安全衛生規則等との関係
  - (二) 船長の職務権限・義務と船員労働災害の防止
  - (三) 船員に対する堪航能力担保義務
  - (四) 船舶衝突と船員労働災害
- 第四章 結びに代えて

第一章 問題の所在

(一) 船員労働災害<sup>①</sup>とその防止・補償

一般的に、船内労働は、気象や海象等の自然的影響により船体が大きく揺れるため、就業中の労働災害が発生しやすいと言われている<sup>②</sup>。実際、船員の職務上の労働災害発生率を陸上の全産業と比較してみると、最新の船員労働災害の統計調査によれば、休業四日以上<sup>③</sup>の災害発生率及び死亡災害発生率(職務上死亡)ともに、高率を示している<sup>③</sup>。同統計では、船員労働災害の発生状況につき、作業別では、「整備・管理作業」や漁船における「漁ろう作業」中の事故が多く、また、態様別では、「転倒」、「はさまれ」、「転落・墜落」、「動作の反動無理な動作」、「激突」、「飛来・落下」による死傷が報告されている<sup>④</sup>。そして、船員労働災害が一旦大洋航海中等で生じると、即時の救護等が困難であり、重傷化しやすいことも容易に想像し得る。船員保護法制との関係でも、海上労働には、①限られた空間と乗組員

で動揺する船上での労働が強いられること（労働環境の過酷性）、②長期にわたる乗船、③外部からの支援や救援の困難性（自己完結性）、④乗組員全員が常に海上危険と隣り合わせであること（共同危険体・運命共同体）、そして、⑤職場と生活の場が同一（職住一致）であるという性質を有していることが挙げられてきた。<sup>⑤</sup>つまり、船員の労働環境は、海上危険と背中合わせである特殊な労働環境であり、長期に陸上の生活から隔離された中で、多様な作業に従事することで、船員労働それ自体、労働災害が生じやすいということがいえる。<sup>⑥</sup>

そこで、船員労働災害を防止する観点から、法も安全衛生に関する規定を設けている。船員法では、安全及び衛生について、「船舶所有者は、作業用具の整備、船内衛生の保持に必要な設備の設置及び物品の備付け、船内作業による危害の防止及び船内衛生の保持に関する措置の船内における実施及びその管理の体制の整備その他の船内作業による危害の防止及び船内衛生の保持に関し国土交通省令で定める事項を遵守しなければならない。」（八一条一項）と定め、また、船員に対しても「船員は、船内作業による危害の防止及び船内衛生の保持に関し国土交通省令の定める事項を遵守しなければならない。」（同三項）と規定する。そして、より詳細な船内における安全衛生に関しては、同法八一条一項に基づく国土交通省令（船員労働安全衛生規則）が定められている。これは、陸上労働における労働安全衛生法に当たるものである。船員労働安全衛生規則の内容は多岐にわたるが、直接的に安全衛生に関するものとして、①安全衛生の管理に関する規定、②安全基準・衛生基準に関する規定、③個別作業基準に関する規定、④特殊危害防止基準に関する規定、⑤年少船員・女子船員の就業制限に関する規定がある。船員労働安全衛生規則においては、第一に、安全衛生の管理に関するものとして、例えば、船舶所有者は、船長に安全衛生に関する統括管理を担わせ、また安全担当者等の関係者間の調整を行わせることを義務付けている（一条の二）。また、常時五人以上の船員がいる船舶の船

船所有者は、安全衛生に関する一定の事項を調査審議させ、意見を述べさせるために船内安全衛生委員会<sup>(7)</sup>を設置しなければならず(一条の三)、また安全担当者(二条、五条)、消火作業指揮者(六条の二、六条の四)、衛生担当者(七条、九条)を選任しなければならない。そして、船舶所有者は、安全衛生に関する事項について、船員の意見を聴くための措置を講じることと義務付けられている(二二条)。他方で、船員についても、安全衛生に関する事項につき一定の行為が禁止されている(二六条)。第二に、安全基準・衛生基準として、以下のようなことが求められている。すなわち、船舶所有者に対して、船内作業の設備、機械、危惧、用具等を整備し、かつ整頓するとともに、船内における作業環境を常に良好な状態におくよう努めるものとされ(二七条)、機械等との接触等からの防護装置等を設けなければならず(一八条)、船外との通行を安全にするための措置(一九条)、落下、転倒、接触等により危害を及ぼすおそれのある刃物等の整頓(二〇条)、密閉区画からの脱出装置等の設置(二一条)、燃焼性廃棄物の処理(二二条)や液化石油ガスの取扱い(二三条の二)等について定めを置いている。他にも、照明の施設(二五条)、床面等や足場等の安全性の確保(二六条、二七条)、そして、海中転落の防止のために、保護柵を設けることなどが規定されている(二七条の二)。他方で、衛生基準についても、船内衛生の保持(二九条)や医師の診断等(三一条)に関する規定等が設けられている。第三に、個別作業基準として、主なものとして、火薬類を取り扱う作業(四六条)、塗装作業等(四七条)、溶接作業等(四八条)、危険物等の検知作業(四九条)、有害気体発生場所での作業(五〇条)、高所作業(五一条)、げん外作業(五二条)、危険物付近作業(五三条)、重量物移動作業(五四条)、揚投びよう作業等(五六条)、漁ろう作業(五七条)、船倉内作業(六六条)、機械類修理作業(六七条)などに関する規定が設けられている<sup>(8)</sup>。第四に、特殊危害防止基準として、貨物消毒燻煙作業(七一条)などが定められている。第五に、年少船員・女子船員の就業制限として、

一八歳未満の船員や妊産婦及び妊産婦以外の女子船員に危険性等のある一定の作業に従事させることを禁止する（船員八五条～八八条、船員労働安全衛生規則七四条～七六条）。このように、安全衛生の管理や個別具体的な基準や措置等を定めることにより、船員労働災害の防止を企図している。他にも、船員労働災害を防止するために「船員災害防止活動の促進に関する法律」も制定されている。同法は、船舶所有者は、「単に船員法その他船員の安全及び衛生に関する法令の規定を守るだけでなく、船員災害の防止のための自主的な活動を推進することにより、船内における快適な作業環境及び居住環境の実現並びに船員の労働条件の改善を通じて船員の安全と健康を確保するように努めなければならない。また、船舶所有者は、国が実施する船員災害の防止に関する施策に協力するようにしなければならない。」（三条）と定め、労働安全衛生法三条に相当する規定を置いている。

それでは、不幸にも、船員労働災害が生じた場合、被災労働者である船員はどのような補償を受けることができるのだろうか。まず、船員が職務上負傷したり、疾病にかかったりした場合には、その負傷や疾病が治癒するまで、船舶所有者の費用で、療養を施し、または療養に必要な費用を負担しなければならない（船員八九条一項）。さらに、雇入契約存続中であれば、私傷病であつても、船員の故意または重過失によらない限り、船舶所有者は、三か月の範囲内において、船舶所有者の費用で療養を施し、または療養に必要な費用を負担しなければならないとされている（同二項<sup>9</sup>）。また、船舶所有者は、四か月の範囲内において、職務上負傷または疾病が治癒するまで、毎月一回傷病手当を支払う必要がある、さらに治癒しなければ四か月以降も標準報酬月額<sup>10</sup>の六〇％に相当する額の傷病手当を支払わなければならない、加えて、治癒後も遅滞なく、標準報酬月額<sup>11</sup>の六〇％に相当する額の予後手当を支払わなければならない（船員九一条一項、二項）。加えて、船舶所有者は、傷病治癒後に身体に障害が存するときは、障害の程度に応じて

障害手当を（船員九二条）、職務上行方不明になったときは、三か月の範囲内において、標準報酬月額に相当する額の行方不明手当を（船員九二条の二）、職務上死亡したときは、標準報酬月額の三六か月に相当する額の遺族手当（船員九三条）と標準報酬月額の一か月分相当額の葬祭料（船員九四条）を支払わなければならない。さらに、これらの労働災害補償制度の上積みとして、労働協約による「上積み」補償もある<sup>10</sup>。なお、これらの労働災害補償給付と後述する労働災害に伴う船舶所有者の損害賠償責任との関係についてはどのように調整されるのだろうか。この点、陸上労働の場合については、既に支払われた労災補償給付等の額は、使用者が被災労働者に対して行うべき損害賠償から控除されることになっている（労基八四条二項）。ところが、船員法においては、確かに、労基法八四条一項に相当する規定は存在しているが（船員九五条）、損害賠償責任との調整に関する労基法八四条二項に相当する規定を欠いている。そのため、古くは、損害賠償責任との関係については労基法のように調整されないのではないかとの疑問もあった。また、労災補償給付がある以上、それを超えて損害賠償責任を船舶所有者は負わないのではないかとの疑問もないわけではなかった。しかし、仙台高判昭和四八年八月二九日判タ三〇七号二〇四頁は、労災補償給付を受けた結果、船舶所有者がそれ以上損害賠償責任を負わないと解することはできず、また船舶所有者が、同一の災害事由について、二重の賠償義務を負担させることは衡平を欠き妥当ではないことから、たとえ船員法に労基法八四条二項に相当する規定がなかったとしても、災害補償給付の額の限度において損害賠償義務が免除される旨判示する<sup>11</sup>。したがって、この点については陸上労働と同一に解されている。



## (二) 船舶所有者<sup>(12)</sup>の損害賠償責任

それでは、本稿が中心的に論じる、船員労働災害が発生した場合の船舶所有者の被災労働者に対する損害賠償責任は、どのような根拠に基づき発生するのだろうか。この点、陸上労働者の場合、従来、使用者の損害賠償責任を追及する法的構成としては、第一に、不法行為責任（民法七〇九条）、第二に、土地工作物責任（民法七二七条）、そして、第三に、労働契約に基づく安全配慮義務に違反したことを根拠とする債務不履行責任（民法四一五条）に基づくものが考えられる<sup>(13)</sup>。このことは基本的に船員労働災害の場合であっても同様であると思われる。しかし、後述するように、従来の裁判例の中には、これらに加え、商法六九〇条に基づく船舶所有者の責任が問われている事案も散見される。商法六九〇条は「船舶所有者は、船長その他の船員がその職務を行うについて故意又は過失によって他人に加えた損害を賠償する責任を負う。」と定め、船長等の故意・過失により第三者（船員労働災害の場合であれば、被災船員）に損害が生じた場合に、使用者である船舶所有者が責任を負うとする。本条は、使用者が被用者の選任監督上の注意を尽くしたか否かにかかわらず、船舶所有者が責任を負うため、民法七一五条の特則であるとするのが通説的見解である<sup>(14)</sup>とされつつも、民法七一五条一項の免責が認められる事例がほとんどないことに鑑みれば、基本的に、陸上労働者の労働災害とほとんど違いはないようにも思える。

なお、船舶所有者が被災労働者に損害賠償責任を負うとした場合、船舶の所有者等の責任の制限に関する法律（以下、船主責任制限法という。）に基づき、船舶所有者は責任制限を享受し得るのだろうか。この点につき、船主責任制限法四条二号において、船員の船舶所有者に対する損害賠償債権が非制限債権<sup>(15)</sup>として位置づけられており、船舶所有者は責任制限を享受することはできない。これは、船員等の被用者の権利の保護のため、社会政策上認められているも

のである。<sup>(16)</sup>

### (三) 問題提起

船員労働の特殊性から、以上のような船員労働災害を防止するための制度や補償制度が用意されているが、これを超えて、実際には船舶所有者に対して損害賠償責任を追及するケースもある。そこで、本稿は、従来の裁判例において船員労働災害における船舶所有者がどのような場合に被災労働者に対して損害賠償責任を負うとされているのか、について考察するものである。従前、陸上労働における使用者の被災労働者に対する損害賠償責任が争われる場合の、具体的な使用者の注意義務（安全配慮義務等）の内容についての議論は、判例研究の多さも相俟って、枚挙に暇がないが、船員労働災害に着目したものは少ないように思われる。実際、船員労働災害が争われた事例に関する判例研究も全くないわけではないが、その数は陸上労働に比してかなり少なく、さらに船員労働災害の防止について、航海学や船舶安全工学の分野での議論は見られる一方、労災発生時の法的責任論については検討がやや少ないように思われる。そこで、本稿では、船員労働災害が争われた従来の裁判例を概観した上で（第二章）、船員労働災害における船舶所有者の注意義務（安全配慮義務<sup>(17)</sup>）の具体的内容について考察しようと思う（第三章）。

## 第二章 従来の裁判例

### (一) 船員労働災害の種類

船員の労働災害により船舶所有者等に対して損害賠償責任が追及された事例は、その労働災害の数の多さに比して、陸上労働の事例よりも、少ないように思われるが、従来の裁判例で争われた船員労働災害の種類としては、(a) 船内作業中における事故、(b) 船舶衝突、(c) 船舶からの海中転落が挙げられる。

### (二) 船内作業中における事故の事例

船員労働災害の種類の中で最も多い類型が船内作業中における事故である。より具体的には、後述するように、船内作業での労働災害や船室内等における窒息等が挙げられる。

①東京高判昭和四九年九月二五日高民集二七卷四号三五七頁は、千代田丸の三等航海士であったAが同船一番船内でバラスト角氷の投棄作業をしていた際、巻き上げられた角氷の一部が落下したため、頭部を強打されて頭蓋骨折等により死亡した事案である。角氷投棄作業にあたっては、船内の角氷を引き上げ船外に移動投棄するため三枚のモッコが使用されていたが、この作業は、船内の作業員によつて角氷を詰められた一枚のモッコがウインチで船口上まで巻き上げられると、デッキマンがハッチコーミングに一端を止められているワイヤーの他端にあるフックをそのモッコにひっかけ、そのままモッコをウインチで船外に移動して角氷を海中に投棄し、船内の作業員は空のモッコが返るまで他の二つのモッコに角氷を詰める作業に当たるといふものであった。この作業時においては、モッコから相

当大きな角氷が艙内にこぼれ落ちることがしばしばあり、作業の性質上避けられないことであった。デッキマンは甲板上にいたため、モッコが、艙内に氷が落ちないように安全な場所に移動したことを確認できる位置にあり、また合図上のホイッスルも持っていたが、実際には、デッキマンが安全確認のためにこれを吹くことについて作業責任者から指示をされたことはなく、その他氷が落下するおそれのなくなったことを知らせる方法も全く講じられていなかった。

このような事実関係の下、原審（東京地判昭和四六年七月七日労判一四二号四一頁）は、「本件作業の指揮監督にあつたB一等航海士としては、氷塊の落下事態を防止することが不可能な本件のような作業の実施に際しては艙内の作業員の安全を守るため、モッコから氷が艙内に落下する危険のなくなる時期を最も確実に判断できる甲板上の艙口付近に監視員を置きこの者から艙内の作業員に対し安全な時期を知らせることにする等の処置をとることによって、その安全な時期までは作業員が艙口直下に出ないように注意すべき義務があるといわねばならない。ところが同航海士はこれを怠り艙内の作業員が自らの判断で空のモッコが返る前に艙口直下に出るにまかせたものであつて、作業の指揮監督者として安全確保上に過失がある」として、民法七一五条一項<sup>19</sup>に基づき使用者責任を認めた。そこで、X及びYともに控訴したところ、控訴審判決は、次のように判示し原審判断を維持した。すなわち、「原審判決における認定をほぼ引用した上で」たんにAの前記注意義務〔空モッコの返る前の安全確認の注意義務〕に期待するだけでなく、直接本件作業の指揮、監督に当たっていたBとして万全の注意義務をつくすべきであつたものといわなければならぬ。……本件作業の責任者として直接その指揮、監督に当たっていたBとしては、艙内各作業員に対して空のモッコが艙内に返るまでは艙口直下に出ないように一般的な注意を与えていたものの、なお、時には艙内作業員がみずから

の判断で艙口下に出ることをも黙認していた状況にあったのであるから、……艙内作業員各自の判断に任せて艙口直下に出る安全な時期を確認させるだけでなく、本件作業の指揮、監督者たる立場から常時艙口付近に監視員を置き適宜艙内作業員に安全な時期を知らせる処理をとらせること等によって作業員が安全な時期までは艙口下に出ないように措置して、事故の発生を未然に防止すべき注意義務があつたものといわなければならない」とした。本件では、一等航海士Bの過失を前提とした民法七一五条一項に基づくYの使用者責任が認められているが、艙内作業内容に沿った一等航海士の具体的な注意義務が指定された一方、いわゆる安全配慮義務に関する一般論は展開されていない。

②東京地判昭和五二年八月二六日判時八八五号一四三頁は、Y社（船舶賃借人）の機関士である被用者Aが乗り組んでいた初島丸が海上を航行中、機関室に設置されていた固定式炭酸ガス消火装置のガスシリンダーが突然作動し、たまたま、ガスシリンダー室内に取り付けられていたボイラー室用区画弁の手動レバー付きコントロールヘッドが上に上げられ、同弁が開放状態になっていたため、シリンダー室のガスシリンダー内の炭酸ガスの全量が、ボイラー室内噴出し、そのため、当時、当直勤務でボイラー室内にいたAが窒息死した事案である。本判決は、「使用者は、労働者に対し安んじて労働義務の履行をさせるべく労働者の生命健康等を危険から保護するよう配慮すべき一般的安全配慮義務を負い（最高裁昭和五〇年二月二五日第三小法廷判決・民集二九卷二号一四三頁参照）、特に、船員の使用者は、艙内作業による危害の防止のため、艙内における作業環境を整備する等してその環境を常に良好な状態におくよう努めなければならない、また艙内衛生の保持のため、艙内の作業場所等の環境条件を衛生上良好な状態に置く等船員の健康の保持を図るよう努めるべき義務がある（船員法第五条、第八一条第一項、船員労働安全衛生規則第一条、第一七条、第二九条参照）。したがって、……Y社の被用者である船員のAが、初島丸に乗船当直勤務し、ボイラー室内で作業してい

たところ、突然、本件消火装置のシリンダー内の炭酸ガスの全量がボイラー室内に噴出し、その炭酸ガスによって窒息死したのであるから、Yが、Aの使用人として、同人に対する前記安全配慮義務を著しく怠ったことは明らかである。……初島丸の甲板部安全担当者で、本件消火装置の保守整備の責任者であり、Y社の被用者である訴外Bは、その責任を十分自覚せず、英文説明書……によって本件装置の構造及び機能を理解しようとはせず、……本件装置について外観検査さえ行わず、全く関心を示さなかったこと、……本件シリンダー室「について」他の乗務員の自由な出入を許していたこと、またBは船長その他Y社の監督者から各別の指示監督を受けず、前記状態のまま放置されていたこと、……右説明書以外サイレンについて格別の注意を受けたことがなかったこと、……以上の事実が認められる。……そうだとすれば、本件船舶の甲板部安全担当者であったBには、少なくとも、本件消火装置の点検、整備、危険防止措置を怠った過失があることは明らかである（船員労働安全衛生規則第五条第二、三号参照）。」として、Bの過失を認め、Y社の責任が肯定された。本判決は、①判決と異なり、二つの特徴がみられる。すなわち、第一に、①判決後に出された、安全配慮義務に関するリーディングケースと言われる最判昭和五〇年二月二五日民集二九卷二号一四三頁〔自衛隊車両整備工場事件〕を引用して、船舶賃借人である使用者に対して安全配慮義務を措定した点であり、第二に、安全配慮義務の具体的内容を船員法及び船員労働安全衛生規則を参照して、甲板部安全担当者Bの過失を認定して使用者責任を肯定した点である。

③広島高裁岡山支判昭和六二年五月二八日判タ六六二号一七五頁は、海上航行中の船内において、タンク内清浄作業中の船員が、同タンク内に充満していた窒素により窒息死した事案である。本件では、「本件事故が発生した船倉タンク内はY1社の所有であり、しかも本件のように苛性ソーダから塩化カリシユウムに積荷が変わる際、船倉タンク

ク内の船上が必要である旨一般的ではあるY1社は指示していたこと、本件はまさに右洗淨作業中に発生したこと等考え合わせるとY2社において船倉タンク内における酸欠による死亡事故が予想できた場合には、信義則上、船倉タンク内での作業員……に対し、窒息事故を防止するための安全配慮義務があると解することができる。……そこで、Y2社が船倉タンク内での窒息死事故を予想できたか判断するに、……第一栄勢丸は従前から圧縮空気を併用する荷揚作業を行ってきたこと、右作業はY2社の貸与したカーゴポンプの出力不足からきていること、……圧縮気体による荷揚方法として圧縮窒素による方法も行われていることが認められることや、圧縮空気による陸揚を禁じている前記危険物船舶運送及び貯蔵規則八三条の規定等に、そもそも船倉タンク内のような外部と遮断された場所は窒息事故が起こりやすい典型的な場所であることを総合すれば、Y2社は本件のように船倉タンク内に圧縮窒素が注入され、場合によっては酸欠による死亡事故が発生するということは十分予見可能であったと認められる。……Y2社は、船主に対して、船倉タンク内の洗淨作業については、その危険性の説明を行ったことがあるが、その説明は専ら積荷自体（化学品）の危険性の説明であつて、タンク内の酸欠の危険性については何ら説明せず、また、Y2社の擁する船舶のうち一〇艘には酸素検知器設置されていたが、第一栄勢丸にはそれぞれ設置されていなかったこと、Y2社は船主に対して、酸素検知器を設置するよう注意したこともなかったことが認められる。……Y2社は、安全配慮義務を怠った結果本件事故が発生したのであるから、不法行為者としてCの死亡によって生じた損害を賠償する義務がある。」として請求を認容した。本判決でも、使用者である船舶所有者に「窒息事故を防止するための安全配慮義務」があるとした上で、危険物船舶運送及び貯蔵規則も参照しながら、事故の予見可能性を肯定して、それに対する結果回避義務が示されている。<sup>21</sup>

④山口地裁下関支判平成一三年四月二三日判時一七六七号一二五頁は、チリ共和国タルカワノ港沖合海上を航行中のY1社所有の漁船第五地洋丸内において、Aがソイルタンクを修理するために、ソイルタンク室内に降りたところ、同室内に硫化水素ガスが充満していたか、空気中の酸素欠乏のため、硫化水素中毒又は酸素欠乏症により死亡した事案である。本件で、山口地裁は「Y1社が我が国有数の水産会社であり、多数の漁船を所有して遠洋漁業を営んでいることは公知である。また、右遠洋漁業における海上労働は、長期間船舶内に『居住』しつつ行われる乗務労働で、一旦、当該船舶が出港してからは、他から隔絶した環境のもと、当該船舶限りで自己完結的にこれが運航される関係上、当該船舶を所有して営業を行うものは、既にその事実自体からして、当該船舶の乗組員の生命、身体の安全を保障すべき法律上の地位にあることは自明であり、船員労働安全衛生規則もかかる見地から船長に総括管理をさせつつ、各部の安全担当者の選任……を命じて船舶の安全、衛生に関する業務を行わせていると考えられる。したがって、Y1社は、右保障者の地位に照らし、船員労働安全衛生規則を遵守することは勿論、その企業活動の一環として、あらかじめ所有船舶やその設備の構造、機能、予想される危険等の把握にも努め、研修その他の教育活動等を通じて安全対策を組織的に徹底し、当該船舶の乗組員につき、その生命、身体の安全を害すべき事故の発生を未然に防止すべき法律上の義務があるというべきである。……とところで、船員労働安全衛生規則五〇条は……との定めをおいている。また、本件に直接適用されるわけではないが、船員労働安全衛生規則の解釈に当たっても、その趣旨が尊重しなければならぬ酸素欠乏症等防止規則二五条の二は……との定めをおい「い」ている。……したがって、船舶所有者であるY1社としては、本件船舶の船長の総括管理のもと、甲板部安全担当者であるB航海士をして同規則五〇条各号所定の措置、少なくとも、その二号、五号の措置を講じるべき義務があったというべきである。しかるに、B航海士は、



Aに対し、船員労働安全衛生規則五〇条及び酸素欠乏症等防止規則二五条の二に照らしても危険といふべき作業を命じるに当たり、右船員労働安全衛生規則五〇条二号、五号所定の換気や保護具の使用、看視員の配置等必要、適切な措置を講じなかつたのであるから、この点において、同一等航海士には、安全担当者としてとるべき措置をとらなかつた違法があつたことは明らかである。なお、Y1社は、前記船員労働安全衛生規則は、いわゆる行政法規であり、その違反が直ちに不法行為における違法性を基礎づけるものではない旨主張するけれども、なるほど、一般論としてはそうであるとしても、前記のとおり、同規則が海上労働に特有の労働条件を考慮して定められたと考えられ、単にいわゆる一般的取締規定というにとどまらず、私法上の具体的労働条件整備義務をも念頭に置いていると解されること、そのうちでも同規則五〇条は、人の生命の安全に直接に関わるものであつて、その遵守が特に強く要請されるものであることに鑑みると、本件においては、同条、特に、その二号、五号の不遵守が同時に民法上の不法行為の違法性をも基礎づけるというべきである。……したがつて、本件事故は、Y1社の組織としての落ち度がB航海士の無知ないし安全担当者としての不適格性をもたらしたものであつて、これらがあいまってY1社の過失を構成するといふべきである。」としてY1社の民法七〇九条に基づく不法行為責任が肯定されている。従来の裁判例では、民法七一条一項の使用責任や安全配慮義務違反による債務不履行構成が争われていたが、本件では、Y1社の過失を船員労働安全衛生規則が具体的労働条件整備義務を念頭に置いていることや同規則五〇条の不遵守を民法七〇九条における船舶所有者の違法性として位置づけているという点で他の裁判例と異なっている。

### （三）船舶衝突事故による労働災害の事例

船舶衝突によつて船舶が沈没し、船員が行方不明ないしは死亡するような事例では、以下に見るように、労働災害の事例ではあるものの、一般的な船舶衝突に基づく船舶所有者の損害賠償責任として争われる。

⑤東京地判平成一三年九月二八日判タ一一四〇号二二七頁は、Y1社が所有する本件船舶が、平成六年二月八日午後七時五六分頃、愛媛県今治市沖の来島海峡において、貨物船シー・エクスポーター号と衝突して沈没し、船員Aが行方不明となったことから、Aらの遺族がY1社等に対して損害賠償責任を追及した事案である。本件では、Y1社の代表者に対しても法人格否認の法理の適用の如何も争われているが、船舶所有者の責任という点では、以下のよう<sup>22</sup>に判示している。すなわち、「本件事故は、本件船舶の船員が、夜間、南流時の来島海峡航路において、本件船舶の進路を、航路東口に向け西向中の四国寄りとしなかった上、竜神島灯台から一四〇度一五三〇メートルばかりの地点においてシー・エクスポーター号を右舷船首三〇度九一〇メートルばかりに見る状況のとき、同号が七〇度に向け左転し始めるのとほぼ同時に、何の信号も行わないまま、本件船舶を右転させて、航路に沿って東向するシー・エクスポーター号の前路に進出させた過失によつて発生したものと認められ、これに反する証拠はない。したがつて、本件船舶の所有者であるY1社は、商法六九〇条に基づき本件事故により生じた損害の賠償責任を負う。」とする。船員労働災害ともいえる事案である一方、船舶衝突に伴う事案である場合には、通常の船舶衝突に基づく船舶所有者の損害賠償責任の問題として扱われることを示唆する。従来、労務の指揮管理権とは関係のない注意義務（例えば、職務中に、他の労働者の過失によつて自動車事故により死亡した被災労働者との関係で、「運転者において道路交通法その他の法令に基づいて当然に負うべきものとされる通常の注意義務」）が安全配慮義務に含まれるか否かという問題について、判例は、

否定的に解していることと対比すれば、船舶衝突のような事案で、安全配慮義務の問題と言えない場合には、商法六九〇条に基づき責任として追及することになるかもしれない。

#### (四) 海中転落事故の事例

部分的には、(二)や(三)とも重複する可能性は充分あるものの、第一章でも紹介した通り、船舶からの転落により死亡ないしは行方不明になるような労働災害事例は船舶では珍しいものではない。このような事例に含まれるものとして、以下のような三件の裁判例がある。

⑥横浜地判平成七年五月二四日判タ九〇八号一七七頁は、冬季のベーリング海で、底引網漁業に従事中に、船舶衝突事故のため死亡した船員の遺族Xらが、船主の船員に対する船員災害防止に関わる安全指導が十分に行われていなかったことなどが原因であるとして、安全配慮義務違反及び不法行為に基づく損害賠償等を船舶所有者に対して求めた事案である。本件において、横浜地裁は「雇用契約を締結した使用者は、被用者に対して、報酬支払の義務を負うほか、業務の遂行に当たって生じる危険から被用者の生命及び健康等を保護すべき安全配慮義務を負うものである。この義務は、雇用契約に付随する当事者間の信義則上の義務として認められるものであり、労働安全衛生法等の法令に根拠を有する場合に限定されず、その具体的内容は、その職務、地位、当該労働環境等の具体的状況によって異なるものであると解される。…衝突により船が沈没し、乗組員が海中に落下すると直ちに寒冷死する危険があることをY社は十分に予測しえたものである。したがって、Y1社は、底引網漁業のため被用者を漁船で従事させるためには、乗組員の業務の遂行が安全になされるように、構造上の欠陥のない船舶を航行の用に供し、その整備を十全にし

て船舶本体から生ずる恐れのある危険を防止し、資格、経験を有する船長など操船にあたりその任に適する技能を有する者を選任して各部署に適切に配置し、船舶の運行から生ずる危険を防止する義務を負うほか、さらに、冬季ベールリング海という陸上から孤立した危険な労働環境である船舶内で船員を就労させるのであるから、予測される事故発生時に対処し得るよう非常時における部署配置を定め、救命筏の構造や取扱方法について、具体的資料を用意して周知徹底を図るとともに、筏の投下実技訓練を行い、また、筏の取扱担当者を決めてその都度講習を行わせるなど、平素から指導訓練を行い、その所有する船舶の乗組員の生命及び健康を保護するよう配慮すべき信義則上の義務があるものというべきである。……したがって、Y1社が協和丸の配置を定め、非常事態を想定した訓練を十分に行っていたら、乗組員が各自各様の行為をとることなく、船長の適切な指揮を受けて、各自が非常部署配置について防水措置を速やかに行い、乗組員が救助された蓋然性は高いものというべきである。そして、非常配置措置及び非常事態訓練をY1社が怠っていたことは前記認定のとおりであるから、この点、Y1社に安全配慮義務違反があることは明白であり、そうである以上、筏の型式や救命筏の扱いが実際どのようなものであつてとしても、Y1社は、冬季ベールリング海で被用者である乗組員を操業させる当たり必要な使用者としての安全配慮を欠如していたものといわなければならない。さらに、非常配置表の作成等を行うのは船主より船長の方が適任であるとしても、協和丸は、五〇〇トン未満の漁船であることは弁論の前趣旨により明らかであるところ、本件事故当時、船員法一四条の三第一、二項の義務は五〇〇トン以上のものに適用されるにすぎなかつたのであるから、Y1社において協和丸の船長に指導して非常配置表の作成を行わせてこれを掲示させ、船内操練の実施を定期的に行うよう指導することは容易なことであり、これをY1社は怠り、具体的な指示もせず単に放置していた以上、前示の安全配慮義務違反の責任は免れないというべ

きである。」と判示する。本件の大きな特徴として、船舶所有者の安全配慮義務を措定した上で、その具体的な内容につき「構造上の欠陥のない船舶を航行の用に供し、その整備を十全にして船舶本体から生ずる恐れのある危険を防止し、資格、経験を有する船長など操船にあたりその任に適する技能を有する者を選任して各部署に適切に配置し、船舶の運行から生ずる危険を防止する義務を負う」と述べており、船員に対して商法七三九条一項に規定されているような堪航能力担保義務に類似する義務を負う旨を示す。

⑦宮崎地裁延岡支判平成二〇年九月一九日D1-Law28153969は、Y1社が所有する漁船にY1社の従業員として乗り組んでいたAが、甲板上での作業中に海へ転落し、死亡した海難事故につき、Y1社においては、甲板上での作業には海へ転落するおそれがある以上、甲板に転落防止用の柵等を設置した上、甲板上で作業させる際には、看視員を配置し、作業員には作業用救命衣を着用させるべき安全配慮義務があったのに、これを怠ったとして、Xらが、Y1社に対し、雇用契約上の債務不履行又は船長ないし漁ろう長の各不法行為に係る民法七一条一項による損害賠償請求した事案である。本件で、宮崎地裁は、船舶所有者の転落防止用の柵等を設置すべき義務や看視員配置義務を否定したものの、作業用救命衣を薬用させるべき義務について「法令上、船舶所有者は、甲板上で漁ろう作業を行わせる場合には、作業に従事する者に作業用救命衣を使用させなければならず……〔船員労働安全衛生規則五七条二号〕、船舶所有者から安全担当者として選任されていた……B船長はもとより、漁ろう作業を統轄する者であるC漁ろう長も、同様の義務を負うものと解される。そして、この法令上の義務は、漁ろう作業の合間の短時間の休憩中に乗組員が想定外の行動に出た場合であっても、民事上の損害賠償責任との関係で法的義務となると解すべきである。というのも、作業用救命衣は、そもそも漁ろう作業中の不測の事態に備えるものである……からである。このような考え方

は、本件海難事故に係る海難審判の裁決が予期しない危険から命を守る最終の手段として作業用救命衣を着用させるよう是正すべきと勧告し、本件海難事故に係る刑事手続において作業用救命衣を使用させなかった罪で罰金の略式命令がされていること……からもうかがわれる。そうすると、Aに漁ろう作業を行わせていたのに、作業用救命衣を着用するようにとの指示を全くせず、Aにこれを着用させていなかった……B船長及びC漁ろう長は、作業用救命衣を着用させるべき安全配慮義務を怠った過失がある。……Aは、B船長及びC漁ろう長が作業用救命衣を着用させるべき安全配慮義務違反を怠った過失により、本件海難事故で死亡したものであるから、B船長及びC漁ろう長を使用していたY1社は、民法七一五条一項に基づく、損害賠償責任を負う。」とした。本件でも、船員労働安全衛生規則の規定から船舶所有者の作業用救命衣を着用させる義務を措置して、同義務を船舶所有者と同様に負うB船長及び漁ろう長の過失を認定して使用者責任を肯定した。

さらに、荒天等の影響で生じた船舶の転覆によって発生した海中転落事故に関連しては、近時、以下のような裁判例もある。

⑧鳥取地判平成三一年三月二二日 D1-Law28272113は、ズワイガニ漁をしていた大福丸の主機が停止したことから、大福丸船長は僚船宝生丸にえい航を依頼したものの、宝生丸船長が位置的に第二共福丸の方が近く、より大きな船舶によってえい航した方がよいと考えたため、第二共福丸にえい航されたが、結果的に、えい航途中に荒天等により、大福丸が転覆して、大福丸船長Aを含む乗組員が死亡したため、乗組員の遺族が大福丸を所有し、Aの使用者であるY1社等に対して商法六九〇条等に基づき損害賠償責任を追及した事案である。本件では、船員法に基づく船長の職務（船員法第二章参照）上の過失を根拠に、商法六九〇条に基づく船舶所有者の責任が以下のように認められた。すな

わち、「船員法は、一二条に『船長は、自己の指揮する船舶に急迫した危険があるときは、人命の救助に必要な手段を尽くさなければならぬ。』と定め、船長が同規定に違反したときは、五年以下の懲役に処するとの定めをおく（二二三条）。そして、同法一二条の『急迫した危険』とは、その文言から、四囲の状況からみて、当該時点で救助手段を尽くさなければ、自船が沈没又は滅失するおそれがあるといった船舶共同体にとって重大な事態が差し迫っていることをいうものと解される。また、『必要な手段』とは、その文言から、自船の沈没又は滅失を避け、あるいは、その沈没又は滅失が避けられない場合には同船にある人員を退避させる等、人命救助のために必要な一切の手段をいうものと解される。……船員法第二章は、海上航行の安全保持のため、船長に対し、厳格な義務と強力な軽減を与えている。この職権は、海上航行という特殊な状態において、人命、船舶、積荷の安全を図るという公益を確保するために定められたもので、船舶所有者、荷主等の意思に左右されることはない。同法一二条も、その一環で船長の公法上の義務を定めたものであるから、船長が被用者として使用主に対して負う義務とは異なる。しかしながら、船長の指揮監督権その他の強力な権限が、船内にある者全てに対して行使し得るものであること（同法七条、二五条、二六条）からすれば、船長が負う同法上の厳格な義務は、公法上の義務にとどまらず、少なくとも船長が船内にある人員に対して負う職務上の注意義務の内容をも構成するものと解すべきである。そうすると、船長は、自船に急迫した危険があるときは、乗組員を含む人命の救助に必要な手段を尽くすべき任務を有する以上、自船に急迫した危険がある状況にあつて、人命の救助に必要な手段を尽くさなかったと認められる場合には、当該人命との関係で、船長に求められる業務上必要な注意を怠ったものと認めざるを得ない。……A船長は、本件事故当日……主機停止時点において、大福丸に急迫した危険が生じたこと認められるから、当時の状況を踏まえ、直ちに海上保安庁に通報し、主機停止現場付

近に停留すべく錨泊等の措置をとる義務があつたのに、これを怠り、これらの措置を全くとらないまま、近くを航行する宝生丸にえい航依頼を行い、その後合流した第二共福丸にえい航してもらうことが極めて危険性の高い手段であつたことを認識しあるいは認識し得たから、他の手段を選択すべきであつたのに、……えい航依頼を維持し、その後えい航を開始させたものである。……よつて、A船長は、本件乗組員との関係で、人命の救助のために必要な手段を尽くす義務に違反し、もつて船長としての業務上の注意を欠いたものと認められるから、Y1社は、商法六九〇条に基づき、Xらに対する損害賠償責任を負う」と判示する。本判決は、船長の過失を船員法上の義務違反に求め、それを商法六九〇条の船長の過失として位置づけたうえで、船舶所有者の責任を肯定した事例として特筆すべき事案ともいえよう。さらに、従来、船員法学において議論がなされてきた、船員法第二章の船長の職務権限や義務の性質についても明示した点としても重要な意義を有するものである。

### 第三章 船舶所有者の具体的義務の内容

#### (一) 船員労働安全衛生規則等との関係

以上のとおり、従来の裁判例を一瞥すると、一般論として、船舶所有者の安全配慮義務を措定しているか否かにかかわらず、船員労働安全衛生規則等の規定を根拠に、船舶所有者の具体的な義務が示されていることがわかる。例えば、②判決においては、同規則一条、五条、一七条、二九条を参照しているし、また、船舶所有者の義務の根拠として、④判決でも、同規則五〇条が、⑦判決では、同規則五七条が示されている。さらに、③判決では、危険物船舶運



送及び貯蔵規則八三条も参照されている。そうすると、まずは、船舶所有者の義務の根拠として、船員労働安全衛生規則等が用いられることの当否が問題とされなければならない。

船舶所有者の義務の根拠として、船員労働安全衛生規則等が参照等されていることの当否については、基本的には、陸上労働における労働安全衛生法の私法的効力の議論が妥当するのではないかと考える。従来、陸上労働においては、労働安全衛生法の私法上の効力について議論がなされてきた。そして、労働安全衛生法の規定における私法的効力については、その内容や目的から使用者の安全配慮義務の内容になるとする見解がある一方、同法は公法であって、行政的規制を多く含むことから、安全配慮義務の内容を判断する際の基準として斟酌する見解とに分かれていた。<sup>23</sup>

この点、④判決は、船舶所有者の船員労働安全衛生規則は行政規制であって、不法行為における違法性を基礎づけるものではないとの主張に対して、「私法上の具体的労働条件整備義務をも念頭に置いている」との記述から、使用者の安全配慮義務<sup>24</sup>の内容になっているような判示になっている。また、②判決では、一般論として労働者に対する安全配慮義務を肯定した上で、船員法及船員労働安全衛生規則を参照ながら、船員の健康の保持を図るよう努めるべき義務があるとして、それを根拠に安全配慮義務違反を肯定している。さらに、⑦判決でも、漁ろう作業時における船舶所有者の義務について定めた船員労働安全衛生規則五七条を示しながら、「この法令上の義務は、…：民事上の損害賠償責任との関係で法的義務となると解すべきである」として、安全配慮義務を怠った過失があると判示しており、私法上の根拠にもなり得るかのような書き方がなされている。

従来、労働安全衛生法の性質に関する議論において、安全配慮義務の解釈基準として用いるべきであって、労働契約の内容とはならないとする見解は、労働安全衛生法は労基法一三条に相当する規定を欠いていること<sup>25</sup>、また、同法

の目的、構造、履行確保方法という観点に着目すると、快適な職場環境の形成の促進をも目的としていること、義務規定に加え、その履行確保方法をも定める自己完結的な構造を有していること、規制内容として事業者以外の労働安全衛生に影響を及ぼし得る様々な関係者が義務主体となつていて、また、罰則等のほか、ソフトな行政手法が多用されていることから、労働安全衛生法の規定が私法的規定であると解することができないことを指摘する。<sup>(26)</sup>

他方、船員労働安全衛生規則に目を移してみると、同規則は船員法八一条及び八五条に基づく省令であり、かつ同法三一条には労働条件に関する最低基準効が定められていることから、労基法一三条に相当する規定を有している。さらに、船員労働安全衛生規則は、その第一条で「船舶所有者のとるべき措置」等を義務付けており、その趣旨について船舶所有者に対して安全衛生に関する管理体制の整備等をとるべき措置を定めたものであると説明されている。<sup>(28)</sup> そのため、本条の文言からは、船舶所有者の船員に対する義務としても考えることは不可能ではないようにも思える。また、労働安全衛生法では義務主体が広く、履行確保方法も勧告等の行政的手法が用いられることが想定されているが、船員労働安全衛生規則については、義務主体は原則として船舶所有者であり、<sup>(29)</sup> 同規則上、特段の履行確保方法が定められているわけではない。<sup>(30)</sup> そうすると、労働安全衛生法と異なり、船員労働安全衛生規則において定められている義務規定が雇入契約の内容になつていとの解釈もあながち不可能ではないようにも思われる。したがって、④判決が述べるように私法上の具体的労働条件整備義務をも念頭に置いているという解釈も充分成り立ちうるようにも思われる。<sup>(31)</sup> もともと、船員労働災害発生時の船舶所有者の損害賠償責任が争われるような場合には、その一つの解釈基準として船員労働安全衛生規則を用いることはできるのであつて、船員が船舶所有者に対して同規則上の措置をとるよう請求することができるかはともかく、船舶の安全衛生に係る基準や船内作業においてとられなければならない安

全対策上の最低基準を定めていることに鑑みれば、<sup>(32)</sup> いずれの立場に与したとしても実際の差はそこまで大きくはないようにも思われる。そして、例えば、船員労働安全衛生規則一七条や二九条の作業環境の整備や船内衛生の保持に関する船舶所有者の一般的抽象的な努力義務規定<sup>(33)</sup>が参照されるような場合には、より具体的な注意義務は労働災害の内容に応じて確定されるべきものもあるというべきである。少なくとも、船員労働安全衛生規則により定められた義務的措施を船舶所有者がとっていないのであれば、安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任を負う可能性は高まることになる。従来<sup>(34)</sup>の裁判例の中には、船員労働安全衛生規則をそもそも遵守していない事例も散見され、特段この点について触れずとも解決し得るものであったとも思われる。例えば、<sup>(35)</sup>④判決においては、船員労働安全衛生規則五〇条<sup>(36)</sup>で定められている有害気体等が発生するおそれのある場所等で行う作業について必要とされる換気や保護具が使用されていないとか、<sup>(37)</sup>⑦判決においては船員労働安全衛生規則五七条二号の命綱または作業用救命衣の未装着が問題となっており、安全担当者としてそれらを装着させていないような場合には、当該担当者の過失が認定されることも充分あり得よう<sup>(38)</sup>。一方で、船舶所有者及び船長等からの指揮命令に反して、被災船員自身に過失があるような場合には、過失相殺の可能性はあり得るかもしれない。

ところで、船舶の安全性については、前述したように、現在では船員労働との関係では船員法及び同法に基づく船員労働安全衛生規則が定められている。しかし、古くは、船員法体系における安全及び衛生に関する規制が少なかつた理由として、船内の安全管理及び衛生管理については、第一に、船舶職員及び小型船舶操縦者法に基づき、船長以下の船舶職員が行っていたこと、第二に、船舶安全法による船内の旅客に対する安全及び衛生について規制が設けら

れ、それを船員にも及ぼしていたことが挙げられており、<sup>(38)</sup> そうすると、船舶安全法についても船員労働安全衛生規則と同様に安全基準として機能し得るものと考えられる。<sup>(39)</sup> そのため、船舶安全法及び同法に基づく各種規則もまた、安全配慮義務との関係で問題となる。実際、船舶安全法一条は「日本船舶ハ本法ニ依リ其ノ堪航性ヲ保持シ且人命ノ安全ヲ保持スルニ必要ナル施設ヲ為スニ非ザレバ之ヲ航行ノ用ニ供スルコトヲ得ズ」と定め、船内の人命及び財産の安全を確保することを目的としている。<sup>(40)</sup> また、③判決では、船舶安全法二八条に基づく危険物船舶運送及び貯蔵規則<sup>(41)</sup>も参照されている。とはいえ、船舶安全法等による船舶設備の安全基準等については、あくまで公法的規制であることは明白であることから、船舶安全法が定める基準違反が認められれば、当然に船員に対する安全配慮義務違反になると解することはできないが、船舶安全法等に定められた安全基準等は注意義務の内容として斟酌される余地は充分あると考えられることから、結論において大きな差はないようにも考えられる。

## (二) 船長の職務権限・義務と船員労働災害の防止

船員労働災害が発生した際の船舶所有者の責任について、⑧判決においては、船長の職務権限における過失を認定した上で、商法六九〇条に基づいて肯定している。もし、このような構成が可能であるならば、船舶所有者自身の安全配慮義務を措定せずとも責任を認定することができる可能性が高い。この問題を検討するに当たっては、船長の職務権限や義務が乗組員（海員）に対して向けられるものであるのかが問題となる。

⑧判決において問題となった船長の職務権限・義務は、船員法一二条の「船長は、自己の指揮する船舶に急迫した危険があるときは、人命の救助並びに船舶及び積荷の救助に必要な手段を尽くさなければならぬ」というものであ

る。例えば、衝突・座礁・火災など差し迫った危険がある場合には、人命・船舶・積荷のために必要なあらゆる手段を講じなければならぬとするものである。<sup>42</sup> もつとも本条を含め船員法第二章が定めている船長の職務権限や義務に関する規定は、専ら船舶や海上交通の安全性を確保するという公益的なものであり、当該職務権限や義務に違反したような場合に、それを理由に、船長の乗組員等に対する注意義務違反（過失）とまでいえるかが問題となる。

この問題は、船員法の性質論と相俟って古くから議論がなされてきた。⑧判決においては、前述したように、船員法第二章が定める船長の職務権限や義務について、海上航行の安全保持のためのものであり、船長の公法上の義務を定めたものであると判示する。伝統的通説によれば、船員法第二章の職務権限や義務については、社会公共の秩序の維持の一環としての船舶とその航行の安全の保持を船長の義務としたものと考えるのであって、私法上の義務ではなく、交通警察法としての性格を有するものであると解している。<sup>43</sup> この立場に与するのであれば、必ずしも船長の職務権限や義務に違反が認められたとしても、当然に、乗組員に対する義務違反を構成するものとはいえないことになる。しかしながら、船員法はあくまで海上労働者保護法たる性質を有しており、船長の職務権限や義務は、船員を含めて船舶共同体の安全確保の要請に基づくものであり、炭鉱における人命の安全確保に関する法律上の要請と同じく、職場の安全の確保として定められているものであるという見解や、<sup>44</sup> 船舶共同体論を否定しつつも、もともと商法に規定してあったものを船員法に移植したものであって、経営秩序に関する規定であり、船舶所有者の安全確保義務を前提とした、船長に対する権限付与と義務付けと位置付ける立場が示されている。<sup>45</sup> また、船員法の母法とされるイギリス法においても、船長の職務権限に係る規定の根拠は基本的に海上労働契約に付随する権限であると捉えられていることに鑑みて、日本法においても船舶所有者の船員等に対する安全配慮義務の履行補助者としての船長の職務権限・義

務であると捉える立場もある<sup>(46)</sup>。もし、このように捉えることができるのであれば、船長が船員法第二章に定める職務権限につき過失があるとか、義務違反が認められる場合には、直截的に船員に対する過失を構成して、商法六九〇条を媒介に船舶所有者が責任を負うということになる<sup>(47)</sup>。

もつとも、⑧判決も述べているように、第一義的には公法上の義務であるとしつつも、船内にいる船員等に対して行使し得るものであることから、船内にいる船員等に対して負う職務上の注意義務の内容をも構成することは否定できないと思われる。

さらに、船員労働災害の防止という観点から重要視すべきであるのは、船員法八条の船長の堪航能力検査義務である。一部の裁判例では使用者である船舶所有者が船員に対して堪航能力担保義務を認めるような判示をするものが見られる。(三二)において詳述するが、本条を媒介に、船舶所有者の船員に対する堪航能力担保義務を認めるとしても、実質的にどこまで有意義なものであるかは疑問がないわけではない。

ただ、ここで注意すべきは、船長の職務権限における過失や義務違反を認定する方法についてである。⑧判決が述べるように、船員法上の職務権限や義務については航海技術の専門家として広い裁量が船長に与えられるものと考えられる。⑧判決では、海上保安庁への通報の容易性、荒天時での錨泊可能性、復原性の低下と危険海域を通過する可能性、そして、依頼した船舶の荒天時におけるえい航経験のなさに鑑みて合理的な手段をとったものとはいえないと判示している<sup>(48)</sup>。船員法上の船長の職務権限や義務が争われる事例は従来ほとんどなく、<sup>(49)</sup> 今後は船長の職務権限のあり方等について内容を詰めて検討していく必要があるものと思われる。

### (三) 船員に対する堪航能力担保義務

次に、従前の裁判例の中には、一般論として、船舶所有者の船員に対する堪航能力担保義務と思われる義務を措定するものもある(⑥判決)。同裁判例では一般論として安全配慮義務に触れながら、その具体的な内容を示す中で、船舶所有者は「乗組員の業務の遂行が安全になされるように、構造上の欠陥のない船舶を航行の用に供し、その整備を十全にして船舶本体から生ずる恐れのある危険を防止し、資格、経験を有する船長等操船にあたりその任に適する技能を有する者を選任して各部署に適切に配置し、船舶の運行から生ずる危険を防止する義務を負う」と判示する。堪航能力担保義務とは、もともと海上運送人が荷送人等に対して負う、船舶が発航にあたり堪航能力を有することを担保する義務をいう<sup>(50)</sup>。その内容としては、船舶を航海に堪える状態におく船体能力、船員の乗組みや船舶の艤装及び需品の補給を適切に行う運航能力、そして、船倉や冷蔵室その他運送品を積み込む場所を運送品の受け入れや運送及び保存に適する状態におく堪荷能力の三つがあるとされる(商法七三九条一項各号、国際海上物品運送法五条各号参照<sup>(51)</sup>)。本来的に、海商法上、堪航能力担保義務は前述のとおり、船舶所有者を含む海上運送人が荷送人や傭船者に対して負う海上物品運送契約上の義務であり、船員に対する義務ではない。

この点、例えば、一九九五年イギリス商船法四二条(一)は「イギリス連合王国船舶の所有者と当該船舶に乗組む船長その他の海員との間の全ての雇用契約には、当該船舶所有者の義務として以下に掲げるものが含まれるものとす<sup>(52)</sup>。」とし、「発航の当時及び航海中、船舶の堪航性を確保し、かつ維持するための全ての合理的な措置をとらなければならない。」と定める。また、アメリカ海事判例法においては、船員はその使用者に対して、乗り組んでいた船舶の不堪航を理由に損害賠償責任を追及することが認められている<sup>(53)</sup>。すなわち、船員は船舶及び設備等の欠陥を主張す

ることにより、責任を追及することができ、その範囲は、船体それ自体だけでなく、荷役機械、船舶上の道具類、ロープや柵、ステベドアが持ち込んだ備品やその他船舶の属具等と広く、さらには他の乗組員による暴力行為の場合にも適用される可能性があるとされる<sup>54</sup>。

しかしながら、日本法上、少なくとも船舶所有者の船員に対する堪航能力担保義務が明示的に定められているわけではないし、実際に、船員に対する堪航能力担保義務までを認める必要があるかはやや検討が必要であると思われる。というのも、上記⑥判決が示した堪航能力担保義務と類似する義務は、従来の安全配慮義務の内容としても捉えることができると思われるからである。前掲最判昭和五九年四月一〇日は、安全配慮義務を「労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務」と定義している。船員の場合、船員が労務を提供する場所が「船舶」であり、当該船舶の「設備」や船舶の属具や備品等である「器具等」を使用する過程において、船員の生命及び身体等を危険から保護するためには、上述したような、船舶の堪航性が欠かせないし、また船内における安全性を確保するための人員の配置が求められることは当然に含まれるものと思われる<sup>56</sup>。したがって、現行法の解釈として、日本法の文脈において、船員に対する堪航能力担保義務までを指定することまでは必要なく、安全配慮義務の具体的内容の中で捉えることができるのではないかと考えられる。

一方で、例えば、船員に対する堪航能力担保義務を指定することの意義として、安全配慮義務違反に関する立証責任の転換をもたらすことはできるのかもしれない。判例及び通説によれば<sup>57</sup>、安全配慮義務違反の立証責任はあくまで当該義務違反に基づき損害賠償責任を追及する労働者側にあると解されている<sup>58</sup>。他方で、海上運送人の堪航能力担保



義務は無過失の立証責任を海上運送人の側に負わせており（商法七三九条一項柱書、国際海上物品運送法五条柱書<sup>(59)</sup>）、もし、船員に対する堪航能力担保義務についても同様に考えることが可能であるならば、安全配慮義務とは別に堪航能力担保義務を指定することにも一定の意義がある可能性も否定できない。もつとも、上記⑥判決についても安全配慮義務の一内容として堪航能力担保義務類似の義務を指定していても立証責任の転換までを認めているわけではない。そのため、船員を陸上労働者以上に保護する観点から、船舶所有者に無過失の立証責任を課す堪航能力担保義務を指定する可能性については新たな議論が必要であると思われる<sup>(60)(61)</sup>。

#### （四）船舶衝突と船員労働災害

最後に、船舶衝突に伴う船舶の沈没等により船員労働災害が生じた場合、船舶所有者はどのような責任を負うのだろうか。この点については、⑤判決が示すように、基本的には、当該船舶衝突事故における船長その他の船員の過失に基づき船舶所有者が被災船員に対して責任を負うことになろう（商法六九〇条）。このような場合には、基本的には安全配慮義務について触れる必要はほとんどなく、船舶衝突事故が船長その他の船員の過失によって生じたこと、当該事故によって被災船員に損害が生じたということを確認することにより、船舶所有者が責任を負うということになると考えられる。ここにいう船長その他の船員の過失については、通常の船舶衝突の過失と同様に、多くの場合、海上衝突予防法、海上交通安全法及び港則法が定める海上交通法規違反行為を基礎に過失が認定されることが多いと思われる。すなわち、船員は、法令や海上慣習などにより、船舶の運航に関する種々の義務を負担しており、当該義務の不履行により衝突が生じれば、船員に過失が認められる<sup>(62)</sup>。したがって、船員の過失が肯定されるのであれば、船舶

所有者は被災船員に対して損害賠償責任を負うことになる。

もつとも、船舶衝突事故に起因する船員労働災害の場合、それは船舶所有者の安全配慮義務の問題といえるかが問題となる。前述したように、判例は、労務の指揮管理権に含まれない履行補助者の注意義務違反は安全配慮義務の問題とはいえないと解している。この点、学説上、労働契約の内容に照らし、業務遂行上発生し得る危険から労働者を保護するために配慮すべき注意義務が、安全配慮義務の内容となるとする見解も有力に唱えられている<sup>63</sup>。実際、自衛隊機と同乗者に対する安全配慮義務違反が争われた事例に対する判例研究においても、安全配慮義務には履行補助者による安全に操縦をする義務が含まれると解すべきであるとする見解が唱えられている<sup>64</sup>。船舶の運航は船長を中心に行われ、船主船長であるような場合を除き、船舶所有者自身が行うことはほとんどない。そして、船員法等の海事法規においては船長が当該船舶の最高責任者として位置づけられており、船舶所有者の履行補助者たる地位が明白である。履行補助者である船長に操船上の過失があるような場合にも、船舶所有者自身の安全配慮義務違反を認定することは不可能ではないと思われる。ただし、このように解したとしても、現在、船員の人身傷害に対する責任については、不法行為構成（商法六九〇条、民法七一五条一項等）であろうとも、債務不履行構成（民法四一五条）であろうとも時効期間に違いがなく（民法一六七条、七二四条の二）、従来のように、操船上の過失の問題について安全配慮義務の問題として捉えることができるのか否かという議論それ自体の重要性は以前に比べて小さくなっているのではないかとと思われる。

## 第四章 結びに代えて

本稿の課題は、船員労働災害が発生した場合の船舶所有者の義務の内容を、裁判例を分析して明らかにするものであった。従来、裁判で争われた船員労働災害の類型には、概ね三つの類型、すなわち、船内作業中の事故、船舶衝突事故に起因するもの、そして、海中転落事故であった。そして、第一に、最も多い船内作業中の事故との関係では、船員労働安全衛生規則の不遵守が船舶所有者の船員に対する義務違反を構成するとして、当該規則の内容が注意義務の内容になっていることを明らかにした。第二に、船舶衝突事故に起因する船員労働災害については、通常の船舶衝突事故と同様に、船長その他の船員の操船上の過失の有無によって船舶所有者の責任が認められる可能性が示唆された。第三に、海中転落等との関係では、船員労働安全衛生規則の不遵守の有無に加えて、船員法上の船長の職務権限における過失や義務違反が問題となる可能性が示唆された。さらに、事故類型にかかわらず、一部の裁判例においては、船舶所有者は船員に対して堪航能力担保義務（類似の義務）を負うことを示すものもあった。今後は、船員法上の船長の職務権限や義務に対する違背のより具体的な内容や、船員に対して堪航能力担保義務を負うとの考えの妥当性については引き続き検討する必要があるものと思われる。本稿では、筆者の能力から、船員労働安全衛生規則の具体的な内容や海上労働全体における船内の安全体制全般について指摘することはほとんどできなかつた。今後は、船員労働災害防止という観点から、現行法のあり方等にも踏み込んだ考察をしていく必要があると考えられる。

† 本稿は、日本学術振興会科学研究費補助金基盤研究（C）22K01262の研究成果の一部である。

(1) 後述する、船員災害防止活動の促進に関する法律においては「船員災害」という文言が用いられている。船員災害とは、「船員の就業に係る船舶、船内設備、積荷等により、又は作業行動若しくは船内生活によって、船員が負傷し、疾病にかかり、又は死亡すること」（二条一項）とされている。同法において、船員災害という用語が用いられているのは、私傷病に対しても一定の療養補償責任を船舶所有者が負っていることに鑑みて、船内で生じた死傷病全般が「労働」災害に含まれるわけではないため、用語法として変えたものとされる（平井清Ⅱ加藤書久「船員災害防止協会等に関する法律解説」海上労働二〇卷二号（一九六八年）三頁参照）。もっとも、本稿では、船内で生じた私傷病についても労働災害から排除するつもりはないものの、一般的に用いられている船員「労働災害」として用語法を統一する。

(2) 漆谷伸介Ⅱ川原義裕Ⅱ佐野裕司Ⅱ久宗周二Ⅱ江原美穂「一般船舶における船員災害の特徴について」日本航海学会論文集 一一六号（二〇〇六年）二七七頁。

(3) 国土交通省海事局船員政策課「船員災害疾病発生状況報告（船員法第11条）令和2年度」（二〇二三年）六頁。

(4) 前掲註3・国土交通省海事局船員政策課七頁。

(5) 海事法研究会編『海事法（第11版）』（清田耕司Ⅱ小林豪Ⅱ金子春生）（海文堂、二〇二〇年）一一頁。

(6) 久宗周二Ⅱ福司光成Ⅱ木村暢夫「船員の労働災害対策に関する研究」日本航海学会論文集一二七号（二〇二二年）一一一頁。

(7) 船内安全衛生委員会の設置は、ILO海上労働条約（MLC2006; Maritime Labour Convention 2006）の批准に伴うもので、その構成は、船長を委員長とした上で、各部の安全担当者、消火作業指揮者、医師・衛生管理者または衛生担当者、船内の安全に關し知識または経験を有する海員のうちから船舶所有者が指名した者、船内の衛生に關し知識または経験を有する海員のうちから船舶所有者が指名した者によって構成される（船員労働安全衛生規則一条の三第二項Ⅱ第五項参照）。

(8) これらは、作業心得を律し、いわば作業マニュアルとしての側面を有しており、これらの基準は、必要最小限の基準であり、実際に運用する場合には、船舶所有者等が、作業状態に応じて必要な措置を講じることになるという（前掲註5・清田Ⅱ小林Ⅱ金子七〇頁Ⅱ七一頁）。

(9) 私傷病であっても、雇入契約の存続中は通常、乗船している点を捉えて補償が認められており、労基法にはない特徴と言われている(神戸大学海事科学研究科海事法規研究会編著『海事法規の解説』〔根本到〕(成山堂書店、二〇二二年)一三〇頁)。

(10) 前掲註5・清田Ⅱ小林Ⅱ金子七五頁。

(11) なお、東京高判昭和四九年九月二五日高民集二七卷四号三五七頁は、労基法八四条二項は注意規定に過ぎないと述べる。そもそも労基法八四条二項は、災害補償制度の趣旨から、同一災害について使用者に二重の賠償義務を課すことは妥当ではないという観点から定められたものである(厚生労働省労働基準局編『令和3年版労働基準法(下)』(労務行政、二〇二二年)九五六頁)。

(12) 本稿では、船員の使用者として船舶所有者という用語を用いるが、船員法上、船舶所有者だけでなく、船舶賃借人及び船舶共有における船舶管理人についても使用者たる地位を有する(船員五条参照)。したがって、本稿では、船舶所有者と記述している部分については特に断りがない限り、船舶賃借人及び船舶管理人を含むものとする。

(13) 菅野和夫『労働法(第12版)』(弘文堂、二〇二〇年)六七〇頁。

(14) 小林登『新海商法』(信山社、二〇二二年)六二頁。最判昭和四八年二月一六日民集二七卷一号一三二頁は「船長その他の船員がその職務を行うにあたり故意または過失により他人に加えた損害については、船舶所有者は、当該船員の選任および監督につき相当の注意を怠ったか否かを問わず、その賠償の責に任ずべきものであって、民法七一五条の規定はこの場合に適用がないものと解するのが相当である」と判示する。もともと、民法七一五条の使用者責任においても、選任監督上の無過失が認められて使用者が免責された事案はほとんどなく、結果として、商法六九〇条と民法七一五条とに実質的な違いはないとも指摘される(なお、山本哲生「船舶所有者の責任」神作裕之Ⅱ藤田友敬編『商法判例百選』(有斐閣、二〇一九年)二〇一頁参照)。

(15) 厳密に言えば、「船舶所有者等の被用者でその職務が船舶の業務に関するもの又は救助者の被用者でその職務が救助活動に関するもの」の使用者に対して有する債権及びこれらの者の生命又は身体が害されることによって生じた第三者の有する債

権」である。

(16) 時岡泰Ⅱ谷川久Ⅱ相良朋紀『逐条船主責任制限法・油濁損害賠償保障法』（商事法務、一九七九年）五四頁、前掲註14・小林一一六頁。ただし、例えば、港湾荷役業者（ステベドア）の被用者が、貨物がある船舶に積み付けている最中に、当該船舶の乗組員（当該船舶の船舶所有者の被用者）の過失によって、労働災害が生じた場合、ステベドアの被用者である被災労働者が当該船舶所有者に対して損害賠償責任を追及する事案等のときには、当該船舶所有者は船主責任制限法三条一項一号に基づき責任制限を享受することは可能である。

(17) 従来、船員法説においては、海上労働の特殊性から船舶所有者は船員に対して安全衛生保障義務や船内居住施設完備義務を負うと考える見解が有力に唱えられていた（武城正長「海上労働における居住安全衛生医療」広島商船高等専門学校紀要一号（一九七九年）一三頁〜一四頁）。そして、同論稿では、第一に、具体的に労働者に労働をさせるに当たって、労働者の健康を害さないような注意義務を負うこと、第二に、船舶の安全は労働の場の安全に外ならないこと、第三に、具体的に船内作業に従事していない時間についても、洋上における人間的な生活保障という観点から、雇入契約の内容から導出される船内居住施設を完備する義務が船舶所有者に対して課せられていることを指摘する（同一四頁）。現在においては、それぞれ使用者の安全配慮義務の内容として包含され、それを具体的に示したものとも思われるが、例えば、海上労働においては、労働に従事していない時間についても、事業場である船舶に止まらざるを得ない特殊性に鑑みて、船舶所有者に一定の義務を課すということの理論的根拠を示すものと考えられる。

(18) 統計上は船員労働災害の数は陸上における労働災害よりも多いものと推測される。しかし、実際に公判裁判例として現れてくるのが少ないだけで、本稿が扱う裁判例のその一部しか検討できないことを予め述べしておく。したがって、本稿の考察のみによって船員労働災害全般について何かを指摘することは困難であることは付言しておく。

(19) 本件では、適用条文が明示されていないが、Xの主張において被用者の過失と業務執行性が示され、他方で、Yの主張において選任監督上の注意を尽くしたことが示されていることから、商法六九〇条ではなく民法七一五条に基づき責任追及されたことが推測される。

- (20) 本件におけるタンク内洗浄は、前の貨物が苛性ソーダであったため、次の貨物である炭酸カルシウムを船積みすると、化学反応を起こしてしまう可能性があったことから、海上航行中にタンク洗浄を行おうとしたものである。
- (21) なお、本判決の判断は、その後、最判平成二年一月八日判時一三七〇号五二頁でも支持されている。同判決では、使用者たる船舶所有者だけではなく苛性ソーダの運送を船舶所有者に委託した別会社の安全配慮義務違反に基づく責任も争われ、肯定されている。
- (22) 最判昭和五八年五月二七日民集三七卷四号四七七頁〔陸上自衛隊三三二一会計隊事件〕参照、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、二〇一七年）一七〇頁参照。
- (23) これらの学説に係る概説として、土田道夫『労働契約法（第2版）』（有斐閣、二〇一六年）五一四頁～五一五頁。また、従来の議論の詳細については、小畑史子「労働安全衛生法規の法的性質（1）」法協一二二卷二号（一九九五年）二四三頁以下参照。
- (24) 本判決では、「所有船舶やその設備の構造、機能、予想される危険等の把握にも努め、研修その他の教育活動等を通じて安全対策を組織的に徹底し、当該船舶の乗組員につき、その生命、身体の安全を害すべき事故の発生を未然に防止すべき法律上の義務」と述べる。これは、最判昭和五九年四月一〇日民集三八卷六号五五七頁と軌を一にするものであると思われる。
- (25) 前掲註23・土田五一四頁。
- (26) 小畑史子「労働安全衛生法規の法的性質（3・完）」法協一二二卷五号（一九九五年）七〇頁～七二頁。
- (27) 藤崎道好『船員法総論（改訂版）』（成山堂書店、一九七五年）三二九頁。
- (28) 船員法規研究会編『船員労働安全衛生規則の解説』（成山堂書店、一九六六年）七頁。また、塩田澄夫Ⅱ富田秀明Ⅱ川手創Ⅱ越村安英「船員労働安全衛生規則の解説」海上労働一七卷四号（一九六四年）一四頁は「船舶所有者は、自らの船舶において働く船長をはじめとする船員の安全衛生に、心をいたさねばならぬことは当然である。それは、人命尊重の見地からはいうまでもなく、生産性の確保という観点からも重要なことであり、労働者を雇用する使用者の義務」と述べる。
- (29) ただし、船舶賃貸借が行われている場合には船舶賃借人が、また船舶共有が行われている場合には船舶管理人がその義務

主体になることは前述のとおりである(船員五条。前掲註28・船員法規研究会二一頁)。

(30) 他方で、この点については、国際航海に従事する船舶については船員法一〇二条の二以下で定める国土交通大臣による船員の労働条件等の検査等(PSC; Port State Control)が、また、船員法適用船舶一般につき、一〇一条以下に基づく国土交通大臣による監督命令等があることに鑑みれば、船員労務官による注意喚起や勧告も可能となっているため(船員一〇六条参照)、その意味では労働安全衛生法に類似するものと考えられる。

(31) 小畑史子「④判決判批」賃金と社会保障一三五九号(二〇〇三年)三六頁は、結論として、直接民事上の効力を有しないと解しつつ、不法行為責任を認めることは可能であると述べるが、「立法過程等からして首肯できる余地があるかもしれない」とも述べている。

(32) 落合誠一「①判決判批」ジュリスト五七七号(一九七四年)一四九頁。

(33) 前掲註28・船員法規研究会六八頁、一一一頁。

(34) 本条は、荷揚げ後または長期密閉されたタンクや密閉された船倉等で有害気体が発生したり、酸素欠乏状態が生じたりする可能性があることを念頭に規定されているものであることから(前掲註28・船員法規研究会一八六頁)、そもそも本条において定められた措置等がとられず労働災害が生じた場合には、船舶所有者またはその被用者の過失(予見可能性及び結果回避義務違反)が認められやすいだろう。

(35) 船員労働安全衛生規則五七条制定時においては、漁ろう作業時に命綱や救命衣を装着することは常識に反するものと考えられていたが、規則の制定により従来の漁ろう方式を放任しておくことは許されない旨指摘されていた(前掲註28・船員法規研究会編二〇四頁)。

(36) もつとも、救命衣の装着との関係では、もし救命衣を装着していたとしても、寒冷地における海中転落の場合には、短時間での死亡リスクが高まることから、因果関係が問題となる可能性は否定できない(実際、⑦判決においては因果関係も問題となっている)。ただし、⑥判決の冬季のベーリング海での事例のような場合には、別途、非常配置、指導訓練、防水措置や、緊急時における膨張式救命筏の備置等が問題となる可能性はある。



- (37) 平成三〇年の船舶職員及び小型船舶操縦者法の改正により、漁船を含む小型船舶（総トン数二〇トン未満の船舶）においてはライフジャケットの着用が義務化されていることも想起すべきであろう（船舶職員法及び小型船舶操縦者法二三条の三六第四項参照）。
- (38) 前掲註28・船員法規研究会編一頁～二頁。
- (39) 船舶安全法については、本来、船舶の堪航性の確保という観点から、物的施設としての船舶を規制の対象とし、本来的に海上労働における問題を規制する性格のものではないとしつつも、同法が定める衛生設備、居住設備に関する規制は、安全、健康を含めた衛生維持及び労働力の再生産の意味からも、労働安全衛生を規制するものと位置付ける見解として、笹谷敬二「海上労働における安全衛生に関わる法規制の特徴」日本航海学会論文集二二二号（二〇〇九年）一四五頁。
- (40) 前掲註9・神戸大学海事科学研究科海事法規研究会編著〔小原朋久〕一三頁、有馬光孝編著『船舶安全法の解説―法と船舶検査の制度（5訂版）』（成山堂書店、二〇一四年）一四頁、重光蔭『船舶安全法解説―船舶安全法関係法規』（日本海運集会所出版部、一九三六年）二頁参照。
- (41) 危険物船舶運送及び貯蔵規則の内容等については、山口修司『一般財団法人新日本検定協会安全環境室』三井住友海上火災保険株式会社海損部『危険物運送のABC―判例・法令・保険の実務的解説』（成山堂書店、二〇一八年）七九頁参照。
- (42) 前掲註27・藤崎九一頁。
- (43) 住田正二『船員法の研究』（成山堂書店、一九七三年）九頁。
- (44) 石井照久『萩沢清彦『労働法総論（増補版）』（有斐閣、一九七九年）一六九頁、山戸嘉一『船員法―解説と研究』（海文堂、一九五四年）四三頁。
- (45) 武城正長『海上労働法の研究』（多賀出版、一九八五年）二二八頁、四四九頁。
- (46) 南健悟「船員法の性質論―船長の権限・船内規律規定を中心に」日本法学八四卷三号（二〇一八年）三六〇頁。
- (47) ただし、⑧判決は商法六九〇条に基づく責任のほか、安全配慮義務に基づく損害賠償請求が争われており、後者について判断する必要はないとしていることに鑑みれば、船員法第二章の船長の職務権限や義務規定を安全配慮義務の履行補助者（船

- 長)による具体的な内容を構成するものとは捉えていないのかもしれない(南健悟「⑧判決判批」季刊労働法二七〇号(二〇二〇年)一八八頁参照)。
- (48) 前掲註47・南一八九頁。
- (49) 大判明治三五年五月五日刑録八輯五卷五二頁や大判大正一三年一月四日刑集三卷七七三頁等がある程度である。
- (50) 前掲註14・小林一七六頁、中村眞澄Ⅱ箱井崇史『海商法(第2版)』(成文堂、二〇一五年)二一〇頁等。
- (51) 通常の堪航能力担保義務の内容として、堪航能力を含むかについて否定的に解する見解もあったが(田中誠二『海商法詳論(増補3版)』(勁草書房、一九八五年)一六六頁)、通説(小町谷操三『海商法要義(中巻一)』(岩波書店、一九四二年)二二三頁、石井照久『海商法』(有斐閣、一九六四年)二二六頁等)及び判例(最判昭和四九年三月一五日民集二八巻二二〇二二三頁)はこれを肯定的に解釈しており、内航海運についても平成三〇年商法改正により堪航能力についても堪航能力担保義務の内容として明確に定められることになった(なお、松井信憲Ⅱ大野晃宏『一問一答・平成30年商法改正』(商事法務、二〇一八年)九五頁参照)。もっとも、船員との関係では、基本的に堪航能力は問題にはならないものと思われる。実際、⑥判決では堪航能力に相当するものについては示されていない。
- (52) MSA 1995, section 42. 本条は、雇用関係におけるコモン・ロー原理を明らかにしたものであるとされるが、現在では、船員を含む人身傷害に関する The Law Reform (Personal Injuries) Act の制定により、本条の重要性はほとんどないとも指摘されている(Aengus M. Fogarty, MERCHANT SHIPPING LEGISLATION 80 (informa law, 3<sup>rd</sup> ed., 2017))。
- (53) *Shipping Co. v. Sieracki*, 328 U.S. 85, 99 (1946).
- (54) アメリカ海事判例法における船員に対する使用者の堪航能力担保義務については、Thomas J. Schoenbaum, ADMIRALTY AND MARITIME LAW 266 et seq. (West Academic Publishing, 6<sup>th</sup> ed., 2019)。
- (55) 本稿が示すように、船員法八条の船長の堪航能力検査義務は海上労働安全の保護という観点から定められた船舶所有者の義務を履行補助者である船長が行っているというように考えれば、間接的に船舶所有者の船員に対する堪航能力担保義務を定めたものといえることができるかもしれない。さらに、より直截的に、船舶安全法一三条が「船舶乗組員二十人未満ノ船舶ニ在

リテハ其ノ二分ノ一以上、其ノ他ノ船舶ニ在リテハ乗組員十人以上ガ国土交通省令ノ定ムル所ニ依リ当該船舶ノ堪航性又ハ居住設備衛生設備其ノ他ノ人命ノ安全ニ関スル設備ニ付重大ナル欠陥アル旨ヲ申立テタル場合ニ於テハ管海官庁ハ其ノ事実ヲ調査シ必要アリト認ムルトキハ前条第三項ノ処分ヲ為スコトヲ要ス」と定めていることから、船舶所有者が船員に対して堪航性の確保について義務を負っていると解釈する余地はあるかもしれない（このような見解を示すものとして、西島弥太郎「船舶内の人に対する船舶所有者の責任について」海法会誌復刊七号（一九五九年）一九頁）。

(56) 前掲註22・潮見一六九頁も参照。

(57) 最判昭和五六年二月一六日民集三五卷一号五六頁。

(58) 安全配慮義務の証明責任については、村上博巳「証明責任」下森定編『安全配慮義務法理の形成と展開』（日本評論社、一九八八年）一七一頁以下、渡邊絹子「安全配慮義務の内容・主張立証責任」土田道夫Ⅱ山川隆一編『労働法の争点』（有斐閣、二〇一四年）一三一頁以下参照。

(59) 箱井崇史『基本講義現代海商法（第4版）』（成文堂、二〇二一年）一三二頁。

(60) 前述したように船員法八条に基づき船長の堪航能力検査義務を媒介に、当該義務は船舶所有者の義務を履行補助者である船長が履行するという構成をとることにより、船舶所有者の船員に対する堪航能力担保義務を認める立場を想定することはできるかもしれない。もともと、同条に基づき船員に対する堪航能力担保義務を指定したとしても、商法七三九条一項のような立証責任の転換までも認めることができるかは更なる検討が必要であると思われる。

(61) 例えば、船員の場合、陸上から隔絶しており、また事故発生により関係当事者が死亡するような場合には、実際に、当該船舶において何が起こったのか不明な状態ということも考えられる。そうすると、船員の遺族等が船舶所有者に対して責任を追及したくとも、立証が困難になるといえることは陸上労働の場合以上に問題となる余地はあるかもしれない。この点に関連して、夏井高人「⑦判決判批」判例地方自治三三四号（二〇一〇年）九六頁は、船員労働災害においては、「大洋中の隔絶された船内で発生した事故でありその事故の瞬間には誰も近辺に居合わせていなかった場合」には事故について詳細な記録が残らず、被災労働者や遺族がその使用者の過失を立証するための証拠を得ることが困難になる可能性を示唆する。

(62) 箱井崇史編『船舶衝突法』（松田忠大）（成文堂、二〇一二年）五二頁～五三頁。ただし、海上交通法規違反により船員の過失を法律上推定することは認められず、事実上の推定にとどまる（小町谷操三『船舶衝突論』（岩波書店、一九四九年）八六頁～八七頁。船舶衝突統一規約六条二項参照）。

(63) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、一九九一年）二六五頁～二六七頁。

(64) 岩村正彦「東京地判昭和56年9月30日判批」ジュリスト七八五号（一九八三年）一三八頁。

# 契約不適合解除における使用利益の帰趨

——買主の原状回復義務と売主の填補賠償責任の競合——

野 中 貴 弘

## I 序論

### 1 問題の所在

#### (1) 議論の前提

#### (2) 本稿の視点

### 2 本稿の構成

## II 代物給付における使用利益の帰趨

### 1 前提

### 2 クヴェレ事件と二〇〇八年改正

### 3 契約不適合解除の場合への議論波及

契約不適合解除における使用利益の帰趨（野中）

二四七（六一五）

Ⅲ 契約不適合解除における使用利益の帰趨——解除と填補賠償請求の競合

1 我が国における議論状況

- (1) 解除と共にする填補賠償請求
  - (2) 使用利益喪失損害の賠償
  - (3) 解除の原状回復と填補賠償との競合調整——非遡及構成による評価矛盾の解消？
- 2 ドイツにおける議論状況

(1) 前提

(2) 争点

(3) 議論状況

ア 解除効果規定優先説

イ 使用利益返還義務否定説

ウ 単純競合説（二段階調整説）

3 議論の評価と広がり——我が国での解釈における展開

(1) 使用利益返還義務否定説の評価

(2) 不自由なく使用できた場合への応用——平成二二年判決の位置づけと昭和五一年判決の再検討

(3) 派生的問題

Ⅳ 結論

1 本稿のまとめ

2 残された課題

## I 序 論

### 1 問題の所在

#### (1) 議論の前提

本稿は、買主が受領物を一定期間使用した後<sup>1</sup>にその契約不適合に気づき、売主との売買契約を解除した場合における、買主の使用利益返還義務について検討するものである。買主の使用利益返還義務を考えるにあたり、売主の債務不履行はどの段階でどのように考慮されるべきか。

契約が解除されると、両当事者は、相手方を原状に復させる義務を負う（民法五四五条一項本文）。これに基づき、売主は受領済みの代金相当額を買主に返還する義務を負い、買主は受領物を売主に返還する義務を負う。また、民法五四五条二項によれば、売主は、代金相当額の返還の際に利息を付すことが求められる。我が国の二〇一七年改正前の通説は、こうして五四五条二項が代金に利息を付して返還することを売主に義務づけていることとの均衡から、あるいは売主や買主の原状の回復という観点から、買主が受領物を使用したことで得た利益の返還を買主に義務づけてきた<sup>①</sup>。判例も、返還義務を認める点で一致する。リーディングケースとされる大判昭和十一年五月一日民集一五卷一〇号八〇八頁は右均衡論からこれを肯定し、最判昭和三四年九月二二日民集一三卷一一号一四五頁は、解除の遡及効から買主の不当利得返還義務として使用利益返還義務を認めた。そして、周知のとおり、最判昭和五一年二月一三日民集三〇卷一号一頁（以下では「昭和五一年判決」と呼ぶ）は、他人物売買における他人物売主への使用利益返還義務を肯定した。本稿の問題関心からして重要なのは、売主の債務不履行が原因で買主が解除した事案においても、

目的物を使用することを得た利益が（他人物）売主に帰属すべきものとされたことである。

こうした学説・判例の状況の中で、今般の民法（債権関係）改正では、「果実」返還義務が規定されるにとどまった（五四五条三項）。中間試案の補足説明では、使用利益返還義務をめぐって、「使用利益……の外延が必ずしも明確でないという問題があるほか、……給付目的物の価値の減耗と使用利益との関係をどのように整理するかという困難な問題がある」と指摘され、「使用利益の返還についての一律の規定を設けることは相当でないと考えられる。そこで、使用利益の返還については、本文の規律を手掛かりとした解釈論に委ねる<sup>②</sup>」とされた。これを受けた改正後の学説の中には、右問題意識を共有し、使用利益返還義務を一律に課すことに慎重なものもある一方で、前述した返還義務肯定説の理由づけに加えて、我が国で「果実」には使用利益が含まれると解されてきたことを踏まえ、同義務を肯定するものも多い<sup>④</sup>。

## (2) 本稿の視点

本稿が関心を寄せるのは、解除原因の区別なく、一律に買主に使用利益返還義務を課してきたことである。昭和五一年判決は、売主の債務不履行による解除事案においてこれを肯定し、学説も、解除原因が当事者のどちらにあるかに着目せずに右結論を導いてきた<sup>⑤</sup>。

しかし、今から四五年前、昭和五一年判決の評釈において、瀬川信久がこれに疑問を呈していた<sup>⑥</sup>。瀬川は、昭和五一年判決以前の判例は買主の代金不払を理由とする売主からの解除事案であったことを指摘したほか、当時のフランスやドイツにおける議論状況を簡潔に紹介したうえで、次のように説いた<sup>⑧</sup>。



実質的にも、解除について責を負う売主が使用利益の返還を求めるのは不当である。買主が目的物を一定期間使用して得る利益は、買主が当該売買契約から期待できる利益（永久的な使用）の一部であり、売主は買主に対しこの利益を保証しなければならぬ。売主が、自らの責に帰すべき解除を理由に、この使用利益の返還を求めるのは不合理である。……通説は、使用利益の算定という困難な問題をもちこむことになる。……以上から、権利の瑕疵による解除のように買主に帰責事由がないときは、買主は目的物の使用利益を返還する義務を負わない、と考える。このことの条文上の根拠としては、善意占者の果実收取権に関する一八九条一項の類推適用が考えられる。

瀬川と同様の問題意識を根底に有すると思われるのが、次の共通欧州売買法（CESL）規則提案一七四条一項である。<sup>(9)</sup> 売主に解除原因があり、買主が解除原因を知らずに受領物を利用した場合、(c)の適用余地をひとまず度外視すれば、買主は使用料の支払義務を負わない。やはりここでも、使用利益の帰属先決定にあたり、売主の債務不履行が加味されている。

CESL第一七四条（使用料の支払および受け取った金銭の利息）

1 物品を利用した受領者は、以下の場合には、相手方に対して使用期間の利用に対する金銭価値を支払わなければならない。

- (a) 受領者が取消しまたは解除の原因をもたらしたとき
- (b) 受領者が、その期間が始まるに先立って、取消しまたは解除の原因を知っていたとき

契約不適合解除における使用利益の帰趨（野中）

- (c) 物品の性質、使用の性質と分量、および解除以外の救済方法が得られる可能性を考慮して、受領者にその期間物品の無償の使用を許すことが衡平に反すると思われるとき

（2以下省略）

もつとも、売主の債務不履行を加味する方法は、（善意の）買主の使用利益返還義務自体を否定する構成だけではない。実は、この点も既に瀬川が、「そもそも、本件における売主買主の関係を、五四五条一項の『原状回復』の問題として論ずるのは適切でないのではないか。この関係は、同条二項の『損害賠償』の問題として解決すべきではなかったか」と説いていた（条文は債権法改正前のもの。以下同様）。損害賠償の問題として解決するとはどういうことか。瀬川は次のように続ける<sup>10</sup>。

買主Xは、五四五条三項の損害賠償請求権を有する。通説によれば、その賠償額は、四一六条により、「契約が履行されたと同様の利益」である。本件の場合それは、買主Xが追奪当時の本件中古車と同等のものを購入するに必要な額であろう。したがって買主Xは、たとえ使用利益を売主Yに返還しなくても、損害賠償請求によってその使用利益をとりもどし、右の再購入に必要な額を確保できる。ここでは、「原状回復」に基づく使用利益の返還は無意味な観念的操作になっている。……たまたま解除の意思表示をしていたからといって使用利益を返還させるのは不当である。

瀬川は、こうした理解のもとに、当事者が解除による原状回復しか請求していない昭和五一年判決の事案でも、

「裁判所は積明権を行使してXに損害賠償を請求させ、その賠償額としては追奪時の本件自動車と同等のものを購入するに必要な額を認める。こう考えることによって、代金と利息の返還、使用利益の返還等『原状回復』という構成に伴う問題を不問に付する<sup>(11)</sup>」という形で解決されるべきであったと主張していた。

以上のとおり、買主の使用利益返還義務を論じるにあたり売主の債務不履行を加味すべきとしても、その方法は、**①**（善意の）買主の使用利益返還義務自体を端的に否定する構成と、**②**買主に同義務を課しつつ買主から売主に対する填補賠償請求を認めることで、買主の使用利益の損益相殺を肯定する構成とが考えられる。本稿では、買主が契約不適合を理由として解除した事案を念頭に置き、売主の債務不履行が買主の使用利益返還義務に与える影響を考察する。具体的には、**②**の構成の可能性を検討することを通じて、**①**の可能性もまた検証する形をとりたい。

買主は、売主の債務不履行につき、民法四一五条一項ただし書の免責事由がない限り、填補賠償を求めることができる（五六四条、四一五条<sup>(12)</sup>）。解除にもかかわらず填補賠償請求ができることは、填補賠償請求の要件を規定した四一五条二項がその三号において解除した場合を挙げていること<sup>(13)</sup>で示されている。こうして買主の売主に対する填補賠償請求が認められる結果、買主の使用利益は損益相殺されるのではない。そして、この理は、（後述するドイツの二つの判決事案にとどまらず）買主が受領物の契約不適合に気づくまでの間、何の不自由もなく使用できていた場合にも妥当するのではない。つまりは、契約不適合に気づくまでの間に満足に使用できていた場合にも、契約適合物が引き渡されていたならば得たであろう利益状態を觀念し、その損害賠償を認めることで、実際に得た使用利益はそこで損益相殺されるのではない。昭和五一年判決およびこれをめぐる学説上の議論は、買主の使用利益返還義務を前提に、他人物売主への利益帰属の是非を問題としてきたが、本稿は以上のような観点からこれを再度見直したい。

## 2 本稿の構成

以上の検討にあたり、本稿ではドイツでの議論を参照する。本稿では、その出発点を、代物給付の局面における使用利益返還義務に関する議論にしたい。この点、代物給付の局面では、売主の債務不履行が買主の使用利益返還義務に与える影響がドイツにおいて盛んに議論され、我が国にも頻繁に紹介されてきた。契約不適合物の引渡しを受けた買主たる消費者が代物給付を選択した場合において、代替物の引渡しを受けるのに伴い、不適合物を使用することで得た利益を売主に返還すべきかが問題とされる。ドイツでは、後述のクヴェレ事件を経て、消費者物品売買に限ってはあるものの、消費者たる買主の使用利益返還義務を否定する規定ができ、さらに解釈において一般の売買でも同義務を否定しようとする見解も主張されている。Ⅱ章では、代物給付局面で使用利益返還義務を否定する論理を確認するとともに、この論理が解除事案でも妥当するかを考察しよう。

続くⅢ章では、買主が（代物給付ではなく）解除を選択した場合に舞台を移す。解除がなされると、日独問わず買主には使用利益返還義務があるとされてきた（ドイツ民法では三四六条・三四七条）。もつとも、二〇〇一年の債務法改正後のドイツ民法三二五条は、解除と損害賠償との択一構成を廃棄した。そこで、瑕疵ある物を引き渡された買主が、契約を解除したうえで追履行（追完）に代わる損害賠償を求めた場合の処理が問われる。具体的には、解除をしつつ、本旨履行があつたならば目的物を使用することで得られた利益（使用利益喪失損害「Nutzungsausfallschaden」）の賠償を求めることができるのかが問題となる。解除効果規定では使用利益返還義務が規定され、使用利益が売主に帰属すべきものとされていることを、填補賠償においてどう評価すべきか。Ⅲ章では、こうした競合のあり方について検討しよう。

なお、本稿では、使用により生じる目的物の減価に関するリスク配分（買主が減価償還義務を負うか否か）および使用利益の算定方法問題には立ち入らない。本稿の問題を考えるうえでもこれらの問題は密接に関わるが、まずは考察の対象から外し、IV章で残された課題を述べる中で本稿の議論との関係を明らかにしたい。

## II 代物給付における使用利益の帰趨

### 1 前提

債務法改正後のドイツ民法四三七条は、売買契約の目的物に瑕疵があった場合に、買主の追履行請求権を認める（同条一号）。ここで、追履行請求のうちでも代替物の引渡しが選択された場合、買主の許にある瑕疵物の帰属を明らかにする必要がある。そこで、ドイツ民法四三九条では、二〇一八年改正前の四項において、「売主が追履行のため瑕疵のない物を引き渡す場合、売主は、三四六条から三四八条の規定に従い、瑕疵ある物の返還を買主に対して請求することができる。」と規定していた。そして、解除の効果を規定する三四六条は、受領したものの返還にとどまらず、そこから得た利益の返還も義務づける（同条一項および二項一文一号）。草案理由書によれば、こうして解除効果規定を準用することで、使用利益も含め、買主に包括的な返還義務を課すことが意図された。代替物の引渡しによって買主は瑕疵のない物を得る以上、瑕疵物やそれを利用して得た利益を無償で得ることが疑問視され、以上のような改正がなされた。<sup>14</sup>このように、草案理由書に基づくならば、代物給付の場合にも、買主の使用利益返還義務が肯定される。

しかし、二〇一八年改正前四三九条四項それ自体は、瑕疵ある物の返還について、三四六条から三四八条に従うべきことを規律するものとも読める。また、消費者物品売買指令三条三項一文および四項は、消費者たる買主が無償の修補または無償の代物給付を請求できることを定めるところ、ここで使用利益返還義務を課すことが同指令との関係で許容されるかが問われる。そこで、二〇〇一年の債務法改正の段階から学説上の争いが生じ、二〇〇五年には裁判で争われるまでに発展した。クヴェレ事件として知られる。本稿でこのテーマは前提に属するうえ、事件の概要や各審級における判断の詳細については、既に優れた先行研究が多数存在する<sup>16</sup>。そこでここでは、本稿のテーマとの関係で必要な限りで触れることにしたい。

## 2 クヴェレ事件と二〇〇八年改正

ドイツの第一審判決および控訴審判決は、ともに買主の使用利益返還義務を否定した<sup>17</sup>。その根拠としては、右に見た条文の文言のほか多数挙げられているが、その中心は、①代物給付の場面では売主が利息相当額の利益を含めた売買代金を保有し続けること、②代物給付により買主が新品を入手して利益を得るとしても、それは使用利益と同一ではなく、なおかつ、これは売主の誤った行動（瑕疵ある物の引渡し）に起因する以上、売主が負担すべき危険であることにあった<sup>20</sup>。

これに対し、連邦通常裁判所は、（下級審判決と同様に）買主に使用利益返還を義務づけることの問題を理解・共有しつつも、<sup>22</sup> そのような解釈は条文の文言および立法者意思に反するとして、改正前四三九条四項は使用利益の返還義務を含むものと解した<sup>23</sup>。もつとも、連邦通常裁判所は、本事件が事業者と消費者との取引であり、右に見たように、

消費者物品売買指令が無償の代物給付を定めていることから、右四三九条四項が同指令に反しているのではないかと考え、本案審理をいったん中断し、先決裁定を求めて欧州司法裁判所へ付託した。<sup>24</sup>

付託を受けた欧州司法裁判所は、代物給付に伴い消費者に使用利益の償還を義務づける国内法の規定が同指令三条に抵触する旨回答した。<sup>25</sup>ここでは、無償での修補や代物給付が保障されなければ、消費者はその金銭的負担からその請求権の主張を躊躇する事態になることが指摘され、こうした事態を回避するという消費者保護の観点が強調された。また、消費者が代物給付により無償で新規に物を取得しても、これは契約適合物を遅れて取得したに過ぎないのであるから不当利得とはならないと論じる。ここでは、売主は、義務を適切に履行していない以上、その不完全履行の効果を甘受しなければならないことが強調されている。

その後、連邦通常裁判所は、改めて本事件に判決を下すにあたり、法律の改正によって補充されるべき隠れた欠缺が存在すると論じ、かつ、改正されるまでの間の対応として消費者契約においては同規定の限定解釈をして、使用利益の返還義務を否定した。<sup>26</sup>他方でドイツの立法府は、二〇〇八年、売買契約のうちでも消費者契約に限って改正をすすめる道を選択した。すなわち、消費者物品売買について規定する四七四条の二項一文に、「四三九条四項は、この款で定める売買契約においては、使用利益の返還またはその価値の償還を要しないものとして適用する。」と規定した。その後の改正により、右規定は四七四条五項一文を経て、現在四七五条三項に移動し、また四三九条四項も同条五項に移ったが、ともにその内容には変更がない。

したがって、現行四七五条三項の反対解釈および四三九条五項（さらには連邦通常裁判所の先決手続申立決定）に従えば、消費者物品売買ではなく一般の売買の代物給付事案では、買主の使用利益返還義務が肯定される。<sup>27</sup>他方で、ク

ヴェレ事件の下級審判決において展開された実質論(①②)によるならば、一般の売買契約において使用利益返還義務を負うかは、解積の余地が残されていることになろう。<sup>(28)</sup> 事実、ドイツでは、一般の売買契約においても、解除とは、状況が異なることを強調し、代物給付を受ける買主の使用利益返還義務を否定する見解も有力に主張されている<sup>(29)</sup>(ただしこの場合、買主は、瑕疵物を無償で使用し、なおかつ新規に耐用年数の伸びた物を取得することから、この伸長利益をどう扱うか(不当利得となるか)が、目的物の性質や利得の押付けと関連して議論される<sup>(30)</sup>)。これを受け、我が国での解釈としても、代物給付の場合、買主の使用利益返還義務を否定すべきとする見解が主張されるに至っている<sup>(31)</sup>。

### 3 契約不適合解除の場合への議論波及

それでは、代物給付の局面で展開された右議論は、解除局面での買主の使用利益返還義務にどのような影響を与えるだろうか。この点、連邦通常裁判所は、中古車の売買契約を解除した消費者が使用利益の返還義務を負うかが争われた二〇〇九年の判決において、解除の場合には消費者もまた使用利益を返還しなければならず、このことは消費者物品売買指令に抵触しないだけでなく、クヴェレ事件における欧州司法裁判所の判断とも矛盾しない旨判示している<sup>(32)</sup>。ここでは、消費者契約(ひいては同指令との関係)に限定せず、一般の売買契約が解除された事案を念頭に置いて検討しよう。

この点、使用利益返還義務が否定される根拠を、右の①、すなわち代物給付の場合には売主が利息相当の利益を保持し続けることとのバランスにあると考えるならば、右の代物給付をめぐる議論は、契約が解除された場合には及ばない<sup>(33)</sup>。解除されれば、売主は、受領済みの代金相当額に利息を付して買主に返還するからである(民法五四五条二項)。



この点に着目すれば、解除の場合には使用利益返還義務が肯定される。事実、クヴェレ事件を我が国に紹介する先行研究の中には、解除の場合には売主が受領済みの代金に利息を付して返還することに着目し、解除の場合には使用利益返還義務があることを前提としているように映るものもある<sup>34</sup>。

他方、(消費者に追加支出をさせないという)消費者保護はもちろんのこと、右の②売主の義務違反に着目する論理もあり得る。クヴェレ事件の第一審判決および控訴審判決が、①のバランス論とは別に、②売主が瑕疵物を給付したことを挙げていたことが思い起される。また、欧州司法裁判所の決定でも、売主の義務違反から消費者たる買主の使用利益返還義務が否定されるべきことが論じられた。このように売主の義務違反に着目すれば、代物給付に限らず、解除の場合にも同様に、買主の使用利益返還義務が否定されておかしくない。ただし、ドイツにおいては、解除の場合、使用利益返還義務が明文で規定されているところ(三四六条・三四七条)、この売主の義務違反を、どのような形で斟酌すべきかが問題になる。

そして、いま、こうした売主の債務不履行に着目して使用利益の帰属先如何が論じられているのが、契約不適合物の引渡しを受けた買主が(解除と共に)売主に填補賠償を求めた場合においてである。そこで、次章にて、解除の原状回復としての使用利益返還義務と填補賠償(使用利益喪失損害の賠償)との関係について考察しよう。

### Ⅲ 契約不適合解除における使用利益の帰趨——解除と填補賠償請求の競合

#### 1 我が国における議論状況

##### (1) 解除と共にする填補賠償請求

まず、我が国における議論状況を確認しておこう。この点、我が国では民法制定以来、解除権の行使は、損害賠償の請求を妨げないものとされる(改正前五四五条三項、現行同条四項)。学説では、契約の解除に契約の遡及的消滅という効果を与える直接効果説が支持されてきたこともあって、ここでの損害賠償は信賴利益賠償に限られるとの議論も一部あったものの<sup>35)</sup>、債権法改正前の段階から、(法的構成の如何にかかわらず)履行利益(積極的契約利益)の賠償まで認められると解するのが通説であった<sup>36)</sup>。判例においても、たとえば、契約を解除した場合の損害額の算定基準時に関するリーディングケースとされる最判昭和二八年一月一八日民集七卷一二号一四四六頁は、契約を解除した買主が填補賠償請求できることを前提としたものである。こうして我が国では、解除と損害賠償の択一構成を採用していたドイツと異なり、以前より、解除後に履行利益の賠償請求ができることが前提とされてきた。そうした中で、繰り返しになるが、二〇一七年の民法(債権関係)改正は、填補賠償請求ができる一場合として契約が解除されたことを挙げたことで(四一五条二項三号後段)、解除後に履行利益の賠償請求ができることは揺らがないものとなった。

こうした解除と共にする填補賠償請求の場合、買主は代金支払義務を免れ、あるいは給付済みの代金相当額の返還を受ける関係で、填補賠償請求にあたってはこの反対給付分を控除する必要はある。すなわち、時価一〇〇万円の目的物を九〇万円で購入した買主が契約を解除したうえで売主に填補賠償請求する場合、損害は差額利益である一〇万

円となる（時価一〇〇万円の物を一〇〇万円で購入して一一〇万円で転売予定であった場合も同様）。学説においても理解の一致が見られる<sup>37</sup>。これは、履行されたならばあったであろう状態の実現を図るといふ見地から考えても合点がいく。本旨履行がなされた場合、買主自身も反対給付として代金支払債務を負担することで、契約目的物およびそこから利益を獲得することができたからである。

## (2) 使用利益喪失損害の賠償

他方、損害賠償の分野において、目的物の本体的価値とは別の抽象的利用利益、すなわち、本旨履行がなされたならば得たであろう利用利益はどう扱われてきたか。

この点、裁判例の中には、目的物それ自体の価値ではなくその利用価値の賠償を認めたものがある。売買契約において、売主が目的物の引渡しを遅滞した場合に、遅滞中に目的物を利用して得られたであろう利益の賠償を認めた最判昭和三九年一〇月二九日民集一八卷八号一八二三頁のほか、東京地判昭和四七年二月二九日判時六七六号四四頁は、旅館の建築請負契約において工事に瑕疵があつた事案で、その修補費用だけでなく、水漏れにより客室が使用不能であつた期間につき客室使用料の一部の賠償を認めている<sup>38</sup>。

これに対し、学説は必ずしも明確でない。近時、荻野奈緒は、「填補賠償」の外延にも不明瞭な点があるとし、履行利益賠償は、「本来の給付の価値の賠償だとの見方」と「債務の本旨に従つた履行があつた場合の利益状態を回復させるに足るだけの損害賠償だとの見方」とがある<sup>39</sup>と整理する。後者が多数派であるとされる。この点、前者の見方も「給付の価値」の捉え方次第ではあるものの、やはり両者を比べれば前者の方が狭い場合があると指摘されてお

り、<sup>(40)</sup> 使用利益喪失損害の賠償をめぐっても同様の傾向が指摘できそうである。

事実、填補賠償につき後者に属するものの中には、得べかりし利益（逸失利益）の例として、使用利益を挙げ、「契約の目的物の引渡しが行期にされたならば債権者がその目的物を利用して入手することができた利益（使用利益）も、得べかりし利益である」と明確に指摘するものもある。<sup>(41)</sup>

また、潮見佳男は、売買目的物の契約不適合を理由とする損害賠償において、客体損害と総体財産損害とを区別したうえで、後者における「契約の内容に適合した履行がされたならば債権者（買主）が得たであろう利益」とは、「契約に適合した履行があれば、買主が契約に適合した売買目的物を用いて、どのようにみずからの行動を決定し、展開することができたか、すなわち、買主が売買目的物をどのように使用収益・処分することができたかという観点から捉えたときに、この使用収益・処分に係る自己決定の結果として得ることができたであろう利益の喪失（消極的損害）を損害として捉え、その賠償を認めるもの」と捉える。<sup>(42)</sup> そして、総体財産損害は、「買主の財産管理・処分の権限に結び付けられた損害であって、当該具体的な売買契約が買主の財産管理・処分の権限に関してどこまでその権限の行使・不行使を保障しているのか、契約に適合しない物を引き渡すことによつて買主の自由な人格の展開が制約を受けたときに、それによつて生じる不利益をどこまで売主に転嫁しているのかを、当該契約における合意内容および契約目的を考慮に入れて評価すべき」と説く。<sup>(43)</sup>

さらに、森田宏樹は、数量不足の場合の履行利益賠償が問題となった最判昭和五七年一月二一日民集三六卷一七〇七頁の評釈において、履行利益といつても一律のものではなく、売主の履行義務の具体的内容によつて、不履行責任の賠償範囲に含まれる利益（履行利益の内容）も異なってくることを指摘する。<sup>(44)</sup>

こうした理解からすれば、本体的価値の賠償とは別に使用利益喪失損害の賠償を認めるか否かは、解除者が契約によって保障されている利益の保持という観点から考察されるべきである。契約において買主の購入目的が如何なるものであったか、買主の使用目的・方法等が契約においてどう評価され、売主は何を請け負ったのかなどに着目するところが求められる。自動車など、買主の日常的使用が当然に予定される目的物が契約の対象とされた場合には、契約適合物が引き渡されていたならば得たであろう使用利益（逸失利益）の賠償が、既に我が国でも認められていると評する。

### (3) 解除の原状回復と填補賠償との競合調整——非遡及構成による評価矛盾の解消？

以上のとおり、我が国でも、(1)契約を解除した場合にも解除者は相手方の債務不履行を理由とした履行利益の賠償請求権が認められるとともに、(2)契約不適合を理由とする損害賠償において、客體損害だけでなく、契約適合物が履行されていたならばこれを利用することで得られた利益を損害と捉え、その賠償請求を認める理論が既に提示されるに至っていた。両者を単純に組み合わせるならば、契約不適合を理由に契約を解除した買主も、(売主に免責事由がある例外的場面は別として)契約適合物が履行されたならば得たであろう利用利益の賠償を求めることができる。

もつとも、このような形で単純に組み合わせることへの懸念もある。解除をした買主は、解除の効果として使用利益返還義務を負う。契約がなかった状態が実現される。これに対して、使用利益喪失損害の賠償は、本旨履行がなされたならばあったであろう状態を実現する。こうして両者を認めることは評価矛盾を孕む。かつて北村実は、「原状

回復を契約締結前の状態、契約締結なくば現にあるべき状態、あるいは履行前の状態などと、一般的状態として捉え、履行利益の賠償と調和しない<sup>(45)</sup> (傍点引用者) という形で右の評価矛盾を指摘していた。

北村が指摘した当時の学説の中には、こうした評価矛盾を解消すべく、損害賠償を信頼利益賠償に限定する前述の見解のほか、改正前五四五条三項の損害賠償は(債務不履行を理由とした損害賠償であると解しつつも)契約締結前の状態を回復するためのものと位置付けるものがあつた<sup>(46)</sup>。いずれも原状回復を優先する形で両者を調整するものといえる。しかし、解除と共にする損害賠償は填補賠償を含む(四一五条二項三号後段)以上、(原状回復的損害賠償を排除するものではないものの)損害賠償を原状回復に奉仕するものとして理解するのは改正法に沿わない。

北村は、以上の学説と異なり、右の評価矛盾を解消するために次のような解除論を展開した。すなわち、「現実に解除・損害賠償が果たしている役割に即して考えるなら、逆に解除、原状回復を損害賠償に従属させて、損害賠償は債務不履行による履行利益の賠償としつつ、原状回復を給付物の返還につきるものと捉え、かつ、解除により契約債権関係は、消滅せず、ましては遡及的消滅などせず、原状回復を含む損害賠償関係へ変形すると考えるしかない<sup>(47)</sup>」。北村はこう主張して、法定解除の原状回復とは契約を結ばなかった状態の回復ではないと主張する三宅正男の見解<sup>(48)</sup>を、注目すべきものとして引用していた。近時、福田清明も、(解除が消極的利益の回復に向けられた制度であるとの連邦通常裁判所判決の前提理解を疑い)レーザーやクレepsの解除論を参考に、解除は消極的利益にも積極的利益にも向けられていないがゆえに、給付に代わる損害賠償とも費用賠償とも結合可能であると主張する<sup>(49)</sup>。

こうした解除論は、本稿の問題を考えるうえで魅力的に映る。そもそも筆者もまた、原物返還に代わる価額償還の内容を論じるにあたり、原状回復において相手方の状態回復を至上命題とし、価額償還をそれに奉仕するものとして

捉えることは適切ではないと述べた<sup>50)</sup>。解除およびそれによる原状回復が何を目的とするのかは、各論的問題の検討を通して今後も考察されていくべきである。

ただし、右のような形で評価矛盾が解消されたと見ることに疑問もある。原状回復の目的を（北村のいう）「一般的状态」として捉えず、給付物の取戻しとする理解は成り立ちうるとしても、原物返還や使用利益返還が現に〈契約がなかった状態〉の実現に奉仕していること自体は否定しえないのではないか。ここでいう〈契約がなかった状態〉とは、契約締結前の状態か、履行前の状態か、契約がなかったならばあつたであろう状態かを問わない。解除や原状回復の目的を如何に解しようとも、原物返還や使用利益返還には右の意味での〈契約がなかった状態〉の回復という作用がある。そうであればやはり、本旨履行がなされたならば得たであろう利益の賠償を求める填補賠償とは、評価矛盾を孕んでいるということになりはしないか。この点で、鶴藤が、「解除と履行利益の賠償との志向する方向の違いから、解除を非遡及的に捉えなおしたとしても、解除後もなお、履行利益の賠償を請求することは理論的には矛盾してしまうのではないか<sup>51)</sup>」と指摘していたことが思い起される。

以上のとおり、我が国でのこの点の議論は、（解除者の填補賠償請求を認める通説を前提とすれば）填補賠償まで認められるという帰結と矛盾しない解除の法的構成を模索するものであつたといえる<sup>52)</sup>。これに対し、本稿が扱う使用利益返還義務と使用利益喪失損害の賠償との競合は、評価矛盾問題が具体的事例の処理において現れる。解除による原状回復と填補賠償とのベクトルの違い<sup>53)</sup>が、使用利益の帰趨レベルでどう考慮されるべきか。解除と填補賠償の競合を一般的には認めても、「使用利益喪失損害の賠償まで肯定すれば、解除の効果としての使用利益返還義務が否定されるに等しい」との論理で、これを認めない解釈もあり得る。解除と填補賠償とが競合することを前提に（つまり五四五条四

項および四一五条二項三号後段を前提に)、法効果面での競合における調整の要否が議論されるべきことになる。

ここでは、我が国における議論が以上のような状況にあることを確認して、次にドイツにおけるこの点の議論を概観しよう。<sup>(54)</sup>

## 2 ドイツにおける議論状況

### (1) 前提

前述のとおり、ドイツ民法は、債務法改正において解除と損害賠償法との択一構成を捨て、我が国と同様、解除権の行使は、損害賠償請求を妨げない旨規定した(三二五条<sup>(55)</sup>)。そこで、契約の解除をした買主は、一方で解除効果規定である三四六条と三四七条に従って使用利益を売主に返還する義務を負いつつも、他方で損害賠償請求の要件を満たす限り売主に対して損害賠償を求めることができる。債権者は、契約を解除しつつも、清算債務関係に基づく請求権だけでなく、契約不適合を理由とする給付に代わる損害賠償を求めることができる(ドイツ民法四三七条三号、二八〇条一項、同条三項、二八一条)。解除と給付に代わる損害賠償との併存は、両者の法律効果面での競合を生じさせる。

また、こうした問題は、買主が解除を選択せず、契約を維持したまま給付に代わる損害賠償を求めるときにも現れる(以下ではこの場合を「解除なしの填補賠償請求」と呼ぶことがある)。契約不適合物の引渡しを受けた買主が給付に代わる損害賠償を求める場合、買主の許にある契約不適合物の帰属が問題となる。そこで、ドイツ民法二八一条五項は、「債権者が全部の給付に代えて損害賠償を請求する場合には、債務者は、三四六条から三四八条までに基づき、既に給付したものの返還を直ちに請求することができる。」と規定する。そして、解除効果規定である三四六条は、受領



した給付の返還だけでなく、使用利益の返還をも義務づけている（同条一項、二項一号）。したがって、この準用によれば、買主は、受領した契約不適合物を売主に返還するだけでなく、契約不適合物を利用して得た利益をも売主に返還することが義務づけられる。解除と共にする損害賠償請求の場合と同様、買主は使用利益返還義務を負いつつ、損害賠償請求ができるという構図になる。

## (2) 争点

もつとも、我が国での議論状況を概観した際にも指摘したように、使用利益の返還は、契約がなかった状態の実現に奉仕するのに対し、給付に代わる損害賠償（填補賠償）は、本旨履行がなされたならばあつたであろう状態を実現する。これは、解除と給付に代わる損害賠償とで、それぞれの目指す方向が異なることの顕著な表れである。<sup>56</sup> 両者は、こういった状態を実現しようとするかに関する「評価矛盾」（Wertungswiderspruch）を孕んでいる。そこで、解除を選択した買主に使用利益返還義務を課しつつ、本旨履行があつたならば得たであろう使用利益の賠償請求を認めてよいのが問題とされる（解除なしの填補賠償請求の場合、二八一条五項が三四六条以下を準用していることをどう評価すべきかが問題とされる）。

周知のとおり、ドイツ民法典起草過程および二〇世紀ドイツでは、解除と損害賠償とは実現すべき方向性が正反対であり論理的に両立不可能であることが、解除と損害賠償の択一構成の根拠として挙げられてきた。<sup>57</sup> 債務法改正により択一構成が廃棄されて併存構成が採用された現在、今度は、使用利益返還義務と使用利益喪失損害の賠償との間の調整をめぐって、再度、両者の目指す方向性が異なることが議論の焦点とされている。両者は法効果面で競合する以

上、その調整の要否が議論される<sup>(58)</sup>。

この点、たとえばファウストによれば、解除にもかかわらず契約上の等価関係が維持され、損害算定において考慮されるべきと解すれば、解除の重要な機能が失われる。債権者はあたかも契約を解除しなかったかのように処理される。これに対し、解除の結果として契約上の等価関係が破棄されることを前提とするならば、債権者は、給付の付加価値や生じたであろう利益、さらには代替取引に要した費用も賠償請求できないことになり、給付に代わる損害賠償は実際には空虚なものとなる<sup>(59)</sup>。

ここで解釈の方向性・選択肢としては、①両者を認めること（解除の効果として使用利益返還義務を課しつつ使用利益喪失損害の賠償請求を認めること）は評価矛盾であるとの理解を前提に、解除効果規定の価値判断を尊重して、使用利益喪失損害の賠償請求を認めない見解（↓ア）や、損害賠償法の価値判断を尊重して買主の使用利益返還義務を否定する見解（↓イ）のほか、これらとは対照的に、②両者の評価矛盾を否定する理解もあり得よう（↓ウ）。順に見ていきたい。

なお、この点に関しては、連邦通常裁判所の二〇〇七年一月二八日判決<sup>(60)</sup>（以下で「二〇〇七年判決」と呼ぶ）と二〇一〇年四月一四日判決<sup>(61)</sup>（以下で「二〇一〇年判決」と呼ぶ）とがあるが、我が国では福田清明がこれを近時紹介している<sup>(62)</sup>。そこで本稿では、判決文そのものを独立して紹介することをせず、両判決が述べるところも右議論対立の中に消化させて整理する構成を採る（両判決の事案については、注(60)と(61)を参照されたい）。

### (3) 議論状況

#### ア 解除効果規定優先説

まず考えられるのは、両者（使用利益返還と使用利益喪失損害の賠償）の評価矛盾を前提に、解除効果規定の価値判断を尊重して使用利益返還義務を肯定し、使用利益喪失損害の賠償請求を認めないという理解である。つまり、三二五条の改正を受け、一般的には、解除後に損害賠償を求めることは差し支えなくとも、使用利益に関しては損害賠償請求が認められないとの解釈である。損害賠償法は解除効果法によって規定された領域には立ち入らないと考える。

たとえば、オットーは、解除した債権者に給付に代わる損害賠償請求を認めてしまうことで、三四六条以下の返還債務関係に基づく法的処理を覆す結果となることに否定的な態度を示す。受領した給付の返還に関する当事者間のリスク配分は、三四六条から三四八条で完結している<sup>63</sup>と考える。三四六条以下は、受領物の清算だけを規定しているのではなく、引き渡された対象を利用することによって得た利益の帰属についても完結的に規定していると解するならば、別途、解除した債権者が給付に代わる損害賠償として使用利益喪失損害を求めることはできないとの結論に至る。

この立場の根拠としては、二八一条五項がわざわざ三四六条以下を準用していることも挙げられる。もし損害賠償法上の保護が優先するのであれば、最終的に解除法によってではなく損害賠償法により清算される以上、この準用は余計（*überflüssig*）だからである<sup>64</sup>。損害賠償では、債権者に得た利益があればこの分を損害額から控除するのは自明である以上、それにもかかわらず同項が三四六条以下を準用し、使用利益返還を指示しているのは、この場合、単に損害賠償にあたり使用利益分を控除するのではなく、むしろ解除効果規定の価値判断を優先させ、その部分には損害

賠償法を適用しないという価値判断の表れであると解することもあり得なくない。

こうした理解は、学説だけにとどまらず、上級地方裁判所でも支持されている。たとえば、二〇〇七年の連邦通常裁判所判決の原審は、確かに使用利益喪失損害の賠償も二八〇条以下による損害賠償に含まれるものの、売買契約が解除された場合には買主の許に使用利益を残すべきでないとして、使用利益喪失損害の賠償を認めない。解除の場合、買主には使用利益の返還義務がある(三四六条・三四七条)ことも、こうした帰結を指示すると説く<sup>(65)</sup>。解除と共にする損害賠償請求では使用利益喪失損害の賠償を求めることができないと解した。こうした理解は根強い。後述のとおり二〇〇七年の連邦通常裁判所判決が解除と共にする損害賠償請求においても使用利益喪失損害の賠償請求を認めたまにかかわらず、二〇一〇年の連邦通常裁判所判決の原審は、二〇〇七年判決に異を唱え、右のような解除効果規定を優先する解釈を展開した<sup>(66)</sup>。

しかし、こうした理解は、二〇〇七年判決でも二〇一〇年判決でも支持されていない。確かに二〇一〇年判決は、右のような学説が存在することを確認したうえで、二八一条五項が三四六条以下を参照指示していることは、解除効果規定の優先に有利であると理解する<sup>(67)</sup>。しかし、二〇一〇年判決によれば、二八一条五項は、単に債権者により返還されるべき給付の運命と現実の使用利益の帰属を規定しているにすぎず、債権者のもとで生じた損害を賠償させるべきかどうか、どの範囲で賠償させるべきかについての命題を含んでいない<sup>(68)</sup>。こうして二〇一〇年判決は、二八一条五項が決め手とならないことを指摘する。

そのうえで二〇〇七年と二〇一〇年の両判決は、自動車の使用利益喪失損害も賠償されるべき損害に含まれることを前提に<sup>(69)</sup>、解除した場合に同損害の賠償請求を否定することは三三五条の改正趣旨に沿わないと説く。まず二〇〇七

年判決は、三二五条は損害賠償を求める権利が契約の解除によっても排除されないことを規定するところ、これは使用利益喪失損害の賠償にも妥当すると考える。<sup>(70)</sup> こうした損害賠償請求が認められることで、債権者は、契約が債務の本旨に従って履行された場合、すなわち債務者がその契約上の義務に違反しなかった場合に債権者があつたであろう状態が実現されることになる<sup>(71)</sup>と説く。また、二〇一〇年判決によれば、解除された場合に損害賠償の適用範囲を制限する理解は、立法者が三二五条を規定することで達成しようとした目的、すなわち解除にもかかわらず履行利益の賠償を債権者に認めることに反する。二〇一〇年判決は、損害賠償と解除とが競合する場合に損害賠償を個別に行使した場合と比較して債権者が不利に扱われてはならないとする草案理由書の指摘を引用しつつ、三四六条と三四七条が履行利益の実現を妨げないことによつてだけ、立法者の意思に應えることになる<sup>(72)</sup>と説く。

こうして解除効果規定を優先させる見解は、三二五条の改正目的に沿わないものとして批判される。

#### イ 使用利益返還義務否定説

これに対し、両者（使用利益返還と使用利益喪失損害の賠償）の評価矛盾を前提に、損害賠償法を優先させ、解除の原状回復における使用利益返還義務を否定する見解もないではない。

たとえば、買主は、使用利益に関して、本旨履行がなされたならばあつたであろう状態（*status ad quem*）を実現するか、契約締結前の状態（*status quo ante contractum*）を実現するかを選択することができるのであつて、双方を組み合わせることはできないと解し、買主が使用利益喪失損害の賠償を求める場合には、売主は解除法に基づいて買主に對し使用利益返還請求をすることができない、との主張がある。こう解することで、使用利益に関して本旨履行がな

されたならばあつたであろう状態が達成されるとする。<sup>(73)</sup>

確かに、代物給付の局面でも二八一条五項とほぼ同じ文言の解釈が問題となり、使用利益に関する規律は準用されないとの解釈も有力に主張される以上(Ⅱ章1節参照)、二八一条五項でも同様の解釈が主張されることはむしろ自然である。<sup>(74)</sup> 事実、たとえばゲゼルは、代物給付の場合と同様に、(評価矛盾を前提とするわけではないもの)買主が使用利益を返還する必要がないという形に二八一条五項を目的論的に制限する解釈を主張する<sup>(76)</sup>(ただし、このように使用利益返還義務を否定する場合、代物給付での議論にもあつたように(Ⅱ章2節最終段落)、債権者が損害賠償により利得を得ることがないように、耐用年数伸長利益の控除という形での利益調整の余地が残る)<sup>(77)</sup>。

しかし、以上のような解釈は、解除なしの填補賠償請求の事案ではともかく、解除と共にする損害賠償請求事案では、使用利益の返還を義務づける三四六条・三四七条がストレートに適用されるがゆえに難しさを抱える。<sup>(78)</sup> そうした中で、同様の帰結を解除事案でも実現する方途が、次に見る、単純競合説であると位置づけられよう。実際、右に見たゲゼルは、解除なしの填補賠償請求では二八一条五項の目的論的制限により使用利益返還義務を否定するものの、解除と共にする填補賠償請求の場合には、次のウの構成を採っている。<sup>(79)</sup>

#### ウ 単純競合説(二段階調整説)

以上二つの理解は、ともに、解除を選択した買主に使用利益返還義務を課しつつ、使用利益喪失損害の賠償請求を認めることが評価矛盾であることを前提とした理解であつた。これに対し、ドイツでは、これを評価矛盾と捉えず、両者の併存を認める理解があり、多数説といえる。<sup>(80)</sup>

契約の解除は解除原因に関する帰責性を要件としないがゆえに、三四六条以下は一方当事者に帰責性があるケースにとつて完結した規定ではない。<sup>(81)</sup>三四六条以下による清算は、両当事者間の調整全体からみれば、中間段階にすぎないと理解される。債権者は契約を解除することにより反対給付義務を免れることを望んだものの、それを超えて、解除効果法上のリスク配分に従おうとしたわけではない。三二五条に例外はなく、解除効果法が規定している対象についても、損害賠償の対象になると考える。解除にもかかわらず、債権者は、給付に代わる損害賠償により、積極的利益の賠償を求めることができ、これにより本旨履行がなされたならばあつたであろう状態が実現されるべきであると理解である。<sup>(82)</sup>

二〇〇七年判決は次のように説く。三二五条は、損害賠償の対象を一定の損害に限定するものでなく、使用利益喪失損害の賠償請求権をも含む。このことは、解除の結果として使用利益償還について規定する三四六条および三四七条と矛盾するものではない。<sup>(83)</sup>解除は、契約を消滅させるのではなく、単に返還債務関係に変容させるだけである。既に給付がなされた場合における契約の清算を規定する三四六条以下は、本質的に契約当事者の消極的利益の回復を目的とする。そうであるからこそ、解除前に実際に得た使用利益あるいは得ることが可能であつた使用利益は売主に帰属すべきであり、それゆえに買主はそうした利益の償還を義務づけられる。しかし、三二五条に関する立法者の決定によれば、そうであるからといって、売主による本旨履行がなされた場合に買主が置かれていたであろう経済的状态を損害賠償によつて求める権利は、排除されるべきでない。結果として買主は、自ら契約を解除し、三四六条一項により瑕疵ある物の返還と引き換えに売買代金の返還を受け、使用利益の償還をした場合であっても、給付された物に瑕疵があつたことで生じた使用利益喪失損害の賠償を求めることができる。<sup>(84)</sup>

また、二〇一〇年判決も、同様の論理から二〇〇七年判決が維持されるべきとする。<sup>(85)</sup>ここでは、二〇〇七年判決には見られなかった指摘を拾い上げて紹介しよう。二〇一〇年判決によれば、三四六条と三四七条は解除の結果としての使用利益償還について規定しているものの、これは完結した規定ではない。<sup>(86)</sup>解除は、契約を取り除くのではなく、契約を単に返還債務関係に作り替えるものであり、債権者をあらゆる点で契約が決して締結されなかったかのような状態に置くという必然性はない。二つの法効果の組み合わせにより、確かに買主は、三四六条・三四七条によって使用利益を売主に償還しなければならない一方で、二八〇条・二八一条によって売主に対し使用利益喪失損害の賠償請求ができる。これが矛盾でないことは、解除と損害賠償とで目的と要件とが異なることにより正当化される。帰責事由を要件としない解除は、給付の交換を取り止めて清算することを志向する一方で、債務者に帰責事由があることを要件とする損害賠償は、債務が適時かつ適切に履行された場合と同じ経済的状況に債権者を立たせることを目的とする。こうした二段階の調整システムが作られたことは矛盾ではなく、立法者が意図し、両者を併存させた論理的帰結である。<sup>(87)</sup>

こうして連邦通常裁判所の両判決は、明確に、解除にもかかわらず填補賠償請求ができること、この填補賠償には使用利益喪失損害の賠償も含まれること、そしてこのことは解除の効果として使用利益の償還を定めている三四六条および三四七条と矛盾しないことを示した。

二八〇条以下の損害賠償規定を制限なく適用するとすれば、それは解除の効果としての使用利益返還義務が否定されるに等しく、損害賠償法上の保護が優先されることを意味する。<sup>(88)</sup>この点、損害賠償法の優先という点では、先に見たいの見解も同様であり、この観点からイとウとを区別しない学説整理も多い。<sup>(89)</sup>ただし、イの立場からは使用利益返



還義務自体が否定されるのに対し、ウの立場からは、買主に使用利益返還義務を課しつつ売主に対する填補賠償請求が認められることになる。<sup>90</sup> 使用利益喪失損害の算定のあり方によつては、イとウが異なる結論に至り得る。<sup>91</sup> この点は本稿のIV章2節で触れよう。

いずれにせよ、解除と損害賠償とは要件が異なる以上、解除の効果として使用利益返還を義務づけつつ、売主に帰責性がある場合には別途使用利益喪失損害の賠償請求ができる。ドイツでは現在、両者が要件を異にする以上、解除効果規定は完結した規定足りえないことを根拠に、両者を認めることに評価矛盾がないとする見解が有力である。<sup>92</sup>

### 3 議論の評価と広がり——我が国での解釈における展開

以上に見たドイツで有力な考え方（本稿冒頭で示した構成②）は、我が国においても魅力的な解釈と評価できる。ただし、その一方で、買主の使用利益返還義務が明文で規定されていない我が国では、端的に買主の同義務を否定する解釈（本稿冒頭で示した構成①）も比較的容易に展開可能である。本節で我が国における解釈のあり方を考えるにあたっては、この点の検討から始めよう。

#### (1) 使用利益返還義務否定説の評価

両構成による差異は、主として、債務不履行につき売主に免責事由があった場合に生じる。<sup>93</sup> 買主は損害賠償を求めることができないため、本稿で検討してきた損害賠償構成（構成②）によれば、買主が使用利益返還義務を負うのみとなる。これに対し、構成①では（売主に解除原因があることを理由に）買主の同義務が否定される。

この点、右に指摘したとおり、買主の使用利益返還義務が明文で規定されていない我が国では、売主に債務不履行がある場合に買主の同義務それ自体を否定するものもひとつの選択肢である。こうした解釈に大きな障壁はない。先述のとおり、クヴェレ事件の下級審判決も、代物給付事案において売主の義務違反にも着目して買主の同義務を否定していた（Ⅱ章2節）。さらにいえば、筆者は、受領物の不可抗力滅失等による返還不能リスクの配分にあたって、買主が有する契約適合性への信頼（買主の錯誤）に加えて売主の義務違反に着目し、売主負担を正当化した。そうであれば、ここでも売主による契約不適合物の押付けを重視し、売主の義務違反のみで買主の使用利益返還義務を否定することもあり得る。

しかしながら、ここで買主は、契約不適合物を利用することで実際に利益を受けている。この点は、原物返還不能のリスク配分を考える場合と異なる。そうである以上、買主が現実に利益を受けていると評価された場合に、原物返還不能リスクの配分における基準とは別の基準となること、つまり、現に利益を受けていながらこの返還義務を否定するには、売主の義務違反や解除原因についての買主の善意では足りず、売主の帰責性まで要すると解することも、合理性を有するのではないか。<sup>94</sup>

以上により、買主が実際に「利益」を受けたと評価された場面でのリスク配分としては、売主の債務不履行（義務違反）を理由に使用利益返還義務それ自体を否定するのではなく、売主の免責事由の有無にまで着目した填補賠償請求との損益相殺構成の方が妥当であると考えられる。そこで本稿では次に、こうした議論の広がり（射程）を検討したい。

(2) 不自由なく使用できた場合への応用——平成二二年判決の位置づけと昭和五一年判決の再検討

ここで、二〇〇七年判決と二〇一〇年判決の事案において原告が賠償を求めた損害（使用利益喪失損害）の中身に立ち入ろう。二〇〇七年判決の事案では、受領物の瑕疵に気づいた買主が、解除に伴いこれを返還することで使用できなかった分の損害が賠償請求の対象とされた。また、二〇一〇年判決は、受領物の瑕疵に気づいた買主が解除をして受領物の使用を控え、代車をレンタルしたことで要した費用が賠償請求の対象とされた。共通するのは、買主が受領物の瑕疵に気付き、使用を断念して以降の損害が問題とされたことである。

もつとも、履行利益の賠償請求は、契約不適合ゆえに満足に使用できなかった場合に限定されるものではないはずである。<sup>95</sup> 本旨履行がなされたならばあったであろう状態を実現するためのものだからである。他人物売買の解除事案のように、引き渡された目的物それ自体は買主の使用に問題がなかったケースでも、契約適合物が履行されていれば買主が得たであろう利益の喪失という損害を観念することができる。この点、ファウストは、「債権者は、結局のところ、解除法に従い使用利益を返還・償還しなければならぬ。それと引き換えに、損害算定は、債権者があたかも物を使用できなかったかのように行われるべきである」<sup>96</sup>と述べる。契約不適合に気づくまで買主が不自由なく使用できた場合に、買主に使用利益返還義務を負わせ、損害賠償請求を認めないとなれば、買主が受領物を使用できなかった場合との間で使用利益の帰属に関する評価矛盾が生じる。<sup>97</sup> この矛盾は、買主が不自由なく使用できた場合にも、履行利益の損害賠償を認め、その上で現実に享受した使用利益分を損益相殺することにより解消されるべきである。もちろん、契約適合物が履行された場合に得たであろう利益と現実の使用利益分とが一致するときには、結果として債権者は（物の使用価値に関しては）損害を受けなかったという評価を受ける。<sup>98</sup> 損害賠償を求めることができない一方で、

使用利益返還の必要もない。

そして、こうした考え方により説明できる判決が、建替え費用相当額の損害賠償請求事案において居住利益の損益相殺が問題となった最判平成二三年六月一七日民集六四卷四号一一九七頁（以下「平成二三年判決」と呼ぶ）である。売買目的物である新築建物に建て替えざるを得ない重大な瑕疵があり、「社会通念上、建物自体が社会経済的な価値を有しないと評価すべきものであるとき」は、たとえ買主がその建物に居住していたとしても、それを買主の利益と評価することはできないとした。居住利益の損益相殺を否定した同判決は、欠陥住宅の売買に限られず、広く契約不適合物を使用して得られた利益の清算のあり方に関わる<sup>99</sup>。この点、買主にとって本来望まない物を押し付けられていたとの評価は重要であり、その観点から買主の利益享受自体を否定するのも、当事者間の利益調整におけるひとつの選択肢である。もっとも、受領物自体は実際に使用できており、現実に居住し続けられた以上、その利益を否定するのが困難な場合もあろう。本稿の視点からすれば、売主には本旨履行があつたならば買主が得たであろう利益の賠償義務があること、同事案に即せば、本来居住に耐えない契約不適合物を給付した売主には、契約適合物が給付されるまでの間、買主が代替施設で居住する費用の賠償義務があることを考慮し、買主の居住利益はこれとの間で損益相殺されることが着目されて良かった。買主の居住利益は、建替え費用相当額の損害賠償における損益相殺ではなく、右賠償との関係で損益相殺される。既に同判決の評釈において北居功が説くように、平成二二年判決の結論は、このような観点から正当化可能な判決である<sup>100</sup>。

もちろん、契約不適合物は買主にとって不要な物を押し付けられたという側面もある以上、買主がこれを利用することで真に利益を得たのか否かの認定は慎重でなければならぬ。この点で、利益享受自体を否定する平成二二年判

決の構成を維持しつつ、これを解除の場合にも敷衍するならば、買主の使用利益返還義務をめぐる判断は次のように整理できる。すなわち、(a)引き渡した目的物の契約不適合の程度次第では、買主の利益の享受自体が否定される。利益享受すら否定されるこの場合には、耐用年数伸長利益の不当利得もまた否定されるべきことは、平成二二年判決が指摘するとおりである。これに対し、(b)買主の利益享受自体が否定されない事案でも、買主は、債務不履行につき売主の免責事由がない限り、契約適合物が履行されていたならば得たであろう利益の賠償を求めることができ、買主の使用利益はこの損害賠償との関係で損益相殺される。

昭和五一年判決の事案においても、買主による填補賠償請求（使用利益喪失損害の賠償請求）を観念してこれを認め、買主の自動車の使用利益をこれとの関係で損益相殺する可能性が模索されるべきであった。

### (3) 派生的問題

最後に、解除と共に使用利益喪失損害の賠償を認めることをめぐって生じる、三つの派生的問題を指摘しておく。

一つ目は、使用利益喪失損害の賠償にあたっては、本旨履行があった場合に買主の許で生じたであろう減価分を控除すべきことである<sup>101</sup>。対象物によつては、使用をすることで減価が生じる。填補賠償が本旨履行のなされた場合に債権者があつたであろう状態を実現するものである以上、契約適合物を使用することで得られたであろう利益の賠償を認める反面として、そうした使用に伴って生じうる減価もまた考慮されるべきである<sup>102</sup>。これは、解除と共にする填補賠償請求では、たとえば転売代金それ自体が損害となるのではなく、転売代金と自らの取得価額（反対給付分）との差額利益が損害となることに対応する（Ⅲ章1節(1)）。目的物の本体的価値ではなく、使用価値が問題とされる場合に

も、本旨履行がなされたならばあつたであろう状態を実現すべく、使用による減価分が控除されなくてはならない。

この点、代物給付において買主（消費者）の使用利益返還義務を否定する場合、買主が減価のない（新品の）契約適合物を手にするならば、買主がこれによつて利益（耐用年数伸長利益）を受けうる。そこで、使用利益返還義務を否定しつつも、この伸長利益を返還すべきかが論じられた（Ⅱ章2節最終段落）。これは解除において使用利益返還義務自体を否定する場合にも同様に妥当する（事実、瀬川も昭和五一年判決の評釈においてこれを指摘していた<sup>103</sup>）。これに対し、使用利益返還義務を認めつつ、損害賠償を別途肯定する構成によれば、本旨履行があつた場合に使用により生じたであろう減価分を控除するという形で調整されることになる。

二つ目は、買主が使用利益喪失損害の賠償を求めつつ、別途、解除の原状回復として売主から利息の支払（返還）を受ける（五四五条二項）ことの可否である。本旨履行がなされた場合、買主は適合物を利用することで利益を受ける反面として、売買代金相当額を確定的に失い、この運用利益は売主に帰属したはずである。給付からの利益と反対給付からの利益の双方を買主が取得することは不当である。こうした観点から、ドイツでも、買主が使用利益喪失損害の賠償を求める場合、買主の利息請求権が排除されると解する見解<sup>104</sup>のほか、同請求権自体は存続するものの、その分（額）が買主の損害から控除されると解する見解<sup>105</sup>が主張されている。日本民法五四五条四項やドイツ民法三二五条は、契約の解除が填補賠償請求と矛盾しないことを規律しているにすぎず、解除と損害賠償との併用により債権者が二重の利得を受けることを正当化するものではない。これは、履行利益賠償（積極的利益の賠償）と合わせて原状回復の方向での消極的利益の賠償を求めることが、「回復を求める利益の方向性の点で矛盾するために許されるものではない<sup>106</sup>」と説かれるのと共通する。

三つ目は、本旨履行があった場合に買主が得たであろう利益の範囲についてである。いつの時点までの使用利益の賠償が認められるのか。この問題については、実は二〇一〇年判決が既に解決策を示している。二〇一〇年判決は、買主の使用利益喪失損害の賠償請求権を肯定しつつ、次のように論じる。<sup>107</sup> すなわち、損害を負った者は、ドイツ民法二五四条二項に従い、相当期間内に損害を除去するように行動する義務、場合によっては、暫定的な自動車の購入をすることで使用利益喪失損害が大きくなりすぎないようにする義務があるとする。具体的には、商用自動車の場合、一般に、代物調達には一六八日も要しないことは明白であるとしたうえで、買主がこの期間代物調達できなかつたことを正当化する理由があるのかどうか、控訴審が吟味する必要があると判示したのである。使用利益喪失損害の賠償範囲において損害軽減義務による限界づけが試みられている。

我が国でもかねてより、債務不履行に直面した当事者には、合理的な代替取引を行う義務（損害軽減義務）があり、こうした義務を前提とすれば従前の判例の多くを説明できるとする主張がなされてきた。<sup>108</sup> こうした理解は、債権者（賃借人）の損害回避減少措置が執られていないことに着目し、債務者（賃貸人）の賠償範囲を制限する余地を認めた最判平成二十一年一月一九日民集六三卷一号九七頁とも整合的である。<sup>109</sup>

#### IV 結論

##### 1 本稿のまとめ

本稿では、売主の債務不履行が買主の使用利益返還義務に与える影響を考察してきた。買主が現実に「利益」を受

けたと評価された以上、売主の債務不履行（義務違反）を理由として買主の使用利益返還義務を一律に否定することは妥当でない（Ⅲ章3節(1)参照）。債務不履行につき売主の免責事由がない場合、解除した買主に使用利益喪失損害の賠償請求を認めることで、買主の使用利益はこの損害賠償において損益相殺される。売主の債務不履行は、このような形と限度において使用利益返還義務に影響を及ぼすと考えるべきである。

このような理解にあたっては、使用利益返還と使用利益喪失損害の賠償とが異なった方向を志向するがゆえに、両者を認めることが評価矛盾ではないかとの問題があった。損害賠償によって解除の効果としての使用利益返還義務が事実上否定されるがゆえに、評価矛盾問題がもつとも先鋭に現れる部分であった。

この点、我が国でこの評価矛盾問題は、解除の法的構成との絡みで論じられてきた。非遡及構成を採用することにより、改正前五四五条三項の損害賠償が履行利益にも及ぶことを矛盾なく説明できるとされてきた。しかし、契約の遡及的消滅と契約がなかった状態の回復とは別である。契約が遡及的に消滅することを否定しようとも（非遡及的構成）、解除により契約がなかった状態の回復を図ることは十分あり得る。また、解除は契約の挫折であり、給付を取り戻すものに過ぎないと解したとしても、その給付の取り戻しには契約がなかった状態に向かわせる作用がある。それゆえ、こうした給付や利益の返還と履行利益賠償とは、やはり回復する方向が異なっていると評しうる。つまり、本稿が問題とする評価矛盾の懸念は、（既に鶴藤による的確な指摘があったとおり）直接効果説に立った場合にのみ生じる問題ではなく、近時有力な原契約変容説に立ったとしても生じる問題と考える。

そのような中で、連邦通常裁判所の判決は、解除の目的が消極的利益の回復に向けられている旨指摘しつつも、なお両者を認めることが評価矛盾ではないと論じた。ここでとりわけ重要なのは、解除効果規定は完結した規定ではな



いとの指摘である。解除の要件として帰責事由が不要とされたことで、こうした理解はより説得力を増す。解除原因の如何を問わず、原状回復がなされる。私見によれば、この原状回復も価値中立的なものではない。たとえば原物返還不能のリスク配分や価償還義務の内容をめぐっては、相手方の義務違反の有無や買主が有する自己の物との信頼も重要になる。しかしそうであっても、使用利益喪失損害の賠償は、当然ながら原状回復法の中では対処できない。また、買主が現に利益を受けている以上、不可抗力による原物返還不能リスクの配分問題とは同列・同基準で論じらるべきでなく、売主の義務違反のみを理由として買主の使用利益返還義務それ自体を否定するのは妥当でない。売主の責めに帰すべき債務不履行は、(債務者の帰責性を要件としない)解除の原状回復法の中で評価しつくすことができず、かつ、そうすべきでないことを意味している<sup>110</sup>。解除の原状回復におけるリスク配分は、填補賠償によって修正される余地がある。

以上の理解は、解除と損害賠償とをより機能的に捉えるべきことを示唆している<sup>111</sup>。かつて好美清光は、「解除の機能ないし効果……は、いったん有効に成立した契約そのもの、したがってまたその契約によって保障されている債権者の利益(損害賠償についての契約利益説)そのものまで否定しようとするものではなく、ただ契約に基づく個別的な債務だけを消滅させ、したがってそれが既履行であれば返還させるだけであって、それでもさらに償われず残ることのありうる債権者の契約によって保障されていた利益については、契約ないし債務の不履行を理由とする損害賠償請求の可能性をなお残しているもの、と捉えれば足りる<sup>112</sup>」と論じた。これを、解除による原状回復と填補賠償の方向性の相違という観点から捉え直すならば、原物返還や使用利益返還には「契約がなかった状態」<sup>113</sup>に向かわせる作用があるといえ、これらは、「契約不適合給付がなかった状態の回復」<sup>114</sup>に向かわせるものである。このように解すれば、

これと契約適合物が給付されたならば得たであろう利益賠償とは矛盾しない。契約不適合給付があつた場合に限定すれば、このような説明による評価矛盾の解消もあり得よう。いずれにせよ、両者の評価矛盾の懸念は、解除をより機能的に見ることにより払拭されるべきである。

そして、こうした枠組みは、買主が契約不適合に気づくまでその物を不自由なく使用できた場合にも妥当する。つまり、買主が契約で予定したとおりの使用ができていた場合にも、本旨履行があつたならば買主が得たであろう利益の喪失という損害を観念し、買主が実際に得た使用利益はこれとの関係で損益相殺される。このように解して初めて使用できた場合と使用できなかった場合との間の矛盾を解消できる。この観点から、平成二二年判決の正当性が認められるとともに、昭和五一年判決の事案での（代理人の争いや裁判官の釈明権行使も含めた）妥当な解決策が再度見直されるべきである。

## 2 残された課題

最後に、使用利益喪失損害の算定方法について触れたい。残された課題を含む。

この点、使用利益喪失損害の賠償は、本旨履行がなされたならば債権者が置かれた経済的状态を実現するものである。そして、本稿ではこれを、本旨履行があつたならば得たであろう利益の賠償と表現してきた。このように捉えれば、使用利益喪失損害は、買主が返還すべき現実の使用利益分とは切り離されるのが自然である。すなわち、実際に得た利益を返還しなければならぬことが損害なのではなく、本旨履行があつたならば得た利益を得られていないこと（逸失利益）こそが損害であるとの理解になる。<sup>113</sup>

もつとも、ドイツではこれと異なり、売主の義務違反がなかったならば解除には至らず、買主が使用利益返還義務を負うこともなかったであろうことに着目し、解除効果規定により生じた不利益自体を損害として捉える見解、すなわち、買主が返還すべき使用利益分を損害と見る見解も有力に主張されている<sup>114</sup>。積極的損害として把握するという点では、受領物の契約不適合ゆえに使用できず代物をレンタルした場合の当該レンタル費用の賠償に共通する。

こうした使用利益喪失損害の算定論は、(返還すべき)使用利益の算定方法に密接に関連する<sup>115</sup>。「使用利益」とはいえ、買主が実際に得た利益を算定するのではなく、使用による減価(減耗)分を使用利益とみなして返還させる見解があり、我が国の裁判例でも区々であることが指摘されている<sup>116</sup>。使用利益の算定方法如何により、使用利益喪失損害をめぐる右の学説対立が意義を有する。使用利益喪失損害に関する後者の見解からすれば、結果として買主の使用利益返還義務が否定されるがゆえに、使用利益の算定の困難さを実質的に回避できるというメリットも存する。また、そもそも、減価(減耗)分については、これを(使用利益としてではなく)受領物本体の返還の一環として価額償還を認める見解も想定され、実際に主張されてもいる<sup>118</sup>。このように解した場合には、減価額償還と使用利益返還との競合問題が生じ得る<sup>119</sup>。この議論にあたっては、目的物の性質に応じた類型ごとの考察が必要になる<sup>120</sup>。

いずれにしても、解除と填補賠償の競合は、本稿で見てきた使用利益の帰趨にとどまらず、広い範囲で解除の原状回復によるリスク配分を修正する可能性を有する。填補賠償によりどの範囲で修正され得るのかを検証することが求められる。使用利益の算定論およびこれと減価額償還との関係、さらには解除と填補賠償との競合が広く原状回復のリスク配分にもたらす影響については、別稿を期したい。

【付記】本研究は、科学研究費補助金（若手研究・課題番号19K13570）の交付を受けた研究成果の一部である。

- (1) たとえば、末川博『契約法 上（総論）』（岩波書店・一九五八年）一六八頁、石田穰『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院・一九八二年）九七頁、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法13債権4』〔補訂版〕』（有斐閣・二〇〇六年）八九三頁〔山下末人〕、平井宜雄『債権各論Ⅰ上 契約総論』（弘文堂・二〇〇八年）二四三頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会・二〇一一年）九四―九五頁。
- (2) 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」一四〇頁。
- (3) 松岡久和Ⅱ松本恒雄Ⅱ鹿野菜穂子Ⅱ中井康之編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社・二〇二〇年）六六〇頁〔渡辺達徳〕、中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣・二〇二一年）一二九頁、磯村保『事例でおさえる民法改正債権法』（有斐閣・二〇二一年）五〇頁・五九頁。磯村は、「五四五条二項や三項を、解除原因を考慮することなく一律に認めるべきかについては、政策論として検討の余地があると思われる」と述べる（同書五〇頁）。
- (4) 潮見佳男『〈法律学の森〉新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）六〇六頁、平野裕之『債権各論Ⅰ契約法』（日本評論社・二〇一八年）一二二頁、山本豊Ⅱ笠井修Ⅱ北居功『民法5契約』（有斐閣・二〇一八年）九九頁〔山本〕、山野目章夫『民法概論4債権各論』（有斐閣・二〇二〇年）五七頁、松岡久和Ⅱ中田邦博編『新・コンメンタール民法（財産法）〔第2版〕』（日本評論社・二〇二〇年）九二七頁〔上田誠一郎〕、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法〔第4版〕』（成文堂・二〇二二年）九六頁。なお、曾野裕夫Ⅱ松井和彦Ⅱ丸山絵美子『リーガルクエスト民法Ⅳ契約』（有斐閣・二〇二二年）一三八―一三九頁〔曾野〕は、「果実」には「使用利益」も含まれるとしつつも、目的物未使用の場合における減価の問題、本文で後述する平成二二年判決の影響、さらには使用利益の算定問題などを取り上げる。
- (5) この点は、昭和五一年判決の評釈である、瀬川信久「判批」法協九四卷一―号（一九七七年）一〇六頁でも指摘されている。

(6) 瀬川・前掲注(5)一〇四—一一〇頁。この点確かに昭和五一年判決は、権利の瑕疵を理由とした解除事案であり、買主が使用した物自体には物理的瑕疵がなかった。この点に着目すれば、(他人物売主への利益帰属という問題の前提として)買主に使用利益返還義務を課すことに賛同することも一理ある。これを示唆するのは、松本克美「欠陥住宅被害における損害論」立命二八〇号(二〇〇二年)一八一—一九頁、同「欠陥住宅訴訟における損害調整論・慰謝料論」立命二八九号(二〇〇三年)七〇頁。しかし、本稿は、本文で後述するとおり、昭和五一年判決の事案のように、買主が受領物の契約不適合に気づくまでの間、何の不自由もなく使用できていた場合をも含めて、使用利益を売主に帰属させることの是非を再考する(詳細はⅢ章3節(2)を参照)。

(7) 瀬川が参照したのは、二〇〇一年債務法改正前のドイツ民法であるところ、当時の学説の中には、改正前三二七条二文が「相手方の責めに帰することのできない事由に基づいて解除がされるときは、相手方は、不当利得の返還に関する規定によってのみ責任を負う。」と規定していたものを拡張解釈し、法定解除権者は不当利得法によってのみ責任を負い、利得の消滅も主張できると解するものも多かった。この改正前三二七条二文に関して本田純一は、「通説的な考え方は、……法定解除の場合にはド民三二七条二文を適用して解除権者に現存利益の返還と引換えにする代金返還請求権を認容する」と整理する(本田純一「給付利得と解除規定(1)——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として」成城法学一号(一九七八年)三〇八頁)。以上に対し、二〇〇一年債務法現代化法では、そもそも法定解除と約定解除を区別することなく、利益の返還を義務づけるとともに(三四六条一項)、それ自体の返還ができない場合には(返還債務者の過失を問わずに)価額償還を義務づける(同条二項一文一号)。

(8) 瀬川・前掲注(5)一〇八頁。

(9) Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law. COM(2011) 635 final. 邦訳は、内田貴監訳『共通欧州売買法(草案)——共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』(商事法務・二〇一二年)一四〇頁に拠った。なお、一七四条一項(a)で、「原因をもたらした」と邦訳されている点につき触れたい。実はドイツ語版では、“er selbst die Anfechtung oder die Beendigung des Vertrags zu vertreten hat”と

表現されているため、これに従えば、取消しや解除の原因につき有責であることまで求められる。もともと、右の英語版では“the recipient caused the ground for avoidance or termination”とされていることから、ドイツでは、ドイツ語版の“zu vertreten hat”は翻訳ミスであり、これを“Vertretemüssen”とすべきではなく、“objective Verursachung”と理解すべき主張される。こうした議論状況を踏まえ、本稿で一七四条一項(a)の邦訳にあたっては右文献に従った。Stephan LORENZ, Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, AcP 2012, S.783; Dirk LOOSCHELDERS, Das allgemeine Vertragsrecht des Common European Sales Law, AcP 2012, S.683; Bernhard A. KOCH, Schadensersatz und Rückabwicklung (Teil VI und VII CESL-Entwurf), in: Christiane Wendehorst / Brigitta Zöchling-Jud, Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, 2012, S.248.

(10) 瀬川・前掲注(5)一〇八頁。

(11) 瀬川・前掲注(5)一一〇頁。

(12) 「追完に代わる損害賠償」については、四一五条一項のほか、同条二項の要件をも充足する必要があるか等の議論がなされているが、本稿ではここに立ち入らない。買主が契約を解除した場面を前提とする以上、いずれの立場からしても追完に代わる損害賠償請求が認められるからである。この点の議論については、田中洋「改正民法における『追完に代わる損害賠償』(一)〜(五・完)」NBL一一七三号四頁以下、一一七五号二九頁以下、一一七六号二八頁以下、一一七七号二九頁以下、一一七八号(二〇二〇年)三八頁以下が詳しい。

(13) 「解除をした以上、履行利益の損害賠償請求は認められない」との論理は、もはや民法の明文に反した解釈である。このことは既に、松岡中田編・前掲注(4)九二七頁〔上田〕、磯村保編『新注積民法(8)債権(1)』(有斐閣・二〇二二年)六四六頁〔荻野奈緒〕、福田清明「双務契約の法定解除の効果——損害賠償と併存可能な解除」磯村保ほか編『法律行為法・契約法の課題と展望』(成文堂・二〇二二年)二九八―二九九頁注(8)などで明示的な指摘がある。

(14) BT-Drucks.14/6040, S.232 f.

(15) 正確には、「消費者物品売買および関連する保証の一定の側面に関する一九九九年五月二五日付け欧州議会および理事会

の指令：Directive 1999/44/EC」を指す。

(16) クヴェレ事件を我が国に最初に紹介したのは、岡孝「ドイツ債務法現代化法における買主の追完請求権について」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・二〇〇六年）七二八頁以下。その後、非常に多くの論稿によって紹介されてきた。原田剛『売買・請負における履行・追完義務』（成文堂・二〇一七年）三〇頁以下および六〇頁以下（ともに初出二〇〇八年）、岡孝「ドイツ売買法の新たな展開——瑕疵ある物に対する買主の権利を中心として」前田庸先生喜寿記念『企業法の変遷』（有斐閣・二〇〇九年）七八頁以下、田谷峻「ドイツにおける瑕疵責任の展開」横国一七卷三号（二〇〇九年）四三―四五頁、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社・二〇二一年）一九九頁以下（初出二〇一〇年）、青野博之「買主の追完請求権についての立法論——請負及びドイツ売買法を参考にして」法時八二巻四号（二〇一〇年）一〇七頁以下、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社・二〇二〇年）一六二―一六四頁（初出二〇一三年）、萩原基裕「代替物の引渡しによる追完と買主による使用利益返還の要否について」大東法学七二号（二〇一九年）一〇五頁以下。本稿Ⅱ章2節の記述はこれらの先行研究に多くを負っている。

(17) LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 22. 4. 2005, NJW 2005, S.2558 ff.

(18) OLG Nürnberg, Urteil vom 23. 8. 2005, NJW 2005, S.3000 ff.

(19) こうした下級審判決に先立ち、買主の使用利益返還義務を否定する見解が学説上主張されていた。たとえば、改正前四三九条四項の目的論的制限解釈を主張する見解として、Beate GSELL, *Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?*, NJW 2003, S.1970 f.

(20) 詳細は、田中宏治・前掲注(16)二〇三―二一〇頁、萩原・前掲注(16)一一二―一一四頁を参照。

(21) BGH, *Vorlagebeschluss* vom 16. 8. 2006, NJW 2006, S.3200 ff.

(22) 本文の①に着目して買主の使用利益返還義務を負わせることの問題を指摘するとともに、契約目的物の引渡しによる危険と利益の移転を規定したドイツ民法四四六条二文に着目することで買主による瑕疵物の利用は無償利用とは評価できないことを論じた。この点は、萩原・前掲注(16)一一五―一一六頁に詳しい。

- (23) ここで連邦通常裁判所は、立法者が瑕疵ある物の返還のみを規定する意図であったならば、少なくとも三四七条を準用することはなかったことを指摘する。BGH, Vorlagebeschluss vom 16. 8. 2006, NJW 2006, S.3201. 草案理由書において使用利益の返還まで意図されていたことは本文1節で前述したとおりである。
- (24) この点は、原田・前掲注(16)三六―三九頁・六四―六五頁で詳しく紹介されている。
- (25) EuGH, Urteil vom 17. 4. 2008, NJW 2008, S.1433 ff. 欧州司法裁判所の先決裁定については、原田・前掲注(16)四〇―四二頁・六五―六八頁、田中宏治・前掲注(16)二二五―二二八頁に詳しい。
- (26) BGH, Urteil vom 26. 11. 2008, NJW 2009, S.427 ff.
- (27) 田中宏治・前掲注(16)二二三頁。
- (28) このように理解したうえで、一般の売買における使用利益返還の要否について検討するのは、岡・前掲注(16)「ドイツ売買法の新たな展開」八一頁、萩原・前掲注(16)一一九頁。とりわけ萩原論文の主眼はこの点にある。また、田中宏治・前掲注(16)二二九頁の注(51)も参照。
- (29) この点の議論は、萩原・前掲注(16)一二五頁以下に詳しい。
- (30) Klaus FEUERSÄNGER, Das Nacherfüllungsrecht des Käufers bei Mängeln an geringwertigen Wirtschaftsgütern, MDR 2004, S.924; Beate GSELL, a. a. O. (Fn.19), S.1971 ff.; dies, Grenzen der Nutzungsentschädigung bei Rückgabe einer mangelhaften Kaufsache, JuS 2006, S.204 f. この伸長利益は、グゼルの表現によれば、過去における瑕疵ある物の使用利益ではなく、将来における使用利益という形での利益を意味する。
- (31) たとえば田中宏治・前掲注(16)四二五頁は、「①わが国では、先に述べたように、代物給付の際の不適合物返還についてさし明文の規定が欠けている。②しかも、解除の効果としての原状回復に使用利益返還が含まれるという判例も、事案が特殊で確固たるものではなく、賛否も分かれ、反対説も強い。①②を考え合わせると、わが国では、売主の代物給付において、買主の不適合物返還が同時履行の關係に立つけれども、使用利益返還までは買主は義務づけられない、と解すべきである(結論においてドイツの消費財売買と同じ)。」とする。また、萩原・前掲注(16)一三八頁は、「七〇三条および七〇四条に準じて、



買主が契約不適合の存在について善意で使用したのか悪意で使用したのかに応じて、使用利益の返還の要否を区別すべき」と説く。

以上と異なり、契約に適合しない種類物の引渡し後に代物給付請求があった場合において、引渡しによる所有権の移転を認め、買主の使用利益返還義務が否定されることを論じるのは、森田宏樹「売買における契約責任——契約不適合に基づく担保責任の意義」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣・二〇一九年）二九八―二九九頁。

(32) BGH, Urteil vom 16. 9. 2009, NJW 2010, S.148 f. 本件では、上告理由において欧州司法裁判所への付託が必要だと主張されたが、連邦通常裁判所は付託義務の範囲外にあるとして上告を棄却している。本判決についても、古谷・前掲注(16)一六四頁に簡単な紹介がある。

(33) この点に着目して二〇〇九年の連邦通常裁判所判決に賛成するのは、Jan LIEDER, Nutzungersatz beim Rücktritt vom Kaufvertrag, JURA 2010, S.614; Clemens HÖPFNER, Nutzungersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag, NJW 2010, S.129. また、契約適合物が引き渡された場合との比較から使用利益返還義務を正当化するものも存する。仮に当初より契約適合物が引き渡され、買主がこれを使用していれば、買主は現在、使用により減価した物を有するに過ぎない。それにもかかわらず、契約不適合物の給付があった場合には、買主は、それを使用しておきながらその利益を返さず、他方で支払済みの代金相当額と利息とを受領できるというのでは、バランスが悪い。買主は、返還された代金相当額をもって耐用年数の延びた新しい物を手に入れることになるからである。ここで買主の使用利益返還義務を否定すれば、買主は売主の債務不履行により利益（物の耐用年数の伸長利益）を得ることになる、と評されるのである。

(34) たとえば、原田・前掲注(16)七一頁など。

(35) たとえば、柚木馨『債権各論（契約総論）』（青林書院・一九五六年）三一六頁以下。

(36) たとえば、我妻栄『債権各論 上巻』（岩波書店・一九五四年）二〇〇―二〇一頁、谷口〓五十嵐編・前掲注(1)八九五頁〔山下〕。

(37) 我妻・前掲注(36)一八九頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・一九九二年）一三七頁、鈴木祿弥『債権法講義

- 〔四訂版〕(創文社・二〇〇一年) 一六五頁など。債権法改正後では、たとえば、平野・前掲注(4)一二四頁、藤岡康宏Ⅱ磯村保Ⅱ浦川道太郎Ⅱ松本恒雄『Sシリーズ』民法Ⅳ債権各論〔第4版〕(有斐閣・二〇一九年) 六〇―六一頁〔磯村〕、奥田昌道Ⅱ佐々木茂美『新版 債権総論 上巻』(判タ・二〇二〇年) 一七九頁、近江幸治『民法講義Ⅳ債権総論〔第4版〕』(成文堂・二〇二〇年) 一〇四頁、中田・前掲注(3)二三九頁、磯村編・前掲注(13)六四六頁〔荻野〕。
- (38) この裁判例は、高木多喜男Ⅱ久保宏之『叢書民法総合判例研究』不完全履行と瑕疵担保責任(新版) (一粒社・一九九八年) 二二六―二二七頁で紹介されている。
- (39) 磯村編・前掲注(13)六四二頁〔荻野〕。
- (40) 磯村編・前掲注(13)六四三頁〔荻野〕。
- (41) 奥田昌道編『新版注釈民法(10)Ⅱ債権(1)債権の目的・効力(2)』(有斐閣・二〇二一年) 二九三頁〔北川善太郎Ⅱ潮見佳男〕。
- (42) 潮見佳男『法律学の森』新契約各論Ⅰ(信山社・二〇二一年) 一五九頁。
- (43) 潮見・前掲注(42)一六〇頁。潮見は、これを具体的損害計算と呼んだうえで、「具体的な損害計算をしてもなお確定できないときは、当該売買契約における買主と同様の地位に置かれた合理人であれば、当該契約のもとでどのように財産管理・処分をすることが許容されるべきかを基準に評価すべきである(抽象的損害計算)」と説く。
- (44) 森田宏樹「判批」窪田充見Ⅱ森田宏樹編『民法判例百選Ⅱ債権〔第8版〕』(有斐閣・二〇一八年) 一〇七頁。
- (45) 北村実「解除の効果——五四五条をめぐって」星野英一編代『民法講座5』(有斐閣・一九八五年) 一四六頁。
- (46) たとえば、末川・前掲注(1)一七二―一七四頁、山下末人「契約解除における原状回復義務と不当利得」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究(2)』(有斐閣・一九七一年) 一三〇頁。
- (47) 北村・前掲注(45)一四六頁。なお、北村は、こうした解除論が竹田省「契約解除ノ性質ニ就キテ」京都法学会雑誌三卷二号(一九〇八年)八九頁以下に既に見られることを指摘している。竹田は、片務契約の解除の場面を想定すれば、改正前五四五条三項の損害賠償が履行利益の賠償と捉えざるを得ないことを根拠として、解除は契約を廃棄するものではないと論じていた(同一一頁以下)。

- (48) 三宅正男『契約法(総論)』(青林書院新社・一九七八年)二二三頁以下。
- (49) 福田・前掲注(13)三二二頁以下。福田は、この文脈で、三宅の解除論を好意的に評価している(同三二五―三二六頁)。
- (50) 拙稿「原状回復における対価合意の意義——原物返還不能により償還すべき価額の算定をめぐって」日法八五卷二号(二〇一九年)四〇一頁・四一一頁。
- (51) 鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(二・完)——売買契約解除に関するドイツ法を中心に」民商一一〇巻四〥五号(一九九四年)二九二頁。
- (52) 現在、我が国の解除の法的構成論では、原契約変容説が有力であると指摘されることがあるものの(中田・前掲注(3)二二二―二二四頁)、なお直接効果説が通説であるとも評される(磯村・前掲注(3)四八頁)。議論の中心は原状回復をめぐる各論的問題に移り、法的構成論は下火となっている。
- (53) なお、履行利益(積極的契約利益)と信頼利益(消極的契約利益)とを、その回復の方向性の違いとして理解するのは、高橋眞『損害概念論序説』(有斐閣・二〇〇五年)二二頁・五六頁。
- (54) 不法行為法の領域では、物損事故等において物の抽象的利用利益の賠償請求の可否が議論されてきた。たとえば、山本豊「西ドイツにおける損害(概念)論の動向——ホーロツホ鑑定意見の紹介を中心に」下森定ほか『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社・一九八八年)二六六―二六九頁、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(2)——ドイツにおける判例の検討を中心に」立命二五一号(一九九七年)一二三頁以下、長野史寛『不法行為責任内容論序説』(有斐閣・二〇一七年)二二二―二六三頁および二八〇―二八二頁。
- (55) 改正の経緯と理由については、福田・前掲注(13)三〇〇頁以下、北居功「解除と損害賠償との関係(草案第三二七条)」下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版局・一九九六年)八五頁以下。改正前民法が択一構成を採用するに至った経緯と制定後の議論については、北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開——BGB制定の前後から」龍谷法学九巻一号(一九七六年)五七頁以下、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(二)(二・完)——売買契約解除に関するドイツ法を中心に」民商一一〇巻三号三一頁以下、四〥五号(一九九四年)二六九頁以下に詳しい。

- (56) Florian FAUST, JZ 2008, S.471; Jan LIEDER, a. a. O. (Fn.33), S.617.
- (57) この点は、前掲注(55)に掲げた先行研究を参照。
- (58) Roland SCHWARZE, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2015, §325 Rn.29.
- (59) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.471.
- (60) BGH, Urteil vom 28. 11. 2007, NJW 2008, S.911. 二〇〇七年判決では、契約を解除した買主が受領済みの瑕疵ある中古自動車を返還することに伴って生じる使用不能損害の賠償が問題とされた。すなわち、契約では事故車でない中古車の売買が約束されて給付されたものの、その後事故車であることが判明したため、買主は、一月二三日に契約を解除し、同月二七日に車を返還、そして二月一日に他の車を購入するまでの間、代わりに車を親戚から借りていた。そこで買主は、車を借りるために要した費用一一〇〇ユーロの支払を売主に対して求めたという事案である。
- 控訴審判決については、本文③アで取り上げる。なお、連邦通常裁判所(二〇〇七年判決)は、本文で後述するとおり、解除後の使用利益喪失損害の賠償を一般論としては認めており、ここに先例としての大きな意義があるものの、本事件の特殊性(当該中古車は買主側が使用した際に事故により損傷しており、解除時点で使用できない状態にあった)ゆえに最終的には損害賠償請求を認めていない。
- (61) BGH, Urteil vom 14. 4. 2010, NJW 2010, S.2426. 二〇一〇年判決では、瑕疵に気づいて使用を止めてから代わりに車を購入するまでの間の使用利益喪失損害の賠償が問題とされた。効果論に關係する事実關係に絞って紹介すると、原告である買主は、二〇〇五年一月六日付けの書面および二〇〇六年一月三日付けの書面でもって売買契約の解除の意思表示をし、引き渡された自動車を二〇〇五年二月八日以降はもはや使用せず、二〇〇六年四月二二日には自ら中古車を購入した(その二日後に登録)。そこで買主が、二〇〇五年二月八日から二〇〇六年四月二四日までの一六八日間、自動車を使用できなかったことによる損害の賠償(一日あたり三八ユーロで合計六三八四ユーロ)を要求したのが二〇一〇年判決の事案である。
- (62) 福田・前掲注(13)三〇七頁以下。
- (63) Hansjörg OTTO, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2004, §325 Rn. 28. したがって、オッターは、(債務法改

正前のドイツ学説と同様) 解除が債権者にとって不利に作用するのならば、債権者としては解除をせず、給付に代わる損害賠償を求めるべきと説く。その他、解除効果法の優先を説く見解として、Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.129 f.

(64) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.474.

(65) LG Osnabrück, Urteil vom 28. 12. 2006. 判示内容は、BGHの判決文による (NJW 2008, S.911)。

(66) KG Berlin, Urteil vom 30. 4. 2009, NZV 2009, S.567.

(67) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.20.

(68) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.21.

(69) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.25.

(70) BGH NJW 2008, S.911 Rn.6.

(71) BGH NJW 2008, S.911 Rn.7.

(72) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.22.

(73) Carsten HERRESTHAL, Der Ersatz des Verzugs Schadens beim Rücktritt vom Vertrag, JuS 2007, S.802.

(74) この点、代物給付の場合で、買主の使用利益返還義務を一律に否定することは損害賠償要件の潜脱になり得る危険が指摘されるが (Patrick SCHMIDT, Nutzungsentschädigung bei Nacherfüllung durch Ersatzlieferung, ZGS 2006, S.411) 買主が填補賠償請求をしている現在検討中のケースでは、当然ながらこの批判が妥当しない。右指摘については、後掲注(94)も参照されたい。

(75) 前掲注(19)を参照。

(76) Beate GSELL, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, JZ 2004, S.646; dies., a. a. O. (Fn.30), S.206.

(77) この点の詳細な議論は、Beate GSELL, a. a. O. (Fn.30), S.206.

(78) そうした中でも、たとえばリーダーは、解除なしの填補賠償請求ケースにつき、グゼルの二八一条五項の制限解釈を支持して買主の使用利益返還義務を否定するだけでなく、瑕疵ある給付につき売主が有責である場合の解除ケースについても、

三四六条一項を目的論的に制限することで買主の使用利益返還義務を否定する。Jan LIEDER, a. a. O. (Fn.33), S.616 f. なお、リーダーは、物の瑕疵が原因で買主が受領物を使用できなかった場合には、(買主に使用利益返還義務がないのは当然として) 売主に対する使用利益喪失損害の賠償請求を認めており(同六一八頁)の点ではドイツの両判決や多数説と変わらない。

(67) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.646; dies., in: Hans Theodor SOERGEL Kommentar zum BGB, Band 5/2, Schuldrecht 3/2, 2005, §325 Rn.11. ケセルは、解除と共にする填補賠償請求のケースで(利益返還義務自体を否定するのではなく)本構成を維持すべき根拠事例として、債権者が(なお原物返還可能な)果実を取得した場合を挙げる。果実を取得し、果実が返還可能な場合、価額償還ではなく原物返還しなければならないことが意識されている。

(68) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.646; Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, 2012, Vorbem zu §§346 ff Rn.49; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34; Hubert SCHMIDT, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth / Wolfgang Hau / Roman Poseck, Kommentar zum BGB, Band 1, 2019, §325 Rn.5; Harm Peter WESTERMANN, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Buch 1, 2017, §325 Rn. 2 f.

(69) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.644 f.; dies., a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.10; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

(82) Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

(83) BGH NJW 2008, S.911 Rn.9.

(84) BGH NJW 2008, S.911 Rn.10.

(85) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.16.

(86) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.17.

(87) BGH NJW 2010, S.2428 Rn.23.

(88) Beate GSELL, a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.3,10 f.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.80), Vorbem zu §§346 ff Rn.49 ff.; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

- (88) Vgl. Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.129.
- (90) Theresa Johanna EHLEN, Nutzungsersatz im kaufvertraglichen Mängelgewährleistungs- und Wiederrufsrecht, 2012, S.211.
- (91) 詳しくは本稿IV章2節で後述するが、解除の効果として買主が返還すべき使用利益分をもって使用利益喪失損害とみる見解がある。この見解からは、買主が返還すべき使用利益と賠償請求額とが一致する結果、「買主には使用利益返還義務がない」と表現されることもある。この点で本文の理解（評価矛盾を前提に使用利益返還義務自体を否定する立場）と帰結を同じくするに至る。
- (92) 三二五条は、矛盾した挙動を債権者に許すものではなく、当事者双方の本来の履行を取りやめることに関する決断が金銭による履行利益の損害賠償と矛盾しないことを明確にしたものであると指摘するのは、Beate GSELL, a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.6.
- (93) 本文で挙げた場合のほか、売主が損害賠償義務を負う場合でも、構成②においては（本文(3)で後述するように）本旨履行があった場合に買主が使用したことと生じたであろう減価分を損害から控除することになる以上、目的物の性質（消費財か否かとその程度）と使用方法（自己使用か営利使用か）によっては、認められる損害賠償額が不適合物を現実に使用したことで得た利益分（返還する使用利益分）を下回る可能性も考えられなくはない。この場合も両構成で差が生じ得る。もともと、この点は、類型ごとの考察が必要になるだけでなく、「消費行為」を原状回復義務や使用利益との関係でどのように位置づけるか、また、（本稿IV章2節で残された課題として触れる）使用利益喪失損害を如何に解するかにも深く関わるため、本稿ではこれ以上立ち入らない。
- (94) 本文で述べたように、このように解する理由は、買主が現に利益を受けていることにあるのであって、ここで売主の帰責性を問わずに使用利益返還義務を否定すれば損害賠償請求要件の潜脱となるからではない。後者の指摘（前掲注(74)参照）は、売主に帰責性なくして売主負担とするのが不当であることを前提とした指摘である。
- (95) この点につき、ヘプフナーは、引き渡された自動車に瑕疵があったにもかかわらず完全な形で使用できた場合には、使用利益喪失損害の賠償請求は初めから排除されるとしつつも、買主が返還すべき使用利益分を損害と捉えて損害賠償請求を認め

る。Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.130. こうした損害算定の方法については本文のIV章2節にて触れる。

(96) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.474.

(97) この点を示唆しているかに映えるのは、Beate GSELL, a. a. O. (Fn.30), S.205.

(98) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.80), Vorbem zu §§346 ff Rn.51. したがって、契約不適合が物の使用に影響を与えた場合、すなわち、契約適合物であったならば買主がより多くの使用利益を得たであろう場合に限って、買主は損害賠償を求めることができるとされる。

(99) 近時、曾野裕夫は、「使用利益が生じないと考えられる場合」として平成二二年判決を取り上げ、これが「五四五条三項の適用にあたっては、参考になる」と指摘する(曾野ほか・前掲注(4)一三九頁)。同判決の内容からすれば、曾野は、このような場合には解除の原状回復においても同利益の返還義務(あるいは利益の存在自体)が否定されるべきことを示唆しているよう。

(100) 北居功「判批」民商一四三卷三号(二〇一〇年)三七〇—三七二頁。この北居の分析的確確であるとして支持するのは、高橋眞『入門債権総論』(成文堂・二〇一二年)一三二頁。

(101) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.472; Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.130; Jan LIEDER, a. a. O. (Fn.33), S.617; Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34.

(102) なお、(本文で言及した仮定的使用による減価ではなく)買主が現実に契約不適合物を用法に従って使用したことで生じた減価分についても、I章2節最終段落で述べたように、別途リスク配分の問題が生じる。ドイツでは三四六条二項一文三号により買主は免責される。ドイツの議論については、拙稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して」日法八四卷一号(二〇一八年)一〇一頁以下を参照されたい。

(103) 瀬川は、同事案における解決として使用利益返還義務を否定する場合、買主は返還を受けた代金によって、売主から購入した当時と同等の自動車他から購入することができることで、「一年間自動車を使用したにもかかわらず、それによる価値減少(減価償却)の不利益を負わず、その分だけ『過当な利益』を得る」ことを指摘し、これを考慮すべきことを説いていた



(瀨川・前掲注(5)一〇六頁)。

(104) Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.39.

(105) Florian FAUST, in: Peter Huber / Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.3 Rn.194; Arnd ARNOLD, Rücktritt und Schadensersatz, ZGS 2003, S.429; Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.645; dies., a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.5; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.80), Vorbem zu §§346 ff Rn.53.

(106) 潮見・前掲注(4)四四四頁。ただし、遅滞の場合をも念頭においた検討を通して費用賠償の二元的構造を指摘するのは、上田貴彦「遅滞責任としての費用賠償の可否とその特異性——契約の巻戻しを目的としない原状回復的損害賠償」中京法学五四卷三・四号(二〇二〇年)三三二頁以下。

(107) BGH NJW 2010, S.2427 Rn.32.

(108) たとえば、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権(第4版)』(東京大学出版会・二〇二〇年)一九三頁以下。

(109) 田中洋「判批」窪田・森田編・前掲注(44)一五頁は、「本判決は、抽象論としては、債権者に現に生じた損害のうち、債権者が適時に期待される損害回避減少措置を執つたならば回避・減少しえたであろう損害(額)の部分については、債務者による賠償の対象から除外されるとする賠償責任の制限法理と示唆する」とする。

(110) 原状回復におけるリスク配分のうちでも、たとえば、原物返還不能の場合のリスク負担者決定、使用利益の帰属先決定、さらには価額償還の内容決定では、それぞれでリスク配分の基準が変わり得るのではないかと考える。これらの横断した検討は別稿を予定している。

(111) この点では、目的物を引き渡すことで移転した危険も、買主の解除により売主に回帰するという危険移転論とも共通する。詳しくは、拙稿「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二巻四号(二〇一七年)六七頁以下を参照されたい。

(112) 好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系第2巻現代契約の法理(2)』(有斐閣・一九八四年)一九〇頁。

- (113) この点を明示的に指摘するのは Roland SCHWARZE, a. a. O. (Fn.58), §325 Rn.34, 36.
- (114) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.105), Kap.3 Rn.191 ff.; ders., a. a. O. (Fn.56), S.474; Beate GSELL, a. a. O. (Fn.76), S.646; dies., a. a. O. (Fn.79), §325 Rn.11; Hansjörg OTTO, a. a. O. (Fn.63), §325 Rn. 25; Wolfgang ERNST, in: Münchener Kommentar zum BGB., Band 3, 2022, §325 Rn.7. また BGH, Urteil vom 28. 11. 2007, NJW 2008, S.912 Rn.15. なお この点につき、ヘプフナーは、たとえ使用利益返還義務が二八一条五項の参照指示から初めて生じるとしても、損害賠償の内容はその履行時点において判断されるべきである以上、買主が給付に代わる損害賠償を要求した時(二八一条四項)には、既に発生している買主の使用利益償還義務をもって損害と捉えることが理論的に可能であるという。Clemens HÖPFNER, a. a. O. (Fn.33), S.130. ただし、当然ながら、こうした損害理解は、契約不適合に気づいた買主が使用を中止した後の使用利益喪失損害については機能しない。
- (115) この点も Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.473. また Theresa Johanna EHLEN, a. a. O. (Fn.90), S.84も参照。
- (116) この点の裁判例・学説の詳細は、油納健一「不当利得法における『使用利益』の範囲(一)〜(八・完)」広島法学三七卷二号〜四一卷二号(二〇一三年〜二〇一七年)。
- (117) Florian FAUST, a. a. O. (Fn.56), S.475. ただし、ファウストは、瑕疵のない物から得たであろう使用利益が現実の使用利益よりも大きい場合には、差額分の賠償請求を認める。
- (118) たとえば、油納健一「不当利得法における『使用利益』の範囲(八)」広島法学四一卷二号(二〇一七年)一一頁以下。
- (119) 藤岡ほか・前掲注(37)五八頁〔磯村〕、磯村・前掲注(3)五九頁、中田・前掲注(3)二二九頁、曾野ほか・前掲注(4)一三九頁〔曾野〕。その他、拙稿「ドイツ法における買主による解除前の使用行為——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して」日法八四巻一号(二〇一八年)一〇一頁以下も参照されたい。
- (120) 広義の使用利益には消費利益も含まれることを前提に、目的物に応じてこれを二つに類型化して分析するのは、川角由和『不当利得とはなにか』(日本評論社・二〇〇四年)三九六頁以下〔初出一九八九年〕。

# 電子取引における契約当事者の確定と代理法理の適用

——ドイツの判例及び契約当事者確定論との比較を通じて——

田 中 夏 樹

## I 序

- 一 電子取引における契約当事者確定の意義と問題の所在
  - 二 検討の手法
  - 三 本稿の構成
- ## II ドイツの電子取引に関する判決と従来の契約当事者確定論との関係性
- 一 BGH二〇一一年五月一日判決 (VIP-Lounge 事件判決) の意義
  - 二 学説の評価
  - 三 ドイツにおける従来の契約当事者確定論

四 BGH二〇一一年五月一日判決と従来の契約当事者確定論の関係性

Ⅲ 日本の電子取引における契約当事者の確定

一 ドイツ法の示唆と日本法における契約当事者確定

二 電子取引における契約当事者の確定

三 預金契約における当事者確定論への影響

Ⅳ 結語

一 まとめ

二 残された課題

I 序

一 電子取引における契約当事者確定の意義と問題の所在

- (1) 契約の当事者をどのように確定するか、すなわち法律効果を誰に帰属させるべきかについては、従来は主に預金契約の当事者確定に関連して議論されて<sup>①</sup>いた。議論の範囲が限定されていたのは、契約締結が対面で行われる場合、あるいは遠隔地であっても書面で行われる場合には、契約の帰属主体が明確であり、無権代理のような場合を除いては法律効果の帰属主体についてあまり問題にならなかったことが一因と考えられる。

預金契約の場合には、もともと無記名定期預金の<sup>②</sup>導入を背景にして、実際に預入行為を行った者（以下、「預入行為者」と呼称する。）ではなく、預金の出捐者を契約当事者ないし債権者とする学説・判例が現れた。これは、

金融機関が預入行為者を認識することができないという特殊な状況下で、かつ、金融機関の利益が民法四七八条によって一定の保護がなされることを根拠として、いわゆる客観説が受け入れられていったことによる。<sup>③</sup>

しかし、契約当事者確定論の意義は意識されつつも、<sup>④</sup>預金契約における当事者確定論の議論自体は徐々に下火となつていった。

- (2) ところが、近年になつて取引のあり方が大きく変わったことに伴つて、こうした契約当事者の確定が議論されるべき契約態様が意識されるようになったと思われる。すなわち、電子取引においては利用者が登録した特定のアカウントを通じて取引が行われる場合が多く、アカウントの保有者と実際の取引のための操作を行った者（以下、「取引行為者」と呼称する。）が異なつている場合に、アカウントの保有者と取引行為者のいずれを契約当事者とするかが問題となりえる。<sup>⑤</sup>

電子取引においてアカウントの保有者に匿名での取引が許されていることや取引行為者が相手方から一切認識できないことは、無記名定期預金と同様に誰が契約当事者であるか相手方に不明であることを招く。また、このような電子取引は昨今の新型コロナウイルス感染症禍において非対面型の取引が増加したことにより、議論の重要性が飛躍的に高まつたといえよう。

- (3) しかし、電子取引においては、預金契約の場合と比べてもより複雑な利害関係が生じることが想定される。すなわち、一方で預金契約の場合は、預入行為者と出捐者の双方が預金者であることを主張し、金融機関の免責が主たる問題となつていた。<sup>⑥</sup>

他方で、電子取引の場合には、アカウントの保有者が契約当事者となることを望む場合もあれば、単にアカウ

ントを貸与したのみで、自身は契約当事者となる意思はない場合、そしてなりすましによってアカウントの保有者が取引行為者の行為を全く認識していない場合なども想定される。また、預金契約の場合では、相手方である金融機関は基本的に免責の有無が問題となっていたのに対して、電子取引において売買契約が締結された場合には、免責の問題のみならず、相手方には債権者としての利害関係も生じうる。さらに、それが特定物の売買契約であった場合には、所有権ないし処分権がアカウント保有者と取引行為者のいずれに属するかによる影響も考えられる。

そして、預金契約における当事者確定論の客観説が民法四七八条による免責を根拠に、金融機関には誰が契約当事者であるかについて利害関係がないとしていたことを思い起こせば、このような当事者の利害関係の変化が契約当事者の確定に影響を与えることを検討するのは必須であろう。

(4) 以上のことを踏まえると、電子取引における契約当事者の確定を検討するにあたっては、各関係者の利害関係を明らかにするところからの検討が必要である。また、その際には、預金契約の当事者確定論においてどのような利害関係に基づいてどのような判断が行われたかを明らかにし、それと対比することが有意であると考ええる。

そのうえで、いかなる法律構成が妥当するかを模索することになるが、従来の契約当事者確定論においては、「裸の比較衡量」<sup>8)</sup>とも評されるように、利害関係の調整が優先され、法律構成が必ずしも明確ではなかったように思われる。例えば、預金契約の当事者確定論における客観説は、「預入行為者が金員を横領して自己の預金とする場合を除いて、自らの出捐により自己の預金とする意思をもって金融機関に対して本人自らまたは使者・代理人・機関を通じて預金契約をした出捐者が預金者である」としており、<sup>9)</sup>「使者・代理人・機関を通じて預金契

約」を締結するとしているが、代理法理の適用を肯定するものではなく、むしろ代理法理をはじめとした契約法理の適用を排除するものであると指摘されている。<sup>10)</sup>

他方で「委託された者が、自分の預金でない旨を明示しない限り、その者の預金と見るべきである」とする主観説も、それが代理構成なのか、使者としての構成なのか、比較衡量の結果契約法理とは無関係に契約当事者を確定したもののかは必ずしも明確とはいえない。<sup>12)</sup> 預金契約の当事者確定論においては、預金債権の帰属が問題となっており、契約当事者を確定すれば権利の帰属を認めるのに十分であり、法律効果の帰属を別途検討する必要性が高くなく、法律効果の帰属を根拠づける法律構成が十分に検討されていなかった側面も存在すると思われる。

このように、従来の契約当事者確定論では、法律構成が不明確なまま比較衡量により当事者が確定していたともいえる。しかし、比較衡量の基準が必ずしも明確ではないことに加え、すでに金融機関に利害関係がないとする論拠も本人確認の厳格化や預金口座と紐づけられたサービスの提供<sup>14)</sup>などにより、もはや揺らいでいる。また、従来の預金契約においては、誰が預金者であるか、すなわち債権の帰属を念頭に比較衡量が行われていたのに対し、電子取引においては義務の帰属も争われているため、前提となる利害関係が異なっている。このような事情を反映させて電子取引における契約当事者の確定を検討するとともに、契約当事者とされた者に法律効果を帰属させるための法律構成を明らかにする必要性があると考えられる。

## 二 検討の手法

### (1) B G H二〇一一年五月一日判決 (VIP-Lounge 事件判決)<sup>(15)</sup>

電子取引における当事者確定論はまだ十分な議論がなされていないのであるが、ここでドイツ法に目を向けると、電子取引に「他人の名の下での行為」の法理を適用したB G H二〇一一年五月一日判決（以下、「B G H二〇一一年判決」と呼称する。）が存在する。後述するこの判決の事案では、オークションサイトでアカウントの保有者が設定したアカウント上で、その保有者が認識していない間に取引行為者が商品を出品してしまい、相手方が取引行為者の介入を知らずにその商品に入札した事例であった。相手方はアカウントの保有者に契約責任を追及したが、B G Hは代理法理の類推適用を肯定したものの、結論としてはアカウント保有者への法律効果の帰属を否定し、さらにアカウント保有者の認容代理 (Duldungsvollmacht) 及び外見代理 (Anscheinsvollmacht) の責任を否定した。

(2) この判決によれば、契約効果の帰属主体をアカウント保有者としたうえで、電子取引において相手方が取引行為者の存在に気がつかなかったとしても、代理法理が類推適用されるとしている。先に述べた通り、日本における契約当事者確定論では、客観説においては代理法理の適用を排除し、相手方から認識できない出捐者が預金者とされ、主観説においても代理法理との関係が必ずしも明らかではなかった。しかし、電子取引においては、契約当事者に関し、相手方はパスワードで保護されているアカウントを通じてその保有者と取引を締結している認識であり、取引行為者を契約当事者とすることは相手方への不意打ちとなりえる。また、預金契約が債権の帰属を問題としていたのと異なり、電子取引においては、アカウント保有者には義務の帰属も問題となっており、契



約当事者の確定から直ちに法律効果の帰属を肯定することは妥当ではない。

このような事情を踏まえると、BGHのように、アカウントの保有者を契約当事者としたうえで、別途代理法の（類推）適用により契約責任の帰属を検討し、取引行為者には無権代理人としての責任を肯定することが各関係人の利害関係を調整できると考えられるのではなからうか。

そこで本稿では、BGH二〇一一年判決の事案であるアカウント保有者のアカウント上で取引行為者によって商品が出品され、相手方が取引行為者の介入を知らず、当該アカウントを通じて契約を締結した事例において、電子取引における契約当事者は取引行為者ではなくアカウント保有者であること、そして、日本法においても代理法の（類推）適用が可能であることを仮説とし、その検討の中で契約当事者確定論と代理法理との関係性についても明らかにしたい。すなわち、契約当事者確定論は代理法理をいわば排除するのか、それとも代理法理の先決問題として存在するのかについて明らかにしていきたい。

(3) ドイツにおける預金契約における契約当事者確定論

BGH二〇一一年判決は、アカウント保有者を契約当事者と確定し、代理法理を類推適用したのであるが、このアカウントは匿名であり、当事者確定の基準は必ずしも明らかではない。BGHが採った契約当事者確定の基準及びその根拠を明らかにし、また、その確定された契約当事者を前提とした代理法理の適用可能性を探求するうえでは、ドイツ法におけるそれまでの契約当事者確定論の法律構成を参照したい。それは、ドイツにおいても預金契約における当事者確定が議論され、判例も一定の見解も出していたこともあり、そのような議論の蓄積の上で、BGH二〇一一年判決がアカウントの保有者を契約当事者として確定し、さらに「他人の名の下の行為」

として代理法理の類推適用を肯定していると考えられるからである。そのような一連のドイツ法における議論によって形成された理論構成を参照することにより、日本法でも妥当な結論を導きうるのではなからうか。

ドイツ法を参照するうえで興味深いのは、後述するドイツにおける預金契約における当事者確定の議論も、日本における議論がそうであったように金融機関の認識可能性を問題とする学説と金融機関の認識に關係なく出捐者が預金者となる学説が主張されており、後者の学説においては金融機関の免責の問題がセットになつて論じられている点である。

このように、日本における議論とドイツにおける議論にはその法律構成に共通点があつたように思われる。それは、契約当事者への法律効果の帰属に関する議論の一部が共通していることが前提となつていことがうかがわれ、ドイツにおける法律構成を日本法においても受け入れる余地があるといえる。

もつとも、主張された法律構成の共通性とは異なり、無記名定期預金の導入もあつて日本では周知のように客観説が通説・判例として扱われてきたのに対して、ドイツでは主観説に相当する見解が有力で判例となつて<sup>16</sup>いた。このことは、考慮されていた事実關係が異なることが示唆される。実際に、日本では無記名定期預金が導入された際に、預入行為者を金融機関が認識しえないことが特に重視されてきたように思われるが、これは日本の預金制度の特殊性であらう。<sup>18</sup>

ここから、日本での契約当事者確定論は、直接契約当事者ないし法律効果が帰属するのが誰であるかを比較衡量によって検討するものとなつていったように思われる。<sup>19</sup>他方で、ドイツでこのような無記名定期預金の導入を前提とした議論が存在しなかつたことは、日本とは異なる議論がなされていたことを推察させる。後述するよう

に、ドイツでは、日本のように法律効果が直接帰属する者を比較衡量によって導くというよりも、潜在的に契約当事者となりえる者を明らかにし、そのうえでその者に法律効果ないし債権を帰属させる手段を検討していったように思われる。そうしたドイツでの議論のあり方が、BGH二〇一一年判決とどういった関係にあるのか、そうしたドイツ法の議論の進み方は日本法における預金契約の当事者確定論を電子取引における契約当事者確定論に進めるにあたって、どのような影響があるのかを検討する。

### 三 本稿の構成

本稿では、まずBGHが二〇一一年に下した判決が、どのような事実関係のもとどのような法律構成を採用したのかを明らかにし、従来のドイツにおける契約当事者確定論との関係性ないし位置づけを検討し(Ⅱ)、それをもとに日本法における電子取引における契約当事者確定論と代理法理の関係性を明らかにしたい(Ⅲ)。最後に、契約当事者確定論と代理法理の関係性の次に論じなければならない事柄についてまとめ、今後の課題を明らかにしたい(Ⅳ)。

## Ⅱ ドイツの電子取引に関する判決と従来の契約当事者確定論との関係性

電子取引における契約当事者の確定について、ドイツにおける重要判例であるBGH二〇一一年判決が、どのような議論の積み重ねを前提としていたのかについての検討を行いたい。

そのため、本章ではまずBGH二〇一一年判決の概要と判決内容について述べ、BGHが如何なる事実関係に基づいて、如何なる法律構成を取ったのか詳しく述べる。そして、BGHが採用した法律構成が契約当事者確定とどのよ

うな関係に立つのか明らかにしたい。

## 一 B G H 二〇一一年五月二一日判決 (VIP-Lounge 事件判決) の意義

### (1) 事実の概要

Y は、eBay と呼ばれるいわゆるオークションサイトにおいて、パスワード保護のされた「r」名義のアカウント保有者である。二〇〇八年三月二日、「r」のアカウント上において、「VIP ラウンジ設備／バー／ビストロ／飲食店用営業設備」(以下、「本件ラウンジ設備」と呼称する。)が初期値一・〇〇ユーロで売りに出された。オークション終了の九日前である二〇〇八年三月四日に X は、自身の「m」という名義のアカウントにて一〇〇〇ユーロの最高価格入札で本件ラウンジ設備の購入を申し出た。この出品は、出品者側の都合により出品がキャンセルされた。

しかし、このアカウントでの出品は、Y 本人ではなく、Y の婚約者(後の夫)である A が Y の許諾や認識のなままに Y が保有するアカウント上で本件ラウンジ設備を出品したものであった。

本件ラウンジ設備の出品が取りやめとなった時点で、入札者は X のみであり、最高入札者であった。X は、Y と売買契約が有効に成立し、出品取りやめによって、市場価格と入札価格との差額である三二八二ユーロの損害が発生したとして、Y に対して B G B 四三三三条一項、二八〇条一項三項、二八一条一項に基づいて損害賠償請求がなされた。

L G (Dortmund 二〇〇八年十二月二三日判決、BeckRS 2001,14455) / O J G (Hamm 二〇〇九年七月二〇日判決、BeckRS 2011,13976) とも X の請求が棄却された。

(2) 判決内容

上告棄却

BGHは、控訴審裁判所が、XY間に本件ラウンジ設備についての売買契約が成立していないことから、「Xに、Yに対する債務不履行に基づく損害賠償請求は当然の権利ではない」とした判決内容を維持した(Rn.6)。すなわちBGHは、XY間においては、Yの保有するebayアカウント上で販売された本件ラウンジ設備についての売買契約が成立しておらず、YはXのためにその物品の所有権を取得する義務(BGB四三三条一項)を負わず、そのため、義務の不履行に基づいた損害賠償責任を負わないとしたものである(Rn.7)。

BGHは、Y自身が、ebay上で本件ラウンジ設備の譲渡についての申込みをしたものではないと認定した控訴審裁判所の判断を維持したものであるが、Xは、この点について、控訴審裁判所が不当にYのIDのもとでAによってなされた意思表示がYに帰責されることを否定したと主張していた(Rn.9)。

これに対してBGHは、まず取引行為者であるAの行為について、「確かに、他の—実在の—人物の名の下で行為するときでも、なされた取引が、他の契約相手の標準的な視点から行為者の自己取引(Eigengeschäft)と見える場合、すなわち、行為者のもとに行為者の同一性について誤った印象が引き起こされない場合、行為者自身が権利を得、義務を負いうる」としたが、「ここではそうではない」としてA自身の行為として評価することを否定した。BGHは、その理由として、たとえ出品の文章にAの携帯番号やメールアドレスの記載があったとしても「潜在的な買主の視点から、Yが販売申込みの創設者であり、「潜在的な契約相手にとっては、インターネットプラットフォームeBay上で、呼び出し可能なアカウント保有者の個人および住所に関する届出が決め手

となる」とした (Rn.10)。

BGHはさらに「Aが、他人取引 (Fremdgeschäft) を名義人であるYのために行ったにもかかわらず」、「本件ラウンジ設備についての売買契約は成立していない。それは、YにAの行為は帰責してはならないからである」と述べ、Yへの法律効果の帰属について否定した。また、Yが、アカウントへのアクセスデータを適切に保管していなかったこと及びそれによってAがデータを入手することが可能となったという事情だけではYに法律効果を帰責するのに不十分であるとした (Rn.11)。

BGHは、「他人名義の使用に際して、契約相手のもとに、契約が名義人と締結されるべきであるとの外観が呼び起こされ、また、その際に、行為者の同一性に関して誤った印象を呼び起こし、行為者に代理意思が欠けていたとしても、代理に関する規律やこのために発展した諸原則が類推適用される」として、代理規定の類推適用を肯定した (Rn.12)。本件については、「他人の名の下で申し立てられた法律行為の意思表示は、それが存在する代理権の行使において行われるという場合 (BGB一六四条一項一文類推)、あるいは名義の保有者に後から追認された場合 (BGB一七七条一項類推)、外見代理あるいは認容代理に関する諸原則が介入する場合に限り、規則に従って名義人に義務を負わせる。この基準と比較すると、Yは帰責要件を満たしていない」と結論付けた (Rn.12)。

本件では、「YはAに、あらかじめ相応する意思の表示について権限を与えておらず、その行為を後から追認もしていない。それゆえ、YにAによって表示された意思表示をBGB一六四条一項第一文類推によっても、BGB一七七条一項類推によっても帰責することができない。」 (Rn.13)

また、本稿のテーマである契約当事者の確定とは異なるが重要な点として、認容代理については、YがAに eBay のアカウントへのアクセスデータを公表しておらず、Aの行為を知ってすらいなかったことを理由として否定している (Rn.15)。

外見代理については、本人が代理人の行為は知らなかったが、当該行為を予見し阻止できた場合であり、なおかつ取引相手が代理人の行為を本人が認識・承認していると考えてよかつた場合に認められるとした (Rn.16)。そのうえで、本件では、Yの予見・阻止可能性を否定し (Rn.17)、さらに、取引相手方に代理権授与を信頼させる本人の容態が反復・継続していたこと否定し (Rn.18)、結論として外見代理の適用も否定した。

(3) B G H二〇一一年判決の意義

B G H二〇一一年判決は、会員登録することで取引が可能になる eBay というインターネットプラットフォーム上で、Yが会員登録したアカウントをYの婚約者（後に配偶者）であるAがYの認識・許可なく使用して出品し、Xが入札した場合に、Yが契約責任を負いうるかについて、B G Hが判決を下したものである。

B G Hは、先述したとおり、Yへの責任帰属を否定したのであるが、本稿ではまずB G Hが契約当事者についてどのような位置づけのもとで法律構成を述べていたのかに着目したい。

すなわち、Xを相手方とした売買契約の成立可能性についてB G Hは、Aではなく、Y自身について検討している。B G Hが実際に出品の操作をした取引行為者Aではなく、アカウントの保有者であったY自身を契約責任の帰責主体としていることは、いわば潜在的には契約当事者をYに確定している。これについては、アカウントの表示名義はYではなくIDやハンドルネームであり（通常他のユーザーには登録されている本名や住所は表示されな

い）、一見してアカウントがY個人を表示しているとは言い難く、<sup>(21)</sup> 実際に商品の出品をしていたのがAである以上利害関係を有するのはAであるとして契約当事者をAに確定する可能性も皆無であるとはいえないであろう。B G Hがアカウント保有者の個人に関する届出が決め手であるとしていることは、例えば、Yがアカウントの登録をし、まだ取引の実績やYの個人情報登録がない段階では、アカウントとYの関係性がまだ十分ではなく、Yを契約当事者とできないとする判断もあり得るのではなからうか。

このように考えれば、B G H二〇一一年判決では、AではなくYを積極的に潜在的な契約当事者とし、契約当事者を確定した後に、Yへの法律効果の帰属について代理法理の類推適用を肯定し、検討している（結論としては法律効果の帰属を否定している）といえよう。

また、仮にAを契約当事者と確定した場合には、代理法理を類推適用することができないことから、B G Hの判断内容は、契約当事者確定をいわば先決問題として、確定された契約当事者への法律効果の帰属について代理法理の類推適用を肯定していると構成することも可能であろう。契約当事者の確定と法律効果の帰属を区別して検討することは、日本における預金契約の当事者確定論、特に客観説とは異なる点である。日本における当事者確定論において、契約当事者の確定と法律効果の帰属が明確に区別されていなかったのは、二つの理由があると考えられる。一つ目は預金契約の当事者確定は、いわば預金債権を取得する地位が預入行為者と出捐者のいずれであるかが主として問題となっており、特に定期預金では契約当事者と債権の帰属とがほぼ同義であったために、契約当事者の確定がなされた段階で、法律効果の帰属も認められていたことである。<sup>(22)</sup> 二つ目は契約当事者の確定論の客観説においては明確に、主観説においては必ずしも明確ではないが、契約当事者の確定論においては



代理法理その他の契約法理が排除されていたことである。

また、他に重要な点として、BGH二〇一一年判決が、上記のようにアカウントの保有者とは異なる者が、アカウントを無断で使用して商品を出品した際に、契約相手がこの無断使用を知らず、取引行為者に代理意思がなかったとしても「他人の名の下での行為」として代理法理が類推適用されるとし、そのうえで、AがYのアカウントを利用してなりすまし取引を行ったのが初めてであったことから、外見代理の「反復・継続性」の要件を欠くとしてYへの法律効果の帰属を否定したことである。特に、契約相手であるXからすれば、アカウントを用いて商品を出品したのがYであるかY以外のものであるか、それが初回のなりすましなのか否かについて判断するすがほとんどないにも関わらず（事実上不可能であろう）、Yに対して契約責任を追及することができない点が問題視され、学説もアカウント保有者が自身の行った取引であるにもかかわらず、これを否定するために第三者によるなりすましであるとの主張を招くとして批判している<sup>(23)</sup>。

## 二 学説の評価

BGH二〇一一年判決に対する学説の評価は、Yの責任を否定した結論には好意的なものが多く、本事例に代理法理を類推適用したことについても概ね一致していると評価されているが<sup>(25)</sup>、従来の外見代理に固執し、新たな権利外観を創設する機会を逃したとする意見も述べられている。この意見には、「反復・継続性」の要件が認められなくてもあくまで外見代理を適用すべきとする見解と<sup>(26)</sup>、そもそも外見代理ではなく独自の権利外観を創設すべきとの見解がある<sup>(27)</sup>。

他方で、本稿がテーマとしている契約当事者の確定についてはほとんど論じられていないが、学説においても契約

当事者としての責任を負いうるのはアカウントの保有者と判断されている。それは、Yが本人としての責任を負う可能性を検討し、他方で行為者であるAはあくまでも無権代理の責任を負うとして現れている<sup>28</sup>。しかし、ドイツにおいても預金契約の当事者が誰であるか論じられていたように、取引行為者と、アカウントの保有者のような第三者のうちいずれが契約当事者になるかについては必ずしも当然に決せられるものではない<sup>30</sup>。BGH二〇一一年判決においても、仮に契約当事者とすべきものがアカウントの保有者であるYではなくAである場合には、代理法理によつてYに責任を帰属させることはできず、Xは契約当事者の同一性について錯誤に陥つていたということになる<sup>31</sup>。BGH二〇一一年判決及び学説においては契約当事者の確定の問題は、アカウントの保有者に法律効果を帰属させる前提として検討されなければならない事柄として位置づけられている。

これは、日本法において、契約当事者の確定論が代理法理を排除する関係あるいは関係性が不明確であったことは対照的である。

BGH二〇一一年判決は日本法とは異なり、契約当事者の確定をいわば先決問題として位置づけていたといえるが、匿名アカウントであるにもかかわらず、Yを当事者として確定した基準は必ずしも明確ではない。ここで、ドイツの従来の当事者確定論に目を向けると、日本と同様に預金契約について当事者確定が議論されていた。そこで、ドイツの預金契約における当事者確定論の当事者確定基準を明らかにし、それとBGH二〇一一年判決との整合性を検討することによつてBGHが採用した当事者確定の基準が如何なるものであつたか検討したい。そのうえで、ドイツにおける当事者確定の基準が、日本法においても妥当するかを検討し、日本における電子取引の当事者確定の基準を明らかにしたい。

### 三 ドイツにおける従来の契約当事者確定論

預金契約の当事者を誰とすべきであるかについては、ドイツでも銀行をはじめとする金融機関の認識を問題とする説<sup>(32)</sup>と誰が金銭を出捐したかを問題とする説<sup>(33)</sup>とが提唱されていた。ここで注目したいのは、特に貯蓄口座 (Sparkonto) において日本と同様に<sup>(34)</sup>出捐者を預金者とすべきとの学説が一定数存在していたことである。これらの学説も、振替口座 (Girokonto) の場合のように、誰の資産決済に使用されるかが重要である口座の場合には名義と口座所有者の一致を肯定するが、貯蓄口座の場合には、出捐者を口座所有者とする構成をとっている。

その根拠として、金融機関は、預金債権の払戻しに際して、BGB 八〇八条により免責されることから、誰が預金者であるかについて利害関係がないことを根拠としており、振替口座の場合には誰が預金者であるかについて利害関係を肯定している。それにより、名義人と出捐者の利害関係の調整を優先させているといえるであろう。

このように金融機関の利害関係を否定する論拠は、日本の預金契約の当事者確定論における客観説とも類似している。

しかし、日本における客観説が、いわゆる無記名定期預金の導入という名義人ないし預入行為者が誰であるかわからない制度からある種やむを得ず出捐者を預金者としていた側面があることは異なり、後述の法律構成からも明らかのように名義人ないし預入行為者が認識できることを前提として検討されていたようである。

また、出捐者を預金者とする学説も契約法理との整合性を求めており、そのため、名義人ないし預入行為者が行った金融機関との預金契約をいかにして出捐者に帰属させるかについて、日本とは異なる観点から検討がされていたようである。

具体的には、Canarisは、①BGB三二八条一項により効果を帰属させる構成②債権譲渡により債権を出捐者に帰属させる構成、そして③代理法理により効果を帰属させる構成をそれぞれ検討していた。<sup>35</sup>

①のBGB三二八条一項は、第三者のためにする契約であり、この法律構成を採る場合には、例えば代理法理に基づく場合と異なり、行為者自身の名義で契約締結が行われる。そして、法的効果に関して重要なのは、BGB三二八条一項に基づく場合には、第三者は権利に限つてもたらされるといふことである。

①や③の方法に基づく場合、金融機関の認識ないし協力が必要であるのに対して、②の債権譲渡に基づく場合には、そのような金融機関の協力や認識がなくても出捐者にあたる者が預金債権の債権者となることができる。もつともこの方法では、出捐者への口座自体の移行には金融機関の承諾が必要である。

そして、最後に述べるのが、BGB一六四条以下の規定に基づく代理法理による場合であるが、この法的構成の場合に重要なのは、法律効果が出捐者に帰属し、そのため契約当事者の地位が当初から出捐者に帰属することが認められること、権利のみならず義務の帰属を肯定できることである。対して①の第三者のためにする契約の場合、出捐者には預金債権が帰属するに過ぎず、義務を負わせることはできないのであり、②の債権譲渡の場合には、金融機関の協力なしには債権の譲渡しかできないのであって、いずれも契約当事者の地位や債務は預入行為者に帰属したままである。

日本法について既に述べたように預金債権の場合には、預金契約者としての口座の帰属と預金債権の帰属はほぼ同義であつて、必ずしも両者を区別する必要性は大きくなかつたといえる。ドイツでも、契約当事者の確定と法律効果の帰属を別に論じつつも、出捐者に債権を帰属させる構成と契約当事者とする構成のいずれも法律効果を帰属させる

手段として同列に検討されていた。

このような学説の考え方に対して、BGHは、「個別事例の諸事情の特別な考慮のもと、預入を行った者の認識可能な意思に従って、誰が銀行の債権者になるべきかを検討しなければならない」という一般規律を構築したとされている<sup>(36)</sup>。これは、BGB一三三条BGB一五七条に基づいた「客観的解釈 (die objektiven Auslegung)」の原則を具体化したものであるとされている<sup>(37)</sup>。

この判例の見解において重要なのは、預入行為者の意思であり、特に金融機関にとって認識可能な意思に限定されていることである。預金契約の当事者の確定についてのBGHの立場は、日本における主観説に近い考え方であったといえよう。しかし、その法理構成は当初から明らかであったとはいいがたく、RG一九一〇年四月八日判決 (RGZ 73,220)、BGH一九五六年六月二五日判決 (BGHZ 21,148)、BGH一九六六年一〇月一〇日判決 (WM 66,1246) 及び判決文で出捐者に法律効果を帰属させる法律構成に言及しておらず<sup>(38)</sup>、他方でBGH一九六六年一月九日判決 (BGHZ 46,198)、BGH一九六五年六月二二日判決 (WM 65,897)、BGH一九七〇年四月一九日判決 (WM 70,712) 等は、本文中にBGB三二八条一項 (第三者のためにする契約) を引用して法律効果を帰属させている。これは、判例も契約当事者の確定を先決問題として扱い、当初は法律効果を帰属させる法律構成は不明確であったが、預入行為者の意思解釈に基づいて出捐者に法律効果を帰属させる法律構成を別途検討したとする見方も不可能ではないのではなからうか。また、先ほど述べたCanarisが検討していた各法律構成も、預入行為者の意思に従って法律構成が判断されるところを考えれば、判例の見解とも整合する。

これらの学説や判例の見解のうち、第三者のためにする契約や債権譲渡によるものは、口座の所有者と口座の債権

者とが一致することを必要としない見解であるといえる。債権譲渡に基づく場合、口座名義の書換えは別途金融機関の同意が必要であるとしており、口座の所有者と口座の債権者を分けている。

他方で、代理法理による構成は、当初から預入行為者とは別に第三者(出捐者)を契約当事者として口座の所有者と口座の債権者とを一致させる見解である。<sup>39)</sup>

特に重要であると考えられるのは、貯蓄口座の契約当事者を第三者(出捐者)にするための理論構成として代理構成が主張されている点である。それは、当然ながら代理構成に基づく場合には、代理権の存在が必要であり、当然に法律効果が帰属せず、ここで述べられている契約当事者の確定は、いわば法律効果の帰属主体ではなく、法律効果を帰属させ得る主体であるということである。<sup>40)</sup> このことから、権利の帰属先を比較衡量に基づいて二者択一でいずれかに確定することに限られず、より広く権利義務の帰属主体の選定という側面が存在していると考えられる。

#### 四 B G H 二〇一一年五月一日判決と従来の契約当事者確定論の関係性

預金契約の当事者確定と本件のような電子取引の契約当事者確定が決定的に異なる点は、事実関係においては、預金契約では預入行為者を金融機関が認識できるのに対して、電子取引では通常取引行為者の存在すら認識できない点である。

また、法的効果については、預金契約の場合には預金債権の帰属が問題となっており、主として権利の帰属が問題となっていたのに対し、B G H 二〇一一年判決の事例では、義務の帰属が主として問題となっている点である。

では、電子取引における契約当事者の確定におけるB G H 二〇一一年判決の法律構成と、かつて議論されていた預金契約の当事者の確定における法律構成に連続性はあるのであろうか。そして、そのような連続性が、日本法の電子

取引における契約当事者の確定論にどのような影響を及ぼすのか検討したい。

(1) まずBGH二〇一一年判決は、「他人の名の下での行為」を適用しており、アカウント保有者が契約当事者であることはある種前提としている。この点、ドイツ法において、「他人の名の下での行為」の場合には、争いのあるものの代理法理の類推適用が肯定され、<sup>(41)</sup>「他人」を契約当事者としている。しかし「他人の名の下での行為」の事例においては、少なくとも相手方は（本人の名を用いている）代理人と交渉や契約締結をしているため、事実関係としては代理人が介入しており、また、「他人の名」を示している以上法律効果が帰属する主体は明示されている。しかし、電子取引では、相手方はそのインターネットプラットフォーム上のある程度類型的な出品画面しか見ることができず、その商品説明の表現を見ることはできても、そこから商品の出品にアカウントの保有者以外の別の者が取引行為者として介入していることや匿名のアカウントから法律効果の帰属する主体を認識するのは困難である。これは、アカウント自体はある者の属性を示しているものではなく、また誰が操作しているかが外部からは判断できないことが原因である。

そうであれば、アカウント保有者を当然の前提として契約当事者とし、単純に「他人の名の下での行為」の法理論をそのまま電子取引にあてはめ、代理法理の類推適用を肯定するのは性急に過ぎるといふべきであり、なぜ記号ないし番号に過ぎない匿名のアカウントの表示によってその保有者が契約当事者となるかを論じなければならぬ。<sup>(42)</sup>

また、実際に取引行為となる出品の作業を行っているのは、取引行為者であり、取引行為者が契約当事者にならないことの理論的根拠づけも必要であり、匿名のアカウントにもかかわらず、当該アカウントの保有者を契約

当事者とするにはどういった事情が必要なのか、従来の契約当事者確定論を踏まえた検討の必要がある。

これらの点を踏まえ、まずBGH二〇一一年判決の事実関係を整理し、その事実関係が従来の契約当事者確定論における事実関係とどのように異なるのか、事実関係が異なる場合であってもアカウント保有者を契約当事者とし、代理法理の（類推）適用を肯定する素地があったのか、従来の学説や判例と同様の理論的根拠があるのかについても明らかにしたい。

(2) BGH二〇一一年判決は、YがeBayのアカウント保有者であり、Yの婚約者であったAは、Yの認識や許可がないにもかかわらず、Yのアカウントを用いて商品を出品している。通常の代理と異なる点として、相手方であるXからは、Aの存在を認識することは非常に困難であることが挙げられる。

他方で判決中では検討されていないが、eBayをはじめとするインターネットプラットフォームでは、商品を出品する際には、出品者のそれまでの取引歴に基づく出品者の評価を見ることができ、この評価は、その出品者と取引した者が出品者を評価し、商品や取引の対応についてのコメントを残すこともできる。Xのような購入者は、このような過去に出品者と取引を行った者が行った評価を踏まえて、取引相手を選択することができる。この評価システム自体はアカウントの評価であるため、その評価が直ちにアカウント保有者の評価となるわけではないが、当該アカウントがパスワードで保護されており、原則としてアカウント保有者しか利用できないという建前に基づいてアカウント保有者の評価と同視しえる<sup>(43)</sup>。また、このパスワードシステムにより、ハッキングやパスワードの交付などの事情がない限り、アカウント上で操作しているのはアカウント保有者であると相手方からは認識される（BGH二〇一一年判決Rn.10参照）。通常XはYの人となりを知るすべはこの評価システムしかな



く、Xからすれば、そのような評価のされたアカウントの保有者と取引を行ったという認識になる。AがYのアカウントを利用して取引を行った際でも、本件ではYの保有する一定の評価を伴ったアカウントを通じてAが出品の意思を示すのであり、Yが自身で出品した場合とでは、商品の説明やメールアドレスが異なることを除いて、ほとんど差異は存在していなかった。

- (3) このような場合に、Yを潜在的に法律効果が帰属する主体、すなわち、契約当事者として確定できるであろうか。

従来のドイツにおける契約当事者確定論においては、相手方の信頼というものが重視されてきた。その信頼というものは、預金契約の場合に「預入を行った者の認識可能な意思」が基準とされていたことにも表れている。また、ドイツにおける学説には貯蓄口座のみ出捐者を契約当事者として確定することを肯定し、先に述べたように振替口座の場合には名義と契約当事者を一致させる学説もあり、この学説は振替口座の場合には誰が預金者であるかについて利害関係を肯定している。

このように契約当事者確定論においては相手方が認識可能な意思を重視しており、相手方に利害関係が生じる場合にはより相手方の認識との一致が求められる。BGH二〇一一年判決が前提としていた事案では、BGHが認定しているように、販売の申込みはアカウント保有者であるYによってなされていると認識されるものであった。これは、Xの立場から見ればアカウントの評価システムに基づき、そのような評価を伴ったアカウント保有者と契約を締結する意思があったといえ、<sup>(44)</sup>アカウントがパスワード保護されていたことも踏まえると、相手方であるXの認識可能な意思によればアカウント保有者であるYが契約当事者として認定される事案であった。<sup>(45)</sup>

BGHが「潜在的な契約相手にとっては、…アカウント保有者の個人および住所に関する届出が決め手となる」(Rn.10)として「…」こともアカウントを通じてAではなくアカウント保有者(結果的にY)を相手方と認識しているとの認定と考えられる。このように相手方であるXの認識可能な意思は、パスワード保護されたアカウントを通すことによつてその保有者であるYの意思であるといえ、先に述べたドイツの当事者確定の基準に基づき、Yを契約当事者として確定すべきである。もつとも、従来のBGHの当事者確定の基準はBGB三二八条一項に基づいており、権利に限つて直ちに帰属を肯定できるものであるといえ、義務を負いかねないYの利益を踏まえればBGB三二八条一項の適用を維持するのは困難であろう。また、契約締結に際しては、通常は相手方を取り違えるリスクは相手方が負うが、電子取引では異なった考慮が必要であると指摘されている<sup>46)</sup>。

そして、BGHはこの事案において、代理法理の類推適用を肯定しているのであるが、預金契約の当事者確定論においても潜在的な契約当事者を出捐者としたうえで、その者への効果帰属を代理法理の適用にて肯定する見解が主張されていたのであり、法律効果の帰属についても類似の法律構成が見受けられる。従来主張されていたのは、第三者のためにする契約、債権譲渡、代理法理であったが、電子取引の事案では、取引行為者の意思としては認識できないことを踏まえなければならない。また、アカウント保有者を契約当事者とすることや権利のみならず義務の帰属を肯定する必要がある、第三者のためにする契約や債権譲渡は妥当せず、代理法理の(類推)適用を検討すべきであったといえる。従来BGB三二八条一項を引用していたBGHが第三者のためにする契約を採用しなかったことは、預金契約とは事実関係や求められる法律効果が異なることが原因と考えられるのではなからうか。そして、BGH二〇一一年判決の事例において、評価システムによつてアカウントの評価が取引相

手としてのアカウント保有者を示しており、アカウント保有者が契約当事者として扱われるとすれば、「他人の名の下での行為」が肯定される事例であったといえ、契約当事者への効果帰属を肯定する法律構成のうち代理法理を類推適用することが肯定されたことは、従来の契約当事者確定論の理論構成と同様であると評価しえるであろう。もつとも、従来の契約当事者確定論では、預入行為者を取引相手から認識できることから、代理法理の直接適用が可能であったが、電子取引では取引行為者が取引相手から認識できず、「他人の名の下での行為」として代理法理の類推適用となる点は異なる。

このように考えれば、BGH二〇一一年判決は、相手方の認識可能な意思に基づいて契約当事者を確定しているといえ、従来の契約当事者確定論と異なった理論構成ではない。むしろ主に預金契約における特殊な議論であったドイツの契約当事者確定論が、電子取引にも妥当し、同様の理論構成が適用されたとした判決であると評価することも可能であろう。

### Ⅲ 日本の電子取引における契約当事者の確定

次にこれらの議論が、はたして日本法においても妥当するか、検討したい。特に日本の電子取引における契約当事者の確定や契約効果の帰属についてはまだ議論が形成され始めた段階であり、先に述べたドイツ法の理論構成を受容する素地があるか、さらにはそれが相当であるのか検討したい。

一 ドイツ法の示唆と日本法における契約当事者確定

(1) 日本法における契約当事者確定の基準

既に旧稿で検討したように、日本の預金契約における当事者確定論では、無記名定期の導入もあり客観説が判例・通説と扱われていた。<sup>48</sup>このように、日本法とドイツ法においては、無記名定期預金の導入や客観説の通説化等必ずしも同様の議論経過をたどったわけではない。日本において無記名定期預金や架空名義の預金口座が多数存在していた時期には、金融機関が預入行為者の意思を認識できない場合があり、ドイツ法の理論構成を受けられるのは困難であったと思われる。しかし、日本でも本人確認の厳格化などの要因により、預入行為者と預金名義人の同一性と実在性を金融機関が認識することができるようになり、金融機関が認識可能な預入行為者の意思を基準とすることが可能となったといえよう。<sup>49</sup>そのように預入行為者の意思を認識することが可能であることを前提とし、そして金融機関には誰が預金契約の当事者であるかについて利害関係が肯定されるのであれば、<sup>50</sup>ドイツ法と同様に金融機関が認識可能な意思を基準とすべきであろう。その結果預金者として扱われる者が、預金名義人として記載されるべきである。また、このように解することによって、基準が不明確となる「裸の比較衡量」に依拠せず、預金契約の特殊性から脱却し、一般化することができる。加えて、預金契約に限らず一般的に契約当事者の確定を先決問題とし、その後別途法律効果の帰属を検討することによって、権利のみならず義務の帰属を含めた利害関係の調整が可能となる。

もちろん、従来預金契約において主張されていたような比較衡量に基づき、当事者への権利の帰属のみならず義務の帰属をも新たに考慮対象として契約当事者を確定することも可能であるかもしれないが、従来の預金契約

における当事者確定論では権利の帰属と金融機関の免責を中心に構成しており、電子取引のように当事者への義務の帰属という想定されていなかった新しい要素が加わることにより、基準がより複雑で明確性が欠けることになり妥当ではない。また、従来の比較衡量では、契約相手方の利害を民法四七八条の中に解消していたが、電子取引では債権者としての利害が生じる以上、もはや従来の比較衡量の枠組みは維持できない。

このような従来の比較衡量では解消できない利害関係についても、当事者の確定と法律効果の帰属を別に検討することで解消可能であると考ええる。したがって、日本法においてドイツ法の理論構成を受容することが可能であり、かつ妥当であるといえ、預金契約に限らず、契約当事者確定の基準としては、ドイツ法と同様に相手方が認識可能な他方当事者の意思に基づいて契約当事者を確定すると考えるべきである。

## (2) 契約当事者の確定と契約法理の適用

しかし、このように契約当事者を相手方が認識可能な他方当事者の意思から導くとしても、どのように法律効果を帰属させるべきかはさらに検討が必要である。それは、金融機関の認識を重視する従来の主観説においても、代理法理をはじめとする契約法理との関係は必ずしも明らかではなかったからである。すなわち、主観説も誰を契約当事者とするかの基準であり、その中でその契約当事者にどのような法律構成で法律効果を帰属させるかについての言及は必ずしも多くない。これは、預金契約の特殊性のほかに、預金契約の当事者の確定論では主として権利の帰属が問題となっており、かつ、出捐者が自身に権利が帰属することを求めていた事案であり、契約当事者の確定から直ちに預金者が契約者としての地位ないしは債権を認めることが可能であったことも一因である。契約相手方である金融機関の認識を重視したうえで、契約法理との関係をなお明らかにする必要がある。

そこで、ドイツ法の考え方を参照すると、BGHは「個別事例の諸事情の特別な考慮のもと、預入を行った者の認識可能な意思に従って、誰が銀行の債権者になるべきかを検討しなければならない」としたうえで、BGB三二八条一項を引用するようになるなど、出捐者を契約当事者とする場合でも、契約法理との整合性を保つような法律構成を採用していた。ドイツの学説においても出捐者を契約当事者としながら、契約法理による根拠づけがなされていた。そして、日本の従来の主観説にも代理法理や第三者のためにする契約に基づいて法律効果を帰属させることを検討する見解<sup>51)</sup>があり、また「預金者の認定という問題は、…契約の一般理論に合致して、誰が預金者であるかは、銀行にとって認識することのできる預金預入行為者の意思に従って決定されるべきである<sup>52)</sup>」として当事者確定についてドイツの判例と同一の基準を採り、契約法理の適用を肯定する見解も提唱されていた。このように契約の相手方の認識を重視する見解は契約法理の適用と矛盾するものではなく、むしろ、契約当事者の確定の基準を比較衡量から意思解釈に引き戻すことによって、代理をはじめとする契約法理の適用が可能となり、ドイツ法と同様に契約法理の適用を肯定できるとすべきであろう。

また、無記名定期預金や架空名義の預金口座を想定しなくてよい以上もはや契約法理を排除して利害関係を調整する必要はない<sup>53)</sup>。さらに、預金契約における当事者確定論で主張されていた見解では、主に権利の帰属を想定しており、義務の帰属を含めて利害関係を調整することは想定されていなかったように思われる。むしろ預金契約の特殊性から脱却し、一般化して権利の帰属のみならず義務の帰属可能性をも含めて検討するうえで、一般の契約法理に基づき、法律効果の帰属を別途検討する方が各関係人の利害関係をより妥当に調整できるのであり、<sup>54)</sup>契約相手方が認識可能な意思や合意内容に基づいて契約当事者を確定した後、代理法理を(類推)適用する

ことが肯定されるべきであろう。<sup>(55)</sup>

したがって、契約当事者の確定に際しては、従来の客観説のように契約当事者の確定が代理法理をはじめとする契約法理を排除するものではなく、また、契約当事者の確定から直ちに契約効果の帰属を肯定するものでもなく、契約当事者の確定を先決問題として扱い、そのうえで、別途法律効果の帰属の可否を契約法理に基づいて検討すべきである。

## 二 電子取引における契約当事者の確定

このように、契約当事者確定は相手方の認識を重視して潜在的な契約当事者を確定すべきであると考えられるのであるが、ここから日本における電子取引での契約当事者の確定について論じたい。

(1) まず事実関係として、電子取引では、購入者の信頼は、契約相手が実在していることにとどまらず、契約相手となる者が非対面取引であっても信用に足るものであるかを含んでいることになる。また、実際に出品している行為者がアカウントの保有者と一致していることは厳格に確かめようがないが、抽象的な乗っ取りやアカウント貸与の可能性を除き、パスワード保護やメールでの認証等によりアカウント保有者が操作していることを信頼することが許されると考えられる。<sup>(56)</sup>

他方で契約相手として信用に足りるかについては、電子取引では、商品を購入するときに、出品者が提供した商品の写真を確認して購入することが多く、これにより一応の在庫状況や商品の実在を確認することはできるが、いわゆる無在庫販売の場合やそもそも画像自体がインターネット上で取得した画像である可能性もあり、必ずしも写真から在庫状況や売主の手元に商品があることを信頼することはできない。そのため多くの場合、過去に取

引したところのある相手方でなければ、購入の際に相手方の信用を確かめるすべは、評価システムによる相手方の評価であろう。<sup>(57)</sup> B G H二〇一一年判決で問題となった eBay やその他のインターネットプラットフォーム上では、取引後に相手方がよい契約相手であったかについて、ユーザーによる評価がなされ、コメントをつけることもできる。トラブルなくスムーズに取引を終えた場合には高評価がつけられることもあり、獲得した評価の平均値や評価の総数を確認することもできるため、同種の商品を出品している出品者がほかに存在しない場合を除けば、評価の数が多く、安定して高評価を獲得している出品者をそうでない出品者より優先して契約相手に選ぶことが多いであろう。この場合、購入者は評価システムを通じて契約相手の履行可能性等を間接的に信頼することになる。<sup>(58)</sup>

(2) このように、電子取引においては、事実関係やそれに基づく信頼の内容が預金契約の場合とはかなり異なっている。まずパスワードにて保護されている、少なくとも個人アカウントである場合<sup>(59)</sup>には、通常第三者が取引行為者としてアカウントを操作していることは想定されないから、契約相手が認識できる出品による売却の意思は、アカウント保有者の意思として現れていることとして扱われるべきである。また、電子取引では、預金契約と異なり、売買契約が締結されることから、信頼の対象は契約相手となる者の履行を確保できるか、そのように信頼に足る相手方であるかになっており、アカウントの評価を通じてアカウントの保有者を信頼できる契約相手であるかを確認している。電子取引の場合には、相手方は債権者ともなる以上、誰が契約相手であるかについて利害関係があるといえる。

そうであれば、契約の相手方は、アカウント上で表示された意思をその保有者のものであると信頼すること、



及びアカウントの評価からアカウント保有者の契約相手としての信頼をすることができ、先ほど述べたような相手方が認識可能な他方当事者（アカウント保有者）の意思を基準とすれば、アカウント保有者が潜在的な契約当事者として確定されるべきであるといえよう。<sup>60</sup>さらに、アカウントがパスワード保護されていることから、アカウント保有者以外のものが介入することは例外的であり、相手方の認識に反することから、アカウント上で表示された意思是、そのような説明があったなどの特段の事情がない限り取引行為者の意思として扱うべきではなく、取引行為者を契約当事者と認定すべきではない。そして、先ほど検討したように、アカウントの保有者が契約の当事者であることとアカウントの保有者に契約責任を帰属できるかについては、別に検討されるべき問題となる。契約当事者の確定と契約責任の帰属を区別して検討することにより、アカウント保有者とは別の取引行為者の介入があっても直ちにアカウント保有者に法律効果の帰属が肯定されず、利害関係の調整が可能となる。

もちろん、実際にもアカウント保有者が自身で出品していた場合には、問題なく法律効果がアカウント保有者に帰属することになる。問題となるのは、BGH二〇一一年判決のようにアカウント保有者と実際に操作した取引行為者とが異なる場合である。この場合、BGHはたとえ取引行為者が電子取引の過程で一切認識されなかったとしても「他人の名の下での行為」として代理法理が（類推）適用されるとしている。これは「行為の際に他人性が認識できない場合でさえも、他人性のある、法律行為的行為が代理として法秩序に評価されることはまったくもって想定できる」とされている。<sup>61</sup>

先ほど述べた通り、日本法においても当事者の確定は契約法理を排除せず、その適用可能性を認めるべきである。そして、電子取引のように相手方からは代理人の存在が認識できなかったとしても、本人に法律効果を帰属

させることについては、署名代理の形式で日本法においても認められており、署名代理に基づいて契約当事者への法律効果の帰属の可否を検討すべきとなる<sup>63</sup>。他方で、第三者のためにする契約や債権譲渡による構成は、ドイツ法の検討で述べたように電子取引の事実関係では妥当とはいえない。

以上のことからすれば、電子取引における契約当事者は取引行為者ではなくアカウント保有者であること、そして、日本法においても代理法理の(類推)適用が可能であるとすべきである。

従来の日本法では、預金契約において主に債権の帰属が争われており、契約当事者と確定された者に債権の帰属を直ちに認めても不都合はなく、また、契約当事者確定論と代理法理との関係性は必ずしも明らかではなかった。しかし、電子取引のように権利のみならず義務の帰属をも検討しなければならない契約類型では、従来の基準を維持することが困難である。他方で、BGHが採用したアカウント保有者を契約当事者としたうえで、代理法理を類推適用するという構成は、日本法においても肯定でき、より妥当な利害関係の調整が可能であるといえ、今後電子取引における事実関係に応じて代理法理による解決を検討していくべきであると考えられる。

### 三 預金契約における当事者確定論への影響

このように、電子取引においては、相手方の認識可能な意思に基づいて契約当事者を確定し、確定された契約当事者への法律効果の帰属は代理法理を類推適用することになる。では、従来の預金契約における当事者確定論はどのように解すべきであろうか。既に日本においてドイツの当事者確定基準を受け入れ可能か検討した際に部分的に述べているが、ここで改めて統一的な基準で当事者を確定できることを確認したい。

既に旧稿にて述べたように、預金契約の当事者確定についても、従来の客観説はもはや妥当せず、預金契約におい

ては本人確認が厳格に行われ、預入行為者と預金名義人が一致する限り、預金名義人が契約当事者となる<sup>64</sup>。このとき、金融機関には預入行為者と預金名義人の同一性と実在性が確認でき、預入行為者の意思を認識できる状況にあるといえる。金融機関には誰が預金者か認識できないという特殊性が失われた預金契約においても、金融機関が認識できる相手方の意思を基準として契約当事者を確定し、契約法理の適用を肯定すべきであると考えられる。旧稿では預金契約における契約当事者を預金名義人とすべきとしたものであるが、契約法理の適用については十分に検討できておらず、旧稿の見解からさらに進んでこのような構成を採りたい。このように解することによって、電子取引・預金契約を問わず、統一的な基準に基づいて当事者を確定することができる。もともと、電子取引の場合には代理法理が類推適用されたのに対して、預金契約の場合には、金融機関は預入行為者を認識できるため、預入行為者が第三者の口座開設を希望した際（親が子の口座を開設する場合など）には代理法理の直接適用となり、また、その限りにおいては預入行為者と預金名義人とは一致しないことになる。

もちろん、預金契約の場合、電子取引の場合と異なり義務の帰属を検討する必要がなく、あえて当事者確定後に別途法律効果の帰属を検討する必要性が異なるが、預金契約の特殊性が失われた以上、基準が不明確となる比較衡量に基づくべきではなく、契約法理の適用を肯定できる当事者確定の基準に基づくべきである。

#### IV 結語

##### 一 まとめ

以上のように、電子取引において誰を契約当事者として確定するかについては、預金契約の場合に比べて事実関係

や利害関係につき異なることが多いものの、相手方の認識可能な意思を基準としてアカウントの保有者を契約当事者として確定すべきであると考えられる。ただしここでの契約当事者とは、あくまでも潜在的なもので、無権代理と同様に法律効果の帰属はしておらず、契約当事者としての適格があるに過ぎないと考え、法律効果の帰属には別途代理法理の（類推）適用をすべきである。

このように解すること、いわば電子取引の特殊性に配慮しながらも、妥当な結論を導くことができるのではないかと考えられる。特に電子取引では、取引行為者がアカウント保有者の評価を用いて出品を行い、相手方はその評価を信頼して契約締結に至ることから、署名代理の一類型と結果的には同様の事実関係にあると考えられ、現行法上の理論的妥当性も肯定できるのではないだろうか。

したがって、従来の契約当事者確定論は、いわば代理法理の（類推）適用の先決問題として存在していると考えべきであり、これまでこのことがあまり意識されていなかったのは、預金契約に限った場合、権利の帰属の問題に限定され、本人である出捐者も効果の帰属を主張していたのであり、いわば出捐者と預入行為者のどちらを契約当事者とするかの選択問題であったことが一因と考えられる。しかし電子取引の契約当事者の確定では、このような裸の比較衡量とも評される考え方から脱却し、法律効果の帰属問題とは切り離されて検討されるべき事項であろう。むしろ、契約当事者の確定により、電子取引において予想外の相手方に契約効果が帰属することを防ぐことにも意義を見出せるのではなからうか。特に電子取引では、購入者も債権者となるので、かつての客観説のように民法四七八条に基づいて相手方が誰であるかに利害関係が無いとはいえないであろう。

## 二 残された課題

以上のように、契約当事者確定論と代理法理の適用関係について整理したが、これは従来の契約当事者確定論が契約法理を排除していたことに対して、契約法理、中でも代理法理の適用可能性を肯定したものであり、いわば取引行為者が介入した場合の電子取引におけるスタート地点を明らかにしたにすぎない。そのため、まだ具体的な事例ごとに適用関係を明らかにしたとは到底いえない。例えば、そもそも署名代理についてはまだ十分な検討がなされていないこともあり、本稿で検討した代理法理の適用可能性を前提に、どのような事実関係であれば電子取引の場合に適用できるのかについては今後の課題としたい。ほか、「他人の名の下での行為」を肯定したBGH二〇一一年判決は、従来の外見代理の要件を維持したことについて学説から強く批判されており、BGHのこうした判断の検討も避けられない事柄である。

また、本稿では、BGH二〇一一年判決の事例を念頭において検討を行ったものであるが、電子取引に取引行為者が介入する事例は様々なものが考えられる。例えば、特定物の所有者が取引行為者として他人のアカウントを利用して当該特定物を出品し、売買契約が成立したとして商品の発送まで終えてしまった場合、アカウント保有者がアカウントのパスワードと利用許諾を取引行為者に与えていた場合、取引行為者が相手方が出品していた商品を他人のアカウントで購入し、アカウント保有者が自己の契約として追認を望んだ場合など多様な事例が想定され、契約当事者確定論が事実関係を重視してきた以上、それぞれの法律関係を検討する必要がある。さらにそもそもの前提として、アカウント自体が作成されたばかりで、アカウント保有者の個人情報の登録がなく、アカウントを通じてその保有者の意思表示であると信頼できない場合には、本稿で検討した「認識可能な意思」が認められず、別のアプローチが必

要ともなろう。

本稿で明らかにした、契約当事者確定論と代理法理の適用関係を元に、今後、これらの事例について検討することを課題としたい。

- (1) 我妻栄『債権各論中巻二(民法講義V3)』(岩波書店、一九六二) 七三五頁、大原栄一「判批」ジュリ二六三号(一九六二) 一〇七頁、鈴木重信「架空名義預金者認定に関する一考察」金法五七七号(一九七〇) 四頁、谷口知平「預金者の認定」金法六八九号(一九七三) 五頁、平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木祿弥ほか編『金融取引法大系第2巻—預金取引』(有斐閣、一九八三) 七九頁、中馬義直「預金者の認定」淡路剛久ほか編『現代契約法大系第5巻—金融取引契約』(有斐閣、一九八四) 八六頁、安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田喜久夫先生Ⅱ西原道雄先生Ⅱ高木多喜男先生還暦記念『金融法の課題と展望』(日本評論社、一九九〇) 一六四頁、高木多喜男「預金者の認定(上)」金法七四七号(一九七五) 四頁、高木多喜男「預金者の認定(下)」金法七四八号(一九七五) 四頁、山本敬三『民法講義IV・1 契約』(有斐閣、二〇〇五) 五七頁等多数。預金契約の当事者確定以外に、鹿野菜穂子「契約当事者の確定(1)―他人名義の不動産売買を中心に―」立命館法学二三八号(一九九四) 一二三頁は、不動産売買を対象として契約当事者確定論を論じている。
- (2) 中馬・前掲注(1) 八六頁によれば、「銀行は預金者の住所氏名を届けさせず、印章だけを届けさせておき、無記名の定期預金証書を交付し、それに届出印を押しして差し出した者に元金を支払うというものである。届け出しておく印章はどんなものでもよく、且つ、それがたまたま預入行為者の姓と符合するときにおいても、その者の個性とは関係ない性質のものだと解されている」とされている。
- (3) 太田知行「記名式預金の預金者認定と客観説——判例の利益衡量への疑問」広中俊雄先生古稀祝賀『民事法秩序の生成と展開』(創文社、一九九六) 四一七頁以下に、客観説が受け入れられるまでの判例の展開が詳しく述べられている。
- (4) 磯村保「契約当事者の確定をめぐって」早稲田ロー七号(二〇一三) 九一頁以下等。

- (5) いわゆるなりすましと呼ばれる問題を含み、白井豊『電子取引時代のなりすましと「同一性」外観責任』八三頁以下では、電子取引におけるなりすましと契約当事者の確定について述べている。
- (6) 前田庸「預金者の認定と銀行の免責」鈴木竹雄編『新銀行実務講座第14巻―銀行取引の法律問題』（有斐閣、一九六七）八一頁。
- (7) 例えば、操作に不慣れなアカウントの保有者が操作の代行を依頼した場合などが想定されよう。
- (8) 石田喜久夫「判批」判タ三六一号（一九七七）九五頁。
- (9) 平出・前掲注（1）七九頁。
- (10) 内田貴Ⅱ佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について（上）」NBL八〇八号（二〇〇五）一七頁、安永・前掲注（1）一六三頁。
- (11) 我妻・前掲注（1）七三五頁。
- (12) 内田Ⅱ佐藤・前掲注（10）二〇頁は、主観説について、「主観説の背景に契約解釈の一般理論があるという面は否めない」としたうえで、「判断に必要な認定は誰が預入行為をしたかということである」としている。実際に例えば田中誠二『新版銀行取引法 3全訂版』（経済法令研究会、一九八四）九五頁以下は預入行為者を預金者として、預金者が別人のために預入れを行っていた場合には民法一〇〇条には言及せず、当事者の錯誤の問題であるとしている。他方で、太田知行「記名式預金における預金者の認定―判例の分析を中心にして―」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向（下）』（有斐閣、一九九二）二五〇頁は、主観説を「使者と代理人との区別、民法九九条・一〇〇条、商法五〇四条、民法五百三十七条の適用により、預金者を認定する見解」と定義している。ほか、客観説・主観説とも異なり、潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管口座と預金債権の帰属（下）」金法一六八五号（二〇〇三）四四頁では、「本人確認法施行後に開設された預金口座については、定期預金・普通預金等のいかんを問わず、預金者確定ルールにつき、客観説でもなく、主観説でもなく、さりとて契約の一般理論に委ねるのでもなく、預金契約固有のデフォルト・ルールとして口座名義重視の考え方（名義に注目して預入行為者を預金者とする考え方―口座名義人説―）へ方向転換することを指向してはどうであろうか。」と提言していた。

- (13) 後藤健二「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律の概要」金法一六四七号(二〇〇二)六頁に詳しい。
- (14) 拙稿「預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体——デビットカードの法律構造を参考に——」日本法学八四卷一号(二〇一八)一九〇頁以下。
- (15) BGHZ 189,346.
- (16) 例えば、BGH一九五六年六月二五日判決(BGHZ 21,148)。
- (17) 安永・前掲注(1)一八〇頁。
- (18) もつとも、氏名を届け出ずに番号のみで管理される「das Numerikonto」はスイスの銀行などでは存在している。
- (19) 拙稿「預金制度の変化と預金契約の当事者確定——利害関係の変容を通じた検討——」日本法学八三卷二号(二〇一七)九二頁以下参照。
- (20) 「Accountinhaber」については、「アカウント所有者」とする訳も見られるが、インターネットプラットフォーム上のアカウントの場合物権における所有権とは区別されるべきであると考え、「アカウント保有者」とした。
- (21) Max U Hanau, *Handeln unter fremder Nummer*, 2004, S.11ff は、「アカウントの名義は「他人の名」とは異なるとし、電子取引においては「他人の番号の下での行為」として把握すべきとする。
- (22) 中馬義直「判批」判時九七五号(一九八〇)一六〇頁以下は、「預金債権者」の確定としているが、加毛明「判批」法協一二二卷一一号(二〇〇四)一九六六頁は、客観説の認定対象として、契約当事者であることと見ることができるとし、山本・前掲注(1)五七頁も「契約当事者」としている。他方で太田知行「契約当事者の決定と名義(1)——判例分析——」法学五三卷六号(一九八九)六七三頁では「契約当事者もしくは契約の効果帰属者の決定は」として、区別していない。もちろん新田敏「預金者の認定に関する一考察——管理費剰余金等の管理会社名義の定期預金を中心にして——」杏林社会科学研究一六卷三号(二〇〇〇)一一三頁のように、「預入行為者が自己名義で預金契約する場合を基本として考えるならば、その効力は金融機関と預入行為者との間に生じ、預金債権は預入行為者をした名義人に帰属する」として契約当事者と預金債権を区別したうえで別人に帰属する見解もある。潮見佳男「損害保険代理店の保険料保管口座と預金債権の帰属(上)」金法一六八三号



- (二一〇〇三) 二九頁、森田宏樹「判批」別冊ジュリ臨時増刊号一二六九号八四頁、高秀成「預金債権の帰属問題における救済法理としての客観説の一素描」慶應法学第六号(二一〇〇六)一三三頁以下も契約当事者と預金債権の帰属の区別を指摘する。
- (23) Carsten Herrsthäl, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, JZ 2011, S.1171; Niko Härting/Michael Strubel, BB-Kommentar zu BGH, Urteil v. 11.5.2011, BB 2011, S.2189; Ronny Hauck, Handeln unter fremdem Namen, Jus 2011, S.967.
- (24) Florian Faust, BGB AT: Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos, Jus 2011, S.1028; Georg Borges, Rechtsseinhaltung im Internet, NJW 2011, S.2400.
- (25) Michael Sonntag, Vertragliche Haftung bei Handeln unter Fremdem Namen im Internet, WM Heft 34, 2012, S.1614.
- (26) Niko Härting/Michael Strubel, a.a.O. (Fn.23), S.2189; Michael Stöber, Die analoge Anwendung der § 171, 172 BGB am Beispiel der unbefugten Benutzung fremder Internet- oder Telekommunikationszugänge, JR Heft 6, S.225ff; Jürgen Oechsler, Die Bedeutung des § 172 Abs. 1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet, AcP 2008, S.568; Georg Borges, a.a.O. (Fn.24), S.2400.
- (27) Florian Faust, a.a.O. (Fn.24), S.1028; Carsten Herrsthäl, a.a.O. (Fn.23), S.1172; Michael Sonntag, a.a.O. (Fn.25), S.1616; Ronny Hauck, a.a.O. (Fn.23), S.969.
- (28) Georg Borges, a.a.O. (Fn.24), S.2400; Niko Härting/Michael Strubel, a.a.O. (Fn.23), S.2189.
- (29) Claus-Wilhelm Canaris, Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkontoen, NJW 1973 S.825; Soergel/Ulrich Leptien, BGB, Bd.2, 13. Aufl. 1999, Vor § 164, Rn.32; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 1979, S.766f; Wilhelm Denzer, Kontoinhaber, Fremdkonto, Kontopfandung, EWIR 1990 S.235.
- (30) 白井・前掲注(5)七一頁以下に詳し。
- (31) 当事者の同一性の錯誤一般について磯村・前掲注(4)九七頁以下。
- (32) Wilhelm Denzer, a.a.O. (Fn.29), S.235.
- (33) Werner Flume, a.a.O. (Fn.29), S.766f.

- (34) Claus-Wilhelm Canaris,a.a.O. (Fn.29),S.826; Soergel/Ulrich Leptien,a.a.O. (Fn.29),Rn.32.
- (35) Claus-Wilhelm Canaris,a.a.O. (Fn.29),S.825.
- (36) BGH一九五六年六月二五日 (BGHZ 21.148) 等。
- (37) Staudinger/Peter Marburger,BGB,S § 779-811,15.Aufl.2015, S 808,Rn.44.
- (38) もともと、BGH一九五六年六月二五日判決に「*Staudinger/Peter Marburger,a.a.O. (Fn.37),Rn.45. 債権譲渡により事後的に口座所有者と口座債権者が一致しないことも当然想定されるが、債権譲渡による構成は預入行為者が口座所有者であり、口座債権者であるのに対して、判例の見解や代理による構成は第三者に当初から口座所有権が帰属する点特徴的である。*」
- (40) 白井・前掲注(5)八二頁、池田真朗「契約当事者論—現代民法における契約当事者像の探求—」別冊NBL五一号(一九九八)一五二頁。
- (41) Werner Flume,a.a.O. (Fn.29),S.766f; Anna-Julka Lilja,Anmerkung zu BGH, Urteil v.11.5.2011,NJ 2011,S.427;Michael Stöber,a.a.O. (Fn.26),S.225f.
- (42) 例えど Max U Hanau,a.a.O. (Fn.21),S.11ffは「電子取引においては「他人の名の下での行為」そのものではなく、「他人の番号の下での行為」といふことである。」
- (43) Jürgen Oechsler,a.a.O. (Fn.26), S.568;Georg Borges,a.a.O. (Fn.24),S.2402fは「アカウントがパスワードで保護されていることから、アカウントがその保有者を表していることを肯定し、そこから「他人の名の下での行為」との類似性を述べている。」
- (44) Michael Stöber,a.a.O. (Fn.26),S.226.
- (45) Carsten Herresthal,a.a.O. (Fn.23), S.1172.
- (46) Georg Borges,a.a.O. (Fn.24),S.2400.

- (47) Jürgen Oechsler,a.a.O. (Fn.26), S.568.
- (48) 拙稿・前掲注(19)九〇頁以下。
- (49) 拙稿・前掲注(19)九九頁以下。
- (50) 拙稿・前掲注(19)一〇九頁以下。
- (51) 安永正昭「判批」民商一三〇巻四・五号八四〇頁、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』(信山社、二〇一七)二二〇頁、中馬直義「預金者の認定をめぐる疑問(一)」手研三五九号七頁等。
- (52) 川村正幸「記名定期預金の認定と貸付金債権による相殺に対する民法478条の類推適用」金商六八六号(一九八四)五二頁。
- (53) 安永・前掲注(1)一八一頁も架空名義が象徴するような個性特定がなされない実情という前提が崩れるときに契約法理を否定する理由が存在しないと指摘する。
- (54) 清水千尋「『他人の名の下での行為』に関する一考察」上智法学二二巻二号・二号合併号一四二頁以下では、「他人の名の下での行為」の場合であるが代理法理を適用することで利害関係の調整が図られるとの指摘があり、ここでも妥当すると考えられる。
- (55) 事実、金融機関で口座開設を、親権者が子の口座を法定代理人として行うことがありえる。
- (56) Michael Stöber,a.a.O. (Fn.26),S.228は、アカウント作成の際にメールで認証コード確認などによってアカウントの利用者が個人と紐づけられていることを示す。
- (57) Jürgen Oechsler,a.a.O. (Fn.26), S.567.
- (58) ほか、例えば業者が販売している場合には、その業者が実在するか、どのような業者であるか調べることが考えられる。
- (59) 家族の共有アカウント等も存在するが、ここでは除く。
- (60) Florian Faust,a.a.O. (Fn.24),S.1028.
- (61) Werner Flume,a.a.O. (Fn.29),S.763.

(62) 最高裁昭和四四年二月一九日判決(民集二三卷一二号二五三九頁)、伊藤進『代理法理の探求——「代理」行動様式の現代的深化のために』(日本評論社、二〇二二)四七五頁以下、清水・前掲注(54)一九四頁。

(63) その場合には、パスワードで保護されたアカウントが「他人の名」に相当するものであるかなどを検討する必要がある。この点についてドイツでは、Jürgen Oechslar, a.a.O. (Fn.26), S.568は、パスワードで保護されたアカウントの利用と「他人の名の下での行為」との類似性を肯定している。ほか、Max U Hanau, a.a.O. (Fn.21), S.14は、「他人の番号の下での行為」として捉え直そうとしている。

(64) 拙稿・前掲注(19)一一三頁以下。

# 生活世界の再生産としての物質循環

——木曾馬と失われた自然との関係——

佐 幸 信 介

## 1. はじめに——木曾馬が形成する生活世界

「牛は家畜だけれど、馬は家畜ではなく家族です。」聞き取り調査のなかで聞くことになったこの印象的な言葉は、木曾地域で古くから馬が生活世界の重要な存在となってきたことを物語っている。同様の記述は『開田村誌』にもある<sup>(1)</sup>。

馬を家畜ではなく家族とみなす生活表象について、私たちはどのように捉えなおせばよいのだろうか。馬との関係についての言表を歴史的な次元に置きなおしたとき、木曾馬の習俗や民俗的な次元と現在の社会的次元とのズレや不一致を見出すことは容易い。というのも、「家族」という言葉はあくまでも近代的な概念であり、近代的な認識の範疇のなかで人間と馬との関係について解釈された言葉であるからだ。後述するように、木曾地域において木曾馬が生活のなかに定着したのは、少なくとも今から1000年ほど前までさかのぼることができる。つまり、前近代的な生活世界を、近代的な概念で解釈することは、あまりにも強引な言説化であると言える。

しかし、他方で私たち自身が、「家族」以外の適切な言葉を、近代以前の馬と人々との民俗的な関係世界に知らないことも事実である。少なくとも、さまざまな民俗誌や生活誌をあたる中で、史料実証的に見いだせていない。したがって、そのような史料実証的な限界を無視し

て、「家族としての馬」という生活表象をいたずらに伝統化したり、歴史的に本質化することに対しては強く留意しておかなければならない。近・現代的な表象そのものが、なんらかの歴史的な厚みに支えられているからこそ、私たちが看取すべきなのは、歴史的現在としての表象の方である。

あらためて「馬は、家畜でなく家族である」と語り手との関係を確認してみよう。1950年代生まれの語り手は、馬との生活を実際に経験している。馬＝家族というリアリティは、語り手自身の生きられた日常的な生活世界として経験されていた。この語り手は、「子どものころは、トーネ祝いといって仔馬が生まれると近所の子どもたちはその家の人からキャラメルをもらえました。小学生のころですが、それが嬉しかった。馬のお産は、その家にとってはとてもおめでたいことで、みんなで分かち合うことだったのです」とも言う。仔馬の誕生はそのイエあるいは家族にとって祝い事そのものであり、儀礼を通して共同社会においても共有される。馬の出産－仔馬の誕生は、イエ・家族や共同社会の再生産の条件ともなるが、トーネ祝いは、馬と人とを象徴的に結び付ける儀礼そのものである。馬を飼育すること、出産すること、仔馬を育てることが、住宅の母屋と一体となった馬屋で営まれる。同じ屋根の下で人間と馬とが生活を共にする共住は、木曾地域の生活様式であった。仔馬の誕生は、そのイエ・家族に経済的にも、心情的にも豊かさをもたらすことでもあった。

### 家畜と伴侶種の両側面をそなえた存在

だからこそ、あらためてこの印象的な言葉を検討してみたいと思うのは、一般に「家畜 (domesticated animal)」の対義語は「野生動物 (wild animal)」であり、決して「家族 (family)」ではないという点である。つまり、馬を家族とみなすことは、直截的には、家畜よりも人間に近い存在の動物として位置付けていることになる。それは、馬を動物一般ではなく、固有名をもった存在であることを指している。

固有名を持ちうることは、人間にとって他者性をもった具体的な存在であること、そしてその他者としての動物と何らかの情動的な交わりを持ちうることを意味している。固有名を持った動物について、例えばダナ・ハラウェイの「伴侶種 (companion species)」を想起することができる。ハラウェイは、犬と人 (ハラウェイ自身) との関係をモデルにして議論している。彼女は、人間と動物、あるいは人間にとっての動物という関係を、相互に介入し合うような関係へと組み替えていくことを構想する。「〈重要な他者性〉において結ばれた犬と人間の、仮借なく歴史的に特異＝種差別的な共同の生における、自然と文化の内破」する関係は、人間と動物としての犬ではなく、人間と伴侶種としての犬との関係だと言う<sup>(2)</sup>。

ハラウェイが、animalではなく speciesと言っている点も重要である。つまり、動物を人間化、あるいは擬人化するのではなく、人間もまた「種」の次元、つまり他の生物種との水平的関係に置きなおすことで、生物種の総体が社会的システムの内部に組み込まれていることの問題を浮き彫りにしているからだ。つまり、端的に人間と動物との区分を越えて、犬と人間は同等に、人間の構築した社会とテクノロジーのなかで生活しなければならないところから、私たちは議論を始めなければならないのである。ハラウェイは、すでに動物は人間と同様に近代的国家のレジームの内部で生きなければならない、そして人間は動物に対して、生と死、健康や病気、長寿や絶滅といった自然－文化のシステムの中で、ある種の共生の問題に取り組まなければならないと言う<sup>(3)</sup>。

近代的国家のレジームの中に取り込まれた、人間と動物＝伴侶種との共生が含意するのは、以下のようにとらえなおすことができる。伴侶種として他者化されている時点で、すでに野生動物という次元だけでなく、家畜という次元も超え、人間との日常的なコミュニケーションや情愛の関係そのものが社会生活の水準で成立していることを意味している。というのも、固有名とは他者性を有することと同義であることを考えるならば、他者性はコミュニケーション関係として存立し

ていなければならないからだ。また、家畜が経済的動物として客体化＝モノ化されているのと対比的に、伴侶種は産み、育て、死を看取るという一連のプロセスを人間が共有する。それは、伴侶種が人間にとってかけがえのない存在であるということだけでなく、伴侶種である動物も人間なしでは単独で生活できないことを意味している。人間と同様に、伴侶種が生まれることも、生活することも、死ぬことも社会システムが提供するサービスや商品を消費、享受することで可能となる。その意味では、家畜が野生を飼いならされることであるならば、伴侶種は野生を奪われた（失われた）存在へ向かって飼いならされると言うこともできる。

このハラウェイの伴侶種は、さらに、カニバリズムの議論の次元で捉えなおすことができる。固有名を有した伴侶種は、食べる対象とはならない。それを食べることはタブーとなる。同時にこのカニバリズムのタブーは、人間もまた伴侶種には食べられないという対称性において成り立っている。カニバリズムは、他者性への存在論的な侵犯となるのである。鷲田清一が正鶴に述べているように、「象もキリンも、アルマジロもライオンもひとは食べない。犬や猫も食べない。これらにはそもそも食べたいという気すら起こらない。それらの正体を知らされなければ食べてしまうのに、である。自分たち自身、自分たちの疑似家族（ペット）、遠方の異邦の生き物、これらはタブーの対象となる。食することができるのは、近隣の生き物、家畜や里の小動物だけである。ここにはたらいっている解釈の法則は、自己（および自己の一部となっているもの）とまったき他者としての動物はタブーの対象となる。」<sup>(4)</sup>

しかし、木曾馬をめぐるさまざまな生活誌や民俗誌を読んでいると、ハラウェイが着目する伴侶種に限りなく近似していると思われるものの、やはりどこか違っている。確かに、木曾地域には「馬肉」を食べる食文化はない。峠を一つ越えた伊那やその周辺地域では、馬肉を食べることが一般化していることと対照的である。木曾地域で、「馬は家



族だから食べない」「一度、木曾の外に出て、木曾以外の生活や食文化に経験した者は、馬肉を食べることはあるかもしれない」という話をしばしば聞くこともある。木曾地域で、タブーの感覚が日常的実践の感覚として形成されていることがある確度をもって推察できる。

だが、それでも決定的に異なると思われるのは、「家畜ではなく、家族である」というときの、馬が他者性をもった存在として現れる社会的存立メカニズムにかかわるからである。それは、「家畜ではなく、家族である」と同時に、実は馬は家畜的側面を有しているからである。交通手段であり、農耕の労働力であり、貨幣交換の対象となる商品であり、子馬を産む財産（動産）…と、さまざまな特性や属性をもつ存在である。

野本寛一の木曾馬飼育の分類においても、農業にむすびついた生業複合、駄賃付け、荷駄運搬を目的、仔とり・繁殖を目的という3つのタイプがあり、とりわけ仔とり・繁殖の主要地の一つが木曾町開田地区であると指摘している<sup>(5)</sup>。このような分類を踏まえても、私たちは、むしろ馬は、人間と同等か、それ以上の能力を発揮する社会・文化的な何かである」と考えるべきではないか。「馬は家族である」と言うとき、端的には伴侶種を指しているが、同時に家畜でもあり、そして後述するように人間に林野や山野などの自然との関係をもたらず媒介的存在でもある。人間に自然とのかかわりをもたらずという点において、馬は野生もそなえているとすることができる。人間以上の何かをもったものとして、人間社会のなかに馴致していく行為は、文字通り domesticate すること＝家畜化することを指しているが、その馴致していく仕方が、人間と馬の野性と共生する生活の実践性を形成しているところに特異性があらわれてくるのである。

本稿では、このような馬が持つ多面的な属性という観点から、人間と馬が形成する生活世界についてアプローチする。その際に、「木曾馬—里山—農耕」という関係世界と、「木曾馬—馬市—貨幣経済」という関係世界とが交叉／重層する構造に照準する。とりわけ、聞き取り調

査の内容をふまえながら、この交叉／重層的な構造が変容する局面、すなわち農業や生活様式の変容に着目したい。というのも、「木曾馬—里山—農耕」が形成していた物質循環—再生産システムが解体されていくプロセスと、木曾馬が社会から姿を消していくプロセスとが同期的に生じているからである。重要なのは、このプロセスで現れる出来事（聞き取り調査の語りとして現われる）のさまざまな具象性こそが、生きられた生活世界を知るための端緒となることである。これらの出来事は、構造的変容と関連しながらも、構造には還元しきれない、日常的な生活世界の水準で進行する変容だからである。

## 2. 構造化された生活世界

馬が木曾地域で飼育されてきた歴史を厳密に遡ることはできないが、少なくとも鎌倉時代に入る頃には、都である京との貢馬や戦のための軍馬として何らかの関係が形成されていた<sup>(6)</sup>。また、木曾福島から旧開田村、日和田、高山を結んでいる飛騨街道（高山街道）は、馬産地を通る街道であり、馬と戦によって開けたと言われる<sup>(7)</sup>。つまり、今からおよそ1000年前には、戦や朝廷などの支配層への貢馬を通して、京と木曾の間には交通関係——馬と街道——が成立していた。

そして、馬が人々の生活の中に深く食い込んでいったのは、おそらく江戸期の馬の毛付制度や馬市の成立と密接に関連していると考えられる。毛付けとは、『開田村誌』によれば、「貢馬の毛色を書き記すことを」指し、「やがて御用馬という事と毛付け馬という事とが同意義に用いられるようになったものらしい。以上によって思うに毛付を作毛の義とすれば、毛付馬の物成〔雑税〕は作毛（農耕）に使用する馬の税であり、後段の意とすれば木曾の馬は凡て領主のもので古くから一々毛色の記帳を行い、それを人民が使用するのだから御用馬使役税とも見ることが出来る」とされる<sup>(8)</sup>。

この毛付馬と物成は、徳川の時代に入り、木曾の代官であった山村

家がそれを遂行した。この毛付馬の物成は租税だけでなく、馬籍の作成や馬の検査と選別を代官所が実際に行い、貢馬の対象から外れた馬は自由な売買の対象となった<sup>(9)</sup>。馬市の形成もこの毛付馬と物成の一種の副産物であったと考えられる。そして、寛文年間（17世紀後半）には、すでに馬の私有も認められ、馬主—預け馬制度、いわゆる馬小作制度も江戸中期には成立していた<sup>(10)</sup>。

この馬の私有は、馬を大量に所有する馬主という存在を作り出す。馬主は、肥育のための一時金とともに小作に馬を預ける。小作は、生まれた仔馬を2歳あるいは3歳まで育て、馬市で売る。その売り上げを、馬主と馬小作との間で分ける。その比率は、馬主対小作が3対1から1対1と幅があった。馬市での売り上げは、馬主にとっては利潤となり、小作は生活のための現金収入となる<sup>(11)</sup>。

黒田三郎『信州木曾馬ものがたり』によれば、寛延3年（1750年）に馬市の開催期日が半夏の前後の3日間と定められたとされる。「前日を二歳毛附（即ちこの日は二歳馬を検査し、良馬はたてがみを煎らざるをもって毛附の称が生まれる）といい、当日（半夏の日）を三歳毛附（三歳の検査当日）、最終日（即ち半夏の翌日）を仕舞毛附といった。またこの三日間を総称して半夏市ともいっている。この市場開設中は馬改所を設置し、売馬一頭毎に鑑札を渡し市場費用支弁のため手数料として、一頭につき銀三匁ずつを徴する規定があったようである。<sup>(12)</sup>」

明治維新以降、馬市はより一層活況を呈することになる。毛付制度が終焉し、自由な売買が可能となった。馬市の開設は、当時の福島村戸長役場が司った。しかし、自由な売買によって多数の木曾馬が乱売・流出される事態が生じたため、牛馬営業人組合（江戸期に「馬喰」と呼称された人々が、明治期に入り「牛馬売買免許人」と改称された）による、木曾馬の管理を江戸期の山村家の毛附制度の原理を取り入れる形で進められることになった。

馬市の買い手は、県内の安曇、筑摩、伊那、諏訪だけでなく、美濃、飛騨、尾張、三河、遠江、甲斐などからやってきて、福島（現在の木曾

福島)の旅籠はいっぱいになり、民家が臨時の民宿を開くほどであったという。また、馬市の時期には芝居小屋や屋台、昭和の時代にはサーカス、チンドンやまでやってきた<sup>(13)</sup>。表1は、木曾地域の木曾馬の飼育・産馬・売買頭数の経年の変化を表している。明治期から大正期にかけて、毎年7,000頭近い馬が飼育され、1,500頭以上の馬が売買されていたことがわかる。後述するように、馬は農家にとって貴重な現金収入源となっていたことは、容易に推察できる<sup>(14)</sup>。

表1 木曾馬の飼育・産馬・売買頭数の変遷

| 年 度      | 飼育頭数  | 産馬頭数  | 売 馬   |            | 備 考         |
|----------|-------|-------|-------|------------|-------------|
|          |       |       | 頭 数   | 価 格        |             |
| 明治19年    | 4,539 | 1,263 | 1,652 | 11,163.75  | 「西筑摩郡誌」     |
| "  32  " | 6,765 | 1,515 | 1,580 | 50,068.50  | 「  "  "  」  |
| 大正5  "   | 6,879 | 1,422 | 1,216 | 36,058.00  | 「西筑摩郡生産物一覧」 |
| "  12  " | 5,236 | 1,137 | 1,809 | 52,913.00  | 「福島町役場文書」   |
| 昭和7  "   | 5,187 | 1,128 | 899   | 46,938.00  | 「  "  "  」  |
| "  14  " | 4,731 | 1,136 | 645   | 130,178.00 | 「木曾福島町報」    |
| "  28  " | 3,645 | 1,207 | —     | —          | 「中日新聞」      |
| "  40  " | 543   | —     | 227   | —          | 「  "  "  」  |

出所：『木曾福島町史』第3巻、237頁

### 家畜預託慣行としての預け馬

こうした馬の飼育と馬市での売買は、先述したように、牛馬営業人組合（いわゆる馬喰）が行為主体となって遂行されていた。そのことは、明治維新を経てもなお馬主一馬小作（預け馬）の慣行的な制度が機能していたことを意味している。馬主の多くは、福島宿の町人が多く、その元手（資本）によって馬を所有し、農民へ預け馬を行う。この所有する馬の頭数は、例えば一人の馬主が1,400～1,500頭を所有するケースもあったという<sup>(15)</sup>。

この預け馬の慣行は、農業史研究において牛馬の「家畜預託慣行」と呼ばれる。板垣貴志によれば、家畜を耕天や運搬といった「労働手段」という側面だけでなく、「その存在自体が富としての側面を有して

おり、《蓄財手段》、《金融手段》などとして独自の歴史的役割を果たしていた」のである<sup>(16)</sup>。ちなみに「家畜小作」は、第一次大戦後の有畜農業の政策を進めるなかで、フランス語の「bail à cheptel」の訳語として学術用語として用いられてきたという。しかし、板垣が指摘しているとおりに、学術的な言説としてそれまでの慣行を対象化したものであり、歴史的には木曾地域をはじめ、但馬を含む中国山地の牛馬産地など全国の各地で、すでに「預け馬」や「預け牛」の慣行とシステムは存在していた<sup>(17)</sup>。

預け馬と馬小作という用語の違いは、学術的な概念規定の問題もあるが、それ以上に人々がどのように慣行を受容していたのかということの方が重要であろう。それは、端的に戦後の民主化や農地解放にもかかわらず、預け馬＝馬小作が存続していたからである。例えば、木曾地域において、「昭和二六年頃から馬小作解放の声は起きてくる」ものの、「実際には小作者はあまり解放を喜ばない向きがあり、小作者組合の結成などの動きはまったくないままに終わった。」<sup>(18)</sup>馬小作においては、農地解放と連動した民主化の動きは鈍かったのである。

ここには、解放された農地を所有することと、小作が解放されて馬を所有することとの決定的な違いがある。つまり、預け馬は、貨幣経済の市場と直結した、いわば金融－投資システムとして構成されていたからだ。馬主が農家に馬を預け、農家が肥育することによって、仔馬が一種の利潤を生み出す。農家は、2頭あるいは3頭飼育し、農耕と肥育を計画的に行う。投資する馬主と、生活の必需性のために現金を必要とする農家とでは、圧倒的に経済的な格差は生じているが、この馬主－小作関係は、農家に貴重な現金をもたらす合理的なシステムとして機能していた。実際に農業史研究において、馬主－小作関係について単純に封建的なものにとらえるのではなく、「福祉的な慣行」と評価する議論もあった<sup>(19)</sup>。

現実的には、社会の民主化や馬主－小作の封建的な所有関係に対する解放を求める政治的な対峙化とはまったく異なる理由——馬の需要

が社会的に減少し、農家の現金収入が馬から農家自身が所有する牛の肥育へと代わっていく過程で、つまり、馬市そのものが成立しなくなる過程で、預け馬、すなわち馬の家畜預託慣行は衰退してくことになったのである。

この過程が、生活様式の次元だけでなく、生活世界を成り立たせる構造的な次元での近代の延長線において生じた社会変容だと考えることができる。それは、生活様式が複合的に変容する過程でもあり、ある一定の時間を経ながら、しかし確実に再編されていく過程でもあったのである。その変容を問い直すことについて、現在私たちはどのような意味を問い直すことができるだろうか。次節では、聞き取り調査を媒介としながら検討してみることにしよう。

### 3. 自給自足と現金収入——聞き取り調査から①

預け馬＝馬小作は、馬市が織りなす貨幣経済と連関することで、木曾町の開田地区では養蚕や麻の栽培と並んで農家にとって貴重な現金収入であった。図1は、明治期の開田地区の旧西野村の農業生産物とその売先の資料である。明治6年と7年ともに、大豆の一部や繭及び生糸、太布（開田では麻によって織られていた）、そして馬は商品生産物として売られ、それ以外の農産物はすべて村方入用となっていることがわかる。つまり、食糧・食料はすべて自給自足であった。そして特徴的なのは、米の生産量が少なく、稗が最も多いことである。これは、開田地区の標高が高く、寒冷地に位置しており、米が栽培しにくい自然環境であったことに起因している。

図1 明治期の農業生産物の自給状況

西野村の生産物調べ（諸願御届之級より）

|     | 明治6年           |                          | 明治7年           |                      |
|-----|----------------|--------------------------|----------------|----------------------|
|     | 産額             | 村入用売払別                   | 産額             | 村入用売払別               |
| 米   | 石斗升<br>349.9.6 | 村方入用                     | 石斗升<br>346.7.4 | 村方入用                 |
| 大豆  | 233.7.0        | 100石7斗<br>村方入用<br>133石売払 | 202.9.0        | 100石村方入用<br>102石9斗売払 |
| 小豆  | 23.4.0         | 村方入用                     | 27.6.0         | 村方入用                 |
| 稗   | 1,507.2.8      | 〃                        | 1,450.3.0      | 〃                    |
| 粟   | 181.3.2        | 〃                        | 175.6.0        | 〃                    |
| 麦   | 521.8.0        | 〃                        | 460.4.7        | 〃                    |
| 馬鈴薯 | 550.6.0        | 〃                        | 591.4.0        | 〃                    |
| 大根  | 8,800本         | 〃                        | 7,116本         | 〃                    |
| 蕪菜  | 9,600束         | 但シ1ノ3尺縄                  | 9,560束         | 〃                    |
| 蕪   | 32貫目           | 売払分                      | 74貫815目        | 売払                   |
| 生糸  | 27貫300目        | 〃                        | 44貫70目         | 〃                    |
| 太布  | 1,066反         | 500反村方入用<br>566反売払       | 716反           | 350反村方入用<br>366反売払   |
| 馬   | 215疋           | 売払分                      | 164疋           | 売払                   |

出所：『開田村誌下巻』924頁

こうした自給自足が生活世界そのものを形成している状況は、昭和の時代においても継続していた。以下の聞き取り調査の語りは、そのことを表している。

【聞き取り調査① 開田地区在住 60代男性】<sup>(20)</sup>

馬市は、農家にとっては、1年に1回の唯一の大事な現金収入でした。うちでもたんぼや畑をやっていました。普段の食べるものは、自給自足の生活をする。堆肥をつくるために馬を飼う。その馬の子どもを馬市で売って、現金収入にする。それで、月1回肉を買うというような生活でした。

冬になると8畳から10畳くらいの馬屋に2メートルくらい草を入れる。ニゴなどでとっておいた草を入れます。春先になると、馬の脚くらいまで体積が減ってきて、堆肥ができてくる。発酵して、堆肥の臭いになる。湯気が出るくらい発熱していました。牛を飼っていた時は、牛小屋は家の外に作りましたが、堆肥を取るという点では同じでした。

しかし、昔の自給自足の生活について、今思うとそれが豊かではなかったのか、豊かさの基準を変えないともう田舎はだめではないか、豊かさの基準がどこにあるのか。というのも、このあたりでも田んぼをやめたり、畑をやめたりする家が多くなってきています。

だから、子どもたちは、たんぼも畑も知らないということが生じていて、学校教育のなかで田んぼを作るということが、この開田でも行われているようになってきてしまっています。田んぼについては、壊滅的になってきているかもしれません。この開田でも、田植え機を持っている家は、20軒いるかいなかではないでしょうか。そのくらいにまで減ってきています。一度田んぼをやめてしまうと、モグラが穴を空けてしまうから、水持ちが悪くなったりして、もとの状態に戻すのは大変なんです。

豊かさの基準がどこにあるのか、ということは自分たちで作ったものを自分たちで食べる、例えば、孫と作ったサツマイモを美味しいねといって食べる、そういうところにあるような気がしています。現在、東京などの都市の公園などで弁当の配食をしているニュースなど見ると、食べるものを作って食べようというような環境がないことに、豊かさの基準はどこにあるのかと思うのです。しかし、先ほども言いましたが、この田舎でも田んぼや畑が荒れていくことをみると、同じようなことが起きているように思います。自給自足って綺麗ごとのように言われますが、そんなに単純ではないんです。



ここで語られている「自給自足」が、社会的な分析的言葉、あるいは批判的な認識に基づいて語られていることがわかる。語り手の男性は、兼業農家であり、地域づくりに精力的にコミットしている。だからこそ私たちは、その語りに多重な意味を聞くことができる。

かつての生活の必需性と生存に直結した自給自足と現金収入としての馬の飼育は、現代の豊かさの基準からすれば貧しいのかもしれない。現在では、自給自足など求めなくても生活は成立している。しかし、一方で都市部の貧困の問題に対して弁当を配食するしかないところに自給自足の不在を見出し、他方で地元の休耕し荒れていく農地にも同様の自給自足の欠損を見出さざるをえない。

もちろん、語り手の男性は自給自足のかつてのような農業を復活させようと主張しているのではない。現在、農業を成立させるためには、商品作物としての農産物を栽培することは必須であり、主力作物のトウモロコシは、開田地区のブランド作物である。だが、都市の貧困と地方の農地の荒廃が同じ地平にあることの気づきが、豊かさの基準の問題として語られているのである。

社会学者以上に社会学的ともいえるこの語り手の指摘は、自給自足の不在や欠損が、自給自足の生活しかありえなかった過去の生活を逆に表象する。

ここでいう自給自足とは、一人の行為主体が単独で行う行為のことを指しているのではない。循環のシステムの問題である。先にも引用した明治期の農産物の生産と消費が、ひとつの村＝社会のなかで循環的に成立していたということが重要なのである。村で生産したものを村で消費するという循環は、里山—馬—農耕の関係世界によって成立していた。それは、閉じられていた社会でもある。里山がもたらす草木は、馬の餌となる。馬は堆肥を作り、田畑に提供する。人は、火入れ（野焼き）などをすることで、草木が途絶えることがないように里山の手入れをする。馬と人の技術によって媒介される自然との象徴構造が、生活世界の再生産を可能にする。

そして馬は、この生活世界と一体となっていた閉じられた共同体とその外部とを媒介する存在でもあった。つまり、貨幣—投資経済システムと接合されることもまた、生活世界の再生産を可能にしていた。この外部との経済的な関係がなければ、イエや共同体の再生産は成立しなかった。そもそも貨幣経済と無関係には共同体は成立しないのである。

この馬がもつ二重の媒介性は、先述した家族以上の何者かであることと関連している。動物でありながら、労働力でもあり、そして財産であり、貨幣としても機能する。だから、生活世界が変容していくこと——現在の自給自足の不在や欠損をもたらすことは、この馬の多面性が可能としていた自然と人間との関係や、馬と貨幣システムとの関係が変容していくことを意味していると言えるのである。

#### 4. 馬と住居の空間

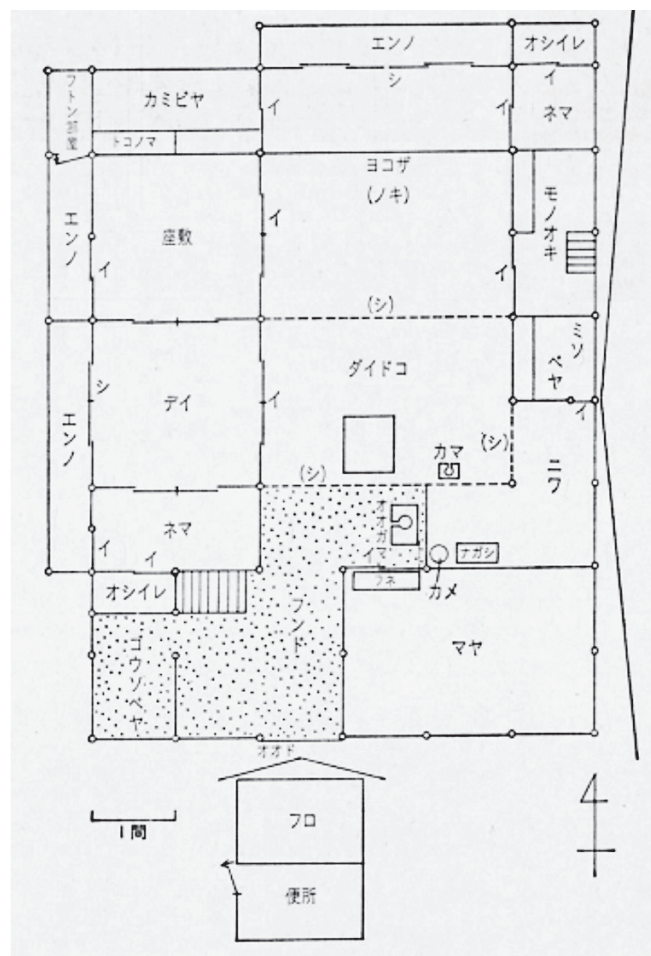
木曾地域では、馬は、堆肥と現金収入をもたらす存在であった。そのような馬と人々との共生の仕方は、住居構造にも表れている。図2は、木曾地域の母屋と馬屋が一体となった典型的な住宅の間取りである。マヤ（馬屋）は、南側の日当たりのよい場所に位置し、土間を挟んでユルリ（囲炉裏）があるダイドコ（居間）と向かい合っている。マヤと土間は、腰板ほどの高さで仕切られ、土間から馬の世話ができるようになっている。ダイドコからは常にマヤの馬の様子を見ることができ空間的な関係になっている。土間には、料理用のかまどや調理場所がつながり、飼料用にも使われる大釜が置かれている。料理に使われた野菜のくずや米のとぎ汁、残飯はすべて馬の餌となる。

馬屋は、単に馬を飼育するための場所ではない。母屋と一体となった馬屋は、馬にとって休む場所、寝る場所、食事をする場所であると同時に、排泄する場所、排泄物が発酵し馬肥しが作られる場所、そして子馬を産む産室にもなる。

ダイドコの奥にはヨコザと呼ばれる部屋がありそこにもユルリが切られていた。デイは家族が寝る部屋で、特にネマは若夫婦の部屋として使われていた。仏壇は、ヨコザの東側に据えられていた。この住宅のカミビヤは、御嶽様を祀ってある部屋で、産後や月経中の女性は入ることを禁じられていた部屋であった。

ダイドコのユルリの四方は、座る位置が決まっており、土間に近いザジロはヨメまたはムコが座る場所でユルリの火の番や馬の世話をす。ザジロの向かい側のヨコザに近いナカザは戸主の場所。ニワに近い場所は、タナモトと呼んで主婦が座る場所であった。タナモトの向かいにはヨツキと呼ばれ、客が座る場所とされた。

図2 住居と馬屋（一ノ萱和田富治氏宅）



出所：『木曾福島町史第3巻』1159頁

馬の世話は通常ヨメの役割とされ、馬の世話の良し悪しがヨメの評判を左右する。民俗誌には次のような記述がある。少し長いが引用しておこう。

木曾馬は鞭を知らない。怒声、罵言をほとんど知らない。たまたま言葉では、馬があまりの事をした時に叱りとばすことはあっても、それがために鞭や棒でなぐったり叩いたり折檻はしない。馬を叱って離縁になったり、なりそうになった話を耳にすることがあった。家風に合わないというのである。

馬に限りなき愛情を注ぐことが家風であり、その家風がどこの家にもあった。馬を叱る気性の荒い嫁さんのことは忽ち谷中村中の評判になった。(中略) 女衆がひとり言のように(馬に)水をやりながら言葉をかけ、後首を叩いて労をねぎらい、子馬が母馬のまわりを飛んだりねたりし家内中が顔のしわをのぼして子(馬)をほめ、母馬になにか餌をはずんでやる。このようなことが「丈夫で手入れの行き届いた馬」にさせ、馬への愛情は即ち人間の愛情となって、馬を愛する家に不和の噂は聞かない<sup>(21)</sup>。

こうした逸話にある種の家族関係の情愛を読み取ることは可能であるが、それほどナイーブなものではないことも容易に推察できる。馬の世話がヨメの役割だったということからも容易に分かるように、「マヤ→ダイドコ→ヨコザ」の関係は、「馬→ヨメ→戸主」の関係に対応している。「馬の世話→ユルリ(囲炉裏)の世話一家事」の日常実践とも対応する。そしてこの空間と行為の関係は、封建的な権力関係と相同的な関係にある。つまり、さまざまな機能が一つの住空間に内包されているというだけでない。男性／女性をめぐる性の分割は、人／馬(動物)の分割、ヨメと馬がともに産む性の存在であることとも対応し、空間のミクロコスモスが日常実践とともに形成される。

木曾馬を飼育することから、牛(繁殖牛)を飼育することへと変わっ

ていくのが、昭和30年代終わりから昭和40年代（1960年代から70年代のはじめにかけて）である。この変化に伴って、牛小屋は母屋の外部に独立して作られるようになる。馬と一つの屋根の下で共住する生活様式は姿を消す。「牛は家畜だが、馬は家族である」ことの意味内容は、この動物と人間との住まい方の変化として現われる。牛はあくまでも人間にとって飼育する対象となり、家畜としての牛は家族という関係性から外されていく。堆肥をもたらしたり、肥育によって現金収入をもたらすという点では同じだが、牛はこの役割により特化する存在だったとすることができる。

## 5. 生活世界と新しい技術——聞き取り調査から②

馬耕教師という言葉がある<sup>(22)</sup>。明治期に入り、農業の生産力の増強を目指した近代化が進められる中で全国各地に、牛馬の畜力を用いて水田や畑を耕す技術を教え、広める役割を担った専門家たちのこと言う。牛馬耕は、明治期になってヨーロッパを参照して導入された農業技術であった。「近代における農業生産力の増加という要求は、土をより深く、よりこまやかに耕すということが必須の前提とされ、そのための主導的役割の多くを、近代短床犁による牛馬耕という技術が負うことになった」のである<sup>(23)</sup>。

このような農業技術史などの先行研究の指摘を見ればわかるように、土地を耕転するために牛馬を活用する技術は近代の産物であった。近代の技術としての馬耕に伴い、専用の犁<sup>(24)</sup>が開発される。それまでは、鋤を用いて人力で田畑を耕すことの方が、スタンダードだった。そして、牛馬耕の普及は、牛馬の調教、犁の使い方、適正な耕転の仕方など、人間もまた技術を身に着けていく過程でもあった。農業生産力の増強とは、牛馬を用いることと農業技術の全国的標準化という条件を必要としたのである。

以下の聞き取り調査からも分かるように、木曾町の開田地区で馬を

馬耕として用いるようになったのは、比較的新しい昭和の戦後になってからであった。

【聞き取り調査② 開田地区在住 80代男性】

開田のあたりでは、昭和40年代までは馬はいました。昭和40年代というのが、馬から牛へ、馬から耕運機へと徐々に代わっていった時期にあたると思います。おそらく昭和53年だったと思いますが、昭和50年代の初めに、牛舎の建設や乗用トラクターを対象にした補助金が出て、そこから大きく変わっていったんです。

牛も肥育を目的としたもので、農耕用ではありません。あくまでも農家の現金収入で、馬そのものが成り立たなくなったからそれに代わるものです。

そもそも、馬を農耕として用いたのは、開田ではそれほど古くはないんです。昭和30年代に入る頃だったように思います。開田では、昭和20年代まではそんなに米ができない場所だったということもあります。開田では「しらぼ」という種類の米を栽培することが多かったのですが、どのような品種がよいのか、いろんな場所から苗を取り寄せたりして、試行錯誤の時代が長かった地域です。苗も、水苗代というやり方で作ってから田植えをしていました。ちなみに、標高が高く気温が低い場所なので、今でもコシヒカリは開田では栽培していません。あきたこまちが多く、独特なポット苗というやり方の田植え機を使っています。

馬を馬耕として用いる前は、人が田を耕します。肥料は馬の堆肥やカネギといって柴山から刈ってきた草木を刈ってきて田んぼに入れる。それを人の足と馬で踏み込む。それが、たんぼの毎年の土づくりだったのです。米づくりでは、馬は堆肥を得ることが主でした。化学肥料は、硫安は多少使ったかもしれませんが、馬がいるうちはほとんど使わなかったし、化学肥料をどう使ったらよいか実際よくわからなかったということが大きいですね。化学肥料は、農協が本

格的に入って来てからですから、やはり昭和40年代に徐々に使い始めるようになったと思います。

このカネギも、毎年一定量獲れるように、雑木をうまく伐っておいて若い枝と葉が放射状に伸びるようにしておくんです。だいたい背丈くらいに伸びたものを鎌で刈ると、切り口が鋭角になるんですが、これを素足で踏み込むと痛いんですね。でもそれを毎日やる。この肥料の踏み込みは重労働なんですけど、峠を越えた岐阜県の旧高根村から手伝いに来る人が毎年何人もいました。旧高根村は開田以上に寒冷で米ができない場所なので、手伝いに来てその報酬として米などを得て帰っていくという関係がありました。

たんぼの馬耕に使っていたのは、松山犁です。この辺りはほとんど松山犁だったと思います。この犁があればすぐ馬耕ができるというのではなくて、いわゆる調教が必要となるし、人の方もそれなりに技術が必要になります。木曾馬は、性格が臆病だから、馬耕していても暴れないようにしないとイケない。そのために、紐でむすんだいくつもの缶を道で歩かせて音に馴らすようなこともしました。

たんぼの馬耕は4月の時期に行います。馬の出産が、だいたい4月から5月に集中します。だから、この時期に馬耕をする馬は、妊娠していない馬です。農家では、馬を2頭とか3頭飼っていることが多いですから、毎年、仔馬をとる馬とそうでない馬を交互にしています。馬の発情期が、5月から6月ですから、田植えが終わってから馬に種付けをします。人工受精ではなくて、馬屋に種馬と一緒にさせて交配させるというやり方をしたりします。

開田では、田植えが終わった5月の終わりには、国有林の奥山に放牧に出します。放牧は10月の終わりの、秋あげといわれる時期まで行います。稲刈りが終わり、大豆の収穫も終わった時期です。奥山に、メンパにご飯を詰めて馬を迎えに行くのですが、その近くに小さな溪流があって、ちょうどイワナの産卵期にあたります。大量に集まったイワナを獲ってメンパにつめて、馬と一緒に帰ってくる

というのが、毎年の恒例でした。

この奥山は、先ほど言った旧高根村と接していて、毎年何頭か迷子になった馬が高根村で世話されているということもありました。そんな時は、お礼に米やソバなどを持って引き取りに行くんです。

木曾町開田地区で馬との関係に転機が訪れるのは、昭和40年代前後から昭和50年代初め（1960年代後半から70年代後半）のおよそ10年間の時期であった。『開田村誌』によれば馬の飼育頭数は、昭和8年 [1,018頭]、昭和35年 [404頭]、昭和40年 [147頭]、昭和45年 [36頭]、昭和50年 [22頭] と記載されている。本稿第2節に示した「表1 木曾馬の飼育・産馬・売買頭数の変遷」で、昭和40年の木曾地域の飼育頭数が激減していることと合わせても、昭和40年前後（1960年代半ば）から木曾馬が姿を消していったことがわかる。

馬市も昭和30年以降変貌する。昭和30年に馬市に加え牛市も併設される。その時の取引頭数は、馬200頭、牛50頭だったものが、昭和44年には馬5頭、牛194頭と割合が大きく変わる。昭和52年には、馬市は移転とともに「木曾家畜市場」と名称を変え、現在では肉牛のみを扱う取引市場となっている<sup>(25)</sup>。

このような経緯からも分かるように、馬から牛、馬から耕運機やトラクター、そして馬肥から化学肥料という移行が生じた。それは、馬が有していた複合的な特質が、肥育と現金収入（牛）、耕転（耕運機）、肥料（化学肥料）の三つの次元に分節化され、それぞれの機能と目的が分離して営まれることを意味している。そして重要なのは、単なる機能分化や代替ではなく、馬が作り出している複合的な関係がほどけることで、同時にさまざまな事柄が失われたり、派生的に生じるということであろう。

例えば、馬の餌のための里山の採草地も、田畑の肥料用の柴木の場所も姿を消し、現在ではアカマツや雑木の林となっている。奥山は馬を放牧することができない林野となっている。馬のための里山・柴



山・奥山に人の手が入らなくなっていくことは、馬肥を作り出す発酵メカニズムが生活の中から失われることでもある。そして、同時に発酵のメカニズムに支えられていた水田や畑の土そのものの性質を変えていくこと、作物を栽培することの考え方の変更がもたらされることになる。土が育てる作物から、化学肥料が生産する作物へと変わり、土は合理的に改良されるべき対象となる。その結果、循環しきれない窒素や硝酸塩が土壤に滞留する<sup>(26)</sup>。

耕運機やトラクターの導入は、そもそも馬耕そのものが近代的な農法のテクノロジーの延長線にあるというだけでなく、あるいは労働生産性を向上させるということだけでもなく、作業しやすいように圃場を長方形へと整備しなおす土地の構造改善と接合することで、その機能が発揮されるものであった。水田や畑が長方形になっていくこと自体、人工的な地形を景観として作り出していくことでもあった。景観の変容は、建築物や道路などの建造物に限られない。土木的な技術が水田や畑に投入されることもまた、重要な契機であった。

そして、聞き取り調査で語られたような、峠をこえた隣接する村との交流や、放牧した奥山に馬を迎えにいったときに経験した溪流のイワナを獲る生活、里山に手を入れて里山自体のサイクルと農業のサイクルとが結びつくような生活世界は、失われていくことになったのである。

## 6. おわりに

これまで見てきたように、木曾馬はその複合的で多面的な特質を有し、「木曾馬—里山—農耕」の関係世界と「木曾馬—馬市—貨幣経済」の関係世界とを蝶番するような存在であった。木曾馬が地域社会から姿を消したのは、馬の社会的な需要がなくなり、後者の貨幣経済との関係が成立しなくなったことに直接起因している。現金収入の方法は、繁殖牛や乳牛へ、そして賃労働へと移行していく。そして、前者の

「木曾馬—里山—農耕」の物質循環の象徴構造も解体していく。この象徴構造の解体は、前近代から近代へという単純な変化を指しているのではない。共同体の生活において現金を必要としていたように、馬耕それ自体が近代的農法の延長線にあったように、近代がもたらす変容させる力のなかで、1960年代後半から70年代にかけて生活世界の構造変容が生じていた。

別の言い方をすれば、江戸期から木曾地方に根付いていた木曾馬もまた、近代化を経験してきた存在である。農業の生産性を上げるために、馬は馬耕のための動力として、専用に開発された犁を身につけなければならなかった。馬は農耕のために調教され、馬自身も農耕のためのテクノロジーを身につけなければならなかった。また、本稿では言及しなかったが、戦時期において馬が軍用に改良されたり徴用されたりしたことも、同様に日本近代のプロセスにおいて想像以上に重要な事柄だと思われる。なぜなら、それらは馬が有していた野生性に対する domesticate だからである。つまり、物質循環の象徴構造の解体には、馬自身が経験した近代的な domestication という条件が何らかの形で関連しているのである。

象徴構造の変容に対してどのようにアプローチすべきなのか、その課題は埋積されているが、本稿の文脈で最後に一点指摘したいのは、人間と自然、テクノロジーとの関係の問題である。人間と自然との関係は、人間が自然に手を加えることによって、あるいは適切に技術的に関与することで成り立っていた関係である。この自然に手を加えるという日常的実践は、自然を開発することやコントロールすることで手中に収めることではない。林野や草地から、生活のために必要なものを享受することである。現代のライフスタイルからすれば逆説的とみなされるような、生存に不可欠な必需消費の圧倒的な豊かさを可能にしていた。林野や草地は途絶えることなく、毎年あるいは1年や数年ごとに必要なものをもたらしてくれるからである。馬は、こうした人間が自然に関与するための媒介的存在であり、野生をそなえたテク

ノロジーであった。機械としてのテクノロジーとは異なる、テクノロジーとしての動物／家畜／伴侶種であると言える。このような特質を有した馬の社会的喪失は、里山と社会との循環的な関係を失うか、減退させるものであった。

馬から牛、耕運機、化学肥料へと目的と手段が分離され、人々は別種のテクノロジーを手に入れることとなる。馬が複合的にもっていた力能が、機械や化学的なものへと機能分化していく。この新しいテクノロジーは、労働生産性や土地の生産性も向上させる魅力的なものであり、拒否されるべき対象ではなかった。ライフスタイルや商品、機械、製品の新しさとして日常的生活世界に提示されることが、社会の変容を日常実践として受容していくことである。こうしたスタイルやモノの具象性こそが、生活世界の日常実践を織りなしていく。ライフスタイルは、ハビトゥスあるいはエートスの次元で時間を要しながら変容していくのである。この次元で進行する変容は、先にみた聞き取り調査が示しているように、馬との生活の多様な具象性が物語っている。馬の社会的喪失は、構造的次元にとどまらず、多様な生活の具象性の喪失を指しているのである。

同時に、この喪失＝象徴構造の解体は、人間と自然との関係を変えていく。人間と自然との関係＝物質循環を可能にしていたのが、他ならぬ馬であり、馬というテクノロジーであった。このテクノロジーによって介入するがゆえに、人間と自然との関係が可能となっていた。耕運機や化学肥料は、馬が有していた野生性が可能にしたように人間と自然とを接着させない。生物種としての馬以上の力能を、これらの新しいテクノロジーは発揮しない。なぜなら、人間は馬の野生性と共生していたからだと言えることができるからである。

馬の社会的喪失は、人間自身が自然に関与し、人間と自然との関係を取り結んでいくテクノロジーを失っていくことを意味している。したがって、「馬は家畜ではない。家族である」とは、単に馬を失うのではなく、人間が失ったものそのものの表象として立ち現れていると言

うこともできるのである。

- (1) 『開田村誌 上巻』1980年、863頁
- (2) Haraway, Donna., *The Companion Species Manifesto: Dogs, People, and Significant Otherness*, Princely Paradigm, 2003. = 永野文香訳『伴侶種宣言——犬と人の「重要な他者性」』以文社、2013年、28頁
- (3) Haraway, Donna、前掲書、28-29頁
- (4) 鷺田清一『〈ひと〉の現象学』筑摩書房、2013年、215頁
- (5) 野本寛一『牛馬民俗誌 野本寛一著作集IV』岩田書院、2015年、218頁
- (6) 文献史的に確認できるかぎりにおいても、木曾義仲が京へ攻め上がる際の戦馬であった、あるいは鎌倉時代の前期において朝廷へ貢馬されたとされている（『開田村誌 上巻』1980年、832頁）。
- (7) 『開田村誌 上巻』1980年、833頁
- (8) 『開田村誌 上巻』1980年、1021頁
- (9) 毛付馬の物成は、馬籍を作ることも行われた。『木曾福島町史』によれば、「当歳駒（今年生まれた牡馬）を台帳に記載して自由に売買を禁止している。毎年七月上旬の半夏生はんげしゅうの日に谷中の二歳駒を福島ふくしまの代官所へ集めて検査し、良馬を二〇〇から三〇〇等選び、村へひき帰らせてもう一年飼育させる。翌年その三歳駒を再検査し、そのなかから良馬を二〇から三〇頭召し上げ、自用としり、家臣に与えたり、藩主や將軍へ献上したりした。残りの馬は、たてがみを切り、印札を渡して自由に売買を許したというのである。留馬からはずされた馬は、福島へひき出したついでに売り払ったほうが好都合であったので、自然と馬市が成立し、これが木曾馬市のもとになったといわれている。」（『木曾福島町史』第3巻、1983年、198-199頁
- (10) 『開田村誌 上巻』1980年、837頁
- (11) 佐幸信介「入会林野と社会変容—長野県木曾町の事例研究から問うこと」『日本法学』第87巻代4号、日本大学法学会、2022年2月を参照のこと。
- (12) 黒田三郎『信州木曾馬ものがたり』1975年、信濃路、41-42頁
- (13) 馬市の詳細な様子は、黒田三郎、前掲書、40-108頁を参照のこと。
- (14) 参考までに大正12年のデータを現在の金額に換算すると、一頭当たりの価格が約280円。当時の国家公務員初任給を70円として換算した、1円＝約2,600円を前提とすると、280円×2,600＝728,000円。
- (15) 黒田三郎、前掲書、90頁
- (16) 板垣貴志『牛と農村の近代史—家畜預託慣行の研究—』思文閣出版、2013年、6頁
- (17) 黒田三郎は、馬小作という「呼び名は、大正四、五年頃全国的に小作

争議が盛んな時、農商務省（嘱託）の栗原信という人が全国各地の主要馬産地を調査し、木曾馬の貸借制度について「馬地主」「馬小作」と呼んだことに始まるといわれている」と記述している。黒田三郎、前掲書、89頁。板垣貴志の指摘と合わせると、「馬小作」の正確な初出は別としても、1910年代から20年代において、当時の農商務省において定着して使用された言葉であると推察することができる。

- (18) 黒田三郎、前掲書、97-98頁
- (19) 板垣貴志、前掲書、15頁
- (20) 2022年3月27日、聞き取り調査（半構造化インタビュー）実施。開田地区在住、60代男性。祖父の代まで馬喰をしていた方。
- (21) 黒田三郎、前掲書、106-107頁、および『開田村誌上巻』861-862頁。
- (22) 香月洋一郎『馬耕教師の旅「耕す」ことの近代』法政大学出版局、2011年では、佐渡を中心にしたフィールド研究が著されている。
- (23) 香月洋一郎、前掲書、12頁
- (24) 明治期には、全国各地に牛馬耕専用の犁を開発・製造する製作所が起業される。長野県には、全国的にも有名な「松山犁」があった。松山犁については、「公益財団法人 松山記念館」(<http://www.matsuyama-museum.or.jp/info/access.html>、2022年8月20日閲覧)を参照のこと。
- (25) 『日義村誌 歴史編下巻』334頁
- (26) 例えば、小川吉雄『地下水の硝酸汚染と農法転換—流出機構の解析と窒素循環の再生—』農山漁村文化協会、2000年を参照のこと。また、戦後の化学肥料の産業的経緯については、綱島不二雄『戦後化学肥料産業の展開と日本農業』農山漁村文化協会、2004年を参照のこと。



# フリーランスと労働法

——フランス「ポルタージュ・サラリエル」——

大 山 盛 義

## I はじめに<sup>(1)</sup>

### 1 本稿の目的

近年は、ICTの影響もあり働き方の多様化がさらに進み、個人事業主・フリーランスとして働く人、つまり「雇われない」働き方をする就業者も増えている。フリーランスの実態調査等を行っている民間団体の2021年から2022年の調査結果では、フリーランス人口は1,577万人、経済規模は23.8兆円という数字が示されている<sup>(2)</sup>。

しかし、こうしたフリーランス・自営業者の中には、働き方の実態はあたかも「労働者」のように働く者も少なくない。

これらの状況を受けて、日本政府内でもフリーランスについてどのような法的保護が必要か、経済社会の中でフリーランスをどのように位置づけ、どのように活用していくべきか、といったこと等の検討が盛んにされてきた<sup>(3)</sup>。このような検討は、厚生労働省、経済産業省、公

(1) 拙稿「フランスにおける労働者供給の意義と動向」『日本労働法学会誌』128号（2016年）28頁以下。

(2) ランサーズ『新・フリーランス実態調査2021-2022年版』（<https://www.lancers.co.jp/news/pr/21013/>）。

(3) フリーランスに対してどのような法的保護が必要か、可能か、については、経済産業省、公正取引委員会、厚生労働省がそれぞれの研究（検討）会において検討し、その結果を2017年以降公表してきた。これら一連の検討・研究の分析については拙稿「『フリーランス』に関わる最近の議

正取引委員会それぞれ独立し並行するような形で行われてきたが、政府をこれらの検討を総括する形で2021年3月26日に『フリーランスガイドライン』（正式名称は、『フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン』）を公表するに至った。この『フリーランスガイドライン』は、主として競争法の観点から事業者間の取引において、フリーランスの利益保護を目的とした内容といえる<sup>(4)</sup>。ただし前述したように、その中には労働法が対象とする「労働者」ではないが、労働者のように（雇用類似の形で）働く「就業者」（フリーランス）も増え（拡大）していくことも予想でき、『フリーランスガイドライン』では対応が十分でない問題も生じる可能性は残されている。

本稿では、かかる状況認識を基に、今後も増加・拡大していくであろう雇用類似の働き方をする個人事業主・フリーランスを社会法的視角からどのように位置づけるのか、いかなる法的保護が必要なのかを検討するための一素材として、フランス労働法においてフリーランスを被供給労働者として行われる「ポルタージュ・サラリエル」（portage salarial<sup>(5)</sup>）を紹介・検討したい。

この「ポルタージュ・サラリエル」とは、フリーランス・個人事業主を被供給労働者としてクライアント企業に供給することが認められている、労働者供給制度の一種である。なお、このポルタージュ・サラリエル制度において、フリーランス・個人事業主である人材を第三者（クライアント企業）に供給する事業に該当するような事業活動は、現在日本には存在しないと思われるので、この人材供給事業を指す場合には、そのままフランス語を「ポルタージュ・サラリエル」と日本語読みの表記にする。

論状況」労働法律旬報1913号（2018年）6頁以下参照。

(4) このガイドラインに関する検討については、拙稿「『フリーランスガイドライン』の検討」労働法律旬報1989号（2021年）6頁以下参照。

(5) この「portage salarial」は、「賃金の運搬」という意味であるが、制度内容からすると「フリーランス供給」あるいは「専門職供給」との意味で考えた方が実態の理解を容易にするとと思われる。



## 2 フランスにおける労働者供給事業に対する法規制とポルター ジュ・サラリエル

ポルタージュ・サラリエルについてフランスにおいて労働法の代表的な教科書では「違法な実務の困難を極めた合法化」(La laborieuse légalisation d'une pratique frauduleuse)<sup>(6)</sup>との小見出しの中で次のように述べている。

「ポルタージュ・サラリエルは、古くから行われていた違法行為である。この制度は、クライアントを持つ独立労働者が、社会保障や雇用保険など、労働者としてのメリットを享受しながら、あらゆる社会法制の恩恵を受けられるようにすることを目的としている。この事業は、(ポルテされる=供給される)労働者が(ポルタージュ・サラリエル企業=供給する)組織と労働契約を締結し、その組織に従属しないにもかかわらず、賃労働に必要な申告と費用の支払いを実行することで成り立っている。通常、ポルタージュ・サラリエル企業は、直接的にも間接的にも、こうした労働者に仕事を提供することはない。

このため、独立労働者(Le travailleur indépendant)は労働者と偽装し、労働者のための社会保障制度の恩恵を受けることができる。

このような状況は、論理的には社会保障費の不正受給と見なされた。しかし、供給される労働者がポルタージュ・サラリエル企業に対しても、クライアントに対しても従属的でないことから、原則として労働力貸与には該当しないものであった。不正ではあるが、この作戦は社会的に有用なものであった。これにより、簡素化され、保護された自営業の活動が可能になった」。

付言すると、ポルタージュ・サラリエルは、1980年代中頃から始まっ

(6) Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dcokès. Droit du travail 35e éd Dalloz 2022.p.433.,

たとえられる労働者供給事業で、職業格付の高い労働者や独立労働者・フリーランスが被供給労働者となる。フリーランスはそもそも労働契約を締結して業務に従事するのではないため、本来ならば労働法の適用はない。ゆえに失業補償等の適用はないが、これを適用可能にするために職業資格を粉飾した上で、供給元会社（ポルタージュ・サラリエル企業）に雇用されているとの形式をとり（「労働者」と仮装し）、社会保障機関に届け出た上で行われてきた事業活動である。

こうした職業格付けの高い独立労働者・フリーランスを供給する活動がポルタージュ・サラリエルと称されるようになり、法的には認められていないが、実際の経済社会の中では利用されるようになっていた。

その中で2008年1月11日全国職協定でこの労働者供給事業についてルール作りがなされ、2008年6月25日労働市場現代化法において、この形態の労働者供給事業に法的に承認された<sup>(7)</sup>。

その後、2013年にポルタージュ・サラリエル事業の内容について、労使間の団体交渉に大きく委ねる労働法 L.1251-64条<sup>(8)</sup>が創設されたが、この立法について憲法裁判所が2014年4月11日判決（Cons.const 11 apr.2014）において、次のように述べて2015年1月1日まで法の執行を延期する決定した。

「憲法34条は、労働法の基本原理は法で定める、と規定しており、労働法 L.1251-64条はこれに抵触する」。

憲法院のこの判決を受けて、フランス政府は2015年4月2日オルドナンス（Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial）

(7) この経緯については、前掲注(1)拙稿「フランスにおける労働者供給の意義と動向」34頁以下も参照。

(8) 以下、本稿では特に断りがない場合、条文はフランス労働法典のものである。

において、労働者派遣（一時的労働・travail temporaire）に関する法規を模す形でこの事業の活動条件を定めるといふ、かなり急ピッチな法改正を行った。

もっとも労働者派遣（一時的労働）の法内容を借用した形で法認された労働者供給事業としてのポルタージュ・サラリエルとはいえ、労働者派遣とは大きな相違がある。それはポルタージュ・サラリエルでは被供給労働者、被供給事業者（フリーランス）が専門性を有している一方で、労働者派遣では、派遣労働者の多くが職業格付けの無い（あるいは低い）労働者であるという点である<sup>(9)</sup>。詳細は後に譲るが、ポルタージュ・サラリエルでは被供給者が個人事業主・フリーランスであること等から、被供給者自らがクライアント開拓を行い、就業条件について労働者自らクライアントと交渉することになる（L.1254-2条）。加えて供給元会社は被供給個人事業主に仕事を提供する義務はない（同条3項）。また供給先と被供給労働者には使用従属関係はない<sup>(10)</sup>。これに対して労働者派遣の場合、このような取扱いにはならない。

こうした違いがポルタージュ・サラリエルと労働者派遣には存在するが、労働者供給事業一般に潜む危険性を考慮して、類似の禁止事項もある。例えば、労働者供給が認められるのは供給先企業自ら対応できない一時的（限定的）業務や専門的業務の場合であり、供給先の通常かつ恒常的業務（L.1254-3条）や、スト参加者の代替、危険作業への従事、36ヶ月の期間制限を超えた場合（L.1254-4条）への利用は禁止されていることなどである。

また2015年のオールドナンスによる法改正後、代表的な労働組合組織全てと使用者団体が参加する形で2017年3月22日部門労使協定が締結

(9) その差異については、前掲注(1)拙稿「フランスにおける労働者供給の意義と動向」30頁以下参照。

(10) 仮に供給先企業が被供給労働者に指揮命令を行った場合、供給先との労働契約の成立を認める「再法性決定」もあり得るとの指摘もある（Billes AUZERO et Emmanuel DOCKÈS.op.cit. p.349.,.）。

された結果、労使双方から承認を得て、かかる事業活動が広く根付くことになった<sup>(11)</sup>。

## II ポルタージュ・サラリエル (portage salarial) の諸相

まずここでは、ポルタージュ・サラリエルの諸相を、業界の労使双方が共同で出している「ポルタージュ・サラリエル部門報告」<sup>(12)</sup>の2022年版を手がかりに把握してみたい。

### 1 業界の規模等について

事業展開をするポルタージュ・サラリエル企業は、2015年には225社であったが、2019年には330社となっている（この場合、少なくとも一人の労働者に給与を支払っていれば活動していると見なされる）。業界全体の売上高は10億ユーロ超とされる。またこうした企業から供給される労働者数は33,998人（2019年）となっている（なお、国立統計局によるこの調査では、供給される労働者とポルタージュ・サラリエル企業の正社員（供給の対象ではない労働者）を区別していないが、この数字の3%が正社員と見積もられている）。

ポルタージュ・サラリエル企業のこのような急増は、かかる事業活動が法的に承認され、部門の労働協約が締結されたことによる影響もあるとされる（同報告書23頁）。

(11) 2017年3月22日部門労使協定 ([https://www.legifrance.gouv.fr/conv\\_coll/id/KALICONT000035326397?idConteneur=KALICONT000035326397&origin=list](https://www.legifrance.gouv.fr/conv_coll/id/KALICONT000035326397?idConteneur=KALICONT000035326397&origin=list))。

(12) <https://larchipel.io/wp-content/uploads/2022/08/Rapport-de-branche-du-portage-salarial-2022-VF.pdf>. この報告書は2022年版であるが、直近の統計データは2019年のものである。2020年から新型コロナのパンデミックとロックダウンによる影響については、ポルタージュ・サラリエル企業のアンケート回答で、76%がマイナスの影響を受けたとしている（同報告書9頁）。供給される労働者については、81%の会社が部分的失業制度を利用して労働者を支援した、としている（同報告書10頁）。

2019年に供給される労働者に支払われた報酬額は6億7000万ユーロとなり、3年間で50%以上の増加となっている（同報告書16頁）。労働者が供給される企業は、中小企業が主であり、2019年、企業の92%が従業員数が250人以下の企業となっている（同報告書21頁）。

## 2 供給される労働者の諸相

労働者が供給される分野はほとんど分野に及んでいるとされる（同報告書26-27頁）。労働者を「性別」で見ると男性が62%、女性が38%である。年代で区別すると、51歳から60歳までの労働者が一番多く（28%）、以下、41歳～50歳（26%）、31歳～40歳（23%）、60歳以上（12%）、30歳以下（11%）の順になっている（同報告書29頁）。

労働者の78%が専門職もしくは管理職であり、15%が中間的な職業となっている。また女性より男性の方が管理職の割合が高いと指摘されている（同報告書30頁）。労働者が行う活動の上位3項目で、IT関連サービスが入っている（同報告書33頁）。

労働者のうち19%が5年以上同じポルタージュ・サラリエル企業を利用している。同じく、1年未満（29%）、1年から2年未満（23%）、2年以上5年未満（29%）となっている（同報告書34頁）。

労働時間については、契約が有期か無期で違いがあり、男女間でも大きな違いがあるとした上で、年平均労働時間は619時間と算出されている（同報告書38頁）。

報酬については、2019年には17%の労働者が40000ユーロの収入があったが、反対に4000ユーロ未満の者が31%となっている。これについては労働時間や複数の活動、さらには期間の差があるため報酬にもそれが影響すると指摘されている（同報告書39頁、42頁）。

## 3 小括

以上から、ポルタージュ・サラリエルについての大まかイメージを次のように描写することができよう。まず被供給労働者は、ある程度

の職業的キャリアと専門的スキル・知識を有する労働者（フリーランス）であること、そして、ポルターージュ・サラリエル企業がこれらの者を中小企業を主とするクライアント企業の非恒常的業務を遂行するために供給する活動であること、被供給労働者、ポルターージュ・サラリエル企業、クライアント企業の三者で成立していること、である。

### Ⅲ ポルターージュ・サラリエルの法内容

続けて、ポルターージュ・サラリエルに関する法制度の概要を見ていくことにする。

フランス労働法典におけるポルターージュ・サラリエル制度はL.1254-1条からL.1254-31条までの31個の条文から成っており、次の順序で作られている。

「第1節 定義と適用範囲」

「第2節 ポルターージュ・サラリエルの利用および禁止条件」、

「第3節 労働契約」

「第1小節 通則」（L.1254-7条～L.1254-9条）、「第2小節 期間の定めのある労働契約」（L.1254-10条～L.1254-18条）と「第3小節 期間の定めのない労働契約」（L.1254-19条～L.1254-21条）

「第4節 ポルターージュ・サラリエル・サービス商事契約」（L.1254-22条～L.1254-23条）、「第5節 ポルターージュ・サラリエル企業」（L.1254-24条～L.1254-31条）

#### 1 定義

ポルターージュ・サラリエルとは、以下によって構成される組織全体のことを指すと定義される。

まず、サービスを提供する「ポルターージュ・サラリエル企業」（une entreprise de portage salarial）と称される企業と、ポルターージュ・サラリ

エル（サービス）の商事契約を締結し、このサービスの恩恵を受けるクライアント企業（une entreprise cliente）との間の関係である。このサービスはサービス契約締結から生じるものである（L.1254-1条1項）。

次に、ポルタージュ・サラリエル企業と供給（ポルト）される労働者（salarié porté）として指名された労働者の関係である。両者の関係は労働契約であり、当該労働者にはこの会社から給与が支払われる（L.1254-1条2項）。

また供給される労働者の賃金等は以下のように定められる。

供給される労働者は、専門知識、資格及び自律性を有し、自らクライアントを探し出し、そのサービスの履行条件及び価格について自分自身でクライアントと合意することになる（L.1254-2条1項）。

この点で、供給される労働者には「従属性」がない（l'absence de subordination du travailleur porté.）という特徴が示されている。仮に、供給された労働者がクライアントに従属した状態で業務を遂行した場合、その業務はポルタージュ・サラリエル供給契約の範囲外となる。その場合、ポルタージュ・サラリエル供給契約は無効となり、労働者とクライアントとの関係は、一般法における労働契約として再法性決定されることもある<sup>(13)</sup>。

供給される労働者は、拡張部門協定によって定義された最低報酬を受け取る。拡張部門協定がない場合、最低月額報酬は、フルタイム労働に相当する活動に対する社会保障法典 L.241-3条に規定される社会保障限度額の月額値の75%に設定されている（L.1254-2条2項）。

前述したように、ポルタージュ・サラリエル企業は、被供給労働者に対して仕事を提供する義務はない（L.1254-2条3項）。

---

(13) 前掲注(10)参照。

## 2 ポルタージュ・サラリエルの利用条件と禁止事項 (L.1254-3条～L.1254-6条)

クライアント企業は、通常かつ恒常的な活動範囲に属さない臨時の業務や、自社にない専門知識を必要とする単発のサービスのためにのみしか、供給される労働者を利用することはできない (L.1254-3条)。

またクライアント企業で提供されるサービスは、以下の目的では利用できない (L.1254-4条1項)

労働争議により労働契約が停止された労働者の代替 (1号)、L.4154-1条に規定されるリスト<sup>(14)</sup>に含まれる特定の危険な作業を遂行すること (同条に例外規定がある場合を除く) (2号)。

さらにこのサービスの利用期間は、36ヶ月を超えることはできない (3号)。

L.7231-1条<sup>(15)</sup>に記載された個人的なサービス活動について、ポルタージュ・サラリエルの労働契約の対象とすることはできない (L.1254-5条)。

第8編第2部第3章および第4章の規定は、本章に定める条件の下で行われるフリーランスの管理には適用されない (L.1254-6条)<sup>(16)</sup>。

## 3 労働契約等 (L.1254-7条～L.1254-21条)

### ①通則

労働契約は、ポルタージュ・サラリエル企業と供給される労働者と

(14) 供給先企業がこうした諸規制を遵守しない場合には、刑事罰 (3750ユーロ、再犯について7500ユーロと6ヶ月の禁固刑) が科せられる可能性もある (L.1255-16条)。

(15) L.7231-1条では、「個人向けサービス」として、「子育て」「高齢者、障害者、その他、家庭での身の回りの世話や、地域環境での移動支援を必要とする人が在宅で生活できるようにするための支援」「家事または家族に関する自宅でのサービス」を挙げている。

(16) これは営利目的の労働力貸与を禁止する規制から、ポルタージュ・サラリエル活動を除外する規定である。



の間で、期間を定めもしくは期間の定めずに締結される (L.1254-7条)。

ポルタージュ・サラリエル企業とクライアント企業間のポルタージュ・サラリエル・サービス商事契約の解約のみでは、労働者の労働契約の解約の理由とはならない。ポルタージュ・サラリエル企業は、L.1254-15条および L.1254-21条に規定される条件下で提供されたサービスに対応する労働者に支払うべき報酬の責任を負う (L.1254-8条)。

L.1254-15条、L.1254-21条、L.1254-25条で挙げられている事業貢献手当の額は、拡張部門協定によって定義されている。拡張部門協定がない場合、供給された労働者に支払われる報酬の5%に設定されている (L.1254-9条)。

#### ②期間の定めのある労働契約 (L.1254-10条～L.1254-18条)

期間の定めのある労働契約は、クライアント企業での業務遂行を目的として、ポルタージュ・サラリエル企業と供給される労働者との間で締結される (L.1254-10条)。

労働契約は、その締結時に、正確に定められた期間を含むものでなければならない。

ただし、締結された目的の期間が不確定の場合は、正確な期間を記載しないこともある。その場合、最短期間で締結される。労働契約は目的達成のための最短期間となる。(L.1254-11条)。

期間の定めのある労働契約の全期間は、L.1254-17条に規定する条件による1回以上の更新があったとしても、18ヶ月を超えることはできない (L.1254-12条)。

L.1254-12条の規定にかかわらず、供給される労働者が新規クライアントを開拓できるようにするため、ポルタージュ・サラリエル企業と供給される労働者の合意により、最長3ヶ月間、契約終了を延長することができる (L.1254-13条)。

また、契約の形式、内容及び伝達については以下の通りである。

労働契約は、「期間の定めのあるポルタージュ・サラリエル労働契約」(contrat de travail en portage salarial à durée déterminée) と記載した書

面を作成するものとする (L.1254-14条)。また労働契約には、以下の条項および情報を含まなければならない (L.1254-15条)。

- 1° ポルタージュ・サラリエル企業と供給される労働者との関係に関する条項および記載事項：
- a) 期間の日付と、特定の期間を含む場合には更新条項。
  - b) 報酬、事業貢献手当、社会保障費および税金、管理費、および該当する場合は職業費の計算方法および支払い方法。
  - c) 該当する場合、職業費の控除方法。
  - d) 当該労働者の技能、資格、専門分野の説明。
  - e) 試用期間がある場合は、その期間。
  - f) L.3141-1 条以下の規定に基づく有給休暇の取得、取得、支払の条件。
  - g) 補足的な年金基金の名称及び住所および、該当する場合、ポルタージュ・サラリエル企業が所属する保障機関の名称及び住所。
  - h) 供給する労働者による活動報告書の作成の定期。
  - i) ポルタージュ・サラリエル企業の財政保証人の名称。
- 2° ポルタージュ・サラリエル・サービス提供に関する条項および記述。
- a) クライアント企業の名称と住所。
  - b) サービスの対象および労働者によるその実行条件の説明。
  - c) サービスの提供期間。
  - d) 該当する場合、サービスの最低期間と、契約関係の終了を決定する出来事もしくは客観的結果の性質 (期間が不確実でサービスの履行に関連する場合)。
  - e) 労働者とクライアント企業の間で合意されたサービスの価格。特に、報酬額、業務負担金、社会的控除および税額控除、管理費、および該当する場合は職業費が含まれる。

- f) クライアント企業の敷地内または作業現場での業務遂行中に、労働者の労働条件、特に労働者の健康、安全、労働時間に関連する事項について、クライアント企業が負う責任。
- g) 該当する場合、クライアント企業から提供された個人用保護具の性質。
- h) サービス遂行中にクライアント企業で発生した損害について、労働者に代わって加入した民事賠償責任を保証する保険会社の名称と保険番号。

契約書は、遅くとも締結後2営業日以内に、供給された労働者に送付しなければならない (L.1254-16条)。

また有期労働契約の更新については、L.1254-13条に定める例外規定に基づき、最初の契約期間と合算してL.1254-12に定める最長期間を超えない範囲で、2回更新することができる (L.1254-17条)。更新条件は、契約書に規定されているか、または当初定められた期間到来前に労働者に提出された修正条項の対象となるものである。

この労働法典の有期労働契約に関する規定は、ポルタージュ・サラリエル労働契約には原則として適用されない (L.1254-18条)。

### ③期間の定めのない労働契約 (L.1254-19条～L.1254-21条)

期間の定めのない労働契約は、ポルタージュ・サラリエル企業と供給される労働者との間で、1社または複数の供給先企業での業務遂行を目的として締結できる (L.1254-19条)。

この契約には、本号の規定に従って、現行法第1部第2巻の第1号、第2号および第3号の規定が適用される (L.1254-20条)。労働契約は、「期間の定めのないポルタージュ・サラリエル労働契約」(contrat de travail en portage salarial à durée indéterminée) と記載された書面を作成する (L.1254-21条)。

労働契約には、ポルタージュ・サラリエル企業と当該労働者の関係に関する以下の条項および情報が含まれていなければならない。

- a) サービスの履行に対して、供給される労働者に支払われる報酬、営業貢献手当、社会的控除および税控除、管理費、ならびに該当する場合は職業費を計算し支払うための条件。これらの条件は、供給される労働者と L.1254-23条 5 項に記載のクライアント企業との間で合意した各サービスの料金に適用される。
- b) 該当する場合、職業費を控除するための方法。
- c) 供給される労働者のスキル、資格、専門分野の説明。
- d) L.3141-1 条以下の規定に従い、提供されるサービスに応じて決定される有給休暇の取得、取得および支払いのための条件。
- e) 試用期間が定められている場合、その期間。
- f) 補足的な年金基金の名称と住所、及び該当する場合、ポルタージュ・サラリエル企業が所属する保証機関の名称と住所を記載すること。
- g) 供給された労働者が作成する活動報告書の期間。
- h) ポルタージュ・サラリエル企業の財政保証人の名称。

なおクライアント企業へのサービスがない期間については、給与は支払われない。

#### ④ポルタージュ・サラリエル・サービス商事契約

##### ——ポルタージュ・サラリエル企業とクライアント企業間の契約

ポルタージュ・サラリエル企業は、サービス開始後 2 営業日以内に、供給される労働者のクライアント企業との間でポルタージュ・サラリエル・サービス契約を締結する。この契約には、供給された労働者とクライアント企業との間のサービスに関する交渉の必要事項が含まれる (L.1254-22条)。

ポルタージュ・サラリエル企業は、同じ期限内に、可能な手段でこの契約書の写しを労働者に送付しなければならない (L.1254-23条)。

書面で締結された契約には、以下の条項および情報を含まなければ

ならない。

- 1° 供給される労働者の身分証明書
- 2° 労働者のスキル、資格、専門分野の説明。
- 3° 労働者によるサービスの説明とその実行条件。
- 4° サービスの終了日、および必要に応じて、終了が不確実でサービスの履行に関連する場合は、サービスの最低期間。
- 5° 労働者とクライアント企業との間で合意されたサービスの価格。
- 6° クライアント企業の敷地内または職場におけるサービスの履行中に、労働者の業務遂行の条件、特に健康、安全、労働時間に関連する問題に関して、クライアント企業が負う責任。
- 7° 該当する場合、クライアント企業が用意した個人用保護具の内容。
- 8° ポルタージュ・サラリエル企業の財政保証人の名称。
- 9° サービスの実施中にクライアント企業に生じた損害について、労働者に代わって加入した民事賠償責任を保証する保険会社の名称と保険番号。

#### ⑤ポルタージュ・サラリエル企業について

ポルタージュ・サラリエル企業は、ポルタージュ・サラリエルの活動を独占的に行う（L.1254-24条）。ポルタージュ・サラリエル労働契約は、ポルタージュ・サラリエル企業のみが締結することができる（L.1254-25条）。

ポルタージュ・サラリエル企業は、供給される労働者ごとに活動アカウントを設定し、管理しなければならない。

供給される労働者は、月に一度、このアカウントに課金される項目、特に以下を通知される。

- 1° クライアント企業がポルタージュ・サラリエル企業に対して行った、サービス履行に伴う一切の支払い。
- 2° マネージメントフィーの詳細。
- 3° 職業費。
- 4° 社会保障と税の控除。

- 5° 純報酬。
- 6° 企業貢献引当金の額。

ポルタージュ・サラリエル企業は、その不履行の際に、以下の財政的保証をする金融保証を証明しなければならない (L.1254-26条)。

- 1° 給与およびそれに付属する給付。
- 2° 本章に起因する賠償金。
- 3° 社会保障機関または社会福祉団体への強制拠出金。
- 4° 社会保障法典 L.244-8 条に規定される条件のもと、社会保障機関および社会施設に関して、該当する場合、雇用主に課される可能性のある償還金。

金融保証は、相互保証会社、団体保証機関、保険会社、銀行、または保証を行う権限を有する金融機関が行う保証引き受けによってのみ実現される。

これは、当該企業の年間賃金請求額に対する割合として算出され、賃金の平均的な推移を考慮し、毎年政令で定められた最低額を下回ることはできない。

ポルタージュ・サラリエル企業は、供給される労働者のクライアント企業の要求に応じて、社会保障機関への賦課金徴収に関する状況を明記した社会保障機関の証明書を提供しなければならない。

ポルタージュ・サラリエル企業の活動は、行政当局への届出と財政的保証を得た後でなければ行うことができない (L.1254-27条)。

本条に規定する宣言の内容及び手続は、コンセイユ・デタの政令で定めるものとする (L.1254-28条)。産業医学に関する義務は、ポルタージュ・サラリエル企業の責任である (L.1254-29条)。

ポルタージュ・サラリエル企業の労働者数算定の場合、以下を考慮するものとする。

- 1° L.1111-2 条に従って決定されたポルタージュ・サラリエル企業の恒常に雇われる職能別労働者。

2° 直近の暦年において、ポルタージュ・サラリエル企業との間で締結された労働契約に基づき、3ヶ月以上の期間にわたってポルタージュ・サラリエルサービスを提供したポルタージュ・サラリエル労働者。

ポルタージュ・サラリエル企業における在職期間の要件のポルタージュ労働者への適用については、これらの労働者がポルタージュ・サラリエル企業と締結した労働契約に基づいてポルタージュ・サラリエル業務を行ってきた期間を通算することにより在職要件が評価される(L.1254-30条)。

L.6322-63条1項に定める規定の適用上、フリーランス労働者のポルタージュ・サラリエル企業での最低滞在期間は、これらの労働者がこの会社と締結した雇用契約の枠内でフリーランス管理サービスを実施した期間を合算することにより評価される(L.1254-31条)。

#### 4 小括

以上、労働法典におけるポルタージュ・サラリエルの法制度の内容である。労働者供給事業に対する法規制でありながら、フランス労働法典の中では労働者派遣規制と比べると極めて簡素な構成となっている。これは、ポルタージュ・サラリエル制度で供給される労働者が、ポルタージュ・サラリエル企業、クライアント企業どちらに対しても従属していないことが一つの理由として考えられる。また、賃金等の労働条件を被供給労働者自らがクライアント企業と交渉して決定するため、労働者供給事業に一般的に内在する中間搾取（ピンハネ）の危険性が少ないという事情もあろう。

#### IV 結びに代えて

フランスにおいて法的に認められたポルタージュ・サラリエルは、フリーランス、専門職の非労働者のニーズと、それに応えるポルター

ジュ・サラリエル企業の活動から生まれた労働者供給事業であった。このようにフリーランスがその自律性を失わず、かつ、一般の労働者同様の社会保障制度の保護を享受できるための仕組みとして、フランスではポルタージュ・サラリエル制度が事実上編み出され、これが法的に承認されることとなった。

本稿では、ポルタージュ・サラリエルの実態の把握と法制度の紹介を中心にしてきたが、代表的労働組合組織全てが参加した部門労働協定がポルタージュ・サラリエルのシステムについての詳細を定め、制度を安定させたと言われている。そのためこの部門労働協定の内容とポルタージュ・サラリエルの法的課題については、さらに別稿での検討としたい。



# 違法な訴訟提起に関する 判例法理とスラップ訴訟

加 藤 雅 之

- 一 はじめに
- 二 違法な訴訟提起による不法行為の成否
- 三 スラップ訴訟をめぐる議論
- 四 結びに代えて

## 一 はじめに

民事訴訟の提起は、被告となった者に対して応訴に関する弁護士費用などの金銭的負担や精神的負担を生じさせるため、訴えが法的根拠を欠くような正当なものでないとされる場合、被告に対する不法行為責任が成立することがある。もっとも、裁判を受ける権利は憲法32条において保障されており、法治国家において最大限尊重されなければならないため、訴えが法律的根拠を欠くことなどを理由に敗訴した場合であっても、敗訴したことのみをもって不法行為と評価されるわけではない。この問題について、確立した判例法理は訴えの提起は原則として正当な行為であるという前提に立ち、極めて限定的な要件を充たす場合に不法行為責任を認めている。

こうした中で、違法な訴訟提起に関する新たな問題として注目されているのが「スラップ訴訟」である。スラップ訴訟とは、自己に不都合な言論を抑圧するために、勝訴の見込みがないにもかかわらず、

もっぱら威圧目的でなされる訴訟をいい、相手方に対して苦痛を与える目的で裁判制度を悪用するものである。スラップ訴訟はもともとアメリカ法に由来する用語であるが、近年、日本においてもアメリカの議論が紹介されるとともに<sup>(1)</sup>、実際にこうした訴訟に関わった実務家を中心にその実情が報じられることで、広く知られるに至っている<sup>(2)</sup>。スラップ訴訟の原告は勝ち目のない訴えを提起しているため、その訴え自体は棄却される場合も少なくない。しかし、被告には応訴による時間的、金銭的さらには精神的な負担が生じるため、これらの負担により被告とされた者が疲弊し、自由な言論に躊躇することが考えられるが、こうした萎縮効果こそがスラップ訴訟を提起する目的となっている。

スラップ訴訟への有効な対策の一つとなりうるものが、こうした訴えを違法な訴えであるとして不法行為に基づく損害賠償請求を反訴として提起することである。裁判例においては、スラップ訴訟も違法な訴訟提起の一種として、前述の判例法理の枠組みを用いて不法行為の成否が判断されている。もっとも、スラップ訴訟について、裁判を受ける権利の尊重を前提として、限定的に不法行為の成立を認める判例法理によることは妥当なのであろうか。

そこで本稿ではこれまで違法な訴えとして議論されていた問題と近時のスラップ訴訟に関する議論を概観し、スラップ訴訟およびそれに基づく不法行為責任の構造について検討を加える。

## 二 違法な訴訟提起による不法行為の成否

### 1. 最高裁昭和63年1月26日判決民集42巻1号1頁

違法な訴えが不法行為となる要件についてのリーディングケースが本判決である<sup>(3)</sup>。

YがAを介してBに土地を売却するにあたり、Xにより行われた測量結果が実際よりも過少であったために損害を被ったとして、YがXに対して損害賠償請求訴訟（以下、前訴）を提起した。前訴については

本件測量を X に依頼したのは Y ではなく B であったことなどから請求が棄却され、確定した。そこで、X から Y に対して、前訴の提起が理由のないものであるとして、弁護士費用の賠償および精神的損害に対する慰謝料の支払いを求めた事案である<sup>(4)</sup>。

原審は、X に対して測量を依頼した者が Y ではないことから、Y と X との間に契約関係が存在せず、契約責任も不法行為責任も問えないとした上で、「前訴の提起に先立ち、まず、X に対し測量図面等が何人の、どのような依頼や指示に基づいて作成されたかについて事実の確認をすることが通常人の採るべき常識に則した措置」であり、「そのような措置を採っていれば、Y は、容易に先に認定した測量図面等が作成されるまでの経過事実を把握することができ、したがって、X に対し本件土地の測量につき損害賠償の請求をすることは、本来、筋違いであることを知り得たものというべきである」として、前訴の提起が不法行為を構成するとして、Y の反訴請求を認容し、X は Y に対して Y が支払った弁護士報酬等に相当する80万円を損害賠償として支払う義務があるとした。

これに対して、最高裁は原判決を破棄し、前訴の提起が不法行為にあたらぬと判示した。判決は、まず「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めうることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重されなければならない、不法行為の成否を判断するにあたっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることは当然のことである」として、敗訴の確定判決自体により訴えの提起が違法とはならないとしつつも、応訴者は「経済的、精神的負担を余儀なくされるのであるから、応訴者に不当な負担を強いる結果を招くような訴えの提起は、違法とされることのあるのもやむをえない」として、一定の場合に訴えの提起が違法なものとなりうるという判断を示す。

そして、訴えの提起が違法と評価される基準については、次のよう

に判示する。「訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係（以下「権利等」という。）が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である（下線部は筆者）。」けだし、訴えを提起する際に、提訴者において、自己の主張しようとする権利等の事実的、法律的根拠につき、高度の調査、検討が要請されるものと解するならば、裁判制度の自由な利用が著しく阻害される結果となり妥当でないからである」。その上で、最高裁は本件の事実関係の下では、実質上、AがYの代理人として測量依頼をしたものと考え余地がないこともないことや、またXの測量結果を盾にBがYに対して残代金の請求に応じなかったなどの事情を考慮すると、「XがYに対して損害賠償請求権を有しないことを知っていた、またはそのことを通常人であれば容易に知り得たともいえないとして、測量依頼や指示について事実を確認しなかったからといって、Yによる訴えの提起は「裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くもの」ではないとして、不法行為の成立を否定した<sup>(5)</sup>。

この昭和63年判決の準則はその後の裁判例でも踏襲されており、確立した判例法理となっている。

## 2. その後の最高裁判決

### (1) 最判平成11年4月22日（判タ1006号141頁、判時1681号102頁）

AとYが自動二輪車に同乗していたところ、普通乗用自動車と衝突して、Aが死亡した。この事故について、警察は、Aを自動二輪車の運転者と判断していたが、Aの両親Xらは独自の証拠収集活動によりYが運転者であると主張し、Yに対して自賠法3条に基づく損害賠償訴訟を提起した。これに対して、YはXらの本訴提起が不当訴訟であ

るとして、弁護士費用および慰謝料の支払いを求める反訴を提起した。原審は、Xらが運転者をYであったと特段の根拠もなく思い込み、被害感情に駆られ、Aが運転者であると認定された事実を覆すに足りる的確な証拠を持たず勝訴の見通しもないまま、Yに対して本件提訴をしたものであるから、本訴の提起は裁判を受ける権利の正当な行使とはいえず不法行為にあたりと判断し、反訴を認容した。

これに対して、最高裁は昭和61年判決の基準（前掲昭和61年判決の下線部）を参照した上で、本件の事実関係においては、運転者がYであるとの主張を裏付ける証拠が皆無であったとはいえないことから、Xらが特段の根拠もないままYが運転者であったと思いついたということはできず、Aのみが死亡した本件事故においては、「捜査機関の認定と異なる認定を前提に本訴を提起するに至ったことには無理からぬものがある」ことや、本件の第一審および原審における鑑定結果の中にはXらの主張に沿うものも存在することを根拠に、「Xらが、捜査機関が運転者をAと認定したことを知っていたからといって、Yに対する損害賠償請求権を有しないことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて本訴を提起したとは認められない」として、本訴提起は不法行為にあたらないとした<sup>(6)</sup>。

## (2) 最判平成21年10月23日（判タ1313号115頁、判時2063号6頁）

これまで2つの最高裁判決の事例と異なり、本件においては名誉毀損に基づく損害賠償請求がされている点が特徴的である。

特別養護老人ホームの入所者に対して虐待行為が行われている旨の新聞記事が同施設の介護職員であるYらからの情報提供等を端緒として掲載されたことについて、本件施設を設置経営する社会福祉法人Xが、虐待行為はなく上記の情報は虚偽であるとして、新聞記事により信用および名誉が損なわれたことを理由にYらに対して訴えを提起した。これに対して、Yらは本訴の提起が不当訴訟である上に、Xの被用者からも罵倒・暴言等の数々の嫌がらせ行為を受けたとして、慰謝

料の支払を求める反訴を提起した。

第一審原審ともに虐待行為が事実であったと認定したことを理由に本訴請求を棄却した。反訴請求については、第1審において、嫌がらせ行為とされたものの存在は認定したが、未だ受忍限度の範囲内であるとし、本訴の提起も不法行為とはいえないとして、Yらの請求を棄却した。原審は、上記嫌がらせ行為の存在を認めた上で、Xは当然行うべき調査を行わないまま、虐待に関する複数の供述等を合理的な根拠もなく虚偽と決め付けて、本訴の提起に及んでおり、本訴は、権利の存在につきわずかな調査をしさえすれば理由のないことを知り得たにもかかわらずこれを怠って提起されたものといえることができるから不法行為に当たる、として、嫌がらせ行為と一体として不法行為を構成することを前提に、反訴請求を全部認容した。

最高裁判決は、昭和63年判決の一般論を示したことに加え、名誉毀損による損害賠償請求については、「報道により信用又は名誉が損なわれたとして救済を求める場合、訴えの提起は、紛争解決のための数少ない手段の一つであるから、報道の自由等に配慮する必要があることは当然としても、訴えの提起が不法行為を構成するか否かを判断するに当たっては、上記のとおり、慎重な配慮をもって臨むべきである」として、「報道の自由」に言及しつつも、原則としては訴えの提起が違法となる場合を限定的に解するこれまでの判例法理が名誉毀損訴訟においても妥当する旨を示す。

その上で、入所者に対する暴行については複数の投書や目撃供述が存在していたものの、施設長が介護職員から虐待の事実を全面的に否定する供述を得ていたことや、Y1同席の下で、同介護職員に事実の有無を確認するなどしたが、その供述は一貫してこれを否認するものであったこと、介護職員による暴行の目撃状況についての報告内容自体にも矛盾する箇所があるように施設長が感じていることなどのほか、入所者の身体に暴行のこん跡があったとの確たる記録もなく、後に公表された市の立ち入り検査による調査結果においても、個別の虐待事

例については証拠等により特定するには至らなかったという事情を挙げ、Xが、特段の根拠もないまま入所者に対する虐待がなかったものと思ひ込んだということはできないとする。そして、Xの「主張する権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであることを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて本訴を提起したとまでは認められないというべきである」として不法行為の成立を否定した<sup>(7)</sup>。

(3) 最二判平成22年7月9日(判タ1332号47頁、判時2091号47頁)

昭和63年判決以降の最高裁判決が、訴え提起を不法行為とした原判決を破棄するものであったのに対して、本判決は不法行為の成立を否定した原審判決を破棄した点に特徴がある。

X社の経理事務を担当していたYによる横領等があったと主張して、X社ら(X社およびX社の代表者等)がYに対して不法行為に基づく損害賠償等を請求する本訴を提起した。Xが主張した横領等とは、①Xの業務に係る支払に充てるなどの名目で小切手および約束手形を無断で作成又は偽造して、これを現金化した上、同小切手金等を領得したというもの、②Xらの預貯金を無断で払い戻したり、解約したりして、払戻し等に係る金員を領得したというものであった。

第一審判決はXらの請求をいずれも棄却した。判決は、Yによる横領行為は存在せず、「総合的に判断すると、本件訴えは、原告X2(筆者注、Xの代表取締役)がことさらに問題を作り出してあげつらい、何らかの不当な目的のため訴訟手続を利用しようとする悪質な濫訴というべきものであると判断するのが相当である」と判示している。Xはこれを不服として控訴したところ、Yが、控訴審において、Xらによる本訴の提起が不法行為に当たるとして、損害賠償を請求する反訴を提起した。

Xの請求は原審においても棄却された。YからXに対する反訴請求については、問題となった横領行為等を全体的にみて、Xらが「自己

の主張する権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであることを知りながら、又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて本訴を提起したなど、本訴の提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くものとまでは認めることができない」として、反訴請求を棄却した。

これに対して、最高裁は原審判決中の Y 敗訴部分を破棄して、差し戻した。

最高裁は、これまでに紹介した最高裁判決と同様に昭和63年判決の基準を示した上で、以下のように判示する。

「原審の認定するところによれば、X らが主張する本件横領行為等に係る小切手等の振出しや預貯金の払戻し等のほとんどについて、X 2 が自らこれを指示しており、小切手金や払戻し等に係る金員の多くを、X 2 自身が受領しているというのである。

そうであれば、本訴請求は、そのほとんどにつき、事実的根拠を欠くものといわざるを得ないだけでなく、X 2 は、自らが行った上記事実と相反する事実に基づいて Y の横領行為等を主張したことになるのであって、X 2 において記憶違いや通常人にもあり得る思い違いをしていたことなどの事情がない限り、X 2 は、本訴で主張した権利が事実的根拠を欠くものであることを知っていたか、又は通常人であれば容易に知り得る状況にあった蓋然性が高く、本訴の提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められる可能性があるというべきである」として<sup>(8)</sup>、原審が、上記記憶違い等の事情について認定説示することなく、不法行為の成立を否定した点について、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとして、Y 敗訴部分を破棄した。

このように本判決では、これまで3件の最高裁判決と異なり、不法行為の成立を否定した原審判決を破棄するという判断を示し、最高裁として初めて違法な訴えによる不法行為の成立が肯定されうるとして



いる<sup>(9)</sup>。

### 3. 判例法理の分析

このように確立した判例法理においては、訴えの提起が違法となる場合が限定的に解されている。その理由は「裁判を受ける権利」が尊重される点にあり、これと被告の応訴負担の比較考量がされる結果、後者の保護が狭くなると解されるのである<sup>(10)</sup>。それではどのような場合に不法行為の成立が認められるのか。学説においては、主観的要件として故意およびそれに準じるものを要求する見解と応訴者の利益との調整によって違法性を判断する見解がある。

#### (1) 故意不法行為からのアプローチ

故意の存在が認められるならば、損害の発生および因果関係の存在の要件が充たされている以上、行為の危険性または被侵害利益の重大性の程度如何を問わず、常に不法行為が成立すると解し、違法な訴訟提起がその一場面であるとして、権利の正当な行使行為であっても故意があれば不法行為となるとする見解がある<sup>(11)</sup>。この見解の基礎には、故意不法行為と過失不法行為の区別を強調し、故意不法行為を意思に基づく責任であるとして過失不法行為とその帰責根拠を異なるとする考え方がある。

同様に、裁判を受ける権利との調整から、違法な訴えの提起を意図的な不法行為の一例であるとして、過失不法行為と区別する見解も示されている<sup>(12)</sup>。こうした考え方においては、違法な訴えが不法行為と認められるためには故意およびそれに準じる場面に限定される。そこで、こうした見解の下で議論の中心は「故意に準じる場面」をどのように解するかということになる。ここで故意に準じる場面を、故意または重過失に基づく場合とする見解もあるが、裁判を受ける権利の保護との調整から故意に準じる場面は極めて限定的に解すべきであることが主張されている<sup>(13)</sup>。

## (2) 被告の利益との調整

違法な訴訟提起においては、応訴者（被告）のどのような利益の保護が問題となっているのであろうか。違法な訴えが伝統的に弁護士費用の賠償と関連づけて議論されていたことから、違法な訴訟提起に対する応訴によって弁護士費用等が発生することを考慮し、いわゆる総体財産の減少の場面とみるものがある<sup>(14)</sup>。また、「訴訟にかかわらしめられないという法律生活の平穏ないし自由」の侵害とみて、かかる利益の侵害に高度の違法性が認められる場合に不法行為が成立すると解するものもある<sup>(15)</sup>。

このように被侵害利益を観念すると、昭和63年判決の準則は次のように分析される。すなわち、①「提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである」という客観的違法要素と、②「提訴者がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえる」という主観的違法要素の相関的評価によって、訴えの提起が著しく相当性を欠くものとなるかどうか判断されるというものである<sup>(16)</sup>。

これらの見解においては、提訴者には「裁判を受ける権利」があるため、提訴が原則的に正当な行為と評価される一方で、被告側の利益の要保護性が総体的に必ずしも高いものとは位置づけられていないため、不法行為の成立が限定的な場合にのみ認められることになる。

こうした状況に対して、裁判を受ける権利の位置づけを問い直そうとする見解も見られる<sup>(17)</sup>。とくに、「裁判を受ける権利」について、原告の権利だけでなく、不当な裁判に巻き込まれないという被告の自由権的「裁判を受ける権利」を重視していくことの必要性が主張され、訴えの提起など私人の権利行使についても、他の私人の自由を侵害するおそれがあるため、その範囲を明確に限定する必要があることが指摘されている<sup>(18)</sup>。こうした見解からは必ずしも故意または故意に準じる要素がない場合であっても、訴えの提起が違法となる場合がありうることになる。

### 三 スラップ訴訟をめぐる議論

#### 1. スラップ訴訟とは

##### (1) スラップ訴訟の定義

近年、問題となっているスラップ訴訟とは何か、改めて整理しておこう。スラップ訴訟の定義は確立しているとは言えないが、自己に不都合な言論を抑圧するために、勝訴の見込みがないにもかかわらず、もっぱら威圧目的でなされる訴訟をいう<sup>(19)</sup>。スラップという用語は、アメリカ合衆国における SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation)、すなわち市民の公的参加の妨害排除を目的とするための戦略的訴訟、という用語に基づいている。

アメリカでは、原告の活動に反対する個人や集団を相手に提起されるこうした訴訟が、被告に対して応訴による負担を生じ、公的参加を妨げる効果を持つだけでなく、被告以外の者も訴えられるリスクを恐れ、公的参加を避けることになり、表現の自由に対する萎縮効果が広く公衆に対して及ぶことが問題視されている<sup>(20)</sup>。

スラップ訴訟の特徴として以下の要素が挙げられる<sup>(21)</sup>。①民事訴訟提起の形式をとること、②多くのスラップが被告に心理的な打撃を与えるに足る巨額請求となっている<sup>(22)</sup>、③被告の正当な言論・業務、正当な市民運動を抑制し萎縮せしめる目的をもって提起されている、④権力者ないしは社会的強者が原告となって、比較弱者を被告とする、⑤力量のない被告に大きな負担を強いる「いやがらせ効果」を有する、⑥多くのスラップは勝訴の見込みが薄い。とくに、⑤および⑥にあるように、スラップ訴訟の主たる目的は、萎縮効果にあり、勝訴の見込みが薄くても、提訴自体で目的を達するものと特徴づけられている。

##### (2) スラップ訴訟への対応と問題点

本稿の目的はスラップ訴訟への対応策を検討することにはなく、違法な訴訟提起に関する既存の判例法理がスラップ訴訟においても妥当

するかを論じることにあるが、現在スラップ訴訟に対する関心が高まっている中でいかなる対応が論じられているかを概観しておこう。これにより、とくに名誉毀損型のスラップ訴訟がなされる構造的要因を理解することができよう。

スラップ訴訟は表現の自由を脅かす深刻な問題として認識されており、その対応の必要性が論じられている。アメリカ州法においては、いわゆる反スラップ法が制定されており、こうした立法的対応を求める声もある<sup>(23)</sup>。もっとも訴訟制度が異なる日本において、アメリカ法と同様の反スラップ法を導入することについては慎重な見解もあり<sup>(24)</sup>、見解の一致はみられていない。

既存のルールとの関係では、日本におけるスラップ訴訟の多くが名誉毀損損害賠償の形式をとることから、名誉毀損法理に対する再検討、とりわけ「真実性・相当性法理」の見直しが主張されている<sup>(25)</sup>。

名誉とは、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価を指し、この社会的評価が低下することにより名誉毀損が成立する。社会的評価の低下は表現行為によってなされるため、表現の自由との調整が必要になり、判例において次のような免責法理が確立している。すなわち、事実摘示型名誉毀損においては、その表現行為が公共の利害に関する事項であり、公益を図る目的でなされた場合、摘示された事実が真実であるところが証明されたときには違法性が阻却される（真実性の抗弁）。また、真実であることが証明されなくても、事実が真実であると信じるについて相当な理由がある場合には故意または過失が否定され、不法行為が成立しない（相当性の抗弁）<sup>(26)</sup>。

スラップ訴訟との関係で問題となるのは、真実性の抗弁および相当性の抗弁について、被告側に立証責任がある点である。提訴者としては、社会的評価の低下が存在することについて立証すれば、当該訴訟において主張した権利に法律的根拠があると認められるため、提訴が比較的容易であるといえる。このことから、日本の名誉毀損法理は、比較法的に見ても非常に被害者に好意的に構築されており、表現の自

由を行使する者にとっては極めて不利になっているとの指摘がある<sup>(27)</sup>。こうした状況への対応として、名誉毀損法理の立証責任の転換を主張されているが<sup>(28)</sup>、スラップ訴訟を抑止するために名誉毀損一般についての免責法理の見直しを図る必要があるかについてはなお議論が必要であろう。

## 2. スラップ訴訟の違法性が問題となった裁判例

以下では、スラップ訴訟と位置づけられている公判裁判例の中で、スラップ訴訟が不法行為であるか否かが問題となったものをみていこう<sup>(29)</sup>。

### ① 東京地判平成13年6月29日判タ1139号184頁（幸福の科学事件）

宗教法人 X の元信者 Y 1 が、X から高額の献金を強制されたと主張して、弁護士 Y 2 を代理人として損害賠償請求訴訟（献金訴訟）を提起した。その際、Y 2 は記者会見を開き、「尾行やいたずら電話など組織的な嫌がらせも続いており許しがたい。」という内容の声明文を読み上げた。これに対して、X は訴訟の提起および記者会見によって名誉を毀損されたと主張して、Y 1 および Y 2 に対して総額 7 億円の損害賠償を請求した<sup>(30)</sup>。これに対して、Y 2 が献金訴訟は正当な行為であり、X の Y らに対する不当な名誉棄損訴訟により損害を被ったとして、800 万円の損害賠償を求める反訴を提起した。

判決は、記者会見による名誉毀損の成否については、公共の利害に関する事実に関わり、公益を図る目的であるとした上で、その内容は真実であると認めることはできないが、真実と信じる相当なりうることがあったとして、名誉毀損の成立を否定して、本訴請求を棄却した。そして、反訴請求については以下のように判示して、一部（100万円）を認容した。

「A は X の代表者として、X に敵対する者に対する攻撃ないしは威嚇の手段として訴訟を用いるとの意図を有していたこと、本訴の請求額

が従来 of この種の訴訟における請求額の実情を考慮したとしても不相当に高額であることが認められ」とし、さらに本訴提起に至った経緯などを考慮して、「本訴提起についての意思決定は、仮にそれが A 自身によるものではないにしても、A の意図を決現した X の組織的意思決定としてされたものというべきである。そして、特に本訴が献金訴訟の提起からわずか二週間程度の短期間で提起されていることに照らすと、本訴提起の主たる目的は、献金訴訟を提起した Y1 及びその訴訟代理人である Y2 に対する威嚇にあったことが認められる」「よって、X は、主に批判的原論を威嚇する目的をもって、7 億円の請求額が到底認容されないことを認識した上で、あえて本訴を提起したものであって、このような訴え提起の目的及び態様は裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠き、違法なものといわざるをえない」として、この訴えにより Y2 が被った「甚だしい精神的苦痛」に対する慰謝料として100万円を認定した。

本判決では、X による訴えの提起が「批判的言論を威嚇する目的」にあることを判示した点で特徴的であるが、こうした認定をするにあたっては、献金訴訟からわずかかの期間で本訴が提起されていることや、請求額が「不相当に高額であること」が挙げられている<sup>(31)</sup>。また、本訴（名誉毀損訴訟）について事実的、法律的根拠があるかについては判断をしておらず、訴訟提起に行った経緯から違法な提起と判断している点で、裁判所が X による訴えについて、強い主観的違法要素を認定し、それ以外の要素を判断せずに不法行為の成立を認めている点において、従来 of 違法訴訟類型とは異質な判決であると言えよう<sup>(32)</sup>。

② 東京地判平成17年 3 月30日判時1896号49頁（武富士事件）

消費者金融業者 X が、弁護士 Y らにより執筆された書籍中の記述が名誉を毀損するものであるとして、損害賠償および差し止めを求める訴えを提起した。これらの訴えが不当訴訟であるとして、Y らは X に

対して反訴を提起した<sup>(33)</sup>。

Xからの訴えは、記事中の記述の大部分について真実性が認められることなどを理由に、棄却され、Yからの反訴について一部認容した。本判決の特色は、昭和63年判決を引用した上で、抗弁事実の存在の認識がある場合にも不当訴訟になりうるとした点にある。

「提訴者が請求原因事実の不存在のみならず、抗弁事実の存在を認識し又は容易に認識し得た場合も、同様に訴え提起等が違法になる余地があるものと解される。もっとも、名誉毀損訴訟においては、事実が真実であると証明された場合には違法性が否定されるのに対し、真実であるとの証明はないが真実であると信じたことに相当な理由があるときには、違法性が否定されるのではなく故意過失、すなわち責任が否定されるとされていることからして、一般には、いわゆる相当性の抗弁が認められて請求が棄却された場合、表現自体の違法性は否定されていないのであるから、訴えの提起や訴訟遂行が違法と判断されることは考え難いものと一応いうことができる。しかし、記事の大部分について真実性の証明があり、一部に真実であるとはいえないがそう信じたことに相当な理由があるというように、部分的に真実性の立証が欠けているにすぎず、かつその部分についても相当性の立証はされているような場合には、表現の自由が民主主義体制の存立と健全な発展のために必要な、憲法上最も尊重されなければならない権利であることに鑑み、全体的に見れば損害賠償請求権の不存在が明らかであって、訴えの提起等が違法となる余地があるものと解される。」そして、「Xは、本件各記述の内容が真実であるか否かについて、意に介すことなく、記事の中には真実の部分が含まれている蓋然性が多分にあるが、そうであったとしても一向に構わないとして、十分な調査を行うこともなく批判的言論を抑圧する目的を持ち、甲事件を提起したものと推認するのが相当である」として、本件提訴が「請求が認容される余地のないことを知悉しながら、あえて、批判的言論を抑圧する目的で行われたものであり、裁判制度の趣旨目的に照らして不相当なも

のというべきであり、違法な提訴であると認められる」と判示した。

本判決については、批判的言論を抑圧する目的を認定することにより、主観的違法要素を認めているもの解され、①判決と異なり違法訴訟に関する判例法理の枠組を用いるものではあるが、強い主観的違法要素を認めている点が特徴的である<sup>(34)</sup>。

### ③ 高知地判平成24年7月31日判タ1385号181頁

普通地方公共団体である X 町において、町議会議員が私的に発行する広報紙に町政執行を批判した記事を掲載したことについて、X が本件記事によって町自体の名誉等が毀損されたなどと主張して、本件記事の掲載に関与した町議会議員 Y らに対し、損害賠償請求をしたのに対して、Y らが、X の町長が反町長派の町議会議員である Y らの政治的言論を封じ込める目的で、町議会議員選挙の直前に、裁判制度を悪用してあえて本訴を提起したものであり、本訴は不当訴訟に当たるなどと主張して、X に対し損害賠償請求をした事案である。

まず、名誉毀損の成否については以下のように判示し、不法行為の成立を否定し、反訴については、以下のように判示して認容した。

「本件記事は、社会通念上町政批判として許容される範囲を逸脱するものとは認められないから、住民自治の理念に照らして、X 執行部は Y らの批判を甘受するなどの責任を負うべきである。そして、X 執行部は、町民を代表する町議会議員である Y らの批判に対し、町議会における討論だけでなく、町の広報を利用するなどしてその事実認識や見解等を表明し、これに反論できるのであるから、X は、その批判が明白な事実誤認に基づくものであったとしても、原則として言論をもってこれに対抗すべきである。これに加えて、X が、町議会議員である Y らの批判によって名誉等が毀損されたという理由で安易に損害賠償請求をする場合には、それ以後、Y らが X の行政執行について自由に批判することに萎縮的效果が生じ、Y らの表現の自由や政治活動



の自由に対する制約となりかねないことなどを考慮すると、そのような損害賠償請求をすることが裁判を受ける権利の行使であるといっても、そこにきわめて高い必要性や相当性が認められなければならないものと解される。」

本判決においては言論に対しては言論で対抗すべきであるとしている点が注目されるとともに、名誉毀損による損害賠償についての萎縮的効果に言及し、表現の自由の重要性を認めている点が重要であると思われる<sup>(35)</sup>。

④ 長野地伊那支判平成27年10月28日判時2291号84頁（伊那太陽光発電事件）

太陽光発電設置業者 X が太陽光発電設備装置に関して開催した住民説明会において、Y が反対意見を述べ、同計画に対する反対運動を行った。X は、Y の発言が X の名誉や信用を毀損するなど主張するとともに、Y の反対運動等により太陽光発電設備の設置を断念させたとしてこれによる逸失利益についても損害賠償を請求した。これに対して、Y は X の訴え提起が不法行為であるとして反訴を提起した。

判決は、本訴請求については、住民説明会の場における反対意見は何ら問題ないとして不法行為の成立を否定した。反訴請求については、昭和63年判決の基準を示し、以下のように判示し、不法行為の成立を認めた。

「X は、Y の住民説明会での発言や Y の反対運動が違法であるとして損害賠償を求める訴えを提起したのであるが、X が違法であると主張する具体的な言動は、住民説明会における発言のほかにはなく、反対運動については、特定の行為を違法であると指摘しているものではない」とし、本訴請求において Y の行為には違法性がないと判断されていることから、「通常、本件の Y の言動に不当性を見出すことは考えがたく、X においてこれを違法と捉えて損害賠償請求の対象になると考

えたとはにわかには信じがたいところであるし、少なくとも、通常人であれば、Yの言動を違法ということができないことを容易に知り得たといえる。」さらに、逸失利益（2億2000万円）の主張についても、「設置の取り止めは、住民との合意を目指す中でXが自ら見直した部分であったにもかかわらず、これをYの行為により被った損害として計上することは不合理であり、これを基にして一個人に対して多額の請求をしていることに鑑みると、Xにおいて、真に被害回復を図る目的をもって訴えを提起したのもとも考えがたいところである」として、本件訴えが裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くものであるとした。

Yによる住民説明会の場の発言や反対運動が不法行為を構成するものではないため、本訴の提起が報復や見せしめ目的であることを合理的に疑われる事案であり、結論自体に異論はない<sup>(36)</sup>。本判決においては、掲載誌である判例時報において、そのタイトルとして「スラップ訴訟」の用語が使われている点も注目に値しよう<sup>(37)</sup>。

#### ⑤ 千葉地裁松戸支判令和元年9月19日（N国党スラップ訴訟事件）

東京都立川市議会議員選挙に政党Aより立候補したXについて、Yがインターネットのブログ上で立川市に居住実態がほとんどない旨の記述をしたところ、かかる記述がXの社会的評価を低下させ、Xの選挙活動の妨害し、名誉を毀損するものとして慰謝料200万円の支払を求め損害賠償を請求した。これに対して、Yは本件記述の内容が真実であるとして反論するとともに、Xは同請求に理由がないことを知りながらスラップ訴訟としてYに経済的負担を課することを目的として提起したものであり、不法行為を構成するとして反訴を請求した。

本訴についてはYがXの立川市における居住実態がないと認識したことには相当の理由があったとして、不法行為の成立を否定した。反訴請求については、昭和63年判決の基準を引用した上で、「Xは、Yが、

少なくとも、本件記述を真実と信じたことについて相当な理由があることを知りながら、又は容易に知り得たにもかかわらず、あえて本訴を提起したもので、訴えの提起が裁判制度の趣旨に照らして著しく相当性を欠くものと認めざるを得ない」として、不法行為の成立を認めた。こうした判断の根拠となったのが以下の事実である。すなわち、① X 自らが公開した動画上で視聴者から立川市における居住実態があるのか尋ねる内容を書き込まれていること、② X は、本訴請求において、立川市での居住実態を裏付ける資料として住民票以上のものは提出せず、Y からの求釈明に対しても応答しなかったこと、③ X は、一貫して訴訟遂行に意欲的ではなく、第3回口頭弁論期日の後には、本件請求を放棄する旨の書面（以下、本件放棄書）を提出するなどしたこと、④ X による本件放棄書提出の直後に、政党 A の代表者が、本訴請求は、そもそも勝訴を企図した裁判ではなく、スラップ訴訟であり、Y に経済的ダメージを与える訴訟である趣旨を、覆面をした X に説明する動画を公開していることなどの事実であり、こうした事実が訴えの違法性を基礎づけている。

本判決は X 側がスラップ訴訟であることを公言するなどかなり特殊な事案である、もっとも、訴訟遂行態度なども考慮して、X の主観的違法要素を認定している点の判断自体は目新しいものではない<sup>(38)</sup>。

### 3. 小括

#### (1) スラップ訴訟をめぐる裁判例と違法訴訟

以上で概観したようにスラップ訴訟についても、裁判所は違法訴訟に関する判例法理の基準を用いている。もっとも、スラップ訴訟と分類される裁判例では、提訴者に強い主観的違法要素が認められるため、もともと違法訴訟に関する議論において考慮された「裁判を受ける権利」との関係に配慮する必要がないと考えられる。そこで、スラップ訴訟を従来の違法訴訟類型と区別して位置づけることが妥当ではない

だろうか。

従来の判例法理によっても、スラップ訴訟による不法行為の成立は認め得るが、より端的にスラップ目的ないし言論抑圧目的などを認定し、スラップ訴訟による不法行為責任を認める方向性も考えられるであろう。その際には、これまでの裁判例にみられるように不相当に高額な請求額や訴訟遂行態度などがスラップを認定する判断基準の一つになるであろうし、とくに名誉毀損型のスラップ訴訟においては③判決が示すように批判的な言論に対しては、本来言論で対抗すべきという考え方も重要であると思われる。本来の対抗手段によらず、損害賠償訴訟が提起された場合には、訴えの提起の経緯などからスラップ訴訟と認めることも可能であろう。

このようにスラップ訴訟を位置づけた場合、訴訟提起が違法なものとなるためには故意またはそれに準じるものがある場合に限られるとする見解によれば、スラップ訴訟と違法な訴訟提起が同一のものであると思われるかもしれない。たしかに、違法な訴訟提起が勝ち目のない訴訟を、もっぱら被告を害する目的で故意に行うものと考えれば、両者は同一のようにも思える。しかし、従来の違法訴訟とスラップ訴訟が異なっている点は、スラップ訴訟においては相手の言論を弾圧する目的で萎縮効果を与えようとしている点にある。スラップ訴訟は、単に相手に対して弁護士費用等の金銭的な損失を発生させるだけでなく、表現の自由によって保証される言論の抑圧が目的となっていることに留意することが必要であると思われる。そして、こうした目的での訴訟提起はそもそも「裁判を受ける権利」によって保障されるものではないため、「裁判を受ける権利」との調整を図る必要もない。

## (2) 被侵害利益の再検討

以上の検討によれば、スラップ訴訟において侵害されている利益は、憲法上保証されている表現の自由であると解することができよう。違法な訴訟提起による不法行為については、弁護士費用などの総体財

産の侵害であるとか、法律生活の平穏ないし自由が侵害されていると解されていた。このことから、提訴者に憲法上保証される「裁判を受ける権利」との比較考量により、被告側の利益が劣後する結果となっていた。

しかし、スラップ訴訟では、被告について自由な表現行為を行うという人格的利益が侵害されており、こうした利益は憲法上も保証されている要保護性の高い法益とみることができよう。スラップ訴訟は、かかる人格的利益に対して故意による侵害がなされるものであり、違法な訴訟提起の場面と異なり、提訴者と応訴者の利益を考量する必要はない。

また、このように被侵害利益を位置づけることは、スラップ訴訟に対する有効な対策にもなりうる。これまでの裁判例にみられるようにスラップ訴訟による不法行為が認定されても、賠償額が少ないため、被告の補償は乏しく、原告にとっての不利益が小さいことが指摘されていた<sup>(39)</sup>。そこで、被侵害利益を人格権の中でも要保護性の高い法益とみることにより賠償額を増額する方向に向かうことはできないであろうか。

#### 四 結びに代えて

本稿では現行法の下で、スラップ訴訟をどのように位置づけ、それに対するありうる対策について検討した。とりわけ、スラップ訴訟の問題点とされる賠償額が低額にとどまっていることへの対策は、被侵害利益の再検討だけで足りるものではなく、将来的には立法による手当てが必要になろう。もっとも、これまでスラップ訴訟は、そもそもその定義自体も明確に定まっていたとは言えない状況であったことが、立法論の妨げになっていた。これについては、スラップ訴訟という用語が一般的になり、裁判例が蓄積されるにつれ、徐々にスラップ訴訟の輪郭が明確になりつつあることから、こうした問題も解消されることが期待される。

スラップ訴訟が容易に認められてしまうことは、表現の自由に対する深刻な脅威であり、民主主義社会の根幹に関わる問題であるとの認識の下、さらに議論を深めていく必要がある。

- (1) これまでのアメリカ法についての研究は主に憲法学の観点から、表現の自由との関係で論じられてきた。主なものとして、松井茂記『表現の自由と名誉毀損』403頁以下（有斐閣・2013年）、藤田尚則「アメリカ合衆国における SLAPP に関する一考察（1）～（完）」創価法学42巻3号1頁、43巻1号25頁、2号167頁、3号35頁、44巻1号1頁、2号107頁（2013年～2015年）、吉野夏己「反 SLAPP 法と表現の自由」岡山大学法学会雑誌65巻3＝4号15頁（2016年）、同「スラップ訴訟と表現の自由」岡山大学法学会雑誌67巻3＝4号431頁（2018年）。
- (2) ジャーナリストによるスラップ訴訟の実情を伝えるものとして、烏賀陽弘道『スラップ訴訟とは何か』（現代人文社・2015年）がある。また、消費者法ニュース106号（2016年）もスラップ訴訟の実例を示す。これらの影響もあり、法学セミナー誌において、「[[特集] スラップ訴訟」法セ741号15頁以下（2016年）および「[[特集] スラップ訴訟の形態と対策」法セ号7頁以下（2020年）と2つの特集記事がされるなど、この問題についての関心の高まりを示している。
- (3) 本判決以前の状況については、吉田邦彦「訴えの提起が不法行為となる場合」判時1300号201頁（1989年）、後藤勇「訴え提起による不法行為成立の具体的要件」判タ875号9頁（1995年）など。大審院判決においては、訴えの目的等が公序良俗に反する場合に不法行為を構成するとするものがあった。大判昭和18年11月2日民集22巻1179頁など。
- (4) 本件では前訴について一審判決後に Y が控訴を取り下げたことによって判決が確定したため、違法な訴えを理由とする X から Y に対する別訴で請求されている。
- (5) 西川佳代「本件判批」別冊ジュリ226号民事訴訟判例百選 [第5版] 79頁は、本件において提訴者に要求されている事実確認・調査の程度が低いことを指摘する。また、本件当時と異なり、現行民事訴訟で設けられている提訴前の照会（民訴132条の2）や提訴前の証拠収集処分（民訴132条の4以下）が本判決の枠組みにおける主観的違法要素の判断に影響し得るとしている。
- (6) 本判決の評釈として、手塚宜夫・判時1700号194頁（判評494号16頁）。結論としては、昭和61年判決の事案以上に訴えの違法性が否定されやすいものであると考えられる。
- (7) 本判決では X から Y に対する嫌がらせ行為の存在は認め、これによ

る不法行為の成立も認めている（慰謝料額について審理を尽くすために差戻し）。しかし、本訴の提起は嫌がらせ行為に含まれるものではないとした。

- (8) このほか、X2の子である他の原告についても、X2の主張に依拠して本訴を進行していることから、X2と同様に解している。
- (9) 本判決の評釈において、松下純一・判タ1361号54頁（2012年）は、これまでの最高裁判決が不法行為の成立を否定的に解していた背景に、「通常人にとっても勝ち目がないことが容易に分かる場合を除いては、真実を明らかにするのは訴訟の場なのであって、紛争を民事訴訟の場に持ち込むこと自体については不法行為という否定的な評価を原則としてすべきでない、という判断があるものと思われる」とする。その上で、本判決の原審の評価が訴えの提起に関する主観的違法要素を否定した点が「過度に慎重であったという評価も可能であるように思われる」という。
- (10) 橋本佳幸・大久保邦彦・小池泰『民法V 事務管理・不当利得・不法行為 [第2版]』121頁～122頁（有斐閣・2020年）
- (11) 平井宜雄『債権各論II 不法行為』71～72頁（弘文堂・1992年）。
- (12) 吉田・前掲注(3)。違法な訴訟提起による不法行為を現代的に重要な「意図的不法行為」の一場面としてみる。
- (13) 和田真一「訴え提起の違法性判断要素としての「重過失」」立命館法学363・364号1063頁以下（2015年）。判例法理が違法な訴訟提起について、故意または重過失を要件とする見方は間違いではないとしつつも、ここでいう重過失とは故意に匹敵する範囲に限られるとする。具体的には、「通常人では考えられないような事実誤認して、訴えに根拠があるとの思い込みをしないという程度の注意が求められるに過ぎない」として、重過失の判断基準である注意義務の水準が低いことを指摘する。
- (14) 幾代通『不法行為法』79頁（筑摩書房・1977年）、内田貴『民法II [第3版]』380381頁（東京大学出版会・2011年）。
- (15) 潮見佳男『不法行為法I [第2版]』190頁（信山社・2009年）。
- (16) 加藤新太郎『弁護士役割論 [新版]』187頁（弘文堂・2000年）。
- (17) 上野達也「訴えの提起と不法行為法」産大法学43巻3・4号46～47頁（2010年）。スラップ訴訟という用語が一般的でない時期の論稿であるが、すでに後述の東京地判平成17年3月30日判時1896号49頁が応訴者の表現の自由を問題としていることに触れ、応訴者の利益の類型化の必要性を説く。
- (18) 浅野有紀「最高裁判例にみる『裁判を受ける権利』」法律時報75巻8号33頁（2003年）。
- (19) スラップの詳細な分類については、紀藤正樹「スラップに対する対策と方策」法セ780号14頁以下（2020年）。
- (20) 松井・前掲注(1)403頁以下。
- (21) 澤藤統一郎「スラップ訴訟とは何か」法セ741号17頁～18頁（2016年）。

- (22) 後述するように（注(31)）、その後の事例においては必ずしもこの要素は当てはまらない。
- (23) アメリカにおける反スラップ法について簡潔にまとめるものとして、藤田尚則「アメリカにおける反スラップ法の構造」法セ741号34頁（2016年）、同「アメリカ合衆国諸州における「反スラップ法」の制定とその内容」法セ780号25頁以下（2020年）。反スラップ法の内容は州によりさまざまであるが、スラップとされる訴えの迅速な却下、立証責任の転換などにより被告を保護する方策が定められているほか、被告側の弁護士費用等の賠償に加えて、提訴者に制裁金を課すものなどがある。
- (24) 小倉秀夫「反スラップ法制を日本に導入することの是非」法セ780号31頁（2020年）。
- (25) 窪田充見・大塚直・手嶋豊『事件類型別 不法行為法』309頁～310頁〔建部雅〕（弘文堂・2021年）。
- (26) 窪田『不法行為法 [第2版]』115頁～119頁（有斐閣・2018年）など。なお、事実摘示型と区別される意見論評型においても、意見論評の前提となる事実の部分については、事実摘示型による免責法理と同様の枠組が採用されている。これに加え、意見論評については、「人身攻撃に及ぶなど意見ないし論評としての域を逸脱したものでない限り」不法行為は成立しない。
- (27) 松井茂記「判批」メディア判例百選 [第2版] 158頁（2018年）。また、瀬木比呂志「スラップ訴訟、名誉毀損損害賠償請求訴訟の現状・問題点とあるべき対策（立法論）」法セ741号30頁（2016年）は、訴訟運営のあり方も原告に有利になっているという。
- (28) 公的人物についての名誉毀損が成立するためには、表現者においてその表現が虚偽であることをしていた、または虚偽であるか否かを無視してなされたことを、提訴者（公的人物）の側で立証しなければならないとするアメリカ法における「現実の悪意」の法理が参照される。もっとも、「現実の悪意」法理はスラップ訴訟対策のために生まれたものではなく、表現の自由に対する保護に基づくものである。松井・前掲注(1)61頁以下。
- (29) 小園恵介「不当訴訟に対する損害賠償請求」法セ780号19頁以下（2020年）。なお、烏賀陽弘道・前掲注(2)66頁以下では、公刊されていないものも含め、スラップ訴訟とされる裁判例が挙げられており、反訴が提起されているもの以外の事案も知ることができる。
- (30) Xに対する損害として7億円を請求するとともに、Xの幹部2名について各5000万円を請求しており、総額で8億円の請求をするものであった。
- (31) 烏賀陽弘道・前掲注(2)91頁。日本におけるスラップ訴訟の実例をあげる同書では、本判決が反訴を認容したのは請求金額が高額であったことが主な理由であったとされ、「この判例後の日本のスラップ訴訟では億円単位の請求は姿をひそめ、数百＝千万円が多くなる」と指摘する。なお、



- 同書によれば、本件訴訟は控訴審および上告審でも X が敗訴している（高裁判決および最高裁判決は未公開）。
- (32) 本判決を、従来の不当訴訟と異なる「批判的言論威嚇（抑圧）目的訴訟」という新たな類型を成立させたものと位置づけるものとして、池田辰夫「本件判批」メディア判例百選〔初版〕156頁（2005年）。
- (33) Xに加えて X 社の代表取締役に対しても損害賠償請求訴訟を提起している。
- (34) 河津博史「本件判批」銀行法務21 658号113頁（2006年）。小園・前掲注(29)22頁。
- (35) 小園・前掲(29)も、本判決について表現の自由や政治的自由の実効的な保障が正面から検討された例であるとして評価する。
- (36) 桑原勇進「本件判批」現代民事判例研究会編『民事判例13 2016年前期』116頁（日本評論社・2016年）。
- (37) 判例時報のタイトルは、「太陽光発電設備を設置して発電事業を行おうとしている事業者の設置区域の住民に対する説明会において、生活支障や環境破壊のおそれを質したり主張したりして反対の意見を述べた住民の言動が、事業者の信用や企業イメージを不法に毀損するものではなく、右事業者の、反対住民に対する損害賠償請求本訴の提起がいわゆるスラップ訴訟に当たり違法とされた事例」である。
- (38) 加藤雅之「本件判批」現代民事判例研究会編『民事判例21』（日本評論社・2020年102頁。また、須加憲子「本件判批」リマークス62号58頁（2021年）は、Xの言動から明らかになった「スラップ目的」を根拠に不法行為の成立を認めたとすべきであったとする。
- (39) 紀藤・前掲注(19)15頁。スラップ訴訟であると認定されても、認容される慰謝料の金額は100万円前後であり、実際に裁判でかかる裁判費用や弁護士費用にも満たない基準であるとする。



# 自然湧出泉時代の 浅間温泉における湯口権の諸相

——鷹の湯事件前史としての2つの裁判例を手がかりとして——

清 水 恵 介

## 1 序 論

筆者は、旧稿において、温泉権を論ずる上で今日なお外すことのできない、著名な「鷹の湯事件大審院判決」<sup>(1)</sup>を起点としつつも、そこから距離を置き、事件の舞台となった浅間温泉一般の湯口権慣習を明らかにすべく、湯口（源泉）支配をめぐる江戸時代からの浅間の歴史を素描した<sup>(2)</sup>。本稿では、この旧稿を踏まえて、自然湧出泉時代の浅間温泉における湯口権の諸相を、鷹の湯事件の前史として位置づけられ得る2つの事件である、「松の湯事件」と「ひなの湯事件」の各裁判例（判決）を手がかりに考察を加えることとする。

「鷹の湯事件大審院判決」は、従来は自然湧出泉で占められていた松本地方の浅間温泉において、源泉地盤所有権とは独立して処分される温泉専用権である「湯口権」についての地方慣習法が存在する旨判示したものの、この事件で権利の帰属が争われた「鷹の湯源泉」については、大正末期当時、浅間の地で最初に出現した本格的な掘削泉であったことから、地方慣習法が生成されたと考えられる自然湧出泉の時代にこれを一般化させて捉えることができない。そこで、本稿では、浅間温泉における同時期の別個の紛争事例として知られていた「松の

湯事件東京控訴院判決」に着目し、その判旨と事実関係とが示す湯口権の性質を考察する。この事件で権利の帰属が争われた「松の湯源泉」は、浅間の2大自然湧出源泉群の1つであった荒湯（南部）源泉群の地域に含まれており、湯口権慣習を考察する上では、「鷹の湯源泉」以上に適性を有すると思われるからである。

そして、本稿では、これまでほとんど考察されてこなかった、浅間温泉に関する明治期の裁判例である「ひなの湯事件大審院判決」にも触れておく。この事件が対象とする「ひなの湯」の源泉もまた荒湯（南部）源泉群の地域内にあつて「松の湯源泉」とも30m程しか離れておらず、また、いずれも明治期の分湯に由来する事件であるため、両事件を併せて検討することが、むしろ考察を深める上で望ましいとすらいえるからである。ともに原審・原々審の判決まで入手できていないため事案の詳細は不明であるものの、登場する人物や湯の名称等を手がかりに、関連資料を用いて事案を補足することで、湯口権の性質の一端を読み解くこととしたい。

## 2 いくつかの前提

ここでは、まず、湯口権に関する上記2つの事件を読み解く上での共通の前提となる、いくつかの史実を記すこととする。その多くは旧稿で整理・紹介したものであるが、再度史料を調べ直す過程で新たに判明した点があり、その点も含めて概観する。詳細は、旧稿や旧稿が依拠した種々の文献の参照を願う。

### (1) 江戸時代における内湯持と下浅間の形成

浅間温泉の源泉は、過去・現在を通じて上浅間の地域にほぼ限定されている<sup>(3)</sup>。この上浅間において、江戸時代以来、源泉付近に居住して自己の屋敷に内湯を設けていた者は「内湯持」と呼ばれ、湯株を保持する者とされた<sup>(4)</sup>。

今から350年以上前、この地域を流れる横谷沢よこやさわの洪水があつたために

川底が削り取られて新たな源泉が湧出したとされる年の翌年である1665（寛文5）年の時点<sup>(5)</sup>で、少なくとも、11ヶ所の源泉に対して19の湯坪（浴槽）があり、7名の内湯持がいたことが読み取れる（次頁の表1①参照）<sup>(6)</sup>。また、内湯持の調べとしてより正確に記録された1692（元禄5）年の時点では、13ヶ所の源泉に16口分の「湯口」があつて湯坪も29あり、内湯持（湯坪15）も既に11名いたとされる（表1③参照）<sup>(7)</sup>。ここからは、1ヶ所の源泉に2口分の「湯口」があり得ることと、源泉から分湯されて「湯口」数を超える数の湯坪がみられ、その湯坪のうち、領主・家臣のための湯である「御殿湯」等と共同湯としての「入込湯」の湯坪等を除いた、内湯としての湯坪を有する者が「内湯持」と呼ばれていたこと、しかも、自己の屋敷内に源泉があつても、その湯が「入込湯」として利用される場合があるほか、引湯・分湯されて他者が持つ屋敷で内湯として利用される場合があり、そのような場合であっても、「内湯持」とされるのは、源泉地の屋敷を持つ者ではなく、あくまで引湯・分湯先の屋敷を持つ者であったことがわかる。

この「内湯持」の地位（ないし内湯株）は、村役人株としての特権を伴ったがゆえに、とりわけ江戸時代においては、容易に譲渡されることがなかった（表1参照）。相続による世代交代のほか、分家への分湯や質流れを機とする譲渡の例がみられたものの<sup>(8)</sup>、1742（寛保2）年8月に発生した大洪水・山津波<sup>(9)</sup>によって荒湯の地域（上浅間の一部）の屋敷が埋没し、35軒の集団移住により新たな下浅間の屋敷群が形成された際も、移住前の内湯持の地位が移住先の下浅間でも存続し、一種の引湯権が保障された。すなわち、流れ屋敷と呼ばれる上浅間の旧屋敷にあった源泉数か所の湯を1本の湯樋に合流させて下浅間屋敷地の末端まで引湯し、移住先の各屋敷に再分配する仕組み（ある種の集中管理方式）が取られ、そして、その引湯先は基本的に、旧来の内湯持の屋敷であった。自然災害を契機とするとはいえ、引湯権が特定の土地に帰属するといった地役権的構成ではなく、特定の人（内湯持）に帰属するといった人役権的構成が志向されていた。

表1 江戸前期における内湯持の変遷<sup>(10)</sup>

| 源泉所在        | 湯坪所在   | 下湯間移転後    | ①1655(寛文5)年 | ②1676(延宝4)年 | ③1692(元禄5)年 | ④1718(享保3)年 | ⑤1733(享保18)年   | ⑥1736~1741年(元文中) | ⑦1742(寛保2)年   |
|-------------|--------|-----------|-------------|-------------|-------------|-------------|----------------|------------------|---------------|
| 1 大湯(北部)源泉群 | 批肥の湯   |           | [小口]治庵2坪    | [小口]治庵2坪    | [小口]治庵2坪    | [小口]治庵2坪    | [小口]治庵2坪       | [小口]治庵2坪         | [小口]湯庵2坪      |
| 2 大湯(北部)源泉群 | 北大湯    |           | [石川]茂左衛門1坪  | [石川]茂左衛門2坪  | [石川]源治郎1坪   | [石川]忠助2坪    | [石川]忠助2坪       | [石川]忠助2坪         | [石川]茂左衛門2坪    |
| 3 大湯(北部)源泉群 | 南大湯    |           | [石川]源兵衛1坪   | [石川]源兵衛1坪   | [石川]市郎兵衛2坪  | [飯沼]藤七1坪    | [飯沼]藤七1坪       | [飯沼]藤七1坪         | [飯沼]源之丞1坪     |
| 4 小柳の湯源泉付近  | 小柳の湯   |           |             |             | [小柳]九左衛門2坪  | [小柳]九左衛門2坪  | [三浦(小柳)]嘉平治1坪? | [三浦(小柳)]嘉平治1坪    | [三浦(小柳)]嘉平治1坪 |
| 5 湯坂源泉付近    | 小柳の湯付近 | 千代の湯      |             | [赤羽]忠右衛門1坪  | [赤羽]忠兵衛1坪   | [赤羽]忠兵衛1坪   | [赤羽]忠兵衛1坪      | [赤羽]忠兵衛1坪        | [赤羽]忠兵衛1坪     |
| 6 湯坂源泉付近    | 富貴の湯付近 | 笹の湯(西石川)  | [石川]半左衛門2坪  | [石川]半左衛門2坪  | [石川]半左衛門2坪  | [石川]源治郎1坪   | [石川]源治郎1坪      | [石川]源三郎1坪        | [石川]源三郎1坪     |
| 7 湯坂源泉付近    | 藤美の湯付近 | 臼の湯(東石川)  |             |             |             |             | [石川]善之丞2坪      | [石川]善之丞2坪        | [石川]善之丞2坪     |
| 8 松の湯源泉付近   | 松の湯付近  | 鶴の湯       | [二木]与五兵衛1坪  | [二木]与五兵衛1坪  | [二木]与五兵衛1坪  | [二木]与五兵衛1坪  | [二木]与五兵衛1坪     | [二木]与五兵衛1坪       | [二木]与五兵衛1坪    |
| 9 松の湯源泉付近   | 寿の湯付近  | 鷹の湯       | 善之丞1坪       | 源之丞1坪       | [二木]重次郎1坪   | [二木]与十郎1坪   | [二木]与十郎1坪      | [二木]与十郎1坪        | [二木]与十郎1坪     |
| 10 和気の湯源泉付近 | 竹の湯付近  | 玉の湯       | [滝沢]久三郎1坪   | [滝沢]久三郎1坪   | [滝沢]久三郎1坪   | [滝沢]久三郎1坪   | [滝沢]久三郎1坪      | [滝沢]久三郎1坪        | [滝沢]久三郎1坪     |
| 11 大鶴源泉付近   | 梅の湯付近  | 菊の湯       |             | [中野]吉右衛門2坪  | [中野]源四郎1坪   | [中野]源四郎1坪   | [中野]源七2坪?      | [中野]源七2坪         | [中野]源七1坪      |
| 12 籠の湯源泉付近  | 梅の湯付近  | 菊の湯       |             |             | [中野]源助1坪    | [中野]一英2坪    | [中野]治右衛門1坪     | [中野]治右衛門1坪       | [中野]治右衛門1坪    |
| 13 籠の湯源泉付近  | 籠の湯付近  | 鶴の湯       |             |             |             |             |                |                  | [金井]源左衛門1坪    |
| 14          |        | 井筒の湯(朝方湯) | 7名(9坪)      | 9名(13坪)     | 11名(15坪)    | 11名(15坪)    | 13名(16坪?)      | 13名(16坪)         | 14名(17坪)      |

下浅間確立後の江戸末期には、上浅間の旧屋敷に埋まっている埋れ湯（新源泉）の起返りおこしがえを契機として、長い論争の末、分湯等による7名の新湯持が1844（天保15）年までに公認され、内湯持の大幅な増加がみられた（表2③5～11参照）。このうち、表2③5～7（松・竹・梅の湯）と11（目の湯）は、自己の持ち地から湧出した湯を内湯にした者であったが、表2③8～10（富貴・桑・錦の湯）については、松本藩家中の湯として公収した際に地所の世話や家作の普請を引き受けた代償として分湯された者となっており、領主からの恩典としての意味が強かった<sup>(11)</sup>。

これらの事変を通じて、表2③5以下の内湯については、引湯による古湯持が下浅間に居住し、源泉近くの新湯持が上浅間に居住するという基本的構図が生まれた。幕末に近い1861（文久元）年時点での内湯持は、上浅間で10名、下浅間で10名の計20名となっていた。

表2 江戸末期（含、明治初期）における内湯持の変遷<sup>(12)</sup>

|              | ①1843(天保14)年 | ②1845(弘化2)年      | ③1855(安政2)年          | ④1861(文久元)年 | ⑤1869(明治2)年 |
|--------------|--------------|------------------|----------------------|-------------|-------------|
| <b>上浅間</b>   |              |                  |                      |             |             |
| 1 枇杷の湯       |              | 小口湯庵             | 小口湯庵 2坪              | 小口湯庵        | 小口湯庵        |
| 2 北大湯        | 石川忠助         | 石川忠助             | 石川忠助 2坪              | 石川忠助        | 石川忠助        |
| 3 南大湯        | 飯沼源之丞        | 飯沼藤蔵             | 飯沼喜十郎 1坪             | 飯沼藤蔵        | 飯沼脩吾        |
| 4 小柳の湯       | 三浦嘉平治        | 三浦嘉平治            | 三浦九左衛門 1坪            | 三浦喜平治       | 三浦嘉平治       |
| 5 松の湯        |              |                  | 二木伝之助 1坪             | 二木伝之助       | 二木立造        |
| 6 竹の湯        |              |                  | 滝沢忠蔵 1坪              | 滝沢忠蔵        | 滝沢国十        |
| 7 梅の湯        |              |                  | 中野源七 1坪              | 中野源七        | 中野源七        |
| 8 富貴の湯       |              |                  | 滝沢久蔵 1坪              | 滝沢友造        | 滝沢友造        |
| 9 桑の湯        |              |                  | 滝沢祐吉 1坪              | 滝沢祐吉        | 滝沢祐吉        |
| 10 錦の湯(地本屋)  |              |                  | 降旗庄右衛門 1坪            |             | 降旗形三        |
| 11 目の湯(綿の湯)  |              |                  | 中野小左衛門こ<br>と中野寅三郎 1坪 | 中野小左衛門      | 中野省三        |
| <b>下浅間</b>   | 1843(天保14)年  | 1845(弘化2)年       | 1855(安政2)年           | 1861(文久元)年  | 1869(明治2)年  |
| 12 桜の湯(金田屋)  |              | 降旗権右衛門           | 降旗権右衛門 1坪            | 降旗権右衛門      | 降旗孝吉郎       |
| 13 井筒の湯(親方湯) | 扇屋源右衛門       | 金井佐源太(借家・竹内源右衛門) | 金井佐源太 1坪             | 金井          |             |
| 14 桐の湯(たまりや) |              |                  |                      | 二木太治郎       |             |
| 15 亀の湯       | 二木重次郎        | 二木与五兵衛           | 二木弥太郎 1坪             | 二木十兵衛       | 二木十平        |
| 16 菊の湯       | 檜物屋仲七        | 二木仲七             | 二木仲七 1坪              |             | 二木袈沙三       |
| 17 鶉の湯       | 鶉屋増次郎        | 中野増次郎            | 中野増次郎 1坪             | 中野治右衛門      | 中野治笑        |
| 18 白の湯(東石川)  | 石川善之丞        |                  | 石川善之丞 2坪             | 石川善之丞       | 石川善司        |
| 19 笹の湯(西石川)  | 石川屋幾蔵        | 石川源三郎            | 石川源三郎 1坪             | 石川幾蔵        | 石川幾蔵        |
| 20 薦の湯(山方)   | 二木助右衛門       | 二木助右衛門           | 二木助右衛門 1坪            | 二木助右衛門      | 二木寿郎        |
| 21 千代の湯      | 赤羽忠兵衛        | 赤羽弥右衛門           | 赤羽忠兵衛 1坪             | 赤羽忠兵衛       | 赤羽忠九郎       |
| 22 玉の湯       | 滝沢屋弥五蔵       | 滝沢弥五蔵            | 滝沢弥五蔵 1坪             | 滝沢弥五蔵       | 滝沢瀬一郎       |
|              | 12名          | 13名              | 21名(24坪)<br>太字7名は新湯持 | 20名         | 20名         |

## (2) 明治期における湯組と外湯株の形成

明治維新（1868年）は、こうした状況に大変革をもたらした。大湯（北部）源泉群に属する御殿湯の源泉が国有財産に編入され、源泉に係のある内湯・外湯の惣代が連名で、その湯口を借り受ける形がとられた。そのため、少なくとも、1952（昭和27）年に払下げが完了するまでは、源泉地盤が国有でありながらも、湯に対する権利はこれと独立に処分されていたこととなる。

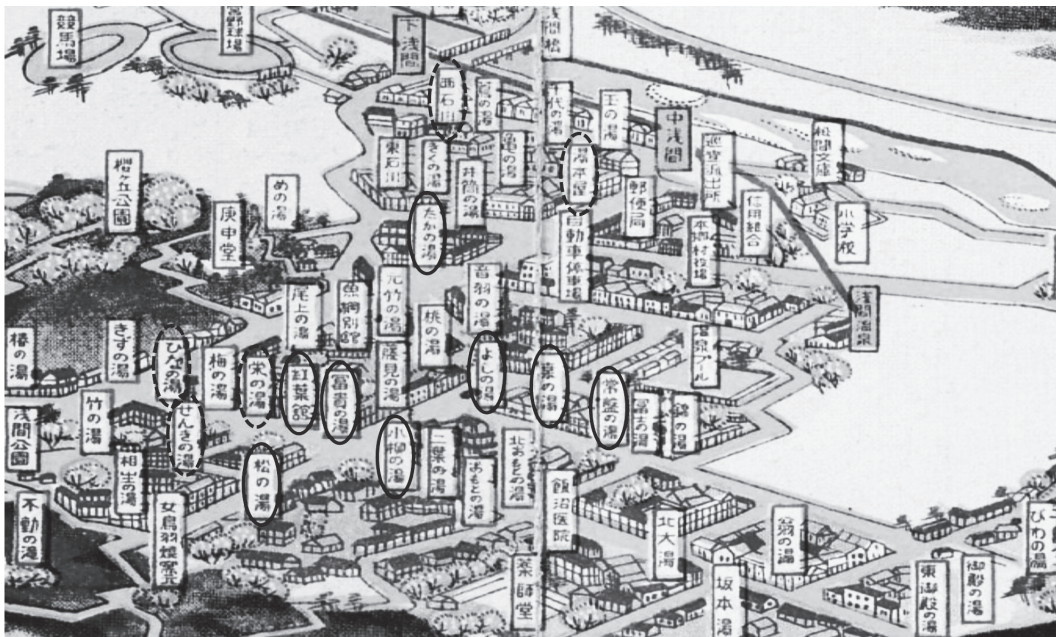
また、明治期には、湯無し住民の再三の願いにより、上浅間で8つ、下浅間で4つ（後述）の外湯が設けられた。湯無し一同が外湯を増設する便宜上集合したものを湯組と呼び、かつ、外湯の許可は湯組を対象に行われたため、湯の権利も、この組内の人々が保持することとなった。ここにおいて、内湯株とは異なる外湯株の生成がもたらされた。外湯株は、多くの湯組人員に細分化され、その人員には湯の造作普請等のための金銭負担が課せられたことから、その負担に応じられない者が湯株を売却する事態が、特に大正から昭和の初年にかけて続出したとされる。ここにも湯口権の慣習を観念する素地があるとみられる。

他方で、上浅間に属する荒湯（南部）源泉群においては、明治期にいくつかの新源泉が相次いで発見された（と伝えられている）。本稿で取り上げる事件に関する「松の湯源泉」と「ひなの湯源泉」もその中の1つとされ、いずれもその引湯権（湯口権）が売却され、それが内湯に利用されたことから、内湯株としての湯口権を考察する上での貴重な素材といえる。以下、順に事件を紹介し、関連資料により事案を補足した上で若干の考察を加えたい。

### 3 松の湯事件東京控訴院判決

まず、松の湯事件に関する東京控訴院昭和10（1935）年7月17日判決<sup>(13)</sup>を紹介する。



図1 昭和初期の浅間温泉街<sup>(14)</sup>

### (1) 事案と判決の概要

ここでは、既存の解説<sup>(15)</sup>との重複を避け、裁判所が認定した事案と判決の要点のみを紹介する。

本件では、浅間地方において「湯口権」と通称される温泉使用权として、具体的には、「長野県東筑摩郡本郷村大字浅間字浅間668番（松之湯宅地）内より湧出する温泉を同所60番（芳之湯宅地）に引湯し来りて使用する権利」としての「湯口権」の帰属が、姪の降旗松代（原告・控訴人）と伯父の岡村英次（被告・被控訴人）との間で争われた。

本件湯口権は、1878（明治11）年1月、滝沢義松に帰属していたものを原告の曾祖父・岡村源重において買い受けて以来、岡村家に帰属するものとなっていた。原告は、本件湯口権が、相続や贈与を通じて自己の単独帰属に至ったとして、これを争う被告との関係で、本件湯口権の原告への帰属の確認と、原告が本件湯口権に基づき使用する温泉の使用权が被告にはないことの確認を求めて訴えを提起した（温泉使用权不存在確認請求事件）。

第一審判決（年月日不詳）が原告の請求を棄却したため、原告が控訴したところ、東京控訴院（昭和10年7月17日判決）は、以下の判示を行っ

て原判決を取り消し、原告の請求を全部認容した。

すなわち、「温泉に付ては其の経済的価値冷水に比して極めて大なるを以て温泉は其の湧出地の所有権と独立して取引の目的となり之を目的とする権利の生ずる場合多く温泉を湧出地以外の場所に引湯して之を利用する場合に於て殊に然りとする事は当院に顕著なる事実にして該権利が債権的性質なると物権的性質を有するとに拘らず法の保護を享くべき権利に属することは勿論なりとす」との判示による一般論を展開して独立権利性を承認し<sup>(16)</sup>、ただ、権利の名称についてのみ、「原審証人滝澤久馬雄<sup>(17)</sup>の証言に依れば浅間地方に於ては前示の如き内容を有する権利を湯口権と通称すること明なれば当院も通称従ひ仮に之を湯口権と称す」と述べて、地方慣習に依拠する姿勢を示した。

その上、「温泉に付ては登記の方法なきを以て登記なくとも第三者に対し権利取得を対抗し得べきものと解すべく」と積極的に判示した。本件では、被告において本件湯口権を二重に譲り受けたこと自体の立証に失敗したため、いずれにせよ「登記の欠缺を主張し得べき第三者に該当せざる事明なる」事案であったばかりか、源泉地盤（浅間668-2の土地）について原告が共有登記を経ていた事案でもあったため、その後の下された鷹の湯事件大審院判決の立場を前提にしても、原告（控訴人）勝訴の結論は動かし難かったものと評されよう。

## (2) 他の判決との関係

そこで、つぎに、時期的に近接する他の判決との関係で有する本判決の意義に触れる。

### (ア) 鷹の湯事件判決への影響

第1に、同じ浅間温泉を舞台とする鷹の湯事件判決への影響である。

本判決の判断を受けつつも、4年後の鷹の湯事件控訴院判決（東京控判昭和14年10月16日<sup>(18)</sup>）では、「長野県松本地方ニ於ケル所謂湯口権カ温泉湧出地（源泉地）ヨリ引湯使用スル一種ノ物権的権利ニシテ通常源泉地ノ所有権ト独立シテ処分セラレ之カ処分ハ意思表示ノミヲ以テ為サ

ルル地方慣習法存スルコト当院ニ顯著ニシテ」と判示し、つまりは、権利の名称だけでなく、源泉地盤所有権と独立した処分の点も含めて地方慣習法に基づくものと判断され、その結果、大審院はこれを「原審ノ判定セル処」としてそのまま受け容れる形で前記の大審院判決を導いた。他に未公開ながら同様の判示を行った当時の東京控訴院判決が存在していた可能性までは否定できないものの、同一温泉地に関する同一民事部（第3民事部）の判決として、この松の湯事件判決が鷹の湯事件控訴院判決、ひいては同大審院判決に影響を及ぼしていたものといえる<sup>(19)</sup>。

#### (イ) 熱海御料大湯事件控訴院判決からの影響

第2に、本判決に先行する熱海御料大湯事件東京控訴院判決（東京控判昭和8年9月19日<sup>(20)</sup>）からの影響も見受けられる。

本判決が、とりわけ、「温泉を湧出地以外の場所に引湯して之を利用する場合」に、湧出地の所有権とは独立した温泉を目的とする権利を生ずることが、「当院に顯著なる事実」であると述べたのはなぜかであるが、これもまた、他に未公開の判決が存在していたかもしれないことは否定できないものの、公開された裁判例の中で、これに影響を及ぼした裁判例があるとすれば、熱海温泉に関する「御料大湯温泉売買事件」と呼ばれる東京控訴院判決を置いて他にはないこととなる。

同判決は、「右御料温泉大湯引用権は該温泉の権利者たる宮内省皇室林野局に対し又右熱海区有温泉引用権は該温泉の権利者たる熱海町に対し孰れも其一定の名義人たる引用権者に於て一定の使用量を支払ひて其湧出する温泉の一定量の供給を請求し得べき債権にして而も譲渡し得べきもの」と判示し、温泉引用権を債権と性質決定したものであるが<sup>(21)</sup>、湧出地の所有権と独立した温泉を目的とする権利としては、まさに「温泉を湧出地以外の場所に引湯して之を利用する場合」に当たる、熱海の大湯引用権も同様であって、それを後に、「当院に顯著なる事実」として浅間温泉に応用したものとみられる。そのように解することで、松の湯事件控訴審判決が、「該権利が債権的性質なると物権

的性質を有するとに拘らず」とあえて強調した点も、「債権」と性質決定した熱海御料大湯事件判決を踏まえての判示とみれば合点がいく。

すなわち、同じ東京控訴院判決として、①熱海御料大湯事件控訴院判決（昭和8（1933）年9月19日）→②松の湯事件控訴院判決（昭和10（1935）年7月17日）→③鷹の湯事件控訴院判決（昭和14（1939）年10月16日）へと連鎖し、これを受けて④鷹の湯事件大審院判決（昭和15（1940）年9月18日）が下されたとみるならば、この①判決は、いわば独立の湯口権認定の引き金（嚆矢）として、本判決（②）や鷹の湯事件大審院判決（④）の理解を深める関係においても重要な位置づけがなされるべきこととなる<sup>(22)</sup>。

### (3) 他所までの引湯権としての湯口権

本件では、湯口権を、「浅間668番（松之湯宅地）内より湧出する温泉を同所60番（芳之湯宅地）に引湯し来りて使用する権利」とし、一種の引湯権としての構成を志向しているが、かかる構成は鷹の湯事件においても踏襲され、むしろ、「長野県東筑摩郡本郷村大字浅間字浅間505番地ヨリ湧出シテ同県同郡同村大字同字道添87番鷹ノ湯ニ引用スル温泉1分間ノ湧出量1石ノ6分ノ2即チ2口ノ使用权」として、温泉湧出量を組み込んだ権利内容までもが示されていた。1口というのは、上浅間で1分間1斗（18ℓ）、下浅間で1分間1斗5升（27ℓ）を意味し、湯の出る源泉地に石を入れて桶を伏せ、これに穴を開け、穴の大きさで湯の量を決めたことから、その「湯口」から出る湯の分量を何口と称してきたとされる<sup>(23)</sup>。

このような他所までの引湯権としての湯口権は、当時の浅間における温泉の利用状況を反映した法的構成といえる。なぜなら、長距離の引湯を前提に形成された下浅間についてはもちろんのこと、上浅間の地域においてですら、自然湧出泉が狭いエリアに密集していたために、とりわけ湧出量の多い源泉については、温泉を源泉地外の他所に向けて引湯利用することが常態化していたとみられるからである。

また、このことは、前述のとおり、内湯持の地位が、源泉地の屋敷

ではなく、あくまで引湯・分湯先の屋敷を持つことで示されていた点にも合致するものといえる。

そのため、このような捉え方のもとでは、民法学上、いわゆる引湯地役権（民法280条以下）としての構成が適合的であるとも考えられるところであるが、湯口権の慣習が古くは内湯持の地位に由来し、江戸時代にまで遡るとすれば、少なくとも1899（明治32）年6月16日の旧不動産登記法（明治32年2月24日法律第24号）施行まで地役権設定登記が不可能であった以上、かかる構成での慣習形成はおよそ期待できなかったものといえる。また、前述のとおり、1742（寛保2）年以降の下浅間形成において、内湯持の移住にもかかわらず引湯権が維持されていたことにも照らすならば、むしろ引湯先を固定しない、いわゆる人役権的構成の方が適合的であり、本件はあくまで差し当たりの内湯所在地に向けた引湯権としての湯口権の帰属確認を求めるものにすぎず、内湯の移動が湯口権の消滅を帰結するものではないと解する余地もある。

ともあれ、本件では、地役権設定登記が可能となった状況においてもそれが選択されず、源泉地の共有登記という形での公示が目指されるに至った。

#### （4）源泉地の共有関係

そこで、以下、松の湯源泉所在地の権利関係につき、別に入手した登記簿謄本等の資料も用いて整理する。

本判決の認定事実によれば、松の湯源泉は、もと二木立造の所有であったところ、1868（明治初）年頃から1877（明治10）年頃までの間に、数人の者に各別に湯口権を売り渡し、各湯口権者は源泉地より各自の使用場所に引湯してこれを使用していた。本件で争われた芳の湯への引湯権としての湯口権も、この頃、滝沢義松が買い取り内湯に設けていたとされる<sup>(24)(25)</sup>。

二木立造は、東京小野組の資本を借り、1873（明治6）年、浅間に器械製糸場を設置した人物である。翌年に小野組が破産してももちこたえ、1876（明治9）年から1879（明治12）年まで4年をかけて蒸気汽缶

を改良し、軽便の汽缶を発明したという<sup>(26)</sup>。おそらく、松の湯源泉の売却代金も、製糸場の設置・改良資金等に充てられたものと思われる。しまいには、1886（明治19）年頃、松の湯源泉の地盤を含む宅地を赤羽彌門と宇留賀久左の両名に売り渡すことともなり（本判決認定事実）、二木立造の代で絶家に至ったとされる<sup>(27)</sup>。

松の湯源泉の湯口権者らは、各自の湯口権を保全するため、1896（明治29）年3月3日、各自出捐をし、源泉宅地（浅間668番）及び同宅地内において温泉を使用する権利を買い受け、これを共有するに至ったが、当該宅地は便宜上、共有者の1人であった滝沢友造の所有名義に登記を経由し、1903（明治36）年11月21日の家督相続を原因として、滝沢久馬雄において相続登記をした。しかし、結局、1905（明治38）年2月22日には、売買名義に借りて当時の共有者の共有名義に移転登記をするに至った。芳の湯への引湯権としての湯口権は、この当時、岡村源一郎（原告の父で、被告の兄）名義で、20/137（約15%）の共有持分として登記された。他に6名の共有者がいたが、分湯当初はさておき、この時点においても7名での分湯が維持されていたかは定かでない。その後、掘削泉による集中管理に移行する昭和20年代までの変動を含めた共有関係は次頁の図2の通りであった。

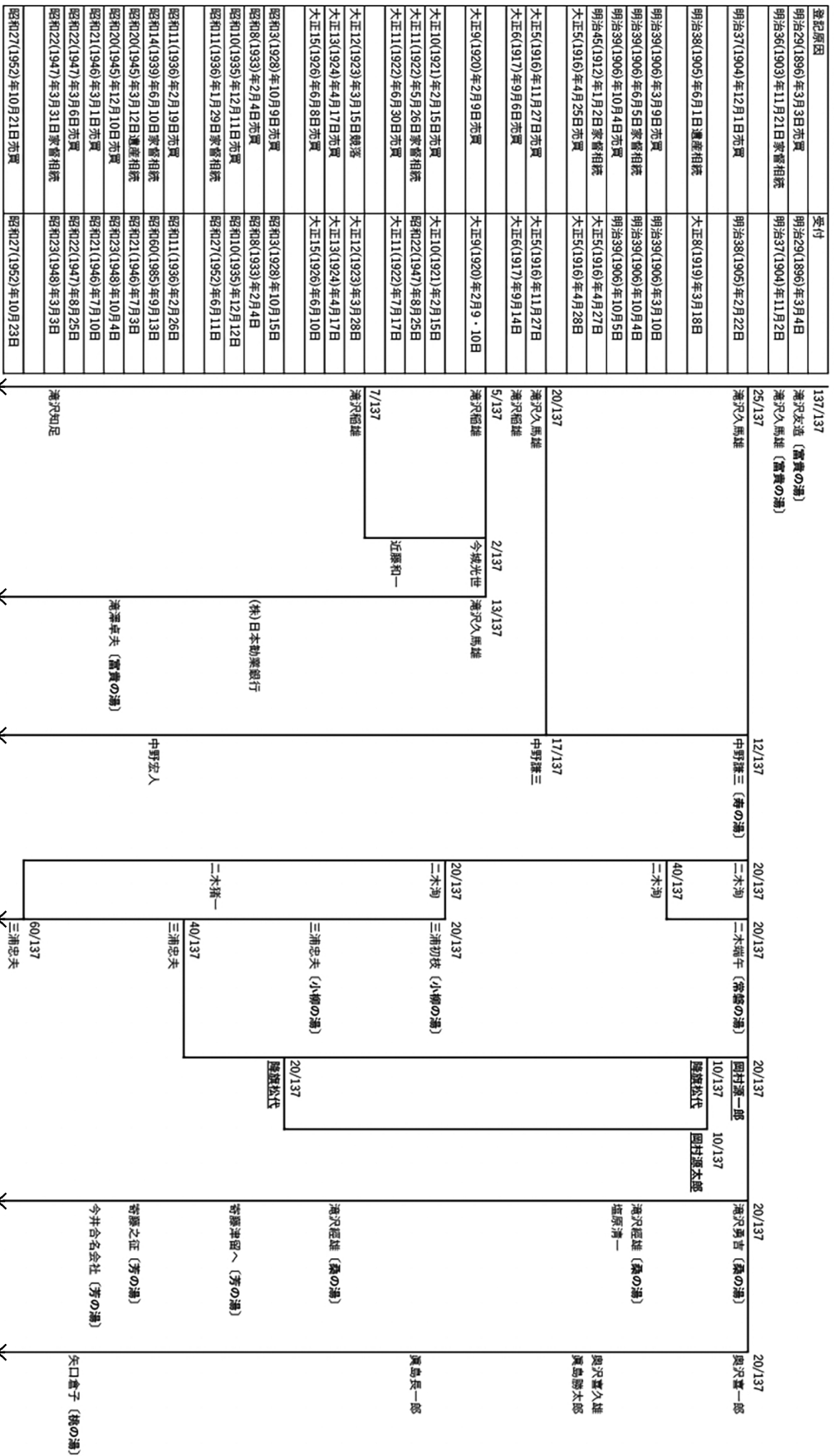
#### （5）権利関係の検討

1905（明治38）年当時の共有者7名のうち、まず、滝沢久馬雄（持分25/137）は、江戸末期の新湯持の1人である滝沢久蔵を継いで富貴の湯の経営者となった滝沢友造の後継者であり、もとより内湯持であったが（表2の8③～⑤参照）、二木立造から湯を買い取って富貴の湯を増設したとされる<sup>(28)</sup>。

中野謙三（持分12/137）も、新湯持の1人である中野源七を継いだ梅の湯の経営者であり、内湯持であったが、1887（明治20）年中、松の湯の向かいにあった寿の湯をも有していた。この湯は、同様に、二木立造から買い取った湯とされる<sup>(29)</sup>。

また、芳の湯の並びには、同じ通り沿いに、滝沢勇吉（持分20/137）

図2 鷹の湯源泉所在地の共有関係の変動



が経営する桑の湯と、二木端午（持分20/137）が経営する常磐の湯があり（図1参照）、いずれも松の湯源泉からの配湯先となっていたものとみられる<sup>(30)</sup>。

残る2名の共有者のうち、<sup>ふたつぎまこと</sup>二木洵（持分20/137）については、当時、養親の二木秀一（後述のひなの湯事件参照）を継いで秋蚕種製造業「たまりや」<sup>(31)</sup>を経営するとともに、下浅間に内湯「桐の湯」を有して温泉旅館も営み<sup>(32)</sup>、後には衆院議員にまでなった人物である。しかし、下浅間については別の源泉群からの引湯が確保されており、「桐の湯」への分湯を望んで共有持分を買い取ったとは思われない。浅間に残る石碑によれば、1916（大正5）年5月、御射神社維持の寄付金として、突出して最高額の金100円を、1917（大正6）年6月、浅間公園造成の寄付金として、個人最高額の金20円を、それぞれ支出しており<sup>(33)</sup>、当時、浅間で最も豊かな経済力を誇っていたとみられる。また、時期は前後するが、明治39（1906）年3月9日、二木端午の共有持分を買い取り、最終的には、これらの持分を小柳の湯を経営する三浦家に売却している点、共有者の滝沢久馬雄が「たねや」、二木端午が「扶桑館」を屋号として、温泉旅館とともに蚕種製造業も営んでいた点<sup>(34)</sup>にも鑑みれば、蚕種業を含む同業者への支援や出資の趣旨で共有持分を買い取ったにすぎなかったように思われる。

残る奥沢喜一郎は、当時の松本市に住所があり浅間の住民ではなかったものの、同じ松本市の奥沢喜四郎や奥沢喜十郎が蚕糸業者として知られており<sup>(35)</sup>、二木洵と同様の立場で出資をしていた可能性が考えられる。

以上の考察から、共有登記に至った1905（明治38）年当時、松の湯源泉の湯は、少なくとも、芳の湯のほか、寿の湯、富貴の湯、桑の湯、常盤の湯には分湯されていたとみられるが、7名の共有者のため、7口に分湯されていたわけではなかったようである。また、そもそも松の湯自体の経営が、明治期においてすでに、二木立造から笠原家へと交替していたものの<sup>(36)</sup>、「笠原」の名は源泉地の登記簿には表れてい



ない<sup>(37)</sup>。

そして、芳の湯に関する岡村家を含め、浅間在住でない共有者が明治期よりすでに存在し、いわば外部資本が混入していたこともわかる。ところが、岡村家やその一族でもある原告（降旗家）が、芳の湯を直接経営した様子をつかぎ知ることができない。本判決の認定事実によれば、1878（明治11）年1月以降、原告の曾祖父・岡村源重が滝沢義松から湯口権を買い受け<sup>(38)</sup>、1891（明治24）年10月の相続以降、1920（大正9）年7月頃までの30年近くは、原告の祖父・岡村源助が遺産一切を独断専行に管理してきたというのであるが、各種の文献上、芳の湯の経営者として表れるのは「中野悦三」であり<sup>(39)</sup>、「岡村源助」ではない。

また、本判決で逆転勝訴した原告の降旗松代は、湯口権者としての地位を確認されたものの、このことから、芳の湯の経営者としての地位を得たものでもなかったようである。本判決前の昭和初期における芳の湯の経営者として確認できるのは「武井繁」であった<sup>(40)</sup>。しかも、被告の岡村英次は、1926（大正15）年3月12日、引湯先の芳の湯宅地（及びその地上建物）の売買を原因とする所有権移転登記を経由した上で、1930（昭和5）年に至って原告の湯口権を争うようになり原告の本訴提起を惹起したが、係争中の昭和7（1932）年4月11日には、芳の湯宅地（現在の浅間60番2）を、近隣の浅間71番地を住所地とする訴外「寄藤津留へ」に売却している。寄藤は、芳の湯の経営を企図していたようであり、本判決から5ヶ月ほど後の1935（昭和10）年12月11日、松の湯源泉所在地の共有持分20/137を、原告からではなく、滝沢勇吉より桑の湯の経営を引き継いでいた滝沢経雄から購入することで（図2参照）、源泉地・引湯地双方の権利を得て経営に乗り出したものとみられる<sup>(41)</sup>。

こうした状況に鑑みてか、原告は、そのさらに2ヶ月後に当たる1936（昭和11）2月19日、上浅間の古湯持の家系に属する小柳の湯の経営者であり、後に本郷村村長として掘削泉を実現した三浦忠夫に、自己が有する松の湯源泉所在地の共有持分20/137を売却することとなっ

た(図2参照)<sup>(42)</sup>。つまり、本判決による勝訴の結果は、原告の共有持分とは無関係に源泉地・引湯地の権利を取得した訴外寄藤との関係では何らの実効性も示さなかったこととなる。

このように、松の湯源泉においては、源泉地の共有持分が必ずしも当初の引湯先と強く結びついて譲渡されていたとは限られなかったとみられ<sup>(43)</sup>、この点で、引湯地を要役地として源泉地に引湯地役権を設定した場合とは異なる規律がもたらされることとなった。そして、このことは、同一の源泉に複数の湯口権が成立し得る場合に、これを源泉地の共有登記で公示しようとするものの限界を示す結果ともなっている<sup>(44)</sup>。

なお、芳の湯については、その後、寄藤津留へを被相続人とする遺産相続を機に、1946(昭和21)年3月1日に源泉地共有持分が、同月15日に引湯地所有権が、いずれも今井合名会社に売却された<sup>(45)</sup>。これらの権利は現在もなお同社に帰属している<sup>(46)</sup>。

#### 4 ひなの湯事件大審院判決

つぎに、ひな(雛)の湯事件に関する大審院明治21年12月24日判決<sup>(47)</sup>を紹介する。

##### (1) 判決原文

同判決は、一般の判例集には登載されていないため、以下においてまず、判決全文を掲載する。読み易さへの配慮から、①縦書きを横書きに改め、数字を算用数字に改めた点、②浅間温泉の人や湯を示す言葉が太字にし、人や湯の名が連続する場合、間に半角スペースを挿入した点において原本と相違する。

明治21年第176号

裁判言渡書

上告人 長野県信濃国東筑摩郡浅間村平民温泉業 石川佐源次 外5名  
 代言人 東京府京橋区南鍋町1丁目7番地寄留和歌山県平民 植木綱二郎  
 被上告人 長野県信濃国東筑摩郡浅間村平民温泉業中野治笑総理代人 中野真筋

代言人 東京府京橋区築地2丁目36番地寄留福井県士族 中島又五郎  
 右石川佐源次等ヨリ中野治笑総理代人中野真筋へ係ル温泉多用差止済口実行  
 請求事件ニ付東京控訴院カ言渡シタル裁判ヲ不法ト為シ石川佐源次等ヨリ上  
 告シタルニ依リ之ヲ審理シ双方代言人ノ陳述ヲ聴クニ  
 上告代言人陳述ノ要領ハ

第1条

原裁判説明ニ（被控訴人〔被上告〕カ使用シ得ヘキ水量ノ内宇留賀平内 二木  
 秀一ニ都合3口ヲ売渡シタルハ明治7年及ヒ明治8年ノ兩年度中ニアリタル  
 コトハ被控訴人ノ口供及ヒ乙第1号証ニ照シ明瞭シ）トアルニ付被上告乙第  
 1号証ヲ諦視スルニ其第5項ニ「中野治笑〔被上告〕半額ノ内明治7年中宇  
 留賀平内 二木秀一ニ於テ買受ケ各宅地へ引取り諸事罷在残ノ分ハ示談ノ上  
 207番屋敷建家南ノ樋筋ノ湯ト交換シ現今該屋敷ニ設置有之難ノ湯並ニ上原喜  
 太郎へ貸置タル栢ノ湯ニ有之候事」トアリテ明治7年に平内 秀一ニ売却シ残  
 ノ分ハ悉皆他ノ湯ト交換シテ他ニ剩ス所ナキコトハ被上告自ラ呈供スル所ノ  
 乙第1号証ニ明カニシテ即チ上告人申立ト全ク符号スルモノトス而シテ終審  
 廷ニ於ケル被上告ノ申立ニハ平内 秀一ニ各1口ツツヲ売渡セシハ明治7年12  
 月12日ニシテ尚ホ別ニ平内ニ1口ヲ売渡セシシハ明治8年10月8日ナリトア  
 リ翻テ乙1号証ヲ見レハ明治16年4月15日ノ成立ナリ斯克16年成立ノ乙1号  
 証ニシテ被上告ニ属スル水量ノ使用筋ヲ明記セシ上ハ該証以後ハ知ラス以前  
 ニハ該証ノ通りナルハ彼レ信シテ呈供スル所ノ証ナルヲ以テ益々明白トス然  
 ルニ明治8年中ニ1口ヲ平内ニ売渡シタリト申立テ原控訴院カ之ヲ採用セシ  
 ハ如何ニモ疎漏ノ審理トス上告人カ調印セシ証書ヲ被上告カ呈供スル上ハ被  
 上告利益ノ証拠トセサルヘカラス否ラサルモ事實ヲ見ルニ充分ノ証ナレハ却  
 テ明治8年ニハ売却セサルノ明々タル反証トス何トナレハ明治7年中売却セ  
 シ残り分ヲ他ト交換セシ上ハ此他ニ売渡スヘキ水量アラサレハナリ然ルニ原  
 控訴院ハ乙1号証ヲ誤視シテ之ヲ翻用シ平内 秀一ニ都合3口を売渡シタリト  
 為サレシハ審理疎漏ニ出タル不法ノ裁判トス

## 第2条

原裁判説明に（難湯 栢湯ノ2ヶ所モ被控訴人ノ申立ニ依レハ明治12年中ニ開設セシモノノ如ク兎ニ角明治16年以前ニ取設ケタルコトハ乙第1号証ヲ以テ判明セリ夫レ然リ故ニ右等温泉場新設ノ為メ控訴人共力使用スル温泉ノ分量又ハ其温度ニ影響ヲ及ホシタランニハ明治20年1月迄数年ノ久シキ之ヲ放擲シ置クノ理ナク其当時ニ於テ紛議ヲ生スヘキ筈ナリ）トアレトモ不法ノ説明トス元来上告人カ原審廷ニテ難ノ湯ノ分水口ニ近時支ヘ木ヲ附着シタルヲ知ルノ故ニ之ヲ取除カシムルコトヲ請求シタルモノニシテ栢ノ湯等ノ明治16年巳前ニ新設シタルコトハ素ヨリ異議スル所ニ非サルナレハ原法廷ハ宜シク其支ヘ木ヲ近時附着セシハ上告人ノ承諾ニ出タルモノナルヤ否ト支ヘ木ナキ時ハ分水スヘカラサルヤ否トヲ審理スヘキハ当然ナルニ事茲ニ出シテ漠然捨置クノ理ナシトセラレタルハ所謂請求ノ点ニ対シ裁判ヲ与ヘラレサルモノナレハ不法タルヲ免レストス

## 第3条

原裁判説明に（営業者ノ内湯持4名と共有湯持25名ハ本件出訴セサルノミナラス反テ乙第6号証ノ如ク控訴人共ニ対シ不利ノ意見ヲ抱持セシヲ以テ推測スレハ被控訴人カ曩ニ3口ヲ売却シタルコト又現今他ニ2口ヲ使用スルコトハ控訴人共ハ勿論下浅間営業者一同ノ温泉使用权ニ対シ毫モ損害ヲ与ヘタルモノニ非ス）トアレトモ乙第2号ノ2証ナル内湯持主ハ幸田常造 宇留賀平内等ニシテ被上告人ト利害ヲ同フスル人々ナレハ固ヨリ同類ノ証拠トテ採ルヘキモノニ非ス又乙6号の1ナル共有持主ハ本件ノ成敗ニ関セサル人々ナレハ亦無効ノ意見トス仮リニ以上ハ本件関係者ノ意見トスルモ此人々カ自家ノ権利ヲ伸張セサレハトテ上告人カ受タル損害ヲ回復スヘカラストノ道理アランヤ元来上告人ニ於テハ6口量ノ湧泉ヲ折半シテ3口ツツニ分チタリト云ヒ被上告ハ10口ナルヲ2口宛ニ分チタリト争ヒ（終審答書ニ依ル）始審以来彼我湧量ノ異ナルハ本件争点ノ骨子トス故ニ上告人ハ湯量ヲ検シ之ヲ被上告ノ使用数ニ照セハ直チニ其可否ヲ知ラルヘシト論シ両造カ始審前ニ於テ其量ヲ検シタル上告甲第3号証ヲ掲ケタリ此場合ニ於テハ原法廷ハ湧量ノ10口ナリシヤ6口ナリシヤヲ討究シ湯量ヲ検シテ本件ヲ裁断スヘキハ当然ナルニ其義ナク他人カ本件ノ如ク出訴セサルトシテ単ニ之ヲ援テ被上告カ上告者ノ湯量ニ損害ヲ与ヘスト見做セシハ審理スヘキノ要点ヲ審理セス訴外人ノ意見ニノミ憑拠セラレタルハ不法ノ裁判トス

被上告代言人及ヒ総理代人ハ上告ノ不当ニシテ原裁判ノ不法ナラサル旨弁護セリ

依テ本院ニ於テ双方代言人ノ弁論ヲ聴キ弁明ヲ為ス左ノ如シ

## 第1条

上告第1条ヲ按スルニ被上告人カ明治7年明治8年ノ兩年度中ニ於テ宇留賀平内及ヒニ木秀一ニ泉量3口ヲ売渡シタリトノ陳供ト乙第1号証トハ兩立ス可ラサル事實ナリトス何トナレハ乙第1号証ハ被上告人ノ拳証ニシテ明治16年4月ノ調或ニ係リ文中「中野治笑(被上告)半額ノ内明治7年宇留賀平内ニ木秀一ニ於テ買受ケ各宅地ニ引取り所持罷在残リノ分ハ示談ノ上207番屋敷建家南ノ樋筋ノ湯ト交換シ現今該屋敷ニ設置有之難ノ湯並ニ上原喜太郎へ貸置キタル栢ノ湯ニ有之候事」トアルニ依レハ明治7年度売渡シタル泉量ノ外明治8年度ニ買与セシトノ口供ハ以乙第1号証ニ抵触スルヲ以テナリ而シテ其明治8年ノ売買カ若シ中野治笑即チ被上告人ノ得タル半額以外ニ属スル場合アラハ本案必要ノ問題ニ関スルヲ以テ必スヤ之レカ審理ヲ為ササル可ラサルニ原裁判所ハ其兩立スヘカラサル乙第1号証ト被上告人ノ陳供トヲ何等排斥ノ理由ヲモ附スルコトナク「然ルニ被控訴(被上告)人カ使用シ得ヘキ水量ノ内宇留賀平内ニ木秀一ニ都合3口ヲ売渡シタルハ明治7年及ヒ明治8年ノ兩年度ニアリタルコトハ被控訴人(同上)ノ口供及ヒ乙第1号証ニ照シ明瞭シ」ト判定セシハ兩立ス可ラサル証拠ヲ以テ事實ヲ定メタル採証ノ不法アル裁判ナリトス

## 第2条

上告第2条ヲ按スルニ上告人第2ノ請求点ナル難ノ湯分水口支ヘ木取除ノ事ハ温泉使用ニ異議セサリシ判決ノ理由ニ随伴シテ定マルヘキ争点ニアラストス何トナレハ温泉使用ハ認知スルモ其顯レサル樋中支ヘ木ノ附着ヲ知ルノ時之レカ取除ヲ請求スル場合ハ其温泉使用ノ認諾ヲ以テ之レヲモ認諾シタリト言フヲ得可ラサレハナリ、而シテ原裁判始末書ノ問答「控訴人(上告人)曰ク難ノ湯ノ分ルル樋口ニ1寸程ノ支ヘ木アルヤ被控訴人(被上告人)曰ク樋ヘ湯ノ注入ヲ能クセン為メニ5歩程ノ支木アリ」トアルニ依レハ此支ヘ木ハ所謂注入ヲ能クセン為メノ方法ニ外ナラサルヘク支ヘ木アリテ然シテ後栢湯等ノ使用ヲナスヘキモノニアラサルカ如シ又此問答ニ依リ初メテ上告人ハ支ヘ木ノ附着ヲ知りタルモノノ如シ、然ルニ原裁判所ハ其取除ノ請求ヲ受ケタルニ拘ハラズ何等排斥ノ理由ヲモ附セス「右等温泉新設ノ為メ云々推測スレハ被控訴人(被上告人)カ曩キニ3口ヲ売却シタルコト又現今他ニ2口ヲ使用スルコトハ控訴人(上告人)共ハ勿論下浅間営業者一同ノ温泉使用権ニ対シ毫モ損害ヲ与ヘタルモノニ非ス」ト説明シ去リタルハ畢竟請求ヲ受ケタル事項ヲ判セサルニ墮スル不法ノ裁判ナリトス

但シ此他ノ上告論旨ハ前第1 2条ヲ以テ原裁判ノ破毀ヲ免カレサル以上自ラ覆審ニ歸シテ定マルヘキ事柄ナレハ今更ニ逐次ノ弁示ヲ要セス

右ノ理由ナルヲ以テ判決スル左ノ如シ

東京控訴院カ明治21年3月14日温泉多用差止済口実行請求事件ニ付上告人石川佐源次等ト被上告人中野治笑惣理代人中野真筋トニ対シ言渡シタル裁判ヲ

破毀シ更ニ適法ノ裁判ヲ受ケシメンカ為メ本件ヲ宮城控訴院へ移スニ依リ同院ノ裁判ヲ受ク可シ

上告人費ハ被上告人之ヲ負担ス可シ

明治21年12月24日大審院公廷ニ於テ裁判ヲ言渡ス者也

大審院民事第2局長代理

大審院評定官 巖谷龍一

大審院評定官 増戸武平

大審院評定官 小松和隆

大審院評定官 谷津春之

大審院評定官 松本正忠

裁判所書記 杉浦 敏

## (2) 事案と判決の概要

本件は、原審・原々審の判決が未入手のため、事案の詳細が不明であるものの、概ね以下のような事案であったとみられる。

上告人（原告・控訴人）の1人として唯一、名が挙がっている「石川佐源次」は、当時の下浅間で随一の旅館であった西石川・笹の湯（表2の19参照）の経営者であった<sup>(48)</sup>。その佐源次が他の同志5名とともに、同じ下浅間・<sup>うずら</sup>鶉の湯（表2の17⑤参照）の経営者でもあった「中野治笑」<sup>(49)</sup>（被告・被控訴人・被上告人）を相手取って訴えを提起した。つまり、下浅間の内湯持間での訴訟であった。

もっとも、他の登場人物や湯の名称からは、下浅間・鶉の湯自体の問題ではなく、治笑が上浅間に有する所有地で発見された「ひなの湯源泉」の分湯をめぐる訴訟であったことがわかる。「温泉多用差止済口実行請求事件」という事件名から察するには、上浅間の源泉地から下浅間へ引湯するにあたり、下浅間の内湯持の間で湯の使用量に関する一定の取決め（済口証文）がなされていたところ、治笑がその取決めに違反して湯を「多用」するに至ったことから、1887（明治20）年1月頃に紛議を生じ、その差止めを求めて佐源次らが訴えを提起したものとみられる。第一審と原審（東京控訴院明治21年3月14日判決）がいずれも原告らの請求を棄却したため、原告らにおいて上告したところ、これ

を認めて破毀・移送としたのが本判決である<sup>(50)</sup>。

破毀の理由は2点ある。1点は、原審が認定した、1874・1875（明治7・8）年の両年度中に「宇留賀平内」と「二木秀一」に泉量3口を売り渡したとの事実と、その証拠として被告側から提出された乙1号証が示す、1874（明治7）年に両名が買い受けたという内容とが抵触し両立しないという「採証ノ不法」である。また、もう1点は、「請求ヲ受ケタル事項ヲ判セサルニ墮スル不法」である。すなわち、原告らの請求の1つであった、ひなの湯分水口にある支え木の取除きについて、原審は、何ら排斥の理由を示さず、原告らはもちろん下浅間営業者一同の温泉使用权に対し少しも損害を与えるものではないと判示した。

それゆえ、本判決は、湯口権の性質に関する法解釈論を何ら展開するものではなく、民法施行前の事例であることとも相まって、その判例としての価値は見出し難い。

### (3) 明治前期の下浅間における「内湯持」と「共有湯持」

しかし、本判決が摘示する種々の事実は、それが最終的な認定事実ではないとしても、1874（明治7）年から1888（明治21）年頃までの下浅間とその源泉の実態を垣間見ることができる極めて貴重な資料といえる。

まず、本判決によれば、紛議を生じた1887（明治20）年1月頃における下浅間の内湯持は、11名いたこととなる。すなわち、原審が、営業者の内湯持4名と共有湯持25名が出訴しなかったことを、原告らはもちろん下浅間営業者一同の温泉使用权に損害がないことの根拠の1つとしていた点に鑑みると、石川佐源次とともに共同原告となった他の5名もまた下浅間の内湯持であったと思われ、それ以外に出訴しなかった内湯持が4名いたとすれば、被告の中野治笑を含めて11名の内湯持がいた計算となるからである。

この点、当時の下浅間の内湯として知られていたのは、原告・石川佐源次の笹の湯（西石川）と被告・中野治笑の鶉の湯のほか、桐の湯（二木秀一）、亀の湯（二木十吉）、菊の湯（二木袈裟三）、臼の湯（東石川、

石川善司)、蔦の湯(二木与十郎)、千代の湯(赤羽忠九郎)、玉の湯(滝沢瀬一郎)の、合わせて9湯であった<sup>(51)</sup>。また、本判決中、原告らに不利な意見をもつ者として言及のある2名の内湯持は、いずれもこれらの内湯とは関係がなく、「幸田常造」は柏の湯、「宇留賀平内」は蝶の湯(湯本屋)の経営者であったことから<sup>(52)</sup>、これら2湯を加えた11湯が当時の下浅間の内湯であり、それらに対応した11名の内湯持がいたこととなる。

この中で、本判決に登場するのが、桐の湯の「二木秀一」と蝶の湯(湯本屋)の「宇留賀平内」である。いずれも被告・治笑から源泉の湯の一部を購入しており、そのうち少なくとも「宇留賀平内」については、湯の購入によって初めて内湯持になったものとみられる<sup>(53)</sup>。

なお、本判決にいう「共有湯持25名」については、それ以上の言及がないものの、明治期に形成された下浅間の4つの外湯(八幡の湯、黄金の湯、田鶴の湯、港の湯)に関する湯組の構成員としての外湯持を示したものである。1956(昭和31)年当時で合計24名、1983(昭和58)年当時で合計22名いたとされ<sup>(54)</sup>、1887(明治20)年当時もほぼ同数の25名いたものといえる。また、この言及は、湯組の文化は明治期から始まったところ、本判決の当時、江戸時代からの内湯持とともに、これもまた一種の「湯持」であると浅間で認知されるに至っていたことをも示している。

#### (4) 「ひなの湯源泉」と下浅間源泉

つぎに、下浅間の湯持に湯を供給する上浅間・荒湯(南部)源泉群中の源泉(下浅間源泉)について考察したい。

本判決中に源泉地の地番は示されていないものの、本判決が示す各種の分湯先から、それが「ひなの湯源泉」であることがわかる。『本郷村誌』によれば、1874(明治7)年12月12日に中野治笑の持地より発見されて「ひなの湯源泉」と呼ばれたとされるが<sup>(55)</sup>、本判決に照らせば、中野治笑が宇留賀平内と二木秀一に源泉の湯の一部を売却したのが同日であるから、発見した日に直ちに売却するとは考え難く、発見が



あったとすれば、それよりも前のことであつたと思われる。

この「ひなの湯源泉」がどれを指すのかは必ずしも定かでない。「ひなの湯」旅館が位置する浅間603番地には、分筆された「603-3」と「603-4」という2つの鉱泉地が存在し、このうち、公道に面する「603-3」は、今日、「浅間に残る唯一の自然湧出」と表記される「東北源泉」の所在地<sup>(56)</sup>であるから、旅館敷地内にある「603-4」が「ひなの湯源泉」ではないかと思われる。

もっとも、この浅間603番地は、江戸前期に中野家が内湯を有していた土地でもあり（表1の13③～⑦参照）、もともと源泉があつた土地の起返りにより、比較的容易に源泉を復活させることができたのではないかと推測される。幕末1862（文久2）年の「湯坂附近の図」（山本氏蔵）<sup>(57)</sup>には既に、中野治兵衛の持地に2つの源泉が描かれ、これらがほぼ「603-3」と「603-4」とに対応している。そして、これらの源泉は、犬飼源泉（673番地）と疝気の湯源泉（671番地）からの湯とも合流する形で湯樋を示す線が西方に伸びている。その先には下浅間があるとみられ、つまりは、これらの源泉が下浅間源泉（群）を構成していたこととなる。

そうであるならば、同図に描かれた源泉の湯の一部か、その後1874（明治7）年までに同所で別に発見された新湯<sup>(58)</sup>かを、明治期に入ってから、中野治兵衛を継いだ治笑が、同年には「桐の湯」と「蝶の湯」へ、1879（明治12）年には「ひなの湯」と「栢の湯」へ、相次いで分湯したということになる。なお、「栢の湯」というのは、他の資料にも見受けられない湯の名であるが、「上原喜太郎へ貸置タル栢ノ湯」との記述からは、それが今日の「栄の湯」であることがわかる<sup>(59)</sup>。

#### （5）下浅間源泉をめぐる利害調整

以下、本判決に関連して、この時期にみられた下浅間源泉をめぐる利害調整の動向3点に触れておく。

##### （ア）規定書による掘削禁止

1876（明治9）年12月、内湯持と耕地の惣代の連署により、源泉近傍

の地所はたとえ持主といえども掘り毀してはならない旨の規定書が作成された<sup>(60)</sup>。内湯持の惣代として、石川善司（白の湯・東石川）、宇留賀平内（蝶の湯）、二木与十郎（鳶の湯）、降簾孝吉郎（桜の湯）、赤羽忠九郎（千代の湯）の連署がみられるため、これも本判決と同様、下浅間の温泉の妨害を契機とする取決めとみられる。規定書には、滝沢甚五郎が温泉の源流を濫りに掘り毀して従来の温泉の妨害となった旨が記されており、この「従来の温泉」が下浅間であるとすれば、濫りに掘り毀した源流は、下浅間源泉のいずれかであったこととなる。

実際、規定書作成直後の1877（明治10）年2月、滝沢甚五郎が買い取っていた相生の湯（後に北瀧澤とも呼ばれる。）ができたとされる<sup>(61)</sup>。

前記「湯坂附近の図」（1862（文久2）年）によれば、後に相生の湯となる敷地（図1参照）を滝沢甚五郎が有していたことがわかる。その敷地内に描かれた源泉は前記「疝気の湯源泉」（671番地）であり、下浅間源泉（群）の1つであるから、これを掘り毀した結果、紛議を生じて規定書の作成に至ったとみられる。

なお、「疝気の湯源泉」は、明治期において、北部の「大湯源泉」、下浅間源泉の1つ「犬飼源泉」と並び、最も大なる源泉の1つとされていた<sup>(62)</sup>。また、「疝気の湯」は、最も古く、戦国時代からあったとされる「小舎こやの湯」にルーツをもつ入込湯であり<sup>(63)</sup>、名湯の誉れも高かった<sup>(64)</sup>。この「疝気の湯」も、内湯「滝沢甚五郎の湯」ができたのと同じ1877（明治10）年、住民以外から入場料を徴収することに改めたとされる<sup>(65)</sup>。それゆえ、この年の前後、下浅間源泉でもある「疝気の湯源泉」と「疝気の湯」をめぐる大きな動向があった<sup>(66)</sup>。

#### （イ）湯株の確定

つぎに、本件の係争中でもあった1887（明治20）年4月1日には、浅間の湯につき、村方が立ち会って時計で計り分湯することで、湯株が定まり湯の移動なくなったとされる<sup>(67)</sup>。その詳細は明らかでないものの、それまでの間、本件の紛議が示唆するように、明治期においても分湯による新湯持が出現した結果、温泉の多用等による既存の湯口権

の侵害もまた増加したとみられる。そのため、本件とは別個に、浅間の内湯持間での湯株に関する申合せがなされたのではないかと推察される。

また、そうなった背景には、1887（明治20）年2月1日の旧登記法（明治19年勅令第1号）施行による土地登記簿の整備があると考えられる<sup>(68)</sup>。それ以前の所有権移転の仕組みであった、土地売買譲渡規則（明治13年太政官布告第52号）に基づく戸長役場での奥書割印による公証制度には人員体制上の限界があったため、旧登記法の制定により、これがいったんは司法省所管の裁判所にある登記簿に登録されることとなり、実体法としての民法が未制定であった中でも、所有権の対抗要件として既に機能していた（旧登記法6条）。そのため、単独の内湯持の地位であれば、分湯地である内湯所在地に所有権の登記を行うことで一定の公示の機能を果たさせることは可能となっていたのではないかとみられる。

それゆえ、本判決は、その翌年12月24日に下されたものであるから、そこに表記された内湯持は、確定された湯株の保有者としての内湯持を示すものと捉えられる。

#### （ウ） 栄の湯・ひなの湯に関する分湯量相互覚書

また、1888（明治21）年1月25日には、本判決とは別に、栄の湯・ひなの湯に関する分湯量相互覚書も交わされていた<sup>(69)</sup>。すなわち、疍気の湯脇の浅間区飲料使い湯、ひなの湯（覚書上は「比奈ノ湯」）、栄の湯の3湯につき、これらの源泉は同一場所であって、関係者立会いの上、分湯計量を決定した内容を覚書にしたものである。立会いをした関係者は、浅間区長・小岩井孝八、ひなの湯・山本早苗、栄の湯・上原満雄のほか、「第二ノ使用权者」である真砂の湯仲間<sup>(70)</sup>代表・山本栄一の4名であった。計量は、5升（9ℓ）容器を使用し、その容器に充満するまでの時間を秒時計の秒数で計るという方法で行われた。その結果、浅間区使い湯は51秒（約10.6ℓ/m）、ひなの湯は27秒（約20.0ℓ/m）、栄の湯は26秒（約20.8ℓ/m）ということであった。

それゆえ、ひなの湯・栄の湯については、前述した上浅間における1口の湯口権（18.0ℓ/m）の基準を充たす湯量の供給を受けていたこととなるが、「ひなの湯源泉」に関する本件で、湯量全体が6口分（原告ら主張）か10口分（被告主張）かが争点となっていたことに鑑みれば、他へ分湯する分を賄うことができていたのかが問われよう。原告らの請求内容の1つであった、ひなの湯分水口にある支え木の取除きの意味・行方とともに、解明が待たれる点といえる。

#### （6）源泉地の権利関係

最後に、「ひなの湯源泉」を含む下浅間源泉群について、各源泉所在地の権利登記がどうなっていたかにつき触れておきたい。先の整理によれば、下浅間源泉群に含まれるのは、東北源泉（603-3）、ひなの湯源泉（603-4）、疝気の湯源泉（671）、犬飼源泉（673）となるが、これに栄の湯源泉（605-2）が加わり、少なくとも5筆の土地に所在する源泉によって構成されていたものとみられる。

現存する源泉のうち、東北源泉については、他の5源泉が浅間温泉事業協同組合の所有であるのに対し、下浅間共栄会<sup>(71)</sup>の所有であると紹介されるものの<sup>(72)</sup>、筆者の調査によれば、少なくとも登記簿上はそのような名義での登記は見られず、法人化されていないか、法人化されていても登記簿上は会員名にしているものと思われる。

上記5筆の土地は、概ね3つのグループに分けられる。

このうち、最も特徴的であるのは、①疝気の湯源泉（671）であり、他が鉱泉地として分筆されているのに対し、この源泉地は710.74m<sup>2</sup>の宅地のまま滝沢家の単独所有名義となっており、下浅間の湯との関係では、「湧出する温泉を樋にて引水使用」することを目的として、下浅間に位置する23筆の要役地<sup>(73)</sup>のために、地役権設定仮登記を行うという形がとられている（いまだ本登記には至っていない。）。この登記原因は、1920（大正9年）11月8日「仮登記仮処分命令」となっており、大正期に源泉保護のための保全処分が行われたようである。

第2は、②犬飼源泉（673）と栄の湯源泉（605-2）<sup>(74)</sup>のグループであ

る。前述の松の湯源泉と同様に、1895（明治28）年2月27日売買を原因とする14名（共有持分各1/14）での共有登記以降、これによる内湯持ないし内湯株の公示が行われている。

この14名は、前述した1887（明治20）年1月頃における下浅間の内湯持11名から3名増となっているが、これは、従来からの内湯持であった桜の湯・降旗家（降旗孝吉郎）のほか、上浅間との中間に位置する目の湯（綿の湯）・中野家（中野昇一）が加わっていること、また、従来の内湯であった親方湯・金井家が飯島家に交替となり、新たに井筒の湯（飯島傳十郎）として再開したことによる。また、上記11名中5名が代替わりとなっている<sup>(75)</sup>。

その後の権利変動は複雑であり、その詳細は割愛するが、その特徴をいくつか指摘すると、①いったんは遺産相続・売買・公売によって共有者の変動が生じても、それが浅間居住者であるか否かを問わず、従来の共有者（内湯持）がその共有持分を買い取るといった流れがみられる点、②かかる流れの中では、特に、前述の二木洵による買取りが目立ち、1911（明治44）年3月14日の登記時点では、4/14の共有持分を有するに至っていた点、③大正期以降は、中村家・中條家・木下家のように、共有持分を買い取ったまま権利者として定着する者がみられるようになった点<sup>(76)</sup>、④1933（昭和8）年3月11日、細萱茂一郎が取得していた1/14の共有持分を12名で買い取ったことで1/168という端数を生じ、相続未登記も相まって昭和期に共有持分が細分化された点、⑤昭和30年代に掘削泉による集中管理に移行した後もなお、温泉旅館経営者による共有持分の取引が行われているケース<sup>(77)</sup>がみられる点が挙げられる。

なお、犬飼源泉（673）については、1911（明治44）年6月26日、隣接する674番地を承役地として、「原水保存の便宜上土地の掘穿をしない」ことを目的とする、要役地地役権仮登記がされている点も特徴である。

そして、3つ目が、本判決にも関わる、③東北源泉（603-3）とひなの湯源泉（603-4）のグループとなる。こちらも共有登記がなされたも

の、②グループよりも遅く、1938（昭和13）年8月22日売買を原因とする9名（共有持分各1/9）での共有登記がなされたのを契機としつつ、1942（昭和17）年5月10日の売買によって3名の共有者が追加され、12名（共有持分各1/12）での共有登記を基礎として、そこからの権利変動が公示されることとなった。そのため、②グループとは若干異なる登記名義人も登場するが、同時に登記されているケースもみられ、概ね②グループの権利変動に連動している。

## 5 考 察

最後に、以上の検討を踏まえた、自然湧出泉時代の浅間温泉における湯口権の特徴について若干の考察を加えたい。

### (1) 明治初期に発見された新源泉と「内湯持」

本稿で紹介した両事件は、ともに明治初期に発見した（と称する）新源泉の分湯を契機とする紛争であった。これらの源泉は、古来の源泉地帯に位置し、この地帯は、江戸後期からは下浅間温泉の供給源となっていた上に、江戸末期には埋れ湯の起返りによる新湯持の源泉ともなっていたために、その中での発見があったとすれば、比較的浅い位置にある湯脈を手掘りによる小掘削で掘り当てたか、あるいは、既存の源泉の増掘等により増えた湯を新源泉と称して分湯に供したかの可能性が考えられる。ただ、いずれにせよ、湯脈が同じであれば、そのことによる他の既存の湯への影響は避けられず、そのことが、湯に対する権利の濫発と相まって本件両事件のような紛争を惹起したように思われる。

浅間では、「せめてなりたや湯持に」という言葉があるほど、湯持という社会的地位は憧憬の的となっていたされ<sup>(78)</sup>、それだけに、新源泉からの分湯を得て新湯持を目指すことへのニーズは高かったと考えられる。

もっとも、従来の湯持からその地位をそのまま譲り受ける形ではな

く、源泉の湯量が増えた分の分湯を受けて内湯を設けることが、「(内湯持)」として当然に扱われることを意味していたのかは定かでない。本稿では、明治初頭までの内湯持の変遷を示したほかは、下浅間の内湯持について若干の検討を加えたが、上浅間における明治期以降の内湯持の変遷までは示し得なかった。松の湯源泉は、従来の内湯持の湯以外では、芳の湯・寿の湯・常盤の湯に分湯されたが、これらの湯の経営者が内湯持として扱われるに至っていたかはなお不明である。ひなの湯源泉からの分湯を受けた当時の「ひなの湯」・「栄の湯」のように、あくまで借湯として扱われる場合もあり得るとすれば、分湯が直ちに内湯持としての処遇を意味するとは限らない。江戸時代に承認された新湯持には、源泉の発見にとどまらない、領主からの恩典による者がおり、元来が政治的決定を介するものと捉えるならば、明治期以降の内湯持もまた、その当時の内湯をめぐるコミュニティ<sup>(79)</sup>による政治的決定を介してはじめて内湯持としての社会的地位が承認されたのではないかと考えられる。川井論文にいう「湯は売っても源泉に対する権利は売らない」との浅間の慣習<sup>(80)</sup>も、鷹の湯旅館を経営した鈴木嘉一郎や豊蔵のように、内湯持の地位を望みつつも、1887(明治20)年中における湯株の確定もあり、当時の政治状況等からそれが叶わない者もいたことを反映したものといえる。

そして、そのような理解のもとでは、かかる意味における「内湯持」と、法学的意味における「湯口権者」とが必ずしも一致するものではないとの理解も可能となろう。政治的決定を介した「内湯持」ではなくとも、他所への引湯権が地盤所有者との関係でも強く保護されるべきものとして設定されていたならば、その権利を物権的な「湯口権」と解することはなお可能だからである。それゆえ、松の湯事件において、「芳の湯」についての湯口権者として承認された原告(降旗松代)が「内湯持」としては承認されていなかったとしても、そのことと湯口権者としての処遇とは矛盾するものではないといえる。

また、湯口権の法的性質を考察する上では、いずれの源泉も当初の

分湯が明治初年から12年までの期間（1868～1879年）に行われており、その時期は、民法はおろか、これに先行する登記法（1886（明治19）年）すらも施行されていない状況であったことが踏まえらるべきものと思われる。とりわけ、土地についてですら権利取得の対抗要件としての公示方法が十分整備されていない中、他方で温泉に対する権利についても独立に取引されていたという事実があったことは確かであり、松の湯事件控訴審判決が、そのことを踏まえて、「登記なくとも第三者に対し権利取得を対抗し得べきもの」と解したとするならば、その後の鷹の湯事件大審院判決が、大正末期の掘削により出現した鷹の湯源泉の権利につき、「民法第177条ノ規定ヲ類推シ第三者ヲシテ其ノ権利ノ変動ヲ明認セシムルニ足ルヘキ特殊ノ公示方法ヲ構スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗シ得サルモノト解スヘキ」と判断したことは、必ずしも矛盾するものではないと解することも可能である。

明治初期からやや時代が下ったひなの湯事件判決（1888（明治21）年）の時代においても、かろうじて登記法（1886（明治19）年）が制定されてはいたものの、民法未施行の状況において、地役権設定登記も共有登記も認められておらず、やはり公示方法の整備はいまだ不十分であった。その状況下でもなお湯口の取引は行われていたということを法的にどう評価すべきかが問われよう。

## （2）源泉の複数配湯と公示方法

両事件と鷹の湯事件との違いとしては、1つの源泉の湯が、複数名のために、それぞれの内湯所在地へと配湯（分湯）されていた点が挙げられる。そのため、これらの者の権利につき、今日的観点から、鷹の湯事件大審院判決に照らして明認方法が必要であると解した場合に、いかなる方法での公示が明認方法として評価されるかについては、権利者が単一であった鷹の湯事件<sup>(81)</sup>とは異なる観点からの考察が可能となる。この点にも、両事件を考察する独自の意義が見出される。

源泉の複数配湯に適合的な公示方法として、引湯地役権の設定登記<sup>(82)</sup>が考えられ、そのような実践例（疝気の湯源泉）もみられるものの、浅



間においては一般的ではなく、狭い範囲の土地を鉱泉地として分筆登記をし、共有登記を行うというのが、1895（明治28）年以降に浅間でみられた公示方法であった。

しかし、本稿で明らかにした事実からは、特定の場所への引湯権としての湯口権は、源泉地の共有登記のみによっては十分な公示にはならず、引湯先の土地の所有名義との関係で実効性をもたないことがあるといえ、公示に限界があることをみた。

また、共有持分が示す割合が配湯量に直結しているのかも定かではない。1口の湯口権が、1分間1斗などといった固定的な量の引湯権を表わすものとするならば、全権利者のために必要な湯量が湧出しなくなった場合に、その配分が割合的に減少するものとして扱われるかなど、単一権利者の場合には求められない別個のルールが求められよう。

## 6 結 語

本稿だけでも、350年を超える浅間温泉の歴史の中で、湯口権の理解に資する事実を多く紹介したものの、他にも、御殿湯を中心とする大湯（北部）源泉群や、明治期以降に形成された外湯（湯組）における湯口の権利関係、また、昭和30年代以降、掘削泉による集中管理へと移行していった経緯における権利関係など、未検討の課題がなお多く存在する。これらについても史実に照らして考究し、鷹の湯事件大審院判決が認めた「湯口権」の内実をより仔細に明らかにすることが、本テーマに関して残された今後の課題である。他日を期したい<sup>(83)</sup>。

(1) 大判昭和15年9月18日民集19卷19号1611頁。評釈・解説として、末川博『判例民法の理論的研究』86頁（弘文堂書房、1942年）、我妻栄『民法判例評釈Ⅰ』197頁（コンメンタール刊行会、1965年）、小澤英明『温泉法』120頁（白揚社、2013年）、水津太郎・温泉82巻4号26頁（2014年）、松尾弘『民法判例百選Ⅰ〔第8版〕』100頁（有斐閣、2018年）等があるほか、

実地調査に基づく特筆すべき貴重な研究として、川井健「温泉権の取引と明認方法—鷹の湯事件を中心として」『不動産物権変動の公示と公信』139頁（日本評論社、1990年）〔初出、遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第3巻』325頁（有斐閣、1983年）〕がある。本稿も、その調査結果を素地としている。

- (2) 拙稿「浅間温泉の歴史と湯口権—鷹の湯事件を起点として」温泉地域研究36号13頁（2021年）。
- (3) その源泉群からやや離れて、「目洗いの湯」や「目の湯」なる自然湧出泉があり、下浅間に属するものとして紹介されること（本郷村誌編纂会編『本郷村誌資料集第2集ノ1浅間温泉篇（上）』140頁（本郷村、1955年）（以下、『浅間温泉篇上』という。）に1869（明治2）年の内湯持ちとして、「綿の湯」とあるのが今日の「目の湯」に当たる。）もあるのが若干の例外となる。
- (4) 『浅間温泉篇上』3頁。
- (5) 『浅間温泉篇上』103頁。1664（寛文4）年の洪水により、「横谷沢南の源泉（後に松の湯源泉と呼ばれる）や、犬飼源泉と附会されて呼ばれる源泉など」が湧出したとされる。
- (6) 『浅間温泉篇上』149頁。大湯（北部）源泉群に3名、荒湯（南部）源泉群に4名の内湯持がいたとみられる。本稿では多く触れることがないものの、荒湯（南部）源泉群から300mほど北に位置する大湯（北部）源泉群の方では、慶長年間（1596年以降）頃、松本城主と家臣のための浅間御殿が構築され、小口家が代々湯守を務めてきている（現在の枇杷の湯）。この小口家も内湯持の1人として数えられる。
- (7) 『浅間温泉篇上』137頁では、内湯持は10名とされるが、「二木重次郎」2坪のうち「重次郎隠居屋与五兵衛1坪」とあり、この「与五兵衛」は、その前後の時期において内湯持と扱われていたものとみられることから、「重次郎」と「与五兵衛」をそれぞれ1坪の内湯持とみて、11名とした。また、内湯15坪・御殿湯6坪・入込湯7坪の合計は28坪とされるものの、御家中様「柳の湯」を1坪と数えてこれを加えれば29坪となる。
- (8) 『浅間温泉篇上』4・145頁によれば、表1の3④における飯沼家への交替は質流れにより、同3頁によれば、表1の13は中野家本家に属する11の分湯によるものとされる。
- (9) 戌の満水と呼ばれ、江戸を含む各地で大災害を惹き起こした（信濃毎日新聞社出版部編『寛保2年の千曲川大洪水「戌の満水」を歩く〔増補改訂版〕』（信濃毎日新聞社、2021年）参照）。
- (10) ①②は『浅間温泉篇上』149・150頁の町屋図、③は同137頁と151頁の町屋図、④は同138頁、⑤は同152頁の町屋図、⑥は松本市文書館所蔵「浅間絵図」（石川辰郎家文書・写真番号182）、⑦は『浅間温泉篇上』138頁に基づき筆者作成。不明な点は「?」を付した。

- (11) この点では、江戸前期における小柳の湯（表1の4③）も、元禄年間（1688～1704年）に柳の湯を拡張する際の世話役として分湯を受けて内湯持となったとされ（『浅間温泉篇上』145頁。ただし、ホテル「小柳」のホームページ等には、それよりもさらに古い1686（貞享3）年創業と記されている。）、経緯が類似する。
- (12) ①は豊田庸園『善光寺道名所図会』（1849（嘉永2）年刊行）、②は本郷村誌編纂会編『本郷村誌資料集第2集ノ2浅間温泉篇（下）』1頁以下（本郷村、1956年）（以下、『浅間温泉篇下』という。）、③～⑤は『浅間温泉篇上』139・140頁に基づき筆者作成。
- (13) 新聞3873号5頁。裁判官：古川鋭一郎（裁判長）、渡邊葆、中島葵（第3民事部）。その評釈としては、石川芳雄「温泉使用権」鉄道省国際観光局編『温泉法に関する文献』477頁（鉄道省国際観光局、1939年）のほか、小澤・前掲注(1)温泉法104頁があるにとどまる。若干の言及として、武田軍治『地下水利用権論』169頁（岩波書店、1942年）、川井・前掲注(1)温泉権の取引と明認方法170頁も参照。
- (14) 『信州浅間温泉案内』（たかの湯旅館版）から抜粋し、本稿で登場する旅館に筆者で○印を付したものであり（実線のものとは松の湯事件との関係、点線のものとはひなの湯事件との関係での主な旅館を示す。）、北東から南西方向に見た浅間温泉街の鳥瞰図である。刊行年は不明であるが、1931（昭和6）年に開業した温泉プールや本郷競馬場が見られることや、図の上部に描かれた大糸南線が信濃森上までしか延伸しておらず、それは1932（昭和7）年11月20日～1935（昭和10）年11月29日の期間に限られていたことから、この期間中に刊行されたものとみられる。したがって、ちょうど松の湯事件控訴院判決が下された頃の温泉街を示している。43軒の温泉旅館が描かれており、江戸時代よりはもちろん、現在（25軒）と比べても旅館数は多かった。
- (15) 小澤・前掲注(1)温泉法104頁以下参照。事案の解説としては、当事者関係図付きで簡にして要を得ている。
- (16) 「当院に顕著なる事実」であるゆえ、認定の根拠となった特定の証拠は示されていない。
- (17) 明治期における松の湯源泉の管理者の1人であった。
- (18) 新聞4517号12頁。裁判官：斎藤直一（裁判長）、二宮節二郎、牧野威夫（第3民事部）。
- (19) そうであるとはいえ、独立権利性の基礎づけがなぜ一般論から地方慣習法へと転換されたのかは判然としない。
- (20) 新聞3628号12頁。裁判官：藤田八郎（裁判長）、前野願一、川添清吉。ただし、鷹の湯事件や松の湯事件（第3民事部）とは異なり、第2民事部による判決であった。
- (21) この結論自体、鷹の湯事件大審院判決に照らして再考する余地がある。

その他、債権譲渡の対抗要件の強行法規性に関する重要な論点も含んでおり、その詳細な検討については別稿を予定している（「温泉と法」研究会にて報告済み）。簡単な解説として、拙稿・温泉90巻4号26頁（2022年）参照。

- (22) そして、①判決が出現した背景には、①判決の原判決（静岡地沼津支判昭和2年5月3日新聞2698号5頁）が下された後、昭和4年12月に日本温泉協会が設立され、同協会の委嘱等により、温泉の法律研究が活発化していたとの事情がある。特に、当時、現役の裁判官でありながら次々と温泉に関する法律研究の論文を公表した武田軍治氏の見解（同「地下水利用権に就て」司法研究12輯6号（1930年）と、その発展版である、同「地下水利用権論」法協49巻10号、11号、50巻4号（1931年～1932年））による裁判実務への影響は否定できない。
- (23) 川井健・前掲注(1)温泉権の取引と明認方法150頁。
- (24) 『浅間温泉篇上』143頁。「芳の湯」の創立経過として、1873（明治6）年、「二木立造持地より源泉発見される」とあるが、1868（明治初）年頃より相次いで湯口権を売り渡していたとすれば、源泉発見はそれより前となる。むしろ、江戸末期に新湯持となった二木伝之助が埋れ湯の起返りによって得た源泉を二木立造が相続した（表2の5③～⑤参照）とみるのが自然であり、上記記述は、芳の湯関係者側からの情報として、当時、発見された新源泉と称する二木立造から買取りを求められたことによるものではなかったかと推察される（その限りで、松の湯源泉発見の経緯に関する旧稿17頁や22頁注34の記述を改める。）。
- (25) 『浅間温泉篇上』143頁、『浅間温泉篇下』85頁によれば、当初の分湯状況として、ひなの湯事件でも登場する幸田常造が、1876（明治9）年8月14日、松の湯より分湯を受け、下浅間で「柏の湯」と称して内湯を始めた旨の記述がみられる。その後、鈴木嘉一郎（後の「鷹の湯」経営者）が借湯し、曲折あって従前の湯は村持となって「昭和の湯」に利用されるとの記述もみられるが、後述する松の湯源泉地の共有関係には反映されていないため、共有登記がされた1905（明治38）年2月22日までには、共有者の誰かにその湯口権を譲渡したのではないかと思われる。
- (26) 松本市編『松本市史第2巻』136頁（松本市、1995年）。
- (27) 『浅間温泉篇上』144頁。
- (28) 『浅間温泉篇上』145頁。富貴の湯は、1989（平成元）年頃、（有）鷹の湯旅館と合併し、鷹の湯旅館跡地に貴祥庵を建築して経営の存続を図ったが頓挫した。現在、ホテル富貴の湯は、伊藤園ホテルズが経営する「浅間の湯」に、貴祥庵は、星野リゾートが経営する「界 松本」となっている。
- (29) 『浅間温泉篇上』145頁。寿の湯は、後に「中村屋」、「紅葉館」（図1参照）と呼ばれるに至るが、戦後間もなく廃絶に至ったようである。

- (30) 『浅間温泉篇上』143頁。常磐の湯については、二木立造より松の湯源泉を分湯とされたとあり、桑の湯についてはその記述がみられないものの、桑の湯は芳の湯と常磐の湯の間に位置しており（図1参照）、同様に分湯されていたものとみられる（松本市文書館所蔵「浅間村絵図 写」（二木基夫家文書・写真番号202）中に、明治期作成とみられる引湯図面があり、芳の湯とともに桑の湯への引湯を確認できる。もっとも、この図面には常磐の湯が描かれていない。）。また、登記簿上は滝沢「勇吉」とあり、新湯持の1人である滝沢「祐吉」（表2の9③～⑤参照）とは漢字が異なるものの、「勇吉」を明治39（1906）年に家督相続した滝沢経雄が桑の湯の経営者として紹介されていること（関寅市『浅間温泉 全』21頁（明倫堂書店、1911年）、日本遊覧旅行社編『全国都市名勝温泉旅館名鑑』281頁（日本遊覧旅行社、1930年））等から同一人物とみられる。なお、桑の湯も常磐の湯も、戦後に刊行された旅館案内等には名が無く（最後に確認できるのは、温泉調査会編『療養本位温泉案内〔増補版東日本篇〕』248頁（白揚社、1939年）である。）、それ以前の時期（おそらく、桑の湯については、後述する松の湯源泉所在地の共有持分を寄藤津留へに売却した1935（昭和10）年頃）に廃絶したようである。
- (31) 山内実太郎『松本繁昌記』220頁（郁文堂、1898年）には、「秋蚕種の本場浅間の西に於て巍然一城郭の態をなすもの之を二木秀一氏の雙桑館にして屋号をたまりやと云ふ今の蚕業界又たまりやを知らざるものなし」とある。
- (32) 関寅市・前掲注(30)浅間温泉22頁。
- (33) 筆者の現地調査による。御射神社の寄付金については、他に、金額20円1名、15円1名、12円3名、10円17名、8円3名、7円6名、6円4名、5円28名、4円5名、3円50銭1名、3円9名、2円13名、1円50銭11名、1円95名であった（二木洵を含めて198名合計759円）。また、浅間公園の寄付金については、浅間区内の個人では他に、金額12円1名、10円3名、8円2名、7円10名、6円7名、5円30名、4円16名、3円35名、2円43名であった（二木洵を含めて148名合計595円、組合や他の地区からの寄付金を合わせた総額は689円）。これらの寄付者名簿には、大正期における温泉旅館経営者の名が多く見受けられるものの（御射神社で38名、浅間公園で36名）、その寄付金額は、二木洵以外では、御射神社で1～12円、浅間公園で2～12円にとどまっていた。
- (34) 「たねや」につき、中尾矩市『商工名鑑』114頁（名古屋商工社、1911年）、「扶桑館」につき、山内実太郎・前掲注(31)松本繁昌記229頁参照。
- (35) 松本市編・前掲注(26)松本市史第2巻137・141頁参照。なお、『浅間温泉篇上』136頁には、松波遊山が『信名濃日記』に、1899（明治32）年9月16日、浅間温泉で「竹の湯奥沢といふ家にとまる」と記していた点が紹介されている。この頃、竹の湯の経営が滝沢家から中野家に替わってお

り、その中間において、奥沢家が経営していた可能性が考えられる。竹の湯も松の湯に近接しており、分湯は十分可能と思われる。

- (36) 1900 (明治33) 年頃の作成と推測される『信州東筑摩郡浅間温泉案内』(松本市文書館所蔵、小口隆章家文書・写真番号82)には、松の湯の経営者として、「笠原仙次郎」の名がみられる。
- (37) そのため、笠原家は、借地人として松の湯を経営していたものとみられる(建物登記簿未確認)。もし、そのような立場であっても、松の湯源泉を源泉地の共有者ととも使用していたとすれば、それはいかなる法的根拠に基づくものかが問われることとなろう。
- (38) 『浅間温泉篇上』143頁には、芳の湯の創立経過の一部として、滝沢義松が松本の岡村源十(「源重」のことと思われる。)に「詐取され所有される」との記述がみられる。それゆえ、客観的には、1878 (明治11) 年における曾祖父源重の取得経緯自体に疑いの目を向ける余地があったものの、本件では、原告・被告双方に共通の前主であったためにこの点が争点化されるべくもなかった。
- (39) 『浅間温泉篇下』42頁後に掲載の「明治29年上浅間大水害見取図」には、1896 (明治29) 年当時の地図の中で、「ときわの湯 二木端午」と並んで、「よしの湯 中野悦三」の名がみられる。また、中尾矩市『商工名鑑〔第5版〕』68頁(名古屋商工社、1913年)にも、「芳之湯 中野悦三」の名がみられる。
- (40) 1930 (昭和5) 年8月刊行の日本遊覧旅行社編・前掲注(30)全国都市名勝温泉旅館名鑑283頁。「武井繁」の名は、松の湯源泉所在地の登記簿(浅間668番2)にも、引湯先の芳の湯所在地(浅間60番2)の登記簿にもみられない。
- (41) 寄藤津留へが芳の湯の経営者として紹介された文献は見出せなかったが、『浅間温泉篇上』143頁には、芳の湯が「寄藤氏、今井氏に移転し」たことが記されている。また、前掲注(30)で触れたとおり、当該売却の結果、桑の湯の廃絶が確定したとみられる。
- (42) 図2のとおり、三浦忠夫は、三浦初枝を通して共有持分20/137をすでに有していたことから、原告からの購入により持分が40/137となり、その後、1952 (昭和27) 年10月21日には、二木猪一からさらに20/137の持分を購入することで、最終的には半数近いの共有持分60/137を有するに至った。
- (43) この指摘は、1947 (昭和22) 年3月6日、浅間に在住しない持分権者であった真島長一郎から持分を買取った矢口倉子にも当てはまる。これにより得た湯は、同人の住所地(浅間68番地)で矢口家が経営していた「桃の湯」に引湯されたものとみられる。
- (44) 現地調査に基づく、川井健・前掲注(1)温泉権の取引と明認方法153頁には、湯坂源泉組合(上浅間8つの外湯の湯組で組織された組合)の定款の他にも、下浅間「共栄会と松の湯の定款がある模様である」との記述

- がある。おそらくは、松の湯源泉地の共有者で組織された組合ないしは権利能力なき社団がかつては存在し、つまりは、松の湯源泉の利用者間にも、単なる共有関係を超えた団体的規律があったとみられる（定款未入手）。
- (45) 内田実編『東筑摩人物史』199頁（東筑人物史編算会、1959年）によれば、浅間の温泉旅館業者として「今井一雄」が紹介されており、「昔信州が製糸業の盛の時代は松本市に於て今井製糸所として発展した時代もあった。現在は浅間の芳之湯として又東京で今井旅館として繁栄している」とある。今井合名会社の代表者とみられる。
- (46) もっとも、2018（平成30）年7月、松本市中心街に本社をもつ（株）ドリームホテルが経営を引き継ぎ、「HOTEL&SPA FAN!MATSUMOTO」として再出発している。軒先には、「旧よしの湯」の看板だけが残されている（2022年8月14日筆者確認）。
- (47) 日本大学図書館法学部分館所蔵『大審院民事判決原本』94-2巻107丁（明治21年第176号温泉多用差止済口実行請求事件）。本判決は、北條浩『温泉の法社会学』157頁（御茶の水書房、2000年）が、明治21年9月20日判決として言及するものの、受理日（9月20日）と判決言渡日（12月24日）とを取り違えて紹介している。
- (48) 1911（明治44）年7月刊行の大浜六郎『山水名勝避暑案内』184頁（弘学館書店、1911年）に、「浅間温泉旅館中第一に指を屈するは当館とす」とあり、山内実太郎・前掲注(31)松本繁昌記205頁にも、「浅間温泉中優に出色の評あり」とある。明治・大正期の温泉を書き綴った田山花袋が浅間温泉で泊まった宿もまた西石川であった（同『温泉めぐり』134頁（岩波書店、2007年）参照）。
- (49) 被上告人欄に「総理代人」とあるのは、民法施行前に施行されていた代人規則（明治6年太政官布告第215号）4条にいう「其本人身上諸般ノ事務ヲ代理スル者」、つまり、包括的な代理権を有する者を指す。それゆえ、当事者は中野治笑であるが、中野真筋（関寅市・前掲浅間温泉22頁によれば、明治末期には、鶉の湯の経営者となっていた。）が治笑に代わって訴訟行為を行っていたこととなる。
- (50) その後の宮城控訴院での結末も定かではない。
- (51) 1886（明治19）年2月刊行の内務省衛生局編『日本鉱泉誌（中）』251頁（報行社、1886年）と、1892（明治25）年10月刊行の下条台次郎編『信濃鉱泉誌』53頁（一合社、1892年）参照。これらには、降簾家の「桜の湯」や金井家の「親方湯」の名はみられない（これらを含めれば13湯となる。）。また、当時の内湯持については、『浅間温泉篇上』142・143頁のほか、「明治20年1月調 浅間村絵図写」（松本市文書館所蔵、二木基夫家文書・写真番号207）参照。
- (52) 『浅間温泉篇上』143頁。幸田常造については前掲注(25)も参照。
- (53) 『浅間温泉篇上』143頁。桐の湯（現在の和泉荘）については、江戸末

期の1861（文久元）年に、二木太治郎が既に「たまりや」の屋号で「桐の湯」を営み（表2の14④）、これを二木秀一が継いだ（更にその後、二木洵が継いだ）ことから、治笑からの分湯によって内湯持になったものではないとみられる。それゆえ、松の湯からの分湯による柏の湯「幸田常造」（前掲注(25)参照）と、ひなの湯からの分湯による蝶の湯「宇留賀平内」のみが下浅間の内湯持11名中の新湯持とみられるため、いずれも被告・治笑と「利害ヲ同フスル人々」であって、原告らに不利な意見を述べても証拠価値がないとの原告らの反論を招いたのではないかと推察される。

(54) 『浅間温泉篇下』40頁、本郷村誌編纂会編『本郷村誌』1289頁（本郷村誌編纂会、1983年）。

(55) 『浅間温泉篇上』143頁、『浅間温泉篇下』85頁、本郷村誌編纂会編・前掲注(54)本郷村誌1276頁参照。なお、『浅間温泉篇上』144頁記載の「ひなの湯」の創立経過には、「明治12年中野治笑持地より源泉が発見されるこれを借湯して山本きた湯宿始める」とあり、発見が1879（明治12）年であるとするが、本判決に照らせば、開設したのが同年中であり、発見は1874（明治7）年より前とみられる。

(56) 浅間で今日も利用されている7源泉の1つであり、本文の記載のほか、「深度3.6m、温泉51.3℃、湯量毎分107ℓ」と記載された看板が現地に立つ（筆者確認）。「深度3.6m」であるから、自然湧出泉というよりは、（小）掘削自噴泉というのが正しいように思われる。

(57) 『浅間温泉篇上』153頁。

(58) 明治末期頃の荒湯（南部）源泉群を示すように思われる「浅間村絵図写」（松本市文書館所蔵、二木基夫家文書・写真番号202の一部）によれば、603番地内に3つの源泉が描かれている。別個の新源泉が発見されてこれを分湯した可能性もある。その場合は、この新源泉が「ひなの湯源泉」であったと考えられる。

(59) 関寅市・前掲注(30)浅間温泉22頁に、「榮の湯」の経営者として「上原初太郎」の名がある。

(60) 「規定書（温泉之源流掘毀致間敷）」（松本市文書館所蔵、二木基夫家文書・写真番号205）。東筑摩郡郷土資料編纂会編『文化部中間報告第17集古文書（9）浅間温泉関係文書2』53頁（東筑摩郡郷土資料編纂会）にも転載。

(61) 『浅間温泉篇上』144頁。隣接地に1月違いでできた南瀧澤・和氣の湯の創立経過との混同があり、南瀧澤もまた滝沢「甚」五郎が創設したかのようにも記されているが、同71頁と『浅間温泉篇下』86頁に鑑みれば、南瀧澤は滝澤「作」五郎の創設によるもので、北瀧澤が明治10年2月、南瀧澤が同年3月というのが正しいように思われる。

(62) 関寅市・前掲注(30)浅間温泉11頁。

(63) 『浅間温泉篇上』103頁。



- (64) 山内実太郎・前掲注(31)松本繁昌記206頁の「和氣の湯（瀧澤益十郎氏）」の紹介文に、「同湯は有名なる疝氣の湯の分湯にして効能の顕著なるは世の知る所」とあるほか、関寅市・前掲注(30)浅間温泉・広告20頁には、「名湯せんきの湯」と冠して、「南瀧澤 和氣の湯」、「山本 雛之湯」、「北瀧澤 相生の湯」、「よねや 榮之湯」が共同広告を出していた。
- (65) 『浅間温泉篇上』110頁。
- (66) 他にも、1883（明治16）年4月15日に下浅間で作成された「約定書」が存在する（松本市編『松本市史第4巻』861頁（松本市、1994年）。本件で被告側から提出された書証（乙2号証）と思われる。）。これは、下浅間における当時の内湯持12名（前記11湯の内湯持のほか、桜の湯に関する内湯持（降簾孝吉郎）がいた。）と多数の「共有湯持」（外湯持）との連署により作成され、下浅間の外湯を前記4か所に確定させるとともに、所有地といえども源泉やその近傍を掘り毀したり妨害したりしてはならず、他より妨害をする者があれば下浅間で一致して協議・防御をすべきことが合意された。
- (67) 『浅間温泉篇下』86頁、松本市編・前掲注(66)松本市史第4巻859頁。
- (68) 秦愼也「不動産登記制度の歴史を振り返って」登記研究837号12頁以下（2017年）参照。
- (69) 東筑摩郡郷土資料編纂会編・前掲注(60)文化部中間報告第17集古文書54頁。原本を確認できなかったため、省略された「別紙図面」も未確認である。
- (70) 真砂の湯は、上浅間の外湯の1つである。
- (71) 前掲注(44)のとおり、下浅間共栄会にも定款があるとのことであるが未入手である。
- (72) 井田仁康＝上野健一「浅間温泉の形成過程と集落構造」地域調査報告7号94頁（1985年）。
- (73) 源泉隣接地を引湯経路とする趣旨の670番地のほかは、笹の湯・西石川（342・343）、鳶の湯（344-1・344-3）、玉の湯（348）、桜の湯（362-1）、井筒の湯（364-1）、蝶の湯・湯本屋（365-1）、桐の湯（370）、亀の湯（371）、鶉の湯（373）、臼の湯・東石川（375）といった内湯持の土地に対応しているのと、さらには、八櫛の湯（121-1・121-3・121-4・360-1・360-5,360-6,360-7）、黄金の湯（366）、田鶴の湯〔角の湯〕（368）、港の湯（377）といった下浅間の外湯にも対応している。
- (74) 栄の湯の敷地内には、栄の湯源泉（605-2）のほか、茶ノ湯源泉とも称される606番2の鉱泉地が存在する（小林芳三郎『信濃温泉案内』105頁（長野県温泉協会、1937年））。しかし、登記簿上は明治末期に滝沢家から上原家が買い受けて以来、上原家の単独所有が維持されており、掘削泉による集中管理への移行まで、栄の湯専用の源泉として使用されていたものと思われる。

- (75) 滝澤正雄(玉の湯)、中野重一(鶉の湯)、二木重平(亀の湯)、宇留賀代造(湯本屋)、幸田盈之(柏の湯)。
- (76) 中條家は、菊の湯を買い取ったほか、桐の湯を買い取って和泉荘へと改称した(『浅間温泉篇上』143頁)。菊の湯については、二木袈裟三→鈴木豊蔵→二木洵→神頭勝弥→吉川鈴太郎→中條豊己(1925(大正14)年11月23日売買、共有持分13/168)という流れ、桐の湯については、二木洵→二木猪一→中條豊己(1938(昭和13)年11月30日売買、共有持分13/168)という流れで、2口分の権利(共有持分26/168)を取得した。また、木下家(木下千秋)は、1937(昭和9)年7月4日、飯島家(飯島許司)から共有持分1/14を取得することで(飯島家には共有持分1/168だけが残った。)、井筒の湯を買い取った(同書142頁)。なお、中村家(中村俊作)は、1917(大正6)年1月17日、二木洵から共有持分1/14を買い取ったが、これは、赤羽家が有していた千代の湯の権利が二木洵を介して中村家に譲渡されたものと思われる。
- (77) ①1968(昭和43)年7月31日、(株)玉の湯旅館が瀧澤隆雄より共有持分13/168を購入、②2008(平成20)年3月11日、(株)和泉荘が中條武から共有持分13/168を購入し、ホテル国際21(株)がこれを合併、③2015(平成27)年2月27日、(株)王滝(下浅間で別亭一花を経営していた。)が木下勝から共有持分1/14を購入、といったケースがみられる。
- (78) 川井健・前掲注(1)温泉権の取引と明認方法153頁。
- (79) それがどの範囲までかは立場を保留する。松の湯源泉グループを超えて、荒湯(南部)源泉群全体、上浅間全体、さらには外湯持も含めて等、さまざまな可能性が考えられる。
- (80) 川井健・前掲注(1)温泉権の取引と明認方法155頁。
- (81) 鷹の湯源泉についても、一時はウエストンホテルへの分湯があったものの(川井健・前掲注(1)温泉権の取引と明認方法160頁参照)、事件当時は鷹の湯旅館が唯一の配湯先であった。
- (82) 引湯地役権の設定方法としては、本文中で前述した、①引湯先の土地を要役地とし、源泉地を承役地とする地役権設定の方法があるほか、逆に、②源泉地を要役地とし、引湯先や引湯経路の土地を承役地とする地役権設定の方法もみられる。鷹の湯源泉(505-5)で、1969(昭和44)年7月3日、これに隣接して公道に通じる505番1の土地に、「温泉の引湯」を目的とする地役権設定登記をしているのがその例である。通行地役権とは異なり、引湯地役権の設定は相互互換的であり、温泉の受給者側に主導権があれば①の方法に、供給者側に主導権があれば②の方法になるものと考えられる。
- (83) 本稿が成り立った契機は2つある。1つは、日本温泉協会学術部委員を拝命し、また、日本温泉地域学会の協力も得て、筆者が近時、温泉権(湯口権)に関する研究成果を順次公表する機会を得ていたことである。

そして、もう1つは、長年お世話になった高橋雅夫教授の前任校である松本大学にも近い浅間温泉が、湯口権概念形成のルーツとして筆者が特に注目していた温泉地でもあり、旧稿に続く研究成果の公表を企図していたことである。本来的な裁判例研究から離れて歴史の探求に傾斜している本稿が教授の退職記念に相応しいかは甚だ心許ないものの、このような拙稿をまとめる機会を賜った高橋教授に感謝申し上げるとともに、今後のご多幸を心より祈念する次第である。



# コインハイブ事件と 不正指令電磁的記録に関する罪

上 野 幸 彦

- I 序 論
- II コインハイブ事件の概要と裁判の経過
- III 不正指令電磁的記録に関する罪の制定経緯と立法上の問題
- IV 不正指令電磁的記録に関する罪の法益とその解釈
- V 結 語

## I 序 論

最高裁判所は、2022年1月20日、いわゆるコインハイブ事件において不正指令電磁的記録保管罪（刑法第168条の3）で起訴された被告人に対し、無罪を言い渡した<sup>(1)</sup>。この事件は、事実関係について争いはなく、争点はもっぱら被告人が保管していたとされるプログラムが「不正指令電磁的記録」（同第168条の2第1項第1号参照）に該当するか否かという解釈上の判断についてである。既に同種の事案で略式命令請求により罰金刑が確定している例も見られた<sup>(2)</sup>ようであり、最高裁が無罪とする解釈判断を示したことは、極めて注目に値する。本稿では、裁判の経過をやや詳しく辿りながら、最高裁の判断について分析を行い（II）、この事件が示唆している不正指令電磁的記録の罪の規定の在り方に関する問題について、立法の経緯を振り返りながら明らかにするとともに（III）、あらためて本罪の解釈適用について若干の考察を試みることにしたい（IV）。

## II コインハイブ事件の概要と裁判の経過

### 1. コインハイブ事件とは

ビットコインに代表される暗号資産<sup>(3)</sup>は、一般にブロックチェーンと呼ばれる仕組みを利用して取引が記録される。この記録の改竄を防ぐために、マイニングという作業が行われる。そして、マイニングと引き換えに暗号資産を与えることにより、取引データの完全性を維持しているのである。ビットコインの場合には、マイニングにおけるハッシュ計算量が膨大で、個人のパソコンでは到底及ばない。しかし、Coinhive Team は、暗号資産の一種である Monero に関して、個人のパソコンでも十分にマイニングできる専用スクリプトを開発し、これによりウェブサイトアクセスする利用者のコンピュータで計算を行い、コインハイブに登録したウェブサイト運営者が収入を得られるコインハイブ (Coinhive)<sup>(4)</sup> というウェブサービスを提供した。このコインハイブのプログラムは、JavaScript を利用しており、ソースコードも公開されている。ウェブサイトに設置して用い、同サイトを閲覧する利用者のブラウザ上で動作する。その動作内容は、Monero を獲得できるための演算、すなわちマイニングを行うものである<sup>(5)</sup>。

今回の事件は、サイト運営者が、コインハイブに登録し、登録キーを利用して自己のサイトにアクセスした利用者をこのコインハイブのマイニングスクリプトをライブラリとして呼び出すプログラムコードを作成し、自己のウェブサイトの HTML に記載しそのサイト上に設置し、コインハイブ社から収入を得ようと企図したものである。この事件のサイト運営者は、ウェブデザイナーであり、楽曲に関するウェブサイトを運営していた。サイトの維持管理費用は広告収入に拠っていたが、コインハイブに関する記事を読み、収入源として試験的に利用することとし、登録者に発行されるサイトキーを取得して、これを記述したコードを2017年9月21日に自己の運営するサイトに設置した。これによって、サイトを閲覧した利用者のコンピュータで自動的にマ

イニングが実行され、総採掘量の7割が登録者であるサイト運営者の報酬として分配された。この事件では、同年11月9日にプログラムコードが削除されたが、この間800円程度の総収益を得たとされている。

コインハイブは、登録したサイト運営者のサイトにアクセスした利用者のパソコンでマイニングの演算処理が行われる仕組みとなっており、サイトを閲覧している利用者が知らない間に、勝手にそのパソコン内のCPUが利用されているという状態となる。サイト閲覧者のパソコンのいわば無断利用を伴う事態を問題視した警察当局は、サイト閲覧者に無断でコインハイブのマイニングスクリプトに誘導し、閲覧者のパソコン上でマイニング作業を行わせるサイト運営者を対象に、複数の都道府県警連携の下で摘発を行った。2018年6月には、警察庁がHP上で注意喚起を呼びかけている<sup>(6)</sup>。

摘発された本件被告人は、不正指令電磁的記録取得罪および同保管罪として、横浜簡易裁判所で罰金10万円の略式命令を受けたが、これを不服として正式裁判を申し立てた<sup>(7)</sup>。

## 2. 刑事裁判の経過

### (1) 第1審（横浜地裁平成31年3月27日）<sup>(8)</sup>

検察官の公訴事実は、次の通りである。「被告人は、インターネット上のウェブサイト『a』を運営する者であるが、a閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置にその同意を得ることなく仮想通貨甲の取引履歴の承認作業等の演算を行わせてその演算機能を提供したことによる報酬を取得しようと考え、正当な理由がないのに、人の電子計算機における実行の用に供する目的で、平成29年10月30日から同年11月8日までの間、a閲覧者が使用する電子計算機の中央処理装置に前記演算を行わせるプログラムコードが蔵置されたサーバーコンピューターに同閲覧者の同意を得ることなく同電子計算機をアクセスさせ同プログラムコードを取得させて同電子計算機に前記演算を行わせる不正指令電磁的記録であるプログラムコードをA株式会社が運営管理する日本国内に所在するサーバーコンピューター上のaを構成するファイル内

に蔵置して保管し、もって人が電子計算機を使用するに際してその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録を保管したものである」。

本件の事実関係自体についてはとくに争いはなく、不正指令電磁的記録保管罪の成否を巡って、本件プログラムコードにおける不正指令電磁的記録該当性の有無を焦点に、もっぱらその解釈判断が争われた。不正指令電磁的記録とは、「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与える電磁的記録」である。客体の要件は、第1に「意図に沿うべき動作をさせず」又は「意図に反する動作をさせるべき」指令を内容とし、かつ第2に「不正な」指令であることである（以下、前者を「反意図性」、後者を「不正性」と呼ぶ）。

検察官は、暗号資産のマイニングが一般に周知されていない演算であり、閲覧者においてその実行に気づくこともできないのであり、意図に反する動作に当たると主張した。これに対して、弁護人は、Web閲覧者はJavaScriptの実行について、それが危険や有害なものでない限り、黙示の承諾をしているのであり、本件プログラムは広告用のスクリプトと何ら変わるものではなく、反意図性の要件を備えるものではないと反論した。また、不正性の要件に関して、検察官は、反意図性が存在すれば、原則として不正であり、例外的に許容される場合が認められるけれども、本件でとくに正当性が認められる根拠はないと主張したのに対し、弁護人は、コインハイブには閲覧者のパソコンを破壊したり情報漏洩を起こすような危険な作用はなく、不正なプログラムには当たらない等と主張した。

横浜地裁は、まず反意図性の判断基準について、「個々のプログラムが使用者の意図に反するものといえるかどうかは、個別具体的な使用者の実際の認識を基準とするのではなく、当該プログラムの機能の内容や機能に関する説明内容、想定される利用方法等を総合的に考慮して、当該プログラムの機能につき一般的に認識すべきと考えられると



ころを基準として判断するのが相当である」と判示している。そのうえで、本件プログラムコードについて、a. 機能の内容であるマイニングの実施につき、説明もなく、その実行について閲覧者の同意を得る仕組みも設けられていない、b. コインハイブをめぐって、賛否両論がある中で、ユーザーの計算リソースを勝手に利用する点で批判も出る等、一般的なユーザー（閲覧者）の間で広告表示等に代わる新たな収益化の方法として認知されていたとみとめることはできない、c. 閲覧者において本件マイニングに気づくことはなく、容認したとみることはできない点を指摘して、本件マイニングの実行の点について、「閲覧者等の一般的なユーザーが認識すべきと考えられるものということではでき」ず、反意図性要件の該当性が認められるとの判断を行っている。しかし、同地裁は、不正性の要件に関しては、なお合理的な疑いが残るとして、結論として客体該当性を否定し、無罪を言い渡した。この点について、同地裁は、不正な指令に限定された趣旨を、反意図性のあるプログラムの中に、「社会的に許容し得るものが例外的に含まれることから、このようなプログラムを処罰対象から除外する」点にあるとし、その判断基準について、「ウェブサイトを経営するような特定のユーザー及びウェブサイト閲覧者等の一般的なユーザーにとっての有益性や必要性の程度、当該プログラムのユーザーへの影響や弊害の度合い、事件当時における当該プログラムに対するユーザー等関係者の評価や動向等の事情を総合的に考慮し、当該プログラムの機能の内容が社会的に許容し得るものであるか否かという観点から判断するのが相当である」との一般的な基準を示している。そのうえで、a. 本件プログラムの実行により、消費電力の増加、処理速度の低下等の影響が生じるが、その程度は広告表示等のプログラムの場合と大きく変わらない、b. コインハイブをめぐっては、賛否両論があり、ウェブサイト閲覧者の同意を得ないでマイニングを行うことにつき、当時、公的機関による注意喚起や警告等もない中、「いきなり刑事罰に値するとみてその責任を問うのは行き過ぎの感を免れない」と指摘して、「本件プ

プログラムコードが社会的に許容されていなかったと断定することはできない」と結論づけ、不正性を否定したのである<sup>(9)</sup>。

(2) 控訴審（東京高裁令和2年2月7日判決）<sup>(10)</sup>

第1審の無罪判決に対し、検察官が控訴し、東京高裁に係属することになった。検察官は、原判決には法令の解釈適用の誤りや事実誤認があるとして争った。主要な内容を整理すると、反意図性が肯定される場合には、例外的に不正性が否定されるべきところ、①原判決は、サイト運営者のような特定のユーザーにとっての有益性・必要性等を不当に重視する一方、無断かつ無償でマイニングをさせられた閲覧者の利害を不当に軽視している、②ウェブサービスの質の維持向上のためにサイト運営者において報酬を受け得ることで、閲覧者に不利益を与えるとするのは許容できない、③賛否が分かれていることは、社会的許容性を肯定する事情とはいえない、④公的機関による注意喚起の有無等は、社会的許容性判断に影響するものではない等と主張した。

東京高裁は、検察官の論旨には理由があると認め、不正指令電磁的記録該当性を否定した原判決には第168条の2第1項の解釈の誤りがあるとして、これを破棄し、一転して被告人に有罪を言い渡した。

東京高裁は、不正指令電磁的記録該当性について、反意図性および不正性それぞれについて検討を加えている。まず、反意図性については、原判決がその判断に当たって、もっぱらプログラムの機能の認識可能性を基準にするもので、プログラムの機能の内容そのものを踏まえた規範的な検討をしていないと批判し、判断手法が正当ではないと説いている。同高裁によれば、不正指令電磁的記録に関する罪は、「電子計算機において、使用者の意図に反して実行されるコンピュータ・ウイルスなどの不正なプログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、『意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではないという社会一般の者の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するために、意図に沿う

べき動作をさせない、又はその意図に反する動作をさせるという反意図性があり、社会的に許容されない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰対象とするものである」とし、この趣旨を踏まえ、プログラムの反意図性につき、「当該プログラムの機能について一般的に認識すべきと考えられるところを基準とし上で、一般的なプログラムの使用者の意思に反しないものと評価できるかという観点から規範的に判断されるべきである」という。そのうえで、①本件プログラムコードは、閲覧者にその電子計算機の機能を提供させてマイニングを行わせるものであり、その実行について表示は予定されておらず、報酬についても閲覧が得ることは予定されていない。②ウェブサイト閲覧者は、閲覧のために必要なプログラムの実行については承認していると考えられるものの、本件におけるマイニングは閲覧のために必要なものではない、③閲覧者の電子計算機に一定の負荷を与えるものであるのに、報酬が発生した場合にも閲覧者には利益がもたらされない、④閲覧者に、マイニングの実行により電子計算機の機能が提供されていることを知る機会、これを拒絶する機会の保障もない点を指摘し、本件プログラムコードについて、「このようなプログラムの使用を一般的なプログラム使用者として想定される者が許容しないことは明らか」として、反意図性を肯定することができるのであり、この点に関する結論には原判決に誤りはないと判断している。

その一方で、東京高裁は、原判決が不正性を否定した判断に対して、解釈を誤った不合理な判断であると結論づけている。不正性の要件について、同高裁は「一般的なプログラム使用者の意に反するプログラムであっても、使用者として想定される者における当該プログラムを使用すること自体に関する利害得失や、プログラム使用者に生じ得る不利益に対する注意喚起の有無などを考慮した場合、プログラムに対する信頼保護という観点や、電子計算機による適正な情報処理という観点から見て、当該プログラムが社会的に許容されることがあるので、

そのような場合を規制の対象から除外する趣旨である」と述べる。そこで、本件プログラムにつき、「その使用によって、プログラム使用者（閲覧者）に利益を生じさせない一方で、知らないうちに電子計算機の機能を提供させるものであって、一定の不利益を与える種類のプログラムといえる上、その生じる不利益に関する表示等もされていないのであるから、このようなプログラムについて、プログラムの信頼保護という観点から社会的に許容すべき点は見当たらない」と判示して、不正性を肯定している。そして、原判決において不正性を否定する論拠として指摘された諸点について、逐一論難を加え、その不当性を摘示している。まず、ウェブサービスの質の維持向上に関し、この種の利益につき使用者が気づかない方法で受忍させて実現されるべきものでないと批判する。プログラムに対して賛否両論ある点については、そのこと自体で社会的許容性を基礎づけることはできないのであり、本件のように反意図性が肯定できる場合には、賛否が分かれていることは、むしろ否定する方向に働く事情であると説いている。さらに、注意喚起の有無といった事情、消費電力や処理速度の低下等が使用者の気づかない程度のものであったという事情は、反意図性・不正性を左右するものではないと指摘する。

以上により、控訴審では、第1審の無罪判決を不合理な判断であるとして退け、被告人に不正指令電磁的記録保管罪の成立が認められたのである<sup>(11)</sup>。

### (3) 上告審の判断（最高裁第1小法廷令和4年1月20日判決）<sup>(12)</sup>

控訴審の有罪判決に対し、弁護人は、第168条の2第1項に規定する「人が電子計算機を使用するに際してその意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」の文言が、漠然不明確であるとして、憲法第21条第1項、同第31条に違反する等として、最高裁に上告を行った。最高裁は、弁護人による憲法違反の主張についてはいずれも排斥したが、不正指令電磁的記録の解釈を誤っていると控訴審の判決を破棄し、被告人に無罪を言い渡した。

最高裁は、不正指令電磁的記録に関する罪の趣旨および保護法益について、「不正指令電磁的記録に関する罪は、電子計算機において使用者の意図に反して実行される不正プログラムが社会に被害を与え深刻な問題となっていることを受け、電子計算機による情報処理のためのプログラムが、『意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令』を与えるものではないという社会一般の信頼を保護し、ひいては電子計算機の社会的機能を保護するために、反意図性があり、社会的に許容し得ない不正性のある指令を与えるプログラムの作成、提供、保管等を、一定の要件の下に処罰するものである」と説く。これに基づいて、反意図性の解釈として、「当該プログラムについて一般の使用者が認識すべき動作と実際の動作が異なる場合に肯定されるものと解するのが相当」とし、一般の使用者が認識すべき動作の認定に当たり、「当該プログラムの動作の内容に加え、プログラムに付された名称、動作に関する説明の内容、想定される当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある」と指摘する。

また、不正性の解釈として、「電子計算機による情報処理に対する社会一般の信頼を保護し、電子計算機の社会的機能を保護するという観点から、社会的に許容し得ないプログラムについて肯定されるものと解するのが相当」とであると判示し、「その判断に当たっては、当該プログラムの動作の内容に加え、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響の有無・程度、当該プログラムの利用方法等を考慮する必要がある」と指摘している。

上記の一般的な解釈判断に基づいて、本件への具体的な適用を図っている。まず反意図性の点に関して、一般的なウェブサイトにおいて、運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みとして広告表示プログラムが広く実行されている実情に照らし、一般の使用者がサイト閲覧中に閲覧者の電子計算機を一定程度使用して運営者が利益を得るプログラムが実行され得ることは、「想定範囲」でもあるといえるものの、こうしたプログラムとして、本件プログラムコードの動作を一般の使用者

が認識すべきといえるかについて、①マイニングの実行について同意を得る仕組みになっていないこと、②マイニングに関する説明、その表示もなかったこと、③閲覧者の電子計算機にマイニングを行わせるという仕組みは一般の使用者に認知されていなかったという事情を摘示して、反意図性は肯定された。

一方、不正性に関して、①電子計算機の機能やその情報処理に与える影響は、閲覧者がその変化に気づかない程度のものであったこと、②ウェブサイトの運営者が閲覧を通じて利益を得る仕組みは、情報の流通にとって重要であり、社会的に受容されている広告表示プログラムと比較して、閲覧者の電子計算機の機能やその情報処理に与える影響に有意な差異はないこと、③マイニング自体、仮想通貨の信頼性を確保するための仕組みであり、社会的に許容し得ないものではないことを挙げて、「本件プログラムコードの動作の内容、その動作が電子計算機の機能や電子計算機による情報処理に与える影響、その利用方法等を考慮すると、本件プログラムコードは、社会的に許容し得ないものとはいえず、不正性は認められない」と結論づけられた<sup>(13)</sup>。

下級審で無罪と有罪とに判断が分かれ、最高裁に持ち込まれたケースであるが、争点は、もっぱら本件プログラムコードが不正指令電磁的記録に当たるか否かという解釈判断に係るものであり、構成要件上の客体に関する要件解釈の仕方が犯罪の成否を左右することになった。

不正指令電磁的記録の罪を構成する客体について判断を行う場合に、本罪の保護法益・罪質についての理解が影響を及ぼし得る。この点について、控訴審および最高裁は、いずれも、プログラムに対する社会一般（あるいは社会一般の者）の信頼の保護と電子計算機の社会的機能の保護を挙げている。もっとも、控訴審では、社会一般の者の信頼の保護が重視されているように思われる。これに対して、最高裁は、不正性の判断基準を示す際に、社会一般の信頼の保護と並べて、あらためて電子計算機の社会的機能の保護を掲げ、不正性と関連させつつ社会的に許容できないプログラムに限定される旨を説示している。そして、

不正性を判断するに当たって考慮すべき事情として、電子計算機の機能やその情報処理に与える影響の有無・程度、利用方法が例示されており、むしろ電子計算機の社会的機能の側面を重視する内容になっている。

### Ⅲ 不正指令電磁的記録に関する罪の制定経緯と立法上の問題

#### 1. 制定の経緯

##### (1) サイバー犯罪条約の採択と国内での検討

不正指令電磁的記録に関する罪（第19章の2）の罪は、2011年、「情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律」（平成23年法律第74号）により、刑法典中に新たに追加新設された。本章の追加は、2001年、欧州評議会により、サイバー犯罪に関する世界で初めての国際条約である「サイバー犯罪条約」が採択<sup>(14)</sup>されたことを契機としている。本条約の成立にあたり、日本もオブザーバーとして参加し、条約に準拠しつつ国内法の整備が進められた。条約の批准・承認のための国内刑法の整備の一環として、本章が新設されたのである<sup>(15)</sup>。

サイバー犯罪条約では、第6条で「装置の濫用」（Misuse of devices）が規定され、その中で、不正アクセス（同条約第2条）、不正な傍受（同第3条）、データの妨害（同第4条）、システムの妨害（同第5条）に規定する犯罪を実行する意図で、特定の装置（ソフトウェアを含む）あるいはデータの製造・販売等の行為についての犯罪化が盛り込まれている（同第6条（a）（i））<sup>(16)</sup>。

条約批准に向けた国内法における対応を検討するため、経済産業省では、サイバー刑事法研究会（座長・山口厚）<sup>(17)</sup>を設置し、2002年にその報告書が提出された<sup>(18)</sup>。この報告書では、研究会の意見として次のように取りまとめられた。「第6条（a）（i）に規定する犯罪使用目的による不正プログラムの製造・頒布等の処罰化については、留保が可能であるため、新たな立法化をせずとも条約への加盟は可能であるが、

仮に当該行為を処罰するとすれば、産業界、とりわけ情報セキュリティ関係企業、研究機関等への影響も大きいと考えられる。『不正』な結果を発生させ得るプログラムであっても、正当な業務目的でも利用される場面が考えられるため、プログラムの客観的な性質だけで『不正』か否かを決することは難しく、理論的には、プログラムの客観的な性質に加えて、犯罪を行うために使用する意図の有無により処罰の対象となるか否かを判断するという判断枠組みが必要となると考えられる。もっとも実際上は、結果が発生して初めて目的の存在が確認される場合が多くなると思われる。正当な業務目的、研究目的で用いられ得るセキュリティ監査ツールなども、犯罪目的がある場合にはその所持について処罰の対象となる可能性が生じるため、仮に、以上のような処罰規定を新たに設ける場合であっても、自由なプログラム開発やビジネスに抑制効果が生じないように、構成要件の明確性については十分な検討が必要である<sup>(19)</sup>と。

その後、2003年3月に法務大臣が法制審議会に対し、ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する諮問を行い、法制審議会では同年9月に「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に要綱（骨子）」<sup>(20)</sup>を採択し、これを法務大臣に答申した。これを受けて、法務省において、関係省庁とも協議を行い、具体的な法案の準備が進められたのである。

## (2) ドイツ刑法の対応

サイバー犯罪条約は、前述したように、同条約第2条ないし第5条が規定する犯罪についてそれらの予備的行為の処罰化を要求するものであった。ドイツでは、2007年の刑法改正の法律により、条約第6条第1項に対応するため、刑法第202条c（データの探知及び傍受の予備）が規定されることとなった<sup>(21)</sup>。同規定の条文は次の通りである<sup>(22)</sup>。

- ① 1. データ（第202条a第2項）へのアクセスを可能とするパスワード若しくはその他の保護コード、又は、
2. このような行為の遂行を目的とするコンピュータ・プログラ



ムを製造し、自ら取得し、若しくは他の者に取得させ、販売し、他の者に引き渡し、頒布し、又はその他利用可能にすることにより、第202条 a 又は第202条 b に定める犯罪行為の予備をした者は、2年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② 第149条第2項及び第3項を準用する。

ドイツ刑法第202条 c は、同第202条 a、第202条 b、第303条 a、第303条 b に対する危険な予備的行為を独立して処罰するものである<sup>(23)</sup>。犯行の客体は、第一にデータへのアクセスを可能にするパスワードその他の保護コード（第1項第1号）であり、第二に第202条 a、第202条 b、第303条 a、第303条 b の犯行を目的とするコンピュータ・プログラムである<sup>(24)</sup>。これらの客体の製造、取得、販売等により上記規定が定める犯罪の予備を、第202条 c が処罰対象として定めている。このようにドイツ刑法は、サイバー犯罪条約の要請に沿って、不正アクセス、不正な傍受等に係る予備罪として、第202条 c を規定している。

それまでは、ハッキング・ツールの製造や販売について処罰対象とはされていなかった<sup>(25)</sup>。せいぜい第202条 a の幫助が問題となるに過ぎず、共犯として可罰的となるためには第202条 a の正犯の実行が必要であり、実行が欠ける場合には可罰的ではない未遂の幫助に止まらざるを得ない<sup>(26)</sup>。202条 c の立法理由について、提案者によれば、そのような行為の高い危険性は処罰の必要性を擁護し、とくに違法な目的で作られたいわゆるハッキング・ツールについてはそうであり、インターネットを通じて広く流布し得、入手も容易であるため、その単純な利用は直ちに相当な危険を生じるので、そのような危険な手段の流布を処罰の対象とすることにより、効果的に抑止することができると説明されている<sup>(27)</sup>。そこで、第202条 c 第1項第2号は、第202条 a や第202条 b 等の犯罪の遂行を目的とするコンピュータ・プログラムの製造、販売等を通じた犯罪の予備を処罰するものとして規定された<sup>(28)</sup>。本規定は、過剰な処罰化を回避するために、犯罪の遂行を目的とすることを要件として規定し、コンピュータ・プログラムに客観的な制限

を設けているのである<sup>(29)</sup>。

### (3) 日本での立法化について

予備罪として規定されたドイツ刑法に対し、日本ではこれと異なる立法形式が採用された。日本における立法化を検討する議論の過程で、予備罪的構成によった場合、①個人情報流出させたり、勝手に電子メールを送信するウイルス等が含まれなくなる、②業務妨害の予備罪として構成する場合には、個人の場合を捕捉できなくなる、③現行法上、予備罪は極めて重い犯罪に関してのみ処罰対象としているところ、早期規制の必要性、害悪蔓延の危険性を根拠に処罰するとした場合に、法定刑はかなり軽くならざるを得ないといった意見が出され<sup>(30)</sup>、適切な方法ではないとして排除されたのである<sup>(31)</sup>。

不正指令電磁的記録に関する罪（第19章の2）の新設に際し、罰則の必要性について、立案当局者は、「近時、いわゆるコンピュータ・ウイルスが、広範囲の電子計算機で使用者の意図に反して実行され、広く社会に被害を与え、深刻な問題になっており、これを放置すれば、人は、電子計算機による情報処理のプログラムを実行するに際して、そのプログラムを信頼することができないこととなり、ひいては、社会的基盤となっている電子計算機による情報処理が円滑に機能しないこととなる」<sup>(32)</sup>と指摘し、そのうえで、「意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令を与えるものではないという社会一般の者の信頼」を保護するために、こうした不正プログラムについて、その作成・提供・供用・取得・保管の各段階の行為を処罰するものであると説明している。この説明に示されているように、保護法益は、プログラムに対する「社会一般の者の信頼」に求められた。こうした理解を前提として、文書の真正さに対する信頼を保護する文書偽造罪との類似性が見出されて、社会的法益として位置づけられるとともに、「偽造のアナロジー」<sup>(33)</sup>に基づいて条文化され、偽造罪に続いて規定が配置されることになったのである。

## 2. 立法上の問題

### (1) 文書偽造のアナロジー？

確かに、不正プログラムの作成という行為態様が偽造と類似している側面は認められるものの、不真正な（物理的な）文書の創出と不正プログラムの作出とは、それぞれが有する社会的なリスクの内容やその性質に違いがある。つまり、不真正な文書の流通による社会的な害悪ないし弊害は不正プログラムの流布の場合と同一視できないということである。文書偽造罪では、文書が社会的に一定の証明作用を果たし、経済取引活動においても重要な機能を担うものであるために、文書に対する信頼、信用は必要不可欠であり、文書自体の真正性の確保が要求された。これは、文書自体を社会関係の中で他人が見る（読む）ということ为前提にしている。一方、不正プログラムの場合には、それ自体が物理的な意味で存在し、そのようなものとして流通するわけではない。問題なのは、そのプログラムによる作用である。立案当局者自身も「社会的基盤となっている電子計算機による情報処理が円滑に機能し」なくなる弊害について指摘していた。そして、このような事態が生じたときは、大きな社会的な混乱を招くことが予想されるのである。文書偽造罪の場合には、立法目的の観点から、その手段として偽造それ自体を処罰する意味あるいは必要性が認められる。これに対し、仮に立法の目的として、コンピュータによる情報処理の円滑な機能を含むものとすれば、その手段として刑事規制の対象とすべきなのは、そのような機能に何らかの影響を及ぼす可能性のあるプログラムに限定するのが合理的であると考えられる。にもかかわらず、偽造罪とのアナロジーを根拠に、法所定の電磁的記録一般を対象にその作成等を独立して処罰するという立法は、目的に照らして規制の対象が広汎に過ぎる虞を生じ、憲法上の問題を招きかねない<sup>(34)</sup>。まさに、コインハイブ事件は、このような立法上の問題を露呈するものといえよう。

## (2) 最高裁における処理の特徴

最高裁は、この問題について、不正性の要件を用いて解決を図っている。本罪の法益について、最高裁は、一立法当局者の説明と同様に「情報処理に対する社会一般の信頼」および「電子計算機の社会的機能」を指摘する。本罪の法益を前者とした場合、社会的に許容されているか否かという判断基準を導出することは難しいように思われる。最高裁の判示で注目すべきなのは、不正性要件の解釈を展開するに当たって、あらためて上記二つの法益を指摘しつつ、社会的許容性に言及している点であろう<sup>(35)</sup>。読み方によっては前者の法益を主として反意図性の要件に、後者を主として不正性の要件に関連づけて把握し、反意図性を備える電磁的記録であったとしても、後者の法益保護（目的）との関連で「社会的に許容し得ないプログラム」に限定され、社会的に許容される範囲では不正性が欠如し、客体から除外されると判断したものと解することができる。控訴審でも、同様の法益理解が示されていたが、反意図性が存在すれば原則的に不正性も認められるという見方が強調されていた。これに対して、最高裁は、不正性の要件に反意図性とは異なる独立した意義を認め、具体的妥当性が得られる柔軟な判断を可能とする解釈上の余地を残し、この要件に積極的な役割を与えていると見ることができる。

コインハイブ事件における裁判での表面的な争点は不正指令電磁的記録該当性に係る解釈についてであるが、この法律解釈の問題は、不正指令電磁的記録の罪による刑事規制の介入とサイバー空間における自由で創造的な発展可能性の確保という要求との緊張関係を背景としている。このような場面で過剰な刑事規制が強行されることになれば、萎縮効果をもたらし、自由な発展可能性を阻害する虞が生じる<sup>(36)</sup>。コインハイブ事件は、まさにこの点に関する価値判断が法律の解釈問題として表面化した事件であったと言っても過言ではない。そして、最高裁は、不正性という要件の法律解釈を通じて、実質的にサイバー空間における自由で創造的な発展に一定の配慮を示す価値判断を行った

ものとする評価も可能である<sup>(37)</sup>。

#### IV 不正指令電磁的記録に関する罪の法益とその解釈

##### 1. 法益（罪質）の理解について

一般に刑罰法規を解釈するに当たって、その目的やこれと関連して法益が一つの指針を提供することについては広く承認されている<sup>(38)</sup>。コインハイブ事件における最高裁の判断においても、法益が一定の解釈を導くうえで重要な機能を果たしているのである。そこで、あらためて不正指令電磁的記録の罪の法益について確認しておこう。

日本では、不正指令電磁的記録の罪の規定を設ける際に、予備罪をモデルとする規定方法を放棄し、偽造罪類似モデルによる方法を採用した結果として、一文書偽造罪の体裁と揃えるために「プログラムに寄せられる社会一般の信頼」が保護法益として持ち出されたものと推察される。通説も、立法当時における立案当局者の意図に沿って、本罪の法益をそのように理解している<sup>(39)</sup>。しかし、この選択には問題があったように思われる。予備罪として構成する場合には、時系列として予備行為の後に想定される可罰的な犯行の遂行との関連で、予備行為自体に内在する（抽象的な）危険性を処罰根拠とし、当該犯行の遂行目的の存在を要件とすることにより処罰範囲の限定を図ることが可能であった。これに対して、偽造類似モデルに拠ったために、法益が「信頼」に変換され、このことによって実害と関連する何らかの危険性から切り離されてしまったのである。保護法益に社会一般の信頼を持ち込んだことが、本罪の罪質理解を曖昧にし、処罰範囲の広汎化を招く要因になっているのではないだろうか<sup>(40)</sup>。そもそも、プログラムに対する「信頼」は、プログラムによる社会における害悪・弊害の発生を防止してこそ、醸成されるものである。文書偽造罪における文書の真正性に対する信頼に擬して、不正指令電磁的記録の罪の場合にも同様と理解する信頼保護構成は、文書それ自体の流通を前提とする文書

偽造罪とそれを予定することのないプログラムとを同列に取り扱っているものであり、適切とは思われない。

立法過程の議論の中で指摘された予備罪構成とする場合の問題点（前記（2）〔iii〕参照）について、果たして的確な指摘であったか疑いがある<sup>(41)</sup>とともに、偽造罪のアナロジーとして理解することの妥当性について検討が十分であったのか、検証を要する問題である。立法自体に内在する問題については、コインハイブ事件を通じて広く認識されるようになってきており、不正指令電磁的記録の罪が成立する範囲を合理的に限界づけるため、電磁的記録概念の実質化を試みる見解<sup>(42)</sup>も見られる。その意図は適切であると考えられるものの、保護法益を社会的信頼とする前提はそのまま維持されている点で、なお疑問が残る。というのも信頼という法益には多様な内容を盛り込み得るからである。論者は、一定の実害惹起の可能性が認められる場合やサイバー犯罪条約が予定する場合に可罰性を限定しようとしているのであって、この視点は現実的な法益侵害ないし危険性に犯罪性を求めるものである。この考えを徹底するのであれば、むしろ社会的信頼という法益自体を問い直す必要が生じるのではないだろうか。この意味で、もはや信頼保護という前提的な法益理解を無批判に維持することは妥当ではない<sup>(43)</sup>。

いまや、社会はコンピュータ・ネットワークに依存して成立していると言っても過言ではない。デジタル化されたネットワークシステムは、社会の重要なインフラとなっているのである。このため、ウイルス等のプログラムによって、システムが正常に機能せず、大きな被害を惹起するリスクにさらされている。このようなサイバーセキュリティに対するリスクをコントロールするために、刑事規制の介入は必要不可欠であると考えられる。そして、デジタル化されているプログラムである限り、サイバー空間では広範に流通し得ることを考慮すれば、悪意のあるコンピュータ・ウイルスの作成自体を可罰的とする必要性も十分に根拠づけられる。仮に、不正指令電磁的記録に関する罪

を、このような観点から理解するのであれば、理論的には、不特定または多数の人の生命、財産等の法益を包括的に保護するという意味で、一種の公共危険犯<sup>(44)</sup>として位置づけることも可能なのではないだろうか。立法目的が、コンピュータ・ウイルスによって「広範囲の電子計算機で使用者の意図に反して実行され、広く社会に被害を与え」ることを抑止する点にあるとすれば、偽造類似型の信頼保護ではなく、社会における不特定または多数の人の法益保護を目的とし、それに対する抽象的危険<sup>(45) (46)</sup>を処罰の根拠として規制を図るものとして、第168条の2の規定を理解することも決して不合理ではない。この意味で、従来の社会一般の信頼という法益を排除し、本罪を公共危険犯と位置づけ、コンピュータ・システムおよびコンピュータ・ネットワークの正常な機能確保を目的とするこれらの公共的な利用の安全を保護法益として理解する方が適当であろう<sup>(47)</sup>。

## 2. 客体の意義に関する解釈

上記の法益理解によるのであれば、第168条の2第1項が規定する「その意図に沿うべき動作をさせず、又はその意図に反する動作をさせるべき不正な指令」とは、悪意（害意）性のあるウイルスを指す表現と解するのが相当である。コインハイブ事件において、いずれの裁判所も共通に反意図性を認めた最大の理由は、サイトを閲覧した利用者の同意を得ずに、その資源を無断で利用した点であろう。裏を返すと、利用者の同意を得ていたならば、特段の問題はなかったことになる。そうだとすると、プログラム自体の問題とは関連しないと考えることも可能である。本件プログラムコード自体は、コンピュータの正常な機能に影響を与えるようなものではない<sup>(48)</sup>とすれば、コンピュータ・ネットワークに対しておよそ抽象的な危険を伴うプログラムとはいえず、もはや不正指令電磁的記録には該当しないと判断すべきである。

## V 結 語

コインハイブ事件を素材にして、刑事裁判の経過を辿りながら、最高裁の判断の特徴を明らかにするとともに、この事件によって顕在化した第126条の2の解釈適用上の問題が、不正指令電磁的記録の罪を偽造罪類似として立法化した点に起因していると分析したうえで、従来の信頼保護という法益理解を批判し、本罪を（抽象的）公共危険犯として把握すべきことを主張し、これに基づく解釈を試みた。もとより、思い付きの域を出ない論証にとどまっており、試論に過ぎない。法益に関してより精確な考察の必要性を痛感しているし、可罰範囲についての詳細な検討も要する。差し当たって、解釈上の一つの可能な選択肢として試みに提示することで、大方の批判を仰ぎたい。

- (1) 最高裁判所第一小法廷令和4年1月20日判決（令和2（あ）457号 不正指令電磁的記録保管被告事件：裁判所ウェブサイト [https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei\\_jp/869/090869\\_hanrei.pdf](https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/869/090869_hanrei.pdf) 閲覧日2022年8月20日。以下、本稿でのウェブサイトの最終閲覧日はすべてこの日付による。）
- (2) 高木浩光「コインハイブ事件で否定された不正指令電磁的該当性とその論点」Law and Technology No.85（2019年）21頁。
- (3) 事件当時は「仮想通貨」と呼ばれていたが、その後「情報通信技術の進展に伴う金融取引の多様化に対応するための資金決済に関する法律等の一部を改正する法律」（令和元年法律第28号）により、「暗号資産」に変更されたため（「資金決済に関する法律」第2条第5号参照）、この呼称を使用する。
- (4) ドイツのBadges 2 Go社が2017年9月から提供するサービスであったが、2019年3月に打ち切られている（高木・前掲注（2）20頁注2）。
- (5) 齊藤貴義・IPUSIRON『Wizard Bible 事件から考えるサイバーセキュリティ』（2021年）78頁〔平野敬〕参照。
- (6) 高木・前掲注（2）20頁のほか、大橋充直「サイバー（ハイテク）犯罪の捜査 第108回」捜査研究 No.859（2022年）86-87頁参照。
- (7) 本件の弁護活動については、受任した平野敬弁護士による詳しい説明がある（前掲注（5）74頁以下）。
- (8) 横浜地裁平成31年3月27日判決（平成30年（わ）第509号）LLI/DB判例秘書 L07450537。



- (9) 本判決の論点とその検討につき、高木・前掲(2)25頁以下。
- (10) 東京高裁令和2年2月7日判決(令和元年(う)第883号)LLI/DB判例秘書L07520082。
- (11) 控訴審の判断については、批判的な見解が少なくない。たとえば、永井善之「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.147、品田智史「判批」法学セミナー787号(2020年)134頁、西貝吉晃「技術と法の共進化を企図した法解釈の実践—コインハイブ高裁判決を素材に」法学セミナー792号(2021年)43頁以下、岡田好史「判批」刑事法ジャーナル68号(2021年)163頁など。肯定的なものとしては、白鳥智彦「判批」警察学論集73巻9号(2020年)217-218頁。これらのほか、本判決の検討として、高木浩光「コインハイブ不正指令事件の控訴審逆転判決で残された論点」Law and Technology No.91(2021年)49頁以下。
- (12) 前掲注(1)。
- (13) 最高裁判決の検討として、永井善之「判批」新・判例解説 Watch 刑法 No.176(2022年)、品田智史「判批」法学セミナー809号(2022年)130-131頁、西貝吉晃「サイバーセキュリティの保護とイノベーションの促進の両立—コインハイブ事件最高裁判決を素材に」法学セミナー808号(2022年)40頁以下、高木浩光「判批」Law and Technology No.96(2022年)51頁以下、神渡史仁「判批」法律のひろば75巻7号(2022年)56頁以下、池田知史「最高裁時の判例」ジュリスト1574号(2022年)107頁以下など。
- (14) この条約(通称、ブタペスト条約)は、2001年11月の欧州評議会閣僚委員会会合で正式に採択され、2004年に発効した。2022年2月現在、締約国数は、G7諸国を含む66か国に達している(外務省「国際組織犯罪に対する国際社会と日本の取組」<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/soshiki/cyber/index.html> 参照)。
- (15) サイバー犯罪条約に関し、日本では2004年に締結についての国会承認手続を済ませ、「不正指令電磁的記録に関する罪」の新設により、サイバー犯罪条約上の犯罪化に対応する国内刑法の整備が完了したことを受けて、2012年に受諾書の寄託を行い、同年11月に日本において法的効力が発生した(外務省「サイバー犯罪に関する条約」[mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/treaty159\\_4.html](https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/treaty159_4.html) 参照)。
- (16) ただし、第6条については、締約国における留保を可能としている。
- (17) 西田典之ほか編『注釈刑法 第2巻 各論(1)』(2016年)543頁〔嶋矢貴之〕。
- (18) サイバー刑事法研究会「欧州評議会サイバー犯罪条約と我が国の対応について」([https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_1285853\\_po\\_Cybercriminallawreport.pdf?contentNo=1&alternativeNo=](https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1285853_po_Cybercriminallawreport.pdf?contentNo=1&alternativeNo=))。
- (19) 前掲注(18)21頁。

- (20) 答申された要綱（骨子）の内容は、ジュリスト1257号（2003年）34-35頁に資料として掲載されている。諮問から法制審議会における審議の経過については、北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に要綱（骨子）」ジュリスト同号6-7頁参照。
- (21) BT-Drucks. 16/3656.S.8 (<https://dserver.bundestag.de/btd/16/036/1603656.pdf>) ; *Kinhäser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], StGB Band 2,5.Aufl.,2017, S.1600 [*Kargel*] .
- (22) § 202c Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten  
 (1) Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er  
 1. Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder  
 2. Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist,  
 herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.  
 (2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.  
 本条項新設当時、1項の法定刑は1年以下と定められていたが、2015年の改正により、上記のように法定刑の上限が2年に引き上げられた。本文の邦訳は、法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（2021年）189頁によるものである。
- (23) BT-Drucks.16/3656,S.19 (<https://dserver.bundestag.de/btd/16/036/1603656.pdf>) ; *Kinhäser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], StGB, Bd.2, S.1600f. [*Kragel*]. ドイツ刑法第202条 a は、データの探知につき、第1項で「自己のために予定されておらず、かつ無権限のアクセスから特に保護されているデータへのアクセスを、権限なく、アクセス保護措置を突破して、自ら取得し、又は他の者に取得させた者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する」と規定し、データへの無権限アクセスを処罰する規定である。これは、サイバー犯罪条約第2条に対応するものである。第2項は、ここにいうデータの意味に関する規定であり、「電氣的、磁氣的又はその他直接には知覚できない形で保存され、又は伝達されるものに限る」と定めている。第202条 b は、データの傍受につき、「技術的手段を用いて、自己のために予定されていないデータ（第202条 a 第2項）を、非公然に伝達されるデータから、又はデータ処理装置が発する電磁波から自ら取得し、又は他の者に取得させた者」を処罰の対象とする規定であり、サイバー犯罪条約第3条に対応している。第303条 a はデータの改変、第303条 b はコンピュータの破壊に関する規定であり、サイバー犯罪条約第4条、第5条に対応するものである（引用したドイツ刑法の邦訳は、前掲注(22)188-189頁による。）。

- (24) *Kinhäser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], StGB, Bd.2, S.1602 [Kragel].
- (25) *Kinhäser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], StGB, Bd.2, S.1600 [Kragel].
- (26) *Kinhäser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], StGB, Bd.2, S.1600 [Kragel].
- (27) BT-Drucks.16/3565, S.12 (<https://dserver.bundestag.de/btd/16/036/1603656.pdf>).
- (28) BT-Drucks.16/3565, S.12 (<https://dserver.bundestag.de/btd/16/036/1603656.pdf>).
- (29) BT-Drucks.16/3565, S.19 (<https://dserver.bundestag.de/btd/16/036/1603656.pdf>).
- (30) 山口厚「コンピュータ・ウイルス罪の論点」法とコンピュータ30号(2012年)60頁、同「サイバー犯罪に対する実体法的対応」ジュリスト1257号(2003年)17-18頁。さらに、杉山徳明＝吉田雅之「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」について(上)法曹時報64巻4号(2012年)66頁、鎮目征樹「不正指令電磁的記録作成等」(168条の2・168条の3)法学教室407号(2014年)30頁参照。
- (31) これに対し、予備罪構成を支持する見解も存在する(渡邊卓也『ネットワーク犯罪と刑法理論』(2018年)267頁以下)。
- (32) 杉山＝吉田・前掲注(30)65頁。
- (33) 山口・前掲注(30)60頁。
- (34) 憲法上の問題、とくに明確性の観点から違憲性を論じるものとして、木下昌彦「コンピュータ・プログラム規制と漠然性故に無効の法理(上)」NBL1181号(2020年)7-8頁、同「コンピュータ・プログラム規制と漠然性故に無効の法理(下)」NBL1182号(2020年)42頁以下、大石和彦「『コインハイブ事件』に含まれる憲法上の争点」筑波ロー・ジャーナル29号(2020年)9頁以下。
- (35) 永井・前掲注(13)3頁。さらに、西貝・前掲注(13)48-50頁参照。
- (36) 稲谷龍彦「道徳的問題への刑事法的介入」法学セミナー785号(2020年)107頁。学説上も、結論として無罪とする結論を支持する見解が多いと思われるが、この点を考慮するものも少なくない(たとえば、渡邊卓也「不正指令電磁的記録に関する罪における反『意図』性の判断について」*Information Network Law Review*, Vol.19(2020年)29頁、大石・前掲注(34)18頁、西貝・前掲注(11)55頁、・前掲注(35)46頁など)。
- (37) もっとも、最高裁はあくまでも本件における具体的態様の下での判断を行ったに過ぎず、マイニング一般について正当化する趣旨ではないという指摘(神渡・前掲注(13)65頁)にも留意する必要がある。
- (38) たとえば、井田良『講義刑法学・総論[第2版]』(2018年)20-21頁参照。
- (39) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)第8巻』(2014年)341頁〔吉田雅之〕、井田良『講義刑法学・各論』(2016年)483頁、西田典

之ほか編・前掲注(17)545頁〔嶋矢〕、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論第7版』(2018年)412頁など。

- (40) このような問題意識については、ある程度共有されているように思われる(たとえば、鎮目征樹ほか編『情報刑法I サイバーセキュリティ関連犯罪』(2022年)157頁〔鎮目征樹〕参照)。
- (41) 木下・前掲注(34)「コンピュータ・プログラム規制と漠然性故に無効の法理(上)」7-8頁。
- (42) たとえば、永井善之「不正指令電磁的記録概念について」金沢法学63巻1号(2020年)84-85頁、105頁、岡部天俊「不正指令電磁的記録概念と条約適合的解釈—いわゆるコインハイブ事件を契機として—」北大法学論集70巻6号(2020年)163頁。
- (43) 最近では、不正指令電磁的記録の罪につき、サイバーセキュリティの観点から、情報セキュリティの分野で情報の要素とされる、機密性(confidentiality)、完全性(integrity)、可用性(availability)の侵害可能性を問題とすべきであり、こうしたCIAを法益として位置づけるべきであるとする主張(西貝吉晃「不正指令電磁的記録に関する罪の解釈論」罪と罰58巻3号(2021年)24頁)も展開されている。この見解につき、鎮目ほか編・前掲注(38)158頁〔鎮目〕。
- (44) 公共危険犯の一般的な意義については、さしあたり上野幸彦=太田茂『刑事法入門』(2018年)82頁〔上野幸彦〕。公共危険犯の法益は公共の安全であるが、それは個人の生命、自由、財産等を内含する包括的かつ集合的な利益として理解することができる。したがって、不正指令電磁的記録の罪は、こうした法益に対する抽象的危険の発生を処罰根拠とするものと解される(抽象的危険犯と法益との関係については、金尚均『危険社会と刑法』(2001年)124-134頁参照)。
- (45) 予備罪として規定したドイツにおいては、第204条cにつき抽象的危険犯であると解されている(Z.B., *Kinhäser/Neumann/Paeffgen* [Hrsg.], StGB, Bd.2, S.1601〔Kragel〕)。
- (46) 抽象的危険犯に関する精緻な分析として、嘉門優『法益論—刑法における意義と役割—』(2019年)132-161頁。
- (47) 公共危険犯とする法益理解はかなり飛躍的な考え方であるかもしれないが、たとえば、佐久間教授は、不正アクセス禁止法を一種の公共危険罪と把握する見解(佐久間修『最先端法領域の刑事規制』(2003年)353頁)を示されており、中核刑法における法益分類としても十分に可能であると考えられる。
- (48) 岡田好史「不正指令電磁的記録に関する罪をめぐる現状と課題」専修大学法学研究所所報No.60(2020年)109頁、同・前掲注(11)163頁。なお、コインハイブ事件で被告人が利用するJavaScriptの技術的な安全性に関して、小田啓太=西貝吉晃「アプリ開発の実務を踏まえた不正指令電磁的

記録に関する罪の一考察」千葉大学法学論集36巻1号（2021年）32-31頁参照。

\*本稿は、2022年5月28日に、日本政治法律学会春季大会における報告に基づき、これに加筆、補正して作成したものである。



# 気候保護決定の基本権ドグマーティク

玉 蟲 由 樹

## I はじめに

2021年3月24日にドイツ連邦憲法裁判所が下した気候保護(Klimaschutz)決定<sup>(1)</sup>は、気候保護および温暖化防止の義務を国家に課された憲法上の義務とした点で、環境憲法上の重要な判断となった。また、この決定が気候保護義務を将来世代の自由と関連づけたことから、決定は一般的行為自由を基礎づけた Elfes 判決になぞらえて「エコロジーの Elfes 判決 (Öko-Elfes)」<sup>(2)</sup>とも評される。

気候保護決定については、別稿<sup>(3)</sup>において、気候保護義務の憲法上の位置づけに関するドイツのこれまでの議論の整理と当該決定でのアプローチの概観を行った。そこでも一部論じたが、気候保護決定において連邦憲法裁判所は、連邦気候保護法 (Bundesklimaschutzgesetz) で定められた2030年までのCO<sup>2</sup>排出量の段階的引き下げについて、それが基本権保護義務に違反するとはしなかった一方で、将来世代の自由を侵害しているとの判断を示した。これは環境保護の領域において、従来の基本権保護アプローチだけではなく、防御権アプローチが採用されていることを意味する。この基本権ドグマーティクの新たな展開は、気候保護決定のハイライトの一つである。そこで、本稿では、あらためて連邦憲法裁判所が気候保護決定で示した新たな基本権ドグマーティクを検討してみたい。

## II 基本権ドグマーティクの出発点

連邦憲法裁判所が個々の事案において基本権ドグマーティクを展開する上で重要な分岐点となるのは、防御権アプローチを採用するか、それとも基本権保護義務アプローチを採用するかである。周知のとおり、両者はそもそも基本権保障が問題となる状況そのものに違いがあり、いずれのアプローチを採用するかによって、論証の作法が異なっている<sup>(4)</sup>。

防御権アプローチは、国家（公権力）と個人（基本権主体）との二極対立構造を前提として、国家が個人の自由へと介入し、個人の基本権行使に対して制約的な効果を発生させていることを問題とする。このとき国家には基本権保障の観点から不作為義務が課され、かかる義務に違反している場合に基本権侵害が認定され、違憲の判断がなされる。その意味で、防御権アプローチは国家がもつ規制権限の発動上限を統制するものであり、過剰介入の禁止（Übermaßverbot）が妥当する。また、防御権アプローチにおける論証作法としては、保護領域—介入—正当化の三段階の論証を踏む、いわゆる「三段階審査」が用いられる。すなわち、介入を受けているとされる基本権の保護領域の確定と当該事案における個人の行為や状態の保護領域該当性がまず検討され（保護領域）、続いてかかる基本権に対する公権力による介入がその態様および強度を含めて評価される（介入）。その上で、かかる介入が憲法上の正当化を受けるのかが比例原則審査によって論証されることになるのである（正当化）。

これに対して、保護義務アプローチでは、基本権によって保護された個人の自由への介入は、公権力によって行われるのではなく、それ自体基本権主体である他の私人によって介入が行われる。この場合、国家（公権力）・介入者（基本権主体）・被介入者（基本権主体）の間でのいわゆる「法的三極構造」が生じる。対国家的権利である基本権は介入者に作為ないし不作為の義務を生じさせないので、この場合でも憲



法上の義務を負うのは国家である。国家は基本権の客観法的機能により被介入者に対して基本権保護の義務を負う。そして、多くの場合、かかる義務を履行するために、介入者に対して基本権行使の制約を行う（「介入を通じた保護」<sup>(5)</sup>）。保護義務アプローチにおいて問題となるのは、介入者に対する国家の規制権限行使が被介入者の保護にとって十分なレベルにあるかどうかであり、規制権限行使の下限統制に審査の主眼が置かれる。ここでは、主として過少保護の禁止（Untermaßverbot）が妥当する。過少保護が問題とされる場面では措置の比例性は審査対象ではなく、保護の最低限度が満たされているかどうかだけが審査される<sup>(6)</sup>。このため、国家の行為が違憲とされるのは、「公権力が保護措置をそもそも講じなかったか、あるいは講じられた措置が命じられた保護目的を実現する上で完全に不適切だったり、完全に不十分であったりしたとき、あるいは著しく立ち遅れているとき」<sup>(7)</sup>においてのみである。

一般に、この二つのアプローチには一定の交錯領域が存在しうるものの、前提となる状況が二極構造かそれとも三極構造か、国家が介入者であるのかそれとも私人間対立の調整者であるのか、国家が負うのは不作為義務かそれとも作為義務か、といった本質的な違いが存在することから、両者を区別する必要があると説かれる<sup>(8)</sup>。しかし、気候保護決定は、これら二つのアプローチを同時に採用し、それぞれに関する審査を展開する<sup>(9)</sup>。以下では、各アプローチについて検討する。

### Ⅲ 気候保護決定における基本権保護義務アプローチ

#### 1 基本権保護義務の成立

気候保護決定において、連邦憲法裁判所は、以下のように、気候変動についても国家の基本権保護義務が成立することを論じている。

「国家は、基本法2条2項1文における生命および健康の保護を求め基本権により、気候変動の危険からの保護を義務づけられている。

国家は、国際的に協力して、人為的な地球温暖化を止め、それに起因する気候変動を抑制することに貢献する措置を通じて、気候変動の重大な危険ポテンシャルに対処しなければならない<sup>(10)</sup>。基本法2条2項1文からは、生命および身体の不可侵性に関する国家の保護義務が生じるが、かかる義務は「侵害がすでに発生して初めて発動するのではなく、将来にも向けられて」おり、「将来の世代との関係でも、保護の義務を根拠づけうる」<sup>(11)</sup>。生命・身体の保護は、「誰によって、どのような状況でそれが脅かされるかにかかわらず、環境負荷による侵害からの保護、とりわけ基本権で保護された法益に対する損害からの保護を含んでいる」<sup>(12)</sup>。それゆえ、ここには「気候変動の危険から生命と健康を保護する義務づけ」が含まれる<sup>(13)</sup>。「ますます深刻化する気候変動が、基本法2条2項1文で保護された法益にとっても、例えば熱波、洪水またはハリケーンによってもたらしうる大きな危険に鑑みれば、国家は、現在生きる人々に対しても、また客観法的には将来の世代への考慮の下でも、このことを義務づけられている」<sup>(14)</sup>。

以上のような気候保護決定での説示は、連邦憲法裁判所がこれまで環境保護との関係で主に基本権保護義務アプローチを採用してきたことからすれば、当然に想定されるものであった。高速増殖炉型原発の設置許可の基本法適合性が争われたカルカー決定<sup>(15)</sup>で基本権保護義務アプローチを環境保護の領域に拡大して以来、連邦憲法裁判所は、核エネルギーの平和利用<sup>(16)</sup>、航空機騒音<sup>(17)</sup>、光化学スモッグ<sup>(18)</sup>、電磁場<sup>(19)</sup>などの事案で基本権保護アプローチに依拠した判断を行ってきた。これらの事案において、連邦憲法裁判所は、生命権や身体の不可侵の権利を根拠として様々な環境上の危険から市民を保護する国家の義務を導いている<sup>(20)</sup>。

本件で問題となった気候変動についても、その影響が人の生命や身体に対する危害を生じる限りにおいて、基本権保護義務アプローチを採用する余地は十分にある。気候変動による損害があくまで推定上の脅威にとどまるということも、連邦憲法裁判所のこれまでの判例に照

らせば、基本権保護義務アプローチを採用するにあたっての支障とはならない。CERNでの実験が人の生命・身体に対する危殆化を生じさせるのではないかが問題となった2010年の部会決定において、連邦憲法裁判所は「単に理論上導きうる生命・健康の危殆化は、例外的に基本権への介入と見なしうる」<sup>(21)</sup>ことを認めている。また、この場合には、「生命・健康にとってのリスクポテンシャルが大きければ大きいほど、それを越えると実効的な国家の保護措置が命じられる損害発生の予測の蓋然性閾値は低くなる」<sup>(22)</sup>という je-desto 定式<sup>(23)</sup>が妥当するとした。すなわち、多数の基本権主体の生命・健康が重大な損害を被るということに鑑みれば、「〔具体的危険の〕前域において認識された現実化傾向」があるだけで国家の基本権保護義務が発動するに十分なのである<sup>(24)</sup>。このことは、気候変動による損害からの保護にも妥当しうる。少なくとも、気候変動による影響が多数の基本権主体の生命・健康を損なうおそれが相当の蓋然性をもって推定される場合には、国家の基本権保護義務が成立することになるだろう。

ただし、これまでの環境保護領域での基本権保護義務アプローチは、主として人為的な原因から生じる個人の生命・健康の危殆化を問題とするものであった。すなわち、法的三極関係において、企業や他の個人といった加害的な第三者が存在していた。これに対して、学説のなかには、気候変動に起因する自然災害が生命や身体といった基本権法益に対して侵害的な効果を生じるケースでは基本権保護義務アプローチが妥当しないという見解も見られる。たしかにこのケースでは、被介入者の生命・身体を脅かす介入者は環境そのものであり、介入者が具体的な第三者である基本権保護義務状況は想定しづらい。また、自然災害を引き起こす環境変化の原因が人の行為にあるとしても、気候変動に関していえば、その主たる原因とされるCO<sup>2</sup>の排出は特定の個人の責任に帰するものではなく、社会全体が責任を分有していると考えられる<sup>(25)</sup>。この場合、介入者も被介入者も同じ市民であるということになり、やはり法的三極関係をそのまま当てはめるわけにはいかな

いであろう。このため、Isensee は、自然災害からの保護に関する国家の義務は独自の国家任務であり、当然に基本権保護義務ドグマーティクに位置づけられるものではないとしている<sup>(26)</sup>。また、Cremer は、基本権保護義務は第三者たる私人によって引き起こされる危険に対するものに限定されるべきであり、自然災害など人間以外に起因する危険に対する保護には実体的な根拠が欠けているとする<sup>(27)</sup>。

これに対して、連邦憲法裁判所は、いくつかの事例において、不特定多数の介入者によって引き起こされる環境被害についても、基本権保護義務アプローチを採用してきた。たとえば、道路建設とそこでの車の通行によって引き起こされる交通騒音に関する事例において、身体の不可侵の権利に対する保護義務を認めており<sup>(28)</sup>、また車の排気ガス等によって引き起こされるオゾン濃度の上昇が問題とされた事例においても「オゾン濃度の上昇による健康の危殆化から市民を保護する立法者の義務」を基本法1条1項と結びつけた基本法2条2項1文から導き出している<sup>(29)</sup>。このように原因者（介入者）が特定できないケースにおいても、生命・身体の基本権の危殆化が生じる限りで基本権保護義務が成立するならば、気候変動についても同様の理解が可能であろう。

また、学説においても、気候変動について国家の基本権保護義務が成立しうるとする見解が有力である<sup>(30)</sup>。たとえば、Meyer は、連邦憲法裁判所の治安法（Sicherheitsrecht）上の判例との類似性から、気候保護義務の成立を論じている<sup>(31)</sup>。Meyer によれば、気候変動と治安法の問題には、損害発生が十分な蓋然性をもって予想されると同時に不明の因果関係をもつという構造的に類似した例外状況が存在するという。治安法の領域においては、危険人物間の共謀コミュニケーションやダークネットを通じた爆発物の匿名での調達といった事象が je-desto 定式の観点ですでに具体的に予期されるテロ攻撃の十分な蓋然性を根拠づけうるが、この場合、いつ、どこで、どのような方法で、どのような人的集団に対して、誰によって攻撃が行われるのかは、必ずしも

明らかではない。明らかなのは、テロ攻撃が行われれば、多数の人が死亡し、あるいは重傷を負うということである。すなわち、損害の結果は部分的に具体的であるものの、因果関係や損害の規模などの詳細が不明なのである。Meyer は、連邦憲法裁判所は、「損害へと至る因果関係がなお十分な蓋然性をもって予測されない」<sup>(32)</sup> 場合でも、その原因に対する介入的な危険防御措置を認めてきたと指摘する。その上で、Meyer は、気候変動についても、かかる治安法における基本思考の適用がありうるとする。

連邦憲法裁判所の判例および学説の有力な立場に鑑みれば、基本権保護義務の成立にとって決定的なのは、損害の発生が十分に蓋然性のあるものであるかどうかであり、そこにいたる特定の因果関係や、生じうる損害の詳細が十分に解明されているかどうかではないということになる。したがって、とりわけ生命・身体といった重要法益にかかわる基本権の危殆化が十分な蓋然性をもって予測される場合には、それが誰に起因するものであるかは重要ではなく、厳密な意味での基本権保護シチュエーションに拘泥する必要はないということであろう<sup>(33)</sup>。いまや、国家は、市民が他の具体的な市民の行動のみならず、不特定多数の市民の行動の結果生じる環境被害や、場合によっては純然たる自然災害によって、基本権を危殆化され、あるいは加害されている場合には、無為無策なままであってはならず、基本権を保護するための実効的な施策をとらなければならない<sup>(34)</sup>。生命・身体の保護は、「誰によって、どのような状況でそれが脅かされるかにかかわらず」、気候保護義務を成立させるという前述の気候保護決定における説示も、この意味において理解される。

## 2 基本権保護義務違反の審査

連邦憲法裁判所は、気候変動に関する基本権保護義務の成立を認めた上で、気候保護法の内容が基本権保護義務に違反しているかどうかの審査に進んでいる。

連邦憲法裁判所によれば、国家が基本権保護義務に違反しているかどうかの審査にあたっては、立法者の評価・判断・形成の余地を考慮しなければならず、「連邦憲法裁判所が保護義務違反を確認するのは、予防措置がまったく採られていない場合、関係する規定および措置が要請された保護目標を達成するのに明らかに不適合または完全に不十分である場合、またはそれが保護目標を著しく下回る場合」に限られる<sup>(35)</sup>。気候保護法は、気候ニュートラルを追求するために温室効果ガスの排出量を段階的に削減する予防措置を講じており、かかる措置が明らかに不適合であるとか、まったく不十分であるとは確認できない<sup>(36)</sup>。また、気候保護法が世界平均気温の上昇を産業革命前の水準から明確に2℃以下に、できる限り1.5℃に抑えるというパリ協定の義務づけに依拠していることも、憲法上命じられた生命・健康の保護を著しく下回っているとまではいえない<sup>(37)</sup>。したがって、基本権保護義務違反は現時点では確認できない<sup>(38)</sup>。

以上のように、連邦憲法裁判所は、気候保護の問題についても、基本権保護義務に関する従来の多くの判例の立場にしたがって、「予防措置がまったく採られていない場合、関係する規定および措置が要請された保護目標を達成するのに明らかに不適合または完全に不十分である場合、またはそれが保護目標を著しく下回る場合」にのみ基本権保護義務違反を認定する明白性の統制による審査を行った。明白性の統制は、立法者などが有する政治的な評価特権ないし形成余地の存在と、それに対応した連邦憲法裁判所による審査および統制密度の限定という自制によってもたらされる立法者敬讓型の審査手法であり、統制密度はきわめて低い。これまで連邦憲法裁判所が環境保護に関するあらゆるケースで基本権保護義務違反の成立を認めていないことに鑑みれば、審査が明白性の統制に限定される基本権保護義務アプローチの実践的効果は過大評価されるべきではないともされる<sup>(39)</sup>。

ただし、基本権保護義務アプローチにおける「過少保護の禁止」にかかわる審査が、常に明白性の統制に限定されてきたわけではないこ

とは留意すべきだろう。たとえば、第2次墮胎判決において、連邦憲法裁判所は、生命のような最高価値をもつ法益の保護が問題となる場合には、過少保護禁止にかかわる立法者の形成余地は限定され、裁判所の審査も厳格化する可能性があることを示唆していた<sup>(40)</sup>。また、環境被害に関する領域においても、航空騒音被害が問題となった2009年の部会決定は、航空騒音による健康被害からの保護が身体の不可侵の権利にもとづく基本権保護義務に含まれるとした上で、「立法者がとる予防措置は、一対立する法益に鑑みて一相当かつ実効的な保護に十分なものでなければならず、さらに綿密な事実調査と主張可能な評価に依拠していなければならない」<sup>(41)</sup>と述べている。これらの事例においては、「過少保護の禁止」について、明白性の統制よりもやや厳格な「主張可能性」の統制が要求されているといえる。

このことからすれば、過少保護の禁止が問題となるケースでも、その具体的な状況によっては連邦憲法裁判所の審査密度は変化するということになる。そもそも、基本権保護義務がどの時点で、どのような内容をもって憲法上要求されるのかは、起こりうる危険の種類、切迫性、程度、憲法上保護された法益の種類やランク、さらにはすでに存在する規律によって左右される<sup>(42)</sup>。これらの状況によっては審査密度の変化がありうるということはむしろ当然ともいえる<sup>(43)</sup>。学説のなかにも、気候変動問題について過少保護の禁止に関する審査密度の上昇を主張するものがある<sup>(44)</sup>。たとえば、Kahlは、気候変動によって生じる重大な環境変化は、多数の人間の生命・健康にとっての多大な侵害ポテンシャルをもつことを前提として、気候保護のようなきわめて人間存在・生命にかかわる問題においては、審査密度の厳格化を通じた基本権保護ドグマティックの「エコロジー化」がもたらされうることを指摘する<sup>(45)</sup>。その上で、Kahlは、気候保護決定で問題とされた気候保護法の内容について、1条3文における気温上昇限界目標も3条1項の排出削減目標もそれ自体明らかに不十分とはいえないとしつつ、主張可能性の統制の観点からは十分なものではないとの評価をしてい

る<sup>(46)</sup>。

しかし、連邦憲法裁判所は気候保護決定においてかかる審査密度の上昇をもたらさなかった。その理由は、必ずしも明白性の統制が審査基準として妥当すると述べる場面では明らかではないものの、決定理由中の説示から読み取ることが可能である<sup>(47)</sup>。

一つの理由は、気候変動によって生じるリスクの予測が現状ではかなり不確実なことである。憲法異議申立人は気候保護法がパリ目標に依拠していることを問題としており、2018年の IPCC 特別報告書を根拠として、地球温暖化を最高でも1.5℃に抑えることが義務づけられていると主張していた。しかし、これに対して連邦憲法裁判所は、「地球温暖化が1.5℃に抑えられれば、一定の安全マージンを生むであろう」<sup>(48)</sup>ことを認めつつも、「IPCC 自身が〔予測の〕開きとあいまいさを認めることで明らかにしたかなりの不確実性に鑑みれば、立法者には基本権保護義務の履行に際して現時点では多大な決定余地が残されている」<sup>(49)</sup>としている。IPCC の特別報告書はティッピング・ポイント超過リスクの評価を先鋭化したものと位置づけられており、永久凍土の融解による潜在的な追加の CO<sup>2</sup>放出を算入するなど、不確実な将来予測を多く含んでいる<sup>(50)</sup>。このため、1.5℃目標を採用しないことは「政治的に」問題視されるところ<sup>(51)</sup>、法的な義務づけにまでは至っていないというのが連邦憲法裁判所の理解であろう。

いま一つの理由は、気候保護が必ずしも人の生命・身体の保護と結びついているわけではないという認識である。連邦憲法裁判所によれば、「気候保護と、基本法2条2項1文に挙げられる人の生命および身体の不可侵性という法益の保護は、広く重なり合っていることが指摘されるが、完全に一致しているわけではない」<sup>(52)</sup>。「たしかに気候変動を抑制するためには1.5℃という気温閾値が勧奨されるようではあるが、人間の生命と健康の保護のためには、ドイツの立法者が採用した、気温上昇を明確に2℃以下、できれば1.5℃に抑えるというパリ目標で十分であるということをはじめから否定することはできない」<sup>(53)</sup>。すな



わち、連邦憲法裁判所は、気候保護という客観的な憲法上の要請と、人の生命・身体・健康の保護という個人的な法益の保護に向けられた基本権保護義務とを区別し、それぞれ目的や保護の範囲が異なることを前提としている。このことは、基本法上、客観的な気候保護義務の根拠が20a条に求められるのに対して、人の生命・身体の保護が2条1項1文にもとづくものであることに対応しているといえるだろう。さらに、人の生命・健康にとっての気候変動の危険は、部分的には、都市の過熱を防ぐための適切な都市計画や、洪水リスクに配慮した積極的な流量規制や河川改修工事などの「適応措置」によって軽減することができることも基本権保護義務の範囲を考える上で重要となる<sup>(54)</sup>。

以上のように、気候保護決定においては、基本権保護義務アプローチに関しては明白性の統制による審査が行われ、立法者の形成余地が基本権保護義務に明白に違反したとはいえないとの結論が示された。ただし、基本法20a条にもとづく気候保護義務に関する審査と「他の自由権」にかかわる審査は、これとは別に検討がなされている。このうち「他の自由権」にかかわる審査が、気候保護決定におけるもう一つの基本権ドグマーティクを形成している<sup>(55)</sup>。

#### IV 気候保護決定における防御権アプローチ

##### 1 基本権保護義務と防御権との交錯？

本来、生命・身体に対する保護義務違反もなく、また、いわゆる「環境基本権」の主張も否定される<sup>(56)</sup>のであれば、基本権侵害を理由とする憲法異議手続は理由がないものとされてもおかしくはない。実際、これまでの環境保護に関する判例では、明白性の統制によって基本権保護義務違反が否定されて終わっていた。ところが、気候保護決定では、連邦憲法裁判所の審査は、保護義務違反を否定した後の「驚くべき方向転換」<sup>(57)</sup>によって、防御権アプローチへと進む。

連邦憲法裁判所は、「これ〔基本権保護義務違反はないという判断〕

に対して、立法者は、一法律で2030年までの間に許容される〔温室効果ガスの〕排出のせいで、その後の時期には場合によっては非常に強度となる一排出量削減義務に基本権を損なわないようにしながら対処するための十分な予防措置を講じていないがゆえに、基本権を侵害した」という<sup>(58)</sup>。気候保護法の諸規定で認められる2030年までの温室効果ガス排出は、基本法によって包括的に保護された自由にとって「介入に等しい事前作用 (eingriffsähnliche Vorwirkung)」であり、憲法上の正当化を必要とする<sup>(59)</sup>が、諸規定は、20a条にもとづき憲法上不可欠とされる気候ニュートラルに至るまでのCO<sup>2</sup>排出量の削減を基本権を損なわないように先見的に世代間で配分するという比例性の命令から生じる立法者の義務に違反している<sup>(60)</sup>とされるのである。

前述したように、基本権保護義務アプローチと防御権アプローチとは、前提となる状況そのものに違いがあり、両者は区別されるべきものとされてきた<sup>(61)</sup>。しかし、気候保護決定において連邦憲法裁判所は、気候保護法による規律は憲法異議申立人の生命・身体の基本権に対する保護に欠けるところはないが、その者らの基本権上の自由を侵害していると判断したということになる。

連邦憲法裁判所が基本権保護義務違反を否定したことをいったん棚上げしていえば、基本権保護義務違反が同時に個人の防御権を侵害するという議論は、これまでも学説において主張されてきた。よく知られたMurswiekの議論を例に挙げれば、権力独占者としての国家は、第三者による違法な攻撃に対する禁止措置を不十分なままにしておくことで、結果的に被害を受けうる個人に対して受忍義務を課していることとなり、このことが防御権への介入と評価されるべきものとされる<sup>(62)</sup>。すなわち、このような場合においては、私人による基本権法益の侵害は国家に帰責されるのである<sup>(63)</sup>。それゆえ、Murswiekにとっては、「国家は、保護義務に違反することによって、そこに（不作為による）国家的介入が生じるがゆえに、防御権としての基本権を侵害することになる」<sup>(64)</sup>。

たしかに私人の活動の責任が国家にあるという状況はありうる。たとえば、国家が許認可などによって私人の活動を明示的に許容する場合や、国家が私人の活動に対して助成を行う場合などは、国家への帰責が生じるとされる<sup>(65)</sup>。連邦憲法裁判所もミュルハイム＝ケルリッヒ決定において、原発の設置について許可制を採用することが国家の基本権保護義務の履行手段として適切なものであることを認めつつ、尋常ではない危殆化ポテンシャルにもかかわらず設置を許可することは付近住民の身体の不可侵性を危険に晒すこととなるため、国家にはこの危殆化についての「共同責任」があると述べている<sup>(66)</sup>。それに続く説示が、かかる許可制の憲法上の評価にあたっては、「国家による侵害法律の審査の場合と同じくらい厳格な尺度が用いられる」べきとしていることは、基本権保護義務アプローチと防御権アプローチとの交錯を感じさせる。

しかし、その後の連邦憲法裁判所の判例においては、私人による環境侵害に関する国家の帰責は否定される傾向にある。たとえば、大気汚染による森林被害が問題となった1998年の部会決定では、憲法異議申立人がかかる被害は基本権介入として国家に帰責すると主張していた。これに対して、連邦憲法裁判所は、「憲法異議は、一般的な大気汚染による被害についての国家の侵害法上の責任の連結点として検討に値するような国家の行為をはっきり示していない」とした上で、「本件では、私人の活動に影響を与えることによって間接的に財産権制約に加担する国家の措置の憲法上の評価とはかかわりなしに、むしろもっぱら市民の基本権上の自由から生じる作用が問題となっている」と述べている<sup>(67)</sup>。このことは、国家が工場や車の使用を許可しているという事情からも変わらないとされ、「これらの使用の『国家による許可』は、適法性の確定がなされるまでの基本権上の自由に対する暫定的な禁止を解除するにとどまり、それ自体で私的利用の権利領域を拡張するものではない」との判断が示される<sup>(68)</sup>。少なくとも、国家が許可を通じて工場や車の使用者の行為を積極的に後押しし、もって他の私人

の防御権を侵害しているとはまではいえない、というのが連邦憲法裁判所の見方であろう。この部会決定では、基本法14条1項にもとづく基本権保護義務は肯定されているので、基本権保護義務の問題は必ずしも防御権の問題には転化しないということが示されたといえる。

前述のように、気候保護決定以前の学説状況においては、気候保護の領域では基本権保護義務アプローチに支持が集まっていたが、気候保護決定が防御権アプローチをも展開したことから、一部にはこれをMurswiekらの議論が採用されたと見るものもある<sup>(69)</sup>。たしかに、国家が法律によってCO<sup>2</sup>排出を許容していることをもって基本権侵害と捉える理解は、国家への帰責の理論とも類似する。しかし、気候保護決定において連邦憲法裁判所は、生命・身体にかかわる基本権保護義務違反を否定しつつ、「基本法によって包括的に保護された自由」<sup>(70)</sup>の侵害を肯定している。ここでは、問題となっている基本権がそれぞれ異なっていることに留意すべきであろう。また、前者については生命・身体の防御権についての検討はなく、後者にあつては基本権保護義務に関する検討がない。このことからすると、後者においても基本権保護義務違反が防御権侵害と見なされたわけではなく、基本権侵害が肯定される文脈において、むしろ防御権ドグマーティクに何らかの変容があったと見る方が適切であるように思われる。

## 2 保護領域・介入

以下では、防御権アプローチにおける三段階審査に即して、気候保護決定での防御権ドグマーティクの変容を整理・検討することとする。ただし、気候保護決定においては保護領域の問題と介入の問題とが密接に関連しながら、新たな防御権ドグマーティクを形成していると考えられるため、これらについてはまとめて取り扱っておきたい。

気候保護決定において介入を受けているとされた基本権は特定の基本権ではなく、「基本法によって包括的に保護された自由」である。かかる包括的な自由の基本法上の根拠は、「個別的な自由権的基本権」と

「基本法2条1項において根本的な『一般的自由権』として保障された一般的行為自由」であるとされる<sup>(71)</sup>。これらによって基本法は、「人間の自由な活動全般」に対する保護を展開しており、そこでは「地球大気へのCO<sup>2</sup>排出を直接ないし間接に帰結する、きわめて多くの日常生活、労働、経済の行為態様」が保護を受けている<sup>(72)</sup>。

もちろん、かかる自由の行使が無限定に許されるわけではない。とりわけ、CO<sup>2</sup>排出が本質的に不可逆的に地球温暖化を引き起こすことに鑑みれば、直接または間接にCO<sup>2</sup>排出と結びついたかたちで自由を行使することは、憲法上の限界に服する<sup>(73)</sup>。この点で重要な限界を設定するのは、「基本法20a条の気候保護要請」である<sup>(74)</sup>。CO<sup>2</sup>排出と直接または間接に結びつく行為態様に対する保護と気候保護要請とは反比例の関係にあり、「気候変動が進行するにつれ、環境負荷がますます激しくなるため、自由な活動の相対的な重要性はますます減少していく」ことになる<sup>(75)</sup>。

ここまでで示される保護領域についての理解は、現時点での基本権制約の可能性を示す文脈として、従来の防御権ドグマーティクで十分に説明可能なものである。CO<sup>2</sup>排出と直接・間接に結びつく自由行使は、カーボン・バジェットとも関係しつつ、気候保護のために制約されうる。それゆえ、気候保護法があらかじめ許容されるCO<sup>2</sup>排出量を定めることは基本法の包括的な自由保障に対する介入とみなされうるが、かかる現時点での基本権介入は、比例原則に適合的である限りにおいて、過剰介入禁止に反することはない。

しかし、気候保護決定における防御権侵害はこの点を問題としていないのではない。このことを示すのが、「介入に等しい事前作用」という新たな介入類型である。連邦憲法裁判所によれば、気候保護法における現時点でのCO<sup>2</sup>排出の許容は、「将来の自由に対する不可逆的な法的危殆化」を内在させているという<sup>(76)</sup>。なぜなら、「現時点で認められているあらゆるCO<sup>2</sup>排出により…〔CO<sup>2</sup>排出量の〕残りのバジェットは不可逆的に減少し、CO<sup>2</sup>排出をとまなう自由の行使は、より強度な、

〔基本法20a条にもとづいて〕憲法上要請される制限にさらされることになる」からである<sup>(77)</sup>。「2030年までにCO<sup>2</sup>を急速に消費してしまうことは、重大な自由の損失リスクを一段と大きくする」<sup>(78)</sup>。それゆえ、気候保護法で許容された2030年までのCO<sup>2</sup>の年間排出量は、「2030年以降にも引き続き存在する、基本権で保護された自由を実際に行使する可能性への不可避的で介入に等しい事前作用をもつ」のである<sup>(79)</sup>。

ここでは、現在時点での基本権的自由の損失が問題となっているのではない。むしろ、自由の損失が顕在化するの、少なくとも2030年以降ということになる。この状況を根拠づけているのは、現行法でのCO<sup>2</sup>排出許容量をそのまま維持した場合、2030年までにカーボン・バジェットがほとんど消費されてしまうという試算に依拠した将来予測である<sup>(80)</sup>。この予測にしたがうならば、2030年以降の人々のCO<sup>2</sup>排出と直接・間接に結びつく自由行使は、現在の人々に対して行われるよりも強度な制限に服さざるをえないであろう。かりに、2030年以降に法律によって実際に強度な行為制限がかけられるとすれば、これは「基本法によって包括的に保護された自由」に対する国家的介入であることは疑いがない。しかし、かかる制限は現在時点で行われているわけではなく、あくまで「仮想的な」介入にとどまる。

通常の防御権ドグマーティクにおける三段階審査においては、保護領域に対する国家的介入がない限り、介入防御の要請が生じることはなく、介入の憲法的正当化の必要も生じない。これをそのまま適用するのであれば、現実にCO<sup>2</sup>排出と直接・間接に結びつく自由に対する介入が起こるのは2030年以降であり、介入に対する憲法上の正当化が要求されるのも2030年以降となる。この場合、2030年における状況を前提とするならば、従来よりも強度な自由への介入は、比例的であるとされる可能性がある。なぜなら、現在時点での気候保護政策が維持され、結果的に2030年においてもはやカーボン・バジェットが残っていないという観察結果が具体的に示されたとした場合、これは危険状況がその時点において急激に変化したということの意味するからであ

る。これに対応して、いよいよ強度な措置がとられたとしても、それは具体的に存在する危険状況との衡量においては比例的であり、受忍限度内とされる余地がある<sup>(81)</sup>。むしろ、気候保護の必要性はますます高まっていることからすれば、連邦憲法裁判所が指摘したように、2030年においては「自由な活動の相対的な重要性はますます減少して」おり、より強度な介入が正当化される可能性は、著しく均衡を失しない限り、確定的といってよいだろう。

しかし、連邦憲法裁判所は「介入に等しい事前作用」という概念を導入することによって、現在時点において自由権への将来的な介入を「先読み」している。すなわち、「介入に等しい事前作用」は、将来において生じる、しかも将来時点においては正当化される可能性が高い自由への介入を、現在時点での憲法上の審査に引き込むための概念として機能している<sup>(82)</sup>。この場合、将来的な自由の損失を不可逆的に内在させる、現在時点での立法者の規律判断が、将来世代の自由保障との関係で比例的であるのかが問われることとなる。「将来の自由負荷へのルールはすでに排出量を許容する現時点での規律によって敷かれているのだから、将来の自由へのその影響は、現在の見地から、そして一ルールの切り替えがまだ可能な一現在時点で比例的でなければならない」のである<sup>(83)</sup>。

「介入に等しい事前作用」によって将来の自由介入が現在時点で評価できることとなった結果、基本法上の自由保障は時間的に拡張した。これが「世代を越えた自由の保障 (intertemporal Freiheitssicherung)」である<sup>(84)</sup>。「基本法は、特定の条件下で、基本権で保護された自由を時代を越えて保護し、世代間で自由の機会を比例的に配分することを義務づけている」<sup>(85)</sup>。保護領域論になぞらえていえば、気候保護決定での「基本法によって包括的に保護された自由」の保護領域は事項的・人的な面では従来の防御権ドグマーティクから逸脱するものではないが、時間的な面において明らかな拡張が見られるということになる。かかる保護領域の時間的拡張は、これまで述べてきたように、

「介入に等しい事前作用」の承認によるところが大きい。その意味では、「世代を越えた自由の保障」は自由権の保護領域に変化が生じたというよりも、介入概念に変化が生じた結果として生み出されたものと考えるのが妥当なように思われる<sup>(86)</sup>。

こうした介入概念の時間的拡張によって防御権ドグマーティクに変容が生じたことにより、防御権アプローチと基本権保護義務アプローチに交錯が生じたことは事実である。なぜなら、ここで問題となっているのは、具体的な個人の防御権に対する現時点での介入ではなく、将来世代という抽象的な主体の将来時点での仮想的な介入だからである。将来世代の自由行使に対する「過剰介入」が生じないようにするためには、国家は現在世代に対する介入を従来予定されていたものよりも強めなければならない可能性がある。言い換えれば、将来の潜在的被害者の保護のために、加害者である現在世代に対する規制を強めるということである。「世代間で自由の機会を比例的に配分すること(の)義務づけ」は、国家・介入者(現在世代)・被介入者(将来世代)の間での三極構造を前提とした、世代間における基本権保護義務としても説明可能なものであろう。すなわち、連邦憲法裁判所は、防御権アプローチを採用することで、将来世代への過剰介入を排除するという上限統制の問題を前面に押し出してはいるが、その実、防御権ドグマーティクのなかに現在世代に対する規制の過少という下限統制の問題をひそかに導入しているともいえるのである<sup>(87)</sup>。ここには、防御権ドグマーティクの側からの基本権保護義務ドグマーティクへの接近を看取することができる<sup>(88)</sup>。

### 3 正当化

前述したように、連邦憲法裁判所は、基本法によって包括的に保護された自由に対する「介入に等しい事前作用」は現時点で憲法上の正当化を必要とすると考えている。その際に用いられる審査は、防御権ドグマーティクにおける典型的な審査手法である比例原則審査であ



る。しかし、ここでも比例原則審査を従来のかたちそのまま適用することはできない。将来時点での比例性を問題とすれば、カーボン・バジェットの急激な減少を背景として、強度な自由制限が比例的とされる可能性が高いことはすでに述べたとおりである。一方、現時点での比例性を問題とすれば、いまだカーボン・バジェットに余裕がある段階においては、現行法上のものよりも排出許容量を低く抑えることの比例性は疑わしくなる。このため、比例原則審査についても、「介入に等しい事前作用」の承認を通じた修正が必要となる。

連邦憲法裁判所は、「介入に等しい事前作用」の根拠づけに用いられていた思考を正当化の関係でさらに展開している<sup>(89)</sup>。すなわち、比例原則は「世代間で自由の機会を比例的に配分すること（の）義務づけ」を含むという理解である。この義務づけは、立法者に対して、CO<sup>2</sup>の排出削減を「これにともなう自由喪失が、気候保護要請の高まりにもかかわらず、今後も受忍可能なものとなるように、そして、長期間にわたり、かつ世代間にまたがる削減負担が一方的に将来〔世代〕の負担の下で配分されないように」形成することを求める<sup>(90)</sup>。このことから、気候保護決定での比例原則審査は、世代間公平ないし世代間正義を中心的な内容とすることになる<sup>(91)</sup>。

しかし、世代間での比例性をモチーフとした比例原則審査は、従来の伝統的な比例原則審査の枠組みである、目的の正当性、手段の適合性、必要性、相当性という審査要素<sup>(92)</sup>とはうまく整合しないように思われる。このことは、気候保護決定において連邦憲法裁判所がかかる4つの審査要素を十分に検証していないことにもあらわれている<sup>(93)</sup>。気候保護決定の説示に登場するのは、気候保護法で採用された段階的に低められる年間排出量の設定という削減方式は原則として適合的（geeignet）<sup>(94)</sup>であるが、同法は、行政権に委任される2030年以降の年間排出量の評価のために十分に特定された基準を設定しておらず、憲法上不十分（unzureichend）<sup>(95)</sup>との認定のみである。

もちろん、はっきりとは述べられていないとはいえ、適合性が認定

されていることからすれば、目的の正当性は前提とされているともいえる。一般的な比例原則の見地からすれば、気候保護法が年間排出量を定めるのは、基本法20a条が要請する気候保護の目的からである。この点での目的の正当性には異論は生じないであろう。「立法者は、基本権を尊重するという一般的な義務づけからも、重大な基本権侵害の危険を抑制するという義務づけからも、2030年以降に差し迫る削減負担に基本権を尊重しながら対処するための予防措置を講じなければならない」<sup>(96)</sup>とされていることからすれば、予防目的でCO<sup>2</sup>削減を行うこともまた認められている。気候保護法で採用された段階的に低められる年間排出量の設定という削減方式が原則として適合的なものとされることも、このような目的設定のもとで理解可能であろう。

しかし、必要性審査は「介入に等しい事前作用」との関係で限界に行き当たる。一般に必要性審査においては、目的達成のために当事者にとってより負担の少ない同じように実効的な手段は存在しないのかが問われる<sup>(97)</sup>。このとき、「将来の自由へのその影響は、…現時点で比例的でなければならない」とするのならば、CO<sup>2</sup>削減措置の必要性判断は現時点のみならず、将来時点をも視野にいれなければならない。すなわち、現時点/将来時点のいずれかにおいて比例的であるだけでなく、両時点においてより緩やかな手段を採用していなければならないのである。世代間での削減量負担の「フェア」な配分は、必要性審査には組み込みづらい。現時点での緩やかな手段は必ずしも将来時点での緩やかな手段であることを意味しない。むしろ、現時点での削減負担の抑制は、将来時点へのより強度な負担の配分を帰結するだけであろう。他方で、将来時点での強度な負担を回避しようとするれば、カーボン・バジェットに余裕がある現時点においては不必要ともいえる自由制約が正当化される可能性がある。「介入に等しい事前作用」を視野に入れた必要性審査は、現時点と将来時点のいずれかにおいて破綻する可能性が高い。少なくとも、現時点でも将来時点でも緩やかな手段の存在は明白なものとはならない<sup>(98)</sup>。

結局のところ、「介入に等しい事前作用」に対する必要性審査を行おうとすれば、現在時点と将来時点のどちらをより優先的に取り扱うかという問題に直面せざるをえない。これが気候保護決定において必要性審査が行われていないことの主な理由だろう。また、世代間で自由の機会を比例的に配分するという要求は、本質的に現在時点での基本権法益と将来時点での基本権法益との衡量を要求することになる。比例原則審査において、公益も含めた法益の衡量を担ってきたのは相当性審査であることからすれば<sup>(99)</sup>、「介入に等しい事前作用」の評価にあたって意味をもつのは相当性審査ではないかと思われる<sup>(100)</sup>。

もちろん、相当性審査も従来の伝統的な防御権ドグマーティクのものとは異なる。必要性審査の場合と同様に、現在時点での相当性のみならず、将来時点での相当性も問題としなければならないからである。すなわち、「介入に等しい事前作用」という構成によって、正当な目的と基本権介入との間の均衡は、正当な目的と現在時点での基本権介入、さらには将来時点での基本権介入の三者間での均衡を要求することになる<sup>(101)</sup>。より正確にいうならば、①気候保護という目的と（現在および将来の）CO<sup>2</sup>排出と直接・間接に結びつく自由の制限との均衡に加えて、②現在時点と将来時点との間での削減負担の配分の均衡が要求される。

このうち、「介入に等しい事前作用」の評価にとってより重要なのはとりわけ②における均衡であり、気候保護決定でも②が重視されていることはすでに述べてきたとおりである。

連邦憲法裁判所は、明らかに、気候保護法が定めていた排出量基準を維持する限り、将来世代の削減負担が過大なものとなることを前提としている。従来の気候保護政策にしたがえば、2031年においても年間排出量は1990年比で55%しか削減されていないことになり、その結果、「憲法上の気候保護要請は、今日的視点からはほとんど耐えられない、著しい自由制約の受け入れを必要とする」<sup>(102)</sup>というのである。「将来世代の自由の尊重は、気候ニュートラルへの移行を時宜にかなった

形で開始することが必要とする」<sup>(103)</sup>が、気候保護法は2030年以降の削減経路を更新するための法律上の条件を十分に定めておらず、また行政権に委任される2030年以降の年間排出量の評価のために十分に特定された基準を設定していないため、憲法上不十分だとされる。

結局のところ、気候保護決定での比例原則審査は、立法者の規律判断が世代間で自由の機会を比例的に配分しているかどうかの審査に収斂している。もはや、目的の正当性、手段の適合性、必要性の審査は実質的な意義を失っているといつてよいだろう。その意味では、「介入に等しい事前作用」の導入は、正当化審査における伝統的な防御権ドグマーティクをかなり変容させているように見える。

## V 結びにかえて

気候保護決定における基本権ドグマーティクについては、批判も多く存在する。たとえば、Berkemann は、比例原則から世代間での CO<sup>2</sup>削減負担の比例的配分の要請を引き出し、これを立法者の「義務」としたことについて、「比例原則は基本権上の行為義務を命じるものではない」ため、「単純に誤り」と批判する<sup>(104)</sup>。また、Hofmann も、連邦憲法裁判所の理解は「〔従来の〕明確な体系化に反するよう見える」との懸念を示している<sup>(105)</sup>。加えていえば、連邦憲法裁判所が重視する「介入に等しい事前作用」について、それが成立するための条件が気候保護決定では不明瞭なままであることも問題であろう。世代間での CO<sup>2</sup>削減負担の比例的配分に反することを「介入に等しい事前作用」と呼ぶのだとすれば、そこでは三段階審査における介入と正当化との境界があいまいになる可能性がある<sup>(106)</sup>。

気候保護決定での防御権アプローチの採用とそこでの新たな防御権ドグマーティクが今後の連邦憲法裁判所の判例において定着を見るのかは、現時点では明らかではない。これが単なる連邦憲法裁判所の勇み足になるのか、それとも防御権ドグマーティクおよび比例原則の新

たな類型となっていくのかは、今後の判例・学説による展開に待つほかないであろう。

- (1) BVerfGE 157, 30. 本決定を紹介するものとして、桑原勇進「気候変動と憲法—ドイツ連邦憲法裁判所21年3月24日決定と同決定を巡る議論状況—」上智法学論集65巻4号(2022年)133頁以下、島村健「SDGsと気候訴訟」ジュリ1566号(2022年)49頁以下、石塚壮太郎「気候保護決定」自治研究98巻12号(2022年掲載予定)を参照。
- (2) Christian Calliess, “Elfes” Revisited?, VerfBlog, 2021/5/25, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited/>
- (3) 玉蟲由樹「国家の気候保護義務と将来世代の自由」上智法学論集65巻4号(2022年)233頁以下。
- (4) 概説的に、鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)31頁以下を参照。
- (5) Vgl. Josef Isensee, in: ders./ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191, Rn. 41; Peter Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 80ff.
- (6) Vgl. Ralf Poscher, in: ders./ Matthias Herdegen/ Johannes Masing/ Klaus Ferdinand Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 3, Rn. 97.
- (7) BVerfGE 92, 26 (46) ; BVerfGK 10, 208 (211).
- (8) 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)142頁以下を参照。
- (9) この点につき、玉蟲・前掲注3・247頁以下、桑原・前掲注1・133頁以下を参照。
- (10) BVerfGE 157, 30, Rn. 144.
- (11) BVerfGE 157, 30, Rn. 146.
- (12) BVerfGE 157, 30, Rn. 147.
- (13) BVerfGE 157, 30, Rn. 148.
- (14) BVerfGE 157, 30, Rn. 148.
- (15) BVerfGE 49, 89 (142).
- (16) BVerfGE 53, 30.
- (17) BVerfGE 56, 54.
- (18) BVerfG, NJW 1997, S. 2509.
- (19) BVerfG, NJW 2002, S.1638.
- (20) 大気汚染による森林被害については、基本法14条1項(財産権)にもとづく基本権保護義務を承認している(BVerfG, NJW 1998, S.3264)。
- (21) BVerfG, NVwZ 2010, S.703.
- (22) BVerfG, NVwZ 2010, S.704.

- (23) je-desto 定式は、危険防御のための国家による措置の正当性審査に用いられる衡量ルールのひとつであり、様々な場面で異なった使い方がなされるが、ここではとりわけ生命・健康に対する損害が大きく見積もられるほど、損害発生の蓋然性判断に対する要求が低くなることを意味している。je-desto 定式については、さしあたり玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）334頁以下を参照。
- (24) Vgl. BVerfG, NVwZ 2010, S.704. □ 内は玉蟲。
- (25) Vgl. Bernhardt W. Wegener, Menschenrecht auf Klimaschutz?, NJW 2022, S. 425.
- (26) Vgl. Isensee, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 207.
- (27) Vgl. Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 267f.
- (28) BVerfGE 79, 174 (201f.).
- (29) BVerfG, NJW 1996, S. 651.
- (30) 学説において基本権保護義務アプローチを支持するものとして、vgl. Stephan Meyer, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, S. 894ff.; Felix Ekardt, Umweltverfassung und „Schutzpflichten“, NVwZ 2013, S. 1105ff.; Wolfgang Kahl, Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, S.117ff.; Andreas Buser, Ein Grundrecht auf Klimaschutz?, DVBl 2020, S. 1389ff.
- (31) 以下の Meyer の議論は、Meyer, a.a.O. (Fn.30), S. 896の要約である。
- (32) BVerfGE 141, 220 (272).
- (33) Robbers は、基本権保護義務について、「常に権利主体、国家そして侵害者である第三者という三極関係を前提とするものではない」と述べ、自然災害からの保護が憲法上要請されていると解している。Vgl. Gerhard Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 124. 同様の見解をとるものとして、vgl. Walter Frenz, Klimagrundrecht, DÖV 2021, S. 721.
- (34) Vgl. Kahl, a.a.aO. (Fn. 30), S. 119.
- (35) BVerfGE 157, 30, Rn. 152.
- (36) BVerfGE 157, 30, Rn. 154ff.
- (37) BVerfGE 157, 30, Rn. 158ff.
- (38) BVerfGE 157, 30, Rn. 151.
- (39) Vgl. Andreas Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 7.
- (40) Vgl. BVerfGE 88, 203 (252ff.).
- (41) BVerfG, NVwZ 2009, S.1489 (1490).
- (42) BVerfGE 49, 89 (142)
- (43) Vgl. Buser, a.a.O. (Fn. 30), S. 1393.
- (44) この点について、桑原・前掲注1・146頁以下を参照。
- (45) Vgl. Kahl, a.a.aO. (Fn. 30), S. 129.

- (46) Vgl. Kahl, a.a.O. (Fn. 30), S. 126f.
- (47) 以下の記述と関連して、桑原・前掲注1・142頁以下も参照。
- (48) BVerfGE 157, 30, Rn. 161.
- (49) BVerfGE 157, 30, Rn. 162.
- (50) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 161.
- (51) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 162.
- (52) BVerfGE 157, 30, Rn. 163.
- (53) BVerfGE 157, 30, Rn. 163.
- (54) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 164.
- (55) 本稿では、基本法20a 条違反に関する審査については立ち入らない。  
これに関しては、玉蟲・前掲注3・233頁以下を参照。
- (56) Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 113f.
- (57) Michael Sachs, Anmerkung, JuS 2021, S. 708.
- (58) BVerfGE 157, 30, Rn. 182. □ 内および強調は玉蟲。
- (59) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.
- (60) BVerfGE 157, 30, Rn. 243.
- (61) Vgl. Buser, a.a.O. (Fn. 30), S. 1392; Frenz, a.a.O. (Fn. 33), S. 722.
- (62) Vgl. Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.89ff.
- (63) Murswiek の議論も含めた、このような「帰責の理論」について詳しくは、小山・前掲注8・142頁以下を参照。
- (64) Murswiek, a.a.O. (Fn.62), S.107.
- (65) Andreas Voßkuhle/ Anna-Bettina Kaiser, Der Grundrechtseingriff, Jus 2009, S. 313.
- (66) BVerfGE 53, 30 (58).
- (67) BVerfG, NJW 1998, S. 3264.
- (68) BVerfG, NJW 1998, S. 3265.
- (69) Vgl. Sachs, a.a.O. (Fn. 57), S. 710.
- (70) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.
- (71) BVerfGE 157, 30, Rn. 184.
- (72) BVerfGE 157, 30, Rn. 184.
- (73) BVerfGE 157, 30, Rn. 185.
- (74) BVerfGE 157, 30, Rn. 185.
- (75) BVerfGE 157, 30, Rn. 185.
- (76) BVerfGE 157, 30, Rn. 186.
- (77) BVerfGE 157, 30, Rn. 186. □ 内は玉蟲。
- (78) BVerfGE 157, 30, Rn. 186.
- (79) BVerfGE 157, 30, Rn. 187.
- (80) 連邦憲法裁判所は、環境問題専門家委員会 (SRU) の分析に依拠しな

がら、気温上昇を1.75度以内に抑える場合のドイツの排出量残予算は6.7ギガトンであるが、気候保護法上2030年まで許容排出量が6ギガトンとなり、2030年以降は1ギガトンも残されていないことを指摘している。Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 231ff.

(81) Vgl. Ekkehard Hofmann, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG, NVwZ 2021, S. 1588f. また、連邦憲法裁判所自身もこのような予測を立てている。Vgl. BVerfGE 157, 30, Rn. 192.

(82) Vgl. Thies Wahnschaffe/ Felix Lücke, Die eingriffsähnliche Vorwirkung auf Freiheitsrechte als Ansatz intertemporaler Freiheitssicherung, DÖV 2021, S. 1101f.

(83) BVerfGE 157, 30, Rn. 192.

(84) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.

(85) BVerfGE 157, 30, Rn. 183.

(86) Monika Polzin, Menschenrechtliche Klimaklagen, DÖV 2021, S. 1092は、「世代を越えた自由の保障」を連邦憲法裁判所が基本権保護義務違反を否定した結果、憲法異議に理由があるとするために承認した「基本権の新たな機能」と評価する。また、Sabine Schlacke, Klimaschutzrecht-Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, S. 916も、「世代を越えた自由の保護を求める新たな基本権を創出した」と評する。これに対して、Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1101f. は、基本権そのものの機能が変化したわけではなく、あくまで介入概念に変化が生じたと見る。

(87) Schlacke, a.a.O. (Fn. 86), S. 916は、これを「介入レベルにおける基本権的防御権と国家の保護義務との協働」と評している。Schlackeは、かかる協働によってこれまでの基本権保護義務ドグマーティクの限界が越えられ、明白性の統制よりも厳格な審査が可能になったと見ているようである (Schlacke, a.a.O. (Fn. 86), S. 914ff.)。

(88) 2022年の部会決定では、世代間で自由の機会を比例的に配分することの義務づけに「将来の自由に関する基本権保護義務によって国家に課せられる義務との一致があることは、本件で国家自身による将来の基本権介入の緩和一ひいては防御権的な基本権の効果一が問題となっているということに何ら変更を生じない」とされている。Vgl. BVerfG, NJW 2022, S. 845 (Rn. 11)

(89) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1104.

(90) BVerfGE 157, 30, Rn. 192.

(91) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1104f.

(92) Vgl. Lars Oliver Michaelis, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2021, S. 574.

(93) Vgl. Hofmann, a.a.O. (Fn. 81), S. 1589; Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O.



- (Fn. 82), S.1105.
- (94) BVerfGE 157, 30, Rn. 256.
- (95) BVerfGE 157, 30, Rn. 257; 259ff.
- (96) BVerfGE 157, 30, Rn. 247.
- (97) Vgl. Michaelis, a.a.O. (Fn. 92), S.576.
- (98) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1106.
- (99) Vgl. Michaelis, a.a.O. (Fn. 92), S.577.
- (100) Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1106もそのように指摘するが、Hofmann, a.a.O. (Fn. 81), S. 1589は、連邦裁判所は気候保護法における介入に等しい事前作用が不必要であることを立証しており、相当性審査は不要となると見ている。私自身は、本文中で示した必要性審査の空転状況に鑑みて、Hofmann の評価には同意できない。
- (101) Vgl. Wahnschaffe/ Lücke, a.a.O. (Fn. 82), S.1106.
- (102) BVerfGE 157, 30, Rn. 246.
- (103) BVerfGE 157, 30, Rn. 248.
- (104) Jörg Berkemann, “Freiheitschancen über die Generationen“ ( Art. 20a GG), DÖV 2021, S. 712.
- (105) Hofmann, a.a.O. (Fn. 81), S. 1588.
- (106) 2022年の部会決定は「介入に等しい事前作用は、その時々立法者自身が大まかに把握可能なバジェットのすべてをなおも許容しうる CO<sup>2</sup>排出の基礎としていることを前提とする。こうした場合にのみ、現在の排出量の許容に引き続いて、一定のさらなる排出削減負担とそれにとまなう自由制限が法的に避けがたく生じる。」と述べており、こうした状況を生じさせているように見える。Vgl. BVerfG, NJW 2022, S. 845 (Rn. 11)



# 地方都市の中心市街地における まちづくりの現代的課題

——松本市上土町のまちづくりを事例として——

白 戸 洋

## 1 研究の概要

戦後の高度経済成長は、海外から食料・石油・資源を大量かつ安価に輸入し、臨海部での工業生産と都市での大量消費によって成し遂げられた。すなわち、大都市に集中した大規模な生産施設で大量生産を行い、それを販売する全国チェーンの販売網の展開によって、地方の商業や中山間地の農林魚業が衰退した。それにともない若者の都市への大量流出が加速し、大都市圏への一極集中が起こり、農村や中山間地では過疎高齢化に直面し、地方都市の中心市街地も衰退した<sup>(1)</sup>。

本来、地方都市の中心市街地は、都市内外に住む人々に消費財やサービスを提供する商業的な機能に加えて、人々が出会い、交流するコミュニティ機能、さらには都市に居住する人々の暮らしのニーズを充たす機能を持っている。例えば、浜田恵三は、都市の中心市街地は、単なる「市場システム」の場所だけでなく、地域の中核的な機能と役割を果たす「都市の生活空間」と位置づけ、お祭りや伝統文化の継承や地域コミュニティ形成の場など、人々が暮らしを営む場として、様々な役割があることを指摘している<sup>(2)</sup>。また山川充夫は、中心市街地の本質は、「結節点」を担う「誰もが自由で平等に結節できる空間」であ

り、「人々が集まるコミュニティの中心としての役割」と「生活上のきめ細かいニーズへの対応」が望まれていると述べている<sup>(3)</sup>。

多様な機能や役割を持つ、地方都市の中心市街地の衰退は、都市居住者にとどまらず、都市を中心とした広域の地域社会に様々な影響を与えることとなる。特に地方都市の中心市街地の商店街は、買回品を中心として、広域から消費者を誘客する広域型商店街としての性格を持つ一方で、近隣地域や中心市街地に居住する人々のニーズを充たす、最寄品や飲食・サービスを中心とした地域型商店街の性格を併せ持つ。したがって、中心市街地におけるまちづくりは、中心市街地の空洞化による人口減少や人間関係の希薄化、高齢化によって生じる買い物弱者問題などの直面する問題を解決し、地域の人々の暮らしを再生することが求められている。

長野県松本市の中心市街地に位置する上土町（あげつちまち）は、かつて松本城総掘東門近くの土を掘り上げたところで「揚土」と呼ばれたことに由来している。上土町は、大正から昭和初期に映画館を中心として娯楽のまちとして繁栄し、戦後は市街地を代表する商店街として多くの顧客を集めてきた。中心市街地の商業の中心が駅前に移った1970年代以降、駅前に開店した大型店との競合によって上土町でも商店街は衰退し、一時はいわゆる「シャッター商店街」の危機にも直面したが、「大正ロマンのまち」「映画のまち」を掲げて、50年間に亘りまちづくりに取り組み、近年は新規の開店が増え、店舗数も回復傾向にある。

上土商店街のような地方都市の中心市街地にある商店街の多くは、1970年代以降衰退の一途を辿ってきた。郊外型、駅前型の大型店との競合や中心市街地の空洞化による購買力の減退は、近隣の商店街を直撃し、さらに商業に携わる経営者も後継者問題や自らの高齢化によって苦境に立たされてきた。この状況に対して、国は様々な施策や支援制度、補助金などによって、中心市街地の活性化を試みた。多くの商店街では、国の支援制度や補助金を活用し、活性化のための調査の実

施や計画を策定し、駐車場の整備などのハード事業や様々な活性化のためのソフト事業を行なってきたが、中心市街地の衰退に歯止めがかかることはなかった。

上土町では1971年に上土商店街振興組合（以下振興組合）が設立され、商店街への誘客のための駐車場整備や共同経済事業など当時の国の政策に沿った商店街活性化の事業が取り組まれた。しかし1980年代半ば以降、商業者や住民による、商業や商店街の活性化にとどまらないまちづくりの取組みが持続的に進められてきた。その主体は、振興組合と上土町会であり、商業者と住民が協働してまちづくりの計画を策定し、計画に沿った事業を着実に実行してきた。また商店街について本来の機能のショッピング機能に加えて付加的機能としてコミュニティ機能と居住機能を位置付け、商店街の振興とまちづくりの融合を図り、「大正ロマンのまち」や「映画のまち」として上土町の歴史や文化などにこだわったまちづくりを進めてきた。

本研究では、上土町のまちづくりを事例として、地方都市の中心市街地におけるまちづくりの現代的な課題を明らかにすることを目的とする。まず資料の分析や関係者へのヒアリングによって、上土町のまちづくりの経緯や具体的な事業や取組み、これまで策定されたまちづくりに関する計画などを精査し、まちづくりのプロセスとその特徴を整理する。そのうえで、人口減少や高齢化、中心市街地の衰退などの直面する問題を踏まえて、地方都市の中心市街地のまちづくりの現代的な課題について事例を踏まえながら検討を行なう。

なお、「まちづくり」という言葉は、これまで曖昧に使用されてきた。佐藤滋は、目標概念があって、それが演繹的に運動を形づくったというよりも、さまざまな自律的な動きがひとつの言葉のもとに合流して、まちづくりという用語が成立したと指摘している<sup>(4)</sup>。また内海麻利は、まちづくりの概念は、数十年にわたる実践の中で、多様な議論が積み重ねられることで発展し続けているとして、まちづくりの固定化した定義が存在していないとしている<sup>(5)</sup>。さらに後藤春彦も都市計画によ

る「居住環境からの発想」、地域振興による「地域再生の発想」、基盤整備による「公共事業からの発想」という3つの流れがあり、その結果まちづくりという言葉が各人各様に使用され曖昧な概念となったことを指摘している<sup>(6)</sup>。

そのうえで内海は、それぞれの概念が個人の自己実現を超えて「まち」という社会的共通資産を地域社会が協力して創りあげる活動という点では共通しているとしている<sup>(7)</sup>。また小川政人は、まちづくりは地域論や商業論、都市計画、経済地理学、社会学など様々な視点から多くの定義がなされていることを踏まえたうえで、「地域に住み続けるための生活しやすい、住民を中心とした自律的で持続可能な地域社会を作ること」と定義している<sup>(8)</sup>。さらに佐藤は、まちづくりとは、地域社会に存在する資源を基礎として、多様な主体が連携・協働して、身近な居住環境を斬新的に改善し、まちの活力と魅力を高め、「生活の質」を実現するための一連の持続的な活動であるとしている<sup>(9)</sup>。

以上から、本研究においては、「まちづくり」を「地域に賦存する資源や歴史、文化、風土などを活かし、まちづくりの理念を共有しつつ、経済的な自立を目指しつつ、暮らしに関わる多様な課題やニーズを住民が主体的に解決する自律したまちづくり」として定義する。

なお本研究では、まちづくりは住民主体の内発的な取り組みであるとともに、地方都市の中心市街地の機能や役割を踏まえて、外部との関係をどう構築し、まちづくりに活かすかという点についても検討を行なう。

## 2 上土町の概要

### 1) 上土町の成り立ちと「大正ロマンのまち」「映画のまち」

上土町は、1913年に松本市役所の旧庁舎が完成し、1959年に現在地（松本市丸の内）に移転するまで、松本市の行政の中心地として大いに賑わった。そして、明治時代から上土町には旧松本電気館（のちの上土シ

ネマ)、開明座、ニュー大映(のちのピカデリー)など多くの映画館があり、庶民文化の先端を行くハイカラなまちとして栄えた。当時、上土商店街には飲食店はじめ多くの店が連なり、「今日は買い物、明日はシネマ」と、多くの買い物客で賑わった。

現在でも大正から昭和初期の建築物が多くあり、大正期の面影が残っていることから、松本を訪れる観光客にも「大正ロマンのまち」として知られている。また上土町は「映画のまち」を標榜し、様々な取組みを長期にわたっておこなってきた。2008年の上土シネマの閉館によって、現在は上土町の映画館はすべて廃業しているが、ピカデリーと上土シネマの建物は残っており、ピカデリーは上土劇場として、演劇や映画上映などに活用されている。また「松本電気館」として大正期に開館した上土シネマについても再生計画が策定され、2021年10月にその一歩として、所有者との間で賃貸契約が結ばれ、上土大正ロマンのまちづくり協議会が建物を管理し、視察などの会場として使用されている。

さらに2022年初頭には市内の歴史的建造物を使って開催された「松本建築芸術祭」において、上土町の白鳥写真館、下町会館、上土劇場、かめのや、松本館とともに会場となり、周辺を回遊する観光客など2週間で約6万人が来街した。また2021年には、「流浪の月」や「太陽とボレロ」などの映画のロケが周辺で行なわれ、2022年に作品が封切られてからは、大正ロマンの街並みや旧松本電気館、旧松本市役所を模した上土団地などを訪れる観光客などの来街者の増加が顕著となっている。

## 2) 人口

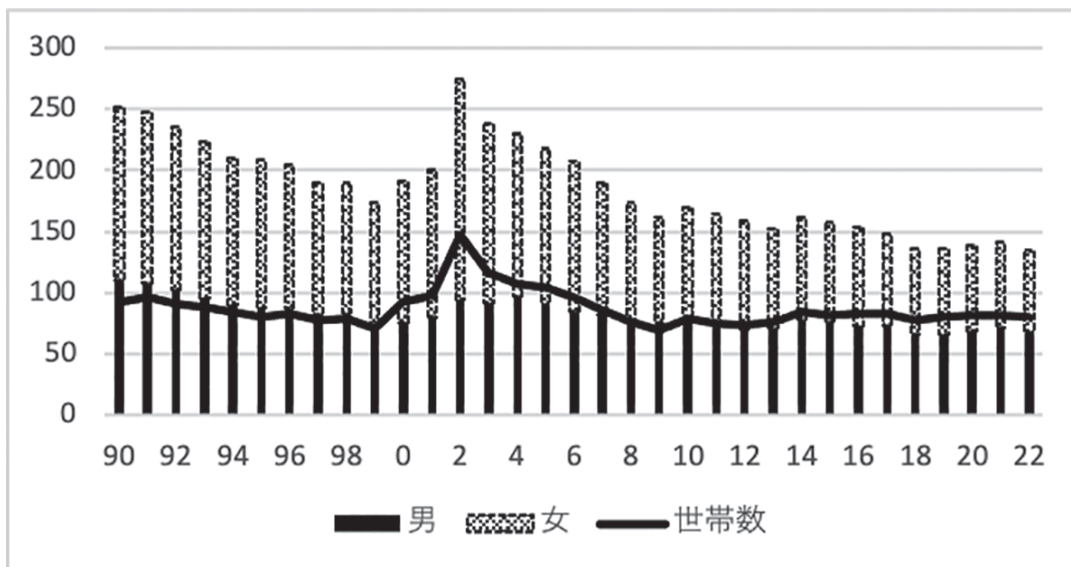
上土町は他の中心市街地の商店街と異なり、商業地と住宅地が一体となっており、2022年1月時点で、80世帯135人(男性67人、女性68人)が上土町に居住している。図1に示す通り、上土町の世帯数および人口は、ともに減少傾向にある。松本市営上土団地が完成し入居が始まったことで、2002年に一時的に増加したもののその後は再び減少し

ている。

表1は松本市、中央地区、上土町のそれぞれの2000年以降の人口と世帯数の推移を示しているが、図2の通り松本市と中央地区の人口は近年横ばいであるのに対し、上土町は高齢化や若年層の流出により減少傾向にある。近年の上土町の人口減少が、中央地区の人口に比べ大きいのは、上土町では新規のマンション建設がないためである。

また松本市の統計では、町会別の人口が1980年より集計されているが、1980年の上土町の世帯数は107世帯で人口は298人となっており、2022年までの42年間の世帯数と人口の減少率は、それぞれ25%と55%で、独居世帯や高齢世帯の割合が増えていると考えられる。

図1 上土町の人口・世帯数の推移（1990年～2022年）



出所：松本市の人口統計から作成

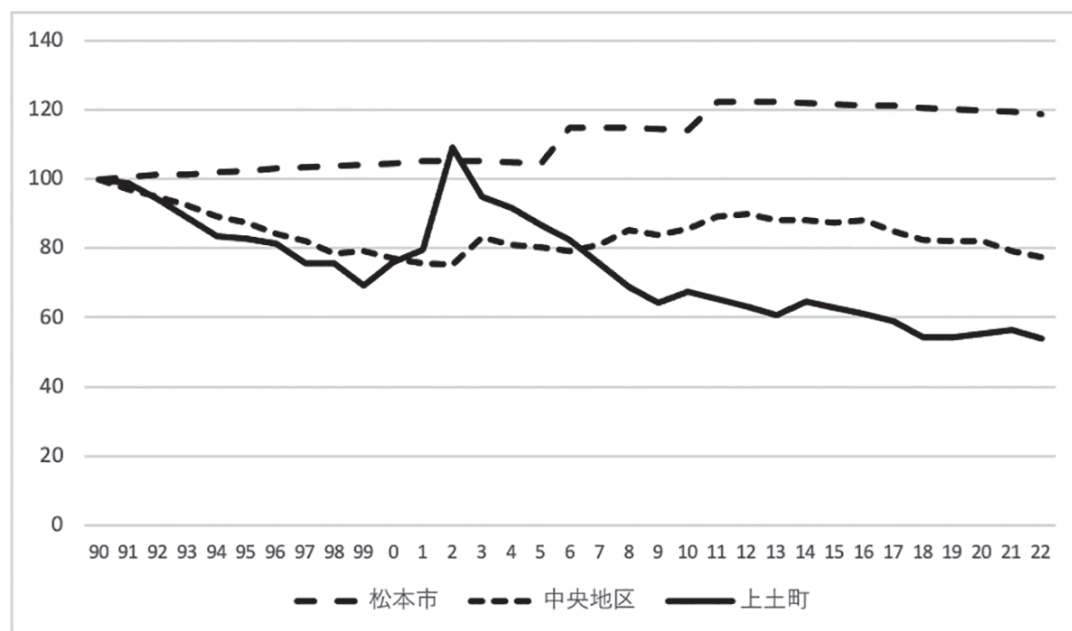


表 1 松本市、中央地区、上土町の人口・世帯数（1990年～2022年）

|      | 松本市     |         |         |         | 中央地区  |       |       |       | 上土町 |     |     |     |
|------|---------|---------|---------|---------|-------|-------|-------|-------|-----|-----|-----|-----|
|      | 世帯数     | 男       | 女       | 合計      | 世帯数   | 男     | 女     | 合計    | 世帯数 | 男   | 女   | 合計  |
| 1990 | 67,215  | 97,664  | 101,527 | 199,191 | 1,118 | 1,337 | 1,581 | 2,918 | 93  | 111 | 140 | 251 |
| 1991 | 68,392  | 98,272  | 101,832 | 200,104 | 1,135 | 1,296 | 1,531 | 2,827 | 97  | 108 | 140 | 248 |
| 1992 | 69,919  | 99,047  | 102,521 | 201,568 | 1,122 | 1,237 | 1,534 | 2,771 | 91  | 102 | 134 | 236 |
| 1993 | 70,900  | 99,389  | 102,701 | 202,090 | 1,089 | 1,222 | 1,475 | 2,697 | 88  | 96  | 127 | 223 |
| 1994 | 71,992  | 99,900  | 103,107 | 203,007 | 1,063 | 1,188 | 1,414 | 2,602 | 84  | 90  | 120 | 210 |
| 1995 | 73,502  | 100,645 | 103,484 | 204,129 | 1,043 | 1,167 | 1,379 | 2,546 | 80  | 88  | 120 | 208 |
| 1996 | 75,245  | 101,175 | 104,046 | 205,221 | 1,034 | 1,112 | 1,343 | 2,455 | 83  | 88  | 116 | 204 |
| 1997 | 76,535  | 101,743 | 104,483 | 206,226 | 996   | 1,091 | 1,302 | 2,393 | 77  | 82  | 108 | 190 |
| 1998 | 77,615  | 101,974 | 104,711 | 206,685 | 956   | 1,040 | 1,253 | 2,293 | 79  | 84  | 106 | 190 |
| 1999 | 78,750  | 102,426 | 105,226 | 207,652 | 989   | 1,049 | 1,258 | 2,307 | 71  | 74  | 100 | 174 |
| 2000 | 79,993  | 102,655 | 105,644 | 208,299 | 1,001 | 1,023 | 1,223 | 2,246 | 93  | 76  | 115 | 191 |
| 2001 | 81,231  | 103,258 | 106,197 | 209,455 | 987   | 999   | 1,205 | 2,204 | 98  | 79  | 121 | 200 |
| 2002 | 82,111  | 103,237 | 106,508 | 209,745 | 1,006 | 979   | 1,218 | 2,197 | 147 | 95  | 179 | 274 |
| 2003 | 82,434  | 103,143 | 106,369 | 209,512 | 1,101 | 1,096 | 1,327 | 2,423 | 116 | 92  | 146 | 238 |
| 2004 | 82,861  | 102,738 | 106,166 | 208,904 | 1,077 | 1,079 | 1,283 | 2,362 | 107 | 97  | 133 | 230 |
| 2005 | 83,300  | 102,526 | 105,988 | 208,514 | 1,080 | 1,071 | 1,267 | 2,338 | 104 | 91  | 127 | 218 |
| 2006 | 90,745  | 112,332 | 116,473 | 228,805 | 1,059 | 1,057 | 1,254 | 2,311 | 97  | 85  | 122 | 207 |
| 2007 | 91,350  | 112,380 | 116,434 | 228,814 | 1,095 | 1,081 | 1,280 | 2,361 | 86  | 82  | 108 | 190 |
| 2008 | 91,915  | 112,195 | 116,362 | 228,557 | 1,143 | 1,152 | 1,332 | 2,484 | 76  | 76  | 97  | 173 |
| 2009 | 92,583  | 112,121 | 116,340 | 228,461 | 1,132 | 1,145 | 1,304 | 2,449 | 70  | 76  | 85  | 161 |
| 2010 | 92,768  | 111,670 | 115,968 | 227,638 | 1,180 | 1,161 | 1,342 | 2,503 | 79  | 80  | 89  | 169 |
| 2011 | 99,035  | 119,331 | 124,125 | 243,456 | 1,227 | 1,205 | 1,399 | 2,604 | 75  | 74  | 90  | 164 |
| 2012 | 99,925  | 119,535 | 124,228 | 243,763 | 1,231 | 1,215 | 1,412 | 2,627 | 74  | 70  | 89  | 159 |
| 2013 | 101,321 | 119,441 | 124,178 | 243,619 | 1,227 | 1,204 | 1,371 | 2,575 | 76  | 71  | 81  | 152 |
| 2014 | 102,015 | 119,200 | 124,071 | 243,271 | 1,245 | 1,208 | 1,363 | 2,571 | 84  | 78  | 84  | 162 |
| 2015 | 102,541 | 118,710 | 123,736 | 242,446 | 1,236 | 1,199 | 1,355 | 2,554 | 82  | 77  | 81  | 158 |
| 2016 | 103,007 | 118,448 | 123,348 | 241,796 | 1,242 | 1,206 | 1,361 | 2,567 | 83  | 73  | 80  | 153 |
| 2017 | 103,718 | 118,197 | 123,075 | 241,272 | 1,215 | 1,164 | 1,311 | 2,475 | 83  | 73  | 75  | 148 |
| 2018 | 104,483 | 117,745 | 122,597 | 240,342 | 1,201 | 1,126 | 1,278 | 2,404 | 78  | 66  | 70  | 136 |
| 2019 | 105,278 | 117,337 | 122,298 | 239,635 | 1,202 | 1,120 | 1,279 | 2,399 | 80  | 66  | 70  | 136 |
| 2020 | 105,890 | 116,968 | 121,769 | 238,737 | 1,202 | 1,125 | 1,272 | 2,397 | 81  | 69  | 70  | 139 |
| 2021 | 106,734 | 116,609 | 121,361 | 237,970 | 1,173 | 1,083 | 1,232 | 2,315 | 82  | 72  | 70  | 142 |
| 2022 | 107,309 | 116,174 | 120,794 | 236,968 | 1,160 | 1,056 | 1,207 | 2,263 | 80  | 67  | 68  | 135 |

出所：松本市の人口統計から作成

図 2 松本市、中央地区、上土町の人口の推移（1990年を100とする）



出所：「松本市の統計」から作成

### 3) 商店街の趨勢

#### ① 「横のデパート」としての上土商店街

上土町は、江戸時代には松本城の一部として、牢獄や馬出しなどがあり、明治以降に生まれたまちである。1988年に上土まちづくり協議会によって策定された「上土町基本計画」では、上土町が、かつての城下町の中心を占め、城下町時代から一定の商業的繁栄の素地を持っていたが、繁華街として栄えたのは、松本城外堀の一部が埋め立てられ、市役所などの施設が上土周辺に集まった明治に入ってからとしている。文字通り松本の中心として上土が機能したのは、大正時代から昭和初期にかけての時期であり、上土で商売を始めてこの時期に大きく成長し、後に大規模な店舗展開を進めた老舗も少なくないとしている<sup>(10)</sup>。

大正時代に入った1913年に松本市役所庁舎が完成し、昭和初期までは、芝居小屋や芝居小屋から転業した映画館、それらに来る客を対象としてカフェや食堂、ミルクホール、キャバレーなどの娯楽を楽しむまちとして栄えた。特に映画館には、松本50連隊の兵士や旧制松本高等学校の学生、片倉製糸工場で働く女工など若者が押しかけ、「映画のまち」として多くの人々を集めた。

表2は、1950年以降の地図や商店街の案内図などをもとに商店街関係者のヒアリングなどを通じて調査を行ない、業種別に店舗数を推計した結果をまとめたものである<sup>(11)</sup>。最も店舗数が多かった1961年には124店舗となっており、松本を代表する商店街として繁栄し、衣料品、身回り品、文化品という買回品を扱う店舗が集中したいわゆる「横のデパート」として市民の買い物の場となっていた。1988年に長野県中小企業総合指導所松本支所などによって実施された「松本市上土町・緑町特定大型店進出商店街診断」の報告書では、上土商店街の特徴として、飲食・サービス業のウェイトが高く、映画館などの娯楽施設も集積し「レジャーゾーン」を形成している。またメガネやスポーツ、化粧品、時計店、洋菓子店など文化品や準回購性の高い業種が目立っていると指摘されている<sup>(12)</sup>。

表2 上土町の商店店舗数の推移

|         |        | 1950 | 1961 | 1986 | 1997 | 2006 | 2015 | 2022 |
|---------|--------|------|------|------|------|------|------|------|
| 買回品     | 衣料品店   | 7    | 9    | 6    | 7    | 3    | 2    | 2    |
|         | 身の回り品店 | 4    | 5    | 6    | 1    | 1    | 1    | 1    |
|         | 文化品店   | 17   | 22   | 21   | 12   | 5    | 7    | 7    |
|         | 小計     | 28   | 36   | 33   | 20   | 9    | 10   | 10   |
| 最寄品     | 食料品店   | 15   | 11   | 7    | 7    | 5    | 6    | 3    |
|         | 菓子店    | 13   | 10   | 9    | 6    | 7    | 4    | 4    |
|         | 日用品店   | 6    | 6    | 2    | 5    | 2    | 1    | 0    |
|         | 小計     | 34   | 27   | 18   | 18   | 14   | 11   | 7    |
| 飲食・サービス | 飲食店    | 20   | 32   | 41   | 39   | 15   | 37   | 42   |
|         | サービス店  | 24   | 29   | 15   | 18   | 13   | 16   | 17   |
|         | 小計     | 44   | 61   | 56   | 57   | 28   | 53   | 59   |
| その他     | 5      | 5    | 6    | 6    | 4    | 6    | 8    |      |
| 合計      | 111    | 129  | 113  | 101  | 55   | 80   | 84   |      |
| 商店合計    | 106    | 124  | 107  | 95   | 51   | 74   | 76   |      |

出所：商店街関係者へのヒアリングや住宅地図などを基に作成

## ② 上土商店街の衰退とその要因

松本の旧城下町に位置する商店街の衰退が始まったのは、1960年代以降である。1960年代に松本駅周辺の再開発が計画され、それ以降松本では城下町時代以来の老舗を中心とした旧城下の商業地と、大型店舗を核とした駅前商業地の間で競合が始まった。1970年代以降は、地方におけるモータリゼーションの進行を背景に市街地に隣接する住宅地や郊外に大型店が進出し顧客の流出が激しくなった。さらに1980年代に入ると、コンビニエンスストアやディスカウントストア、ファミリーレストランなど沿道立地型の商業地が広域に分散し、市街地の商業環境は大きく変化した。

中心市街地の商店街と同様に、上土商店街でも同時期に商業環境の変化を受けて衰退が始まった。「上土町基本計画」は、1989年当時の上土町を「商都」松本の中で代表的な「さびれた街」と指摘している。さらに上土町がさびれはじめたのは、市街地において商業活動の重心が移動を始めた1960年代以降 旧城下町の古い商店街が徐々に衰退し、まちのはずれに設けられた鉄道駅周辺へと商業の重心が移っていったとしている<sup>(13)</sup>。

表3と表4は、商店の構成割合の推移と1961年を100とした商店数の増減指数をそれぞれ示しているが、総商店数や業種別商店数の推移を踏まえながら、上土商店街の衰退の経緯を整理してみたい。

表3 上土町の商店の業種別構成割合

|         |        | 1950 | 1961 | 1986 | 1997 | 2006 | 2015 | 2022 |
|---------|--------|------|------|------|------|------|------|------|
| 買回品     | 衣料品店   | 7%   | 7%   | 6%   | 7%   | 6%   | 3%   | 3%   |
|         | 身の回り品店 | 4%   | 4%   | 6%   | 1%   | 2%   | 1%   | 1%   |
|         | 文化品店   | 16%  | 18%  | 20%  | 13%  | 10%  | 9%   | 9%   |
|         | 小計     | 26%  | 29%  | 31%  | 21%  | 18%  | 14%  | 13%  |
| 最寄品     | 食料品店   | 14%  | 9%   | 7%   | 7%   | 10%  | 8%   | 4%   |
|         | 菓子店    | 12%  | 8%   | 8%   | 6%   | 14%  | 5%   | 5%   |
|         | 日用品店   | 6%   | 5%   | 2%   | 5%   | 4%   | 1%   | 0%   |
|         | 小計     | 32%  | 22%  | 17%  | 19%  | 27%  | 15%  | 9%   |
| 飲食・サービス | 飲食店    | 19%  | 26%  | 38%  | 41%  | 29%  | 50%  | 55%  |
|         | サービス店  | 23%  | 23%  | 14%  | 19%  | 25%  | 22%  | 22%  |
|         | 小計     | 42%  | 49%  | 52%  | 60%  | 55%  | 72%  | 78%  |
| 商店合計    |        | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% |

出所：表2より作成

表4 上土町の商店数の増減指数（1961年を100とする）

|         |        | 1950 | 1961 | 1986 | 1997 | 2006 | 2015 | 2022 |
|---------|--------|------|------|------|------|------|------|------|
| 買回品     | 衣料品店   | 78   | 100  | 67   | 78   | 33   | 22   | 22   |
|         | 身の回り品店 | 80   | 100  | 120  | 20   | 20   | 20   | 20   |
|         | 文化品店   | 77   | 100  | 95   | 55   | 23   | 32   | 32   |
|         | 小計     | 78   | 100  | 92   | 56   | 25   | 28   | 28   |
| 最寄品     | 食料品店   | 136  | 100  | 64   | 64   | 45   | 55   | 27   |
|         | 菓子店    | 130  | 100  | 90   | 60   | 70   | 40   | 40   |
|         | 日用品店   | 100  | 100  | 33   | 83   | 33   | 17   | 0    |
|         | 小計     | 126  | 100  | 67   | 67   | 52   | 41   | 26   |
| 飲食・サービス | 飲食店    | 63   | 100  | 128  | 122  | 47   | 116  | 131  |
|         | サービス店  | 83   | 100  | 52   | 62   | 45   | 55   | 59   |
|         | 小計     | 72   | 100  | 92   | 93   | 46   | 87   | 97   |
| その他     |        | 100  | 100  | 120  | 120  | 80   | 120  | 160  |
| 合計      |        | 86   | 100  | 88   | 78   | 43   | 62   | 65   |
| 商店合計    |        | 85   | 100  | 86   | 77   | 41   | 60   | 61   |

出所：表2より作成

1978年に近隣型の小規模なローカル・スーパー「松電ストアー」が、中心市街地と隣接する住宅地に1号店を出店し、その後、市内各地に

次々と出店した。その結果、市街地で営業していた近隣の個人商店の廃業が始まり、上土商店街でも同様にその影響を受け、1961年で27店舗あった食料品店や日用品店など最寄品店が、1986年には18店舗と30%以上大きく減少した。

一方で、同時期に駅前土地画整理事業が完成し、松本駅周辺の開発が進み、地元資本の「井上百貨店」や駅ビル「セルヴァン」、「イトーヨーカドー松本店」などの大型店の出店が相次ぎ、松本の中心市街地の商業の中心が駅前に移っていった。さらに「ジャスコ」を中核とするショッピングセンター「カタクラモール」や「パルコ松本店」などの全国チェーンの大型店が中心市街地に新たに出店し、1990年代に入ると「ジャスコ南松本店」や「ダイエー松本店」、「イトーヨーカドー南松本店」など、松本市南部郊外にも大型店の出店が相次いだ。市街地の商店街の中で駅からもっとも離れ、「カタクラモール」にも近い上土商店街は大きな影響を受け<sup>(14)</sup>、1991年以降の「平成不況」の影響も重なり、1990年代以降、上土商店街では身の回り品や文化品などを扱う買回品店の閉店が始まり、買回品店が1997年には20店舗となり、33店舗あった1986年から39%減少した。「松本市上土町・緑町特定大型店進出商店街診断」の報告書は、上土商店街については、1978年の歩行通行量（日本生命前）が4985人に対し、調査した1987年には2774人となり44.1%の減少となっており、六九商店街と隣接する緑町商店街を含めた商店街（大手1～5丁目）の売上も経営実態調査から1982年から1985年の間に物販業で66.3%、飲食業で63.4%と減少していると指摘している<sup>(15)</sup>。

さらに2000年代に入ると1998年に施行された「まちづくり3法」によって中心市街地における小売業の出店規制が緩和され、スーパーマーケットやホームセンター、飲食店などが入った大型ショッピングセンターが市街地に近接して開業した。その影響を受け、2006年には買回品店が9店舗となり、1996年と比較して55%減少した。さらに比較的安定していた飲食店やサービス店も2000年前後に経営者の後継者

問題や景気の悪化によって閉店が相次ぎ、2006年には28店舗となり、1997年の店舗数の半数となった。

このような外部環境の変化と経営者の高齢化などの内部要因によって2006年の上土商店街の店舗数は51店舗となり、1986年と1997年の総店舗数から52%および47%それぞれ減少し、最盛期である1961年の店舗数の41%となった。さらに「映画のまち」として、最盛期には上土に6つの映画館が開業していたが、2008年の上土シネマ（旧松本電気館）の閉館をもってすべての映画館が廃業し、まちは活気を失った。2000年後半には空き店舗も目立つようになり、商店街としての上土町はかつての面影を失ってしまった。

### ③ 上土商店街の現状

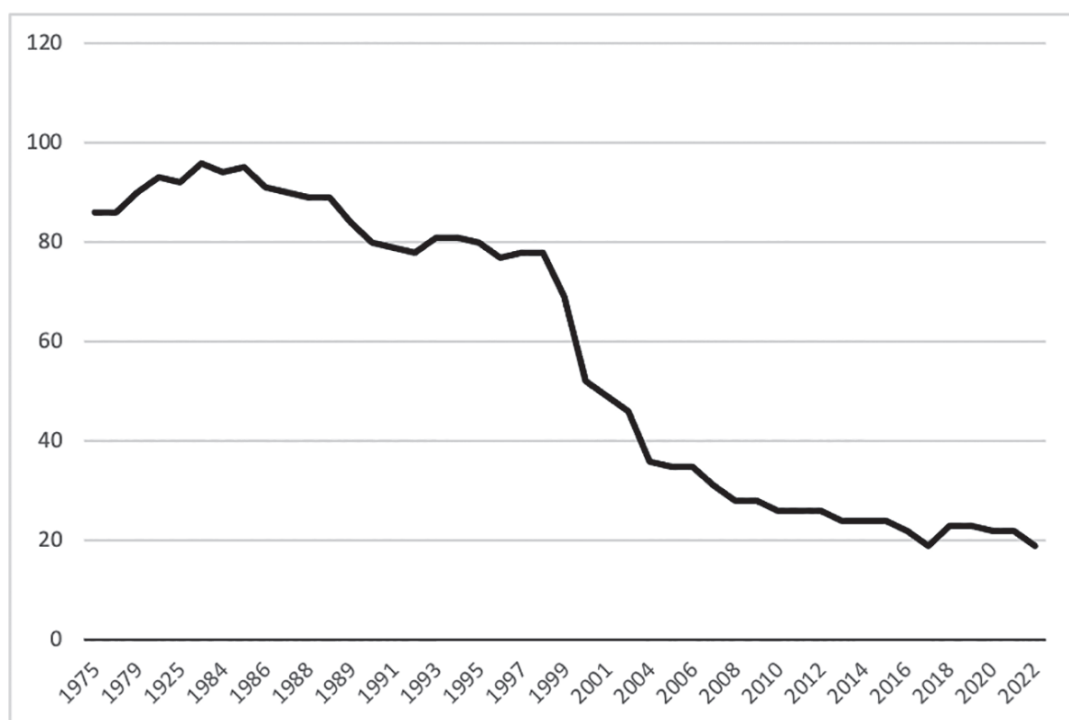
2022年10月現在で上土商店街の総商店数は76店舗であり、1961年の総商店数124店舗と比較して4割減少している。さらに業種別の商店構成の変化をみると1961年では買回品36店舗、最寄品27店舗、飲食・サービス61店舗であったが、2022年には買回品10店舗（1961年を100として28）、最寄品7店舗（同26）、飲食・サービス59店舗（同97）となり、飲食・サービス以外は7割以上の大きな減少となっている。

しかし映画館の閉店が続き「シャッター商店街」の危機に直面した2006年と比較すると総店舗数で149%となっており、2000年代終盤からは回復傾向にある。その要因は、飲食店が15店舗から41店舗に増加したことにある。またサービス店も美容室などの新規開店により13店舗から17店舗へと増加している。最寄品店が14店舗から7店舗へと半減しているものの飲食・サービスの店舗が増加したことで空き店舗はほぼ解消された。この結果、2022年現在で飲食・サービスの店舗の全体に占める割合は78%となった。

一方で振興組合の組合員数は2022年で19にとどまっており、最も組合員数が多かった1982年の96と比較して2割にあたり、上土町にある全商店76店舗の25%に過ぎない。図3に振興組合の組合員数の推移を示しているが、商店数の減少に伴い1990年代以降減少傾向にあったが、

2000年代に入ると大きく減少した。これは、新規出店者が加入しないことに加えて、駐車場などの整備に関わり、振興組合が国から借り入れた負債の返済が要因となっている。

図3 上土商店街振興組合の会員数の推移



出所：上土商店街振興組合のデータから作成

### 3 上土町におけるまちづくりの取組み

#### 1) 上土商店街振興組合の設立と駅周辺整備事業の影響に対応する取組み

上土町においてまちづくりの取組みが始まったのは、地方都市の中心市街地の衰退が始まった1970年代からである。1971年に上土商店街振興組合が設立され、商店街の振興に向けて様々な事業を行なった。集客を目的とした歳末謝恩セール（1972年）を実施したほか、イベントとして上土子どもアニメ祭りの開催（1976年から1992年まで毎年開催）や子ども祭り（1979年）なども開催した。また、婦人会館を買い取り「上

土会館」として改修（1973年）、歩道・街路灯の整備などの基盤整備や20代の若手組合員による企画・実行部隊の組織化（1978年）などの商店街の活性化に取り組んだ。さらに商店街を歩行者天国にしてちびっ子路上運動会（1972年）や中心市街地の夏祭りである「松本ぼんぼん」へのあげつち連の参加（1976年）などまちづくりに関わる取組みも行なった。

1970年代に始まった駅周辺整備計画の推進に伴う、駅ビルやイトーヨーカドーなどの大型店舗の駅前集中化によって、松本市の中心市街地は環境変化に直面した。その影響を受けて、旧来の市街地に位置する商店街が衰退する中で、駅から最も離れた場所に位置する上土商店街にも大きな影響がもたらされ、商店街の衰退が始まった。外部環境の変化に対応するべく、1979年代末から本格的なまちづくりへの取組みが始まり、現在に至るまで継続して行なわれてきた。

1979年には、駅周辺整備計画の推進に伴う大型店舗の駅前集中化に起因した商店街衰退の危機に対応するために、「上土商店街再開発基本構想」が、専門家による調査研究をもとに振興組合によって策定された。構想では商店街衰退の危機に対して「昔から映画館を中心とした歓楽街として発展し現在（当時）でも飲食店・娯楽・サービス業等が30%を占める商業的環境の認識に立脚して、小売業と飲食・娯楽・サービス業の共存共栄を図り、それぞれの発展の中で騒動効果を高めユニークで魅力ある商店街の再開発を志向していく」としている。具体的には、道路整備、駐車場整備、歩道の設置、松本城の密着、松本城周辺地域との連携によって憩いの場所、緑地帯など有効な空地を作る、南北入り口から客を誘客する施設整備、バスセンター・文化施設の設置などのハード整備を提案している。

さらに長野県中小企業総合指導所松本支所は、松本市、長野県中小企業団体中央会松本支所、松本商工会議所に協力のもと1987年4月から1988年2月まで商店街診断を実施し、その結果を「松本市上土町・緑町特定大型店進出地域商店街診断報告書」として取りまとめた。こ



の商店街診断は、大型店の進出あるいは駅前地区への商業集積が進んだことによって地盤沈下が進み、加えてほとんどの店舗の老朽化が進んだ上土町と緑町の商店街について、近代化の目標を明示し、その目標を実現するための具体的な方策を提示することを目的とした。報告書では、上土商店街は飲食・サービス業や映画館などの娯楽施設が集積し、文化品や準回購性の高い業種が目立つとしたうえで、両商店街の課題として、①大型店の急速な出店、②市街地人口の伸び悩み、③商店数、販売額の減少など商業力の低下、④消費者意識・行動の変化への対応をあげている。

近代化に関する取組みとして、①回遊性をたかめる他商店街との機能分担の明確化と「歴史を感じる落ち着いたある街並み」など街の個性化を図る、②組織運営の強化と共同事業の活発化、③都市計画事業の道路整備に合わせた近代化事業の検討、④個店レベルの向上を提起している。

## 2) 「上土町基本計画」によるまちづくり

上土町において商業者や住民が主体的にまちづくりへの取組みを始めたのは、1988年度の「上土町基本計画」を策定したことによる。「上土町基本計画」は、振興組合と町会が「上土まちづくり協議会」として、共同で調査・研究をおこなった「まちの将来計画」として取りまとめられてものである。調査・研究は当時振興組合の開発委員会の委員長を務めていた鈴木秀三郎氏などの「フロンティア上土」のメンバーを中心に、地元の商業者や住民が主体となって進められ、コンサルタントとして松商学園短期大学や信州大学から専門家が参加した。

報告書では、商業について顧客の高齢化や若年層に対する顧客開拓の失敗に起因する買い物客の減少と客単価の停滞によって売り上げの減少が顕著であり、来街者数における買い物客比率も低下していることを問題として指摘している。この問題を解決するためには、誘客力のある施設の誘致・整備や来街しやすい環境・施設の整備、誘客力のある臨時行事（イベント）の開催などを通じて町に来る人を増やす「来

街者数の増加」に加え、来た人に買い物をさせる「買い物客比率の向上」、さらに買い物客の買う額を増やす「客単価の増加」が必要であるとしている。戦略的なシナリオとしては、観光客の来街の誘導、誘客施設の誘致・整備、総合的な交通対策と回遊路の設定、イベントの開催、地元若年層の来街などによってある程度まで街の賑わいが戻り、そのうえで「たまには行ってみたいおしゃれな街」として買い物客比率が高めるとしている。

さらに上土町は南北に縦貫する「表通り」とこれに直交する「小路」5本、「裏通り」2本で構成されているが、地区としての上土には雑多な要素が混在し、視覚的にも内容的にも統一性が薄い一方で、短い街路単位で見ると統一性と魅力を秘めた街並みがいくつもあるとしている。このような街並みの魅力を活かすために、ハードウェアの基本戦略として、i 総合的な自動車対策、歩道の整備、駐車場の設置などによる歩行者の安全の確保、ii 古い建築の保存と活用による生きた博物館としての商店街イメージづくり、iii 多目的ホールを設置による核となるスペースとしてひろばの確保、iv 歩道の整備・街路灯の設置、ストリートファニチャー、中町や縄手との連携などによる松本城から上土を通る回遊路の設置をあげている。

「たまには行ってみたいおしゃれな街」というコンセプトに基づき、来街者を惹きつけるイベントとして、「大正ロマンフォトコンテスト」撮影会や大正ロマンのまち「上土映画祭」（1988年）、「あげつち寄席」・名作のポスター展（1992年）などが開催された。またハード面の整備についても歩道の整備や街頭の設置、人が集まる場としての上土ふれあいホールの建設などを着実に進めた。

### 3) まちの景観形成に関する取組みと「大正ロマン」のまちづくり

上土のまちづくりの取組みの中で特に注目すべきは、まちの景観形成に関する取組みと「大正ロマン」のまちづくりである。上土町では1980年代からの大型店の出店による商店街の衰退に対して、大型店と差別化できる商店街のあり方を模索したことをきっかけに、まちの歴

史を踏まえた「大正ロマンのまち」や「映画のまち」を掲げたまちづくりに取り組んできた。

「上土町基本計画」において、歴史的建造物をまちづくりに活用することが、最初に提案された。上土町には歴史を感じさせる建築物が多いだけではなく、なまこ壁を多用した蔵造りや疑似高層建築、疑欧風の看板建築、ネオンサイン群など種類が豊富であり、将来的にこれらを保存・再生していくことを提案している。従来は、土地を更新したうえですべてを新しくすることが再開発・整備の手法であったが、各地で歴史的建築物の保存・修復がなされているが、上土町においては、その保存に対する認識は低く、商家や民家については資料等が散逸しており、歴史的建築物が急速に姿を消しつつある現状では早期に計画を実施することを求めている。その上で、町内の既存の建物に関する資料の収集と保存方法の検討、ファザードや彫刻が入ったタイルや建材の一部の保存、建築物の転用、新規の建築計画における外観などをそのまま転用などを通じて、街並みの整備を進め、上土商店街のアイデンティティを確立することを提案している。またこのような計画には、土地所有権などの微妙な問題も避けられず、また民家や一般住宅には商店街活性化の趣旨に理解を求め、協力してもらう必要があるとし、実現に向けては長期的な取組みとなるとしている。さらに観光客の誘導を意識して、明治期以降の都市生活に関する資料や生活用具、生活場面の再現、映画関係の資料などを展示する「都市生活博物館」などの、古い建築の保存と活用によって、商店街イメージの創出が提言され、1989年には商店街の中心にガス燈が整備された。

「大正ロマンのまちづくり」が本格的に取り組まれるきっかけとなったのは、1990年代末に上土町に所在する日本生命保険相互会社松本支社（旧松本市役所跡）が移転することになり、対案づくりに取り組んだ「新まちづくり基本計画」の策定である。当初松本市から跡地利用について全面公園化の提案があったが地元は反対し、上土商店街の活性化の観点から1992年に設立された「大正ロマンのまちづくり協議会」が主

体となって対案づくりに取り組み、検討の結果を1997年に「新まちづくり基本計画」としてとりまとめた。「新まちづくり基本計画」は、鈴木秀三郎氏などの若手組合員に加えて、まちづくりの専門家である三村晃氏、建築家の児野登氏、中小企業団体中央会事務局の馬場智也氏など商業者や住民を主体として策定された。

それまで上土町では「上土町基本計画」のコンセプトに沿って、「商店街パティオ事業」の研究を続けていたが、市から「特定公共賃貸住居制度」の導入による「店舗併用住宅」を提示され、「商・住一体のまちづくり」という要素を加え、基本計画を見直し新しいまちづくりの基本計画を策定した。特にお城下町3町の共存・共栄を目途としたまちづくり推進協議会との協調のなかで新基本計画として策定された。

「新まちづくり基本計画」では、日本生命跡地への拠点施設の建設とお城下町ゾーンにおける回遊計画の実現、街並み整備・修景事業の継続と土地・建物の有効利用計画の策定が行なわれ、日本生命跡地に関しては「大正ロマン」をイメージする西洋風建築の再現と街並み整備・修景プランとして土地・建物有効利用プロジェクトによる都市機能の再生とまちづくり協定・デザインコードに関するチェック機能の充実と取り扱い規定の制定などが提言された。

計画では、現状に対する課題設定として、娯楽性の高いまちでありながら、物販と飲食・サービス相互間の相乗効果が現れていないため、商店街としてのアピール性が乏しく、各個店の持つ「個性」を集約しながら商業機能として明確な統一テーマを持設定することが必要であるとしている。さらに上土商店街の商業機能として、本来的機能のショッピング機能に加えて付加的機能としてコミュニティ機能と居住機能を位置付けている。

コミュニティ機能としては、地域との密着を図り人間的なふれあいなどのコミュニティ・センターとしての機能（コミュニティ性）、まちの賑やかさをもたらす伝統行事を演出する機能（開放性）、まちの快適さを創出するまち景観を創出する機能（快適性）、歴史文化資産の活用に

よる歴史文化を誘導する機能（文化性・ファッション性）が提案された。さらに具体的には、青空市や地域住民参加型のイベント（コミュニティ性）、商店街のカフェテラス（開放性）、看板・ストリートファニチャー、修景事業、デザインコード（快適性）、展覧会・歴史文化資産の保存運動（文化性）が提言されている。また居住性については、商住一体のまちづくり機能が提言されていて、都市生活の満足感を実現するために居住空間としての魅力や安心感の確保が提言されている。

この計画では、デザインコードに向けて提言を行なっている。上土町では「大正ロマンのまち」を標榜し、まちづくりの指針を作成し、その中で街路空間を構成する建物の設計指針として、地元の建築家で構成されている「まちづくり委員会」の専門的視点も加え1992年にデザインコードを作成した。すなわち上土町が開かれた当時の人々の”心“に学び、”技“に習うと同時に、先進的な精神の継承を基本とし、歴史と新しい個性あふれるまちを目指し、デザインコードの精神として、①「精神の継承」：時代の先進的な心意気と情熱、②「職人の技」：手仕事とそのぬくもり、③「素材の選択」：洗い出し・レンガ・素焼きタイル・漆喰などの自然の素材の活用、④「形態」：擬洋風の魅力・近代以前の西洋建築と新進たる現代の表現の4項目をあげている。

この「新まちづくり基本計画」にもとづき、地元から提案された案に沿って、松本市は2001年に「特定公共賃貸住居制度」の導入による「店舗併用住宅」として外観は旧松本市役所を模した「松本市営上土団地」の建設をおこなった。

さらに「新まちづくり基本計画」のデザインコードに基づき、「歴史を伝える新しいまちづくり」の一環として、1992年に上土ふれあいホール・立体駐車場を建設し、1995年に松本市の「まちなみ環境整備事業」により、上土町内にあった旧青柳化粧品店の擬洋風建築のファサードを保存利用した「松本市下町会館」が建設され、その後一つ橋のガス灯や下町会館の「東門の井戸」なども整備された。旧青柳化粧品店ファサードを保存利用した「松本市下町会館」は、当初取り壊す計画

であったが、地元住民の保存運動の結果、市の小規模な公園を整備する計画を変更させ、曳家を行なったうえで市の施設として保存・整備することとなった。

大正ロマンを体現するまちづくりについてハード面の整備がすすめられた一方で、大正ロマンをコンセプトとした様々な事業が展開されてきた。1990年から始まった「大正ロマンのまちづくり映画祭」は、商店街の誘客にとどまらず、上土町を「大正ロマンのまち」として発信することをめざし、名作のポスター展（1992年）や無声映画とハーモニカのゆうべ（1994年）などを併せて開催された。また「あげつち寄席」の開催（1994年から開始）や人力車の導入や「全国人力車サミット・まちづくりフォーラム」の開催（1993年）、駄菓子屋ロマン館の開設（1994年）など「映画のまち」「大正ロマンのまち」をコンセプトとするイベントや事業が展開された。

#### 4) 「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」の策定と旧松本電気館の再生

2000年代に入ると振興組合が主体となって進めてきたまちづくりは、商店街の衰退により一時的に停滞した。「映画のまち」として上土町のまちづくりを象徴し、1998年から毎年開催してきた「上土映画祭」も2005年を最後にその後2013年まで開催されなかった。

この時期に新たな動きとなったのは、松本大学との連携である。2006年に実施された総合経営学部のゼミナールによるまち歩きのフィールドワークの一環で、学生が上土町を訪れ、上土町女性部のまちづくりの取組みを学び、それがきっかけとなって2007年から女性部を窓口として学生のまちづくりへの参画がはじまった。

2008年には、女性部に加えて振興組合の有志が協力して、上土町の景観や大正期の建築物を活かし親子を対象とした「レトロ探検ラリー」が開催された。さらに2008年には高齢者のニーズを踏まえてユニバーサル・デザイン・ベンチの製作に取り組むなど徐々に大学とまちの連携が深化していった。

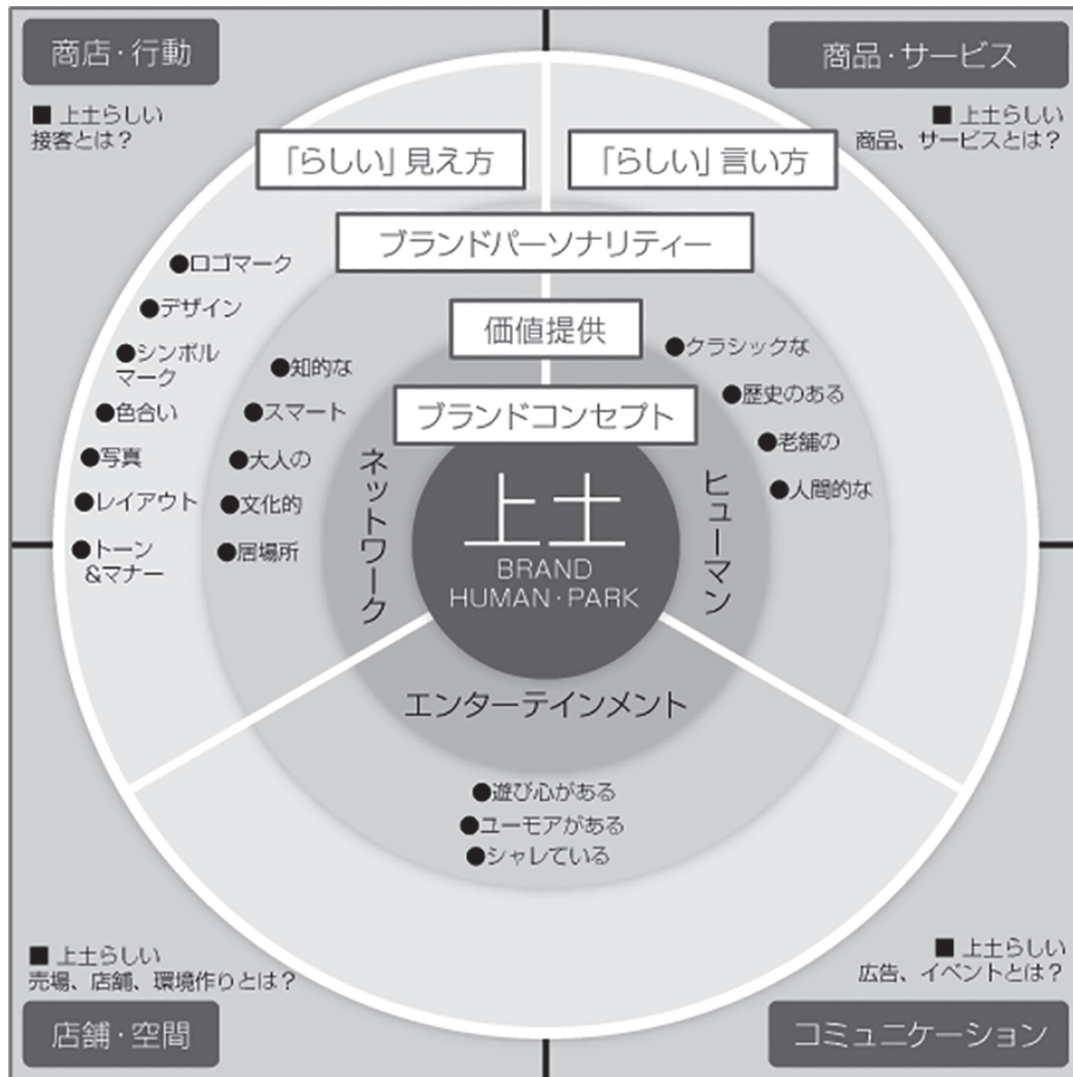
2011年には、上土町に集積している町内の菓子店の協力を得て、スイーツラリーを開催したが、2012年からはお城下町や中央地区の店舗が参加する大規模なスイーツラリーへと発展した。これらの取組みを通じて、大学と上土町の関係者との信頼関係が構築され、学生によるイベントの開催への協力から、大学と上土町が協働するまちづくりへの取組みと発展した。

2012年には来街者や地元の住民、学生が交流し、上土町の魅力に触れる場として、「コミュニティカフェ上土日和」が開始された。子どもや子育て中の女性、若者、家族連れなどを対象として、料理店やカフェを休業日に借り飲料や上土のスイーツなどを提供するとともに、様々な体験プログラムを用意して楽しんでもらうという企画で2014年まで年8回程度開催された。「コミュニティカフェ上土日和」は、学生と上土町の住民の交流の場となっただけでなく、来街者も含めた「居場所」ともなった。

2013年度には、上土大正ロマンのまちづくり協議会による国の助成を受けた地域商店街活性化事業に学生が参画し、「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」(図4)が策定された。「商店街が新しい価値を創出する」、「人と人をつなぐ交流の場として役割を果たす」、「新規の需要や顧客を開拓する取組みを通じて、競合から共生のまちづくりをめざす」という、その後のまちづくりの方向付けがおこなわれた。具体的な取組みとして、多様な人に上土町に足を運んでもらえる場づくりや現状では上土商店街と接点を持たない若者や子ども、子育て中の女性などに足を運んでもらえるような子どもや親子を対象としたイベントや子育て支援事業などが開始された。

図4 「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」

地方都市の中心市街地におけるまちづくりの現代的課題（白戸）



「コミュニティカフェ上土日」をきっかけに、2015年からは下町会館1階のスペースを使って「カフェあげつち」を振興組合と大学が連携して開店した。「カフェあげつち」は学生や卒業生、女性部の会員などによって運営され、英会話教室や子育て支援事業、野菜市などが開催され、まちづくりの拠点となっている。

また大学との連携では、まちづくりの学習活動も活発に行なわれた。「子育て支援」や「景観形成」、「大正ロマンのまちづくり」や「映画のまち」などのテーマで、視察研修を実施するとともに学生と住民による様々なまちづくりに関わる学習会を実施した。視察研修や学習会で



は、旧松本電気館の再生もテーマとして取り上げ、群馬県高崎市や埼玉県深谷市などの映画館を活用したまちづくりについて視察研修を行ない、学習会を開催し議論を行なった。このような研修や学習をきっかけとして2016年に立ち上げた「旧松本電気館の再生に向けた研究会」を通じて2018年には旧松本電気館の再生計画を策定し、その実現に向けた協力を所有者に働きかけた。このような取組みが実を結び、2021年には電気館の建物をまちづくり協議会が所有者から借り受け、長年締まっていたシャッターを開けまちの景観の改善を図るとともに、様々な活動の拠点として活用することを計画している。

#### 5) お城下町のまちづくり

上土町のまちづくりは、松本城に隣接する縄手と緑町を含む「お城下町」のまちづくりと連携している。1989年に第1回目の「縄手・緑町・上土まちづくり研究会」が開催されたのをきっかけに、隣接する縄手商店街と緑町商店街と連携したまちづくりが開始された。

1993年には、お城下町地区内の生活環境の向上、活性化とまちづくり事業の推進を図ることを目的に住民と権利関係者の合意により「まちづくり協定」が締結された。地区内の建物の新築・改築に際にはこの協定に沿ったものかを協議することになった。その精神は、①建物を改修又は新たに設ける場合は、道路、通路に面してオープンなスペースを確保する、②敷地については周辺に植樹を行ない、緑化を心掛けるの2点に集約され、この協定に沿った建物については、協定運営委員会の推薦により、最高150万円の松本市の補助金の対象となった。さらに1994年に「お城下町まちづくり推進協議会」が発足し、お城下町地区の活性化のために、数多くの事業を展開してきた。

さらに2022年には、長期にわたる景気低迷と相俟って、新型コロナウイルスの感染拡大に伴い、商店街が未曾有の大打撃を受けたことを踏まえ、この状況を打開するために「新しい発想」を加味し「お城下町まちづくり基本構想」が策定された。お城下町まちづくり基本構想は、松本市が進める松本城周辺地域の再開発である三の丸エリアビ

ジョンへの取組み、歴史的建造物・街並み保全・活用、まちづくり推進体制整備強化、コミュニティ・ビジネスへの取組みを内容とする「まちづくり推進活動4本柱」によって構成されている。

基本構想では上土町についても分析を行ない取組み指針や項目、実施計画を提案している。上土町に関する特徴と立地については、国宝松本城に隣接した地域に立地し、広域観光商業を担う地域として位置付けられ、娯楽性の高いまちにあって物販と飲食・サービス相互間の恒常的な相乗効果の具現化を目的として、「大正ロマンのまちづくり」をコンセプトに、ショッピング機能とコミュニティ機能の有機的融合を目指しているとしている。

#### 4 地方都市の中心市街地におけるまちづくりの現代的な課題

上土町のまちづくりの特徴を整理すると、まちづくりが持続的に取り組まれてきた要因は、第一に、まちづくりの目標が、当初の商店街の振興から上土町に関わる人々の暮らしを再生することへ変化したこと、第二にまちづくりが住民主体で進められてきたこと、第三に学習と実践を踏まえた計画の策定によって、まちづくりの理念が共有されるという特徴的なプロセスを構築してきたこと、第四にまちの自立性を保ちながら外部との関係を活かしてまちづくりを進めてきたこととして4点に要約できる。ここでは、以上のまちづくりの特徴を踏まえ、今後の地方都市の中心市街地のまちづくりにおける現代的な課題として、まちづくりの目的、主体、プロセス、外部との関係の構築の4つの論点から考えてみたい。

##### 1) まちづくりの目的～商店街振興から暮らしを再生するまちづくりへ

長期にわたる経済の停滞や人口減少、急速な高齢化などの社会経済の変化によって、地方都市の中心市街地は様々な問題を抱えている。まちづくりを考えるうえで、それらの問題を解決は避けて通ることが

できないものである。

上土町においても、当初は「商店街の活性化」をまちづくりの主たる目的としていたが、その後来街者や居住者の生活ニーズへの対応やコミュニティの形成に取り組み、まちづくりの目的は、商店街の振興を含む「暮らしの再生」へと変化を遂げてきた。表5は、上土町のまちづくりについて、外部環境の変化とそれに対応したまちづくりの目的とその具体的な取組みを経年で整理したものである。1970年から1985年までは商店街活性化を目的とする取組みが中心となったが、1985年から2000年までは、商店街活性化に加えて、「まち」としての魅力を高める取組みが進められ、2000年以降は人口の減少や高齢化を背景にして、人々の暮らしを再生する取組みが主体となった。

主に商店街活性化に取り組んだ1970年から1985年では、商店街の近代化と誘客を目的として、駐車場や緑地帯、文化施設、歩道、案内板などの整備と来街者を増加させるための「歳末売出」などの共同事業やイラストマップの作成などハード・ソフト両面の活性化事業が実施された。これらの事業はいずれも、大型店との競争に向け、街の個性化と商店街の近代化を図ることが目的とされた。

それに対して、「まち」としての魅力を高めることが目的となった1985年から2000年では、「大正ロマンのまち」「映画のまち」を掲げ、まちづくりが本格的に開始された。「たまには行ってみたいおしゃれな街」をコンセプトに、街の賑わいを取り戻すために、古い建築の保存と活用による生きた博物館としての商店街イメージづくりが進められた。

当時、全国各地で商店街の近代化や活性化が取り組まれたが、「上土町基本計画」をきっかけとして、上土町は大型店に誘客などで対抗するのではなく、大型店にはない「まち」としての魅力を高めることで差別化を図り、商店街の活性化にとどまらず、より総合的なまちづくりに取り組むことになった。

また「新まちづくり基本計画」の策定以降は、商店街の活性化に、

新たに「商・住一体のまちづくり」というコンセプトを加え、商店街について本来的機能のショッピング機能に加えて付加的機能としてコミュニティ機能と居住機能を位置付け、商店街の振興とまちづくりの融合を図った。

さらに、上土町のシンボルであった映画館が次々と閉館し、それに伴い商店の閉店があいつぎ商店街の衰退が一気に進んだ、2000年から2015年までの時期は、まちづくりも停滞した。しかしこの時期には、新しく上土女性部の女性たちが花植えや清掃など暮らしに根差したまちづくりに取り組み、女性部との交流をきっかけに、松本大学の大学生が上土町を学びのフィールドにして、まちづくりに新たに参画することになった。

2013年に策定された「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」では、商店街が新しい価値を創出する、人と人をつなぐ交流の場として役割を果たす、新規の需要や顧客を開拓する取組みを通じて、競合から共生のまちづくりをめざすというコンセプトを打ち出した。

2015年以降は、「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」にもとづき、旧松本電気館の再生を柱にした「大正ロマンのまち」と「映画のまち」としての魅力を高める取組みとともに、「カフェあげつち」を開店するなど居場所づくりや子育て支援、高齢者の買い物支援など、人口が減少し高齢化が進む上土町の暮らしのニーズや問題を踏まえた暮らしを再生するまちづくりに取り組んでいる。

上土町に限らず、地方都市の中心市街地では、人口減少や高齢化の進展によって、高齢者の問題や子育て、人づくり、コミュニティ形成など、人々の暮らしに関わる様々な問題解決が喫緊のテーマである。したがって、これからの地方都市の中心市街地におけるまちづくりでは、商業振興を含めた「暮らしの再生」を図ることが目的となる。

表5 上土町のまちづくりの概要

|             | 人口*  | 総店舗数 | 組合員数          | 外部環境の変化  | 主な取り組み  |                                 |   |   |    |
|-------------|------|------|---------------|--|---|---------------------------------|---|---|----|
|             |      |      |               |  | 計画策定  | ハード事業                           | ソフト事業   | その他   |    |
| 1970年～1985年 | 1970 | NA   | —             | 駅南周辺の土地区画整理事業開始・駅ビルセルヴァン・イトーヨーカドー松本店・松電ストアー元町店・井上百貨店・カタクラモール開店 | 上土商店街再開発基本構想策定                                | 「上土会館」完成・歩道・街路灯改修・歩道用地確保に関する協定  | ちびっ子路上運動会・歳末謝恩セール・上土子どもアニメ祭り・あげつちドリムクイズ・東京デイズニerland招待・おまつり広場                                     | 上土商店街振興組合設立・若手組合員による「フロンティア上土」組織化                 |    |
|             | 1975 | NA   | 124(61)       |  |   |                                 |   |   | 86 |
|             | 1980 | 298  |               |  |   |                                 |   |   | 93 |
| 1985年～2000年 | 1985 | 279  | 95            | 松本バルコ・ジャスコ南松本店・ダイエー松本店・西源並柳店イトーヨーカドー南松本店開店                     | 上土町基本計画策定・新まちづくり基本計画策定事業・上土特公賃テナントプロデュース策定委員会 | ガス燈完成・上土ふれあいホール・上土通駐車場完成・下町会館完成 | 歳末謝恩セール・東京デイズニerland招待・大正ロマンフォトコンテスト・上土映画祭・駄菓子屋ロマン館・あげつち寄席・生坂新鮮市                                  | 縄手・緑町・上土まちづくり研究会開始・お城下町まちづくり協定・上土大正ロマンのまちづくり協議会設立 |    |
|             | 1990 | 251  | 107(86)95(97) |  |   |                                 |   |   | 80 |
|             | 1995 | 208  |               |  |   |                                 |   |   | 80 |
| 2000年～2015年 | 2000 | 191  | 52            | SC「活ライフサイト」・SC「コモ庄内」開業   | あげつち♥ヒューマン・パーク構想策定                            | 松本市営上土団地完成・東門井戸完成・東小路道路整備       | 大正ロマン屋台村・上方寄席開催・松本大学連携（レトロ探検ラリー・スイーツラリー・コミュニティカフェ上土日和）・上土映画祭・食べぐるめ・街めぐりナビゲート事業                    |   |    |
|             | 2005 | 218  | 55(06)        |  |   |                                 |   |   | 35 |
|             | 2010 | 169  |               |  |   |                                 |   |   | 26 |
| 2015年以降     | 2015 | 158  | 24            | 「イオン松本店」開店   | 松本電気館再生計画・お城下町まちづくり基本構想策定                     | 松本電気館賃借・活用                      | カフェあげつち開店・夏休み寺子屋・上土子育て支援サロン・山辺するじゃん会野菜市・白鳥写真館のギャラリー展示・インスタグラムagettsuchi matsu・松本電気館再生・マツモト建築芸術祭協力 |   |    |
|             | 2020 | 139  | 74(15)76(22)  |  |   |                                 |   |   | 22 |
|             | 2022 | 135  |               |  |   |                                 |   |   | 19 |

\*1980以前の町会別人口は集計されていない

\* 総店舗数の ( ) は年度

## 2) まちづくりの主体～住民主体のまちづくり

まちづくりは、住民が主体的に直面する問題を解決する自律的な取り組みである。しかし、多くのまちづくりでは、行政が主導して進められるケースが多い。しかし、財政がひっ迫する中で、行政の役割も縮小される傾向にある。また人々の暮らしを再生するというまちづくりの目的を考えれば暮らしの当事者である住民が、まちづくりの主体となることは当然である。ここでは、住民主体がどのようにして実現できるかについて考えてみたい。

上土町のまちづくりでは、商業者と住民によって形成された「まちづくり集団」による「住民主体」のまちづくりが、進められてきた。上土町で本格的にまちづくりが開始されたのは1970年以降であるが、この時期には振興組合がまちづくりの主体となった。1987年に実施さ

れた商店街診断でも、「振興組合が1971年に設立され年間予算も9166万円で活動の基盤も確立され事業活動も活発である。街路灯と一部カラー舗装の整備、会館の建設が進められており、共同事業としては『売り出し』中心であるが、映画館の目立つ立地を活かした『映画祭り』も実施しており、組織的な努力がなされ活動レベルは高い」<sup>(16)</sup>として、振興組合をまちづくりや商業振興の担い手として評価している。

上土町のまちづくりの指針となった「上土基本計画」は、振興組合と上土町会によって策定され<sup>(17)</sup>、これ以降まちづくりは、振興組合と町会が一体となった「上土まちづくり協議会」（1992年以降は「大正ロマンのまちづくり協議会」）によって進められてきた。

まちづくり協議会の中で中核となったのは、1988年当時振興組合の開発委員会の委員長を務めていた鈴木秀三郎氏などの若手商業者である。鈴木氏は1978年に組織化された振興組合の若手による「フロンティア上土」のメンバーで、個人的にもまちづくりに強い思いと志を持っていた。「フロンティア上土」には、同様にまちづくりに個人的にも情熱を持ったメンバーが集まり「まちづくり集団」が形成された。

2022年現在でまちづくりに携わる振興組合理事長の藤森典人氏や副理事長の増田博志氏も「フロンティア上土」のメンバーである。「まちづくり集団」は、1979年に策定された「上土商店街再開発基本構想」の策定に携わった他、1985年に開催された「上土をよくする会」や1987年の特別講演「商店街の活性化と組織運営」、「上土レトロを語る会」など学習や実践を積み重ね、その後のまちづくりの担い手となった。

小川政人は、自律的で持続可能な地域社会を作るためには、市民・住民の地域に対する思い、すなわち「市民・住民の意識の高まり」がなければならないと指摘している。しかし、まちづくりにおいて「市民・住民の意識の高まり」には長期的な展望が必要であるが、災害時のような当面の危機感を共有できない場合には住民の一致団結は難しいとしている。そこで小川は、自分の理念と理想を求め、実行する

「志」を持った地域の人材とその共感者たちの行動がまちづくりには必要であるとしている。すなわち、できるだけ多くの人の意識を向上させるより、自分の信念で行動し、結果として多くの人の共感を得て、まちづくり組織を形成することが重要であるとしている<sup>(18)</sup>。

上土町でも「志」を持った鈴木氏と鈴木氏に共感した仲間が集まり、実践を通して「まちづくり集団」として組織化されていった。上土町では、「組織」としてだけでなく、「個人」がまちづくりに主体となったことで、その後の振興組合の弱体化などに影響されない持続的なまちづくりが進められた。さらに「新まちづくり基本計画」の策定からは、鈴木秀三郎氏などの若手組合員に加えて、まちづくりの専門家である三村晃氏、建築家の児野登氏、中小企業団体中央会事務局の馬場智也氏が「まちづくり集団」に加わったことで、上土町では外部のコンサルタントに頼ることなくまちづくりを進めることができた。

まちづくりにおいて、住民が自分たちでニーズや課題を明らかにし、その解決についても自分たちで考え決定するという「住民主体」は重要な要素である。筆者は海外における地域開発事業に従事した経験を踏まえ、地域への住民の関与を動員型、参加型、参画型の3つの型に分類した。すなわち、動員型は住民が参加する体裁をとりながら行政など事業者が主体となって地域の課題やニーズ、ニーズを満たす手段を明らかにし、事業の実施時に初めて住民を参加させるもので、参加の名のもとに住民が動員される。参加型は事業の実施の前の段階から住民が参加するもので立案や計画に住民が関わるものの事業者の設定した枠組み（事業分野、期間、予算、技術など）に制約される。それに対して参画型は、住民が最初の計画段階からイニシアチブを持つだけでなく、事業や事業のプロセスそのものをコントロールするものである<sup>(19)</sup>。すなわち、住民が自分たちでニーズや課題を明らかにし、その解決についても自分たちで考え決定できる「住民の参画」によって、住民がまちづくりの主体になることが重要である。

### 3) まちづくりのプロセス～学習的手法によるまちづくり

住民主体のまちづくりをすすめるためには、どのようなプロセスが必要なのだろうか。従来のまちづくりにおいては、まちづくりの計画策定がまちづくりのスタートとなり、計画を策定する過程で初めて問題が把握されることが多い。しかも策定の主体は多くの場合、行政が担うために、実際の事業に結びつかず、計画が「絵にかいた餅」となってしまうことが多い、

しかし、上土町では学習と実践の積み重ねを通じて、まちづくりの理念が共有されるという特徴的なプロセスを構築してきた。上土町ではそれまでのまちづくりへの取組みを通じて、すでに問題が把握されていることが多く、事前に把握された問題に関して学習や実践が活発に行なわれて、その成果をさらに深め、事業として実現するために、計画の策定を行ってきた。

例えば、1970年代に大型店との競合による商店街の衰退という問題に直面した時には、「フロンティア上土」のメンバーが中心となり、「商店街の活性化と組織運営」や「上土をよくする会」、「昭和レトロを語る会」といった講演会や討論会を開催し、大正ロマンをテーマとした日本大正村への視察研修を行なうなど、まちづくりに関する学習が「上土町基本計画」の策定以前に活発に行なわれた。したがって、「上土町基本計画」の策定は、当面する問題をまち全体で議論して問題意識を深め、「大正ロマン」「映画」をテーマにしたまちづくりという理念を共有化し、具体的な事業に結びつける役割を果たした。

また松本市役所跡地にあった日本生命保険相互会社松本支社が移転する際には、松本市から全面公園化の提案があったが、1994年の時点で上土町ではすでに日本生命の移転を把握し、上土商店街の活性化の観点から反対した。それまで上土町では「上土町基本計画」のコンセプトに沿って、「商店街パティオ事業」の研究を進めており、まち全体で問題意識を共有するために、まちづくりのための活性化フォーラムとして「日本生命跡地を考える」（1994年）や「パティオ事業を考える」



(1995年)を開催した。

そのうえで市の計画に対して反対するだけでなく、上土町としての対案づくりに取り組み、「新まちづくり基本計画」として取りまとめた。「新まちづくり基本計画」では、市から提示された「特定公共賃貸住居制度」の導入による「店舗併用住宅」を踏まえ、「商・住一体のまちづくり」という要素を加え、「上土町基本計画」を見直した。「新まちづくり基本計画」の策定以前に学習や実践などが始まっており、計画策定を通じてまち全体に理念を共有してその後の具体的な取り組みへとつなげた。

表6は、上土町において策定されたまちづくりの各計画において、その策定前後における具体的な取り組みについて整理したものであるが、「上土町基本計画」と「新まちづくり基本計画」と同様に「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」(2013年)と「旧松本電気館再生計画」(2018年)においても、当時のまちづくりの問題について事前に学習会などを実施して明確化を図り、計画の策定を通じて理念を共有し、具体的な取り組みを提案、その後具体的事業として実施するというプロセスによってまちづくりを進めている。

以上のように上土町では、①「まちづくり集団」の学習と実践によって問題を把握し共有化する、②その問題の解決を図ることを目的としてまちづくりの計画を策定する、③計画策定を通じてまち全体で問題を共有する、④問題の解決に向けて協議しまち全体における合意形成を図る、⑤計画にもとづいて具体的に問題の解決を図るというプロセスを通じて、まち全体でまちづくりの理念を共有し、着実に事業を実施し、継続的なまちづくりに取り組んできた。

このようなまちづくりのプロセスを、信州の地域づくりに深く関わった玉井袈裟男は、住民が自分たちで自らの暮らしや地域のニーズや問題を明らかにし、より良い暮らしや地域のあり方を追求して、その解決についても学習や実践を繰り返しながら自分たちで考え決定するという「学習的手法」として理論化している。「学習的手法」は、主

体的に関わる個人が意識化され取り組みを始めるという「人生開眼の詩」、その個々の課題を共に学習や実践を通じて共有する集団を組織化する「仲間づくりの物語」、学習によって課題を共有し、技術によってその課題を解決する「問題解決学習のドキュメント」、風土と歴史を活かす「風土という舞台で演じられるドラマ」、将来の地域のビジョンを明確にする「理想の未来を目指す旅立ちの詩」という5つの要素によって構成されている<sup>(20)</sup>。

上土町のまちづくりにおいても、鈴木氏の問題意識を起点として、「フロンティア上土」というまちづくり集団が組織化され、学習会や視察研修などによって課題を共有し、計画を策定してその問題を解決し、「大正ロマンのまち」や「映画のまち」という歴史を活かし、将来の地域のビジョンを明確にするという「学習的手法」によるまちづくりが進められた。

まちづくりにおいて、風土や歴史を共有する範囲で、意識化された個々の住民が、問題を共有する中で集団づくりを行い、協働して問題の解決を行ない、その過程において、どのような地域にしていくかという理念、すなわち将来のビジョンを共有していくというプロセスをどのように構築していくかが課題となる。

表6 上土町におけるまちづくりのプロセス

| まちづくりの計画               | まちづくりの理念             | 主な課題                  | 計画策定前の動き   | 計画策定中の動き   | 計画策定後の動き   |
|------------------------|----------------------|-----------------------|--|--|--|
| 上土町基本計画(1988)          | 「大正ロマンと映画のまちづくり」     | 大型店との競合による商店街の衰退      | 上土をよくする会(1985)・昭和レトロを語る会(1987)・  | 日本大正村視察(1988)・   | 大正ロマンのまち「上土映画祭」開始(1988)・上土大正ロマンのまちづくり協議会設立・上土ふれあいホール・上土通駐車場完成(1992)・お城下町まちづくり協定(1993)            |
| 新まちづくり基本計画(1997)       | 「商・住一体のまちづくり」        | 日本生命跡地の活用したまちづくり      | 活性化フォーラム「日本生命跡地を考える」・お城下町まちづくり協議会発足(1994)・活性化フォーラム「パティオ事業を考える」(1995)   | 新まちづくり基本計画策定事業講演会・上土特公賃テナントプロデュース策定委員会(1996)・            | 松本市営上土団地・東小路道路整備事業完成(2001)・下町会館東門井戸完成(2007)・   |
| あげつち♥ヒューマン・パーク構想(2013) | 暮らしの再生、共生のまちづくり      | 商店街の衰退と高齢化によるまちづくりの停滞 | 女性部によるまちづくり(野菜市・バザー・美化活動・童謡唱歌の会「宵町クラブ」)・学生と連携したまちづくり(レトロ探検ラリー・UDベンチ製作・スイーツラリー開催)・居場所づくりとしてのコミュニティカフェあげつち日和開催(2013) | 15年ぶりの「上土映画祭」開催(2013)・食べぐるめ・街めぐりナビゲート事業・エンタのまち上土開催(2014) | 「大正ロマンを学ぶ学習会」開催・岐阜大正村視察(2014)・カフェあげつち開店(2015)・子育て支援・学習支援・川越視察(2015)・高崎経済大学・群馬子育て支援事業・伊香保視察(2016) |
| 松本電気館再生計画(2018)        | 大正ロマンのまちづくり・映画のまちづくり | 松本電気館の再生              | 高崎電気館視察(2015)・電気館再生に関する研究会(2016)・松本電気館再生に関するシンポジウム開催(2017)・深谷シネマ・川越視察(2018)・代々木ビレッジ視察(2019)                        | 「昭和の松本を語る会」・谷中根津千駄木視察(2018)                              | まちづくり学習会「なぜ大正ロマンなのか」「新しい文化を育む・映画のまち上土」(2019)・長浜・彦根視察(2020)・「流浪の月」【太陽とボレロ】ロケ・松本電気館の賃借(2021)       |

#### 4) 外部との関係の構築～外に開かれたまちづくり

多くの中心市街地の活性化が、「外発的」なアプローチに依存して進められてきた。外部のコンサルタントや専門家によって提案された、画一的な近代化事業や活性化事業で、その多くは行政が主導したものである。したがって、前述したような住民主体のまちづくりをすすめるためには、「内発的」なアプローチが重要である。しかし、中心市街地においては、中山間地や農村地域と比べて、外部との関係性は深く、内部で完結したまちづくりを実現することは難しい。したがって、まちづくりにおいても外部との関係をどのように構築していくかが大きな課題となる。

上土町では、外からの刺激をきっかけにしつつ、地元の商業者や住民が主体となった「内発的」なアプローチによって、行政や周辺地域などと連携しつつも、外部に依存することなく、地元の商業者や住民が主体となったまちづくりが取組まれている。そもそも商店街は、まちの外部からの誘客を前提にしており、特に歴史的にも買回品店の比率が高い上土町では、外部との関係を現在に至るまで大切にしてきた。

上土町の外部との関係については、第一に開放的で外部者に寛容な文化がある、第二に積極的に外との関係を構築しその刺激をまちづくりに活かす、第三にまちづくりにおいても隣接地域や市街地全体との連携や協働に取り組むという特徴がある。

### ① 開放的で外部者に寛容な文化

上土町は、芝居小屋や映画館を中心にして反映した歴史があり、特に大正期から昭和初期には、陸軍の松本50連隊の若い兵士をはじめ、片倉などの製糸工場で働く女工や旧制松本高等学校の学生などの若者が集まった。2000年代初頭に映画館が廃業するまでは、近隣の子どもや若者にとって「初めて映画を観たまち」であり、青春時代を過ごしたまちでもあった。また上土町のまちづくりにおいても、子どもを対象としたイベントが多くみられ、現在も商店街の主流を占める飲食店は地元の若者で賑わっている。

また2005年に松本大学の学生が中心市街地においてフィールドワークを実施した際にも、もっとも学生を歓迎して受け入れたのは上土町であった。したがって、その後の学生の上土町への関わりは、15年に亘り継続し、年々深くなってきている。現在も中学生や高校生のまち歩きのフィールドワークを定期的に受け入れたり、「カフェあげつち」で高校生や大学生がイベントなどを頻繁に開催している。このような経緯から、上土町には若者をはじめとする外からの来街者を積極的に受け入れるという寛容な文化が育ってきた。

さらに上土商店街では、2000年代以降、飲食店や美容店の新規出店が相次いでいるが、中心市街の中で相対的に地価が安く開業に有利という要因に加え、上土町の若い経営者に対して寛容で良好な人間関係が上土町で開業する動機ともなっている<sup>(21)</sup>。

### ② 積極的な外部との関係構築

上土町のまちづくりにおいても大学教員や建築士などの専門家、行政の職員などと信頼関係を構築し、積極的に連携、協働に取り組んできた。まちづくり計画の策定やまちづくりに関わる事業においても、

住民が主体になりつつも、アドバイザーやコンサルタントなどの立場で助言等を仰ぎ、まちづくりに活用してきた。また外部の専門家や学生などが参加しやすいようなワークショップや研究会、学習会などを開催し、積極的に外部の知見を取り入れてきた。

また大学との連携では、まちづくりの学習活動に注力し、表6に示したような視察研修を実施するとともに学生と住民による様々なまちづくりに関わる学習会を毎年実施し、その成果として様々なまちづくりの実践活動に結びついた。例えば、2014年の岐阜県の日本大正村への視察研修は、まちづくりにおいて大正時代の景観や文化を活かすことをテーマとして実施されたが、その後の連続学習会での議論を経て、上土の商店のショー・ウィンドウに大正時代にちなんだ生活用品を飾る「大正ロマンギャラリーの開催」などに結びついた。また大正村で高齢者によって運営されていたカフェは、その後「カフェあげつち」の開店の参考となった。

さらに近年は、視察研修や学習会では、旧松本電気館の再生もテーマとして取り上げ、群馬県高崎市や埼玉県深谷市などの映画館を活用したまちづくりについて視察研修を行ない、学習会で議論を行なった。研修や学習をきっかけとして、旧松本電気館の再生計画を策定し、その実現に向けた協力を所有者に継続的に働きかけたを行ない、その努力が実を結び、2021年には旧松本電気館の建物をまちづくり協議会が所有者から借り受け、長年閉っていた全面のシャッターを開けて、まちの景観の改善を図るとともに、様々な活動の拠点として活用している。

### ③ まちづくりにおける隣接地域や市街地全体との連携や協働

まちづくりにおいては、隣接地域や市街地全体との連携を重視し、具体的に協働をおこなってきた。「上土基本計画」では、松本城を含めた周辺地域での回遊性を高めることが提言されており、松本城に隣接する縄手と緑町を含む「お城下町」のまちづくりとして推進されてきた。1989年には、第1回目の「縄手・緑町・上土まちづくり研究会」

が開催され、1993年にはお城下町地区内の生活環境の向上、活性化とまちづくり事業の推進を図ることを目的に住民と権利関係者の合意により「まちづくり協定」が締結された。さらに1994年に「お城下町まちづくり推進協議会」が発足し、お城下町地区の活性化のために、数多くの事業を展開してきた。「新まちづくり計画」もお城下町のまちづくりの一環としても位置付けられ、2022年に策定された「お城下町まちづくり基本構想」によって縄手と緑町との連携はより深まった。

さらに「あげつち♥ヒューマン・パーク構想」では、中心市街地の他の商店街との共生が模索された。構想を策定する過程において、従来の来街者や売り上げを増やすことは、消費が停滞する「ゼロサム」の状況下では、他の商店街の顧客を奪うことになり、むしろ新しいニーズや需要を掘り起こすことが重要であるとの議論がなされた。このような議論を踏まえて、自分たちのまちの来街者や売り上げを増やすことだけを考えるのではなく、地域全体を発展させるという理念が共有され、競合から共生のまちづくりをめざすこととなった。以上のように、上土町では、まちとしての自律性を保った「内発的」なアプローチと外部との関係性を構築する「外発的」なアプローチを融合させたまちづくりが進められてきた。

後藤は、まちづくりにおいて、「内発」と「外発」のハイブリットに位置付けられる「共発」を「内外の両面より計画／組織化されたできごと」として定義し、地域内に閉じた発展モデルではなく、他都市や他地域との協調・連携の下で地域の自律を探るものであり、市民がこれまで地域を育んできた実績やその社会的記憶、さらには市民独自の問題解決能力をもとに、多元多発的なガバナンスをめざす共発的なまちづくりを提唱している<sup>(22)</sup>。

まちづくりは住民が主体となって取り組むものであるが、外部の刺激を活用することも必要である。したがって、自律的な外部との社会的関係を構築して、共発的なまちづくりを実現するかが課題となる。

## 5 おわりに

地方都市の中心市街地が、直面する現代的な問題は、多様かつ複雑に絡み合っており、その解決は困難を極めている。まちづくりは、それらの地域社会の問題を解決することである。本研究では、地方都市の中心市街地の持つ役割と特色を踏まえながら、地方都市の中心市街地のまちづくりを進めるうえの現代的な課題について、上土町を事例とした実証的な検討を行なった。

その中で、第一にまちづくりの目的として、商業的振興だけでなく、人々の生活に関わる様々な課題を解決する暮らしの再生を図ること、第二にまちづくりにおいて住民が主体となること、第三にそのためのプロセスが構築されること、第四に「内発性」と「外発性」というまちづくりのベクトルを融合させ、自律的かつ開放的な「共発」的な外部との関係を構築することの4つの論点について検討を行ない、まちづくりの現代的な課題として位置付けた。いずれも地方都市の中心市街地のまちづくりを考えるうえで、重要な課題と考えられる。

また本研究の到達点を踏まえたうえで、今後の研究課題を考えるならば、第一にまちづくりの主体の問題である。本研究においては、住民が主体になることの有意性について論じたが、これまでその基盤となってきた商店街や住民組織が、市街地の空洞化や高齢化によって、今後も継続してまちづくりの担い手になりうるかという点についてはさらなる検討が必要である。上土町では、2000年代以降、女性や学生などの新しい担い手が参画することで、まちづくりを継続してきているが、現実には各地においてまちづくりの担い手の高齢化によってまちづくりが停滞している地域も多い。

また、第二に地方都市の中心市街地を衰退させてきた、これまでの社会原理を見直し、新たな社会原理を提起することも重要な研究課題である。島根県中山間地研究センターの藤山浩は、戦後の日本の社会経済を動かしてきた社会原理を「大規模」「集中」「専門化」「遠隔化」

を内容とする「規模の経済」として定義し、その結果として顕在化した、地方の商業や中山間地の農林魚業が衰退を解決するために、「小規模」「分散」「複合化」「地域循環」を内容とする「循環の経済」への転換を図り、地域で暮らしを再生することを提案している<sup>(23)</sup>。「循環の経済」への転換を図るために、都市という外部との密接な関係性を持つ場において、どのように地域内の循環型経済を構築するかを考える必要がある。例えば、地域住民が主体的に自分たちの地域の課題を解決するコミュニティ・ビジネスやソーシャル・ビジネスやそれらのビジネスを連携させた「交流ビジネス」<sup>(24)</sup>によって、地域内経済循環を創出する可能性なども検討しなければならない。

さらに第三に中心市街地の商店街がまちづくりに果たす役割の検討である。本来、地方都市の中心市街地の商店街は、地域の原材料で生産する地場産業など生活に密着した製品を、地域を中心に流通させる役割を担っていたが、大都市に集中した大規模な生産施設で大量生産された商品が、全国チェーンの販売網の展開によって販売されたことでその役割を失ってきた<sup>(25)</sup>。循環型経済を創出する観点から商店街のまちづくりに関する役割について検討が必要である。また人々の暮らしを支えるという機能も重要である。小川は、商店街が、地域社会の持続性を支える交易拠点としての経済的機能、高齢者や子育ての支援など本来地域の人々が支えあった生活・福祉機能、町内会活動、PTA活動、防犯、社会教育などの教育文化機能を持っていたことを指摘しているが、商店街の衰退によりこれらの機能が低下する一方で、買い物弱者問題などの解決に商店街が果たすべき役割は大きくなっている<sup>(26)</sup>。以上が今後の研究課題である。

本研究は、多くの商店街において、まちづくりの成果がみられず停滞している中で、人口も商店数も減少している地方都市の小さな上土商店街で、なぜ継続したまちづくりが可能になったのかという問題意識が背景にある。しかし、本研究を進める中で、上土町がまちづくりに必要な様々な要素を備え、まちづくりのモデルとなることが明らか



になった。

高橋雅夫教授とともに、松本市の中心市街地で、初めてフィールドワークを行った際に学生とともに訪れたのが上土町である。その後も高橋教授は、毎年学生とともに上土町を訪れ、まちづくりへの貴重なアドバイスをしていただいた。この場を借りて感謝を申し上げたい。また本研究に際しては、上土町の関係者の方々に多大なご協力を頂き、あわせて感謝を申し上げたい。今後も上土町のまちづくりに自ら関わりながら、まちづくりのあり方を考えていきたい。

### 参考文献

- 長野県中小企業総合指導所松本支所・松本市・長野県中小企業団体中央会松本支所・松本商工会議所「松本市上土町・緑町特定大型店進出商店街診断報告書」1988年上土まちづくり協議会「上土町基本計画」1989年上土町基本計画「上土まちづくり協議会」、1989年  
 白戸洋他「途上国における貧困問題解決にむけた『参画型』開発の研究」、平成4年度開発援助研究成果報告書、国際高等教育研究機構 1992年  
 玉井袈裟男「新村づくり論」信濃毎日新聞社、1995年  
 上土商店街振興組合「新まちづくり基本計画」、1997年  
 専修大学マーケティング研究会「商業まちづくり 商業集積の明日を考える」白桃書房、2003年  
 山川充夫「大型店立地と商店街の再構築」八朔社、2004年  
 日本建築学会編「まちづくりの方法」丸善株式会社、2004年  
 澤村昭「まちづくりNPOの理論と課題」松香堂、2004年  
 石原武政「小売業の外部性とまちづくり」有斐閣、2006年  
 大森彌他「まちづくり読本」公職研、2008年  
 小田切徳美「地域づくりと地方自治体」『地方自治法施行70周年記念自治論文集』総務省 2018年  
 小川雅人「地域小売商業の再生とまちづくり」創風社、2010年  
 浜田恵三「まちづくりの論理と実践」創論者、2011年  
 東郷久「地域づくり論の課題」大阪経大論集、第69巻2号、2018年

### 脚注

- (1) 藤山浩「田園回帰1%戦略 地元にと仕事取り戻す」農文協 2015年、pp.40-43  
 (2) 浜田恵三「まちづくりの論理と実践」創論者、2011、pp.30-35

- (3) 山川充夫「大型店立地と商店街の再構築」八朔社、2004年、pp.129-133
- (4) 日本建築学会編「まちづくりの方法」丸善株式会社、2004年、p.2
- (5) 内海麻利「まちづくり制度にみる住民参加の新しい形」大森彌他『まちづくり読本』公職研、2008年、pp.256-257
- (6) 後藤春彦「地域の再生と景観デザイン」大森彌他『まちづくり読本』公職研、2008年、pp.231-235
- (7) 前掲、内海麻利、2008年、pp.256-257
- (8) 小川雅人「地域小売商業の再生とまちづくり」創風社、2010、pp.28-29
- (9) 前掲、日本建築学会、2004年、p.3
- (10) 上土まちづくり協議会「上土町基本計画」1989年、p.1
- (11) 商店数の推計は以下の資料をもとにおこなった。1950年：「楽しき町上土町」イラストマップ（出所：小松謙一「しのぶぐさ」1995年）、1960年：住宅地図（出所：上土商店街振興組合より入手）、1986年：業種構成表・商店街配列図（出所：上土まちづくり協議会「上土町基本計画」1989年）、1997年：上土商店街業種構成現況（出所：上土商店街振興組合「新まちづくり基本計画」1997年）、2006年：「来て、見て、知って、上土町（上土町女性部作成ガイドマップ）、2015年：上土ウオッチング map（松本大学白戸ゼミ・上土町女性部作成）、2022年：白戸作成
- (12) 長野県中小企業総合指導所松本支所・松本市・長野県中小企業団体中央会松本支所・松本商工会議所「松本市上土町・緑町特定大型店進出商店街診断報告書」1988年、p.2
- (13) 前掲、上土まちづくり協議会、1989年、pp.1-3
- (14) 1986年に実施された長野県中小企業総合指導所松本支所などによる調査では、1978年から1986年までの上土町の歩行通行量の推移から駅前にイトーヨーカ堂が出店した前後で約1割（14,234人→12,893人）、カタクラモールの開店前後で約3割（12,725人→9,019人）が減少している。
- (15) 前掲、長野県中小企業総合指導所松本支所・松本市・長野県中小企業団体中央会松本支所・松本商工会議所、1988年 p.2
- (16) 前掲、長野県中小企業総合指導所松本支所・松本市・長野県中小企業団体中央会松本支所・松本商工会議所、1988年、p.2
- (17) 「上土基本計画」はまちづくり協議会から19名が委員として参加し、外部からの参加者は、大学教員と市職員など6名で、まちづくり協議会を主体として進められた。
- (18) 前掲、小川雅人、2008年、pp.30-31
- (19) 白戸洋他「途上国における貧困問題解決にむけた『参画型』開発の研究」、平成4年度開発援助研究成果報告書、国際高等教育研究機構 1992年
- (20) 玉井袈裟男「新村づくり論」信濃毎日新聞社、1995年、pp.25-53
- (21) 上土町に新規出店した飲食店を対象としたインタビュー調査による
- (22) 前掲、後藤春彦、2008年、pp.240-241

- (23) 前掲、藤山浩、2015年、pp.42-43
- (24) 前掲、小川雅人、2008年、pp.172-173
- (25) 前掲、藤山浩、2015年、p.40
- (26) 前掲、小川雅人、2008年、p.119



# 地方自治法第244条の2第3項が 文化行政領域に与えた影響

小林 真理

- 0. はじめに
- 1. 地方自治法第244条の2第3項の概要
  - 制度の概要と導入の経緯
  - 総務省資料による導入状況
  - 文教関係施設による導入状況
- 2. 文化行政の展開と課題
  - 文化行政論から1980年代以降の文化施設建設ブーム
  - 行政活動の方針転換と文化施設への住民の反応
- 3. 指定管理者制度導入による受け止め
  - 文化行政研究者の指摘
  - 一般財団法人地域創造の調査からみる対応
  - 一般社団法人指定管理者協会の対応
  - 劇場・音楽堂を目指す施設運営
  - 自治体による制度活用の事例：横浜市
- 4. 考察

## 0. はじめに

行政法学の研究対象はこれまで、行政権が違法に行使されることによって国民の権利・利益が損なわれることがあり、それを保護するための裁判規範という側面から研究が行われてきた。それに対して、行政法は、「行政組織を動かし、それを通じて社会をコントロールして、

一定の目的を実現するための法、という角度からも研究すべきという意見も有力になっている<sup>(1)</sup>という立場もある。本稿では、一つの条文によって構想された制度が文化行政分野においてどのような影響を与えたかということを多角的に検証する。

ここで扱う地方自治法第244条の2第3項は、地方自治法第10章「公の施設」に置かれた規定で、「普通地方公共団体は、公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、法人その他の団体であつて当該普通地方公共団体が指定するもの（以下本条及び第二百四十四条の四において「指定管理者」という。）に、当該公の施設の管理を行わせることができる」というものである。この制度は、地方公共団体が設置した公の施設の管理を、「設置の目的を効果的に達成するために必要」と考える場合に、広く民間事業者も含めて代行させることができるとした。いわゆる指定管理者制度という名称で呼ばれる制度の根拠条文である（以後、指定管理者制度という）。指定管理者制度は、行政構造改革、ニューパブリックマネジメント（NPM）への志向が強まる中、2003年に地方自治法の改正によって導入された。実施の猶予期間を経て、2006年から実質施行となった。現代においては、NPMの中でも公民協働の様々な手法が生み出され、さらに多様に展開している。指定管理者制度は、既存の公の施設の管理運営の方法を変えるという意味では影響を受けるアクターが多かった。それらがこの制度の導入によって、どのような方向に舵を切ったのかを確認したい。筆者は、不必要なハコモノの象徴的な存在として語られることが多かった文化施設に関して、この制度導入時から文化行政への影響について関心を持ち続けてきた<sup>(2)</sup>。指定管理者制度が導入され2022年度は20年目に当たる。関心の源泉を改めて振り返り、この20年間の影響について、検証するのが本稿の目的である。

## 1. 地方自治法第244条の2第3項の概要

### 制度の概要と導入の経緯

2003年5月22日衆議院総務委員会において「地方自治法の一部を改正する法律案」が提起され、当時の片山虎之助総務大臣は「普通地方公共団体は、法人その他の団体であって当該普通地方公共団体が指定するものに公の施設の管理を行わせることができることとするとともに、当該指定を受けた者に対する公の施設の管理の適正を確保するため、指定の取り消しや業務の停止命令等の措置を講ずることができる」という趣旨を述べた。さらに、これまでに学説上曖昧にされていた行政処分の権限も指定管理者に代行させる旨の改正も行われた。これは行政の職員を現場に置く必要がなくなったことを意味し、協約を通じた代行形式へと転換していく上で不可欠な改正であった。2003年6月9日に改正され、9月から施行、2006年9月までに関連の設置条例の改正が求められた。

確認しておきたいのが、この制度の導入背景である。2003年5月27日衆議院総務委員会の会議録によれば、公の施設という制度について「従来型の制度は、かなり硬直化し、公の施設といえども、これは利潤を生むことが目的ではないわけであって、現状の厳しい地方財政の中での運営、これが一つの壁にぶつかった」とある<sup>(3)</sup>。

従来型の制度とは、1991年の改正で導入された管理委託制度である。管理委託制度は、公の施設の管理を自治体出資の法人（いわゆる第三セクターであるが、以後、自治体出資法人に統一）に管理を委託することを可能にし、利用料金制度を導入することを通じて、法人の管理運営のモチベーションを高めるためのインセンティブを与えたものであった。制度改定の背景には、自治体財政が一般的に厳しい中で、利益を生むことができないというジレンマを解決するための方策として、自治体出資法人のあり方を見直してより適切な運営に導き公的資金の投入をできるだけ抑えながらもパフォーマンスを上げるか（利益ではなく、こ

の場合は、法人設置の目的に関わる利用者の満足度)、管理を委託する相手を限定せずに多少サービスが落ちたとしてもコストを下げる方向性があったということになる<sup>(4)</sup>。

さて、本稿では文化行政分野の主要サービス提供施設として、公立文化施設に目を向ける。ここで扱う公立文化施設は、具体的にはホール機能を有しているいわゆる文化ホールである(名称は様々であるが、以後文化ホールに統一する)。文化ホールの場合、公演事業を行うと、入場料収入を取ることになるが、これらは事業制作費にかなりのコストがかかることから、入場料収入だけで施設運営費を賄うことはできない。文化ホールとして建設された施設については、公演事業に必要な音響や照明、舞台設備など専門性の高い機能を有しており、これらを利用者に存分に使ってもらうためには、それなりの人材が配置される必要があった。文化ホール建設がブームとなる1980年代以降、2012年になるまで、自治体設置の文化ホールを縛る法律は興行場法だけであり、文化ホールへの専門職人材の登用を規定する法令はなかった<sup>(5)</sup>。したがって、建設した文化ホールの有効活用を誠実に模索した自治体は、これらの人材の登用のために出資法人を設立させた。いわゆる文化振興財団、文化事業団といったものである。この自治体出資法人は指定管理者制度の導入で大きな影響を受けた<sup>(6)</sup>。

これらの法人による管理運営が硬直化した原因は、公の施設の貸出に関する行政処分権限の位置づけが不明確だったことがある<sup>(7)</sup>。この不明確さゆえに、自治体職員が管理職や総務部門に異動によって配置され、法人運営の主要部分を自治体職員が実質運営してきた。人材登用的にみても、独立した法人としてのガバナンスが行われてきたとは言いがたい<sup>(8)</sup>。また、さきの利用料金制度も、形式的には利用料金制度を採用しながらも、利用料金を自治体財政の収入にしながら、法人の収入としない事例もあったことが示すように、法人の独立した経営が行われていなかった証左である。それにも関わらず、法人としてのガバナンス強化か、当面の施設運営の外部化による自治体財政の負荷



縮減かを二者択一で選ばせる、自治体にとっても厳しい選択を迫った制度だといえる。

法改正の背景説明として、「住民のニーズが多様化」しており、それに効果的、効率的に対応するためには、民間の事業者のノウハウを広く活用することが有効であると考えた点、そして、二つ目は、公的主体以外の民間主体においても十分なサービスの提供能力が認められるものが増加していると述べられた。つまり、自治体出資法人を設立したにも関わらず、法人としての業務遂行能力を上げられなかったこの状況を、文化行政領域ではどのように捉えればよいかという差し迫った問題でもあった。

#### 総務省資料による導入状況

2018年4月1日の都道府県、指定都市、その他の市区町村に対する総務省による調査によれば、全国で76,268の公の施設に指定管理者制度が導入されている（前回2015年の調査と比較すると520施設減少）。これらの施設の4割の30,802が株式会社、NPO、学校法人、医療法人等が運営を担っている。指定管理者制度導入時の選定基準は、「施設の管理経費の節減に関すること」（94.0%）はもとより、「施設のサービス向上に関すること」（96.8%）を重視している。指定管理者の評価は、80.7%の自治体で実施されており、都道府県では100%である。設置者側と指定管理者側とのリスク分担については約9割、大規模災害発生時の役割分担や費用分担については約5割、労働法令の遵守や雇用・労働条件への配慮については約7割で選定時や協定時に提示するようになっている。総務省の調査も徐々に、指定管理者制度運用における課題について、調査を通じて管理してきていることがわかる。

#### 文教関係施設による導入状況

本論で扱う文教施設全般について総務省の調査をみてみたい。調査における文教施設のカテゴリーには、図書館、博物館（美術館、科学館、

歴史館、動物園等)、公民館・市民会館、文化会館、合宿所、研修所(青少年の家を含む)等が含まれており、指定管理者として選定されている団体の性質別にその導入実績が示されている。文教施設は調査対象の公の施設20.2%を占めている。なお、図書館、博物館は、それぞれに図書館法、博物館法という根拠法を有し、地方公共団体が設置した施設については、所管を当該地方公共団体の教育委員会に定めており、社会教育施設として権限をもって管理するのは教育委員会と定めている。それに対して市民会館、文化会館については、所管が首長部局になっているものもある。

したがって、この「管理」の範囲をどのように捉えていくかが問題になってくるといえる。つまり、施設の維持管理を行う部分に限定するのか、あるいはサービス全体の機能を維持していくことも管理の中に含めるのかということである。施設管理だけを株式会社に代行させ、社会教育施設としての機能は地方公共団体で、引き続き直営で行うなどの事例もある。文化ホールに特化して、経年での変化を現したのが表2になる。この調査からも明らかであるが、自治体出資法人の割合が高いことがわかる。そしてここで注目したのが、その数の推移である。2002年をピークに、指定管理者制度が導入された2003年以降の調査である2005年から大幅に減少しており、現在に至るまで減少が続いている。

|          | 1. 株式会社         | 2. 特例民法法人、一般社団・財団法人、公益社団・財団法人等 | 3. 地方公共団体    | 4. 公共的団体        | 5. 地縁による団体       | 6. 特定非営利活動法人  | 7. 1～6以外の団体     | 合計     |
|----------|-----------------|--------------------------------|--------------|-----------------|------------------|---------------|-----------------|--------|
| 都道府県     | 89<br>(16.9)    | 260<br>(49.3)                  | 26<br>(4.9)  | 12<br>(2.3)     | 0                | 41<br>(7.8)   | 99<br>(18.8)    | 527    |
| 指定都市     | 140<br>(10.4%)  | 467<br>(34.8%)                 | 0<br>(0.0%)  | 252<br>(18.8%)  | 227<br>(16.9%)   | 80<br>(6.0%)  | 175<br>(13.0%)  | 1,341  |
| その他の市区町村 | 1,291<br>(9.4%) | 1,656<br>(12.1%)               | 13<br>(0.1%) | 828<br>(6.0%)   | 8,171<br>(59.7%) | 540<br>(3.9%) | 1,196<br>(8.7%) | 13,695 |
| 合計       | 1,520<br>(9.8%) | 2,383<br>(15.3%)               | 39<br>(0.3%) | 1,092<br>(7.0%) | 8,398<br>(54.0%) | 661<br>(4.2%) | 1,470<br>(9.4%) | 15,563 |

表1. 文教関係施設への導入状況

(2018年5月総務省自治行政局行政経営支援室「公の施設の指定管理者制度の導入状況に関する調査」より作成)

| 年度   | 公立館  | 地縁による団体<br>(自治体・町内会等) | 出資法人 | その他の法人 | 会社  | NPO | その他 |
|------|------|-----------------------|------|--------|-----|-----|-----|
| 1987 | 782  |                       | 173  | 19     |     |     |     |
| 1990 | 934  |                       | 260  | 20     |     |     |     |
| 1993 | 1116 |                       | 338  | 27     |     |     |     |
| 1996 | 1403 |                       | 481  | 43     |     |     |     |
| 1999 | 1587 |                       | 647  | 150    |     |     |     |
| 2002 | 1677 |                       | 701  | 151    |     |     |     |
| 2005 | 1749 |                       | 548  |        | 23  | 12  | 34  |
| 2008 | 1751 |                       | 581  |        | 175 | 37  | 76  |
| 2011 | 1742 |                       | 550  |        | 244 | 47  | 85  |
| 2015 | 1743 | 4                     | 539  |        | 304 | 57  | 95  |
| 2018 | 1725 | 4                     | 545  |        | 329 | 52  | 81  |
| 2021 | 1718 | 3                     | 537  |        | 346 | 53  | 89  |

表2. 公立の文化会館・劇場音楽堂の総数の推移と管理運営団体の種別  
(空欄は、調査時に調査されていなかったことを意味する)<sup>(9)</sup>

## 2. 文化行政の展開と課題

### 文化行政論から1980年代以降の文化施設建設ブーム

地方自治体における文化行政の展開をまとめた野田邦宏によれば、自治体文化行政は、国が行う文化を対象とした行政活動とは異なる概念として、1970年代に「一部の都道府県によって主導され、その後全

国的にブームを巻き起こした自治体の文化政策への取り組みを指す」としている<sup>(10)</sup>。ブームの特徴として、3点挙げている。第一に、1970年代に、府県の首長部局に文化課、文化室などの所管課を設置した。この背景には、「教育の機能はチャージであり、文化の機能はディスチャージである」という考え方を述べて、文化行政を理論的に牽引してきた研究者がいた。梅棹忠夫、それを支持する上田篤、そして自治体による社会教育行政を批判し市民文化形成の可能性を文化行政に託して主張した松下圭一などである。第二に、「当時の自治体側の文化行政のとらえ方」は、いわゆる国の文化庁が所管している領域のことでなく、「福祉、商工、労働、土木、建設など自治体行政のあらゆる分野に文化的視点をとりいれようとする」ものである。現代の言い方を使えば、個別の行政領域に文化という「横串を刺す」視点であり、理念であった。とはいえ、視点、理念としての「文化」が多義的でわかりにくいことから、行政活動に文化を取り入れるということ自体を問い直す自治体間交流の場が種々設けられた。そのような取り組みを経て、第三の特徴として、行政システムを文化化しようとしたことである。国の省庁を頂点とする、省庁主導の縦割り行政に対して、市民参加に根拠を求めて、自治体主導で総合的なまちづくりを行うための行政へと転換することを意味していた。

さて、このような自治体文化行政が、公立文化施設建設を加速させたことには、理由がある。第一が、自治体の文化領域への関与は、自治事務の範疇であるということと、第二が、これとは真逆ともいえる別の論理で、日米構造協議を背景とする内需拡大のための文化施設整備であった<sup>(11)</sup>。

地方自治法は、「住民の福祉を増進させる目的をもって利用に供する」施設を建設することによって、公共的なサービスを提供するとしている(244条)。住民の福祉を増進させる目的をもって、地域に何らかの文化施設を建設しようとするとき、それは何を目的にするのだろうか。1950年に図書館法、そして1951年の博物館法が制定されていたが、

地方自治体において文化施設関係の建設が始まるのが1960年代に入ってからのことである。郷土博物館や市民会館建設が1960年代に始まり、1970年代には美術館建設、そして1980年代に入るとそれは文化ホール建設へと転じた。

図書館や博物館は、個別法を根拠に社会教育法の体系の中で、教育委員会で所管をする仕組みによって成り立っている。上位法の社会教育法で規定されている公民館の運営方針では営利事業を援助することや、特定の政党の利害に関することや、特定の宗教等を支援してはならないことから、社会教育という概念に縛られない、より自由度の高い集会施設は望まれてきた。そもそも集会施設といえば公会堂が戦前から一部自治体で自主的に整備されていたが、戦後は市民会館という名称に変化することによって、住民の様々な集会に対応できるようになっていた<sup>(12)</sup>。1000人規模以上の座席数を有するホール機能と、結婚式場も備え付けられた施設として展開するようになる。1961年4月に東京厚生年金会館や北海道厚生年金会館が開館したのを皮切りに、全国（愛知、石川、大阪、広島、北九州）に会議室、宴会場、結婚式場に加えてホール付きの施設が展開し、貸出型の施設として整備されていった。1960年代は「全国各地で興行師や興行会社が歌謡ショーやプロレスを数多く主催」されるようになり、営利を目的とする民間事業者側にとっても事業展開の基盤施設として役割を果たしていた<sup>(13)</sup>。同時期に地方自治体で整備される市民会館は、厚生年金会館などをモデルにしながら、住民の自主的な活動を基本として住民が借りること、あるいは民間事業者等が借りることを期待されていたのであり、施設を整備すれば設置者側は貸し出すことで用は足りる。貸し出しのための施設を整備することが最終的な目標と考えられている施設だった<sup>(14)</sup>。

時代が下るにつれて、結婚式場や宴会場の用は民間企業のビジネスで展開していくことになり、コンサートやイベント等の需要が増えてくる。それに応えるように公立文化施設も音響や照明の操作を可能にし、創造的な舞台芸術機能への対応を強化した文化ホールが建設され

るようになるのが、1980年代に入ってからのことである。ここで強調したいのは、国の方針があって、施設が整備されてきたわけではなく、地域でそれなりのニーズによって自治体の自主的な判断で目的が示され、仕様も決められ設置された。民間の専門家を登用する施設も誕生した<sup>(15)</sup>。

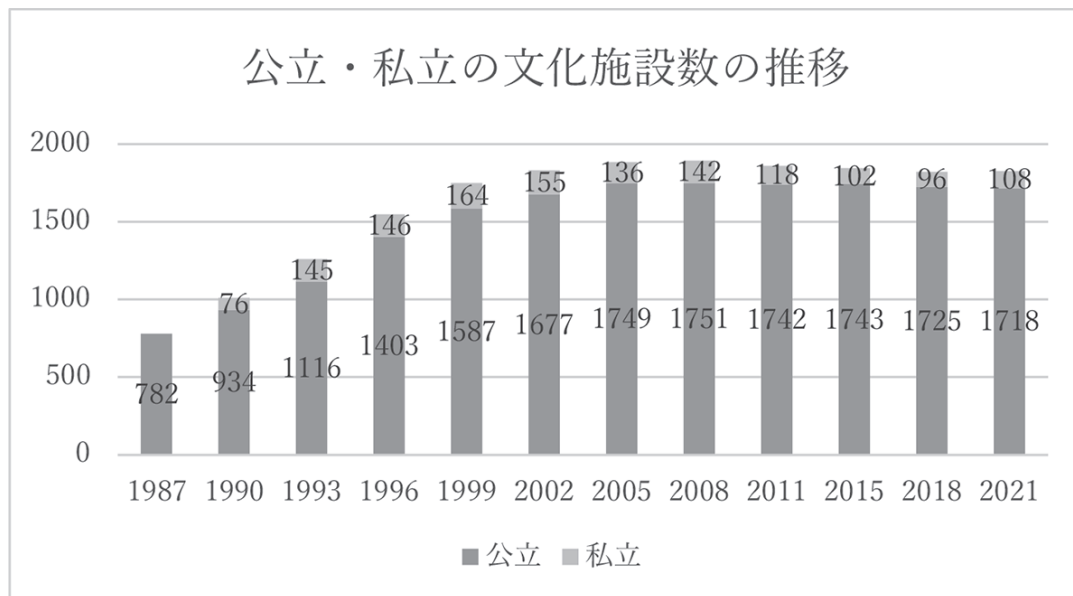


図1. 公立・私立の文化施設数の推移  
(1987年については、私立の調査をしていない)<sup>(16)</sup>

それに対して、日米構造協議の内需拡大により、国を挙げて文化施設建設に邁進することになった。その数の伸びを示すのが、図1である。これら市民会館、文化会館は、地域振興の名の下で地方自治体の自治事務の領域に属するものであり、国の法律に根拠を持つことなく様々な省庁からの補助事業を駆使して整備が進んできた施設である。1990年から2002年までの間に、公立の文化施設が743館増加した。施設数のピーク時である2008年には、全国の文化施設の約92%が地方校公共団体によって設置されたものであった。設置目的が示されているのは自治体の設置条例になるが、地域社会の文化の向上を掲げるものもあれば、芸術文化の普及振興を掲げるものもある。また、社会福祉の

増進を掲げるものもある。施設に整備されている実際の機能と、設置の目的が微妙に異なるのは施設整備費に充てられた事業費に依存することであろう。地域振興という名目はあらゆる目的を包括できるが、目的が明示されていないということでもある。目的が明確にされていないということは、無目的的な使用、好意的に解釈すれば柔軟な多目的の利用に対応できる施設と位置づけられていた。

この無目的なのか、多目的なのかわからない施設が、機能面でより高度な芸術文化施設へと舵を切るのが1990年代に入ってからのことである。当時の自治体文化行政関係の文書はいずれの場合も時代状況を「モノから心へ、文化の時代が訪れた」と書いた。実際、単なる集会というよりも文化的意味合いの強い、音楽、演劇等の文化事業や文化活動で施設が使用される頻度が高くなり、新しく建設される音響効果の高い音楽堂や舞台芸術のための機能をより強化した劇場へと移行していくことになる。

より高度な機能を有した芸術文化ホールは、その施設を使いこなせる優れた芸術活動が行われることによって建物の価値を伝えることができることから、施設建設とともに新たな運営方法に挑戦する自治体も出てきた。まずは、ただ施設を貸し出すだけではなく、地域の潜在的な必要を顕在化させるために公立文化施設が主体となって自主事業を展開するようになった。自主事業は本来的には自主制作を基本とすることから、制作コストを自ら負担をしてチケット収入で相殺するという仕組みである。たとえば、優れた公演の招聘、コンサートホールにおけるオーケストラのフランチャイズ制や、独自の劇団やダンス・カンパニーを立ち上げるなどもあった。しかしながら、全国の爆発的な文化施設の増加と比して、これらの手法を導入できたところは限りがあった。フランチャイズ制をとるためには、そもそも地域に一定の質を担保する芸術団体が存在しなければならないことになるが、日本の実演芸術団体は圧倒的に東京に一極集中している。おそらく、様々な産業が分散していくのに対して、いまだ東京一極集中の状況が改善

されないのが、文化・芸術産業の領域であろう。また自前で劇団やカンパニーを所有するという事は、現在の地方自治体においては経済的に重荷になることから容易に踏み切れるものではなかった。経済的負担に見合う成果がみえるようになるには時間がかかることから、4年ごとに政策の賛否を問われる首長選がある地方自治体では、実際に選択するのは難しい。

### 行政活動の方針転換と文化施設への住民の反応

1999年の地方分権一括法の制定は、財源の問題を棚上げのまま動き出す。地方自治体自らが、自治体を存続させるためのガバナンスの必要性が語られるようになるとともに、それまでの行政の役割を見直させることになった。それまでは市場の失敗に陥るもので、地域に必要とされる財やサービスを行政が公共団体として提供してきたはずであった。しかしこれも、法定受託事務が限定されることになった。そして、結果的に、それまでの無計画ともいえる政府（行政）の失敗をいかに回復させていくかという方向へと舵を切ることになる。とはいえ1990年代前半のバブル崩壊後も需要創出のための公共投資が積極的に行われ、文化施設建設は継続する。

東京都ではじめて博物館評価が行われたのが2000年のことである。これは教育行政の一貫と考えられていた博物館関係業界に衝撃が走った。この評価において、八王子にあった自然史博物館は八王子市へ移管され、また文学館は閉鎖されることになった。また江戸東京博物館の分館である江戸東京たてもの園も閉鎖の危機に見舞われた。設置者の経営的観点のない施設建設が、運営者に対する責任に転嫁される状況が起きた。これはたとえ地方公共団体が設置した施設であり、教育委員会所管のものであったとしても、永続的に運営が担保されるという幻想に疑いを持たせることになった。このことは新たに、自治体設置の文化施設においても、自ら「経営」という概念を取り入れた運営へのシフトを迫られることを意味した。



さらに自治体財政の逼迫がしきりに伝えられるようになると、増加し続けていた文化施設建設に対して、住民からの反応に変化が現れるようになる。各地で文化施設の建設に対して反対運動が展開されるようになった<sup>(17)</sup>。その反対運動の背景や契機は様々ではあるが、それが選挙の争点になることもあった。他地域での文化施設建設による地域効果があまり見られなかったことが挙げられるし、地方の財政状況も深刻化を増しており継続的に財政負担を強いる文化施設に対しては厳しい目が向けられるようになっていた。そのような状況下で文化施設は住民にとって必要性が感じられるものとは捉えられていなかった。しかしながら、争点化することによって、文化施設建設の内容や機能を見直し、目的も明確にしながら、説明を果たす必要性が認識されるようになった。

地方自治法の改正は、このような状況の中で、行われたものであった。「幾つかの自治体から」、公の施設の管理運営を「民間に広げてくれないか」という要望があったことが述べられていた<sup>(18)</sup>。また、個別法の規定があるものについても、「個別法を緩める」ことを考えているということであった<sup>(19)</sup>。

### 3. 指定管理者制度導入による受け止め

#### 文化行政研究者の指摘

公の施設の管理運営に関しては経済性、効率性、有効性、公共性の視点から制度導入を検討していく方向性が示されており、この点に関して文化行政研究者の中川幾郎は文化施設に関しては「『施設公用の最大化』をどのように理解するかなのである」と指摘した。そして、その政策を自治体側が明示することが必要不可欠だと述べるとともに、以下のような方向性を提示した<sup>(20)</sup>。少し長くなるが、引用する。なお（ ）内は筆者による追記である。

従来の公共文化ホール（運営）の主流的発想は、やはり文化・芸

術に関する鑑賞の場・機会に提供であり、その傾向は古典的福祉型配給思想といえる。すべての公共文化ホールの事業は、ここから脱却し、政策理念を明確にしていく必要がある。既製パッケージ型の鑑賞事業にばかり偏っているところは、地域アイデンティティの発掘と開発をめざして、市民自身の表現と内外の芸術家とのコミュニケーションの活性化を意識した事業などを開発していく必要がある。また、管理、指導、育成という観点から脱皮して、市民が主体となり、外部の専門家と活発にコミュニケーションして構築する自主事業企画、市民運営の可能性を追求していく必要がある。要するに、これまでの事業を、顕在化している表層的ダイヤモンド（需要＝要求）に対応した事業中心から、潜在的な市民ニーズ（必要性）を発掘して拡大する方向へ向かっていかななくてはならないはずである。

以上のように中川は、その傾向を「古典的福祉型配給思想」と表現し、この思想から「脱却し、政策理念を明確にしていく必要がある」とする<sup>(21)</sup>。その上で目指される内容は、「市民が主体」となって、「市民運営の可能性を追求」していく必要があるとする。中川のこの発想には、松下圭一の市民自治思想や文化行政論が色濃くみえる。松下圭一は、かつて『社会教育の終焉』や『市民文化は可能か』で、市民自治による文化の醸成を説いていた時期がある。松下圭一の系譜による文化行政論の原点に戻れば、「古典的福祉型配給思想」はありえないのにも関わらず、文化施設建設において、どこかの段階でこの思想が受け継がれないねじれが生じることになった。これは、行政、政策における、教育と文化の位置づけ、認識に関するねじれといえる。このねじれは、一つには組織上、そしてもう一つには「教育」・「文化」という概念そのものに内在する。

前者は、大型の公共施設建設を行う場合、2020年代の現在であれば、公共施設整備課や都市整備課といった部局が施設建設までを担う（現在

であれば、施設建設後の運営にまで目配りをする)。ところがまだ公民協働などの概念が普及する前は、建設された公共施設は、所管を別の担当に移管して運営が行われるのが一般的だった。文化施設の多くは、図書館や博物館同様、教育委員会だった。その教育委員会は、教育基本法の教育概念を体現することを目的にしている。「教育は、人格の完成を目指し、平和で民主的な国家及び社会の形成者として必要な資質を備えた心身ともに健康な国民の育成を期して行わなければならない」とあり、その方法としての教育行政、とりわけ教育委員会、具体的な教育を行う小中学校などは、教科書等を定めてそれを教員から生徒へ伝達する方法で行われており、これを配給型と名指した。トップダウン型の教育行政は徐々に民主化が進んできたといえる。中川が批判する「既製パッケージ型の鑑賞事業」は、旅行業者のパッケージツアーなどを思い浮かべてもらえばよいが、民間事業者がつくりあげた鑑賞用公演事業を公立文化施設側が買い上げる方法である。もちろん民間事業者側には多種多様なパッケージが準備されており、それらを施設運営側は予算の範囲で選べばよいというものである。選ぶ側に、地域のニーズを把握した上で、公共的観点から、必要な選択眼が要求される。しかし、文化や芸術の受容においては、鑑賞者として受容する以外にも、自ら行う、参加する、創造するということがある。文化や芸術には、世に言う質の高い、傑作といわれる作品やプロといわれる実演者が存在する。それを提供することこそが、配給型思想と結びつきやすかった。

中川が指摘するところの、市民主体・市民運営の可能性の追求を模索してきたのが、先に挙げた自治体出資法人である。そして、指定管理者制度の導入によってもっとも影響を受けたと考えられた自治体出資法人はどのような転換を迫られたのか。

### 一般財団法人地域創造の調査からみる対応

さて、この指定管理者制度であるが、管理運営者の幅を広げること

によって民間の営利事業者も参入可能になった。さらに、この制度は、中川も指摘するように、より効果的に政策や施策を展開していく上で、地方自治体が主体的に決定をしていく必要があると考えられている。地方自治体にはどのような転換を迫ったのであろうか。

一般財団法人地域創造は、総務省の外郭団体にあたり、1994年に地方公共団体の出捐により文化・芸術の振興により創造性豊かな地域づくりを支援することを目的に設立された。1994年といえば、まさに文化ホール建設ラッシュが続いた真只中である。財団事業として、地域における文化・芸術活動を担う人材の育成や、公立文化施設の活性化を図るための各種支援事業（クラシック音楽・現代ダンス・演劇・邦楽・美術・助成）などとともに、設立当初から、文化・芸術活動を通じた地域づくりに関する調査研究も行ってきた。2000年以前は、地方自治体が設置した文化施設のハード面に注目した研究が中心であるが、2000年からハード面に加えてソフト面、いわゆるよりよい運営を目指した方向性へと転換した<sup>(22)</sup>。その中で真っ先に取りあげられた対象が自治体出資法人であり、2002年の「地域文化施設における財団運営に関する研究」である。

地域における公共ホール・劇場等の文化施設では、運営面の難しきや芸術文化に対する専門的な知識の必要性から、地方自治体の直営施設から公益法人などの財団に委託し運営を行うところが増加する傾向にあります。「貸し館」としての機能より本来の「文化施設」としての機能が増え、公演や演奏会、展覧会等の開催といった様々な芸術を鑑賞する機会を提供するにあたり、より専門的な人材の確保、組織の見直しの必要性が高まっている現状です<sup>(23)</sup>。

この調査においては、「本来の『文化施設』としての機能」に目が向けられ、これまでに述べてきた自治体出資法人のあり方に変革を迫る提言がなされた。「ハードの充実からソフトの充実」が求められること

に加えて、厳しい行財政改革の中、出資側の地方財政の逼迫状況に加えて、組織体制の問題を指摘しながら、「これからの時代にふさわしい芸術文化の創造にいかに関与するかを見直す時期がきている」と分析し、自治体直営で不可能なことを財団設立のメリットを活かすように提言した<sup>(24)</sup>。

|           |   |
|-----------|---|
| 1994      | 地域におけるアーツ共感促進のための調査研究<br>地域におけるアーツ創造拠点づくり調査研究   |
| 1995      | 地域における芸術環境づくりの状況調査  |
| 1996      | 地域の芸術環境づくりのための基礎調査<br>公共ホール・劇場とボランティアに関する調査<br>美術館系文化施設の情報システムに関する調査  |
| 1997      | 公立ホールにおけるネットワーク活動に関する調査研究<br>ホール文化形成のために～ホール文化形成のための調査研究～<br>地域文化施設に関する調査   |
| 1998      | 公共ホールの舞台技術に関する調査研究<br>ホールにおける市民参加型事業に関する調査研究<br>公立文化施設の建築等に関する調査研究  |
| 1999      | 公共ホールの計画づくりに関する調査研究   |
| 2000      | 地域文化施設における芸術普及活動に関する調査研究<br>地域の公立文化施設に関する調査   |
| 2001      | 地域文化施設における芸術普及活動に関する調査研究「アウトリーチ活動のすすめ」  |
| 2001/2002 | 地域文化施設における財団運営に関する調査研究  |
| 2003      | 地域文化施設に活力を一これからの運営のあり方を考える一   |
| 2004      | 公立文化施設における政策評価のあり方等に関する調査研究—指定管理者制度を中心に   |
| 2006      | 公立文化施設における政策評価等のあり方に関する調査研究—公立ホール・公立劇場の評価<br>指針—<br>指定管理者制度導入状況等調査  |
| 2007      | 指定管理者制度における公立文化施設の運営と財団のあり方に関する調査研究—地方公共団<br>体における文化政策のあるべき姿を考える—<br>地域の公立文化施設実態調査                                  |
| 2007/2008 | これからの公立美術館のあり方についての調査研究   |
| 2008/2009 | 文化・芸術による地域政策に関する調査研究「新「アウトリーチのすすめ」～文化・芸術が<br>地域に活力をもたらすために～」  |
| 2009/2010 | 「公立美術館の公益性に関する指針」についての調査研究  |
| 2010      | 公立ホール・公立劇場の評価指針の活用に関する調査研究「『公立ホール・公立劇場の評価<br>指針』活用のすすめ—運営・事業レベルアップの第一歩」<br>地域の公立文化施設等に関する実態調査<br>市町村合併と公立文化施設に関する調査 |
| 2010/2011 | 文化・芸術を活用した地域活性化に関する調査研究「地域における文化・芸術活動の行政効果」   |
| 2011      | 東日本大震災以降の被災県における公立文化施設及び文化行政に関する実態調査  |
| 2012/2013 | 災後における地域の公立文化施設の役割に関する調査研究—文化的コモンズの形成に向けて   |
| 2014      | 地域の公立文化施設実態調査   |
| 2014/2015 | 地域における文化・芸術活動を担う人材の育成に関する調査研究   |
| 2016      | 高齢社会における公立文化施設の取り組みに関する調査研究   |
| 2017      | 公立文化施設に関する管理運営状況に関する調査研究  |
| 2018      | 公立文化施設に関する管理運営状況に関する事例調査研究  |
| 2019      | 地域の公立文化施設の実態調査  |
| 2021      | 地域と文化芸術をつなげるコーディネーター インタビューによる事例調査  |

表3. 一般財団法人地域創造における調査研究一覧<sup>(25)</sup>

2001年に議員立法で文化芸術振興基本法が制定されることになり、長らく必要性が指摘されていた国の文化振興に関する初の根拠法が成立した。「地域文化施設に活力を—これからの運営のあり方を考える—」(2003)においては「地域文化施設(公立ホール・美術館等)の活動や取り組みは、ますます重要になってきております。そこで地域創造では、地域文化施設のうち、とくに公立ホールに焦点を当て」て、研究を進めた。公立文化施設を「地域づくりの拠点」として位置づける試みである<sup>(26)</sup>。そして、指定管理者制度が導入された次の年には、この制度を中心に論じながら、公立文化施設における政策評価のあり方に関して調査が行われた。「芸術文化は、人々の創造性を育み、表現力を高め、相互理解に基づく心豊かな地域づくりに資するものであり、新しい価値の創造につながる」と位置づけながら、「経済的数値評価によるのみ評価を行うことは適切ではない」とし、指定管理者選定における評価基準の経済効率性を暗に批判する立場を採りながら、制度の地方自治体側の「望ましい活用方策の検討が課題」だとする。公立文化施設の運営において、運営者側だけの問題ではない、自治体側の問題を明らかにしている点がこの調査の特徴であり、導入にあたっての留意事項を明らかにしており(表2)、2006年には、同じ調査題目で公立文化施設側の評価指針に注目した検討を行っている。

- |  |
|--|
| <p>(1) 指定管理者制度の目的は民間事業者への門戸開放を基本としつつ、住民に対する行政サービスの向上を第一とすべきであり、経費縮減とともに質の低下に繋がってはならない。</p> <p>(2) 公立文化施設、文化政策の使命を明確化すべきである。</p> <p>(3) 指定管理者制度の実施対象施設については、設置団体の文化政策の基本方針、役割、性格等に基づいて判断すべきである。</p> <p>(4) 文化政策や公立文化施設の基本的方針の策定には、専門的な観点からの検討が不可欠である。</p> |
|--|

表4. 「公立文化施設における政策評価のあり方等に関する調査研究—指定管理者制度を中心に」(2004)「指定管理者制度導入にあたっての留意事項」  
(なお、(5)(6)は事務上の手続なので割愛)

2006年度の調査においては、公立文化施設に対する事業評価が導入されてくる中で地方自治体が施設の稼働率、集客数などを計り、経済性や効率性の数値評価を行うことに対して、総合的政策評価の方法を明らかにしている。その方法の第一前提として、表3に挙げた状況が自治体において準備されているかを挙げている。これらは公立文化施設が、自治体の政策の中でどのような目的を達成するために位置づけられた施設なのかを明らかにすることが求められているといえる。条例に先立ち計画やビジョンを策定している場合もあるが、たとえば、2006年当時の文化振興条例の制定状況は、都道府県で15、市町村で54であり（2007年7月1日当時）、限られた地方自治体しか条例を制定していなかったことがわかる。また現在においても、その数が都道府県で36、市町村で140である（2021年10月1日現在）<sup>(27)</sup>。公立文化施設の適正な評価として提示された総合評価においても、それが実施できない状況が現在も続いているところに、公立文化施設の性格や位置付けの曖昧さが象徴されているといえる。あるいは、文化振興等の施策に位置づけたくないという選択の表れとみることもできるかもしれない。

- |   |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 設置団体の文化振興条例が施行されている</li> <li>(2) 総合計画の中に芸術文化の振興が位置づけられ、政策目標が掲げられている</li> <li>(3) 文化振興ビジョン、文化基本計画等、文化政策に関する基本計画が策定されている</li> <li>(4) 文化政策に基づいた公立文化施設の設置目的やミッションが明確に定められている</li> <li>(5) 公立文化施設の設置目的やミッションに基づいて、業務の範囲や管理の基準が定められている</li> </ul> |
|---|

表5. 「公立文化施設における政策評価等のあり方に関する調査研究—公立ホール・公立劇場の評価指針—」（2006）における「評価の前提条件」

一般財団法人地域創造は、その後も公立文化施設に関する実態調査を続けてきており、2017年に管理運営に注目した調査を行っている。この調査では、指定管理者制度を導入せずに直営で管理を行っている



ところに着目をしている<sup>(28)</sup>。ここでは回答した地方公共団体の89.4%で文化施設を有しているが、この管理運営について、指定管理者(49.2%)と直営(50.8%)との割合が約半数ずつだったという結果が示されている。そして、直営による管理運営については、「直営の方が文化施策がうまくいく」(39.2%)、「直営の方が施設の管理運営がうまくいく」(32.1%)という積極的な回答があるのに対して、「地域に指定管理者の担い手がない」(24.4%)という消極的な選択としての直営があることも明らかになっている。

この直営を選択している(あるいは選択せざるをえない)地方公共団体に対して、指定管理者制度を導入してきたところは引き続きこの制度を活用していく方向性が明らかになっている(94.5%)。地方公共団体とすると、指定管理者になる事業者の育成を視野に入れて制度の活用を行っていけるかどうか、自治体が置かれた環境に左右される状況がある。たとえば都市部においては事業者が林立して競争状況が生まれるのに対して、そもそも事業者自体が存在しない、運営ノウハウがないということもある地域があるということである。ノウハウがあっても、地域によっては指定管理料を投入してもそもそも経営的には成り立たないところもある。

### 一般社団法人指定管理者協会の対応

さて、これに対して、民間事業者として指定管理者制度に参入してくる立場もある。新たに法人を設立する場合などは、事業者側がNPOを設立する場合もあるが、ここで注目したいのは営利を追求する民間企業である。一般社団法人指定管理者協議会は、官民双方が情報共有を推進し対話を重ねる「場」が不可欠であるとの認識に立ち、平成20年11月に前身となる「指定管理者協議会」を立ち上げた。指定管理者として選定される側の民間事業者によって構成されたこの団体は、「指定管理者制度及び公の施設等の管理運営に関し、指定管理者及び地方公共団体の知識、技術、ノウハウを高めるとともに、住民等を含めた

関係者間の対話を通じた相互理解及び情報共有を深め、もって我が国における公共サービスの発展に寄与することを目的」とするものであるが、注目すべきは総務省や自治体に向けて制度改善のための提言を定期的に行って、制度運用を効果的に誘導していることである。実に具体的かつ、子会社化していた自治体出資法人からでは出てこない、内部的な不満に止まっていた内容など、実務的課題を取りあげることによって、民間事業者の参入障壁を低くしながら、制度の改善を目指していることがわかる。

| 年度   | 提言内容   |
|------|--|
| 2009 | 持続的な公の施設の管理・運営に向けた指定管理者の適正利益に関する考え方～水光熱費の急激かつ大幅な変動への対応や新型インフルエンザの感染対策等を考慮して～ |
| 2010 | 公の施設のビジョンと指定管理者のミッションに基づく指定管理の環境づくりに向けて～公共サービスを安全に、安定して提供していくために官民で取り組むべきこと～ |
| 2011 | 震災等災害発生時における自治体と指定管理者との連携の在り方について  |
| 2012 | 指定管理者制度実務上の課題への提言  |
| 2013 | 指定管理者の負えるリスクと自治体の負うリスク   |
| 2014 | 指定管理者制度導入から10年の振り返りとこれからの指定管理者制度のあり方   |
| 2015 | 地域のニーズを見据えた新たな指定管理者制度のあり方<br>～「ミッション遂行」から「ビジョンの共創と実践」へ～                      |
| 2016 | 熊本地震をふまえた公の施設の管理のあり方と行政との役割分担について  |
| 2017 | 指定管理者制度に関する自治体ガイドラインの現状  |
| 2018 | 指定管理者制度に関する自治体ガイドラインにみる「自主事業」と「目的外使用」の現状と考察                                  |
| 2019 | 指定管理者制度の収支構造と適正利益についての考察   |
| 2020 | 新型コロナウイルス感染症拡大の推移をふまえた危機における自治体と指定管理者の役割分担について                               |
| 2021 | 指定管理者制度に関する「モニタリング」の現状と考察  |

表 6. 一般社団法人指定管理者協会の提言<sup>(29)</sup>

筆者は2017年に公立文化施設の運営に指定管理者として選定された

複数の企業にインタビュー調査をしたことがある<sup>(30)</sup>。そもそも多くの指定管理者として選定されている企業を選択していることもあるが、どの企業も公共サービス部門への業務を拡大して成長させていた。そして、公募に応募する条件を問うと、自治体の公立文化施設運営に関するポリシーが明確なところであるとすべての企業が答えた。全国的に事業を展開している企業であったこともあるが、一定の質を確保したサービスを提供していくためにも、個別の自治体の住民や地域との関係性の構築には時間や人をかけられないという事情も共通していた。しかしながら、博物館等の管理運営の指定管理者を多く受注している会社は、博物館運営の中期計画と一緒に創り上げるパートナーとしての役割も果たすようになってきている事例もあった。そうかと思えば、協定書に書かれていない対応については基本受けられないという立場を明確にしている企業もある。民間企業の指定管理者も定期的な異動が行われることによって、人材のモチベーションを上げている。また、指定管理者を何期も務めている民間企業は、馴れ合いやモチベーション管理の難しさに直面する。

### 劇場・音楽堂を目指す施設運営

自治体出資法人が民間企業との競争に勝ち残っていく方向性として、「実演芸術」の振興と掛け合わせて「文化芸術活動を行う」特化した施設へと転換していこうとする動きも出てきた。2012年に制定された「劇場、音楽堂等の活性化に関する法律」である。この法律は議員立法で制定され文部科学省所管の法律であるが、全国に建設された多くの公立文化施設をこの法律における劇場・音楽堂へと意識を転換させることによって、活性化を試みる内容となっている。実演芸術といわれる音楽、演劇、舞踊、伝統芸能、演芸など実演によって表現される芸術は、実演を披露する、制作する場を必要とする。この法律において「劇場、音楽堂等」とは、「文化芸術に関する活動を行うための施設及びその施設の運営に係る人的体制により構成されるもののうち、その

有する創意と知見をもって実演芸術の公演を企画し、又は行うこと等により、これを一般公衆に鑑賞させることを目的とするもの」であり、公立文化施設に人的体制が備わっていることを前提としている。そもそも公立文化施設には、それまで根拠となる国法はなかったことを先に述べた。この法律によって、明確な方向性とそれに伴う事業支援が期待できることになった。

この法律第7条において地方公共団体は、「目的を達成するため、自主的かつ主体的に、その地域の特性に応じた施策を策定し、及び当該地方公共団体の区域内の劇場、音楽堂等を積極的に活用しつつ実施する役割を果たすよう努めるものとする」としているが、そもそも文化ホールを、劇場や音楽堂という性格に明確に位置づけている地方公共団体はそれほど多くない。一地方自治体が、地域振興のために特定のジャンルの芸術を振興するのは、効果や成果が生み出されるまでに時間もかかることからなかなか勇気がいる決断である<sup>(31)</sup>。しかしながら、自ら劇場・音楽堂を目指し、劇場音楽堂等活性化事業（2012～2017）や劇場音楽堂等機能強化事業（2018～2022）への応募を通じて、自らの劇場・音楽堂としての運営力を養ってきたのが自治体出資法人がある。この事業は、民間の営利・非営利企業の施設運営者も応募できるものであるが、2018年度の評価をみると<sup>(32)</sup>、5年間の長期にわたる支援を受けられることができる「機能強化総合支援事業」12館のうち、11団体が、そして、2020年度「地域の中核劇場・音楽堂等活性化事業」（1年採択）の採択団体80のうち、63団体が、自治体出資法人が採択されていることから、劇場音楽堂としての事業遂行能力の向上に既存の法人が生き残りをかけて力を入れている様子がわかる。

さらに付け加えると、自治体出資法人は、地域の文化・芸術・芸能の活動を支援する役割を担うアーツカウンシルとして機能し始めたところもある。

### 自治体による制度活用の事例：横浜市

最後に、地方自治体における指定管理者制度の活用という側面を見たい。横浜市は、指定管理者制度導入時の市長が公の施設管理に、原則として制度を導入する方向性を出していたことから、積極的にこの制度の活用を検討してきた自治体である。新設施設の開設と制度導入が重なったこともあり（磯子区民文化センター）、文化施設向けの公募型プロポーザル方式を導入し、文化施設の指定管理者制度導入において先鞭をつけてきた。横浜市では、所有する様々な文化施設の指定管理者を決定していく過程で、市議会等でのやりとりや批判を通じて、行政側に求められる正当性と（公平・平等・効率等）、文化施設において最大限の効果を得ようとするときの価値との相違に注目をし、政策協働型指定管理という方法を生み出して実行している。

横浜市は、実は文化振興に関する条例はない。しかしながら、文化政策に関する政策立案を自治体が行うとしており、文化施設や出資法人を、政策実行機関と位置づけている。地方自治体における文化施設の運営特有の問題を、二つに特定する。第一に、行政内部はそもそもの採用基準や人事ローテーションによって文化行政に関する専門的な人材を確保し続けることが難しいということ、そして第二に、文化施設の事業企画や運営を、行政の意思決定ラインでは行えないということである。したがって、指定管理者制度を活用して、専門性を確保していく方向性を容認している。横浜市の事例が興味深いのは、指定管理者との協定書による関係性に注目している点である。公募等で指定管理者が提案してきた提案書（指定が決定した後では、協定書）が絶対視されることによって、政策を取り巻く環境変化に柔軟に対応できないことを警戒している。したがって、常によりよい政策を実施していく視点から、政策立案者側と政策実行者側が、館長と市部長級が出席する政策協議会と、馴れ合いを防止するための外部有識者による選定評価委員会を稼働させることによって、行政と指定管理者が「協議」を続けながら、協働して政策を実行していく体制を創っているというこ

とである。なお指定期間も通常より長期の10年を設定している。指定管理者制度導入における制度設計や運用は、地方自治体に任されていることを活用した事例といえる。

#### 4. 考察

指定管理者制度は、地方自治法に規定されていることから、地方自治体の運営に係わる制度である。1999年の地方分権一括法以降、自立的な経営のための手法として、そして自立的な経営とはいいいながらも、公務員の定員管理に関する厳格な規制とコスト管理の下、地方自治体が住民の福祉に資するために利用に供する施設として設置する公の施設の運営手法について、自治体に様々な側面で選択を迫る制度であった。地方自治体が福祉国家的にすべての領域を自ら担うということは、財政負担や効率性の観点からもありえなくなっている。民間企業や非営利団体も含めた、専門性の高い多種多様な団体との協働によって、政策を実施していくことが効果的で効率的であり、それを具体的に調整する現実に直面しているといえる。

地方自治体は、自治体としての自治的経営能力を高めていくことを文化行政領域で試行錯誤してきた。しかしながら結果として、新しい公共経営が志向される状況下で、根本から文化行政の方法を見直さなければならなくなってしまった。このような変化は、むしろ文化行政領域における曖昧さを払底させ、地方自治体が立案する文化政策という分野への注目を高めたといえる。実際、地方自治体における条例、計画等の策定、評価等の取り組みや能力については、年々向上している<sup>(33)</sup>。

試行錯誤の過程で生み出された自治体出資法人については、民間企業とのコスト競争による試練に立たされ解散にまで追い込まれる状況になってしまったことは、地方自治体の緩いガバナンスの巻き添えを食うことになった。専門性を買われて雇用されていた固有職員は気の毒としかいいようがない。しかしながら、自治体出資法人は、これか

らの地域の文化政策の実施主体として、その役割を深化させることによって民間企業とは異なる重要な役割を担うことは間違いない。

- (1) 野呂充、野口貴公美、飯島淳子、湊二郎『行政法（第2版）』（有斐閣、2020年）、8頁。
- (2) これまでに筆者がこの問題について、記してきたものは以下の通りである。小林真理「はじめに」「公立文化施設と指定管理者制度」『指定管理者制度—文化的公共性を支えるのは誰か』（小林真理 編著、時事通信社、2006年）、i—v、3—20頁、小林真理「制度の概要と導入の問題点」『指定管理者制度で何がかわるか』（文化政策提言ネットワーク編、水曜社、2004年）、8—24頁。小林真理「指定管理者制度で変える公立文化施設の運営—問われる設置主体の文化政策」『月刊地方自治職員研修』2005年3月号、34—37頁。小林真理「指定管理者制度で何を变えるのか？ 文化政策の現場としての文化施設のあり方」『地方議会人』2005年9月号、23—27頁。小林真理「指定管理者制度の成果と課題」『地域政策研究』第46号、2009年3月、6—13頁。小林真理「指定管理者制度がなじまない公の施設はあるのか」『社会教育』2010年10月号、14—19頁。
- (3) 2003年5月27日衆議院総務委員会会議録、公明党、山名靖英氏発言。
- (4) 公益法人改革については、2006年に公益法人改革関連三法が成立し、2008年から全面施行されている。
- (5) 興行場法は、昭和23年に制定された法律であり、映画、演劇、音楽、スポーツ、演芸又は観せ物を、公衆に見せ、又は聞かせる施設を営業しようとする者に対して、設置する都道府県の公衆衛生上の条例に従わない場合は、その営業が許可されないとする定めとなっているものである。
- (6) 指定管理者制度導入後に、解散した自治体出資法人も多い。近年では、（公財）宇治市文化センター（2022年）、（公財）舞鶴市文化事業団（2021）、（公財）枚方市国際財団（2021）などが解散することになった。
- (7) 地方公共団体の長は、条例の定めるところにより、指定管理者に使用許可を行わせることができるものであるが使用料の強制徴収（第231条の3）、不服申し立てに対する決定（第244条の4）、行政財産の目的外使用許可（第238条の4第4項）等法令により地方公共団体の長のみが行うことができる権限についてはこれらを指定管理者に行わせることはできない。
- (8) さらにこのような法人は専門性の確保のために広く人材を固有職員として公募するものの、専門職人材の管理部門への転換を準備できていない問題もあり、準備されていたとしても一般職と同じキャリアパスを歩ませることを前提としている。職員の職種にあわせた評価の方法が導入されていないということである。
- (9) 1987年度～2021年度社会教育調査により作成。

- (10) 自治体文化行政の展開については、野田邦宏『文化政策の展開 アーツ・マネジメントと創造都市』（学芸出版社、2014年）、「2 自治体文化行政の誕生と文化行政」（21—33頁）を参照している。
- (11) 第二の点に関しては太下義之『アーツカウンシル アームズ・レンガスの現実を超えて』（水曜社、2019年）の109～114頁を参照。
- (12) 公立文化施設の機能変化については、清水裕之『公立文化施設の未来を描く - 受動の場から提供主体への変貌に向けて』（水曜社、2022年）にその経緯は詳しい。
- (13) コンサート・プロモーター.jpのウェブサイト、「コンサート・プロモーターの歴史と現在」[http://concert-promoter.jp/about\\_promoter/history.php](http://concert-promoter.jp/about_promoter/history.php)（2022年10月25日閲覧）を参照。
- (14) 清水裕之『公立文化施設の未来を描く—受動の場から提供主体への変貌に向けて』（2022年、水曜社）を参照。
- (15) たとえば1978年には設置されていた兵庫県立尼崎青少年創造劇場は、施設の設置目的を演劇を通じた青少年育成と明確にした上、民間からの人材登用を行い、独自の運営を行い、多くの文化ホール建設を検討する自治体が視察に訪れた。
- (16) 1987年度～2021年度社会教育調査により作成。
- (17) 山口市のメディア芸術を扱う現山口情報センター、浦安市の博物館建設等が問題となった。
- (18) 前掲会議録、片山虎之助氏の発言。
- (19) 同上。
- (20) 中川幾郎「自治体文化政策と指定管理者制度のあり方」、小林真理編『指定管理者制度—文化的公共性を支えるのは誰か』（2006年、時事通信社）、31頁。
- (21) この議論は重要であり、行政活動の区分も「侵害行政」、「給付行政」でよいのかどうかを考えさせられる。
- (22) 2000年度「地域の公立文化施設に関する調査」における「はじめに」において、「70年代以降、各地域において、ホール、美術館等の公立文化施設が盛んに建設されるようになりました。それに伴い、こうした施設を活用した活動の充実、いわゆる『ソフト』の取り組みの重要性が認識されるようになり、近年の厳しい財政状況にも関わらず、各地域のご努力でさまざまな活動が行われております。こうした地域の公立文化施設の状況を、ハード・ソフトの両面にわたり調査し、データを集積するため、総務省のご協力を得て、平成12年12月に全国を対象とした『地域の公立文化施設に関する調査』を行ったものです」とある。
- (23) 「地域文化施設における財団運営に関する調査研究」（2001、2002）。
- (24) 本来可能であるのに行っていないこととして、(1)柔軟な運営体制の整備、(2)専門人材の登用、(3)弾力的・効率的な財政運営、(4)民間的発想の導



- 入とサービスの向上を挙げている。
- (25) 一般財団法人地域創造の調査研究報告書はすべて、下記のリンクに掲載されている。<https://www.jafra.or.jp/library/report/> (2022年10月31日閲覧)
- (26) この調査における提言は、1. 地域文化・人材（住民）など地域をよく知る、2. 内外の芸術を知り、アーティストなどとの関係を構築する、3. 地域文化施設を地域づくりへの拠点へと構想する、4. 組織・体制を整える、5. 長期的な戦略で企画・立案し、実行する、6. 評価を追跡・蓄積して新たな目標につなげていく。
- (27) 文化庁、「地方における文化行政の状況について」平成18年度、および令和2年度を参照。[https://www.bunka.go.jp/tokei\\_hakusho\\_shuppan/tokeichosa/chiho\\_bunkagyosei/index.html](https://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/chiho_bunkagyosei/index.html) (2022年10月31日閲覧)
- (28) 基本調査票（地方公共団体数）917件（回収率51.2%）、個別調査票「直営」（施設数）917件、個別調査票「指定管理」（施設数）926件
- (29) 2020年6月20日、一般社団法人指定管理者協会松森隆一氏による授業で提供された資料より。
- (30) 2017年7月から8月にかけて、株式会社アクティオ、株式会社乃村工藝社、株式会社ケーミックス、株式会社神奈川共立、株式会社サントリーパブリシティサービスに対して、公立文化施設の運営に携わる責任者、会社社長にインタビューを行った。
- (31) 静岡舞台芸術センターが国際的に評価の高いアビニヨン演劇祭に招待されて開幕を飾ったのは、設立から20年を経ていた。さらに、滋賀県のびわ湖ホールがコロナ禍で配信したオペラには、2日間で36万人以上の人がアクセスをした。2018年がびわ湖ホール開館から20年が経っており、コロナ禍という特殊な状況、SNSでの情報伝達の効果もあるが、びわ湖ホールでのオペラ公演が広く認知されていたことも意味するのではないだろうか。このような芸術上の成果は、徐々に地域に浸透していくことになるだろう。
- (32) 2018年に「機能強化総合支援事業」に採択された団体の評価がとりまとめられている。[https://gekijo-ongakudo.ntj.jac.go.jp/hyouka/2019hyouka\\_list1.html](https://gekijo-ongakudo.ntj.jac.go.jp/hyouka/2019hyouka_list1.html) (2022年10月31日閲覧)、2020年「地域の中核劇場・音楽堂等活性化事業」（1年ごとの採択）、についての評価については、[https://gekijo-ongakudo.ntj.jac.go.jp/hyouka/2021hyouka\\_list2.html](https://gekijo-ongakudo.ntj.jac.go.jp/hyouka/2021hyouka_list2.html) (2022年10月31日閲覧)。
- (33) 筆者はこれまでに様々な地方公共団体の文化政策分野の制度設計や運営に係わってきた。年々、地方公共団体の文化行政に関する政策立案、計画、評価に関する能力が向上してきていることを実感している。とくに文化領域において新しい概念を提示して、制度設計をした奈良県の事例は、小林真理編『文化政策の現在—文化政策の思想』（2017年、東京大学出版会）の「文化資源」で、また大阪市が地方独立行政法人制度の運用を拡張

させながら、文化施設の運営に新しい方法を導入させた事例などは、河島伸子、小林真理、土屋正臣共著『新時代のミュージアム—変わる文化政策と新たな期待』（2020年、ミネルヴァ書房）において、「第4章 ミュージアムの管理・運営体制」で紹介した。

# 「法律による行政の原理」から見た 行政過程での AI 活用

黒 川 哲 志

## I はじめに

コンピューターの性能向上、ICT (Internet Communication Technology) の進歩、画像認識・音声認識など機械学習アルゴリズムをはじめとするソフト面の飛躍的進化に支えられて、フィジカル空間とサイバー空間が高度に融合した超スマート社会 Society5.0<sup>(1)</sup> の足音が聞こえてくるようになった。2021年9月には内閣にデジタル庁が設置され、デジタル社会形成と行政デジタル化遂行の体制も整備された。2001年の行政情報ポータルサイト「電子政府の総合窓口 (e-Gov)」開設<sup>(2)</sup> は人々に電子政府の到来を予感させたが、それから20年が経過した今日、一層の行政デジタル化 (DX: Digital Transformation) を経て、新次元の電子政府の時代に突入しつつある。会議の議事録作成、橋やトンネルなどのインフラ破損箇所自動検出、交通量観測などに、音声認識・画像認識システムの AI (人工知能 / artificial intelligence) も広く導入され、業務の効率化に寄与している。AI が利用者からの質問に自動応答するチャットボット<sup>(3)</sup> の国税庁ウェブサイトなどへの実装は、行政デジタル化時代の到来を実感させる。AI を活用して犯罪発生場所などを予想する予測型犯罪防御システム<sup>(4)</sup> や AI による保育所入所選考マッチングも、馴染みのものとなってきた。

2017年にさいたま市で行われた AI を利用した保育所入所選考マッ

ング実証実験では、「市の割当てルールを学習した AI が組合せを点数化し、得点の高い組合せを瞬時に導出」し、「人手では延べ約1,500時間かかる保育所の入所選考が数秒で完了」したと報告されている<sup>(5)</sup>。このような AI による保育所入所選考システムの導入は、東京都港区、板橋区、郡山市、佐賀市、草津市、一関市、山形市など全国に広がっている。選考結果については、AI による選考の結果と職員の手による選考の結果とがほぼ一致することも検証されている<sup>(6)</sup>。このように、行政への AI の導入は、作業の効率化を通じて行政リソースの節約を可能とし、その分を質の高い行政サービスの提供のために利用することを可能とする。しかし、行政に AI を導入することは、「法律による行政を原理」、「行政の説明責任・透明性」、平等原則、個人情報保護などの行政法の伝統的な法的価値との緊張関係も含んでいることが懸念されている<sup>(7)</sup>。特に、AI の不透明性にかかわる問題は、法令等の機械言語への移植の問題も含めて、行政アカウンタビリティの実現の障害となるので、行政法学の視点からも検討を要する問題である<sup>(8)</sup>。

本稿は、行政デジタル化時代の行政活動にかかわる問題について、行政法学の視点から検討するものである。それらの問題の中には、手作業による行政でも生じていたものが行政デジタル化によって顕在化してきたものも少なくない。AI と法に関して、山本龍彦編『AI と憲法：AI に選別される危機』（2018年）、弥永真生ほか編『ロボット・AI と法』（2018年）、宇佐美誠編『AI で変わる法と社会：近未来を深く考えるために』（2020年）、宍戸常寿ほか編『AI と社会と法：パラダイムシフトは起きるか？』（2020年）、寺田麻佑『先端技術と規制の公法学』（2020年）をはじめ、多くの研究成果が蓄積されてきている。本稿は、これらの先行研究で得られた知見の助けを借りながら、行政デジタル化が法律による行政の原理に与える影響を中心に検討する。まず、行政デジタル化が目指したものを歴史的に振り返り、その後、法律による行政の原理との緊張関係について論じる。

## II 行政デジタル化法制の歴史

### 1 デジタル化による行政サービスの向上と透明性の向上

行政デジタル化は、行政の事務効率化と費用削減の道具として、行政バックオフィスへのコンピューターの導入として始まった。1980年代のNPM (New Public Management) の潮流の中で、行政デジタル化は、行政効率化とより良い行政サービス提供のためのツールとして位置づけられた。電子政府という概念が登場してきたのもこの頃である<sup>(9)</sup>。NPMは、行政活動を顧客である国民に対するサービスの提供と位置づけ、洗練された民間企業のやり方を取り入れて、効率的により良い行政サービスを提供しようとするものであった。

日本でも、1980年代には、行政情報システムとして既にコンピューターが取り入れられていた。そして、「当初は、例えば統計作成等データの大量処理による省力化といった行政効率の向上、あるいは事務の迅速な処理による行政サービスの向上が主として指向され、相当な効果をあげてきた。最近においては、これらに加え、データベースの蓄積、検索技術の発展等により、行政の意思決定における支援システムとしての利用が普及してきており、今後、行政の質的向上への寄与が期待されている」と認識されていた<sup>(10)</sup>。また、行政デジタル化による事務処理効率の向上は、手作業では物理的に不可能であった複雑で膨大な情報を短時間で処理することを可能とし、統計データに基づく合理的な行政の実施に寄与した。インターネットの普及後は、行政デジタル化は、国民と行政とのコミュニケーションのコストを下げ、情報公開・政府広報を促進し、行政運営の透明性の向上に貢献してきた。このように、日本でも、よりよい行政の実現のために情報社会 Society4.0に相応しい行政改革<sup>(11)</sup>が着実に進められてきた。

## 2 IT 基本法（2000年）からデジタル社会形成基本法（2021年）へ

### (1) IT 基本法の制定

「電子政府」が政府の公式文書に登場するようになったのは、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（IT 基本法、2000年）が制定された頃である<sup>(12)</sup>。この法律に基づいて高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部（IT 戦略本部）<sup>(13)</sup>も設置された。e-Japan 戦略（2001年）は、「電子政府は、行政内部や行政と国民・事業者との間で書類ベース、対面ベースで行われている業務をオンライン化し、情報ネットワークを通じて省庁横断的、国・地方一体的に情報を瞬時に共有・活用する新たな行政を実現するものである」と定義した。ここでは、行政内部のオンライン化と官民接点のオンライン化が、電子政府実現の具体的内容として念頭に置かれていた。すなわち、「電子政府の総合窓口と各府省、地方公共団体等のシステムと連携し、関連手続を一括してオンライン申請できるワンストップサービスを整備する」（e-Japan 戦略Ⅱ、2003年）ことが目標であった。この時期は、フィジカル文書ベースであった行政運営をオンライン化すること自体が目標であり、行政デジタル化の黎明期であった。

### (2) ビッグデータ時代到来と官民データ活用推進基本法

2010年代になると、情報通信技術（ICT）が飛躍的に進歩し、日本社会のデジタル化も新しい段階に入った。「情報通信白書」（令和3年版）は、「2010年代半ばから、ネットワークインフラの技術進歩や民間事業者における組織内データ利活用やデータ連携の進展、さらに IoT の爆発的な普及といった環境の変化に伴い、データ大流通時代が到来」と表現している。そして、「公共データやパーソナルデータなどの様々なデジタルデータの利活用を進め、全ての国民が IT 利活用やデータ利活用を意識せず、その便益を享受し、真に豊かさを実感できる社会である『官民データ利活用社会』の構築に向けた取組が行われた」とまとめている。このようなビッグデータ利活用社会の到来を予感して、官

民データ活用推進基本法（2016年）が制定された。同法は、「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流通する多様かつ大量の情報を適正かつ効果的に活用すること」（1条）に言及する。そして、AI 関連技術について、「人工的な方法による学習、推論、判断等の知的な機能の実現及び人工的な方法により実現した当該機能の活用に関する技術をいう」と定義し、IoT（Internet of Things）関連技術について、「インターネットに多様かつ多数の物が接続されて、それらの物から送信され、又はそれらの物に送信される大量の情報の活用に関する技術であって、当該情報の活用による付加価値の創出によって、事業者の経営の能率及び生産性の向上、新たな事業の創出並びに就業の機会の増大をもたらし、もって国民生活の向上及び国民経済の健全な発展に寄与するもの」と定義している。

### （3）新型コロナウイルス感染症とデジタル社会形成基本法

2020年には新型コロナウイルス感染症への対応の中で、日本社会および政府のデジタル化の遅れが顕在化した。その中で、2021年5月には、デジタル改革関連6法が制定された。まず、デジタル社会形成基本法が制定され、高度情報通信ネットワークを通じて、AI・IoT・クラウドなどを用いた大量の情報の処理と活用をするデジタル社会の形成推進が目指された。同時に、IT基本法が廃止された。デジタル庁設置法は、デジタル庁を設置し、国や地方自治体のデジタル化を推し進めることを定めた。デジタル庁は、行政デジタル化の要となるマイナンバーに関する管理業務も任務とする。「公的給付の支給等の迅速かつ確実な実施のための預貯金口座の登録等に関する法律」、および「預貯金者の意思に基づく個人番号の利用による預貯金口座の管理等に関する法律」は、公的給付のオンライン申請、預貯金口座情報の登録、およびマイナンバーと預貯金口座情報の紐づけについて規定した。「地方公共団体情報システムの標準化に関する法律」は、地方公共団体の情報システムを国の定める標準・規格に適合するように求めた。

#### (4) 行政手続のデジタル化

行政手続のデジタル化については、「情報通信技術を活用した行政の推進等に関する法律」（デジタル手続法）が制定されている。これは、2003年制定の「行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律」（行政手続オンライン法）が2019年改正に際して改名されたものである。デジタル手続法は、手続が一貫してデジタルで完結するデジタルファースト、一度提出した情報の再度の提出を不要とするワンスオンリー、そして複数の手続をワンストップで実現するコネクテッド・ワンストップの3つを基本原則としている（デジタル手続法2条）。ワンスオンリーは、「民間事業者その他の者から行政機関等に提供された情報については、行政機関等が相互に連携して情報システムを利用した当該情報の共有を図ることにより、当該情報と同一の内容の情報の提供を要しないものとする」と規定され（同条1項2号）、コネクテッド・ワンストップは、「社会生活又は事業活動に伴い同一の機会に通常必要とされる多数の手続等について、行政機関等及び民間事業者が相互に連携することにより、情報通信技術を利用して当該手続等を一括して行うことができるようにすること」（同項3号）と規定されている。これらは、行政手続ごとに得られる情報が各行政機関の枠を越えて共有されることを求めるものであり、データベースの連結を嫌う個人情報保護の基本原則と緊張関係にあることに注意が必要である。

### Ⅲ 法律による行政の原理からみた AI 利活用の注意点

#### 1 説明責任とブラックボックス化の回避

現在実用化されている AI は、画像・音声の認識、自動翻訳・要約・応答、自動運転など、特定の領域に特化した特化型 AI である。すなわち、多様な機能を備えて様々な課題を処理する汎用型 AI ではない。法律による行政の原理によって法律適合性と、法律に適合していることについての説明責任とが課せられる種類の行政の行為に関しては、AI



の振る舞いについて論理的に検証できないブラックボックスとなるプロセスの発生は許容されない。したがって、そこでは、保育所入所選考マッチングのようにシンプルなルールベースモデル<sup>(14)</sup>が用いられることになる。保育所入所選考で用いられたAIのマッチング技術は、「すべてのルールを満たす割り当てパターンが複数存在する場合や、1つも存在しない場合にも、優先順位のより高い人の希望が優先されるような唯一の割り当てパターンを見つけ出す」<sup>(15)</sup>ものである。このAIは、ゲーム理論とルールベースの推論を組み合わせたアルゴリズムを用いるものなので、判断の根拠に影響した因子を提示でき、「ソフトウェアでは画面に示した因子を基に、自治体職員が保護者になぜ希望通りに入所できなかったかを説明できる」とされる<sup>(16)</sup>。

AIが道具としての性格の強いエキスパートシステムの利用であれば、AIが自律して思考・判断するものではないので、AIに判断を委任するという実質はない。しかし、自律した汎用型AIが登場し、行政の意思決定の主要なプロセスを担うようになると、実質的には行政機関である人間ではなくAIが意思決定していると評価される。人間である行政機関に意思決定を委任している法律の下で、このような形でAIに意思決定を委ねることが許容されるか否かが論点となる。このことを踏まえると、「データ・情報・知識の学習等により、利活用の過程を通じて自らの出力やプログラムを変化させる機能を有する」<sup>(17)</sup>AIソフトの使用には、道具としての利用の範囲を越えて判断の委任の性格を帯びるので、権限の委任に準じて慎重な考慮が求められる。

手作業の事務処理の延長線上にあるルールベースAIの利用であっても、注意が必要である。というのも、人々が電卓の計算結果を疑念なく受け入れるように、人には自動化されたシステムの出す解を信頼し易いという傾向（自動化バイアス）が存在するからである。後述のように、AIアルゴリズムは法令の一定の解釈に基づいてプログラミングされたものでしかないので、当該解釈が念頭に置いていなかった状況に遭遇したときには、そのAIの提示する解は妥当性を欠くことになるの

で、それを無批判に受け入れることなく関係法令の全体のシステムの中でAIの出力結果を検証することが求められる。これは、審査基準の杓子定規な適用が行政機関に与えられた裁量の放棄になって違法と評価されることがあるのとパラレルの問題である<sup>(18)</sup>。AIプログラムが前提とした事案と区別すべき事案でAIの出力に依拠した行政の意思決定は、裁量の踰越・濫用になるおそれがある。しかし、AIの出力は、自動化バイアスもあって、正確で公平なものとして受容されやすいのが現実で、保育所入所選考マッチングでも、「保育所に入所できないことにより保護者が就労をあきらめるケースが発生するなど社会的な問題となっていたが、基準に基づいた機械的な判定で平等な割振りが可能となり、住民の納得性が向上する」<sup>(19)</sup>と認識されている。

## 2 偏見やステレオタイプの増幅

AIを利用することによって、法令違反が発生する可能性の高い者あるいは地域を重点的に監視して違反行為の防止や是正をおこなうことは、有限な行政資源を効果的に配分する合理的な行政の行動である。過去に違反行為を行った者やそれと類似の属性を有する者に対して、そうでない者に対してよりも監視を強めることは、AIの利用がなされるずっと以前から日常的に行われていたことであり、効果的かつ合理的な行政活動であるとポジティブに評価されてきた。これらは、行政に携わる人間の長年の経験や統計的データから生み出された予測と言えるが、これら为先入観やステレオタイプと区別することは容易ではない。したがって、AI機械学習がステレオタイプを増幅するという問題は、手作業でも生み出されていた先入観・ステレオタイプの問題を顕在化させるものである<sup>(20)</sup>。法律が危害発生のおそれを行政処分の要件としているとき、「おそれ」の存否の判断を、このような先入観やステレオタイプを通じて形成された事実認定に基づくリスク判断に依拠させることの許容性が問題となる。

特定のカテゴリーに属することを理由として、その者を一般の人々

と異なって不利益に取り扱うことは、平等原則あるいは法の下での平等（憲法14条）の要求から逸脱するものである。データの分析によって事実と反する社会的バイアスを取り除くことができるというのが理想であるが、機械学習アルゴリズムによるビッグデータの解析は、因果関係に無頓着に一定の属性を有する人々を構造的に不利に扱うことに繋がりがやすいので、これを回避するように細心の注意を払うことが必要である<sup>(21)</sup>。存在する違反事実摘発のデータは、ステレオタイプに基づいての行政の活動によって摘発されたケースに関するものである。違反の疑いをかけられやすいカテゴリーの人々の違反は高い確率で行政対応を生じさせて記録されるのに対して、ステレオタイプによって疑いを掛けられにくいカテゴリーに属する人々の違反は、行政によって見過ごされて記録されない確率が高くなる。したがって、このようなデータは社会に存在するバイアスを増幅したものとなり、これを学習してなされた違反行為の予測は、当該バイアスを増幅し、偏見を固定化するおそれが高い。この弊害を緩和するために、入力データがフィジカル世界を適切に代表すよう細心の注意を払わなければならない。

SNS（Social Networking Service）などを通じて私人がアップロードしたデータをはじめ、サイバー空間に存在するデータのほとんどは、それが客観的事実であることが検証されていないものである。虚偽や誇張や悪意を含むものも少なくない。行政機関が、これらをビッグデータとして機械学習に利用するときには、偏見の増幅を回避するように措置を講じることが不可欠である。また、サイバー空間に表明されている意見の分布は、国民全体の意見の分布とはかけ離れたものであることも肝に銘じるべきであり、行政立法を支える国民の意識として安易に参照することは回避しなければならない。

### 3 AIコードへの法令の移植と不透明性

言語的な問題も軽視できない。法令の内容をAIに移植することの困難さも、行政過程でのAI活用にとって本質的な障害となる。法令は、

多様な利害の政治的妥協を言語化したものであり、解釈の余地を多く残しているのが通例である。個別具体的な事案に即して解釈されて、初めて法令の意味内容が明確になる。したがって、法令の文言を抽象的に他言語に翻訳したときには、その意味内容は変容する。これは、日本の法律を英語に翻訳したり、外国の法律を日本語に翻訳したりするときの困難さによって実証される。翻訳元と翻訳先の両方の言語と法制度そして当該法分野の両国の事情に精通する者ですら、過不足なく法律の内容を翻訳することは困難を極める。このことは、多義的な解釈を許容する自然言語で書かれた法令の内容について、AI プログラムを記述する機械言語 (code) に過不足なく移植することの至難さにも同様に当てはまる<sup>(22)</sup>。なお、自然言語で書かれた法令を、翻訳 AI を使って外国語に自動翻訳することも試みられているが<sup>(23)</sup>、法令の具体的な適用に用いるには程遠い水準である<sup>(24)</sup>。

法令や行政規則の自然言語を AI のコードとして記述することは、行政機関の法令解釈とデジタル技術者のプログラミングとから成るものであり、行政担当者とデジタル技術者との協働作業である。通常、法令に精通している公務員は、AI アルゴリズムのコードを解読して、法令内容が正確に転写されていることを検証するスキルを有していない。反対に、デジタル技術者が法令解釈を十全に行うことも期待できない。AI アルゴリズムが、行政の考慮事項を適切な重みづけで考慮するようにプログラムされているかを検証することのできる人材は、ごく僅かしか存在しないであろう。信頼できる稀有な人材によって検証されない限り、法令に適合する適切な意思決定が AI によってなされているかは、不透明な状態に置かれてしまう。

実際には、行政は、AI サービス・プロバイダーから行政デジタル化に必要なサービスを購入する。行政機関内部の話としては、プロバイダーのエンジニアと担当公務員との間のコミュニケーションが円滑に行われて、コードの開示と解説を通じて、AI アルゴリズムが法令・裁量基準の内容を写し取ったものになっていることを確認することが、

不透明さを低下させるために求められる。しかし、市民は、AIの判断に依拠する行政意思決定の影響を受けるにもかかわらず、担当公務員のように説明を受けて当該AIを検証する機会を与えられない。また、たとえ説明を受ける機会があったとしても、AIのシステムを理解することは能力的にほぼ不可能であり、市民の不透明感は解消されない。加えて、AIコードに関するAIサービス・プロバイダーの知的財産権あるいは企業秘密の保護の観点から、AIコードの詳細の公表は容易にはなされないという問題もある<sup>(25)</sup>。ルールベースAIに関連してではあるが、「結局説明されていない」という問題について、「AIシステムの性質によるブラックボックスの議論というよりは、関与する主体（アクター）が多層にわたり存在することにより、その判断過程の透明性が低下する問題として整理できるのではないか」とし、「現状、人間でもできないことを棚上げにし、……AIを利用したサービスだけに求める『AIに対する過剰な不安』として評価されるべきものかもしれない」<sup>(26)</sup>とする理解も存在する。伝統的な行政過程においても、法令解釈による裁量基準の定立および裁量基準を事案に適用した意思決定は、担当公務員の意味作用というブラックボックスを通過する。それゆえ、伝統的な行政過程は、AIが用いられるときと同じように不透明性を有している。しかし、法的専門知識の枠内で展開する伝統的な行政過程では、行政による法令解釈および裁量行使の適切性について行政機関や法律家が検証することができるので、不透明性の度合いは低く、裁判等を通じての事後的な救済も容易である。

#### 4 人間の関与の要請

行政機関の意思決定を実質的にAIに委ねて、AIによる自動決定とほぼ同値の運用が行われることは、法律が行政機関に意思決定を授権した趣旨に反すると批判することが可能である。しかし、実際の行政の現場では、専決という形で、授権された行政機関に代わって、補助機関が実質的な意思決定を行うことも多い。AIが専決者の役割を担う

と認識するのであれば、AIの決定をほぼ自動的に行政機関の決定とすること自体は原理的に許容されないものではない。

AIに委ねてよい行政の意思決定の範囲については、人間による判断が最終的になされるのであれば、AIの提出した解に依拠した意思決定も適法となるというのが、落としどころのようである。営業秘密を理由に判断プロセスが開示されていない再犯予測アルゴリズムを量刑判断に利用することは憲法に反しないと判示した米国ウィスコンシン州最高裁の *State v. Loomis* 判決881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) の研究から、「一定の制限を付す限りで、個人の人生に重大な影響を与える決定にアルゴリズムの評価を用いることを認める考え方は、今後のAI社会の一般的な法原則になるように思われる」<sup>(27)</sup>と整理されている。このような考え方は、EUでは、「自動化されたあるいはアルゴリズムによる決定プロセスには、セーフガードと人間による制御と検証の可能性を組み込む必要がある」と決議されている<sup>(28)</sup>。また、個人情報保護の分野では、法的な効果あるいは顕著な効果を個人に対して有する場合に、プロファイリングを含めて、自動化プロセスだけで決定されない個人の権利 (the right not to be subject to a decision based solely on automated processing) も実定化されている<sup>(29)</sup>。行政の意思決定においては、社会通念あるいは条理に照らした評価が重要な要素になることを踏まえると、AIの出力が常識に照らして妥当なものであるか否かの判断のために、人間の関与は不可欠である。また、アルゴリズム作成時に想定していなかった例外的事情にAIは対応できないことから、例外的事情の有無の判断のためにも人間の関与は不可欠である。このような人間の関与の要請の背景には、人間の関与によって生じる恣意性の回避と機械的取り扱いによる公平性への志向に対して、社会通念と条理に適った個別的妥当性の実現とのバランスをどのようにとるかという問題がある。

## 5 行政の統合による個人のトータルな把握の功罪

### (1) プッシュ型行政サービス

行政デジタル化の進展によって、深層学習・機械学習アルゴリズムを実装するAIが、官民ビッグデータならびに蓄積された個人データに基づいて各人の状況を包括的に把握した上で、各人の状況に合わせたテイラーメイドの対応をすることも技術的に可能となる。すなわち、行政が、マスを対象とするサービスからパーソナルなニーズに対応するものに変容することが可能になった。いわゆるプッシュ型行政サービスの提供は、この象徴である。マイナンバーなどを利用して行政機関がバックオフィス連携して公共サービスメッシュを形成して住民の置かれている状況をタイムリーに把握できるので、生活保護などの社会保障給付が必要な状況になったら、住民からの申請を待つことなく、タイムリーに給付を開始することも技術的に可能となる。このようなシステムが実現すれば、行政からの細やかな配慮のある情報提供がないために、受給資格のある者が児童福祉手当受給の申請ができないという事件の発生も回避できるであろう<sup>(30)</sup>。それゆえ、行政が個人の置かれた状況をトータルに把握して行政サービスを提供することは、ポジティブな評価を受ける側面を有する。しかし、行政によってトータルに生活状況を把握され管理されることは、自由の基礎となる個人の自律が損なわれることに通じ、手放しで喜べる状況ではない。商業的なターゲティング広告と同じく、行政からの選択的な情報提供は、個人の認識範囲の形成に影響を与えるものであるから、精神的自由への過度な干渉となるおそれがある。

### (2) 行政の統合と自由の危機

行政機関の枠を超えて情報が共有されることは、縦割り行政あるいは行政の断片化と呼ばれる問題の克服に繋がる。これは、伝統的には個人情報目的外利用の許容性に関する議論としてなされてきたが、今日では、行政デジタル化推進という時代の流れの中で、議論のプ

ラットフォームに変化が生じている<sup>(31)</sup>。改正後の個人情報保護法（行政機関個人情報保護法を吸収したもの）では、取得された個人情報について、「行政機関等は、利用目的を変更する場合には、変更前の利用目的と相当の関連性を有すると合理的に認められる範囲を超えて行ってはならない」（61条3項）として利用目的の変更を認めるとともに、「行政機関の長等は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、利用目的以外の目的のために保有個人情報を自ら利用し、又は提供することができる。……二 行政機関等が法令の定める所掌事務又は業務の遂行に必要な限度で保有個人情報を内部で利用する場合であって、当該保有個人情報を利用することについて相当の理由があるとき。三 他の行政機関、独立行政法人等、地方公共団体の機関又は地方独立行政法人に保有個人情報を提供する場合において、保有個人情報の提供を受ける者が、法令の定める事務又は業務の遂行に必要な限度で提供に係る個人情報を利用し、かつ、当該個人情報を利用することについて相当の理由があるとき」（69号2項）として、目的外利用および外部提供の枠組みを定めている。

同様に、国民の利便性向上のために行政手続の「ワンスオンリー」あるいは「コネクテッド・ワンストップ」の実現が当然であるという流れが生じている<sup>(32)</sup>。デジタル手続法2条1項2号・3号は、これらの事項を旨としてデジタル行政の推進を行うことを義務付けている。しかし、行政の縦割りや断片化が個人の自律および自由の保障に果たしてきた役割に鑑みると、行政データの結合は自由主義の観点からは慎重な吟味を要する事柄でもある。NPMの長年の課題であったにもかかわらずワンストップ化が容易に実現しなかった理由が克服されているのか、検討が必要である。

### (3) ナッジなどを利用した国民のコントロール

AI利活用原則<sup>(33)</sup>⑦は「利用者は、AIシステム又はAIサービスの利活用において、人間の尊厳と個人の自律を尊重する」ことを求め、「AI



により意思決定や感情が操作される可能性」について注意を喚起している。そして、「AIによりナッジ（合理的選択のための支援）を行う場合」には、意思決定・感情の操作はすべてがリスクにつながるとは限らないとしている<sup>(34)</sup>。この記述は、消費者的利用者に対するものであるが、このコロラリーとして、行政としてAIによってナッジを用いて行政目的実現のために個人を誘導することはネガティブに評価されるものではないことを含意するものである。すでに多くの分野で経済的誘因や情報提供による誘導は正当な行政活動として行われているが、今後の電子政府では、AIによって個人ごとに調整された巧妙なナッジを用いて人々の行動や意思決定を誘導して、効率的にそして効果的に行政目標を達成することが増えるであろう。このようなやり方は、効率的で効果的に規制目的を実現するものではあるが、各人に意識させることなく個人の意思決定の自由を奪っている。社会へのAIの浸透は、社会的な決定および個人の決定の両面において、「『主体的に行動する人』という存在を前提としない社会」<sup>(35)</sup>への移行という懸念も生じている。

#### (4) 地方の自律性の危機

地方行政のデジタル化は、地方自治の弱体化の危険を孕む。デジタル社会形成基本法29条は、国及び地方公共団体の情報システムの共同化又は集約の推進について規定する。「地方公共団体情報システムの標準化に関する法律」(2021年) 8条も、地方公共団体情報システムが標準化基準に適合した標準仕様のものであることを求めている。複数の地方公共団体が共同で利用する自治体クラウドの導入が推進されているが、情報システムの共通化は、システム的な制約のために地域の実情に応じた施策の実施を困難にし、地方自治体の自律性を弱めることが懸念される<sup>(36)</sup>。

## IV おわりに

超スマート社会 Society5.0における行政デジタル化に伴う行政法的な課題を、「法律による行政の原理」の観点から検討してきた。日本でも2000年ごろから電子政府の実現を目指して行政デジタル化が加速し、行政過程でのAIの利用も広まってきている。しかし、行政過程でAIを利用することは、法律に適合した意思決定がされたかについて、不透明な状況を生み出すことが少なくない。出発点として、法令をAIプログラムに移し替えるところからして、不透明である。AIアルゴリズムが法令を正確に移植したものか否かについて、検証できる人材が極めて稀である。法律の解釈と適用は、社会通念・条理に照らして行われるものであるが、AIがこれらを実現することは困難であり、ビッグデータに潜むバイアスやステレオタイプを増幅して、出力に反映してしまう可能性が高い。AIの活用が進むほど、人間の関与の重要性が高まる。行政デジタル化によって、行政組織全体で個人情報を含めて情報共有が進められると、これまで縦割り行政・行政断片化によって保障されていた個人の自由が脅かされる。コネクテッド・ワンストップ化やプッシュ型行政サービスの実現などのポジティブな側面に眼が行きがちであるが、ナッジなどを用いた行政による行動支配の可能性というネガティブな側面も心に留めておく必要がある。

- (1) Society5.0は、狩猟社会 (Society 1.0)、農耕社会 (Society 2.0)、工業社会 (Society 3.0)、情報社会 (Society 4.0) に続く超スマート社会である。第5期「科学技術基本計画」(平成28年1月22日閣議決定)により提唱され、「デジタル社会の実現に向けた重点計画」(令和4年6月7日閣議決定により変更後のもの)、4頁注8では「フィジカル空間(現実空間)とサイバー空間(仮想空間)を高度に融合させたシステム(デジタルツイン)を前提とした、経済発展と社会的課題の解決を両立(新たな価値を創出)する人間中心の社会であり、豊かな人間社会を支えるもの」とされている。
- (2) 「電子政府の総合窓口」の導入については、参照、総務省『情報通信白書(平成15年版)』(2003年)、90頁。

- (3) 利用者からのテキストや音声を通じた質問に回答する自動会話プログラムであり、chat と robot の合成語である。国税庁のチャットボットは、「税務職員ふたば」として擬人化されている。IoT時代のサイバー空間では、AIがロボットとして機能する。
- (4) 京都府警が、2016年10月に、全国で初めて運用を開始した。
- (5) 総務省「地域IoT実装推進ロードマップ(改定)」(平成30年4月25日)([https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000547394.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000547394.pdf) 2022年9月27日閲覧)。
- (6) 参照、2021/11/27 日本経済新聞 地方経済面東北2頁「東北のAI導入率、岩手24.2%で最高——保育所選考を効率化、会議議事録作成にも活用(データで読む地域再生)」(「検証のため、かつて手作業で選考したリストをAIにかけたところ、99%以上が合致した。人の判断が必要なケースではAIを止める機能も付けた。障害を持つ子などは職員の手で選考する。」)。
- (7) 行政へのAI導入がもたらす問題点、すなわち、偏見を含むデータ、衡平、透明性、監視国家、市民の行動コントロールなどについて検討し、AIが受容可能となるには公益の視座(public values perspective)の確立が不可欠とするものとして、see e.g. Rohit Madan & Mona Ashok, A Public Values Perspective on the Application of Artificial Intelligence in Government Practices: A Synthesis of Case Studies in Jose R. Saura & Felipe Debas, HANDBOOK OF RESEARCH ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN GOVERNMENT PRACTICES AND PROCESSES (2022), 163. 横田明美「行政によるAIの利活用と行政法学の課題」自治実務セミナー2019.1(2019年)9頁、10頁は、行政のAI利活用に対する規律を3つのレベルに分けて考慮すべきことを指摘する。すなわち、「①憲法及び法の一般原則(平等原則、比例原則、透明性原則、効率性原則等)のレベル、②行政通則法(行政手続法・行政手続条例、情報の取扱いに関する法制度(情報公開・個人情報保護)等)のレベル、そして③分野ごとの個別法令(下位規範を含む)のレベル」である。
- (8) トーマス・ヴィッシュマイヤー(著)栗島智明・小西葉子訳「人工知能と透明性——ブラックボックスをこじ開ける——」社会科学論集165・166合併号(2022年)55頁は、AIの不透明性が主要な政治的イシューとなっていること、および「私たちの法システムはすでに、人間の決定という、部分的に不透明な意思決定システムをいかに解明するかという問題について、非常に多くの経験を積んできた」ことを示し、これを将来の立法やそこで用いられる法的手段として生かすことを論じる。Wischmeyer and Rademacher 後掲注20書に所収。
- (9) 「電子政府(electronic government)」は、米国のNPMであるNPR(National Performance Review)でも改革の重要な要素として言及されている

- た（see NPR 93-a Report of the National Performance Review: From Red Tape to Results Creating a Government that Works Better & Costs Less (1993). 初期の国際比較として、参照、本田正美「電子政府政策の発現に関する国際比較—米英豪加日の比較」東京大学大学院情報学環紀要85号（2013年）147頁。
- (10) 行政管理研究会編著『行政管理（現代行政全集③）』（1984年）274頁（河野昭執筆）。
- (11) 従前のデジタル化を進めた行政改革について、「定型業務にデジタル技術を活用することにより、国民の負担を軽減したり、職員が企画立案に専念できるようにしたりするための業務改革も重要だが、それらはSociety4.0時代における改革の深掘りであり、その先の時代の変化を視野に入れた新たな改革に踏み出すべき」という問題意識が持たれていた（「デジタル時代における今後の行政改革の基本的方向性（仮）」（令和2年6月26日内閣官房行政改革推進本部事務局「行政組織集中レビュー」中間報告（案）<https://www.gyokaku.go.jp/houkousei/img/houkousei.pdf> 2022年9月27日閲覧）。
- (12) これ以前の取り組みも含めて日本の行政デジタル化および電子政府の歴史については、参照、劉継生「電子政府の構築過程——行政情報化推進50年の歩み——」通信教育部論集12号（2009年）52頁。
- (13) 2013年よりIT総合戦略本部に呼称変更。
- (14) ルールベースモデル（rule-based model）は、ルールベースAIシステム（rule-based AI system）とも呼ばれ、if-thenの組み合わせを利用した比較的単純なAIのモデルである。入力データの作成（特徴量エンジニアリング）および推論ルールの作成の双方とも人手でやるAIのモデルである。
- (15) 富士通研究所・九州大学・富士通「最適な保育所入所選考を実現するAIを用いたマッチング技術を開発：さいたま市における約8,000人のきめ細かな保育所割り当てをわずか数秒で算出」（2017年8月20日）（[https://www.kyushu-u.ac.jp/f/31361/17\\_09\\_01.pdf](https://www.kyushu-u.ac.jp/f/31361/17_09_01.pdf) 2022年9月27日閲覧）。
- (16) 玄忠雄「保育所の入所選考わずか数秒で 富士通、AIで自動化」日経テック日経 xTECH 2018年11月12日掲載（<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO37685460T11C18A1000000/> 2022年9月27日閲覧）。
- (17) AIネットワーク社会推進会議「AI利活用ガイドライン～AI利活用のためのプラクティカルリファレンス～」（令和元年8月9日）4頁によるAIソフトの定義。
- (18) この論点に関する日本の学説を包括的に整理・検討するものとして、参照、船渡康平「行政決定における裁量基準の適用と個別化の要請」東京大学法科大学院ローレビュー11号（2016年）176頁。
- (19) 総務省「分野：保育所マッチング AIによる保育所入所選考マッチ

- ング」 ([https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000695415.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000695415.pdf) 2022年9月27日閲覧)。
- (20) See Yoan Hermstruwer, *Artificial Intelligence and Administrative Decisions under Uncertainty*, in Thomas Wischmeyer & Timo Rademacher eds, *REGULATING ARTIFICIAL INTELLIGENCE* (2020) 199, 200. 山本龍彦編著『AIと憲法』(2018年)はしがき5-6頁はこのような認識に対して懐疑的である(「AIによる差別……の問題などは、『これまでも世の中には差別があったのだから、AIが実装されたからといって現実は何も変わらない』という理解不能な議論がまかり通り、『とにかく推進を』、というポジティブ・キャンペーンが強力に展開されている」とする)。
- (21) このことは早い時期から意識されていた。See Executive Office of the President, “Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights” (2016),5 ([https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016\\_0504\\_data\\_discrimination.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016_0504_data_discrimination.pdf) 2022年9月27日閲覧)
- (22) 法 (law) と機械言語のコード (code) との間のギャップを論じ、文脈に依存する自然言語を媒介とする法のコンピューターコードへの翻訳不可能性を論じるものとして、see Gabriele Buchholtz, *Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law* in T. Wischmeyer & T. Rademacher eds, *supra note 20 book* (2020) 175,182.
- (23) ただし、学術的な比較のために機械翻訳を利用することには、一定の成果が期待されている。参照、Chenhui Chu・梶原智之・中島悠太・長原一・渡辺理和・大久保規子「多国間法律の比較と統計分析のための多言語機械翻訳」研究報告人文科学とコンピュータ (CH) 2019 (8号) (2019年) 1頁。
- (24) 法務省が運営する日本法令外国語訳データベースシステム (Japan Law Translation) にも、「翻訳はあくまでその理解を助けるための参考資料です」と注意が喚起されている。
- (25) 米国では、営業秘密を理由に判断プロセスが開示されていない再犯予測アルゴリズムを量刑判断に利用することは憲法に反しないという判決もある。参照、山本龍彦・尾崎愛美「アルゴリズムと公正：State v. Loomis判決を素材に」科学技術社会論研究16号 (2018年) 96頁。
- (26) 横田明美前掲注7論文 (2019年)、12頁。
- (27) 山本龍彦・尾崎愛美前掲注25論文 (2018年)、102頁。
- (28) European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL)) Introduction Q.
- (29) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard

to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) article22.

- (30) 参照、児童福祉手当制度に関する行政の周知義務違反を認定した京都地判平成3年2月5日判時1387号43頁、および、障がい者介護者の鉄道運賃等割引制度の情報提供義務に関する東京高判平成21年9月30日判時2059号68頁と差戻控訴審のさいたま地判平成22年8月25日判例地方自治345号70頁。
- (31) 行政デジタル化の進展の中で、行政情報の管理と利活用および個人情報保護の関係を包括的に検討するものとして、参照、友岡史仁『行政情報法制の現代的構造』（2022年）。
- (32) 「デジタル・ガバメント推進方針」（平成29年5月30日高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部・官民データ活用推進戦略会議決定）、8頁は、「サービスの抜本的な効率化と利便性の向上を図るため、IoTやAIなどの業務プロセスを抜本的に変える技術の活用も含め、デジタル技術を徹底的に活用し、デジタル処理を前提としたサービス設計（デジタルファースト）や、民間サービスも含めた組織横断のワンストップサービス（コネクテッド・ワンストップ）、一度行政機関が提出を受けた情報は原則再度の提出を求めない仕組み（ワンスオンリー）、API等による地方公共団体や民間サービスとの連携等を実現する」としている。
- (33) AI利活用原則は、2018年に総務省のAIネットワーク社会推進会議によってAI利活用原則（案）として公開され、前掲注17「AI利活用ガイドライン」（2019年）によって整備された。
- (34) 前掲注17「AI利活用ガイドライン」（2019年）21頁&22頁注29。
- (35) 寺田麻佑「AIとガバナンス（規制）の枠組み——規制等に適する分野、適さない分野——」情報法制研究5号（2019年）18頁、19頁。同論文は、「主体的に考える」という事とは何なのかを明らかにすること自体の難しさを自覚しつつも、「主体的に考える」ことを前提とした社会設計・法整備が行われていることを指摘する。
- (36) たとえば、本多滝夫・久保貴裕『自治体DXでどうなる地方自治の近未来』（2021年）27頁は、「このようにして地方行政のデジタル化が進行するならば、自治体は、事務処理や個人情報保護において独自性＝自治を喪失し、住民に対する行政責任を手放すことになりかねない」とする。

高橋雅夫教授  
略歴





## 高橋雅夫教授 略歴

### 生年月日

昭和三十三年二月五日

### 【学 歴】

昭和五十一年三月 千葉県立千葉高等学校卒業

昭和五十三年四月 早稲田大学政治経済学部政治学科入学

昭和五十七年三月 早稲田大学政治経済学部政治学科卒業

昭和五十七年四月 早稲田大学大学院政治学研究所修士課程（行政法専修）入学

昭和六一年三月 早稲田大学大学院政治学研究所修士課程修了

昭和六一年四月 早稲田大学大学院政治学研究所博士課程（行政法専修）入学

平成二年三月 早稲田大学大学院政治学研究科博士課程 満期退学

### 【職 歴】

平成二年四月～七年三月 東亜大学経営学部専任講師

高橋雅夫教授 略歴

平成四年四月～六年三月 早稲田大学政治経済学部非常勤講師

平成六年四月～七年三月 愛知大学経済学部非常勤講師

平成七年四月～一一年三月 東亜大学法学部専任講師（法学部新設に伴い）

平成七年四月～九年三月 九州国際大学法学部非常勤講師

平成九年四月～一〇年三月 愛知大学経済学部非常勤講師

平成一一年四月～一四年三月 東亜大学法学部助教授

平成一二年四月～一四年三月 東亜大学通信制大学院助教授

平成一四年四月～一七年九月 松本大学総合経営学部教授

平成一七年一〇月～現在に至る 日本大学法学部教授

高橋雅夫教授

主要業績



## 高橋雅夫教授 主要業績

### 【著書（共著）】

- 『ゼミナール行政法（総論）』（時潮社、昭和六三年）
- 『教養基本法学（増補版）』（成文堂、平成二年）
- 『教養法学入門』（成文堂、平成七年）
- 『現代法学と憲法』（北樹出版、平成十一年）
- 『市民のための行政法入門』（勉誠出版、平成一三年）
- 『自治行政と争訟 関哲夫先生古希記念論集』（ぎょうせい、平成一五年）
- 『概説 行政法』（学陽書房、平成一九年）
- 『市民のための法学入門（第二版）』（成文堂、平成二〇年）
- 『スポーツ六法（二〇一〇年度版）』（信山社、平成二〇年）
- 『地方自治法』（弘文堂、令和元年）
- 『福祉行財政と福祉計画（第四版）』（弘文堂、令和二年）
- 『法学（第三版）』（弘文堂、令和二年）
- 『行政法（第四版）』（弘文堂、令和四年）

高橋雅夫教授 主要業績

【学術論文（単著）】

- 「単一欧州議定書に基づくEC委員会への執行権限委任について」季刊行政管理研究四二号（昭和六三年）
- 「EC合併規制規則の概要およびその行政手続について」東亜大学研究論叢一六卷二号（平成四年）
- 「EC司法制度における上訴について」東亜大学経営学部紀要創刊号（平成五年）
- 「ECにおける競争法の展開について」社会科学討究（早稲田大学）三九卷二号（平成五年）
- 「行政手続法における公開機能について——理由付記を中心に——」東亜大学経営学部紀要三号（平成六年）
- 「長の賠償命令と代位請求訴訟との関係についての予備的考察」東亜法学論叢創刊号（平成八年）
- 「EUにおける職業としてのスポーツ——ボスマン事件を中心に——」日本スポーツ法学会年報第三号（平成八年）
- 「地方公共団体の行なう寄附について」東亜法学論叢二二号（平成九年）
- 「地方分権委員会の勧告における都道府県と市町村との間の事務配分について」東亜大学研究論叢二二卷二号（平成一〇年）
- 「EUにおけるインターネット上の違法・有害コンテンツに対する取り組み」東亜大学研究論叢二五卷一号（平成一二年）
- 「EUにおける放送政策とスポーツ」日本スポーツ法学会年報八号（平成一三年）
- 「情報公開に関するEUの新規則について」比較法研究六四号（平成一五年）
- 「地方公共団体における個人情報保護条例改正の動き——長野県を例として——」松本大学研究紀要二二号（平成一六年）

「主要農作物種子条例について」日本法学八五巻四号（令和二年）

「行政委員会としての農業委員会の役割」日本法学八七巻二号（令和三年）

### 【判例評釈】

「1 杉並区教育財産管理規則に基づく学校施設の目的外使用許可処分は住民訴訟の対象となる財務会計上の行為としての財務会計行為又はその怠る事実に当たらない 2 いわゆる任意団体である和田中学校地域本部が進

学塾から講師の派遣を受けて実施する有料の特別補習事業の実施のためにされた学校施設の使用料免除処分に重大かつ明白な瑕疵があるとはいえないとされた事例」判例時報二一〇五号（平成二十三年）

「条例と罰則」行政判例百選Ⅰ第八版Ⅴ別冊ジュリスト二六〇号（令和四年）

### 【学会報告】

「EUにおけるインターネット上の違法・有害コンテンツに対する啓発活動」九州法学会第一〇二回大会（平成二二年）

「EUにおける放送政策とスポーツ」日本スポーツ法学会第八回大会（平成二二年）

「EUの情報政策における条件付きアクセス（Conditional Access）の位置づけ」情報通信学会第一八回大会（平成二三年）

「情報公開に関するEUの新規則について」比較法学会第六五回総会（平成一四年）

日本法学 第八十八卷第三号（二〇二三年一月）

六一〇（九七八）

【翻訳（共訳）】

『世界のオンブズマン構想』（早稲田大学出版部、平成元年）

【書評】

「サイモン・ガーディナー他著『スポーツ法』」日本スポーツ法学会年報第六号（平成二一年）



執筆者紹介（掲載順）

西原 雄二

日本大学教授

小澤 久仁男

日本大学教授

長谷川 福造

慶應義塾大学総合政策学部専任講師

・元日本大学専任講師

福島 康仁

日本大学教授

野村 和彦

日本大学教授

南 健悟

日本大学教授

野中 貴弘

日本大学准教授

田中 夏樹

日本大学准教授

佐幸 信介

日本大学教授

大山 盛義

日本大学教授

加藤 雅之

日本大学教授

清水 恵介

日本大学教授

上野 幸彦

日本大学教授（危機管理学部）

玉虫 由樹

日本大学教授

白戸 洋

松本大学総合経営学部教授

小林 真理

東京大学大学院人文社会科学系研究科教授

黒川 哲志

早稲田大学教授



# Problems in Law and Regions

## CONTENTS

Dedication

Yuji Nishihara, *Judicial Review on Suspension of Attendance of Local Council Members*

Kunio Ozawa, *Die Entstehung der deutschen Verbandsklage: am Beispiel zweier oberster Gerichte im Heiligen Römischen Reich.*

Fukuzo Hasegawa, *Überlegungen zur Beschleunigung von Planungsverfahren und zur Funktion der Öffentlichkeitsbeteiligung.*  
— *Ausgehend von den COVID-19- Maßnahmen in Deutschland* —

Yasuhito Fukushima, *Policy Process and Evaluation in Cooperative Local Society*

Kazuhiko Nomura, *Zur Diskussion über die durch Täuschung bedingte Einwilligung in der deutschen Strafrechtswissenschaft des späten 19. Jahrhunderts.*

Kengo Minami, *Shipowner's Liability for Occupational Accidents Involving Seafarers*

Takahiro Nonaka, *Verteilung der Nutzungen beim Rücktritt wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*  
— *Kumulation der Rechtsfolgen von Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung* —

Natsuki Tanaka, *Die Bestimmung der Vertragsparteien und die Anwendung des Vertretungsrechts im elektronischen Geschäftsverkehr*

Shinsuke Sako, *Material Circulation as a Reproduction of the Living World: the Social Transformation of Human Nature*

Seigi Oyama, *Freelancing and Labor Law: the French Portage Salarial*

Masayuki Kato, *Case Law on Wrongful Lawsuits and SLAPP*

Keisuke Shimizu, *Various Aspects of the “Yuguchi” Right (a Right to the Sources of Hot Springs) at Asama Hot Springs in the Natural Hot Spring Era*

Yukihiko Ueno, *The Coinhive Case and Application of the Provisions of Article 126-2/3 of the Japanese Penal Code*

Yuki Tamamushi, *Die Grundrechtsdogmatik im Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts*

Hiroshi Shirato, *Contemporary Issues in the Comprehensive Urban Development of Regional City Centers: Case Study of Agetsuchi in Matsumoto City*

Mari Kobayashi, *The Impact of Local Autonomy Law Article 244-2, Paragraph 3 on the Area of Cultural Administration*

Satoshi Kurokawa, *Electronic Government and Rule of Law*

Career and Main Works of Professor Masao Takahashi

# 日本大学法学部機関誌執筆要領

令和3年11月18日 機関誌編集委員会決定  
令和3年12月15日 執行部会議承認  
令和3年12月16日 教授会報告  
令和4年4月1日 施行

## 1. 本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

## 2. 投稿資格者

- (1) 法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員
- (2) 以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。
  - ① 法学部非常勤講師
  - ② 法学部客員教員
  - ③ 法学部以外の日本大学専任教員
  - ④ 法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員
  - ⑤ 法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者
- (3) 学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。
- (4) 大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。
- (5) 前4項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

### 3. 研究倫理の遵守と権利保護

- (1) 投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。
- (2) 剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。
- (3) 研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。
- (4) 利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。
- (5) 機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

### 4. 原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

- (1) 論説
- (2) 研究ノート
- (3) 判例研究（『日本法学』のみ）
- (4) 特別講演
- (5) 翻訳
- (6) 資料
- (7) 書評
- (8) 雑報

## 5. 原稿の作成

- (1) 原稿は、A4用紙に適当な文字数で打ち出す。
- (2) 分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面1ページ大の図表1枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。
- (3) 連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。
- (4) 表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。
- (5) 注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

## 6. 原稿の提出

- (1) 原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。

デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。
- (2) 原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。
- (3) 原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

## 7. 審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

## 8. 校正

- (1) 執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

- (2) 校正は1週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以 上









- 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 (<https://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)

機関誌編集委員会

委員長  
副委員長

委員

|    |    |    |    |    |    |     |     |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |    |  |
|----|----|----|----|----|----|-----|-----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|--|
| 大岡 | 竹本 | 南保 | 小野 | 加藤 | 加藤 | 黒滝  | 高畑  | 友岡 | 野村 | 原山 | 松島 | 山本 | 渡辺 | 石橋 | 小田 | 小林 | 杉本 | 生垣 | 前田 |  |
| 聡  | 悟  | 健  | 美典 | 暁子 | 雅之 | 真理子 | 英一郎 | 史仁 | 和彦 | 浩介 | 雪江 | 徳直 | 正夫 | 勇樹 | 聡明 | 竜也 | 絵也 |    |    |  |

日本法学第八十八卷第三号

令和五年一月二十日印刷  
令和五年一月三十日発行  
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二一ー四 A&Xビル  
印刷所 株式会社メディオ  
電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U  
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 88 No. 3 January 2023

Problems in Law and Regions

Special Edition in Honor of the Retirement of  
Professor Masao Takahashi