

目 次

献呈の辞	松 田 聰 子
論 文	
フランスにおける文書提出命令事件 ——文書の強制的提出の現場——	久 末 弥 生 1
未成年者の医学研究への参加	永 水 裕 子 17
監禁罪の保護法益について	江 藤 隆 之 45
損失補償の要否における規制目的の役割 ——リングル判決を手掛かりに——	下 村 誠 65
弁護人の取調立会権について	大久保 正 人 95
公文書管理法制の現状と課題	早 川 和 宏 131
ザクセン・フォークトランドにおける自由主義 ——1820/30年代のカール・ブラウンとプレス、 協会活動を題材に——	的 場 かおり 173
大学と情報公開	小 林 成 光 231
土壤汚染における有害性の認識と売主の瑕疵担保責任	田 中 志津子 259
従業員持株制度の法的問題点 ——判例の流れと実態からの検討——	瀬 谷 ゆり子 293
地方議会の政策形成機能の法的課題	駒 林 良 則 315

判例研究

- 障害者自立支援法に基づく介護給付費支給決定が
裁量権を逸脱濫用したことによる違法な処分であるとして
義務付け判決がなされた事例……………天 本 哲 史………… 343

書 評

- 今野晴貴『ブラック企業：日本を食いつぶす妖怪』
(文藝春秋, 2012年, 245頁) ……………軽 部 恵 子………… 363

寺田友子教授略歴…………… 369

寺田友子教授著作等目録…………… 372

フランスにおける文書提出命令事件

——文書の強制的提出の現場——

久 末 弥 生

目 次

- 1 はじめに
- 2 1975年フランス民事訴訟法改正と文書の強制的提出制度
- 3 現行法制度の概要と特色
 - (1) 一方当事者が所持する文書の強制的提出
 - (2) 第三者が所持する文書の強制的提出
 - (3) 真実顕現のための司法協力義務（フランス民法10条）との関係
- 4 文書の強制的提出に関する判例—3つの事件現場
 - (1) 1987年判例（真実顕現のための司法協力義務と公法人）
 - (2) 1990年判例（職業上の秘密と訴訟当事者）
 - (3) 2003年判例（銀行取引秘密と名義人死亡）
- 5 文書の強制的提出制度の展望

キーワード：フランス民事訴訟法，文書提出命令，文書の強制的提出，
真実顕現のための司法協力義務，職業上の秘密

1 はじめに

文書提出義務の一般義務化を実現した平成8年（1996年）の民事訴訟法改正から15年余りが経過し、日本ではさまざまな文書提出命令事件が見られるようになった。他方、フランスでは、1975年の民事訴訟法改正に伴う文書の強制的提出（production forcée des pièces）制度の導入後、文書の強制的提出に関する判例が急速に蓄積されつつある。訴訟における文書提出をめぐる両国の状況は、いずれも旧民事訴訟法（フランスは1806年制定の旧法、日本は1926年改正の旧法⁽¹⁾）の大規模な改正を経て、現行法となる新民事訴訟法の下、文書提出の場を拡大する方向で制度の活用を図っているという点で共通する。

本稿は、フランスにおける文書の強制的提出制度の内容を確認すると共に、実際の判例を通じて、文書提出命令事件に対する理解を深めることを試みるものである。なお、日仏両国の状況を比較的に把握する便宜上、本稿では、文書の強制的提出も含む概念として、文書提出命令の語を用いることにしたい。

2 1975年フランス民事訴訟法改正と文書の強制的提出制度

フランス最初の民事訴訟法典（Code de procédure civile. 1806年4月24日制定、以下「旧民訴法」という）は、いわゆる「ナポレオン諸法典（codes napoléoniens⁽²⁾）」の一環を成すものだった。1806年法には、文書提出命令についての明文規定が存在しなかった。このため、フランス法諺の1つである「Nemo contra se edere tenetur: Nul n'est tenu de produire des pièces [de prouver] contre lui-même.（何人も自己の意に反して書類を提示（事実を証明）する義務なし）」を適用することが、判例の伝統とされてきた⁽³⁾。つまり、当事者間の文書提出命令については肯定するものが次第に増加していったのに対して、第三者に対する文書提出命令については肯

定するものが見当たらないというのが、徹底的な当事者主義を特徴とした旧民訴法下での判例状況だったのである。当時の学説もまた、第三者に対する文書提出命令については、否定説が圧倒的多数であった。⁽⁴⁾こうした判例や学説の立場の背景として、裁判官の職権介入への懸念が真実への配慮にまさるといふ考え方の存在が指摘されている。⁽⁵⁾旧民訴法下では1965年以降、文書提出命令に関連する改正が数回行われたが⁽⁶⁾、制度の確立は1975年の民事訴訟法改正まで待たなければならなかった。

新民事訴訟法典 (nouveau Code de procédure civile. 1975年12月5日制定、以下「新民訴法」という) は、旧民訴法下での極端な当事者主義に伴う訴訟遅延の問題を解決するべく、訴訟促進と審理の充実を重視した内容となった。⁽⁷⁾文書提出命令に関しては、文書の強制的提出制度が、一連の明文規定 (新民訴法11条1項、同条2項、138条、139条1項、同条2項、140条、141条、142条、145条など) と共に導入された。もともと、新民訴法自体は未完成のため、未完成部分については旧民訴法の該当部分の規定が引き続き適用されている。⁽⁸⁾ともあれ、新民訴法によって確立された文書の強制的提出制度の下、文書提出命令に関する判例の蓄積や制度をめぐる議論が活発に進んでいるというのが、フランスの現状である。

3 現行法制度の概要と特色

フランスの文書提出命令に関する現行法制度は、新民訴法が「一方当事者が所持する文書の強制的提出」と「第三者が所持する文書の強制的提出」について明文規定を置くのに加えて、フランス民法典 (Code civil. 以下「民法」という) 10条の真実顕現のための司法協力義務規定もまた、文書の強制的提出制度を活用する際に用いられているという状況にある。以下で、それぞれの規定の概要と特色を見ていきたい。

(1) 一方当事者が所持する文書の強制的提出

まず、「当事者が証拠の資料を所持する場合には、裁判官は他方当事者

の申請により、アストラント（間接強制）をもってしても、それを提出するよう命じることができる（Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte.）」（新民訴法11条2項）。つまり、文書の強制的提出の要件として当事者による申請が求められるが、特別な「要式はない（La demande est faite sans forme.）」（新民訴法139条1項）。「裁判官は、請求を正当とみなせば、アストラントをもってしても、……原本による、場合によっては謄本や抄本による強制的提出を命じる（Le juge, s'il estime cette demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, ……, au besoin à peine d'astreinte.）」（新民訴法139条2項）。新民訴法142条は、第三者が所持する文書の強制的提出についての規定である同法138条と139条が、当事者が文書を所持する場合にも適用される旨を明言する。

なお、文書の強制的提出は、起こるかもしれない紛争のために、訴訟手続内であるいはあらゆる手続の前にも求めることが許される（新民訴法145条のレフェレ（急速審理）認定（référé-probatore）による）。また、文書の強制的提出を命じるか否かは裁判官の自由裁量権（pouvoir discrétionnaire）に任されている。

命じられた文書提出を当事者が拒む場合、裁判官は損害賠償の支払を命じる判決または決定を出すことができるが、それ以外の処罰はできない。⁽⁹⁾

(2) 第三者が所持する文書の強制的提出

旧民訴法下では、判例・学説共に、第三者に対する文書提出命令について否定的だったが、新民訴法においてはむしろ、第三者が文書を所持する場合を中心に、文書の強制的提出制度が定められていると言える。とりわけ、文書提出を拒むことができる「正当な障害事由（empêchement légitime）」（新民訴法141条）は、文書の所持人が第三者である場合を前提としている。このため、正当な障害事由該当性が問題となることの多い文書提出命令事件もまた、第三者が所持する文書の強制的提出に関するもの

が大半を占める。

明文規定はまず、「訴訟手続内で一方当事者が、自分が当事者でないあるいは第三者が所持する文書を、公式証書のあるいは私署された状態にしたいならば、その当事者は、謄本の引渡しや文書提出命令事件を扱う裁判官に請求することができる (Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.)」(新民訴訟法138条)とする。ここでは、複数の要件を満たすことが求められている。

請求の要式がない(新民訴訟法139条1項)のは、当事者が文書を所持する場合と同じである。一方当事者による申請が不可欠であり、当事者の申請なしに裁判官自らが第三者に文書提出を強制的に命じることは、原則としてできない。引渡し(délivrance)は、原本、謄本、抄本のいずれかのかたちで行われる(新民訴訟法139条2項)。文書の引渡しを命じる「裁判は、必要があれば原本に基づき……執行力がある (La décision du juge est exécutoire……, sur minute s'il y a lieu.)」(新民訴訟法140条)し、即時にアストラントを実施できる。

第三者が文書提出について正当な障害事由を援用する場合、「……裁判官は、第三者による要式のない請求に基づき、裁判を取り消すあるいは変更することができる。第三者は、判決の言渡しから15日以内に、新たな裁判を求めて控訴することができる (le juge …… peut, sur la demande sans forme qui lui en serait faite, rétracter ou modifier sa décision. Le tiers peut interjeter appel de la nouvelle décision dans les 15 jours de son prononcé.)」(新民訴訟法141条)。

文書提出を拒むことができる正当な障害事由としては、職業上の秘密 (secret des affaires)、医療上の秘密 (secret médical)、私生活上の秘密 (intimité de la vie privée) などが考えられるが⁽¹⁰⁾、詳細は本稿4で検討する。

(3) 真実顕現のための司法協力義務（フランス民法10条）との関係

民法10条（1972年7月5日の法律626号修正により追加）は、1項で「何人も、真実の顕現のために、司法に協力しなければならない（Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.）として、真実顕現のための司法協力義務を定める。さらに同条2項は「アストラントあるいは民事罰金をもってしても、義務を果たすよう強制できる（peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile.）」として、真実顕現のための司法協力義務の強制に言及する。

共に1970年代に新設された民法10条と新民訴法は、立法経緯において密接に関連する。すなわち、第三者が文書を所持する場合、文書提出を強制することは第三者の財産権を侵害する可能性があるため、法律上の根拠が必要となる。しかし、旧民訴法はデクレ（décret. 政令）を多用しており、仮に第三者に対する文書提出命令をデクレで規定すると、フランス共和国憲法典（Constitution. 以下「憲法」という）に違反するおそれがあった。そこで、新民訴法による文書の強制的提出制度の確立に先立って、同制度の根拠規定として民法10条が設けられたのである。⁽¹¹⁾

もっとも、文書の強制的提出が認められるためには複数の要件を満たす必要があるし、第三者が文書を所持する場合には正当な障害事由該当性が問題となることも少なくないのは、先に述べたとおりである。このように、文書の強制的提出が必ずしも容易に認められるわけではないことから、文書の強制的提出制度の背後にある真実顕現のための司法協力義務について、義務の性質が問われることもある。この点に関して、当事者が文書を所持する事例において判例は、同義務を法的義務ではなく単に道徳的義務として把握しているようだと指摘がなされている。⁽¹²⁾他方で、第三者が文書を所持する事例における判例は、真実顕現のための司法協力義務を強調すると共に正当な障害事由を狭く解釈しており、その結果、文書提出の場が拡大される傾向にあるとの指摘もある。⁽¹³⁾後方で指摘される傾向は近時の判例において顕著と思われるため、次で検討していく。

4 文書の強制的提出に関する判例— 3つの事件現場

(1) 1987年判例（真実顕現のための司法協力義務と公法人）

フランスの民事訴訟において、行政は第三者として訴訟に関わるのが通例であり、当事者になることは稀である。フランスでは行政が、行政訴訟の当事者となる機会を広く与えられているからである⁽¹⁴⁾。したがって、公文書提出についても従来は、行政訴訟で争われるのが一般的だった。しかし近年、民事訴訟としての文書提出命令事件全般の増加に伴って、行政が第三者として民事訴訟で公文書提出を争う事例が見られるようになった。その先駆けとなった判決が、破毀院民事1部1987年7月21日判決（Bulletin 1987 I N° 248 p. 181）である。本判決は、民法10条の真実顕現のための司法協力義務規定が、私人と同様、公法人（les personnes publiques）にも当然に適用されることを認めたとうえで、したがって民事裁判官は三権分立（la séparation des pouvoirs）原則に反することなく、行政に文書提出を命じることができることを明言した、画期的な判決だった。

本件は、離婚訴訟において妻が、夫と姦通関係にある女性の電話番号のみを知っていたため、郵政省（l'administration des postes et télécommunications）に対して、当該電話番号の名義人氏名および住所を記載した文書を提出するよう求めた事件である。郵政省は当該電話番号について、いわゆる「赤リスト（liste rouge）」、つまり同リスト掲載人物の身元および住所を公開しないという契約の存在を理由に、文書提出を拒んでいた。破毀院は次のように判示して、原審の控訴院（la cour d'appel）⁽¹⁵⁾判決同様、文書の強制的提出を肯定した。

まず、「真実顕現のための司法協力義務は、私人と同様、公法人についても不可欠である。民事裁判官は、……三権分立原則を無視することなく、そのような方法を命じることができるし、第三者が公法人だとしても同じである（l'obligation d'apporter son concours à la justice pour la manifestation

de la vérité s'impose aussi bien aux personnes privées qu'aux personnes publiques; que le juge civil, …… peut, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, prescrire une telle mesure, même si le tiers est une personne publique)」とした。

次に、郵政大臣 (le ministre des postes et télécommunications) が主張する、本件のような文書提出命令は新民訴法145条や同法138条が想定しないものであるし、最終的には新民訴法11条、143条、146条に反することになるという抗弁を退けた。

さらに、「民事裁判官は、真実顕現に役立つと思われるあらゆる文書の提出を第三者に命じる権限をもつ。この権限は、……私生活上の秘密、……職業上の秘密を守るという正当化理由によってのみ制限される (le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité; que ce pouvoir n'est limité que par l'existence d'un motif légitime tenant soit au respect de la vie privée, …… soit au secret professionnel)」とした。

最後に、郵便電信法 (Code des postes et télécommunications) D359条によると、電話加入者の氏名は一般的に公開の対象とされているから、「赤リスト」を正当化理由すなわち新民訴法141条の正当な障害事由として用いることはできないとした。

本判決の最後の部分に関しては、当事者間の合意による文書提出の回避 (守られるべき秘密の範囲を任意に拡大すること) を阻止しているとの分析も紹介されている。文書を所持する第三者が「公法人」であるにもかかわらず、真実顕現のための司法協力義務の優先性を前面に押し出すかたちとなった本判決は、以降の文書提出命令事件において、文書の強制的提出を肯定する際の1つのリーディングケースとなっている。

(2) 1990年判例 (職業上の秘密と訴訟当事者)

第三者が所持する文書の強制的提出に関して、正当な障害事由 (新民訴

法141条)の存否が問題となる事例の多くは「職業上の秘密」該当性を争っている。こうした文書提出命令事件では、銀行が第三者として訴訟に關与する例が少なくない。

ところで、銀行が自身を当事者とする訴訟を既に開始している場合、その銀行は「文書を所持する第三者」として職業上の秘密を援用できるだろうか。破毀院商事部1990年6月19日判決 (Bulletin 1990 IV N° 179 p. 123)は、このような場合に職業上の秘密が文書を所持する銀行によって援用されてはならないことを明らかにした判決である。

本件は、パリ国立銀行 (la Banque nationale de Paris. 以下「BNP」という)がダンブラ社 (la société Damblat)による赤字経済活動の続行を容認してきたとして、ダンブラ社の債権者が起した訴訟において、鑑定 (expertise)に付するためのオルドナンス (ordonnance. 行政権によって発せられる命令の一種)によって、アストラントの下、会計文書を提出するようBNPが厳命された事件である。BNPは、裁判官が職業上の秘密を考慮せずに越権行為を行ったとしてオルドナンスの撤回 (rétractation)を求めると共に、文書提出を拒んだ。BNPはまた、原審の控訴院判決⁽¹⁷⁾について、新民訴法4条が規定する訴訟の対象、フランス刑法 (Code pénal. 以下「刑法」という)378条が規定する銀行取引秘密などに反すると非難した。しかし、破毀院は次のように判示して、原審同様、文書の強制的提出を肯定した。

まず、「職業上の秘密の尊重や文書を求める利益の欠如を理由に、銀行は自身の抵抗を何としても正当化しようとしたが、内部利用文書ではないし、その主張とは反対の性質をもつとはっきり述べて、控訴院は……訴訟の対象を修正しなかった (après avoir énoncé que la banque motivait essentiellement sa résistance à la fois par le respect dû au secret professionnel auquel elle était tenue et par le manque d'intérêt des documents demandés et qui ne seraient qu'à usage interne et retenu le caractère contradictoire de ces allégations, la cour d'appel n'a pas modifié l'objet du litige)」とした。

そのうえで、「銀行は、秘密を守る第三者としてではなく、銀行取引秘密の受益者によって秘密を援用される側の訴訟当事者として、文書提出を命じられた (la demande de communication était dirigée contre la banque non pas en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué)」と結論づけた。

訴訟当事者である銀行自身が、「文書を所持する第三者」として職業上の秘密を理由に文書提出を拒むことは許されない。このことを明らかにした本判決は、文書提出命令事件において職業上の秘密とりわけ銀行取引秘密の該当性を判断する際に、重要な先例となるだろう。

(3) 2003年判例（銀行取引秘密と名義人死亡）

フランスの文書提出命令事件では、文書を所持する第三者として銀行が登場する例が少なくないことは先に述べた。これらの場合に銀行は、正当な障害事由（新民訴法141条）としての職業上の秘密ひいては銀行取引秘密に該当するとして、名義人情報に関わる秘密を守る必要性を理由に、文書提出を拒むことになる。

では、名義人死亡後に非債弁済を行った訴訟当事者が存在する場合にも、銀行は職業上の秘密あるいは銀行取引秘密を理由に文書提出を拒むことができるだろうか。破毀院商事部2003年2月25日判決（Bulletin 2003 IV N° 26 p. 30）は、死亡した名義人の身元を記載した文書についても、銀行が銀行取引秘密を民事裁判官に対抗できることを明らかにした判決である。

本件は、1993年3月に名義人が死亡したことを知らずに、その名義人がBNPパリバ銀行（la BNP-PARIBAS. 以下「銀行」という）に保有する口座に年金の定期支給額を同年12月まで振り込み続けた老齢保険国民金庫（la Caisse nationale d'assurance vieillesse. 以下「CNAV」という）が、非債弁済の返還を求めるために、当該口座について委任状をもつ者の連絡先を記載した文書を提出するよう求めた事件である。銀行は、職業上の秘密を理由に文書提出を拒んでいた。原審の控訴院判決が文書の強制的提出を⁽¹⁸⁾

肯定したのに対して、破毀院は次のように判示して、原審を一部破棄無効としたうえで、文書の強制的提出を否定すると結論づけた。

まず銀行は、文書提出が非債弁済の返還手続を急がせるための措置だから、レフェレ裁判官のみこれを命じうるとして、控訴院が新民訴法79条の管轄規定に違反したと主張した。これに対して破毀院は、控訴申立書によると銀行は、新民訴法79条の適用を前提に控訴しているのだから、銀行の主張は受け入れられないとして、控訴院を支持した。

しかし、「通貨金融法 L. 511条となった1984年1月24日の法律57条と、民法10条をかながみると、真実顕現に役立つと思われるあらゆる文書の提出を当事者あるいは第三者に命じる民事裁判官の権限は、とりわけ職業上の秘密のための正当化理由の存在によって制限されるというのが、条文の解釈である (Vu l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984, devenu l'article L. 511 du Code monétaire et financier, et l'article 10 du Code civil; …… il résulte de la combinaison de ces textes que le pouvoir du juge civil d'ordonner à une partie ou à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité, est limité par l'existence d'un motif légitime tenant notamment au secret professionnel)」としたうえで、控訴院の条文違反を次のとおり指摘した。

「控訴院は CNAV の主張を認めるために、口座名義人の死亡後、その名義人あるいは口座を動かすことができる者の身元に関する情報をもっぱら求められている時は、1984年1月24日の法律57条によって設けられた職業上の秘密は、対抗しうる正当な障害事由に該当しないとする (pour faire droit à la demande de la CNAV, la cour d'appel retient que le secret professionnel institué par l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984 ne constitue pas un empêchement légitime opposable à cet organisme dès lors que les seuls renseignements sollicités étaient relatifs à l'identité de la ou des personnes qui, après le décès de la titulaire du compte, l'avaient fait fonctionner)」

「命じられた文書提出は、信用制度を支える銀行取引秘密についての法

規範に反するし、利益を享受する者の死亡と共に消えるのではなく口座を動かす権限をもつ者にまで影響が及ぶので、民事裁判官に対抗しうる正当な障害事由に該当する。控訴院は、上述の条文に違反した (la production ordonnée se heurtait aux règles légales sur le secret bancaire auquel est tenu un établissement de crédit, qui ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie et s'étend aux personnes qui ont eu le pouvoir de faire fonctionner le compte, et qui constitue un empêchement légitime opposable au juge civil, la cour d'appel a violé les textes susvisés)]

最後に、新民訴法627条が規定する破産院の裁量権を援用したうえで、文書の強制的提出を否定した。

近時の判例は、文書提出を拒む正当な障害事由の代表例である職業上の秘密について、これを狭義に解したうえで、文書の強制的提出を肯定する傾向が強い。こうした傾向と一線を画した本判決は、先に検討した1990年判例との比較を含めて、職業上の秘密とりわけ銀行取引秘密の該当性が問題となる今後の事例にも示唆を与えるものと考えられる。

5 文書の強制的提出制度の展望

フランスにおける文書の強制的提出制度を判例と共に概観すると、民法10条の真実顕現のための司法協力義務規定が重視されることと連動して、文書の強制的提出制度の活用が志向されていることは、新民訴法下の動向として明らかと思われる。もっとも、新民訴法によって同義務が法的義務に昇華された⁽¹⁹⁾とは言いきれないし、文書提出を拒む正当な障害事由としての「職業上の秘密」該当性について判例の判断にはばらつきも見られる。思うに、後者のような判断の相違は、守られるべき秘密の公開によって影響を受ける者の帰責性と関連づけられるのではないだろうか。例えば、1990年判例の事例では訴訟当事者の銀行自身の内部秘密とも言える内容の公開が求められているのに対し、2003年判例の事例で求められているのは

訴外の第三者に関する情報である。つまり、両事例は、秘密の公開によって影響を受ける者と秘密との関係という点で状況を異にするため、文書の強制的提出の肯否について結論を分けたとも考えられるのである。

日本との比較では、文書提出命令のはたらく範囲は、原則として行政をその対象外とするフランスよりも日本の方が一般的に広いと思われるため、フランスにおける文書の強制的提出制度をそのまま日本に応用するのは実際的ではない。もっとも、文書提出を拒む正当な障害事由、特に「職業上の秘密」該当性に関する判例の見解は、日本でも参考になるだろう。

旧民訴法時代からの当事者主義の尊重を維持しつつ、新民訴法下で民法10条をどこまで重視していくか。文書の強制的提出の現場は、フランス民事訴訟法のアイデンティティーを現代に改めて問いかけていると言えるだろう。

*御論考から多くのご教示を賜りました寺田友子先生に、この拙稿をもって、心から感謝申し上げます。

注

- (1) 日本における近代的な民事訴訟法の歴史は、1890年(明治23年)制定の旧旧法(明治民事訴訟法)に始まる。三木浩一＝山本和彦編ジュリスト増刊『民事訴訟法の改正課題』(2012年)2頁。
- (2) 民法典(1804年制定)、商法典(1807年制定)、刑法典(1810年制定)、治罪法典(1808年制定)と併せて、「ナポレオン5法典(cinq codes napoléoniens)」とも呼ばれる。滝沢正『フランス法 第4版』(三省堂、2010年)17頁。
- (3) 山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002年)643頁。
- (4) 山本和彦「フランスの文書提出命令制度について」文書提出命令制度研究会(第7回)議事要旨(法務省、1997年) http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_970708-2.html (最終閲覧日2013年10月8日)
- (5) 徳田和幸『フランス民事訴訟法の基礎理論』(信山社、1994年)30頁。
- (6) 1965年から1972年の間に行われたデクレによる改正については、竹下守夫＝野村秀敏「民事訴訟における文書提出命令(一) —伊方原発訴訟文書提出命令事件を機縁として」判例評論204号(1976年)119-120頁が

詳しい。

- (7) 徳田・前掲(注5) 2頁。
- (8) 滝沢・前掲(注2) 308-309頁。
- (9) Serge Guinchard, Frédérique Ferrand et Cécile Chainais, Procédure civile, 2^e édition 2011, Dalloz, p. 427.
- (10) id. pp. 427-428.
- (11) 山本・前掲(注4)。
- (12) 徳田・前掲(注5) 30-31頁。
- (13) 山本・前掲(注4)。
- (14) 同上。
- (15) リモージュ控訴院1985年6月18日判決。
- (16) 山本・前掲(注4)。
- (17) アジャン控訴院1988年9月29日判決。
- (18) パリ控訴院2000年9月11日判決。
- (19) 徳田・前掲(注5) 31頁。

【参考文献】(アルファベット順, 50音順)

文中で引用したもののほか、

Codes Dalloz Droit privés, Code de procédure civile, Édition 2013 104^e édition, Dalloz

Natalie Fricero, L'essentiel de la Procédure civile, 9^e édition 2012-2013, Gualino, p. 96.

司法研修所編『フランスにおける行政裁判制度の研究』(法曹会, 1998年)

司法研修所編『フランスにおける民事訴訟の運営』(法曹会, 1993年) 101-104頁。

鈴木教司『フランス旧制度の司法—司法官職と売官制—〔愛媛大学法学会叢書11〕』(成文堂, 2005年)

寺田友子『住民訴訟判例の研究』(成文堂, 2012年)

山口俊夫『概説フランス法 上』(東京大学出版会, 1978年)

山本和彦『フランスの司法』(有斐閣, 1995年)

山本和彦=須藤典明=片山英二=伊藤尚編『文書提出命令の理論と実務』(民事法研究会, 2010年)

亘理格『公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較—〔行政法研究双書17〕』(弘文堂, 2002年)

未成年者の医学研究への参加

永 水 裕 子

目 次

- 一. はじめに
- 二. 医学研究への同意とは
 1. 医学研究と医療との違いに基づく IC に対する考え方の違い
 2. 被験者保護のために必要なこと
 3. 現在の臨床研究
 4. 小括
- 三. 未成年者の医学研究参加と同意について
 1. 問題の所在
 2. 承諾能力のある未成年者の研究参加
 3. 研究に参加しないという意思表示の尊重
 4. 本人には直接の利益がない研究であり、かつ侵襲を伴う医学研究への参加の同意取得について
 - (一) 親子で意見の不一致がある場合の解決方法
 - (二) 親子とも参加で意見が一致している場合の注意点
- 四. 結びに代えて

キーワード：医学研究，被験者保護，研究倫理指針，倫理審査委員会，
未成年者

一. は じ め に

「人体実験は、道徳的に必要なものであるが、必然的に非道徳的である。(Human experimentation is morally necessary and necessarily immoral.)」
というベルナルの言葉通り、新しい治療法や薬を患者に使用する前には、患者に害を与える危険を避けるために人間における臨床研究を行わなければならないが、このような臨床研究とは、人間を「手段」として利用するものであることから、本来許されてはならない非倫理的なことである⁽¹⁾。このように相反する性質を有する医学研究を行うための正当化事由について、甲斐克則教授は、「人体実験・臨床試験の適法化ないし正当化は、どれか単独の正当化事由で基礎づけるのは困難であり、インフォームド・コンセントを中心としつつ、これを補足するものとして、利益・ベネフィットとリスクの衡量、補充性、緊急性を加味するという具合に、まさに『正当化事由の競合』という論理で考えるべきである。」とされている⁽²⁾。甲斐教授の問題意識として常に存在しているのは、インフォームド・コンセント（以下、ICとする。）が中心であるとしても、ICがあることのみをもって当該医学研究を適法化ないしは正当化することには危険がつきまとうということであり、筆者もその問題意識を共有するものである。とりわけ、未成年者のように、承諾能力のある者とない者が混じりあっている、社会的に弱い立場に置かれていると考えられる集団が医学研究の被験者（本稿では、研究参加者という言葉を使うこともある。）となる場合には、より厳格な正当化事由が必要となるだろう。

そこで、本稿は、まず、医学研究が通常の治療（本稿では、医療という言葉を使うこともある。）とはどのように異なる性質を有するのかを明確にした上で、医学研究を正当化するための中心要件である研究参加者が与えるICの意義が、通常の治療におけるICと異なることを明確に示すこととする。次に、それらの違い、およびICのみでは医学研究の正当化にならないことを踏まえた上で、現在倫理指針の一本化作業が行われている、

疫学研究分野と臨床研究分野がどのような研究を対象としているのかを大まかに整理し、一本化される指針において、どのような要件を充たすならば承諾能力のある未成年者が単独で研究参加への同意をすることができるのか(あるいはできないのか)について検討を行っていく。その際には、未成年者にとって直接に利益のない研究への参加を認めないことがその利益になるという一面的な考え方ではなく、未成年者などのいわゆる弱い立場にいる人々の研究参加を認めることにより彼らの利益が守られる場合もあるという視点も加味しながらこの問題を考えていくことにする。なお、誰が「契約当事者」かが問題となる場面も稀に出てくるだろうが、筆者の能力および紙幅の関係もあり、研究参加契約論の展開は今後の課題とさせて頂くこと⁽³⁾をお許し願いたい。

二. 医学研究への同意とは

1. 医学研究と医療との違いに基づくICに対する考え方の違い

医学研究、とりわけ臨床研究における被験者の同意の意義については、一般的な治療(医療)の場合との違いを意識する必要がある、医学研究か医療かによってICの有する意味および被験者のICのみで十分なのかという点についても扱いが異なることを認識する必要がある。

まず、医学研究と医療との最大の違いは、治療には患者本人に対する直接の利益が見込まれるが、医学研究の場合には、ある種のもの⁽⁴⁾は被験者に対する直接の利益があるとしても、研究の目的は被験者本人の治療ではなく、医学的知見を得るために、すなわち、将来の患者等、被験者以外の誰かのために被験者を使ってデータを得ることであり、本人の最善の利益を目指すものではなく、必ずしも直接の利益は見込まれないということ⁽⁵⁾である。すなわち、「医療の場合には、患者が、自己の疾病を治療してもらうべく、医師に対して自己の身体への侵襲を許諾する。一方、研究の目的は、その患者の治療ではなく、他の者たち(多くの場合においては将来の世代)のために被験者を用いてデータを得ることであり、まさに人格の手段化が

行われることになる。」ということである。⁽⁶⁾愛知県がんセンター事件（実際に問題となっているのは「治験」である。）⁽⁷⁾とは、卵黄嚢腫瘍に対して標準的な治療法（PVB療法という3つの抗がん剤の併用治療）があったにもかかわらず、当時、ある製薬会社が開発中の治験薬の第二相試験における治験担当者であり、治験のプロトコル（専門的科学的検討を経て策定された治験計画）⁽⁹⁾作成にかかわった医師が、当該患者に対して未承認薬である治験薬を使用するとの説明を行わず、かつプロトコルに違反して治験薬の過剰投与や禁忌である他の抗がん剤との併用を行い、患者を骨髄抑制に伴う出血と感染により死亡させたというものであるが、名古屋地裁は臨床研究の性質を次のように分析する。すなわち、「新薬を開発し、あるいは標準的治療法により優れた新しい治療法を探究するためには、当該薬剤や治療法の人の機能に対する効果、反応等を研究することが必要であり、臨床試験は、医学、医療の進歩という公共の福利を促進し、また、患者を被験者とする第二相の臨床試験は、被験者に対し診断上、治療上の便益をもたらす側面があるが、反面人体実験の要素もあるから、かかる行為が倫理的に許容されるためには、情報を開示して（インフォームド）被験者の同意（コンセント）を得ること、及び、治験計画が科学的根拠に基づいて適正に構築され、専門的な知識と訓練を積んだ研究員により、一般的に承認された手技、方法に従って実施されること等により、被験者の危険を最小限に抑制することが必要不可欠である。臨床試験は、事前に予測できない副作用や未知の危険性を伴うから、被験者の安全等人権の保護に十分配慮しなければならず、また、科学的な適正性を保持し、科学的に疑わしい研究のため被験者が利用されてはならない。」

このように、医学研究においては、医療と異なり「被験者の手段化」が行われることから、ICについても異なる扱いがなされるべきである。すなわち、「……被験者の、自己の身体を研究のために投企（engagement）する、あるいは『研究者とともに研究に参加（participate）する、という積極的ないし篤志的（voluntary）な意思』⁽¹⁰⁾が必要なことになる。よって、説明内容も、研究が将来に向けた取り組みであり、その不確実なものへ被

験者と研究者が共同で参加するということからくる、不確実性（ないし将来への期待）のようなものが語られる必要がある。」⁽¹¹⁾しかし、裁判例はこの点に関する問題意識に欠けているようである。例えば、前掲愛知県がんセンター事件において、名古屋地裁は、臨床試験を治療の一環として位置付けており、⁽¹²⁾被験者に対する説明事項を一般的な治療行為の際の説明事項に加えて、「当該医療行為が医療水準として定着していない治療法であること、他に標準的な治療法があること、標準的な治療法によらず当該治療法を採用する必要性と相当性があること、並びにその学理的根拠、使用される治験薬の副作用と当該治療法の危険性、当該治験計画の概要、当該治験計画における被験者保護の規定の内容及びこれに従った医療行為実施の手順等を被験者本人（やむをえない事由があるときはその家族）に十分に理解させ、その上で当該治療法を実施するについて自発的な同意を取得する義務があったものというべきである」とする。また、金沢大学付属病院事件⁽¹³⁾では、当時の卵巣がんの標準的な治療法として存在していたCAP療法とCP療法の比較臨床試験に被験者として登録された患者の遺族が、本人の同意なく臨床試験の被験者とされたことについて、精神的損害の賠償を求めたものであるが、臨床研究に対するICについて、「刻々と変化する患者の病状にしたがって臨機に適切な処置を必要とされる医療の本質から、治療方法のすべての具体的内容について医師の説明と患者の同意を要すると解するのは不可能であって、上記の具体的内容は、まさに医師がその専門的知見に基づいて決定するべきこととして、医師の裁量に委ねられていると解せられる……。」と治療の場合にのみ当てはまる一般論を述べた上で、「医師が治療方法の具体的内容を決定するについて、上記（治療一筆者による注）目的（以下「本来の目的」という）以外に他の目的（以下「他事目的」という）を有していて、この他事目的が治療方法の具体的内容の決定に影響を与え得る場合、医師に上記裁量が与えられる基礎を欠くことになるから、医師が医療行為をなす上で必須である上記裁量を得るためには、その他事目的について患者に説明し、その同意を得ることが必要である。すなわち、本来の目的以外に他事目的を有している医師が医療行

為（当然上記裁量を随伴する）を行おうとする場合、患者に対し、他事目的を有していること、その内容及びそのことが治療内容に与える影響について説明し、その同意を得る、診療契約上もしくは信義則上の義務があるということができるのである。」（下線は筆者による。）とする。すなわち、臨床研究の目的が治療方法の具体的内容の決定に影響を与えうるという限定的な場合にのみ臨床研究のことについて説明義務があるとするのである。これに対して、控訴審である名古屋高裁金沢支部はこの点について以下のように判示する。すなわち、「患者に対して治療行為として行われる医療行為は主たる目的である治療目的に従って行われる医療行為があるのみで、他事目的（治療以外の他の目的が随伴すること―筆者による注）があるが故に何か特別の医療行為が行われるということは通常考え難いから、その意味においては、医師が患者に対して他事目的随伴治療行為に係る医療行為をなすに当たっても、医師が患者の身体に対して軽微でない侵襲を伴う治療行為を行うに当たってなすべき説明義務を尽くすことにより、患者が当該治療行為を受けることの利害得失を理解した上で、これを受けるか否かについて熟慮し、自己決定するための説明義務は尽くされていることになるものと解される。」と述べるが、これが前提として正しいかは怪しい。さらに、「他事目的随伴治療行為の場合にあっては、他事目的が随伴することについての説明がないからといって、当然に上記の自己決定権の侵害としての説明義務違反を来すものということとはできないが、他事目的随伴治療行為を受ける患者について、他事目的が随伴することにより、他事目的が随伴しない治療行為にはない権利利益に対する侵害の危険性があるときには、診療契約上の付随義務又は信義則に基づき、医師には、他事目的が随伴しない治療行為について患者の自己決定のために要求される説明義務に加えて、これに随伴する他事目的があること及びこれにより生ずることのある危険性についても、患者に説明すべき義務を負うと解するのが相当である」（下線は筆者による。）とする。地裁よりもさらに限定的な場合にのみ臨床研究のことについて説明義務があるとしているのである。

臨床試験という目的が随伴することにより、通常の治療行為にはない権利利益に対する侵害の危険性があるとき、あるいは臨床研究の目的が治療方法の具体的内容の決定に影響を与えうる場合にのみ臨床研究目的であることを説明する義務が発生すると判示する金沢大学付属病院事件の地裁・高裁判決に対しては、以下のように被験者を手段として扱っているに等しいという批判がある。つまり、「身体的な危険性さえなければ説明の用なしとすることは、まさに、被験者を手段として扱うことではないだろうか。いいかえると、自己決定のために必要な情報というのは、医療の場合と研究の場合とで異なるのではなかろうか。⁽¹⁴⁾」⁽¹⁴⁾、「研究への参加は、身体侵襲に対する承諾だけではなく、より積極的な意味を有するのだから、治療に対する影響のみを問題とするのは、……被験者を単に手段として扱い、問題を矮小化するものではないだろうか。⁽¹⁵⁾」と批判されている。なお、アメリカの精神科医の研究によれば、研究被験者の多くが研究への参加を「自らの治療のため」になると誤解しており、医師側もあえてその誤解を解こうとはしないということが浮かび上がっている。⁽¹⁶⁾臨床研究への参加も治療のためになると誤解してしまう患者であり被験者でもある人の心理状態を考えると大変に切なくなるが、臨床研究がその患者の最善の利益を目指すのではない限り、そのことを明らかにして誤解を解いておく方が患者にとって有益であるし、医師側から見ても、後々に生じるトラブルを避けることができ望ましいのではないか。

2. 被験者保護のために必要なこと

医療と研究の上記のような違いから、研究においては、たとえ被験者の意思があっても研究が差し控えられるべき場合がある。患者本人の最善の利益を目指す医療の場合においては、患者が自らの意思に基づいて予測不可能なリスクを負うことも認められるが、研究の場合には被験者の利益を目指すのではなく、一定の科学的知見を得るための実験であることを考えると、一定以上のリスクを被験者に引き受けさせることはできず、重大なリスクがあるとして倫理審査委員会が承認していない研究を行うことは

許されないだろう。⁽¹⁸⁾この点について、甲斐克則教授は、被験者のICの重要性を確認しながらも限界があることを、刑法上の保護法益である被験者の生命保護に見いだす。すなわち、「それも、被験者の生命保護に限界を見いだすのであり、したがって、刑法202条の同意殺人罪の規定が示すように、被験者が自己の生命を放棄してまで危険な実験に参加することも、これによって禁止されるのである。」とされる。⁽¹⁹⁾

上記の二つの考え方は、被験者が参加意思を表明したとしても、「一定以上のリスクを引き受けさせることはできない」というものと「被験者の生命保護に反する研究への参加はできない」という違いはあるものの、想定する場面が異なっていることから表面上考え方に違いがあるように見えているにすぎないのかもしれない（が分からない）。つまり、「一定以上のリスクの引き受けは認められない」という考え方の中には「被験者の生命保護」は当然に含まれており、この点については、倫理審査委員会の審査に期待が寄せられている。他方、同意殺人罪であっても処罰の対象になるため（刑法202条）、被験者本人にも処分できない生命の保護という考え方からは、被験者に生命に関しない一定のリスクの引き受けを認めるという考え方も出てこようが、被験者に全く直接の利益がなく、重大な傷害が生じるような医学研究については、甲斐教授も、やはり倫理審査委員会の実質的な審査により、被験者の保護を図っていくべきことに期待を寄せている。つまり、倫理審査委員会において被験者が引き受けることのできるリスクのふり分けがなされる必要があり、そのようなリスクのふり分けが行われた後で被験者のICの問題が出てくるのである。そのために、いま、倫理審査委員会の機能強化が強く求められている。⁽²⁰⁾すなわち、「市販薬であっても、『治験』システムであっても、安全性を含めた倫理的チェックが十分に働かなければ、薬害エイズ事件やソリブジン事件のような事件が繰り返し起きる危険性がある。したがって、『人間を手段としてのみ用いてはならない』ことを実践するには、倫理委員会の役割を強化し、その責任を明確化する必要がある」のである。⁽²¹⁾

3. 現在の臨床研究

臨床研究については、統計学の導入により、リスクの分配構造が変化したことが指摘されている。これは、臨床研究の手法であるランダム化比較臨床試験 (Randomized Controlled Trial, 以下、RCT とする。) が1960年代に世界に広がっていったことに伴って生じたものであると説明されている⁽²²⁾。RCT とは、ある治療法や医薬品の効果を測定するために、被験者を偶然に任せて分割し、片方にはその治療法や医薬品を与え、残り半分を比較のための「対象群」とすることである。このような確率論の発想を医学研究に導入することによって、より客観的な妥当性を持った治療基準を作り上げることに成功したのであり、この流れが、現代の「証拠に基づく医療 (evidence-based medicine, EBM)」へと発展していくのである⁽²³⁾。しかし、RCT の手法を用いる場合、例えば、「対象群」のグループに入ってしまった患者には、当該治療法や医薬品が与えられないため、治療中の患者の一部を意図的にリスクにさらすこととなることから、彼らをあたかも道具として利用することになるという倫理的な問題が発生する⁽²⁴⁾。このような問題に鑑みれば、上述の通り、研究と治療を可能な限り明確に区別すべきであり、両場面において IC の意義も説明すべき内容も異なるべきであることが一層明らかになる。

4. 小括

確かに、研究と治療という場면을明確に区別することは困難な場合もあるが、本人の最善の利益を目指すわけではなく、直接の利益のないような医学研究が問題となる場合には、その人の尊厳を守るために、被験者本人の IC としては、「積極的な参加意思」が必要となり、説明内容もそれに応じた詳細なものが必要となる⁽²⁵⁾。さらに、被験者本人が危険の引き受けをしたいと思っても、一定以上のリスクを発生させるような医学研究については、倫理審査委員会によりリスクのふるい分けが行われるべきであり、倫理審査委員会が承認していない医学研究には被験者はいくら望んでも参加できない、すなわち、そのような研究は認められないのである。

三. 未成年者の医学研究参加と同意について

1. 問題の所在

以上のような医学研究と医療との違いから、医学研究においては、被験者本人の「積極的な参加意思」が求められることが明らかになった。未成年者の医学研究参加の場合には、研究に参加する未成年者の承諾能力、医学研究のリスクや侵襲性の程度、そして本人への直接の利益があるか等に応じて、「積極的な参加意思」に基づく医学研究への参加が可能か否かが異なってくるだろうが、承諾能力との関係でいえば、未成年者であることから、承諾能力があったとしても、必ずしも本人の意思が通るわけではなく、親権者⁽²⁶⁾との関係で何らかの制約を受ける場合が出てくる可能性もある⁽²⁷⁾。承諾能力のない未成年者の場合については、代諾者（通常は親権者）による代諾が求められることになるが、これまで述べてきたとおり、代諾者の同意のみで被験者の保護を図ることができるわけではない。また、未成年者を保護すべきという観点からは、本人に直接の利益があるとはいえず、リスクや侵襲性の高い研究に参加させることを忌避すべきであるという結論が出てくるが、近年、未成年者等のいわゆる社会的に弱い立場にいる人々が、自分たちが属しているグループ（例えば、特定の珍しい疾患の患者群）にとって重要な成果が得られる可能性のある研究への参加を希望した場合に「保護の対象である」という理由で断念させることが公平だろうかという疑問が投げかけられている⁽²⁸⁾。ここでも未成年者の保護と自律尊重とのバランスを取らねばならないが、医学研究については、さらに「被験者個人」と「被験者が研究参加することによって利益を得る人々あるいは社会」とが相反関係に立ったときに、被験者が参加することによって得られる研究結果がいかに社会的に有益であったとしても、被験者個人の利益を優先すべきであるという視点を忘れてはならない。以下では、承諾能力のある未成年者の場合の扱い、研究に参加しないという意思表示の尊重、親子で意見の不一致がある場合など、現在、厚生労働省と文部科学省とが合同で行っ

ている疫学研究に関する倫理指針及び臨床研究に関する倫理指針の見直しに係る合同会議（以下、合同会議とする。）で問題となった課題について⁽³⁰⁾ 検討を行う。

2. 承諾能力のある未成年者の研究参加

前述の通り、現在、厚生労働省と文部科学省の専門委員会が合同会議を開いて、今まで別立てであった「疫学研究に関する倫理指針」と「臨床研究に関する倫理指針」とを一本化する作業を行っているが、両指針の一本化を実現するにあたり難しい問題の一つに、未成年者の同意の問題がある。すなわち、現行の疫学研究倫理指針（2013年9月現在）では、細則において、研究対象者が16歳以上の場合であって、有効なICを与えることができることについて、倫理審査委員会の承認を得て、研究を行う機関の長の許可を受けた場合には、当該未成年者の同意を得て研究を行うことができるとしているが⁽³¹⁾、現行の臨床研究倫理指針においては、そのような特例が規定されておらず、両者に違いがあるからである⁽³²⁾。

疫学研究とは、疫学研究倫理指針によると、疾病の罹患を始め健康に関する事象の頻度や分布を調査し、その要因を明らかにする科学研究であるが、現行の疫学研究倫理指針の細則で想定されているのは、例えば、「この健康調査アンケートに答えることができるか。」であることから、倫理審査委員会がリスクに関する判断も行った上で、通常16歳であればこの程度の能力はあるだろうという形で審査を行い、未成年者の同意のみで研究に参加できるというスタンスを採っている（なお、高校生や大学生への喫煙アンケートなど、親の同意を必要とすると正直に回答してもらえず結果にバイアスが生じうることも理由となっている。）。もちろん、そのような形で未成年者が研究参加をした場合に、保護機関である親権者（または未成年後見人）が、後日、研究参加契約を取り消したり、試料提供への同意を撤回すると主張することも考えられ、そのような場合には、データの一部を除外しなければならないことから、そのような主張が多ければ、研究自体の質が損なわれる危険性があるだろう。ただし、リスクや侵襲性が少

ないと倫理審査委員会が判断した疫学研究の場合には、未成年者がボランティアに参加するのと同じ感覚であろうから、そのような取消しや撤回の主張⁽³³⁾がなされることはあまりないだろうと考えられる。

これに対して、臨床研究とは、臨床研究倫理指針によると、医療における疾病の予防方法、診断方法及び治療方法の改善、疾病原因及び病態の理解並びに患者の生活の質の向上を目的として実施される医学系研究であって、人を対象とするものをいい⁽³⁴⁾、身体に対する侵襲性やリスクが高いことが想定される。これらのリスク判断については、疫学研究の場合と異なり、未成年者の承諾能力は一人一人異なるため、承諾能力の有無を個別に審査する必要があり、一律に「16歳以上」と括ってしまうと、承諾能力のない未成年者が本人の判断のみで研究参加し、未成年者に健康上の問題が発生するという事態を防止できない。そのような場合には、親権者は自ら同意を与えていないことから、親権侵害あるいはICをきちんと取っていないことを理由として損害賠償請求訴訟を提起する可能性もなくはない。ただし、仮に未成年者の承諾能力を個別審査するという枠組を作ったとしても、承諾能力の有無についてはグレーゾーンが存在し、間違える危険性を恐れて、実際には親権者の同意を取得することが多いものと思われる。

このように、疫学研究と臨床研究とでは、リスクの質（大まかに言えば、身体に対するリスクか、個人情報に関連するリスクか）や侵襲の程度が異なるため、異なる配慮が必要であり、一本化される指針において一律に「16歳以上」であれば本人の同意のみで研究参加できるとすることは、臨床研究に参加する場合に未成年者の生命・身体を危険にさらすおそれがある。未成年者を保護するために、疫学研究と臨床研究とで扱いの差を設けることには合理性があるのではないだろうか⁽³⁵⁾。

3. 研究に参加しないという意思表示の尊重

研究不参加の意思表示と同意できる年齢は、必ずしも同じでなくてもいい。すなわち、不参加の意思表示があった場合には、それを可能な限り尊重すべき（通すべき）であり、不参加の意思表示年齢の方が低いという制

度設計はあり得る。医学研究と臓器摘出や脳死判定のような本人に直接の利益のない利他的な行為についての類似性から、改正臓器移植法ガイドラインを参照すると、「年齢にかかわらず」拒絶意思を表示した者からの臓器摘出および脳死判定を行わないと規定されており、承諾能力がないと考えられる15歳未満の者の拒絶意思を尊重していることが分かる。⁽³⁶⁾これが一つの根拠となるだろう。

また、未成年者が研究不参加の意思表示を行っている場合に無理に参加させることが親権行使として適切とは考えられないことや、強制的に参加させることは人身の自由を侵害することになり不適切であることから、年齢を問わず、不参加の意思表示があった場合には、原則として不参加の決定をするべきであろう。⁽³⁷⁾ただし、治療の一環として臨床研究に参加する場合と、研究のみに参加する場合とでは扱いが異なり、前者ならば説得や話し合いを継続して行い、それが「子どもの最善の利益」に適うのであれば、不参加意思を覆すことも場合によっては可能ではないかと考える。

4. 本人には直接の利益がない研究であり、かつ侵襲を伴う医学研究への参加の同意取得について

(一) 親子で意見の不一致がある場合の解決方法

(1) 未成年者が参加拒否、親は参加へ同意する場合

承諾能力の有無を問わず、この場合には、既に述べた通り、未成年者本人に直接の利益がない研究への参加が問題となる場面においては、本人の参加拒否の意思を優先するべきである。

(2) 承諾能力のある未成年者が参加意思を表明しているが、親は反対の場合

仮に承諾能力の判定が間違いなく行われるとした場合（この仮定自体フィクションであるが）、未成年者に承諾能力があるこのような事例においては、その意思を優先すべきではないかということが問題となる。しかし、未成年者は承諾能力がある場合であっても、まだ親権者の保護の下にある

存在であることから、未成年者と親権者との意見が対立している場面においては、未成年者の自己決定権を尊重しつつも、親権者は未成年者を保護する義務を果たさねばならない。親権の本質は子の身体・精神の保護、育成にあり、そのために親権者は必要ならば、子自身の身体・精神に向けて一定の作用・影響を及ぼすこともできる反面、常に発達成長していく存在である未成年者の発達に応じて柔軟な対応が必要となってくるため、「一定の年齢に到達すると監護教育の各種の側面において親権者による保護の必要性・程度が減少⁽³⁸⁾」するということに留意する必要がある。そして、未成年者の自律性を尊重することは、子どもの権利を実現するために重要性を有していることから、親権はこの限りにおいて一定の程度でその権利性を失うことがあると考えられる。では、医学研究参加をめぐる⁽³⁹⁾、未成年者の権利・利益を保護するために親権者はどのような役割を果たすべきだろうか。ここでも、未成年者の保護と未成年者の自律のバランスをどのようにとるかが問題となってくるが、以下の通り、3つの考え方がありうる。

まず、一つ目は、リスクの有無に関係なく、未成年者の身体・健康を保護することを重視して親権を行使すべきであるという考え方であり、これによれば、医学研究参加のリスクが高くなくても親が同意を拒否すれば、未成年者がいくら参加を望んでも研究参加はできない。治療と比べて、臨床研究におけるリスクと利益の衡量ははっきりとしておらず、判断に困ることから、未成年者の現在の利益を重視することによって将来を含めた長期的な利益を損なってしまう可能性もあること、および何か問題があったときの責任は親が負うことから、承諾能力のある未成年者であっても医学研究への参加には親の同意が必要とすべきであるという立場である⁽⁴⁰⁾。ただ、リスクと利益の衡量が明確に判断できないということは臨床研究には当てはまるが、通常の疫学研究にも同じことが言えるだろうか。また、承諾能力のある未成年者がそれ程リスクの低い医学研究にボランティアとして参加するという自己決定をしているのに、それを尊重しないことはその者の人格権を侵害することにつながるおそれがないだろうか。前述の通り、親権が子に対する支配権ではなく、未成年者の発達に伴ってその行使の態

様も柔軟に変化するべきものであると考えるならば、リスクの有無に関係なく親権者が決定することには問題があるように思われる。

二番目の考え方は、未成年者に承諾能力があるならば、その決定を覆さないことがその者の人格の尊重になるというものである⁽⁴¹⁾。この立場を採用するならば、未成年者の意見が通るため、未成年者は自分が望めば研究に参加できることになる。しかし、この立場にも問題がある。一番目の説が述べているように臨床研究におけるリスク判断が相当難しいものであるならば、承諾能力のある未成年者であっても侵襲性やリスク判断を誤ることによりその利益が侵害される危険性があるのではないか。そして、そのような判断の誤りを「本人の自己決定、自己責任」という形で未成年者本人に負わせることが適切であろうか。これでは、未成年者の保護ができないばかりでなく、未成年者を保護するという親権の存在意義が失われてしまうだろう。

そこで、折衷説として出てくるのが三番目の説である。この説は、親は子の権利が尊重されるように決定しなければならないが、親権は、もっぱら子の利益・福祉を目的とする監護権であることから、未成年者に承諾能力があっても、未成年者自身にとって害となる決定をしている場合には、その決定を是正すべきであるというものである⁽⁴²⁾。この説によれば、「医学研究の侵襲性やリスクが高い場合」には、親の拒否の意思表示が通るため、未成年者は研究に参加できないこととなる。未成年者の自律性を尊重しながらその保護を行っていくことができるという点で優れた見解である。承諾能力のある未成年者の治療拒否の場面におけるアメリカの学説にも、未成年者の生命保持という利益により未成年者の自己決定権を制約できるとする見解や、未成年者が「自己決定しうる成人」に成長するという利益により未成年者の権利を制約できるとする見解があり⁽⁴³⁾、このような考え方を医学研究の場合にも応用し、「医学研究の侵襲性やリスクが高い場合」には、親の拒否の意思表示が優先されるという結論を導き出すことができる。もちろん、この考え方にも弱点がないわけではなく、親がリスク判断をして方針を決定してしまうことから、親による「パターンリスティックな介

入」が子の人格権を侵害することにつながる可能性がある。考え方としては、第三説が適切であるが、前述のとおり、承諾能力の個別の審査が可能であるという前提条件をクリアすることができない場合が多いにもかかわらず、研究参加させたい研究者の目が曇りがちになり未成年者に無用な危険を負わせる可能性も出てくることから、国が研究者全体に示す研究倫理指針を採用する場合には、臨床研究については、今までの指針通り第一説を採用し、親権者の承諾を得ることが望ましい。

ここまで、承諾能力のある未成年者が研究参加意思を表明したが親がそれに反対している場合の解決方法に関する3つの考え方を検討してきたが、このように、決定権が誰にあるかという問題設定をすると親子の意見対立があった場合に膠着状態を打ち破ることが難しくなってくる。そこで、見解の相違がある場合に、まずなすべきことは、親子の話し合いを促進する手続を構築することであり、話し合いを通じて両者とも納得できるような結論を出すことをお互いに探求することが望ましいのではないかと考える。

(3) 承諾能力のない未成年者が参加意思（アセント）⁽⁴⁶⁾を表明したが、親が反対する場合

このような場合には、未成年者に承諾能力がないため、リスクと利益、そして侵襲性を衡量して最終的には親権者が決めるが、親子の見解の相違がある場合に該当するので、前述のように話し合いの場を設け、その中で、利益判断要素の一つとして、未成年者の意思と参加したい理由を考慮し、両者の話し合いを促進する手続を構築して、両者にとって納得できるような結論を導き出せるようにできないだろうか。

(二) 親子とも参加で意見が一致している場合の注意点

親子の意見が参加で一致していたとしても問題がないと安心してはならない。すなわち、親権者がきちんとリスク判断等を行い、未成年者を保護するという役割を果たさず、未成年者をリスクの高い医学研究に参加させて健康被害が発生した場合には、親権の濫用に該当することもあり得るこ

とに注意すべきである。もちろん、これは子に承諾能力がない場合も同じである。⁽⁴⁷⁾

四. 結びに代えて

ここまで、医学研究と通常の治療の違い、およびそれがICに与える影響、そして、未成年者の医学研究への参加について述べてきたが、承諾能力を有する未成年者と親の意見が不一致の場合には、話し合いを行う場を設けるといふ手続の構築が望ましい。また、承諾能力がない未成年者の場合であっても、多少の理解力があるならば、未成年者の意向を確かめることも倫理的には重要であるし、研究に参加したくない場合にはその意思を尊重すべきであろう。医学研究を利用した児童虐待が行われることも回避しなければならない。本稿では医学研究参加において最も重要であるICを中心に論じてきたが、冒頭で述べたとおり、研究参加の可否を「同意」のみに依拠させるのではないという問題意識を忘れてはならない。⁽⁴⁸⁾ すなわち、被験者保護を「同意」のみに任せることになると、自己決定・自己責任の問題になり被験者保護として不十分である。ICのみですべてが解決されるわけではなく、医学研究において被験者保護を図るならば、研究の監視が必要になってくる。そして、これは個人の力だけでは限界がある。つまり、被験者のICがあるならば、あるいは被験者が自ら参加している研究について監視を続ければ自ずと被験者が保護され、その尊厳が守られるということにはならないのである。そこで、再度、倫理審査委員会における審査の重要性を指摘しておきたい。倫理審査委員会において、リスクや侵襲性の審査、そして未成年者を対象とする場合には、被験者が未成年者でなければならない理由等の点について、研究計画を厳しくチェックすることが被験者保護につながる。さらに、規制の実効性を高める監視機関として、研究実施段階における倫理委員会の監視機能の強化を目指す必要があるだろう。⁽⁴⁹⁾

【付記】現在、合同会議において、パブリック・コメントを受け、「人を対象とした医学系研究」に関する倫理指針（仮称）の案文について議論を行っている最中である（2013年12月9日）。

〔注〕

- (1) 宇都木伸「臨床研究」宇都木伸・塚本泰司編『現代医療のスペクトル——フォーラム医事法学Ⅰ』169頁（尚学社，2001）。
- (2) 甲斐克則「臨床研究とインフォームド・コンセント」甲斐克則編『インフォームド・コンセントと医事法』156頁（信山社，2010）。
- (3) 臨床研究契約については、佐藤雄一郎「臨床研究をめぐる法的検討・序論（1）——臨床研究「契約」の解釈を通して——」神戸学院法学37巻2号119頁以下（2007）等があり、臨床研究契約解釈の精緻化を通じて、研究参加者（被験者）の保護が図られる可能性があるという期待があるとされる。なお、本稿においては、生命倫理の観点からの分析も行うことができなかったが、これについては、後掲・注（16）の田代志門氏の著書や、シリーズ生命倫理学編集委員会『シリーズ生命倫理学15 医学研究』（丸善出版，2012）等を参照のこと。
- (4) このように、医学研究の中にも、例外的に治療性を有する研究があり、本人に直接の利益が見込まれるようなこの手の研究の場合には、一定のリスクを本人が引き受けることも認めていいのではないかと考えられる（佐藤・前掲注（3），122頁（注5）参照）。
- (5) HAZEL BIGGS, HEALTHCARE RESEARCH ETHICS AND LAW: REGULATION, REVIEW AND RESPONSIBILITY, Cavendish, 2010, at 82.
- (6) 佐藤雄一郎「臨床研究における被験者の権利——『人間の尊厳』と説明内容について」神戸学院法学40巻3・4号357-358頁（2011）。人間の尊厳およびカントの定言命法が医学研究において威力を発揮していることについては、甲斐克則『『人間の尊厳』と生命倫理・医事法』『被験者保護と刑法』16-17頁（成文堂，2005）において以下のように述べられる通りである。すなわち、「……『人間を手段としてのみ用いてはならない』というカントの命題は広く知られているが、それは、とりわけ人体実験・臨床試験において威力を発揮すべき命題といえる。被験者が実験ないし臨床試験の内容を十分に知らされないままそれを受けるとすれば、ましてやそれによって心身に被害が発生すれば（様々な被害を見よ）、まさにこれは人間が手段としてのみ用いられることを意味する。『人間

の尊厳が侵害された』と人々が実感するのは、まさにこのような場合である。ニュールンベルク原則、ヘルシンキ宣言、あるいは世界人権宣言に被験者の自発的同意の必要性が謳われたのは、その具体的顕現といえる。インフォームド・コンセントの原点は、ここにある。」さらに、教育・研究機関としての性格を有する大学病院においては、この他にも医師が自らの「研究者」としての実績を積み上げる目的や製薬会社との利害関係が絡んでいる可能性もあり、被験者への高度の説明義務が必要となると指摘される(仲正昌樹「医学研究と患者の『人格権』: 人体実験におけるインフォームド・コンセントが意味するもの」社会科学研究58巻2号71頁, 86頁(2007))。

- (7) 我が国においては、新薬の製造販売承認のための臨床研究は「治験」として薬事法による規制対象となっているが、それ以外の臨床研究は法規制の対象とはなっておらず、行政による倫理指針の対象となっているのみである。
- (8) 名古屋地判平成12年3月24日判時1733号70頁, 評釈として、植木哲「臨床研究のプロトコル違反」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』49事件(有斐閣, 2006), 古川俊治「治験におけるプロトコル違反」年報医事法学17号143頁以下(2002), 松井和彦「治験薬投与に際しての医師の説明義務」判時1752号212頁以下(2001)などを参照。肺がんの治験について、医師の説明義務違反が否定された事例として、大阪地判平成23年1月31日判夕1344号180頁を参照。以下のように、実験的治療が問題とされた裁判例は他にも存在しているが、臨床研究が問題となったもののみ本文で取り上げることとする。仙台高判昭和62年3月31日判時1234号82頁(インシュリン・ブドウ糖負荷試験)(「人間の生命、身体及び人間の尊厳に対する侵害が医療行為の名の下に行なわれることのないように厳しく抑制されなければならないのは当然のことであり、そのために医学、医療の専門家がその職業倫理に基づいた妥当な規範ないし規準を設定し遵守することが喫緊事であることは明らかである。)), 静岡地判昭和39年11月11日下刑集6巻11・12号1276頁(血管造影剤の不適切な使用)(「およそ、医師はその業務が常に人間の生命、身体にかかわり合い、人間の生死や運命を支配するものであるから、病理学的にも、臨床学的にも、わずかな誤診、誤療をも防止すべき高度の注意義務が要請される。したがって医師は、患者の診療については、それが必要であり、適当であることを、現在の医学が病理学的にも、臨床的にも、一般に認めて誤りのないとする処置をとるべきであり、もしも、いまだ一般に認め

られていない処置をとり、また、これまで自ら臨床経験をしたこともない新規な処置をとるには、あらゆる医学的調査研究乃至臨床試験を行った結果、それが診療に必要で、適当な処置であり、しかも生命、身体に危険な事態をひき起さないことを確認しなければならないのであって、そうすることがなく、安全度に確信のないのに、ひよつとしたらという成功の奇蹟を信じ、あるいは、万に一つの可能な危険を恐れなくて、敢えて異例の診療上の処置をとることは、これを厳に回避しなければならない注意義務がある。』、大阪高判昭和41年6月29日高刑集19巻4号407頁（美容目的で放射線照射）（「本件は被告人がストロンチウム九〇によるベータ線照射治療にあたって、十分な知識経験もなく、当時照射治療は初期研究の段階であって、臨床医学的にも見るべき研究成果もなく放射性燐の研究資料を参考にするほかなかったのであるから、医師として、これを人体に応用するに当っては、ストロンチウム九〇によるベータ線照射の皮膚に及ぼす影響などを十分研究し、治療目的と合せ考え、その目的に反する放射線障害を起させないように細心の注意を払って、慎重に治療すべき業務上の注意義務がある。もとより医療の進歩は医家の創意と研究とによる新技術の発見にまたなければならないが、放射線のような危険を伴う物質による新療法を導入するに当っては、十分な知識と経験とを有すると同時に、慎重戒心し事故の発生を防止するために最善の努力をしなければならないのであって、いやしくも青年男女の顔面を実験台に供することは許されないことである。）」（中村哲「速中性子線による実験的治療」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』48事件（有斐閣、2006）の解説からピックアップしたものについて紹介。）

- (9) プロトコルの重要性について、名古屋地裁は次のように述べている。
すなわち、「患者を被験者とする第二相の臨床試験は、人体実験の側面を有するものであって、医療行為の限界に位置するから、専門的科学的検討を経て策定された治験計画（プロトコル）に基づき、被験者の保護に配慮し慎重に実施される必要があり、とりわけプロトコル中被験者保護の見地から定められた規定に違反する行為は、特別の事情がない限り、社会的にも許容することができず、社会的相当性を逸脱するものとして違法と評価されるべきである。」
- (10) 宇都木・前掲注（1）、186-187頁を引用。
- (11) 佐藤・前掲注（6）、357-358頁。
- (12) 植木・前掲注（8）の指摘。名古屋地裁が臨床研究におけるICについて、以下のように述べていることから明らかである。つまり、「人

体実験の側面を有する臨床試験の実施が、倫理的に許容されるためには、情報を開示した上、被験者から同意を得ることが必要不可欠であるが、法律的にこれを考察した場合においても、個人は生得の権利として自己の身体の完全性の利益が認められ、承諾を与えていない介入行為から自己の身体を守る権利があり、臨床試験に限らず少なからぬ医的侵襲や危険を伴う医療行為については、これを受けるかどうかは患者が決定する権利があるものというべきであり……医師は、当該医療行為の内容、必要性、危険性等について説明し、患者の同意を得る必要があるものというべきであり、このようなインフォームド・コンセント原則は、患者に対し医学的便益を提供して疾病や傷害を癒し、他方不要な苦痛は与えないように配慮して患者の福利を高めるべき診療契約上の受任業務の内容からも、導き出すことができよう」。医療行為の高度の専門性等に鑑みれば、医師の診療行為に一定の裁量が認められるが、「人の生命、身体に最も切実で究極的な利害関係を有するのはこれをその存在の基盤とする当該個人自身であることはいうまでもなく、したがって、医療の場においても、自己の身体に対し少なからぬ医的侵襲や危険を伴う医療行為については、自己決定権という患者固有の人格権に基づき、患者自身がその諾否の意思決定をする権利を有するものというべきである。すなわち、医療行為の専門性に基づく医師の裁量権とはいっても、患者の生命、身体の利益を守るという医療上の目標を達成するために認められているのであって、これによって、患者の自己決定権が相対化されると解することはできない。」

- (13) 金沢地判平成15年2月17日判時1841号123頁（宇都木伸ほか編『医事法判例百選』50事件（有斐閣、2006）の原審）、名古屋高裁金沢支判平成17年4月13日（D1-Law 判例ID28101392、光石忠敬「臨床研究とインフォームド・コンセント」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』50事件（有斐閣、2006）を参照）。原審の評釈としてはこの他に、橋本雄太郎「判批」判時1861号173頁以下（2004）がある。また、この訴訟については、仲正昌樹ほか『『人体実験』と法——金沢大学附属病院無断臨床試験訴訟をめぐる』（御茶の水書房、2006）に詳しい。
- (14) 佐藤・前掲注（6）、360頁。
- (15) 佐藤・前掲注（6）、362頁。仲正・前掲注（6）、85頁も、他事目的による具体的影響がないケースであっても、患者の許可を得ず臨床研究の対象とすることは患者の人格権、あるいは自らの身体を管理する権利を侵害することになると述べる。

- (16) 田代志門『研究倫理とは何か——臨床医学研究と生命倫理』117頁以下（勁草書房，2011）。
- (17) 佐藤雄一郎「医学・医療に対する規制のあり方とその変容」年報医事法学17号63頁（2002）。
- (18) 佐藤・前掲注（3），122頁。
- (19) 甲斐・前掲注（6），16頁。
- (20) 厚生労働省は，現在倫理審査委員会の認定制度作りにより乗り出しているとのことである（朝日新聞2013年9月4日朝刊）。疫学研究に関する倫理指針及び臨床研究に関する倫理指針の見直しに係る合同会議においても，倫理審査委員会の充実が喫緊の課題であることが認識され課題の一つとして取り上げられている。
- (21) 甲斐・前掲注（6），17頁。
- (22) 田代・前掲注（16），70頁。
- (23) 田代・前掲注（16），72頁。
- (24) 田代・同上。
- (25) 光石・前掲注（13），109頁。
- (26) 未成年者の治療行為への同意権の根拠が親の「法定代理権」にあるのか，「身上監護権」にあるのか等をめぐっては争いがあるが（永水裕子「医療ネグレクト——同意能力のない未成年者に対する医療行為への同意権の根拠についての一考察」桃山法学20・21号329頁以下（2013）），本稿においてはこの問題には立ち入らず，「親権者」という用語を用いることとする。
- (27) 永水裕子「未成年者の治療決定権と親の権利との関係——アメリカにおける議論を素材として」桃山法学14号153—238頁（2010）は，治療の場面におけるこの問題について検討している。
- (28) PRESIDENTIAL COMMISSION FOR THE STUDY OF BIOETHICAL ISSUES, SAFEGUARDING CHILDREN: PEDIATRIC MEDICAL COUNTERMEASURE RESEARCH, MARCH, 2013, at 22 には，「1990年代後半より，医学研究からではなく，むしろ医学研究を通じて子どもたちを保護するという問題意識から，小児を対象とする倫理的に健全な臨床研究を行うためのインセンティブを与えることにより，小児に関するデータの少なさを補うために，連邦議会は，一連の法律を制定した。これらの法律には，Best Pharmaceuticals for Children Act of 2002 や Pediatric Research Equity Act of 2003 が含まれるが，小児によりテストされた製品の市場独占を拡大し，FDA が小児を対象とした薬や生物学的テストを要求することを可

能とした。」とされている。

- (29) 田代・前掲注(16), 終章。
- (30) 筆者も合同会議の専門委員であるが, 本稿における主張は筆者個人の見解であることをお断りしておく。本稿の三の部分は, 2013年6月26日に開催された第5回合同会議において, 筆者が「未成年者の研究参加へのアセントおよび再同意について」という報告をしたものに加筆修正を加えたものである。
- (31) 疫学研究倫理指針「第3 インフォームド・コンセント 2. 代諾者等からインフォームド・コンセントを受ける手続 <代諾者等からのICに関する細則>
- 研究対象者本人からICを受けることが困難であり, 代諾者等からのICによることができる場合及びその取扱いは, 次のとおりとする。……
- ②研究対象者が未成年者の場合(研究対象者が16歳以上の場合であつて, 有効なICを与えることができることについて, 倫理審査委員会の承認を得て, 研究を行う機関の長の許可を受けた場合を除く。)。ただし, この場合においても, 研究責任者は, 研究対象者本人に分かりやすい言葉で十分な説明を行い, 理解が得られるよう努めなければならない。
- また, 研究対象者が16歳未満であつて, 代諾者からのICにより研究を開始した場合において, 研究対象者が16歳に達した以降も研究を継続する場合には, 研究対象者が16歳に達し有効なICを与えることができると客観的に判断された時点において, 原則として当該研究対象者から改めてICを受けなければならない。」(下線は筆者による。)
- (32) 臨床研究倫理指針「第4 インフォームド・コンセント 2. 代諾者等からインフォームド・コンセントを受ける手続 <細則1ロ> ロ 被験者が未成年者の場合。ただし, この場合においても, 研究者等は, 被験者にわかりやすい言葉で十分な説明を行い, 理解が得られるよう努めなければならない。また, 被験者が16歳以上の未成年者である場合には, 代諾者とともに, 被験者からのICも受けなければならない。」
- (33) 最近では, 疫学研究において「ゲノム疫学」なる分野が注目されており, 侵襲性や身体的なリスクの点はあまり問題にならないとしても, 遺伝子解析を行うことが研究計画に入ってくることにより, 研究参加者のプライバシー権や情報コントロール権が今までの疫学研究に比べて侵害される危険性が高い研究が行われるという点に注意する必要がある。
- (34) 臨床研究倫理指針の定義によると, 「医療における疾病の予防方法, 診断方法及び治療方法の改善, 疾病原因及び病態の理解並びに患者の生

活の質の向上を目的として実施される次に掲げる医学系研究であって、人を対象とするものをいう。

①介入を伴う研究であって、医薬品又は医療機器を用いた予防、診断又は治療方法に関するもの

②介入を伴う研究（①に該当するものを除く。）

③介入を伴わず、試料等を用いた研究であって、疫学研究（明確に特定された人間集団の中で出現する健康に関する様々な事象の頻度及び分布並びにそれらに影響を与える要因を明らかにする科学研究をいう。）を含まないもの（以下「観察研究」という。）である。

- (35) なお、「16歳未満」でも本人の同意のみで研究参加できるかという点も、合同会議の検討課題に挙げられていたが、臨床研究においては認めるべきではない。なぜならば、侵襲性やリスク判断を誤ることにより、未成年者の利益が侵害される危険性も高いのではないかと考えるからである。そして、そのような判断の誤りを「本人の自己決定、自己責任」という形で本人に責任を負わせることは不適切であろう。なぜならば、判断の誤り自体が、本人に承諾能力がないことから導き出されるとするならば、そのように承諾能力があると決定した研究機関側に責任があるのであるし、本人に承諾能力があったとしても、医学研究から生じた損害については、研究計画やその審査等を行った者にも責任があるのであって、ICを与えたからといって被験者がすべての責任を負われるわけではないからである。生体試料を使った研究についてであるが、米村滋人「医学研究における被験者意思と倫理委員会——生体試料提供の諸問題に着目して」ジュリスト1339号16頁（注24）（2007）には、「……この場面でいわずらに『自己決定』を強調することは、提供時に説明文書を『熟読せず』、研究状況の監視を『怠った』提供者の権利保護を拒み、不適正な研究利用を容認する結果となりかねない。規制の手法としても、情報開示・市場規制論の限界を認識すべきであろう。」と説明されているが、全くその通りである。

- (36) 「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針（ガイドライン）
 (http://www.mhlw.go.jp/bunya/kenkou/zouki_ishoku/dl/hourei_01.pdf)

第1 臓器提供に係る意思表示等に関する事項

「臓器を提供する意思がないこと又は法に基づく脳死判定に従う意思がないことの表示については、法の解釈上、書面によらないものであっても有効であること。また、これらの意思が表示されていた場合には、年齢にかかわらず、臓器を提供する意思がないことを表示した者からの

臓器摘出及び脳死判定に従う意思がないことを表示した者に対する法に基づく脳死判定は行わないこと。」

- (37) アメリカの保健福祉省のホームページ (Research with Children – FAQs, at <http://answers.hhs.gov/categories/570>) における同様の質問に対して、アセント能力のある未成年者が「研究参加を拒んだ場合には、仮に親や後見人が許可を与えていたとしても、子の決定が優先される」と回答されている。
- (38) 田中通裕「親権法改正への課題」『親権法の歴史と課題』280頁 (信山社, 1993)。
- (39) 田中・同上, 石川稔「親権の性質と内容」判タ747号274頁 (1991)。児童の権利条約12条の意見表明権については、玉井真理子・永水裕子・横野恵編『子どもの医療と生命倫理——資料で読む (第2版)』2頁以下 (法政大学出版, 2012) [永水裕子執筆] を参照。
- (40) LAINIE FRIEDMAN ROSS, CHILDREN IN MEDICAL RESEARCH: ACCESS VERSUS PROTECTION, Oxford, 2006, at 93. 前回の臨床研究倫理指針の見直しについてのパブリックコメントの意見37番や40番も同様の見解である (<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2008/07/dl/s0710-11e.pdf>)。
- (41) 承諾能力のある未成年者の治療拒否に関する文脈についてであるが、このような考え方を支持する学説もある。例えば、Robert F. Weir & Charles Peters, *Affirming the Decisions Adolescents Make about Life and Death*, HASTINGS CENTER REPORT 27, no. 6: 29, 36 (1997); ALAN MEISEL, *THE RIGHT TO DIE*, 2nd ed., New York: John Wiley, 1995: Vol. 2, at 278-79; Rhonda Gay Hartman, *Coming of Age: Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making*, 28 AM. J. L. & MED. 409, 411-12 (2002) が挙げられる。アメリカにおけるそのような学説を紹介したものとして、永水・前掲注 (27), 193頁がある。我が国においても、中川善之助=兼子一監修『医療過誤・国家賠償』176頁 (青林書院新社, 1973) [松岡靖光執筆] が自己決定できる未成年者の決定を支持する見解を採っている。
- (42) 田中・前掲注 (38), 281頁, 石川・前掲注 (39), 274頁, 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾 (三・完)」民商法雑誌107巻1号56頁, 58-59頁 (1992), 家永登「医療と子どもの自己決定——医事法制の枠組との関連で——」法律時報75巻9号37頁, 40頁 (2003), 永水・前掲注 (27), 210-214頁等。
- (43) アメリカの学説を紹介したものとして、永水・前掲注 (27), 188頁以下参照。

- (44) Jennifer L. Rosato, *The Ultimate Test of Autonomy: Should Minors Have a Right to Make Decisions Regarding Life-Sustaining Treatment ?*, 49 RUTGERS L. REV. 1, 50 (1996).
- (45) ALAN BUCHANAN & DAN BROCK, *DECIDING FOR OTHERS: THE ETHICS OF SURROGATE DECISION MAKING*, Cambridge University Press, 1990, at 226-32. この説明は、前掲・注(40)のRossの説明と似ているが、ある程度の自律性を認めるか否かに第一説と第三説の違いがある。
- (46) 「アセント」は合同会議において課題として挙げられたものの一つであるが、我が国においては、法的な意義を有する「コンセント」とは異なり、倫理的な要請である（もちろん、わが国も批准している児童の権利に関する条約12条1項にも、未成年者が表明した意見は、「年齢及び成熟度に従って」考慮されると規定されているが、アセントが得られなければ研究参加を認めないというわけではないという意味で法的な要件ではない。）。ただし、「アセント」は研究継続参加への動機づけとなるので、それを得ることに重要性があることは間違いない。「アセント」の意思表示は、10歳前後で可能ではないかと考えられる（二宮周平『家族法（第3版）』113頁（新世社，2009）（親権者決定等における家裁実務）参照）。（なお、アメリカの保健福祉省のホームページ（前掲注(37)）によれば、「施設内倫理委員会（IRB）には、関係する子どもたちの年齢、成熟性および心理学的状態を考慮して、アセント能力の有無を決定する責任があるとされる。）ただし、無理に説明し「アセント」をとることは禁物であるし、「アセント」は本人の選好であると捉え、リスクと利益を衡量する際の一つの要素として勘案するだけであり、必ずしも本人の意思が通るわけではないことに気をつけるべきである。なお、離婚の際の親権者・監護者の決定基準である「子の利益」の具体的要素の一つとして、子の意思が挙げられるが、子が「15歳以上」であれば、家庭裁判所は子の陳述を聞かなければならないが（家事事件手続法152条2項，169条2項）、子が15歳未満であっても、その年齢や発達の程度等を考慮して、その意思を考慮しなければならない（同法65条）ことも参考となろう。
- (47) 例えば、Grimes v. Kennedy Krieger, 782 A.2d 807 (Md. 2001) を例として挙げることができる。この事件については、横野恵「Grimes v. Kennedy Krieger, 782 A.2d 807 (Md. 2001)——健康被害をもたらす可能性のある非治療的研究への子どもの参加について親が同意を与えることはできないとされた事例」アメリカ法2005（1）163—169頁を参照。

(48) 甲斐・前掲注(2), 156頁。

(49) 米村・前掲注(35), 17頁。

【追記】

寺田友子先生には研究者および教育を行う者としての姿勢について教えて頂いただけでなく、先生と日常的に接することにより「人としてどうあるべきか」について自然と学ばせて頂くことが多かった。

今回、医学研究という倫理的に問題があるが、行わなければ倫理的に問題となる難問に取り組むにあたって、被験者(研究参加者)の尊厳や利益がどこにあるかについて自分なりに研究者として、そして人として真剣に考えたつもりである。

寺田先生から受けたご恩に報いるには足りないことは承知の上で、感謝を込めて本稿を寺田先生の退官記念論文として捧げたい。

(永水裕子)

監禁罪の保護法益について

江 藤 隆 之

目 次

- I 問題の所在
- II 学説および判例の状況
 - (1) 議論状況
 - (2) 可能的自由説
 - (3) 現実的自由説
 - (4) 判例
- III 検討
 - (1) 検討方法の決定
 - (2) 自由に対する罪の概観
 - (3) 整理・検討
- IV 私見
 - (1) 展開
 - (2) あてはめ
- V 結語

キーワード：可能的自由，現実的自由，侵害犯，危険犯

I 問題の所在

監禁罪の保護法益である場所的移動の自由、より正確に言えば「その場から立ち去ることによって滞在地を変更することを妨害されない自由⁽¹⁾」をどのように解するかについて可能的自由説と現実的自由説との間で争いがあることは周知のとおりである。

このいずれの説に賛同するかは、多くの場合、具体的設例をもとに検討される。たとえば、被監禁者が泥酔者である場合如何、移動意思を最初から有していなかった場合如何、行為者の意図を誤信して監禁に同意していた場合如何などである。

もちろん、刑法学の議論は最終的には具体的解決に資することが重要である。しかし、その議論方法は結論先取りであってはならない。あらかじめ誰にとっても妥当な解決が想定可能なのであれば議論の余地はなくその結論に従って裁判をすれば良いことになろう。ところが我々は、どのようなケースにも妥当する普遍的な解決など存在しないか大胆に見積もってそのような普遍的な解決が存在するとしても人間には認識できないかであるということをすでに知っている。人間にとって言語による討議こそが相対的に正しい（と思われる）結論にたどり着くための唯一の手段なのである。そこで、刑法学においては自らが妥当であると考えた結論を一端ヴェールの奥に追いやって、理論的検討によって結論を導き出す方法論が採用されるべきであるように思われる。

そこで、本稿は具体的事例へのあてはめを最後に回し、まずは学説をきわめて簡潔に紹介した後、「刑法における自由保護⁽²⁾」の観点から監禁罪の保護法益がいかなるものであるかを導き出していきたい。

II 学説および判例の状況

(1) 議論状況

監禁罪の保護法益をめぐる議論状況を大まかにまとめると、通説たる可能的自由説と近年きわめて有力となっている現実的自由説が争っているといえよう。⁽³⁾ まずは、それぞれの見解を簡潔にまとめてみよう。

(2) 可能的自由説

通説は、監禁罪における自由について、「身体活動の自由はその主体が行動したいときに行動できるということを意味するから、現実の行動の自由である必要はなく、潜在的または可能的な自由で足りる⁽⁴⁾」と解している。

本説を帰結から導く論者は多い。たとえば、佐久間修はその教科書において、熟睡中の者が監禁された場合の監禁罪の成否を主に論ずることによって現実的自由説を批判しつつ可能的自由説⁽⁵⁾を採用する。また、伊東研祐は「家まで送ると騙されて車に乗り、気付かないままに別方向に向けて走行を開始されてしまったような場合、現実的自由説では未だ自由は害されていないことになるであろうが、このような移動の可能性・選択肢を奪われた状態を是認するのは妥当とは思われない」と述べて「可能的自由説に従いたい⁽⁶⁾」⁽⁷⁾という。

これに対して、保護対象たる自由の概念から本説を採用する者に曾根威彦がいる。曾根は「逮捕監禁罪は、脅迫の罪とは異なり、精神的な意思の自由を保護しているのではなく、身体的自由に対する罪として物理的な移動の自由を保護しているのであるから、現実の意思の自由を前提⁽⁸⁾としない」と説明する。被害者の認識の有無にかかわらず物理的な移動の自由（可能性）が侵害されている時点で監禁罪が成立するという趣旨であろう。

また、前田雅英は「『被害者の意思に反したことが具体的に立証された範囲しか監禁罪が成立しない』と解すべきではない⁽⁹⁾」として可能的自由説に賛同している。

(3) 現実的自由説

きわめて有力になりつつある反対説は「行動の自由は現実的自由であると解」する。山中敬一はその根拠を「個人のもつ意思活動・身体的活動の自由を奪うことがこの犯罪の内容であり、一時的にせよ、現実にその自由がもともと存在しないがゆえに奪われることのない熟睡者や泥酔者には、逮捕・監禁罪は成立しないというべきである⁽¹¹⁾」から、現実的自由説が妥当であるといい、西田典之は「場所的移動の自由とは移動しようという意思の自由であり、現実に移動することを欲したときに保護すれば足りるから、現実的自由説が妥当⁽¹²⁾」であるという。

ここですでに、可能的自由説と現実的自由説との根本的な対立点が明らかにされているように思われるかもしれない。先ほどの可能的自由説を支持する曾根の説明では、本罪について「意思の自由を保護しているのでは⁽¹³⁾な」いとされていたが、山中の説明には「意思活動⁽¹⁴⁾」という語が含まれており、西田の叙述においては明確に「場所的移動の自由とは移動しようとする意思の自由⁽¹⁵⁾」であることが述べられているからである。となれば、監禁罪の保護法益たる自由は「意思の自由」であるのか「物理的な移動の自由」であるのか、その自由の本質が争われているようにもみえる。しかし、思うにこの対立は自由概念の本質をめぐるものではなく、被監禁者が自らが監禁されているという認識を有することが必要であるか否かという問題への先取りの回答でしかないとみるべきであろう。なぜならば、「意思にもとづく活動」を想定するのが現代刑法学における思考枠組みであり、その思考枠組みを前提としている限り、「意思か活動か」という問いは段階の違いを問うものではあれ、本質的な違いを問うものではないからである。この点については検討方法を決定する際にまた触れたい。

(4) 判例

判例は、これまでの議論状況に照らすならば可能的自由説を採用していると評しうる。たとえば最高裁昭和33年3月19日決定⁽¹⁶⁾は、原審札幌高裁函館支部昭和32年9月17日判決の、被害者を欺罔して自動車に乗車させ逃走

させて容易に逃げ出すことができないようにしたことをもって監禁が成立するという判断を維持しており、本件事案の中心的な争いは監禁が欺罔によるもので足りるかという点にあるものの、やはり被害者を自動車に乗せて疾走させたという事案である広島高裁昭和51年9月21日判決⁽¹⁷⁾において、被害者が監禁されている認識を有していなかったことについて「監禁罪にいわゆる監禁とは人をして一定の区域外に出ることを不可能またはいちじろしく困難ならしめることをいい、被監禁者が行動の自由を拘束されていれば足り、自己が監禁されていることを意識する必要はないと解するのが相当」であるとの判断とあわせ考えると、可能的自由説に拠ったものであるといえるように思われる。

III 検 討

(1) 検討方法の決定

以上に概観した学説は、すでに述べたとおり、決してその自由概念について根本的に対立しているものではない。それゆえ、これまで行われてきたように学説を対立的に並置することはその本質を見失うことになるであろう。というのも、現実的自由と可能的自由とは自由の段階が異なるのみであって、最終的に保護しようとする自由の本質については「その場から立ち去ることによって滞在地を変更することを妨害されない自由」として概念上まったく違うところがないからである。つまり、監禁罪の保護法益たる自由の概念については一致をみているのである。両説の差異はいわば、当該自由について「選択肢が奪われた段階で」処罰を肯定するのか、「選択肢が奪われた段階で」処罰を肯定するのかという処罰の段階をめぐる争いにすぎない⁽¹⁸⁾。結局のところ選択肢が奪われたということは選択肢が奪われたということも同時に意味するのであるから、現実的自由が侵害されているときは、可能的自由も侵害されているのである。たとえば、ふたつの扉がある部屋のひとつの扉を施錠したが残りの扉の鍵は開けっ放しにしておいたという場合は、たとえ被害者が一度鍵の掛かっている扉を開けようとす

て開かなかったとしても監禁ではない。このように現実的自由の侵害とは、被害者が困難なしに選択しうる選択肢をすべて奪っていることが前提となるのである。行為者側からいえば、行為者が被害者の行動の自由を侵害するというとき、まず移動の選択肢（可能的自由）を奪い、それによって現実の移動という選択（現実的自由）を侵害するのである。そう考えるならば、可能的自由説と現実的自由説の争いは、実は自由概念の本質を巡る争いではなく、場所的移動の自由が侵害されていく時間的・論理的流れの中で、いずれの段階において監禁罪を成立させるのかという争いに帰着するように思われるのである。

となれば、その検討は自由の本質を探るものというよりもむしろ自由保護の段階を探るものでなくてはならない。そこで、方法は以下の3つのいずれかに絞られる。

第1に、帰結の妥当性からいずれの段階での処罰が妥当であるかと考える方法である。しかし、このような方法は、本稿の冒頭において指摘したように、何が「妥当」であるかという問題につきあたってしまい採用することができない。もちろん、刑事政策学・犯罪学分野において実証的に犯罪の予防効果が認められるなどの研究成果があがっていれば、そのような帰結主義的方法を採用することもまた可能となろうが、単に「こちらの結論が妥当であるように思う」という理由から一方の理論を採用し、他方を排するということはできない。

第2に、刑法の統一的理解の観点から、他の自由に対する罪が一体どの段階において保護されているのかを参考にして検討することである。たとえば、古川伸彦は「眠っている被害者の家へ立ち入れば、住居侵入罪の法益（＝誰を住居へ入れるかを定める自由）侵害は発生しているし、眠っている女性を姦淫すれば、準強姦罪の法益（＝誰と性行為をするかを定める自由）侵害は発生している。移動の自由についてのみ、その拘束状態が認識されていないかぎり自由侵害が発生していない、と解するべき理由はな⁽¹⁹⁾い」と述べ、そこから敷衍して刑法上保護すべき自由を論じている。このような方法には、一応首肯しうる点もあるが以下のように注意すべき点も

ある。それは、これがあくまで刑法各則に規定されている自由に対する罪における自由保護のあり方を探るための補助的な方法であるということをして忘れてはならないということである。自由を侵害する罪には分類されない事例、たとえば殺人の故意で行為者が金属バットを被害者の後方から振り下ろしたが被害者に命中しなかった場合において被害者が行為者の行為に気づいていなくても殺人未遂罪が成立することや、被害者の家から財物を被害者に気づかれずに持ち帰って占有を取得した場合において被害者が盗難に気づいていなくても窃盗罪が成立することなどは、自由の保護を考察するにあたってほとんど意味を持たないであろう。犯罪が成立するためには被害者の認識が必要であるかという問題一般に広げてしまえば、その答えは否となるに決まっているのである。また、そもそも被害者の認識の要不要を他の犯罪にまで広げて議論すること自体の意味も問われなければならない。監禁罪における被害者の認識の要不要は、監禁罪独自の処罰範囲の限定の問題とされることもあり⁽²⁰⁾、私見によればそれは、仮象問題にほかならないからである。それゆえ、本稿ではこの方法を被害者の認識の要不要を問うためではなく、刑法において自由に対する罪がどのように保護されているかの大枠を探るために使いたい。そこで、検討対象を自由に対する罪に限り、そこでは被害者の認識の要不要ではなく、それぞれの罪において自由の保護が「どの段階で」なされているかを探ることに限定する。しかしまた、検討素材は広くとっておいた方が良いので、自由に対する罪であると学説上一致していなくとも、自由に対する罪であるとの主張がありうる犯罪については一応検討の素材からは排除しないでおこうと思う。一般に、自由に対する罪に分類される犯罪は、脅迫・強要の罪、逮捕・監禁⁽²¹⁾の罪、拐取・人身売買の罪、性的自由に対する罪、住居を侵す罪である。住居を侵す罪については、プライバシーに対する罪とする分類⁽²²⁾や、生活の平穩に対する罪とする分類⁽²³⁾もあるが、本稿では前述の理由から一度検討の対象として取り上げ——ただし、後に検討の結果、住居侵入罪の分析は監禁罪理解の助けにならないとして取り下げることになるが——⁽²⁴⁾る。なお、業務に対する罪を業務的活動の自由・社会的活動の自由に対する罪に分類

する見解⁽²⁵⁾もあるが、財産犯にきわめて近い性格を有しているので、本稿では検討対象としない。

第3に、刑法において可能性（選択肢）と現実（選択）がどのように扱われているかを考察し、監禁罪においても統一的に理解しようとする方法である。これは第2の各論的な検討とは異なり、総論的検討である。きわめて単純に換言すれば、本罪は危険犯であるのか侵害犯であるのかの検討である。このようなやり方は、たとえば成瀬幸典の採用するところである⁽²⁶⁾。

本稿では、刑法の体系性を根拠に第2の方法を中心にしながら、第3の方法も加味し、監禁罪が成立する時期は選択肢としての可能的自由が侵害された段階で足りるのか、それとも選択としての現実的自由が侵害された段階まで待つべきであるのか、換言すれば、監禁罪は侵害犯であるのか危険犯であるのかを検討したい。その際のキーワードは、選択肢としての自由と選択としての自由である。

(2) 自由に対する罪の概観

行為者の行為が被害者の選択の自由そのものを直接侵害する罪として理解されているものに強要罪がある。強要罪が成立するには、脅迫又は暴行により生じた恐怖心により被害者が義務のないことを行わされるか権利の行使を妨害されたことが必要である⁽²⁷⁾。強要罪は、実際に害が生じる実害犯であるから未遂の観念を容れる余地があり、未遂を罰する⁽²⁸⁾。つまり、強要罪の保護法益たる自由は「選択としての自由」であり、「暴行・脅迫により選択肢が狭められたが、選択としての自由が現実⁽²⁹⁾に奪われなかった場合」には未遂犯が成立すると考えられているのである。これに対して脅迫罪は、保護法益についての争い⁽²⁹⁾はあるものの、その性質が一般人をして畏怖せしめるに足る害悪の告知があれば犯罪成立に十分であり、現実⁽³⁰⁾に相手方が畏怖したことは必要ない危険犯であることについては判例・学説ともに一致している。そして脅迫罪には未遂処罰規定が置かれていない。この、脅迫罪と強要罪との関係について西田典之は、強要には「暗黙のうちに何かを要求しているが、明示されない場合も多い」ため、「要求行為の手段の点

のみを独立して犯罪類型化し」たものが脅迫罪であると解するとい⁽³¹⁾う。西田の理解を前提とするならば、脅迫罪が選択肢としての意思決定の自由に対する罪であり、強要罪が選択肢としての意思決定の自由に対する罪であると解され、両者は危険と侵害、手段と目的との関係に立つことになろう。この理解は、監禁罪の保護法益を考えるとときに豊かな示唆を与えてくれるように思われる。

拐取の罪については、行動の自由だけでなく被拐取者の安全や、客体が未成年者の場合にはその親権者等の監護権が保護法益として唱えられている。ここでいう行動の自由の侵害の程度は逮捕・監禁罪ほど強いものでなくてよいとされるが、それでも本罪の成立のためには被拐取者が行為者又は第三者の実力的支配下に置かれたことが必要であるとされる。もし、手段たる拐取行為が行われたとしても、実力的支配下に置かれなかった場合には未遂が成立するにとどまる。その状況が被害者の現在の生活領域からの離脱が行為者の一存にかかるほどに確実となっていたとしても——換言すれば、他人の支配下に入らないという被害者の選択肢は実質上すでに奪われていたとしても——いまだ生活領域からの現実の離脱がなければ未遂であって既遂ではない。するとここでも、選択としての自由が侵害された場合が既遂であり、そうでなければ未遂であるとされていることになろう。人身売買の罪についても状況は同様である。

性的自由に対する罪は、性的自己決定に対する罪と考えられている。性的自己決定とは、ある人と性交等をしないことを決定する自由であるが、これは強要罪の一特別類型であるといえる。⁽³²⁾すなわち、その手段（強制わいせつ・強姦の場合は暴行脅迫の程度、準強制わいせつ・準強姦の場合は手段そのもの）が違い、保護されるべき自由が性的な自己決定に限定されているものの、その構造自体は同じである。すなわち、まず選択肢を奪うような行為ないし状況の存在があり、そして現実的に性的な自己決定が侵害されるという構図である。そうであるから、現実的に性的自己決定が害された段階で既遂であり、実行の着手以降、性的自己決定侵害以前の段階では未遂なのである。

住居侵入罪については、保護法益に争いはあるもの⁽³³⁾、これを立ち入り許諾権と解する新住居権説が有力になってきている。しかし、この住居権が「自由」と厳密にどのような関係にあると考えるかはきわめて難問である。住居権者が一名の場合は、その許諾権は自由（ある人の立ち入りを拒否する自由）と一致するように見えるが、住居権者が複数いる場合の住居権は、必ずしもそのうち一名の自由と一致するわけではないからである。その意味で、本罪の法益は特殊な個人的法益であるように思われる⁽³⁵⁾。他の自由に対する罪の自由は、その保護法益たる消極的自由の放棄の自己決定が他者の消極的自由を侵害するものではない。たとえば、自己がその場を立ち去ることを妨害されない自由の放棄は、他者がその場を立ち去ることを妨害されない自由に影響を及ぼさず、自己がある人との性交を拒否する自由は、他者がその人との性交を拒否するか否かに影響を及ぼさないのであった⁽³⁶⁾。しかし、住居侵入については、自己の住居にある人の立ち入りを拒否する自由の放棄（立ち入りの許諾）は、そこに複数の住居権者がいる場合に、当該住居権者の立ち入りを拒否する自由を侵害するのである⁽³⁷⁾。この点について山口厚は「許諾権は他の許諾権との関係で相互に制約されている⁽³⁸⁾」というがまさにその通りである。そうであれば、他の自由との関係で相互に制約されることのない他の罪の自由とはその性質が異なると理解しなくてはならない。したがって、住居侵入罪における自由概念については、本稿では参考にしないことにする。

(3) 整理・検討

さて、以上のように刑法典における自由に対する罪を簡単に見たが、ここに一つの傾向を看取できたはずであると私は主張したい。それは、最終的に選択が奪われる類型の罪（典型的には強要罪）については原則侵害犯として規定され、単に選択肢が奪われるにすぎない脅迫罪については危険犯とされているということである。もちろんこれが立法者の意思に由来するものと短絡することはできない。多分に解釈者の解釈に依っているであろうからである。それにサンプル数もきわめて少ない。しかし、我々が刑

法解釈の全体的な統一性を重視するという場合、この傾向には注目すべき価値がある。

また、次のようなことも読み取れたかもしれない。結局のところ自由に対する罪の原型は侵害犯たる強要罪なのである、と。性的自由に対する罪がいわゆる性的強要罪として理解可能であること、監禁罪が強要罪の特殊類型であることについては、ほとんど異論がないであろう⁽³⁹⁾。拐取罪には被拐取者の安全・類型によっては監護権などの保護法益があり、行為も「暴行・脅迫」よりも緩やかな誘拐が含まれていることから強要罪の特殊類型には見えにくいかもしれないが、しかし、よく見れば現在の生活状態からの意に反する離脱をさせられる罪であり、他人の実力支配下から容易に離脱できなくする緩やかな強要なのである。そして、西田典之が指摘するように危険犯たる脅迫罪は強要罪の手段を独立して犯罪類型化したものであると考えるならば、脅迫罪は強要罪の未遂犯の一種を独立させたものであるという理解に至ろう。すると、刑法典における自由に対する罪は、強要罪を中心として理解されるべきことになろう。

なお、スイス刑法183条1項前文は、“Wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält oder jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht, ...” (不法に人を逮捕し、又は監禁し、若しくはその他の方法により不法に自由を奪った者は)と定めており、「その他の方法」の部分を除いては我が国の刑法と同じであるが、そのスイス刑法においても、監禁罪は強要罪の特殊類型 (Spezialfall) として理解されていることも参考になろう。⁽⁴²⁾

IV 私 見

(1) 展開

以上の検討により、我々は2つの示唆を得た。第1に、自由に対する罪においては選択肢の剥奪は侵害犯未遂ないし危険犯の問題として、選択の剥奪が侵害犯の既遂の問題として一般に理解されているというものであり、

第2に、監禁罪は強要罪の特殊類型であると考えられるというものである。この2つの示唆を受け入れ、組み合わせる理解すれば、逮捕・監禁罪は侵害犯なのであり、選択肢を奪った段階ではその未遂（⁽⁴³⁾実定法上不可罰）として、選択を奪った段階で既遂の成立を認めるべきであるという結論に至るのである。したがって、現実的自由説が妥当である。しかし、次の点には注意が必要である。それは、監禁罪の加重類型である監禁致死傷罪の成立についてである。

私見は、可能的自由が奪われた段階で監禁罪の理論的な未遂を肯定するものである。すなわち、監禁罪は可能的自由を奪い（未遂）その後現実的自由を奪う（既遂）という構造を有しているのであり、現行法上未遂処罰規定がないため未遂処罰は問題にならないが、行為の段階として理論的には未遂が存在する。したがって、現実的自由説に賛同するものの、可能的自由が奪われてから現実的自由が奪われるにいたるまでの段階で被監禁者に致死傷の結果が生じた場合は、監禁未遂という基本行為から重大な結果が発生した結果的加重犯として、監禁致死傷罪の成立を肯定することができるのである。⁽⁴⁴⁾

また、被害者に監禁されていることの認識が必要であるかという議論については、そもそもその議論の設定自体が誤りであると考えられる。なぜなら、この議論は現実的选择が奪われるとその反射効果として被害者がその状態を認識するという事実にはひきずられているにすぎないからである。たしかに、現実的自由が奪われると被害者はそのことを認識する。しかしだからといって被害者の認識が必要であるという逆の論理は成立しない。被害者が監禁状態を認識しているかいないかについては、監禁罪の成立に影響を与えない。⁽⁴⁵⁾単純に「被害者がその場から立ち去ろうという選択をしたが、行為者の監禁行為によってその選択が実行できなかったか否か」を問えばそれで十分なのである。すなわち、「行為者の行為がなければその場を立ち去ったにもかかわらず、行為者の行為があったためその場を立ち去ることができなかった時」に監禁は成立するのである。

(2) あてはめ

最後に、各種事例に私見を当てはめてみよう。

【ケース1】

行為者は、泥酔して寝ている被害者の部屋の鍵をかけ、その後被害者が目覚める前に鍵を開けた。

【あてはめ1】

この場合、行為者の行為は理論上の監禁の未遂（不可罰）であり、監禁罪は成立しない。行為者の行為があろうとなかろうと被害者は立ち去らないからである。

【ケース2】

行為者は、強姦する目的を隠して女性に対し「家まで送ってあげる」と申し向けて車に乗せて走り出した。女性は途中で行き先がおかしいことに気づき「降ろしてほしい」と行為者に告げた。

【あてはめ2】

この場合、同意が有効であるとするならば、女性が「降ろしてほしい」と行為者に告げ、そこで行為者が女性を降ろしたか否かで監禁罪の成否が決することになろう。これに対して同意が無効であるとするならば、行為者の行為がなければ被害者は車に乗らなかったという状態であると解するので当初より監禁罪が成立することになる。私見によれば、本ケースは場所的移動の自由を処分することについての法益関係の錯誤⁽⁴⁶⁾があると思われるので、当初より監禁罪が成立するとしてよいと考える。

【ケース3】

行為者はエレベータに乗っている被害者に対し、エレベータ点検員を装い「現在緊急点検中なので、そのままお待ちください」と虚偽の事実を申し向けて、被害者がエレベータから出られなくした。

【あてはめ3】

ここで、従来の議論であれば被害者の認識の要否が問題になるのであるが、私見は被害者の認識の存否にはこだわらない。現実エレベータから外に出るという選択が行為者の行為によって奪われている（行為者の行為がなければ被害者は現実に立ち去った）のであるから、当然に監禁罪が成立する。

【ケース4】

行為者は被害者に、「この部屋の外に爆弾が仕掛けてある。今出られない」と虚偽の事実を告げたが、そもそも被害者は最初からその部屋から外に出るつもりはなく、そのまま部屋に留まっていた。

【あてはめ4】

この場合は、監禁罪が成立しない。というのも、被害者が部屋から立ち去ることを選択しておらず、選択が侵害されていない（行為者の行為がなくても被害者は現実に立ち去らなかった）からである。

【ケース5】

行為者は被害者の部屋に外から鍵をかけた。行為者は出ようとしたが出られなかったのであきらめて寝てしまった。

【あてはめ5】

この場合、行為者が出ようとした段階で監禁罪が既遂に達する（行為者の行為がなければ被害者は現実に立ち去った）。それ以降、被害者があきらめて寝てしまっても実行行為が継続している継続犯として監禁罪が成立し続ける。被害者がいかなる認識であるかは関係がないので、この監禁は行為者が開錠した時点で終了する。被害者の認識如何にかかわらず、選択肢＝可能的自由への侵害がなくなった時点で監禁罪の実行行為は終了するからである。

V 結 語

以上のように本稿は、監禁罪を可能的自由を奪うこと（実行行為＝未遂＝不可罰）を通じて現実的自由を奪う罪（既遂＝監禁罪成立）として理解することを基礎づけた。その帰結についても先に述べたとおりである。

最後に私見を簡潔に整理すれば次のようになる。

- ①監禁罪が成立するのは行為者の選択としての現実的自由が奪われた時である。換言すれば、「行為者の行為がなければその場を立ち去ったにもかかわらず、行為者の行為があったためその場を立ち去ることができなかった時」である。
- ②可能的自由を奪う行為が監禁罪の実行行為であり、この段階では理論上の監禁罪の未遂が成立するが現行法上不可罰である。
- ③可能的自由が奪われた段階において生じた致死傷の結果についても結果的加重犯としての要件を充たせば監禁の実行行為からの致死傷結果であるから監禁致死傷罪が成立する。
- ④被害者に監禁の認識が必要であるかについては議論する必要がない。

(了)

〔注〕

- (1) 場所的移動の自由を保護するといっても、好きな場所に移動できることを保障するものでないことは明らかである。また、具体的な目的地への移動を妨害することないしその場を強要して立ち去らせること（その場にいる自由の侵害）は強要罪を成立させるととどまる。監禁罪は「その場を立ち去る自由」すなわち「現在の滞在地から異なる場所へと滞在地を変更する自由」への侵害を処罰対象としているのである。古川伸彦「監禁罪の保護法益」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志『刑法の争点』（平成19・2007年）146頁参照。Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 54.Aufl.,2007, § 239, Rn.2.
- (2) なお、刑法によって守られる「自由」は積極的自由ではなく「介入されない自由」としての消極的自由であることは当然の前提である。した

がって、自由の概念は厳密に記述すれば「～する自由」ではなく「～されない自由」であり、一見すると「～する自由」に見えるものも「～することを妨害されない自由」と理解すべきなのである。後注(19)も参照。

- (3) この状況はドイツにおいてもほぼ同様である。Schönke/Schröder (Eser/Eisele), StGB, 28.Aufl.,2010, §239, Rn.1;Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht BT.,5.Aufl.,2012, S.150.
- (4) 大谷實『刑法講義各論』新版第3版(成文堂,平成21・2009年)77頁。
- (5) 佐久間修『刑法各論』第2版(成文堂,平成24・2012年)91頁。
- (6) 伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社,平成23・2011年)64頁。
- (7) なお、この事例においても被害者の同意に法益関係の錯誤があるとなれば、現実的自由説からも監禁罪の成立を肯定することは十分に可能であろう。本稿「あてはめ」のケース2参照。
- (8) 曾根威彦『刑法各論』第5版(成文堂,平成24・2012年)48頁。
- (9) 前田雅英『刑法各論講義』第5版(東京大学出版会,平成23・2011年)113頁。
- (10) 川端博『刑法各論講義』(成文堂,平成19・2007年)108頁。
- (11) 山中敬一『刑法各論』第2版(成文堂,平成21・2009年)107頁。
- (12) 西田典之『刑法各論』第6版(弘文堂,平成24・2012年)73頁以下。
- (13) 曾根・前掲注(8)48頁
- (14) 山中・前掲注(11)107頁。
- (15) 西田・前掲注(12)73頁。
- (16) 刑集12巻4号636頁。
- (17) 刑月8巻9=10号380頁,判時847号106頁。
- (18) ここで、「選択」の語を明確にしておきたい。というのも、可能的自由が奪われた時点(本稿の意味での選択肢が奪われた時点)ですでに移動が不可能になったのだから、客観的にはすでに選択肢が奪われているのではないかとの考え方——おそらく曾根説がこれである——もありうるからである。本稿における「選択」の用語法は「現実的な行動による選択」とであると定義したい。そう定義することによって、概念として「選択肢」との対立が明確になるからである。これはあくまで本稿における「選択」の用語の定義であって、内容についてはない。内容については本文で詳述するとおりである。
- (19) 古川・前掲注(1)146頁以下。なお、本筋からは外れるが、先注(2)で述べたように、個人的法益に対する罪は、消極的自由に対する

罪である。したがって、古川の「住居侵入罪の法益（＝誰を住居へ入れるかを定める自由）」や「準強姦罪の法益（＝誰と性行為をするかを定める自由）」との理解は不当である。誰かを住居に入れたいと決めても入るかどうかは相手次第であり、誰かと性行為をしたいと決めても実際に性行為に応じるか否かは相手次第である。これらの保護法益は、「ある人を住居へ入れない自由（許可なく住居に入られない自由）」であり「ある人と性行為をしない自由（許可なく性行為をされない自由）」である。

- (20) 島田聡一郎「監禁罪の保護法益」西田典之＝山口厚編『刑法の争点』第3版（平成12・2000年）142頁以下参照。
- (21) たとえば、山口厚『刑法各論』第2版（有斐閣，平成22・2010年）71頁以下，高橋則夫『刑法各論』（成文堂，平成23・2011年）81頁以下など。
- (22) 川端・前掲注（10）161頁以下など。
- (23) 佐久間・前掲注（5）128頁以下など。
- (24) 本稿はこれらの罪が自由に対する罪であるとする主張をするものではない。本稿では「刑法各論ではいかなる文脈において“自由”の語が使用されているか」のサンプルを広く集めるために検討対象とするものである。
- (25) 曾根・前掲注（8）71頁，高橋・前掲注（21）174頁など。
- (26) 成瀬幸典「監禁罪の保護法益」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ〔各論〕』第6版（有斐閣，2008）25頁。
- (27) 佐久間・前掲注（5）89頁。ドイツ刑法における強要（Nötigung）も同様に，強要結果（Nötigungserfolg）が必要である。Vgl. Schönke/Schröder（Eser/Eisele），a.a.O.（Anm. 3），§240，Rn.12.
- (28) 223条3項。西田・前掲注（12）71頁参照。Sieh auch StGB § 240Abs. 3.
- (29) 最近ではこの争いは必ずしも排他的関係に立つものではないと理解されてきている。山口・前掲注（21）72頁以下，曾根・前掲注（8）52頁以下。なお，ドイツにおける脅迫（Bedrohung）の保護法益は個人の法的平穩（individueller Rechtsfrieden）であるとするのが一般的である。
- (30) 大判明治43・11・15刑録16輯1937頁。山口・前掲注（21）73頁など。
- (31) 西田・前掲注（12）66頁。
- (32) ドイツにおいて強姦罪が性的強要罪（§177: Sexuelle Nötigung）と呼ばれるのはまさにその証左である。

- (33) いわゆる住居権説と平穩説の争いである。ドイツにおいては、刑法典上、住居侵入罪は公の秩序に対する罪 (Straftat gegen die öffentliche Ordnung) におかれているが、学説上は公の秩序に対する罪ではなく、自由ないし自由な領域の部分をなす住居権の保障にあると考えられている。Vgl. Kindhäuser, a.a.O.(Anm.3),S.230; Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 14.Aufl.,1969, S.332.
- (34) 山口・前掲注 (21) 119頁。
- (35) Vgl. Schönke/Schröder (Leckner/Sternberg-Lieben). a.a.O.(Anm.3), § 123, Rn.1
- (36) もちろん、これらは他者の積極的自由 (他人の移動を妨害する自由や他人と性交する自由) には影響を及ぼすが、積極的自由はそもそも保障されていない (無理に行使すれば犯罪を構成する) ので、保護の対象として考えるべきは消極的自由のみである。
- (37) 住居侵入については、許諾権者の一人が立ち入りに同意していれば、それで十分であると考えべきである。平野龍一「住居侵入について」警研57巻7号10頁参照。
- (38) 山口・前掲注 (21) 125頁。
- (39) 監禁罪が強要罪の特殊類型であることについては、すでに多くの論者が言及しているところである。たとえば、島田・前掲注 (20) 142頁、古川・前掲注 (1) 146頁など。
- (40) 事実上の拐取事件がしばしば事実的に逮捕・監禁を伴う (逮捕・監禁罪が成立する) ことは、その類似性を表しているともいえよう。
- (41) 西田・前掲注 (12) 66頁。
- (42) Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT. I, 1995, S. 116.
- (43) ドイツにおいては未遂は処罰される。StGB §239Abs. 2.
- (44) この点を正面から論じたものは少ないが、入門書の位置づけではあるが、井田良『刑法各論』論点講義シリーズ10 (弘文堂, 平成16・2004年) 52頁は、「Xは、顔見知りの近隣の女性Aを強姦することを計画し、帰宅途中のAに声をかけ『家まで乗せて行ってあげる』とだまし、Aを自分の運転するオートバイの後部座席に乗せてAの家とは逆方向に疾走し始めた。Xがオートバイを乱暴に走らせたため、Aはオートバイから転落して大ケガをした」というケースについて、可能的自由説によれば監禁致傷罪が成立するとした後、「監禁罪の保護法益を現実的自由に限定する見解によれば、Xは業務上過失傷害罪の罪責を負うにとどまるということになるであろう」としている。本稿は、このような理解を排し、

現実的自由説であっても可能的自由を奪う行為を実行行為（ただし現実的自由が奪われない限りは未遂）にとらえ、致死傷罪については結果的加重犯の成立を認めるものである。もっとも、井田の挙げたケースについては本文にて後述するようにAの同意について法益関係的錯誤が認められるように思われるから、いずれにせよ当初より監禁罪は成立するものと思われる。

(45) 山口・前掲注(21) 84頁，島田・前掲注(20) 143頁など参照。

(46) 山口・前掲注(21) 87頁以下，佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報1号87頁など。なお，島田・前掲注(20) 143頁は法益関係的錯誤があるという理解を否定するが，別途わいせつ目的誘拐罪が成立するとしている。

損失補償の要否における
規制目的の役割

——リングル判決を手掛かりに——

下 村 誠

目 次

はじめに

1 規制の収用の判断枠組み

(1) リングル判決

(2) リングル判決における規制の収用の判断枠組みと政府行為の性格

2 「実質的に促進」定式

(1) デュープロセス条項と収用条項の混同

(2) 「実質的に促進」定式の誕生とその経緯—アギンズ判決

(3) 「実質的に促進」定式の排除とその影響—収用条項とデュープロセス条項の分離

(4) デュープロセス条項による救済の可能性

3 わが国への示唆

むすび

キーワード：損失補償，土地利用規制，規制の収用，規制目的，
デュープロセス

は じ め に

わが国において、財産権の制限、特に土地利用規制の補償の要否基準については、多様な見解が存在する。しかしながら、どの見解においても、規制目的と規制程度を主軸とした比較衡量を予定していると言えよう⁽¹⁾。例えば、①荒秀教授は、「多様な土地利用規制に対する損失補償の要否を個別・具体的に検討する場合には、それぞれの規制の目的、態様、程度、社会的ニーズ、金銭補償に代わるべき代償措置等の各種の行政措置のあり方の他、国家・地方財政に対する考慮等を加えられる場合もありえよう」とする⁽²⁾。②阿部泰隆教授は、「1つの傾向的なもの」として、規制の根拠・目的と規制の程度との相関関係一どのような理由なり目的で、どの程度の厳しい規制をするか—という観点から、補償の要否を考える⁽³⁾。③宇賀克也教授は、損失補償の要否基準については、侵害行為の特殊性、侵害行為の強度、侵害行為の目的等を総合的に判断する必要があるとし、特に、後二者を重視する⁽⁴⁾。④塩野宏教授は「結局のところは、利用規制の態様、原因、損失の程度、社会通念（時代により、処によって可変的である）を総合的に判断することになると思われる」とする⁽⁵⁾。⑤遠藤博也教授は、侵害行為の一般性・個別性、侵害内容の程度の強弱、侵害目的の消極性・積極性、侵害目的の必然性・偶然性、既得権侵害・現状保全といった諸基準の総合的判断によって補償の要否を決すべきとする⁽⁶⁾。⑥西埜章教授は、制限の目的、制限の程度、土地の状況、従前の利用方法、制限の期間、被規制者の受ける利益などの総合的判断によって補償の要否を決するとする⁽⁷⁾（二重下線はすべて著者による）。

このように、わが国では、規制目的と規制程度は、補償の要否を判断するに当たって重要な役割を果たすと考えられている。

ここで仮に、補償の要否を判断するに当たって、規制目的の考慮（上記、二重下線部）は不要である、と言えようであろうか。現在、アメリカでは、2005年にリングル判決⁽⁸⁾が出されるに至り、補償の要否における規制目

的役割が問い直されている。詳細は次章に譲るが、リングル判決で連邦最高裁は、補償を要する規制の収用に当たるかどうかの判断（収用分析）において規制程度（原告に与える規制の経済的影響及び特に規制が個別の投資に裏付けられた期待を侵害する程度）を重視する旨述べたことから、規制目的が考慮される「政府行為の性格」要素はどのような影響を受けるのか、すなわち、収用分析において、規制目的は狭く解釈されなければならないのか、それとも丸ごと排除されるのかという疑問が呈されるなど⁽⁹⁾、議論を呼んだのである（第1章2節）。

ところで、アメリカの土地利用規制は、公衆の健康、安全及び福祉を保護するために必要かつ適切なあらゆる立法を制定する権能であるポリス・パワーの行使として行われるが、その範囲は消極目的にとどまらず、今や積極目的にも及ぶほど広い⁽¹⁰⁾。このポリス・パワーの行使が恣意的又は不合理と判断されたならば、デュープロセスに違反するとして規制は無効となる。

しかし、収用条項のもとでは、後述するように、規制は正当なものとして扱われる。すなわち、問題となっている規制は、正当なポリス・パワーの行使であるという前提で、収用分析が行われる。リングル判決で連邦最高裁は、ファーストイングリッシュ判決を引用し、補償が要求されるのは「収用に相当する適切な侵害の場合」⁽¹¹⁾（強調はリングル判決の連邦最高裁による。）であることを再確認した⁽¹²⁾。そして、連邦最高裁自身が提示した規制目的と規制手段の合理的関連性を問う「実質的に促進」定式の放棄を通して、デュープロセス条項は収用条項から切り離され、このこともまた、収用分析に影響を与えることとなった（第2章）。

本稿は、考慮要素のうち規制目的に着目し、アメリカの収用分析において規制目的がどのような役割を果たしているか、また、リングル判決により、どのように変化しようとしているのかを検討し、わが国への若干の示唆を試みるものである。

それでは、リングル判決の概要からはじめることにしよう。

1 規制的収用の判断枠組み

(1) リングル判決

ハワイ州議会は、1997年6月、市場寡占によるガソリン小売価格への影響を懸念し、法257 (HRS §486H-10.4) を制定した。同法は、石油会社がディーラー⁽¹³⁾に対して請求し得るガソリンスタンドのレンタル料に上限を設けること（レンタル料上限条項）等により、ディーラーを保護するとともに、レンタル料が転嫁された高値のガソリン小売価格から消費者を保護することも意図していた。

そこで、ハワイ州最大の石油会社であるシェブロン U.S.A. Inc. が、同法レンタル料上限条項は、文面上、修正5条及び14条に違背して同社の財産の収用となると主張し、ハワイ州知事及び同司法長官を相手取り、同社所有のスタンドに対する同条項の適用の差止及び宣言判決を求めた事案である。

差戻審であるハワイ地区連邦地裁は、アギンズ判決の「実質的に促進」定式を適用し、法257は正当な州のいかなる利益も実質的に促進し得ないとして、同法を違憲の規制的収用であると結論付けた。その理由として、レンタル料上限条項に限って言えば、たとえレンタル料の上限を定めたとしても、石油会社はその減少分を補うべく、ガソリン卸売価格を引き上げることが考えられ、ディーラーの保護にならないばかりか、それは結局ガソリン小売価格に転嫁され、消費者の保護にもならないということを挙げる。また、ディーラーはスタンドの借地権を別のディーラーに高値で売却すれば、新規のディーラーはレンタル料上限規定の恩恵に与れないことも挙げた。第9区連邦控訴裁判所がこれを是認したため、上訴された⁽¹⁴⁾。

アメリカ合衆国最高裁判所（連邦最高裁）は、全員一致で次のように結論付けた。

25年前、当裁判所は、私有財産規制は「もし [それが] 正当な州利益を実

質的に促進しないならば収用となる」と断定した。引用略。本件の下級審は、その声明（「実質的に促進」定式）を、その論理的帰結に利用し、そうすることで、その不正確さを明らかにした。今日、われわれは道を正す。われわれは、「実質的に促進」定式は有効な収用テストではないと判示し、さらに、同定式はわれわれの収用法において適切な居場所はないと結論付ける。そうすることで、われわれは再度述べる。私有財産の未補償の収用であるとして政府規制に不服を申立てる原告は、上述したその他の理論のうちの1つのもとして訴訟を提起し得る、と一「物理的」収用、ルーカス判決タイプの「全部規制の収用」、ペンセントラル判決に基づく収用、又は、ノラン判決やドララン判決で表明された基準に違反する土地利用開発負担を主張することによって。シェブロン側はその収用請求を裏付けるために「実質的に促進」理論しか主張していなかったもので、同請求に対する正式事実審理を経ないでなされる判決（summary judgment）の資格はなかった。したがって、われわれは、第9区控訴裁判所判決を破棄し、この意見に沿ったさらなる審理のために事案を差し戻す⁽¹⁵⁾（丸括弧内の補足は著者による）。

次に、リングル判決が示した規制的収用の判断枠組みを確認しよう。

（2）リングル判決における規制的収用の判断枠組みと政府行為の性格

連邦最高裁は、1922年のマホーン判決⁽¹⁶⁾から2005年のリングル判決に至るまで、少なからぬ規制的収用判例を生み出してきた。リングル判決において連邦最高裁は、これらの規制的収用判例は「一体」ではないとしつつも、これまでの規制的収用判例をある程度体系化し、規制的収用の判断枠組みを提示した。⁽¹⁷⁾すなわち、まず（1）ロレットー判決⁽¹⁸⁾を引用し、所有者にその財産の永久的物理的侵害を甘受するよう要求する場合、又は、（2）ルーカス判決⁽¹⁹⁾を引用し、所有者から、その財産の「経済的に有益な利用すべて」を完全に奪う場合、収用として補償を要する。上記に至らない場合でも、（3）ペンセントラル判決⁽²⁰⁾のもとで比較衡量し、収用と認定される余地がある。

リングル判決を執筆したオコナー判事によれば、これら個々の判断基準に「共通する試金石」は、「機能的同索性」（functionally equivalent）であ

る。すなわち、これら基準の目的は、規制が、私有財産を直接に公用徴収するような「古典的収用」と機能的に同等と言えるかどうかを確認することである。⁽²¹⁾永久的物理的侵害であれば、たとえ侵害がほんの一部であっても、古典的収用と機能的に同等である。⁽²²⁾なぜなら、永久的物理的占有を強いる規制は、財産権の「諸権利の束」のうち最も重要な権利とされる、①第三者を排除する権利、②占有の権利、③利用の権利及び④処分の権利すべてを奪うからである。経済的全体収用もまた、古典的収用と機能的に同等であると考えられる。なぜなら、経済的利用をすべて奪う規制は、第三者を排除する権利こそ所有者に残るものの、その他の最も重要な権利を実質的に奪うからである。つまり、同規制により残される非経済的利用は「決して権利とは呼べない些事」であるし、また、そのような経済的価値のない土地の占有権や処分権は名目上のものでしかない。⁽²³⁾第三者を排除する権利だけでは、土地に対する厳しい負担を軽減するのに十分とは言えない。したがって、これら（１）（２）の場合は、補償が必要となる。

このように、規制的収用の判断基準（１）（２）は、古典的収用に「どれだけ近いか」の確認作業を求めるものと言える。また、これらの基準は、規制目的を考慮しないところに特徴があると言えよう。⁽²⁴⁾

しかし上記２つの基準の射程は一般的に狭いと考えられており、収用請求の多くがペンセントラル判決のもとで判断されることになる。ペンセントラル判決のもとでの比較衡量要素は、「原告に与える規制の経済的影響及び特に規制が個別の投資に裏付けられた期待を侵害する程度」と「政府行為の性格」である。⁽²⁵⁾この政府行為の性格の内容（考慮事項）について、由喜門眞治教授は次のように整理している。⁽²⁶⁾

A 規制目的

A-1 規制がポリス・パワーか

A-2 規制がパブリック・ニューサンスを排除する規制に当たるか

B 規制手段と規制目的との合理的関係の有無

C 規制手段の形態—物理的侵害の有無

この比較衡量基準も機能的同等、すなわち古典的収用と機能的に同等と

言えるかという視点から取用分析を行う。しかし、それ以上の具体的なガイダンスはなかった。その代わり、リングル判決では、この2つの比較衡量要素に対して重み付けを行っている。すなわち、「排他的ではない」としつつも、「ペンセントラル判決に基づく審理は、大部分が規制の経済的影響の規模及びそれが正当な財産利益を侵害する程度に向けられる」と述べ、規制の経済的影響が主要な考慮要素であることを明らかにした⁽²⁷⁾。法廷意見を執筆したオコナー判事は、同意意見を書いたパラゾロ判決において、政府行為の性格を取用判断における重要な要素の1つであると再確認したにもかかわらずである⁽²⁸⁾。また、後述するように、「実質的に促進」定式を取用分析から排除する過程において、連邦最高裁は、「取用条項は、政府が有効な公共目的を追求して行動したということを前提としている」と述べ、規制が有効なポリス・パワーの行使であることを前提として取用分析を行うことを明らかにした⁽²⁹⁾。これらの言及が、政府行為の性格要素、特に規制目的の考慮にどのような影響を及ぼすのかという問題を引き起こした。

ケント教授 (Michael B. Kent Jr.) は、政府行為の性格について、機能的同等を強調した1つの解答を提示する。彼によれば、原告に与える規制の経済的影響及び特に規制が個別の投資に裏付けられた期待を侵害する程度については、ルーカス判決がいうところの経済的全部取用との類似性を評価し、政府行為の性格については、ペンセントラル判決が「財産への侵害が政府による物理的侵害と性格づけられうるとき、『取用』は容易に認定され得る」と述べていることから⁽³⁰⁾、ロレットー判決がいうところの永久的物理的占有との類似性を評価する⁽³¹⁾。この解釈は、取用を三層構造で理解していると言えよう。一層目には、古典的取用がある。二層目には、古典的取用と機能的に同等の永久的物理的占有 (判断基準 (1)) と経済的全部取用 (判断基準 (2)) がある。三層目には、永久的物理的占有 (判断基準 (1)) と機能的同等の準永久的物理的占有とでも呼ぶべきものと、経済的全部取用 (判断基準 (2)) と機能的に同等の準経済的全部取用がある。

しかし、政府行為の性格は永久的物理的占有との類似性を評価するとす

るこの解釈に対しては、次のような指摘が可能である。まずこの解釈が、文字通り、政府行為の性格＝物理的侵害の有無を意味しないのは確かである。そのような理解はロレットー判決と矛盾することになるからである。すなわち、ペンセントラル判決の4年後に出されたロレットー判決において、永久的物理的占有に対しては補償が必要であるとはっきりと述べたことにより、物理的侵害は、三層目から二層目に昇格したはずである⁽³²⁾。そこで、この解釈の趣旨を、永久的物理的占有とまでは言えないが、諸権利の束への影響から永久的物理的占有に「どれだけ近いか」を評価するものと理解したとしても、準経済的的全部収用とは異なり、そのような状況をうまくイメージできないのである。

また、この解釈は、政府行為の性格から規制目的の考慮が排除されることを意味する。このことは、政府行為の性格について、規制目的を考慮しない永久的物理的占有との機能的同等性を問う以上、当然の帰結と言えよう。ケント教授は、この点に関して、政府行為の性格を判断する際に焦点を当てなければならないのは、「政府行為の理由」ではなく、「政府行為の結果」(特に、所有者の主要な財産権への影響)であろうと述べる⁽³³⁾。このような解釈指針はリングル判決の趣旨ともおそらく一致するが、リングル判決は規制目的を完全に排除することまで意味するのだろうか。

一方で、リングル判決後も政府行為の性格には規制目的の考慮が含まれるとするのがアラン教授(Alan Romero)である。後述するように、リングル判決は、収用基準と言うからには、「規制により私有財産権に課される負担の規模又は負担の性格」か「財産所有者間の負担の分配状況」のどちらかを明らかにしなければならないと述べた⁽³⁴⁾。アラン教授によれば、規制目的は「財産所有者間の負担の分配状況」を明らかにしうるがゆえに、関連する考慮要素として、依然として政府行為の性格に含まれるという⁽³⁵⁾。例えば、負担の不公正な分配を示す、あるいは、不公正な分配となりやすい規制目的の例として、①規制目的が規制される所有者とは別のグループに利益を与えることである場合、②規制される者が、相互的利益も享受せず、規制の必要性も招かない場合、③規制目的が私有財産権を安く又はた

だで取得することである場合、④規制目的に悪意がある場合を挙げ、検討している⁽³⁶⁾。

リングル判決によって取用分析に占める「政府行為の性格」の比重がどのように変化したのか—比重が小さくなるのか、それとも完全になくなるのか—は、「政府行為の性格」の内容をどのように考えるかによる。極論すれば、政府行為の性格＝規制目的の考慮と狭くとらえ、かつ、リングル判決によって規制目的の考慮が排除されたと理解すれば、政府行為の性格要素は消滅したということになる。規制目的が政府行為の性格において議論されてきたのは事実である。しかし、政府行為の性格は多くの関連する考慮を招く広い用語であり⁽³⁷⁾、規制目的の考慮につきるものではない。例えば、一時的規制が問題となったタホー判決では、規制の期間もまた、規制的取用請求の評価において裁判所が考慮しなければならない重要な要素の1つであるとされた。この規制の期間は政府行為の性格として判断される⁽³⁸⁾。また、最近、政府行為の性格の新たな内容として、あるいはその可能性として指摘・言及されるものに、特定の所有者や財産をターゲットにするような狙い撃ち規制か否かがある⁽³⁹⁾。

次章では、政府行為の性格のうち規制目的に限定し、別の視点から規制目的の考慮への影響を検討する。すなわち、いわゆる「実質的に促進」定式の排除により、規制目的の考慮もまた排除されたのかである。

2 「実質的に促進」定式

(1) デュープロセス条項と取用条項の混同

合衆国憲法は、修正5条及び修正14条において法の適正な過程を保障する。修正5条（何人も……法の適正な過程によらずに、生命、自由又は財産を奪われることはない。）は合衆国に対して、修正14条（州は、何人からも、法の適正な過程によらずに、その生命、自由又は財産を奪ってはならない。）は州に対して適用される。いわゆるデュープロセス条項である。同様に、修正5条（何人も、正当な補償なしに、私有財産を公共の用のた

めに収用されることはない。)において、収用に対する正当な補償をも保障している。これは合衆国に適用される。いわゆる収用条項である。州に対してこのような規定はないが、修正14条の「自由」の中には同保障も含まれると解釈されているため、修正5条の同保障は州にも及ぶ⁽⁴⁰⁾。文献等において修正5条(正当な補償の保障)が修正14条を通して州にも適用されると表現されるのは、このことを意味する。

両条項の関係については、マホーン判決以来、混乱が存在した。マホーン判決は、規制も「行き過ぎ」れば収用となると述べた。これは、規制⁽⁴¹⁾的収用、すなわち行き過ぎた「規制」の問題であり、収用条項が念頭に置いているような公用収用権の行使とは異なる。このような場合に、リングル判決で連邦最高裁も認めたように、規制⁽⁴²⁾的収用請求がデュープロセス条項と収用条項のどちらのもとで審理されるべきかについて明確にされてこなかった。むしろ、連邦最高裁は、両条項を混同してきたと言える。ベンセントラル判決が傍論として次のように述べている。

もし実質的な公共目的の達成に合理的に必要なならば、引用略、又は、おそらく規制が所有者による当該財産の利用に過度に厳しい影響を持つならば、不動産に対する利用規制が「収用」になりうるということは、もちろん、ゴールドブラット判決に事実上含まれている。マホーン判決は、引用略、重要な公共政策を実質的に促進する州法が別個の投資に裏付けられた期待を侵害すれば収用となる、ということを提示するリーディングケースである。……当裁判所は、当該制定法を、正当な補償がなされない「収用」に当たるとして無効であると⁽⁴³⁾判示した。

ここからわかるのは、連邦最高裁によるマホーン判決の解釈として、「重要な公共政策を実質的に促進する州法が別個の投資に裏付けられた期待を侵害すれば」、すなわち、州法がデュープロセスに違反すれば、収用になりうることを認めている、ということである。ゴールドブラット判決の解釈も同様で、規制が「実質的な公共目的の達成に合理的に必要なならば」、すなわち、規制がデュープロセスに違反すれば、収用になるとする。ゴー

ルドブラット判決が、実体的デュープロセス基準と収用条項の混同という、躰きの第一歩であるとみる向きもある。⁽⁴⁵⁾

(2) 「実質的に促進」定式の誕生とその経緯—アギンズ判決

アギンズ判決について、ここでは市のゾーニング条例に対する文面上の収用請求に関する事案であると説明すれば十分である。そこで連邦最高裁は、①政府規制が正当な州の利益を実質的に促進しないならば収用となる、②政府規制が所有者に土地の経済的に有益な利用を否定するならば収用となる、という2つの収用基準を提示した。⁽⁴⁶⁾前者が、いわゆる「実質的に促進」定式である。この「実質的に促進」というフレーズは、アギンズ判決で初めて用いられたわけではない。しかし、アギンズ判決で提示された収用基準は、これまでと異なり選言的基準であり、どちらか1つでも基準を充たせば収用になると解されていることから、アギンズ判決での提示によって始めて、「実質的に促進」は独立した規制的収用基準の1つとなったのである。⁽⁴⁷⁾

しかしこの基準は、私有財産規制が正当な公共目的を達成するために実効的であるかどうかを問う、規制目的・手段基準であり、デュープロセスの性質を持つ基準であった。のちに連邦最高裁は、アギンズ判決において「実質的に促進」定式を採用したことについて「遺憾ながら不正確であった」ことを認めることになるが、収用分析においてデュープロセス判例に依拠してしまった理由を次のように分析している。⁽⁴⁸⁾

- ①アギンズ判決がゾーニングに関する事例であったこと。したがって、デュープロセス判例ではあるが、ゾーニングのリーディングケースであるユークリッド判決とネクトー判決に目を向けてしまったことは「自然」であるという。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾
- ②デュープロセス審理と収用審理を「混合」する先例があったこと。ゴールドブラット判決やネクトー判決を挙げている。
- ③デュープロセス違反=収用とする「歴史」があったこと。ローアン判決⁽⁵¹⁾を挙げている。

アギンズ判決後も「実質的に促進」定式は、いくつかの判例において言及されるものの、従来の規制的目的の判断枠組みにどのように位置づけられるのか判然としない状態が続いた。⁽⁵²⁾ 取用問題に一層の混乱をもたらしたと言われるゆえんである。⁽⁵³⁾

このような中で、連邦最高裁はリングル判決において、デュープロセス基準の性質を持つ「実質的に促進」定式は取用分析において居場所はないと明言したのである。この取用条項とデュープロセス条項の分離について、⁽⁵⁴⁾ 「混乱の多くを解消した」、⁽⁵⁵⁾ 「歓迎すべき【原理的】明瞭さ」、⁽⁵⁶⁾ 「リングル判決後、デュープロセスに基づく取用なるものは存在しなくなった」等、一定の評価を示す声がある一方で、⁽⁵⁷⁾ 「取用審理とデュープロセス審理のラインを完璧には引いていない」、⁽⁵⁸⁾ 「規制的目的から実体的デュープロセスを追放しえない」といった指摘もなされている。

(3) 「実質的に促進」定式の排除とその影響—取用条項とデュープロセス条項の分離

リングル判決で連邦最高裁は、理論上及び実務上の観点から問題があるとし、「実質的に促進」定式を取用分析から排除した。

A. 理論上の問題

連邦最高裁は述べる。この定式は、デュープロセス判例に由来する規制目的・手段基準である。定式を適用することにより「規制手段と規制目的の合理的関係の有無」こそ明らかになるものの、取用認定に必要な「規制により私有財産権に課される負担の規模又は負担の性格」と「財産所有者間の負担の分配状況」のどちらも明らかにならない。したがって、私有財産規制が正当な公共目的を達成するために実効的であるかどうかを問う「実質的に促進」定式は、取用認定のための基準ではない。そのような審査は、取用かどうかの問題に、論理的に先行する問題である。また、正当な公共目的を達成するために実効的でない政府規制はデュープロセス違反として無効になるのであり、たとえ補償を支払ったからといって、そのよ

うな規制が許容されるわけではない。⁽⁵⁹⁾

連邦最高裁の見解と「実質的に促進」定式を用いた場合とで、補償の要否にどのような相違があるか整理すれば次のようになろう。

実効性の有無	負担の状況	「実質的に促進」定式による補償の要否	最高裁の見解
a) 実効性あり	a)-1 過酷・不公正な分配	—	要補償
	a)-2 上記に達しない	—	無補償
b) 実効性なし	b)-1 過酷・不公正な分配	要補償	無効
	b)-2 上記に達しない	要補償	無効

(「最高裁の見解」欄にある「要補償」「無補償」の表記は、傾向を示すものである。)

このうち連邦最高裁が着目したのは、b)-2 の場合であった。a)-2 と比較したとき、負担の状況は変わらないにもかかわらず、b)-2 の場合は、規制に実効性がないというだけで要補償となる。この点に不合理さを感じ取った。⁽⁶⁰⁾

しかし、このような理由で「実質的に促進」定式を排除することは、新たに不合理な状況を生むことになる。アラン教授は、b)-1 の場合に着目し、実効性のない規制が不幸にも実施されてしまった場合を想定する。彼は、実効性のない規制は実体的デュープロセスに違反し無効であるという連邦最高裁の見解に同意する。また、補償を支払うからといって、そのような規制を実施できないことも同様である。しかし、実効性のない規制を実効性があると政府が誤信し、実施に踏み切った場合、無効の規制は財産を収用しうる。⁽⁶¹⁾ このような場合、収用（訴訟を経て取消されるまでの一時的収用）という結果に対して補償を拒むことはできない。それゆえ、「実質的に促進」定式は⁽⁶²⁾ いまだ収用分析に「居場所」があると主張する。

このような主張に対しては憲法原文を根拠にした批判が想定される。なぜなら修正5条が正当な補償を要求するのは、「公共の用のため」に用いた場合であるからである。「公共の用のため」は一般的にポリス・パワーの範囲と一致すると考えられており、⁽⁶⁴⁾ したがって、正当な補償は有効な政府規制により被った損失に対するものである、ということが前提と言える。

そうすると、連邦最高裁が言うように、実効性のない、すなわちデュープロセスに違反する規制は無効なのであって、補償の要否の問題を生じさせないはずである。

これに対してアラン教授は反論する。

しかし、それは奇妙なルールである。すなわち、もし政府が正当な目的のために採用したならば、政府は補償を支払わなければならないが、もし政府が正当でない目的のために採用したならば、政府は何も支払う必要はない。たとえ公共の用条項が公用採用権を制限するとはいえ、そのことは、公共の用条項が正当な補償の支払い義務を制限するということの意味しない。採用が実際に起こったのであれば。……

言い換えれば、公共の用要件は、私的な又はその他の正当でない用のための採用を禁じるが、公共の用要件は、もし政府が禁止を無視して私的又はその他の正当でない用のために採用するならば、補償不要を意味しない。リングル判決での連邦最高裁の提示とは逆に、正当な補償を付与することは、連邦最高裁が「そのような行為をする権限を与える」ということを意味しない。⁽⁶⁵⁾ 補償の付与は、財産所有者への不公平な負担からの救済でしかない。

結局のところ、連邦最高裁の見解もアラン教授の主張も、どちらも負担の状況の重要性に着目して主張を展開していることから、その趣旨は同じではないかと思われる。連邦最高裁は、負担の状況が過酷でも不公正な分配でもないにもかかわらず、規制に実効性がないというだけで要補償となるのは不合理である旨を述べる。また、アラン教授は、負担の状況が過酷又は不公正な分配であるにもかかわらず、すなわち、規制が実施された結果採用が起きたにもかかわらず、規制に実効性がないというだけで無効・無補償となるのは不合理であると述べる。アラン教授自身、実効性のない規制が実施されるというのは「稀な事例」であると認めており、⁽⁶⁶⁾ そうすれば、連邦最高裁は原則を、アラン教授は例外を述べたと整理することができよう。

これにとどまらず、アラン教授は、連邦最高裁がはっきりと拒んだ b)-2 の場合にも踏み込み、負担の状況が過酷でも不公正な分配でもなくても、

規制に実効性がないというだけで要補償となる可能性を指摘する。同教授によれば、この問題について連邦最高裁は「取り扱わなかった」⁽⁶⁷⁾。すなわち、リングル判決で連邦最高裁は、独立した収用基準としての「実質的に促進」定式（実体的デュープロセスの合理性基準）を取り扱い、そして放棄したが、「実質的に促進」定式はアギンズ判決後に独自の発展を遂げており、その部分については言及されておらず、いまだに有効であると言⁽⁶⁸⁾う。そのうえで、彼が依拠したのは、ルーカス判決で連邦最高裁が述べた『『有害利用の阻止』は、われわれが初期において、規制によるいかなる価値減少をも（補償なしで）是認するために必要なポリス・パワーによる正当化を定式化したもの』⁽⁶⁹⁾という一節であった。アラン教授はこれを、ポリス・パワーによる正当化がなければ、それは規制に合理性がないということの意味するので、いかなる価値減少にも（したがって、過酷な負担に達していなくても）補償を要すると理解した。

今後「実質的に促進」定式に新たな意味内容を見出そうとする試みが認知されていくかは注目に値しよう。

B. 実務上の問題

連邦最高裁は、「実質的に促進」定式には、理論上の問題だけでなく、実務上の問題もあると指摘する。一般的に、政府規制により課せられた負担を評価する際の審査基準として、審査密度の濃い順に①厳格な審査 (strict scrutiny)、②高められた審査 (heightened scrutiny)、③合理性を基準とする審査 (rational basis review) 又は謙讓審査 (deferential scrutiny) ⁽⁷⁰⁾があるとされる。連邦最高裁は、この「実質的に促進」定式を、高められた審査であると理解した。なぜなら、原審において、法257が正当な州の利益を実質的に促進するかどうかを判断するに際し、二人の相反する専門家証人のうちの一人の見解を「より説得的」という理由で採用したからである。

しかし、このような手続を、連邦最高裁は異常であると考えた。このような審査を行うことは、裁判所に、無数にある連邦及び州規制の有効性の

審査を要求し、立法府や行政機関の判断に裁判所の判断を代置する権限を与えることになる。このような危惧から、これまで裁判所は実体的デュープロセスに基づく申立てに対して高められた審査を回避し、規制の必要性及び実効性に関する立法判断に対して謙譲を示してきたのであり、収用分析においても同様に回避されるべきであるとした⁽⁷¹⁾。

実務上の問題に限定して言えば、連邦最高裁は、デュープロセスに基づく申立てにおける審査を引き合いに出し、高められた審査を求める「実質的に促進」定式を収用分析から排除したにすぎない。しかしながら、このことは、「ゾーニング判断に対する謙譲の必要性を再び重視する」という連邦最高裁の意思の表れであることも見逃せない⁽⁷²⁾。

ここで、規制目的という視点から、「実質的に促進」定式排除の影響をみておきたい。まず、規制目的と規制手段の合理的関連性の有無の審査である。連邦最高裁は、「実質的に促進」定式（規制目的・手段審査）では負担の状況が過酷なのか、不公正な分配なのか、どちらもわからないとして、同基準を収用基準としてはっきりと放棄した。したがって、規制目的と規制手段の合理的関連性の有無は収用条項のもとで審査されない。この審査は今後デュープロセス条項のもとで行われることになる。

次に、規制目的の審査についてである。連邦最高裁は、規制が正当であるかどうかは収用認定に論理的に先行する問題であり、収用条項は政府が正当な公共目的を追求して行動したということを前提としていると述べた。このことから、収用条項のもとでは、規制は正当なポリス・パワーの行使とされる。しかし、規制目的の審査が収用分析において一切行われないとまで言えるかどうかは、リングル判決からは不明である。

この点に関して、連邦最高裁は沈黙しているものの、規制目的がニューサンスの阻止であるかどうかの審査は今後も残るとと思われる。そう理解しなければ、規制的収用の判断枠組みにおいて整合性が保たれないからである。カテゴリカルルールを表明したルーカス判決では、たとえ経済的全部収用であっても「ニューサンス又は財産法の背景にある諸原則」を具体化したにすぎない規制の場合は、カテゴリカル・ルールの例外として補償不

要とした。⁽⁷³⁾いわゆるニューサンス例外である。これは経済的⁽⁷³⁾全部収用の事例であるが、このような過酷な負担の事例にさえ例外として適用されることを考えれば、ペンセントラル判決に基づく収用分析においても、このような意味での規制目的の審査は行われると解すべきだろう。

(4) デュープロセス条項による救済の可能性

リングル判決によれば、「実質的に促進」定式は収用基準としての地位を失ったものの、デュープロセス請求の審査基準としてはいまだ有用である。⁽⁷⁴⁾しかし、リングル判決では裁量上訴にデュープロセス請求が含まれていないとして、この点を審理していない。したがって、今後、デュープロセス請求は規制⁽⁷⁴⁾的収用請求に包含されず、個別に申立てなければならない。

では、土地利用規制に対して申立てた実体的デュープロセス請求において、土地所有者が救済される見込みはどれほどあるのだろうか。この問いに否定的な回答をするのが、バーン教授 (J. Peter Byrne) である。バーン教授は、少なくとも連邦裁判所においては事実上皆無であろうという。⁽⁷⁵⁾それは、連邦裁判所裁判官らに、土地利用に関するデュープロセス請求に対する強い嫌悪 (repugnance) を感じ取るからである。その最たるものとして、「誤ったゾーニング判断から土地所有者を保護するために実体的デュープロセスを広く解釈しなければならないなどは、誰も考えていない。」と述べたポスナー (Posner) 第7区連邦控訴裁判所判事のレトリックを紹介している。⁽⁷⁶⁾

デュープロセス条項で問題となるのは、保護される「財産利益」は何かということとどのような政府行為がデュープロセス違反となるかということである。前者に関して、資格要件あるいは資格分析⁽⁷⁷⁾ (「新しい財産」審理⁽⁷⁸⁾) と呼ばれる手法が一部の連邦裁判所で採用されている。例えば、土地所有者が、土地利用のための許可申請をしたが認められず、規制により土地利用を制限された⁽⁷⁷⁾と主張したとする。このとき土地所有者の主張するものが、デュープロセス条項によって保護された「財産」に該当するかが問題となる。この設例では、政府は土地を奪うわけではないので、問題とな

る財産利益は、土地所有権というよりも許可を受ける資格 (entitlement) ということになる。この手法の効果は、土地所有者が上述のような拒否処分の場合や許可の撤回、遡及立法といった既得権侵害の場合にしか請求ができなくなるということである。⁽⁷⁹⁾

後者に関して、「良心的ショック」基準⁽⁸⁰⁾あるいは「(裁判所の) 良心にショックを与える」基準⁽⁸¹⁾などと呼ばれる基準が少なからぬ連邦裁判所で採用されている。例えば、原告である映画館の所有者等が、映画館開発のための承認を求めていたところ、タウンの監理委員会は競合する開発者からより多くの開発負担金を得るために同開発承認を遅延させたことから、デュープロセス違反に当たると主張してタウンと同監理委員会を相手取り訴訟を提起した事案で、第3区連邦控訴裁判所は次のように述べた。原告は、デュープロセス違反の主張として、同監理委員会の行為が「良心にショックを与える」ということを立証しなければならない、⁽⁸²⁾と。デュープロセス違反とされるのは、「恣意的かつ不合理」な政府行為であるが、その意味を厳格にとらえていると言える。

リングル判決後は、規制の正当性はデュープロセス条項のもとで審査される。しかし、一部の連邦裁判所が上述のようなアプローチをとっている状況を踏まえれば、規制の正当性に関して単に争いの舞台が変わっただけとは言えないものがある。

3 わが国への示唆

これまで、リングル判決を手掛かりに、政府行為の性格、特に規制目的が取用分析においてどのような立場に立たされたのか（今後の予測も含めて）を検討してきた。本章では、わが国において規制目的が補償の要否の判断においてどのような役割を果たしているかを確認し、アメリカの状況から若干の示唆を試みる。

A. 絶対的基準としてのニューサンス審査

わが国には、規制が消極目的か積極目的かにより、補償の要否を決しようという伝統的な見解がある⁽⁸³⁾。この見解に対しては、消極目的による規制と積極目的による規制が相対化していること、また、たとえ消極目的規制であっても、規制の程度によっては補償が必要なのではないかといった声が強⁽⁸⁴⁾い。しかしながら、この見解を絶対的基準としてではなく、補償要否の方向性を示す原則としてとらえることは可能であろうというのが一般的理解となっている⁽⁸⁵⁾。

アメリカにも、規制目的により「有害利用阻止規制」と「利益授与規制」に区別し、前者には補償不要とする見解がある。これに対して批判があるのもわが国と同様である。例えば、ルーカス判決において、『『有害利用の阻止』は、われわれが初期において、規制によるいかなる価値減少をも（補償なしで）是認するために必要なポリス・パワーによる正当化を定式化したものであること、そして、『有害利用を阻止する』規制と『利益を授与する』それとの差異は、不可能ではないとしても、目的の価値判断にとらわれないで識別することは難しいことを理解するとき、有害利用のロジックは、補償を要しない規制による剥奪から規制的『収用』—補償を要する—を区別するための試金石として機能し得ないということは自明となる。』と述べられている⁽⁸⁶⁾。

しかしながら、アメリカでもこの区別を完全に放棄したわけではない。なぜなら、ルーカス判決はつづけて、規制がニューサンスの阻止を目的としていれば、経済的に有益な利用をすべて奪う場合であっても補償不要とするニューサンス例外を設けたからである。ここで問題となるのは、ニューサンスの範囲である。ルーカス判決でのニューサンスの範囲については、コモン・ロー（判例法）上のニューサンスがその核心⁽⁸⁷⁾であると考えられている。これが意味するのは、規制目的が単に公衆への害悪を阻止することというだけでは、経済的⁽⁸⁸⁾全部収用を正当化しないということである。この背景には、わが国同様、補償の要否を、有害阻止と利益授与という規制目的による区別に求めることに対する不信があった。スカリア判事によれば、

「『害悪阻止』規制と『利益授与』規制の差異は、しばしば見る人の目による」からである。⁽⁸⁹⁾したがって、規制目的に対する議会の判断ではなく、コモン・ロー（判例法）上のニューサンスに依拠したのである。

アメリカでは、このように限定することによってコモン・ロー上のニューサンスに該当するかどうかを補償要否の絶対的基準として扱っているのが特徴的である。

このことは、経済的全部収用に至らない場合にも当てはまると思われる。リングル判決後も規制目的がニューサンスの除去であるかどうかの審査は残るということは指摘したところである。

B. 規制度度の重視

わが国の補償の要否に関する見解については、はじめにで取り上げた。すでに由喜門教授により、わが国の補償要否基準とアメリカのそれについての詳細な比較検討がなされ、両国の基準は「本質的に同一であろう」ということが、また、規制目的については、わが国の方が具体的な基準が示されていると指摘されている。⁽⁹⁰⁾

もともと、わが国の見解のうち、どの考慮要素を重視するのか、あるいは、各考慮要素間でどの程度の軽重の差をつけるかについて、明確に述べているのは西塾教授だけと思われる。すでに述べたとおり、西塾教授は規制度度を重視するのであるが、その理由は、消極目的規制と積極目的規制の区別が補償の要否の「一般的傾向」を示すものでしかないことに加え、次のように述べている。すなわち、「目的の正当性は必ずしも補償不要を帰結するものではなく、制限の必要性・合理性は、補償要否の判断に際しては、過度に強調されるべきではない。制限の必要性・合理性は、第一次的には制限の許容性（適法性）を意味するものである。…従って、制限の目的は、補償要否の判断基準としては、第二次的なものというべきである。」⁽⁹¹⁾と。この指摘は、リングル判決において連邦最高裁が、「実質的に促進」定式を排除するに当たり、「そのような【当該規制の基礎となる正当性を精査する】審理は、規制が収用となるかどうかという問題に論理的に先行

する、かつ、【収用の成否とは】別個の問題である。⁽⁹²⁾」(すみつき括弧内の補足は著者による。)と述べたことと通じるものがある。

ではなぜアメリカでは、補償の要否を判断するに当たって、規制の正当性を別問題とするとともに、規制程度を重視するという姿勢を示したのかである。その背景には、第1に、収用条項の理解があった。そもそも収用条項は、政府による財産権の侵害を禁じておらず、むしろそれを認めたいうえで、収用に相当する適切な侵害に対して補償の支払いを義務付けることを目的としている、という理解である。このように原点に立ち戻り、補償の要否を、適切な侵害の結果に着目したのである。

第2に、適切な侵害の結果が収用に相当するかの判断を、古典的収用との機能的同等性に求めたからであった。この機能的同等という視点はわが国にはない視点であると思われる。

む す び

規制目的の考慮に関する連邦最高裁の「メッセージ」は明瞭ではない。しかし、連邦最高裁は収用分析において規制程度の重視に向けた一歩を踏み出したことは間違いない。今後は、それがどの程度なのかを明らかにしていくことが必要となる。一方で、はじめにで紹介した問い—収用分析において、規制目的は狭く解釈されなければならないのか、それとも丸ごと排除されるのか—に、パーク教授が「後者は極端に思われるので、前者が好ましい」と回答しているように、規制目的の考慮の完全な排除が不合理であることは言うまでもない。今後のアメリカの動向は、わが国にとっても注目に値しよう。

注

- (1) 由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償(三) —合衆国最高裁判例に基づく日米比較—」民商107巻6号48頁(1993), 53頁。大橋洋一『行政法Ⅷ』397頁(有斐閣, 2012)。西塾教授は、補償の要否について、学説・判例が複数基準による総合的判断によって補償要否を決する

- という傾向にあることを指摘する。西埜章『損失補償の要否と内容』83頁（一粒社，1991）。この傾向は現在も変わらないと言えよう。
- (2) 荒秀「土地利用規制と補償」現代行政法体系6 国家補償，266頁（有斐閣，1983）。また，規制目的と規制の態様の多様性を指摘する。同257-258頁。
 - (3) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』405頁（有斐閣，2009）。同『国家補償法』282頁（有斐閣，1988）。
 - (4) 宇賀克也『国家補償法』法律学体系，401頁（有斐閣，1997）。同『行政法概説Ⅱ【第4版】』491頁（有斐閣，2013）。
 - (5) 塩野宏『行政法Ⅱ【第5版】』362頁（有斐閣，2010）。
 - (6) 遠藤博也『実定行政法』232頁以下（有斐閣，1989）。
 - (7) 西埜・前掲注(1)，83頁。また，このうち，制限の程度が主要な柱であるという。同87頁。
 - (8) Lingle v. Chevron U. S. A. Inc. 125 S.Ct. 2074 (2005) [hereinafter Lingle Case].
 - (9) BARLOW BURKE, UNDERSTANDING THE LAW OF ZONING AND LAND USE CONTROLS, at 56 (2nd. ed. 2008 LexisNexis). DAVID L. CALLIES et al., CASES AND MATERIALS ON LAND USE, at 372 (5th. Ed. 2008 Thomson/West). Steven J. Eagle, *Property Tests, Due Process Tests and Regulatory Takings Jurisprudence*, 2007 B.Y.U.L. REV. 899 (2007), at 916.
 - (10) ポリス・パワーについては，米沢広一「土地使用権の規制（一）—財産権とポリス・パワー—」論叢107巻4号26頁（1980），30頁以下，玉巻弘光「アメリカの土地利用規制と損失補償要否の判断基準」東海14号149頁（1995），168頁以下参照。
 - (11) 土地所有者が，カウンティ等を相手取り，財産上での建築を禁じる規制条例は財産利用のすべてを否定すると主張して訴訟を提起した事例。収用問題ではなく，救済問題を扱った。ここで最高裁は，「同【収用】条項が企図しているのは，政府による財産権侵害に対する制約それ自体ではなく，むしろ収用に相当する適切な (proper) 侵害の場合に補償を保証することである。」と述べた。First English Evangelical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles County, 107 S.Ct. 2378 (1987), at 2385-2386.
 - (12) Lingle Case, *supra* note (8), at 2084. わが国でも，損失補償の概念として「適法性」の要件が挙げられるところである。もっとも「適法性」の要件に対しては，疑問とする声も多い。「適法性」の要件に関する議

論として、西埜・前掲注(1), 7頁以下及び23頁以下参照。

- (13) ここでいう「ディーラー」は、完成品受渡方式(いつでもガソリンスタンドを経営できる状態)で、石油会社が所有するガソリンスタンドを借り受け、それに対して月々のレンタル料を支払って、スタンド経営をしているガソリン販売業者をいう。ハワイ州にある約300のガソリンスタンドのうち、約半数がこのタイプに属すると言われる。
- (14) 本件は、連邦最高裁に至るまでに、ハワイ地区連邦地裁(Chevron U.S.A., Inc. v. Cayetano, 57 F. Supp.2d 1003 (1998))⇒第9区連邦控訴裁判所(Chevron USA, Inc. v. Cayetano, 224 F.3d 1030 (2000))⇒(差戻審)ハワイ地区連邦地裁(Chevron U.S.A., Inc. v. Cayetano, 198 F. Supp.2d 1182 (2002))⇒第9区連邦控訴裁判所(Chevron USA, Inc. v. Bronster, 363 F.3d 846 (2004))という経過を辿った。下級審の詳細な判断については、中村孝一郎『アメリカにおける公用収用と財産権』151頁以下(大阪大学出版会, 2009)を参照されたい。
- (15) 法廷意見はオコナー判事の執筆による。Lingle Case, *supra* note (8), at 2087. なお、中村・前掲注(14), 153頁以下において、連邦最高裁判決のII以下にほぼ対応する邦語訳を読むことができる。
- (16) Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 43 S. Ct. 158 (1922) [hereinafter Mahon Case]. ホームズ判事が「財産はある程度規制され得るとはいえ、規制が行き過ぎれば、それは収用となる」(at 160.)と述べたことで有名。規制的収用の始祖とされる。
- (17) Lingle Case, *supra* note (8), at 2082.
- (18) Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp., 102 S. Ct. 3164 (1982). 原告家主が、ニューヨーク州法に基づき原告の財産上にケーブルテレビ施設を設置したケーブルテレビ会社の行為は財産の収用にあたりと主張して、訴訟を提起した事例。
- (19) Lucas v. South Carolina Coastal Council, 112 S. Ct. 2886 (1992) [hereinafter Lucas Case]. 沿岸の財産所有者が、彼の財産へのサウスカロライナ州沿岸管理法の適用は正当な補償を欠く収用であると主張して、訴訟を提起した事例。いわゆるカテゴリカル・ルールを表明した。
- (20) Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York, 98 S. Ct. 2646 (1978) [hereinafter Penn Central Case]. 歴史的建造物に指定されているグランド・セントラル・ターミナル上に50階の建増し申請をしたところ、ニューヨーク市歴史的建造物保存委員会により拒否されたことから、ターミナル所有者が、歴史的建造物保存法の適用は正当な補償を欠く財産収用である

こと及びデュープロセスを欠く恣意的な財産剥奪であること等を主張し訴訟を提起した事例。補償の要否を判断する万能の公式を発見するのは不可能とし、後述する比較衡量基準を表明した。

- (21) この「機能的同等」という概念は決して目新しいものではない。例えば、ルーカス判決でも言及されているところである。Lucas, *supra* note (19), at 1014. また、リングル判決後の連邦最高裁判決においても、リングル判決を引用し、このことを確認している。Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Dept. of Environmental Protection 130 S.Ct. 2592 (2010), at 2601.
- (22) Michael M. Kent, Jr., *Construing the Canon: An Exegesis of Regulatory Takings Jurisprudence after Lingle v. Chevron*, 16 N.Y.U. ENVTL. L.J. 63 (2008), at 89.
- (23) *Ibid.*
- (24) もっとも、ルーカス判決に基づく全部収用においては、後述するニューサンス例外が存在する。
- (25) Penn Central Case, *supra* note (20), at 2659.
- (26) 由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償（一）—合衆国最高裁判例に基づく日米比較—」民商107巻3号80頁（1993），89頁。
- (27) Lingle Case, *supra* note (8), at 2082. さらに、ペンセントラル判決に基づく考慮要素として、当該規制の、請求者にもたらす経済的影響、特に、当該規制が別個の投資に裏付けられた期待を侵害する程度を「主要なもの」と述べ、「加えて」政府行為の性格を挙げている。*Id.* at 2081.
- (28) Palazzolo v. Rhode Island, 121 S.Ct. 2448 (2001), at 2466. 土地所有者が、ロードアイランド州沿岸資源管理審議会を相手取り、18エーカーの沿岸湿地の埋立て申請の拒否及びビーチクラブ建築の拒否は収用に当たると主張して、逆収用訴訟を提起した事例。
- (29) Lingle Case, *supra* note (8), at 2084.
- (30) Penn Central Case, *supra* note (20), at 2659.
- (31) Kent, *supra* note (22), at 99-100.
- (32) Eagle, *supra* note (9), at 916. Alan Romero, *Ends and Means in Takings Law after Lingle v. Chevron*, 23 J. LAND USE & ENVTL. LAW 333 (2008), at 362. このあいまいさは、ロレットー判決以降未解決の問題である。同旨、由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償（二）—合衆国最高裁判例に基づく日米比較—」民商107巻4・5号204頁（1993），208頁。
- (33) Kent, *supra* note (22), at 101.

- (34) Lingle Case, *supra* note (8), at 2083-2084.
- (35) Alan, *supra* note (32), at 361.
- (36) *Id.* at 366, 374, 383, 391.
- (37) *Id.* at 361.
- (38) Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 122 S.Ct. 1465 (2002), at 1470. 拙著「土地利用における一時的規制と損失補償(中)」高岡29号1頁(2011), 16頁以下を参照。
- (39) Kent, *supra* note (22), at 100. Eagle, *supra* note (9), at 916-917. DANIEL R. MANDELKER et al., PLANNING AND CONTROL OF LAND DEVELOPMENT: CASES AND MATERIALS, at 178 (7th ed. 2008 LexisNexis). しかしこれも, ケント教授にしてみれば, 政府行為の結果こそすべてであり, ターゲットにされたかどうかは収用とは別の問題ということになるだろう。
- (40) Chicago, B. & Q.R. Co. v. City of Chicago, 17 S.Ct. 581 (1897), at 241. 樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂, 2011), 234頁以下。
- (41) Mahon Case, *supra* note (16), at 160.
- (42) Lingle Case, *supra* note (8), at 2083.
- (43) Penn Central Case, *supra* note (20), at 2660-2661.
- (44) Goldblatt v. Town of Hempstead, 82 S.Ct. 987 (1962). タウンが浚渫及び掘削を規制する条例を制定したことにより, 以前からそのような事業に従事していた者が, 条例は事実上事業の継続を妨げ, それゆえ修正14条に反してデュープロセスを欠く財産収用であると主張して訴訟を提起した事例。
- (45) Alan, *supra* note (32), at 337.
- (46) Agins v. City of Tiburon, 100 S.Ct. 2138 (1980), at 2141. 住居開発のため5エーカーの未開発地を購入した土地所有者らが, その後住宅開発を制限するゾーニング条例が制定されたため, 市を相手取り, 逆収用の結果として補償を, また, ゾーニング条例は文面上違憲である旨の宣言を求めて訴訟を提起した事例。
- (47) Lingle Case, *supra* note (8), at 2082. NOLON et al., LAND USE, at 135 (2006 Thomson/West). BURKE, *supra* note (9), at 56.
- (48) Lingle Case, *supra* note (8), at 2083.
- (49) Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 47 S.Ct. 114 (1926). 原告会社
が, ユークリッド村を相手取り, ゾーニング条例は修正14条に違反して
デュープロセスを欠く財産の剥奪であると主張して訴訟を提起した事例。
連邦最高裁により, 初めてゾーニング条例の一般的合憲性が認められた。

- (50) *Nectow v. City of Cambridge*, 48 S.Ct. 447 (1928). 原告へのゾーニング条例の適用は、修正14条に違反してデュープロセスを欠く財産の剥奪であるという主張が認められた事例。
- (51) *Rowan v. U.S. Post Office Dept.*, 90 S.Ct. 1484 (1970). 1967年郵便歳入及び連邦俸給法 (Postal Revenue and Federal Salary Act) の第3章 (Title III) の合憲性が争われた事例。
- (52) 主要判例をもとに、リングル判決までのこの定式の展開を考察するものとして、中村・前掲注(14), 144頁以下。
- (53) PATRICIA E. SALKIN, *AMERICAN LAW OF ZONING*, § 16 : 1, at 9 (5th ed. 2008 Thomson Reuters/West).
- (54) NOLON, *supra* note (47), at 134.
- (55) CALLIES, *supra* note (9), at 371.
- (56) BURKE, *supra* note (9), at 56.
- (57) Kent, *supra* note (22), at 108.
- (58) Eagle, *supra* note (9), at 900.
- (59) Lingle Case, *supra* note (8), at 2083-2084.
- (60) 連邦最高裁は、負担の状況が過酷でも不公正な分配でもない規制が「単に実効性のなさ又は思慮のなきのせいで、公共の用のために私有財産を『収用する』という考えは、支持できない」と述べている。*Id.* at 2084.
- (61) 連邦最高裁は、実効性のない規制が財産権に著しい負担を課すことも、また、財産所有者間に不公正に負担を分配することもないという認識を示している。*Ibid.*
- (62) Alan, *supra* note (32), at 349-350.
- (63) Lingle Case, *supra* note (8), at 2084.
- (64) *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 104 S.Ct. 2321 (1984), at 240. もっとも、その後同じく「公共の用」が問題となったケロー判決において、オコナー判事は、ポリス・パワーと公共の用は常に同一視できないという反対意見を書いている。*Kelo v. City of New London*, 469, 125 S.Ct. 2655 (2005), at 2685. 「公共の用のため」の意味とその変容について、福永実「経済と収用：経済活性化目的での私用収用は合衆国憲法第五修正『公共の用』要件に反しない (*Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005))」大阪経済論集60巻2号(2009・7) 137頁以下。判例評釈として、藤井樹也「公用収用と合衆国憲法」アメリカ法判例百選, 104-105頁(2012)。

- (65) Alan, *supra* note (32), at 353-354.
- (66) *Id.* at 355.
- (67) *Ibid.*
- (68) アラン教授は言う。「合理性という独立した収用基準の連邦最高裁による拒絶は、そのこと以上に広く理解されるべきではない。実質的促進基準は、実体的デュープロセスとは異なるものとして理解され得る。リングル判決は、同基準のそのような可能な代替の意味を処理していない。」
Id. at 335.
- (69) Lucas Case, *supra* note (19), at 2898-2899.
- (70) Eagle, *supra* note (9), at 951.
- (71) Lingle Case, *supra* note (8), at 2085.
- (72) バーン教授は、この点をリングル判決の重要な意義とみている。J. Peter Byrne, *Due Process Land Use Claims After Lingle*, 34 *ECOLOGY L.Q.* 471 (2007), at 475.
- (73) Lucas Case, *supra* note (19), at 2900.
- (74) ケネディ判事は同意意見において、「判決は、規制がデュープロセスに反するほど恣意的又は不合理である可能性を排除しない」と述べている。Lingle Case, *supra* note (8), at 2087.
- (75) Byrne, *supra* note (72), at 472.
- (76) Coniston Corp. v. Village of Hoffman Estates, 844 F.2d 461 (1988), at 466.
- (77) Byrne, *supra* note (72), at 476.
- (78) Eagle, *supra* note (9), at 954.
- (79) Byrne, *supra* note (72), at 476.
- (80) Eagle, *supra* note (9), at 956.
- (81) Byrne, *supra* note (72), at 479.
- (82) United Artists Theatre Circuit, Inc. v. Township of Warrington, 316 F.3d 392 (2003), at 394. 土地利用以外の事例で適用された「良心にショックを与える」基準を本件土地利用の事例に用いた多数意見に対して、これまで土地利用に関する実体的デュープロセス請求では「不適切な動機基準」(improper motive test) が用いられてきたのに、あまりにも先例を軽視しているとの反対意見が付されている。*Id.* at 405. これに対して多数意見は、土地利用に関する事例を同基準の適用から免除する理由はないと述べている。*Id.* at 401.
- (83) 例えば、田中二郎博士は、「公共の安全・秩序の保持とか社会的共同

生活の確保というような消極的な目的のために最少限度において必要な比較的一般的な財産権の制限（警察制限）には補償は要らないが、「産業・交通その他公益事業の発展とか、国土の総合利用・都市の開発発展というような積極的な目的のために必要な特定の財産権の取用その他の制限」（公用制限）には補償を必要とすると述べる。同『新版行政法上巻（全訂第二版）』215-216頁（弘文堂，1974）。

- (84) 例えば、宇賀克也教授は、景観規制を例に挙げ、「何が積極目的で何が消極目的かは、各人の価値観によって判断が異なりうるし、時代により社会通念も変化する」と述べる。宇賀・前掲注(4)，409頁，野呂充「警察制限・公用制限」行政法の争点〔第3版〕97頁（2004）。
- (85) 藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』147頁（創文社，1988）。由喜門・前掲注(1)，59頁。
- (86) Lucas Case, *supra* note (19), at 2898-2899.
- (87) SALKIN, *supra* note (53), § 16: 7 at 37. 樋口・前掲注(40)，520頁。ただし、ニューサンス例外を示したルーカス判決は、「ニューサンス又は財産法の背景にある諸原則」について、コモン・ロー上のニューサンスだけでなく、制定法上のニューサンスも含まれる可能性をほのめかしているのだが。Lucas Case, *supra* note (19), at 2901.
- (88) 「おそらく」と前置きしたうえで、そう述べる。ROBERT R. WRIGHT et al., LAND USE, at 91(4th ed. 2000 WEST).
- (89) Lucas Case, *supra* note (19), at 2897. BURKE, *supra* note (9), at 287.
- (90) 由喜門・前掲注(1)，913頁。
- (91) 西埜・前掲注(1)，83-84頁。
- (92) Lingle Case, *supra* note (8), at 2084.
- (93) BURKE, *supra* note (9), at 56.

弁護人の取調立会権について

大久保 正 人

目 次

はじめに

I ミランダと弁護人の取調立会権

- (1) ミランダ判決とミランダ警告
- (2) ミランダと弁護人依頼権

II 取調べの必要性和適正

- (1) 取調べの必要性
- (2) 取調べの適正
- (3) 小括

おわりに

キーワード：ミランダ警告，黙秘権，弁護人依頼権

はじめに

刑事訴訟法は、犯罪捜査に際して必要がある場合に、被疑者を取調べることを認めている。そして、我が国の刑事司法手続においては、その様々な局面（段階）にわたって、「取調べ」を利用して獲得された「自白」の存在が重要視されている。「自白」は、被告人の犯罪事実を立証するために使用されるだけでなく、検察官が「起訴猶予処分」を決定する際の前提条件にもなっていることから、我が国の犯罪捜査においては、その証拠収集方法として、被疑者の「取調べ」に重点が置かれる傾向がある。犯罪事実の真相は、結局のところ、被疑者本人にしか分からないとするならば、「取調べ」を利用して被疑者から事情を聴取することは、実体的な真実発見に適う能率的・効果的な証拠収集方法であるといえる。

しかし、被疑者の取調べは、現実問題として、被疑者の「自白」を獲得することに主眼が置かれていることから、取調べを担当する捜査官によっては、被疑者に対して有形・無形の圧力を加えてしまい、その結果として、「虚偽の自白・不任意の自白」が誘発されることがある。そして、そのことが「誤判」や「冤罪」の一因になっているという指摘もある⁽¹⁾。そのような指摘を受け、我が国においても、犯罪捜査の手法（証拠収集方法）として、「取調べ」を規制し、「取調べ」の役割を限定する方向性が模索されている。そして、取調べを「規制」し、取調べの役割を「限定」する効果が最も大きい方法の一つと考えられているのが、取調べに弁護人の立会を認めること、すなわち、「弁護人の取調立会権」の法制度化である。

もっとも、我が国の現行法制度や捜査・裁判実務を前提にするのであれば、被疑者を起訴し、被告人の犯罪事実を立証するためには、「取調べ」を利用した「自白」の獲得という証拠収集方法に頼らざるを得ないのも「現実」である⁽²⁾。したがって、捜査の適正化に向けた施策として、取調べを「規制」し、取調べの役割を「限定」するのであれば、それと同時に、「自白」に頼らなくても、被疑者を起訴し、被告人の犯罪事実を立証しう

る「新しい証拠収集方法」の導入を検討しなければならない。取調べに代わる「新しい証拠収集方法」としては、司法取引、刑事免責、潜入捜査、盗聴等、様々なものが挙げられるが、その中でも導入に向けた議論が活発なのは、アメリカ合衆国において広く利用されている「司法取引（答弁取引）」⁽³⁾である。そして、司法取引を行う際には、「弁護人の援助と助言」が前提条件とされる場所、それが「取調べ」の場を借りて（取調べの過程において）行われることが多いという「現実」に鑑みるならば、この文脈においても、「弁護人の取調立会権」の法制度化が課題となる。

本稿においては、我が国の刑事司法手続において、「取調べ」という証拠収集方法が果たしている役割・機能と、その危険性を確認した上で、その適正を図る方法について考察する。そして、刑事司法制度改革の一環として、「弁護人の取調立会権」を法制度化する意義や、その根拠について検討する。

Ⅰ ミランダと弁護人の取調立会権

先進諸国の刑事司法手続をみると、取調べに「弁護人の立会」を認めている国がある。例えば、アメリカ合衆国においては、被疑者の逮捕後、取調べを行うことが許されているが、そのような「身体拘束下の取調べ」の対象とされる被疑者は、ミランダ・ルール（ミランダ事件判決においてアメリカ合衆国最高裁が示した基準）に基づいて、「弁護人の立会」を受けることを保障されている（弁護人の取調立会権）。

弁護人が「取調べ」に立会うことによって、①被疑者の供述の信用性が高まる、②法執行官が強制的な取調べを行う可能性が減る（たとえ不適切な取調べが行われた場合であっても、それを弁護人が主張することができる）、③被疑者が自由で正確な供述をしたことと、その供述がそのまま公判に提出されたことが保証される、等の効果が期待されている。⁽⁴⁾

ここでは、「ミランダ判決」と「ミランダ警告」の内容を概観することを通して、「弁護人の取調立会権」の背景にある理念を明らかにし、我が

国において「弁護人の取調立会権」を法制度化する際に若干の示唆を得ることを試みる。

(1) ミランダ判決とミランダ警告

Miranda v. Arizona 事件 (1966年)⁽⁵⁾において、合衆国最高裁は、法執行官が、被疑者に対して「権利」の告知を行わない限り (あるいは、その権利の「知悉的・有意的・任意的」な放棄を得ない限り)、「身体拘束下の取調べ」の間に被疑者から獲得された自白が、公判において証拠として許容されない旨を述べている。

1 ミランダ判決

ミランダ判決において、合衆国最高裁は、強制的な性質を有する「身体拘束下の取調べ」から、被疑者の「自己負罪拒否特権 (黙秘権)⁽⁶⁾」を保障するためには、所定の「手続的な保護」を設けることが必要不可欠である旨を述べている。その理由は、次の通りである。

第1に、「身体拘束下の取調べ」は、修正第5条が規定する「自己負罪拒否特権 (黙秘権)」を脅かす。合衆国最高裁は、「暴行」を使用した取調べと同様に、心理的側面に重点を置いた取調べの手法についても、個人の尊厳を傷つける「脅迫」にあたる場合があることを指摘し、身体拘束下の取調べが有する「独特の雰囲気 (捜査機関の支配下にあるという重圧)」と「それが被疑者の心理に及ぼす影響」に懸念を表明している。そして、「身体拘束下の取調べ」が有する強制的な性質を払拭するためには、司法的に「手続的な保護」を創造していくことが必要であると考えている。⁽⁷⁾

第2に、取調べに使用される手法の問題である。合衆国最高裁は、警察によって執り行われている「取調べ」の手法が、被疑者の「黙秘する意思」を覆すことに作用する危険性を指摘している。そのような取調べの手法としては、被疑者を隔離された慣れない状況に置く、有罪の確信があるかのような雰囲気を醸し出す、執拗に取調べる、お決まりの「マツト&ジェフ」(1人の捜査官が友好的に、他の捜査官が敵対的に演じる)を使用する、

被疑者を犯人と同定すべく不正なラインナップにかける、黙っているのは何かを隠している証拠だと決め付ける、弁護士費用を浮かして被疑者自身で対応することを勧める、等が挙げられている。⁽⁸⁾

第3に、デュー・プロセス条項の下においては「任意」とされる場合であっても、修正第5条の下においては「強制」にあたる場合があるという点である。例えば、「威圧的な取調べ」によって自白を獲得した場合であっても、デュー・プロセス条項の下においては、「任意の自白」とされる可能性が残る。しかし、合衆国最高裁は、取調べという証拠収集方法そのものが、潜在的に「強制」の危険性を孕むものであることを指摘している。身体拘束下で取調べを受けるという「事実」は、被疑者の「個人の自由」に重大な影響を及ぼすのと同時に、ある意味において、被疑者の「弱み」に付け込むという側面を有することから、外部との接触が絶たれた状況下での「取調べ」は、修正第5条が規定する「自己負罪拒否特権（黙秘権）」の保障と真っ向から対立する。そこで、合衆国最高裁は、このような取調べの「強制的な性質」を払拭する「手続的な保護」が与えられない限り、真に被疑者の「自由な選択」に基づく自白というものはあり得ないと述べている。そして、このような観点を踏まえて、合衆国最高裁は、所定の「警告」なしに「身体拘束下の取調べ」の間に獲得された自白は、自己負罪の強要にあたり、必然的に許容されないという「明白な基準」を確立している。⁽⁹⁾

第4に、「身体拘束下の取調べ」に対して、修正第5条の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」が適用されるという点である。修正第5条の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」の背景にあるのは、政府が市民に対して、常に「高潔かつ誠実」でなければならないという理念である。合衆国最高裁は、このような理念を「実現」するためには、公判段階だけではなく、「身体拘束下の取調べ」においても、被疑者の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」が保障される必要がある旨を述べている。⁽¹⁰⁾

このように、「身体拘束下の取調べ」が有する心理的な圧迫を一掃し、

「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を実質的に保障することを目的として、合衆国最高裁は、法執行官が所定の「保護手続」に従うことを義務付けており、それは、法執行官が、「身体拘束下の取調べ」を執り行うのに先立って、被疑者に対して、①「黙秘権」と、②「弁護人依頼権」（取調べに弁護人の立会を受ける権利）を「告知」することを要求している。したがって、検察官が、所定の「保護手続」に準拠したことを証明しない限り、「身体拘束下の取調べ」の間に獲得された被疑者の供述は、公判において証拠とすることが許容されない⁽¹¹⁾。

2 ミランダ警告

ミランダ判決において、合衆国最高裁は、修正第5条が規定する「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を実質的に保障することを目的として、所定の「保護手続」を確立した⁽¹²⁾。いわゆる「ミランダ警告（Miranda Warnings）」である。

ミランダ・ルールによると、法執行官は、身体拘束下の被疑者を取調べるのに先立って（通常、被疑者の逮捕に際して）、次の4点を告知しなければならない⁽¹³⁾。

- ① あなたには黙秘権があります。
- ② あなたが供述したことは、あなたに不利な証拠として使用される可能性があります。
- ③ あなたには弁護人に相談する権利があり、取調べに際して、弁護人の立会を受ける権利があります。
- ④ あなたが弁護人を依頼する資力を有しない場合、取調べに先立って、弁護人が公選されます。

ミランダ・ルールは、法執行官が被疑者に対して、「黙秘権」の存在と、供述したことが全て、法廷で「不利益に使用される」可能性がある旨を告知するだけでなく、「弁護人依頼権」の存在と、取調べの間、「弁護人の

立会を受ける権利」がある旨を告知することを要求している。また、被疑者が弁護人を依頼する資力を有しない場合は、弁護人が公選される旨を告知しなければならないとしている。この点、「黙秘権」と「弁護人依頼権」に関する告知は、法執行官が「身体拘束下の取調べ」を執り行う「前提条件」であるのに対して、「弁護人の公選」に関する告知は、被疑者が弁護人を依頼する資力に「何らかの疑いがある場合」に行わなければならないものとされている⁽¹⁴⁾。

ミランダ警告は、権利の存在を「告知」することを通して、被疑者による知悉的な権利の援用を可能にしている。また、ミランダ警告は、被疑者が権利を援用した場合、それを法執行官が尊重する備えがあることを明らかにしている。さらに、ミランダ警告は、被疑者に対して、被疑者の利益のために行動する者が「1人ではない」ことを意識させる効果を有している⁽¹⁵⁾。

ミランダ判決において、合衆国最高裁は、被疑者の供述の「任意性」だけを基準として、当該供述の「許容性」を判断することから離れた。ミランダ・ルールの下において、裁判所は、次の3つの視点から、当該証拠の許容性を判断することになる⁽¹⁶⁾。

① ミランダ警告が与えられたかどうか。すなわち、供述が任意に提供されたとしても、ミランダ警告が必要な状況（身体拘束下の取調べ）において、ミランダ警告が与えられていなかったのであれば、当該供述は公判において許容されない。

② ミランダ警告が与えられたとして、権利放棄があったかどうか。すなわち、ミランダ警告が与えられていた場合であっても、被疑者がその権利を放棄したことを政府が立証できないのであれば、当該供述は公判において許容されない。

③ 権利放棄が、知悉的・有意的・任意的に行われたかどうか。すなわち、ミランダ警告が与えられ、その権利放棄が行われた場合であっても、

その権利放棄が、知悉的・有意的・任意的に行われなかったのであれば、当該供述は公判において許容されない。

ミランダ・ルールの重要性は、被疑者の供述を許容する基準を、容易に適用することが可能な「明確な基準」に変更した点にある。当該供述の「任意性」を、事例ごとに、長い時間をかけて判断していた従来の規準とは異なり、ミランダ・ルールの下における裁判所は、上記の3点を確認するだけでよくなった。すなわち、3点全てがクリアになるのであれば、当該証拠は許容されるのに対して、その1点でもクリアできないのであれば、当該証拠は許容されない。もちろん、「不任意の自白」は許容されないが、それは、裁判所が判断すべき最優先の課題ではなくなった。なぜなら、当該供述の「任意性」は、上記の3点をクリアすることによって「推定」されるからである。⁽¹⁷⁾したがって、裁判所は、当該供述が「真に任意のものかどうか」について、具体的な事実を調査する必要はない。

合衆国最高裁は、後に、ミランダ・ルールを次の如く要約している。⁽¹⁸⁾ミランダ・ルールは、被疑者に権利の存在を「警告」することを通して、「身体拘束下の取調べ」によって獲得された「自白」が、公判において許容されるための条件を整備した。法執行官が、身体拘束下の取調べに先立って、所定の「警告」を与えず、あるいは、その「権利放棄」を得なかったのであれば、獲得されたあらゆる供述は、排除されることになるであろう。反対に、所定の「警告」を与え、あるいは、その「権利放棄」を得たのであれば、それは事実上、供述が許容されることを意味するであろう。

(2) ミランダと弁護人依頼権

アメリカ合衆国憲法修正第6条は、刑事被告人に対して、「弁護人の援助を受ける権利（弁護人依頼権）」を保障している。それとは別に、身体拘束下の取調べを受ける被疑者に対しては、ミランダ・ルールによって「弁護人依頼権」が保障され、そのような取調べに際しては、「弁護人の立会を受ける権利」が保障される。すなわち、身体拘束下の取調べを受け

る被疑者が「弁護人の立会を受ける権利」を有することを「警告」するミランダ・ルールは、その効果として、「身体拘束下の取調べ」の状況に適用される（修正第6条が規定する「弁護人依頼権」とは異なる）、修正第5条独自の「弁護人依頼権」を生み出すことになった⁽¹⁹⁾。それでは、修正第6条の「弁護人依頼権」と修正第5条の「弁護人依頼権」（ミランダ・ルールに基づく「弁護人依頼権」：以下、ミランダの「弁護人依頼権」と記す）は、どのような関係性を有し、どのような差異が認められるのであろうか。

この点について、合衆国最高裁は、一方の権利が他方の権利よりも「上位にある」とか「優れている」ことはない（同じく「弁護人依頼権」を保障するという側面において優劣はない）旨を述べ、時として、2つの権利に関する議論を同化させる傾向がある⁽²⁰⁾。その一方で、2つの権利の間には、いくつかの明確な差異が存在している。いくらかの状況において、修正第6条の「弁護人依頼権」が適用されない場合に、ミランダの「弁護人依頼権」が適用され、いくらかの状況において、ミランダの「弁護人依頼権」が適用されない場合に、修正第6条の「弁護人依頼権」が適用される⁽²¹⁾。

1 修正第5条と修正第6条の関係

ミランダの「弁護人依頼権」と、修正第6条が保障する「弁護人依頼権」は、どのような関係性を有し、どのような差異が認められるのであろうか。

修正第6条は、「全ての刑事訴追手続において、被告人は、その弁護のために、弁護人の援助を受ける権利を有する」と規定している。この権利は、修正第14条の「適正手続条項」を通して、州の手続にも適用されている。

修正第6条の「弁護人依頼権」は、政府の法執行官が、弁護人の存在なしに（あるいは、弁護人依頼権の放棄なしに）、被告人から犯罪に関連する供述を「意図的に引き出す」ことを禁止している。当該供述が強制的な手段を使用して獲得されたものであろうとなかろうと、それが修正第6条の「弁護人依頼権」を侵害して獲得されたものであるならば、公判において証拠とすることが許容されない。但し、修正第6条の「弁護人依頼権」

は、正式訴追手続（当事者対抗主義的刑事司法手続：例えば、予備審問、罪状認否、起訴状による起訴等）が開始されてから付与される。

それに対して、修正第5条は、「何人も刑事手続において、自己に不利な供述を強要されない」と規定し、「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を保障しているが、その文言を見る限り、「弁護人依頼権」を明示的に保障するものではない。しかし、正式訴追手続（当事者対抗主義的刑事司法手続）が開始される前においても「黙秘権」が保障される旨を述べたミランダ判決（ミランダ・ルール）に基づいて、正式訴追手続が開始される前であっても、被疑者が「身体拘束下の取調べ」の対象とされる場合には、「ミランダの弁護人依頼権」と評される「弁護人依頼権」が付与されることになった。⁽²²⁾

このように、同じく「弁護人依頼権」を保障する修正第5条と修正第6条ではあるが、その保護法益にまで遡ってみてみると、異なった様相を呈することになる。まず、ミランダの「弁護人依頼権」は、もっぱら被疑者の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を保護することを目的としている。⁽²³⁾ すなわち、ミランダの「弁護人依頼権」は、「身体拘束下の取調べ」という状況（捜査機関の支配下という強制的な雰囲気）において、被疑者の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を保護するために付与される手続上の保障である。

それに対して、修正第6条の「弁護人依頼権」は、「自己負罪拒否特権（黙秘権）」とは無関係である。それは、当事者対抗主義的刑事司法手続に直面する被告人に「弁護人の援助を受ける権利」を付与することを通して、当事者たる地位を担保するものである。修正第6条の「弁護人依頼権」は、正式訴追手続（当事者対抗主義的刑事司法手続）が開始された後、被告人が政府の法執行官による「意図的な引き出し」の対象とされる場合、必然的に適用されることから、正式訴追されている被告人は、修正第6条の「弁護人依頼権」を改めて「援用」する必要はない（例えば、政府の法執行官であることを被告人が認識していなかったことから、その権利を援用する可能性がなかった場合であっても適用される）。⁽²⁵⁾

ミランダの「弁護人依頼権」と修正第6条の「弁護人依頼権」の差異を整理するのであれば、次の通りである。⁽²⁶⁾

① 修正第6条の「弁護人依頼権」は、正式訴追手続（当事者対抗主義的刑事司法手続）が開始された被告人に付与されるのに対して、ミランダの「弁護人依頼権」は、被疑者が「身体拘束下の取調べ」という状況に置かれるのであれば、より早い段階から付与される可能性がある。

② ミランダの「弁護人依頼権」は、被疑者が「身体拘束下の取調べ」を受ける限りにおいて付与されるのに対して、修正第6条の「弁護人依頼権」には、そのような制限がない。したがって、修正第6条の「弁護人依頼権」は、ミランダの「弁護人依頼権」が付与されない状況下においても付与される可能性がある。

③ 修正第6条の「弁護人依頼権」は、正式訴追手続（当事者対抗主義的刑事司法手続）が開始された犯罪に関して付与されるのに対して、ミランダの「弁護人依頼権」は、「身体拘束下の取調べ」を受ける限りにおいて、あらゆる犯罪に適用される。したがって、ミランダの「弁護人依頼権」は、修正第6条の「弁護人依頼権」よりも多くの場面で適用される可能性が高い。

④ ミランダの「弁護人依頼権」は、被疑者が「身体拘束下の取調べ」を受ける状況を保護しているのに対して、修正第6条の「弁護人依頼権」は、法執行官が犯罪に関連する供述を「意図的に引き出すこと」を禁止している。ミランダにいう「身体拘束下の取調べ」は、被疑者が置かれている状況に焦点を当てるものであり、法執行官の怠慢（警告を与えなかったこと）が違法性を認定する際の基礎となる客観的な基準である。それに対して、修正第6条にいう「意図的な引き出し」は、法執行官の意図の方に焦点を当てるものであり、違法性の認定に際しては、「意図的な違法行為」の存在が要求されている。

⑤ 修正第6条の「弁護人依頼権」は、潜入捜査やおとり捜査に従事する秘密捜査官による「意図的な引き出し」にも適用されるのに対して、そ

のような状況下において、ミランダの「弁護人依頼権」は付与されない。

このように、ミランダの「弁護人依頼権」と修正第6条の「弁護人依頼権」は、その究極の目的を異にしており、別個に取り扱うことが必要である。それらは、異なった時期に、異なった状況下で、異なった理由に基づいて付与されている。

2 ミランダの弁護人依頼権（弁護人の取調立会権）の根拠

同じく「弁護人依頼権」の問題として、総合的・包括的に論じられる傾向があるが、実際のところ、ミランダの「弁護人依頼権（弁護人の取調立会権）」は、修正第6条の「弁護人依頼権」ではなく、修正第5条の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を基礎としている。ミランダ警告のうち、①「あなたには黙秘権があります」と、②「あなたが供述したことは、あなたに不利な証拠として使用される可能性があります」は、被疑者が「自己負罪拒否特権」を有する旨を告知するものであり、ミランダ警告のうち、③「あなたには弁護人に相談する権利があり、取調べに際して、弁護人の立ち合いを受ける権利があります」と、④「あなたに弁護人を依頼する資力を有しない場合は、取調べに先立って、弁護人が公選されます」は、被疑者が「弁護人依頼権」を有する旨を告知するものであるが、その背景にある理念は、所定の「保護手続」を履践することを通して、自己負罪の強要から被疑者を保護しようとするものである。すなわち、ミランダ・ルールの主たる目的は、被疑者の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を実質的に保障するために、取調べに「弁護人の立会を受ける権利」を付与する点にある。

捜査実務の日常となっている「ミランダ・ルール（ミランダ警告）」ではあるが、「弁護人依頼権」の保障という側面から見るのであれば、それはケーキの一切れに過ぎないともいえる（修正第6条の「弁護人依頼権」という大円の中に、ミランダの「弁護人依頼権」という小円が位置している⁽²⁷⁾）。したがって、たとえ適切に「ミランダ警告」が与えられた（すなわ

ち、ミランダの「弁護人依頼権」の侵害はない) 場合であっても、そこに修正第6条の「弁護人依頼権」の侵害が認められるのであれば、当該供述は公判において許容されない。例えば、ミランダ警告を与えられた被疑者が、「弁護人の立会」を受けずに自発的に供述した場合、修正第5条の「自己負罪拒否特権(黙秘権)」との関係においては、当該供述が「許容」されるとしても、取調べを行った時期が「正式訴追開始後」であるならば、同じ供述が、修正第6条の「弁護人依頼権」との関係においては「排除」される可能性を否定できない。その意味において、修正第5条の「自己負罪拒否特権(黙秘権)」と修正第6条の「弁護人依頼権」は、相互に密接に関連(部分的に重複)しており、現場で実務に従事する法執行官にとって、取り扱いの難しい問題となっている。

このように、同じく「弁護人依頼権」を取り扱うものであっても、そのいくらかは、ミランダ警告を与えたかどうか(あるいは、その権利放棄を得たかどうか)を問題とする修正第5条の「自己負罪拒否特権(黙秘権)」の事例であり、他のいくつかは、正式訴追手続が開始されているかどうかを問題とする修正第6条の「弁護人依頼権」の事例である。したがって、当該供述が証拠として許容されるためには、法執行官が「ミランダ警告」を与えることに加えて、その時点において、正式訴追手続が開始されているかどうかを確認しなければならない状況も存在するであろう⁽²⁸⁾。

II 取調べの必要性と適正

刑事訴訟法第198条1項は、「犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」と規定し、同項但書は、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」と規定している。また、刑事訴訟法第198条2項は、「前項の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない」と規定している。

通常、被疑者の取調べは、被疑者から弁解や主張を含む供述を聴取し、犯罪の嫌疑の有無や情状を明らかにすることを通して、被疑者の「起訴・不起訴」を適正に決定するために執り行われている⁽²⁹⁾。

もっとも、「取調べ」を利用した証拠収集を、捜査官による有形・無形の「圧力」がかかった雰囲気の下で執り行うのであれば、①真実を歪める（虚偽の自白を誘発する）おそれがあるだけでなく、②被疑者の黙秘権を侵害する（不任意の自白を誘発する）おそれがあることから、法は「自己に不利益な供述を強要されない」と規定し（憲法第38条1項、刑事訴訟法第198条2項）、取調べに応じて供述することが、あくまでも「任意」である旨を強調している⁽³⁰⁾。

ここでは、我が国において、「取調べ」という証拠収集方法が重視されている理由（その役割・機能）と、強制的な要素を排除し得ない「取調べ」という証拠収集方法が有する危険性を概観する。そして、「人権保障」の観点から、取調べを「規制」し、その役割を「限定」する方向性を検討すると同時に、「真実発見」の観点から、取調べを「補完」する新しい証拠収集方法を導入する方向性を検討することを通して、これからの刑事司法手続における「弁護人の取調立会権」の存在意義を明確にする。

（1） 取調べの必要性

我が国の犯罪捜査において、「取調べ」はどのような役割・機能を果たしているのだろうか。また、逮捕・勾留されている被疑者は、捜査機関による「取調べ」に応じなければならないのだろうか。

1 取調べの役割・機能

被疑者の「取調べ」が必要とされる理由としては、①科学的な証拠だけで被疑者と犯人とを同定するのは困難であり、他に被疑者の供述が存在することによって、はじめて立証が可能になる場合が多いこと、②有罪を立証するためには、犯人と事件とを結び付ける証拠として、目撃者による識別証言が重要視されているが、このような目撃証言の正確性については、

科学的な見地から疑問が呈されていること、③贈収賄事件、公職選挙法違反事件等、物証を得ることが困難な事件においては、被疑者の供述こそが事件の解明に欠かせないこと、④犯罪の主観的側面、組織犯罪や集団犯罪又は共犯事件における各行為者の地位・役割・行為の分担、責任の範囲等は、被疑者の供述がなければ立証が困難であること、⑤都市化に伴う匿名性・無名性の加速が、被疑者を取調べる必要性を増大させていること、⑥被疑者が犯罪に関与していない場合には、弁解する機会を提供し、その嫌疑を晴らすためにも取調べが必要とされること、等が挙げられている。⁽³¹⁾ また、犯罪捜査という側面からだけではなく、①検察官が「起訴猶予処分」の決定を適切に行うためには、被疑者の取調べが不可欠であるという「刑事政策」の側面からや、②取調べを通して、被疑者と被害者（及び共同体の構成員）との和解を実現させるという「修復的司法」の側面からも、被疑者の「取調べ」の必要性が指摘されている。⁽³²⁾

また、警察庁「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会」による「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する中間報告」は、我が国における取調べの機能として、①事案の真相を解明し、真犯人を適正に処罰して欲しいという国民の声に応えること、②犯人として疑われる者から供述を獲得した上で、その裏付け捜査を実施し、真相の解明を進めること、③被疑者に対して適正な量刑を科すために、犯行における主観的要素、構成要件該当事実、動機等の情状事実を解明すること、④共犯事件や組織犯罪について、共犯者や組織の関与について供述を得て真相解明につなげること、⑤組織犯罪の場合等において、取調べを通じて被疑事実ではない他の事件に関する情報や、犯罪組織の情報等を入手すること、⑥実際に罪を犯した被疑者が真に自己の犯行を悔いて自白する場合には、その改善更正に役立つこと、等を挙げている。⁽³³⁾

このように、被疑者の「取調べ」は、被疑者の弁解を聴取した上で、それに対応した証拠収集を可能にするものであることから、仮に被疑者が真犯人ではないのであれば、その者を早期に刑事手続から外す役割を果たすだけでなく、仮に被疑者が真犯人であるならば、早期に反省して更正の道

を歩み始めることに寄与するという、単なる犯罪捜査の手法に留まらない、より積極的な側面を有することが指摘⁽³⁴⁾されている。

もっとも、被疑者の「取調べ」については、①虚偽自白に起因する「誤判・冤罪」という問題がある以上、その「真相解明機能・役割」を過度に高く評価すべきではない、②取調官の思い込みや、自白獲得への執着心のあまり、強引で無理な取調べが行われ、被疑者の人権が侵害される危険性がある、等の問題が指摘されている。また、そもそも、捜査段階にある被疑者に対して、事件に対する反省を求め、その改善・更正を促すことは、「無罪推定の原則」の趣旨より許されないのではないかという根本的な問題も残⁽³⁵⁾されている。

このような問題を抱えているにもかかわらず、警察庁「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会」による「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する最終報告」は、科学捜査だけでは明らかにできない証拠の所在や犯行の動機を解き明かすために必要不可欠であることを理由として、将来においても、証拠収集方法としての「取調べ」が果たす役割が大きいことを予測している。そこでは、①DNA型鑑定その他の科学技術を利用した捜査手法等を大幅に拡充したとしても、犯人を特定するだけの客観証拠が得られない事件は多く、客観証拠のみでは犯行の動機・目的や態様の解明・立証が困難であること、②犯行現場から特定の人物の指紋やDNAが採取されるなど、客観証拠から当該人物の犯行が強く疑われるとしても、取調べの結果、アリバイが判明する場合や、指紋やDNAが残されていることについて合理的な理由が存在することが分かる場合もあるため、現実には、客観証拠のみから直ちに真犯人と決め付けることはできないこと（一般論として言えば、事件を最もよく知る真犯人から供述を得ることによって、収集された客観証拠の意味や位置づけを知ることが可能となる）、③公判における量刑判断に際しては、犯罪の結果だけでなく、犯行の動機や背景等の情状が重要視されるところ、取調べによってこのような情状が明らかにならないのであれば、罪を犯した者に適切な刑罰を科すことも難しくなること等に鑑みて、取調べが果たす「真相

「解明機能・役割」は大きく、それを「取調べ」以外の捜査手法によって「完全に代替すること」は、現実には非常に困難である旨を指摘している。⁽³⁶⁾

2 取調べ受忍義務

前述のように、刑事訴訟法第198条1項本文は、「犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被害者の出頭を求め、これを取り調べるができる」と規定し、その但書は、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」と規定している。

それでは、逮捕・勾留されている被疑者は、取調室に出頭し、取調室に滞留しなければならないのであろうか。刑事訴訟法第198条1項但書が、「逮捕又は勾留されている場合を除いては」と規定していることから、その文言上、逮捕・勾留されている被疑者については、取調べを受ける義務、すなわち「取調べ受忍義務」が認められるのではないかが問題となる。このような「取調べ受忍義務」については、これを肯定する見解と、否定する見解に分かれている。

「取調べ受忍義務」を肯定する立場によると、刑事訴訟法第198条1項の文言は、次のように解釈されている。捜査機関は、身柄拘束中の被疑者を取調べるために、取調室へ出頭を求めることができることから(本文)、身柄拘束中の被疑者については、取調室へ出頭を拒否し、出頭後、自由に退去することはできない(但書の反対解釈)。言い換えるならば、逮捕・勾留されている被疑者については、取調室へ出頭する義務と取調室に滞留する義務があり、それはすなわち、取調べを受けなければならないという「取調べ受忍義務」を負うことを意味している。したがって、捜査機関は、被疑者を取調べるのが可能であり、それに対応して、被疑者は、取調べを受ける義務を有する(もちろん被疑者は、取調官の発問に応じて供述する義務を負うものでない)。

それに対して、「取調べ受忍義務」を否定する立場によると、刑事訴訟

法第198条1項は、次のように解釈されている。身柄拘束中の被疑者に出頭・滞留義務を認めるのであれば、たとえ供述義務がないとしても、実質的には供述を強いるものと異ならない。むしろ、但書は、身柄を拘束されている被疑者に出頭拒否と退去を認めたとしても、逮捕・勾留の効力を否定することにはならない旨を注意的に明らかにしたに過ぎないものであるから、捜査機関は、身柄拘束中の被疑者に対して、留置場所から取調室に出頭するように強制することはできないし、たとえ取調室まで出頭したとしても、被疑者が取調べの中止を求めた場合は退室を許さなくてはならない。この立場は、被疑者の「取調べ」が任意捜査であること、被疑者が「包括的黙秘権」を有すること、逮捕・勾留が「取調べ」を目的とするものではないこと等に依拠している。

この点について、判例は、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述すること拒否する自由を奪うということを意味するものではないことは明らかである」として、出頭・滞留義務を前提とした判断を下している⁽³⁷⁾。

そもそも、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる」という刑事訴訟法第198条1項但書の文言を素直に読むのであれば、身柄拘束された被疑者については、取調室へ出頭する義務と、その場に滞留する義務を有するものと解釈するのが自然であろう。被疑者には「黙秘権」が保障されていることから、取調官の発問に応じて供述する義務を負うものではないが、取調室に出頭し、滞留する必要があるという意味においては、「取調べ受忍義務」を負うものと考えられよう。確かに、被疑者の「黙秘権」を危険に晒すという批判を完全に否定することはできない。しかし、刑事訴訟法の目的という観点から、身柄拘束中の被疑者を取調べる必要性（真実発見の要請）と、被疑者の黙秘権を保障する必要性（人権保障の要請）とを利益衡量するのであれば、供述義務を伴わない「取調べ受忍義務」それ自体を否定してしまうことは、あまりにも人権保障の要請に傾き、真実発見の要

請を軽視していると言わざるを得ないであろう。そして、「取調べ」の行き過ぎによってもたらされる黙秘権侵害の危険については、取調べの適正化を図る施策を検討することを通して解決すべき問題であり、現実の捜査実務と合致しない「取調べ受忍義務」否定説を前提として理想論を展開することは、その方向性を見誤る一因となるであろう。したがって、被疑者の身柄の拘束を正当化するだけの「理由」と「必要性」が備わっている場合に、その者に質問し、弁解を聴取することは、刑事訴訟法の目的に合致する「必要かつ相当」な捜査手法（証拠収集方法）⁽³⁸⁾であると考えられる。

(2) 取調べの適正

先進諸国と比較して、捜査機関に許される捜査手法が限定されている我が国の刑事司法制度の下においては、「取調べ」という証拠収集方法が果たす役割・機能は大きい。その一方で、「取調べ」は、取調室という外界から遮断された密室で執り行われることから⁽³⁹⁾、その性質上、被疑者の「黙秘権」を侵害する危険性を孕んでいる。とりわけ、被疑者の「取調べ受忍義務」を肯定し、被疑者に対して取調室に出頭・滞留する義務を認める捜査実務を前提とするならば、そのような「取調べ」が適正に執り行われるよう、その「監視」と「規制」を徹底していく必要性が認められる。取調べの適正化を図る施策については、「取調べの可視化（取調べの全過程の録音・録画）」を中心とした議論が活発である⁽⁴⁰⁾。確かに、取調べの全過程を録音・録画しておくのであれば、後の公判において、「自白の任意性」を立証することは容易になるであろう⁽⁴¹⁾。しかし、被疑者の「黙秘権」を実質的に保障するという観点からは、後の公判において自白の「任意性」を争うということよりも、むしろ「黙秘するか否かの選択と決定が、正しい認識と判断の下に行われたのかどうか」という問題の方が、はるかに重要性を有するものと思われる。そして、被疑者による「自己決定」を確実なものとするためには、取調べに弁護人が立会い、適切な「援助と助言」を与えることこそが最も効果的な手段であると考えられる。そこで、我が国においても、アメリカ合衆国のように、被疑者の取調べに弁護人が立会い

(同席し)、適正な「援助と助言」を与えることが許されるのか、すなわち、「弁護人の取調立会権」を認めることができるのか否かが問題となる。

さらに、「取調べ」という証拠収集方法の役割を「限定」する代わりに、それを「補完」する新しい証拠収集方法として「司法取引（答弁取引）」の導入を検討する場合、そのような「司法取引」を行うためには、弁護人の「援助と助言」の存在が前提条件（必須）とされる。したがって、「司法取引」を導入する刑事司法手続においては、被疑者による「自己決定」と「自己実現」を確実なものとするという側面からも、「弁護人の取調立会権」の法制度化が喫緊の課題となるであろう。

1 「黙秘権」と弁護人の取調立会権

「弁護人の取調立会権」を法制度化する重要な意義の1つは、その究極の目的である、被疑者の「黙秘権」保障の実質化という側面から導かれる。

我が国の刑事司法手続においては、その様々な局面（段階）にわたって、「取調べ」を利用して獲得された被疑者の「自白」の存在が重要視されている。しかし、取調べに際しては、取調官の「思い込み」や「決め付け」（捜査機関の捜査方針）により、あるいは、取調官が「自白」を獲得しようと熱心になるあまり、時として、強引で無理な態様が介在する傾向がみられる。そして、それこそが、「不任意の疑いがある自白」を誘発する最も重大な原因であると考えられている。この点、自白の「任意性」については、「弁護人の取調立会権」を認めなくても、取調べを録音・録画することを通して担保されるという主張もある⁽⁴²⁾。しかし、「取調べ」を利用して獲得される「自白」の問題は、その「任意性」という観点からだけではなく、そのような「自白（黙秘権の放棄）」を選択するに至った過程において、正しい情報を得た上で、冷静な判断を下すことができたのかという、被疑者の「意思決定」という観点からの検討も必要であり、むしろ、それこそが黙秘権保障の「核心」であるといえよう。そして、被疑者の黙秘権侵害という疑念を払拭するためには、取調べに「弁護人の立会」を認め、その「援助と助言」を得ることを通して、当該「取調べ」の趣旨・内容を

明確にし、被疑者による「意思決定」の過程を透明なものにしていくことが望まれる。

また、我が国の「取調べ」実務においては、検察官と被疑者との間に、「罪を認めれば起訴猶予（不起訴）にする」という「暗黙の了解」が存在し、そのことが「取調べ」を受ける被疑者の心理を圧迫しているのが「現実」である⁽⁴³⁾。このような検察官による「起訴猶予処分」は、後に公判が開かれる場合とは違って、その「決定」に至るまでの過程が「不透明」であり、その「適正」を事後的に判断することが困難である⁽⁴⁴⁾。さらに、取調べにおいて罪を認めて反省している被疑者を「起訴猶予（不起訴）」として、身柄の早期解放（改善・更正，社会復帰）を図るとする「刑事政策的な意義」は無視できないとしても、「有罪」が確定していない捜査段階の被疑者に対して、事件に対する反省を求め、その改善・更正を促すことは、「無罪推定の原則」の趣旨より許されないのではないかという根本的な問題は残される。

このように、起訴猶予処分については、その刑事政策的な意義を否定できないとしても⁽⁴⁵⁾、検察官が広範な「訴追裁量権」を有しているという「現実」と併せて考察するならば、むしろその「負」の側面への対策が課題となるであろう⁽⁴⁶⁾。したがって、取調べにおける「意思決定」の過程を透明なものとし、被疑者による「自己決定」を最大限に尊重するためには、取調べに「弁護人の立会」を認め、その「援助と助言」を得ることが必要不可欠であると思われる。また、「取調べ」を通して、被疑者と被害者（及び共同体の構成員）の和解を実現することは、いわゆる「修復的司法」の理念とも合致するが、そのような「取調べ」を通じた「修復」は、弁護人が「取調べ」に立会い、被疑者と被害者側との「架け橋」となって行動することによって効果的に達成することが可能になる。そして、このように理解することではじめて、「起訴猶予制度」が有する刑事政策的な意義が、その真価を発揮することになるであろう。

2 「弁護人依頼権」と弁護人の取調立会権

「弁護人の取調立会権」を法制度化する重要な意義のもう1つは、被疑者の「弁護人依頼権」保障の実質化という側面から導かれる。

取調べに弁護人の立会を認めることに消極的な捜査機関等からは、弁護人が事件の性質を考慮しないで「黙秘」を勧めることによって、取調べが「訴訟戦術」の場と化し、正常な捜査活動が阻害されてしまうという批判がある。⁽⁴⁷⁾そして、被疑者の「人権」については、「弁護人の取調立会権」を認めなくても、弁護人との「接見交通権」を積極的に活用することを通して、十分に保障されると主張している。

確かに、「弁護人依頼権」保障の実質化は、第1義的には、適切な「接見交通権」の行使によって実現されるべき課題であるかもしれない。しかし、弁護人との「接見」は、「捜査のために必要があるとき」には制約を受ける可能性がある（接見指定）。また、弁護人との「接見」を通して弁護人の「援助と助言」を得ることができたとしても、弁護人が取調室に同席しないのであれば、取調官から、被疑者と弁護人との「見解の食い違い」を指摘され、かえって被疑者が不利な立場に追い込まれる可能性がある。したがって、そのような不安定な状況を回避し、被疑者に精神的な安定をもたらすためには、取調べに「弁護人の立会」を認めることが必要不可欠であるといえよう。

取調べに「弁護人の立会」を認めることは、取調べという証拠収集方法を「規制」することを通して、被疑者の「人権保障」の実質化を図るものである。しかし、先進諸国と比較して、捜査機関に許される「捜査手法」が限定されている我が国において、最も重要かつ効果的な証拠収集方法である取調べを「規制」し、その役割を「限定」するということは、その反面、国民が期待する事案の真相解明が立ち行かなくなる可能性を否定できない。そこで、取調べを「規制」し、その役割を「限定」するという「人権保障」の要請に応える施策を講じるのであれば、それと同時に、真相解明を求める国民の期待という「真実発見」の要請にも応えるべく、取調べの役割を「補完」する新しい証拠収集方法の導入を検討し、その「合理的

な調和」を図る必要性があるものと思われる。

取調べの役割を補完し、「真実発見」の要請に適う制度として導入が期待されているのは、アメリカ合衆国において広く普及している「司法取引（答弁取引）」⁽⁴⁸⁾である。司法取引は、2つの類型に区別することができる。第1の類型は、被疑者・被告人が、犯罪事実を「自白（自認）」すること（有罪答弁）との引き換えに、検察官が、「訴因」の縮小や一部撤回、「求刑（量刑）」の引き下げ等の譲歩を行うものである（有罪答弁／自己負罪型の司法取引）⁽⁴⁹⁾。第2の類型は、被疑者・被告人が、捜査に「協力」すること（とりわけ、公判廷で「証言」すること）を条件として、検察官が、「訴因」の縮小や一部撤回、「求刑（量刑）」の引き下げ等の譲歩を行うものである（捜査協力型の司法取引）⁽⁵⁰⁾。このうち、捜査協力型の司法取引については、当事者の利益や訴訟経済に適うだけではなく、それと引き換えに、より重大な「犯罪（巨悪）」を訴追・処罰することが可能になるといふ社会的な「大義名分」が存する。また、このような捜査協力型の司法取引を導入する意義は、捜査・訴追を通じた「処罰の確保」という点だけに留まるものではない。例えば、犯罪組織に対しては、「内部から犯罪が発覚し、その首謀者が処罰される」という図式が恒常化することによって、組織の結束力が薄れ、結果として、組織による犯罪を抑制する効果が考えられる。また、捜査に協力した者に対しては、捜査機関に協力したという事実の重みから、組織を脱退するきっかけとなるだけでなく、適切な保護制度と組み合わせることが可能であるならば、再犯の防止につながる効果も考えられる。したがって、一般的に「有罪答弁／自己負罪型の司法取引」を導入することについては時期尚早とする場合であっても、少なくとも「捜査協力型の司法取引」に関しては、「真実発見」という観点だけでなく、その社会的・刑事政策的な意義も大きいことから、より積極的に導入を検討することが可能であろう⁽⁵¹⁾。

我が国において、「司法取引」を導入することについては、未だ賛否両論に分かれている⁽⁵²⁾。とりわけ、「司法取引」の導入に否定的な見解は、検察官が「取引」をネタに心理的な圧力をかけ、それが「自白」の獲得に利

用されかねないことを指摘し、被疑者の「黙秘権」が侵害されるという事態を懸念している。しかし、「弁護人の立会」を前提条件として整備し、弁護人の適切な「援助と助言」を「司法取引」の要件とするのであれば、黙秘権の侵害という懸念は、比較的容易に払拭することができるものと思われる。むしろ、「弁護人の立会」を前提条件とし、その適切な「援助と助言」を得ることができるのであれば、それは「黙秘権を行使するかどうか」という被疑者による「自己決定」の側面だけではなく、「取引を通して自らの将来を設計する」という被疑者による「自己実現」の側面にも資することになるであろう。逆に言うと、「司法取引」という新しい証拠収集方法の導入が具体化するのであれば、捜査機関の側としても、「取調べ」という証拠収集方法に拘る必然性に乏しくなることから、「弁護人の取調立会権」の法制度化についても、それに反対する理由が少なくなるであろう。

このような観点から考察するのであれば、これからの刑事司法手続における「弁護人の取調立会権」は、被疑者の「黙秘権」と「弁護人依頼権」を実質的に保障するという意義（人権保障の要請）に留まらず、新しい証拠収集方法との関係において、被疑者による「自己決定」を尊重し、「自己実現」を後押しするという、より積極的な意義（新しい「真実発見」の⁽⁵³⁾要請）を見出しうる可能性を秘めている。

(3) 小括

我が国の現行法の下において、「被疑者の取調べに弁護人が立ち会うこと」は許されるのであろうか。刑事訴訟法第39条1項は、被疑者・被告人と弁護人の「接見交通権」を規定しているものの、弁護人が取調べに立会うことについては規定していないことから問題となる。

従来、我が国においては、被疑者の人権保障という見地から、「弁護人の取調立会権」を認める必要性そのものは認識されていたものの、明文の規定が存在しないこと等を理由として、「立法」によって解決すべき問題であると考えられていた。また、捜査機関の側からは、捜査の密行性・効

率性・迅速性に支障を来し、効果的な取調べができなくなることを理由として、それを否定的に捉える見解が大多数を占めていた。

ところが、近年、「取調べの可視化」をめぐる議論の中で、アメリカ合衆国の刑事司法手続（ミランダ判決）等を参考にして、現行法の解釈の範囲内（憲法論）で、「弁護人の取調立会権」を認めることも可能であるとする見解もみられるようになった。それによると、「取調べ受忍義務」を認める実務を前提とした上で、「黙秘権」の保障を図るためには、取調べの録音・録画（取調べの可視化）のみならず、さらに歩を進めて、「被疑者が弁護人の取調べ立会いを求める権利」を保障すべきであるとされる。また、弁護人の立会と、その援助・助言は、不当な取調べを防止するだけではなく、むしろ「黙秘」するのか「供述」するのか等を適切に判断する基礎として必要不可欠であるとされる⁽⁵⁴⁾。

「弁護人の取調立会権」を憲法の解釈から認める立場には、憲法38条1項、2項が「黙秘権」を保障し、憲法34条が逮捕・勾留中の「弁護人依頼権」を保障していることなど、被疑者の包括的な防御権を基盤とする諸権利が認められている趣旨に照らして、被疑者が弁護人の取調べ立会いを求める権利は憲法上保障されていると解してよいとする見解や⁽⁵⁵⁾、現行刑事訴訟法は、「弁護人の取調立会権」を明文で規定していない一方で、「取調べ」を規定する第198条は、取調べに弁護人が立会うことを否定するものではないのであるから、憲法が規定する「黙秘権」や「弁護人依頼権」を実質的に保障する観点からは、被疑者が「弁護人の取調立会権」を主張することも可能であるとする見解がある⁽⁵⁶⁾。

もっとも、「弁護人の取調立会権」は、憲法が規定する「黙秘権」や「弁護人依頼権」を実質的に保障する意義（人権保障）だけに留まらない。「司法取引」という新しい証拠収集方法の導入を検討する場合、その「前提条件」として、弁護人の「援助と助言」が必要不可欠となる。実際、アメリカ合衆国においても、「司法取引」は、修正第5条が規定する「自己負罪拒否特権（黙秘権）」と修正第6条が規定する「陪審裁判を受ける権利」を被疑者・被告人が放棄することを通して成立するものと考えられて

いるが、その場合であっても、「弁護人の援助を受ける権利（弁護人依頼権）」は保障される（放棄されない）ことから、弁護人が関与しない「司法取引」は認められていない。そして、そのような「司法取引」が取調べの場を借りて（取調べの過程で）行われることが多いという現実を鑑みるのであれば、我が国においても、弁護人の「援助と助言」を得るための最低条件として、「弁護人の取調立会権」を整備しておくことが必要である。

このように、これからの刑事司法手続における「弁護人の取調立会権」は、「人権保障」という側面だけではなく、「真実発見」という側面においても、重要な機能・役割を果たすことになるであろう。その意味において、「弁護人の取調立会権」は、憲法解釈の問題としてではなく、新しい証拠収集方法の「手続、要件・効果」を明示することと併せて、その「適用範囲」を一体的に法制度化すべき問題であるように思われる。

お わ り に

本稿においては、我が国の刑事司法手続において、「取調べ」という証拠収集方法が重視されている理由を確認した。また、そのような「取調べ」という証拠収集方法は、生来的に「黙秘権」を侵害する危険性を孕んでいることから、そのような危険を防止し、その適正化を図る手段として、「弁護人の取調立会権」を確立する必要性を指摘した。

但し、先進諸国と比較して、捜査機関に許される「捜査手法」が限定されている我が国において、取調べを「規制」し、その役割を「限定」することは、被疑者の黙秘権を保障するという「人権保障」の要請に資する反面、事案の真相を解明するという「真実発見」の要請に支障を来す可能性を否定できない。そこで、「真実発見」の観点から、取調べを「補完」する新しい証拠収集方法として、「司法取引（答弁取引）」の導入を提案した。

そして、刑事訴訟法の目的という観点から「弁護人の取調立会権」の存在意義を検討することを通して、それが、被疑者の「黙秘権」と「弁護人依頼権」を実質的に保障する（人権保障の要請）というだけに留まらず、

新しい証拠収集方法との関係においては、被疑者による「自己決定」を尊重し、「自己実現」を後押しするという、より積極的な機能・役割を果たしうる可能性を秘めていることを見出した(新しい「真実発見」の要⁽⁵⁷⁾請)。

このように、これからの刑事司法手続における「弁護人の取調立会権」は、「人権保障」という側面だけではなく、「真実発見」という側面においても、重要な機能・役割を担うことになるのであるから、「弁護人の取調立会権」については、新しい証拠収集方法の「手続、要件・効果」を明示することを含めて、その「適用範囲」を一体的に法制度化することが急がれる。

法制度化に際しては、新しい証拠収集方法の具体的な「手続、要件・効果」の検討と、弁護人の取調立会権の「適用範囲」の総合的な研究が必要とされるが、それを今後の課題として、本稿はこれで閉じることにしたい。

注

- (1) 重松弘教・榊野龍太『逐条解説・被疑者取調べ適正化のための監督に関する規則』(東京法令出版, 2009年) 2頁。
- (2) 渡邊一弘「刑事手続立法の課題」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』ジュリスト増刊(有斐閣, 2002年) 16頁, デイヴィッド・T・ジョンソン(田中開訳)「蜘蛛の巣に象徴される日本法の特徴」ジュリスト1148号(有斐閣, 1999年) 185頁。
- (3) アメリカ合衆国憲法修正第6条は、「陪審裁判を受ける権利」を保障しているが、その反面、刑事事件の約90%において、何らかの「司法取引」が行われ、正式な裁判を経ないで事件の「決着」に至っている。司法取引については、宇川春彦「司法取引を考える(1)~(17)・完」判例時報1583号~1627号(判例時報社, 1997年~1998年)が詳しい。その他、島伸一『アメリカの刑事司法 ワシントン州キング郡を基点として』(弘文堂, 2002年) 121頁, 丸山徹『入門・アメリカの司法制度 陪審裁判の理解のために』(現代人文社, 2007年) 70頁等参照。
- (4) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) 471.
- (5) Ernesto Miranda (当時23歳)は、強姦と誘拐の容疑で Arizona 州 Phoenix にある自宅で逮捕され、警察署に連行された。警察官は、2時

間にわたって Miranda を取調べ、その自白を得た。公判において、当該自白が証拠として許容され、ミランダは、強姦と誘拐の罪で有罪判決を受け、20～30年の拘禁刑を科された。その後、Arizona 州最高裁がこの有罪判決を支持したことから、Miranda は、合衆国最高裁に上訴した。

Miranda 事件で争点となったのは、身体拘束下の取調べを行う場合、その取調べに先立って、警察官が被疑者に対して、その憲法上の権利（自己負罪拒否特権、弁護人依頼権）を告知されていない限り、獲得した証拠が、公判において許容されないのではないかということである。

この点について、合衆国最高裁は、被疑者に対する「身体拘束下の取調べ」の間に警察官が獲得した証拠は、被疑者が、前以て、自己負罪拒否特権と弁護人依頼権について告知されていない限り、公判において許容されない旨を述べている。Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). ミランダ判決については、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』（成文堂、1995年）が詳しい。

- (6) アメリカ合衆国憲法修正第5条は、「何人も刑事手続において、自己に不利な供述を強要されない」と規定し、被疑者・被告人の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を保障している。
- (7) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 457-58.
- (8) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 451-55.
- (9) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 469-70.
- (10) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 468.
- (11) 但し、被告人の法廷における証言を弾劾する目的であるならば、ミランダ・ルールを侵害する証拠を使用することも可能である。Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971), Oregon v. Hass, 420 U.S. 714 (1974) 722-24.
- (12) Miranda, v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 478-80.
- (13) ほとんどの捜査機関においては、「あなたにはいつでもこの取調べを中止する権利があります」という、第5の「警告」を与えている。島伸一・前掲注(3)280頁参照。Roland V.del Carmen, Criminal Procedure Law and Practice (9th Ed.), 339 (2012).
- (14) Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra, Angela J. Davis, Basic Criminal Procedure (4th Ed.), 467 (2005).
- (15) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 467-68.
- (16) del Carmen, supra note (13), 336-337.
- (17) 「予防」的な要素が強いミランダによる保護は、修正第5条「それ自

体」による保障よりも広い範囲に及ぶことになる。言い換えれば、現実には「黙秘権」の侵害がない場合であっても、ミランダ警告を怠れば、ミランダ・ルール違反（修正第5条の侵害）とされる。Joshua Dressler, Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure Volume 1: Investigation* (4th Ed.), 416 (2006).

- (18) *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004).
- (19) Althea Kuller, *Moran v. Burbine: Supreme Court Tolerates Police Interference with the Attorney-Client Relationship*, 18 *Loy. U. Chi. L. J.*, 251 (1986) 259-60; John N. Ferdico, Henry F. Fradella, Christopher D. Totten, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional* (11th Ed.), 486 (2012).
- (20) *Patterson v. Illinois*, 487 U.S. 285 (1988) 297.
- (21) *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986); *Patterson v. Illinois*, 487 U.S. 285 (1988); *Mishigan v. Harvey*, 494 U.S. 344 (1990).
- (22) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) 468.
- (23) Ferdico, Fradella, Totten, *supra* note (19), 522.
- (24) *Fellers v. United States*, 540 U.S. 519 (2004).
- (25) *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980).
- (26) Dressler, Michaels, *supra* note (17), 555-557.
- (27) Roland V. del Carmen, *Criminal Procedure Law and Practice* (9th Ed.), 343 (2012).
- (28) *Fellers v. United States* 事件において、合衆国最高裁は、正式訴追後に被告人によってなされた供述が、公判において許容されるかどうかを決定する際に使用する基準として、修正第5条の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」ではなく、修正第6条の「弁護人依頼権」が適切である旨を判示している。当該事件において、被告人は、自宅と後に留置場でなされた供述が、公判において、被告人に対して不利益に使用されたことが、修正第6条の「弁護人依頼権」と修正第5条の「ミランダの権利」の両方を侵害すると主張した。被告人に対する「質問」が行われた時点において、当該被告人は、正式訴追された状態であった。この場合に、被告人の「自己負罪拒否特権（黙秘権）」を許容性の基準として使用するのであれば、被告人の留置場における供述は、許容されることになるであろう。なぜなら、被告人には「ミランダ警告」が与えられていただけでなく、自白する前に、被告人はその権利を放棄していたからである。それに対して、修正第6条の「弁護人依頼権」を許容性の基準として使

用するのであれば、被告人の留置場における供述は、許容されないことになるであろう。なぜなら、留置場における供述は、自宅における違法な取調べ（正式訴追後で、被告人には「弁護人依頼権」が付与されていた）から派生したものであり、たとえ「ミランダ警告」が与えられていたとしても、その供述は「毒樹の果実」として排除されることになるからである。

合衆国最高裁は、修正第6条の「弁護人依頼権」が問題となる事例においては、一貫して「意図的な引き出し」の基準を採用されることを前提として、被告人の自宅において、警察官が「意図的に情報を引き出した」ことに疑いはないと述べた。そして、警察官は、被告人が正式訴追された後に、被告人の自宅で弁護人の立会なしに被告人を取調べており、ここにおける弁護人の不在は、被告人の自宅での供述を許容できないものにする事から、それに続く留置場における被告人の供述も、「毒樹の果実」として許容されないとの結論を下した。Fellers v. United States, 540 U.S. 519 (2004).

- (29) 安富潔『刑事訴訟法（第2版）』（三省堂，2013年）222頁。
- (30) 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義〔第4版〕』（東京大学出版会，2012年）163頁。
- (31) 椎橋隆幸「逮捕・勾留中の被疑者の取調べ」『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣，2002年）58頁。
- (32) 椎橋隆幸・前掲注(31)58頁。
- (33) 警察庁「捜査手法，取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する中間報告」（2011年）24頁。
- (34) 池田修・前田雅英・前掲注(30)163頁。
- (35) 警察庁・捜査手法，取調べの高度化を図るための研究会「捜査手法，取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する最終報告」（2012年）11頁。
- (36) 警察庁・捜査手法，取調べの高度化を図るための研究会「捜査手法，取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する最終報告」（2012年）10頁。
- (37) 最高裁平成11年3月24日判決（民集53巻3号514頁）参照。
- (38) 池田修・前田雅英・前掲注(30)79頁。
- (39) 取調室の入口扉を開けたままにしておくなどの工夫は行われている。
- (40) 池田修・前田雅英・前掲注(30)165頁，椎橋隆幸・前掲注(31)59頁。
- (41) 取調べの「監視」・「規制」する手段のうち，現実に検討されている

(部分的に実施されている)のは、「取調べの可視化(取調べの全過程の録音・録画)」である。日本弁護士連合会は、「取調べの可視化(取調べの全過程の録音・録画)」が必要な理由として、次の2点を挙げている。

第1は、我が国の取調べは完全な密室で行われることから、それを利用して違法・不当な取調べが繰り返され、虚偽の自白に基づく「誤判・冤罪」が生み出されてきたという点である。このような違法・不当な取調べを抑止し、虚偽の自白に基づく「誤判・冤罪」を排除するためには、取調べの全過程を録音・録画することが必要不可欠であるとされる。

第2は、2009年5月21日から導入された「裁判員による裁判」においては、わかりやすい審理が求められるのと同時に、できるだけ明瞭な証拠の提出を心掛け、裁判員に過度な負担をかけないことが求められているところ、現在のように、自白の任意性・信用性をめぐって、長期間にわたって不毛な審理を重ねることは許されないという点である。したがって、自白の任意性・信用性をめぐる争いで裁判員に過度の負担をかけないという意味においても、取調べの全過程を録音・録画しておくことが必要不可欠であるとされる。

それに対して、可視化に消極的な捜査機関側からは、取調べの過程を録音・録画するならば、①被疑者との信頼関係を構築できなくなり、必要な供述が得られなくなる、②取調べの内容が第三者に知られること(それによる報復や地位の失墜)を恐れて、供述をためらうようになる、③取調べの過程において顕出する被害者や第三者のプライバシーに関する情報が、公判において公開されることによって侵害される等の意見が述べられている。

このように、「取調べの可視化」をめぐっては、それに積極的な見解と消極的な見解とが対立しているが、「裁判員による裁判」が開始された現在においては、裁判員に過剰な負担をかけないという意味においても、欧米先進諸国における趨勢であり、我が国の国民世論も「取調べの可視化」を支持する方向にあるという意味においても、もはや「取調べの可視化」は、逆らうことのできない必然の「流れ」であるといえよう。

「取調べの可視化」を実現するにしても、①どのような事件の「取調べ」を録音・録画するのか、②取調べの「全過程」を録音・録画するのか、「一部」を録音・録画するのかという問題が残される。我が国の現状をみるならば、「裁判員による裁判」の開始や、国民世論の「流れ」

を受けて、検察庁や警察庁は、取調べの一部の録音・録画を試行している。例えば、検察庁は、自白調書を証拠請求する裁判員裁判対象事件について、原則として、検察官の裁量により、取調べの一部を録音・録画している。また、警察庁（全国の警察本部）は、裁判員裁判対象事件であり、かつ被疑者が自白している事件について、警察官の裁量により、取調べの一部を録音・録画している。

もっとも、取調べの「一部」を検察官・警察官の「裁量」によって録音・録画するのでは、捜査機関側に都合の良い部分だけが録音・録画され、取調べの実態の評価を誤らせる危険があることから、このような方法では、取調べの状況を客観化し、自白の任意性の立証を容易にするという「取調べの可視化」が目指す本来の目的を達成することができない。したがって、取調べの可視化は、取調べの「全過程」を録音・録画することにこそ意義があるものといえよう。

- (42) 村井敏邦「密室の中での取調と被疑者弁護の意義」法学セミナー488号（日本評論社、1995年）6頁、上田國廣「刑事弁護の理念と実践」自由と正義50巻7号（1999年）108頁。
- (43) 我が国の刑事司法制度においては、検察官が公訴権を独占し、広範な訴追裁量権を有していることから、たとえ犯罪の嫌疑が存在し、証拠が揃っている場合であっても、検察官が諸般の事情を考慮して、「訴追の必要がない」と判断するのであれば、公訴提起（起訴）を見合わせることもできる（起訴猶予処分）。刑事訴訟法第248条参照。
- (44) そもそも、起訴猶予処分の決定がなされた場合、被疑者が事実関係を「あえて」争うことが少ないため、その内幕が表沙汰にならない。検察官が公訴権を独占し、広範な訴追裁量権を有する制度については、刑事訴追の政治的運用、公判中心主義の形骸化、調書裁判など、我が国の刑事手続が抱える様々な病理現象を生み出したと指摘されている。新屋達之「公訴の抑制」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法・下巻』（日本評論社、2007年）48頁、小山雅亀「起訴便宜主義の意義」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』ジュリスト増刊（有斐閣、2002年）98頁。
- (45) 起訴猶予処分については、①刑事裁判にかかる人的・経済的な負担を軽減し、訴訟経済に資すること、②示談の事実や宥恕の意思など、事件によっては、被害者や市民の法感情を尊重する方が適切な場合もあること、そして、③起訴され、「被告人」という烙印を押されると、それだけで様々な社会的不利益を被るだけでなく、社会復帰が困難になるとい

う現実に鑑みれば、起訴猶予処分による解決の方が被疑者にとって刑事政策的な意義が大きいこと等、その柔軟な活用が、刑事司法全体の健全な運営を支えているともいえる。したがって、起訴猶予処分が「適正」かつ「公平」に運用される限りにおいて、その「合理性」を否定することはできない。光藤影岐『口述刑事訴訟法(上)〔第2版〕』(成文堂、2000年)200頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、2003年)33頁。

- (46) 小山雅亀・前掲注(44)99頁。
 (47) 村井敏邦・前掲注(42)6頁、上田國廣・前掲注(42)108頁。
 (48) アメリカ合衆国憲法修正第6条は、「陪審裁判を受ける権利」を保障しているが、その反面、刑事事件の約90%において、何らかの「司法取引」が行われ、正式な裁判を経ないで事件の「決着」に至っている。アメリカ合衆国において「司法取引」が積極的に活用されている理由としては、次の2点が挙げられる。

第1に、「司法取引」は、被疑者・被告人側と検察側、双方の利益に資する。すなわち、被疑者・被告人側にとっては、取引に応じることで、「訴因」や「求刑(量刑)」の面で検察官から譲歩を得ることができるだけでなく、当該事件の結末を予期することが可能になり、裁判で負け、想像以上に厳しい判決を受ける可能性がなくなる。また、裁判になる場合よりも、弁護士費用などの諸経費を抑えることができる。検察側にとっては、たとえ本来(裁判による場合)よりも軽い「訴因」や「求刑(量刑)」に割引せざるを得ないとしても、確実に「有罪」を確保できることから、時間だけでなく、人手の面でも大幅な負担軽減を図ることができる。

第2に、「陪審裁判」を回避することを通して、刑事司法制度の効率的な運用を図ることができる。すなわち、金銭面(裁判にかかる費用・刑事施設にかかる費用)においては、小さな努力(当事者間の交渉)で、大きな効果(税金の節約)を得ることができ、人員面(裁判に携わる人的資源)においては、裁判官の事件処理の負担が軽減されることから、より重大な事件に集中することができる。また、全ての刑事事件で陪審による裁判を行うとするならば、一般市民の負担は膨大なものとなり、アメリカの裁判制度そのものが破綻してしまうであろう。

- (49) 答取引については、①当事者間の取引による解決は、罪責の認定による適切な科刑という刑事手続の本質にそぐわないこと、②取引に応じない場合は、より重い「訴因」で起訴し、より重い「求刑(量刑)」を行うという威嚇によって、被疑者・被告人に対して、「自己負罪拒否特

権」や「裁判を受ける権利」等の放棄を強いる効果を有すること、③本当は「無実」である被疑者・被告人が、公判で争って「有罪」とされ、「重い刑」で処罰されることを恐れて、あえて「有罪答弁」をしてしまう危険性があること等の問題点を指摘する声もある。しかし、取引によるならば、①正式な公判審理を経ずに、大量の刑事事件を簡易・迅速に処理することができること、②当事者双方が、公判審理によるリスクから開放され、結果を「予見」することが可能になること、③事件の処理が柔軟になり、厳しい結論に至るのを回避できること等、取引による解決の「利点」を強調することを通して、アメリカ合衆国の刑事司法制度の根幹にまで深く根付いている。

- (50) 捜査協力型の司法取引を行う場合、協力者本人が犯した罪については、その「訴因」や「求刑（量刑）」が本来よりも軽くなってしまいう一方、より重大な犯罪の訴追、組織犯罪・企業犯罪における「首謀者（黒幕）」等の訴追、政治家や公務員が関与する犯罪の訴追などに関して、当該協力者から捜査協力（証言など）を得ることができる。通常、組織犯罪や企業犯罪などを訴追しようとする場合、物証が乏しい（計画的かつ秘密裡に行われる）だけでなく、関係者による証言を得られない（報復や地位の失墜を恐れる）ことから、たとえ起訴まで持ち込んだとしても、公判を維持していくことは非常に困難である。ところが、「取引」によって内部事情を熟知する関係者（共犯者等）の協力（証言）を得ることができるのであれば、「トカゲの尻尾切り」で終わることなく、事件の背後にいる「黒幕」を処罰する道が開けることになる。したがって、協力者本人（個人）に対する「訴因」や「求刑（量刑）」は軽くなるとしても、それを通して、社会全体の安全（公益の増進）という「より大きな利益」を得られることになるから、アメリカ合衆国において「捜査協力型の司法取引」は、能率的・効果的な証拠収集方法として積極的に活用されている。

- (51) このような捜査協力型の司法取引の実施については、刑事訴訟法第248条の運用を通して（起訴猶予処分の一環として）、現行法の下においても可能とする見解もある。宇川春彦「司法取引を考える（15）（16）」判例時報1614・1616号（判例時報社、1997年）参照。

しかし、手続の「透明性」を確保する必要性や、その「適法性」を担保する手段（機関）の構築という点に鑑みるならば、立法による解決が望ましいものと思われる。

- (52) 有罪答弁型の司法取引については、①国民世論として、司法の分野で

「取引」を行うこと（悪人が利益を得ること）に嫌悪感を示す傾向があること、②検察官が「取引」をネタに心理的な圧力をかけ、それが「自白」の獲得（強要）に利用されかねないこと、そして、③アメリカ合衆国とは異なり、司法制度の破綻を招くほど犯罪数が多いこと等を理由として、その導入に否定的な見解も多い。しかし、①については、現状においても、「起訴猶予処分」の決定に際して、ある種の「取引」が、より不透明なかたちで行われているといえるし、②については、弁護人の「立会」と「助言」を条件とすれば解決しうる問題であるといえよう。そして、③についても、今後、いかなる犯罪を「裁判員による裁判」の対象とするのかによって「事件数」が左右され、対象事件数の増加が裁判員に対する過度の負担になることも考えられる。

捜査協力型の司法取引については、①捜査協力者（共犯者等）が、自己の刑責を免れるために「虚偽の情報」を提供する恐れがあることや、②捜査協力者（共犯者等）に与えられる寛大な処分は「不当な利益」であって、公平性に反するといった問題が指摘されている。しかし、①については、本命とされる者（捜査機関の標的）の裁判において「証言」をすることになる以上、その反対尋問に耐えうる性質のものでなければならぬし（さらに、虚偽の証言をした場合は、偽証罪に問われることになる）、②については、寛大な処分の選択（取引を行うこと）には「正当な理由（公益性）」が必要とされるだけでなく、本命とされる者に科される刑罰は、その者の刑責に見合ったものに過ぎないということが可能であろう。

- (53) 田口守一『刑事訴訟の目的 [増補版]』（成文堂、2010年）121頁。
- (54) 上口裕・後藤昭・安富潔・渡辺修（執筆）『刑事訴訟法 [第5版]』（有斐閣、2013年）79頁。
- (55) 上口裕・後藤昭・安富潔・渡辺修（執筆）・前掲注(54)79頁。
- (56) 村井敏邦「刑事弁護の有効性、相当性—三つの事例を素材として」井戸田侃・光藤影皎・大出良知・庭山英雄・小田中聡樹編『誤判の防止と救済』竹沢哲夫先生古稀記念祝賀論文集（現代人文社、1998年）112頁、渡辺修『被害者取調べの法的規制』（三省堂、1992年）34頁以下参照。
- (57) 田口守一・前掲注(53)121頁。

公文書管理法制の現状と課題

早 川 和 宏

目 次

- 一 はじめに
- 二 公文書管理法の問題点
 - 1 組織の定め方（国立公文書館等）
 - 2 現用文書の定め方（行政文書・法人文書）
 - 3 他の法令との関係
 - 4 移管・廃棄対象文書の決定（評価・選別）
- 三 おわりに

キーワード：公文書管理，国立公文書館等，行政文書，法人文書，
移管・廃棄

一 は じ め に

公文書等の管理に関する法律（以下「公文書管理法」という。）が2011（平成23）年4月1日に全面施行されてから3年近くが経過した。同法の施行により、現用文書たる行政機関（同法2条1項）・独立行政法人等（同条2項）の管理する文書は、それぞれ、「行政文書」（同条4項）・「法人文書」（同条5項）として、非現用文書たる国立公文書館等（同条3項）の管理する文書は「特定歴史公文書等」（同条7項）として、「法律」により管理されることとなった。⁽¹⁾

同法が施行されるまで、公文書等の管理は、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「行政機関情報公開法」という。）、独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律（以下「独立行政法人等情報公開法」という。）、公文書館法、国立公文書館法を根拠としてなされてきたが、様々な問題点を抱えるものであった。⁽²⁾ 公文書等を法律により管理し、従来存在していた問題点を解決するための制度を整備したという意味で、公文書管理法が制定された意義は大きいと評価することができる。

ところで、公文書管理法は、行政文書・法人文書・特定歴史公文書等からなる「公文書等」（同法2条8項）の管理につき定めるものであるが、この管理は、行政機関・独立行政法人等・国立公文書館等においてなされるものである。そのため、同法によって規律されるのは、基本的に行政機関・独立行政法人等・国立公文書館等（その長、役員、職員を含む。）である。その意味では、公文書管理法は、一般の法律のように国民に対して義務を課するものではない。むしろ、行政庁、内閣、行政機関という行政に法律上の義務を課す、行政手続法と類似する側面を持つともいえよう。行政手続法が、上述の組織に法律上の義務を課することにより、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資すること（同法1条1項）を目的としているのと同じように、公文書管理法は、上述の組織に法律上の義務を課することにより、「行政が適正

かつ効率的に運営されるようにするとともに、国及び独立行政法人等の有するその諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすること」(同法1条)を究極の目的としている。公文書等が、「健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源」(同条)であることにかんがみれば、公文書管理法により上述の組織に課された法律上の義務が適切に履行されることの重要性は、多言を要しないであろう。

もっとも、公文書管理法を子細に検討すると、同法により規律される、①組織の定め方(国立公文書館等)、②現用文書の定め方(行政文書・法人文書)、③他の法令との関係、④移管・廃棄対象文書の決定(評価・選別)などについて、いくつかの疑問が生じてくる。そこで本稿では、同法の解釈上、実務上問題となり得る(あるいは、既になっている)事項を指摘し、その改善策を探ることにしたい。

二 公文書管理法の問題点

1 組織の定め方(国立公文書館等)

(1) 国立公文書館等の種類と機能

「公文書等の管理に関する法律」という法律名が示す通り、同法は「公文書等」の管理について定めるものである。「公文書等」は、①行政文書、②法人文書、③特定歴史公文書等の3種類の文書からなっている(同法2条8項)。このうち③特定歴史公文書等は、以下の4種類の文書から構成されている。

- a. 行政文書ファイル等(相互に密接な関連を有する行政文書の集合物及び単独で管理されている行政文書⁽³⁾)のうち、国立公文書館等に移管された歴史公文書等(同法2条7項1号、8条1項)
- b. 法人文書ファイル等(相互に密接な関連を有する法人文書の集合物及び単独で管理されている法人文書⁽⁴⁾)のうち、国立公文書館等に移管された歴史公文書等(同法2条7項2号、11条4項)
- c. 行政機関を除く国の機関から内閣総理大臣を経由して独立行政法人

国立公文書館の設置する公文書館に移管された歴史公文書等（同法2条7項3号、14条4項）

d. 法人その他の団体（国及び独立行政法人等を除く。）から国立公文書館等に寄贈・寄託された歴史公文書等（同法2条7項4号）

ここにいう「歴史公文書等」とは、公文書管理法2条6項において、「歴史資料として重要な公文書その他の文書をいう」と定義されている。この定義は、当該文書の作成者・所有者を問わず、また当該文書が現用であるか非現用であるかも問わない。したがって、行政文書ファイル等であれ、法人文書ファイル等であれ、行政機関を除く国の機関の文書であれ、私人・地方公共団体の文書であれ、あらゆる文書が「歴史資料として重要」であれば、歴史公文書等に該当する。

また、ここにいう「国立公文書館等」は、機関ではなく施設を意味すると解されており、⁽⁵⁾公文書管理法2条3項によって、「独立行政法人国立公文書館（以下「国立公文書館」という。）の設置する公文書館」（1号。以下、本稿においても「国立公文書館」という。）と、「行政機関の施設及び独立行政法人等の施設であって、前号に掲げる施設に類する機能を有するものとして政令で定めるもの」（2号）の、2種類が定められている。後者は、行政機関の施設としての国立公文書館等（以下「行政機関公文書館」という。）と、独立行政法人等の施設としての国立公文書館等（以下「独立行政法人等公文書館」という。）の2つに分類することができる。⁽⁶⁾

以上から、歴史公文書等のうち、国立公文書館等、すなわち、国立公文書館、行政機関公文書館、独立行政法人等公文書館の管理下に置かれた文書のみが特定歴史公文書等であるということになる。特定歴史公文書等は、原則として「永久に保存」され（公文書管理法15条1項）、同法16条1項が定める利用請求権の対象となる。また、国立公文書館等でなければ、行政文書、法人文書の移管を受けることはできず、国立公文書館等に移管されない行政文書、法人文書は廃棄されることになる（同法8条1項、11条4項）。そのため、いかなる施設が国立公文書館等となるかは、「国及び独立行政法人等の有するその諸活動を……中略……将来の国民に説明する責

務」(同法1条)が全うできるか否かを左右する、重要な事項であるといえる。

この国立公文書館等のうち、独立行政法人国立公文書館が設置する公文書館(国立公文書館)⁽⁷⁾については、その範囲が明確であるため特に問題とならないであろう。これに対して、行政機関公文書館及び独立行政法人等公文書館については、政令で定められる必要がある(公文書管理法2条3項2号)。同号による政令での定めを受け、行政機関公文書館となった施設としては、宮内庁書陵部図書課宮内公文書館(公文書管理法施行令2条1項1号に基づく宮内庁長官の指定による。以下「宮内公文書館」という。)、外務省大臣官房総務課外交史料館(同項2号に基づく外務大臣の指定による。以下「外交史料館」という。)がある。また、「独立行政法人等の施設であって、法第15条から第27条までの規定による特定歴史公文書等の適切な管理を行うために必要な設備及び体制が整備されていることにより法第2条第3項第1号に掲げる施設に類する機能を有するものとして内閣総理大臣が指定したもの」(公文書管理法施行令2条1項3号)、すなわち独立行政法人等公文書館となった施設としては、東北大学学術資源研究公開センター史料館公文書室、名古屋大学大学文書資料室、京都大学大学文書館、大阪大学アーカイブズ、神戸大学附属図書館大学文書史料室、広島大学文書館、九州大学大学文書館、日本銀行金融研究所アーカイブの8施設がある⁽⁸⁾。

独立行政法人等公文書館の指定を内閣総理大臣によらしめているのは、「独立行政法人等の業務の性格、内容が多岐にわたることを踏まえ、行政機関の場合よりも柔軟な対応が可能となるよう」にとの考え方にに基づくものであり、指定に当たっては「施設の機能や体制、書庫のスペック等を踏まえ、総合的に判断することになる」とされている⁽⁹⁾。

(2) 内閣総理大臣の指定を巡る諸問題

現在、公文書管理法の適用を受ける独立行政法人等には、独立行政法人：100法人、国立大学法人：86法人、大学共同利用機関法人：4法人、特殊

法人：9法人，認可法人：4法人，その他の法人：1法人の，計204法人がある。⁽¹⁰⁾先に述べたように，独立行政法人等公文書館は8施設（8法人）しかないため，196法人には保存期間が満了した法人文書を移管すべき施設がないことになる。もっとも，法人文書の移管先は，「国立公文書館等」であればよく，当該独立行政法人等が設置した国立公文書館等に限定されてはならないため（公文書管理法11条4項），理論的には，独立行政法人国立公文書館が設置する公文書館（国立公文書館）に移管することが可能である。⁽¹¹⁾しかしながら，国立公文書館は，職員数47人（2012（平成24）年度末定員），書架延長約72Km（本館・つくば分館合計），延床面積約23,000m²（本館・つくば分館合計）というコンパクトな組織である。⁽¹²⁾そのため，法人文書の移管を受ける余力があるとは考えられない。

現に，2010（平成22）年10月19日に開催された文部科学省による公文書管理法等に関する説明会では，文部科学省及び内閣府公文書管理課と，国立大学法人・大学共同利用機関法人との間で交わされた質疑応答において，「今回『国立公文書館等』の指定を受けられなかった場合，残したい文書はどうすればよいか」という自然科学研究機構核融合科学研究所の質問に対して，「保存期間で対応して欲しい。国立公文書館への移管は，基本的に行政文書が中心で，独法については『極めて重要なもの』に限定するので，極めて少ないと認識している」（傍点は筆者による。）との回答がなされたという，広島大学文書館公文書室主任・村上淳子氏の報告がある。⁽¹³⁾ここでいわれている「保存期間で対応して欲しい」とは，保存期間を延長することにより廃棄しない方向で対応して欲しいという意味であろう。

公文書管理法上，法人文書の保存期間延長について直接定める条文は存在しない。もっとも，独立行政法人等が法人文書を管理するにあたっては，同法4条から6条までの規定に「準じて」適正に管理することが要求されている（同法11条1項）。そして，同法5条4項は，行政文書の保存期間及び保存期間の満了する日を，政令で定めるところにより延長することができる旨定めている。公文書管理法施行前，行政文書の保存期間の延長については，基本的には行政機関の長の裁量に完全に委ねられていたが，公

文書管理法はこれを政令（同法施行令9条）により規律することとしているのである。保存期間の延長を法律・政令により規律したのは、国立公文書館等に移管すべき文書が不合理に長期にわたり現用文書扱いはれることが、当該文書の紛失、破損・汚損を招きかねないためであると考えられる⁽¹⁴⁾。⁽¹⁵⁾このような事態は、行政文書のみならず法人文書についても懸念されるものであるため、法人文書の保存期間の延長についての判断は、公文書管理法5条4項及び同法施行令9条の規定に「準じて」（同法11条1項）、適正になされるべき筋合いのものである。

先に述べたように、公文書管理法上、国立公文書館等に移管されない法人文書は廃棄される。その唯一の例外が保存期間の延長であるが、業務上の必要性という積極的理由ではなく、移管先が無いという消極的理由に基づく延長の場合、当該法人文書の管理に対する役員・職員の意識は低下せざるを得ず、その紛失、破損・汚損が懸念される⁽¹⁶⁾。

法人文書の国立公文書館への移管を「極めて重要なもの」に限定するという、2010（平成22）年10月19日説明会での回答は、現実のものになっている。すなわち、2011（平成23）年度に保存期間が満了した（当初満了予定であったが保存期間を延長したものを含む。）法人文書ファイル等は、969,678ファイルあったが、そのうち国立公文書館に移管されたのは僅か9ファイルにとどまっているのである⁽¹⁷⁾。

独立行政法人等公文書館の存在は、不合理な保存期間の延長を避け、歴史資料として重要な法人文書を確実に残し、将来の国民に対する説明責務を果たす（公文書管理法1条）上で必要不可欠なものであるといえよう。しかし、先に指摘したとおり、196法人には独立行政法人等公文書館が存在せず、国立公文書館等に移管することが基本的にできない状態にある。では、なぜこのような事態が生じてしまったのか。結論から述べるならば、その原因は、独立行政法人等公文書館になるために要求される内閣総理大臣の指定（公文書管理法施行令2条1項3号）を受けるためのハードルが、非常に高く設定されたことにあると考えられる。

(3) 特定歴史公文書等の保存、利用及び廃棄に関するガイドラインの問題点

「特定歴史公文書等の保存、利用及び廃棄に関するガイドライン」（以下「特定歴史公文書等ガイドライン」という。）は、2011（平成23）年4月1日内閣総理大臣決定として定められ、翌2012（平成24）年の3度の一部改正を経て現在に至っている。

公文書管理法27条1項は、国立公文書館等の長に「特定歴史公文書等の保存、利用及び廃棄に関する定め（以下「利用等規則」という。）」を設けることを義務づけている。この利用等規則に記載すべき事項は、同条2項に列記されている。そして、利用等規則を定めるに当たって、国立公文書館等の長には、あらかじめ、内閣総理大臣に協議し、その同意を得ることが義務づけられている（同条3項）。そのため、独立行政法人国立公文書館が設置する公文書館（国立公文書館）、行政機関の施設としての公文書館（行政機関公文書館）のみならず、国からは独立の法人格を有している独立行政法人等の施設である独立行政法人等公文書館であっても、利用等規則について内閣総理大臣の同意を得なければならない。逆にいえば、利用等規則について内閣総理大臣の同意を得られない限り、公文書管理法上の「国立公文書館等」となることができないということになる。

特定歴史公文書等ガイドラインは、国立公文書館等の長が利用等規則案を作成するに当たり参考とするために、⁽¹⁸⁾内閣府が示したものであり、公文書管理法上の根拠を持つものではないが、事実上は、内閣総理大臣による利用等規則の同意基準（同法27条3項）としての機能、ひいては、内閣総理大臣による国立公文書館等の指定基準（同法2条3項2号、同法施行令2条1項3号）としての機能を有しているといえる。内閣総理大臣の同意・指定は、特定の施設に公文書管理法上の国立公文書館等としての地位を賦与する行為であるため、その法的地位に直接的な影響を与えているといえる。当該行為は、行政機関に属する宮内公文書館、外交史料館との関係では、「行政機関相互間の行為」（最一小判1959（昭和34）年1月29日民集13巻1号32頁）と位置付けることができようが、国とは異なる法人格を有す

る独立行政法人等との関係では処分類似の効力を有すると解する余地がある。すると、特定歴史公文書等ガイドラインは、行政手続法2条8号口、同法5条の定める審査基準に類するとも考えられる。

このような機能を有する特定歴史公文書等ガイドラインについては、公文書管理法施行前から歴史公文書等の保存・利用に当たってきた施設の職員から、様々な問題点が指摘されている。

第一の問題点は、その拘束力である。特定歴史公文書等ガイドラインは、国立公文書館等が利用等規則を定めるに当たっての「規定例を示すとともに、留意事項として実務上の留意点について記したもの」である⁽¹⁹⁾。その内容は、総則、保存、利用、廃棄、研修、雑則の計6章からなっており、規定例のみならず詳細な留意事項が記されている。特定歴史公文書等ガイドラインは、法律からの委任のない、文字通りガイドラインである。しかしながら、その事実上の拘束力は非常に強いものがあるようである。例えば、独立行政法人等公文書館の指定を受けた京都大学大学文書館の西山伸教授は、「このガイドラインの項目や留意事項は、文書館整備のための単なる目安ではない。利用等要項作成をめぐるやりとりや、内閣府による実地視察における議論の中で、これらの項目や留意事項通りに整備を行うよう強い指導があった。今回指定を受けた各施設の『利用等規則』が、皆ガイドラインの作成例とほとんど同じになっているのが、その何よりの証拠である」と述べている⁽²⁰⁾。この指導は、いわゆる行政指導であり、国立公文書館等への指定を希望する独立行政法人等に対して法的拘束力を持つものではないが、保存期間が満了した法人文書の廃棄を避け、自ら特定歴史公文書等を保存し、利用に供したいと考える独立行政法人等との関係で、「あくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるものであることに留意」(行政手続法32条1項)して行われたものといえるか、疑問なしとはしない。

第二の問題点は、特定歴史公文書等ガイドラインが要求する、文書を受け入れるための措置の水準が高度すぎることにある。特定歴史公文書等ガイドライン B-1 及び B-2 は、行政機関・独立行政法人等から移管されて

くる歴史公文書等及び私人等から寄贈・寄託された歴史公文書等の保存につき、①くん蒸その他の保存に必要な措置、②識別番号の付与、③利用制限事由該当性に関する事前審査⁽²²⁾、④目録の作成といった処置を施した上で、「原則として受入れから1年以内に排架を行うものとする」としている。これらのうち、実務上特に問題視されているのは、④である。

「平成23年度公文書等管理状況」⁽²³⁾78頁によれば、国立公文書館等のうち、民間その他の団体からの寄贈・寄託を受けたのは国立公文書館、名古屋大学（名古屋大学大学文書資料室）、京都大学（京都大学大学文書館）、神戸大学（神戸大学附属図書館大学文書史料室）の4施設である。そして、それぞれが受け入れた件数は、国立公文書館：110件、名古屋大学：3,288件、京都大学：4,371件、神戸大学：264件である。一見して、独立行政法人等公文書館が受け入れる寄贈・寄託文書が多いことが分かる⁽²⁴⁾。このデータは、「同じ国立公文書館等であっても、国立公文書館などと異なり、大学アーカイブズは所蔵資料全体に占める個人・団体文書の割合が高い⁽²⁵⁾」との指摘を裏付けていると解されよう。

行政文書・法人文書については、原則として現用段階で分類、名称付与が済んでいるため（公文書管理法5条1項・3項、11条1項・2項）、それが適切になされていることを前提とすれば、④目録の作成の手間は大幅に低減される⁽²⁶⁾。そのため、「原則として受入れから1年以内に排架を行う」という特定歴史公文書等ガイドラインの要求は、それほど厳しいものではないとも考えられる。これに対して、寄贈・寄託文書については、「個別の文書群によって数量も形態も保存状況も全く異なる寄贈・寄託文書を、（筆者注：行政機関・独立行政法人等からの受入文書と）同一の基準で整理させ、排架させようとするのは通常の体制では無理な注文であると言える⁽²⁷⁾」との指摘がなされており、傾聴に値しよう。

筆者は、1974（昭和49）年度に宮内庁から国立公文書館に移管された、極東国際軍事裁判関係の資料の目録作成業務に一部携わった経験があるが、64のダンボール箱に入っていた資料の目録作成に、2000（平成12）年1月から2002（平成14年）12月まで、実に3年近くの期間を要した⁽²⁸⁾。予算・人

員の確保ができれば、寄贈・寄託文書についても「原則として受入れから1年以内に排架」することは可能かもしれないが、そのような状況にある独立行政法人等は限られているであろう。そのため、これが独立行政法人等公文書館の指定を受け控える要因の一つとなり、結果として歴史公文書等の紛失・散逸・廃棄につながっていく可能性は否定できないであろう。

第三の問題点は、特定歴史公文書等ガイドラインが要求する保存環境の水準が高度すぎることにある。同ガイドライン B-4(2) は、特定歴史公文書等を保存する専用の書庫について、「温度、湿度、照度等を適切に管理するとともに、防犯、防災、防虫等のための適切な措置を講ずるものとする」としている。この温度湿度管理や防災等の措置に関しては、「所蔵する特定歴史公文書等の種類、量、館の置かれた環境等により異なるため、具体的な数値や方法をガイドラインで指定することはしていないが、それぞれの館の事情を踏まえて適切に行う必要がある⁽²⁹⁾」と説明されている。

「それぞれの館の事情を踏まえて」とされてはいるものの、特定歴史公文書等ガイドライン 8 頁では、国立公文書館における書庫環境整備状況等が「例えば」として記載されている。そこでは、温度22℃、相対湿度55%、紫外線除去された蛍光灯の使用、イナージェンガス等による自動消火設備の設置、排気を出さない高性能フィルターを使用した掃除機による週一回の全書庫のクリーニングが例示されている。また、内閣府公文書管理課から国立大学法人に発送されたという「国立大学法人からの質問事項」では、国立公文書館等に指定される施設の設備、人員体制について「施設の設備としては、受付窓口が整備されていること、専用の閲覧スペースが設けられていること、専用の書庫（特定歴史公文書等を永久保存するための温湿度管理、清掃等がなされている必要）等が整備され、人員体制については専任の職員が配置されていることなどがあげられる⁽³⁰⁾」とされている。

いずれについても、相応の予算措置が必要となるのは明らかである。しかしながら、「国立大学法人からの質問事項」では、「公文書管理法を所管する内閣府では、特段の予算措置は考えていない⁽³¹⁾」とされている。この点につき、京都大学大学文書館の場合は、「たまたま新書庫の建設と重なっ

ため、予算や工法上の問題が比較的スムーズに処理できたが、経常的な経費によるならばこのような整備は不可能であった⁽³²⁾といつて過言ではない」との指摘がなされている。

(4) 検討

以上、公文書管理法2条3項が定める「国立公文書館等」を巡る問題をいくつか挙げてきたが、このような問題はなぜ生じているのであろうか。この点については、特定歴史公文書等ガイドラインが「国立公文書館を念頭に置いて作成されたものであり、独立行政法人や国立大学法人等のことは考慮されていない⁽³³⁾」、独立行政法人等公文書館への公文書管理法のミスマッチは、同法が「国立公文書館のみを念頭に作られたためであると考えられる⁽³⁴⁾」、「『理想』からの偏差で現実を判断し、裏付け（財政的な）と計画性（『理想』への段階的な発展計画）を持たないまま、『理想』を現実にしようとした手法に問題があったと言わざるを得ない⁽³⁵⁾」といった、公文書管理法施行前から歴史公文書等の保存・利用に従事してきた者からの指摘が、正鵠を射ていると考えられる。これらを法的に敷衍すると、以下のようになろう。

特定歴史公文書等ガイドラインが、上述のような高いハードルを国立公文書館等の指定に際して要求したのは、公文書管理法15条1項で「永久保存」が定められていることによると考えられる。すなわち、「特定歴史公文書等を永久保存し得る施設」でなければ、国立公文書館等足りえず、公文書管理法施行前における我が国において、特定歴史公文書等を永久保存していたのは国立公文書館であるから、国立公文書館と同じく特定歴史公文書等を永久保存する施設たる国立公文書館等には、それと同じ水準を要求すべきとの思考が存在していたと考えられるのである。

しかしながら、文書の永久保存を定める法令は、公文書管理法15条1項だけではない。例えば、不動産登記規則28条によれば、「地図及び地図に準ずる図面（閉鎖したものを含む。）」（同条2号）、「建物所在図（閉鎖したものを含む。）」（同条3号）の保存期間が「永久」とされている。また、

土地改良登記規則3条2項, 土地区画整理登記規則4条2項, 立木登記規則31条1号, 木材統計調査規則16条1項・2項, 特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律18条2項など, 文書の「永久」保存を定める法令は多数存在する。これらの文書すべてについて, 特定歴史公文書等ガイドラインと同じような管理がなされているとは思われない。

そもそも, 特定歴史公文書等ガイドラインを順守したとしても, 特定歴史公文書等を文字通り「永久」に保存することは, 物理的に不可能であろう。たとえ, 国立公文書館のような温度湿度管理等を施したとしても, それは紙文書の劣化の進行を遅らせるに役立つにとどまり, それを止めるものではない。⁽³⁶⁾ また, デジタル化・マイクロフィルム化された文書であっても, ハードディスクを始めとする有体物に記録されている以上, その物理的限界は存在する。⁽³⁷⁾ つまり, 公文書管理法15条1項が要求する「永久保存」は, 一種のフィクションであり, 現在の科学技術水準からする「目標」ではあり得ても, 実現可能な「義務」であると解することはできないと思われるのである。換言すれば, 同項が要求する永久保存は, 過渡的な概念としての永久保存であると解すべきである。

しからば, 公文書管理法15条1項が要求する永久保存は, 「できる限り永久に」という意味で解すべきであろう。この「できる限り」は, 施設の置かれている状況に応じて相対的なものである。なぜならば, 国立公文書館という独立行政法人国立公文書館に置かれる施設, 宮内公文書館・外交史料館といった国の行政機関に置かれる施設, 国立大学法人を始めとする独立行政法人等に置かれる施設では, 予算・人員・施設の状況・保存する文書の種類等といった前提条件がそれぞれ異なるため, 「できる限り」の内容が異なって当然だからである。前提条件を揃えるのであればともかく, それらがなされていない現状において, 国立公文書館と同じ保存水準を他の「国立公文書館等」に一律に要求することは現実的ではない。

もちろん, 国立公文書館と同等の特定歴史公文書等の管理レベルを他の国立公文書館等のすべてに要求することは, 公文書管理法16条1項が定める特定歴史公文書等を利用する権利を確保し, 「国及び独立行政法人等の

有するその諸活動を……中略……将来の国民に説明する責務」(同法1条)を(できる限り)全うできるようにするという意味では、合理性を持つと解することができる⁽³⁸⁾。しかし、独立行政法人等公文書館が圧倒的に少なく、法人文書の受入れに国立公文書館が消極的であるという現在の状況にかんがみると、国立公文書館等としての指定を受けるためのハードルを高く設定したことは、法人文書の紛失・散逸・廃棄を招く要因となっており、かえって公文書管理法1条の目的を阻害していると評価することができる。国立公文書館と同等の保存レベルという「100」を求めて、結果として法人文書の紛失・散逸・廃棄という「0」を招こうとしているのが、現在の状況であろう。

この問題を解決する上で参考になると思われるのが、全国歴史資料保存利用機関連絡協議会(以下「全史料協」という。)の調査・研究委員会が提唱している、ミニマム・モデル、ゴールド・モデルという考え方である。全史料協は、1976(昭和51)年に発足した、文書記録を中心とする記録史料を保存し、利用に供している機関会員(文書館、公文書館、図書館、歴史資料館、自治体史編さん室、大学資料室等)と、同会の目的に賛同して入会した個人会員で構成する全国団体である。全史料協調査・研究委員会では、公文書管理法34条により地方公共団体に課された文書管理に関する努力義務のうち、歴史公文書等に係る義務を全国の地方公共団体が果たす上では、公文書館を設置することが必要となるが、特定歴史公文書等ガイドラインと同等の保存レベルを要求することは、厳しい地方公共団体の財政状況等にかんがみ現実的ではないと考え、まずは歴史公文書等を廃棄から救うためにミニマム・モデル(公文書館機能)を備え、将来的にゴールド・モデル(公文書館的機能)を目指すことを提唱している。本稿で述べた「過渡的な概念としての永久保存」を、それぞれの団体の置かれている状況に応じて求めるという点では、国立公文書館等に要求される水準を再検討⁽³⁹⁾する上で、参考になるものと思われる。

2 現用文書の定め方（行政文書・法人文書）

(1) 一般に入手可能な文書

行政文書・法人文書の定義は、それぞれ、公文書管理法2条4項、同条5項で定められているが、いずれにおいても、「官報、白書、新聞、雑誌、書籍その他不特定多数の者に販売することを目的として発行されるもの」（以下「販売目的文書」という。）が除外されている（公文書管理法2条4項1号、同条5項1号）。文言上、販売目的ではない文書、すなわち、国・独立行政法人等が作成し、無料配布するパンフレット等は、行政文書・法人文書に入ると解されよう。⁽⁴⁰⁾

販売目的文書が行政文書・法人文書から除かれ、公文書管理法に基づく管理を受けないこととされた理由の一つとして、「行政機関が発行する官報及び白書については、国立国会図書館法（昭和23年法律第5号）に基づき、国立国会図書館への納入が義務づけられ、同図書館において図書として適切に管理され、一般の閲覧に供されて」⁽⁴¹⁾いることが挙げられている。理論的にはそのようにいえるであろうが、国立国会図書館への、いわゆる納本制度の運用実績からすると、この理由は説得力を持たないと考えられる。

納本制度につき定める国立国会図書館法10章及び11章によれば、国の諸機関及びそれ準ずる法人（同法24条）並びに地方公共団体諸機関及びそれに準ずる法人（同法24条の2）には、当該機関・法人により発行された出版物、又は、当該機関・法人のために発行された出版物を、その他の発行者（同法25条）には、自らが発行した出版物を、国立国会図書館に納入することが義務付けられている。

2005（平成17）年刊行の出版物を対象として、国立国会図書館が2007（平成19）年度に行ったサンプル調査の結果によれば、国立国会図書館への納入率は、取次経由の図書が88%、自費出版の図書が67%、雑誌・新聞が85%、音楽・映像資料が39%、市販されている政府刊行物が90%、市販されていない政府刊行物が46%、地方自治体の刊行物が42%（最高94%、最低9%）となっている。また、大学の出版物については、全体として8

割弱という納入率であるものの、講演会報告、調査研究報告といった非継続資料の納入率が低いとのことである。⁽⁴²⁾すると、国立国会図書館への納入・同館での利用可能性に期待し、販売目的文書を公文書管理法に基づく管理対象から除外することは、一定割合の販売目的文書の利用可能性を奪うことにつながりかねないと評価できる。また、グローバル社会に突入した今日では、行政機関・独立行政法人等の諸活動の参考となった、販売目的で発行された海外書籍・文献等が多数存在すると考えられるが、それらについては納本制度の対象とはなっていない。

確かに、販売目的文書・海外書籍等については、その特定部分を抜粋する形で行政文書・法人文書を作成する上で利用されるのがほとんどであろうと思われる。⁽⁴³⁾そのため、その全部を公文書管理法による管理の対象としなくてもよいとの考え方には、確かに一理あるようにも思える。しかし、特定部分を抜粋する形で作成された行政文書・法人文書の妥当性を検証しようとする場合、不適切な引用・解釈がなされていないかを確認する必要がある。そのためには、そこで用いられている販売目的文書・海外書籍等を、「抜粋ではない形」で検証することが必要不可欠である。その意味では、少なくとも、行政文書・法人文書に一部抜粋の形で利用された販売目的文書・海外書籍等については、「当該行政機関における経緯も含めた意思決定に至る過程並びに当該行政機関の事務及び事業の実績を合理的に跡付け、又は検証することができるよう」⁽⁴⁴⁾(公文書管理法4条)にするために必要な文書として、行政文書・法人文書に含むことが望ましいのであるまいか。また、販売目的文書・海外書籍等の一部が行政文書・法人文書に含まれるということは、それらが国立公文書館等への移管の対象になり得るという効果も持つことになる。⁽⁴⁵⁾これにより、販売目的文書・海外書籍等を特定歴史公文書等化することが可能となり、現在のみならず将来の国民に対する説明責務が一段と果しやすくなる。

(2) 歴史資料等保有施設

行政文書・法人文書の定義について、公文書管理法は、それぞれ、行政

機関情報公開法・独立行政法人等情報公開法が定める行政文書・法人文書の定義と、平仄を合わせている。そして、行政文書・法人文書のいずれについても、当該行政文書（法人文書）の「歴史的若しくは文化的な資料又は学術研究用の資料として」の「特別の管理」が、それぞれ、「政令で定める研究所その他の施設」（公文書管理法2条4項3号）、「政令で定める博物館その他の施設」（同条5項3号）たる歴史資料等保有施設でなされていれば、行政文書・法人文書から除かれることになる。⁽⁴⁷⁾

ところで、公文書管理法上は、行政機関の職員（独立行政法人等の役員又は職員）が作成・取得し、組織的に用いるものとして保有している文書が、行政文書（法人文書）であるとされている（同法2条4項本文、5項本文）。したがって、行政機関（独立行政法人等）に属する歴史資料等保有施設の職員（役員）が職務上作成・取得した文書であっても、上述の「特別の管理」がなされていれば、それらは行政文書（法人文書）ではない。そのため、当該文書は国立公文書館等への移管の対象とならず、特定歴史公文書等に対する利用請求権の対象にもならないことになる。

歴史資料等保有施設につき、このような行政文書（法人文書）からの適用除外が定められたのは、公文書管理法制定附則5条による改正前の機関情報公開法2条2項2号がこれと同様の定めを置き、宮内庁書陵部、外務省外交史料館、防衛庁防衛研究所図書館（史料閲覧室）等が保有する文書を「行政文書」から除外していたこと、同じく、公文書管理法制定附則6条による改正前の独立行政法人等情報公開法2条2項2号もこれと同様の定めを置き、独立行政法人国立公文書館の公文書館、独立行政法人国立文化財機構の博物館、国立大学等の附属図書館、日本銀行金融研究所アーカイブ等が保有する文書を「法人文書」から除外してきたという経緯に基づいている。⁽⁴⁸⁾

本稿で言及した施設としては、上述の施設のうち、宮内庁書陵部図書課宮内公文書館、外務省外交史料館、独立行政法人国立公文書館の公文書館、日本銀行金融研究所アーカイブが、公文書管理法上の「国立公文書館等」となったのに対して、宮内庁書陵部図書課（図書寮文庫）、防衛庁防衛研

究所図書館（資料室）の後身たる防衛省防衛研究所戦史研究センター（資料室）は、公文書管理法2条4項3号、同法施行令3条1項に基づく歴史資料等保有施設に、独立行政法人国立文化財機構の博物館は、同法2条5項3号、同法施行令5条1項1号に基づく歴史資料等保有施設になっている。つまり、公文書管理法施行前までは同じく歴史資料等保有施設であったものでも、同法施行後に国立公文書館等となったものとならなかったものがあるのである。

繰り返しになるが、歴史資料等保有施設の保有する文書は行政文書（法人文書）ではないため、国立公文書館等への移管対象にならず、したがって公文書管理法16条1項の定める利用請求権の対象にはならない。つまり、特定の文書が歴史資料等保有施設における「特別の管理」下に置かれるということは、特定歴史公文書等利用請求権の射程範囲を画するという意味を持つのである。⁽⁴⁹⁾

先ほど述べたように、行政機関（独立行政法人等）に属する歴史資料等保有施設の職員（役員）が職務上作成・取得し、組織的に用いるものとして保有している文書であっても、「特別の管理」がなされていれば行政文書（法人文書）としての管理をしなくても良い。ここでいう「保有」という概念は、当該文書を所持していることをいい、所持とは、「物を事実上支配している状態をいい、当該文書を書庫等で保管し、又は倉庫業者等をして保管させている場合にも、当該文書を事実上支配（当該文書の作成、保存、閲覧・提供、移管・廃棄等の取扱いを判断する権限を有していること。……中略……。）していれば、『所持』に該当し、保有しているということが出来る」と解されている。⁽⁵⁰⁾

法的に見れば、国・独立行政法人等における文書の取得は、職員（役員）ではなく、法的主体たる国・独立行政法人等のみがなし得るはずである。⁽⁵¹⁾したがって、公文書管理法は、取得した文書につき、当該文書の法的取得主体（国・独立行政法人等）ではなく、事実上の取得（所持）主体により、行政文書（法人文書）として管理するか、歴史資料等保有施設の文書として管理するかを分けているといえる。

以上を前提とすると、何らかの文書を取得した法的主体（国・独立行政法人等）が、その管理をどの施設で行わせるかにより、行政文書（法人文書）であるか否かが左右されることになる。行政文書（法人文書）は、行政機関情報公開法・独立行政法人等情報公開法に基づく開示請求の対象となるのみならず、保存期間満了後には国立公文書館等に移管され、特定歴史公文書等として永久保存され、公文書管理法に基づく利用請求権の対象となり得るものである。これに対し、歴史資料等保有施設の文書については、明文で開示請求権・利用請求権を定める法律は存在しない。そのため、歴史資料等保有施設は、「請求権に基づく利用を避けるための施設」として用いられる危険性を有しているといえる。

もっとも、この点に関しては、歴史資料等保有施設においてなされている「特別の管理」の内容として、公文書管理法施行令4条3号、6条3号が定める事由以外での「一般の利用の制限が行われていないこと」が求められており、特に問題にならないとの見解もあり得よう。しかしながら、そのような見解を採るとしても、歴史資料等保有施設が保有する文書の利用拒否につき処分性が認められるか否かという問題がある。この問題は、公文書管理法制定前において問題となっていた、国立公文書館が保存する文書の利用請求拒否に処分性が認められるか否かという論点と共通性を有すると解されよう。当該論点については、処分性を肯定する見解と否定する見解があったところであるが、公文書管理法16条1項が利用請求権を明記したことにより立法的に解決した⁽⁵²⁾。しかしながら、歴史資料等保有施設で管理される文書については、立法的解決が図られていないため、今後、検討の必要があろう。

なお、公文書管理法施行令4条3号・6条3号が定める利用制限事由を、公文書管理法16条1項1号・2号と比較すると、前者の方が利用制限事由が少ない。そのため、利用請求権が明記された国立公文書館等に移管されるよりも、利用請求権が明記されていない歴史資料等保有施設で保有してもらった方が、利用者の立場からすると、利用の範囲が広がり望ましいという「逆転現象」が生じているように思われる点も問題であろう。

また、歴史資料等保有施設で管理されている文書については、公文書管理法施行令4条3号、6条3号が認める事由以外にも、著作権法上の利用制限、具体的には公表権（同法18条）、氏名表示権（同法19条、90条の2）、複製権（同法21条）との関係で利用制限が生じると解される点も問題である。紙幅の都合上、公表権についてのみ若干の検討を加えることにする。

例えば、私人が作成した歴史的公共施設の未公表の設計図が、国立公文書館等で利用に供されるケースを考えてみよう。この場合、当該設計図が、①行政文書が移管されたものであるときには著作権法18条3項1号、②法人文書が移管されたものであるときには同項2号、③寄贈・寄託されたものであるときには同項4号によって、公文書管理法16条1項の規定により国立公文書館等の長が当該著作物を公衆に提供し、又は提示することについて、原則として同意したものとみなされる（著作権法18条3項柱書）。そのため、国立公文書館等においては、公表について個別的な同意を得られていない著作物についても、公表権を侵害することなく利用に供することができる。ここで、公文書管理法16条1項のみが示されていることから、歴史資料等保有施設が当該設計図を保有している場合には、公表について著作者の許諾を求めなければならないこととなる⁽⁵³⁾。

これに対して、著作権法18条3項3号・5号では、公文書管理条例（地方公共団体又は地方独立行政法人の保有する歴史公文書等の適切な保存及び利用について定める当該地方公共団体の条例）に基づき地方公文書館等（歴史公文書等の適切な保存及び利用を図る施設として公文書管理条例が定める施設）に移管された文書を、公文書管理条例の規定（公文書管理法16条1項の規定に相当する規定に限る）に基づいて、地方公文書館等の長が当該著作物を公衆に提供し、又は提示することについて、原則として同意したものとみなしている（著作権法18条3項柱書）。ここでいう地方公文書館等をいかなるレベルのものとするかについては、特定歴史公文書等ガイドラインのようなものが存在しないため、当該地方公共団体が「地方公共団体又は地方独立行政法人の保有する歴史公文書等の適切な保存及び利用について定める当該地方公共団体の条例」で、「歴史公文書等の適切

な保存及び利用を図る施設」を定めればよい(同項3号)。そのため、特定歴史公文書等ガイドラインの要求水準を充たすことができず、国立公文書館等にはなれない歴史資料等保有施設と同等の水準の施設であっても、地方公共団体が条例で定めれば、公表権を侵害することなく当該設計図を利用に供することができることになる。著作権法18条は、行政機関情報公開法・独立行政法人等情報公開法に基づく開示請求権、公文書管理法に基づく特定歴史公文書等の利用請求権との関係で改正が重ねられてきたが、現行の公文書管理法を前提とする限り、歴史資料等保有施設との関係でも再度の検討が必要であると思われる。⁽⁵⁴⁾

3 他の法令との関係

公文書管理法3条は「公文書等の管理については、他の法律又はこれに基づく命令に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる」と定め、同法が公文書等の管理に関する一般法であることを示している。公文書管理法の特別法に該当するものの例としては、刑事確定訴訟記録法がある。⁽⁵⁵⁾

公文書管理法は、「健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源」たる行政文書、法人文書、特定歴史公文書等を管理することにより、「行政が適正かつ効率的に運営されるようにするとともに、国及び独立行政法人等の有するその諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすることを目的」としている(同法1条)。そのため、同法3条により同法の管理対象から一定範囲の文書を除外する特別法は、当該目的を果たすための別の制度が備えられているもの、又は当該目的に優る目的に資するためのものである必要がある。

本稿執筆時点では、「特定秘密の保護に関する法律案の概要」(以下「特定秘密保護法案概要」という。)しか公表されておらず、その詳細は不明であるが、特定秘密が記録されている文書が、公文書管理法3条によって同法の適用除外となることは避けるべきである。

特定秘密保護法案概要によれば、行政機関の長は、「別表に該当する事

項（公になっていないものに限る。）であって、その漏えいが我が国の安全保障に著しく支障を与えるおそれがあるため、特に秘匿することが必要であるものを特定秘密として指定し、「指定に係る事項が記載された文書に特定秘密の表示をすることその他の当該事項が特定秘密である旨を明らかにし、及びこれを保護するために必要なものとして政令で定める措置を講ずるものとする」（1頁）とされている。そのため、特定秘密が記録された文書の管理方法については、政令で定められると考えられる。法律・政令の定められ方によっては、公文書管理法3条に該当するとして、特定秘密が記録された文書の管理は、行政機関の長に全面的に委ねられることになりかねない。そして、2011（平成23）年8月8日の「秘密保全のための法制の在り方について（報告書）」⁽⁵⁶⁾13頁では、「例えば」という留保付きではあるが、「特別秘密に係る文書・図画・物件の作成・取得、運搬・交付、保管・利用、廃棄・移管の方法及び方法」について保全措置を講ずることが適当であるとされている。この方向で法律・政令等が整備されるのであれば、特定秘密が記録された文書は、やはり公文書管理法の適用を受けないということになりそうである。⁽⁵⁷⁾

行政機関情報公開法5条3号が規定するように、「国の安全が害されるおそれ」のある情報を、当該「おそれ」が存在する限りにおいて秘密にしておくこと自体は、正当化できよう。しかし、当該「おそれ」は、時の経過により減少してゆき、最終的には消滅するはずのものである。現在において「おそれ」があるため開示することができない情報であっても、当該「おそれ」が消滅した将来において「国民に説明する責務」（公文書管理法1条）を全うさせることは可能である。⁽⁵⁸⁾それを可能にするためには、当該文書が保存期間満了等を理由として廃棄されることなく、特定歴史公文書等として保存されることが必要である。このような観点からは、仮に特定秘密が記録された文書を公文書管理法の適用から除外するとしても、当該文書を確実に国立公文書館等に移管し、「おそれ」がなくなったのちに利用させる制度が整えられるべきであるといえる。

このような視点から参考になるのが、逗子市情報公開条例である。逗子

市情報公開条例では、同条例5条2項1号から4号に掲げる非公開情報が記録されていることを理由として非公開とされた情報(同条例3条1項)について、「非公開とされた年度の翌年度から起算して20年を経過したものは、その時点で情報公開請求がない場合であっても、当該情報を1年間公表するものとする」と定めている(同条例6条の2第1項、第2項)。また、その時点でも個人の権利・利益を侵害する情報については、なお「公表しないことができる」としつつも、当該個人情報については、「非公開とした年度の翌年度から起算して50年を経過するまで10年ごとに公表の可否について判断を行うものとする」としている(同条例6条の2第1項)。公開請求があってから20年以上が経過した情報について、公開の可否の判断をするということは、当該文書が保存され続けていることを意味しよう。

特定秘密保護法制において「特定秘密」とされた文書については、当該文書に係る説明責務を全うさせるため、逗子市における個人情報記録された文書のように、いつか公開できる日が来るまで保存し続ける制度が必要である。

補論

本稿校正中の2013(平成25)年12月6日、特定秘密の保護に関する法律(以下「特定秘密保護法」という。)が成立し、同月13日に公布された。

同法は、「我が国の安全保障(国の存立に関わる外部からの侵略等に対して国家及び国民の安全を保障することをいう。以下同じ。)に関する情報のうち特に秘匿することが必要であるものについて、これを適確に保護する体制を確立した上で収集し、整理し、及び活用することが重要であることに鑑み、当該情報の保護に関し、特定秘密の指定及び取扱者の制限その他の必要な事項を定めることにより、その漏えいの防止を図り、もって我が国及び国民の安全の確保に資することを目的とする」ものである(同法1条)。ここでいう「情報」が、「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した文書」(公文書管理法2条4項本文)に記録されていれば、当該

情報は公文書管理法にいう行政文書に該当する。したがって、特定秘密保護法及びその委任を受けた政令等において、「情報」の「収集」「整理」「活用」のための「必要な事項」を定めることにより、公文書管理法3条にいう「特別の定め」をなし、同法の適用除外とする余地がある。

もっとも、特定秘密保護法を見る限りにおいて、当該「特別の定め」に該当するような具体的な規定は見当たらないため、当該「情報」が記録された行政文書については、基本的に公文書管理法の適用があると解することができる。このことは、衆議院における修正で追加された特定秘密保護法4条6項が、秘密指定の有効期間の延長を通算30年を超えてするために同条4項によって要求される内閣の承認を得られなかった行政文書ファイル等を、公文書管理法8条1項の規定に関わらず「これを国立公文書館等（同法第2条第3項に規定する国立公文書館等をいう。）に移管しなければならない」と規定したことにより、明確になったといえよう。その意味では、本稿で危惧していた、特定秘密が記録された文書が、全面的に公文書管理法の適用除外となるという事態は避けられている。

しかしながら、特定秘密が記録された行政文書ファイル等について、現在及び将来における説明責務を全うさせるための制度が完全には確保されていない点は、問題である。

上述したように、特定秘密保護法4条6項は、同条4項によって要求される秘密指定の有効期間延長に係る内閣の承認を得られなかった行政文書ファイル等については、国立公文書館等への移管義務を定めている。この規定からすると、同項の適用を受けない行政文書ファイル等、すなわち、秘密指定の有効期間が30年以下であるもの、内閣の承認を得て秘密指定の有効期間が30年を超えて延長されたものについては、国立公文書館等へ移管されず、保存期間満了を理由として廃棄される可能性が残されていることになる。例えば、秘密指定の有効期間と当該秘密が記録されている行政文書ファイル等の保存期間が一致し、かつ、保存期間満了後の措置が「廃棄」とされてしまえば、行政機関情報公開法・公文書管理法に基づく開示請求・利用請求の機会を国民に与えることなく、当該行政文書ファイル等

を闇から闇へと葬り去ることが制度的には可能である。

このような事態を避けるために、特定秘密が記録された行政文書ファイル等については、国立公文書館等への移管を法律で義務づけることが考えられる。もっとも、これについては、特定秘密が記録された行政文書ファイル等が、常に「歴史資料として重要な公文書その他の文書」(公文書管理法2条6項)に該当するとは言い切れないため、そのすべてを国立公文書館等において「永久に保存」(同15条1項)させる必要はないとの反論が想定される。例えば、特定秘密保護法3条2項が定める「指定に関する記録」は、いかなる情報を特定秘密として指定していたかという、時の行政機関の長の判断を示すものであり、「歴史資料として重要」である可能性が高いと考えられるが、特定秘密として指定された個々の文書については、その内容、同一文書の存在の有無(特定秘密保護法6条により、特定秘密が他の行政機関に提供された場合には、同一文書が複数の行政機関に存在することになると思われる)等によって、「歴史資料として重要」であるものと、そうではないものがあり得るであろう。そこで、国立公文書館等に移管されない、特定秘密が記録された行政文書ファイル等については、秘密指定の有効期間満了後一定期間は保存期間を満了させないことを、法律によって規定すべきであると考ええる。このような制度が整備されれば、国立公文書館等に移管された特定秘密が記録された文書は、公文書管理法16条1項により、秘密指定の有効期間満了後一定期間保存されている文書は、行政機関情報公開法3条により、利用・開示可能性が担保されるため、現在及び将来の国民に対する説明責務を全うすることが可能になろう。

また、公文書管理法制との関係では、特定秘密保護法に罰則規定が置かれたことが注目される。同法23条以下では、特定秘密を洩らす行為、暴行・脅迫等により特定秘密を取得する行為、それらの未遂、過失、共謀・教唆・煽動が刑罰の対象とされ、最大10年の懲役刑が定められている。ここで注意すべきは、同法にも公文書管理法にも、特定秘密が記録された文書を保存期間満了前に廃棄した場合についての罰則規定が存在しないことである。

確かに、刑法258条には公用文書等毀棄罪が定められており、特定秘密

が記録された文書についても同条の適用がある。しかし、①同条は身分犯として規定されていないこと、②同条による刑罰の上限は懲役7年であり、未遂、過失犯の処罰規定がないこと、③特定秘密の指定の有効期間満了後・指定の解除後、当該秘密が記録された文書の保存期間満了前であっても、国民の目に触れさせずに直ちに廃棄したいという思考が生じかねないと考えられることからすると、刑法258条とは別に、罰則規定を置く必要があるのではなからうか。

「我が国の安全保障に著しい支障を与える」(特定秘密保護法3条1項)特定秘密を漏らすこと等を、最大懲役10年という刑罰をもって防ぐのであれば、「現在及び将来の国民に説明する責務」(公文書管理法1条)を全うできなくする、行政文書ファイル等を法律が認める場合以外に廃棄する行為等を、刑法258条よりも重い刑罰をもって防ぐ必要性が高いと考えるのは、筆者だけであろうか。

4 移管・廃棄対象文書の決定(評価・選別)

公文書管理法の特色の一つとして、レコード・スケジュール制度が導入されたことが挙げられる。レコード・スケジュールとは、個々の文書ごとに、保存期間が満了したときの措置、すなわち移管するか廃棄するかを予め決めておくことである。具体的には、行政機関の長に、行政文書ファイル等について、①保存期間の満了前のできる限り早い時期に、保存期間が満了したときの措置を定めること(公文書管理法5条5項)、②保存期間が満了したときに移管し、又は廃棄することを義務づけること(同法8条)により、レコード・スケジュール制度が導入されている。法人文書についても、同法5条5項に準ずることを要求する同法11条1項、保存期間が満了した法人文書ファイル等を国立公文書館等に移管し、又は廃棄することを義務づける同条4項により、レコード・スケジュール制度が導入されていると解されよう。

レコード・スケジュール制度が導入される前、すなわち、公文書管理法の全面施行前、歴史公文書等の移管について定める法律は、国立公文書館

法であった。公文書管理法制定附則4条による改正前の国立公文書館法下では、同法15条1項・2項により、内閣総理大臣は、歴史資料として重要な公文書等について、国立公文書館において保存する必要があると認めるときは、当該公文書等を保存する国の機関と協議をして定めるところにより、その合意を得て、移管を受けることができるとされ、これにより内閣総理大臣が移管を受けた文書を国立公文書館に移管する(同条4項)という制度になっていた。そのため、「合意」がなされない限り、内閣総理大臣ひいては国立公文書館に文書が移管されることはなく、問題となっていた。

このような状況を受け、2008(平成20)年11月4日の公文書管理の在り方等に関する有識者会議最終報告『『時を貫く記録としての公文書管理の在り方』～今、国家事業として取り組む～』(以下「有識者会議最終報告」という。)は、「移管・廃棄の是非について、より適切かつ効率的に判断できるよう、移管・廃棄基準の具体化・明確化を図り、移管基準に適合するものについては、原則移管とするとともに、公文書管理担当機関の判断を優先する仕組みを確立する」との具体的方策を示した⁽⁶⁰⁾。これを受け、公文書管理法では「行政機関の長は、保存期間が満了した行政文書ファイル等について、第5条第5項の定めに基づき、国立公文書館等に移管し、又は廃棄しなければならないとし(筆者注：8条)第1項)、レコードスケジュールに関する規程(第5条第5項)と相まって、歴史資料として重要な行政文書ファイル等は全て移管する仕組みを導入することとした」とされている⁽⁶¹⁾。これは、あたかも有識者会議最終報告書の要請を満たすように立法化をしたかのような説明であるが、正確には、その一部の要請しか満たしていないと考えられる。

有識者会議最終報告が行政文書の移管・廃棄に関する主な問題点として挙げているのは、①各府省と内閣府(国立公文書館)が合意しない限りファイルが移管されない仕組みであるため、各担当課の判断が優先され、内閣府(国立公文書館)の専門的意見が尊重されず、移管が進まないこと、②保存期間満了後に移管の是非を判断する仕組みであるため、最も内容を熟

知していると考えられる当該ファイルの作成者が移管・廃棄の判断に関与しないこと、③各府省からは、移管基準の更なる具体化・明確化の要望があること、といった3点である（下線は筆者による。以下同じ）。そして、有識者会議最終報告が示す解決の方向性は「歴史的に重要な文書が確実に移管されるよう、移管・廃棄の是非について、より早い時点において適切かつ効率的に判断できるようにするとともに、公文書管理担当機関の専門的意見が反映されるようにする」ことである。「より早い時点において適切かつ効率的に判断できるようにする」ことは、②③の問題点に、「公文書管理担当機関の専門的意見が反映されるようにする」ことは、①の問題点に対応するものと考えられる。この解決の方向性を実現するための具体的方策として、有識者会議最終報告で示されているのは、「移管・廃棄の是非について、より適切かつ効率的に判断できるよう、移管・廃棄基準の具体化・明確化を図り、移管基準に適合するものについては、原則移管とするとともに、公文書管理担当機関の判断を優先する仕組みを確立する」ことであり、より具体的には「①各府省において、ファイル管理簿にファイルを登録する際、保存期間満了時の移管・廃棄の扱いについて、公文書管理担当機関が定める統一的基準に基づき一次的な評価・選別を行う、②各府省の一次的な評価・選別の結果について、公文書管理担当機関がチェックする、③各府省及び公文書管理担当機関の評価・選別の判断について、文書管理に関する専門家（レコードマネージャー、アーキビスト等）が適切にサポートする仕組みとする」ことである。

つまり、有識者会議最終報告では、移管・廃棄の判断は、文書管理に関する専門家の適切なサポートの下における各府省での一次的な評価・選別＋公文書管理担当機関のチェック（二次的な評価・選別）という二段階を想定していたのである。有識者会議最終報告の示した公文書管理担当機関は、「行政機関のみならず、立法府や司法府からの文書の移管も視野に入れた我が国全体の公文書管理に関するいわば『司令塔』として、①公文書管理に関する法令等の企画・立案・調整、②作成・保存・移管等の公文書管理に関する基準の策定・改定、③文書の延長・移管・廃棄への関与、④

文書管理の実施状況の把握と不適切な実態の是正，⑤移管を受けた文書の保存・利用，⑥専門的知見を活用した各府省・地方公共団体等の支援，⑦国内・国外の関係機関との連携，⑧人材育成・研修・研究等の幅広く高度な機能を担うべき」機関として構想されており，具体的には，国立公文書館を，現在の独立行政法人から各府省や立法府・司法府からの円滑な移管が可能となるような権限を持つ「特別の法人」とすることにより，これに充てることが提言されている⁽⁶³⁾。しかしながら，公文書管理担当機関は設置されず，内閣総理大臣・公文書管理委員会が公文書管理担当機関に求められていた機能を一部果たしているに過ぎないのが，現在の公文書管理法である。公文書管理法は，結果として，最終報告が示した解決の方向性のうち，「より早い時点において……中略……効率的に判断できるようにする」ことのみを実現し，「公文書管理担当機関の専門的意見が反映されるようにする」ことを十分に実現しているとはいえない。ことに，行政機関の職員による移管・廃棄の判断を国立公文書館等が覆すこと，具体的には，「廃棄」とされた行政文書を「移管」とすることが出来ない点は，大きな問題である。

確かに，公文書管理法8条2項では，行政機関の長が保存期間の満了した行政文書ファイル等を廃棄する上で内閣総理大臣の同意を要求し，その同意を得られない行政文書ファイル等について新たな保存期間及び保存期間の満了する日を設定することを当該行政機関の長に要求しているが⁽⁶⁴⁾，行政機関の長が「いない」と判断した行政文書を，当該行政機関に無理やり保存させ続けることに，いかなる意味があるのだろうか。業務上の必要性という積極的理由ではなく，廃棄が認められないという消極的理由に基づく保存期間延長の場合，当該行政文書の管理に対する職員の意識は低下せざるを得ず，その紛失，破損・汚損が懸念されるであろう。

この行政文書ファイル等に係る内閣総理大臣の同意制度については，特定歴史公文書等の廃棄に係る内閣総理大臣の同意（公文書管理法25条，29条2号）におけるような公文書管理委員会への諮問も義務付けられていないため，「本来的には，内閣総理大臣ではなく，文書管理の専門家が専門

的・中立的観点から判断するのが望ましいと考えられる」,「透明性の確保と、より適切な公文書管理を確保する観点からは、いかなる公文書を廃棄するか、あるいは保存するかについて、広く国民の意見を聴取する仕組みを制度として取り入れることが望ましい⁽⁶⁵⁾」といった指摘がなされている。前者の専門家の判断の確保については、熊本県行政文書等の管理に関する条例8条2項が、公文書管理委員会に類する組織からの意見聴取を、鳥取県公文書等の管理に関する条例9条2項が、公文書館の館長との協議を義務づけており、参考になる。また、後者の国民等の意見聴取制度については、熊本県で既に実施されており、国においても参考になる⁽⁶⁶⁾。

公文書管理法の全面施行前から歴史公文書等の保存・利用に当たってきた国立公文書館以外の施設においては、公文書管理法により導入されたレコード・スケジュール制度とは異なる、独自の取り組みがなされていた。例えば、京都大学では、保存期間が満了した法人文書について、京都大学大学文書館へ全面的に移管し、大学文書館が当該文書を評価・選別し、保存するもの・廃棄するものを決定するという方法を用いていた⁽⁶⁷⁾。名古屋大学大学文書資料室も、公文書管理法の全面施行前には、資料室が評価・選別を行っていたとのことである⁽⁶⁸⁾。このような独自の取組みは、公文書管理法がレコード・スケジュールを導入し、移管・廃棄の決定権を行政機関・独立行政法人等という現用機関側に与えたことにより、相当程度阻害されている。これは、京都大学大学文書館、名古屋大学大学資料室においては（国立公文書館のように）、移管元機関の合意が得られないことにより円滑な移管が阻害されていたという立法事実が存在しないにもかかわらず、公文書管理法によって一律に「国立公文書館等」とされ、国立公文書館と同一の規律に服することとされたことの弊害であるといえよう⁽⁶⁹⁾。

このような現状は、オーダーメイド服を着ていた（自らの創意工夫の下で歴史公文書等を管理していた）大学文書館等に、既製服（国立公文書館の実態を前提とした「国立公文書館等」）を無理やり着せたようなものであると評価できよう。公文書管理法は、法人文書の管理に関する規律につき、「それぞれの法人の法的性格、自律性・自主性に配慮する必要がある⁽⁷⁰⁾」

との考え方をしているとされているが、その配慮は不十分であるといわざるを得ない。その意味では、「『国立公文書館等』に評価選別の主導権を原則として付与しつつ、その体制が整っていない場合には文書作成者に協力して行なう、といった規定に改めることが望ましいのではか⁽⁷¹⁾と考える」との主張は、大いに傾聴に値すると考える。

三 お わ り に

以上、公文書管理法につき、①組織の定め方（国立公文書館等）、②現用文書の定め方（行政文書・法人文書）、③他の法令との関係、④移管・廃棄対象文書の決定（評価・選別）の4点につき検討してきたが、同法にはその他にもいくつもの問題点が存在すると思われる。紙幅が尽きてしまったため、詳細は別稿に譲りたいと考えるが、主なものとして以下の問題を指摘することができる。

- ・ 特定歴史公文書等の利用制限事由の定め方：公文書管理法16条1項1号イ及び2号イにより利用制限がされる個人識別情報については、同条2項により「時の経過を考慮」しても文理的には個人識別性が失われるわけではないため、プライバシー型として規定すべきと考えられる点、行政機関を除く国の機関からの移管文書、寄贈・寄託文書の利用制限が、それぞれ、当該国の機関との合意、寄贈・寄託時に付された条件に依らしめられている点（同条1項3号・4号）
- ・ 利用の方法の定め方：公文書管理法16条1項柱書は原本利用を原則としているが、原本利用による当該文書の劣化・破損・汚損を考えると、一定の文書については複製物による利用を原則とした方が良いと考えられる点
- ・ 国立公文書館等となったことによる手数料（公文書管理法20条）増の問題⁽⁷²⁾
- ・ 公文書等の管理に関する専門職員の不在・養成の問題⁽⁷³⁾

公文書管理法が様々な問題点を抱えている要因の一つとして、トライ&エラーの不足を挙げることができよう。思えば、行政機関情報公開法の制定の際には、地方公共団体における情報公開条例の制定・運用を参考とすることができ⁽⁷⁴⁾た。これに対して、公文書管理法が制定された時点で存在していた公文書管理条例は、宇土市・ニセコ町・大阪市の3つのみであった。公文書管理法施行後、公文書管理条例が制定されるようになってきたとはいえ、まだ20団体を超えてはいない。公文書管理法、公文書管理条例はその対象を異にするとはいえ、国、独立行政法人等、地方公共団体、地方独立行政法人等といった公に関する文書を管理するという意味において共通性を有する。国レベル・地方公共団体レベルでの公文書管理法制の問題点が共有され、双方の発展につながるようにするべきであると考えらる。

公文書管理法制定附則13条1項は「政府は、この法律の施行後5年を目途として、この法律の施行の状況を勘案しつつ、行政文書及び法人文書の範囲その他の事項について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と定めている。同項が定める施行後5年という目途は、2016（平成28）年に迫っている。本稿が、公文書管理法の見直しの一助となり、また、地方公共団体が公文書管理制度を構想・改正する上の一助となれば幸いである。

附記

この度退職を迎えられる寺田友子先生には、筆者が研究者としての第一歩を踏み出した高岡法科大学への就職以来、公私にわたり大変お世話になった。寺田先生と筆者の共通の恩師である故・南博方先生は常々「行政の気持ち分かる研究者になりなさい」と仰っていた。寺田先生にご紹介いただき、自治体の各種委員、研修講師を務められたことは、師の教えを実践する上で貴重な財産となっている。ここに、改めて感謝の意を表する次第である。

注

- (1) このことから、同法は「現用文書と非現用文書を包括した公文書のライフサイクル全体を対象としたオムニバス方式の一般法」であると評価されている。宇賀克也『逐条解説公文書等の管理に関する法律〔改訂版〕(第一法規・2011(平成23)年)10頁。
- (2) 公文書管理法施行前の公文書等の管理に関わる問題点については、高橋滋・斎藤誠・藤井昭夫編著『条解行政情報関連三法——公文書管理法・行政機関情報公開法・行政機関個人情報保護法』(弘文堂・2011(平成23)年)6頁以下〔高橋滋〕, 宇賀克也「公文書等の適切な管理, 保存および利用」法書時報57巻4号3頁以下, 同「国民と行政主体との情報共有の現状と課題」ひろば63巻4号6頁以下を参照されたい。
- (3) 公文書管理法5条2項・5項参照。
- (4) 公文書管理法11条2項参照。
- (5) 宇賀・前掲注(1)46頁。
- (6) したがって, c. に掲げた, 行政機関を除く国の機関の歴史公文書等の移管を受けることができるのは, 「国立公文書館等」のうち, 独立行政法人国立公文書館の設置する公文書館に限定されていることになる。
- (7) もっとも, 国立公文書館には, 東京都千代田区の「本館」, 茨城県つくば市の「つくば分館」, 東京都文京区の「アジア歴史資料センター」の3つの施設が存在しているとのことである(国立公文書館HP「独立行政法人国立公文書館の概要」<<http://www.archives.go.jp/information/pdf/gaiyou.pdf>>(参照2013(平成25)年11月4日))。アジア歴史資料センターは, 国立公文書館, 外務省外交史料館, 防衛省防衛研究所戦史研究センターが保管するアジア歴史資料のうち, デジタル化が行われたもの(複製物)を, パソコン画面上で提供する電子資料センターであるという性質から, 公文書管理法2条3項1号にいう「公文書館」ではないという解釈になるのであろうと思われる。しかし, 同法に「公文書館」の定義規定はなく, 公文書館法4条1項にいう「公文書館」概念によるとしても, 同項は保存・閲覧に供する文書を原本に限定していないため, 疑問が無いわけではない。
- (8) 国立公文書館等の一覧を示すものとして, 内閣府ウェブサイト<<http://www8.cao.go.jp/chosei/koubun/about/kikan/kantou/kantou.html>>参照(参照2013(平成25)年11月4日)。
- (9) 植草泰彦・大磯一「公文書等の管理に関する法律施行令について」ジュリ1419号37頁。

- (10) 「公文書管理法の適用対象法人（独立行政法人等）一覧 平成24年4月1日現在」内閣府ウェブサイト<<http://www8.cao.go.jp/chosei/koubun/about/kikan/houjintou.pdf>>（参照2013（平成25）年11月4日）では、独立行政法人：102法人となっているが、平和祈念事業特別基金が2013（平成25）年4月1日に、海上災害防止センターが同年10月1日に解散しているため、本稿執筆時点では、独立行政法人：100法人、計204法人となる。
- (11) 更というならば、国立公文書館だけではなく、行政機関公文書館、他の独立行政法人等公文書館に移管することも理論的には可能である。もっとも、行政機関公文書館、独立行政法人等公文書館は、その設置組織に関係する特定歴史公文書等の保存・利用にあたる施設であることから、他の独立行政法人等の法人文書の移管を受けることは、基本的にないと思われる。
- (12) 内閣府ウェブサイト<http://www.cao.go.jp/yosan/pdf/process25_siryo_koubunnsyokan1.pdf>（参照2013（平成25）年11月4日）参照。同ウェブサイトでは、2013（平成25）年3月時点での、アメリカ、イギリス、フランス、オーストラリア、韓国の国立公文書館の職員数、施設総床面積、排架延長が示されており、独立行政法人国立公文書館のコンパクト振りが良く分かる。
- (13) 村上淳子「広島大学文書館における『国立公文書館等』の指定に係る対応——公文書管理法に基づく政令指定の経緯及び提出書類について——」広島大学文書館紀要13号31頁の注5。
- (14) 宇賀・前掲注(1)81頁。
- (15) 宇賀・前掲注(1)83頁参照。
- (16) 同様の懸念は、公文書管理法8条2項により、保存期間が満了した行政文書ファイル等の廃棄について内閣総理大臣の同意が得られず、保存期間の延長措置が取られた行政文書ファイル等についても当てはまる。
- (17) 内閣府大臣官房公文書管理課「平成23年度における公文書等の管理等の状況について」（2013（平成25）年2月。以下「平成23年度公文書等管理状況」という。）41頁。ちなみに、この9ファイルのうち4ファイルが独立行政法人等（公文書管理法2条2項）たる国立公文書館から、国立公文書館等（同条3項1号）たる国立公文書館に移管されたものであるため、独立行政法人国立公文書館以外の独立行政法人等から国立公文書館に移管されたのは、わずか5ファイルに過ぎない。なお、平成23年度公文書等管理状況は、内閣府ウェブサイト<<http://www8.cao.go.jp/>

chosei/koubun/houkoku/heisei23nendo_houkoku.pdf> (参照2013 (平成25)年11月4日) で入手できる。

- (18) 宇賀克也「公文書管理法全面施行の意義と課題」ジュリ1419号27頁。宇賀・前掲注(1)17頁。
- (19) 植草泰彦「特定歴史公文書等の保存, 利用及び廃棄に関するガイドラインについて」ジュリ1419号50頁。
- (20) 特定歴史公文書等ガイドラインは, 内閣府ウェブサイト<<http://www8.cao.go.jp/chosei/koubun/hourei/hozonriyou-gl.pdf>> (参照2013 (平成25)年11月4日) で入手することができる。
- (21) 西山伸「公文書管理法の問題点——国立大学法人の立場から——」日本史研究592号55頁。
- (22) 利用制限事由該当性に関する事前審査は, 行政機関・独立行政法人等から受け入れる文書についてのみ要求されており (特定歴史公文書等ガイドライン B-1(2)③), 寄贈・寄託された文書には要求されていない (同 B-2(2))。これは, 寄贈・寄託された文書については, 公文書管理法16条1項4号により, 寄贈・寄託時に付された条件による利用制限しか認められていないため, 当該利用制限の範囲及び適用期間を定めれば足りるという考え方によるものである。植草・前掲注(19) 51頁の注2参照。
- (23) 前掲注(17)参照。
- (24) もっとも, 同じく独立行政法人等公文書館であっても, 寄贈・寄託の件数が0である施設が6施設ある。このうち, 国立大学法人の国立公文書館等については, 公文書管理法2条5項3号・同法施行令5条1項4号の指定を受けた歴史資料等保有施設が寄贈・寄託文書を管理し, 特定歴史公文書等となることを避けているものがいくつか存在する。歴史資料等保有施設が抱える問題点については, 本稿二(2)参照。
- (25) 堀田慎一郎「公文書管理法の施行と大学アーカイブズ——名古屋大学の事例を中心に——」国文学研究資料館紀要アーカイブズ研究篇8号 (通巻43号) 50頁。
- (26) ちなみに, 「平成23年度公文書等管理状況」(前掲注(17)) 17頁によれば, 行政文書ファイル等の管理状況に係る監査において, 「行政文書ファイル管理簿への登録が漏れていた」, 「分かりにくい行政文書ファイル名が付与されていた」, 行政文書ファイル等の「背表紙の記載の内容が行政文書ファイル管理簿の登録内容と齟齬があった」といった事態が明らかになっている。当該監査は行政文書の管理に関するガイドライン (2011

(平成23)年4月1日内閣総理大臣決定。2012(平成24)年6月29日一部改正)の第8で定められているものであるが、法人文書の管理については、同様のガイドラインが存在しないため、監査の実施は各独立行政法人等の自主性に委ねられていると思われる。

- (27) 西山伸「公文書管理法と京都大学大学文書館」記録と史料22号17頁。
- (28) 当該目録作成作業の詳細については、庄司孝「宮内庁移管極東国際軍事裁判関係資料について——目録作成事業を終了して——」北の丸36号22頁を参照されたい。なお、当該文献は、国立公文書館デジタルアーカイブ<http://www.digital.archives.go.jp/support/pdf/kaiteiban_kitanomaru36gou_P22.pdf>(参照2013(平成25)年11月4日)で入手することができる。
- (29) 植草・前掲注(19)51頁。
- (30) 村上・前掲注(13)35頁。
- (31) 村上・前掲注(13)35頁。
- (32) 西山・前掲注(27)17頁。
- (33) 管真城『大学アーカイブズの世界』(大阪大学出版会・2013(平成25)年)219頁。
- (34) 西山・前掲注(21)58頁。
- (35) 小池聖一「公文書管理法における『歴史公文書』と『特定歴史公文書』——その生成過程と問題点——」広島大学文書館紀要13号15頁。
- (36) 園田直子「紙資料保存のための環境整備」同編『紙と本の保存科学〔第2版〕』(岩田書院・2010(平成22)年)187頁では、(紙)「資料の保存環境を整備することにより、資料が劣化する速度を抑制することができ」と述べている。なお、紙の有効寿命と温度湿度との関係について、国文学研究資料館史料館編『アーカイブズの科学 下巻』(柏書房・2003(平成15)年)325頁以下〔稲葉政満〕参照。
- (37) 複製を繰り返せば、個々のハードディスク等の耐用年数に依存することはなくなるが、そこで保存されているのは原本ではない。また、マイクロフィルムについても、その推定寿命は500年と考えられている。記録媒体の期待寿命については、小川千代子・高橋実・大西愛編著『アーカイブ事典』(大阪大学出版会・2003(平成15)年)253頁以下〔金澤勇二〕参照。
- (38) 野口貴久美「記録管理の制度と実務——公文書管理法施行1年を経て」レコード・マネジメント63号26頁では、国立公文書館等の「指定のハードルは『高い』という受け止められ方もありますが、個人的には、

国民の視点、利用者の視点から、これらすべての施設において一定のクオリティを伴う利用サービスを受けるための権利が確保されたということを積極的に評価すべきと考えています」と述べられおり、一般論としては、まさしくその通りであると考ええる。

- (39) ミニマム・モデル、ゴールド・モデルの具体的内容については、全史料協のウェブサイト<<http://www.jsai.jp/info2011/info20110919-5.pdf>> (参照2013(平成25)年11月4日)を参照されたい。
- (40) なお、国立大学法人では、「不特定多数ではない者(例えば学生や職員)を対象とした、あるいは不特定多数の者を対象としても販売を目的としない刊行物・印刷物が多い」との報告がある。これらは公文書管理法2条5項1号には該当しないため、法人文書であるということになるが、「一般には法人文書として取り扱われていない」とのことである。堀田慎一郎『『国立公文書館等』としての名古屋大学大学文書資料室——公文書管理法によって何が変わったのか——』名古屋大学大学文書資料室紀要20号97頁。法制度と実務の乖離を示す報告として注目される。
- (41) 『逐条解説公文書管理法・施行令〔改訂〕』(ぎょうせい・2011(平成23)年)21頁, 24頁。
- (42) 国立国会図書館ウェブサイト「国内出版物の納入率調査の結果」<http://www.ndl.go.jp/aboutus/deposit_02survey.html> (参照2013(平成25)年11月4日)及び国立国会図書館月報566号10頁以下参照。
- (43) 逐条解説・前掲注(41)21頁参照。
- (44) 公文書管理法4条は行政文書の作成に関する条文であるが、同法1条の目的規定と併せ考えるならば、少なくとも、ここで引用した部分については、取得した文書についても妥当する理念であると解するべきと考ええる。
- (45) 宇賀・前掲注(2)「公文書等」15頁は、公文書管理法制定前の論考であるが、「白書等、市販されるもの」や「ポスター、パンフレット等の広報資料」は、「政策の変遷を知る貴重な資料といえるので、これらも移管されるような措置を講ずる必要がある」と述べている。ここにいう「移管」は、公文書管理法制定附則4条による改正前の国立公文書館法が定める「移管」を指しているが、公文書管理法下における国立公文書館等への移管についても妥当する指摘であると考えられる。
- (46) 行政文書につき、公文書管理法2条4項と行政機関情報公開法2条2項を、法人文書につき公文書管理法2条5項と独立行政法人等情報公開法2条2項を比較されたい。

- (47) 公文書管理法2条4項3号が「研究所」を、同条5項3号が「博物館」を、それぞれ例示として規定しているのは、これらに該当する既存の施設のうち最多のものが用いられたためである。宇賀・前掲注(1)53頁, 57頁。
- (48) 逐条解説・前掲注(41)22頁, 24頁参照。
- (49) なお、行政機関情報公開法2条2項3号・同法施行令2条、独立行政法人等情報公開法2条2項3号・同法施行令1条により、公文書管理法上の歴史資料等保有施設は、行政機関情報公開法・独立行政法人等情報公開法上の歴史資料等保有施設と一致している。そのため、特定の文書が歴史資料等保有施設における「特別の管理」下に置かれるということは、行政機関情報公開法・独立行政法人等情報公開法に基づく開示請求権の射程範囲をも画するという効果を持つ。
- (50) 逐条解説・前掲注(41)20頁。
- (51) 宇賀・前掲注(1)62頁は、国立公文書館等に寄贈される文書につき「寄贈の場合には、所有権は国または独立行政法人等に移転する」と述べている。この理は寄贈文書のみならず、私人が行政機関や独立行政法人等に提出した文書についても当てはまると解されよう。
- (52) 学説の状況につき、高橋ほか・前掲注(2)95頁〔友岡史仁〕参照。
- (53) なお、著作家が死亡した後であっても、著作権法116条1項に基づき、遺族による差止請求、損賠請求等がなされる可能性がある。
- (54) 氏名表示権、複製権についても、ほぼ同様のことがいえる。もっとも、当該歴史資料等保有施設が著作権法31条の適用を受ける図書館等であるならば、少なくとも、公表された著作物の複製権との関係では、問題は生じないことになろう。
- (55) 宇賀・前掲注(1)63頁。
- (56) 秘密保全のための法制の在り方に関する有識者会議による。首相官邸ウェブサイト<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/jouhouhozen/housei_kaigi/pdf/10110808_houkoku.pdf> (参照2013(平成25)年11月4日)で入手できる。
- (57) 高橋ほか・前掲注(2)35頁〔福井仁史〕は、公文書管理法3条にいう「特別の定め」となるための実質的要件と形式的要件を挙げているが、特定秘密保護法制がそれらの要件を満たす形で定められることは十分に想定できる。
- (58) 極端な例かもしれないが、元寇の折の日本側武士団の配備状況について、ここにいう「おそれ」が消滅していることに異論はあるまい。

- (59) 岡本信一・植草泰彦『ガイドライン完全対応!改訂Q&A公文書管理法』(ぎょうせい・2011(平成23)年)10頁。
- (60) 有識者会議最終報告9頁。同報告は、内閣官房ウェブサイト<<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/koubun/hokoku.pdf>>(参照2013(平成25)年11月4日)で入手できる。
- (61) 逐条解説・前掲注(41)45頁。同様の内容を示すものとして、岡本信一「公文書管理とアーカイブの新制度実施に向けた取組」レコード・マネジメント60号8頁,同「公文書管理法の制定の意義と施行後の課題について」アーカイブズ48号17頁等がある。
- (62) 以下,有識者会議最終報告に関する記述は,同報告9頁以下による。
- (63) 有識者会議最終報告20頁,21頁。
- (64) なお,内閣総理大臣の同意に相当する規定は,法人文書の管理については設けられていない。したがって,独立行政法人等においては,法人文書を作成・取得した機関の判断のみで廃棄することが可能である。この問題点を指摘するものとして,管・前掲注(33)199頁参照。
- (65) 右崎正博・多賀谷一照・田島泰彦・三宅弘編『新基本法コンメンタール 情報公開法・個人情報保護法・公文書管理法』(日本評論社・2013(平成25)年)476頁〔二関辰郎〕。後者については,宇賀・前掲注(1)104頁でも指摘されている。
- (66) 熊本県における行政文書廃棄に際しての住民の意見募集については,同県ウェブサイト<<http://www.pref.kumamoto.jp/soshiki/158/kekka25-1.html>>(参照2013(平成25)年12月6日)を参照されたい。
- (67) 西山・前掲注(27)14頁。
- (68) 堀田・前掲注(25)52頁。
- (69) もっとも,京都大学大学文書館,名古屋大学大学資料室ともに,公文書管理法,特定歴史公文書等ガイドラインの枠内で,旧来の評価・選別のノウハウを生かすことができるよう,工夫を凝らしている。このための工夫・苦勞については,西山・前掲注(27)14頁,堀田・前掲注(40)94頁を参照されたい。
- (70) 逐条解説・前掲注(41)53頁。
- (71) 西山・前掲注(27)16頁。
- (72) 西山・前掲注(27)15頁参照。
- (73) 行政文書の管理につき専門職員の不在を指摘するものとして,小谷允志「記録管理の現状と課題」ジュリ1373号44頁参照。
- (74) この点を指摘するものとして,宇賀・前掲注(2)「現状と課題」5頁

参照。

ザクセン・フォークトランドに
おける自由主義

——1820/30年代のカール・ブラウンとプレス、
協会活動を題材に——

的 場 か お り

目 次

はじめに

第1章 1820年代のザクセン自由主義とライプツィヒ大学

- (1) ザクセン史におけるプレスの意義
- (2) ライプツィヒ大学と「ジュスト・ミリュール」の自由主義
- (3) ブルシェンシャフトと大学の変質

第2章 ザクセンの立憲化とプレス『フォークトランツ誌』

- (1) ザクセンの立憲化
- (2) 結節点としての『フォークトランツ誌』
- (3) 刑事訴訟手続における公開制・口頭制

第3章 ブラウエン・ポーランド支援協会と自由主義

- (1) ポーランド問題とヨーロッパの自由主義
- (2) ブラウエン・ポーランド支援協会とブラウン
- (3) ブラウエン自由主義者の革命観

第4章 フォークトランツ・プレス支援協会と裁判闘争

- (1) プレスの自由の保障とプレス支援協会の創設
- (2) フォークトランツ・プレス支援協会と2つの規約案
- (3) 解散命令と裁判闘争
- (4) フォークトランツ・プレス支援協会裁判にみる問題点

おわりに

キーワード：ザクセン王国，自由主義，ブルシェンシャフト，
プレスの自由，結社の自由

は じ め に

ザクセンは中世から19世紀初頭にかけてドイツ地域の書籍出版業の中心であった。書籍出版業の隆盛はザクセンに経済的な繁栄をもたらしただけでなく、新しい政治思想の普及と受容にも大きな役割を果たした。そしてこの隆盛に寄与したのがライプツィヒの大学と書籍見本市であり、18世紀のライプツィヒは「啓蒙市民の中核」と呼ばれた。⁽¹⁾

しかし19世紀に入るとザクセンはいくつかの転機を迎える。1848年革命までの期間でいえば、ナポレオンの下で選帝侯国から王国へ昇格した1806年、ウィーン体制に基づく領土の大幅な割譲とドイツ同盟への加盟を経験した1815年、そして最大の転機は立憲化を果たした1831年である。この立憲化を支えたのが自由主義の思想や運動であり、いわゆる初期自由主義は後の三月革命の立役者でもある。従来の初期自由主義研究は西南ドイツや北ドイツ、ライン地域に関心が集中し、それらの研究成果は思想史、経済史、社会史の各分野で枚挙にいとまがない。それに比して、ポール K. H. Pohl が指摘するように、ザクセンの自由主義に関する研究の蓄積はこれまで十分であったとはいいがたい。⁽²⁾ そこで、長くプレスを通して新しい政治思想の窓口であったザクセンでは自由主義がどのように展開したのかを、ザクセンを取り巻く環境が変動する1820年代から1830年代にかけてのタイムスパンで検証することが本稿の課題である。そしてプレスとともに思想普及のツールとして登場した各種の結社も考察の対象とする。

この課題に取り組むにあたり、ザクセンの自由主義者を代表するアレクサンダー・カール・ヘルマン・ブラウン A. K. H. Braun (1807~68年) (以下では、特に断りのない限りにおいては「ブラウン」もしくは「カール・ブラウン」は「カール・ヘルマン・ブラウン」を指す) の活動を素材として用いる。彼を取り上げるのは、プレスや協会での活動を経てラント議会第二院議員となったという歩みが自由主義者のキャリア形成の典型であると考えられるためである。しかしながらブラウンに関する先行研究は

決して豊富ではない。従来ブラウンを知る手掛かりはもっぱら人物事典であるといっても過言ではなく、その事典での説明は、まずラント議会第二院議員や市民層出身初の首相、司法大臣としての政治活動、次に刑事訴訟手続改革への精力的な取り組みという2点に終始している⁽⁴⁾。そのような中で、豊富な史料を用いてはじめて詳細なブラウン研究を展開したのがビーダーマン Y. Biedermann⁽⁵⁾である。この研究で特筆すべきは、従来はほとんど顧みられることのなかった法律家としてのブラウンのキャリアに言及したことである。しかし、この言及も刑事訴訟手続改革の出発点を法律家時代に求めてのことであったという意味では、ビーダーマンもまた刑事訴訟手続改革の推進者としてのブラウンに多大な関心を寄せたということを示している。ビーダーマンの著書の4分の3が結局はブラウンのラント議会での活動記録に割かれてはいるものの、議員となる以前の法律家としてのブラウンに着目したことは大きな成果である。

それに対して本稿では、ブラウンが議員活動を始める前段階、つまり1830年代初頭におけるプレスや各種協会での彼の活動に焦点を当てる。第一に、彼が故郷フォークトラントで参加したプレスや協会を検証することは、彼の政治活動の出発点を探求するという意味でも、そして彼の政治思想の形成過程を詳らかにするという意味でも、欠かせない作業であるからである。第二に、彼がプレスや協会を舞台に自由主義的な活動を展開した1830年代前半は各種の自由を保障したザクセン憲法が制定される一方で、他方ではドイツ同盟による自由主義への弾圧が強化される時期にもあたる。この時期のザクセンにおける自由主義を検証することで、ザクセン王国とドイツ同盟という2つの主体がプレスおよび協会対策の場面でいかなる関係に立ったのかを解き明かし、一加盟国と同盟との重疊的な権力関係を可視的なものになりたい。

第1章では、ブラウンの政治思想の形成に大きく寄与したライプツィヒ大学を、第2章では、帰郷後彼が当地の自由主義者たちと協働ではじめて関わったプレス活動を、第3章と第4章では、そのプレスと密接に結びついて設立された2つの協会を検証する。ブラウンの活動を軸にこれらを検

証することで、激動期のザクセンにおける自由主義の特徴と変遷を解明するとともに、ザクセン王国ならびにドイツ同盟という2つの次元で展開された法制的観点からプレスや結社の自由をめぐる攻防の実態を明らかにする。

第1章 1820年代のザクセン自由主義とライプツィヒ大学

カール・ブラウンは1807年、ザクセン南西部フォークトランドのブラウエンで裁判官兼弁護士の父カール・ハインリヒ・ブラウン K. H. Braun の次男として生まれた。彼は1824年から27年までライプツィヒ大学で法学を専攻した後、故郷ブラウエンに戻り弁護士ならびに裁判官として活動する一方、他方では当地の自由主義者たちとともにプレスや協会活動を積極的に展開した。その後は自由主義者の代表格としてラント議会第二院議員に選出され、「法律家としての見識と自由主義的反対派としての調停能力」を持って三月内閣を組閣したブラウンであったが、ビーダーマンはその内閣を「可能な限りすべての政治勢力と合意しながら改革を断行するという独自の要求のために挫折した」と評している⁽⁶⁾。

本章では、ブラウンの政治思想の淵源を探求するために、彼が法学を学び学生生活を送ったライプツィヒを取り上げる。ライプツィヒはザクセンにおけるプレスと大学の中核である。1820年代のこの都市を舞台に、一方でいかなる政治思想や運動が展開したのか、他方でウィーン体制の下でプレスや大学はいかなる変容を遂げたのかを考察し、その只中に身を置いた学生ブラウンへの影響を明らかにする。

(1) ザクセン史におけるプレスの意義

ザクセンを取り巻く環境はブラウンが誕生した19世紀初頭に大きく変化した。まずは1806年の神聖ローマ帝国の解体である。帝国の解体によってザクセンはナポレオンの下でライン同盟の構成国となると同時に、選帝侯国から王国へと昇格を果たした。ライン同盟時代のザクセンにはフランス

法制が施行されたものの、プロイセンやバイエルンのような上からの近代化改革は実施されなかった。このザクセン王国を決定的に後退させたのは、解放戦争とそれに続くウィーン体制である。というのも、最後までナポレオン側についたザクセンはウィーン会議の中で領土の半分を喪い、二大強国オーストリアとプロイセンに挟まれる中規模ラントへの転落を余儀なくされたからである。⁽⁷⁾

しかし国王フリードリヒ・アウグスト1世(1750~1827年)やその弟アントン(1755~1836年)はなお国家改革に消極的であり、枢密内局のトップを務めるアインジーデル D. v. Einsiedel もまた18世紀への回帰を目指す政治を貫いた。この旧態依然とした「貴族主義的な特権国家」⁽⁸⁾の変革に立ち上がったのが開明的な貴族や市民層である。彼らは啓蒙思想や革命思想、自由主義思想を拠り所に国家の改革を志向した。そして新時代を切り拓くこれらの思想の浸透に多大な貢献をした一つが中世以降のザクセンで隆盛を極めた書籍出版業である。

書籍や雑誌といった出版物、すなわちプレスはザクセンにとって2つの観点で重要である。第一に、プレスを通じて知のネットワークが整備された点である。たとえばイギリスやフランスの啓蒙思想や文学はライプツィヒのプレスを介してドイツ全土に、そして東欧や南欧にまで拡がった。⁽⁹⁾そして世紀転換期、すなわちフランス革命期からライン同盟時代には、革命思想や自由主義思想が同様にプレスを通じてザクセンに浸透した。これらの思想は市民層のイデオロギーと化し、国家改革を推進する原動力となった。⁽¹⁰⁾つまりプレスは、近代という新しい時代を切り拓き担うことになる市民層の形成に寄与すると同時に、国境を越えてドイツのみならず、ヨーロッパ各国の同志を結合するネットワークの構築に寄与したのである。知のネットワークは、1820年代のプルシェンシャフト、30年代の協会 Verein の活動に際して大きな成果を上げることになる。そして自由主義や立憲主義を唱えるこれらの活動にとって、ザクセンの緩やかな検閲体制が比較的有利に作用したことも看過してはならない。⁽¹¹⁾

第二は経済的観点であり、書籍出版業はザクセンに大きな経済的利益を

もたらした。書籍出版業は中世以来、鉱山業や繊維織物業、ガラス・磁器製造業と並んで、ザクセン選帝侯国の財政基盤を支える一つの柱であった。この発展の背景には、大学と書籍見本市をもつライプツィヒを中心にマーケットが成立していたこと、ドイツ語で書かれた書籍の出版が多数を占めたこと、他国に比べて検閲が厳格ではなかったためにザクセンでの出版が好まれたこと、そして何より、国家自体が、特に七年戦争（1756～63年）後、経済復興の手段として優遇したことなどが存する。⁽¹²⁾ その結果として1820年頃にはドイツで流通する書籍の3分の1がライプツィヒで印刷されるまでに発展した。⁽¹³⁾

しかしウィーン体制が成立すると、君主主義と復古主義に基づくドイツ同盟は1819年、いわゆるカールスバートの決議を行い、反体制的な思想や運動の担い手たるプレスと大学に対する監視を開始した。⁽¹⁴⁾ プレスに関しては20ボーゲン（320頁）以下のものはすべて事前検閲の対象とされ、厳しい統制が図られた。財政的観点から書籍出版業が上げる収益を優先して比較的緩やかな検閲を実施していたザクセンであったが、同盟を率いる二大保守国オーストリアとプロイセンの圧力を受け、1830年代以降は検閲の強化に舵を切らざるをえなくなった。⁽¹⁵⁾ 他方で大学に関しては、学生のブルシェンシャフトや秘密結社の活動、教員の教授活動に対する厳重な監督がドイツ同盟諸国に義務づけられ、同盟の安寧や秩序を乱す活動や陰謀を捜査、監視する委員会がマインツに設置された。これらについては後述する。カールスバートの決議はもちろん、ザクセン王国のプレスと大学の中核であるライプツィヒを大いに動揺させた。ブラウンが学生生活を送ったのはまさしくこのような激動の1820年代であった。

(2) ライプツィヒ大学と「ジュスト・ミリュール」の自由主義

1409年創立のライプツィヒ大学はドイツ地域ではウィーン大学、ハイデルベルク大学に次いで古い歴史を有し、神学部、法学部、哲学部、そして医学部を擁した。スコラ哲学や人文主義が隆盛を極めた16世紀までは、ギリシア語やラテン語、ヘブライ語などの原書が求められ、ライプツィヒ市

内の出版業者は学者と協働し膨大な古典教材を出版した。また、1682年にはドイツ初の学術雑誌『学術論叢 Acta Eruditorum』がライプツィヒ大学教授メンケ O. Mencke, ライプニッツ G. W. Leibniz によって出版された⁽¹⁷⁾。1711年のドイツ語による授業の解禁⁽¹⁸⁾を契機にドイツ語の出版物が急増したりするなど、ライプツィヒの書籍出版業は右肩上がりの成長を続けた。18世紀末から19世紀初頭にかけては、フランスの革命思想や立憲主義、自由主義がプレス同様大学を通じてザクセンに受容され、改革派の理論的支柱となった。このようにライプツィヒは、新しい思想や社会科学、自然科学の学問成果を集積し発信する知の拠点としての地位を確立したのである。そしてこの知の拠点はいうまでもなく、大学とプレスという2つの地盤によって支えられていた。

知の拠点の構築に対し、大学教授が果たした役割もまた大きい⁽¹⁹⁾。1793年から1813年まで法学部正教授の座にあったエアハルト C. D. Erhard (1759～1813年)は老舗の読書協会「ジャーナル協会」の活動に携わったり、国家学を教授する結社を創設したりする⁽²⁰⁾など、思想の普及や教養市民層の育成に尽力した。とりわけ18世紀半ばから世紀末にかけて全盛期を迎えた読書協会は、その土地の聖職者や教師、官吏などが会員に名を連ね、知のネットワークとして機能した⁽²¹⁾。また上級宮廷裁判所顧問官でもあったエアハルトは1810年以降、宮廷司法顧問官ティットマン K. A. Tittmann (1775～1834年)とともに、刑事訴訟も含めた刑典編纂作業に尽力したことで知られる⁽²²⁾。他にもラウ C. Rau (1744～1818年)は1786年から1818年まで法学部正教授として教鞭をとる傍ら、ライプツィヒやフランクフルトで発行される新聞に多数の評論を投稿するなど、旺盛な執筆活動を展開した。

ブラウン在籍当時の法学部を代表する人物として、裁判史や訴訟法を担当した法学部長ビーナー C. G. Biener (1748～1828年)、ビーナー説に則った訴訟法、教会法を担当し、ドイツ同盟体制諮問委員やラント議会議員を務めたクリーエン K. Klien (1776～1839年)、ドイツ私法、レーエン法、刑事法、ザクセン法、ドイツ史など多岐にわたる分野を講義したヴァイセ C. E. Weiße (1766～1832年)、そしてローマ法全般を担当し、著名な法学

者を輩出する法律協会を創設したオットー K. E. v. Otto (1795～1869年)などが挙げられる。ブラウンが在籍した期間のシラバスを概観すると、訴訟科目の多くは民事訴訟に関わるものであり、刑事訴訟を学ぶ機会はほとんど与えられていないことが判明する。しかし彼が30年代後半からラント議会で刑事訴訟手続の整備に専心したという事実を考慮すれば、彼の関心を刑事訴訟手続に向かわせる何らかの契機がその後にあったものと推察できよう。

ライプツィヒ大学法学部は学問教授の場にとどまらず、判決団としての機能も有した。というのも、ザクセンでは1574年以来、都市裁判所などの下級裁判所は、ライプツィヒ大学法学部もしくはライプツィヒ参審裁判所 Schlöppenstuhl のいずれかを選択し問い合わせることができたからである。実際に19世紀初頭の法学部では年間4000を超える案件に対応した年もあり、11人の教授が平均して1日に1案件を扱わねばならないなど多忙を極めた。46年に教授業務と裁判業務との分離がなされるまで、教授たちは学問に費やす時間を奪われるほどの忙しさであった⁽²⁴⁾。しかしこのことは、当時の裁判や司法行政に大きな影響を及ぼす力をライプツィヒ大学の法学部が有していたことを物語っている。

その法学部と並んで知識人の政治思想に影響を及ぼしたのは、哲学部の教授たちである。ブラウンの政治思想の形成を考究する上では、哲学や政治学、国家学をリードした同学部教授のクルーク W. T. Krug (1770～1842年)⁽²⁵⁾ とペーリッツ K. H. L. Pölitz (1772～1838年)⁽²⁶⁾ への言及は不可欠である。彼らは1820年代に中部ドイツで展開した「ジユスト・ミリュー *juste milieu* の自由主義⁽²⁷⁾」を代表する学者であり、啓蒙主義とカント哲学の影響を受けながら健全なる中庸を志向した。

「カントの後継者」と称されることの多いクルークは1805年ケーニヒスブルク大学からライプツィヒ大学に転任し、ブラウン在籍当時は哲学部長の役職にあった。彼は研究・教育活動や大学行政のみならず、ザクセン憲法制定前の身分制議会ではライプツィヒ大学代表を、33年以降はラント議会第一院議員を務めるなど国政にも精力的に関与した。クルークは国家体

制の硬直化を批判し、特に国家と教会の分野における自由主義の実現とザクセンの立憲化を要求している。その彼の自由主義が「ジュスト・ミリュール」を冠するのは、自らの政治的立場を両極の中間に置くからである。彼は自著の中で、一極に急進的自由主義 Ultraliberalismus, ジャコバン主義, サン＝キュロット主義, 急進主義, カルボナリ主義 Karbonarismus を、もう一極に急進的王党主義, 非自由主義 Illiberalismus, 隷属主義 Servilismus, 反啓蒙主義を位置づけ、両極とも暴力的な措置を講じて妥当しようと欲する点で類似していると説く。急進的な自由主義と急進的な反自由主義、すなわち暴力をともなう革命と反革命が相互に否定を繰り返すことは悲劇的であると批判し、それら両極を斥けたのである。⁽²⁸⁾

次にペーリッツは、歴史的観点からヨーロッパ各国の経済や法律、国家制度、政治を論じ、1828年には雑誌『歴史・国政術年報 *Jahrbücher der Geschichte und Staatskunst*』を創刊した。彼は一般的に、君主主義と代表制立憲主義との調和を重んじる人物として理解される。⁽²⁹⁾その理由は、彼の理論が一方では君主制原理の維持を義務づけるウィーン体制に合致し、他方では立憲化を求める市民層に理論的支柱を提供したからである。その意味でペーリッツは、1810年代に立憲化できないままウィーン体制に組み込まれたザクセンの立場、そしてその内部で湧き上がる立憲主義、自由主義に対する渴望という二面性を体現した学者といえよう。

しかし彼ら二人の政治思想において最も肝要であるのは、体制の転覆を図る革命ではなく改革を志向するという共通点を有していたことである。クルークもペーリッツも伝統的な社会と近代社会との調和を目的とし、革命を否定する。彼らのこの政治理念は講義や自著のみならず、ザクセン政治の場でも具現化された。それはフランス七月革命に端を発した1830年のライプツィヒ騒乱への対応である。騒乱勃発当時ライプツィヒ大学長であったクルークは、市参事会が解体されるといち早く学生たちに護衛部隊の編成を命じた。この護衛部隊は、有産市民層から組織されたコミューン護衛隊 *Kommunalgarde* とともに騒乱の鎮圧に尽力したのである。⁽³⁰⁾ジュスト・ミリュールの自由主義者たちは下からの革命ではなく上からの改革を期待し、

それらの改革に協力するという意味では国家との協働、ときには妥協の道を選択したのである。

以上のように、ライプツィヒ大学の教授は大学での教育・研究活動にとどまらず、ザクセンの司法や政治、国家改革に対して積極的にコミットする存在でもあった。学界、政界をリードする教授たちの政治思想はまだ年若いブラウンの思想形成にインパクトを与えたのである。

(3) ブルシェンシャフトと大学の変質

次に、大学を取り巻く環境ならびに大学それ自体の変質の検討に移ろう。変質の主要な契機はドイツ同盟によるカールスバートの決議である。ライプツィヒ大学もまた、自由な教授陣からなる自治的で自律的な大学から、上からの統制に服する国家の大学へと変質せざるをえなくなった。ブラウンが在籍した1820年代半ばの大学はまさにその変質の只中にあった。

大学を変質させたカールスバートの決議の一つ、「大学の観察において講じられるべき措置に関する暫定的な同盟決議 Provisorischer Bundesbeschuß über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßregeln⁽³¹⁾」、いわゆる大学法から考察を始めよう。大学法に基づき、大学監視の中心的役割を担う特別全権委員の設置が各同盟国に義務づけられた。特別全権委員とはラント君主から全権を委任された人物で、大学所在地に居住し、教授と学生を常時監視する任務を遂行した。任務の具体的内容は、現行の規則や規律・規定が厳格に施行されているかを監視すること、教授が講義で見せる思想を注意深く観察すること、学問や教授方法には直接的介入することなく、学生の将来にとって有益な指導を教授に行うこと、そして、学生が人倫性と善良な秩序、行儀を身につける上で役立つあらゆることに対して絶えず注意を向けることであった（同法1条）。1820年3月8日、ライプツィヒ大学にも特別全権委員設置に関する通達が出され、ライプツィヒ警察長官ラケル L. E. v. Rackel (1766～1820年)がこの職に就いている⁽³²⁾。

同様に大学を変質させたもう一つの決議は、「複数の同盟国で発覚した

革命的策動を詳細に捜査するための中央官庁の設置に関する決議 *Beschluß betreffend die Bestellung einer Centralbehörde zur nähern Untersuchung der in mehreren Bundesstaaten entdeckten revolutionären Umtriebe*⁽³³⁾ である。これにしたがい設置されたマインツ中央捜査委員会は祖国の自由と統一を求め急進化した運動を捜査対象とし、最大のターゲットとされたのがブルシェンシャフトである。ブルシェンシャフト研究者であるレオンハルト H. Leonhardt が表現したように、1820年代は、ブルシェンシャフトがマインツ中央捜査委員会によって「後を付け回され付きまといわれ⁽³⁴⁾」時期であった。

1818年6月創設のライプツィヒ大学のブルシェンシャフトは、最盛期には約400名の会員を抱え、ドイツ屈指の組織と規模を誇る学生組合へと成長した。このブルシェンシャフトもほぼ毎年、家宅搜索や事情聴取、逮捕、起訴の対象となり、ライプツィヒに学ぶブラウン自身もその様子を書き記している⁽³⁵⁾。ところが捜査や起訴はザクセン政府の主導ではなく、マインツ中央捜査委員会やプロイセン、オーストリア両政府からの指示に端を発するものが多く、しかも大学当局による処分はたいいてい人道的で寛大であった⁽³⁶⁾。逮捕された学生は放校や諭告退学、禁足処分、戒告処分などに処されたものの、ブルシェンシャフトは解散しても即座に「読書協会」や「フェンシング協会」と看板を変え、自由主義的・愛国主義的な精神を脈々と受け継いでいった。

しかし、年々強まる外圧の中でザクセンのブルシェンシャフト対策が大きく転換したのが、ブラウンが学生生活を送る最中の1825年である。同年3月に始まったマインツ中央捜査委員会による最大規模の捜査は、ブルシェンシャフト大会が1821年に極秘開催されていたという容疑に基づくもので、ライプツィヒのブルシェンシャフトもまた重要な捜査対象であった⁽³⁷⁾。3月18日には全権委任委員の下にブルシェンシャフト捜査に専従する特別捜査委員会が設けられ、大学側からは法学部教授クリーエンと大学法律顧問リュERING Rühling の参加が認められたにすぎなかった。上級裁判所裁判官でライプツィヒ刑事・警察合同庁長官のエンデ K. H. K. F. v. Ende が全権委

任委員に着任して以降、ブルシェンシャフトと大学への監視は強化された。続く3月21日には「秘密学生結社への参加者を公職から排除することに関する命令」⁽³⁸⁾が出されるなど、25年を契機に反体制的な学生に対する処分の厳格化が確実に図られたのである。

学生や教授の監視を名目に、国家による大学への介入と監視を強化する大学改革は1830年3月以降さらに加速する。この改革を擁護したのが大学長クルークであり、彼は学長を頂点とするヒエラルキーの構築を志向した。⁽³⁹⁾学長を頂点に据えた大学評議会への教授の組み入れ、国家が任命する委員を含む大学行政委員会の設置、そして大学財産の国有化などが図られ、組織的にも財政的にも大学の自治や特権は次第に失われていった。⁽⁴⁰⁾こうして今や大学は国家の管理の下に置かれる他律的な組織であることが形式的にも実質的にも明白になったのである。

ブラウンは激動の20年代半ばに、プレスと大学を通して形成された知の拠点ライプツィヒで学んだ。ブラウンはこの都市で、自由な言論や出版、学問、そして政治思想の流布や政治活動の機会が損なわれていく状況を直接に経験した。同時に彼はこの都市で、ザクセンの現行法制を学ぶ中で訴訟法や裁判制度の抱える問題にも直面した。しかし他方では当時の政治思想界に大きな影響を有した「ジユスト・ミリュール」の自由主義に触れ、また、自由と統一を求めて何度でも立ち上がるブルシェンシャフトの運動を目の当たりにもしている。ここに、続く1830年代初めにブラウンがプレスや協会を通して、自身の自由主義思想を展開していく原点が見出せる。

ブラウンが学業を終え帰郷した1827年、国王の交代があったものの、現状維持の保守的な政治路線は変わらなかった。しかし経済的な観点から見れば、20年代後半はマニュファクチュアが本格的に展開する時期にあたり、市民層が自由な労働や営業の保障を主張し始めた。彼らは営業の自由や職業選択の自由の保障、国家主導の産業振興といった経済改革のみならず、中には、憲法の制定と国民代表の召集、議院内閣制などの国制改革を模索するものも現れた。⁽⁴¹⁾こうして30年を迎える頃には、停滞する政治体制と伸

長する経済界という両者の溝はもはや埋めがたいものになっていた。

第2章 ザクセンの立憲化とプレス『フォークトランド誌』

郷里プラウエンに戻ったブラウンはその地で法律家としてのキャリアをスタートさせた。彼は父の下で実務経験を積んだ後、自らの法律事務所を開き、弁護士として、また各地の管区で裁判官として働き始めた⁽⁴²⁾。彼の帰郷後ほどなくして、1830年フランスで七月革命が勃発した。その余波を受けザクセンで勃発した騒乱は自由主義的な枢密顧問官リンデナウ B. v. Lindenau を首相に、王太子フリードリヒ・アウグストを摂政に起用した新体制を創出した。この下で国王アントンは10月5日、「国制と行政における徹底的な改善」を公約し、1831年9月4日にはザクセン王国憲法が制定されるに至る⁽⁴³⁾。

ようやくの立憲化の達成と自由主義的な気運の盛り上がりを背景に、1830年以降、自由主義や立憲主義はブルシェンシャフトに代わる新たな表現の場を見出した。その場こそ協会である。協会は政治的な主張や目的を前面に押し出すことなく結成され、その門戸を学生や知識人以外にも開いているという特徴を有した。ブラウンもまた、いくつかの協会に所属し、協会の機関誌的役割を担うプレスの発行にも携わるようになった。本章ではまず、ブラウンのプレス活動から検討を始めよう。

(1) ザクセンの立憲化

ブラウンはプラウエンへの帰郷後、自由主義的で改革を志向する同志とともにグループを形成した。この事実からもブラウンはライプツィヒ大学での学びを通して、自由主義を受容していたことが明らかになる。このグループには、後に第二院の自由主義勢力を率いるディスカウ J. O. H. V. Dieskau, トット K. G. Todt, そしてハウスナー H. A. Haußner, 弁護士カンツ E. Kanz, ギムナジウム教師フィードラー M. H. A. V. Fiedler, 神学者ギュンネル J. G. Günnel, 商人ライベルト C. G. Leippert, 市参事会員も務

めた商人で工場主のバーラー F. L. Böhler, ブラウンの義兄弟シュタインベルガー K. A. Steinberger らの名前が確認されるように、⁽⁴⁴⁾ 法律家や学者、教師といった教養市民層に加え、商人や工場主に代表される経済市民層が集った。

さて、ブラウンの協会やプレスにおける活動を検討する前提として、ザクセンの立憲化がこれらの活動にいかなる作用を及ぼしたのかを把握しておかねばならない。

ザクセン憲法は第3章で「臣民の一般的な権利および義務」を規定している。まず、憲法典には結社や集会の自由を定めた条文はない。同時代の他国の憲法、すなわちバイエルンやバーデン、ヴュルテンベルク、ヘッセンなどいずれの国の憲法においても結社や集会の自由への言及は見られない。ようやくこれらの自由が登場するのは1849年のドイツ帝国憲法、いわゆるフランクフルト憲法である。帝国憲法は、平和的かつ非武装で集会をする権利（161条）や協会を設立する権利（162条）を明文で保障し、帝国権力の箇所では、基本権として保障されたこれらの自由を帝国権力が侵害してはならないと明記した⁽⁴⁵⁾（59条）。

他方でプレスに関しては、ザクセン憲法35条が「プレスならびに書籍業に関する問題は、同盟法の諸規定と濫用対策に配慮しつつも原則としてプレスならびに書籍業の自由を認める法律にしたがって規律される」と定めている。それまでのザクセンでは、1812年8月10日ナポレオンの下で出された命令（以下、12年命令と略す）⁽⁴⁶⁾が効力を有していた。この命令は国家主導での検閲体制・行政の整備を目指したにもかかわらず、検閲担当者への通達が概略的な内容にとどまったため、検閲が担当者の解釈や恣意に左右されるという不徹底さが目立っていた。そのような中で憲法35条に基づき暫定的なプレス法として公布されたのが⁽⁴⁷⁾、1831年9月10日の「福音派正枢密顧問官命令 Erlaß der evangelischen wirklichen Geheimen Räte」と「検閲官のための通達」（以下、31年命令ならびに31年通達と略す）である。これらは、憲法が保障する思想の自由、表現の自由を制約するには合理的な理由が必要であると規定することで、従来見られた検閲官の恣意を

排除し、検閲官の許可基準を明確化する内容であった。つまり、「自由を濫用しているがゆえに制約せざるをえない」と判断される要件が通達により具体的かつ明確に告知されることで、保障される自由の範囲が確定されたのである。しかしあくまでも31年命令は暫定的なものであり、確定的な「プレス行政に関する命令 Verordnung über Verwaltung der Presspolizei」と「検閲官のための一般通達 Allgemeine Instruction der Censoren」（以下、36年命令ならびに36年通達と略す⁽⁴⁸⁾）が出されるのは36年10月13日のことである。

プレスや協会への規制はむしろ外からもたらされた。それは1832年6月28日と7月5日の「ドイツ同盟における法的な安寧秩序の維持のための措置に関する同盟決議⁽⁴⁹⁾」である。カールスバートの決議によって一度はプレスや大学における反体制的な思想が封じられたに見えたが、それらの思想は1830年をきっかけに再び息を吹き返した。何よりドイツ同盟を驚愕させ上記の決議へと至らしめたのが同年5月末に「自由なプレスを支援するためのドイツ祖国協会」（以下、ドイツ・プレス支援協会と略す）が開催したハンバッハ祭である。決議では、政治的内容を扱う20ボーゲン未満のプレスは各国政府の事前の許可を必要とすることと、同盟国はプレスに対する規制措置に必要な規則を制定することが命じられ、この要請はザクセン国内におけるプレス法制定作業を急がせることとなった。しかしプレス法案をめぐるラント議会での審議はその後も膠着状態が続き、結局は36年国王によってプレス命令が出されるというプロセスを辿ることになった。

1832年以降のドイツ同盟による監視強化はあったものの、ブラウンが自由主義的な協会活動に参加するにふさわしい環境が少なくとも30年代初めのザクセンでは整えられた。というのも、国家改革がスタートし、憲法の制定とラント議会の創設がようやく実現したからである。

(2) 結節点としての『フォークトラント誌』

ブラウンら自由主義者のグループはブラウエンやフォークトラントのみならず、国家や国民全体に関わるテーマを論じた。そして彼らの問題意識

や見解を広く表明するためのツールとして利用されたのが『フォークトランド誌 Blätter aus dem Voigtlande』⁽⁵¹⁾であった。その意味でこのプレスは、ブラウエンの自由主義者たちの結節点として機能した。

『フォークトランド誌』は、弁護士カンツの編集の下で、1831年3月30日から33年12月25日まで合計52号が発刊された週刊誌である。⁽⁵²⁾雑誌の目的は、国民生活や国家生活に関する問題を討議することで、政治的教養がいまだ欠落している人々に対し、政治を担う市民としての進歩を促すことであった。『フォークトランド誌』は「改革」による国民の解放、「改革」による国家の安定を目指し、国家改革によってより自由主義的、立憲主義的なザクセンの実現を求める論陣を張ったため、しばしば検閲や捜査の対象となることもあった。⁽⁵³⁾

ここから明らかとなるブラウンらのグループとその機関紙『フォークトランド誌』の特徴は、第一に、ローカルなテーマだけではなく国家全体や国家政治に関わるテーマを論じたことに、第二に、従来の情報伝達型のプレスから脱し、自由主義勢力と協働しながら眼前の政治へのコミットを深めたことにある。さらに第三の特徴は、「改革」があらゆる問題解決のための基礎に置かれたことである。ブラウエン自由主義者たちは、改革を追求することは「法に則った要求」であり、「新しい国家制度の構築はそこでゆっくりとしか進展しない」と説く。⁽⁵⁴⁾不法な手段で性急に物事を変革することを忌避し、しばしば暴力をともなって展開する革命からは距離を置く。この政治姿勢は確かにクルークやペーリッツに代表される「ジュスト・ミリュール」の自由主義と軌を一にする。ブラウン以外にもディスカウ、トット、そしてカンツはいずれもライプツィヒ大学に学んだことが史料上判明していることから、⁽⁵⁵⁾クルークらの思想が彼らに一定の影響を及ぼしているといえよう。しかし、フランスやベルギー、ポーランド、北ドイツ諸ラントでの自由や統一を求めた革命や蜂起はブラウエン自由主義者たちに大きなインパクトを与え、彼らはリンデナウの下で開始された諸改革の不徹底さに不満を抱くようになっていった。

次に、このような思想的基盤をもつ『フォークトランド誌』ではいかな

る問題がどのように論じられたのかを検討する。この作業を通じて彼らブラウエン自由主義者たちの政治姿勢がより一層明確に捉えられるからである。

第一に、憲法については、誰もがこの法律の必要性を主張している。おりしも1831年9月にザクセン初の憲法典が制定されたこともあり、誌面でも新憲法への要望や期待が多く語られている。憲法はプレスや学問の自由、信教の自由、法の前の平等など個々人の自由を保障するという観点から論じられるのはもちろんのこと、同誌の寄稿論文では、憲法は端緒についたばかりの改革をさらに推し進めるための基礎と位置づけられ⁽⁵⁶⁾、重要視されている。憲法の条文一文一文がこれから国家組織や法律を改革し整備していくための源である以上、この法典はきわめて大きな意味を有していた。つまり、「法に則った改革」を志向する自由主義者たちの拠り所であり出発点こそ、まさしくこの憲法典に他ならなかった。

第二に、その憲法に基づいて新設されたラント議会に関する議論を取り上げる。ラント議会について彼らはいささか保守的な立場を表明する。というのも、まず、国王の裁量の余地がきわめて大きい第一院と選挙に基づく第二院から構成される二院制を承認する。その上で、第二院議員の選出方法については2つの方向性が見られる⁽⁵⁷⁾。一つ目は、1831年6月15日の『フォークトラント誌』で確認できる、すべての公民に選挙権を与える普通選挙を求めるものである。しかしその後はもっぱら二つ目の方向性、すなわち、財産と教養を備えた市民層に有利な制限選挙が提唱されている。確かに、土地所有者のみが選挙資格を独占したり、財産に基づく制限選挙が「国民代表に不可欠な思慮や能力を奪った」りすることがあってはならないとの注文もつけるが、制限選挙を支持する論調が支配的であった。背景には、急速に経済的にも社会的にも勢力を伸ばしてきた経済市民層への期待と配慮がある。31年7月6日には、「今日の国家の力が拠って立つ」のは「産業経営者や商業市民層」であり、彼らの活動は多様で無限の実体的支援を提供する根源であると論じられている⁽⁵⁸⁾。『フォークトラント誌』と関係の深い協会においても、経済市民層である商人や工場主の参加が見

られることから、彼らの利害を反映する制限選挙が選択されることは不思議ではない。この点においてプラウエンの自由主義は、一方では資本主義的な大企業家の影響力を拒否したツヴィッカウの『Die Biene』とは異なり、他方では、同様に経済市民層が中心となって制限選挙を支持したライン自由主義に通底するところがある。プラウエン自由主義のこの特徴は、プラウエンを含むフォークトランドがザクセンの中でも先進的な工業地帯であったことも大きく作用している⁽⁵⁹⁾。このようにザクセンでは地域による自由主義のバリエーションがあることがわかる。したがって、従来顧みられることの少なかったザクセンの自由主義については、他のドイツ諸国の自由主義と比較することはもちろんだが、ザクセン国内の差異にも着目しながら、今後さらなる検証と精査が必要である。

第三に、国政に責任をもつことのできる公民の創出が種々の改革と結びつけて主張される。まずは、農業改革による公民の創出が課題とされた。彼ら自由主義者にとって農業改革は、単に生産力を上げるといふ経済的な観点から追求されるのではなく、農民の解放、農民による権利、自由の獲得に重点を置くものであった。ザクセン農業の近代化の前提として、領主裁判権や賦役の廃止、土地所有権の獲得などを含むレーエン制の廃止とともに、農民の人格の自由の回復が主張された⁽⁶¹⁾。つまり、農民の解放は経済的にも人格的にも自律した公民の創出につながると考えられたのである。そして公民の創出にとって欠かせないもう一つの改革の柱が教育である。いまだ政治的教養が欠落している人間を国政に参加できる公民に陶冶するための初等教育、中等教育の整備が提言される⁽⁶²⁾。プラウエン自由主義者たちは教育に対する国家の責任を明確にし、教育行政への教会の介入を完全に斥けた⁽⁶³⁾。しかし教育問題は学校や教師の整備といったハード面だけではなく、解放的な思想の普及を阻む検閲問題、教育への国民の関心や時間を奪いかねない国家や領主による過大な負担問題といった問題とも深く関連しているため、他の国家改革と同時並行して実施されねばならなかった。その意味でも、国家全般にわたる改革の必要性が改めて強く認識されることになる。

第四に、商工業・産業改革についてである。先述の農業改革とは異なり、これらの改革では経済的財政的利益をいかに確保するのかが重視されている。ウィーン会議後のザクセンは領土の割譲や荒廃によって甚大な損益を被った。加えて大陸封鎖が解除されるとザクセンは先進資本主義諸国、とりわけイギリスとの熾烈な競争に晒され、『フォークトランド誌』では、プロイセン主導の関税同盟への加盟、国家主導での産業の育成、そして鉄道業の振興などが提示されている⁽⁶⁴⁾。やはりこの背景にも、フォークトランドがザクセン有数の工業先進地域であったことがある。経済市民層もブラウエンの自由主義者グループに名を連ねており、それだけにイギリスとの競争は彼らにとって死活問題であった。したがって商工業・産業分野では、国家のイニシアティブへの期待がより大きく、国家による条件整備や投資がより強く望まれるという特徴が確認できる。

(3) 刑事訴訟手続における公開制・口頭制

ブラウンと『フォークトランド誌』との関係を論じる上で重要なテーマとなるのが、司法制度改革である。裁判所の整備、種々の裁判特権の廃止、陪審裁判所の導入などの要求と並んで、審理の公開制・口頭制⁽⁶⁵⁾が雑誌では精力的に取り上げられている。ブラウンが40年代以降刑事訴訟手続の整備に専念する原点の一つがここに確認できよう。

前述のように、エアハルトとティットマンによる法典編纂事業の挫折とその後の停滞で、ザクセンでは依然として16世紀以来のルール、すなわち1532年の神聖ローマ皇帝カール5世の刑事裁判令、いわゆるカロリーナ法典と1572年のザクセン選帝侯アウグストの諸規約が妥当し、職権主義と糾問主義に基づく裁判が実施されていた⁽⁶⁶⁾。まず、カロリーナ法典は私訴を認めていたものの、無罪であった場合に私訴者は損害賠償を被告人に支払わなければならない、この場合に備えて私訴者は訴訟開始時から被告人に保証しなければならなかった。この結果として私訴は次第に減少し、審判者たる裁判官が職権で訴追することが常態化し、ここに職権主義が確立されたのである。次に、一定の証拠があれば必ず事実を認定するという法定証拠

主義が前提とされたことで、有罪判決を下すには、被告人自身の自白もしくは2人ないしは3人の証人による証明が必要とされた。このため被告人の自白採取が有罪宣告のための至上命題となり、拷問を容認する糾問主義の定着を招いたのである。18世紀には人文主義や啓蒙思想の影響を受け、イギリスやフランス、プロイセンなどでは糾問主義が廃止されていくにもかかわらず、ザクセンでは前近代的な訴訟手続が妥当し続けた。

まず、審理の公開制・口頭制の導入要請は、弁護士としてのブラウンのキャリアと密接に関連している。なぜならば、弁護人の果たすことのできる役割は非公開かつ書面による審理の下ではきわめて限定されているからである。したがってブラウンやカンツら『フォークトランド誌』の法実務家が審理の公開制・口頭制の導入に高い関心を寄せたことは自然なことである。次に、公開制・口頭制は被告人の人権を擁護するという観点から要請されるものでもあった。つまり、1831年ザクセン憲法が制定されたことをうけ、公開主義・口頭主義に基づいた審理の導入が被告人の人権に対する配慮からなお一層求められるようになったということである⁽⁶⁷⁾。この主張には、「自由なプレスを支援するためのフォークトランド協会 Voigtländische Verein zur Unterstützung der freien Presse」での活動のかどでブラウン自身が被告人となった経験も影響しているだろう。裁判ではブラウンの他にも、法律家のディスカウやカンツが有罪判決を受けている。協会ならびに裁判の詳細については後述するが、彼らはこの裁判を通して、申し立てた異議が悉く行政各局によって斥けられるという辛酸を舐めることとなった。このように、1830年代のプレスや後述の協会に関わる活動を通して獲得した2つの視座、すなわち、弁護活動の範囲の拡大ならびに拡充、被告人の人権の保障という2つの視座がブラウンを刑事訴訟制度の整備へと向かわせた⁽⁶⁸⁾。

従来 of ブラウンに関する記述では、刑事訴訟制度改革における功績が常に中核をなし、とりわけ1840年代以降の第二院議員時代、首相や司法大臣時代における彼の活動に関心が集中している。しかしながら彼の改革の原点は1830年代初頭の弁護士業務やプレス、ひいては協会活動での経験にあ

ることを看過すべきではない。まさに1830年代前半の活動こそ、刑事訴訟手続の整備という彼のライフワークの基礎をなしたといえよう。

以上のように、『フォークトランド誌』で扱われた問題を整理することから、プラウエン自由主義者たちはどの問題に対しても、革命ではなく法律に沿った形での改革を志向したこと、その改革においては国家が直接的にせよ間接的にせよイニシアティブを発揮することが期待されたことが明らかになった。同時に彼らは、その国家の政治に参加する公民の創出が喫緊の課題であると認識していた。つまり公民は、国政に参加し責任を全うするにふさわしい財産と教養を有しておらねばならず、そのような公民を生み出す法的、社会的、経済的環境の整備が改革の中で追求されたのである。

しかしもう一点明らかになったのは、ザクセンを代表するプラウエン自由主義は確かに「ジュスト・ミリュール」の自由主義を基盤に据えてはいるが、完璧に自由主義的な改革が遂行されることを強く望む勢力へと変貌しつつあったという事実である。彼らは、国家主導での改革に期待する一方で、その国家がその責任を十分に全うできない場合には、自らが国民代表として改革の完遂に当たるという心構えも持ち始めた。選挙法や司法制度の整備に関する提案や注文はまさにその表れである。この変質の背後には、近隣諸国で起きた革命や蜂起を目の当たりにして、彼らが緩慢とした自国の改革に不十分さを感じたことがあろう。そしてブラウンラ自由主義者は『フォークトランド誌』というプレスに加え、ザクセン国内外の政治に対してより直接的かつ積極的に作用しうる協会へと、いよいよその活動の場を拡げていくことになる。

第3章 プ라우エン・ポーランド支援協会と自由主義

確かに『フォークトランド誌』の論文の多くは匿名で執筆されているため、執筆者を確定することは残念ながらきわめて難しい。それに比してブ

ラウンの関与がより明確に確認できるのが、1831年12月に創設され彼が書記を務めた「援助が必要なポーランドを支援するための協会 Verein zur Unterstützung hilfsbedürftiger Polen」(以下、ブラウエン・ポーランド支援協会と記す)である。同協会は、1830年にワルシャワで起こった11月蜂起⁽⁶⁹⁾の関係者や犠牲者への支援を目的とした組織であった。

この章では、1820年代のブルシェンシャフトに代わり、自由主義や立憲主義がその拠り所とするようになった協会に焦点を当てる。本章では、ブラウンが運営に携わったブラウエン・ポーランド支援協会を取り上げる。ブラウンら自由主義者が隣国ポーランドの問題にいかなるアプローチを図ったのか、協会という新たな表現形態はザクセンのみならずドイツ同盟の枠組みの中でいかに作用したのか、そして何より協会はプレスといかなる関係を構築したのかを検証する。

(1) ポーランド問題とヨーロッパの自由主義

11月蜂起は、ポーランドと歴史的に深いつながりをもつザクセンにとっては単なる隣国の問題という以上の意味を有した⁽⁷⁰⁾。ザクセンとポーランドとの関係は17世紀末にまで遡る。というのも、1697年カトリックへの改宗を選択することでザクセン選帝侯はポーランドの王座を手にし、その後二人のザクセン選帝侯がポーランド国王を兼ねるといふ歴史を有したからである。一度は王位を手放したが、1807年ナポレオンによってポーランドの一部にワルシャワ公国が建国されると、ザクセン国王フリードリヒ・アウグスト1世がその君主となった。公国にはナポレオンが口述した憲法とナポレオン法典が導入されたことで、封建的な伝統との妥協があったものの、個人の自由や平等といった概念が持ち込まれることになった。

11月蜂起の直接的な原因はロシアによる専制的な支配であった。ナポレオンの敗北後、1815年6月9日に締結されたウィーン議定書にしたがい、ポーランドはロシア、オーストリア、プロイセンによって再度分割され、1条は、ポーランド王国とロシア帝国はロシア皇帝がポーランド国王を兼ねる同君連合を形成することを規定した⁽⁷¹⁾。ポーランド王国には自由主義的

な憲法が欽定され、行政面では司法、国防、内務・警察、財務、宗教・公教育の五省が設置され、立法機関として二院制の国民代表議会が設けられた。⁽⁷²⁾しかし皇帝アレクサンドル 1 世の弟コンスタンチン・パヴロヴィチ大公が軍隊の指揮権を握り事実上の総督になると、大公は憲法の自由主義的原則を否定し、ポーランドの政府や国民代表議会から権力を奪取した。11月蜂起はまさしく「ロシアからの解放」、⁽⁷³⁾「ポーランドの領土統一」を目指した闘いであった。

11月蜂起を論ずる上で注目すべきは、この蜂起が単なるポーランド国内の問題に終始しなかった点である。義勇兵がヨーロッパ各国から集結したこと、ポーランドを支援する活動が各国で展開されたことは、ポーランドでの蜂起が自由主義思想や革命思想を共有するヨーロッパの人々にとって見過ごせない問題であること、つまり絶対主義や専制主義からの解放は今や全ヨーロッパ的な課題であると捉えられていたことを示していた。そしてこの姿勢は、1831年夏以降各地で創設されたポーランドを支援する活動に顕著に表れる。⁽⁷³⁾当初の支援活動は人道的で実体的な性格を有していた。したがって支援の内容も、支援物資や寄付金の送付、ポーランドへ向かう医師に対する経済的援助、亡命者受け入れを表明したフランスやベルギーへの亡命の手助けなどであり、個人の活動に負うところも大きかった。しかし支援の動きは次第に政治化し、11月蜂起を自国の政治の自由化を推し進める一契機と捉える協会が自由主義者たちを中心に組織され始める。⁽⁷⁴⁾またこれらの協会は、複数国にまたがる亡命ルートの整備などにもない相互連携を図るようになり、各国の自由主義者間の交流やネットワークの確立を促進した。中でもザクセンは、ポーランド支援を取り締まるプロイセンとオーストリアとの間に位置すると同時に、自由主義的な西南ドイツへの玄関口にあたることもあり、国内に創設された協会はポーランド支援において重要な役割を果たした。⁽⁷⁵⁾また、ザクセン各地で支援協会が精力的に活動しえた背景には、自由主義者である首相リンドナウがいち早くポーランド支持を表明したことがあった。⁽⁷⁶⁾

しかしながら、ポーランド分割を正当なものとするウィーン体制を否定

する11月蜂起は、ドイツ同盟の立場からすればおよそ承認できるものではない。ウィーン体制遵守という大義名分もさることながら、二大国がポーランド支援を弾圧する最大の要因は自国内での独立運動、愛国主義運動の阻止である。というのも、オーストリアはクラクフを、プロイセンはポズナンを、それぞれ事実上領有することで国内にポーランド人を抱えていたためである⁽⁷⁷⁾。さらに保守勢力の危機感を煽ったのが、フランスにおけるポーランド亡命者たちの急進化である⁽⁷⁸⁾。前述のように支援協会は相互連携を深めており、この急進的な思想が各地の支援協会を介して持ち込まれることはドイツ同盟にとっては体制そのものを転覆させるリスクを含んでいた。このような二大国やドイツ同盟からの外圧の下、次第にザクセンでもポーランド移民や亡命者たちへの監視が強化されるようになっていった⁽⁷⁹⁾。

(2) プラウエン・ポーランド支援協会とブラウン

プラウエン・ポーランド支援協会はザクセン国内の数ある協会の中でも、中心的な役割を果たした。その理由を以下の4つの観点から検討してみよう。

第一に、プラウエンの地理的重要性である。フォークトランド地方は、プレスや議会が中心となって最も精力的にポーランド支援を展開したバイエルン王国⁽⁸⁰⁾と国境を接し、またその中核都市プラウエンが西に向かう亡命ルート上に位置したためである。実にザクセンを経由した亡命者の4人に1人がプラウエンに滞在している事実⁽⁸¹⁾からも、この都市がもつ重要性を推し量ることができる。

第二に、プラウエン・ポーランド支援協会が他の協会よりも組織化されていたことがある。前述したように、支援はそもそも個々人の慈善的な活動から出発した。その後創設された協会の多くは協会とは名ばかりで、組織的に運営されるものとは程遠かった。しかし、プラウエン・ポーランド支援協会は自由主義者9人によって統率された組織であった。理事会は会長ベラー F. L. Böhler, 出納係ライベルト, 書記ブラウンに加え、シュタインベルガー, ギュンネル, カンツ, ヘーニツヒ G. Hennig, ベラー

C. Böhler, ブリュックナー Brückner から構成された⁽⁸²⁾。特にブラウン、カンツ、ライペルト、ギュンネルの4人が他にもプレス発行や協会運営に関わる経歴を有していた事実を考慮すれば、組織運営の経験や能力を備えた人物が同協会に参加していたことは協会の組織化に有利に作用した。統率のとれた同協会はポーランド人亡命者や他の協会からの信頼も厚く、ザクセン内外の自由主義者や愛国主義者の拠り所となりえたのである。

第三に、プラウエン・ポーランド支援協会とプレスとの積極的な連携である。もちろん、プレスを利用するという動きは他の支援協会においても確認できる。ポーランド問題に関しては、特に地方のプレスが詳細なニュース配信を行うことで人々の関心を喚起したという事実からも、協会とプレスが相互依存の関係にあったことは明白である⁽⁸³⁾。しかしプラウエン・ポーランド支援協会に有利であったのは、単なるニュース伝達ではなく政治的な議論ができる週刊誌『フォークトランド誌』が身近に存在したことであり、ポーランド問題を各種の政治思想と結合させながら読者に発信することが容易であった。実際に『フォークトランド誌』は同協会の活動内容や協会会員の論文を掲載するだけでなく、ザクセン政府のポーランド支援情報まで提供するなど、ポーランド問題はザクセン国家全体に関わる問題であるとの視点に立って論じた。加えて編集長のカンツがプラウエン・ポーランド支援協会理事会の一員であったことも、同協会と『フォークトランド誌』との強い結びつきを可能にした。そしてブラウンも書記として記録を残したり文書を作成したりする業務を担当したことを鑑みれば、『フォークトランド誌』への記事の提供や投稿の機会も多かったと考えられる。

第四に、プラウエン・ポーランド支援協会は人道目的というよりは、政治目的を有する組織として運営された。この姿勢は1832年2月29日『フォークトランド誌』の記事によって裏づけられる。同協会がポーランドを支援する目的は、単に慈善的精神を見せる機会としてだけでなく、ザクセン国内における愛国主義を覚醒し専制主義や圧政に対する嫌悪感を広め、国民の間に厳格な法原理に基づいた自由に対する高い意識を呼び覚ますことにあると説明されている⁽⁸⁴⁾。プラウエン自由主義者が掲げた目的は、当時各

国の自由主義者たちに共通する理解、つまり11月蜂起を自国の問題に引き付けて捉えるという理解に合致していた。彼らが自由主義や立憲主義に支えられたポーランド蜂起を、復古主義や絶対主義を体現するロシアと対峙させたことはいうまでもないが、何よりも、11月蜂起による革新はザクセン国内でようやく始まった諸改革に刺激を与えるものとして歓迎されたのである。⁽⁸⁵⁾

これら4つのアベレージを持って、プラウエン・ポーランド支援協会はザクセンの中でも重要な位置を占めた。ブラウンはこの協会活動を通して組織運営力を磨くと同時に、ポーランド蜂起とその支援を梃子に停滞するザクセンの国家改革を前進させる意欲を一層高揚させていった。

(3) プ라우エン自由主義者の革命観

ポーランド問題とプラウエン自由主義者との関係を論じるにあたり、一つの疑問が生じる。それは、プラウエンをはじめザクセンの自由主義者たちは本来暴力的な革命を否定し法に則った改革を支持する勢力であるにもかかわらず、なぜ彼らがポーランドの11月蜂起を支持しえたのかという疑問である。11月蜂起はまさに暴力でもって現体制を転覆させ、ポーランドの独立を企てたものに他ならなかったにもかかわらず、である。

この疑問に対する答え、つまりプラウエン自由主義者たちの革命観を知る手掛かりになるのが、1831年12月14日と12月28日の『フォークトランド誌』⁽⁸⁶⁾である。この2つの号では、彼ら自由主義者が11月蜂起に先立って発生した1830年8月のベルギー独立革命をいかなる理由で容認したのかを知ることができる。

同誌は、ベルギー革命の原因がネーデルランドへの併合による政治的、文化的、宗教的、財政的苦境にあること、ネーデルランド国王がベルギーに対して何の譲歩もしようとしなかったことである以上、革命ならびに制定された憲法はともに正当なものであると説明し、革命を容認した。つまり、革命が国民の意思で実行された行動であること、そして自国の統治者に改革の準備や能力が欠落していることなど、一定の条件を満たした場合

には革命は正当な手段の一つであると理解されたのである。そして11月蜂起にあたり、ロシアの圧政下に置かれたポーランドにベルギーと同じ条件を見出した『フォークトランド誌』は、ポーランド人による体制転覆を企図した蜂起をもまた支持しえたのである。将校から貴族、市民までがロシアから解放され独立を望む意思で行動したこと、そしてロシア皇帝兼ポーランド国王ニコライ1世が現状を変革する意思も準備も有していないことが確実である限りにおいて、今回の蜂起はやむをえない選択であった。

ここから明らかになることは、自由主義者たちはベルギーやポーランドと同じ条件を満たさないザクセンで革命を起こすことにはなお懐疑的であるということである。緩慢さはあるものの、自由主義者リンデナウの主導下で改革が進行しているザクセンにおいては、自由主義、立憲主義に基づく体制の実現と深化は改革の続行という形で実現すべきであった。しかし重要なことは、クルークやペーリッツのように暴力をとまなう革命を忌避するところからは一步離れ、革命や蜂起への寛容さがプラウエン自由主義者には見出されるようになったことである。その手段は革命と改革と違えど、プラウエン自由主義者とベルギーやポーランドの革命者・蜂起者はともに、国民の自由と権利の保障、自由主義、立憲主義理念の実現という点では共通したのである。彼らは革命や蜂起を否定の対象とするのではなく、それらのエネルギーを自国ザクセンの改革推進の弾みにしようと考えたのである。

最終的にドイツ同盟内のポーランド支援協会を解散に追い込んだのは、1832年6月28日、7月5日の「ドイツ同盟における法的な安寧秩序の維持のための措置に関する同盟決議」である。前述のようにこれらの決議の直接的な原因はハンバッハ祭であったが、7月5日の同盟決議2条では、政治目的をもつ協会の設立の禁止、その発起者ならびに参加者への罰則を含む規定の整備が各国に命じられた。プラウエン・ポーランド支援協会は約2年に及ぶ活動の後、33年12月に自主的に解散するという道を選択した。

第4章 フォークトランド・プレス支援協会と裁判闘争

この章では、ブラウンが創設・運営に関与したもう一つの協会、「自由なプレスを支援するためのフォークトランド協会 Voigtländische Verein zur Unterstützung der freien Presse」(以下、フォークトランド・プレス支援協会と略す)を考察の対象とする。

ブラウンが第一書記を務める同協会は1832年6月14日、ブラウエン・ポーランド支援協会のメンバー主導の下で創設されるという経緯をもつ。この創設の経緯からも、ブラウエン自由主義者たちがポーランド支援活動を通してプレスの機能や役割を評価し、ザクセンにプレスの自由を定着させる重要性を認識したと考えられる。その半面で、ドイツ同盟によるプレスや協会への統制が一層厳しさを増した。

このような時代背景の下で、フォークトランド・プレス支援協会はいかにしてプレスの自由を擁護し伸長しようと試みたのか、また、自由主義や立憲主義、愛国主義といった反体制的とみなされる思想をめぐって協会とドイツ同盟、ザクセン政府はいかに対峙したのかを明らかにすることが本章の課題である。

(1) プレスの自由の保障とプレス支援協会の創設

フォークトランド・プレス支援協会は、創設者であるブラウエン自由主義者5人をメンバーとする中央委員会によって運営された。すなわち、議長ディスカウ、議長代理カンツ、第一書記ブラウン、第二書記フィードラー、そして出納係ライペルトからなる中央委員会がブラウエンに設置され、法律家や神学者、教師、商人、工場主など約30名の市民層が協会会員に名を連ねたのである。⁽⁸⁷⁾中央委員会のメンバーのうち、ブラウン、ライペルト、カンツの3人はポーランド支援協会とプレス支援協会の運営を並行して担った。この重複は2つのことを意味する。一つは、円滑な協会運営の実現である。ポーランド支援協会でも実質的な事務局を担当した書記ブラウン、出

納係ライバルトがプレス支援協会でも同じ役職に就くことで、最初から実践的で実行力の高い協会運営が可能となった。もう一つは、自由主義的な活動を展開する中でプレスの果たす役割が再認識されたことを意味する。ポーランド支援における『フォークトランド誌』の活用が奏功する一方、他方ではドイツ同盟やザクセン政府からのプレスへの規制が厳しくなったのも事実である⁽⁸⁸⁾。そこで、ドイツ同盟規約⁽⁸⁹⁾やザクセン憲法に明記された「プレスの自由」の保障を目的とする協会の創設が望まれたのである。

プレスの自由の保障を目指して協会が結成される動きは全ドイツ的なものであった。つまり1830年以降、プレスを通じて自らが信奉する思想や政策を普及するという理念の下、フォークトランド・プレス支援協会と同種の組織が各地で設立されている。そしてこれらの組織の中核をなしたのがドイツ・プレス支援協会⁽⁹⁰⁾である。民主共和主義的体制下でのドイツ統一を目標に掲げる同協会はプレスを目標達成のための武器とみなし、発行するプレスを活動の原動力と理解した。しかし協会のこの急進的な姿勢が、ドイツの各種プレスが獲得しつつあった政治的影響力や機能を喪失させる原因になる。なぜならば、ドイツ・プレス支援協会が主催したハンバッハ祭を契機に出されたドイツ同盟決議がプレスや協会の政治的な影響力や機能を封殺したからである。この中でフォークトランド・プレス支援協会もまた、1832年6月の創設からわずか2か月で解散が命じられた。

(2) フォークトランド・プレス支援協会と2つの規約案

まず、フォークトランド・プレス支援協会のプロフィールを検証することから始めよう。同協会がいかなる組織であったのかは協会規約から解明できる。

その協会規約の策定をめぐる⁽⁹¹⁾2つの案が存在した。まずは、神学者ギュンネルが中央委員会の意向に基づき作成した草稿「全フォークトランドのためのプレス協会の理念 Ideen zu einem Preß-Verein für das gesammte Voigtland」である。草稿では、協会の目的は国民を自由主義的に啓蒙しそれに応じて国家政治に参加させることであり(第1点1項)、この目的を

達成するために、必要とあらば、禁書とされた書籍をも流通させる（第2点）と記されている。さらに、自由なプレスをドイツ同盟全体に普及するという目的達成のために、経済的な支援も含めてドイツ・プレス支援協会と連携すること（第1点1, 2, 4, 7, 10項, 第3点）にも言及がなされていた。また、協会創設の周知は『フォークトランド誌』によること（第5点）とされた。中でも禁書の流通とドイツ・プレス支援協会との連携という内容は、反体制的で急進的な協会の一面を表していた。特にドイツ・プレス支援協会は、君主政原理のみならず立憲君主政をも疑問視し、それに代わって人民主権と共和主義的な統治形態の実現を求めたため⁽⁹²⁾、ウィーン体制そのものを否定する勢力と解される存在であったからである。

もう一つの規約案は、第一書記ブラウンと第二書記フィードラーの手によるものである。彼らは、協会解散のリスクを回避するため急進的な内容は控えるという現実的な判断に基づき、ギュンネル案を修正した。この修正によって、禁書の流通ならびにドイツ・プレス支援協会との連携に関する項目が削除されている。

最終的には中央委員会の決定にしたがい、ギュンネル案を修正して完成したブラウン・フィードラー案が1832年7月18日の『フォークトランド誌』に協会規約として公表された⁽⁹³⁾。この規約によれば、協会の活動目的は、名が示す通り、自由なプレスの促進と普及を通して国民の啓蒙に貢献すること（1条, 2条）、プレスに関わる犯罪で刑事裁判にかけられた者を支援すること（1条, 3条）である。協会の運営については、五頭体制の中央委員会が担当する（4条）とされた。また同協会は各地に支部を設け（5条）、その設立は『フォークトランド誌』やプラウエン・ポーランド支援協会での活動実績のある人物を中心に進められた⁽⁹⁵⁾。フォークトランド地方には27の支部が設立された。

修正後に公表された規約の内容を鑑みれば、フォークトランド・プレス支援協会がいかにか当局による統制を危惧していたのかがわかる半面で、協会の主眼が当局の干渉を回避し協会活動を続行することにあつたのかが明らかになる。「協会を存続させ持続的に活動する」ために「法律に則った

手段のすべて」を駆使する⁽⁹⁶⁾とした点にも、合法的な改革を望むというザクセンの自由主義者たちの行動原理が作用していた。

(3) 解散命令と裁判闘争

自主解散を選択したプラウエン・ポーランド支援協会に対して、フォークトランド・プレス支援協会は解散命令と裁判闘争というプロセスを辿ることになった。

宗教・公教育省は、1832年7月18日『フォークトランド誌』に協会の規約が公表される前、つまり7月12日の段階で、協会と雑誌の企てを「明らかに許されていない」と評し、司法省は「ザクセン王国の立憲主義的な体制ならびにドイツ同盟の体制に対する大逆罪的な hochverrätherisch 傾向を有している」と判断していた⁽⁹⁷⁾。その根拠とされたのが7月4日の『フォークトランド誌』に掲載された23条からなる「信条」であったが、同号ではフォークトランド・プレス支援協会の創設も報じられている⁽⁹⁸⁾。ここで注目すべきは、事の発端が1831年の行政改革以降に検閲行政を統括した宗教・公教育省の評価であるという点である。そして宗教・公教育省を後押ししたのが7月21日の『フォークトランド誌』に対する検閲の実施を促す司法省の態度であった。ここまでの経過において重要であるのは、ザクセン政府が『フォークトランド誌』を足がかりにして、本丸であるフォークトランド・プレス支援協会に切り込む方法をとったことである。政府は、フォークトランド・プレス支援協会の禁止ないし解散という最終目的を達するために、まずは『フォークトランド誌』に掲載された「協会の」「信条」の内容を不適切として検閲することを命じ、その上で検閲に必要な同協会の関連施設や関係者への搜索を実行するという手順を追ったのである。

この手順にしたがい、早くも7月中に国家内務管理局 Landesdirektion⁽⁹⁹⁾から協会関係先への家宅搜索が命じられ、搜索は県知事 Kreishauptmann ならびにプラウエン司法管区担当官 Justizbeamte の指揮の下で行われた。協会の創設者や会員に対する家宅搜索に加え、ディスカウ、ブラウン、カンツなど主要メンバーに対しては事情聴取も実施された。ブラウン宅への

搜索では、ディスカウのコメントが入ったギュンネルの協会規約案が押収されている。この搜索で採取された一連の証拠品は8月1日、宗教・公教育省の命令を受けてブラウエン市参事会からドレスデンの検閲官の下に回された。この検閲問題に関連してフォークトランド・プレス支援協会が受けた搜索の結果に基づき、協会活動を管轄する内務省は、「国王や議会が立憲主義的な生活を憲法に則って展開させるのを先取り」しようとする同協会の動きを国家に敵対的であるとみなし、8月4日、協会は国家内務管理局によって解散を命じられた。⁽¹⁰⁰⁾

内務省と搜索と解散に異論を唱える同協会との争いは、ブラウエン都市裁判所に刑事訴訟として提起されるに至る。内務省が起訴したのは、協会の中央委員会メンバーであるディスカウ、カンツ、ブラウン、ライベルト、フィードラーの5人と、規約案「全フォークトランドのためのプレス協会の理念」の作成者ギュンネルである。起訴の根拠は協会の解散根拠と同様であり、以下の3点であった。⁽¹⁰¹⁾まず、協会の創設自体がザクセンでは「許されていない」ということであり、この見解は宗教・公教育省や司法省によっても共有されていた。第二に、規約に掲げられた協会創設の目的が「国家に敵対的である」という点である。内務省は、規約1条と3条で定められた、プレスに関わる犯罪容疑で起訴されたり判決を言い渡されたりした者を支援するという協会の目的は法律に基づく刑罰権力への反逆であり、裁判官の権威を侵害し、刑罰目的と対峙する行為に他ならないとみなしたためである。第三は、ブラウン宅で押収されたギュンネルの規約案である。当局が問題としたのは公表された規約からは削除された2箇所、つまり、禁書の流通、そしてドイツ・プレス支援協会との連携に係る箇所であった。まず、出版を禁じられた書籍を入手し流通させる行為は反動を引き起こすことと理解された。次に、共和主義や人民主権をも標榜するドイツ・プレス支援協会との連携はザクセン王国のみならずドイツ同盟の体制をも転覆させる危険性を含む以上、到底認められるものではなかった。⁽¹⁰²⁾

それに対してブラウンら被告人側は自己弁護を展開し、その争点は以下の4点に整理できる。⁽¹⁰³⁾すなわち、協会創設の合法性、協会の目的の合法性、

ギェンネルの規約案の無価値性、そして搜索の違法性の4点である。

第一に、フォークトランド・プレス支援協会の創設が「許されていない」と判断されたことへの反証である。その根拠は、ザクセンにはこのような協会の創設や協会への加入を禁ずる法律や命令が存在しない以上、国家は解散を命ずることはできないということである。さらに、プレスの自由を支援する協会の創設それ自体がそもそも正当であると主張する。なぜならば、この正当性は1815年のドイツ同盟規約18条dから導出されるからである。つまり、「同盟関係にある諸侯ならびに自由都市は、ドイツ同盟加盟国の臣民に対して次の権利を保障することに同意した。(a～cは中略) d同盟議会は、その第1回会議においてプレスの自由ならびに複写物に対する著作者と出版者の諸権利の保障に関して一律的命令を制定することに取り組むものである⁽¹⁰⁴⁾」と定めた規約18条dはプレスの自由を保障しており、それゆえにプレスの自由の保障を求める協会の創設には法的正当性が備わっているというのである。この論法はバーデンのロテックらが同種のプレス協会への加入の自由と協会それ自体の正当性を主張する際に用いたものであり、ブラウンらもこれに倣った⁽¹⁰⁵⁾。

第二は、協会の目的の合法性である。内務省が反国家的であると判断した容疑者や犯罪者への支援はいかなる罪も構成しないと反論した。そもそも刑罰の軽減を目的に容疑者や犯罪者を支援する行為は「慈善活動の性格を有し」、従来からなされている以上、同協会の活動もまた、慈善という美德に基づくものであって犯罪行為に該当しないと主張された。そしてこうした刑罰の軽減のための支援は、法律家であるブラウンら被告人が普段の実務の中で採る手法を活用したとされる⁽¹⁰⁶⁾。たとえば、窃盗罪に問われた者に対する減刑を目的として、支援者が盗品を弁償することがある。ブラウンらはこの手法を用い、プレス犯罪に関与した人物への支援は犯罪行為には当たらないと主張した。

しかしこの主張はきわめて困難であろう。というのも、財物の弁償という支援によって罪が軽減されうるのは、被害者の損害が回復できたということを前提とする。ところが、プレス犯罪ではそもそも被害者が誰である

のか、被害者が被った損害を回復する支援とはいかなるものかは必ずしも明瞭ではない。というのもプレス犯罪の場合は、侵害された財物を弁償することで被害が回復される窃盗罪とは異なり、弁償すべき財物も相手も明確に定まらないからである。したがって、プレス犯罪と窃盗罪における被害者支援を同等に扱うことには根本的に無理があり、ブラウンらのこの主張は根拠薄弱といわざるをえない。

第三に、ギュネルが作成した「全フォークトランドのためのプレス協会のための理念」の扱いについてである。協会側は、この規約案はあくまでも草稿であり敲き台にすぎず、正式な規約が公表された後にあっては無価値で考慮するに値しないと反論した。協会自身がこの規約案を何の価値ももたないとみなしていた証拠として、家宅捜索時のブラウンの行動を挙げる。というのも、家宅捜索に際してブラウンはこのギュネル案を隠匿することなく当局に提出しているからである。無条件で捜索に応じたブラウンをはじめとする協会の対応こそ、彼らが違法行為を行っていないことの証明であると弁論したのである。

最後に、捜索自体の違法性である。第一、第二の論点が明らかにするように、フォークトランド・プレス支援協会の創設と同協会への加入を禁じたり罰したりする法規定が存在しておらず、また協会の目的には何の違法性もない以上、国家には同協会を家宅捜索する正当性や権限は存在しえないはずである。このような国家の恣意に対抗して個人の権利を守ることはすでにザクセン憲法が保障するところである。今回の協会への捜索は憲法の「司法の章」(45条～55条)に規定される自由や権利を侵害する行為に他ならない。したがって捜索自体が何の法的根拠もない不当なものである以上、捜索で得られた証拠もすべて法的効力はないとされた。ブラウンらは、この捜索は国家権力を笠に着た警察の嫌がらせであり、警察は「日常生活の枠をほんのわずかはみ出ただけでなお何の罪もない自由な行動の中に罰しうることを周知のごとく見つけ出し、普通の幸せを夢見るおとなしい公民を投獄することを好む⁽¹⁰⁷⁾」と激しく糾弾した。

さて、この裁判を担当したのはブラウエン市裁判所であり、裁判官を務

めたのがハウスナーであった。プラウエン自由主義者の一人に数えられるハウスナーは審理を引き延ばすなどして被告人たちに便宜を図った。⁽¹⁰⁸⁾しかしその結果として、国家司法評議会 Landesjustizkollegium は市裁判所に判決を宣告することを禁じ、代わってプラウエンの司法管区担当者が禁錮2か月という判決を下した。

被告人側はこの判決に不服を申し立て、この事案はライプツィヒ大学法学部に送られた。法学部はこの事件を審理し、10ターラーの罰金刑に軽減するという判決を宣告した。⁽¹⁰⁹⁾ブラウンらの有罪が覆らなかったのは、第一に、被告人たちがプレス支援協会を創設することは「許されていない」、第二に、プレス犯罪に問われた者を支援するという協会規約1条と3条は「国家に敵対的な」内容を含むと法学部が認定したためであった。この2点に関しては、内務省側の主張が全面的に認められた。しかしその半面、自由刑から財産刑へと刑罰が軽減されたのは、内務省がギュンネルの規約案を前提に展開した主張、すなわち、同協会がドイツ・プレス支援協会と連携し、ドイツ・プレス支援協会の国事犯的な staatsverbrecherisch 目的を支援したことが間違いのない事実であるとは断定できないという理由に拠った。ドイツ・プレス支援協会への実際の支援や協力関係を示す証拠の発見は捜査段階で断念されていたことを考慮すれば、妥当な判断であった。そしてこの判断は、法学部がギュンネル案を単なる草稿とみなし、むしろその規約案の内容を裏づける証拠の有無を重視したことを意味した。したがってギュンネル案の効力をめぐっては、ブラウン側の主張が認められた。

(4) フォークトラント・プレス支援協会裁判にみる問題点

フォークトラント・プレス協会をめぐる裁判を総括する上で看過できないのが、係争当時のザクセンにはいまだ刑法も刑事訴訟法も未整備であったという事実である。というのも、ザクセン刑法典の制定は1838年、刑事訴訟規則の制定はさらに遅れて55年のことであったからである。

法典の編纂作業をはじめ、司法省の設置、裁判制度の整備など一連の司法制度改革が始まったのはようやく1831年のことである。31年6月の上訴

裁判所長官トイベルン C. H. F. v. Teubern による司法制度改革案、そして9月のザクセン憲法がその端緒である。33年2月9日のラント議会には、改革の骨子となる法案が提出された。司法官庁と行政官庁との間での権限紛争を規定する法案、司法案件に関する上級司法官庁と審級に関する法案、そして従来の特権的な裁判身分に関する法案の3つはラント議会での審議と修正を経て、35年1月に施行された⁽¹¹⁰⁾。したがって、フォークトランド・プレス支援協会をめぐる裁判は審級制度を含めた裁判制度の確立もままならない過渡期に行われたという面を持ち合わせていたのである。

次に、フォークトランド・プレス支援協会に対する搜索、刑事訴追はいかなる法的根拠に基づき可能であったのかという疑問が生ずる。まさにこの点を突いたのがブラウンら協会側であり、協会の創設や協会への加盟を禁じる法的根拠はないと主張した。しかし、内務省はプレス協会の創設は「許されていない」、「規約が国家に敵対的である」と主張し、最終的にはライプツィヒ大学法学部も内務省の主張を認めたが、その根拠は明示されていない。当時のザクセンでは、協会設立の自由を保障する条文は憲法にないが、同時に協会設立に関する明確なルール策定もなされていなかった。こうした現状を踏まえた上で、内務省および法学部が依拠したと考えられるのが、32年7月5日の同盟決議2条、すなわち、政治目的を有する協会の創設を禁じ、それに該当する協会の発起者ならびに参加者を処罰する旨を定めた規定である。しかしながら2条に即した国内ルールは未整備であった点⁽¹¹¹⁾、フォークトランド・プレス支援協会は32年6月14日に創設されているため、同盟決議2条が遡及的に同協会に適用された疑いが残るといふ点からは、ザクセン政府の焦燥感が窺い知れる。この事実は、当時のザクセンには罪刑法定主義がまだ根づいていないことを示すと同時に、いかにザクセン政府がフォークトランド・プレス支援協会の存在を危険視していたのかを明らかにした。

他方で、プレス犯罪に関わる法の整備は裁判終結後、急ピッチで進められた。まず36年命令が検閲をパスしなかったり検閲を免れたりしたものを印刷した者に対して懲役刑や罰金刑、営業禁止などを定め⁽¹¹²⁾、この命令でもつ

て12年命令は効力を失った。また、38年に制定された刑法典⁽¹¹³⁾は「第2部 罪と罰について」でプレスが該当しうる犯罪を列挙する。第1章は「国事犯、国家反逆罪、国家の安寧を危険にさらすその他の行為」を規定し、81条は国家元首の個人的な安全ならびに統治権、国家の独立、国家制度に対する侵害を、82条はドイツ同盟の独立や体制に対する侵害をそれぞれ定め、いずれも死刑が科されている。86条の国家反逆罪は、ザクセン王国やドイツ同盟に反して戦争へと扇動した者、他国と通じ自国や軍隊を裏切った者は2年以上の第1級もしくは第2級の重懲役刑または終身重懲役刑に処する旨が規定されている。直接プレスに係る犯罪としては、第2章「国家元首およびその家族の人格に対する毀損」がある。97条以下では、国事犯以外で神聖な国家元首の人格を毀損した者は第1級の終身重懲役刑(97条)、国家元首の人格を脅かした者には1年の矯正施設刑から第2級の重懲役刑10年(98条)、国家元首に対する名誉毀損、その統治行為に対する名誉毀損は1月から3年の軽懲役刑または4年未満の矯正施設刑が(99条)、それぞれ科せられた。他にも、第9章「名誉毀損」の項目では、口頭か書面かの方法を問わず、相手の評価を下げる名誉毀損は6月未満の重懲役刑または6週間の重懲役刑を超えない限りにおいてはそれ相応の罰金刑の対象とされている(194条)。

フォークトランド・プレス支援協会への搜索とそれに続く裁判の検証を通して、ザクセン内務省が各省庁と連携して同協会を解散に追い込んだこと、裁判自体が司法制度未整備の中で展開したこと、そして何より、解散あるいは起訴の理由となった「協会の創設は許されていない」という法的根拠に関して疑問が残ることが明らかになった。従来はドイツ同盟の指示に受動的であったザクセン政府が今や主体的に協会の解散に及んだ点に、現体制を転覆させる危険な思想がドイツ・プレス支援協会を介してザクセンに普及することへの政府の恐れが見てとれる。

その一方で、被告人となって有罪判決を受けたブラウンらは、搜索や起訴のみならず解散命令、有罪判決を正当とする法的根拠の不明瞭さ、審理

がいまだ書面で行われ公開制・口頭制が導入されていない現状などを踏まえると、およそ納得のゆく裁判ではなかった。この協会をめぐる裁判闘争から、ブラウンは後に政治家として取り組む課題をより一層クリアに認識し、その意欲を高めたと考えられる。つまり、ブラウンをして司法制度改革、とりわけ刑事訴訟手続の整備へと向かわせた原動力はまさしく、彼が関わった1830年代のプレスや協会活動にあったのである。

お わ り に

1833年以降ラント議会⁽¹⁴⁾が召集されるようになると、ブラウエンの自由主義者も他の地域の自由主義者と同様に、議会に新たな活動の場を見出した。ブラウンも例外ではなく36年、第二院議員としてのキャリアを開始した。他方でプレスや協会は存続したが、ドイツ同盟やザクセン政府による弾圧を免れるのは難しかった。つまり自由主義者たちは1830年代半ば以降、非合法的とみなされるリスクの高いプレスや協会から合法的な議会へと活動基盤を移したのである。このスイッチを可能にしたのが1820年代から30年代のプルシェンシャフトやプレス、協会での活動である。それらの活動は自由主義者にとって、ラント議会という次のステージへと進むための第一ステージであった。第一ステージは、自由主義思想を現実の政治や改革に生かす術を考え、憲法問題から農業、経済問題に至るまで社会の諸問題を議論し、そして組織を創り運営する力を磨くための場、政治家として必要な資質を培う重要な実践の場であった。ブラウンはこの第一ステージにおいて、プレスや結社の自由が侵害され、刑事訴訟手続が不備であるという問題に直面することで、第二ステージではこれらの問題を解決するための改革の続行を自ら担う勢力となった。

ブラウンを軸にフォークトランド、ブラウエンの自由主義を検証する中で、次の2点が明らかになった。一点目は、ブラウエンの自由主義者たちが徐々に「ジュスト・ミリュエ」の自由主義の枠を打ち破りつつあるということである。確かに彼らもまた法に則った改革をベストの選択とはみな

すが、革命に一定の寛容さを示すようになった。この変化の背景には、1830年の各国での革命や蜂起によるインパクトに加え、彼ら自由主義者が期待を寄せていた国家主導での改革の停滞や後退への失望がある。しかし同時期にラント議会が設置されたことで、彼らのエネルギーは議会での活動に向けられ、彼ら自身が国家とともに改革を推進する勢力となることを望んだ。こうして自由主義者たちは改革を期待する立場から、改革を協働する立場へと変化を遂げた。そして彼らの革命へのこの寛容さは三月革命の布石となったといえよう。もう一点は、ザクセンの自由主義のバリエーションである。ザクセン有数の工業先進地帯であるフォークトランドでは経済市民層は教養市民層と並んで発言力を持ち、彼ら経済市民層の見解が制限選挙や国家の経済振興政策といった分野においても散見できる。当初はディスカウヤトットらとともに反政府勢力に属したブラウンであったが、1845/46年の議会では、同じフォークトランド出身で綿糸紡織工場を経営するゲオルギ R. Georgi (1802~69年) とともに右寄りに立った⁽¹⁵⁾。このように経済市民層が一定の存在感を持っていた点でラインブルジョワジーとの類似性が見られる。しかしこの問題については、ライン自由主義のみならず、ザクセンの他地域の自由主義との比較も含めての一層の検証と精査が必要であり、筆者の今後の課題である。

最後に、1820年代から30年代はドイツ同盟とザクセン王国の権力関係にも変化が見られた。ザクセンは従来、経済的、財政的な観点からプレスへの弾圧、検閲には慎重であった。また中央集権化を目指す改革の遅れから、20年代はプレスに関しても大学に関しても国家の統制は緩やかであった。それゆえザクセンでの自由主義をはじめとする反体制的な動きの弾圧は常に、ドイツ同盟のイニシアティブの下で展開した。しかし30年代になるとザクセン政府の対応は変化し、とりわけ自国の体制をも転覆させかねない勢力に対してはきわめて厳格な姿勢で挑んだ。それがドイツ・プレス支援協会との連携を疑われたフォークトランド・プレス支援協会をめぐる捜査と裁判闘争である。このような政府の硬化は自由主義者にとっては30年に始まる改革の停滞、後退と同一視され、自由主義的な改革の断行をめぐり

両者はラント議会で対立を深めることになった。検閲制度や刑法、刑事訴訟手続の整備に関する議会での攻防もその最たる例であった。ザクセン政府は30年代半ば以降、ドイツ同盟決議による要請という面もあるものの、積極的かつ自律的にプレス法の整備を進め、36年命令は同盟プレス法の基準を上回る厳しい検閲基準を導入するに至った。いまやザクセンは「検閲の優等生」となったのである。

プレス犯罪が明確化されプレスが後退していく中でどのような犯罪や裁判が行われたのか、自由主義者たちはこの現状にいかにか立ち向かったのか、そして法律や命令に登場しない協会の設立の自由、すなわち結社の自由は三月前期にいかにか扱われたのかなど、本稿で検討できなかった問題については、別稿を期すこととしたい。

注

- (1) H. Schlechte(Hrsg.), Die Staatsreform in Kursachsen 1762-1763: Quellen zum kursächsischen Rétablissement nach dem siebenjährigen Kriege, Berlin 1958, S. 12.
- (2) ドイツの自由主義をイギリスやフランス、(ドイツ同盟国ではあるが) オーストリアなどと国際的に比較したランゲヴィーシェ D. Langewiesche らによる研究はドイツの自由主義の特徴を明らかにする上できわめて有益である。D. Langewiesche (Hrsg.), Liberalismus im 19. Jahrhundert: Deutschland im europäischen Vergleich, Göttingen 1988. しかしながらこの研究でもザクセンなど中部ドイツに関する言及は残念ながら見られない。
- (3) K. H. Pohl, Liberalismus und Bürgertum 1880-1918, in: L. Gall (Hrsg.), Bürgertum und bürgerlich-liberale Bewegung in Mitteleuropa seit dem 18. Jahrhundert, München 1997, S. 231-292, hier S. 287. ポールの論文を含め同書に所収された論文の多くは研究動向の紹介と「自由主義と市民層」の理論分析に紙面の大半を割いている。三月前期のザクセンを対象にした研究としては、ラント議会における「反対派」という観点から自由主義者を政治史の中で扱った S. Schmidt, Die Entwicklung der politische Opposition im Königreich Sachsen zwischen 1830 und 1848, Dresden 2005, 自由主義思想が新聞や雑誌などの中でどのように展開したのかを考察

し、自由主義とプレスとの関係を解明しようとした V. Knüpfer, *Presse und Liberalismus in Sachsen: Positionen der bürgerlichen Presse im frühen 19. Jahrhundert*, Böhlau 1996 がある。

- (4) 『ドイツ総伝記事典 Allgemeine Deutsche Biographie』では、刑事訴訟手続における公開制と口頭制の導入に尽力したこと、三月革命後首相に就任するも十分な成果を上げられなかったことが記述されるにとどまっている。H. T. Flathe, „Braun, Karl“, in: *Allgemeine Deutsche Biographie*. Bd. 3, Berlin 1967, S. 269. 他方、『ザクセン伝記事典 Sächsische Biografie』では、故郷でプレスや協会活動に参加したことについて言及され、加えてラント議会第二院議員としての経歴が詳しく説明されている。H. T. Flathe, „Braun, Karl“, in: *Allgemeine Deutsche Biographie*. Bd. 3, Berlin 1967, S. 269. J. Matzerath „Braun, Alexander Karl Hermann“, in: *Sächsische Biografie* (<http://saebi.isgv.de/>).
- (5) Y. Biedermann, *Karl Braun (1807-1868): Leben und Werk*, Hamburg, 2008, S. 1f.
- (6) Y. Biedermann, *Karl Braun*, S. 1f.
- (7) J. Vötsch, Die „sächsische Frage“ auf dem Wiener Kongress 1814/15, in: G. Martin, J. Vötsch und P. Wiegand (Hrsg.), *200 Jahre Königreich Sachsen: Beiträge zur sächsischen Geschichte im napoleonischen Zeitalter*, Beucha 2008, S. 169-184.
- (8) E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Bd. 2, Stuttgart 1960, S. 77ff.
- (9) H. Schlechte, *Die Staatsreform in Kursachsen*, S. 12.
- (10) G. Schmidt, *Die Staatsreform in Sachsen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert*, Weimar 1966, S. 99ff.
- (11) 的場かおり「ザクセンにおける立憲化と『プレス自由』(1)」『名古屋短期大学紀要』47号, 2009年, 152頁参照。
- (12) ザクセンの書籍業発展の背景については、的場「ザクセンにおける立憲化と『プレス自由』(1)」前掲, 152~153頁参照。
- (13) G. Schmidt, *Die Staatsreform in Sachsen*, S. 95 und R. Wittmann, *Buchmarkt und Lektüre im 18. und 19. Jahrhundert*, Tübingen 1982, S. 97.
- (14) カールスバートの決議については、E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*. Bd. 1, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz, 1978, S. 101-105 を参照せよ。
- (15) 1830年代のプレス法制の変遷については、的場「ザクセンにおける立

- 憲化と『プレス自由』(1)前掲、同「ザクセンにおける立憲化と『プレス自由』(2)」『名古屋短期大学紀要』49号、2011年を参照。
- (16) ライプツィヒ大学史に関しては、F. Häuser, E. Bünz, M. Rudersdorf und D. Döring (Hrsg.), *Geschichte der Universität Leipzig, 1409-2009, Bd. 1 Spätes Mittelalter und Frühe Neuzeit 1409-1830/31*, Leipzig 2009 und H. Zwahr und J. Blecher (Hrsg.), *Geschichte der Universität Leipzig 1409-2009. Bd. 2 Das neunzehnte Jahrhundert 1830/31-1909*, Leipzig 2010 を参照。法学部の通史は、B.-R. Kern, *Die Geschichte der Leipziger Juristenfakultät*, in: Sachsen, Staatsministerium der Justiz (Hrsg.), Leipzig, Stadt der Rechtsprechung: Prozesse, Personen, Gebäude, Dresden 1994, S. 53-84 に詳しい。ブラウンの在籍期間を含んだ1822年から1832年における各学部の学生登録者数ならびに外国人登録者の割合については、Mitteilungen des Statistischen Vereins für das Königreich Sachsen. Dritte Lieferung, Leipzig 1833, S. 22 を参照せよ。法学部の場合、150人から160人の学生のうち国外出身者がおおよそ3分の1を占めていた。Ebd.
- (17) K. D. Eichler, U. J. Schneider (Hrsg.), *Zur Alltagsgeschichte der Philosophie in Leipzig*, Leipzig 2004, S. 32f. 寄稿者の大半はザクセン出身者であり、出版にはザクセン選帝侯からの保護と財政的援助があった。Ebd., S. 32. 以上のことから『學術論叢』はザクセンの学問とプレスの水準の高さを諸外国に発信するツールでもあった。
- (18) 浅岡泰子『ライプツィヒ～あるドイツ市民都市の肖像』鳥影社、2006年、49頁。
- (19) ライプツィヒ大学の各教授については「Professorenkatalog der Universität Leipzig」<http://www.uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/leipzig> を、同大学の開講科目については「Historische Vorlesungsverzeichnisse der Universität Leipzig」<http://histvv.uni-leipzig.de> をそれぞれ参照せよ。
- (20) M. Wießner, *Die Journalgesellschaft. Eine Leipziger Lesegesellschaft um 1800*, in: *Leipziger Jahrbuch zur Buchgeschichte 2004*, S. 103-175.
- (21) 読書協会の多くは高い会費を徴収したため、労働者や農民に開かれた存在ではなかった。しかし19世紀に入り貸出図書館が設置されるようになると、下層民へも門戸が開放されるようになった。戸叶勝也『ドイツ出版の社会史』三修社、1992年、136～143頁。読者層拡大の背景には、18世紀から19世紀初頭にかけてドイツ各国で初等教育制度が整備されたことによる識字率の向上があった。この読書革命は、ドイツ語を用いた

非宗教的・世俗的な書物の出版にシフトしていたライプツィヒの書籍出版業を一層発展させる一因になった。ライプツィヒにおける読書協会の詳細については、P. Ufer, *Kommunikationsbedingungen und Entwicklungsprozesse der Leipziger Presse zwischen 1790 und der Wende zum 19. Jahrhundert*, in: *Diskurs, Leipziger Hefte für Kommunikationsforschung und Journalistik* 1, Leipzig 1990, S. 117-121, hier S. 120.

- (22) A. F. Berner, *Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart*, Aalen 1978, S. 92 ff. ティットマンは刑事訴訟手続を除いた刑法部分を、エアハルトは総則を起草したが、1813年のエアハルトの死によって作業は中断した。編纂作業は15年に設置されたティットマンを長とする委員会に任されるが、度重なる修正や主要メンバーの病気や死亡によって作業は停滞する。その後31年に始まる司法改革の一つとして民法典と刑法典の編纂が公約されたことで、ようやく38年の刑法典編纂が実現する。Ebd., S. 93 f. エアハルトとティットマンのライプツィヒ大学での関係については、高橋直人「意思の自由と裁判官の恣意—ドイツ近代刑法成立史の再検討のために—」『立命館法学』307号、2006年、30～33頁、同「近代ドイツの法学教育と『学びのプラン (Studienplan)』—刑事法史研究との関連を意識しつつ—」『立命館法学』331号、2010年、21～23頁を参照。
- (23) 同協会は、リベラルな政治新聞『祖国 Vaterland』や『全ドイツの法学者のための法辞典 *Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten*』で有名な法学者ヴァイスケ J. Weiske (1801～1877年)、イェナ大学や上級控訴裁判所で活躍したカールと旺盛な執筆活動で知られるグスタフのハイムバッハ兄弟 (K. W. E. Heimbach 1803～1865年/G. E. Heimbach 1810～1851年) などを輩出している。A. R. v. Eisenhart, „Weiske, Julius“, in: *Allgemeine Deutsche Biographie*. Bd. 41, Berlin 1971, S. 552, und A. Teichmann, „Heimbach, Karl Wilhelm Ernst“, „Heimbach, Gustav Ernst“, in: *Allgemeine Deutsche Biographie*. Bd. 11, Berlin 1969, S. 326 f.
- (24) K. Blaschke, *Vom Stadtbrief zum Reichgericht. Die Stadt Leipzig als Ort der Rechtsprechung*, in: *Sachsen, Staatsministerium der Justiz* (Hrsg.), Leipzig, *Stadt der Rechtsprechung: Prozesse, Personen, Gebäude*, Dresden 1994, S. 7-29, hier S. 12, 19.
- (25) 以下のクルークの経歴における史実の部分は、F. Holz, „Krug, Wilhelm Traugott“, in: *Neue Deutsche Biographie*. Bd. 13, Berlin 1982, S. 114 f. を参照。

- (26) 以下のペーリッツの経歴における史実の部分は、M. Friedrich, „Pölitz, Karl Heinrich Ludwig“, in: *Neue Deutsche Biographie*. Bd. 20, Berlin 2001, S. 562f. を参照。
- (27) G. Göhler, *Liberalismus im 19. Jahrhundert-eine Einführung*, in: B. Heidenreich (Hrsg.), *Politische Theorien des 19. Jahrhunderts: Konservatismus, Liberalismus, Sozialismus*, Berlin 2002, S. 211-228, hier S. 224f.
- (28) W. T. Krug, *Geschichtliche Darstellung des Liberalismus alter und neuer Zeit: ein historischer Versuch*, Leipzig 1823, S. 102ff. 同書は、名古屋大学附属図書館に所蔵されている。
- (29) 歴史学者ブランド H. Brandt はペーリッツを「妥協自由主義のイデオログの親玉」と評している。H. Brandt, *Landständische Repräsentation im deutschen Vormärz. Politisches Denken im Einflußfeld des monarchischen Prinzips*, Neuwied 1968, S. 214ff.
- (30) この功績を称えられたクルークは、騒乱後に選出された市参事会から名誉の酒杯を、ザクセン政府から騎士十字勲章を授与されている。W. Flügel, „Krug, Wilhelm Traugott“, in: *Sächsische Biografie* (<http://saebi.isgv.de/>) を参照せよ。
- (31) E. R. Huber, *Dokumente*. Bd. 1, S. 101f.
- (32) K. Blaschke, *Die Universität Leipzig im Wandel vom Ancien Régime zum bürgerlichen Staat*, in: K. Czok (Hrsg.), *Wissenschafts- und Universitätsgeschichte in Sachsen im 18. und 19. Jahrhundert*, Berlin 1987, S. 133-153, hier S. 137f. und H. Leonhardt, *Die älteste Leipziger Burschenschaft*, Paderborn 2012, S. 28f.
- (33) E. R. Huber, *Dokumente*. Bd. 1, S. 104f.
- (34) H. Leonhardt, *Die älteste Leipziger Burschenschaft*, S. 27.
- (35) ライプツィヒ到着間もない1824年5月、ブラウンは父に宛てた書簡で「ブルシェンシャフトに対する大規模な捜査が行われた」ことを報告している。Brief vom 29. 5. 1824 (Ms01323 Briefe aus den Nachlässen von Karl Braun und Karl Steinberger), in: *Katalog der Handschriften der Universitäts-Bibliothek Leipzig*. 現時点では、ブラウン自身がブルシェンシャフトに参加していたか否かを直接的に示す史料を確認できていない。しかし、ブルシェンシャフトへの捜査や裁判が大々的に実施された時期に同大学で学んでいることから、彼がブルシェンシャフトに無関心であったとは考えにくい。ブラウン在籍期間中のブルシェンシャフトをめぐる捜査や裁判については、H. Leonhardt, *Die älteste Leipziger Burschen-*

schaft, S. 56 ff.

- (36) 同決議5条に基づき、マインツ中央捜査委員会は同盟各国による捜査に対する指導権を有していた。全権委任委員やライプツィヒ大学の寛容で人道的な処分、そしてその処分を追認するザクセン政府の消極性はプロイセン、オーストリア両国の不満を買い、ザクセンに使者を派遣して捜索を駆り立てるほどであった。H. Leonhardt, Die älteste Leipziger Burschenschaft, S. 27, 29, 37 ff., 53.
- (37) 1821年のブルシェンシャフト大会とは、エアランゲン近郊の村シュトライトベルク Streitberg で開催された大会である。実際にはヴェルツブルク大学のブルシェンシャフトの呼び掛けに10大学が応じ、ライプツィヒからも参加者が送られていた。ザクセン国内でも捜索がその後1年以上も続き、ライプツィヒでは多くの逮捕者を出し、裁判は26年まで及んだ。シュトライトベルクでの大会の様子は H. Leonhardt, Die älteste Leipziger Burschenschaft, S. 43 f. を、ライプツィヒにおける捜索と裁判の経過については Ebd., S. 56 ff. をそれぞれ参照せよ。
- (38) 1825年3月21日には「秘密学生結社への参加者を公職から排除することに関する命令 Mandat, die Ausschließung der Teilnehmer an geheimen Studentenverbindung von öffentlichen Anstellungen betr.」が出され、秘密結社に関わった者は公職に就く権利を剥奪された。K. W. Merbeth, Chronologisches Register über die sowol in dem Codex Augusteus als auch in der Gesetzsammlung für das Königreich Sachsen und in der an dieselbe sich anschließenden, bis mit Ende des Jahrs 1832 erschienenen Sammlung der Gesetze und Verordnungen, so wie in verschiedenen andern, die Königlich Sächsische Gesetzgebung betreffenden Büchern und Schriften befindlichen Gesetze: nebst nachweisendem authentischen Commentar über viele dieser Gesetze und einem alphabetischen Verzeichnisse, Leipzig 1834, S. 407.
- (39) 大学行政における学長の重要性について、クルークはすでに1819年の時点で言及していた。大学が不穏で無秩序となった原因は、裁判管区において平穏と秩序を維持する手段を大学長から奪ったことであると指摘する。それを踏まえ、「相応の手段がなければこの世で権威は作用しない」がゆえに、権威を担保する手段として裁判権が必要であることを説く。W. T. Krug, Über deutsches Universitätswesen: mit Rücksicht auf Kotzebue's literarisches Wochenblatt und gewaltsamen Tod, Leipzig 1819, S. 58 ff. つまり、10年代のクルークの大学観においてすでに、学生に対

する裁判権を手段として学長の権威を保持するという理念が見てとれる。この理念は、学長の権威を高めることで大学を統率する、すなわち学長を頂点に据えたヒエラルキーの構築を目指す30年代の彼の大学改革に通ずるものであろう。

- (40) K. Blaschke, Die Universität Leipzig im Wandel, S. 139 ff. 1830年代以降、ライプツィヒ大学に対する警察の監視に関しては内務省の史料から確認できる。Sächsisches Staatsarchiv Hauptstaatsarchiv Dresden (SächsHStA DD), 10736; Ministerium des Innern, Nr. 10945 und 10955.
- (41) G. Schmidt, Staatsreform in Sachsen, S. 99 ff.
- (42) Y. Biedermann, Karl Braun, S. 17 f.
- (43) ザクセン王国憲法 Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831 については、E. R. Huber, Dokumente. Bd. 1, S. 263-289 を参照。
- (44) Y. Biedermann, Karl Braun, S. 28 ff.
- (45) バイエルン、バーデン、ヴェルテンベルク、ヘッセン各国の憲法については、E. R. Huber, Dokumente. Bd. 1, S. 155-236, S. 238-262 を、ドイツ帝国憲法、いわゆるフランクフルト憲法については、Ebd., S. 375-396 を参照せよ。帝国憲法第6章「ドイツ国民の基本権」8節161条、162条は次のとおりである。
- 161条「ドイツ人は、平和的かつ武器を携帯せずに集会する権利を有する。そのための特別な許可はこれを必要としない。
- 屋外で開催される人民集会は、公の秩序および安寧にとって差し迫った危険がある場合には、これを禁止することができる。」
- 162条「ドイツ人は結社する権利を有する。この権利は、いかなる予防的措置によっても、これを制約してはならない。」
- 他にも、第1章「帝国」12節59条では、「帝国権力は、自由に結社し集会するという基本権によって保障された結社と集会の権利を侵害することなく、団体（アソツィアツィオン）制度 Associationswesen に関する帝国法を公布する権限を有する。」と規定されている。
- (46) 同命令の内容については、D. Westerkamp, Pressefreiheit und Zensur im Sachsen des Vormärz, Baden-Baden 1999, S. 26 ff. を参照。懲役、罰金、当該文書の没収、印刷許可の剥奪などの罰則が規定されており、1836年に確定的なプレス命令が出されるまで有効であった。Ebd., S. 27, 29.
- (47) 31年命令および31年通達は、D. Westerkamp, Pressefreiheit und

Zensur, S. 45 ff. を参照。

- (48) Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen, 1836, S. 278-293. 36年命令および通達の内容に関しては、的場「ザクセンにおける立憲化と『プレス自由』(2)」前掲, 32~34頁を参照。
- (49) 6月28日の同盟決議 (Bundesbeschuß über Maßregeln zur Aufrechthaltung der gesetzlichen Ordnung und Ruhe in Deutschland vom 28. Juni 1832.) については, E. R. Huber, Dokumente. Bd. 1, S. 132 f. を, 7月5日の同盟決議 (Die Zehn Artikel: Zweiter Bundesbeschluß, über Maßregeln zur Aufrechthaltung der gesetzlichen Ruhe und Ordnung im Deutschen Bunde vom 5. Juli 1832.) については, Ebd., S. 134 f. を参照。
- (50) ジーベンブファイファー J. Siebenpfeiffer やシューラー F. Schüler, ヴェルト G. A. Wirth が設立した同協会については, C. Foerster, Der Preß- und Vaterlandsverein im Rahmen des frühen politischen Vereinswesen, in: H. Reinalter (Hrsg.), Die Anfänge des Liberalismus und der Demokratie in Deutschland und Österreich 1830-1848/49, Frankfurt am Main 2002 を参照。
- (51) 同誌を自由主義的な雑誌の一つとして考察したのが V. Knüpfer, Presse und Liberalismus, S. 191 ff. である。
- (52) 33年12月25日号で「適切な時期が到来するまで」発行を見送るとされたが、その後復活することはなかった。後述するように、ザクセン政府による検閲や捜索に加え、プロイセン政府に代表されるようなドイツ同盟からの横やりが発行停止の原因であったことは否めない。たとえば、内務省史料からは、1832年5月末にザクセン政府がプロイセン政府より『フォークトランド誌』への対策を講じるように指示されていたことが確認できる。SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 2011b, Bl. 60, 175.
- (53) たとえば「自由なプレスを支援するためのフォークトランド協会 Der Voigtländische Verein zur Unterstützung der freien Presse」の創設を伝える32年7月の記事, エルツ山地・フォークトランドの労働者の生活実態に関する33年4月の記事が原因で、同誌は捜査を受けている(32年7月の捜索については、本論第4章で詳述する)。また『フォークトランド誌』の他にも、リヒター K. E. Richter (1795~1863年) がツヴィッカウで発行していた週刊誌『Die Biene』や『Die Sonne』、『Unser Planet』など自由主義的なプレスに対して国家介入が頻繁に実施された。これらのプレスへの検閲や捜索、裁判の詳細については、SächsHStA DD,

- 10736; Ministerium des Innern, Nr. 2011a, 2011b, 2029, 2030, 279a und 279b.
- (54) 改革と革命に関する見解は、Blätter aus dem Voigtlande, 1832, 20. 4., S. 27, 4. 7., S. 214., 8. 8., S. 250 f.
- (55) ディスカウは1815年より、カンツは1820年と25年に、トットは1824年よりライプツィヒ大学法学部に在籍していることが確認できる。そのうちカンツとトットは、ブルシェンシャフトの活動を理由に大学を追われた経験を有している。ディスカウに関しては、T. Tonndorf, Die sächsischen Abgeordneten der Frankfurter Vor- und Nationalversammlung, Dresden 1993, S. 164 f. を、カンツについては Y. Biedermann, Karl Braun, S. 29 を、トットについては、K. Wippermann, „Todt, Karl Gotthelf“, in: Allgemeine Deutsche Biographie. Bd. 38, Leipzig 1894, S. 408-410, hier S. 408 をそれぞれ参照せよ。彼ら以外の大学修了者もライプツィヒ大学に学んだ可能性はきわめて高い。というのも、ザクセンにあったもう一つの大学であるヴィッテンベルク大学がすでに1817年、ハレ大学に統合され消滅していたためである。ヴィッテンベルク大学は1602年ザクセン選帝侯によって創立されたが、ウィーン会議でヴィッテンベルクがプロイセンに割譲されたことにともない、同国のハレ大学に統合された。
- (56) Blätter aus dem Voigtlande, 1832, 7. 3., S. 77 f.
- (57) Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 5. 10., S. 217, 15. 6., S. 94., 12. 10., S. 226, 1832, 18. 1., S. 17 ff., 4. 7., S. 210, 15. 8., S. 264.
- (58) Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 6. 7., S. 113 ff.
- (59) 自由主義史研究者のフェーレンバッハは、ライン地域の特徴として、商人など経済市民層の発展が「ザクセンや南ドイツ諸ラントより」顕著である点を挙げている。E. Fehrenbach, Bürgertum und Liberalismus. Die Umbruchperiode 1770-1815, in: L. Gall (Hrsg.), Bürgertum und bürgerlich-liberale Bewegung in Mitteleuropa seit dem 18. Jahrhundert, München 1997, S. 1-62, hier S. 4. しかしこの見解は、少なくともプラウエンの自由主義には経済市民層の影響が色濃く出ていることを鑑みれば、再検証を行う必要があるろう。
- (60) 32年3月の隷農の解放と償却地代銀行の設立、34年以降導入された土地分割の制限などが改革の成果である。他国に遅れをとった改革の開始であったが、先行した西南ドイツで土地分割が誘発した弊害などを学べたことで、ザクセンは効率的に改革を推進しえたとの評価もある。Albert Prinz von Sachsen Herzog zu Sachsen, Königreich Sachsen, Marien-

burg 2007, S. 46 ff.

- (61) Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 11. 5., S. 55, 15. 5., S. 58, 1. 6., S. 78, 14. 6., S. 96, 20. 7., S. 129 ff., 24. 8., S. 173 f., 10. 8., S. 154, 7. 9., S. 188., 1832, 4. 4., S. 107 ff., 9. 5., S. 147 ff, 11. 7., S. 116 ff., 12. 9., S. 292 ff., 19. 12., S. 401, 1833, 6. 3., S. 80, 10. 4., S. 118 ff., 1. 5., S. 144, 8. 5., S. 152.
- (62) Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 18. 5., S. 59 f., 15. 6., S. 92 ff., 28. 9., S. 209 ff., 5. 10., S. 217 f., 12. 10., S. 226 ff., 23. 11., S. 275 f., 28. 12., S. 316 f., 1833, 20. 3., S. 81 ff., 10. 4., S. 116 f., 20. 11., S. 385 f.
- (63) 国家への教育権の一元化については, Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 10. 8., S. 153 ff., 1832, 28. 3., S. 102, 25. 4., S. 132 f., 23. 5., S. 164, 20. 6., S. 199, 4. 7., S. 215 f., 11. 7., S. 121 f., 1833, 20. 3., S. 81 ff., 10. 4., S. 116, 1833, 6. 3., S. 76 f., 22. 5., S. 161 f., の各号を参照せよ。
- (64) ザクセンの産業界・工業界が抱える課題を指摘する記事が早くも創刊号から掲載されていることから, 経済市民層の利益や見解が『フォークトランド誌』で一定の地位を得ていることは明らかである。Blätter aus dem Voigtlande, 30. 3., S. 3 ff. 1820年代のザクセン政府は産業博覧会を開催したり, アメリカ大陸への輸出振興を目的にエルベ=西インド商事会社 Elbe-Westindische-Handelskompagnie を設立したりするなどの政策を打ち出すも, いずれも大した成果を上げられずにいた。枢密顧問官リンデナウの提唱により1828年に設立された「中部ドイツ通商同盟」もプロイセン主導の関税同盟との関係から孤立し, 30年のフランスやベルギー, ポーランドの政治的混乱はザクセン経済にさらなる打撃を与えた。この窮状を打開するため, ザクセンは31年以降プロイセンとの交渉を開始し, 34年ドイツ関税同盟への加入を決断した。Albert Prinz von Sachsen Herzog zu Sachsen, Königreich Sachsen, S. 48 ff. 特にドイツ関税同盟への加入を求める同誌の見解については, Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 30. 3., S. 3 ff., 6. 4., S. 10 ff., 13. 4., S. 17 ff. において確認できる。
- (65) 高橋直人「刑事プラクティクム (Criminalpracticum) の誕生—19世紀前半のドイツにおける法学教育と刑事弁護—」『立命館法学』333・334号, 2010年, 825~827頁参照。
- (66) T. Holzborn, Die Geschichte der Gesetzespublikation—insbesondere von den Anfängen des Buchdrucks um 1450 bis zur Einführung von Gesetzesblättern im 19. Jahrhundert, Berlin 2003, S. 40 f., 80 ff. 1572年4月21日の選帝侯アウグストによる諸規約は4部から構成され, 刑事・民事に関する

- る訴訟手続、刑罰の執行方法、そして各犯罪に関する従来からの命令の整理などが規定されている。K. W. Merbeth, Chronologisches Register, S. 8f.
- (67) 第3章「臣民の一般的な権利と義務」では、人格の自由ならびに所有権の保障が明文化されている(27条)。司法に関するより詳細な権利、すなわち、通常の裁判を受けることを妨げられない(48条)、法的根拠のない訴追や逮捕、処罰は行われぬ(51条)、裁判所は理由を添えて決定を下さねばならない(46条)、そして法の前の平等が司法においても貫徹され特権的な裁判は廃止される(55条)ことなどは、第5章「司法」が規定している。ザクセン憲法の各条文については、E. R. Huber, Dokumente. Bd. 1, S. 263-289を参照。
- (68) ブラウンは活動の場を第二院に移した後も刑事訴訟手続の整備に積極的に取り組んだ。先進的な刑事訴訟制度を学ぶために、1844年6月からフランス、ラインラント、オランダ、ベルギーを視察し、その成果を著作『フランスとオランダの立法に倣い、検察を備えた公開制・口頭制による刑事手続の要点』にまとめている。彼はこの著書の中で、1842/43年のラント議会に提出された政府案が「従来どおりの書面主義と秘密主義の原則に基づいた」内容であったことを批判し、それゆえに先進的な海外の制度を学ぶ必要性があったことを記している。K. Braun, Hauptstücke des öffentlich-mündlichen Straf-Verfahrens mit Staatsanwaltschaft nach französischer und holländischer Gesetzgebung: Rechenschaftsbericht über meine Reise im Sommer 1844, Leipzig 1845, S. 1f. この政府案は第一院を通過するも、公開制と口頭制を要求する第二院で否決され、政府は最終的にこの法案を撤回するという経過を辿った。ラント議会での否決以降、刑事訴訟規則起草のための委員会にその作業が任せられることとなった。F. O. Schwarze, Kommentar zur Strafprozessordnung des Königreichs Sachsen vom 11. August 1855, Leipzig 1997, S. 6. ブラウンの努力が実を結ぶのは10年後の55年8月11日、450条からなる刑事訴訟規則 *Strafproceßordnung für das Königreich Sachsen* が公布されたときであった。この規則については、Gesetz-und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen vom Jahre 1855, S. 319-482を参照。
- (69) フランス七月革命に触発され、11月にはワルシャワでもポーランド人将校による蜂起が勃発した。彼ら蜂起者に後押しされた国民代表議会は満場一致でニコライ1世の廃位を決議したが、この決議がロシアにポーランド制圧の大義名分を与える結果となった。なぜならば、ロシア帝国とポーランド王国との同君連合はウィーン議定書1条での決定事項であ

る以上、その君主の廃位を決議するという国民代表議会の行為は明白な議定書違反とみなされたからである。ロシアは軍事力を用いて、憲法ならびに国民代表議会の廃止、ポーランド軍の解散、ワルシャワ大学とヴィルノ大学、そして図書館の閉鎖、学術的な結社や集会の解散、蜂起関係者の死刑もしくは追放刑を断行したため、亡命を余儀なくされたポーランド人が続出した。11月蜂起前後のポーランド史に関しては、伊東孝之・井内敏夫・中井和夫編『ポーランド・ウクライナ・バルト史』山川出版社、1998年、185～200頁、イェジ・ルコフスキ／フベルト・ザヴァツキ著、河野肇訳『ポーランドの歴史』創土社、2007年、162～199頁参照。

- (70) R. Jenak, Das Königreich Sachsen und das Herzogtum Warschau, in: G. Martin, J. Vötsch und P. Wiegand (Hrsg.), 200 Jahre Königreich Sachsen: Beiträge zur sächsischen Geschichte im napoleonischen Zeitalter, Beucha 2008, S. 123-136.
- (71) 1815年6月8日のウィーン議定書では、「第1部 ポーランド(1条～14条)」において、ロシア、オーストリア、プロイセン三国によるポーランドの分割が規定されている。J. L. Klüber, Acten des Wiener Congresses, in den Jahren 1814 und 1815, Bd. 6, Erlangen 1836, S. 3-97. フランス語で記された同議定書をドイツ語訳したものは、<http://www.staatsvertraege.de/>で確認できる。
- (72) 1815年11月17日ロシア皇帝アレクサンドル1世によって公布されたこの憲法は、1791年5月3日のポーランド・リトアニア共和国憲法やナポレオンによるワルシャワ公国憲法を範とした自由主義的なものであった。同法では、人格的自由、市民的諸権利、言論や信教の自由、移転の自由、法の前の平等などが明記されたが、同時に、副王もしくは総督をワルシャワに置くこと、外交や軍隊はロシアの管轄下にあること、拒否権の発動を含む最終決定権がロシア皇帝にあることが前提とされた。伊東、前掲書、189～191頁参照。
- (73) G. W. Strobel, Die liberale deutsche Polenfreundschaft und die Erneuerungsbewegung Deutschlands, in: P. Ehlen (Hrsg.), Der polnische Freiheitskampf 1830/31 und die liberale deutsche Polenfreundschaft, München 1982, S. 31-47.
- (74) ポーランド支援組織の性質の変化については、M. Gärtner, Die liberale deutsche Polenfreundschaft 1830-32, in: U. Zwiener (Hrsg.), Verantwortung für Natur und Gesellschaft: humanistische Tradition und europäische Zukunft: ausgewählte Beiträge des I. Internationalen Studenten-

und Hochschullehrerseminars des Collegium Europaeum Jenense, Jena und Erlangen 1991, S. 83-104, hier S. 87, 89 ならびに D. Langewiesche, **Humanitäre Massenbewegung und politisches Bekenntnis: Polenbegeisterung in Süddeutschland 1830-1832**, in: D. Beyrau (Hrsg.), **Blick zurück ohne Zorn**, Tübingen 1999, S. 11-37 を参照。

- (75) H. Asmus, **Zu den Reiserouten, die von den polnischen Novemberaufständischen bei ihren Zügen durch die deutschen Staaten in das westeuropäische Exil eingeschlagen wurden (1831-1833)**, in: H. Lemke (Hrsg.) **Die deutsche Polenfreundschaft in den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts**, Leipzig 1982, S. 90 ff. によれば, 第一に, プロイセン北東部からザクセン, チューリングゲン, そしてヘッセンを経由しフランスに入る北ルート, 第二に, オーストリアからバイエルン, ヴュルテンベルク, バーデンを経由しフランスに入る南ルート, そして最後は, プロイセン・シュレージエンからオーストリア・バーメン, そしてザクセンへと至り, そこで北ルートもしくは南ルートへ入る中央ルートの3つがあり, これら3ルートはいずれもザクセンを経由することからもザクセンの地政的重要性は明らかである。ポーランド人支援のための協会はドレスデン, ライプツィヒ, プラウエン, バウツェン, アルテンブルクといった主要都市に設立された。
- (76) ザクセン国内のポーランド問題に対する反応については, H. Bleiber und J. Kosim (Hrsg.), **Dokumente zur Geschichte der deutsch-polnischen Freundschaft 1830-1832**, Berlin 1982, S. LX ff.
- (77) H. Heine, **Französische Zustände. Vorrede.** in: O. F. Lachmann (Hrsg.), **Sämtliche Werke in vier Bänden. Bd. 4**, Leipzig 1887, S. 10f. プロイセン, オーストリアが統治した旧ポーランド領の状況については, ルコフスキ／ザヴァツキ, 前掲書, 183, 184頁を参照。
- (78) 「無冠のポーランド国王」アダム公が率いるオテル・ランベール派はバリーに拠点を定め, フランスの立憲君主制を範としてポーランドの復活とスラブ諸民族の覚醒を唱えた。この一派はその後フランスの対外政策にも協力するなど, フランス内外で大きな影響力をもつようになった。他方, フランスの反政府的な共和主義に共鳴する亡命グループも組織され, 彼らはイギリスのチャーティスト運動やマッツィーニの青年ヨーロッパ運動, サン＝シモン主義との連携を深めた。伊東, 前掲書, 198～200頁。急進化するポーランド人亡命者を支援するドイツ各地の協会は「フランスのプロパガンダの支店」と呼ばれ, 各国政府によってマークされ

- た。H. Bleiber und J. Kosim, Dokumente zur Geschichte der deutsch-polnischen Freundschaft, S. LXI.
- (79) ザクセンの警察当局によるポーランド移民に対する監視については, SächsHStADD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 10945, 10955, 10956, 10958 und 00242a~00242o.
- (80) A. C. Pape, Der polnische Novembereufstand und die Reaktion in Deutschland: Polenfreundschaft als Ausdruck liberaler Ideen und Hilfsbereitschaft, Norderstedt 2009, S. 9f.
- (81) G. Schmidt, Sachsen und die polnischen Emigranten 1831-1864, in: Jahrbuch für Geschichte der sozialistischen Länder Europas, Bd. 22/2, Berlin 1978, S. 43-59, hier S. 46 und Y. Biedermann, Karl Braun, S. 37.
- (82) 理事会メンバーについては, Blätter aus dem Voigtlande, 1833, 23. 1., Anhang.
- (83) ミュンヘンの『Deutsche Tribüne』(31年7月1日~32年3月21日), フライブルクの『Der Freisinnige』(32年3月1日~7月25日), バーデンの『Der Wächter am Rhein』(32年4月1日~7月26日)などはポーランド支援の姿勢を前面に打ち出していた。ポーランド支援者たちはポーランド人との「コミュニケーション手段」や「合法的な手段」として, 新聞をはじめとするプレスを意識的に利用した。G. Brudzyńska-Němec, Polenbegeisterung in Deutschland nach 1830, Europäische Geschichte Online (<http://www.ieg-ego.eu/de>), 2010.
- (84) Blätter aus dem Voigtlande, 1832, 29. 2., S. 66.
- (85) H. Bleiber und J. Kosim, Dokumente zur Geschichte der deutsch-polnischen Freundschaft, S. XLIV. und E. Kolb, Polenbild und Polenfreundschaft der deutschen Frühliberalen. Zu Motivation und Funktion außenpolitischer Parteinahme im Vormärz, in: Saeculum 26, 1975, S. 113 ff.
- (86) 「革命の擁護者ではない」と断った上ではあるが, 『フォークトランド誌』はベルギー革命を容認した。Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 14. 12., S. 297 ff., 28. 12., S. 313 ff.
- (87) R. Muhs, Zwischen Staatsreform und politischem Protest. Liberalismus in Sachsen zur Zeit des Hambacher Festes, in: Liberalismus in der Gesellschaft des Deutschen Vormärz, Göttingen 1983, S. 234.
- (88) フォークトランド・プレス支援協会創設の前月の5月には, ザクセン政府はプロイセン政府から『フォークトランド誌』対策を強めるよう, 要請を受けている。またこの時期にはすでに『フォークトランド誌』に

限らず、自由主義的で反政府的とみなされたプレスへの統制は始まっていた。SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 2011a, 2011b, 2029, 2030, 279a und 279b.

- (89) ドイツ同盟規約におけるプレスの自由については、的場かおり「近代ドイツにおけるプレスの自由の成立とその展開（下）」『阪大法学』56巻2号、2006年、392～402頁参照。
- (90) ポーランド支援では中核を担ったバイエルンであったが、プレス支援協会に関しては政府は32年3月、憲法は公民が許可なく政治的な結社に入ることまでを認めていないとの理由に基づき、同協会への入会をいち早く禁じた。W. Herzberg, *Das Hambacher Fest*, Köln 1982, S. 67f. この様子から、ポーランド支援のための協会に対しての比較的柔軟な対応と比較して、各国政府は自国の体制を覆しかねない急進主義的な動きにはより敏感に反応した事実が浮かび上がる。
- (91) 以下の2つの規約案については、SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 279a, Bl. 107 ff. あるいは SächsHStA DD, Justizministerium. Nr. 28, Bl. 12.
- (92) J. Müller, *Der Deutsche Bund 1815-1866*, München 2006, S. 15f.
- (93) *Blätter aus dem Voigtlande*, 18. 7., S. 225f.
- (94) 12年命令は宗教や良き習俗、公の平穏や秩序の維持などに反する、君主や宗教、外国に敵対的であるといった理由で禁じられたものを印刷、出版、販売した場合、懲役や罰金、当該文書の没収、印刷許可の剥奪などの処罰が科された。D. Westerkamp, *Pressefreiheit und Zensur*, S. 27f. また、同盟プレス法7条および9条がは同様に、出版や印刷が許可されるための条件を遵守しないプレス関係者に対して罰金刑や禁錮刑を定めていた。E. R. Huber, *Dokumente*. Bd. 1, S. 103
- (95) フォークトランド地方に27の支部が設立されている。SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 279a, Bl. 11.
- (96) SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 279a, Bl. 111.
- (97) SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 2011b, Bl. 43 und 279a, Bl. 100 ff.
- (98) *Blätter aus dem Voigtlande*, 1832, 4. 7., S. 210f. フォークトランド・プレス支援協会の規約公表に先立ち掲載された「信条」では、ラント議会の一院制化、立法におけるラント議会の主導権の確立、官僚組織の縮小、法の前の平等とプレスの自由の保障、政治的結社の許可、陪審裁判と審理の公開制・口頭制の導入、領主裁判権の廃止などが掲げられていた。

『フォークトランツ誌』は「信条」とフォークトランツ・プレス支援協会との関連性を明らかにしていないが、国家当局はこの「信条」が「プレス支援協会の信条」であるとの確信を持って、同誌への検閲と捜査に踏み切った。SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 2011b, Bl. 43.

- (99) 国家内務管理局は内務行政を担当する中級官庁として1831年から35年まで設置された組織であり、内務省の指揮下に置かれた。35年5月には国家内務管理局の職務は郡管理局 Kreisdirektion に引き継がれた。SächsHStA DD, 10745; Landesdirektion und G. Schmidt, Die Anfänge des Justizministeriums im Königreich Sachsen 1831 bis 1847, in: Sachsen, Staatsministerium der Justiz (Hrsg.), Justiz in Sachsen: Prozesse, Personen, Gebäude, Dresden 1994, S. 7.
- (100) SächsHStA DD, 10079; Landesregierung. Loc. 31680, Der Preßverein im Vogtland 1832-1835, Bl. 8.
- (101) SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 279a, Bl. 103, 119.
- (102) しかしながら捜査では、ギュンネル案の内容を裏づける証拠、つまりフォークトランツ・プレス支援協会とドイツ・プレス支援協会との実際の連携を示す証拠の発見には至らなかった。SächsHStA DD, 10736; Ministerium des Innern, Nr. 279a, Bl. 103 und SächsHStA DD, Justizministerium. Nr. 28, Bl. 37 ff.
- (103) ブラウンら被告人側は32年8月末から10月にかけて、ブラウエン市参事会、国家内務管理局、司法省などに異議申立てを行った。以下の争点の内容に関しては、SächsHStA DD, Justizministerium. Nr. 28, Bl. 2 ff. あるいは、SächsHStA DD, 10079; Landesregierung. Loc. 31680, Der Preßverein im Vogtland 1832-1835, Bl. 8 f.
- (104) ドイツ同盟規約に関しては、E. R. Huber, Dokumente. Bd. 1, S. 84-90. 各国のプレス法制に対してドイツ同盟規約18条dがもつ意味や関係性については、的場かおり「近代ドイツにおけるプレスの自由の成立とその展開(下)」『阪大法学』56巻2号, 2006年, 391-419を参照。
- (105) プレスの自由や検閲に関するバーデン自由主義者の見解については、C. v. Rotteck und C. Welcker, Staats-Lexikon, 13. Bd., S. 331-388. ならびに Staats-Lexikon, 3. Bd., S. 329-366. あるいは E. R. Huber, Verfassungsgeschichte. Bd. 2, S. 41 f. をそれぞれ参照せよ。バーデンでは1831年、検閲を廃止する法律がロテックやヴェルカーら自由主義的なラント議会議員の努力で可決され、ドイツ同盟や周辺各国に大きな衝撃を与えた。E.

- R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, Stuttgart 1957, S. 602 und ders., Verfassungsgeschichte. Bd. 2, S. 43f. ブラウンらがプレスの自由の保障を明言する際にバーデンの例を出したのも、このようにラント議会主導でプレスの自由の保障が実現されていたからである。31年6月以降の『フォークトランド誌』でもバーデン自由主義者の成果は頻繁に取り上げられ、ザクセン改革のモデルとされた。Blätter aus dem Voigtlande, 1831, 6. 7., S. 118, 28. 9., S. 211, 14. 9., S. 193f., 1832, 21. 3., S. 95f.
- (106) SächsHStA DD, Justizministerium. Nr. 28, Bl. 13f.
- (107) SächsHStA DD, Justizministerium. Nr. 28, Bl. 18f.
- (108) ハウスナーが1833年ラント議会選挙で勝利を収めた際には、『フォークトランド誌』は「常に市民と農民の利害に配慮しいかなる不正にも立ち向かう」人物と称えていることから、ハウスナーと自由主義的なプレスや各種協会との良好な関係が見てとれる。Blätter aus dem Voigtlande, 1833, 16. 1., S. 18. しかし、都市裁判所は1832年2月2日の一般都市条令によって改革の対象となり、特に人事面などで市参事会と司法省による監督が強化されていた。Verordnung, das Verfahren bei Einführung der allgemeinen Städteordnung und Errichtung der örtlichen Statuten betreffend, vom 2. Februar 1832 und Allgemeine Städteordnung für das Königreich Sachsen, in: A. Müller (Hrsg.), Archiv für die neueste Gesetzgebung aller deutschen Staaten. 2. Band, Mainz 1832, S. 503-633. それにもかかわらず仲間であるハウスナーが裁判官を継続しえた理由は不明瞭であり、この点については司法省がもつ都市裁判所への人事権限も含めて今後精査しなければならない。
- (109) SächsHStA DD, 10079; Landesregierung. Loc. 31680, Der Preßverein im Vogtland 1832-1835, Bl. 71 ff.; SächsHStA DD, Justizministerium Nr. 28, Bl. 41 ff.
- (110) G. Schmidt, Die Anfänge des Justizministeriums, S. 16 ff.
- (111) 確かにザクセン憲法89条では、同盟の決議が国内法によって遂行されねばならない場合、議会の同意がなくとも国王が公布することで決議が効力をもつと規定されていた。したがって7月5日の同盟決議も89条にしたがえば国内のルールが未整備でも有効であるとも考えることもできる。しかしこの点についても裁判では明確にされていない。
- (112) 的場「ザクセンにおける立憲化と『プレス自由』(2)」前掲, 33~34頁参照。
- (113) Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30. 3. 1838, in:

Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1837/38, S. 411 f.

- (114) ラント議会各議院議員の選出方法については、的場「ザクセンにおける立憲化と『プレス自由』(2)」前掲、29頁参照。33年以降の第二院議員のうち、市民層出身議員の職業を見ると、法律家と経済市民層(工場主と商人)の数がほぼ拮抗している。同、38頁参照。ただし市民層出身議員の数は、全体の約3分の2を占める土地所有者議員の数には遠く及ばなかったことはいうまでもない。
- (115) S. Schmidt, Die Entwicklung der politische Opposition, S. 103. ブラウンは、三月内閣では財務大臣を務めることになるゲオルジとともにブルジョワジーの利益のために尽くし、その姿勢は「大ブルジョワ的貴族主義的 großbürgerlich- aristokratisch」とも評される。Ebd., S. 42f. 彼らとともに同じ右派寄りの勢力を形成した人物に、ライプツィヒで出版社を営む大商人ブロックハウス H. Brockhaus (1804~74年)もいた。Ebd., S. 85f., 103. 法律家であるブラウンがなぜ経済市民層の利害に共感したのかは今後の検討課題である。

大学と情報公開

小 林 成 光

目 次

1. はじめに
2. 大学の情報公開の実態
3. 大学の情報公開項目が義務付けられるまでの経緯
4. 大学の情報公開が義務付けられた項目
5. アメリカにおける大学の情報公開
6. 大学の情報公開に関する根拠
7. 大学の情報公開の義務化に関する議論
8. おわりに—大学の情報公開の課題

キーワード：大学，情報公開，学校教育法施行規則，大学ポートレート，
米国1965年高等教育法

1. は じ め に

大学等は、1999年から大学設置基準第2条の2において「大学は、当該大学における教育研究活動等の状況について、刊行物への掲載その他広く周知を図ることができる方法によって、積極的に情報を提供するものとする。」と規定され、法的に情報の公開が義務化されていたが⁽¹⁾、提供すべき情報の内容については義務化されていなかった⁽²⁾。

大学も、国公私を通じて、情報公開の観念が希薄で、公表内容や方法も十分でないことなどから情報公開についてあまりに熱心でなかった。

文部科学省は、こうした状況を踏まえて関連法令を整理し、2010年6月15日に行われた学校教育法施行規則の改正により全ての大学等に入学者数や卒業生数、就職者数等の情報を2011年4月からインターネット等で公表することを義務づけるとともに、学生の修得すべき知識・能力の情報も積極的に公表すべきであることとなった⁽³⁾。

この義務化を受けて、現在、文部科学省は「大学ポートレート（仮称）」というデータベースを構築する構想を検討している。「大学ポートレート」は、アメリカで稼働している「カレッジ・ポートレート」を参考にして構想していると言われる⁽⁴⁾。そこで、アメリカの大学の情報公開を言及することにする。

本稿では、2で2011年4月に情報公開項目が義務化される前の実態、3では情報公開されるまでの過程、4で情報された項目、5ではアメリカで求められている大学の情報公開、6大学で情報公開が求められる根拠、7では大学の情報公開に対する反対論、最後に8では大学の自治という観点から大学の情報公開の課題について、稿を進めることにしたい。

なお、本稿は、2011年6月4日に中国山東大学憲政および政治文明研究センターで報告した原稿を加筆・訂正したものである。

2. 大学の情報公開の実態

まず、教育情報の項目の公開を義務化する前年の平成20年度における大学の情報公開の実態を見ることにする。

文部科学省高等教育局による2008年度の「大学における教育内容等の改革状況について」の調査によると、大学情報の公表の取組みはホームページの開設が最も多く、2008年度の開設率は747の国・公・私立大（放送大学含む）において100%であった。

ホームページの具体的な掲載内容としては、「大学紹介」100%、「入学案内」が97.7%、「施設・設備紹介」が96.9%、「学部・研究科紹介」が96.8%、「キャンパスの概要」94.2%などであり、概して大学のPRに関する情報発信は高い公表率を示していた。

一方、「学部、学科、研究科等ごとの教育研究上の目的」90.2%、及び「学部、学科、研究科等ごとの教育課程の概要」90.0%はともに比較的高い公表率を示しているものの、「学生の卒業後の進路状況」82.9%、「財務諸表」73.9%、「(在学者総数) 66.7%、「受験者数・合格者数・入学者数等」66.0%、「学部、学科、研究科等ごとの学生数」60.5%、「自己点検・評価の結果の概要」59.8%、「シラバス」58.5%、「教員総数」58.5%、「認証評価等の結果の概要」53.3%、「研究の状況（紀要、重点的研究領域紹介等）」50.3%、「学部、学科、研究科ごとの教員数」46.6%など、大学の質保証に関わる公表率は低調であった。⁽⁵⁾

このように、大学の教育情報の公表については、多くの大学では情報の公表に積極的に取り組んできたと評価できる。しかし、前述したように、教育の質保証に関する情報の公表は未だ十分とはいえなかった。さらに、自己点検・評価の結果公表についても、結果を公表しない大学も存在した。⁽⁶⁾

この背景としては、教育情報の公表に関しては学校教育制度の根幹を定める「学校教育法」で基本的に規定されているものの、その施行法や内容等は大学設置基準や文科省通知等に散在し、一覧性に欠け、具体的な公表

項目および内容などは各大学(学部)に委ねられていたことが考えられる。⁽⁷⁾

そこで、次に教育情報の公開項目が義務づけられるまでの経緯を見てみることにする。

3. 大学の情報公開項目が義務付けられるまでの経緯

情報公開はここ数十年來、教育界だけでなく、政府、地方公共団体をはじめとする公の機関に対して求められてきた。情報公開はもともと、1982年10月14日に神奈川県という地方公共団体の公文書公開条例から始まったという経緯がある。⁽⁹⁾ 地方公共団体の情報公開は、地方公共団体が設置する初等中等の教育段階の学校に対しても情報公開が求められるようになった。この流れにおいて、高等教育機関である大学に対しても情報公開の議論がスタートしたということである。⁽¹⁰⁾

最初に中央教育審議会⁽¹¹⁾が大学の情報公開を取り上げたのは1998年10月26日の「21世紀の大学像と今後の改革方策について」と題する答申である。ここでは、高等教育が普及する中で、大学と社会との関係が一層緊密化するとの認識の下で、大学入試希望者や一般の国民が必要とする大学情報を分かりやすく提供することは、公的な機関としての大学の社会的な責務とされた。このため、大学が、その教育研究目標、大学への入学や学習機会に関する情報、学生の知識・能力の修得水準に関する情報、卒業生の進路状況、大学での研究課題に関する情報を広く国民に提供することとし、大学の財務状況に関する情報についても公表を促進することが必要であるとされた。

この答申を受けて、1999年の大学設置基準等により、「大学は、教育研究活動等の情報について、刊行物への掲載その他広く周知を図ることができる方法によつて、積極的に情報を提供するものとする」(第2条の2)規定が盛り込まれ、大学の教育研究活動等の公表が義務づけられたが、大学として公表を求められる「教育研究活動等」については明確化されなかつた。⁽¹²⁾

そして、私立大学を含む学校法人は説明責任を果たすために2004年に財産目録，貸借対照表，資金収支計算書，消費収支計算書，事業報告書（「財務の概要」を含む），監査報告書を含む財務情報の閲覧を学生生徒その他の利害関係人からの請求があれば閲覧に供しなければならないとした（私立学校法47条および66条。国立大学法人・公立大学法人に関しては，国立大学法人法・地方独立行政法人法において，業務方法書・中期計画に係る事業報告書の公表，財務諸表等を一般の閲覧に供することが規定されている。独立法人通則法第28条第4項，第33条，第38条第4項）。

2005年に，中央教育審議会答申「我が国の高等教育の将来像」，同「新時代の大学院教育」などの答申において，大学の積極的な情報の公表の必要性が繰り返し指摘された。

そこで，2007年に学校教育法を改正し，「大学は，教育研究の成果の普及及び活用の促進に資するため，その教育研究活動の状況を公表する」（学校教育法第113条）ことを義務づけ，2008年には文部科学省は大学設置基準を改正し，人材養成目的その他の教育研究上の目的を学則等に定め（大学設置基準第2条の2），授業の方法・内容，年間授業計画，成績評価基準，卒業認定基準の明示（大学設置基準第25条の2）を義務づけることになった。

中央教育審議会の大学分科会では，2008年9月に諮問された「中長期的な大学教育の在り方について」（2009年6月「第1次報告」，8月「第2次報告」，2010年1月「第3次報告」）を踏まえ，教育研究に関する「教学」分野，及び財務・経営に関する「経営」分野のそれぞれの情報公開の在り方，促進策等について審議していた。

この結果，2010年6月15日に「学校教育法施行規則等の一部を改正する省令」が公布され，2011年4月1日からこの省令が施行され，学校教育法施行規則第172条の2が新設され，いわゆる9項目の教育研究情報等の状況を公表しなければならないことになった。⁽¹³⁾

4. 大学の情報公開が義務付けられた項目

ここではこの9項目について説明することにする。

大学等が社会に対する説明責任を果たし、その教育の質を向上させる観点から「学校教育法施行規則」の一部改正が2010年6月15日に公布され、2011年4月1日から施行され、9項目の公開が義務化されることとなった(第172条の2第1項)。ちなみに、次の括弧内の各号の後に記載した、2010年6月16日付で各大学等に送付された「学校教育法施行規則等の一部を改正する省令の施行について(通知)」を留意すべきとされたのである。

その情報は、①大学の教育研究上の目的(第1号。大学であれば学部、学科または課程等ごとに、大学院であれば研究科または専攻ごとに、短期大学であれば学科または専攻課程ごとに、それぞれ定めた目的を公表すること)、②学部、学科など教育研究上の基本組織名(第2号。大学であれば学部、学科または課程等の、大学院であれば研究科または専攻等の、短期大学であれば学科または専攻課程等の名称を明らかにすること)、③教員組織、教員数並びに教員の保有学位および業績(第3号。その際、教員組織に関する情報については、組織内の役割分担や年齢構成等を明らかにし、効果的な教育を行うため組織的な連携を図っていることを積極的に明らかにすることに留意すること。教員の数については、学校基本調査における大学の回答に準じて公表することが考えられること。また、法令上必要な専任教員数を確保していることや、男女別、職別の人数等の詳細をできるだけ明らかにすることに留意すること。各教員の業績については、研究業績等にとどまらず、各教員の多様な業績を積極的に明らかにすることにより、教育上の能力に関する事項や職務上の実績に関する事項など、当該教員の専門性と提供できる教育内容に関することを確認できるという点に留意すること)、④入学者に関する受入方針および入学者数、収容定員、卒業生数、進学者数および就職者数など卒業等の状況など学生に関する情報(第4号。学校基本調査における大学の回答に準じて公表すること)、

⑤授業科目、授業方法・内容、年間の授業計画に関する情報（第5号。教育課程の体系的を明らかにする観点に留意すること。年間の授業計画については、シラバスや年間授業計画の概要を活用することが考えられる）⑥学修成果に関わる評価、卒業または修了の認定に当たっての基準（第6号。必修科目、選択科目および自由科目の別の必要単位修得数を明らかにし取得可能な学位に関する情報を明らかにすること）、⑦校地、校舎等の施設および設備などの教育研究環境に関する情報（第7号。学生生活の中心であるキャンパスの概要のほか、運動施設の概要、課題活動の状況およびそのために用いる施設、休息を行う環境その他の学習環境、主な交通手段等の状況をできるだけ明らかにすること）、⑧授業料、入学金などの大学が徴収する費用に関する情報（第8号。寄宿舎や学生寮等の宿舎に関する費用、教材購入費、施設利用料等の費用に関することをできるだけ明らかにすること）、⑨修学支援、進路選択および心身の健康等に係わる支援に関する情報（第9号。留学生支援や障害者支援など大学が取り組む様々な学生支援の状況をできるだけ明らかにすること）である。

併せて教育上の目的に応じて学生が修得すべき知識および能力に関する情報を積極的に公表することを努力義務とした（同条第2項）。大学の学位授与の基本方針について各大学がその独自性ならびに特色を踏まえ策定された。⁽¹⁴⁾「ディプロマ・ポリシー」および大学が、学部および学科または課程等の教育上の目的を達成するために必要な授業科目を開設し、体系的に教育課程を編成した（大学設置基準第19条）「カリキュラム・ポリシー」は義務化されなかったため、法律上の位置付けが明確でない。これは、行政側の不手際であると指摘されて⁽¹⁵⁾いる。

なお、教育情報の公表は、そのための適切な体制を整えた上で、刊行物への掲載、インターネットの利用など広く周知を図ることができる方法によって行うものとしている（同条第3項）。

このように、制度改正により大学が公開すべき項目は示されたが、細部にわたる公開が基本的に大学側に委ねられている。そのため、学部別の学生数や専任・兼任教員数などといった基本的情報であっても発見できない

ことが多い。⁽¹⁶⁾同一大学内でも、異なる学部や、異なる専攻分野の間でも、その取扱い方針が統一されていないことが少なくない。

このため、文部科学省は国公立全ての大学の教育情報を統一的に閲覧でき、受験生が比較検討できる大学ポートレート（仮称）を検討している。⁽¹⁷⁾しかし、とくに一部の私学団体の抵抗によって、大学間の比較が設計に入ることができないと言われている。

5. アメリカにおける大学の情報公開

ここでは、「大学ポートレート」がアメリカの大学情報システムを参考にして構想にされているので、連邦政府における学生支援の関係からアメリカにおける大学の情報公開⁽¹⁸⁾について時系列的に考察することにする。まず、憲法と公教育との関係について述べることにしよう。

(1) 憲法と公教育

合衆国憲法では教育全体に対する言及がないため、公教育に関する権限は州あるいは人民に留保されている（合衆国憲法第10修正）。現行のすべての州憲法は、各州に独自の教育行政および教育制度に関して様々な教育規定を定めているが、⁽¹⁹⁾州が異なっても公教育の基本的特質は類似している。

連邦政府の役割は高等教育を含む公教育について限定的なものである。州政府と異なり、連邦政府は大学の設置を認可したり大学に学位授与権を付与したりする権限を有しない。高等教育機関に対する連邦政府の関与は、奨学金などを提供すること、そして大学の研究を援助することに限定されている。⁽²⁰⁾

さらに、合衆国憲法は学問の自由および大学の自治⁽²¹⁾について言及していないが、州立大学は納税者または理事会がその自治の担い手であり、日本の国公立大学よりも独立性が高い。とくに私立大学は事実上採用、昇進、カリキュラムの決定を教授団の決定に委ね、大学の自治が維持されていた。

このように教授団が主導権を握っていたが、1952年退役軍人援助法（Veteran's Readjustment Assistance Act of 1952）以降になると退役軍人が

学生となり教授の権威を問題にするとともに学生運動が学生と大学当局との間との関係を変えることになり、1960年代に学生が消費者であるという主張(Consumerism)となった。⁽²²⁾この主張は、わが国と同様に大学入学者数の減少ということも後押しすることになったことも看過できない。⁽²³⁾

(2) 1965年高等教育法

ジョンソン大統領政権下でアメリカにおける高等教育政策の基本法である1965年高等教育法(Higher Education Act of 1965)⁽²⁴⁾がすべての人々に教育を機会均等に与えるために1965年に成立し、時限法であるため、1968年、1971年、1972年、1976年、1980年、1986年、1992年、1998年、2008年に改正された。

高等教育法は第7編からなるが、第4編「学生に対する支援」⁽²⁵⁾が①大学に入学が認められた者、かつ成績良好な在学生のうち、経済的支援がなければ学業の継続が困難な者に機関援助を通じて交付される教育機会給付奨学金(Educational Opportunity Grant)、②銀行などの金融機関が大学生ローンを貸し付けるに当たり、連邦政府が債務保証するプログラムである連邦保証ローン(Guaranteed Student Loan)⁽²⁶⁾、③食堂、図書館などで働きながら学ぶワーク・スターディ(Work-Study)の3つの学生支援事業に連邦支出金を認め、現在まで維持されている学生支援政策の枠組みが構築されることとなり、⁽²⁷⁾連邦政府が連邦奨学金で高等教育に財政支援を行うという経路で高等教育に関与することが確立されることになった。⁽²⁸⁾

(3) 1972年教育改正法

1965年高等教育法は1968年10月16日に成立した1968年改正教育法(Higher Education Amendments of 1968)によって再授権を受け、1972年6月23日に1972年教育改正法(Educational Amendments of 1972)が成立した。この法律は、低所得家庭への学生に対して教育の機会均等を保証するためには機関援助は適切でないとし、個人援助となった。この結果、学生が教育機関に入学前に学生支援額を知ることができ、経済的支援額を考慮の上で入学を希望する高等教育機関を選択できる「教育機会基本給付奨学金(Basic Educational Opportunity Grant)」⁽²⁹⁾が成立したのである。この

制度によって学生が大学を選択できる幅が拡大されることになった。

1965年高等教育法の教育機会給付奨学金は教育機会補助給付奨学金 (Supplemental Educational Opportunity Grant) と名称を変更し、現在まで続いている⁽³⁰⁾。

(4) IPED

1965年高等教育法に基づき、全米教育統計局の中等後教育総合データベース (Integrated Postsecondary Education Data System. 以下、IPEDS)⁽³¹⁾ が一覽できるようになった。

IPEDSは1992年に設置され、1993年から7,500以上の大学等の在学者数、授業時間数、教職員数、学位取得数、在留率、卒業率など以外に、授業料、学生資金援助状況等に関する情報を収集している。このようにして収集されたデータは、学生、保護者がカレッジ・ナビゲーター (College Navigator)⁽³²⁾ を通じて利用し、大学および学部を決定するのに役立っている。

(5) スペリングス委員会報告書

2005年9月19日に連邦教育省長官マーガレット・スペリングス (Margaret Spellings) のもとで設置された「高等教育の将来に関する委員会 (Commission on the Future of Higher Education)」は2006年9月26日に「リーダーシップの試練—合衆国の高等教育の将来像⁽³³⁾」と題する報告書を提出した。

本報告書の提言は、透明性・アカウントビリティ、コスト・負担可能性、質および消費者としての学生の役割という概念に焦点をあて、アクセスの向上、高等教育の情報データベースの構築などを掲げた。その中でIPEDが聴講生学生、他大学に転学する学生、および入学、退学、および復籍の学生データが存在しないことを指摘し、学生、保護者、政策立案者などが高等教育機関の業績を相対的に評価して分類するために消費者の視点に立った大学情報の有用で信頼できるデータベースの構築に言及している⁽³⁴⁾。このような高等教育機関の情報以外に、高等教育の質およびコストに関する情報が必要とされ、高等教育の財源に関する精緻な議論は必要でない⁽³⁵⁾とされる。委員会は、当然のことであるが、学生の氏名、社会保障番号のような

個人が特定されないように、プライバシーの保護された高等教育情報システムの展開を支持している。⁽³⁶⁾

このように、スプリングス委員会は消費者の視点に立ったものであると言える。

(6) カレッジ・ポートレート

IPEDS は多種多様な高等教育機関を一括にしているのだからわかりにくく、カレッジおよび大学という分類があいまいであった。⁽³⁷⁾

そこで、2007年に全米州立大学協議会 (American Association of State Colleges and Universities) およびアメリカ州立大学・土地付与大学協議会 (Association of Public and Land-grant Universities) に加盟する302の大学が提供している VSA (Voluntary System of Accountability) というデータベースを立ち上げた。これは、カレッジ・ポートレート (College Portrait)⁽³⁸⁾ と呼称される共通のフォーマットによって、授業料、奨学金情報、入試情報、取得学位、生活コスト・生活環境、在校生情報、卒業率、卒業後の進路という基本的情報、学生の経験の状況調査・満足度、学生の学習成果に関する情報など、学士課程教育段階の基本的で比較可能なデータを、ウェブ上で学生、高校生、保護者を含む社会全般のステークホルダーに提供するために開発されたものである。最も簡便な使い方は同一州内の大学の比較ということになる。

カレッジ・ポートレート以外に、私立大学団体である全米独立大学協議会では、U-CAN (University and College Accountability Network)⁽³⁹⁾ というデータベースで共通フォーマットによる情報提供をしている。U-CAN では、グラフを使って志願者数、合格者数、入学者数、卒業率、人種構成などを表示したり、授業料、交通費、教科書代なども含めた初年次にかかる費用、大学卒業時のローン残額の平均額を示したりするなど、表示や内容をも工夫している。

公開された情報をもとに、実証研究が蓄積され、それを受けてさらに情報の精度があがるという、フィードバック・ルールが形成されてきたことが参考になるであろう。

(7) 2008年高等教育機会法

2008年8月14日にブッシュ大統領政権下で2008年高等教育機会法(Higher Education Opportunity Act of 2008)が成立し、高等教育法第4編が大改正された。⁽⁴⁰⁾高等教育機会法によって再授権された高等教育法には学生に対する情報の質を向上させることを目的とする条項が盛り込まれ、スプリングス報告書に沿った具体的措置が講じられたのである。

連邦教育省は、自省の主要なウェブサイトから学生支援のサイトとリンクさせることで連邦政府による学生支援の利用を促進しなければならないとされた(第110条)。

連邦教育省長官がカレッジ・ナビゲーターを通じて①学生納付金が高い上位5%の高等教育機関のリスト、②実質的学費(Net Price)⁽⁴¹⁾が高い上位5%の高等教育機関のリスト、③過去3年間の学年歴において学生納付金の値上げが大きかった上位5%の高等教育機関のリスト、④過去3年間の学年歴において実質的学費の値上げが大きかった上位5%の高等教育機関のリスト、⑤学生納付金が安い上位10%の高等教育機関のリスト、⑥実質的な学生納付金が安い上位10%の高等教育機関のリストなどを入手できるようにしなければならないとし、過去3年間で学生納付金の値上げが大きかった大学から値上げの理由および改善措置を報告させることになった(第111条)。

さらに、奨学金プログラムに参加する高等教育機関は、授業料高騰の抑制策として、実質的学費計算機(Net Price Calculator)というツールをホームページ上に2011年10月29日までに開設し、ウェブ上で学生支援を除く卒業までに実際にどれくらいの額を実質的学費として学生が払う必要があるのかという情報を提供することを義務付けられた(第111条)。

カレッジ・ナビゲーターでの公開を要求されているデータとしては、高等教育機関の使命、居住・人種・民族ごとの入学学生の数、卒業率、カレッジの費用、学部新生、フルタイムの学部学生に支給される給付金ベースの平均金額、学部学生に提供される連邦政府による学生ローンも平均金額および学生支援を受ける学部新生、フルタイムの学部学生の割合がある

(第111条)。

新たにカレッジ・ナビゲーターに加えられた改正点は、学生の収入別の実質的学費、過去3年の学生納付金・実質的学費、および連邦政府による財政的支援プログラムに参加している高等教育機関のリストを入手できるようにしたことである(第111条)。

IPEDS にデータを提供し、カレッジ・ナビゲーターを通じて情報を公開している高等教育機関は、すべて連邦学生支援の受給資格がある。逆に言えば、高等教育機関は、連邦学生支援の受給資格を得るためには、高等教育法第4編に基づき IPEDS にデータを提供しなければならない。連邦学生支援受給資格をもつことは、アメリカの高等教育機関にとって最も重要な要件である。

このため、各高等教育機関は IPEDS を通じた情報公開に積極的にならざるを得ない現状がある。

6. 大学の情報公開に関する根拠

以上のように、アメリカにおける大学の情報公開は連邦政府による学生支援によって強制された結果であるため、学生支援という情報公開に関する根拠は明解である。ここでは、抽象的で明解でないが、わが国において情報公開を義務化すべき根拠としてどのような議論があるかについて考察することにする。

まず大学が情報公開すべきであるのは、大学教育や大学が提供するサービスが特殊な性質をもっていることと関係する。⁽⁴²⁾ 情報の出し手である大学側は自分たちのサービスの質や内容をわかっているが、情報の受け手である学生と保護者が入学前に高額な対価を支払うサービスの内容などがわからないという特殊な性質であるという前提があるからである。これは経済学で「情報の非対称性」という。⁽⁴³⁾ 出し手が情報を100%もっていて、受け手は購入後しかわからない。しかも購入しても、卒業し実際に働いてからでないと自己はどういう教育を受けたかということが評価できない特殊な

商品である。⁽⁴⁴⁾すなわち、出し手と受け手のもっている情報量が非対称的な商品やサービスである場合、市場の失敗が生じ、パレート効率的な結果が生じないと言われている。その市場の失敗を防ぐために、政府や公的機関が何らかの関与をする必要があるというのが、経済的意味での情報の非対称性に対する対応である。

なによりも、大学は、設置形態を問わず、教育を通じて社会に人材を供給しているため、教育基本法第6条第1項に規定されている「公の性質」すなわち公共性を有している。⁽⁴⁵⁾したがって、大学には多額の公的資金が投入され、税制上の優遇措置が与えられているのである。⁽⁴⁶⁾だからこそ、大学が社会を含むステークホルダーに対して説明責任を負うとされる。この結果、教育の向上と質の保証につながるという。

また、日本社会がグローバル化された結果、大学の国際化が進み、これまでの認識では大学教育をとらえることができなくなった。このため、国際的にも大学教育についての説明がこれまで以上に求められるようになったと言われる。

ただ、大学は当然だがマイナス情報を開示しつづける。情報が開示されたとしても、専門的な情報を受け手が直ちに理解できるとは限らない。第三者である専門家が調査、公表し、情報の受け手の判断を助けることとなる。企業においては、格付け機関などがそのような役割を果たしている。高等教育の分野においても、格付け投資情報センター、日本格付研究所などの格付け機関があるものの、公益財団法人大学基準協会などの第三者認証評価機関がそのような役割を担っているのである。

7. 大学の情報公開の義務化に関する議論

大学の情報公開の義務化は1999年から実施されたが、義務化されるべき情報の項目が明らかにされなかったのは大学の自治の観点からである。そこで改めて大学の自治とは何かを問うことにしたい。そして、情報公開の項目が義務化されることに伴い、国立大学と私立大学との間で格差が生じ

るという問題、そして義務化された情報の項目の中で企業秘密との関係で問題が生じると考えるシラバスの問題についても言及することにしたい。

(1) 大学の自治と情報公開

憲法第23条は「学問の自由は、これを保障する」と定めるが、大学の自治に関する規定は存在しない。学問の自由の保障を担保し、大学内の問題に外部勢力が干渉するのを排除するために、制度的に「大学の自治」の保障が存在するとされている⁽⁴⁷⁾。

「大学の自治」の内容として、通説・判例は、①教員人事における自治、②施設の管理における自治、③学生管理における自治を挙げるが、④研究教育の内容・方法および対象の自己決定権、⑤予算を自主的に管理する権利である財政自治権をも加えて解する説も有力である⁽⁴⁸⁾。

大学の情報公開は、④の議論の延長線の問題である。戦前には研究教育の内容および方法の自主決定権は文部大臣による国家統制の下にあったが、戦後の学校教育法及び同法施行規則によって大学設置基準、大学院設置基準等で「授業科目」、「単位」、「授業」、「卒業の要件及び学士」等については定めがあるものの、これら以外は大学が自主的に決定できることになっている⁽⁴⁹⁾、④をも含めて大学の自治を解してきた証左であると思われる。実際、2005年改正の学校教育法の注解によると、「教育研究活動」の状況の公表に当たっては、憲法第23条が定める学問の自由の保障との関係と調和を図る必要があるとされ⁽⁵⁰⁾、具体的な公開項目は大学の判断に任されることになった⁽⁵¹⁾。

また、高等教育に対する公的助成金を増額しない限り教育情報の公開が教育の質の向上につながるという議論は楽観的であり、質の向上という議論自体が大学の自治を侵害することになると思われる⁽⁵²⁾。

(2) 国立大学法人と私立大学との格差

日本の高等教育に対する公的財政負担が極端に低い水準であるという前提⁽⁵³⁾で、国立大学法人は多額の運営費交付金を受けているが、私立大学は国立大学法人からよりはるかに少ない経常費補助金⁽⁵⁴⁾のために学生の納付金に依存しなければならないため、財政的基盤が脆弱であること、そして教育⁽⁵⁵⁾

の質を確保するために多くの非常勤講師に依存しなければならないという現状であり、競争政策という点から私立大学は国立大学法人とは別の視点で情報公開を考えなければならないと思われる。

さらに私学事業団では大学等の教育情報公表の義務化を踏まえ、2011年度から私立大学等の情報の積極的な公表促進を図るため、「教育研究上の基礎的な情報」、「修学上の情報等」、「財務情報」などについて、その公表の実施状況に応じて交付額を補正（傾斜配分の増減率を補正）し、2012年度はこれらの情報公表の仕方による傾斜配分を一層強化しているのが現状である。

このように、情報公開項目の義務化に伴い、国立大学法人と私立大学との格差だけでなく、私立大学間においても格差が生じているのである。

（3）大学の情報公開と営業秘密

情報公開の義務化そのものには反対ではないが、シラバスを情報公開の対象として義務化するのは異論があるという立場がある。

シラバスとは授業科目名、講義目的、講義概要、毎回の授業内容、成績評価方法、教科書や参考文献、履修する上での必要な要件等を詳細に記した授業計画であるが⁽⁵⁶⁾、年間授業計画としてのシラバスは情報公開の対象とされている。このシラバスというのは各教員の創意工夫が盛り込まれた、いわばその一部に「企業秘密」のようなものをも内包するものであり、それを公開するよう外部から圧力をかけるのは望ましくない、という考えがある⁽⁵⁷⁾。この議論はシラバスに盛り込まれる情報量によっても変わってくるという考えであるが、十分に展開されていない。

大学は企業でないが、企業秘密に含まれる営業秘密が不正競争防止法で保護されるためには、営業秘密とは①秘密として管理され、②生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な営業上または技術上の情報であること、③公然と知られていない情報であるという要件を充足する必要がある（第2条第6項）。

シラバスが営業秘密上で問題となるのは主として①と②である。まず、①の「秘密管理」とは、秘密情報を保有者が秘密にしておく必要があると

判断し、客観的にも秘密にされていると認識できる状態で、その管理下に置くことを意味している。⁽⁵⁸⁾ 秘密に管理されているというためには、大学関係者以外の者には学則上秘密保持義務を課し、シラバスの情報に容易にアクセスできないような措置が講じられていることが必要である。

次に、②の事業活動に有用であるとは、正当な事業活動⁽⁵⁹⁾によって客観的な経済価値が認められることを意味するというのが通説である。⁽⁶⁰⁾ 大学、とくに私立大学は、教育という事業活動を行い、事業報告書を提出する事業者である。シラバスに記載されている情報、とくにシラバスとリンクする形式でレジュメ、資料、論文まで掲載されていれば、⁽⁶¹⁾客観的な経済価値を認められ、入学志願者増という事業収入の増加が望まれる。

③の要件は、保有者の管理下以外では一般的に入手できない状態にあることをいい、⁽⁶²⁾保有者である大学が秘密として管理されていても、シラバスの内容が既に一般に知られているときには、この要件を満たさないことになることに留意すべきである。

このように、シラバスそのものが営業秘密となり得るのである。

8. おわりに—大学の情報公開の課題

最初に自主的公開、次に義務的個別公開を経て、今は個別の大学を超えた公的な統一データベースである「大学ポートレート」の作成および公開が課題とされることになっているが、大学の情報公開の基本的前提としては大学の自治を中心にすべきである。

このため、2014年度に創設される予定の大学ポートレートでは、参加・不参加は個々の大学の判断に委ねられている。⁽⁶³⁾ 項目としては、公開が義務づけられている9項目が中心になるであろう。どのような情報項目を大学ポートレートのデータベースに加えるかで参加は任意であるが、参加せざるを得ない私立大学の間で調整が手間取っている⁽⁶⁴⁾と言われているが、やむを得ないであろう。

情報公開のもたらすマイナスの効果に対する警戒が大学にあるからであ

る。とくに、制度改正前には財務指標や、入学者数、卒業者などが公開されることによって、大学の経営状況についての「風評」が生じ、これが大学経営を不必要な混乱に落としかねない、という議論があった。入学定員割れ大学が増加しているからである。その数は、1992年には27大学に過ぎなかったが、2013年には232大学に達しているのである。定員割れが生じるのは、18歳人口の減少と相まって、認可よりも届出による改組を認め、定員増が認められているからである⁽⁶⁵⁾。

しかし、より重要なのは、とくに教育の成果にかかわる情報であるという議論がある。これについては、学生の就職状況、あるいは卒業者でなくて卒業率などの指標である。さらに、今回の情報公開で対象とされていない、中途退学と留年といった情報こそが公開すべき情報であるという意見もある。中途退学と留年においては、様々な理由がある。たとえば、家計急変等による学費未納による除籍、疾病等による退学、他大学入学に伴う退学、学業不振による留年などである。これらすべての理由をまとめて「退学率」を出すのは、誤解を招くものであろう。

また、大学進学率が50%を超える中、いま大学教育の質が問われている。いわゆる3ポリシーを法律上明確に位置づけ、特に学生がカリキュラムを通じて、どのような知識・能力を身につけることができるのか、将来の進路にどのように役立つのかなどについて分かりやすく公表し、大学としては特色ある教育活動を積極的に発信することが重要である。しかし、シラバスの公開については異論があることを直視すべきである。

さらに、受験生や保護者にとって、給付奨学金、貸与奨学金など学生経済支援の内容は大切な情報である。アメリカのように法律上明確に位置づけ、情報公開の対象とすべきである。経済支援以外に、学生支援としては、図書館蔵書数、図書館貸出数、学生一人あたりの蔵書数など図書館および高校課程の補習に関する情報をも自主的に公開すべきであろう⁽⁶⁷⁾。

情報公開への動きは、少子化に伴い現代社会において大学の置かれた地位が変化しつつあることを反映している。それは大学のあり方そのものについて、これまで大学でさえ明確に認識していなかったことをも明らかに

することになるであろう。その意味で情報公開は長期的にみれば、大学にとって極めて重要な転機となりうる。国際化を求められている大学の情報公開については、アメリカ以外の諸外国の大学の情報公開を比較検討することが重要であるが、今後の課題としたい。

最後になるが、寺田友子先生には公私ともに一言で言い表すことができないほどお世話になったので、拙稿をもってお礼にかえさせていただきたい。

注

- (1) 学校教育法施行規則第172条の2は「情報公開」という用語を使用しないで、「教育情報の公表」という用語が使われている。これは、「公開」という用語が「あたかも出したいくない情報を出すかのようにとらえられているのではなにか」という懸念があったからである。ただ、「公開」と「公表」とを区別する意味がないと思われるので、本稿では公開という用語を用いた。大学の情報公開は、大学設置基準のように広義の情報提供であるかもしれない。宇賀克也・長谷部恭男編『情報法』〔宇賀克也〕(有斐閣, 2012年) 72-73頁。
- (2) 鈴木勲編『逐条学校教育法〔第7次改訂版〕』(学陽書房, 2009年) 969頁。大学情報の公開について2011年から義務化されたという誤解がある。例えば、山上浩二郎『検証大学改革：混迷の先を診る』(岩波書店, 2013年) 50頁。
- (3) 大学院の情報公開は学部より遅れているという正しい指摘がある。例えば、山上・前掲注(2)92-95頁。
- (4) 一般社団法人日本私立大学連盟教育研究委員会大学教育の質向上検討分科会『『大学ポートレート』と『大学改革実行プラン』—教育情報の公表をめぐる検討経過報告—』(2013年) 2頁。
- (5) 山田礼子「教育情報の公表」濱名篤・川嶋天津夫・山田礼子・小笠原正明編『大学改革を成功に導くキーワード30』(学事出版, 2013年) 23頁。
- (6) 濱名・前掲(5)23頁。
- (7) 旺文社教育情報センター「23年度から、大学「入学者数」等の教育情報の公表を“義務化”！」(2010年) 5頁。
- (8) 日本における情報公開の歴史については、三宅弘『情報公開法の手引

き一逐条分析と立法過程』（花伝社、1999年）12-22頁、松井茂記『情報公開法』（有斐閣、2001年）11-24頁、および宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説〔第4版〕』（有斐閣、2008年）9-14頁参照。

- (9) 最初に情報公開条例が制定されたのは、山形県最上郡金山町公文書公開条例であった。
- (10) 大学の情報公開の論議については、石橋晶「情報公開論議と大学」IDE 現代の高等教育第522号（2010年）47-54頁参照。
- (11) 大学審議会は2000年に幕を閉じ、中央教育審議会の大学分科会に引き継がれた。事前規制から事後チェックへと高等教育の政策転換が行われた。天野郁夫『大学改革を問い直す』（慶応義塾大学出版会、2013年）132頁。
- (12) 文部科学省高等教育局長が2005年3月14日に各大学あてに出した「大学による情報の積極的な提供について」という通知において、大学の設置の趣旨や特色、開設科目のシラバス等の教育内容、教員組織や施設・設備等の教育環境および研究活動に関する情報、学生の卒業後の進路、受験者数、合格者数、入学者数等の入学者選抜に関する情報等を例示した。
- (13) 中央教育審議会の大学分科会の質保証システム部会は2010年4月26日に、大学の質保証を確保する観点から教育情報の公表に関する現状と課題について、以下の通り整理した。①公的な教育機関として、学生、保護者、社会に公表が求められる情報②教育力の向上の観点から公表が求められる情報③国際的な大学評価活動の展開や我が国の大学情報の海外発信の観点から公表が考えられる情報、に分けてこれまでの審議を次のように整理した。

①社会への説明責任を果たすべき情報で、公表項目としては、学部・学科・課程等の名称、教員組織及び教員数・教員の経歴等、入学者数・収容定員・在学者数・卒業者数・卒業後の進路等、学生納付金の概要、学生支援と奨学金の情報、などを挙げ、その取組が適切であるかどうかは第三者評価機関の「認証評価」を通じて確実に確認する。②教育課程を通じて、学生が修得すべき知識・能力の体系を明らかにする取組、各種評価の結果を踏まえた教育改善、特色のある教育研究活動の状況、教職員の職能開発といった教育研究水準の向上のための取組、などの情報を積極的に公表する。③グローバル化が進展する中で、教育研究への取組を国際的に示すことを通じて、大学教育の国際競争力の向上を図る観点から、教育活動の規模と内容、教育の国際連携の状況、大学としての

戦略、留学生への対応、などの情報を英語などの外国語で発信することを想定している。なお、このカテゴリについては現在、中教審の国際的な大学評価活動に関するワーキンググループで審議を重ねている。

文科省は前述した中央教育審議会の審議および教育情報の公表状況等を踏まえ、教育情報の公表を通じて大学等の質保証が一層図られるように、③を除く①と②を中心に「学校教育法施行規則」等の関係法令を整備したのである。③は今後の課題として残されている。

- (14) 大学評価・学位授与機構編『高等教育に関する質保証関係用語集（第3版）』（2011年）22頁。
- (15) 川嶋太津夫「教育情報公表の現状」IDE 現代の高等教育第542号（2012年）22頁。アドミッション・ポリシー、カリキュラム・ポリシー、ディプロマ・ポリシーという「3つのポリシー」については、社団法人日本私立大学連盟教育研究委員会『大学の情報公表義務化と3つの方針（平成22年度教育研究委員会報告書）』（2011年）参照。
- (16) 金子元久「データベース構想 後退懸念」日本経済新聞2013年9月23日。
- (17) 大学ポートレート（仮称）準備委員会のホームページに詳しい情報が掲載されている。<http://portal.niad.ac.jp/ptrt>（2013年12月7日）
- (18) アメリカにおける大学の情報公開については、小林雅之「アメリカの大学情報の公開」IDE 現代の高等教育第522号（2010年）36-41頁、森利枝「学習成果に関わる大学情報公開の現状と課題—アメリカ—」IDE 現代の高等教育第542号（2012年）47-52頁、および山田礼子『学びの質保証戦略』（玉川大学出版局、2012年）125-133頁参照。
- (19) 各州の教育制度および教育行政については、上原貞雄『アメリカ合衆国州憲法の教育規定』（風間書房、1981年）。殆どの州憲法は州立大学について規定をおいている。
- (20) 喜多村和之『現代アメリカ高等教育論—1960年代から1990年代へ』（東信堂、1994年）59頁。アメリカの州立大学の運営財源を支えているのは州および地方自治体である。しかし、州政府が財政難であるため、州立大学も財政難に陥っている。宮田由紀夫『米国キャンパス「拝金」報告』（中央新書ラクレ、2012年）44-52頁。
- (21) アメリカにおける大学の自治については、酒井吉栄「アメリカにおける大学の自治」田中英夫編『英米法の諸相』（東京大学出版会、1980年）191-247頁、喜多村・前掲注(20)195-215頁、高木英明『大学の法的地位と自治機構に関する研究—ドイツ・アメリカ・日本の場合—』（多賀

- 出版、1998年) 115-141頁、および中富公一「国立大学法人化と大学自治の再構築—日米の比較法的検討を通じて—」立命館法学333・334号(2010年) 1044-1055頁参照。州憲法の中には、カリフォルニア州憲法第9編第9節のようにカリフォルニア州立大学は大学の自治のため州政府から独立していることを規定しているものがある。アメリカの教員団に self-government としての実体は存在しないかもしれないが、教員団としての autonomy の原理はアメリカの大学制度に定着しているという指摘がある。松田浩『『大学の自律』と『教授会の自治』—autonomy と self-government の間』憲法理論研究会編『憲法と自治』(敬文堂、2003年) 122-123頁。
- (22) Julie Margetta Morgan, *Consumer-Driven Reform of Higher Education: A Critical Look at New Amendments to the Higher Education Act*, 17 J. L. & Pol'y 531, 544-545 (2008-2009).
- (23) *Id.*, at 545.
- (24) 1965年高等教育法については、犬塚典子『アメリカ連邦政府による大学生経済支援政策』(東信堂、2006年) 143-163頁に詳しい。本稿の執筆にあたり、参考にさせていただいた。
- (25) 連邦政府による学生支援制度については、小林雅之編『教育機会均等への挑戦—授業料と奨学金の8カ国比較』〔吉田香奈〕(東信堂、2012年) 106-130頁; 1 WILLIAM A. KAPLIN, BARBARA A. LEE, *THE LAW OF HIGHER EDUCATION: A COMPREHENSIVE GUIDE TO LEGAL IMPLICATIONS OF ADMINISTRATIVE DECISION MAKING* 935-986 (5th ed., 2013) に詳しい。
- (26) ローンのレンダーである金融機関と大学との癒着が問題とされ、連邦保証ローンは2010年7月以降廃止された。
- (27) 犬塚・前掲注(24)154頁。
- (28) 連邦政府による大学生経済支援は、退役軍人省による退役軍人給付金政策法である「1944年退役軍人援助法 (Serviceman's Readjustment Act of 1944)」である通称 G. I. ビルから着想したものである。G. I. ビルについては、犬塚・前掲書注(24)36-64頁。
- (29) 犬塚・前掲注(24)174頁。教育機会補助給付奨学金は、法案提出者のペル (Pell) 上院議員の名をとって「ペル・グラント (Pell Grant)」と呼ばれている。
- (30) 犬塚・前掲注(24)174頁。
- (31) <http://nces.ed.gov/ipeds/about> (2013年12月7日)
- (32) <http://nces.ed.gov/collegenavigator> (2013年12月7日)

- (33) U. S. DEPARTMENT OF EDUCATION, A TEST OF LEADERSHIP: CHARTERING THE FUTURE OF U. S. HIGHER EDUCATION (2006).
- (34) *Id.* at 14 and 20.
- (35) *Id.* at 21.
- (36) *Id.*
- (37) JOHN R. THELIN, A HISTORY OF AMERICAN HIGHER EDUCATION 319 (2d ed., 2011).
- (38) <http://www.collegeportraits.org> (2013年12月7日)
- (39) <http://ucan-network.org> (2013年12月7日)
- (40) 2008年高等教育機会法については、小林・前掲書注(25)126頁; CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, THE HIGHER EDUCATION OPPORTUNITY ACT: REAUTHORIZATION OF THE HIGHER EDUCATION ACT, (2008); NATIONAL POSTSECONDARY EDUCATION COOPERATIVE, INFORMATION REQUIRED TO BE DISCLOSED UNDER THE HIGHER EDUCATION ACT OF 1965: SUGGESTIONS FOR DISSEMINATION 参照。
- (41) 第111条 a 項 3 号によると、実質的学費とは実際に学部学生に支払われる年平均価額である。ただし、学生援助は含まれない。アメリカの実質的学費について、柳浦猛「アメリカの実質学費」大学財務経営研究第6号(2009年)173-193頁。
- (42) 教育サービスの特殊性について、八田英二・高祖敏明・石橋晶・中原隆一・橋本明子(司会)「座談会 情報公開と大学」大学時報334号〔八田発言〕(2010年)16-17頁、および八田英二「私立大学の財務情報の公開と課題」IDE 現代の高等教育第542号(2012年)14-15頁参照。
- (43) 教育サービス産業における情報の非対称性の議論については、八田英二「教育の質保証と大学評価—情報の非対称性の観点から」大学基準研究第7号(2008年)3-6頁、および八田英二「私立大学の財務情報の公開と課題」IDE 現代の高等教育第542号(2012年)14-15頁参照。
- (44) 学生・保護者が入学後、早くて1年、普通は卒業後に初めて教育サービスの内容や水準を評価できるという。八田・前掲注(43)4頁。
- (45) 本間政雄「大学の情報公開」大学マネジメント第5巻第6号(2010年)2-3頁。
- (46) 本間・前掲注(45)5頁。
- (47) 芦部信喜(著)高橋和之(補訂)『憲法〔第4版〕』(岩波書店, 2007年)162頁。制度的保障説に対しては批判がある。その批判について本郷隆「『大学の自治』に関する試論—社会・正当性・議論—」東京大学

- 法科大学院ロー・レビュー第7巻(2012年)75-76頁が簡潔にまとめている。国立大学法人化に伴い、伝統的な「大学の自治」論は実質的フィクション化に傾いているという悲観論がある。松田浩「大学の自律と学問の自由—プリンストン大学事件・再考」—橋法学第2巻第2号(2003年)516頁参照。このような悲観論が国立大学構成員を含む大学人の意識の底流にあるかもしれない。この意味で、教授会自治を奪った国立大学の法人化というのは大学の自治において重要な問題であったといえる。
- (48) 芹沢齊・市川正人・坂口正二郎編『新基本法コンメンタル憲法』[松田浩](日本評論社, 2011年)209頁。
- (49) 片山等「『学問の自由』, 『大学の自治』と大学内部の法的関係(1)」比較法制研究第27号(2004年)17頁。
- (50) 鈴木・前掲注(2)970頁。
- (51) 「大学の自治」や「学問の自由」という特権のうえにあぐらをかき、無条件の信頼・特権と表裏一体の義務を果たさなかったため、今日における大学の崩壊の危機にさらされているという意見がある。本間・前掲注(45)6頁。このように危機にさらされているには、少子化という問題が大きいように思われる。
- (52) Carla Amado Gomes, *Will quality assessment kill universities' autonomy?—Portuguese universities and the process started by the Sorbonne Declaration*, 5 EUROPEAN JOURNAL FOR EDUCATION LAW AND POLICY 45 (2001). ポルトガル憲法第76条第2項は大学は教育の質に関する適切な評価を損なわずに自治権を享受されると規定し、大学の自治は教育の質を適切に評価していることを条件としている。翻訳については、鈴木弥栄男・大迫丈志(訳)『対訳ポルトガル憲法』(丸善プラネット, 2008年)110頁を参考にさせていただいた。
- (53) 草原克豪『日本の大学制度』(弘文堂, 2008年)231頁, および上山隆大著者代表『大学とコスト—誰がどう支えるのか』[丸山文裕](岩波書店, 2013年)49頁。
- (54) 国立大学法人に対する平成24年度運営費交付金の総額は9,601億円であった。
- (55) 私立大学等に対する平成24年度経常費補助金総額は3,238億707万2,000円であった。私学助成が、憲法第89条における「公の支配に属しない」教育事業への財政支出に該当するか否かについて議論がある。詳しくは、白井克彦「私立大学に対する公財政支出・支援」社団法人日本私立大学連盟編『私立大学マネジメント』(東信堂, 2009年)192-195頁、

および芹沢斉・前掲注(48)〔岡田俊幸〕466-468頁。「公の支配」とは政府機関が人事内容や人事などについて決定的な支配力をもつことを意味すると、現行の監督措置は「公の支配」に該当せず私学助成は憲法違反となる。戸松秀典・今井功編『論点体系判例憲法3』〔早川和宏〕(第一法規, 2013年) 257頁。しかし、憲法第26条を主な法的根拠として、私学に対し、国・地方公共団体が積極的に助成することが憲法上の義務という学説がある。永井憲一編『基本法コンメンタール教育関係法』〔野上修市〕(日本評論社, 1992年) 352頁。

- (56) 文部科学省高等教育局「大学における教育内容等の改革状況について(平成21年度)」(2011年) 16頁。学生に予習を課さないで週1コマを基本に学生が十数種類の授業を履修するという授業の構造が変わらないと、シラバスの中味も変わらないという意見がある。荻谷剛彦『アメリカの大学・日本の大学』(中央新書ラクレ, 2012年) 186頁。
- (57) 中網栄美子「法科大学院における情報公開—シラバス公開を巡る議論を中心に—」法曹養成対策室報第4号(2009年) 137頁。
- (58) 竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競争編〕(改訂版)』(発明協会, 2003年) 148頁, および経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説 不正競争防止法〔平成23年・24年改正版)』(有斐閣, 2012年) 41頁。
- (59) 事業活動とは正当な事業活動であることを要する。経済産業省知的財産政策室監修『営業秘密—逐条解説 不正競争防止法』(有斐閣, 1990年) 59頁, および渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第2版)』(有斐閣, 2008年) 131頁。もちろん, 教育事業は正当な事業活動である。
- (60) 竹田・前掲注(58)150頁。
- (61) 中網・前掲注(57)138頁。
- (62) 経済産業省・前掲注(59)60頁。
- (63) 小林雅之「大学ポートレート(仮称)構想の現状と課題」じゅあ第51号(2013年) 3頁。
- (64) 山上・前掲注(2)51頁。
- (65) 臨定分の恒常定員化を認めた1990年代初めの時点で, 文部省の抑制策とその象徴としての高等教育計画の時代にはピリオドが打たれ, 入学生員の自由な増加の時代が始まったとされる。天野・前掲注(11)214頁。最近では, 大学の数が多すぎるとい議論さえも存在する。
- (66) 市販の雑誌では, 退学率は掲載されていない。蛭雪時代特別編集『2014(平成26)年度用大学の真の実力情報公開BOOK』(旺文社, 2013年) 15頁。

- (67) 蛭雪時代・前掲注(66)57頁。
- (68) イギリス，韓国および中国における大学の情報公開に関して，秦絵里「イギリスにおける大学情報公開の現状と課題」IDE 現代の高等教育第542号（2012年）43-47頁，劉文君「中国における大学情報公開制度とその現状」同第542号（2012年）52-57頁，および黄仁成「韓国における大学情報公開制度の現況」同第542号（2012年）58-61頁参照。

土壤汚染における有害性の認識と
売主の瑕疵担保責任

田 中 志 津 子

目 次

- 一 問題の所在
- 二 判例に見る土壤汚染
- 三 民法570条の瑕疵概念と社会通念（認識）
- 四 土壤汚染における保護の欠落

キーワード：瑕疵担保，主観的瑕疵，客観的瑕疵，
社会通念上の認識，通常有すべき性質

一 問題の所在

近時、土地取引において、当該土地が汚染された土壤であった場合の問題が顕在化してきた。土地取引における土壤汚染は、地表面を見たとしても目視により汚染を発見することが困難であり、汚染が認識されるまでに時間を要することが特徴である⁽¹⁾。

一般的に、土地の売買契約において法令により規制されている有害な汚染物質が土壤中に存在し、それが当該土地の引渡後に発覚した場合には、売買目的物の通常有すべき性質を欠くとして、買主は、売主に対し民法570条の瑕疵担保責任を追及し得ると考えられる。

土地売買契約の土壤中に有害物質の存することが契約締結後明らかとなり、契約締結時に土壤汚染対策法等法令による当該有害物質に関する規制が存在する場合には、当該規制に抵触することが民法570条にいう隠れた瑕疵あることに直結することになるかという問題は、別途考慮しなければならない。

しかし、最三小判平成22年6月1日民集64巻4号953頁は、そもそも契約締結時に土壤中の有害物質に関する規制が存在しなかった事案であった。

契約締結時には土壤中物質の有害性が一般に認識されておらず、後に有害であることが認識された場合には、当該汚染物質の存在をもって民法570条の「瑕疵」が存在すると言い得るのであろうか。

本件最高裁判決は、本件事案の当事者が本件土地取引をする際の、当該有害物質に関する取引観念上の認識又は契約当事者の認識の有無、法令による有害物質規制の有無、当事者による一切有害物質が存在しない土地が予定されていた事情の有無を要素として、本事案においては全てを否定し民法570条の瑕疵にはあたらない判断をした。

本事案では有害物質に関する契約当事者の認識も取引観念上の認識も否定されたが、土壤中有害物質に関する法令規制がなくとも、取引観念上の認識が肯定されるならば、当該有害物質の存在を瑕疵と捉える得るのでは

ないか。

最三小判平成22年6月1日判決は、当該事案における契約当事者を前提とした事例判決であるとは考えるが、有害物質に関する法令による規制が有害性発覚後規制まで時間を要することを考えると、今後も「同種の実例」が生ずることも考えられる。

従って、本稿では、最三小判平成22年6月1日判決を契機として、土壤中有害物質に関する法令規制が存在しなかったとしても、一定の「認識」が存在する場合に売主の瑕疵担保責任を追及できるかを検討する。

二 判例に見る土壤汚染

1 土壤汚染の瑕疵性等判断における法令の存在

本稿では、産業廃棄物が有害物質を伴わずに土壤中に混入している場合を除き、有害物質が土壤中に存在する場合を取り上げる。そのため、売買契約（だけ）ではないもの（③、⑥、⑩）も含まれる。

猶、ここに掲載した判例は全て個人ではなく、法人又は自治体・公社が訴訟当事者となっていること、商人間売買では商法526条の存在、特に商法526条2項後段の6か月の期間制限故に、瑕疵担保責任を追及できない（またはしない）場合があることに留意する必要がある。

また、一覧では後に最三小判平成22年6月1日判決と比較するため、契約締結時に問題となった有害物質を規制する法令が存在したか否かの区別に着目した。

判決年月日 出典	主な請求	土壤汚染 物質	契約締結時の 土壤汚染物質 規制法令	判旨
				一部認容、一部棄却 「民法570条にいう「瑕疵」とは、売買の目的物が、その種類のものとして取引通念上通常有すべき性状を欠いていることをいう。そして、宅地の売買において、地中に土以外の異物が存在することが即土地の瑕疵に

<p>①</p>	<p>東京地判 平成14年 9月27日 (D1-Law 判例 ID: 8080755)</p>	<p>瑕疵担保責任特 約に基づく損害 賠償</p>	<p>オイル類</p>	<p>あり</p>	<p>当たるとはいえないのは当然であるが、その土地上に建物を建築するについて支障となる質、量の異物が地中に存在するために、その土地の外見から通常予測され得る地盤の整備、改良の程度を超える特別の異物除去工事等が必要とする場合は、宅地として通常有すべき性状を備えないものとして、土地の瑕疵に当たるといべきである。」</p> <p>本件土地の土壌汚染は、「マンション建設の基礎工事途中で発見される程度に浅い位置において、多量のオイル類を含有し、しかも、容易に悪臭を発生し得るような状態にあった」のであるから、「本件土地に基礎を置き、多数の住民を迎え入れることになるマンションを建設することを妨げる程度に至っており、特別に費用をかけてでも処理する必要があるといわざるを得」ず、「本件土地は、取引通念上通常有すべき品質、性能を欠くといべきであり」、本件土地の土壌汚染は本件土地の瑕疵に当たる。</p> <p>(環境基本法に基づく環境基準値を下回っているとの売主の主張につき)「売買目的物に関する瑕疵の有無の判断は、オイル類の処分をしなければならないかどうかという買主の法的義務の存否によって定められるのではなく、対象物が取引通念上通常有すべき性状を欠くか否かによって決定されるべきものであるところ、本件土地上にマンション建物を建築、販売するにあたって、その地中の比較的浅い部分に多量のオイル類が存在しているということは、買手に建物ひいては本件土地の安全性、快適性に対する疑念を生じさせ、購買意欲及び価格のマイナス要因となることは明らかである。したがって、本件土地には、取引通念上通常有すべき性状が欠けており、原告が本件土地の汚染土壌を処理したことは、本件土地の欠陥を補正するために当然必要な措置であるといべきである。」</p>
					<p>一部認容、一部棄却</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 錯誤について：本件土地の土壌汚染の事実につき買主は錯誤に陥っていたが、「表示されない動機の錯誤にとどまり、要素の錯誤とはいえない」。 ・ 瑕疵担保責任について：行政上の規制基準値は、「一定の科学的根拠から、土壌汚染による人の健康に係る被害の防止に関する措置を実施する上で目安になるものとして規定されているものと考えられるところ、同各基準を超える含有量ないし溶出量が検出された場合には、その程度の如何を問わず、当該土地の汚染土により人が直接被害を受け、また、同土地を雨水等が透過した際に地下水を汚染する蓋然性が認められるといべきであ」り、「そのような蓋然性を前提とすれば、汚染土地の利用方法は、おのずから制限されるのであり、汚染の生じていない土地に比して経済的効用は当然低下する。また、汚染の生じていない土地と同様の効用ないし交換価値を獲得しようとするれば、土壌の浄化等の措置が必要となるのであり、買主はそのための費用支出を強いられることになる。」 <p>「経済的取引の見地からしても、鉛及びふっ素について、各基準値を超える含有量ないし溶出量を検出した同土地については、その経済的効用及び交換価値は</p>

②	東京地判 平成18年 9月5日 (判例時 報1973号 84頁)	主的に錯誤に 基づく売買契約 の無効、売買代 金の返還を、予 備的に瑕疵担保 責任ないし債務 不履行責任に基 づく土壤調査及 び土壤浄化費用 の賠償	鉛、ふっ 素	あり	<p>低下していることが明らかであり、売買代金との等価性が損なわれているから、瑕疵の存在が肯定されるべきである。なお、被告は、本件売買契約が土壤汚染対策法が施行された平成15年2月15日より前に締結されたものであることを指摘するが、原告引受承継人の主張は、同法のみならず、同法施行前から定められていた環境基準及び環境省運用基準に照らしても土壤汚染が認められるというものであるから、上記事実は、上記判断を左右しない。」</p> <p>また、「買主がたとえ不動産取引業者であったとしても、当然に土壤汚染の有無について専門的な調査を行うという取引慣行が存在していたことを認めるに足る証拠はなく、本件土地における「土壤汚染の存在は外観上明らかとはいえないこと、土壤汚染についての調査が相当な手間と費用を要するものであること」、「本件売買においては売主に説明義務違反が認められることを合わせて考慮する」と、買主側（脱退原告）が調査をしなかったことを過失と解することはできず、本件の土壤汚染は隠れた瑕疵であり、買主は、本件土地引渡後約3年経過後に土壤汚染調査を行い、結果を売主に通知しているが、商法526条にいう直ちに発見することが困難な瑕疵に該当し、引渡し後、6か月経過後には、買主は、売主に対して瑕疵担保責任に基づく請求をすることができない。</p> <p>・債務不履行責任について：土壤汚染についての社会的認識は、本件土地の引渡があった平成11年には、「私人間の取引の場面においても土壤汚染が発見された場合には、それを除去すべきとの認識が形成されつつあったといえる」。買主側（脱退原告）が本件土地売却のために土壤汚染調査を依頼し、その結果により売却を断念したのは、平成14年のことであったが、土壤汚染についての売買当事者の認識は、「社会情勢の影響を受けて平成11年ころには既に一般的に相当程度形成されつつあった」とされた。</p> <p>そして、田に盛り土をして埋め立て、機械の解体等の作業用地として使用継続してきた本件土地では、「廃油中に混在する各種の重金属等により、土壤汚染が生じ得ることは否定できないところであり」、「他方でその発見は困難で、多額の損害につながるから、被告においては、このような形態で同土地を使用し、その点についての認識を有していた以上」、社会情勢も踏まえ、「買主として検査通知義務を履践する契機となる情報を提供するため」、本件土地の引渡までの間に、買主側（脱退原告）に対し、「同土地の埋立てからの同土地の利用形態について説明・報告すべき信義則上の付随義務を負っていたというべきである。」</p> <p>買主は、売主の「信義則上の説明義務の不履行により、土壤汚染調査を行うべきかを適切に判断するための情報提供を受けることができず、商法上求められる買主としての検査義務を果たせないうまま被告に対して瑕疵担保責任の追及する機会を失ったといえる」ことから、売主は、買主側に対し、説明義務の不履行により買主側（脱退原告）が「土壤汚染調査を行う必要はないと信頼したことによって被った損害、すなわち瑕</p>
---	-------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------	----	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>③ 東京地判平成19年10月25日(判例時報2007号64頁)</p>	<p>賃借建物を工場として利用していた賃借人が、工場廃止届けを出さず、汚染物質を除去建物敷地を明け渡したことにより、土壌調査費用及び土壌汚染対策工事費用相当額の損害を被ったとして、不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償を請求</p>	<p>トリクロロエチレン、鉛等</p>	<p>あり</p>	<p>瑕疵担保責任を追及する機会を失ったことによって被った損害の賠償をする責任を負うべきである。]</p> <p>一部認容、一部棄却 (元借主は、操業中、全て回収業者がトリクロロエチレン及び鉛を回収していたと主張するが、)「1970年代には金属や機械部品の洗浄剤として、また塗料の溶液、衣料の洗濯等に多用されてきた物質で、当初はその取扱いや廃棄について特に配慮されておらず、排水溝などに廃棄されることなどもあったとされ、」[類似の事案で土壌汚染を生じさせた事例があること等の事実を総合的に判断すれば、本件土壌汚染が被告の作業の際に使用したトリクロロエチレン及び鉛がコンクリートを浸透して地下に到達したために生じた事実を優に認定することができ、]「本件土壌汚染は、被告の溶射作業(トリクロロエチレン及び鉛の使用)が原因で発生したものと認められる。」 「賃貸借契約においては、原状回復した上で賃貸目的物を返還することが必要であり、本件のような建物賃貸借において、敷地を汚染した場合には敷地の土壌を原状回復(土壌汚染を除去)して返還する義務がある。したがって、被告は、敷地(本件土地)の土壌汚染を除去して本件建物を返還する義務を負っていた。 ところが、被告は、本件土地の土壌汚染を除去せずに本件建物を原告に明け渡し、その後、原告が本件土地を売却しようとしたところ、本件土地について工場廃止届が提出されておらず、被告が本件土地において有害指定物質のうち鉛、トリクロロエチレン等を使用していたことが判明したため、原告が本件土地について土壌調査をし、土壌汚染が確認された部分について、本件汚染処理工事を行ったものである。 このように、本件土壌調査は、被告が本件土地の土壌を汚染させながら、その汚染を除去せずに明け渡し、履歴調査の結果、本件土地に土壌汚染のおそれがあったことから、調査を命じられたものである。履歴調査の結果、汚染のおそれがなければ土壌調査を命じられることはないものであり、被告が本件土地の土壌を汚染していないことを明確にしていれば本件土壌調査を命じられることはなかったものと認められる。)] 「本件土壌調査は、被告が本件土地の土壌を汚染しておきながら明渡し時に土壌汚染を除去しなかったことが原因で命じられたものであり、被告による土壌汚染と本件土壌調査との間には因果関係が認められ、]「被告人の債務不履行と本件土地の調査費用相当額の負担との間には相当因果関係が認められ、当該費用相当額の損害賠償が認められた。」</p>
					<p>一部認容、一部棄却 大量の廃棄物「が存在する土地に、これらの埋設物をそのままにして建物を建築することができないことは明らかであり、」[「本件埋設物は建物建築の基礎工事の支障となるものというべきである。」「そして、除去しなければならぬ埋設物が存在する場合には、同埋設物の存在は土地の瑕疵にあたる。』 ・臭気土について 臭気土の原因物質は、売主の「投棄した廃棄物が原</p>

④	東京地判平成20年7月8日(判例時報2025号54頁)	瑕疵担保責任又は説明義務違反の債務不履行に基づく損害賠償	ダイオキシン等	あり	<p>困であるとみるほかなく、「仮に投棄時点で廃棄物処理法が制定されていなかったとしても、現在からみてそのままでは投棄できない廃棄物を投棄していた事実には変わりはない。そして、このような臭気土をそのまま覆土することが廃棄物を適正に処理したことにならないことも明らかであって(廃棄物処理法に違反するか否かは別論である)、掘り出さなければ臭気のしない臭気土であっても、建物建築の基礎工事をする際には土地の掘削を要するのであるから、その際に発生する周辺環境の悪化に加えて、上記のような臭気を発する臭気土を掘削した後に露出したまま放置することができないことはいうまでもない。そうすると、臭気土の存在が建物建築の基礎工事に支障がないとは到底いうことができない。」</p> <p>「本件汚染土壌は、全て本件土地の瑕疵(客観的瑕疵)にあたる。」</p>
⑤	東京地判平成20年11月19日(判例タイムズ1296巻217頁)	(売主に対し)民法570条、566条に基づき、汚染浄化義務・説明義務懈怠があるとして415条に基づき、適切な土壤汚染対策・土壤汚染処理工事等により浄化済の土地を買主に引き渡す注意義務を懈怠したとして709条、716条に基づき、損害金約3億円(その他当事者への請求は割愛)	砒素	あり	<p>一部認容、一部棄却</p> <p>・瑕疵担保責任について:「土壤調査によって判明した環境基準値を上回るヒ素は、本件売買契約締結当時から本件土地の土壤中に存在したものと推定される。」</p> <p>「本件売買契約は本件土地を原告において戸建て住宅分譲事業を行うことを目的とするものであるから、本件瑕疵担保責任制限特約の対象となる本件土地の地表から地下1mまでの部分に環境基準値を大幅に超える高濃度のヒ素が含まれることは、宅地として通常有すべき性状を備えたものということではできず、本件土地の瑕疵に当たる。」そして、売買契約時に土地浄化により環境基準値を下回った旨の報告を受けていることから、「上記瑕疵は「隠れた」瑕疵に当たる。」</p> <p>しかし、「瑕疵担保責任期間制限条項は有効であり、「本件土地の引渡し時である平成16年8月31日から責任制限期間6か月が経過している」として、売主の瑕疵担保責任は否定された。</p> <p>・債務不履行責任について:本件売買契約の売主は、「本件土地に環境基準値を上回るヒ素が含まれている土地であることを事前を知っていたのであるから、信義則上、本件売買契約に付随する義務として、本件土地の土壤中のヒ素につき環境基準値を下回るように浄化して原告に引き渡す義務を負うというべきである。」しかし、本件瑕疵担保責任制限特約により、「汚染浄化義務は本件土地の地表から地下1mまでの部分に限定されると解するのが相当である。」</p> <p>売主は、「本件売買契約の時点で本件土地の地表から地下1mまでの部分に環境基準値を大幅に超える高濃度のヒ素が残留しているのに、そのままの状態では本件土地を原告に引き渡した」のであるから、汚染浄化義務に違反したと判断された。</p> <p>(売主以外の責任は全て否定)</p>
		(売主会社に対し)主位的に売買契約及び建物建築請負契約等の錯誤無効、瑕疵担保責任若し			<p>一部認容、一部棄却</p> <p>土壤埋設物のほとんどがコンクリートガラなど産業廃棄物であり、有害物質(砒素)も一部の所有者の土壤で基準値を上回ったに過ぎないことから、土地買主らの健康に悪影響を及ぼすものではないこと、本件土地には地盤改良工事が施され、本件各建物には現在に</p>

⑥	さいたま地判平成22年7月23日(裁判所Web掲載)	くは説明義務違反に基づく契約解除又は詐欺取消+売買代金及び請負代金の返還 (売主会社代表者に対し)詐欺を理由に民法709条又は旧商法266条の3に基づく損害賠償	砒素(コンクリートガラ等産業廃棄物あり)	あり	至るまで地盤沈下等の不具合が生じていないことからすれば、本件各建物の安全性は確保されている。 「原告らが本件各土地を購入した価格ではともかく、ある程度減価した価格で本件各土地を購入する者がいることは当然想定されるのであって、原告らが住宅の建築目的で本件各土地を購入したことを勘案しても、一般取引上の通念に照らして、本件各土地を購入する者がいないとか、本件各土地の客観的価値が零であると認めることはできないから、原告らが本件各契約を締結した時点において、本件各土地には廃棄物が埋設されていないとの錯誤に陥ったとしても、これが要素の錯誤に当たると認めることはできない」。
⑦	東京地判平成23年1月20日(判例時報2111号48頁)	瑕疵担保責任に基づく有害物質除去費用相当額の賠償	六価クロム・鉛	あり	一部認容、一部棄却 本件売買契約において、売主の二回の土壌調査に引き続き買主が「本件土地受領後に『遅滞なく』(商法五二六条一項)土壌調査を行うことは」両当事者間で想定されておらず、同条の適用は特約により排除されており、本件土壌汚染が隠れた瑕疵にあたるとした上で、買主が土壌汚染発見後、損害賠償を請求しないと約した証拠はないとして、土壌汚染対策工事費用1470万円が認められた。
⑧	東京地判平成23年1月27日(判例時報2110号83頁)	瑕疵担保責任に基づく損害賠償として処理費用相当額7236万1810円	油分(契約締結前に純水銀・ふっ素発見→売主掘削除去)	場合によってあり	棄却 「本件油分が存在したとしても、そのままの状態である限り、法令には違反しない。しかし、本件土地から建設発生土が生じた場合、そこに油分が含まれていれば、それは産業廃棄物に該当する可能性があり、内陸部の土地(処分場)で埋立処分をする限り法令上の制限はないが、臨海部の土地(処分場)で埋立処分をする場合には法令上の制限がある」。 「土地売買契約の買主は土地上に建物等を建築することを目的とすることが多いから、特段の事情がない限り、買主における建設発生土の処理が通常予定されているとみるべきであり、建設発生土の処理の実情は、土地売買契約における取引通念を検討する上で考慮されるべきである」。 「本件売買契約では、鉱物油について、『土壌(溶出液につき)』油が視認されず、又は油の臭気が感じられないこと』を充たすべきことが定められており、これは本件土地の最終購入者と予定されていた大田区が定めた本件要綱における鉱物油に係る本件指導基準と同一の内容であるから、本件売買契約においては、本件指導基準をもって瑕疵の判断基準とする旨を合意していたものと認めるのが相当である」として、当該基準を上回る油分が本件売買契約締結時に存在したことは明らかであるとして本件土地には瑕疵があると認められたものの、売主の土壌調査における添付資料により本件調査油分の存在が明らかになっている地点について油分の調査をすることは容易であったにもかかわらずこれを怠ったこと等から、買主には本件瑕疵の存在につき過失があるとして、売主に対する瑕疵担保責任に基づく損害賠償請求が認められなかった。

⑨ 奈良地判 平成23年 9月30日 (D1-law 判例 ID: 28212854, ⑬の原審)	瑕疵担保責任, 債務不履行責任 (付随義務違反) 又は不法行為に 基づく損害賠償	鉛(産業 廃棄物あ り)	なし	棄却 買主は本件廃棄物の存在を認識していたというべき であり、隠れた瑕疵にあたらぬ。 鉛に関しては規制法令がないため、隠れた瑕疵にあ たらぬ。
⑩ 前橋地判 平成24年 7月6日 (D1-law 判例 ID: 28181551)	土地交換契約の 錯誤無効/地方 自治法234条2 項・96条1項6 号の議決欠如の ため無効→所有 権に基づく妨害 排除請求として 交換契約に基づ く所有権移転登 記の抹消登記手 続、不当利得返 還請求として土 壌汚染調査費用 の賠償	不明		棄却 動機の錯誤はあるが表示はなく、仮に黙示の表示が なされていたとしても、重過失がある。
⑪ 東京地判 平成24年 9月25日 (判例時 報2170号 40頁)	瑕疵担保責任, 債務不履行責任 (付随義務違反) 又は不法行為に 基づく損害賠償	鉛, テト ラクロロ エチレン, 六価クロ ム	あり	一部認容, 一部棄却 「本件埋設物は、本件契約締結段階から、それが地 中に存在する可能性が十分にあることが認識され、本 件契約においてもその撤去費用の負担の合意までされ ていたのであるから、本件埋設物が実際に発見された 場合に新建築物の建築工事の遅延を防ぐ目的でされた土 壌汚染残土搬出方法変更費用の増加は、原告の負担に 遷るべきというほかなく、他に、同費用を地中埋設物 の撤去のための費用とすべき特別の事情があるとも認 められない。」
⑫ 東京地判 平成24年 9月27日 (判例時 報2170号 50頁)	瑕疵担保責任に 基づく損害賠償	アスベ スト	なし	棄却 「(1)石綿を含有する土壌あるいは建設発生土それ自 体については、本件売買契約当時、法令上の規制はな く、(2)本件売買契約において求められていた性能は、 土壌汚染対策法及び環境確保条例が定める有害物質が 基準値以下であることであり、(3)本件売買契約締結当 時の実務的取扱としても、石綿含有量を問わずに、石 綿を含有する土壌あるいは建設発生土を廃石綿等に準 じた処理をするという扱いが確立していたとはいえ、 さらに、そもそも本件土地に含有されていた石綿が 「土壌に含まれることに起因して人の健康に係る損害 を生ずるおそれがある」限度を超えて含まれていた」 とはいえ、瑕疵はない。

⑬	大阪高判 平成25年 7月12日 (D1-law 判例 ID: 8212857)	選択的に瑕疵担保責任、債務不履行責任、不法行為責任に基づく損害賠償	鉛(焼却灰、木くず及び炭化物、焼却土あり)	なし	<p>原判決変更</p> <ul style="list-style-type: none"> ・廃棄物について：売主の不法行為責任あり。 ・鉛について：本件売買契約締結当時は、「土壌汚染について環境基準値は未だ策定されておらず、昭和61年1月に、環境庁が公共用地として転換される国有地について定めた暫定対策指針において、対策を要する汚染土壌の判定基準とされたのは、鉛及びその化合物につき、乾土1kgにつき600mgであり、本件土地から検出された鉛の含有量はこれをも大幅に下回っている。 <p>そして、本件売買契約においては、当事者間に土壌汚染に関する何らの特約も認められない」。従って、本件鉛による土壌汚染は、本件土地の瑕疵とはいえない。</p>
---	---------------------------------------------------------	-----------------------------------	-----------------------	----	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2 最三小判平成22年6月1日判決事案の経緯

本事案は、土地売買契約時から土壌中には原始的に有害物質が存在しながら、土壌中の当該有害物質を規制する法令も有害性の認識も存在せず、後にそれが生じた事案であり、各審級で理由及び結論が異なっていることから、それぞれについて見る必要がある。

昭和59年4月1日、Yの前身の会社が、本件土地を工業用ふっ酸製造工場用地として利用しており、吸収合併されたYも同様に本件土地を利用していた。

その後、足立区から日暮里・舎人線開設のための用地被買収者の代替地の取得を委託されたX土地開発公社が、本件土地の売買契約に先立ち、土壌調査会社に本件土地の土壌調査を委託した。

平成3年2月20日に土壌調査が開始され、平成3年3月15日に本件土地の売買契約が締結された。

この本件売買契約締結頃、土地表層土に東京都公用地取得にかかる重金属等による汚染土壌の処理基準値を超える鉛、砒素、カドミウム含有が判明した(以下、平成3年調査という)。

本件売買契約締結当時、客観的には目的物である本件土地の土壌中にふっ素が含まれていたが、当時の取引観念上は土壌中のふっ素含有が有害であるとは認識されておらず、X担当者もふっ素が有害であるとは認識してい

なかった。

平成12年12月22日、東京都条例第215号「都民の健康と安全を確保する環境に関する条例」(以下「都条例」という。)が公布された。

そして、環境基本法に基づく平成3年8月環境省告示第46号「土壤汚染に係る環境基準について」が平成13年3月28日付環境省告示第16号により一部改正され、別表リストにふっ素が追加された。

平成13年4月1日に都条例が施行された。

都条例2条12号における「有害物質」とは、「人の健康に障害を及ぼす物質のうち、水質又は土壤を汚染する原因となる物質で、別表四に掲げるもの」とされた。その別表四に鉛、砒素、カドミウム、ふっ素、ポリ塩化ビフェニル(以下「PCB」)等26種類の有害物質が掲げられているが、ふっ素が加えられたのは平成15年2月15日であった。

また、平成13年10月1日施行の都条例117条で土地改変時における改変者の義務が規定された。

平成14年4月に用地被買収者から代替地の提供要請があり、足立区から要請を受けたXが、本件土地を代替地として提供するための協議を行った。

平成14年5月29日に土壤汚染対策法が公布され、平成15年2月15日に施行された。

平成3年調査結果から、本件土地の土壤が鉛、砒素、カドミウムにより汚染されていることが判明していたため、代替地提供に際し、他の有害物質による汚染の有無の調査を委託した。

平成17年8月4日、都条例117条2項に基づき、本件土地における過去の有害物質取扱事業上の設置状況等所定事項調査のため、土壤汚染に係る地歴調査等を委託した(支払額5万2500円)。その調査結果を受け、同年9月27日、都条例117条2項に基づき、都道府県知事に調査結果を報告するため、土壤汚染調査委託契約を締結した。更に同年10月4日に原契約変更契約を締結し、追加調査委託契約を締結した。

同年10月、本件土地表層土に、都条例115条2項及び同施行規則56条による汚染土壤処理基準値を超える量の鉛、砒素、カドミウムのほか、ふっ

素及び PCB 含有部分があることが判明した。

同年11月2日、土壌汚染調査報告書がXに提出された。その結果、40地点の資料採集地全てでふっ素が検出され、その全ての地点で溶出量基準値を超え、39地点で含有量基準値を超え、ふっ素による地下水汚染も確認された。

そのため、観測井が設置され、地下水の水質測定（モニタリング）が開始され、その結果都への定期的報告の必要性、汚染除去等の拡散防止措置実施の必要性が指摘された（調査費用及び報酬としての平成17年12月22日支払額：1197万円）。

この時点で、ふっ素により人の生命、身体、健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて汚染されていることが判明した。

同年11月3日、汚染深度を把握するため、土壌汚染調査の追加工事を委託し、平成18年3月31日、汚染深度把握のための土壌汚染調査追加調査の契約金額を変更した（同年6月15日支払額：1848万5250円）。

平成18年7月5日、用地被買収者は、本件土地を被買収土地代替地として受領することを拒否した。

同年9月8日、土壌汚染対策工事のための対策工事発注仕様書作成を委託した（同年11月5日以前の作成費用支払額：519万7500円）。

Xは、地域住民の福祉目的のため、汚染土壌の掘削除去及び封じ込めの後に本件土地を公園用地として利用することを決め、同年12月26日に本件土地の土壌汚染対策工事請負契約を締結した（契約金額：4億2525万円）。

そこで、Xは、買い受けた本件土地の土壌が有害物質により汚染されており、その後の法規制に従った汚染拡散防止措置を講ずる必要が生じたとして、民法570条の瑕疵担保責任に基づき、Yに対し4億6095万余円の損害賠償を求めた。

3 東京地判平成19年7月25日⁽²⁾の概要

売買契約の目的物たる土地が、法令等により利用上の制限を受けることは、売買契約の目的物として通常有すべき品質や性能を欠くものであり、民法

570条にいう「瑕疵」に当たり得る。

しかしながら、瑕疵担保責任の規定が適用されるためには、その前提として、売買契約締結時において、目的物に「瑕疵」が存在することが必要であると解すべきである」。

「けだし、同条の瑕疵担保責任は、売買契約の目的物に「隠れた瑕疵」が存在する場合に、買主を保護すべく、売主に責任を負わせるものであり、売買契約締結後に目的物に『瑕疵』が生じた場合にまで、買主を保護して売主に責任を負わせるべき根拠を欠くからである。

そして、このように解さなければ、売買契約締結後に生じ得る瑕疵について、売主が永久に瑕疵担保責任を潜在的に負うことになるが、これは売主に過大な負担を課するものであり、かえって売買契約当事者間の公平を失する結果となる」。

「本件のように、法令等による制限について瑕疵担保責任の規定の適用が問題となる場合において同規定が適用されるためには、売買契約締結時において、法令等により、目的物の利用が制限されていることが必要である。すなわち、売買契約締結時において、現に目的物の利用を制限する法令等が施行され、又は同法令等の施行が確実に予定され、売買契約締結後に実際に施行されることが必要である。

けだし、売買契約締結時において、目的物の利用を制限する法令等の施行が確実に予定されていない場合においても、売主に瑕疵担保責任を負わせるとすれば、売主に過大な負担を課するものであり、かえって売買契約当事者間の公平を失する結果となるからである」。

「本件についてこれを見るに、原告は、土壤汚染の事実を「瑕疵」と主張するのではなく、本件都条例による規制を「瑕疵」と主張するが、本件都条例は、本件売買契約が締結された平成3年3月には存在せず、10年以上経過した平成13年10月に施行されたものである。

よって、原告の主張は、売買契約締結時に存在しない瑕疵を「瑕疵」と主張するものであり、主張自体失当である。

なお、本件においては、売買契約締結時において、目的物の利用が法令

等により制限されておらず、これを制限する法令等の施行が確実に予定されるという事情を認めるに足りない】。

4 東京高判平成20年9月25日⁽³⁾の概要

「居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結される売買契約の目的物である土地の土壌に人の生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことは、上記売買契約の目的に照らし、売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質、性能に当たるといふべきである。したがって、上記売買契約の目的物である土地の土壌に実際には有害物質が含まれていたが、売買契約締結当時は取引上相当な注意を払っても発見することができず、その後売買契約の目的物である土地の土壌に売買契約締結当時から当該有害物質が人の生命、身体、健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明した場合（以下「①の場合」という。）」には、「有害物質の存在は民法570条にいう隠れた瑕疵に当たる」とする。

「居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結された売買契約の目的物である土地の土壌に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが、売買契約後に有害であると社会的に認識された場合において、売買契約の目的物である土地の土壌に当該物質が人の生命、身体、健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したとき（以下「②の場合」という。）にも、売買契約の目的物である土地の土壌に人の生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことという、上記売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質、性能を欠くといふべきであり、この点において①の場合と差はない。また、②の場合には、買主にとっては、売買契約締結当時取引上相当な注意を払っても売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が有害であると認識することはできなかつたといふべきであつて、この点においても①の場合と差はない。さらに、売買契約締結当時、売買契約の目的物である土地に

含まれている物質の有害性が社会的に認識されていたかどうかは、当事者が売買契約を締結するに当たって前提となる事実をどのように認識していたか、また、認識可能であったかに包含される問題であって、事実の範疇に包含される問題であると考えられる。そして、このことは、上記売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが売買契約後に有害であると社会的に認識されたために、当該物質を土壤を汚染するものとしてこれを規制する法令が制定されるに至った場合において、売買契約の目的物である土地の土壤に当該物質が人の生命、身体、健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したとき（以下「③の場合」という。）にも当てはまるのであり、売買契約締結当時土壤を汚染するものとして当該物質を規制し、汚染の除去等の措置を定める法令の規定が存在しなかったことを理由に、売買契約締結当時は目的物である土地の土壤中に当該物質が含まれていても、上記売買契約は適法であったとして、③の場合に、民法570条にいう隠れた瑕疵が存在することを否定することは、できないものというべきである。民法570条に基づく売主の瑕疵担保責任は、売買契約の当事者間の公平と取引の信用を保護するために特に法定されたものであり、買主が売主に過失その他の帰責事由があることを理由として発生するものではなく、売買契約の当事者双方が予期しなかったような売買の目的物の性能、品質に欠ける点があるという事態が生じたときに、その負担を売主に負わせることとする制度である」ことから、民法570条の適用上、①・②・③の場合とで区別することは、相当ではない。

以上によれば、居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結された売買契約の目的物である土地の土壤に人の生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていたが、当時の取引観念上はその有害性が認識されていなかった場合において、その後、当該物質が土地の土壤に上記の限度を超えて含まれることは有害であることが社会的に認識されるに至ったときには、上記売買契約の目的物である土地の土壤に当該有害物質が上記の限度を超えて

含まれていたことは、民法570条にいう隠れた瑕疵に当たると解するのが相当である。そして、上記の場合において、土壌を汚染するものとして当該物質を規制し、汚染の除去等の措置を定める法令の規定が定められ、買主が当該規定に従い、汚染の除去等の措置に必要な費用を負担したときには、買主は売主に対し、民法570条に基づき、上記の費用相当額の損害賠償請求をすることができると解するのが相当である。

「本件売買契約の目的物である本件土地の土壌中に上記のとおりふっ素が含まれていたことは、民法570条にいう隠れた瑕疵に当たるといふべきであり、「控訴人は、被控訴人に対し、本件都条例に基づき、汚染の除去等の拡散防止措置を実施するために負担した必要な費用相当額の損害賠償請求をすることができ」る。

5 最三小判平成22年6月1日の概要

「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたかについては、売買契約締結当時の取引観念をしんしゃくして判断すべきところ、前記事実関係によれば、本件売買契約締結当時、取引観念上、ふっ素が土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されておらず、被上告人の担当者もそのような認識を有していなかったものであり、ふっ素が、それが土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるなどの有害物質として、法令に基づく規制の対象となったのは、本件売買契約締結後であったというのである。そして、本件売買契約の当事者間において、本件土地が備えるべき属性として、その土壌に、ふっ素が含まれていないことや、本件売買契約締結時に有害性が認識されていたか否かにかかわらず、人の健康に係る被害を生ずるおそれのある一切の物質が含まれていないことが、特に予定されていたとみるべき事情もうかがわれない。そうすると、本件売買契約締結当時の取引観念上、それが土壌に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されていなかったふっ素について、本件売買契約の当事者間において、それが人の健

康を損なう限度を超えて本件土地の土壤に含まれていないことが予定されていたものとみることはできず、本件土地の土壤に溶出量基準値及び含有量基準値のいずれをも超えるふっ素が含まれていたとしても、そのことは、民法570条にいう瑕疵には当たらないというべきである」。

三 民法570条の瑕疵概念と社会通念（認識）

1 主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念

民法570条にいう「瑕疵」とは何か。筆者を含め、「通常備えるべき性質を欠くこと」であると説明することが多い。その民法570条の「瑕疵」が主観的瑕疵であるか客観的瑕疵であるかについては、論者によって様々である。

瑕疵概念に関する議論は、一般人を基準とした判断や当事者の合意を基準とした判断を全く差し挟まない、純粹に物理的に客観的に存在する瑕疵だけを民法570条の「瑕疵」と判断する究極的な「客観的瑕疵」から、売買契約当事者が合意した性質を欠く場合にだけ「瑕疵」ありと判断する究極的な「主観的瑕疵」まで存在する中で、その中のいずれか又はどこからどこまでの範囲のものを同570条の「瑕疵」と捉えるかというものであ⁽⁴⁾る。

そもそも、570条の起草者である梅博士によると、「売買ノ目的物に隠レタル瑕疵アルトキハ買主カ取得シタル権利ハ其期望シタル価値ヲ有セサルカ故ニ之ニ因リテ買主カ損害ヲ受クヘキハ固ヨリ言フヲ待タサル所ナリ然ルニ通常売主ハ買主ヨリモ善ク其売ラント欲スル物ヲ知レルカ故ニ之ニ隠レタル瑕疵アルトキハ之ヲ買主ニ告ケ而モ之ヲ買フヘキヤ否ヤヲ確メサルヘカラス然カラズンハ売主ハ其物ニ瑕疵ナキコトヲ保証シタルモノト看做スモ敢テ過酷ト為スヘカラス是レ瑕疵担保ノ由リテ生スル所以ナリ」⁽⁵⁾とされている。

例えば、岡松参太郎博士は、当初瑕疵担保責任の対象を限定せず、契約責任であるとし、その後、⁽⁶⁾瑕疵担保責任の対象は特定物であり、その責任

の性質は危険負担に基づく責任だと改め、売主が負う義務は引渡義務だけであり、「其物カ通常有スヘキ又ハ契約上豫定セラルル價值又ハ性質ヲ缺ク」場合に負う責任を危険負担だとした⁽⁷⁾。

法定責任説を採る石田文次郎教授は、「瑕疵とは、物が取引上通常有すべきものと認められる性質を缺くか、又は賣主が特に保有すると保証した性情を缺くがために、其物の使用価値又は交換価値を減少せしめるもの」とし、鳩山博士は、「瑕疵アリトハ當該ノ物ガ通常有スル性質又ハ當事者ノ特ニ保有スベキモノト定メタル性質ヲ缺如シ為メニ物ノ使用価値又ハ交換価値ヲ減少」させることをいい、契約締結時にその「意思ヲ表示シタルコトヲ要スルニアラズ又買主ノ純然タル主観的判斷ノミニ依ルニモアラズ、契約ノ性質賣主ニ知レタル契約ノ動機等」により、買主がその権利の一部では売買契約を締結しなかったと推断できればよいとする⁽⁸⁾。

楠木博士は、物が「通常有すべき性質」を欠く場合だけでなく、「合意上の目的に対する物の使用性⁽¹¹⁾」、換言すれば、売買目的物につき合意した「使用性」を欠く場合に瑕疵と判断される。

我妻博士は、瑕疵とは「売買の目的物に物資的な缺點がある場合⁽¹²⁾」であり、「缺點と認めるべきかどうかは、(i)一般には、その種類のものとして通常有すべき品質・性能を標準として判断すべきである。然し、(ii)賣主が見本により、または広告をして、目的物が特殊の品質・性能を有することを示したときは、その特殊の標準によつてこれを定むべきである」として、「通常有すべき性質」を欠く場合だけでなく、「売主⁽¹³⁾」が見本・広告によりあるとした品質・性能が欠けていた場合も瑕疵とされる⁽¹⁴⁾。

一方、契約責任説の立場に立つ来栖三郎博士によれば、特定物売買における瑕疵とは、「物に少なからずその価額を減じ、又はその通常の用途もしくは契約上予定された用途に適しなくさせる欠陥のあること」、売主が保証した性能を具備しないこと、即ち、「契約当事者間で、ないと前提した欠陥があり、またあると保証した特性がないこと」つまり「物が契約の適合していないこと⁽¹⁵⁾」をいうとされる。

その前提となっているのは、「瑕疵のない物の権利を移転する義務」と

いう単なる権利移転義務ではない売主の義務とされる⁽¹⁶⁾。

星野博士によれば、売主は、売買代金に見合う「合意された目的物を給付する債務」を負うことになる⁽¹⁷⁾。

また、本件最高裁判決の評釈⁽¹⁸⁾においても、裁判例においては主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念が対立的には捉えられておらず、第一段階として目的物のカテゴリー（宅地・新築住宅など）を確定し、第二段階「当該カテゴリーに属する物としてあるべき性質を備えているか」との検討を経て、その第二段階において「通常の利用目的ないし性質」又は「特別の利用の目的ないし性質」という基準に照らして瑕疵判断がなされているとの指摘に基づき、本件最高裁判決はこのうちの第二段階に位置づけられるとするものがある⁽¹⁹⁾。

その一方で、瑕疵は「①-ア：目的物が保有すべきことを取引一般に期待される使用に適する性質（通常の使用適正）を欠く場合、①-イ：当事者が前提とした使用目的に照らして通常の使用適正を欠く場合、②当事者が特別に契約条件ないし前提とした品質・性能を欠く場合、③売主が特に保有すると保証した品質・性能を欠く場合に区別」でき、「①-ア、イは、客観的欠陥として、570条の瑕疵に含めてよいが、②③については570条の瑕疵に含めるべきではなく、他の法的方法で処理すべき」であり、本事案では①が問題となるが客観的瑕疵にはあたらないとする見解もある⁽²⁰⁾。それは、「瑕疵担保責任は、あくまで例外として、買主の一定の期待を推定的前提の範囲で顧慮し、当事者に合意はないが、法によって擬制される法的保証であることがその本質であるから、社会通念に照らして欠陥（有害）であると認識すらできない物質（または認識のしようがない物質）については、当時の法が予期しない、または法の保護が全く予定していないものであり、かつ、買主の性質の錯誤は、契約当時の社会的認識から判断するしかない（有害と認識すらしていない状況で錯誤は起こりえない）から」⁽²¹⁾だとする。

2 有害性に関する社会通念（認識）と瑕疵判断

有害物は契約締結時にも存在はしていたが、それが有害とは認識されないまま存在し、後に有害であることが認識された場合に、現在の認識を持って契約締結時に存在した物を瑕疵と把握するか。この問題については、従来ほとんど議論されてこなかった。⁽²²⁾

その有害物質自体は契約締結時に存在していたことがこの問題を複雑にしている。

つまり、契約締結時には有害物ではない「ただの物」として存在はしていたのであるが、それが後に有害物であると「評価」（認識）されたのである。

法令規制や社会通念（認識）形成により、従来「瑕疵でない」ものが「瑕疵ある」ものとなるのである。

物質が契約締結時にも存在していたことと、瑕疵判断基準時をどのように捉えるべきか。⁽²³⁾

第一審は、契約締結時ではなく、契約締結の約10年後に発効した都条例を基準に瑕疵を判断すべきとのXの主張を契約締結時には有害物質に関する法令規制がなかったことを理由に一蹴した。

それに対し原審では、通常の土地取引において、「生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことは、上記売買契約の目的に照らし、売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質、性能に当たるといべき」とした。そもそも、「危険のないこと」を通常存すべき品質・性能とした上で、瑕疵判断を行い、本事案で570条の瑕疵の存在を肯定したのである。そして、その瑕疵判断を要する場面として以下のように3つの場面を挙げ、それらを区別すべき理由はないことをその理由とした。

それは、(高①)「売買契約の目的物である土地の土壌に実際には有害物質が含まれていたが、売買契約締結当時は取引上相当な注意を払っても発見することができず、その後売買契約の目的物である土地の土壌に売買契約締結当時から当該有害物質が人の生命、身体、健康を損なう危険がない

と認められる限度を超えて含まれていたことが判明した場合」, (高②)「居住その他の土地の通常の利用をすることを目的として締結された売買契約の目的物である土地の土壤に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが, 売買契約後に有害であると社会的に認識された場合において, 売買契約の目的物である土地の土壤に当該物質が人の生命, 身体, 健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したとき」, (高③)「売買契約の目的物である土地に含まれていた物質が当時の取引観念上は有害であると認識されていなかったが売買契約後に有害であると社会的に認識されたために, 当該物質を土壤を汚染するものとしてこれを規制する法令が制定されるに至った場合において, 売買契約の目的物である土地の土壤に当該物質が人の生命, 身体, 健康を損なう危険がないと認められる限度を超えて含まれていたことが判明したとき」である。

これをごく単純化すると, 次のようになろう。

(高①-a) 売買契約締結時に有害物質が存在したが, (高①-b) 契約締結時に相当な注意をもって発見できず, (高①-c) 後に生命・身体・健康を損なうおそれが判明した場合と, (高②-a) 売買契約締結時に問題物質が存在したが, (高②-d) 契約締結時に相当な注意をもって問題物質を有害物質とは認識できず, (高②-e) 契約締結時の取引観念における社会的有害認識がなかったが後に生じ, (高②-c) 生命・身体・健康を損なうおそれが判明した場合, そして, (高③-a) 売買契約締結時に問題物質が存在し, (高③-e) 契約締結時の取引観念における社会的有害認識がなかったが後に生じ, (高③-f) 後に法令規制がなされ, (高③-c) 後に生命・身体・健康を損なうおそれが判明した場合である。

これらを契約締結時を基準に見ると, (高①) の場合は, そもそも契約締結時に問題物質が有害物質であることの認識を要素としない場合である。契約締結時には, 有害物質が存在したという「事実」(高①-a) と, 相当な注意をもってしても当該物質を発見できなかった(高①-c) という要素しか存在しない。

(高②)の場合は、契約締結時には既に有害物質が存在したという「事実」(高②-a)だけでなく、相当な注意をもってすれば問題物質を発見することはできるものの、当該物質を有害物質と「認識」することはできず(高②-d)、また、取引観念上有害性の「認識」もなかった(高②-e)という、「認識」が要素として入っている場合である。

(高③)の場合は、契約締結時には既に有害物質が存在したという「事実」(高③-a)と、取引観念上有害性の「認識」がなかった(高③-e)場合であり、契約締結時を基準として俯瞰すると、(高②)の場合と大きな違いは存在しない。

原審では(高①)の場合と(高②)の場合を、「売買契約の目的物である土地の土壤に人の生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が上記の危険がないと認められる限度を超えて含まれていないことという、上記売買契約の目的物である土地が通常備えるべき品質、性能を欠くというべき」という点において差はないとする⁽²⁴⁾。そして、「売買契約の当事者双方が予期しなかったような売買の目的物の性能、品質に欠ける点があるという事態が生じたとき」に、その負担を売主の帰責事由にかかわらず売主に負わせることとする制度であるという意味で(高①)ないし(高③)の場合を区別すべきではないとする。

確かに、契約締結時に、有害物質との認識の有無や有害物質規制法令の有無に係わらず、本件土地に有害物質が存在したという「事実」だけをもって、あくまでも純粹に客観的に「瑕疵」判断をするのであれば、(高①)から(高③)のいずれも瑕疵があると判断されるだろう。

この場合の瑕疵判断は、取引通念にしろ、当事者にしろ、その認識の可否・有無をも認識のレベルをも問題にしない判断である⁽²⁵⁾。

瑕疵担保責任における瑕疵が、売買目的物が通常備えるべき品質・性能を欠く場合であるとする、その「通常」は、判断基準時における瑕疵に関する「認識」の有無や法令の有無を前提とした、一般通常人を基準として裁判官が判断する「通常」である。

売主に、瑕疵に関する「認識」も法令規制もない状態で、「瑕疵のない

もの」を給付すべき義務を負わせることは、不可能を強いることになる。

また、一般に瑕疵担保責任における売主が無過失責任を負うといわれるが、⁽²⁶⁾いつでも、(限界はあるにせよ)いつまででも長期間にわたり発見された場合には売主の責任が追及されるということは、売主にあまりに酷であると評価され得る。⁽²⁷⁾

更に、売買契約締結時点の取引通念を基準として有害性を判断した場合には瑕疵性が否定されるところ、高裁判決は、売買契約締結後の取引通念・有害物質規制法令を基準として有害性を判断し、売買目的物の瑕疵性を肯定している。

これは、取引通念・有害物質規制法令を契約締結時に「遡及させている」点に合理的説明がつかない。

瑕疵であることが契約締結時には明らかであり、ただそれが契約締結時には判明せず隠れていただけである多くの瑕疵物と異なり、契約締結後に法律上の瑕疵が発生した場合に類似するが、瑕疵判断基準時を「遡及」させるための法的根拠がない。⁽²⁸⁾

原審が売買契約一般を対象として判断したのに対し、最高裁は「売買契約の当事者間において目的物がどのような品質・性能を有することが予定されていたか」を判断対象としている。そして、契約当事者が予定していた品質・性能については、まず、契約締結時の取引観念上の認識を斟酌すべきとする。

その上で最高裁判決は、瑕疵判断につき大きく2つの場面を示している。

その1つは、〔最①-1〕取引観念上有害性の認識があるか又は契約当事者にその認識があるか、また、〔最①-2〕法令による有害物質規制が存在するかであり、もう一つは、〔最②〕当事者間で一切有害物質のない土地が予定されていたかである。

〔最①〕において、単に法令による有害物質規制の存在の有無〔最①-2〕とは別に、契約締結時の「取引観念上」の有害性の認識の有無〔最①-1〕を判断している。

最高裁判決がいうこの「取引観念上の認識」とはどのようなものか。

少なくとも、契約締結時に有害物質規制が存在しなかったことと別に、「取引観念上の認識」という要素を挙げていることから、法令規制が存在しなければ「取引観念上の認識」が生じ得ないというものではないのだろう。

そうであるならば、必ずしも法令により未だ規制されていない有害物質であっても、「取引観念上の認識」が存在する場合には、その有害物質の存在が民法570条の「瑕疵」と認められる可能性があることになる。

更に、〔最②〕では、まず契約締結時における有害物質の認識の有無にかかわらず、「本件土地が備えるべき属性として」、「人の健康に係る被害を生ずるおそれのある一切の有害物質が含まれていないこと」が「特に予定されていた」かについて判断している。

一切そのような有害物質を含まないことが「特に予定されていたとみるべき事情」（傍点筆者）が何かは不明だが、契約締結時に有害物質に関する認識がなくとも、その時点で解明されていない有害物質が土壤中に存在する場合に、例外的に、当該売買目的物が売主が担保した品質・性能を有しないと判断され得るということであろうか。⁽²⁹⁾

そして、このような特段の事情がない場合には、契約締結時に「取引観念上の認識」がなかったふっ素について、「それが人の健康を損なう限度を超えて本件土地の土壤に含まれていないことが予定されていたものとみることとはできず」、事後的法規制によりふっ素に有害性が認められたとしても、民法570条の「瑕疵」には当たらないとしたのである。

本事案では、〔最①〕が望めなかったため、〔最②〕を用い、本件土地に一切の有害物質のないことを担保すべき特別事情がないため、契約締結時に取引観念上有害性の認識なくして当事者間で予定していた品質・性能の存在があったとは認められなかった。即ち、本件のような事例では、契約当時に認識可能でなければ、契約当事者が品質・性能を予定することもできないとの原則を明確にしたと言えよう。

それでは、社会的な認識まで至っていないが、一部の者には知見が存在する場合には、その認識を基準として瑕疵判断をすることはできるか。

大塚教授は次のような考え方を提示される。⁽³⁰⁾「生命、身体、健康を損なう著しい危険が問題となる場合には、通常取引慣行を超えて、最善の注意義務を売主に求める考え方である。一定の場合には『取引観念』に通常取引慣行を超えるものを盛り込むということである。」これによると「少なくとも契約締結時に科学的知見がない場合には瑕疵は認められないため、売主に回避不能な損害を与えることはないし、瑕疵が意見についての従来議論からの直接の乖離はない。例外に当たる場合とそれ以外の場合の相異についても、『取引観念』のなかで連続的に対応することができよう」。

しかし、通常土地取引では生命等が危険にさらされることはない。生命等が損なわれる危険性が問題となるのは、有害物質の存在が明らかになった後であり、その時点では、売主には契約締結時に適切な対応をする術はない。

最三小判平成22年6月1日以後に出された下級審判決であり、土壌中の有害物質を直接に規制する法令が契約締結時になかった事案である^⑫では、契約締結時に石綿などの粉じんを規制する労働安全衛生関係法令の存在を認めつつも、土壌・建設発生土への適用がないことを瑕疵を否定する理由の1つとしている。実務的取扱としても石綿含有土壌・建設発生土を廃石綿等に準じた処理をする取扱が「確立していたとはいえない」としており、法令が存在しない場合のハードルが高い。

また、^⑬では契約締結時に鉛に関する土壌汚染環境基準値が策定されていなかったことから瑕疵を否定された。^⑭は契約締結時における土壌汚染に関する当事者の特約の有無に触れてはいるものの、特約がないことを瑕疵にあたらぬ理由の1つとしているにとどまり、どのような特約であれば、売主の責任を追及できるのかは不明なままである。

四 土壌汚染における保護の欠落

最三小判平成22年6月1日事案のように、土地売買契約において、土壌

中に原始的に存在する有害物質が「瑕疵」と認められない場合であっても、土対法の対象となる場合には、所有者、管理者又は占有者が一定の場合に調査義務を負う（土対法3～5条）。その場合に、「当該土地の財産権に内在する負担」として、「損失補償の対象とすることは適当でない」とされる⁽³¹⁾。

なお、汚染土壌の除去費用が生じたが、汚染原因者が所有者等とは別の者であった場合には、所有者等は汚染原因者に対してその費用を請求することができる（土対法8条1項）。

しかし、本事案は土壌汚染対策法でふっ素が否定される前の事案であるため、土地の買主が汚染原因者に対して汚染除去費用等を請求することもできない。

土壌汚染が土対法指定基準を超過した場合には、区域指定され、必要な措置を講じなければならない。ただ、土対法は、必要な区域に必要な措置を求めているものであるため、全ての場合に汚染除去を義務づけてはいない。しかし、指定事由がなくならなければ、指定は解除されない（土対法6条4項）。

風評被害などをおそれ、土地売買契約の買主が汚染除去を求めるのはこのためである。

一見地表面を見ただけでは土壌中有害物質の存在を検知することは難しく、売買契約締結前に売主の合意がない限り買主に調べる術はなく、また、土壌汚染調査費用が高額であり、前述の通り一度土壌汚染が発覚すると土壌汚染対策法の規制があるばかりか、その規制の存在（及び風評⁽³²⁾）により当該土地を売りづらくなるため、その時点で土壌汚染が判明していなければ、売主が売買契約前に積極的に自己の所有地の汚染状況調査をするインセンティブはない⁽³³⁾。

それでも、汚染原因者が判明し、その者に資力があるならばよいが、土地の来歴と汚染原因者が同一であるとは限らず、また、汚染原因者が既に廃業したり倒産し資力のない場合もあり得る。

最終的に汚染除去費用等を真に負担すべきは汚染原因者であることは当

然である。

しかし、汚染原因者ではない売主や、本件最高裁判決のように、汚染された土地を購入しながら売主に瑕疵担保責任を追及できない買主が存在し、「汚染された土地を所有した者負け」を生み出す現状を打破する救済措置が必要である。

注

- (1) 土壤汚染データの入手困難、土壤汚染判明契機の予測困難、客観的視認の困難、土地使用履歴からの汚染推測の困難、汚染拡散リスクが挙げられている（太田秀夫「汚染土地売買における売主の責任と買主の留意点」自由と正義59巻11号40頁（2008年））。
- (2) 金商1305号50頁。
- (3) 金商1305号36頁。
- (4) 五十嵐清博士は、「瑕疵担保責任における瑕疵とは本来特定物の物理的性質に関するものであったのが、次第に拡大されて、経済的な効用性に関するものとなり、さらに特定物をこえて、広く種類売買にも適用されるように」なり、ついには「保証による責任も瑕疵担保の一環としてとらえられるようになった」とされる。猶、五十嵐博士は、「瑕疵担保責任も一般的な契約責任の中に解消されてしかるべきであり、本来の債務不履行責任との区別は原則として存在しないと解すべきではなかろうか」として、瑕疵担保責任の根拠を債務不履行の中に見ておられる（五十嵐清『比較民法学の諸問題』82頁（一粒社、昭和51年））。
- (5) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編』（大正元年復刻版）525頁（有斐閣、昭和59年）。
- (6) 岡松参太郎『注釈民法理由下巻』次135頁、139頁（有斐閣、明治32年）。
- (7) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』588頁（有斐閣、昭和28年）。
- (8) 特定物売買における担保責任は債務不履行責任ではなく、「原始の一部不能について善意の買主を保護するための法定責任」とされる（石田『改訂民法大要（債権各論）』44～45頁（有斐閣、昭和23年））。
- (9) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（上巻）』331頁（大正13年、岩波書店）。
- (10) 鳩山・前掲注(9)324～325頁原注17。横田・末弘「両者何レモ極端ニ失スルモノトス。法律ノ要求スル所ハ買主ノ意思ノミナリ。此點ニ於テ後説ハ採リ難シ。然レドモ買主ガ其意思ヲ有シタルコトハ純粹ナル主観的事情ノミノニ依リテ之ヲ決定スベキニアラズ」として（鳩山・同326

頁), そもそも「法律」が「買主」の意思を求めているとする。

- (11) ここでの「目的」は、「物の使用性」を中心に考えれば「目的物」の意か。
- (12) 『『買買ノ目的物』』というのは、買買契約の締結の際にその目的物とされた特定物であり、「不特定物の買買で、給付された目的物に瑕疵があつたときは、不完全履行となり、瑕疵擔保責任の問題を生じない」とされる(我妻栄『債權各論 中卷一(民法講義V2)』288頁(岩波書店, 1957年(昭和32年))。
- (13) 我妻・前掲注(12)288~289頁。
- (14) 我妻・前掲注(12)288頁。
- (15) 来栖三郎『契約法』82~83頁(法律学全集21, 昭和49年, 有斐閣)。猶, 不特定物売買においても, 特定物の場合と同様に「引き渡された物が契約に適合しないということ」が瑕疵であり, それは, 「当事者間で, ないと前提した欠陥があつたり, さらに品質について別段の定めのない場合において引き渡された物が中等の品質を欠き」「見本売買において見本と異なり, 標準物売買において標準に劣り, 仕様書売買において使用者からはずれ, その他あると保証した特性がないこと」であるとされる(来栖・同105頁)。
- (16) 来栖・前掲注(15)74頁。
- (17) 星野英一『民法論集 第三卷』235頁(有斐閣, 昭和47年)。
- (18) 本件最高裁判決の評釈として, 松村弓彦「判批」金商1354号7頁(2010年), 中村肇「判批」法セミ670号(2010年), 田高寛貴「判批」登記情報586号48頁(2010年), 半田吉信「判批」判評625号(2011年), 田中宏二「判批」ジュリ臨増1420号(平成22年度重要判例解説)(2011年), 田中洋「判批」神戸法学雑誌60卷3・4号163頁(2011年), 米谷壽代「判批」同志社法学63卷6号139頁(2012年)などがある。
- (19) 吉政知広「判批」民商143卷4・5号483(2011年)頁。
- (20) 野口大作「判批」法時83卷13号359頁(2011年)。
- (21) 野口・前掲注(20)360頁。
- (22) 大塚直「判批」ジュリ1407号73頁。
- (23) このように従来にない議論を生じたのは, 通常の法令改正などと異なり, 本件が「有害物質自体は契約締結時ないし引渡時から土壤中に存在したのであり」, 「契約締結時ないし引渡時に瑕疵があつたと解する余地はあるからである」(大塚・前掲注(22)ジュリ1407号74頁注27)。
- (24) [高①]につき, 岡教授は, 製造物責任法4条1項の開発危険の抗弁

を引き合いに出し、その制度趣旨を認識しつつも「本件売買契約当時の知見では有害物質を発見できなかった時は、その後人の生命、身体、健康を害する危険な有害物質が土地の土壌中に含まれていることが判明しても、売主は瑕疵担保責任を負わないと考えることもできよう」としながら、「一般論としては、現代の科学的知見では有害物質と認識できなくても、将来有害物質だと判明すれば、土地の売主は将来にわたっていつまでも瑕疵担保責任にさらされることになる」として批判する(岡孝「土壌汚染と売主の瑕疵担保責任」判タ1291号47頁(2009年))。これにつき大塚教授は、〔高①〕「の場合は通常備えるべき品質・性能が備わっていないことを買主Yが最善の注意を尽くせば発見できた事案であり」、〔高②〕「の場合は契約締結時には有害性についての社会的認識がなかったものであり、買主Yに瑕疵を発見することはそもそも期待できない事案である」(〔高③〕の場合も〔高②〕の場合と同様とされる)として、〔高①〕の場合と〔高②〕の場合を同じと評価した高裁判断を批判する。更に、原判決が〔高①〕について、「契約時には科学的知見のなかった問題についてまで瑕疵の対象に含めるような判示をしている点には、行き過ぎがあったといえよう。〔高②〕のように、後から(行政の基準の変更、法令の変更を含めて)社会における危険の認識が変わってきた場合には、契約当時に瑕疵があったとみることは原則として困難である。通常は、契約締結時における取引観念が重要なものと考えられるからである」(前掲注(22)ジュリ1407号74-75頁)。しかし、高裁判決において、〔高①〕につき有害物を「取引上相当な注意を払っても発見することができない」としか述べておらず、契約当時に有害物を発見し得る科学的・技術的知見の存否については触れていない。最高の科学的・技術的知見をもってすれば発見できたが、「取引上相当な注意」程度では発見できなかったのか、最高水準の知見をもってしても発見することができなかったのかは、同じではない。勿論、最高水準の知見をもって発見すべきであったか否かは別問題である。

- (25) 「原判決は、社会的認識について縷々述べているものの、むしろ、瑕疵概念について客観説を徹底させたとみるのが適当であろう」とするのは、この点を指摘しているものと思われる(大塚・前掲注(22)ジュリ1407号74頁。同ジュリ1407号75頁「第1」の考え方参照)。
- (26) 通常、引渡後でも契約時に存在する瑕疵について、売主の帰責事由を問わずに売主の責任を追及し得るという意味で無過失責任といわれるが、「瑕疵担保責任が危険負担の法理を根拠に、売主の無過失責任を定めた

もの]であるとして、引渡時に危険が移転し、引渡時までには生じた瑕疵につき瑕疵担保責任を追及し得るとする見解がある(野澤正充「瑕疵担保責任の法的性質(1)―法定責任説の三つの考え方」『瑕疵担保責任と債務不履行責任』28頁(日本評論社、2008年)。同様に危険負担の処理をするものとして、円谷教授は、「瑕疵担保責任とは、取引における対価的均衡を維持するために法により特別に認められた契約成立以前の隠れた瑕疵に対する法定責任」であり(円谷峻『新・契約の成立と責任』235頁(成文堂、2004年))、契約成立時を基準として、「契約成立前の隠れたかしに対する処理制度が瑕疵担保責任、契約締結後の危険に対する処理制度が危険負担」と整理し(円谷・新235頁、同「瑕疵担保責任」『民法講座5 契約』270頁(星野英一編、有斐閣、昭和60年))、瑕疵担保責任は無過失責任を前提とするものであるが、「瑕疵担保責任が適用される場合であっても、売主に過失等の帰責事由があれば、買主は損害賠償の請求をすることを妨げられない」とする(円谷・新235頁、同・講座271頁)。後者の場合には契約成立時を基準とするため、他の見解と同様に瑕疵判断につき最高裁事案と同様の問題が生じる。前者の場合には、契約締結時と引渡時に時間的差異があればあるほど、何らかの(誰かの)認識を必要とする従来の瑕疵判断基準をもってしても、買主にとって有利に判断され得る。ただ、この場合もその「認識」の解釈如何で同様の問題が生じる。

- (27) 大塚・前掲注(22)ジュリ1407号76頁「契約締結時に科学的知見がない場合にも後から契約当時に瑕疵があったとされてしまい、売主に全く回避不能な損害を与えることになる。また、瑕疵概念に関する従来の議論から大きく乖離することになる。通常と異なる考え方をとることになるため、例外に当たる場合とほかの場合とを区別する基準の明確性が要求されるが、この点に応えるのは相当難しいだろう」。更に、高裁判決のように、「人の生命、身体、健康を損なう危険のある有害物質が一定限度を超えて客観的に存在することが瑕疵であるとする、売主は瑕疵担保責任を負わないよう、土壤に含まれるありとあらゆる物質の、それぞれ有し得る危険性をすべて検討し調整せざるを得ないこととなり、売主に無理を強いるものであるように思われる」(深津功二「東京高判平成20・9・25における土壤汚染と『隠れた瑕疵』」NBL 891号1頁(2008年)、同深津・NBL 902号75頁(2009年))。
- (28) 「取引当時の社会通念によらなくともよいということになると、「常に最新の社会的認識で瑕疵の判断を行ってよいということになり」、[物

(太田秀夫「汚染土地の売主の責任—東京地判平成18・9・5判時1973号84頁を契機として」NBL 874号30頁原注14(2008年))。同・前掲注(1)自由と正義59巻11号44頁。

- (34) ②東京地判平成18年9月5日では、汚染除去費用が売買代金に占める割合が21%にすぎないとして、土地の価値と売買代金との均衡が著しく害されたとは評価できないとした点につき、「実務上は、汚染除去費用が20パーセント程度であれば、浄化費用をかけて土地売買を実行するボーダーラインに近い」とする(太田・前掲注(33)NBL 874号29頁)。蒲生豊郷「土壤汚染の問題に直面して」NBL 792号37頁(2004年)、大澤晃ほか「わかりやすい競売評価実務第23回—不動産競売評価における土壤汚染の取り扱い」不動産鑑定40巻4号35頁(2003年)参照。

Seller's Liability for Contaminated Land

TANAKA Shizuko

It is not clear at a glance whether the land which a buyer bought have been contaminated. Even if toxic substances have existed in soil primitively, the seller of the land may not be obliged to pay for the decontamination of contaminated land.

If there are no statutes which regulate toxic substances at the time of sale the land, what kind of remedies for the buyer are there?

Do the land, which had toxic substances at the time of sale, be recognized as the "defect" of Article 570 of Civil Code, without regulation of those substances in soil at that time? An innocent purchaser is passed risk of contamination if the answer is yes.

Without regulation of those substances, does the buyer has own way to remedy? I consider with judicial precedents, if there is recognition, which has not been regulated as a statute but has been known toxic substances, contaminated land is defect.

従業員持株制度の法的問題点

——判例の流れと実態からの検討——

瀬 谷 ゆ り 子

目 次

1. はじめに
2. 沿革と制度の発展
3. 従来型従業員持株制度と日本版 ESOP
4. 従業員持株制度の目的
5. 従業員持株会の自立性
6. 裁判所の判断と検討
7. おわりに

キーワード：従業員持株制度，持株会，利益供与，
日本版 ESOP

1. はじめに

わが国では、従業員が持株会を通じて自社の株式を保有する従業員持株制度は、上場会社に限定されず非上場会社も含めて、すでに広く普及している。

一般に、従業員持株制度とは、従業員の財産形成・勤労意欲等の増進を目的として、制度導入会社が、自社さらにはその子会社も含めた従業員等に自社の株式を所有させる制度と理解されている。持株制度に係る事務取扱いを金融商品取引業者が行う場合について、日本証券業協会が制定した「持株制度ガイドライン」では、「従業員持株会等の組織において、金銭を拠出し会社の株式を取得する仕組み」と定義している。基本的には、持株会の会員となった従業員が、毎月の給与や賞与から一定額を持株会に拠出し、持株会が一括して株式を取得し、制度参加従業員が拠出額に応じてその持分を有するというものである。

このように、従業員持株制度は、かつて社内預金が用いられたように、従業員の福利厚生と会社の利益を分配する役割を果たしていると考えられる。従業員が勤務先会社の株式を取得することは、当事者の資産形成と生活設計に大きな影響を与えるものである。したがって、従業員持株制度では従業員株主が投下した資本の回収を何らかの方法で図ることが期待されているし、これに反するような約定があれば、公序良俗に反して無効と言うこともできよう⁽¹⁾。

もっとも、制度を運営する具体的な仕組みは、導入会社ごとに異なっており、従業員持株制度について特別な立法は存在しないところから、会社法制に抵触する場面があることは以前から指摘されてきた。

ところで、従業員持株制度の新しいタイプとして、いわゆる日本版ESOPを取り入れる会社も出てきている。この方式が従来からの議論を払拭するかと言えば、従来型ほどの議論がなされていないこともあって、むしろ新たな問題も指摘されている⁽²⁾。そこで、本稿ではこの点も含めて、直

面する法的問題点について整理・検討するものである。

2. 沿革と制度の発展

現在のような従業員持株制度が整ったのは、昭和40年代とされている⁽³⁾。資本の自由化に伴う外資に対する企業防衛策として、当時の外資審議会の専門委員会が「従業員に自社株式を保有させることは、従業員の福祉増進に寄与するとともに、安定株主としての効果を期待することができる」と答申したことが契機となり、証券会社や信託銀行により制度が開発された。従業員持株制度の導入目的としては、従業員の財産形成や、会社との利益の共同意識を高め勤労意欲の向上をはかり生産性を増進させる、あるいは経営への参加意識の向上を図るなどが挙げられるが、会社側にとって、安定株主を確保するという当初の目的を中心とした会社の利益にあることも否定できない。

現在、持株制度には、制度導入会社の従業員を会員とする従業員持株会のほかに、取引先持株会、役員持株会、そして拡大従業員持株会（非上場会社の従業員が会社と密接な関係を有する上場会社の株式取得を目的として組織される）といった組織により会社の株式を取得する仕組みも含まれる。また、日本版 ESOP の多くは、この従来型の持株制度を利用・補完してその活性化を図ることを目的として導入されている。

3. 従来型従業員持株制度と日本版 ESOP

ESOP とは、アメリカにおいて企業が自社の株式を従業員に分配する Employee Stock Ownership Plan の頭文字をとったもので、退職給付制度として普及しているものである。日本版 ESOP は、この制度を念頭に、信託銀行や証券会社を中心になって開発された仕組みであり⁽⁴⁾、「信託や中間法人といったビークル（受け皿）が、会社からの拠出金や金融機関からの借入等を利用して、将来従業員に付与する株式を一括して取得し、当該

株式を一定期間保有したあとに従業員に付与する新たな自社株式保有スキーム⁽⁵⁾」として、一般に認識されている。

日本版 ESOP の目的も、導入企業が従業員の株式保有を援助することで、従業員の福利厚生や勤労意欲の向上を図るものであるとされる。もっとも、会社側においては、安定株主の確保、株価対策としての現実的な機能が期待されるほか、株式の相互保有のように、保有株式の下落に伴う減損処理によって収益が圧迫されるということもないという利点がある、とも言われる⁽⁶⁾。日本版 ESOP のうち持株会発展型では、導入企業の株式を蓄えておくピークル（受け皿）として、信託または一般社団法人が設定される。ピークル（受け皿）はその保有株式を従業員持株会に譲渡するというものである⁽⁷⁾。この従業員持株会連携型 ESOP は、ピークル（受け皿）が一括取得した株式が、定期的に、従業員持株会へ譲渡されるという手法であり、従来型の従業員持株制度の安定を図り発展させたものとして、現在、日本版 ESOP の導入企業の多くがこれによっているとされる。

この方法によれば、将来従業員持株会に売り渡すべき株式をピークル（受け皿）が確保しているので、①従業員に供給するための株式は、従来の方法より、安定的な供給が期待でき、②従業員は、ピークル（受け皿）にある株式についても、受け皿を通じた議決権行使ができ、その限りで従来の持株会の場合より行使できる議決権数が増加する。したがって、経営参加の機会が増し、コーポレート・ガバナンスとしても意味があり、③導入企業の利用が多い信託を利用する方式では、ピークル（受け皿）による自社株式取得時から信託終了時までの期間における株価上昇による利益等を従業員が受けることができるので、インセンティブ効果が期待できる、などの利点があるとされる。

確かに、ESOP では、持株会と会社との間に、更にもう一つの組織としてピークル（受け皿）が介在するため、その間の関係が薄くなるようにも見える。しかし従業員持株会連携型 ESOP にあっては、ピークル（受け皿）に対する指揮は持株会が行うなど、この点に関し従来型とあまり変わるところはないと思われ、利益供与の問題を初めとする会社法制との整合

性をはかることが必要なのは同じである。⁽⁸⁾

4. 従業員持株制度の目的

従業員持株制度の本来の目的は、従業員が制度導入会社の株式を取得することにより財産形成を支援する福利厚生や、株式の保有により会社との利益の共同意識を高め勤労意欲の向上をはかるなどであり、これは従業員の勤務先会社の形態ごとに大きく変わるものではない。そのような側面から、多くの会社において持株会会員には奨励金が支給され、また証券会社等に対する事務委託手数料も会社が負担している場合が多い⁽⁹⁾。持株会の規約では退会しても元本は回収できると謳われていることが多く、さらに実質株主である間は会社の剰余金の分配に与ることもできるため、従業員側では、会社が倒産しない限りキャピタルロスはなく、資産運用として機能するものとの期待を持っていると考えられる。

しかしこの制度を導入する会社側の目的は、福利厚生だけではない。上場会社である場合とそうでない場合、さらには非上場会社であっても、会社が上場を目指す場合と上場の予定がない場合とでは、当然に異なる目的が含まれている。

従業員にとってのメリットが導入企業にとってのメリットに優先されるような方法で損なわれるべきではない。

(1) 上場会社で利用される従業員持株制度

導入会社が上場会社の場合も、その目的は、まず、従業員の財産形成を促進する福利厚生にある。さらに、株式の保有により、会社の利益との共同意識を高め、勤労意欲を向上させて生産性の向上を期待する、さらには会社に対する長期的なコミットメントを持つ従業員を育成する、なども挙げられる⁽¹⁰⁾。もっとも、上場会社では、安定株主の確保という目的は、制度導入に至る沿革から否定できないであろう。持株会名義の株式の議決権行使について、実質株主である従業員の意向が反映される仕組みが不十分であるなら、会社法上の規制との関係で問題がある。

導入会社が従業員に奨励金を拠出することは、会社にとっての福利厚生目的であるからこそ正当化される。したがって、拡大従業員持株会にあっては、株主平等原則（会社109条）との関係からも、子会社等の従業員に対しては、当該従業員の勤務先企業が支給すべきことになる。一方、従業員にとっては、その地位に基づく支給であり、給与所得として源泉徴収の対象となる。したがって、その額が福利厚生費の枠を超えて不相当であると、利益供与の禁止との関係にかかる問題が生ずることになる。

(2) 非上場会社で利用される従業員持株制度

非上場会社の持株制度では、当該会社が金融商品取引市場に上場を予定しているか否かで、制度の導入目的が異なる可能性がある。

上場予定会社では、上場に伴い、株式の市場価額上昇によりキャピタルゲインが見込まれることから、従業員の財産形成のほか、新規上場要件を満たすために、持株会の保有による株式の分散（流通株式数の要件）、さらに上場後の安定株主の形成、株式公開時の公募・売出し株式を従業員に取得させる手段、というようなことも考えられる。

一方、上場を考えていない会社の場合、事業承継や創業者の相続対策として創業者等の持ち株数を減少させる際の受け皿として、あるいは経営陣や退職者で大株主からの放出株の受け皿として持株会を利用するなど、会社経営陣にとってのメリットは大きい。⁽¹¹⁾しかしそれでは、極端な場合、持株会・従業員の名義を借りた創業者等の相続財産隠しともいえよう。非上場会社では、従業員が持株会を退会する際に、取得価格での売渡しを持株会規約に定めているケースも存在する。そうすると、譲渡益がない以上、保有期間に配当金の支払いがなければ、従業員にとって福利厚生のための制度とはいえないことになり、⁽¹²⁾制度自体の有効性が問題となり得る（後述、6.(3)）。

5. 従業員持株会の自立性

本稿が対象とする従業員持株制度は、従業員持株会を通じて従業員が制

度導入会社の株式を取得するもので、その持株会は、「会社の従業員が、当該会社の株式を取得することを目的として運営する組織」と定義づけされる。従業員は自らの意思で持株会への参加・脱退ができるし、退職等で会員となる資格を失えば脱退することになっている。このように従業員が勤務先会社等の株式を取得する方策として持株会を用いるのは、個人の資金力では十分に株式の取得ができないところを、従業員の福利厚生の一環として会社の援助等も得て、取得が容易にできるという点にある。

持株制度の導入に際して持株会の存在が必須というものではないが、従業員株主の管理上の便宜から持株会がおかれている例が多い⁽¹³⁾。法的な性質は、民法上の組合（民法667条以下）として、制度に参加する従業員が組合員となるという形式が多数を占めているとされる。もっとも、この持株会をめぐっては、円滑な制度運営のために、会社との関係が密接にならざるを得ない。しかし持株会という組織の人的・物的両面での会社・経営陣からの自立、すなわち資産面での独立と会社からの支配権の排除を制度上も確保しておかないと、たとえば、持株会が会社の株式を取得する手段として第三者割当てを受ける方法を用いる場合、払込みの仮装や不公正発行など会社法上の問題を招くことにもなる。

そこで制度導入にあたっては、経営者による持株会の支配は避けるという意味から、少なくとも従業員である会員が理事長を選び自主的に運営することが必要である。持株会が保有する株式の議決権行使は、名義上の株主である理事長が実質株主である会員に代わって行使するのが一般的であるが、持株会の自立性を示すために、会員の議決権が、規約上だけでなく実質的にも、会社・経営者から独立して行使ができるように制度が整えられていることが求められる。したがって実質株主である会員が、持分相当の株式の議決権行使について、指示することが認められなければならない。たとえば、会員から特別の指示が出された場合、理事長は議決権の不統一行使（会社313条1項）をすることになる。経営陣による関与のもとでの議決権行使は、決議方法が著しく不公正なものとして、取消事由に該当する可能性が高いとされている⁽¹⁵⁾。

持株会保有の株式について、オーナーの相続税対策を目的とした持株会名義の株式について、発行済み株式総数より除外されるべき、との見解もあるが、法制度がない以上、難しい⁽¹⁷⁾。しかし単なる見せかけの分離独立であれば、議決権ベースでも独立したものと考えerことは疑問である。

なお、自立性が十分確保されていない場合には、持株会が導入会社の会社法上の「子会社」に該当するおそれが生ずる。子会社とは「当該会社が経営を支配している法人として法務省令で定めるもの」をいうが（会社2条3号）、会社法施行規則は、子会社として「財務及び事業の方針の決定を支配している場合における当該他の会社等」とされ（会社規則3条2項）、どのような場合に「財務及び事業の方針の決定を支配している場合」であるかも規定する（同3条3項）。会社法施行規則における「会社等」には、組合も含まれる（会社法施行規則2条3項2号）。このような解釈により「子会社」にあたるとされると、会社法上、子会社による親会社の株式取得は禁じられているため（会社135条1項）、組合である持株会による株式取得ができなくなってしまう⁽¹⁸⁾。

さらに、会社からの持株会の自立性が欠けていると、会員の退会時に精算金が不足した際、会社の一部局であるとして会社の支払い義務を認めた事例も生じている（後掲事例⁽¹⁹⁾）。

6. 裁判所の判断と検討

(1) 利益供与（会社法120条）との関係

従業員持株制度では、多くの会社において何らかの資金補助が行われている。奨励金の支給だけでなく、いわゆる証券会社方式では、証券会社に対する事務委託手数料相当額も会社が負担することがある。そのため、利益供与禁止規定（昭和56年改正商法294条ノ2、平成17年改正前商295条、会社120条）が設けられたときに、会社によるこれらの支出がこの規制に抵触するか問題とされた⁽²⁰⁾。

従業員持株制度における会社の補助は、株主の権利行使に影響を与える

趣旨が含まれていないから、利益供与の対象にならない、とする見解もある⁽²¹⁾。しかし利益供与の禁止規定は、その対象が限定されているわけではない。持株会の会員たる従業員は「特定の株主」であり、したがって、会社から会員従業員に支給される奨励金が、違法な利益供与と推定される(会社120条)。会社から従業員株主に対して奨励金等の利益提供があれば、この要件に該当することになる。

この件が問題となった熊谷組事件の第一審では、裁判所も、奨励金等の支出は特定の株主(従業員株主)に対する無償の財産上の利益供与であり、「株主の権利行使に関し、財産上の利益を供与したものと推定する」(会社120条2項)とする推定規定が働くとした。その一方で、会社の持株制度導入目的が従業員の財産形成と共同体意識の高揚であることを認め、規約に沿った持株会の運営がなされていること、最も重要な議決権行使は、制度上の独立性が確保されていること、保有株式数が一定限度を超えた場合、自由に処分することが認められること、奨励金の額および割合が相当であることを挙げて、この推定を覆す根拠とした(福井地判昭和60年3月29日判タ559号275頁)。

裁判所のこのような判断に対しては、持株会の実態について会社からの自立に関し十分検討する必要があるとして、批判も多く述べられている⁽²²⁾。従業員持株制度の目的が、安定株主の形成ないしは経営者支配であるとされるなら、持株会に対する奨励金等の支出は、会社法の禁止する利益供与と解される可能性が大きくなるし、取締役の行為は忠実義務に違反する疑いも生ずることになるためである。推定を覆すことができるか否かの判断にあたり、制度の実態に目を向ける必要があると考える。

なお、取引先持株会については、従業員持株会とは異なり、会員の福利厚生という側面はないため、奨励金等の支出は利益供与の禁止に触れる可能性が高く、「持株制度に関するガイドライン」では、会社は経済的援助を与えてはならないとしている。

(2) 支配権の維持と持株会

持株会が制度導入会社の株式を取得する手段として、新株発行の第三者

割当てをうけることが考えられる。その際、発行価額が特に有利であれば、株主総会の特別決議が必要であって（会社199条3項）、これを怠れば手続的な瑕疵が生ずる。

新株の第三者割当て発行については、支配権を争う既存株主の持ち株比率を低下させ、現経営陣の支配権を維持することが主要な目的であると認められるような場合には、「著しく不公正な方法による新株発行」として、差止めの対象となる、とするのが従来からの判例の立場である。

実際、日本版 ESOP 信託への割当てが、支配権の変動を伴う不公正な発行であるとして争われた事例がある⁽²³⁾。

従来型の持株制度では持株会、ESOP ではピークル（受け皿）が株式を取得するために、制度導入企業から募集株式の発行等を受けることが想定される。その際、会社からの資金援助を受けた組織が、はたして会社経営陣から自立した存在となっているのかの検討は行われるべきである。会社内部に支配権をめぐる争いがある場合に、支配側がその維持のために従来用いられてきた第三者割当ての相手方として、その影響下にある持株会等を選択することも考えられるからである。

従来の従業員持株制度にかかる議論⁽²⁴⁾も含めて、議決権行使の場面で完全に経営陣からの自立性が払拭されたとは考えにくい場面では、持株会等への第三者割当て増資も、この点に問題が生ずる余地がある⁽²⁵⁾。

(3) 退職時従業員に対する売渡し強制と売渡し額

非上場会社では、従業員が退職する時には持株会等に保有株式を売り渡すという規約が設けられていて、その売渡価格は、取得価格（平成13年改正で額面制度は廃止されたが、額面株式制度が存在した当時は額面金額）とされている場合がある。この取得価格で売渡しを強制する規約については、低い売渡価格に不満を持つ従業員側から、株式の譲渡制限を定める規定（会社107条1項）および公序良俗（民90条）に反し無効であるという訴えが提起されてきた。

まず、退職時に持株会等に売渡しという合意自体の効力に関して、裁判所は、直ちに投下資本の回収を著しく制限する不合理なものとはいえず、

平成17年改正前商法204条1項(現行会社法127条)に違反するものではない、との判断を示している(京都地判平成元年2月3日判時1325号140頁, 神戸地判平成3年1月28日判時1385号125頁, 最判平成7年4月25日集民175号91頁)。会社法改正後も, 裁判所は, 従業員はそのような譲渡ルールを認識した上, 自由な意思で制度趣旨を了解して株主になった以上, 譲渡ルールに従う旨の合意は, 会社法107条及び127条の規定に違反するものではなく, 公序良俗にも反しないから有効であるとする(最判平成21年2月17日判時2038号144頁)。

また, 譲渡価格を一定額(多くは取得価格, 額面株式制度が存在した当時は券面額)に定める規約の効力に関し, 裁判所は, 市場価格のない株式の評価が困難であることに鑑みて, 公序良俗に反するものではないとした(東京高判平成5年6月29日判時1465号146頁)。もっとも, 平成21年の最高裁判例では, 「当該会社が, 多額の利益を計上しながら特段の事情もないのに一切配当を行うことなくすべて会社内部に留保していたというような事情も見当たらない」として, 規約の有効性について剰余金の配当実績等を考慮した判断を下している。

閉鎖会社では, 株式の譲渡制限があるため, 株式譲渡による投下資本の回収は一般的に困難を伴う。その一方で, 平成21年の最高裁判例のように, 従業員は, 株式の保有中に相当の水準の配当金を受けている場合には, 取得価格で売渡しを強制されたとしても, 投下資本の回収を著しく制限するものではなく, 従業員は時価とは無関係に株式を取得して相当程度の配当があれば財産形成ができるため, 制度目的である福利厚生にかなうと考えることができる。しかしながら, 株式の保有期間の留保利益をまったく反映しない売買価格を定めることの有効性には, 疑問を呈する見解が多いのは当然と考える⁽²⁶⁾。

ところで, 判例のように「自由な意思で制度趣旨を了解して株主になった以上, 譲渡ルールに従う旨の合意が有効である。」⁽²⁷⁾というのであれば, 業績が悪化したために, 売渡しの約定価格よりも実際の株価が下落してしまった会社においても, 規約に従った持株会への買取り請求ができる

すべきことになる。この点が問題となった事例を挙げて検討する。⁽²⁸⁾

【事案の概要】 ニックス・従業員持株会損害賠償請求事件

被告 Y₁ は、昭和25年に設立され株式会社であり、被告 Y₂ は Y₁ 会社の従業員持株会である。Y₁ は、平成元年ころから株式の店頭公開を計画し、そのための幹事証券会社から、従業員持株会の設立を勧められた。そこで Y₁ はこの提案に従って、会員が少額資金を継続的に拠出することにより、Y₁ 会社株式の取得を容易にすることで、会員の財産形成の一助とすることを目的にして、民法上の組合とする持株会 Y₂ の設立を目指すこととした。

Y₁ 会社従業員らに対しては、会社から、1) Y₁ 会社は店頭公開の準備をしている、2) 店頭公開前に株式の割当てを受けていれば、公開時にはその株式を市場で売却できる、3) Y₁ 会社に勤続1年以上の従業員であれば、持株会への入会資格がある、4) 会員には拠出金に応じた持分がある、5) 株式の配当金は、Y₁ 株式の購入資金に充てられる、6) 株式公開まで株券を引き出すことはできない、7) Y₁ は株式奨励金として持株会会員による拠出金の5%相当額を支給し、訴外A証券会社の事務委託手数料は Y₁ が負担する、8) 会員が退会する場合、持分株数全部を持株会が買取り、繰越金とともに現金で返還される、などの説明がなされた。

平成元年6月に成立した Y₂ の定める Y₁ 従業員持株会規約によれば、会員資格を有する者は Y₁ 会社従業員に限られ、一度会員となった者が Y₁ 会社従業員たる地位を喪失した時は、Y₂ からも退会しなければならないとされていた。しかし、その後 Y₁ 会社の株式が店頭公開されることはなく、持株会からの退会者が続出し、Y₂ が退会者の持ち株を現金で買取ることができなくなった。

原告 X らは Y₁ 会社の元従業員であり、Y₁ 会社の従業員持株会 Y₂ の元会員である。Y₂ において Y₁ 会社株式の持分を有する原告らが、〔1〕 Y₂ に対し、主的に持株会規約ないし運営細則に基づいて、同株式一株当たり1000円の割合による買取り及び繰越金等の返還、予備的に繰越金の費消、会員に対する情報提供の懈怠などによる不法行為に基づく損害賠償並びに

これらに対する遅延損害金の支払を求め、〔2〕 Y_1 に対し、法人格否認の法理等又は債権者代位権に基づき被告持株会に対する請求と同様の請求若しくは Y_1 の説明義務、告知義務違反による不法行為責任に基づく損害の賠償並びにこれらに対する遅延損害金を、いずれも Y_2 と連帯して支払うよう求めた事案である。

【判決要旨】

東京地裁平成19年7月3日判例時報1992号76頁（一部認容一部棄却，控訴（和解））

Y_2 が原告らの Y_1 株式持分を買取る義務について。

「被告会社株式の評価は、平成2年1月における一株当たり3453円から平成15年6月の一株当たり102円まで大きく変化している一方で、… Y_2 は、 Y_1 株式の価格にかかわらず、 Y_1 株式の評価が一株当たり1000円を大きく割り込み、かつ Y_2 の財政状況が逼迫していた平成14年5月に至るまで、一貫して一株当たり1000円の割合による買取りを継続しており、これと異なる買取額が会員に提案された形跡はない。

このような事実経緯からすれば、 Y_2 と原告らを含む持株会会員との間においては、上記持株会規約附則一（2）に定める株式については Y_2 が時価で買い取り現金で交付する旨の規定にかかわらず、… 退会者へ交付する株式持分の現金買取価格は「予め定めた価格」とする旨の規定が優先して適用されており、同附則のいう「予め定めた価格」とは、一株当たり1000円の割合によるとされていたと認めることができる。

原告らは、既に被告持株会から退会し、被告会社からも退職しており、平成14年5月以前に、一株当たり1000円の割合で持分の買取りを受けたほかの元会員らと法律上別異に取り扱われるべき理由はない。

以上のような Y_2 による退会会員からの株式の買取りの実情と規約などの定めによれば、 Y_2 と持株会会員らとの間には、退会ないし退職の際、 Y_2 が原告らの有する Y_1 株式持分を一株当たり1000円の割合で買い取る旨の黙示の合意が成立していたと認めるのが相当である。」

被告 Y_2 と被告 Y_1 との実質的同一性について

「被告持株会は、業務運営者の選出、内部的な意思決定及び金銭の管理等について一定の自律性を有しているというべきである。

原告らは、被告持株会の理事や理事長が被告会社の代表者の意向で選出されており、このことは被告会社が被告持株会を一方的に支配していることを示すと主張する。しかし、被告らはこのような事実の存在を否認しているし、上記のとおり、理事は被告持株会内の機関である理事会により選出されていることを示す証拠もあることを考え合わせると、原告ら主張の事実を認めるに足りない。よって、原告ら主張の同事実を前記被告持株会と被告会社との関係を評価するにあたって前提とすることはできない。

従業員持株会は、その性質上、株式発行会社と一定の関係を有することを前提とせざるを得ず、また、運営上のコストを低減させて従業員ないし持株会会員の利益を図るためにも会社の施設等を利用することはむしろ合理的であるといえる。したがって、被告持株会と被告会社との間に上記のような一定の結びつきが肯定されるからといって、直ちに被告会社の被告持株会に対する一方的な支配の徴表と評価することはできないし、被告持株会は、……一定の限度で自律性を有していることが認められるのであるから、被告持株会が被告会社の一部局にすぎないと評価することはできない。また、上記事実関係に照らすと、被告会社において被告持株会を独立した権利義務の主体であると主張することが法人格の形骸化ないし濫用に当たり、信義則上許されないということもできない。したがって、原告らの被告会社が被告持株会と同じ法的責任を負うべきであるという主張には理由がない。」

被告 Y₁ の説明義務違反・告知義務違反について

「原告らの被告持株会への参加が被告会社及び被告会社代表者による被告会社株式の店頭公開に伴う経済的利益獲得への期待を抱かせる内容の勧誘によりなされたにもかかわらず、これが当面見込めなくなったという当初の枠組みの変更、原告らの支払う拠出金が給与及び賞与から天引きされており、その支払を停止するためには、被告会社による何らかの情報提供が必要であるという関係の存在、被告会社株式が最低でも一株当たり1000円

の交換価値を有するとの前提の下に被告持株会の運営がなされていた事実を考慮すると、被告会社においては、被告会社株式の評価が一株1000円を下回り、原告らが被告持株会への参加ないしその継続を決定した際の前提が覆され、かつ、原告らに損害が発生する具体的危険が生じた場合には、原告らに対し、同事実を原告らに報告するなど、ありのままの情報を遅滞なく開示し、原告らにおいて、その後の拠出金の支払を継続するか否かの決定をなすための機会を提供すべき信義則上の義務を負っていたというべきである。」

【検討】

会社の業績が悪化し、従業員である持株会会員が退職時に当初の予定されていた金額での買取りも困難になってしまった事例であり、原告は、持株会あるいは制度導入会社から、投下資本の回収を図ろうとしたものである。そこで、(1)退職時に売渡強制された株式の評価額が、従業員持株会規約の附則により、持株会理事会に一任されて減額されていたが、このような方法が認められるか。具体的には、被告持株会が原告らの株式持分を一株当たり1000円の割合で買取る義務があるか。(2)被告持株会と被告会社社が実質的に同一であるとして、持株会退会に伴う清算金の精算債務を会社が負うか。(3)被告会社の原告らに対する説明義務ないし告知義務の有無、が問題となった。

上場会社においては、株価の下落も当然に会員たる株主の負担となる。もっとも店頭公開に至らなかった本件会社では市場売却という方法は考えられず、したがって持株会による買取りの合意は有効と考えるのが従来の判例の流れとも一致し、合理的である。もっとも、そうは言っても持株会にはもはや資金が残されていない。そのような状況で、元会員従業員は、会社が導入した制度であるという認識の下で、会社を買取りを求めたものである。その根拠の一つとされるのが、持株会を会社から独立した存在ではないとして、会社に精算金の支払いを求める方法である。これは、持株会自体の自立性があれば、本件のように否定されることになるが、独立した実体がない、とされれば会社が負担せざるを得なくなるであろう。⁽²⁹⁾

もう一つが、会社の説明義務・告知義務違反の認定であり、本件ではこの点についての会社の責任を認めた。持株会への参加は、株式という価格変動要因を持つ商品への投資という側面を持っている。たとえ会社が持株会とは独立した存在であると認められたとしても、会社による従業員持株制度導入の契機やその後の持株会との関係、とくに上場会社とは異なり、市場を前提とした会社情報の開示が保証されているわけではない非上場会社では、会社は持株会会員に重要情報を説明すべき義務を負っていると考えることができる。⁽³⁰⁾

(4) 持株会と会社の責任

非上場会社の持株会において、会員は退職する時に株式持分について払戻しを受けられるか否かは重要な関心事となる。前述のように、退職時に従業員が持株会等に売渡す価格を従業員がかつて取得した価格とするのは、会員の拠出金以外にほとんど資金を持たない持株会が、値上がりしたと評価された株価で買戻すとすると、持株会自体が成立しなくなるからともいわれる。とはいえ、持株会等の買受け価格を従業員の取得価格としていたとしても、会社の業績不振のために配当が望めなくなりそのために新規の会員の参加がないとき、あるいは退職者が増加したために買取りが急増した場合には、持株会は株式の取得財源が枯渇することになりかねない。そのような場合には、持株会は、会社から資金を借入れて規約に定めた価格で買取ることになるであろうが、持株会が破綻すれば、最終的には会社自身が買取ることにならざるを得ないであろう。⁽³¹⁾ 実際、持株会退会に伴う精算金の支払い請求に対して、持株会は独立した民法上の組合であるとする規約が存在するものの、その実体は会社の一部局であるとして、会社に精算債務があるとした判例がある（札幌地判平成14.2.15労働判例837号66頁）。従業員の損失は回避すべきだからである。

また、持株会は退会者から持分の買取りをやめることができず、しかし買取資金がない状況で、資金を会社から借り入れるとなると、持株会にとっては会社に対する債務が、会社としては持株会に対する債権が膨らむことになる。持株会には買取った株式が蓄積されてしまった状況になり、これ

を打開するために、持株会が保有する株式を会社を買取ってもらい、持株会はその対価で会社に対する債務を解消しようとした事例が生じた。その際、会社による持株会への貸付金解消のために、会社が持株会所有の自社株を簿価よりも高く取得し貸付金と相殺したことから、これが見なし配当と認定され、会社に所得税の源泉徴収及び納付義務があるとされたものである(大阪高判平成24年2月16日訟務月報58巻11号3876頁)。なお、特定の株主からの自己の株式の取得であるところから、会社法上の規制との関係では、株主総会での承認が必要になるが(会社160条以下)、さらに税法上の解釈が示された事例である。

7. お わ り に

現在、多くの会社で普及している従業員持株制度であるが、持株会方式では制度導入会社と持株会の密接な関係は避けられない。しかし、会社から自立した存在であることを形式的な制度のみならず実質的にも示せない、会社法の規制との関係で様々な問題が生ずることをみた。

従業員持株制度をめぐる実際に争われた訴訟では、利益供与の問題のほかに、非上場会社における脱退会員の持分株式をその者が取得した価格で買い取ることの可否が争われてきた。しかし、会社本体の業績がふるわず、したがって持株会が破綻に瀕した状態では、制度導入会社がどのような責任を負うべきかが新たに問題となっていることが明らかになった。実務上は、持株会の解散も視野に入れた対策が検討されるべきであるとしても、持株会会員としての従業員に対しては、株式投資者としてのリスクと福利厚生制度であるという側面のバランスを考える必要がある。

注

- (1) 河本一郎『従業員持株制度—企業金融と商法改正 I』2頁(有斐閣, 1990)。
- (2) 弥永真生「信託型従業員持株インセンティブ・プラン」『会社法の実践トピックス24』112頁以下(日本評論社, 2009), 新谷勝『日本版

ESOPの法務』211頁以下（税務経理協会，2011），太田洋監修『新しい持株会社設立・運営の実務—日本版ESOPの登場を踏まえて』231頁以下（商事法務，2011）。

- (3) 牛丸興志夫「従業員持株制度の検討」(1)～(15)商事法務1102号2頁(1987)～1228号27頁(1990)，市川兼三『従業員持株制度の研究』223頁(信山社，2001)，道野真弘「従業員持株制度の問題点」立命館法学256号340頁(1997)，味村治 他「従業員持株制度の解説」商事法務448号2頁(1968)等。なお，「【資料】外資審議会専門委員会報告(昭和42年5月17日発表)」商事法務415号8頁(1967)参照。
- (4) アメリカの制度との比較研究には，石田真『『日本版ESOP』と米国のESOPとの構造比較—制度設計の違いを中心に—』富大経済論集55巻3号1頁(2010)。
- (5) 経済産業省 新たな自社株式保有スキーム検討会「新たな自社株式保有スキームに関する報告書」(平成20年11月17日)。なお，田中明夫「経済産業省『新たな自社株式保有スキーム検討会』報告書の概要—日本版ESOPの導入に向けて」商事法務1852号17頁(2008)。
- (6) 日本版ESOPに関しては，注2掲載の文献の他に，有吉尚哉「日本版ESOPの法的論点と実務対応 [上] [下]」商事法務1881号10頁，1882号27頁(2009)，内ヶ崎茂「株式報酬 インセンティブ・プランの制度設計と法的考察」商事法務1985号35頁(2012)，坂根将太「日本版ESOPの最近の動向について」信託249号118頁(2012)，瀬谷ゆり子「従業員による株式取得スキームの検討—日本版ESOPにおける問題点—」桃山学院大学総合研究所紀要39巻1号29～44頁(2013)など。
- (7) 他に，会社がピークル(受け皿)を設定し，それに取得させた株式を退職従業員等に無償交付をする方式がある。
- (8) ESOPに対する第三者割当増資について，東京高決平成24年7月12日(第一審 東京地決平成24年7月9日)金融・商事判例1400号45頁。
- (9) 東京証券取引所「平成23年度従業員持株会社状況調査結果の概要について」(平成24年9月24日)。
- (10) 太田洋監修・前掲(注2)8頁以下。
- (11) 創業者等の所有株式を配当還元方式による評価で持株会社に譲渡することで，相続財産を減らすことが可能とされる(牧口晴一，齋藤孝一『事業承継に活かす従業員持株会の法務・税務 [第2版]』8頁(中央経済社，2012))。
- (12) むしろ，金利分の損失にさえなる。

- (13) 道野・前掲(注3)340頁。持株会制度によらず、直接証券会社により従業員株主の一括管理を依頼することも考えられる。
- (14) 太田洋監修・前掲(注2)11頁以下。
- (15) 太田洋監修・前掲(注2)117頁、河本一郎ほか別冊商事法務研究11号97頁(1970)。なお、議決権行使の独立性に関し、市川兼三・前掲(注3)261頁以下。
- (16) 高橋靖「非上場株式の配当還元方式による評価」税務事例研究50号94頁(1999)。
- (17) 相互保有株式の場合については、会社法の規定が存在する(会社308条1項)。もっとも、従業員持株制度の目的において従業員による経営参画と捉える場合、議決権行使が重要になる以上、これを否定するのも抵抗があろう。
- (18) ESOPではビークル(受け皿)についてこの問題が生じうる(弥永真生・前掲(注2)112頁以下(日本評論社, 2009))。
- (19) 札幌地判平成14年2月15日労判837号66頁。
- (20) 福井地判昭和60年3月29日判タ559号275頁, 金判720号40頁。
- (21) 稲葉威雄『改正会社法』184頁(金融財政事情, 1982), 河本一郎「従業員持株会への奨励金と利益供与」商事法務1088号8頁(1986)。
- (22) 田中誠二「利益供与禁止規定の厳格化およびこの規定と従業員持株制度」商事法務1071号7頁(1986), 中村一彦「会社の従業員を会員とする持株会に対する奨励金の支出が商法294条ノ2に違反しないとされた事例」金判725号46頁(1985), 田村淳之介・ジュリスト昭和60年度重判解説102頁。早川勝「従業員の持株会に対する奨励金の支出と利益供与の禁止」京都産大法学20巻2=3号94頁(1997)。
- (23) 差止め請求は認められなかった(東京地決平成24.7.9, 抗告審東京高決平成24年7月12日申立却下, 抗告棄却(確定)金融・商事判例1400号45頁)。本件判例批評として、弥永真生「日本版ESOPと新株発行差止め」ジュリスト1447号2頁(2012), 和田宗久「日本版ESOP導入におけるSPVへの第三者割当てと不公正発行」金融・商事判例1415号2頁(2013), 白井正和「日本版ESOPと不公正発行」ジュリスト1453号97頁(2013), 瀬谷ゆり子「会社によるESOPへの新株の第三者割当てと不公正発行」桃山法学22巻91頁(2013)。
- (24) 中村一彦・前掲(注22)46頁参照。利益供与の問題が完全に解決されているとは必ずしも言えないと思われる。
- (25) 新谷勝・前掲(注2)211頁以下。

- (26) 早川勝「従業員持株制度と退職時に取得価格で株式を譲渡すべき合意の効力」服部栄三編『平成会社判例175集』16頁（商事法務，2002），藤原俊雄「判批」判タ948号15頁（1997），江頭憲治郎『株式会社法〔第4版〕』237頁（有斐閣，2011）等。
- (27) 最判平成21年2月17日判時2038号144頁。
- (28) この事件の評釈として，井上健一「株式店頭公開を目的とする従業員持株会への勧誘と会社の責任」ジュリスト1392号189頁（2010），林孝宗「従業員持株会を設置した会社の説明義務違反が肯定された事例」早稲田法学87巻1号203頁（2011）等がある。
- (29) 中小会社では，実態のないあるいは会社と渾然一体としたものも多く見受けられるという。
- (30) 林・前掲(注28)204頁。
- (31) 「閉鎖型のタイプの従業員持株制度では，従業員の退会時には，その取得価格で会社を買受ける旨を約しているケースが考えられ，それによって会社に損害が生じても，制度の円滑な運営に必要な措置として取締役の責任は生じないと解すべき」との見解もある（江頭・前掲(注26)240頁）。

地方議会の政策形成機能の法的課題

駒 林 良 則

目 次

はじめに

I 議会の政策形成の意義

- 1 地方分権改革における議会の政策形成機能の議論
- 2 議会の政策形成機能の法的整備
- 3 政策形成の手法

II 議会の政策形成に関する法的課題

- 1 政策形成の法的整備の視点
- 2 議員提案政策条例に伴う法的問題

まとめにかえて

キーワード：政策形成，議会改革，議員提案条例

はじめに

議会改革は、議会関係規定の地方自治法改正が一段落したことにより、議会自身による改革の実践にその関心が移っている。そして、その取組については、特に、議会活動に住民がどのように関与するかが一つの焦点となっている。そのような取組として、請願・陳情者への説明の機会の付与、議会報告会の開催、住民との意見交換会の実施などが主要な課題となっている。

しかし、そうした取組にも拘らず地方議会に対する一般の評価は依然として厳しいものがあり、議員定数及び議員報酬の減少への「圧力」も根強いものがある。議員定数の上限が撤廃されたことによって、当該議会の議員定数を何人にすべきは、定数減の圧力があるとはいえ、その議会のあり方に大きく依存することになろう。それ故に、各議会が自らのあり方を探究し議論しなければならない時期に来ているように思われる。最近、議会基本条例の制定数が増加しているが、制定の増加傾向自体は評価すべきである。議会基本条例は、当該自治体における議会の役割を明示することによってその本質があると思われるので、併せて当該議会のあり方や方向性を議論することを前提にして制定されるべきであろう。

近時の議会改革のもう一つの焦点として、議会の政策形成機能の強化が問題となっている。議会の機能のなかで、政策形成機能については、以前から議論がなされていたわけではない。地方分権改革において自治体の政策形成の量的拡大がなされることを前提に、自治体の政策形成の担い手として執行機関だけでなく議会もその役割を果たすことが当然視されるようになったという状況の変化がある。それにより、政策形成を担いうる議会となるように議会のあり方を整備することが要請され、また、議員にそれを取り組む自覚を促しているのである。そして、議会改革に積極的な議会のなかには議会独自の政策サイクルを確立して政策形成を恒常化させる取組がなされるようになった。ところで、議会改革の要諦は、議会が本来有し

ている機能を最大限に発揮できるように、改革を阻害している要因を取り除くとともに、機能を発揮するための仕組・手法を構築することにある。本稿は、議会の政策形成機能について、これまでの法的議論状況を素描し、課題解決の取組を紹介することを目的とする。

Ⅰ 議会の政策形成の意義

1 地方分権改革における議会の政策形成機能の議論

(1) 地方分権推進委員会第2次勧告（1997年）

議会の政策形成機能は、第1次地方分権改革をリードした地方分権推進委員会の発足（1995年）以前の地方制度調査会答申等ではほとんど触れられることはなかった。しかし、地方分権改革に伴って自治体の政策形成能力の向上が問われるようになると、これに呼応する形で、条例を提案することができ、かつ議決する役割を担う地方議会及び議員の政策能力の向上を要請する議論が展開されるようになった。⁽¹⁾しかし、その後しばらくは制度の弾力化や審議の活性化に改革の議論の重点が置かれたために、議会の政策形成に注目が集まることも少なかったといえる。もっとも、地方分権推進委員会の第2次勧告（以下、第2次勧告という）は、「地方議会の活性化」の項目において、議会の果たす役割を団体の意思決定と執行機関のチェックであるとし、そのための具体的課題のひとつに議会の機能強化を挙げているが、そのなかに「議員とそれを補佐する議会事務局職員の調査能力、政策立案能力、法制能力等の向上を図る…」との文言がある。即ち、議会が団体意思決定という役割を果たすためには、議員等の能力の向上が必要であるとし、その能力のなかに政策立案能力が示されているのである。また、議会機能の強化のために、地方自治法96条2項の条例による議決事件の追加規定の積極的活用を要請した。しかし、この第2次勧告の議会活性化のスタンスは、長に比して地位が低いとされる地方議会の地位強化が目的であって、長への牽制という点での機能強化である。地方自治法96条2項の活用は議会が自らの判断で団体意思の決定権限を拡張することであ

り、長との対峙のための手段となる。カウンターバランスを取り戻すための機能強化を目指す観点から議会の態勢の不十分さを指摘しているのであって、政策立案機能それ自体の重要性が明確に意識されていたわけではないのである。

(2)2005年第28次地方制度調査会「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」

この答申では、議会の機能を「団体意思の決定を行う議事機関としての機能と、執行機関の監視を行う監視機関としての機能を担っている⁽²⁾」とし、「団体意思の決定を行う前提として、議事機関である議会の政策形成機能の充実が求められている⁽³⁾」とする。そして、利害調整機能や監視機能とともに「議事機関としての政策形成機能」の充実が図られるように議会のあり方を見直すべき、としている。このあり方の見直しの具体策のなかで、政策形成機能の強化に関わるものとしては、委員会の議案提出権を認めること、公聴会参考人制度の活用、事務局の補佐機能の充実のほか専門的知見の活用⁽⁴⁾を挙げていた。なお、これら具体策の多くは、後述するように、地方自治法の改正として実現した。

(3)2011年総務省「地方自治法抜本改正についての考え方」（以下、「考え方」という）

「考え方」は、議会のあり方の見直しを扱っている箇所では、「議会は、団体意思の決定機関及び執行機関を監視する機関としての役割を担っており、これらの役割を果たすために政策形成機能、多様な住民の意思の反映、利害の調整、住民の意見の集約の機能を持ち、これらの機能を十分に発揮することが求められている。」としている。このように、議会の役割を①団体意思決定機関と②執行機関監視機関という二つの役割をもつとしたうえで、これらの役割を果たすために、④政策形成機能⑤住民意見反映・集約機能⑥利害調整機能があると⁽⁵⁾する。また、「考え方」では、「議会活動が執行機関の監視に重点が置かれ、団体意思を決定する機関として議会を見

たときにその前提となる条例立案などの政策形成について執行機関に大きく依存しがちになる。」⁽⁶⁾として、政策形成への議会の関心の低さを批判している。

(4)小括

上記の勧告や答申及び「考え方」の該当箇所の内容からみると、議会の政策形成機能は、議会が団体意思決定機関としての役割を果たすための前提として位置づけられていることが指摘できる。もちろん、団体意思決定機関としての役割は、政策形成機能の充実だけでは達成できるものではなく、意見集約機能や利害調整機能も同じく十全に作用しなければならない⁽⁷⁾。

議会の政策形成機能といっても、自治体の政策形成は議会だけではなく執行機関も担っているものであり、「考え方」もいうように、政策形成のほとんどが「執行機関に依存している」ことは言うまでもないだろう。これを前提にすると、議会の政策形成を問題にするとき、その典型は議員提案の政策条例の立案であろうが、条例提案権は長にもあるので、議会が自ら政策形成しなくても長提案の条例案でも問題はない。要するに、政策形成即ち当該自治体の諸政策について立案する場合、行政各分野の専門的知見が必要であるため、立案は議会よりも執行機関に委ねるべきである、との通念が支配してきたのである。このことは、政策形成について議会側が——少なくとも以前は——消極的であったことを裏付けているように思う。

しかし、そうであるとする、上記の答申等が議会の政策形成機能の充実を求めている理由は何か。答申等によれば、政策形成機能の充実、議会が当該団体の意思決定機関でありその役割を果たすためである、という。こうした点を強調するのは、政策形成に議会が正面から取り組んでこなかったことが意思決定機関として役割を果たし得ていない一因とみているためであろう。これは、後に検討するように、議会が本来的には政策等を立法化すべき立法機関としての役割があるのに、議員にはその意識が希薄であったことを示すものといえる。

ちなみに、筆者は、議会が団体意思決定機関であることの意味内容を次

のように考えている。即ち、自治体統治構造における首長制原理の下では、議事機関としての議会と執行機関としての長との、いわば機関分立が基本であり、それゆえ、議会が担う議事機関性を自治体統治作用における立法を主として担う機関と捉えることが妥当であると思う。要するに、地方議会は当然に本来的立法機関として位置づけられなければならない。⁽⁸⁾このように、筆者は議会を本来的立法機関と位置づけるべきと考えているが、現行の地方自治法制にはそのことが十分に反映されていないとみてきた。もっとも、近時の法改正や改革動向のなかにはそうした位置づけに沿ったものもある。それは、例えば前記の地方自治法96条2項の活用の推進や同法179条の専決処分の改正に表れているように思う。

このような議会の位置づけに「政策形成機能の充実」の提唱も関係するものと解すべきであろう。つまり、以下に述べる政策形成機能を充実させるための法的整備は、立法機関性の確立に向けた動きとして評価できると思われる。しかし他方で、後に論ずるように、政策形成に対してそれを阻害する法状況が依然としてあるように思われるのである。そうした問題点を克服する努力が必要となる。

2 議会の政策形成機能の法的整備

(1) 政策形成に関する地方自治法規定の整備

後に述べるように、議会の政策形成のあり様は種々である。以下では、地方自治法の政策形成に係る規定を簡単に整理しておく。

議会に関する近時の自治法改正動向は、議会の機能強化を主要な目的としてきた。議会機能のうち政策形成機能に関わる規定としてまず挙げられるのは、議員の議案提案権を認める112条である。本条は、1999年の改正により、議案提案要件が、議員総数の8分の1以上の賛成から12分の1以上に緩和された(112条2項)。また、2006年の改正で議案提案権が議員のほかに委員会にも付与されることとなった(109条7項、109条の2第5項、110条5項)が、その実務的意義は大きいであろう。地方議会は、小規模議会を除いて委員会主義をとっており、議員間討議も委員会ではなされるこ

とが多いのであって、委員会が条例を提案する素地は大いにあるといえるからである。

なお、改正ではないが96条2項に基づく条例による議決事件の追加を活用することが、第2次勧告によって強調された。これを受けて、議決事件を追加する動きが活発となったが、特に総合計画等の当該自治体にとって重要な計画を議決対象に加える議会が増加した。

次に、政策形成を支援する内容を持つ法改正について述べておく。議員の調査研究のために必要な経費の一部として、議員又は会派に対して政務調査費を交付できることが2000年の改正で制度化された。但し、政務調査費は、2012年改正で「政務活動費」に改められ、交付目的も「議員の調査研究その他の活動に資するため」となった。また、2002年改正で議案審査や事務調査等のための議員派遣制度が制定された(100条13項)が、これも政策形成に資するための制度とみてよいであろう。さらに、2006年改正によって、議案審査や自治体の事務調査に関して専門的な知見が必要となった場合、議会が外部の専門家等に係る事項に関する調査をさせることができるようになった(100条の2)。ところで、2012年の改正で通年議会の選択的導入がなされた。この目的は主に弾力的な議会開催であるので、直接的に政策形成につながるとはいえないが、通年議会によって会期制よりも十分な審議時間が確保できることになれば、政策形成を行うことにプラスに働くと思われる。

(2)政策形成機能の向上のための議会の取組

(a)議会の政策形成の手法

政策形成に積極的であるとされる会津若松市議会は、その議会基本条例11条で「議会は、市の政策水準の向上を図るため、政策立案機能の強化に努め、もって条例の提案、議案の修正、決議等の政策提案を行うとともに、市長等に対し、政策提言を行う。」と定めている。この条文は、議会を政策立案の機関と位置づけており、議会からの政策提案として、条例、議案修正、決議を列記するとともに、議会からの市長への政策提言も加えてい

(9) する。これらのものが一般に手法として挙げられるが、さらにいえば、政策が実行された後の政策評価も政策形成手法に含まれるだろう。なお、政策形成手法については後述する。

(b)論点情報の形成

議会基本条例では、議会が重要な計画や政策を審議するために、その政策に関する情報を執行機関から提供を受けることを明記しているものが多い。これは、栗山町議会基本条例6条が、町長が議会に政策等を提案する際に政策の決定過程を説明するように努めるとともに、政策等の内容のみならず他の自治体との比較や財政上の措置などの情報を提供するものとし、議会はこれらの情報を元に政策等の論点争点を明確にして執行後の評価に役立つように審議することに努める、と定めたことを嚆矢とする。その後、制定された議会基本条例では、議会が審議のための論点情報を形成するために、執行機関に対して議会側から説明を要求するという規定の仕方になっており、またその対象も予算や決算にも及んでいる。論点情報の形成は、効率的な議会審議のために論点の明確化を目指すとともに、どのような審議を行ったうえで議会が議決したかを住民に説明するための前提となっているのである。

(c)政策形成機能の強化のための議会内組織の設置

議会機能の強化のために、議会基本条例において議会が独自に議会内部の組織を設置することがある⁽¹⁰⁾。こうした内部組織について、三重県議会基本条例を参考にして想定できる組織形態をみておく。

①附属機関の設置

三重県議会基本条例12条は、「議会活動に関し、審査、諮問、調査が必要であると判断された場合に、別に条例で定めるところにより、附属機関を設置することができる。」と定めている。これは、個別具体的な案件とは関係なく、今後の議会の意思形成のために専門的な調査等が必要となる場合に設置されるもので、その構成員は外部の学識経験者等を想定しているものである。

②調査機関の設置

三重県議会基本条例13条1項は「県政の課題に関する調査のために必要があると認めるときは、議決により、学識経験を有する者等で構成する調査機関を設置することができる。」と定める。これは、前記の「専門的知見の活用」(地方自治法100条の2)の一形態とみることができるが、100条の2で必要な議決を要するものではないとされている。この条項は、県政課題の調査を行うことによりその結果を政策形成に結び付けることを想定したものである。

③政策検討会等の設置

三重県議会基本条例14条は、前条の場合と同様に県政課題の調査のために、議員によって構成された検討会等の設置を認めるものである。本条の規定は、検討会等が議員間討議を交えつつ調査をすることで、議会独自の政策に結び付けていくことが想定されている。なお、本条に基づいて、三重県議会は、平成19年に「政策検討会議」を設置している。

こうした議員によって構成される政策形成のための検討会等の設置は、多くの議会基本条例で規定されている。例えば、最近制定された宝塚市議会基本条例11条は、「議会は、市政に関する重要な政策及び課題に対し、議会として共通認識の醸成を図り、合意形成に資するとともに、条例案の策定や市長に対する政策提言等を行うため、政策研究会を置くことができる。」と定めている。また、議会基本条例を有していない議会においても、こうした政策検討会を要綱等で設置しているものがある。例えば、大津市議会は、後述するように要綱に基づいて政策検討会議を設置している。

(d)執行機関の立案する政策形成過程への議会の関与

湯河原町議会基本条例6条1項は、「町長等は、総合計画、公共事業計画その他重要な政策を決定しようとするときは、あらかじめ議会又は議員の意見を聴くように努めなければならない。」としているが、これは、議会の議決対象となっていない政策等の形成過程にも議会が関与することを認めた規定として注目される。

(e)その他

政策形成機能に関する議会基本条例の規定内容で上記以外のものでは、

まず第1に、会派に関する規定を挙げることができる。地方自治法では会派の定義や内容について定めがないので、ほとんどの議会基本条例において会派についての規定が置かれている。その場合、会派を議会の政策形成と関連づけて定められることが多い。例えば、会津若松市議会基本条例4条3項は「会派は、政策決定、政策提言、政策立案等に際して、会派間で調整を行い、合意形成に努めるものとする。」と定めている。これは、会派を議会内の政策形成主体として位置づけるとともに、会派が活動主体となって政策の効果的な合意形成が図られることを狙いとしている⁽¹¹⁾。他の議会基本条例の会派に関する規定も同様の内容となっている。

第2に、議会基本条例には審議を充実する方策として議員間討議を実施することが記されている。多くの場合、委員会での議員間討議が想定されているであろうが、執行機関の出席があると議員だけの議論は実際には難しいとされている。そこで議員間討議の対象として期待されるのが、議会独自で行う政策形成に関する審議であろう。

第3に、議会事務局の充実に関する定めである。議会機能を高めるために議会事務局の充実強化は繰り返し提起されてきたところである。近時制定された議会基本条例における議会事務局の定めでは、議会事務局機能の強化目的を議会及び議員の政策立案機能を高めるための方途として明記する傾向がみられるようになった。例えば、三田市議会基本条例23条は、議会事務局の充実強化について定めているが、その1項で「議会は、議会及び議員の政策立案能力を高めるため、議会事務局の法務及び財務など市政に関する調査機能の強化に努めるものとする。」としている。議会側が政策を提案し条例化していくうえで、事務局に法務に精通した職員がいることが望ましい。そこで同条2項は「議長は、議会運営に加え、議会の政策立案等に資する職員を議会事務局の職員として出向させるよう市長に要請するものとする。」と定めて、政策の企画に精通した職員の確保を議会から要請できることを規定している⁽¹²⁾。ところで、小規模議会においては、政策法務に精通した職員を自らの事務局に置くことは難しいため、こうした職員について機関の共同設置の手法を用いることが検討されてよいである

⁽¹³⁾
う。

3 政策形成の手法

議会における政策形成には、上記のように、様々な手法・手段がある。これについて若干の整理をしておくことにしたい。

一般に議会の政策形成が語られる場合、それは「政策条例の制定」を念頭に置いているであろう。また、執行機関に対する「政策提言」も政策形成として重要である。政策提言は、ある政策についての議会としての条例化が難しい場合に、解決すべき課題とその対応策を議会で議論し、その結果を執行機関に伝えて執行機関での条例化等を要請していくことである。この「政策提言」と「政策条例の制定」を併せて狭義の政策形成と位置づけることができる。狭義の政策形成は、当該政策について議会が主導的な役割を担うという点で共通している。

これに対して、広義の政策形成として説明できる手法として、①首長提案議案の修正②総合計画等重要計画への関与③政策に関する決議や意見書の提出（地方自治法99条）を挙げることができる。これらの手法は、当該政策に対して議会が主導的役割を果たすとはいえないものの、強い関心を示すことで政策に関与していくことで共通点をもつといえる。以下では、①と②について論じておく。

まず、①は、首長提案議案に対して単に可否だけを議決するのではなく、議案を修正することによって、修正内容を議会内で検討審議することを通じて議案に関与することとなる。法的観点からすると、議会が議案を修正しうる範囲が問題となる。一般論として、議案には副知事・副市長村長の選任同意議案のように修正にそぐわないものや予算の増額修正のように一定の制約があるものを除いて、議案の修正は原則的に認められるものと解されている。従って、問題は修正ができる範囲であるが、これについて定説があるとはいえないものの、首長の提案権を侵害しない限りで可能であるとされている⁽¹⁴⁾。この点につき、実務では、「条理上は、原案に全く関係のない修正あるいは原案の趣旨・目的を全く否定するような内容は修正に

はなじまない」という限界はあるとしつつも、法令に反しない限り、制限を受けない、という考え⁽¹⁵⁾が示されている。

首長提案の政策に関わる議案を議会が修正することの意義は、修正という形で当該議案に対して議会が立法機関としての役割を果たすことである。確かに、議案の修正は議会が主導的に当該政策を立案したわけではないが、修正を通じて議会の考えを政策に盛り込むことであって、広く肯定されるべきであろう。上記の実務で示された修正の限界を超える場合は、実質的に議案の否決とみなすべきものであり提案権の侵害といえようが、修正権の範囲は広汎に捉えるべきであろう。

②の総合計画を含む当該自治体の主要な計画について議会が関与することは、地方自治法96条2項に基づく条例によって議決事項にこれらの計画を加えることであり、近時そうした議会が増えている。議会は団体意思決定機関であるから、総合計画の策定に関与することは当然認められるべきである。総合計画は当該自治体全般に係る政策及び施策の基本的方向性を体系的総合的に示す計画であるため、これに議会が関与することは、政策形成の手法として重要なものと位置づけられるべきである。しかし、総合計画を議決対象に加えることについては、首長サイドからの反発を招くことがある。総合計画は、一般的には首長に原案作成権限があると考えられているが、その場合でも議会が同法96条2項で議決対象とした以上、議会は総合計画の策定に広く関与できると考える。また、計画策定過程⁽¹⁶⁾の段階にどのように関与するかは、明確に規範化しておくべきであろう。

II 議会の政策形成に関する法的課題

1 政策形成の法的整備の視点

I でみた議会の政策形成機能を強化・向上させる近時の取組は目覚ましいものがある。この取組は、議会は監視機関としての位置づけのみならず政策形成機関としても位置付けられるべきという意欲の表れとみるべきである。しかし、議会の政策形成については、法実務的な検討が十分になさ

れているとはいえない。

(1)政策形成と地方自治法規定

地方自治法は、現在議論されているところの議会における政策形成を当初から想定していたわけではない。確かに、議案提案権は同法112条1項によって議員に認められている。前述のように、近時、委員会にも付与された。これに加えて、議会が政策形成する場合に必要な支援の仕組みも整備されてきた。そもそも地方自治法の議会関係規定は、——執行機関との関係を除くと——議会の構成とその議事運営を中心に構成されているということができる。言い換えると、同法の議会関係規定群は、会議体としての議会の運営の仕組みとそれに議員等がどのように関係づけられるのかを、権限あるいは権利義務として定めていると捉えることができる。このような規定上の性格がある限り、政策形成機能の問題も、地方自治法においては権限等に集約されてしまうことになる。しかし、政策形成は動的なものであるため、その内容が諸権限に還元できるものではない。そのため、政策形成機能に対する法的整備を地方自治法のみ委ねることは困難なのである。従って、議会を政策主体として位置づけ、政策に関する議会活動を政策形成活動と捉えるならば、そのための法的整備は各自治体の独自の取組に求めざるをえない。⁽¹⁷⁾

(2)議会の政策立案に関するこれまでの議論の整理

議会の政策立案をめぐる従来の議論としては、地方自治法112条の議員の議案提案権即ち発案権を前提に、長の議案提案権(149条1号)との関係から、議会側が議案提出することができる範囲の議論が主たる関心を集めてきた。即ち、実務において、提案が議会に専属すると考えられる議案と長に専属すると考えられる議案がそれぞれあることが指摘され、それ以外は双方に提案権があるとするものである。長に専属するものについては、予算のように地方自治法の明文に定められているもののほかに、明文の規定はないが長に専属することが法文上推測されるものがあるとして、①

「長が議会の議決を経て定める」としている場合と、②「長が条例で～する」としている場合がある、とする考えが示されている。⁽¹⁸⁾①の例としては、市町村の区域に新たに生じた土地の確認について、「市町村長は、当該市町村の議決を経てその旨を確認し…」と定める同法9条の5第1項が挙げられる。②の例としては、長の権限に属する事務の分掌のために必要な内部組織の設置について、「普通地方公共団体の長は、…（中略）…当該普通地方公共団体の長の直近下位の内部組織の設置及びその分掌する事務については、条例で定めるものとする。」と定める同法158条1項が挙げられる。

しかし、こうした規定の仕方を目安として当該条例に関する提案権が専属するかどうかを判断することは妥当であろうか。立法者が提案権まで考慮したうえでかかる規定文言にしたのかは定かでない。条例の提案権を専属させる明文の定めがない以上、原則的には議会側と長の双方に提案権があることを前提にすべきである。そのうえで当該事項の性質や内容をみて判断することになろう。例えば、議会に関わる事項について、議会の内部組織に関する事項——例えば委員会について——は、議会の自律権の対象といえるので、議会側に当該事項の条例の提案権が専属するのである。提案権の問題に関連して、議会が議案をどの範囲で修正できるかという問題も議論されてきた。この点については、既に、Iの3で述べたとおりである。

以上の問題に関係する紛争として、近時の名古屋市区と同市長の間での中期戦略ビジョン（総合計画）再議決事件及び議員提案で制定された公開事業審査実施条例再議決事件についての名古屋地裁平成24年1月29日判決がある。⁽¹⁹⁾後者では、市長側が、事務事業審査の実施事務は地方自治法148条及び同149条9号により長の専属的権限に属するものであるから議会が条例制定することはできず、当該議決は議会の権限を超えている、と主張したが、名古屋地裁は、本条例対象事務は地域の事務であって、議会による条例の制定は可能である、とした。また、前者では、総合計画が議会が制定した議決条例によって議決事項になり、議会が同計画案を修正をした

ことが争われたが、名古屋地裁は、当該議決条例の規定内容に従い本件総合計画の議案提案権は長にあるとしたものの、議会は総合計画案の修正ができるとし、ただそれには限界があり、無制約な修正や総合計画の基本的方向を変更するような修正は許されない、と判示した。

以上のように、これまでの議会の政策立案をめぐる法的議論は、議案の提案権や修正権の議論あるいは後にみることになる予算措置との関係の議論に終始してきた状況にあり、政策形成そのものの法的議論はまだ緒に付いたところである。

(3)議員提案政策条例の法的整備の視点

以上のような議会の政策形成に対する法状況を踏まえて、政策形成を展開していくうえでその支えとなる法的整備について検討すべき視点を政策形成の手法としての典型である議員提案政策条例を念頭に提示しておきたい。

視点の一つ目は、執行機関との関係である。議員提案条例であっても議会は執行を担わないのであるから、その条例を執行することになる執行機関との関係を無視することはできない。つまり、執行機関は当該条例の執行の責任を負うのであるから、そのための執行機関の見解を条例制定過程のなかで表明させる必要が出てくるのである。

視点の二つ目は、住民との関係である。議会改革において住民と議会との連携をどう構築していくかは重要な課題であるが、議会の政策形成のプロセスにおいて、とりわけ議員提案条例制定のプロセスにおいて、住民の参画を求めることは議員提案条例の重要な要素と考えられる。けだし、長の提案の条例案については議会が住民代表として審議し議決することで民主的正統性が付与されることになるが、議員提案条例では条例案作成から議会提案・審議を経て議決に至るまで議員のみでなされるため、かかる民主的正統性の面からチェックするのは結局住民になるからである。

視点の三つ目は、二つ目の視点とも関係すると思うが、議会内の政策形成過程をどのように「公開」するかである。いわば政策形成過程の透明化

の確保である。確かに、議会の特性が公開による審議と決定であることは言うまでもない。委員会を含む議会審議の状況の公開は、ネット配信を実施する議会が増加していることから明らかなように、かなりの進展がみられる。しかし、ここで問題となるのは、議員提案条例が議案として提案される前の段階、つまり政策立案段階での「見える化」のことである。この点は、二つ目の視点である住民参画とともに正統性を担保する視点から不可欠の要素といえるであろう。

以上の政策形成をめぐる法整備についての三つの視点、即ち、(a)執行機関との関係、(b)住民の参画、(c)政策形成過程の透明化、を提示した理由であるが、まず(a)については、二元代表制の下での議会と長のチェックアンドバランスを図るためには、議員提案政策条例の立案段階で長からのチェックを必要とすると考えられるからである。また、(b)と(c)については、条例の民主的正統性の観点からそれらが必要と思われるからである。

さて、これらの視点については、具体的事例に即して、検討を進めることにしたい。具体的事例として取り上げるのは、大津市議会の議員提案条例として2013年に制定公布された『大津市子どものいじめの防止に関する条例』（以下、いじめ防止条例という）である。いじめ防止条例は、周知のように、同市の中学生が2011年にいじめが原因で自殺したとされる事態をうけて同市議会が条例の制定を検討してきたものである。また、いじめの防止という明確な所管部局を特定できない事項について、議会が率先して条例化を主導したことで注目されたのであるが、ここでいじめ防止条例を取り上げたのは、前記の三つの視点の議論にとって有益な示唆を与えてくれると思料したからである。

いじめ防止条例の内容の概略は以下のとおりである。まず、子どもに対するいじめの防止に係る基本概念を定め、市、学校、保護者、市民及び事業者の責務や子どもの役割を明らかにして、いじめの防止に関する施設の基本事項を定めることにより、子どもが安心して生活し学ぶことができる環境をつくることを目的としている（第1条）。この目的の実現のために「いじめを許さない文化と風土づくり」と「いじめを防止して解決するし

くみ」を構築するとしている。後者の仕組としては、いじめの予防・防止体制として、相談調査専門員などの相談体制を整備し(第12条)、また、いじめの早期の解決のための体制として、市長の附属機関の性格を持つ「大津の子どもをいじめから守る委員会」を設置して(第14条)、具体的ないじめ事案について必要な調査・調整を行うとともに、市長に対して提言を行うこともできるとしている。また第13条では、目的達成のための財政的措置を講ずることを市に要請している。

ところで、大津市議会は、政策立案を目指して具体的な調査研究を行う「政策検討会議」という合議体を独自の要綱で設置している(大津市議会政策検討会議要綱第1条)。いじめ防止条例も政策検討会議で条例案が検討・作成されたのである。なお、この会議は、常設ではなく「会派から条例づくり等の政策提案を行う場合は、議会運営委員会の協議を経て、賛同の得られたものについて」設置する、としている(1条1項)。つまり、条例の政策立案については、会派から提案のあった政策のうち議会運営委員会で賛同が得られた場合に政策検討会議が設置され、同会議で調査研究され条例案が作成される。その後、条例案については議会運営委員会に報告されその承諾を受けた後、本会議に上程されるという経緯になる。政策立案の「場」として、こうした検討会議が設けられる傾向にあることは既にみたところであるが、大津市議会の設置要綱では政策検討会議に関係者を呼ぶことができ、また政策アドバイザー制度の活用を設けている(6条1項)ことが注目される。

(a) 執行機関との関係

執行機関は政策条例の議決後それを実施する責任があり、いわゆる理念条例でない限り、実施のための何らかの財政的措置も必要となる。また、執行機関からすれば、議員提案条例が十分な法制面での検討を踏まえていないまま実施されるのではないかという不安が拭いきれない。要するに、合法性が担保されていることについての懸念といってよいが、確かに、一般的には議会における条文の文言などの法制上の検討が執行機関における場合と同等の能力の下でなされうるとは言い難いであろう。以上のことか

ら、執行機関も議会の条例立案の段階で関与する必要があるように思われる。この点について、天津市議会政策検討会議設置要綱6条1項は、必要に応じて執行部からの助言を求める、としている。

筆者はこうした意見聴取の条項よりも政策立案過程に執行機関（特に首長）の意見表明の機会を保障する仕組みを設けるべきであると考え。この点で、二元代表制の下ではできるだけ執行機関が立案段階で関与しないことが望ましいといえるかもしれない。しかし、二元代表制の下では議会に対する執行機関たる長からのチェックの仕組みを確保する必要があると思われる、議会が形成しつつある当該政策条例案について長が執行面や財政面で意見表明することは、長の議会に対するチェック機能を果たすものとして位置づけられる。もちろん、議会が独自で条例立案することについて、議会事務局に法務担当者を置くことや外部の専門家のアドバイスを得るなどのサポート体制を進めていく必要がある⁽²¹⁾。しかし、そうした体制整備が難しい状況では執行機関の有する行政資源の活用も必要な場合があろう。但し、このように政策立案において行政機関が関与する場合には、それがオープンな形でなされることが政策立案の正統性の確保にとって必要である。そしてそのためには、後に述べるように、政策検討会議といった政策形成のための議会内組織の活動が公開されねばならないだろう。

(b)住民の参画の保障

政策立案の段階における住民の関わりが模索されている。この点、会津若松市議会の対応⁽²²⁾を参考にすると、政策のサイクルにおける「問題発見・課題設定」の段階での住民参画の取組として請願や議会報告会があり、それらによって住民から要望等が議会にインプットされることになる。次に、条例の作成に向けた調査検討段階でも、住民説明会等で住民の意見を聴くことが考えられる。さらに、条例案が作成された後、議会への上程の前に当該条例案に対してパブリックコメントを実施することも重要である。このように政策形成の各段階で住民と接点をもつことが当該政策条例の民主的正統性を担保することになる。ここでは、議会が条例立案の過程で主導的役割を果たしつつ、住民と協働して条例を立案していく方向が志

向されている。筆者は、議員提案条例においては議員の立案における主導性を認めるべきであると考えている。つまり、条例内容の作成を議員と住民が対等の立場で作りに上げるという意味での協働ではなく、住民の意向を踏まえながらも議員が条例の原案をつくり、それをさらに住民に提示するというプロセスを構築すべきであると思う。なぜなら、住民には立案プロセス全体を通じて議員の立案活動への監視機能を果たすべきであるからである。なお、大津市議会政策検討会議は、公開にしていないものの、必要に応じて市民等の参考人招致、公聴会の開催を図る、としている(設置要綱6条1項)。

(c)政策形成における透明性の確保

政策形成、とりわけ条例立案の過程では透明性の確保が課題となる。大津市議会政策検討会議は要綱をみるかぎり公開性の保障はない。地方自治法で法定された議会組織以外のこうした議会内組織が公開性を義務付けられるものではないが、政策形成の「場」が一般的に非公開でなければならない理由はない。奈良県議会政策検討会議は原則公開としている⁽²³⁾。議員のなかには、政策形成も様々であるから政策立案の段階では公開を制限して議員の自由な討議に委ねるべきとの声もあろう。しかし、政策形成の「場」が原則的に住民に公開されることこそが議会と住民との関係構築には必要であるし、その立案内容の正統性が担保されるのである。

2 議員提案政策条例に伴う法的問題

以下では、議員提案の政策条例を取り巻く法状況のなかで、同条例の制定を阻害すると思われる法的問題を取り上げて検討してみたい。

(1)予算を伴う条例の制定

予算を伴わない条例、例えばいわゆる理念条例を議員提案で制定することは多いが、予算を伴う条例の提案について、議会は抑制的であると言われてきた。そのひとつの理由として、議員のなかに、予算編成権と予算執行権が長にあるのだから、予算を伴う条例を提案することは予算編成権を

侵害することになる、と考えるものがあることが挙げられる。しかし、予算の増額修正が一定の限界があるとはいえ可能であること、さらには当該条例の執行に係る経費が予算計上されていなくても予備費からの支出の方途もあることから、こうした考えは妥当ではない。

もう一つの理由として以前から主張されてきたのは、地方自治法222条1項に「普通地方公共団体の長は、条例その他議会の議決を要すべき案件があらたに予算を伴うこととなるものであるときは、必要な予算上の措置が適確に講ぜられる見込みが得られるまでの間は、これを議会に提出してはならない。」と定められていることに関して、1957年9月25日の行政実例（自丁行発第159号）が、「議会が予算を伴うような条例その他の案件を提出する場合においても」地方自治法222条1項の規定の趣旨に則って、予め長と連絡を図って財源の見透し等意見の調整をすることが適当である、としていることに拠る。これを受けて、同法の注釈書においても予め執行機関と連絡のうえ財源の見透しを得る必要がある⁽²⁴⁾、とするものがある。しかし、この行政実例においても、予算を伴う条例を議会が提案できることは認めているのであって、そのうえでその場合には予め首長側との調整を図るべきとしているにすぎない。つまり、この行政実例をもって予算を伴う議員提案条例が制定し得ないとするのは全くの誤りであり、また、首長との調整が仮に不調に終わったとしても、議員がかかる条例を提案し議会が議決できることに疑い余地はない⁽²⁵⁾。

ちなみに、議員の議案提案権が法制化されたのは、1929年（昭和4年）の府県制市制町村制改正である（府県制57条の2、市制57条の2、町村制53条の2）。但し、「歳入豫算ニ付テハ此ノ限ニ在ラス」とされて、議員の提案権から歳入歳出予算は除外されていた。しかし、当時の入江俊郎法制局参事官は、予算に密接に関係する議案であっても予算自体の提案でない限り、議員は提案できるとした。その例として、莫大な積立金の設置の議案であっても提案できる、という。入江氏の考えでは、かかる議案を権限逸脱の行為として取り扱うことはできない、とする。仮に、この議決を違法とするのであれば理事機関には再議等が認められているのであるから、

もしそうした救済手段を講じないのであれば、理事機関は議決機関の議決を執行すべき法律上の義務があると解さなければならない、とする。つまり、再議に付すなどの手段に出ないのであれば、必要な予算を計上して議会に付議すべきである、という⁽²⁶⁾。入江氏の主張の背景には、地方議会は団体意思決定機関なのであって、団体の自治行政の根本方針の決定機関であるとの前提的認識がある。即ち、「地方議会は地方團體の意思決定機関である。地方團體が其の個性と特色とに従て其の事務を運用するに當つては、先づ第一に何を如何に經營すべきかの方針を樹立せねばならない。地方議会は即ち其の方針樹立の機關なのである。」「…自治團體の意思機關としては普通選挙に依り選任せられ、住民の意思を反映し、住民全體の縮圖とも云ふ可き地方議會在存する以上は、自治團體活動の根本方針の決定は宜しく其の地方議會の權限に属せしむ可く、…」とする⁽²⁷⁾。こうした入江氏の地方議會に対する認識は、地方議会に付与されることとなった発案権を意識したものであるが、現在においても何ら遜色ないものとして評価すべきである。

以上から、議員が予算を伴う政策条例を提案することは法的に問題ないのであるが、現実には、立案段階で条例制定後の条例執行について必要となる予算措置につき執行機関との調整が図られることになる。その意味で、大津市のいじめ防止条例13条が市の財政的措置を明記していることはこの調整についての現実的対応といえるだろう。

(2)議員提案条例と附属機関の設置の可否

前述したように、実務において、議案提案権については長に専属するものと議会側に専属するものがあると認識されているのであるが、それ以外には、双方が提案権を持つことが原則である。本稿でこの点を問題とするのは、前記の大津市いじめ防止条例14条が「大津市子どもをいじめから守る委員会」を市長の附属機関として設置したことである。一般化していえば、議員提案条例において長の内部組織について定めることは、内部組織に関する条例（地方自治法158条1項）についての長の提案権を侵害すること

になるのではないか、という問題についてである。この問題については、まず、長の内部組織の編成権についてみておかねばならない。

この点について、稲葉馨教授は、首長部局についての組織編成権を検討するうえで、まず、二元代表制の下では長も議会と同様の民主主義的正統性を有するので、「…当然に、行政組織編成権の議会への原則的帰属を語ることはできない。」として、「自治組織権のあり方として、一般的に自治体組織条例主義を採用することは、長の行政組織編成権を否定するものとして、民主主義的観点からも問題がないとはいえない点に留意しなければならない。」とする⁽²⁸⁾。ここで述べられている自治体の行政組織編成権の議論は、それがそもそも条例制定の対象となるのか——言い換えると議会の議決権限になるのか——、それとも長の自律的な編成権限なのか、ということである。そのうえで、稲葉教授は、長の組織編成権が現行法上は否定できず、「長の組織編成権から出発して、例外的に条例所管事項が法定されていると見ることも全く不可能ではなからう⁽²⁹⁾。」とし、かかる条例所管事項として、首長の所掌事務に係る第一次的分掌組織が地方自治法158条により法定されている、との見方を示している。なお、同法158条により条例事項となったとしても、既に述べたように、当該条例の提案権が長に専属するとされていることは、稲葉教授も肯定的に紹介している。

このような論理の下では、長の内部（行政）組織について、議員にこれに関する条例の提案権を有するとみることはできないであろう。しかし、ここでいう長の内部（行政）組織とは、長の所掌事務を分掌させるための組織であって、長の指揮命令に服する補助機関から組成されている組織を指す、と解するべきであろう。また、補助機関ではない諮問機関のような附属機関については地方自治法138条の4第3項により附属機関条例主義が定められているが、同項は、「長は条例により定める」という文言形式ではない。こうした附属機関が一般的に住民等行政外部の者から構成されることからわかるように、行政の民主化の観点がその導入目的であり、条例主義にして議会の関与を認めたことからすると、附属機関にまで長に提案権が専属するとみるのは大いに疑問である。即ち、この場合は原則に

立ち返り、議会側と長の双方に提案権があるとみてよいであろう。そうすると、附属機関たる「大津市子どもをいじめから守る委員会」の設置の根拠を議員提案条例で置いたことは、長の提案権を侵害したことにはならないであろう。

まとめにかえて

本稿では、議会が政策形成について、とりわけ政策条例を積極的に制定することについての法環境をどのように整備すべきかを議論した。具体的には、政策形成を動的的に捉えて立案過程において考慮すべき視点を提示し、その分析対象を議会内の組織に絞った形で検討してきた。政策形成機能を向上させることは、団体意思決定機関たる地方議会を二元代表制の下での本来の位置づけに近づけることにつながるものと評価したい。

筆者は、二元代表制の下で議会は本来の立法機関であると主張してきたが、立法機関性が法制度的には導出されるとしても、これまではその実質が伴わない状況にあったといわざるをえない。議会機能強化の要請もそうした状況を踏まえたものである。政策形成機能を充実させることは、議会の立法機関性の確立につながるるとともに、議会が長に対するカウンターバランスを向上させる要因になると思う。本稿では政策形成機能の充実の取組を紹介してきたが、これが地方議会全般に波及するためには課題も多い。法的課題以外で大きな課題としては、政策形成に対する議員の消極的意識を挙げなければならないだろう。まず、「議会は監視機関であるべきで政策形成までする必要はない」との意識を持つ議員は少なくない。確かに、執行機関を監視する機能は疎かにはできないし、議会は監視機能に徹するべきとの論調もあろう。しかし、監視機能と政策形成機能が両立しないことはないのであって、時間的に難しいのであれば議会活動を恒常化して両立させていくしかないであろう。また、議員のなかには、議会の議論は多様であるべきなのに、政策形成という活動は最終的には一つの結論を導くものであるとして、政策形成を活発化させる動きに抵抗する意識もあると

いわれる。いずれにしろ、今後政策形成機能を充実されるためには、政策形成に関する議員の意識改革が必要になることは間違いないであろう。

<付記>

寺田友子先生は、私の修了した大学院の先輩であり当時からお世話になっていたが、その後も学問的刺激をいただくことになり、関西の行政法の研究会への参加を促していただいた。大変お世話になった寺田先生がこの度ご退職されるということで、時間の経過の早さを実感している。これまでに頂戴した学恩に少しでも報いるために、本稿を献呈させていただくことにした。

注

- (1) 拙稿『地方議会の法構造』（成文堂，2006年）237頁を参照。
- (2) 「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」13頁。
- (3) 前掲14頁。
- (4) 前掲15-16頁。
- (5) 「考え方」8-9頁。
- (6) 前掲9頁。
- (7) ちなみに、政策形成機能について、議会基本条例は、これを執行機関との関係から位置づけて、監視機能と並べて定めていることが多い。例えば、三重県議会基本条例8条1項は「議会は、二元代表制の下、……（中略）…事務の執行の監視及び評価を行うとともに政策立案及び政策提言を通じて、県政の発展に取り組まなければならない。」としている。
- (8) 前掲『地方議会の法構造』168頁。
- (9) 会津若松市議会編『議会からの政策形成』（ぎょうせい，2010年）73頁。
- (10) 既に触れたように、地方自治法100条の2の専門的知見の活用は、議案の審査又は事務に関する調査のために必要となる専門的事項を調査するときであるので、常設的な性格をもつものではない。
- (11) 前掲『議会からの政策形成』59頁。
- (12) ちなみに、この議長の要請を受けた市長は、同条3項により、その要請に対して誠実に応じなければならない、としている。

- (13) 高沖秀宣『「二元代表制」に惹かれて』（公人の友社、2013年）110頁以下では政策法務部門を共同設置すべきことが詳細に論じられている。
- (14) 修正の範囲については、後述の総合計画に関する再議が問題となった名古屋地裁判決でも示されている。
- (15) 野村稔・鶴沼信二『地方議会実務講座 改訂版 第2巻』（ぎょうせい 2013年）70頁。
- (16) 総合計画の策定は原案作成から各種の調整段階を経て最終確定に至るプロセス全体をいうが、議決対象となれば、確定段階においても、計画案の議会への提案、議会での審議と場合によっては修正、議決というプロセスがある。つまり、この段階でも議会には修正権と議決権が認められる。さらに、原案作成から調整段階において議会が関与することは妨げられるものではない。
- (17) 従って、政策形成の法状況については、地方自治法ではなく各議会の制定する条例等の状況をみなければならない。こうした法状況の全体の動向については、拙稿「地方議会法制の変容」立命館法学348号1頁以下で触れている。
- (18) 杉田憲正「発案権について一条例を中心として」地方自治399号152頁を参照。
- (19) この二件の判決は判例集未掲載である。LEX/DB 25480179,25480180
- (20) 例えば、大津市子どものいじめ防止に関する条例6条1項は保護者の責務を定めるのであるが、「保護者は、子どもの心情の理解に努め、子どもが心身ともに安心し、安定して過ごせるよう子どもを愛情をもって育むものとする。」と規定する。前文ならともかく、この規定が規範的な内容を持つものなのか、問題となるかもしれない。
- (21) なお、議会事務局が議員の政策形成をサポートするためにどのような機能を果たすべきかについては、さらに検討を要すると思われる。この点では、議会の政策形成に関わる政策アクターとの連携を前提にして、そのなかでの議会事務局のシンクタンク機能を検討した露本康裕「議会事務局におけるシンクタンク機能の設置」廣瀬克哉・自治体議会改革フォーラム編『議会改革白書2013年版』（生活社、2013年）109頁以下が興味深い。
- (22) 前掲『議会からの政策形成』90頁にある会津若松市議会の市民参加型政策形成サイクルをモデルにしている。
- (23) 奈良県議会政策検討会議運営要綱第5は、「会議は、原則として公開する。ただし、座長が必要と認めるときは、公開しないことができる。」

と定めている。

- (24) 松本英昭『新版逐条地方自治法<第7次改訂版>』（学陽書房，2013年）773頁。
- (25) 都道府県議会制度研究会『改革・地方議会—さらなる前進へ向けて—』（2006年）16頁参照。
- (26) 入江俊郎「議員の發案権に付て」自治研究5卷8号72—73頁。
- (27) 入江前掲66—67頁。
- (28) 稲葉馨「自治組織権と附属機関条例主義」小早川光郎・宇賀克也『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣，2001年）344頁。なお稲葉論文は地方自治法158条の2003年全面改正前のものであるが，その論旨は基本的に現在においても妥当すると思われる。
- (29) 稲葉前掲345頁。

<判例研究>

障害者自立支援法に基づく
介護給付費支給決定が
裁量権を逸脱濫用したことによる
違法な処分であるとして
義務付け判決がなされた事例

天 本 哲 史

目 次

【事案の概要】

【判旨】

【評釈】 判決賛成

キーワード：義務付け訴訟，申請満足型義務付け訴訟，
抽象的義務付け判決

大阪高裁平成23年12月14日判決
行政処分義務付等請求控訴事件
平成23年（行コ）第24号
原判決変更

原審・和歌山地判平成22年12月17日
出典・判例地方自治366号31頁
賃金と社会保障1559号21頁
D1-Law 28180807
裁判所ウェブサイト

【事案の概要】

本件は、和歌山市（以下「一審被告」という。）より権限を委任された和歌山市福祉事務所長（以下「処分行政庁」という。）⁽¹⁾から、障害者自立支援法（以下「自立支援法」という。）19条1項、22条1項、4項に基づき、4回にわたり、重度訪問介護の1か月当たりの支給量を平成一九年度決定として支給量を1か月377時間、平成二〇年度決定として支給量を1か月396時間、平成二一年度決定として支給量を1か月407.5時間、平成二二年度決定として支給量を408時間とする介護給付費支給決定（以下「本件各決定」という。）を受けた一審原告が、本件各決定において定められた上記支給量を不服として、一審被告に対し、本件各決定の取消しを求めるとともに、重度訪問介護の支給量を744時間（うち移動介護124時間）とする介護給付費支給決定をすることの義務付けを求める事案である。

一審原告は、脳性麻痺による体幹機能障害及び四肢の著しい機能障害等の障害を有しており、身体障害者等級一級の認定を受けている。首から下の部分を自分の意思で動かすことが難しく、足をほとんど動かせなく、また、脳性麻痺による神経因性膀胱のため過活動膀胱（尿意切迫感、頻尿、切迫性尿失禁）の症状がある。

原審である和歌山地裁の判決は、平成一九年度決定～平成二一年度決定を取り消し、処分行政庁に対し、平成19年度の申請に対して470時間以上478時間以下とする介護給付費支給決定を、平成20年度の申請に対して495時間以上744時間以下とする介護給付費支給決定を、平成21年度の申請に対して500.5時間以上744時間以下とする介護給付費支給決定をするよう義務付ける限度において、一審原告の請求を認容した。⁽²⁾一審原告及び一審被告は、これを不服として控訴を提起した。また、一審原告は、平成二三年度決定に関する取消請求及び義務付け請求を控訴審において追加した。

【判 旨】

1. 本件各決定について裁量権の逸脱濫用があるか、義務付けの訴えが本案勝訴要件（行政事件訴訟法三七条の三第五項）を具備するかについて
(1) 判断の枠組み

「自立支援法二一条一項は、市町村は、支給申請があったときは、政令で定めるところにより、市町村審査会が行う当該申請にかかる障害者等の障害程度区分に関する審査及び判定の結果に基づき、障害程度区分の認定を行うものとし、自立支援法二二条一項は、市町村は、支給申請に係る障害者等の障害程度区分、当該障害者等の介護を行う者の状況、当該申請に係る障害者等の障害福祉サービスの利用に関する意向その他厚生労働省令で定める事項を勘案して介護給付費等の支給要否決定を行うものとする旨規定し、同条四項は、市町村は、支給決定を行う場合には、障害福祉サービスの種類ごとに月を単位として厚生労働省令で定める期間において介護給付費等を支給する障害福祉サービスの量を定めなければならない旨規定し、本件規則一二条は、当該申請に係る障害者等に関する介護給付費等の受給の状況や当該申請に係る障害者の置かれている環境その他の勘案事項を掲げている。以上のとおり、自立支援法及び本件規則は、市町村が支給要否決定及び障害福祉サービスの種類とその支給量の決定をするについて、勘案事項を勘案すべきことを規定するほか何ら具体的な基準をおいていな

い上、これらの勘案事項には、抽象的・概括的な事項も含まれている。また、指定障害福祉サービス等は、都道府県知事が指定する障害福祉サービス事業を行う者等…が行うものであるが（自立支援法二九条一項）、指定障害福祉サービス事業者等の指定は、障害福祉サービス事業を行う者の申請により事業所ごとに行われるものであるから（自立支援法三六条一項）、指定障害福祉サービス事業者の数、規模、分布等の障害福祉サービスの提供に係る人的、物的諸条件は、全国一律ではなく、人口、年齢構成、地勢及び経済状況その他の地域の具体的状況に応じて市町村ごとに当然に異なるものであり、本件規則一二条九号も、勘案事項の一つとして、当該申請に係る障害福祉サービスの提供体制の整備の状況を掲げている。」「以上のような障害福祉サービスの支給に係る自立支援法及び本件規則の規定並びにその提供の在り方等からすると、自立支援法は、障害者について障害福祉サービスを支給するかどうか、支給する場合には、どのような種類の障害福祉サービスについてどれほどの支給量をもって支給するかという判断については、勘案事項に係る調査結果を踏まえた市町村の合理的な裁量に委ねているものと解するのが相当であり、市町村が行う支給要否決定並びに支給決定を行う場合における障害福祉サービスの種類及び支給量の決定は、その判断の基礎となる事実に見過し難い誤りがあり、あるいはその判断内容が社会通念に照らして明らかに合理性を欠くこと等により、その裁量権の範囲を逸脱し、又は濫用にわたるものと認められるような場合に限りて違法になるものというべきである。」

「自立支援法は、勘案事項の一つである障害程度区分の認定及び支給要否決定をするに当たって考慮すべき事項を規定するにとどまらず、これらの判断に際してとるべき手続について詳細に規定し、この手続の過程において、当該申請に係る障害者等のほか医師その他の専門家を関与させることにより、支給要否決定並びに支給決定をする際の障害福祉サービスの種類及び支給量の決定を、当該障害者等の個別具体的な事情に即応するよう、その判断の過程を通じて合理性の確保を図っているものといえることができる。さらに、自立支援法における障害者には多様なものが含まれ（自立支

援法四条一項参照), その障害の種類, 内容, 程度はそれぞれ異なるから, 障害者等一人一人の個別具体的な障害の種類, 内容, 程度を考慮しなければ, 障害者等がその有する能力及び適性に応じて自立した日常生活又は社会生活を営むことができるよう必要な障害福祉サービスに係る給付その他の支援を行うこと(自立支援法一条参照)は困難である。」「このような支給決定の手續に係る自立支援法の規定ぶりや自立支援法の趣旨目的, 障害福祉サービスの性質からすると, 市町村が行う支給要否決定並びに支給決定を行う場合における障害福祉サービスの種類及び支給量の決定が裁量権の範囲を逸脱し又は濫用したもものとして違法となるかどうかは, 当該決定に至る判断の過程において, 勘案事項を適切に調査せず, 又はこれを適切に考慮しないことにより, 上記の各決定内容が, 当該申請に係る障害者等の個別具体的な障害の種類, 内容, 程度その他の具体的な事情に照らして, 社会通念上当該障害者等において自立した日常生活又は社会生活を営むことを困難とするものであって, 自立支援法の趣旨目的(自立支援法一条)に反しないかどうかという観点から検討すべきである。」

(2) 二四時間介護について

「一審原告は, 脳性麻痺による体幹機能障害及び四肢の著しい機能障害がある等…、一審原告の事情を踏まえると, 一審原告が地域で自立した日常生活を送るためには, 二四時間介護が必要であり, これに満たない支給量の決定は許されないと主張する。」「一審原告には, 上記の障害があることからすると, 二四時間介護ができれば, 望ましいことはいうまでもない。しかし, 二四時間介護がないときであっても, 一審原告が自立した日常生活を送るにつき, 健康の維持等も含めて支障が生じないのであれば, 二四時間介護を必要不可欠なものとして, これに満たない場合には処分行政庁の裁量権の濫用となり, 直ちに違法に当たるとまでいえない。」

「日中一時間半の介護を受けない時間が生じるが, これによって過活動膀胱の症状や日中車椅子で過ごすことの点で, 一審原告が自立した生活を送り, 健康を維持する等について支障が生じるとは認め難い。次に, 夜間

の介護については、過活動膀胱の症状及び体位変換の必要性を考慮すると、一審原告の睡眠時間を確保するとともに健康を維持する等のために夜間を通しての見守り介護が必要であり、これを欠くと一審原告の健康を維持する等に支障が生じるものと認められる。」「一審被告が考慮すべき勘案事項としては、「障害者等…の心身の状況」に該当し、これを適切に考慮しなければ、一審原告において自立した日常生活を営むことを困難とするものであって、自立支援法の趣旨目的（自立支援法一条）に反するのにも、一審被告はこれを適切に考慮していないものと認められる。」

(3) 日常生活の支援に要する時間

「朝食，昼食，夕食の各食事の摂取の介助自体に一時間程度を要する…。このことからすると，準備と片付けを含めると，一時間半～二時間程度（朝・昼食），三時間程度（夕食）が必要であると認められる。」「入浴には，一時間を要し，入浴前の排便に要する時間も含めると二時間程度を要する…。」

(4) 想定可能な介護計画に基づく必要な基本時間

「上記(2)，(3)からすると，一審原告に必要な基本時間を確保した介護計画を策定すると，一審原告の睡眠時間を六時間として，その間は見守り介護を行い，この後，起床に伴う作業，朝食・昼食・夕食の準備・摂取介助・片付けの時間を確保する必要があることになる。具体的には平成一九年一〇月以前に一審原告が受けていた介護のスケジュール…を基にすると，これに午後二時三〇分からの介護を午後三時三〇分までとし，午後五時半からの開始を午後五時からとし，午後九時からの開始を午後一〇時からとする修正を加えると，その間に介護が行われない一時間半を四回含むスケジュールとなる。具体的な時間を見ると，〇：〇〇～〇九：〇〇睡眠，起床準備，朝食等，一〇：三〇～一三：〇〇昼食等，一四：三〇～一五：三〇日常の諸活動，一七：〇〇～二〇：三〇夕食等，二二：〇〇～二四：〇〇排便，入浴等となる。これによれば，一審原告の介護時間は，一日当た

り一八時間、一か月では五五八時間（一八時間×三一日＝五五八時間）を少なくとも必要であると認められる。そして、これに満たない時間数では、上記に説示した介護の時間数のうち、いずれかが欠けることになり、その結果必要な介護が行われず、一審原告が自立した生活を送り、健康を維持する等に困難を来たしこれを損なう具体的かつ明らかなおそれが生じるものと認められる。』

「本件各決定は、いずれも基本時間を一か月五五八時間を下回る時間数としているから、その限度において、一審被告が考慮すべき、自立支援法二二条一項所定の勘案事項である「障害者等…の心身の状況」（本件規則一二条一号）を適切に考慮せず、その結果、裁量権の範囲を逸脱濫用したものと認められる。』

(5) 移動介護のための加算時間

「日常生活の必要をまかなった上での加算分として、一か月二〇時間の支給量を算定したことに判断の基礎となる事実に見過し難い誤りがあるなどという点は認められない。』

(6) 小括

「以上からすると、本件各決定のうち、平成一九年度決定は一審原告の申請した四七八時間を下回る限度において、平成二〇、二一、二三年度決定は一か月当たり五七八時間（うち移動介護二〇時間）を下回る限度において、処分行政庁が裁量権の範囲を逸脱濫用したと認められる。』

2. 結論

(1)平成一九年度決定に係る取消し及び義務付けの請求については「重度訪問介護の支給量三七七時間を超える部分につき支給量として算定しないものとした部分の取消し及び重度訪問介護の支給量を四七八時間とする支給決定の義務付け」、(2)平成二〇年度決定に係る取消し及び義務付けの請求については「重度訪問介護の支給量四〇二時間を超える部分につき支給

量として算定しないものとした部分の取消し及び重度訪問介護の支給量五七八時間を下回らない支給決定の義務付け」、(3)平成二一年度決定に係る取消し及び義務付けの請求については「重度訪問介護の支給量四〇七・五時間を超える部分につき支給量として算定しないものとした部分の取消し及び重度訪問介護の支給量五七八時間を下回らない支給決定の義務付け」、(4)平成二三年度決定に係る取消し及び義務付けの請求については「重度訪問介護の支給量四〇八時間を超える部分につき支給量として算定しないものとした部分の取消し及び重度訪問介護の支給量五七八時間を下回らない支給決定の義務付け」ることとし、これらと異なる原判決を変更し、一審原告の平成二三年度決定に係る当審請求を上記(4)の限度で認容することとする。

【評釈】 判決賛成

はじめに

本件は、処分行政庁のした自立支援法に基づく介護給付費支給決定が、いずれも一審原告の申請した重度訪問介護の支給量に満たないものであり、処分行政庁に与えられた裁量権を逸脱濫用したこと等による違法な処分であると主張し、本件各決定の取消しを求めるとともに、処分行政庁に対し、重度訪問介護の支給量を1か月744時間（うち移動介護124時間）とする介護給付費支給決定を義務付けることを求めた事案である。⁽³⁾なお、一審原告及び一審被告の双方が上告を断念しており、本件は確定している。⁽⁴⁾

自立支援法に基づく障害福祉サービスの種類及び支給量の決定について、近年においては取消訴訟ないし義務付け訴訟の抗告訴訟が幾つか提起されているが、本件もその一つである。⁽⁵⁾

本評釈は、本判決における義務付けの訴えに係る部分につき、その点を中心に検討するものである。

1. 判断枠組みについて

本判決における司法審査の枠組みは、自立支援法等の解釈により、処分行政庁に障害福祉サービスの種類及び支給量の決定についての裁量権があることを前提に、当該決定に関わる裁量権の行使が逸脱濫用に当たる場合に、当該決定が違法になるというものである。そして、そのような処分行政庁の裁量権の逸脱濫用に当たるか否かの判断については、「その判断の基礎となる事実に看過し難い誤りがあり、あるいはその判断内容が社会通念に照らして明らかに合理性を欠く」場合に裁量権の逸脱濫用に当たるとしつつ、自立支援法は勘案事項を規定するにとどまらず、これらの判断に際してとるべき手続について詳細に規定し、処分手続に専門家が参加することによって判断過程を通じて合理性の確保を図っていることや、一人一人の個別具体的な障害の種類、内容、程度を考慮しなければならないことから、「当該決定に至る判断の過程において、勘案事項を適切に調査せず、又はこれを適切に考慮しない」か否かを吟味することによって為すとした。すなわち、本判決は、事実誤認や社会通念に反するか否かを判断過程の中で事実の調査と考慮事項を適切に考慮したか否かによって審査しようとしたものである。このように、本判決では、処分行政庁の自立支援法に基づく障害福祉サービスの種類及び支給量の決定の裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの判断につき、行政処分に至るまでの間に行政庁の判断した材料およびその判断の仕方を問題にした判断過程の審査が用いられた⁽⁶⁾。このような本判決の審査方法は、処分行政庁の判断過程の当否を中心に審査する障害福祉サービスの種類及び支給量の決定に関わるこれまでの過去の判決の審査方法を踏襲するものである⁽⁷⁾。障害福祉サービスの種類及び支給量の決定の裁量行為の司法審査については、本判決に「社会通念に照らして明らかに」という文言があるように、いわゆる社会通念審査の要素が含まれると思われるが、それだけではなく判断過程の中で処分するに際しての考慮事項を審査することによって、裁量行為に対する審査密度を高めた⁽⁸⁾と評価できる。

身体等の障害の有無といったように行政庁が客観的事実を確認するよう

な行為は、行政庁以外の者の経験則等によって判断できることから、処分行政庁の裁量余地はないものと見做し裁判所はいわゆる判断代置審査によって裁量権の行使の適否を判断することが可能である。しかしながら、身体等⁽⁹⁾に障害があると認められたとしても、支給される介護給付は羈束的に決定されるものではなく、自立支援法所定の障害福祉サービスの種類及び支給量の決定の司法審査としては、行政判断に際しての処分行政庁が考慮すべき勘案事項が列記されるとともにそれらを考慮するための詳細な手続が規定されている複雑な過程を経て行政判断が形成されることが予定されているから、裁量権行使の判断を司法審査する方法としては、行政判断の内容的な当否よりも、それらを手掛かりにしながらか処分行政庁が判断過程の中で適切にそれらを考慮しているかを検討する審査が合理的な司法審査となるように思われる⁽¹⁰⁾。

2. 義務付けの訴えが本案勝訴要件（行政事件訴訟法37条の3第5項）を具備するか

(1) 平成一九年度決定について

行政事件訴訟法36条の3第5項は「義務付けの訴えが…行政庁がその処分若しくは裁決をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決をすべき旨を命ずる判決をする。」と規定されているから、下記(2)のような「申請満足型義務付け訴訟」（行政事件訴訟法3条6項1号）においては、本案勝訴要件としての処分行政庁の裁量権行使の逸脱濫用に当たるか否かを検討する必要がある⁽¹¹⁾。

ところで、申請とは「法令に基づき、行政庁の許可、認可、免許その他の自己に対し何らかの利益を付与する処分…を求める行為であって、当該行為に対して行政庁が諾否の応答をすべきこととされているものをいう。」（行政手続法2条3号）と定義されるところ、「行政庁に対し一定の処分…を求める旨の法令に基づく申請…がされた場合において、当該行政庁がその処分…をすべきであるにかかわらずこれがされないとき。」（行政事件訴

訟法3条6項2号)にその義務付けの訴えに係る処分をすべき旨を命ずる「申請満足型義務付け訴訟」は、「当該法令に基づく申請…を却下…する旨の処分…がされた場合」(行政事件訴訟法37条の3第1項2号)に該当することが訴訟要件となっているから、義務付けの訴えが適法となるにはそれに関わる申請がなされている必要がある。この点については、申請をしたと認められない場合には訴えを却下すべきと解することは可能であると思われるが、⁽¹²⁾訴えに係る金額や支給量等に満たないとはいえども一応申請がなされているような場合においては、申請者の実効的な権利救済を実現する観点からは、訴えを却下するのではなく申請に係る処分の内容を超える部分とそれに収まる部分を分離し、後者を限界にしながら訴えの提起を認めるべきと思われる。また、下記(2)のように「一定の処分」(行政事件訴訟法3条6項1号、同2号等)という語が用いられていることから、裁判所の判断が可能な程度に特定できる必要はあるが、義務付けを求める処分内容の特定性に幅が認められると解されるから、⁽¹³⁾申請で求めた処分の内容が義務付けの訴えに係る処分の内容に満たないような場合であっても、義務付けの訴えが認められ得るとされる。したがって、本判決において、裁判所が処分行政庁に義務付けることができる金額や支給量等のなんらかの利益の上限としても、申請で求めた処分の内容に極限されることになると思われる。

そして、本件では、平成19年度の介護給付費支給決定については、1か月478時間とする申請がなされていたことから、1か月744時間(うち移動介護124時間)とする平成19年度の介護給付費支給決定を求める部分については、そのような申請そのものがされていないことや、下記(2)のように1か月当たりの支給量578時間を下回らない介護給付費支給決定が必要であることを前提に、本判決では1か月478時間を下回る限度において処分行政庁が裁量権の範囲を逸脱濫用したと認められるとし、1か月478時間とする介護給付費支給決定を義務付けた。

上記のように、裁判所が処分行政庁に義務付けることができる金額や支給量等のなんらかの利益の上限としても、申請で求めた処分の内容に極限

されることになると思われることから、平成19年度の介護給付費支給決定につき、1か月478時間を下回る限度において処分行政庁が裁量権の範囲を逸脱濫用したと認められるとした本判決に賛成できる。

(2) 平成二〇、二一、二三年度決定について

一審原告は、重度訪問介護の支給量を744時間（うち移動介護124時間）とする介護給付費支給決定をすることの義務付けを求めたが、平成二〇、二一、二三年度決定に関わる介護給付費支給申請にかかわり、どのような処分をするのかという内容部分に幅を持たせて一定の処分をすることを行政庁に命じる「抽象的義務付け判決」として、重度訪問介護の1か月当たりの支給量578時間を下回らない介護給付費支給決定をするように命じた。このような「抽象的義務付け判決」の可否については、本判決理由の中にそれができる根拠についての言及はされていないが、原審・和歌山地裁判決は「行政事件訴訟法三七条の三第五項、三条六項二号が、処分行政庁において一定の処分をしないことが裁量権の逸脱濫用になると認められることを義務付けの訴えの本案勝訴要件としていることからすれば、裁量権の逸脱濫用にならないような重度訪問介護の支給量を一義的に決めることができない場合であっても、ある程度幅のある支給量の介護給付費支給決定をしないことが裁量権の逸脱濫用になると認められる場合には、裁判所は、その幅のある一定の支給量の介護給付費支給決定を義務付ける判決をすべきであると解される」とし、申請満足型義務付け訴訟において抽象的義務付け判決が可能であることを示した⁽¹⁴⁾。

義務付けの訴えは、一義的な行政処分をすべきとするものが典型例と認識されていると思われるが、行政事件訴訟法上「一定の処分」がされない場合に義務付けの訴えは適法となる（行政事件訴訟法3条6項1号、同2号等）、このように「一定の処分」という語が用いられていることから、義務付けを求める処分内容の特定性に幅が認められるとともに、根拠法令の定める範囲内における一定の幅のある処分の義務づけを求める「抽象的義務付け判決」が可能と解されている⁽¹⁶⁾。義務付け訴訟は社会保障給付

等の給付行政の部面において活用されることが期待されているが、本判決のような「申請満足型義務付け訴訟」における抽象的義務付け判決は金額や時間の数量等を裁判所が一義的に適正なものを決めることが困難であっても、なお行政庁への義務付けが必要である場合において、行政庁の効果裁量の余地を残しつつも国民の実効的な権利救済の実現に期待できることから、それは積極的に活用されるべきと思われる⁽¹⁸⁾。また、行政庁の裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの判断につき、判断過程審査が用いられるような場合においては、申請から処分までの判断過程において行政庁の考慮が適切ではなかったということが問題となったのであるから、改めて行政庁が適切な考慮をすれば裁判所が判断代置的に義務付けし得た処分とは異なる可能性があり、また、そうであるならば行政庁の裁量判断の余地を残して本来専門的判断が期待されている行政庁に内容選択を委ねる方が決定内容の合理性をより確保できる可能性があるから、判断過程審査による司法審査と抽象的義務付け判決は親和性が高いように思われる。

これまで裁判所によってなされた抽象的義務付け判決を簡単に分類するならば、①上限ないし下限を示して判断余地を残して義務付ける判決や、②いくつかの選択肢の中からいずれかの選択を委ねる義務付け判決に分類することができる⁽¹⁹⁾。抽象的義務付け判決の種類は、行政庁が行為をするかしないか以外の効果裁量の余地を如何に残すかということに合わせて今後は増えることになると思われる。そして、本判決は、上記の①に分類することができる⁽²⁰⁾。

本判決は、一審被告が考慮すべき勘案事項として「障害者等…の心身の状況」を挙げ、これを適切に考慮しなければ、一審原告において自立した日常生活を営むことを困難とするものであって、自立支援法の趣旨目的に反するのに、一審被告はこれを適切に考慮していないものと認められるとし、本件各決定は、いずれも基本時間を1か月558時間を下回る時間数としているから、その限度において、一審被告が考慮すべき勘案事項である「障害者等…の心身の状況」を適切に考慮せず、その結果、裁量権の範囲を逸脱濫用したものと認められるとした。一方で、移動介護の加算時間に

については、1か月20時間の支給量を算定したことに「判断の基礎となる事実に看過し難い誤りがあるなどという点は認められない。」とした。そして、平成二〇、二一、二三年度決定は1か月当たり578時間（うち移動介護20時間）を下回る限度において、処分行政庁が裁量権の範囲を逸脱濫用したと認められるとし、裁判所は支給量を1か月578時間を下回らない介護給付費支給決定を義務付けた。

上記のように、本判決は、裁判所が判断過程審査を用いて周到に裁量権行使の当否の司法審査をしたものであり、一審原告が求めた24時間介護を義務付ける内容の判決とはならなかったが、結論として賛成できるように思われる。

本判決の位置付け

本判決では、処分行政庁の自立支援法に基づく障害福祉サービスの種類及び支給量の決定の裁量権の行使が濫用逸脱に当たるか否かの判断につき、行政庁の判断した材料およびその判断の仕方を問題にした判断過程審査が用いられた事例であり、また、自立支援法の改正法たる「障害者の日常生活及び社会生活を総合的に支援するための法律」（平成25年4月施行・改称。「障害者総合支援法」と略称される⁽²⁾。）に基づく障害福祉サービスの種類及び支給量の決定の当否を判断する際⁽³⁾の先例の一つと位置付けることができる。

また、本判決は、「申請満足型義務付け訴訟」の場合において「抽象的義務付け判決」が認められることを示す先例となるものである。したがって、平成16年の行政事件訴訟法の改正によって導入された義務付け訴訟の重要な先例となる事例の一つである。

注

- (1) 和歌山市福祉事務所長に対する事務委任規則2条参照。
- (2) 和歌山地判平成22年12月17日賃社1537号20頁参照。
- (3) 本判決に対する先行研究としては、青木志帆「判批」賃社1559号4頁（2012）4頁、金川めぐみ「判批」賃社1559号（2012）11頁のそれぞれ

を参照。

- (4) 読売新聞2011年12月29日大阪朝刊26頁参照。
- (5) 自立支援法に基づく障害福祉サービスの種類及び支給量の決定についての抗告訴訟としては、大阪地判平成22年4月23日裁判所ウェブサイト、東京地判平成22年7月28日判タ1356号98頁、本判決の原審である和歌山地判平成22年12月17日・前掲注(2)、和歌山地判平成24年4月25日判時2171号28頁などが存在する。
- (6) 山村恒年『行政過程と行政訴訟』(信山社、1995)51頁は、このような審査方式を「判断形成過程審査モデル」という。
- (7) 処分行政庁の判断過程の当否を中心に審査する障害福祉サービスの種類及び支給量の決定に関わるこれまでの過去の判決としては、前掲注(5)で挙げた各裁判例を参照。また、障害者自立支援法以前の旧身体障害者福祉法の定めるところによる居宅生活支援費が問題となった例につき、東京地判平成18年11月29日賃社1439号55頁も参照。
- (8) 行政庁の裁量権の行使の司法審査につき、本判決と同様に社会通念審査の要素によるだけではなく処分するに際して適切に考慮したか否かを審査することによって審査密度を高めた司法審査がされた判決としては、国家賠償法上の違法が争われた事例であるが、最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁〔409頁〕は、「その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である。」とする。なお、当該判決については、土田伸也「学校施設使用許可と考慮事項の審査」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』(有斐閣、第6版、2012)156頁以下、南博方=高橋滋編著『条解行政事件訴訟法』(弘文堂、第3版補訂版、2009)534~535頁のそれぞれを参照。
- (9) 最判平成25年4月16日判時2188号42頁〔46頁〕は、水俣病罹患の「認定自体は、……客観的事象としての水俣病のり患の有無という現在又は過去の確定した客観的事実を確認する行為であって、この点に関する処分行政庁の判断はその裁量に委ねられるべき性質のものではないというべきであり、……処分行政庁の審査の対象を殊更に狭義に限定して解すべきものともいえない以上、……処分行政庁の判断の適否に関する裁判所の審理及び判断は、原判決のいうように、処分行政庁の判断の基準と

された昭和52年判断条件に現在の最新の医学水準に照らして不合理な点があるか否か、公害健康被害認定審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があつてこれに依拠してされた処分行政庁の判断に不合理な点があるか否かといった観点から行われるべきものではなく、裁判所において、経験則に照らして個々の事案における諸般の事情と関係証拠を総合的に検討し、個々の具体的な症候と原因物質との間の個別の因果関係の有無等を審理の対象として、申請者につき水俣病のり患の有無を個別具体的に判断すべきものと解するのが相当である。」とする。また、最判平成25年4月16日判時2188号35頁も同旨である。

- (10) 原田尚彦『行政法要論』(学陽書房, 全訂第7版補訂2版, 2012) 154頁参照。
- (11) 行政事件訴訟法3条6項2号の義務付け訴訟を「申請満足型義務付け訴訟」とする呼称については、塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣, 第5版補訂版, 2013) 241頁の例に倣った。また、同書238頁は、行政事件訴訟法3条6項1号の義務付け訴訟を「直接型義務付け訴訟」と称する。
- (12) 東京地判平成19年8月29日裁判所ウェブサイトは、「原告は、原告に対し帰化を許可し、原告に日本国籍を取得させることの義務づけを求めるところ、帰化の許可を得るためには、その申請をすることが必要であるから(国籍法19条, 国籍法施行規則2条), 上記の義務付けの訴えは、いわゆる申請型の義務付けの訴え(行政事件訴訟法3条6項2号)に該当し、原告が帰化の申請をしたことを訴訟要件とするものと解すべきである(同法37条の3第1項)。」として、原告の訴えを却下した。
- (13) 福井秀夫ほか著『新行政事件訴訟法一逐条解説とQ&A一』(新日本法規出版, 2004) 368頁は、義務付けの訴えの対象となる行政庁の処分を「一定の処分」としているのは、「具体的な「特定」に至らない「一定」の処分ですら」とする趣旨であるとする。
- (14) 和歌山地判平成22年12月17日・前掲注(2) [35頁]。また、和歌山地判平成24年4月25日・前掲注(5)も同判決と同じことを述べている。
- (15) 社会保障行政分野において一義的な義務付け判決がされた例につき、ものとして、東京地判平成23年11月8日賃社1553・1554号63頁 [63頁] は「処分行政庁は、原告に対し、……生活保護を開始する旨の決定(保護の種類及び方法につき居宅保護の方法による生活扶助及び住宅扶助とするもの)をせよ」とする。
- (16) 直接型義務付け判決につき、抽象的義務付け判決が可能とする旨のものとして、房村精一政府参考人答弁(第159国会衆議院法務委員会第20

号) (平成16年4月27日) は、「今回の法案の三十七条の二の三項を見ますと、「第一項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき」、こういう規定になっております。ここで「一定の処分」と申しておりますのは、まずは、義務付けの訴えの要件について、裁判所の判断が可能な程度に特定をされていなければいけない。漠然と、何を、どういう処分を求めるのかがはっきりしなければ、これは訴訟そのものとして成り立ちませんので、そういう意味で、特定が必要でということが入っているわけですが、ただ、この一定の処分として具体的にどの程度特定すべきであるかということにつきましては、……必ずしも具体的な処分に限らず、ある程度の幅が許されるのではないかといいには考えられます。この特定の程度については、当然、当該処分または裁決の根拠法令の趣旨及び社会通念に従って判断すべきものと考えられますが、そうした観点からは、特定の必要性の限度を超えて過度に厳密な特定が必要とされるということはないだろうと思いますし、例えば、是正措置の具体的な方法につきましては、その根拠法令において複数の選択肢が定められている場合に、その根拠法令の定める範囲内における一定の幅のある処分の義務付けを求める訴えであっても、その根拠法令の趣旨に照らして、義務付けの対象となる一定の処分としてその対象が特定されているというぐあいに解されれば、そういった、ある程度幅を持った一定の処分を義務付け訴訟で求めるということも可能ではないか、こう考えられます。」とする。また、抽象的義務付け判決が可能とする旨を述べるものとしては、大貫祐之「義務付け訴訟・予防訴訟」芝池義一ほか編『行政法の争点』(有斐閣、第3版、2004) 129頁、福井秀夫ほか・前掲注(13)368頁のそれぞれを参照。これらに加えて、申請満足型義務付け訴訟についても抽象的義務付け判決が可能である旨を述べるものとしては、神橋一彦『行政救済法』(信山社、2012) 248頁、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』(弘文堂、2004) 67～68頁及び同書74～75頁のそれぞれを参照。

- (17) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(2004年1月6日)、房村精一政府参考人答弁・前掲注(16)のそれぞれを参照。
- (18) 行政庁に抽象的義務付け判決がなされた例としては、行政庁に「いずれかの保育園への入園を承諾せよ。」と命ずるものとして、東京地判平成18年10月25日判時1956号62頁参照。また、本判決の原審である和歌山地判平成22年12月17日・前掲注(2)、本判決の後の和歌山地判平成24年

4月25日・前掲注(5)のそれぞれを参照。

- (19) 本判決以外には、和歌山地判平成22年12月17日・前掲注(2)、和歌山地判平成24年4月25日・前掲注(5)のそれぞれを参照。
- (20) 東京地判平成18年10月25日・前掲注(18)参照。
- (21) 公文書等において「障害者総合支援法」という略称が見られる例として、社援発0627第3号「地域社会における共生の実現に向けて新たな障害保健福祉施策を講ずるための関係法律の整備に関する法律の公布について(通知)」(平成24年6月27日)参照。

<書 評>

今野晴貴『ブラック企業：
日本を食いつぶす妖怪』
(文藝春秋，2012年，245頁)

軽 部 恵 子

本書は、NPO 法人 POSSE（ポッセ）の代表、今野晴貴（このん・はるき）が著した新書である。2012年11月20日に第1刷が発行されたが、評者が手にするのは第4刷（同年12月15日発行）である。1ヶ月足らずで3度増刷された。それだけでも、「ブラック企業」に対する社会の関心がいかに高いか、容易にわかる。

著者は1983年に宮城県に生まれ、中央大学法学部で労働法を専攻した。同大在学中の2006年、若者の労働相談を受ける POSSE を設立した。現在は一橋大学社会学研究科博士課程に在籍しながら、活動を継続している。NHK の「ニュース深読み 就活の落とし穴！ “ブラック企業”にご用心」（2012年12月1日放送）に出演し、ブラック企業の実態と対策について論じたので、著者の顔を見たことがある人も多いだろう。

本書は二部構成になっている。「はじめに」に続く第I部「個人的被害としてのブラック企業」は、計5章から成る。各章の見出しは、第1章「ブラック企業の実態」、第2章「若者を死に至らしめるブラック企業」、第3章「ブラック企業のパターンと見分け方」、第4章「ブラック企業の辞めさせる『技術』」、第5章「ブラック企業から身を守る」である。第II部「社会問題としてのブラック企業」は、第6章「ブラック企業が日本を食い潰す」、第7章「日本型雇用が生み出したブラック企業の構造」、および第8章「ブラック企業への社会的対策」から成る。

著者は「はじめに」で、若者の労働問題が当初真剣に取り上げられてこなかったと批判する。「これまで若年労働問題は、『フリーター』『ニート』などという言葉で語られてきた。つまり、若者の問題は彼らの『自分勝手』『気まま』な意識の問題であり、企業の側の労務管理の問題だとは捉えられてこなかった」（p. 11）。

第I部第1章では、有名企業が優秀な学生を「食い潰す」様子が描かれる。第2章では、有名企業の実名を挙げながら、過労死・過労自殺した過程が詳細に説明される。どれも、消費者として多くの人が利用する企業である。第3章ではブラック企業の見分け方が、第4章では従業員を退職に追い込む方法が、極めて具体的に紹介されている。これも、日頃から著者が若年労働者の相談に応じているからであろう。

第5章では、ブラック企業から身を守るための具体的な方策が紹介されている。労働基準監督署、労働組合（企業別、個人加入）、NPO への相談方法も指南して

いる。若者が逃げ続けてもブラック企業はなくならないので、ブラック企業を変えることが最も戦略的な方法であるとも説いている (pp. 145-146)。

第Ⅱ部の第6章は、ブラック企業が従業員を自己都合退職に追い込む具体的な方法が描かれる。そして、精神疾患になった従業員の医療費、失業した者の生活保護費など、多大な費用が社会全体に付け回しされていると指摘する (pp. 155-164)。経済的に不安定なままでは少子化問題は解決をみないし、消費者の安全もないがしろにされるとも批判する (pp. 169-170)。

第7章で最も重要な指摘は、すべての日本企業がブラック企業になり得るという点である (p. 186)。日本の社会が終身雇用・年功序列という日本型雇用に社会福祉を依存してきたことも、指揮命令権が強い日本企業の特徴につながっている (p. 187)。だが、企業別組合が弱体化し、日本型雇用が守られなくなった (p. 189)。あるいは一部の正社員の日本型雇用を維持するため、非正規雇用を大量に生み出してしまった (同上)。

高度成長期から雇用の調整弁となっていたのは、結婚・出産後に1度労働市場から退出し、子育てが一段落したら戻ってくる女性のパート労働者、そして大企業から製造コストの削減を迫られ、大企業の余剰人員を受け入れる下請け企業が主であった。しかし、1991年のバブル経済崩壊後は、誰もがリストラの対象となった。

2006年7月23日、NHKスペシャル「ワーキングプア～働いても働いても豊かになれない～」(<http://www.nhk.or.jp/special/detail/2006/0723>)が放映された。働いているのに生活保護水準以下の暮らしに甘んじざるを得ない人々や、契約打ち切りで失業し、社員寮を退去して「住所不定」となった若者が、再就職できない様子に日本中が衝撃を受けた。同時期、安価なネットカフェに寝泊まりし、シャワーは数日に1回で我慢するという若者たちをメディアが頻繁に報道するようになった。

2008年秋に「リーマン・ショック」(アメリカの証券会社・投資銀行のリーマン・ブラザーズの破綻に端を発した世界金融危機)が発生すると、内定を取り消しされる大学生が出た。「派遣切り」に遭った人々の年末年始の食事と寝場所を提供しようと、2008年12月31日から2009年1月5日までの6日間限定で、東京の日比谷公園に「年越し派遣村」が設けられた。

この頃から、女性社員が妊娠を告げたところ上司や会社から退職を強要された、

という相談が急増した。また、夫の収入だけでは不安なので、妻も労働市場に復帰したいが、子どもを預かってもらえる場所がないという、待機児童が急増した。安倍晋三現政権は経済成長に向けた成長戦略のために「女性が輝く日本へ」と題して、「待機児童の解消」「職場復帰・再就職の支援」「女性役員・管理職の増加」を重要項目として掲げている (<http://www.kantei.go.jp/jp/headline/women2013.html>, 2013年11月28日アクセス)。企業に対する財政支援や補助金などをインセンティブにしたものが多いが、その成果はまだ実感できない。過去20年間、派遣社員、契約社員、請負などの非正規雇用が増加し続けてきたが、今や日本の労働者の3人に1人が非正規と言われている。

本書で気になる点の1つは、アンケート調査の手法である。たとえば、「絶対に就職先としない企業」(男子のみ)というアンケートで、学生が敬遠する企業の雇用環境を尋ねているが、注に「2011年1月に関東地方、関西地方のおよそ10大学の3、4年生を対象に行った」(p.192)、「現時点で3年生から534票、4年生から98票を回収している」(同上)と記述してある。何人にアンケート用紙を配布して、何人から回収したのか。無効となった回答数も示されていない。関東と関西では企業・学生の双方に文化的な違いが少なからずあるだろうから、関東と関西の人数比も聞きたかった。

次に、著者はあえてブラック企業の定義を与えずに論を進めている (p.180)。それは、サービス残業など違法行為が当たり前の雇用慣行では、日本企業はブラック企業としか言いようがないからだという (同上)。確かにそういう面も否めないが、学生が「あの企業はブラック」と安易に括る風潮が出てきたのではないかと評者は危惧している。評者がそういう学生に「ブラック」と判断した根拠を尋ねても、明確な返答がない場合が少なくない。著者は第3章でブラック企業の指標を3つ掲げている (pp.78-79) が、やはりある程度の定義をまとめた方がよいと思う。

ところで、学生が企業の外見、広告宣伝、噂に惑わされず、自分の適性に合った就職先を見つけるには、学生の学部・専攻にかかわらず、複数の情報源を冷静に比較分析し、問題点と解決法を見つけられるようになる必要がある。これは、学生がゼミなどの少人数教育で実力を付けることを意味する。ブラック企業が闊歩する昨今、その意義はますます大きくなっていくだろう。

それから、大学生は3年次の秋学期から実質的に就職活動を始めている。その

ため、学生が落ち着いて勉強できる時間は、4年間の大学生活の中で約2年半となった。グローバル化の時代に世界で活躍する人材が欲しいなら、学生が安心して少なくとも3年間は勉強に専念できるよう、企業側も配慮すべきであろう。優秀な人材を確保するため一部の企業は就職協定を破り続けてきたが、結局は日本全体が損失を被っている。

このように、若者の厳しい雇用環境は様々な理由と原因が複雑に絡み合っている。それを解きほぐすのは容易ではない。一方、著者のように若者が自ら問題の解決に立ち上がるようになったのは、心強い限りである。他人まかせになるのも、諦めるのでもなく、当事者意識を持つことこそが、根本的な問題解決への第一歩となるだろう。

2013年秋の民放のテレビドラマに、労働基準監督官を主人公とする「ダンダリン 労働基準監督官」が登場した。原作は、2010年に講談社の漫画雑誌『モーニング』に連載された、とんたにたかし原作、鈴木マサカズ作画の「ダンダリン 101 (イチマルイチ)」である。女性の労働基準監督官がテレビドラマの主人公に選ばれたことに評者は少なからず驚いたが、それだけ若者の雇用環境が深刻になったといえよう。人々は、実現困難な夢をドラマの主人公に托すからである。

最後に、超高齢化社会に突入しつつある日本にとって、若者は「食い潰す」ことの許されない貴重な人材である。労働問題の最前線に立つ著者とその仲間たちのさらなる活躍を祈るとともに、評者は教室で学生たちをしっかりと鍛えていきたいと思う。

CONTENTS

A Dedication to Professor TERADA TomokoMATSUDA Satoko

Articles

Production forcée des pièces en France	HISASUE Yayoi.....	1
Children’s Participation in Medical Research	NAGAMIZU Yuko.....	17
Zum Rechtsgut der Freiheitsberaubung	ETO Takahiro.....	45
The Role of the Regulatory Purposes in Takings Analysis	SHIMOMURA Makoto.....	65
Miranda and the Right to Counsel	OKUBO Masato.....	95
Present Situation and Problems in the Legislative System on the Public Records and Archives Management Act in Japan	HAYAKAWA Kazuhiro.....	131
Die Entwicklung und die Unterdrückung des Liberalismus im Königreich Sachsen: Karl Braun (1807–1868) und Presse-und Vereinigungsfreiheit	MATOKA Kaori.....	173
University and Freedom of Information	KOBAYASHI Shigemitsu.....	231
Seller’s Liability for Contaminated Land	TANAKA Shizuko.....	259

Legal Problems on the Employee Stock Purchase Plan
.....SEYA Yuriko..... 293

The Problems of Policy-making Function in Local Assemblies
.....KOMABAYASHI Yoshinori..... 315

Case Study

A Case Study on Administrative Disposition
under the Services and Supports for Persons with Disabilities Act
.....AMAMOTO Satoshi..... 343

Book Review

Haruki KONNO, *Businesses That Exploit Their Workers
Will Destroy Japan*
(in Japanese, Bungei Shunju, 2012, p. 245)
.....KARUBE Keiko..... 363

Brief Biography of Professor TERADA Tomoko..... 369

Bibliography of the Writings of Professor TERADA Tomoko..... 372